일본군 '위안부' 소송 백서

국가면제를 넘어

전시 성노예 범죄에 대한 일본국의 법적 책임을 묻다

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사 모임

일본군 '위안부' 소송 백서

일본군 '위안부' 소송 백서

국가면제를 넘어 전시 성노예 범죄에 대한 일본국의 법적 책임을 묻다

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사 모임

[약어 정리]

▶ **2015 한일합의:** 2015. 12. 28. 대한민국 외교통상부 장관(윤병세)과 일본의 외무대신(기시다 후미오)이 '한 · 일 외교장관회담 공동기자회견'을 통해 일본군 '위안부' 문제에 관한 양국의 공식입장을 발표한 것을 말한다. 다만 위 발표내용은 별도로 문서화되지 않았다.

▶ **선행판결:** 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결 (2021. 1. 23. 확정)

▶ **1심 판결:** 서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결

▶ **2심 판결:** 서울고등법원 2023. 11. 23. 선고 2021나2017165 판결 (2023. 12. 9. 확정)

▶ **헌법재판소 2006헌마788 결정:** 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정. 헌법재판소가 일본군 '위안부' 피해자인 청구인들이 일본에 대하여 가지는 일본군 '위안부'로서의 배상청구권이 「대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한 · 일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 외교통상부 장관의 부작위가 위헌이라고 한 결정이다.

▶ **국가면제:** 국내 법원이 외국국가에 대한 소송에 관하여 재판권을 갖지 않는다는 국제 관습법으로서 국가는 그의 행위와 재산에 관하여 외국의 재판권에 강제되지 아니한다는 법이론('주권면제'라고도 한다). 이는 주권을 가지는 모든 국가들은 서로 평등하며 독립적이라는 국가의 기본적 원리 또는 '대등한 자는 다른 대등한 자에 대해 지배권을 갖지 못한다(par in parem non habet imperium)'는 원칙 등에 근거하고 있다.

▶ **일본군 '위안부':** 국제사회, 특히 UN 인권기구는 일본군 '위안부'라는 표현이 제도의 강제성 · 폭력성 · 반인륜성을 은폐하는 용어라고 보고, 라디카 쿠마라스와미(Radhika Coomaraswamy) UN 인권위원회 특별보고관이 1996년 제출한 보고서에서 이를 '전시하 군대성노예제(military sexual slavery in wartime)'로 규정하였다. 다만 국내에서는 '위안부'라는 용어가 제도의 본질을 충분히 드러내지 못한다는 비판이 있음에도, 일제가 해당 명칭을 통해 제도를 조직 · 운영하였던 당대의 역사적 맥락을 전달할 수 있다는 점, 그리고 생존자들이 '성노예'로 호명당하는 것 자체로 정신적 상처를 입을 수 있다는 점을 고려하여 관행적으로 사용되고 있다. 이러한 점은 「일제하 일본군위안부 피해자에 대한 보호 · 지원 및 기념사업 등에 관한 법률」이 일제에 의해 강제로 동원되어 성적 학대를 당한 피해자를 '일본군위안부 피해자'로 규정하고 있는 점에서도 확인된다. 백서에서는 맥락에 따라 '위안부' 또는 '성노예 피해자', '위안소' 또는 '성노예 시설'이라는 용어를 병기하여 사용한다.

목차

발간사 ····· 8

축사 ····· 10

서문 ····· 16

1장. 법적 투쟁 과정 ····· 21

1. 일본군 '위안부' 운동에서의 법정 투쟁 연혁 ····· 23
2. 일본국을 상대로 한 손해배상청구 소송의 제기 경위 ····· 34

2장. 소송의 법적 쟁점 ····· 41

1. 해외송달의 절차적 쟁점 ····· 43
2. 국가면제 법리의 적용 한계와 인권 중심의 예외론 ····· 49
3. 일본군 '위안부' 제도의 실태와 일본국 법적 책임의 근거 ····· 60
4. 일본군 '위안부' 제도의 반인도적 범죄 성격과 위법성 ····· 70

3장. 소송경과 ····· 77

1. 제1심 소송경과 ····· 79
2. 제2심 소송경과 ····· 86

4장. 재판의 안과 밖 : 판례 평석과 연대의 기록 ····· 93

1. 일본군 '위안부' 소송의 성과와 향후 과제 ····· 95
2. 일본군 '위안부' 문제의 해결을 향한 길 ····· 99
3. 대한민국 법원의 일본군 '위안부' 판결들 ····· 110
4. 일본 변호사들과의 연대와 동행 ····· 141
5. 국제법 전문가의 증언과 국제 연대의 기록 ····· 150
6. 대리인단 변론기 ····· 155
7. 소송 참관기 : 우리는 이미 승리했고, 계속 승리할 것이다! ····· 162
8. 승소 이후의 한일 연대와 새로운 여정 ····· 166

5장. 참고자료 ····· 173

1. 소송기록 ····· 176
2. 보도자료 ····· 616
3. 활동사진 ····· 657

국제법의 새로운 이정표

1991년, 김학순 할머니의 목소리는 오랜 침묵을 깨고 세상에 진실을 드러낸 첫 울림이었습니다. 그날 이후 일본군 '위안부' 피해자들의 투쟁은, 오랫동안 법의 바깥에 머물러야 했던 이들이 스스로 권리의 주체로 나선 역사로 이어졌습니다.

피해자들은 한일 정부의 외교적 담합과 방기 앞에서도 좌절하지 않고, 인간으로서의 권리를 스스로 세우기 위해 법정으로 직접 나섰습니다. 일본국을 상대로 한 소송은 단순한 금전 배상 청구가 아니라, 국가가 저지른 반인도적 범죄에 '국가면제'라는 이름의 면죄부를 줄 수 있는가 하는, 인간 양심에 던지는 근본적인 물음이었습니다.

일본 정부가 송달조차 거부하며 '국가면제'라는 방패 뒤에 숨었던 오랜 시간 동안에도, 피해자들과 대리인단은 결코 멈추지 않았습니다. 해외송달의 절차와 국제조약 해석, 각국의 판례와 학설 검토, 그리고 피해자 한 분 한 분의 절절한 증언을 법의 언어로 옮겨내기까지, 긴 시간의 노력이 이어졌습니다.

그 치열한 싸움의 결과로 우리 법원은 마침내 반인도적 범죄 앞에서 국가면제가 절대적인 원칙이 될 수 없다고 선언했습니다. 피해자의 재판받을 권리가 가해국 국가면제 특권보다 앞선다는 이 판결은 국제법의 새로운 방향을 제시한 역사적인 이정표로 남았습니다. 피해자들의 긴 투쟁이 법을 움직였고, 법은 마침내 인간의 존엄을 지켜야 할 마지막 울타리임을 증명했습니다.

우리는 피해자들의 존엄을 향한 여정과 그 길을 함께한 대리인단의 헌신을 새겨둡니다. 이 기록이 전쟁범죄와 국가폭력 앞에서 정의를 지키려 애쓰는 모든 이들에게 길잡이가 되고, 인권과 평화를 위해 힘쓰는 시민과 단체들의 든든한 발판이 되기를 빕니다.

진실은 결코 침묵 속에 묻히지 않습니다. 피해자들의 삶이 남긴 강인한 빛과 떨리는 목소리를 우리 모두의 가슴에 새기며, 오랜 세월 정의를 향해 걸어오신 할머니들께 진심으로 감사와 깊은 경의를 드립니다.

2026년 2월

민주사회를 위한 변호사모임

회장 윤복남

정의를 향한 새로운 문을 열어젖히다!

이나영 일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대 이사장 · 중앙대 교수

2023년 11월 23일, 늦가을의 차가운 공기가 서울고등법원 주변을 에워쌌지만 2심 판결을 기다리는 민사 33부 법정 안은 긴장감으로 뜨거웠다. 법정에 들어선 이용수 할머니와 나는 서로의 손을 꼭 잡았다. "주문. 1심 판결을 취소한다."[1] 구회근 부장판사의 한 마디를 듣자마자 방청석에선 놀라움과 감탄사가 여기저기서 터져 나왔다. 눈물이 났다. 휠체어에 탄 이용수 할머니를 모시고 법정을 빠져 나왔다. 할머니는 대기하고 있던 수많은 내외신 기자들을 향해 손을 번쩍 들고 "하늘에 계신 할머니들, 이겼습니다, 고맙습니다."를 연신 외쳤다. 2020년 11월 18일, 일본국 상대 손해배상청구 소송 6차 변론기일에서 이용수 할머니께서 증인으로 나와 말씀하셨듯, '거짓말'만 하는 일본 정부에 맞서 '마지막이라는 절박한 심정'으로 대한민국 '법'에 '호소'한 당사자들의 '억울함'을 2심 재판부는 외면하지 않았다. 각하 판결을 내렸던 1심 판결을 취소하면서 원고들의 손을 들어준 것이다.

오랜 세월이었다.

1 재판부는 각하 판결을 내렸던 1심 판결을 취소하면서 원고들의 청구금액(각 2억)과 이자를 피고에게 지불하라고 판결했다. "국제관습법은 항구적이고 고정적인 것이 아니"며, "국가면제와 관련된 국제법 체계가 개인의 재판청구권을 보호하는 방향으로 이행되고 있다"라고 선언하면서 국가면제를 배척했다. '대한민국 영토 안에서 대한민국 국민에 대해 발생한 불법행위에 관해서는 대한민국 법원이 재판권을 가진다'는 명쾌한 판단을 내렸다. 또한 '일본국이 전쟁 중 군인들의 사기 진작 등을 목적으로 조직적으로 위안소를 설치·운영하고, 당시 10대, 20대에 불과하였던 피해자들을 기망·유인하거나 강제로 납치하여 위안부로 동원하였'다고 명시하고, 원고인 피해자 한분 한분의 사례를 거론하면서 일본국의 반인도적 범죄행위를 재확인했다. 그리고 해당 판결은 피고 측인 일본 정부가 상고를 제기하지 않음에 따라 12월 9일(토) 0시 최종 확정되었다.

지금은 고인이 되신 김복동 할머니와 이용수 할머니 등 일본군 '위안부' 피해자들이 2016년 12월 28일 일본국을 상대로 손해배상청구소송을 제기한지 7여년 만이다. 1991년 12월, 김학순 할머니 등으로부터 시작되어[2] 국내외 피해자들이 일본, 미국, 중국 등지에서 진행한 법적 투쟁의 역사를 고려하면 32년 만이다. 소위 '관부재판'이라[3] 불리는 단 한 건을 제외하고는 번번이 국가면제나 소멸시효 등의 벽에 가로막혔던 그 기막힌 세월을 고려하면 너무 늦게 온 법적 정의 구현이 아닐 수 없다.

이 재판은 2015년 12월 28일, 박근혜 정부 시절, 한일 외교부 장관 기자회견에서 기습적으로 발표된 소위 '2015 한일합의'로부터 시작되었다. '2015 한일합의'는 일본 정부의 애매모호한 유감 표명, 법적 배상금이 아닌 위로금 10억 엔 출연으로 화해치유재단 설립, 이를 대가로 주한일본대사관 앞 소녀상 문제 협조, 국제사회에서 비난 · 비방 자제, 최종적 · 불가역적 해결을 한국 정부가 약속해 준 굴욕적 합의였다. 비공개를 전제로 "피해자 관련 단체 설득, 제3국 기림비 문제 해결, '성노예' 용어 사용 자제" 등 이면 협의까지 담긴 일방적이고 졸속적인 '정치적' 합의였다. 이에 분노한 피해자들과 한국정신대문제대책협의회(이하 '정대협')를 비롯한 지원단체들, 국내외 시민들은 연일 집회를 열고 항의를 지속했다. 화해치유재단의 위로금을 거부한 피해자들을 위해 거국적 모금운동을 벌여 정의기억재단(2016년)이 만들어졌다. 그 과정에서 일본국을 상대로 한 손해배상청구소송의 아이디어가 제기되었다. 오랫동안 강제동원, 일본군 '위안부' 문제 해결에 헌신해 온 경북대학교 법학전문대학원 김창록 교수는 정대협뿐만 아니라 민주사회를위한변호사모임(이하 '민변')에도 문의를 했다. 아니 사실상 소송을 추동했다. 당시로서는 극복하기 불가능해 보였던 국가면제의 벽을 넘어보자는 제안은 다행히도 일본군 '위안부' 문제해결 운동에 깊게 관여해 왔던 이상희 변호사를 비롯한 민변 변호사들을 움직였고 마침내 역사적인 소송이 시작되었다. 일본 정부에게 소장

2 '아시아태평양전쟁 한국인(조선인)희생자 보상청구소송'(김학순 포함, '위안부' 피해자 9명 포함)을 의미한다.

3 1992년 12월 25일, 하순녀, 박두리(이상 '위안부' 피해자) 외 2인이 야마구치 지방재판소 시모노세키 지부에 일본 정부의 공식 사죄와 배상을 요구하는 소송을 제기했다(일명, 관부재판). 이후 추가 제소가 이어져 최종 이순덕 포함 10명이 제소했으며, 1998년 4월 27일, 1심에서 최초로 부분 승소 판결('위안부' 원고 3인에게 '국가 입법 부작위에 따른 국가 배상' 인정 판결)을 받아냈다. 이후 2001년 3월 29일, 히로시마 고등재판소 항소심 판결에서 패소하고, 2003년 3월 25일, 상고 기각으로 최종 패소했다(하나후사 도시오·하나후사 에미코 저, 고향옥 역, 2021. 『관부재판』. 서울: 도토리숲.).

전달부터, 수많은 국내외 전문가들을 참고인으로 동원하는 문제, 피해자와 유가족들을 설득하고 돌보고 조직하는 문제, 여론 환기를 위해 국내외 심포지엄을 조직하는 문제, 1심 판결의 좌절을 극복하면서 지속적으로 법적 투쟁의 동력을 만들고 마침내 승소 판결을 받아내기까지 매 순간, 대리인단과 정의기억연대는[4] 흔들림 없는 연대로 난관을 극복해 갔다.

대리인단과 정의기억연대의 목표는 분명했다. 일본국과 일본군이 자행한 반인륜적 전쟁범죄를 확인하고 이를 역사에 기록하고 일본국의 '법적' 책임을 명확하게 밝힘으로써 다시는 이러한 범죄가 일어나서는 안 된다는 피해자들의 소망을 계승하는 것, 1965년 청구권협정이나 2015년 한일합의로 문제가 모두 해결되었다고 지속적으로 강변해 온 일본 정부에 대응하는 것, 무엇보다 피해자의 존엄과 명예를 회복하는 것이었다. 이를 통해 한국과 일본은 물론 국제사회의 각성과 시민사회의 초국적 연대를 촉구하는 의미도 컸다.

그러므로 승소 판결은 단순히 특정 재판부의 선의나 우연적 행운의 결과가 아니다. 한일 간 외교문제와 갈등으로 축소되거나 과거사에 대항한 '민족'의 승리로 읽혀서도 안 된다. 한국과 일본, 선악의 이분법적 대립구도와 피해 배상금의 문제로만 축소되어서도 안 된다. 지난 35여 년간 침묵의 두꺼운 얼음을 깨고 기꺼이 불의와 마주했던 한국의 여성들, 전 세계를 돌며 용감하게 증언했던 피해생존자들, 이들과 함께 피해자들의 명예를 되찾고 권리를 실현시키기 위해 헌신했던 세계 시민들, 활동가들, 법률가 및 연구자를 포함한 관련 전문가들의 몸과 마음, 시간과 에너지가 촘촘히 연결되고 이어진 결과물이다. 일본 제국주의 불법 식민지배와 반인도적 전쟁범죄에 대해 여전히 사실인정과 피해자에 대한 사죄, 배상이 이루어지지 않고 있는 현실에서, 고통과 저항, 분노와 공감, 진실과 평화를 향한 노력의 여정 속에 빼곡하게 쌓인 시간의 결과물이다. 시공간의 경계를 넘는 무수한 선한 마음들과 생명의 에너지가 축적된 결과다.

4 일본군성노예제문제해결을위한 정의기억연대는 정의기억재단과 정대협이 통합해 2018년 7월, 공식 출범하게 된다.

지금까지 왔던 것들의 지울 수 없는 흔적이며 앞으로 올 것들의 징조다.

이 의미 있는 소송과 승소판결은 새로운 문을 열었다. 하염없이 지연되고 있는 정의 앞에 좌절하고 있는 수많은 피해자들, 지금도 지구촌 곳곳에서 발생하고 있는 참혹한 전시성폭력, 국가폭력의 피해자들에게는 희망의 횃불이 되어 줄 것이다.

그런 의미에서 다시 한 번 대리인단에 진심으로 경의를 표하며, 단단한 연대의 마음을 보낸다. 마지막으로 판결 직후 기자회견장에서 피해자가 했던 말로 마무리하고자 한다. '이제 우리는 할 일을 다 했다. 일본은 법에 따라 빨리 공식적인 사죄를 하고 법적 배상을 해야 한다!' 일본 정부가 역사의 법정에 영원한 수인으로 남지 않길 바란다.

하늘천둥소리

엄창옥 정신대할머니와함께하는시민모임 이사장

집 베란다에 키다리 장군 선인장 두 줄기가 자라고 있습니다. 2025년 설날 서혁수 대표와 같이 박필근 할머니를 찾아뵈었을 때, 할머니 집 양지바른 툇마루 화분에서 겨울을 넘기고 있던 선인장 두 촉을 얻어 와서 심은 것입니다. 그런데 박필근 할머니 산골집은 시끄러웠습니다. 이번 초여름 〈위안부법폐지국민행동〉 사람들이 그 시골집까지 찾아와서 확성기를 켜놓고 조용한 산마을 쩌렁쩌렁 울리며 무슨 '진실을 밝힌다'고, '가짜 위안부'라고 퍼붓는 모욕과 비난을 고스란히 받으며, 할머니는 그의 여생을 견디고 있습니다.

그리고 2025년 대구에서 처음으로 'SM청라코러스'합창단(지휘 전효숙)이 피해자 할머니를 위한 '기림음악제'를 열었습니다. 조그마한 공연장이었지만 조용히 몰려오는 시민들의 발걸음은 마치 물결 같았으며, 공연장을 다 채우고 복도에도, 무대 앞 여분의 공간에도 접의자를 놓고 앉았습니다. 이용수 할머니는 '봄날은 간다'를 합창단원과 함께 한 곡조 하셨습니다. 슬프지만은 않았습니다.

그날 이용수 할머니는 '내가 독립군이다. 내가 해방을 안고 왔다' 하셨습니다. 우리는 그 뜻을 선뜻 알아차리기가 어려웠습니다. 80년 전 조국이 일본제국에서 해방이 되었어도 할머니에게는 참 해방이 오지 않았다고 하십니다. 그날의 어두움과 차가움이 아직 가시지 않았기 때문이겠지요. 일본이 진심으로 사죄하고 온전한 배상이 있어야, 그리고 한국과 일본 간의 참다운 화해의 교류가 있어야 비로소 해방이 오는 것이라고 말씀하십니다.

그렇습니다. 지난날들을 돌아보면, 관부재판(1992)이 있었고, 고노담화(1993)가 있었으며, 무라야마 담화(1995)가 있었고, 유엔의 조사보고서(1996, 1997)도 나왔고, 한국 헌법재판소의 위헌결정(2011)이 있었다 할지라도, 기만적인 2015년 합의, 2023년의 반역사적 조치들을 보면 할머니는 아직 해방은 오지 않았다고 생각하십니다. 할머니의 기억 속에는 아직 온 몸 따가운 전쟁이 끝나지 않은 것이겠지요.

그렇지만 2023년 11월 한국 서울고등법원 판결은 이용수 할머니에게는 하늘천둥소리였습니다. 그날 할머니는 이렇게 말했습니다. 언니들아, 이제 하늘나라 가도 내가 할 말이 있데이(있다). 이제 진짜 해방이 오나보다. 일본이 사죄를 안 해도 한국 법이 일본의 죄를 인정하고 일본더러 배상하라고 판결이 나왔다. '이제 법으로 이겼다'고 하늘을 우러러 두 손을 높이 드셨습니다. 유엔에서, 미국에서, 한국에서, 일본에서 아무리 소리쳐도 헛된 울림으로만 되돌아오던 할머니의 호소가 한국 법원에서 '법의 이름'으로 일본의 범죄 행위와 그에 대한 배상을 판결 받았으니, 이는 비로소 하늘이 열리고 천둥 같은 하늘님의 응답이 아니었겠습니까?

이용수 할머니에게는 이 하늘천둥소리는 전쟁이 끝났다는 울림이었던 것 같습니다. 그래서 독립을 쟁취한 독립군도 되신 것 같습니다. 이 얼마나 큰 위로입니까. 그간 수고해주신 분들에게 진심으로 감사를 드립니다. 그날 할머니는 대구로 돌아오셔서 두 다리 펴고 엎어져 하늘을 향해 엉엉 울었다고 합니다. 공식 사죄를 받고 법적 배상을 받고, 책임자도 정리하고, … 해서 이젠 사이좋게 지내는 평화로운 세상이 되었다는 그 오래된 기쁜 소식을 먼저 하늘나라 간 언니들에게 전하고 싶었겠지요.

그러나 이 꿈은 미완의 꿈으로 아직 남아 있습니다. 살아남은 자의 몫이 될 지도 모를 일입니다. 아, 그 꿈이 생전에 이루어지려면 할머니에게도 시간이 없지만, 할머니 앞에서 인류애적 사죄를 할 수 있는 시간이 일본에게도 얼마 남아 있지 않다는 사실을 일본이 알았으면 합니다.

존엄을 향한 외침, 온전한 시민권의 회복을 향하여

: 일본군 '위안부' 피해자들의 법정 투쟁 기록

이상희 민변 일본군 '위안부' 문제 TF 단장

1991년 8월 14일, 故 김학순 할머니의 첫 공개 증언은 오랜 세월 역사의 어둠 속에 갇혀 있던 진실을 세상 밖으로 끌어올린 용기 있는 결단이었다. 이 증언은, "힘의 논리"가 지배해 온 역사와 "국가 안보"라는 미명 하에 개인의 희생을 당연시했던 국가 중심의 질서에 대한 정면 도전이었다. 가부장적 사회가 강요해 온 침묵의 구조를 넘어 전시 성폭력 문제가 피해자 개인의 문제가 아니라 국제사회가 함께 다루어야 할 보편적 인권 문제로 제기되기 시작한 계기였다. 나아가 미완의 과제로 남아 있던 식민 지배의 책임을 어떻게 묻고 해결할 것인지에 대한 논의를 본격화하는 출발점이 되었다.

피해자들은 자신들의 고통이 전쟁 수행을 위해 어쩔 수 없는 일이 아니라 명백한 전쟁 범죄이자 반인도적 범죄였음을 천명하며 짓밟힌 인간으로서의 존엄을 회복하기 위해 세상 밖으로 걸어 나왔다.

이 백서는 그 존엄을 향한 치열한 '분투기'이자, 법의 보호 밖에 놓여있던 이들이 법의 주체로서 온전한 시민권을 획득해 나가는 위대한 여정의 기록이다. 이 백서는 무엇보다, 수차례의 좌절 속에서도 투쟁을 멈추지 않았던 피해자들의 용기와 인내에 대한 존중의 표현이다.

피해자들은 한일 양국 정부의 외교적 담합이나 방기 속에서도 좌절하지 않고, 일본국을 상대로 직접 법적 책임을 묻는 길을 택했다. 이 소송은 단순히 금전적 배상을 구하는 민사 분쟁이 아니었다. 중대한 인권침해를 저지른 국가가 '국가면제'라는 법리 뒤에 숨어 책임을 회피하는 것이 과연 정당한지를 묻는 근본적인 질문이었다.

한국 법원은 피해자들의 이 준엄한 질문에 응답하여, 국가면제 법리가 불변의 원칙이 아니며 반인도적 범죄 앞에서는 개인의 재판청구권과 인권이 우선해야 함을 확인해 주었다. 이로써 이 소송은 전통적인 국가 중심의 국제법 질서를 인권 중심의 새로운 국제질서로 재구성하는 계기를 마련하였다. 나아가 전쟁범죄와 공권력에 의한 인권침해에 대해 그 어떤 국가도 면죄부를 받을 수 없다는 확고한 원칙을 세우며 국제법의 새로운 지평을 여는 역사적 전환점이 되었다.

본 백서는 총 5장에 걸쳐 이 지난한 투쟁의 역사를 담아 낸다.

1장에서는 일본군 '위안부' 문제의 법정투쟁 과정을 다룬다.

일본군 '위안부' 피해자들은 1991년 8월 14일 김학순 할머니의 공개 증언 이후, 국제사회에 실태를 알리는 운동을 본격화하는 한편, 같은 해 12월 일본 정부의 책임을 묻기 위한 법정 소송을 시작하며 다각적인 투쟁을 전개했다. 비록 1991년부터 1993년까지 일본에서 제기된 총 4차례의 소송은 모두 패소하였고, 2000년 9월 미국 워싱턴 D.C. 연방법원에 한국, 필리핀, 대만 피해자들이 공동으로 제기한 소송 역시 2005년 '정치적 문제 불간섭'을 이유로 각하되었으나, 이들의 행보는 멈추지 않았다.

피해자들은 한국 정부의 적극적인 문제 해결을 촉구하며 2006년 헌법소원을 제기했고, 마침내 정부가 '위안부' 문제를 해결하기 위해 외교적 노력을 다해야 할 헌법적 의무가 있다는 결정을 이끌어 냈다. 그런데 박근혜 정부가 2015년 12월 28일 일본 정부의 명확한 법적 책임 규명 없이 이른바 '한일 위안부 합의'를 발표했다. 이에 대해 피해자들은 다시 한번 한국 정부를 상대로 헌법소원과 국가배상을, 일본국을 상대로 손해배상청구 소송을 제기하였다. 1장은 이처럼 불의에 타협하지 않고 사법적 정의를 구명해 온 피해자들의 끈질긴 법정 투쟁 과정을 정리한다.

2장에서는 일본국을 상대로 한 손해배상청구 소송의 주요 쟁점을 다룬다.

일본국을 상대로 한 소송은 시작점인 송달 단계에서부터 큰 어려움에 직면했다. 일본 정부는 해외송달에 관한 국제조약을 무시하고 해당 소송이 자국의 '주권 침해'에 해당한다는 이유를 내세워 반복적으로 송달을 거부했다. 무엇보다 이 사건의 가장 큰 걸림돌은 국가면제 법리였다. 주권 국가는 타국의 재판에서 피고가 될 수 없다는 이 원칙을 넘어서기 위해, 대리인단은 소 제기 이전은 물론 7년간의 소송 기간 내내 국내외 논문과 판례를 확인하고 연구하는 데 집중했다. 또한 이 장에서는 일본군 '위안부' 문제의 구체적인 위법행위와 위법성의 근거, 구체적인 피해 사실을 쟁점별로 정리하여 제시한다.

3장에서는 손해배상청구 소송의 1심과 2심(항소심)의 진행 경과를 일자별로 기록한다. '국가면제'를 이유로 소가 각하되었던 1심부터, 국제관습법의 변화와 피해자의 재판청구권을 인정하여 마침내 역사적인 승소 판결이 선고된 2심에 이르기까지 소송이 전개된 전체 절차와 과정을 시계열 순으로 충실히 담아낸다.

4장에서는 일본군 '위안부' 피해자들의 존엄과 인권 회복을 위해 기나긴 여정을 함께 해 온 이들의 목소리를 담는다. 국내 학자, 일본 변호사, 지원단체를 비롯해 대리인단의 글을 수록했다. 특히 기나긴 소송을 진행하며 대리인단과 피해자 할머니들이 쌓아 올린 유대감, 그리고 승소를 위해 해외의 국제법 전문가를 섭외하고 연대했던 이야기를 통해, 법리 논쟁 이면에 자리했던 치열한 고민과 연대의 순간들을 조명한다.

5장에서는 주요 소송기록과 민주사회를위한변호사모임(일본군 '위안부' 문제 대응 TF)의 성명서 및 보도자료, 소송 관련 기사를 수록한다.

7년에 걸친 방대한 소송 기록 가운데 역사적 · 법률적으로 중요한 핵심 자료들을 엄선했다. 특히 피고 일본국이 소장 송달을 거부하고 재판에 전혀 협조하지 아니하여 대리인단은 매회 변론기일 전날 보도자료를 배포하여 소송 진행 계획과 입장을 밝혀야만 했다. 이 보도자료들은 소송의 경과를 충실히 담아낸 기록이다.

백서 발간을 위해 수고를 아끼지 않은 권태윤, 김예지, 류광옥, 류다솔, 선수지, 양성우, 이동준, 장완익, 전다운 변호사께 감사를 드린다. 이들은 소송대리인단의 '국가면제팀'으로 활동하면서 국가면제 법리와 관련한 국내외 판례와 학설, 국제법 자료를 방대하게 수집 · 검토함으로써 소송의 이론적 토대를 다지는데 중요한 역할을 하였다.

아울러 이 소송을 처음 기획하고 시작하는 단계부터 다방면으로 지원을 아끼지 않은 일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대와 정신대할머니와함께하는 시민모임, 그리고 국제 인권과 일본군 '위안부' 문제에 헌신하며 깊은 통찰과 혜안으로 법리적 돌파구를 함께 모색해 주신 국내외 법률가 및 연구자들께도 이 지면을 빌려 진심어린 연대와 감사의 인사를 전한다.

무엇보다 이 위대한 소송의 궤적을 역사에 남길 수 있었던 것은 그 어떤 고난 앞에서도 포기하지 않고 끝까지 인간의 존엄을 위해 투쟁하신 피해자분들과 유족들이 계셨기에 가능한 일이었다. 참혹한 고통 속에서도 세상을 향해 진실을 외치며 결코 멈추지 않고 나아가신 피해자분들께 한없는 존경과 감사를 바친다.

이 백서는 단순히 지나간 재판의 기록이 아니다. 이것은 국가 폭력과 전쟁 범죄에 맞서 인간의 존엄을 지키려 했던 피해자들의 투쟁의 역사이자, 21세기 인류에게 남겨진 소중한 자산인 '새로운 권리장전'의 기록이다. 피해자들이 눈문과 땀으로 써 내려간 이 권리장전이 죽은 문자로 남을지, 아니면 오늘날에도 세계 곳곳에서 계속되는 전쟁범죄 현장에서 정의를 실현하는 '마그나 카르타'가 될지는 이제 남은 우리의 노력에 달려 있다. 부디 이 백서가 피해자들이 열어놓은 인권과 평화의 길을 잃지 않고 굳건히 이어가는데 단단한 이정표가 되기를 바란다.

1장

법적 투쟁 과정

1. 일본군 '위안부' 운동에서의 법정 투쟁 연혁

1) 들어가며

일본군 '위안부' 피해자들은 국제적인 사법적 해결을 모색하기 위해 여러 차례 소송을 제기하였다. 이들은 일본 정부를 상대로 일본 재판소뿐만 아니라 미국 법원에도 손해배상청구 소송을 제기하였다.

그러나 일본 재판소에서 제기된 4건의 소송은 모두 최종적으로 원고 패소로 마무리되었다. 일본 재판소는 '국가무책임의 법리', '제척기간 경과', '한일 청구권협정' 등을 주요 근거로 들어 피해자들의 청구를 최종적으로 기각했다.

미국에서도 상황은 다르지 않았다. 피해자들이 미국 워싱턴 D.C. 연방법원에 제기한 소송은 미국 외국국가면제법(Foreign Sovereign Immunities Act, 이하 'FSIA')[1]의 벽에 부딪혔다. 미국 법원은 일본 정부의 행위가 주권적 행위이므로 재판권이 없다고 판단하며 소송을 각하하였다.

이처럼 피해자들은 일본과 미국에서 모두 법적 구제에 실패하였으나, 피해자들의 용기 있는 소송은 일본군 '위안부' 문제를 단순한 역사적 사실을 넘어 국제적인 인권 문제로 공론화하는 중요한 계기가 되었다.

---

1 미국 외국국가면제법(Foreign Sovereign Immunities Act, FSIA)은 1976년 제정된 연방 법률로, 외국 국가(및 그 하위 기관, 국유기업)를 상대로 한 민사 소송에서 미국 법원의 재판 관할권을 규정하는 법률이다. 구체적으로, 외국 국가는 미국 법원의 재판권으로부터 면제된다(Immune)는 것을 원칙으로 하면서도, 제1605조~1607조에 따라 특정 상황에서는 외국 국가도 면제를 주장할 수 없으며, 이 경우 미국 법원이 재판 관할권을 가진다고 규정하고 있다.
이 법률명을 한국어로 직역하면 '외국주권면제법'이 더 정확할 수 있으나, 현대 국제법에서는 국가의 우월적 지위나 왕실/군주의 면책에서 유래한 '주권면제(soverign immunity)'보다 국가를 하나의 법적 주체로 보는 '국가면제(state immunity)'라는 용어가 더 범용적으로 사용되고 있다. 본 백서에서는 해당 법률과 법리를 각각 '외국국가면제법(FSIA)' 또는 'FSIA' 그리고 '국가면제'라고 서술한다.

2) 일본에서의 일본군 '위안부' 소송

가) 소송의 배경 및 개요

일본군 '위안부' 문제는 일제의 침략전쟁 과정에서 정부와 군의 주도하에 여성들을 강압적으로 동원하여 성노예를 강요한 반인도적 범죄이다. 그러나 1945년 패전 이후 한국 사회의 가부장적 분위기 속에서 피해자들은 오랫동안 침묵을 강요당하였다. 또한 냉전이라는 국제 정세와 한국의 권위주의 정권은 일본에 대한 식민 지배 책임을 정면으로 추궁하기 어려운 환경을 조성하였다.

1990년대 초 냉전체제가 붕괴하고 민주화가 진전되면서 새로운 움직임이 시작되었다. 특히 1991년 김학순 할머니가 처음으로 공개 증언에 나서면서 일본군 '위안부' 문제는 비로소 전 세계적으로 공론화되었다.

피해자들의 용기 있는 증언과 한국정신대문제대책협의회(정대협) 등 시민단체의 노력은 일본 정부에 대한 책임 추궁으로 이어졌다. 당시 일본 정부는 1965년 「대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」(이하 '1965년 청구권협정')에도 불구하고 개인의 청구권이 소멸하지 않았으며, 재판소 판결에 따르겠다는 입장을 표명하였다. 이에 따라 피해자들은 일본 정부를 상대로 소송을 제기하게 되었다.

나) 소송의 내용

일본에서 제기된 한국인 '위안부' 피해자 관련 소송은 총 4건이며, 각 소송의 주요 내용은 다음과 같다.

① 태평양전쟁 희생자 유족회 소송

▲ 제소일: 1991년 12월 6일(1992년 4월 13일 추가 제소된 소송과 병합)

▲ 원고: 총 40명('위안부' 피해자 8명, 군인 · 군속 및 그 유족 32명)

▲ 청구내용: 손해배상 및 손실 보상

▲ 주요 쟁점: 국제법 위반, 국가무책임의 법리, 소멸시효, 한일 청구권협정의 효력

▲ 판결 및 결과

- 도쿄 지방재판소(2001. 3. 26. 판결): 원고 청구를 기각하였다. 재판소는 국제법상 개인의 민사 청구권이 인정되지 않으며, 국가무책임의 법리가 적용되고 제척기간이 경과하였다고 판단하였다[사건번호: 平成3年(ワ)17461号, 平成4年(ワ)5809号].
- 도쿄 고등재판소(2003. 7. 22. 판결): 국가무책임의 법리를 부정하고 일부 불법행위를 인정하였으나, 재산권 조치법 및 제척기간을 이유로 원고의 항소를 기각하였다[사건번호: 平成13年(ネ)2631号].
- 최고재판소 (2004. 11. 29. 판결): 상고 기각. 재산권 조치법과 은급법의 국적 조항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.[사건번호: 平成15年(オ)1895号]

② 대일 민간 법률구조회 소송

▲ 제소일: 1992년 8월 28일

▲ 원고: 독립운동가 유족, 징용, 군인 · 군속, 근로정신대, '위안부' 피해자 및 유족 등 369명

▲ 청구내용: 일제강점, 분단, 한국전쟁에 대한 원상회복, 손해배상, 공식 사죄 책임 확인

▲ 주요 쟁점: 국제법 위반, 국가무책임의 법리, 입법부작위

▲ 판결 및 결과:

- 도쿄 지방재판소(1996. 3. 25. 판결): 원고의 청구를 각하 및 기각하였다. 재판소는 확인의 이익이 없으며, 국제법이 개인의 구제 권리를 인정한 것이 아니라고 판단하였다[사건번호: 平成4年(ワ)14914号].
- 도쿄 고등재판소(1999. 8. 30. 판결): 항소를 기각하였다. 재판소는 입법부작위 책임은 헌법 명문에 반하는 예외적 경우에만 인정된다고 판단하였다[사건번호: 平成8年(ネ)2481号].
- 최고재판소(2003. 3. 27. 판결): 상고를 기각하였다.

③ 부산 일본군 '위안부' · 근로정신대 소송 (일명 '관부재판')

▲ 제소일: 1992년 12월 25일

▲ 원고: 부산 지역 '위안부' 피해자 3명, 근로정신대 피해자 7명

▲ 청구내용: 공식 사죄 및 손해배상

▲ 주요 쟁점: 국제법 위반, 입법부작위, 한일 청구권협정의 효력

▲ 판결 및 결과:

- 야마구치 지방재판소 시모노세키 지부(1998. 4. 27. 판결): 근로정신대 원고의 청구는 기각한 반면, '위안부' 원고들에 대하여는 입법부작위에 따른 위자료 30만 엔 지급을 명하였다. 이 판결은 일본군 '위안부' 문제의 반인도적 성격을 인정하고 일본 국회의 배상 입법 의무를 인정하였다는 점에서 중요한 의미를 가진다[사건번호: 平成4年(ワ)349号 등].
- 히로시마 고등재판소(2001. 3. 29. 판결): 1심 판결을 파기하고 원고 전면 패소 판결을 선고하였다. 재판소는 입법부작위 책임은 입법부의 재량적 판단에 맡겨져 있다고 판단하며 청구를 기각하였다[사건번호: 平成10年(ネ)278号 등].
- 최고재판소(2003. 3. 25. 판결): 상고를 기각하였다.[사건번호: 平成15年(受)第724号].

④ 재일 한인 일본군 '위안부' 송신도 소송

▲ 제소일: 1993년 4월 5일

▲ 원고: 재일 한국인 '위안부' 피해자 송신도

▲ 청구내용: 사죄문 교부, 국회에서의 공식 사죄, 위자료 1,200만 엔

▲ 주요 쟁점: 국제법 위반, 국가무책임의 법리, 소멸시효, 명예훼손, 입법부작위

▲ 판결 및 결과:

- 도쿄 지방재판소(1999. 10. 1. 판결): 원고의 청구를 기각하였다. 재판소는 노예금지 조약 등이 개인의 직접 청구권을 인정하는 것이 아니며, 국가무책임의 법리가 적용된다고 판단하였다[사건번호: 平成5年(ワ)6152号].
- 도쿄 고등재판소(2000. 11. 30. 판결): '위안소' 운영이 불법행위임을 인정하였으나, 제척기간 경과를 이유로 청구를 기각하였다[사건번호: 平成11年(ネ)5333号].
- 최고재판소 (2003. 3. 28. 판결): 상고를 기각하였다.[사건번호: 平成13年(受)第1707号].

다) 일본 재판소의 판결 경향

일본 법정에서 진행된 '위안부' 소송은 모두 최종 패소로 귀결되었다. 이는 대부분의 판결이 국가무책임의 법리, 소멸시효 및 제척기간, 그리고 한일 청구권협정을 주요 근거로 제시하였기 때문이다. 특히 시간이 지날수록 1965년 청구권협정이 핵심적인 배척 근거로 자리 잡았다.

일본 최고재판소는 '샌프란시스코 조약의 틀'이라는 독자적인 논리를 통해 이러한 판결을 정당화하였다. 이 논리의 핵심은 샌프란시스코 평화조약과 그 후속 협정들이 전쟁으로 인한 모든 청구권을 상호 포기하는 틀을 만들었다는 것이다. 이에 따라 일본과 조약을 맺은 국가는 물론, 한국처럼 조약 당사국이 아닌 국가와의 관계에서도 청구권의 실체가 소멸한 것은 아니지만, 재판을 통해 구제를 청구할 권리(소권)는 상실되었다고 판단하였다. 결국 일본 최고재판소의 입장은 '권리는 있지만 소송을 할 수는 없다'는 것이었으며, 이는 사실상 피해자들의 사법적 구제를 막는 결과를 초래하였다.

그러나 부산 일본군 '위안부' · 근로정신대 소송의 1심 판결처럼, 일본 재판소 스스로가 피해자들의 인권침해와 일본 정부의 책임을 일부 인정한 예외적인 사례도 존재한다는 점은 주목할 만하다. 이는 일본군 '위안부' 문제가 과거의 문제가 아닌 현재에도 해결해야 할 근원적인 인권 문제라는 점을 보여준 것이다.

3) 미국에서의 일본군 '위안부' 소송

가) 소송의 배경 및 개요

2000년 9월 18일, 한국, 중국, 필리핀, 대만 등 4개국의 일본군 '위안부' 피해자 15명이 일본 정부를 상대로 미국 워싱턴 D.C. 연방지방법원에 손해배상 및 공식 사과를 청구하는 소송을 제기하였다. 당해 소송은 피해자와 가해국 모두 미국과 직접적인 관계가 없는 제3국 소송이었다는 점에서 독특한 의미를 가진다.

미국에서의 '위안부' 소송은 홀로코스트 소송과 같은 선례를 참고하여 시작되었다. 홀로코스트 피해자 소송은 결국 독일 정부와 기업의 보상금 기금 조성으로 타결되었는데, 이는 재판 결과뿐만 아니라 소송을 통한 정치적 · 사회적 압박의 중요성을 보여주었다. 또한 1988년 미국 정부가 제2차 세계대전 당시 일본계 미국인 강제수용에 대해 공식 사과하고 배상한 사례도 영향을 미쳤다.

'위안부' 소송 이전에 이미 한국인 강제징용 피해자들이 일본 기업을 상대로 미국에서 소송을 제기하면서, 미국 법정이 일본의 전쟁범죄에 대한 피해자 구제 공간으로 활용되기 시작하였다. 이러한 흐름 속에서 일본군 '위안부' 소송은 4개국이 함께한 공동소송이자 집단소송의 형태로 제기되었고, 피해자들은 외국인불법행위청구법(ATCA)에 근거하여 미국 법원에 일본 정부의 불법행위에 대한 판단을 요청하였다.

나) 소송의 내용

미국에서의 '위안부' 소송은 2000년 9월 18일 제기되어 2006년 2월 21일 최종적으로 종결되기까지 5년 5개월여 동안 진행되었다. 이 소송에서는 본안 심리가 아닌 관할권 유무가 주된 쟁점이 되었는데, 일본 정부는 원고들의 주장을 반박하지 않고 소송 자체가 미국 법원의 관할권 밖에 있다고 주장하였다.

반면, 원고들은 FSIA의 예외 조항이 적용되어야 한다고 주장하였다. 즉 일본군의 '위안소' 운영은 군표를 사용하는 등 사실상 상행위의 외관을 띠었으므로 FSIA가 규정한 '상업적 활동'의 예외에 해당한다는 것이었다.

이외에도 원고들은 일본이 포츠담 선언을 통해 국제법 준수와 책임을 선언함으로써 국가면제를 명시적 또는 묵시적으로 포기한 것으로 보아야 한다는 면책특권 포기 주장과, 일본의 전쟁범죄는 국제법상 강행규범 위반이므로 국가는 이에 대해 국가면제 특권을 주장할 수 없다는 강행규범 위반 주장 등을 전개하였다.

다) 법원의 판단

FSIA는 외국 국가의 주권적 행위에 대해 미국 법원의 재판권으로부터 면제되는 원칙을 규정한다. '위안부' 소송에서는 일본 정부의 행위가 FSIA의 예외 조항에 해당하는지 여부가 치열하게 다투어졌다.

그런데 미국 연방지방법원, 연방항소법원, 연방대법원에 이르는 모든 심급에서 '위안부' 소송은 소각하 판결을 받았다. 이는 재판부가 원고의 주장 자체를 기각한 것이 아니라, 본 사건 자체가 미국 법원의 관할권에 속하지 않는다고 판단하였기 때문이다.

구체적으로, 1심 연방지방법원(2001. 10. 4. 판결[2])은 일본이 국가면제 특권을 포기한 바 없으며 '위안소' 운영이 상업적 활동이 아니라고 판단하였다. 또한 강행규범 위반만으로 국가면제를 묵시적으로 포기하였다고 볼 수 없다고 판시하였다. 이는 FSIA의 예외 규정을 확대 해석할 수 없다는 기존 판례에 따른 것이었다. 그리고 설령 법원에 관할권이 인정된다고 가정하더라도, 이 사건은 사법적 판단이 불가능한 정치적 사안으로서 정부 간의 협정으로 해결해야 할 문제라고 보았다.

2심 연방항소법원(2003. 6. 27. 판결[3])은 1심의 판단을 재확인하고, FSIA가 1952년 이전의 행위에는 적용되지 않는다는 논리를 추가하였다.

연방대법원(2004. 6. 14. 파기환송 판결[4])은 FSIA의 소급적용 여부에 대한 판단을 다시 검토하라고 항소법원으로 환송하였으나, 최종적으로 재심리한 연방항소법원(2005. 6. 28. 판결[5])과 연방대법원(2006. 2. 21. 판결[6])은 다시 소각하 결정을 내렸다.

---

2 US District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 00-02233 (D.D.C. 2001).

3 US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 01-7169 (D.C. Cir. 2003).

4 Supreme Court of the United States, No. 03-741, 542 U.S. 901 (2004).

5 US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 03-5070, 413 F.3d 45 (D.C. Cir. 2005).

6 Supreme Court of the United States, No. 05-334, cert. denied, 546 U.S. 1001 (2006).

라) 소송의 의의 및 한계

미국에서의 '위안부' 소송은 최종적으로 패소하였으나, 여러 가지 의의와 한계를 동시에 드러내었다.

먼저 이 소송은 '위안부' 문제를 한국과 일본간 양국 관계를 넘어 국제적인 인권 문제로 격상시키는 계기가 되었다. 일본 정부에 대한 국제적 비난 여론이 조성되었고, 소송 과정에서 '위안부' 제도의 반인도적 성격이 다시 한번 공론화되었다. 또한 국제사법 시스템을 통해 정의를 실현하려는 피해자들의 노력을 보여준 중요한 사례로 평가받는다.

그러나 소송의 결과는 FSIA라는 법률적 장벽에 부딪혔다는 한계를 명확히 보여주었다. 또한 홀로코스트 소송과 달리 한국 정부와 언론, 국민의 관심과 지원이 부족하였던 점도 아쉬운 부분으로 지적된다.

4) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정

가) 결정의 요지

2011년 8월 30일, 헌법재판소는 일본군 '위안부' 피해자들이 제기한 헌법소원 심판에서 대한민국 정부(외교통상부)가 일본에 대해 1965년 청구권협정 제3조에 따른 분쟁해결 절차로 나아갈 의무가 있다고 결정하였다. 이 결정은 외교 행위에 폭넓은 재량이 허용되더라도, 국민의 헌법상 기본권 보호 의무를 명백히 위반한 경우에는 사법 심사의 대상이 될 수 있음을 분명히 하였다.

헌법재판소는 특히 다음 사항들을 결정의 근거로 제시하였다.[7]

① 일본군 '위안부' 문제는 일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위로서, 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국에 대해 가지는 배상청구권의 실현은 무자비하게 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로 배상청구권의 실현을 가로막는 것은 **헌법상 재산권 문제에 국한되지 않고 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련된 것**이다. 배상청구권이 갖는 이러한 의미 때문에 구제가능성이 있는 이상 피해자들이 일본국에 대한 배상청구가 최종적으로 부인되는 결론이 나올 위험성도 기꺼이 감수하겠다고 한다면 국가는 피해자들의 의사를 충분히 고려하여야 한다. 일본국의 법적 책임과 피해자들이 갖는 배상청구권은 단순히 재산적 의미를 떠나 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 회복하는 의미를 가진다.

② 외교행위는 폭넓은 재량이 허용되는 영역이지만, 헌법상 기본권보호의무에 대한 명백한 위반이라고 판단되는 경우에는 사법심사의 대상이 되어 위헌이 선언되어야 한다.

③ 외교행위에서 재량은 침해되는 기본권의 중대성, 기본권침해 위험의 절박성, 기본권의 구제가능성, 진정한 국익에 반하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 기본권 기속성에 합당한 범위 내로 제한된다.

④ 헌법 전문, 제10조, 제2조 제2항 및 한일청구권협정 제3조 제3조의 문언에 비추어 볼 때, 피청구인이 위 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나아갈 의무는 일본국에 의해 자행된 조직적이고 지속적인 불법행위에 의하여 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민이 배상청구권을 실현할 수 있도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청에 의한 것으로서, 그 작위의무가 헌법에서 유래하여 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우이다.

⑤ 피해자들의 일본에 대한 배상청구권의 실현 및 인간으로서의 가치와 회복을 하는데 있어 현재의 장애상태가 초래된 것은 우리 정부가 청구권의 내용을 명확히 하지 않고

7 아래 내용은 위 헌재 결정 중 일부 내용만을 발췌·요약한 것이다.

"모든 청구권"이라는 포괄적 개념을 사용하여 청구권협정을 체결한 것에도 책임이 있으므로 한국 정부에게 장애상태를 제거하는 행위로 나아갈 구체적 의무가 있다.

⑥ 일본에 대한 피해자들의 배상청구권 문제를 도외시한 외교적 조치는 작위의무의 이행에 포함되지 않는다.

⑦ 분쟁해결노력은 지속적으로 추진되어야 하고 더 이상 외교상의 경로를 통하여 해결할 수 있는 방법이 없다면 청구권협정 제3조에 따라 중재회부절차로 나아가야 한다.

나) 결정의 중요성 및 평가

헌법재판소의 이 결정은 여러 가지 중요한 의미를 가진다.

첫째, 이 결정은 외교 행위가 무한한 재량권을 가지는 것이 아니라, 국민의 기본권 보장이라는 헌법적 가치에 따라 제한된다는 점을 분명히 하였다. 이는 일본군 '위안부' 문제와 같은 중대한 인권 침해 사안에 대해 국가가 소극적으로 대응하는 것을 용납하지 않겠다는 강한 메시지를 전달한 것이다.

둘째, 헌법재판소는 피해자들의 배상청구권이 단순히 금전적 보상 차원이 아니라, 인간의 존엄 회복과 역사적 정의를 실현하는 데 필수적인 권리임을 명확히 하였다. 이는 이후 '위안부' 문제 해결에 있어 인도주의적 차원의 접근을 넘어서 법적 책임을 추궁하는 것이 핵심임을 강조하는 근거가 되었다.

셋째, 이 결정은 한국 정부가 일본을 상대로 '위안부' 문제에 대한 분쟁해결 절차에 나서야 할 의무를 부여하였다. 그러나 이후 2015 한일합의는 이 결정을 무시하고 분쟁해결 절차 없이 외교적으로만 마무리되었다. 이 때문에 일각에서는 헌법재판소 결정의 한계에 대한 비판이 제기되기도 하였으나, 헌법재판소가 이미 '배상청구권 문제를 도외시한 외교적 조치는 의무 이행에 포함되지 않는다'는 점을 분명히 명시하였기 때문에, 2015 한일합의의 문제점은 이 결정의 한계라기보다는 정부의 의무 불이행에 있다는 평가가 지배적이다.

2. 일본국을 상대로 한 손해배상 청구 소송의 제기 경위

1991년 8월 14일, 고(故) 김학순 할머니가 최초로 일본군 '위안부' 피해 사실을 공개 증언한 이후, 일본군 '위안부' 문제는 국내외적으로 본격적인 진상규명과 책임추궁의 단계로 들어섰다. 그러나 한국 정부는 노태우 정권 이래 김대중 정부에 이르기까지 일본 정부에 진상규명을 촉구하는 데 그쳤으며, 일본 정부의 법적 책임을 전면적으로 추궁하지는 않았다.

1997년 1월 11일, 김영삼 대통령은 일본의 「여성을 위한 아시아평화국민기금」(이하 '국민기금')이 한국 정부와 피해자의 의사를 무시하고 일시금 지급을 강행한 데 대해 유감을 표명하며 피해자와 피해자단체가 받아들일 수 있는 해결 방안을 강구할 것을 촉구하였다. 김대중 대통령 또한 일본 정부의 법적 책임을 인정해야 한다는 입장을 밝히며, 국민기금 방식에 반대하고 개인 보상에 나서야 한다는 입장을 밝혔으나 일본 정부에 공식적인 배상이나 법적인 조치를 외교 경로를 통해 직접 요구하지는 않았다.

강제동원 피해자들은 1995년 12월 11일 일본의 히로시마 지방재판소에 일본 정부와 미쓰비시 중공업을 상대로 손해배상 소송을 제기하였으나 1999년 3월 25일 패소하였다. 이에 강제동원 피해자들은 2000년 5월 1일 부산지방법원에 미쓰비시 중공업을 상대로 동일한 손해배상 소송을 제기하였다. 한국 법원에 일본 정부를 피고로 세울 경우 발생할 수 있는 관할권 행사의 현실적 제약(국가면제 법리[8])과 절차적 난항을 깊이 고려하였다. 이에 소송의 실질적인 진행과 피해 구제를 위해, 당시 미쓰비시 중공업의 연락사무소가 있는 부산에서 미쓰비시 중공업만을 상대로 소송을 제기하였던 것이다.

8 2000년 12월 8일부터 12일까지 도쿄에서 '2000년 일본군성노예전범 여성국제법정'이 열렸다. 도쿄 국제전범법정이 일본군 '위안부'와 관련된 전범들을 처벌하지 못한 한계를 극복하기 위하여 히로히토 등 전범들을 피고인으로 열린 민간 법정인데, 일본 정부의 국가 책임도 동시에 추궁하였다. 여성국제법정 재판부는 2001년 12월 4일 헤이그에서 최종 판결을 선고하였는데 '국가책임 원칙의 적용은 타당하며 일본 정부는 일본군 성노예 제도와 이로 인하여 계속되는 의무위반으로 인한 손해에 대한 책임이 있다'고 판단하였다.

그런데 이 소송에서 미쓰비시 중공업은 일본 소송에서와 마찬가지로 1965년 청구권협정에 의하여 모두 해결되었다는 주장을 하였다. 위 사건의 원고들은 1965년 청구권협정에 대한 한국 정부의 입장이 무엇인지를 외교통상부에게 묻기로 하여 사실조회와 문서송부촉탁을 하였으나 외교통상부는 외교상의 사유로 이를 거절하였다. 이에 일본군 '위안부' 피해자와 강제동원 피해자들은 2002년 외교통상부[9]를 상대로 "1952년부터 1965년까지 사이에 있었던 대한민국과 일본 국교정상화를 위한 한일회담 관련 회의록 등"에 대하여 정보공개청구를 하였다. 그러나 외교통상부는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조 제1항 제2호에서 정한 '공개될 경우 국가안전보장 · 국방 · 통일 · 외교관계등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있다고 인정되는 정보'에 해당한다는 이유로 정보공개를 거부하였다. 위 청구인들은 서울행정법원에 2002년 10월 11일 외교통상부장관을 상대로 정보공개거부처분 취소 소송을 제기하였다. 서울행정법원은 공개 청구한 1965년 청구권협정 관련 문서 중 청구권과 관련이 있는 5건에 대하여 청구를 인용하였다(서울행정법원 2004. 2. 13. 선고 2002구합33943 판결). 위 판결에 대하여 원, 피고 모두 항소하였는데, 이후 정부는 전면적인 문서 공개를 검토하기로 하고 2005년 1월 7일 민관 공동으로 '한일수교 문서공개등 대책기획단'을 설립하였다. 이어 외교통상부는 2005년 3월 2일 '한일수교회담 문서공개전담심사반'을 구성하여 2005년 8월 26일 대부분의 문서를 공개하였다. 문서 공개 당일, 정부는 정책적 결론을 내리기 위해 국무총리와 민간 위원장이 공동으로 이끄는 '한일회담 문서공개 후속대책 관련 민간공동위원회'를 열었다. 이 위원회는 공개된 문서를 바탕으로 1965년 청구권협정의 법적 효력 범위, 1965년 청구권협정 협상 당시 한국정부가 일본정부에 대하여 요구했던 강제동원 피해보상의 성격 및 무상자금의 성격, 1975년 한국정부 보상의 적정성 문제, 정부 지원 대책, 일제 강점하 반인도적 불법행위에 대한 외교적 대응방안 등에 대한 정부의 최종 공식 의견을 정리하여 아래와 같이 발표하였다.

9 사건 발생 당시의 부처 이름을 표시하기로 한다.

1. 1965년 청구권협정은 기본적으로 식민지배에 대한 배상이 아니라, 샌프란시스코 평화조약 4조에 기초하여 한일 양국간의 해방 전 재정적 · 민사적 채권 · 채무를 해결하기 위한 것이다.
2. 일본군 '위안부' 문제 등 일본정부 · 군 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 한일청구권협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없고, 일본 정부의 법적 책임이 남아 있다.
3. 사할린동포, 원폭피해자 문제도 한일청구권협정 대상에 포함되지 않았다.

정부는 민관공동위원회의 위 검토 결과를 수용하고 불법행위에 대한 손해배상청구의 문제가 처음부터 1965년 청구권협정의 대상에 포함되지 않았다고 공식적으로 인정했다. 그리고 일본군 '위안부' 문제에 대해 일본 정부의 법적 책임을 인정하며 외교적 보호권을 행사할 수 있음을 천명하였다. 이에 일본군 '위안부' 피해자 할머니들과 원폭 피해자들이 외교통상부에 외교적 보호권의 행사를 요청하였다. 그러나 정부는 "일본 측과 소모적인 법적 논쟁으로 발전될 우려가 있다"고 하면서 일본정부를 상대로 별도의 조치를 하지 않겠다는 입장을 표명하였다. 결국 정부는 한편으로는 해당 사안이 1965년 청구권협정으로 해결되지 않았음을 인정하면서도, 다른 한편으로는 그에 상응하는 구체적 외교적 보호권 행사는 하지 않겠다는 태도를 유지하였다.

한국 정부가 외교적 보호권을 행사하지 않으면 피해자들이 자신의 권리를 실질적으로 구제받기 어려운 상황에서, 1965년 청구권협정 제3조[10]에 규정된 분쟁해결절차를 이행할 의무가 있는지 여부가 새로운 쟁점으로 제기되었다. 외교행위는 일반적으로 국가의 광범위한 재량이 인정되는 영역이지만, 일본군 '위안부' 문제와 같이 중대한 인권침해에 해당하는 사안에서 국가가 해당 절차를 이행할 작위의무를 부담할 수 있는지가 문제된 것이다.

이에 일본군 '위안부' 피해자들이 2006년 7월 5일 외교통상부 장관의 부작위를 대상으로 헌법재판소에 헌법소원을 제기하였는데, 헌법재판소는 2011년 8월 30일 선고한 결정(2006헌마788)에서, 일본 정부의 법적 책임을 전제로 한국 정부가 1965년 청구권협정 제3조에 따른 분쟁해결절차를 이행하지 않은 것은 피해자들의 기본권을 침해한 위헌적인 부작위라고 판단하였다.

이에 따라 한국 정부는 2011년 9월과 11월 두 차례에 걸쳐 일본 정부에 1965년 청구권협정 제3조에 근거한 협의를 공식 요청하였으나, 일본 정부는 "모든 청구권 문제는 1965년 청구권협정으로 이미 최종 해결되었다"는 입장을 반복하며 외교적 협상을 거부하였다.

이명박 대통령은 2011년 12월 18일 한 · 일 정상회담에서 일본 정부에 '위안부' 문제의 우선적 해결을 촉구하였고, 2012년 3월 사사에 겐이치로(佐々江 賢一郎) 당시 일본 외무성 사무차관이 방한하여 이른바 '사사에안(案)'을 제시하였다. 사사에안은 ① 일본 총리의 사과, ② 주한 일본대사의 피해자 면담 및 사과, ③ 일본 정부 예산을 통한 피해자 보상을 포함하고 있었다. 그러나 일본 정부가 법적 책임(사실 인정과 그에 기초한 후속조치)을 인정하지 않아 협상은 결렬되었다.

박근혜 정부는 출범 초기부터 "일본군 '위안부' 문제의 해결 없이 정상회담도 없다"는 입장을 표명하며 대일 강경 자세를 유지하였다. 2014년 4월, 미국 대통령(버락 오바마)의 아시아 순방을 앞두고 양국간 '위안부' 문제 협의를 위한 첫 국장급 협의가 서울에서 개최되었다. 그러나 일본 정부는 협의 개시 직후인 5월, 돌연 고노담화 검증 작업에 착수하였다. 이어 해 6월 20일에는 "담화 작성 과정에서 한 · 일 외교당국 간 문안 조율이 있었다", "강제연행의 증거가 없었다"는 등 일방적인 검증 결과를 발표하며, 고노담화를 단순한 정치적 타협의 산물로 폄훼하고 무력화하려 시도했다. 이러한 가운데 당시 박근혜 대통령은 방미를 앞둔 2015년 5월 12일 미국 워싱턴포스트와의

10 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 어느편의 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.

인터뷰에서 "일본군 '위안부' 문제에 대한 한 · 일 간의 논의가 상당한 진전을 보였으며 마지막 단계에 이르렀다"고 발표하였고, 이후 양국의 국장급 협상은 급물살을 탔다. 마침내 같은 해 12월 28일, 기시다 후미오 일본 외무상이 방한하여 한국 외교부 장관과 공동 기자회견을 열고 이른바 '한일 위안부 합의' 타결을 발표하였다.

발표된 합의의 골자는 ▲일본 정부의 '책임 통감'과 아베 총리의 '사죄와 반성 표명', ▲일본 정부의 10억엔 출연 및 한국 정부의 재단 설립, ▲양국 정부의 상호 비난 · 비판 자제, ▲소녀상 문제의 '적절한 해결 노력' 등이었다. 양국 정부는 이를 근거로 일본군 '위안부' 문제의 '최종적이고 불가역적인 해결'을 선언했다.

하지만 합의 발표 직후에도 일본 정부는 "법적 책임은 존재하지 않으며, 배상 문제는 1965년 청구권협정으로 이미 모두 해결되었다"는 기존의 입장을 고수함으로써, 해당 합의가 지닌 근본적인 모순과 한계를 여실히 드러냈다.

피해자들은 '사실 인정에 기반한 사죄'와 '법적책임인정'이 결여된 2015 한일 합의를 수용할 수 없었다. 이에 피해자들은 2015 한일합의가 국가의 기본권 보호 의무를 위반하였는지를 묻기 위해, 한국 정부를 상대로 헌법소원(헌법재판소 2016헌마253)[11]과 국가배상청구 소송(서울중앙지방법원 2016가합552135)[12]을 제기하였다.

그리고 정부 차원의 구제를 기대하기 어려워진 피해자들은 결국 가해국인 일본국을 상대로 직접 손해배상을 청구하는 험난한 길을 택했다. 그 일환으로 2016년 12월 28일 새로운 본안 소송(서울중앙지방법원 2016가합580239)을 제기하였다. 이와 더불어, 앞서 2013년 8월 13일 '나눔의 집' 소속 피해자 12명이 일본국을 상대로 제기했던 조정 신청 역시, 한일 합의 직후인 2016년 1월 28일 법원의 조정 불성립 결정에 따라 정식 본안 소송(서울중앙지방법원 2016가합505092)으로 회부되면서[13] 일본 정부의 책임을 묻는 법정 투쟁이 전개되었다.

11 헌법재판소는 2015 한일합의가 양국 정부 간의 정치적 합의에 불과하며, 구체적 권리·의무를 발생시키는 법적 행위가 아니므로 헌법소원의 대상이 될 수 없다고 보아, 피해자들이 제기한 헌법소원심판 청구를 각하하였다. 다만 헌법재판소는 결정 이유에서, 이 사건 합의에는 일본군 '위안부' 피해가 발생한 원인, 일본군의 조직적 관여와 그 강제성·불법성, 국제법 위반에 따른 일본 정부의 국가책임이 명시되어 있지 않다는 점을 지적하였다. 또한 일본 정부가 합의 이후에도 "1965년 한일청구권협정으로 이미 모든 청구권 문제가 해결되었으며 법적 책임은 존재하지 않는다"는 입장을 고수하고 있는 점을 들어, 일본 정부의 사죄 표명이 피해 회복을 위한 법적 조치로 보기 어렵다고 판단하였다. 또한 한국 정부의 외교적 보호권한이 여전히 소멸되지 않았다고 판단함으로써, 피해자들의 권리 실현을 위한 외교적 조치를 취할 여지가 남아 있음을 시사하였다.

12 1심 법원은 2015 한일합의가 외교부의 폭넓은 외교적 재량권의 범위 내에서 이루어진 행위에 해당한다고 보아, 원고(일본군 '위안부' 피해자)들의 청구를 기각하였다. 그러나 항소심에서 정부는 2015 한일합의가 일본군 '위안부' 피해자 문제의 진정한 해결이 될 수 없다는 점을 인정하고, 향후 피해자들의 존엄과 명예 회복을 위한 대내외적 노력을 지속하겠다는 입장을 밝히는 내용으로 조정이 성립되었다(서울고등법원 2019. 12. 26.자 2018나2036050 조정을갈음하는결정).

13 양승태 전 대법원장 체제하에서 벌어진 이른바 '사법행정권 남용(사법농단)' 사태의 검찰 수사 과정에서, 법원행정처가 서울중앙지방법원 2016가합505092 사건에 부당하게 개입하려 한 충격적인 정황이 드러났다. 법원행정처 기획조정실은 2015년 12월 30일 해당 사건의 조정이 불성립되자, 사건이 본안에 회부되기도 전인 2016년 1월 4일 '위안부 손배판결 관련 보고(대외비)' 문건을 작성하여 구체적인 소송 대응방안을 내부적으로 검토하였다. 해당 문건은 예상되는 재판 결과를 여러 시나리오로 나누어 분석했다. 시나리오 1은 국가면제 법리를 적용하여 소 자체를 각하하는 방안으로, 정부의 외교 정책 기조와 모순되지 않는다는 점을 가장 큰 장점으로 부각했다. 시나리오 2는 한국 법원의 재판권을 인정하되 이를 정부의 '통치행위'로 보아 청구를 배척하는 방안이었으며, 나아가 소멸시효 완성이나 1965년 청구권협정에 따른 개인청구권 소멸을 근거로 소를 기각하는 방안 등도 함께 검토되었다. 반면, 원고의 청구를 인용하여 유일하게 피해자의 손을 들어주는 시나리오에 대해서는 "일본의 강력한 반발과 더불어 정부 기조와 다른 판단으로 갈등이 우려된다"며 단점만을 부각했다. 문건의 말미에는 결국 한국 법원에 재판권이 없다는 시나리오 1을 최적의 결론으로 채택한 것으로 확인되었다. 이는 인권의 최후 보루여야 할 사법부가 독립성을 망각한 채, 피해자들의 권리 구제보다 행정부의 외교적 이해관계를 우선시했음을 보여주는 참담한 기록이다.
한겨레(2018. 7. 30.), [단독] 양승태 행정처, 대법·헌재논리 엎고 '박근혜정부 입맛 맞추기', http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/855383.html
JTBC뉴스(2018. 7. 30.), 위안부 피해자 안중에도 없던 양승태 대법…'5가지 시나리오' 관여 정황, http://news.jtbc.joins.com/html/768/NB11672768.html

2장

소송의 법적 쟁점

1. 해외송달의 절차적 쟁점

1) 헤이그송달협약

이 사건의 당사자 피고는 일본국으로 송달받을 자의 주소가 국외인 경우에 해당한다. 해외로 송달되어야 하는 민사 또는 상사재판의 문서는 「민사 또는 상사의 재판상 및 재판 외 문서의 해외송달에 관한 협약」(이하 '헤이그송달협약')이 정하고 있는데, 헤이그송달협약은 1965년 제정되어 1969년 발효되었다. 이 협약에 일본은 1970년에 가입하였고, 우리나라는 그로부터 한참뒤인 2000년 1월 13일에 가입하였다.

헤이그송달협약은 해외송달의 절차를 단순화 · 신속화하여 국제 사법공조를 개선할 목적에서 제정되었다. 헤이그송달협약의 체약국은 해외로부터의 송달요청을 담당할 중앙당국을 지정하여야 하는데, 우리나라는 법무부 산하 법원행정처를, 일본은 외무성을 중앙당국으로 지정하고 있다.

송달요청서가 협약의 규정에 합치되는 경우, 각국의 중앙당국은 당사자에게 송달을 하여야만 하고, 자국주권 또는 안보침해가 명백한 경우에만 송달을 거부할 수 있다.

2) 이 사건에서의 송달경위

소송 제기 직후 대리인단은 헤이그송달협약상의 중앙당국에 의한 송달을 시도하였다. 이는 한국 법원행정처가 송부한 소장 등 재판 서류를 일본의 지정 중앙당국인 외무성이 접수한 뒤 일본의 사법부가 사법 절차를 거쳐 피고에게 전달하는 방식이다. 그러나 첫 송달시도는 일부 서류의 원문이 첨부되지 않았다는 형식적인 사유로 일본 외무성에 의해 거절되었다. 이후 송달의 과정을 표로 정리하면 다음과 같다. 다음의 표에 기재된 날짜는 대법원 나의 사건검색에 등록된 것을 기준으로 하였다.

순번	일자	소송행위	내용
1	2017. 1. 19.	(원고) 송달관련 서류 제출	소장 등의 번역본 제출
2	2017. 4. 18.	(피고측) 일본 외무성 송달거부	번역본 이외에 원본의 일부가 미비되었다는 이유
3	2017. 8. 3.	(재판부) 피고 수취거절 처리	
4	2017. 8. 22.	(피고측) 일본 외무성 송달거부 회신	이 사건 송달요청은 주권을 침해하는 것으로 간주된다는 이유(헤이그송달협약 제13조)
5	2017. 10. 10.	(원고) 외교부에 사실조회신청	송달거부의 구체적 사유와 중앙당국을 통한 송달 이외의 방법이 있는지 여부
6	2018. 1. 11.	(외교부) 사실조회에 대한 회신	송달거부의 구체적 사유를 알지 못함
7	2018. 2. 1.	(재판부) 법원행정처와 외교부에 사실조회	외교경로를 통한 송달의 방법
8	2018. 2. 8.	(법원행정처) 사실조회에 대한 회신	외국 관할법원 송달촉탁의 방법
9	2018. 2. 20.	(외교부) 사실조회에 대한 회신	외교경로를 통한 응소의사를 확인한 사례가 있음
10	2018. 6. 25.	(재판부) 외국관할법원 송달촉탁을 통한 송달	
11	2018. 11. 9.	(재판부) 피고 수취거절 처리	
12	2018. 11. 22.	(파고측) 일본 외무성 송달거부	이 사건 송달요청은 주권을 침해하는 것으로 간주된다는 이유(헤이그송달협약 제13조)
13	2019. 1. 28.	(원고) 송달에 관한 의견	일본 송달거부의 문제점. 우편송달과 공시송달의 방법
14	2019. 3. 5.	(재판부) 공시송달명령	
15	2019. 5. 9.	송달간주	

송달은 피고인 일본국에 대한 것이지만, 위 표의 송달거부는 피고 일본국이 아닌 헤이그송달협약의 체약국으로서의 일본(의 중앙당국인 외무성)에 의하여 이루진 것이다. 위 표 2.항의 2017년 4월 18일의 송달거부를 1차 송달거부, 4.항의 2017년 8월 22일의 송달거부와 12.항 2018년 11월 22일의 송달거부를 각 2차와 3차 송달거부라고 할 수 있다.

1차 송달거부는 번역본은 모두 송부되었으나 원본 중 일부가 송부되지 않았다는 이유로 송달이 거부된 것인데, 형식적 요건의 불비를 이유로 하는 것이기는 하나, 매우 지엽적인 것으로 송달거부의 사유로 보기는 어렵다.

3) 2017년 8월 22일의 송달거부

대리인단은 1차 송달거부의 사유를 보완하여 다시 송달을 시도하였는데, 이에 대하여 일본의 외무성은 "일본 중앙당국에서 이 요청에 따르는 것은 헤이그송달협약 제13조에 따른 일본의 주권을 침해하는 것으로 간주된다(Compliance with this request is deemed to infringe Japan's sovereignity under Article 13(Ⅰ) of CONVENTION ON THE SERVICE ABROAD OF JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL DOCUMENT IN CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS)."며 송달을 거부하였다.

헤이그송달협약은 "송달요청서가 이 협약의 규정과 일치할 때, 피촉탁국은 이를 이행하는 것이 자국의 주권 또는 안보를 침해할 것이라고 판단하는 경우에 한하여서만 이를 거부할 수 있다. 피촉탁국은 자국법상 당해 소송의 주요쟁점에 대하여 전속적 재판관할권을 보유하거나 자국법이 송달요청의 기초가 되는 소송을 인정하지 아니한다는 근거만으로 송달요청의 이행을 거부할 수 없다. 중앙당국은 송달요청을 거부하는 경우 신청인에게 즉시 그 거부의 사유를 통지하여야 한다."(제13조)라고 정하고 있다. 이 조문을 문언 그대로 해석하자면, 피촉탁국(일본)은 해외(한국)로부터의 송달요청이 자국의 주권 또은 안보를 침해한다고 판단되는 경우 송달을 거부할 수 있으나, 해당 소송(일본군 '위안부' 피해자 손해배상청구소송)을 인정하지 않는다는 이유로는 송달을 거부할 수 없고, 송달을 거부할 때에는 즉시 그 사유를 통지하여야 한다고 할 수 있다.

일본의 송달거부는 "주권을 침해하는 것으로 간주된다"는 것을 이유로 하고 있다. 그러나, 이는 헤이그송달협약이 예정하고 "주권침해"에 해당한다고 할 수 없다. 무엇보다 일본은 "왜" 주권침해에 해당하는지를 밝히지 않고 있다. 즉 송달거부의 사유를 통지하지 않은 것이다.

우리로서는 일본이 '위안부' 피해자들이 일본국에 대하여 그 피해에 대한 법적 책임을 묻는 소송을 인정하지 않기 때문이라고 생각할 수밖에 없는데, 이는 헤이그송달협약이 정하고 있는 송달거부 불가사유, 즉 해당소송을 인정하지 아니한다는 이유로는 송달을 거부할 수 없다는 조항에 반하는 것이라 할 것이다. 일본의 송달거부는 이후에 다시 한 번 반복된다. 일본의 송달거부의 합법/정당성에 관하여 마지막에 한 번 더 설명하도록 한다.

4) 2017년 8월 22일의 송달거부이후의 송달을 위한 노력

헤이그송달협약은 협약의 기본원칙으로 중앙당국에 의한 송달을 규정하고 있지만, 그 외의 방법을 부정하고 있는 것은 아니다. 헤이그송달협약은 "각 체약국은 예외적인 사정으로 인하여 필요한 경우, 동일한 목적을 위하여 외교경로를 이용할 수 있다."(제9조 2문)고 정하고 있고, "송달한 재판상 문서의 전달과 관련하여 발생하는 애로사항은 외교경로를 통하여 해결한다."(제14조)고도 정하고 있다.

2차 송달거부 이후, 대리인단은 외교부에 ① 일본이 송달을 거부하는 구체적인 사유가 무엇인지 ②"외교경로에 따른" 구체적 절차가 무엇인지, ③ 이 사건에서 발생한 송달상의 애로사항에 대해 "외교부의 대응"은 무엇인지를 문의하였다(위 표 5.항). 외교부는 ①에 대하여는 일본으로부터 고지 받은 사실이 없다고 답변하였고, ②와 ③에 대하여는 법원행정처의 소관업무라고 답변하였다(위 표 6항).

외교부의 회신이 온 직후, 재판부는 직권으로 법원행정처와 외교부에 헤이그송달협약이 정하는 "외교경로를 통한 송달"(제9조 2문)의 구체적인 방법, 절차, 소요시간 등을 문의하였다(위 표 7항). 재판부의 문의에 대하여 법원행정처는 외교경로를 통한 송달은 "우리나라 외교부→상대국의 한국대사관→상대국의 외교부"를 거치는 방법으로 5~6개월가량이 소요될 것이라고 답변하였고(위 표 8항), 외교부는 송달에 관한 것은 법원행정처의 판단사항이며, 경우에 따라서는 상대국에 응소의사를 타진하는 사례가 있다는 답변을 하였다(위 표 9항).

위 회신에 따라, 재판부는 외교경로에 의한 송달을 시도하였는데, 이 송달마저도 송달거부되었다(위 표 10항에서 12항). 외교경로에 의한 송달이 중앙당국에 의한 송달과는 다르게 규정되어 있기는 하지만, 결과적으로 일본의 외무성이 송달의 길목에 서 있는 이상 결론이 달라지기를 기대하기 어려웠다. 3차 송달거부도 2차와 마찬가지로 주권침해를 이유로 하고 있었다. 대리인단은 똑같은 송달거부문서를 두 번 받아보게 되었다.

5) 공시송달결정에 이르기까지

소제기 당시, 대리인단은 송달거부를 예상하지 못했다. 일본의 지금까지의 태도에 비추어 일본이 어떠한 방법을 써서든 소송을 피하려 할 것이라는 점을 예상했었어야 했는데, 우리가 순진했던 탓인지 송달거부라는 장벽을 만나게 되리라고는 생각하지 못했다. 다음의 항에서 설명하겠지만 "손해배상청구소송"이라는 매우 전형적인 소송의 송달을 거부한다는 것은 법률가라면 누구도 예상할 수는 없었을 것이다.

2차 송달거부 후에 대리인단은 재판부에 우편송달의 방법에 의해서라도 송달을 진행하여 줄 것을 요청했다(위 표 13항). 피해자들과 대리인단은 피고 일본국이 법정에 나와 그 법적책임을 다투어주기를, 그래서 법적책임을 회피하기 위한 그들의 논리(한일청구권협정 혹은 2015 한일합의로 최종불가역적으로 해결되었다는 등)에 대한 법적판단을 받아보기를 원했기 때문에 공시송달 이전에 우편송달을 시도해 보기를 바랬다. 그러나 우편송달은 한다고 하여도 이후 송달의 적법성에 관한 이의가 제기될 가능성이 크고, 재판부가 직접 DHL 등의 국제우편을 이용한 송달을 하는 것에 대한 부담이 컸던 탓에, 재판부는 공시송달 결정을 하였고(위 표 14항), 그로부터 소송의 모든 문서는 공시송달로 송달이 이루어지게 되었다.

6) 일본측 송달거부의 문제점

일본 외무성으로부터 받은 두 차례의 송달거부 문서는 그 사유를 "주권침해"로 기재하고 있다. 그러나 헤이그송달협약 실무편람에는 송달을 거부할 수 있는 "주권침해"라 함은 "송달에 의해 주권 국가의 본질이나 기본에 의문을 가져오거나 혹은 더 나아가 이에 배치되는 경우와 같은 극단적인 경우"(실무편람 150쪽 참조)라고 기재되어 있다. 구체적으로는 송달로 인하여 자국의 "입법관할권이나 집행관할권을 침해하는 경

우"에 송달을 거부할 수 있는 것이다.

예를 들어, 미국의 증거개시제도(discovery)를 위한 송달을 증거개시제도가 없는 국가에 요청을 한다거나, 국가의 주권자금(sovereign funds)에 대한 압류 집행 등의 경우 송달로 인하여 자국의 주권이 침해되는 것이라 할 수 있다. 그러나, 이 사건은 불법행위에 따른 손해배상사건으로 이는 전형적인 민사소송의 하나로 그 근거법률마저도 일본의 민법과 거의 동일한 것이다. 따라서 일본에서 비일비재한 손해배상청구소송이 단지 일본을 상대로 제기되었다는 이유만으로 일본의 입법관할권이나 집행관할권을 침해한다는 것은 있을 수 없는 일이다.

일본 외무성은 송달을 거부하면서 헤이그송달협약 제13조 조문을 그대로 인용하였을 뿐 그 구체적인 사유를 제시하지 않았다. 이 사건의 송달이 '주권침해'에 해당하는 사유가 존재하지 않는다는 것을 방증하는 것이라고 할 것이다. 2024년 7월 헤이그국제사법회의(HCCH)는 송달거부의 사례에 대하여 각국에 설문조사하여 그 결과를 발표하였는데, 일본은 송달거부의 수치와 세부사유를 모두 비공개하였다.

무엇보다 가장 큰 문제는 일본의 송달거부는 곧 피해자들의 재판청구권을 침해하는 행위라는 것이다. 일본은 미국법원에 일본군 '위안부' 피해자들이 손해배상청구소송을 제기하였을 때, 미국법원에 의한 송달을 거부하지 않았다. 일본은 이렇게 미국법원과 한국법원에 대한 다른 태도를 보이고 있는데, 이는 국제법상 평등대우의 원칙에도 어긋나며, 피해자들이 어느 국가의 법원을 통해서든 정의를 구할 권리를 선택적으로 차단하는 이중적이고 자의적인 행위라 하지 않을 수 없다.

7) 마무리하며

이 사건 이후 일본은 강제동원 사건에서의 송달도 주권침해를 이유로 거부하였다. 일본기업과 일본 자국의 이익을 지키고자 하는 일본의 시도가 결국은 제국주의와 전쟁으로 이어졌다는 과거를 떠올리지 않을 수 없다. 헤이그송달협약에는 송달을 거부하는 경우 다툴 수 있는 방법을 정하지 않고 있다. 이는 사법공조에 대한 국제적 신뢰를 바탕으로 한 것이다. 신뢰의 배반은 잊혀져서는 안된다고 생각한다.

2. 국가면제 법리의 적용 한계와 인권중심의 예외론

"국제법 질서를 위태롭게 하거나 불안정하게 만드는 것은 국제 범죄이지, 정의를 실현하기 위한 개별 배상 청구 소송이 아니다."

– 2012년 ICJ[1] 판결[2]의 반대의견 중(Cançado Trindade 재판관)

1) 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구에서의 국가면제 법리의 적용 여부

일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송에서 핵심 쟁점은 피고 일본국에 대한 국가면제(State Immunity) 법리가 적용되는지, 그로 인해 대한민국 법원이 본 사건에 대한 재판권을 행사할 수 있는지였다. 국가면제는 항구적ㆍ고정적이라고 볼 수 없고, 국제인권법을 중대하게 위반한 강행규범(jus cogens) 위반 행위에 대해서는 국가면제보다 피해자의 재판청구권 보호가 우선되어야 한다는 논의가 국제사회에서 설득력을 얻고 있다. 또한 국가면제는 사법적 거래에서 발생하는 불법행위 뿐만 아니라 일반 불법행위에 대한 손해배상청구 소송에 대해서도 제한될 수 있는 정도로 발전했다. 무엇보다 중대한 인권침해에 대해 국가면제를 일률적으로 인정하는 것은 우리 헌법상 기본권 보호 의무와 충돌할 소지가 크다. 특히 실질적인 구제 수단이 전무한 상태에서 국가면제만을 절대시하는 것은, 피해자의 재판청구권을 과도하게 제한함으로써 과잉금지원칙에 위배될 가능성이 높다. 따라서 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송에서는 국가면제가 적용될 수 없다고 보아야 한다. 이하 세 가지 법리로 나누어 구체적으로 살펴보고자 한다.

---

1 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 'ICJ')

2 Jurisdictional Immunities of the State(Germany v. Italy : Greece intervening), Judgment I.C.J. Reports 2012 판결(이하 '2012년 ICJ 판결')

2) 국제인권법을 중대하게 위반한 강행규범 위반 행위에 대해서는 국가면제가 적용되지 아니함

가) 국제법상 최상위 규범인 강행규범(Jus Cogens)과 국가면제 원칙이 충돌할 때, 전자의 효력을 우선시하여 국가면제를 제한해야 한다는 법리적 근거는 다음과 같다.

첫째, 규범적 위계 질서에 비추어 볼 때, 강행규범을 위반한 행위에는 그 상위 규범적 효력으로 인해 하위 관습법인 국가면제가 적용될 수 없다는 논리가 성립한다. 둘째, 인류 보편의 가치를 처참하게 파괴한 강행규범 위반 행위는 국가의 정당한 주권적 행위의 범주에 포함될 수 없으므로 국가면제의 대상에서 제외된다고 보아야 한다.

셋째, 국가가 강행규범을 위반하는 중대 범죄를 저지른 행위 자체에 이미 국가면제라는 특권적 방어권을 포기하겠다는 의사가 묵시적으로 포함된 것으로 해석할 수 있다.

이탈리아 대법원은 Ferrini v. Federal Republic of Germany, Decision of Italian Court of Cassation, Judgement No. 5044, 11 March 2004(이하 '이탈리아 대법원 판결')에서 심각한 인권침해에 해당하는 국제 범죄가 법정지국에서 발생했다면 국가면제가 적용되지 않는다고 판단했다.

그리스 대법원도 Perfecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, case No. 11/2000, Areios Pagos, 4 May 2000(이하 '그리스 대법원 판결')에서 국제법상 강행규범에 위반한 불법행위는 주권적 행위로 볼 수 없고 독일은 강행규범을 위반함으로써 묵시적으로 국가면제를 포기했다고 보아 국가면제가 적용되지 않는다고 판단했다. 이후 위 판결의 원고들은 이탈리아에서 우회적인 집행 시도를 하였는데, 이탈리아 피렌체 항소법원이 그리스 법원의 판결이 이탈리아 내에서도 효력이 있음을 인정하는 집행판결(Exequatur)을 내리자 원고들은 이 판결을 근거로 이탈리아 내 독일 국유재산인 빌라 비고니(Villa Vigoni)에 대해 담보권(ipoteca giudiziale)[3] 설정을 하는 등 강제경매 사전 절차에 착수하였다.

3 확정판결을 근거로 채무자의 동의 없이 부동산에 담보권을 등기하는 이탈리아법상 집행적 제약조치

국제법의 규범적 위계 질서에 따르면 최상위의 효력을 갖는 강행규범과 조약법(또는 국제관습법)이 충돌하는 경우, 강행규범에 반하는 조약법(또는 국제관습법)은 무효가 된다고 보는 것이 일반적이다. 국가책임에 대한 UN 국제법위원회(International Law Commission, 이하 'ILC')[4]의 「국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안」(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) 역시 강행규범 위반에 대한 법적 책임 발생을 방해하는 어떠한 면제 사유도 허용하지 않고 있다. 이탈리아 및 그리스 대법원 판결도 국제법상 강행규범을 위반한 중대한 인권 침해 행위에는 국가면제가 적용되지 않는다고 판단하였다.

나) 그런데 독일은 이탈리아 대법원 판결 및 이탈리아가 그리스 대법원 판결에 기초하여 독일의 국유재산에 대해 강제집행 조치에 나아간 것이 국제법상 독일의 국가면제권을 침해했다고 주장하며 이탈리아를 ICJ에 제소했다. 이에 ICJ는 2012년 ICJ 판결에서 ▲ '법정지국 영토 내 무력 분쟁 과정 중 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위'에 대하여 국가면제를 박탈하는 국제관습법은 존재하지 않으며, ▲ 절차적 판단과 실체적 판단을 분리하여, 독일의 행위가 실체적으로 국제법 위반이라고 해서 이탈리아 법원이 절차법상 국가면제를 박탈할 수는 없다고 판단했다. 한편, ▲ 그리스 판결에 기인한 이탈리아의 강제집행 시도에 대해서는, 재판관할권 면제와 강제집행 면제를 구별하여 국가 자산에 대한 강제집행에는 더 엄격한 면제가 적용되어야 한다고 한 뒤, 빌라 비고니는 '비상업적 목적(문화 교류)'으로 사용되는 자산이므로 국제관습법상 강제집행 대상이 될 수 없다고 판단했다. 이후 이탈리아 의회는 2012년 ICJ 판결의 사정 범위 내 사건들에 관해 이탈리아 법원이 관할권을 거절하도록 하고, 관할권을 인정한 판결을 재심리ㆍ재고하도록 하는 법률을 제정했다.

그러나 이탈리아 피렌체 법원의 판사(Giudice a quo)는 해당 법률 조항들이 이탈리아 헌법상 '재판청구권' 및 '인권 보호 원칙'을 침해한다고 보아 이탈리아 헌법재판소에 위헌법률심사를 제청했다. 이에 대해 이탈리아 헌법재판소는 국제법상 강행규범 위반

4 UN 헌장 제13조 제1항에 명기된 국제법의 점진적 발전 및 법전화(progressive development of international law and its codification)를 위해 설립된 UN 총회의 보조기관

행위는 외국 국가의 주권 행사라고 볼 수 없으며, 2012년 ICJ 판결의 국가면제 해석은 반인도적 범죄 피해자들의 재판을 받을 권리를 침해하므로 위 법률은 위헌이라고 판단했다(이탈리아 헌법재판소 no.238/2014 결정).[5]

다) 2012년 ICJ 판결을 일본군 '위안부' 소송에 적용하는 것은 다음과 같은 문제가 있다.

첫째, 2012년 ICJ 판결은 그 결론에 부합하지 않는 세계 각국의 다양한 국내 관행과 변화하는 국제적 추세를 충분히 반영하거나 판단하지 않았다.

둘째, ICJ 규정 제59조에 따르면 ICJ 판결은 해당 사건의 당사자 사이와 그 특정 사건에만 구속력을 가질 뿐이므로 그 대세효와 구속력이 없어 대한민국 법원이 반드시 그 판단에 구속되어야 하는 것은 아니다.

셋째, ICJ는 '무력 분쟁' 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관해 국가면제를 인정해야 한다고 판단했다. 그러나 '무력 분쟁'이란 복수의 무장세력이 실재하여 분쟁이 발생하고 있는 사실상의 상태를 나타내는 개념인데, 사건 발생 당시 한반도는 전쟁 등 '무력 분쟁'이 이루어지는 장소가 아니었으며, 일본군 '위안부' 피해자들은 식민지 동원 과정에서 일본군에 의해 체계적으로 착취되었으므로 통상적인 무력분쟁 상황과 동일하다고 볼 수 없다.

넷째, 각국 법원이 주권행위('acta jure imperii')와 달리 비주권행위('acta jure gestionis')에 대해서는 국가면제가 적용되지 않는다고 보는 '제한적 면제론'을 채택하는 이상, 법원은 이미 본안 전 단계에서부터 주권행위인지 여부에 대한 행위의 성질에 관해 실체적 판단을 수행하고 있다. 따라서, 절차법적 문제와 실체법적 문제를 엄격히 분리해야 한다는 2012년 ICJ 판결의 판단은 형식논리에 불과하다. 이탈리아 헌법재판소의 결정 역시 국제법상 강행규범을 위반한 중대한 인권 침해 행위에 국가면제가 적용되지 않는다고 본 국가 실행 사례다.

5 이탈리아 헌법재판소가 2012년 ICJ 판결과 달리 독일의 국가면제를 다시 부정하자 독일은 2022년 4월 29일 이탈리아를 다시 ICJ에 제소했고, 이탈리아의 판결에 대한 집행을 중단시킬 임시조치를 요청했다. 이탈리아는 긴급 입법(법령 No. 36/2022)을 통해 피해자 배상 기금을 조성하여 이탈리아 정부가 대신 배상 책임을 지도록 하고 독일 자산에 대한 강제집행을 정지시켰다. 이로써 집행 위험이 해소되자 독일은 ICJ에 제기했던 임시조치 요청을 철회했다. 이후 이탈리아 헌법재판소는 위 입법이 국가면제 존중과 피해자의 권리 구제(재판청구권)를 동시에 충족시키는 합리적 대안이므로 합헌이라고 판단했다(결정 No. 159/2023). 양국 간의 실질적인 배상 문제가 이탈리아의 국내법적 조치로 일단락되어 감에 따라, 2024년 12월 17일 ICJ는 당사국의 합의 및 통보를 바탕으로 현재 소송 절차를 일시적으로 중단(Suspension of proceedings)한 상태다.

라) 최근 국제사회에서 국제인권법을 중대하게 위반한 강행규범 위반 행위에 대해 국가면제 적용을 배제한 판례들이 나타나고 있다. 대표적인 예로, 우크라이나 대법원은 2022년에 우크라이나를 침공한 러시아군과 전투 중 사망한 피해자의 유족이 러시아를 상대로 제기한 손해배상 청구 사건에서 러시아의 국가면제를 부인했다. 우크라이나 대법원은 '국가면제란 대등한 주체 간에는 사법적 관할권을 갖지 않는다는 국제법 일반 원칙에 기초하며, 이를 준수하기 위한 필수 전제조건은 국가 주권에 대한 상호 인정'이라고 하면서, 러시아가 우크라이나의 주권을 부정하고 침략전쟁을 벌이는 불법행위를 자행한 이상 우크라이나 역시 러시아의 주권을 존중하여 국가면제를 인정할 의무가 없다고 판단했다.[6]

일본군 '위안부' 동원 및 관리 행위 역시 국제법상 국가면제가 적용되는 '주권적 행위'의 보호 범위를 일탈한 것으로 볼 수 있다. 주권행위인지 여부는 행위 목적을 가지고 판단하는 것이 아니고 행위 성질을 기준으로 판단해야 하는데, 일본군 '위안부' 동원은 통상적인 군 유지에 필요한 활동이 아닌 불법적 착취 행위였으므로, 비록 그것이 정치적인 목적에서 행해졌더라도 국가면제가 적용되는 주권행위라고 보기 어렵다.[7]

3) 국제관습법의 발전

오늘날 많은 국가들이 국제협약과 국내 입법을 통해 사법적 거래뿐만 아니라 일반 불법행위에 대한 손해배상청구 소송에 대해서까지 국가면제의 제한을 확대 적용하여 재판관할권을 인정하고 있다.

우선 UN 총회에서 채택된 국가 및 그 재산의 재판권면제에 관한 국제연합협약(United

6 Supreme Court of Ukraine of 14 April 2022 in Case No. 308/9708/19

7 알렉산더 오라케라쉬빌리(Alexander Orakhelashvili) 교수가 이 사건 소송에 제출한 전문가 의견서에 따르면 I Congreso (HL), I AC 1983 판결, COURT OF APPEAL, TRENDTEX TRADING CORPORATION v. CENTRAL RANK OF NIGERIA, 1975 T. No. 3663 판결 등 다수 판결들이 구체적인 행위의 성격에 비추어 주권행위 해당 여부를 판단하고 있다. 또한 Littrell v United States of America (No 2) [1995] 1 WLR 84 등의 판결은 군대의 행위가 무조건 주권행위에 해당하는 것은 아니고, 군대의 유지·운영에 통상적(정상적)으로 필요한 부분이 주권행위라고 판단했다. 한편 외국 공무원의 면책(foreign official immunity) 중 물적 면제(immunity ratione materiae: 직무상 행위 자체에 대한 면책을 제공)가 문제된 사건이긴 하지만, 미국에 거주하는 소말리아인들이 과거 총리이자 국방부 장관이었던 Samantar를 상대로 군부정권의 조직적 고문 등에 대해 손해배상을 청구한 사건에서, Yousuf v. Samantar, 699 F.3d 763, 769 (4th Cir. 2012) 판결은 강행규범을 위반하는 고문 등의 행위는 주권자가 승인할 수 없는 행위이므로 직무상 행위에 해당하지 않으며, 따라서 주권행위로 인정할 수 없고 물적 면제의 보호 대상에 해당할 수 없다고 판시했다. 이에 의하면 '위안부' 제도는 통상적이고도 정상적인 군 유지에 필요한 활동이라고 볼 수 없는 강행규범 위반 행위이므로 주권행위라고 보기 어렵다.

Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 이하 'UN 국가면제협약')[8]과 1976년 발효된 유럽 국가면제협약(European Convention on State Immunity)을 비롯하여 미국의 FSIA(1976), 영국의 State Immunity Act(1978), 싱가포르의 State Immunities Act(1979), 캐나다의 State Immunity Act(1982), 말레이시아와 말라위의 Immunities and Privileges Act(1984), 일본의 외국 등에 대한 민사재판권에 관한 법률(2009), 호주의 Foreign State Immunities Act(1985) 등은 법정지국 내에서 발생한 인신상 사망이나 상해를 야기하는 불법행위에 관하여 국가면제를 인정하지 않고 있다. 영국 웨일즈 고등법원은 Al-Masarir v Kingdom of Saudi Arabia [2022] EWHC 2199 (QB) (19 August 2022) 판결에서 영국의 SIA 제5조가 주권행위와 비주권행위를 구별하여 규정하고 있지 않음을 지적하며, 해당 조항은 행위의 성격과 무관하게 법정지국인 영국 내에서 발생한 사망 또는 신체 상해 사건에 적용되어야 한다고 판단하였다.

각국의 법원도 사법적 거래에서 발생하는 불법행위 이외에 일반 불법행위에 대한 손해배상청구 소송에 대해서까지 국가면제의 예외를 확대 적용하여 재판관할권을 인정하고 있고 영토연계성 요건도 완화하고 있다.

미국의 Letelier 사건[9]은 미국 내에서 칠레 국가정보요원에 의하여 살해당한 Letelier(전 칠레 외교관)의 유족이 칠레 국가를 상대로 손해배상청구를 한 사건이다. 미국 법원은 미국의 FSIA 제1605조(a)항 5호의 불법행위 예외 규정을 해석하면서, '사법(私法)적 행위'로 국한된다는 문구가 없는 이상 교통사고와 같은 사적인 과실에만 적용되는 것은 아니라는 점을 명확히 했다. 또한, 법원은 칠레의 행위가 국가 정책적 결정인 '재량권 행사'에 해당하여 면제되어야 한다는 주장을 기각하면서 "인류와 정의에 반하여 사람을 살해한 행위에 대해서 면책을 부여할 수 있는 판결을 선고할 재량권이 없다"고 판단하여 칠레 정부의 국가면제를 부인했다. 이는 미국 영토 내에서 발생하는 불법행위(살인 등)에 대해서는 주권적 또는 비주권적 여부를 묻지 않고 국가면제의 예외를 확대 적용한 대표적인 국가 실행 사례이다.

8 22개국이 비준하였다. 비록 UN 국가면제협약이 비준 국가 수를 채우지 못해 그 효력이 발생하지 않았다고 하더라도 다수의 국가가 법정지국 내 불법행위에 대해 국가면제를 인정하고 있다는 점을 주목해야 한다.

9 Letelier vs. Chile. 488 F. Supp. 665. U.S. District Court, D.D.C. March 11, 1980

미국의 Liu v. Republic of China[10] 사건은 대만의 정보국 국장의 지시를 받은 자들에게 총살당한 대만계 미국 작가 류이량(Liú Yíliáng)의 배우자가 대만 국가를 상대로 손해배상을 청구한 사건인데, 미국 제9순회 항소법원은 위 Letelier 사건을 인용하면서 FSIA 상 예외조항인 '비상업적인 불법행위' 또는 '미국 영토내에서 발생한 불법행위'에 해당한다고 판단하였다. 법원은 설령 암살이 국가의 지시에 의한 주권적 결정이었다 할지라도, 타국 영토 내에서 살인을 저지르는 것은 법령이 보호하는 '재량적 행위(Discretionary Function)'에 해당하지 않으므로 국가면제를 향유할 수 없음을 명확히 하였다.

또한 브라질 최고재판소의 Changri-la 판결[11]도 위 Letelier 사건을 법정지국에서 발생한 불법행위에 대해 국가면제 법리를 제한한 사례로 언급했다.

앞서 살펴본 우크라이나 대법원 판결도 사람의 생명이나 건강에 피해를 야기한 경우, 그것이 강행규범 위반 행위이고 그 손해의 전부 또는 일부가 법정지국에서 발생했으며 가해자가 법정지국에 있었다면 해당 국가는 손해배상책임에 관해서 면책권을 가지지 않는다고 판시했다.

4) 이 사건에 국가면제를 적용하는 것은 국제관습법과 헌법에 부합하지 아니함

2005년 12월 16일 UN 총회 결의에서 채택된 「국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 인한 피해자들을 위한 구제 및 배상의 권리에 관한 기본 원칙과 가이드라인(이하 '피해자 권리 기본원칙')」[12]은 국제법 규범체계에서 국가가 보장해야 할 피해자 권리의 최소 기준을 제시하고 있다. 피해자 권리 기본원칙을 성안한 UN 특별보고관 테오 반 보벤(Theo van Boven)은 '사법에 접근할 권리'에 관하여 "국가의 인권침해행위에 구제를 제공할 의무는 심각한 인권침해에 대하여 효과적인 구제를 요청할 권리를 구성하여 하나의 국제관습법을 형성한다"고 설명했다.[13]

10 Liu v. Republic of China, United States Court of Appeals, Ninth Circuit Dec 29, 1989 892 F.2d 1419 (9th Cir. 1989)

11 EXTRAORDINARY APPEAL WITH INTERLOCUTORY APPEAL 954,858 RIO(항고부대 특별상고 954,858 리오데자네이루) (이하 'Changri-la 판결')

12 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 (A/RES/60/147)

13 Theo van Boven, The United Nations 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, p.1-2.

이에 따르면 피해자의 재판청구권은 국제관습법적 지위를 가질만큼 중대한 권리로서 함부로 제한될 수 없고, 국가면제 원칙에 의해 제한되더라도 비례의 원칙을 준수해야 한다.

앞서 살펴본 이탈리아 헌법재판소 no.238/2014 결정은 독일에 국가면제를 인정하는 것은 반인도적 범죄 피해자들의 재판을 받을 권리를 침해하여 위헌적이라고 판단했다. 브라질 최고재판소는 제2차 세계대전 중 브라질 영해 내에서 독일군의 잠수함 공격을 받고 침몰한 어선의 피해 유족들이 독일을 상대로 손해배상을 청구한 Changri-la 사건에서, 사법에의 접근(또는 재판청구권)과 국가면제를 비교·형량하면서 강행규범 위반 또는 법정지국 영역 내에서 인권을 침해하여 이루어진 불법행위의 경우 국가면제를 제한해야 한다는 점을 강조하고, 독일의 행위는 국제인도법의 일반원칙을 위반한 것으로서 주권행위라 하더라도 브라질 헌법 제4조 제2항이 규정하는 인권의 우위성에 따라 국가면제가 적용되지 않는다고 판단하였다. 영국 대법원도 Benkharbouche & Anor v Foreign & Commonwealth Office 판결[14]에서, 리비아 및 수단 정부 대사관에 고용되어 가사노동자로 근무하던 모로코 국민들이 최저임금 미지급과 부당해고 등을 이유로 제기한 민사소송에 대해, 영국 국가면제법(SIA 1974) 제4조[15]가 외국 정부의 모든 고용 계약에 대해 포괄적 면제를 부여하는 것은 EU 기본권헌장 제47조(재판을 받을 권리) 및 유럽인권협약(ECHR) 제6조(사법 접근권)가 보장하는 '재판을 받을 권리(사법 접근권)'를 과도하게 침해한다고 판단하였다.

재판청구권은 기본권 보장을 위한 필수적 전제이자 핵심적 기본권으로서, 그에 대한 제한 여부는 과잉금지원칙에 따라 엄격히 심사되어야 한다. 특히 현대 국제법이 피해자 중심주의를 바탕으로 피해자의 권리를 적극적으로 보장하고 있는 추세임을 고려할 때, 중대한 인권침해 행위에까지 국가면제를 절대적으로 부여하여 피해자의 사법 접근권을 원천적으로 차단하는 것은 국제법 존중주의의 본래 취지에 반할 뿐만 아니라 과잉금지원칙에 위반하는 기본권 침해에 해당한다.

14 Benkharbouche v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v Janah [2017] UKSC 62 (UK Supreme Court, 18 October 2017)

15 영국 SIA 제4(2)(b) 및 16(1)(a)는 외국 국가의 대사관과 개인 사이에 체결된 일부 고용계약에 관하여 제기된 고용 관련 소송에서 국가면제를 부여한다.

5) 1심 판결의 문제점

1심 판결은 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결[16](이하 '선행 판결')과 마찬가지로 현 시점의 국제관습법을 제한적(상대적) 면제론이라고 판단했다. 두 판결은 피고 일본국의 불법행위가 주권행위라고 본 점에서는 같다. 그러나 선행 판결은 강행규범을 위반한 행위에 대해 국가면제가 배제된다는 전향적인 판단[17]을 내린 반면, 1심 판결은 그와 같은 예외를 인정하지 않았다.

1심 판결은 대체로 2012년 ICJ 판결의 논리를 그대로 답습했는데, 심지어 일부분은 심각한 오류를 범했다. 2012년 ICJ 판결은 Letelier 사건 등 미국 법원의 주요 판결들을 고려하지 않았는데, 1심 판결 역시 이러한 선례들의 의미를 축소하거나 예외적인 것으로 치부했다. 또한 2012년 ICJ 판결 이후 이루어진 여러 입법례[18]와 판결들을 무시했다. 나아가 2012년 ICJ 판결은 '무력분쟁'의 의미를 구체적으로 확정하거나 무력분쟁 중 발생한 피해를 일괄 협정에 의해 해결해야 한다고 판단한 적이 없는데도, 1심 판결은 '무력분쟁'의 의미를 확대 해석하여 일본군 '위안부' 관련 불법행위도 무력분쟁 중 발생한 것으로 보고 그 피해는 일괄 협정에 의해 해결해야 한다는 전제 하에 국가면제가 적용되어야 한다고 잘못 판단했다.

1심 판결은 그 밖에도 해외 판례의 취지를 잘못 해석해는 오류를 범했다. 예컨대 1심 판결은 '홀로코스트'의 생존자가 독일 정부를 상대로 제기한 Hugo Princz vs. Germany 사건[19]에서 미국 법원도 독일의 강행규범 위반 행위에 대해 국가면제를 인정한 것처럼 판시했다. 그러나 오히려 위 사건의 1심 법원은 강행규범 위반을 근거로 국가면제가 제한되어야 한다고 보아 원고의 청구를 인용하였다. 다만, 2심 법원은 독일의 불법행위가 미국 영토 내에서 발생하지 않아 미국 FSIA상의 국가면제 요건을 충족하지 못한다고 보아 소를 각하하였다.

16 원고 승소 판결 후 피고가 항소하지 않아 그대로 확정되었다.

17 2)항 중 일부 내용과 같다.

18 예컨대 캐나다는 2012년 ICJ 판결 직후 '테러리즘 피해자의 정의에 관한 법(Justice for Victims of Terrorism Act)'을 제정하고 캐나다 SIA와 형법(Criminal Code)를 개정하여 테러 피해자들이 테러지원국 등을 상대로 캐나다 국내 법원에 민사소송을 제기할 수 있는 법적 근거를 마련했다.

19 Decision of 1 July 1994 of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Hugo Princz vs. Federal Republic of Germany, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994), 33 ILM (1994)

또한 1심 판결은 국가면제를 적용한 것이 원고들의 기본권을 침해하지 않는다고 판단하면서 그 주된 논거로 2015 한일합의가 피해자들에 대한 대체적 권리구제 수단이 될 수 있다는 점을 들었다. 그러나 이러한 판단은 2015 한일합의로 피해자들의 손해배상청구권이 실현되지 않았다는 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2016헌마253 결정에도 명백히 위배되는 것이었다.

6) 2심 판결의 의의

2심 판결은 국가면제에 관한 국제관습법이 항구적·고정적인 것이 아니라는 전제하에, 법정지국 영토 내 그 국민에 대해 발생한 불법행위에 대해서는 그 행위가 주권적 행위인지 여부를 묻지 않고 국가면제를 인정하지 않는 내용의 국제관습법이 존재한다고 판단했다(위 3)항의 내용 참조). 특히 국가면제에 관해 아무런 입장 표명을 하지 않는 국가가 다수라는 점을 고려하여 단순히 UN 회원국 전체를 분모로 하여 산술적으로 관행의 존부를 판단한 1심 판결을 비판하고, 여러 논거를 충분히 참조하여 현행 국제관습법을 실질적인 관점에서 인정했다.

이러한 2심 판결은 현행 국제관습법이 이미 개인의 인권과 재판청구권을 보호하는 방향으로 발전하였음을 인정했다는 점에서 선행 판결보다도 진일보한 것이라 평가할 수 있는 반면, 나머지 법리(위 2), 4)항의 내용)에 대해서는 판단하지 않았다는 점에서 아쉬움이 남는다.

7) 결론

1심 판결은 국제 흐름에 반하는 국제관습법의 예외를 창설하는 것은 국제법 존중주의에 부합한다고 보기 어렵다고 판단했다. 그러나 오히려 1심 판결이야말로 중대한 인권 침해와 반인도적 범죄를 금지하려는 국제사회의 흐름에 반하는 것이고, 인권과 피해자 중심주의를 핵심 가치로 삼고 있는 국제법 존중주의에 부합하지 않는 것이다.

이에 반해, 선행 판결은 국가면제에 인권의 예외를 인정했고, Changri-la 판결은 선행 판결을 논거로 제시하며 그 입장을 이어갔으며, 이후 2심 판결은 다시 Changri-la 판결을 계승하며 국제관습법의 발전을 인정하고, 국가면제의 제한 가능성을 명확히 인정했다. 이처럼 각국의 판결들은 서로 영향을 미치며 보편적 인권 실현이라는 공동 목표에 다가섰다. 침략전쟁과 제국주의의 그림자가 다시 세계 곳곳에 드리워지고 있는 오늘날, 2심 판결은 오랜 시간 고통받은 피해자들의 마지막 호소에 응답함으로써 새로운 평화의 초석을 세웠다고 평가할 수 있다.

3. 일본군 '위안부' 제도의 실태와 일본국 법적 책임의 근거

일본군 '위안부' 문제의 본질은, 일본제국이 '위안소' 제도를 입안하여 설치하고 관리 · 통제하였으며, 여성들이 그들의 의사에 반하여 '위안부'가 되어 위안소에서 조직적인 성폭력의 희생자가 되었다는 점이다.

1) 일본군 '위안부' 제도 운영 배경 및 근거법령

일제는 1931년 만주사변을 일으킨 이래로 그 이후 상하이, 난징을 점령하고 나아가 동남아시아로 점령지를 확대하였다. 1941년 하와이의 진주만을 침공하며 태평양 전쟁을 개시함으로써 전선은 광범위한 지역으로 확산되었다. 이와 같은 점령지 확대에 따라 일제는 일본군의 성병 감염으로 인한 전투력 저하 방지, 점령지 민간여성에 대한 무차별 성폭력 방지, 군인 사기 진작, 군의 직접적 관리 · 통제를 통한 군사기밀 누출 방지를 목적으로 국가정책 차원에서 체계적 · 조직적으로 위안소를 설치하고 '위안부'를 동원하여 운영 · 관리 · 통제하였다.

일본군이 '위안소'를 최초로 설립한 것은 1932년 제1차 상하이사변 당시 파견된 해군특별육전대(海軍陸戰隊)에 설치된 '해군위안소'로 알려졌는데, 성노예 시설이 본격적으로 제도화된 것은 1937년 난징 침략 이후 일본군이 중국대륙으로 투입, 주둔하면서부터다. 일제는 1937년 난징을 침략할 당시 일본군이 중국 여성들에게 가한 집단적인 성폭력이 문제되자, 이에 대응하여 일본군이 이용할 수 있는 '위안소'를 설치 · 관리 · 통제하는 제도를 마련하고 같은 해 12월경 상하이와 후저우 등지에 군위안소를 설치하였다. 그리고 중국 각 지역의 점령이 완료된 1938년 이후에는 각 단위 부대별 군위안소가 광범위하게 확산되었는데, 1942년 9월 육군성 회의에 따르면 북지 100개, 중지 140개, 남방 100개 등 총 400개소의 위안소 설치 계획을 수립한 사실이 확인된다.

일본군은 군대 내 위안소를 설치할 수 있는 근거 규정을 정비하였다. 1937년 9월 29일 육달 제48호로 개정된 「야전주보규정(野戰酒保規程)」[20]은 일본육군이 군 주둔지 내 물품판매소에 위안시설을 설치할 수 있는 근거를 마련했다. 일본군은 군 외부에 '위안시설'을 설치하는 규정도 마련했다. 보병219연대 경비대 제7중대 제규정철에서 발견된 1943년 7월 18일의 「영외시설규정」은 군 영외에 '특수위안소'를 설치할 수 있는 근거 규정으로 중대 이상 주둔지에 군인 · 군속 전용 위안소 설치를 허용하였다.

2) 위안소의 설치

일본군은 1937년 말부터 중국 각지에 군 위안소를 설치하라는 명령을 하달하였다. 1937년 12월 중지나 방면군은 상하이 파견군에 위안소 설치를 지시하였고, 이에 따라 난징 점령 직전부터 실제 설치가 이루어졌다. 당시 참모장 이누마 마모루의 일기와 각 부대 참모들의 기록에는 위안소 설치 지시와 실행 경과가 구체적으로 남아 있다. 이후 점령 지역이 확대되면서 위안소 설치는 각 예하 부대 단위로 광범위하게 진행되었다. 1938년 상하이 양지아자이로 알려진 위안소 개설을 비롯하여, 북지나 방면군 참모장의 통첩에 따라 여러 부대에 설치 지시가 하달되었다.

전선 확대에 따라 위안소 수요가 증가하자, 일본 육군은 1942년 위안소 설치와 '위안부' 모집 · 감독을 담당할 전담 부서(은사국 은상과)를 지정하고, 칙령 제300호를 개정하여 '기타 후생' 업무에 위안소 관계를 추가했다. 같은 해 9월 육군성 회의에서는 전 전선에 걸쳐 총 400개소의 위안소 설치 계획이 논의되었다. 이는 위안소 설치가 현지 부대의 임의적 판단이 아니라, 상급 지휘부와 육군성 차원의 계획과 통제 아래 조직적으로 이루어졌음을 보여준다.

공문서, 피해자증언, 구 일본군병사의 증언, 목격자 증언 등에 따르면, 일본군 위안소가 설치되어 있었던 곳은 러시아, 중국, 북한, 한국, 일본, 타이완, 베트남, 캄보디

20 '주보'란, 군 주둔지에 설치하여 군인·군속 등에게 물품을 파는 곳으로, 위 규정의 개정으로 주보에 위안시설을 설치할 수 있게 되었다.

아, 타이, 미얀마, 인도, 필리핀, 말레이시아, 브루나이, 싱가포르, 인도네시아, 동티모르, 파푸아뉴기니, 미크로네시아, 파라오공화국, 솔로몬제도 등에 걸쳐 확인된다.

출처 : 액티브 뮤지엄 〈여성들의 전쟁과 평화 자료관〉

이 소송에 참여한 피해자들도 일본, 중국 안휘성 · 흑룡강성 · 광동성 · 길림성, 싱가포르, 인도네시아 수마트라 · 자바, 필리핀, 태국, 미얀마 양곤 등지에 설치된 위안소로 이송되어 일본군의 관리 · 통제 아래 지속적인 성폭력을 강요당하였다.

3) 일본군 '위안부' 피해자들 동원 유형

일제는 점령지의 일본군 각 부대에 위안소가 설치되어 감에 따라 '위안부'를 체계적으로 동원하였는데, 그 동원 방식은 식민지와 점령지의 상황에 따라 다양한 형태로 이루어졌다. 즉, 중국 · 동남아시아 · 태평양 지역 점령지에서는 일본군이 전면에 나서는 경우가 많았고, 일본이나 조선 · 대만 식민지에서는 총독부 · 경찰 등 행정체계(관 알선, 경찰의 개입 등) 또는 지역 조직(보국대 등), 모집업자를 통한 동원이 주를 이루었다.

조선인 여성이 일본군 '위안부'로 동원된 유형 중 가장 비중이 높은 것은 취업사기로 전체 증언의 44.2%를 차지한다. '공장에 취직시켜 주겠다', '돈을 많이 벌 수 있다'는 거짓말로 여성을 유인하는 방식이었다. 협박에 의한 동원의 경우, 일본인이 집에 찾아와 강제로 끌고 가거나 일본인 순사가 '총살시키겠다'고 협박하여 동원되는 경우가 있었다.

행정기관과 관헌이 직접 개입한 사례도 발견되는데, 통반장이 일본인과 함께 집에 와서 군복 만드는 공장에 보내야 한다면서 서류에 도장을 받은 뒤 끌고 가거나, 담임교사의 거짓말에 속아 동원되는 경우도 있었다.

유괴 · 납치 · 인신매매의 경우, 군인이나 낯선 남성에 의해 강제로 끌려가거나 아버지가 돈을 받고 팔려가는 경우가 이에 해당한다. 이 외에도 근로정신대 · 보국대 · 봉사대 · 공출 제도를 통한 집단적 동원이 이루어졌다.

특히 일본 내지에서는 만 21세 이상 성매매 경험자로 동원이 제한되었으나, 식민지 조선에서는 이 기준이 전혀 적용되지 않았다. 1944년 버마에서 체포된 조선인 '위안부' 20명 가운데 동원 시점 기준 12명이 미성년자였으며 평균 연령은 21.1세에 불과했다. 이는 일본군과 정부가 미성년자 동원이 국제법 및 국내법에 위반된다는 사실을 인식하면서도 식민지에서는 이를 묵인 · 방조하였음을 보여준다.

일본군 '위안부' 동원은 개별 업자의 자의적 행위가 아니라, 일본군과 정부기관의 조직적 개입 아래 이루어졌음을 보여주는 다수의 공문서가 존재한다.

첫째, 1937년 12월 21일 상하이 총영사관이 일본 경찰에 보낸 「황군 장병을 위한 위안부녀 도래에 관한 편의 공여 의뢰의 건」은 영사관 · 헌병대 · 무관실이 역할을 분담하여 위안소 설치, 신분 허가, 도항 편의, 현지 인계 및 통제를 체계적으로 수행하였음을 명시하고 있다. 이는 국가기관이 '위안부' 동원 · 이송 과정에 직접 관여했음을 보여

주는 대표적 문서이다.

둘째, 1938년 3월 4일 육군성 부관 통첩 「군위안소 종업부 등 모집에 관한 건」은 모집 방식이 납치와 유사하여 경찰에 검거되는 사례가 있음을 인지하고 있으면서도, 동원 자체를 중단하지 않고 헌병 · 경찰과의 연계를 강화할 것을 지시하고 있다. 이는 일본군이 불법적 모집 실태를 알고도 이를 통제 · 관리의 대상으로 삼았음을 드러낸다.

셋째, 1938년 2월 23일 내무성 통첩 「지나 도항 부녀의 취급에 관한 건」은 도항 여성의 연령 · 경력 요건을 규정하고 신분증명서 발급 절차를 마련하였다. 일본군 '위안부'의 해외 이송이 경찰의 공적 관리 체계 안에서 이루어졌음을 보여준다.

넷째, 1942년 9월 3일 육군성 회의 기록은 전 전선에 걸쳐 총 400개소의 위안소 설치 계획을 논의하고 있어, 위안소 운영이 군 차원의 계획 사업이었음을 입증한다.

다섯째, 1944년 작성된 미국 전시정보국 「일본인 포로 심문보고 제49호」는 조선인 '위안부' 다수가 취업사기 방식으로 동원되었고, 동원 당시 다수가 미성년자였음을 기록하고 있다. 이는 식민지 조선에서 연령 제한이 사실상 적용되지 않았음을 보여주는 객관적 자료이다.

이와 같은 공문서와 전시 자료는 일본군 '위안부'의 동원과 이송이 군과 행정기관의 계획과 관여 아래 이루어진 조직적 · 체계적 제도였음을 확인시켜준다.

일본군 '위안부' 피해자 규모는 자료 미비로 정확한 규모 확인은 불가능하나, 일본군의 병사 대비 '위안부' 비율 기록과 교체율 등을 근거로 추산하고 있다. 일본에서 최초로 일본군 개입 공문서를 발견한 요시미 요시아키 교수는 1939년 제21군의 "병사 100명 당 '위안부' 1명" 기록, 업자들 사이에 통용된 "병사 29명 당 '위안부' 1명" 기준, '위안부' 교체율 최소 1.5배에서 최대 2배, 해외 일본군 수 평균 300만 명을 근거로 '위안부' 피해자 수를 최소 약 5만 명에서 최대 약 20만 명으로 추산하였다. '위안부' 피해자 중 80%는 조선 여성들이었으며, 그 외 일본군 '위안부' 피해자의 국적은 필리핀, 중국, 대만, 네덜란드 등이다.

이 소송에 참여한 피해자들 또한 "돈을 많이 벌 수 있다", "공장에 취직시켜 주겠다"는 말을 믿고 따라갔다가 위안소로 보내진 경우가 적지 않았다. 일본인이 집에 찾아와 딸을 내놓으라고 강요하거나, 지역 유지나 경찰이 동행하여 사실상 거부할 수 없는 상황에서 연행된 사례도 있었다. 또한 낯선 남자에게 속거나 끌려간 경우, 군인들이 집에 들이닥쳐 강제로 데려간 경우 등 다양한 방식의 강제 동원이 이루어졌다.

4) 위안소 운영에 관한 관리 · 통제

일제와 일본군은 위안소를 직접 설치하여 운영하거나(군 직영방식), 군의 통제 · 감독 하에 있는 경영자 또는 관리자에게 경영하도록 하거나(경영관리방식 또는 위탁운영방식), 기존 민간 매춘업소를 이용하는(군 이용방식) 3가지 방식으로 운영하였다.

일본군은 위안소를 직접 설치 · 운영하거나, 민간업자에게 위탁하더라도 군의 명령과 규정에 따라 관리 · 감독하였다. 1938년 상하이에 설치된 육군 위안소에는 파견군 병참사령부 명령에 따른 '위안소 규정'이 게시되어 있었고, 군인 외 출입 금지, 이용 시간과 요금, 콘돔 사용 의무 등이 명시되어 있었다. 이는 위안소가 군의 지휘 체계 아래 운영되었음을 보여준다. 같은 해 창저우 주둔 부대의 내무규정에서는 '위안부'의 출신국에 따라 요금을 차등 규정하고 있어, 요금 체계까지 군이 통제하였음을 확인할 수 있다.

1942년 필리핀 이로이로 지역의 위안소 규정에는 "위안소의 감독 · 지도는 군정감부가 관장한다"고 명시되어 있었고, '위안부'의 외출 가능 구역을 제한한 지도까지 첨부되어 있었다. 또한 1944년 야마 제3475부대 내무규정은 부관이 위안소를 총괄하고, 회계장교와 군의관이 각각 경리와 위생을 담당하며, 경영자가 '위안부' 1인당 상대 병사 수와 콘돔 사용 수 등을 기록하도록 규정하고 있다. 이러한 문서들은 위안소 운영 전반이 군 조직 안에서 체계적으로 관리되었음을 입증한다.

5) 일본군 '위안부'에 대한 관리 통제

일본군 '위안부'는 군의 필요에 따라 성병 예방, 병사에 대한 '위안' 제공, 첩보 활동 방지 등을 목적으로 마련된 이용 규정에 따라 철저한 통제 아래 놓여 있었다. 위안소 경영자 역시 군의 지시에 따라 '위안부'를 관리 · 감독하는 역할을 수행하였다. 각 부대 규정에는 '위안부 외출의 엄중 단속'이 명시되어 있었고, '위안부'의 이동은 헌병과 경영자를 통해 제한되었다. 본 사건 소송에 참여한 피해자들의 진술은 이러한 강압적 통제 실태를 명확히 뒷받침한다. 피해자들은 '관리인의 동의는 물론 2~3명의 동행 없이는 외출이 불가능해 단 한 번도 위안소 밖으로 나가지 못했다'고 진술하거나, '위안소 입구에 항시 감시자가 배치되어 있어 외부 출입이 원천적으로 차단되었다'고 증언하여, 당시 상황이 사실상의 감금 상태였음을 일관되게 증명하고 있다.

① 감금 및 이동의 자유 박탈

일본군 '위안부'들은 위안소에서 수개월 또는 수년간 반복적으로 강간, 폭행 등 가혹행위, 학대를 당하면서도 자신이 제공하는 노동의 성격이나 기간을 스스로 결정하거나 바꿀 수 없었으며 위안소를 떠날 자유도 전혀 주어지지 않았다. 탈출 시도에 대한 억압도 가혹하였는데, 본 소송에 참여한 피해자 중에는 위안소를 탈출하려다 관리인에게 나막신으로 머리를 심하게 맞아 평생 지워지지 않는 흉터를 안고 살아가는 사례가 있을 정도로, 피해자들은 일상적인 폭력과 생명의 위협 속에서 철저히 통제받았다.

② 반복적이고 지속적인 성폭행

일본군 '위안부'들은 위안소에서 수개월에서 수년간 반복적으로 성폭행을 당했다. 본 소송에 참여한 피해자 중에는 평일 15명, 주말 50명가량의 군인을 상대한 피해자도 있고, 하루 최대 30~40명의 군인으로부터 성행위를 강요당한 피해자도 있었다. 생리 기간에도 쉬는 날이 거의 없었으며, 휴일 없이 지속적인 성적 착취가 이루어졌다. 특히 조선인 '위안부'의 경우 취업사기에 속아 동원된 경우가 많았고 성 경험이 없는 어린 나이의 여성들이 다수였기 때문에, 위안소에 도착하자마자 강간을 당하거나 심하게 폭행을 당하는 경우가 많았다. 어린 나이에 동원된 피해자는 초경도 시작하기 전에 위안소에 도착하자마자 강간을 당했고, 또 다른 피해자는 위안소 도착 첫날 강간에 저항하다가 군인이 휘두른 칼에 목을 베이는 참혹한 피해를 입었다.

③ 폭행 및 가혹행위

일본군 '위안부'들은 군인과 위안소 경영자 양쪽으로부터 상시적인 폭행과 가혹행위에 시달렸다. 성관계를 거부하거나, 콘돔 착용을 요구하거나, 몸이 아파 내색을 하는 것만으로도 무차별적인 폭행을 당했다. 본 소송에 참여한 한 피해자는 저산울 겁탈하려는 군인에게 저항하다 상해를 입어 평생 왼팔을 사용할 수 없는 영구 장애를 안게 되었다.

음주 상태의 군인이 특별한 이유 없이 폭행을 가하는 경우도 많았고, 위안소 경영자는 '위안부'가 성행위를 거부하거나 상대하는 군인의 수가 적다는 이유로 폭행을 가하기도 했다. 이처럼 극심한 폭력적 환경 속에서 일부 '위안부'들은 폭행을 피하기 위해 저항을 포기하고 상황을 체념하는 방식으로 적응해 나갔고, 반면 상황을 받아들이지 못한 일부 '위안부'들은 정신이상이나 자살 시도를 경험하기도 했다. 특히 본 소송에 참여한 한 피해자는 끔찍한 고통에 자살을 생각하기도 했으나 자살에 실패한 동료들이 일본군에게 총살당하는 것을 목격하고 이마저도 포기해야만 했다고 진술했다.

④ 신체적 통제와 의료 피해

위안소에서는 성병 예방을 위해 콘돔 사용이 규정되어 있었지만, 이를 지키지 않는 군인이 많았다. 이로 인해 일본군 '위안부'들은 성병에 감염되는 경우가 빈번했으나 제대로 된 치료를 받지 못했고, 피해자 스스로 돈을 내어 치료를 받아야 하는 경우도 있었다. '위안부'들은 정기적인 성병검진을 받았고, 군의관이 위안소를 방문하거나 군병원 · 진료소에서 검진을 실시했으며, 매독 치료를 위한 606호 주사도 사용되었다. 본 소송에 참여한 한 피해자는 성병 발병 여부와 무관하게 심각한 부작용을 일으키는 606호 주사를 정기적으로 맞았다고 증언했고, 또 다른 피해자는 몸이 아파 기절할 때까지 군인을 받아야 했으며 성병으로 고름이 차면 마취도 없이 칼로 찢고 소독 가루를 묻혀 넣는 야만적인 처치를 받았다고 증언했다.

임신을 막기 위해 강제로 피임약을 복용하게 하거나 신체에 삽입하는 행위가 이루어졌고, 불임을 위해 수은 복용을 강요당하기도 했다. '위안부'가 임신을 하면 강제로 낙태시키는 것은 물론, 본인의 동의 없이 자궁을 적출당하는 극단적인 신체 침해까지

자행되었다. 본 소송에 참여한 한 피해자는 위안소 생활 3개월 만에 임신하자 강제 낙태 수술을 당했는데, 이 과정에서 의사가 본인 동의도 없이 자궁을 통째로 적출해 버렸고, 퇴원 후 불과 일주일 만에 복대를 찬 채로 군인들을 상대해야 했다고 증언했다. 이처럼 일본군 '위안부'들의 몸과 생식 기능에 대한 통제가 조직적으로 이루어졌다.

⑤ 강제 노동

일본군 '위안부'들이 당한 피해는 성적 착취에만 그치지 않았다. 군복 세탁, 취사, 부상병 간호, 콘돔 세탁 등 다양한 형태의 강제 노동도 부과되었다. 또한 군사훈련이나 장교의 연회에 불려 나가야 하는 경우도 있었다. 이처럼 일본군 '위안부'들은 성적 착취와 함께 다방면에 걸친 노동 착취까지 동시에 당해야 했다.

⑥ 임금 미지급 및 경제적 착취

위안소 규정에는 군인이 이용료를 지불하도록 되어 있었지만, 실제로 '위안부'들에게 이 금액이 제대로 지급되는 경우는 드물었다. 이용료는 대부분 위안소 운영자에게 귀속되었고, 일부 '위안부'는 군인이 건네준 이용표를 모아 경영자에게 제출하면 소액을 받기도 했지만, 대부분의 피해자들은 아무런 금전적 대가도 받지 못한 채 착취당했다.

⑦ 평생에 걸친 신체적 · 정신적 후유증

일본군 '위안부' 피해자들은 일본군 '위안부'의 생활과 그로 인한 피해로 인해 평생에 걸친 심각한 후유증을 안고 살아갔다. 신체적으로는 생식기 및 자궁 질환, 폭행으로 인한 외상 등이 남았고, 정신적으로는 외상후 스트레스장애(PTSD), 우울증, 강박증, 환청, 환각, 히스테리 등의 증상이 나타났다. 본 소송에 창며한 한 피해자는 무자비한 폭행과 성착취의 고통 속에서 아편에 중독되고 정신병 환자 취급을 받는 등 참담한 후유증을 겪어야 했다. 사회적으로는 대인기피, 남성기피, 대인불신 등으로 정상적인 사회생활이 어려웠으며, 수치심과 죄의식, 낮은 자존감으로 인해 가족과도 단절된 채 고립된 삶을 살아간 피해자들이 많았다. 피해자 중 일부는 위안소에서 당한 피해로 인해 아이를 낳을 수 없는 몸이 되었고, 몸이 망가졌다는 생각에 결혼을 포기하고 평생 독신으로 살았다. 본 소송에 참여한 다수의 피해자들도 몸이 망가졌다는 충격과 부끄러움으로 인해 결혼을 포기한 채 평생 가족과 단절되어 외로운 삶을 살아야만 했다. 이처럼 일본군 '위안부' 피해자들의 고통은 위안소에서의 생활에서 끝나지 않고, 해방 이후에도 평생에 걸쳐 지속되었다.

4. 일본군 '위안부' 제도의 반인도적 범죄 성격과 위법성

1) 서론

1932년경부터 1945년까지 일본국(전신인 일본제국)에 의해 설치된 '일본군 위안소'의 기획 및 실행 행위의 '위법성'을 밝히는 작업은 해당 제도가 단순한 전시(戰時)에 발생한 개인들의 일탈행위가 아닌, 국제법과 국내법을 정면으로 유린하여 자행된 조직적이고 체계적인 '반인도적 범죄'임을 규명하는 데에서 시작한다. 일본국은 1932년 상해사변 시 군대 병사들에 의한 강간 및 성병 감염 문제를 해결하기 위해 해군에서 처음으로 위안소를 설치했다. 이후 1937년 중일전쟁이 발발하자 전쟁 지역인 중국에 위안소를 본격적으로 설치하였고, 1941년 태평양 전쟁을 일으키며 전쟁지역이 확대되자 이에 따라 동남아시아, 남태평양 지역까지 위안소 설치를 확대했다. 일본국은 행정력을 동원하여 10대 초반에서 20대에 불과한 어린 나이의 피해자들을 기망 · 유인하거나 강제로 납치하여 '위안부'로 동원하였으며, 그 피해자들은 가족과 헤어져 상당 기간 동안 최소한의 자유조차 억압당한 채 매일 수십 명의 일본 군인들로부터 원치 않는 성행위를 강요당했다. 그 과정에서 '위안부' 피해자들은 무수한 폭행으로 상해를 입었을 뿐 아니라 늘 성병과 원치 않는 임신 등의 위험을 감수하여야 했고, 급기야 죽음의 공포에도 시달려야만 했다. '위안부' 피해자들은 '위안부' 생활로 인한 육체적 · 정신적 고통에 시달리며 종전 이후에도 정상적인 범주의 사회생활에 적응할 수 없었다.

이처럼 식민 지배의 역사적 맥락하에 나타난 일본군 '위안부' 제도는 '체계적 강간(systematic rape)'[21]으로서의 성격을 가지고 있는데, 이는 개인에 의해 발생하는 통상의 전시 강간 범죄와는 그 성격이 다른 것으로서, 식민 지배 대상이 된 지역 여성들을 대상으로 국가에 의해 체계적이고 정책적으로 지시되고 계획된 형태의 집단적 성적 폭력에 해당한다. 이러한 일본군 '위안부'의 제도적 특징을 염두에 두고 바라본다면, 일제의 행위는 자신의 불법적인 식민 지배를 기화로 국가의 공권력을 발동하여 한국과 일본 양국의 국내법은 물론 국제법을 위반한 반인도적 범죄이자 불법행위에 해당한다. 일본군 '위안부' 제도의 위법성을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

2) 국제법 · 국내법 위반

현행 일본 헌법(1946. 11. 3. 공포) 제98조 제2항은 '일본국이 체결한 조약 및 확립된 국제법규는 성실히 준수'하여야 한다고 규정하고 있다. 현행 헌법 제정 전이라고 하더라도 위 조항은 새로운 의무를 부과하는 것이 아니라 국가로서의 당연한 의무를 선언한 것이므로, 현행 헌법 성립 전의 일본제국 또한 조약 및 국제법규를 성실하게 준수할 의무가 있었다.

그런데 이러한 일본군 '위안부' 제도의 실행은 일본제국이 그 당시까지 비준하였던 ①「육전의 법 및 관습에 관한 협약 (헤이그 제4협약)」 제3조, 부속서 제46조상의 '가족의 명예와 권리를 존중하여야 할 교전당사자의 의무'를 위반하고 가족의 구성원인 여성의 성적 자기결정권을 심각하게 침해하여 그 명예와 권리를 존중하여야 할 의무를 이행하지 아니한 것이며, ②「성매매금지협정(International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic, 1904)」, 「성매매금지조약(International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic, 1910)」 등 인신매매 관련 국제 조약들에서 금지하는 성매매 및 성매매를 목적으로 한 납치, 인신매매를 한 것이고, ③「여성과 아동 인신매매 금지 조약(International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children, 1921)」 상 미성년 여성을 기망, 납치하는 행위를 한 것이다. 일본군이 '위안부' 모집 지령을 내리고 이들을 위안소로 이송하는 과정에서는

21 '체계적 강간'은 구 유고슬라비아 등의 내전에서 적국에 대한 대규모적 공격 형태의 하나로 만들어진 강간 캠프의 범죄성을 지목하는 과정에서 도출된 용어이다. 이후 일본군 '위안부' 제도를 조사한 UN 특별보고관 역시 '체계적 강간'이라는 용어를 사용하였는데, 그에 의하면 '체계적(systematic)'이란 강간의 특정한 유형을 지칭하는 것으로서, 강간행위 그 자체로 범죄가 되는 것에서 더 나아가 특정 집단(targeted group)을 표적으로 삼아 광범위(widespread)하거나 정책적으로(policy-based) 실행한 대규모 공격 유형이라고 설명한 바 있다. 따라서 이에 해당한다는 특별보고관의 판단은 일본군 '위안부' 제도가 (i) 대규모로 행해지고, (ii) 체계적 강간 정책이 존재했으며, (iii) 이를 수행하기 위한 국가기관의 관여가 있었다는 점이 입증되었다는 것을 의미한다(Gay Mcdougall, "Comtemporary forms of slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like practices during Armed Conflict", Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13 (22 June 1998) 참조).

성매매 목적의 약취, 유인이 지속적으로 발생했다.

또한 일제가 피해자들을 강제 또는 기망으로 모집, 이동시키고, 이후 '위안소' 내에서 이동의 자유와 신체의 자유를 완전히 박탈한 채 성적 행위를 강요한 것은 ④ 1926년 국제연맹에서 채택된 「노예협약(Slavery Convention)」상 '어떤 사람의 소유로 취급되는 사람의 지위'를 일체 금지한 노예해방 규정을 위반한 것이다. 특히 노예제의 금지는 단순히 체약국의 조약상 의무를 넘어 국제관습법으로 확립되었으므로, 일본국이 당시 비체약국이었다고 하더라도 구속력에는 영향이 없다. '위안부' 피해자들은 인간이 아닌 일본군의 '재산'으로 취급되어 구매의 대상이 되었고, 모집 순간부터 자유를 박탈당했으며, 인간으로서의 존엄성을 심각하게 침해당했다. UN 여성폭력문제 특별보고관 라디카 쿠마라스와미도 1996년 「전시의 군사적 성노예 문제에 관한 조선민주주의인민공화국, 대한민국 및 일본 파견 조사보고서」(이하 '쿠마라스와미 보고서')에서 '위안부'라는 용어 대신 '군대 성노예(military sexual slaves)'라는 용어를 사용해야 한다고 주장하며, 위 제도의 '노예화' 측면을 조망한 바 있다. 또한 1998년 또 다른 UN 전시하 성노예제 문제에 관한 특별보고관 게이 맥두걸 역시 같은 맥락에서 그 최종보고서(이하 '맥두걸 보고서')에서 "무력충돌 중의 체계적 강간, 성노예와 노예자나 다름 없는 관행(Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict)"이라고 일본군 '위안부' 제도를 규정하며, 해당 '위안부' 피해자들에 대한 징집과 처우는 노예제도를 금지한 국제관습법에도 정면으로 위반된다고 판단하였다.

⑤ 나아가 일본국은 1932년 비준한 국제노동기구(ILO)의 「강제노동협약(제29호 협약)」에서 여성의 강제노동을 즉시 폐지해야 할 체약국의 의무를 위반하였다. 일본국은 피해자들을 성적 착취의 목적으로 위협, 기망 등을 이용해 연행하고 성관계를 강요하였는데, 이는 ILO가 명백히 '강제노동'에 해당한다고 밝힌 성적 착취에 해당한다. '강제성'은 '처벌의 위협' 또는 '임의로 제공하는 것이 아닌' 경우를 모두 포함하며, 기망, 거짓 약속, 신분증 압수 등도 강제성에 해당한다. 일본 정부 스스로도 1993년 고노 담화에서 모집, 이송, 관리 과정의 강제성을 인정한 바 있다. ILO 전문가위원회(CEACR)는 1996년 일본군 '위안부' 문제에 대하여 "위안소에서 이루어진 인권침해와 여성폭력은 '전시 예외'에 해당하지 않으며 '성적 노예'로서 협약의 금지사항을 위반하였다(The allegations refer to gross human rights abuses and sexual abuse of women detained in so-called military "comfort stations", a situation which falls within the prohibitions contained in the Convention)"고 판단한 이래, 1997년, 1999년, 2001년 ~ 2005년, 2007년 ~ 2009년, 2011년, 2013년 이후 현재까지도 반복적으로 전문가위원회 보고서에서 강제노동협약의 위반 사례로 일본군 '위안부' 문제를 수록하여 일본 정부에게 피해자들의 기대를 충족시킬 수 있는 조치를 취할 것을 권고하고 있다.

⑥ 일본국은 불법적인 전시 하에 민간인인 피해자들을 납치, 수용하여 성노예로서 처참한 생활을 강요한 것에 대해 '인도에 반한 죄(Crimes against Humanity)'[22]에 해당하여 국제형사법적 책임을 부담한다. 특히 '인도에 반한 죄'는 뉘른베르크 헌장(1945)과 극동국제군사재판소 헌장(1946)에 명문화되기 이전부터 이미 관습국제법으로 확립된 중대 범죄에 해당한다. 일본군이 자행한 광범위하고 체계적인 성폭력은 극동국제군사재판소 헌장 제5조의 '기타 비인도적 행위'에 해당한다. 1998년 채택된 국제형사재판소(ICC) 로마규정은 기존 관습국제법을 명문화한 것으로, '인도에 반한 죄'의 하나로 '성적 노예화(sexual slavery)'를 명시하고 있다. 이는 피해자의 자유를 박탈하고 성적인 행위에 종사하도록 야기한 행위로, 일본군 '위안소'의 실상은 이에 정확히 부합한다. 앞서 살펴본 쿠마라스와미 보고서와 맥두걸 보고서 모두 일본군 '위안부' 제도를 '인도에 반한 범죄'로 규정하였다.

한편, ⑦ 일제의 '위안부' 제도 실행 행위는 국제법뿐만 아니라 당시 일본 국내법으로도 명백한 범죄였다. '위안부' 피해자들을 약취, 유인, 매매한 행위는 당시 일본, 조선 등에 적용되던 일본 구 형법(메이지 40년) 제226조(국외 이송 목적 약취유인매매죄)를 명백히 위반한 범죄행위다. 당시 이에 가담한 일본제국의 공무원들은 구 일본 형법 제226조 등을 위반하였고, 일본제국 정부는 명백히 이를 적극적으로 조장하거나 방조하였다. 비록 일본 재판소가 그간 피해자들이 제기한 소송에서 1965년 청구권협

22 '인도에 반한 죄'는 1945년 뉘른베르크 국제군사재판소헌장에서 처음 명문화되었고 1946년 동경 극동국제군사재판소헌장(International Military Tribunal for the Far East Charter)에서 재확인된 범죄 유형인데, 그 이전부터 광범위하고 체계적으로 자행된 폭력이나 인종 민족 종교 정치적 신념 기타 사유 등을 이유로 한 광범위하고도 체계적인 박해를 지칭하는 범죄 유형으로 이에 대한 금지는 관습국제법으로 확립되었다.

정이나 소멸시효 등을 이유로 청구를 기각해왔으나, 판결문 내에서 '의사에 반해' 고용되고 '강제적 매춘을 강요'당했다는 등 피해 사실과 일본군 및 국가의 관여, 즉 행위의 위법성 자체는 인정하였다는 점에서도 이는 다시 확인된다.

3) 국제법적 평가

이러한 명백한 국제법 위반에 대해 UN을 비롯한 국제사회는 일본군 '위안부' 문제를 인류 역사에서 발생한 중대한 인권침해 사건으로 규정하고 일본국에게 지속적으로 법적 책임 이행을 권고해왔다. 특히 UN 인권위원회의 두 보고서는 결정적이었다. 1996년 라디카 쿠마라스와미 보고서는 '위안부' 제도를 '군사적 성노예'로 규정하고, 일본 정부에 대해 ① 법적 책임 인정, ② 피해자 배상, ③ 관련 문서 공개, ④ 공식 사죄, ⑤ 역사 교육, ⑥ 책임자 처벌 등을 강력히 권고했다. 이어 1998년 게이 맥두걸 보고서는 '위안부' 징집 및 처우가 노예제 금지 관습국제법 위반, 전쟁범죄, 반인도적 범죄임을 재확인하며, 일본 정부가 피해자들에게 배상할 법적 책임이 있음을 명확히 밝혔다.

UN 산하의 주요 조약기구들 역시 일관된 입장을 표명했다. UN 여성차별철폐위원회(CEDAW)는 2009년과 2016년, 일본 정부가 법적 책임을 회피하고 피해자들의 고통을 외면하고 있다고 지적하며, 완전한 배상과 가해자 처벌, 역사 교육 등을 촉구했다. UN 자유권규약위원회(UNHRC) 역시 2008년과 2014년, 일본 정부가 책임을 인정하지 않는 점을 지적하며, 법적 책임을 인정하고 가해자를 기소하며 피해자에게 적절히 배상할 것을 강력히 요구했다. UN 경제적 · 사회적 · 문화적 권리위원회(CESCR)는 2013년, 일본 정부가 UN 기구들의 권고를 거부하고 사실을 은폐 · 부인함으로써 피해자들에게 다시 상처를 주고 있다고 유감을 표하며 법적 책임 인정과 배상을 촉구했다. 그 밖에도 UN 고문방지위원회는 2007년 일본 재판소가 '위안부' 피해자들의 청구를 소멸시효를 이유로 기각한 판결에 대한 유감을 표명하면서 고문에 대한 소멸시효 및 공소시효를 배제하는 법률을 제정하라고 권고하였으며, 2013년 일본에 대한 최종 심의보고서에서 성노예제 범죄에 대한 법적 책임을 공적으로 인정하고 범죄자를 처벌하며, 관련 자료를 공개하고 사실을 철저히 조사하고 교육하며, 배상을 비롯한 피해자 구제조치를 즉시 취하라고 강력히 권고했다. UN 인종차별철폐협약위원회도 2014년 일본에 대한 최종보고서에서 피해자의 권리와 배상 책임을 인정하지 않는 일본 정부의 행위는 인종차별철폐협약 위반이라고 보면서, 2018년에도 2015 한일합의가 책임 인정을 누락하였음을 지적하며 지속적인 문제해결이 필요하다고 촉구하였다.

이러한 국제사회의 목소리는 국제앰네스티(2005년) 등 비정부기구와 미국 하원(2007년), 캐나다, 유럽의회 등 다수 국가 의회에서도 일본 정부의 공식 사과와 법적 책임 인정을 요구하는 결의안 채택으로 이어졌다.

4) 소결론

본 사건에 적용되는 불법행위의 준거법은 법정지인 대한민국의 민법 제750조이다. 대한민국 헌법 제6조 제1항에 따라 이 사건에서 적시된 국제조약과 관습국제법은 국내법과 동일한 효력을 가지며, 민법 제750조의 위법성 판단 기준으로 적용될 수 있다. 위와 같은 법리에 따라, 일본국은 일본군 성노예 범죄의 전 과정에 대해 책임을 부담하며, 비록 그 행위가 일본군의 행위였더라도 육전협약 제3조 등에 따라 국가는 군인의 행위에 대해서도 책임을 져야 하므로 그 책임을 피할 수 없다. 또한 일본국은 '위안부' 제도와 관련하여 중대한 인권침해를 예방하고 처벌할 의무를 해태한 점에 있어서도 불법행위 책임을 부담한다. 2011년 헌법재판소가 판시했듯, 일본군 '위안부' 피해자들이 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일 뿐 아니라, "근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이 있다"는 점을 고려할 때[23] 일본국의 불법행위에 따른 법적 책임의 성립은 이견 없이 명백하다.

---

23 헌법재판소는 2006헌마788 결정에서 "일본군 '위안부' 피해는, 일본국과 일본군에 의해 강제로 동원되고 그 감시 아래 일본군의 성노예를 강요당한 것에 기인하는 것으로, 달리 그 예를 발견할 수 없는 특수한 피해"라는 전제에서 "일본군 '위안부' 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일 뿐 아니라, 그 배상청구권의 실현은 무자비하게 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로, 그 배상청구권의 실현을 가로막는 것은 헌법상 재산권 문제에 국한되지 않고 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이 있다."라고 판시하였다. 위 결정의 심판대상은 일차적으로는 대한민국의 부작위에 대한 것이었으나, 본질적으로는 과거 일본 제국주의가 '위안부'에게 가했던 잔혹한 폭력과 억압에 대한 공식적인 책임 추궁의 필요성과 동시에 '위안부'의 피해를 한층 더 확대시키고 지속시켰던 우리 속에 내재되어 있던 소극성과 침묵에 대한 반성적 고찰이 내재된 결정이었다고 할 수 있다.

3장

소송경과

1. 제1심 소송경과

2016. 12. 28. | 소장 접수

– 서울중앙지방법원에 소장 접수

2017. 8. 3. | 피고 일본국에게 소장부본/소송안내서/변론및선고기일통지서 송달

– 피고 일본국, 2017. 8. 3.자로 수취거절

2017. 8. 22. | 법원행정처 국외헤이그 송달반송 처리 제출

– 반송사유: 일본 중앙당국에서 이 요청에 따르는 것은 헤이그송달협약 제13조에 따른 일본의 주권을 침해하는 것으로 간주된다며 반송함

2017. 8. 29. | 원고 측 의견 제출

– 원고 측은 피고 일본국에게 외교경로를 통한 송달을 해야 하며, 이를 거부할 경우 민사소송법 제194조 제1항에 따라 공시송달절차를 진행해야 한다는 의견서를 제출함

2017. 8. 30. | 변론기일(연기)[1]

– 법원은 헤이그송달협약에 따라 이번에 진행한 송달은 법원행정처에서 영사관에 촉탁하여 진행한 것이므로 사실상 외교 경로를 통한 방법과 동일하다고 전제하며, 원고들의 2017. 8. 29.자 의견서의 의견을 포함하여 송달 방법을 연구해보자고 함

– 법원은 원고 측에서 외교부에 사실조회신청을 하여 일본국을 상대로 송달을 하기

1 2017. 8. 30.자로 예정되었던 제1차 변론기일이 연기됨에 따라, 언론에 배포된 보도자료에서는 2019. 11. 13.자 변론기일(변론조서상 제2차 변론기일)을 제1차 변론기일로 표기하였음. 본 백서의 기재 역시 보도자료의 표기를 따름.

위하여 영사관을 통한 송달 외에 어떤 경로가 있는지 등을 확인하여 줄 것을 요청함

2017. 10. 10. | 원고 측 사실조회 신청

– 원고들은 헤이그송달협약에 따른 "외교경로"의 구체적 내용과 "외교경로"를 통한 해결에 대하여 사실조회를 신청함

2017. 10. 25. | 원고 측 소송대리인 의견서 제출

– 원고 측은 피고 중앙당국의 송달요청 거부가 위법하므로, 우편 또는 외교경로에 의한 송달 절차가 진행되어야 한다는 의견을 제출함

2018. 1. 11. | 외교통상부 사실조회 회신

– 외교통상부는 일본 외무성으로부터 송달요청 거부 사유를 고지받은 사실이 없고, 「민사 또는 상사의 재판상 및 재판외 문서의 해외송달에 관한 협약」상의 중앙당국은 법원행정처이므로, 해당 소관부처에 문의하라고 회신함

2018. 2. 1. | 외교부 및 법원행정처에게 사실조회서 송달

– 법원은 외교부와 법원행정처에게 "외교경로를 이용한 송달"의 구체적 방법, 소요시간 등 필요한 사항 일체에 대해 문의함

2018. 2. 8. | 대법원 사실조회 회신

– 법원행정처는 "외교경로를 이용한 송달"은 국제민사사법공조 등에 관한 예규에 따라 외국 관할법원 송달촉탁으로 이루어지며 일본에 대해서는 평균 5~6개월 소요되고, 외국 관할법원 송달촉탁은 [수소법원→법원장→법원행정처→우리나라 외교부→피촉탁국 주재 한국 대사관→피촉탁국의 외교부→피촉탁국의 해당법원]의 경로를 거친다고 회신함

2018. 2. 8. | 외교통상부 사실조회회신 제출

– 외교부는 "외교경로를 이용한 송달"에 실시하는지 여부 등은 법원행정처의 판단 사항이며, 위 송달에 대한 외교부 내 별도 규정은 없고 법원의 응소의사 타진 요청이 있을 경우 필요한 조치를 취할 수 있을 것이라 회신함

2018. 6. 5. | 원고 측 송달에 관한 의견서 제출

– 원고 측은 재판부에 외교경로를 이용한 송달방법에 따라 송달절차를 진행해 줄 것을 촉구함

2018. 6. 25. | 법원행정처 국제심의관실에게 사법공조촉탁서류 송달

2018. 7. 20. | 법원행정처 국제심의관실에게 사법공조촉탁서류 송달

2018. 11. 9. | 피고 일본국에게 소장부본 등 송달

– 피고 일본국, 2017. 11. 9.자로 수취거절

2018. 11. 22. | 법원행정처 국외관할법원 송달촉탁서류 반송 제출

– 반송사유: 「민사 또는 상사의 재판상 및 재판외 문서의 해외송달에 관한 협약」 제13조에 따라 주권을 침해하는 것으로 간주한다며 반송함

2018. 11. 22. | 보정명령

– 법원은 원고 측에게 외교경로를 이용한 송달촉탁에 대해서도 최종적으로 반송처리 되었으니 적용 가능한 송달 방법을 검토하여 의견을 제출할 것을 명함

2019. 1. 28. | 원고 측 의견서 제출

– 원고 측은 우편경로에 의한 송달 요건을 충족하고 있으므로 우편 경로로 송달을 진행하되, 송달이 되지 않는 경우 공시송달 절차를 진행해줄 것을 요청함.

2019. 1. 31. | 원고 소송대리인 문서송부촉탁 신청서 제출

– 원고 측은 법원에 여성가족부 일본군 '위안부' 피해자 대상자 등록과 관련된 서류 일체의 송부촉탁을 신청함

2019. 3. 5. | 공시송달 결정

– 재판부은 원고 측의 공시송달 절차 요청을 받아들여 일본국에 대해 공시송달을 결정함

2019. 3. 8. | 피고 일본국에게 서류 발송(공시송달)

– 피고 일본국(법률상 대표자: 법무대신 가네다 가쓰토시)에게 소장부본 / 소송안내서 번역본(2017. 1. 19.자 참고자료 첨부) 발송(공시송달)

– 2019.05.09 0시 도달(외국에서 할 송달에 대한 공시송달은 2월이 지나야 효력이 생김). 이후 서류들의 송달은 각 서류 제출일의 다음날 0시에 도달간주됨.

2019. 11. 12. | 국제엠네스티 의견서 제출

– 국제엠네스티는 일반 국제법의 강행규범과 대세적 의무를 위반한 반인도범죄이자 전쟁범죄에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반으로, 특히 다른 실효적 시정 방식이 부재한 경우인 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도에 대한 금전배상 청구권에의 국가면제, 조약에 의한 청구권의 포기, 시효의 비적용과 관련하여 법원에 의견서를 제출함

2019. 11. 13. | 제1차 변론기일

– 원고 측은 이 사건 소송의 의미와 주된 쟁점, 그리고 각 쟁점별 원고들의 변론 계획에 대하여 의견을 개진함

2020. 2. 5. | 제2차 변론기일

– 원고 측은 국제면제론이 불멸의 법리가 아니고, 국제인권법의 발달과 국제적 상황에 맞추어 각국의 입법과 판례가 적용 범위가 축소되고 있으며, 이미 노예제, 대량학살, 인신매매 등 강행규범 위반에 대한 중대한 인권침해 사건에서 국가면제 법리가 부인된 사례를 소개함으로써, 대한민국 법원이 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송에 대해 재판관할권을 행사하여야 한다는 점을 주장함

2020. 4. 1. | 제3차 변론기일

– 원고 측은 지금까지 발견된 일본의 공문서를 근거로 ① 일본군이 점령지에서 위안소를 직접 설치하거나 그 설치를 지시 · 허가하고(위안소의 설치), ② 일본군이 내무성 등 일본 정부 기구와 함께 '위안부' 동원과 이송을 직접 실행 · 협력 · 통제 · 감독하였으며('위안부'의 동원), ③ 일본군이 위안소를 직접 운영하거나 민간에서 운영하는 위안소를 통제하고 감독(위안소의 운영)하였다는 점을 주장, 증명함

– 원고들은 일본에서 일본의 전쟁 · 식민지 책임을 묻는 다수의 소송을 수행한 야마모토 세이타 변호사와 일본군 '위안부' 문제를 UN에 꾸준히 제기해온 도츠카 에츠로 변호사의 의견서를 제출함

2020. 5. 20. | 제4차 변론기일

– 원고 측은 일본군 '위안부' 문제가 국제인권규범에 명백히 위반된다는 점과 UN을 비롯한 국제인권조약기구의 평가 및 권고 사항을 주장함으로써, 일본군 '위안부' 문제의 불법성은 국제사회의 법적 상식이며 보편적 인권의 문제라는 점을 주장함

– 원고 측은 국가면제법리와 관련한 UN의 조약 및 미국, 호주, 일본, 싱가포르, 영국, 캐나다 등의 해외 입법례를 통해 이 사건에서 더 이상 국가면제 법리가 적용될 수 없다는 점을 주장함

2020. 9. 9. | 제5차 변론기일

– 원고들은 전문가 증인(백범석 교수)을 통해, 일본군 '위안부' 문제에 대한 손해배상청구에서 국가면제 법리가 적용될 수 없고 공권력의 중대한 인권침해에 대하여 재판청구권의 보장이 국제인권적으로 어떻게 확립되었는지 주장 입증함

2020. 11. 11. | 제6차 변론기일(변론종결)

– 원고 이용수가 당사자로서 법원에 출석하여 일본군에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄사실과 이에 따른 중대한 인권침해 및 법적 피해회복의 필요성을 증언함.

- 원고 측은 영국의 런던정치경제대학교(LSE)의 크리스틴 친킨(Christine Chinkin) 국제법 명예교수와 키이나 요시다(Keina Yoshida) 박사의 의견서를 제출함. 친킨 교수와 요시다 박사는 일본군 '위안부' 실태를 분석한 UN 보고서와 국제인권법 및 UN 결의를 근거로 일본군 '위안부' 제도가 국가면제 법리를 통해 보호받는 주권적 행위가 아니며, 국가면제 법리가 만고불변의 원칙이 아니라 국제인권법의 발전에 따라 진화하는 개념임을 밝혔음. 또한, 국가면제 법리를 적용하고 구체적인 적용범위와 적용방식을 심리하는 주체가 바로 국내 법원이라는 점을 강조했음
- 원고 측은 일본군 '위안부' 문제에 관한 일본국가의 법적 책임을 규명하고 국가면제법리와 관련한 국제 조약과 해외 입법례, 판례 등을 통해 인간으로서의 존엄을 회복하기 위한 전제로서 재판청구권의 중요성에 대해 주장함

2021. 1. 11. | 변론재개결정

- 판결선고기일이 2021. 1. 13.로 지정되었으나 법원이 변론재개를 결정함

2021. 3. 24. | 제7차 변론기일(변론종결)

- 원고들은 서울중앙지방법원이 2021. 1. 8. 일본군 '위안부' 문제에 대하여 일본국의 불법행위 책임을 인정한 판결(서울중앙지방법원 2016가합505092)의 내용과 의미를 정리하여 변론함
- 원고들은 국제인권조약과 각국의 입법 및 판례 등을 통해 반인도적인 범죄를 비롯하여 공권력의 중대한 인권침해 사건에서 피해자의 실효적인 구제를 막고 다른 구제 수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서는 최소한 피해자가 사법에 접근할 권리 내지 자국 법원에서 재판 받을 권리가 오늘날 국제관습법으로 확인되고 보장받을 수 있다는 점을 변론함

2021. 4. 21. | 판결선고기일

- 서울중앙지방법원, 각하 판결 선고

2021. 4. 21. | 피고 일본국에게 판결정본 발송(공시송달)

- 2021. 4. 22. 0시 도달

2021. 4. 21. | 원고 측에게 판결정본 발송

- 2021. 4. 21. 도달

2021. 4. 30. | 판결경정결정

- 오탈자 교청 취지의 판결 경정

2021. 4. 30. | 피고 일본국에게 판결경정결정정본 발송(공시송달)

- 2021. 5. 1. 0시 도달

2021. 4. 30. | 원고 측에게 판결경정결정정본 발송

- 2021. 4. 30. 도달

2021. 5. 6. | 원고 측 항소장 제출

2. 제2심 소송경과

2021. 5. 26. | 사건 접수

2021. 6. 22. | 법원 헤이그송달촉탁요청서

– 법원에서 헤이그송달협약에 따라 항소장, 기일통지서 등 서류를 일본국에 송달요청함

2021. 11. 18. | 피고 일본국에게 항소장부본/기일통지서/소송안내서 송달

– 피고 일본국, 2021. 11. 18.자로 수취거절

2021. 11. 25. | 변론기일(연기)[2]

– 피고 일본국에 대한 송달결과를 기다리기 위해서 연기함

2021. 12. 9. | 피고 일본국 – 헤이그 송달 반송

– 반송사유: 일본국(법률상 대표자: 법무대신 상천양자) 측에서 2021. 12. 3.자로 "헤이그송달협약 제13조 제1항 위반"을 이유로 반송

2021. 12. 24. | 원고 측 의견서 제출

– 원고 측은 피고 일본국 측에서 위법하게 송달을 거부하고 있고 헤이그송달협약에 따른 송달이 이루어지기 어려운 상황이므로, 민사소송법 제194조 제1항에 따라 공시송달 절차를 진행하여 달라고 요청함

2 2021. 11. 18.자로 예정되었던 제1차 변론기일이 연기됨에 따라, 언론에 배포된 보도자료에서는 2022. 03. 24.자 변론기일(변론조서상 제2차 변론기일)을 제1차 변론기일로 표기하였음. 본 백서의 기재 역시 보도자료의 표기를 따름.

2022. 1. 3. | 공시송달 결정

– 재판부는 원고 측 공시송달 절차 요청 의견을 받아들여 일본국에 대한 공시송달을 결정함

– 항소장 부본 등 서류는 공시송달 결정의 효력에 따라 2022. 3. 4. 0시에 도달된 것으로 간주됨(외국에서 할 송달에 대한 공시송달은 2월이 지나야 효력이 생김). 이후 서류들의 송달은 각 서류 제출일의 다음날 0시에 도달간주됨

2022. 3. 24. | 제1차 변론기일

– 원고 측은 '국제인권법상 중대한 위반행위에 관하여 재판받을 권리'가 국제관습법으로 성립되었고, 2015 한일합의는 외교적 보호권 행사를 통한 대체적 권리수단으로 보기 어렵다는 내용으로, 사건 쟁점과 관련한 요지를 프리젠테이션함

2022. 6. 16. | 제2차 변론기일

– 원고 측은 강행규범과 국가면제가 충돌하는 경우에 국가면제는 그 충돌하는 한도에서 법 규범으로서의 효력이 제한되어야 한다는 점, 제1심판결에서 '강제집행과정에서 피고 일본국과의 외교관계 충돌 가능성'을 이유로 국제 평화주의라는 공익이 원고들의 이익보다 우선한다고 판시한 내용에 관하여 강제집행 가능성 여부와 외교 관계 충돌 가능성이 소송의 전제요건이 될 수 없다는 점, 2015 한일합의는 대체적 권리수단이 될 수 없으므로 이를 근거로 원고들의 재판청구권이 제한될 수 없다는 점에 관한 변론을 진행함

2022. 9. 1. | 제3차 변론기일

– 양현아 교수에 대한 증인신문을 진행함.

– 양현아 교수는, 일본군 '위안부' 2001년 여성부 보고서에 따르면 60% 이상의 일본군 '위안부' 피해자들이 공권력의 주도로 동원되었고 이는 현재법이 아닌 당시의 법을 기준으로도 위법했다는 점, 일본군 '위안부' 피해자의 숫자는 적게는 8만에서 많게는 20만 명 이상으로 추정되는 점, 전체 일본군 '위안부' 피해자 중 조선인 피해자의 비율이 80%를 넘는 정도로 다수를 차지하고 있지만 대만, 중국, 일본, 필리핀, 말레이시아, 인도네시아, 동티모르 등 다양한 국가의 피해자들 역시

존재하는 점, 국제인권법적으로 피해자가 정의 회복 과정에 직접 참여하고 배상과 회복을 받을 수 있도록 권리가 보장되도록 피해자 인권규범이 발전되고 있다는 점, 가해자(가해국)에 대한 법적 책임을 밝히는 것이 궁극적인 회복의 조치로써 피해자 인권의 보장에 해당한다는 점, 2015 한일합의로 일본군 '위안부' 피해자 문제가 해결되지 않은 점 등에 관하여 진술함

2022. 10. 27. | 제4차 변론기일

- 강병근 교수에 대한 증인신문을 진행함
- 강병근 교수는, 국가면제가 고정불변의 원칙이 아니라 국제공동체의 요구와 시대적 상황에 따라 변화하는 개념으로 1970년대 이후 상업적 행위나 불법행위 등에 대해서는 면제를 제한하는 '제한적(상대적) 면제'로 흐름이 바뀐 점, 일본군 '위안부'제도는 노예매매 금지, 강제노동 금지 등 당시 국제법적으로도 이미 확립되어 있던 강행규범(jus cogens)을 위반한 중대한 인권 침해 행위로 이러한 중대한 위법 행위에 대해 국가면제를 적용하여 책임을 면하게 하는 것은 법리적으로 부당하다는 점, 2012년 국제사법재판소(ICJ)가 '독일 대 이탈리아(페리니 사건)' 판결에서 국가면제를 인정한 것은 당사국 간에만 효력이 있으며, 해당 판결이 강행규범 위반 시 국가면제를 무조건 인정해야 한다는 국제관습법을 확립했다고는 보기 어려운 점, '법정지(재판이 열리는 국가) 내의 불법행위'에 대해서는 국가면제를 배제하는 것이 국제적인 입법 및 판례의 추세인 점, 2015 한일합의는 조약이 아닐 뿐만 아니라 일본 정부가 이후에도 강제성을 부인하는 등 일본군 '위안부' 문제의 본질적 해결이 이루어지지 않았으므로 개인의 청구권이 소멸했다고 볼 수 없다는 점 등을 진술함

2022. 12. 15. | 제5차 변론기일

- 원고 측은 2012년 ICJ 판결 이후 국가면제를 제한한 브라질, 우크라이나, 이탈리아, 영국 등의 판결과 미국 및 캐나다의 법령, UN 고문방지위원회의 권고 등을 종합할 때, 재판청구권과 강행규범을 중시하여 국가면제를 제한하고 있는 최근의 국제법적 흐름에 따라서 이 사건에서도 국가면제 법리가 적용될 수 없다는 취지의 프리젠테이션을 진행함

2023. 3. 16. | 제6차 변론기일

- 원고 측은 2015 한일합의에 대해, 일본 정부가 책임을 통감하고, 피해자들의 명예와 존엄 회복 및 마음의 상처 치유를 위한 조치를 '착실히 실시한다는 것을 전제'로 하여 최종적 · 불가역적 해결을 확인한 것이나, 일본 정부가 예산(10억 엔)만 출연했을 뿐 피해 사실 자체를 부정함으로써 합의의 근본 취지를 위반하였으므로 이미 그 합의의 효력이 상실되었고, 일본군 '위안부' 피해자들을 위한 유효한 대체적 권리수단으로 기능할 수 없다는 취지의 변론을 진행함
- 야마모토 세이타 일본 변호사를 증인으로 신청함

2023. 5. 11. | 제7차 변론기일

- 야마모토 세이타 변호사에 대한 증인신문 진행
- 야마모토 세이타 변호사는 일본 최고재판소에서 '피해자 개인의 실체적 권리는 소멸하지 않았더라도, 소송을 통해 청구할 수 있는 권능(재판상 청구권)은 상실되었다'는 독자적인 논리를 확립하였고, 이로 인해 일본군 '위안부' 피해자들은 일본 법원에 소송을 제기하더라도 승소할 가능성이 없다는 점, 일본 정부는 1993년 고노 담화를 통해 일본군 '위안부'에 관한 책임을 일부 인정하는 듯 했으나 이후 진상 규명을 외면하고 책임을 회피한 점, 일본에서도 최고재판소 판결과 국내 법령을 통해 제한적 국가면제를 채택하였고 일본 국내에서 발생한 불법행위에 대해서는 국가면제를 인정하지 않고 있는 점, 2012년 국제사법재판소(ICJ)가 '독일 대 이탈리아(페리니 사건)' 판결에서 국가면제를 인정한 사실은 있으나 이 사건과 사안이 다르고, 해당 판결 이후 인권 침해에 대해 피해자의 사법접근권이 국가면제보다 우선해야 한다는 국제법적인 흐름이 강화된 점 등에 관하여 진술함

2023. 7. 20. | 제8차 변론기일

- Alexander Orakhelashvili 교수의 의견을 정리하여 변론함
- Alexander Orakhelashvili 교수는 국가면제 법리가 모든 국가를 당연히 구속하는 절대적인 국제관습법이 아니고, 국가마다 국가면제의 적용 범위와 해석이 다르므로 대한민국 법원이 획일적으로 이를 적용할 의무는 없다고 지적하면서, 일본군 '위안부' 제도는 군 유지에 필요한 통상적 활동(의료, 교육 등)에 해당하지 않

고 강제동원과 성착취라는 행위는 성질상 주권행위로 보기도 어려우며, 고문, 노예화, 학살, 반인도적 범죄 등 국제법상 절대 규범인 강행규범을 위반한 행위는 국가의 정당한 주권 행사로 인정될 수 없다는 다수의 해외 판례에 따라서 볼 때, 일본군 '위안부' 제도가 강행규범 위반이 명백하여 국가면제 법리에 따라 책임이 면제될 수 없고, 2012년 국제사법재판소(ICJ)가 '독일 대 이탈리아(페리니 사건)' 판결에서 국가면제를 인정한 사례는 현재의 국제법 흐름을 반영하지 못하고 주류의 견해로 보기 어렵다는 취지의 의견서를 제시하였음

2023. 9. 14. | 제9차 변론기일

- Alexander Orakhelashvili 교수 인터뷰 영상을 재생함
- Alexander Orakhelashvili 교수는 원고 측과의 영상 인터뷰를 통해, 국가면제는 '한 국가가 다른 국가의 법정에서 재판받지 않는다'는 일반적 개념일 뿐 모든 국가에서 동일하게 적용되는 통일된 국제관습법이 아니고, 합의된 국제관습법 규범이 존재한다고 보기 어려운 점, 일본군 '위안부' 제도는 여성에 대한 납치, 감금, 학대 등 국가 권력이 없어도 민간 갱단이나 개인도 저지를 수 있는 행위이고, 행위의 '목적'(전쟁 수행)이 아니라 '성질'(학대, 납치)로 볼 때 주권행위로 인정될 수 없어 국가면제의 대상이 될 수 없는 점, 2012년 국제사법재판소(ICJ)가 '독일 대 이탈리아(페리니 사건)' 판결에서 국가면제를 인정한 사례는 충분한 국가관행을 검토하지 않았으며 최근 UN 국제법위원회(ILC) 논의에서 34명 위원 중 4명만이, UN 제6위원회에서 오직 영국과 일본만이 해당 판결을 지지했음을 보면 현재 국제법의 보편적 흐름과 해당 판결이 어긋난다는 점, 강행규범 위반은 그 성질상 주권행위로 볼 수 없으며, 2015 한일합의로는 피해자 개인의 손해배상 청구권을 소멸시킬 수 없는 점 등을 진술함
- 전체 사건 쟁점과 관련한 종합 변론을 진행함

2023. 9. 21. | 제10자 변론기일(변론종결)

2023. 11. 24. | 판결선고기일

- 제1심 판결을 취소하고, 원고들의 청구를 인용하는 판결을 선고함

2023. 11. 24. | 피고(피항소인) 일본국에게 판결정본 발송(공시송달)

- 2023. 11. 25. 0시 도달 간주

2023. 11. 24. | 원고 측에게 판결정본 발송

- 2023. 11. 24. 도달

4장

재판의 안과 밖 :
판례 평석과 연대의 기록

1. 일본군 '위안부' 소송의 성과와 향후 과제

– 야마모토 세이타(山本晴太)

2010년 한일병합 100주년을 맞아 대한변협과 일변연(일본변호사연합회)이 공동 심포지엄을 열고, 일본군 '위안부' 문제를 포함하여 전후 처리되지 않은 문제들을 해결하기 위해, 양국 변호사들이 협력하여 나갈 것을 약속하는 공동선언을 발표했다. 이후 대한변협과 일변연은 각각 인권위원회 산하에 특별분과회를 설치하고 정기적으로 한일교류회를 개최하며 정보 교환과 논의를 이어가면서 공동선언의 실현을 간구하였다.

2016년 한일교류회의 자리에서 한국의 이상희, 류광옥 변호사는 일변연 측에 국가면제에 관한 일본어 문헌을 수집해 줄 것을 요청하였다. 전년도의 아베 정권과 박근혜 정권 사이에 이루어진 한일 합의에 따르자면, 한국 정부가 외교적 보호권을 행사하여 이 문제를 해결하는 것은 사실상 불가능해졌다고 볼 수밖에 없었기 때문에, 한국 법원에서 일본국을 피고로 하는 소송을 제기하여, 국가면제의 벽을 넘어 일본의 법적 책임을 추궁하겠다는 것이었다.

당시에는 전쟁 · 식민지 피해자가 자국 법정에서 가해국을 상대로 소송을 제기하는 것은 '불가능하다'라는 것이 상식이었고, '무모한 제소'라고 여겨지기까지 했다. 2012년 국제사법재판소(ICJ) 판결은, 독일 국가에 배상 명령을 내린 이탈리아 법원의 판결이 국가면제라는 국제법에 위반된다고 보았는데, 2018년 한국 대법원판결(신일본제철 사건)의 반대의견은 1965년 청구권협정과 같은 일괄처리협정에 의하여 피해자 개인의 청구권이 소멸할 수 있다는 근거로서 ICJ 판결을 인용하기도 하였다.

그러나 국가면제의 예외에 관한 문헌과 ICJ 판결 전문을 면밀하게 검토해 보면 그런 '상식'이 잘못된 것이라는 걸 알 수 있다. 대법원 반대의견이 인용하고 있는 것과는 달리, ICJ 판결은 한일 청구권 협정에 따른 해결론을 지지하면서도, 전쟁 피해자가 가해국 외의 법정에서 다툴 권리를 최종적으로 부인하고 있는 것은 아니다. 더 나아가 ICJ의 칸사두 트린다지 판사의 반대의견이 자세히 설명하고 있는 것처럼, 국제법은 국가 중심의 국제법에서 인권 중심의 국제법으로 전환하는 큰 흐름 중에 있는데, 전쟁 피해

자의 인권을 회복하기 위하여 재판받을 권리를 보장하고, 국가면제는 제한하려는 여러 시도가 이 흐름에 부합한다고 볼 수도 있다.

또한, 법원의 '획기적 판단'은 언제나 '무모한 제소'에서 출발한다. 이번 사건도 마찬가지였다. 이번 사건에서도 '무모한 제소'가 '획기적 판결'을 이끌어 냈다. 서울고등법원은 '법정지국내에서의 외국의 불법행위에 대하여는 국가면제를 적용할 의무가 없다'는 '불법행위 예외'를 들어, 일본국에 대한 국가면제를 부인했다. '국제법상 강행규범에 반하는 국가 행위에 대하여는 국가면제를 인정하여서는 안 된다'는 이른바 '인권 예외'로 일본국에 대한 국가면제를 부인한 1차 소송의 서울중앙지방법원의 판결과 더불어, 일본군 '위안부' 문제에 대해서는 어떠한 경우에도 일본국에 대한 국가면제가 허용될 수 없다는 점이 명백해졌다. 3차 소송의 청주지방법원 판결은 이러한 법리가 한국 사법부에 확고하게 정착되었음을 분명히 보여주고 있다.

이 판결에 이르는 과정에서 한국의 대리인단은 훌륭한 변론 활동을 하였다. 국가면제는 일반 변호사의 업무에서는 거의 접할 수 없는 논점임에도 불구하고, 각국의 전문가에게 연락을 취하고, 국내 국제법 전문가들과도 협력하여 최신 정보와 논의를 집약한, 매우 수준 높은 준비서면을 여러 차례 재판부에 제출하였고, 이를 통해 재판부를 설득하는 데에 성공하였다. 본건과 같은 일본의 전쟁책임 문제뿐만 아니라, 국내 민주화 과제와 베트남전 피해자 소송 등 자국의 전쟁책임 문제에 있어서도 한국의 변호사들이 꾸준히 헌신해 왔으며, 다수의 젊은 변호사들이 참여해 '무모한 제소'마저도 감수하면서 의욕적으로 활동하고 있다는 점은, 오늘날의 일본에서 보면 실로 부러울 따름이다.

항소심에서 대리인단이 제출한 최신 정보 중에는, 제2차 세계대전 당시 잠수함으로 민간 어선을 격침시킨 독일에 대해 국가면제를 부인한 브라질 연방 대법원 판결과 2014년 군사 침공으로 우크라이나 병사를 살해한 러시아에 대한 국가면제를 부인한 우크라이나 대법원 판결이 있었다. 일본 정부는 인권 예외를 인정한 1차소송의 1심 판결을 '국제법상 있을 수 없는 판결'이라는 등으로 비난했으나, 그 이후 브라질과 우크라이나 판결이 이어지면서 국가면제를 제한하고, 피해자 인권을 보장하는 것이야말로 국제법이 발전해 나가는 방향이라는 점이 분명해졌다. 특히 우크라이나 판결은 "국가면제는 국가의 주권에 대한 상호존중에 기반하여 인정되는 법리인데, 러시아연방이 우크라이나 주권을 부정하고 우크라이나를 상대로 침략 전쟁을 일으킨 경우, 그 국가의 주권을 존중하고 보호하여야 할 의무는 없다"라고 지적했다. 일본군 '위안부' 피해자를 포함한 전쟁 · 식민지 피해자는, 피해자가 속한 국가의 주권을 침해하는 식민지화와 침략전쟁 행위에 의해 인권 침해를 당한 것이다. 타국의 주권을 침해하여 그 국민의 인권을 짓밟았으면서, 정작 피해자들로부터 소송이 제기되자, 자국의 주권을 내세워 국가면제라는 장벽 뒤로 숨는 것은 명백히 부조리한 것이고, 국가면제를 부정하는 한국법원의 판단이야말로 '상식적'인 것이라 할 수 있다.

일본군 '위안부' 피해자가 일본국을 상대로 제기한 소송은 모두 원고 승소로 끝났다. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국에 대하여 손해배상 청구권을 가지는 법적지위에 있다는 점이 사법부에 의해 인정되어 그 명예가 회복되었다. 앞으로 대리인단에 의해 강제집행 시도가 계속될 것이라 생각한다.

또한, 앞으로 일본 정부가 일본군 '위안부' 문제를 해결하기 위하여 먼저 해야 할 일(판결의 이행)이 구체적으로 명백해졌다. 일본국에 의해 군인 · 군속으로 동원된 피해자들뿐만 아니라, 종래 한국에서는 일본기업만을 상대로 소송을 제기해 왔던 강제동원 노동자들 (이른바 구 '징용공')도 일본국을 피고로 하여 제소할 수 있는 길이 열리게 되었다.

이탈리아와 그리스 판결에 자극을 받아 한국의 피해자들이 제소하였고, 앞에서 언급한 브라질 연방 대법원 판결은 한국 1차 소송의 1심 판결을 인용했으며, 2차 소송의 고등법원 판결은 다시 브라질 판결을 인용하였다. 또한 한국의 판결에 자극받아 중국의 성폭력 피해자들이 일본국을 상대로 제소한 사례에서 알 수 있듯이, 세계 각지의 전쟁 · 식민지 피해자들의 법정 투쟁은 서로 공명하며 국제인권법의 발전을 촉진하고 있다. 한국의 판결은 향후 다른 국가의 전쟁 피해자의 인권 회복을 위한 중대한 동력이 될 것이 분명하다.

그러나 전쟁 · 식민지 피해자가 실효적 구제 수단을 확보하기까지는 여전히 많은 과제가 남아 있다. 우선 가해국을 상대로 한 집행에는 아직도 중대한 장애가 존재한다. 또

한 인권 회복에 소요되는 시간이 지나치게 장기화되어 버렸다. 일본군 '위안부' 피해자들의 경우, 최초의 피해자가 공개적으로 나서기까지 46년이 걸렸고, 일본에서의 소송, UN에 대한 진정, 미국에서의 소송을 거쳐 한국에서의 소송에 이르는 과정에서 대부분의 피해자들이 생을 마감하였다. 강제동원 노동자(이른바 '징용공') 피해자들 또한 일본 소송, ILO 등 국제기구 제소, 한국 소송을 거쳐서 비로소 가해 기업에 승소했지만, 가해 기업의 이행 거부에 직면하였고, 일본국에 대한 법적 책임을 추궁하기도 전에 의사 확인조차 어려울 정도로 고령이 된 상태에서 지원자들과 변호사로부터 고립된 채, 윤석열 정권의 해결책(사실상의 가해 기업 구제책)에 동의하는 것으로 처리되었다. 전쟁과 식민지 지배로 심각한 인권 침해를 받은 피해자가 남은 생애를 가해국의 책임을 묻는 데에 바쳐야 하는 현실은 부당한 것이다. 도저히 실효적인 구제라고 할 수는 없다.

우리와 다음 세대의 세계 각국의 법률가들은 이러한 남은 과제를 극복하여 침략전쟁과 식민지 지배는 '대가가 큰 행위'임을 국가에 분명히 각인시켜야 한다. 한국 변호사들의 활동을 지켜보며 이는 충분히 가능한 것이라 생각했다. 일본 변호사들 역시 이에 기여할 수 있도록 애써 나갈 것이다. 본래 이는 일본의 변호사들이 해결해야 할 과제임에도, 교착상태에 빠져 있는 현 상황은 부끄럽고도 안타깝게 느껴진다.

끝으로 이런 역사적 소송과 관련하여 연구 발표, 법원에 대한 의견서 제출, 법정 증언 등의 소중한 기회를 제공해 준 한국의 변호사, 연구자, 연구기관 관계자들에게 깊은 감사의 뜻을 전한다.

야마모토 세이타(山本晴太)

대학에서 일본사를 전공하면서, 손진두 그리고 송두희의 재일한국인 운동에 참여하게 되었다. 이로 인해 1992년 변호사가 된 후 자연스럽게 전후보상소송에 참여하게 되었다고 이야기한다. 유일한 승소판결인 관부재판의 대리인이었다. 일본군 '위안부' 피해자들을 구제할 법률이 존재하지 않는 입법부작위 상황이 평화를 존중하는 일본헌법정신에 반하여 일본국이 손해배상책임을 진다는 판결이었다. 우끼시마호 사건을 비롯하여 30년이 넘는 기간동안 식민지배의 청산와 전후보상 책임에 관한 사건들을 대리하여 왔다. 일본군 '위안부' 손해배상청구소송의 1심에서는 일본의 전후보상소송의 전체흐름을 정리하며 일본의 재판소에서는 더 이상 피해자들이 구제될 수 없다는 사실을 논증하는 의견서를 제출하였고, 2023. 5. 11. 2심 법정에 출석하여 일본군 '위안부' 문제에 관한 일본정부의 태도변화 일본 재판소의 판단, 그리고 국가면제에 관한 일본 국내법 등에 관하여 전문가증언을 하였다. 30년의 연구와 변론활동의 내용을 법률사무소 아카이브로 공개하고 있는데, 그 이름은 저스티스이다(https://justice.skr.jp/).

2. 일본군 '위안부' 문제의 해결을 향한 길

– 도츠카 에츠로(戸塚悦郎)

가. 격동하는 한국과 일본 사회의 역사 인식

2025년 6월 19일, 한국 국회(도서관 강당)에서 개최된 국제회의 '한일 관계 대전환을 위한 국회 토론회'(사단법인 '외교광장(Korea Diplomacy Plaza)' 주최)에 초청되어, '국제사회에서의 한일기본조약에 대한 인식'이라는 주제로 강연을 했다. 나는 강연의 서두에서, 이처럼 중요한 국제회의에 초청받은 것에 대한 감사의 뜻을 전하고, 한국의 국회의원과 직원, 시민, 언론 관계자들이 용감하게 행동하여 비상계엄 사태를 훌륭하게 극복하고 이 회의를 가능하게 한 데 대해 축하의 말을 전했다.

이 모두발언은 원래 원고에는 없었다. 이건 마음 깊은 곳에서 자연스럽게 끓어 넘친 말로, 이 배경에는 이유가 있었다.

국회 강연의 반년 전인 2024년 12월 2일이었다. 나는 대한변호사협회와 일본변호사연합회가 공동으로 개최한 교류회(대한변협회관 회의실)에 참여해 발표하게 되었다. 나는 그 자리에서 일본 사회, 특히 언론에게는 식민지 지배의 불법성에 대한 역사 인식이 완전히 결여되어 있고, 바로 그 인식의 결여가 일본군 '위안부' 문제와 강제노동 문제의 해결을 가로막는 큰 장애가 되고 있다고 발표하였다.

나는 그날 밤 서울에 체류하고 있었던 덕에, 너무나 우연히도 윤석열 전 대통령이 느닷없이 발령한 비상계엄령으로 인하여 긴급사태에 빠진 서울을, 현지 TV 보도를 통해 실감나게 체험하였다. 날이 바뀌려고 하는 3일 자정 무렵이었다. 인터넷에서 "윤 대통령이 비상계엄령을 선포했다"는 정보를 접하고 경악했다. 민주화된 한국이 군사독재 시대로 다시 되돌아가다니 믿기 어려운 일이었다. 호텔의 TV를 켜둔 채 사태를 주시했다. 한국의 TV는 국회 본회의장의 상황, 국회의사당 입구, 그리고 의사당 앞의 상황을 동시에 비춰가며 현장 중계를 끊임없이 이어서 보도하고 있었다.

한밤중임에도 불구하고, 본회의장에는 다수의 국회의원이 재석하고 있었고, 의장은 선 채로 회의를 진행하고 있었다. 의사당 앞에는 많은 시민들이 경찰 병력과 대치하고 있었다. 의사당 입구에는 헬리콥터를 이용해 의사당 부지 안으로 진입한 완전무장 군인들 다수가 의사당 입구로 몰려들어 돌입을 시도하고 있었다. 이를 비무장의 국회 관계자들이 막으려고, 맨손으로 맞서 싸우고 있는 모습이 보였다. 다행히도 군이 본회의장을 장악하기 전에 의장이 의사봉을 두드려 표결을 마칠 수 있었다.

그 결과, 재석 여야 의원 190명이 전원일치로 비상계엄령을 거부했다. 각 정당의 대표들은 잇따라 기자회견을 열어 국민에게 호소했다. 국회의 결의에 따라 윤 대통령은 6시간 후 비상계엄령을 해제했고, 군도 국회에서 철수했다. 군인들이 국회의사당을 떠나며 몇 번이고 고개를 숙여 사죄하는 모습도 방송되었다.

이 심야에 벌어진 긴급사태를, 이른 새벽까지 대한민국 전역의 많은 사람들이 TV 실황중계를 통해 지켜보았을 것이다. 이후 한국이 어떻게 나아갈 것인지는 어느 정도 예상할 수 있었다. 국회의사당을 둘러싸고 공방을 벌이는 모습은 눈물 없이는 볼 수 없는 장면이었다, 평생 잊을 수 없을 것이라 생각한다.

문제는 일본의 언론이다.

일본의 TV 방송국은 한국 국회 현장에서 벌어진 긴급 사태를 생중계하지 않았다. 따라서 일본 시민들이 서울에서 어떤 일이 있었는지 그 실제를 잘 알 수 없었다. 다음날 아침 일본의 주요 신문들은 일제히 이번 사태를 크게 보도한 것은 당연한 일이었다. 그러나 문제는 그들의 주된 관심이 '친일' 성향의 윤 대통령이 내란에 실패하여 실각할지도 모르는 상황을 우려하며 '반일 정권'이 한국에서 탄생하는 것이 아닐지 하는 점에 있었다는 사실이다.

물론, 나 자신도 예정되어 있던 중요한 미팅을 할 수 있을지, 귀국 항공편을 예정대로 탈 수 있을지 등 이기적인 걱정을 하기도 했다. 그렇기 때문에 일본 언론이 일본의 '국익'을 걱정하는 것도 이해는 할 수 있다. 그러나 그 보도의 가치 판단 기준이 '반일'이냐 아니냐에 있어도 괜찮은 것일까? 이웃 나라의 민주주의와 자유, 인권의 향방과 시민들의 운명을 염려하는 것이 우선적인 관심사가 되어야 하는 것이 아니었을까? 한국의 TV 생중계를 계속 지켜보았던 나는 일본 언론의 보도 가치 기준에 대해 강한 위화감을 느끼지 않을 수 없었다.

사실, 문제의 본질이 여기에 있는 것이 아닐까?

다시금 돌이켜보면, 대일본제국이 대한제국 식민지 지배의 길로 들어섰을 때부터 줄곧 같은 일이 반복되어 온 것은 아닐까? 일본군 '위안부' 문제가 일본 사회에서 사회문제로 떠올랐을 때도 같은 일이 벌어지지 않았던가? 정말로 중요한 진상은 보도되지 않은 채, '반일'인지 여부만이 일본의 대중매체의 주요 관심사로 계속 남아 있었던 것은 아니었을까? 그렇기 때문에 대일본제국에 의한 식민지 지배가 불법이었다는 점과 그와 관련된 모든 사실관계가 일본 대중매체에 의해 조사되거나 보도되어 오지 않았던 것은 아닐까? 대일본제국의 군인이 조선 · 한국 여성에게 저지른 가해 행위의 진상 역시 '반일'이라는 틀로 규정되어, 제대로 보도되지 않았음이 분명하다.

나는 윤 전 대통령이 비상계엄령으로 극심한 혼란을 초래했던 바로 그 국회의 현장에서, 2024년 12월 군인들의 국회 난입 사건의 생생한 기억을 떠올리며, 그로부터 119년 전인 대한제국 시대 1905년 11월 17일, 이토 히로부미 공작이 이끄는 대일본제국군이 대한제국 왕궁에 무력 진입한 사건이 국제법상 어떤 평가를 받고 있는지에 관한 국제적 인식을 주제로 강연하였다. 흥미로운 점은, 이 강연이 1993년 일본 국회에서의 논의를 중심으로 다루었다는 것이다.

나는 한일기본조약 제2조가 "이미 무효"라고 한 한 · 일 간의 구 조약들이 원시적 무효였는가, 아니면 당시에는 유효했던 것인가 하는 법적 효력의 인식 문제에 초점을 맞추어 보고했다.

나. 1992년 당시 나의 인식에 대하여

또 하나의 문제점에 대해 생각해 보고자 한다.

나는 일본의 대학 법학부를 졸업(1970년)하고 사법시험에 합격한 일본의 변호사이

다. 즉, 나는 일본의 '법률가' 중 한 사람인 것이다. 그러나 1992년까지는 '일본은 병합조약에 따라 한국을 합법적으로 식민지로 삼았다'라는 생각에 아무런 의심도 품지 않았다. 문제는 충분한 연구도 하지 않은 채 정부와 언론이 만들어낸 '상식'을 믿고 있던 법률가가 나 한 사람만은 아니었다는 점이다. 거의 대부분의 일본 법률가들이 같은 '상식'을 공유하고 있었을 것이다. 현재도 그 상황은 크게 달라지지 않았다고 보인다.

나는 지금 깊이 반성하고 있다.

당시의 이러한 생각은 일본 정부의 정책(허위의 유포), 교육에 의한 고정관념의 주입, 대중언론의 역량 부족, 그리고 법률가들의 연구 부족이 결합되어 만들어진 일본 사회의 구조적 '상식'이었다고 생각된다. 나의 당시 인식은 이러한 의미에서의 '상식'에 물들어 있었음에도 불구하고, 법률가였던 나는 그 점을 전혀 인지하지 못하고 있었다.

그렇다면 나의 역사인식은 왜 전환되게 되었을까? 그것에는 다음과 같은 이유가 있었다.

객원연구원으로 런던대학교에서 연구 중이던 나는, 평소 존경하던 모토오카 쇼지(本岡昭次) 참의원의 일본군 '위안부' 문제에 관한 국회 활동에 자극을 받아, 1992년 2월 일본군 '위안부' 문제를 '성노예'였다고 규정하여 UN 인권위원회(현 UN 인권이사회)에 제기하였다. 그런데 놀랄 만큼 큰 반향이 일었고, 일본 정부와의 사이에 대논쟁이 시작되었다. 쟁점은 일본군이 한국의 여성을 일본군 '위안부'로 동원한 행위가 국제법상 불법이었는가 하는 점이었다. 일본군 '위안부'의 존재 자체는 이미 알려져 있었지만, 본격적인 역사학적 연구는 막 시작된 참이었고, 국제법학적 연구는 전혀 이루어지지 않은 상황이었다.

지나치게 어려운 논쟁에 부딪혀 난감해진 나는, 런던대학교(LSE 대학원)에서 지도교수였던 로잘린 히긴스 교수(이후 국제사법재판소 재판장)에게 상담을 하게 되었다. 그 결과, 구체적인 법적 의견 대신에 "아주 흥미로운 문제에 부딪혀서 잘됐네요. 도서관에 가보세요!"라는 훌륭한 조언을 듣게 되었다. 사실 부끄럽게도, 그러한 가장 기본적인 연구조차 하지 않았던 것이다. 그 후 나는 런던대학교 도서관에 자주 다니며, 서고의 먼지 냄새조차 좋아질 정도로 국제법과 역사 연구에 몰두하게 되었다.

다. 연구의 성과: 놀라움의 연속

1992년 가을, 런던대학교(IALS 고등법학원) 도서관에서의 일이었다. 나는 1963년 UN 국제법위원회(ILC)가 총회에 제출한 보고서(험프리 월독 경이 조약법협약 초안을 마련하기 위해 수행한 연구 성과)[1]를 발견하고 놀라움을 금치 못했다.

1935년의 하버드 초안을 인용하여, 1905년의 보호조약[2]은 일본이 대한제국 정부 대표자에 대한 강제 · 협박으로 체결되었기 때문에 절대적으로 무효라는 내용이 적혀 있었다! 이 보고서는 1963년 UN 총회에 제출되어 채택되었다[3]. 즉, 1905년 보호조약이 절대적으로 무효라는 사실을 이미 국제연맹 시절인 1935년 이후 국제사회는 인식하고 있었던 것이다.

1905년 보호조약은 1910년 한일병합조약의 기반이었기 때문에, 보호조약이 무너지면 병합의 합법성도 무너지게 된다. '합법적 병합'이라는 '신화'를 뒤집는 이 중요한 보고서의 존재는 일본 내에서 연구되거나 보도되지 않았고, 전혀 알려지지 않았다. 그래서 나는 "이 사실을 일본 사회에 신속히 알려야 한다"고 생각하고 일본어 논문 원고를 작성했다. 이 원고를 런던에서 모토오카 의원에게 팩스로 보내 의견을 물었다. 그런데 돌아온 조언은 "이것을 실명으로 출판하면 살해당할지도 모릅니다!"라는 경고였다. 이에 또 한 번 놀랐다.

이 정보를 출판하는 것은 일본에서는 금기(타부)를 건드리는 행위로, 어디에서 어떤 공격을 받게 될지조차 가늠할 수 없는 위험한 일이었다. 따라서 위험을 피하면서도 1963년 ILC 보고서의 내용을 널리 알릴 방법이 필요했다. 그래서 1993년 UN 인권

---

1 UN Doc. Yearbook of the International Law Commission 1963, Vol. II, Documents of the Fifteenth Session Including the Report of the Commission to the General Assembly, p.197.

2 (역자 주) 1905년 일본이 한국의 외교권을 박탈하기 위하여 강제로 체결한 조약으로 원명은 한일협상조약이다. 제2차한일협약, 을사보호조약, 을사5조약이라고도 불리며, 역사적 의미에서는 일본의 무력에 강제로 맺은 조약이라는 의미에서 을사늑약이라고도 한다.

3 1963년 총회결의 1902 (XVIII). 상세한 설명은, 도츠카 에츠로, 「역사인식과 한일의 '화해'를 향한 길(5): 1905년 '한국보호조약(?)'의 효력문제와 1963년 UN총회 결의를 둘러싸고」, 『류코쿠법학』 제49권 제3호, 2017년, 755-779쪽 참조. 이 논문은 후술하는 『역사인식과 한일의 '화해'를 향한 길』에도 수록되어 있다.

위원회에서 UN NGO가 문서(영문)를 제출하는 방식으로 하여 알리기로 했다. 당시 UN NGO인 국제우호회(IFOR)의 제네바 대표 르네 와들로(Rene Wadlow) 씨에게 협력을 요청하여, 그에게 UN에 제출해 줄 것을 부탁했다. 나의 이름은 IFOR 문서[4]에 기재되지 않았기 때문에, 위험을 피할 수 있었다. 다행히 『마이니치신문』과 『재팬 타임스』가 협력해 주었고, 보도로 이어져[5] 전 세계에 알려지게 되었다.

이 보도를 이유로 들어 모토오카 의원은 "국정질의"를 일본 정부에 통보했다. 그때의 외무성 반응이 또 한 번의 놀라움이었다. 외무성 조약국장 단바 미노루(丹波實)는 "이 질의를 받으면 일본이 어디까지 추락할지 모릅니다. 질의하지 않겠다고 약속할 때까지는 돌아가지 않겠습니다"라며 모토오카 의원 사무소에 눌러앉아 버린 것이다.

이에 대한 모토오카 의원의 반응도 놀라웠다. 모토오카 의원은 외무성의 강한 반응에 당황하였을 것이다. "끝없는 수렁에 빠지는 것은 곤란합니다! 일본은 도대체 어디까지 추락하려는 것입니까?"라며 런던에 있던 나에게 문의를 해왔다. 모토오카 씨는 정부에 비판적인 야당(사회당) 의원으로, 일본군 '위안부'나 강제연행 문제와 관련해 국회 질의를 했던 강단 있는 정치가였다. 그럼에도 불구하고, 일본이 감당할 수 없을 만큼 거액의 배상금을 지불하게 될 것이라는 외무성의 협박을 받고 일시적으로 주저했던 것이다.

나는 "사실을 인정하고 사죄해야 한다. 일본군 '위안부' 문제와 강제연행 문제를 해결함으로써 화해할 수 있을 것이다."라고 답했다. 그 말에 안심한 모토오카 의원은 질의하기로 결심했다.

왜 일본 외무성은 그렇게까지 강하게 반발했을까? 이유는 추측할 수밖에 없지만, 그들이 두려워했던 것은 다음과 같은 사태였다고 생각된다. 1905년 보호조약이 절대적으로 무효라면, 대일본제국이 대한제국을 보호국으로 만든 행위 자체가 불법 · 무효가 된다. 그뿐만 아니라, 이 조약에 따라 설치된 통감의 법적 근거도 사라져 버린다. 불법 · 무효인 통감이 체결한 1910년 한일병합조약 또한 그 기초가 무너져 불법 · 무효가 되어버린다. 그렇게 되면 "한일병합조약은 그 당시에는 유효했다"라는 일본 정부의 주장은 잘못이 되고, 대일본제국이 대한제국을 식민 지배한 국제법상의 법적 근거가 완전히 사라지게 된다. 이것이 일본 외무성으로서는 도저히 받아들일 수 없는 결론이었던 것이다.

결국 모토오카 의원의 국회 질의는 실현되었다[6]. 외무성 조약국장 단바 미노루는 "1963년의 ILC 보고서는 최종적인 것이 아니다"라고 답변하여 그 영향력을 약화시키려 했다. 그러나 1993년 3월 23일, 참의원 예산위원회에서 모토오카 쇼지 의원이 한 이 질문은 미야자와 기이치 총리로부터 결정적으로 중요한 다음의 답변을 이끌어내는 데 성공했다.

> "국무대신(미야자와 기이치) : 오전부터 매우 정밀한 조약 등 여러 자료에 근거한 논의를 경청하였습니다. …… 그러나 어느 경우라고 하더라도, 한일 병합 이래 1965년까지의 역사, 혹은 패전에 이르게 된 역사는 결코 우리가 자랑스럽게 여길 수 있는 것이 아닙니다. 이런 일이 다시는 되풀이되지 않도록 하겠다는 것이 국민의 결심이라 생각하며, 또한 우리 정부도 그러한 생각에서 한일 간의 우호와 친선을 위해 노력하고 있습니다. 그와 같은 가운데 이 '위안부' 문제가 제기된 것이므로, 그러한 입장에서 우리로서는 성의를 가지고 이 문제에 대해, 말하자면 과거의 잘못을 사죄하고, 그 진심을 어떤 형태로 나타낼 수 있을 것인가 하는 것은 여전히 남겨진 과제이기는 하지만, 사실관계를 왜곡함이 없이 규명하여 명확히 밝히는 것이, 우리의 과거에 대한 반성을 현실적으로 관계자들이 이해하게 되는 가장 중요한 방법이라고 생각하고 있습니다."

지금 다시 돌이켜보자면, 이 미야자와의 답변은 그로부터 5개월 후, 미야자와 내각의 마지막 각의에서 정리된 '위안부 관계 조사결과 발표에 관한 고노 내각관방장관 담

4 UN Doc. E/CN.4/1993/NGO/36, "Written statement submitted by the International Fellowship of Reconciliation, a non-governmental organization in consultative status (category II)." 나는 이 문서의 집필을 담당하였고, 당시 국제우호회(IFOR) 제네바 수석대표 르네 와들로가 1993년 UN 인권위원회에 제출하였다.

5 ① 이토 요시아키, 「위안부 문제 '한일보호조약은 무효' 스위스 인권단체, 1963년, UN위원회가 보고서」, 『마이니치신문』 1993년 2월 13일.
② "Treaties 'were forced on Korea,' U.N. intervention urged over 'comfort women'," The Japan Times, February 16, 1993.

6 당시 모토오카 쇼지 참의원이 1993년 3월 23일 참의원 예산위원회에서 한 질의를 참조. 헤이세이 5(1993)년 3월 23일 참의원 예산위원회 회의록 제7호, 8·13쪽.

화'(1993년 8월 4일)를 예고하는 것이었다. 모토오카 의원의 질문은 정부에 큰 충격을 주었고, 일본군 '위안부' 문제의 진상 규명에 획기적인 진전을 가져왔다. 모토오카 의원의 질문은 "한일 병합 이래 1965년까지의 역사, 혹은 패전에 이르는 역사는 결코 우리가 자랑스럽게 여길 수 있는 것이 아닙니다. 이런 일이 다시는 되풀이되지 않도록 하겠다는 것이 국민의 결심입니다…… 우리로서는 성의를 가지고 이 문제(일본군 '위안부' 문제)에 대해 과거의 잘못을 사죄하고……"라는 미야자와 총리의 역사 인식과 사죄의 입장을 이끌어내었으며, 일본 정부 자체가 일본군 '위안부' 문제의 진상 규명으로 나아가는 데 있어 큰 전진이 된 한 걸음을 내딛는 계기가 되었다는 점을 기억해 두어야 할 것이다.

이 사례에서 배울 수 있는 것은, 정부 수뇌부의 역사 인식이 진전하면, 이것이 일본군 '위안부' 문제 등 역사 문제 해결의 길을 여는 결정적인 열쇠가 된다는 점이다.

라. 일본군 '위안부' 문제의 해결을 어떻게 열어갈 것인가

앞서 언급한 국회에서 있었던 국제회의 다음 날인 2025년 6월 20일, 대구에서 열린 국제회의(제4회 일본군 '위안부' 문제 해결을 위한 국제세미나)에 초청되어 「아시아 인권재판소는 가능한가?」라는 제목으로 강연을 했다.

이 회의에는 이용수 할머니가 직접 참석하여 일본군 '위안부' 문제의 해결을 호소했다. 할머니 지원단체 대표인 김현정 씨는, 와다 하루키 도쿄대 명예교수(기조강연: 「대구에서 일본군 '위안부' 문제와 식민지 지배의 사죄를 생각하다」)에게 "일본은 왜 UN의 권고에 따른 해결을 실현하지 못했는가?"라는 본질적인 질문을 제기했다. 아시아여성기금 정책의 주도적 추진자 중 한 명이었던 와다 명예교수는 충분한 답변을 내놓지 못했다.

나는 일본 정부 · 외무성에 의한 위 정보 은폐 사건을 들어, '모토오카 법안'이라 불린 전시 성적 피해자 문제 해결 촉진 법안의 입법이 실패로 끝난 과정을 설명하려고 하였으나, 그 의도가 충분히 전달되지 않았던 것 같아 반성하고 있다. 앞으로 이를 다시 한번 보다 명확히 설명하기 위해 노력하고자 한다.

일본은 실패했지만, 일본군 '위안부' 문제 등의 해결을 위해 한국의 법률가들과 시민운동이 사법부를 설득하는 데 성공하여 다음과 같은 성과가 있었음을 주목할 필요가 있다.

1) 강제노동 피해자 운동의 경우, 2012년과 2018년에 한국 대법원(식민지 지배를 '불법 강점'으로 해석한 헌법적 입장을 바탕으로 가해 기업에 대한 피해자 승소)에서의 성과가 있었다.

2) UN 기구의 권고 및 2000년의 민중법정 판결 등 국제적 지지를 받은 일본군 '위안부' 피해자 운동에서는, 국가면제 이론을 극복하고, 한국의 세 개의 법원이 획기적인 판결을 내림으로써 피해자들이 일본 정부를 상대로 승소하였다[7]. 그중 특히 주목해야 할 것은 2023년 11월 23일 서울고등법원의 피해자 승소 판결이다. 「법률사무소 아카이브」라는 홈페이지(앞의 주 참고)는 이에 대해 다음과 같이 보고하고 있다.

> 2023년 11월 23일, 서울고등법원은 1심 판결을 취소하고 일본의 주권면제[8]를 부인하여 원고들의 청구를 인정하였다. 판결은 원고들의 피해 사실과 절대면제주의에서 현재에 이르는 주권면제의 발전사를 세밀히 검토한 후, 국가면제의 관습국제법이 고정적인 것이 아니라 동태적 성격을 지닌 것임을 강조하였다.
> 또한 "재판지국의 영토 내에서 인신에 대한 사망이나 상해를 초래하는 등의 불법행위"에 대해서는 주권면제를 인정하지 않는 국가 관행이 다수 확인되었으며, 이러한 관행은 주권행위와 사무관리행위를 구분하지 않고 고의적 정치적 암살에까지 폭넓게 적용되고 있다고 지적하면서, 불법행위 예외가 관습국제법으로 확립되었음을 인정하였다. 아울러 "설령 불법행위 예외가 관습국제법이라 하더라도 '무력분쟁 수행과정에서의 군대 행위에는 국가면제가 적용된다'는 관습국제법이

7 「법률사무소 아카이브」(https://justice.skr.jp/stateimmunity/etrangete6.html, 2025년 9월 21일 열람). 변호사 야마모토 세이타의 「국가면제의 벽을 돌파한 일본군 '위안부' 피해자들」이라는 훌륭한 논문이 게재되어 있다.

8 (역자 주) 주권면제(sovereign immunity)는 한 국가의 통치행위(soverign)를 사법심사하지 않는다는 의미로 현대국제법에서의 국가면제(state immunity)의 역사적 근거가 된 이론이다(김영원, 『국제법』, 박영사(2022년), 383–387면 참조).

존재한다"는 국제사법재판소(ICJ) 판결 논리에 대해서는, 일본군 '위안부' 피해자들이 기망이나 강제에 의해 연행된 장소는 무력분쟁지인 전장이 아니라 한반도 내였으므로, ICJ의 논리를 따른다 해도 그 부분은 일본군 '위안부'의 경우에는 해당되지 않으며, 불법행위의 일부가 한국 영토 내에서 수행된 본 사건의 경우 국가면제가 적용되지 않는다고 판단하였다.

한편, 이 판결은 불법행위 예외에 의해 국가면제를 부정한 것이므로, '강행규범 위반'이나 '최후의 구제수단' 등 인권 예외에 관한 요건은 별도로 검토하지 않았다.

이처럼 서울중앙지방법원의 1.8 판결(2021년 1월 8일)이 ICJ 판결 논리를 일부 부정하고 인권 중심의 국제법 지향을 강하게 드러낸 진보적 판결이었다면, 서울고등법원 판결은 국제법이 인권 중심으로 발전하고 있음을 인정하면서도 ICJ 판결과의 충돌을 피하고, 한국 영토 내의 불법행위로 피해를 입은 피해자들을 구제하기 위해 필요한 범위 안에서 국가면제를 제한적으로 부정한, 보다 신중하고 견실한 판결이었다.

일본 정부는 이 판결에 대해서도 "국제법 위반"이라고 비난만 했을 뿐, 상고하지 않았고 판결은 확정되었다.

3) 문제는 일본 정부도 기업도 사회도 한국에서의 인권의 진전과 그에 따른 사법적 판단을 받아들이지 못하고 있다는 점이다. 특히 심각한 문제는 일본 정부가 '위안부' 문제 소송이 진행 중인 재판 절차에서 피고로서의 답변조차 하지 않았다는 사실이다. 이는 대한민국이라는 독립 국가의 주권 자체를 부정하는 듯한 태도로서, 불법 식민지 지배의 잔재로 평가할 수밖에 없다. 일본 정부는 응소하여 사실관계와 법적 문제에 대해 주장과 입증을 다했어야 했다. 국가면제 이론과 그 예외에 관한 문제는 위에서 언급한 문제점만이 문제가 되는 것이 아니었다. 나는 일본 정부가 주장할 것으로 예상되는 사실관계를 전제로 하더라도, 국가면제는 배척되어야 한다는 견해를 가지고 있다. 그 이유는 다음의 주석에 기재된 바와 같이 한국 재판소에 제출한 본인의 의견서 내용을 통해 명확히 밝힌 바 있다.[9]

9 법원 제출 의견서를 발췌하면 다음과 같다.
제1문제의 "1. 일본군 '위안부' 피해자의 인권" 항목에서 자세히 언급한 바와 같이, 군을 고객으로 하는 상업행위에 종사한 성산업 종사자와 군 사이에는,

4) 한일 간의 기존 평화적 분쟁해결 제도는 제대로 작동하지 않았다. 그렇다면 '아시아 인권재판소'가 존재한다면, 유럽의 경우처럼 인권 관련 분쟁 해결이 가능하지 않겠는가? 그렇게 생각하는 것은 자연스러운 일일 것이다.

실제로 나는 「아시아 인권재판소는 가능한가?」라는 제목의 논문[10]을 발표한 바 있다. 이 논문은 아시아 인권재판소의 설립은 당분간은 어려울 것이라는 결론을 내리고 있지만, 한일 간에 이미 공유하고 있는 분쟁해결의 수단을 활용함으로써, 한일 양국의 인권 문제 해결을 위한 새로운 조약을 체결하고 국제재판소를 설치하는 것은 가능할 것이라고 제안하였다. 그러한 제안을 바탕으로, 일본군 '위안부' 문제 등 인권 문제의 해결을 위한 길을 개척하기 위해 노력해야 한다고 생각한다.

그리고 거기에 이르기까지 한일 양국의 시민사회가 할 수 있는 것은 무엇인지를 문제제기한 바 있다.

그 상세한 내용에 대해서는 가까운 시일 내에 논문으로 다시 다루고자 한다.

도츠카 에츠로(戸塚悦朗) 변호사

1973년 인권변호사가 되기 위해 변호사자격을 취득하였다. 1973년부터 1982년까지는 스몬(SMON) 약품 공해소송의 피해자 대리인 활동을 하였고, 1982년부터 1988년까지는 정신장애인 인권옹호문제를 UN에 제기하는 데에 앞장섰다. 1992년 당시 UN 인권위원회에서 일본군 '위안부'의 호칭을 "성노예(Sex slave)"라고 사용할 것을 제창하였으며 UN의 대응을 요청하였고, 일본 정부에는 보상과 사죄를 요구하여 왔다. 2000년 일본 참의원에서 처음으로 발의된 '전시 성적 강제 피해자 문제 해결 촉진 법안'의 작성에 참여하였다. 2016. 12. 28. 제기된 일본국 상대 손해배상청구소송에서 원고 측 의견서를 제출하여 UN 등 국제사회 그리고 일본 국회에서의 입법적 해결 등을 위하여 피해자와 피해자지원단체들이 어떠한 노력을 하였는지 자세히 서술하며 이 소송은 피해자들의 권리구제와 인권 회복을 위한 '최후 수단'으로서 피고 일본국에 대하여 국가면제를 인정하여서는 안된다고 주장한 바 있다..

① 일본 형법상 공모공동정범으로서 형사책임을 지는 관계가 성립하며,
② 일본 민법상으로도 동일하게 성산업이라는 상업행위에 종사한 점에서 공동불법행위의 책임을 져야 하는 관계에 있었다고 볼 수 있다. 군과 성산업 종사자는 공동으로 성산업이라는 상업행위에 종사했으므로, 군의 '위안소' 경영에 대한 관여 행위는 'acta jure gestionis', 즉 상업적 행위로 이해될 수 있다. 따라서 군의 '위안소' 경영에 관련된 행위는 국가면제를 요구할 수 있는 'acta jure imperii', 즉 공법적 행위가 아니었다.

10 도츠카 에츠로, 「역사인식과 한일의 '화해'를 향한 길 (제13편) — 아시아 인권재판소의 창설은 가능한가?」 (https://opac.ryukoku.ac.jp/iwjs0005opc/bdyview.do?bodyid=TD32149996&elmid=Body&fname=hou_54_02_007.pdf&loginflg=on&once=true, 2025년 5월 23일 열람)

3. 대한민국 법원의 일본군 '위안부' 판결들[11]

– 김창록 경북대학교 법학전문대학원 교수

I. 머리말

과거 오랫동안 대한민국에서 국제법은 '천상의 신'인 듯 떠받들어졌다. 감히 범접할 수는 없고 그 엄중한 계시를 열심히 실천하기만 해야 하는 존재.

2021년 1월 8일 서울중앙지방법원 제34민사부(재판장 김정곤, 김경선, 전경세) 판결(이하 '김정곤 판결')과 2023년 11월 23일 서울고등법원 제33민사부(재판장 구회근, 황성미, 허익수) 판결(이하 '구회근 판결')은 그 '천상의 신'을 지상으로 끌어내렸다. 법이란 현실의 구체적인 문제를 깊이 파고들어 해결해 나가는 과정에서 발견되기도 하고, 만들어지기도 하고, 바뀌기도 하고, 사라지기도 한다는 사실, 국제법 또한 그러하다는 사실을 확인해 준 획기적인 판결들이다.

일본군 '위안부' 문제가 해결의 대상이었다는 사실이 영향을 주었을 것이다. 짧게 잡아도 1990년대 초부터 30여 년간 피해자들과 전 세계 시민들의 지난한 노력으로 점철된 그 역사가 있었기에 솟아난 판결들일 터이다.

이 글에서는 그 판결들이 나오게 되기까지의 과정을 되짚어보고, 판결들의 의미를 살펴보고, 일본 정부와 대한민국 정부의 대응까지 포함하여 현재 어떤 상태인지를 확인함으로써, 그 판결들의 의미를 생각해보기로 한다.

11 이 글은 김창록, 「한국 법원의 일본군 '위안부' 판결들」, 『일본비평』 25, 2021 등 필자가 이미 발표한 글들을 재구성·수정·가필한 것이다.

II. 과정

1. 분출

일본군 '위안부' 문제는, 1930년대 초 이래 15년간이나 이어진 제국주의 국가 일본(이하 '일제')의 식민지 지배와 침략전쟁 과정에서, 일제의 정부와 군의 주도 아래 한반도를 비롯한 아시아 지역의 다수의 여성들을 강압적으로 끌고 가 '성노예'를 강요함으로써 그들의 삶에 헤아리기 어려운 피해를 입힌 문제이다.[12]

하지만, 그 극한적인 잔혹성과 반인도성에도 불구하고 일본군 '위안부' 문제는 1945년에 일제가 패망한 이후에도 오랫동안 억눌려 있었다. 특히 가부장제적 분위기가 압도한 대한민국 사회에서, 여성의 성에 대한 침해라는 특수성과 민감성을 가지는 그 문제에 대해 피해자들은 감히 목소리를 낼 용기조차 낼 수 없었다. 일제에 의한 강점의 상처가 아물지 않은 가운데 피해자들은 '민족의 수치'로서 경원시되기도 했다.

뿐만 아니라, 보다 큰 구조의 문제도 있었다. 1940년대 중반 이래 격화된 냉전이라는 구조 속에서 대한민국은 미국의 주도 아래 같은 자본주의 진영에서 대사회주의권 '전쟁'을 치르고 있던 일본에 대해 식민지 지배 책임을 정면으로 묻기가 어려웠다. 1951년 9월 8일 샌프란시스코시에서 서명되고 1952년 4월 28일부터 발효한 「일본국과의 평화조약(Treaty of Peace with Japan)」(이하 '「샌프란시스코조약」')이 그것을 주도한 미국 · 영국 · 프랑스 등이 식민지 종주국이었다는 사정도 있어서 식민지지배 책임 문제를 전혀 다루지 않은 상태에서, 샌프란시스코 체제의 산물이기도 한 '냉전' 속에서 일본의 책임을 추궁하는 것은 '아군에게 총구를 돌리는' 행위로 취급될 수 있었기 때문이다.

그리고 대한민국 국내의 구조도 문제였다. 1948년 이후 40년 가까이 이어진 권위주의 체제 아래에서 '개인보다는 국가(정확하게는 정권)'라는 논리가 지배하는 가운데, 일본을 추궁하는 일은 정권이 필요로 하는 범위 내에서 통제되었고, 피해자 개인의 목소리는 오히려 억눌러졌다. 게다가 여권을 가지는 것이 특권이었던 당시의 대한민국

12 이하 일본군 '위안부' 문제 전반에 관한 설명은, 한국정신대문제대책협의회 20년사 편찬위원회 엮음, 『한국정신대문제대책협의회 20년사』, 한울, 2014; 정진성, 『개정판 일본군성노예제』, 서울대학교출판문화원, 2016 참조.

사회에서 대부분 사회적 약자였던 피해자들이 여권을 발급받아 일본까지 가서 책임을 추궁한다는 것은 불가능에 가까운 일이었다.

1990년대에 접어들면서 새로운 환경들이 조성되었다. 우선 1980년대 말에서 1990년대의 초반에 걸쳐 냉전체제의 붕괴라는 세계사적 전환과정이 전개되었다. 그 결과 바로 그 냉전체제에 의해 봉인되어 있었던 패전 전의 과거사에 대한 일본의 책임 문제가 구체적인 현실 속으로 끌어올려졌다. 또한 냉전체제의 하부구조를 이루고 있던, 대한민국을 비롯한 아시아 국가들의 권위주의 체제도 냉전체제의 붕괴와 함께 차례로 무너지면서, 그 체제에 의해 억눌려 있었던 아시아 인민 개인들의 권리 주장을 가능하게 하는 정치적 조건도 새롭게 마련되었다. 관련 자료들도 조금씩 공개되기 시작했고, 무엇보다 이미 60세 전후의 고령에 이른 피해자들에게는 남은 시간이 길지 않았다.

그래서 마침내 시작된 일본에 대한 책임 추궁 대열의 선두에 선 것은 대표적인 피해자였던 한국인 피해자들이었으며, 다시 그 선두에 '일본군의 성노예'라고 하는, 그 피해의 극적인 성격이 특별히 주목받은 일본군 '위안부' 피해자들이 섰다. 대한민국의 여성단체들은 1980년대 말부터 일본군 '위안부' 문제를 제기하기 시작했고, 1990년 11월 16일에 이르러서는 한국정신대문제대책협의회를 발족시켜 피해자의 실태 조사와 문제의 해결을 적극적으로 제기했다. 그리고 그런 흐름 속에서 1991년 8월 14일에 일본군 '위안부' 피해자 김학순이 스스로 피해자임을 증언하면서 존엄의 회복과 일본 정부의 책임을 추궁했다.

이러한 흐름 속에서 피해자들과 그들을 지원하는 시민들이 적극적인 책임 추궁에 나섰다. 우선 피해자들은 범죄자의 처벌을 요구했다. 1994년 2월 7일에 일본군 '위안부' 피해자 27명이 고소장을 토오쿄오(東京) 지방검찰청에 제출하고, 동시에 한국정신대문제대책협의회도 고발장을 제출했다.[13] 하지만, 당시의 담당검사는 고소장 · 고발장을 "곁눈으로 대충 읽은 후 '수리할 수 없다'"라며 수리 자체를 거부했다.[14] 범죄자 처벌의 경우 일차적으로는 일본 검찰이 수사와 기소에 관한 권한을 가지고 있는데, 그 권한을 가진 기관이 나서지 않겠다고 한 것이다. 그 결과 범죄자 처벌 문제는 더 이상 부각되지 못했다. 그래서 피해자들이 주목한 것이 민사소송이다.

13 고소장은 『法學セミナー』 472, 1994, 106–107면, 고발장은 『역사비평』 25, 1994, 381–394면; 『法學セミナー』 478, 1994, 108–112면; 『法學セミナー』 480, 1994, 33–36면 참조.

14 戸塚悦朗, 「韓国人被害者ら五十年ぶりに告訴·告發」, 『法學セミナー』 472, 1994, 104–105면.

2. 일본 소송

한국인 일본군 '위안부' 피해자들이 일본에서 일본의 국가책임을 묻는 손해배상청구소송은 1991년 12월 6일부터 1993년 4월 5일까지 총 4건이 제기되었다.[15] 피고는 모두 일본국이었고, 청구내용의 핵심은 사죄와 배상이었다.

일본에서의 4건의 소송은 모두 최고재판소 판결까지 진행되었지만, 원고가 승소한 케이스는 부산 '위안부' · 근로정신대 소송(関釜裁判)의 1심뿐이었다. 1998년 4월 27일의 야마구찌(山口) 지방재판소 시모노세키(下関) 지부의 1심 판결[16]은, 일본군 '위안부' 제도를, "20세기 중반의 문명적 수준에 비추어 보더라도, 극히 반인도적이고 추악한" 것으로서 "철저한 여성차별, 민족차별 사상의 표현이며, 여성의 인격의 존엄을 근저에서부터 침해하고, 민족의 긍지를 유린하는 것이며, 게다가 결코 과거의 문제가 아니라 현재에도 극복해야 할 근원적인 인권문제"라고 매우 합당하게 자리매김했다. 하지만 그럼에도 불구하고 1993년 「코오노 담화」 이후의 입법부작위 책임만을 인정하여 일본군 '위안부' 원고 3명에게 1인당 30만엔을 지급하라고 선고하는 데 그쳤으며, 원래의 피해에 대한 청구는 모두 배척했다. 게다가 그러한 1심 판결조차 2001년 3월 29일에 항소심인 히로시마(広島) 고등재판소의 판결[17]에 의해 번복되고 말았다.

일본 소송은 일본의 재판소가 판결문이라는 공적인 문서에서 일본군 '위안부' 피해를 상세하게 기술하여 피해가 존재했다는 사실은 인정했다는 점, 소송이 계기가 되어 일본의 국회에서 「전시 성적 강제 피해자 문제 해결의 촉진에 관한 법률안」 등이 추진되었다는 점 등에서 그 일정한 성과를 인정할 수 있다.[18] 하지만 결국 일본의 국가책임 인정을 통한 피해의 구제라는 원고들의 목표는 좌절되고 말았다. 일본 소송은 시간이 흐를수록 「청구권협정」에 의한 해결 여부라는 쟁점으로 수렴되었고, 결국 일본 최고재판소는 '실체적 권리는 소멸되지 않았지만 소권(訴權)이 소멸되었다'라는 근거가 박약한 논리로 도피해, 소송을 통한 구제를 거부했다.

15 이에 관한 보다 상세한 분석은 김창록, 「일본에서의 일본군 '위안부' 소송」, 여성가족부, 『일본군 '위안부' 문제의 법적 책임』, 2018 참조.

16 山口地裁下関支部 平成4年(ワ)349號等, 1998.4.27. 이 판결에 대한 분석은, 김창록, 「일본군 '위안부' 문제의 법적 해결을 위한 하나의 모색–시모노세키판결을 중심으로」, 『인권과 정의』 167, 1998 참조.

17 広島高等裁判所 平成10年(ネ)278号等, 2001.3.29.

18 보다 상세한 분석은 김창록, 「일본에서의 대일과거청산소송–한국인들에 의한 소송을 중심으로」, 『법사학연구』3 35, 2007 참조.

3. 일본 정부의 '법적 책임' 부정

1) 「코오노 담화」와 아시아 여성기금

일본 정부는 당초 일본군 '위안부' 문제의 존재 자체를 부인했다. 1990년 6월 6일의 일본 참의원 예산위원회에서 사회당 소속 모토오카 쇼오지(本岡昭次) 의원의 질의에 대해, "민간의 업자가 그런 사람들을 군과 함께 데리고 다녔다"[19]라며 일본군 '위안부' 문제의 존재 자체를 부정했다. 1992년에 들어서 1월 11일에 요시미 요시아키(吉見義明) 교수가 방위청 방위연구소 도서관에서 6점의 증거자료를 발견하여 『아사히(朝日)신문』에 공개하자, 곧바로 일본군의 관여를 인정하고 사죄했다. 그리고, 1993년 8월 4일의 코오노 요오헤이(河野洋平) 관방장관의 담화(이하 '「코오노 담화」')[20]를 통해 1. "위안소의 설치 · 관리 및 위안부의 이송에 관해서는, 구 일본군이 직접 또는 간접적으로 이에 관여했다," 2. "위안부의 모집에 관해서는…감언 · 강압에 의하는 등, 본인들의 의사에 반하여 모집된 사례가 많이 있고, 나아가 관헌 등이 직접 이 일에 가담한 경우도 있었"고, 특히 한반도는 "우리나라의 통치 아래에 있어서, 그 모집 · 이송 · 관리 등도 감언 · 강압에 의하는 등, 전체적으로 보아 본인들의 의사에 반하여 이루어졌다," 3. "위안소에서의 생활은 강제적인 상황 아래에서 이루어진 가혹한 것이었다," 4. '위안부' 문제는 "당시의 군의 관여 아래 다수 여성의 명예와 존엄을 심각하게 손상시킨 문제"이다, 5. "역사연구 · 역사교육을 통해 이와 같은 문제를 영원히 기억하고, 같은 잘못을 결코 반복하지 않겠다", 전(前) 위안부 여러분에게 "진심으로 사죄와 반성의 마음을 전한다"라고 밝혔다. 「코오노 담화」는, 비록 '관여'라는 애매하고 불충분한 용어를 사용하기는 했지만, 일본군 '위안부' 문제에 대해 일본이 국가적인 차원에서 법적으로 책임을 져야 할 침해가 있었다는 사실을 분명하게 인정한 것이라고 보아 틀림이 없다.

그럼에도 불구하고 일본 정부는 "종군위안부 문제에 관한 보상 문제를 포함하여 일한(日韓) 양국과 양 국민 간의 재산청구권 문제는" 1965년의 한일 「청구권협정」[21]에 의해 "완전히 그리고 최종적으로 해결"[22]되었다는 주장을 반복했고, "지난 대전(大戦)에 관련된 배상과 재산 및 청구권의 문제는 샌프란시스코 평화조약 및 기타 관련 2국간 조약 등에 의해 대응해왔"고,[23] 따라서 "새롭게 국가로서 개인보상을 할 수 없다"는 일본 정부의 입장에 따라, "도의를 존중하는 국가로서의 책임"[24]을 다하겠다며 '여성을 위한 아시아평화 국민기금'(이하 '아시아 여성기금')을 발족시켜 일본 국민으로부터 모은 성금 5억 6,500만 엔으로 '보상을 위한 금원(償い金)'을 지급하는 사업을 실시하고, 일본 정부가 거출한 11억 2,000만 엔으로 의료 · 복지를 지원하는 사업을 실시했다. 그 외에도 일본 정부는 아시아 여성기금의 사무사업경비 정부보조금으로 35억 500만 엔을 출연했다.[25] 그 결과, 아시아 여성기금의 총 수입 51억 9천만 엔 중 일본 정부가 출연한 금액이 46억 2,500만 엔으로 전체의 89% 이상을 차지하여, 그 사업은 실질적으로는 일본 정부의 예산을 주로 사용하는 것이었다. 그럼에도 불구하고 일본 정부가 직접 나서지 않고 아시아 여성기금이라는 형태로 대응한 이유는, '법적 책임'은 질 수 없다는 논리를 관철하기 위한 것이었다는 것 이외에 달리 생각할 여지가 없다. '책임

---

19 日本参議院, 『第百十八会国会参議院豫算委員会会議録第一九號』, 1990.6.6., 6면. 노동성 직업안정국장 시미즈 쯔타오(清水傳雄)의 답변.

20 「慰安婦関係調査結果発表に関する河野内閣官房長官談話」, 1993.8.4. (http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/taisen/kono.html). 이하 이 글에서 인용하는 인터넷 사이트는 2025년 12월 1일에 검색한 결과이다.

21 「대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」(조약172호, 1965.6.22. 체결, 1965.12.18. 발효) 제2조 1. 양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민 간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프런시스코우시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다. …3. 2의 규정에 따르는 것을 조건으로 하여 일방 체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 본 협정의 서명일에 타방 체약국의 관할하에 있는 것에 대한 조치와 일방 체약국 및 그 국민의 타방 체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다. / 제3조 1. 본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국 간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결한다. 2. 1의 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 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재위원으로 구성되는 중재위원회에 결정을 위하여 회부한다. 단, 제3의 중재위원은 양 체약국 중의 어느 편의 국민이어서는 아니된다. 3. 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. 4. 양 체약국 정부는 본조의 규정에 의거한 중재위원회의 결정에 복한다.

22 日本参議院, 『第百二十八会国会参議院会議録第三号』, 1993.9.24. 7면. 호소카와 모리히로(細川護熙) 총리의 답변.

23 「アジア女性基金の誕生と事業の基本性格」, 『デジタル記念館 慰安婦問題とアジア女性基金』(https://www.awf.or.jp/2/foundation.html).

24 与党戦後50年問題プロジェクト従軍慰安婦問題等小委員会, 『与党戦後50年問題プロジェクト従軍慰安婦問題等小委員会 第一次報告』, 1994.12.7. (https://www.awf.or.jp/6/statement-05.html).

25 和田春樹, 『慰安婦問題の解決のために』, 平凡社, 2015, 176-177면 참조.

은 지겠지만 결코 법적 책임은 질 수 없다'라고 우긴 '아시아 여성기금'은 그 진정성을 인정할 수 없었던 한국인 피해자들에 의해 거부되었고, 결국 2007년에 실패로 끝을 맺었다.

2) '2015 합의'

이후에도 계속되는 책임 추궁에 밀려 2015년 12월 28일에는 한일 외교장관 공동기자회견에서의 양측 표명이라는 형태로 이른바 '2015 합의'가 발표되었다.

'2015 합의'의 일본 측 표명 중 1995년의 '아시아 여성기금' 보다 '진전'되었다고 평가된 것은, '도의적 책임'이 아니라 '책임'이라고 밝힌 점과 재단 거출금이 전적으로 일본 정부 예산에서 나온다는 점이었다. 하지만, '2015 합의' 직후 아베 신조오(安倍晋三) 총리가 박근혜 대통령과의 전화회담에서 "위안부 문제를 포함하여 한일간의 재산 · 청구권 문제는 1965년의 한일청구권 · 경제협력협정으로 최종적이고 완전하게 종결되었다는 우리나라의 입장에 변함이 없다"[26]라고 못 박은 데서 확인되는 것처럼, 그 '책임'은 '법적 책임'이 아니었다. 그리고 일본 정부의 거출금의 경우에도, '2015 합의' 직후에 키시다 후미오(岸田文雄) 외무대신이 취재진에게 "배상이 아니다"[27]라고 못 박은 데서 확인되는 것처럼, 그 거출금은 '인도적 지원금'에 머무는 것이었다. 게다가 일본 측 표명에는 1993년 「코오노 담화」에는 포함되어 있었던 진상규명과 역사교육에 관한 내용은 완전히 빠져 있었다.

그럼에도 불구하고 박근혜 정부는 최종적 · 불가역적 해결, 소녀상에 관한 우려 해결 노력, 국제사회에서의 비난 · 비판 자제에 합의해주었다. 평화비(소녀상)는 1992년 1월 8일에 시작된 '일본군 '위안부' 문제해결을 위한 정기 수요시위'가 1천 회를 맞은 2011년 12월 14일에 정대협이 중심이 된 시민 모금으로 시민들이 세운 것이므로[28] 대한민국 정부가 관여할 대상이 아니다. '불가역적'이라는 표현은 일본군 '위안부' 문제의 해결을 위한 아시아연대회의가 2014년 6월 2일의 제12차 회의에서 채택한 「일본 정부에 대한 제언」에서, 일본 정부가 명확한 사실과 책임을 인정한 다음 그에 기반하여 취해야 할 조치의 하나로서 포함시킨 "번복할 수 없는 명확하고 공식적인 방식으로 사죄할 것"에 담겨있는 표현이다.[29] 그런데 '2015 합의'에서는 '사죄'가 아니라 '해결'을 수식하는 표현으로 사용됨으로써, '국제사회에서의 비난 · 비판 자제'와 맞물릴 경우, 대한민국 정부가 이후 일본군 '위안부' 문제에 관해 어떠한 적극적인 언행을 하는 것도 불가하다는 해석으로 이어질 염려가 있는 것이었다.[30]

실제로 아베 정부는 '2015 합의' 이후 '최종적 · 불가역적 해결'을 내세우며 총리의 직접 사과를 비롯한 일체의 추가조치를 거부하고, 일본의 중고등학교 교과서에서 일본군 '위안부' 관련 기술을 축소 · 삭제하도록 하고, 전 세계 각지의 소녀상 설치를 방해하거나 설치된 소녀상을 철거하는 활동을 지원하고, 대한민국 정부의 일본군 '위안부' 문제에 대한 언급에 항의하는 등 일본군 '위안부' 문제 자체를 부정하는 행태를 노골화했다. "저 전쟁에는 전혀 관련이 없는 우리의 자녀와 손자녀, 그리고 그 다음 세대의 아이들에게 사죄를 계속하는 숙명을 지워서는 안 됩니다,"[31] "나 자신도 포함하여 앞으로 일본의 수상은 위안부 문제의 '위'자도 말하지 않아도 되는 합의로 만들 생각이었다"[32]라는 아베의 '신념'을 국가 차원에서 밀어붙이고 있는 것이다.

4. 일본 최고재판소의 논리

일본 최고재판소는 2007년 4월 27일 중국인 강간피해 손해배상청구소송에 대한 판결[33]에서 이른바 '샌프란시스코 평화조약의 틀'을 전면에 내세웠다.

최고재판소는 "샌프란시스코 평화조약은, 개인의 청구권을 포함하여, 전쟁 수행 중에 발생한 모든 청구권을 상호 포기하는 것을 전제로, 일본국은 연합국에 대한 전쟁배상의 의무를 인정하여 연합국의 관할 아래 있는 재외자산의 처분을 연합국에게 맡기

---

26 「日韓首脳電話会談」, 2015.12.28. (http://www.mofa.go.jp/mofaj/a_o/na/kr/page4_001668.html).

27 「岸田外相会見全文「財団資金の一括拠出は国家賠償ではない」「慰安婦像は韓国政府が適切に移転」, 『産経ニュース』, 2015.12.28. (http://www.sankei.com/world/news/151228/wor1512280038-n1.html).

28 한국정신대문제대책협의회 20년사 편찬위원회 엮음, 앞의 책(각주 1), 64-65면.

29 제12차 일본군 '위안부' 문제 해결을 위한 아시아연대회의, 「일본정부에 대한 제언」, 2014.6.2.

30 보다 상세한 분석은, 김창록, 「「2015 한일 외교장관 합의」의 실체와 문제점」, 김창록 외 3, 『2015 '위안부' 합의 이대로는 안 된다』, 경인문화사, 2016 참조.

31 「内閣総理大臣談話」, 2015.8.14 (https://warp.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/10992693/www.kantei.go.jp/jp/97_abe/discource/20150814danwa.html).

32 『安倍晋三回顧録』, 中央公論新社, 2023, 171면.

33 最高裁判所第一小法廷 平成17年(受)第1735号, 2007.4.27.

고, 역무(役務)배상을 포함한 구체적인 전쟁배상에 관한 약정은 각 연합국과의 사이에 개별적으로 한다고 하는 일본국의 전후처리의 틀을 정하는 것이었다.…이 틀이 정해진 것은, 평화조약을 체결하면서 전쟁 수행 중에 발생한 각종 청구권에 관한 문제를, 사후적 개별적인 민사재판상의 권리행사로써 해결하는 처리방식에 맡기면, 장래에 어느 국가 또는 국민에 대해서도 평화조약 체결 시에는 예측 곤란한 과대한 부담을 지우고 혼란을 초래하게 될 염려가 있어서 평화조약의 목적 달성에 장애가 된다는 생각에 따른 것이라고 이해된다.…샌프란시스코 평화조약의 틀에서의 청구권 포기의 취지가 위와 같이 청구권의 문제를 사후적 개별적인 민사재판상의 권리행사에 의한 해결에 맡기는 것을 피한다는 점에 있다는 것을 생각하면, 여기에서 말하는 청구권의 '포기'란 청구권을 실체적으로 소멸시키는 것까지를 의미하는 것은 아니며, 당해 청구권에 기초하여 재판상 소구(訴求)할 권능을 잃게 하는 데 그치는 것이라고 해석하는 것이 상당하다"라고 주장했다.

하지만 「샌프란시스코조약」에는, 예를 들어 「특정 재산에 관한 경제, 재정 문제의 해결'에 관한 독일-이탈리아 협정」[34] (1961년 6월 2일 체결. 1963년 9월 16일 발효) 제2조의 "이탈리아 정부는 상기한 반환 청구 및 요구에 관하여 이탈리아의 자연인이나 법인이 제기하는 모든 소송 또는 기타 법적 청구로부터 독일연방공화국 및 독일의 자연인과 법인을 면책한다"와 같은, 소권 소멸을 정한 명시적인 조문이 없다. 따라서 최고재판소의 소권 소멸 주장은 일방적인 주장일 뿐이며 합리적인 논거에 의해 뒷받침된 것이 아니다.

그럼에도 불구하고, 최고재판소는 "이 틀은 연합국 48개국과의 사이에서 체결되었고 그에 따라 일본국이 독립을 회복했다고 하는 샌프란시스코평화조약의 중요성에 비추어볼 때, 일본국이 샌프란시스코 평화조약의 당사국 이외의 국가나 지역과의 사이에 평화조약 등을 체결하여 전후처리를 함에 있어서도 그 틀이 되어야 하는 것이었다"라고 하여, 「샌프란시스코조약」의 서명당사자도 아닌 대한민국과의 「청구권협정」이나 중국과의 「공동선언」에도 '샌프란시스코조약의 틀'을 적용해야 한다고 했다. 그래서 그 국가들의 일본군 '위안부' 피해자들의 청구권도 사실상 소멸한 것이라고 주장했다. 매우 난폭한 법논리라고 하지 않을 수 없다.

34 "Esecuzione dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica Federale di Germania per il regolamento di alcune questioni di carattere patrimoniale, economico e finanziario con scambi di Note, concluso a Bonn il 2 giugno 1961" (https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1962/08/25/062U1263/sg).

5. 미국 소송

한편 일본 소송을 통한 해결의 가능성이 열어지는 가운데, 2000년 9월 18일에 대한민국 · 중국 · 대만 · 필리핀 출신 일본군 '위안부' 피해자 15명이 미국 워싱턴의 연방지방법원에 일본국을 상대로 집단소송(Hwang Geum Joo v. Japan)을 제기했다. 이 소송은, 1999년 7월 28일에 캘리포니아주에서 "제2차 대전 노예노동 피해자와 제2차 대전 강제노동 피해자에게 정의에 기초하는 배상을 보장하기 위해," 그들 또는 그들의 상속인에 의한 배상청구소송에 민사소멸시효 규정을 2010년 12월 31일까지 적용하지 않는 것 등을 내용으로 하는 법률(헤이든[Hayden]법)[35]이 성립됨으로써 미국에서라면 '시효'라는 허들이 제거될 수도 있다는 점과, "지방법원은 국제법 혹은 미국이 체결한 조약을 위반한 불법행위에 대해 외국인이 제기한 민사소송의 1심 관할권을 가진다"라는 「외국인 불법행위 배상청구법(Alien Tort Claims Act : 28 U.S.C. 1350)」을 통해 미국에서라면 '국가면제'라는 허들이 제거될 수도 있다는 점에 착안한 것이었다.

하지만 때마침 일본의 코이즈미 쥰이찌로오(小泉純一郎) 정부와 밀월관계를 유지하고 있던 미국의 조지 W. 부시(George W. Bush) 정부가, 「청구권협정」 등의 2국간 조약에 의해서도 원고들의 권리가 해결되지 않았다는 원고 측의 주장이 「샌프란시스코 평화조약」에 의해 형성한 제2차 세계대전 이후의 국제질서에 영향을 미칠 것을 우려하여, 법정조언 서류(amicus curiae brief)와 정부 입장을 밝히는 소명서(statement of interest)를 통해 피고의 주장을 지원하는 가운데, 2001년 10월 4일 콜럼비아지구 연방지방법원은 '정치적 문제'의 법리를 동원하여 피고 측의 각하신청을 받아들였고,[36] 콜럼비아지구 연방항소법원도 2003년 6월 27일과 2005년 6월 28일에 각각 원심을 지지하는 결정을 내렸다.[37] 그리고 연방대법원이 2006년 6월 21일 이송영장 청원(petition

35 전문은 http://www.leginfo.ca.gov/pub/99-00/bill/sen/sb_1201-1250/sb_1245_bill_19990728_ chaptered.html 참조.

36 Hwang Geum Joo v. Japan, 172 F.Supp.2d 52 (D.D.C.,2001) 참조.

37 Hwang Geum Joo v. Japan, 332 F.3d 679 (C.A.D.C.,2003) ; Hwang Geum Joo v. Japan, 413 F.3d 45 (C.A.D.C.,2005) 참조.

of writ of certiorari)을 거부함으로써[38] 이 소송은 종결되었다.[39]

미국 소송은, 나찌의 강제노동 피해자들이 독일 기업을 상대로 미국에서 제기한 소송이, 독일 정부와 기업이 각각 50억 마르크를 출연하여 설립한 '기억 · 책임 · 미래(Erinnerung, Verantwortung und Zukunft) 재단'을 통해 해결된 선례와 관련하여 주목을 받았지만, 미국 법원의 입장에서는 외국인이 외국 정부를 상대로 제기한 소송이었고, 게다가 「청구권협정」의 해석이 주된 쟁점인 사안이었기에, 결국 적극적인 구제에는 이르지 못한 채 종결되고 말았다.

6. 헌법소원

일본과 미국에서의 소송을 통해 구제 받지 못한 한국인 일본군 '위안부' 피해자들에게 남은 것은 대한민국에서의 소송뿐이었다. 하지만, 일본국을 피고로 할 수밖에 없는 소송을 대한민국에서 제기해서 승소하기 위해서는 '국가면제'라는 거대한 장벽을 넘지 않으면 안 되었기에 선뜻 소송을 제기하지 못했다.

그런 가운데, 마찬가지로 일본에 대한 과거청산 소송이지만 '국가면제'라는 장벽으로부터 자유로운, 일본 기업을 상대로 한 소송을 제기할 수 있었던 강제동원 피해자들이 먼저 소송을 제기했다. 미쯔비시(三菱)중공업에 강제동원되었던 피해자들이 2000년 5월 1일에 부산지방법원에 미쯔비시중공업을 상대로 소송을 제기한 것이 최초였다. 그런데 이 소송에서도 「청구권협정」에 의한 해결 여부가 주된 쟁점으로 부각되었고, 그것을 계기로 대한민국과 일본에서 소송을 진행 중이던 일본군 '위안부' 피해자를 포함한 일제강점 피해자 100명이 대한민국 정부에 한일회담 관련 문서의 공개를 청구했고, 대한민국 정부가 이를 거부하자 2002년 10월에 정보공개 거부처분을 취소해줄 것을 구하는 소송을 서울행정법원에 제기했다. 2004년 2월 13일에 원고 일부 승소의 판결이 내려진 것을 계기로, 대한민국 정부는 2005년 1월부터 관련 문서의 일부를 공개하기 시작했고, 8월 26일에 이르러 전면 공개를 단행했다.

그리고 같은 날 대한민국 정부는 '한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회'의 결정[40]을 통해 "한일청구권협정은 기본적으로 일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 것이 아니었고, 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국간 재정적 · 민사적 채권 · 채무관계를 해결하기 위한 것이었"기 때문에, "일본군위안부 문제 등 일본 정부 · 군(軍) 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 청구권협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없고, 일본 정부의 법적 책임이 남아있"다라는 입장을 밝혔다. 그리고 "일본군위안부 문제는 일본 정부에 대해 법적 책임 인정 등 지속적인 책임 추궁을 하는 한편, UN 인권위 등 국제기구를 통해서 이 문제를 계속 제기"하겠다는 입장도 밝혔다. 하지만 이후에도 대한민국 정부는 일본의 법적 책임 추궁에 적극 나서지 않았다. 그래서 2006년 7월에 일본군 '위안부' 피해자 109명이 외교통상부장관을 피청구인으로 하여 헌법소원을 제기했고, 2011년 8월 30일에 이르러 헌법재판소가 부작위 위헌 결정[41]을 선고했다. 즉 헌법재판소는 그 결정에서, '청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 「청구권협정」 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한 · 일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위는 위헌임을 확인한다'라고 밝혔다.

III. 판결들의 의의

1. 소송의 제기

대한민국 정부는 헌법재판소의 부작위 위헌결정을 적극 받아들여 일본 정부에 대해 문제 해결을 요구했다. 특히 2013년에 임기를 시작한 박근혜 정부는 일본군 '위안부' 문제의 해결을 한일 정상회담 개최의 조건으로 내거는 이례적인 강공책을 폈다. 하지만 문제의 본질과 역사를 이해하지 못한 채, 뚜렷한 전략도 제시하지 못하고 성과도

38 Hwang Geum Joo v. Japan, 546 U.S. 1208, 126 S.Ct. 1418 (U.S.,2006) 참조.

39 이 소송에 관한 보다 상세한 분석은, 최태현, 「미국에서의 일본군 위안부 관련 소송 연구」, 김부자 외, 『한일간 역사현안의 국제법적 재조명』, 동북아역사재단, 2009; 백태웅, 「미국에서의 인권 소송: 일본군 위안부 소송을 중심으로」, 『고려법학』 43, 2004; 한우성, 「미국에서 진행된 소송」, 한국정신대문제대책협의회 20년사 편찬위원회 엮음, 한국정신대문제대책협의회 20년사 편찬위원회 엮음, 『한국정신대문제대책협의회 20년사』, 한울, 2014; 정진성, 『개정판 일본군성노예제』, 서울대학교출판문화원, 2016 참조.

40 국무조정실, 「보도자료 한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회 개최」, 2005.8.26.

41 헌법재판소 2011.8.30. 선고 2006헌마788 결정.

내지 못한 가운데, '아시아로의 중심축 이동(Pivot to Asia)'이라는 기치 아래 대중국 봉쇄정책을 폈던 버락 오바마(Barack Obama) 정부의 강한 압박에 밀려, 위에서 살펴본 '2015 합의'라는 참담한 결과를 만들어버렸다.

이에 피해자들은 국가면제라는 거대한 장벽에도 불구하고 '마지막 결단'으로서 대한민국 법원에 일본국을 상대로 한 손해배상청구소송을 제기했다. 피해자 12명이 2013년 8월에 일본 정부를 상대로 1인당 1억원의 배상을 요구하며 신청한 조정이, 일본 정부의 거부로 진행되지 않아 2016년 1월에 정식소송으로 전환되었고(이하 '1차 소송'), 2016년 12월 28일에는 생존 피해자 11명과 숨진 피해자 5명의 유족이 서울중앙지방법원에 일본국을 상대로 손해배상청구소송을 제기했다(이하 '2차 소송').[42]

2. 국가면제의 규칙

피고 일본국이 소장 송달도 거부하고 재판 절차에 일절 응하지 않은 가운데 진행된 재판에서, 핵심 쟁점은 일본국을 피고로 하는 소송에서 대한민국 법원이 관할권을 가지는지 여부, 즉 국가면제를 적용할 것인지 여부였다.

'국가면제' 혹은 '주권면제'란 국제법상의 규칙으로서, 주권국가는 다른 국가의 재판권에 복종하지 않는다는 것이다. 이는 모든 주권국가는 평등하다는 원칙에서 파생한 규칙이다.

19세기 국가면제가 처음 등장했을 때에는 국가의 모든 행위에 적용되는 절대적 면제이론으로 시작되었으나, 20세기에는 사법(私法)적 행위에 적용되지 않는 예외를 인정하는 제한적 면제이론으로 변화했다. 21세기에는 심각한 인권침해나 불법행위의 경우 예외를 인정하는 방향으로 변화가 일어나고 있다.

국가면제와 관련해 국제사회가 특히 주목한 최근의 사건은 2012년 2월 3일 국제사법재판소(ICJ) 판결[43]이다. 2차 세계대전 때 독일에 의해 강제동원되었던 이탈리아인 피해자가 독일을 상대로 제기한 손해배상소송에서 이탈리아 대법원은 '국가면제'를 배제하고 원고의 손을 들어줬다.[44] 이에 독일 정부가 '국가면제' 위반이라며 소송을 제기했는데, ICJ의 다수의견은 독일의 주장을 받아들여 이탈리아의 패소를 선언했다. 다만 ICJ는 "재판소는 현재의 관습국제법 아래에서 국가는 국제인권법이나 국제인도법에 대한 심각한 위반의 혐의를 제기받는다는 사실 때문에 면제를 박탈당하지 않는다"라고 하여 장래에는 변화가 있을 수 있다는 여지를 남겼다.

ICJ 판결 이후 이탈리아의 입법부와 사법부는 상반된 대응을 보였다. 의회는 ICJ 판결을 받아들여 판사에게 국가면제를 적용할 것을 명령하는 법을 제정한 반면, 이탈리아 헌법재판소는 2014년에 이 법이 재판을 받을 권리를 침해하므로 위헌이라고 판시했다.[45] ICJ가 만들어 둔 여지는 결국 국가면제의 지위에 관한 혼란으로 채워졌다.

대한민국 법원의 두 판결은 국가면제를 둘러싼 그와 같은 국제사회의 논쟁 또는 변화의 소용돌이에 대한 응답에 다름 아니다.

3. 김정곤 판결과 구회근 판결

1) 판결들의 내용

가) 김정곤 판결

1차 소송에 대해서는, 2021년 1월 8일에 서울중앙지방법원 제34민사부가 '원고 전면 승소'라는 획기적인 김정곤 판결을 선고했다. 김정곤 판결은, "국가면제 이론은 항구적이고 고정적인 가치가 아니다"라는 전제에서 출발하여, "피고가 인도에 반하는 중대한 불법행위를 저지른 경우까지 피고에 대한 재판권을 면제한다는 내용의 관습법을 적용하게 되는 경우, 어느 국가가 다른 국가의 국민에 대하여 인도에 반하는 중범죄를 범하지 못하도록 한 여러 국제협약에 위반됨에도 이를 제재할 수 없게 되고, 이로 인하여 인권을 유린당한 피해자들은 헌법에서 보장한 재판받을 권리를 박탈당하여 자신의 권리를 제대로 구제받지 못하는 결과를 초래하여 불합리하며, 헌법을 최상위

42 2018년까지의 대한민국에서의 일본군 '위안부' 소송에 관한 보다 상세한 분석은, 이상희, 「한국에서의 일본군 '위안부' 소송」, 여성가족부, 김창록, 「일본에서의 일본군 '위안부' 소송」, 여성가족부, 「일본군 '위안부' 문제의 법적 책임」, 2018 참조.

43 ICJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, 3 February 2012 (https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf).

44 Italy, Court of Cassation, Ferrini v. Federal Republic of Germany, decision No. 5044/4, 11 March 2004 (https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/ferrini_v.germany-italy-_2004.pdf).

45 Italy, Constitutional Court, Judgment No. 238, 22 October 2014 (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf).

규범으로 하는 법질서 전체의 이념에도 부합하지 아니하여 정당성이 없으므로, 그와 같은 경우까지도 국가면제를 적용하는 국제관습법으로서의 효력을 인정할 수는 없다"라고 판시하여 국가면제의 적용을 배제했다.

이어서 "당시의 국제조약, 일반적인 국제관습법과 일본제국의 국내법, 전후 전쟁범죄에 관한 국제형사재판소의 헌장 및 변론 전체의 취지"에 비추어, "이 사건 행위는 당시 일본제국의 한반도와 한국인에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위에 해당한다"라고 판시하고, "피고는 원고들에게 각 100,000,000원을 지급하라"라고 명했다.

나아가 '보론'으로, 일본 정부가 법정에 나왔으면 주장했을 「청구권협정」과 '2015 합의'에 의한 청구권 소멸 여부에 대해 판시했다. 즉, "일본제국의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위"는 「청구권협정」의 적용대상이 아니라고 판시하고, '2015 합의'는 법적 구속력이 있는 조약이 아니라 정치적 합의에 불과하므로, 그 합의에 의해 "합의에 의하여 원고들의 피고에 대한 손해배상청구권이 소멸했다고 할 수 없다"라고 판시했다.

이 판결은 피고 일본국이 항소하지 않아 2021년 1월 23일 0시에 확정되었다.

나) 구회근 판결

2차 소송에 대해서는, 서울중앙지방법원 제15민사부(민성철, 이미경, 홍사빈 판사)에 의해 2021년 4월 21일에 일단 각하 판결[46](이하 '민성철 판결')이 선고되었지만, 2023년 11월 23일에 이르러 항소심법원인 서울고등법원 제33민사부가 1심 판결을 취소하고, 일본군 '위안부' 피해자들의 청구를 전면적으로 받아들이는 구회근 판결을 선고했다.

구회근 판결도, "국가면제에 관한 국제 관습법은 항구적이고 고정적인 것이 아니다"라는 전제에서 출발하여, "'법정지국 영토 내 인신상 사망이나 상해를 야기하는 등의 불법행위'에 관하여 가해 국가의 국가면제를 인정하지 않는 내용의 국가 실행이 다수" 존재한다는 사실을 확인한 후, "법정지국 영토 내에서 그 법정지국 국민에 대하여 발생한 불법행위에 대하여는 그 행위가 주권적 행위인지 여부를 묻지 않고 국가면제를 인정하지 않는 내용의 국제 관습법이 현재 존재한다"라고 판시하여 국가면제의 적용을 배제했다.

이어서 "당시의 국제조약, 일반적인 국제관습법과 일본제국의 국내법, 전후 전쟁범죄에 관한 국제형사재판소의 헌장 및 변론전체의 취지를 더하여 보면, 앞서 인정한 피고의 행위는 이 사건 준거법인 대한민국 민법상 불법행위"라고 인정하여, 피고 일본국에게 손해배상금과 지연이자를 지급하라고 명했다.

이 판결도 피고 일본국이 상고하지 않아 2023년 12월 9일 0시에 확정되었다.

2) 판결들의 의의

가) 국제법의 진화에 기여

무엇보다 이들 판결은, 위에서 살펴본 국가면제를 둘러싼 국제사회의 논쟁 또는 변화의 소용돌이 속에서, 나아갈 방향을 대한민국의 법원이 명확하게 제시했다는 점에서, 크게 주목해야 할 획기적인 판결들이라고 할 수 있다.

김정곤 판결은, 국가 중심의 세계관에서 인권 중심의 세계관으로 나아가고 있는 국제사회의 흐름을 반영하여 인권 예외를 포섭하는 국가면제의 진화과정에 적극 동참한 판결로, 구회근 판결은, 한 걸음 더 나아가 국가의 불법행위 전반에 대해 국가면제를 배제해야 한다는 국가면제의 변화방향을 선도적으로 제시한 판결로 자리매김할 수 있다.

두 판결 사이에서 브라질 사법부의 판결이 가교 역할을 했다는 점도 주목된다. 2021년 8월 23일에 브라질 연방 대법원은 브라질 영해 내에서 독일 잠수함의 공격을 받아 침몰한 어선의 피해 유족들이 독일을 상대로 제기한 손해배상청구 사건에서, 강행규범 위반(또는 법정지국 영역 내에서 인권을 침해한 불법행위)에 대해서는 국가면제를 제한해야 한다고 선고하면서 김정곤 판결을 논거의 하나로 제시했[47] 그리고 그 브라질 연방 대법원의 판결은 구회근 판결의 논거 중 하나로 제시되었다. 이렇게 이어진 초국가적 변화의 연쇄가 국제법의 진화 방향에 대해 국제사회에 던지는 메시지는 크게 주목하여 마땅할 것이다.

---

46 서울중앙지방법원 2021.4.21. 선고 2016가합580239 판결.

47 Brazil, Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal), Recurso Extraordinario com Agravo 954.858 Rio de Janeiro, 23 August 2021 (http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347973404&ext=.pdf).

나) 일본군 '위안부' 문제에 대한 국제사회의 법적 판단 반영

이어서 이들 판결은, 일본군 '위안부'를 강요한 행위는 당시의 국제조약, 일반적인 국제관습법을 위반한 것으로서, 일제의 한반도와 한국인에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위에 해당한다고 판시하고, 피고 일본국에 대해 손해배상금의 지급을 명했다.

일본군 '위안부' 문제가 1980년대 말에 대한민국의 여성단체들에 의해 처음 제기된 이래로, 1991년 8월 14일에 김학순이 스스로 나서서 피해사실을 밝히고 구제를 호소한 이래로, 피해자들과 전 세계 시민들은 범죄사실 인정, 사죄, 배상, 진상규명, 역사교육, 추모, 책임자 처벌을 요구해 왔다. 그리고 UN 인권소위원회 등 수많은 국제기구의 보고서, '2000년 일본군성노예 전범 여성국제법정'의 판결, 미국 하원의 결의 등 수많은 국가의 의회와 지방의회의 결의 등을 통해 국제법 위반과 일본국의 법적 책임이 거듭 확인되어 왔다.[48]

이들 판결은 그러한 피해자 및 시민들의 요구와 그것을 수용한 국제사회의 법적 상식을 반영한 판결이라고 할 것이다.

다) 한일 과거청산에 대한 대한민국의 법적 판단 반영

김정곤 판결은 '보론'으로 1965년 「청구권협정」과 '2015 합의'에 의해 원고들의 청구권이 소멸되었는지 여부에 대한 판단도 제시했다.

「청구권협정」의 적용대상에 관해, 대한민국 정부는 1965년의 『한일회담 백서』에서 "영토의 분리 분할에서 오는 재정상 및 민사상의 청구권"이 대상일 뿐 "일제의 36년간 식민지적 통치의 대가"는 대상이 아니라고 밝혔다.[49] 2005년 8월 26일의 '한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회'의 결정에서는 "일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 것이 아니었고, 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국간 재정적 · 민사적 채권 · 채무관계를 해결하기 위한 것"이라고 밝혀 위의 1965년의 입장을 재확인하고, 나아가 그 연장선상에서 "일본군위안부 문제 등 일본 정부 · 군(軍) 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 청구권협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없고, 일본 정부의 법적 책임이 남아있음"이라고 밝혔다. 또한 대법원도 2018년 10월 30일의 강제동원 전원합의체 판결[50]에서 위의 2005년 결정의 내용을 다시 한번 확인하고, '일본의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위'는 「청구권협정」의 대상이 아니라고 판시했다.[51]

그리고 '2015 합의'의 성격과 적용대상에 관해서는, 헌법재판소가 2019년 12월 27일의 결정[52]에서, '2015 합의'는 "법적 구속력이 있는 조약"이 아니라 "정치적 합의"에 불과하며, "절차와 형식에 있어서나, 실질에 있어서 구체적 권리 · 의무의 창설이 인정되지 않고, 이 사건 합의를 통해 일본군 '위안부' 피해자들의 권리가 처분되었다거나 대한민국 정부의 외교적 보호권한이 소멸하였다고 볼 수 없"다고 판시했다.

김정곤 판결은 1965년 이래의 대한민국 정부의 입장 표명과 사법부의 판결 · 결정들을 통해 구체화된 일련의 법적 판단을 반영한 판결이라고 할 수 있다. 나아가 그것은, 더 거슬러 올라가면, 1900년대 초부터 주장되었고, 대한민국 임시정부의 헌법들과 1948년 및 현행 대한민국 헌법에서 확인된 '불법강점'의 선언을 이어받은 것이기도 하다.

4. 민성철 판결

김정곤 판결 및 구회근 판결과는 정반대의 입장에 선 민성철 판결이 또한 대한민국 법원에 의해 선고되었다는 사실도 기억해두어야 할 것이다. 그 문제점을 중심으로 정리하면 아래와 같다.

1) 폐쇄적 법 이해

민성철 판결은, 먼저 국가면제의 적용 여부에 관해, 국가면제라는 관습국제법 규칙이 고정된 실체라는 전제 아래, 자신이 특정한 국가면제 규칙에 비추어 원고들의 손해

48 우선 김창록, 「2000년 여성국제법정의 맥락 : 일본군 '위안부' 문제와 '법적 책임'」, 『법과 사회』 66호, 2021 참조.

49 대한민국정부, 『한일회담백서』, 1965, 40–41면.

50 대법원 2018.10.30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결.

51 대한민국 정부의 입장에 관한 분석은, 김창록, 「한일 「청구권협정」에 의해 '해결'된 '권리' : 일제 '강제동원' 피해 관련 대법원 판결을 소재로」, 『법학논고』(경북대) 49집, 2015 참조.

52 헌법재판소 2019.12.27. 선고 2016헌마253 결정.

배상청구는 허용될 수 없다고 판시했다.

민성철 판결이 국가면제에 관해 제시한 구체적인 판단은 세 가지다. 첫째는 '무력분쟁 중 법정지국 영토 내에서 이루어진 불법행위'에 대해서는 국가면제가 인정된다는 것이며, 그 근거는 2012년 2월 3일 국제사법재판소(ICJ) 판결의 다수의견이다. 둘째는 법정지국 영토 내에서 이루어진 불법행위에 대해 국가면제를 부정하는 관습국제법은 존재하지 않는다는 것이며, 그 근거는 "국제협약을 비준하거나 개별 입법을 함으로써 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 국가면제를 인정하지 아니할 의사를 외부적으로 밝힌 국가는 37개국으로서 전체 193개 UN 회원국 중 19.2%에 불과"하여 관행의 존재를 인정할 수 없다는 것이다. 셋째는 강행법규 위반으로 인한 중대한 인권침해 여부가 재판권 존부 판단의 기준이 될 수 없다는 것이며, 그 근거는 "'강행법규 위반'으로 인한 '중대한 인권침해' 여부는 필연적으로 사건의 본안에 대한 심리를 거친 이후에야 판단될 수 있는 문제이므로, … 본안 심리의 전제 조건으로서 재판권 존부 판단의 기준이 될 수는 없다"라는 것이다.

하지만 첫째, 위의 셋 중 유일한 적극적인 논거인 2012년 ICJ 판결의 다수의견은 절대적인 기준이 될 수 없다. 민성철 판결은 "최근에 이루어진 판결"이라는 이유만으로 그것을 "현재의 국제 관습법으로 보아 … 기준으로 삼기로 한다"라고 하고 있으나, 이는 무책임한 논증이다. 불법행위 당시의 한반도가 '무력분쟁 중'이었다는 판단도 문제이지만 이것은 제쳐 둔다 하더라도, 전체 15명의 재판관 중 12명의 재판관이 제시한 위의 다수의견에 대해서는, 3명의 재판관이 유력한 반대의견을 제시했다. 즉 그들은 "국제범죄, 인권과 국제인도법의 중대한 위반에 대해서는 국가면제는 적용되지 않는다"(Cancado Trindade 재판관), "예외적인 상황에서의 국내 재판소의 관할권 주장은 국가관계의 조화를 어지럽히는 것이 아니라, 국제인권법 · 국제인도법의 보다 엄격한 준수에 공헌하는 것이다"(Yusuf 재판관), 이탈리아 법원의 "재판권 실행은 일반국제법상의 의무 위반이라고 볼 수 없다"(Gaja 재판관)라고 주장했다. 게다가 다수의견 스스로가 "현재의 관습국제법 아래에서"의 판단임을 밝히고 있고, 또 ICJ 규정 제59조에 따르면 "재판소의 재판은 당사자 사이에서 그리고 그 특정 사건에 관해서만 구속력을 가진다." 따라서 2012년에 독일에 의한 이탈리아인 강제동원에 대해 선고된 ICJ 판결의 다수의견을, 2021년에 일본에 의한 일본군 '위안부' 강요행위에 대해 곧바로 그대로 적용할 수는 없다. ICJ 판결 다수의견은 위에서 살펴본 것과 같은 한계를 가지는 것으로서 하나의 참조대상으로 삼을 수는 있을지언정, 아무런 추가적인 논증 없이 절대시해서는 안 되는 것이다.

둘째, "UN 회원국 중 19.2%"만 인정하고 있으니 관행의 존재를 인정할 수 없고 따라서 관습국제법의 존재를 인정할 수 없다는 주장은 괴이하다. 도대체 몇 %이면 관행의 존재를 인정할 수 있다는 것인가? 과반수인가? 2/3 이상인가? 그도 아니면 만장일치인가? 그것은, '나는 관행의 존재를 인정하기 싫다'라는 주관적인 심정을, 합당한 논거는 제시하지 않은 채, 정답도 없는 산수의 문제로 치환시켜 얼버무리는 비겁한 논점 바꾸기라는 비판에서 자유로울 수 없는 논법이다.

셋째, 적법요건으로서의 재판권의 존부에 대한 판단과 본안 심리를 구별해야 한다는 주장은 언뜻 그럴 듯하게 들린다. 하지만, 바로 아래에서 살펴보는 것처럼 그러한 기계적인 구분은 관습국제법의 확인에 어울리지 않는다. 뿐만 아니라, 아래의 2에서 살펴보는 것처럼 '2015 합의'에 의해 대체적 권리구제수단이 객관적으로 존재한다는 "사정 자체를 피고에 대한 국가면제 인정 여부를 판단함에 있어서 고려하여야" 한다는 판결의 또 다른 주장과 정면으로 충돌한다. 그 점에서 그것은 자가당착의 논리라고 하지 않을 수 없는 것이다.

지금까지 살펴본 민성철 판결의 문제점들, 즉 ICJ 판결 다수의견 절대시, 관행의 존재에 대한 산수적 접근, 적법요건과 본안 심리의 기계적 분리는, 보다 근본적으로는 관습국제법을 미리 특정하여 적용할 수 있다는 그 전제의 문제성에 연결되어 있다.

역사적으로 볼 때, 나중에 관습국제법이라고 인정되게 된 규칙을 맨 처음 적용한 국내 법원은 미리 특정할 수 있는 관행이 전혀 존재하지 않는 상태에서 그 규칙을 적용했다. 국가면제를 적용한 최초의 판결은 관행이 아니라 주권국가의 평등이라는 일반원칙에서 국가면제를 도출한 것이다. 또 관습국제법의 예외를 인정한 최초의 국내 법원도 그 예외에 관한 관행이 전혀 존재하지 않는 상태에서 그 예외를 인정했다. 사법행위 예외를 최초로 인정한 법원에게 사법행위 예외라는 관습국제법은 존재하지 않았던 것이다. 결국 각각의 국내 법원이 자신에게 주어진 구체적인 사건의 내용과 성격에 비추어 피고인 외국에 대한 재판권을 인정할 것인지를 고민하여 판단하는 과정이 거듭된 결과 관행이 사후적으로 형성된 것이다. 그 점에서 관습국제법은 고정된 실체가 아니라 끊임없이 형성 · 변화 · 소멸하는 역동적인 존재인 것이며, 따라서 관습국제법에서 중요한 것은 자신에게 주어진 구체적인 사건에 대한 개별 국내법원의 고민과 판

단인 것이다. 만일, 모든 법원이 ICJ 판결 다수의견을 절대시하고, 관행의 존재에 대해 산수적인 접근을 하고, 적법요건과 본안 심리를 기계적으로 단절시킨다면, 애당초 관습국제법은 형성될 수도 변화할 수도 없는 것이다.

결국 민성철 판결은, 최소한 대한민국 법원은 아무리 심각한 사안에 대해서도 관습국제법의 형성과 변화 과정에 나서서는 안 되며, 다른 나라 법원들에 의해 자신의 마음에 드는 관행이 만들어지는 단계가 될 때까지 아무것도 해서는 안 된다고 선언하고 있는 것이나 마찬가지다. 이러한 극단적인 소극주의가 일본군 '위안부' 문제라는 심각한 인권침해에 대해 대한민국 법원이 취해야 할 태도인지 의문이다.

2) 대체적 권리구제수단?

민성철 판결은, 다음으로 이 사건에 국가면제를 적용하는 것이 원고들의 재판청구권이나 인간으로서의 존엄과 권리를 침해하여 위헌인지 여부에 관해, 우선 '2015 합의'를 전면에 내세워 위헌이 아니라고 판시했다. 즉, "한일 합의에 의하여 이 사건 피해자들에 대한 '대체적인 권리구제수단'이 객관적으로 존재"하므로, "피고에게 국가면제가 인정된다 하더라도 그러한 사정만으로 원고들의 재판청구권 또는 인간으로서의 존엄과 권리를 부당하게 제한하는 등 대한민국 헌법에 위반되는 결과를 초래한다고 볼 수도 없"다고 판시했다.

민성철 판결은, 일본 정부와 마찬가지로, "합의는 위안부 문제로 인하여 명예와 존엄에 상처를 입은 원고들을 포함한 피해자들에 대한 피고 정부 차원의 사죄와 반성의 내용이 담겨 있으며, 피해자들의 피해 회복을 위하여 피고 정부가 자금을 출연하여 재단을 설립하고 그 재단이 피해 회복을 위한 구체적인 사업을 하도록 정하고 있으며, 실제로 화해치유재단이 설립되어 위 재단이 '위안부' 피해자들에게 현금 지원사업을 하였"다고 적극적으로 평가했다. 그리고 그 합의에 의해 "위안부 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권에 관하여 대체적인 권리구제수단"이 마련되었으므로, 국가면제를 적용한 결과 원고들의 재판청구권이나 인간으로서의 존엄과 권리가 침해되더라도 위헌은 아니라고 주장했다.

하지만, '2015 합의'는, 일본 정부의 사실 인정이 불충분하고, 사죄의 면에서 진전이 없고, 출연하는 자금의 성격이 명시되어 있지 않고, 진상규명, 역사연구 및 역사교육에 대해서는 전혀 언급이 없음에도 불구하고, 핵무기 폐기 협정에서나 사용될 법한 '최종적 불가역적 해결', 의미가 명확하지 않은 '국제사회에서의 비난 · 비판 자제', 게다가 시민들이 세운 주한 일본대사관 앞의 소녀상에 대한 일본 정부의 우려 해소를 위한 노력까지 대한민국 정부가 약속해준 것이라는 점에서, 애당초 일본군 '위안부' 문제의 본질과 역사에 무지하거나 그것을 무시한 합의였다. 또한 2017년 12월 27일에 '한 · 일 일본군 위안부 피해자 문제 합의 검토 태스크포스'가 보고서를 발표하여 '2015 합의'에 이르는 과정에 다수의 문제가 있었다고 지적했고, 2018년 1월 9일에는 외교부 장관이 "2015년 합의는 일본군 위안부 피해자 문제의 진정한 문제 해결이 될 수 없"다는 대한민국 정부의 입장을 천명했다. 따라서 민성철 판결의 '2015 합의'에 대한 평가는 지나치게 기울어진 것이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

무엇보다 문제인 것은 '2015 합의'에 의해 '대체적 권리구제수단'이 마련되었다는 주장이다. 민성철 판결의 '대체적 권리구제수단'은 판결문에 적힌 용어이므로 거기에서의 '권리'와 '구제'는 법률용어일 터이다. 따라서 그 '권리'는 원고들의 손해배상청구권을, 그 '구제'는 손해배상청구권의 만족을 의미한다고 볼 수밖에 없다. 또한 '대체적'이라는 용어의 의미는 명확하지는 않지만, 맥락상 '판결에 의한 구제에 갈음하는'이라는 의미일 터이다. 그렇다면 '대체적 권리구제수단'이 마련되었다는 것은, '2015 합의'와 그 후속조치인 화해치유재단의 '위로금' 지급사업에 의해 피해자들의 손해배상청구권이 만족되었다는 것을 의미한다고 볼 수밖에 없다. 실제로 판결 당일에 민성철 재판부가 배포한 「서울중앙지방법원 2016가합580239 판결 선고 자료」에는 '2015 합의'를 "피고[일본] 정부 차원의 권리구제로 볼 수 있음"이라고 되어 있다.

하지만, 키시다 후미오(岸田文雄) 외무대신은 '2015 합의' 발표 직후 일본 정부가 출연하는 10억엔은 "배상금이 아니다"라고 못박았고, 일본의 국회에서도 배상금은 물론 "보상을 위한 금원"도 아니며, "상처를 치유"하기 위한 조치일 뿐이라고 밝혔다.[53] 다시 말해 인도적인 지원금이라고 주장한 것이다. 또한 위의 2-3)에서 살펴본 것처럼, 헌법재판소도 2019년 12월 27일의 결정에서 '2015 합의'가 피해자들의 권리에 어떠한 영향도 미치지 않는다고 선언했다. 결국 일본 정부의 주장에 따르더라도 대한민국 헌법재판소의 결정에 따르더라도, '2015 합의'는 피해자들의 '권리구제'와 연결될 수 없

53 日本参議院, 『第百九十回国会参議院外交防衛委員会会議録第五号』, 2016.3.17, 4면.

는 것이다. 원고들이 소송을 제기한 것은 바로 그 때문이다. '배상금'의 지급을 통해 권리를 구제받게 해달라는 것이 청구취지인 것이다.

위의 헌재 결정을 염두에 둔 때문인지, 민성철 판결도 '2015 합의'는 "정식 조약으로 체결되지 아니한 이른바 '정치적 합의'로서, 위 합의에 의하여 이 사건 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권의 존부와 범위가 종국적으로 확정되거나 처분되는 등의 실체법적인 효과가 발생하였다고 볼 수는 없다"라고 한다. 그럼에도 불구하고 시종일관 '2015 합의'가 대체적 권리구제수단이라고 한다. 대체적 권리구제수단을 법적인 용어로 이해하는 한 이것은 명백한 논리파탄이다.

그러한 논리파탄을 치유하는 방법은 민성철 판결의 '대체적 권리구제수단'을 법적인 용어가 아니라고 이해하는 것 뿐이다. 민성철 판결은 일본군 '위안부' 피해의 구제를 오로지 돈의 문제로서만 파악하여 '돈을 준다고 하는 데 받으면 되는 것이지 왜 굳이 법원을 찾아왔는가'라고 하고 있는 것 아닌가? 그 날것의 힐난을 '대체적 권리구제수단'이라는 법적 포장지로 감싸 피해자들에게 던지고 있는 것 아닌가?

3) 힘이 곧 법?

민성철 판결은, 국가면제를 적용하더라도 위헌이 아니라는 또 하나의 논거로, '법익균형성'을 제시했다. 즉 "국제법 존중주의"와 "대한민국의 외교정책과 국익"이라는 공익을 위해 원고들의 권리구제라는 사익을 제한하더라도 균형을 잃은 것이 아니라고 주장했다. 여기에서 민성철 판결이 제시하는 국제법은 제2차 세계대전 이후 형성된 "전후 국제사회의 질서", 즉 「일본국과의 강화조약(샌프란시스코 평화조약)」 체제다. 결국 민성철 판결은, '샌프란시스코 체제가 곧 국제법이며 그것에 따르는 것이 대한민국의 국익에 부합하니 대한민국의 외교정책이 되어야 하고, 그 결과 피해자들의 권리가 구제되지 못하더라도 위헌은 아니다'라고 주장한 것이다.

하지만, 강대국의 힘의 질서를 투영한 '샌프란시스코 체제'가 곧 국제법의 전부인 것은 아니다. 제2차 세계대전 이후 국제인권법의 발전에 따라 피해자의 권리에 관한 국제법이 대폭 확충되었다. 그 대표적인 성과 중 하나가 2005년 UN 총회에서 만장일치로 채택된 「국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 인한 피해자들을 위한 구제 및 배상의 권리에 관한 기본 원칙과 가이드라인」[54]이며, 거기에서 개별 국가가 반드시 보장해야 하는 피해자의 권리 중 첫 번째로 제시된 것이 사법에 접근할 권리(right to access to justice)이다. UN 총회에서 만장일치로 채택된 이 「기본원칙과 가이드라인」은 말할 것도 없이 국제법의 일부이다. 따라서 일본군 '위안부' 피해자들이 대한민국의 법원을 통해 권리구제를 받을 권리는 단순한 사익이 아니라 국제법상의 이익인 것이다. 하지만 민성철 판결은 그 점에 대해 철저히 눈 감았다.

또한 강대국의 힘의 질서를 투영한 '샌프란시스코 체제'와 그 하위 질서인 한일간의 '1965년 체제'에서는 식민지지배 책임이 배제되어 있었다. 일본군 '위안부' 피해자들이 30년이 넘는 오랜 세월 동안 권리구제를 호소해 온 것은 바로 그 때문이다. 그들의 호소는 바로 그 힘의 질서에 대한 이의제기에 다름 아니다.[55] 그들은 일본과 미국에서의 소송을 통해 수많은 법적 쟁점을 정리한 끝에 마지막 남은 쟁점인 국가면제를 극복하기 위해 대한민국 법원의 문을 두드렸다. 그런데 민성철 판결은 바로 그 힘의 질서를 존중해야 한다는 이유로 본안 심리조차 거부한 것이다.

식민지지배 책임을 배제한 강대국의 힘의 질서에 전면적으로 의존하면서, 국제인권법에 근거한 피해자들의 법적 요청을 배척하는 것이 과연 법적인 판단인지 의문이다. 나아가 그 힘의 질서에 의지한 국제평화주의가, "3 · 1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통"을 그 전문에 내걸어 일제의 강점을 전면 부정하고 있는 대한민국 헌법이 지향하는 국제평화주의인지 매우 의문이다.

4) 무책임한 '사법소극주의'

민성철 판결은, 그 판단의 결론 부분에서, '2015 합의'가 대체적 권리구제수단이 되

---

54 General Assembly, "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"(resolution 60/147), 2005.12.16. 이에 관한 분석은, 이주영·백범석, 「국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근 (victim-centered approach)」, 『국제법학회논총』, 2018 참조.

55 그것은 극동국제군사재판과 「일본국과의 평화조약」에 의해 형성된, 아시아·태평양지역의 제2차 세계대전 이후의 국제질서가 내포하고 있던, "오랜 기간 동안 봉인되어 온" "승자에 의한 면책"이라고 하는 부정의"를 "집요하게 法의 場에 소환하는 작업"으로서, "극동국제군사재판의 실질적인 '재심'의 모습을 띰으로써, 전후 국제질서의 정통성을 근본적으로 뒤흔드는 것"이었다. 阿部浩己, 「戦後責任と和解の模索」, 倉澤愛子 他5 編, 『20世紀の中のアジア·太平洋戦争』, 岩波書店, 2006, 350-351면. 이 논문의 번역문 전문은, 아베 코오키 / 김창록 역, 「전후책임과 화해의 모색」, 『법학논고』(경북대) 26집, 2007 참조.

기는 하지만 그것에 의해 피해자들의 권리가 처분되었다거나 소멸된 것도 아니라는 논지를 다시 한 번 펼치면서, "피해 회복 등 위안부 피해자 문제의 해결은 … 피고와의 외교적 교섭을 포함한 대한민국의 대내외적 노력에 의하여 이루어져야 한다"라고 주장했다.

국가 간에 문제가 있으면 그 해결을 위해 외교적 노력을 기울여야 하는 것은 당연하다. 하지만 일본군 '위안부' 문제와 관련하여 과연 어떤 외교적 교섭이 가능한가? 일본 정부는 '2015 합의' 이후 '모두 끝났으니 더 이상 입도 뻥긋 하지 말라'라고 강변하며 일본군 '위안부' 지우기를 위해 전력을 기울이고 있다. 일본 정부 관계자의 입에서 가해와 피해의 사실에 대한 언급, 그 의미에 대한 언급, 문제 해결의 방도와 방향에 대한 언급은 일절 나오지 않고 있다. 대신에 일본 정부는, 2020년 독일 베를린시 '평화의 소녀상'의 예에서 선명하게 확인되는 것처럼, '2015 합의'에는 언급조차 되어 있지 않음에도 '2015 합의'를 내세우며, 전 세계 각지에 시민들이 세운 소녀상을 철거시키기 위해 범국가적인 공격을 거듭하고 있다. "관헌이 집에 쳐들어가 사람을 유괴하듯이 끌어"가는 것만이 '강제연행'이라며, 법적 · 상식적 의미에 반하는 기괴한 개념을 자의적으로 만들어낸 다음, 그런 '강제연행은 없었다'고 앵무새처럼 되뇌이고 있다. 성노예가 무엇인지, 성노예에 부합하는 사실은 무엇인지, 성노예에 반하는 사실은 무엇인지는 전혀 제시하지 않은 채 '성노예가 아니다'라고 우기고 있다.[56] 지난 2월 23일에는 대한민국의 외교차관이 UN 인권이사회 회의에서 "현재와 미래세대는 2차 세계대전 당시 이른바 '위안부' 희생자들의 고통스러운 경험으로부터 귀중한 교훈을 배워야 한다"라고 발언한 것을 '2015 합의' 위반이라며 비난하고 나섰다.

이런 상황에서 한편으로 '2015 합의'를 적극적으로 평가하고 그것에 의해 대체적 권리구제수단이 마련되었다고 주장하면서, 다른 한편으로 "피해 회복"을 위해 외교적 교섭을 하라는 것이 도대체 무슨 이야기인가? '2015 합의'로 대체적 권리구제를 했다는 것은 피해자들의 손해배상청구권이 만족되었다는 의미이며, '피해 회복'을 위해 외교적 교섭을 하라는 것은 손해배상청구권의 만족을 위해 교섭을 하라는 의미이다. '손해배상청구권이 만족되었지만 손해배상청구권의 만족을 위해 교섭하라'라는 것이 과연 법률가가 판결문에 쓸 수 있는 내용인가? 법원이 해야 할 일을 행정부에게 떠넘기는 책임회피이다. 게다가 그 자신의 논리에 따르면 더 할 수 있는 것도 없는 일을 행정부에게 하라고 요구하고 있으니 더더욱 무책임한 행태가 아닐 수 없는 것이다.

56 山口智美 外, 『海を渡る「慰安婦」問題–右派の「歴史戦」を問う』, 岩波書店, 2016; 강성현, 『탈진실의 시대, 역사부정을 묻는다』, 푸른역사, 2020; 김창록, 「'램지어 사태'–일본군 '위안부' 부정론의 추가 사례」, 『역사비평』 135호, 2021 참조.

Ⅳ. 판결 이후

1. 일본 정부의 반발

1,2차 소송 모두에 대해 일본 정부는 국가면제를 주장하며 전혀 응하지 않았다. 재판에 출석하지 않았을 뿐 아니라, 소장 송달조차 거부했다. 이는 2012년 ICJ 판결의 대상이 된 이탈리아 법원의 판결 사건에서 독일 정부가 재판정에 나와 국가면제를 주장하며 다툰 것과도 대비되는 태도이다. 그 점에서 일본 정부는 대한민국의 사법권 자체를 부정하려 하고 있다는 비판에서 자유로울 수 없을 것이다.

일본 정부는 김정곤 판결이 선고된 2021년 1월 8일 당일에 "국제법상의 주권면제 원칙을 부정하고, 원고의 청구를 인정하는 판결을 선고한 것은 극히 유감이며, 일본 정부로서는 이 판결을 결단코 받아들일 수 없다", "한국 정부에 대해 국제법 위반을 시정하기 위해 적절한 조치를 강구할 것을 강하게 요구"한다라고 밝혔다.[57] 김정곤 판결이 확정된 1월 23일에는, "국제법 및 일한 양국 간의 합의에 명백히 반하는 것으로 극히 유감이며, 결단코 받아들일 수 없다", "한국에 대해 국가로서 스스로의 책임으로 즉시 국제법 위반의 상태를 시정하기 위해 적절한 조치를 강구할 것을 다시금 강하게 요구"한다라고 한층 톤을 높인 「외무대신 담화」를 발표했고,[58] 구회근 판결이 선고된 2023년 11월 23일에도 같은 취지의 「외무대신 담화」를 발표했다.[59]

일본 정부가 일본군 '위안부' 피해의 존재를 처음 인정한 것은 1992년의 일이므로 그

57 「元慰安婦等による韓国国内の訴訟に係る我が国の立場の韓国政府への伝達」, 2021.1.8 (https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/press4_008927.html).

58 「元慰安婦等による大韓民国ソウル中央地方裁判所における訴訟に係る判決確定について(外務大臣談話)」, 2021.1.23 (https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/danwa/page6_000519.html).

59 「元慰安婦等による大韓民国ソウル高等裁判所における訴訟に係る判決について(外務大臣談話)」, 2023.11.23 (https://www.mofa.go.jp/mofaj/press/danwa/page1_001923.html).

것이 1965년의 「청구권협정」에 의해 해결되었다는 것은 논리적으로 성립 불가능한 주장이며, '2015 합의'는 일본의 법적 책임을 부인하기 위한 수단이었으므로 그 법적 책임을 다룬 대한민국 법원의 판결에 대한 공격의 논거가 될 수 없다.

무엇보다 일본 정부의 '국제법 위반'이라는 주장은 자가당착이다. 일본은 2009년에 「외국 등에 대한 우리나라(일본)의 민사재판권에 관한 법률」(2009년 법률 제24호)을 제정했다. 이 법률은, 일본 외무성의 설명에 따르면 일본이 "국제 룰의 확립을 촉진"하기 위해 "솔선하여" 2009년에 비준한,[60] 「국가 및 그 재산의 사법권 면제에 관한 UN 협정」[61]의 내용을 거의 그대로 옮겨 놓은 것이다. 그리고 위의 「UN 협정」의 전문에는 "국가 및 그 재산에 대한 사법권 면제에 관한 국가실행의 발전을 고려하여" 체결한다고 되어 있다. 다시 말해 관습국제법화된 내용을 담는다고 선언하고 있다. 결국 일본은 국가면제에 관한 관습국제법을 국내 법률로 확인한 국가인 것이다. 실제로 김정곤 판결과 구회근 판결 모두에서 중요한 논거로 위의 일본 법률과 「UN 협정」이 제시되었다.

그런데 위 일본 법률 제10조에는 "외국 등은 사람의 사망 혹은 상해 또는 유체물의 멸실 혹은 훼손이 당해 외국 등이 책임을 져야 하는 것이라고 주장되는 행위에 의해 발생한 경우, 당해 행위의 전부 또는 일부가 일본국 안에서 이루어지고, 당해 행위를 한 자가 당해 행위 당시에 일본국 안에 소재하고 있었을 때는, 그것에 의해 발생한 손해 또는 손실의 금전에 의한 전보에 관한 재판절차에 대해 재판권으로부터 면제되지 않는다"라고 규정되어 있다. 이 규정을 대한민국 법원의 사건들에 적용하면, 일본군 '위안부'를 강요한 일본의 불법행위에 대해서는 국가면제가 배제된다는 결론이 자연스럽게 도출된다. 다시 말해 대한민국 법원의 판결들은 일본의 법률에 체화된 관습국제법에 따른, 그것에 부합하는 판결인 것이다.

그럼에도 일본은 대한민국 법원의 판결들을 '국제법 위반'이라고 공격한다. 명백한 자가당착이다. 오히려 '국제법 위반'이라는 비판은 스스로 인정한 국제법과 명백하게 반대되는 주장을 하고 있는 일본에게 돌려져야 마땅하다.

일본 정부는 대한민국 법원의 판결들을 전면 부정하므로, 그에 따른 손해배상금 지급도 하지 않을 것이다. 그렇다면 승소한 일본군 '위안부' 피해자들은 강제집행을 할 수밖에 없다. 그런데 이 또한 관습국제법을 체화한 위의 일본 법률에 따르면 가능한 것이다. 위의 법률 제18조에는 "외국 등은 당해 외국 등에 의해 정부의 비상업적 목적 이외에만 사용되거나 또는 사용될 것이 예정되어 있는 당해 외국 등이 가지는 재산에 대한 민사집행 절차에 대해 재판권으로부터 면제되지 않는다"라고 규정되어 있다. 일본의 법률가들도 인정하듯이, 이 조항을 원용하면, 대한민국 법원에서 승소한 일본군 '위안부' 피해자들은, 대한민국 국내에 있는, 일반인에 대한 임대용으로 소유하고 있는 부동산, 상업적 용도의 자금관리를 위해 개설한 예금계좌와 관련된 예금채권, 유휴지, 대한민국 항구에 정박 중인 일본 정부 소유의 상선 등에 대해 강제집행을 할 수 있다.[62] 물론 강제집행이 이루어질 경우 일본 정부는 또다시 '국제법 위반'이라고 비난할 것이 예상되지만 그것이 또 하나의 자가당착임은 더 말할 것도 없다.

2. 대한민국 정부의 '무위'

김정곤 판결이 선고된 직후 문재인 정부 외교부는 "법원의 판단을 존중"한다면서도 "2015년 12월 한일 정부간 위안부 합의가 양국 정부의 공식 합의라는 점을 상기"한다는 논평[63]을 내놓았다. 김정곤 판결이 확정된 1월 23일에는 한 걸음 더 나아가 "2015년 위안부 합의가 한일 양국 정부간의 공식 합의임을 인정"하여 "일본에 대해 정부 차원에서는 어떤 추가적인 청구도 하지 않을 방침"이라고 밝히고, 동시에 "정부간의 합의만으로 진정한 문제 해결이 될 수 없"으므로 "일본측 또한 스스로 표명했던 책임통감과 사죄 · 반성의 정신에 입각하여 피해자들의 명예 · 존엄 회복과 마음의 상처 치유를 위한 진정한 노력을 보여야 할 것"이라고 밝혔다.[64] 이것은 2018년 1월 9일에 발표된, '진정한 해결은 될 수 없지만 추가적인 청구는 하지 않을 것이며 일본 정부의 자발적인 노력을 기대한다'라는 대한민국 정부의 입장[65]을 다시 한 번 확인한 것이다.

---

60 「国及びその財産の裁判権からの免除に関する国際連合条約」について」, 2021.3 (https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/shomei_23_gai.html).

61 United Nations, "United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property", 2 December 2004 채택 (https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english_3_13.pdf).

62 西脇英司·米山朋宏, 「国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律(対外国民事裁判権法)の概要」, 『NBL』 908, 2009, 47면 ; 村上正子, 「外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律(対外国民事裁判権法)」, 『ジュリスト』 1385, 2009, 75면 참조.

63 외교부, 「[보도자료] 일본군 위안부 피해자 제기 일본정부 상대 손해배상 소송 판결에 대한 외교부 대변인 논평」, 2021.1.8.

64 외교부, 「[보도참고자료] 일본군 위안부 피해자 제기 손해배상 소송 판결 관련 일본측 담화에 대한 우리 정부 입장」, 2021.1.23.

65 「한일 위안부 합의 처리 방향」, 2018.1.9 (강경화 외교부 장관 발표).

'2015 합의는 진정한 해결은 아니지만 공식합의이고 추가적인 청구는 하지 않는다'라는 것은 말할 것도 없이 애매하고도 어정쩡한 입장이다. 민성철 판결이 바로 그 애매함을 빌미로 동원했다. 즉, 민성철 판결은 "주무부처인 외교부장관은 위 합의가 대한민국과 피고 사이의 공식적인 합의임을 인정하고 재협상 요구를 하지 아니할 의사를 밝혔고 이러한 태도는 현재까지도 그대로 유지되고 있"으므로, "위 합의는 현재도 대한민국과 피고와 사이에 유효하게 존속하고 있다"라고 지적하며, 그것을 '대체적 권리구제수단' 주장의 하나의 논거로 삼았다.

윤석열 정부 외교부는 구회근 판결에 대해 그 홈페이지 등을 통해 어떠한 공식 입장도 제시하지 않았다. 몇몇 언론이 "외교부 당국자"가 "2015년 (한일 간) 위안부 합의를 양국 간 공식 합의로서 존중한다는 입장"이라고 밝혔다고 보도했고,[66] 11월 26일의 한일 외교장관 회담에서도 박진 외교부 장관이 "2015년 한일 위안부 합의를 양국 간 공식 합의로서 존중한다"라는 입장을 밝혔다고 보도했을 뿐이다.[67]

윤석열 정부는 구회근 판결이 확정된 2023년 12월 9일에도 어떠한 공식 입장도 내놓지 않은 채, 기자들의 질문에 대해 "2015년 한일 위안부 합의를 국가간의 합의로서 존중"한다는 문자만 보냈다. '법원의 판단을 존중'한다고 밝히지 않은 채 '2015 합의'만 거듭 언급하고 있는 윤석열 정부의 입장은, 일본군 '위안부' 피해자들의 배상청구를 받아들임으로써 사실상 '2015 합의'에 의한 해결을 부정한 법원의 판단을 거스르려는 것이라고 보아 틀림이 없다. 강제동원 문제에 대한 법원의 판단을 부정한 데 이어 일본군 '위안부' 문제에 대한 법원의 판단까지 부정하려는 도를 넘은 '퇴행'이라고 하지 않을 수 없다.

이재명 정부의 입장은 반드시 명확하지 않다. 2025년 8월 21일자 요미우리(読売) 신문에 보도된 인터뷰에서 이재명 대통령이 '2015 합의'를 "뒤집는 것은 바람직하지 않다"[68]라고 말했다는 것이 지금까지 확인되는 거의 전부이다. 취임 후 얼마 되지 않았고, 미국과의 관세협상, 중일 갈등 등 동북아 정세의 유동화 등에 대처하기 위해 충분한 대응을 하지 못하고 있다고 추측할 수도 있지만, 이런 대응으로는 감당할 수 없는 과제이다. '2015 합의'는 위에서 지적한 문제점들도 있지만, 2021년 4월 27일에 이르러서는, 스가 요시히데(菅義偉) 내각이 '종군'이라는 용어가 강제연행이나 군과의 연관이 있었다는 오해를 낳을 수 있다는 이유로 '종군위안부'라는 용어를 사용하지 않고 '위안부'라는 용어를 사용하기로 각의결정하여, '2015 합의'에서 일본 정부가 사용한 '위안부'와 대한민국 정부가 사용한 '일본군위안부'가 완전히 다른 대상이 됨으로써, '2015 합의'는 대상 자체조차 특정할 수 없는 '환상의 약속'이 되어버렸다. 이미 파탄상태인 것이다. 대한민국 법원 판결들의 의미를 새겨 적절한 대응방안을 마련하는 것이 필요하다.

V. 맺음말 – 새로운 출발점으로서의 대한민국 판결

국가면제가 국가의 비주권행위(사법적 행위)에는 적용되지 않는다는 국제관습법은 이미 확립되어 있다. 그러나 주권행위에 국가면제를 적용할 것인지에 관한 국제관습법은 아직 형성 중이다.

대한민국 법원의 판결들은 국가의 주권행위가 심각한 인권침해를 구성할 때, 더 나아가 불법행위를 구성할 때, 국가면제가 적용되지 않는다고 분명하게 선언함으로써 국제관습법의 확립에 기여한 획기적인 판결들이다. 김정곤 판결은 이미 전 세계 법률가와 학자들의 주목을 받고 있으며, 구회근 판결 또한 같은 관심을 받을 것이다.

이 획기적인 성취는, 1990년대 이후 30년 넘게 '정의'를 외쳐온 피해자들의 절실한 호소 덕분이다. 그들의 호소에 공감하여 함께 노력한 전 세계 시민들의 헌신 덕분이다. 일본과 미국의 법원은 그들의 요청을 기각했지만, 대한민국 법원은 마침내 긍정적인 응답을 내렸다.

역사는 단순하지 않다. 그 흐름은 예측할 수 없지만 멈출 수 없다. 지난 30년 동안 일본군 '위안부' 문제에서는 절망과 희망이 교차하는 수많은 굴곡이 있었다. 우리는 한 걸음씩 걸어 지금 여기에 도달했다. 이제 우리는 대한민국 법원의 역사적 판결을 또 하나의 디딤돌로 삼아 인권을 수호하고 확장하는 방향으로 또 한 걸음 나아가야 한다.

끝으로 대한민국 법원 판결이 하나가 아니었다는 사실을 다시 한 번 짚어둔다. 그

---

66 「외교부, 위안부 피해자 日상대 승소에 "2015년 한일 합의 존중"」, 『연합뉴스』 2023.11.24 (https://www.yna.co.kr/view/AKR20231124067600504).

67 「한일 외교장관 '위안부 판결' 입장교환…박진 "존엄회복 노력해야"(종합)」, 『연합뉴스』 2023.11.26 (https://www.yna.co.kr/view/AKR20231126009851504).

68 「慰安婦や元徵用工訴訟,韓国 · 李在明大統領「合意覆すことは望ましくない」…読売単独インタビューで」, 『読売新聞』 2025.8.12 (https://www.yomiuri.co.jp/world/20250820-OYT1T50237/).

결과를 놓고 볼 때, 김정곤/구회근 판결과 민성철 판결은 각각 '피해자 중심/국가 중심', '인권에 대한 적극적인 배려/힘과 돈의 절대시'로 대비시킬 수 있다. 이 대비는 비단 대한민국 법원이 선고한 두 개의 상반된 판결에 국한된 것이 아니며, 한편에 일본군 '위안부' 피해자들의 아픔에 공감하며 그 해결을 위해 노력해 온 대한민국, 일본 그리고 전 세계의 시민들이 위치하고, 다른 한편에 일본 정부와 일본, 대한민국 그리고 이제는 미국에까지 퍼져 있는 일본군 '위안부' 부정론자들이 위치하는, 지난 30년간의 국제적 차원의 역사 곳곳에서 발견되는 것이기도 하다. 그 점에서 김정곤/구회근 판결과 민성철 판결의 대비는 일본군 '위안부' 문제가 단지 한일 간의 갈등사안이 아니라 보편적인 가치에 대한 세계관 충돌의 문제라는 사실을 입증해주는 것이라고 할 것이다.

판결에 이른 과정도 짚어둘 필요가 있다. 판사의 일차적인 책무는 법원을 찾아 온 당사자들의 이야기를 열심히 듣고 그 구체적인 사안에 대해 법적 해결책을 제시하는 것이다. 이번에 문제가 된 관습국제법의 역사는 미리 확정된 법에서 출발하는 것이 아니라 판사에게 주어진 구체적인 사안에서 출발하는 것이야말로 중요하다는 사실을 일깨워 준다. 명확하지 않은 것은 관습국제법만이 아니다. 정도의 차이는 있지만, 사실 모든 법은 명확하지 않다. 언뜻 비슷해보이더라도 결국 당사자가 다르고 구체적인 사실이 다른 다수의 사건 모두에 똑같이 기계적으로 적용할 수 있는 명확한 법은 애당초 존재하지 않는다. 김정곤/구회근 판결은 구체적인 사건에서 출발하여 사건의 해결에 적합한 법을 발견한 데 반해, 민성철 판결은, 법정에서 제시된 피해자와 전문가의 증언조차 무시한 채, '스위스 치즈처럼 구멍투성이인'[69] 국가면제라는 관습국제법의 구멍들을 애써 메우려는 도로에 매몰되었다. 법원은 무엇인지, 판사는 누구인지를 숙고하는 데 자료로 삼기에 좋은 사례라고 할 것이다.

69 Yusuf 재판관이 2012년 ICJ 판결 반대의견에서 사용한 표현.

4. 일본 변호사들과의 연대와 동행

1) 도쿄지방재판소에서의 역사

일본군 '위안부' 피해자 소송은 1991. 12. 6. 도쿄지방재판소에 제기된 "아시아 태평양 전쟁 한국인 희생자 보상청구소송"에서 시작되었다. 당시에는 한국의 법원에 일본국을 상대로 소를 제기할 수 있는 상황이 아니었고, 그에 반해 일본에서는 중국, 대만 등 전쟁피해자들이 제기하는 소송이 연이어지고 있는 상황이었다. 1991년에 도쿄지방재판소에 제기된 위 소송의 원고는 군인과 군무원을 포함하여 총 40명이었는데, 그 중 일본군 '위안부' 피해자는 8명이었다. 그 중 한 사람이 김학순 할머니였다.

한국인 일본군 '위안부' 피해자가 원고로서 참여한 소송은 총 4건으로, 위 "태평양 전쟁 희생자 유족회 소송"과 "대일 민간 법률구조회 소송"에는 다른 전쟁 · 식민지배 피해자들과 함께 참여하였다. 이후 1992년에 제기된 '관부재판' 과 '송신도 소송'은 일본군 '위안부' 피해자들이 중심이 된 소송으로, 이 두 사건은 영화와 다큐멘터리 등으로도 우리에게도 잘 알려져 있다. '관부재판'의 1심이었던 시모노세키지방재판소의 판결은 '위안부' 피해자 소송의 유일한 승소판결로 남아 있다.

'관부재판'은 야마구치지방변호사회의 변호사들이 중심이 되어 대리인단을 구성하여 제기한 사건으로, 야마모토 세이타(山本晴太)변호사도 대리인 중 한 사람이었다.

2) 2016년 대한변협 한일변호사교류회

내가 야마모토 세이타 변호사 등 '위안부'와 강제동원문제를 다루어 온 일본의 변호사들을 처음 만난 것은 2016. 2. 대한변협 한일변호사교류회였다. 대한변협의 일제피해자인권특별위원회와 일본변호사연합회(이하, '일변연')의 전후처리문제 일한변호사

공동행동 특별부회가 2010년 이후 매년 정기적으로 교류회를 이어오고 있었는데, 당시 민변 TF의 단장이었던 이상희 변호사가 한일변호사교류회가 있으니 참석해 보는 것이 어떻겠느냐고 내게 권유했다. 이상희 변호사는 아마 당시에도 국가면제를 넘어서기 위해 일본 변호사들에게 도움을 청할 의도가 있었을 테지만, 나는 그저 타국의 변호사를 만난다는 기대 이상을 가지고 있지는 않은 상황이었다.

나에게는 당시 교류회에 대한 기억이 거의 남아 있지 않다. 이 백서 준비를 위해 야마모토 변호사에게도 글을 부탁했는데, 야마모토 변호사는 2016년 교류회에서 이상희 변호사와 내가 자신에게 국가면제에 관한 일본의 문헌을 찾아달라고 요청했다고 기억하고 있었다. 국가면제라고는 변호사시험에 한 단락을 쓸 수 있을 정도밖에는 알지 못했던 내가 그런 요청을 했었다는 것이 믿어지지 않지만, 무엇보다 야마모토 변호사의 나에 대한 최초의 기억이 '어리버리한 초짜 변호사'가 아니라 '국가면제에 대한 조사를 부탁했던 변호사'로 기억되어 있는 것 같아 다행이다 싶다.

내가 일본의 변호사들에게 국가면제에 대해 조사를 부탁했던 기억은 남아 있지 않지만, 이후 그들이 얼마나 성실하게 우리 대리인단을 위해 국가면제에 관한 이론과 판례를 연구해 주었는지는 뚜렷하게 기억하고 있다. 기억이라기보다는 내 마음에 남아 있다고 해야 할 것이다. 성실하다는 말로는 부족한 정성과 노력이 그들에게 있었다.

3) 2017년 일본변호사회 세미나

2016년 12월 우리는 소장을 제출했다. 소장을 제출한 뒤 우리가 가장 먼저 직면한 문제는 송달이었다. 일본은 소장의 송달 그 자체를 거부했다. 한국에서는 송달문제에 골머리를 썩고 있던, 2017년 크리스마스 즈음에, 일본에서 국가면제에 관한 세미나가 열린다는 소식이 들렸다. 이 세미나는 한일 변호사회의 공동개최 세미나가 아니었고, 우리가 통상 떠올리는 그런 형태의 '세미나'도 아니었다. 우리의 일상용어로는 '스터디' 정도가 어울리는 모임이었다.

이 세미나에 이상희 변호사와 내가 참석했다. 세미나에서는 아베 고우키 교수가 국가면제에 관한 국제법이론을 발표하였고, 오오모리 노리코 변호사는 일본에서의 소송이 왜 패소할 수밖에 없었는지를 정리해 주었다. 우리는 소장에서 피해자들의 재판받을 권리와 우리 헌법정신에 비추어 피고 일본국에게 국가면제를 인정하여서는 안 된다고 주장하였는데, 국제인권법 학자인 아베 고우키 교수는 재판받을 권리와 국가면제에 관한 이론, 그리고 이론에 관한 자신의 견해를 설명해 주었다. 아베 교수는 일본 정부가 정치적으로도 법리적으로도 고착시킨 '샌프란시스코 평화조약의 틀'이라는 이론을 피해자들의 "사법악세스권"의 침해라는 측면에서 설명해 주었다.

'샌프란시스코 평화조약의 틀'은 일본이 한국 피해자의 소제기만을 막기 위해 만들어 낸 것이 아니라, 식민지배와 전쟁으로 인한 피해자 그 누구의 소송도 막기 위해 만들어낸 논리였다. 한국과 중국의 피해자들, 강제동원과 '위안부' 피해자들, 그리고 일본인 피해자들에게도 –물론, 일본인 피해자들에게는 원호법으로 피해자에 대한 보상을 갈음하고 있다–샌프란시스코 평화조약의 틀은 적용되는 것이었다. 이 이론은 피해자들로부터 강한 비난을 받고 있는 이론이기는 했지만, 한편으로는 일본이 여전히 '국가가 개인의 권리를 처분할 수 있다'는 전근대적인 사고에 머물러 있다는 것을 선명하게 드러내는 것이기도 하였다.

세미나 후, 식사를 하기 위해 일변연회관 건물의 지하 식당에 갔다. 식당에서 야마모토 변호사가 페리니판결(ICJ)을 일본어와 한국어로 모두 번역했다며 필요하면 가져다 쓰라고 했다. 자리에 함께 있던 다른 변호사들이 모두 '그걸 어떻게?'라는 표정으로 놀라워했다. 야마모토 변호사는 '스키 타다가 다쳐서 다른 할 일이 없었다. 시간이 많다보니 책상에 앉아 번역이나 했다.'고 대답했다. 한국으로 돌아와서야 페리니판결을 번역했다는 것이 얼마나 대단한 일인지, 왜 그 자리의 변호사들이 모두 놀란 것인지를 알게 되었다.

이 자리에는 오오모리 노리코, 은용기, 가와카미 시로우, 백승호 변호사 등 일본부회에서 열심히 활동하고 있던 변호사들이 모여 있었는데, 이들은 한국의 대리인단을 위해 아베 고우키 교수를 불러 스터디를 열어 준 것이었다. 페리니 판결을 한국어로까지 번역한 것도 일본변호사회의 대리인단과 이 재판을 향한 마음이라는 것을 당시에

는 잘 몰랐다. 이즈음, 일본 변호사 중 한 사람이 우리에게 피렌체의 독일 문화원의 사진을 보여준 적이 있다. 직접 다녀왔다고 했던 것인지, 아니면 어딘가에서 사진을 찾아 보여준 것인지는 기억나지 않지만, 그들은 우리에게 반드시 의미 있는 결론을 낼 수 있을 것이라는 희망을 주려 애썼다.

4) 2020년 도쿄 시부야

2019년 3월 공시송달명령이 내려져 겨우 1차 변론기일이 열리게 되었다. 송달의 문을 넘었다는 것은 기뻐할 일이었지만, 그 문 너머에는 국가면제의 벽이 있었다. 그러나 국가면제는 관습법이라는 이름으로 포장되어 있기는 하지만, 촘촘하게 누적된 사례들로 공고히 굳어진 이론이 아니라, 몇 개 없는 판례로 얼기설기 틀이 만들어져 있는 것에 불과했다. 나는 국가면제의 관습법이라는 틀을 만든 주체가 강대국이었기 때문에 그것이 실제보다 더 강한 효력을 갖게 된 것이라고 생각을 지울 수 없었다. 관습법을 형성하는 강대국의 힘은 어떤 국제법 규범이나 이론보다 더 우선하는 것처럼 보였다.

우리는 다음과 같이 논리의 틀을 세워보았다. 이 소는 피해자들을 구제하기 위한 최후수단으로서 제기되었다. 피해자들을 구제하기 위한 최후수단으로서의 재판청구권을 국가면제라는 관습법으로 제한하는 것은 우리 헌법정신에 어긋난다. 법률적 효력을 갖는 것에 불과한 국제관습법이 헌법에 어긋나는 경우 그 적용을 배제할 수 있다. 그리고 우리는 이 틀에서 세부를 다듬고 살을 붙여 국가면제라는가해국의 법이론에 구멍을 내어 보자 생각했다.

그 첫 단계로 피해자들이 지금까지 자신들의 존엄과 권리를 회복하기 위해 어떠한 노력을 해 왔는지는 설명해야 했다. 우리 대리인단이 과거 소송 등의 기록을 찾아 정리하여, 이를 준비서면의 형태로 제출할 수도 있었겠지만, 그보다는 피해자 법률지원 활동을 해 온 당사자들이 직접 그 의견을 정리하는 것이 더 설득력 있을 것이라 생각했다.

야마모토 세이타, 그리고 도츠카 에츠로 변호사에게 의견서를 작성해 줄 수 있는지 물었다. 그들의 답변은 '도움이 된다면 무엇이든'이었다. 두 변호사는 자신들의 의견서가 우리들의 변론에 정확한 도움이 되기를 원했다. 2020. 2. 이상희, 이동준, 그리고 나 이렇게 세 사람은 도쿄를 방문하여 우리가 지금까지 정리한 내용들을 설명했다. 우리 이론의 견고함은 우리 결기에는 아직 미치지 못하는 약한 것이었지만, 우리 논리의 기반이 국제법과 국제인권법에도 부합하는 것이라는 자신감은 있었다.

시부야의 작은 회의실을 빌려 오전부터 오후까지 이어지는 긴 회의를 하면서, 당시의 소송상황과 우리의 고민 그리고 우리가 두 변호사에게 요청하는 바를 전달하였다. 먼저 야마모토 변호사에게는 일본에서의 소송전개과정을 설명해 달라고 하였다. 야마모토 변호사는 일본에서는 왜 피해자들이 구제받지 못했는지, 그리고 왜 앞으로도 구제받을 가능성은 없다고 할 수밖에 없는지를 잘 정리하여 보내주었다. 야마모토 변호사는 강제동원과 원폭피해자소송 등 일제식민시대 및 태평양전쟁 당시의 피해자들이 일본에서 제기한 소송의 전체적인 흐름을 정리하면서 일본이 전후보상을 완전히 배제하게 된 과정을 매우 구체적으로 설명해 주었다.

도츠카 에츠로 변호사에게는 피해자들이 UN 등의 국제기구를 통하여 이 문제를 해결하기 위해 어떻게 노력해 왔는지를 설명하는 의견서를 작성해 달라고 요구했다. 도츠카 변호사는 '위안부'라는 이름에 가려진 실질은 '전시 성노예' 라는 점을 최초로 밝힌 사람이다. 도츠카 변호사는 UN 등에 '위안부' 문제를 제기하면서, 태평양전쟁 당시에도 이미 이러한 '전시 성노예제'는 불법이었다는 점을 매우 정밀하게 논증하였다. 도츠카 변호사는 피해자들이 이 문제를 해결하기 위해 오랜 시간을 인내하고 많은 것을 양보해 왔다는 점을 1990년대 정대협과 의사소통을 하였던 경험을 들어 설명해 주었다.

나는 이 날의 긴 회의, 좁은 공간에서 이루어진 열띤 논의, 야마모토 변호사가 준비해 준 초밥 도시락 그리고 우리보다 더 맛있게 더 빨리 도시락을 드시던 도츠카 변호사의 모습을 잊을 수가 없다.

5) 2021년 법률가선언

2021년 1월 선행소송의 승소판결이 있었다. 우리 소송도 곧 판결 선고가 이루어질 예정이었다. 선행소송의 승소판결 이후 우리 소송의 담당재판부는 갑자기 변론재개결정을 하였고, 우리에게 6페이지에 달하는 석명준비명령을 보내 왔다. 불안한 마음이 들었다.

선행소송 판결 직후 일본정부는 '판결이 국제법에 위반된다. 한국정부는 판결에 대해 적당한 조치를 취하라'며 강하게 비난했다. 선행소송의 판결은 '강행규범에 반하는 반인도적 불법행위를 저지른 국가에게는 국가면제가 인정되지 않는다'고 판단하여 일본국에 대하여 국가면제를 인정하지 않았는데, 이 논리는 현재의 국제인권법의 흐름에는 부합하는 것이었지만 판결의 논증 자체는 충분하다고 보기는 어려웠다.

선행소송의 판결이 현재의 국제관습법에 어긋난 것이 아니고, 오히려 국가중심에서 개인중심으로 발전하고 있는 국제법의 흐름에 부합하는 것이라는 점을 국제법적 입장에서 강조할 필요가 있었다. 우리 대리인단과 일변연 특별부회 소속 변호사들이 중심이 되어 '서울중앙지방법원의 판결을 지지하는 세계법률가 선언'을 조직하였다. 한달도 되지 않는 짧은 기간동안 일본에서 192명의 법률가가 참여했다. 구글폼을 만들어 연명을 받는 우리와 달리 한명 한명의 변호사에게 직접 메일을 보내 설득하여 연명을 받는 일본에서, 192명의 변호사와 법학자에게 연명을 받는다는 것은 상당한 수고를 필요로 하는 것이었다. 우리는 이 세계법률가 선언을 2021년 4월 6일에 발표하고, 그 내용을 재판부에 참고자료로 제출하였다.

2021년 5월 우리는 패소했다.

6) 2023년 서울고등법원

패소할 수 있다는 불안은 늘 있었고, 담당재판부의 묘한 흐름을 염려한 것도 사실이지만, 막상 패소판결을 받고 보니 그 절망은 예상보다 컸다. 항소심에 분발하자, 좀 더 우리 논리를 정교하고 견고하게 다듬어보자 다짐했다.

항소심의 준비 과정에서 우리는 다시 일본에 연락했다. 야마모토 세이타 변호사에게 법정에 나와 피해자들이 일본 재판소에 제기한 소송의 경과와 일본 국내법에서의 국가면제에 관한 해석을 전문가로서 증언해 달라고 요청했다. 야마모토 변호사는 생각해 보겠다는 주저함도 없이 그 자리에서 '그렇게 하겠다.'고 했다.

2023년 5월 11일 야마모토 변호사는 서울고등법원에 출석하여 증언했다. ICJ 페리니판결의 논리 – 국제적으로 국가면제예외의 실행의 사례를 하나하나 세어보았을 때, 국가면제예외를 인정하지 않는 국가가 국가면제예외를 인정하는 국가보다 더 많다고 판단하였다–를 따르는 경우에도, 2023년 현재에는 국가면제예외를 인정하는 국가가 더 많기 때문에, 국가면제의 예외를 인정하는 것이 국제관습법에 부합한다고 증언하였다. 일본의 국가면제에 관한 국내법에 대해서도 상세히 설명하였다. 국내에서 벌어진 타국의 불법행위에 대해 자국이 사법권을 행사할 수 있다는 것이 국제적 입법의 흐름이라고 설명하였다.

야마모토 변호사는 어떤 두려움도 주저함도 없는 사람처럼 보였다. 그러나 나는 한국의 법정에서 일본군 '위안부' 피해자들을 위해 증언한다는 것이 일본인으로서 스스로를 어떤 위험에 빠트리는 것인지 잘 알고 있었다. 우리는 이미 다른 몇 명의 법률가들에게 증언을 부탁한 터였다. 그 중에는 오랫동안 답변을 주지 않은 사람도 있었고, 야마모토 변호사가 증언하기로 결정한 뒤에야 '잘 되었다'는 답장을 보낸 사람도 있었다. 일본 내에서 공격을 받을 것이 두려워 증언할 수 없다고 답신한 사람은 없었지만, 충분히 그 두려움을 느낄 수 있었다.

야마모토 변호사의 전문가 증언이 예정되어 있다는 사실이 알려지면서 여러 언론사가 증언 전에 기자회견을 열어주기를 요청했는데, 야마모토 변호사는 증언을 마친 후에 기자회견을 했으면 한다고 했다. "증언 전에는 긴장된다."라고 웃으며 말했다.

7) 2023년 11월 23일 카카오톡 메시지

2023년 11월 23일 판결선고 당일 법정에서 판결문이 낭독되고 있을 즈음에, 법원에

서 선고를 듣고 있던 대리인들에게서 '원고승'이라는 문자연락을 받았다. 판결문의 낭독이 끝나지 않은 상황이었지만, 나는 문자를 확인하자마자 야마모토 변호사에게 메시지를 보냈다.

일단 야마모토 변호사에게 문자를 보낸 뒤에, 법정에서 전달되는 소식을 확인했다. 판결은 발전하고 변화하는 국제관습법을 매우 정밀하게 분석하였고, 그 분석에 따른 2023년 현재의 국제관습법에 기반하여 법정지 내에서의 불법행위에 대해서는 국가면제를 인정할 수 없다고 판단하였다. 판결 당일 법원이 낸 판결에 관한 보도자료, 그리고 몇 일 뒤에 송달된 판결문을 차례로 야마모토 변호사에게 전달하였다.

"변호사님 승소했어요."라는 짧은 문자를 보낸 뒤, 연이어 판결에 관한 소식을 전달하던 순간의 두근거림이 여전히 내게 남아 있는 듯하다. 내가 보낸 짧은 문자와 메일에 아마 야마모토 변호사와 도츠카 변호사 그리고 일변연 위원회의 변호사들이 함께 기뻐했을 것이다. 당시 그들이 기뻐하는 모습을 보지 않았고 들은 바도 없지만, 나는 우리들의 감정이 이어져 있다는 것을 의심하지 않았다.

8) 외롭지만 외롭지 않은 투쟁

우리나라와 일본의 상황은 다르다. 식민청산을 외치는 목소리가 정치적 소수라는 점은 우리나라와 일본이 다르지 않지만, 정치적 지지와 시민사회의 지지라는 점에서는 우리나라와 일본에서는 상황은 매우 다르다. 우리나라에서는 식민청산은 이미 그 정당성과 당위성을 인정받은 과제이다. 법원도 강제동원 사건에서 오랜 실랑이를 벌인 끝에 식민청산의 큰 흐름에 동참했다.

일본 국내에서 전후보상과 식민청산을 요구하는 목소리는 패전이후 꾸준히 있었다. 1960년대에 들어 일본사회의 정치적 진보세력이 형성되었고, 정치적 진보세력들이 세대를 이어 성장하면서 전후보상을 추진하는 시민모임과 법률가가 조직되었다. 1980년 후반부터는 식민지배 피해자들이 전후보상을 요구하는 소송이 본격화되었다. 정확하게는 알지 못하지만 1980년대와 1990년 초반만 하더라도 일본사회에 전후보상에 관한 양심 세력은 분명히 존재하고 있었다. 그러나 1990년 중반 이후 일본사회는 우경화의 한 방향으로만 나아갔다. 그리고 1990년대에 이 소송을 시작한 일본의 변호사들은 우경화라는 큰 흐름에서 구석으로 구석으로 내몰릴 수밖에 없었다. 1990년대 초반, 일본국과 일본기업에 식민지배와 전쟁에 대한 책임이 있다는 주장을 시작하는 것은 양심의 작은 동력으로도 가능한 일이었지만, 이를 40년 가까이 계속한다는 것은 양심만으로, 끈기만으로 가능한 일이 아니다.

나는 그들이 어떠한 능력과 힘을 가지고 있기에 여기까지 그 뜻을 굽히지 않고 활동해 온 것인지 잘 알지 못한다. 다만, 그들이 가진 어떠한 능력과 힘이 나를 이 소송에 기여하게 만들었다는 사실만은 분명히 알고 있다. 기억에 거의 남아 있지 않은 2016년 2월 교류회의 일을 가끔 떠올린다. 윤색된 기억이겠지만 교류회에 참여한, 지금보다 10년은 젊었을 그들의 모습이 떠오르는 듯도 하다. 그들이 늙지 않았으면 좋겠다.

5. 국제법 전문가의 증언과 국제 연대의 기록

나는 2019년 여름, 네덜란드에서 유학을 마치고 바로 민주사회를 위한 변호사모임(이하 "민변") 사무처에 상근변호사로 출근하면서 민변 일본군 '위안부' 문제대응 TF(이하 "대리인단")에 합류하였다. 일본국을 상대로 한 국가배상청구소송은 이미 시작된 상황이었다. 이 사건의 가장 핵심적인 쟁점은 '중대한 인권침해에 관한 국가면제 예외 적용 여부'였는데, 이는 국내뿐만 아니라 국제적으로도 국제법원 및 각국 법원에서 인정된 선례를 찾아 보기 힘든 것이었다. 대리인단은 국내의 국제법 전문가와 국외의 전문가를 찾아봄과 동시에 대리인단 내에서 '스터디'를 진행하여 해외 판례의 동향과 학계의 논의에 대해 검토하기로 하였다.

여러 관계자들의 노력 끝에 국내의 국제법 전문가로 1심에서는 경희대학교 법학전문대학원의 백범석 교수, 2심에서는 고려대학교 법학전문대학원의 강병근 교수와 연결되었다. 대리인단은 백범석 교수 및 강병근 교수와의 학술적, 실무적 교류를 바탕으로 서면의 전문성을 강화하였다. 백범석 교수는 2020년 7월 1심 법원에 전문가 의견서를 제출하였으며, 같은 해 9월에는 직접 서울중앙지방법원에 출석하여 국제법 전문가로서 전문가 증언을 진행하였다. 강병근 교수는 2022년 10월 항소심이 진행되던 서울고등법원에 출석하여 국제법 전문가로서 전문가 증언을 하였다. 백범석 교수와 강병근 교수는 심급별 소송 대응 과정과 판결의 의의에 대해 검토할 때에 귀중한 전문가 조언을 아끼지 않았다.

대리인단은 2020년 초부터 해외의 국제법 전문가 섭외를 추진하였다. 국제인권분야의 전문가들로부터 전세계 학자들을 추천받기도 하고 직접 국가면제에 대한 논문 등 연구물의 저자에 대해 찾아가며 이메일로 연락을 시도하였다. 국내와 마찬가지로 여러 노력 끝에 1심에서는 국제인권단체인 국제앰네스티(Amnesty Internationa), 런던정경대(LSE) 크리스틴 친킨(Christine Chinkin) 교수와 게이오 요시다(Keio Yoshida) 박사와 야마모토 세이타, 그리고 도츠카 에츠로 변호사가 각 전문가(제3자) 의견서를 제출하였고, 2심에서는 버밍엄대(University of Birmingham) 알렉산더 오라켈라슈빌리(Alexander Orakhelashvili) 교수가 국가면제에 관한 전문가 의견서를 제출하였으며, 일본의 야마모토 세이타 변호사는 법원에 출석하여 전문가 증인으로서 증언하였다.

국제앰네스티는 2000년대 초부터 꾸준히 일본군 '위안부' 피해자들과 함께하여 왔는데, 2005년 〈60년이 넘도록 계속되는 기다림: 일본군 성노예제의 생존자들을 위한 정의〉 보고서 발간과 "'위안부' 정의회복 캠페인" 등을 통해 피해자들의 목소리를 세계에 알리는 데 중요한 역할을 하였다. 이 사건 소송에서는, 역사적인 첫 변론기일의 하루 전인 2019년 11월 12일 국제앰네스티 명의의 법률의견서를 제출하였다. 국제앰네스티는 위 의견서에서 일본군 성노예제도는 당시 국제법상 인신매매 등 강행규범 위반이자 반인도범죄 및 전쟁범죄에 해당하는 중대한 인권침해이며 국제법상 국가면제, 청구권협정, 시효 등의 절차적 이유로 피해자의 권리구제에 대한 권리가 제한될 수 없음을 강조하였다.[70]

크리스틴 친킨 교수는 국제법 학자이자 젠더법 전문가로서 2000년 UN 안전보장이사회가 채택한 결의 1325호 "여성 · 평화 · 안보(WPS) 아젠다"를 국제사회에 확산시킨 학자이다. 2000년 일본 도쿄에서 열린 '일본군 성노예 전범 여성국제법정' 당시 재판장을 맡았다. 친킨 교수와 연락이 닿은 것은 우연이자 필연이었다. 나는 유럽에서의 유학 경험을 떠올리며 호기롭게 여러 국제법 전문가에게 무작정 이메일을 보냈지만 아무 회신을 받지 못하거나 사정상 참여가 어렵다는 회신을 연달아 받았다. 마음이 초조해지던 중 당시 제주다크투어의 백가윤 대표가 친킨 교수를 추천해 주었다. 본인이 LSE에서 인권학 석사 과정 유학을 하던 중 수업을 들었던 교수이고, 2000년 국제법정에 참여한 인물이니 연락해보면 좋을 것 같다고 알려주었다. 백가윤 활동가의 10년 전 인연에 기대어 전문가 의견서를 요청하는 메일을 보냈고, 그다음 날 바로 회신을 받았다. 관심이 있다는 내용이었다. 이후 진행은 일사천리였다. 소송의 진행 상황 등을 설명하기 위해 이메일 및 온라인 화상회의를 통해 그간의 경과를 영어로 전달하고 그

70 https://amnesty.or.kr/30758/press-release/일본-정부는-한국-법원에서-진행중인-위안부-소/

과정에서 대리인단의 소장과 준비서면, 참고할 국내 판결문 등을 영어로 번역하는 실무를 담당하는 것이 쉬운 일은 아니었지만, 그만큼 기대감이 차오르는 시간이기도 했다. 친킨 교수는 본인의 박사 제자인 요시다 변호사와 함께 국제인권법과 젠더법적 관점에서 국가면제 법리의 개념과 판단기준 등에 대한 전문가 의견서를 작성해주었다. 2020년 12월에는 2000년 도쿄 여성국제법정 20주년을 맞아 LSE 여성평화안보센터에서 이에 관한 다큐멘터리 상영 및 토론회를 개최하기도 하였다.[71] 코로나19 시기라 온라인으로 진행되어 대리인단 구성원들도 다큐멘터리를 함께 보면서 다시금 이 사건의 역사적 의미와 중요성에 대해 마음을 다잡을 수 있었다.

2021년 1월, 민변 대리인단이 아닌 다른 변호사들이 대리한 사건에서 원고 승소 판결이 나왔다. 대리인단은 운동의 차원에서 위 1심 판결의 판결문을 영어로 번역하여 해외 인권단체 및 법률가들에게 배포하였다. 영어권 법률가가 보기에 정확하고 자연스럽게 번역하고자 전문번역사의 초벌 번역 후 민변 국제연대위원회의 미국, 뉴질랜드, 한국 변호사 자격이 있는 변호사들이 함께 감수하였다. 나는 민변의 국제팀장으로서 국제앰네스티와 ESCR-Net의 전략소송 워킹그룹 등을 통해 판결 소식을 알렸고, 영문 보도자료를 작성하여 외신기자협회의 외신기자들에게 배포하였다. 이후 항소심 사건을 준비하던 중 브라질 대법원이 Changri-La 사건에서 국가면제의 예외를 인정하면서 그 예시로 제시한 해외 사례 중 위 1심 판결이 언급되어 있는 것을 확인하고 당시 우리의 노력이 국제법을 움직이는 데에 의미있는 기여를 한 것 같아 두근거렸던 기억이 난다.

2021년 4월, 민변 대리인단이 대리한 사건에 대해 1심 법원은 각하 판결을 내렸고, 대리인단은 곧 항소심을 준비하였다. 또 다른 국제법 전문가를 찾던 중 (고려대학교 법학전문대학원 박경신 교수의 추천으로) 영국 버밍엄대(University of Birmingham) 알렉산더 오라케라슈빌리(Alexander Orakhelashvili) 교수에게 지금까지의 경과를 알리며 간곡히 항소심에서의 전문가 증인으로 참여해 줄 수 있을지 물었다. 곧바로 회신이 왔다. 가능하니 빠른 시일 내에 관련 자료를 전달해 달라는 내용이었다. 이후 오라켈라슈빌리 교수와 대리인단은 백통이 넘는 이메일을 주고받으며 신뢰를 쌓고 국제법적 전문성을 강화해 나갔다. 1심에서의 소송 자료 및 항소이유서와 각종 서면 등을 영어로 번역하여 오라케라슈빌리 교수에게 전달하고 온라인 화상회의를 통해 내용을 설명하는 일은 여전히 쉽지 않았다. 그러나 때로는 대리인단보다 더 열정적으로 이 문제에 천착하여 의견을 제시하고 국제법의 흐름을 짚어주는 오라켈라슈빌리 교수 덕분에 우리는 계속해서 나아갈 수 있었다. 제반사정상 법정에 직접 출석하기 어려워 여러 검토 끝에 대리인단은 오라켈라슈빌리 교수의 전문가 증언을 영상으로 녹화하여 2023년 9월 항소심 재판부에 제출하였다.

무엇보다 대리인단의 1심 및 2심 대응 과정에서, 그 한참 전부터 꾸준히 일본군 '위안부' 피해 생존자들의 권리 보장을 위해 헌신해 준 전문가로 일본의 야마모토 세이타 변호사와 도츠카 에츠로 변호사가 있었다. 이들은 1990년대 초부터 일본군 '위안부' 문제는 성노예제의 문제임을 지적하며 일본의 변호사로서 언제나 피해자들의 편에 서서 자신의 전문성을 아낌없이 발휘하였다. 특히 야마모토 변호사는 강제동원 및 일본군 '위안부' 문제 등 관련 소송 경과와 국가면제에 관한 각종 자료를 일본어와 한국어로 꾸준히 정리하여 온라인 자료실[72]을 운영하고 있을 만큼 꾸준히, 그리고 전문적으로 이 사안에 천착해 온 전문가이다. 야마모토 변호사는 이 사건 소송의 항소심 재판 진행 중이던 지난 2023년 5월, 직접 서울중앙지방법원에 출석하여 국제법상 국가면제 예외 인정의 필요성에 대해 증언하였다.

대리인단과 활동가들, 국내외 전문가들, 그리고 무엇보다 이용수 할머님을 비롯한 피해 생존자분들과 그 유지를 이은 유가족들의 노력으로 마침내 2023년 11월 서울고등법원은 피해자들의 손을 들어주었으며, 2023년 12월 승소 판결이 최종 확정되었다. 소송이 진행되는 과정에서 대리인단은 1심 승소 판결에 대한 국제 법률가 지지 성명을 조직하는 일과, 2021년 1월 발표된 1심 승소 판결문의 영문 번역본을 캠브리지대학교출판사(Cambridge University Press)의 국제법 학술지 International Law Reports

71 https://www.lse.ac.uk/women-peace-security/research/Gendered-Peace-the-legacy-of-the-Tokyo-Womens-Tribunal

72 https://justice.skr.jp/

에 투고하는 일[73] 등 국제 연대활동을 함께하였다. 2024년 1월에는 대리인단이 일본 단체들의 초청을 받아 2박 3일간 도쿄에 방문하였다. 도쿄 국회에서 승소 판결의 의의 등에 대한 토론회를 개최하고 저녁에는 승소 축하 모임을 가졌으며, 다음 날에는 일본 변호사들과 종일 토론회를 갖고 마지막 날에는 2000년 여성국제전범법정을 주도했던 일본의 여성운동가 마쓰이 야요리의 유지를 이어 설립된 '여성들의 전쟁과 평화 자료관(Women's Active Museum on War and Peace: WAM)'을 방문하였다. 수십 년간 피해 생존자 분들과 함께해온 일본의 활동가와 변호사, 그리고 한국의 활동가와 변호사가 함께 모여 이 사건 승소를 축하하는 자리에 함께할 수 있다는 게 현실이 아닌 듯한, 말 그대로 꿈만 같은 시간이었다.

소송은 일단락되었지만 아직까지도 일본군 '위안부' 문제는 현재 진행형이다. 독일 베를린에서는 '평화의 소녀상'이 철거되었다가 최근 다시 설치되기도 하였다. 나는 이번 소송에 함께 하면서 국제적으로 가지 않은 길을 개척해 나간다는 것이 참으로 쉽지 않다는 것을, 또 그럼에도 기꺼이 손을 잡아주고 함께 비를 맞아줄 이들이 세계 어딘가에 반드시 존재한다는 것을 느꼈다. 그 지난한 시간을 함께 견뎌내고 맞이하는 새로운 세계가 또다시 한 걸음 더 나아가는 데에 더없이 큰 힘과 용기를 준다는 것도 배웠다. 대학 때 가족과 함께 '나눔의 집'에 방문하였다가 우연한 계기로 한 할머니의 손을 붙잡고 함께 울었던 경험이 긴 시간을 지나 도쿄의 승소 축하 연회장으로 이어졌을 때 형언하기 어려운 벅찬 감정을 느꼈다. 나는, 그리고 우리는, 앞으로도 계속해서 피해 생존자 분들과 함께 나아갈 것이라 믿어 의심치 않는다.

73 OOO AND OTHERS v. STATE OF JAPAN. International Law Reports. 2024;205:647–689. doi:10.1017/ilr.2023.51

6. 대리인단 변론기

1) 김예지 변호사

중학생이었을 무렵 학교 도서관에서 아무 책이나 골랐던 것이 우연히 일본군 '위안부'에 관한 책이었다. 책의 제목이나 구체적인 내용은 기억나지 않지만, 그 내용에 생경한 충격을 받았던 기억이 있다. 수업 시간에 왜 이처럼 중요한 일을 다루지 않는지 의아했던 기억도 남아 있다.

그 뒤로 시간이 흘러 제네바의 한국대표부에서 잠시 인턴으로 일하게 되었다. 그때 내가 해야 하는 일은 한국과 관련된 각종 국제기구 회의에 참석하여 중요 내용을 메모하여 보고하는 것. 마침 UN 고문방지위원회에서는 일본군 '위안부'를 '성노예제(sexual slavery)', '조직적이고 광범위한 성폭력'으로 규정하고, 고문방지협약 위반을 인정하며 일본 정부의 법적 책임 인정 등을 권고했다(CAT/C/JPN/CO/2). 클라우디오 그로스만(Claudio Grossman Guiloff) 위원장은 권고를 발표하면서 특유의 귀에 쏙쏙 들어오는 쉬운 영어로 "(인권 침해자들은) 항상 같은 변명이다. 하지만 ('위안부'는) 고문이 맞다!(It's always the same excuse. But it was torture!)"는 말을 했다. 당시 일본 외무성 인권 담당 대사였던 우에다 히데아키 대사는 위원회의 지적이 불쾌했던지, "일본은 인권 선진국"이라고 했고, 시민단체 참석자들이 웃자 "입 닥쳐(shut up)"이라고 소리치는, 그야말로 '웃지 못할 일'도 벌어졌다.

국제사회는 이처럼 일본군 '위안부'를 '인권 문제'로 바라보고 있었지만, 일본 정부의 '위안부' 문제에 대한 완고한 부인이 공존하는 이상 국제기구의 논의들이 피해 당사자들에게 과연 얼마나 실질적인 도움으로 이어질 수 있을지 의문이었다. 그런 의미에서 일본군 '위안부'의 일본국에 대한 손해배상청구 소송 대리인단에 합류하여 피해자들에게 조금이라도 도움을 드릴 수 있었던 일이 나에겐 더욱 뜻깊게 느껴진다.

대리인단 합류 후 처음 맡은 일은 할머니들의 피해 사실에 관한 서면을 작성하는 것이었다. 아는 내용이라고 생각했지만 새삼 고통스러웠다. 각 원고의 피해는 비슷하면서도 저마다 조금씩 달랐다. 현장에서의 참혹함도 있었지만, 종전 후 이들의 삶이 오히려 더 아팠다. 피해자들은 전후에도 경제적 궁핍과 신체적, 정신적 고통, 낙인으로 점철된 여생을 보냈다. 많은 피해자들의 피해 사실은 '~별세하였습니다'로 끝났다. 소제기 후 서면 작성 시점의 불과 몇 년 사이에도 세 분이 사망하셨다. 이 모든 것이 나의 어깨를 무겁게 만들었다.

이용수 할머니와는 2회 변론기일에서 처음 대화를 나눴다. 언론 기사를 통해 자주 뵈었고, 서면 작업을 통해 구체적인 피해 사실에 대해서도 알게 되어서인지 '내적 친밀감'이 상당했다. 할머니도 우리를 신뢰하시는 것 같았다. 하지만 할머니는 늘 똑바로 하지 않으면 호통을 치실 것 같은 분위기였다. 그런 자세가 당신이 긴 세월 고통을 견디고, 우리가 소송을 열심히 하도록 하는 원동력이 되어 주지 않았는지 하는 생각이 든다.

할머니와는 7회 변론기일의 당사자신문을 준비하기 위해 몇 번 따로 만나 뵈었다. 우리는 처음부터 기억나는 대로 진술하도록 했다. 할머니는 몇 번째인지 모를 피해 진술을 담담하게 하셨고, 그때 생긴 상처도 직접 보여주셨다. 하지만 할머니도 막상 변론기일에 처음 보는 판사 앞에서 피해 사실을 말하려니 상당히 긴장하시는 게 눈에 보였다. 우리는 전날까지도 '증인'이나 '원고'가 아닌 '할머니'라는 호칭을 쓰겠다고 하는 등, 할머니가 마음 편하게 하고 싶은 말씀을 다 하실 수 있도록 꽤 많은 준비를 했다. 다행히, 할머니는 피해 사실에 대해 생생하게 증언하셨을 뿐만 아니라 그동안의 해외 활동과 2015 한일합의에 관해서도 일목요연하게 당신의 생각을 또박또박 이야기하시며 법원에 빠른 판결을 촉구하셨다. 마지막 하고 싶은 말로는 교육의 중요성을 강조하시기도 했다.

1심 선고 날, 이용수 할머니는 재판에 출석까지 하셨다. 그런데 재판부는 출석 확인도 하지 않은 채 갑자기 전문용어로 가득한 판결문을 줄줄 읽어 나갔다. 할머니는 몸이 불편한 상태에서 결론이 어떻게 될지 영문도 모르는 채로 장시간 법정에 앉아 있어야 했다. 피해자를 조금이라도 생각했다면, 차라리 결론부터 신속히 알려줬어야 한다. 그때를 생각하면 아직도 마음 깊은 곳에서 화가 난다.

항소를 준비하는 과정에서 할머니들의 부고 소식 및 건강 악화 소식이 잇따라 들렸다. 다들 힘들어하던 와중에 '항소심에서도 애써달라'는 피해자 가족과 유족의 응원은 큰 용기가 되었다. 이용수 할머니는 크게 호통을 치시며 "항소심에서는 잘하라!"라고 하셨다. 그땐 힘들게 일한 것만 생각하며 볼멘 소리를 하고 싶기도 했는데, 돌이켜보면 할머니가 눈 부릅뜨고 우리를 지켜보고 계시다는 사실이 재판 과정 내내 가장 큰 버팀목이었던 것 같다.

항소심 진행 중 어려운 점이 있을 때마다 승소하면 이용수 할머니가 두 손 번쩍 들고 좋아하시는 모습을 상상하곤 했는데 그것이 얼마 후 현실이 되었다(할머니는 이에 대해 하늘에 계신 할머니들을 향해 "할머니들, 이겼습니다", "이제 편히 쉬세요"라고 외친 것이라고 한다). 다른 유족분들도 여러 차례 힘주어 "고생했다", "기쁘다"라고 말씀해 주셨다. 그때의 뿌듯함에 비견할만한 감정을 느낄 일이 또 생길까?

일본군 '위안부' 피해자 할머니들은 인생의 황혼에 이르러서도 타협하거나 포기하지 않고 이 사건 소를 제기하고 싸웠다. 이용수 할머니는 승소 후에도 우리에게 강제집행에 빨리 착수하라고 하셨고, 최근 수요시위에도 참석하여 강제집행을 촉구하셨다. 국회 기자회견장에서는 다시 한번 피해 사실을 이야기하시기도 했다. 지치실 법도 한데, 할머니는 이처럼 거듭 피해 사실을 말하며 계속해서 구술 기록을 남기고 있다. 그러면서도 할머니는 "일본이 졌으니 앞으로 '위안부' 역사를 보전하며 서로 잘 지내야 한다"라고 하시며 교육과 평화, 교류와 화해를 강조하시기도 하신다.

나는 할머니들의 모습에서 우리가 통상적으로 노년에 기대하는 현명함, 느긋함, 지혜로움, 조화가 아닌, 저항과 비타협, 풀리지 않는 모순을 본다. 바로 에드워드 사이드가 '말년의 양식(On Late Style)'에서 강조한 말년(lateness)의 특징들이다. 사이드는 여러 예술가들이 말년에 이르러 평온함, 성숙함을 거부하고, 오히려 삶의 모순과 분열을 있는 그대로 드러내며, 오류 가능성을 부끄러워하지 않고, 세계와 불화하는 과정에서

예술의 한계를 넓혔다는 점에 주목한다. 일본군 '위안부' 할머니들 역시 쉽게 타협하거나 느긋해지지 않고 저항과 비타협으로 인권운동의 지평을 계속 넓혀 왔다. 할머니들이, 그리고 우리가 앞으로도 세계와 불화하며 더 나아갈 수 있기를 바란다.

2) 류광옥 변호사

일본의 왐(W.A.M. 액티브 뮤지엄 여성들의 전쟁과 평화 자료관)의 입구에는 일본군 '위안부' 피해자들의 사진이 빽빽하게 전시되어 있다. 스스로 피해사실을 밝힌 분들은 그 사진을, 피해사실을 드러내지 않은 분들을 위해서는 백지의 액자를 걸어두고 있다. 한 분 한 분 돌아가실 때마다 그 사진의 한 귀퉁이에 하얀 국화가 걸린다.

"사진의 목소리"를 가끔 상상해 본다. 피해사실을 증언하는 목소리나, 일본과 한국의 책임자들에게 책임져라 외치는 목소리를 떠올리는 것은 아니다. 나는 여러 나라의 사람들이, 여러 연령의 사람들이 건물의 입구에 들어서며 작은 감탄을 내뱉는 모습을 지켜보는 할머니의 목소리를 상상해 본다. 이 정도면 여러 나라의 언어를 배우지 않았을까? 하는 우스운 상상을 하기도 했다.

몇 번 왐을 방문할 때마다 박물관을 들어서면서 할머니들에게 어떻게 인사를 해야 할까를 고민하게 되었다. 무심하게 들어섰던 첫 방문과는 달리 한 번씩 방문 횟수가 쌓일 때마다 제대로 된 인사를 건네고 싶다는 생각을 하게 되었다. 2년 전 방문할 때는 내게 낯익은 몇 분의 할머니들의 사진을 다시 한번 들여다보고 입장하기도 했다.

하나의 테마에 관하여 여러 사람이 글을 쓰고 이야기한다. 일본군 '위안부' 문제에 관해서는 요시미 요시아키나 윤명숙 선생과 같은 역사적이며 학문적인 글을 쓰는 사람이 있고, 차인표나 김숨 작가처럼 역사의 고통을 지금의 경험으로 되살아나게 만드는 아름다운 글을 쓰는 사람도 있다. 이런 놀라운 글들에 비하면 변호사의 준비서면은 뭐랄까… 전문적이지도 감성적이지도 않다. 재판부라는 명백한 대상과 승소라는 뚜렷한 목표에 충실하도록 오해의 여지 없이 이론(異論)의 여지 없이 완벽한 논리를 구성하여야 한다... 고는 하지만 변호사의 시간과 능력으로는 그런 완벽한 논리를 구성하는 것도 이상일 뿐이었다. 우리–아니 내–가 쓴 글을 양현아 교수나 김창록 교수가 보면 어떡하지라는 걱정이 들 때도 있었다. 자료의 많고 적음이나 내 노력의 정도를 떠나 모든 서면과 모든 변론에 한결같이 자신이 없고 두려웠다. 부족한 서면을 제출하고 나면, 왜 이런 명백한 범죄행위를 설명하는 데에 이렇게 고생해야 하나라는 의문이 떠올랐다. "빌어먹을…"이라고 사방을 향한 화를 삼킨 적이 여러 번이다.

이상한 일은, 내가 컴퓨터 앞에서 서면을 쓰면서 느끼는 절망감을 대리인단 회의에서는 느끼지 못했다는 것이다. 우리는 늘 난제를 앞에 두고 있었지만, 회의는 즐거웠다. 우리가 다루고 있는 사실은 가장 참담한 역사의 한 단면이고, 이 참담한 역사를 온갖 이기적이고 지저분한 목소리들이 암막으로 가리려고 하고 있다는 사실이 대리인단의 즐거운 토론에는 장애가 되지 않았다. 간단하게 이야기하자면 함께 욕하고 있으니 즐거웠다… 고 해야할까?

행복하고 소중한 경험이었다. 이 사건을 통해 많은 것을 공부할 수 있었기 때문이라거나, 결국 이 사건을 승소로 이끌어냈기 때문이 아니라, "우리"가 함께 할 수 있어서 행복했다. 일본군 '위안부' 문제에 대한 분노와 답답함이 줄어들었다고 할 수는 없다. 그러나 왐의 입구에 서서 할머니들의 희망과 즐거움이 깃든 인사말을 상상하는 일이 이젠 꽤 자연스럽게 되었다.

3) 전다운 변호사

나는 1심 재판에서 소장 제출 이후 약 1년간 진행된 지난한 송달절차를 지나 실질적인 변론기일이 개시되면서부터 대리인단에 참여하게 되었는데, 변론을 하는 과정이 비현실적으로 느껴질 때가 많았다. 반세기가 넘는 세월 동안 침묵을 강요받았던 여성들의 피 맺힌 역사와 삶을 대변하는 자리에 서는 일, '국가'라는 거대한 권력이 가장 취약한 여성의 신체를 어떻게 도구화하고 유린했는지를 묻는 일의 무게감과 절실함이 언제나 함께했다. 할머니들이 고령으로 한 분 두 분 세상을 떠나시는 동안, 법정 밖 세상에서는 역사부정주의라는 참담한 현실이 더욱 힘을 얻으면서, 변론의 중압감이 더해지기도 했다. 일본대사관 앞 수요시위와 소녀상 앞에서 피해자들을 향한 혐오가 만

연히 분출되고, 엄연한 진실을 지우려는 극우 세력의 소음이 커질수록, 심지어 정당한 학술연구나 출판의 이름을 빌어 역사를 부정하는 일들이 버젓이 계속되었다. 우리가 마주한 적은 단순히 사법부나 일본 정부가 아니라, 망각과 왜곡이라는 거대한 시대의 흐름이라고 느껴지기도 했다.

지금 돌아보면 법원이 마침내 역사적 진실을 향한 열망에 응답하였다고 단순히 정리할 수 있겠지만, 언제나 사법적 정의가 화답받았던 것은 아니었다. 제1심 판결은 철저히 피해자들의 권리에 앞서 일본 정부의 '국가 면제'를 인정하여 소를 각하했고, 비슷한 시기 진행된 연세대 류석춘 교수의 명예훼손 형사재판 역시 '학문의 자유'와 '피해자 개인이 구체적으로 특정되지 않았다'는 주장을 내세우던 피고인의 무죄 주장을 인정했다. 그 밖에도 표현의 자유라는 미명 하에 역사부정주의를 용인한 판결들이 있었다. 이 역시도 사법부의 역사로 기록되어야 할 것이다. 끔찍한 역사를 살아 낸 피해자들의 고통을 외면한 채, 기계적인 법 논리 뒤로 숨어버린 판결을 마주했을 때 느꼈던 그 깊은 허탈감은 이루 말할 수 없었다. 국가와 사회가 다함께 묵인했던 폭력이 다시금 사법의 이름으로 용인되는 현실 앞에서, 법이 과연 누구를 위해 존재하는가라는 회의감이나 무력감을 느끼기도 했다.

'권리를 가질 권리'라는 말을 많이 생각했다. 피고석이 텅 비어 있는 법정, 피해자들의 주장을 다투는 것조차 거부하며 일체의 재판절차에 대응하지 않겠다는 일본 정부의 태도가 수십 년이 지나 또 다시 피해자들의 존엄과 인권을 침해하는 상황은 재판 내내 계속되었기 때문이다. 정치사상가인 한나 아렌트(Hannah Arendt)는 인권에 앞서 가장 근본적인 권리가 '권리를 가질 권리(right to have rights)'라고 주장했는데, 이는 권리들이 보장되고 보호되는 어떤 공동체에 속할 권리라고도 설명했다. 이 사건 소송 서류들을 송달받고도 주권을 침해한다는 이유로 '수취 거부'를 한 일본 정부는, 원고인 피해자들을 어떠한 권리를 가질 수 있는 대등한 주체로서 인정하지 않음으로써 그들을 공동의 사회 또는 공동체에서 완전히 배제, 축출하는 '법적 인격의 절멸 시도'라는 극단적인 잔인함을 선택했다고 생각한다.

"권리를 갖지 못한 자의 파국은 그들이 삶, 자유, 행복 또는 법 앞에서의 평등을 추구할 권리 그리고 의견의 자유–자신이 공동체 내에서 문제를 해결할 수 있도록 만들어진 형식–를 박탈당했다는 점에 있는 것이 아니라, 그들이 더 이상 어떤 공동체에도 더 이상 속할 수 없다는 점에 있다. 이러한 곤경은 그들이 법 앞에서 평등하지 않다는 것이 아니라 그들을 위한 어떤 법도 존재하지 않는다는 것이며, 그들이 억압받고 있다는 것이 아니라 어느 누구도 그들을 억압조차 하려 하지 않는 것이다. (…) 핵심은 생명권에 대한 도전이 발생하기 전에 완전한 권리상실의 조건이 만들어졌다는 점이다."

– 한나 아렌트 〈전체주의의 기원 1〉, 이진우 외 옮김, 한길사, 2008, 534쪽

이러한 과정을 거쳤기에 서울고등법원의 제2심 판결이 선고된 순간의 감회는 더욱 각별하게 다가왔다. 대리인단은 제1심 판결의 각하 이유였던 '국가면제'에 관한 해외 판결들과 국내외 저명한 국제법 학자들과 인권 전문가들의 의견을 수집하여 제출하는 데 많은 노력을 들였고, 이를 통해 '국가면제'라는 법리가 반인도적 범죄를 저지른 범죄 국가를 보호하기 위한 방패가 될 수 없다는 선진적인 법리를 설득해낼 수 있었다. 국제 인권법의 흐름은 명백히 '주권'에서 '인권'으로 이동하고 있었고, 우리는 그 흐름을 대한민국 법정으로 끌어왔다.

그리고 나에게 이번 판결은 마침표가 아닌, 또 다른 시작점이 되었다. 지난 9월, 주한 미군 기지촌 '위안부' 피해자들을 대리하는 국가배상청구 소송을 시작하게 되었기 때문이다. 가해의 주체가 '일본 제국주의'에서 '한국 정부' 또는 '미군'으로 바뀌었을 뿐, 본질에 있어 이는 결코 분리된 사건이 아니라고 느껴졌다. 국가 안보, 외화벌이, 군대의 사기 진작이라는 미명 아래 여성의 신체를 '관리'하고 '통제'하며 도구화했던 그 야만의 메커니즘은 여전히 유효하다. 누군가는 과거의 일이라며 덮으려 하고, 누군가는 안보를 위해 어쩔 수 없었다고 변명하겠지만, 어떠한 국가도 '여성의 신체'를 수단으로 삼는 행위는 정당화될 수 없다. 국경을 넘어, 그리고 시대를 넘어 반복되어 온 여성에 대한 국가 폭력을 끊어내고, 피해자들의 훼손된 존엄을 온전히 회복하는 길이 조금 더 따뜻하게 응답받기를 바란다.

7. 소송 참관기

강경란 정의기억연대 연대운동국장

우리는 이미 승리했고, 계속 승리할 것이다!

일제 식민지의 고통, 해방과 동시에 분단, 전쟁, 그리고 오랜 군사독재. 정의로운 말을 하는 사람들은 쥐도새도 모르게 사라지고, 바른 길을 가는 이들은 국가권력에 의해 제거되는 암흑의 시기가 길었다. 깜깜한 어둠 속에서도 인권을 위해 투쟁했던 여성들은 80년대 중반 마침내 민주화를 쟁취했고, 폭발적으로 터져 나오는 의제들을 하나 둘 현실에서 해결해 나가기 시작했다. 이름 지을 수 없던 피해를 '성폭력'이라 명명했고, 여성들의 고통은 차츰 단어로 외화되었다.

해방 이후로도 오랫동안 일본군성노예제 피해를 자신의 불행이나 잘못이라 생각하며 침묵해왔던 피해자들은 이제서야 자신들이 겪은 게 무엇이었는지 세상을 통해 명명할 수 있게 됐다. 피해자들의 얘기를 들어줄 귀가 생겼으므로 말할 수 있게 되었다. 1991년 8월 14일 "내가 위안부였다"는 김학순 님의 공개 증언 후 전 세계의 피해자들이 김학순의 목소리에 공명하여 마침내 진실을 드러내게 된다.

그러나 일본은 반인도적 범죄를 백배사죄하기는커녕 1995년, 국가배상금도 아닌 민간이 모은 '국민기금'으로 문제를 해결하고자 시도한다. 피해국의 피해자에게 돈을 전달하려는 브로커들이 등장했고, 돈을 받는다, 안 받는다로 피해자 내부의 균열이 일어났다. 80년대부터 운동을 지지해 왔던 일부 사람들은 이제 보상을 받았으니 해결이 됐다고 운동 대열을 떠나는 일까지 벌어졌다고 한다. 돈 몇 푼으로 모든 문제가 해결될 수 있다고 생각하는 사람들의 근거는 무엇일까? 인간으로서는 차마 경험해서는 안 될 참혹한 일을 겪고도 과연 돈 몇 푼으로 없었던 일로 할 수 있는 사람이 몇이나 될까? 진실은 결코 돈으로 치환될 수 없다.

일본인 기생관광 반대운동이 시작된 70년대는 접어두고서라도, 최초로 '위안부' 문제가 의제화되었던 80년대로부터도 이미 40여 년이 지났다. 일본정부는 1993년 '고노 담화'를 통해 직간접적으로 '위안부' 제도에 관여한 사실을 시인한 뒤로, 지금까지 계속 후퇴의 길만을 걷고 있다. 일본정부는 일본군 '위안부' 문제의 법적 책임을 거부해 오고 있으며, 국가 차원의 공식 사죄나 법적 배상도 하지 않고 있다. 정의 실현이 지연되는 사이 가해자와 그에 동조하는 2차 가해자들은 역사를 부정하며 끊임없이 왜곡하고 있다. 2025년 현재, 여전히 일본군성노예제 문제는 아직 제대로 진상이 규명되지 못했고, 일본 정부로부터 공식 사죄가 이뤄지지도 못한 것이 현실이다.

그렇다면 바뀐 것은 전혀 없을까? 우리 모두는 이제껏 지는 싸움을 하고 있었던 것일까? 달라진 것은 무엇일까? 피해자들은 냉정한 현실 속에서도 어렵게 자신의 경험을 드러내었고 피와 땀이 어린 투쟁들을 일구어 왔다. 다시는 전쟁해서는 안된다는 생각을 미래세대에 전하고, 몸소 수요시위를 통해 세계시민들에게 호소해 왔다. 자신도 힘들지만, 나보다 더 힘든 사람들이 있다는 생각으로 '나비기금'을 만들어 전시 성폭력 피해자들을 도왔다. 공개증언으로 UN 무대에 섰던 피해자들의 용기는 세계시민에게 전쟁범죄 불처벌이 '부정의'한 일임을 깨우치게 하였고, 피해자들의 활동으로 전 세계 인권 규범이 바뀌고 있다. 피해자들과 그의 앨라이들이 함께 했던 투쟁의 성과는 어디 가지 않고 그 결실을 조금씩 맺어가고 있으며, 그것이 일본국 상대 소송의 승소로 이어졌다고 믿는다.

일본군성노예제 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상 청구 소송은 '2015 한일합의'가 나온지 꼭 1년 후인 2016년 12월 28일 처음 시작되었지만, 일본정부가 수령을 거부하여 재판 개시가 3년이나 미뤄졌다. 나는 정식으로 첫 재판이 열린 2019년 11월부터 줄곧 참여했다. 2019년 3월부터 정의연에서 활동하기 시작한 나는 정의연이 관여된 각종 소송업무, 국내연대, 홍보사업 등을 담당하고 있었으므로 사실상 소송 맨 첫 단계부터 참여했던 거다. 당시 첫 재판엔 이용수, 길원옥, 이옥선 할머니 이렇게 세 분이 휠체어를 타고 참석을 했었는데, 이제는 원고 중 이용수 할머니만 살아계시다니 너무나 슬픈 마음이다.

이제는 알아들을 수 있지만, 처음에는 도대체 '국가면제'가 뭔지, 본안 소송에 앞서 '각하' 한다는 것이 어떤 개념인지, 재판의 핵심 단어들도 이해하지 못해 다녀온 후 결과 정리도 어려웠다. '국가면제'는 어떤 국가도 타국의 법정에 서지 않는다는 일종의 관습법에 해당되는 개념으로, 이 논리를 그대로 따른다면 일본국이 저지른 범죄는 우리 법정에 관할권이 없으므로 '각하' 결정을 내릴 수밖에 없는 것이다. 실제 1심 판결이 그러했다. 따라서 '국가면제' 법리를 어떻게 타파할 지는 이 사건 진행에서 핵심 쟁점이었다. 일본이 고안하고 운영한 일본군성노예제도의 불법성을 입증하고, 그로 인해 피해자들이 어떤 피해를 얼마나 중대하게 입었고 지금도 여전히 고통받고 있는지에 대해서는 그간 피해자와 일본 군인의 증언, 문서자료 등이 많았고 상대적으로 입증이 쉽기 때문이다.

우리 대리인단은 '국가면제'는 절대불변의 원리가 아니라, 사건의 사정이나 성격, 배경, 사실 등을 종합적으로 검토해 그 적용 범위와 방식을 달리 정해야 하는 법리일 뿐임을 강조했다. 특히나 피해자의 인권을 유린한 중대한 범죄행위에 대해서는 그 적용이 제한되어야 함이 마땅하다는 국제법적 변화의 흐름이 있음을 주장했다.

시간이 흐르며 이 재판이 얼마나 역사 한 가운데에 있는 재판이었는지 느낄 수 있었다. 우리나라 서울중앙지방법원에서 2021년 일본군성노예제 피해자들의 승소 판결이 처음 나게 되면서 이것이 판례가 되어 브라질 등 다른 나라의 '국가면제' 관련 판결에 깊은 영향을 끼쳐 선도적인 결과를 낼 수 있었다. 그리고 그 나라들에서 내려진 판결이 우리 재판의 항소심에도 영향을 주었고 그런 관점에서 1심 '각하' 결정을 뒤엎고 2심에서 마침내 승리할 수 있었다. 2016년 처음 소를 제기한 때로부터 7년 만이었다. 승소의 순간 원고 이용수 할머니는 휠체어에 탄 채로 두 손을 번쩍 들며 기뻐하셨고, 나 또한 이 역사적인 순간을 함께 맞이할 수 있어 너무나 기뻤다.

소송업무를 담당하는 사람으로서 소송이 얼마나 지지부진 오래 걸리며 사람의 진을 빼 놓는지 알고 있다. 그럼에도 불구하고 왜 피해자들은, 그리고 많은 사람들은 힘든 재판을 계속하는 것일까? 피해자들은 소송의 과정에서 법적 테두리 안의 인권을 가진 사람으로서 인정을 획득할 수 있다. 그 과정은 이 나라, 이 사회에서 살아가는 한 사람의 시민으로서의 나의 주권이 인정되는 과정이며, 이는 재판을 청구할 수 있는 권리로 실현된다. 내가 겪은 이 피해가 내 개인의 불행이나 잘못, 문제가 아니라 이 세계에서 벌어진 사회구조적으로 아주 크나큰 범죄 사건이었고, 내가 아니라 가해자들이 잘못한 문제임이 재판을 통해 명명백백 역사에 기록될 것이다.

이번 재판의 승소는 인간이 존엄하다는 것, 인권 불가침의 가치가 무엇보다 가장 먼저 고려되어야 함을 알리는 선언이다. 또한 전시에 일어나는 성폭력들은 으레 불처벌될 관행이라 그 범죄의 책임이 면제될 거라 믿는 사람들에게, 이제는 더 이상 그런 잘못이 저질러져서는 안된다고 말하는 경고다.

세상은 언제나 똑같은 것 같아 보여도 조금씩 변화하고 있다. 40년 전에는 '민족의 수치(?)'라고 여겼던 일이 이제는 여성에 대한 심대한 폭력임을 안다. 똑같은 상황도 바라보는 관점이 바뀌면 달라지는 것이다. 이 문제를 바라보고 해석하는 우리들의 모습도 변화하고, 국제법도 국가 중심에서 인권 중심으로 변화한다. 그 변곡점엔 지치면서도 끊임없이 힘을 내 싸워왔던 피해자들과 그의 앨라이인 활동가들, 세계시민들이 있다. 지금까지 이룬 것을 바탕으로 일본군 성노예제 문제의 정의로운 해결이 될 때까지, 인권과 평화를 위해 계속 싸워나가야 할 것이다. 우리는 피해자들과 함께 하기에, 그리고 세계시민들과 함께 하기에, 이미 승리했다. 그리고 또 계속 승리해 나갈 것이다.

8. 승소 이후의 한일 연대와 새로운 여정

가. 일본으로부터의 초대장

일본군 '위안부' 문제 대응 TF는 피해자들을 대리하여 일본국을 상대로 손해배상 소송을 제기하여, 약 7년의 법정 다툼 끝에 2023. 11. 23. 항소심에서 승소했다. 판결 직후 여러 언론에 대응하느라 정신없던 TF 대화방에, 일본의 야마모토 세이타 변호사의 메시지가 전달되었다. 대리인단에서 2~3명이 대표로 일본을 방문해서 일본의 변호사들과 세미나를 열고, 일본 시민단체와 교류하는 자리를 가졌으면 좋겠다는 내용이었다.

과연 누가 대리인단을 대표해서 가게 될지 궁금해하던 때, 이상희 단장은 의외의 제안을 내놓았다. '일본의 시민단체에는 주로 오랫동안 활동해 온 분들이 많으니, 한국에서 젊은 변호사들이 관심을 갖고 일해왔다는 걸 보여주면 그분들께도 큰 힘이 될 거다. 최대한 많은 변호사들이 함께 가자.' 그렇게 해서 총 (류다솔, 서채완 회원의 자녀를 포함한) 12명의 교류단은 2024. 1. 25.부터 같은 달 27.까지의 일정으로 일본을 방문하게 되었다.

나. 1일차 – 일본 국회 발표행사와 저녁 축하 행사

1일차 일정은 오후 3시 일본 국회 세미나실에서의 발표로 시작되었다. 오랜 기간 일본 내에서 일본군 '위안부' 문제에 관심을 갖고 활동한 많은 시민들에게 이번 소송의 경과와 그 내용을 설명하고, 앞으로 남은 과제를 이야기하는 자리였다. 발표는 일본의 야마모토 세이타 변호사, 그리고 한국 대리인단의 이상희 변호사, 김예지 변호사 그리고 필자가 맡게 되었다.

국회 행사에는 일본에서 꾸준히 일본군 '위안부' 운동을 해오신 많은 시민들이 참여해주었다. 발표 이후에는 일본 시민들과 기자들이 일본에서의 재판과 한국 재판의 차이점, 승소 판결의 집행 등 향후 계획, 이번 판결 법리와 다른 일제강점기 인권침해 사건과의 관계 등에 관하여 다양한 질문과 의견을 주었다.

국회 행사를 마친 뒤에는 인근 빌딩 8층에 마련된 연회장에서 축하 행사가 이어졌

다. 오랜 기간 일본군 '위안부' 운동을 해오신 일본의 시민활동가, 일본 변호사 분들께서 서울고등법원 '역전 승소' 판결을 축하하는 자리를 마련해주었다. 한국의 승소 판결을 축하해주려고 장시간 기차를 타고 온 시민활동가도 있었고, 다양한 영역에서 전후 배상 문제, 재일조선인 문제 해결에 힘써오신 일본 변호사들도 만날 수 있었다. 일본 활동가, 변호사들은 한국 재판의 승소를 진심으로 축하하며 우리에게 고맙다는 인사를 해주었다. 반대로 우리는 그 동안 일본시민들과 변호사들의 오랜 노력에 감사하고, 그 결과가 한국에서의 승소로 이어진 것이라고 감사 인사를 전했다.

다. 2일차 – 일본 변호사들과의 세미나

2일차 일정은 한국과 일본 변호사들이 한국의 일본군 '위안부' 소송 경과를 공유하고, 소송에서 제기된 주장과 그에 관한 판결 법리를 검토하는 시간을 가졌다. 전체 사회는 일본의 야마모토 세이타 변호사가, 번역은 민족문제연구소 김영환 실장이 맡아주었다.

세미나를 통해서는 2015년 한일 외교장관의 일본군 '위안부' 합의 시기부터 민변에서 어떻게 대응해왔는지, 그리고 소송 과정에서는 국가면제 법리를 어떻게 극복했는

지를 상세히 검토했다. 세미나는 오전 9시 30분에 시작하여, 거의 퇴근 시간에 가까운 세미나실 종료 시간에 맞춰서야 끝났다. 도시락으로 점심을 먹으며 시간을 아낄 정도로 열정적인 세미나가 쉴 틈 없이 이어졌다.

세미나를 마친 뒤에는 인근 식당에서 저녁 식사를 하며, 일본의 시민 활동가분들을 만나서 한국인 야스쿠니 합사 문제(야스쿠니 신사에는 유족의 동의 없이 합사된 한국인들이 있어, 일본 재판소에서 합사취소 소송을 진행하였으나 항소심까지 패소하였다), 일본군 '위안부' 외 다른 강제동원 등 사안에 관한 일본에서의 활동 내용과 향후 한국에서의 활동 문제를 논의하였다. 당시 필자는 일본 활동가들과 '야스쿠니 신사를 상대로 한 소송을 한국에서 제기하겠다'고 약속했는데, 결국 민변에서 2025. 12. 23. 한국 법원에 일본국, 야스쿠니 신사를 상대로 소송을 제기하며 그 약속을 지켰다.

라. 3일차 – WAM(Women's Active Museum on War and Peace), 야스쿠니 신사 방문

대리인단이 일본에서 제안받은 일정은 2일차 세미나까지였다. 그러나 일본 방문을 준비하는 과정에서 이상희 단장이 WAM(Women's Active Museum on War and Peace)

과 야스쿠니 신사를 방문하자는 제안을 하여, 공식 일정을 마친 뒤 3일차에 두 곳을 추가로 방문했다.

WAM은 2005년에 개관한 곳으로, 2000년에 열렸던 '여성국제전범법정'의 자료를 보존하고 전시하려는 목적으로 시작된 곳이다. 원래 WAM은 오후 1시 개관이지만, 대리인단을 위해서 오전에 개관하여 시설 소개 및 간담회를 진행해주었다. WAM에는 세계 여러 곳의 일본군 '위안부' 피해자들의 진술, 2000년의 '여성국제전범법정' 내용과 당시 지목된 가해자들의 사진 등이 전시되어 있었다. 대리인단의 장완익 변호사는 2000년 '여성국제전범법정' 당시 남북공동검사단의 일원으로 참가한 바 있어, 전시 자료를 현실감있게 상세히 설명해주었다.

WAM에서 오전 일정을 마친 뒤, 오후에는 야스쿠니 신사를 방문했다. 야스쿠니 신사의 설명은 즈시 미노루 선생이, 통역은 김영환 실장이 맡아주었다. 즈시 미노루 선생님은 1970년대부터 야스쿠니 문제를 연구하며 야스쿠니 철폐 운동을 해오신 분이다. 야스쿠니 신사에서는 '모든 전쟁 피해자들을 추모한다'는 명분으로 침략전쟁, 전쟁범죄의 책임을 부인하고 있었다.

야스쿠니 신사 안에는 '유슈칸'이라는 전쟁박물관이 있는데, 그 내부는 일부 구역을 제외하면 사진촬영이 금지되어 있다. 박물관 내부에는 제2차 세계대전에 사용되었던 무기, 전쟁 당시의 기록, 전사자들의 사진 등이 전시되어 있다. 침략전쟁이나 전쟁범죄와 관련된 설명은 없었고, 명백한 민간인 학살에 대해서 '사복 군인과 구분할 수 없었다'는 등 전쟁 중 벌어진 범죄를 부인하는 내용으로 채워진 곳이었다.

마. 마치며

이번 일본 방문을 통해서, 대리인단의 변호사들은 일본에서의 활동이 거리상으로도, 심리적으로도 멀지 않다는 것을 느낄 수 있었다. 그리고 이번 방문은 소송에서 한국과 일본의 활동가, 변호사들이 협력해서 승소를 이뤄냈음을 함께 축하할 수 있었던 너무나 기쁜 자리였다. 그래서인지, 개인적인 자유 시간도 없이 촘촘한 일정이었음에도, 참가자 모두 지친 기색없이 즐겁게 참여했던 것 같다. 그러나 한편으로는 아직 일본군 '위안부' 소송의 집행 문제, 일본 정부를 상대로 강제동원의 책임을 묻는 문제, 동의 없는 야스쿠니 합사 취소 문제 등 남아있는 과제들을 확인하였고 앞으로 어떻게 대응할지에 관한 고민은 깊어졌다. 이번 교류를 계기로, 앞으로도 더욱 다양한 방향에서 한국과 일본의 변호사, 활동가들이 의견을 나누고 협력할 수 있기를 바란다.

5장

참고자료

1. 소송기록

소장_176

항소이유서_201

의견서

1) 백범석 교수_262

2) 크리스틴 친킨 교수 및 키이나 요시다 박사_300

3) 야마모토 세이타 변호사_320

4) 도츠카 에츠로 변호사_339

5) 알렉산더 오라켈라슈빌리 교수_383

6) 양현아 교수_407

7) 국제앰네스티_457

8) 세계법률가 선언(한국어, 일어)_485

1심 판결문_491

2심 판결문_574

2. 보도자료_616

3. 활동사진_657

소　　장

원　　고　　별지 원고 목록 기재와 같음

원고들 소송대리인

동화법무법인

서울 서초구 강남대로 439 (서초동, 유화빌딩)

담당변호사: 서중희, 이정일, 조영선

(전화: 02-3482-6195　팩스: 02-3482-8466)

피　　고　　일본국(日本國, 법률상 대표자 법무대신 가네다 가쓰토시 (金田勝年))

일본국 도쿄도 치요다구 가스미가세키 1-1-1(중앙합동청사6호관)

손해배상(기) 청구의 소

청 구 취 지

1. 피고는 별지3 목록 제②항 원고들에게 제⑤항 기재 각 금원 및 위 금원에 대하여 이사건 소장 부본 송달 다음날부터 다 갚을 때까지 연15%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

2. 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

3. 제1항은 가집행할 수 있다.

라는 판결을 구합니다.

(# 인지대, 송달료에 대한 소송구조를 신청할 예정이어서, 부득이 추후 보정토록 하겠습니다.)

청구이유 주요 목차

1. **당사자 관계**
2. **원고들이 본 소송을 제기하는 이유**
   가. 일본군 '위안부' 소송의 본질
   나. 지난해 12.28 한일 외교부장관 합의와 그 문제점
   다. 원고들이 본 소송을 제기하는 이유
3. **반인륜적 일본군 '위안부' 사건의 경과에 대한 주장**
   가. 일본군 '위안부' 의 역사
   나. 강제연행과 이송
   다. 일본군 '위안소' 에서의 불법행위
      (1) 군의 통제 감시 속에 성노예 생활
      (2) 업주나 군인으로부터의 학대와 폭력, 방치
   라. 일본군 항복과 위안부의 제2의 고통
      (1) 귀환과정에서의 방치, 살인 등 불법행위
      (2) 귀국한 '위안부들' 의 생활
   마. 1991년 일본군 '위안부' 의 피해 폭로와 피고의 태도
      (1) 일본군 '위안부' 의 존재와 피해사실 폭로
      (2) 1992년 이후 현재까지 피고의 태도
4. **피고의 불법행위로 인한 위법성과 손해**
   가. 피고의 위안소 설치・관리・통제행위, 강제 동원 및 성폭행 등과 그로 인한 손해
   나. 피고 일본국의 일본군 '위안소' 설치 · 관리 · 통제 등의 위법성
      (1) 헤이그 육전법규관례에 관한 조약 위반
      (2) 인도에 반한 죄(crimes against humanity)
      (3) 성매매, 인신매매를 금지한 국제 조약 위반
      (4) 노예제도를 금지한 국제법 위반
      (5) 국제노동기구 강제노동에 관한 협약 위반
      (6) 국내법 위반
   다. 피고의 진실에 대한 왜곡・은폐와 그로 인한 손해
   라. 소결
5. **대한민국 법원의 재판권에 관한 검토 – 이른바 국가 내지 주권면제에 대한 반박**
   가. 국가면제의 법리에 관한 주장
   나. 이 사건에서 국가면제이론 적용여부의 검토
   다. 국제재판관할에 따른 국가면제이론 적용의 부당성
   라. 소결
6. **결론**

청구 이유

1. 당사자 관계

원고들은 피고 일본국이 1932년부터 1945년까지 전쟁을 효율적으로 수행한다는 명목으로 설치한 일본군 '위안소'에 강제 동원되어 일본군의 성노예 생활을 강요당한 여성들로서, 성폭력 등을 당한 피해자 또는 그 상속인들이고, 피고는 가해 일본군 및 일본군의 위안소 설치 등을 지휘 · 감독 · 관리하는 국가로서, 민법상 손해배상 책임을 지는 지위에 있는 자입니다.

2. 원고들이 본 소송을 제기하는 이유

가. 일본군 '위안부' 소송의 본질

일본군 '위안부' 문제의 본질은, 일본국과 일본군이 '위안소' 제도를 입안·설치하고 관리 · 통제하였으며, 여성들이 그들의 의사에 반하여 '위안부'가 되어 위안소에서 조직적인 성폭력의 희생자가 되었다는 점입니다. 이는 **식민지 여성에게 가해진 국경과 남녀, 역사를 초월한 언제나 어떠한 곳에서도, 어느 누구에게 질문해도 변할 수 없고, 용서할 수 없는 가장 잔인한 반인륜적 범죄행위라는 점**입니다.

1990년대부터 최근까지 유엔인권이사회(UNHRC, United Nations Human Rights Council), 유엔자유권위원회(UNHRC, United Nations Human Rights Committee), 여성차별철폐위원회(CEDAW), 고문방지위원회(CAT), 국제노동기구(ILO)는 일본 정부에게 일본군 '위안부' 문제에 대하여 법적 책임을 인정하고 사실인정에 기반하여 진상규명, 재발방지(역사교육, 추모사업 등) 등의 조치를 하라고 수차례 권고하였습니다.

국제사회도 일본군 '위안부'에 대한 피고의 인권침해가 명백한 국제법 위반이라는 점을 확인하였습니다. 특히 1996.2.6 공표된 유엔 인권위원회 '여성에 대한 폭력 특별보고관' 라디카 쿠마라스와미(Radhika Coomaraswamy)의 보고서는 일본군 '위안부'를 "군사적 성노예"라고 정의[1] 했고, 1988.8.12. 공표된 유엔인권소위원회 '전시 성노예제 특별보고관' 게이 맥두걸(Gay J. McDougall)의 보고서는 위안부 여성들의 징집 및 처우는 노예제도를 금지한 국제관습법에 위반되며 전쟁범죄이고 반인도적 범죄라고 보았습니다.[2]

결국 **일본군 '위안부' 소송의 본질은 반인륜적 범죄의 '역사적 사실'을 확인함과 아울러 이로써 역사적 교훈을 삼고자 하는데 있는 것**입니다.

나. 지난해 12.28. 한일 외교부장관 합의와 그 문제점

우리 헌법재판소[3] 및 대법원[4]과 유엔 등 국제사회는 일본군 '위안부' 문제의 위법성

1) 전시의 군사적 성노예 문제에 관한 조선민주주의 인민공화국, 대한민국 및 일본 과견 조사 보고서(E/CN.4/1996/53/Add.1.) 참조.
2) 전시하의 체계적인 강간과 성노예, 성노예 유사 관행에 관한 최종보고서(E/CN.4/SuB.2/1998/13) 참조.
3) 헌법재판소도 일본군 '위안부' 문제를 일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위로 보고 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국에 대해 배상청구권이 있다고 전제한 뒤, "청구권협정에 의하여 피해자들의 배상청구권이 소멸되었다는 일본국의 주장과 청구권협정에 의하여 배상청구권이 해결되지 않았다는 한국정부의 주장이 서로 다른데도 국가가 청구권협정 제3조에서 정한 절차를 따라 해결하지 않은 것은 위헌"이라고 결정하였습니다(헌법재판소 2011. 8. 30.자 2006헌마788 결정).
4) 대법원은 "1965년 청구권협정을 협상할 때 일본 정부가 식민지배의 불법성을 인정하지 않고 강제동원 피해의 법적 배상을 원천적으로 부인하여 한일 양국 정부가 일제의 한반도 지배의 성격에 관해 합의에 이르지 못했으므로 이러한 상황에서 **일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권은 청구권 협정의 적용대상에 포함되지 않는다"** 고 판단하였는데(대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결), 일본군 '위안부' 문제도 일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위이고 식민지지배와 직결된 불법행위이므로 대법원 판례에 의하더라도 한일 청구권 협정의 적용대상에 포함되지 않는다고 할 것입니다.

을 인정하고 일본 정부에게 진실규명과 법적 책임 등을 요구하였습니다. 그러나 피고 일본국은 1993. 8. 4. 고노담화를 통해 위안소의 설치 및 관리와 위안부 이송에 일본군이 관여하고 피해자들의 의사에 반해 모집, 이송, 관리 등이 이루어진 것을 인정하면서도 법적 책임을 부인하였고, 1965년 「대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」(이하 '한일청구권협정')과 아시아여성기금의 활동을 통해 일본군 '위안부' 문제가 일괄 해결되었다고 주장해 왔습니다.

그런데 한국정부 윤병세 외교부장관은 광복 70주년인 2015년이 저물기 며칠 전인 2015. 12. 28. 전격적으로 일본의 기시다 후미오(岸田文雄) 외무대신과 함께 '한•일 외교장관회담 공동기자회견'이란 제목으로 '합의문'도 없이 일본군 '위안부' 문제에 대한 합의 내용을 발표하면서 협상 타결을 선언하였습니다.

합의내용의 요지는 ① 위안부 문제는 당시 군의 관여 하에 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 입힌 문제로서 일본 정부는 책임을 통감하고, ② 한국 정부가 前 위안부분들의 지원을 목적으로 하는 재단을 설립하고, 이에 일본 정부 예산으로 자금을 일괄 거출하고, 위안부분들의 명예와 존엄의 회복 및 마음의 상처 치유를 위한 사업을 행하기로 하고, ③ 이번 발표를 통해 동 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결될 것임을 확인하는 것이었습니다.

그러나 위 합의는 ① 중대한 인권침해로서의 '위안부' 문제가 구체적으로 어떠한 위법행위를 하였고 어떠한 국제법규를 위반한 것인지, 구체적인 법적책임을 인정하지 않았으며, ② 특히 대한민국은 '일본국에 의해 자행된 조직적이고 지속적인 불법행위에 의하여 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민들이 배상청구권을 실현하도록

협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청'(헌법재판소 2011. 8. 30선고. 2006헌마788결정)을 배반한 것이며, ③ '그(일본에 대한) 배상청구권의 실현을 가로막는 것은 헌법상 재산권 문제에 국한되지 않고 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이 있'(헌재 2008. 7. 31선고 2004헌바81)는 것이고, ④또한 최종적이고 불가역적으로 해결된 것이라고 하나, 국제법적으로 효력이 없으며 피해자들을 구속할 법적 근거가 없는 정치적 선언에 불과한 것입니다.

다. 원고들이 본 소송을 제기하는 이유

이러한 12.28 한일 외교부장관 합의는 일본군 '위안부' 피해자들을 다시 한 번 능욕하는 처사입니다. 원고들이 얼마 남지 않은 여생의 끝자락에서 굳이 일본국을 상대로 소송하는 것은 이런 이유입니다.

① 죽는 순간까지도 피고 일본국, 일본군이 자행한 반인륜적 범죄를 확인하고, 이를 기억하기 힘들고 '아픈' 역사로라도 기록으로 남기고자 하는 것이고,

② 국제법적으로나 국내법적으로 일본국의 '법적' 책임을 명징하게 밝힘으로써 다시는 이러한 범죄가 일어나서는 안 된다는 역사적 반성을 길이 새기고자 함이며,

③ 해방이후, 일본국은 일본군 '위안부' 문제와 관련하여 통감, 사과 운운하면서도 진정으로 일본국(군)의 행위 및 법적 책임을 부인함으로써, 끊임없이 참회하는 역사를 가진 독일과는 상반된 길을 가고 있는바, 이러한 행태를 보이는 일본국이 인류 보편적 인권국가가 아님을 세계에 알리고자 함이고,

④ 2015.12.28 한일 외교부장관 합의는 한 · 일 정치권력의 정치적 합의(야합)에 불과할 뿐 어떠한 법적인 상호 책임이 수반되지 않음을, 특히 한일 청구권 협정과 위 12.28 합의가 있다 하더라도 이사건 소송을 통하여 일본 정부를 상대로 법적 책임을 '끝까지' 물을 수 있음을 대한민국 법원에서 확인받고자 하는 것이며,

⑤ 인류 역사를 보아, 가장 잔인한 전쟁 피해자로서, 수년 동안 강제적으로 수용, 감시, 착취당한 여성 피해자임에도 가해국가와 가해자에 의해 왜곡되고 우롱당해 왔으며, 심지어 자국 국민을 보호해야할 대한민국조차도 조롱하고 왜곡하였기에, 잘못된 일본군 위안부의 역사를 바로잡고자 하는 것이며,

⑥ 일본군 '위안부' 의 문제가 개인의 운명이나 팔자가 아닌 국민을 보호해야할 의무가 있는 국가가 자국민을 지키지 못한 결과에 따른 것임을, 후손들에게 분명하게 밝혀두고자 함입니다.

위와 같은 사유는 이사건 소송이 신속히 진행됨으로써 일본군 '위안부' 의 진실이 규명되는 한편, 피고 일본국의 배상이 이뤄져야할 이유이기도 합니다.

3. 반인륜적 일본군 '위안부' 사건의 경과에 대한 주장

가. 일본군 '위안부' 의 역사

일본군 '위안부' 란 일본이 1932년부터 1945년까지 전쟁을 효율적으로 수행하기 위한

다는 명목으로 설치한 '위안소' 에 강제 동원되어 일본군의 성노예 생활을 강요당한 여성을 지칭합니다. UN등 국제사회에서는 '위안부' 라는 명칭 대신에 <u>문제의 본질을 잘 드러내는 '일본군 성노예(miiltary sexual slavery by Japan)'라는 용어</u>를 주로 사용합니다.

일본군은 '현지 여성에 대한 강간 방지, 매춘에 의한 성병 예방, 병사들의 성적인 위로' 라는 미명하에 '위안소' 를 설치하였으나 실질적인 목적은 일본 군인들의 성욕구를 채워주기 위한 것이었으며 1937년 중일 전쟁을 계기로 급속히 '위안소' 의 숫자를 늘렸습니다. 일본군의 점령지 확대에 따라 일본군 '위안부' 의 동원지역도 확대되었는데 당시 식민지였던 조선 여성들이 가장 많았지만 대만, 중국, 태국, 베트남, 필리핀, 인도네시아, 말레이시아, 네덜란드 여성들도 있었습니다. '위안부' 의 숫자는 최소 3만 명에서 최대 40만 명까지 다양한 의견이 제시되고 있습니다.

나. 강제연행과 이송

일본군은 취업 사기, 협박, 납치, 인신매매, 직업소개소의 알선 등 다양한 방법으로 조선인 여성을 일본군 '위안부' 로 동원하였습니다. 일본군 당국이 선정한 위안소 경영업자는 일자리를 소개시켜준다고 속여서 여성들을 모으거나 납치하거나 인신매매를 통하여 여성들을 모집하였고, 일본군과 경찰은 그 동원 과정에 협력하였으며 그 후 모집된 여성들을 국외의 위안소로 이동시키는데 필요한 각종 편리도 제공하였습니다. 당시 일본육군성이 직접 '군위안소' 종업부를 모집한다고 하면서 '위안부' 를 징집한 사실도 있으며 군수공장에서 일하고 있던 근로정신대 여성들 중에서도 강제로 일본군 '위안부' 로 차출당한 여성들도 있었습니다.

이와 같이 중일 전쟁 이후 위안소의 설치, 경영, '위안부'의 모집, 수송에 이르는 전 과정을 주도적으로 이끌었던 것은 일본군이었으며, 내무성, 외무성 등 일본 정부기관과 조선총독부, 대만총독부도 이에 적극 협력하였습니다. 1993년 8월 일본 관방장관 공개 담화에서 고노 관방장관은 "위안부의 모집에 대해서는 군의 요청을 받은 업자가 주로 이를 담당했으나 그 경우도 감언, 강압에 의거하는 등 본인들의 의사에 반하여 모집된 사람들도 많았으며, 관헌이 직접 이에 가담한 일도 있었다"고 하였습니다. (이른바 '고노담화'라고 합니다)

우리 헌법재판소도 '일본군위안부 피해는, 일본국과 일본군에 의해 강제로 동원되고 그 감시 아래 일본군의 성노예를 강요당한 것에 기인하는 것으로, 달리 그 예를 발견할 수 없는 특수한 피해'라고 판시한 바 있습니다.(헌법재판소 2011.8.30.선고 2006헌마788결정)

다. 일본군 '위안소'에서의 불법행위

(1) 군의 통제 감시 속에 성노예 생활

'일본군 위안소'는 군이 직접 설립, 운영, '위안부' 모집을 한 경우도 있고, 민간 업자에게 경영을 위임한 경우도 있는 등 시기와 장소 등에 따라 다양한 형태를 나타냈으나 **어느 경우에나 군대의 보호와 감독, 엄격한 통제를 받았습니다**. 따라서 피해자들은 '위안소'에서 생활하는 동안 일본군의 감독과 통제를 받아야 했습니다. 피해자들은 **'위안소' 내에 있는 동안 외출이 허락되지 않거나 일정 시간 또는 범위 내에서만**

외출이 허용되는 등 철저하게 외부와 차단되고 감시되는 생활을 해야 했습니다.

이러한 감시 속에서 일본군 '위안부' 들은 매일 60명에서 70명의 군인들에게 성적 위안의 제공을 강요당해야 했고, 심지어 생리 중에도 계속 일을 하도록 강요당했습니다. 위안소의 규정에는 ' 사용' 시간에 따라 계급별로 '위안부'에게 돈이나 군표를 지불하도록 되어있으나, 실제로 '위안부'에 대한 '사용 요금'의 지불은 거의 이루어지지 않았습니다. 피해자들의 대부분은 보수를 전혀 받지 못했거나, 군인들로부터 요금에 갈음하는 표는 받았지만 관리인으로부터 돈으로 정산을 받지 못하는 등 사실상 성노예의 생활을 하였습니다.

일본군은, 군인들에 대한 성병감염을 막기 위해 일본군 '위안부'들에게 정기적으로 성병검진을 하였으나, 일본군 '위안부'들의 건강을 위한 배려는 전혀 없었습니다. 군인들이 여성들에게 가하는 담뱃불로 지진 상처, 멍, 총칼에 의한 자상, 부러진 뼈 등에 대해서는 거의 신경을 쓰지 않았으며, 일본군 '위안부'들은 늘 성병과 임신에 대한 공포에 처해있었습니다.

(2) 업주나 군인으로부터의 학대와 폭력, 방치

일본군이 제정한 <군위안소이용규칙>에는 '위안부'에 대한 학대 행위를 금지토록 하고 있으나, 실제 일본군 '위안부'들은 업주나 군인들로부터 일상적인 폭력에 시달려야 했습니다. 성노예 생활과 가혹한 대우에 지쳐 자살을 하거나 일본군으로부터 폭행, 살해를 당하는 사건이 되어도 피해자 '위안부'는 유기되는 경우가 많은 것으로 보고되고 있습니다. 또한 격전지로 동원된 '위안부'는 일본군과 생사를 함께 해야 했고,

전쟁터에서 폭격으로 사망하거나 수송 도중 수송선이 침몰하여 사망하기도 하는 등 인간으로서의 기본적인 대우 자체를 받지 못하였습니다.

라. 일본군 항복과 위안부의 제2의 고통

(1) 귀환과정에서의 방치, 살인 등 불법행위

일본군 '위안부'로 동원되었다가 간신히 살아남은 여성들은 대한민국으로의 귀국도 여의치 않았습니다. 연합군의 포로가 되어 포로수용소에 수용되었다가 귀국하는 경우도 있었지만 상당수는 현지에 버려지다시피 했습니다. 일본군이 패전 후 후퇴하면서 '위안부'를 살해하거나, 피해 여성들을 그대로 버려두고 일본으로 돌아갔습니다. 때문에 피해 여성들은 일본 패전 후 혼자 힘으로 살아남거나 고향에 돌아올 방법을 찾아야 했습니다. '돌아갈 방법을 구하지 못해서', '고향에 돌아갈 면목이 없어서' 등의 이유로 강제 동원된 타국에 눌러 앉는 경우도 많았습니다.

(2) 귀국한 '위안부들'의 생활

살아남은 피해자들은 귀국한 경우에도 심각한 육체적·정신적 후유증으로 끊임없이 고통 받았습니다. 일본군의 구타 및 가혹행위로 인한 외상, 불임, 성병 등 일본군 '위안부' 피해로 인한 직접적인 후유증이 오랜 시간 피해자들을 괴롭혔습니다. 육체적 고통은 진통제 등의 약을 계속 복용하게 하여 약물에 중독된 피해자도 많았고 아이를 낳을 수 없게 된 피해자도 많았으며 그로 인해 가정을 이루는 것도 힘들었습니다. 또한 자신의 몸을 지키지 못했다는 모욕감, 피해 사실로 인해 한국 사회에서 받아야 할 차

별과 낙인에 대한 두려움, 삶의 패배감, 우울증 및 불면증 등의 심리적 외상 등으로 힘겨운 삶을 이어가야 했습니다. 피해 사실 때문에 적극적인 사회 활동을 하지 못하고 가족제도에 편입되지 못한 피해자는 빈곤의 악순환에 몰렸습니다. 무엇보다 심리적 후유증을 평생 안고, 주위의 시선과 편견에 맞닥뜨려 긴 세월을 침묵 속에 살아야만 했습니다.

마. 1991년 일본군 '위안부'의 피해 폭로와 피고의 태도

(1) 일본군 '위안부'의 존재와 피해사실 폭로

위와 같은 이유로 일본군 '위안부' 피해자들은 해방 이후 45년여를 숨어살며 자신의 존재를 드러내지 못하다가, 1991년 8월 경 김학순 할머니가 일본군에 의한 강제 동원과 위안부로서 성노예생활을 해야만 했던 사실을 증언하였습니다. 1991년 8월 피해자 김학순 할머니를 시작으로 같은 해 12월 피해자 문옥주로 이어지며 수많은 피해자들이 과거의 기억을 되살려 일본군 위안소에서 여성으로서, 인간으로서 견디기 힘들었던 잔인한 실상을 낱낱이 증언하기에 이르렀습니다.

(2) 1992년 이후 현재까지 피고의 태도

이후 일본은 1992. 미야자와 기이치 수상이 한국을 방문하여 "정신대문제는 관계자들이 체험한 쓰라린 고통과 아픔에 마음이 미어지는 심정이다. 글과 말로 다 표현할 수 없는 그분들의 고통과 아픔에 대해 충심으로 사과하고 반성한다"라고 사죄하고 "하루빨리 진상을 규명하고 적절한 조치를 치하겠다"고 약속하였고, 1993. 8. 일본의 고

노 관방장관은 관방장관담화(고노담화)에서 일본군이 위안소설치 및 운영에 직간접적으로 관여했음과 모집 이송 관리가 감언, 강압 등에 의해 총체적으로 피해자들의 의사에 반하여 이루어졌음을 인정하는 사과문을 발표하기도 했습니다. 2008. 10. 31. 유엔인권위원회도 일본에 위안부에 대한 책임을 인정하는 첫 권고를 하기도 하였습니다.

그러나 피고 일본국은 현재까지도 12.28 합의와 같이 피해자들에게 정당한 배상과 사과는 커녕 지속적으로 원고들에게 정신적 고통을 가하고 있습니다.

향후 원고별 피해내역, 위법성, 손해 등에 대해 추가 서면 및 증거자료를 통해 주장입증하도록 하겠습니다.

4. 피고의 불법행위로 인한 위법성과 손해

가. 피고의 위안소 설치·관리·통제행위, 강제 동원 및 성폭행 등과 그로 인한 손해

피고 정부와 일본군은 위안소 제도를 입안하여 위안소를 설치·관리·통제하였고, 일본군 '위안부'를 강제로 동원하여 위안소에서 성노예 생활을 하도록 하였습니다. 이로 인하여 일본군 '위안부' 들은 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 박탈당하고, 폭행·가혹행위·성폭행으로 인한 정신적 충격과 외상, 성병 감염, 불임 등 건강을 침해당하여 막대한 신체적·정신적 고통을 겪었으며, 현재까지도 신체적·정신적 후유증으로 고통 받고 있습니다.

피고 정부와 일본군의 위와 같은 행위는 아래와 같이 국제법 및 당시 국내법에 위반됩

니다.

나. 피고 일본국의 일본군 '위안소' 설치·관리·통제 등의 위법성

(1) 헤이그 육전법규관례에 관한 조약 위반

1907년 헤이그 평화회의에서 육전법규관례에 관한 조약(Convention respecting the Law and Customs of War on Land)이 체결되었으며, 피고는 1911. 12. 13. 위 조약에 가입하고 1912년 이를 공포하였습니다. 위 조약 제3조는 '부속서상의 의무를 위반한 교전당사자는 손해배상을 지불하여야만 한다. 교전당사자는 개별전투원의 모든 행위에 대하여 책임을 부담한다'고 규정하고, 부속서 제46조는 '가족의 명예와 권리는 존중되어야 한다'고 규정하고 있습니다. 가족의 명예와 권리에는 가족구성원인 여성이 인권유린 및 성범죄의 대상이 되지 아니할 권리가 포함됩니다.

그런데 피고 정부와 일본군은 위안소 제도를 입안하고, 위안소를 설치·관리·통제하면서 일본군 '위안부'에게 성행위를 강제하는 등 인권유린 및 성범죄의 대상이 되도록 하여 가족의 명예와 권리를 존중할 위 조약상의 의무를 위반하였습니다.

(2) 인도에 반한 죄(crimes against humanity)

극동국제군사재판소 헌장(International Military Tribunal for the Far East Charter) 제5조에는 '전쟁 전 또는 전쟁 중 행해진 살인, 절멸, 노예적 혹사, 추방 기타 비인도적 행위, 또는 범행지의 국내법 위반 여부를 불문하고 본 재판소의 관할에 속하는 범죄의

수행으로서 또는 이에 관련하여 행한 정치적 또는 인종적 이유에 의한 박해행위'를 인도에 반한 죄로 규정하고 있습니다.

그런데, 피고 정부와 일본군은 위안소를 설치·운영하여 전쟁 중 이동의 자유가 박탈된 여성을 상대로 지속적인 성폭행을 가하였고, 이는 인종과 '성'을 기반으로 한 광범위하고도 체계적인 폭력으로서 반인도적 범죄에 해당합니다.

(3) 성매매, 인신매매를 금지한 국제 조약 위반

1904년 백인노예매매의 진압을 위한 국제협정(International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic)이 체결되었고, 1910년에는 백인노예매매의 진압을 위한 국제 조약(International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic)이 체결되었으며, 피고는 1925년 위 조약을 비준하였습니다. 또한 국제연맹은 1921년 여성과 아동의 인신매매금지 조약(International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children)을 채택하였고, 1922. 6. 15. 위 조약이 발효되었습니다. 위 조약은 성매매 및 성매매를 목적으로 한 납치·인신 매매 등을 금지하는 것을 내용으로 하고 있습니다.

피고 정부와 일본군은 위안소를 설치·운영하고, 일본군 '위안부'로 하여금 위안소에서 성행위를 하도록 강제하였으며, 위안부에 대한 납치·인신매매 등이 체계적이고 광범위하게 이루어지도록 하여, 성매매 및 인신매매를 금지한 국제 조약을 위반하였습니다.

(4) 노예제도를 금지한 국제법 위반

국제연맹은 1926. 9. 25. 노예협약(Slavery Convention)을 채택하고, 1927. 3. 9. 이를 발표하였습니다. 위 협약은 노예 해방과 노예거래 금지, 강제근로 금지를 규정하였고, 노예제 금지는 국제관습법으로 선언되었습니다. 이에 따라 노예협약 비체약국인 피고도 여기에 구속됩니다. 또한 1946년 동경 극동국제군사재판소 헌장 제5조에서도 '노예적 혹사'를 범죄로 규정하였습니다.

일본군 '위안부'는 모집되는 순간부터 신체의 자유를 박탈당하였고, 인간이 아닌 일본군의 재산으로 취급되면서 자율성을 심각하게 박탈당하여 사실상 노예상태에 있었습니다.

(5) 국제노동기구 강제노동에 관한 협약 위반

국제노동기구(ILO)는 1930년 '강제노동에 관한 협약'을 채택하였고, 피고는 1932년에 위 협약을 비준하여 1933년에 발효되었습니다. 위 협약에 의하면 비준국은 강제노동을 단기간 내에 폐지하고 폐지할 때까지의 과도기간 중이라도 여성은 전적으로 제외해야 하며, 근로기간과 시간을 한정하고, 상당한 보수 및 산업재해를 보상하고 건강한 조건을 보장하도록 하고 있습니다.

피고 정부와 일본군은 위안소를 설치·관리하면서 여성인 일본군 '위안부'들에게 강제노동을 시켰고, 이에 따른 상당한 보수, 산업재해에 대한 보상, 건강을 고려한 근로조건 등도 일체 제공하지 않아 위 협약을 위반하였습니다.

(6) 국내법 위반

당시 일본, 조선, 그리고 대만에 적용된 형법(일본제국 법률 제45호, 메이지 40년, 1907년 제정) 제226조에는 국외 이송 목적 약취·유인·매매죄를 규정하고 있습니다. 좁은 의미의 강제연행은 물론 위안소가 군인을 상대로 성행위를 하는 곳이라는 점을 알리지 않고 위안소 일을 권유한 경우에도 약취·유인죄가 성립합니다.

그런데 피고 정부와 일본군은 위안소를 설치·관리하면서 위안부를 체계적이고 광범위하게 약취·유인하였고, 이는 당시의 국내법에 의할 때에도 범죄에 해당하므로 위법합니다.

다. 피고의 진실에 대한 왜곡·은폐와 그로 인한 손해

앞에서 살펴본 바와 같이 피고가 계속하여 국가 차원의 법적 책임을 부인하면서, 역사적 진실을 왜곡·은폐함으로 인하여 원고들은 진실에 대한 권리를 침해당하였고 권리구제를 방해받았으며 인간으로서의 존엄과 가치, 명예, 행복추구권 등을 침해당하여 심각한 정신적 고통을 받고 있습니다.

그런데 유엔이 2005년 2월 채택한 '불처벌 방지 행동을 통한 인권의 보호와 증진 원칙(E/CN.4/2005/102/Add.1)' 제2항 및 제4항에 의하면, 모든 사람은 극악한 범죄의 자행에 관하여, 과거의 사건에 대한 진실을 알 양도 불가능한 권리를 가지며, 법적 절차가 무엇이건 간에, 침해가 발생한 상황에 대한 진실에 대해 피해자와 그 가족은 시효

에 제약을 받지 않는 알 권리를 가집니다. 유엔이 2005년 12월 채택한 '국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제 인도법의 심각한 위반 행위의 피해자의 구제와 배상에 대한 권리에 관한 기본원칙과 가이드라인(2006)(A/60/509/Add.1)' 에서도 '사실 확인과 완전하고 공적인 진실의 공개' 를 피해자에 대한 배상 내용 중 하나로 규정하고 있습니다.

따라서 피고가 일본군 '위안부' 에 관한 역사적 사실을 진실하게 규명하지 않고 이를 왜곡·은폐하는 것은 원고들의 진실에 대한 권리를 침해하는 것으로서 위법합니다.

라. 소결

피고 정부와 일본군은 위안소제도를 입안하여 위안소를 설치·관리·통제하였고, 일본군 '위안부' 를 강제로 동원하여 성노예 생활을 하도록 하여 국제법 및 국내법상의 강행규범에 속하는 의무에 대하여 중대한 위반을 하였으며, 이러한 진실을 알려야함에도 이를 은폐·왜곡해왔습니다.

그리고 1998. 4. 27. 일본군위안부 문제에 관한 입법부작위책임을 인정하여 손해배상을 명한 일본의 야마구찌 지방재판소 시모노세키 지부 판결은, 그 피해를 "철저한 여성차별·민족차별사상의 표현이며, 여성의 인격의 존엄을 근저에서부터 침해하고, 민족의 긍지를 유린하는 것"[5]이라고 판단하기도 하였습니다.

한국 정부 또한 일본군 '위안부' 문제를 피고 정부, 일본군 등 국가권력이 관여한 '반인도적 불법행위' 라고 하면서, 이에 대해서는 청구권협정에 의해 해결된 것으로

5) 헌법재판소 2011. 8. 30. 2006헌마788결정 재인용

볼 수 없고 피고 일본국의 법적 책임이 남아있다고 하였고(2005. 8. 26. 민관공동위원회 결정), 헌법재판소도 위와 같은 전제에서 결정을 내린 바 있습니다(헌법재판소 2011. 8. 30. 2006헌마788결정 참조).

위와 같은 피고 정부와 일본군의 행위는 피고가 전쟁을 수행하면서 행한 공권력 작용에 해당하므로, 피고는 위 불법행위로 인하여 원고들과 같은 일본군 '위안부' 가 입은 손해를 배상할 책임이 있습니다.

5. 대한민국 법원의 재판권에 관한 검토 - 이른바 국가 내지 주권면제에 대한 반박

가. 국가면제의 법리에 관한 주장

국제법 이론에서는 국내 법원은 원칙적으로 외국 국가에 대한 소송에서 민사 재판권을 행사할 수 없다(국가면제)는 것을 국제관습법으로 인정하여 왔습니다. 그 면제의 범위에 관해서는 종래 외국 국가가 스스로 외교상의 특권을 포기한 경우이거나 부동산 관련 소송인 경우를 제외한 모든 경우가 재판권 면제의 범위라고 보는 절대적 면제이론이 대세였고 우리 대법원 역시 그러한 태도를 보였으나(대법원 1975. 5. 23.자 74마281 결정 참조), 20세기에 들어서 다수 국가가 사법적·상업적 행위에 대해서는 국가면제가 인정되지 않는다는 상대적 면제이론이 널리 받아들여지고 있으며 **우리 대법원 역시 전원합의체 판결을 통하여 상대적 면제를 인정하는 태도로 입장을 변경**하였습니다(대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결 참조).

그 외에도 아직 우리나라 법원에서의 판결에서는 명시적으로 인정된 바는 없는 것으로

보이나, ① UN국제법제위원회에서 채택된 " 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 국제연합 협약" , 미국의 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act) 등에는 "그 나라 영토 내에서 발생한 인적 피해 또는 사망에 대한 금전배상청구" 에 대해서는 국가면제가 인정되지 않는다고 규정하고 있습니다.

② 그런데 국제인권법의 발달에 따라 반인도적 범죄행위 등 심각한 국제법 위반 내지 국제법상 강행규정 위반에 대해서는 국가면제를 배제해야 한다는 것이 새로운 흐름으로 자리 잡아 가고 있는데, 이탈리아 대법원도 최근 그와 같은 법논리를 통하여 독일에서 강제노역을 당한 이탈리아인이 독일 국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서 이탈리아 법원의 재판권을 인정하기도 하였습니다[Ferrini v Germany, Appeal decision, no 5044/4; ILDC 19 (IT 2004)].

나. 이 사건에서 국가면제이론 적용여부 검토

이 사건에서 피고의 행위는 그 구체적인 태양으로 볼 때 원고들을 비롯한 일본군 '위안부' 피해자들을 계획적·조직적으로 강제 또는 기망에 의하여 군대 위안부로 동원·송출하여 다수의 군인을 상대로 성행위를 할 것을 강요한 반인권적 범죄행위로서,

① 피해자들에 대한 강제 또는 기망 행위는 대부분 대한민국 영토 내에서 이루어진 점,

② 그 행위의 내용이 원고들의 정신과 신체에 대한 심각한 피해를 입힌 불법행위로 다수 국가의 법제와 국제관습법의 내용을 따져 보더라도 국가면제의 예외에 해당하는 불

법행위임이 명백한 점,

③ 위법성의 근거에 관한 목차에서 살펴본 바와 같이 피고의 행위가 다수의 조약을 중대하게 위반한 행위인 점,

④ 이 사건 행위는 피고 국가가 주도하여 인권을 유린한 심각한 국제 범죄로서 국가면제에 대한 국제관습법보다 우선하는 국제 공동체의 보편적 가치를 침해하였음은 물론 국제강행법규를 위반한 행위인 점,

⑤ 원고들은 이미 외교적인 수단에서는 대한민국 정부의 부작위와 이 사건 합의 체결 행위로 그 구제가 사실상 불가능한 상황이며, 대한민국이 아닌 미국, 일본 등의 법원을 통하여 구제를 받고자 하였으나 모두 거부당하여 대한민국 법원을 통하여 손해배상 청구를 구하는 것이 사실상 최후의 수단인 점,

⑥ 여성에 대한 불법적인 납치와 성노예화라는 피고 행위의 불법성과 그 범죄기간의 장기성, 방법의 반인권성을 고려하여 본다면 피고의 이 사건 행위는 다른 외국 국가에 대한 소송과는 비교할 수 없는 중대한 고도의 불법성을 띄고 있다고 할 것으로 국가면제의 인정에 있어서는 신중한 판단이 요구된다는 점 등을 고려한다면

이 사건에서는 피고의 행위에 대해서는 국가면제의 예외를 인정함이 타당하다 할 것입니다.

다. 국제재판관할에 따른 국가면제이론 적용의 부당성

한편, 국제재판관할을 결정함에 있어서는 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라야 할 것이고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 및 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 할 것(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결, 2012.5.24.선고 2009다22549판결[6] 등)이라는 것이 대법원에서 확립된 국제재판관할에 관한 법리입니다.

최근 서울중앙지방법원에서는 위와 같은 법리에 기초하여, 근로정신대 피해자들인 원고들의 일본 기업인 피고를 상대로 한 손해배상청구 소송에서 대한민국 법원에 국제재판관할이 인정될 수 없다는 일본 기업의 주장에 대하여 사건에서 주장하는 사실을 뒷받침하는 일본 내의 물적 증거는 거의 멸실된 반면 피해자인 원고들은 모두 대한민국에 거주하고 있고 사안의 내용이 대한민국의 역사 및 정치적 변동 상황 등과 밀접한 관계가 있는 점 등의 제반 사정에 비추어 대한민국은 이 사건의 당사자 및 분쟁이 된

6) 대법원 2012.5.24.선고 2009다22549판결【 일제강점기에 국민징용령에 의하여 강제징용되어 일본국 회사인 미쓰비시중공업 주식회사(이하 '구 미쓰비시'라고 한다)에서 강제노동에 종사한 대한민국 국민 甲 등이 구 미쓰비시가 해산된 후 새로이 설립된 미쓰비시중공업 주식회사(이하 '미쓰비시'라고 한다)를 상대로 국제법 위반 및 불법행위를 이유로 한 손해배상과 미지급 임금의 지급을 구한 사안에서, 미쓰비시가 일본법에 의하여 설립된 일본 법인으로서 주된 사무소를 일본국 내에 두고 있으나 대한민국 내 업무 진행을 위한 연락사무소가 소 제기 당시 대한민국 내에 존재하고 있었던 점, 대한민국은 구 미쓰비시가 일본국과 함께 甲 등을 강제징용한 후 강제노동을 시킨 일련의 불법행위 중 일부가 이루어진 불법행위지인 점, 피해자인 甲 등이 모두 대한민국에 거주하고 있고 사안의 내용이 대한민국의 역사 및 정치적 변동 상황 등과 밀접한 관계가 있는 점, 甲 등의 불법행위로 인한 손해배상청구와 미지급임금 지급청구 사이에는 객관적 관련성이 인정되는 점 등에 비추어 대한민국은 사건 당사자 및 분쟁이 된 사안과 실질적 관련성이 있다]는 이유로, 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정하였습니다.

사안과 실질적 관련성이 있다고 할 것이어서 대한민국 법원이 이 사건에 대하여 재판 관할권을 가진다고 판단한 바 있습니다(서울중앙지방법원 2016. 11. 23. 선고 2015가합 9863 판결 참조).

이 사건 역시 피고의 불법행위의 상당 부분이 대한민국 영토 내에서 이루어진 점, 피해자인 원고들이 모두 대한민국에 거주하고 있으며, 피고의 불법행위와 관련한 증거들은 대부분 대한민국에 보존되어 있는 반면 일본 내의 물적 증거는 거의 멸실된 점을 고려한다면, 대한민국 법원이 재판 관할권을 가진다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다 할 것입니다.

라. 소결

따라서 중대한 인권침해이자 범죄행위인 피고의 이 사건 행위에 관하여는 피고에 대하여 국가면제가 적용될 수 없으며, 대한민국은 이 사건과 실질적 관련성이 인정된다 할 것이므로 대한민국 법원에 이 사건에 대한 재판권 및 재판관할권이 있습니다.

6. 결론

피고는 이 사건 불법행위와 이에 따른 법적 책임을 지속적으로 부인해 옴은 물론, 2015. 12. 28. 한일 외교부장관 합의를 통해 '위안부 관련 일체의 쟁점이 최종적·불가역적으로 해결되었다'며 사실상 법적 책임을 인정하지 않겠다는 입장을 밝히고 있습니다. 따라서 이사건 소송을 통하여, 피고 일본국의 일본군 '위안부' 에 대한 진실과 법적책임을 명징하게 밝힐 필요가 있습니다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 피고는 원고들에게 일본군 '위안부', 성노예생활을 하도록 강제함으로써, 원고들을 비롯한 피해자들은 이루 형언할 수 없는 없는 정신적·육체적 고통을 당하였고, 그 고통은 해방 후에도 낙인과 차별로 지속되었던바, 이 사건 일본군 '위안부' 피해자들이 입었던 피해는 금액으로 도저히 산정될 수 없는 것입니다. 다만 우선 위자료로서 피해금원의 최하한이자 일부로서 각 금200,000,000원을 청구하는 바입니다.

따라서 피고는 별지3 청구금액 목록 기재 제②항 피해자 본인 또는 상속인들인 원고들에게 일부 손해배상금으로서 제⑤기재 각 금원 및 위 각 금원에 대하여 이사건 소장 부본 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진등에관한특례법이 정한 연15%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 할 것이므로, 이 사건 청구에 이르렀습니다.

첨 부 서 류

1. 별지1) 원고 목록
2. 별지2) 소송대리인 명부
3. 별지3) 원고별 청구금액 목록
4. 소송위임장 및 담당변호사지정서

2016.12.28

원고들 소송대리인
동화법무법인
담당변호사 서중희
이정일
조영선

서울중앙지방법원 귀중

항소이유서

사 건 2021나2017165 손해배상(기)
원 고(항 소 인) 망 곽예남의 소송수계인 이민주 외 14
피 고(피항소인) 일본국

서울고등법원 제33민사부 귀중

목 차

1. 원심판결의 요지

2. 실효적 권리구제 수단으로서 재판청구권과 국가면제 법리의 문제

가. 원심판결 및 항소이유의 요지

나. 국가면제 법리의 변화과정

다. '재판청구권' 또는 '사법접근권'에 입각한 국가면제 제한의 필요성

라. 강행규범 위반에 따른 국가면제 제한의 필요성

1) 강행규범과 국가면제의 충돌

2) 강행규범의 책임담보적 효과와 국가면제 적용의 문제점

3) 강행규범 위반으로 국가면제를 제한한 사례

4) 기타 원심판결의 부당성

5) 소결 – 국제법 통일적 해석의 필요성

3. 2012년 ICJ 판결 다수의견을 이 사건에 적용한 원심판결의 문제점

가. 원심판결 및 항소이유의 요지

나. 무력분쟁 상황인지 여부

다. 일본군 위안부 피해가 무력분쟁 중에 발생한 사건인지 여부

라. 소결

4. 국가면제 법리의 적용이 헌법질서에 부합하는지 여부

가. 원심판결 및 항소이유의 요지

나. 국내법상 국가면제에 따른 기본권 제한 및 위헌심사

1) 국제관습법의 국내법상 효력 및 위계

2) 국제관습법에 대한 법원의 규범통제

3) 국제관습법에 따른 재판청구권 등의 제한과 위헌심사기준

다. 국가면제의 적용과 과잉금지의 원칙 위반 여부

1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

2) 침해의 최소성

3) 법익의 균형성

4) 이 사건 소송이 갖는 의미, 즉 '인간의 존엄과 가치'에 대한 최소한의 회복적 의미를 고려하지 않은 원심판결의 부당성

5) 소결론

5. 결론

항소이유서

사 건 2021나2017165 손해배상(기)

원 고(항 소 인) 망 곽예남의 소송수계인 이민주 외 14

피 고(피항소인) 일본국

위 사건에 관하여 원고들(항소인들, 이하 '원고들'이라고 합니다)의 소송대리인은 다음과 같이 변론을 준비합니다.[1]

다 음

1. 원심판결의 요지

가. 원심은 일본군 '위안부'[2] 피해자인 원고들이 피고 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서 외국 국가에 대한 국내법원의 재판관할권을 인정할 수 없다고 보아 일본국의 불법행위로 인하여 원고에게 발생한 손해에 대하여 구체적인 심리를 하지 않고 위 원고들의 청구를 각하하였습니다.

나. 그러나 원심판결은 ① 국제조약 또는 국제관습법에 의해 보장되고 있는 재판청구권 또는 사법에의 접근권에 대한 판단을 누락하고, 국가면제 법리의 동태적 측면이나 변화 가능성에 대해 면밀히 살피지 않은 채 국가 중심의 근대 국제법의 입장만을 충실히 답습하여 국가면제에 관한 법리**(국가면제 제한의 실행 사례 및 필요성 및 제한적 국가면제론 등)**를 오해하였으며, ② 위헌심사를 하는 과정에서 헌법재판소의 결정 및 위안부 피해자들의 의사를 왜곡하면서 '2015년 한일합의'의 법적 성격 및 의미를 자의적으로 해석하고, 원심판결에 의하면 더 이상 원고들이 피고 일본국에 대해 손해

---

1 민사소송규칙 제69조의 4에 따라 준비서면 분량을 30쪽 넘어서는 아니되나, 사안의 성격상 부득이 민사소송규칙에서 정한 분량을 초과하였습니다. 양해 부탁드립니다.

2 위안부에 붙은 따옴표는 용어 자체의 의미를 인정하지 않는다는 뜻인데, 이후 본문에서는 편의상 따옴표를 생략하겠습니다.

배상청구를 할 수 없게 된다는 점에서 헌법에도 명백히 위반됩니다.

다. 원고들은 '국제 질서'라는 미명 하에 잔인하게 자행된 인권침해의 굴레에서 벗어나 '인간'으로 존중받고 '인권'을 회복하기 위하여 끊임없이 피고 일본국에 법적 책임을 주장하면서 마지막 법적 수단으로 이 사건 소송을 제기하였습니다. 국제사회는 두 차례의 세계대전의 경험을 바탕으로 국제인권의 질서로 발전하기 위한 다양한 노력을 기울였는데, 특히 유엔은 국제인권조약을 제정하여 주권의 행사와 긴장관계에 있는 인권을 보장하기 위한 제도적 장치를 마련했습니다. 많은 국가의 사법부와 지역 인권법원은 반인도적인 범죄나 중대한 인권침해 사건의 피해자를 구제하기 위하여 국가면제 이론에 도전하는 판결을 했습니다. 한국 법원도 지난 해(2021년) 일본군 위안부 피해자들이 피고 일본국을 상대로 이 사건 소송의 청구원인과 동일한 내용으로 제기한 손해배상청구 소송에서 국내 법원의 재판관할권을 인정하고 손해배상판결을 하였는데(서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결), **위 서울중앙지방법원의 판결은 브라질 연방 최고재판소가 2021. 8. 23. 독일국가에 대한 전쟁범죄 책임을 묻기 위해 국가면제 법리를 배척한 법적 근거로 인용되었습니다.**[3] 피해자의 실효적 권리보장을 위한 서울중앙지방법원의 판결이 브라질 연방 최고재판소에서는 국제인권법적 관점에서 중요한 실행으로 평가되었던 것입니다. 서울중앙지방법원 2016가합505092 판결이나 브라질 연방 최고재판소의 판결은 보편적인 인권을 보장하기 위한 국제인권의 흐름 속에서 나왔다고 볼 수 있습니다.

라. 본 항소이유서에서는 이러한 국제인권의 흐름속에서 원심판결의 부당성에 대해 구체적으로 살펴보겠습니다.

3 EXTRAORDINARY APPEAL WITH INTERLOCUTORY APPEAL 954.858 RIO(항고부대 특별상고 954.858 리오데자네이루)

2. 실효적 권리구제 수단으로서 재판청구권과 국가면제 법리의 문제

가. 원심판결 및 항소이유의 요지

1) 원심법원은 "강행규범 위반으로 인한 중대한 인권침해 행위 또는 법정지국 영토 내에서 인신 손해에 관한 불법행위에 대해서는 그러한 행위가 주권적 행위라 하더라도 국가면제를 인정될 수 없다는 것이 일반적인 관행에 이를 정도로 각국의 입법 또는 판결 등 개별 국가들의 실행에 의하여 뒷받침된다고 보기 어렵고, 현 시점에서 국가면제에 관한 국제관습법은 여전히 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이므로, 현 시점의 국제관습법에 의하면 피고에 대한 국가면제가 인정된다"고 판시하였습니다(판결문 제50-58쪽). 그러나 이러한 원심판결은 국제관습법에 관한 법리를 오해하고 원고들의 주장과 사건 쟁점을 오인하고 왜곡한 것으로서 잘못된 판단입니다.

2) 이 사건의 쟁점은 ▲ 중대한 인권침해에 대한 실효적 권리구제의 보장이라는 국제조약 및 국제관습법의 성립과, ▲ 국제인권법의 발달로 계속 변화해가는 국가면제 법리의 변화과정에서 국가면제를 제한하는 국가실행으로 나아갈 합리성과 정당성이 있는지 여부입니다.

원고들이 원심에서 '강행규범과 국가면제 법리의 충돌' 및 '법정지국 영토 내에서 이루어진 외국의 불법행위에 대하여 국가면제의 예외를 인정하는 국제조약, 각국의 개별 입법, 국내법원의 판례' 등을 주장한 취지도 **(i) 국제인권법의 관점**에서 국가면제가 고정된 항구적 권리가 아니라 계속 변화해가는 국제관습법으로 지금도 새로운 국가실행을 통해 변화해가고 있고, **(ii)** 이 사건 소송이 갖는 중차대한 의미**(강행규범 위반행위, 이 사건 소송의 최후수단성, 국제법상 사법에의 접근 필요성)** 등을 고려하더라도 이 사건 소송에서 국가면제를 제한하는 국가실행으로 나아갈 합리성과 정당성이 존재하므로 우리 법원도 국가면제를 제한하는 국가실행을 해야 한다는 것이었습니다.

3) 그런데 원심법원은 원고들의 재판청구권이나 실효적인 권리구제 보장에 대한 국제법적 고찰에 대해 심리도 하지 않고, '국가면제 제한의 필요성'에 대하여 면밀히 검

토하지 않은 채 기존의 제한적 면제론(특히, '법정지국 영토 내에서 무력 분쟁 과정에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위에 대하여는 여전히 국가면제가 인정된다'는 2012년 ICJ 판결[4] 다수의견)만을 기초로 국가면제 적용 여부를 판단하였습니다.

원심이 원고들의 주장을 제대로 검토한 후 같은 결론에 이르기 위해서는, 적어도 판단 과정에서 (i) 국가면제의 국제관습법이 매우 고정적이고 쉽게 변화하지 않는 법리임을 반박하거나 (ii) 국제조약, 각국의 개별 입법, 국내법원의 판례에서 확인된 국가면제의 현재 흐름과 이 사건 위안부 문제가 갖고 있는 실체적 의미(강행규범 위반행위, 이 사건 소송의 최후수단성, 사법에의 접근 필요성)에도 불구하고, 국가면제를 적용해야 하는 당위성에 대한 실체적 판단을 했어야 합니다. 그러나 원심은 이를 회피하기 위해서인지 모르겠으나, 원고들 주장을 누락한 채 새로운 국가면제의 국제관습법이 성립하였는지 여부만을 검토하였습니다. 이는 명백한 판단누락에 해당하는 것으로서, 당심에서 반드시 시정되어야 합니다.

4) 이하에서는 원고들의 기존 주장을 다시 한 번 정리하는 동시에 국내법원이 이 사건에서 국가면제를 제한하는 실행으로 나아갈 당위성에 대해 살펴보겠습니다.

나. 국가면제 법리의 변화 과정

1) 국가면제법리는 오랜 기간 국제관습법으로 인정되어 왔지만, 적용범위는 시대적 배경과 예외의 국제법의 발전에 따라 변화해 왔으며 각 국가에서도 구체적인 사정에 따라 달리 적용하고 있습니다. 이러한 맥락에서 국제인권법 또는 국제인도법의 중대한 위반을 이유로 제소된 경우 항상 국가면제의 예외가 인정되어야 한다는 국제관습법이 현재 존재하지 않지만, 반대로 같은 경우 반드시 국가면제가 인정되어야 하는 국제관습법이 있는지 역시도 불명확하고 불완전합니다.

4 이탈리아 대법원이 독일 국가에 대하여 재판관할권을 인정하자, 독일 국가가 국제사법재판소(이하 'ICJ'라고만 합니다)에 제소한 사건. Jurisdictional Immunities of the State(Germany v. Italy : Greece intervening), Judgement I.C.J. Reports 2012, P 99(이하 '2012년 ICJ 판결'이라고 합니다)

2) 이미 많은 국가들이 국제조약과 입법례를 통해 사법적 거래에서 발생하는 불법행위 이외에 일반 불법행위에 대한 손해배상청구 소송에 대해서까지 국가면제의 제한을 확대 적용하여 재판관할권을 인정하고 있습니다.

유럽 국가면제협약(ECSI, 1972)의 경우 '법정지국에서 생긴 불법행위(신체 및 유체재산의 침해)에 관한 소송'을 국가면제의 예외사유(제11조)로서 규정하고 있고, 유엔 국가 면제협약(UNCSI, 2004)도 국가면제의 예외 사유로 '불법행위의 전부 또는 일부가 법정 지국에서 생긴 불법행위(인간의 사망 혹은 신체 상해 또는 유체재산손상 혹은 멸실)'를 규정하고 있습니다(제12조).

미국의 Foreign Sovereign Immunities Act, 1976, 영국의 State Immunity Act, 1978, 싱가포르의 State Immunities Act 1979, 캐나다의 State Immunity Act 1982, 말레이시아와 말라위의 Immunities and Privileges Act 1984, 일본의 외국 등에 대한 민사재판권에 관한 법률 2009, 오스트레일리아의 Foreign State Immunities Act 1985 등도 상대적 면제이론을 입법화했는데, 유럽과 유엔 국제면제협약에 열거된 국가면제의 예외사유로서 법정지국(자국)에서 발생한 사망, 인명 또는 신체적 상해 등을 규정하고 있습니다(갑 제54호증의 1 내지 갑 제60호증의 2).

또한 각국의 법원은 국가면제의 예외 사유인 불법행위와 관련하여 사법적 거래에서 발생하는 불법행위 이외에 일반 불법행위에 대한 손해배상청구 소송에 대해서까지 국가면제의 예외를 확대 적용하여 재판관할권을 인정하고 있으며 영토연계성 요건도 완화하고 있습니다. 대표적인 사례들로는 원고들의 2020. 9. 7.자 준비서면에서 주장한 미국 콜롬비아 지방법원 Letelier vs. Chile 사건, 미국 D. C. 지방법원 Von Dardel vs. Union of Soviet Socialist Republics 사건, 미국 콜롬비아 지방법원 Hugo Princz vs. Federal Republic of Germany 사건, 미국 제9연방 항소법원(CA, 9th Circuit) Liu v. Republic of China 사건, 캐나다 대법원 Schreiber vs. Federal Republic of Germany and the Attorney General of Canada 사건, 2021. 3. 22.자 준비서면에서 살펴본 미국 제9연방 항소법원(CA, 9th Circuit) Ursula Baines SANCHEZ, By and Through her Guardians ad Litem Joseph J. CERNIE and Sally Z. Cernie, Plaintiffs-Appellants v. The REPUBLIC OF MEXICO 사건 등이 있습니다(제11-14면, 제17면 각 참조).

3) 많은 국가가 국제조약과 입법례에 따라 법정지 내에서 발생한 불법행위에 대해

서만 국가면제의 예외를 인정하고 있습니다[5]. 그러나 그리스나 이탈리아의 경우와 같이 근거 법률이 없는 경우에도 법원이 헌법의 가치와 이념을 고려하여 재판관할권을 인정하고 있습니다. 그리스 법원은 국가면제에 관한 유럽협약 제11조에 근거하여 제한적 국가면제 이론상의 주권적 행위와 상업적 행위 어디에 해당하는가를 불문하고 불법행위의 범위를 확대 해석하여 국가면제의 범위를 정하였고[6], 이탈리아 법원 역시 Ferrini 사건 등에서 심각한 인권 침해에 해당하는 국제범죄는 보편적 민사관할권이 인정되기에 이러한 범죄행위가 가해 국가에 의하여 법정지국에서 이루어졌다면 국가면제론에 의한 관할권 면제가 허용되지 않는다고 판단하였습니다[7].

이와 같은 취지의 국가실행은 2012년 ICJ 결정이 나온 이후에도 여전히 국내법원의 판결로 확인되고 있는데, 대표적으로 2021년 1월 8일 선고된 서울중앙지방법원 2016가합505092 판결과 2021년 8월 31일 브라질 연방 최고재판소 판결이 있습니다(갑 제75호증 참조). 해당 판결들 역시 사법에의 접근(또는 재판청구권)과 국가면제를 비교형량하면서도 강행규범(또는 법정지국 영역 내에서 인권을 침해하여 이루어진 불법행위)의 경우에 국가면제를 제한해야 한다는 점을 강조하고 있습니다. 우리 나라 법원(서울중앙지방법원 2016가합505092 판결)과 브라질 연방 최고재판소도 사법에의 접근(또는 재판청구권)과 국가면제를 비교형량하면서도 강행규범(또는 법정지국 영역 내에서 인권을 침해하여 이루어진 불법행위)의 경우에 국가면제를 제한해야 한다는 점을 강조하고 있습니다.

4) 참고로 2012년 ICJ 판결은 ICJ 규정 제59조에 따라 당사자 사이와 그 특정사건에만 구속력을 가지는 것으로 대세효와 구속력이 없고, 동 규정 제38조 라.에 따라 해당 판결은 법칙결정의 보조수단으로 여겨지므로, 반드시 국내법원이 위 결정에 구속되어야 하는 것은 아닙니다. 더욱이 2012년 ICJ 판결은, 독일이 과거 이탈리아에 대하여 민사상 손해배상을 포함한 포괄적인 배상(포괄적인 구조조치)을 진행하였고 지금도 계속해서 배상에 관한 논의를 하면서 부분적으로 인정하고 있음을 판단의 전제로 삼았습니다.

그러나, 이 사건 피고는 위안부 피해자들에 대한 불법행위 및 그에 따른 배상책임을 인정하지 않고 있으므로[8], 위 ICJ 판결은 예외적인 사례라고 보는 것이 타당하며 무조건적으로 본 사건에 적용할 수 있는 사안이 아님은 자명합니다.

5 미국의 경우 1997년 Doe v. Unocal 사건에서 법원은 미얀마 국가기관의 인권침해 행위는 상업적 활동에 속한다고 볼 수 없으며 동시에 외국국가면제법(FSIA)상 언급된 미국영토상의 직접적 효과도 발생하지 않는다고 하면서 국가면제의 예외를 부인하였고[The US District Court for the Central District of California, John Doe I et al. v. UNOCAL Corp. et al., Judgment 963 F.Supp. 880 (25 March 1997)], 캐나다 법원도 Bouzari v. Iran 사건에서 법정지 영역 외에서 발생한 신체 상해 등의 불법행위에 대하여서는 국가면제의 예외가 적용되지 않으며 가사 그것이 강행규범에 반하는 행위라 할지라도 그러한 강행규범에 반하는 행위에 대하여 캐나다 국가면제법이 국가면제의 예외로 규정하고 있지 않는 한 면제는 인정되어야 한다고 판단하였습니다[Ontario Superior Court of Justice, Bouzari v. Islamic Republic of Iran, Judgment O.J. No.1624 (1 May 2002)]

6 Perfecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, case No. 11/2000, Areios Pagos, 4 May 2000, p.17(이하 '그리스 대법원 판결'이라고도 합니다)

7 Ferrini v. Fderal Republic of Germany, Decision of Italian Court of Cassation, Judgement No. 5044, 11March 2004, para 9(이하 '이탈리아 대법원 판결'이라고도 합니다)

다. '재판청구권' 또는 '사법접근권'에 입각한 국가면제 제한의 필요성

1) 제2차 세계대전 이후 본격적으로 발전한 국제인권법은 점차 인권침해에 대한 구제를 받을 피해자의 권리와 이를 보장해야 할 국가의 의무를 구체화하였습니다. 주요 국제 인권조약 및 지역인권조약은 피해자가 실효성 있는 구제를 받을 권리를 독립적인 인권으로 명시적으로 보장하고 있습니다. 이와 같은 취지에서 지난 반세기 동안의 국제인권운동과 유엔 및 지역 차원의 인권침해 구제에 대한 경험을 토대로 피해자의 권리를 가장 포괄적으로 조문화한 것이 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(이하 '피해자 권리 기본원칙'이라고 합니다)입니다. 유엔 총회에서 만장일치로 채택된 이 원칙은 국제법 규범체계에서 적어도 국가가 최소한 피해자의 이러한 권리만큼은 지켜주어야 한다는 기준을 제시하고 있는데, 인권침해 피해에 대한 실효성 있는 구제를 받을 권리로서 사법에 대한 권리, 배상을 받을 권리, 진실을 알 권리를 구체적으로 규정하고 있습니다. 위 피해자 권리 기본원칙은 국제조약과 국제관습법을 총망라한 것으로 규범적 효력을 갖는다고 할 것입니다.

8 피고는, 독일 정부와 달리 '일본군 위안부'를 부정하면서 불법행위 책임을 인정하지 않고 1965년 한일 청구권 문제 해결 및 경제협력에 관한 협정에서 '모두 해결'되었다는 입장을 반복하면서(구체적으로 무엇을, 어떻게 해결했는지에 대해서는 주장하지 못하고 있음) 일본국이 법률적으로 대응할 필요가 없다고 주장하고 있습니다.

위 원칙을 성안한 유엔 특별보고관인 Theo van Boven는 **'사법에 접근할 권리'**에 관하여 "국가의 인권침해행위에 구제를 제공할 의무는 심각한 인권침해에 대하여 효과적인 구제를 요청할 권리를 구성하여 **하나의 국제관습법을 형성**한다"고 설명하였습니다.[9] 유엔 안전보장이사회에 의해 설립되었던 다르푸르 국제 조사위원회는 최종보고서에서 국제범죄에 해당하는 심각한 인권침해가 있는 경우 개인의 형사 책임뿐만 아니라 가해자의 국적국 또는 사실상 기관으로 활동한 국가가 손해에 대하여 구제를 제공할 의무를 부과한다고 명시하고 있고,[10] 구 유고슬라비아 국제형사재판소장 C. Jorda는 유엔 사무총장에 대한 2000. 10. 12.자 서한에서 효과적인 구제에 대한 권리가 보편적으로 수용됨에 따라 전쟁 범죄 등 기타 국제범죄에 대한 국가책임의 해석에 변화가 생겼다면서, 이제는 국가가 다른 국가에게 책임을 질 뿐만 아니라, 피해자 개인에 대하여도 직접 책임을 지게 되었으므로, 심각한 인권침해의 피해자들에게 국제법상 구제에 대한 권리가 발생하였음을 강조하였습니다.[11]

2) 오늘날 다수의 국제인권 조약들도 국가의 위법행위로 인하여 피해를 입은 개인에게 배상을 포함한 적절한 구제조치를 취할 것을 규정함으로써 '국가 대 국가'가 아닌 '가해국 대 피해자 개인'의 관계를 다루고 있습니다.

세계인권선언 제8조는 '모든 사람은 헌법 또는 법률이 부여한 기본적 권리를 침해하는 행위에 대하여 권한 있는 국내법정에서 실효성 있는 구제를 받을 권리를 가진다'고 하여 국제인권조약상 '실효성 있는 구제를 받을 권리'를 제공하였습니다. 또한 **유럽인권협약 제13조**도 '실효적 구제를 받을 권리'를 규정하고 있습니다. 특히 '공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도'라는 문구를 명시하여 인권침해의 행위 주체가 공권력이라 하더라도 책임을 면할 수 없다는 점을 분명히 하였습니다. 이는 국가 중심의 전통적인 국제법질서에 새로운 관점과 규범을 제기한 것입니다. **자유권 규약 제2조 제3항과 인종차별철폐협약 제6조** 역시 "피해자가 '공정하고 적절한 배상 또는 만족'을 '법원에 청구할 권리'"를 명시적으로 보장하고 있습니다. 그리고 **고문방지협약**은 피해자의 구제에 대한 권리를 '재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리'(제14조)임을 확인하여, 피해에 대한 배상(reparation)이 금전적 배상(compensation)뿐만 아니라 재활 등 피해회복에 필요한 다른 조치까지 포함하는 것으로 열어놓고 있습니다.

우리에게 직접 적용되는 것은 아니지만 **미주인권협약과 아프리카 인권법원 의정서**에서도 인권침해에 대한 실효적 권리구제에 대해 규정하고 있습니다.[12]

이상과 같이 다수의 인권조약은 당사국이 관할권 내 모든 사람에게 협약상 권리의 침해에 대해 실효성 있는 보호를 보장하고 더 나아가 적절한 구제수단을 제공해야 한다고 요구하고 있는 바, 실효적인 권리구제를 위한 피해자의 권리는 국제조약 및 국제관습법에 의해 확립된 권리로 평가되고 있습니다. 따라서 자국민이 외국에서 가장 기본적인 인권을 심각하게 침해당했을 때 국적국은 해당 국민을 보호할 의무가 있습니다. 앞서 살펴본 서울지방법원 2016가합505092 판결과 브라질 연방 최고재판소의 판결은 이러한 피해자의 입장을 적극적으로 고려한 판결입니다. **브라질 연방 최고재판소는, 국가 면제가 인권침해 피해자와 그 가족들이 가해자의 책임을 추궁할 가능성을 부정함으로써 재판청구권을 방해하는데 이는 '진실에 대한 대답, 권리도 빼앗는 것'이라면서 또 다른 인권침해라고 보았습니다.**

3) 국제법상 피해자의 권리가 확립된 국제관습법으로 인정되고 있는 이상, 국가면제에 관한 국제관습법도 피해자 권리 보장을 위한 국제관습법과의 규범 조화적인 해석을 통해 적용 여부가 결정되어야 합니다. 이탈리아 헌법재판소 2014년 판결이나 영국 대법원 2017년 판결(Benkharbouche & Anor v Foreign & Commonwealth Office) 등 최근 국가실행을 보더라도 재판을 받을 권리를 우위에 두며 과거와 다른 입장을 보여주고 있습니다.

---

9 Theo van Boven, The United Nations 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, p1–2.

10 Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary General, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, p.151–152

11 위 각주 9의 조사보고서 p151

12 미주인권협약은 명시적으로 인권 침해 피해배상(reparation)에 대한 국제법 일반의 기본원칙을 구체적으로 재확인하였고, 아프리카의 경우 1998년 채택된 아프리카 인권법원 의정서에서 ① 인권침해가 인정될 때 공정한 배상금의 지급 또는 (다른 형태의) 배상 (reparation) 등 적절한 구제명령을 내려야 하고, ② 회복할 수 없는 피해를 막기 위해 필요한 경우 임시조치를 취해야 한다는 점(제27조)을 포함하고 있습니다.

영국 노동항소심판원(Employment Appeal Tribunal)과 항소법원은 모로코 국민 Janah 와 Benkharbouch가 외국 정부(리비아 정부, 수단 정부)에 고용되어 영국 소재 대사관에서 가사노동자로 일하다가 최저임금 미지급, 부당해고 등을 이유로 소송을 제기한 사건에서, 'EU 기본권헌장 제47조 12 에 의해 보장된 사법 접근권에 어긋난다'는 이유로 국가면제 주장을 배척하였습니다. 영국대법원도 동일한 입장으로 판결하면서 유럽국가면제협약 제6조의 공정한 재판을 받을 권리도 함께 설시하였습니다.[13]

(영국 Benkharbouche & Anor v Foreign & Commonwealth Office 판결문 발췌, 해석)

> 75. 이 사건에서 국제법의 원칙이 노동심판원의 관할권을 박탈하지 않는다. 따라서 영국은 국제법에 따라 리비아와 수단에 대한 관할권을 가지고 있으며, 이러한 행사를 거부하는 행위는 유럽인권협약 제6조(공정한 재판을 받을 권리)와 관련된다고 할 것이다.

원고들이 이미 수차례 주장한 바와 같이, 이탈리아 Ferrini 사건, 그리스 Distomo 사건에서도 각 국내 법원이 원고들의 재판받을 권리를 강조하여 국가면제를 제한하였습니다.

유럽인권재판소는 2001년 Al-Adsani v. U.K. 판결과 McElhinney v. Ireland 사건, Fogarty v. UK 사건[14]에서 비록 국가면제 적용을 인정하였지만, **유럽인권협약 제6조 (1)항의 '공정한 재판에 대한 권리' 및 '사법 접근권'(재판 받을 권리)과 국가면제를 비교형량하면서 "인권을 중시하는 현대 국제법의 발전방향을 고려한다면 향후 국가실행을 지속적으로 살펴볼 필요가 있다는 점"을 분명히 밝혔습니다**(Al-Adsani 판결 47-48 문단, McElhinney 판결 24-25문단, Fogarty 판결 26문단 각 참조).

이러한 판결들은 '재판 받을 권리'와 '국가면제' 간 비교형량을 통해 '사법 접근권'에 대한 국가면제의 적용 여부를 판단한 것으로서, 이는 '재판 받을 권리(사법에 접근할 권리)'와 '인권침해에 대한 효과적 구제의 제공'이 하나의 국제관습법으로 자리매김하고 있음을 보여줍니다. 그렇다면 오늘날 '국제인권법상의 중대한 위반행위에 관하여 재판 받을 권리'는 중요한 국제법상 하나의 대원칙 내지 국제관습법으로 전화(轉化)되었다고 봄이 타당합니다.

13 Al-Adsani v UK, App no 35763/97, Judgment [GC], 21 Nov 2001 재판소는 정당한 목적과 제한 수단과 목적 간의 합리적 비례성을 갖추면 제한이 가능하다고 밝히면서, 국가면제에 관한 국제관습법을 반영한 조치는 비례적이라고 판단하였습니다(재판소는 9:8의 근소한 차이로 원고의 청구를 배척하였습니다.

14 Mc Elhinney v Ireland, App no 31253/96, Judgment [GC], 21 Nov 2001, Fogarty v UK, App no 37112/97, Judgment [GC], 21 Nov 2001.

4) 소결

그렇다면, 국내법원으로서는 '재판 받을 권리', '사법에의 접근'이라는 국제법상의 대원칙 내지 국제관습법에 기초하여, 자국 관할권 내에 있는 피해자들이 효과적인 구제를 받지 못한 채 인권침해로 인한 피해로 계속 고통을 받고 있다면, 피해자의 사법에 대한 권리, 배상에 대한 권리, 진실에 대한 권리를 존중, 보장받을 수 있도록 이를 지원해야 할 적극적 의무가 있습니다.

특히, 국제법 체계가 개인의 권리를 보호하는 방향으로 이행하는 것을 적절히 반영하고 있는 각국 법원의 판결과 관련 협약, 그리고 각국의 입법례와 같은 국가실행 에 비추어 볼 때, 이 사건과 같이 최후수단으로 선택된 민사소송에 국가면제를 적용하여 소를 각하하는 것은 '사법에의 접근'이 완전히 봉쇄되게 되는 결과를 초래하여 원고들의 '재판받을 권리'가 본질적인 침해를 받게 될 수 있습니다. 따라서 이 사건에서만큼은 국가면제를 제한하는 국가실행으로 나아가야 할 것입니다.

라. 강행규범 위반에 따른 국가면제 제한의 필요성

1) 강행규범과 국가면제의 충돌

조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties, 1980. 1. 22. 제정, 1980. 1. 27 발효) 제53조(일반국제법의 절대규범(강행규범)과 충돌하는 조약)는 "조약은 그 체결 당시에 일반국제법의 강행규범과 충돌하는 경우에 무효이다. 이 협약의 목적상 일반 국제법의 강행규범은 그 이탈이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로, 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정하는 규범이다"라고 규정하고 있습니다.

국제법의 규범적 위계 질서상 상위의 효력을 갖는 강행규범이 조약법(또는 국제관습법)과의 관계에서 충돌하는 경우, 강행규범에 반하는 조약법(또는 국제관습법)은 무효가 되어 종료한다고 보는 것이 일반적입니다. 이는 강행규범이 국제공공질서의 유지를 위한 규범으로서 절대적 성질을 갖고 있어 여타의 다른 규범들보다 위계적인 측면에서 상위의 효력을 갖고 있기 때문입니다.[15]

이처럼 강행규범은 널리 수락되어 사실상 모든 국가를 구속하고 있는 규범으로서 조약이나 국제관습법보다 우월한 효력이 인정되는 국제법상 최상위의 규범이며, 모든 국가의 준수를 요구하고 있습니다.

그런데 가해국의 강행규범 위반행위에 대해 국가면제를 적용하는 경우에는 사실상 강행규범에 위반된 행위에 대하여 법적 구제를 받을 수 있는 기회를 박탈하여 실질적으로 강행규범의 내용이 요구하는 법적 효과의 발생을 배제시키는 결과를 가져오므로, 강행규범과 국가면제 간 충돌이 발생하게 됩니다.

이에 대하여 강행규범은 실체법적인 것이고 국가면제는 절차법적인 것으로 양자는 그 법적 성질이 달라 충돌상황이 발생하지 않는다는 견해도 있으나, 강행규범이 실현하고자 하는 가치와 국가면제법리가 실현하고자 하는 가치 사이의 형량을 다루지 아니한 채 양 규범을 실체법적인 것과 절차법적인 것을 구분하여 양자가 충돌하지 않았다고 해석하는 것은 그 자체로 강행규범의 내용이 갖는 규범성을 몰각시키는 것이므로 국제법 질서에도 반합니다. 강행규범적 성격을 갖고 있지 않은 규범(국가면제)으로 인해 강행규범의 내용에 반하는 법적 효과가 발생되지 않도록 해야 할 의무가 있기 때문입니다.

2) 강행규범의 책임담보적 효과와 국가면제 적용의 문제점

가) 강행규범은 국제 사회에서 핵심적으로 중요한 금지 사항을 설정한 것이므로 모든 국가와 국제 공동체 전체로 하여금 그 의무를 부담하도록 설정하고 있습니다.[16]

즉 강행규범은 단순하게 특정 행위를 금지하는 원칙을 선언하는 프로그램적 규정이라거나 부작위를 명하는 행위규범에 불과한 것이 아니고, 국가 차원의 국제법적 책임을 발생시키는 것입니다. 또한 강행규범은 각 국가의 국제 공동체에 대한 의무의 이행을 담보해야 하므로, 필연적으로 단위 국가 간의 국가면제보다 우월한 절차적 규범을 내재하고 있습니다.

나) 국가책임에 대한 국제법위원회(International Law Commission, 이하 'ILC'라고 합니다)의 「국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안」(이하 '국가책임협약초안'이라고 합니다, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)에서 강행규범 위반 행위에 대한 국가의 책임을 명시적으로 규정하고 이에 따라 국가가 취할 권리와 의무를 확정하였습니다.

특히, 국가책임협약초안 제3장에서 국제관습법의 강행규범 위반에 대해 규정하고 있는데, 국가책임협약초안 제41조 제1항[17]은 심각한 강행규범 위반행위에 대하여 '모든 국가는 제40조의 중대 위반행위를 법적 수단을 통해 종결시켜야 한다'라고 규정하고, 제41조 제2항[18]은 '강행규범 위반 행위를 합법으로 인정하지 아니할 국가의 의무 및 그러한 가해행위로부터 야기된 상황을 개선할 의무'를 명시하고 있으며, 제41조 제3항[19]에서는 '이 조항은 이 장에 따른 다른 책임이나 이 장 조항 위반행위에 대한 국제법상 책임의 발생을 방해하지 않는다'라고 규정하고 있습니다. ILC는 국가책임협약초안 주해에서 '제40조 위반은 책임 있는 국가로 하여금 위법행위(wrongfulact)를 중단하고, 재발방지의 보장 및 확약을 할 책임을 발생시키며, 제2장에 기재된 보상(reparation) 의무를 발생시킨다'고 명시하였습니다.[20]

---

15 이성덕, "국제 강행규범과 대세적 효력 원칙의 비교", 중앙법학 제13집 제3호, 2011, pp. 387–393 참조. 이러한 강행규범의 내용에는 침략의 금지, 노예제와 노예무역의 금지, 집단학살의 금지, 인종차별의 금지, 고문의 금지 등이 있으며, 각종 인권협약에서 절대적으로 침해 불가한 핵심적인 인권으로서 이를 보호하고 있습니다.

16 André de Hoogh, The Relationship Between Ius Cogens, Obligations Erga Omnes and InternationalCrimes: Peremptory Norms in Perspective, 42 AUSTRIAN JOURNAL OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 183,193 (1989), referring to Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), SecondPhase, ICJ Reports 1970, 3, para. 33

17 "States shall cooperate to bring an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40."

18 "No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation."

19 "This article is without prejudice to the other consequences referred to in this Part and to such furtherconsequences that a breach to which this Chapter applies may entail under international law."

20 국가 책임 협약 초안 제41조 주해 (13)항

이상과 같이 국가책임협약초안은 강행규범 위반에 대한 법적 책임의 발생을 방해하는 그 어떤 것도 금지하고 있습니다. 즉 강행규범 자체로 강행규범 위반에 대한 국가의 책임 있는 의무를 발생시키고 강행규범의 이행강제에 필요한 우월적 효력을 부여하고 있는 것입니다.

다) 그렇다면 국가면제 법리가 설사 국제관습법이고 절차법적인 것으로 양자의 법적 성질이 다르다고 인정되더라도, 국가의 국제법상 의무(강행규범 위반 금지 및 국가책임)를 위반하지 않는 방식으로 적용하는 것이 국제법 규범들 간 충돌을 피하는 규범조화적 해석이라고 할 것입니다. 만일 2012년 ICJ 판결 다수의견과 같이, 형식적인 논리에 치우쳐 강행규범이 실현하고자 하는 가치와 국가면제가 실현하고자 하는 가치 사이의 이익형량을 전혀 고려하지 아니한 채, 양 규범의 성격을 형식적으로 달리 보아 강행규범 위반 사안에까지 국가면제를 적용하려는 시도는 필연적으로 국제법상 국가책임의 발전에서 확인되는 강행규범의 우월적 효력을 몰각시키는 결과를 가져올 것입니다.

3) 강행규범 위반으로 국가면제를 제한한 사례

가) 강행규범 위반에 대해서도 국가면제를 적용되어야 한다는 견해는 더 이상 법적 확신으로 유지되기 어렵다고 보아야 할 것입니다. 이탈리아 대법원과 그리스 대법원, 그리고 최근 브라질 연방 최고재판소는 더 이상 강행규범 위반에 대하여 국가면제가 적용될 수 없다고 판시하였습니다. 이는 무조건적인 국가면제의 적용에 관한 근대적 법적 확신이 이미 오래전부터 흔들려왔고, 최근에 와서는 각국의 국내 법원에까지 적극적인 변화의 바람이 불고 있음을 보여주는 대표적인 사례들입니다. 구체적으로, 이탈리아 대법원은 Ferrini 사건에서 "강행규범은 조약 또는 관습법에 상관없이 모든 규범보다 우위에 있으므로 면제에 관한 규범에도 당연히 우선함을 확인한다"고 판시하였고,[21] 그리스 대법원도 Distomo 사건에서 강행규범을 위반한 국가는 묵시적으로 국가면제를 포기한 것이라고 판시하였습니다.[22] 그리고 최근에는 브라질 연방 최고재판소가 "외국국가가 인권을 침해하여 행한 불법행위는 국가 면제를 누리지 않는다"는 법리를 확립시키기에 이르렀습니다.

이외에도 미국 국내법원에서는 외국국가가 강행규범 중에서도 특히 국제인권법 또는 국제인도법을 위반한 행위가 문제된 사안에서 외국국가면제법(FSIA)을 적용하여 국가면제를 배척하고 강행규범 금지행위에 대한 손해배상책임을 인정했습니다. 또한 하급심이기는 하지만, **미국 콜롬비아 지방법원 Letelier vs. Chile 사건,[23] 미국 D. C. 지방법원 Von Dardel vs. Union of Soviet Socialist Republics 사건,[24] 미국 콜롬비아 지방법원 Hugo Princz vs. Federal Republic of Germany 사건[25] 등에서 FSIA와 무관하게 국가면제 법리를 배척하였습니다.**

캐나다 대법원 Schreiber vs. Federal Republic of Germany and the AttorneyGeneral of Canada 사건[26]에서 강행규범 위반에 대하여 형사책임 뿐만 아니라 민사책임에 있

---

21 Ferrini v. Fderal Republic of Germany, Decision of Italian Court of Cassation, Judgement No. 5044, 11March 2004, para 9

22 Perfecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, case No. 11/2000, Areios Pagos, 4 May 2000, p.17

23 이 사안은 1980년 미국 내에서 칠레 국가정보요원에 의하여 살해당한 Letelier(칠레경제학자)의 유족이 칠레 국가를 상대로 손해배상 청구를 한 사건입니다. 법원은 칠레의 국가면제 주장에 대하여, 칠레가 아무리 자신의 주권을 이유로 면책을 주장하더라도 "인류와 정의에 반하여 사람을 살해한 행위에 대해서 면책을 부여할 수 있는 판결을르 선고할 재량권이 없다"고 하면서 칠레 정부에 대하여 희생자의 유족들에게 손해배상금을 지급할 것을 선고하였습니다.
Letelier vs. Chile. 488 F. Supp. 665. U.S .District Court, D.D.C. March 11, 1980

24 Raoul Wallenberg(스웨덴 외교관)가 2차 세계대전 중 소비에트 연방(USSR)의 위법한 체포, 구속으로 인하여 사망하였다고 주장하면서 그의 동생이 러시아를 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서, 미국 D. C. 지방법원은 "FSIA는 그 법률에 앞서 존재하는 모든 국제법상 원칙 위에서만 존재한다"고 하면서, 국제법 및 국제협약 등에 의하여 모든 국가로부터 승인된 원칙을 명백히 위반한 행위에 대해서는 국가면제법리를 적용할 수 없다고 판시하였습니다. **위 판결은 '강행규범'의 대세적 효력(erga omnes)에 따라 강행규범을 위반한 행위는 국가면제의 일반적인 예외에 해당한다는 점을 강조한 사례입니다.**
Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics, 623 F. Supp. 246 (United States Disctric Court, District of Columbia, 1985), 77 ILR (1988), pp. 258.
다만, 2심에서는 구소련에 대한 국가면제 법리를 적용하여 원고의 청구를 기각하기는 하였지만, 당해 사건이 미국 영토 내에서 발생한 불법행위에 해당하지 않음을 전제로 판단이 이루어졌을 뿐 강행규범 위반 부분에 대해서는 판단이 이루어지지 않았습니다(Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics, 736 F. Supp. 1 United States Disctric Court, District of Columbia, 1990).

25 미국 콜롬비아 지방법원은 1941년 유대인이자 미국인 Hugo Princz가 현 슬로바키아 영토에서 독일 경찰에게 체포, 강제수용소에 구금된 사건에서, '홀로코스트의 희생자였던 미국시민은 자신과 그의 가족에게 야만적 행위를 행한 국가를 상대로 미국 법원에서 소송을 진행할 헌법적 권리가 있다'고 하면서 국가면제법리의 적용을 배척했습니다. Decision of 1 July 1994 of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Hugo Princz vs. Federal Republic of Germany, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994), 33 ILM (1994), pp. 1483

26 Schreiber vs. Federal Republic of Germany and the Attorney General of Canada, [2002] 3. S. C. R. 269,2002 SCC 62, decision of 12 September 2002, para. 37
위 사안은 독일 검찰이, 캐나다, 독일의 이중국적을 가진 Schreiber에 대하여 캐나다 정부에 신병요청 하면서 체포영장을 발부하여 캐나다 정부가 8일간 구금하였는데, 이에 대하여 Schreiber가 체포의 위법성을 주장하면서 독일정부를 상대로 손해배상청구 소송을 제기한 사건입니다. 캐나다 대법원은 Schreiber에 대한 캐나다 정부의 구금이 적법한 행위였다는 점을 이유로 그 청구를 기각하였습니다.

어서도 국제규범의 효력에 상응하는 책임을 져야 한다고 판시하였습니다**(상세한 내용은 2020. 9. 7.자 준비서면 참조)**.

참고로, 원심은 미국 콜롬비아 지방법원 Letelier vs. Chile 사건 판결에 대하여, '강행규범 위반'에 관한 국가 면제 인정 여부에 대한 판결이 아니라 미국의 FSIA §1605 (a)(5)(A)가 정한 '재량적 기능(discretionary function)'의 해석에 관한 판결로 보아야 한다고 하였습니다(판결문 제57쪽). 그러나 원심 판시와 같이 위 사안을 미국 주권면제법 FSIA §1605 (a)(5)(A)에서 정한 '재량적 기능'의 해석 여부가 쟁점이 된 사안으로 보더라도, 위 법원이 인류에 명백히 반하여 사람을 살해한 행위에 대하여 면책을 부여할 수 있는지 여부를 확인하여 재량적 기능의 남용 여부를 판단한 것임에 비추어 볼 때, 위 판결은 그 자체로 강행규범 위반 에 대한 실체적 판단을 진행하였음을 알 수 있습니다. 따라서 위 판결이 '강행규범 위반'과 아무런 관련이 없다는 취지의 원심 판단은 부당하다 할 것입니다.

나) 이처럼, 이탈리아 대법원과 그리스 대법원을 비롯하여 브라질 연방 최고재판소, 미국과 캐나다 등의 각국 국내법원 등에서 강행규범 위반(또는 중대한 인권침해 행위)에 대한 실체적 판단을 전제로 국가면제를 제한하는 판결을 하였음이 확인되는바, 국내법원들에 의해 국가면제의 제한이 이루어졌음을 알 수 있습니다. 그렇다면, 이 사건 피고의 불법행위와 같은 강행규범 위반행위에까지 국가면제를 무조건적으로 적용해야 한다고 본 원심의 판단은 강행규범의 의미와 취지를 간과함으로써 국가면제 법리를 오해한 위법이 있습니다.

4) 기타 원심판결의 부당성

가) 더 나아가, 원심법원이 새로운 국제관습법이 성립하였는지 여부를 판단하는 과정에서 근거로 든 일부 논거들은 전혀 사실이 아니거나 타당하지 않은 해석이므로, 이에 대해 살펴보겠습니다.

나) 실체적 문제에 대한 판단 누락과 관련하여

(1) 원심법원은 "강행규범 위반으로 인한 '중대한 인권 침해' 여부는 필연적으로 사건의 본안에 대한 심리를 거친 이후에야 판단될 수 있는 문제이므로, 앞서 본 국가 면제의 제도적 취지를 고려하면 피고의 위반행위의 중대성과 이로 인한 손해의 심각성에 대한 정도가 본안 심리의 전제 조건으로서 재판권 존부 판단의 기준이 될 수는 없다"고 판단하였습니다(판결문 제56쪽). 이러한 판시는 2012년 ICJ 판결의 다수의견과 동일한 취지로서 재판부는 강행규범 위반과 관련해서는 절차적 문제, 실체법적 문제에 관한 절대적 구분론을 펼치면서 강행규범과 국가면제를 엄격히 분리해서 판단해야 한다고 본 것입니다. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 타당하지 않습니다.

(2) 우선 '동등한 주권국가가 다른 나라의 재판관할을 받을 수는 없다'고 하는 국가면제도, 점차 'acta jure imperii', 즉 한 국가의 주권행위에 대해서는 그 국가의 주권을 인정하는 차원에서 국가면제를 인정하지만 'acta jure gestionis', 즉 주권행위가 아닌 일반 민사적 거래행위(혹은 상업적 행위)에 대해서는 더 이상 그 국가의 주권을 침해하지 않는 것으로 보고 있기 때문에, 국가면제의 예외나 제한이 인정되는 방향으로 국제법상의 관행이 바뀌어 가고 있습니다.

그런데 국가의 어떠한 행위가 주권행위에 속하는 행위인지, 아니면 단순한 민사적 행위로서 비주권행위에 속하는지 판단하기 위해서는 종국적으로 실체법적인 판단이 필요합니다. 왜냐하면, 그 행위의 성격이 어떠한 것인가에 대한 결정도 당사국의 입장에 따라 서로 판단이 갈릴 수 있으므로, 국가 또는 국가기관의 행위나 재산의 성격에 관한 판단을 할 때 순수하게 실체법적인 것인지 아니면 절차법적인 것인지를 구분하는 일은 처음부터 불가능하기 때문입니다. 가령 우리 대법원은 미군의 한인에 대한 고용행위에 대하여 주권행위성을 부인하고 국가면제의 예외를 인정하고 있지만 절대적 국가면제론을 채택하고 있는 나라에서는 주권행위성을 인정하여 국가면제를 인정할 것입니다. 이러한 판단은 상대국과의 국제정치적 역학관계에 따라 판단을 달리 할 수 있으므로 유동적일 수밖에 없습니다. 실제로 절대적 국가면제론에서 상대적 국가면제론으로 전환되어 온 사정이나 각국의 입법례, 국내 법원의 판례들을 보더라도 국가면제를 적용, 제한함에 있어 구체적인 사안에 따라 적용되는 내용에 적지 않은 차이

가 존재합니다. 이처럼, 국가의 행위가 주권적 행위인지 여부를 판단함에 있어 실체법적 판단이 이루어 지고 있음이 명백한바, 국가면제 적용에 있어 절차법적 문제와 실체법적 문제를 엄격히 분리해야 한다는 견해는 형식논리에 불과합니다.

(3) 많은 입법례가 영토 내에서의 불법행위에 대해 국가면제의 예외를 규정하고 있고, 미국과 캐나다는 외국국가면제법을 개정하여 소위 테러희생자 예외조항을 신설[27] 하면서 특정 테러국이나 테러지원국의 불법행위에 대해서는 영토적 연계성을 요구하지 않고 국가면제의 예외를 인정하고 있습니다. 이와 같이 법정지국에서의 테러 등 불법행위에 대해서는 국가면제의 예외를 인정하는 개별 국가면제법 사례가 점차 늘어나고 있는데, 이는 개별 국가가 자국의 영토내에서 발생하는 타국의 불법행위와 (자국의 영토 여하를 불문하고) 자국민에 대해 발생한 테러행위에 대해서는 재판관할권을 행사하겠다고 하는 의지로 보아야 합니다. 이 경우에도 국가의 어떠한 주권행위가 불법행위에 해당되는지 여부를 사전에 판단하지 않을 수 없고, 불법행위로 판단할 경우에는 바로 재판관할을 인정하고 재판을 하여 실체적 판단을 할 수밖에 없습니다. 즉, 어떠한 법정지국의 법원이 다른 국가의 일정한 행위가 주권행위에 속하는지, (주권행위에 속하는 것으로 인정하더라도) 자국의 국가면제법상 인정되는 예외에 해당하는지 등을 판단하기 위해서는 불가피하게 실체적 판단을 사전에 해야 하는 것입니다. 이처럼, 국가면제의 적용의 문제 자체가 전반적으로 재판관할에 관한 절차적 문제이면서도 그 실질에 있어서는 비주권적 상행위나 혹은 불법행위에 해당되는지 아니면 새롭게 논의되고 있는 강행규범 위반에 해당하는지의 실질적인 문제를 내포할 수밖에 없습니다.

(4) 원심은 이 사건과 같이 다른 모든 재판이나 구제수단을 거쳤음에도 불구하고 구제받지 못하고 최후수단(last resort, ultima ratio)으로서, '법정지국의 법원에 재판을 청구한 원고들의 재판관할 문제가 곧 재판의 실체판단에 대한 문제로 직결될 수밖에 없다'는 특수성을 간과하였습니다.

27 미국은 1996년 개정하여 테러지원국이라고 인정한 국가에 대해 고문이나 초법규적 살해 등의 행위에 대해서도 재판관할권의 면제를 인정하지 않고 있고(FSIA 1605B(b)(1)(2)), 캐나다도 2012년 국가면제법을 개정하여 테러지원국에 대해서는 국가면제의 예외를 규정하고 있습니다(원고들의 2020. 5. 19.자 준비서면, 갑 제57조의 1, 2 갑 제58조의 1, 2 참조).

서울중앙지방법원 2016가합505092 판결은 '절차법은 실체법질서를 구현하는 수단으로서의 의미를 갖기 때문에 실체법상의 권리와 상태를 가장 잘 구현하도록 구축되고 해석되어야 합니다. 따라서 절차법이 불충분하여 실체법상의 권리 실현이 제한되거나 실체법질서가 어느 정도 변용되는 경우는 있을 수 있으나, 그로 인해 실체법상의 권리나 질서가 형해화되거나 왜곡되어서는 안 됩니다(대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결 참조)'라고 판시했습니다. 즉, 절차법으로 실체법상의 권리가 일부 제한될 수는 있어도 실체법의 본질적인 권리 부분까지 제한되어서는 안 된다는 취지입니다.

이러한 특수성을 감안한다면, 결국 이 사건과 같은 강행규범 위반 사례에 대해서까지 재판관할권의 문제를 단순히 절차법적 문제라고 보기는 어렵습니다. 실체적 권리의 구제가능성여부에 비추어, 절차적 법리인 국가면제의 적용 여부를 판단해야 할 것입니다.

(5) 그렇다면, 이 사건에도 일본군 위안부 문제에 대한 실체적 판단에 들어가서, 일본군 위안부의 강제동원과 성 노예제도의 조직적 · 체계적 운영, 위안부 피해자들에 대한 고문과 집단학살과 같은 국제법상 강행규범 위반 여부, 관할권 인정의 필요성 여부를 종합적으로 심리하여야 하는데도, 원심은 형식논리적으로 실체법적 문제와 절차법적 문제를 구별하여 심리를 다하지 않았습니다.

다) 국가면제의 적용 범위에 대하여

원심은 법정지국 영토 내 불법행위에 관한 'UN 국가면제협약 제12조'와 '미국 FSIA §1605 (a) (5)' 등은 본래 교통사고로 인한 손해배상청구를 목적으로 규정된 것으로서, 원고들 주장과 같이 위반행위의 내용과 손해의 정도에 따라 다른 규율을 하고 있지 않다고 판시했습니다(판결문 제56쪽).

유엔 국가면제협약 제12조와 미국 FSIA §1605 (a)(5)가 당초 보험회사가 국가면제를 앞세워 신체적 침해를 입은 개인에 대한 책임을 회피하는 것을 용인할 수 없다는 취지로 고안된 것으로 보이나, 오늘날에는 공갈, 폭행, 정치적 암살을 위시한 살인과 같은 고의적인 신체 손상에도 폭넓게 적용될 수 있다는 것이 일반적인 학계의 입장이

고 미국을 비롯한 각 국가 법원의 입장입니다. **미국 법원과 캐나다 법원의 실행사례에 비추어 보더라도, 정치적 암살을 비롯한 기타 국가의 불법행위에 대해서도 국가면제의 제한을 인정하고 있음에 비추어 볼 때, 구체적인 사안에서의 위반행위 내용 및 그 손해 정도에 따라 국가면제의 제한 여부가 고려될 것이지,** 교통사고 등의 사건에 대해서만 국가면제를 제한하지는 않을 것입니다. 따라서 이 부분 원심판결도 마땅히 시정되어야 합니다.

5) 소결 – 국제법 통일적 해석의 필요성

이처럼 강행규범 위반의 경우 정의에의 요청은 다른 사안보다 더욱 강력합니다. 특히 국제법상의 원칙과 강행규범이 충돌하는 경우 강행규범의 효과적 이행을 위한 다른 구제수단이 없다는 점에서 강행규범에 우선적 효력을 인정할 필요가 있습니다. 강행규범 위반행위에 대해 구체적인 형평성도 심리하지 않고 만연히 국가면제 법리를 적용하는 것은 강행규범에 내재된 불가침성 자체가 위협받고 국제 공공질서에 반하는 결과를 야기할 것입니다.

또한 국제법의 통일적 해석의 관점에 비추어 보더라도, 강행규범 위반 사실에 대하여 다른 구제 방법이 없는 경우, 국가면제의 법리를 제한하여 관할권을 행사할 수 있도록 하는 것이 국제법의 통일적 해석에 보다 부합하다고 하겠습니다.

3. 2012년 ICJ 판결 다수의견을 이 사건에 적용한 원심판결의 문제점

가. 원심판결 및 항소이유의 요지

원심은 '2012년 ICJ 판결 다수의견에서 무력분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 국가면제를 인정한 취지가 반드시 현실적으로 전투가 이루어지는 교전 상대국의 국민 또는 그 지역에 거주하는 민간인을 상대로 이루어진 불법행위에 대하여만 국가면제가 인정되어야 한다는 것으로 볼 수 없다'고 하면서, '원고들에 대한 위안부 "차출행위[28]"는 201년 ICJ 판결의 다수의견이 국가 면제가 적용되는 것으로 판단한 "법정지국의 영토 내에서 무력 분쟁 과정에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위"에 해당하므로 이 사건에도 국가면제 법리가 적용되어야 한다'고 판단하였습니다(판결문 제50쪽).

그러나, 원심판결은 "무력분쟁"의 개념을 오인하고, 「대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」(이하 '1965년 청구권협정'이라고 합니다)의 성격 및 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정에도 명백히 위배됩니다.

나. 무력분쟁 상황인지 여부

1) 원심은, '유엔국가면제협약과 대부분의 개별 국가의 입법 내용에서 무력분쟁 상황에 관해 국가면제의 예외를 정하고 있지 않는데도 각국의 판결 등을 기초로 무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 국가면제가 인정되어야 한다고 판단하는데 그 취지는 무력 분쟁 중에 예측 불가능한 손해 발생이 예정되어 있기 때문만이 아니라 무력분쟁은 국가의 행위 중 주권행사로서의 성격이 가장 강한 행위 중 하나이므로 주권존중의 요청이 가장 강하게 요구되는 영역이고, 무력분쟁이 발생하면 평시 국제법이 아니라 전시 국제법이 적용되므로 인신 손해를 포함한 손해배상의 문제도 전시국제법에 의하여 규율되어야 함을 반영한 것으로 보아야 한다'고 전제하면서, ① 전시국제법인 「육전의 법 및 관습에 관한 협약」(이하 '헤이그 육전협약'이라고 합니다) 제3조를 포함한 헤이그 육전협약 및 「전시 민간인 보호에 관한 제네바 협약」(이하 '제네바 협약'이라고 합니다)에 관하여 "협약에서 행위에 관한 실체법적인 규율만을 하고 일정한 위반행위에 대한 배상이 이루어져야 한다는 내용을 정한 것만으로 당연히 그러한 협약으로부터 개인의 청구권이 발생하는 것은 아니다"고 해석되고 있는데 이러한 해석은 무력 분쟁 중에 발생한 손해배상 등의 문제에 관하여 국가들 사이의 일괄

28 원심법원은 피고 일본국이 피해자들을 위안부로 '차출하였다'고 판시하였습니다. 그러나 「일제하 일본군위안부 피해자에 대한 보호·지원 및 기념사업 등에 관한 법률」 제2조 제1호에서 '"일본군 위안부 피해자"란 일제에 의하여 강제로 동원되어 성적(性的) 학대를 받으며 위안부로서의 생활을 강요당한 피해자를 말한다.'고 규정하고 있으므로, 원고들은 항소심에서 '차출' 대신 '강제동원'이라는 용어를 사용하겠습니다.

협정에 의하여 해결될 것을 예정하고 있다고 보아야 하고, ② 제네바 협약 제4조는 '본 협약에 의하여 보호되는 자는, 무력 분쟁 또는 점령의 경우에 있어서 특정 시점에 그 형식의 여하에 관계 없이 충돌 당사국 또는 점령국의 권력 내에 있는 자로서 동 충돌 당사국 또는 점령국의 국민이 아닌 자이다'고 규정하고, 적대행위에 직접 가담하지 아니한 민간인의 보호에 관한 규정, 분쟁 당사국과 점령 지역 내 민간인의 보호에 관한 규정도 두고 있어서, 위 협약에 의하여 보호되는 민간인의 범위를 반드시 현실적인 교전이 이루어지는 교전 상대국의 국민 또는 현실적으로 교전이 이루어지는 지역에 거주하는 민간인으로 제한하고 있지 않는 바, 이러한 전시 국제법의 규율 내용을 고려하면 ICJ 판결의 다수의견에서 무력분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 국가면제를 인정한 취지가 반드시 현실적으로 전투가 이루어지는 교전 상대국의 국민 또는 그 지역에 거주하는 민간인을 상대로 이루어지는 불법행위에 대하여만 국가 면제가 인정되어야 한다는 것으로 볼 수 없다고 판단하였습니다.

2) 그러나, ICJ는 2012년 판결에서 '무력 분쟁(armed conflict)'의 의미에 대해 구체적으로 판단하지 않았습니다. 다만, 1949년 제네바협약에 관한 주석은 두 국가 간 어떠한 차이로 인해 무력의 개입이 가해지는 상황이 무력분쟁이라고 규정하였습니다.[29] 즉, '무력분쟁 과정'이란 법적 개념이 아닌 사실적 개념이며, 복수의 무장세력이 실재하여 무력분쟁이 발생하고 있는 사실상의 상태를 의미한다고 할 것입니다. 학계와 실무에서도 '무력분쟁'과 '점령'을 명확히 구분하여 사용하고 있습니다.

3) 원심법원은, 무력분쟁이 발생하게 되면 평시국제법이 아니라 전시국제법이 적용되므로 무력 분쟁 과정에서 발생한 인신손해를 포함한 손해배상 문제도 전시 국제법에 의하여 규율되어야 한다면서, 전시 국제법의 규율내용을 고려하여 무력분쟁 여부를 판단해야 한다고 판시하였습니다. 그러나, 평시국제법과 전시국제법의 적용을 명확히 구분할 수 없다는 점에서 원심판결은 더 이상 설득력이 없습니다.

원심법원이 설시한 '전시 국제법'은 국제인도법(International Humanitarian Law, IHL) 또는 전쟁법(Law of War), 무력충돌법(Law of Armed Conflict)라고도 하는데, 국제적 또는 비국제적 무력충돌 시 적대행위에 가담하지 않거나 가담할 수 없는 사람(부상자, 병자, 포로, 민간인, 의료요원, 적십자 구호요원, 난민 등)들을 국적, 인종, 종교, 계급, 정치적 견해 등에 따른 차별함이 없이 보호하고, 전쟁의 수단과 방법을 금지하거나 제한하는 것으로 목적으로 합니다. 국제인도법은 전쟁희생자의 보호에 관한 제네바협약, 전쟁의 수단과 방법을 제한하는 헤이그협약, 대인지뢰금지에 관한 오타와협약, 무력충돌시 중대한 위반행위를 저지른 자들을 처벌하기 위한 국제형사재판소 규정 등의 국제법과 관행에 의한 관습법을 통칭합니다. 원심법원이 인용하고 있는 헤이그육전협약은 1907년 제2차 헤이그 국제평화회의에서 채택된 조약 중 하나이고, 제네바협약은 4개의 협약[30]중 하나입니다.

그런데 ICJ는 일련의 판례를 통해 점령지역에서 국제인권법과 국제인도법은 동시에 고려되어야 하며, 국제인권규범은 국가가 자국 영토의 외부지역 특히 점령 지역에서 관할권을 행사한 경우에도 적용된다는 점을 재차 강조하였습니다. 점령을 포함한 무력충돌 시에도 국제인권법이 적용될 수 있다는 견해는 주요 인권조약기구를 포함한 사법적 · 준사법적 기관들의 해석을 통하여 더욱 견고해졌습니다. 1975년 이후 유럽인권위원회(European Commission of Human Rights)와 유럽인권재판소(European Court of Human Rights: ECtHR)는 북키프로스에 대한 터키의 점령에 대하여 국제인권법의 역외적용을 인정하였으며[31], 미주인권위원회(Inter-American Commission of HumanRights: IACHR) 역시 동일한 입장을 취하였습니다[32].

학계에서는 국제인도법과의 관계에서 국제인권법이 실질적으로 어떻게 적용되어야 할 것인가에 초점을 맞추고 있음을 고려하면 대부분 국제인권법이 무력충돌 시, 특히

29 : J. Pictet, Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, ICRC, Geneva, 1952, p. 32.

30 제1협약 : 육전에 있어서의 군대의 부상자 및 병자의 상태개선에 관한 제네바협약
제2협약 : 해상에 있어서의 군대의 부상자, 병자 미 조난자의 개선에 관한 제네바협약
제3협약 : 포로의 대우에 관한 제네바협약
제4협약 : 전시에 민간인 보호에 관한 제네바협약

31 Cyprus v. Turkey, Applications Nos. 6780/74 & 6950/75 (Eur. Comm'n H.R., 26 May 1975); Cyprus v. Turkey, Application No. 8007/77 (Eur. Comm'n H.R., 10 July 1978); Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Application no. 15318/89 (ECtHR, 23 March 1995).

32 Salas and others v. United States, Report No. 31/93, Case 10.573 (IACHR, 14 October 1993); Coard et al. v. United States, Report No. 109/99, Case 10.951 (IACHR, 29 September 1999).

점령상황에서도 역외적용된다는 점을 당연히 전제하고 있습니다.[33]

앞서 살펴본 피해자 권리 기본원칙[34] 역시 국제인권법의 중대한 침해뿐만 아니라 국제인도법의 중대한 위반에 대해서도 피해자의 실효적인 권리보장에 대해 규정하고 있는바, 피해자들의 손해배상 문제 역시 반드시 국가간 협약을 전제로 하고 있지 않습니다.

따라서, 국제인도법의 적용 여부나 규율 내용을 고려하여 무력 충돌 여부를 판단하는 것은 현대 국제법 하에서 더 이상 인정될 수 없습니다.

4) 원심법원은, 헤이그 육전협약 및 제네바 협약에 관하여, '협약에서 행위에 관한 실체법적인 규율만을 하고 일정한 위반행위에 대한 배상이 이뤄어져야 한다는 내용을 정한 것만으로 당연히 그러한 협약으로부터 개인의 청구권이 발생하는 것이 아니다'고 해석되고 있다면서, 무력분쟁 중에 발생한 손해배상 등의 문제에 관하여 개인의 청구권이 발생하지 않고 관련 국가들 사이의 일괄 협정에 의하여 해결될 것을 예정하고 있다고 보아야 한다고 판시하였습니다. 그러나 원심법원이 해석의 근거로 인용하고 있는 'Hugo Princz vs. Germany' 사건에서 법원은, **'별도의 협약으로부터 개인의 배상 청구권이 도출되는 것은 아니다'**는 취지로 판시하였지, 피해자들의 피해를 일괄 협정에 의해 해결해야 하고 개별 청구 자체는 부인한다는 취지로 판결한 것은 아닙니다.

5) 원심법원은 일본군 위안부 피해 구제가 국가간 협약에 의해 해결되어야 한다는 당위성에 빠진 나머지, '무력분쟁'을 규범적으로 무리하게 해석하고 발전하는 국제법의 내용을 반영하지 못했습니다.

무력분쟁 중에 발생한 피해라고 하여 국가가 협약에 의해 해결해야 한다는 규정이나 국제관습법은 없으며, 오히려 국제관습법으로서의 효력이 있는 「피해자 권리 기본원칙」에 따르면 국가는 피해자의 실효적인 권리 구제를 보호할 의무가 있다고 규정하고 있습니다.

---

33 다만, 미국과 이스라엘은 국제인도법과 국제인권법의 관계를 상호 배제적인 것으로 이해하면서 무력충돌시 국제인도법은 국제인권법을 완전히 대체한다는 견해를 취하기도 하였습니다.
안준형, '점령지역에서 국제점령법과 국제인권법의 상호관계', 국제법학회논총, 제63권 제1호, 2018

34 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

다. 일본군 위안부 피해가 무력분쟁 중에 발생한 사건인지 여부

1) 원심은, '일본군 위안부 피해자들이 전쟁을 준비하고 수행하기 위한 목적에서 강제동원 되었다'고 보고, '피고가 당시 한반도를 완전히 점령하고 있어서 한반도 내에서 현실적인 무력분쟁이 없었다고 하더라도 피해자들은 전시 국제법에 따라 보호되어야 할 민간인의 범위에 속하고, 비록 대한민국이 샌프란시스코 조약의 당사자가 되지는 않았으나 위 조약 제4조(a)에서 향후 대한민국과 피고 사이의 법률관계에 대해 규정하고 위 규정에 따라 1965년 청구권협정이 이루어졌으며, 위안부 피해자들이 피고에 대한 손해배상청구권 문제도 청구권협정에 의해 해결될 다툼임을 전제로 대한민국의 부작위의 위헌성을 주장하였고 헌법재판소도 위와 같은 전제하에 대한민국의 부작위가 위헌이라고 판단하였는바 위안부 피해자들은 전시 국제법의 적용 대상에 해당하며 전시 국제법은 무력분쟁 중 법정지국 영토 내에서 발생한 불법행위에 관하여 개별적인 소송 대신 관련 국가들의 별도의 협정에 의한 해결됨을 전제로 규정하고 있으므로, 강제동원도 피고를 상대로 한 개별적인 소송에 의하기보다는 대한민국과 피고 사이의 별도의 협정에 의하여 해결되어야 할 사항으로 봄이 타당하다'고 하면서, 일본군 위안부 피해자들에 대한 강제동원도 2012년 ICJ 판결 다수 의견이 판시한 "법정지국의 영토 내에서 무력분쟁 과정에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위"에 해당한다고 판시하였습니다.

2) 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 '무력분쟁'은 사실적 개념이며 복수의 무장세력이 실재하여 무력분쟁이 발생하고 있는 사실상의 상태를 의미한다는 점에서, 원고들을 비롯한 일본군 위안부 피해자들이 강제동원 될 당시는 무력분쟁 상태에 있었다고 볼 수 없습니다. 원고 등을 기망, 납치, 유괴한 1930년대 후반~1940년대 당시, 태평양전쟁의 전선은 중국, 동남아시아, 남양군도 등이었고 당시 한반도는 무력분쟁이 발생하는 지역이 존재하지 않았습니다. 특히, 원고들 대부분이 집에 거주하고 있던 중 순사나 신분을 알 수 없는 성산업자의 강제 또는 기망의 방식으로 강제연행이 이루어진 점에 비추어 보더라도, 이 사건 피고의 불법행위를 무력분쟁 수행과정에서 발생한 행위로 보기 어렵습니다.

서울중앙지방법원 2016가합505092 판결도 '국가면제 이론에서는 '무력분쟁(전쟁)

수행 중'에는 예측불가능한 손해 발생이 예정되어 있으므로 이때에 행하여진 행위에 대하여는 재판권이 면제되어야 한다고 보고 있으나, 태평양전쟁의 전선은 중국, 동남아시아, 남양군도 등이었고 당시 한반도는 전쟁의 장소가 아니었다. 따라서 일본제국이 '위안부' 동원을 위하여 원고 등을 기망, 납치, 유괴한 행위는 '무력분쟁 수행 과정 중'에 발생한 것이라고 보기도 어렵다.'고 판시하였습니다.

3) 더욱이, 1951년 샌프란시스코 강화조약도, 한일 관계가 무력분쟁 상황이 아니었다는 전제 하에, 대한민국이 배제된 상태에서 체결되었습니다.

원심법원은 마치 1965년 청구권협정이 무력충돌에 따른 일괄 협상으로 체결된 것처럼 주장하는데, 이는 대법원 판결에도 명백히 위반됩니다. 대법원 2013다61381 전원합의체 판결에 따르면, 한국은 샌프란시스코 조약의 조인당사국이 아니어서 제14조 규정에 의한 승전국이 향유하는 '손해 및 고통'에 대한 손해배상청구권을 인정받지 못하였으며, 청구권협정은 일본의 불법적 식민지배에 대한 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 기본적으로 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 식민지 분리에 따른 한일 간의 재정적 · 민사적 채권 · 채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것이었습니다**(대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결)**. 즉, **샌프란시스코 조약이나 1965년 청구권협정은 식민지 분리에 따른 한일간의 재산 문제를 해결하기 위한 것이었을 뿐, 원심판결과 같이 피해자 등에게 발생한 손해배상의 문제를 해결하기 위한 것이 아니었습니다.**

4) 원심법원은, 피해자들도 헌법소원(2006헌마788) 사건에서 자신의 피고에 대한 손해배상청구권 문제가 청구권협정에 의하여 해결될 다툼임을 전제로 대한민국의 부작위 위헌성을 주장하였다고 판시함으로써 일본군 위안부 피해자들의 노력까지 왜곡하였습니다.

일본군 위안부 피해자들은 오랜 기간 반인도적인 불법행위에 대하여 피고 일본국에 법적 책임을 구하면서 일본국과 국제사회에 호소하였습니다. 한국 정부는 2005년 1월 청구권협정과 관련한 일부 문서를 공개한 후 구성된 '한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회'에서 일본군 위안부 문제는 일본 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위에 해당하여 일본 정부의 법적 책임이 남아 있다고 발표하였습니다. 그런데, 일본정부는 1965년 청구권협정에 의해 해결되었다고 주장하면서 그 책임을 회피하였습니다. 이에, 피해자들은 한국정부에게, 권리실현의 걸림돌이 되고 있는 1965년 청구권협정의 문제를 해결해 달라고 요구하면서, 피해자들의 배상청구권이 1965년 청구권협정에 의해 소멸되었는지 여부에 관해 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 의해 해결하지 않은 것은 위헌이라는 헌법소원을 제기하였습니다. 이처럼, 일본군 위안부 피해자들의 주장은, 그들의 피해가 1965년 청구권협정에 의해 해결되어야 한다는 것이 아니라, 피해자들 각자가 보호받아야 손해배상청구권이 있는데 피고 일본국이 1965년 청구권협정에 의해 해결되었다고 주장하니까 한국정부가 이 문제를 해결해야 한다는 것이었습니다. 헌법재판소 역시 '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 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가진다'고 보고 피해자들의 손해배상청구권을 인정하였습니다.

5) 원심법원은, 기본적으로 일본군 위안부 문제는 피해자들의 개별 청구가 아니라 국가간 협약에 의해 해결되어야 한다는 입장에 기초하여 원고들의 이 사건 청구를 각하하였습니다. 그러나 **대법원 2013다61381 전원합의체 판결**과 비교해 보더라도, 원심판결은 지나치게 일본군 위안부 피해자들의 권리를 제한할 뿐만 위 대법원 판결의 취지에도 반합니다.

대법원 전원합의체는 강제동원 피해자들이 일본 정부에 대해 제기한 손해배상청구소송에서, 아래와 같이 일본 정부가 불법행위의 존재 및 그에 대한 배상책임의 존재를 부인하는 이상 강제동원 위자료청구권이 1965년 청구권협정에 포함된다고 볼 수 없다고 하면서 피해자들의 손해배상청구권을 인정하였습니다.

① 일본 정부는 중일전쟁과 태평양전쟁 등 불법적인 침략전쟁의 수행과정에서 기간 군수사업체인 일본의 제철소에 필요한 인력을 확보하기 위하여 장기적인 계획을 세워 조직적으로 인력을 동원하였고, 핵심적인 기간 군수사업체의 지위에 있던 구 일본제철은 철강통제회에 주도적으로 참여하는 등 일본 정부의 위와 같은 인력동원정책에 적극 협조하여 인력을 확충하였다. ② 원고들은 당시 한반도와 한국민들이 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.

위 대법원 전원합의체는 구 일본제철의 피해자들에 행위가 당시 일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위에 해당한다고 판단하였는데 그 논거 중 하나가, 일본정부가 침략전쟁의 수행과정에서 기간 군수업체에 필요한 인력 확보를 위해 조직적으로 인력을 동원하였는데 일본기업이 일본 정부의 인력동원정책에 적극 협조하여 인력을 확충하기 위해 피해자들을 강제로 동원하였다는 것입니다.[35] 일본군 위안부 피해 문제도, 침략 전쟁 수행을 하는 피고 군대의 전투력 보존을 위한 군사적인 목적에서 일본군 위안부 피해자들을 강제동원하였다는 점에서 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위입니다. 그러므로, 일본군 위안부 피해 문제가 한일 양국간 합의로 원만하게 해결될 수 있겠지만(2015한일합의를 인정하는 것은 아닙니다), 설사 합의가 이루어지지 않았다고 하여 피해자들이 개별적으로 손해배상을 청구할 수 없는 것은 아닙니다. 이처럼, "피해를 조약으로 해결해야하는지 여부"가 '무력분쟁'의 여하를 결정하는 것은 아니라는 것입니다.

35 참고로, 위 대법원 전원합의체의 소수의견은 '국제법상 전후 배상문제 등과 관련하여 주권국가가 외국과 교섭을 하여 자국국민의 재산이나 이익에 관한 사항을 국가간 조약을 통하여 일괄적으로 해결하는 이른바 '일괄처리협정(lump sum agreements)'은 국제분쟁의 해결·예방을 위한 방식의 하나로서, 청구권협정 체결 당시 국제관습법상 일반적으로 인정되던 조약 형식이다. 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'고 하면서, 강제동원 피해자들의 손해배상청구가 1965년 청구권협정에 포함된다고 보았습니다.

라. 소결

이와 같이, ▲ 무력충돌 상황에서도 국제인도법뿐만 아니라 국제인권법이 적용되고 「피해자 권리 기본원칙」에 따라 국제인도법의 중대한 위반에 대해서도 피해자들의 실효적인 권리 구제를 보장해야 하며, 일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위에 대해서는 헌법재판소와 대법원 전원합의체 모두 피해자들의 손해배상청구권을 인정하고 있습니다.

따라서 무력분쟁과 관련한 원심판결은 국제법 및 헌법재판소 2006헌마788 결정과 대법원 2013다61381 전원합의체 판결에 명백히 위반되므로 취소되어야 할 것입니다.

4. 국가면제 법리의 적용이 헌법질서에 부합하는지 여부

가. 원심판결 및 항소이유의 요지

1) 원심법원은, 이 사건에 국가면제의 국제관습법을 적용하더라도 원고들의 재판청구권 또는 인간으로서의 존엄과 권리를 부당하게 제한하여 우리 헌법질서를 위반하게 되는 것은 아니라고 판단하였습니다(판결문 제59-78면 참조). 특히 원심은 2015한일합의를 대체적인 권리구제수단으로 보고 피고 일본국의 주장대로 일본군 위안부 문제가 해결되었다는 전제 하에 국가면제를 인정하여 원고들의 재판청구권이 제한되더라도 최소침해의 문제는 발생하지 않는다는 취지로 판시하였습니다.

2) 원심판결이 설시한 '대체적 권리구제 수단'의 의미가 무엇인지 명확하지 않으나, 이러한 원심판결은 2015한일합의로 피해자들의 손해배상청구권이 실현되지 않았다는 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2016헌마253 판결에도 명백히 위배됩니다.

피해자들은 2015한일합의가 '피고 일본국의 사실이 인정 및 법적 책임'을 전제로 하지 않았기 때문에, "2015한일합의에도 불구하고" 신체의 자유와 인간으로서의 존엄을 회복하기 위한 손해배상청구권의 실현을 위하여 이 사건 소송을 제기하였습니다. 그런데 원심법원은, 2015한일합의가 피해자들의 인권에 어떠한 영향을 미치는지 심리도 하지 않고, 피해자들의 의사를 왜곡하면서까지 2015한일합의를 이유로 피고 일본국에

완벽한 면죄부를 주었습니다.

3) 재판청구권은 기본권을 실현하기 위한 기본권으로서, 그 행사를 통해 보호하고자 하는 실체적 기본권을 고려하여 엄격한 심사기준을 적용할 필요가 있습니다. 피해자들의 인간으로서의 존엄을 해하는 2015한일합의를 근거로, 일본군 위안부 피해와 같이 중대한 인권 침해 사건에까지 국가면제의 예외를 인정하지 않고 국가면제를 그대로 적용하는 것은, 헌법 제10조(인간의 존엄과 권리), 제27조(재판청구권), 제37조 제2항(기본권의 본질적인 침해금지)에 위반되는 것으로, 인류의 보편적 인권사상에 부합하지 않고, 우리 헌법 질서에도 부합하지 않습니다.

또한, 이 사건 소송이 국제법을 심판대상으로 하는 사건임을 고려하여 국제법 존중주의라는 명분 하에 완화된 비례성 심사를 적용하더라도, 이 사건에서 원고들의 기본권(즉, 인간의 존엄과 가치에 대한 최소한의 회복 및 재판청구권)을 보호해야 하는 이익과 그 당위성은, 여전히 국제법을 존중해야 하는 공익(예를 들어 국가적 위신, 국제질서 등)보다 현저히 크다고 할 것입니다. 결국, 어느모로 보나 이 사안에서 국가면제를 제한하는 것은 합리적이고 정당한 결론이라고 하겠습니다.

4) 이하에서는 '국가면제로 인한 재판청구권 제한'에 관한 국내외 주요 판례들을 선행하여 검토한 후, 국가면제의 국내적 수용과 관련하여 '국제관습법의 국내법상 효력 및 위계', '국제관습법의 규범통제방법', '국내법원의 위헌심사기준 및 그에 따른 위헌성 여부' 에 대해 구체적으로 살펴보겠습니다.

나. 국내법상 국가면제에 따른 기본권 제한 및 위헌심사

1) 국제관습법의 국내법상 효력 및 위계

국제관습법의 국내법상 효력 및 위계에 관해서는 여러 견해가 있는데, 대한민국 헌법은 법률보다 국제관습법의 우위를 명시하고 있는 독일 기본법 제25조와 달리 조약과 국제관습법을 구별하지 않고 국내법과 같은 효력을 갖는다고 규정하고 있습니다. 즉, 국제관습법은 법률과 같은 효력을 가진다고 보는 것이 타당합니다.[36]

2) 국제관습법에 대한 법원의 규범통제

헌법재판소는 일반적으로 승인된 국제법규의 위헌심사권한도 자신에게 전속된다고 하여 국제관습법의 위헌심사를 긍정하고 있습니다[헌법재판소 2013.3.21. 2010헌바70 · 132 · 170(병합) 결정]. 법원 역시 일상적인 법률의 해석 및 적용 과정에서 최고규범인 헌법적 구속 내에서 법률을 해석해야 할 의무가 있고, 자신이 채택한 법률해석이 헌법에 합치적인 것인지 여부를 상시적으로 결정해야 합니다. 법원의 합헌적 법률해석을 통한 헌법판단 역시 넓은 의미에서의 헌법재판에 포함되며, 실질적 의미에서 규범통제에 해당한다고 할 것입니다.[37] 이에 따라 법원은 국제관습법을 인정하여 재판규범으로 삼기 위해서는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 않도록 해석, 적용하고 있습니다. 앞서 살펴본 대로 국제관습법과 국내 법률의 효력이 동일하므로, 법률에 적용되는 헌법적 규범 통제가 국제관습법에도 적용된다고 봄이 타당합니다. 또한, 국제법(또는 국제관습법)과 국내법의 합치의 추정을 하여 양자가 충돌하지 않도록 해석해야 할 것이고, 사안의 헌법적, 사회적 중요성을 고려하여 충돌하는 여러 이익들을 형량하여 그 적용 여부를 판단해야 할 것입니다.

이 사건에서도, 국가면제 법리라는 국제관습법을 적용함에 있어서, 중대한 인권침해에 대해 그 피해를 구제할 헌법적 필요성이 현저하고 시급한 점, 헌법의 기본질서로서 기본권 보장을 지키기 위해 국제법의 국내적 수용에 일정한 한계가 필요한 점 등을 고려하여 법원의 규범통제가 필요하다고 할 것입니다. 참고로, 서울중앙지방법원 2016가합505092 판결과 원심판결 모두 이 사안에서 규범통제를 진행하였습니다.

---

36 원심판결도 명시적으로 "국제 관습법도 국내 법률과 동일한 효력을 갖는 규범"이라는 점을 설시하였습니다(판결문 제36쪽 참조).

37 이종엽·김주경, 법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기준 연구, 사법정책연구원(2018), 12면.

3) 국제관습법에 따른 재판청구권 등의 제한과 위헌심사기준

가) 헌법상 기본권의 보장

▲ 인간의 존엄과 가치(헌법 제10조)

원고들이 이 사건 소송을 제기한 이유는, 단지 2015년 한일합의에 '충분히 만족하지 않아서'라든가 '(일본 정부나 미디어의 주장대로 표현하자면) 정서적인 문제'로 인한 것이 아니라, '인간으로서의 존엄과 가치 회복'을 위한 손해배상청구권의 실현이며 이는 그간 존중 받지 못하고 경시되었던 인간의 존엄과 가치에 대한 최소한의 회복(원상회복이면 좋겠으나 이는 불가능한 것으로 생각되므로)에 다름 아닙니다.

원고들은, 피해자들이 일본군인에 의해 무참히 짓밟힌 인간으로서의 숭고한 존엄과 가치를 회복하고자, 대한민국 헌법에서 기본권 실현의 수단으로 보장하고 있는 재판청구권을 행사한 것입니다.

헌법재판소도 2006헌마788 결정에서 "인간의 존엄성은 최고의 헌법적 가치이자 국가목표규범으로서 모든 국가기관을 구속하고, 국가는 인간의 존엄성을 실현하여야 할 의무와 과제를 안게 된다. 인간의 존엄성은 국가권력의 한계로서 국가에 의한 침해로부터 보호받을 개인의 방어권일 뿐만 아니라, 국민이 제3자에 의하여 인간의 존엄성을 위협받을 때 국가는 이를 보호할 의무를 부담한다"고 하면서, "일본군 위안부 피해는 일본국과 일본군에 의해 강제로 동원되고 그 감시 아래 일본군의 성노예를 강요당한 것에 기인하는 것으로, 달리 그 예를 발견할 수 없는 특수한 피해이다"고 확정한 다음, "일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위에 대하여 일본군 위안부 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일 뿐만 아니라, 그 배상청구권의 실현은 무자비하게 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로, **그 배상청구권의 실현을 가로막는 것은 헌법상 재산권 문제에 국한되지 않고 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이 있다**"고 판시하였습니다(헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정).

원심판결은 위헌심사기준을 적용함에 있어 원고들의 침해되는 기본권을 '재판청구권'으로만 전제하여 판단하였으나, '인간의 존엄과 가치(헌법 제10조)'도 중요한 판단 요소입니다.

▲ 재판청구권(헌법 제27조)

헌법재판소는 2015헌바77, 2015헌마832(병합) 결정에서 "**재판청구권은 실체적 권리의 구제를 위해 국가로부터 적극적인 행위, 즉 권리구제절차의 제공을 요구하는 청구권적 기본권으로서**, 입법자에 의한 구체적인 제도 형성을 필요로 한다."고 하였다. 이에 덧붙여서 "재판청구권은 기본권이 침해 당하거나 침해 당할 위험에 처해 있을 때 그에 대한 구제 또는 예방을 요청할 수 있는 권리라는 점에서 **다른 기본권의 보장을 위한 기본권이라는 성격을 가지고 있으므로 재판청구권에 관한 입법재량에도 한계가 있을 수밖에 없다**"고 전제하면서, "**법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만 제공할 뿐 권리구제의 실효성이 보장되지 않는다면 이는 헌법상 재판청구권을 공허하게 만드는 것이므로 입법재량의 한계를 일탈한 것으로 보아야 한다**"고 판시하였습니다. 이는 재판에 대한 권리(이탈리아 헌법 제24조)가 침해된 개인의 권리와 존엄의 회복이라는 헌법적 가치를 담보하기 위한 일종의 보호장치라고 판시한 이탈리아 헌법재판소 결정(No. 238/2014)과 유사한 내용으로서 우리 헌법재판소 역시 헌법 제27조에서 보장하는 재판청구를 통한 권리구제가 다른 기본권의 보장을 위한 기본권으로서 헌법 질서의 근간 중 하나라고 판단하고 있습니다(헌법재판소 2018. 12. 27. 선고 2015헌바77, 2015헌마832(병합) 결정).

이처럼 헌법재판소는 우리 헌법 제27조의 재판청구권은 기본권이 침해당하거나 침해당할 위험에 처해 있을 때 그에 의한 구제 또는 예방을 요청할 수 있는 권리로서 다른 기본권의 보장을 위한 기본권이라고 판시하는 한편 재판청구권에 관한 입법재량에도 한계가 있다고 설시하였습니다.

나) 위헌심사기준에 대한 원심판결의 문제점 – 과잉금지원칙 위반에 따라 심사해야 함

(1) 위헌심사기준에 대하여

재판청구권은 입법자가 법률로써 재판절차 및 법원조직을 마련해야 보장될 수 있는데, 재판청구권의 위헌심사기준과 관련하여 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 그

대로 적용할 수 있는지에 대해 논란이 있습니다.[38] 헌법재판소 역시 통일되지 않고 사안에 따라 합리성 심사를 하거나 과잉금지원칙을 적용하기도 하는 등 서로 다른 기준들을 적용하고 있습니다. 따라서 재판청구권의 위헌심사기준은 구체적 사안에서 해당 문제가 ▲ 입법형성의 문제인지 아니면 기본권 제한의 문제인지, ▲ 실제로 문제되는 것이 재판청구권이 보호하려는 실체적 기본권에 대한 제한인지, ▲ 사법절차에의 접근이 문제되는지 아니면 사법절차에서의 문제인지 등을 개별적으로 고려하여 결정할 필요가 있습니다.

그런데 원심은 국제관습법이 법률의 효력을 가진다는 전제 하에 위헌심사기준을 적용하여 헌법적 판단을 하였으나 ▲ 국가면제로 인한 재판청구권의 제한을 입법형성의 문제 또는 재판청구권의 내재적 한계 문제로 잘못 판단하였을 뿐 아니라, ▲ 완화된 위헌심사 기준으로 판단한 위법이 있습니다.

(먼저 위헌심사 기준의 문제에 대해 살펴본 뒤, 별도의 항에서 완화된 위헌심사의 문제에 대해 살펴보겠습니다)

(2) 위헌심사기준에 관한 원심판결의 부당성

(가) 원심판결은 "재판청구권은 절차적 기본권으로서 원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하므로 자유권적 기본권의 경우와 비교해 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정되나, 입법자는 그러한 입법을 할 때에도 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙을 준수해야 하고, 특히 당해 입법이 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 안 되며 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다(헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2009헌바297 결정)"는 헌법재판소의 판시를 인용하였는데, **이는 원심판결이 '국가면제로 인한 재판청구권의 제한'을 입법형성의 문제로 파악하고 있음을 보여줍니다.**

원심의 이러한 법리 오해의 점은 침해의 최소성과 관련하여 이어지는 판시에서도

38 일례로, 비록 재판청구권의 형성에 있어 광범위한 입법재량이 인정된다고 할지라도, 일단 법률을 통해 재판청구권의 보호영역이 확정된 이상 이에 대한 축소는 기본권의 제한에 해당하므로 과잉금지원칙에 따른 심사를 해야 한다는 견해가 있고[김종철, "인지(印紙) 제도에 대한 헌법적 검토: 헌법원리와 재판청구권을 중심으로", 법과 사회 50호(2015), 13면)], 입법자의 형성권이 자유권에서 보다는 더 넓게 인정되므로 변형된 과잉금지원칙이 적용되어야 한다는 견해 역시 존재합니다[허완중, "기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석", 헌법논총 30호 (2019), 43-44면].

확인할 수 있습니다. 원심은 "헌법상 재판청구권은 법률에 의하여 그 내용과 범위가 정해지는 권리로서 **당연히 본안 판단을 받을 수 있는 권리를 의미하지 아니하므로, 법률과 동일한 효력을 갖는 국제관습법에 따른 내재적 제약이 전제된 권리**로 보아야 한다"고 보았고, 이에 더해 "대한민국 법원에서 재판받을 권리도 대한민국 법원의 '재판권'을 전제로 한 것으로 보아야 하는데, 일반적으로 승인된 국제법규에 따라 재판권에 제약이 있는 경우, 재판청구권의 내용도 그만큼 제한될 수밖에 없으므로", "(중략) 국가면제의 법리에 따라 본안 판단에 나아가지 못하게 된다 하더라도 헌법상 재판청구권을 침해 했다거나 또는 실체법상의 권리를 형해화 한다거나 왜곡시키는 것으로 볼 수도 없다" 고 판단하면서, **'내재적 제약' 및 '재판청구권의 제한'**이라는 용어를 사용하였습니다.

원심이 설시한 '내재적 제약' 또는 '재판청구권의 제한'의 의미가, 국제관습법에 따라 재판청구권의 보호영역이 형성된다는 것인지, 재판청구권 자체를 곧바로 제한한다는 것인지, 아니면 헌법상 재판청구권의 '내재적 한계' 이론[39]을 주장 하는 것인지 명확하지가 않으나, '국가면제'를 재판청구권에 원래부터 선험적으로 '내재된 요소'로 보고 국가면제 법리가 재판청구권을 입법적으로 형성하는 것으로 보아 입법자의 넓은 재량을 인정하여 완화된 심사를 한 것으로 보입니다. 즉, 원심은 형식상으로는 과잉금지원칙에 따라 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익 균형성을 모두 고려하여 판단을 하였지만, 위와 같이 국가면제 법리를 재판청구권의 내재적 한계 문제로 이해함으로써 매우 완화된 심사를 한 것입니다.

그러나 재판청구권 제한의 위헌여부를 심리함에 있어서는 실효적인 권리보호라는 관점에서 침해되는 실체적 기본권을 고려하여야 합니다. 특히, 이 사건의 경우 국제인도법 및 국제인권법의 중대한 위반, 즉 대규모의 조직적 위반으로 인하여 극심한 피해가 발생하였고, 재판청구권은 다른 기본권을 보장하기 위한 핵심적 기본권이며, 인간의 존엄 및 불가침의 기본적 인권보장에 관한 헌법 제10조와 재판청구권을 보장하는

39 이 견해는 권리구제절차의 개설은 권리보호를 구하는 자에게 실제로 보호를 제공할 수 있어야 의미가 있다는 것으로서, 이는 재판청구권에 내제된 본질적인 요소로서 그의 존재의미이자 헌법적 목적이라는 해석입니다(한수웅, 헌법학 제9판, 법문사 919면).

제27조로부터 효과적 사법보호권을 도출할 수 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 이탈리아 헌법재판소와 같이 '우월한 공익'이 존재하는지에 대한 엄격한 심사기준을 적용하는 것이 타당합니다. 만약 원심이 과잉금지원칙에 따른 위헌심사를 진행하였다면, 단순히 원고들의 재판청구권을 '사익'으로 보는 것에 그치지 않고 이 사건 손해배상청구권의 구체적인 내용과 중대성에 대한 판단을 선행한 후, 국가면제라는 '공익'과의 비교형량을 거쳤어야 합니다.

따라서, 국가면제에 관한 국제관습법이 재판청구권을 입법적으로 형성하는 것으로 보고 입법자의 넓은 재량을 인정하여 완화된 심사를 하기보다는, 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한으로 보고 과잉금지원칙에 따른 심사를 하는 것이 타당하다 할 것입니다.

다. 국가면제의 적용과 과잉금지의 원칙 위반 여부

1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

가) 원심은 "헌법 제6조 제1항은 '헌법에 의하여 체결 · 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다'라고 정하여 **국제법 존중주의**를 천명하고 있고, 국제 관습법상 인정되는 국가면제의 법리는 민사소송에서 외국에 국가면제를 부여함으로써 **타국의 주권을 존중하여 국가 간의 선린관계를 증진하기 위한 것**이므로, 이러한 국가면제의 적용은 헌법이 정한 국제법 존중주의라는 헌법가치를 추구하기 위한 것으로서 목적의 정당성이 인정된다"고 판시하였습니다(판결문 제61쪽). 그러나 이 사건과 같은 중대한 인권침해로 인한 손해배상청구 소송에서 아무런 제한 없이 국가면제 법리를 적용하는 것은 국제법에 대한 존중으로 볼 수 없습니다.

나) '국제법'에는 국제인권법, 특히 강행규범도 포함된다는 점이 간과되어서는 안 됩니다. 국가에 의해 자행된 살인, 강간, 고문 등과 같은 중대한 인권침해에 대해 국가면제를 인정하게 되면, 오히려 국제사회 공동의 이익이 위협받게 되고 국가 간 우호관계를 해하는 결과를 야기할 수 있습니다.

2차 세계대전 이후 세계인권선언으로 시작한 국제인권법의 발달로 개인도 다양한 국제인권조약 및 관습법상의 권리 주체로 인정되고 있습니다. 더구나 국제인권법이 주창하는 피해자 중심주의는 국가 중심의 전통적인 국제법질서를 극복하고 피해자의 인권을 실현할 수 있는 국제법상의 절차와 방법을 강화가 필요하다는 국제사회의 목소리가 반영된 결과입니다. 일례로, 유럽인권협약 제41조 및 미주인권협약 제63조를 비롯하여 『국제형사재판소 설치에 관한 로마규정』 제75조 등 다수의 국제법 조약들은 이미 2000년대 초반부터 국가의 위법행위로 피해를 입은 개인에게 배상을 포함한 적절한 구제조치를 취할 것을 규정함으로써 국가 대 국가가 아닌, 가해국 대 피해자 개인의 관계를 다루어 왔습니다. 자유권규약, 사회권규약, 고문방지협약, 여성차별철폐협약 등 주요 국제인권조약 또한 인권을 침해 받은 피해자 개인이 권리 구제를 청구할 수 있도록 진정제도를 도입하였으며, 동시에 인권침해 피해에 대해 실효성 있는 구제를 받을 권리를 독립적인 인권으로 인정하고 있습니다. 대표적으로 자유권규약 제2조 제3항의 '실효성 있는 구제에 대한 권리'는 의무이탈이 불가능한 권리라는 것이 자유권위원회의 해석입니다.

나아가 국제인권법은 피해자의 권리와 관련하여, 국가가 실효성 있는 구제를 제공해야 할 작위의 의무와 실효성 있는 구제에 대한 피해자의 권리 실현을 저해하지 않아야 할 부작위 의무, 두 가지 모두를 국가의 의무로서 요구하고 있습니다. 일차적인 인권침해로 국제인권법을 위반한 국가가 그 피해에 대해 「피해자 권리 기본원칙」에 기반해 실효성 있는 구제 제공의 의무를 다해야 함은 기본입니다. 특히, 1차적인 인권침해 가해국이 아니라 하더라도 어떠한 국가든 자국 관할권 내에 있는 피해자들의 실효성 있는 구제에 대한 권리를 존중해야 할 의무가 있습니다. 또한, 국가는 자국 관할권 내에 있는 피해자들이 효과적 구제를 받지 못한 채 인권침해로 인한 피해로 계속 고통을 받고 있다면, 피해자의 정의에 대한 권리, 배상에 대한 권리, 진실에 대한 권리를 존중, 보장받을 수 있도록 지원해야 할 적극적 의무도 있습니다.

다) 원심판결은 수차례에 걸쳐 국제법 존중주의를 강조하고 있습니다. 하지만, 원심판결이 언급한 국제법에 피해자의 권리와 피해자 중심주의를 적극적으로 보장하고 있는, 대한민국이 가입 비준한 주요 국제인권조약 및 국제인권법에 대한 고려가 없다는 점에서 국제법 존중주의의 실질적인 내용이 반영되었다고 보기 어렵습니다. 오히려 이 사건과 같이 중대한 인권침해와 반인도범죄가 자행된 경우까지 국가면제를 부여하여 피고 국가의 범죄에 대한 손해배상청구에 엄폐물을 제공하는 것은 국제사회 공동

의 이익이 위협받게 되고 국가 간 우호관계를 저해하는 일이 될 것임이 분명합니다. 따라서 원심판결과 같이 모호한 국제법 존중주의라는 목적의 정당성이 인정될 수 있는지 의문입니다.

라) 백번 양보하여 목적의 정당성을 인정한다고 하더라도, 마찬가지 이유로 중대한 인권침해에 대한 국가면제의 부여는 "민사소송에서 외국에 국가면제를 부여함으로써 타국의 주권을 존중하여 국가 간의 선린관계를 증진"하는 목적의 달성에 적합한 수단이라고 보기도 어렵습니다.

2) 침해의 최소성

가) "헌법상 재판청구권은 법률에 의하여 그 내용과 범위가 정해지는 권리로서 당연히 본안 판단을 받을 수 있는 권리를 의미하지 아니하므로, 법률과 동일한 효력을 갖는 국제관습법에 따른 내재적 제약이 전제된 권리로 보아야 한다"는 원심판결의 부당성

(1) 원심법원은 '헌법 제27조 제1항이 정한 법률에 의한 재판에서 "법률"에는 헌법 제6조 제1항의 일반적으로 승인된 국제법규도 포함되므로, 헌법상 재판청구권에는 국제관습법에 따른 국가면제가 내재적인 제약으로 전제되어 있으며, 따라서 국가면제에 관한 국제관습법을 적용한 결과 피해자들이 본안 판단을 받지 못하게 된다 하더라도 이를 재판청구권의 침해라고 볼 수 없다'고 판시했습니다(판결문 제62면).

그러나 전술한 바와 같이 국가면제에 관한 국제관습법은 관할권 성립에 관한 금지적 규칙에 해당하므로, 국가면제를 적용하는 것은 법원조직법과 같이 '법률'로 재판청구권을 '형성'하는 것이라고 보기 어렵고 '법률'에 의한 재판청구권을 제한하는 법률에 해당합니다. 그렇다면 기본권의 제한에 대한 '헌법적 판단'을 거쳐야하며, 단순히 '법률'에는 국제관습법도 포함된다는 이유로 별도의 논증 없이 국가면제를 재판청구권의 '내재적 제약'이라고 보는 것은 타당하지 않습니다. 더구나 '법률에 의한 재판을 받을 권리'에서 '법률'은 합헌적 법률을 의미하므로, 구체적 사건에서 국가면제에 관한 국제관습법의 적용이 헌법질서에 합치되지 않는다면 이를 입법형성에 있어서의 내재적 제약으로 인정하여서는 안될 것입니다.

일반적 금지조항에 대한 위헌심사에서는 금지조항이 적용될 수 있는 구체적인 사정을 고려하여 예외조항을 두고 있는지의 여부가 피해의 최소성에 대한 판단에서 중요한 고려요소가 됩니다.[40] 또한 심판대상조항에 근거한 불이익한 제도가 회복할 수 없는 권리침해를 초래하는지 여부와 보다 덜 침해적인 방법이 있는지 여부 등도 피해의 최소성 판단에서 중요한 고려요소입니다.[41] 특히 재판청구권의 경우, 당해 입법이 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 안 되며 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 합니다.

그런데 원심법원이이 인정한 국가면제 법리에 의하면, 외국이 '주권적 행위'를 한 것으로 인정되기만 하면 피해자들은 예외 없이 재판청구권을 박탈당하고 중대한 인권침해를 저지른 경우라도 사법적 구제를 구할 수단이 전혀 없어 회복이 불가능한 손해를 입게 될 것입니다.

나) '2015한일합의에 의하여 피해자들에게 대체적인 권리구제수단이 객관적으로 존재한다'는 원심판결의 부당성

(1) 원심판결의 요지

원심법원은 ▲ 2015년 한일 합의는 대한민국이 그 국민인 위안부 피해자들이 피고로부터 당한 피해 회복을 목적으로, 위안부 피해자들이 피고 국내 법원에서의 소송절차 등을 거친 이후, 피고와의 외교적 교섭에 의한 결과로 보아야 하는 점, ▲ 위 합의는 그 문언상 피고가 위안부 피해자들에 대한 사죄와 반성의 내용을 담고 있고 위안부 피해자들의 피해 회복을 위한 재원을 피고 정부의 자금으로 조달하고 있는 점 등을 종

40 이종엽·김주경, 법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기준 연구, 사법정책연구원(2018) 53면. 예를 들어 헌법재판소는 '외교기관 인근에서의 집회의 경우에는 일반적으로 고도의 법익충돌위험이 있다'는 예측판단을 전제로 하여 이 장소에서의 집회를 원칙적으로 금지할 수는 있으나, 과도한 기본권제한의 가능성이 완화될 수 있도록 일반적 금지에 대한 예외조항을 두어야만 비례의 원칙에 부합하는 것임에도, 위 조항은 전제된 위험 상황이 구체적으로 존재하지 않는 경우에도 예외 없이 금지하고 있으므로 최소침해의 원칙에 위반된다고 결정하였습니다(헌재 2003. 10. 30. 20000헌바67 등).

41 이종엽·김주경(주40), 54면. 예를 들어 헌법재판소는 법위반행위가 이후 재판에서 무죄로 확정된다면 결국 행위자에게 죄가 되지 아니하는 사실에 대하여 죄가 되는 것으로 일반에 공표하도록 강제하는 것이 되어 행위자에게 회복할 수 없는 권리침해를 가져오며, 공정거래위원회가 행위자로 하여금 '공정거래법을 위반하였다는 사실을 인정하여 공표'하라는 과징조치 대신 '법위반 혐의로 인하여 시정명령을 받은 사실의 공표'라는, 보다 가벼운 수단을 택하게 하는 방안도 검토될 수 있음에도 불구하고, 법위반사실을 인정케 하고 이를 공표시키는 명령은 기본권을 과도하게 제한한다고 판단하였습니다(헌재2002.1.31.2001헌바43).

합하면, 위 합의는 외교적 보호권 행사의 일반적인 요건을 갖추고 있을 뿐 아니라 위안부 피해자들의 피해 회복을 위한 피고 정부 차원의 조치를 내용으로 하고 있으므로, 위안부 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권에 관한 대체적인 권리구제수단을 마련하기 위한 것에 해당한다고 판단하였습니다. 원심법원은 위와 같은 판단에 더해, ▲ 2015년 한일 합의 과정에서 대한민국은 피해자의 동의를 얻지 못했고 최종 합의안에 대해서도 피해자들 동의를 얻지 못했으나 협상 과정에서는 피해자 또는 피해자 단체의 의견을 수렴하는 절차를 거쳤던 점, ▲ 2015년 한일 합의에 따라 화해치유재단의 현금 지원사업이 진행되어 생존 위안부 피해자들 중 상당수가 이를 수령하였으므로 위 합의가 위안부 피해자들의 의사에 명백히 반하는 것으로 단정하기 어려운 점, ▲ 2015년 한일 합의는 이전 행정부의 외교적 노력 결과로 만들어낸 피고 조치에 피해 상대적으로 진전된 내용을 담고 있을 뿐 아니라 그 이후에도 이보다 진전된 내용의 조치가 이루어졌다고 볼 만한 자료도 없는 점, ▲ 헌법재판소 2006헌마788 결정은 '대한민국이 청구권협정 제3조에 정한 절차에 나아가지 아니한 부작위'에 관한 위헌성을 확인한 것일 뿐으로, 실제 구체적인 외교적 보호권 행사를 한 경우 그 내용과 방식에 관해서 재량권 범위를 한정한 것이 아니어서 이 사건에 적용하기 부적절한 점, ▲ 외교적 협상을 함에 있어서 최종 합의안에 대해 피해자들 동의를 받아야 한다는 것이 외교적 보호권 행사의 방식에 관한 구속력 있는 법규범으로 확립되었다고 보기 어려운 점, ▲ 2015년 한일 합의는 정식 조약으로 체결되지 아니한 정치적 합의에 해당하므로, 합의 내용으로 인해 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구권 존부와 범위가 종국적으로 확정되거나 처분되는 등의 실체법적인 효과가 발생하였다고 볼 수 없는 점, ▲ 2015년 한일 합의가 정치적 합의라는 한계가 있으나, 그럼에도 불구하고 2015년 한일 합의와 이에 따른 후속조치에 의하여 일본군 '위안부' 피해자들에게 대체적인 권리구제수단이 마련되었다는 것 자체를 부정하기 어렵다는 점, ▲ 대한민국 행정부가 2015년 한일 합의의 문제점을 강조하고 합의의 효력을 부정하는 것으로 비춰질 수 있는 태도를 취하기는 하였으나, 아직도 합의는 대한민국과 피고 사이에 유효하게 존속하고 있다는 점 등의 이유를 들어, 2015년 한일 합의가 외교적 보호권 행사에 관한 재량권을 일탈 · 남용하였다고 볼 수도 없다고 보았습니다.

아래에서는 원심법원의 판단에 대해 우선 2015년 한일 합의가 외교적 보호권 행사를 통한 대체적인 권리구제수단에 해당하는지 여부를 검토한 뒤, 2015년 한일 합의의 구체적인 내용이 외교적 보호권 행사에 관한 재량권을 일탈 · 남용하였는지에 관하여 살펴보도록 하겠습니다.

(2) 2015년 한일 합의가 외교적 보호권 행사를 통한 대체적 권리구제수단에 해당하는지에 관하여

헌법재판소는 일본군 위안부 피해자들이 2015 한일합의의 위헌 확인을 구한 사건에서, "**이 사건 합의를 통해 일본군 위안부 피해자들의 권리가 처분되었다거나 대한민국 정부의 외교적 보호권한이 소멸하였다고 볼 수 없는 이상 이 사건 합의가 일본군 위안부 피해자들의 법적 지위에 영향을 미친다고 볼 수 없으므로** 위 피해자들의 배상청구권 등 기본권을 침해할 가능성이 있다고 보기 어렵고, 따라서 이 사건 합의를 대상으로 한 헌법소원심판청구는 허용되지 않는다"고 판시하였습니다(위 헌법재판소 2016헌마253 결정).

원심판결과 같이 2015한일합의를 대체적 권리구제수단으로 인정하여 그 결과 원고들의 피고에 대한 소제기가 위법한 것으로 평가된다면, 일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구권이 2015한일합의 이외에 별도의 권리행사 방법이 없어짐으로써 그 권리가 소멸(처분)되었거나,[42] 대한민국 정부의 외교적 보호권한이 소멸된 것에 해당하므로,[43] 결론적으로 2015한일합의로 인해 일본군 위안부 피해자들의 법적 지위에 변동이 생기게 됩니다. 결국 원심판결과 같이 2015년 한일 합의를 대체적 권리구제수단으로 해석하게 된다면, 이는 위 헌법재판소 판결의 취지와 어긋나게 되는 모순이 발생합니다.

더구나 대한민국 정부는 스스로 '위 합의가 국제 사회의 보편적 원칙에 위배되는 등 절차적 내용적 중대한 흠결이 있어서 위 합의로는 위안부 피해자 문제가 해결될 수 없다' 는 입장을 밝혔고, 화해 · 치유재단에 대한 설립허가를 취소하는 등 위 합의의 문

42 원심판결에서도 인정한 바와 같이, 일본군 위안부 피해자들은 일본 법원에 피고를 상대로 손해배상청구를 하였다가 기각되었으므로 일본 법원을 통한 권리행사는 이미 불가능한 것으로 확정되었습니다. 만일 2015한일합의가 외교적 보호권의 행사로 인정되어 대체적 권리구제수단에 해당되고 그로 인해 원심법원의 판단과 같이 국내 법원을 통한 권리행사까지 불가능하게 된다면, 일본군 위안부 피해자들은 2015한일합의에 따른 현금 지원을 받는 것 외에 다른 방식의 권리 행사가 완전히 불가능하게 됩니다. 이는 일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구권이 화해치유재단에 대한 지원금 청구권으로 전환되어, 그 권리가 소멸(처분)된 것으로 해석되는 것이 타당합니다.

43 한국 정부는 2015. 12. 28. 한일 합의를 통해 일본군 '위안부' 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결되었다고 확인하였습니다. 원심법원의 해석에 따른다면, 한국 정부는 2015. 12. 28. 한일 합의를 통해 외교적 보호권을 최종적, 확정적으로 행사하고 더 이상의 권리행사를 포기하였으므로 외교적 보호권한이 소멸되었다고 보는 것이 타당합니다.

제점을 스스로 인정하며 그 합의에 따른 지원 사업을 중단시키는 등의 조치를 취한 바 있습니다. 협상 당사자가 스스로 문제가 많다고 인정하였고, 그 합의가 (비록 양국 간 공식합의로 인정하고 파기하지는 않았지만) 사실상 폐기된 상태에서, 조약에 해당하지도 않아 일본군 위안부 피해자들의 권리에 영향을 미치지도 않는 합의를 일본군 위안부 피해자들의 대체적 권리구제수단이라고 인정하며 일본군 '위안부' 피해자들에게 그 결과를 수용하도록 강요하는 것은 그 자체로 부당합니다.

따라서 2015한일합의는 그 자체로 외교적 보호권의 행사를 통한 대체적 권리구제수단이라고 보기 어렵습니다.

(3) 2015년 한일 합의가 외교적 보호권의 재량권을 일탈 · 남용하였는지에 관하여

▲ 2015년 한일 합의 과정에서 피해자의 의견이 수렴되었는지에 관하여

원심법원은 '대한민국이 12 · 28 합의 협상 과정에서는 피해자 또는 피해자 단체의 의견을 수렴하는 절차를 거쳤다'라고 판단하였는데, 이는 외교부의 '한 · 일 일본군위안부 피해자 문제 합의 검토 결과 보고서'에 기재된 내용(외교부에서 2015년 한해에만 모두 15차례 이상 피해자 및 관련 단체를 접촉하였다)을 근거로 하고 있습니다.

그러나 실제 외교부 소속 공무원이 일본군 위안부 피해자 및 관련 단체를 방문한 내역은 별지와 같으며, 당시 외교부 소속 공무원이 2015년 한일 합의에 관한 내용을 설명하거나, 그에 관한 피해자 및 관련 단체의 의견을 수렴한 사실은 없었습니다. 특히 피해자들은 외교부 소속 공무원과의 면담에서 '피고의 법적 책임 인정, 공식 사죄, 개인 배상'을 강조하였으나, 2015년 한일 합의를 통해서 피고는 법적 책임을 인정하지 않은 채 '사죄와 반성'이라는 표현만 사용하였고 그 사죄 내용 역시 '군의 관여 하에 다수 여성의 명예와 존엄에 상처를 입힌 문제'에 관한 것일 뿐 피고의 직접적인 관여나 책임을 전혀 인정하지 않는 것이었습니다. 또한 피고는 2015한일합의에 따라 출연한 자금에 관해 '법적 책임에 따른 배상은 아니다'라는 입장을 밝혔는바, 2015년 한일 합의에 따라 일본군 '위안부' 피해자들에게 지급되는 현금 지원은 피고의 위법행위에 대한 '배상'과는 무관함이 명백합니다. 결국 대한민국 외교부에서 2015년 한일 합의를 진행하는 기간 동안 일본군 위안부 피해자들과의 접촉을 했던 것이 사실이더라도 2015한일합의 과정이나 내용이 피해자들에게 전달되지 않았습니다. 오히려 대한민국 외교부는 피해자 관련 단체 설득, 주한일본대사관 앞 소녀상에 관한 조치, 제3국 기림비 지원 중단, '성노예' 용어 사용 중단 등, 일본군 '위안부' 피해자들의 활동에 방해가 되는 내용을 비공개로 합의하고, 이러한 내용은 피해자 및 피해자 단체에 철저하게 비밀로 숨긴 채 합의를 진행하였습니다.

위와 같은 내용을 종합할 때, 2015년 한일 합의 과정에서 피해자 및 관련 단체의 의견이 수렴되었다는 판단은 전혀 사실과 다릅니다. 국가합의의 현실적 한계를 고려하여 사전에 그 내용을 당사자에게 전달하거나 당사자의 의사를 합의 내용에 반영하지 못하였다면, 2015한일합의 과정에서 피해자들의 의견을 수렴하였다고 주장하거나 판단해서는 안됩니다. 피해자들이 2015한일합의에 대해 강력히 반대하고 있는데, 마치 2015한일합의에 피해자들의 의견이 수렴된 것처럼 판단한다면 이는 원고들에 대한 모욕이 아닐 수 없습니다.

▲ 일본군 위안부 피해자들이 화해치유재단으로부터 지원금을 수령함으로써 2015년 한일 합의에 동의하였는지에 관하여

원심법원은 2015한일합의에 따라 화해치유재단의 현금 지원사업이 진행되어 생존 위안부 피해자들 중 상당수가 이를 수령하였으므로 위 합의가 위안부 피해자들의 의사에 명백히 반하는 것으로 단정하기 어렵다고 보았습니다.

그러나 일본군 위안부 피해자들의 정확한 규모는 약 20만명으로 추산되며(피고 측에서 자료를 공개하지 아니하여 그 정확한 통계는 파악할 수 없습니다), 그 중 대한민국 정부에 등록한 피해자는 240명입니다. 원심법원은 현금 지원금을 지급할 당시 '생존 피해자'만을 기준으로 그 중 상당수가 재단으로부터 현금을 수령함으로써 한일합의에 동의하였다고 판단하였습니다. 그러나 현금 지원금을 수령한 99명의 생존 피해자 또는 사망 피해자의 권리 승계인은 총 20만 명(등록 피해자만 보더라도 240명)의 극히 일부에 불과합니다. 더구나 당시 현금을 수령한 생존 피해자들이 한일합의의 성격과 내용을 충분히 설명받고 이에 동의하는 의사를 표시하였는지는 현금 수령 여부와는 완전히 별개의 문제입니다.

또한, 피고로부터 일본군 위안부 피해에 관한 사죄, 배상을 받는 문제는 일본군 위안부 피해자 전체의 권리와 관련된 문제임에도, 원심법원은 마치 일부 생존 피해자만이 일본군 위안부 사건의 당사자로서 권리를 가지는 것처럼 해석하였습니다. 원심법

원의 태도와 같이 단순히 위 재단이 운영되었던 기간에 생존했던 피해자들의 현금 수령 여부를 기준으로 일본군 위안부 피해자들 상당수가 2015한일합의에 동의했다고 보는 것은, 일본군 위안부 제도의 피해 당사자 범위를 극단적으로 축소 · 왜곡하여 해석한 오류입니다.

▲ 2015한일합의 내용이 이전의 피고 조치에 비해 진전된 내용을 담고 있는지에 관하여

피고는 1992년까지 일본군 위안부제도 내에서 위안부들에게 행해진 강제에 관하여 일본정부 및 일본군의 관여가 없었다고 주장하여 왔습니다. 그런데 일본군 위안부 피해자인 김학순이 1991. 8. 14. 처음으로 증언에 나선 이후 피해자들이 피해사실을 증언하였고, 김학순 등 일본군 위안부 피해자 3명이 1991. 12. 8. 일본 법원에서 피고를 상대로 제소하기에 이르렀습니다. 이에 더하여 요시미 요시아키 교수는 1992. 1. 11. 피고와 일본군이 일본군 위안부 제도에 대한 책임이 있음을 뒷받침할 수 있는 문서[44]를 발견하여 발표하였습니다. 그로부터 이틀 후인 1992. 1. 13. 카토 코이치 내각관방장관은 "위안부제도에 대한 일본군의 관여는 부정할 수 없다"는 공식 담화를 발표하였습니다. 피고(내각관방내각외정심의실)는 1993. 8. 4. 「이른바 종군위안부 문제에 대하여」라는 제목으로 정부조사 및 자료조사의 결과보고서를 발표했고, 고노 요헤이 관방장관이 1993. 8. 4. 공식담화를 발표하였습니다.

> 이번 조사 결과, 장기간에 나아가 광범위한 지역에 걸쳐서 위안소가 설치되고, 많은 수의 위안부가 존재했다는 사실이 인정되었다. 위안소는 당시 군 당국의 요청에 의해 설치된 것이며, 위안소의 설치, 관리 및 위안부의 이송에 관해서는 구 일본군이 직접 혹은 간접적으로 관여했다. 위안부의 모집에 관해서는 군의 요청을 받은 업자가 주로 이를 담당했는데, 이 경우에도 감언, 강압 등에 의해 본인의 의사에 반하여 모집된 사례가 많았으며, 더욱이 관헌 등이 직접 이에 가담한 일도 있었다는 사실이 분명이 밝혀졌다. 또한 위안소에서의 생활은 강제적인 상황 하에서 이루어진 처참한 것이었다.
>
> 또한 전장에 이송된 위안부의 출신지에 대해서는 일본을 별도로 한다면, 조선반도가 큰 비중을 차지하고 있는데, 당시 조선반도가 우리나라의 통치하에 있으며, 그 모집, 이송, 관리 등도 감언, 강압에 의한 것으로, 총체적으로 본인들의 의사에 반하여 실시되었다.
>
> 어떤 경우라 하더라도 본 건은 당시의 군 관여 하에, 다수 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 낸 문제이다. 정부는 이 기회에 다시 새롭게 그 출신지 여하를 불문하고 소위 종군위안부로서 무수한 고통을 경험하고 몸과 마음에 걸쳐서 치유되기 어려운 상처를 진 모든 분들에게 마음으로부터 사죄와 반성의 마음을 전한다.

피고는 위와 같은 입장을 발표하였지만 개인에 대한 배상은 불가능하다는 입장을 견지하였습니다. 피고는 조선인 일본군 위안부 피해자에 대하여 국제인도법 위반에 대한 책임이 없을 뿐 아니라 설령 국제법상의 책임이 있다고 하더라도 그 책임은 보상청구권의 처리를 다룬 샌프란시스코 조약 및 1965년의 한일청구권협정으로 모두 해결되었기 때문에 도의적인 책임 외에 법적의무는 전혀 없다고 주장했습니다. 대신 피고는 도의적인 차원에서 금전을 지급하는 방식을 채택하였습니다. 무라야마 도미이치 수상은 1994. 8. 31. '총리 담화'를 통해 "일본정부는 일본군 위안부 피해자에 대한 개인 보상을 하는 대신 조치로서 '폭넓은 국민 참여의 길'을 모색해나갈 것"이라고 발표했고, 이러한 배경에서 피고는 1994. 12. 7. '여성을 위한 아시아평화우호기금'사업을 발표하고 1995년에 '여성을 위한 아시아평화국민기금'으로 이름을 바꾸어 일본 국민들로부터 모금을 실시하였습니다. 여성을 위한 아시아평화국민기금은 1996. 8. 14.부터 한국, 대만, 필리핀의 '위안부' 피해자들에게 '보상금'이라는 명목으로 일시금을 지급하기 시작하였는데, 많은 피해자들이 법적 책임에 근거한 피고의 사죄와 개인보상을 계속 요구하면서 일시금의 수령을 거부하였습니다.

피고는 위 고노 요헤이 관방장관의 담화에도 불구하고 일관되게 일본군 '위안부' 제도의 강제성을 부인하였고, 피고의 법적 책임은 없으며 1965년 청구권협정으로 모든 문제가 해결되었다는 입장을 견지하였고, 이러한 태도는 2015년 한일 합의에서도 그대로 유지되었습니다. 피고의 이러한 입장은 2015한일합의 이후에도 계속되었습니다. 피고는 2015한일합의에서 "위안부 문제는 당시 군의 관여 하에 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 입힌 문제로서, 이러한 관점에서 일본 정부는 책임을 통감"한다고

44 1939. 3. 4. 육군성이 북지나방면군으로 하달하여 모집요원 선발에 각별히 신중을 기할 것을 권고하는 통보(「군위안소 종업부 등 모집에 관한 건」), 1938. 6. 27. 북지나방면군의 지휘 하의 각 부대에게 강간을 포함한 위법행위에 대한 주의 및 성적 위안의 해결 요청을 전달한 통첩(「군인 군대의 주민에 대한 행위에 관한 주의의 건」통첩), 제2군의 보고서 중에 제21군사령부가 통제하는 '위안부' 854명과 민간 관리 하의 150명을 보여주는 표가 포함된 문서, 1942. 6. 18. 작성된 위안소의 감독을 규제하는 해외 요원에 전달된 통첩(「대동아전쟁관계 장병의 성병 처리에 관한 건」통첩) 등

표현했으나, 일본군 '위안부'가 강제연행 되었다는 증거가 없고 피해자들에게 털끝만큼도 사과할 마음이 없으며, 청구권을 포함한 법적 문제에 대해서는 1965년에 체결한 청구권협정으로 이미 해결되었다는 기본 입장은 변함이 없다는 입장을 재차 강조하여 밝혔습니다. 결국 피고는 2015한일합의를 통해서도 1965년 청구권협정으로 모든 법적인 문제가 해결되었으며 일본군 위안부 제도에 관해 피고의 책임이 없다는 기존의 태도를 그대로 유지하였습니다. 원고를 포함한 일본군 위안부 피해자들은 위와 같은 일본 정부의 태도로 또다시 크나큰 상처를 받았습니다. 이와 같이, 일본군 위안부 문제와 관련하여 일본의 태도에 비추어 볼 때 2015한일합의는 이전의 조치와 비교해 보더라도 크게 진전되었다고 보기 어렵습니다.

▲ 그 외 원심법원의 판단에 관하여

원심법원은, 2015한일합의가 정식 조약으로 체결되지 아니한 정치적 합의에 해당하므로 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구권 존부와 범위가 종국적으로 확정되거나 처분되는 등의 실체법적인 효과가 발생하지 않았다고 판시하면서도, 일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구권이 그대로 존속하는 가운데 2015한일합의와 이에 따른 후속조치에 의하여 추가적으로 대체적인 권리구제수단이 마련되었다고 해석하고 있습니다.

그러나 실제 2015한일합의에 따른 조치와 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구권 행사는 무관하므로**(피고와 대한민국 정부 중 누구도 화해 · 치유재단을 통한 지원금이 불법행위에 관한 손해배상금이라고 인정하고 있지 않습니다)**, 이를 '대체적 권리구제수단'이라고 볼 수는 없습니다. **더구나 원심법원의 논리에 따르면, 일본군 위안부 피해자들은 2015한일합의와 그 후속 조치를 통한 현금 지원사업의 존재로 인해 그 어디에서도 더 이상 피고 일본국에 손해배상을 청구할 수 없게 됩니다.** 즉, 원심법원은 2015년 한일 합의를 통해 일본군 위안부 피해자들의 권리가 그대로 존속하면서 추가적인 대체적 권리구제수단이 생긴 것처럼 설시하고 있으나, 실제로는 일본군 위안부 피해자들에게 화해 · 치유재단을 통한 지원금 수령을 강요하고 일본군 위안부 피해자들의 유일한 권리행사 방법인 재판청구권을 박탈하는 해석을 하고 있을 뿐입니다.

▲ 소결

이상 살펴본 바와 같이, 2015한일합의는 대한민국의 외교적 보호권 행사로 보기 어려우며(헌법재판소 2016헌마233 결정에서도 외교적 보호권의 행사로 볼 수 없다고 판시하였습니다) 그에 따른 후속 조치가 원고들에 대한 대체적인 권리행사라고 볼 수도 없습니다. 따라서 피고에게 국가 면제를 인정하는 것은 침해의 최소성 원칙을 위반하여 원고들의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것에 해당합니다.

3) 법익의 균형성

가) 헌법 전문과 제6조가 천명한 국제법 존중원칙에 비추어 사익과 공익의 균형을 상실하지 않았다는 원심판결의 부당성

(1) 원심은 '피고 일본국에 국가면제를 인정하는 것은 헌법이 정한 국제 평화주의와 국제법 존중주의를 구현하기 위한 것이므로, 그 결과 원고들의 재판청구권이 일부 제약되는 결과를 초래한다 하더라도 이를 두고 증진되는 공익과 제한되는 사익의 균형을 상실하였다고 볼 수 없다'고 판단했습니다(판결문 제74면). 그러나 원심판결은 이 사건에 국가면제를 적용함으로써 초래되는 원고들의 불이익과 공익을 비교형량함에 있어서 원고들의 불이익 정도, 이 사건 소송의 의미, 국가면제 제한으로 달성되는 이익, 공익적인 사정이 실재하는지, 실재한다면 사익과 비교할 때 이를 압도하는 우월한 공익인지 여부를 면밀히 심사하지 않고, 단순히 사익과 공익의 대결구도로 법익균형성을 판단하였습니다.

이 사건의 경우, 반인도범죄라는 위법행위의 중대성, 그리고 피해자가 전시 성노예로 종사하며 당한 육체적 · 정신적 고통과 후유증에 따른 피해의 심각성, 그럼에도 불구하고 2015한일합의는 실질적으로 답보상태에 있으며 더 이상 다른 수단에 의한 권리구제 가능성이 희박한 점 등에 비추어 보더라도, 국가면제를 적용하여 피해자들의 재판청구권을 박탈하는 것이 훨씬 우월한 공익임이 인정되어야 할 것입니다. 특히, 국제공동체 전체의 이익을 해한 중대한 인권침해에 대하여 피해자에게 손해를 배상하는

것은 오늘날 국제인권법의 요청이며, '국제공동체 전체의 이익'에도 부합합니다.[45] 따라서 이 사건에 국가면제를 제한하는 일은 원심판시와 같이 국제 평화주의와 국제법 존중주의에 반한다고 보기 어렵습니다. 또한 '타국의 주권 존중 및 국가 간의 우호관계 증진'이라는 국가면제의 이익은, 반인도범죄 등 중대한 인권 침해를 저지른 국가가 스스로 먼저 우호관계를 깨뜨린 것이므로, 이익형량에 있어서 무조건적으로 우월한 공익으로 단정하기 어려운 점이 있습니다. 뿐만 아니라, 국제법 질서를 위험에 빠트리거나 불안정하게 하는 것은 '민사소송' 자체가 아니라 국제범죄이므로, 국제 평화를 깨트리는 것은 '피해자들이 사법절차에 나아간 행위'가 아니라 국제범죄의 가해자들에 대해 관할을 인정하지 않음으로써 면죄부를 주는 것이라고 볼 수 있습니다. 따라서 이 사건의 경우, 법익의 균형성을 충족하였다고 보기 어렵습니다.

더구나 원심이 우려했던 상황과 달리, 서울중앙지방법원 2016가합505092 판결(승소 판결)이 확정되었음에도 이로 인해 일본 정부의 경제보복이나 심각한 외교적 문제가 발생한 일은 없습니다. 국제사회 또한 위와 같은 판결로 인해 평화가 깨진 일이 없고, 일본을 제외한 다른 국가들도 대외적으로 이 같은 국내법원의 판결이 권리남용으로서 국제법 위반이라고 비난한 일도 없었습니다.[46] 따라서 원심이 표면적으로 내세운 국제 평화주의와 국제법 존중주의라는 공익이 이 사건에서 구체적으로 무엇을 의미하는지도 알기 어렵습니다.

(2) 원심은 국제 평화주의라는 공익이 원고들의 사익보다 우월하다고 판시하면서 그 근거로 ▲ 국가면제를 인정한 여러 국가실행 사례를 소개하는 한편, ▲ 대한민국의 입법부, 사법부, 행정부가 최근까지 국가면제 제한이라는 국가실행을 하지 않았던 점, ▲ 본안 판결이 선고된 후 강제집행 과정에서 필연적으로 상대국인 피고와의 외교관계에 충돌을 야기할 수밖에 없는 점을 들었습니다.

45 UN 국제법위원회의 2001년 국가책임초안 역시 제40조 이하에서 강행규범의 중대한 위반 시의 특별한 결과에 대하여 규정하고 있으며, 제42조 및 제48조에서는 피해국 및 피해국 이외의 어떠한 국가도 국제공동체 전체를 상대로 하는 의무를 위반한 경우 책임을 추궁할 수 있음을 규정하고 있습니다. 물론 이 조항은 국가 간 관계에서 적용되는 것이기는 하지만, '국제공동체 전체를 상대로 하는 의무'란 강행규범의 중대한 위반에 해당하는 인권침해의 경우를 예정하고 있습니다.

46 오히려, 위 승소판결은 브라질 연방최고재판소에 그 영향을 미쳐 다른 국가에서도 다시 한 번 국가면제 제한을 실행하도록 한 중요한 선례가 되었습니다. 따라서 '외교 관계와 국익'을 내세워 원고들의 기본권을 제한해야 한다는 판단은 받아들일 수 없습니다.

① 그러나 국가면제를 적용한 국가실행 사례가 현재까지 더 많은 것은 사실이지만, 국가면제를 제한하는 국가실행 사례도 적지 않고 오히려 최근에는 국제인권법의 발전과 함께 국가면제를 제한하는 실행사례들이 점차 늘고 있다는 점에서 단순히 국가면제 인정사례가 수적으로 더 많았다는 사정만으로 국가면제 적용에 따른 공익이 우선하다는 것은 납득하기 어렵습니다.

그리고 원심이 국가면제 적용의 실행 사례로 든 사건들은 제2차 세계대전 이후 피해국 국민이 독일을 상대로 배상책임을 청구한 사안이었는데, 독일의 경우 피고와 달리 전쟁 피해자들에 대한 배상청구권이 인정되도록 노력해왔고 피해국 정부와는 개인의 배상책임을 포함시켜 포괄적 배상협정을 체결해 왔는바, 종전 이후에도 과거에 대해 반성하지 않고 자신의 불법행위조차 인정하지 않고 있는 피고의 경우와는 전혀 다르다고 할 것입니다. 이에 더해, 독일이 1956년부터 최근까지 이행해 온 배상금의 전체 액수는 710억 유로, 우리 돈으로 100조원이 넘는 반면, 원심이 대체적 권리구제수단으로 보아야 한다는 2015년 한일합의에 따른 재단설립 자금은 10억엔 정도에 불과했는바, 위 국가면제 적용 실행 사례들이 이 사건과 유사하다고 보기 어렵습니다.

또 원심은 Hugo Princz vs. Germany 사건을 근거로 미국 연방법원도 '홀로코스트'의 생존자가 독일 정부를 상대로 제기한 소송에서 독일의 국가면제가 부정되어야 한다는 원고의 주장을 받아들이지 않았다고 설시하면서 마치 위 법원이 강행규범 위반과 국가면제 법리가 함께 심리되었음에도 국가면제가 적용된 것처럼 판시하였으나, 원심판시의 위와 같은 사실인정은 잘못된 것입니다. 앞서 살펴본 것처럼, 1심 법원은 강행규범 위반을 전제로 국가면제가 제한되어야 한다고 보아 원고의 청구를 인용하였으나, 2심 법원에서는 독일의 불법행위가 미국 영토 내에서 발생하지 않아 국가면제 제한 요건을 충족하지 못해 소를 각하한 것일 뿐입니다. 즉, 위 사건의 2심 법원은 미국의 FSIA에 따라서 미국 영토 내에서 불법행위가 이루어지지 않아 국가면제를 인정한 것이지 강행규범 위반에 대해서도 국가면제를 인정해야 한다고 판단한 것은 아닙니다.

② 원심은 대한민국의 사법부, 입법부, 행정부가 기존에 국가면제 제한에 소극적이었다는 점을 강조하기도 했습니다. 하지만 국가기관들이 국가면제에 소극적 태도를 보였다는 사정만으로 국가면제 적용의 이익, 즉 공익의 우월성이 도출되는 것은 아닙

니다. 더구나 사법부, 입법부, 행정부가 이 사건과 같이 아시아의 홀로코스트라고 중대한 인권침해 사안에 대해 국가면제의 적용 여부를 검토한 일도 없었습니다.

③ 한편 원심은 '강제집행과정에서 필연적으로 상대국인 피고와의 외교관계에 충돌을 야기할 수 있다는 점'을 근거로 공익 우월성의 근거로 들었습니다. 그러나 외교 관계의 충돌 문제는 법원의 소관사항이 아닙니다. 강제집행 가능성 및 그로 인한 외교적 충돌을 염려하여 재판관할권을 인정할 수 없다는 판시는 사실상 절대적 국가면제론의 입장과 다름없습니다[47]. 민사사건의 본안 재판은 원고와 피고 간 권리의 존부를 판단해야 합니다. 본안 재판에서 판결 확정 이후 집행단계의 사정까지 고려하는 것은 납득할 수 없습니다. 사법부가 외교의 영역에 해당하는 부분까지 고려하여 재판행위를 멈추는 것은, 사법부의 위상이나 헌법상 책무에 비추어 보더라도 바람직하지 않습니다.

나) 국가면제의 제한해석은 신중해야 한다는 원심판결의 부당성

(1) 원심 판시와 같이 국가면제에 관한 제한해석은 신중해야 합니다. 그런데 반대로, 이 사건 소송에서 피고에게 국가면제를 적용하여 재판관할권을 부정하는 것이 국제인권법이나 국제평화주의, 그리고 대한민국 헌법질서에 부합하는 일인지 여부도 충분히 고려해야 합니다.

원고들이 원심에부터 수차례 강조한 것처럼, 일본군 위안부 피해는 피고 일본국과 일본군에 의해 강제로 동원되고 그 감시 아래 일본군의 성노예를 강요당한 것에 기인하는 것으로, 달리 그 예를 발견할 수 없는 특수한 피해입니다. 이러한 피해의 특수성은 국제사회는 물론이고 일본 재판소도 확인했습니다. 1994. 9. 2. 발표된 유엔의 NGO 국제법률가위원회의 보고서와 1996. 2. 6. 공표된 유엔 인권위원회 '여성에 대한 폭력 특별보고관' 쿠마라스와미의 보고서는 이를 "군사적 성노예"라고 정의했습니다. 1998. 8. 12. 공표된 유엔 인권소위 '전시 성노예제 특별보고자' 게이 맥두걸의 보고서는, 일본군위안부를 강요한 행위는 '인도에 대한 죄'에 해당하는 범죄행위라고 단언했습니다. 2007. 7. 미국 하원이 채택한 일본군위안부 결의안도 일본군위안부를 "일본 정부에 의한 강제 군대 매춘제도이자 잔학성과 규모면에서 20세기 최대의 인신매매 범죄"로 규정했습니다. 그리고 1998. 4. 27. 일본군 위안부 문제에 관한 입법 부작위 책임을 인정하여 손해배상을 명한 일본의 야마구찌 지방재판소 시모노세키 지부 판결은, 그 피해를 "철저한 여성차별 · 민족차별사상의 표현이며, 여성의 인격의 존엄을 근저에서부터 침해하고, 민족의 긍지를 유린하는 것"이라고 판단했습니다. 이 같은 상황에서 원고들의 배상청구권의 실현은 무자비하고 지속적으로 침해된 '인간으로서의 존엄과 가치' 및 '신체의 자유'를 사후적으로 회복한다는 의미이며, 이는 재산권적 측면에서 보더라도 현행 법제의 한계에 기인하는 '최소한의 사법적 정의'라고 할 것입니다.

특히 헌법은 전문에서 "3 · 1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통"의 계승을 천명하고 있고, 1948년 「세계인권선언」도 제1조에서 '인간 존엄성과 권리'를 규정한 것은 국가가 주권행사라는 명목으로 일으킨 전쟁 등의 폭력에 대한 사후적 정의 회복이자 인류의 보편적 규범임을 명시하여 위와 같은 권리가 이행기 정의의 최상위 근거규범임을 선언하고 있는 점에 비추어 보면, 대한민국임시정부의 법통을 계승한 대한민국 정부는 (헌법제정 전의 일이라 할지라도) 일제강점기에 일본군 위안부로 강제동원되어 인간의 존엄과 가치가 말살되고 장기간 비극적인 삶을 영위하였던 피해자들의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무를 부담한다고 할 것입니다.

따라서 원고들이 이 사건 소송을 통해 실현하고자 하는 권리에 대한 실체적 판단 없이 단순히 '사익'이라고만 평가하여 이익형량을 진행해서는 안 되며, 원심이 판시한 국제평화주의, 국제법 존중원칙이라는 '공익'이 더 우월한 것으로 쉽게 인정해서도 안 될 것입니다.

(2) 원심은 '국제관습법의 전부 또는 일부의 효력을 부정하는 권한이 법원에 있다고 단정할 수 없다'는 점을 근거로 들었습니다.

그런데 법원은 사회의 거듭된 관행으로 생성된 어떤 사회생활규범이 법적 규범인 관습법으로 승인되기에 이르렀다고 선언하기 위해서는 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 아니하는 것으로서 정당성과 합리성이 요구된다고 판단하였습니다. 물론 국내법으로서의 관습법에 관한 이러한 이론이 국제관습법에 그대로 적용된다고 단정할 수 없겠지만, 법의 일반원칙이라는 것을 고려한다면, 국제관습법도 각

47 사법적 행위, 상업적 행위의 경우에도, 강제집행 단계에서는 국가면제가 인정되기 때문입니다.

국가에서 거듭된 일반적 관행(general practice of states)이 있어야 하고, 각 국가의 이에 대한 법적 확신(opinio juris)이 있어야 할 것입니다. 그리고 관습법은 고정된 것이 아니고 계속 변화하는 특성을 갖기 때문에 국가면제에 관한 국제관습법도 변경이 가능하다고 해석하는 것이 옳다고 할 것이고, 이미 국가면제 법리 자체가 절대적 국가면제에서 상대적 국가면제로 그 내용이 변경되어 왔으며, 여러 국가에서 중대한 인권침해행위에 대한 소송에는 이 법리를 제한하자는 견해가 적지 않게 실행되고 있는 점 등을 고려할 때, 우리 법원도 합헌적 법률해석을 통한 규범통제를 할 수 있다고 봄이 타당합니다.

(3) 이외에도 원심은 '국가면제를 제한하는 경우, 국가면제 제한 기준이 불확실해질 수밖에 없다는 점을 지적하면서 이러한 국가면제 인정 여부에 관한 불확실성은 향후 대한민국이 외교적 조치를 취함에 있어 부정적인 영향을 미칠 우려도 배제하기 어렵다'는 점을 근거로 삼고 있습니다.

그러나, 오히려 법원이 구체적인 사안에서 국가면제를 적용하는 일이 대한민국 헌법질서에 위반되는지 여부를 면밀히 판단하지 않고, 이를 회피하여 그대로 적용하는 것은 우리 헌법보다 법률과 동일한 효력을 갖는 국제관습법을 보다 우위에 두는 것이므로, 그 자체로 우리 헌법질서에 반하는 결과를 야기할 것입니다. 아울러 원심이 인정한 바와 같이, 다수의 국가들이 '영토 내 발생한 불법행위에 대해 국가면제가 인정되는지 여부'에 관하여 서로 다른 내용으로 이를 해석, 실행하고 있어 하나의 통일적 요소를 갖추지 못하고 있는 점 등을 고려하더라도, 국가면제 제한 기준이 구체적인 사안에 따라 달리 실행될 수 있음은 자명합니다.

다) '국내법원이 외국을 일반적인 소송 사건에서 당사자와 같이 취급할 경우, 외교관계의 악화와 혼란이 발생할 수 있다'는 원심판결의 부당성

(1) 원심법원은 '법원이 국제관습법에 대해 우선적으로 규범적 통제를 하기 보다는 입법부와 행정부에 의해 이루어져야 한다'는 점을 강조하였는데, 이는 중대한 인권침해를 당한 피해자들을 실효적으로 구제하기 위해 사법부가 해야 하는 역할을 회피한 것입니다. 무엇보다 우리 법원이 절대적 국가면제론에서 제한적 국가면제론으로 그 입장을 변경한 것은 입법부와 행정부의 조치가 선행되었기 때문이 아니라 스스로 국가면제에 관한 국제관습법의 동태를 확인하여 판결을 선고하였다는 점에 비추어 보면, 다른 국기기관의 태도가 우선적으로 고려할 이유가 전혀 없습니다.

(2) 또한, 원심은 외교관계의 악화와 혼란이 발생할 수 있다는 점을 근거로 삼았으나, 판결로 인해 발생할 수 있는 외교적 효과나 그에 관한 결과는 법원이 판단근거로 삼을 영역인지 의문입니다. 이는 민사소송에서의 원고의 권리를 인정하면 국가가 위태로워질 수 있다는 새로운 법리를 제시한 것과 다름없는데, 별다른 법적 근거도 제시하지 않은 채 가정적 상황을 전제로 공익이 언제나 사익보다 우선한다는 것은 납득하기 어려운 판단입니다.

라) 소결

이상에 의할 때, 이 사건에서 피고에 대한 국가면제를 제한하여 피해자들 기본권(인간의 존엄과 가치 및 재판청구권) 제한하는 것은 그로 인한 공익과 피해자 사익 간에 균형을 상실하였다고 할 것입니다. 따라서 이와 달리 본 원심은 판단은 타당하지 않습니다.

4) 이 사건 소송이 갖는 의미, 즉 '인간의 존엄과 가치'에 대한 최소한의 회복적 의미를 고려하지 않은 원심판결의 부당성

앞서 언급한 것처럼, 피해자들인 원고들이 이 사건 소송을 제기한 이유는, 단지 2015한일합의에 대하여 단지 '충분히 만족하지 않아서'가 아닙니다. 이 사건 소송은 인간으로서의 존엄과 가치를 회복하기 위한 손해배상청구권의 실현을 위한 것으로서, 그간 존중 받지 못하고 경시되었던 원고들이 인간의 존엄과 가치에 대한 최소한의 회복을 목적으로 한 것입니다. 이제까지의 소송의 경과에서 확인할 수 있듯이 위안부 피해자가 가해국이나 제3국에서 소송절차를 통해 권리를 구제받는 것은 거의 불가능하였고, 마지막으로 선택한 방법이 피해국 법원에서 가해국을 상대방으로 하는 재판이었습니다. 이러한 재판청구가 국가면제에 의해 불가능하게 되면 피해자가 권리구제를

받을 수 있는 방법은 더 이상 없다고 보아야 합니다. 이러한 상황은 인권침해 상황이 계속 지속되는 것과 다름없는 것으로 해석할 수 있습니다.[48]

세계인권선언 제1조[49]에서 인간 존엄성과 권리를 규정한 것은 주권의 명목으로 저지른 전쟁 등 폭력에 대한 사후적 정의 회복이라는 인류 보편적 규범에 바탕을 둔 것입니다. 위 조항은 인류의 과거청산을 통한 이행기 정의의 최상위 근거규범으로서 헌법이 확인한 인간의 존엄과 가치 규범 아래에서 국내법적인 효력을 가집니다. 헌법 제60조 제1항[50]에 따라 체결하는 주권의 제약에 관한 조약도 마찬가지입니다.

이상에 의할 때, 원고들의 '인간의 존엄과 가치'(헌법 제10조)는 국가의 주권을 제약하는 헌법규범이라고 할 것이고, 헌법 제5조제1항에 따라 국제평화의 규범적 토대에 해당한다고 할 수 있습니다. 그렇다면 원심은 재판청구권 외에도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에 대한 엄격한 위헌심사를 함께 진행했어야 합니다. 그러나 원심은 사실상 재판청구권만을 침해되는 기본권으로 보고 완화된 비교형량만을 진행하였을 뿐이므로, 따라서 이 부분 원심의 판단은 다시 심리되어야 할 것입니다.

5) 소결론

이처럼 이 사건에서 피고에게 국가면제를 인정하여 원고들의 기본권을 제한하는 것은 대한민국의 헌법질서에 부합하지 않고 이를 본질적으로 침해하는 것입니다. 따라서 이 사건 소송에서 국가면제를 재판규범으로 적용하여도 국내 헌법질서에 위반되지 않는다는 원심 판단은 부당하다 할 것입니다.

---

48 이 사건과 같이 성노예, 생체실험, 제노사이드 등 인간으로서의 최소한의 존엄을 인정받지 못하는 인권에 대한 심각한 침해가 발생한 경우, 피해자 개인에 대한 '인간으로서의 존엄과 가치'에 대한 회복과정이 없다면 그 피해는 회복되기 어렵습니다. 그런데 사법적 구제의 방법은 이를 회복하기 위한 최소한의 조치에 해당한다는 점에서 헌법적 권리로 인정되어야 합니다. 만약 이를 인정하지 않게 되면 인간의 존엄과 가치에 대한 심각한 침해가 발생할 수 있습니다.

49 세계인권선언 제1조 : 모든 사람은 자유로운 존재로 태어났고, 똑같은 존엄과 권리를 가진다. 사람은 이성과 양심을 타고 났으므로 서로를 형제애의 정신으로 대해야 한다.

50 헌법 제60조 ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.

5. 결론

일본군 위안부 희생자와 희생자의 가족으로서 그들이 겪은 고통은 그 어떠한 배상으로도 배상할 수 없습니다. 그런 의미에서 이 사건 소송은 얼마 되지 않는 금전적 배상을 보장받기 위해서라기보다는 원고들을 희생자로서 지위를 법적으로 인정해 달라고 하는 목적의 소송으로 볼 수 있습니다. 즉, 위안부 피해자인 원고들이 전쟁범죄의 희생자들로서 전범국가인 피고에게 그들의 목소리를 들어달라고 하는 외침인 것입니다. 이러한 외침은, 이제 얼마 남지 않은 생존 피해자들이 살아계시는 동안 전범국가로 하여금 과거 역사에 대한 잘못을 인정하고, 법적 책임을 지며 위안부피해자에 대한 배상을 포괄하는 제대로 된 전후 배상책임을 이행하도록 하고, 후대들에게 잘못된 역사에 대하여 제대로 교육함으로써, 다시는 그러한 일들이 역사적으로 반복되지 않도록 주변 이웃 국가들과 세계에 다짐하고 보장하라고 하는 외침입니다.

그런데 이제까지의 소송의 경과에서 보듯이, 위안부피해자가 가해국이나 제3국에서 소송절차를 통해 권리를 구제받는 것은 불가능하였고, 마지막으로 선택한 것이 피해국에서 가해국을 상대방으로 하는 재판이었습니다. 이러한 재판청구가 국가면제에 의해 불가능하게 되면 피해자가 권리구제를 받을 수 있는 방법은 더 이상 요원하다고 보아야 하고, 이런 상황은 인권침해 상황이 계속 지속되는 것과 크게 다르지 않습니다. 이에 더해, 피고는 여전히 위안부 피해자들에 대한 법적 책임을 인정하지 않음으로써 원고들이 추상적인 피해자의 지위에 머물러 있게 만들었습니다.

이 사건에서 국가면제를 적용해서 피해자인 원고들에게 재판청구권을 인정하지 않는다면, 이들은 존재하되 법적으로 존재하지 않은 그런 피해자의 지위에 머무르게 됩니다. 그런 점에서 이 사건 소송을 피해자들에게 온전한 시민권을 확보해 줄 수 있다는 점에서도 상당히 의미가 있습니다.

끝으로 다른 법원은 몰라도 과거 일본군에 의하여 수많은 여성들을 전쟁터 사지로 강제나 기망으로 끌고 가서 군인들의 성적 욕구충족의 수단으로 전락하게 하고 고문 · 유기와 집단학살을 한 소위 위안부 사건의 피해국 법원이라면, 국가면제 법리를 그대로 적용할 것이 아니라 이를 헌법합치적으로 해석하거나 국제법상 강행법규 합치적으로 해석하여 국가면제를 제한하는 국가실행으로 나아갈 필요가 있습니다. 그리고 이 사건 피고의 불법행위가 구체적으로 어떠했는지를 분명히 인식하여, 그 피해

의 규모와 정도 그리고 생존 피해자의 인권침해의 정도가 어떠했는지 등을 충분히 심리하여 피고의 불법행위 책임을 인정해야 할 것입니다. 이에 원고를 비롯한 일본군 '위안부' 피해자들이 헌법에 의하여 온전한 시민으로서 보호받고 인간으로서의 존엄을 회복할 수 있도록 피고에게 불법행위에 따른 손해배상책임을 인정하여 주시길 바랍니다.

입증방법

1. 갑 제75호증 브라질 연방대법원 판결문(다수의견) –번역본

첨부서류

1. 별지. 외교부 소속 공무원이 일본군 위안부 피해자 및 관련 단체를 방문한 내역

2022. 3. 22.

원고들의 소송대리인

1. 법무법인 지향

담당변호사 이 상 희
김 수 정
양 성 우
박 시 진
전 다 운
김 예 지

2. 법무법인 해마루

담당변호사 임 재 성
김 세 은
장 완 익

3. 법무법인 (유한)한결

담당변호사 김 호 철

4. 법무법인 동화

담당변호사 조 영 선
이 정 일

5. 법무법인 가로수

담당변호사 류 광 옥

6. 법무법인 피앤케이

담당변호사 이 동 준

7. 법무법인 원

담당변호사 조 숙 현

8. 변호사 이선경

9. 변호사 박근덕

서울고등법원 제33민사부 귀중

	일 시	면담 상대 및 내용에 관한 외교부 주장	실제 방문 내용
1	15. 2. 6.	나눔의 집 : 의견 교환	조태열 외교부 2차관 설명절 앞두고 의례적인 방문을 한 것임. 일본과의 협상과정에 관한 설명은 없었음(할머니들 단순 위로)
2	15. 2. 11.	정대협 '쉼터' : 거주 피해자 및 지원단체 측과 의견 교환	외교부의 이상덕 동북아시아국장이 명절 인사차 의례적인 방문을 함
3	15. 4. 17.	정신대할머니와 함께 하는 대구 시민모임 : 의견교환	이상덕 국장이 의례적인 이야기만 하여, 단체에서 협상 내용에 대해 질의했으나, '정부가 열심히 노력하고 있다'고만 하고 다른 설명은 하지 않았음.
4	15. 4. 18.	일본군 '위안부' 할머니와 함께 하는 마 · 창 · 진 시민모임 : 의견교환	이상덕 국장이 방문하여 언론에 나온 내용만 이야기했고, 단체의 질문(합의 진행 내용, 민간 단체 역할 등)에 대해서는 답변을 하지 않았음.
5	15. 4. 18.	일본군 '위안부' 할머니와 함께 하는 통영, 거제시민모임	이상덕 국장이 방문하여 언론에 나온 내용만 이야기했고, 단체의 질문(합의 진행 내용, 민간 단체 역할 등)에 대해서는 답변을 하지 않았음.
6	15. 5. 21. ~23.	제13차 일본군 '위안부' 문제 아시아연대회의	공무원이 참석한 사실은 있지만, 협의 내용을 설명하거나 피해자들의 요구를 이 사건 합의에 반영하지 않음.
7	15. 10. 5.	나눔의 집 : 국감 계기 외통위 의원과 제1차관 동행	국회 외교통상위원회 국회의원들 방문 시, 외교부 직원들이 동행함. 당시 일본정부와의 협상에 대해 이야기 한적 없으며, 외교부 직원들 발언 자체가 없었음
8	15.10.28.	피해자 할머니	구체적인 내용을 외교부 측에서도 밝히지 못함
9	15.10.31.	정대협	한, 일정부에 일본군 '위안부' 문제 해결을 위한 시민사회 요구서를 발표하는 기자회견을 하고 요구서를 전달했으나, 이 사건 합의에 반영되지 않음.
10	15.11.16.	태평양전쟁희생자 유족회	구체적인 내용을 외교부 측에서도 밝히지 못함
11	15.12.23.	나눔의 집 : 역사기념관 개관식 참석 계기 단체측 의견 청취	나눔의 집 부설 일본군 '위안부' 역사관 리모델링 준공식 행사로 외교부 직원들과 접촉할 시간이나 만난 적이 없었음
12	15.12.28.	나눔의 집 : 합의 내용 사전설명을 위한 유선접촉	28일 한일 장관 회담 당일, 나눔의 집은 정부로부터 어떠한 연락도 받지 못했음 피해자 할머님들과 직원들은 생활관 거실에서 대형TV를 통해, 내용을 알게 되었으며, 회담 기자회견 후 나눔의 집 할머님들 공개적으로 합의안을 반대했고 수용할 수 없다고 하였음
13	15.12.28.	위안부 관련 지방 3개 단체	외교부 소속 공무원이 오전에 대구, 마 · 창 · 진, 통영 · 거제 시민모임에 연락을 했는데, 최선을 다했다고만 할 뿐, 어떤 내용으로 합의했는지 설명하지 않았음.
14	15.12.29.	정대협 '쉼터'	이 사건 합의 내용을 일방적으로 설명하기 위해 방문함.
15	15.12.29.	나눔의 집	조태열 외교부 제2차관이 정부 대표로 나눔의 집을 방문했으나, 할머님들께서는 28일 한일 정부간 합의안을 인정할 수 없고, 사전에 합의안에 동의 한적 없어, 무효라고 강하게 질타하였음

의 견 서

백범석 (경희대학교 교수, 법학박사)

저는 현재 경희대학교 국제대학에 재직 중이고, 그 동안 국가인권위원회 국제인권전문위원(2014-2017), 대한변호사협회 국제인권특별위원회 위원(2015-2017), 국방부 군인권자문위원(2018), 인권법학회 연구이사(2015-2016), 대한국제법학회 연구이사(2019), 통일부 북한인권조사자문위원(2017-2020), 한국인권재단 감사(2015-현)를 역임하는 등 국제공법 특히 국제인권법 분야에서 지속적으로 연구와 활동을 해왔습니다. 이러한 경험을 바탕으로 본인은 이 사건 원고들의 소송대리인으로부터 부탁 받은 주권면제법리가 이 사건에서 반드시 적용되어야 하는지 여부에 대한 의견을 국제인권법상 피해자 권리 기본원칙을 기반으로 피해자 인권 보장을 위한 국제법적 논의가 오늘날 어디까지 진행되어 왔는지를 반영하여 아래와 같이 진술합니다.

1. 주권면제론

이 사건에 관하여 원고들의 소송대리인은 유엔 주권면제 협약의 내용 및 각국의 주권면제 관련 국내입법 원문과 번역본을 기제출하였으며, 동시에 관련 주요 국제사법재판소 판결(2012년 관할권 면제에 관한 독일-이탈리아 사건) 및 동 국제사법재판소 판결 이행에 관한 2014년 이탈리아 헌법재판소 결정 내용을 준비서면을 통해 상세히 기술하였기에, 본 의견서에서는 가급적 같은 내용을 반복 서술하지 않고 주요 쟁점을 중심으로 의견을 개진하고자 합니다.

1.1. 주권면제론의 등장

일국은 타국 법원의 재판권으로부터 면제를 향유한다는 것이 주권면제론입니다. 1648년 웨스트팔리아 조약 체결 이후 근대 주권국가가 탄생하면서 등장하였는데 주로 자국을 방문하는 외국의 주권자(당시 군주)를 보호하기 위한 필요에서 기인하였습니다.[1] 이후 주권자의 인격이 국가 및 국가기관의 인격으로 전환되자 주권면제라는 개념은 외국이라는 국가 자체의 법적 실체를 보호하기 위해 국내법원에서 외국 및 그 외국의 국가재산은 법정지국의 재판권(사법관할권) 및 강제집행(집행관할권)으로부터 공히 면제된다는 국가면제라는 개념과 혼용되어 오늘날까지 사용되고 있습니다. 이러한 주권면제론은 각국의 실행을 통해 확립된 국제관습법상의 법리입니다. 여기서 국제관습법이라 함은 국제예약의 문제가 아니며 모든 국가는 외국에 대해 이를 인정할 법적 의무가 있음을 의미합니다.

1.2. 제한적 주권면제론으로의 전환

주권면제론을 적용해온 다수의 국가실행을 보면 전통적인 절대적 주권면제론은 19세기 말부터 제한적 주권면제론으로 점차 변화하는 모습을 보이고 있습니다.[2] 자유

[1] 대등한 자는 다른 대등한 자에 대하여 통치권을 가지지 않는다 (*par in parem non habet imperium*)는 표현은 이러한 주권면제론의 등장배경을 분명히 보여준다고 할 수 있습니다. 한편 외교적 면제와 주권면제는 그 발전의 역사, 인정근거, 규칙의 내용 및 예외의 측면에 있어 별개의 제도로서 존재해 왔습니다. 외교적 면제는 기능적 필요성에 입각하여 인정된 반면 국가 면제는 주권평등, 독립, 명예와 존엄성 존중에 근거하여 국가의 주권은 타국의 주권에 복속되어서는 안된다는 사상에 근거하여 인정되어 왔기 때문입니다.

[2] 주권면제의 예외 내지 제한적 주권면제가 인정되는 상황에 대한 논의는 크게 3가지로 나누어 지는데 1) 국가가 주권면제를 포기한 경우, 2) 국가가 상업적 활동에 종사하는 경우, 3) 국가가 비상업적 불법행위에 관여하는 경우가 이에 해당합니다.

무역정책이 보호주의로 바뀌고 경제부분에 대한 정부의 관여가 증가하면서 순수한 국가의 권력적 작용이 아닌 (예를 들어 시장에서의 상거래 계약을 일국가가 타국의 사인과 체결하는 등) 국가차원의 사경제적 활동이 증가하게 되었습니다. 자연히 이러한 상행위와 관련하여 일국 정부가 타국법원에 제소되는 현상도 많아졌습니다. 그 결과 국가가 단순히 영리를 추구할 목적으로 활동했을 때에도 주권면제를 그대로 인정해야 하는지 여부가 문제가 되었습니다. 절대적 주권면제를 향유한다고 할 경우 외국과 거래하는 사인은 매우 불리한 입장에 놓이기 때문입니다. 이러한 불리한 입장을 시정하고 자국민에게 구제의 기회를 부여하기 위해 제한적 주권면제론을 적용하는 국가들이 점차 늘게 되었고, 오늘날 대다수 국가에서 제한적 주권면제론에 입각한 국가실행을 볼 수 있습니다.

우선 입법적으로 제한적 주권면제론을 인정한 나라가 1970년대 이후 증가하였습니다. 미국이 최초로 1976년 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act: FSIA)[3]을 제정한 것을 시작으로 1978년 영국 국가면제법, 1979년 싱가폴 국가면제법, 1981년 파키스탄 국가면제령, 남아공 외국주권면제법, 1982년 캐나다 국가면제법, 1985년 호주 외국국가면제법 등을 제정한바 있습니다. 일본도 2009년 외국 등

[3] 1812년 마샬 미연방대법원장은 주권면제이론을 명백히 한 the Schooner Exchange 호 사건에서 주권면제는 주권의 완전한 평등 및 절대적인 독립을 의미하기에 타국의 관할권에 예외로 인정되어야 한다고 보면서도 동시에 외국에 부여된 면제는 일종의 예양(grace and comity)을 위해 행하는 것이기에 절대적인 국제법상의 원칙이라기 보다는 국가가 스스로 관할권 행사를 자제하거나 포기함으로써 생기는 것으로 이해하였습니다. 그리고 이러한 사법부의 시각이 결국 외국주권면제법을 입법하는 토대가 되었습니다. 같은 맥락에서 미국의 경우 주권면제 관련 사건에서 주로 자국 법원의 기존 판례들을 인용하지 타국의 국가실행을 적극적으로 살펴보지 않은 판결들이 많은데 이 역시도 주권면제론을 일관되고 통일된 국제규범으로 보지 않기 때문이라 생각됩니다.

에 대한 일본의 민사재판권에 관한 법률을 제정 시행 중에 있습니다. 해당 국가들은 국내 입법을 통해 국내 법원이 외국 및 외국재산에 대해 재판관할권과 강제집행을 행사할 수 있는 범위를 정함으로써 제한적 주권면제론을 적용하고 있습니다. 그러나 이렇게 입법론적으로 해결한 국가는 십여 국에 불과하고, 대다수 국가들은 국내 사법판례를 통해 이를 수용해 왔습니다. 19세기말 이탈리아, 벨기에 등을 시작으로 20세기 전반에는 유럽의 대부분 국가에서 제한적 주권면제론이 나타났는데 이들 대륙법계 국가는 공히 국내 입법 대신 수많은 사법판례를 통해 주권면제론을 적용해 왔습니다. 그리고 이러한 국가실행을 통해 오늘날에는 어느 정도 공통된 내용의 제한적 주권면제론이 나타나고 있습니다.

이와 같이 주권면제론은 국가관할권 원칙에 대한 예외에 해당하는 이론으로 국제법상 우월적인 지위를 가진 확고한 불변의 원칙으로 받아들이기 보다는, 국가실행을 통해 발전 및 변화해 왔음을 알 수 있습니다. 제한적 주권면제 인정여부는 국가의 재량 사항이었으며, 타국의 상업적 활동에 대해 일국이 절대적 주권면제를 인정한다하여 이를 국제법 위반으로 볼 것도 아닙니다. 결국 제한적 주권면제론으로의 발전 과정은 주권면제론이 가지는 관습법적 성격(customary nature)을 분명히 보여주고 있습니다.

1.3. 유엔 주권면제 협약 채택

1970년대 이후 일부 국가들이 입법론적으로 주권면제론을 적용해 나가고 특히 유럽에서는 1972년 주권면제에 관한 유럽협약을 채택하는 등 지속적인 변화와 발전이 있어 왔지만, 제한적 주권면제론을 적용함에 있어 기준, 범위 및 내용, 조건 등은 국가 간에 상당한 차이가 있어 왔습니다. 이러한 국가간 이행 간극을 어떻게 극복

할 것인가에 대한 유엔차원의 검토 필요성이 제기되었고 국제법위원회(International Law Commission: 이하 ILC)는 1979년부터 성문화 연구주제로 주권면제를 포함시키게 됩니다. 이후 무려 20여년간 조약화 작업을 진행한 ILC는 마침내 협약 초안을 마련하게 되었고, 2004년 12월 UN총회는 '국가 및 그 재산의 관할권면제에 관한 유엔 협약(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: 이하 유엔 주권면제협약)을 채택하였습니다. 해당 조약은 현재까지 28개국이 서명, 비준 또는 가입을 하였지만 30개국 비준 요건을 맞추지 못하여 아직까지 발효되지는 않고 있습니다. 참고로 유럽인권재판소는 2011년 Sabeh El Leil v. France 사건 등에서 유엔 주권면제협약이 국제관습법을 반영하고 있다고 판시한 바 있습니다.[4]

특히 신체적 상해 및 재산상 손해에 관한 제12조는 본 사안과 관련하여 주목할 필요가 있는데, 상거래로부터 발생하는 불법행위를 제외한 비상업적 불법행위(non-commercial tort)와 관련한 배상을 구하는 소송에서 외국에 대하여 법정지국 법원은 재판권을 예외적으로 행사할 수 있다고 해석할 수 있기 때문입니다. 여기서 비상업적 불법행위란 외국의 사법적이거나 비주권적인 활동에만 국한되는 것이 아니라 오히려 외국의 공적인 활동도 포함하고 있다고 볼 수 있습니다. 협약 주석에서는 제12조가 주로 보험에 들 수 있는 위험에 관련된다고 적시하지만,[5] 오늘날에는

[4] European Court of Human Rights, the Case of Sabeh El Leil v. France, Judgment (Application no.34869/05) (29 June 2011), *paras*.54-58.

[5] 보험회사가 주권면제를 앞세워 신체적 침해를 입은 개인에 대한 책임을 회피하는 것은 더 이상 용납될 수 없다는 취지로 제12조는 처음에는 자동차 사고에서의 보험에 들 수 있는 손해를 다루기 위해 고안되었습니다. ILC, Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their

공갈, 폭행, 정치적 암살을 위시한 살인과 같은 고의적인 신체 손상에도 폭넓게 적용될 수 있다는 학계의 주장이 지속적으로 제기되고 있습니다. ILC는 초안 성문 과정에서 고문 등 국제법상의 강행규범을 위반한 심각한 인권침해에 관한 소송에서 주권면제의 문제가 오늘날 중시되고 있음을 인정하면서도 해당 협약에 인권규범 등 국제법상의 강행규범에 위반하는 행위에 대한 주권면제 불인정을 명확히 성문화하여 협약에 포함시키는 것은 시기상조라고 보았습니다. 다만, 이후 새로운 과제로 추후 다룰 수 있다고 여지를 남긴 바 있습니다.[6]

1.4. 비상업적 불법행위와 주권면제

1970년 오스트리아 최고법원의 Holubeck case 판결은 외국의 불법행위에 대하여 직접 관할권을 행사한 첫 사례로 자주 언급되고 있습니다. 오스트리아인 차량이 미대사관의 우편수송차량에 의해 파손되어 손해배상 소송이 제기된 사건으로 동 법원은 관할권을 인정하면서, 교통사고 피해자를 돕고 보험회사가 주권면제를 이유로 배상책임을 피하고자 하는 것을 막기 위한 것이라고 밝힌 바 있습니다. 이후에도 비상업적 불법행위와 관련한 주권면제 사건은 여러 국가에서 일관되진 않지만 지속적으로 제기되었음을 확인할 수 있습니다. 대부분 법정지국 내 피해자 개인으로 하여금 구제받을 수 있는 방안의 하나로 소송을 제기할 수 있도록 한 것이었습니다. 예를 들어 외국정부관리가 타국에서 고문, 살인, 상해, 손괴 또는 정치적 암살 등의

Property, with commentaries (1991), Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II (Part Two).

[6] UN General Assembly, Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property: Report of the Chairman of the Working Group, A/C.6/54/L.12 (12 Nov. 1999), para. 47.

불법행위를 저질러 법정지국의 법익을 침해하는 경우 피해자가 주권면제를 이유로 소송을 제기할 수 없다면 결국 타국 국내법원은 이러한 불법행위와 범죄를 방조 조장하는 결과를 초래할 수 있기 때문입니다. 이러한 비상업적 불법행위의 주권면제 예외 적용은 앞서 언급한 미국 등에서 주로 주권면제관련 국내법 개정을 통해 제한적이나마 이루어져 왔습니다.[7] 물론 이와 같이 국내법에 의거 외국정부의 불법행위에 대하여 관할권 있음을 주장하는 것은 일견 국제법의 핵심 가치 중 하나인 주권존중원칙에 위반하는 것으로 보입니다. 그러나 국가실행을 볼 때, 점차 다른 국가들도 비상업적 불법행위에 대하여 특정 요건 하에서는 관할권을 행사할 지 여부를 고려하는 것이 이미 하나의 추세가 되고 있으며 오늘날에는 더 많은 국가들이 이를 인용할 수 있는 현상에 이르렀다는 주장이 심심찮게 나오고 있는 것이 사실입니다.

1.5. 강행규범과 주권면제

강행규범과 주권면제 간의 관계를 논함에 있어 지금까지 국제사법재판소와 대다수의 외국 국내법원은 주권면제의 예외를 인정하지 않은 것이 사실입니다. 공히 국제법의 정태적 측면, 즉 현재 국제법의 모습을 반영하여 크게 세가지 이유에서 주권면제를 인정해 왔습니다.

첫째, 어떠한 심각한 인권침해가 강행규범 위반인지 여부를 판단하는 것과 절차법

[7] 미국은 외국주권면제법상 외국국가에 대하여 재판권이 성립하는 주권면제의 예외사유를 제1605조부터 제1607조까지 규정하고 있는데, 주된 요소 중 하나가 바로 테러리즘 예외조항으로도 불리는 1996년 추가된 제1605A조입니다. 동 조항은 주권면제의 예외로 "외국국가 등에 의해 자행된 고문, 비사법적 살인, 항공기 납치, 인질납치 등의 행위"를 제시하고 있습니다. 다만 이러한 테러리즘 예외조항은 모든 국가에 적용된다고 규정하지 않고 미국 정부에 의해 테러지원국으로 지정된 일부 국가들에 국한하고 있습니다.

상의 주권면제로부터 예외가 되는지 여부는 분리하여 보아야 한다는 입장입니다. 즉 강행규범 위반여부와 관계없이 위반행위가 국가의 주권적 행위라면 주권면제를 인정해야 한다는 것입니다. 그러나 일련의 반대의견을 보면 일단 강행규범으로 인정된다면 주권면제라는 소송상의 조각사유는 적용되지 말아야 한다고 주장합니다. 강행규범은 어떠한 국제법보다도 상위 규범이며 이에 반하는 국제규범은 무효가 되기 때문입니다. 다시 말해 국가가 강행규범을 위반하는 것은 국가공동체 전체의 집단적 의지를 위반한 것으로 이러한 경우에는 국가가 면제를 향유할 주권적 행위를 하는 것으로 보아서는 아니된다는 입장입니다.

둘째 피해자의 재판을 받을 권리와 주권면제원칙 간의 충돌여부를 판단하면서 국제법의 현 발전단계를 고려할 때 주권면제가 부여된다는 입장입니다. 예를 들어 자주 인용되는 영국의 1997년 Al-Adsani v. Kuwait 사건의 경우 심각한 인권침해를 이유로 손해배상을 위한 민사소송이 제기된 사안이지만 영국법원은 주권면제를 부여하는 판결을 내렸습니다. 영국법원의 재판거부에 대해 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제6조 제1항상의 재판을 받을 권리는 주권면제에 관한 조약 및 국제관습법에 위반되지 않는 범위 내에서 인정받는 것이라고 판단하였습니다.[8] 결국 2000년대 초까지도 유럽인권재판소는 외국에서 행해진 고문행위와 같은 경우 주권면제를 부여하지 않을 정도로 국제법이 발전하여 온 것은 아니라고 본 것입니다.

셋째, 주권면제에 관한 국내입법에 근거하여 해당 법이 인정하는 경우에 한하여만 주권면제에 대한 예외를 인정하는 입장입니다. 미국의 경우 주로 외국주권면제법에

[8] European Court of Human Rights, Judgment - the Case of Al-Adsani v. The United Kingdom (Application no.35763/97) (21 November 2001).

근거하여 판단하고 있는데, 예를 들어 1997년 Doe v. Unocal 사건에서 법원은 미얀마 국가기관의 인권침해 행위는 상업적 활동에 속한다고 볼 수 없으며 동시에 외국주권면제법상 언급된 미국영토상의 직접적 효과도 발생하지 않는다고 하면서 주권면제의 예외를 부인한 바 있습니다.[9] 캐나다 법원도 예를 들어 Bouzari v. Iran 사건에서 법정지 영역 외에서 발생한 신체 상해 등의 불법행위에 대하여서는 주권면제의 예외가 적용되지 않으며, 가사 그것이 강행규범에 반하는 행위라 할지라도 그러한 강행규범에 반하는 행위에 대하여 캐나다 국가면제법이 주권면제의 예외로 규정하고 있지 않는 한 면제는 인정되어야 한다고 판단한 바 있습니다.[10] 이와 같이 국제법과 국내법의 관계에 관해 이원론을 채택한 국가들의 경우 그 특성상 국내법에 따른 판단에 우선할 수 밖에 없는데, 국내법 제정 이후 국제법이 다른 방향으로 발달한다면 이에 대응할 수 없다는 비판이 제기되기도 합니다.

반대로 강행규범 위반의 경우 주권면제의 예외를 인정한 판결을 내린 국가도 있음은 주지의 사실입니다. 이는 국제법의 정태적 모습이 아닌 점진적 발전방향을 고려하여 판결에 반영한 것으로 보여집니다. 우선 그리스 법원은 1972년 주권면제에 관한 유럽협약 제11조에 근거하여 제한적 주권면제이론상의 주권적 행위와 상업적 행위 어디에 해당하는가를 불문하고 불법행위의 범위를 확대 해석하여 주권 면제를 부정한 바 있습니다.[11] 이탈리아 법원 역시 유명한 Ferrini 사건 등에서 심각한 인

[9] The US District Court for the Central District of California, John Doe I et al. v. UNOCAL Corp. et al., Judgment 963 F.Supp. 880 (25 March 1997).

[10] Ontario Superior Court of Justice, Bouzari v. Islamic Republic of Iran, Judgment O.J. No. 1624 (1 May 2002).

[11] Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case No. 11/2000, International Law

권 침해에 해당하는 국제범죄는 보편적 민사관할권이 인정되기에 이러한 범죄행위가 가해 국가에 의하여 법정지국에서 이루어졌다면 주권면제론에 의한 관할권 면제가 허용되지 않는다고 판단하였습니다. 이는 오늘날 국제인권법 및 국제형사법에 의하여 보호되는 침해 불가능한 인간의 권리는 기존의 주권면제에 관한 조약이나 국제관습법보다 우위에 있다는 입장에 기인한 것으로 보입니다.[12]

1.6. 2012년 국제사법재판소 판결: 관할권 면제에 관한 독일-이탈리아 사건

2012년 국제사법재판소 판결에서 재판소는 국제인권법이나 무력충돌에 관한 국제규범을 심각하게 위반한 경우 주권면제를 부정하는 국제관습법이 성립하였는지에 대해 이탈리아 국내법원의 경우를 제외하고는 그와 같은 국가실행을 찾아볼 수 없다고 적시하면서 동시에 캐나다, 프랑스, 슬로베니아, 뉴질랜드, 폴란드, 영국이 주권면제를 인정한 판례를 제시한 바 있습니다. 주권면제 관련 국내입법의 경우에도 미국의 1996년도 테러지원국에 관한 외국주권면제법 개정이 유일한 예로 그 외에는 면제를 배제하는 국내입법을 가지고 있지 않다고 판단하였습니다. 유엔 주권면제협약, 주권면제에 관한 유럽협약 등도 강행규범적 성질을 갖는 규범의 심각한 위반행위에 대하여 주권면제를 배제하는 규정을 가지고 있지 않다고 지적하면서 결국 2012년 판결 당시 국제인권법이나 국제인도법을 심각하게 위반한 경우 주권면제를 부정하는 새로운 국제관습법이 성립하였다고 판단하는 것은 곤란하다고 판시한 것

Reports (ILR), Vol. 129; Maria Gavouneli and Ilias Bantekas, "Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany. Case No. 11/2000," The American Journal of International Law, Vol. 95, No. 1 (2001) 참조.

[12] 그렇다면 과연 국제인권법을 포함한 국제법은 오늘날 어떠한 방향성을 가지고 발전해 왔는지를 살펴볼 필요가 있을 터인데 이는 제3절에서 주로 논의하고자 합니다.

입니다. 또한 제2차 세계대전 당시 독일의 행위가 강행규범에 반하는 것이기는 하나 그것이 주권면제규범과 직접 충돌하는 것은 아니라고 판단하면서 양 규범은 서로 다른 문제를 규율하는 규범이라고 보았습니다. 마지막으로 피해자에 대한 최후의 구제책이라는 이탈리아 측 주장에 대해서는 설사 독일의 배상규정의 흠결로 이탈리아인 피해자에 대한 구제책이 불완전할지라도 이 것이 국가 관할권 면제를 박탈할 사유가 될 수 없으며, 구제를 확보할 수 있는 실효적 대체수단이 존재하는가 하는 문제는 관할권 면제 인정여부에 관한 문제에 영향을 주지 않는다고 판단하였습니다. 해당 문제는 국가 간의 포괄적인 배상에 의하여 해결할 수도 있는 것이라고 지적한 것입니다.

이러한 다수의견에 대한 반대의견을 보면 우선 브라질 국적의 Cancado Trindade 재판관은 주권면제는 권리(rights)가 아니라 특권(privilege)으로서 만약 그것이 명백한 부정의를 야기하는 경우에는 이를 인정할 수 없다고 주장하였습니다. 법실증주의 방법론에 근거한 다수의견은 국제법의 화석화를 야기하게 되고 결과적으로 국제법의 지속적인 발전을 저해할 수밖에 없다고 보았기 때문입니다. 강행규범과 주권면제와의 관계를 절차법과 실체법의 구분에 의하여 양자 간의 충돌이 형식적으로 부재한다는 논거로 해결하려고 하는 방식은 받아들일 수 없다는 것입니다. 결국 주권면제가 표상하는 법적 절차는 그것 자체가 목적이 될 수 없고 정의를 실현하는 수단이 되어야 한다고 강조하면서, 다수의견에 근거한 판결은 피해를 입은 당사자뿐만 아니라 현대 국제법의 발전에도 치명적인 결과를 가져온다고 강하게 비판하였습니다.

소말리아 국적의 Abdulqawi Yusuf 재판관은 반대의견에서 주권면제는 사실상 스위

스 치즈처럼 구멍이 많은 것으로 서로 모순되는 국가실행이 있음에 비추어 볼 때 모든 상황을 명확히 규율하는 확립된 (침해 불가능한 가치로서) 국제관습법이 아니라고 보았습니다. 즉 주권면제 인정여부는 개별 사건의 특징, 상황 및 그에 내재하는 요소들을 충분히 고려하여 결정하여야 하며, 특히 해당 사안의 경우 주권면제를 인정하게 되면 대체적인 구제방법을 피해자가 가지고 있지 않은 점을 충분히 고려해야 한다고 보았습니다. 더 나아가 심각한 인권침해에 대하여 실효적인 구제를 받을 권리야말로 국제관습법의 일부분으로 오늘날 인정되어야 한다고 주장하였습니다. 이에 국제공동체가 존중하고 추구하는 있는 현대 국제법의 가치와 전통적인 주권면제가 추구하는 가치 사이의 균형을 찾아야 할 필요성이 있음을 지적하면서, 주권면제와 개인의 배상청구권과 관련한 국제법은 변화의 과정 중에 있다고 보았습니다. 이러한 변화의 방향은 국제인권법 및 국제인도법에 대하여 국제사회가 증대되는 규범적 가치를 지속적으로 부여하고 있고, 결국 국가를 향하여 개인이 실효적인 구제를 받을 권리를 실현하도록 한 현대 국제인권법상 피해자 중심주의를 반영한 것으로 이해할 수 있습니다.

간략히 살펴본 2012년 국제사법재판소의 판결은 궁극적으로 국가주권 존중이라는 국가 중심의 국제법 원칙을 준수한 것으로 이해할 수 있습니다. 그러나 과연 주권면제와 관련하여 예외 없는 국제관습법이 확립되었다고 할 수 있는지, 더욱이 일부 서구 국가들의 실행을 통해서 내용을 확정하고 적용하는 것이 적절한지에 대해서 의문입니다. 오늘날 강행규범의 내용과 범위가 여전히 불명확한 것처럼 주권면제 역시 그 내용과 범위가 확정적이지 않다고 보는 것이 맞지 않나 생각되기 때문입니다.

개별 국가의 국내법원은 국제법을 적용함에 있어 자국의 입장을 반영하여 국제법의 내용과 적용 범위에 대하여 판단할 수 있는 권한이 있습니다. 양심적 병역거부에 관한 일련의 기존 국내 법원 판결을 고려하면 쉽게 이해할 수 있습니다. 마찬가지로 이탈리아 법원이 판단하는 주권면제와 관련한 국제관습법은 강행규범을 위반하는 행위에 대하여는 면제를 인정하지 않는 내용을 포함한 것으로 볼 수 있습니다. 실제 많은 국가들이 제한적 주권면제론을 취하지만 구체적으로 어떠한 행위가 주권면제를 인정받는지에 대해서는 입장 차이가 있음은 이미 본 의견서를 통해 강조한 바 이기도 합니다. 국가 간의 상호주의를 적용할 수 있는 사안과 국제공동체 전체를 향한 다자적 의무 내지 대세적 의무를 구분한다면 강행규범과 같은 특수한 국제규범위반은 후자에 해당할 것인데, 주권면제는 국제관습법에 해당한다고 이해하지만 이를 강행규범으로 받아들이지는 않는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있습니다.

문제는 2012년 국제사법재판소의 판결로 인해 국제법상 주권면제로 봉쇄된 피해자의 구제를 실현할 만한 다른 형태의 분쟁해결방식이 남아 있지 않고 피해자들의 배상 문제는 미해결인 채로 남게 만들었다는 점입니다. 그리고 2014년 이탈리아 헌법재판소 결정은 이러한 측면에 주목하였다고 생각합니다. 물론 여전히 이탈리아 헌법재판소의 해당 결정에 대해 많은 국제법 전문가들은 주권면제 예외를 허용하는 새로운 국제관습법의 형성을 의미하는 것은 아직 시기상조라고 보는 것이 사실입니다. 다수의 국가 간의 정치적 합의를 통해 국제범죄의 경우 피해자 손해배상에 대한 주권면제의 예외를 인정하는 새로운 국제조약 내지 협약을 채택하지 않는 한 이러한 국가실행은 현행 국제법의 모습을 반영하지 않는다는 것입니다. 그러나 국제관습법의 형성 과정을 보면 이러한 법실증주의에 입각한 비판은 타당하지 않다고

생각합니다. 이에 대해서는 다음 절에서 상세히 다루도록 하겠습니다.

1.7. 소결

지금까지 살펴본 바와 같이 오늘날 국내 입법 및 법원판결 등과 같은 국가실행을 통해 발전 및 변화해 온 주권면제론이 국제관습법이라는 점은 분명합니다. 다만 이미 19세기 초부터 대다수 국가들은 제한적 주권면제론을 적용해 오면서 주권면제의 예외를 인정해 왔다는 점도 부인할 수 없습니다.

주권평등의 원칙과 국제분쟁회피라는 목적 하에 관할권 면제가 국제관습법으로 형성되었다는 점을 고려하면 현행 국제법상 강행규범 위반에 대한 주권면제의 예외를 인정하기 어렵다는 주장이 여전히 다수를 이루는 점 또한 사실입니다. 하지만 주권면제 적용에 관한 상반된 여러 국가실행이 상존함에도 불구하고 몇몇 면제 예외를 새로운 국제관습법의 일부라고 평가하는 것도, 반대로 면제를 인정한 판결을 근거로 국제관습법의 부존재를 증명하는 것도 공히 설득력이 없어 보입니다. 양측 주장 모두 원용하는 판례 수가 한정되어 있어 자기주장에 편리한 사례만을 뽑아서 주장한다는 인상을 받게 되기 때문입니다. 과연 국제관습법은 상대 다수의 문제일까요? 상반된 재판 사례나 국가 실행의 존재한다면 적어도 기존의 국제관습법이 아직도 불완전하고 불안정하다는 것은 인정할 수 있지 않을까요? 예를 들어 제한적 주권면제론의 기초를 이루는 개념, 즉 상업적 행위의 정의와 범위도 여전히 명확치 않습니다. 이는 앞서 강조한 바와 같이 현재 주권면제에 대한 예외와 제한은 계속해서 발전 과정에 있다는 것을 의미합니다.

같은 맥락에서 국제인권법과 국제인도법의 분야에 있어서 주권면제의 적용범위와

예외에 관한 국제관습은 현재 불확실하고 불분명해 보입니다. 물론 국제법상 보편적인 민사재판관할권을 인정하여 중대한 인권침해를 주권면제의 예외로 인정하는 조약이나 국제관습법은 확립되지 않았지만, 적어도 국제법을 완고한 국가 중심 사고에서 해방시켜서 인권 보장을 위한 국제법으로 전환해야 한다는 맥락 하에 다양한 논의들이 제기되고 있으며 이를 반영하는 국가실행이 나오고 있음은 주목해야 합니다. 2012년 관할권 면제에 관한 독일-이탈리아 사건의 핵심도 다른 구제 수단이 없어서 이탈리아 법원에 청구할 수밖에 없었던 피해자들의 현실적 상황인데 이에 대한 고려는 판결문에 담겨 있지 않습니다. 왜 피해자가 보상을 받지 못하는지, 주권면제 부정에 의해 대체 배상수단 제공이 가능한지 등의 쟁점들은 판결에서 완전히 무시되거나 사실상 간과되었다는 것입니다. 특히 특정 유형의 희생자들에게 보상이 없었기에 마지막 수단(last resort)으로 제기되었다는 주장에 대해 다수의견은 독일이 보상을 부정한 것을 유감스럽게 생각한다고 말하는데 그쳤는데, 법에 기초한 적절한 구제책을 제공하기 위해 존재해야 하는 것이 사법기관이라는 점을 생각하면 해당 판결은 아쉬운 점이 매우 많습니다.[13]

[13] 만일 국가가 국제위법행위로 직접 또는 간접적으로 개인에게 배상책임을 부담한다면 이는 다양한 방법으로 이행될 수 있습니다. 물론 일반적으로 국제인권법의 위반은 그 피해자가 대부분 자국민인 경우가 많지만 피해자가 자국민이 아닌 경우에는 피해자의 본국이 우선 가해국을 상대로 외교적 보호 또는 평화조약의 규정을 통해 배상을 요구하는 전통적인 방법이 있습니다. 피해자는 기설립된 지역인권재판소 및 인권조약기구를 통하여 위반사실의 확인 및 적절한 배상에 관한 판결이나 권고 등을 받을 수도 있습니다. 마지막으로 피해자는 자국 또는 가해국의 국내법원에서 가해자나 가해국을 상대로 손해배상소송을 제기할 수 있습니다. 이 경우에 대체적으로는 주권면제 등의 법적 장애를 회피할 수 있다는 점에서 가해국의 국내법원을 이용할 수 있으나 가해국의 국내법원이 대체적으로 권리구제에 소극적인 점을 고려한다면 불가피하게 피해자의 본국에서 가해자나 가해국을 상대로 소송을 제기할 수도 있습니다. 그 외 대안적 방안으로 위원회 구성을 통한 배상(에르트리아-에디오피아

2. 국제관습법

주권면제법리가 본 사건에서 반드시 적용되어야 한다는 주장은 주권면제론이 확립된 국제관습법이라는 것을 근간으로 합니다. 그렇다면 과연 국제관습법이라 함은 무엇을 의미하는지 검토해 볼 필요가 있습니다. 제1절에서 살펴본 바와 같이 주권면제 적용 여부에 대한 국가실행을 보면, 적어도 심각한 인권침해와 같은 국제인권법 및 국제인도법 위반 행위의 경우 면제 예외를 허용하지 않는 국제관습은 오늘날 여전히 불완전하고 불안정한 것이라고 판단되기 때문입니다.

2.1. 국제관습법의 중요성

국제법에서 국제관습법은 매우 중요한 요소입니다. 국제사법재판소 규정 제38조1항에서 규정하고 있듯이 조약과 함께 국제법의 주요 법원 중 하나임은 주지의 사실입니다. 특히 국제관습법은 19세기부터 20세기까지 폭발적으로 국제조약들이 증가하면서 국가책임, 관할권, 주권면제, 무력사용 그리고 조약의 해석에 있어 중요한 역할을 해 왔습니다.[14] 한편 국제관습법은 많은 국가들이 국내적으로 직접적용 가능한 규범으로 (적어도 원칙상으로는) 받아들이고 있습니다.[15] 국제법의 내재화 측면에서 본다면 다양한 역사적 사회적 문화적 배경을 가진 국가들이 일관된 국제관습법을 적용해야 함을 의미하는 것이기도 합니다. 이에 오늘날 일부 비판적인 국제법학자

청구권위원회, 이라크의 쿠웨이트 침공에 관한 유엔보상위원회 등), 국제형사재판소를 통한 배상(로마규정 제75조2항) 등이 있어왔습니다.

[14] 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 및 WTO 부속서2 분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해 제3조 제2항 등도 이러한 점을 분명히 밝히고 있습니다.

[15] 예를 들어 우리 헌법 제6조 1항상의 국내법과 같은 효력을 가지는 "일반적으로 승인된 국제법규"는 적어도 국내 국제법학자들은 공히 국제관습법을 의미하는 것으로 보고 있습니다.

들은 국내법원에서의 국제관습법의 적용은 특정 강대국의 행위를 강제하는 요소로 작용할 수 있다는 우려의 목소리를 내기도 하였습니다.[16] 마지막으로 90년대 냉전이후 국제재판소가 오늘날 폭발적으로 증가하면서, 재판소가 적극적으로 국제관습법을 인용하거나 확인하는 경향이 증가하고 있습니다. 참고로 과거 구 소비에트연방은 국제관습법을 국제법상 법원으로 받아들이는데 회의적인 입장이었고, 적어도 묵시적 동의가 필요함을 강조해 왔던 점은 주목할 만합니다.[17]

결국 오늘날 국제관습법이 가지는 중요성을 고려한다면 관습법에 대한 명확한 이해와 원칙이 필요하고 이는 국제관습법이 어떻게 형성되는지 그리고 이를 결정하는 증거 요소들은 무엇인지를 파악하는 것이 무엇보다 중요한 작업이 되었습니다.

2.2. 국제관습법의 형성과 증거

국제법위원회(ILC)는 2012년 국제관습법의 형성과 증거(Formation and evidence of customary international law)라는 제목의 작업주제를 채택하였고, 다음해 국제관습법의 확인(Identification of Customary International Law)으로 주제 제목을 변경하여 작업을 진행하게 됩니다. 그리고 최종적으로 16개의 결론 초안으로 구성된 제2회독 국제관습법 확인에 관한 결론 초안과 관련 주석을 2018년 최종적으로

[16] Curtis A. Bradley, Jack L. Goldsmith & David H. Moore, "Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie," Harvard Law Review, Vol.120 (2007); Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, "A Theory of Customary International Law," University of Chicago Law Review Vol.66 (1999); Eric A. Posner & Jack L. Goldsmith, "Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law", Virginia Journal of International Law Vol.40 (2000) 등 참조.

[17] G. I. Tunkin, Theory of International Law (William E. Butler trans., 1974) 참조.

채택하여 유엔총회에 보고함으로써 작업을 종결하였습니다.[18]

몇 가지 주요 내용들을 간략하게 살펴보면 우선 결론2[19]에서는 국제관습법의 규칙의 존재와 내용을 결정하기 위해서는, 법으로 수락(법적 확신)된 일반 관행이 존재하는지를 확인하는 것이 필요함을 명확히 합니다.[20] 다음으로 결론5에서는 국가실행은 국가의 행정, 입법, 사법 또는 여타 기능의 행사를 통해 국가의 행위로 구성된다고 규정합니다. 다만 결론6에서 국가 실행의 다양한 형태 상호간에는 미리 결정된 서열은 존재하지 않는다고 보았습니다. 한편 결론9에서 법적 확신의 경우에는 국가실행이 법적 권리 또는 의무라는 의식을 갖고 행해져야 한다는 것을 의미한다고 보았습니다. 특히 결론10에서 국가의 부작위에 대해서도 법적 확신의 증거로서 사용될 수 있다고 판단한 점은 주목할 만합니다. 또한 국제법위원회는 국제기구의 결의와 국내법원의 판결이 국제관습법 형성에 가지는 의미에 대해서도 각각 결론 12 그리고 13에서 규정하고 있습니다.[21]

[18] ILC, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries (2018), UN Doc. A/73/10.

[19] 원문은 다음과 같습니다. Conclusion 2: Two constituent elements
To determine the existence and content of a rule of customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice that is accepted as law (*opinio juris*).

[20] ICJ, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), Judgement, ICJ Reports (1985) 참조.

[21] 결론13의 원문은 다음과 같습니다. Conclusion 13: Decisions of courts and tribunals
1. Decisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, concerning the existence and content of rules of customary international law are a subsidiary means for the determination of such rules.
2. Regard may be had, as appropriate, to decisions of national courts concerning the existence and content of rules of customary international law, as a subsidiary means for the

해당 작업이 ILC를 통해 진행되면서 다양한 논의들이 국제관습법의 확인에 관해 있어왔는데 주된 쟁점은 일반적인 국가실행에 대한 대표성의 문제에 있었습니다. 간단히 말해 일반적인 관행은 특정 국가, 특히 서구 국가들 및 일부 비서구 강대국들의 국가실행이 반영되었을 뿐, 아시아, 아프리카, 중동을 포함한 많은 제3세계국가들의 실행이 포함되지 않았다는 것입니다. 제3세계 국가들의 국가실행이 실제 국제사회에 제대로 소개되지 않고, 국제법학자들에 의한 이들 국가들의 국가실행에 관한 연구물들이 제대로 생산되지 않으면서 결국 국제관습법의 결정은 서구 국가들의 국가 실행과 서구 법학자들의 저작물들을 통해 주로 이루어지게 되었다는 비민주적인 국제사회의 구조적인 문제점을 제시하고 있습니다.[22] 결국 이론상으로는 국제관습법의 형성은 모든 국가들의 일반적인 관행을 통해 이루어져야 하나 실제로는 국제관습법 형성에 일부 특정 (서구) 국가들만 기여하게 된다는 것입니다. 겉으로는 주권존중의 원칙을 근본으로 하는 국제법 체제하에서도 국제관습법 형성에 대해 규범 제정자(Norm Maker)가 따로 있고, 대다수 국가들은 규범 준수자(Norm taker)의 역할만 맡게 됩니다. 분명한 입법주체가 존재하는 조약의 경우 국가 간의 명시적 동의에 의한 것으로 볼 수 있는 반면, 국제관습법 담론 안에서는 입법주체라는 개념이 흐릿하고 관습법 형성에는 필연적으로 불명확성이 드리워져 있게 됩니다.

---

determination of such rules.

[22] Anthony Carty, Doctrine Versus State Practice, in The Oxford Handbook of the History of International Law (Bardo Fassbender & Anne Peters eds., 2012); International Law Association(ILA), Final Report of Commission on Formation of Customary (General) International Law: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (London Conference, 2000) 참조.

실제로 앞서 제1절에서 살펴본 바와 같이 심각한 인권침해 행위의 경우 주권면제의 예외 여부를 판단함에 있어 국제사법재판소와 개별 국가의 국내 법원은 판결문에서 미국, 영국, 프랑스, 이탈리아, 그리스 판례 등을 인용하지만 그 외 다른 제3세계 국가에서의 판결 내지 국가실행들은 쉽게 알 수도 없고 사실상 접근이 용이하지도 않습니다. 같은 맥락에서 제3세계 국가의 부작위 내지 침묵을 과연 주권면제의 묵시적 동의로 볼 수 있는지에 대해서는 신중한 접근이 요구된다고 할 것입니다. 더 나아가 오늘날 국제관습법 형성에 있어서 일반적인 국가실행과 법적 확신 중 어디에 더 무게를 두어야 하는가에 대한 문제도 고려하지 않을 수 없습니다.

2.3. 현대 국제관습법

일부 국제법학자들은 전통적인 국제관습법과 현대 국제관습법으로 국제관습법을 구분하면서 후자의 경우 법적 확신에 상대적으로 더 무게를 두어야 한다고 주장합니다.[23] 국제법의 파편화 현상과 함께, 오늘날 국제관습법은 국제인권법, 국제인도법, 국제형사법, 그리고 국제환경법 분야에서 해당 분야가 추구해 나가는 발전방향에 반하는 형태로 또는 기존의 체제를 유지하는데 유용하게 활용되어 왔습니다. 그러나 현대 국제관습법을 주장하는 이들은 기존의 이론에 반해 설사 국가실행이 없더라도 국제관습법이 형성될 수 있다고 주장하고 있습니다.

법실증주의의 관점에서 법적 안정성과 정당성(legal stability and legitimacy)을 중시하는 입장에서는 현대 국제관습법이라는 표현 자체에 거부감을 가지고 있고, 이

---

[23] B. S. Chimni, Customary International Law: A Third World Perspective, American Journal of International Law Vol.112 (2018).

러한 개념을 비판적으로 바라볼 수밖에 없습니다. 국제재판소와 학자들이 국제관습법과 관련하여 '확인한다'라는 동사를 주로 사용하는 것 자체가 이러한 전통적인 국제법관에 따른 국제관습법의 과거지향적 특징에서 기인한 것으로 보여집니다. 본질상 오랜 시간에 걸쳐 형성된 공동체의 행위방식을 반영하는 관습은 필연적으로 과거회고적이고 보수적이 성격을 띨 수밖에 없기 때문입니다. 그러나 이러한 특성은 시시각각 빠르게 변화해 가는 오늘날 사회상을 유연하고 신속하게 반영하여 발전, 진화해 갈 수 없다는 측면에서는 단점으로 작용할 수밖에 없습니다. 다시 말해 최근 COVID-19와 같은 초국경적 감염병, 신속한 기술발전, 사람과 물자 및 정보의 대량 이동, 기후변화, 대규모 인권침해 국제범죄 및 테러리즘 등으로 유발되는 현대 사회가 필요로 하는 새로운 규범 형성 또는 기존 규범의 변경에 대한 장애 요인으로 국제관습법이 작용할 위험이 크다는 것입니다. 따라서 현대 국제관습법을 주장하는 이들은 회고적 성격의 국가실행과 법적 확신의 굴레에서 벗어나 미래 국제사회가 필요로 하는 가치로부터 연역되는 규범을 국제관습법으로 확인, 제정 또는 선언할 수 있어야 한다고 봅니다. 그러한 가치는 일련의 국제기구 결의 및 선언, 시민사회를 포함한 다양한 이해당사자들의 활동과 학술적 담론 등을 포함하며, 결국 미래 지향적인 성격의 증거들이 법적 확신의 핵심 구성요소로 수렴, 포섭될 수 있다는 것입니다.

실제로 1990년대 구유고국제형사재판소와 르완다 국제형사재판소, 이후 2002년 상설재판소로 국제형사재판소가 설립되면서 국제재판관들은 당시 미발달의 국제형사법을 발전시키고 확장하는 도구로 현대 국제관습법 개념을 판례를 통해 적극적으로

사용하였습니다.[24] 1948년 채택된 세계인권선언을 시발점으로 삼는 국제인권법의 경우도 이미 모든 국가를 구속하는 법이라는 믿음 내지 국가실행에 근거했다기 보다는 향후 모든 국가들을 구속해야 할 법이라는 미래 지향적인 성격의 법적 확신에 기반을 두고 형성, 발전되었다고 봄이 바람직합니다. 일례로 오늘날 수많은 국가에서 국제인권법상 고문금지 규범에 반하는 고문행위가 자행되고 있습니다. 그러나 이러한 국가실행이 있음에도 불구하고 고문금지 규범의 국제관습법적 위상은 흔들리지 않고 있습니다. 인권이라는 이름으로, 인도주의란 명목 하에, 지구촌 환경 보호를 위해서, 또는 전지구적 공동의 선(global common good)을 위해 등등 이러한 현대 국제관습법론의 주장에는 어찌 보면 도덕적인 요소들이 법적 확신에 투영되고 있다고도 볼 수 있습니다. 국내법과 달리 입법기관이 없는 국제법이 가지는 특성과 본질을 고려할 때, 시간이 지나면서 이러한 역동적이고 미래지향적인 법적 확신 개념을 포함한 국제관습법의 형성을 통해서만이 국제법도 변화 발전할 수 있다고 생각합니다.

2.4. 국가중심의 전통 국제법질서와 피해자의 권리 구제

지금까지 간략히 살펴본 국제관습법에 대한 학술적 이론들을 국제공법상 피해자의 권리 구제 체제에 투영시켜 보고자 합니다. 국제법상 국제위법행위가 있고, 이러한 행위에 귀속되는 국가는 국가책임을 부담하게 됩니다. 전통적인 국제법 하에서 권리의 주체는 오로지 국가이고 개인은 권리의 주체로 인정되지 않습니다. 따라서 일국이 국제법을 중대하게 위반하여 개인에게 손해를 가한 경우에도 피해자는 국제법

[24] Curtis A. Bradley (ed.), Custom's Future: International Law in a Changing World (Cambridge: Cambridge University Press, 2016) 참조.

에 기초하여 직접 가해국을 상대로 배상청구를 할 수 없습니다. 요컨대 현 국제공법 체제 내에서 개인이 국제법의 중대한 위반의 피해자로서 타국을 상대로 구제를 요청할 수 있는 수단은 매우 제한적입니다. ILC 국가책임초안 제34조는 국제위법행위로 인한 피해에 대한 배상으로 원상회복, 금전배상, 만족을 규정하고 있는데, 이는 가해국이 피해국에 대하여 국제법상 책임을 이행하는 수단을 의미하는 것으로 개인에 대한 배상의 원칙을 규정한 것은 아닙니다. 다시 말해 일반 국제공법 차원의 제도들은 국가 중심의 전통국제법적 관점에서 크게 벗어나지 못하고 있습니다.[25] 국가책임 초안에 관한 국제법위원회의 주석을 보면 개인을 실체적 권리의 주체로 하는 국제인권법을 포함하여 국제법 전 영역을 적용 대상으로 한다는 점에서 고무적이지만, 국가책임의 추궁 주체로 유일하게 국가만을 다루고 있다는 한계를 노정하고 있고, 이는 자신의 국적국을 통한 구제방법 이외에는 타국을 향한 구제수단이 국제법상 극히 제한적임을 극명히 보여줍니다.[26] 즉 국제법의 다양한 분야의 발전에 비해 여전히 국가책임에 대한 실제적 논의는 국가중심의 전통국제법적 사고에 갇혀 있다는 비판은 여전히 유효한 것 같습니다.

일반적으로 타국으로부터 피해를 받은 개인의 권리 보호를 위한 구제책으로서 자국민을 대표하여 국가가 행사하는 외교적 보호권은 중요한 역할을 할 수 있습니다. 그러나 다른 국가가 자국민에게 피해를 입힌 것은 그 개인들의 국적국에 간접적으로 피해를 입힌 것이라는 바텔의 의제는 수세기동안 외교적 보호의 기초가 되어 왔

[25] Edith Brown Weiss, "Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century", American Journal of International Law, vol.96 (2002)

[26] James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries (2002)

고, 결국 외교적 보호권의 행사 역시 국적국의 재량에 속한다는 것이 지금까지의 일반적인 전통국제법상의 해석입니다. 이는 국제사법재판소의 Barcelona Traction 사건에서도 확인되었는데 재판소는 국제법상 국가는 외교적 보호권을 어떠한 수단으로, 어느 정도까지 행사하며, 언제 중단할 것인지를 결정할 재량적 권한을 보유하며 심지어 해당 사안과 무관한 정치적 고려에 따라 외교적 보호권을 행사할 수 있다고 보았습니다.[27] 그러나 이러한 외교적 보호권에 관한 전통적인 견해는 국제법 규범들간의 불일치를 야기할 수 있습니다. 오늘날에는 다수의 국제인권 조약들은 국가의 위법행위에 피해를 입은 개인에게 배상을 포함한 적절한 구제조치를 취할 것을 규정함으로써 국가 대 국가가 아닌 가해국 대 피해자 개인의 관계를 다루어 왔습니다. 하지만 외교적 보호권의 주목적이 국제위법행위로 인한 피해 국민의 보호에 있음에도 불구하고, 여전히 외교적 보호권의 행사에 관한 모든 사항은 국적국의 재량에 일임되어 있다는 견해에는 변함이 없습니다. 실례로 제2차 세계대전 종전 이후 연합국은 일괄타결방식을 통해 외교적 보호권을 행사하였습니다. 문제는 일괄타결방식을 채택하여 협정을 체결하는 것은 국가이지만 그에 의하여 영향을 받는 것은 개인의 권리라는 점입니다. 이에 대해 ILA는 2006년 최종보고서를 통해 기본적으로 개별 국내입법이 없는 한 개인의 권리를 처분하고 일괄타결협정을 통해 수령한 자금의 배분 역시 국가가 전속적인 재량권을 가지는 것이 현 실정 국제법의 내용이라고 밝힌 바 있습니다. ILC는 2006년 작업을 종료한 외교적 보호 초안을 통해 이러한 모순을 해소할 기회가 있었고, 실제로 외교적 보호에 관한 특별보고관

[27] Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (New Application: 1962)(Belgium v. Spain) Judgment, ICJ Reports (1970).

존 두가가 제출한 첫 보고서는 강행규범 위반의 상황에서는 국적국에 자국민을 대신하여 외교적 보호권을 행사할 의무를 부과하는 조항을 포함하고 있었습니다. 하지만 더 많은 국가관행과 법적확신이 필요하다는 당시 위원회의 일반적 견해에 따라, 이 조문안은 철회되었습니다.[28] 외교적 보호초안 제19조는 권고적 실행(Recommended Practice)라는 다소 특이한 표제 하에 가능한 피해를 입은 개인의 입장에서 요구하는 외교적 보호의 행사와 배상이 무엇인지를 국가는 참작하여야 한다고 규정하고 있습니다. ILC는 주석을 통해 본 조항이 국가관행을 반영한다거나 국제관습법의 지위를 가지고 있다고 보기는 어렵다고 하면서도 국가가 외교적 보호권을 행사함에 있어 향후 고려해야 할 권고 사항임을 강조하고 있습니다.

다시 정리하자면 국가책임규정 초안과 외교적 보호초안 공히 국가가 유일한 국제법상 주체였던 전통 국제법적 질서 하에서 국가간 위법행위 발생 시 국가 대 국가 차원에서 일국이 타국에 대하여 언제 그리고 어떠한 법적 책임을 지는지에 대한 2차 규범을 조문화하는데 초점을 두어 국가책임 추궁 주체로서 개인을 다루지 않았습니다. 이는 개인이나 비국가행위자에게 국제법상 실체적 권리뿐 아니라 절차적 권리도 보장해 나가고 있는 인권, 환경, 외국인 투자 관련 국제법 분야의 발전상을 충분히 반영하지 못하는 것이라 볼 수 있습니다. 관련하여, 외교적 보호 초안 작업의 특별보고관이었던 존 두가의 견해는 진지하게 검토해 볼만합니다.

"국가가 원할 때, 그리고 국가가 원하는지 여부에 따라, 국민을 보호할 국가의 권리라는 것은 현대 국제법과 동떨어진 것이다. 인권조약의 당사국이 관할권 내 모든

[28] John Dugard, "Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission", Australian Yearbook of International Law, vol.24 (2005).

사람에게 협약상 권리의 침해에 대한 실효성 있는 보호를 보장하고 더 나아가 적절한 구제수단을 제공해야 할 것이 요구된다면, 자국민이 외국에서 가장 기본적인 인권을 심각하게 침해당했을 때, 국적국은 해당 국민을 보호해야 할 의무가 있음은 당연하다. 이는 강행규범의 중대한 위반의 경우에 특히 그러하다."[29]

이미 우리나라 헌법재판소는 이러한 관점을 반영한 판결을 내린 바 있습니다. 2011년 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인 사건에서 앞서 언급한 외교적 보호초안 제19조를 적극적으로 해석하여 피해자의 입장을 고려하였습니다. 그리고 해당 조문을 기초로 하여 분쟁해결절차로 나아갈 의무를 인정한 바 있습니다.[30]

2.5. 소결

국제법의 해석 및 적용에 있어 국내 법원과 국제법학자들은 상당히 보수적인 입장을 취해왔던 것이 사실입니다. 그러나 국제법의 파편화 현상과 함께, 다양한 분야에

[29] Ibid.

[30] 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정. 해당 결정 전문은 다음과 같습니다.
(다) 기본권의 구제가능성: ... 2006년 유엔 국제법위원회에 의해 채택되고 총회에 제출된 '외교적 보호에 관한 조문 초안'의 제19조에서도, 외교적 보호를 행사할 권리를 가진 국가는 중대한 피해가 발생했을 경우에 특히 외교적 보호의 행사가능성을 적절히 고려하여야 하고, 가능한 모든 경우에 있어서, 외교적 보호에의 호소 및 청구될 배상에 관한 피해자들의 견해를 고려해야 함을 권고적 관행으로 명시하고 있다. 그런데 청구인들은 이 사건 심판청구를 통하여 피청구인의 작위의무의 이행을 구하고 있으므로 피해자들인 청구인들의 의사는 명확하다 할 것이고, 앞서 살펴 본 이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 여성들에 대한 유례 없는 인권침해에 경악하면서 일본에 대하여 공식적 사실인정과 사죄, 배상을 촉구하고 있는 일련의 국내외적인 움직임을 종합해 볼 때, 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차로 나아갈 경우 일본국에 의한 배상이 이루어질 가능성을 미리 배제하여서는 아니된다.

서 지속적으로 변화 발전해 가고 있는 국제규범들을 해석하거나 또는 관련 국제법 원칙들이 반영된 국제관습법의 존재를 확인함에 있어 그 적용 당시의 구체적인 상황과 맥락이 적극적으로 고려될 필요가 있다고 생각합니다. 오늘날 국제법은 과거 예상하지 못했던 다양한 분야로 국제화(internationalization)되어 가고 있고, 이러한 변화는 앞서 살펴본 국가 중심의 전통적 국제법 하의 국가책임 및 외교적 보호에 대한 국제관행에도 상당한 영향을 주면서 새로운 미래의 국제관습법을 점진적으로 형성해 나가 것을 요청받고 있기 때문입니다. 외교적 보호권에 관한 우리나라 헌법재판소의 2011년 판결 역시 그러한 예 중 하나가 될 것입니다.

이미 살펴본 바와 같이 주권면제론의 경우에도 각국의 실행을 보면 국제인권법적 요소가 고려되어야 한다는 주장들과 이를 위한 노력이 지속적으로 제기되고 있습니다. 국제법상 실체법과 절차법의 적용 영역이 각기 다르다고 하더라도 제한적 주권면제의 실행이 국제인권법의 발달과 국제법의 인권 중심적 변화 가운데에서 언제까지나 예외일 수는 없습니다.

개별 국가들의 실행은 부득이 특정 상황에서의 법 해석과 적용에 관한 해석의 불일치나 충돌을 종종 야기하고, 이는 국제법이 가지는 기본적인 법적 성격을 이해한다면 극히 자연스러운 일일 수 있습니다. 더구나 주권면제의 예외와 제한은 외교 협상 회의의 결정, 국제적 사법·중재 기관의 선언을 통해서 발전해 왔다기 보다는 대부분의 경우 개별 국가의 국내 입법과 법원 판결을 통해 변화하고 형성되어 왔습니다. 어쩌면 하나의, 때로는 고립된 국내 법원 판결을 통해서 점차 국제사회의 주류로 발전해 나갈 수도 있다는 것입니다.

국제인권법 또는 국제인도법의 중대한 위반을 이유로 제소된 경우 항상 주권면제의

예외가 인정되어야 한다는 국제관습법이 현재 존재하지 않지만, 반대로 같은 경우 반드시 주권면제가 인정되어야 하는 국제관습이 있는지 역시도 불명확하고 불완전한 것이 사실입니다. 그러나 이러한 논의가 주된 쟁점이 되어서는 안됩니다.

핵심은 만약 국제범죄 피해자의 실효적인 구제를 막고, 다른 구제 수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서는 최소한 피해자의 사법에 접근할 권리(Right to Justice) 내지 자국 법원에서 재판을 받을 권리가 오늘날 국제관습법으로 확인되고 보장받을 수 있는지 여부라고 생각합니다. 이러한 국제법상의 피해자의 권리가 확립된 국제관습법으로서 존재한다면 기존의 불완전한 주권면제에 관한 국제관습법은 그 적용에 있어 예외를 인정함이 바람직하기 때문입니다. 이러한 측면에서 보면, 주권면제 원칙을 옹호하면서 심각한 인권침해의 피해자들에 의한 재판청구권을 배척하였던 국제사법재판소 판결의 수용을 이탈리아 헌법재판소가 재판을 받을 권리를 침해하는 것으로 위헌이라고 판시한 것은 유의미하다고 볼 수 있습니다.

유엔총회는 이미 2005년 “국제인권법의 중대한 위반행위와 국제인도법의 심각한 위반행위의 피해자 구제와 배상에 대한 권리에 관한 기본원칙과 가이드라인”(이하 피해자 권리 기본원칙)을 채택한 바 있습니다. 해당 원칙은 기본적으로 첫째, 평등하고 유효한 사법에 접근할 권리 (재판을 받을 권리 및 가해자 처벌 문제를 포함) 둘째, 손해에 대한 충분하고 유효하며 신속한 배상을 받을 권리, 그리고 마지막으로 셋째 진실을 알 권리(배상 제도에 관한 정보 접근 뿐만 아니라 진상규명, 기록과 추모 포함)를 피해자의 기본적인 권리로 적시하고 있습니다. 이하에서는 절을 바꾸어 이러한 국제인권법상의 피해자의 권리가 실효성 있는 국제규범(국제관습법 포함)인지 여부를 국제인권법의 발전 과정을 통해 살펴보고자 합니다.

3. 국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근

3.1. 현대 국제인권법의 특징

오늘날은 인권의 시대라 하여도 과언이 아니며, 세계인권선언이 채택된 1948년 이래로 국제인권법은 그 적용 분야를 넓혀왔고, 이에 발맞추어 다양한 인권 분야를 규율 하는 국제조약들의 숫자도 증가해 왔습니다. 이와 같이 유엔을 중심으로 국제사회는 지난 70여 년간 다양한 분야의 인권개념을 법제화하는 인권의 국제화를 위해 노력해 왔고 이는 현재도 진행형이지만, 1990년대 이후로는 개별국가들이 국제인권규범을 어떻게 이행해 나가는가 하는 인권의 내재화에 더욱 많은 관심을 가져오고 있습니다. 그리고 이러한 인권의 국제화 및 내재화 과정을 통해 주권개념에 관한 이해도 점진적으로 변화해 왔습니다. 적어도 국제인권법상 타국으로부터 간섭을 받지 않을 국가의 권리로서의 주권이라는 개념은 점차적으로 개별 국가의 국민들의 기본권 역시 보장해야 한다는 국가의 의무로서의 주권으로 그 개념 범위를 확장 발전시켜 왔습니다. 결국 인권과 주권의 관계는 오늘날 상호보완적인 것으로 이해되어야 한다고 봅니다. 인권의 보호와 증진이 동시에 주권의 존중을 의미할 수 있기 때문입니다. 다시 말해 개별 국가는 인권의 가해자로써가 아닌 자국 국민의 인권을 보호할 보장자로써 인식되어야 하며, 같은 맥락에서 주권의 존중은 기본적인 인권의 보호를 통해 실현될 수 있다는 것입니다. 한편 오늘날 유엔 인권메커니즘의 발전 과정은 제2차 세계대전 이후 그 외연을 넓혀 온 국제인권법과 국제형사법과의 상호보완적 관계를 극명하게 보여주기도 합니다. 즉 심각한 인권침해 문제가 있는 국가의 경우에는 비록 특별히 무력충돌이 발생하지 않은 상황일지라도, 유엔이 직접 개입할 수 있으며, 인권침해의 가해자에 대한 불처벌(impunity) 관행을

국제사회가 더 이상 용인하지 않을 것임을 밝히고 있습니다. 인권규범의 국제화와 이에 따른 주권개념의 축소 내지 변화, 보호책임 원칙의 등장과 국제형사재판소의 설립 그리고 심각한 인권침해 행위에 대한 개인의 형사책임 추궁 등으로 이어지는 1990년대 이후의 국제인권법 및 국제형사법의 발전 과정은 양 규범들이 얼마나 상호 유기적이며 밀접한지를 보여주고 있습니다.

3.2. 국제인권법상 피해자의 권리

“잘못된 것을 바로잡는 것은 모든 법체계에서 인정되고 적용되는 법의 일반원칙이자 관습법규를 구성하는 기본적인 법적 원칙”이다.[31] 이러한 일반원칙은 제2차 세계대전 이후 개인의 권리를 확인하고 이를 보호해야 할 국가의 의무를 정하는 국제인권법의 발전과 함께, 인권침해에 대해 구제를 받을 피해자의 권리와 이를 보장해야 할 국가의 의무로 확장되었고, 그러한 규범적 근거를 유엔 및 지역기구에서 채택된 인권조약과 선언에서 찾을 수 있습니다. 세계인권선언 제8조는 ‘모든 사람은 헌법 또는 법률이 부여한 기본적 권리를 침해하는 행위에 대하여 권한 있는 국내법정에서 실효성 있는 구제를 받을 권리를 가진다’고 하여 이후 채택되는 당사국에 법적 구속력 있는 국제인권조약상 ‘실효성 있는 구제를 받을 권리’의 인권적 기초를 제공하였습니다. 유럽인권협약 제13조도 ‘실효적 구제를 받을 권리’를 규정하고 있습니다. 특히 ‘공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도’라는 문구를 포함하여, 인권침해의 행위 주체가 공권력이라 하더라도 책임을 면할 수 없음을 분명히 하였고 이는 국가 중심의 전통적인 국제법질서에 새로운 관점과 규범을 제기하는

[31] M. Cherif Bassiouni, “International Recognition of Victim’s Rights”, Human Rights Law Review Vol.6 no.2 (2006).

국제인권법의 특징을 보여준다고 할 수 있습니다. 또한 미주인권협약은 명시적으로 인권침해 피해 배상(reparation)에 대한 국제법 일반의 기본원칙을 구체적으로 재확인하였고, 이후 인권침해 피해자의 구제에 대한 권리 개념의 발전에 중요한 영향을 미쳤다고 평가받고 있습니다.[32] 아프리카의 경우 1998년 채택된 아프리카 인권법원 의정서에서 ①인권침해가 인정될 때, 공정한 배상금의 지급 또는 (다른 형태의) 배상(reparation) 등 적절한 구제 명령을 내려야 하며, ②회복할 수 없는 피해를 막기 위해 필요한 경우 임시조치를 취해야 한다는 내용의 규정(제27조)을 담고 있습니다.

자유권규약 제2조 제3항과 인종차별철폐협약 제6조 역시 피해자가 '공정하고 적절한 배상 또는 만족'을 '법원에 청구할 권리'를 명시적으로 보장하고 있습니다. 고문방지협약은 피해자의 구제에 대한 권리를 '재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리'(제14조)임을 확인하여, 피해에 대한 배상(reparation)이 금전적 배상(compensation)뿐 아니라 재활 등 피해 회복에 필요한 다른 조치까지 포함하는 것으로 열어 놓고 있습니다. 가장 최근에 채택된 2006년 강제실종방지협약은 지난 반세기 동안의 인권운동과 유엔 및 지역 차원의 인권 침해 구제에 대한 경험을 토대로, 피해자의 권리를 가장 포괄적으로 조문화 하였는데 이후 살펴볼 2005년 유엔 피해자 권리 기본원칙을 반영하였다고 보는 것이 일반적입니다.

---

[32] I. Bottigliero, "Evolution of the Victims' Right to Redress through International Human Rights Law, Jurisprudence and Standards", in Redress for Victims of Crimes Under International Law (2004) p.136.

인권조약기구 및 지역인권법원의 실행을 보더라도 이러한 피해자의 권리가 구체화된 측면을 확인해 볼 수 있습니다. 특히 자유권위원회, 미주인권법원, 유럽인권법원의 구제에 대한 판례, 결정례, 해석지침을 검토해 보면, ①국제인권법상 실효성 있는 구제에 대한 권리가 단지 표제에 불과한 것이 아니라 당사국에 구체적인 의무를 부과하며, ②실효성 있는 구제는 인권침해 사건의 성격에 따라, 금전적 배상 이외에도, 사건에 대한 철저한 수사, 기소, 가해자의 처벌, 그 절차에 대해 피해자가 알 수 있도록 하는 것, 원상회복, 재활, 인간존엄의 회복을 위한 만족, 재발방지 보장을 위한 조치들을 요구하는 것으로 해석하는 것이 국제인권법상 피해자의 구제에 대한 권리의 현재임을 알 수 있습니다.

3.3. 유엔 피해자 권리 기본원칙

2005년 12월 유엔총회에서 만장일치로 채택된 피해자 권리 기본원칙은 그 전문에서 국제법상의 새로운 권리와 의무를 창출하는 것이 아니라, 국제인권법과 국제인도법상 이미 인정되고 있는 피해자의 권리를 확인하고, 이에 대한 국가의 법적 의무를 이행할 수 있는 절차와 방법들을 한데 모은 것으로 이 문서의 법적 성격을 설명하고 있습니다. 이러한 인권침해 피해자의 권리에 관한 논의는 유엔인권소위에서 1989년 처음 다루어지기 시작하였는데 이는 식민주의를 벗어나 독립한 국가뿐만 아니라 냉전 시기를 지나 권위주의정권으로부터 민주정부로 전환한 동유럽 및 라틴아메리카국가들이 80년대 말과 90년대 초 대거 등장하면서, 정치적 격변을 겪은 전환기 사회에서 과거 국가에 의해 발생한 심각한 인권침해 행위와 피해자 개인의 배상 문제를 어떻게 다룰 것인가 하는 실천적 과제가 국제사회의 전면에 대두된 것과도 무관하지 않습니다. 이후 유엔인권위원회는 인권침해 피해자를 위한 배상에 대한

연구를 본격적으로 시작하였고,[33] 마침내 20년 가까운 논의와 연구를 거쳐 피해자 권리 기본원칙이 채택됩니다.[34]

본 원칙은 피해자의 권리를 ①사법에 대한 권리, ②배상(reparation)에 대한 권리, ③진실에 대한 권리로 크게 분류하고, 각 권리 아래 보다 상세한 권리 목록을 제시하고 있습니다. '평등하고 효과적인 사법에 대한 접근'을 표제로 하는 사법에 대한 권리는 제12조에서 규정하고 있듯이 실효성 있는 사법적 구제에 대해 평등하게 접근할 수 있는 권리를 기본으로 하되, 행정적 구제, 국내법에 근거한 다른 장치와 절차들에 대한 접근을 포함합니다. 개별적으로 권리구제 절차에 대해 접근할 수 있도록 보장하는 것 이외에도, 동 원칙은 국가들이 집단적 배상 청구를 할 수 있는 절차를 개발해야 한다고 제시하고 있습니다. 앞에서 보았듯이 유엔인권기구와 지역인권법원은 피해자의 배상에 대한 권리를 배상금 지급을 넘어, 인권침해로 입은 피해를 실질적으로 회복하고 상황을 시정하는 데 필요한 조치들을 포함하는 권리로 실제 해석해 왔습니다. 피해자 권리 기본원칙 역시 이러한 법리의 발전에 기초하여, 배상에 대한 권리가 충족되기 위해서는 피해자에게 각 사건 피해의 중대성과 각 사건의 상황을 감안하여 ①원상회복(restitution), ②금전적 배상(compensation), ③재

[33] UN, Commission on Human Rights, Study Concerning the Rights to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, Final Report Submitted by Mr. Theo Van Boven, Special Rapporteur, (1993) UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8.

[34] UN GA, 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, (16 Dec. 2005) UN Doc. A/60/509/Add.1, in (Mar. 2006) A/RES/69/147.

활(rehabilitation), ④만족(satisfaction), ⑤재발방지 보장(guarantee of non-repetition)과 같은 완전하고 실효성 있는 배상을 위한 조치가 제공되어야 한다고 제시하고 있습니다.

이와 같이 피해자 권리 기본원칙은 주요 국제인권조약에 규범적 근거를 가진 '실효성 있는 구제에 대한 피해자의 권리'와 관련된 법리의 발전을 반영하여 집대성한 문서로서 큰 의의를 가집니다. 동 원칙이 피해자의 구제권에 관한 실정 국제법원칙을 확인하여 shall, 그리고 right, obligation, 또는 duty라는 용어를 사용하여 표현하고 있는 권리와 의무는 여러 인권 조약과 국제인권문서에 흩어져 있고 국제재판소, 지역인권법원 및 국내 법원의 판결 등을 통해 산발적이고 비체계적으로 확인되어 온 피해자의 구제권을 단순히 한 곳에 모아 놓은 것에 그치지 않으며, 피해자를 중심에 놓고 기존의 주요 인권 조약과 인권 문서에 담긴 피해자의 구제권의 실체적 내용을 체계적으로 정리하여 구체화하고 있습니다. 즉 피해자 권리 기본원칙은 유엔 총회의 결의로 채택된 문서라는 형식적인 이유 때문에 무시될 수 없으며 오늘날 국제관습법으로 전화(轉化)되었다고 봄이 상당합니다.

3.4. 소결

지금까지 살펴본 바와 같이 주요 국제인권조약들은 인권침해 피해에 대해 실효성 있는 구제를 받을 권리를 독립적인 인권으로 인정하고 있습니다. 자유권규약 제2조 제3항의 '실효성 있는 구제에 대한 권리'는 의무이탈이 불가능한 권리라는 것이 자유권위원회의 해석이기도 합니다.[35]

[35] Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc.

국제인권법상 피해자의 권리는 실효성 있는 구제를 제공해야 할 작위의 의무와 실효성 있는 구제에 대한 피해자의 권리 실현을 저해하지 않아야 할 부작위 의무, 두 가지 모두를 국가의 의무로서 요구하고 있습니다. 일차적인 인권침해로 국제인권법을 위반한 국가가 그 피해에 대해 피해자 권리 기본원칙에 기반해 실효성 있는 구제 제공의 의무를 다해야 함은 기본입니다. 그렇다면, 다른 국가에는 아무런 의무도 부과하지 않는 것인가란 질문이 제기될 수 있을 텐데, 일차적인 인권침해 가해국이 아니라 하더라도, 어떠한 국가든지 자국 관할권 내에 있는 피해자들의 실효성 있는 구제에 대한 권리를 존중해야 할 의무가 있다고 해석됩니다. 나아가, 자국 관할권 내에 있는 피해자들이 효과적 구제를 받지 못 한 채 인권침해로 인한 피해로 계속 고통을 받고 있다면, 피해자의 사법에 대한 권리, 배상에 대한 권리, 진실에 대한 권리를 존중, 보장받을 수 있도록 지원해야 할 적극적 의무도 지게 된다고 볼 수 있습니다.

사법, 배상, 진실에 대한 권리가 실현되고 피해자의 존엄이 회복되지 않는 한, 인권침해는 과거사가 아닌 현재진행형의 사건이 된다는 관점에서 국가와 국제사회의 책임을 다시 상기해야 할 것이라 생각합니다. 즉 오늘날 국제인권법은 심각한 인권침해 행위에 대해 인도적 도의적 대응 및 정치적 고려에 따른 판단이 아닌 국제 인권적 시각에 기반을 둔 법적 구제를 요구할 수 있어야 한다고 규정하며, 동시에 국가를 향해 이를 보장할 의무가 있음을 천명하고 있습니다. 특히 인권침해 행위가 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄, 또는 제노사이드에 해당한다면 더욱 그러할 것입니다.

CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para.13.

앞서 제2절에서 살펴보았듯이 국가책임은 여전히 국가에 의해 다른 국가의 책임을 추궁하고 시정하는 제도로 기능해 왔고, 외교적 보호권의 행사는 국가의 전속적 재량권으로 보는 것이 전통국제법상 통용되는 해석임은 맞습니다. 그러나 세계인권선언 채택 이후 그 어떤 국제법 영역보다도 끊임없이 그리고 활발히 발전되어 온 국제인권법의 발달과정과 현재 국제인권법의 지위를 고려한다면 적어도 심각한 인권침해 행위에 대해서는 국가 대 국가의 문제를 벗어나 보편적 국제인권문제라는 인식하에, 실효성 있는 피해자의 권리 구제가 보장될 수 있도록 할 의무가 개별 국가에 있습니다. 피해자 권리 기본원칙을 통해서 알 수 있듯이 피해자 중심의 권리보장체제는 추상적 개념이 아닌 매우 구체적 내용을 가지고 있는 국제인권법상 국제관습법으로 확립되어온 원칙입니다. 국가가 인권침해 피해자와의 만남을 통해 그들의 이야기를 듣고 원하는 바를 이해한다는 절차적 정당성만을 의미하는 것이 아니라는 것입니다.

4. 결론

주권면제론은 각국의 실행을 통해 확립된 국제관습법상의 법리입니다. 그러나 동시에 주권면제론은 국제법상 불변의 확고한 원칙으로 받아들여지기 보다는, 개별 국가의 국가실행을 통해 발전 및 변화해 왔음을 알 수 있습니다. 특히 제한적 주권면제론으로의 발전 과정은 주권면제론이 가지는 관습법적 성격을 분명히 보여주고 있습니다.

한편 국제인권법이나 국제인도법을 심각하게 위반한 경우 주권면제와의 관계를 논함에 있어 지금까지 국제사법재판소와 대다수 국가의 국내 법원은 주권면제의 예외를 인정하지 않은 것이 사실입니다. 이는 주로 국제법의 정태적 측면, 즉 현 국제법

상황을 반영하여 주권면제를 인정해 온 것으로 보입니다. 즉 국가주권 존중이라는 국가 중심의 국제법 원칙을 준수한 것으로 이해할 수 있습니다. 그러나 주권면제 적용에 관한 상반된 국가실행이 상존함에도 불구하고 몇몇 면제 예외를 새로운 국제관습법의 일부라고 주장하는 것만큼이나 반대로 면제를 인정한 판결을 근거로 국제관습법의 명확한 부존재를 증명하는 것도 공히 설득력이 없어 보입니다. 오늘날 강행규범의 내용과 범위가 여전히 불명확한 것처럼 주권면제의 국가실행을 보면 그 내용과 범위 역시 확정적이지 않다고 보는 것이 맞지 않나 생각되기 때문입니다.

유엔 국제법위원회가 최근 제출한 국제관습법 확인에 관한 결론초안은 그 성안 과정을 통해 1)일반적인 국가실행에 대한 대표성의 문제, 즉 국제관습법 형성에 대해 규범 제정자(Norm Maker)가 따로 있고, 대다수 국가들은 규범 준수자(Norm taker)의 역할만 맡게 된다는 비민주적인 국제사회의 구조에 대한 비판부터 2)법적 확신의 개념의 재구성 문제, 즉 회고적 성격의 국가실행과 법적 확신의 굴레에서 벗어나 역동적이고 미래지향적인 법적 확신 개념을 통한 국제관습법 형성만이 현대 국제법체계를 변화 발전시킬 수 있다는 주장까지 정치한 논의들을 낳았습니다. 이는 피해자의 권리 구제에 매우 제한적인 국가중심의 전통 국제법질서 하에서 현대 국제인권법적 요소를 반영한 새로운 국제관습법의 형성 필요성과도 맥을 같이 합니다.

이미 주요 국제인권조약들은 인권침해 피해에 대해 실효성 있는 구제를 받을 권리를 독립적인 인권으로 인정하고 있습니다. 더 나아가 2005년 채택된 유엔 피해자 권리 기본원칙은 이러한 피해자의 구제권에 관한 실정 국제법원칙을 확인하는 것에 그치지 않고, 피해자를 중심에 놓고 기존의 주요 인권 조약과 인권 문서에 담긴 피해자의 구제권의 실체적 내용을 체계적으로 정리하여 구체화하였습니다. 유엔 피해

자 권리 기본원칙은 오늘날 추상적 개념이 아닌 매우 구체적 내용을 가지고 국가 실행과 법적 확신을 통해 국제관습법으로 전화(轉化)되었다고 생각합니다.

많은 국가들이 제한적 주권면제론을 취하지만 구체적으로 어떠한 행위가 주권면제를 인정받는지에 대해서는 입장 차이가 있음은 이미 본 의견서를 통해 강조한 바입니다. 같은 맥락에서 국제인권법과 국제인도법의 분야에 있어서 주권면제의 적용범위와 예외에 관한 국제관습은 현재 불확실하고 불분명해 보입니다. 그런 반면, 적어도 심각한 인권침해 피해자의 실효적인 구제를 막고, 다른 구제 수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서만큼은 최소한 피해자의 사법에 접근할 권리(Right to Justice) 내지 자국 법원에서 재판을 받을 권리가 오늘날 국제관습법으로 확인되고 보장받을 수 있다고 생각합니다. 따라서 이와 같이 국제법상의 피해자의 권리가 확립된 국제관습법으로서 존재한다면 기존의 불완전한 주권면제에 관한 국제관습법은 그 적용에 있어 예외를 인정함이 바람직하다고 믿습니다.

모쪼록 심각한 인권침해 피해자인 청구인들이 이 사건 소송을 통해 피고 일본국의 일본군 '위안부'에 대한 진실과 법적 책임을 명징하게 밝힐 수 있는 기회가 열릴 수 있기를 간절히 바랍니다. 이번 사건에서 국민들의 법적 권리를 구제한다는 법원의 존재이유에 합당한 위대한 결정을 내려줄 것으로 굳게 믿습니다.

감사합니다.

2020.07.

위 의견진술인

백 범 석

서울중앙지방법원

곽예남 외 대 일본국 사건에 관한 의견서

Ⅰ. 들어가며

1. 2016가합580239 사건(원고: 곽예남 외, 피고: 일본국)과 관련하여 서울중앙지방법원 재판부에 아래와 같이 의견을 개진합니다. 본 의견서는 국가면제, 성차별과 젠더차별, 그리고 성노예제 및 기타 젠더범죄와 관련한 국제법의 발전사항에 대해 다룰 것입니다. 대한민국의 법리에 대해 의견을 제시하는 대신 국제법 체계의 관점에서 집중적으로 의견을 제시합니다.

2. 또한 소위 '위안부'라고 불리는 여성들이 당한 군성노예제가 인도에 반하는 죄 와 인권법에 위반되는 것으로서 일본국에게 책임이 있고, 국제법과 인권법에 따라 피해자들에게 배상청구권이 있다는 점을 전제로 합니다.[1] 일본 정부는 1932년~1945년 사이에 '위안소'를 설치했고, 피해자들은 일본군을 위한 성노예로 강요당했습니다. 일본군은 이러한 목적을 위해 여성을 강압하고 납치하고 인신매매를 했습니다.

3. 본 의견서의 제출자는 크리스틴 친킨(Christine Chinkin) 교수와 키이나 요시다(Keina Yoshida) 박사입니다. Christine Chinkin은 현재 런던 정치경제대학교의 국제법 전공 명예교수이고 위 대학에서 교수급 연구원으로 일하고 있으며, 여성평화안보센터의 초대 센터장입니다. Matrix Chambers, London 소속 법정 변호사로 활동하고 있고, 미시간대학교 로스쿨에서 L. Bates Lea 국제법 교수직을 맡고 있습니다. 그는 다년간 연구와 교직생활을 이어왔으며, 국제법과 국제인권법, 유엔 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약, 여성과 평화 안보에 관한 유엔 안전보장이사회의 안건에 관하여 다수의 출판물을 집필했습니다. Keina Yoshida 박사는 Doughty Street Chambers 소속 법정 변호사이자 링컨즈 인(Lincoln's Inn) 협회의 회원입니다. 그의 주된 연구 및 업무 분야는 여성 인권과 차별법, 국제형사법입니다. 그는 런던 정치경제대학교 여성평화안보센터에서 인문과학연구협의회가 후원하는 여성주의적 국제 평화안보법 프로젝트의 연구원으로 활동하고 있습니다.

4. 인도에 반하는 죄로서 성노예와 강간, 그리고 인신매매 사건에서 국제재판관할권의 면제는 불처벌로 이어지고 면책의 효과를 가지고 올 수 밖에 없습니다. 이는 젠더 불평등을 심화시킬 것이며, 오늘날 더 이상 법적으로 유효한 주장이 될 수 없다고 생각합니다. 국제사법재판소가 아직까지 성노예제나 인신매매와 관련된 사건에서 국가면제의 법리를 심리해본 적이 없다는 점에 주목할 필요가 있습니다. 또한 국제법상 국가면제법리가 진화하는 개념이라는 점도 이해할 필요가 있습니다. 법리를 적용하고 구체적인 적용범위와 적용방식을 심리하는 주체가 바로 국내 법원이라는 점도 중요합니다.

5. 본 의견서는 귀 재판부의 본건 사안에 대한 판단을 돕기 위해 다음의 쟁점을 다룹니다.

a. 국제법상 성평등과 성범죄의 발전
b. 국가면제와 성노예제: 제한적 국가면제론
c. 국가면제, 인권과 성범죄

Ⅱ. 성평등 및 성범죄와 관련한 국제법의 발전

6. 이 장에서는 성평등과 관련한 국제법의 발전과 국제형사법상 무력 분쟁 시를 포함한 젠더기반폭력과 성폭력의 범죄화를 다룰 것입니다.

1 인권위원회, 여성에 대한 폭력과 그 원인 및 결과에 관한 특별보고관 보고서, 인권위원회 결의 1994/45에 따라 Radihka Coomaraswamy가 작성함. E/CN.4/1996/53/Add.1, 1996년 1월 4일.

국제법상의 성평등의 원칙

7. 평등원칙과 차별금지원칙은 국제인권법의 기본 원칙입니다. 오늘날 '모든 사람의 인권을 보장하고 여성에 대한 성별과 젠더에 기반한 모든 형태의 차별을 근절하기 위하여 포괄적인 국제인권법 체계'가 마련되어 있습니다.[2] 이러한 국제인권법의 체계는 유엔 헌장 제1조 제3항에서 출발하는데, 성별 등에 따른 차별 없이 모든 사람의 인권과 기본적 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려하는 것이 유엔의 목적 중 하나라고 규정하고 있습니다. 차별금지원칙은 1948년 세계인권선언 제2조('모든 사람은 인종, 피부색, 성별…과 같은 어떠한 종류의 구분 없이, 이 선언에 규정된 모든 권리와 자유를 향유할 자격이 있다')에 규정됨으로써 인권법에 직접 도입되었습니다.

8. 1966년 채택된 두 개의 유엔 국제 규약인 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약(자유권규약)과 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제 규약(사회권규약) 모두 성별에 따른 차별을 금지하고 있습니다. 위 조약에 비준한 국가들은 위 조약에 법적으로 구속되는데[3] 대한민국과 일본 모두 조약의 당사국입니다.[4]

9. 1979년 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(여성차별철폐협약)에서 성별에 따른 차별금지는 더욱 강화되었습니다. 대한민국[5]과 일본[6] 모두 여성차별철폐협약의 당사국입니다.

10. 여성차별철폐협약 제2조는 여성에 대한 차별을 금지하고 당사국이 '모든 적절한 수단을 통해 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 정책을 지체 없이 추진'할 의무를 부여하고 있습니다. 여성차별철폐협약 제1조는 차별을 '남녀가 동등하게, 결혼 여부에 관계없이, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유, 행사하는 것을 저해, 무력화시키는 성에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한'으로 정의하고 있습니다.

11. 위 정의 규정에 따르면, 가입국은 형식적(de jure) 평등과 실질적(de facto) 평등을 보장하기 위하여 직접적인 차별('목적')과 간접적인 차별('효과') 모두를 철폐할 의무가 있습니다.

12. 여성차별철폐위원회(CEDAW위원회)는 젠더에 기반한 차별도 다루고 있습니다.[7] 남녀 평등이나 젠더 평등의 원칙은 다른 여러 국제 및 지역 문서에 의해 더욱 강화되었습니다.[8] 젠더나 성에 기반한 차별은 인종, 계층, 민족성 또는 장애 여부와 같은 다른 차별 사유와 상호작용하기 때문에, 여성들은 복합적인 차별을 경험하고, 성차별뿐만 아니라 연령, 인종, 국적, 민족, 경제적 지위와 같은 다른 요소에 의해서도 불리한 대우를 받는 경우가 많습니다. 이 사건 당사자인 여성들 역시 일본군 성노예인 '위안부'로서, 여성이고 어리고 한국인이고 식민지배의 대상이고 많은 경우 빈곤했기 때문에 차별을 당했습니다.

13. 중요하게도 자유권규약은 법 앞에 평등할 권리를 강조합니다. 자유권규약 제26조는 '모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떠한 차별도 없이, 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다'고 규정하고 있습니다.

---

2 여성차별철폐위원회(CEDAW위원회), 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 제2조에 따른 당사국의 핵심 의무에 관한 제28호 일반 권고, CEDAW/C/GC/28, 2010, 3문단.

3 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약 제26조는 '모든 유효한 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다'고 규정합니다. 대한민국과 일본은 모두 비엔나 협약의 당사국입니다.

4 대한민국은 1990년 6월 10일 자유권규약에, 그리고 1990년 4월 10일 사회권규약에 가입했습니다. 일본은 1979년 6월 21일 자유권규약과 사회권규약을 모두 비준했습니다.

5 대한민국은 1984년 12월 27일 여성차별철폐협약을 비준했습니다.

6 일본은 1985년 6월 25일 여성차별철폐협약을 비준했습니다.

7 CEDAW위원회, 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 제2조에 따른 당사국의 핵심 의무에 관한 제28호 일반 권고, CEDAW/C/GC/28, 2010, 5문단.

8 예: 비엔나 선언 및 행동계획, 1993년, A/CONF.157/23, I, 18문단; II, 38문단; 국제인구개발회의, 카이로, 이집트, 1994년 9월, UN 문서 A/CONF.171/13/Rev.1; 베이징 선언 및 행동계획, 1995년, A/CONF.177/20 (1995) 및 A/CONF.177/20/Add.1 (1995); 21세기를 위한 성평등, 발전, 평화. 특별총회, 2000년 6월 5~9일 (베이징+5); 2007년 6월 30일자 결의를 포함한 인권이사회 결의.

14. 법 앞의 평등과 법의 평등한 보호를 받을 권리는 1969년 미주인권협약 제24조, 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장 제3조, 2000년 유럽연합 기본권 헌장 제20조 등 여러 지역 인권문서에서도 규정하고 있습니다. 법 앞의 평등은 모든 인권의 향유[9]와 법치주의를 위한 기본 원칙입니다.

15. 여성에 대한 젠더기반폭력은 남녀 평등의 실현에 걸림돌로 작용할 수 밖에 없습니다[10] 유럽인권법원은 여성에 대한 폭력을 여성 차별로, 폭력으로부터 여성을 보호하지 못한 것을 법의 평등한 보호를 받을 권리의 침해로 규정하고 있습니다.[11] 미주인권위원회의 입장을 요약하면 아래와 같습니다. .

> '미주 기구들은 폭력과 강간이 폭력 피해자, 특히 여성의 기본권을 침해하고 피해자에게 미치는 영향이 매우 심각하다는 인식에 기초하여 문제에 접근하였다. 따라서, 미주인권위원회와 미주인권재판소는 강간을 포함한 모든 성폭력이 인간적 대우, 프라이버시, 자율권 및 존엄, 평등한 보호, 차별 금지에 대한 권리의 침해라고 판단하였다.'[12]

16. 차별금지는 모든 국가를 기속하는 국제관습법입니다. 실제로 미주인권재판소는 다음과 같이 판시하였습니다.

> '법 앞의 평등, 법의 평등한 보호, 차별금지 원칙은 국가 및 국제 사회 질서에 관한 전체 법 구조의 기초를 구성하고, 모든 법에 포함된 근본 원칙이므로 강행규범(jus cogens)에 해당한다.'[13]

9 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽 협약 제12의정서: '모든 사람이 법 앞에 평등하고 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다는 기본 원칙'

10 여성차별철폐위원회, 여성에 대한 젠더에 기반한 폭력에 관한 제35호 일반 권고, 제19호 일반권고의 업데이트, CEDAW/C/GC/35, 2017, 10문단.

11 예: 2009년 6월 9일 선고 Opuz 대 터키 사건 판결문, 185~191문단; 2019년 7월 9일 선고 Volodina 대 러시아 (App. No.41261/17) 사건 판결문, 110문단.

12 미주인권위원회, 제33/16호 보고서, 사건번호 12.797, Linda Loaiza López Soto 및 그 친척 v 베네수엘라, OEA/Ser.L/V/II. 문서 38, 2016년 7월 29일, 175문단.

13 미주인권재판소, 불법이민자의 사법조건 및 권리, 권고적 의견 OC-18/03, 2003년 9월 17일, 101문단.

17. 강행규범(Jus cogens)은 국제법상 강제적인 규범, 즉 '수정이 허용되지 않는 규범으로서 국제사회 전체가 수용하고 인정한 규범'을 의미합니다.[14]

18. 유엔에서 성평등 실현을 위한 성평등 및 여성 역량 강화를 위한 유엔기구(유엔여성기구)가 발족되면서 성평등은 더욱 강화되었습니다. 유엔 인권이사회는 법과 실제에 있어 여성차별문제에 관한 실무그룹을 발족했습니다.[15] 유엔 안전보장이사회는 '지속 가능한 평화를 위해서 성평등을 포함한 정치, 안보, 개발에 관한 권리, 인권 및 법치주의, 사법 행위 간 일관성 있는 통합적인 접근이 요구된다'고 보고 성평등 증진의 목표를 재차 강조하였습니다.[16] 유엔은 성평등을 지속가능발전목표(제5목표 '성평등 달성과 모든 여성 및 소녀의 역량 강화')로도 정했습니다.[17] 이를 위해 유엔 회원국들은 '여성 및 소녀에 대한 모든 형태의 차별 및 폭력을 철폐할 것'을 약속했습니다.[18]

19. 이와 같이 성평등은 국제법과 정책 및 제도에 확립되었고, 인권법과 유엔의 목적 및 원칙의 핵심 의제가 되었습니다. 특히 여성에 대한 폭력을 근절하고 불처벌을 종식시키며, 가해자의 책임 규명과 피해자의 권리구제라는 맥락에서 성평등은 더욱 특별하게 중요한 의미를 가졌습니다.

국제법상 성범죄의 진화

20. 국제인도법은 오래 전부터 무력 분쟁에서의 성폭력을 금지해왔습니다. 국제사법재판소는 국제인도법을 '침해 불가한 국제관습법의 원칙'이라고 판시함으로써[19] 공공질서의 국제법적 규제에서 중요한 의미를 갖는다고 보았습니다.

14 조약법에 관한 비엔나 협약, 1969년, 제53조.

15 인권이사회 결의 15/23, 2010년.

16 2013년 유엔 안전보장이사회 결의 2122호; 2019년 유엔 안전보장이사회 결의 2467호도 참조. 이러한 2건의 결의는 모두 2000년 1325호 결의에 따라 채택된 여성, 평화, 안보에 관한 안전보장이사회 안건에서 채택되었습니다.

17 UN총회 결의 70/1호, 2015년 9월 25일, 우리 세계의 변혁: 2030 지속가능발전의제.

18 Ibid., 20문단.

19 핵무기 위협 또는 사용의 유효성 (권고적 의견) 1996년 국제사법재판소 보고서, 79문단.

21. 미국 내전 당시 제정된 리버 훈령(Lieber Code)처럼 국군 지침으로 발령된 초기 행동강령은 강간과 성폭력을 금지했습니다. 리버 훈령은 '피침략국 주민에 대한 모든 강간, 폭행, 불구화 또는 살인…의 무자비한 폭력'을 금지했고, 이를 위반하면 사형에 처한다고 규정했습니다.'[20]

22. 국제적으로는 1907년 헤이그 규칙에서 '가족의 명예 및 권리, 개인의 생명…은 존중되어야 한다'고 규정했습니다.[21] '가족의 명예'에 대한 존중이란 성폭력의 금지를 의미했습니다.

23. 국제 무력 분쟁에 적용되는 1949년 제4차 제네바 협약 제24조는 여성이 '명예에 대한 공격, 특히 강간, 강제 매춘 또는 모든 형태의 성추행으로부터 보호되어야 한다'고 규정했습니다.[22] 1977년 제1추가의정서도 거의 동일하게 규정하고 있습니다.[23] 비국제적 무력 분쟁에서도 생명 및 사람에 대한 폭력과 개인의 존엄성에 대한 유린, 굴욕적이고 모멸적인 대우가 '전면' 금지됩니다.[24]

24. 국제인도법의 이러한 규정들은 성폭력의 구체적인 유형을 강간, 강제 매춘으로 구분하고, 여성을 주된 대상이라고 전제합니다. 최근에는 성범죄, 특히 젠더기반폭력을 개념화하는 작업이 진행되었습니다. 여성차별철폐위원회는 인권법에 기반하여 젠더기반폭력의 개념을 최초로 정의했는데, 1992년 여성에 대한 젠더기반폭력을 여성차별철폐협약 제1조에 따른 차별의 한 형태로 정의하였습니다. 즉, '여성이라는 이유로 여성에게 이루어진 폭력 또는 여성에게 불균형적으로 영향을 미치는 폭력'을 의미하고, '물리적, 정신적 또는 성적 피해나 고통을 가하는 행위 및 그 위협'을 포함한다고 정의했습니다.[25]

25. 다른 기구들도 젠더기반폭력의 정의를 재확인했습니다.[26] 여성차별철폐위원회는 '법적 확신(opinio juris)과 국가관행에 의하면 여성에 대한 젠더기반폭력의 금지는 국제관습법으로까지 발전했다'는 의견을 제시하면서 2017년에 위 정의를 재확인했습니다.[27] 이는 실무상 여성차별철폐협약의 비준 여부와 관계없이 모든 국가에서 젠더기반폭력이 금지된다는 것을 의미합니다.[28]

26. 젠더기반폭력은 평시에는 물론 무력 분쟁 시에도 발생합니다. 여성차별철폐위원회는 '전쟁, 무력 분쟁 및 영토 점령은 매춘, 여성 인신매매, 여성에 대한 성폭행의 증가로 이어지는 경우가 많은데 이에 대한 구체적인 보호와 처벌을 위한 대책이 필요하다'고 보았습니다.[29] 위 대책은 국제인도법과 인권법에 따라서 이루어져야 합니다. 이듬해인 1993년 세계인권회의는 '무력 분쟁 시에 여성 인권에 대한 침해는 국제인권법과 국제인도법의 기본 원칙에 위반된다'고 선언하였습니다.[30]

27. 1995년의 제4차 국제여성회의도 '여성에 대한 폭력은 무력분쟁 상황에서 자행되는 여성 인권 침해, 특히 살인, 조직적 강간, 성 노예제 및 강제 임신을 포함한다'고 선언했습니다.[31]

---

20 일반 명령 100호: 리버 훈령, 1863년 4월 24일, 제37조 및 제44조.

21 육전의 법 및 관습(헤이그 IV), 헤이그, 1907년 10월 18일, 제46조.

22 민간인 보호에 관한 협약, 제네바, 1949년 8월 12일.

23 국제 무력 분쟁의 피해자 보호에 관한 1949년 8월 12일자 제네바 협약 추가의정서, 제네바, 1977년 6월 8일, 제76조 (제1추가의정서).

24 민간인 보호에 관한 협약, 제네바, 1949년 8월 12일, 제3조; 비국제적 무력 분쟁에 관한 1949년 8월 12일자 제네바 협약 추가의정서(제2추가의정서), 제네바, 1977년 6월 8일, 제4조 제2항 e호.

25 여성차별철폐위원회, 일반 권고, 제19호 일반권고, 여성에 대한 폭력, 1992년 11차 회의, 6문단.

26 1994년 여성에 대한 폭력의 방지, 처벌 및 근절에 관한 미주협약(벨렘 도 빠라 협약) 제1조는 여성에 대한 폭력을 '젠더에 기반한 모든 행동이나 행위'로 정의했고, 2003년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장의 아프리카 여성의 권리에 관한 의정서(마푸토 의정서) 제1조는 여성에 대한 폭력은 '여성에 대하여 자행되는 모든 행위를 의미한다'고 명시했고, 2011년 여성에 대한 폭력 및 가정폭력 예방 및 근절에 관한 협약(이스탄불 협약) 제3조는 '여성에 대한 폭력'을 '인권 침해 및 여성에 대한 차별의 형태'로, 그리고 '젠더에 기반한 폭력'을 '여성이기 때문에 여성을 겨냥하였거나 여성에게 불균형적으로 영향을 미치는 폭력'으로 정의했습니다.

27 여성차별철폐위원회, 여성에 대한 젠더에 기반한 폭력에 관한 제35호 일반 권고, 제19호 일반 권고의 업데이트, CEDAW/C/GC/35, 2017년.

28 Ibid., 2문단 및 각주 3의 다수의 인용.

29 여성차별철폐위원회, 일반 권고, 제19호 일반 권고, 여성에 대한 폭력, 1992년 제11차 회의, 16문단.

30 세계인권회의, 비엔나 선언 및 행동계획, 1993년 6월 25일, II, 38문단.

31 Ibid., 114문단.

28. 여성차별철폐위원회는 여성에 대한 젠더기반폭력에 대하여 국가의 책임을 분명히 밝혔습니다. 여성차별철폐협약 제1조에 따른 차별의 한 유형이고, 국가는 이에 대하여 의무를 부담하며, 위원회는 분쟁 중에도 그 의무가 지속된다는 점을 분명히 했습니다. 이러한 폭력에 대한 국가의 책임에는 두 가지가 있는데, 하나는 당사국 자체나 국가기관 또는 공무원의 작위 또는 부작위로 발생한 책임이고, 다른 하나는 민간인의 행위로 인해 발생하는 책임입니다.

29. 이 사건의 경우, '위안부'에 대한 범죄는 일본에 귀책사유가 있으므로 첫 번째 유형의 책임만 발생합니다.

30. 지역 인권 기구들은 국가 기관에 의해 자행된 강간과 성폭력에 대한 국가의 책임을 인정하였습니다. 예를 들어, 유럽인권법원은 터키 보안군이 구금된 쿠르드 출신의 젊은 여성을 강간하고 학대한 Aydin 대 Turkey 사건에서 터키가 유럽인권협약 제3조(고문 금지)를 위반하였다고 판결했습니다.[32] 법원은 강간의 정신적 후유증과 구금 당시에 자행된 학대의 누적효과를 강조했습니다. 미주인권법원은 군인에 의한 강간이 신체의 완전성과 존엄에 대한 권리를 포함하여 다양한 인권의 침해와 고문에 해당한다고 판시했습니다.[33] 아프리카인권위원회는 군대가 강간이나 성폭력 등을 자행할 경우, 그 국가는 인권을 침해한 것이라고 판단했습니다.[34]

31. 국제범죄로서 여성에 대한 젠더기반폭력과 성폭력에 대한 이해가 깊어지면서, 젠더기반폭력과 성폭력이 국제인권법의 위반이라는 전제 하에 국가책임과 배상 책임에 관한 법리가 발전하였습니다.[35] 1993년 구 유고 국제형사재판소, 1994년 르완다 국제형사재판소, 그리고 1998년 상설 국제형사재판소의 설립으로 관련 법리가 발전할 수 있는 장이 마련되기도 했습니다.

---

32 1997년 9월 25일 선고 Aydin v 터키 (Appl. No. 57/1996/676/866) 판결문.

33 예: Miguel Castro–Castro Prison 대 페루 (본안판결, 배상과 비용). 2006년 11월 25일 선고 Series C No. 160 판결문; Rosendo Cantu 대 멕시코 (본안전 항변, 본안판결, 배상과 비용), 2010년 8월 31일 선고 판결문.

34 예: 콩고 공화국 대 부룬디, 르완다 및 우간다, Communication 227/99, 2004, AHRLR 19 (아프리카인권위원회, 2003).

35 여성차별철폐위원회, 여성에 대한 젠더에 기반한 폭력에 관한 제35호 일반 권고, 제19호 일반권고의 업데이트, CEDAW/C/GC/35, 2017, 16문단: '여성에 대한 젠더에 기반한 폭력의 일부 형태가 국제 범죄를 구성할 수 있는 경우도 있다.'

32. 이러한 재판소의 심판범위나, 기소권, 법적 논증에 성범죄가 포함됨에 따라 인도에 반하는 죄 또는 전쟁범죄의 해석 범위도 더욱 진화하게 되는데, 강간 및 다른 형태의 성범죄는 그 자체만으로도 독립적으로 인도에 반하는 죄,[36] 전쟁범죄(제네바 협약 및 육전법의 중대한 위반)[37]가 될 수 있음은 물론, 인도에 반하는 죄로서 고문과 고문이라는 측면에서 별도의 전쟁범죄,[38] 인도에 반하는 죄로서 노예화 및 성노예화,[39] 인간존엄성 침해 및 비인간적 처우를 구성할 수 있다는 판단에 이르게 됩니다. 나아가 이러한 범죄행위가 제노사이드 협약[40]에서 정의하는 '집단'의 전체 또는 일부를 말살시키기 위한 시도로 행해지는 경우에는 이를 대량학살이라고도 볼 수 있는데, 이는 1994년 르완다 사건[41]과 2014년부터 ISIS의 군사공격을 받은 야지디족[42] 사건에서도 마찬가지입니다.

33. 1998년 국제형사재판소에 관한 로마 규정에 따르면 국제형사재판소는 성범죄 또는 젠더기반범죄를 가장 심각한 국제 범죄로 다루고 있습니다. 로마 규정은 다른 법적 조건들이 충족되는 경우, 국제적[43] 및 비국제적[44] 무력 분쟁에서 '강간, 성노예제, 강제 매춘, 강제 임신, 강제 단종 또는 이와 같은 심각한 성폭력'이 인도에 반하는 죄[45]와 육전의 법 및 관습에 대한 위반으로서 국제형사재판소의 관할에 속한다고 보고 있습니다. 또한, 성별을 근거로 한 특정 집단에 대한 박해는 인도에 반하는 범죄에 해당합니다.

---

36 검찰 대 Kunarac, Kovac 및 Vukovic, IT–96–23, 2001년 10월 22일.

37 검찰 대 Furundzija, IT–95–17/1–T, 2000년 7월 21일.

38 In Prosecutor v. Delacic et al., IT–96–21–T, 16 November 1998, rape was qualified as a form of torture – the first such judgment by an international criminal tribunal.

39 Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, IT–96–23, 22 October 2001.

40 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약, 뉴욕, 1948년 12월 9일, 제2조.

41 검찰 대 Jean–Paul Akayesu, ICTR–96–4–T, 1998년 9월 2일 사건. 피고인은 그 중에서도 투트시족에 대한 집단살해 행위의 핵심이었던 반인륜적 범죄로서의 강간 혐의에 대해 유죄 선고를 받았습니다.

42 인권이사회, "파괴하기 위해 왔다: 야지디족에 대한 ISIS의 범죄", A/HRC/32/CRP.2, 2016년 6월 15일.

43 Ibid., 제8조 (b)항 (xxii)목.

44 Ibid., 제8조 (e)항 (vi)목.

45 국제형사재판소에 관한 로마 규정, 1998년, 제7조 (1)항 (g)호.

34. 국제인도법이나 국제인권법, 국제형사법에서의 논의뿐만 아니라 유엔 안전보장이사회에서도 20년 동안 여성과 평화 안보에 관한 10건의 결의에서 무력분쟁 지역에서의 강간 및 성폭력 근절과 여성인권보호가 핵심 의제로 논의되었습니다.[46] 여성과 평화 안보에서 주요 의제는 성폭력 범죄에 대하여 책임을 묻는 것이었습니다. 2000년 유엔 안전보장이사회가 최초로 채택한 여성과 평화 안보에 관한 결의 제1325호는 아래의 내용을 강조하고 있습니다.

> '처벌을 받지 않고 빠져나가는 상황(impunity)을 종식하고 집단 학살과 반인륜범죄 및 전쟁 범죄를 저지른 이들에 대한 기소 책임을 모든 국가가 지고 있음을 강조한다. 여기에는 여성과 소녀들을 대상으로 저지른 성폭력 및 그 이외의 범죄들이 해당된다. 그리고 이런 관점에서 볼 때, 사면(赦免) 조항에 해당한다 하더라도 이런 범죄들은 그 대상에서 배제해야 함을 강조한다'.

35. 이후 여성과 평화 안보에 관한 모든 결의는 국가에게 불처벌의 관행을 근절할 책임이 있다는 점을 재확인했습니다. 결의 제2467호(2019년)에서는 국가의 관할권에 초점을 맞추고, 회원국들에게 '분쟁 및 분쟁 후 성폭력에 대한 수사와 기소를 강화'하도록 요구하였고, '분쟁 중 성폭력 예방 및 근절과 범죄자의 처벌을 위한 국내 수사와 사법체계의 중요한 역할'을 강조하였습니다. 또한, '성폭력 피해자들의 사법접근성을 강화'하도록 촉구했습니다. 위 결의는 인권침해에 대한 효과적인 권리구제에 관한 국제법 규정을 제시하면서, 국가들이 '분쟁 및 분쟁 후 성폭력 피해자들에게 이러한 효과적인 구제와 지원을 제공해야 한다'고 촉구했습니다.

성범죄 및 불처벌의 근절

36. 무력분쟁 중 성폭력이 국제인도법위반 행위이고 이에 대해 국제인권법상 국가의 책임과 국제형사법에 따른 개인의 형사책임이 발생하며 안전보장이사회도 그 점을

46 WPS 프레임워크에는 다음과 같은 핵심 안전보장이사회 결의가 포함됩니다. 제1325호 (2000년), 제1820호 (2009년), 제1888호 (2009년), 제1889호 (2010년), 제1960호 (2011년), 제2106호 (2013년), 제2122호 (2013년), 제2242호 (2015년), 제2467호 (2019년) 및 제2493호 (2019년).

여성, 평화 및 안보의제의 핵심 요소로 인정한다는 것은, 그만큼 국제사회가 가해자에 대한 불처벌을 근절하고 가해자 처벌과 피해자 구제를 위한 국가와 개인의 책임을 중요하게 본다는 것을 의미합니다.

37. 성 평등과 관련된 국제법의 발전과 국제 형사책임이 있는 성범죄의 개념화는 모두 제 2 차 세계 대전 이후부터 발전해 왔습니다. 그러나 이러한 발전의 법적 근거는 2차 세계대전 훨씬 전에 마련되었고, 성폭력 및 성노예제의 금지는 그 이전부터 널리 인정된 국제법 규범이며, 2차 세계대전 이후 열린 형사재판에도 적용되었습니다.[47] 정의 실현을 위한 '위안부'의 오랜 투쟁에서 잘 볼 수 있듯이, 2차 세계대전 이후 발전한 이러한 규범을 통해, 여성들이 재판청구권을 행사할 때 직면하게 되는 문제[48]를 알 수 있습니다. 이러한 문제를 인식하지 못한다면, '위안부' 여성들은 법적 절차에서 법의 평등한 보호는 물론 법 앞의 평등도 보장받지 못하게 됩니다.

Ⅲ. 국가면제와 성노예: 제한적 국가면제론

38. 국가면제는 주권평등의 원칙에 기초합니다(par in parem non habet imperium, '대등한 자는 대등한 자에 대하여 지배권을 갖지 않는다').[49] 국가면제는 몇 가지 예외를 인정하는 방향으로 발전하였고, 더 이상 절대적인 성격을 갖지 않습니다.[50] 이러한 예외는 상업적 목적을 위한 행위처럼 사법적 성격의 행위와 관련된 것입니다. 또한, 국가의 주권 행사에 따른 주권적 행위(jure imperii)와 사인이 수행하는 비주권적 행위(jure gestionis)라는 개념으로 구분되기도 합니다.

47 유엔 전범위원회의 후원으로 열린 재판 중에는 성폭력 혐의와 관련된 사건도 있습니다. William Schabas, Carsten Stahn, Joseph Powderly, Dan Plesch and Shanti Sattler, 'The United Nations War Crimes Commission and the Origins of International Criminal Justice (유엔 전범위원회 및 국제형사재판소의 기원)', 25 형법포럼 (2014) 1 (이하의 논문도 참조).

48 '실제로 본 위원회는 다수의 장애물과 제약이 여성들로 하여금 평등권에 기초한 사법접근권을 실현하는 것을 방해한다는 점을 관찰하였다. 여기에는 사법 접근과 관련된 모든 측면에서 당사국들이 제공하는 사법 보호가 부족하다는 점이 포함된다.' 여성차별철폐위원회, 여성의 사법 접근에 관한 제33호 일반 권고, CEDAW/C/GC/33, 2015년, 3문단.

49 국가의 관할권 면제(독일 대 이탈리아: 그리스 참가), 2012년 ICJ 보고서 99, 59문단.

50 예: 2010년 3월 23일 선고 Cudak v 리투아니아 ECtHR GC (App. No. 15869/02) 판결문, 64문단: '절대적인 국가면제의 적용은 지난 수년 동안 분명히 약화되었다.'

39. 유엔 총회는 2004년 국가 및 국유재산의 관할권 면제에 관한 유엔 협약을 채택했습니다. 일본은 이 협약을 비준하고 국내법에서 효력이 있도록 관련 법을 제정했습니다. 이 유엔 협약은 국가면제의 한계와 상업거래의 정의를 제시하면서 '물품의 판매나 용역의 공급을 위한 모든 상업 계약 또는 거래'가 포함된다고 규정합니다.[51] 또한 유엔 협약 제11조는 다른 국가에서 전부 또는 일부 수행되는 업무에 관해 국가와 개인 간 체결한 고용계약과 관련하여 국가는 다른 국가의 법정에서 관할권 면제를 주장할 수 없다고 규정하고 있습니다.

40. 위 유엔 협약 제12조는 인적 피해와 재산상 손해에 관한 규정으로, 그 작위 또는 부작위가 전체적으로 또는 부분적으로 그 타국의 영토상에서 발생하였으며 그 작위 또는 부작위의 주체가 그 작위 또는 부작위의 발생 당시 그 영토상에 있는 경우, 국가는 타국의 법정에서 자국에게 귀속되는 것으로 주장되는 작위 또는 부작위로 인한 사망 기타 인적 피해에 대한 금전적 배상에 관한 소송에서 관할권 면제를 원용할 수 없다고 규정하고 있습니다.

41. 위 유엔 협약은 아직 시행되지 않았지만 '민사 소송에서의 국가면제 한계와 관련하여 국제적 합의 중에서 가장 권위 있는 합의'로 인정되고 있습니다.[52] 영국 대법원 판사인 Sumption경은 국가면제에 관한 법을 자세히 분석한 후 현행 국가면제법을 다음과 같이 요약했습니다:

> '이러한 역사에서 세 가지 사실을 파악할 수 있다. 우선, 절대적 국가면제론을 국제관습법으로 보려는 국제적 합의가 충분히 이루어지지 않았다는 점이다. 일정 기간 다수까지는 아니지만 상당수 국가들이 절대적인 국가면제법리를 국내법의 일부로 채택하였을 뿐이다. 그 중 일부 국가는 실질적인 검토 없이 다른 국가에서 인정하는 절대적 국가면제법리를 국제법에 따른 법리라고 가정하고 이를 채택했다. 둘째, 적어도 두 세기 동안 특정한 유형의 국가면제법리에 대하여 국가들 사이에 합의가 이루어졌는데, 국가면제법리의 적용 범위와 관련한 유일한 합의는 제한적 국가면제이다. 셋째, 제한적 국가면제법리의 채택은 절대적 국가면제법리를 먼저 채택한 다음 그 예외를 축적하는 방식으로 이루어지지 않았다. 국가 운영의 범위가 확장되고 상업과 산업으로 확장됨에 따라 정부, 법원, 당국자들이 전형적인 주권행사로만 국한되던 시절 형성된 원칙의 근거를 재검토하게 된 것이다. 이 (주권면제) 법리는 근본적으로 '주권국가간의 평등'이라는 이념을 구현한 것이므로, 그러한 국가들에게 부여된 주권을 초월하여 이루어진 행위에 대한 면책권까지 보장한 것은 결코 아니었다.[53] (강조 추가됨).

42. 영국 대법원은 국제관습법에 따라 리비아와 수단에 대해 국가면제법리를 적용해야 한다는 주장을 기각하면서, 그러한 주장은 국제관습법을 지나치게 확대 해석한 것이라고 판단했습니다. 오히려 대법원은 '국가면제법리가 주권적 행위의 경우로 제한된다고 보는 것이 국제관습법'이라고 판단하였습니다.[54] 또한 대법원은 보통법과 대륙법 국가들의 국가관행을 검토한 후 '오늘날에는 제한적 국가면제법리에 찬성하는 국제적 합의가 거의 이루어졌다'고 판단했습니다.[55]

43. 물론 국가면제에 관한 영국의 판례가 대한민국에서 진행되는 절차와 직접 관련된다고 볼 수 없습니다. 그러나 이 판례는 재판관할권과 관련하여 국가면제법리를 상세히 분석하였고, 절대적 국가면제에 대한 예외를 제한적으로 인정하는 방식이 아니라 구체적인 사건에서 주권행위의 성격과 청구인의 상황을 고려하는 접근 방식을 인정했다는 면에서 중요한 의미가 있습니다. 또한 이는 국가관행의 한 예시입니다. 법원은 리비아와 수단의 외교관 직원이 가사업무(요리, 청소, 빨래)를 위해 모로코 여성들을 고용한 행위는 주권적 행위가 아니며, '이들이 주장한 대우 중 어떠한 것도 고용주의 주권적 이해관계로 볼 수 없다'고 판단하였습니다.[56] 영국 대법원은 국제관습법적으로 수단과 리비아가 근로자에 대하여 한 부당한 대우(차별 및 괴롭힘을 포함함) 혐의에 대해 면제받을 권리가 없다고 판시했습니다.

---

51 제2조 (c)항 (i)호.

52 Jones 대 사우디아라비아 왕국 내무부 [2007] 1 AC 270, 26문단, Bingham 경.

53 Benkharbouche 및 Anor 대 외무·영안방부 [2017] UKSC 62, 2017년 10월 18일, 52문단, Sumption경.

54 Ibid., 37문단.

55 Ibid., 51 문단.

56 Ibid., 76 문단.

44. 영국 대법원은 최근 Reyes 대 Al-Malki[57] 사건에서 인신매매가 외교관 면책 특권의 범위에 미치는 영향을 심리했습니다. Philippa Webb 및 Rosana Garciandia 교수는 이 사건을 계기로 '가사노동자에 대한 인신매매와 착취가 외교관 면책 특권에 대한 '상업적 또는 직업적 활동(외교 관계에 관한 비엔나 협약 제31조 제1항 (c)호)의 예외'로 인정될 수 있는 길이 열렸다'고 주장했습니다.[58] 공무원이나 공공기관이 현대판 노예제에 관여했다고 볼 만한 신빙성 있는 주장이 제기될 경우 국내 법원은 국가면제법리의 예외를 인정해야 한다고 권장했습니다.

45. 이 사건의 쟁점은 일본이 국가면제의 적용을 받을 수 있는지, 아니면 '위안부' 제도가 상업 행위나 거래, 인적 피해를 야기하는 불법행위, 또는 고용관계에 해당하여 국가 면제의 적용이 제한되는지 여부입니다. 국제법상 상업적 거래에 의한 국가면제는 주권적 행위로 제한됩니다. 이와 마찬가지로, 고용 관계에서 국가면제의 예외는 고용 행위의 성격과 주권적 행위와의 관련성에 따라 적용됩니다.[59] 업무가 행정부의 기능과 가까울수록 사법적 성격보다는 공법적 성격을 지닐 가능성이 높아집니다.

46. '위안부' 성노예제는 한국 여성들의 인신매매와 강제 매춘을 수반하였습니다. 라디카 쿠마라스와미(Radhika Coomarswamy) 여성 폭력 특별보고관은 보고서에서 여성들이 '노무'에 대해 보상을 지급받아야 했지만, '여성들의 증언에 따르면, 극소수만이 그들이 "번" 돈의 일부만을 받은 반면 많은 여성들은 자신이 어디에 있는지조차 알지 못했고 돈도 거의 가지고 있지 않거나 아예 갖고 있지 않았다'고 지적했습니다.[60] 이 보고서는 '위안부 제도'가 처음 도입되었을 때 일본의 알선업자들이 형식상으로는 군 요리사나 세탁부처럼 보수가 좋은 일자리를 제안했으나 실제로는 성노예로 인신매매를 하여 소녀들을 속였다고 자세히 기술하고 있습니다.[61] 보고서는 다음과 같이 설명합니다:

> '전쟁 후반기에 들어서 군이 대부분의 지역에서 손을 떼고 대부분의 지역에서 위안소의 설립과 운영에 민간업자들이 참여하였는데 이들은 군요원들이 요청을 했거나 자기주도적으로 허가를 신청한 이들이었다."[62]

47. 민간업자들은 군을 위해 일했으며, 보수가 좋은 일자리를 약속하면서 소녀들을 속이거나, 제재하거나 헌병대 및 현지 운영자의 도움으로 소녀들을 강박하였습니다. 그러나 기만, 폭력이나 납치가 만연했던 모집절차는 공무원의 책임이었습니다.

48. '위안부'에 대한 처우는 객관적으로 일본의 주권적 이해관계와 관련이 있다고 볼 수 없습니다. 성노예제와 강제 매춘은 주권 행사와 관련된 행위가 아닙니다. 강제 매춘은 본질적으로 낮은 보수 또는 무보수로 금전적 이득을 얻는 상행위(그리고 범죄)이기 때문입니다. 이러한 주장과 관련하여 영국 대법원은 Reyes 대 Al Malki 사건에서 아래와 같이 판결했습니다.

> '[45]…팔레르모 의정서[유엔 초국가적 조직범죄 방지협약을 보충하는 인신매매, 특히 여성과 아동의 인신매매 방지, 억제 및 처벌을 위한 의정서]는 인신매매가 외교관의 면책 특권과 관련하여서는 "상행위"로 분류되어야 한다고 규정한다. 인신매매로 정의된 활동에서 상업성 등은 그 정의와 무관하다. 인신매매는 의정서 제3조에 정의되어 있듯이, 사람의 모집, 수송, 은닉 및 인계를 포함한 여러 행위로 구성될 수 있다. 또한, 사기, 기만 또는 권력이나 취약성의 악용으로 구성될 수 있다. 일반적으로 일련의 중개인들이 관여되어 있고, 각 주체가 반드시 모든 역할을 수행하지는 않고 그 일부를 수행한다. 이러한 행위들이 상행위로서 행해질 필요는 본질적으로 없으며, 구체적인 상황에 따라 다를 것이고, 특히, 각 참가자의 역할에 따라 다를 것이다. 따라서, 돈을 받고 인신매매가 된 사람을 모집하거나 운송하는 중개인은 상행위를 수행하는 것으로 간주될 것이다. **매춘 등을 위해 인신매매가 된 사람을 인계한 자의 경우도 마찬가지일 것이다. 이는 사**

57 Reyes v Al-Malki [2017] UKSC 61.

58 Philippa Webb and Rosana Garciandia, 'State responsibility for modern slavery: uncovering and bridging the gap (현대 노예제에 대한 국가 책임: 공백의 발견 및 보완)', 68 International and Comparative Law Quarterly (2019) pp. 539-571.

59 Mahamdia 대 알제리인민민주공화국 (Case C-154/11), 2012년 7월 19일, 55~57문단에서 유럽연합 사법재판소는 '직원이 수행한 기능이 공권력의 행사에 해당하지 않는 경우' 국가는 면제되지 않는다고 판결했습니다.

60 인권위원회, 여성에 대한 폭력과 그 원인 및 결과에 관한 특별보고관 보고서, 인권위원회 결의 1994/45에 따라 Radihka Coomaraswamy가 작성함. E/CN.4/1996/53/Add.1, 1996년 1월 4일, 22문단.

61 Ibid., 25문단.

62 Ibid., 27문단.

업 활동에 해당한다.' (강조 추가됨).

49. 따라서 귀 재판부가 이 사건에서 국가면제법리를 인정하기 위해서는 '위안부 제도'가 '상행위'에 이르지 않았다고 인정해야 합니다. 국가가 사인이 수행한 것과 동일한 유형의 사업이나 거래를 수행할 경우에는 관할권이 면제되지 않기 때문입니다. 이 사건의 경우, 일본은 강제 매춘과 성 노예의 목적을 위해 민간 주체와 협업했습니다. 이는 주권행위가 아니므로, 일본이 이러한 행위에 대하여 국가면제를 주장하는 것은 어려워 보입니다.

50. 법원이 일본에게 국가면제를 인정하기 위해서는 일본과 '위안부'가 고용관계에 있지 않다거나 이 사건에서 불법행위로 주장하는 행위들이 주권행사에 해당해야 합니다. 그렇지 않다면 고용관계의 예외가 적용되어 일본은 국가면제를 적용 받지 못합니다. 따라서, 고용 계약/관계가 있고 기만에 의해 성 노예가 된 여성들의 경우, 강제 매춘과 인신매매, 성 노예 행위는 국가의 기능에 해당하지 않으므로 국가면제가 적용될 가능성은 낮습니다.

51. 일본은 이미 확립된 국제관습법과 유엔국가면제 협약에 가입함으로써 인정한 국제관습법의 예외 조항으로 국가면제법리를 주장할 수 없다고 생각합니다.

국가면제, 인권 및 성범죄

52. 일본은 국제사법재판소의 법리를 근거로 면제를 주장할 것으로 보입니다 (저희는 이 사건과 관련하여 일본이 제출한 서면이나 서류를 확인하지 않았습니다). 국가면제 사건(독일 대 이탈리아)에서 국제사법재판소의 다수의견은 이탈리아 법원이 독일이 자행한 전쟁 중의 잔혹행위와 관련된 소송에서 국가면제를 인정하지 않음으로써 국제법을 위반했다고 판단했습니다.[63] 국제사법재판소는 범죄의 중대성이나 강행규범(jus cogens) 위반 문제 또는 해당 소송이 제기될 수 있는 대안적인 방법이 없다는 주장을 인정하지 않았습니다. 이 판결은 여러 국가의 판결과 법적 확신(opinion juris)으로 간주된 국제관습법에 기초하여 이루어졌습니다.[64]

53. 국제사법재판소의 판결에 대하여, 법적 논증이 거의 기술되지 않고 '이러한 결론에 도달하기 위해 국가면제를 인정한 판결의 수와 국가면제를 인정하지 않은 판결의 수를 정량적으로 비교했다'는 비판이 제기되고 있습니다.[65] 이 판결은 2012년 당시의 국가관행을 반영한 것입니다. 예를 들어, 그리스와 이탈리아의 국내 법원들은 인권의 영역에서 그 예외를 인정하기 위해 제한적 국가면제 법리를 확대했습니다. 이와 같은 인권의 예외에 따르면, 정의나 배상(최후 수단의 장)이 완전히 부인되거나/또는 강행규범(jus cogens)의 위반이 있는 경우 국가면제의 법리가 적용되지 않는다는 것을 의미합니다.

54. 이 사건은 여성과 소녀를 상대로 한 젠더기반 범죄이자 성폭력 사건입니다. 위 국가면제 사건은 성폭력이나 성노예제의 범죄를 다루지 않았고, 국제사법재판소에서도 성이나 젠더에 기반한 폭력이나 성폭력 문제를 다룬 적이 없습니다. 위 국가면제 사건에서 어떠한 방식으로도 젠더 문제가 고려되지 못한 이상, 젠더에 기반한 성폭력 범죄가 핵심 쟁점인 이 사건과 어떠한 관련도 없다는 것이 명백합니다. 국가면제법리를 현대의 상업 행위를 고려하여 재평가했듯이 국제법상 성평등과 성범죄의 발전을 고려하여 젠더의 렌즈를 통해서도 재평가하여야 합니다.

55. 앞서 검토한대로 성범죄에 관한 국제법이 발전해왔다는 점을 감안하면 더욱 그러합니다. 국가가 성범죄의 불처벌을 근절할 의무는, 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 제2항과 같은 조 제3항 (a)호 및 (b)호에 비추어 볼 때, 국가면제법리의 해석과 관련이 있습니다. 위 규정에 따르면, 조약을 해석할 때 조약 체결 당시에 체결된 관련 조약이나 그 이후에 체결된 관련 조약도 참작하여 해석할 수 있습니다. 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 제3항 (c)호는 '당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계

63 국가의 관할권 면제 (독일 대 이탈리아: 그리스의 소송참가), 2012년 ICJ 보고서 99.

64 Ibid. 85문단.

65 Lorna McGregor, 'State Immunity and Human Rights: Is there a future after Germany v Italy? (국가면제 및 인권: 독일 대 이탈리아 사건 후 미래가 있을까?)' 11 Journal of International Criminal Justice (2013), p. 128.

규칙'이 고려되어야 한다고 규정합니다. 여성의 인권과 성평등, 인신매매, 국제범죄의 책임에 관한 조약과 국제 법률문서는 사후적으로 발전한 내용이고 상황이므로 다른 국제법 규범을 해석할 때 고려되어야 합니다. 이 사건에서 국가면제법리는 변화하는 국제관습법상 개념이므로, 국가가 관할권으로부터 면제를 주장할 권리가 있는지 여부를 해석할 때 이러한 조약과 국제법의 발전이 고려되어야 합니다.

56. 국제사법재판소가 위 국가면제 사건에서 국가 간의 협상이 가능하다고 판단한 점도 이 사건과 구별됩니다. 귀 재판부에서 진행되고 있는 이 사건의 경우에는 소송이 '최후의 수단'에 해당합니다. 국가 간의 협상으로 해결할 수 있다는 국제사법재판소의 판단은 이 사건에서 명백히 불가능합니다. 이 쟁점에서 반드시 유의할 점은 여성이 재판청구권을 행사하는데 있어 추가적인 걸림돌과 방해물을 직면하게 한다는 것입니다.[66]

57. '위안부'는 강간과 성폭력 및 성노예의 대상이 되었고 밥이나 빨래 등 위안소 일도 강요당했습니다. 이들은 '여성이라는 이유로' 피해를 당했으나 노동법에 따른 보호를 받지 못했습니다. 만약 귀 재판부가 국가면제법리의 예외를 인정하지 않는다면, 이들은 적절한 절차에 따라 모집된 여성들보다 열악한 법적 지위에 놓이게 된다는 점에서 용납될 수 없습니다. '위안부'는 무력 행사나 위협, 납치와 기만 등으로 '모집'되었고 위안소로 강제 이송되었으며 착취와 성노예의 대상이 되었습니다. 이는 현재 인신매매의 구성요건에 해당합니다.[67] 전쟁에 나가거나 군사활동은 주권행위에 해당하지만, 성 착취나 노동이 이에 해당한다고는 볼 수 없습니다.

58. 또한 소위 '위안부'에게 자행된 성범죄에 대하여 일본에 국가면제법리를 적용하는 것은 20년의 기간 동안 10건의 결의를 통해 재확인된 안전보장이사회의 여성, 평화 및 안보 의제에 반하는 결정이라고 생각합니다. 안전보장이사회는 무력 분쟁 성폭력 가해자에 대한 형사재판의 중요성과 피해자의 재판청구권 및 배상청구권의 보장을 위한 국가책임을 인정하였습니다. 이러한 범죄에 대하여 국가면제를 인정하는 것은, 평화협상 과정에서 이러한 범죄에 대하여 국가의 책임을 물을 수 있도록 사면 거부를 촉구한 노력에도 부합하지 않습니다. 여성, 평화 및 안보에 관한 결의 제2467호(2019년)는 무력분쟁과 분쟁 후 상황에서 일어날 수 있는 성폭력을 예방하고 이에 대응하기 위해 '생존자 중심적' 접근법이 중요하다고 강조합니다. 국가책임을 면해주는 것은 생존자들의 필요와 권리를 우선시하는 접근과도 일치하지 않습니다.

결론

59. 재판관할국인 대한민국은 여성차별철폐협약에 따라 여성에게 재판청구권을 보장하고[68] 성평등 원칙을 견지할 의무가 있습니다. 법원이 이 사건에서 국가면제법리의 적용 여부를 판단하기에 앞서, 상거래나 고용, 인적피해 등에서 국가면제법리가 적용되지 않는다는 점을 명확히 해야 합니다. '위안부'에게 강요된 성 노예제는 주권행위로 분류될 수 없습니다. 이러한 점에 기반하여, 법원은 이 사건에서 제한적 국가면제법리에 따라 재판청구권을 인정해야 할 것입니다.

60. 젠더의 관점 없이는 국가면제법리가 전시의 남성적인 행위나 주권적인 국가의 이해관계만을 보호하게 될 것입니다. 제한적 국가면제법리는 상업적 행위와 같이 일부 남성들의 이해관계를 보호하기 위해 적용된 반면, 고용이나 상거래의 법체계에서 벗어난 여성인권침해 행위에 대해서는 적용되지 않았습니다. 따라서, 법원이 이 사건에서 젠더 및 인권의 관점에서 좀 더 포괄적인 인권의 국가면제법리의 적용 여부를 심리하는 것은 매우 중요합니다.

Christine Chinkin 및 Keina Yoshida

2020년 10월 7일

66 여성의 사법접근에 관한 제33호 여성차별철폐위원회 일반 권고. CEDAW/C/GC/33, 2015년 7월 23일.

67 인신매매는 2000년의 유엔 초국가적 조직범죄 방지협약을 보충하는 인신매매, 특히 여성과 아동의 인신매매 방지, 억제 및 처벌을 위한 의정서 (팔레르모 의정서) 제3조에 정의되어 있습니다. '위안부' 상황은 팔레르모 의정서가 마련되기 전에 발생했지만, 인신매매는 이미 1945년부터 국제법의 규제 대상이었습니다.

68 여성차별철폐협약 제15조는 국가가 '여성에 대해 법 앞에 남성과의 평등을 부여하여야 한다'고 규정합니다.

서울중앙지방법원(2016가합580239)

의견서(이 사건 원고들이 일본의 사법절차를 통해 구제받을 수 있는 가능성)

2020년 3월 20일

야마모토 세이타(山本晴太)

1. 서론 · 약력

이 사건 원고들의 대리인으로부터 [이 사건 원고들이 일본의 사법절차에 의하여 구제 받을 수 있는 가능성]에 대한 의견을 부탁받아 이하와 같은 의견을 진술합니다.

저 본인은 후쿠오카현 변호사회 소속 변호사로 1992년 변호사등록을 한 이래 별표 기재의 사건[1] 중 우키시마호 사건(21번 사건), 관부재판(26번 사건) 광주 천인 소송(29번 사건), 한국인 전 BC급 전범소송(36번 사건), 시베리아억류 전일본병 소송(45번 사건), 도쿄 아사히토 여자근로정신대 소송(47번 사건), 미쓰비시 나고야 여자근로정신대 소송(59번 소송), 중국인 강제연행 후쿠오카 1차소송(67번 사건) 등의 전후보상재판에 원고측 대리인으로 관여하여 왔습니다. 그리고 손진두 수첩재판(1번 사건), 공식사죄 · 배상청구 소송(11번 사건), 제암리 소송(13번 사건)에는 변호사등록 이전에 지원단체의 직원으로 관여하였습니다.

현재는 일본변호사연합회 인권옹호위원회의 전후처리문제 일한변호사공동행동 특별위원회의 위원입입니다. 이 부는 2010년의 대한변호사협회와 일본변호사연합회의 공동선언에 기반하여 설치된 것으로, 이 선언은 강제노동문제에 대하여 [일본정부에 대하여도 진상규명과 사죄 그리고 배상을 목적으로한 조치를 취하여야 한다]라는 입장에서, [앞으로… 공동위원회를 설립하는 등 지속적인 조사연구 그리고 교류를 통하여 피해자들의 피해가 회복될 때까지 협력한다]라고 하고 있습니다. 그러나 이 의견서는 일본변호사연합회나 해당 부의 견해가 아니라 어디까지나 개인의 견해라는 점을 말씀드립니다.

1 이하, 사건은 별지의 번호란의 숫자로 표기하고, 판결은 사건의 숫자와 심급을 포함한 숫자(예를 들어 손진두 수첩사건은 1번 사건, 동 사건의 최고재판소 판결은 1-3 판결)로 표기하겠습니다.

2. 일본법원에서의 전후보상재판

2. 1 당사자의 유형별로 분류한 일본의 전후보상재판의 개요

[전후보상재판]을 [전쟁 · 식민지 피해를 쟁점으로 하는 소송으로, 원고가 외국인 피해자들인 사건]이라고 정의한다면 일본의 법원에서는 현재까지 별표와 같이 101건의 전후보상재판이 제기되었습니다(별지의 사건 중 32건의 원고는 일본 주민이기는 하지만, 이미 고인이 된 피해자를 사실상 대리한 것이라고 보고 예외적으로 포함시켰습니다)

이 중, 일본기업 혹은 개인만을 피고로 하는 소송은 9건(별지의 [피고]란이 파란색으로 표시된 사건)에 불과하고, 그 외 92건은 국가 혹은 지방자치단체 등의 공기관이 피고에 포함되어 있습니다.

원고들의 유형으로 분류하자면, (중국국적, 일본국적을 포함하여) 한국인이 원고인 사건은 56건, (홍콩주민을 포함하여) 중국인이 원고인 사건이 33건(32건을 포함하여), 대만인이 원고인 사건은 10건, 필리핀, 네델란드인이 원고인 사건이 각 1건, 영국, 미국, 뉴질랜드인을 공동원고고 하는 사건이 1건이 있습니다.

그리고, 일본군 '위안부'를 포함한 전시성폭력피해자들이 원고가 된 사건은 11건으로, 원고가 (조선적 및 한국국적을 포함하여) 한국인인 사건은 4건(17, 22, 26, 28번 사건), 중국인인 사건은 4건(38, 42, 58, 69번 사건), 필리핀인(27번 사건), 네델란드인(33번 사건), 대만인(62번 사건)이 각 1건입니다.

2. 2 승소판결의 분석

국가 그리고 공적 기관을 피고로 한 92건의 소송의 대부분은 상고심까지 다투었기 때문에 이 사건들에 대하여 약 270건의 판결이 나왔습니다. 그 중 국가와 공적 기관에 대하여 청구의 전부 혹은 일부가 인용된 판결은 31건입니다(별지 [판결일]의 표시가

붉은 색인 판결) 그러나 이 중 26건의 판결은 아래에서 보듯이 특유의 쟁점에 관한 것입니다(별지에서 [번호란]이 파란색으로 표시된 사건).

첫째, 한국인인 피폭자들이 제기한 소송에서의 승소판결입니다(1−1, 1−2, 1−3, 41−2, 41−3, 57−2, 61−1, 61−2, 70−1, 77−1, 77−2, 78−1, 78−3, 83−1, 83−2, 87−1, 92−1, 97−2, 97−3, 101−1, 각 판결). 원폭피해자들을 지원하기 위하여 1957년에 제정된 원폭치료법과 1995년에 제정된 피폭자 원호법에는 적용대상을 일본국적 보유자에 한정하는 국적조항이 없습니다. 그러나 일본정부가 이 법률을 적용하면서 일본에 합법적으로 거주하는 피폭자에게 한정된다고 해석하면서 재외 피폭자에 대하여는 지원을 거부하여 왔습니다.

이에 대하여 한국의 피폭자들이 치료를 위하여 일본에 밀입국한 피폭자에 대한 적용(1번 사건), 재외 피폭자들에 대한 적용(57, 61, 70번 사건), 오랫동안 재외 피폭자들을 배제하여 온 위법한 행정통달(402호통달)에 대하여 위자료 지급(41번사건), 일본의 재외공관에서 피폭자 건강수첩 교부신청(77, 87, 92번사건), 국외에서 건강관리수당 지급신청(84번 사건), 재외 피폭자들에게 장례수당 지급(83번 사건), 국외에서 받은 치료에 대하여 치료수당 지급(97, 98번 사건), 본인의 피폭증언을 바탕으로 피폭자 인정(101번 사건) 등을 청구하는 소를 제기하여 승소판결이 누적되었고, 40년 이상에 진행되면서 일본에 있는 피폭자들과 거의 동등한 수준을 지원을 받을 수 있게 되었습니다.

그러나, 이 소송들의 쟁점은 전후에 제정된 원폭치료법, 피폭 특별조치법, 피폭자 지원법이라고 하는 법률의 해석(국외 피폭자들에게도 국내 피폭자들과 동등하게 적용할 것인가?)으로, 일본에 강제동원되어 피폭되었다고 하는 전쟁책임 · 식민지책임을 문제 삼고 있는 것은 아닙니다. 또한 1965년의 일한청구권협정과도 관계가 없습니다(동협정 제2조 제2항 (b)).

오히려 한국인 피폭자라고 하더라도 일본 국내 피폭자들과 동등한 지원법의 적용을 넘어 강제동원피해자로서 청구를 한 경우에는 승소하지 못했습니다. 예를 들어, 김순길 사건(19번 사건)의 원고는 피폭자이기는 하지만 강제동원에 대한 위자료와 미지급 입금 등을 청구하였는데 제1심부터 상고심까지 모두 패소하였습니다. 그리고 히로시마 미쓰비시 징용공사건(41번 사건)의 원고들을 피폭자지원법에서 배제한 행정통달에 대한 위자료와 강제동원에 대한 배상을 청구하였는데, 전자에 대해서만 승소하였고 후자의 청구는 기각되었습니다.

이렇게 한국 피폭자의 소송은 전쟁피해자들이 제기한 소송가운데 유일하게 그리고 획기적이라 할 수 있는 성과를 거두기는 하였습니다만 그것은 피폭자 문제라는 특유의 쟁점에 관한 것이지 전쟁 · 식민지피해 일반에까지 미치는 것은 아니었습니다.

다음으로는 한센병 보상청구 소송(82−1 판결)이 있습니다. 일본정부는 일본인 한센병 환자들이 제기한 소송의 제1심에서 패소한 뒤 한센병 환자들에 대한 격리정책의 잘못을 시인하고 2001년 한센병 보상법을 제정하여 피해자들에게 보상금을 지급하도록 하였습니다. 이에 대하여 식민지시대에 한국(74번사건)과 대만(82번사건)의 치료소에 격리되었던 환자들이 이 법률을 적용하여 줄 것을 구하는 소를 제기하였습니다. 소송은 제1심에서는 한국인 피해자들이 패소하고 대만인 피해자들은 승소하였습니다만, 대만인 사건의 판결을 받아 들여 입법조치가 이루어져 한국인 · 대만인 피해자들에게도 적용되게 되었습니다. 이렇게 이 소송들은 식민지 통치하의 잘못된 격리정책의 책임을 추궁하는 것이기는 했지만, 법률상의 쟁점은 전후에 제정된 일본법인 한센병 보상법의 해석이었고, 식민지지배 특유의 책임을 묻는 것은 아니었습니다.

세 번째로 일한 회담 문서공개소송이 있습니다. 한국인 피해자와 일본의 지식인들이 공동원고로서 국가에 일한 회담 문서의 공개를 청구한 3건의 소송(88, 94, 95번 사건)에서는 원고들 주장의 일부가 인정된 3건의 판결이(88−1, 95−1, 95−2 판결) 나와 일한 회담 문서의 일부공개가 실현되었고, 한국대법원판결에 이르는 길을 하나 열 수 있었습니다. 그러나 이들 소송의 쟁점은 전후 일본법인 문서공개법의 해석을 둘러싼 것으로, 전후책임 · 식민지책임을 직접 묻는 것은 아니었습니다.

이상과 같이 원고의 청구가 일부라도 인정되었던 31건의 판결 중 26건은 전후 일본법의 해석에 관한 소송의 판결들이었습니다. 따라서, 전쟁과 식민지지배에 관한 일본정부 그리고 군의 행위를 직접 문제 삼은 소송 중에 (일부) 승소판결을 얻은 것은 아래의 5건의 제1심 판결들 뿐입니다(별지의 [판결]란에 붉은 테두리가 되어 있고 그 안에

날자가 붉은 글자로 표시된 판결).

21−1 판결 (우키시마호 소송의 제1심 판결)

26−1 판결 (관부재판의 제1심 판결)

43−1 판결 (류렌런사건의 제1심 판결)

46−1 판결 (일본군 유기독 가스 1차소송의 제1심 판결)

63−1 판결 (중국인 강제연행 니이카타소송의 제1심 판결)

하지만, 위 사건 중 43번 사건은 홋카이도의 탄광에 강제연행되었다가 탈주한 중국인인 류렌런이 1958년에 발견되기까지 12년 동안 전쟁이 종료되었다는 것도 알지 못한 채 극한의 추위의 산중에서 도주생활을 계속해 왔던 사건이었고, 46번 사건은 일본군이 패전할 당시 중국에 유기한 화학 병기가 1970년부터 1990년대에 이르러 주민에게 피해을 끼친 사건으로 모두 전쟁이 종결되고 장기간 경과된 후에 피해가 발생하였다는 특별한 사정이 있었습니다. (남은 3건에 대해서는 '3.2 항'과 '3.3 항'에서 설명하겠습니다) 이들을 포함하는 5건의 사건 모두가 2심에서 뒤집어져 패소판결이 내려졌고 최고재판소에서 패소가 확정되었습니다. 따라서 침략전쟁 · 식민지지배에 관한 행위를 직접 문제 삼았던 일본에서의 소송에서 국가나 공적 기관을 상대로 구제를 받았던 피해자는 단 한 명도 없다고 할 것입니다.

3. 법률 구성별로 분류한 소송의 추이

3. 1 국제법적 관점에서의 접근

한국인을 비롯한 외국인 피해자들이 일본 법원에 전후 보상재판을 본격적으로 제기하게 된 것은 1990년경부터입니다. 처음에는 제척기간이 피해자들 청구의 장애가 될 것이라 생각했습니다.[2] 즉, 불법행위에 의한 손해배상청구권의 기한을 정한 (2017년 개정전의)일본민법 724조는 한국민법 766조와 유사한 것인데, 일본의 최고재판소는 판례에서 동조 후단의 20년의 기간을 시효가 아닌 제척기간으로 보고, 중단 · 정지가 없는 당사자의 원용을 필요로 하지 않는 것이라고 보고 있습니다.[3] 그로 인해, 법원이 직권으로 제척기간을 적용하여 사실관계에 대한 심리도 하지 않은 채 변론종결하는 것이 아닐까 하는 우려가 있었습니다.

이러한 문제를 피하기 위하여 처음에는 다수의 소송에서 국제법을 근거로 일본국에 배상을 청구하게 되었습니다(10, 14, 15, 17, 18, 27, 28, 30, 33, 35, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 46, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 56, 58, 63, 64 번 사건 등). 즉 일본군 '위안부' 등의 강제연행은 뉘른베르크 국제군사재판소 헌장과 극동군사재판소의 조례에 의해 인도에 반하는 범죄에 해당하므로 형사처벌의 대상이 되고, 피해자들에 대한 민사상의 손해배상의무가 당연히 발생한다고 할 것이고, 헤이그육전조약 제3조은 피해자 개인에 대한 손해배상을 규정하고 있으므로 피해자들은 시효나 제척기간의 제한이 없는 국제법을 근거로 일본국에 대하여 손해배상을 청구하였던 것입니다.

특히 후자에 대해서는 35건의 사건에 걸쳐 네델란드, 벨기에, 영국의 저명한 국제법학자들이[4] 쓴 전문의견서를 제출하였고, 그 중 네델란드 · 라이덴 대학의 명예교수인 프리츠 칼스호벤이 방일하여 법정에서 증언하는 등 면밀하고 설득력있는 입증활동이 이루어졌습니다. 그러나 법원은 헤이그조약 제3조가 [기산과정에서 손해를 입은 개인의 구제 또한 목적으로 삼고 있다는 점은 인정된다]고 하면서도 동조약도 피해를 입은 개인이 속하는 국가가 외교적 보호권을 행사하여 청구를 하는 방법에 의하여 간접적으로 피해자를 구제를 시도하는 것을 예정하고 있다는 취지로 국가측이 제출한 전문가(국제인도법 · 인권법이 아닌 국제경제법 연구자가 집필한 것)의 견해를 인용하였습니다(35 −1 판결). 그리고 다른 소송에서도 이를 추종하여 국제법에 의한 청구를 부분적으로라도 인정한 판결은 한 건도 나오지 못했습니다.

2 또 하나의 '장애'가 될 수 있었던 조약에 의해 청구권포기에 대해서는 1990년대 중반까지는 일본정부가 일한 청구권 협정으로 [완전 그리고 최종적으로 해결]된 것은 외교적 보호권의 상호포기를 의미하는 것에 지나지 않는 것으로 개인청구권은 소멸하지 않았다고 법률적으로 해석하고 있었던 것이 국회답변 등으로 명백해졌고, 2000년까지는 법정에서 청구권포기의 항변을 주장하는 일도 없어서 처음에는 소송의 쟁점이 되지 않았습니다.

3 최고재판소 1989년 12월 21일 판결

4 칼스호벤 명예교수 외에도 벨기에·브뤼셀 자유대학의 에릭 데이비드 교수, 영국·런던대학의 크리스토퍼 그린운드 교수

3. 2 법 앞의 평등(일본헌법 제14조)이라는 관점에서 접근

일본에서는 전사자 유족과 부상자 등에 대하여 은급법을 비롯한 지원법률에 의하여 각종의 급부가 주어지고 있습니다. 그러나 이러한 입법에는 모두 국적조항이 있어서 일본국적을 가지지 않은 자들에 대하여는 적용되지 않습니다. 그 결과 한반도와 대만 출신은 [일본국민]으로서 전쟁에 동원되어 피해를 입었음에도 전후에는 [외국인]취급을 받아 지원에서 배제되었습니다.

이에 대하여 피해자들로부터 이러한 상황은 법 앞의 평등(일본국헌법 제14조)에 반하는 것이 아닌가 하는 주장이 제기되었습니다(별지 8, 17, 20, 24, 25, 31, 34번 사건 등). 이 문제에 대하여 법원도 [원고의 억울한 심정과 처지는 상상을 초월하는 것으로 동정을 금할 수 없다](24−1판결), [매우 동정할 수밖에 없는 상황](20−1판결), [거의 법 앞의 평등에 반한다](20−3판결 보충의견) 등의 설시가 있었으나, 결론적으로는 입법재량의 범위 내에 있다고 하며 모든 사건에서 원고들의 청구를 부정하였습니다.

또한 일본에는 일본국민인 군대 '위안부' 등 전시성폭력피해자를 구제하기 위한 입법 · 행정적제도가 존재하지 않기 때문에, 이 사건의 원고와 같은 피해자들이 법 앞의 평등을 주장하는 것 자체가 곤란한 부분이 있습니다.

3. 3 입법부작위라는 관점에서 접근

전시성폭력 피해자에게는 국내적인 구제입법이 존재하지 않았고, 옛 군인 · 군속 등에 대하여는 은급법 · 원호법 등에 의하여 외국인 피해자를 배제하고, 국제법에 의한 구제도 인정하지 않는다면 외국인 전쟁 · 식민지 피해자에 대한 구제수단이 존재하지 않는 것이 됩니다. 이에 대해 몇 개의 사건에서 국회가 구제입법을 해태하는 입법부작위가 위법이라고 하는 손해배상청구를 한 적이 있습니다(16, 18, 26. 27, 28, 29, 31, 34, 38, 43, 44, 47, 48, 55, 58, 59, 62 사건 등). 이 주장은 입법을 해태하고 있다는 현재의 불법행위에 대한 것으로 시효나 제척기간의 문제가 발생하지 않는 이점이 있었습니다.

그러나 1985. 11. 21. 최고재판소는 이러한 주장을 막아버렸습니다. 전후 보상재판이 본격적으로 시작되기 겨우 수년전에 나온 판결이 국회가 장애인의 재택투표제도를 폐지한 후 이를 부활시키지 않은 행위에 대하여 [국회의원의 입법행위는 입법의 내용이 헌법의 일의적 문언에 위반됨에도 불구하고 국회가 굳이 해당입법을 하고야 말았다 든가 하는 쉽게는 상정하기는 어려운 예외적 사정이 있는 경우가 아닌 한, 국가배상법 제1조 제1항의 규정의 적용상 위법하다는 평가를 받지 않는 것이라고 할 수밖에 없다]라고 하여 위법성을 부정하여 입법행위의 위법성으로 다툴 수 있는 방법을 거의 완전히 막아버렸습니다.

위와 같은 상황에서 앞의(2. 2 항) 관부재판의 제1심 판결(26 − 1판결)만이 적극적 입법행위가 위헌인 경우에는 법원이 그 법률의 적용을 거부하면 당사자는 구제되지만, 입법부작위가 위법인 경우에는 그에 대한 손해배상을 인정하는 것 이외에는 당사자가 구제될 수는 있는 방법이 없다고 하면서, 위의 최고재판소 판결의 적용범위을 한정적으로 해석하여 구제방법의 지연에 대하여 위자료를 지급할 것을 국가에 명하였습니다.

그러나 이외의 모든 사건에서 법원은 앞의 최고재판소의 판결을 그대로 답습하며 [입법부작위도 헌법의 일의적 문언에 반하지 않는 한 위법하다고 할 수 없다]라는 이유로 원고들의 청구를 부정하였습니다. 따라서 관부재판의 항소심판결(26 − 2 판결)도 전후 보상문제에 대한 대응은 입법의 재량적 판단에 맡겨야 한다며 그 위법성을 부정하였고, 이것이 그대로 최고재판소에서 확정되었습니다. 이렇게 하여 입법부작위의 위법을 주장하는 접근 방식도 최종적으로는 인정될 수 없게 되었습니다.

3. 4 안전배려의무라는 관점에서의 접근

몇 건의 소송에서 원고들은 제척기간이라는 쟁점을 피하기 위해 국가와의 계약 혹은 계약유사의 관계를 주장하여 안전배려의무 위반을 예비적으로 주장하였습니다. 이러한 법률구성에서는 안전배려위무 위반의 내용을 원고들이 구체적으로 특정하여야만 하기 때문에 전후 보상재판처럼 피해가 발생한 지 긴 시간이 경과하여 당시의 상황

을 재현하기 곤란한 경우에는 인정되기는 어려웠습니다.

그 중 위의(2. 2 항) 우키시마호 소송의 제1심 판결(21－1판결)과 중국인 강제연행 니이카다 소송의 제1심 판결(63－1판결)은 국가의 안전배려의무 위반을 인정하였습니다. 그리고 21번 사건의 제1심에서는 국가는 시효를 원용하지 않았고, 63－1 판결은 국가의 시효원용을 권리남용이라며 배제하여, 두 사건 모두 원고의 청구를 인용하였습니다. 그러나 두 사건 모두 2심에서 안전배려의무의 존재가 부정되었고 이것이 그대로 최고재판소에서 확정되었습니다. 그러나 일본군 '위안부' 피해자와 같은 전시성 폭력의 피해는 무엇보다 [계약]과는 다른 양상의 것이므로 이러한 법률구성으로 주장하는 것을 어려울 것입니다.

3. 5 불법행위라는 관점에서 접근

이러한 흐름 중에서 1990년대 후반부터 많은 소송에서 일본의 국내법(민법)을 근거로 불법행위에 의한 손해배상을 청구하여 제척기간의 문제를 정면으로 돌파하고자 하는 시도들이 나오기 시작했습니다(17, 22, 27, 28, 30, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 48, 50, 52, 53, 56, 58, 59, 62, 63, 64, 67, 69. 73. 75. 76. 79. 81. 85. 86. 사건 등). 그리고 피해자들도 상대적으로 젊은 편이여서 불법행위 사실을 입증하는 것이 어렵지 않았기 때문에 국가측은 국가무답책의 법리와 시효 · 제척기간의 쟁점을 항변으로 주장하였습니다.

국가무답책의 법리라는 것은 공무원에 의한 공권력의 행사에 대해서는 민법상의 불법행위책임을 물을 수 없다는 대일본제국 헌법 하의 판례이론입니다. 많은 법원이 국가무답책의 항변을 인정하여 국가의 불법행위책임을 부정하기는 하였지만, 위안소의 관리에는 공권력의 행사라고는 할 수 없는 부분이 있다(28－2 판결)라든가, 성폭력과 잔혹행위 그리고 법적 근거없는 강제연행 등 그 당시에도 위법하였던 행위에는 공권력의 행사에 해당하지 않는다(42－2, 56－1, 67－2, 69－2 판결)라고 하면서 국가무답책 법리의 적용을 부정한 판결, 국가무답책은 실체법적인 것이 아니라 구 헌법 하의 소송법상 국가의 불법행위책임을 추급하는 수단이 결여되어 있었을 뿐, 현행 헌법 하에서의 소송을 통해 국가의 책임을 추급할 수 있게 되었다고 본 판결 (17－ 2, 49－1 판결)도 있었습니다.

한편, 제척기간과 시효에 대해서는 1990년대 전반까지는 국가측이 제척기간을 주장하는 일이 없었고, 소멸시효 또한 원용하지 않았습니다. 또한, 1건(14번 사건)을 예외로 제외하고 나면 법원이 직권으로 제척기간을 적용하는 일도 없었습니다. 그러나 1990년대 말경부터는 국가가 시효를 원용하였고 제척기간도 주장하게 되었습니다. 그러나 제척기간을 적용하는 것은 현저히 정의 · 공평의 이념에 반한다고 판단한 판결도 있었습니다(43－1, 46－2 판결)

이상과 같이 불법행위적 접근에 대하여 국가측이 주장하였던 국가무답책의 법리, 시효 · 제척기간의 주장은 어느 쪽도 확고한 것이 아니였던 데다가 미국의 법원에서 일본국과 일본기업을 제소하는 움직임이 시작되자 원고가 승소할 것이라는 예상이 보도되기에 이르렀습니다. 그러자 2000년 정부는 지금까지의 해석(조약에 의한 [포기] [해결]이라는 것은 외교적 보호권의 포기를 말하는 것이다)을 돌연 변경하여, 계속 중이던 모든 전후 보상재판에서 샌프란시스코평화조약, 일중평화조약, 일한청구권협정 등의 조약에 의하여 모두 해결되었다는 주장을 하기 시작했습니다.

처음에는 [조약에 의해 개인청구권도 모두 소멸되었다] [개인청구권은 소멸되지 않았지만 외교적 보호권을 포기한 결과 구제받을 여지가 사라졌다] 등 각 소송에서의 법적 주장이 달랐습니다만, 곧 개인청구권은 소멸되지 않았지만 소송에서의 권리행사는 불가능하다는 주장으로 수렴되었습니다.

이러한 국가의 새로운 주장은 소송에서 제기되고부터 10년 가까이 지나서 갑자기 튀어나온 것인데다가, 종래의 주장과는 명백히 모순되었기 때문에 이를 인정하는 하급심판례는 거의 없었습니다. 2007년까지 이를 인정한 것은 네델란드인이 원고인 사건 1 건(33－2 판결), 한국인이 원고인 사건 1 건(59－1판결), 중국인이 원고인 사건 1 건(42－2 판결) 등 모두 3건에 지나지 않았습니다. 한편으로는 위에서 설명한 시효 · 제척기간, 국가무답책에 관한 국가의 주장을 부정하는 판례가 연이어 나와 피해자들

의 승소의 전망이 열리는 것처럼 보이기도 했습니다.

그런데, 위의 42번 사건과 히로시마 고등법원에서의 중국인 강제연행 피해자가 니시마쯔건설에 대하여 승소하였던 52번 사건의 상고심에서, 2007년 4월 27일 최고재판소의 두 개의 다른 재판부가 동시에 거의 동일한 문장의 판결을 선고하여 국가의 [조약에 의해 모두 해결되었다]는 이론을 기본적으로 인용하고 말았습니다.

4. 2007. 4. 27. 일본최고재판소의 판결

4. 1 [샌프란시스코 평화조약의 틀]

2007년 4월 27일의 최고재판소 판결은 먼저 샌프란시스코평화조약 14조(a) 각 호를 적시하며 [연합국의 관할하에 있는 재외자산의 처분을 연합국에 맡기고, 역무배상을 포함한 구체적인 전쟁배상의 약정은 각 연합국과 개별적으로 행하는 일본국의 전후처리의 틀]이 정하여졌다고 하면서 이를 [샌프란시스코 평화조약의 틀]이라고 불렀습니다.[5]

그런데, [이 틀이 정해진 것은 평화조약을 체결하여 두었지만 전쟁수행 중에 발생한 여러 청구권에 관한 문제를 사후적 · 개별적인 민사재판에서 민사재판상의 권리를 행사하여 해결하여 처리하도록 한다면, 장래 어느 국가 그리고 국민에 대해서도 평화조약 체결 시에는 예측 곤란하였던 부담을 지게 하는 혼란이 발생될 우려로 평화조약의 목적달성이 저해 될 것이라는 사고에 기반하였다고 해석된다]라며 [틀]의 [취지]를 설명하면서 샌프란시스코 평화조약의 [포기]라는 것은 재판상의 청구권능의 상실이라고 결론지었습니다. 따라서 1972년의 일중공동성명도 이러한 [틀]에서 맺어진 이상, 동 성명에 의한 중국인 피해자는 재판에서 소구할 수 있는 권능을 잃었다고 하는 것이었습니다.

5 그러나 애당초 동 조약 14조(a)1은 금전배상이 아닌 역무배상을 시행하는 이상 그 내용을 샌프란시스코 평화조약에서 일률적으로 정하는 것을 불가능하고 따라서 각 연합국과 개별적인 교섭하지 않으면 안 되는 기술적 규정에 지나지 않는 것이라 생각합니다.

이러한 최고재판소의 논리는 피해자의 청구권이 국내법의 불법행위를 근거로 하는 경우에도, 헤이그 조약 제3조 등의 국제법을 근거로 하는 경우에도, 계약상의 안전배려의무를 근거로 하는 경우에도 직접 적용되게 되었습니다. 더욱이 재판상 소구할 권능이 없는 청구권을 구제하는 입법을 할 의무도 인정하기도 어려웠으므로 입법부작위 책임도 물을 수 없게 되었습니다. 이렇게 최고재판소 판결의 논리는 여러 법률구성에 의한 전후 보상재판을 봉쇄하는 것이었습니다. 실제로 이 후의 중국인 강제연행 피해자의 사건은 모두 이 판결과 같은 논리에 의해 청구가 기각되었습니다.

4. 2. 한국인 피해자들에 대하여도 최고재판소의 판결을 적용

나아가 당시 계속 중이던 나고야 미쓰비시 근로정신대 사건(59번 사건) 2심과 후지코시 근로정신대 2차 소송(75번 사건)의 1심, 두건의 한국인 피해자들 사건에도 최고재판소 판결의 논리가 적용되었습니다.

최고재판소 판결의 직후에 선고된 전자의 2심 판결(59－2 판결)은 일한청구권 협정의 문언으로 해석하였던 1심 판결을 굳이 정정하면서, 샌프란시스코 평화조약의 [포기]라는 것은 해당 청구권의 재판상 청구 권능을 상실시키는 것이라는 해석을 집어넣어 [위와 같이 인정한 평화조약과 그 역할, 이 사건 협정 체결에 이르기까지의 경위] 등을 전제하여 일한청구권협정 2조 1항, 3항을 해석한 결과, 한국인 피해자들의 청구에 응하여야 할 법적 의무가 없다고 판시하였습니다.

후자의 1심 판결은(75－1 판결) 더욱 명확하게 위 최고재판소 판결의 [샌프란시스코 평화조약의 틀]이론 부분을 인용하며 일한청구권협정은 [샌프란시스코 평화조약과는 다른 청구권의 처리를 정한 것이라 해석할 수는 없고…샌프란시스코 평화조약의 틀에 따르는 취지의 것이다고 해석된다]라고 판시하였습니다. 이 사건의 항소심 판결인 75－2 판결은 최고재판소의 판결의 문언이라는 것을 명시하지 않고 [이 사건 협정 2조 3항은 해당 청구권 자체를 실체법적으로 소멸시키는 취지는 아니다][해당 청구권이 기반하고 있는 재판상 청구할 권능상실시키는 것이 되어]라며 최고재판소 판결의 문언을 인용하며 실질적으로는 최고재판소의 판결의 취지를 채택하였습니다.

2007년의 최고재판소 판결은 어디까지나 중국인 피해자에 대한 것으로, 일본의 법원이 한국인 피해자에 대하여서는 이와는 관계없이 일한청구권협정 제2조의 문언해석에 의해 청구를 기각한 것이라는 오해가 있습니다. 그러나 일본의 법원은 최고재판소의 판결을 받아들여 [샌프란시스코 평화조약의 틀]에 의하여 피해자가 소구권능을 상실하였다고 하는 해석을 전제로 하여 이를 일한청구권 협정에도 적용하였던 것입니다.

일본정부의 해석은 이 점에 대해서는 더 명확합니다. 일본정부의 현재의 해석은 일한청구권 협정에 의해 피해자의 소구권능은 상실되었다라는 것으로 결론적으로는 2018년 10월 30일의 일본제철 사건에 대한 대법원 판결(2013다61381)의 반대의견과 같은 것입니다. 그러나 대법원의 반대의견이 [완전 그리고 최종적으로 해결] [어떠한 주장도 불가능하다]라는 문언의 해석을 기초로 하고 있는 것에 반해 일본정부는 이 문언에 기초를 두고 있지 않습니다. 왜냐하면 이 문언을 강조하면 할수록 이러한 문언이 없는 중국인 피해자의 케이스에서는 청구를 인용하는 방향으로 나갈 수 밖에 없기 때문입니다.

대법원 판결 직후인 2018년 11월 4일, 일본의 국회에서 정부의 일한청구권 협정 해석에 대한 질문이 있었습니다. 이에 대하여 고노 다로 외무대신(당시)은 [개인의 청구권이 소멸되었다고 말씀드리는 것은 아니라, 개인의 청구권을 포함한 일한간의 재산청구권의 문제는 일한청구권 협정에 의해 완전 그리고 최종되었다고 할 것입니다]라고 말하였고, 미카미 외무성 국제국장은 […일한청구권 협정에 의해 일방의 체약국의 개인의 청구권에 기반한 청구에 응하여야 할 타방 체약국 그리고 그 국민의 법률상 의무가 소멸되었고, 그 결과 구제가 거부된다라고 할 것입니다(밑줄 인용자가 표시)]라고 설명하였습니다.[6]

한편, 2000년에 일본정부가 해석을 변경하여 조약에 의하여 모두 해결되었다는 주장을 전개하기 시작할 즈음, 네델란드인 원고들의 소송과 관련하여 샌프란시스코 평화조약의 해석에 대하여 국회에서 다음과 같은 답변을 한 적이 있습니다.

6 2018년 11월 14일 중의원 외무위원회

[…개인의 청구권 그 자체가 소멸하였다라는 식으로 말씀드리고 있다고는 할 수 없고, (샌프란시스코 평화조약) 14조(b)항에 의하여 이들 청구권, 채권에 기반한 청구에 응하여야 할 법률상의 의무가 소멸하여 그 결과, 구제가 거부되게 되었다라는 것을 말씀드리고자 하는 것입니다(밑줄 인용자 표시)][7]

이렇게 일본정부가 일한청구권 협정도 샌프란시스코 평화조약도 [청구에 응하여야 할 법률상의 의무가 소멸하고, 그 결과 구제가 거부된다]라고 하는 완전히 동일한 법적효과가 있다고 해석하고 있습니다.

또한, 일중공동성명에 대하여 국가는 최근의 소송에서 다음과 같은 주장을 하였습니다.[8]

[일중공동성명 5항에 〖중화인민공화국정부는 중일 양국 국민의 우호를 위하여 일본국에 대한 전쟁배상의 청구을 포기하기로 선언한다〗라고 규정하고 있다. 일중 양국은 서로의 입장 차이를 충분히 이해한 바탕에서 실체적으로 이 문제의 완전 그리고 최종적인 해결을 도모하기 위해 이러한 규정방식에 일치하기에 이른 것으로, (중략) …중국국민의 청구권에 대하여는 샌프란시스코 평화조약의 당사국인 연합국의 국민의 청구권도 마찬가지로 재판상 청구할 수 있는 권능을 상실하였다…(밑줄 인용자 표시)]

즉, 일중공동성명도 샌프란시스코 평화조약도 같은 법적효과가 있는 것으로 [재판상 청구할 권능을 잃는다]라고 하는 것입니다.

이상과 같이, 일본정부는 샌프란시스코 평화조약, 일한청구권 협정, 일중공동성명 모두 그 법적효과가 같고, 그 결과 [청구에 응하여야 할 법률상의 의무가 소멸]=[재판상 청구할 권능을 상실한다]고 해석하고 있다는 것을 알 수 있습니다. 그러나 샌프란시스코 평화조약의 문언은 국민의 청구권을 [포기], 일한청구권 협정은 [완전 그리고 최종적으로 해결], 일중공동성명은 앞과 같은 [국민의]라고 하는 문언조차 없는 제각각 다른 형태입니다. 즉, 일본정부는 [완전 그리고 최종적인 해결]등의 문언을 해석하고 있는 것이 아니라 일중공동성명도 일한청구권 협정도 [샌프란시스코 평화조

7 2001년 3월 22일 참의원 외교방위위원회 에비하라신(海老原紳) 외무성 조약국장 답변

8 오사카지법 2019년 1월 29일판결 별지 13 (중국인강제연행 국가배상사건, 판례 비공개 결정)

약의 틀]속에 있다는 것을 근거로 하여 위와 같은 해석을 이끌어 내었습니다. 따라서 만약 일한청구권 협정의 문언이 일중공동성명과 마찬가지로 [대한민국국민은 한일 양국 국민의 우호를 위하여 일본국에 대하여 전쟁배상의 청구를 포기한다고 선언한다]라고 하더라도 동일한 해석에 이르렀을 것입니다.

이러한 현재의 일본정부의 해석의 기초를 이루고 있는 것은 2007년의 최고재판소의 판결인 [샌프란시스코 평화조약의 틀]이론입니다. 따라서 일본정부의 일한청구권 협정의 해석의 당부를 검토하기 위해서는 그 전제인 최고재판소 판결의 당부를 검토할 필요가 있을 것입니다.

4. 3 빈조약법조약의 해석원칙에 반하는 해석

위와 같은 최고재판소의 판결은 [전쟁의 수행 중에 발생한 여러 청구권에 관한 문제를 사후적 · 개별적인 민사재판에서 민사재판상의 권리행사를 통해 해결하여 처리하도록 한다면...평화조약의 목적달성이 저해 될 것이라는 사고에 기반하였다고 해석된다]라고 하는 [샌프란시스코 평화조약의 틀]의 [취지]를 설명하고 있습니다. 그러나 샌프란시스코 평화조약에는 민사소송에 의한 청구를 허용하지 않는다고 하는 문구는 없습니다.

최고재판소는 어떠한 해석원칙에 기반하여 조약을 해석하고 있는지를 전혀 드러내고 있지 않습니다만(처음부터 해석원칙이나 해석기준에 대하여는 관심이 없었던 것처럼 보이기도 합니다), 굳이 말하자면 샌프란시스코 평화조약의 [취지]에 [비추어 주어지는 통상의 의미](빈조약법조약 31조 1항)에 의해 [포기]라는 문구를 해석하고 있는 것처럼 보입니다. 하지만 위의 [취지]는 샌프란시스코 평화조약에 그러한 기재가 없는 것은 물론이고, 학설에 의해 제시된 것도, 원심의 판단도, 소송당사자의 주장도 아닌, 이 판결에서 돌연 출현한 최고재판소 재판관의 독자적인 신념에 불과합니다. 그것도 이 [취지]에 대한 설명은 [민사재판상의 권리행사를 통해 해결하여 처리하도록 한다면...목적달성이 저해된다]라고 [포기]라는 문언 해석의 결론까지 포함하고 있습니다. 즉, 이것은 취지에 기반한 해석이 아니라, 재판관의 신념에 기반하여 갑작스럽게 해석의 결론을 제시하고 있는 것입니다.

만약 재판관의 신념이 [여러 청구권의 존속을 허용하면...목적달성이 저해된다]라고 한다면 개인청구권이 소멸하였다는 [해석]이 나왔을 것이고, [전쟁 피해자 개인의 청구에 충분히 대응하지 않으면...목적달성이 저해된다]라고 하였다면 개인청구권은 소멸되지 않았다는 [해석]이 나왔을 것입니다. 이것은 [해석]이라고 이름붙일 수도 없는 단순한 [단정] 혹은 [독단]입니다. 그리고 이러한 억지스런 [해석]을 하지 않는 한, [포기]를 [용어의 통상적인 의미에 따]라 [개인의 실체적 권리는 소멸하지 않았지만 재판에서 소구할 수는 없게 되었다]라고 읽는 것은 무리라고 할 것입니다.[9]

게다가 일본정부가 [포기]가 민사소송에 의한 청구를 허용하지 않는다는 의미라고 발언하기 시작한 것은 2000년대에 들어서서이므로 이러한 용어에 [당사국이 이것에 특별한 의미를 부여할 것을 의도하였다](빈 조약법 조약 31조 4항) 고는 할 수 없다는 것은 분명합니다.

또한, 최고재판소는 일중공동성명도 이러한 샌프란시스코 평화조약의 [틀]속에 있다고 하면서, 중국인 피해자는 민사소송에서 청구할 수 있는 권능을 잃었다고 판단하였습니다.[10] 그러나, 일중공동성명에는 [국민의]권리를 포기한다라고 하는 문구조차 존재하지 않으며 국가의 권리인 전쟁배상 청구권만을 포기한다는 취지가 문언상 명백합니다. 만약 문언 자체만으로는 명백하지 않다고 하더라도 중국이 참가하지 않은 샌프란시스코 평화조약은 조약법조약 31조 2항의 규정인 [관계문서] [관계합의]가 아니므로 이에 의하여 일중공동성명의 [포기]를 해석하는 것은 허용될 수 없습니다.

한편, 일한청구권 협정은 일중공동성명과는 달리 샌프란시스코 평화조약을 전제로 한 협정임이 명백합니다. 그러나 일한청구권 협정의 전제가 되었던 것은, 일본의 통치로부터 이탈하는 지역의 재산관계는 그 지역의 시정당국과의 약정에 의하여 해결

---

9 2018년 10월 30일 대법원판결의 개별의견과 반대의견은 역으로 일한청구권 협정이 샌프란시스코 평화조약과 같은 [포기](wave)라는 문구를 쓰지 않았다는 것을 개인청구권이 소멸되지 않았다는 근거의 하나로 들고 있습니다.

10 이 판결은 직후에 중국정부는 이러한 해석은 [위법한 것이고 무효이다]라고 항의하였습니다.

한다고 하는 샌프란시스코 평화조약 4조로, 이 조약의 그 외의 부분 역시도 [관계문서] [관계합의] 라고는 말할 수 없습니다. 위와 같은 [샌프란시스코 평화조약의 틀] 라고 하는 것은 존재하지 않고 만약 존재한다고 하더라도 일한간의 조약이 그에 구속될 이유는 전혀 없습니다.

4. 4 피해자의 사법악세스권을 무시

최고재판소의 판결은 그 해석방법만이 아니라, 해석의 결과 피해자의 사법악세권이 침해되었다는 점에서 국제법을 위반하고 있습니다.

일본은 1979년에는 국제인권규약(자유권규약)을 비준하였습니다. 따라서 이 조약 14조에 의해 일본의 관할 내에서 재판을 받을 권리를 보장할 국제법상의 의무를 지고 있습니다. 그러나 이 판결은 [여기서 말하는 청구권의 〖포기〗라고 하는 것은 청구권을 실체적으로 소멸시킨다는 것까지 의미하는 것이 아니라 해당 청구권에 기반하여 재판상 청구할 수 있는 권능을 잃게된다는 것에 머무는 것으로 해석하는 것이 상당하다] 라고 하면서, 피해자에게 실체적인 청구권이 존재하는 경우에도 재판상 청구는 가능하지 않다고 하고 있습니다. 그리고 [이 사건 피해자들이 입은 정신적 · 육체적 고통이 극히 심각하였다] 라는 것을 인정하면서 [상고인을 포함한 관계들에게 이 사건 피해자들의 피해의 구제를 위하여 노력하여 줄 것을 기대하는 바이다] 라고 해결을 당사자간의 임의적인 노력에 맡겨버리고 말았습니다. 즉, 국제인도법과 국제인권법에의 중대한 위반에 의한 피해자라고 할지라도 어떠한 대체수단을 제공하지도 않은 채, 사법악세권을 박탈한다고 분명히 말하고 있는 것입니다.

4. 5 법해석에 우선한 정치적 판단

최고재판소가 이렇게 매우 무리라고 할 수 밖에 없는 법률구성을 한 이유는 최고재판소가 [더 이상 전후보상재판을 허용하지 않겠다] 라는 목적의식을 가지고 판결을 이끌어 내었기 때문이라고 보는 것이 이해하기 쉬울 것입니다.

불법행위라는 관점에서 접근한 청구들에 대하여 국가가 주장한 국가무답책 그리고 시효 · 제척기간 이론 중, 국가무답책은 법적근거가 애매하기만 하였고 기업에 대한 청구를 막을 길이 없었습니다. 시효 · 제척기간 주장에 대한 신의칙 · 권리남용에 의한 적용제한을 엄격하게(좁게) 해석한다면 전후 보상재판의 청구를 막을 수는 있었겠지만 그러한 해석은 각종의 소송으로 번져나가 법원의 재량의 폭을 좁히는 결과가 되었을 것입니다. 이런 이유로 전후 보상재판만을 기각할 수 있는 청구권 포기론을 인용하였다고 할 수 있습니다.

단, 일한청구권 협정의 [완전 그리고 최종적으로 해결] [어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다] 라는 문구를 근거로 하여 반대해석을 한다면, 이러한 문구의 조약을 체결하고 있지 않은 중국의 피해자의 청구를 조장할 우려가 있습니다. 여기서 조약의 문구에서 벗어난다는 점은 무시하고 [샌프란시스코 평화조약의 틀] 이라고 하는 개념을 도입하는 것에 의해 모든 전후 보상재판의 청구를 봉쇄하도록 하였던 것입니다.

지금까지를 뒤돌아 살펴보면 이러한 법률구성을 일본정부와 법원이 모색하여 온 흔적을 발견할 수가 있습니다. 예를 들어, 동경지법의 판사와 최고재판소의 조사관을 역임한 판사가 퇴임후 발간한 저서에는[11] [동경지방법원의 여러 부에서 심리가 이루어지고 있는 동종 헌법소송에 대하여] [재판장들이 비밀리에 지속적으로 회합을 가지면서, 각하 혹은 기각을 암묵적으로 전제하여 심리를 진행하는 방안 등에 대하여 논의가 이루어졌다] 라고 하는 기재가 있습니다. 저자의 동경지방법원 재임기간으로 볼 때 여기서 말하는 [동종의 헌법소송] 이라는 것은 2000년대의 중국인피해자에 의한 전후 보상재판일 수밖에 없으며, 법원도 전후 보상재판 청구를 피하는 논리를 모색하고자 하는 모의가 진행되었다는 사실을 드러내고 있다고 할 것입니다.

그리고 제1심이 국가무답책 이론으로 청구를 기각한 42번 사건의 항소심이었던 동경고법의 42－2판결이 굳이 국가무답책론은 부정하면서 청구권 포기론을 인정하여 2007년의 최고재판소의 판결로 직결될 수 있도록 하였던 것과, 그 최고재판소의 판결

11 세기히로시(瀬木比呂志) [절망의 법원](고단샤 2014)

이 다른 재판부의 판결이면서도 두 개의 사건(42, 54번 사건)에서 거의 동일한 문자의 판결이 동시에 선고되었다는 것도 이 최고재판소의 판결이 정치적 성격을 띠고 있다는 사실을 뒷받침하고 있다고 할 것입니다.

5. 결론

일본의 전후보상재판에는 많은 변호사들이 참가하여 원고들은 여러 가지 법적구성을 시도하였는데, 국제법적 관점에서 접근이나 입법부작위라는 관점에서의 접근이 부정되고 난 뒤, 겨우 불법행위라는 관점에서 접근함으로써 승소의 실마리를 잡은 순간, 일본정부의 해석변경과 최고재판소의 조약의 문언을 무시한 해석인 [개인청구권이 있다고 하더라도 민사소송에 의한 청구는 불가능하다]라는 논리에 의해 청구가 봉쇄되어 버리고 말았습니다.

이 사건과 같은 한국인 일본군 '위안부' 피해자가 원고가 된 3건의 사건은 모두 2007년의 최고재판소 판결이전에 패소가 확정된 것이기는 합니다만, 동종의 소송을 현재 제기한다고 한다면, 17, 22, 28번 사건은 일한청구권 협정에 의해 소송상 청구할 수 없게 되었다는 이유로, 26번 사건은 일한청구권 협정에 희해 청구에 응할 의무가 상실되어 권리를 구제하기 위한 입법의무가 부정된다는 이유로 패소할 것이 확실합니다. 이렇게 피폭자 문제, 한센병 문제, 문서공개 소송과 같이 전후에 제정된 법률의 적용범위를 둘러싼 다툼을 제외하고는 외국인의 전쟁 · 식민지 피해자의 청구가 일본의 사법절차에 의해서는 인정될 여기가 없게 되었습니다.

최고재판소와 이를 받아 들인 일본정부의 해석은 전술한 바와 같이 국제법의 조약해석원칙에 반하는 것으로, 무엇보다 중요한 점은 국제인도법과 국제인권법의 중대한 위반의 피해자들의 사법악세스권을 대체조치도 없이 박탈하였다는 것입니다.

이는 한국의 법정에서 일본에게 주권면제가 인정하여야 할지 여부를 판단하는 데에 반드시 고려하지 않으면 안되는 사실이라고 생각합니다.

2016가합580239(원고 곽예남 등, 피고 일본국)

서울중앙지방법원 귀중

의 견 서

2020. 1. 4.

일본변호사 연합회 도츠카 에츠로(제2동경변호사회소속)
(사무소) (우) 102-0084 동경도 치요타구 2번가 9의 8 중로기협빌딩 3층
키오이쵸(紀尾井町)법률사무소
電話 · 03-6265-4887
E-mail:etsuro@jcom.zaq.ne.jp

의견의 취지

저는 유엔을 통하여 인권을 수호하는 비정부기구(NGO) 활동에 종사해 왔습니다. 특히 일본군 '위안부' 문제에 대하여는 유엔의 인권활동에 유엔비정부기구(IDE/IFOR/JFOR)대표로 협력하여 왔고, 상설중재재판소(PCA)에 의한 중재해결을 실현시키기 위해 일해 왔습니다. 고 모토오카쇼지(本岡昭次) 참의회 의원과도 협력하여 이 문제를 일본국회에서 입법으로 해결할 수 있도록 노력해 왔습니다. 이러한 경험에서 말씀드리고자 하는 것이 있습니다.

먼저 **[본의견서를 제출하는 배경에 대하여]** 기술한 이후, 이하의 두 가지 점을 중심으로 의견을 드리고자 이 의견서를 제출하는 바입니다.

① 원고들 일본군 '위안부' 피해자들의 인권은 샌프란시스코평화조약에 근거한 1965년 한일청구권협정에 의해 소멸하지 않았다

② 원고들 일본군 '위안부' 피해자의 인권회복을 위하여 일본정부를 피고로 하여 제기하여 귀원에 계속 중인 이 사건 민사소송(2016가합580239)에 대하여, 주권면제를 적용할 수 없다.

의견의 이유

본 의견서를 제출하기까지의 배경에 관하여

1. 저의 입장과 경험 : 인권[1]의 실현을 위하여

① 저는 일본의 변호사로서, 현재 일본변호사연합회(일변연)과 제2동경 변호사회(제2변)의 회원이며, 제2 동경변호사회 인권옹호위원회 위원, 일변연 인권옹호위원회 위원(제6그룹 회원, 일한그룹 회원)으로 활동하고 있습니다. 1973년 변호사가 되어, 변호사업무에 종사해 왔습니다. 주요사건으로서는 키노포름 약해(藥害) · 스몬소송에서 피해자들 원고의 대리인(스몬소송 동경 제2그룹 변호단)으로서 국가와 제약회사를 피고로 하여 진행한 국가손해배상소송을 들 수 있습니다. 피해자가 다수(전국적으로는 1만 명, 저희들이 대리한 원고만 902명)의 대규모사건이었습니다만, 다행히 승소하였습니다.

위와 같이 승소하는 일도 있어서, 저는 당시에는 일본의 법원에서 인권을 실현하는 일이 가능할 것이라고 믿었습니다. 하지만, 후술하는 지적장애인의 인권을 옹호하고자 노력하는 과정에서 일본의 법원에는 큰 결함(한계)이 것을 알게 되었습니다. 이것은 표면적으로 일본의 법원을 들여다보아서는 이해하기 쉽지 않을 것이라고 생각합니다. 귀원에 꼭 그 실제 모습을 알려야겠다고 생각하여 이하의 집필을 시작하였습니다.

일본의 법원은 인권을 옹호하고자 하는 국제법을 법정에서 적용하는 경우가 실무상 극단적으로 희박하며, 특히 국가를 상대로 하여 구조적으로 중대한 인권문제를 해결한다고 하는 일은 절망적이라고 할 만큼 어려운 일입니다. 저는 경험을 통해 그러한 일본 법원의 결함(한계)을 통감하게 되었습니다. 더욱이 일본사회에서는 외국인과 여성에 대한 심각한 차별이 존재한다는 것은 시간이 지남에 따라 조금씩 인식하게 되었습니다. 그로 인해 일본군 '위안부' 문제를 일본의 법원에서 해결하는 것은 더욱 불가능하게 되었습니다. 저는 경험을 쌓아가면서 그러한 일본의 법원의 구조적 결함(한계)을 인식하게 되었습니다.

따라서, 저는 인권의 옹호를 위해서는 유엔의 시스템을 연구하여 이를 충분히 활용함으로써 일본의 법원을 개혁할 필요가 있다는 발상으로 전환하게 되었습니다.

② 1988년 이후 지금까지 영국, 한국, 미국, 캐나다, 핀란드 등의 대학에서 객원연구원 · 교원을 역임하였으며, 그동안 주로 유엔 인권관련 비정부기구를 통하여 인권을 옹호하는 국제법의 실천과 연구에 종사하여 왔습니다.

③ 2000년 이후에는 일본의 고등교육기관에서 근무하였습니다. 2000. 3. 고베대학 대학원(국제협력연구과 조교수)을 거쳐, 2003. 4. 류코쿠대학 사회과학연구소 안중근 동양평화연구센터 객원연구원 등으로 있으면서, 일본의 한국 식민지지배의 역사와 국제법에 관한 연구에 종사하여 왔습니다.

2. 인권옹호활동(정신장애자의 권리옹호)

1980년대 초반, 정신장애자를 형사법상 구금하는 보안처분 제도를 도입하겠다는 정부 제안이 있었습니다. 이러한 정부 제안에 의문을 품고 유럽 그 중에서도 영국을 조사하여 일영 비교연구를 하게 되면서 그 이후의 연구와 실천의 방향이 결정되었습니다. 일본에는 24만 명이 넘는 사람들이 정신병원에 자의적으로 구금되어 학대 등의 피해를 입고 있습니다만, 그로부터 구출할 수 있는 법적 수단조차 실제적으로는 존재하지 않는다는 실태를 [발견]하고 충격을 받았습니다.

이 시기 제2변 인권옹호위원회 정신질환자 인권그룹의 그룹장이 되어 우쯔노미야 병원 사건 등 자의적 구금에 의한 인권침해사례를 조사하였고, 당시 존재하던 악법=정신위생법의 개정의 필요성을 국회관계자와 언론에 호소하였습니다. 제 주장의 법적 근거가 된 것은 일본의 정신위생법이 국제인권(자유권) 규약 9-4에 위반된다는 위 위원회의 연구성과였습니다. 자유권규약 9 - 4을 발견하게 된 데에는 복잡한 경위가 있습니다만 여기에서는 생략하겠습니다.

1 저는 일본국헌법이 보장하는 '인권'(주로는 '국민'의 권리를 보장)과 유엔헌장·세계인권선언이 보장하는 '인권'은 다르다고 생각하고 있습니다. 졸저, '인권의 존중이 일본에서는 나아가지 않는 이유 '위안부' 문제와 인권-강연록' (공사)앰네스티 인터내셔널 일본간사이연락회, 2016. 12. 10. 1-53 페이지.

3. 유엔 비정부기구 인권 활동

지금 돌이켜 생각해보면 스몬소송의 피해자들은 일본의 보통 사람들이었기 때문에 약물의 피해자로서 사회로부터 동정을 얻을 수 있었습니다. 그것이 승소를 향하는 흐름의 저변에 있었기 때문에 일본의 법원에 의한 구제가 가능했습니다. 그러나 많은 수의 구금정신질환자는 일본사회로부터 혐오를 받고 있고, 심한 차별을 겪고 있으며, 사회로부터 격리되어 폐쇄병동에서 고통을 받고 있는 사람들이었습니다. 차별로 인하여 언론으로부터도 사회로부터도 지원을 받을 수가 없었습니다.

또한, 자유권규약 9-4 등 유엔의 인권옹호에 관한 국제법에 위반된다는 주장을 법정에서 한다고 하더라도, 일본에서는 이해받지 못할 것이고 법원도 적극적으로 유엔 인권법을 적용하려 하지 않을 것이고 생각하였습니다.[2]

따라서 저는 유엔에 직접 호소하기로 마음먹고 유엔헌장이 규정하고 있는 절차를 활용하여 1984. 8. 유엔 비정부기구 국제인권연맹(ILHR)의 대표로서 유엔차별방지 소수자보호소위원회(인권소위원회)에 출석하였습니다. 국제인권연맹(ILHR)은 우쯔노미야 병원사건을 사례로 들며, 일본의 법제도가 자유권규약 9-4위반이므로 정신위생법이 개정될 필요성이 있음을 호소하였습니다. 이 일은 국내외의 언론에서 크게 다루어져 일본에서 정신질환자를 자의적으로 구금하는 문제를 국제 문제화시킬 수 있었습니다. 다행히 1987. 9. 국회에서 정신보건법이 제정되어, 불충분하기는 하였지만 정신장애자의 인권상황은 일보 전진하게 되었습니다.[3] 그러나, 이것은 유엔과 국회에서의 여러 활동을 통하여 실현된 것으로 법원에 의한 성과는 아니었다는 점은 염두에 두어 주시기 바랍니다.

저는 정신보건법의 제정과 시행을 지켜본 후, 1988년 영국으로 유학하였습니다. 영국문화원의 지원을 받고, 간교수의 초청을 받아 런던대학대학원 정신의학원(IoP)의 객원연구원이 되었습니다. 처음에는 영국의 정신의료와 정신보건법을 연구하였습니다. 로잘린 히긴스교수의 가르침을 받기 위해 1989년 런던대학 대학원(LSE의 LLM 과정)의 원생이 되어 정신보건에 관한 국제인권법을 연구하였습니다.

그러나, 이 즈음, 저는 영국정신보건법의 연구을 통해 인권을 실현하고자 하였던 당초의 방법론에 한계가 있음을 느끼게 되었습니다. 유엔의 인권 옹호수단(일본에서는 [국제인권법]이라고 부릅니다)이 충분히 보장되지 않는 일본에서는 유엔의 구제절차를 일본에 도입하는 연구를 하는 쪽이 더 근원적 대책이 되는 것이 아닐까? 멀어 보이기는 하지만 일본인들에게 있어서도 그 쪽이 더 중요하다는 생각이 들었습니다. 근본적으로는 자유권규약위원회의 개인 통보권 조약(OP1)의 비준을 실현하는 것과 유엔헌장 상의 절차를 활용하여 인권 옹호 활동을 실천하기 위하여 더욱 연구를 심화시킬 필요가 있다고 확신하게 되었습니다. 그렇게 하지 않으면, 결국에는 정신장애자를 포함한 많은 인권의 피해자들을 구제할 수 있는 길이 열리지 않을 것이라고 생각했던 것입니다.

4. 일본군 [위안부] 피해자의 인권옹호활동
('위안부' 피해자를 위한 저의 유엔활동)

저는 1992. 2. 17. 유엔의 비정부기구인 국제교육개발(IED)을 대표하여 [일본군 '위안부'는 성노예이다]라고 유엔인권위원회(CHR)에서 발언하면서 유엔에 일본과 피해자간의 조정을 요청하였습니다.[4] 자주 오해를 받습니다만, 이것은 저의 자발적 유엔활동으로[5] 한국인들로부터 의뢰를 받아 시작한 것이 아니었습니다. 1984년 이래로 계속해 온 유엔헌장상의 인권옹호 구제절차를 활용하는 활동의 일환이었습니다. 그러나 1992. 2.의 유엔 인권위원회에서의 발언은 저의 지금까지의 유엔에서의 발언 중에 가장 큰 반향을 일으켜 그 이후 유엔 활동의 단서가 되었습니다.

(신뢰할 수 없는 일본의 법원)

제가 일본군 '위안부'의 인권에 관한 논의의 통로로 일본의 법원을 선택하지 않고 유엔인권위원회를 택하여 여기에 문제를 제기한 배경에는 **[이 문제에 있어서는 일본의 법원을 신뢰할 수 없다]**라는 저의 확신이 있기 때문이었습니다. 실제로 일본의 법원

2 지금도 일본 법원의 상황은 변하지 않았습니다. 2019. 10. 3. 도쿠시마 일변연인권옹호대회(제2분과)는 [일본에서는 국제인권법이 거의 활용되지 않는다!]고 이야기하고 있습니다.

3 이 일의 경과에 대해서는 저의 논문 (도쯔카 에츠로 [국제사회에서의 인권활동] 미야자키 시게키(宮崎繁樹)편저 『현대국제인권의 과제』 산세이도, 1988년), 저서(도츠카, 히로다 편저) 『정신질환과 인권(2) [인권후진국일본]』 아키서적, 1984년 : (도츠카, 히로다 편저) 『정신질환과 인권(3) [인간성회복의 길]』 아키서적, 1985년 등을 참조하여 주십시오.

4 자유권규약위원회에서 개인통보권조약의 비준문제를 해결하기 위하여 매년 유엔인권위원회에 일본에서의 중대한 인권침해문제를 제기하는 일을 스스로의 과제로 삼게 되었습니다. 1992년에는 그 인권침해문제가 일본군 '위안부' 문제였습니다.

5 인권 비정부기구에서의 자원봉사활동이었습니다. 무엇보다 오랜 지인인 모토오카(本岡)의원의 국회활동을 지원하고 싶었습니다.

은 후에 제기된 일본군 '위안부' 피해자들의 소송을 모두 내팽개쳤습니다. 유감스럽게도 실제 저의 판단이 틀리지 않았다는 것을 증명된 셈이 되었습니다. 당시 제가 가지고 있던 일본의 법원에 대한 인식을 간략하게 정리하자면 이하의 3가지 점으로 요약할 수 있습니다.

일본의 법원에는, ① 일본군 '위안부' 피해자와 같은 외국인이자 여성 피해자를 공평하게 취급하리라고는 예상할 수 없고[6] ② 법관의 독립에 의문을 품을 수밖에 없었으며[7] ③ 유엔의 인권옹호 국제법을 받아들이지 않으리라 예상되었다는 점(중요한 지점입니다만 널리는 알려져 있지 않아 아래에서 상세히 서술하겠습니다), 등에서 결함(한계)이 있어 통상적인 사건이라면 몰라도 일본정부와 심하게 대치할 수밖에 없는 일본군 '위안부' 문제에 대해서는 공평하고 실효적인 해결의 장이 되지 못하리라 예상했습니다.

(인권옹호를 위한 국제법적 수단을 받아들이지 않는 일본)

특히, 위의 ③의 문제점은 매우 중요하여 다음과 같이 일본의 현실에서 여실히 드러나고 있습니다.

시대를 조금 거슬러 올라가 1979년의 일본에서 인권실현의 희망이 일시적으로 싹텄던 적이 있습니다. 일본이 자유권과 사회권을 보장하는 2개의 국제인권규약을 비준하였던 것입니다. 그러나 피해자 개인이 자유권규약위원회(Human Rights Committee)에 통보하는 권리를 보장하는 조약인 자유권규약(제1) 선택의정서(OP1)의 비준은 보류되어 버렸습니다. 지금 생각해 보면 이것이 일본의 관습 사법이 더욱 강고하고 폐쇄적으로 되어 버린 근원이 되었다고 할 수 있습니다. 일본의 피해자는 [세계인권재판소]에까지 가기 위해 인권조약기구에 통보할 수 있는 권리마저 박탈당한 것으로, 일본에 거주지를 두고 있다면 국민이든 외국인이든 인권을 실현할 수 있는 길이 막혀버리게 되었습니다.

냉전이 끝나고 1990년은 유엔창설 45주년으로 선택의정서(OP1)의 비준을 실현하는 좋은 기회가 되리라 생각하였습니다. 저는 유엔의 소식통으로부터 한국이 선택의정서(OP1)를 비준하기 위한 준비를 하고 있다는 사전정보를 입수하여 한국정부보다 먼저 선택의정서(OP1)를 비준하여 인권선진국으로서의 명예로운 지위를 구축하자고 일본정부에게 강력히 권유했습니다. 그러나, 일본정부는 '한국이 선택의정서(OP1)를 비준할 리가 없다'며 한국이 선택의정서 비준을 준비하고 있다는 정보를 무시하였고, 이로서 선택의정서(OP1) 비준의 절호의 기회를 놓쳐버리고 말았습니다.

이러한 절차의 실현을 위하여 일변연 등의 모든 변호사업계는 노력을 하였습니다. 후술하겠습니다만, 2004년 참의원 부의장으로 은퇴한 고 모토오카 쇼지(本岡昭次) 참의원 의원의 국회 활동은 별도로 서술할 필요가 있다고 생각합니다. 민주당이 정권을 잡았던 2009년에는 기대를 하기도 했습니다만, 선택의정서(OP1) 등 개인통보권조약의 비준이 실현되지 않은 채 2012년에는 보수 정권으로 회귀하고 말았습니다.

최고재판소를 포함한 일본의 강고한 구조적 저항은 인권을 내동댕이치기만 하여, 그렇게 '잃어버린 40년'이라는 세월이 흘러가 버렸습니다.

(일한 갈등의 근원적 원인은 어디에 있는가?)

한편, 1990. 4. 10. 한국은 두 개의 국제인권규약과 선택의정서(OP1)을 동시에 비준하였습니다. 유엔 소식통의 정보가 옳았던 것입니다. 1987년 한국에서 노태우 대통령 후보가 6. 29. 민주화 선언을 공표하였고, 같은 해 12월에 직접투표에 의한 대통령 선거를 통해 당선되었습니다. 1989. 12. 미소의 정상이 냉전종결을 선언하면서 밝은 미래에의 희망이 움트기 시작한 국제환경에서, 한국 사람들이 민주화를 강력히 추진하였기 때문에 실현된 것이라고 생각합니다. 이를 기초로 하여 1991. 9. 17. 남북한 유엔동시가입이 실현되었습니다.

---

6 일본의 법관들은 모두 일본인으로서 스스로 인식하고 있든 인식하지 못하고 있든지 간에 일본의 사회적 특징에서 완전히 자유로울 수 없습니다. 일본사회에 외국인 특히 한국출신에 대한 차별적인 감정을 가지고 있는 사람이 많다는 것은 이미 주지의 사실입니다. 그리고 한국에 대한 일본의 식민지지배를 합법적이며 정당한 것이라고 하는 역사인식을 가지고 있는 사람도 많습니다. 그 뿐만 아니라, 남성중심주의가 일본사회의 구조적 프레임이 되어 있어서 많은 일본사람들(저도 예외는 아니겠지만, 유감스럽게도 일부 여성조차도 같은 사상을 가지고 있습니다)은 여성차별을 하여도 그것이 차별이라고 인식하는 것조차도 불가능합니다. 이 점은 제가 처음(변호사가 되어서도 마찬가지로)부터 직감적으로는 자각하고 있던 것이기는 하지만, 젠더문제를 충분히 연구하지 못한 당시에는 잘 이해할 수 없는 것이기도 했습니다. 그러나 후에 강연 중에 비판을 받게 되었는데 이를 계기로 1998년부터 미국 씨애틀의 워싱턴대학에서 젠더문제를 연구하게 되었습니다. 2000년에는 고베대학 대학원의 교수로 채용되어 연구를 계속한 후 출판한 것이 『ILO와 젠더-성차별이 없는 사회로』(일본평론사, 2006년)입니다. 이것이 저의 박사논문이 된 것으로, 이 연구를 통해 저는 일본사회가 ILO로부터 엄격한 비판을 받을 정도로 남성중심주의의 구조적 프레임을 가지고 있어 이를 쉽게 스스로 개혁하는 것이 불가능할 것이라는 것을 알게 되었습니다. 많은 일본의 법관들이 이러한 의미에서 여성차별의식을 저변에 가지고 있어 '위안부' 문제에 대하여 공정한 판단을 하는 것은 절대적으로 힘들 것이라고 생각합니다.

7 사법연수원 수료자의 판사 임관거부는 1970년에, 그리고 임관 10년이 된 판사의 재임용거부는 저희들 25기 사법연수원생들이 사법연수원에 입소한 때(1971. 4.)에 일어났습니다. 최고재판소가 청년법률가협회(청법협)에 소속되어 있는 등의 사유가 있는 특정의 법관 임용을 희망하는 사법연수생들에 대하여 사상과 신조에 의한 차별적 임용이 이루어져 결국은 임관거부가 이루어지고 있는 것은 아닌가 하는 강력한 의문이 발생하였습니다. 사법연수원의 성적을 구실로 삼고 있습니다만 당시 성적은 본인에게도 알려지지 않았습니다. 저도 사법연수원 졸업시험인 2회 시험의 성적을 지금도 알 수가 없습니다. 최고재판소가 청법협 소속의 법관에 대하여 탈퇴를 재촉하는 압력을 행사하였던 사례, 헌법위반을 인정하는 판결을 내린 법관을 냉대했던 사례 등도 보고되었습니다. 대부분의 최고재판소의 법관들이 보수정권하에서 임명되었기 때문에 법관을 전체적으로 보수층이 점하게 된 데에 원인이 있다고 생각이 되어집니다. 이에 대하여는 꽤 많은 연구자들에 의한 논고가 있습니다. 그 예로 ① 하기야 마사시(萩谷昌志)편저 『일본의 법원-사법행정의 역사적연구』 고요서적,2004년, 제2부 제3장 [1970년대],132-165쪽. ② 모리야 가쯔히코(守屋克彦)편저 『일본국헌법과 판사-전후사법의 증언과 더 나은 사법에의 제언』 일본평론사, 2010년.

한국은 여기에서 멈추지 않고 다른 인권조약 기관에 대한 개인통보제도를 도입하는 수순으로 착실히 나아갔습니다.[8] 2001년에 발족한 국가인권위원회는 유엔권고에 따라 1998년 김대중 대통령 정권이 설계하기 시작한 정책의 성과였습니다.[9]

지금의 시점에서는 저의 가설이기는 합니다만, 일본에 있어 근원적인 과제가 발생한 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 지금까지의 30년 동안 한국과 일본 간에는 인권을 둘러싼 환경에 큰 격차가 생겨, 사람들의 세계관에 거대한 차이가 발생하였습니다. 이러한 차이가 일한의 국제관계에 균열을 생기게 하는 중대한 결과를 초래했다고 생각합니다.

한국인들은 인식하고 있지는 않는다고 할지라도, 개인통보제도를 통해 세계와 직접 연결되어 있다는 감각을 자연스럽게 가지게 되었다고 생각합니다. 그러나 개인통보제도를 가지고 있지 않은 일본인들은 세계와 직접 이어진다는 의식을 가지지 못한 채 관습에서 벗어나지 못하고 있는 것입니다. 문재인 대통령이 이끌고 있는 한국 정부는 전시 강제노동피해자와 일본군 '위안부'의 문제에서 [피해자 중심주의](인권 주의라고도 할 수 있습니다)라고 하는 단어를 사용하고 있습니다. 그에 비해 아베 신조수상이 이끄는 일본 정부는 종전이후의 [국가중심주의]의 사상(제왕 주의 시대부터 이어지고 있는)에 갇혀 있습니다. 이러한 사고 방식은 국가의 조약체결권을 전능한 것으로 여겨 1965년 일한청구권협정은 인권까지도 소멸시킬 수 있다고(아마도 진심으로)까지 주장하고 있습니다. 그러나 후술하겠습니다만, 노예 상태로부터의 자유, 국제법에 의한 범죄행위의 금지 그리고 인권의 존중은 강행법규(jus cogens)이며, 국가라고 하더라도 박탈할 수 없는 것입니다. 유엔의 기구(예를 들어 유엔 인권소위원회)는 평화조약에 의해서조차도 이를 소멸시킬 수는 없다는 법리를 밝히고 있습니다.[10]

현재 발생하고 있는 일한 간 갈등의 발단은 [징용공문제]에 대한 2018. 10.의 한국 대법원판결에 있습니다. 이 사건은 일본에 있어 외국인(한국인)의 인권침해에 대하여

8 1997년 인종차별철폐위원회의 개인통보제도 수용, 2006년 여성차별철폐조약 선택의정서 비준, 2007년 고문방지위원회의 개인통보제도 수용.

9 일본에서도 논의가 있기는 하지만 여전히 정부로부터 독립한 국내인권기관은 존재하지 않습니다.

10 Etsuro Totsuka, "The Issue of Japan's Forced Mobilization and International Law – Can peace treatiesextinguish human rights? — ", International Symposium for the Future–Oriented Korea–Japan Relations, December 10, 2019 (Tue), Brahms Hall, Hotel President(19th fl.), Host: National Research Council of Economics, Humanities and SocialSciences (NRC), Organizer: Korea Legislation Research Institute (KLRI),Institute for Japanese Studies of Seoul National University.

어떻게 대응해야만 할 것인지 라는 중대한 과제를 던져주고 있습니다. 저는 이 문제를 어떻게 이해해야 하는지에 대하여 2권의 책을[11] 출간하였습니다.

여기서 누가 이러한 사태를 초래하였는가에 대하여 말씀드리고 싶습니다. 물론 직접적으로는 과거 40년간의 정권(대부분은 보수파 정권이었습니다만, 민주당과 같은 리버럴한 정권이 단기간이기는 하지만 집권하였던 적이 있습니다)을 담당한 일본의 정부에 책임이 있습니다.

(OP1을 저지한 것은 누구인가?)

그러나, UN의 인권옹호 구제수단, 즉 OP1을 저지한 것은 일본의 최고재판소가 만들어 낸 상황 때문이었다고 생각합니다.

저는 전술한 모토오카쇼지 참의원 의원과는 정신위생법 개정문제를 다루는 과정에서 협력관계를 구축하게 되었는데, 한 번은 OP1의 비준을 위하여 정부를 설득하여 달라고 모토오카의원에게 요청을 한 적이 있었습니다. 모토오카 의원은 여러 번 국회심의에서 이 문제를 추진하고자 하였습니다. 그 중에도 1991년(헤이세이 3년) 4월 1일의 참의원 예산위원회에서의 질문이 매우 중요한 지점이었습니다. 예산위원회였기 때문에 통상 내각총리대신(당시에는 가이후 도시키–海部俊樹–)과 모든 각료들이 출석하는 것이 관례였습니다. 그러한 점을 백퍼센트 활용한 모토오카의원은 [UN인권규약 중 B규약이라 불리는 것에 중 선택의정서의 문제]에 대하여 질문하였습니다.[12]

이에 대하여 나카야마 다로 외무대신은 [의정서에 대하여 말씀드리자면, 우리 사법제도와의 관계와 B규약위원회에서 우리나라의 실정을 충분히 고려하여 심리가 이루어질 것인가에 관한 점에서 아직 확신을 가지고 있지는 않고, 제도남용에 대한 우려를 부정할 수 없다는 점 등의 염려가 있어, 체결에 대한 검토를 아직 종료하지는 못한 상황입니다.]라고 답변하였습니다.

이 답변 중 [사법제도와의 관계]에 대하여 사토 메구무(左藤恵)법무장관은 [현재 제시되고 있는 제1 선택의정서가 여러 개인통보제도를 규정하고 있습니다만, 이에 대하여 우리나라 사법제도와의 관계에서 재판이 계속 중이거나 확정된 구체적 사건에

11 ① 『징용공문제는 무엇인가?–한국의 대법원판결이 묻고 있는 것』 아카시서적. 2019. 10. ② 『역사인식과 일한'화해'에의 길–징용공문제와 한국대법원판결을 이해하기 위하여』 일본평론사. 2019. 11.

12 1991년(헤이세이 3년) 4월 1일의 참의원예산위원회 회의록은 인터넷에서 볼 수 있습니다. http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/120/1380/12004011380013a.html 2019년 12월 19일 열람

대하여도 개인이 통보제도에 근거하여 인권위원회에서 심리가 이루어진다거나 또한 그 위원회가 그 건에 대하여 견해를 제시하는 경우를 생각할 수 있는데, 이는 사법권의 독립이라는 문제 그리고 3심 제도 등과의 관계에서 매우 신중하게 검토하여야만 하는 문제점이 남아 있다고 생각하고 있습니다]라고 설명하였습니다.

여기서 법무대신이 지적한 [사법권의 독립이라는 문제] 그리고 [3심 제도]라고 하는 것은 OP1의 비준은 최종심이어야만 하는 최고재판소의 위에 제4심 재판소의 설치를 허용하는 것으로 이어져 헌법 제81조 등에[13] 위반된다는 주장이었습니다. 당시 OP1 비준운동을 조직하고 있던 저희들에게 이러한 주장은 사실은 최고재판소의 사무총국에서 나온 것이라는 신뢰할만한 정보가 입수되었습니다. 그 정보 중에는 외무성에서 OP1의 비준을 반대하는 최고재판소의 문서를 보았다고 하는 신뢰할만한 증언까지도 있었습니다.

여기서, 모토오카의원은 이러한 사실을 확인하기 위해 위에서 말한 예산위원회에서 최고재판소에게도 [과거에 이러한 점에 대하여 최고재판소가 의견을 제출한 적이 있습니까? 없습니까?]라고 질문을 하였습니다. 가타타니 토시히로(金谷利廣) 최고재판소장 대리인은 [보통은 법무성을 통하여 듣고 있기 때문에 저희들도 법무성에 저희들의 문제점에 대하여 의견을 진술하는 일은 있습니다]라고 법무성에 의견을 제출하였다는 사실은 확인하였습니다만, [이 의정서와의 관계에서 지금까지 최고재판소로부터 어떠한 문서 의견이 나간 적은 일절 없습니다]라고 대답하였습니다.

만약, 헌법에 위반된다고 한다면 OP1의 비준은 법적으로 불가능할 것이고, 헌법을 개정하지 않는 한 영구히 저지될 것입니다. 이것은 시간을 들여 연구 · 검토하는 것으로 해결이 될 수 있는 다른 문제와는 본질적으로 다른 것입니다. 곤혹스러원진 일변연은 UN NGO 대표로서 일변연 대표를 5년간에 거쳐 UN인권소위원회에 보내어 최고재판소를 비판하였습니다. 그 정도로 중요한 사태였다고 할 수 있습니다.

최고재판소가 외무성에 문서를 제출하였던 것인지는 현시점에서는 오리무중입니다. 그러나 그 의견이 법무성을 통하여 국회에 소개되어 OP1비준을 거의 영구히 저지하는 견고한 장벽이 되었다는 것은 틀림없는 사실입니다.

13 일본국헌법 제81조 [최고재판소는 일체의 법률, 명령, 규칙 그리고 처분이 헌법에 적법한지 여부를 결정하는 권한을 가지는 종심재판소이다]

그렇기 때문에 일본의 최고재판소에서 패소가 확정된 일본군 [위안부] 피해자는 지금도 UN 규약인권위원회에 개인통보를 제출할 수 있는 길이 저지된 채입니다.

(실증된 법관독립의 부재)

일본의 법원을 신뢰할 수 없는 이유로서 [법관의 독립성에 의문이 있다]라고 전술하였습니다. 여기서 그것이 [의문]에 멈추지 않고, 사실로서 드러났던 일을 언급해 두겠습니다. 다른 것이 아니라 일본군 [위안부] 문제에 관한 최고재판소의 판결에서 발생한 것입니다.

저는 일본에서의 소송을 담당하지 않았기 때문에 이하는 2008년 1월의 공개 포럼에[14] 참여하여 알게 된 것입니다. 일본군 성노예문제에 대하여 오오모리 노리코(大森典子) 변호사가 중국인 [위안부] 사건(고등법원에서 피해자패소)에 관한 최고재판소 제1 재판부가 2007. 4. 27. 선고한 판결에 관하여 보고하였습니다. 또한 아다치 슈이치(足立修一)변호사가 니시마츠건설 중국인강제연행사건(고등법원에서 피해자승소)에 관하여 최고재판소 제2 재판부가 같은 날 선고한 판결에 대하여 보고하였습니다. 최고재판소의 다른 두 개의 재판부(법적으로는 상호 독립한 별도의 재판부입니다)에서 나온 두 개의 판결은 모두 같은 이유로 전시 노예와 같은 취급을 받은 중국인 피해자들에게 패소판결을 하였습니다.

문제는 바로 이것이었습니다. 제1 재판부 그리고 제2 재판부는 1972년 중일공동성명 제5조에서 중국 정부가 국가로서 대일 전쟁배상의 청구권 포기선언을 하였을 뿐인데도, 중국인 피해자가 가지는 일본에 대한 개인청구권까지도 [샌프란시스코평화조약의 틀]에서 다루어진 결과, 피해자 개인의 재판상 대일 소구권이 박탈되어 행사할 수 없다고 판단하였습니다. 중국은 샌프란시스코 강화회의에는 참여하지 않았고, 이 조약의 틀을 승인한 사실도 없음에도 최소한 논리의 틀도 갖추지 못한 억지 사유로 개인의 소구권을 중국정부가 포기했다고 한 것이었습니다. 이러한 점에 대하여 명쾌한 비판을 전개한 이가라시 마사히로(五十嵐正弘)교수는 법학세미나(2007. 7. 제631호, 4-5항)에서 중국정부가 판결 후 [《중일공동성명》에 대한 해석은 위법한 것으로 무효다…]라고 항의한 사실을 지적하였습니다.

14 2008. 1. 7. 변호사회관에서 개최된 [제10회 공개 포럼 -전후보상재판의 현황과 이후의 과제 2008](전후보상재판을 생각하는 변호사연락협의회·전후보상네트워크 주최)에 참가하였습니다.

조약문의 규정 등에 근거를 두지 않은 재판은 [판결이 아니다. 정치다]라고 밖에 할 수 없습니다. 이러한 판결을 대상으로 법적논의를 반복한다고 하여도 헛수고에 불과합니다. 그러나 미래에의 희망을 끈을 붙잡기 위해서라도 여전히 비판을 가할 필요가 있을 것입니다. 명문의 규정이 없음에도 일본의 법원이 멋대로 중국인의 소구권을 포기하려는 의사가 중국정부에 있었다고 단정적으로 해석한 것은 빈조약법조약 위반으로 허용될 수 없습니다. 조약에도 쓰여 있지 않은 판단을 조약위반까지 범하면서 밀어붙인다면 그것에는 더 이상 [재판]이라는 이름을 붙일 수도 없을 것입니다. 최고재판소는 법원이기를 포기한 것입니다.

그러나 이 두 판결에는 그 이상의 기본적인 문제점을 가지고 있습니다. 2007. 4. 27. 최고재 제1, 제2 재판부의 두 판결에는 동일한 문장이 발견됩니다. 이것은 최고재판소 법관의 독립성에 결함이 있다는 것을 증명하는 것입니다.

이야기를 판결 직후로 돌려보자면, 제가 근무하던 대학의 동료로부터 [두개의 독립한 재판부인 별도의 최고재판소 재판부가 같은 날 완전히 같은 문장의 판결을 선고하는 일이 있을 수 있는가?]라는 문제제기를 들은 적이 있습니다.[15] [정말 그러한 일이 있었던 것일까?]라고 생각하던 중 공개포럼에 참가한 담당변호사의 이야기를 듣게 되었습니다.[16]

공개포럼에서는 중국인 '위안부' 사건에서 피해자들 대리인을 담담하였던 오오모리 노리코 변호사가 최고재판소 재판부의 두 개의 판결을 비교하며 ['위안부' 판결전문 16개 항 중 니시마쯔 사건과 같은 문장인 부분은 12개 항에 이른다]라고 보고하였습니다. 그 변호사가 포럼에서 배포한 변호사작성의 요약서인 [중국인 '위안부'(제2차)소송 4. 27. 최고재판소 판결의 문제점]에서 인용을 하도록 하겠습니다. [이 절차와 내용에서 발견되는 문제점은 1.최고재의 재판부가 독립한 재판부가 아니라는 점, 달리 말하자면 최고재판소의 방침이 어딘가에서 결정되고 그것에 따라서 재판부는 사무처리를 할 뿐이라는 것을 나타내고 있다. 2. 그것도 법관과 재판부가 다른 판결이 같은 문장이라는 것은 이 판결이 다른 재판부의 법관이 쓴 것이 아니라는 점을 나타내고 있다. 법관을 넘어서는 존재…조사관판결이라는 사실을 스스로 나타내고 있다. 3. 판례통일을 위하여 존재하는 전원합의체의 존재가치를 깎아 버리고, 재판에 대한 신뢰를 결정적으로 손상 입히는 것이다]라고 그 변호사는 보고하였습니다.

이 담당변호사의 보고를 듣고 이례적인 사태에 충격을 받지 않을 수 없었습니다. 저 나름의 의견을 부가하여 한발 더 나아간 논의를 하고자 합니다.

이해하기 쉽게 사례를 한 가지 들겠습니다. 대학교의 한 시험에서 한 학생이 16줄의 답안 중 12줄의 답안이 다른 학생의 답안과 같은 것이 발견되었을 경우입니다. 대학생과 대학은 교원이 아니라고 하더라도 이른바 [컨닝] 즉, 부정행위가 있었다는 것은 쉽게 추측할 수 있습니다. 누구나 시험에서 학생 한 사람 한 사람이 독립하여 스스로 답안을 작성할 것이라 생각하기 때문에, 다른 누군가로부터 답안 작성에 도움을 받는 것은 퇴학처분을 각오해야 할 정도로 중대한 부정행위입니다.

재판에서도 마찬가지일 것입니다. 누구나 한 사람 한 사람의 법관이 독립하여 스스로 판결문을 작성할 것이라고 생각할 것입니다. 비슷한 사건을 다른 법관을 담당하게 되는 경우라도 한 사람 한 사람의 법관(혹은 복수의 법관으로 이루어지는 개별 합의체)은 독립되어 있으므로 재판 절차가 허용하는 범위 내에서 이루어지는 변론 · 서증조사 이외에는 다른 외부의 무엇으로부터 영향이나 지시를 받는 일 없이 독자적으로 심리하지 않으면 안 됩니다. 설령 힘든 부분이 있어도 법관은 다른 이로부터 판결작성에 도움을 받을 수는 없습니다. 고독한 직업입니다. 법관은 헌법 그리고 법률에 구속되지만 판결의 집필 등의 직권의 행사는 양심에 따라 독립하여 행하지 않으면 안 됩니다.

복수의 법관으로 이루어진 합의체에 의한 재판의 경우, 내부적 평의는 허용되지만 합의체 외부에 담당사건에 관한 평의의 비밀을 누설하여서는 안 되고, 협의하는 일도 있어서는 안 됩니다. 법원장이라 하더라도 법관의 담당사건에 대하여 의견을 표해서는 안 됩니다. 이것은 법관의 독립성을 침해하는 것이 되기 때문입니다.

두개의 [독립]하여야 마땅한 재판부가 같은 문장의 판결문을 같은 날 선고하였다는 것은 위법행위가 있었다라고 추정할 수밖에 없는 것입니다.

제가 사법연수원 연수생 그리고 변호사로서의 체험을 통하여 체득한 재판과 법관이라는 직책은 원칙 바로 그 자체였습니다. 그러한 법관의 독립성과 평의의 비밀성은 헌법과 법원법에 의하여 요구됩니다. 그것은 답답한 면이 있기는 하지만 법관의 독립성

15 이 이야기를 듣고 놀란 저는 [나의 옛 동료 변호사들 사이에서는 최고재판소에 대한 평판이 매우 나쁘다. 원래부터 [이상하다]라고 절망하고 있었기 때문에 그러한 일이 있다고 하더라도 지금에서야 특별히 놀라지 않는 것이 아닐까]라는 당치도 않은 대답을 했던 기억이 남아 있습니다.

16 당시 저는 [사건의 담당변호사가 언급하지 않는 한, 외부인이 멋대로 논평해서는 안된다]고 생각했기 때문에 그 이상 검토하지 않았습니다.

과 공정함을 지키기 위하여 필요한 제도적 보장 장치라고 지금도 믿고 있습니다.

두개의 독립한 재판체에서 상당 부분이 동일한 문장의 판결서가 같은 날 선고되었다는 것이 사실 자체를 더 이상 부정할 수 없습니다. 문제점은 왜 그러한 일이 일어났는가 입니다.

담당변호사가 들고 있는 문제점을 정리해 보자면, 첫 번째는 법관(재판부)의 독립원칙이[17] 침해된 것이 아닌가 하는 심각한 의혹이 있다는 점입니다. [최고재판소의 방침은 어딘가에서 결정되고 그에 따라 재판부는 사무처리를 할 뿐]이 되어버린 것은 아닐까, [이 판결들은 각각 다른 재판부의 법관이 쓴 것이 아니]라는 문제점은 헌법위반의 의심이 있다고 할 수 밖에 없는 중대한 사태입니다.

두 개의 재판부의 평의의 비밀(법원법 제75조)이 누설되지 않았다면 이러한 사건이 벌어 졌을 리 없습니다. 적어도 법원법 위반의 우려가 있다는 점은 틀림없습니다. 담당변호사가 지적하고 있는 것처럼 [법관을 뛰어 넘는 존재…조사관판결]의 문제인 것일까요? 만약 제1 재판부의 법관과 제2 재판부의 법관이 각자의 사건에 대하여 평의의 비밀을 유지하였다고 하더라도 조사관을 통하여 다른 재판부의 평의의 비밀이 누설되었을 가능성이 있습니다. 각각 다른 재판부에 관여하는 조사관이 동일한 경우에 발생할 수 있는 문제입니다. 조사관이 담당하는 재판부가 다르다고 하더라도 조사관간에 일상적으로 접촉하여 의견교환을 하는 중에 실질적인 누설이 일어나는 문제일 수도 있습니다. 이렇게 재판의 내용이 사법행정과 정부 등 외부관계자에 비밀이 누설되는 경우는 어떻게 될까요? 여러 의혹이 일어날 수 있습니다.

사실관계가 어떠한 것이든 법관의 독립이 붕괴되었다는 사실, 재판 평의의 비밀이 재판부 바깥으로 새어나가고 있다는 사실 즉 헌법 위반 혹은 법원법 위반 의혹이 농후하다고 말할 수밖에 없을 것입니다. 진상규명이 필요합니다. 최고재판소가 스스로 진상을 규명하고 결과를 공표하고 재발 방지에 필요한 조치를 하기를 바랍니다만, 그 이후에 이 문제에 대하여 어떠한 조사나 검토도 이루어지지 않고 있습니다.

(최후의 수단 = 공정한 [효과적 구제]의 장은 어디인가?)

한국인 '위안부' 피해자들도 이상 설명한 것과 같은 법제도 하에 있는 일본의 법원에서 재판을 받아 최고재판소에서 모두 패소하였습니다. 이것은 세계인권선언 제8조가 말하는 [권한을 가지는 국내법원에 의한 효과적 구제] 절차를 밟을 권리를 보장받았다고 할 수 없습니다.

따라서 최후의 수단으로서 [효과적 구제]의 장을 귀원이 보장해 주는 이외에는 피해자들에게 정의를 실현할 길은 없다고 믿습니다.

17 헌법 제76조 제3항 [모든 법관은 그 양심에 따라 독립하여 직권을 행사하여, 이 헌법과 법률에만 구속된다]

① 제1의 문제 : 원고들 일본군 '위안부' 피해자의 인권은 샌프란시스코평화조약에 근거하여 1965년 한일청구권협정에 의해 소멸되었는가?

1. 일본군 '위안부' 피해자의 인권

(진상규명의 단서가 된 모토오카의원의 1990. 6.국회질문)

고 모토오카 쇼지 참의원 부의장(국제인권법 정책연구소 소장)은 다음과 같이 말했습니다.[18] [1990. 6. 6. 예산위원회에서 사회당을 대표하여 질의석에 섰다.…조선인 강제연행문제를 상세히 따져나가던 중에 '강제연행 중에 종군위안부라는 형태로 연행된 사실도 있습니까? 그렇습니까?'라고 질문하였다. 답변석에 선 시미즈(清水)노동성 직업안정국 국장은 '총동원법에 근거한 직무로서 그러한 일은 일어나지 않았다고 들었다'고 답변. '해군작업 애국단, 남방파견 보국단. 종군위안부라고 하는 어둠속에 감추고 묻어 버리려는 사실이 있다. 제발 조사하여 밝혀주기를 바란다'라며 재조사를 요구하였다. 그러자 '종군위안부라는 것에 대해서는 그 시대 분들 이야기 등을 종합하여 들어보면, 아무래도 민간업자가 그 분들을 군과 함께 데리고 다닌 듯한 상황으로 보이고, 이러한 실태에 대하여 조사하여 결과를 낸다는 것은 솔직히 말씀드려 가능하지 않다고 생각합니다'라고 민간업자의 문제로 국가는 관여하지 않았다며 조사를 할 수 없다며 딱 잘라 거절하였다. 나는 이러한 사태를 분명히 하지 않은 채로 일본과 한국의 신뢰관계를 쌓아 갈 수 있다고 생각하느냐고 가이후 총리에게 추궁하였다.'시간을 걸리겠지만 정부는 조속히 보고하겠다'라는 답변을 얻고 조사결과를 기다리기로 하였다. 이 국회에서의 질의와 답변 이후. 한국 등의 '위안부' 피해자들은 민간업자의 문제라고 한 답변에 대해 '그건 사실과 다르다. 일본정부가 거짓말을 하고 있다. 민간업자가 아닌 군부대의 관여에 이루어진 일이다'라고 격노하며 여기저기서 항의하는 일이 발생하였다. 그리고 지금까지 죽어서도 죽음으로 끝나지 않을 명예회복과 일본정부에 보상을 구하는 소를 법원에 제기하는 피해자가 속출하게 되었다][19]

18 모토오카 쇼지 ['위안부' 문제와 나의 국회활동 13년][국제인권법정책연구] 제3권·제4권 합병호(통산제4호) 2008. 12. 7–15항

19 시미즈 즈따오(清水傳雄)씨의 국회답변이 진상규명의 단서가 되었는데 극회의사록에 의하면 [정부위원(시미즈 즈따오) : 종군위안부라고 하는 것에 대해서는 옛날 사람들의 이야기등을 종합하여 들어보면, 역시나 민간업자가 그 분들을 군과 함께 데리고 다닌 것이라거나 하는 상황인 듯 합니다. 이러한 실태에 대하여 제가 조사를 하여 결과를 낸다는 것은 솔직히 말씀드려 불가능하다고 생각합니다]라고 기재되어 있습니다. 제118회 국회참의원 예산위원회 심의록 제19호 헤이세이2년 6월 6일 참조.

(군을 고객으로 하는 상행위에 종사한 성산업업자의 존재)

그 당시 모토오카 의원실은 저에게 일본군 '위안부' 문제에 관한 법적 조언을 구했습니다. 그러나 저는 일본군 '위안부' 제도의 근거를 파악할만한 일본법상의 근거법령도, '위안부' 동원의 근거법규도 발견할 수가 없었고, 공적인 기록도 입수할 수 없었으며, 피해자들로부터의 증언도 없어 적절한 법적조언을 제공할 수가 없었습니다.[20]

그러나, 지금 생각해 보면 시미즈씨의 국회답변 중 [그 시대 분들의 이야기 등을 종합하여 들어보면 역시 민간업자가 그 분들을 군과 함께 데리고 다닌 듯한 상황으로 보이고…]라는 부분에 더 주목하여야 한다고 생각합니다

이렇게 말씀드리는 것은 ① '종군위안부라는 것'이 존재한다는 것을 인정하였다는 것 ② '민간업자들이 그 분들을 군과 함께 데리고 다닌 듯한 상황'이 있었다는 것을 인정하고 있기 때문에 진상의 매우 중요한 한 부분에 대하여 정부가 인정하였다고 하여도 좋은 상황이라고 생각되어지기 때문입니다.

요컨대 상행위에 종사하는 민간의 업자가 종군위안부가 된 여성을 군과 함께 데리고 다녔다고 하는 것이 실태였다는 것입니다. 그렇기 때문에 이 중대한 사태는 한편으로 분명해 졌다고 할 수 있습니다. 즉, 군을 고객으로 하는 상행위에 종사하는 성산업업자가 존재하였다는 사실을 일본정부가 인정한 것입니다.[21] 이것은 지금도 여전히 진상규명의 출발점이 되는 중요한 단서가 될 수 있는 일본정부의 답변입니다.[22]

지금도 저는 일본군 '위안부'의 동원근거가 되는 법규를 발견하지 못했습니다. 일본정부도 어떠한 법적 근거를 제시하지 않고 있고, 중요한 관계서류를 '극비'로 취급하고 있다는 사실로부터 볼 때, 동원의 근거가 되는 일본의 법령은 존재하지 않았던 것이고 일본군 '위안부' 제도는 법적근거가 없이 사실상의 극비제도였던 것이라고 생각되어집

https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=111815261X01919900606&current=12019. 12. 26.열람.

20 일본군 '위안' 제도는 구대일본제국군에 의한 초법규적으로 창설된 비밀제도였습니다. 결국 이 근거법규는 존재하지 않기 때문에 발견할 수 없는 것이 당연합니다.

21 1993년 8월의 고노담화이후 자민당의 고참국회의원은 군의 관여를 계속해서 부정하면서 '종국위안부'는 '상행위로서 행하여졌다'고 주장하였습니다. 예를 들어 1996년 당시 [올해 6월 4일 "밝은 일본" 국회의원연맹발족에 즈음하여 이 연맹의 회장으로 취임한 오쿠노 세이스케(奧野誠亮) 전법무대신은 ['종군' 위안부는 없다. 상행위로서 행하여졌다], [군은 전지에서 교통편을 구하여 주었을 수는 있지만, 강제연행은 없었다]라고 발언하여 일변연의 비판을 받았습니다. 1996년 6월 20일 당시 일변연회장이었던 키오이 아키오(鬼追明夫)가 낸 [종군위안부문제에 관한 회장성명] 참조.
https://www.nichibenren.or.jp/document/statement/year/1996/1996_10.html. 2020년 1월 1일 열람.

22 물론, 정부가 군의 관여에 대하여 침묵하고 그 이상의 조사를 거부하였다는 점에 대하여는, 모토오카의원이 강하게 비판한 것처럼, 정부답변은 불충분한 점이 있었으며 문제가 있었습니다.

니다.

그러나 전술한 국회답변만으로는 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성산업업자**의 실태가 어떠하였는지 그 상세한 내용을 제대로 알 수는 없었습니다.

그런데, 저는 나중에 일본군 '위안부' 제도의 창설기의 역사에 관한 중요한 법적사실을 공문서를 근거로 [발견]하게 되어 이를 논문 등에서 자세히 보고하게 되는 일이 있었습니다. 이하에서는 그에 관하여 상세히 설명 드리겠습니다. 이것은 꽤 나중인 2004년(공표의 시점)의 일입니다. 이 발견은 군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성산업업자의 존재와 그 실태의 일부를 1932년 당시의 법원의 판결문이라는 공문서에 의해 해명한 것입니다.

(1936년 나가사키지방법원 판결의 발견)

저는 일본군 '위안소'에 여성을 납치하여 '위안부'가 되게 한 가해자에 대한 처벌에 관한 최초의 공문서를 발견하여 2004년 이후 그 상세한 내용을 보고하였습니다.[23] 발견한 역사자료는 이하의 일본 법원의 판결문 2개입니다. ① 해외이송유괴 피고사건에 대한 나가사키법원 형사부 쇼와 11년(1936년) 2월 14일 판결 그리고 ② 같은 판결에 대한 항소심 나가사키항소법원 제1 형사부 쇼와11년 9월 28일 판결이 그것들입니다.[24]

---

23 ① 2004년 2월 호주 애들레이드에서 보고하였습니다. TOTSUKA,Etsuro, Can we prevent systematic sexual violence against women during wartime? Learning from the history of the Japanese case of "comfort women", at The Challenge of ConflictInternational Law Responds: International Law Conference, Adelaide, SouthAustralia, 26—29 February 2004. ② 도츠카 에츠로 [전시 여성에 대한 폭력에 관한 일본사법의 대응, 그 성과와 한계–발굴한 일본군 '위안부' 납치처벌판결(1936년)에 관하여(상)][계간전쟁책임연구]43호(2004년) 35항, 동 (하)_ 동연구 44호(2004년) 50항 ③ 도츠카 에츠로 [보급판 일본이 모르는 전쟁책임 일본군 '위안부' 문제에의 진정한 해결을 향해] 현대인문사, 2008년, 314~356 항.

24 제가 논문 등을 통해 이 발견을 공표한 2004년 당시의 일본정부의 태도는 [무시]혹은 [침묵]으로 요약할 수 있습니다. 10년 후인 2014년에 후지다 유키히사(藤田幸久)참의원의원이 제출한 질문서에 관한 [참의원의원 후지다 유키히사 제출 '위안부' 문제에 관한 질문에 대한 답변서](답변서 제97호. 내각참질186 제97호. 헤이세이 26년 5월 20일 내각총리대신 아베신조)는 고노담화에 이르는 정부조사가 이루어지는 중에 이 두 개의 [판결서를 입수한 사실은 확인할 수 없다]고 하며, [나가사키검찰청에 현재 보존되고 있는 판결서의 내용을 확인해 보니, 각각의 요지는 피고인들 10명이 여성들을 고용하여 통해 중화인국 상해주재의 제국해군군인을 고객으로 하여 추업에 종사하도록 하는 영업을 하기 위하여 부녀들을 고용하면서, 추업에 종사할 것이라는 정을 완전히 숨기고 단순히 여급이나 하녀라고 기망하여 설득한 후 상해로 이송할 것을 공모하고, 쇼와7년, 나가사키시 등에서 15명의 부녀에 대하여 식당으로 갈 것이라는 등으로 거짓을 꾸며내어 유혹하는 등, 나가사키항에서 출항하는 배에 승선시켜 유괴하여 상해로 옮겼다. 이 후 피약취자를 제국밖으로 이송하였다는 이유로 피고인 3명을 각 징역 1년 6월에 처함과 함께, 징역 1년6월에 처한 피고인 3인에 대하여 3년간 그 형의 집행을 유예하였다. 나가사키지방법원이 징역3년 6월에 처한 피고인 3인을 각 징역 2년 6월로, 동법원이 징역 2년 6월에 처했던 피고인 2인과 징역 2년에 처했던 피고인 2인에게는 징역 2년에 처하였고, 동법원이 징역 1년 6월에 처하면서 3년간 형의 집행을 유예했던 피고인 1인을 징역 1년 6월에 처하면서 3년간 그 형의 집행을 유예하였고 상고는 모두 기각되었다]라고 제가 발견한 판결서의 내용을 요약하여 보고하였습니다. 정부가 내각총리대신 아베신조의 이름으로 이 판결서들의 존재를 처음으로 인정한 것이었습니다. 그 중 같은 참의원의원에 의한 제2회 질문서에 대하여 [참의원의원 후지다 유키히사 제출 '위안부' 문제에 관한 재질문에 대한 답변서](답변서 제116호. 내각참질186. 제116호. 헤이세이 26년 6월 13일 내각총리대신 아베신조)에서 이 판결이 적용된 당시의 형법 제226조와 당시 [제국외]였던 조선에도 적용 가능하였다는 것을 인정하였습니다.

나가사키지방법원 판결로부터 알 수 있는 사실들을 요약하자면, 해당 법원은 피고인들이 공모하여 쇼와7년(1932년) 저지른 사건으로, 상해에 설치되어 있는 해군의 '위안소'에서 [추업]에 종사하도록 하기 위하여 일본내지에서 여성을 속여 유괴하고 이 여성들을 나카사키 항에서 배에 태워 국외로 이송한 행위에 대하여 유죄로 인정하고 엄히 처벌하였습니다(판결선고는 사건이 발생하고 4년 뒤인 쇼와11년(1936년) 2월). 또한 나카사키 항소법원은 형기를 단축하기는 하였지만 기본적으로 이 지방법원 판결을 유지하였습니다. 이 사건의 상고심인 대법원판결(쇼와 12년 3월 5일 제4형사부)은 항소법원의 판결을 유지하였는데 그 상세한 내용은 생략하겠습니다.

이 나가사키지방법원의 판결은 법원이라는 공적기관이 일본군 '위안소'로 여성을 국외이송 · 유괴한 행위에 대하여 형법상의 범죄로서 피고인들의 행위를 유죄로 인정하고 처벌한 (현재로서는) 최초의 사례에 관한 것으로, 가장 초기의 공문서일 것으로 추측됩니다. 납치사건이 발생한 것은 판결 선고보다 4년 전인 쇼와7년(1932년)의 일로 일본군 '위안부' 피해자의 사례로는 초기단계라고 할 것입니다. 따라서 초기의 일본군 '위안소'의 존재에 관한 유력한 증거 중 하나가 되고 있을 뿐만 아니라 그것이 위법하게 설치되었다는 것을 드러내는 공문서라고 볼 수 있을 것입니다.

피해자는 나가사키에 살고 있던 15명의 내지 일본인 여성입니다. 모두가 일본군 '위안부'가 될 것이라는 것을 모른 채로 속임을 당해 나가사키로 유괴되었으며, 나가사키 항구에서 배에 태워져 중화민국 상해에 이송되었습니다. 그 후에 피고인들이 경영하고 있는 해군지정 위안소에서 해군들에게 성적서비스를 제공하도록 강요당했습니다.

피고인은 10명입니다. 피고인의 본적은 모두 일본의 내지였지만 주거지는 나가사키현과 중화민국(상해)에 걸쳐 있었는데, 여기서 이 사건의 국제성이 드러납니다. 본래라면 기소되었을 것이라고 생각되는 공범자로 사망한 자가 있었고, 기소되지 않은 자도 판결문에 나타납니다. 그들을 모두 포함하면 범행을 한 업자 그룹은 최소한 12명이 됩니다. 전원이 업자이거나 그 아내라는 등의 관계가 있었습니다.

그러나, [해군지정 위안소]의 설치를 기획하고 업자에게 여성의 모집을 맡긴 일본 해군인 군인은 단 한 사람도 피고인에 포함되어 있지 않다는 것이 이 판결의 한계라는 것을 유의할 필요가 있습니다.

피고인들의 범죄에 대하여 법원은 [법률에 비추어 피고인 등의 판시행위는 형법 제226조 제1항, 제60조 제55조(피고인 하루요시에 대하여는 제55조 적용제외)에 해당하

여…주문과 같이 판결한다]고 하고 있습니다.

판결의 결론인 이하의 주문은 10명의 피고인들 전원을 유죄로 보고 형법상 4개의 그룹으로 나누고 있습니다. 각 그룹의 형은 ① 징역 3년 6개월(주범 성격의 남성 3인) ② 징역 2년 6개월(여성 2명) ③ 징역 2년(남성 2명)

판결이유 중 중요한 점을 들어 보겠습니다. 이 판결은 다른 장소와 시간에 걸친 공모공동정범의 성립에 관한 중요판례가 되었습니다. 공모의 내용은 진상규명을 위해서도 중요하기 때문에 판결의 인정단계를 두 단계로 나누어 발췌하겠습니다.

① 제1단계의 공모사실

공모의 개시시점부터 피고인 미노루, 야스타로, 토미오, 그리고 망 이키치간에 영업소의 설치, 여성의 고용, 자금의 제공 등에 관하여 이하와 같은 역할분담 등 기본적인 공모가 성립되기까지입니다.

[피고인 토미오는 쇼와 5년 11월경부터 중화민국 상해에서 그 곳의 고용을 담당하던 부녀를 통하여 동지에서 주둔하는 제국해군 군인을 고객으로 하여 추업에 종사하도록 하였는데, 쇼와 7년 1월 이른바 상해사변의 발발로 많은 수의 제국해군 군인의 주둔하게 되자, 이후 해군지정 위안소라는 명칭 하에서 종래부터의 영업을 확장하고자 하여 지인이던 망 이키치(伊吉)에게 이러한 뜻을 전달하여 동인의 소개에 의해 같은 해 3월 7일 경 상해의 웬루지앙싱여관에서 피고인 미노루, 야스타로 두 명과 면담하여 이와 같은 의도에 대한 찬동을 얻어 피고인 토미오로부터 장소와 기타 설비를 제공받고 이키치와 피고인 미노루 두 명은 해당 영업소의 추업에 종사할 일본 부녀를 일본내지에서부터 고용하여 이송시키는 일을 담당하며 피고인 야스타로는 고용자금을 공급하기로 함께…]

② 제2단계의 공모사실

여성의 고용에 관한 협의한 사실로부터 이하와 같은 판시 제1부터 제7까지의 인정사실에 관한 공모가 성립되게 되었습니다.

[부녀를 고용할 때에 이로써 추업에 종사하게 되는 정을 비밀리에 하여 여급 혹은 하녀라고 기망하여 감언이설로 유혹하여 상해로 이송시킬 것을 협의하고 이키치와 직접 찬동하는 야스타로 등의 뜻을 받아들여 나가사키시의 피고인 야스타로의 처인 피고인 유키노에게 이러한 협의 내용을 통지하여 고용 방법을 알려 주어 유키노가 상피고인 미노루의 처인 피고인 미키와 피고인 조타로 양인에게 알렸고 피고인 미키와 사이에서 실행을 두 사람 사이에서 분담하기로 협의하고 실행하고 피고인 죠타로와의 사이에서 전기 야스타로 등과 협의한 방법으로 고용하기로 모의한 장소에서 다시 동월 14일 피고인 야스타로는 나가사키시로 귀로하는 즉시 동 시내에 있는 자신에게 이사부로와 피고인 미키를 불러 이들과 함께 피고인 유키노 3인에 대하여 위와 같이 상해에서의 협의 결과를 고하여 부녀 이송을 재촉하고 동인들과 찬동한 상피고인 유키노에게 동년 3월 하순경 피고인 하루요시, 토라토시, 그리고 동인을 도와주는 피고인 이치노스케 등 4명에게 오사부로와 피고인 미키에게 동월 14일경 피고인 아키라에게 각자 전기 야스타로 등과 협의 한 방법에 의하여 부녀를 유괴하여 상해에 있는 전기 위안소에 이송할 것을 모의하고, 동인 등도 이에 찬동하여…]

1932년 당시의 초기의 사례인 이 판결의 인정사실로부터 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성산업업자**가 어떤 사람들이었는가, 어떤 의도로 '해군지정 위안소'를 설치하였는가, '위안소'에서 일하는 여성을 어떻게 모집하였는가를 알 수 있습니다.

이 업자는 일본 내지(나가사키지방)에서 여성을 속여 상해로 납치하여 일단 '해군지정 위안소'를 설치하는 데까지는 성공하였지만 이후 단속에 의해 좌절되었습니다. 사법법원에 의해 범죄로서 위법하다고 취급되었던 것입니다. 그렇기 때문에 이 판결은 일본정부와 군에게 일본군 '위안소' 제도 자체를 폐지하고 그 이상의 확장을 단념할 수 있는 계기가 될 수 있었습니다.

그러나, 실제로는 정부는 [나몰라라]하는 태도를 취하며 사실상의 불처벌의 상태로 묵과하였고, 군은 이러한 시설을 설치하는 것을 단념하지 않고 업자로 하여금 여성을 계속하여 동원하게 하여 비밀제도로서 사실상으로는 확대하였던 것입니다.[25] 단순하게 단속이 심한 내지에서 모집하는 것보다는 군인 총독하에서 단속이 있어도 이를 손쓰기가 쉬운 식민지 지배 하의 조선에서 모집을 확대하였다고 여겨집니다. 조선에서 모집하는 방법도 고노담화가 인정한 것과 마찬가지로, 이 판결이 인정한 것과 같

25 전게서 [보급판] 314–356항을 참조하여 주십시오.

은 기망에 의한 납치방법을 계속 유지하였습니다.[26] 중대한 문제점은 일본정부와 군은 이 판결을 정부의 지침으로 삼지 않고 사실상의 불처벌 제도를 만들고 말았다는 것입니다. 이 판결과 경찰, 그리고 검찰까지도 군의 역할까지는 파고들지 않았다는 한계가 있습니다.

그렇다면 **군을 고객으로 하여 상행위에 종사하였던 성산업업자**와 군의 관계라는 것은 어떤 것이었을까요?

(군의 관여를 인정한 1993년 8월 고노담화)

가이후 총리에 이어 미야자와 총리의 시대에도 모토오카의원의 국회활동은 계속되었습니다. 1992년 2월 이래로 저는 유엔 인권기관에서 NGO 활동을 하였습니다. 그 중간의 활동에 대해서는 생략하도록 하겠습니다. 1993년(헤이세이 5년) 8월 4일 [위안부관계 조사결과발표에 관한 고노 내각관방장관 담화]가[27] 공표되었습니다. 아래는 전문만으로 조사결과와[28] 함께 그 내용을 살펴본다면 진상규명이 크게 전진하였다고 인정할 수 있을 것입니다.

[이른바 일본군 위안부 문제에 대해서 정부는 재작년 12월부터 조사를 진행해 왔으나, 이번에 그 결과가 정리되었으므로 발표하기로 하였다.

이번 조사 결과, 장기간에, 또한 광범한 지역에 걸쳐 위안소가 설치되어 수많은 위안부가 존재했다는 것이 인정되었다. 위안소는 당시의 군 당국의 요청에 의해 설치 · 경영된 것이며, 위안소의 설치, 관리 및 위안부의 이송에 관해서는 구 일본군이 직접 혹은 간접적으로 이에 관여하였다. 위안부의 모집에 대해서는, 군의 요청을 받은 업자가 주로 이를 맡았으나, 그 경우에도 감언, 강압에 의하는 등, 본인들의 의사에 반하여 모집된 사례가 많이 있으며, 더욱이 관헌 등이 직접 이에 가담하였다는 것이 명확하게 되었다. 또한, 위안소에서의 생활은 강제적인 상태 하에서의 참혹한 것이었다.

26 이 점은 일본정부, 연구자 그리고 유엔 NGO와 유엔기관에 의해 다수의 피해자의 증언청취에 관한 연구가 있습니다만, 여기서는 열거하지 않겠습니다. 또한 저도 상당수의 피해자의 증언을 들을 기회가 있었습니다. 그리고 국제법상에서는 여아의 경우 본인이 동의하였다고 하더라도 범죄로서 처벌할 의무가 정부에 있다는 사실을 유의하여야 합니다.

27 외무성 홈페이지 https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/taisen/kono.html 2019년 12월 28일 열람

28 저는 이 정부조사가 개시된 시기가 1991년 12월인 것에 주목하여야 한다고 생각합니다. 이것은 1992년 1월 11일에 아시히신문에 보도된 요시미 요시아키(吉見義明)교수의 조사결과('위안부'모집에 군이 관여한 군문서 발견에 관한 연구)가 공개된 것보다도 전이었습니다. 이것은 고노담화로 이어진 정부조사는 정부가 독자적으로 개시한 조사·연구로 민간의 조사연구와는 별도로 진행되고 있었다고 생각합니다. 이는 정부조사연구가 민간의 조사연구를 바탕으로 그 위에 덧입혀진 것은 아니라는 뜻으로 이 시기의 정부조사결과와 그것에 기반한 고노담화는 상당정도 신뢰해도 괜찮다는 사실을 시사한다고 생각합니다.

또한, 전장에 이송된 위안부의 출신지는, 일본을 제외하면 조선반도가 큰 비중을 차지하고 있었으나, 당시의 조선반도는 일본의 통치 하에 있어, 그 모집, 이송, 관리 등도, 감언, 강압에 의하는 등, 대체로 본인들의 의사에 반해 행하여졌다.

결국, 본건은 당시 군의 관여 하에서, 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 준 문제이다. 정부는 이 기회에, 다시금 그 출신지의 여하를 묻지 않고, 이른바 종군위안부로서 허다한 고통을 경험당하고, 심신에 걸쳐 씻기 어려운 상처를 입은 모든 분들께 사과와 반성의 마음을 올린다. 또한, 그런 마음을 우리 나라로서 어떻게 나타낼 것인가에 대해서는, 유식자의 의견 등도 구하면서, 앞으로도 진지하게 검토해야 할 것으로 생각한다.

우리는 이런 역사의 사실을 회피하지 않고, 오히려 이것을 역사의 교훈으로서 직시해 가고 싶다. 우리는, 역사 연구, 역사 교육을 통해, 이런 문제를 오랫동안 기억에 남기며, 같은 과오를 결코 반복하지 않겠다는 굳은 결의를 다시금 표명한다.

또한, 본 문제에 대해서는, 본국에서 소송이 제기되어 있으며, 또한 국제적으로도 관심이 모여 있으며, 정부로서도, 앞으로도, 민간의 연구를 포함해, 충분히 관심을 기울여 가고 싶다]

여기서 주목해야 하는 것은 고노담화가 [위안소는 당시의 군 당국의 요청에 의해 설치 · 경영된 것이며, 위안소의 설치, 관리 및 위안부의 이송에 관해서는 구 일본군이 직접 혹은 간접적으로 이에 관여하였다. 위안부의 모집에 대해서는, 군의 요청을 받은 업자가 주로 이를 맡았으나, 그 경우에도 감언, 강압에 의하는 등, 본인들의 의사에 반하여 모집된 사례가 많이 있으며, 더욱이 관헌 등이 직접 이에 가담하였다는 것이 명확하게 되었다]라는 부분입니다. 이것은 군이 전술한 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성산업업자**에 [직접 혹은 간접적으로 이에 관여했다]라는 것을 일본정부가 승인하였다는 것을 나타냅니다.

여기서 말할 수 있는 것은 이하에 서술하는 범죄에 대하여 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성산업업자**과 군과의 사이에는 ① 형사법상의 공모공동정범의 형사책임을 지는 관계에 있고 ② 민사법상으로는 성산업이라고 하는 상행위에 종사한 것에 대하여 공동불법행위책임을 지는 관계에 있다고 할 수 있습니다.

(법적평가 = 성노예)

앞에서 이야기한 것처럼 저는 1992년 2월 17일에 유엔 NGO의 하나인 국제교육개발(IED)을 대표하여 ['위안부'와 성노예이다] 라고 유엔인권위원회(CHR)에서 발언하며 유엔에 일본과 피해자들 간의 조정을 요청한 일이 있습니다. 그때부터 다수의 유엔헌장 상의 여러 인권기관들은 일본군 '위안부' 피해자를 인권의 피해자로서 다루어 심의를 하면서 일본군 '위안부' 제도가 국제관습법상 금지되었던 노예제도에 위반하는 군사적 성노예제(military sexual slavery)였다는 판단을 중층적으로 굳혀 가게 되었습니다.[29]

그 중에서도 중요한 것은, 앞에서 말한 일본정부 조사결과에 근거하여 나온 1993년 8월 고노담화를 받아들여 유엔의 인권기관들이 나름의 조사를 이어가던 중 이하의 두 가지 중요한 유엔보고서를 공표하였던 사건이라고 할 수 있는데, 저는 이 사건들에 주목해야 한다고 생각합니다.

① 쿠마라스와미 보고서

[전시의 군사적 성노예] 보고서(UNDoc. E/CN.4/1996/53/Add.1)가 1996년 2월 6일 제네바의 유엔 유럽본부에서 공표되었습니다. 이 보고서를 작성한 것은 유엔 인권위원회에 의해 임명된, 여성에 대한 성폭력 문제의 조사를 위한 독립 전문가(특별보고관) 라디카 쿠마라스와미입니다. [전시의 군사적 성노예]라는 것은 일본군 '위안부'를 뜻합니다. 특별보고관이 이렇게 정의를 하였기 때문에 유엔이 출판하는 보고서의 타이틀에 이 단어가 사용되었습니다. 이것은 여성에 대한 폭력의 일반적 보고서의 추가 문서로서 나온 독립한 보고서(이하 [쿠마라스와미 보고서])입니다.[30]

• 쿠마라스와미 보고서가 공표되기까지의 경위

이 보고서가 공표되기까지 유엔은 4년간 심의를 하였습니다. 일본군 성노예문제에 대하여는 유엔 인권위원회 이외의 유엔 기관에서도 많은 논의가 이루어졌습니다. 1994년 3월의 인권위원회에서 이 특별보고관 제도가 만들어졌는데 이 위원회 종료되고, 라디카 쿠마라스와미가 특별보고관으로 임명되었습니다. 임명 직후부터 쿠마라스와미에게는 유엔 인권센터를 통해 일본군 성노예문제를 포함하여 여성에 대한 폭력에 관한 다양한 정보가 제공되었습니다.

1995년 1월 쿠마라스와미 예비보고서가 공표되면서 '위안부' 문제가 수면에 떠오르기 시작했습니다. 같은 해 2~3월의 UN인권위원회는 이 보고서를 환영하는 결의를 채택하였습니다. 쿠마라스와미는 일본군 성노예 문제에 높은 우선순위를 두고 이 위원회 회기 중에 남 · 북한 정부 그리고 일본정부와 협의하여 관계정부의 초대를 받게 되었습니다. 같은 해 7월, 특별보고자 쿠마라스와미(UN 인권센터의 2명의 인권 전문관이 동행)의 남 · 북한정부(평양은 항공기의 지연으로 인해 쿠마라스와미 특별보고자의 방문이 연기됨)와 일본에 대한 공식방문조사가 실현되었습니다.

• 쿠마라스와미 보고서의 개요

첫째, 쿠마라스와미 보고서는 '위안부'를 '군사적 성노예'라고 단정하였다는 점이 매우 중요합니다(I 장 [정의] 참조). 국제법(관습국제법 그리고 그 구체법이라고 할 수 있는 1926년 노예조약 등)은 전쟁 전부터 국제범죄로서의 노예를 금지하여 왔습니다. 일본정부는 베이징(제4회) UN세계여성회의(1995년 9월)가 채택한 행동강령(패러그래프 145에서 전시성노예행위의 가해자를 처벌할 것과 피해자에게 배상하는 것이 원칙임을 확인)에 관하여 이를 존중하지 않았는데 '위안부'는 성노예가 아니라는 것을 이유로 삼았습니다.[31]

[일본정부의 입장 – 법적책임]에 관한 Ⅶ장에서 여러 국제조약 등을 들어 국제관습법화 된 국제인도법에 일본군이 위반하였다는 것을 명확하게 지적하고 있습니다. UN 사무총장의 견해를 비롯하여 일본정부의 법적주장을 엄중하게 비판한 ICJ와 IFOR 등(일변연과 대한변협도 동일한 법적주장을 제출하였습니다) NGO들의 법적 견해를 전면적으로 채용하였습니다. 더 나아가 '위안부'에 대한 일본군의 행동을 [인도에 반하는 죄]에 해당하는 범죄라고도 하고 있습니다(패러그래프 113).

둘째, 일본정부는 샌프란시스코 평화조약 · 양국 간 조약 등으로 해결되었다는 주장을 반복하였습니다. 그러나 이 보고서는 일본군 성노예문제는 이 조약에 포함되어 있지 않기 때문에 해결되지 않았다는 점을 분명히 하고 있습니다(패러그래프 108), 따라

29 그 경과의 개요는 전게서 『보급판』을 참조하여 주십시오.

30 특히, 쿠마라스와미 보고서에서 제가 번역한 부분(목차와 권고부분)은 전게서 『보급판』의 부록자료로 실렸습니다. 보고서의 전체번역도 출판되어 있습니다(일본변호사연합회편 『따져 물어 보는 여성의 인권』(고우치서적, 1996), 161–214항).

31 전게서 『보급판』(제4장 1, 110항, 같은 2, 117항)

서 일본은 '위안부' 피해 여성 개인에 대하여 국제인도법상 국가로서 법적 그리고 도의적 책임이 있다고 분명히 밝혔습니다(패러그래프 92 등).

셋째, 일본정부는 피해자개인을 국제법상의 권리의무의 주체로 인정하지 않고 개인보상을 거부하였습니다. 이 점에 대하여 이 보고서는 국제인권문서를 증거로 들어 일본정부의 주장을 채용하지 않는 이유를 세세히 기술하였습니다(패러그래프 109~122).

그리고 UN차별방지 소수자보호 소위원회의 인권침해 피해자의 보상 등에 관한 권리에 관한 특별보고관의 최종보고서를 상세히 인용하였습니다. UN의 활동이 중층적으로 발전한 실례로서 주목할 만합니다.

넷째, 일본정부가 만든 [국민기금]에 대하여도 [일본정부의 입장-도의적 책임]에 관한 Ⅷ장에서, 일본정부가 법적책임을 부정한 결과로 만들어진 것이라고 보았습니다. 일본이 도의적 책임감에 대응한 것이라는 점에서는 환영하더라도 [국민기금]의 설립이 일본군 성노예 문제의 해결이 되지는 않는다는 점을 분명히 하였습니다(패러그래프 134).

이러한 법적판단을 이유로 하여 이 보고서는 Ⅸ장 [권고]에서 일본정부가 가능한 한 신속하게 행동을 취해야 할 것들을 권고하고 있습니다. 권고의 내용은 6개의 항목에 걸쳐 있는데, 국가로서 법적책임을 인정할 것, 국가로서 피해자에게 보상을 할 것(구체적 방법으로서 UN차별방지 소수자보호 소위원회가 권고하는 것처럼 행정 심사회를 설치할 것을 권고), '위안부'의 모집과 제도화에 관여한 가해자를 특정하고, 가능한 한 처벌대상으로 취급할 것 등, 일본정부로서는 매우 혹독해 보이는 것들도 있었습니다.

일본정부는 최근까지도 쿠마라스와미 보고서에 대한 부당한 공격을 지속하면서 그 수정을 요구하고 있습니다만 설득력이 없는 주장입니다.[32]

② 맥두걸 보고서

1998년 8월 3일부터 4주간 제50회 UN차별방지 소수자보호 소위원회(인권소위원회)가 개최되었습니다. 12일에 국민기금에 의한 [보상금] 등의 조치는 도의적인 것에 불과해서 일본정부에 법적책임(책임자처벌의무 · 피해자보상의무)의 이행이 필요하다고 권고한 **[제2차 대전중 설치된 '위안(부)소'에 관한 일본정부의 법적책임 분석]**이라는 제목의 첨부문서(Appendix)(25항)을 포함한 **[무력분쟁시의 조직적 강간, 성노예 그 외 노예적 관행]**맥두걸 최종보고서(62항, E/CN.4/Sub.2/1998/13)가[33] 공표되었습니다.

이에 대하여 일본정부는 첨부문서의 수락을 거부하였습니다만(14일 발언), 위원 · NGO · 그리고 여러 정부들이 압도적으로 이를 지지하여, 21일 인권소위원회는 보고서 전체를 환영하는 결의를 채택하였습니다(E/CN.4/Sub.2/1998/L.26)(결의 1998/18).

이 보고서는 1992년 2월 이후 6년간 NGO가 UN에서 활동한 성과입니다. 인권소위원회는 1993년 8월 챠베스위원을 [전시성노예]특별보고관으로 임명하여, 성노예 문제 등을 연구해 줄 것을 요청하였습니다.[34] 그 임무를 게이 맥두걸이 이어 받았습니다.

• 맥두걸보고서의 의의

맥두걸보고서는 쿠마라스와미보고서가 이루어 낸 성과를 발판으로 몇 단계 더 발전시켰다고 할 수 있습니다. NGO가 제공한 정보(불처벌을 원인으로 배상받을 권리 등)도 연구하였습니다. 쿠마라스와미 보고서에 대한 일본정부의 반론(UN에서 공표된 반론 논문만이 아니라,[35] [사라진 일본정부문서]에 대하여도 언급하고 있으며, 완벽하게 일본정부의 반론이 설득력이 없다는 것을 논증하고 있습니다.

ILO 29호 강제노동조약에 관해서는 ILO의 1차적 감독권을 고려해서인지, 이 보고서에는 기재되어 있지 않습니다. 그러나 이 보고서는 ILO에도 제공되어 ILO 전문가 위원회에서 논의의 수준을 더욱 진척시켰다고 할 수 있습니다(ILO전문가 위원회도 마찬가지로 일본정부에 강제노동조약위반의 법적책임이 있다는 견해를 두 차례 공표

32 저는 일본정부에 의한 부당한 쿠마라스와미 보고서 공격을 비판하는 논문을 발표한 적이 있습니다. 이를 참조해 주시기 바랍니다. 도츠카 에츠로 [군사적 성노예제도와 UN인권위원회][계간전쟁책임연구]84호(2015년 여름호). 12-29항.

33 전문번역은 여성단체 바우넷재팬(VAWW-NET JAPAN)편역([전시 · 성폭력을 어떻게 단죄할 것인가-UN 맥두걸보고서전역](가이후샤, 1998), 21-121항)에 의해 출판되어 있습니다.

34 전게서 [보급판](서장 1항).

35 전게서 [보급판](제6장 2, 185항)

하였습니다).[36]

일본정부는 [조약의 항변]을 구실로 [첨부문서의 법해석에 동의할 수 없다]고 하고 있을 뿐입니다. 법적 항변수단(예를 들어, ILO헌장 37조 = 조약의 해석에 관한 이견 그리고 분쟁을 국제사법재판소에 회부하는 방법, 국제사법재판소 규정 65조=국제사법재판소의 권고적 의견을 요청하도록 경제사회이사회에 요구하는 방법 등)이 있음에도 이러한 국제기관의 법적판단에 대한 어떠한 법적 대항수단을 취하고 있지 않습니다. 후술하는 UN인권소위원회 노예제그룹이 권고하고 피해자측이 동의한 상설중재재판소에 의한 국제중재 또한 거부하였습니다.

• 맥두걸보고서에 관한 결의

인권소위원회는 21일 맥두걸보고서를 환영하는 결의안(E/CN.4/Sub.2/L.26)을[37] 채택하였습니다(결의 1998/18). 결의문 중 [성노예](sexual slavery)라는 단어에 주목하여야 합니다. 1992년 2월 UN인권위원회에서 '위안부'를 '성노예'(sex slaves)라고 표현하였습니다. 이후 NGO는 UN에서 '성노예'를 '위안부'를 이르는 명사로 사용하게 되었습니다. 1993년 6월 빈 세계인권대회에서 일본정부는 전시 성폭력에 대한 대응을 [현재]의 침해에만 한정하여야 한다고 주장하였습니다만 회의는 과거를 포함한 [모든]침해에 대응하여야 한다고 결의하였습니다.[38] 1995년 9월 베이징(제4회) UN세계여성회의에서도 UN은 '성노예'를 '위안부'를 이르는 명사로 사용하였습니다.[39] 일본군의 '위안부'라고 하는 단어가 피해실태에는 맞지 않는 것이므로 쿠마라스와미 보고서가 군 '성노예'라고 하는 단어를 제창하여 UN 용어로서 정착되었습니다. 맥두걸 보고서는 여기서 한 발 더 나아가 무력분쟁시의 조직적 강간에 대한 개념을 포함하여, '위안부'와 같은 사례에도 '성노예' 개념을 적극적으로 확장 적용하여 전시 성폭력이라는 개념으로까지 나아간 것입니다. 이러한 경과로부터 볼 때, 이 결의도 일본군 '성노예'를 필두로 한 모든 '성노예'에 대한 것이라고 해석할 수 있습니다.

(성노예 피해자의 인권)

36 전게서 〖보급판〗(제7장 2, 240항, 같은 장 3, 244항)

37 도쿄신문=시사 8월 22일부 [일본에 국가배상을 추궁하는 [위안부문제보고서 환영]UN소위가 결의채택]

38 도츠카 에츠로 [일변연대표단보고·종군 '위안부' 문제에 관한 보고]〖자유와 정의〗1993년 11월호, 25~29항.

39 전게서 〖보급판〗(제4장 1, 110항).

이상의 검토에서 분명히 알 수 있는 것은 일본군 '위안부' 피해자의 인권은 성노예 피해자의 인권이라는 점입니다.

2. 1965년 일한청구권협정의 해석론

1965년 6월 22일에 서명한 [일본국과 대한민국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정](일한 청구권협정) 제2조 1항에는 [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.]고 되어 있습니다.

한국 국민의 일본정부에 대한 청구권에 관한 문제는 [완전 그리고 최종적으로 해결되었다]라고 하는 부분만을 읽으면 [징용공문제]에 대한 2018년 한국대법원판결은 아베수상이 주장한 것처럼 이 부분을 위반한 것으로 약속위반이라는 주장이 옳은 것이 아닐까 생각하는 사람이 있다는 점도 이상하지는 않아 보입니다. 여기서 어떻게 한국의 대법원판결이 나올 수 있었던 것인지 생각해 보고자 합니다.

(1965년 일한 청구권협정의 문언의 해석)

저는 먼저 대법원판결을 잘 읽어보는 것에서부터 시작하자고 제안해 보고자 합니다. 이를 위해 앞에서 말한 것처럼 2019년 10월에 〖징용공문제라는 것은 무엇인가—한국대법원판결이 묻고 있는 것은?〗이라는 책을 아카시서적에서 출판하였습니다.

이 책의 제1장을 읽어보시면 아시겠지만, 실은 조약의 문언의 해석은 그렇게 간단하지는 않습니다. 대법원판결을 읽어 보고서야 확실히 알게 되었는데, 판결은 조약해석의 원칙에서 설명을 시작하고 있습니다. 그러한 해석의 방법은 국제적으로 상식이 되어 있는 것으로 대법원이 1965년 일한 청구권협정을 무시하고 있다고는 할 수 없습니다. 좀 더 잘 읽어 본다면 아베수상이 말한 것과 같이 [비상식]적인 것은 아니라는 것을 알 수 있습니다(같은 책 제1장 참조).

이 책의 제2장에서 [일한 청구권협정에서 종결된 것과 종결되지 않은 것]을 검토하였습니다. 2018년 대법원판결은 [반인도적인 불법행위를 전제로 하는 강제동원]피해자의 위자료청구권은 신체 그리고 생명에 대한 권리와 마찬가지로 종결되지 않았다는

결론을 도출하였습니다. 이 과정에서 아베수상의 [징용공문제]에 대한 주장이 일본군 [위안부] 문제에 대해 일본정부가 UN에서 늘 주장하던 [조약의 항변]과 같은 것이었다는 사실을 알게 되었습니다. 저는 일본정부의 [조약의 항변]을 비판하면서 그 잘못에 관한 의견서를(2009년 4월 4일) 한국헌법재판소에 제출한 때부터 그 내용을 상세히 소개하여 왔습니다.

저는 전술한 쿠마라스와미 보고서 그리고 맥두걸 보고서를 포함해 1965년 일한청구권협정의 문언을 해석하여 노예 피해자인 일본군 '위안부' 피해자의 일본정부에 대한 권리는 소멸하지 않았다고 결론을 내었습니다. 여기서 상세하게 쓰지는 않겠습니다만, 위 책의 제2장을 참조해 주시기 바랍니다. 그 내용 그대로 인용하였으면 합니다.

3. 조약에 의해 인권을 소멸시킬 수 있는가?
(1999년 UN인권 소위원회 결의)

저는 위 책 제2장(112–113항) 이하에서 다음과 같이 쓴 적이 있습니다. 이것은 1965년 일한 청구권협정의 문언해석의 문제를 뛰어 넘는 것입니다. 여기서 특별히 설명을 조금 덧붙여 두겠습니다.

[매우 중요한 점인데, 1999년 8월 26일 『맥두걸 보고서』 등의 축적된 연구를 기반으로 하여 일본군 성노예 문제 등을 둘러싸고 격렬한 논의를 전개하였던 UN인권소위원회는 조직적 강간, 성노예, 노예적 관행에 관하여 피해자 개인과 국가의 권리와 의무를 평화조약이나 협정 등의 수단으로 국제법상 소멸시키는 것이 가능하지 않다는 점을 유의하라는 결의를[40] 채택(15대2, 기권 5)하였습니다. UN의 인권기관이자 독립적인 전문가 패널이 이러한 법적 원칙에 유의할 것을 상기해 준 것은 매우 중요하다고 생각합니다]

이것은 1998년 앞에서 서술한 맥두걸 보고서가 심의되었던 시기에 일본정부가 샌프란시스코 평화조약 그리고 양국 간 협정에 의해 전쟁에 관한 여러 문제가 해결되었다는 [조약의 항변]을 주장하면서 맥두걸 보고서의 권고를 거절한 것에 대응하기 위해, 그 다음 해(1999년)에 UN인권소위원회가 답변하면서 일본정부의 [조약의 항변]을 비판하였다고 볼 수 있습니다.

왜 UN인권소위원회가 이러한 결의를 하였는가는 차지하고, 저는 최근의 국제회의에서[41] 이 결의 요지를 다음과 같이 설명한 적이 있습니다.

(강행규범– jus cogens)

아베수상은 국가와의 조약을 만능시하여 조약에 의해 국가는 어떠한 약속도 할 수 있다고 생각하며, 샌프란시스코 평화조약에 기반한 1965년 일한 청구권협정에서 노예 그리고 강제노동 피해자의 인권까지도 박탈할 수 있었다고 주장하고 있습니다. 아베수상은 국가와 국가 간의 조약이 만능이 아니고, 조약 체결로도 불가능한 것이 있다는 국제법상의 원칙(강행규범의 법리)가 있다는 것을 모르고 있는 것 같습니다.

국가도 국가 간의 조약도 만능이 아닙니다. 강행규범(국제법상의 강행규범)을 어길 수는 없습니다. 이것은 국내법으로는 모든 나라가 받아들이고 있는 공서양속의 원칙(일본법에서는 민법 제90조)에 해당하는 것입니다. 조약법에 관한 빈조약 제53조의 규정에서도 강행규범에 위반한 조약은 무효라는 법리를 확인하고 있습니다. 해당 조항의 [어떠한 일탈도 허용되지 않는 규범]은 이 조약이 성립되기 전부터 존재하는 것이라는 사실을 주의해야 합니다. 예를 들어 무력행사를 금하는 UN헌장의 규정, 해적의 금지, 노예약취 · 유인의 금지, 국제법상의 범죄[42] 등이 이에 해당하는 것으로 이미 예전부터 이러한 국제법상의 강행법규로부터 일탈하는 조약을 체결하는 것은 불가능하다는 원칙이 존재했었던 것입니다. UN 국제법위원회의 심의에서는 보편적 인권도 이에 해당한다는 지적까지도 있었습니다. 무엇이 강행규범인가는 판례가 축적되면서 확인될 것입니다. 이러한 국제법상의 강행규범의 존재에 대하여는 세계적으로 인정받는 국제법학에서 권위를 지닌 학설을[43] 통해서도 충분히 알 수 있는 것입니다.

따라서 샌프란시스코 평화조약에 기반한 1965년 일한 청구권협정에 의해서도 노예

---

40 Sub–Commissionresolution 1999/16 on Systematic rape, sexual slavery and slaverylike practices. "13. Notes that the rights andobligations of States and individuals with respect to the violations referredto in the present resolution cannot, as a matter of international law, beextinguished by peace treaty, peace agreement, amnesty or by any other means;" http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB.2.RES.1999.16.En?Opendocument visitedon 26/3/2009.

41 Supra. "The Issue of Japan's Forced Mobilization andInternational Law – Can peace treaties extinguish human rights? — ".

42 ILO전문가위원회는 권고를 통해 일본군 '위안부'를 성노예피해자로서 ILO29호 강제노동조약(1930년)에 위반하였다는 사실을 인정하였습니다. 전게서 『보급판』(제7장, 230–254항), 동조약상 일본정부에게는 처벌의무가 있습니다.

43 ①Robert Jennings and Arthur Watts, (eds.), Oppenheim's International Law Ninth EditionVol. 1 Peace Parts 2 to 4, Longman, 1996, pp. 1292–1293. ②RobertJennings and Arthur Watts, (eds.), Oppenheim'sInternational Law Ninth Edition Vol. 1 Peace Introduction and Part 1,Longman, 1996, pp. 7–8.

그리고 강제노동 피해자인 일본군 '위안부' 피해자의 인권을 소멸시키는 일도 일본정부의 의무를 제거하는 일도 불가능합니다.

4. 결론

따라서 원고들 일본군 '위안부' 피해자의 인권은 샌프란시스코 평화조약에 기반한 1965년 일한 청구권협정에 의해 소멸되지 않았습니다.

② 제2의 문제 : 원고들 일본군 '위안부' 피해자가 인권의 회복을 구하기 위해 일본정부를 피고로 하는 소를 제기하여 귀원에 계속 중인 이 민사사건(2016가합580239)에 대하여 주권면제를 적용할 수 있는가?

1. 주권면제의 법리에 대하여

저는 국제법상의 주권면제의 법리에 대하여 특별히 연구를 해 왔던 것은 아니기 때문에 이에 대하여 논술하는 것은 적절하지 않다고 생각합니다. 저의 경험에서 나온 어떠한 사실이 귀원의 판단에 참고가 될 수 있을까를 생각하던 중 필요한 범위 내에서 참조한 약간의 자료를 위주로[44] 설명하는 정도에 그치겠습니다.

2. 일본군 '위안부' 제도와 일본군의 관계를 어떻게 이해하여야 할 것인가?

제1의 문제, [1. 일본군 '위안부' 피해자의 인권]의 항에서 자세히 설명한 것처럼 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성산업업자와 군 간에는** ① 일본의 형사법상 공모공동정범의 형사책임을 지는 관계에 있고, ② 일본의 민사법상으로는 **함께 성산업이라는 상행위에 종사하였던 사실에서 공동불법행위 의 책임을 지는 관계에 있다**고 할 수 있습니다.

군과 성산업업자는 공동으로 성산업이라는 상행위에 종사하였기 때문에, 군이 '위안소' 경영에 관여한 행위는 "acta jure gestionis" 즉, 상업적 행위에 종사한 것이라고 할 수 있습니다.

따라서, 군의 '위안소' 경영에의 관여행위는 국가주권면제를 주장할 수 있는 "acta jure imperii" 즉, 공법적 행위가 아닌 것입니다. 이는 일본정부가 일본군 '위안부'를 노예로 삼은 '위안소'의 설치에 대한 어떠한 법적근거도 찾지 못하고 있다는 사실을[45] 통

---

44 ①Oppenheim'sInternational Law Ninth Edition Vol. 1 Peace Introduction and Part 1, Longman, 1996, pp. 355–363. ② Duhaime's Law Dictionary, Jure Imperii Definition:Related Terms: Jure Gestionis. Also known as acta jure imperii, the imperial,public acts of the government of a state. Often distinguished from juregestionis, the commercial activities of a state. http://www.duhaime.org/LegalDictionary/J/JureImperii.aspxvisited on Nov. 23, 2019. ③후지다 히사가즈(藤田久一) [국제법강의Ⅰ 국가·국제사회](도쿄대학 출판사, 1992),348–355항

45 전게 주 22 중 [참의원의원 후지다 유키히사 제출 '위안부' 문제에 관한 질문에 대한 답변서]는 [앞의 답변서(헤이세이 26년 5월

해서도 확인할 수 있습니다

3. 일본군 '위안부' 피해자의 피해의 성격은 어떤 것인가?

일본군 '위안부' 피해자의 피해는 제1의 문제, [**1. 일본군 '위안부' 피해자의 인권**]의 항에서 상세히 서술하였습니다. 특히, 피해에 대해서는 1993년 8월 고노담화가 [위안부의 모집에 대해서는, 군의 요청을 받은 업자가 주로 이를 맡았으나, 그 경우에도 감언, 강압에 의하는 등, 본인들의 의사에 반하여 모집된 사례가 많이 있으며, 더욱이 관헌 등이 직접 이에 가담하였다는 것이 명확하게 되었다. 또한, 위안소에서의 생활은 강제적인 상태 하에서의 참혹한 것이었다.

또한, 전장에 이송된 위안부의 출신지는, 일본을 제외하면 조선반도가 큰 비중을 차지하고 있었으나, 당시의 조선반도는 우리 나라의 통치 하에 있어, 그 모집, 이송, 관리 등도, 감언, 강압에 의하는 등, 대체로 본인들의 의사에 반해 행하여졌다.

결국, 본건은 당시 군의 관여 하에서, 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 준 문제이다. 정부는 이 기회에, 다시금 그 출신지의 여하를 묻지 않고, 이른바 종군위안부로서 허다한 고통을 경험당하고, 심신에 걸쳐 씻기 어려운 상처를 입은 모든 분들께 사과와 반성의 마음을 올린다.]라고 서술한대로입니다.

개별 피해자가 입은 피해의 내용은 각각 다른데 그렇다면 고노담화가 인정하는 위와 같은 피해는 법적으로 어떻게 평가해야 하는 것일까요?

일본법상으로는 조선에서 동원된 대부분의 피해자의 대하여 전술한 1936년 나가사키지방법원 판결이 평가한 것처럼 형법 제226조 1항 2항에 위반하는 범죄가 성립된다고 할 수 있습니다. 앞의 2번 주의 내용처럼 판결들이 적용한 당시의 형법 제226조는 당시[제국외]인 조선에서도 적용가능했다고 아베총리가 인정했다는 것을 유의하여야 할 것입니다.

국제법상 일본군 '위안부' 피해자는 이하와 같은 위법행위의 피해자라고 할 수 있습니다.[46] 즉, 다음의 국제법에 위반했다고 생각합니다. • 국제인도법(헤이그규칙 · 1929년 제네바조약 · 인도에 반하는 죄 • [추업]관계 2조약 • 1926년 노예조약이 인정한 관습국제법인 노예거래의 금지 • ILO 29호 강제노동에 관한 조약(1930년).

관습국제법에 대하여 2가지 중요한 법적검토 결과를 추가하겠습니다.

첫째, 일본정부가 당시 노예의 금지가 관습국제법이었다는 것을 부인하는 것을[47] 어떻게 볼 것인가 하는 문제입니다. 분명 일본은 1926년 노예조약을 비준하지는 않았습니다. 그러나 1926년의 노예조약은 노예거래의 금지를 확인한 것이라는 점을 국제법률가위원회(ICJ)도,[48] 앞의 일변연의 제언에서도, 쿠마라스와미 보고서에서도, 맥두걸 보고서도 마찬가지로 똑같이 분석하고 있습니다. 이를 부인한 것은 일본정부뿐입니다.

중요한 중재 재판례를 여기서 들어 두겠습니다. 마리아 루스호 사건에서 일본정부는 1872년(메이지5년) 7월 9일 요코하마항에 입항한 페루선박에 타고 있던 중국인 인부를 노예 피해자라고 보아 풀어주었습니다. 페루정부는 이에 항의하여 중재재판에 가게 되었는데 이는 일본이 처음으로 겪게 되는 중재재판(중재재판관은 러시아 황제)이었고, 이 중재재판에서 이 사건 국제분쟁이 해결되었습니다. 결과적으로 일본은 1875년(메이지 8년) 6월 10일의 중재재판소에서 페루에 승소하였습니다.[49] 일본은 메이지시대 초반(1870년대)에 이미 노예거래의 금지를 관습국제법으로 실제 국제적 사건에서 적용한 국제관행이 있었다는 점과,[50] 이것을 국제사회에 표명하고 지지받았다는 사실을 염두에 두어야 합니다. 에스토펠의 원리에 비추어 보았을 때 1930년대에 그것이 관습국제법이 아니었다고 지금에 와서 주장하는 것은 허용될 수 없습니다.

둘째, 일본에 의한 한반도의 지배의 불법성에도 문제점이 있습니다. 저는 앞(주10번)에서 2019년에 2편의 저술을 출판한[51] 적이 있다고 하였는데, 그 두 책에서 **일본에**

20일 내각참질 186 제97호)의 2부터 5까지 그리고 7에서 답변한 것처럼, 헤이세이 4년 7월 6일 그리고 헤이세이 5년 8월 4일에 발표한 위안부문제의 조사결과에 대하여 위안부 그리고 위안소의 법규상의 위치에 대하여는 명백히 밝혀져 있지 않아 질의에 답변하는 것이 곤란하다]라고 아베수상이 답변하였습니다.

46 제 의견의 상세한 내용은 전게서 『보급판』(마지막 장 [국제법상의 책임], 288–302항).

47 전게서 『보급판』(제6장, 183–186항)에 기재하였듯이 UN인권위원회에 일단은 제출되었던 [사라진 문서 '일본정부의 견해']는 노예의 금지가 국제관습법이라는 점을 부인하며 쿠마라스와미 보고서를 거부할 것을 UN인권위원회에 요청하였습니다. 그러나 지금도 이 문서의 존재자체를 일본정부는 부인하고 있습니다.

48 국제법률가위원회편·사단법인자유인권협회/일본의 전쟁책임자료 센타역『국제법에서 본 [종군위안부]문제』(아카시서점, 1995) 179~182항.

49 마쯔이 요시로우(松井芳郎)편집대표『판례국제법(제2판)』(토우신토우, 2006), 676–678항

50 이 과정에서 창기해방령이 나왔습니다만, 이 점에 관한 상세한 서술은 생략하겠습니다

51 전게서 ① 『징용공문제란 무엇인가?』 ② 『역사인식과 일한 '화해'의 길』

의한 한국의 식민지배는 국제법상 불법이였다는 연구성과를 발표하였습니다. 그 상세한 내용까지는 여기서 서술하지 않겠습니다만, 일본군 '위안부' 피해자는 이러한 상황에서 한반도에 살고 있다가 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하는 성산업자와 군에 의하여** 납치되어 인신의 자유를 빼앗기고 노예가 되었습니다. 1919년 3월 1일의 독립선언으로 상해에 임시정부를 수립한 대한민국이 전후 실효적지배를 확립한 후에 일본에 의한 불법적인 강제적 무력점령 하에서 일본에 의해 저질러진 한국인의 인신에 대한 만국공통의 범죄로 인하여 피해를 입었다고 할 수 있습니다. 그럼에도 불구하고 이를 불처벌하는 상태로 방치하는 것은 국제질서를 확립하기 위해서라도 허용되어서는 안되는 것이 아닐까요? 이는 현재의 대한민국의 사법기관의 관할 하에 있는 지역에서 범죄가 저질러져 피해가 발생한 것이라고 할 것입니다. 이는 피고 일본의 군이 업자들과 함께 실행한 상행위에 의한 노예화라는 불법행위에 의해 일어난 일입니다.

따라서 저는 귀원에게 이러한 노예라는 피해를 입은 피해자들의 청구에 대하여 공정한 재판을 행하여 진상과 법적책임의 소재를 확인하여 하는 책임과 의무가 있다고 믿고 있습니다. 이를 일본이 거부하였던 것도, 범행지에서의 재판관할권을 가지는 귀원이 인신의 피해라는 불법행위에 대하여 그 의무를 해태하는 것도 만국의 정의를 부정하는 것이 될 것입니다.

4. 이 사건 이전 모든 일본군 '위안부' 피해자의 구제수단이 왜 다하고 만 것인가?

세계인권선언 8조는 [모든 사람은…권한을 지닌 국내재판소에 의해 효과적으로 구제를 받을 권리를 가지고 있다]라고 정하고 있습니다. 일본과 한국이 모두 비준한 자유권규약 14조 1항은 [공정한 재판을 받을 권리]를 보장하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 일본군 '위안부' 피해자는 그러한 구제수단을 빼앗겨 버렸습니다.

저는 일본군 '위안부' 피해자를 위하여 일본의 국내법원에 의한 실효적 구제의 길을 찾아보고자 UN 헌장상의 구제수단을 활용하려는 노력을 한 적이 있습니다. 그러한 구제수단에 대한 연구를 통해 두 가지 실효적 구제의 길을 발견할 수 있었습니다.

(현대 노예제 워킹그룹의 권고 = 상설중재재판소)

1994년UN · 현대노예제 워킹그룹에서 저는 IFOR(국제화우회)를 대표하여 상설중재재판소(PCA)의 절차 등에 관한 정보를 제출하여, [일본군 '위안부' 문제와 같은 국가와 피해자 개인 간의 국제분쟁의 해결을 위하여 헤이그 상설중재재판소를 이용할 수 있다. 일본정부는 피해자가 요구하는 경우 상설중재재판소에 의한 분쟁해결에 동의하여야 한다]고 지적한 적이 있습니다.[52]

그때까지 UN은 일본군 '위안부' · 강제연행 등에 관한 정보를 입수하면 대체로 다음의 두 가지 대응을 해 왔습니다. 첫째는 관련연구를 하고 있는 적당한 특별보고관에게 정보를 보내어 검토를 요청하는 것입니다(1992년 · 1993년의 현대 노예제작업부분). 두 번째는 [전시 노예제의 연구]를 수행할 특별보고관을 임명하는 결의를 채택(1993년의 인권소위원회)하는 조치를 취하는 것입니다. 양자 모두 주로는 문제의 연구에 그 중점이 있다고 할 수 있습니다.

그러나, 앞에서 말씀드린 IFOR의 주장은 연구에서 한걸음 더 나아가 [어떠한 방법으로 조기에 공정하고 최종적으로 분쟁해결을 가능케 할 수 있는가?]라는 관점에서 나온 것이었습니다. 일반적 연구를 넘어서 제안할 수 있는 분쟁해결의 방법과 구제절차를 연구의 결과로서 찾아 이를 구체적으로 제기하였던 것입니다. 그렇기 때문에 UN이 이러한 새로운 구체적 제안에 응하여 어떠한 조치를 취할 것인가가 매우 주목받는 상황이었습니다. 만약 적극적으로 제안을 받아들인다면 앞으로의 UN 심의가 크게 전진할 가능성이 있다고 예상할 수 있었습니다.

이 문제에 대하여 권고제안을 심의하던 중 위원 중의 한 사람이 원안 수정을 제안하였습니다. 하나의 문단을 2개로 나누고 문언을 조금 바꾸는 것이었습니다. 수정의 필요로 인하여 전문이 읽혀졌습니다. 원안은 제안대로 채택되었습니다. 권고내용은 다음과 같습니다.

[어떠한 사항이라도 당사자가 중재에 회부하기를 희망한다면, 여러 노예제 형태를 포함하는 인권침해의 피해자 그리고 국가는 상설중재재판소를 이용할 수 있다는 정보를 환영한다] [인권침해, 특히 노예제관행의 피해자를 원조하는 하나의 방법으로서 상설중재재판소의 관할권에 관하여 임의 중재회부를 위하여 합의할 수 있다는 점에 대하여 관계당사자들의 주의를 환기한다]라고 하였습니다.

이러한 권고는[53] 인권소위원회의 5인 위원에 의한 워킹그룹에서 나온 것이었으므로

---

52 전게서 [보급판](제1장, 33-34항)

53 "The Working Group on Contemporary Forms of Slavery,Noting the information received concerning the sexual exploitation of women, aswell as other forms of forced labour, during wartime, Taking note ofSub-Commission on

1994년 8월 인권소위원회에서 중시되었을 것이라는 의심의 여지가 없습니다. UN 특별보고관 1인의 제안보다 그 무게감이 있었다고 할 것입니다. 앞으로 해결방법에 관한 논의가 이루어질 때마다 UN 관계자들은 이 점을 출발점으로 논의를 시작하게 되었다라고 할 수 있습니다.

이러한 UN의 권고에 대하여 정대협과 일본군 '위안부' 피해자는 곧 UN 현대노예제 워킹그룹의 권고를 수락한다는 뜻을 표명하였기 때문에 이를 지원하기 위하여 일본에서 ['위안부' 문제의 국제중재를 추진하는 변호단](59명의 일본변호사가 참가)이 결성되었습니다. 이 변호단은 1994년 11월 22일 신청인 정대협 그리고 강덕경 외 7명의 '위안부'를 대리하여 사무국장 스즈키 히로시(鈴木宏)외 7명의 변호사가 일본정부 내각총리대신에게 내각 외정심의실을 통하여 신청인과 일본정부간의 '종군위안부' 문제의 법적책임 그리고 배상의무 유무에 대하여 상설중재재판소의 중재판정에 따른다는 합의를 할 수 있도록 하여, 이 문제를 중재에 의하여 해결될 수 있도록 시도하였습니다.[54]

이에 이르기까지 경과를 설명하겠습니다. 저는 일본의 법원에서 이 문제에 관한 공정한 해결을 실현할 가능성이 있다는 데에 대해서는 전혀 자신이 없었습니다. 그 이유는 이미 앞에서 기술한 바와 같습니다. 그렇다면 다른 공정하고 신속하게 이 문제의 해결을 가능케 할 방법이 없을까라는 생각을 늘 하고 있었습니다만, 국제사법재판소는 국가 간의 법적분쟁의 해결만을 다루는 기간이었습니다. 그런데 오랜 역사를 지니는 상설중재재판소(PCA)를 국가와 국가가 아닌 피해자간의 법적분쟁 해결에 활용가능하다는 것을 알고 [이 외에는 피해자도 일본정부도 받아들일만한 가능한 방법은 있을 수 없다]고 확신하게 되었습니다.

그런데 UN에 제안하는 것은 피해자와 정대협 등의 지원자들의 동의가 없이 진행할 수는 없었습니다. 피해자 측의 사전승낙을 얻지 않으면 제가 먼저 UN에 제안을 하여도 좌절되고 말 것이었기 때문입니다. 그래서 PCA에 의한 해결에 대해 어떻게 생각하는지를 정대협과 피해자 지원단체에 타진해 보았습니다. 그 때 정대협으로부터 받은 질문은 [피해자들이 승소할 수 있다고 생각하는가?]라는 것이었는데 이는 답변하기 곤란한 것이었습니다. [PCA는 중립적 입장에서 판단할 것이기 때문에 일본의 법원보다는 훨씬 더 공정한 판단을 해 줄 것이라고 기대한다. 그러나 중재도 재판이기 때문에 사전에 승패는 알 수 없다. 단지 다른 공정하고 실효적인 구제의 방법을 발견하기 어렵다. 패소의 위험을 각오하고 진행할 수밖에 없다고 생각한다]고 답변하였습니다. 그러한 상황이었음에도 UN의 권고를 수락하여 준 정대협과 '위안부' 분들에게는 지금도 감사하고 있습니다.

그러나, 1995년 1월 24일 일본정부는 피해자를 대리하여 '위안부' 문제를 국제중재재판소에 회부하여 해결할 것을 요구한 변호단에게 정식으로 그 요구를 거부하는 답변을 하여 왔습니다. 그 이유는 단지[조약으로 해결되었다]라는 것뿐으로 어떠한 논리적인 내용도 없었습니다. 조약으로 해결되었는지 여부도 중재재판에서 해결하여야 할 법률문제이므로 거부의 이유가 될 수 없습니다.[55]

이로 인하여 피해자도 일본정부도 가장 합리적이며 공정 그리고 신속하며 실효적으로 이 문제를 해결할 수 있는 기회를 잃어버리게 되었습니다. 국제적으로는 [중재재판을 거부하는 것은 일본정부 · 외무성의 법적입장이 무너질 수 있다는 것과 함께 승소의 가능성이 없기 때문이다]라고 받아들여 질 것이었습니다.

PCA에서의 공정한 구제수단은 정의에 부합하는 것이었습니다. 이를 제안한 UN의 권고를 승패를 알 수 없는 피해자 측도 수락하였습니다. 게다가 UN의 권고를 구체화하기 위한 절차까지 피해자 측이 진행하였습니다. **이러한 UN의 권고를 실현하는 길을 이미 무너진 [조약의 항변]이라는 구실을 들어 막아 버린 것은 일본정부였습니다.**

일본정부가 UN권고를 수락하는 것을 거절한 1995년 1월 24일 당시의 일입니다. 일

Prevention of Discrimination and Protection of Minoritiesresolution 1993/24 of 25 August 1993 on slavery and slavery-like practicesduring wartime, … 3. Welcomes the information that the Permanent Court ofArbitration is available to victims of violations of human rights, includingvarious forms of slavery, and to States, should the parties wish to submit anymatters to arbitration; 4. Draws the attention of the parties concerned to thepossibilities of making agreements on voluntary submission to the jurisdictionof the Permanent Court of Arbitration as a way of assisting victims ofviolations of human rights, in particular practices akin to slavery;" See: UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/33, 23 June 1994 Report of the Working Group on Contemporary
Forms of Slavery on its nineteenth session.
https://digitallibrary.un.org/record/226628?ln=en Visited on Nov. 25, 2019.

54 ① '위안부' 문제의 국제중재를 추진하는 변호단에 의해 1994년 11월 22일자 '종군위안부' 문제의 국제중재 합의 요청에 관한 기자발표의 요지 ② 한국에서는 1994년 11월 30일자 한겨레 신문(3면)에서 보도되었습니다. ③ 저는 헤이세이 6년 11월 17일자로 정대협공동대표 3인과 '위안부' 피해자 11명에 의한 스즈키 히로시 외 8명의 일본변호사 그리고 박원순 외 9명의 한국변호사에 대한 위임장 신청서 그리고(별지) 중재합의서를 보관하고 있습니다.

55 전게서 [보급판](제3장, 90-91항)

변연이 『'종군위안부' 문제에 관한 제언』[56]을 이사회에서 채택하였는데 그 중에는 '위안부' 문제해결을 위하여 진상규명, 공적사죄, 피해자개인에 대한 배상, 철저한 역사교육 등과 함께 상설중재재판소의 이용까지 함께 제언하였습니다. 그리고 이 일변연의 제언에 포함된 피해자개인에 대한 배상은 입법에 의하여야 한다고 제언하였습니다.

(UN 인권소위원회권고=행정 심사회의 설치)

1995년 8월 UN 인권소위원회는 '위안부' 문제(그 외의 노예유형 행위를 포함하여)에 대하여 처음으로 일본을 지목하며 일본정부가 발족한 민간모금을 위한 민간기금 중심의 대책을 [불충분]하다고 비판하였고, 이 문제의 해결을 위하여 [행정심사기관]을 설치할 것을 요구하고, 더 나아가 1994년 현대노예제 워킹그룹이 권고한 국제중재재판의 이용을 시사하며 해결의 방안을 처음으로 제안하였습니다.[57]

- **1995년 8월 인권소위원회에서 무엇이 결의되었는가?**

제47회 차별방지 소수자보호 소위원회의 일본군 '위안부' 관련 2결의(의제 15 현대노예제)가 채택된 것은 1995년 8월 18일의 일입니다. 그 중의 하나인 현대노예제 워킹그룹 보고서(UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/L.26)관한 결의안에 주목하여야 합니다. 이것은 사소한 수정이 있었을 뿐, 컨센서스를 얻어 무투표로 채택되어 인권소위원회 결의(1995/16)가 되었습니다. 일본정부에 대한 외교사령(민간기금설립 등의 정보를 [해결의 방향으로 나아가는 유익한 단계]로 환영하였지만 [해결]이라고는 할 수 없다)에 대하여 기술하면서(패러그래프 39), 인권소위원회는 이를 충분한 해결이라고 보지는 않는다며 이하의 구체적 행동을 취하였습니다.

① 전쟁범죄자에 대한 처벌문제에 대하여 [인권침해자의 불처벌 문제에 관한 특별보고관]에게 연구를 요청할 것(패러그래프 38) ② 일본국에 의한 보상문제에 관해 일본에게 신속한 행정 심사회를 설치하는 것이 해결책이 될 것이라는 취지의 권고를 하고, 또한 94년의 현대노예제 워킹그룹의 권고 중 특히 상설중재재판소에 의한 해결에 대하여 당사자쌍방의 주의를 환기시켰습니다.[58]

---

56 전게서 『추궁당하는 여성의 인권』

57 전게서 『보급판』(제5장, 141-148항)

58 The Sub-Commission on Prevention ofDiscrimination and Protection of Minorities, …

이 결의내용은 ICJ(국제법률가 위원회)의 권고와[59] 매우 흡사한 것으로, UN 인권회의가 정식으로 처음 결정하였기 때문에 일본은 진지하게 대응하여야 할 필요가 있었습니다. 일본군 '위안부' 피해자에 대한 보상을 위하여 행정 심사회를 설치할 것을 일본정부에 요청하였지만 일본정부는 [조약의 항변]을 이유로 국가가 피해자에게 보상하는 입법을 강하게 반대하였습니다. 결국 국회의원이 의원입법을 하여 국회에 의한 해결을 간구해 보는 방법 외에는 없었습니다. 모토오카 쇼지 참의원 의원을 중심으로 한 국회의원들과 ['위안부' 문제의 입법해결을 간구하는 모임][60] 등의 시민단체가 UN 권고의 실현을 위하여 성실하게 입법운동을 추진하게 되었습니다.

국회 내에서도 곤란한 점이 있었습니다. [조약의 항변]을 돌파할 필요가 있었던 것입니다. [조약의 항변]을 이유로 [입법으로 해결하는 것은 불가능하다]라고 주장하는 정부 · 국회(보수파) 관계자들은 국가보상을 위한 입법운동을 하는 것 자체가 1965년 일한 청구권협정에 위반하는 것이라고 주장하였습니다. 이러한 입법행위는 조약을 준수하여야 하는 국가공무원인 국회의원의 헌법상의 의무에 위반하는 것으로 입법행위가 헌법위반이 된다는 논리를 방패삼아 의원입법의 시도 자체를 저지하려 하였습니다. 이러한 두 가지 어려운 과제를 해결하기 위하여 모토오카 쇼지 참의원 의원을 중심으로 한 국회의원들과 함께 입법운동을 조직한 시민들은 5년간이나 고심하며 애를

IX. MISCELLANEOUS

"38. Decides totransmit the information received concerning the sexual exploitation of womenand other forms of forced labour during wartime to the Special Rapporteurs onthe question of impunity of perpetrators of violations of human rights, andrecommends that the Special Rapporteurs take into consideration the informationon this question received by the Working Group during its twentieth session;39. Welcomes the information provided by the Government of Japan to the WorkingGroup and to the Sub-Commission at its forty-seventh session regarding itsaction in relation to the issue of women sex slaves during the Second WorldWar, seeing those measures as useful steps towards the solution of outstandingcomplaints regarding activities of Japanese military forces before September1945;

40. Considers that the promptestablishment of a Japanese administrative tribunal to deal with persons whosuffered maltreatment, in particular subjection to treatment akin to slavery,would effectively settle such grievances; 41. Recalls the recommendationsadopted by the Working Group at its nineteenth session (E/CN.4/Sub.2/1994/33,chap. VI), in particular recommendation 13, paragraphs 1 to 4, and draws theattention of the parties concerned to the possibility of making agreements onvoluntary submission to a settlement mechanism;" E/CN.4/1996/2E/CN.4/Sub.2/1995/51 page 47, Resolution 1995/16. Report of the Working Group onContemporary Forms of Slavery.

In: UN Doc. E/CN.4/1996/2E/CN.4/Sub.2/1995/51 23 October 1995, REPORT OF THE SUB-COMMISSION ONPREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES ON ITS FORTY-SEVENTHSESSIONhttps://digitallibrary.un.org/record/190836?ln=enVisited on Nov. 25, 2019.

59 전게서 『국제법에서 본 '종군위안부' 문제』

60 1996년 12월에 ['위안부' 문제의 입법해결을 간구하는 모임(회장 즈치야 고우켄-土屋公献- 부회장 아라이 신이치-荒井信一 스루가대학 교수, 사무국 연락처 아리미츠 켄-有光健-)이 결성되었습니다.

먹어야 했습니다.[61]

그런데 1999년 9월 8일, 모토오카 쇼지 참의원 의원이 노나카 관방장관에게 국회질문을 하던 중 의원입법에 의한 보상 법안이 조약위반도 헌법위반도 아니라는 답변을 끌어내었습니다.[62] 그 결과 참의원 법제국으로부터 공식적인 협력을 얻을 수 있게 되어 [전시 성폭력 피해자 문제의 해결의 촉진에 관한 법률안](통칭 [모토오카 법안])의 입안에 성공하게 되었습니다. 이 법안에는 저의 개인안에는 없었던 [사죄]라는 단어가 들어갔습니다.[63] 이 법안을 가지고 한국을 방문한 모토오카 의원은 정대협 대표를 직접 만나 설명하였고 환영한다는 말을 들을 수 있었습니다.[64]

이렇게 하여 모토오카 쇼지 참의원 의원은 두 가지의 어려운 장애를 넘어선 것입니다. 2000년 4월 10일 제147회 정기국회에서 모토오카 의원이 중심이 되어 정리된 법안이 민주당 법안으로서 참의원에 제안되었습니다. 2000년 10월 30일 제150회 임시국회에서는 민주당, 공산당, 사민당인 각자 법안을 동시에 제안하여 3당이 협의하여 법안을 일체화시켰습니다. 2001년 3월 21일 제151회 국회에서 3당 공동제안 법안이 제출되어 이후 2008년 제169회 정기국회까지 10번에 걸쳐 야당공동제안의 법안이 참의원에 연달아 제출되었습니다.[65]

그러나 정부와 정부를 지지하는 국회의원들은 1965년 일한 협정을 이유로 소극적

61 ① 도츠카 에츠로 [일본군 성노예 문제의 입법해결을 위한 제안–전시 성폭행 피해자 문제해결 촉진법안의 실현을 위하여(그 첫 번째)] 〖류코쿠법학–龍谷法学〗 41권 제2호, 2008년 8월 287–317호
② 도츠카 에츠로 [일본군 성노예 문제의 입법해결을 위한 제안–전시 성폭행 피해자 문제해결 촉진법안의 실현을 위하여(그 두 번째)] 〖류코쿠법학–龍谷法学〗 41권 제3호, 2008년 12월 486–530호
③ 도츠카 에츠로 [시민이 만든 '위안부' 문제의 입법적 해결안–전시 성폭행 피해자 문제해결 촉진법안의 실현을 위하여]국제인권법 정책연구(특집 '위안부' 문제의 입법적 해결을 위하여)제3·4권 합병호(통권 4호) 2008년 12월 pp.16~65.
④ 모토오카 쇼지 ['위안부' 문제와 나의 국회활동 13년] 위 국제인권법 정책연구(통권 4호) 7–15항.

62 모토오카 쇼지 ['위안부' 문제와 나의 국회심의] 모토오카 쇼지 도쿄사무소(2002년) 115항

63 저는 개인안이 한국의 피해자측으로부터 환영받지 못한다는 사실을 알고서 그 이상의 설득을 단념하고 1998년 2월에 미국 시애틀의 워싱턴대학으로 유학을 떠나버렸습니다. 그 직전에 당시 정대협 고문이었던 박원순 변호사가 왜 나의 개인안이 환영받지 못하였는지에 관한 글을 적어 주어 그 의견서를 모토오카 의원과 참의원 법제국의 책임자에게 그대로 전달하였습니다. 참의원 법제국의 직원은 박원순변호사의 의견서를 진지하게 읽고 이러한 법안이라면 피해자측이 환영할 수 없다는 점에 관하여 성실히 연구하여 주었습니다. 그로부터 나온 것이 [사죄]를 목적으로 하는 법안이었다고 생각합니다. 법안입법의 과정에 이러한 일이 있었던 것입니다. 여기서 시간이 걸리더라도 가해자측이 피해자측과 사이에서 성실한 협의를 계속하는 과정이 화해의 전제조건으로서 매우 중요하다는 점을 확인할 수 있습니다.

64 전게서 에츠로 [시민이 만든 '위안부' 문제의 입법적 해결안]37항

65 그 동안 정계개편이 극심했습니다. 모토오카 쇼지 의원은 2001년 8월부터 참의원 부의장에 임명되어 입장이 바뀌었기 때문에 오카자키 토미코(岡崎トミ子)참의원 의원 등 야당의 여성의원들이 입법운동의 주도적 입장을 이어가게 되었습니다. 전게 모토오카 ['위안부' 문제와 나의 국회심의] 전게 에쯔로 [시민이 만든 '위안부' 문제의 입법적 해결안]

입장을 유지하며 협력하지 않았습니다. 이로 인해 이 귀중한 의원입법안이 법제화되지 못했습니다. 2009년 9월부터 3년간 민주당중심 정권이 성립되었을 때 드디어 내각이 이 법안을 제안할 수 있게 되는구나하는 기대를 품게 되었습니다. 그러나 민주당 내부에서조차 [민간기금에 협력하였다] 등의 의견을 가진 의원도 적지 않았고, 정권 내부의 정쟁이 격심해져 오히려 법안의 제안이 더 어려워지고 말았습니다. 민주당이 정권을 빼앗기고 난 후 성립된 보수 정권은 북한을 필두로 대한민국 등에 대한 혐오감과 대외적 대립을 부채질함으로써 정권을 유지하려는 것처럼 보입니다. 현재의 아베 정권이 상징하는 것처럼 극단적 배타정책이 지속되고 있어 법안의 제안은 꿈조차 꾸지 못하게 되었습니다.

이렇게 일본에서 UN 권고에 의한 행정 심사회의 설치를 입법으로 실현하는 것마저 실패하고 말았습니다. 모토오카 법안의 지지자들은 일본에서도 적지 않았습니다만 국회 내에서는 소수파였습니다. 입법적으로 해결하지 못했던 저희들은 무능함에 대하여 피해자 분들에게 사죄를 드릴 뿐입니다.

이상과 같이 UN권고에 의한 피해자의 실효적 구제를 위한 모든 길이 막혀버리고 말았습니다. 이에 대하여는 피해자들에게는 아무런 잘못이 없으며 이러한 사태를 부른 책임은 결국 일본에 있습니다.

이렇게 일본군 '위안부' 피해자의 실효적 구제는 최후의 수단으로서의 귀원의 판결에 의하는 수밖에 없는 사태에 이르렀다고 할 것입니다.

5. 따라서 이 사건에서 주권면제의 적용은 있을 수 없습니다.

[국제연합헌장에 따른 국가 간의 우호관계 그리고 협력에 대한 국제법의 원칙에 관한 선언](우호관계원칙선언)은[66] [국제법의 기본원칙을 구성하는]중요한 것입니다. 이 선언은 ① 헌장에 따라 상호 협력할 의무를 지니고, 국가는 모든 사람들의 인권과 기본적 자유의 보편적 존중과 준수의 촉진을 위하여... 협력하지 않으면 안 된다]라고 하고 있으며, ② [어떠한 국가도 국제연합헌장에 따라 부담하는 의무를 성실히 이행

66 1970년 10월 24일 UN 총회결의. 후지다 히사카즈 〖국제법〗(도쿄대학출판사, 1998년) 173항은 [몇몇 중요한 선언 –세계인권선언, 식민지독립부여선언, 우호관계선언–은 현재의 헌장의 유권적 해석이라고 간주되며…이 기구의 기본법 구조의 일부라고 할 수 있다]라고 하고 있습니다.

할 의무를 진다]고 하고 있습니다.

전술한 UN 인권기관에 의한 두 가지의 권고(상설중재재판소의 이용 그리고 행정심사회의 설치)는 그 자체로서 일본에 준수의무를 부과한 것은 아닙니다. 그러나 이들 권고는 UN 헌장상의 모든 자의 인권 그리고 기본적 자유의 보편적 존중과 준수의 촉진을 위한 중층적 프로세스의 결정적 단계에서 나온 것입니다. 이 프로세스에 성실히 협력하는 것은 전체적으로 국제연합헌장에 따를 의무에 포함되어 있다고 해석할 수 있습니다. 전술한 일본정부의 UN 권고를 거절하는 비협력 태도를 두고 이 선언이 말하는 성실한 프로세스를 밟았다고는 할 수 없을 것입니다.

그렇다면 일본정부의 합리적 이유가 없는 불성실한 UN 권고거부태도는 피해자의 인권을 옹호하기 위한 실효적 수단을 불성실한 프로세스로 빼앗을 것이라고 평가할 수밖에 없습니다. 저는 만약 이 사건에 주권면제를 적용하게 된다면 피해자의 인권 구제를 거부하는 것이 될 것이고, 피고의 UN에 대한 비협력적이고 불성실한 자세에 가담하는 것이 되어, 결국에 정의에 반하게 된다고 생각합니다.

의견서

I. 서론

1. 2차 세계대전 동안 일본군에 의해 운영된 성노예 제도를 통하여 피해자들에 대한 심각한 인권 침해가 자행되었는데, 이는 국제법적으로 일본국에 책임이 있는 것으로 간주되었다. 그러한 점은 무엇보다 UN 인권기구에 의해서 인정된 바 있다. 그러나 일본군 '위안부' 피해자들이 일본 법정에서 일본국을 상대로 제기한 법적 구제 절차는 전반적으로 실패했고 결국 마지막으로 대한민국 법원에 소송을 제기하였는데, 그곳에서 국가면제론이라는 벽을 마주하게 되었다. 그 사례가 바로 현재 항소제기되어 재판 중에 있는 서울중앙지방법원 민사15부의 2021년 4월 판결(2016가합580239)이다.

2. 국가면제론에 기반한 논쟁은 다른 국제법 규정 및 법리와 관련된다. 대한민국 헌법(제6조 제1항)은 "헌법에 의하여 체결 · 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다."고 규정하고 있다. 위 헌법 규정에 따라, 대한민국 법원은 일본군 '위안부' 사건을 심리하면서 관련된 조약을 해석할 때 1969년 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 및 제32조를 따라야 한다.

3. 서울중앙지방법원 판결이 언급한 바와 같이 "일반적으로 승인된 국제법규에 따른 국가면제를 헌법상 재판청구권의 내재적인 한계"로 보려면, 국가면제의 적용 범위가 어디까지인지, 해당 법리가 당해 사건과 당사자들의 주장에 적용되는 것인지, 그리고 그러한 법리가 다른 국제법상 규칙과 어떻게 연관되어 있는지가 확인되어야 한다. 헌법은 국내 규범라는 점에서 그 자체가 국가면제 법리를 형성하지 않으며, 법원은 국제법적으로 인정된 범위와 맥락에서 국가면제 법리를 적용할 뿐이다.

II. 국제법상 국가면제권의 근거

4. 일본과 한국 사이에 국가면제에 관한 조약이 없다는 점에서 국제관습법과 관련된 논의는 더욱 중요하다. 1972년 유럽국가면책협약(ECSI)과 2004년 UN 관할권면책협약(UNCIS) 모두 여기서는 적용되지 않는다.

5. 서울중앙지방법원은 "국가면제가 법적 구속력이 있는, 승인된 국제관습법"에 해당한다고 판시하였다. 서울중앙지방법원은 이어서 "국가의 실행이 '일반적인 관행'이 되기 위하여는 그러한 관행이 항상적이고 통일적일 것을 요하고, 여기에서 '통일적'이라는 것은 하나의 국가 차원뿐만 아니라 여러 국가간 차원에서도 통일되어야 한다[1]"고 보았다. 즉, 대한민국이 일본에 대하여 국제법상 국가면제를 인정하려면, 대한민국과 일본 사이에, 대한민국은 일본에 대하여 국가면제를 적용할 의무가 있고, 일본은 대한민국에 대하여 국가면제를 요구할 권리가 있는 국제관습법이 존재해야 한다는 결론에 이르게 된다. 위 판시 내용의 논리는 그 이상도, 그 이하도 아니다.

6. 서울중앙지방법원은 나아가, "개별 국가의 실행에 의하여 형성된 일반적인 관행이 법적 확신을 얻어 국제 관습법으로 성립하면, 그러한 관행에 동의하지 아니하는 국가라 하더라도 이미 성립된 국제 관습법에 구속된다"[2]라고 설시하였다. 국제법적으로 개별 국가가 국제법 내용에 동의하지 않더라도 국제법에 구속된다는 점에는 아무런 논쟁의 여지가 없다. 서울중앙지방법원은 본말이 전도된 얘기를 하고 있는 것으로 보인다. 현실에서 일반적인 관행이란 상당한 수의 국가가 그것에 반대되는 말이나 행동을 하지 않은 경우에만 일반적인 관행으로 인정된다. 그리고 그러한 일반적인 관행은 관습법의 출현으로 이어지고, 관습법은 그에 반대하지 않는 국가들 사이에서 구속력을 발생하게 된다. 원칙적으로 특정 주제에 관한 일반적인 국가의 관행이 있더라도, 다른 국가에서 그러한 관행을 일관되고 분명하게 반대한다면 해당 국가는 관습법의 적용에서 벗어날 수 있다[이른바 집요한 반대자 규칙(persistent objection rule)으로 불린다]. 쉽게 말하자면, 특정 국가의 의사에 반해서 관습법을 적용시키거나, 다수 국가가 소수 국가에 대해 관습법의 적용을 강요할 수는 없다. 그런한 규칙의 유일한 예외는 국제법상 강행규범에 의해서만 가능하지만, 국가면제는 국제법상 강행규범으로 간주된 적이 없다.

7. 따라서 핵심 질문은, 국제법에 일본 국가가 당사자인 사건에 대해 한국 법원의 판결을 금지하는 일반 관습법이 실제로 존재하느냐는 것입니다. 어떠한 내용이 포함된 국제법 규칙이 존재한다고 주장하는 사람은 그러한 명제를 입증할 수 있는 증거도 함께 제시해야 한다. 입증책임은 국가면제의 일반 원칙이 존재하며 그것이 대한민국으로 하여금 나아가 판결하는 것을 금지한다고 주장하는 측에게 있다. 따라서, 이 사건에서 증명책임은 피고에게 있다고 보아야 한다.

8. 국가면제가 관습법의 일부라는 주장에 대해서도 그에 관한 견해는 엇갈린다. 일부 연구자들은 국가면제에 대한 관습법이 확립되었고 일관된 국가 관행에 의해 지지되고 있다고 주장한다.[3] 그러나 다른 연구자들은 일반 원칙으로서의 국가면제 법리를 위태롭게 하는 비(非)일관된 실행사례의 존재를 주장한다.[4] 또한 이렇게 주장되기도 한다.

"이처럼 상반된 국가간 실행사례의 존재를 고려할 때 외국 국가에 대한 국가면제론을 '국제관습법'이라고 하는 것은 이제 더 이상 불가능하다. 면제론은, 사실상 각 국가 내 법률의 하위 항목에 지나지 않는 것이 되어버렸다. 특히나 면제가 배제되어야 하는 상황에 관한 제한적 면제론에 대해서는 국가 간 이견이 존재한다."[5]

---

1 제1심 법원 판결, Ⅲ.1.나.(2)항

2 제1심 법원 판결, Ⅲ.1.나.(4)항; 서울중앙지방법원은 판결문 뒷부분에서 국제 관습법에 동의하지 아니한다는 사정만으로 법정지국에 대한 국제관습법의 규범적 구속력이 상실된다고 볼 수 없다고 판시하기도 하였다.

3 RY Jennings & Y Watts (ed.), Oppenheim's International Law (1992), 342–343. 그러나 그들은 관행을 형성하는 국가의 결정들이 세부적인 측면과 심지어는 내용적 측면에서도 매우 다양하다는 점을 인정한다. id. 342.

4 DP O'Connell, International Law (1970), 846. 관행의 일관성과 지속성이 부족하다는 점은 여기에서도 강조되어 있다: Higgins, Problems and Process (1994), 81. 또한 이 문제가 국제법에 의하여 진정으로 규제될 수 있는 것인지, 나아가 국가가 법원들의 관할권 판단에 의해 국제적 책임을 부담하게 된다고 볼 수 있는지에 대해서 의구심을 품는 견해도 있다: H Lauterpacht (ed.), Oppenheim's International Law, volume 1, (1955), 274. 비슷한 입장으로는 이 문서도 참조할 수 있다: Sir Arthur Watts, The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers, RdC 247, 1994, 36, 53

5 R Garnett, Should the Sovereign Immunity be Abolished? 20 Australian YBIL (1999), 175

이러한 접근은 국가면제를 둘러싼 법적 맥락을 정확하게 지적하고 있으며, 이에 따른 적절한 결론을 도출하고 있다. 국가면제가 국제관습법에 의해 규율된다고 국제법원이나 국내법원이 주장하거나 그와 같이 판단하는 경우, 그들은 구체적인 증거 없이 명목상의 주장으로 보이는 다소 형식적인 방식을 취한다. 이는 다음과 같은 사례에서 잘 나타난다:

- 유럽인권재판소는 Al-Adsani v. UK 사건에서 이 문제에 대해 논의를 하지 않은 채 오로지 단 한 문장만으로 영국의 쿠웨이트에 대한 면책권 부여가 "국가 면책권에 관한 일반적으로 승인된 국제법 규정"에 따른 것이라는 주장만 제시했을 뿐 증거는 물론 논의도 전혀 하지 않았습니다[6]. 유럽인권재판소는 이러한 규칙이 어떻게 "일반적으로 인정된" 성격을 갖게 되었는지 설명하거나 이 논지를 뒷받침할 증거를 제시하지 않았다. 마찬가지로 ICJ도 독일 v 이탈리아 사건에서 국가의 실행에 대한 검토도 하지 않고 이탈리아가 인정(concession)했다는 점을 근거로 국가면제의 일반법칙이 존재한다는 점을 추론했다.[7] 이탈리아는 자신의 이익에 반하여 이 점을 인정했고, 이는 이탈리아가 본 사건에서 패소하게 된 이유 중 하나였다.

- 일부 국내 법원은 국가면제가 국제관습법의 일부라는 점을 부인한다. 미국 연방대법원은 Altmann v. Austria 사건에서 국가면제는 국제예양(comity)의 문제일 뿐 관습법이 아니라고 판시했다.[8] Noriega, 그리고 Lafontant v. Aristide 사건에서도, 미국 법원은 '국가면제는 미국이 부여하는 특권(privilege)으로서 어느 청구인에게 부여하지 않을 수도 있다'라고 했다.[9] 따라서 미국법원은 국제관습법에 의해 외국 국가나 그 소속 공무원들에 대해 면제권을 부여해야 할 의무가 있다는 점을 인정하지 않으며, 그들은 자신이 제정한 국내법(1976년 국가면제법)에 의해서만 국가면제를 부여할 수 있는 것으로 본다. 이와 반대로, 대한민국은 미국이 자국 법률을 통해 자국 법원을 제한하는 것과 같은 국가면제에 관한 법률을 가지고 있지 않다.

- 영국 상원은 Congreso 사건에서 국제관습법이 국가면제를 유지하는 근거가 된다는 점을 부인했다. 상원은 여러 국가들이 국가면제에 대한 자국 법률을 채택했고 이것은 각국의 실행사례를 구성한다고 보았다. 그러나 상원은 "만약 한 국가가 어떠한 제한을 두는 입법을 시행한다고 하더라도, 그것은 그 입법이 채택한 제한이 국가들에게 일반적으로 승인된 기준이라는 점에 대한 증거가 되지 않는다. 그러한 법률에서 채택된 특정한 제한 규정은 – 그 법이 무엇인지에 관한 충분한 자료가 없고 일반적인 국제법이라는 것이 불확실한 경우에는 – 일반적인 국제법과 일치하지 않거나 또는 일치하지 않는다고 추정될 수 있다."라고 결론지었다.[10] 비슷하게, Denning 법관은 Trendtex에서 "국가들 사이에는 국가면제론에 대해 동의할 수 있는 최소한의 합의도 존재하지 않는다. 각국의 법원들이 이를 적용하는 방식은 제각기 다르다. 어떠한 국가는 절대적 면제를 부여한다. 다른 국가는 제한적으로 면제를 인정하고, 그것을 제한하는 정도도 각기 다르다. 이에 관해서는 그 어떠한 합의도 존재하지 않는다."라고 하였다.[11] 아일랜드 대법원도 McElhinney 사건에서 국가면제가 국제관습법의 일부라는 점을 부인했다.[12]

- 국가면제에 관한 국제관습법은 심지어 주권적 행위에 대해서도 일관되게 확립되어 있지 않다. 예컨대, 제한적 면제론에서 수용은 주권적 행위임이 명백하다; 그러나 1976년 미국 국가면제법이 외국 국가를 상대로 수용에 대해 재판하는 것을 허용하고 있다는 점은 분명하다. 최근 영국 사례를 보더라도, 1978년 영국의 국가면제법은 자국 법원에서 영토내 발생한 불법행위는 그것이 설령 주권적 행위가 되는 경우에도 이에 대해 재판할 수 있다고 보았다.[13] 그렇다면 결국 영국과 미국

6 Al-Adsani v. UK, 단락 56

7 Jurisdictional Immunities (Germany v. Italy), ICJ Reports 2012, 122

8 United States, Supreme Court, Austria and Austrian Gallery v. Altmann, 7 June 2004, 541 US 677 (2004)

9 뉴욕 동부지방법원, Lafontant v. Aristide, 1994년 1월 27일, 844 F.Supp. 128 (E.D.N.Y. 1994), 103 ILR 581. 또한 미국은 외국 국가의 대리인(공무원)에 대한 그 국가가 면제될 수 있다는 견해에 구속받지 않고 있다는 점과 관련하여서는: United States, District Court for the Southern District of Florida, United States v. Noriega, 1992년 12월 8일, 808 F.Supp 791 (S.D. Fla. 1992), 99 ILR 143, 162- 3.

10 I Congreso (HL), I AC 1983, 260-261 (per Lord Wilberforce)

11 항소심 민사부, (법관 Denning MR에 의한) Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria, [1977] 1 QB 529 at 552-553

12 McElhinney, 아일랜드 대법원, 1995년 12월 15일 선고, 104 ILR 691, at 701

13 Al-Masarir v. Saudi Arabia, [2022] 유럽인권재판소 2199 (QB), 2022년 8월 19일 결정

이 국제법을 위반한 것이거나, 영국과 미국 의회가 이와 다른 입법을 하도록 하는 국제법의 일반원칙이라는 것이 존재하지 않는다고 결론지을 수 밖에 없다. 필자는 후자가 맞다고 생각한다.

- 국가 실행의 반대 스펙트럼에 있는 중국은 여전히 절대적 면제론을 확고히 유지하고 있다.

따라서, 이처럼 추정된 규칙에 대한 국가간 많은 이견이 있는 상황에서, 일반적인 국제법상 확고히 존재하는 국제관습법이 어떻게 존재할 수 있는 것인지 알 수가 없다. 오히려, 절대적 면제론이 제한적 면제론으로 대체된 이후에 국제법은 "대체적 규칙을 정하지 못했다"고 보는 것이 보다 합리적인 결론이다.[14]

9. 결론적으로, 대한민국은 이 사건에서 일본국에게 국가면제를 부여해야 할 그 어떠한 국제법상 의무가 없다는 결론에 이른다. 또한 대한민국이 어떠한 국가에 대해서도 국내 법원에서 일본에 대해 면제권을 부여하겠다고 일방적으로 진술하거나 확약하였다고 볼 만한 증거도 없다(앞서 언급했듯이, 독일 v. 이탈리아 사건에서 이탈리아의 인정이 있었던 것과 다름). 그렇다면 결론은 대한민국은 일본에 대해 국내 법원에서 '위안부' 여성들의 청구에 대해 재판을 하지 말아야 할 그 어떠한 국제법적 의무도 가지지 않는다는 것이다.

III. 일반적인 국가면제와 그 예외에 관한 논의

10. 학계와 법실무계에서는 국내 법원에서 외국 국가에 대해 면제를 부여하는 일반 규칙이 있고, 특정 유형 또는 범주의 사건들(예: 상행위, 고용상 분쟁, 국제범죄, 인권 문제)에서 이를 배제할 수 있거나 배제하는 것이 바람직한 예외가 있다고 말하는 경향이 있다. 이 논리에 의해, 국내법원에서 인권 또는 전쟁범죄에 대해 소를 제기하기 위해서는 그 청구인이 일반적으로 인정되는 국가면제론에서 배제되는 예외적 범주의 존재를 밝혀야 한다는 주장이 자주 이루어진다.

11. 위와 같은 주장을 전제로 하여 서울중앙지방법원은 "국가 면제의 새로운 예외가 인정되었음이 개별 국가의 입법 또는 판결 등 국가 실행에 의하여 '일반적인 관행'에 이를 정도로 뒷받침되어야 하고, 이에 대한 '법적 확신'이 수반된다는 사정까지 인정되어야 한다."는 점을 들었다.[15]

12. 서울중앙지방법원의 위와 같은 주장은, 2012년 ICJ 판결(독일 v. 이탈리아 사건)과 마찬가지로 기이한 결론에 도달하게 되는데, 이는 국가면제라는 일반적 법리의 예외가 인정되기 위해서는 매우 구체적이고 확고한 증거에 의해 증명되어야 하는 반면, 국가면제라는 일반적 법리는 실제로 그러한 법리가 존재하여 대한민국과 같은 국가를 구속하는지에 대해서는 그 근거가 연구되거나 평가가 이루어질 필요도 없이 곧바로 인정된다는 것이다. 이러한 태도는 원고를 매우 불리한 입지에 두게 되는데, 존재하지도 않는 일반 규칙이 존재한다는 전제하에 그 예외를 입증하도록 요구받는 것이다. 어떠한 규칙이 존재한다는 것을 입증하지도 못하는 상황에서, 그러한 규칙에 대한 예외가 존재한다고 입증하는 것은 불가능하다. (위에서 살펴본 바와 같이, 전쟁범죄 또는 인권침해에 관해 국가면제를 인정한 모든 국내 및 국제법원의 판례들은 국가면제라는 일반법리가 실제 존재하는지 여부에 대해 판단하지 않았고 이와 관련된 증거가 있는지를 검토하지 않았다.)

13. 국제법은 국가면제의 일반적인 법규(general rule)에 대한 예외의 존재를 입증하도록 요구하지 않는다(이하 살펴보는 바와 같이 가장 널리 인정된 국제적 평가기준(test)은 각 국가의 행위가 국가 주권 및 공적 권한의 행사에 해당하는지 여부를 평가하지, 국가면제의 일반적인 규칙의 예외로 국가면제가 배제(remit)되는 경우인지 여부를 평가하지 않는다). 국제사회에서 극소수의 국가들(영국, 미국, 호주, 캐나다 등 대

14 Karagiannakis, State Immunity and Fundamental Human Rights, 11 Leiden Journal of International Law, 1998, 13

15 제1심 법원 판결, III. 1. 나. : 서울중앙지방법원은 또한 "기존의 국제 관습법에서 인정되지 아니한 새로운 예외의 창설 문제는 신중하게 접근해야 한다."라고 하였다.

체로 영미법계)이 국가면제에 관한 국내법으로 원칙-예외 기준(rule-exception test)을 형성했는데, 그 기준은 일반적 국가 관행을 대표하는 것이라고 볼 수 없다. 그 기준은 가입이 미달되거나(8개국만 당사국인 국가면제에 관한 유럽 협약), 발효 자체가 되지 않은(2004 유엔국가면제협약) 국제 협약에서도 채택되었다. 한국은 국가면제법이 없고 관련 협약의 당사국도 아니다. 따라서, 일반적인 국제법에서 '위안부'의 청구를 평가함에 있어, 국가면제의 일반적인 법규에 대한 특별한 예외가 인정되는지 여부에 따라 국가면제가 배제되는지를 평가해야 할 의무는 없다.

IV. 국가의 주권(jure imperii) 행위와 비주권(jure gestionis) 행위

14. 제1심 법원은 "제한적 면제론이 헌법 제6조 제1항이 정한 '일반적으로 승인된 국제법규'에 해당한다"고 판시했다. (동등한 자는 다른 동등한 자에 대해 권위가 없다는 의미의 라틴어 격언 par in parem non habet imperium에서 표현된 바와 같은) 과거의 절대적 면제론이 더 이상 국제법의 일부가 아니라는 것은 흔히 알려진 바와 같다. 그럼에도 불구하고, 제1심 법원은 "각 국가는 독립적으로 주권을 가질 뿐만 아니라 각국의 주권은 평등하므로, 어느 한 국가가 동등한 주권을 가진 다른 국가에 대하여 재판권을 행사할 수 없다"라는 전제에서 국가면제의 근거를 찾았다.[16] 그러나 한국 사법부가 과거의 이제는 폐기된 절대적 면제론을 고수하고자 하지 않는 한, 제1심 법원의 위 주장과 달리, 현재 국제법상 실현가능한 국가면제론은 국가가 다른 국가에 대해 관할권을 행사할 수 있는 상당수의 사례들을 가능케 한다는 점에는 이견이 없다.[17] 단순히 말하자면, 국가면제의 문제에 있어 법정지와 국가의 평등은 없다. 이는 일반적으로 알려진 제한적 면제론으로 인한 것이다.

15. 이 문제를 다루는 핵심적인 기준은, 일본의 '위안부'에 대한 행위가 일본의 주권

16 제1심 법원 판결, III. 1. 가 부분

17 제1심 법원의 국가의 평등에 관한 위 문장은 다음의 구체적인 문장과도 모순된다: "대한민국의 판례는 대법원 1975. 5. 23.자 74마281 결정에서 절대적 국가면제를 인정한 이래, 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결에 이르러서, 비주권적 행위에 대하여만 국가면제를 인정하지 아니하는 것으로 변경한 이래, 외국의 주권적 행위에 대하여는 그러한 행위가 대한민국 영토 내에서 이루어졌다 하더라도 국가면제를 인정(했다)"

행사였는지 여부이다. 즉, 일본이 '위안부'에 대한 행위를 할 때 그 주권적 권위를 행사하였는지, 즉, 국가로서 보유하고 있지만 사인에게는 없는 주권적 권위를 사용함으로써, 오직 국가만 할 수 있는 행위를 했는지 여부가 문제된다.

16. 제한적 면제론에 의하면, 피고 국가와 그 관리들은 그 행위가 정부의 권한을 행사하는 과정에서 이루어졌음을 입증해야 한다. 국내 소송에서 책임을 묻는 행위는 본질적으로 국가가 권한을 행사한 것이어야 한다. 즉, 국가만이 행사할 수 있어야 하고, 국가 권한이 이용된 행위여야 한다. 그 권한은 국가 기관들이 항상 보유하는 것으로서, 사적 개인이나 법인이 소유할 수 없다. 이는 민사 사건과 형사 사건에서 동일하게 적용된다. 어떤 행위가 한 유형의 법적 절차에서는 주권적 행위이면서, 다른 유형의 법적 절차에서는 사적 행위가 될 수는 없기 때문이다. 또한, 국가면제의 범위는 해당 소송의 피고가 국가이든 그 관료이든 동일하다. 개별 국가의 공무원은 전체 국가가 면제를 누릴 수 있는(또는 누릴 수 없는) 행위에 대해 면제를 누릴(또는 누리지 못할) 것이기 때문이다. 국가면제가 국가에 인정된다면, 그 관료들에게도 인정될 것이고, 반대의 경우, 부정될 것이다.

17. 그러나 가장 중요한 것은, 제한적 면제론이 단순히 국가가 문제된 국제 위법 행위에 관여했다는 사실 뿐만 아니라, 국가로서 고유하게 사용할 수 있는 주권적 권위를 사용한다는 것에 관한 것이란 점이다. 위 문제를 설명하자면, Jones 대 사우디 아라비아 사건에서 영국 대법원은 2001년 ILC 국가책임조항 제4조와 제7조에 의거하여 사우디 아라비아와 그 관리들이 기소된 고문 행위가 사우디 아라비아에 귀속되고, 사우디 아라비아의 국제법적 책임을 발생시킨다고 인정했다.[18] 영국 대법원은 사우디 아라비아가 고문에 개입했다는 사실만을 확인했다. 그러나 영국 대법원은 더 해야 할 조치를 하지 않았다. 즉, 사우디 아라비아가 고문에 관여한 것 이상으로, 그 관리들과 함께 그 주권적 능력에 따라, 주권적 권위를 행사하였는지 여부를 확인하지 않았다. 단순히 국가의 개입에 초점을 맞춘다면, 국가가 하는 모든 일, 예를 들어 임금체불, 계약 대금 미지급, 중재 판정의 미준수, 부당해고 등 개인이 할 수 있는 모든 일이 국가면제가

18 Jones v. Saudi Arabia, 2006 UKHL 26, 단락 12-13(Bingham 대법관)

적용되는 활동에 해당하게 된다. 그 경우 제한적 면제론은 국가의 개입이 인정되자마자 면제를 인정받을 수 있었던, 현재는 폐기된 과거의 절대적 면제론으로 퇴보할 것이다. 제한적 면제론은 그런 식으로 작동하지 않는다. 제한적 면제론은 국가 책임법처럼 그 범위가 확장되지 않는다. 국가가 어떤 행위에 대해 책임을 지지만 면제를 인정받지 못하는 많은 영역이 있으며, 이것이 제한적 면제론의 핵심 전제이다. 즉, 법원은 두 가지 질문을 해야한다. : (1) 국가가 관련 행위에 관여 했는가, (2) 국가는 그 행위에 공적 권한을 사용했는가? 해당 행위는 국가가 보유하고 있지만, 사적 주체는 가지지 못한 국가의 공권력, 즉 개인이나 법인이 아닌, 국가 당국과 그 관리들에 의해서만 행해질 수 있는 것과 밀접한 관련이 있는가? 대법원은 첫 번째 질문만 했을 뿐, 두 번째 질문은 다루지 않았다; 사우디 국가와 그 관리들이 고문에 연루되어 있음을 인정했다; 그러나 오직 국가와 그 관리들 만이 고문을 저지를 수 있다는 것, 즉 누군가를 고문하기 위해서는 국가나 그 관리들이 되어야 하는지는 판단하지 않았다.

18. 주권 행위(jure imperii)와 사적 행위는 국가의 행위의 목적에 따라 구별하는 것이 아니다. 예를 들어, 일본이 일본군의 전쟁의 필요에 의해 '위안부'를 모집했다고 해서, 일본군의 군화나 정부 부처에서 문구를 구입하는 것보다 더 주권적인 행위라고 할 수 없다. 두 가지 유형의 행위를 구별하는 것은 그 행위의 성격과 국가의 주권적 권위와의 연관성에 달려 있다. 그 예는 다음과 같다.

- 법률의 제정;
- 해당 국가의 자국 통화 또는 외화 사용의 규제;
- 경찰 수사에 필요한 서류의 취급;
- 특정 상품 또는 서비스의 거래 규제;
- 법원 결정, 구속 영장을 발부하거나 재판에 증인을 소환하는 행위;
- 재산의 몰수.[19]

위의 목록 외에도 다른 예를 찾을 수 있을 것이다. 위 주권(jure imperii)행위를 전부

19 수용 및 관습법에 관한 위 8. 단락 참조.

통합하는 요소는, 오직 국가만 할 수 있는 행위라는 것이다. 대조적으로, '위안부'의 모집과 인권 침해 행위를 하는 주체는 국가일 필요가 없다. 이는 단지 권력과 자원의 문제일 뿐이며 그 권력과 자원을 소유한 모든 사람(예: 갱단, 반군 또는 기업)도 그 행위를 할 수 있다.

19. 독일 헌법재판소는 이란 사건에서 제한적 면제에 대한 사법적 승인(judicial endorsement)을 했는데, 주권적 행위와 비주권적 행위의 구별은 "국가가 상업적으로 행위를 하였는지 여부"에 있지 않고, "국가의 상업적 행위들은 본질에 있어서 국가의 비주권적 행위와 다르지 않다"고 하였다. 중요한 것은 국가가 주권적 행위를 하였는지 또는 어떠한 사적 개인이 할 수 있는 방식으로 행동했는지 여부 등 내재된 동기와 방식이 아닌 행위의 본질이었다.[20] 앞서 오스트리아 대법원은 Holubek 사건에서 국가 기관이 행하는 행위가 "사적 개인들이 할 수 있는" 행위에 해당한다면, 국가면제를 적용해서는 안 된다고 밝혔었다.[21]

20. 이러한 접근은 이후 Trendtex[22]와 Congreso 사건에서 영국 상원에 의해 보다 포괄적으로 채택되었다. 영국 상원은 후자의 경우 국가의 행위가 주권적 행위가 아니며, 비록 상당히 정치적인 맥락과 관련이 있더라도 법 집행 기관이나 정부의 일원이 아닌 개인에 의해 수행될 수 있는 행위라면 국가면제를 얻지 못한다고 판단했다.[23] 미국 사법부도 비슷한 입장을 밝혔다. Victory Transport 사건에서 제2 순회 항소법원은 "주권자의 면책특권은 법원의 정상적인 관할권 행사를 배제하는 것이고, … 엄격한 의미의 정치적 행위 또는 공적 행위 중 하나에 해당되는 경우 등 오직 명확한 경우에만 국가면제가 주어져야 한다"라고 명확히 판단했다.[24] 정치 또는 정치와 비슷한 맥락에서 어떤 행위가 이루어졌다는 것만으로 그 행위의 성격을 특정 지을 수 없다. 일본이 '위안부'를 대했던 방식이 "엄격한 의미의 정치적 행위나 공적 행위"와 관련되어 있다고 보

20 Empire of Iran, Bundesverfassungsgericht, 1963년 4월 30일, 45 ILR 57 80

21 Holubek v. US, Austrian Supreme Court, (1961) 40 ILR 73

22 Trendtex Trading v. Bank of Nigeria, [1977] 1 QB, 529 552–553

23 I Congreso del Partido (HL), [1983] I AC, 268

24 Victory Transport Inc. v. Comisaria General, 336 F.2d 354 (1964), 문단 10

기도 어렵다. 강간과 성범죄는 국가 권위나 정책의 고유한 요소가 될 수 없다. 그것은 정치적 목표를 추구하기 위해 이루어질 수도 있지만, 이 점은 모든 관리행위–계약 위반, 직원에 대한 임금체불, 부당해고 기타 사적인 행동–에 있어서 똑같다. 즉, 제한적 면제론에서 중요한 것은 국가의 실제 행위의 성격일 뿐, 그러한 행위가 행해지는 맥락이나 목적이 아니다.[25]

21. 영국 법원은 Lampen–Wolfe, Littrell 사건[26]에서 외국 군대의 행위와 관련하여 Congreso 사건의 접근 방식에 따라 제한적 면제론을 적용하였는바, 국가면제의 적용 여부를 판단함에 있어 단순히 군대에 의해 행해졌다는 점이 아니라, 근본적인 맥락에서 해당 행위의 성격에 초점을 맞췄다. 영국 법원은 Kuwait Air Co 사건에서도 Congreso 사건의 접근 방식을 주의 깊게 적용하였는데, 해당 사건에서는 외국의 공적 기관이 수행한 일련의 행위에 대하여 공권력 기준(governmental authority test)이 적용되었다.[27]

22. 법원은 인권과 전쟁 범죄의 문제를 다룰 때에 위와 같은 접근방식을 광범위하게 채택하였다. 미국 항소법원은 Marcos 사건에서 국가 원수에 의해 직접 수행되거나, 지시 또는 묵인 하에 이루어진 고문, 살인 및 강제 실종(disappearance)과 관련하여 설사 국가기관에 의해 체계저긍로 이루어졌다고 하더라도 국가면제를 적용하지 않았다. 국가 원수를 포함하여 어떠한 공무원도 이러한 행위를 국가의 기능이라고 주장할 수 없기 때문이다. 이러한 행위들은 국제법 위반일 뿐 아니라 독재자의 강간 행위와 마찬가지로 사법적 판단이 가능하고(adjudicable) 구제가 가능하다(redressable).[28] Pinochet 사건에서도 영국 대법원은 같은 입장을 견지했다. Browne–Wilkinson 법관은 그 판결

25 위 Congreso 사건에서 Wilberforce 법관은 '전체 맥락'이라는 단어를 사용하긴 했지만, 이 또한 행위의 성질이 주권 행위인지 사적 행위인지를 결정하기 위한 하나의 도구일 뿐이었다. Congreso, 267(첫 번째 전체 단락). 268쪽에서 그는 "증거에 따르면, Playa Larga와 관련하여 쿠바 공화국이 한 모든 것은 배의 소유자가 할 수 있는 일이었다: 그것은 주권을 행사하지 않았고, 행사할 필요가 없었다. 쿠바 공화국은 Mambisa를 통해 선박의 모든 소유자가 하는 것처럼 운영자들을 관리하는 역할을 했다." 라고 주장했다. 따라서 일부 단어만으로 적용 가능한 기준(test)이 변경되지 않는다.

26 Holland v. Lampen–Wolfe, [2000] 3 All ER, 845–846; Littrell v. USA, [1995] 1 WLR 182

27 Kuwait Air Co., 항소법원, [1995] WLR 1147, 1162–1163 (Goff 법관 참조)

28 미국 제9회순회항소법원, Hilao v. Estate of Marcos, Docket No. 95–15779, 1996년 12월 17일, 103 F.3d 767 (9th Cir. 1996), 104 ILR 122, 122–5.

서문(leading speech)에서 고문이 국가 원수나 다른 국가 공무원의 공식적인 기능의 일부가 될 수 없다고 강조했는데, 그렇지 않으면 고문이 자행된 국가 이외에서는 고문이 기소될 수 없고, 이 경우 고문에 대한 보편적 관할 체계가 붕괴될 것이기 때문이라고 하였다.[29] 암스테르담 항소법원은 또한 Bouterse 사건에서 '매우 심각한 (인권) 침해 행위는 국가 원수의 공적 업무 중 하나로 간주될 수 없다'고 판결했다.[30] 미국 제4순회항소법원도 Samantar 사건에서 '이번 사건은 고문, 초법적 살인, 정치적, 인종적으로 차별받는(disfavored) 집단의 임의적인 장기 투옥 등 강행규범을 위반한 행위를 포함하기에, Samantar는 영미법상 국가면제를 향유할 수 없다'고 판단했다.[31] Siderman de Blake 사건에 대한 미국의 판결 또한 "국제법은 강행규범 위반 행위를 주권적 행위로 인정하지 않는다"고 확인했다.[32] 피노체트 사건의 필립스 법관은 "만약 피노체트 상원의원이 스페인의 주장대로 행동했다면, 그의 모든 행동은 국제법의 규범을 위반한 것이다. 그는 그 정책(campaign)의 일부를 구성한 범죄의 기소에 대해 면책이 적용될 수 없다"라고 결론지었다.[33] 따라서 대체로 다양한 법원(jurisdictions)이 제한적 면제론을 적용함에 있어 균일한 경향을 나타냈다. 기본적인 본질은 누구나 수행할 수 있는 행위는 고유한 국가 권한에 의한 행위(jure imperii)가 아니라는 것이다.

23. ICJ 판결 이전의 Arrest Warrant 사건에서 Higgins, Koojmans, Burgenthal 판사들은 공동 별개 의견에서 '중대한 국제범죄는 정상적인 국가 기능이나 (개인과는 대조적으로) 국가만이 수행할 수 있는 기능이 아니기 때문에 공적인 행위로 간주할 수 없다. 이러한 견해는 국가와 관련된 동기가 공권적 행위를 구성하는 요인을 결정하는 적절한 기준이 아니라는 인식이 증가함에 따라 강조되고 있다.'라고 결론 내렸다.[34] 이

29 영국 대법원, R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex p Pinochet Ugarte (No 3), 사건 번호 17, 1999년 3월 24일, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147 at 205 (Browne–Wilkinson 법관 참조).

30 네덜란드 항소법원(암스테르담), Re: Bouterse (Desire), 사건 번호 R 97/163/12 Sv – R 97/176/12 Sv, 2000년 11월 20일, (2001) 32 NYIL 276, para 4.2.

31 United States, 제4회순회항소법원 Yousuf and others v. Samantar, 사건 번호 11–1479, 2012년 11월 2일, 699 F3d 763 (4th Cir 2012), 23.

32 Siderman de Blake v. Argentina, 제9회순회항소법원, 965 F.2d 699 (1992), 1992년 5월 22일 (이 사건에서는 FSIA의 본문이 적용되었지만, 한국의 경우 국가면제법이 없다).

33 [2000] 1 AC 147 at 290 (Lord Phillips 참조)

34 2000년 4월 11일의 구속영장에 관한 사건 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) (Higgins, Kooijmans and

모든 사건에서 국가의 자원 또는 역량의 사용, 맥락, 동기가 아니라 행위의 본질적 성격이 필수적인 성립요건이다.[35]

V. 관할권 면제 사건에서의 ICJ 판결(2012)

24. 2012년의 관할권 면제 사건은 현재 한국 소송과 관련된 두 가지 쟁점, 즉 무력충돌 상황과 강행규범 문제를 다루었다.

무력분쟁상황

25. 서울중앙지방법원은 "무력 분쟁이 발생하게 되면, 관련 국가들에 대한 국제법적 규율에 있어서 평시 국제법이 아니라 '전시 국제법'이 적용되므로, 무력 분쟁 과정에서 발생한 인신 손해를 포함한 손해배상의 문제도 전시 국제법에 의하여 규율되어야" 한다고 설시하였다.[36] 서울중앙지방법원은 무력분쟁 상황과 관련하여 "무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관한 이 사건 ICJ 판결 다수의견의 취지에 비추어 이 사건에 관하여 본다."고 판시하였다. 하지만 ICJ가 독일이 군의 무력행사에 대해 면제를 받는다는 결정을 할 때 사용한 증거들은 무엇인가? ICJ 판결 67항 이후의 논거를 읽어보면, ICJ는 1972년 국가면제에 관한 유럽협약 제31조를 근거로 사용했다. 이는 당사국이 8개에 불과한 것으로 이 문제에 관한 국제법에 대한 일반적인 설명이라기에는 부족하다. 그리고 독일은 당사국이지만, 이탈리아는 당사국이 아니므로 이탈리아가 독일에게 사법면제를 부여할지를 결정하는 데에 유효한 기준이 될 수 없다. 또한, ICJ는 단 7개 국가의 법원 결정이라는 제한된 국가 관행에 기초하여 이 문제를 다루었는데 이는 국제사회의 규모를 생각할 때에 매우 소수에 불과하다. 즉, 7개 국가의 국가관행이 이 문제에 관한 국제관습법의 일반 규칙을 설명하기에 불충분하다는 것은 매우 명백하다. 또한, 군의 무력행사에 대한 추정된 규칙과 제한적 면제론은 근본적인 차이점이 있다. 전자는 행위의 주체에 초점을 맞춘 것이고, 후자는 행위의 구체적인 성질에 중점을 둔다. ICJ는 독일의 행위의 구체적 성질이 아니라 그 행위의 주체에 초점을 맞추었다. ICJ가 Littrell(위 참조)이라고 칭한 판결을 포함한 몇 영국 판결은 군대 및 군사 기지 관리 활동에 관한 것으로, (원, 피고 모두) 오직 군의 피고용인들만이 연루된 것이었는데, 그 행위가 군대에 의한 것이었는지 뿐만 아니라, 더불어 문제된 행위가 주권적 행위라고 할 수 있는지를 결정해야 했다. 그러나 어쨌든 군의 행위에 관한 구체적인 사법 관행이라는 것은 그 수가 매우 적으므로, 이 특정 주제에 관한 국제법의 규칙을 추론할 물적 기초를 제공하기에 부족하다.

일반 국제법의 강행규범(Jus Cogens)

26. 강행규범은 국가면제와 관련이 없다는 주장도 있었다. 예를 들어, 독일 v. 이탈리아 사건에서 ICJ는 국가가 일반 국제법의 강행 규범을 위반하는 경우에는 면제권이 부여되어서는 안 된다는 주장을 부인했다. ICJ는 한 국가의 행위와 관련된 실체법적 강행 규범과, 국내 법원이 그 국가의 행위를 심판하는 과정에 대한 절차적 규범의 성격을 띠는 것에 불과한 국가면제는 서로 충돌하는 것이 아니라고 보았다. 그럼에도 불구하고 같은 ICJ는 동일한 사례에서 같은 면제론을 실체적 규범으로 사용하여 독일이 이탈리아를 상대로 소를 제기하는 청구 원인을 구성하도록 했고, ICJ는 이를 통해 이탈리아가 독일과의 관계에서 그러한 규칙을 위반하였다고 판단할 수 있었다. 한편, 강행규범의 다른 규범에 대한 우월적 효력에 마주하자 면제론은 설명되지 않는 이유로 부자연스러운 변이를 거쳐 절차적 규범이 되어 버렸다. 그리고 이것은 ICJ의 논리에 심각한 결함이 있음을 의미한다.

27. 위에서 보았듯이 국내 법원, 특히 영국과 미국의 법원은 한 국가의 행위가 강행 규범을 위반하는 경우 그러한 국가 행위는 국가의 주권 또는 공적 행위에 해당하지 않으므로 국가면제를 받지 못한다고 판결했다. 이러한 판결을 살펴보면, 강행규범이 제한적 면제론의 범위를 형성하는 부가적인 효과(added value)가 있다는 사실을 알

Buergenthal 판사의 공동 별개의견) [2002] ICJ Rep 63, 85 문단

35 영국(Prince Nasser), 벨기에, 네덜란드 법원의 동일한 관행도 참조; C. Escobar Hernández, 'Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Concepción Escobar Hernández, 특별보고관', UN Doc. A/CN.4/686, 2015년 5월 29일, 56–58 문단

36 제1심 법원 판결, Ⅲ. 2. 나. (2)

수 있다.[37] 이러한 부가적 효과는 강행규범의 가장 기본적이고 주요한 원칙 즉 불가침성(non-derogability)에 부합한다. 1969년 비엔나 협약의 제53조는 강행 규범(jus cogens)을 어떠한 위반(derogation)도 허용되지 않는 규범으로 정의한다. 강행규범과 국가면제 간의 관계에서 가장 중요한 질문은 후자를 인정하는 것이 전자를 훼손하는 것으로 이어질 수 있는 것인지 여부이다.

28. 위와 같은 이유로, 법원은 강행규범 위반 행위에 대하여 면제에 관한 일반 규칙을 적용하는 데에 예외가 있을 수 있는가를 물을 것이 아니라, 대신에 대한민국이 일본에 면제를 부여한 것이 '위안부'의 권리(고문과 잔혹한 대우를 받지 않을 권리, 신체의 완전성에 대한 권리)를 보호하는 강행규범을 위반하는지를 물어야 할 것이다. ICJ는 또한 강행규범을 위반한 국가에 대해 면제를 인정하는 것이 강행규범을 위반하는 것은 아니라고 주장했다. 영국 상원에서 결정된 Jones v. 사우디 아라비아 사건에서 호프만 법관은 "영국은 [사우디 아라비아] 왕국에 대한 국가면제를 인정함으로써 고문을 조장하는 것이 아니다. 영국이 고문을 정당화하는 것도 아니다."라고 강조했다. 그러나 위 주장은 공허했다. 영국 상원의 입장은 사우디 아라비아의 고문 피해자가 영국에서 어떠한 구제도 받을 수 없다는 법적 입장의 확고함과 타당성을 장래적으로 승인했다. 그것은 과거에 자행된 단 한 번의 고문 행위에 관한 것이 아니라 영국과 사우디 아라비아 간의 양자 관계에서 지속되는 법적 규범(legal formulation)에 관한 것이다: 사우디 아라비아의 고문 피해자는 영국 법원에 접근하거나 구제를 받을 수 없으므로 고문 금지는 더 이상 이 두 국가 간의 관계에 적용할 수 있는 법적 규범이 아니다. 다시 말해서 고문의 절대 금지가 영국과 사우디 아라비아 및 기타 모든 국가에 일반적으로 구속력이 있다고 하더라도, 영국과 사우디 양자 관계에서는 그 법적 효력이 부인된다. 즉, 면제를 주장한 사우디, 그리고 이를 승인한 영국의 양국의 상호 승인을 통해 과거 및 향후 모든 사례에서 고문 금지의 강행성이 훼손된 것이다. 따라서 사우디 아라비아는 앞으로 영국 또는 제3국 시민을 고문하더라도 어떠한 법적 효과를 받지 않을 것이고, 이를 통해 사우디 아라비아와 영국 간의 양자 관계에서는 고문 금지의 강행성이 작동하지 않을 것이라고 여길 수 있다.

37 문단 21 참조

29. 서울중앙지방법원에 따르면 독일 v. 이탈리아에 대한 ICJ의 판결은 "최근에 이루어진 판결로서 현재까지 각국의 입법 및 판결 등 국가 면제에 관한 국제 관습법을 충분히 반영하고 있다"[38] 는 것이지만, 이는 명백한 과장이다. 위 결정의 결론들은 이후 관행으로 반복적으로 번복되어 왔기 때문이다.

- 이탈리아 헌법재판소는 2014년 이탈리아가 ICJ의 결정을 따를 의무가 없다고 판결했다.[39] 스위스 연방 재판소는 강행 규범이 국가면제보다 우선한다고 판결했다. 미국 제4순회항소법원 또한 Samantha 사건에서 다음과 같이 확인했다. "이번 사건은 고문, 초법적 살인, 정치적, 인종적으로 차별받는(disfavored) 집단의 임의적인 장기 투옥 등 강행규범을 위반한 행위를 포함하기에, Samantar는 국제공법을 포함하는(incorporates) 영미법상의 국가면제를 향유할 수 없다."[40]라고 결론을 지었다. 가장 최근에는 브라질 대법원도 ICJ의 판결을 번복했다. 이러한 결과는 2021년 1월 서울중앙지방법원에서 내린 결론과 유사하다.

- 유사하게, UN 국제법 위원회(ILC)는 국가면제가 강행 규범과 규범적 충돌을 일으키지 않는 절차적 규범에 근거한다는 ICJ의 결정을 거부했다. 특별보고관 Dire Tladi는 다섯 번째 보고서에서 "위원회가 이 문제에 대해 침묵을 지킨다면, 위원회의 침묵은 강행규범 위반에 대해 국가면제 법리의 예외는 없다는 증거로 해석될 수 있다. 그렇기 때문에 "without prejudice 조항"(번역 : 해당 문언이 강행규범의 효과에 영향을 미치지 않는다는 조항이 가장 적절한 해결책이 될 수 있다"고 제안했다(A/CN.4/SR.3425, 16쪽). 위원회의 위원 34명 중 극소수만이 ICJ의 결론을 지지했다(위원회의 Murphy, Nolte, Wood 및 Zagaynov 위원을 포함한 소수). 결과적으로, 위원회는 결론 22를 채택했다. 이는 "초안의 결론은 구체적인 일반 국제법의 강행규범(jus cogens)의 국제법적 효력에 영향을 미치지 않는다(without prejudice)"고 하고 있다. 결론 22에 대한 주석(4항)은 고문 및 전쟁 범죄

38 제1심 법원 판결, Ⅲ. 2. 나. (1)

39 Nezzar, 2015년 7월 25일 판결(사건번호 BB 2011. 140.) 문단 5. 3. 4 및 5. 4. 3.

40 Bashe Abdi Yousut v. Samantar, No 11-1478, 2012년 11월 2일, "23." 참조.

금지와 같은 특정 강행 규범 위반에 대해서는 외국 법원에서의 소송에서 국가면제의 제한을 요구할 수 있다고 설명한다. 따라서 ILC는 ICJ 판결이나 실체 규범과 절차 규범 사이의 잘못된 구분에 따르기를 분명히 거부했다. 유엔 제6차 위원회에서 ICJ 판결을 분명히 옹호한 것은 영국과 일본 두 나라뿐이었다.

관할권 면제 판결의 전반적 평가

30. 관할권 면제에 관한 ICJ 판결은, 외국의 테러활동에 대해 미국 법원의 재판을 허용한 미국 법률을 인정하지 않았다. 미국과 캐나다는 ICJ 판결이 내놓은 법적 입장에 부합하지 않는 법률을 최근 몇 년 동안 제정해 왔다.[41] 2012년 ICJ의 판결 후 10년이 흘렀는데, 전체적으로 평가했을 때, 이 결정은 일부 보수적인 국제 변호사들이 기대했던 일반적인 권위의 일부조차 얻지 못했다고 할 것이다. 어쨌든 ICJ의 결정은 (그것이 옳은 결정이라고 하더라도) 해당 분쟁의 당사국(이 경우 독일 및 이탈리아)에만 구속력이 있다. 이러한 결정은 한국과 같은 비당사국에 대해 효력을 미치지 않거나 비당사국에게 의무를 부여하지 않는다(ICJ 규정 59조). 따라서 2012년 ICJ의 결정은 국제법을 나타내지 못하고, 국제사회의 지지도 얻지 못했다. 서울중앙지방법원은 ICJ의 결정을 따르고 그 결과를 승인함으로써 오류를 범했다.

Ⅵ. 국가면제와 개인의 사법접근권(access to justice)

31. 개인의 사법접근권은 다양한 국제기구에 의해 보장되는데, 일본과 대한민국이 모두 당사국인 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조에서도 이를 보장하고 있다. 해당 규약의 해석과 적용을 책임지는 인권이사회는 사법접근권이 제14조에 명시적으로 언급되어 있지 않더라도, 굉장히 중요한 권리라고 해석하였다.

41 캐나다 국가면제법의 수정조항 참조(R.S.C. 1985. c. S-18) 2012년 3월 13일 : 미국의 여러 수정 조항에 대하여는 Bettauer, (2009) 13 ASIL Insight; Daugirdas & Mortenson, 111 AJIL (2017), 155. 참조

32. Bahamonde v. Equatorial Guinea 사건에서, 유엔인권이사회는 "법원 앞의 평등은 법원에 직접적으로 접근할 수 있는 권리를 포함하는 개념이다. 법원 접근권이 제한된다는 것은 제14조 제1항 위반에 해당한다"[42]고 명시한 바 있다. 동일한 해석은 소송비용을 감당할 수 없었던 개인에 관한 Currie v. Jamaica와 같은 유사 사건에서도 재확인된 바 있는데, 이사회는 소송비용을 감당할 수 있는지 여부와 상관없이 사법접근권이 보장되어야 한다고 확인하였다.[43]

33. Mahuika v New Zealand 사건에서 국가 측은 "법률에 의해 재판청구권과 관할이 인정되지 않는 한 규약 제14조가 보장하는 재판청구권을 인정할 수 없다. 규약 제14조는 오히려 사법 행정을 보장하기 위한 절차적 기준을 정한 것일 뿐이다"[44]라고 주장했다. 그러나 유엔 인권이사회는 이에 대해 "규약 제14조(1)은 법원에서의 소송에 관한 권리 및 의무를 확정하기 위한 사법접근권도 포함한다. 국가 측에서 특정 사건에 대해 권리 및 의무를 확정할 관할법원을 제공하지 못한다면 이 역시 규약 제14조 제1항에 위반할 수 있다"[45]고 의견을 표명한 바 있다.

34. 위와 같은 내용을 종합한 결론은 다음과 같다: 일본과 한국은 일본군 '위안부' 피해자들이 대한민국 법원에 소를 제기할 권리가 있다는 사실을 인정해야 할 의무가 있다; 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조는 (국가면제가 관습법으로 존재하지 않지만, 설사 관습법으로서 존재한다고 하더라도) 국가면제의 관습법에 우선하는 조약 조항이다; 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약은 일본과 한국 사이의 양자간 조약(아래에서 살펴본다) 이후에 발효되었으므로, 양국 간의 조약에서 추론될 수 있는 포기(waiver)를 모두 무효화시킬 수 있다(그러나 아래에서 설명하겠지만, 양국간 조약에서는 포기가 추론되지 않는다). 나중에 발효된 법은 그 이전의 법에 우선한다(신법은 구법에 우선한다, lex posterior derogat legi priori). 이것은 대한민국이 '위안부'와 관련해 어떤 포기하였더라도, 이는 오직 국가의 권리 포기로만 간주되어야하

42 Bahamonde v. Equatorial Guinea, Communication No. 468/1991, 1993년 11월 10일, 문단 9.4

43 Currie v. Jamaica, Communication No. 377/1989, 1994년 3월 31일

44 Mahuika v. New Zealand, Communication No. 547/1993, 27 October 2000, 문단 7.7

45 같은 문서, 문단 9.11

고 피해자들 개인의 권리 포기와는 무관한 이유(아래에서 전체 이유들을 개괄하도록 한다) 중 하나에 해당한다.

Ⅶ. '위안부' 소송과 포기 조약의 문제

35. 제2차 세계대전 이후, 일본의 전시 행동에 관한 책임을 다루기 위한 협정이 체결되었다. 대한민국은 1951년 샌프란시스코 조약의 당사국이 아니었다. 1965년 한일 청구권협정 제2조 제1항은 "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"고 규정하였다.

36. 이러한 포기의 범위는 아래와 같은 사항을 참고하여 명확히 해석되어야 한다:

- 첫째, 한 국가의 다른 국가에 대한 권리의 포기를 주변 상황으로부터 추정하거나 추론해서는 안 된다는 것이 국제법상 보편적인 해석이다; 대신 권리의 포기는 그 포기가 언급된 문서나 진술을 통해서 엄격하게 뒷받침되어야 한다. 국가는 권리를 포기했다는 증거라고 주장된 문서나 발언의 문언과 단어에 의해 의심 없이 확실하게 뒷받침될 경우에만 청구권을 포기했다고 볼 수 있다. NAFTA 재판소가 폐기물 관리(waste management)와 관련하여 NAFTA 제1121조에 따른 포기 문제에서 강조한 바와 같이, "모든 포기는 명확하고 명시적이며 단정적이어야 하고, 그 의미가 조금이라도 의심스러운 경우 그 표현에서 포기를 추론하는 것은 부적절하다.[46] Barcelona Traction 사건에서 ICJ는 국가가 소송 절차를 중단했으므로 그 사건에 관련된 청구권을 포기한 것"이라는 주장을 기각했다.[47]

46 Waste Management (Award of 2 June 2000), 문단 18

47 Barcelona Traction (Belgium v. Spain), Preliminary Objections, Judgment of 24 July 1964, ICJ Reports 1964, 6 at 17–23

- 둘째, 국가는 그 자신의 권리, 즉 국가로서 스스로 가지는 권리만을 포기할 수 있다. 개별 일본군 '위안부' 피해자들이 일본 정부로부터 배상받을 권리는 그 피해자들의 개인적 권리로 정황상 피해자들의 국적 국가인 대한민국 정부에 의해 유지되고, 부당한 행위를 한 일본 정부와 협상될 수 있다. 그렇게 함으로써 대한민국은 국가로서 스스로의 권리를 주장하는 것이 아니라 오히려 피해자의 권리를 개인적인 권리로 보호하기 위해 국가의 외교적 능력을 사용하는 것이다. 따라서, 관련 협정의 문언이 대한민국 정부의 포기를 의미한다고 하더라도, 그러한 포기는 국가로서의 대한민국 정부의 권리 만에 미칠 것이다. 이는 일본에 대한 대한민국 자신의 청구나, 일본 정부와의 협상에서 이 문제를 제기할 대한민국 정부의 권리를 의미하고, 개별 피해자의 구제에 대한 권리는 포함하지 않는다.

37. 대한민국 대법원은 2018년 강제동원 피해자들의 일본에 대한 청구권은 1965년 청구권협정에도 불구하고 포기되지 않았다고 판결했는데, 이는 이러한 권리들이 동의 없이는 포기(소멸)될 수 없는 개인의 권리이기 때문이다.[48]

38. 특히 일본군 '위안부' 상황과 관련하여 다음과 같은 문제가 발생한다.

- 애초에, 1965년 청구권협정 체결 당시, 피해자들이 아직 공개적으로 목소리를 내지 않았기 때문에 일본군 '위안부'의 쟁점은 공개적으로 알려지지 않았던 상황이었으며, 협정은 그 당시에 공개된 청구권에 대해서만 언급할 수 있었다. 1965년 협정 제2조 제1항의 "완전히 그리고 최종적으로 해결"이라는 단어의 사용은 그 당시에 알려진 청구들만이 해결될 수 있었다는 것을 입증한다. 1951년 강화조약 제14조(a)에 따른 청구권에 대한 제2조 제1항의 언급은 이러한 결론을 더욱 뒷받침한다. 주목할 점은, 1965년의 청구권협정이 1951년 조약 제14조(a)만을 지칭하는 것이지, "전쟁 수행 과정에서 일본 및 그 국민이 자행한 어떤 행동"에 관한 제14조(b)를 지칭하는 것은 아니라는 점이다. 따라서, 1951년 조약을 통해 연합국이 포기한 모든 청구권을 포기하는 것은 1965년 청구권 협정 당사국들의 의도가 아

48 대법원 2013다61381 판결 4. 나. (2)

니었다고 봐야 한다. '위안부'에 대한 문제는 분명히 "전쟁 수행 과정에서 일본 및 그 국민이 자행한 어떤 행동"이었을 것이다. 그러나 제2조 제1항 1965년 청구권 협정은 그러한 행위에 대해 언급하지 않는다.

- 둘째로, 당사국들이 1965년 청구권 협정으로 일본군 '위안부'의 청구권이 포기되었거나 소멸된 것으로 보았다면, 왜 당사국들은 2015년 한일합의를 통해 이 문제를 다시 다루는 수고를 했을까? 일본 정부는 1965년의 청구권 협정이 이 문제를 해결했다고 주장한다. 그런데 왜 2015년 합의의 협상과 체결에 나섰는가?

39. 일본과 한국의 일본군 '위안부'에 대한 2015년 12월 28일 합의는, 일본군 '위안부' 문제에 대한 일본과 한국 사이의 구체적인 유일한 합의이다. 이 의견서는 2015년 12월 28일 합의로 한국 정부가 일본에 대한 '위안부'의 청구권을 포기한 것의 합헌성 · 합법성에 관한 문제를 다루지 않는다. 필자는 그 협정의 내용이 대한민국 정부의 일본군 '위안부'의 청구권 포기로 이어지는지에 대한 국제법 기준에만 초점을 맞추고 있다. 그런 점에서 두 가지 문제가 매우 중요하다.

40. 2015년 합의 1.2항은 "대한민국 정부가 前 위안부분들의 지원을 목적으로 하는 재단을 설립하고, 이에 일본 정부 예산으로 자금을 일괄 거출하고, 일한 양국 정부가 협력하여 모든 前 위안부분들의 명예와 존엄의 회복 및 마음의 상처 치유를 위한 사업을 행하기로 함."이라고 되어 있다. 2.1항은 "대한민국 정부는 일본 정부의 표명과 이번 발표에 이르기까지의 조치를 평가하고, 일본 정부가 1(2)에서 표명한 조치를 착실히 실시한다는 것을 전제로 이번 발표를 통해 일본 정부와 함께 이 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결될 것임을 확인함."이라고 되어 있다.

41. 여기서 말하는 "최종적 해결"이란, 최대한으로 해석하더라도 한국 정부가 국가 대 국가 차원에서 외교적 보호를 통해 일본 정부에 이러한 문제를 계속 제기할 수 있는 능력과 관련된 것으로 보아야 한다. 이 "최종적 해결"은 한 국가와 다른 국가 사이에 문제가 될 수 있는 쟁점 또는 사안에 관한 종합적인 합의에 관한 것이지, 개별 피해자들이 일본을 상대로 제기한 구체적이고 특정한 사건의 청구에 관한 것이 아니다.

두 국가로서 일본과 한국 사이의 관계와 국내 법원에서 일본과 개별 청구인들 사이의 관계는 완전히 별개이다. 국제법적으로 한국 정부는 이 사건에서 개인의 권리를 협상할 권한이 없으며, 한국 정부가 그렇게 하겠다고 주장했다고 볼만한 증거도 없다. 2015년 합의의 본문에는 개인들에 의해 제기된 소에 대해 아무런 언급이 없다. 따라서 "(2015. 12. 28. 한일 합의로) 일본군 '위안부' 피해자들의 법적 지위가 영향을 받는다고 볼 수 없"다는 취지의 헌법재판소 2019. 12. 27.자 2016헌마253 결정[49]은, 국제법에 비추어 보더라도 타당하다. 서울중앙지방법원이 2015년 협정을 법적 합의가 아니라 (의미를 알 수 없는) 정치적 합의라고 하면서도, 동시에 한 · 일 간에 효력이 있고 "유효하게 존속하고 있다"고 판단한 것은 다소 모호하고 혼란스럽다. 실제로 2015년 합의는 '위안부' 주장에 법적 영향을 미치지 않는다.

결론

42. 위와 같은 주장과 증거의 검토에 비추어 볼 때 다음과 같이 결론을 내리고자 한다.

- 한국 법원은 일본군 '위안부' 문제와 관련하여 일본에 국제법상 국가면제를 인정할 의무가 없다. 협약에 따른 국제법이나 국제관습법 어떠한 것도 한국 법원에 그러한 의무를 부과하고 있지 않다.
- 일본의 국가면제를 배제하기 위해 국가면제의 일반 원칙에 대한 특별한 예외가 있는지 여부에 관한 논의는 일본군 '위안부' 소송과 무관하다. 왜냐하면 그런 일반적인 국가면제의 원칙이 애초에 국제법에 존재하지 않기 때문이다.
- 일본이 제2차 세계 대전에서 '위안부'를 모집한 행위는 주권행위(jure imperii)가 아니었다. 성노예를 모집하거나 성노예로 삼기 위해 국가가 되거나 주권을 행사할 필요가 없다. 일본은 그러한 일을 하면서 어떠한 주권적 권력도 행사하지 않았다. 일본은 그저 필요한 물리력과 적절한 자원을 가진 사람이나 단체가 할 수 있는 그런 일을 했을 뿐이다.

---

49 서울중앙지방법원은 이후 판결문에서 "위 합의에 의하여 이 사건 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권의 존부와 범위에 실체법적인 효과가 발생하였다고 볼 수는 없다."고 밝혔다.

- ICJ의 관할권 면제에 대한 결정은, 그 논증에 결함이 있으며 그 결론을 뒷받침할 충분한 증거를 제시하지 않았으며, 이후 국가 관행으로 반증되었고, 일본과 한국 사이의 양국 관계에 적용되기 적절하지 않다.
- 논증을 위해 굳이 살펴보자면, 설령 국가 면제에 관한 관습적인 국제법규가 있었다 하더라도, ICCPR(번 : 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약) 제14조와 강행규범 법리에 의해 일본군 '위안부' 소송에서 국가면제는 인정될 수 없다.
- 한국과 일본 사이에 체결된 조약 중에서 일본군 '위안부' 피해자들이 한국 법정에서 일본에 대한 손해배상청구권을 포기하였다고 볼 만한 조약은 찾아볼 수 없다.

알렉산더 오라켈라슈빌리

2022년 10월 14일, 버밍햄에서.

의견서 … 6) 양현아 교수

서울고등법원 2021나2017165 (망 곽예남 외 14인 손해배상) 재판부 귀중

의 견 서

양현아 (서울대학교 법학전문대학원 교수)

본인은 사회학 전공자로서 미국 유학 중 법과 사회, 법과 페미니즘에 관한 광범위하고도 중요한 연구들을 접하고 법현상에 깊은 관심을 가지게 되었습니다. 한국 가족법을 주제로 하여 박사논문을 작성한 후 2003년 9월 서울대학교 법과대학 교수로 임용되었습니다. 이후 동 대학에서 젠더법학과 법사회학을 강의하면서 한국사회의 탈식민화와 젠더 정의의 실현 등을 위한 여러 연구를 진행하였고 입법, 소송, 학회활동, 시민단체의 지원 등 사회참여를 하였습니다.

2005년에는 한국젠더법학연구회의 창립을 주도하였고 이후 학회 회장을 맡았으며 대한민국 국가위원회 인권위원 등을 역임하였습니다, 민법상 호주제 위헌 제청사건, 의료법의 태아 성감별 사건, 형법의 낙태죄 헌법소원에서는 헌법재판소에서 전문가 의견을 진술하였고. 대법원에 '동성간 성희롱' 성립 여부에 관한 의견서, 성폭력 범죄의 '위력' 해석에 관한 의견서 등을 제출한 바 있습니다. 일본군 성노예제 문제에 관해서는 "2000년 일본군 성노예 전범 여성국제법정(이하 '2000년 여성국제법정'으로 표기함)"의 준비의 일환으로 1999년 4월 피해자의 증언을 연구하는 '증언팀'을 조직하여 증언연구를 시작하였고 2000년 여성국제법정에서는 역사적인 남북한 공동검사단의 일원으로 남한측 검사 역할을 하였습니다. 재작년인 2020년 12월에는 일본군 위안부 연구회의 회장으로서 2000년 여성국제법정 20주년 기념행사를 성공적으로 개최하였습니다. 1991년, 김학순의 인터뷰 기사를 접한 후에 관심을 가지기 시작했던 일본군 위안부 문제에 관하여 30여년이 지나서 대한민국 법정에서 전문가 의견을 진술하게 되니 그동안 힘쓰신 모든 분들에 대한 감사의 마음과 함께 현재까지 실현되지 못한 "지연된 정의"를 마주하면서 먹먹한 심정입니다. 존경하는 귀 재판부가 이 소송을 통해서 지난 30여년 넘게 발산했던 피해자들의 목소리, 피해자의 대변자들이 흘렸던 피와 땀에 깊은 사유와 논증으로서 응답해 주실 것으로 기대합니다.[1)]

1) 일본군 성노예제의 조선인 여성 피해자는 8만에서 20만으로 추정되지만, 한국에서 위안부 피해자로 정부에 등록한 분들은 모두 240명이다. 2022년 8월 현재 생존자는 10여 명으로 감소하였다. 2000년 여성국제법정 당시 북한에도 남한과 유사한 숫자의 피해자가 존재하였음을 알 수 있었다. 일본군 성노예 피해자들은 남북한에 국한하지 않고 중국, 타이완, 일본, 인도네시아, 네덜란드, 버마, 필리핀, 동티모르, 태평양군도 지역 등에 산재해 있다.

본인은 원고의 대리인들로부터 의견서를 의뢰받았습니다. 대리인들의 예비적 질의사항에는 1. 일본군 성노예제 피해생존자(이하 '피해생존자')에 관한 증언조사 경험,[2] 2. 공권력 피해자의 권리에 대한 국제규범, 3. 2015년 한일외교장관의 '위안부' 합의(이하 '2015년 한일 합의) 분석 등이 포함되어 있습니다. 본 의견서는 이 사항들을 포함하고 여기에 [보론]으로 조선인 피해자들의 피해 규명에 식민지성(coloniality)이 중요하지만 법적 논증이 부족하다는 논의를 넣어서 구성하려고 합니다.

I. 피해생존자에 대한 증언연구의 의의

2000년 12월 도쿄에서 개최되었던 2000년 여성국제법정 준비의 일환으로 피해생존자에 대한 증언조사연구를 수행하였다. 1999년 4월에 조사를 시작하였고 그 연구결과를 2001년 초 증언집 <강제로 끌려간 군위안부들 4 -기억으로 다시 쓰는 역사>를 증언팀의 공동작업으로 출간하였다.[3] 실제 조사에서는 25명 정도의 피해자를 만났지만, 이 증언집에는 9명의 피해생존자 증언을 수록하였는데, 2021년 5월 사망하신 윤순만 증언자(원심의 원고)를 마지막으로 아홉 분 모두 고인이 되었다. 1999년 당시에도 인생 전반에 대한 기억이 남아있고 적어도 3회의 증언 조사를 충족할 수 있었던 분이 스물다섯 분 중 아홉 분에 그쳤다. 이 증언집은 이전의 증언집과 달리 "당시 무슨 일이 있었는가"에 관한 사실 수집을 넘어서서 "그 일에 대해 증언자는 무엇을 느끼고 경험하였는가"라는 사실에 대한 의미해석을 중심으로 증언을 재현하였다. 이에 따라 "묻기에서 듣기로"를 증언연구의 중심적 방법으로 그 패러다임을 변화시켰다. 현재 시점에서 보면 이런 방법을 통해서 '피해자 중심의 증언연구' 방법론을 수립한 것이 아닌가 생각한다.

구체적으로 본 증언집의 증언에 대한 접근방법은 다음과 같은 특징을 가진다. 첫째, 피해생존자는 언설로 다할 수 없는 피해를 받았지만 그런 피해 속에서도 "살아남은" 생존자라는 주체의 성격에 주목하였다. 묻기에서 듣기의 방법론을 취하자 피해자들은 극심한 정신적 신체적 사회적 피해와 후유증 속에서도 강인함과 지혜, 심지어 자비심을 가지고 생존해 온 여성들로 재현할 수 있었다. 둘째, 여러 차례 피해생존자들을 복수 면접한 결과, 자

2) 본 소송의 원고들을 포함하는 일본군 성노예제 피해자는 이 글에서 '위안부'(이하 따옴표 생략함), 피해생존자, 증언자, 개인의 성명 등으로 다양하게 호명될 것이다. 이를 통해서 이들이 가진 복합적인 정체성을 지칭하고, '할머니'로 피해자의 정체성을 고정시키지 않으려고 한다.

3) 한국정신대문제대책협의회 2000년 일본군 성노예 전범 여성국제법정 한국위원회 증언팀, <강제로 끌려간 조선인 군위안부들 4 - 기억으로 다시 쓰는 역사>, 풀빛, 2001.

신의 중요한 경험에 대해서는 거의 똑같은 어휘들과 묘사방식을 사용할 정도로 "흔들리지 않는 기억"을 가졌으며 문자체계와는 별개로 구성된 놀라운 기억력을 가지고 있음을 발견했다. 피해자 증언이 가변적이고 기억력도 흐릿하여 신뢰할 수 없다고 하는 일부 주장과는 매우 다르게 피해생존자들은 심층 기억을 유지하고 있었다. 증언팀은 이것을 "기억의 지도(map of memory)"라고 부르고 그녀의 생애사(life history)를 각자의 기억 지도의 지형에 부합하도록 수록하였다. 더불어 피해자들의 생애사를 다루자 그 피해는 일본군 '위안소'에서 정점을 이루지도 끝나지도 않고 귀국 후에도 지속되는 지속적이고 중첩적인 것임을 알 수 있었다. 셋째, 이렇게 증언을 청취함에 따라 증언집에는 성폭력을 당한 "전형적인 피해자"가 아니라 자기의 언어와 개성을 가진 영혼 있는 존재로 살아나게 되었다. 한국사회의 전형적 피해자상이야말로 단편적이고 그들을 대상화시켜 온 것이었다.

구사일생으로 돌아온 모국에서도 그녀들이 돌아갈 가족이나 공동체는 거의 남아있지 않아 피해자들은 오랜 시간동안 빈곤과 고독, 멸시 속에서 살아왔다. 무엇보다도, 자신들이 당했던 '피해가 무엇으로 인한 것이었는지'에 대해 아무도 말해주지 않았던 혼란과 침묵 속에서 근 50년의 세월을 보내야 했다. 필자는 이것이 일본군 성노예제 문제에 관한 진실과 정의 추구가 부재하였던 "전후/포스트식민의 피해"라고 진단한다. 그리고 이 피해는 단지 피해자 것만이 아닌 이 사회를 살아온 모든 구성원들의 집합적 망각이라는 피해이다. 1990년대가 되어서야 양심적 지식인들과 (고백의) "이 순간을 기다려 온" 피해자들의 결기로[4] 지상 최초로 이 문제가 윤곽을 드러냈다. 김학순, 황금주, 김복동 등과 같은 걸출한 피해생존자들은 한국뿐 아니라 아시아, 유엔 등 전세계를 누비면서 일본군 성노예제의 인권유린과 젠더폭력, 청산되지 않은 전쟁과 식민지 유산에 대해 발언하였다. 이들은 피해자에서 생존자, 생존자에서 인권운동가로 나비처럼 탈바꿈하였다.

이렇게 볼 때, '피해자 중심주의' 원칙은 단지 외부에서 주어진 것이 아니라 한국의 사회운동과 연구 속에서 형성되고 정립된 시각인 것이다. 그럼에도 불구하고, 2015년의 한일외교 장관의 위안부 합의 등에서 볼 때, 한국정부와 국가 엘리트들은 피해자에 대해 이러한 시각을 공유하고 있는지 매우 의문스럽다.[5] 피해자를 바라보는 시각은 위안부 문제의

4) 김학순은 "이 순간을 기다려 왔다"고 MBC TV 인터뷰에서 발언하였다. 이런 발언은, 피해자들의 수치심이 아니라 한국사회의 보수성과 무관심 때문에 피해자들이 말할 수 없었다는 것을 시사한다. 김학순의 증언은 한국정신대문제대책협의회·정신대연구회 편, <강제로 끌려간 조선인 군위안부들 I>, 한울, 1993에 수록됨.

5) 그동안 한국의 연구자들은 일본군 성노예제를 바라보는 한국사회의 시각에는 '포스트식민성(post-coloniality)'과 남성중심성이 내재해 있다고 분석해 왔다. 예컨대, 정진성, "일본군 위안부제도의 식민지성: 전쟁-젠더-민족-계급-국가의 역학," 국제학술심포지움, '전쟁과 폭력의 시대, 다시 여성을 생각한다, 미간행 자료집(2015.8.14.), 이나영, "일본군 '위안부' 운동: 포스트/식민성 국가의 역사적 현재성," <아시아연구> 제141호, 2010, 양현아, "증언을

해결에 대한 인식으로 이어진다는 점에서 매우 중요한 문제이다.

한국에서 일본군 성노예제 피해생존자의 증언연구는 진실과 정의 실현 등에 매우 큰 중요성을 가지고 있다. 그것을 첫째, 일본군 성노예제라는 제도의 특성 - 동원방식, 위치, 위안소 경영과 기능 등-을 규명할 수 있게 하였다. 둘째, 피해자들에게 자행된 불법행위를 밝히는 데에 결정적 역할을 하였다. 셋째, 증언을 하면서 피해자들은 자신을 표현할 목소리를 찾고 이에 대해 "공감하는 청중"들을 접촉함으로써 그들의 회복에도 크게 기여하였다. 이제 한국에서 일본군 성노예 문제와 그 피해자들을 떠올리지 않고 식민지 역사와 여성문제를 생각하기는 어렵게 되었다. 피해생존자 증언이 하나의 집합기억(collective memory)이 되어 한국의 근대역사를 새로 쓰게 한 것이다.

여러 연구자들의 노력으로 한국에는 100여명의 성노예제 피해생존자 심층 면접결과가 축적되어 있다.[6] 이는 국내에서 여타의 공권력에 의한 피해자들의 증언 연구와 비교가 어려울 정도로 대규모의 장기간 연구이다. 이 자료는 사회과학적으로 볼 때도 매우 의미가 있게 중요한 질적 자료(qualitative data)이며,[7] 구술사, 피해자 증언연구 등의 측면에서 방법론적·이론적 논쟁이 있었다는 점에서도 주목된다. 이상과 같이 피해자 증언연구는 진실규명과 정의구현, 피해자와 그들을 둘러싼 공동체의 회복과 새로운 정체성 형성 등과 같은 전방위적인 의미를 가진다. 참고로, 보론으로 제시될 조선인 피해자의 피해양상 분석 역시 축적된 증언연구 결과를 양적으로 분석한 것이다. 증언조사연구가 없었다면 알 수 없었던 피해 양상의 전형성을 포착한 것이다.

II. 피해자 권리에 관한 국제규범

1. 피해자 권리 규범의 형성과 배경

이 절에서는 유엔 피해자 권리에 관한 유엔 총회 결의와 함께 국제형사재판소(ICC)의 피

통해 본 한국인 군위안부의 포스트식민의 상흔," <한국여성학>, 22(3), 2006.

6) <강제로 끌려간 조선인 군위안부들> 시리즈는 모두 6권(1993, 1997, 1997, 2001, 2001, 2004), 그리고 <중국으로 끌려간 조선인 군위안부들>이 2권 출간되었다(1991, 2001). 위 증언집들을 포함해서 한국에서 출간된 일본군 위안부 피해생존자 증언집은 총 17권이다(박정애, "일본군 '위안부' 문제의 강제동원과 성노예 -공창제 정쟁과 역사적 상상력의 빈곤," <페미니즘 연구> 19(2), 2019).

7) 사회과학적으로 볼 때, 훈련된 연구자가 엄격하게 진행한 면접조사결과와 같은 질적 자료가 20개 이상 축적될 경우, 사회적 '전형성(typification)'을 발견할 수 있고 이에 따라 그 자료가 가지는 신뢰성을 부인하기 어렵다.

해자 지원제도, 국제 인권기구들이 작성한 일본군 성노예관련 보고서의 권고사항에 대해서 살펴볼 것이다. 피해자 권리에 관한 국제규범은 대표적으로 2005년 12월 유엔 총회에서 결의한 UN「국제인권법 및 국제인도법 위반 피해자의 구제 및 배상 원칙에 관한 유엔 총회결의(General Assembly Resolution of Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violation of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)」이하 '유엔 피해자권리 기본원칙')에서 찾을 수 있다. 이 기본원칙은 유엔 총회에서 의결됨으로써 회원국 모두를 구속하는 국제규범이 되었다.[8]

유엔 피해자권리 기본원칙에는 지난 세기동안 이루어진 인권유린 피해자의 권리 구제에 대한 연구조사와 인식변화, 실천적 의지가 담겨있다.[9] 유엔에서 피해자권리에 관한 기본원칙은 크게 세 가지 조류 속에서 형성되었다고 보인다. 첫째, 피해자의 지위가 증언이나 참고인에 머물며 주변화되어 있는 것이 실질적인 정의구현에 합당한 것인지에 관한 피해자학(victimology)의 지속적인 문제제기가 있었다.[10] 가해자에 대한 처벌적 정의(punitive justice)를 넘어서 회복적 정의(restorative justice)를 추구하는 움직임이 세계 도처에서 일어났다.[11]

국내적 절차에서도 1990년대부터 성폭력범죄, 가정폭력 범죄, 아동학대 범죄 등에 관해 피해자보호를 위한 입법이 있었고, "피해자 변호사" 제도를 발전시켜 왔다.[12] 수사기관과

8) Resolution adopted by UN General Assembly, Sixtieth Session, A/RES/60/147, 16 December 2005. [부록 1]에 유엔 피해자권리기본원칙의 한글번역본을 첨부함.

9) 본 피해자권리기본원칙이 형성되기 이전의 보고서들로는 다음을 살펴볼 수 있다. Resolution adopted by UN General Assembly, "Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power", A/RES/40/34, 29 November 1985; Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, "Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms," by Theo van Boven, Special Rapporteur. E/Cn.4/Sub.2/1993/8, 2 July 1993; Commission on Human Rights, "Report of the Independent Experts on the Rights to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Grave Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, Mr. M, Cherif Bassiouni, submitted pursuent to Commission on Human Rights Resolution 1998/43, E/CN.4/1999/65, February 1999.

10) 이에 관해서는 이주영·백범석, "국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근(victim-centered approach)," <국제법학회논총>, 제63권 제1호, 2018, 163-201면을 참고함.

11) 남아프리카공화국 등에서 가해자 처벌을 넘어서 피해자와 그 공동체 치유를 위한 회복적 정의의 노력에 대해서는 Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness* (Boston: Beacon Press), 1998을 볼 것.

사법기관의 절차에서 범죄 피해자를 당사자로서 다루기 위한 각종 법규와 절차를 마련해 온 것이다. 둘째, 피해자 권리보호를 강화시켜 온 국제법의 도도한 흐름이 있다. 그것은 세계인권선언, 시민적 정치적 권리에 관한 국제 규약, 인종차별철폐국제협약, 고문방지협약, 아동권리협약, 육전(陸戰)에서의 법과 관습에 관한 헤이그 협약, 제네바 협약에 대한 추가 의정서, 국제형사재판소 설치에 관한 로마규정 등을 상기하고 재확인할 때, 공권력 피해자 권리보장은 돌이킬 수 없는 시대적·법적 요청이다.[13]

이와 함께, 국가 중심의 전통적 국제법 질서와 논리는 도전받을 수밖에 없었고 국가책임과 개인의 인권보호간의 관계에 관한 논의가 축적되었다.[14] 국제형사재판소 설치에 관한 로마규정 제68조 및 제75조 등 다수의 국제법 규정들은 국가의 위법행위로 인해서 피해를 입은 개인에게 배상을 포함한 적절한 구제조치를 취할 것을 규정하고 있다. 요컨대, 인권유린 피해자의 권리가 단지 국가 대 국가의 틀에 머물지 아니하고 가해국 대 피해자 개인의 권리의 틀로 이행해 온 것이다. 국가 앞에 선 피해자 권리가 근본적으로 강화되지 않고서는 정부와 군대 등과 같은 공권력에 의한 인권유린에 관한 실질적 구제는 무력화될 소지가 매우 크다.

셋째, 성폭력·가정폭력 등 젠더기반 폭력(gender-based violence)에 대한 페미니즘 법학의 지속적인 피해자 중심주의에 대한 강조가 있었다. 젠더기반 폭력의 경우에는 "국가 앞에 선 힘 없는 피고인"이라는 전통적인 형사법의 프레임으로는 여성들이 압도적으로 다수가 되는 젠더기반 폭력에 대한 행위자 처벌과 피해자 회복에 큰 한계를 지닌다는 것을 지적해왔다. 특히 전쟁 중 외국 군대나 이민족(異民族)에 의해 자행되고, 살해와 고문과 박해 등과 결합된 전시 성폭력은 오랫동안 국제인도법에서 크게 문제시 되지 않은 채 전시에 발생하는 '사고' 정도로 치부되었다.[15]

후술할 것처럼, 1990년대 이후 전시 성폭력을 다루었던 국내법정과 국제형사법정의 판결

12) 피해자의 변호사 제도에 관해서는, 정도희, "범죄 피해자 변호사 제도의 보완 필요성과 보완방향 - 2022년 현시점의 논의, <법학논총>, 숭실대학교 법학연구소, 52집, 2022.
13) 대한민국은 자유권 규약(1990년)과 사회권 규약(1990년)에 가입하였고, 인종차별철폐협약(1978년)과 고문방지협약(1995년), 아동권리협약(1991년)에 가입하였다.
14) 이주영·백범석 전게 논문(2018) 참고.
15) 전시 성폭력을 다룬 국제법과 국제법정의 발전사에 관해서는 다음을 참고할 수 있다. Alona Hagay-Frey, *Sex and Gender Crimes in the New International Law -Past, Present, Future* (Leiden: Martinus Nijhoff), 2011, 특히 pp.57-68; Daniela Nadj, *International Criminal Law and Sexual Violence again Women -Interpretation of Gender in the Contemporary International Criminal Trial* (London: Routledge), 2018.

들이 축적됨에 따라 '전시성폭력 법리(Wartime Sexual Violence Jurispudence)'라고 불리는 영역이 형성되게 되었다. 페미니즘 법학자들은 국가 간이나 국내적인 무력분쟁(armed-conflict) 중에서 성폭력 피해자들은 역사적으로 민족, 젠더, 계급 등 위계에서 가장 하층부에 위치하면서 아무런 권리도 보장받지 못했다는 점을 비판하고 새로운 인권법과 국제법 규범을 만드는 데 헌신하였다.[16] 이런 노력은 유엔 여성차별철폐협약, 비엔나 세계인권선언회의의 행동선언(1992년), 유엔 여성폭력철폐선언(1993년), 베이징세계여성대회 베이징선언(1995년), 2000년에 유엔 안전보장이사회에서 채택된 결의 1325호와 후속 결의 등에 지속적으로 표출되었다.[17] 특히 마지막 결의안은 유엔 안전보장이사회가 전시와 평화건설에서 젠더폭력 피해자를 구제하고 젠더관점을 가질 것을 강조하여 주목된다.[18]

2. 유엔 피해자권리 기본원칙의 주요내용

(1) 기초적 규정

유엔피해자권리 기본원칙 제1조, 제2조, 제3조에는 아래와 같은 규정들을 두고 있다.[19]

"I. 국제인권법과 국제인도법을 존중하고, 존중을 보장하고, 이행할 의무[20]

1. 개별적인 법전에 규정하고 있는 국제인권법과 국제인도법을 존중하고, 존중을 보장하고, 이행할 의무는 다음 각 호에서 유래한다:

16) 이에 관해서는 원심 법원에 제출되었던 Christine Chinkin과 Keina Yoshida의 의견서를 참고할 수 있다.
17) 대한민국은 1984년 12월 유엔여성차별철폐협약을 비준하였고 일본은 1987년 6월 본 협약을 비준하였다. 대한민국(1990년 가입)과 일본(1979년 가입)은 성별에 따른 차별을 금지하는 유엔 자유권 규약과 사회권규약에 모두에 가입하고 있다.
18) 유엔 안보이사회 결의 1325호 (UN Resolution on Women, Peace, and Security)은 2000년 10월 31일 유엔 안전보장이사회에서 만장일치로 채택된 결의이다. 국제 평화와 안보에 있어서 분쟁해결 및 평화협상, 분쟁 후 평화구축 및 통치 등 전 과정에 여성들의 전면적인 참여와 젠더 시각을 통합할 것을 관련한 모든 주체들에게 촉구하고 있다. 또한, 무력 분쟁의 상황에서 강간과 다른 형태의 성적 착취를 포함한 젠더 폭력으로부터 여성과 소녀들을 보호하는 특별한 조치를 수립할 것 등을 요청한다. 2017년 1월 기준으로 덴마크, 노르웨이, 스웨덴 등 63개국이 참여하고 있고, 대한민국은 제1기(2014-2017)와 제2기(2018-2020년) 계획을 수립할 정도로 정책원리로 채택하고 있다.
19) Resolution A/RES/60/147, 제1조; 제2조; 제3조 [이주영· 백범석의 번역(2018)].
20) 본 기본원칙의 서문에서 아래와 같이 천명함으로써 본 기본원칙을 준수할 의무는 기본적으로 UN 회원국가로서, 행정기관 구성원, 법집행 담당자 등을 포함하고 있다: "2. 개별 국가들은 본 기본 원칙 및 가이드라인을 충분히 고려하고, 기본원칙 및 가이드라인의 존중을 독려하고, 정부 행정기관 구성원 특히 법 집행 담당자, 군 및 보안부대, 입법기관, 사법기관, 피해자 및 피해자 대리인, 인권 옹호자 및 변호사, 미디어 및 일반 대중에게 알릴 것을 권고한다."

(a) 국가가 당사국인 조약;
(b) 국제관습법;
(c) 각국의 국내법.
2. 국가들이 이 의무를 이행하지 않은 경우에 국가는 국제법이 요구하는 바와 같이 자국의 국내법을 자국의 국제법적 의무와 일치하도록 보장해야 한다:
(a) 국제인권법과 국제인도법의 규범을 국내법으로 수용하거나 기타 방식으로 자국의 국내법 체계에서 이행하는 것;
(b) 재판에 대한 공정하고 효과적이고 신속한 접근을 제공하기 위하여 적절하고 효과적인 입법적 행정적 조치 및 기타 적절한 조치를 채택하는 것;
(c) 아래에서 정하는 바와 같이 배상을 포함한 적정하고 효과적이고 신속하고 적절한 구제 수단이 제공되도록 하는 것;
(d) 국내법이 피해자들에게 최소한 국제 의무가 요구하는 바와 같은 수준의 보호를 제공하도록 보장하는 것.

II. 의무의 범위

3. 개별적인 법전에 규정하고 있는 국제인권법과 국제인도법을 존중하고, 존중을 보장하고, 이행할 의무는 그중에서도 다음과 같은 의무를 포함한다:
(a) 위반 행위를 방지하기 위해 적절한 입법적 행정적 조치 및 여타 필요한 조치를 취할 의무;
(b) 위반 행위를 효과적으로, 신속하고도 철저하게, 공정하게 조사하고, 필요한 경우에는 국내법과 국제법에 따라 책임이 있는 자에 대하여 조치를 취할 의무;
(c) 인권법 또는 인도법 위반의 피해자임을 주장하는 사람들에게, 위반 행위의 책임을 부담하는 자가 궁극적으로 누구인지에 관계없이, 이하에서 규정한 바와 같이 재판에 대한 평등하고 효과적인 접근을 제공할 의무;
(d) 이하에서 정하는 바와 같이 배상을 포함하여 효과적인 구제를 제공할 의무."

본 피해자권리 기본원칙에서 구제조치(remedies)는 크게 세 측면으로 규정되어 있다: 평등하고 효과적인 정의에의 접근; 고통받은 피해에 대한 적절하고 효과적이고 신속한 회복조치(reparation)[21]; 법 위반 행위 및 회복조치에 관한 정보에 대한 접근. **이와 같이 피해자 권리는 정의에 대한 권리, 회복조치에 대한 권리, 그리고 진실에 대한 권리로 구성되어 있다고 요약할 수 있다.**

21) 본 의견서에서는 Reparation을 "회복조치"로 번역한다. 이주영·백범석(2018)은 이를 "배상"으로 번역하였다. 국내에서 피해자 배상이란 주로 금전 배상(compensation)의 관점에서 인식되어 왔지만 유엔 피해자권리 기본원칙 등에서 "피해자 구제 및 회복 조치"는 금전적 배상에 전혀 국한되지 않는다. Theo van Boven이 제출했던 유엔 경제사회이사회의 인권위원회의 전게 보고서(1993)에 따르면, "Reparation" 이란 본 보고서에서 인권 유린 피해자에게 행하는 물질적이고 비물질적인 모든 종류의 구체조치를 포괄한다. 그러니까 원상회복, 배상, 복귀 등과 같은 조치들은 reparation의 특정한 측면을 일컫는다"(p.7).

(2) 회복조치의 다양한 측면들

이상과 같은 피해자 권리의 큰 틀 아래에 다양한 종류의 회복조치들이 포함되어 있다. 그것은 원상회복(restitution), 배상(compensation), 재활조치(rehabilitation), 만족(satisfaction), 재발방지 보장(guarantees of non-repetition) 등이다. 이러한 조치들에 대해 본 원칙은 아래와 같이 정의하고 있다(제19조에서 제23조).[22]

* 원상회복은 가능한 한, 피해자가 자유의 회복, 인권의 향유, 가족생활과 시민권, 거주지 귀환, 일자리회복이나 재산의 반환 등과 같이 피해를 입기 이전의 원래의 상태로 되돌아가도록 하는 조치를 취하는 것을 뜻한다.
* 배상에 있어서는 육체적, 정신적 피해에 대해 그리고 취업, 교육 및 사회적 혜택 등에서 잃어버린 기회에 대해, 일실이익, 정신적 손해, 법적·전문적 조력, 의료 등을 위해 지불한 비용에 대해 이루어져야 한다.
* 재활조치란 의료적이고 심리적인 치료와 법적, 사회적 서비스를 포함한다.
* 만족에는 지속적인 침해를 멈추고 진실을 완전히 공적으로 공개하는 것, 명예회복을 위한 사법적 결정이란 공적 선언을 하는 것, 사실과 책임인정을 포함한 공적 사과(public apology), 희생자에 대한 기념과 위령사업, 교육자료에 정확한 사실 기술 등을 포함한다.
* 재발방지 보장에는 군대와 보안군에 대한 민간인들의 효과적 통제, 사법부의 독립성의 확보, 법과 의료 전문가, 미디어와 인권 옹호자들에 대한 보호, 사법공무원을 포함한 공무원, 교정, 미디어, 의료, 심리, 사회서비스와 군 관계자, 그리고 기업인들의 국제기준과 윤리규범 및 행위규범의 준수 증진, 인권유린에 허용하거나 기여할 수 있는 법을 개정하는 것 등을 포함한다.

이상과 같은 유엔 피해자권리 기본원칙에서 두드러진 특징을 들어보면 다음과 같다. 첫째, 국가가 피해자를 대리하거나 외국과 협상하는 주체가 아니라 개인이나 집단 피해자들이 주체가 되어 그 권리 내용을 구성하고 있다는 점. 둘째, 경제적 손해 전보가 핵심이거나 유일한 회복조치가 아니라 다양한 피해 회복의 조치들을 마련하고 있다는 점. 그것은 피해자 권리를 배상받을 권리에 그치지 않고, 피해자 권리는 정의에 대한 권리, 진실을 알 권리와 같이 모든 방면을 아우르는 권리의 틀로 발전되어 왔다는 점이다. 셋째, 본 기본원칙에서 피해자의 정의구현을 위한 절차에 참여하고 진실규명을 받을 권리를 매우 강조하는 것이 주목된다. 이 점은 국내에서 피해자 권리를 논할 때 간과되어 온 면이 있다고 보

22) UN Resolution, A/RES/60/147, 19-23.

여서 매우 중요하다고 생각한다. 이 점은 피해자가 수사 및 재판 과정에서 '2차 피해(re-traumatization)'를 입기 쉬운 젠더폭력 피해자에게 더욱 중요한 의미를 가진다. 피해자 참여와 회복의 측면에 대해서는 이후 국제형사재판소 규정들을 중심으로 별도로 살펴보기로 한다.

(3) 피해자권리 기본원칙의 주요 측면들: 피해자 정의(definition) 및 그 현재성

본 기본원칙에 따르면 "피해자는 국제인권법의 중대한 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 해당하는 작위 또는 부작위로 인하여 신체적 또는 정신적 피해, 감정적 고통, 경제적 손실, 근본적 권리의 실질적인 피해를 포함하여 개인적으로 또는 집단적으로 피해를 당한 사람이다. 필요한 경우 그리고 국내법에 따라 "피해자"의 범위에는 직접적인 피해자의 직계가족과 피부양자 그리고 고통 받는 피해자를 돕거나 피해를 방지하기 위해 개입하다가 피해를 입은 사람도 포함한다."[23] 또한, 희생자에 대한 기념, 교육, 그리고 재발방지조치 등과 같은 회복조치에서 볼 때 본 기본원칙에서 피해자에는 사망한 피해자들, 미래 세대 등도 포함시키고 있다는 것을 알 수 있다.[24] 요컨대, 피해자 개개인 뿐 아니라 피해자의 가족, 조력자 등 관련된 사회 구성원들도 피해자에 포함시키고 있다. 이것은 사회역사적 맥락 속에서 발생한 인권유린에서 사회 구성원들도 집합적인 피해자로 남아 있다는 것을 염두에 둔 정의라고 해석한다.

유엔 피해자권리 기본원칙은 단지 과거의 인권규약의 약속들을 종합하여 규정하는데 그치지 않고 기본원칙의 채택 이후 현재까지 국제인권법과 국제인도법 위반의 피해자들의 회복조치를 위한 대원칙 내지 지침이 되고 있다는 점이 중요하다. 예를 들어, 2012년 11월 19일 유엔 고문방지협약위원회의 General Comment No.3에서는 2005년의 유엔피해자권리기본원칙에 기초하여 고문방지협약 제14조의 실행에 관한 국가의 의무에 대해 명시하고 있다.[25] 이 문서에서는 앞에서 살펴본 유엔피해자권리기본원칙의 다섯 측면, 원상회복, 배상, 재활조치, 만족, 재발방지 보증 등의 항목에 따라 고문 및 비인간적인 대우를 받은

23) UN Resolution A/RES/60/147, 제8조 (제9조 "가해자가 확인되거나 체포되거나 기소 또는 유죄선고를 받았는지와 관련 없이, 그리고 가해자와 피해자 간에 가족관계가 있는지 여부와 관련 없이 피해자로 고려될 수 있다"). 2015년 한일 합의에서도 피해자의 범위는 매우 중요한 문제다. 후술 참고.

24) 1985년 유엔 총회에서 채택된 전게 선언, "Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power"에서는 범죄 피해자의 정의(제2조)와도 유사하다.

25) Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, General Comment No.3 of Committee against Torture, "Implementation of Article 14 by State Parties," November 11.2012.

피해자의 회복조치에 대해 상세히 기술하고 있다. 나아가 체약국은 피해자의 불만(complaints) 해소와 조사를 위한 효과적 메카니즘을 구축할 것, 다른 구제조치(remedies)의 유무와 관계없이 피해자들에게 사법적(司法的) 조치가 언제나 접근 가능해야 하고 피해자들의 참여를 보장해야 한다(paragraph 30)고 규정하고 있다. 이와 같이, 피해자의 권리 보장 조치들은 이행기 정의(transitional justice)에서 단지 피해자의 회복조치에 머물지 않고, 진실규명과 정의구현을 위한 중요한 과정이자 방법이 되고 있음을 알 수 있다.[26]

피해자권리의 실질적 구제가 과거의 부정의를 바로잡는 중심적 기준이 되고 있다.[27] "진실과 정의, 회복조치 증진에 관한 특별 보고관"(Fabian Salvioli)은 진실, 정의, 회복조치 그리고 재발방지 증진을 위한 보고서에서 특히 식민지시기에 발생했던 인권법과 국제인도법의 중대한 위반에 관한 이행기 정의 문제를 다루고 있어서 주목된다.[28] 이 보고서에서는 인종차별에 관한 회복조치와 관련된 인종주의, 인종적 차별, 외국인혐오주의, 관련 무관용 현상이 노예제와 식민주의에 뿌리를 두고 있다고 지적한다(제3항). 이 보고서는 식민지시기에 자행된 중대한 인권유린에 대해 조사할 필요성을 강조하면서 토착민(indigenous peoples)들을 억압한 정착국들의 경우와 식민지가 이후 독립국가로 된 경우로 나누어서 살펴보고 있다. 보고서는 후자에 속하는 사례인 대한민국의 법원에서 일본의 체계적 성노예제에 대한 법적 책임을 수용한 판결과 그렇지 않은 두 판결이 내려졌다는 것을 적시하고 있다(제21항).

이외 독일과 나미비아(Germany and Nambia) 간에 이루어진 식민지시기 남비아 부족민들에 대한 독일국의 집단학살 책임인정 등 다양한 사례들을 살펴보면서 식민지 시기 발생했던 인권유린과 불법행위에 관한 이행기 정의 문제가 피해자 회복조치와 함께 이루어져야 한다는 점을 강조하고 있다. 식민지시기 자행한 피해에 대한 회복 조치에는 앞서의 유

26) 이행기 정의란 과거의 대규모의 갈등, 억압, 침해와 유린 사태에 책임과 정의와 화해를 성취하려는 모든 과정과 메카니즘을 포괄하는데, 이행기 정의에서 피해자를 인정하고 피해자의 필요성(needs)에 초점을 맞추는 것은 결정적으로 중요하다. 관련문서를 보려면 다음을 참고할 수 있다. https://www.ohchr.org/en/transitional-justice

27) 2017년에서 2021년 사이 유엔에서 공표한 인권유린 피해자의 회복, 가해자의 기소와 처벌 등 피해자 권리와 진실과 정의 회복에 관한 문서를 보려면 다음을 참고할 수 있다. https://www.ohchr.org/en/documents-listing?field_content_category_target_id%5B186%5D=186&field_entity_target_id%5B1285%5D=1285

28) General Assembly, Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of non-recurrence, Fabian Salvioli, submitted in accordance with Human Rights Council Resolution 45/10 [부록 3]에 게재함. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/197/81/PDF/N2119781.pdf?OpenElement

엔 피해자권리 기본원칙을 따르면서도 A. 책임, B. 진실, C. 회복조치, D. 기억사업(Memorization), E. 재발방지 보장, F. 피해자의 참여를 들고 있다. 불법행위 책임 및 기억사업을 회복조치의 큰 파트로 들고 있어서 주목된다.

3. ICC 규정에서 피해자 참여와 회복 조치

유엔 피해자권리 기본원칙이 천명하는 피해자의 정의와 진실의 권리의 측면은 국제형사재판소의 규정들에 자세하고 광범위하게 규정되어 있어 살펴볼 가치가 있다. 국제형사재판소 규정(Rome Statute of International Criminal Court, 이하 ICC 규정) 및 국제형사재판소 절차 및 증거에 관한 규정(Rules of Procedure and Evidence, 이하 ICC 절차규정)은 피해자 권리에 관하여 여러 조치를 두고 있다. ICC 규정 제 68조는 "피해자와 증언의 보호 및 그들의 절차 참여(Protection of the victims and witnesses and their participation in the proceedings)을 두고 있는데, 제3항에서는 법정은 피해자들의 견해와 우려(view and concerns)를 제시할 것을 허락하도록 하고 있다.[29] ICC 절차규정에서는 피해자와 증언의 보호에 대해 더욱 상세하고 두텁게 규정하고 있다. 그것은 피해자와 증인 담당부서의 설치 (Rule 16-Rule 19: Establishment of the Victims and Witnesses Unit), 피해자와 증인의 보호(Rule 87-Rule 88: Protection of Victims and Witnesses), 피해자의 절차 참여 (Rule 89-Rule 93: Participation of the Victims in the Proceeding), 피해자의 회복조치 (Rule 94-Rule 99: Reparation - restitution, compensation, rehabilitation)등과 같은 규정을 통해서이다.

좀더 자세히 피해자의 참여 권리에 대해 살펴보면, 피해자는 그들의 견해나 우려를 제시하기 위해 기록담당관(Registrar)에게 서면요청을 할 수 있고(Rule 89 1.) 자신을 대리할 법적 대리인을 자유롭게 선택할 수 있다(Rule 90 1.). 피해자의 법적 대리인은 재판정이나 청문회 등에 참석하고 참여할 권한을 가지며(Rule 91.1.), 이 때에 피해자의 법적 대리인은 재판부에게 요청하여 증인, 전문가, 혹은 피고에게 질문을 할 수 있고 이에 대한 검사나 피고의 변호사의 답변이 허용되어야 하며 (Rule 3(a)), 재판부는 피해자와 그 법적 대리인에게 재판 절차에 대해 법이 정하는 범위 내에서 고지할 의무가 있고(Rule 92), 재판부는 피해자 또는 그들의 법적 대리인의 견해를 구할 수 있다(Rule 93). 이렇게 피해자

29) Article 68 3."Where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriated by the Court and in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial."(후단 생략).

와 그 대리인의 참여란 일회성의 이벤트가 아니라 의견을 개진하고 문의하고 답변을 받고 다시 진술하는 등 지속적이고 역동적인 과정이다. 이상의 규정들과 최근 ICC의 다양한 케이스에서 볼 때, 피해자의 사법절차에의 참여는 매우 핵심적인 절차이자 원칙이 되었다고 판단한다.[30]

ICC의 기관과 자료들에서 볼 때, 피해자들이 수사와 재판 절차에 통합되고 의견을 진술하고 청취하는 충분한 기회를 갖는 것 자체가 피해 회복의 중요한 과정으로 간주되고 있다. 즉 피해자의 참여란 "회복조치"의 차원에서도 인식된다는 점이다. ICC의 피해자 참여와 회복부(Victim's Participation and Reparation Section: VPRS)에서는 절차 참여를 원하는 피해자, 피의자가 기소되고 소추될 때 필요한 회복조치들를 요청하는 피해자 등을 지원한다.[31]

나아가, ICC 절차규정에서 손해배상의 방법에 대해서도 관련 규정을 두고 있다. 절차규정 Rule 97.1.에서는 회복조치의 측량(assessment of reparations)에 대한 규정을 두고 손해 손실 상해의 범위와 깊이를 고려해서 법정은 회복조치를 개인별로 할지 집단별로 할지 아니면 둘 모두로 할지 등을 결정하라고 한다. 이를 위해 재판부는 그 피해와 손해를 측량하고 회복조치의 적정한 유형과 형태를 제안하는데 도움을 줄 전문가를 선임할 수 있다고 규정한다(Rule 97.2.). 또, 피해자를 위한 신탁(Trust Fund)를 마련할 수 있다(Rule 98).[32]

ICC 규정 제43조 6.에서는 피해자와 증언 담당부서에서는 성폭력 범죄의 트라우마를 포함해서 트라우마 전문가 직원을 포함할 수 있고, 피해자와 증인들에 대해서 상담과 여타 적절한 지원을 제공할 수 있다고 규정하고 있다.[33] 실제로 국제형사재판소 설립과 비슷한 시기에 활동했던 ICTY와 ICTR에서는 최초로 젠더에 관한 법률자문(legal advisor)으로

30) 최근 진행했거나 현재 진행 중인 ICC의 피해자 참여 케이스들에 대해서는 아래 링크 참고할 것. https://www.icc-cpi.int/about/victims

31) 피해자의 참여와 회복부(Victims' participation and Reparations Section)는 불어로는 "SPVR" 약어로 쓰이며 Registry의 일부이다. ICC의 피해자 참여 및 회복에 관한 정보를 보기 위해서는 아래 링크 참고. https://www.icc-cpi.int/about/victims

32) 피해자를 위한 신탁 운용에 대한 감사편지를 보기 위해서는 아래 링크 참고. https://www.trustfundforvictims.org/en/news/letter-gratitude-and-farewell-icc-prosecutor-fatou-bensouda-tfv-board-directors

33) 피해자 권리 보장을 위해서 (여성과 남성) 성폭력 피해자들을 적극적으로 접촉하고 그들의 우려를 수용할 수 있는 훈련된 트라우마 전문가들이 반드시 필요하다고 피해자 지원 그룹들은 주장한다(Victim's Rights Working Group, "Victim Participation at the International Criminal Court - Summary of Issues and Recommendations," Unpublished paper, November 2003).

패트리샤 샐러즈(Patricia Sellers) 미국 변호사를 고용하였고, 샐러즈 변호사는 2000년 12월 '일본군 성노예제 전범 여성국제법정'에서 수석국제검사로 활약하였다. 이렇게 인권법과 국제인도법 위반 등의 피해자권리에 구제조치는 눈부시게 발전하여 왔다. 하지만 한국의 정부는 이런 국제적인 법의 생태계와는 괴리된 채 높은 담장을 쌓아 왔던 것은 아닌지 우려된다.

4. 일본군 성노예제 관련 문서에서 피해자 회복 조치

이제 일본군 성노예제 관련 국제 문서에서 제시된 피해자의 회복조치에 관해 살펴보려고 한다. 2000년 여성국제법정 판결문에서는 피해자, 생존자, 희생자들에 대한 책임인정과 손해배상을 넘어서 다양하고 깊은 "역사의 진실과 회복"을 위한 조치를 권고하였다.[34] 관련 부분을 발췌해서 보면 다음과 같다. 먼저, 일본정부에 대해서 법정은 아래와 같은 점들을 권고하였다.[35]

1. '위안부 제도'의 설립에 대한 책임과 책무가 있다는 것, 그리고 이 제도가 국제법을 위반하였다는 것에 대한 완전한 인정.
2. 법적 책임을 지고, 반복하지 않음을 보장하면서 완전하고 솔직한 사죄를 하는 것.
3. 희생자, 생존자, 그리고 법정에서 판결된 위반의 결과로서 회복될 자격 있는 사람들에게 정부를 통해서, 그리고 피해를 구제하고 장래의 재발을 방지하기 위해 충분한 금액의 배상을 하는 것.
4. 군 성노예제에 대해 철저한 조사를 하기 위한 기구를 설립하고, 자료들에 대한 일반인의 접근과 역사적 보존을 가능하게 하는 것.
5. 생존자들과 협의를 하여 전쟁, 과도기, 점령기 및 식민지 기간에 범해진 성에 기초한 범죄에 대해 역사적 기록을 작성하기 위한 "진실화해위원회"의 설립을 검토하는 것.
6. 희생자들을 기념하고 "다시는 안 된다"고 약속하기 위한 기념관, 박물관, 그리고 도서관을 설립하여 희생자와 생존자들을 인정하고 기리는 것.
7. 모든 학년의 교과서에 중요한 내용을 기술하는 것을 포함한 공식 및 비공식 교육시책을 후원하는 것, 그리고 학자와 작가에 대해 지원할 것. 침해행위와 고통받은 피해에 관해서 국민, 특히 젊은이와 장래 세대를 교육하려는 노력이 있어야 한다.

34) 2000년 여성국제법정 판결문의 권고 전문은 본 의견서 [부록2]에 첨부함. 번역은 한국정신대문제대책협의회 번역, <2000년 일본군 성노예 전범 여성국제법정 판결문 - 히로히토 유죄>, 정대협출판사, 2007.

35) 국제형사법정의 절차에서 피해자와 증인의 지위 강화는 구유고슬라비아국제형사재판소(ICTY) 및 르완다국제형사재판소 (ICTR)가 ICC의 선례를 제공하였다(Antonio Cassese, "The Statute of the International Criminal Court: Preliminary Reflection," *European Journal of International Law* vol. 10-1, 1999, pp.144-171).

나아가, 2000년 여성국제법정 재판부는 제2차 세계대전의 연합국과 UN과 모든 회원국가 대해서는 각각 아래와 같은 권고를 내렸다. 국제인권법의 심각한 위반, 특히 국제법적 강행규범(*Jus Cogens*)에[36] 해당하는 전시 성폭력과 성노예제에 대해 정의의 판단을 방기한 것은 인류의 보편적인 책무라는 관점에 서 있는 조치라 보인다.

제2차 세계대전 연합국에 대해:
1. '위안부 제도'의 설립과 운영 그리고 도쿄재판소에서 이것이 소추되지 않았던 이유에 관한 모든 군대 및 정부 기록을 즉시 기밀해제 할 것.
2. 도쿄재판에서 일왕 히로히토를 소추하지 않았던 것에 관한 모든 군대 및 정부 기록을 즉시 기밀 해제할 것.

UN과 모든 회원국가에 대해:
1. 생존자와 기타 희생자 및 그들에게 자행된 침해로 인한 피해의 회복을 받을 자격이 있는 사람들에 대해서 일본정부가 완전한 배상을 제공하는 것을 확보하기 위하여 필요한 모든 조치를 취할 것.
2. '위안부'에 관한 일본정부의 위법성과 지속되는 책임에 대해 국제사법재판소의 권고적 의견을 요청할 것.

이와 같이 동 재판부는 일본정부의 국제법 위반의 법적 책임 인정과 사과와 금전적 배상을 기초로 하여 진실과 정의의 권리 구제를 위한 다양한 권고를 하였다. 거기에는 관련 조사기구의 설립과 기록 보존, 젠더기반 폭력에 관한 "진실화해위원회"의 구성, 박물관과 도서관을 설립하여 희생자들을 기념하고 미래세계를 교육할 것 등과 같이 구체적인 조치들이 포함되어 있다. 연합국에게는 극동국제형사재판의 기록물을 공개할 것 등을 주문하였다.

이하에서는 1990년대 문제제기 초기부터 일본군 성노예제에 관한 법학적 연구보고서의 권고 부분을 살펴보기로 한다.

ICJ (International Commission of Jurists; 국제법률가협회)[37]

36) 강행규범이란 국제법상 강제적 규범, 즉 "수정이 허용되지 않는 규범으로서 국제사회 전체가 수용하고 인정한 규범"을 의미함 [조약법에 관한 비엔나 협약, 1969년, 제53조 (원심재판부에 제출한 Christine Chinkin과 Christine Chinkin과 Keina Yoshida 의견서 참고)]

권고 1(a) 일본은 위안소의 작동과 유지에 관하여 전면적이고 완전하게 가지고 있는 모든 정보를 공개해야 한다. 여기에는 여성들을 동원했던 방법, 그들을 우송했던 태도, 위안소에서 그들이 받았던 대우 등을 포함한다.

(b) 일본은 6개월 정도의 시한 안에서 피해자의 요청이 청취되고 해결되는 행정적인 포럼(administrative forum)을 구성해야 한다. 일본은 기존의 관할이나 시효와 같은 기술적 항변(technical objection)을 면제시킴으로써 계류 중인 소송들을 효과적으로 처리할 수 있는 적정한 입법을 해야 한다.

2. 만약 1(b)에서 제안한 행동이 취해지지 않는다면, 일본은 피해자들을 완전하게 원상회복(rehabilitate)하는 조치를 밟아야 한다. 거기에는 의료비용, 괜찮은 주거시설 및 다른 조치들을 포함한다.

3. 일본이 (피해)여성들의 원상회복 조치를 거부한다면 이 쟁점과 직접적으로 관련되지않은 국가의 국제법 전문가들로 구성된 법정 혹은 중재 패널을 최대한 빨리 구성해야 한다. [이하 생략]

구마라스와미 보고서[38)]

68. 현재의 보고서는 일본 정부가 인류에 반하는 범죄 전반의 위반에 해당하는, 인권법과 인도주의법의 중대한 위반에 대한 책임이 있다고 결론짓는다. 노예화와 강간을 금지한 인도주의법에 관한 공격을 포함한 일본정부의 주장은 그 반대로 뉘른베르그 전범 법정에서 처음 제기되었던 50여년 전에도 그랬던 것처럼 오늘날에도 설득력이 없다. 또한, 일본은 제2차 세계대전 이후 평화조약과 회복조치 합의(reparation agreement)에서 전쟁으로 인한 모든 청구가 이미 해결되었다는 일본정부의 주장도 마찬가지로 설득력이 없다. 주요하게는, 아주 최근까지 일본정부는 일본군의 강간센터의 설립과 유지에 직접 관여가 있다는 것을 인정하지 않아왔기 때문이다. 전후에 일본과 아시아 정부들간에 맺은 평화 및 회복조치 합의 과정에서 일본정부의 이 점에 관한 침묵했다는 사실에서 볼 때, 법과 정의의 사안으로서 이 평화조약들이 위안부 사건들에 대한 일본의 책임을 소멸시켰다는 주장은 배제되어야 마땅하다.

69. 전쟁이 종료된지 반 세기도 더 지나서도 이러한 청구(실현)에의 실패는 여성들의 생이

37) ICJ, *Comfort Women - An Unfinished Ordeal*, 1994, pp. 202-203 (필자 번역)

38) UN Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Fifty-second session, Report of the Special Rapporteur on Violence against Women. its Causes and Consequences, Ms. Radhika Commaraswamy, Resolution 1994/5, "Report on the Mission to the Democratic republic of Korea, the Republic of Korea and Japan on the Issue of Military Sexual Slavery in Wartime. E/CN.4/1996/53/add.1. 4 January 1996., p 55 (필자 번역)

계속 평가절하되어 왔다는 것의 증거(testament)이다. 슬프게도, 제2차 세계대전 중 광범위한 규모의 성적 범죄들의 처분에 대한 실패는 오늘날에도 자행되는 유사한 범죄들에 대한 불처벌(impunity)을 지속시키는데 기여하고 있다. 일본정부는 제2차 세계대전 중 20만명이 넘는 여성과 소녀들이 위안소에서 강간과 노예화로 짓밟혀졌음에 대한 사과와 속죄(atone)를 하는 단계를 밟아야만 한다. 하지만, 일본정부가 법적 책임과 그 책임으로 인한 결과를 완전하고 조건없이 받아들이지 않는다면 그것은 전혀 적절하지 않다. 보상(redress)을 위한 마지막 절차를 밟는 것은 이제 일본정부에 달려 있다.

게이 맥두걸 보고서[39)]

권고

1. 범죄 기소를 위한 메카니즘의 확보 필요성

63. 유엔 인권고등판무관(UN High Commissioner of Human Rights)은 일본군대의 강간 캠프 설치 행동과 명백하게 연결된 잔혹행위에 책임 있는 일본 내 그리고 여타 관할지에 있는 자들의 기소하기 위해서 작업해야 한다. 일본정부가 오늘날까지 살아있는 위안소 설치에 책임 있는 주체들을 찾아내고 기소하도록, 그리고 다른 나라들도 다른 관할지에서 이들을 체포하고 기소하도록 하는 의무를 유엔이 지고 있다. [후략]

2. 법적 배상을 제공하기 위한 메카니즘의 필요성

64. Sub-Commission은 유엔의 다른 기구와 함께 일본의 "아시아 여성기금"의 창설에 대해 "환영한다." [중략] 하지만, 아시아여성기금은 "위안부" 피해자 개개인 여성들에 대한 공식적 법적 배상 책임을 만족시키지 않는다. 왜냐하면 아시아 여성기금의 "위로금"은 일본정부가 제2차 세계대전 중 자행했던 범죄 행위에 관한 법적 책임의 인정을 의도하지 않았기 때문이다.

65. 아시아여성기금이 어떤 의미에서도 법적 배상이 아니기 때문에 적절한 국제적 대표성을 가지고 그러한 배상이 이루어지도록 새로운 행정적 자금이 마련되어야 할 것이다. 이를 위해서 유엔 인권고등판무관은 다시 일본정부와 함께 신속하게 적절한 배상의 틀을 마련하는 의사결정을 할 국가적 국제적 리더의 패널을 구성해야 한다. 여기서 '위안부' 피해자들에 대한 공식적인, 금전 배상이 제공되어야 한다. [후략]

39) UN Economic and Social Council, Commission on Human Right Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protction of Minorities, Fiftieth Session, Contemporary Forms of Slavery "Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-like Practices during Armed Conflict," Final report by Miss. Gay J. Mougall, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1988/13, 22 June 1998, pp.53-55 (필자 번역)

이상과 같이 일본군 성노예제 관련 보고서들은 일본정부가 국제법 위반의 법적 책임 있다는 점에 대해서 모두 한결같은 목소리를 내고 있다. 문제 해결의 구체에 대해서는 유엔, 일본정부, 중재 패널 구성 등 다양한 제안을 하였다. 보고서에서는 이전에 국제협약 등으로 일본이 법적 책임을 소멸했다는 것을 인정하지 않고 있으며, '아시아여성기금'이 법적 배상이 아니라는 점에서 행위 책임을 인정한 피해자 권리 구제가 아니라는 점도 분명히 하고 있다.

본 장에서는 유엔 피해자권리 기본원칙과 함께 ICC의 피해자 참여와 회복조치 등을 살펴보았다. 이를 통해서 피해자의 회복이 이행기 정의 실현, 나아가 식민주의에 따른 진실과 정의 추구에서 중심적인 흐름임을 알 수 있었다. 또한, 일본군 성노예제의 관련한 시민법정과 국제기구들에서 내려진 피해자 회복을 위한 권고조치들을 살펴보았다. 이러한 법규범과 실천에서 볼 때, 피해자 회복이란 경제적 배상에서 훨씬 더 나아가 피해자의 참여, 의견 표명, 연구와 조사사업, 기억작업, 교육과 기념사업 등 사회 구성원 전체에 미치는 조치들을 포함하고 있다는 것을 알 수 있다. 무엇보다도, 이런 규정과 절차에서 공권력의 피해자들이란 더이상 배상을 기다리는 "객체"에 머물지 않고 정의구현의 절차에 참여하고 증언하는 "주체"로 재탄생하게 되었다는 것을 알 수 있었다. 그리고 이와 같은 피해자의 회복과정이란 "문제의 해결"과 중첩되는 과정과 다르지 않음을 알 수 있다.

III. 본 손해배상소송의 의의

앞 장에서 보았던 것처럼, 1990년대 이후 일본군 성노예제 문제가 세상에 알려진 후 피해자와 국내외의 대변자들은 많은 노력을 기울였지만 그 책임자가 밝혀지지도 처벌되지 않았다. 유엔 피해자권리 기본원칙 등에 따라 피해자들을 만족시키는 포괄적이고 효과적인 회복조치가 이루어지지 못한 채 오늘에 이르렀다. 본 소송의 원심은 국가면제의 논리에 대해 특히 주목하면서 일본군 성노예제로 인한 피해를 국가가 주도해야 할 외교적 문제로 바라보았으나 한일 간 외교적 틀로는 이 문제가 해결되지 않았다는 것이 본 소송을 제기한 핵심적 동인(動因)이라는 점을 원심 재판부는 간과하고 있다. 본 장에서는 이제까지 살펴본 인권유린 피해자권리에 관한 국제규범에 기초해서 본 손해배상청구 소송이 가지는 의의에 대해 짚어보고자 한다.

1. 국가간 협약과 협상으로 일본군 성노예제 피해자의 구제

(1) 전후· 식민지후 국가간 협약의 체계(Regime)

일본정부는 제2차 세계대전 이후 샌프란시스코 협약과 1965년 '대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정'(이하 한일청구권협정으로 표기함)에서 일본군 성노예제 문제에 대한 법적 책임이 해결되었다고 주장해 왔다.[40] 주지하다시피, 대한민국은 샌프란시스코 협약의 체약국조차 되지 못했고, 1965년 한일청구권협정에 일본군 성노예제를 포함한 전쟁과 식민지시기 인권 피해자의 문제는 포함되지 않았다. 전후에 설립된 극동국제형사재판에서 조선인들은 전범으로 처벌될지언정 일본정부나 개인들이 조선인이나 아시아인들에게 자행한 범죄행위는 다루어지지 않았다.[41] 한국이나 타이완과 같이 아시아의 피식민 국가에 관한 시각이 철저히 결여된 전후·식민지후 국가간 조약의 체계에서 여성에 대한 폭력으로서의 일본군 성노예제의 피해자의 권리와 회복조치가 관심사가 될 것을 기대하기란 더더욱 어려웠을 것이다.

일본군 성노예제 피해자의 실효적 구제를 위해서는 기존의 국가간 협상의 틀, 남성중심적 법의 지배의 틀을 벗어나야 함에도 불구하고, 국내적으로 일본군 성노예제 문제는 "양국간의 과거사"라는 틀을 벗어나지 못한 것에 대해서는 크게 유감이다. 양국간의 협상과 조약의 틀로는, 일본이 식민지와 전쟁 시기 한국에 자행한 불법행위와 범죄행위에 대한 법적 책임과 인권법 위반, 여성차별에 관한 맹점(盲點)을 극복하지 어렵다고 보기 때문이다. 불행하게도, 대한민국의 입법, 사법, 행정, 교육의 공복들이 식민지 유산과 인권 문제를 명징하게 바라보는 관점을 가진 경우가 많지 않은 것 같다. 피해자들과 시민단체들에 의해 이 문제가 가시화될 1990년대 초엽, 일본을 방문했던 김영삼 대통령은 일본 총리를 만났던 자리에서 "한국 정부는 일본에 금전 배상을 청구하지 않을 것이므로, 일본은 진상규명을 하라"는 정치적 제안을 하였다.[42] 이 시기 일본군 위안부 피해자를 포함한 46명의 전쟁과 식민지 시기 피해자들이 일본정부를 상대로 한 소송이 계류 중이었다.[43] 한국정부

40) 샌프란시스코 조약으로 일본군 성노예제 문제에 관한 법적 책임이 전혀 해소되지 않았다는 견해로는 앞에서 살펴본 게이 맥두갈 특별보고관의 보고서(1998), 원심 법원에 제출된 도츠카 에치로의 전문가 의견서 등 참고.

41) 우스미 아이코, <조선인 BC급 전범, 해방되지 못한 영혼>, 이호경 역, 동아시아, (일어본 1982), 2007.

42) 중앙일보, 1993.3.13.; 동아일보 1993. 3.13.

43) 태평양전쟁희생자유족회 소속 군인 군속 생환자 17명, 그 유족 15명과 일본군 위안부 피해자 8명이 1991년 12월 6일, 일본국을 상대로 소송을 제기하였다. 도쿄지방재판소(2001년 3월 26일), 원고들의 청구를 모두 기각하는 판결을 내렸다. 기각의 이유는, 국제법에 의해 개인의 민사청구권을 행사할 여지가 없다는 것, 카이로 선언 포스담 선언 등에 의해 개인청구권을 행사하는 것이 불가능하다는 것 등이다. 도쿄고등재판소의 항소심에서도 기각판결을 선고하였고(2003년 7월 22일), 일본 최고재판소는 상고를 기각하는 판결을 내렸다

가 피해자 배상받을 권리와 관계하여 피해자를 "대리"할 권능이 있었는지 그 권능이 과연 피해자들로부터 나왔던 것인지 의문이다.

(2) '2015년 한일 외교장관의 위안부 합의'의 경우

2005년 8월 26일 노무현 정부에서 설치했던 "한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회"는 일본군 위안부 문제를 포함하여 일본 정부와 군대 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위는 한일청구권협정에 의해 해결되지 않았고 법적 책임이 남아 있다고 발표하였다. 동 위원회는 그동안 한국정부가 한일청구권협정의 적용범위와 해석에 대해 가졌던 모호한 입장을 극복하고 일본 정부를 상대로 한 개인 청구권이 소멸되지 않았음을 분명히 하였다. 이러한 배경에서 원폭 피해자들을 포함한 성노예 피해자들은 헌법재판소에 한일청구권협정 제3조와 관련된 헌법소원을 제기하였다. 2011년 헌법재판소는 한국정부가 자국의 국민에 대한 외교적 보호를 다하지 않은 부작위행위로 인해 피해자들의 기본권이 훼손되었다는 취지의 결정을 내렸다.[44] 헌법재판소의 이와 같은 역사적 결정의 결과 재개한 한국과 일본 간의 위안부 문제에 관한 외교적 협상은 2015년 12월 28일 한일 외교장관들이 발표했던 위안부 합의로 귀결되었다.

여러 연구들에 따르면, 2015년 한일 외교장관의 위안부 합의의 내용과 절차는 많은 문제점을 가지고 있다. 김창록(2016)은 이 합의문을 분석하면서, 합의문이 '여성을 위한 아시아 평화기금(국민기금; 1995년~2007년간 지속)'에서 피해자들에게 발표한 내각총리대신의 '사죄의 편지'와 내용이 거의 일치한다고 지적한다. 일본정부가 인정한 "책임"이란 법적 책임이 아니라 도의적 책임이라는 인식이 지속되고,[45] 위안부 연행의 강제성을 인정하지 않았으며, 진상규명, 역사교육의 의무 등이 부재한다는 것이다. 조시현(2016)은 일본과 한국의 합의문에 대하여 "국제법에 대한 언급이 전혀 없는 점"이 깜짝 놀랄 일이라고 하였다. 이 합의에서는 국제법적 문제를 전혀 제외시킴으로써 법적 책임을 다루지 않으려 했

(2004년 11월 29일). 보다 자세한 내용은 다음을 참고할 수 있다(김창록, "일본에서의 일본군 '위안부' 소송," 여성가족부, <일본군 '위안부' 문제의 법적 책임>, 미출간 보고서, 2018.9, 171-555면).

44) 헌법재판소 2011.8.30.선고 2006헌마788 결정

45) 일본정부는 10억엔의 정부 출연금이 법적 의미의 손해배상금이 아니라는 것, 일본 정부는 법적 책임이 아니라 '도의적 책임'을 진다는 것을 분명히 하였으나 오히려 윤병세 한국 외교부장관은 2016년 1월 7일 국회 외교통일위원회에서 일본 정부가 약속한 10억엔이 정부에서 출연한 것이므로 '배상금'이라고 하였다 (경향신문, 2016.1,0일자, 외교부자료: 외교부, "일본군 위안부 문제 합의 관련 (Q & A)." 그러다가, 2015년 한일 위안부 합의에도 불구하고 피해자들의 배상청구권은 여전히 유효하다는 입장을 나타냈다. 한국정부는 서울중앙지방법원 2016가합552135 소송에서 2015 한일합의가 피해자들의 개인청구권에는 어떠한 영향을 미치지 않는다고 주장했다.

을 뿐 아니라 "권리와 의무를 말하지 않는 사과는 법적 사과가 아니라"라고 한다. 이나영은 그동안 피해자와 지원단체가 크게 일곱가지의 요청사항을 제시해 왔지만 2015년 한일 위안부 합의는 "피해자와 지원 단체들을 배제한 가해자와 동조자들끼리의 야합"이라고 규정지었다. 일곱 요청사항이란 일본군 위안부 범죄 인정, 진상규명, 국회결의 사회, 법적 배상, 역사교과서 기록, 위령탑과 사료관 건립, 책임자 처벌 등이다. 양현아는 피해자의 관점에서 본 합의를 분석하면서 피해자의 참여가 없었던 것이 본 합의의 치명적 문제라고 지적하였다.[46]

이와 같이 2015 한일외교장관의 위안부 합의를 살펴볼 때, 일본국가와 개인의 불법행위를 인정한 법적 책임 인정이 아니었다는 점, 피해자의 회복 조치로는 10억엔의 정부 출연 위로금이 전부였고 앞서 언급간 국내의 피해자의 7대 요청사항은 물론이고 피해자권리에 관한 국제규범에 기본적으로 포함되어 있는 원상회복, 배상, 복구, 만족, 재발방지 보장 등과 같은 조치들이 대부분 누락되어 있는 점, 피해자와 그 대리인들을 참여시키고 그 의견이나 견해를 청취하고 정부의 입장과 견해를 전달하는 참여와 진실규명과 같은 피해자 권리가 실현되지 못했다는 점 등을 그 내용과 절차의 주요 결함으로 들 수 있다.[47]

본 합의 직후 개최된 유엔 여성차별철폐협약위원회의 일본정부에 대한 정례보고의 최종의견에서는 본 2015년 한일 위안부 합의가 "피해자 중심의 접근 방식"을 취하지 않았으므로 일본군 성노예제 문제가 해결되지 않았다고 선언하였다.[48] 본 최종 의견에서 관련 내용을 살펴보면 (a) 최근 '위안부'들에게 자행된 위반행위에 대한 당사국의 책임에 관하여 공무원과 (정치) 지도자들의 발언의 빈도가 증가하고 있다는 점과 '위안부' 문제가 "최종적 및 불가역적으로 해결된 것"이라고 주장하는 대한민국과의 양자 합의의 발표는 피해

46) 김창록, "2015년 한일 외교장관 합의'의 실체와 문제점." 조시현, "2015년 한일 외교장관 합의의 법적 함의." 이나영, "페미니즘 관점에서 본 일본군 '위안부' 운동의 역사와 '2015 한일 합의'의 문제점." 양현아, "2015 한일 위안부 합의에서 피해자는 어디에 있(었)나." (네 편 모두 김창록 외, <'위안부' 합의, 이대로는 안 된다>. 경인문화사, 2016에 수록됨).

47) 양현아(2016)는 2015년 한일 합의에서의 "피해자"란 누구인가에 대해 다루면서, 거기에는 2015년 한일 합의 당시의 피해생존자, 한국정부에 신고했던 240여명의 피해자, 위안소로 강제연행되어 고통 받았던 실제 피해자들, 그들의 가족, 친지, 이웃 등 한국사회 구성원 등으로 피해자들이 동심원적으로 구성되어 있다고 한다. 이런 관점에서 보면, 2015년 합의 당시의 생존자가 그 합의금을 받았다면 피해자 회복이 이루어졌다고 보는 개인적이고 금전적인 배상 모델로는 역사적이고 집합적인 위안부 피해 회복의 방안이 전혀 되지 못한다고 주장한다.

48) 유엔 여성차별철폐협약위원회, 일본정부에 대한 정례보고에 관한 최종의견(Committee on the Elimination of Discrimination again Women, Concluding Observations on the Combined Seventh and Eighth Periodic Reports of Japan, CEDAW/C/JPN?CO/7-8, 2016.2.15.-2016.3.4.), 번역은 조시현, 김창록 외 전게도서(2016)에 수록됨.

자 중심의 접근방법을 완전하게 채택하기 않았다는 점; (b) 일부 '위안부'들은 당사국의 책임 또는 그들이 겪은 중대한 인권침해행위에 대한 공식적이고 애매하지 않은 인정을 받지 못한 채 사망했다는 점; (c) 당사국은 다른 관련 국가들에 있는 '위안부' 피해자들에 대하여 그 국제인권법상의 의무를 문제로서 다루지 않고 있는 점; 그리고 (d) 당사국이 교과서들에게 '위안부' 문제에 대한 언급을 삭제한 점 등이다.[49]

2015년 한일외교장관의 위안부 합의가 피해자의 요청을 충족시키지 못하고 오히려 좁은 의미와 넓은 의미의 피해자들을 무시한 행위였다는 점에서, 피해회복의 실효적 조치가 되지 못했다는 것은 명백하다. 이 합의에 대해 피해자들이 곧바로 헌법소원을 제기했을 뿐 아니라 한국정부와 일본정부에 책임을 묻는 손해배상을 제기하였다는 것은 처절하고 유감스러운 일이다.[50]

이렇게 볼 때, 본 손해배상소송을 2015년 한일 위안부 합의와 함께 피해자 권리의 관점에서 접근하는 것은 필요 불가결한 일이다. 피해자들의 손해배상소송은 자신들의 권리가 2015년 한일 위안부 합의에 의해서 해소되거나 실현되지 않았다는 것에 대한 가장 적극적 표현이기 때문이다. 사정이 이와 같음에도 불구하고 원심은 피해자에 대한 배상은 정부의 외교적 협상 혹은 국가면제와 같은 국가 중심적 국제법 관점에서 바라보고 있어서 본 소송의 사회·역사적 맥락을 파악하지 못하거나 무시하고 있다고 사료된다. 법사회학적 견지에서, 사회적인 맥락 속에 놓인 실체적 진실의 파악 없이 해당 사건의 사실관계를 확정할 수 없고, 실정법학적으로도 사실관계의 파악 없는 법의 적용과 해석이란 잘못된 결과를 초래한다는 것이 명백하다.

정부 주체들이 문제해결 노력을 하는 것은 매우 중요한 일이지만 일본정부와 한국정부는 이미 1990년대와 2000년대를 통해서 정립된 유엔의 피해자권리 기본원칙 및 인권기구에서의 권고사항과 같이 피해자 개개인의 주체성과 다양한 회복조치에 초점을 두는 것에 포인트가 맞추지 않음으로써 피해자에 대한 실효적 구제를 하는 데 실패하였다.

49) 이외에도 유엔 고문방지위원회는 한국의 제3차-제5차 정례보고서에 대한 최종견해에서 "2015년 합의를 개정해야 할 것"이라는 견해를 밝혔으며, 유엔 인종차별철폐위원회는 일본의 제10차-제11차 정례보고서에 대한 최종견해에서 일본 정부에 대하여 피해자 중심의 접근방법으로 '위안부' 문제에 대한 '지속적 해결'을 보장할 것을 권고하였다.

50) 1. 국가배상청구소송(서울중앙지방법원 2016가합552135)에서는 1심 원고패소, 2심에서 조정 성립. 2. 나눔의 집 피해자들 12명이 서울지방법원에 일본국을 상대로 낸 조정신청을 냈고, 조정법원은 2016년 12월 30일 조정불성립을 결정하여 본안에 회부함 (서울중앙지방법원 2016가합505092) 원고승소판결(2021.1.8. 선고). 3. 일본정부를 상대로 한 손해배상소송(서울중앙지방법원 2016가합580239) 각하 판결(2021.4. 21. 선고).

2. 사법적(司法的) 절차와 한국인 성노예제 피해자의 구제 조치

국가간 조약이나 협상이 아니라면 국내 및 국제 법원에서 한국인 성노예제 피해자에 대한 구제 조치가 이루어졌었는지 살펴본다. 앞서 언급했듯이 전후 극동국제형사재판에서 식민지인들에게 자행된 인권유린 범죄를 다루지 않았으며,[51] 한국인 피해자들은 외국의 법원에서도 그 청구를 실현시키지 못했다.[52] 아시아는 전쟁과 식민지의 깊은 상흔에도 불구하고 지역인권재판소를 가지지 못하였으며, 국제형사재판소는 시간적 관할 규정 등에 가로막혀 일본군 성노예제 사건을 다루기 어렵다. 일본군 성노예제도는 유례를 찾기 어려울 정도로 대규모로 여성의 몸과 성성(sexuality)을 남성군인의 욕구충족과 전쟁수단으로 사용함으로써 여성차별과 민족말살이 극도로 표출된 체계적 강간의 사례이다. 하지만 이에 대한 침묵의 역사는 너무나 깊었고 오늘까지 일본군 성노예제 한국인 피해자들의 청구가 법원에서 받아진 경우가 매우 드물다. 그 예외는 앞서 살펴본 한국의 헌법재판소의 결정과 서울중앙지방법원의 판결(2021.1.18. 선고 2016가합505092)이다.[53] 헌법재판소 결정으로 헌법소원의 청구를 받아들이긴 하였지만, 2015년 한일 위안부 합의라는 아쉬운 결과를 낳는 데에 그쳤다. 이러한 맥락에서 본 법정이 일본군 위안부 제도라는 전대미문의 인권유린이 끼친 피해 회복으로 나아가기 위한 '최후수단성'을 가지고 있다.

태평양 전쟁 시기 아시아의 성노예 피해자들에 대한 정의의 부재는 유럽과 아프리카 등지의 전시 성폭력에 관한 사법적 판단과도 극명한 대비가 된다. 1990년대 초 구유고슬라비아의 내전과 르완다에서 대규모의 전시 성폭력이 발생한 직후 유엔은 각각 ICTY(구유고슬라비아국제형사법정(ICTY), 르완다국제형사법정(ICTR)과 같은 비상설 형사법정을 설치하여 관련 범죄들을 기소하고 책임자를 처벌하였다. 이 법정에서 성폭력 범죄는 살인, 집단살해, 고문 등의 범죄의 메트릭스 속에서 구조적으로 구성될 수 있었고 그 강압성과 효과 등에 대한 새로운 법리를 구성하였다.[54]

51) 제2차세계대전 후 일본군 성노예제 대한 사법적 판결의 유일한 사례는 인도네시아 바타비아에서 열렸던 군사재판의 판결이다. 당시 인도네시아를 식민지로 지배하던 네덜란드 여성 20여명에게 자행했던 성폭력에 대하여 일본 군인들의 형사책임을 다룬 결과 일본장교 7명이 유죄판결을 받았다.

52) 일본법원에서의 소송에 관해서는 김창록, 전게 보고서(2018). 미국법원의 소송에 관해서는 한우성, "미국에서 진행중인 일본군 '위안부' 및 징용 소송에 대한 보고서, 한국정신대문제대책협의회 2000년 일본군성노예전범 여성국제법정 법률위원회 편, <일본군 '일본군' 문제에 대한 법적 해결의 전망, 2001, 백태웅, "미국에서의 인권소송: 일본군 위안부 소송," <고려법학> 제43, 2004 등을 참고할 수 있다.

53) 식민지 시기 개인에게 자행한 반인도적 불법행위에 관한 사법적 조치로는 대한민국 대법원 판결(대법원 2012.5.24. 선고, 2009다22549 판결)이 하나의 시금석이 된다. 본 소송은 일본정부가 아니라 기업에 대해 손해배상을 청구하였고, 대법원은 한일청구권 협정에도 불구하고 개인의 청구권이 유효하다는 것을 최종적으로 승인하였다.

1992년에서 1994년 사이 구유고슬라비아에서 종교와 민족 갈등이 폭발하면서 주로 세르비아인들에 의한 크로아티아의 무슬림 여성들에 대한 집단적이고 대규모의 전시 성폭력이 발생하였다. 이 전쟁에서 가해자들은 상대 민족의 여성들을 강간하여 고의적으로 임신을 시켰으며 낙태가 불가능해질 정도로 말기 임신기에 강간캠프에서 방출하였다, 이러한 성폭력 행위는 더 이상 개개인 남성 병사의 욕망의 발로에 그치지 않고 고의적이고 정책적인 성격의 행위라는 인식을 형성하게 하였다. 전시 강간은 이민족에 대한 "효과적인 전쟁수단"으로서 피해자들의 몸과 마음을 훼손하고, 그들의 가족과 민족을 능욕하고 파괴하는 "전쟁적 행위"로 구성되었다. 보다 비참한 사실은 피해 여성들은 전쟁 후에 자기 가족이나 민족에게도 수용되지 못한 채 이중적인 피해자가 되었다, 가족이나 민족도 가부장적 규범으로 피해 여성들을 다루기는 마찬가지였다. 1994년 1월부터 12월까지 아프리카 르완다에서는 민족간 내전이 발생하여 끔직한 집단강간이 발생하였다. 후투족은 투치족을 공격하고 강간함으로써 50만에서 100만인 투치족과 그들을 도운 자들을 살해하였다. 이 전쟁에서 성폭력은 고문, 학대, 집단살해(genocide)의 도구이자 방법이 되었다.

비슷한 시기 아시아에서 고령의 여성들이 일본군 위안부제도라는 전대미문의 전시 성폭력 피해자라고 주장하면서 피해를 호소하고 나섰으니 1990년대 초 전시 성폭력에 대한 고발과 호소는 아시아와 유럽이 서로 조응하는 즐탁동시(茁啄同時)와 같은 현상이었다. 위안부 피해 여성들의 "목소리"는 앞서 살펴본 ICJ 보고서, 유엔의 보고서를 작성하게 하였고 2000년 여성국제법정의 원동력이 되었다. 나아가 국제형사재판소의 로마규정에 전쟁범죄, 인도에 반하는 범죄, 집단학살(Genocide) 범죄의 모든 장에 젠더폭력과 성폭력 범죄가 상세히 규정되게 되는 데에는 일본군 노예제 피해자들이 기여한 바가 대단히 크지만 한국의 법원 그리고 정부는 이러한 국제적 경향에 눈과 귀를 닫고 있는 것이 아닌가 한다. 한국의 법원과 정부에 국제법이란 그저 형성에 좇아갈 뿐 그것을 선도할 수 있는 것은 아닌 것 같다. 이제까지 본 것처럼 일본군 성노예제 피해자와 그 대리인들의 "아래로부터의 목소리"는 국제법과 국제인권법, 국제형사법에 큰 반향을 불러일으켰지만 국내법원과 정부의 엘리트들은 '양국간의 외교적 틀'이라는 역사적 질곡에서 빠져나오지 못하는 커다란 괴리를 발견한다.

54) 관련 서적으로는 다음을 참고할 수 있다. Alona Hagay-Frey, *Sex and Gender Crimes in the New International Law -Past, Present, Future* (Leiden: Martinus Nijhoff), 2011, 특히 pp.57-68; Daniela Nadj, *International Criminal Law and Sexual Violence again Women -Interpretation of Gender in the Contemporary International Criminal Trial* (London: Routledge), 2018.

유엔과 국제기관의 조사보고서에서 그 법적 책임에 대한 분명한 인정이 있었지만 일본군 성노예제 한국인 피해자들이 세계의 어느 법원에서도 그들에게 극심한 손해를 끼친 불법행위에 대하여 법적인 배상을 받은 적이 없다는 것은 통탄할 일이다. 앞서 '피해자의 범위'에서 언급했듯이 이러한 상태는 피해당사자가 겪은 불법행위에 대한 부정의의 지속을 의미할 뿐 아니라 피해자를 둘러싼 우리사회 구성원 다수가 그 부정의의 자장(磁場) 속에 머물러 있다는 것을 의미하기 때문이다. 만약 10대와 20대의 여성 피해자가 연합국측이었다면 이러한 불처벌의 역사가 지속될 수 있었을까. 피식민지 시기 조선의 여성들의 성폭력과 인권유린 문제는 21세기 현재에도 치외법권에 머물러야 하는가. 본 소송은 특히 식민지 시기에 여성들에게 자행되었던 범죄와 불법행위에 관한 법적 판단을 청구하고 있어서 그 의의는 한국을 넘어서 세계적으로도 매우 크다고 할 것이다. 본 재판부가 아래로부터의 목소리를 법 안으로 수용해서 한국의 국내 판결과 국제법의 법리, 한국 정부의 피해자 처우와 보편적 피해자권리 간의 간극에 다리를 놓아 주실 것을 기대한다.

3. 국제인권법과 손해배상소송의 만남

원심에서 피해자들의 청구가 기각됨에 따라 본 법정이 피해자들의 피해구제의 중심적 판단 법원이 되었다. 이 판단에 따라, 2021년 1월 8일의 서울중앙지방법원 선고까지 재해석될 가능성도 배제할 수 없다. 앞서 살펴 보았듯이 정부간 협상이 아니라 피해자 개개인들이 제기한 민사 손해배상소송은 이제 대단히 중요한 피해자 구제의 방향이다. 본 손해배상소송은 단지 해당 원고들의 피해에 대한 배상만을 청구하는 것이 아니라고 생각한다. 원고들이 손해의 배상만을 청구한다고 하지만 여하한 금전적 배상이라고 할지라도 피해자들의 돌아오지 않은 시간과 상처가 치유되기는 어렵다는 것은 자명한 일이다. 나아가, 조선인 피해자들이 8만에서 20만으로 추산하고, 외국의 더 많은 피해자들을 생각할 때, 이 소송은 사지(死地)에서 돌아오지 못한 수많은 이름없는 피해자들을 본 소송 원고들이 "대리하는" 역사적이고 집합적인 법적 행동이다.

너무나도 지연된 정의의 상황을 지켜보면서, 혹자는 본 손해배상소송이 한국에서 제기하는 데에 왜 이렇게 긴 시간이 걸렸는지 의문을 제기한다. 전쟁 후 70년, 한국사회에 문제가 제기된 1991년 이후에도 30년 성상이 지났다. 이 글에서 살펴보았던 것처럼 피해는 매우 길고 지독하지만 피해자들의 국제적·국내적 활동은 그 유래를 찾기 어려울 정도로 활발하였다. 1990년대 초부터 유엔 관련 위원회에서 호소하고 유럽, 아시아 등 세계방방곳곳을 누비면서 자신의 피해를 알리고 문제에 대해 증언하였다. 이미 1991년부터 피해자들은 일본과 미국의 법원에서 소송을 제기하였다. 이후 대규모의 2000년 성노예제 전범

여성국제법정을 개최하여 “히로히토 유죄”의 판결을 이끌었지만 일본정부, 한국정부, 세계 시민사회에서 실효성 있는 법적 행동은 없었다. 따라서, 본 소송의 원고들과 같은 위안부 피해자들이 국가에다 그 해결을 맡기고, 권리 위에 잠자고 있었다고 말해서는 아니 된다.

1960년대와 1970년대에 지속된 한국의 권위주의 정권 하에서 일제하 일본군 성노예제 문제와 같은 식민지 시기 여성인권 문제를 제기하기 어려웠다. 국제적으로도, 국제인권법과 여성주의 법학의 눈부신 발전을 보기 위해서는 1980년대와 1990년대라는 긴 시간을 기다려야 했다. 한국의 민주화와 더불어 우리 사법부의 독립성과 인권의식의 성장 역시 본 소송이 국내에서 제기될 수 있는 바탕이 되었다고 생각한다. 다른 한편, 한국사회는 여전히 이 여성들을 인권유린 피해자보다는 ’불쌍하고‘ ’더렵혀진‘ 여성이라는 가부장적인 시선을 벗어나지 못하였다.

앞서 지적한대로, 전쟁과 식민지 이후 대한민국 정부의 위안부 문제의 대응은 ‘한일관계라는 과거사’의 틀을 크게 벗어나지 못했다. 국제적 힘의 역학 속에서, 그것도 여성에 대한 폭력과 차별이 멈추지 않은 한국사회에서 피해자들의 청구를 국내 법원이 받아들여서 피해자 회복에 나아간다는 것은 단지 경제적 배상을 인용한다는 의미보다 훨씬 더한 역사적인 의미를 가진다. 원고들은 외면적으로는 경제적 배상을 청구하지만 구조적으로는 불법행위에 대한 책임의 인정, 이에 따른 피해자의 회복과 위로를 청구하고 있다고 이해하기 때문이다. 본 법정은 피해자의 존엄성과 영혼을 기리는 법정이 되어야 한다.

그런, 의미에서 본 민사소송은 외면적으로는 국내의 민사법정이지만 그것은 국제인권법과 국제법의 맥락에서 그것을 민사법 속에 용해하는 국제적인 법정 공간이라고 생각한다. “국제”라는 공간은 외국이 아니라 바로 여기, 이곳에 있으며, 국제법을 만든 주체가 우리 정부와 한국의 대표자들이기 때문이다. 지금, 이곳에서 국제인권법이 의도한 정의를 실현하여 피해자의 실질적 구제로 나아가 주시기를 존경하는 재판부에 요청드린다.

IV. 결론

본 의견서에서는 필자의 증언 연구에서 시작하여, 유엔 피해자권리 기본원칙을 중심으로 하여 일본군 성노예제 피해자권리 실현을 위한 다양한 국제규범을 살펴보았다. 거기에는 국제형사재판소(ICC) 증거 및 절차의 규정에서 피해자 지원제도, 국제법률가위원회(ICJ), 유엔의 구마와스와미 보고서, 게이 맥두갈 보고서, 2000년 여성국제법정의 판결문에서 피해자 관련 권고 등이 포함되었다.

모든 전시 성폭력은 그 자체로 참혹하고 피해자들에게 극심한 피해를 남기므로 그 심각함에 대해 경중을 단다는 것은 어불성설일 것이다. 오히려, 각 전시 성폭력의 고유한 역사사회적 배경, 여기에서 배태된 전시 성폭력의 특성과 피해를 파악함으로써 그 피해 극복의 방안 마련하는 것이 중요하다. 이를 통해서 피해자 개인과 사회 공동체의 회복의 계기를 마련하는 것이 과제이다. 필자는 본 민사소송의 목적도 정확하게 이러한 피해자의 피해회복에 초점이 맞추어져 있다고 이해한다.

그 점에서 일본군 성노예제의 다양한 피해 민족 중에서 조선인 피해의 경우에는 당시 일본국과 맺었던 ‘식민지성’의 사실적 규명과 법적 논리 구성의 과제가 남아있다. 식민지성에 기초한 성폭력을 포함하여 식민지 시기 자행되었던 법적 책임에 관한 국제법적 논증은 여전히 미진한 상태라고 보인다. 이러한 공백지대와 함께 인류에의 책임을 고려할 때, 본 소송의 좌표가 더욱 분명해진다.[55]

조선 여성의 성노예 피해자의 경우에는 8만에서 20만을 추정하는 가장 다수 여성의 강제동원, 10세 중반에서 20세 초반의 성경험이 없었던 소녀들이 주로 구성을 이루었다는 점, 10년 이상의 장기간의 위안소 억류와 그에 따른 극심한 피해 (구타, 상해, 질병, 살해, 방치, 강제불임, 생식기 파손, 기아, 고문, 마약 중독 등)를 당하였고, 후방에서 최전선까지 배치되는 다양한 전장에로의 연행의 특성 등을 나타낸다. 요컨대, 일본국가와 일본군과 가장 체계적으로 결합했던 성노예의 특성이 나타나고 이것은 조선의 식민지적 지위를 그대로 집약하고 있다. 피해자들은 대다수 죽었거나 귀환하지 못하였다고 강력하게 추정한다. 이로써 이 법정은 “식민지성에 기초한 전시 성폭력”을 다루는 법정이다. 민족차별과 성차별, 인종차별과 계급차별 등으로 유린당했던 수많은 피해자들이 진실과 정의와 회복을 염원하는 법정이다.

식민지성에 기반한 전시 성폭력에 대해 강조하는 이유는 단지 조선의 피해자 소녀들과 여성들이 극심한 피해를 겪었다는 것을 강조하는데 그치지 않는다. 극심한 피해 속에서도 살아남아 증언하고 피해를 승화시켰던 여성들의 고귀함과 존엄성에 주목하고 이들에게 명예를 복원하고자 함이다. 더 이상 성적으로 훼손된 부끄럽고 한많은 여성이 아니라 고통 속에서도 용기를 내서 승화시킨 우리들의 선조로서 우리와 후세대에게 기억하고자 함이다. 이를 통해서 수 많은 (전시) 성폭력 피해자들에게 용기를 주고 식민지 이후 후기 식민

55) 이에 관해서는 [보론] 일본군 성노예제가 조선인 피해자에게 미친 피해의 성격: “식민지성에 기반한 전시 성폭력”을 참고할 수 있다.

지 사회에서 살고있는 지구상의 많은 구성원들에게도 희망의 메시지를 주었으면 한다.[56] 식민지시기의 불법행위, 그리고 여성에 대한 폭력행위가 더 이상 침묵되고 불처벌되고 무마되지 않는다는 것을 한국과 세계만방에 알려주시기 바란다.

원심 재판부는 주로 국가면제의 법리를 고찰하는데 많은 노력을 기울였던 것으로 보이지만, 본 의견서에서 살펴본 것처럼 한국의 피해자들은 국가면제와 같은 국가 중심적 법질서를 넘어서서 새로운 인권법리를 만드는데 기여하였다. 이제 한국의 피해자와 한국의 법원은 기존의 법원리를 좇아갈 입장이 아니라 그것을 선도할 입장에 있다. 국가면제의 현상유지 논리대로라면 외국정부에 의해 발생한 여하한 인권유린이나 인종말살에도 면죄부를 주게 됨으로써 정의실현의 도구로서의 법이 전혀 의도하지 않은 결과를 초래하게 될 것이다. 그러한 부정의가 국가면제 법리의 원래의 의도가 아니라고 한다면, 설사 그것이 고유한 의도라고 할지라도 이미 특정 정부가 많은 법정에서 소송 대상이 되고 있는 오늘날, 국제적 교류가 상상할 수 없게 확대된 오늘날, 국가면제의 법리에 이러한 중대한 범죄가 숨어 있도록 방치하는 국제적 환경은 이미 오래 전에 지나가버렸다.

설사 본 법정이 식민지성에 기반한 전시 성폭력의 법리를 구성하는 것에 그 목적이 있다고 하지 않더라도 본 법정이 피해자들의 손해에 대한 일본정부의 책임을 인정하는 것은 대한민국의 법정이 탈식민 법정, 역사법정, 여성주의 법정으로서의 큰 걸음을 떼는 것이라고 사료된다. 존경하는 귀 재판부가 피해자 인권의 견지에서 현명한 판단을 내려주실 것으로 기대한다.

56) 이 점에 관해서는, "진실 정의 등의 증진에 관한 특별 보고관"의 전게 보고서(2021) [부록 3]를 참고할 수 있다.

[보론] 일본군 성노예제가 조선인 피해자에게 미친 피해의 성격: "식민지성에 기반한 전시 성폭력"[57]

모든 법적 판단은 사회적 사실 위에서만 가능할 것이다. 조선인 일본군 성노예제 피해자들이 겪은 피해의 깊이와 강도를 살펴보고 특성을 이해하는 것을 본 손해배상에서의 손해를 측량하기 위해 기본적인 일이다. 이 보론에서는 조선인 피해자들이 겪었던 반인권적 불법행위와 함께 그 피해의 성격에 대해 조명해 본다.

일본군 위안소에서 조선인 여성들에게 자행되었던 체계적 강간이란, "목표 집단에 속하는 여성들을 강간하거나 노예화함으로써 적군 전체를 파괴 내지 위협하고자 함"과 거리가 있다는 것은 매우 중요한 문제이다.[58] 조선 여성들은 일본군의 '일부'를 이루었지만, 단지 일본군에 '속하는 같은 편'이라는 의미에 그치지 않기 때문에 본 전시 성폭력 행위를 해석하는데 식민 지배와 피지배 관계는 핵심에 해당한다(이하 이 관계의 사회적 성격을 '식민지성'이라고 표기함). 조선의 피해 여성들은 이 체계적 강간에서 누구였던가. 식민지 조선과 일본 제국간의 관계를 중심으로 하여 조선인 여성들이 겪은 피해에 대해 살펴본다.

더 나아가, 식민지 피해자를 통해 근대화를 겪은 지구상 많은 나라에서는 (세계인구의 4분의 3)은 식민지성의 유산에 관한 법리의 발견을 애타게 기다리고 있다. 오늘날 인종차별과 아프리카, 남아메리카 등의 끊임없는 내전과 독재가 식민지 유산과 무관하지 않기 때문이다.[59] 대한민국은 식민지 피지배를 겪었지만 놀라운 경제개발과 민주화, 인권의식을 고양한 매우 드문 경우에 해당한다.

1. 사실에서 드러나는 식민지성

조선인 피해 여성들은 대부분 사기 또는 강압으로 위안부로 동원되었고 매우 원거리의 적진에서 장기간 동안 성노예로 극심한 피해를 입었다. 여기에서는 위안부 동원, 이동, 배치, 감시와 고문과 박해 뿐 아니라 강제 성병검진 및 위생검사, 기아와 질병에의 방치, 종전 이후 대다수 피해자들의 방치 등에 이르는 전 과정에 작용한 식민지성에 관해서 살펴보아야 하지만,[60] 제한된 지면 속에서 간단하게 다루어보려 한다.

(1) 공권력이 주도한 조직적 동원

조선인 여성들의 위안부 동원은 군인, 군속, 순사, 이장, 면장 등과 같은 공권력 집행자

57) 이하 본 보론은 졸고, "식민주의의 견지에서 본 2000년 여성국제법정: 일본군 성노예제라는 '전시 성폭력,' <민주법학>, 제75호, 2021, 69-124면의 일부를 수정 게재함.
58) 전게 맥두갈 보고서, para. 9.
59) 정진성, "2000년 일본군 성노예 전범 여성국제법정을 이끈 국제연대와 국제법적 판단," <2000년 여성국제법정: 전쟁의 아시아를 여성과 식민주의의 시각에서 불러내다>, 양현아 & 김수아 편, 경인문화사, 2021.
60) 보다 자세한 피해사실은 2000년 여성국제법정에 제출된 남북공동기소장(여성부 자료집, 22-67쪽)을 볼 것.

들에 의해 행해진 경우가 다수를 이루고 있다. 2001년 수행한 192명의 한국인 전(前) 위안부 증언의 조사연구에서 볼 때,[61] 동원 주체들로 군인군속, 순사를 지목한 경우가 전체 피해자의 46.8%, 이장 등 말단 행정 집행자가 8.9%, 교사 2.3%로 나타나서 이들을 모두 합하면 전체 피해 증언의 60% 정도를 이룬다. 여기에, 조선인 모집자(33.3%)와 일본인 모집자(18.2%)를 더하면 위안부 동원의 전체 모습을 추정할 수 있다. 위안부 모집의 대부분은 매춘업자들에 의해 이루었다는 일본정부의 주장과는 달리 매춘업자들을 포함해서 군인군속, 순사, 이장 등 공권력의 말단 집행자들이 주요 동원 주체였다. 다른 한편, 업자들과 군대간의 연결 관계도 중요하게 보아야 한다. 1937년 말, 중지나 방면군으로부터 위안소 설치 지시를 받은 상하이 파견군이 업자에게 위안부 모집을 의뢰했다는 사실이 내무성 및 경찰 자료에서 확인되었고,[62] 이외에도 업자가 군의 지시를 받고 여성을 모집한 경우에 관한 자료들이 다수 발견되었다.[63] 조선총독부는 위안부를 군대에 보내는데 소요되는 재정적 경비의 측면에서 관여하였다.[64] 1941년 11월부터 전쟁이 끝날 때까지 남방군의 사령관이었던 데라우치 히사이치 하에서 일본군이 1942년 버마를 점령하였을 때, '위안서비스'를 목적으로 조선 여성을 모집하기 위해 일본 업자들이 조선에 몰려들었다. 조선군 사령부는 명백하게 민간업자들에게 위안
부 모집을 요청하였고 전폭적으로 그들을 지원했다.[65] 2000년 여성국제법정의 재판부는 이러한 기소사실을 대부분 사실로 인정하였고 아래는 판결문의 일부이다.

167. 1941년에 일본군이 약 80만 명의 관동군 부대를 중국 동북부와 소련 사이의 국경지대로 보낼 때, 우메즈 요시지로 대장이 이끄는 관동군은 그의 휘하 부대를 위한 **2만 명의 조선인 '위안부'를 추가로 확보할 계획을** 세웠다. 이 계획을 실행하기 위해 하라 젠시로 참모는 미나미 지로가 총독으로 재임하고 있던 조선총독부에 원조를 요청했다. '명령전달 통달배치지시 및 업자와의 접촉 등 사무처리'를 담당한 하라 아래 배속된 하사관 무라카미 사다오에 따르면 **약 3,000명의 조선인 여성이 조달되어 중국 동북부로 보내졌다**.[...] 증거에 따르면 최초 계획에서는 일본인 '위안부'를 모집할 예정이었는데 인원수를 확보할 수 없었기 때문에 부족분을 보충하기 위해 조선인 여성을 모집하였다. (필자강조)

다른 한편, 식민지시기 조선에 일본 형사법이 적용되고 있었다는 점도 살펴보아야 한다. 당시 형법 제33장 제226조 '약취 및 유괴죄'의 제1항에는 제국 밖으로 이송할 목적으로 사람을 약취 또는 유괴한 자는 2년 이상의 유기징역에 처하며, 제2항에는 제국 밖으로 이송할 목적으로 사람을 매매하거나 또는 유괴, 약취당하거나 혹은 매매당한 자를 제국

61) 여성부, 일본군 '위안부' 증언통계 자료집, (한국정신대문제대책협의회 부설 전쟁과 여성인권센터, 2001), 33-34쪽(이하 '여성부 증언통계'로 표기함).
62) 니시노 루미코, "업자가 '인신매매'로 징집, 연행했으니 일본군은 책임이 없다?" 이타가키 류타 & 김부자 편, <'위안부' 문제와 식민지 지배 책임>, 47쪽.
63) 남북한공동기소장, 5.27항(여성부 자료집. 38쪽).
64) 남북한공동기소장, 5.28항(여성부 자료집, 38쪽).
65) 지원자들 중에서 기타무라 에이번과 기타무라 도미코는 조선군 사령부로부터 허가를 받았다. 그들은 17세에서 29세에 이르는 22명의 조선여성을 300원에서 1000원의 전도금으로 매수했다. 조선군 사령부는 기타무라 부부에게 모든 일본군 부대가 소송, 식량지급, 의료 등의 필요한 원조를 제공하도록 하는 서한을 주었다(남북한공동기소장, 5.30항).

밖으로 이송한 자 역시 제1과 같이 처벌한다고 규정하고 있다. 따라서, 위안부를 시킬 목적으로 여성과 소녀들을 약취(폭행·협박을 사용해서 실력적 지배하에 두는 것)하거나 유괴하거나 인신매매 등을 통해서 외국에 이송하는 행위는 당시 형법에 의해서 처벌되어야 할 범죄행위였다.[66] 하지만, 이런 형사법이 조선에서 제대로 집행된 것이었는지 매우 회의적이다. 이런 형법이 집행되었다면 혹은 당국이 위안부 동원을 묵인 내지 방조하지 않았다면 1937년부터 1944년이라는 장기간 동안, 한반도 전체에서, 수만 명에서 수십만 명으로 추정되는 여성들이 동원되는 일이란 불가능했을 것이기 때문이다. 참고로, 조선의 '소개영업취체규칙'을 분석한 연구에 따르면,[67] 조선에서는 직업소개업자의 자격이나 규제는 매우 느슨한 것이었다. 이후 보다 공고한 '조선직업소개령'이라는 동원체제가 성립되었는데, 이에 따라 유곽 등 예창기를 고용하고 있는 사업자가 인사소개업을 함께 병행할 수 있었다. 1941년 이후에는 직업소개령의 모집 규정을 개정하여 신문, 잡지 광고를 통해 모집공고와 모집행위를 할 수 있게 되었다. 이와 같이 개인업자들의 직업소개라는 행위 역시 조선총독부 이하 공권력의 허가나 개입 없이는 불가능한 일이었다. 앞서 맥두갈 보고서에서 '정책 기반'의 체계적 강간에 관해 설명했던 것처럼 조선에서 위안부 동원은 대다수 국가기관, 즉 군대, 경찰, 기타 공무수행 중인 공무원들에 의해 혹은 그 공무원들을 대행하는 사인들에 의해 이루어졌음을 알 수 있다.

(2) 다수의 여성들이 원거리의 전장에 위치한 위안시설로 배치됨

여러 연구들에서 일본군 위안부 동원대상에서 조선인이 최대 피해 민족이라는 점에 견해를 같이 한다.[68] 조선인 여성들은 어떤 위안소에도 쉽게 만날 수 있었다고 한다. 아래는 2000년 여성국제법정의 판결문의 일부이다.

163. 제21군은 '중국도항부녀(支那渡航婦女)에 관한 문의'라는 제목의 문서를 통해 내무성과 대만총독에게 '위안부'를 징집하도록 요청했다. 그 결과 1939년 4월까지 제21군은 광동에 '위안 시설'을 설치하고, **그곳에 조달된 1,000명의 여성들을 수용했다. 광동에 설치된 '위안소'의 대부분은 조선인 '위안부'를 이용했으며 그 밖에 대만인, 중국인 여성들이 섞여 있었다.** 조선인 여성들은 병사들에게 자신들이 간호보조원 채용광고에 속아 '위안부'가 되었다고 항의했다(필자강조).

191. [...] 야전 중포병이었던 오다 키요시의 증언에 따르면 1939년 4월에는 광동지역에 다수의 '위안소'가 있었다고 한다. 그는 다음과 같이 진술했다.

66) 니시노 루미코, "업자가 '인신매매'로 징집, 연행했으니 일본군은 책임이 없다?" 46쪽; 이재승, "식민주의와 과거극복의 정치," 20쪽.
67) 한혜인, "총동원체제하 직업소개령과 일본군 위안부 동원 -제국 일본과 식민지 조선의 차별적 제도 운영을 중심으로," 사림, 제64권(2013), 404-406쪽.
68) 정진성, 일본군 성노예제 - 일본군 위안부 문제의 실상과 그 해결을 위한 운동 (개정판)(서울대학교 출판문화원, 2016), 107-122쪽; 요시미 요시아키[Yoshimi Yoshiaki, *Comfort Women,* (Columbia University Press, 1995]] 는 위안부에는 조선인과 중국인이 가장 많았다고 한다(p.30). 위안부의 숫자에 대해 조선인 여성만 8만에서 17만 내지 20만으로 추정된다고 하면서도 후자의 숫자는 과대한 것일 수 있다고 한다(91쪽).

그 '위안소'에는 3명 정도의 노인이 각각 50명 정도의 조선인 '위안부'를 관리하고 있다. 그곳에만 100명에서 150명의 '위안부'가 있다. 대부분이 '조선 삐(삐는 매춘부를 낮춰 무르는 말)였다.[69]

다른 한편, 조선인 성노예 여성들이 군인들을 따라서 장거리 이동했다는 사실도 특기할 점이다. 2000년 법정의 재판부는 북한의 박영심의 관해서 아래의 사실을 인정하였다. 박영심은 중국 남경, 상해와 싱가포르를 거쳐 버마로 이동하였고 버마에서 다시 여러 지역으로 이동하였다. 남한의 김복동도 중국 광동에서 홍콩으로 이동하였고 3개월 만에 다시 싱가포르 주둔지로 옮겨졌다.[70] 이런 이동은 피해 여성들을 성노예의 목적으로 이용하는 것을 여실히 보여주고 있다. 전쟁이라는 위험하고 불안정한 상황에서 이런 장거리 이송이 가능했던 것은 일본국과 일본군의 계획과 지원 없이는 가능하지 않은 일이기 때문이다.[71]

한국의 위안부 피해생존자의 증언을 살펴보면, 조선인 여성들은 매우 다양한 지역으로 이송·배치되었음을 알 수 있다. 처음 동원된 지역을 기준으로 해서 가장 많이 배치되었던 지역을 광역으로 배열해 보면 만주, 중국, 일본, 대만, 싱가포르, 버마, 인도네시아, 필리핀, 캐롤라인제도, 파푸아뉴기니, 한국, 남양군도, 캄보디아, 베트남, 솔로몬제도의 순으로 나타난다.[72] 참고로, 아래 위안소 지도[그림 1]에서는 여러 색깔의 점들이 제2차 세계대전 당시 설치되었던 일본군 위안소를 나타낸다. 한국의 192명의 증언에 의하더라도 아래 점들이 표시된 거의 모든 지역들에 조선인 여성들이 이송되고 배치되었음을 알 수 있다.

69) 2000년 여성국제법정 판결문, 제191항.
70) 2000년 여성국제법정 판결문, 제200항.
71) 조시현("2000년 일본군 성노예전범 여성국제법정과 일본군 '위안부' 문제에 관한 새로운 이해의 가능성," 77쪽)은 본 법정에서 다룰 수 있는 범죄가 성노예제, 강간과 여타 형태의 성폭력, 노예화, 고문, 강제이주, 박해, 살인, 대량학살임에도 판결에서는 성노예제와 강간에 대한 일본의 책임을 다루었을 뿐 여타 행위는 판단하지 않았다고 지적한다. 특히, 조선인 여성들이 대부분 체험했던 국외로의 강제이송에 대하여 판단하지 않은 것은 매우 애석한 부분이라고 한다.
72) 여성부 증언통계, 46-47쪽(1992년 대만에서 수행했던 대만 피해생존자 54명의 증언 조사에 따르면 이동지의 분포가 중국, 인도네시아, 필리핀, 버마, 싱가포르, 기타로 나타남).

[그림 1] 위안소 지도[73]

당시의 그것도 전쟁 중의 도로, 항만 등 시설과 운송수단의 상태를 고려할 때, 상상하기 어려울 정도로 광범위한 지역까지 조선의 여성들이 이송·배치되었다는 것은 무엇을 의미하는가. 남한의 피해생존자 겨우 192명의 증언에 근거해서 볼 경우에도 위 지도의 광역 지역들에 거의 모두 조선인 여성들이 배치되었다는 사실에서 실제로 조선 여성들의 동원 지역은 현재의 표시보다 더욱 다양할 것이라고 추정할 수 있다. 나아가, 조선의 피해자들의 동원지역이 매우 광범위하였다는 것은 일본 군대와 조선 여성들의 이송과 배치가 '하나의 체계'로 움직였을 개연성이 높다는 것을 말하는 중요한 단서이다. 아래에서 볼 것처럼 다른 나라의 피해자들은 일본 군인들이 자기지역을 침략했을 때 주로 그 지역에서 성폭력 피해를 입은 것에 비해서 조선의 피해자들은 일본군인의 전쟁 수행과 이동을 따라 아시아와 태평양의 광범위한 지역에 이송·배치되었던 것이다. 이렇게 전선을 따라 군대와 함께 이동하면서 자행된 '전시 성폭력'이란 피해자들의 완전한 종속이 아니고는 상상하기 어려운 매우 희귀한 사례이다.

둘째, 이와 같은 이송과 배치는 일본의 국내법과 국제법의 위반을 의미한다. 앞서 본대로 국외 이송 목적의 사람의 약취, 유괴는 형법 제226조 등을 위반한 범죄행위이다. 방대한 규모의 조선인 위안부를 모집했을 뿐 아니라 이송하고 배치했다는 것은 이런 법규가 작동하지 않았다는 것을 반증한다 하겠다. 또한, 대다수 피해자들은 조선의 국경을 넘었는데, 월경(越境)은 당국의 허가 없이는 가능하지 않은 일이다. '황국장병 위안부 도항에 관

73) 액티브 뮤지엄 여성들의 전쟁과 평화 자료관(대한민국 동북아역사재단 후원, 2009).

한 편의 공여편 의뢰의 건'이라는 문서에서 성매매 업자는 상하이 영사관에서 신분증명서를 발급받고 위안부 모집을 위해 내지와 조선에 갔다고 기록하고 있다.[74] 특히 전쟁 상황에서 당국과 군대의 허가 없이 피해 여성들이 국경을 넘을 수 있다는 것은 생각하기조차 어렵다. 나아가, 피해자들을 운송했던 기차, 차량, 선박은 일본국내로서 국제법의 적용을 받는다. 앞서 본 국제법률가위원회(ICJ)의 보고서에는 일본이 가입했던 1921년의 '국제여성인신매매금지협약'의 제14조에 따라 조선과 같은 식민지에는 본 협약이 적용되지 않는다는 일본정부의 입장을 반박하면서 본 조문이 여성 인신매매를 허용하고 조장하기 위한 것이 아니라 식민지의 지역 전통(신부대금이나 지참금 등)의 문제를 이 조약을 통해 해결하는 것이 적절치 않다고 보아 삽입된 조항으로 해석하였다. 보고서는 이 조문이 조선에 적용되어야 한다고 강조한다.[75] 설사 일본이 본 협약이 조선에 적용되는 것을 부인한다고 할지라도 피해자들이 탔던 운송수단에까지 그 주장을 할 수는 없다. 조선 여성들에 대한 대규모의 대담한 동원과 해외 이송은 당시 식민지인에 대해서는 부녀인신매매협약과 같은 국제법의 구속을 받지 않는다는 일본국의 계산이 있었다는 점에서도 '국제인권법의 보호 없는' 식민지인에 대한 법의 지배의 단면을 보여준다.

(3) 장기적 감금과 가공할 숫자의 성폭력

조선의 피해자들에게 두드러진 피해는 위안소에서의 체류기간에서도 나타난다. 이는 조선인 여성들이 당했던 성폭력의 피해가 얼마나 심대한 것이었는가를 나타내는 지표이기도 하다. 증언을 분석해 보면 그 체류기간이 1년 미만인 경우가 전체의 4.7%(9명), 1-3년 미만이 25.6% (49명), 3-5년 미만이 20.3%(39명), 5-7년 미만 21.9%(42명), 7-9년 미만이 9.9%(19명), 9-11년 미만이 3.6%(7명), 11년 이상이 3.6%(7명, 최고는 14년)으로 나타난다. 자기 나라에서 성폭력을 당했던 피해자들과 달리 조선의 피해자들은 자력으로 자기 집으로 돌아올 수가 없었기 때문에 위안소에서 더욱더 취약했고 장기간동안 성노예 상태로 억류당할 수밖에 없었을 것이다. 또한, 전쟁이 끝났을 때에도 대부분의 피해여성들은 종전 사실을 모른 채 일본군이 퇴각한 적진에서 폭격과 기아, 현지인들의 공격 등의 위험 속에서 조선으로 귀환할 가능성이 매우 희박한 상태에 놓였을 것으로 추정된다.

위안소에서의 장기간의 감금은 이들이 당했던 성폭력의 강도와 지속성을 의미한다. 그것은 기간과 횟수 면에서 여타의 "전시 성폭력"과 성질을 달리 한다. 조선인 피해자들은 일본군이 설립한 '위안소'에서 적게는 하루 5-6명에서 많게는 수십 명으로부터 강간을 당했다고 증언하였다. 이는 여타의 체계적 강간 사건에서는 유례를 찾기 어려운, 특별히 주목되어야 할 범죄 양상이다. 반복적이고 지속적인 강간은 모든 증언에 나타나서 한정된 지면에 다 담기 어렵다.[76]

"일요일에는 군인들이 아침 아홉시부터 저녁 여섯시까지 쉴 새 없이 달려들었다. 하루에 20명, 30명, 40명....., 그걸 누가 다 세는가."[77]

"하루에 상대한 군인 수는 30~40명쯤이었으나 공일날에는 군인들이 팬티만 입고 밖에 줄을 서 있을 정도로 많았다."[78]

"군인은 사무실 거쳐서 앞마당에 방방이 줄을 서. 전체 한 100명 넘게 서서 기다려. 바글바글하지 뭐.... 많이 올 때는 한 사십 명 받나 봐. 씻지 못해. 끼는 거 저거 하니까 아파. 아픈 데 어디 생각해 주나. 나만 아팠지."[79]

"군인은 보통 하루에 열 명도 더 받지. 열댓 명씩 한 스무 명씩 낮에도 받고, 오후에 병사들이 많이 오지, 신발도 안 벗고 덤비는 거야. 신발도 옷도 벗을 필요도 없고 잠자리하고 가고 그랬어. 아유 그 일은 잊어버려야지."[80]

"하루에 열 댓 명이서 그렇게 겪는가 봐. 아유, 그런 어리니 무리하게 당했으니까 피가 그냥 이렇게 막 흘러갖고 며칠 아파갖고 오줌도 못 눴어. 막 그냥 울고, 밥도 못 먹겄고, 얼마나 참말로 죽겄던고."[81]

하루에 적게는 10회에서 많게는 20회의 강간을 짧게는 1년에서 길게는 10년 이상 당했다고 가정할 때, 강간 횟수는 한 달 300회(하루 10회 × 30) × 12개월= 3,600회 정도에서 한 달 600회(하루 20회× 30) × 10년(120개월) = 72.000회 정도 사이라고 추정할 수 있다. 이와 같이 3천 여회에서 7만 여회라는 강간 횟수에서 일본군 성노예제의 가장 심대한 인권유린의 양상을 발견할 수 있다. 일본군 성노예제 피해자들은 그 유례를 찾기 어려울 정도로 가공할 횟수의 성폭력을 장기간동안 당했다. 그럼에도 일본군인들을 따라서 '출장을 다니며' '전장에서' 일본 군인을 '받았다'는 증언에서 볼 때, 피해자들은 이런 상황에 대해 저항은커녕 목숨을 담보로 한 순응 속에 생존했던 것으로 추정된다.

이러한 위안소에서의 장기체류란 전쟁의 수단으로서 '적국' 여성이 아니라 '일본인으로서의 조선인'에 대한 통제 속에 발생했던 특이한 전시강간 양상을 보여준다. 통상의 전시 성폭력과는 달리 일본군 성노예제에서는 성폭력이 "관리되었다"는 2000년 여성국제법정의 진단은 적정확한 것이다.[82] 이러한 현상에 기초해서 일본군 성노예제의 성격에 관해 논해져야 할 쟁점들은 다음과 같다.

첫째, 일본군 성노예제에서 '동의'라는 요건이 불필요하다는 것을 확인할 수 있다. 일

74) 니시노 루미코, "업자가 '인신매매'로 징집, 연행했으니 일본군은 책임이 없다?"48쪽.
75) 국제법률가위원회[ICJ] 앞서 본 보고서, p.128. 같은 취지로 "2000년 여성국제법정" 판결문 제922항 & 제923항.
76) 피해생존자 증언은 양현아, "2000년 법정을 통해 본 피해자 증언과 법 언어의 만남," 김부자 외 10인, 한일간 역사현안의 국제법적 재조명(동북아역사재단, 2009), 180-181쪽에서 재인용.

77) 하순녀의 증언, 한국정신대연구소 & 한국정신대문제대책협의회 편집, 증언집, 강제로 끌려간 조선인 군위안부 1 (한울, 1993), 78쪽.
78) 황금주의 증언, 위의 책, 100쪽.
79) 김군자의 증언, 한국정신대연구소 & 한국정신대문제대책협의회 편, 증언집, 강제로 끌려간 조선인 군위안부 3 (한울, 1999), 80-81쪽.
80) 최화선의 증언, 위의 책, 203쪽.
81) 황순이의 증언, 위의 책, 226쪽.
82) 널리 알려진 아소 군의가 남긴 문서에 따르면, 위안부는 일본군인들의 성병을 방지하기 위한 "위생적인 공중변소"이자 "황군 장병에게 보내는 선물"이라고 미화되면서 그 잔혹상이 완전히 지워져있다. 아소 테츠오(麻生撤男: 제11군 제14병참병원 육군 군의 소위), "화류병의 적극적인 예방법," 동북아역사재판 편역, 일본군 '위안부' 문제 자료집 (I) -'위안부' 동원과 위안소 설치(동북아역사재단, 2020), 236-281쪽.

본군 위안소에서 저항을 한다는 것은 즉각 학대, 고문, 감금, 굶김, 방치, 살해 등을 불러올 것을 예측할 수 있기 때문이다. 둘째, 일본군 성노예제는 군대성매매와 유사한 외관을 띄었고 앞서 지적한대로 살아남기 위해 어떠한 저항도 할 수 없었다. 이런 특징은 이후 피해자들에게 '자신이 성관계에 동의한 것이 아닌가'라는 미묘하고 애매한 죄책감을 남겼다. 조선의 여성은 위안소에서 적군도 아군도 아닌 식민지인으로서 체제로 결합되었다. 탈식민 이후 가부장적 한국 사회는 피해여성들을 일본군인에게 자발적으로 성적 상대가 되어 준 것이 아닌가라는 의심으로 바라보아졌다는 점에서 성폭력 이후 사회적 통합을 더욱 어렵게 했고 한국사회 전반에도 침묵된 집합적 상흔을 남겼다. 이 문제가 피해자 개개인을 넘어서 우리사회 공동체의 식민지 문제, 젠더간 성적 관계, 성착취 등 여러 함의를 가지는 이유가 여기에 있다.

일본남성의 입장에서는 위안소에 조선여성들이 다수 배치되었다는 사실은 조선여성 그리고 조선인들에 대한 일본인들의 우월감을 만들고 강화하는 계기가 되었을 것이라고 생각한다. 조선의 여성이란 (그리고 그녀들을 가부장적으로 통제하는 조선의 남성이란) 일본 군인들이 마음대로 성적으로 사용할 수 있는 노리개와 같은 무력한 존재라는 것을 체험하는 장, 조선의 여성을 조롱할 수 있었다는 점에서 "위안소"는 푸코(Foucault)적 의미에서 젠더와 민족에 관한 신체적·정신적 체험의 장소가 아니었을까 사료된다. 셋째, 앞서 살펴본 '강압적 상황'과 같은 요건을 일본군 성노예제에 치밀하게 적용시켜야 할 것이다.[83] 조선의 여성들에게 일본군 성노예제의 강압적 상황이란 강제 동원과 이송 뿐 아니라 고국에서 상상하기도 어려운 원거리 지역(피해자 대부분은 자신이 어느 곳에 이송되었는지 정확히 알지 못한다)에서 감금되었다는 사실, 여기서 수년에서 수십년의 성노예로 순응하지 않으면 살 수 없었다는 피해 사실이 적시되어야 한다. 이런 모든 상황은 '위안부' 피해자의 절대 다수들이 살아올 수 없었다는 것을 대변하기에 오늘날 피해를 말해 준 피해생존자들은 문자 그대로 증인이다.

(4) 일본군 '위안부'의 다양한 피해 양상: 식민지, 교전중과 점령지

아시아와 태평양 지역을 포함한 광범위하게 설치되었던 일본군 성노예제도는 여러 나라와 여러 민족의 여성들에게 성폭력과 각종의 인권유린을 자행하였다. 하지만 이 성노예제도는 민족과 지역에 따라서 하나가 아니라 다양한 모습을 하고 있다.[84] 일본군 성노예제와 같이 제도화된 성폭력은 일본 남성에 의한 특정 민족의 여성에 대해서 자행한 것으로 당시의 일본국과 맺었던 식민지, 점령지, 교전지 등과 같은 관계에 따라서 성폭력의 양상이 상이하였다.

이제 2000년 여성국제법정의 판결문을 통해서 조선인 이외의 여성들에게 자행되었던 성폭력에 관한 법정의 판결을 잠시 살펴보도록 한다. 아래는 성폭력 피해가 만연하였던

83) ICTR의 아케야수(*Akayesu*) 판결, ICTY의 쿠나락(*Kunarac et al*) 판결에서는 강압적 상황(coercive circumstances)에 대한 법리를 구체화하여 판결을 내렸다. 본 판결들에 관한 분석은 전게 졸고(2021)를 참고할 것.

84) 이에 관해서는 Karen Knop & Annelise Riles, "Space, Time, and Historical Injustice: A Feminist Conflict-of-laws Approach to the "Comfort Women Agreement," *Cornell Law Review*, vol.102, 2017, pp.853-927를 참고할 수 있다.

중국의 피해자의 증언이다.

168. 본 법정에서 증언한 중국 피해생존자 중 하나인 완아이후아(方愛花)는 그녀가 14살 때인 1934년 일본군에게 잡혔다고 증언하였다. 그녀는 다음과 같이 진술했다.

나는 굴 속으로 끌려갔다. 그 굴 속에는 방이 있었는데 나는 그 굴 속 깊이 끌려가 강간당했다. [...] 그 곳에서 갑자기 내 옷을 모두 벗긴 후 그들은 내게 한 마디라도 소리를 내면 죽여 버리겠다고 위협했다. 나는 무서웠다. 아무 말도 하지 못했다. 5명의 병사가 동시에 들어와 나를 강간했다. 그들의 요구에 따를 수 밖에 없다고 느꼈다. 물론 저항은 했지만 다른 선택의 여지가 없었다. 나는 나무에 묶여 매일 강간당했다. 매일 일본군 병사가 들어왔고 나는 강간당했다.[85]

위 피해자는 이러한 폭력의 상태에서 20일 동안 감금되었다고 도망쳤으나 다시 잡혔다. 그 후에는 일본군들이 그녀를 더욱 심하게 다루었고 잔인하게 강간하였기 때문에 피해자가 죽은 줄 알고 나체로 강에 버렸으나 어떤 할머니가 그녀를 구해주었다고 한다. 판결문에는 이런 상태에서 "무려 20일"이라고 표현하고 있다.

김선화는 일본군인들에 의해 성폭력을 당한 피해여성을 식민지, 점령지, 교전지의 여성 등으로 나누어서 지역에 따라 위안부의 체험과 피해상황이 상이하였다는 점을 분석하였다.[86] 교전지에서는 위안부 제도가 피해자의 동원과 배치, 장기감금과 같은 체계적인 양상이 아니라 개별 군인의 비인도성과 잔혹함이 두드러지고, 일반적으로 말해지는 전시 강간양상이 나타난다. 점령지에서의 위안부에 대한 동원은 개별적이고 임의적이어서 전반적으로 덜 체계적이다. 중국의 성노예제에서는 식민지와 점령지의 성격이 혼재해 있는데, 중국에서는 위안소가 설치되어 그 안에서 체계적 강간이 이루어진 경우도 있지만, 아예 위안소 자체가 설치되지 않고 군인들이 거리나 민간마을에 침입하여 강간하는 사례도 나타난다. 여성을 강간하고 잔혹하게 살해하는 등의 중국 피해자들의 증언에서 볼 때, 중국에서는 식민지에서 체계적으로 제도화된 위안소와 아직 그러한 제도화가 이루어지지 못해 개별적으로 강간이 자행되는 점령지에서의 모습이 동시에 나타난다는 것이다. 중국에서의 강간은 일본의 제국주의적 욕망이 투사된 현상으로서 단순히 군인들의 성적 욕구를 해결하고 성병이 확산되는 것을 막아 효율적인 전쟁 수행이 가능하도록 하는 목적을 넘어서고 있다. 군인들은 여성을 강간하는 데에 그치지 않고, 강간한 후 잔인한 방법으로 상해를 가하거나 살해하였다. 일본군이 중국을 점령하고 이를 식민지화해 가는 과정에서 전시 성폭력의 양상이 그 전쟁수행의 단계와 밀접한 연관을 가지고 전개되었다는 것이다.

이러한 비교에서 볼 때, 성폭력이 자행된 방식에는 당시 해당 국가나 민족이 일본국가와 맺었던 관계의 반영이자 그 관계를 재확인하고 다시 만드는 과정이 집약돼 있다고 할 수 있다.[87] 이런 차이들에 주목하는 이유는 여성에 대한 전시 성폭력이란 다양한 목적과

85) 2000년 여성국제법정 판결문, 제168항-제170항.

86) 김선화, "포스트식민 한국사회와 일본군 '위안부' 문제 - 관련 재판과 '2015년 한일합의'를 중심으로,"서울대학교 대학원 법학과 석사학위논문(2017), 43-48면.

87) Euan Hague, "Rape, Power and Masculinity: the Construction of Gender and National Identities in the War in Bosnia-Herzegovina," R. Lentin (ed.) *Gender and Catastrophe*(Zed

양상으로 자행되었다는 점을 인식해야 하고, 여기에 성차별주의 뿐 아니라 각 역사적 맥락 속에서 인종주의와 식민주의 그리고 제국주의 등의 정치적 상황이 교차되어서 발생했다는 것을 인식하기 위해서이다. 그저 '여성과 전쟁'이라는 막연한 틀은 여성들을 다시 타자화하고 약자화할 뿐 여성폭력의 사회역사적 성격을 온전히 파악하기 어렵다.

2. 식민지성에 기반한 성폭력 행위의 법적 논증을 위하여

이상과 같이 살펴 본 식민지성에 기반한 성폭력 행위의 법적 논증에는 다음의 내용이 포함되어야 한다.

첫째, '식민지성에도 불구하고'에서 '식민지성으로 인해서'로 전환이 필요하다.

2000년 여성국제법정의 판결문은 조선과 타이완 여성들이 처했던 식민지 상황을 여러 측면에서 고려하였다(판결문 906~908, 911~913)다. 이에 따라 강간과 성노예제와 같은 인도에 반하는 범죄가 조선이나 대만의 여성들에 대한 일본의 책임은 "식민지인임에도 불구하고" 일본인과 "마찬가지로" 그 법리가 적용되어야 한다는 점을 강조하였다. 내국인이건 전쟁 상황이건 아니건 간에 앞서 본대로 민간인에 대한, 대규모의, 정책과 명령 등에 의한 체계적인 범죄로서 강간과 성노예제를 인도에 반하는 범죄로 선고한 것이다.

2000년 여성국제법정이 이렇게 식민지 여성에게 자행된 군대 성노예제를 인도에 반한 범죄에 포함시킨 것은 매우 큰 의미가 있지만, 앞서 본대로 조선 여성들이 당했던 위안부 피해의 심대함과 특성을 고려할 때 일본인과의 '동등성'의 논리로 구성하면 충분하지는 않다. 조선의 여성들은 공권력, 공권력과 결탁한 개인업자들에 의해서 수 만에서 수십 만에 이르는 대규모로 장기적으로 동원되었고 국경(조선)을 넘는데 공권력의 지원과 묵인과 협조가 있었을 것으로 추정된다. 또한, 일본군대가 싸웠던 거의 모든 지역에 조선인 여성들이 배치되었다는 사실은 피해 여성들이 가장 위험한 적진의 위안소에서 길게는 10년까지 체류하면서 고문, 구타, 상해, 박해, 살해 등 총체적인 인권유린을 당했다. 생식기 손상, 성매개감염병, 강제임신과 강제불임 등 재생산 폭력(reproductive violence)도 당하였다. 조선의 여성들에게 자행된 성노예제와 강간이라는 범죄 양태에 대해서는 단지 식민지인임에도 '불구하고'가 아니라 식민지인이었기 '때문에'라고 하는 보다 적극적인 법논리가 구성되어야 한다.

둘째, "강제성" 기준에 있어서 '강압적 상황'(coercive circumstances)의 원리를 적용되해야 한다

ICTR과 ICTY의 판결들은 조선인에게 자행되었던 성노예제 범죄들에 대해서도 귀중한 법적 논리를 제공하고 있다. 특히 ICTR의 Akeyasu 판결 등에서 제시되었던 성폭력의 강압적 상황이란 요건을 식민지 조선의 여성들이 처했던 강압적 상황에 적용하고 발전시키는 것이 중요하다. 또한, ICTY의 Kunarac 판결에서는 강압적 상황 개념을 더욱 정교화시켰

Books, 1997) 49-72면.

다. 정리하자면 피해자의 취약성을 인식하는 것의 중요성 내지 섹스를 거부할 수 없도록 피해자에게 쓴 거짓이나 속임수도 중요하다고 논리를 구성하였다.

고노(河野) 담화(1992)에서는 "당시의 조선반도(한반도)는 우리나라(일본)의 통치 하에 있었고, 모집, 이송, 관리 등은 관헌 강압에 의해 대체적으로 본인의 의사에 반(反)해서 행해졌다"라고 하였다. 이 담화에서는 "일본의 통치"라는 표현에서 '일본의 관여'를 처음으로 인정하였다는 점, 모집 뿐 아니라 이송, 관리 등의 과정에서 "강압에 의해 대체로 [피해자] 본인의 의사에 반했다"는 점을 명시했다는 점 등 한국의 피해자 상황을 수용했다는 점에서 그 의미가 적지 않다.[88] 하지만, '의사에 반함'이라는 개인의 의사를 중심으로 한 개념을 가지고 조선에서 여성들을 모집했던 양상에서 나타나는 식민지 지배하 법적, 행정적, 그리고 정신적 강압상태를 다루기는 너무나 단편적이다. "개인의 의사"는 강제성의 문제를 단지 개인의 동의여부 문제로 환원하고 있는데다가 피해자를 취약하게 만들고 동의를 하기 어렵게 만다는 사회적·개인적 조건들에 대한 강제성 고려가 결여되어 있기 때문이다.

셋째, "식민지성에 기반한 전시 성폭력"의 법적 논리 구성이 필요하다

조선인의 입장에서 일본군 성노예제가 단지 '전시'에 발생했던 성폭력이라는 의미에서 전시 성폭력으로 명명하면 충분한가. 전시에 발생한 성폭력이라면, 국제적이고 국내적인 무력 분쟁 시기 동안, 군인이 민간인이나 군인에 대하여, 여성이나 남성에 대하여 행해진 성적 폭력을 의미하므로 매우 광범위한 것이어서 그 구체적 성격을 특화하기 어렵다. 그럼에도 전시 성폭력의 담론은 일반적인 '위안부' 문제에 대한 인식이다. 아래는 2015년 한일 외교장관의 위안부 관련 발표문의 일부분이다.

"위안부 문제는 당시 군의 관여 하에 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 입힌 문제로서, 이러한 관점에서 일본정부는 책임을 통감함."

위의 발표문에도 전쟁이라는 표현은 없지만, "군"이라는 한 단어를 통해서 그것을 암시하고 있다. 그런데, 이 발표문의 단어들은 매우 주의깊게 선별되었고 책임의 주체도 역사적 맥락도 주의깊게 삭제되었다고 보인다. 거기에는 위안부 문제 앞에 '일본군'이나 '일본국가'가 빠져서 위안부 문제의 책임 주체가 분명치 않고, "군의 관여"에서 "관여(involvement)"라는 표현에도 문제가 많다. 왜냐하면 일본군이 그저 관여하였다면, 그 관여와 위안부에게 자행된 범죄간에 인과관계가 분명치 않기 때문이다. 조선의 여성들은 이 전쟁에서 적군의 여성도 아군의 여성도 아닌 '식민지 여성'으로서 강간과 성폭력을 당했고 인간성의 절멸을 체험해야 했다.

이상의 사실관계와 범죄 성격을 살펴볼 때, 일본군 성노예제의 불법성을 어떻게 이해해야

88) 김부자, "위안부 문제에 대한 일본의 법적인 책임과 탈식민지주의," 여성연구소 집담회 발표문. 2012.9.6.

합당할 것인가. 전시 성폭력의 법리가 “젠더에 기초한 폭력”으로서 형성·발전되었던 바, 일본군 성노예제에서 조선의 여성들에게 자행한 불법성은 ‘식민지성에 기반한 젠더폭력((gender violence based on coloniality)’로 구성되어 새로운 전시 성폭력에 관한 법리를 만들어야 한다.

[부록 1]

국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 인한 피해자들을 위한 구제 및 배상의 권리에 관한 기본 원칙과 가이드라인

(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, UN Doc. A/60/509/Add.1, 16 Dec. 2005 **한글번역본)**[89]

유엔헌장, 세계인권선언, 국제인권규약(경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약), 기타 관련 인권 문서와 비엔나 인권 선언 및 행동 계획을 기반으로 하여,

국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 인한 피해자들을 위한 구제 및 배상의 문제를 국내 및 국제적 차원에서 체계적이고 철저하게 다루어 나가는 것의 중요성을 확인하며,

구제 및 배상을 받을 피해자의 권리를 존중하기 위해, 국제사회는 피해자, 생존자 및 미래 세대의 고통을 중심에 두고 이 분야 국제법을 재인식하며,

국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 인한 피해자들을 위한 구제 및 배상의 권리에 관한 기본 원칙 및 가이드라인을 유엔인권위원회가 2005년 4월 19일 2005/35 결의안을 통해 채택하였고 유엔경제사회이사회가 2005년 7월 25일 2005/30 결의안을 통해 채택하면서 유엔총회에 채택을 권고하였음을 상기하면서,

1. 본 결의안에 첨부된 국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 인한 피해자들을 위한 구제 및 배상의 권리에 관한 기본 원칙 및 가이드라인을 채택한다;

2. 개별 국가들은 본 기본 원칙 및 가이드라인을 충분히 고려하고, 기본원칙 및 가이드라인의 존중을 독려하고, 정부 행정기관 구성원 특히 법 집행 담당자, 군 및 보안부대, 입법기관, 사법기관, 피해자 및 피해자 대리인, 인권 옹호자 및 변호사, 미디어 및 일반 대중에게 알릴 것을 권고한다;

3. 본 기본 원칙과 가이드라인을 개별 정부들, 정부간 기구 및 비정부기구들에 전달하며, ‘인권: 국제문서 모음집’이라는 제목의 유엔 출판물에 기본 원칙과 가이드라인을 포함시키는 등 유엔 공용어로 가능한 폭넓게 본 기본 원칙과 가이드라인이 확산될 수 있도록 조치를 취할 것을 사무총장에게 요청한다.

64회 총회

2005년 12월 16일

전문

89) 본 국문 번역본은 이주영· 백범석의 상게논문(2018)에 저자들에 의해 번역된 것이다.

여러 국제문서, 특히 세계인권선언 제8조, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약 제2조, 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 제6조, 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 제14조, 아동의 권리에 관한 협약 제39조 등에서 확인되는 국제인권법 위반 행위 피해자들의 구제에 대한 권리를 보장하는 조항, 그리고 1907년 10월 18일 육전에서의 법과 관습에 관한 헤이그 협약(제4협약) 제3조, 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 1977년 6월 8일자 의정서(제1의정서) 제91조, 국제 형사 재판소 설치에 관한 로마 규정 제68조 및 제75조에서 확인되는 국제인도법 위반 행위피해자들의 구제에 대한 권리를 보장하는 조항들을 *상기하고,*

지역 협약에서 국제인권 침해 피해자들의 구제에 대한 권리를 보장하는 조항들, 특히 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장 제7조, 미주인권협약 제25조, 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 협약(유럽인권협약) 제13조를 *상기하고,*

제7차 유엔 범죄방지 및 범죄자 처우에 관한 회의의 숙의와, 이 회의에서 권고한 문안을 채택한 1985년 11월 29일자 유엔총회 결의 40/34의 산물인 범죄와 권력남용의 피해자를 위한 정의에 대한 기본원칙 선언을 *상기하고,*

피해자들은 연민과 그들이 지닌 존엄에 대한 존중 속에 대우받아야 하고, 재판과 시정기구에 접근할 권리가 완전히 존중받아야 하고, 피해자들에게 필요한 권리와 구제 조치의 신속한 발전과 함께 피해자 배상을 위한 국가 기금의 설립, 강화, 확대가 장려되어야 한다는 점 등 범죄와 권력남용의 피해자를 위한 정의에 대한 기본원칙 선언에 담긴 원칙들을 *재확인하고,*

국제형사재판소 설치에 관한 로마 규정은 "원상회복, 배상 및 사회복귀를 포함하여 피해자에 대한 또는 피해자에 관한 배상의 원칙"을 수립할 것을 요구하고, 회원국들에게 재판소 관할권 내 범죄 피해자들 및 피해자 가족들을 위한 신탁기금을 설립할 것을 요구하고, 재판소에게 "피해자와 증인의 안전, 신체적·정신적 안녕, 존엄성 및 사생활을 보호하"고 "재판소가 적절하다고 결정하는 절차의 단계"에 피해자의 참여를 허용하도록 할 권한을 부여하고 있음을 *확인하고,*

여기에 담긴 기본 원칙과 가이드라인은 사안의 중대성으로 인해 인간 존엄성에 대한 공격을 구성하는, 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반을 적용 대상으로 함을 *재확인하고,*

여기에 제시되어 있는 기본 원칙과 가이드라인은 새로운 국내법과 국제법상의 법적 의무를 포함하지 하지는 않되, 서로 다르지만 상호 보완적인 국제인권법 및 국제인도법에 현존하는 법적 의무를 실행하기 위한 장치, 양식, 절차 및 방법을 밝히고 있음을 *강조하고,*

국제법은 국가의 국제법상 의무와 국내법상 규범 혹은 국제 사법기관의 적용가능한 규정이 제시하고 있는 바에 따라 특정 국제법상 범죄를 기소할 의무를 포함하고 있고, 기소할 의무는 국제법상 의무가 국내법상의 규정과 절차에 따라 이행되도록 강화하며 보충성의 개념을 지지함을 *상기하고,*

피해의 현대적 형태들은 본질적으로 개인이 대상이지만, 개인으로 구성된 집단도 집합적인 표적으로 그 대상이 될 수 있음을 *고려하고,*

구제 및 배상을 받을 피해자의 권리를 존중하기 위해, 국제사회가 피해자, 생존자 및 미래 세대의 고통을 중심에 두고, 책무성, 정의 그리고 법의 지배라는 국제법적 원칙을 재확인함을 *인식하고,*

피해자 중심적인 접근을 채택하면서, 국제사회는 다음의 기본 원칙 및 가이드라인에 따라 국제인권법 위반과 국제인도법 위반 피해자들과의 인간적 연대뿐 아니라 인류 전체에 대한 연대를 분명히 함을 *확신하며,*

유엔 총회는 **아래와 같이 기본 원칙과 가이드라인을 채택한다:**

I. 국제인권법과 국제인도법을 존중하고, 존중을 보장하고, 이행할 의무

1. 개별적인 법전에 규정하고 있는 국제인권법과 국제인도법을 존중하고, 존중을 보장하고, 이행할 의무는 다음 각 호에서 유래한다:

(a) 국가가 당사국인 조약;

(b) 국제관습법;

(c) 각국의 국내법.

2. 국가들이 이 의무를 이행하지 않은 경우에 국가는 국제법이 요구하는 바와 같이 자국의 국내법을 자국의 국제법적 의무와 일치하도록 보장해야 한다:

(a) 국제인권법과 국제인도법의 규범을 국내법으로 수용하거나 기타 방식으로 자국의 국내법 체계에서 이행하는 것;

(b) 재판에 대한 공정하고 효과적이고 신속한 접근을 제공하기 위하여 적절하고 효과적인 입법적 행정적 조치 및 기타 적절한 조치를 채택하는 것;

(c) 아래에서 정하는 바와 같이 배상을 포함한 적정하고 효과적이고 신속하고 적절한 구제 수단이 제공되도록 하는 것;

(d) 국내법이 피해자들에게 최소한 국제 의무가 요구하는 바와 같은 수준의 보호를 제공하도록 보장하는 것.

II. 의무의 범위

3. 개별적인 법전에 규정하고 있는 국제인권법과 국제인도법을 존중하고, 존중을 보장하고, 이행할 의무는 그중에서도 다음과 같은 의무를 포함한다:

(a) 위반 행위를 방지하기 위해 적절한 입법적 행정적 조치 및 여타 필요한 조치를 취할 의무;

(b) 위반 행위를 효과적으로, 신속하고도 철저하게, 공정하게 조사하고, 필요한 경우에는 국내법과 국제법에 따라 책임이 있는 자에 대하여 조치를 취할 의무;

(c) 인권법 또는 인도법 위반의 피해자임을 주장하는 사람들에게, 위반 행위의 책임을 부담하는 자가 궁극적으로 누구인지에 관계없이, 이하에서 규정한 바와 같이 재판에 대한 평등하고 효과적인 접근을 제공할 의무;

(d) 이하에서 정하는 바와 같이 배상을 포함하여 효과적인 구제를 제공할 의무.

III. 국제법상 범죄를 구성하는 국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한

위반 행위

4. 국제법상 범죄를 구성하는 국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위가 있는 경우에 국가에게는 조사할 의무가 있고, 충분한 증거가 있을 때에는 위반 행위에 대해 책임을 져야 할 혐의가 있는 사람을 기소할 의무가 있으며, 유죄로 확정된 때에는 처벌할 의무가 있다. 나아가 국가는 이러한 사건에서 국제법에 따라 상호 협력해야 하고, 위반 행위를 조사하고 기소하는 데에 관할권을 갖고 있는 국제적인 사법기관을 지원해야 한다.

5. 이러한 목적을 위해 적용 가능한 조약에 규정되어 있거나 여타 국제법상 의무로 정해진 때에는 국가는 보편적 관할권에 관한 필요한 규정을 국내법에 편입하거나 기타의 방법으로 이행하여야 한다. 나아가 적용 가능한 조약에 규정되거나 여타 국제법상 의무로 정해진 때에는, 국가는 다른 국가와 적절한 국제사법기구들에 범죄인 인도를 용이하게 해야 하고, 국제인권법의 기준에 합치하게 그리고 고문 및 그밖의 잔혹한, 비인도적인, 또는 굴욕적인 대우나 처벌에 관한 국제법적 규범을 준수하며 피해자와 증인의 지원과 보호를 포함하여 국제적 정의를 실현하는 데 사법적 지원과 다양한 형식의 협력을 제공하여야 한다.

IV. 시효 규정

6. 적용 가능한 조약에 규정되어 있거나 여타 국제법적 의무로 정해진 경우에, 시효 규정은 국제법상의 범죄를 구성하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반에 적용하지 않는다.

7. 국제법상의 범죄를 구성하지 않는 다른 유형의 위반에서 민사소송과 여타 절차에 적용가능한 국내법상 시효 규정은 부당하게 제한적이어서는 안 된다.

V. 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반

8. 이 문서의 취지상 피해자는 국제인권법의 중대한 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 해당하는 작위 또는 부작위로 인하여 신체적 또는 정신적 피해, 감정적 고통, 경제적 손실, 근본적 권리의 실질적인 피해를 포함하여 개인적으로 또는 집단적으로 피해를 당한 사람이다. 필요한 경우 그리고 국내법에 따라 "피해자"의 범위에는 직접적인 피해자의 직계가족과 피부양자 그리고 고통 받는 피해자를 돕거나 피해를 방지하기 위해 개입하다가 피해를 입은 사람도 포함한다.

9. 누군가를 피해자로 인정하는 데 있어, 위반 행위 가해자의 확인, 체포, 기소, 유죄 판결 여부, 그리고 가해자와 피해자 간의 가족관계 유무는 관계가 없다.

VI. 피해자의 처우

10. 피해자는 인도적으로, 그리고 존엄과 인권에 대한 존중에 기초하여 처우되어야 하며, 피해자와 피해자 가족들의 안전, 신체적 심리적 안녕과 사생활을 보장하는 데 적절한 조치들을 취해야 한다. 국가는 폭력이나 트라우마를 겪었던 피해자가 정의와 배상을 위한 법적, 행정적 절차에서 다시 트라우마를 겪지 않도록 특별한 고려와 배려를 받도록 하는 것이 가능한 범위 안에서 국내법에 규정되게 해야 한다.

VII. 구제 조치에 관한 피해자의 권리

11. 국제인권법의 중대한 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 대한 구제 조치는 국제법에 규정된 다음과 같은 사항에 대한 피해자의 권리를 포함한다:

(a) 평등하고 효과적인 정의에 대한 접근;

(b) 고통 받은 피해에 대한 적절하고 효과적이고 신속한 배상;

(c) 위반 행위와 배상 장치에 관련된 정보에 대한 접근.

VIII. 정의에 대한 접근

12. 국제인권법의 중대한 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반의 피해자는 국제법에 규정된 효과적인 사법적 구제에 대해 평등하게 접근할 수 있어야 한다. 피해자가 이용 가능한 다른 구제 수단들은 행정기구나 여타의 기구뿐 아니라 국내법에 따라 시행되는 장치, 양식, 절차에 대한 접근을 포함한다.

정의를 추구할 수 있는 권리와 공정하고 불편부당한 절차를 확보할 국제법상의 의무가 국내법에 반영되어야 한다. 이러한 목적을 위해 국가는 다음의 행위를 하여야 한다:

(a) 공적 그리고 사적인 장치를 통해 국제인권법의 중대한 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 대한 이용 가능한 모든 구제수단에 관한 정보를 전파하는 것;

(b) 피해자의 이익에 영향을 미치는 사법적, 행정적, 또는 그밖의 다른 절차의 개시 전, 진행 중, 종료 후 피해자와 그 대리인들이 겪는 불편을 최소화하고, 불법적인 간섭으로부터 그들의 사생활을 적절히 보호하고, 피해자, 대리인, 피해자의 가족과 증인들이 복수와 위협으로부터 안전하도록 보장할 수 있는 조치를 취하는 것;

(c) 정의를 추구하고자 하는 피해자에게 적절한 지원을 제공하는 것;

(d) 피해자가 국제인권법의 중대한 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 대한 구제에 대한 권리를 행사할 수 있도록 필요한 모든 법적, 외교적, 영사적 수단을 이용할 수 있게 하는 것.

13. 재판에 대한 개별적인 접근 이외에도 국가는 피해자 집단이 배상 청구를 제기하고 배상을 받는 것이 가능한 절차를 개발하는 데 적절한 노력을 기울여야 한다.

14. 국제인권법의 중대한 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 대한 적절하고, 효과적이고, 신속한 구제는 피해자가 당사자 적격을 갖는 모든 이용 가능한 적절한 국제적 절차를 포함하며, 이러한 국제절차는 국내법상의 구제 조치를 해하지 않는다.

IX. 피해에 대한 배상

15. 적절하고, 효과적이고, 신속한 배상은 국제인권법의 중대한 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반을 시정함으로써 정의를 촉진하기 위한 것이다. 배상은 위반 행위와 피해의 중대성에 비례해야 한다. 국내법과 국제법상의 의무에 따라, 국가는 국제인권법의 중대한 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반에 해당하고, 국가에 그 책임이 귀속될 수 있는 작위 또는 부작위에 대해 피해자에게 배상을 제공해야 한다. 개인 또는 법인, 기타 단체가 피해자에게 배상할 책임이 있는 경우에는 그 당사자는 피해자에게 배상을 제공해야 하고, 또는 국가가 이미 피해자에게 배상을 제공한 때에는 국가에 변상해야 한다.

16. 피해에 대해 책임이 있는 당사자들이 피해 배상에 관한 의무를 이행할 수 없거나 이행하려고 하지 않는 때에 국가는 피해자를 위한 국가 차원에서 배상 및 지원 프로그램을 마련하기 위해 노력해야 한다.

17. 피해자의 청구와 관련하여 국가는 피해에 대하여 책임이 있는 개인이나 단체에 대하여 배상에 관한 국내법적 판단을 집행해야 하고, 국내법과 국제법적 의무에 따라 배상에 관해 유효한 외국의 법적 판단을 집행하고자 노력해야 한다. 이러한 목적을 위해 국가는 배상 판결의 집행을 위해 효과적인 장치를 국내법상 제공해야 한다.

18. 국내법과 국제법에 따라, 개별 상황을 감안하여, 국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위의 피해자에게는 각 사례의 위반의 중대성과 상황에 비례하고 필요한 범위 내에서의 원상회복, 금전 배상, 재활, 만족, 재발 방지의 보증을 정한 원칙 제19조 내지 제23조에 규정된 바와 같은 완전하고 효과적인 배상이 제공되어야 한다.

19. 원상회복은 가능한 한 피해자를 국제인권법의 중대한 위반 행위 또는 국제인도법의 심각한 위반 행위가 발생하기 이전 상황으로 회복시켜 놓아야 한다. 필요한 경우 원상회복은 자유의 회복, 인권, 정체성, 가족생활, 시민권의 향유, 원 거주지로의 귀환, 고용 회복, 재산의 반환을 포함한다.

20. 국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 생겨난 경제적으로 환산 가능한 다음과 같은 손해들에 대해서는 위반 행위의 중대성과 각 사건의 상황에 비례하는 적절한 금전적 피해 배상이 제공 되어야 한다:

(a) 신체적 또는 정신적 장애;

(b) 고용, 교육 및 사회적 급여 등 기회의 상실;

(c) 물질적인 손해와 잠재적 소득의 상실을 포함하는 소득의 상실;

(d) 정신적 손해;

(e) 법적 또는 전문적 조력, 의약품과 의료 서비스, 심리적 사회적 서비스에 소요된 비용.

21. 재활 조치는 의료적 심리학적 보살핌뿐만 아니라 법률적 사회적 서비스를 포함해야 한다.

22. 만족은 필요한 경우 이하의 전부 또는 각 요소를 포함한다:

(a) 지속적인 침해의 중단을 목표로 하는 효과적인 조치;

(b) 진실의 공개가 추가적인 피해를 야기하거나, 피해자, 피해자의 친척, 증인 그리고 피해자를 돕기 위하여 또는 위반 행위의 발생을 방지하기 위하여 개입한 사람들의 안전과 이익을 위태롭게 하지 않는 한도 내에서 사실의 검증과 진실의 완전한 공적 공개;

(c) 실종자의 소재 파악, 납치된 아동들의 신원 확인, 피살자의 시신 수색, 시신의 발견, 신원 확인, 피해자의 명시적 또는 묵시적 희망, 가족들의 문화적 관례에 따른 시신 매장 지원;

(d) 피해자 및 그와 밀접하게 연결된 사람들의 존엄, 명예, 권리를 회복시키는 공식적인 선언 또는 사법적 결정;

(e) 사실 인정과 책임의 수용을 포함한 공적 사과;

(f) 위반 행위에 책임 있는 개인들에 대한 사법적 행정적 제재;

(g) 피해자에 대한 기념과 추모;

(h) 국제인권법과 국제인도법 연수와 모든 수준의 교육 자료 안에, 자행된 위반 행위에 대한 정확한 설명의 포함.

23. 재발 방지 보장은 방지에 기여할 다음의 조치 중 적절한 것 또는 모두를 포함해야 한다:

(a) 군대 또는 보안부대에 대한 효과적인 민간 통제를 확보하는 것;

(b) 모든 민간 또는 군사적 소송 절차가 적법 절차, 공정성, 불편부당성에 관한 국제 기준을 준수하도록 보장하는 것;

(c) 사법부의 독립을 강화하는 것;

(d) 법조, 의료, 보건, 미디어 및 관련 직역의 종사자들 그리고 인권 옹호자들을 보호하는 것;

(e) 우선적으로 그리고 지속적으로 사회의 전 부문에 인권 교육과 국제인도법 교육을 제공하고 법집행 공무원, 군인, 보안부대 요원에게 이러한 교육훈련을 제공하는 것;

(f) 법집행, 교정, 언론, 의료, 심리, 사회서비스 종사자, 군인 등 공무원뿐만 아니라 기업들이 윤리 강령과 윤리 규범, 특히 국제적 기준을 준수하도록 촉진하는 것;

(g) 사회 갈등의 예방과 감시, 그 해결을 위한 장치를 향상시키는 것;

(h) 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반 발생에 기여하거나 그러한 것을 허용하는 법률을 재검토하고 개정하는 것.

X. 침해와 배상 장치와 관련한 정보에 대한 접근

24. 국가는 일반 대중에게, 특히 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반의 피해자들에게 이 기본 원칙과 가이드라인이 정한 권리들과 구제 수단, 그리고 피해자들에게 접근권을 갖는 법률적, 의료적, 심리적, 사회적, 행정적 그리고 여타 이용 가능한 모든 서비스에 대한 정보를 제공할 방안을 마련해야 한다. 나아가 피해자들과 그 대리인들은 피해를 야기했던 원인들 그리고 국제인권법의 중대한 위반 및 국제인도법의 심각한 위반과 관련된 원인 및 조건에 관한 정보를 찾고 획득하고, 또한 그러한 위반 행위들과 관련된 진실을 알 권리가 있다.

XI. 차별 금지

25. 이 기본 원칙과 가이드라인의 적용과 해석은 국제인권법과 국제인도법에 부합해야 하고, 그러한 적용과 해석에 있어서 이유를 불문하고, 예외 없이 어떤 유형의 차별도 허용하지 아니한다.

XII. 의무 이탈 금지

26. 기본 원칙과 가이드라인의 어느 조항도 국내법 또는 국제법상의 권리를 제한하거나 의무에서 이탈할 수 있는 것으로 해석해서는 아니 된다. 특히, 본 기본 원칙과 가이드라인은 국제인권법과 국제인도법상의 모든 위반 행위의 피해자에 대한 구제와 배상에 대한 권리를 해하지 않는 것으로 이해된다. 나아가 본 기본 원칙과 가이드라인은 국제법의 특별한 규칙을 해하지 않는 것으로 이해된다.

XIII. 타인의 권리

27. 이 문서의 어느 조항도 국제적으로 또는 국내적으로 보호되는 타인의 권리, 특히 적법 절차의 기준에 대한 피고인의 권리를 제한하는 것으로 해석해서는 아니 된다.

[부록2]

'2000년 일본군 성노예 전범 여성국제법정 판결문'[90]

권고(Recommendations)

1086. 본 법정은 그의 책임을 이행하기 위하여 일본정부는 다음의 각각의 구제조치를 제공해야 한다고 결정한다.

1. '위안부 제도'의 설립에 대한 책임과 책무가 있다는 것, 그리고 이 제도가 국제법을 위반하였다는 것에 대한 완전한 인정.
2. 법적 책임을 지고, 반복하지 않음을 보장하면서, 완전하고 솔직한 사죄를 하는 것.
3. 희생자, 생존자, 그리고 법정에서 판결된 위반의 결과로서 회복될 자격 있는 사람들에게 정부를 통해서, 그리고 피해를 구제하고 장래의 재발을 방지하기 위해 충분한 금액의 배상을 하는 것.
4. 군 성노예제에 대해 철저한 조사를 하기 위한 기구를 설립하고, 자료들에 대한 일반인의 접근과 역사적 보존을 가능하게 하는 것.
5. 생존자들과 협의를 하여 전쟁, 과도기, 정령기 및 식민지 기간에 범해진 성에 기초한 범죄에 대해 역사적 기록을 작성하기 위한 "진실화해위원회"의 설립을 검토하는 것.
6. 희생자들을 기념과 "다시는 안 된다"고 약속하기 위한 기념관, 박물관, 그리고 도서관을 설립하여 희생자와 생존자들을 인정하고 기리는 것.
7. 모든 학년의 교과서에 중요한 내용을 기술하는 것을 포함한 공식 및 비공식 교육시책을 후원하는 것, 그리고 학자와 작가에 대해 지원할 것. 침해행위와 고통 받은 피해에 관해서 국민, 특히 젊은이와 장래 세대를 교육하려는 노력이 있어야 한다. 그러한 범죄의 원인, 그러한 범죄를 무시하는 사회, 그리고 재방방지를 위한 수단 등을 검토하기 위한 연구가 행해져야 한다.
8. 군대와 성 불평등의 관계, 그리고 성적 평등과 모든 지역사람들의 평등에 대한 존중을 실현하기 위한 필요조건에 대하여 교육을 지원하는 것.
9. 송환을 희망하는 생존자를 송환시키는 것.

90) Case No. PT-2000-1-T, *The Prosecutors and the People's of the Asia-Pacific Region v. Hirohito ei al.* Judgment 4, Dec. 2001, 수정 2002년 1월 31일(원본 영어)
판사 가므리엘 커크 맥도날드(재판장), 판사 파르켄 알지베이, 판사 크리스틴 친킨, 판사 윌리 퓨턴가 (한글 번역은 한국정신대문제대책협의회, 전게서, 501-502면).

10. '위안소'에 관한 정부 소유의 모든 문서와 기타 자료를 공개하는 것.
11. '위안소'의 설치와 그로 인한 징집에 관여한 주범을 확인하여 처벌하는 것.
12. 가족이나 친척이 요구할 경우 사망자의 유골을 찾아서 반환하는 것.

1087. 본 법정은 연합국에 대하여 다음과 같이 권고한다.

1. '위안부 제도'의 설립과 운영 그리고 도쿄재판소에서 이것이 소추되지 않았던 이유에 관한 모든 군대 및 정부 기록을 즉시 기밀해제 할 것.
2. 도쿄재판에서 일왕 히로히토를 소추하지 않았던 것에 관한 모든 군대 및 정부 기록을 즉시 기밀 해제할 것.
3. 최초의 전후 재판에서 그리고 그 후 56년간에 걸쳐 과러 '위안부' 들에게 자행한 범죄를 조사하고 고추하지 않은 것을 인정하고, 생존한 범죄자를 조사하고 공개하고 적절한 경우 처벌하기 위한 조치를 취할 것.

1088. 본 법정은 UN과 모든 회원국들에게 다음과 같이 권고한다.

1. 생존자와 기타 희생자 및 그들에게 자행된 침해로 인한 피해의 회복을 받을 자격이 있는 사람들에 대해서 일본정부가 완전한 배상을 제공하는 것을 확보하기 위하여 필요한 모든 조치를 취할 것.
2. '위안부'에 관한 일본정부의 위법성과 지속되는 책임에 대해 국제사법재판소의 권고적 의견을 요청할 것.

[부록 3]

General Assembly, Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of non-recurrence, Fabian Salvioli, submitted in accordance with Human Rights Council Resolution 45/10 **[별도 파일로 제출함]**

<끝>

곽예남 外 대 일본국 사건(2016가합580239)과 관련하여 서울중앙지방법원의 존경하는 판사님께 제출하는 국제앰네스티 의견서

일반 국제법의 강행규범(*jus cogens*)과 대세적 의무(obligations *erga omnes*)를 위반한 반인도범죄이자 전쟁범죄에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반으로, 특히 다른 실효적(effective) 시정 방식이 부재한 경우인 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도에 대한 금전배상 청구권에의 주권면제, 조약에 의한 청구권 포기, 시효의 비적용에 관하여

1. 서론

곽예남 外 대 일본국 사건(2016가합580239)[1]은 완곡한 표현으로 '위안부'라 알려진 제2차 세계대전 이전과 전쟁기간까지 있었던 일본군 성 노예제의 법적 성격을 규정하고 법적 결과를 확립할 둘도 없는 역사적 기회를 제공합니다. 미 의회와 유럽의회는 "일본 정부가 일본제국군을 위한 성적 예속상태만을 유일한 목적으로 젊은 여성들의 조달을 공식 위임하였고", "일본 정부에 의한 강제 군대 매춘인 '위안부' 제도는 집단 강간, 강제 낙태, 수치, 신체 절단과 사망이나 궁극적으로 자살을 초래한 성폭력 등 잔학성과 규모 면에서 전례가 없는 20세기 최대 규모의 인신매매 사례 가운데 하나임"을 인정하였습니다.[2] 아래에서 보듯이 일본 정부조차 1919년 제1차 세계대전 후의 평화회담에서 "강제 매춘을 목적으로 한 소녀 및 여성의 납치"를 국제범죄로 인정한 바 있습니다.[3]

인권유린 근절을 위하여 150개가 넘는 국가와 지역에서 700만 명 이상의 사람들과 함께하는 세계적 운동조직인 국제앰네스티는 세계 곳곳의 전쟁 지역에서 여성을 대상으로 전쟁무기의 일환으로 이용되는 강간을 포함한 성폭력 범죄를 오랫동안 규탄해 왔습니다. 국제앰네스티는 2005년 10월 28일 발간한 보고서, 〈60년이 넘도록 계속되는 기다림: 일본군 성 노예제 생존자들을 위한 정의〉에서 제2차 세계대전 이전과 도중에 일본 제국군이 활용한 제도화된 강제 군대매춘을 "성 노예제 범죄와 피해자 정의 부인의 가장 설득력 있는 사례"라 부르며, 국제법상 범죄로서의 '위안부' 제도와 일본 정부와 법원, 국제공동체가 현재까지 제공하지 못한 생존자들의 배상을 청구할 권리에 관한 심도 있는 분석을 제시하였습니다.[4]

본 사건의 원고들은 당시 적용 가능한 국제법상 명백히 불법이었던 성 노예제 하에 놓여있었습니다. 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반의 피해자들로서 원고들은 주권면제(sovereign immunity), 조약에 의한 청구권 포기(waiver of claims via treaty), 시효(statute of limitations)와 같은 절차적 장애로 저해되어서는 안 되는 구제와 배상의 권리를 갖습니다. 일반 국제법의 강행규범(*jus cogens*)과 대세적 의무(obligations *erga omnes*)를 위반한 반인도범죄이자 전쟁범죄에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반으로, 특히 다른 실효적 시정 방식이 부재한 경우인 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도의 법적 성격 규정과 법적 결과는 이러한 결론을 더욱

[1] 2016년 12월 28일 서울중앙지방법원에 소 제기.

[2] 미국 하원 결의 121호, 제110대 의회(2007년), https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-resolution/121/text; "위안부"(제2차 세계대전 이전과 도중 아시아의 성노예)를 위한 정의 결의, 유럽 의회 문서 B60525/2007 (2007년 12월 13일), http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0632+0+DOC+XML+V0//EN. 또한, 한국, 대만, 필리핀, 캐나다, 네덜란드 입법부, 그리고 일본의 상당수 지방의회, 캘리포니아 주의회, 뉴욕 주의회, 뉴저지 주의회에서 "위안부" 문제에 관한 결의안을 통과시켰습니다.

[3] 아래 II.4 참조.

[4] 60년이 넘도록 계속되는 기다림: 일본군 성 노예제 생존자들을 위한 정의, 문서번호: ASA 22/012/2005. https://www.amnesty.org/en/documents/asa22/012/2005/en

뒷받침합니다.

일반적으로는 절차법적 문제를 다룬 후 실체법적 문제를 다루지만 본 의견서에서는 순서를 바꾸어 다룹니다. 이는 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도가 국제인권법의 중대한 위반이자 국제인도법의 심각한 위반이라는 실체법적 성격 규정으로부터 주권면제, 조약에 의한 청구권 포기, 시효의 비적용이라는 절차법적 결과가 따르기 때문입니다.

2. 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 ‘위안부’ 제도의 국제법상 법적 성격 규정

일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 ‘위안부’ 제도 하에서 자행된 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반은 유엔 독립 전문가[5], 국제노동기구(International Labour Organization, 이하 ILO)[6] 및 국제인권단체[7]에서 지난 30년간 폭넓게 논의해왔습니다. 이러한 중대 위반은 한국 민법[8] 제750조의 목적상 고의 또는 과실로 인한 위법행위를 구성합니다. 뿐만 아니라 달리 실효적 시정 방식이 없는 반인도범죄 및 전쟁범죄 행위를 포함하여 잘 확립된 강행적, 대세적 성격의 관습 및 조약 국제법의 위반을 본 사건에서 원고들의 청구권을 인정하는 근거로 인용하는 것은 한국 국내법에만 의존하는 것보다 일본 정부와 여론, 국제공동체에 더 큰 설득력을 가질 수 있습니다.

2.1 노예제 및 노예무역 금지

현재 세계인권선언 제4조와 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 자유권규약) 제8조 제1항에 명시된 노예제 및 노예무역 금지의 역사는 19세기 현대 국제법의 태동기로 거슬러 올라갑니다. 1815년 빈 회의(Congress of Vienna) 이래 일련의 양자 및 다자 조약들은 먼저 노예무역을, 다음으로 노예제 자체를 금하였습니다.[9] 1926년 노예제 협약 제1조는 노예제를 “소유권에 딸리는 권한의 일부 또

[5] 유엔 경제사회이사회 인권위원회, 여성폭력, 그 원인과 결과 특별보고관의 보고서 유엔 문서 E/CN.4/1996/53/Add.1 (1996년 1월 4일) (라디카 쿠마라스와미(Radhika Coomaraswamy)가 준비), https://undocs.org/E/CN.4/1996/53/Add.1; 유엔 경제사회이사회, 유엔 차별방지 및 소수자보호 소위원회, 무력분쟁중의 조직적 강간, 성적 노예제 및 노예제 유사관행에 대한 특별보고관 보고서, 유엔 문서 E/CN.4/Sub.2/1998/13 (1998년 6월 22일) (게이 J. 맥두걸(Gay J. McDougall)이 준비)), https://undocs.org/E/CN.4/Sub.2/1998/13.

[6] ILO 협약 및 권고 적용 전문가위원회(CEACR), 1930년 협약(29호)에 관한 개별 소견, 일본(비준: 1932), ILO 문서 061996JPN029 (1996); 061997JPN029 (1997); 061999JPN029 (1999); 062001JPN029 (2001); 062002JPN029 (2002); 062003JPN029 (2003); 062004JPN029 (2004); 062005JPN029 (2005); 062007JPN029 (2007); 062008JPN029 (2008); 062009JPN029 (2009); 062011JPN029 (2011).

7 우스티니아 돌고폴(Ustinia Dolgopol) 및 스네할 파랑자페(Snehal Paranjape), 위안부, 끝나지 않은 시련: 방문단 보고서(Comfort Women, an Unfinished Ordeal: Report of a Mission) (국제법률가위원회, 1994); 일본군 성노예제 재판을 위한 여성 국제전범 법정 판결문(Judgment of the Women's International War Crimes Tribunal for the Trial of Japan's Military Sexual Slavery) (2000).; 국제앰네스티, 「60년이 넘도록 계속된 기다림: 일본군 성 노예제 생존자들을 위한 정의」, Index:22/012//2005

[8] “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.” https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=29453&lang=ENG

[9] 만프레드 노박(Manfred Nowak), 유엔 시민적 및 정치적 권리에 관한 규약: CCPR 해설서(U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary) (개정2판), 197쪽

는 전부가 행사되는 사람의 지위 또는 상황”, 노예무역을 “노예상태로 격하시킬 의도를 가지고 사람을 포획, 취득 또는 처분하는 것과 관련된 모든 행위, 사람을 팔거나 교환할 목적으로 노예를 취득하는 것과 관련된 모든 행위, 구입 또는 교환을 목적으로 획득한 노예를 판매 또는 교환에 의해 처분하는 모든 행위, 그리고 일반적으로 노예를 거래하거나 운송하는 모든 행위”를 포함한다고 정의하였습니다.[10] 이들 정의는 관습 국제법을 선언한 것으로 여전히 폭넓게 인용되고 있습니다.

일본은 1926년 노예제 협약을 비준하지 않았지만 20세기 전반에 노예제 및 노예무역 금지가 관습 국제법의 일부가 된 것에는 의심의 여지가 없습니다. 사실 1872년 마리아 루즈號 사건(María Luz Incident) 중 일본 법원은 요코하마항에 정박 중이던 페루 선박에 탑승한 중국인 연한계약 노동자들을 해방시켰고, 거꾸로 일본이 연한계약 매춘으로 추궁을 받자 일본 정부는 서둘러 해방을 지시하였습니다.[11]

1996년 유엔 차별방지 및 소수자보호 소위원회(UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities)의 무력분쟁 중 조직적 강간, 성 노예제, 이와 유사한 관행에 관한 특별보고관은 압도적인 구두 및 문서 증거 일체의 경중을 따져본 후 ‘위안부’들의 경험이 1926년 노예제 협약에 정의된 노예상태에 해당된다고 결론지었습니다.[12] 국제앰네스티는 2005년 특별보고관의 결론을 지지하고 인용하였으며, 이를 계속해서 국제법의 온전한 해석과 적용으로 지지합니다.[13] 따라서 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 ‘위안부’ 제도가 국제 조약과 관습법 하의 노예제 및 노예무역 금지를 위반한 것은 의심의 여지가 없어 보입니다.

2.2 강제노동 금지

제1차 세계대전 종전에 뒤 이은 불만 표출의 시기에 4대 주요 연합국이었던 일본을 비롯하여, 1919년 파리 평화회담에 모인 승전국들은 모든 남녀에게 품위 있는 일을 촉진하기 위한 노동 기준 설정, 정책 개발, 프로그램 고안을 위하여 ILO를 창설하기로 합의하였습니다.[14] ILO의 8개 기본협약으로

[10] https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/SlaveryConvention.aspx

[11] 더글러스 하우랜드(Douglas Howland), "마리아 루즈 사건: 중국인 쿨리들과 일본 매춘부들의 신체권과 국제정의(The Maria Luz Incident: Personal Rights and International Justice for Chinese Coolies and Japanese Prostitutes)", 수전 L. 번스(Susan L. Burns) 및 바바라 J. 브룩스(Barbara J. Brooks) 편, 일본 제국권의 젠더와 법(Gender and law in the Japanese imperium) (호노룰루: 하와이대학 출판사, 2014), 21-47쪽.

[12] E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22문단. https://undocs.org/E/CN.4/Sub.2/1998/13

[13] 60년이 넘도록 계속된 기다림: 일본군 성 노예제 생존자들을 위한 정의, 20쪽.

[14] 연합국 및 연계국과 독일간 평화조약(Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany), 베르사유(Versailles), 1919년 6월 28일, 제13부 노동(제387조-제427조). 파리 평화회담에서 체결된 다른 4개의 평화조약에도 동일한 규정이 삽입되었습니다. 연합국 및 연계국과 오스트리아간 평화조약(Treaty of Peace between the Allied Powers and Austria), 생제르맹(Saint-Germain-en-Laye), 1919년 9월 10일, 제12부 노동(제332조-제372조); 연합국 및 연계국과 불가리아간 평화조약(Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Bulgaria), 뇌이-쉬르-센(Neuilly-sur-Seine), 1919년 11월 27일, 제12부 노동(제249조-제289조); 연합국 및 연계국과 헝가리간 평화조약(Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Hungary), 트리아농(Trianon), 1920년 6월 4일, 제13부 노동(제315조-제355조); 연합국 및 연계국과 터키간 평화조약(Treaty of Peace between the Allied Powers and Turkey), 세브르(Sèvres), 1920년 8월 10일, 제12부 노동(제374조-제414조).

남아있는 1930년 강제 또는 의무 노동에 관한 협약(제29호 강제노동협약)은 강제 또는 의무 노동을 "어떤 사람이 처벌의 위협 하에서 강요 받아 자발적으로 제공하지 않은 모든 노동이나 서비스"라 정의하였습니다(제2조 제1항).[15] ILO는 강제노동협약의 실효적 집행과 감독을 포함하여 자유권규약 제8조 제3항에도 규정된 강제 또는 의무 노동 근절을 위한 국제적 노력의 선봉에 서 왔습니다.

1932년 ILO 강제노동협약의 비준의 결과, 일본은 제1조 제1항에 따라 "가능한 한 조속히 모든 형태의 강제 또는 의무 노동 사용을 억제할" 법적 의무가 있습니다.[16] 동 협약 제2조 제2항 (a)호 및 (d)호는 "순전히 군사적 성격의 일을 위하여 의무 병역법에 따라 강요되는 노동 또는 서비스" 및 "긴급한 경우, 즉 전쟁 … 및 일반적으로 주민 전부 또는 일부의 존립이나 안녕을 위태롭게 하는 상황과 같은 재해나 재해 우려가 있는 경우에 강요되는 노동 또는 서비스"를 강제 또는 의무 노동의 정의에서 배제하고 있지만 군대 성 노예제는 "순전히 군사적 성격의 일"이나 전시 필요로 정당화될 수 없습니다.

ILO 회원국들의 국내노동기준 적용의 공정하고 기술적 평가를 제공하기 위하여 ILO 이사회에서 임명한 20인의 저명한 법조인으로 구성된 협약 및 권고 적용 전문가위원회(Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 이하 CEACR)는 1995년 이래 '위안부' 문제를 다뤄왔습니다.[17] 제2차 세계대전 발발에 앞선 수년간, 그리고 제2차 세계대전 중 ILO 강제노동협약의 적용에 관한 1995년 6월 12일자 오사카부 특별 영어교원조합(OFSET; 大阪府特別英語教員組合) 소견에 대한 답변에서, CEACR은 "강제노동협약이 해당 시기에 유효하였다"고 한 뒤 "혐의사실은 이른바 군대 '위안소'에 구금된 여성들의 중대한 인권유린과 성적 유린을 언급하는데, 이는 강제노동협약에서 금지한 상황이다"라고 덧붙이며, "이 같은 행동은 강제노동협약을 위반한 성 노예제라 규정되어야 한다"고 인정하였습니다.

강제노동협약 제2조 제2항 (a)호 및 (d)호의 예외와 관련하여 CEACR은 해당 규정이 "전쟁, 화재나 지진의 경우 어떠한 종류의 의무 서비스이든 부과하는 전면 허가가 아니라 주민에 대한 임박한 위험에 대처하는 데 엄격히 요구되는 서비스를 위해서만 원용할 수 있고", '위안부' 사건은 언급된 예외에 포함되지 않으므로 "따라서 일본의 강제노동협약 위반이 분명히 있었다"고 결론지었습니다. CEACR은 또한 일본 정부가 동 협약 제25조 하에서 강제 또는 의무 노동의 불법적인 강요에 대한 형벌의 적절성과 엄격한 집행을 보장할 의무를 언급하였습니다.[18]

이러한 이유로 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도는 관습 및 조약 국제법 하의 강

15 https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029

16 https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102729

17 일본의 유엔 자유권규약 위원회(HRC) 정기보고서에 대하여 여성들의 전쟁과 평화 자료관(WAM)에서 제출한 일본의 군 성노예제 문제에 관한 NGO 대안 보고서, 2014년 5월, 부록 2. ILO 협약 및 권고 적용 전문가위원회(CEACR): "위안부" 문제 관한 소견, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/JPN/INT_CCPR_CSS_JPN_17434_E.pdf
2015년 채택, 2016년 제105회 총회(ILC) 공표 및 2018년 채택, 2019년 제108회 총회(ILC) 공표 소견(CEACR)은 다음 참조. ILO, Search comments by the supervisory bodies, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:20010:::NO:::

18 제2차 세계대전 중 개탄스러운 조건으로 "사부문 통제 하의 광산, 공장, 공사장에서 일하게 만든 약 70만명의 한국인, 4만명의 중국인 징용 노동자에 관한 통보에 대한 답변에서도 CEACR은 "이같이 개탄스러운 조건으로 일본의 사부문 산업에서 일할 노동자를 대량 징용한 것은 강제노동협약 위반이다"라 판단하였다. 소견(CEACR) – 1998년 채택, 제87차 총회(ILC) 공표 (1999), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2172187

제노동 금지를 명백히 위배하였습니다.

2.3 여성과 아동의 인신매매 금지

20세기 초, 매춘을 위한 여성과 아동 인신매매 문제는 2개의 '백인 노예' 조약, 즉 1904년 '백인노예 인신매매' 억제협정[19] 및 1910년 '백인노예 인신매매' 억제협약[20]이 체결될 만큼 여론의 관심과 주목을 끌었습니다. ILO 규정과 마찬가지로 제1차 세계대전 후 평화조약들에 삽입된 국제연맹 규약 제23조 (c)항은 국제연맹에 여성과 아동의 인신매매 관련 협정 집행의 일반 감독을 명시적으로 맡겼습니다.[21] 국제연맹의 주관 하에 1921년 여성과 아동 인신매매 억제를 위한 국제협약[22] 및 1933년 성인 여성 인신매매 억제를 위한 국제협약[23]이 체결, 채택되었습니다.

'백인노예 인신매매' 억제협약(1910년) 제1조 및 제2조에 따르면 "미성년인 여성이나 소녀"의 경우, 본인의 동의와 무관하게 다른 사람의 욕정을 채워주기 위한 부도덕한 목적으로 모집, 유인, 유괴하는 것, "성년인 여성이나 소녀"의 경우, 동일한 행위를 "사기에 의하여 또는 폭력, 협박, 권력남용이나 다른 어떠한 강요 방식의 수단에 의하여"하는 것은 처벌 대상입니다. 위 협약의 불가분의 일부를 구성하는 최종 의정서는 동 협약 제1조 및 제2조의 "미성년인 여성이나 소녀, 성년인 여성이나 소녀"는 20세 이하나 이상의 여성이나 소녀를 가리킨다는 체약국들의 이해를 표현하고 있습니다. 일본은 '백인노예 인신매매' 억제협약(1910년)에 가입하였고, 동 협약 제11조의 작용에 따라 동 협약 가입에 수반하여 '백인노예 인신매매' 억제협정(1904년)에도 가입하였습니다.[24]

여성과 아동 인신매매 억제를 위한 국제협약(1921년) 제2조 및 제3조에서 체약국들은 한 발 더 나아가 "양성의 아동 인신매매에 관여하였고 ['백인노예 인신매매' 억제협약(1910년) 제1조]의 의미 내에서 범죄를 저지른 사람들을 찾아내고 소추하기 위하여 모든 조치를 취하고 … ['백인노예 인신매매' 억제협약(1910년) 제1조 및 제2조]에 명시된 범죄행위의 미수와 법적 한계 내에서 범죄 실행의 예비행위의 처벌을 담보하기로" 합의하였습니다.

일본은 1925년 12월 15일, 여성과 아동 인신매매 억제를 위한 국제협약(1921년)을 비준하였으나 동 협약 제14조 하 재량을 행사하여 조선[한국], 대만, 관동조차지(關東租借地), 일본 관할 사할린 섬, 일본의 남양군도 위임통치령을 배제하였습니다.[25] 하지만 동 협약 제14조는 인신매매의 창설이나 확산을

19 http://hrlibrary.umn.edu/instree/whiteslavetraffic1904.html

20 http://hrlibrary.umn.edu/instree/whiteslavetraffic1910.html

21 또한 국제연맹 규약 제23조 (a)항은 국제연맹 회원국들이 "현존하거나 향후 합의되는 국제협약 규정"에 따라 "남녀와 아동이 본국에서, 그리고 상공 관계가 걸치는 모든 나라들에서 그들을 위하여 공정하고 인간적 노동 조건을 확보하고 유지하기 위하여 노력할 것"을 요구하였습니다.

22 https://ec.europa.eu/anti-trafficking/legislation-and-case-law-international-legislation-united-nations/1921-international-convention_en

23 http://hrlibrary.umn.edu/instree/women-traffic.html

24 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-10&chapter=7
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-8&chapter=7

25 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-3&chapter=7&lang=en 일본은 성년 여성 인신매매 억제를 위한 국제협약(1933년)은 비준하지 않았습니다.

허락하는 것이 아니라 지참금과 '신부값' 지불과 같은 식민지 지역 관습의 점진적 철폐를 허용하기 위한 임시 조치로 구상된 것입니다.[26] 동 협약 제14조 배제 하에서 위반 책임을 회피하는 것은 기이한 신의성실 위반 행위로 간주되어야 합니다.

더 중요한 점은 여성과 아동 인신매매 억제를 위한 국제협약(1921년) 제2조 및 제3조의 목적상 여성과 아동 인신매매 미수와 범죄 실행의 예비행위를 구성하는 일본 정부 관리들에 의한 강제 군대 매춘인 '위안부' 제도의 기획과 총괄은 일본 본토인 도쿄에서 있었다는 것입니다. 따라서 이에 대한 처벌을 담보하기 위하여 어떠한 조치도 취하지 않은 것은 20세기 전반 당시의 인신매매 금지에 관한 국제 관습 및 조약 규범 하에 국가책임을 발생시킵니다.

2.4 반인도범죄 및 전쟁범죄 행위

1899년 및 1907년 헤이그 평화회담에서는 1899년 헤이그 육전의 법 및 관습에 관한 헤이그 협약(II) 및 그 부속서(육전의 법 및 관습에 관한 규정, 이하 1899년 헤이그 협약)와 약간 개정된 1907년 헤이그 육전의 법 및 관습에 관한 헤이그 협약(IV) 및 그 부속서(육전의 법 및 관습에 관한 규정, 이하 1907년 헤이그 협약)라는 형태로 전쟁의 법과 관습이 국제적으로 법전화 되었습니다.[27] 이는 미국 남북전쟁 당시인 1863년, 링컨 대통령이 연방군 일반명령 제100호로 포고한 유명한 리버 법전에서 발전한 것입니다.

1946년 뉘른베르크에 설치된 국제군사재판소는 "[1907년 헤이그 협약]에 표현된 육전 규칙들은 의심할 여지 없이 동 협약 채택 당시의 기존 국제법으로부터의 진전에 해당하는 것이었으나 … 1939년이면 동 협약에서 규정한 이들 규칙들은 모든 문명국의 인정을 받아 [국제군사재판소 헌장] 제6조 (b)호에 언급된 전쟁의 법과 관습을 선언한 것으로 간주되었다"고 판시하였습니다.[28]

덧붙여 1946년 12월 11일 유엔 총회는 1946년 10월 1일자 국제군사재판소 판결 이후 결의 95(I)호를 만장일치로 채택하여, 국제군사재판소 헌장과 "1946년 1월 19일 도쿄에서 포고된 극동의 주요 전범 재판을 위한 국제군사재판소 헌장에서 비슷한 원칙들이 채택된 사실"에 주목하고, "뉘른베르크 재판소 헌장과 판결에서 인정된 국제법 원칙들"을 확인하였습니다.[29]

안토니오 카쎄세(Antonio Cassese) 교수에 따르면 유엔 총회는 이들 원칙을 "확인함"으로써 국제군사재판소헌장에서 유래될 수 있고 국제군사재판소가 명시적으로나 묵시적으로나 제시한 형사법의 일반 개념과 법적 구성에 대한 승인과 지지를 표하기를 분명히 의도하였습니다. 법 창설의 관점으로 옮기면 유엔 총회의 승인과 지지는 세계 공동체가 해당 원칙들을 전체 국제 공동체의 회원국들에 대하여 법적 구속력을 가지는 관습법의 일반 원칙으로 전환시키는 과정에 힘차게 시동을 걸었다는 것을 의미합니

[26] 국제법률가위원회(ICJ), "위안부: 끝나지 않은 시련(Comfort women: an unfinished ordeal)" (1994년 12월 1일), 157-158쪽. https://www.icj.org/comfort-women-an-unfinished-ordeal-report-of-a-mission

[27] 일본은 1900년에 1899년 헤이그 협약을, 1911년에 1907년 헤이그 협약을 비준하였으며, 한국은 1903년에 1899년 헤이그 협약에 가입하였습니다. https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/150 https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195

[28] https://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp

[29] https://undocs.org/en/A/RES/95(I)

다.[30]

제1차 세계대전(1914년-1918년) 이후 일본을 포함하여 승전 연합국 및 연계국은 전쟁책동자 책임 및 형벌집행에 관한 위원회를 만들었고, 동 위원회는 "전쟁의 법과 관습, 그리고 인도의 법에 반한" 32개의 비한정적인 범죄 목록을 도출하였습니다. 이 범죄 목록에는 (1) 살해 및 학살과 체계적 공포조성, (2) 인질의 살인, (3) 민간인의 고문, (4) 민간인의 고의적인 굶주림, (5) 강간, (6) 강제 매춘을 목적으로 한 소녀 및 여성의 납치, (7) 민간인의 추방, (8) 비인도적 조건 하에서의 민간인 수용, (9) 적의 군사작전과 관련한 민간인의 강제노동이 포함되었습니다.[31]

동 위원회는 또한 그 중에서도 "범죄의 성격이나 어느 교전국이든 간의 법을 감안하면, 다음에서 언급하는 고등재판소를 제외한 다른 법원에서 진행하는 것이 바람직하지 않은 것으로 고려되는 적국에 속하는 다른 사람들에 대한" 범죄 혐의를 재판하기 위하여 "고등재판소"의 창설을 권고하였습니다.[32]

패전한 중앙 동맹국들과의 최종 평화조약들에서 중앙 동맹국들의 정부는 "전쟁의 법과 관습을 위반한 행위를 저지른 혐의가 제기된 사람들을 군사재판소에 회부할 연합국과 연계국의 권리를 인정하였습니다".[33] 터키의 비준 거부로 어느 시점에도 발효되지 않은 對터키 평화조약(세브르 조약) 제230조는 주로 오스만 통치 하 아르메니아계 주민의 추방과 학살에 대한 대응으로 터키에 "1914년 8월 1일 터키 제국령의 일부를 구성하던 지역에서 전쟁 상태가 지속되는 도중에 자행된 학살들에 책임이 있는" 자들을 연합국이 지정하거나 국제연맹에서 창설한 재판소에 넘길 의무를 지웠습니다.

뒤 이은 정치적 혼란 속에 반인도범죄와 전쟁범죄 행위를 소추하려는 이들 평화조약 규정들의 이행은 빠르게 와해되었지만 독일과 터키의 특별 국내법원은 연합국의 압박을 누그러뜨리기 위해 실제 한 줌의 전범들을 재판하고 유죄판결을 내렸다가 국내 반발에 직면하여 약식으로 풀어준 것에 주목하여야

[30] "뉘른베르크 재판소 헌장에서 인정된 국제법 원칙들의 확인(Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal), 총회 결의 95(I)호, 뉴욕, 1946년 12월 11일" 안토니오 카쎄세 레바논 특별재판소 소장, http://legal.un.org/avl/ha/ga_95-I/ga_95-I.html

[31] 그 외에 범죄 목록에는 (10) 군사점령 중의 주권 찬탈, (11) 점령지 주민을 대상으로 한 의무 입대, (12) 점령지 주민의 국적 박탈 시도, (13) 약탈, (14) 재산 몰수, (15) 부당하거나 과도한 분담과 징발의 강요, (16) 화폐가치 저하 및 위폐 발행, (17) 집단 처벌의 부과, (18) 재산의 악의적 유린과 파괴, (19) 무방비 장소의 고의적 포격, (20) 종교 · 자선 · 교육 · 역사 건물과 기념물의 악의적 파괴, (21) 경고 및 승객과 승무원의 안전을 위한 조치 없는 상선과 여객선의 파괴, (22) 어선과 구조선의 파괴, (23) 병원의 고의적 포격, (24) 병원선에 대한 공격과 파괴, (25) 적십자사 관련 규칙의 위반, (26) 질식성 및 유독성 가스의 사용, (27) 폭발하거나 팽창하는 탄환, 그리고 다른 비인도적 기구의 사용, (28) 투항자를 살려주지 말라는 지시, (29) 전상자 및 전쟁포로의 학대, (30) 전쟁포로의 허용되지 않는 업무 투입, (31) 휴전기(休戰旗)의 오용, (32) 우물에 독 풀기가 있습니다. "전쟁책동자 책임 및 형벌집행에 관한 위원회(Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalities)", 미국 국제법 저널(American Journal of International Law), 제14권 (1920), 95-154쪽, 114-115쪽.

[32] 같은 문서. 121-122쪽

[33] 연합국 및 연계국과 독일간 평화조약(Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany), 베르사유(Versailles), 1919년 6월 28일, 제228조; 연합국 및 연계국과 오스트리아간 평화조약(Treaty of Peace between the Allied Powers and Austria), 생제르맹(Saint-Germain-en-Laye), 1919년 9월 10일, 제173조; 연합국 및 연계국과 불가리아간 평화조약(Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Bulgaria), 뇌이-쉬르-센(Neuilly-sur-Seine), 1919년 11월 27일, 제118조; 연합국 및 연계국과 헝가리간 평화조약(Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Hungary), 트리아농(Trianon), 1920년 6월 4일, 제157조; 연합국 및 연계국과 터키간 평화조약(Treaty of Peace between the Allied Powers and Turkey), 세브르(Sèvres), 1920년 8월 10일, 제226조.

합니다.[34] 제1차 세계대전 후 국제형사법 원칙의 논의와 확인은 일본이 주요 연합국의 일원으로서 승인 도장을 찍은 중요한 법적 선례를 남겼습니다.

국제조약에서 여성에 대한 폭력의 명시적 범죄화는 1949년 전시 민간인 보호에 관한 제네바협약(IV) 제27조 "여성은 그들의 명예에 대한 침해, 특히 강간, 강제 매춘이나 다른 모든 형태의 외설행위로부터 특별히 보호되어야 한다"에 처음 등장하지만 1907년 헤이그 규정 제42조의 "가족의 명예와 권리"를 존중할 의무는 오랫동안 강간과 강제 매춘으로부터의 보호를 망라하는 것으로 해석되어 왔습니다.

극동국제군사재판소의 견해에 따르면 동 재판소에 제시된 증거는 "중국에서의 개전 이후로부터 1945년 8월 일본의 항복까지 고문, 살해, 그리고 다른 가장 비인도적이고 야만적 성격의 잔학행위가 일본 육군과 해군에 의하여 거리낌없이 자행되었음"을 확립하였습니다.[35] 극동국제군사재판소는 중국과 다른 아시아 지역에서 광범위한 강간과 여성에 대한 폭력의 증거를 널리 인용하였으며 기실 다음의 주목할 만한 구절에서 강제 군대 매춘인 '위안부' 제도의 존재를 놀랍도록 정확히 설명하고 있습니다: "일본의 계림(桂林) 점령 기간 중 일본군은 강간, 약탈 등 모든 종류의 잔학행위를 저질렀다. 일본군은 공장 설립을 빙자하여 여성 노동자들을 모집했다. 일본군은 이렇게 모집한 여성들에게 일본군 병사들과의 매춘을 강제했다".[36]

아시아-태평양 일대에서 하급 일본 전범들을 재판한 중국과 네덜란드 군사법원은 1919년 전쟁책동자 책임 및 형벌집행에 관한 위원회에서 만든 강간, 강제 매춘을 포함한 32개 범죄 목록을 수용한 특별법전을 사용한 점에 주목할 만 합니다.[37] 사실상 네덜란드 법원은 "바타비아[자카르타]에서 클럽-레스토랑을 운영했던 일본인 호텔 경영자"를 네덜란드인 여성의 강제 매춘으로 재판하여 유죄판결을 내렸습니다.[38]

국제군사재판소 및 극동국제군사재판소 헌장은 군대 성 노예제인 '위안부' 제도에 부수적인 몇 가지 범죄들도 언급하였습니다.[39] 국제군사재판소 헌장 제6조 (b)호는 전쟁범죄에 "점령지의 또는 점령지에 있는 주민의 살해, 학대, 노예노동이나 다른 어떠한 목적을 위한 추방, … 인질 살해"가 포함된다고 규정하였고, 국제군사재판소 헌장 제6조 (c)호 및 극동국제군사재판소 헌장 제5조 (c)호는 반인도범죄의 예로 "살해, 절멸, 노예화, 추방 및 다른 비인도적 행위"를 들고 있습니다. 연합국의 독일 점령지역에 적용된 통제이사회 법령 제10호 제2조 제1항 (c)호는 반인도범죄의 열거 목록을 "살해, 절멸, 노예화, 추

[34] 개리 조너선 배스(Gary Jonathan Bass), 복수의 손을 붙들기: 전범 재판소의 정치학(*Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*) (뉴저지州 프린스턴; 치체스터(Chichester): 프린스턴 대학 출판부, 2002).

[35] 판결문, 1001쪽. http://www.ibiblio.org/hyperwar/PTO/IMTFE/IMTFE-8.html

[36] 같은 문서, 1022쪽.

[37] 연합국 전쟁범죄 위원회(United Nations War Crimes Commission) 편, 전범재판 판례집(Law Reports of Trials of War Criminals) (뉴욕주 버팔로, W.S. 하인 회사, 1997) [LRTWC], 제11권, 87-103쪽.

[38] 연합국 전쟁범죄 위원회(UNWCC), 사건 번호 76번(와시오 아오치(Washio Awochi)의 재판)..

[39] https://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp
http://www.ibiblio.org/hyperwar/PTO/IMTFE/IMTFE-A5.html

방, 투옥, 고문, 강간이나 다른 비인도적 행위"로 확장하였습니다.[40]

일본은 1951년 샌프란시스코 평화조약 전문에서 "모든 상황에서 유엔 헌장의 원칙을 따르고; 세계인권선언의 목적을 실현하기 위하여 노력할 … 의사를 선언하였고" 동 조약 제11조에서 "극동국제군사재판소와 다른 일본 국내와 국외 소재 연합국 전쟁범죄 법원의 판결을 수락하였습니다". 일본 정부가 스스로 자행한 반인도범죄 및 전쟁범죄 행위에 대한 법적 책임을 회피하기는 어렵습니다.

일본 정부는 한국에 대하여 1905년 을사조약과 1910년 한일병합조약에 따른 일본의 한국 주권 강탈로 문제의 시기에 국제인도법이 적용될 수 없다는 태도를 견지하고 있지만 이들 조약의 적법성은 매우 의심스럽습니다. 당대 프랑스 국제법 학자들은 일본의 한국 관리에 대한 강요와 이전 국제협정들에서 한국의 주권을 보장하기로 한 일본의 의무와의 모순을 불법성의 근거로 인용하였고, 이들의 분석은 주요 국제법 권위자들도 따랐습니다.[41]

1935년 하버드 연구초안 및 유엔 국제법위원회(UN International Law Commission)의 1963년 보고서는 1905년 을사조약을 국가에 대한 강요와 대비되는 국가 대표에 대한 강요 사용으로 무효가 되는 조약으로 인용하였습니다.[42] 폴란드가 123년간(1795년-1918년) 독립된 국가가 사라졌음에도 전쟁책동자 책임 및 형벌집행에 관한 위원회와 제안된 '고등 재판소'를 포함한 제1차 세계대전 후의 평화절차에 참여한 것이 보여주듯이 제2차 세계대전 후 평화 합의에서 한국의 부재는 어떠한 법적 원칙이 아니라 정치적 고려에 따른 결과였습니다.[43]

[40] https://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp

[41] 프랑시스 레이(Francis Rey), 한국의 국제 상황(La Situation Internationale de la Coree), 13 Revue Generale de Droit International Public [R.G.D.I.P.] 40, 53-58 (1906) (Fr.); 장 페랭자케(Jean Perrinjaquet), 한국과 일본: 일본으로의 한국 병합-1910년 8월 22일 조약과 그 결과(Coree et Japon: Annexion de la Coree au Japon.-Traite du 22 août 1910 et ses Consequences), 17 Revue Generale de Droit International Public [[R.G.D.I.P.] 532, 536 (1910) (Fr.). 1905년 보호조약을 국가대표에 대한 강박의 예로 인용한 이후 저술들의 포괄적 목록은 다음에서 찾을 수 있습니다. 사사가와 노리가츠(笹川紀勝), "한국 병합과 일본 학설의 문제: 전통적 국제법 시대에서의 일한 구조약(1904~1910)(韓国併合と日本の学説の問題 伝統的国際法時代における日韓旧条約(一九〇四 ~ 一九一〇))", 사사가와 노리가츠(笹川紀勝), 이태진(李泰鎮) 편저, 『국제공동연구: 한국 병합과 현대: 역사와 국제법으로부터의 재검토(国際共同研究 韓国併合と現代 歴史と国際法からの再検討)』. 주목할 만한 미국 저작으로는 다음이 포함됩니다. 찰스 G. 펜윅(Charles G. Fenwick, International Law) (3판, 1948) ("1905년 보호국 수락을 위한 일본의 한국 국왕에 대한 압력 행사 ... 사례와 같은 군주나 그 외교 대리인을 상대로 한 폭력이나 협박은 물론 이 같은 강박 하에서 서명한 합의를 무효로 한다"). 게하드 본 글랜(Gerhard von Glahn), 국가들 간의 법: 국제공법 개관(Law Among Nations: An Introduction to Public International Law) (1판, 1965), 437쪽("군주 개인에게 압력이 가해진 또 하나의 잘 알려진 사례로는 1905년 한국 국왕이 한국을 일본의 보호국으로 만든 명백히 무효인 협정을 수락하도록 강요받은 사례가 있다."

[42] 제32조: 강박, 29 Am. J. Int'l L. 1148-49, 1157 (Supp. 1935). 1935년 조약법 협약 초안 제32조(강박)에서 가너(Garner) 교수는 1905년 보호조약을 "비준 당국"에 대한 강요로 무효가 된다고 언급하였습니다. 1963년 ILC 보고서는 한국 황제와 그 내각에 대한 강요를 1915년 미군의 조약 비준을 위한 아이티 의회 포위, 1939년 체코슬로바키아에 대한 보호조약 획득을 위한 히틀러의 전술과 함께 "국가가 조약의 이행을 필연적으로 거부하는 것이 정당화될" "조약 서명이나 비준 확보를 위하여 협상자 뿐만 아니라 입법부 구성원에 대한 강요 사용이 주장된 사례" 중 하나로 확인하였습니다. 특별보고자 험프리 월독(Humphrey Waldock)의 조약법에 관한 관한 2번째 보고서, , 유엔 문서번호 A/CN.4/156 and Add.1-3 (1963), [1963년 재발간] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 50, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1963/ADD.1. 왈독 특별보고자는 위에 언급된 하버드 초안을 인용하였습니다.

[43] 강승모, 영국의 전후 불안과 남한의 일본 평화조약 참가 문제(Great Britain's Postwar Insecurity and the Question of South Korean Participation in the Japanese Peace Treaty), 28 Seoul J. Korean Studs. 153 (2015). 제2차 세계대전 전에는 대부분의 국가

군대 성 노예제인 '위안부' 제도 하에서 한국인들을 상대로 자행된 반인도범죄 및 전쟁범죄 행위에 대한 실제 형사소추의 부재는 이 같은 행위가 당시 국제법 하에서 범죄를 구성하지 않았다는 의미로 받아들일 수는 없습니다. 연합국들이 형사 책임을 지는 개인들을 재판에 회부하지 못한 것은 오히려 본 법원이 이러한 중대한 불의를 시정하기 위하여 일본 정부에 그 민사책임을 물을 당위를 강화시킬 뿐입니다.[44]

2.5 위반된 규범의 강행적(PEREMPTORY), 대세적(*ERGA OMNES*) 성격

일본과 한국을 포함한 많은 국내법 체계에서는 당사자들이 계약에서 그 적용을 배제할 수 있는 임의규정(*jus dispositivum*)과 당사자들이 계약이 무효가 되는 것을 피하기 위해서는 반드시 준수해야 하는 엄격규정(*jus strictum*)을 구분합니다. 국제 차원에서 원래 조약법 맥락에서 발전한 강행규범 개념은 이탈을 허용하지 않고 다른 충돌하는 규범에 우선하는 기본 규범을 가리키게 되었습니다.

일본과 한국이 당사국인 1969년 조약법에 관한 빈협약 제53조는 일반 국제법의 강행규범을 "그 이탈이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로, 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정하는 규범"이라 정의합니다. 조약은 그 체결 당시에 일반 국제법의 강행규범과 충돌하는 경우에 무효이며(제53조), 일반 국제법의 새 강행규범이 출현하면 그 강행규범과 충돌하는 어떠한 현행 조약이든 무효가 되어 종료합니다(제64조).

이탈 불가한 강행규범을 종합적으로 열거한 조약은 없지만 유엔 국제법위원회에서는 침략 금지, 고문 금지, 제노사이드 금지 , 반인도범죄 금지, 아파르트헤이트와 인종차별 금지, 노예제 금지, 자기결정권, 그리고 국제인도법의 기본규칙들을 이 같은 강행규범으로 인정하였습니다.[45] 국제법위원회에서는 또한 강제실종 금지, 생명권, 강제송환 금지 원칙, 인신매매 금지, 적정절차 권리(공정한 재판을 받을 권리), 차별 금지, 환경권, 테러 금지를 유력한 후보로 꼽았습니다.[46]

국제법위원회에서도 언급하였듯이[47] 유엔 자의적 구금 실무그룹(UN Working Group on Arbitrary Detention)은 또한 유엔 자유권규약 위원회의 비상사태에 관한 일반논평 제29호(2001년) 제11문단과 미국 법원들이 국제법의 권위적 해석으로 인용하는 미국 외국관계법 재록 제3판에 비추어 조약과 관습

들이 인정했지만 제2차 세계대전 중 연합국이 불법으로 선언하여 1947년 對이탈리아 평화조약에 에티오피아가 승전국으로 참여하게 된 1936년 이탈리아의 에티오피아 병합 사례 또한 고려 바랍니다.

[44] 일본군 성노예제 재판을 위한 여성 국제전범 법정 판결문(Judgment of the Women's International War Crimes Tribunal on Japan's Military Sexual Slavery) 1086문단 권고 참조. 토마스 M. 프랭크(Thomas M. Franck), "개인 형사책임과 집단 민사책임: 둘은 서로를 탄탄하게 하는가? 아니면 서로 모순되는가?(Individual Criminal Liability and Collective Civil Responsibility: Do They Reinforce or Contradict One Another?)", 6 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 567 (2007) 또한 참조.

[45] 특별보고관 디레 틀라디(Dire Tladi)의 일반국제법의 강행규범(jus cogens)에 관한 4번째 보고서, A/CN.4/727, 2019년 1월 31일, 24-54쪽 http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/727

[46] 같은 문서, 54-62쪽.

[47] 같은 문서, 60쪽, FN 408.

법의 자의적 신체자유 박탈 금지가 권위적으로 국제법의 강행규범으로 인정된다고 판단하였습니다.[48]

이와 유사한 맥락에서 국제사법재판소(International Court of Justice)는 1970년 바르셀로나 트랙션(*Barcelona Traction)* 사건에서 "국가의 국제공동체 전체에 대한 의무와 외교적 보호 범주에서의 개별 타국에 대한 의무 사이에 본질적 구분이 지어져야 한다. 그 성질상 전자는 모든 국가와 관련된다. 관련 권리들의 중요성 때문에 모든 국가는 이들 권리의 보호에 법적 이익이 있다고 할 수 있으며, 이는 대세적 의무이다"라 판시하였습니다.[49] 국제사법재판소는 이 같은 대세적 의무가 "침략행위 금지와 제노사이드 금지에서, 그리고 노예제와 인종차별로부터의 보호를 포함하는 인간의 기본적 권리에 관한 원칙과 규칙에서" 파생된다고 시사하였습니다.[50]

강행규범과 대세적 의무는 일견 별도의 기원을 가진 뚜렷이 구분되는 개념들이지만 둘은 서로 긴밀히 관련되어 있고 서로 겹칩니다. 침략, 제노사이드, 노예제 및 인종차별 금지의 경우처럼 대세적 의무가 강행규범을 수반하고 그 역으로도 될 것이라 상정하는 것은 논리적으로 무리가 없습니다.

일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도는 그 중에서도 대표적으로 강행적, 대세적 성격을 갖는 관습법과 조약 규범인 고문 금지, 반인도범죄 금지, 노예제 금지, 국제인도법의 기본 규칙들, 강제실종 금지, 생명권, 인신매매 금지, 적정절차 권리(공정한 재판을 받을 권리), 그리고 자의적 신체자유의 박탈 금지에 대한 위반을 수반합니다.

2.6 다른 실효적(EFFECTIVE) 시정 방식의 부재

지난 30년간 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도의 피해자들은 정치적, 그리고 법적 수단을 통하여 시정을 요구해왔지만 아무 소용이 없었습니다. 1990년대 이후 한국, 대만, 필리핀, 중국, 네덜란드 '위안부들'과 다른 일본의 전시 성 폭력 피해자들은 일본 법원에서 일본 정부를 상대로 10건의 소를 제기하였습니다. 그러나 항소심에서 뒤집힌 1998년 한 1심 법원 판결을 제외하면 모든 사건들은 일본 법원에서 패소하였습니다.[51] 1951년 샌프란시스코 평화조약과 다른 양자 청구권협정들의 결과 제2차 세계대전 시기의 전시 성 폭력 피해자들과 강제 노동자들이 법원에 소를 청구할 권능을 상실하였

[48] WGAD 의견 61/2018(Opinion No. 61/2018), 레일라 율라리아 호세파 드 리마 대 필리핀(Leila Norma Eulalia Josefa De Lima v. Philippines), 2018년 8월 24일 채택, A/HRC/WGAD/2018/61, 76문단. 미국. 외국관계법 재록 제3판(Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States) (워싱턴 D.C., 미국법률협회(American Law Institute), 1987), § 702, comment n, and §102, comment k는 (a) 제노사이드(genocide); (b) 노예제나 노예무역(slavery or slave trade); (c) 개인의 살해나 실종 초래(the murder or causing the disappearance of individuals); (d) 고문이나 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌(torture or other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment); (e) 장기 자의적 구금(prolonged arbitrary detention); 및 (f) 체계적 인종 차별(systematic racial discrimination)을 확정적(definitive) 강행규범으로 제시합니다.

[49] 바르셀로나 전기 주식회사(Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 국제사법재판소 판결 보고서, 1970년, 3쪽 33문단.

[50] 같은 문서, 34문단.

[51] 소위 "관부재판(関釜裁判)"에서 1998년 4월 27일 야무구치 지방재판소 시모노세키 지부(山口地方裁判所・下関支部)는 원고 일부 승소 판결(사건 번호: 平成4年（ワ）第349号、平成5年（ワ）第373号、平成6年（ワ）第51号)을 내렸지만 2001년 3월 29일 히로시마 고등재판소(広島高等裁判所) 항소심 판결(사건 번호: 平成10年（ネ）第278号)은 원고 청구를 모두 기각하였습니다.

다는 2007년 4월 일본 최고재판소 판결은 실질적으로 향후 소송을 제기할 길을 막아버렸습니다.[52]

2000년 미국 연방법원에서 중국, 대만, 한국, 필리핀 출신의 '위안부' 생존자 15인은 외국인 불법행위법(Alien Tort Statute)에 근거하여 일본 정부를 제소하였습니다. 그러나 항소법원은 2003년 처음에는 주권면제를 적용하여 청구를 각하하였고,[53] 미 대법원에서 주권면제의 적용을 제한하는 오스트리아국 대 알트만(*Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677, 2004) 판결에 따라 사건을 환송하자 항소법원은 2005년 재판 불가한 정치 문제 법리를 들어 청구를 다시 각하하였습니다.[54]

앞서 1994년에는 사안을 헤이그 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration)의 구속력 있는 중재를 통하여 해결하려는 시도가 있었으나 일본 정부는 '위안부' 생존자들의 요구에 답하기를 거부하였습니다.

일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도에 대한 시정을 제시하려는 입법 노력 또한 진전을 보이지 못하였습니다. 지난 2000년 일본 국회에서 야당 의원들은 피해자 단체와 한국 국회의 공개 지지를 얻은 전시 성적 강제 피해자 문제의 해결 촉진에 관한 법률안(戦時性的強制被害者問題の解決の促進に関する法律案)을 발의하였습니다.[55] 그러나 일본 국회에서 일련의 법안들은 폐안되었고, 그 통과 전망은 매우 어둡습니다.

[52] 중국인들의 청구권 관련해서는 일본 최고재판소의 니시마츠 건설 주식회사(西松建設株式会社) 대 송지야오(宋継堯; 宋继尧) 외 사건(最高裁判所 平成１９年４月２７日 第２小法廷 判決 (平成１６年 (受) 第１６５８号)) 및 궈시추이(郭喜翠) 대 일본국 사건(最高裁判所 平成１９年４月２７日 第１小法廷 判決 (平成１７年 (受) 第１７３５号)) 판결 참조. 한국인들의 청구권 관련해서는 나고야 고등재판소 2007년 5월 31일 판결(名古屋高裁平成17年(ネ)第374号，平成19年５月31日判決) 및 나고야 고등재판소 가나자와 지부 2010년 3월 8일 판결(名古屋高裁金沢支部平成19年(ネ)第150号，平成22年3月8日判決) 참조.

[53] 황금주 대 일본, 357 U.S. App. D.C. 26, 332 F.3d 679, 681 (D.C. Cir. 2003).

[54] 황금주 대 일본, 367 U.S. App. D.C. 45; 413 F.3d 45 (2005).

[55] 일본국의「전시성적강제피해자문제해결의촉진에관한법률」의제정촉구결의안(여성위원장), 의안 제162110호, 2003. 2. 18. 제안, 2003. 2. 26. 의결, http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=023533

3. 국제법상 구제와 배상의 권리

세계인권선언 제8조 및 제10조, 자유권규약 제2조 제3항 및 제14조 제1항은 모두에게 권리 침해에 대하여 공정한 재판을 받을 권리와 실효적 구제의 권리를 보장합니다. 평등하고 효과적인 사법접근권과 적절하고 효과적이며 신속한 배상을 받을 권리는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반 피해자에게는 중요도가 더 커집니다.

2005년 유엔 총회가 채택한 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반 피해자를 위한 구제와 배상에 관한 기본 원칙과 지침(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)의 원칙 3에 따르면 국제인권법과 국제인도법을 존중하고, 존중을 보장하며, 이해할 의무는 그 중에서도 "(c) 궁극적으로 위반 책임을 지는 자가 누구이든 … 인권이나 국제인도법 위반 피해자라 주장하는 사람들에게 평등하고 효과적인 사법접근권을 제공하고, (d) 배상을 포함하여 피해자에게 효과적 구제를 제공할" 의무를 포함합니다.[56]

1907년 헤이그 협약(IV) 제3조는 다음과 같이 규정하고 있습니다: "본 규정을 위반한 교전 당사국은 사건의 필요에 따라 금전배상을 지불할 법적 책임을 진다. 교전 당사국은 그 군대를 구성하는 자들이 실행한 모든 행위에 대하여 책임을 진다."[57] 1990년대 일본 법원에서 일본 정부를 상대로 연합국 전쟁포로들이 제기한 소송에서 4명의 저명한 국제법 학자들은 피해자들이 1907년 헤이그 협약(IV) 제3조에 따라 직접 금전배상 청구를 할 권리를 지지하는 전문가 의견서를 제출한 바 있습니다.[58]

국제사법재판소 재판관을 지낸 크리스토퍼 그린우드(Christopher Greenwood)는 다음과 같이 말하였습니다: "따라서 제 의견으로는 헤이그 협약 제 3조, 헤이그 규정, 전쟁의 관습 국제법은 위반시 개인들에게 금전 배상의 권리들을 포함한 권리들을 부여하며, 개인들은 부정 행위자의 국가를 상대로 이 권리들을 주장할 수 있습니다. 이 권리는 국제법 하에 존재합니다. 일본 법원이 그 권리에 효과를 관할할 권리가 있는지 여부는… 확실이 일본법의 문제이지만 일본 법원이 관할권이 있다고 한다면 이는 분

[56] 2005년 12월 16일 유엔 총회 결의 60/147호로 채택되고 선포된 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반 피해자를 위한 구제와 배상에 관한 기본 원칙과 지침 3문단, https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx. 11문단 이하 참조.

[57] https://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp

[58] 후지타 히사카즈(藤田久一), 스즈키 이소미(鈴木五十三), 나가노 간타로(永野貫太郎) 편, 전쟁과 개인의 권리: 전후 보상을 구하는 오래된 새로운 길(戦争と個人の権利―戦後補償を求める旧くて新しい道)(도쿄: 일본평론사, 1999)에 수록된 프리츠 칼스호벤(Fritz Kalshoven), 에릭 다비드(Eric David), 크리스토퍼 그린우드, 고테라 아키라(小寺彰)의 전문가 의견 참조.

명히 국제법에 부합되며, 일본국이 그 국제법 하 의무를 준수할 수 있게 할 것입니다."[59]

유감스럽게도 해당 사건에서 일본 법원은 이들의 논거를 손쉽게 기각하였지만, 한국 법원은 그러한 선례에 결코 구속되지 않으며, 실은 국제법에 대한 더 큰 존중을 보일 수 있습니다. 분명 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도의 피해자들은 헤이그 규정 제46조와 연결 지은 1907년 헤이그협약(IV) 제 3조 하 금전배상의 권리의 정당성을 인정받기 위해 그리하는 것이 마땅합니다.

유사하게 1930년 ILO 강제노동협약과 관련하여 CEACR은 "언급된 사례들은 강제노동협약의 절대 금지 사항에 포함되고", "강제노동협약은 제1조 제2항에 따라 동 협약 발효 후 이행기에 허용되는 의무 서비스 형태에 대해서도 이 같은 의무 서비스로 소집된 사람들도 제14조 및 제15조에 따라 보상을 지급받고 장애 연금을 받을 자격이 있다고 규정하였으므로 이 같이 용납될 수 없는 유린 사례들은 적절한 보상을 발생시켜야 한다"면서도 "강제노동협약과 CEACR 위임사항 하에서 CEACR은 요구된 구호를 명할 권한이 없다"고 덧붙였습니다.[60]

또한 유엔의 자의적 구금 실무그룹 결정례에서 다음과 같은 소견을 밝힌 것도 주목할만 합니다: "국내 정치기관 및 사법기관은 [자의적 구금과 같은 강행적, 대세적 규범] 위반 사건에서 입법적 및 사법적 행위를 통하여 시효, 주권면제, 불편의 법정지 법리나 다른 국내 절차적 장애를 제거하여 이 같은 위반 사건에 대한 효과적 구제와 배상을 보장할 적극적 의무가 있다."[61]

아래에서 설명하고 있는 바와 같이 주권면제, 조약에 의한 청구권 포기, 시효는 국제법 체계에 보편적 인권이나 법의 지배가 핵심 가치로 발전하기 전에 일상적 소송을 다루기 위하여 나온 법적 장치입니다. 주권면제 등은 물론 국제인권법의 중대한 위반 및 국제인도법의 심각한 위반이나 반인도범죄 및 전쟁범죄 행위 피해자들이 제기하는 민사소송의 가능성을 염두에 두고 고안된 것은 아닙니다. 본 사건에서 특히 다른 실효적 시정 방식이 없음에도 주권면제 등을 기계적으로 적용하는 것은 인권과 사회 정의에 반할 것입니다.

---

[59] 같은 문서, 69쪽

[60] 일본의 유엔 자유권규약 위원회 정기보고서에 대하여 여성들의 전쟁과 평화 자료관(WAM)에서 제출한 일본의 군 성 노예제 문제에 관한 NGO 대안 보고서, 2014년 5월, 부록 2. ILO CEACR: "위안부" 문제 관한 소견, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/JPN/INT_CCPR_CSS_JPN_17434_E.pdf

[61] 아마드 칼레드 모하메드 알 호산 대 사우디아라비아(*Ahmad Khaled* Mohammed *Al Hossan v. Saudi Arabia*), WGAD 의견 22/2019(Opinion No. 22/2019), 2019년 5월 2일 채택, A/HRC/WGAD/2019/22, 81문단, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/Opinions/Session84/A_HRC_WGAD_2019_22.pdf 또한 Id. 77문단, 각주 19; 압달라 사미 아베달라푸 아부 바케르 및 야세르 사미 아베달라푸 아부 바케르 대 UAE(Abdallah Sami Abedalafou Abu Baker and Yasser Sami Abedalafou Abu Baker v. UAE), WGAD 의견 28/2019(Opinion No. 28/2019), 2019년 5월 3일 채택, A/HRC/WGAD/2019/28, 69문단, 각주 30; 에삼 엘-하다드 및 게하드 엘-하다드 대 이집트(Essam El-Haddad and Gehad El-Haddad v. Egypt), WGAD 의견 42/2019(Opinion No. 42/2019), 2019년 8월 14일, A/HRC/WGAD/2019/42, 80문단, 각주 22; 니자르 자카 대 이란(Nizar Zakka v. Iran), WGAD 의견 51/2019(Opinion No. 51/2019), 2019년 8월 16일, A/HRC/WGAD/2019/51, 68문단, 각주 22; 압바스 하이지 알-하산 대 사우디아라비아(Abbas Haiji Al-Hassan v. Saudi Arabia), WGAD 의견 56/2019(Opinion No. 56/2019), 2019년 8월 16일, A/HRC/WGAD/2019/56, 87문단, 각주 21 및 97문단, 각주 27 참조.

3.1 주권면제의 비적용

주권면제는 국제법상 국내법원에서 외국 정부가 누리는 관할권 면제를 가리킵니다. 주권면제 법리는 "왕은 잘못을 저지를 수 없다"는 오래된 법언에서 그 유래를 찾습니다.

봉건 전통 하에서 군주는 국내에서나 국외에서나 남들처럼 사법 절차에 처해지는 것은 개념조차 이해할 수 없는 일이었습니다. 이후로 국내 관할권에서 주권 면제는 법의 지배가 사람의 지배를 대체하면서 단연 흘러간 가요가 되었습니다. 이는 일제 식민지배 종식 후인 1948년 최초 헌법 제27조에서 시민들에게 정부를 상대로 배상을 청구할 권리를 명시적으로 부여하고, 1951년 국가배상법을 공포한 한국도 해당됩니다.[62]

반면에 국제공법상 주권면제는 1812년 미국 대법원의 스쿠너 익스체인지 대 맥파든(The Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812)) 사건에서 "주권자의 완전한 평등과 절대적 독립"을 근거로 프랑스 인민의 황제 나폴레옹 1세가 수혜를 본, 기록에 남은 첫 용례 이후로 지속되어 왔습니다.

예상대로 19세기 말부터 외국 정부를 상대로 한 청구권을 가진 개인들의 권리에 초래되는 심히 부당한 결과를 최소화하기 위하여 주권면제의 적용을 제한하려는 움직임이 계속 있어왔습니다.[63] 1886년 이탈리아 법원의 구티에리즈 대 엘밀릭(Guttieres v. Elmilik) 판결 이후, 벨기에, 오스트리아, 프랑스 법원과 이집트 혼합법원은 외국 정부를 상대로 한 상업 활동 관련 청구를 수리하기 시작하였습니다. 뉘른베르크 및 도쿄 국제군사재판소 헌장 기초의 두뇌 역할을 하고 후일 국제사법재판소 재판관을 역임(1955년-1960년)한 허쉬 로터팍트(Hersch Lauterpacht) 교수는 1951년 통일된 국가실행 부재에 비추어 "국가가 타국에 관할권 면제를 부여할 의무를 지우는 국제법 규칙(rule of international law)"의 존재에 공개적으로 의문을 제기하였습니다.[64] 오늘날 상업예외(commercial exception)와 불법행위 예외(tort exception)를 수용한 제한적 주권면제 이론은 표준 규범이 되었고, 한국에서도 1998년 대법원의 획기적 판례로 제한적 주권면제 이론이 적용되고 있습니다.[65]

이처럼 주권면제는 바위에 새겨진 불변의 법칙과는 거리가 먼, 계속 진화 중인 법리이며[66], 이는 특히 인권 소송에서의 적용 문제에서 두드러집니다.[67] 세계인권선언 제 8조와 제 10조, 그리고 자유권규

---

[62] 대한민국 헌법 제 1조,1948년 7월 17일 제정 및 발효 http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=53081, 국가배상법, 1951년 9월 8일 제정 및 http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=4266 .

[63] 국제앰네스티 의견서, "독일 대 이탈리아: 피해자들이 다른 방도가 없을 때 국가면제를 부인할 권리" (2011년), 3쪽.

[64] 허쉬 로터팍트(Hersch Lauterpacht), 외국 관할권 면제의 문제(The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States), 28 BRIT. Y.B. INT'L L. 220, 228 (1951), 국제앰네스티, "독일 대 이탈리아: 피해자들이 다른 방도가 없을 경우, 국가면제를 부인할 권리에서 재인용.

[65] 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결; 김도형. (2015). 주권면제에 관한 한국 법원의 실행. 서울국제법연구, 22(2), 115-147.

[66] 국제앰네스티 의견서, "독일 대 이탈리아: 피해자들이 다른 방도가 없을 때 국가면제를 부인할 권리" (2011년), 2쪽.

[67] 한국의 관련 연구로는 다음 참조. 이성덕, "강행규범과 국가면제: 2012년 ICJ 관할권 면제 사건을 중심으로", 『중앙법학』 제14집 제4호(2012.12), 205-248쪽; 강병근, "심각한 인권 침해를 이유로 제기된 불법행위청구소송과 국제법의 발전 방향", 『국제법학회논총』, 제58권 제1호(2013.03), 21-40쪽; 이영진, "외국국가의 재판권면제에 관한 연구: 일본군 위안부 피해자들의 손해배상 청구소송과 관련하여",

약 제 2조 3 및 제 14조 1에 따른 사법적 구제의 권리[68]는 몇 가지 정당한 제한의 대상이 될 수 있지만, 이러한 제한은 필요성과 비례성의 원칙에 부합되어야 합니다. 주어진 사건에서 주권면제 적용의 비례성 부합 여부를 고려할 때, 당면 소송이 일반 국제법의 강행규범과 대세적 의무를 위반한 반인도범죄이자 전쟁범죄에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반에 관한 것이면 심사기준은 가장 엄격하여야 합니다.

실로 중대한 인권침해에 대한 주권면제 적용은 주권 평등의 원칙을 지키려는 공익을 위해 필요하고 비례적이지만 동일한 정책적 고려가 상업 또는 불법행위 사건에서의 주권면제의 비적용에는 장애가 되지 않고 있는 것은 좀처럼 앞뒤가 맞지 않아 보입니다. 다국적 기업은 계약 분쟁에 대해 외국 정부를 제소할 수 있고, 불행한 교통사고 피해자 또한 상해청구로 외국 정부를 제소할 수 있는 반면, 성 노예제, 인신매매, 고문, 그리고 자의적 구금 피해자는 국제관계를 어지럽히기 때문에 법원에서 재판을 할 수 없다는 것은 이치에 어긋납니다.

예상대로 지난 30년간 주권면제에 대한 인권 예외를 둘러싼 전세계 일련의 판결들과 결정들은 이렇듯 변화된 현실과 인식을 인정하는 방향으로 더디지만 틀림없는 움직임을 보여줍니다. 중대 인권침해에 대한 주권면제를 유지하는 판례조차도 명시적으로 향후 반대 방향으로의 발전 가능성을 열어두고 있습니다.

나치의 유대인 제노사이드 중 가족과 함께 구금되었다가 홀로 살아남은 미국인의 청구권에 관한 프린츠 대 독일연방공화국(Princz v. Federal Republic of Germany, 998 F.2d 1 (D.C. Cir. 1993)) 사건의 2대1로 갈린 판결에서 패트리샤 월드(Patricia Wald) 판사의 반대의견은 "뉘른베르크 헌장의 "반인도범죄" 정의는 현재 강행규범(jus cogens norms)이라 불리는 것을 포함하고 있기 때문에 국가는 강행규범에 위배되는 어떠한 행위에 대해서도 그 행위가 어디서나 누구를 상대로 했는지와 무관하게 면제를 누릴 자격이 없다. … 강행규범은 그 정의상 이탈이 허용되지 않으며(nonderogable), 따라서 국가가 이 같은 규범을 조롱하여 사실상 국제 공동체 전체의 집단적 의사를 업신여기면 그 국가는 면제를 누릴 주권적 행위를 수행한 것일 수 없다"고 하였습니다.[69]

2000년 5월 4일, 그리스 파기원(Areios Pagos)은 1944년 6월 독일 점령군이 디스토모(Distomo) 마을에서 300명이 넘는 주민을 학살한 디스토모 학살사건과 관련하여 7대4로 내린 획기적 판결에서 주권면제가 합법적 전쟁 중 행동이 초래한 민간인 피해에는 적용이 된다는 점을 인정하면서도 "제소된 행위는 독일 기관들이 강행규범 규칙(1907년 헤이그 협약(IV)에 부속된 육전의 법 및 관습에 관한 규정 제46조)을 위배하여 수행하였고 주권적 행위의 성격을 갖지 않기 때문에" 독일은 주권면제를 암묵적으

『미국헌법연구』 제25권 제3호(2014.12), 321-412쪽; 김영석, "국제형사재판소규정상 공적 지위의 무관련성 원칙과 주권면제 원칙에 관한 분석", 『법학논집』 제20권 제1호(2015.09), 279-298쪽; 황명준, "주권면제의 극복 방안에 관한 최신 논의: 2014년 이탈리아 헌법재판소 No. 238 결정과 후속 논의를 중심으로", 『서울국제법연구』 제25권 제1호(2018.06), 1-26쪽.

[68] 대한민국 헌법 제27조 제1항 및 제3항에 따른 신속한 재판을 받을 권리와 자격을 갖춘 법관에 의한 재판을 받을 권리 또한 참조.

[69] 앞서 프린츠 대 독일연방공화국(Princz v. Federal Republic of Germany, 813 F. Supp. 22 (D.D.C. 1992)) 하급심에서 휴고 프린츠에게 승소 판결을 내린 스탠리 스포르킨 판사의 각서 의견 및 명령에서 "미국 시민의 민권과 인권을 존중하지 않는 나라는 미국법을 원용하여 미국 시민이 그 권리의 정당성을 인정받으려는 노력을 막는 것이 허용되지 않는다. 그러한 경우에 원고는 미국 법원에서 그 청구가 심리를 받을 권리가 있다"고 판시한 것도 주목할 만합니다.

로 포기하였다고 판시하였습니다.[70]

뒤이어 2004년 3월 11일, 이탈리아 파기대법원(The Italian Supreme Court of Cassation)은 페리니(*Ferrini*) 사건의 역사적 판결에서 전시 교전행위 일반은 사법심사의 대상이 아니지만 국제군사재판소 헌장 제6조 (b)항의 "강제노동을 위한 추방"과 같은 국제범죄에 대해서는 국가가 주권면제를 누릴 수 없다고 판결하였습니다.[71]

2012년 2월 3일, 국제사법재판소가 12대3 표결로 결정된 국가의 관할권면제 독일 대 이탈리아 사건(Jurisdictional Immunites of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)) 판결문에서 이탈리아가 페리니 사건에 대한 주권면제 비적용의 이유로 주장한 (1) 국제 인권법과 인도법의 중대 위반, (2) 강행규범 위반, (3) 시정을 위한 대안의 장 부재를 기각한 것은 사실입니다. 그러나 국제사법재판소는 분명히 "현재 존립하는 관습 국제법" (91문단, 강조 추가)에 그 결정을 기초하여 분명히 향후 발전 여지를 남겨두었습니다.[72]

현재 국제사법재판소장으로 역임 중(2018-2021년)인 압둘카위 유수프(Abdulqawi Yusuf) 재판관이 그의 반대의견에서 "헤이그 협약(IV) 제3조에 보장된 인도법 위반의 결과로 입은 피해에 대하여 배상할 의무"(13문단) 및 2005년 유엔 배상 기본 원칙과 지침 12원칙의 "국제법의 규정에 따라 효과적 사법구제에 평등하게 접근할" 피해자의 권리(31문단)를 고려조차 하지 않은 다수 의견의 논리를 날카롭게 비판한 것 또한 주목할 만합니다.

유수프 재판관은 다음과 같이 이치에 맞는 소견을 말합니다: "면제는 국제법에서 불변의 가치가 아니다. 국제사회의 진화에 맞춰가는 면제의 적응력과 그 탄력성은 국가와의 상업 거래의 사적 당사자이든, 공무원에 의한 불법적 행위 피해자이든 대부분 국가를 상대로 한 개인의 권리 보호에 딸리는 규범적 무게의 증가를 반영하는, 지난 한 세기 동안 점진적으로 축조된 몇 가지 예외들이 입증한다."(35문단)

실로 유수프 재판관의 균형 잡힌 결론에 이의를 제기하는 어려워 보입니다: "면제가 국제범죄의 피해자들이 효과적 구제를 확보하는 것을 막거나 다른 시정 수단을 구할 수 없는 예외적 상황에서는 이 같은 면제를 국내 법원이 부여하거나 제쳐놓아야 한다."(56문단) 왜냐하면 그렇게 함으로써 "인도법이 더 잘 집행되고, 국제공동체 전반의 인권에 기반한 가치가 더 잘 보호될 것이기 때문이다."(57문단).[73]

국제사법재판소 판결 이후, 이탈리아는 유엔 국가 및 국유재산의 관할권 면제 협약(UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property)에 가입하고, 이탈리아 판사들이 국제사법재판소 판결을 준수할 것을 요구하는 입법 조치를 취하였지만 사건을 다시 심리하게 된 피렌체 법원은 법원이 청구를 심리할 관할권을 박탈한 범위 내에서 정부 조치의 위헌 여부 판단을 이탈

[70] 보이오티아州 대 독일연방공화국(Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany), 2000년 5월 4일, http://www.internationalcrimesdatabase.org/case/3247

[71] 페리니 대 독일연방공화국(FERRINI v. FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY) (결정 5044/2004), 이탈리아 파기원(전원부). 2004년 3월11일(카르보네(Carbone) 원장), 국제법 판례집(International Law Reports), 제126권, 659쪽.

[72] https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf

[73] https://www.icj-cij.org/en/case/143

리아 헌법재판소에 제청하였습니다.[74]

이탈리아 헌법재판소는 기존 판례를 인용하여 “헌법 질서의 기본 원칙과 빼앗을 수 없는 인권이 “헌법 제10조 제1항에 따라 이탈리아 법질서가 준수하는 일반적으로 승인된 국제법 규범의 … 도입에 한계”를 구성한다”고 적절히 언급(3.2 문단)한 후에 주권면제법은 “국제사법재판소가 정의 내린 국제법과 헌법 제2조 및 제24조[사람의 침해할 수 없는 권리 인정과 보장, 그리고 권리 보호를 위하여 법원에 사건을 회부할 권리]간” 뚜렷한 대조 때문에 “이탈리아 법질서에 도입되지 않았고 따라서 그 안에서 어떠한 효력도 없다”고 결론지었습니다.[75] 이에 따라 국제사법재판소의 판결의 이행을 위한 입법 및 행정 조치는 위헌으로 선언되었습니다.

또 하나의 흥미로운 진전으로 미국 대법원은 오스트리아 공화국 대 알트만 사건의 6대3 결정에서 제한적 주권면제 이론을 성문화시킨 미국 국내법인 1976년 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act)의 문언, 전체적 구조, 그리고 주요 목적에 비추어 동법은 “소송의 근거가 되는 행동이 언제 일어났는지와 무관하게” 모든 1976년 이후의 소송에 적용된다고 판단한 후에 상업 예외에 해당되는 나치 시대 클림트(Klimt) 유화 압수에 대한 오스트리아 정부의 관할권 면제 주장을 배척하였습니다.[76] 적용되는 주권면제 관련 기준과 규칙이 소 제기 사유가 되는 행위 시점이 아니라 소송 시점임을 확인한 것 이외에도 알트만 결정은 또한 강제 군대 매춘인 “위안부” 제도를 인신매매 지원국인 일본 정부가 불법사업 활동에 개입한 사례로 상업 예외의 표제 하에 포함시킬 흥미로운 가능성을 열어줍니다.

제2차 세계대전 시기 반인도범죄 및 전쟁범죄 행위에의 주권면제 적용을 둘러싸고 계속 반복되는 법적 분쟁은 본 법원이 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 "위안부" 제도 피해자의 청구를 심리하고 있는 현 시점에도 사안이 해결되려면 아직 멀었다는 것을 보여줍니다. 주권면제 관련 법의 가변성과 불확실성은 더 최근의 인권침해 관련 사건에서도 분명히 드러납니다.

알-앋사니 대 영국(*Al-Adsani v. United Kingdom*) 사건에서 유럽인권법원은 애타게 근소한 7대6의 표차로 주권면제를 유지함으로써 페라리 브라보(Ferrari Bravo) 재판관이 그의 반대의견에서 한탄하였듯이 “모든 고문 행위를 분명하고 강력하게 규탄할 황금 같은 기회를” 놓쳤습니다.[77] 로자키스(Rozakis) 재판관, 카프리슈(Caflisch) 재판관이 준비하고 빌트하베르(Wildhaber) 재판관, 코스타

[74] https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=238 [이탈리아어 원문 판결]; https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf [영어 번역본]

[75] 페리니 대 독일연방공화국(FERRINI v. FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY) (결정 5044/2004), 이탈리아 파기원(전원부). 2004년 3월11일(카르보네(Carbone) 원장), 국제법 판례집(International Law Reports), 제126권, 659쪽.

[76] 오스트리아 공화국 대 알트만(*Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677 (2004)). 또한, 미국 국무부에서 지정한 “테러 지원국(state sponsors of terror)”을 상대로 한 소송에서의 주권면제에 대한 “테러 예외(terror exception)” 사례로 매시 대 조선민주주의인민공화국 정부(*Massie v. Gov't of Democratic People's Republic of Korea*, 592 F. Supp. 2d 57 (D.D.C. 2008)); 킬번 대 이란 이슬람공화국(*Kilbum v. Islamic Republic of Iran*, 699 F. Supp. 2d 136, 152 (D.D.C. 2010)); 캐플런 대 헤즈볼라(*Kaplan v. Hezbollah*, 715 F. Supp. 2d 165, 167 (D.D.C. 2010)); 김한 대 조선민주주의인민공화국(*Han Kim v. Democratic People's Republic of Korea*, 774 F.3d 1044 (D.C. Cir. 2014)); 웜비어 대 조선민주주의인민공화국(*Warmbier v. Democratic People's Republic of Korea*, 356 F. Supp. 3d 30 (D.D.C. 2018)) 참조.

[77] 알-아드사니 대 영국(Al-Adsani v. United Kingdom) (신청 번호 35763/97), 판결, 2001년 11월 21일,

(Costa) 재판관, 카브랄 바레토(Cabral Barreto) 재판관, 바지치(Vajić) 재판관이 합류한 공동 반대의견은 사법접근권을 보장하는 유럽인권협약 제6조 위반 판단을 내릴 것을 주장하면서 “강행규범 규칙인 고문 금지는 국제 공간에서 작용하여 그 공간에서 위계가 더 낮은 주권면제 규칙의 모든 법적 효력을 박탈한다”고 설시하였습니다.

또 다른 중요한 최근의 진전으로 유엔 고문방지위원회(UN Committee against Torture)는 캐나다에 대한 최종 소견(concluding observations)에서 이란 당국의 손에 고문과 성 폭력 피해를 입은 피해자들이 캐나다 국내법원에서 이란 정부를 상대로 제기된 민사소송과 관련하여 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(이하 고문방지협약, 일본과 한국이 당사국) 제14조는 당사국으로 하여금 주권면제 적용의 제한을 포함하여 모든 고문 피해자들이 고문 행위 발생지와 가해자나 피해자의 국적과 무관하게 구제절차를 이용하고, 시정을 받아낼 수 있게 보장할 것을 요구한다는 소견을 냈습니다.[78] 협약 당사국으로서 한국의 국가 기관은 고문방지협약 제14조에 대한 유엔 고문방지위원회의 권위 있는 해석에 적절한 무게를 실어주는 것이 자연스럽습니다.

2004년에는 유엔 국가 및 국유재산의 관할권 면제 협약이 채택되었지만 동 협약은 아직도 발효 요건인 30개 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서의 유엔 사무총장 기탁을 충족시키지 못하여 여전히 미발효 상태입니다.[79] 동 협약에서 주권면제 적용에 대한 인권 예외 언급이 없는 것은 비판의 대상이 되어왔으며, 인권 예외를 명시하는 의정서를 채택하여 동 협약을 수정하거나 보완하자는 구체적인 요구의 목소리를 불러일으키고 있습니다.[80]

아울러 현재까지 동 협약을 비준하거나 달리 공식적으로 수락한 22개 국가 중 6개국은 동 협약의 현시점 해석과 적용이 중대 인권침해로부터의 보호에 관한 국제법 원칙에 부합되어야 한다거나(이탈리아) 인권보호에서의 향후 국제법 발전에 영향을 미치지 않는다(핀란드, 리히텐슈타인, 노르웨이, 스웨덴, 스위스)는 취지의 유보를 단 것도 주목할 만합니다.

유엔 국가 및 국유재산의 관할권 면제 협약 제12조는 법정지국에서 “사망이나 부상, 유형의 재산상 피해나 손실에 대한 금전 보상”에 관한 사법절차에서 주권면제 적용을 배제하여 불법행위 예외를 성문화하였습니다. 본 사건의 원고들은 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 "위안부" 제도로부터 피해를 입었고, 이는 한국 영토내에서 발생한 폭력이나 기망에 의한 최초 모집부터 시작하였으므로 이들의 배상 청구권은 동 협약 제12조의 대상이 될 수 있습니다.[81]

흥미롭게도 주권면제의 국내법적 지위를 보면 전통적/정형화된 이분법과는 반대로 주요 보통법 관할권은 포괄적 법전화를 위하여 법률을 제정한 반면에 대륙법 관할권은 대체로 법원에 판례를 통하여

[78] CAT/C/CAN/CO/6; CAT/C/CAN/CO/7

[79] https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en

[80] 크리스토퍼 키스 홀(Christopher Keith Hall), “유엔 국가면제 협약: 인권 의정서의 필요성(UN Convention on State Immunity: the Need for a Human Rights Protocol)“, International & Comparative Law Quarterly 제55권, 제2호, 2006년 4월, 411-426쪽.

[81] 스위스와 리히텐슈타인은 각각의 해석 선언(interpretative declarations)에서 동 협약 제12조가 “국가에 책임이 귀속되는 것으로 주장되고 법정지국 밖에서 벌어진 중대한 인권침해에 대한 금전 배상 문제를 관장하지 않는다”고 한 것에도 주목.

이를 결정하게 하고 있습니다.[82] 주권면제를 법전화한 시민법 전통의 나라들, 특히 일본과 이탈리아는 유엔 국가 및 국유재산의 관할권 면제 협약 비준에 따른 대응으로 입법 조치를 하였습니다.

한국이 가까운 시일내에 유엔 국가 및 국유재산의 관할권 면제 협약을 비준하거나 입법을 통하여 주권면제를 법전화할 것 같지 않기 때문에 주권면제 법리의 발전은 법원의 소관으로 남을 것입니다. 현재까지 한국 국회의 의안에서 알려진 주권면제의 언급은 오직 국제법상 중대 인권침해로부터 발생하는 청구에서 주권면제의 엄격한 축소일 뿐인 것도 흥미로운 점입니다.[83]

한국 법원은 지금까지 강행적, 대세적 규범을 위반한 반인도범죄이자 전쟁범죄 행위에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반에 근거하며, 특히 다른 실효적 시정 방식이 부재한 청구에의 주권면제 적용 여부를 판단할 기회가 없었습니다. 한 세기 전 이탈리아와 벨기에 법원이 상업 면제의 도출을 선도하였듯이 한국 법원은 이제 인권 예외의 성립에 선구적 역할을 할 역사적 기회가 있습니다.

3.2 조약에 의한 청구권포기의 비적용

20세기 후반 분쟁 후 또는 비식민지화 시기에 국민을 대신한 관련 정부들간 일괄지급 협정은 널리 사용되었습니다. 종종 폭력적이고 급작스러운 지정학적 변화의 여파로 해결할 필요가 있는 엄청난 수의 청구권을 감안하면 국가간 기금 지불과 국가 재량 하의 지불은 완전히 불합리한 방식은 아니었습니다. 그러나 시민들의 재산, 권리, 청구권을 처분할 폭넓은 재량은 국내 헌법과 국제인권법상 적법 절차의 문제를 초래합니다.84

2018년 10월 30일 대법원은 여운택 外 대 신일본철주금(2013다61381) 사건의 역사적 판결에서 조약법에 관한 빈협약 제31조에 규정된 조약의 일반해석 규칙을 적용하면 "일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 일본 기업의 반인도적인 불법행위를 전제로 하는 강제

[82]보통법 관할권 중에서는 미국이 1976년 외국 주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act of 1976)으로 선도하였고, 이는 곧 연달아 영국의 1978년 국가주권면제법(State Immunity Act 1978), 싱가포르의 1979년 국가면제법(State Immunity Act 1979), 캐나다의 1982년 국가면제법(State Immunity Act).

[83] 대한민국 임시의정원 및 임시정부 건립 100주년 기념 일제 침략과 식민지배, 잔학행위의 진상규명과 피해자 중심의 정의 · 인권 실현 촉구 결의안(천정배의원 등 18인), 의안 제2020090호, 2019. 5. 1. 제안("5. 대한민국 국회는 제2차 세계대전 후 일제 침략과 식민지배 과정의 반인도범죄와 전쟁범죄에 대한 사법정의가 제대로 구현되지 않은 역사와 2005년 유엔배상원칙 등 국제인권규범의 발전을 고려하여, 국제법상 중대한 인권침해 피해자의 구제와 배상을 위한 보편적 권리의 행사가 시효, 주권 면제와 같은 절차적 장애를 이유로 제한되지 아니할 것을 촉구한다."), http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Y1V9X0L5K0T1Y1S0V1Y5Q5Z6S8E3Z1; 일본의 한반도 침략과 식민지배 및 중대인권침해의 진실규명과 정의·인권 실현을 위한 기본법안(천정배의원 등 17인), 의안 제2023013호, 2019. 10. 25. 제안("제2조(기본이념) ① 이 법은 ... 중대인권침해의 피해자는 시효, 주권면제 등의 이유로 제한될 수 없는 진실·정의 구현 및 배상에 대한 보편적 권리를 가질 수 있도록 하는 것을 기본이념으로 한다."), http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Y1O9S1X0M2O5T1K1V1K4O4C7K7F3V6; 강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 법률안(박정의원 등 13인), 의안 제2023394호, 2019. 10. 31. 제안("제17조 ... ③ 강제실종에서 비롯된 피해에 대한 손해배상을 청구하는 현재 진행 중인 또는 향후 제기될 소송에서 외국 정부 및 그 재산은 재판관할권 면제를 누리지 아니한다."), http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_J1W9F1G0H3O1D1V4S4V9U3K1I4C0M4

[84] 롤란트 방크(Roland Bank), 프리드리케 폴츠(Friederike Foltz), "일괄지급 협정(Lump Sum Agreements)", 막스 플랑크 국제법 백과사전(Max Planck Encyclopedias of International Law).

동원 피해자의 일본 기업에 대한 위자료청구권"[85]이 1965년 한일청구권협정[86] 제2조 제1에서 "완전히 그리고 최종적으로 해결된 것"이라고 보는 "재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제"에 포함될 수 없다고 확정적으로 판결하였습니다.

대법원 판례는 2005년 기본 원칙과 지침에 규정되어 새로이 부상 중인 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반 피해자의 (a) 평등하고 효과적인 사법접근권 및 (b) 입은 피해에 대한 적절하고 효과적이며 신속한 배상의 권리와 부합됨이 틀림 없습니다. 대법원 판례는 또한 1949년 전시 민간인 보호에 관한 제네바 협약(IV) 제148조("체약국은 [중대한 위반행위]에 관하여 자국이 져야할 책임을 벗어나거나 또는 타방 체약국으로 하여금 동국이 져야할 책임으로부터 벗어나게 하여서는 아니된다.")에 의해서도 지지를 받습니다.[87]

1965년 한일청구권협정에 의한 청구권 포기로부터 전시 강제노동 피해자들의 손해배상 청구권을 배제한 대법원 판결에 비추어 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도 생존자의 손배배상 청구권은 더 강력한 이유로 동일하게 취급되어야 합니다. 즉, (1) 1991년 이론의 여지가 없는 문서 증거를 들이대기까지 일본 정부의 기획 및 관리 관여에 대한 무성의한 부인, (2) 노동 착취에 더하여 성적 착취와 폭력에서 비롯되는 더 심한 육체적, 그리고 심리적 피해 및 (3) 전후 한국 사회에서 널리 퍼져있던 전통 유교 사회적 관행과 낙인에 따른 2차 피해를 감안하면 '위안부' 피해자들이 강제노동 피해자들보다 못하게 취급될 이유는 없습니다.

1965년 한일청구권협정이 강제노동 피해자들의 손해배상 청구권에도 적용되지만 "재산, 권리 및 이익과 ... 청구권에 관한 문제가 ... 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다"는 동 협정 제2조 제1항의 불명확한 언급에 비추어 개인 청구권 그 자체가 아니라 한국 정부의 외교적 보호를 행사할 권리만이 포기되었다는 김소영 대법관, 이동원 대법관, 노정희 대법관의 별개의견 또한 국제법으로 뒷받침됩니다.

2001년까지 일본 정부가 샌프란시스코 평화조약과 기타 전후 청구권 협정들이 개인 청구권 그 자체가 아니라 국민을 대신하여 외교적 보호를 행사할 국가의 권리를 포기했을 뿐이라는 입장을 견지해온 것은 주지의 사실입니다.[88] 미국 법원에서 강제노동 피해자들이 일본 기업들을 제소하기 시작하자 일본 정부는 그제서야 수십 년간 유지해온 입장을 돌연 바꾸어 이들의 청구를 배척할 것을 종용하려 미국 정

[85] 대법원은 판결문에서 "일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 일본 기업의 반인도적인 불법행위를 전제로 하는 강제동원 피해자의 일본 기업에 대한 위자료청구권"을 언급하였습니다.

[86] 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정. https://www.jstor.org/stable/20690013

[87] 동 협약 제147조는 중대한 위반(grave breaches)을 다음과 같이 정의하고 있습니다: "본 협약이 보호하는 사람 또는 재산에 대하여 행하여지는 다음의 행위를 의미한다. 고의적인 살인, 신체 또는 건강을 크게 해치거나 고통을 주는 고문이나 비인도적 대우(생물학적 실험을 포함), 피보호자를 불법으로 추방 이송 또는 구금하는 것, 피보호자를 적국의 군대에 복무하도록 강요하는 것, 본 협약에 규정된 공정한 정규 재판을 받을 권리를 박탈하는 것, 인질로 잡는 것 또는 군사상의 필요에 따라 정당화되지 아니하는 불법 및 자의적인 재산의 광범한 파괴 또는 징발".

[88] 도쿠도메 기누에 및 도쿠도메 K. 아즈사(Kinue Tokudome and Azusa K. Tokudome), "개인 청구권: 미군 전쟁포로 강제노동 사건에서 미국과 일본 정부의 입장은 일치하는가(Individual Claims: Are the Positions of the U.S. and Japanese Governments in Agreement in the American POW Forced Labour Cases)" 21 Pacific Basin Law Journal 1, 4-16 (2003).

부가 법원에 제출한 의견서에 보조를 맞추어 이들의 청구권이 전후 조약들로 포기된 것이 맞다고 주장하였습니다.

샌프란시스코 평화조약 체결을 위한 교섭 중 일본의 요시다 시게루(吉田茂) 수상은 네덜란드의 더크 스티커(Dirk Stikker) 외상 에게 서한교환으로 "일본 정부는 네덜란드 정부가 평화조약에 서명함으로써 네덜란드 정부 스스로가 네덜란드 국민의 사적 청구권을 수용하여 그 결과 평화조약 발효 후 이들 청구권이 부존재하게 되는 것으로 간주하지 않는다"고 확언한 바 있습니다.[89]

일본 정부는 이러한 구분에 의존하여 전후 조약들의 청구권 포기 조항으로 재산이나 청구권이 실질적으로 수용된 자국 국민의 일본 정부에 대한 손해배상 청구를 반대하기를 계속해왔습니다. 1991년 일본 국회에서 현재 국제해양재판소(International Tribunal for the Law of the Sea) 재판관을 역임 중인 야나이 슌지(柳井俊二) 당시 외무성 조약국장은 "이른바 일한 청구권협정에서 양국간의 청구권 문제는 최종적으로 그리고 완전히 해결되었던 것입니다. 그 의미하는 바입니다만, 일한 양국간에 존재하고 있던 각각의 국민의 청구권을 포함하여 해결하였다고 하는 것입니다만, 이는 일한 양국이 국가로서 갖고 있는 외교보호권을 상호 포기하였다고 하는 것입니다. 따라서 이른바 개인의 청구권 그 자체를 국내법적인 의미에서 소멸시켰다고 하는 것은 아닙니다. 일한 양국간에 정부로서 이를 외교보호권의 행사로써 다루는 것은 할 수 없다는, 이러한 의미입니다"라고 발언하였습니다.

2001년 이후 일본 정부는 1965년 청구권협정으로 청구권이 포기되었다고 주장해왔지만 금반언에 따라 일본 정부는 스스로의 행동으로 그러한 주장을 하는 것을 불가능하게 하였습니다. 1972년 중일 공동성명 5항을 근거로 중국인 강제노동 생존자들의 청구권을 각하한 2007년 일본 최고재판소의 니시마츠(西松) 판결조차 청구권 그 자체가 포기되었거나 소멸되었다고 판시하는 데는 이르지 않았으며, 해당 조항은 중국인 원고들이 일본 법원에서 소를 제기할 권리를 박탈했다고 했을 뿐입니다.

국제법의 관점에서 야나이 당시 외무성 조약국장과 그 이전과 그 이후 다른 고위 공직자들의 발언은 일본 정부를 법적으로 구속하는 일방적 선언으로 간주할 수 있습니다. 국제사법재판소가 핵실험 사건(호주 대 프랑스)(Nuclear Tests Case (Australia v. France))에서 판시했듯이 "일방적 행위로 행해진 법적 또는 사실 상황에 관한 선언은 법적 의무를 창설하는 효과를 가질 수 있다는 것은 잘 알려져 있다. 이러한 유형의 선언은 매우 구체적일 수 있고 종종 그렇기도 하다. 선언을 하는 국가의 의도가 그 내용에 따라 구속되는 것인 경우, 그 의도는 선언에 법적 약속의 성격을 부여하여 그 국가는 그 이후로 선언에 일치되는 행동 방침을 따를 것이 법적으로 요구된다. 이러한 유형의 약속은 만약 공개적으로 구속될 의도를 가지고 했을 경우, 국제 교섭의 맥락에서 행한 것이 아니더라도 법적으로 구속력을 가진다". 야나이 당시 외무성 조약국장의 발언은 분명 국제사법재판소가 판례에서 설명한 일방적 선언의 요건에 부합되는 것으로 보입니다.[90]

국가간 청구권 협정은 외교적 보호를 행사할 국가의 권리만을 포기한다는 일본과 한국간 수십 년

[89] 일본군 성 노예제 재판을 위한 여성 국제전범 법정 판결문에서 인용.

[90] 니카라과 국내에서 그리고 니카라과를 상대로 한 군사 및 준군사 활동(니카라과 대 미국)(*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America)) 및 무력 활동((콩고 대 르완다)(*Armed Activities* (Congo v Rwanda)) 사건 또한 참조.

된 이해는 또한 양 정부간 법적 구속력 있는 지역 관습에 해당될 수 있습니다. 1960년 국제사법재판소는 인도 영토내 통과권(포르투갈 대 인도)(Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)) 사건에서 "국제사법재판소가 두 국가 사이에 실행이 분명히 확립되어 있고 당사국들이 이를 양국간 관계를 규율하는 것으로 받아들였다고 판단하는 … 경우, 국제사법재판소는 구체적 권리와 의무를 판단하는 데 있어서 이 실행에 결정적 효력을 부여하여야 한다"고 판시하였습니다.[91] 한국 정부 또한 1990년대 이후 이러한 개인 청구권과 국가의 외교적 보호 행사권 구분을 유지해왔다는 것을 감안하면 이러한 구분은 일본과 한국을 구속하는 지역 관습이 되었다고 할 수 있습니다.[92]

조약에 의한 청구권 포기는 직접적으로 노예제 금지와 같은 강행규범 위반을 초래하지 않을 수 있습니다. 그러나 국가는 모든 사람의 인권과 기본적 자유에 대하여 존중, 보호, 실현 의무가 있기 때문에 조약에 의한 손해배상 청구권 포기는 성 노예제 하에 놓이지 않을 권리를 침해할 수 있습니다.[93] 따라서 조약의 청구권 포기 조항이 강행규범 위반에 대한 손해배상 청구권에 적용되는 것으로 해석하는 것은 신중할 필요가 있습니다.

유엔 독립 전문가들[94]과 국제인권단체들[95]도 일관되게 1965년 한일청구권협정이 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도 피해자의 청구권을 막을 수 없다고 주장해온 점도 주목할 만합니다. ILO 협약 및 CEACR에서도 "CEACR은 양자 및 다자 국제조약의 법적 효력에 대하여 판단할 권한이 없다"고 하면서도 "향후 일본 정부가 이들 피해자의 청구에 응하기 위한 조치를 취할 것이라는 희망"을 피력하였습니다.[96]

따라서 본 법원은 1965년 청구권협정이 반인도범죄 행위에 대한 손해배상 청구권을 포기시킬 수 없다는 여운택 外 대 신일본제철(2013다61381) 사건에서의 대법원 판시 사항을 다시 확인할 뿐만 아니라 특히 다른 실효적 시정 방식이 부재한 상태에서 강행적, 대세적 규범을 위반한 반인도범죄이자 전쟁범죄 행위에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반의 법적 효과를 언급함으로써 대법원 판례를 강화하고 관련 국제규범의 발전에 기여할 수 있습니다.

[91] 인도 영토내 통과권 사건(Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)), 1960년 4월 12일 판결: I.C.J. Reports 1960, 6쪽, 44쪽..

[92] 김창록, "한일 청구권협정에 의해 '해결'된 '권리': 일제 '강제동원' 피해 관련 대법원 판결을 소재로", 경북대학교 법학연구원법학논고 제49집(2015.02), 791-835쪽, 827쪽.

[93] 유엔총회 결의 72/180호, 前文 5문단.

[94] 유엔 경제사회이사회 인권위원회, 여성폭력, 그 원인과 결과 특별보고관의 보고서 유엔 문서 E/CN.4/1996/53/Add.1 (1996년 1월 4일) (라디카 쿠마라스와미(Radhika Coomaraswamy)가 준비), https://undocs.org/E/CN.4/1996/53/Add.1유엔 경제사회이사회, 유엔 차별방지 및 소수자보호 소위원회, 무력분쟁중의 조직적 강간, 성적 노예제 및 노예제 유사관행에 대한 특별보고관 보고서, 유엔 문서 E/CN.4/Sub.2/1998/13 (1998년 6월 22일) (게이 J. 맥두걸(Gay J. McDougall)이 준비)), https://undocs.org/E/CN.4/Sub.2/1998/13.

[95] 우스티니아 돌고폴 및 스네할 파랑자페, 위안부, 끝나지 않은 시련: 방문단 보고서 (국제법률가위원회, 1994); 일본군 성노예제 재판을 위한 여성 국제전범 법정 판결문(2000); 국제앰네스티, 60년이 넘도록 계속되는 기다림: 일본군 성 노예제 생존자들을 위한 정의(2005).

[96] 일본의 유엔 자유권규약 위원회(HRC) 정기보고서에 대하여 여성들의 전쟁과 평화 자료관(WAM)에서 제출한 일본의 군 성노예제 문제에 관한 NGO 대안 보고서, 2014년 5월, 부록 2. ILO 협약 및 권고 적용 전문가위원회(CEACR): "위안부" 문제 관한 소견, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/JPN/INT_CCPR_CSS_JPN_17434_E.pdf

3.3 시효의 비적용

제노사이드, 전쟁범죄, 반인도범죄의 형사소추에 시효가 적용되어서는 안 되는 것이 널리 받아들여지면서 이에 상응하여 중대 인권침해에서 발생하는 민사 청구권 또한 시간의 제약을 받지 말아야 한다는 목소리가 커지고 있습니다.[97] 이러한 형사상 공소시효 비적용의 민사배상으로의 자연스러운 확장은 1992년 중대한 인권과 기본적 자유 침해 피해자들의 원상복구, 금전배상, 재활 권리 세미나(Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms)와 이후의 유엔 문서들에서 지지를 얻었습니다.[98]

2005년 기본 원칙과 지침은 "적용 가능한 조약에 그렇게 규정되어 있거나 다른 국제법적 의무에 들어 있을 경우" 시효는 "국제법상 범죄를 구성하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반"에는 적용해서는 안 된다고 명시적으로 규정하고 있습니다(6원칙). 이 원칙이 형사소추뿐만 아니라 민사소송에도 적용되는 것은 "민사 청구와 다른 절차에 적용되는 시간적 제한을 포함하여 국제범죄를 구성하지 않는 다른 형태의 침해에 대한 국내법 시효는 적절하지 않게 제한적이지 않아야 한다"는 7원칙의 명문에서 추론할 수 있습니다.[99]

대법원은 2018년 10월 30일 여운택 外 대 신일본제철(2013다61381) 사건 판결에서 기존 판례대로 신의성실 원칙을 인용하여 시효 항변을 배척하였습니다.[100] 대법원 판시는 이 같은 사건에서 시효 적용이 "적절하지 않게 제한적이지 않아야 한다"는 국제규범의 요구에 부합되는 것으로 보입니다.

2006년 서울고등법원은 1973년 정보부 요원들의 취조를 받던 중 의문스러운 상황에서 사망한 故 최종길 교수 손해배상 사건에서 "반인도적 범죄, 전쟁범죄나 고문과 같은 중대한 인권침해에 관하여는 공소시효의 적용을 배제하는 것"이 민사소송에도 적용되어야 한다고 판결하였습니다.[101] 국제범죄에 대한 공소시효 폐지를 선호하는 국제적 추세는 물론 민사상 소멸시효에 대하여도 동일한 조치를 취하는 근거를 강화시킬 수 있습니다.

[97] 일본과 한국 모두 당사국인 제29조. 또한 구 유고 국제형사재판소(ICTY), 소추관 대 푸룬자(ICTY, Prosecutor v. Furundzija), IT-95-17/1, 1심재판부(Trial Chamber), 판결, 1998년 12월 10일, 157문단 또한 참조.

[98] 1992년 중대한 인권과 기본적 자유 침해 피해자들의 원상복구, 금전배상, 재활 권리에 관한 마스트리히 세미나의 결론(Conclusions of the Maastricht Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms), ¶ 27, 네덜란드 마스트리히트 1992년 3월 11일-14일; 자유권규약위원회, 일반논평 31호, 자유권규약 당사국의 일반적 법적 의무의 성격, 18문단, 유엔 문서 CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, at 7 (2004년 3월 29일).

[99] 고문방지협약 위원회, A 대 보스니아-헤르체고비나, 통보 번호 854/2017, 2019년 8월 22일자 견해(Views), 유엔 번호 CAT/C/67/D/854/2017, 7.5문단.

[100] 대법원 2011. 6. 30. 선고, 2009다72599 판결(1950년 8월 울산 학살); 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다66969 판결(1949년 12월 24일 문경 학살); 대법원 2011. 1. 13. 선고, 2010다28833 판결; 대법원 2011. 1. 13. 선고, 2010다35572 판결; 대법원 2011. 1. 13. 선고, 2010다53419 판결; 대법원 2011. 1. 13. 선고; 2009다103950 판결; 대법원 2011. 1. 27. 선고; 2010다78852 판결; 대법원 2011. 1. 27. 선고; 2010 다6680 판결; 대법원 2011. 1. 27. 선고; 2010다21726 판결 또한 참조.

[101] 서울고법 2006. 2. 14. 선고, 2005나27906 판결.

유엔 독립 전문가들과[102]와 국제인권단체[103] 역시 일관되게 일본 정부에 의한 군대 성 노예제인 '위안부' 제도 피해자의 청구권이 시간의 제약을 받아서는 안 된다고 주장해왔습니다. 따라서 본 법원은 국제법상 범죄와 중대 인권침해에의 시효 비적용의 국제법과 국내법상 근거를 재론하고 강화시킬 기회가 있습니다.

[102] 유엔 경제사회이사회 인권위원회, 여성폭력, 그 원인과 결과 특별보고관의 보고서 유엔 문서 E/CN.4/1996/53/Add.1 (1996년 1월 4일) (라디카 쿠마라스와미가 준비), https://undocs.org/E/CN.4/1996/53/Add.1; 유엔 경제사회이사회, 유엔 차별방지 및 소수자보호 소위원회, 무력분쟁중의 조직적 강간, 성적 노예제 및 노예제 유사관행에 대한 특별보고관 보고서, 유엔 문서 E/CN.4/Sub.2/1998/13 (1998년 6월 22일) (게이 J. 맥두걸이 준비)), https://undocs.org/E/CN.4/Sub.2/1998/13.

[103] 우스티니아 돌고폴 및 스네할 파랑자페, 위안부, 끝나지 않은 시련: 방문단 보고서, 국제법률가위원회, 1994); 일본군 성노예제 재판을 위한 여성 국제전범 법정 판결문 (2000); 국제앰네스티, 60년이 넘도록 계속되는 기다림: 일본군 성 노예제 생존자들을 위한 정의 (2005).

4. 결론

지난 2000년 여성국제전범법정(Women's International War Crimes Tribunal)은 일본의 전시 지도자들을 반인도범죄로 재판하고 유죄를 선고하였을 뿐만 아니라 주권면제, 1965년 청구권협정이나 시효 등 절차적 장애를 명시적으로 거부한 후에 일본 정부의 법적 책임을 인정함으로써 군대 성 노예제인 '위안부' 제도의 생존 피해자들의 권리와 소원이 갖는 정당성을 인정하였습니다. 이제 본 사건에서 원고들은 자국 법원, 대한민국 법원이 동일하게 생존 피해자들의 권리와 소원을 옹호해주는 것을 볼 기회가 있습니다.

국제앰네스티는 구체적으로는 본 사건에서, 일반적으로는 일반 국제법의 강행규범과 대세적 의무를 위반한 반인도범죄이자 전쟁범죄에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반으로, 특히 다른 실효적 시정 방식이 부재한 경우의 청구권에 대해서는 주권면제, 조약에 의한 청구권 포기, 그리고/또는 시효 적용의 합헌성 문제가 헌법 제27조 제1항 및 제3항에 비추어 헌법재판소의 판단을 청구할 만한 사안일 수 있다고 보고 있습니다.[104]

몇 안 남은 생존자들이 고령임을 감안하면 이 분들의 정의, 진실, 배상 권리의 정당성이 인정받을 현실적으로 마지막 기회는 존경하는 판사님들의 손에 달려있으며, 존경하는 판사님들의 판결은 이 분들의 최상의 법적 구제로 판명될 수 있습니다. 사건 청구의 당부와 무관하게 원고들이 절차상의 이유로 법원에서 사건 청구의 당부를 물을 기회조차 빼앗겨서는 안 됩니다. 그렇게 사건 청구의 당부를 물을 기회조차 빼앗긴다면 그 자체로 국제법과 대한민국 헌법상 기본적 인권을 부정하는 심히 부당한 처사라 할 것입니다.

[104] 헌법재판소법 [시행 2018. 3. 20.] [법률 제15495호, 2018. 3. 20., 일부개정], http://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=202763 ("제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. …")

서울중앙지방법원 일본군 '위안부' 판결을 지지하는 세계 법률가 선언

서울중앙지방법원은 2021 년 1 월 8 일 일본국의 불법행위책임을 인정하여 일본군 '위안부' 피해자 원고 12 명에게 손해배상금을 지급하라 명하는 판결을 선고했다. 피해자들은 고난에 찬 인생의 끝자락에서 마침내 승소 판결을 손에 쥐었다.
일본 정부가 소송 절차에 참가하지 않고 항소기간도 도과하여 판결은 확정되었다.

일본 정부는 이 판결이 국제법상의 법리인 국가면제에 위반된다고 비난하고 있다. 그러나, 국가의 반인도적 불법행위의 피해자에게 최후의 구제수단이 국내재판인 경우에 피해자의 재판을 받을 권리를 존중하여 예외적으로 국가면제의 적용을 부정한 이번 판결은 국제법을 위반하는 것이 아니라 발전하고 있는 국제관습법에 합치하는 것이며, 국제법의 미래를 열어젖히는 역사적인 판결이다.
일본 정부는 스스로 항소의 기회를 포기한 만큼 확정된 판결을 즉각 이행하여야 마땅하다.

참여자

대한민국

변호사(142 명)

류다솔, 주성훈, 류광옥, 김진형, 이소아, 김필성, 이연지, 김솔하, 소병선, 이종훈, 이승진, 조세현, 전정환, 정병욱, 황필규, 정다혜, 김기남, 김진(1), 서채완, 손영현, 오민애, 이동준, 조숙현, 신윤경, 조영선, 권정호, 박시진, 류신환, 허민홍, 조지훈, 여연심, 김묘희, 박갑주, 이주희, 이윤주, 전범진, 오현희, 권태윤, 김은진, 조경애, 위은진 , 정관영, 김재용 , 김병욱, 이보람, 이주한, 이상희, 김주혜, 차성욱, 백수범, 양성우, 황정화, 이주현,

박지현, 이한본, 최윤석, 김수정, 김수영, 이창민, 김소리, 송두환, 한명옥, 김지연, 선수지, 김용민, 이종희, 이원호, 하성협, 하주희, 박정민, 박정은, 손준호, 임재성, 조상호, 이주희, 김재왕, 강을영, 김남주, 김도윤, 방효경, 박종운, 김준우, 김준영, 유형빈,정웅채, 이동준, 이민우, 송기호, 정상규, 박동민, 하영주, 김기훈, 조영관, 김세은, 김성훈, 김가연, 이주언, 홍유진, 김도희, 조미연, 박인숙, 최초록, 이한재, 염형국, 김진(2), 이현서, 송윤정, 이제호,강태리, 최석군, 고지운, 장범식, 임종인, 김성주, 홍자연, 이용우, 이영기, 양고운, 최용근, 유정민, 정혜민, 이현철, 장영재, 정혜선, 정덕우, 이명광, 김기탁, 이주한, 이근우, 전병규, 백소윤, 조윤희, 이진혜, 서여진, 박용범, 임애정, 이종형, 김진영, 마한얼, 성유진, 조혜인, 송원

연구자(56 명)

송오식(전남대학교 법학전문대학원), 김창록(경북대학교 법학전문대학원), 백범석(경희대학교), 엄순영(경상국립대학교), 김종서(배재대학교), 한상희(건국대학교), 최정학(민주주의법학연구회), 문병효 (강원대학교), 이경주(인하대학교), 정병호(서울시립대), 박규환(영산대학교), 정용욱(서울대학교), 김영희(연세대학교), 조지만(아주대학교), 임상혁(숭실대학교 법과대학), 유승익(한동대학교), 김기창(고려대학교), 윤재왕(고려대학교 법학전문대학원), 서보학(경희대학교), 이재혁(서강대학교), 한상훈(연세대학교), 송기춘(전북대학교), 이호규(인하대학교), 하태훈(고려대학교 법학전문대학원), 김주영(명지대학교), 홍성수(숙명여자대학교 법학부), 정상우(인하대학교), 정구태(조선대학교 공공인재법무학과), 오동석(아주대학교), 김제완(고려대학교 법학전문대학원), 이철호(남부대학교 경찰행정학과), 김정환(연세대학교), 이재룡(충북대학교 법학전문대학원), 양현아(서울대학교), 이영록(조선대학교), 안진(전남대학교), 제갈현숙(한신대학교), 김선광(원광대학교 법학전문대학원), 문준영(부산대학교), 조소영(부산대학교 법학전문대학원), 윤철홍(숭실대학교 법과대학), 이정빈 (충북대학교), 김도현(동국대학교), 양동숙(동덕여대), 이승현(연세대학교), 소라미(서울대학교 법학전문대학원), 노현수(민주주의법학연구회), 최한미(민주주의법학연구회), 김대근(한국형사정책연구원), 이수경(법과사회이론학회), 이호규(인하대학교), 정재도(서

강대학교), 임소연(건국대학교) , 강성식(민주법학회원), 심희기(연세대학교), 이은경(서울대학교), 전상우(단국대학교), 양동숙(동덕여대), 이승현(연세대학교)

미국(5)

KIM Chris, STETZ Margaret(University of Delaware), KIM Seon Mi(Ramapo College of New Jersey), LEE, Jinhee(Eastern Illinois University), JUNG, Il-Young(Havard Law School)

뉴질랜드(2)

KIM Jong Hoi, NAMADAMU Neema

영국(1)

HOWARD, Keith(SOAS, University of London)

스웨덴(1)

JONSSON, Gabriel(Stockholm University)

호주(1)

HAN, Gil-Soo(Monash University)

이탈리아(2)

LAU Joachim, AN Jong-Chol(Ca' Foscari University of Venice)

기타(2)

JANG Gwanghoon, SON Kook

日本軍「慰安婦」被害者対日本国
2021.1.8 ソウル中央地方法院判決を支持する国際法律家声明

2021 年 1 月 8 日、韓国のソウル中央地方法院は日本国の不法行為責任を認め、日本軍「慰安婦」被害者原告 12 名に損害賠償金の支払いを命じる判決を宣告した。被害者らは苦難の人生の末にようやく勝訴判決を手にした。
日本政府は訴訟手続に一切参加せず、上訴期間も徒過し、判決は確定した。日本政府はこの判決は国際法の規則である主権免除に違反すると非難している。

しかし、国家の反人道的不法行為の被害者の最後の救済手段が国内裁判である場合に、被害者の裁判を受ける権利を重視して例外的に主権免除の適用を否定するというこの判決は、国際法違反であるどころか、発展しつつある慣習国際法に合致し、国際法の未来を切り拓く優れた判決である。

日本政府は自ら上訴の機会を放棄して確定させた判決を直ちに履行すべきである。

賛同人

日本(192)（太字は呼びかけ人　その他はアイウエオ順）

弁護士　(182 名)

札幌弁護士会　池田賢太　神保大地　髙崎暢　田中貴文
仙台弁護士会　宇部雄介　佐久間敬子
新潟県弁護士会　金子修
長野県弁護士会　毛利正道
群馬弁護士会　金井厚二　斎藤匠　野上恭道
埼玉弁護士会　大久保賢一　金星姫　金英功
千葉県弁護士会　植竹和弘　梶原利之
東京弁護士会　**殷勇基　宮下萌**　梓澤和幸　五十嵐二葉　泉澤章　伊藤真　井上聡　内田雅敏　大野裕　大森創　小野寺利孝　金子美晴　金竜介　久保木亮介　黒岩哲彦　澤藤統一郎　眞珠浩行　白井劍　青龍美和子　髙木喜孝　高山俊吉　髙橋融　武内更一　辻田航　徳岡宏一朗　土肥尚子　長谷川直彦　原田敬三　平山知子　藤田正人　堀浩介　舛田正　松田生朗　村山裕　森田太三　師岡康子　油原麻帆　米倉勉　渡部照子
第二東京弁護士会　**大森典子　張界満　戸塚悦朗　李桂香**　上本忠雄　大口昭彦　緒方蘭　木村庸五　幣原廣　杉井静子　平和元　田鎖麻衣子　角田由紀子　中川瑞代　西村正治　藤田城治　穂積剛　丸山健　南典男　山口広
神奈川県弁護士会　**神原元**　井上啓　志田なや子　宋惠燕　三木恵美子　山森良一　永田亮
静岡県弁護士会　高貝亮　萩原繁之　森下文雄
富山県弁護士会　山田博
福井弁護士会　吉川健治
愛知県弁護士会　**青木有加　田巻紘子**　青木信也　伊藤勤也　大脇雅子　加藤悠史　亀井千恵子　北村栄砂原薫　高森裕司　樽井直樹　中谷雄二　名嶋聰郎　長谷川一裕　裵明玉　松本篤周　水野幹男　宮田陸奥男　矢﨑暁子　横地明美
岐阜県弁護士会　岡本浩明
京都弁護士会　小野誠之　坂和優　武田信裕　中田政義　中村和雄　藤浦龍治　宮本平一　村山晃　諸富健
奈良弁護士会　佐藤真理
大阪弁護士会　**具良鈺**　愛須勝也　青木佳史　石川元也　林範夫　大岩祐司　大山弘通　奥村秀二　冠木克彦　小林保夫　在間秀和　七堂眞紀　空野佳弘　寺沢勝子　中北龍太郎　中島光孝　長野真一郎　丹羽雅雄　韓雅之　増田尚　宮本亜紀　村角明彦　森博行　安原邦博　幸長裕美　渡辺和恵
兵庫県弁護士会　**白承豪**　相原健吾　伊藤香保　筧宗憲　後藤玲子　小牧英夫　佐伯雄三　白子雅人　永井幸寿　西田雅年　羽柴修　林晃史　藤原精吾　本上博丈　増田正幸　松山秀樹　梁英子　吉井正明
岡山弁護士会　清水善朗
広島弁護士会　**足立修一**　井上正信　山田延廣
山口県弁護士会　田畑元久
福岡県弁護士会　**山本晴太**　金敏寛　後藤富和　迫田登紀子　名和田茂生　馬奈木昭雄　山崎吉男　李博盛
長崎県弁護士会　魚住昭三
宮崎県弁護士会　成見幸子　松田幸子
沖縄弁護士会　赤嶺朝子　加藤裕　白充　松崎暁史

研究者(10 名)

阿部浩己　(明治学院大学教授)
前田朗　(東京造形大学教授)
稲正樹　(元国際基督教大学教授)
岡田正則　(早稲田大学教授)

清末愛砂　(室蘭工業大学大学院准教授)
田中利幸　(元広島市立大学教授)
根森健　　(新潟大学・埼玉大学名誉教授)
深草徹　　(深草憲法問題研究室主宰)
宮本弘典　(関東学院大学法学部教授)
本秀紀　　(名古屋大学教授)

アメリカ(2)
弁護士　Mari Inoue(New York City)
研究者　Hiroshi Fukurai(Professor of Sociology and Legal Studies University of California)

中国(4)
(北京市律師協会)　康健，王群英，金桂珠，安念念
ニュージーランド(2)
KIM Jong Hoi, NAMADAMU Neema

열람용

서 울 중 앙 지 방 법 원

제 1 5 민 사 부

판　　결

사　　건　　2016가합580239　손해배상(기)
원　　고　　1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

열람용

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

원고들 의 각 소송수계인들

의 소송대리인

법무법인 지향 담당변호사 김수정, 박시진, 양성우, 이상희, 전다운, 김예지

법무법인 이레월드 담당변호사 방서은

법무법인 피앤케이 담당변호사 이동준

변호사 이선경

변호사 박근덕

법무법인 해마루 담당변호사 김세은, 임재성

법무법인 가로수 담당변호사 류광옥

법무법인 한결 담당변호사 김호철, 송두환

열람용

법무법인 원 담당변호사 조숙현

법무법인 동화 담당변호사 이정일, 조영선

피　　고　　일본국(日本國)

일본국 도쿄도 치요다구 가스미가세키 1-1-1(중앙합동청사6호관)

법률상 대표자 법무대신 가미카와 요코(上川陽子)

변 론 종 결　　2021. 3. 24.

판 결 선 고　　2021. 4. 21.

주　　문

1. 이 사건 소를 각하한다.

1. 소송비용은 원고들이 부담한다.

청 구 취 지

피고는 별지 표 '원고'란 기재 원고들에게 '청구취지 금액'란 기재 금액 및 이에 대한 이 사건 소장 부본 송달 다음날부터 갚는 날까지 연 15%의 비율에 의한 돈을 지급하라.

이　　유

I. 기초적 사실관계

1. 원고들의 지위

가. 아래 표 중 '위안부 피해자' 항목에 기재된 사람들은 「일제하 일본군위안부 피해자에 대한 보호·지원 및 기념사업 등에 관한 법률」에 따라, 1932년경부터 1945년경까지 피고의 전신인 일본제국(이하 '피고'로 통칭한다)에 의하여 동원되어 중국, 동남아시아 등지에 설치된 일본군 위안소에서 일본군 병사 등을 위하여 강제로 성행위를 종용당하였음이 인정되어, 위 법에 따른 위안부 피해자로 등록된 사람들이다(이하 일본군 위안부 피해자 일반을 지칭할 때는 '위안부 피해자'라 하고, 이 사건 원고 본인들 또는 피상속인들인 위안부 피해자들만을 지칭할 때는 '이 사건 피해자들'이라 한다).

순번	위안부 피해자		생존 여부	원고	관계
	성명	생년월일			
1					
2					
10					
11					
12					
13					

14					
15					
16					

나. 이 사건 피해자들 중 순번 2, 6, 9, 10( )은 현재 생존 중이고, 나머지 피해자들 중 순번 11 내지 16( )은 이 사건 소 제기 이전에 사망하여, 위 표 중 원고란 기재 원고들이 위 피해자들의 권리·의무를 상속하였으며, 순번 1, 3, 7, 8( )은 이 사건 소 제기 이후 사망하여, 해당 항목의 원고란에 기재된 자들이 상속 또는 유증 등에 의하여 위 피해자들의 권리·의무를 승계하고, 이 사건 소송절차를 수계하였다. 그리고 위 피해자들 중 순번 4, 5( )도 사망하였으나, 그 상속인이 확인되지 아니하여 이 사건에서 소송수계절차가 이루어지지 아니하였다.

2. 피고 군대의 중·일 전쟁 및 태평양 전쟁 수행 중 위안소 설치

가. 피고는 1931년 만주사변을 일으킨 이래로 그 이후 상해, 남경을 함락시키고, 그 이후로는 동남아시아로 점령지의 범위를 확장하고 하와이의 진주만을 침공하는 등 태평양 전쟁을 시작하였다. 이와 같이 점령지를 확장하고 전장이 확대됨에 따라 피고는, 성병 감염으로 인한 전투력 상실을 방지하고, 점령지역에서 병사들에 의한 강간 등 성범죄 발생을 예방하며, 전장에서 긴장과 우울감 등을 느끼는 군인들의 심리적·성적 욕구 해소를 통하여 전투력을 보존하기 위한 목적으로 위안소를 설치하였고, 위안부들

로 하여금 위안소에서 군인들과 성관계를 갖도록 하였다.

나. 피고 군대의 요청에 의한 최초의 위안소는 1932년 상해에 설치된 해군위안소였는데, 그 이후 중·일전쟁이 본격화되고 점령지가 확대됨에 따라 점령지 주둔 부대에 위안소가 설치되었다. 이와 같이 위안소가 증가함에 따라 위안부 동원을 위하여, 중국, 동남아시아 및 태평양 지역의 점령지에서는 피고 군대가 직접 위안부를 동원하는 방식이 주를 이루었지만, 일본 또는 그 식민지였던 조선, 대만 등에서는 피고 군대의 요청에 따라 총독부가 각 도에 동원할 위안부의 수를 할당하면, 경찰이 모집업자를 선정하여 위안부를 동원하는 등 행정조직 또는 지역 조직 등을 통한 동원 방식이 주를 이루었다.

다. 공문서에 의해 확인된 군위안소 설치지역으로는 조선, 중국, 홍콩, 마카오, 필리핀 등 피고가 침략한 지역이다. 일본군 위안부의 수는 8만에서 10만 혹은 20만 정도로 추정되고 있고, 그 중 80%는 조선 여성들이었으며, 그 외 일본군 위안부 피해자의 국적은 필리핀, 중국, 대만, 네덜란드 등이다.

라. 이 사건 위안부 피해자들은 국내에 거주하던 중 나.항에서 본 바와 같은 방식으로 위안부로 차출되어 중국, 일본, 필리핀, 대만 등에 설치된 위안소의 위안부로 배치되었다.

3. 제2차 세계대전 종전 이후 1951. 9. 8. 샌프란시스코 조약 체결 및 대한민국과 피고의 1965. 6. 22.「대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」체결

가. 미국 등을 포함한 연합국 48개국과 피고는 1951. 9. 8. 전후 배상문제를 해결하기 위하여 샌프란시스코에서 평화조약(이하 '샌프란시스코 조약'이라 한다)을 체결하였고,

위 조약은 1952. 4. 28. 발효되었다. 샌프란시스코 조약 제4조(a)는, 피고의 통치로부터 이탈된 지역의 시정 당국 및 그 국민과 피고 및 그 국민 간의 재산상 채권·채무관계는 위 당국과 피고 간의 특별약정으로써 처리한다는 내용을, 제4조(b)는 피고는 위 지역에서 미군정 당국이 피고 및 그 국민의 재산을 처분한 것을 유효하다고 인정한다는 내용을 담고 있다.

나. 대한민국과 피고는 1951년말경부터 국교 정상화와 전후 보상문제를 논의하였다. 1952. 2. 15. 제1차 한・일회담 본회의가 열려 관련 논의가 본격적으로 시작되었는데, 대한민국은 제1차 한・일회담 당시 '한·일 간 재산 및 청구권 협정 요강 8개항'을 제시하였고, 8개 항목 중 제5항은 '한국법인 또는 한국자연인의 일본은행권, 피징용한국인의 미수금, 보상금 및 기타 청구권의 변제청구'이다. 그 후 7차례의 본회의와 이를 위한 수십 차례의 예비회담, 정치회담 및 각 분과위원회별 회의 등을 거쳐 1965. 6. 22.「대한민국과 일본국 간의 기본관계에 관한 조약」과 그 부속협정인「대한민국과 일본국 간의재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」(조약 제172호, 이하 '청구권협정'이라 한다) 등이 체결되었다.

다. 그런데 위 청구권협정 과정에서 위안부 피해자 문제가 구체적으로 논의되거나 위 협정에 위안부 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권에 관한 사항이 명시되지는 아니하였다.

4. 국제 사회에서의 위안부 피해자에 관한 문제 제기

가. 1990. 11. 16. 위안부 피해자 문제 해결을 위한 단체인 한국정신대문제대책협의회가 발족하였고, 위안부 피해자인 김학순이 1991. 8.경 공개 기자회견을 함에 따라 위안부 피해자 문제가 본격적으로 제기되었다.

나. 피고는 1992. 7.경 위안부 피해자 문제에 대한 정부 차원의 관여 자체는 인정하였으나 강제연행을 입증하는 자료는 없다는 제1차 조사결과를 공표하였다가, 1993. 8. 4. 제2차 정부조사결과와 함께 일본군 및 관헌의 관여와 징집·사역에서의 강제를 인정하고, 문제의 본질이 중대한 인권 침해였음을 승인하며 사죄하는 내용의 고노 관방장관의 담화를 발표하였다.

다. 대한민국은 1993. 6. 11.「일제하 일본군 위안부에 대한 생활안정지원법」(법률 제4565호)을 제정하여 위안부 피해자들에게 생활지원금을 지급하기 시작하였지만, 피고는 위안부 피해자에 대한 보상은 1965. 6. 22. 청구권협정으로 이미 모두 해결된 상태라서 새롭게 법적 조치를 취할 수 없다는 입장을 고수하면서, 1994. 8. 31. 위안부 피해자들의 명예와 존엄 훼손에 대한 도의적인 책임으로 인도적 견지에서 개별적인 위로금이나 정착금을 지급할 수 있고 정부 차원이 아닌 민간 차원에서 아시아여성발전기금의 조성 등을 모색하겠다는 입장을 밝혔다.

라. 이와 같은 피고의 일련의 조치에도 불구하고, UN 인권소위원회는 일본군 위안부 문제에 대하여 지속적인 연구활동을 수행하여 왔는데, 그 첫 번째 보고서인 1996. 1. 4. 자 '쿠마라스와미 보고서'에서는, 제2차 세계대전 때 강제연행된 일본군 위안부에 대한 피고의 인권 침해는 명백히 국제법 위반이라는 점을 확인하고, 피고에 대하여 국가 차원의 손해배상, 책임자 처벌, 정부 보관 중인 모든 자료의 공개, 서면을 통한 공식 사죄, 교과서 개정 등을 권고하는 6개 항의 권고안을 제시하였으며, 1996. 4. 19. 제52차 UN 인권위원회에서 위 보고서의 채택결의가 있었다.

또한 1998. 8. 12. UN 인권소위원회(차별방지 소수자 보호 소위원회)에서는 위 쿠마라스와미 보고서의 내용이 보강된 특별보고관 게이 맥두걸의 일본 정부의 법적 배상책

임, 책임자 처벌을 골자로 하는 보고서가 발표되어 채택되었다.

5. 위안부 피해자들의 일본, 미국 법원에서의 피고를 상대로 한 손해배상청구 소송의 경과

가. 일본 법원에서의 소송 경과

위안부 피해자들은 1991. 12. 6. 도쿄지방재판소에 피고를 상대로 위안부 강제동원 등으로 인한 손해배상청구의 소를 제기하였는데, 위 법원은 2001. 3. 26. 위 원고들의 청구를 기각하였고, 도쿄고등재판소는 2003. 7. 22. 원고들의 항소를 기각하였으며, 이어서 최고재판소가 2004. 11. 29. 상고를 기각함으로써 위안부 피해자들의 일본 법원에서의 손해배상청구가 종국적으로 기각되었다. 도쿄고등재판소는 원고들의 손해배상청구권은 1965. 6. 22.에 이루어진 청구권협정에 의하여 모두 소멸하였다고 판단하였다.

나. 미국 연방법원에서의 소송 경과

(1) 위안부 피해자들 중 황금주 등은 2000년경 피고를 상대로 미국 워싱턴 DC 지구 연방지방법원에 손해배상소송을 제기하였고, 위 사건에서는 미국의 Foreign State Immunity Act가 정한 국가 면제의 예외 사유 존부가 쟁점이 되었는데, 위 원고들은 피고의 전쟁 범죄자들에 대한 책임 추궁을 선언한 1945년 포츠담 선언을 피고가 수락함으로써 피고가 국가 면제를 명시적으로 포기하였다고 주장하였으나 위 법원은 이를 받아들이지 아니하고, 원고 패소 판결을 선고하였다.

(2) 이후 원고들의 항소가 기각되자, 원고들은 다시 미국 연방대법원에 상고하였는데, 미국 연방대법원은 항소심 판결 중 FSIA 제정 전에 이루어진 행위에 대한 위 법의 적용에 관한 부분의 법리 오해를 지적하며 파기하였다. 환송심은, 문제된 손해배상청구권 소멸 여부는 샌프란시스코 조약과 대한민국과 피고 사이의 청구권협정의 해석 및

효력 범위와 관련이 있는데, 이러한 문제는 미국의 외교관계에 관한 문제로서, 위 사건에서 사법부의 재판권 행사가 미국의 외교정책에 부정적인 영향을 미칠 것이라는 미국 국무부의 의견을 존중하여 위 사건의 사법심사 적격성을 인정하지 아니하였다.

이와 같이 위안부 피해자들의 미국 법원에서의 손해배상소송도 그 목적을 달성하지 못하게 되었다.

6. 위안부 피해자 문제 해결에 관한 대한민국 외교부장관의 부작위 위헌 확인을 구하는 헌법소원

가. 이 사건 피해자 일부를 포함한 위안부 피해자들은, 2006. 7. 5. 이들이 피고에 대하여 갖는 위안부 피해자로서의 배상청구권이 청구권협정 제2조 제1항[1]에 의하여 소멸되었는지 여부에 관하여, 피고와 대한민국 사이에 해석상 분쟁이 존재하므로 대한민국으로서는 위 협정 제3조[2]가 정한 절차에 따라 위와 같은 해석상 분쟁을 해결하기 위한 조치를 취할 의무가 있음에도 불구하고, 이를 전혀 이행하지 않고 있다고 주장하면서, 2006. 7. 5. 이러한 피청구인 외교부장관의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라는 확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 헌법재판소는 2011. 8. 30. 대한민국 정부가 직접 위안부 피해자들의 기본권을 침

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 8일 샌프란시스코시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.

2) 1. 본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국 간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결한다.
2. 1.의 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 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재위원으로 구성되는 중재위원회에 결정을 위하여 회부한다. 단, 제3의 중재위원은 양 체약국 중의 어느 편의 국민이어서는 아니 된다.
3. 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.
4. 양 체약국 정부는 본조의 규정에 의거한 중재위원회의 결정에 복한다.

해하는 행위를 한 것은 아니지만, 피고에 대한 배상청구권의 실현 및 인간으로서의 존엄과 가치의 회복에 대한 장애상태가 초래된 것은 대한민국 정부가 청구권의 내용을 명확히 하지 않고 '모든 청구권'이라는 포괄적인 개념을 사용하여 이 사건 협정을 체결한 것에도 책임이 있으므로, 그 장애상태를 제거하는 행위로 나아가야 할 구체적 의무가 있음을 전제로, 피청구인인 외교부장관이 위안부 피해자들의 배상청구권이 청구권협정에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한・일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니한 부작위가 위헌이라고 판단하였다(헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정).

7. 2015. 12. 28. 한・일 합의

가. 헌법재판소 2006헌마788 결정 이후 대한민국 정부의 피고와의 교섭 과정

(1) 대한민국은 2011. 9. 14. 헌법재판소의 위헌결정에 따른 후속조치를 위하여 외교통상부 내에 동북아시아 국장 등으로 구성된 '한·일 청구권협정 대책 태스크포스(TF)'를 설치하였고, 2011. 10. 7. 한·일 관계 및 국제법 전문가로 구성된 'TF 자문단'을 설치하였다. 외교통상부는 2011. 9.경부터 11.경까지 피고에게 '일본군위안부의 배상청구권이 이 사건 청구권 협정에 의해 소멸되었는지 여부에 관해 논의하기 위해 이 사건 청구권 협정 제3조에 따라 가까운 시일 내에 한·일 외교 당국 간 협의를 개최하기를 희망한다'는 내용의 구상서를 전달하였으나, 피고는 위 해석상 분쟁해결을 위한 양자협의 제안 등에 관하여 명시적이고 적극적인 대응을 보이지 아니하였다.

(2) 2012. 11. 8.경부터 2015. 11. 2.경까지 대한민국 대통령은 약 12회에 걸쳐 한·일 정상 회담 등에서 일본군 위안부 문제를 언급하면서 이에 대한 피고의 해결책 마련 등을 요청하였고, 외교통상부는 2012. 8. 29.경부터 2015. 8. 30.경까지 약 7회에 걸쳐 위

안부 피해자 문제에 대한 입장을 표명하면서 피고에게 이에 대한 해결을 촉구하는 내용의 성명을 발표하였으며, 대한민국 외교통상부 장·차관은 2011. 9. 25.경부터 2014. 4. 17.경까지 약 9회에 걸쳐 한·일 장·차관급 회담 등에서 일본군 위안부 문제의 해결책 마련을 촉구하였다.

(3) 2014. 3. 25. 한·미·일 정상회담 과정에서 한·일 양국은 '위안부' 문제를 다루는 국장급 협의를 개시하기로 합의하였고, 대한민국 외교부 동북아국장과 일본 외무성 아시아 대양주국장 사이에 2014. 4. 16.부터 2015. 12. 28. 이 사건 합의 발표 전날까지 12차례의 국장급 협의가 이루어졌다. 2015. 2.경부터는 위 국장급 협의와 함께 고위급 비공개 협의가 진행되었고, 2015. 11. 2. 한·일 정상회담에서 양국 정상은 한·일 국교 정상화 50주년임을 감안하여 가능한 한 빠른 시일 안에 '위안부' 문제를 타결하기로 의견을 모았으며, 2015. 12. 23. 제8차 고위급 협의에서 아래 나.항 기재와 같은 내용의 최종 합의가 이루어졌다.

나. 2015. 12. 28. 한・일 합의의 발표 내용

대한민국의 외교통상부 장관인 윤병세와 피고의 외무대신 기시다 후미오는 2015. 12. 28. 아래 표 기재와 같은 내용으로 합의하여 '한·일 외교장관회담 공동기자회견'을 통해 이를 공표하였고, 당시 양국 정상인 대한민국 대통령 박근혜와 피고 총리대신 아베 신조는 이후 전화 통화로 위 합의 내용을 추인하였다. 위 기자회견은 양국 정부를 대표하는 외교장관이 공개적인 내·외신 공동기자회견을 통하여 공식 입장으로 발표한 것으로서 별도로 합의 내용을 문서화하지는 아니하였다(이하 대한민국과 피고 사이의 위 합의를 '2015. 12. 28. 한·일 합의'라 한다).

피고 표명사항	대한민국 표명사항

1) 위안부 문제는 당시 군의 관여 하에 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 입힌 문제로서, 이러한 관점에서 일본 정부는 책임을 통감한다. 아베 총리는 일본국 내각총리대신으로서, 다시 한번 위안부로서 많은 고통을 겪고 심신에 걸쳐 치유하기 어려운 상처를 받은 모든 분들에 대하여 마음으로부터 사죄와 반성의 마음을 표명한다.	1) 한국 정부는 일본 정부의 표명과 이번 발표에 이르기까지의 조치를 평가하고, 일본 측이 표명한 2)의 조치를 착실히 실시한다는 것을 전제로 이번 발표를 통해 일본 정부와 함께 이 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결될 것임을 확인한다. 한국 정부는 일본 정부가 실시하는 조치에 협력한다.
2) 일본 정부는 일본 정부의 예산에 의해 모든 위안부 분들의 마음의 상처를 치유하는 조치를 강구한다. 구체적으로는 대한민국 정부가 위안부 분들의 지원을 목적으로 하는 재단을 설립하고, 이에 일본 정부 예산으로 자금을 일괄 거출하고 일·한 양국 정부가 협력하여 모든 위안부 분들의 명예와 존엄의 회복 및 마음의 상처치유를 위한 사업을 행하기로 한다.	2) 한국 정부는 일본 정부가 주한일본대사관 앞의 소녀상에 대해 공관의 안녕·위엄 유지라는 관점에서 우려하고 있는 점을 인지하고, 한국 정부로서도 가능한 대응방향에 대해 관련 단체와의 협의 등을 통해 적절히 해결되도록 노력한다.
3) 일본 정부는 위 2)의 조치를 착실히 실시한다는 것을 전제로 위안부 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결될 것임을 확인한다. 또한 일본 정부는 한국 정부와 함께 향후 유엔 등 국제사회에서 동 문제에 대해 상호 비난·비판하는 것을 자제한다.	3) 한국 정부는 이번에 일본 정부가 표명한 조치가 착실히 실시된다는 것을 전제로 일본 정부와 함께 향후 유엔 등 국제사회에서 동 문제에 대해 상호 비난·비판하는 것을 자제한다.

다. 2015. 12. 28. 한・일 합의 이후 '재단법인 화해치유재단'의 설립과 활동

(1) 위 합의에 따라 재단법인 설립 작업이 진행되었고, 2016. 7. 28. 주무장관인 여성가족부 장관의 설립허가에 의하여 재단법인 화해치유재단(이하 '화해치유재단'이라 한다)이 설립되었으며, 피고는 2016. 9. 1. 위 합의에 따라 10억엔(당시 환율에 따라 대한민국 통화로 환산하면 약 10,830,000,000원이 된다)을 출연하였다.

(2) 화해치유재단은 피고가 출연한 기금을 재원으로 하여 위안부 피해자들에게 현

금 지원사업(생존 위안부 피해자 1억원, 사망 위안부 피해자 2,000만원)을 실시하였다. 위 재단의 설립을 전후한 2016. 1.경부터 2017. 6.경까지 외교부, 여성가족부 및 위 재단 관계자들에 의하여 당시 위안부 피해자들 중 생존자들과의 면담이 이루어졌고, 그 결과 2019. 1. 21. 위 재단이 설립허가 취소되기까지 생존 피해자 36명, 사망 피해자 71명 합계 107명이 현금 지원을 신청하여 그 중 생존 34명, 사망 61명에 대한 지급이 이루어졌으며, 그 이후에 생존 피해자 1명, 사망 피해자 3명에 대한 지급이 추가로 이루어져서 2020. 10. 14. 기준 위 재단의 지원금을 지급받은 위안부 피해자는 총 99명(생존 피해자 35명, 사망 피해자 64명)이다.

(3) 등록된 위안부 피해자들이 고령이어서 시간의 경과에 따라 그들 중 다수가 사망한 결과, 2007. 12. 31. 기준 108명이던 생존 위안부 피해자는 2021. 2. 21. 기준 15명으로 감소하였다. 2007년경부터 2021. 2. 21.까지 매년 12월말 기준(다만 2021년은 2. 21. 기준) 등록된 위안부 피해자들 중 생존자 현황은 아래 표와 같고, 2021. 2. 21. 기준 생존자와 사망자의 총 수는 240명(생존 피해자 15명, 사망 피해자 225명)이다.

(4) 이 사건 피해자들 16명 중에서 9명(6명은 생존 피해자 지원금으로 각 100,000,000원, 3명은 사망 피해자 지원금으로 각 20,000,000원)은 위 재단으로부터 현금 지원을 수령하였고, 나머지 7명은 이를 수령하지 아니하였다.

라. 위안부 TF의 2015. 12. 28. 한・일 합의에 대한 평가결과와 이에 따른 화해치유재단에 대한 설립허가 취소 등의 진행 경과

(1) 2015. 12. 28. 한·일 합의를 주도하였던 당시 대통령 박근혜가 2017. 3. 10. 헌법재판소의 탄핵 결정에 의하여 그 직을 상실하게 됨에 따라, 2017. 5. 9. 치러진 대통령 선거에서 당선된 문재인이 2017. 5. 10. 제19대 대통령으로 취임하였다.

(2) 대한민국 외교부는 2017. 7. 31. 장관 직속으로 '한·일 일본군 위안부 피해자 문제 합의 검토 태스크포스'(이하 '위안부 TF'라 한다)를 설치하여, 2015. 12. 28. 한・일 합의에 대한 평가를 실시하였고, 2017. 12. 27. 다음과 같은 평가결과를 밝혔다.

> 첫째, 전시 여성 인권에 관해 국제사회의 규범으로 자리잡은 피해자 중심적 접근이 위안부 협상 과정에서 충분히 반영되지 않았고, 일반적인 외교현안처럼 주고받기 협상으로 합의가 이루어졌다. 한국 정부는 피해자들이 한 명이라도 더 살아 있는 동안 문제를 풀어야 한다면서 협의에 임하였다. 그러나 협의 과정에서 피해자들의 의견을 충분히 수렴하지 않은 채, 정부 입장을 위주로 합의를 매듭지었다. 이번의 경우처럼 피해자들이 수용하지 않는 한, 정부 사이에 위안부 무제의 '최종적·불가역적 해결'을 선언하였더라도, 문제는 재연될 수밖에 없다.
>
> 둘째, 박근혜 대통령은 '위안부 문제 진전 없는 정상회담 불가'를 강조하는 등 위안부 문제를 한일관계 전반과 연계해 풀려다가 오히려 한일관계를 악화시켰다. 또 국제 환경이 바뀌면서 '2015년 내 협상 종결' 방침으로 선회하며 정책 혼선을 불러 왔다. 위안부 등 역사문제가 한일관계 뿐 아니라 대외관계 전반에 부담을 주지 않도록 균형 있는 외교 전략을 마련하여야 한다.
>
> 셋째, 오늘날의 외교는 국민과 함께 하여야 한다. 위안부 문제처럼 국민의 관심이 큰 사안일수록 국민과 같이 호흡하는 민주적 절차와 과정이 더욱 중시되어야 한다. 그러나 고위급 협의는 시종일관 비밀협상으로 진행되었고, 알려진 합의 내용 이외에 한국 쪽에 부담이 될 수 있는 내용도 공개되지 않았다.

> 마지막으로, 대통령과 협상 책임자, 외교부 사이의 소통이 부족하였다. 이 결과 정책 방향이 환경 변화에 따라 수정 또는 보완되는 시스템이 작동되지 않았다. 이번 위안부 합의는 정책 결정 과정에서 폭넓은 의견 수렴과 유기적 소통, 관련 부처 사이의 적절한 역할 분담이 필요하다는 것을 보여준다.

(3) 대한민국 대통령 문재인은 2017. 12. 28. 아래와 같은 담화문을 발표하였다.

> 위안부 TF의 조사결과 발표를 보면서 대통령으로서 무거운 마음을 금할 수 없습니다.
> 2015년 한·일 양국 정부간 위안부 협상은 절차적으로나 내용적으로나 중대한 흠결이 있었음이 확인되었습니다. 유감스럽지만 피해갈 수는 없는 일입니다.
> 이는 역사문제 해결에 있어 확립된 국제사회의 보편적 원칙에 위배될 뿐 아니라, 무엇보다 피해 당사자와 국민이 배제된 정치적 합의였다는 점에서 매우 뼈아픕니다.
> 또한 현실로 확인된 비공개 합의의 존재는 국민들에게 큰 실망을 주었습니다.
> 지난 합의가 양국 정상의 추인을 거친 정부간의 공식적 약속이라는 부담에도 불구하고, 저는 대통령으로서 국민과 함께 이 합의로 위안부 문제가 해결될 수 없다는 점을 다시금 분명히 밝힙니다.

(4) 당시 대한민국 외교부장관 강경화는 2018. 1. 9. 위안부 합의 TF의 결과를 바탕으로 위안부 문제의 처리방향에 관한 정부의 입장을 다음과 같이 발표하였다.

> 첫째, 우리 정부는 위안부 피해자 분들의 명예·존엄 회복 및 마음의 상처 치유를 위해, 우리 정부가 해야 할 일을 해 나가는 데 모든 노력을 다해 나가겠습니다.
> 둘째, 이 과정에서 피해자, 관련 단체, 국민들의 의견을 광범위하게 수렴하면서 피해자 중심의 해결 방안을 모색해 나가겠습니다.
> 한편, 일본 정부가 출연한 화해·치유재단 기금 10억엔은 전액 우리 정부 예산으로 충당하고, 이 기금의 향후 처리 방안에 대해서는 일본 정부와 협의하도록 하겠습니다.
> 화해·치유재단의 향후 운영과 관련해서는 해당부처에서 피해자·관련 단체·국민 의견을 광범위하게 수렴하여 후속조치를 마련할 것입니다.
> 셋째, 피해 당사자인 할머니들의 의사를 반영하지 않은 2015년 합의는 일본군 위안부 피해자 문제의 진정한 문제 해결이 될 수 없습니다.
> 넷째, 2015년 합의가 양국 간의 공식합의였다는 사실은 부인할 수 없습니다. 이를 감안하여 우리 정부는 동 합의와 관련하여 일본 정부에 대해 재협상은 요구하지 않을 것입니다.

다만, 일측이 스스로 국제보편기준에 따라 진실을 있는 그대로 인정하고 피해자들의 명예, 존엄 회복과 마음의 상처 치유를 위한 노력을 계속해 줄 것을 촉구합니다.
다섯째, 정부는 진실과 원칙에 입각하여 역사 문제를 다루어 나가겠습니다. 정부는 과거사 문제를 지혜롭게 풀어나가기 위한 노력을 기울이는 동시에, 한·일 양국간 미래지향적 협력을 위해 계속 노력해 나갈 것입니다.
마지막으로, 오늘 말씀드린 내용이 피해자 여러분들께서 바라시는 바를 모두 충족시킨다고는 생각하지 않습니다. 앞으로도 정부는 성심과 최선을 다해 피해자 여러분들의 의견을 경청하면서 추가적인 후속조치를 마련해 나가겠습니다.

(5) 화해치유재단의 주무관청인 당시 여성가족부 장관 진선미는 2019. 1. 21. "재단이 정관상 목적사업을 전혀 수행하고 있지 못하고 향후 재개 가능성도 없다고 보임"이라는 사유를 들어 위 재단에 대한 설립허가취소 처분을 하였다.

(6) 그 이후 위 재단에 관하여는 2019. 5. 17. 서울중앙지방법원 2019비합88호로 김영진이 청산인으로 선임되어 현재 청산 절차 진행 중인데, 2018. 12. 31. 기준으로 위 재단의 잔여 순재산은 6,015,165,483원이다.

(7) 대한민국 외교부는 위 재단의 잔여 재산의 처리에 관한 이 법원의 사실조회에 대하여, "우리 정부는 일본 정부가 동 재단에 출연한 기금 10억엔을 우리 정부 예산으로 충당하고자 양성평등기금에 103억원을 출연하였으며, 동 금액과 화해·치유재단 잔여재산 처리문제는 계속 협의 중인 상황입니다. 이와 관련 우리 정부는 일본 외교당국에 재단 청산인에 의한 현존사무 종결 사실 및 기존 지원 신청자에 대한 미지급금 지급 재개 여부 등 청산 관련 동향을 공유하며 일본 측과 소통하고 있습니다. 다만 한일 당국간 잔여재산 처리 방안에 대한 협의가 아직 끝나지 않은 만큼 관련 구체 내용을 밝히기는 어려운 측면이 있음을 양해해 주시기 바랍니다"라고 회신하였다.

마. 2015. 12. 28. 한·일 합의에 대한 헌법소원과 국가배상청구 등 쟁송의 진행 경과

(1) 2015. 12. 28. 한·일 합의에 대한 헌법소원

이 사건 피해자들 중 일부를 포함한 위안부 피해자들은 2016. 3. 7. 외교부장관을 피청구인으로 하여, 2015. 12. 28. 한·일 합의 중 '동 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결될 것임을 확인한다'는 부분의 의미가 불명확하나, ① 만약 그 의미가 우리 정부가 청구인들에 대한 외교적 보호를 포기한다는 의미라면, 위안부 피해자의 배상청구권 실현에 관한 피청구인의 구체적 작위의무를 이행하지 않았을 뿐만 아니라 현실적으로 배상청구권 실현의 장애를 가중시키는 결과를 초래하여 청구인들의 재산권, 인격권, 외교적보호청구권 등을 침해한 것이고, ② 한편 그 의미가 청구인들의 배상청구권이 소멸된다는 의미라면, 이는 청구인들의 재산권인 손해배상청구권에 대한 수용적 침해 내지 수용 유사적 침해로서 청구인들의 재산권을 침해한 것이라고 주장하며 헌법소원을 제기하였다.

헌법재판소는 2019. 12. 27. "위 합의가 양국 외교장관의 공동발표와 정상의 추인을 거친 공식적인 약속이지만, … 헌법이 규정한 조약체결 절차를 거치지 않았다. 또한 합의 내용상 합의의 효력에 관한 양 당사자의 의사가 표시되어 있지 않을 뿐만 아니라, 구체적인 법적 권리·의무를 창설하는 내용을 포함하고 있지도 않다. 2015. 12. 28. 한·일 합의를 통해 위안부 피해자들의 권리가 처분되었다거나 대한민국 정부의 외교적 보호권한이 소멸하였다고 볼 수 없는 이상 2015. 12. 28. 한·일 합의가 위안부 피해자들의 법적 지위에 영향을 미친다고 볼 수 없다"는 이유를 들어 위 헌법소원심판청구를 각하하였다(헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2016헌마253 결정).

(2) 대한민국을 상대로 한 손해배상청구 소송

㈎ 이 사건 피해자 일부를 포함한 위안부 피해자들은 2016. 8. 30. 대한민국을 상

대로, 2015. 12. 28. 한·일 합의가 헌법재판소의 위헌결정에 따른 후속조치로 볼 수 없을 뿐만 아니라 이를 적법한 외교적 보호권 행사로 볼 수도 없다는 등의 이유를 들어 이로 인한 정신적 손해의 배상을 청구하는 소를 제기하였는데, 제1심 법원은 2018. 6. 5. 위 원고들의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다(서울중앙지방법원 2018. 6. 5. 선고 2016가합552135 판결).

㈏ 한편 위 사건의 항소심 법원(서울고등법원 2018나2036050)은 2019. 12. 26. 아래와 같은 내용의 조정을 갈음하는 결정을 하였고, 이에 대하여 쌍방이 이의를 제기하지 아니하여 위 결정이 그대로 확정되었다.

1. 대한민국은 2015. 12. 28. 한·일 합의가 역사문제 해결에 있어 확립된 국제사회의 보편적 원칙에 위배되고 피해자 중심주의 원칙에 반한 것으로 위 합의로 인하여 원고들이 정신적 고통을 겪었다는 점을 겸허히 인정한다. 대한민국은 2015. 12. 28. 한·일 합의가 위안부 피해자 문제의 진정한 해결이 될 수 없다는 점을 분명히 하고, 향후 피해자들의 존엄과 명예를 회복하기 위한 대내외적인 노력을 계속한다.
2. 원고들[3]은 이 사건 소를 취하한다.
3. 소송 및 조정 총비용은 각자 부담한다.

8. 국가 면제(State Immunity)에 관한 국제 협약 및 개별 국가의 입법 내용

가. 국제 협약

(1) UN 국가면제협약

㈎ UN 국제법위원회(International Law Commission, 이하 'ILC'라 한다)는 1978년경부터 위 협약에 관한 초안 작성 작업을 시작하여 장기간 논의를 하였고, 그 결과 2004. 12. 2. UN 총회에서 「국가 및 그 재산의 재판권면제에 관한 국제연합협약」(United

3) 위 조정을 갈음하는 결정의 표현을 그대로 사용하였고, 위 결정에서 '원고들'은 위 사건(서울고등법원 2018나2036050)의 원고들을 의미한다.

Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. 이하 'UN 국가면제협약'이라 한다)이 채택되었다.

㈏ 위 협약 제5조는 국가는 자신과 그 재산에 관하여 이 협약에서 정하는 바에 따라 다른 국가 법원의 재판관할권으로부터 면제된다고 정하고,[4] 제6조는 국가는 다른 국가에 대하여 제5조에 따라 국가 면제를 인정해야 한다고 정하고 있으며,[5] 제10조 이하에서 국가 면제의 예외를 정하고 있는데, 제12조는 그 예외 중 하나로 '신체적 상해와 재산상 손해'라는 표제 하에 "국가 간에 별도의 합의가 없는 이상, 국가는 그 국가의 책임으로 돌릴 수 있는 작위 또는 부작위에 의하여 발생한 사망 또는 상해 또는 유체동산에 대한 손해에 관하여, 그러한 작위 또는 부작위의 전부 또는 일부가 법정지국 영토 내에서 이루어졌고, 그러한 작위 또는 부작위의 주체가 당시 법정지국 영토 내에 있었다면, 법정지국 법원에 제기된 금전청구소송에서 국가 면제를 주장할 수 없다"라고 규정하고 있다.[6]

㈐ 위 협약 제30조 제1항은, 위 협약은 30번째 비준국의 협약 비준 의사가 접수된 날로부터 30일째 되는 날 효력이 발생한다고 정하고 있는데, 이 사건 변론종결일인 2021. 3. 24. 현재 위 협약에는 28개국이 서명하였고, 22개국[7]이 비준하여 위 협약은 아

4) A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.
5) A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected.
6) Article 12 Personal injuries and damage to property
Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.
7) 위 협약을 비준한 22개 국가는, 오스트리아, 체코, 적도 기니, 핀란드, 프랑스, 이란, 이라크, 이탈리아, 일본, 카자흐스탄, 라트비아, 레바논, 리히텐스타인, 멕시코, 노르웨이, 포르투갈, 루마니아, 사우디아라비아, 슬로바키아, 스페인, 스웨덴, 스위스이다.

직 발효되지 아니하고 있다.

㈑ 위 협약 비준국 중에서 핀란드, 이란, 이탈리아, 리히텐스타인, 노르웨이, 사우디아라비아, 스웨덴, 스위스 8개국은 위 협약의 적용 범위 등에 관하여 각국의 입장을 선언하거나 또는 일정한 내용에 관하여 유보적인 입장을 밝혔다.

(2) 유럽 국가면제협약(European Convention on State Immunity)

㈎ 유럽 국가면제협약은 1972. 5. 16. 제정되어 1976. 6. 11. 발효되었는데, 그 주요 내용은 아래와 같다.[8]

> 제11조 체약국은 인신 상해 또는 재산권 침해에 관한 손해배상청구 소송에 있어서, 만약 그러한 인신 상해 또는 재산권 침해 행위가 법정지국 영토 내에서 이루어졌고, 그 피해자가 행위 당시 법정지국 영토 내에 있었던 경우에는 다른 체약국 법원에서 국가 면제를 주장할 수 없다.
> 제31조 이 협약은 어느 체약국의 군대가 다른 체약국의 영토 내에서 행하거나 또는 행하려고 한 작위 또는 부작위에 관하여 체약국이 향유하는 국가 면제의 특권에 관하여 영향을 미치지 아니한다.

㈏ 유럽 국가면제협약에 관하여는 최초로 1974. 10. 7. 오스트리아가 이를 비준한 이래 마지막으로 1990. 5. 15. 독일이 이를 비준하였고, 이 사건 변론종결일인 2021. 3. 24. 현재 위 협약을 비준한 국가는 8개국[9]이다.

나. 개별 국가의 국가 면제에 관한 입법 내용

(1) 미국의 Foreign States Immunity Act(28 U.S.C. §1605. 이하 '미국 FSIA'라 한다)

8) Article 11
A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.
Article 31
Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State.

9) 위 협약의 비준국은, 오스트리아, 벨기에, 사이프러스, 독일, 룩셈베르그, 네덜란드, 스위스, 영국이고 포르투갈은 1979. 10. 5. 서명하였으나 아직 비준을 하지 아니하고 있다.

미국 FSIA §1605 (a)(5)는 다음과 같이 규정하고 있다.[10]

> (a) 외국은 다음과 같은 경우 미국 연방법원 또는 주법원의 재판관할권으로부터 면제되지 아니한다.
> (5) 위 (2)항에 달리 포함되지 아니하는 한, 미국 내에서 외국 또는 그 공무원 또는 피고용인의 직무 범위 내에서 행한 불법행위(tortious act) 또는 부작위로 인하여 발생한 대인적 상해 또는 사망, 재산의 멸실 또는 손상에 대하여 금전적 손해배상청구를 하는 경우; 다만 다음 항목에는 적용되지 아니한다.
> (A) 재량권을 남용했는지 여부와 무관하게, 그러한 재량권의 행사 또는 불행사에 기초한 청구
> (B) 악의적인 기소, 절차의 남용(abuse of process), 비방, 오보, 기망 또는 계약상 권리에 대한 부당한 간섭

FSIA §1605 (a)(5)는 '비상업적 불법행위'(non-commercial torts)로 불리는데, 위 조항 중 '미국 내에서'(personal injury or death, … *occurring in the United States* and caused by the tortious act or omission of that foreign state)의 의미에 관하여, 미국 연방법원은 대체로 '문제된 행위와 손해 전부가 미국 영토 내에서 이루어져야 하는 것'으로 해석하고 있고,[11] FSIA §1605 (a)(5)(A)가 정한 '재량권 예외'에 관하여, '재량'이란 계획 또는 행동의 개시뿐만 아니라 계획을 수립하고 실행의 계획을 구체화함에 있어서 정책적인 결정과 판단의 여지가 있는 경우를 의미하는 것으로 해석하고 있다.[12]

10) (a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case—
(5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to—
(A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or
(B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights; or

11) Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp., 488 U.S. 428, 439(1989); Doe I v. State of Israel, 400 F. Supp. 2d 86, 108(D.D.C. 2005); O'Bryan v. Holy See, 556 F.3d 361, 382(6th Cir. 2009); Jerez v. Republic of Cuba, 775 F.3d. 419, 424(D.C. Cir. 2014).

12) Olsen by Sheldon v. Government of Mexico, 729 F.2d 641, 647(9th Cir. 1984).

(2) 일본의 「외국에 대한 민사재판권에 관한 법률」(外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律. 이하 '일본 법률'이라 한다)[13]

제3조 이 법률의 규정은 조약 또는 확립된 국제법규에 기초하여 외국 등이 향유하는 특권 또는 면제에 영향을 미치지 아니한다. 제10조 외국 등은 사람의 사망, 상해 또는 유체물의 멸실 또는 훼손이 해당 외국 등이 책임을 져야 하는 것으로 주장되는 행위에 의하여 발생한 경우, 해당 행위의 전부 또는 일부가 일본 내에서 이루어지고, 해당 행위를 한 자가 그 행위 시에 일본 내에 소재하고 있던 경우에는, 이로 인하여 발생한 손해 또는 손실의 금전에 의한 전보에 관한 재판 절차에 대해 재판권으로부터 면제되지 아니한다.

(3) 영국의 State Immunity Act 1978(이하 '영국 SIA'라 한다)[14]

1. 재판권으로부터의 일반적인 면제 외국은 이 법이 정한 경우를 제외하면 영국 내 법원의 재판권으로부터 면제된다. 법원은 외국이 문제된 소송절차에서 출석하지 아니한 경우에도 이 법에 의한 면제를 부여하여야 한다. 5. 인신상 손해 또는 재산상 손해 외국은, 영국 내에서 작위 또는 부작위에 의하여 발생한 (a) 사망 또는 인신 상해 또는 (b) 유체동산의 멸실 또는 손상에 관한 소송에서는 재판권이 면제되지 아니한다.

13) 第三条　この法律の規定は、条約又は確立された国際法規に基づき外国等が享有する特権又は免除に影響を及ぼすものではない。
第十条　外国等は、人の死亡若しくは傷害又は有体物の滅失若しくは毀損が、当該外国等が責任を負うべきものと主張される行為によって生じた場合において、当該行為の全部又は一部が日本国内で行われ、かつ、当該行為をした者が当該行為の時に日本国内に所在していたときは、これによって生じた損害又は損失の金銭によるてん補に関する裁判手続について、裁判権から免除されない。

14) 1. General immunity from jurisdiction.
(1) A State is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions of this Part of this Act.
(2) A court shall give effect to the immunity conferred by this section even though the State does not appear in the proceedings in question.
5. Personal injuries and damage to property.
A State is not immune as respects proceedings in respect of—
(a) death or personal injury; or
(b) damage to or loss of tangible property,caused by an act or omission in the United Kingdom.
16. Excluded matters.
(2) This Part of this Act does not apply to proceedings relating to anything done by or in relation to the armed forces of a State while present in the United Kingdom and, in particular, has effect subject to the M3Visiting Forces Act 1952.

16. 제외되는 사항 (2) 이 법은, 외국의 무장병력이 영국 내에 있는 동안 그들에 의하여 행해졌거나 그들과 관련된 소송에는 적용되지 아니하고, 특히 1952 Visiting Forces Act에서 정한 바에 따라 효력을 갖는다.

영국 법원은, SIA 제5조 "영국 내에서의 작위 또는 부작위에 의하여 발생한 사망 또는 인신 상해"(death or personal injury … caused by *an act or omission in the United Kingdom*)의 의미에 관하여, 미국 연방법원의 FSIA §1605 (a)(5)에 대한 해석과 동일하게, "인신 상해 등이 영국 영토 내에서 발생해야 한다"고 해석하고 있다.[15]

(4) 앞서 본 국가들 이외에, 자국 영토 내에서 이루어진 인신 또는 재산에 대한 외국의 불법행위에 관하여 국가 면제를 인정하지 아니하는 내용의 법률을 두고 있는 국가로는, 남아프리카 공화국, 캐나다, 호주, 싱가포르, 아르헨티나, 이스라엘, 파키스탄, 말라위 등이 있는데, 이들 국가의 법률 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관한 규정 내용은 대체로 영국 SIA 제5조와 유사하다.

9. 국가 면제에 관한 각국 법원의 판결

가. 제2차 세계대전 중 발생한 손해에 관한 이탈리아, 그리스 법원의 판결 및 국제사법재판소의 판결

(1) 이탈리아 법원의 페리니 판결

이탈리아 국적의 Luigi Ferrini는 1944. 8. 4. 독일군에 체포되어 독일의 군수공장에서 1945. 4. 20.까지 강제노역을 하였으나 전쟁포로의 지위를 인정받지 못하게 되자 1998년에 이탈리아 Arezzo 지방법원에 독일을 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였는데, 제1심 법원은 독일의 국가 면제 주장을 인정하여 소를 각하하였고, 항소심 법원도

15) Al-Adsani v. Government of Kuwaitand Others, 103 ILR 420.

원고 Ferrini의 항소를 기각하였다. 그러나 이탈리아 대법원은 2004. 3. 11. 강행규범을 위반하는 국제범죄에 해당하는 국가의 행위에는 국가 면제를 적용할 수 없다며 원심판결을 파기하였고, 이후 하급심 법원은 원고 승소 판결을 선고하였다(이하 '페리니 판결'이라 한다).

(2) 그리스 법원의 디스토모 판결

독일 점령군은 1944. 6. 10. 그리스 남부 디스토모(Distomo) 마을 인근에서 그리스 레지스탕스 전투원들의 습격으로 독일군 18명이 사망한 데에 대한 보복으로 디스토모 마을을 포위하고 여러 집을 돌아다니며 강간, 방화, 약탈을 하고 영아를 포함하여 218명의 주민을 잔혹하게 살해하였다. 그 희생자들의 유족 등 257명이 1995. 11. 27. 그리스 법원에 위와 같은 불법행위를 이유로 독일을 상대로 손해배상청구 소송을 제기하였고, 이에 대하여 그리스 법원은, 국제법상 강행규범에 위반한 불법행위는 주권적 행위로 볼 수 없고, 독일은 강행규범에 위반함으로써 묵시적으로 국가 면제를 포기하였다는 이유를 들어 독일의 국가 면제를 인정하지 아니하고, 독일에 대하여 약 3,000만 달러의 손해배상을 명하는 판결을 선고하였다(이하 '디스토모 판결'이라 한다).

(3) 이탈리아 법원의 디스토모 판결에 기초한 강제집행 승인 결정

디스토모 판결의 원고들은, 이탈리아 법원에 그리스 법원의 판결을 기초로 한 강제집행 승인신청을 하였고, 피렌체 항소법원은 2005. 5. 2. 그 판결의 집행을 승인하였으며, 이탈리아 대법원은 2008. 5. 6. 독일의 상고를 기각하였다. 디스토모 판결의 원고들은 2007. 6. 7. 피렌체 항소법원의 결정에 근거하여 이탈리아 내에 있는 독일 연방정부 소유 건물인 'Villa Vigoni'(양국 간의 문화교류용 센터)에 대하여 집행법적 조치를 하였다.

(4) ICJ 판결 – Germany v. Italy[16](이하 '이 사건 ICJ 판결'이라 한다)

독일 정부는 2008. 12. 23. 이탈리아 법원이 페리니 판결을 선고하고, 그리스 법원의 디스토모 판결에 기한 강제집행을 승인함으로써, 독일이 향유하는 국가 면제에 관한 국제법을 위반하였다고 주장하며 이탈리아를 국제사법재판소(International Court of Justice. 이하 'ICJ'라 한다)에 제소하였고, 이에 대하여 이탈리아는 독일군의 행위가 국가의 주권적 행위에 해당한다고 하더라도, ① 법정지국 영토 내에서 발생한 살인, 상해 또는 재산상 손해와 같은 불법행위(이하 '법정지국 영토 내 불법행위'라 한다)에 대하여는 국가 면제를 원용할 수 없고, ② 인권에 관한 국제 조약 등 강행법규를 심각하게 위반한 행위(이하 '강행법규 위반 행위'라 한다)에 대하여는 국가 면제를 주장할 수 없으며, ③ 원고들에게 다른 권리구제수단이 없어서, 독일을 상대로 이탈리아 법원에 손해배상청구 소송을 제기하는 것이 원고들의 최후의 권리구제수단(last resort)이 되므로 독일에 대하여 국가 면제가 인정되어서는 아니된다고 주장하였다.

ICJ는 2012. 2. 3. 재판관 15인 중 12대 3[17]으로, 이탈리아 법원이 국제 관습법에 따라 독일이 향유할 수 있었던 국가 면제를 부인하고 독일제국이 1943년부터 1945년까지 국제법을 위반하였음을 이유로 제기된 민사소송을 허용한 것은 이탈리아가 독일의 국가 면제의 특권을 존중할 의무를 위반하였다고 판단하였고, 또한 14대 1[18]로 이탈리아 법원이 독일제국이 그리스에서 국제법을 위반하였음을 이유로 한 그리스 법원의 판결

16) Jurisdictional Immunities of the State(Germany v. Italy : Greece intervening), Judgment, I.C.J. Rep. 2012, 99.
17) 다수의견(12) : Hisashi Owada, Peter Tomka, Abdul G. Koroma, Bruno Simma, Ronny Abraham, Kenneth Keith, Berenado Sepúlveda-Amor, Mohamed Bennouna, Leonid Skotnikov, Sir Christopher Greenwood, Xue Hanqin, Joan E. Donoghue.
반대의견(3) : Antônio Augusto Cançado Trindade, Abdulqawi Ahmed Yusuf, Giorgio Gaja.
18) 다수의견(14) : Hisashi Owada, Peter Tomka, Abdul G. Koroma, Bruno Simma, Ronny Abraham, Kenneth Keith, Berenado Sepúlveda-Amor, Mohamed Bennouna, Leonid Skotnikov, Sir Christopher Greenwood, Xue Hanqin, Joan E. Donoghue, Abdulqawi Ahmed Yusuf, Giorgio Gaja.
반대의견(1) : Antônio Augusto Cançado Trindade.

에 대하여 이탈리아 내에서 강제집행할 수 있음을 선언하고 독일 소유 재산에 대하여 집행법적 조치를 한 것은 이탈리아가 독일의 국가 면제 특권을 존중할 의무를 위반하였다고 판단하였는데, 이탈리아의 국가 면제에 관한 주장에 대한 다수의견의 요지는 다음과 같다.

㈎ 법정지국 영토 내 불법행위 예외 주장에 관하여, 위 사건에서의 쟁점을 '무력 분쟁 과정에 법정지국의 영토 내에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위'(acts committed on the territory of the forum State by the armed forces of a foreign State, and other organs of State working in co-operation with those armed forces, in the course of conducting an armed conflict. 이하 '무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위'라 한다)에 관하여 국가 면제가 인정되어야 하는지로 보고, 이 부분에 관한 개별 국가의 판결과 입법례 등을 광범위하게 검토한 다음 이탈리아의 주장이 개별 국가들의 입법 또는 판결례 등에 의하여 일반적인 관행에 이를 정도로 뒷받침되지 아니하고, 오히려 다수 국가의 법원은 무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 대하여 국가 면제를 인정하고 있음을 들어, 여전히 독일에게 국가 면제가 인정되어야 한다고 보아 이탈리아의 위 주장을 배척하였다.

㈏ 강행법규 위반 예외 주장에 관하여, 강행법규 위반으로 인한 중대한 인권 침해 여부는 필연적으로 본안 심리를 다한 이후에야 판단할 수 있는데, 국가 면제는 이러한 본안 심리에 이르기 이전의 소송 요건에 관한 선결적 문제이므로 이를 근거로 국가 면제를 인정하기 어렵고, 위반행위의 내용과 정도에 따라 국가 면제를 부인하는 개별 국가의 판결은 이탈리아 법원 판결이 거의 유일하고,[19] 나머지 대다수 국가 법원은 강행

19) 뒤에 9. 나. (1)항에서 보는 바와 같이, 그리스 법원은 당초 디스토모 판결에서 독일의 국가 면제를 부정하였으나, 이후 특별최고법원이 독일에게 국가 면제가 인정되어야 한다고 판단하여 그 입장을 번복하였다.

규범 위반이라는 이유로 국가 면제를 부정하지 아니하므로, 이탈리아가 주장하는 강행법규 위반으로 인한 국가 면제 예외에 관하여 일반적 관행에 이를 정도로 확립되었다고 볼 수 없다고 보아 이탈리아의 이 부분 주장을 배척하였다.

㈐ 최후 수단 주장에 관하여, 외국을 상대로 한 소송이 최후 수단인지 여부가 국가 면제를 인정할 것인지를 좌우하는 요소라고 볼 수 없다는 이유를 들어 이탈리아의 주장을 배척하면서, 피해자로서는 이탈리아 정부의 독일 정부와 외교적 협상에 의하여 권리 구제를 기대할 수 있을 것이라는 판단을 덧붙였다.

(5) 이 사건 ICJ 판결 이후의 진행 경과 – 이탈리아 의회의 이행 입법과 이에 대한 이탈리아 헌법재판소의 결정

㈎ 위 ICJ 판결 이후 이탈리아의 다수 하급심 법원들은 동종 사건에 대해 국가 면제의 원칙상 이탈리아 법원에 관할권이 없음을 이유로 소를 각하하였다. 그리고 이탈리아 의회는 2013. 1. 29. 이 사건 ICJ 판결의 사정 범위 내에 있는 사건들에 관하여 이탈리아 법원이 관할권을 거절하도록 하고, 그러한 사안에서 관할권을 인정한 판결을 재심리·재고하도록 하는 내용의 '2013년 제5호 법률'을 제정하였다.

㈏ 그러나 일부 하급심 법원에서는 오히려 이 사건 ICJ 판결과 이탈리아 의회가 제정한 위 '2013년 제5호 법률'이 이탈리아 헌법상 보장된 기본적 인권, 피해자들의 재산권 및 재판받을 권리 등을 침해하는 것이라는 이유를 들어, 위 법률에 대하여 이탈리아 헌법재판소에 위헌법률심사를 신청하였다.

㈐ 이탈리아 헌법재판소는 2014. 10. 22. 국가 면제에 관한 국제 관습법은 개인의 권리에 대한 부당한 침해를 막기 위하여 점차 국가 면제의 인정 범위를 주권적 행위로 제한하는 방향으로 발전하여 왔고, 이탈리아 헌법 제2조 및 제24조는 인간의 존엄성을

보장하고 이를 이탈리아 법질서의 최상위에 두고 있으며 재판을 받을 권리는 현대 민주사회에서 인정되는 주된 법리 중 하나임을 전제로, 독일군에 의한 납치 및 강제노역은 국제법상 강행규범(*jus cogens*)을 위반한 심각한 전쟁범죄에 해당하여 외국 국가의 전형적이고 실질적·기능적인 주권 행사라고 볼 수 없고, 이 사건 ICJ 판결의 국가 면제에 관한 법리 해석은 반인도적 범죄 및 기본적 인권 침해 피해자들의 재판을 받을 권리를 완전히 무효화하는 것이고, 반인도적 범죄에 관하여 결과적으로 사법적 구제를 부정하는 결과를 가져오게 되어 국가 면제가 정당화될 수 없다고 보아, 위 '2013년 제5호 법률'이 전쟁범죄 및 기본적 인권을 침해하는 반인도적 범죄에 해당하는 외국 국가의 행위에 대해 관할권을 부정하는 것은 위헌이라고 판단하였다.

나. 제2차 세계대전 중 손해에 관하여 독일을 상대로 한 소송에 대한 이탈리아 이외의 다른 나라 법원의 판결

(1) 그리스 법원은 당초 디스토모 판결에서 독일에 대한 국가 면제를 부인하였으나, 그리스 특별최고법원은 2002. 9. 17. 디스토모 판결과는 달리 외국 군대가 저지른 불법행위에 대해서는 소제기가 허용되지 않는다는 국제 관습법이 존재함을 근거로 독일은 어떠한 제한이나 예외 없이 국가 면제를 향유하므로 그리스 민사법원에서 불법행위를 이유로 제소당할 수 없다고 판단하였다.[20]

(2) 프랑스 법원은 일관되게 제2차 세계대전 중 프랑스를 점령한 독일군에 의하여 국외로 추방된 프랑스인이 독일을 상대로 제기한 손해배상청구 사건에서 독일에 대하여 국가 면제를 인정하였고,[21] 유럽인권재판소는, 프랑스 법원이 국제 관습법에 따라

20) Special Highest Court of Greece, Federal Republic of Germany v. Miltiadis Margellos, Case 6/17-9-2002, Decision of 17 September 2002, para. 14. 위 판결의 출처는 이 사건 ICJ 판결 133면에서 재인용하였고, 이하 각주 22)부터 24)까지 기재된 외국 판결의 출처도 동일하다.

21) No. 02-45961, 16 December 2003, Bull. civ., 2003, I, No. 258, p. 206.

독일에게 국가 면제를 인정한 것이 유럽 인권협약을 위반하지 아니하였다고 판단하였다.[22]

(3) 그밖에 슬로베니아 대법원, 폴란드 대법원, 벨기에 및 브라질의 하급심 법원도 제2차 세계대전 중 각국 영토 내에서 이루어진 독일군의 불법행위에 관하여 제기된 손해배상청구 사건에서 독일에 대하여 국가 면제를 인정하였다.[23]

[인정근거 : 갑 제1 내지 74호증의 각 기재, 이 법원의 외교부, 여성가족부에 대한 사실조회결과, 이 법원에 현저한 사실, 변론 전체의 취지]

II. 원고들의 주장 요지와 이 사건의 쟁점

1. 원고들의 주장 요지

가. 이 사건 피해자들은 1930년대 후반부터 1940년대 초반까지 어린 나이에 피고 군대와 조선총독부의 지시에 따라 경찰 또는 이들의 지시를 받은 자들로부터 취업을 빙자하여 기망 당하거나, 협박, 납치 등 자신의 의사에 반하는 불법적인 방법으로 위안부로 차출되어, 중국, 일본, 대만 또는 필리핀 등의 위안소에 배치되었고, 그 곳에서 자신의 의사에 반하여 피고 군인들과의 성관계를 강요당하는 등 성적 착취를 당하였으며, 이로 인하여 외상, 불임·성병 등 신체적 손상과 극심한 정신적 고통을 입었을 뿐만 아니라 인간으로서 존엄과 가치가 파괴되었다. 그리고 피고의 패전 이후 국내에 돌아온 이후 현재까지도 사회적 편견 등으로 인하여 감내하기 힘든 육체적, 정신적 고통 속에 살아야만 했다.

22) Grosz v. France (Application No. 14717/06, Decision of 16 June 2009.

23) 슬로베니아 대법원 판결(Case No. Up-13/99, Judgment of 8 March 2001), 폴란드 대법원 판결(Natoniewski v. Federal Republic of Germany(Judgment of 29 October 2010, Polish Yearbook of International Law, Vol. XXX, 2010 p. 299)), 벨기에 법원 판결(Judgment of the Court of First Instance of Ghent in 2000 in Botelberghe v. German State), 브라질 법원 판결((Barreto v. Federal Republic of Germany, Federal Court, Rio de Janeiro, Judgment of 9 July 2008).

이러한 피고의 행위는 「육전의 법 및 관습에 관한 규약」, 「1926. 9. 25. 노예 협약」, 「강제노동협약」, 「성매매금지협정」, 「여성과 아동 인신매매 금지 조약」 등의 국제조약 위반일 뿐만 아니라 인도에 반한 죄에도 해당하고, 당시 시행 중이던 일본 형법에 의하더라도 명백한 범죄행위에 해당하므로, 민법상 불법행위가 성립한다고 보아야 한다. 따라서 피고는 이 사건 피해자 본인인 원고들 또는 그 권리를 승계한 나머지 원고들에게 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다.

나. 이 사건에 관하여 다음과 같은 이유에서 피고에게 국가 면제가 인정되어서는 아니되므로, 이 사건의 피고에 대한 대한민국 법원의 재판권이 인정되어야 한다.

(1) 기존의 제한적 면제론에 의하더라도 국가 면제가 인정되어서는 아니된다는 주장

피고의 행위는 국제법의 최고 규범에 해당하는 강행규범을 위반한 반인도적인 행위로서 도저히 그 자체를 국가의 '주권적 행위'라고 볼 수 없으므로, 주권적 행위에 대하여만 국가 면제를 인정하는 이른바 제한적 면제론을 취한 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결의 법리에 따르더라도 피고에 대하여 국가 면제가 인정될 수 없다.

그리고 대법원 97다39216 판결에 의하더라도 외국의 비주권적 행위에 대하여는 국가 면제가 인정되지 않는데, 피고 소속 법원의 판결에 의하면, 피고의 행위는 적어도 피고와 위안소 경영에 관하여 계약을 체결한 민간업자와의 공동불법행위에 해당한다는 것이므로, 이러한 피고의 행위는 이른바 '상업적 행위'로서 주권적 행위에 해당하지 아니하므로, 피고에 대하여 국가 면제가 인정될 수 없다.

(2) 대한민국 헌법 질서에 부합하지 아니하므로 이 사건에 적용될 재판규범이 될

수 없다는 주장

국가 면제에 관한 국제 관습법은 불변의 가치가 아니라 시대에 따라 달라질 수 있는 상대적인 것으로서, UN 국가면제협약 제12조, 미국 FSIA §1605 (a)(5), 일본 법률 제10조, 영국 SIA 제5조는 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 외국에 대하여 국가 면제를 인정하지 아니하고 있고, 이탈리아 법원의 페리니 판결, 그리스 법원의 디스토모 판결 및 미국 연방법원의 Letelier v. Chile 판결 등과 같이 강행법규 위반에 관하여 국가 면제를 인정하지 아니하는 국가 실행이 증가하고 있으므로, 국가의 주권적 행위는 당연히 국가 면제가 인정되어야 한다는 관행이 과거와 같이 공고하다고 보기 어렵다.

국제 관습법이 이 사건에 적용될 재판규범이 되기 위하여는 대한민국 헌법 질서에 부합하여야 하는데, 위안부 피해자들이 일본과 미국 법원에서 피고를 상대로 제기한 소송은 모두 패소 확정되어, 대한민국 이외의 법원을 통한 원고들의 권리 구제 가능성이 봉쇄된 상황에서, 이 사건에 관하여 피고에 대하여 국가 면제를 인정하여 원고들의 이 사건 소를 각하하는 것은 원고들에 대한 최후의 권리 구제 수단을 거부하는 것으로서, 원고들의 재판청구권과 인간으로서의 존엄성을 침해하는 결과를 초래한다.

그리고 2015. 12. 28. 한·일 합의는 대한민국과 피고 사이의 공식적인 조약이 아닌 정치적 합의에 불과할 뿐만 아니라 그 성립 과정에서 피해자들의 의사를 제대로 반영하지 못하는 등 중대한 실체적, 절차적 하자가 있고, 피고는 위 합의 이후에도 여전히 위안부 문제는 1965년에 이루어진 청구권협정에 의하여 해결되었다는 기존의 입장을 고수하고 있다. 그럼에도 대한민국 외교부는 2015. 12. 28. 한·일 합의가 양국 사이의 '공식적인 합의'라는 입장을 취함으로써 원고들에 대한 대한민국 정부의 외교적 보호권 행사를 기대할 수도 없는 상황이므로, 만약 이 사건에서 피고에 대하여 국가 면제

를 인정하여 이 사건 소를 각하하는 것은 원고들의 권리 구제 가능성을 봉쇄하는 것이 된다.

따라서 기존의 제한적 면제론에 따른 국제 관습법을 적용하여 이 사건 청구를 각하하는 것은 원고들의 헌법상 재판청구권과 인간으로서의 존엄과 가치를 현저히 침해하는 것으로서 대한민국 헌법에 반하므로 허용되지 아니한다.

(3) 국제법상 상호주의(reciprocity)에 따라 피고에 대한 국가 면제가 인정되어서는 아니된다는 주장

피고는 일본 법률 제10조에서 사망 또는 상해 등 인신 손해를 초래한 외국의 행위 전부 또는 일부가 일본 영토 내에서 이루어진 경우 그 손해배상청구 소송에 관하여 외국에 국가 면제를 인정하지 아니하고 있어서, 만약 대한민국이 피고 영토 내에서 불법행위를 하였다면 대한민국은 일본 법률에 따라 피고 법원으로부터 국가 면제를 인정받을 수 없을 것이므로, 그 반대의 경우에 해당하는 이 사건에서 피고에 대하여 국가 면제를 인정하는 것은 국제법상 일반적으로 인정되는 '상호주의 원칙'에 반하는 것으로서 허용되어서는 아니된다.

2. 이 사건의 쟁점

가. 이 사건은 대한민국 국민인 원고들이 피고라는 外國을 상대로 하여 대한민국 법원에 불법행위 등을 원인으로 손해배상청구를 하는 사건이다. 대한민국의 주권 중 사법권은 헌법 제101조 제1항에 의하여 법원에 속하는데, 이러한 사법권도 입법권·행정권 등 다른 주권과 마찬가지로 영토고권의 원칙에 따라 대한민국의 영토인 한반도와 그 부속도서(헌법 제3조)에 미치고, 대한민국의 영토 밖의 다른 주권국가에 대하여 미치지 아니함이 원칙이다.

다만 헌법 제6조 제1항은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가지므로, 만약 대한민국과 피고 사이에 대한민국 법원이 피고에 대하여 민사 재판권을 행사할 수 있다는 내용의 조약이 체결되었다거나 또는 피고에 대한 재판권 행사를 가능케 하는 '일반적으로 승인된 국제법규'로서의 국제 관습법이 존재한다면 그 범위에서 피고에 대한 소가 적법해질 수 있다.

그리고 민사소송에서 피고에 대한 대인적 재판권의 존부는 소의 적법 요건으로서 직권조사사항이므로, 설령 피고가 응소하지 아니하여 재판권 흠결 주장을 하지 아니하였다 하더라도 법원으로서는 대인적 재판권의 존부를 심리·판단하여야 하고, 그 결과 대인적 재판권이 인정되지 아니한다면 그 소는 각하될 수밖에 없다.

나. 대한민국은 법원의 외국을 상대로 한 민사 재판권 행사에 있어서 국가 면제의 범위에 관한 법률을 제정한 바 없고, 또한 대한민국과 피고 사이에 상호간의 민사 재판권 인정 여부에 관한 조약도 체결된 바 없으므로, 이 사건에서 피고에 대한 국가 면제 인정 여부는 오로지 '국제 관습법'에 따라 판단되어야 한다.

다. 이하에서는 본안 판단에 앞서서 이 사건 소의 적법 여부, 즉 현재 국가 면제에 관한 국제 관습법에 따라 피고에 대하여 국가 면제가 인정되어야 하는지를 판단하기로 한다.

원고들의 당초 주장은, 앞서 본 이 사건 ICJ 판결에서 이탈리아의 주장과 같이 '법정지국 영토 내 불법행위', '강행법규 위반 행위'에 관하여는 더 이상 국가 면제가 인정되지 아니하는 것으로 국제 관습법이 변경되었음을 전제로 한 주장이 포함되었다고 볼 여지가 있었다. 그러나 원고들은 2021. 3. 24. 이 사건 제8회 변론기일에서, 국가 면제에 관한 원고들의 주장 취지는 국가 면제에 관한 국제 관습법이 변경되었다는 것이

아니라 대법원 97다39216 판결에서 선언한 '제한적 면제론'이 국가 면제에 관한 국제 관습법임을 전제로, 이를 이 사건에서 적용하는 것은 대한민국 헌법과 국제 관습법상 인정되는 사법에의 접근권을 침해하는 것으로서 허용되어서는 아니된다는 것이라고 진술하였으므로, 원고들이 피고에 대한 국가 면제가 부정되어야 한다고 주장하는 근거가, 국가 면제에 관한 국제 관습법이 영토 내 불법행위 또는 강행법규 위반으로 인한 중대한 인권 침해 등 새로운 예외를 인정하는 것으로 변경되었다는 것이 아니라 기존의 제한적 면제론이 국가 면제에 관한 국제 관습법임을 전제로 주장하는 것임을 밝힌 바 있다.

그러나 국가 면제 인정 여부는 소송요건으로서 직권조사사항이고, 그 판단을 위한 근거로서의 국제 관습법도 국내 법률과 동일한 효력을 갖는 '규범'이어서, 법원이 당사자들의 주장에 구속되지 아니하고, 그 권한에 따라 '합리적이라고 판단하는 방법'에 의하여 국제 관습법의 내용을 조사하여야 한다(대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결 등 참조). 따라서 원고들이 국가 면제에 관하여 기존의 국제 관습법의 변경을 전제로 새로운 예외에 관한 주장을 명시적으로 하지 아니한다 하더라도, 현재 국가 면제에 관한 국제 관습법의 내용이 무엇인지를 살피는 것은 이 사건에 적용될 규범을 확인하는 의미가 있을 뿐만 아니라 이후 원고들의 주장, 즉 이러한 국제 관습법이 대한민국 헌법질서에 부합하지 아니한다는 주장의 당부를 판단하기 위한 전제가 되므로, 이 사건의 해결에 필요한 범위 내에서 현재 국가 면제에 관한 국제 관습법의 내용을 살피고, 개별 쟁점에 관하여 원고들이 주장을 개진한 부분에 관하여는 현재 국제 관습법의 내용을 밝힘에 필요한 범위 내에서 판단하기로 한다.

이를 위하여 아래 III. 1.항에서는, 국가 면제에 관한 국제 관습법의 역사적, 현실적

배경과 국제 관습법의 성립·변경을 위한 요건이 어떠한지에 관하여 살피고, III. 2.항에서, 현재 국가 면제에 관한 국제 관습법의 내용에 관하여 살핀 다음, III. 3.항 이하에서는 이 법원이 판단한 현재의 국가 면제에 관한 국제 관습법의 내용을 전제로, 원고들의 주장의 당부에 관하여 살피기로 한다.

III. 이 사건 소의 적법 여부에 관한 판단

1. 국가 면제에 관한 국제 관습법의 淵源과 국제 관습법 성립·변경의 요건에 관하여

가. 국가 면제의 의미와 그 이론적·현실적 배경

(1) 국가 면제의 법리는 역사적으로, 외국의 행위에 관하여는 그 행위가 주권적·권력적·공법적(*acta jure imperii*)인지, 비주권적·비권력적·사법적(*acta jure gestionis*)인지를 묻지 아니하고 다른 국가의 법원이 재판권을 행사할 수 없다는 절대적 면제에서, 외국의 행위 중 비주권적 행위에 관하여는 국가 면제가 인정되지 아니한다는 제한적 면제의 법리로 발전하였다(이하 외국의 비주권적 행위에 대하여만 국가 면제의 예외를 인정하는 법리를 '제한적 면제론'이라 한다).

1812년 미국 연방대법원은 국가 면제가 일반적으로 승인된 국제 관습법에 따른 것임을 선언하여 절대적 면제론을 취하였고,[24] 19세기 중반부터 벨기에, 이탈리아, 그리스 등의 법원에서 제한적 면제론에 입각한 판결들이 선고되기 시작하였으나, 제2차 세계대전 무렵까지도 영국, 폴란드 등의 법원에서는 절대적 면제론에 입각한 판결이 선고되다가, 제2차 세계대전 이후 영국과 미국 등 다른 국가의 법원들이 '제한적 면제론'을 채택함에 따라 제한적 면제론이 국제 사회에서 일반적인 관행으로 받아들여지게 되

24) The Schooner Exchange v. M'Faddon 11 U.S. 116, 137(1812).

었다.

(2) 국제 관습법상 국가 면제가 인정되는 근거로는, ① 각 국가는 독립적으로 주권을 가질 뿐만 아니라 각국의 주권은 평등하므로, 어느 한 국가가 동등한 주권을 가진 다른 국가에 대하여 재판권을 행사할 수 없다는 것, ② 법정지국 영토 내에 위치한 외국의 재산에 관하여는 「외교관계에 대한 비엔나협약」 제22조 제2호 등에 따라 강제집행이 불가능한 경우가 많고, 해당 외국 영토에 위치한 재산에 관하여는 그 외국 법원에 의한 판결 승인 절차를 거쳐야만 집행이 가능하므로, 설령 외국을 상대로 금전 지급을 명하는 이행판결이 확정되어 원고들이 집행권원을 확보하였다 하더라도, 그러한 판결에서 인정된 권리의 종국적인 만족을 위한 강제집행이 사실상 불가능하다는 것, ③ 외국과의 우호적인 관계를 유지하고 문제된 사안에 대한 외교적 협상을 촉진하기 위한 것 등이 제시되고 있는데, 그 인정 근거와 무관하게 국가 면제는 단순히 외국과의 원만한 관계를 위한 '국제 예양'(international comity)의 차원을 넘어서, 구속력 있는 국제 관습법으로 인정되어 왔다.

(3) 대한민국의 판례는, 대법원 1975. 5. 23.자 74마281 결정에서 "국가는 국제관례상 외국의 재판권에 복종하지 않게 되어 있으므로 특히 조약에 의하여 예외로 된 경우나 스스로 외교상의 특권을 포기하는 경우를 제외하고는 외국 국가를 피고로 하여 우리나라가 재판권을 행사할 수 없[다]"라고 하여 '절대적 면제론'의 입장에 섰다가, 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결은, 미국 국방부 산하기관에서 근무하다가 해고된 원고가 미국을 상대로 해고 무효확인과 복직시까지 임금 지급을 구한 사안에서, 기존의 판례를 변경하고 제한적 면제론의 법리를 채택하여, "국제 관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것

이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다"고 판단하였다.

그리고 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다16766 판결은, 97다39216 전원합의체 판결의 법리에 따라 외국의 사법적 행위를 원인으로 하여 발생한 채권에 관하여 해당 국가를 피고로 하여 재판권을 행사할 수 있다 하더라도, 해당 국가를 제3채무자로 한 압류 및 추심명령에 관하여는, 해당 국가가 우리나라 법원의 압류 등 강제조치에 대하여 명시적으로 동의하였거나 또는 재판권 면제 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우 등에 한하여 해당 국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령을 발령할 재판권을 가진다고 하였고, 대법원 2017. 11. 14. 선고 2016다264174 판결은, 미군정청이 1946. 2.경 북위 38°선 이남 조선 내 자연인과 법인이 소유·점유하고 있는 일본은행권 또는 대만은행권을 1946. 3. 2.부터 1946. 3. 7.까지 미군정청이 지정한 7개 금융기관에 예치할 것을 명하고 예입 후에는 인출 및 거래를 금지하는 것을 내용으로 하는 군정법령을 제정하여 시행한 행위는, 미국의 주권적 행위로서 이에 대한 우리나라 법원의 재판권이 존재하지 아니한다고 보아, 미국을 상대로 위 군정법령의 시행으로 인한 재산상 손해배상을 청구한 소를 각하한 원심의 판단을 수긍하였다(대법원 2018. 10. 11.자 2018다245528 판결, 대법원 2019. 4. 5.자 2018다301541 판결도 동일하다).

이와 같이 대법원은 97다39216 전원합의체 판결 선고 이후, 외국의 비주권적 행위에

대하여는 대한민국 법원의 재판권을 인정하면서, 외국의 주권적 행위에 대하여는 재판권을 부정하는 제한적 면제론을 현재까지도 그대로 유지하고 있고, 헌법재판소의 입장도 다르지 아니하다(헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2016헌바388 결정 등).

나. 국제 관습법의 성립 및 변경에 관한 법리

(1) 국제법 질서는 독립된 주권국가들로 이루어진 국제 사회를 규율하는 법질서로서, 국내법과 달리 각국의 이해관계의 차이로 인하여 통일된 성문 규범을 제정하기 어렵고, 또한 규범 위반에 대한 제재를 포함하여 규범을 실효적으로 집행할 수 있는 권위를 가진 기관이 존재하지 아니하는 특수성이 있다. 이러한 특수성으로 인하여 국제법 영역에서는 성문화되지는 아니하였지만, 국제 사회에서 일반적으로 통용되는 '국제 관습법'이 법원(法源)으로서 중요한 기능을 수행하는데, Statute of the International Court of Justice(이하 'ICJ 규정'이라 한다) 제38조 제1항[25] b는 '규범으로 받아들여진 일반적인 실행의 증거로서 국제 관습'(international custom, as evidence of a general practice accepted as law)을 국제법의 법원(法源) 중 하나로 정하고 있고, 이러한 '국제 관습법'이 성립하기 위하여는 국가의 일반 관행의 존재(general practice of states)와 법적 확신(*opinio juris*)이 요구된다고 해석되고 있다.

(2) 여기에서 '관행'은 개별 국가의 실행에 의하여 형성되고, 그러한 국가 실행의 내용으로는 개별 국가의 입법, 국내 법원의 판결 및 외교적인 성명 등을 들 수 있고, 국제기구의 결의도 국가 실행의 내용으로 고려될 수 있다.[26] 이러한 국가의 실행이 '일반

25) 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
c. the general principles of law recognized by civilized nations;
d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

적인 관행'이 되기 위하여는 그러한 관행이 항상적이고 통일적일 것(constant and uniform)을 요하고, 여기에서 '통일적'이라는 것은 하나의 국가 차원뿐만 아니라 여러 국가간 차원에서도 통일되어야 한다. 그리고 그러한 관행이 '일반적'인 관행이 되기 위하여는 '국가관행상 일반적으로 채택되는 정도', 또는 '일반적인 차원에서 광범위한 참여'가 인정되어야 하는데, 국제사법재판소(International Court of Justice. 이하 'ICJ'라 한다)는 "국제 관습법이 규범으로서 확립되기 위하여 그에 상응하는 관행이 절대적으로 엄격하게 준수되어야 한다고 볼 수 없고, 그러한 국제 관습법의 존재를 추론하기 위하여 국가들의 행위가 일반적으로 그러한 규칙과 양립할 수 있는 것으로 충분하며, 그 규칙과 양립하지 않는 국가행위는 새로운 규칙의 징표로서가 아니라 일반적으로 그 규칙에 대한 위반으로 간주된다. 만약 한 국가가 승인된 규칙과 일견 양립하지 않는 방식으로 행동하면서 그 규칙 자체에 포함된 예외 또는 정당한 것으로 항변함으로써 합리화하려 한다면, 그 국가의 행위가 그러한 기초 위에서 사실상 정당화될 수 있는지 여부에 관계없이 그러한 태도는 그와 같은 규칙의 존립 기반을 약화시킨다기보다는 오히려 그러한 규칙이 국제 관습법으로 존재함을 확인하는 것이다"라고 판단한 바 있다.[27]

(3) 그리고 '법적 확신'(*opinio juris*)이란, 앞서 본 바와 같이 형성된 관행에 관하여 개별 국가들이 이를 법적으로 따라야 하는 것으로 인식하는 것을 의미한다. ICJ는 "(개별 국가들의) 행위는 확립된 관행의 정도에 이르러야할 뿐만 아니라 그러한 국가 실행은 그러한 규칙을 준수할 것이 요구된다는 신념의 증거로서 행해져야 한다"라고 판단하였다.[28]

26) Fisheries Jurisdiction(Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, 3면.
27) Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J. Rep. 1986, 98면.

(4) 이와 같이 개별 국가의 실행에 의하여 형성된 일반적인 관행이 법적 확신을 얻게 되어 국제 관습법으로 성립하면, 그러한 관행에 동의하지 아니하는 국가라 하더라도 이미 성립된 국제 관습법에 구속된다. 그리고 일부 국가에 의하여 이러한 국제 관습법과 일부 다른 내용의 국가 실행이 존재한다 하더라도, 그러한 기존의 국제 관습법과 다른 내용의 국가 실행이 일반적인 관행으로 자리 잡고, 법적 확신을 얻게 되어 기존의 국제 관습법을 대체하기 이전까지는 기존의 국제 관습법의 구속력이 당연히 배제된다고 볼 수도 없다.

다. 국가 면제에 관한 새로운 예외가 국제 관습법으로 인정되기 위한 요건

(1) 앞서 본 바와 같이, 국가 면제에 관한 국제 관습법은 당초 외국의 행위가 주권적인지, 비주권적인지를 묻지 아니하고 일반적으로 인정되었다가, '비주권적 행위'에 관하여 예외를 인정하는 방향으로 발전하였고, 대법원도 1998년경에 이르러 이러한 국제 관습법의 변경을 반영하여 '제한적 면제론'이 헌법 제6조 제1항에서 정한 '일반적으로 승인된 국제 법규'임을 규범적으로 확인하는 의미에서 97다39216 전원합의체 판결을 선고하였다.

(2) 만약 국가 면제에 관한 국제 관습법이 기존의 제한적 면제론에서 인정되지 아니하던 새로운 예외, 예컨대 이 사건 ICJ 판결에서 이탈리아의 주장과 같이 법정지국 영토 내 불법행위의 예외, 강행법규 위반행위의 예외 등이 인정되는 것으로 변경되었다면, 논리적으로 이러한 영역에 대하여 국가 면제를 인정하던 기존의 국제 관습법이 '폐지'되고, 국가 면제의 예외를 인정하는 새로운 국제 관습법이 '성립'되었음을 의미하는데, 이를 위하여는 앞서 본 국제 관습법 성립·변경에 관한 법리에서 본 바와 같이,

28) 같은 판결, 3면.

국가 면제의 새로운 예외가 인정되었음이 개별 국가의 입법 또는 판결 등 국가 실행에 의하여 '일반적인 관행'에 이를 정도로 뒷받침되어야 하고, 이에 대한 '법적 확신'이 수반된다는 사정까지 인정되어야 한다.

(3) 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 적용되는 준거법으로서의 외국법은 사실이 아니라 '법'이기는 하나(대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결, 대법원 2019. 12. 24. 선고 2016다222712 판결 등 참조), 이 사건에서 문제된 '국제 관습법' 자체가 아니라 이를 구성하는 국가 실행의 구성 요소로서의 외국의 입법 등은 국제 관습법의 성립 요건으로서 '일반적인 관행'을 뒷받침하는 '사실'에 해당한다고 보아야 하므로, 이러한 외국 법률의 해석에 있어서는 이 법원이 독자적인 해석을 하기보다는 그 나라 법원 등의 해석을 존중하여야 할 필요성이 더욱 크다고 보아야 한다.

이러한 전제 하에, 국가 면제에 관한 현재 유효한 국제 관습법이 어떠한지에 관하여 항을 바꾸어 살핀다.

2. 국가 면제에 관하여 현재 유효한 국제 관습법에 관하여

가. 논의의 범위

이 사건에서 원고들이 주장하는 피고의 불법행위는, 대한민국 영토 내에서, 피고 소속 경찰 또는 이들의 지시를 받은 자들에 의한 취업 빙자 사기·협박·납치 등 위법한 방법으로 이 사건 피해자들을 위안부로 차출하고, 대한민국 영토 밖인 중국·일본·대만 또는 필리핀 등에 피고 군대가 설치한 위안소에서 그 의사에 반하여 성관계를 강요하였다는 것이다.

그 중 위안부 차출 행위 부분은, 대한민국 영토 내에서 이루어진 것일 뿐만 아니라 피고가 중·일전쟁, 태평양 전쟁 등을 수행하던 1930년대 후반부터 1940년대 초반에

걸쳐서, 피고 군대의 요청에 따라 조선총독부에 의하여 이루어진 것이므로,[29] '법정지국 영토 내 불법행위'에 해당할 뿐만 아니라 그 중 이 사건 ICJ 판결 다수의견에서 국가 면제가 인정되는 것으로 판단한 '법정지국의 영토 내에서 무력 분쟁 과정에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위'[30]에도 해당하는지가 문제된다. 그리고 이러한 피고의 행위는 인권 관련 국제 조약을 위반한 행위로서 위안부 피해자들의 기본적인 인권을 침해하는 것으로 볼 수 있으므로, 이 사건 ICJ 판결에서 이탈리아가 주장하였던, '강행법규 위반 행위'에 관하여 국가 면제가 인정되는지 여부도 문제될 수 있다.

이하에서는, 먼저 이 사건이 이 사건 ICJ 판결의 다수의견이 국가 면제가 인정된다고 판단한 '무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위'의 요건을 충족하는지를 살피고, 다음으로 '법정지국 영토 내 불법행위' 또는 '강행법규 위반으로 인한 심각한 인권 침해 행위'에 해당하면 그 행위가 주권적 행위라 하더라도 국가 면제의 예외가 인정되는지에 관하여 현재의 국제 관습법이 어떠한지를 살피기로 한다.

나. 이 사건 ICJ 판결 다수의견이 국가 면제가 인정되는 것으로 판단한 '무력 분쟁 중 법정지국 영토 내에서 이루어진 불법행위'의 요건을 충족하는지 여부에 관하여

(1) 이 사건 ICJ 판결의 다수의견은, '법정지국의 영토 내에서 무력 분쟁 과정에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위'에 대하여는 여전히 국가 면제가 인정된다고 판단하였다. 이러한 이 사건 ICJ 판결의 다수의견은

29) 원고들 2020. 3. 30.자 준비서면(3) 10면에서, 원고들은 "일본이나 식민지였던 조선, 대만에서는 점령지의 일본군과 일본 육군성 등의 요청에 따라 총독부가 각 도에 동원할 위안부의 수를 배당하면 경찰이나 관에서 여성을 동원하거나 경찰이 모집업자를 선정하여 여성을 동원하는등 주로 행정체계(관 알선, 경찰의 개입 등) 또는 지역 조직(보국대 등), 모집업자 등을 이용한 동원이 이루어졌다"고 밝히고 있다.

30) acts committed on the territory of the forum State by the armed forces of a foreign State, and other organs of State working in co-operation with those armed forces, in the course of conducting an armed conflict.

최근에 이루어진 판결로서 현재까지 각국의 입법 및 판결 등 국가 면제에 관한 국제 관습법을 충분히 반영하고 있다고 판단되므로, 이 법원도 위 판결의 다수의견의 법리를 현재의 국제 관습법으로 보아 이 사건에서 피고에 대한 국가 면제 인정 여부를 판단하기 위한 기준으로 삼기로 한다.

(2) 이 사건에서 원고들이 주장하는 피고의 불법행위 중 위안소에서 성관계를 강요한 행위는 대한민국 영토 밖에서 이루어진 행위이나, 위안부 차출행위는 대한민국 영토 내에서 이루어진 것이므로, 이 부분이 이 사건 ICJ 판결의 다수의견에서 판단한 '무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위'에 해당하는지에 관하여 살핀다.

㈎ 원고들의 주장에 의하더라도, 이 사건 피해자들은 피고 군대의 요청에 따라 조선총독부가 경찰 등 행정체계를 동원하여 이 사건 피해자들을 위안부로 차출하였다는 것이므로, 이러한 행위는 이 사건 ICJ 판결 다수의견이 밝히고 있는 '외국의 군대와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위'(acts committed … by … *the other organs of State working in co-operation with the armed forces* [of a foreign State])에 해당한다.

㈏ 이러한 피고의 행위가 이루어진 시기는 1930년대 후반부터 1940년대 초반으로서, 그 시점은 일본이 1931년 만주사변을 일으킨 다음 중·일전쟁에 이어 전선을 태평양 전선으로 확대하던 시기였고, 이 사건 피해자들을 위안부로 차출한 목적은 이들로 하여금 위안소에서 피고 소속 군인들과 성관계를 갖도록 함으로써 병사들의 성욕 해소 또는 성병의 감염 방지와 같이 피고 군대의 전투력 보존을 위한 군사적인 목적에서 이루어진 것이었으므로, 그 행위의 시기와 목적 등에 비추어 위 법리가 제시하는 '무력 분쟁 과정에서 이루어진 행위'(acts committed … *in the course of conducting an armed*

conflict)에 해당한다.

그리고 당시는 한반도가 피고의 식민지였으므로, 이러한 피고의 행위가 '대한민국 영토 내'에서 이루어진 행위인지에 관하여 의문이 제기될 수 있으나, 당시 피고가 한반도를 점령한 것은 불법적인 식민 지배로 보아야 하므로(대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결 참조), 피고의 위안부 차출행위는 피고의 일시적인 불법 점령 상태에 있었던 대한민국 영토 내에서 이루어진 것으로서, 위 법리가 제시한 '법정지국 영토 내에서 이루어진 행위'(acts committed *on the territory of the forum State* …)에도 해당한다.

㈐ 원고들은 이에 대하여, 당시 대한민국은 피고와 무력 분쟁을 벌인 교전 상대국이 아니었고, 당시 중·일전쟁과 태평양 전쟁의 전선에서 한반도는 제외되어 한반도 내에서 현실적으로 교전이 이루어지지도 아니하였으므로, 이 사건 ICJ 판결 다수의견의 법리가 이 사건에 적용될 수 없다는 취지로 주장한다.

① 먼저 원고들 주장의 당부를 판단하기 위한 전제로서, ICJ 판결 다수의견에서 무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 여전히 국가 면제를 인정하는 취지가 무엇인지에 관하여 살핀다.

이 사건 ICJ 판결에서는 UN 국가면제협약 및 대부분 개별 국가의 입법 내용에서 명시적으로 '무력 분쟁 상황'에 관한 예외를 정하고 있지 아니함에도 각국의 판결 등을 기초로 무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 국가 면제가 인정되어야 한다고 판단하였는데, 그 취지는 단순히 무력 분쟁 중에는 '예측 불가능한 손해 발생'이 예정되어 있기 때문만이 아니라, ⓐ 무력 분쟁은 한 국가가 다른 국가에 대하여, 자국의 이익 또는 주장을 관철하기 위한 수단으로 군대의 무력을 사용하는 것으로서, 국

가의 행위 중 주권 행사로서의 성격이 가장 강한 행위 중 하나이므로, 국가 면제의 이론적 근거 중 각국의 주권 존중의 요청이 가장 강하게 요구되는 영역으로 보아야 하고, ⓑ 무력 분쟁이 발생하게 되면, 관련 국가들에 대한 국제법적 규율에 있어서 평시 국제법이 아니라 '전시 국제법'이 적용되므로, 무력 분쟁 과정에서 발생한 인신 손해를 포함한 손해배상의 문제도 전시 국제법에 의하여 규율되어야 함을 반영한 것으로 보아야 한다.

이와 같이 무력 분쟁 상황에서 적용되는 '전시 국제법'으로는 「육전의 법 및 관습에 관한 협약」(Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land, 이하 '헤이그 육전협약'이라 한다), 「전시 민간인 보호에 관한 제네바 협약(Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. 이하 '제네바 협약'이라 한다) 등이 있는데, 헤이그 육전협약 제3조는 "부속서상의 의무를 위반한 교전 당사자는 손해를 배상하여야 한다. 교전 당사자는 개별전투원의 모든 행위에 대하여 책임을 부담한다"고 규정하고,[31] 그 부속서 제46조는 "가족의 명예와 권리는 존중되어야 한다"고 규정하고 있기는 하다.

그런데 교전 당사자의 배상의무를 정한 헤이그 육전협약 제3조를 포함한 헤이그 육전협약 또는 제네바 협약에 관하여, "협약에서 행위에 관한 실체법적인 규율만을 하고, 일정한 위반행위에 대한 배상이 이루어져야 한다는 내용을 정한 것만으로 당연히 그러한 협약으로부터 개인의 청구권이 발생하는 것은 아니다"라고 해석되고 있다.[32]

31) A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.

32) "These conventions, however, only set forth substantive rules of conduct and state that compensation shall be paid for certain wrongs. They do not create private rights of action for foreign corporations to recover compensation from foreign states in United States courts." Argentine Rep. v. Amerada Hess, 488 U.S. 428, 442(1989); Hugo Princz v. Germany 26 F.3d 1166, 1175(D.C.Cir. 1994).

이러한 해석은 무력 분쟁 중에 발생한 손해배상 등의 문제에 관하여, 피해자 개인이 그러한 손해를 야기한 국가를 상대로 제기한 개별적인 소송에 의하지 아니하고 관련 국가들 사이의 일괄 협정에 의하여 해결될 것을 예정하고 있다고 보아야 하고,[33] 실제로 앞서 본 바와 같이 제2차 세계대전 중 독일에 의하여 발생한 손해배상의 문제는 독일과 각국 사이의 협정에 의하여 해결되었으며, 대다수 국가의 법원은 자국민이 독일을 상대로 하여 제기한 손해배상청구 소송에서 독일에 대한 국가 면제를 인정하였다. 이 사건 ICJ 판결 다수의견에서 '무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위'에 관하여 국가 면제를 인정한 것도, 이러한 행위에 관하여는 위 협약이 예정한 바와 같이 피해자들의 소송 등 개별적인 권리구제절차가 아니라 관련 국가들 사이의 협의에 의하여 해결되어야 한다는 취지가 반영된 것으로 봄이 타당하다.

그리고 1949. 8. 2. 체결된 제네바 협약 제4조는 "본 협약에 의하여 보호되는 자는, 무력 분쟁 또는 점령의 경우에 있어서 특정 시점에 그 형식의 여하에 관계없이 충돌 당사국 또는 점령국의 권력 내에 있는 자로서 동 충돌 당사국 또는 점령국의 국민이 아닌 자이다"라고 규정하고, 적대행위에 직접 가담하지 아니한 민간인의 보호에 관한 규정(제13~25조), 분쟁 당사국과 점령 지역 내의 민간인의 보호에 관한 규정(제27~62조)도 아울러 두고 있어서, 위 협약에 의하여 보호되는 민간인의 범위를 반드시 현실적인 교전이 이루어지는 교전 상대국의 국민 또는 현실적으로 교전이 이루어지는 지역에 거주하는 민간인으로 제한하고 있지도 아니하다.

33) 유럽 국가면제협약에 대한 Explanatory Report to the European Convention on State Immunity는 협약 제31조에 관하여, "위 협약은 무력 분쟁 중 발생한 사건에 관하여 규율하는 것을 의도하고 있지 아니할 뿐만 아니라 동맹국 사이에 군대 주둔으로 인하여 발생한 문제에 관하여도 적용될 수 없다. 이러한 문제들은 일반적으로 국가간의 별도의 합의에 의하여 해결된다"라고 밝히고 있다(The Convention is not intended to govern situations which may arise in the event of armed conflict ; nor can it be invoked to resolve problems which may arise between allied States as a result of the stationing of forces. These problems are generally dealt with by special agreements).

이러한 전시 국제법의 규율 내용을 고려하면, 이 사건 ICJ 판결의 다수의견에서 무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 국가 면제를 인정한 취지가, 반드시 현실적으로 전투가 이루어지는 교전 상대국의 국민 또는 그 지역에 거주하는 민간인을 상대로 이루어진 불법행위에 대하여만 국가 면제가 인정되어야 한다는 것으로 볼 수는 없다.

② 이러한 무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관한 이 사건 ICJ 판결 다수의견의 취지에 비추어 이 사건에 관하여 본다.

이 사건 피해자들에 대한 위안부 차출행위는 피고가 20세기 초반 한반도를 점령한 이후 중·일전쟁, 태평양 전쟁 등을 거쳐서 제2차 세계대전을 수행하는 과정에서 전쟁을 준비하고 수행하기 위한 목적에서 이루어졌다고 보아야 하는데, 설령 피고가 당시 한반도를 완전히 점령하고 있어서 한반도 내에서 현실적인 무력 분쟁이 없었다 하더라도, 한반도에 거주하던 이 사건 피해자들은 피고의 국민으로 볼 수는 없으므로 앞서 본 헤이그 협약 등 전시 국제법에 따라 보호되어야할 민간인의 범위에서 제외된다고 보기 어렵다(원고들도, 이 사건 피해자들에 대하여 헤이그 육전협약이 적용됨을 전제로, 피고 행위의 위법성의 근거 중 하나로 헤이그 육전협약 위반을 주장하고 있다).

그리고 비록 대한민국이 샌프란시스코 조약의 당사자가 되지는 아니하였으나, 샌프란시스코 조약 제4조 (a)는 향후 대한민국과 피고 사이에 별도의 협정에 의하여 대한민국 국민과 피고 사이의 재산상 채권·채무관계가 해결될 것을 예정하고 있었고, 실제로 이러한 문제를 해결하기 위하여 대한민국과 피고 사이에 청구권협정이 이루어졌다. 그리고 위 청구권협정에서 위안부 피해자 문제가 실제로 논의되지 아니하였다 하더라

도, 위안부 피해자 문제에 관한 대한민국의 부작위의 위헌성을 다툰 헌법소원(2006헌마788) 사건에서, 청구인인 위안부 피해자들은 자신의 피고에 대한 손해배상청구권 문제도 청구권협정에 의하여 해결될 다툼임을 전제로 대한민국의 부작위의 위헌성을 주장하였고, 헌법재판소도 같은 전제에서 대한민국의 부작위가 위헌이라고 판단하였다.

이와 같이 위안부 피해자들이 전시 국제법의 적용 대상에서 제외된다고 보기 어렵고, 그러한 전시 국제법은 무력 분쟁 중 법정지국 영토 내에서 발생한 불법행위에 관하여 개별적인 소송 대신 관련 국가들의 별도의 협정에 의한 해결됨을 전제로 규정하고 있는데, 제2차 세계대전 이후 관계국가 사이의 협의의 내용, 진행 경과 및 그 이후 각종 쟁송에서 당사자들의 태도 등에 비추어 보면, 피고가 제2차 세계대전 중 이 사건 피해자들을 대한민국 영토 내에서 위안부로 차출한 행위도 피고를 상대로 한 개별적인 소송에 의하기보다는 대한민국과 피고 사이의 별도의 협정에 의하여 해결되어야할 사항으로 봄이 타당하다.

따라서 피고가 이 사건 피해자들을 대한민국 영토 내에서 위안부로 차출한 행위도 이 사건 ICJ 판결 다수의견이 국가 면제가 인정되는 것으로 판단한 '법정지국의 영토 내에서 무력 분쟁 과정에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위'에 해당한다고 봄이 타당하다.

다. 법정지국 영토 내에서 이루어진 불법행위에 해당하면 '주권적 행위'라 하더라도 국가 면제의 예외가 인정되는지 여부에 관하여

다음으로 현 시점에서의 국제 관습법이, 법정지국 영토 내에서 발생한 불법행위 중 '무력 분쟁 과정에서 외국 군대에 의하여 이루어진 행위' 이외에 '외국의 주권적 행위 일반'에 관하여 국가 면제가 인정되지 아니하는 것으로 변경되었는지에 관하여 살핀다.

(1) 앞서 본 바와 같이, 법정지국 영토 내에서 이루어진 외국의 불법행위에 관하여 국가 면제를 부정하는 내용을 담고 있는 국제 조약으로는 UN 국가면제협약 제12조, 유럽 국가면제협약 제11조가 있고, 각국의 개별 입법으로는 미국 FSIA §1605 (a)(5), 일본 법률 제10조, 영국 SIA 제5조 등이 있으며, 이들 규정들이 국가 면제가 인정되지 아니하는 영토 내 불법행위의 요건에 관하여 정함에 있어서 명시적으로 외국의 '주권적 행위'와 '비주권적 행위'를 구별하고 있지 아니하고 있음은 인정된다.

(2) 그러나 앞서 인정한 사실관계에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 이유를 종합하면, 앞서 든 일부 조약이나 개별 국가의 입법이 있었다는 사정만으로 법정지국 영토 내에서 발생한 외국의 불법행위에 관하여 그러한 행위가 주권적 행위라 하더라도 국가 면제가 부정된다는 일반적인 관행이 존재한다고 보기 어렵다.

㈎ UN 국가면제협약의 제정 과정에서 ILC가 기존의 국제 관습법을 반영하여 조항을 성안하였으므로, UN 국가면제협약 제12조의 존재 자체가 당시의 국제 관습법이 그 규정 내용과 같은 국제 관습법이 존재함을 추단할 수 있는 자료가 될 여지가 있다. 그리고 '일반적인 관행'의 존부를 판단함에 있어서 고려될 '국가 실행'의 내용에 관하여 개별 국가의 입법, 판결 또는 행정적 조치 등뿐만 아니라 국제 기구의 결의 내용도 고려될 수 있다. 따라서 UN 국가면제협약 제12조는 두 가지 측면, 즉 그 성안 과정에서 국제 관습법을 반영하였다고 볼 수 있는 간접적인 자료로서, 그리고 UN 총회 결의 그 자체로서 국가 실행의 일부로 고려될 수 있다.

㈏ 그러나 앞서 본 바와 같이 UN 국가면제협약 제30조는 위 협약은 30번째의 비준서, 수락서, 승인서, 가입서가 국제연합 사무총장에게 기탁된 날로부터 30일이 되는 날에 발효하도록 정하고 있는데, 이 사건 변론종결일인 2021. 3. 24. 현재 위 협약의 비

준국은 22개국(서명국 28개)에 불과하여 위 협약은 아직 효력이 발생하지 아니하였고, 그 비준국의 수는 UN 회원국 총 193개국 중 11.3%에 불과하다. 따라서 위 협약의 성안 과정에서 기존의 국제 관행이 반영되었다 하더라도, 정작 위 협약을 비준한 국가의 수가 매우 적은 사정까지 아울러 고려하면 위 협약에 담긴 내용이 개별 국가의 실행에 의하여 확립된 관행에 이르렀다거나 또는 개별 국가들이 이에 대한 법적 확신을 부여하였다고 보기도 어렵다.

㈐ 유럽 국가면제협약의 경우에도 그 비준국이 8개국이고, 영토 내 불법행위의 예외에 관한 개별 입법을 두고 있는 국가도 11개 국가에 불과하므로, 이들 국가의 수를 앞서 본 UN 국가면제협약 비준국의 수와 단순 합산하면 41개국이고, 위 각 협약 비준국과 개별 입법국가에 중복으로 산입된 4개 국가(UN 국가면제협약과 유럽 국가면제협약을 중복 비준한 국가로는 오스트리아, 스위스가 있고, 유럽 국가면제협약을 비준하고 개별 입법을 한 국가로는 영국이 있으며, UN 국가면제협약을 비준하고 개별 입법을 한 국가로는 피고가 있다)를 제외하면, 실질적으로 국제 협약을 비준하거나 개별 입법을 함으로써 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 국가 면제를 인정하지 아니할 의사를 외부적으로 밝힌 국가는 37개국으로서 전체 193개 UN 회원국 중 19.2%에 불과하다. 이와 같은 국가 실행의 양적인 측면을 고려하더라도 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 국가 면제를 부정하는 개별 국가 실행이 일반적인 관행의 지위에 이르렀다고 보기는 어렵다.

㈑ 나아가 UN 국가면제협약 제12조, 유럽 국가면제협약 제11조와 개별 국가의 입법 내용을 보더라도 이들은 구체적인 내용에 있어서 다음과 같이 규범적으로 유의미한 차이를 보이고 있으므로, 이와 같은 국제 협약 또는 일부 국가의 입법 내용도 '일반적

인 관행'의 구성 요소 중 하나인 통일성(conformity)을 갖추었다고 보기 어렵다.

① 먼저 앞서 본 협약과 각국의 입법 내용은 법정지국 영토 내 불법행위 중 주권적 행위에 관하여 국가 면제가 인정되는 범위에서도 다음과 같은 차이를 나타내고 있다. 즉 미국의 FSIA §1605 (a)(5)는 (A) 재량권의 행사 또는 불행사에 기초한 청구, (B) 악의적인 기소, 절차의 남용, 비방, 오보, 기망 또는 계약상 권리에 대한 부당한 간섭의 경우에는 여전히 국가 면제가 인정된다고 정하고 있는데, 미국 연방대법원은 FSIA §1605 (a)(5)(A)가 정한 '재량권 예외'에 관하여, '재량'이란 계획 또는 행동의 개시뿐만 아니라 계획을 수립하고 실행의 계획을 구체화함에 있어서 정책적인 결정과 판단의 여지가 있는 경우를 의미한다고 해석하고 있고, 이는 외국의 주권적·권력적 행위에 나타나는 전형적인 특징이라고 할 수 있다. 그리고 §1605 (a)(5)(B)에서는 재량행위 이외에 악의적 기소·절차의 남용 등 특정한 행위의 유형에 따라 예외 사유를 나열하고 있다.

영국 SIA는 제16조에서 무력 분쟁 등과 같이 일정한 경우를 예외로 정하고 있고, 일본 법률은 제3조에서 "이 법률의 규정은 조약 또는 확립된 국제법규에 기초하여 외국이 향유하고 있는 특권 또는 면제에는 영향을 미치지 아니한다"고 정하여 국제 관습법에 따른 예외를 포괄적으로 정하고 있을 뿐이다. 한편 유럽 국가면제협약 제31조는 "이 협약은 어느 체약국의 군대가 다른 체약국의 영토 내에서 행하거나 또는 행하려고 한 작위 또는 부작위에 관하여 체약국이 향유하는 국가 면제의 특권에 관하여 영향을 미치지 아니한다"고 정하여, '군대'의 행위는 무력 분쟁 중인지 여부 또는 그 행위의 내용과 성격을 불문하고 국가 면제가 인정될 수 있도록 정하고 있다.

이와 같이 법정지국 영토 내 불법행위에 관한 국제 협약 또는 개별 국가의 입법도,

그 중 주권적 행위로 평가할 수 있는 행위에 대한 국가 면제 인정 범위가 상이하므로, 이를 두고 국제 관습법 성립·변경의 요건 중 '일반적인 관행'의 구성 요소인 통일성(conformity)을 갖추었다고 볼 수는 없다.

② 또한 국가 면제의 예외로 인정되기 위하여 '법정지국 영토 내에서 이루어져야 하는 행위'의 장소적 범위에 관하여, UN 국가면제협약 제12조와 일본 법률 제10조는 문제된 행위의 '일부'만 법정지국 영토에서 이루어지더라도 국가 면제가 부정되는 것으로 정하고 있으나, 미국 연방 법원 판례는 미국 FSIA §1605 (a)(5)에서 "미국 내에서 외국 또는 그 공무원 … 직무 범위 내에서 행한 불법행위 또는 부작위로 인하여 발생한 대인적 상해 또는 사망"으로 정한 것에 관하여, "위 조항의 문언상 불법행위는 물론 손해도 모두 미국 영토 내에서 이루어져야만 §1605 (a)(5)의 요건을 충족하여 국가 면제가 부정된다"고 해석하고 있고,[34] 영국 법원도 영국 SIA 제5조가 "영국 내에서 작위 또는 부작위에 의하여 발생한 사망 또는 인신 상해 … 에 관한 소송에서는 재판권이 면제되지 아니한다"고 정한 것에 관하여, 미국 연방법원과 마찬가지로 국가 면제의 예외가 인정되기 위하여는 인신 상해 등이 영국 영토 내에서 발생해야 한다고 해석하고 있다.

이러한 개별 입법에서 불법행위 발생 장소에 관한 규율 내용의 차이는 이 사건에서 문제된 피고의 행위와 같이 문제된 행위 중 일부만 법정지국 영토 내에서 이루어지고 나머지는 법정지국 영토 밖에서 발생한 경우 국가 면제가 인정되는지 여부에 관하여 유의미한 차이를 보이므로, 이러한 차이점을 고려하면 영토 내 불법행위에 관한 개별 입법에 의한 국가의 실행 내용이 '일반적인 관행'의 구성 요소인 통일성(conformity)을

34) Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp., 488 U.S. 428, 439(1989); Doe I v. State of Israel, 400 F. Supp. 2d 86, 108(D.D.C. 2005); O'Bryan v. Holy See, 556 F.3d 361, 382(6th Cir. 2009); Jerez v. Republic of Cuba, 775 F.3d. 419, 424(D.C. Cir. 2014).

갖추었다고 보기 어렵다.

㈐ 그리고 대한민국 대법원은, 대법원 2017. 11. 14. 선고 2016다264174 판결, 대법원 2018. 10. 11.자 2018다245528 판결, 대법원 2019. 4. 5.자 2018다301541 판결 등에서, 미군정청이 38선 이남 지역에서 시행될 군정법령을 제정한 행위가, 대한민국 영토 내에서 이루어졌음에도 미국의 주권적 행위임을 들어 미국에 대한 국가 면제를 인정하였다.

앞서 본 법정지국 영토 내 불법행위에 관한 UN 국가면제협약, 유럽 국가면제협약과 개별 국가의 입법은 모두 인신 손해 이외에 '유체동산 또는 재산에 대한 손해'에 관하여도 국가 면제가 인정되지 아니하는 것으로 규정하고 있는데, 앞서 든 대법원 판결들은, 미군정청의 군령 제정에 의하여 당시 원고들 또는 원고들의 선대가 소유·점유하던 일본은행권 또는 대만은행권의 가치가 손상되었음을 원인으로 하는 손해배상청구에 관하여, 이들의 청구가 앞서 든 국제 협약과 개별 국가의 입법이 정하고 있는 요건을 충족한다고 볼 수 있음에도, 미국에 대하여 국가 면제를 인정하였다. 이러한 대법원의 판단은 법정지국 영토 내 불법행위라 하더라도 그 행위가 주권적 행위라면 국가 면제가 인정된다는 기존의 제한적 면제론이 국가 면제에 관한 국제 관습법임을 전제한 것으로서, 앞서 본 일부 국제 협약 또는 개별 국가의 입법에 의하여 그러한 국제 관습법이 변경되지 아니하였음을 반영한 것으로 보아야 한다.

(2) 따라서 법정지국 영토 내에서 이루어진 불법행위에 해당하는 이상 '주권적 행위'라 하더라도 국가 면제가 부정되어야 한다는 국제 관습법이 새롭게 성립하였다고 볼 수는 없으므로, 외국의 주권적 행위에 관하여는 법정지국 영토 내에서 이루어진 불법행위 여부를 묻지 아니하고 국가 면제가 인정되어야 한다는 것이 현재의 국제 관습

법이라고 보아야 한다.

라. 강행법규 위반으로 인한 중대한 인권 침해 행위에 대하여 국가 면제의 예외가 인정되는지 여부에 관하여

끝으로 현 시점에서의 국제 관습법이 강행법규를 위반한 중대한 인권 침해 행위에 대하여는 국가 면제가 인정되지 아니하는 것으로 변경되었는지에 관하여 살핀다.

(1) '국가 면제'는 법원의 민사 재판권에 대한 인적인 제약으로서 소의 적법 요건이므로, 국가 면제의 본질적인 내용으로서 독립된 주권 국가는 다른 국가 법원의 재판권에 구속되지 아니한다는 것은, 비단 다른 국가 법원으로부터 불리한 판결을 받지 아니한다는 의미뿐만 아니라 다른 국가 법원에 제기된 소송의 본안에 관하여 응소할 부담도 부담하지 아니한다는 의미로 해석되어야 한다.

그런데 '강행법규 위반'으로 인한 '중대한 인권 침해' 여부는 필연적으로 사건의 본안에 대한 심리를 거친 이후에야 판단될 수 있는 문제이므로, 앞서 본 국가 면제의 제도적 취지를 고려하면 피고의 위반행위의 중대성과 이로 인한 손해의 심각성에 대한 정도가 본안 심리의 전제 조건으로서 재판권 존부 판단의 기준이 될 수는 없다고 보아야 한다.

(2) 그리고 앞서 살핀 법정지국 영토 내 불법행위에 관한 UN 국가면제협약 제12조와 미국 FSIA §1605 (a)(5) 등은 본래 교통사고로 인한 손해배상청구를 목적으로 규정된 것으로서,[35] 원고들 주장과 같이 위반행위의 내용과 손해의 정도에 따라 다른 규율을 하고 있지도 아니하다.

(3) 이 사건 ICJ 판결과 유럽 인권재판소 판결[36] 모두 이 부분 쟁점에 관하여, 고문

35) H. R. Rep. No. 1487, 94th Cong., 2d Sess. reprinted in 1976 U.S. code Cong. & Admin. News 6604, 6619~6620.
36) Fogarty v. The United Kingdom, No. 37112/97, EHCR 2001, §751.

금지 또는 반인권 범죄 등이 갖는 특별한 성격을 고려하더라도, 위반행위의 중대성을 근거로 국가 면제 여부를 판단하는 각국의 판결 등 국가 실행이 확인되지 않는다고 보아 강행법규 위반으로 인한 심각한 인권 침해에 대하여 국가 면제 예외가 인정되어야 한다는 주장을 배척하였고, 2000년대 이후에 선고된 캐나다, 프랑스, 슬로베니아, 뉴질랜드, 폴란드, 영국 법원의 판결도 모두 이와 같은 입장을 취하고 있다.[37]

(4) 미국 연방법원의 Letelier v. Chile 판결[38]은, '강행법규 위반' 일반에 대한 국가 면제 인정 여부에 관한 국제 관습법에 관한 판결이 아니라 미국 국내 법률인 FSIA §1605 (a)(5)(A)가 정한 '재량적 기능(discretionary function)'의 해석에 관한 판결로 보아야 한다. 그리고 앞서 본 바와 같이 ICJ 등 국제 재판소 및 각국의 국내 법원 판결들의 경향이 강행법규 위반으로 인한 국가 면제 예외 주장을 받아들이지 아니하고 있음을 고려하면, Letelier v. Chile 판결에 더하여 최근 국제 인권법 분야의 발전 상황을 고려하더라도, 강행법규 위반에 관하여 국가 면제를 부정하는 것이 일반적인 관행에 이를 정도로 각국의 국가 실행에 의하여 뒷받침되고 있다고 볼 수도 없다.

마. 소결론

앞서 본 바와 같이 이 사건은 현 시점에서의 국제 관습법에 관하여 ICJ의 명시적 판단이 담긴 이 사건 ICJ 판결의 다수의견이 판단한 '무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위'의 요건을 충족하므로, 그에 따르면 피고에 대하여 국가 면제가 인정된다. 그리고 설령 위 판결에서의 '무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위'의 요건을 충족하지 아니한다 하더라도, 현 시점에서 국가 면제에 관한 국제 관습법이 기존의 제한적 면제론에서 인정되지 아니하던 새로운 예외, 즉 '법정지국 영토 내 불법행위' 또는 '강

37) 이 사건 ICJ 판결, 137면.
38) 488 F. Supp. 665(D.D.C. 1980).

행법규 위반 행위'에 해당하는 이상 그러한 행위가 주권적 행위라 하더라도 국가 면제가 인정될 수 없다는 것이 일반적인 관행에 이를 정도로 각국의 입법 또는 판결 등 개별 국가들의 실행에 의하여 뒷받침된다고 보기 어려우므로, 현 시점에서 국가 면제에 관한 국제 관습법은 여전히 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결에서 선언한 바와 같이 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것인데, 제2차 세계대전 수행 과정에서 피고 군대와 행정기관을 동원하여 이루어진 피고의 행위는 주권적 행위라고 보아야 하므로 현 시점의 국제 관습법에 의하면 피고에 대하여 국가 면제가 인정된다.

3. 기존의 제한적 면제론에 따른 국가 면제의 요건에 해당한다는 원고들의 주장에 관하여

가. 피고의 행위는 강행법규를 위반하여 중대한 인권 침해를 초래한 것으로서 '주권적 행위'로 볼 수 없다는 주장에 관하여

원고들의 주장과 같이 피고의 행위가 이 사건 피해자들의 인권을 심각하게 침해하는 중대한 강행법규 위반행위에 해당한다 하더라도, 제한적 면제론에서 국가 면제가 인정되는 '주권적 행위'(*acta jure imperii*)는 비권력적 · 私法的 행위에 상대되는 개념으로서, 그 본질상 주권의 행사가 어떠한 법적 · 윤리적 당위를 전제로 한 개념이라고 보기는 어려우므로, 만약 국가에 의한 공권력의 행사가 잔혹한 방식으로 이루어졌다면 그러한 행위는 위법한 '공권력 행사' 또는 위법한 '주권 행사'가 될 뿐이지 그러한 행위의 주권적 행위로서의 성격 자체를 상실한다고 볼 수는 없다. 따라서 피고의 행위는 그 목적, 내용 및 형식 등 모든 측면을 고려하더라도 피고가 사경제주체의 지위에서 행한 것으로 볼 수는 없고, 주권적 행위로 보아야 하므로, 이와 다른 전제에 선 원고들

의 주장은 받아들이지 아니한다.

나. '상업적 행위'에 해당한다는 주장에 관하여

원고들의 주장 자체에 의하더라도, 피고의 행위는 피고 군대의 요청에 따라 당시 한반도를 관할한 조선 총독부가 행정조직을 이용하여 이 사건 피해자들을 차출하여, 피고 군대가 주둔한 지역의 위안소에 배치시켜 성관계를 강요했다는 것이어서, 이러한 행위는 그 목적, 행위의 주체와 내용에 비추어 공권력의 행사에 해당하므로 '주권적 행위'라고 보아야 하고, 달리 이를 비권력적 · 사법적 행위(*acta jure gestionis*)에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고들의 주장도 받아들이지 아니한다.

4. 기존의 제한적 면제론을 내용으로 하는 국제 관습법을 이 사건에 적용할 경우 대한민국 헌법에 위반되는 결과를 초래하므로 이러한 국제 관습법이 이 사건에 적용될 재판규범이 될 수 없다는 원고들의 주장에 관하여

가. 관련 법리

(1) 헌법 전문과 헌법 제6조 제1항에 의하면, 우리 헌법은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규를 국내법과 마찬가지로 준수하고 성실히 이행함으로써 국제질서를 존중하여 항구적 세계평화와 인류공영에 이바지함을 기본이념의 하나로 정하고 있으므로, 국제적 협력의 정신을 존중하여 될 수 있는 한 국제법규의 취지를 살릴 수 있도록 노력할 것이 요청됨은 당연하다(헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2010헌마606 결정 참조).

(2) 헌법 제27조 제1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다"라고 하여 법률에 의한 재판과 법관에 의한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 재판청구권과 같은 절차적 기본권은 원칙적으로 제도적

보장의 성격이 강하기 때문에, 자유권적 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정되나(헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌가7 결정, 헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2013헌바186 결정, 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌가7 결정 등 참조), 입법자는 그러한 입법을 할 때에도 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙을 준수하여야 하고, 특히 당해 입법이 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 안 되며 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다(헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2009헌바297 결정 참조).

나. 판단

앞서 본 바와 같이 이 사건에 적용될 국가 면제에 관한 국제 관습법인 제한적 면제론을 이 사건에 적용할 경우 피고의 행위는 그 본질상 주권적 행위라고 평가될 수밖에 없으므로, 이러한 피고의 행위가 불법행위임을 전제로 손해배상청구를 하는 이 사건 소는 부적법하여 각하될 수밖에 없고, 이로 인하여 원고들이 피고의 행위에 대한 손해배상청구권을 재판을 통하여 종국적으로 인정받을 수 없게 된다.

그러나 앞서 인정한 사실관계를 위 법리에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 이유들을 종합하면, 현 시점에서 국가 면제에 관하여 인정되는 '제한적 면제론'에 입각한 국제 관습법 그 자체가 헌법에 위반된다고 볼 수 없고, 또한 이러한 국제 관습법을 이 사건에 적용한 결과 피고에게 국가 면제가 인정된다 하더라도 그러한 사정만으로 원고들의 재판청구권 또는 인간으로서의 존엄과 권리를 부당하게 제한하는 등 대한민국 헌법에 위반되는 결과를 초래한다고 볼 수도 없으므로, 결국 이러한 국제 관습법이 이 사건에 적용될 재판 규범이 될 수 없다는 원고들의 주장은 이유 없다.

(1) 목적의 정당성

헌법 제6조 제1항은 '헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다'라고 정하여 국제법 존중주의를 천명하고 있고, 국제 관습법상 인정되는 국가 면제의 법리는 민사소송에서 외국에 국가 면제를 부여함으로써 타국의 주권을 존중하여 국가간의 선린관계를 증진하기 위한 것이므로, 이러한 국가 면제는 헌법이 정한 국제법 존중주의라는 헌법상 가치를 추구하기 위한 것으로서 목적의 정당성이 인정된다.

(2) 수단의 적정성

㈎ 입법재량이라는 것도 자유재량을 말하는 것은 아니므로 입법목적을 달성하기 위한 수단으로서 반드시 가장 합리적이며 효율적인 수단을 선택하여야 하는 것은 아니라고 할지라도 적어도 현저하게 불합리하고 불공정한 수단의 선택은 피하여야 한다(헌법재판소 1996. 4. 25. 선고 92헌바47 결정 참조).

㈏ 국가 면제에 관한 국제 관습법은, 외국의 독립된 주권을 존중하여 국제법 존중주의와 국제 평화주의라는 목적을 달성하기 위하여 외국의 주권적 행위에 대하여는 대한민국 법원에 계속된 민사소송에서 그 외국에 대한 재판권을 부정함으로써 외국이 민사소송에 응소할 부담 자체를 면제해 주는 것이므로, 이러한 목적과 수단의 관계를 고려하였을 때 국가 면제라는 국제 관습법이 취한 수단이 현저히 불합리하다고 보기 어렵다.

그리고 외국의 주권적 행위에 해당하는 이상, 어느 국가인지, 문제된 행위가 무엇인지를 묻지 아니하고 일률적으로 재판권을 부정하도록 하고 있으므로, 그 수단이 불공정한 수단에 해당한다고 보기도 어렵다.

(3) 침해의 최소성

국가 면제에 관한 국제 관습법을 적용하여 피고에게 국가 면제를 인정할 경우, 이로 인하여 직접적으로 침해되는 원고들의 권리는 실체법적인 손해배상청구권 그 자체가 아니라 원고들의 절차적 권리인 재판청구권이다. 이와 같이 피고에 대하여 국가 면제를 인정하게 되면, 원고들의 대한민국 법원에 대한 재판청구권 행사를 통한 권리 구제가 어렵게 된다 하더라도, 아래에서 보는 헌법상 재판청구권의 내용과 성격 등에 비추어 원고들의 재판청구권을 과도하게 제한한다고 볼 수 없고, 또한 대한민국의 외교적 보호권 행사에 의하여 이 사건 피해자들을 위한 대체적인 권리구제수단이 존재한다고 보아야 하므로, 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 보기도 어렵다.

㈎ 헌법상 재판청구권은 법률에 의하여 그 내용과 범위가 정해지는 권리로서 당연히 본안 판단을 받을 수 있는 권리를 의미하지 아니하므로, 법률과 동일한 효력을 갖는 국제 관습법에 따른 내재적 제약이 전제된 권리로 보아야 한다.

헌법 제27조 제1항이 정한 '법률에 의한 재판'에서 '법률'에는 헌법 제6조 제1항이 정한 일반적으로 승인된 법규도 포함되므로, 헌법상 재판청구권에는 일반적으로 승인된 국제법규에 따른 국가 면제가 내재적인 제약으로 전제되어 있다고 보아야 한다. 따라서 국가 면제에 관한 국제 관습법을 그대로 적용한 결과 당해 사건에서 원고들이 본안 판단을 받지 못하게 된다 하더라도 이를 두고 재판청구권의 침해라고 볼 수는 없다.

그리고 헌법상의 재판을 받을 권리의 본질적 내용으로 '법적 분쟁이 있는 경우 독립된 법원에 의하여 사실관계와 법률적 관계에 관하여 적어도 한 차례 법관에 의하여 심리·검토를 받을 수 있는 기회가 부여될 권리'가 인정되어야 하나(헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌바66등 결정, 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌바40 결정), 이러한 권

리가 모든 사건에 대하여 본안에 관한 판단을 받을 권리를 의미한다고 볼 수 없다. 그리고 이와 같이 대한민국 법원에서 재판받을 권리도 대한민국 법원의 '재판권'을 전제로 한 것으로 보아야 하는데, 일반적으로 승인된 국제법규에 따라 재판권에 제약이 있는 경우, 재판청구권의 내용도 그만큼 제한될 수밖에 없으므로, 국가 면제의 법리에 따라 피고에 대한 손해배상청구에 관하여 본안 판단에 나아가지 못하게 된다 하더라도 이를 두고 헌법상 재판청구권을 침해했다거나 또는 실체법상의 권리를 형해화한다거나 왜곡시키는 것으로 볼 수도 없다.

대법원 2016다264174 판결, 2018다245528 판결, 2018다301541 판결 등에서 문제된 미국의 대한민국 영토 내 행위가 주권적 행위임을 들어 국가 면제를 인정하여 미국에 대한 소를 각하하였는데, 이는 국가 면제에 관한 국제 관습법을 그대로 적용한 결과로서 이를 두고 위 사건 원고들에 대한 재판청구권을 침해했다고 볼 수 없으며, 이 사건에서 피고의 지위를 위 판결에서 미국의 지위와 본질적으로 다르다고 보기도 어렵다.

㈏ 피고에게 국가 면제가 인정된 결과 이 사건 피해자들이 대한민국 법원에 제소를 하여 권리 구제를 받는 것이 어렵다 하더라도, 대한민국의 '외교적 보호권' 행사로 볼 수 있는 2015. 12. 28. 한·일 합의에 의하여 이 사건 피해자들에 대한 '대체적인 권리구제수단'이 객관적으로 존재한다.

① '외교적 보호권'이란, 어느 국가가 외국인의 신체 혹은 재산에 대하여 위법행위를 저지른 경우, 그에 대하여 피해자의 국적 국가가 가해국가를 상대로 그 피해의 구제를 위하여 외교적으로 행사할 수 있는 국가의 권리를 의미하는데, 이는 국제 관습법상 확립된 제도이다.

전통적인 국제법 이론에 따르면, 외국의 위법한 행위로부터 피해를 입은 개인이

직접 가해국가를 상대로 국제 재판소에 제소하는 등의 절차를 통하여 구제를 받을 수 없기 때문에, 피해를 입은 개인의 국적국가가 일정한 요건 하에 가해국가를 상대로 자국민 보호를 위한 조치를 취할 수 있도록 한 외교적 보호권 제도는 개인의 권리 보호라는 측면에서 중요한 기능을 수행하여 왔다. 외교적 보호권의 행사 방법에는, 가해국가를 상대로 ICJ 등 국제 재판소에 제소하는 것 이외에도 가해국가와 외교적 협상을 통하여 문제 해결을 도모하는 것도 포함되어 그 행사 방법이 매우 다양하므로, 피해자의 국적 국가에게는 피해자의 손해배상 등의 문제를 해결하기 위한 외교적 보호권을 행사함에 있어서 그 방식과 내용의 선택에 관하여 광범위한 재량이 허용된다.

외교적 보호권 행사에 관하여 가이드라인을 정한 UN 외교보호초안(United Nations Draft articles on Diplomatic Protection)에 의하면, 외교적 보호권을 행사할 수 있는 국가는 피해자의 국적 국가이고(제3조 제1항[39]), 외교적 보호권은 피해를 입은 개인이 가해국가의 사법기관 등을 통한 모든 권리구제절차를 마친 이후에 행사할 수 있다(제14조 제1, 2항[40]). 그리고 UN 외교보호초안 제19조[41]는 외교적 보호권 행사에 관한 '권장 사항'(Recommended practice)이라는 표제 아래, 특히 심각한 피해가 발생한 경우에 있어서, 국가는 외교적 보호권 행사 가능성에 관하여 충분한 고려(due consideration)를 하여야

39) The State entitled to exercise diplomatic protection is the State of nationality.
40) Article 14 Exhaustion of local remedies
1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies.
2. "Local remedies" means legal remedies which are open to an injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury.
41) Article 19 Recommended practice
A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should:
(a) give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred;
(b) take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and
(c) transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions.

하고, 외교적 보호권을 행사하는 국가는, 가능한 모든 경우에 있어서, 외교적 보호권 행사를 요청하는 피해자들의 견해를 고려하여야 하며, 가해국가로부터 배상 또는 보상을 받게 되면, 합리적인 공제 범위를 제외한 나머지를 피해자에게 전달하여야 한다고 정하고 있다.

② 앞서 인정한 사실관계에 의하면, 이 사건 피해자들은 대한민국 국민으로서 대한민국이 이들에 대한 외교적 보호권을 행사할 수 있는 지위에 있고, 위안부 피해자들 중 일부는 일본 법원에 피고를 상대로 손해배상청구를 하였다가 기각되었으며, 그 후 헌법재판소의 2006헌마788 부작위 위헌 확인 결정 이후 대한민국은 피고와 위안부 피해자 문제 해결을 위한 교섭을 시작하여 2015. 12. 28. 한·일 합의에 이르게 되었고, 위 합의는 위안부 문제로 인하여 명예와 존엄에 상처를 입은 원고들을 포함한 피해자들에 대한 피고 정부 차원의 사죄와 반성의 내용이 담겨 있으며, 피해자들의 피해 회복을 위하여 피고 정부가 자금을 출연하여 재단을 설립하고 그 재단이 피해 회복을 위한 구체적인 사업을 하도록 정하고 있으며, 실제로 화해치유재단이 설립되어 위 재단이 위안부 피해자들에게 현금 지원사업을 하였음이 인정된다.

그리고 위 재단의 현금 지원사업의 결과, 피고의 자금 출연이 이루어진 2016. 9. 1. 경부터 위 재단이 설립취소된 2019. 1. 21.까지 생존 피해자 34명, 사망 피해자 61명에 대한 지급이 이루어졌고 그 이후에 생존 피해자 1명, 사망 피해자 3명에 대한 현금 지급이 이루어져서 생존 피해자 35명, 사망 피해자 64명에 대하여 현금 지급이 이루어졌는데, 위 재단의 현금 지원사업이 이루어진 기간 중 연도별 생존 피해자의 수가 최대 40명(2016. 12. 31. 기준. 2015. 12. 31. 기준으로 하더라도 46명), 최소 25명(2018. 12. 31. 기준)인 점을 고려하면, 결국 생존 위안부 피해자들 중 상당수가 위 재단으로부터

현금을 수령하였다고 봄이 합리적이다.

이러한 사실관계에 의하면, ⓐ 2015. 12. 28. 한·일 합의는 대한민국이 그 국민인 위안부 피해자들이 피고로부터 당한 피해 회복을 목적으로, 위안부 피해자들이 피고 국내 법원에서의 소송절차 등을 거친 이후, 피고와의 외교적 교섭에 의한 결과로 보아야 하는 점, ⓑ 위 합의는 그 문언상 피고가 위안부 피해자들에 대한 사죄와 반성의 내용을 담고 있고, 위안부 피해자들의 피해 회복을 위한 재원을 피고 정부의 자금으로 조달하고 있는 점 등을 종합하면, 위 합의는 앞서 본 외교적 보호권 행사의 일반적인 요건을 갖추고 있을 뿐만 아니라 위안부 피해자들의 피해 회복을 위한 피고 정부 차원의 조치를 내용으로 하고 있으므로, 위안부 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권에 관하여 대체적인 권리구제수단을 마련하기 위한 것으로 봄이 타당하다.

그리고 설령 위 합의에서 피고의 책임의 성격을 명확히 규명하지 못하였고, 최종 합의안에 관하여 위안부 피해자들의 의견을 수렴하지는 아니하였으며, 발표되지 아니한 내용에 피해자 단체의 활동을 제약하는 내용이 포함되는 등 그 내용과 절차에 있어서 일부 문제점이 있다 하더라도, 피해자의 국적 국가에게는 외교적 보호권 행사의 구체적인 방식의 선택에 관하여 광범위한 재량이 인정되는데, ⓐ 외국과의 외교적 협상은 필연적으로 상대방이 있는 것이어서, 상대 외국이 동의하지 아니하는 이상 당연히 대한민국의 입장을 최종 합의안에 반영될 수 없고, 피고에 대한 외교적 협상의 국면에서 대한민국이 당연히 그 의사를 피고의 반대에도 불구하고 관철할 수도 없으므로, 대한민국이 피고 책임의 성격이 위법행위에 대한 법적 책임임을 반영하려 했다 하더라도 피고가 이에 동의하지 아니하는 이상 이러한 내용이 위 합의에 반영되기는 어렵다고 보아야 하는 점, ⓑ 실제로 대한민국은 피고와의 협상 과정에서 피고가 출연하는 금원

의 성격이 피고의 행위가 위법함을 전제로 한 법적인 손해배상책임이라는 취지의 주장을 하였으나, 피고와의 이견으로 인하여 협상에 어려움을 겪었고, 한편 위 합의를 위한 협상 당시 대한민국은 생존 위안부 피해자의 수와 연령을 고려하여 일부 당초 입장을 수정하더라도 조속한 시일 내에 위안부 피해자들의 피해 회복을 위한 실질적 조치를 마련하려고 하였던 것으로 보이는 점, ⓒ 위안부 TF 결과에 의하면 위 합의 과정에서 대한민국은 피해자 또는 비록 최종 합의안에 대한 피해자들의 동의를 얻지 아니하였으나, 그 협상 과정에서 피해자 또는 피해자 단체의 의견을 수렴하였는 절차를 거쳤던 점, ⓓ 위 합의에 따라 화해치유재단의 현금 지원사업이 진행되어 생존 위안부 피해자들 중 상당수가 이를 수령하였으므로 위 합의가 위안부 피해자들의 의사에 명백히 반하는 것으로 단정하기 어려운 점, ⓔ 위 합의는 그 이전 대한민국 행정부의 외교적 노력의 결과로 이끌어낸 피고의 조치에 비하여 상대적으로 진전된 내용을 담고 있을 뿐만 아니라 그 이후에도 이보다 진전된 내용의 조치가 이루어졌다고 볼 만한 자료도 발견되지 아니하는 점 등을 종합하면, 설령 2015. 12. 28. 한·일 합의 내용과 과정에 앞서 본 문제점이 있다 하더라도 그러한 사정만으로 위 합의가 외교적 보호권 행사에 관한 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수는 없다.

③ 원고들은 2015. 12. 28. 한·일 합의가 헌법재판소 2006헌마788 결정에 반하는 등 외교적 보호권 행사에 관한 재량권을 일탈·남용하였다는 취지로 주장하나, 헌법재판소의 위 결정은 대한민국이 위안부 피해자 문제 해결을 위하여 청구권 협정 제3조가 정한 절차에 나아가지 아니한 대한민국의 '부작위'의 위헌성을 확인한 것뿐이고, 실제 구체적인 외교적 보호권 행사를 한 경우 그 내용과 방식에 관하여 재량권의 범위를 한정한 것으로 볼 수 없으므로 이 부분 원고들의 주장은 받아들이지 아니한다.

또한 이 사건에서 원고들의 주장과 그 근거들을 모두 살펴보더라도, 이 사건과 같이 피해자들의 국적 국가가 외교적 보호권을 행사하여 가해국가와 피해 회복을 위한 외교적 협상을 함에 있어서, 최종 합의안에 대하여 피해자들의 동의를 받아야만 한다는 것이 외교적 보호권 행사의 방식에 관한 구속력 있는 법규범으로 확립되었다고 보기도 어렵다(UN 외교보호초안 제19조는 권장 사항(Recommended Practice)라는 표제 하에 '가능한 모든 경우에 있어서, 외교적 보호권 행사를 요청하는 피해자들의 견해를 고려하여야 한다'고 정하고 있을 뿐이고, 위 초안은 기본적으로 재량이 인정되는 외교적 보호권 행사에 관한 일정한 권고 사항을 담은 것으로서 법적 구속력이 있다고 보기도 어렵다). 따라서 2015. 12. 28. 한·일 합의의 최종 합의안에 관하여 대한민국이 위안부 피해자들의 동의를 받지 아니하였다는 사정만으로 위 합의가 대한민국의 외교적 보호권 행사에 관한 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수도 없다.

④ 2015. 12. 28. 한·일 합의는 정식 조약으로 체결되지 아니한 이른바 '정치적 합의'로서, 위 합의에 의하여 이 사건 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권의 존부와 범위가 종국적으로 확정되거나 처분되는 등의 실체법적인 효과가 발생하였다고 볼 수는 없다.

그러나 앞서 본 바와 같이 위 합의가 그 내용상·절차상 하자로 인하여 그 효력이 부정된다고 보기 어렵고, 위 합의에 따른 급부가 생존 위안부 피해자들 중 상당수에게 현실적으로 이루어진 이상 위 합의의 '정치적 합의'로서의 한계에도 불구하고, 위 합의와 이에 따른 후속 조치에 의하여 이 사건 피해자들을 포함한 위안부 피해자들을 위한 대체적인 권리구제수단이 마련되었다는 것 자체를 부정하기는 어렵다.

그리고 이와 같이 2015. 12. 28. 한·일 합의와 이에 따른 화해치유재단의 사업으

로 인하여 위안부 피해자들을 위한 대체적 권리구제수단이 객관적으로 존재한다고 보는 이상, 이러한 사정 자체를 피고에 대한 국가 면제 인정 여부를 판단함에 있어서 고려하여야 하고, 이 사건 피해자 개인별로 현금 지원 수령 여부에 따라 피고에 대한 국가 면제 여부를 달리 판단할 수는 없다.

⑤ 2015. 12. 28. 한·일 합의 이후 대한민국 행정부는, '위 합의가 국제 사회의 보편적 원칙에 위배되는 등 절차적·내용적 중대한 흠결이 있어서 위 합의로는 위안부 피해자 문제가 해결될 수 없다'는 입장을 밝혔고, 위 합의에 따라 설립된 화해·치유재단에 대한 설립허가를 취소하는 등, 위 합의의 문제점을 강조하고 그 합의에 따른 지원 사업을 중단시키는 등 위 합의의 효력을 부정하는 것으로 비춰질 수 있는 태도를 취하기도 하였다.

그러나 정작 외교, 조약 기타 국제협정 등에 관한 사무를 관장하는 주무부처인 외교부장관은 위 합의가 대한민국과 피고 사이의 공식적인 합의임을 인정하고 재협상 요구를 하지 아니할 의사를 밝혔고 이러한 태도는 현재까지도 그대로 유지되고 있다고 보이며, 화해치유재단의 설립허가 취소 이후에도 그 잔여 재산을 피고에게 반환하는 등 위 합의 파기를 전제로 한 후속 조치가 이루어지지 아니한 것으로 보이므로, 대한민국 행정부가 위 합의에 대하여 취하고 있는 일관되지 아니한 태도에도 불구하고, 적어도 대한민국이 위 합의를 파기하는 등의 이유로 위 합의가 효력을 상실하였다고 볼 수는 없다. 즉 위 합의는 현재도 대한민국과 피고와 사이에 유효하게 존속하고 있다.

⑥ 화해치유재단은 2019. 1. 21. 여성가족부장관의 설립허가취소 처분에 의하여 해산되어 청산 절차가 진행 중이어서, 현재까지 위 재단으로부터 현금 지원을 받지 아니한 위안부 피해자 또는 그 권리를 승계한 자로서는 더 이상 위 재단의 현금 지원을 받

을 수 없게 되었으므로, 앞서 본 위안부 피해자들에 대한 대체적인 권리구제수단이 더 이상 존재하지 아니하는 것은 아닌가 하는 의문이 제기될 수는 있다.

여성가족부장관은 위 재단에 대한 설립허가취소 사유로 "재단이 정관상 목적사업을 전혀 수행하고 있지 못하고 향후 재개 가능성도 없다고 보임"을 들고 있다.

먼저 위 처분사유 중 "재단이 정관상 목적사업을 전혀 수행하고 있지 못하고 있다"고 한 부분은, 앞서 본 바와 같이 위 재단이 그 설립허가가 취소되기 이전까지 상당수의 위안부 피해자들에 대하여 현금 지원사업을 수행하였음이 인정되므로, 객관적 사실관계에 부합한다고 보기 어려우나, 이를 선해하자면 위 합의에 대한 위안부 TF의 평가결과와 이를 바탕으로 한 대한민국 행정부의 인식 변화로 인하여 위 처분 당시 위 재단이 정상적인 활동을 하기 어렵다는 의미로 볼 수 있다.

그리고 "향후 재개 가능성도 없다고 보임"이라고 한 부분도, 위 합의에 대한 대한민국 행정부의 부정적인 인식으로 인하여, 향후 위 재단이 사업을 계속할 가능성이 없다는 점을 제외하면, 달리 위 재단이 그 목적사업을 수행함에 다른 법률적, 사실적 제약이 있었다고 보기도 어렵다.

그런데 전항에서 본 바와 같이 대한민국은 피고와의 대외적 관계에서 2015. 12. 28. 한·일 합의가 공식적인 합의로서 유효하다는 입장을 견지하고 있고, 위 합의의 파기를 전제로 피고의 출연금 반환 등의 조치가 현실적으로 이루어지지도 아니하였으므로, 결국 여성가족부장관이 들고 있는 사유는 어디까지나 대한민국 내에서 위 재단이 더 이상 활동할 수 없다는 의미에 국한될 뿐이고, 위 재단 설립의 기초가 된 2015. 12. 28. 한·일 합의의 효력을 비롯하여 피고와의 대외적인 관계에 관한 것으로 보기는 어렵다.

따라서 화해치유재단의 설립허가취소로 인하여, 아직 위 재단으로부터 현금 지원을 받지 못한 위안부 피해자들에 대하여 현 시점에서 위 재단의 현금 지원사업이 이들을 위한 대체적인 권리구제수단이 될 수 없다 하더라도, 이러한 사정이 피고에 대한 대외적 관계가 문제된 이 사건에서, 피고에 대한 국가 면제를 부정할 만한 사유가 된다고 볼 수는 없다.

(4) 법익 균형성

㈎ 외국의 주권적 행위에 대하여 국가 면제를 인정하는 것은 헌법 전문과 제6조가 천명한 국제법 존중원칙이라는 또다른 헌법상 가치를 구현하기 위한 것이므로 침해되는 사익과 공익 사이의 균형을 상실했다고 보기 어렵다.

① 국가 면제가 萬古不變의 절대적 가치라고 볼 수는 없고, 일부 국가에 의하여 이와 다른 내용의 개별 입법이 이루어지는 등 과거에 비하여 국가 면제에 관한 국제관습법과 내용을 달리 하는 국가의 실행이 증가하였다.

그러나 앞서 본 바와 같이 제2차 세계대전 과정에서 발생한 패전국의 배상 문제에 관하여, 이탈리아와 그리스를 제외한 프랑스, 슬로베니아, 폴란드 등 다수의 국가는 자국민이 독일을 상대로 하여 자국 법원에 제2차 세계대전 과정에서 발생한 손해배상을 청구하는 소송에 관하여 독일에 대한 국가 면제를 인정하였고, 당초 독일의 행위가 국제법상 강행법규를 위반한 것으로서 주권적 행위로 볼 수 없다는 논리로 독일에 대한 국가 면제를 부정하였던 그리스 법원도 이후 특별최고법원의 판결로 이를 번복하였다. 또한 미국 연방법원도 제2차 세계대전 중 유태인에 대한 학살로 알려진 이른바 '홀로코스트'의 생존자가 독일 정부를 상대로 제기한 소송에서 독일의 국가 면제가 부정되어야 한다는 원고의 주장을 받아들이지 아니하였다.[42)]

이와 같이 제2차 세계대전 중 발생한 손해에 관하여 자국 법원에 소송을 제기한 사안의 거의 대부분에 있어서 각국의 법원은 가해국에 대하여 국가 면제를 인정하였는데(이 법원이 심리한 범위 내에서 제2차 세계대전 중 발생한 손해에 관하여 가해국에 대하여 국가 면제를 부정한 것은 이탈리아 법원·헌법재판소의 결정과 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결뿐이다), 이러한 역사적 배경을 고려하면 제2차 세계대전 이후 국제 사회에서 국가 면제의 법리에 대한 일부 도전이 있음에도 불구하고, 제한적 면제론에 입각한 국제 관습법이 그 규범적 효력을 유지하면서 이를 기초로 전후 국제 사회의 질서가 형성된 것으로 볼 수 있다.

② 대한민국의 사법부는, 대법원 1975. 5. 23.자 74마281 결정에서 절대적 국가면제를 인정한 이래, 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결에 이르러서, 비주권적 행위에 대하여만 국가 면제를 인정하지 아니하는 것으로 변경한 이래, 외국의 사법적 행위에 대하여는 국가 면제를 부정하면서도, 외국의 주권적 행위에 대하여는 그러한 행위가 대한민국 영토 내에서 이루어졌다 하더라도 국가 면제를 인정함으로써, UN 국가면제협약과 미국, 영국 등 일부 국가에서 영토 내 불법행위에 관하여 국가 면제의 예외를 확장하는 것과는 분명히 다른 태도를 취해 왔다.

대한민국의 입법부도 현재까지 UN 국가면제협약에 관한 비준 동의를 한 바도 없고, 미국 등 일부 다른 국가와 같이 외국에 대한 민사재판권의 범위에 관한 입법을 하는 등 국제 관습법에서 인정된 국가 면제의 범위를 제한하기 위한 입법적 조치를 취하지도 아니하였다.

그리고 대한민국의 행정부는 이 법원의 사실조회에 대한 외교부의 회신과 같이,

42) Hugo Princz v. Germany 26 F.3d 1166(D.C.Cir. 1994).

UN 국가면제협약 가입에 관한 입장에 관하여, 우리 국익에 미칠 잠재적 영향, 우리나라의 외교정책이나 국제법과의 정합성 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 결정해나갈 사안이라고 답하는 등 원론적인 입장을 취하였을 뿐이다.

이러한 대한민국 사법부, 입법부, 행정부의 태도에 비추어 보면, 대한민국은 제2차 세계대전 이후 국제 사회에서 일반적으로 받아들여지는 국가 면제에 관한 제한적 면제론의 법리를 수용하여 현재까지 그대로 유지하고 있고, 그 예외를 확대하는 내용의 국제 조약 가입 및 자체 입법에 관하여는 매우 소극적인 태도를 취한 것으로 평가할 수밖에 없다.

③ 그럼에도 대한민국 법원이 제2차 세계대전 중에 발생한 이 사건에 관하여 오로지 대한민국 국내법 질서에 반한다는 이유만을 들어 피고에 대한 국가 면제를 부정하는 판단을 하는 것은, 그 법리적 타당성을 논외로 하더라도 지금까지 대한민국이 국가 면제에 관하여 취하여온 태도와 배치되고, 제2차 세계대전 이후 장기간에 걸쳐 형성되어 왔고 대한민국이 외교관계의 기초로 삼아 온 전후 국제 사회의 질서에 반하는 것일 뿐만 아니라 외국을 상대로 한 금전지급의무 이행판결을 선고하는 것은 그러한 판결을 선고하는 것 자체는 물론 판결 확정 이후 강제집행 과정에서도 필연적으로 상대국인 피고와의 외교관계에 충돌을 야기할 수밖에 없다. 일단 피고를 상대로 한 판결이 확정되어 그 원고들이 집행권원을 확보하게 되면, 그 이후의 강제집행의 시기와 범위는 원고들의 의사에 의하여 결정되고 대한민국이 이에 관여할 여지는 제한적이다(실제로 그리스 법원의 디스토모 판결이 확정된 이후 그 강제집행은 그리스가 아니라 이탈리아 내에 있는 독일의 재산에 대하여 이루어졌고, 이를 둘러싼 분쟁이 이 사건 ICJ 판결에 이르게 되었음은 앞서 본 바와 같다. 그런데 디스토모 판결과 이에 대한 이탈

리아 법원의 승인에 따라 강제집행의 대상이 된 독일의 재산은 다름 아닌 독일과 이탈리아 사이의 '문화 교류'를 위한 시설이었다).

이러한 결과가 헌법이 정한 국제 평화주의와 국제법 존중주의에 부합한다고 보기 어렵다. 그리고 피고에게 국가 면제를 인정하는 것은 헌법이 정한 또 다른 가치인 국제평화주의와 국제법 존중주의를 구현하기 위한 것이므로, 그 결과 원고들의 재판청구권이 일부 제약되는 결과를 초래한다 하더라도 이를 두고 증진되는 공익과 제한되는 사익의 균형을 상실하였다고 볼 수 없다.

㈏ 설령 원고들에 대한 권리 구제의 필요성 등 국가 면제의 예외를 인정하여야할 현실적인 필요성이 있다 하더라도, 기존의 국제 관습법에서 인정되지 아니한 새로운 예외의 창설 문제는 신중하게 접근해야 한다.

① 앞서 본 바와 같이 기존의 제한적 면제론이 현 시점에서 국가 면제에 관한 국제 관습법으로서 헌법 제6조 제1항이 정한 '일반적으로 승인된 국제 법규'에 해당한다. 그럼에도 불구하고 법원이 오로지 대한민국 국내법 질서에 부합하지 아니한다는 이유로 이러한 국제 관습법에서 인정되지 아니하는 새로운 예외를 인정하는 것은, 실질적으로 법률과 동일한 효력을 갖는 '일반적으로 승인된 국제법규'의 효력을 부정하는 것과 다르지 아니하다.

그런데 헌법 제107조는 법령의 규범통제 권한에 관하여, '법률'에 대하여는 헌법재판소에(제1항), 명령·규칙에 대하여는 최종적으로 대법원에(제2항), 그 권한을 나누어 부여하고 있다. 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결은 '관습법'에 대한 규범통제 권한이 법원에 있음을 전제로 판단한 바 있으나, 이는 성문법에 대하여 보충적인 효력만을 갖는 민법상 관습법(제1조 또는 제185조)에 관한 것으로서, 헌법 제

6조 제1항이 정한 '일반적으로 승인된 국제법규'로서의 국제 관습법이 민법상 관습법과 동일한 효력만을 갖는다고 볼 수 없으므로, 위 판결을 들어 당연히 국제 관습법의 전부 또는 일부의 효력을 부정하는 권한이 법원에 있다고 단정하기 어렵다.[43]

② 원고들은 이 사건과 동일한 쟁점에 관한 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결이 확정되었음을 들어 국제 관습법에 관하여도 법원이 합헌적 법률해석에 의하여 국가 면제의 범위를 제한할 수 있다는 취지로도 주장한다.

국내 법률에 관하여는 합헌적 법률해석의 법리가 확립된 법률 해석의 원칙이라 할 수 있으나, 이러한 합헌적 법률해석의 법리에 의하여 국제 관습법의 적용 범위를 제한하는 것, 특히 일반적인 관행과 법적 확신에 의하여 뒷받침되지 아니하는 새로운 예외를 인정함으로써 실질적으로 국제 관습법의 내용 중 일부의 효력을 부정하는 것이 헌법 제6조가 정한 국제법 존중주의에 부합한다고 보기 어렵고, 위 판결과 유사한 취지로 보이는 이탈리아 대법원, 헌법재판소의 판결은 이 사건 ICJ 판결에 의하여 그 효력이 부정되었거나 또는 국제적인 흐름에서 벗어난 이례적인 판결로 보는 것이 타당하다. 그리고 이러한 해석은 외국의 주권적 행위에 해당하면, 별도의 이익 형량 과정을 거치지 아니하고 외국에 대하여 국가 면제를 인정하는 대법원 판례의 태도와 부합한다고 볼 수도 없으므로, 원고들이 주장하는 위 판결이 확정되었다는 사정만으로 합헌적 법률 해석에 따라 국제 관습법을 제한 해석할 수 있다는 법리가 확립되었다고 보기도 어렵다.

③ 설령 법원이 해석을 통하여 이러한 예외를 '창설'할 수 있다 하더라도, 이 사건에서 원고들의 주장과 같이 피고가 '강행법규'를 위반하여 이 사건 피해자들에게 '심각

43) 헌법재판소 2013. 3. 21. 선고 2010헌바70, 132, 170(병합) 결정은 명시적으로 헌법 제6조 제1항이 정한 '일반적으로 승인된 국제법규'에 대한 위헌심사 권한이 헌법재판소에 속한다는 입장을 취하고 있다.

한 인권침해'를 초래하였으므로 대한민국 헌법에 부합하지 아니한다고 보아 피고에게 국가 면제를 인정하지 아니하는 것은, '강행법규'와 '심각한 인권 침해'라는 요건이 갖는 포괄성과 불명확성으로 인하여 이와 같은 국가 면제의 '예외'가 이 사건에서 문제된 피고의 위안부 피해자 문제에 국한하여 적용될 것으로 기대하기 어렵고, 향후 국가 면제가 부정되는 범위에 관하여 상당한 정도의 불확실성을 초래할 수밖에 없다.

그리고 이러한 사법적 판단이 갖는 불확실성으로 인하여 과거 국력이 약하여 빈번한 외세의 침략을 당했던 시기에 한반도에서 발생하였던 외국의 침략과 그로 인하여 발생한 손해에 대하여 그 피해자의 후대가 가해국가를 상대로 국가 면제의 예외가 인정되어야 한다고 주장하며 손해배상청구소송을 제기하는 상황도 배제하기 어렵고, 이러한 국가 면제 인정 여부에 관한 불확실성은 향후 외국으로부터 피해를 입은 국민을 위하여 대한민국이 외교적 조치를 취함에 있어서 부정적인 영향을 미칠 우려도 배제하기 어렵다.

④ 기존의 제한적 면제론보다 국가 면제의 예외를 더 넓게 인정함으로써, 외국에 대한 민사 재판권의 범위를 확대할 것인지의 문제는, 이 법원의 외교부에 대한 사실조회결과에 나타난 바와 같이 '대한민국의 외교 정책과 국익'에 잠재적인 영향을 미칠 수 있는 사안이다. 그리고 앞서 본 국가 면제의 예외에 관한 각국의 개별 입법 내용이 각국의 입법정책과 이해관계 등에 따라 상이하게 규율된 점을 고려하여 보면, 국가 면제에 관하여 기존 제한적 면제론에서 인정되지 아니하던 새로운 예외를 인정할지 여부, 만약 새로운 예외를 인정한다면 어느 범위에서 인정할 것인지는 전적으로 대한민국의 국익에 미칠 有·不利를 냉정하게 고려하여 세밀하게 정해야할 사항으로서 기본적으로 행정부와 입법부의 정책 결정이 선행되어야 할 사항으로 봄이 타당하다(실제로

앞서 본 '법정지국 영토 내 불법행위'에 관하여 독자적인 개별 입법을 한 국가들의 규정 내용, 특히 외국의 주권적 행위에 대한 각국의 재판권 행사의 범위에 관한 규율 내용이 나라마다 상이하고, 국제 협약을 비준함에 있어서도 각국은 유보조항을 두거나 또는 자국의 입장을 선언하는 방식으로 자국의 입장을 반영하려 하였는데, 이는 이들 국가들이 외국에 대한 민사 재판권 행사의 범위를 어느 범위까지 할 것인지, 즉 전통적인 국가 면제에서 인정되는 범위를 넘어 어느 범위까지 자국의 민사 재판권을 확대할 것인지에 관한 각국의 이해관계가 반영되었다고 봄이 합리적이다). 그럼에도 이러한 사항에 관한 입법부와 행정부의 정책적 의사결정이 없는 상황에서, 구체적인 사건에 대한 분쟁 해결을 주된 사명으로 하는 사법부가 이러한 결정을, 그것도 매우 추상적인 기준밖에 제시할 수 없어서, 향후 상당한 정도의 불확실성을 초래할 수밖에 없는 방식으로 행하는 것은 적절치 아니하다.

㈐ 이 사건에서 피고에게 국가 면제를 인정하는 것은, 이미 대한민국과 피고 사이에 이루어진 외교적 합의의 효력을 존중하고, 추가적인 외교적 교섭을 원활하게 하기 위함이지, 일방적으로 원고들에게 불의한 결과를 강요하기 위한 것이 아니다.

영국 법원은, 국가 면제에 관한 국제 관습법의 목적은 불의를 행하거나 정당한 권리 행사를 거부하기 위한 것이 아니고, 때로 긴 시간이 소요되거나 또는 불분명한 부분이 있다 하더라도, 일반적인 소송절차 대신 외교적 교섭에 의한 분쟁 해결을 도모함으로써, 만약 외국을 일반적인 소송 사건에서 당사자와 같이 취급하였을 경우 초래될 수 있는 외교관계의 악화와 혼란을 방지하기 위함이라고 판단한 바 있다.[44]

이와 같이 국가 면제는 외국과의 외교적 협상이 타결되어 대체적인 권리구제수단이

44) *The Charkieh* LR 4 A&E 59, 97.

존재하는 경우에만 인정되는 것이 아니라, 그렇지 아니한 상황에서도 장래 외교적 교섭에 의한 분쟁 해결을 원활하게 하기 위하여 그 외국에 대한 재판권을 인정하지 아니하는 것이고, 이 사건 ICJ 판결 다수의견도, 이탈리아의 '최후 수단' 주장을 배척하고 독일에 대한 국가 면제를 인정하면서, 장래 이탈리아와 독일 간의 외교적 교섭에 의한 권리 구제를 기대할 수 있다는 판단을 덧붙인 바도 있다. 이 사건에서 대한민국과 피고의 외교적 교섭의 결과인 2015. 12. 28. 한·일 합의가 현재에도 유효하게 존속하고 있고, 그 합의에서 정한 급부가 위안부 피해자들에게 상당 부분 현실적으로 이루어진 상황에서, 그 합의의 상대방인 피고에 대하여 국가 면제에 관한 국제 관습법이 대한민국 국내법과 부합하지 아니한다는 이유만을 들어 국가 면제를 부정하는 것이 타당하다고 보기 어렵다. 그리고 이를 두고 피고로 하여금 국가 면제의 법리를 '방패막이' 삼아 자신의 잘못된 행위에 대한 배상을 회피할 수 있도록 기회를 주는 것으로 볼 수도 없다.

5. 상호주의에 따라 피고에 대한 국가 면제가 인정되어서는 아니된다는 주장에 관하여

가. 앞서 본 바와 같이, 일본 법률 제10조는 피고 영토 내 불법행위로 인한 인신 손해 등에 대한 손해배상청구에 관하여 외국에 대한 국가 면제를 인정하지 아니하는 규정을 두고 있음은 인정된다.

나. 그러나 외국을 상대로 한 민사소송에서 자국 법원이 그 외국에 대하여 국가 면제를 인정할지 여부에 관하여, 상호주의(reciprocity), 즉 해당 외국이 자국에 대하여 국가 면제를 인정하는 한도 내에서만 그 외국에 대하여 국가 면제를 인정하는 국가가 일부 있기는 하나, 국가 면제에 관한 상호주의 적용이 국제 사회에서 확립된 관행이라고

보기는 어렵다. 그리고 국제 관습법은 국제 사회에서 어떠한 관행이 일반적인 관행으로 자리잡아 법적 확신에 의하여 뒷받침될 때 이에 동의하지 아니하는 국가에 대하여도 구속력을 갖는 것으로서, 일부 국가가 이에 동의하지 아니한다는 사정만으로 당연히 그 규범적 구속력을 상실하지 아니하므로, 구체적인 사건에서 문제된 상대 외국이 그러한 국제 관습법에 동의하지 아니하는 국가라는 사정만으로 법정지국에 대한 국제 관습법의 구속력이 상실된다거나 또는 국제 관습법과는 다른 상대 외국의 법률에 따라 국가 면제를 인정하여야 한다고 볼 수도 없다.

다. 따라서 국가 면제에 관한 국제 관습법의 적용에 있어서 당연히 상호주의가 적용되어야 한다고 보기 어려우므로, 피고가 앞서 살핀 국제 관습법과 다른 내용의 개별 입법을 하였다는 사정만으로 당연히 피고에 대하여 국가 면제가 부정되어야 한다고 볼 수도 없다.

6. 소결론

위안부 피해자들은 어린 시절 피고로 인하여 많은 고통을 겪어야만 했다. 그리고 이 문제를 해결하기 위하여 위안부 피해자들이 국내외 법원 등을 통한 기나긴 법적 쟁송을 거치는 과정도 결코 순탄치 아니하였고, 지난 시간 동안 대한민국이 국내외적으로 기울인 노력과 그로 인하여 얻게 된 성과도 위안부 피해자들의 고통과 피해에 대한 회복으로는 미흡하였을 것으로 보이며, 이 법원이 앞서 위안부 피해자들에 대한 대체적 권리구제수단이 된다고 본 2015. 12. 28. 한·일 합의도 이들이 지난 시간 겪어야 했던 고통에 비하면, 위안부 피해자들에게 충분히 만족스러운 결과였다고 보기는 어렵다. 이와 같이 위안부 피해자들의 피해가 충분히 회복되지 못하고 있는 사이에, 안타깝게도 이들 중 상당수는 세상을 떠났고 남은 피해자들도 인생의 황혼기에 접어들었다. 그리

고 이 사건 피해자들은 이 사건에서 대한민국 법원에 대하여, 피고에 대한 재판권을 행사하여 피고의 손해배상책임을 인정해 달라는 청구를 하고 있다.

이 법원은 위안부 피해자들이 피고에 대한 실체법상 손해배상청구권이 있음을 부정하지 아니한다. 그리고 2015. 12. 28. 한·일 합의는 이들에 대한 대체적인 권리구제수단이 된다는 의미이고, 위 합의에 의하여 위안부 피해자들의 권리가 처분되었다거나 소멸하였다고 보는 것도 아니다.

그러나 현 시점에서 유효한 국가 면제에 관한 국제 관습법과 이에 관한 대법원 판례의 법리에 따르면, 外國인 피고를 상대로 그 주권적 행위에 대하여 손해배상청구를 하는 것은 허용될 수 없고, 이 법원으로서는 이 사건에서 대한민국 법원이 피고에 대한 재판권을 갖는지 여부에 관하여, 대한민국 헌법과 법률 또는 이와 동일한 효력을 갖는 국제 관습법에 따라 판단할 수밖에 없으므로, 앞서 본 바와 같이 현재의 규범에 의하면 外國인 피고를 상대로 그 주권적 행위에 대하여 손해배상청구를 하는 것은 허용될 수 없고, 이러한 결과가 대한민국 헌법에 반한다고 보기도 어렵다. 피해 회복 등 위안부 피해자 문제의 해결은 대한민국이 여러 차례 밝힌 바와 같이 피고와의 외교적 교섭을 포함한 대한민국의 대내외적 노력에 의하여 이루어져야 한다.

IV. 결론

그렇다면 이 사건 소는 外國인 피고를 상대로 하여, 그 주권적 행위에 대한 손해배상을 청구하는 것으로서, 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 민성철 민 성 철

판사 이미경 이 미 경

판사 홍사빈 홍 사 빈

열람용

별지

순번	위안부 피해자		생존 여부	원고	청구금액
	성명	생년월일			
1		.			
2					
3					
4					
5					
6					
7					
8					
9					
10					
11					
12					
13					
14					
15					
16					

정본입니다.

2021. 4. 21.

서울중앙지방법원

법원사무관 신복희 (직인)

판결에 불복이 있을 때에는 이 정본을 송달받은 날(발송송달의 경우에는 발송한 날)부터 2주 이내에 상소장을 민사소송법 등 관계 법령에 따라 원심법원인 이 법원(서울중앙지방법원)에 제출하여야 합니다(민사소송법 제71조의 보조참가인의 경우에는 피참가인을 기준으로 상소기간을 계산함에 유의).

※ 각 법원 민원실에 설치된 사건검색 컴퓨터의 발급번호조회 메뉴를 이용하거나, 담당 재판부에 대한 문의를 통하여 이 문서 하단에 표시된 발급번호를 조회하시면, 문서의 위,변조 여부를 확인하실 수 있습니다.

서 울 고 등 법 원

제 3 3 민 사 부

판 결

사 건 2021나2017165 손해배상(기)

원고, 항소인 1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

원고들의 소송대리인

법무법인 지향, 담당변호사 김수정, 김예지, 이상희, 전다운, 양성우

법무법인 피앤케이, 담당변호사 이동준

법무법인 해마루, 담당변호사 장완익

법무법인 가로수, 담당변호사 류광옥

법무법인(유한) 한결, 담당변호사 김호철

법무법인(유한) 원, 담당변호사 조숙현

법무법인 동화, 담당변호사 조영선

변호사 박근덕

법무법인 에이프로[1], 담당변호사 권태윤, 선수지

피고, 피항소인	일본국
	법률상 대표자 법무대신 고이즈미 류지(小泉龍司)
제 1 심 판 결	서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결
변 론 종 결	2023. 9. 21.
판 결 선 고	2023. 11. 23.

주 문

1. 제1심판결을 취소한다.

2. 피고는 별지 목록의 '원고'란 기재 각 원고에게 별지 목록의 '청구금액(항소금액)'란

1) 법무법인 에이프로는 다른 대리인들과 달리 원고들 중 의 소송수계인 사단법인 한국정신대문제대책협의회의 위임은 받지 않아 그의 대리인은 아니다.

기재 각 돈 및 각 이에 대한 2023. 9. 21.부터 2023. 11. 23.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

3. 원고들의 나머지 청구를 기각한다.

4. 소송 총비용은 피고가 부담한다.

5. 제2항은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

제1심판결을 취소한다. 피고는 별지 목록의 '원고'란 기재 각 원고에게 같은 목록 '청구금액(항소금액)'란 기재 각 돈 및 각 이에 대한 2019. 5. 10.부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 원고들의 지위

1) 아래 표 중 '위안부 피해자' 항목에 기재된 사람들은 「일제하 일본군위안부 피해자에 대한 보호·지원 및 기념사업 등에 관한 법률」에 따라, 1932년경부터 1945년경까지 피고의 전신인 일본제국(이하 '피고'로 통칭한다)에 의하여 동원되어 중국, 동남아시아 등지에 설치된 '일본군 위안소'(이하 '위안소'라고만 한다)에서 피고 군인 등을 위하여 강제로 성행위를 종용당하였음이 인정되어, 위 법에 따른 위안부 피해자로 등록된 사람들이다(이하 일본군 위안부 피해자 일반을 지칭할 때는 '위안부' 또는 '위안부 피해자'라 하고, 이 사건 원고 본인들 또는 피상속인들인 위안부 피해자들을 지칭할 때

는 '이 사건 피해자들'이라 한다).

순번	위안부 피해자		생존 여부	원고	관계
	성명	생년월일			
1					본인
2					유증
3					본인
4					자녀 (입양)
5					자녀 (입양)
6					본인
7					본인
8					자녀
9					자녀
10					자녀
11					자녀
12					자녀

2) 이 사건 피해자들 중 순번 3, 6, 7( )은 현재 생존 중이고, 나머지 피해자들 중 순번 8 내지 12( )는 이 사건 소 제기 이전에 사망하여 위 표의 원고란 기재 원고들이 위 피해자들의 권리·의무를 상속하였으며, 순번 1, 2, 4, 5( )는 이 사건 소 제기 이후 제1심 계속 중 사망하여 해당 원고란에 기재된 사람들이 상속 또는 포괄유증[2]에 의하여 위 피해자들의 권리·의무를 승계하고 이 사건 소송절차를 수계하였다.

2) 피상속인으로부터 포괄유증을 받은 자는 소송수계신청을 할 수 있다(대법원 1994. 11. 4. 선고 93다31993 판결 등 참조).

나. 피고의 위안소 설치 및 위안부 동원 등

1) 피고는 1910. 8. 22. 대한제국과 사이에 한일합병조약을 체결한 후 조선총독부를 통하여 한반도를 지배하였다. 피고는 1931년 만주사변, 1937년 중일전쟁, 1941년 태평양 전쟁을 일으켰고 그 전선은 동아시아를 넘어 남양군도 및 남태평양 일대까지 확대되었다.

2) 위안부들로 하여금 군인들과 성관계를 갖도록 하는 위안소는 1932년 상해사변 시 피고 군대 병사에 의하여 강간사건이 다발적으로 발생하면서 현지인들의 반발과 성병 등의 문제로 이어지자 그 방지책으로 피고 해군이 설치한 것이 최초였다. 중일전쟁이 전면적으로 개시된 후 피고는 전선의 확대와 더불어 군인들의 관리를 위하여 위안소를 확대 설치할 필요성이 있다고 판단하였다. 여기에는 군인들에게 정신적 위안을 제공함으로써 언제 끝날지 모르는 전쟁에서 이탈하려는 군인들의 사기를 진작시키고 불만을 유화시키며, 성병 감염으로 인한 전투력 상실을 방지하고, 특히 일본어를 할 줄 모르는 식민지 여성을 '위안부'로 둠으로써 군의 기밀이 새어나갈 가능성을 줄이고자 하는 의도도 포함되어 있었다. 1937년경부터 피고 군대가 점령 중이었던 중국 등 전쟁 지역에 위안소가 본격적으로 설치되기 시작하였고, 1941년 이후 피고 군대가 점령하는 지역이 확대됨에 따라 동남아시아, 남태평양 지역까지 위안소가 설치되었다.

3) 피고 육군은 1937. 9. 29. 육달(陸達) 제48호로 물품판매소 규정인 「야전주보규정(野戰酒保規程)」을 개정하여 군 영내 주보(전쟁 중 군 영지 내에 군인, 군속 등에게 물품을 판매하는 매점)에 위안소를 설치할 수 있도록 하였고, 1943. 7. 18. 「영외시설규정」에서 중대 이상의 주둔지로서 군인·군속 전용의 특수위안소를 군 영외에 설치할 수 있되 위탁경영하는 것으로 정함으로써, 군 영내·외에 위안소를 설치할 근거

를 마련하였다. 피고 군대가 1938. 5. 펴낸 「전시복무제요」에서는 "성병에 대한 적극적 예방법을 강구하고 위안부 위생시설을 완비함과 동시에, 군이 지정한 이외의 매춘부 및 지역의 사람들과의 접촉을 금한다."는 내용이 기재되기도 하였다.

4) 위안소가 증가함에 따라 위안부 동원을 위하여, 중국, 동남아시아 및 태평양 지역의 점령지에서는 피고 군대가 직접 위안부를 동원하는 방식이 주를 이루었지만, 일본 또는 그 식민지였던 조선, 대만 등에서는 피고 군대의 요청에 따라 총독부가 각 도에 동원할 위안부의 수를 할당하면, 경찰이 모집업자를 선정하여 위안부를 동원하는 등 행정조직 또는 지역 조직 등을 통한 동원방식이 주를 이루었다. 위안부 동원을 위해 구체적으로 ① 여성들을 폭행, 협박, 납치하여 강제로 동원하는 방식, ② 지역 유지, 공무원, 학교 등을 통하여 모집하는 방식, ③ '취직시켜 주겠다, 많은 돈을 벌 수 있다'고 기망하여 모집하는 방식, ④ 모집업자들에게 위탁하는 방식, ⑤ 근로정신대, 공출제도를 통한 동원방식 등이 이용되었다.

5) 피고 군대 사령부는 조선에서 모집된 위안부들을 한반도 밖으로 이송하는 과정에서 원활한 수송을 위하여 위안부들에게 무료 도항증, 국외 이동을 위한 신분증명서를 발급해 주는 등 민간업자들의 위안부 수송에 편의를 제공하거나, 피고 군인이나 경찰들이 직접 위안부들을 전선으로 수송하는 업무를 맡아 이행하였다. 위안소의 관리는 피고 군대가 직접 하거나 피고 정부로부터 위탁받은 민간업자들이 하였다. 민간업자에게 위탁할 경우 피고 군대는 민간업자의 개업 여부, 설비 마련, 개업 시간, 이용요금, 이용자의 피임기구 사용 의무 등을 정하는 방식으로 위안소의 설치와 관리에 관여하였다. 성병의 예방, 진단과 치료 등에만 국한되었던 위안부들의 건강관리는 주로 피고 군대 군의(軍醫)들에 의하여 이루어졌다. 위안부가 도주하는 경우 피고 군인이 직접 추격하여

도주한 위안부를 다시 위안소로 끌고 오거나 사살하기도 하였다.

6) 공문서에 의해 확인된 위안소 설치지역으로는 조선, 중국, 홍콩, 마카오, 필리핀 등 여러 곳에 걸쳐 있다. 위안부의 수는 8만에서 10만 혹은 20만 정도로 추정되고 있고, 그 중 80%는 조선 여성들이었으며, 그 외 위안부 피해자의 국적은 필리핀, 중국, 대만, 네덜란드 등이다.

다. 이 사건 피해자들의 개인별 위안부 동원 과정 및 위안부 생활 등

1)

은 1925년 전남 담양에서 출생하였는데, 1940년경 동네 뒷산에서 나물을 캐고 있다가 다른 여자들과 함께 일본군에 강제로 끌려가 중국 흑룡강성(黑龍江省) 인근의 위안소로 가게 되었다.

은 외출이 자유롭게 허용되지 못하는 상태로 방과 방 사이에 칸막이만 세워져 있는 작은 방에서 피고 군인들로부터 성행위를 강요당했다.

2)

은 1926년 경북 양산에서 출생하였는데, 1941년경 통반장이 일본인과 같이 집에 와서 모친에게 을 '데이신타이'(군복 만드는 공장에서 일하는 것)에 보내야 한다고 하면서 '아들이 없으니 딸이라도 나라를 위해서 보내야 한다', '그것도 하지 않으면 반역자가 된다'고 협박하여, 은 끌려나와 부산에서 배를 타고 대만을 거쳐 중국으로 가게 되었다.

은 중국 광동성(廣東省)의 위안소에서 생활하면서 피고 군인들로부터 성행위를 강요당했다. 성행위 과정에서 극심한 육체적 고통이 수반되었고, 성병 발병 여부와 관계없이 심각한 부작용이 있는 성병 치료 주사를 정기적으로 맞았으며, 피고

군인들로부터 폭행을 당하기도 하였다. 망 김복동은 중국 광동성 위안소 생활 이후에도 홍콩, 싱가포르, 인도네시아, 말레이시아 등지에서 위안부로 생활하다가 싱가포르에 돌아와 해방을 맞이했는데, 그 과정에서 수차례 자살기도를 한 바 있다.

3)

은 1928년경 충북 보은에서 출생하여 부모, 조부모와 함께 살다가 1941년경 고모와 함께 피고 경찰에게 강제로 끌려 나갔고, 이후 히로시마(広島) 근처 위안소에서 피고 군인들에게 강간을 당하는 등 위안부로서 생활하게 되었다.

피고 군인들에 의하여 지하실 등에 감금되기도 하고, 채찍 등으로 폭행을 당하기도 하였으며, 특히 겁탈하려는 피고 군인에게 저항하는 과정에서 상해를 입어 평생 왼팔을 사용할 수 없게 되었다.

4)

는 1919년 출생하여 경북 김천에서 살다가, 1935년경 혼자 집에 있을 때 동네 구장과 순사가 설명도 없이 무조건 따라오라고 하여 그대로 위안부로 강제 동원되었다.

는 일본 시모노세키(下関市) 및 태국, 싱가포르, 미얀마 등지로 이동하며 위안부로 생활하였다. 는 위안부 생활의 대부분을 미얀마에서 보냈는데, 20~30명의 조선인 여성들과 함께 지내며 평일에는 피고 군인 간부들, 토요일과 일요일에는 병사들로부터 성행위를 강요당했다.

5)

은 1926년경 출생하여 경북 영일에서 가족과 함께 살다가, 1944년경 방직공장에 취직시켜주겠다는 말에 속아 북만주 목단강(牡丹江) 위안소로 끌려갔다. 해

당 위안소에서는 방 한 개에 여성 1명씩을 들여보내는 방식으로 피고 군인을 상대하도록 하였다.

위안소에 들어오고 약 3개월이 지나 은 임신을 하여 병원에서 낙태수술을 하였는데, 의사가 상의도 없이 의 자궁을 적출하여 버렸다. 은 퇴원 후 불과 약 일주일만에 관리인으로부터 복대를 차고 피고 군인들을 상대하도록 강요당했다. 이후 은 도망가다가 잡혀 피고 군인으로부터 인두로 가슴 등이 지져지는 상해를 입기도 하였다.

6)

원고 는 1928년 출생하였고, 1944년경 일본인을 따라가면 좋은 옷도 주고 돈을 벌 수 있다고 하는 말에 속아 가죽구두와 원피스를 보여주며 유인한 일본인을 따라 나섰다가 대구, 경주, 평안도 안주를 거쳐 중국 대련(大连)에서 배를 타고 대만 신주(新竹)에 위치한 위안소로 가게 되었다 는 이동하는 배에서부터 피고 군인으로부터 강간을 당하였고, 위안소에서는 감금당한 채 매일 수 명의 피고 군인들을 상대하며 성착취를 당했고, 전화기 선으로 전기고문까지 당한 바 있다.

7) 원고

원고 은 1932년 출생하였고, 경기 용인에서 부친과 함께 살다가 1944년경 일본 공장에 가면 돈을 벌 수 있다는 일본인 담임교사의 말에 속아 기차와 배를 타고 일본 시모노세키를 거쳐 도야마현(富山県)에 가게 되었는데 도착한 곳은 위안소였다. 원고 은 월경을 시작하기 전에 피고 군인으로부터 강간을 당한 것을 시작으로 위안소에서 '에사까와'로 불리며 위안부 생활을 강요당했다.

8)

는 1926년 평양에서 출생하여 담배공장에서 일을 했는데, 17세에 일본인 순사와 조선인 순사가 와서 '일본에 있는 방직공장에 보내야 한다', '며칠 뒤에 와서 도망가고 없으면 모두 총살시키겠다'고 협박하는 바람에 이들을 따라 평양역에 가서 배를 타고 중국 남경(南京)의 위안소로 가게 되었다.

는 처음에 계급이 높은 피고 군인에게 약 15일간 매일 강간을 당했고, 이후 다다미방에서 하루에 10여 명의 군인들로부터 성행위를 강요받았다. 그 가운데 폭행을 당하고 성병에 감염되는 등 육체적·정신적 고통에 시달렸다. 위안소에서 자살한 위안부 피해자들이 있었고, 아편으로 혹은 폭격에 맞아 사망한 위안부들도 있었으며, 역시 자살을 생각했으나, 자살에 실패한 동료 위안부 피해자들이 피고 군인에게 총살을 당하는 것을 보고 이를 포기하였다.

9)

는 원산에서 출생하여 제이보통학교를 2학년까지 다녔는데, 1941년 겨울경 '이리 와 보라'고 하는 낯선 남자 두 명에게 그대로 끌려가 일본인 밀집지역에서 며칠 감금되었다가 중국행 기차를 타고 중국 동안성(東安省) 미산현(密山县) 지역의 위안소로 가게 되었다.

위안소에는 약 20여 명의 조선인 위안부가 있었는데 이들은 일상적인 폭력에 노출되었고, 는 위안소를 탈출하려다 관리인에게 들켜서 나막신으로 머리를 심하게 맞아 그 흉터가 지워지지 않는 상해를 입기도 하였다.

10)

는 충북 중원에서 출생하였고, 1942년 봄 결혼하여 남편과 함께 충남 온양에서 살다가 남편이 강제징용을 당하였다. 가 18세이던 1943. 7.경 밤

에 순경과 군인들이 집에 쳐들어와 를 강제로 끌고 기차에 태워 중국 길림성(吉林省)에 위치한 위안소로 가게 되었다.

가 끌려간 곳은 군부대 옆에 위치한 판자로 지어 놓은 위안소로, 방마다 번호가 있었고 위안부들에게 개인별 번호를 부여하였는데, 첫날부터 피고 군인들이 방에 들어와 를 강간하였다. 가 이에 반항하자 군인이 칼로 망의 목 밑 좌우를 베고 때려서 온몸을 만신창이로 만들었다.

11)

은 평양에서 출생하였는데, 17세 때 조선인 한 명과 일본인들로부터 '중국에 가면 좋은 곳에 취직하게 해줄 테니 가자', '갔다가 싫으면 다시 돌아올 수 있다'고 기망당하여 중국 하얼빈(哈爾濱)에 있는 위안소로 가게 되었다. 은 위안소에서 '가키오까 미네꼬'로 불리며, 하루에 최대 30~40명의 군인으로부터 성행위를 강요당했고, 군인들이나 관리인으로부터 수시로 폭행을 당했다.

12)

은 1927년 전북 고창에서 출생하였고, 부친의 약을 사러 가는 길에 일본인 순사에게 강제로 끌려가 배를 타고 일본으로 가게 되었다. 이 도착한 곳은 조선인 위안부들만 있었던 위안소였다. 그곳에서 은 성병에 걸리며 성행위를 강요당했고, 피고 군인들의 무자비한 폭행으로 인해 정신병 환자 취급을 받았고, 아편에 중독되기도 하였다.

13) 종전 이후 이 사건 피해자들의 생활

가) 종전이 되자 피고 군대는 위안부들을 위안소에 그대로 두고 퇴각하였다. 이 사건 피해자들 대부분은 종전 여부를 제대로 모르는 상태에서 위안소 근처 지역에서 헤

매다가 전투상황을 고스란히 겪거나, 맨몸으로 생계를 부지하기 위하여 온갖 일을 할 수밖에 없었다. 이 사건 피해자들 상당수는 곧바로 고향으로 돌아오지 못하고 중국이나 일본 등지에서 떠돌아다니는 생활을 하기도 하였다.

나) 이 사건 피해자들은 혼인을 하지 못하거나, 혼인을 하더라도 원만한 혼인생활을 영위하지 못하였으며, 고향에 돌아온 경우에도 부모나 가족들이 이들을 부끄럽다고 여기곤 하여 사회생활을 제대로 하지 못하였다. 이들 스스로도 자신들의 과거를 떳떳하게 말할 수 없어 남편이나 자녀들에게 위안부 생활에 관한 과거에 대하여 함구하여 온 경우가 많았다.

다) 이 사건 피해자들은 육체적으로 위안소에서 당한 상해나 질병, 성병의 후유증을 겪어 건강한 삶을 누리지 못했고, 육체적 고통 외에도 정신적으로 심한 고통을 겪었으며, 정상적 범주의 사회생활에 적응하지 못하여 제대로 된 직업을 갖지 못하고 대체로 빈곤하게 생활하였다.

라. 피고가 종전 무렵까지 가입한 국제협약 등

1) 육전의 법 및 관습에 관한 협약

1907년 헤이그 평화회의에서 「육전의 법 및 관습에 관한 협약」(Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land, 이하 '헤이그 육전협약'이라 한다)이 체결되었는데, 피고는 1911. 12. 13. 위 협약을 비준하였다. 위 협약 제3조는 '부속서상의 의무를 위반한 교전당사자는 손해를 배상하여야 한다. 교전당사자는 개별전투원의 모든 행위에 대하여 책임을 부담한다(A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed

forces)'고 규정하고 있으며, 부속서 제46조에는 '가족의 명예와 권리는 존중되어야 한다(Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected)'라고 규정되어 있다.

2) 백인노예매매의 억제를 위한 국제조약

피고가 1925년 비준한 「백인노예매매의 억제를 위한 국제조약」(International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic, 이하 '미성년자 인신매매금지 조약'이라고 한다)에서는 '누구든지 다른 사람들의 욕정을 만족시키기 위하여 미성년의 여성 또는 소녀를 부도덕한 목적을 위하여 모집, 권유 또는 유괴한 사람은 그의 동의가 있다고 하더라도, 범죄를 구성하는 각각의 행위가 다른 국가들에 의하여 저질러졌다고 하더라도 처벌되어야 한다'고 규정하고 있다.

3) 여성과 아동의 인신매매금지 조약 및 노예협약

국제연맹은 1921. 9. 30. 「여성과 아동의 인신매매금지 조약」(International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children)을 채택하였는데, 피고는 위 조약을 1925년경 비준하였다(다만, 이때 식민지인 한반도 지역, 대만 지역, 요동반도 이남 조차지에 대한 적용을 유보하였다). 위 조약에 의하면, 타인의 욕망을 충족시키기 위한 성 산업의 목적으로 미성년(21세 이하) 여성을 설득, 유혹, 납치하는 어떤 행위도, 당사자의 동의가 있더라도, 범죄가 된다.

또한 국제연맹은 1926. 9. 25. 「노예협약」(Slavery Convention, 이하 '노예협약'이라고 한다)을 채택하고, 1927. 3. 9. 이를 공표하였는데, 위 협약은 '노예'를 '소유권에 수반하여 일부 또는 모든 권한이 행사되는 자의 지위 또는 상태'라고 정의한 다음 노예해방, 노예거래 금지, 강제근로 금지를 규정하고 있다.

4) 강제노동에 관한 협약

국제노동기구(ILO)는 1930년 「강제노동에 관한 협약」(Forced Labour Convention, 1930(No. 29), 이하 '강제노동협약'이라고 한다)을 채택하였고, 피고는 1932. 11. 21. 위 협약을 비준하였다. 위 협약에 의하면 강제노동을 단기간 내에 폐지하고 폐지할 때까지 과도기라고 하더라도 여성은 전적으로 제외하여야 하며, 근로기간과 시간을 한정하고 상당한 보수 및 산업재해를 보상하며 건강한 조건을 보장하도록 하고 있다.

5) 피고의 구 형법

피고의 국내 및 한일합병조약에 따라 당시 한반도에 적용된 형법(피고 법률 제45호, 1907년 제정, 이하 '피고의 구 형법'이라고 한다) 제226조에서는 '국외 이송 목적 약취 · 유인 · 매매죄'에 대하여 규정하고 있었다.

【인정근거】 갑 제1 내지 21, 34 내지 53, 62 내지 66호증(가지번호 있는 호증은 이를 포함한다, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 국가면제 관련 재판권 유무에 관한 판단

가. 판단의 전제 자료

다음 각 사실은 앞서 든 증거 및 갑 제54 내지 61, 75 내지 78, 81호증의 각 기재 내지 영상에 변론 전체의 취지를 종합하면 이를 인정할 수 있다.

1) 국가면제에 관한 전통적인 이론과 국제 관습법 일반

가) 국가면제 또는 주권면제(이하 '국가면제'로 통칭한다)는 국내 법원이 외국국가에 대한 소송에 관하여 재판권을 갖지 않는다는 국제 관습법으로서 국가는 그의 행위와 재산에 관하여 외국의 재판권에 강제되지 아니하는 것으로 설명되고 있다. 이는

주권을 가지는 모든 국가들은 서로 평등하며 독립적이라는 국가의 기본적 원리 또는 '대등한 자는 다른 대등한 자에 대해 지배권을 갖지 못한다'(*par in parem non habet imperium*)는 원칙 등에 근거하고 있다.

나) 국가면제의 법리는 역사적으로, 외국의 행위에 관하여는 그 행위가 주권적 · 권력적 · 공법적(*acta jure imperii*)인지, 비주권적 · 비권력적 · 사법적(*acta jure gestionis*)인지를 묻지 아니하고 다른 국가의 법원이 재판권을 행사할 수 없다는 절대적 면제에서, 외국의 행위 중 비주권적 행위에 관하여는 국가면제가 인정되지 아니한다는 제한적 면제의 법리로 발전하였다. 1812년 미국 연방대법원은 국가면제가 일반적으로 승인된 국제 관습법에 따른 것임을 선언하여 절대적 면제론을 취하였다.[3] 19세기 중반부터 벨기에, 이탈리아, 그리스 등의 법원에서 제한적 면제론에 입각한 판결들이 선고되기 시작하였으나, 제2차 세계대전 무렵까지도 영국, 폴란드 등의 법원에서는 절대적 면제론에 입각한 판결이 선고되다가, 제2차 세계대전 이후 영국과 미국 등 다른 국가의 법원들이 '제한적 면제론'을 채택함에 따라, 제한적 면제론이 국제 사회에서 일반적인 관행이 되었다고 평가되고 있다.[4]

2) 관련 국제협약

가) UN 국가면제협약

(1) UN 국제법위원회(International Law Commission, 이하 'ILC'라 한다)는 1978년경부터 위 협약에 관한 초안 작성 작업을 시작하여 장기간 논의를 하였고, 그

3) The Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. 116, 137(1812).

4) 우리 대법원도 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결에서, 미국 국방부 산하기관에서 근무하다가 해고된 원고가 미국을 상대로 해고 무효확인과 복직시까지 임금 지급을 구한 사안에서, 기존의 판례를 변경하고 제한적 면제론의 법리를 채택하여, "국제 관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다"고 판단한 바 있다.

결과 2004. 12. 2. UN 총회에서 「국가 및 그 재산의 재판권면제에 관한 국제연합협약」(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 이하 'UN 국가면제협약'이라 한다)이 채택되었다. 그 주요 내용은 아래와 같다.[5)]

제5조 국가는 자신과 그 재산에 관하여 이 협약에서 정하는 바에 따라 다른 국가 법원의 재판관할권으로부터 면제된다. 제6조 국가는 다른 국가에 대한 법원의 소송 절차에서 관할권 행사를 자제함으로써 제5조에 따른 국가 면제의 효력을 부여해야 하며, 이를 위해 해당 국가의 법원이 제5조에 따른 다른 국가의 면제를 스스로 결정하도록 보장하여야 한다. 제12조 (신체적 상해와 재산상 손해) 국가 간에 별도의 합의가 없는 이상, 국가는 그 국가의 책임으로 돌릴 수 있는 작위 또는 부작위에 의하여 발생한 사망 또는 상해 또는 유체동산에 대한 손해에 관하여, 그러한 작위 또는 부작위의 전부 또는 일부가 법정지국 영토 내에서 이루어졌고, 그러한 작위 또는 부작위의 주체가 당시 법정지국 영토 내에 있었다면, 법정지국 법원에 제기된 금전청구소송에서 국가면제를 주장할 수 없다.

(2) 한편 위 협약 제30조 제1항은, 위 협약은 30번째 비준국의 협약 비준 의사가 접수된 날로부터 30일째 되는 날 효력이 발생한다고 정하고 있는데, 2021. 3. 24.까지 위 협약에는 28개국이 서명하였고 22개국[6)]이 비준하였으며, 이 사건 변론종결 현재까지도 위 협약은 아직 발효의 요건을 충족하지 못하였다.

나) 유럽 국가면제협약(European Convention on State Immunity)

(1) 유럽 국가면제협약은 1972. 5. 16. 제정되어 1976. 6. 11. 발효되었는데,

5) Article 12 Personal injuries and damage to property
Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.

6) 위 협약을 비준한 22개 국가는, 오스트리아, 체코, 적도 기니, 핀란드, 프랑스, 이란, 이라크, 이탈리아, 일본, 카자흐스탄, 라트비아, 레바논, 리히텐스타인, 멕시코, 노르웨이, 포르투갈, 루마니아, 사우디아라비아, 슬로바키아, 스페인, 스웨덴, 스위스이다.

그 주요 내용은 아래와 같다.[7)]

제11조 체약국은 인신 상해 또는 재산권 침해에 관한 손해배상청구 소송에 있어서, 만약 그러한 인신 상해 또는 재산권 침해 행위가 법정지국 영토 내에서 이루어졌고, 그 피해자가 행위 당시 법정지국 영토 내에 있었던 경우에는 다른 체약국 법원에서 국가면제를 주장할 수 없다. 제31조 이 협약은 어느 체약국의 군대가 다른 체약국의 영토 내에서 행하거나 또는 행하려고 한 작위 또는 부작위에 관하여 체약국이 향유하는 국가면제의 특권에 관하여 영향을 미치지 아니한다.

(2) 유럽 국가면제협약에 관하여는 최초로 1974. 10. 7. 오스트리아가 이를 비준한 이래 마지막으로 1990. 5. 15. 독일이 이를 비준하였고, 2021. 3. 24.까지 위 협약을 비준한 국가는 8개국[8)]이다.

3) 개별 국가의 입법 내용

가) 미국의 Foreign Sovereign Immunity Act(28 U.S.C. §1605, 이하 '미국 FSIA'라 한다)

미국 FSIA §1605 (a)(5)는 다음과 같이 규정하고 있다.[9)]

7) Article 11
A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.
Article 31
Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State.

8) 위 협약의 비준국은, 오스트리아, 벨기에, 사이프러스, 독일, 룩셈베르그, 네덜란드, 스위스, 영국이고, 포르투갈은 1979. 10. 5. 서명하였으나 아직 비준을 하지 아니하고 있다.

9) (a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case—
(5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to—
(A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or
(B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights; or

(a) 외국은 다음과 같은 경우 미국 연방법원 또는 주법원의 재판관할권으로부터 면제되지 아니한다.

(5) 위 (2)항에 달리 포함되지 아니하는 한, 미국 내에서 외국 또는 그 공무원 또는 피고용인의 직무 범위 내에서 행한 불법행위(tortious act) 또는 부작위로 인하여 발생한 대인적 상해 또는 사망, 재산의 멸실 또는 손상에 대하여 금전적 손해배상청구를 하는 경우; 다만 다음 항목에는 적용되지 아니한다.

(A) 재량권을 남용했는지 여부와 무관하게, 그러한 재량권의 행사 또는 불행사에 기초한 청구

(B) 악의적인 기소, 절차의 남용(abuse of process), 비방, 오보, 기망 또는 계약상 권리에 대한 부당한 간섭

미국 FSIA §1605A (a)(1)은 다음과 같이 규정하고 있다.[10]

(a) 일반적으로

(1) 면제가 적용되지 않는 경우

외국국가는 그 또는 그녀의 직무, 고용 또는 대행의 범위 내에서 행동하는 동안 물질적 지원이나 자원의 그러한 행위나 제공이 그 국가의 공무원, 직원, 대리인에 의해 관여되는 경우, 고문, 사법 외 살인, 항공기 파괴, 인질 납치, 또는 그러한 행위에 대한 물질적 지원이나 자원의 제공에 의해 야기된 인명 상해나 사망을 위해 외국국가를 상대로 금전적 손해를 추구하는 본 장에서 달리 다루지 않는 어떤 경우에도 미국 또는 미국 법원의 관할권으로부터 면제될 수 없다.

나) 일본의 「외국에 대한 민사재판권에 관한 법률」(外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律, 이하 '일본 법률'이라 한다)[11]

10) (a) In General.
(1) No immunity.
A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case not otherwise covered by this chapter in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking, or the provision of material support or resources for such an act if such act or provision of material support or resources is engaged in by an official, employee, or agent of such foreign state while acting within the scope of his or her office, employment, or agency.

11) 第三条 この法律の規定は、条約又は確立された国際法規に基づき外国等が享有する特権又は免除に影響を及ぼすものではない。

제3조 이 법률의 규정은 조약 또는 확립된 국제법규에 기초하여 외국 등이 향유하는 특권 또는 면제에 영향을 미치지 아니한다.

제10조 외국 등은 사람의 사망, 상해 또는 유체물의 멸실 또는 훼손이 해당 외국 등이 책임을 져야 하는 것으로 주장되는 행위에 의하여 발생한 경우, 해당 행위의 전부 또는 일부가 일본 내에서 이루어지고, 해당 행위를 한 자가 그 행위 시에 일본 내에 소재하고 있던 경우에는, 이로 인하여 발생한 손해 또는 손실의 금전에 의한 전보에 관한 재판 절차에 대해 재판권으로부터 면제되지 아니한다.

다) 영국의 State Immunity Act 1978(이하 '영국 SIA'라 한다)[12]

1. 재판권으로부터의 일반적인 면제

외국은 이 법이 정한 경우를 제외하면 영국 내 법원의 재판권으로부터 면제된다.

법원은 외국이 문제된 소송절차에서 출석하지 아니한 경우에도 이 법에 의한 면제를 부여하여야 한다.

5. 인신상 손해 또는 재산상 손해

외국은, 영국 내에서 작위 또는 부작위에 의하여 발생한 (a) 사망 또는 인신 상해 또는 (b) 유체동산의 멸실 또는 손상에 관한 소송에서는 재판권이 면제되지 아니한다.

16. 제외되는 사항

(2) 이 법은, 외국의 무장병력이 영국 내에 있는 동안 그들에 의하여 행해졌거나 그들과 관련된 소송에는 적용되지 아니하고, 특히 1952 Visiting Forces Act에서 정한 바에 따라 효력을

第十条 外国等は、人の死亡若しくは傷害又は有体物の滅失若しくは毀損が、当該外国等が責任を負うべきものと主張される行為によって生じた場合において、当該行為の全部又は一部が日本国内で行われ、かつ、当該行為をした者が当該行為の時に日本国内に所在していたときは、これによって生じた損害又は損失の金銭によるてん補に関する裁判手続について、裁判権から免除されない。

12) 1. General immunity from jurisdiction.
(1) A State is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions of this Part of this Act.
(2) A court shall give effect to the immunity conferred by this section even though the State does not appear in the proceedings in question.
5. Personal injuries and damage to property.
A State is not immune as respects proceedings in respect of—
(a) death or personal injury; or
(b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom.
16. Excluded matters.
(2) This Part of this Act does not apply to proceedings relating to anything done by or in relation to the armed forces of a State while present in the United Kingdom and, in particular, has effect subject to the Visiting Forces Act 1952.

갖는다.

라) 앞서 본 국가들 이외에, 자국 영토 내에서 이루어진 인신 또는 재산에 대한 외국의 불법행위에 관하여 국가면제를 인정하지 아니하는 내용의 법률을 두고 있는 국가로는, 남아프리카 공화국, 캐나다, 호주, 싱가포르, 아르헨티나, 이스라엘, 파키스탄, 말라위 등이 있는데, 이들 국가의 법률 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관한 규정 내용은 대체로 영국 SIA 제5조와 유사하다.

마) 그 중 캐나다는 2012. 3.경 '테러리즘 피해자의 정의에 관한 법(Justice For Victims of Terrorism Act)'을 제정하고, 그에 따라 국가면제법과 형법을 개정하였는데, 그 주된 내용은 1985. 1. 1. 이후 캐나다의 국내·외에서 캐나다 형법상 테러리즘에 따라 처벌될 수 있는 행위로 피해를 입은 사람이라면, 국가면제법상 그 면제가 배제된 국가나 법인, 기구를 상대로 손해배상소송을 법원에 제기할 수 있다는 것이다.

4) 관련 외국 판결례 등

가) 제2차 세계대전 중 발생한 손해에 관한 이탈리아, 그리스 법원의 판결 및 국제사법재판소의 판결

(1) 이탈리아 법원의 페리니 판결

이탈리아 국적의 Luigi Ferrini는 1944. 8. 4. 독일군에 체포되어 독일의 군수공장에서 1945. 4. 20.까지 강제노역을 하였으나 전쟁포로의 지위를 인정받지 못하게 되자 1998년에 이탈리아 Arezzo 지방법원에 독일을 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였는데, 제1심 법원은 독일의 국가면제 주장을 인정하여 소를 각하하였고, 항소심 법원도 원고 Ferrini의 항소를 기각하였다. 그러나 이탈리아 대법원은 2004. 3. 11. 강행규범을 위반하는 국제범죄에 해당하는 국가의 행위에는 국가면제를 적용할 수 없

다며 원심판결을 파기하였고, 이후 하급심 법원은 원고 승소 판결을 선고하였다(이하 '페리니 판결'이라 한다).

(2) 그리스 법원의 디스토모 판결

독일 점령군은 1944. 6. 10. 그리스 남부 디스토모(Distomo) 마을 인근에서 그리스 레지스탕스 전투원들의 습격으로 독일군 18명이 사망한 데에 대한 보복으로 디스토모 마을을 포위하고 여러 집을 돌아다니며 강간, 방화, 약탈을 하고 영아를 포함하여 218명의 주민을 잔혹하게 살해하였다. 그 희생자들의 유족 등 257명이 1995. 11. 27. 그리스 법원에 위와 같은 불법행위를 이유로 독일을 상대로 손해배상청구 소송을 제기하였고, 이에 대하여 그리스 법원은, 국제법상 강행규범에 위반한 불법행위는 주권적 행위로 볼 수 없고, 독일은 강행규범에 위반함으로써 묵시적으로 국가면제를 포기하였다는 이유를 들어 독일의 국가면제를 인정하지 아니하고, 독일에 대하여 약 3,000만 달러의 손해배상을 명하는 판결을 선고하였다(이하 '디스토모 판결'이라 한다).

(3) 이탈리아 법원의 디스토모 판결에 기초한 강제집행 승인 결정

디스토모 판결의 원고들은, 이탈리아 법원에 그리스 법원의 판결을 기초로 한 강제집행 승인신청을 하였고, 피렌체 항소법원은 2005. 5. 2. 그 판결의 집행을 승인하였으며, 이탈리아 대법원은 2008. 5. 6. 독일의 상고를 기각하였다. 디스토모 판결의 원고들은 2007. 6. 7. 피렌체 항소법원의 결정에 근거하여 이탈리아 내에 있는 독일 연방정부 소유 건물인 'Villa Vigoni'(양국 간의 문화교류용 센터)에 대하여 집행법적 조치를 하였다.

(4) ICJ 판결 - Germany v. Italy[13](이하 '이 사건 ICJ 판결'이라 한다)

13) Jurisdictional Immunities of the State(Germany v. Italy : Greece intervening), Judgment, I.C.J. Rep. 2012, 99.

독일 정부는 2008. 12. 23. 이탈리아 법원이 페리니 판결을 선고하고, 그리스 법원의 디스토모 판결에 기한 강제집행을 승인함으로써, 독일이 향유하는 국가면제에 관한 국제법을 위반하였다고 주장하며 이탈리아를 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 'ICJ'라 한다)에 제소하였고, 이에 대하여 이탈리아는 독일군의 행위가 국가의 주권적 행위에 해당한다고 하더라도, ① 법정지국 영토 내에서 발생한 살인, 상해 또는 재산상 손해와 같은 불법행위(이하 '법정지국 영토 내 불법행위'라 한다)에 대하여는 국가면제를 원용할 수 없고, ② 인권에 관한 국제조약 등 강행규범을 심각하게 위반한 행위(이하 '강행규범 위반 행위'라 한다)에 대하여는 국가면제가 부정되어야 한다고 주장하였다.[14]

ICJ는 2012. 2. 3. 재판관 15인 중 12대 3[15]으로, 이탈리아 법원이 국제관습법에 따라 독일이 향유할 수 있었던 국가면제를 부인하고 독일제국이 1943년부터 1945년까지 국제법을 위반하였음을 이유로 제기된 민사소송을 허용한 것은 이탈리아가 독일의 국가면제의 특권을 존중할 의무를 위반하였다고 판단하였고, 또한 14대 1[16]로, 이탈리아 법원이 독일제국이 그리스에서 국제법을 위반하였음을 이유로 한 그리스 법원의 판결에 대하여 이탈리아 내에서 강제집행할 수 있음을 선언하고 독일 소유 재산에 대하여 집행법적 조치를 한 것은 이탈리아가 독일의 국가면제 특권을 존중할 의

14) 그 밖에도 원고들에게 다른 권리구제수단이 없어서, 독일을 상대로 이탈리아 법원에 손해배상청구 소송을 제기하는 것이 원고들의 최후의 권리구제수단(last resort)이 되므로 독일에 대하여 국가면제가 인정되어서는 아니 된다고 주장하였는데, 이는 이 사건 쟁점에 직접적인 영향이 없으므로 본문에서 생략한다(외국을 상대로 한 소송이 최후 수단인지 여부가 국가면제를 인정할 것인지를 좌우하는 요소라고 볼 수 없다는 이유로 위 주장은 배척되었다).

15) 다수의견(12) : Hisashi Owada, Peter Tomka, Abdul G. Koroma, Bruno Simma, Ronny Abraham, Kenneth Keith, Berenado Sepúlveda-Amor, Mohamed Bennouna, Leonid Skotnikov, Sir Christopher Greenwood, Xue Hanqin, Joan E. Donoghue.
반대의견(3) : Antônio Augusto Cançado Trindade, Abdulqawi Ahmed Yusuf, Giorgio Gaja.

16) 다수의견(14) : Hisashi Owada, Peter Tomka, Abdul G. Koroma, Bruno Simma, Ronny Abraham, Kenneth Keith, Berenado Sepúlveda-Amor, Mohamed Bennouna, Leonid Skotnikov, Sir Christopher Greenwood, Xue Hanqin, Joan E. Donoghue, Abdulqawi Ahmed Yusuf, Giorgio Gaja.
반대의견(1) : Antônio Augusto Cançado Trindade.

무를 위반하였다고 판단하였는데, 이탈리아의 국가면제에 관한 주장에 대한 다수의견의 요지는 다음과 같다.

(가) 법정지국 영토 내 불법행위 예외 주장에 관하여, 위 사건에서의 쟁점을 '무력 분쟁 과정에 법정지국의 영토 내에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위'(acts committed on the territory of the forum State by the armed forces of a foreign State, and other organs of State working in co-operation with those armed forces, in the course of conducting an armed conflict. 이하 '무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위'라 한다)에 관하여 국가면제가 인정되어야 하는지로 보고, 이탈리아의 주장이 개별 국가들의 입법 또는 판결례 등에 의하여 일반적인 관행에 이를 정도로 뒷받침되지 아니하고, 오히려 다수 국가의 법원은 무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 대하여 국가면제를 인정하고 있음을 들어, 여전히 독일에게 국가면제가 인정되어야 한다고 보아 이탈리아의 위 주장을 배척하였다.

(나) 강행규범 위반 행위 예외 주장에 관하여, 강행규범 위반으로 인한 중대한 인권 침해여부는 필연적으로 본안 심리를 다한 이후에야 판단할 수 있는데, 국가면제는 이러한 본안 심리에 이르기 이전의 소송 요건에 관한 선결적 문제이므로 이를 근거로 국가면제를 인정하기 어려우며, 위반행위의 내용과 정도에 따라 국가면제를 부인하는 개별 국가의 판결은 이탈리아 법원 판결이 거의 유일하고,[17] 나머지 대다수 국가 법원은 강행규범 위반이라는 이유로 국가면제를 부정하지 아니하므로, 이탈리아가 주장하는 강행법규 위반으로 인한 국가면제 예외에 관하여 일반적 관행에 이를 정도로

17) 그리스 법원은 당초 디스토모 판결에서 독일의 국가면제를 부정하였으나, 이후 특별최고법원이 독일에게 국가면제가 인정되어야 한다고 판단하여 그 입장을 번복하였다.

확립되었다고 볼 수 없다고 보아 이탈리아의 이 부분 주장을 배척하였다.

(5) 이 사건 ICJ 판결 이후의 진행 경과 - 이탈리아 의회의 이행 입법과 이에 대한 이탈리아 헌법재판소의 결정

㈎ 위 ICJ 판결 이후 이탈리아의 다수 하급심 법원들은 동종 사건에 대해 국가면제의 원칙상 이탈리아 법원에 관할권이 없음을 이유로 소를 각하하였다. 그리고 이탈리아 의회는 2013. 1. 29. 이 사건 ICJ 판결의 사정 범위 내에 있는 사건들에 관하여 이탈리아 법원이 관할권을 거절하도록 하고, 그러한 사안에서 관할권을 인정한 판결을 재심리·재고하도록 하는 내용의 '2013년 제5호 법률'을 제정하였다.

㈏ 그러나 일부 하급심 법원에서는 오히려 이 사건 ICJ 판결과 이탈리아 의회가 제정한 위 '2013년 제5호 법률'이 이탈리아 헌법상 보장된 기본적 인권, 피해자들의 재산권 및 재판받을 권리 등을 침해하는 것이라는 이유를 들어, 위 법률에 대하여 이탈리아 헌법재판소에 위헌법률심사를 신청하였다.

㈐ 이탈리아 헌법재판소는 2014. 10. 22. 국가면제에 관한 국제 관습법은 개인의 권리에 대한 부당한 침해를 막기 위하여 점차 국가면제의 인정 범위를 주권적 행위로 제한하는 방향으로 발전하여 왔고, 이탈리아 헌법 제2조 및 제24조는 인간의 존엄성을 보장하고 이를 이탈리아 법질서의 최상위에 두고 있으며 재판을 받을 권리는 현대 민주사회에서 인정되는 주된 법리 중 하나임을 전제로, 독일군에 의한 납치 및 강제노역은 국제법상 강행규범(*jus cogens*)을 위반한 심각한 전쟁범죄에 해당하여 외국 국가의 전형적이고 실질적·기능적인 주권 행사라고 볼 수 없고, 이 사건 ICJ 판결의 국가면제에 관한 법리 해석은 반인도적 범죄 및 기본적 인권 침해 피해자들의 재판을 받을 권리를 완전히 무효화하는 것이고, 반인도적 범죄에 관하여 결과적으로 사법적

구제를 부정하는 결과를 가져오게 되어 국가면제가 정당화될 수 없다고 보아, 위 '2013년 제5호 법률'이 전쟁범죄 및 기본적 인권을 침해하는 반인도적 범죄에 해당하는 외국 국가의 행위에 대해 관할권을 부정하는 것은 위헌이라고 판단하였다.

나) 국가면제 관련 이 사건 ICJ 판결 이후 선고된 판결

(1) 브라질 최고재판소의 이른바 Changri-la 판결[18]

브라질 최고재판소는 2021. 8. 23. 제2차 세계대전 중인 1943년경 브라질 영해 내에서 독일군의 잠수함의 공격을 받고 침몰한 어선의 피해 유족들이 독일을 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서, 위 행위는 국제인도법의 일반원칙을 위반한 것으로서, 주권행위라 하더라도 국가면제는 브라질 헌법이 규정하는 인권의 우위성 앞에 길을 양보하여야 한다는 이유 등을 들어 영토 내에서 외국국가가 인권을 침해하여 행한 불법행위는 국가면제를 누리지 않는다고 판결하였다.

위 판결에서는 미국의 Letelier v. Republic of Chile 판결을 주권행위라고 하더라도 법정지국에 있는 사람에 의해 법정지국에서 발생한 불법행위에 대해서는 국가면제 법리를 제한하는 판단을 한 판결이라고 평가하며 이를 근거 중 하나로 들고 있다.

(2) 2022. 4. 14. 선고된 우크라이나 대법원 판결[19]

우크라이나 대법원은 2022. 4. 14.경 2014년 우크라이나를 침공한 러시아군과 전투 중 사망한 피해자의 유족이 우크라이나 법원에 제기한 손해배상청구 소송에서 국가면제 법리에 따라 재판권이 없다는 원심판결을 취소하고, 러시아에 대한 손해배상책임을 인정하였다.

18) 브라질 연방 최고재판소[EXTRAORDINARY APPEAL WITH INTERLOCUTORY APPEAL 954.858 RIO(항고부대 특별상고 954.858 리오데자네이루)]
19) 308/9708/19:Civil Cases(from 01.01.2019)

우크라이나 대법원은 위 판결에서 "유럽인권재판소가 국가면제와 관련하여 국제 관습을 인정하였지만 그 제한은 정당한 목적을 추구하고 그 목적에 비례하여야 함을 강조하였다"고 전제하면서, "사람의 생명이나 건강에 대한 피해를 야기한 경우, 그 손해의 전부 또는 일부가 법정지국 내에서 발생했고 그 가해자가 법정지국에 있었다면 해당 국가는 그 손해배상책임에 관해서 면책권을 가지지 않는다고 결론지을 수 있다.", "국가면제는 국제 관계의 주체로서 국가의 법적 지위의 특징이며, 이는 '대등한 주체 간에는 상호 권한이나 사법적 관할권을 갖지 않는다'는 국제법의 일반 원칙에 기초한다. 그러나 이 원칙을 준수하기 위한 필요조건은 국가의 주권에 대한 상호인정이므로 러시아연방이 우크라이나의 주권을 부정하고 이에 대한 침략전쟁을 벌일 때 이 국가의 주권을 존중하고 준수할 의무는 없다."고 판시하였다.

(3) 영국 웨일즈 고등법원의 Al Masarir v Kingdom of Saudi Arabia 판결[20]

영국 고등법원은 2022. 8. 19. 영국 내에서 사우디아라비아에 의해 아이폰 2대에 스파이웨어가 무단으로 설치되고, 2018. 8. 31. 런던 나이츠브리지에서 사우디아라비아 요원을 통해 상해를 당한 인권운동가 Al Masarir가 사우디아라비아 국가를 상대로 한 손해배상청구 사건에서, 영국 SIA 제5조(s 5)는 유럽 국가면제협약 제11조와 함께 주권행위와 사적행위(비주권행위)를 구별하여 규정하지 않는다고 보고 사우디아라비아의 불법행위 책임을 인정하였다. 나아가 위 법원은 영국 SIA 제5조 규정이 불법행위가 모두 영국에서 발생하는 것을 요구하지 않는다고 설시하면서 개인 상해의 원인이 영국에서 발생하였으면 그 부분만으로도 외국 국가의 면제를 제한할 수 있다고 판단하였다.

20) Al-Masarir v Kingdom of Saudi Arabia [2022] EWHC 2199 (QB) (19 August 2022)

나. 쟁점 및 판단 대상

1) 이 사건은 대한민국 국민인 원고들이 피고라는 외국(外國)을 상대로 하여 대한민국 법원에 불법행위 등을 원인으로 손해배상청구를 하는 사건이다. 대한민국은 법원의 외국국가를 상대로 한 민사 재판권 행사에 있어서 국가면제의 범위에 관한 법률을 제정한 바 없고, 또한 대한민국과 피고 사이에 상호간의 민사 재판권 인정 여부에 관한 조약도 체결된 바 없다. 따라서 이 사건에서 피고에 대한 국가면제 인정 여부는 법원(法源)으로서 기능을 수행하는 '국제 관습법'[21]에 따라 판단되어야 한다.

2) 이러한 국제 관습법이 성립하기 위하여는 일반적으로 국가의 일반 관행의 존재(general practice of states)와 법적 확신(*opinio juris*)이 요구된다고 해석되고 있다. 국가의 '일반적인 관행'의 존부를 판단함에 있어서 고려될 '국가 실행'의 내용에 관하여는 개별 국가의 입법, 판결 또는 행정적 조치, 국제기구의 결의 내용 등이 고려될 수 있다. '법적 확신'(*opinio juris*)이란, 앞서 본 바와 같이 형성된 관행에 관하여 개별 국가들이 이를 법적으로 따라야 하는 것으로 인식하는 것을 의미한다.

3) 우선 이 사건에 적용될, 국가면제와 관련된 국제 관습법의 존부나 그 내용을 파악하기 위해서는 이 사안에서 국가면제 법리와 관련된 유의미한 요소들을 추출하여 그 내용부터 확정할 필요가 있다.

위 기초사실이나 원고들의 주장 및 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고의 이 사건 행위는 피고가 불법점령 중이던 한반도, 즉 대한민국의 영토 내에서부터 착수하여 해외 여러 나라에 걸쳐 이루어진 것으로, 우리 국민인 위안부 피해자들의 인신에 대하여 자행된 불법행위인 점, 원고들은 이 사건 소로써 피고의 위와

21) Statute of the International Court of Justice(이하 'ICJ 규정'이라 한다) 제38조 제1항 b는 '규범으로 받아들여진 일반적인 실행의 증거로서 국제 관습'(international custom, as evidence of a general practice accepted as law)을 국제법의 법원(法源) 중 하나로 정하고 있다.

같은 행위로 인하여 피해자들이 입은 손해의 배상을 청구하고 있는 점을 알 수 있다. 아래에서는 이러한 사안 내용을 토대로 필요한 범위 내에서 국가면제와 관련된 국제 관습법이 존재하는지, 그 내용은 어떠한지 보도록 한다.

다. 구체적 판단

위 판단의 전제자료 및 앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 국제 관습법의 성립 요건에 비추어 보면, 법정지국 영토 내에서 그 법정지국 국민에 대하여 발생한 불법행위에 대하여는 그 행위가 주권적 행위인지 여부를 묻지 않고 국가면제를 인정하지 않는 내용의 국제 관습법이 현재 존재한다고 봄이 타당하다. 나아가 위와 같은 내용의 국제 관습법을 이 사건에 적용해 보면, 이 사건 소에서 피고에게 국가면제가 인정된다고 볼 수 없으므로, 결국 대한민국 법원에 피고에 대한 재판권이 있다고 보아야 한다.

1) 이 사안에 적용되는 현재 유효한 국제 관습법의 파악

가) 국가면제에 관한 국제 관습법은 항구적이고 고정적인 것이 아니다. 이미 절대적 면제론에서 제한적 면제론으로 그 내용이 변경된 바 있다는 점은 앞서 본 바와 같다. 나아가 국가면제에 관한 국제 관습법의 존재를 확인하기 위하여 국가 관행과 그에 대한 법적 확신을 살피는 데에 있어서도 국제 관습법의 동태(動態)적 성격을 고려하지 않을 수 없다. 기존 국제 관습법으로 특별한 이론(異論) 없이 받아들여지고 있는 제한적 면제론으로의 변경 과정을 보더라도, 일정 시점에는 필연적으로 절대적 면제론과 제한적 면제론에 입각한 개별 국가들의 판결 등 '국가 실행'이 실질적으로 병존할 수밖에 없는데, 그 중 어떤 특정 시점을 기준으로 삼아 그때까지 제한적 면제론을 취한 판결들에 대하여 당시까지의 국제 관습법을 위반한 판결이라고 치부할 수는 없다.

이 같은 국제 관습법의 변천 과정을 고려할 때, 국가 실행과 법적 확신을 탐구하는 데에는 해당 국제 관습법의 변화 방향과 그 흐름까지도 함께 고려하여야 한다.

나) 그런데 '상업적 거래' 등의 사유와는 별개로, '법정지국 영토 내 인신상 사망이나 상해를 야기하는 등의 불법행위'에 관하여 가해 국가의 국가면제를 인정하지 않는 내용의 국가 실행이 다수 확인된다는 점은 매우 주목할 만하다.

(1) 비록 효력이 발생하지는 않았다고 하더라도 28개국이 서명하였고 22개국이 비준한 UN 국가면제협약이나 유럽 국가면제협약 등 국제협약이 위와 같이 정하고 있고, 아울러 미국 FSIA, 피고의 일본 법률, 영국 SIA를 비롯하여 남아프리카 공화국, 캐나다, 호주, 싱가포르, 아르헨티나, 이스라엘, 파키스탄, 말라위 등 다수 국가가 국내법의 입법을 통해 같은 내용을 규정하고 있음은 앞서 본 바와 같다. 아울러 이들 규정들은 국가면제가 인정되지 아니하는 영토 내 불법행위의 요건을 정함에 있어 '주권적 행위'와 '비주권적 행위'를 구별하고 있지 않다. 위 개별 법률을 적용한 판결들 중 명시적으로 해당 불법행위가 주권적 행위이기 때문에 위 법률을 적용할 수 없다는 내용의 판결은 찾기 어려운 반면, 영국 웨일즈 고등법원의 Al Masarir v Kingdom of Saudi Arabia 판결 등에서는 영국 SIA 제5조가 주권행위와 사적행위(비주권행위)를 구별하여 규정하지 않는다고 판단한 바 있기도 하다. UN 국가면제협약 제12조에 대한 UN 산하의 국제법위원회(ILC) 주석에는 위 조항의 범위에 관하여 폭행, 구타 등 고의적인 신체 손상·재산에 대한 고의적 손해·방화·정치적 암살을 위시한 살인 등에도 적용될 정도로 충분히 넓다고 하고 있다.[22]

(2) 이탈리아 법원의 페리니 판결을 비롯하여 최근에 선고된 브라질 최고재

22) ILC, "Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with commentraries 1991", Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II Part Two, 13

판소의 이른바 Changri-la 판결과 2022. 4. 14. 선고된 우크라이나 대법원 판결 등도 기본적으로는 법정지국 내에서 자행된 외국 군대 등의 불법행위를 이유로 제기된 손해배상청구 소송에서 그러한 행위가 주권적 행위로 평가되는 면이 있음에도 가해 국가에 대한 국가면제의 적용을 부정한 판결들로서, 위에서 본 국가면제협약이나 개별 국가들의 입법 내용과 그 궤를 같이 하는 국가 실행들로 볼 수 있다.

다) 나아가 위와 같은 국가 실행은 적지 않은 국가에 의하여 이루어졌음을 알 수 있다. 국가면제에 관하여 어느 방향으로든 아무런 표명을 하지 않고 있는 국가가 다수라는 점에서 단순히 UN 회원국 193개국을 분모로 위와 같은 국가 실행을 한 국가의 수를 산술적으로 비교하여 관행의 존부를 판단할 것은 아니다. 아울러 그러한 국가 실행들은 그 개별 국가들의 입법이나 최고 법원의 판결을 통한 것으로서 그렇게 형성되는 관행에 대하여 법적 확신이 부여되어 있다는 점 역시 어렵지 않게 인정할 수 있다.

라) 여기에 국가면제 법리가 처음 절대적 면제론에서 제한적 면제론으로 축소되었고, 그 이후 자국 영토 내의 불법행위에 관하여 국가면제를 부정하는 다수의 국가 실행들이 최근까지 계속하여 이루어지고 있다는 점을 더하여 볼 때, 국가면제와 관련된 국제법 체계가 위와 같은 영역에서는 이미 개인의 재판청구권을 보호하는 방향으로 이행되고 있다는 점까지 미루어 알 수 있다.

마) 위와 같은 사정들, 즉 파악가능한 국가 실행들과 이에 대한 법적 확신, 국제 관습법의 동태적 성격에 현재의 변화 방향 등을 모두 종합하여 보면, 이 사안과 관련하여 국제 관습법의 내용을 가장 소극적으로 파악하여 보더라도, 적어도 법정지국 영토 내에서 법정지국 국민에게 자행된 불법행위의 경우에는 그 행위가 주권적 행위로

평가되는지 여부를 묻지 않고 국가면제를 인정하지 않는 것이 현재의 유효한 국제 관습법이라고 봄이 타당하다.[23)]

바) 한편 2012년에 선고된 이 사건 ICJ 판결에서 이탈리아가 '독일의 행위가 법정지국 영토 내 불법행위에 해당하므로 독일에 대한 국가면제가 부정되어야 한다'는 주장을 하였으나, 배척되었다는 점은 앞서 본 바와 같다. 그러나 이 사건 ICJ 판결은 이 부분 쟁점을 '무력 분쟁 수행 중(in the course of conducting an armed conflict) 법정지국 영토 내 불법행위'에 관한 국가면제의 인정 여부로 국한한 후, '무력 분쟁 수행 중 법정지국 영토 내 불법행위'에 관하여는 국가면제를 인정하여야 한다고 판단한 것인바, 이러한 ICJ 판결 내용은 앞서의 판단과 배치된다고 볼 수 없다. 즉 '무력 분쟁(armed conflict)'이란 대표적으로 전쟁과 같이 실재하는 국가 등 복수의 무장세력에 의한 무력 개입이 가해지는 상태를 의미한다고 할 것인데, 이 사건의 경우 당시 피고의 전선은 중국, 동남아시아, 남양군도 등에 형성되어 있었고, 한반도는 이미 전쟁 등 '무력 분쟁'이 이루어지는 장소가 아니었음을 알 수 있다. 더욱이 앞서 본 국가면제 관련 국제 관습법의 변천 흐름과 그 방향을 더하여 보면, '무력 분쟁'을 위에서 본 문언적 의미보다 의도적으로 넓게 해석하여야 할 당위도 찾을 수 없다. 따라서 이 사건에서 문제되는 피고의 행위, 즉 '위안부' 동원을 위하여 위안부 피해자들을 기망, 납치, 유괴한 행위는 이 사건 ICJ 판결에서 논의의 전제로 삼고 있는 '무력 분쟁 수행 중'에 발생한 것이라고 보기 어렵다.

23) 다만 무장병력(armed forces)의 행위와 관련하여서는, UN 국가면제협약 및 미국· 일본의 개별 입법 등의 내용과 유럽 국가면제협약 및 영국 SIA의 내용이 다르다. 즉 UN 국가면제협약 및 미국·일본의 개별 입법 등에는 아무런 규정이 없는 반면, 유럽 국가면제협약 제31조는 "어느 체약국의 군대가 다른 체약국의 영토 내에서 행하거나 또는 행하려고 한 작위 또는 부작위에 관하여 체약국이 향유하는 국가면제의 특권에 관하여 영향을 미치지 아니한다."고 규정하고 있고, 영국 SIA는 "16. 제외되는 사항 (중략) (2) 이 법은, 외국의 무장병력이 영국 내에 있는 동안 그들에 의하여 행해졌거나 그들과 관련된 소송에는 적용되지 아니하고, 특히 1952 Visiting Forces Act에서 정한 바에 따라 효력을 갖는다."고 규정하고 있다.

2) 확인된 국제 관습법의 이 사안에의 적용

피고의 이 사건 행위는 앞서 본 것처럼 법정지국 영토 내에서부터 법정지국 국민인 이 사건 피해자들에 대하여 자행된 불법행위이므로, 위에서 확인한 현재의 유효한 국제 관습법에 따르면 피고의 국가면제가 부정되는 경우에 해당한다.[24)]

한편, 위와 같은 내용의 국제 관습법의 적용 국면에서 문제된 불법행위의 '일부'만이 법정지국 내에서 이루어진 경우에도 국가면제가 부정되는지 문제될 수 있다. 이는 협약이나 개별 입법에 의하여 일단 인정된 국가 실행의 내용의 일부, 즉 '법정지국 영토 내에서 이루어진 불법행위'에 관한 해석 문제이다. UN 국가면제협약 제12조와 일본 법률 제10조는 문제된 행위의 '일부'만 법정지국 영토에서 이루어지더라도 국가면제가 부정되는 것으로 정하고 있기도 하다. 법정지국 영토 내에서 이루어진 불법행위에 관하여 국가면제를 부정하는 취지를 고려할 때 반드시 문제된 행위의 '전부'가 법정지국 영토 내에서 이루어질 것을 요구할 합리적 이유가 없다. 2022. 8. 19. 선고된 영국 웨일즈 고등법원의 Al Masarir v Kingdom of Saudi Arabia 판결에서도 영국 SIA 제5조 규정은 불법행위가 모두 영국에서 발생하는 것을 요구하지 않는다고 설시한 바 있다.

3. 국제재판관할권 유무에 관한 판단

가. 관련 법리

당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라 국제재판관할을 결정하여야 하고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등

24) 따라서 현재의 유효한 국제 관습법이 이 사안과 같은 경우 국가면제를 인정한다고 보는 전제에서 그 논의가 필요한 우리 헌법에 따른 규범통제 등은 더 이상 문제될 소지가 없다.

과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 하며, 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지(法庭地)와 당사자의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 할 것이다(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결 등 참조). 이때 예측가능성은 피고와 법정지 사이에 상당한 관련이 있어서 법정지 법원에 소가 제기되는 것에 대하여 합리적으로 예견할 수 있었는지를 기준으로 판단해야 한다(대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결 참조). 또한 국제재판관할에 관하여 조약이나 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이 아직 확립되어 있지 않고 이에 관한 우리나라의 성문법규도 없는 이상 우리나라 민사소송법의 토지관할에 관한 규정 또한 위 기본이념에 따라 제정된 것이므로 기본적으로 위 규정에 의한 재판적이 국내에 있을 때에는 섭외적 사건에 관한 소송에 관하여도 우리나라에 재판관할권이 있다고 인정함이 상당하다(대법원 1992. 7. 28. 선고 91다41897 판결 등 참조).

나. 판단

위 기초사실을 통하여 알 수 있거나, 앞서 든 증거들에 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음의 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 대한민국은 이 사건의 당사자 및 분쟁이 된 사안과 실질적 관련성이 있으므로, 대한민국은 이 사건에 대하여 재판관할권을 가진다고 볼 것이다.

1) 민사소송법 제18조 제1항은 불법행위에 관한 소를 제기함에 있어 불법행위지를 특별재판적으로 규정하고 있다. 원고들의 이 사건 소송은 피고가 당시 불법적으로 점령 중이던 한반도에서 그 국민들을 납치하거나 또는 기망·유인하여 위안부 생활을

강요한 행위를 불법행위로 보고 이에 기한 손해배상을 청구하는 것으로, 대한민국은 위와 같은 일련의 불법행위 중 일부가 이루어진 곳이다.

2) 원고들은 대부분 대한민국 국민으로 현재 대한민국에 거주하고 있고, 대한민국 민법에 근거하여 피고에게 불법행위책임을 묻고 있다.

3) 원고들을 비롯한 위안부 피해자들은 피고의 국내 법원, 미국 법원 등지에 이 사건과 동일한 취지의 손해배상청구를 줄곧 청구하여 왔으므로, 원고들이 대한민국 법원에 이 사건 소를 제기하리라는 사정을 피고가 합리적으로 예견할 수 없었다고 보기도 어렵다.

4) 원고들이 이 사건에서 주장하는 사실을 뒷받침하는 물적 증거는 거의 멸실되었고, 인적 증거도 거의 남아있지 않으므로, 피고 현지 등 타지에서의 증거조사가 반드시 필요한 사건이라고 보기도 어렵다.

4. 본안 판단[25]

가. 준거법

이 사건에서 불법행위에 기한 손해배상청구권이 성립하는지 여부를 판단하는 기준이 되는 준거법은 법정지인 대한민국에 있어서 외국적 요소가 있는 법률관계에 적용될 준거법의 결정에 관한 규범(이하 '저촉규범'이라 한다)에 의하여 결정되어야 한다. 앞서 인정한 사실에 따르면 피고의 불법행위와 그로 인한 손해의 발생 등의 법률관계는 구 섭외사법(1962. 1. 15. 법률 제996호로 제정된 것, 이하 같다)이 시행된 1962. 1.

25) 민사소송법 제418조는 "소가 부적법하다고 각하한 제1심판결을 취소하는 경우에는 항소법원은 사건을 제1심법원에 환송하여야 한다. 다만 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우 또는 당사자의 동의가 있는 경우에는 항소법원은 스스로 본안판결을 할 수 있다."라고 정하고 있다.
원고들이 1심에서 한 주장과 제출된 증거들에 비출어 볼 때, 이 사건의 경우 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 마쳐졌다고 보인다(당심에서 원고들은 오히려 이 사건 소가 소송 요건을 갖추었다는 점에 주력하였다). 따라서 민사소송법 제418조 단서에 의하여 이 사건을 제1심법원으로 환송하지 않고 본안 판단에 나아가기로 한다.

15. 이전에 발생하였다. 구 섭외사법 제정 이전에 발생한 법률관계에 적용되는 대한민국의 저촉규범은 1912. 3. 28.부터 일왕(日王)의 칙령 제21호에 의하여 우리나라에 의용(依用)되어 오다가 군정법령 제21호를 거쳐 대한민국 제헌헌법 부칙 제100조에 의하여 현행법령으로서 대한민국 법질서에 편입된 일본의 법례(法例)(1898. 6. 21. 법률 제10호)이다. 원고들의 청구권이 성립한 시점에 적용되는 위 법례에 의하면, 불법행위로 인한 손해배상청구권의 성립과 효력은 불법행위 발생지의 법률에 의하는데(제11조), 피고의 불법행위지는 대한민국과 중국, 피고, 동남아시아 등에 걸쳐 있으므로 이에 준거법은 대한민국법, 중국법, 일본법 등이 될 것이다. 그런데 이 사건에서 원고들은 대한민국법을 준거법으로 하여 피고의 불법행위책임을 묻고 있으므로, 피고의 불법행위에 기한 손해배상청구권이 성립하는지 여부는 대한민국법을 준거법으로 하여 판단하기로 한다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결 참조). 그리고 제정 민법이 시행된 1960. 1. 1. 이전에 발생한 사건이 불법행위에 해당하는지 여부의 판단에 적용될 대한민국법은 '구 민법(의용 민법)'이 아닌 '현행 민법'이다(제정 민법 부칙 제2조 본문 참조).

나. 손해배상책임의 발생

1) 앞서 본 기초사실 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음의 사실들이 모두 인정된다. 즉 피고는 중일전쟁 내지 태평양전쟁을 하면서 군인들의 사기 진작 및 민원 발생의 저감 등을 목적으로 위안소를 설치·운영하였다. 피고는 행정조직 등을 통하여 10대 초중반에서 20대에 불과한 어린 나이의 이 사건 피해자들을 기망·유인하거나 또는 강제로 납치하여 위안부로 동원하였다. 이 사건 피해자들은 가족과 헤어져 상당 기간 동안 최소한의 자유조차 억압당한 채 매일 수십 명의 피고 군인들로부터 원치 않

는 성행위를 강요당했다. 그 과정에서 무수한 폭행으로 상해를 입었을 뿐 아니라 늘 성병과 원치 않는 임신 등의 위험을 감수하여야 했고, 급기야 죽음의 공포에도 시달려야만 했다. 이 사건 피해자들은 위안부 생활로 육체적·정신적 고통에 시달리며 종전 이후에도 정상적인 범주의 사회생활에 적응할 수 없었다.

2) 피고의 현행 헌법(1946. 11. 3. 공포) 제98조 제2항에 의하면, '피고가 체결한 조약 및 확립된 국제법규는 성실히 준수'하여야 하는데, 현행 헌법 제정 전이라고 하더라도, 위 조항은 새로운 의무를 부과하는 것이 아니라 국가로서의 당연한 의무를 선언한 것으로 보이므로, 현행 헌법 성립 전의 일본제국 또한 조약 및 국제법규를 성실하게 준수할 의무가 있다고 할 것이다. 그런데 이 사건 행위는 일본제국이 그 당시까지 비준하였던 ① 헤이그 육전협약 제3조, 부속서 제46조상의 '가족의 명예와 권리를 존중하여야 할 교전당사자의 의무'를 위반하여 가족의 구성원인 여성의 성적 자기결정권을 심각하게 침해하여 그 명예와 권리를 존중하여야 할 의무를 이행하지 아니한 것이며, ② '미성년자 인신매매 금지 조약'에서 정한 성매매 및 성매매를 목적으로 한 납치, 인신매매를 금지하는 조항[26]을 위반한 것이고, ③ '여성과 아동의 인신매매금지조약'상 미성년 여성을 기망, 납치하는 행위를 한 것이며, ④ 국제연맹의 '노예협약'상 노예해방 규정[27]을 위반한 것이고, ⑤ ILO의 '강제노동협약'에서 여성의 강제노동을 즉시 폐지하기로 한 조항을 위반한 것이다. ⑥ 당시 일본제국의 공무원들은 피고의 구 형법 제226

26) 원문은 다음과 같다. "Article 1 The Parties to the present Convention agree to punish any person who, to gratify the passions of another: (1) Procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person, even with the consent of that person; (2) Exploits the prostitution of another person, even with the consent of that person."[이 협약의 당사국은 다른 사람의 욕정을 만족시키기 위하여 다음과 같은 행위를 하는 자를 처벌하는 데 동의한다. (1) 비록 동의를 받는다고 하더라도 성매매를 목적으로 사람들 조달, 유인 또는 인도하는 행위, (2) 동의를 받는다고 하더라도 그 성매매를 착취하는 행위]

27) 국제연맹 하의 임시노예제위원회에서는 노예를 '소유권에 수반하여 일부 또는 모든 권한의 행사가 제한되는 자의 지위 또는 상태'라고 보고 있기는 하나, UN 인권소위원회의 맥두걸 보고서에서는 '위안부'를 '성노예'로 보고 있으며, 당시 '위안부'는 일본군에 의하여 일부 또는 모든 권한의 행사가 제한되어 있었으므로 이들을 '성적인 노예'로 보는 견해가 다수 있다.

조 등을 위반하였고, 일본제국 정부는 이를 적극적으로 조장하거나 방조하였다.

3) 위와 같은 사정에 이 사건 행위 당시의 국제조약, 일반적인 국제 관습법과 일본제국의 국내법, 전후 전쟁범죄에 관한 국제형사재판소의 헌장 및 변론 전체의 취지를 더하여 보면, 앞서 인정한 피고의 행위는 이 사건 준거법인 대한민국 민법상 불법행위에 해당한다고 보는 데에 어려움이 없다.

다. 손해배상책임의 범위

1) 위자료의 액수

앞서 본 피고의 가해행위의 내용 및 그 불법성의 정도, 이 사건 피해자들의 당시 연령 및 위안부로 고통받은 기간, 당시의 환경과 자유 억압의 정도 등 이 사건 피해자들이 입은 육체적·정신적 피해의 정도, 이 사건 피해자들이 종전 후에 겪은 사회적·경제적 어려움, 불법행위 이후 상당한 기간 피해복구가 실질적으로 이루어지지 못한 점, 기타 이 사건 변론에 나타난 제반 사정 등을 종합하여 보면, 이 사건 피해자별 위자료는 적어도 원고들이 이 사건에서 일부 청구로 주장[28]하고 있는 각 200,000,000원은 초과한다고 봄이 타당하다.

2) 상속관계

앞서 본 바와 같이 이 사건 피해자들 중 일부가 사망함으로써 그 상속인들이 망인들을 상속하였고, 의 소송수계인 사단법인 한국정신대문제대책협의회가 의 재산을 포괄유증받은바, 상속인인 원고들과 위 포괄유증인이 상속 또는 포괄유증받은 위자료의 지분비율과 액수는 별지 목록의 '상속지분'란과 '청구금액(항소금액)'란의 각 해당란 기재와 같다.

28) 상속인인 원고들 또는 이 사건 피해자인 소송수계인들이 구하는 금액은, 위 200,000,000원 중 별지 목록의 '상속지분'란과 '청구금액(항소금액)'란의 각 해당란 기재 금액과 같다.

3) 지연손해금의 기산일

위자료를 산정함에 있어서 사실심 변론종결 당시까지 발생한 일체의 사정이 그 참작대상이 될 뿐만 아니라, 위자료 산정의 기준이 되는 국민소득 수준이나 통화가치 등도 변론종결시의 것을 반영해야만 하는바, 불법행위가 행하여진 시기와 가까운 무렵에 통화가치 등의 별다른 변동이 없는 상태에서 위자료 액수가 결정된 경우에는 그 채무가 성립한 불법행위시로부터 지연손해금이 발생한다고 보더라도 특별히 문제될 것은 없으나, 불법행위시와 변론종결시 사이에 장기간의 세월이 경과되어 위자료를 산정함에 있어 반드시 참작해야 할 변론종결시의 통화가치 등에 불법행위시와 비교하여 상당한 변동이 생긴 때에도 불법행위시로부터 지연손해금이 발생한다고 보는 경우에는 현저한 과잉배상의 문제가 제기된다. 따라서 불법행위시와 변론종결시 사이에 장기간의 세월이 경과되어, 위자료를 산정함에 있어 반드시 참작해야 할 변론종결시의 통화가치 등에 불법행위시와 비교하여 상당한 변동이 생긴 때에는, 예외적으로라도 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금은 그 위자료 산정의 기준시인 변론종결 당일로부터 발생한다고 보아야만 한다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2009다103950 판결 참조).

이 사건의 경우 불법행위 종료일로부터 당심 변론종결일까지 장기간이 경과하였고 통화가치 등에 상당한 변동이 생겼으며, 그와 같이 변동된 사정까지 참작하여 당심 변론종결시를 기준으로 위자료의 액수를 고려하였으므로, 변론종결일 이후의 기간에 대해서만 지연손해금이 발생한다고 봄이 타당하다. 따라서 원고들의 당심 변론종결일 전날까지의 지연손해금 지급청구 부분은 받아들이지 않는다.

라. 소결론

결국 피고는 원고들에게 별지 목록의 '청구금액(항소금액)'란 기재 각 돈 및 각

이에 대한 당심 변론종결일인 2023. 9. 21.부터 이 판결선고일인 2023. 11. 23.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 소를 각하한 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당한바, 이 사건은 제1심에서 본안판결을 할 수 있을 정도로 심리가 된 경우에 해당한다고 할 것이므로 민사소송법 제418조 단서에 의하여 당원이 스스로 본안판결을 하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 구회근

판사 황성미

판사 허익수

별지

목록

순번	원고	관계	상속지분	청구금액 (합소금액)
1			1	200,000,000
2			1	200,000,000
3				200,000,000
4			1	200,000,000
5			1/2	100,000,000
6			1/2	100,000,000
7				200,000,000
8				200,000,000
9			1	200,000,000
10			1/4	50,000,000
11			1/3	66,666,667
12			1	200,000,000
13			1/4	50,000,000
14			1/4	50,000,000
15			1/4	50,000,000
16			1/4	50,000,000
			합계	2,116,666,667

- 41 -

정본입니다.

2023. 11. 24.

서울고등법원

법원사무관 조경승

판결에 불복이 있을 때에는 이 정본을 송달받은 날(발송송달의 경우에는 발송한 날)부터 2주 이내에 상소장을 민사소송법 등 관계 법령에 따라 원심법원인 이 법원(서울고등법원)에 제출하여야 합니다(민사소송법 제71조의 보조참가인의 경우에는 피참가인을 기준으로 상소기간을 계산함에 유의).

2. 보도자료

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 법원로4길 23 양지빌딩 2층
전화 02) 522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 16-12-사무-06
수　　신 : 제 언론사
발　　신 : 민주사회를 위한 변호사모임
제　　목 : [민변][보도자료] 일본군'위안부' 피해자들이 직접 일본국을 상대로 법적 책임을 묻는 소송을 제기하다
전송일자 : 2016. 12. 27.(화)
전송매수 : 총 2매

[보도자료]
일본군'위안부' 피해자들이 직접 일본국을 상대로 법적 책임을 묻는 소송을 제기하다

일본군'위안부' 피해자 11명과 사망하신 6명의 유족들은 직접 일본 정부에게 법적 책임을 묻기 위하여 2016년 12월 28일 서울중앙지방법원에 일본국을 상대로 손해배상청구 소송을 제기한다.

유엔을 비롯한 국제사회가 일본군'위안부' 문제를 일본정부와 일본군에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄로 보고 일본에 법적 책임을 인정하라고 요구하였으나, 일본은 1965년 한일청구권협정에 의해 일본군'위안부' 문제가 해결되었다는 입장만 반복하면서 책임을 인정하지 않았다. 일본군'위안부' 피해자들이 1991년부터 일본 법정에서 세 차례에 걸쳐 일본 정부의 책임을 묻는 소송을 제기하였으나, 1965년 한일청구권협정에 의하여 소멸하였다는 이유로 패소하였다

그 동안 피해자들은 한국 정부가 일본군'위안부' 문제를 해결해 줄 것을 요구하였고 또한 기대하였다. 2011년 헌법재판소도 한일청구권협정으로 피해자들이 배상청구권을 실현하지 못했다고 보고, 정부에게 이러한 장애상태를 제거하고 배상청구권의 실현을 위하여 협력하고 보호할 의무가 있다고 판시하였다.

그런데 한국 정부는 2015년 12월 28일 일본에게 반인도적 불법행위에 대해 책임도 묻지 않고, 일본 정부가 화해치유재단에 10억엔을 지급하는 것으로 '위안부' 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결되는 것으로 협상 타결을 선언하였다. 협상 과정에서 정작 협상의 중심이 되어야 하는 피해자와 법적 책임, 배상청구권의 문제가 빠진 채 일방적으로 '타결'이 선언된 것이다.

그리고 한국정부는 2015년 12월 28일 이후 일본에게 피해자의 배상청구권 실현을 위한 어떠한 노력을 하지 않고 있으며, 오히려 진실규명이나 기념사업에서 후퇴한 모습을 보이고 있다.

이에 피해자들은 마지막 수단으로 일본국에게 직접 법적 책임을 묻고 배상청구권을 실현하기 위하여 소송을 제기하기로 하였다. 이미 2013년에 나눔의 집에 계시는 열 두 분의 '위안부'피해자가 서울중앙지방법원에 일본국을 상대로 소송을 제기하여 진행 중이고, 이번 소송은 두 번째 소송이다.

이탈리아 대법원은 나치 독일에서 강제노역을 당한 이탈리아인이 독일국을 상대로 제기한 손해배상청구소송에서, 반인권적 범죄행위 등 강행규정에 위배되는 국가의 행위에 대해서는 이탈리아 법원도 재판권을 행사할 수 있다고 판단하였다. 일본군'위안부' 문제가 가진 인권침해의 중대성에 비추어 볼 때, 한국 법원도 일본에 대한 재판권을 인정하고 일본에 대하여 불법행위의 책임을 인정할 것이라고 기대한다.

역사정의의 실현과 인권의 회복, 인간의 존엄성을 되찾기 위해 고령의 피해자들이 마지막 수단으로 한국 법원을 직접 두드리게 된 안타까운 현실 앞에서 우리는 참담함을 금할 수 없다. 지금이라도 한국정부는 하루빨리 2015년 12월 28일의 '굴욕적인' 합의를 폐기하고 피해자들의 배상청구권 실현을 비롯하여 일본군'위안부' 문제의 올바른 해결을 위해 나서야 할 것이다.

<안내>

- 일본국 상대 손해배상청구 소송 제기와 관련한 구체적인 내용은, 2016. 12. 28.(수) 낮 12시에 개최되는 "1263차 수요시위"에서 발표할 예정입니다.

2016년 12월 27일
민주사회를 위한 변호사모임
회 장 정 연 순

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 법원로 4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 19-11-위안부TF-01
수　　신 : 각 언론사
발　　신 : 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부' 문제 대응 TF, 일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대
제　　목 : **[장소 및 시간 수정]** [공동 취재요청] 3년 만에 개시된 일본군'위안부' 피해자 일본정부 상대 손해배상청구 소송, 첫 변론기일을 맞는 피해자 및 시민사회 기자회견
전송일자 : 2019. 11. 12.(화)
전송매수 : 총 2매

[공동 취재요청]
3년 만에 개시된 일본군'위안부' 피해자 일본정부 상대 손해배상청구 소송, 첫 변론기일을 맞는 피해자 및 시민사회 기자회견
-2019. 11. 13.(수) 15:30, 민주사회를 위한 변호사모임 대회의실

1. 민주사회를 향한 귀 언론의 노고에 감사드립니다.

2. 유엔을 비롯한 국제사회는 일본군'위안부' 문제를 일본정부와 일본군에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄로 보고 일본정부에게 법적 책임을 인정하라고 지속적으로 요청했습니다. 그러나 일본정부는 1965년 한일청구권협정에 의해 일본군 '위안부' 문제가 해결되었다거나 피해자 중심적 접근이 결여된 2015년 12월 28일 한일외교장관합의로 일본군'위안부' 문제는 해결되었다는 입장을 고수하고 있습니다. 그러나 일본군'위안부' 피해자들이 일본군의 반인도적 범죄의 피해자로서 가지는 '배상청구권'은 소멸되었다고 볼 수 없습니다. 국가 간의 합의로 피해자 개인으로서 가지는 배상청구권이 소멸될 수 없다는 점은 인권의 관점에서나 국제규범의 관점에서나 너무나도 명확하기 때문입니다.

3. 지금으로부터 약 3년 전인 2016년 12월 28일, 일본군 '위안부' 피해자 11명과 사망하신 6명의 피해자 유족들은 직접 일본 정부에게 책임을 묻기 위하여 서울중앙지방법원에 일본국을 상대로 손해배상청구의 소를 제기했습니다(서울중앙지방법원 2016가합580239). 하지만 일본정부는 헤이그 송달협약을 위반하면서까지 소장을 송달받지 않았고 재판절차를 지연시켰습니다. 나아가 일본정부는 서울중앙지방법원이 공시송달을 확정하자, 2019. 5. 21. 한국 정부에게 일본군'위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 소송이 국제법상 주권면제원칙에 근거해 각하되어야 한다고 통보하기까지 했습니다. 이처럼 일본 정부의 일방적인 송달거부와 '주권면제' 주

장은 일본군'위안부' 피해자들의 인권을 재차 침해하고 있습니다.

4. 일본군'위안부' 생존 피해자들이 1991. 8. 14. 김학순 할머니의 최초 공개증언 이후 용기를 내어 피해자임을 밝히고 일본정부의 책임을 묻기 시작한지도 어느덧 한 세대가 흘렀습니다. 그러나 일본정부의 철저한 책임 회피로 인해 피해자들의 고통은 가중되어가고 있습니다.

5. 소송을 제기한지 약 3년 만에 개시되는 이 사건은 일본군'위안부' 피해자들이 일본국의 책임을 묻기 위하여 한국 법정에 제기한 소송 중 최초로 변론기일이 지정된 사건입니다. 피해자들의 연령을 고려했을 때, 피해자들이 한국 사법부에 요청할 수 있는 마지막 권리투쟁이 될 것으로 보입니다. 부디 한국 사법부가 피해자들의 존엄과 회복을 위해 정의로운 판단을 내려주기를 기대합니다.

6. 귀사의 적극적인 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

※ 소송의 진행경과 등 발언 자료는 기자회견 현장에서 배포할 예정입니다.

[기자회견 순서]

-제목: 3년 만에 개시된 일본군'위안부' 피해자 일본정부 상대 손해배상청구 소송, 첫 변론기일을 맞는 피해자 및 시민사회 기자회견
-일시 및 장소: **2019. 11. 13.(수) 15:30, 민주사회를 위한 변호사모임 대회의실**
-주최: 일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대, 민주사회를 위한 변호사모임 일본군 '위안부' 문제 대응 TF
-사회: 오성희 (일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대 인권연대처장)
-발언1: 소송의 진행 경과(이상희 변호사, 민변 일본군'위안부' 문제 대응 TF)
-발언2: 소송의 법적 쟁점(류광옥 변호사, 민변 일본군'위안부' 문제 대응' TF)
-발언3: 한경희 일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대 사무총장
-발언4: 일본군'위안부' 피해자(길원옥, 이옥선 할머니) 발언

2019년 11월 12일

민주사회를 위한 변호사모임 '위안부'문제 대응 TF,
일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 20-위안부TF-02-01
수　　신 : 각 언론사
발　　신 : 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부' 문제 대응 TF
제　　목 : [보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제2회 변론기일을 앞두고
전송일자 : 2020. 2. 4.(화)
전송매수 : 총 2매

[보도자료]

일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제2회 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 서울중앙지방법원에 제기한 손해배상청구 소송(2016가합580239)의 제2차 변론기일이 내일(2020. 2. 5.) 오후 2시에 예정되어 있습니다(서울중앙지방법원 동관 558호 법정).

2. 일본 정부는 피해자들이 명예와 인간으로서의 존엄을 회복하기 위하여 제기한 이 사건 소송에서 국제법(헤이그송달협약)을 위반하면서까지 송달 절차에 응하지 않았을 뿐만 아니라, 더 나아가 일본 외무성이 국제법상 국가면제(주권면제) 원칙을 이유로 소송이 각하되어야 한다는 입장을 정부에 전달한 것으로 확인되었습니다(2019. 5. 21. 일본 교도통신 기사 참조).

원고들 소송대리인은 제2차 변론기일에서, [별지]와 같이 국제면제론은 불멸의 법리가 아니고 국제인권법의 발달과 국제적 상황에 맞추어 각국의 입법과 판례가 적용 범위가 축소되고 있으며 이미 노예제, 대량학살, 인신매매 등 강행규범 위반에 대한 중대한 인권침해 사건에서 국가면제 법리가 부인된 사례를 소개함으로써, 대한민국 법원이 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송에 대해 재판관할권을 행사하여야 한다는 점을 주장하고자 합니다.

3. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

2020년 2월 4일

민주사회를 위한 변호사모임 '위안부'문제 대응 TF

[별지]

1. 국가면제론은 불멸의 법리가 아니다. 실제로 국가면제론은 국제적 상황에 맞추어 각국의 입법과 판례가 변화되는 등 점차적으로 그 면제의 폭이 좁아지고 있는 추세이다. 그런 상황에서 이탈리아를 비롯한 일부 국가의 국내법원은 노예제, 대량학살, 인신매매 등 강행규범 위반 행위에 관하여 국가면제를 부인하고 국내법원의 재판권 행사를 인정하였다.

2. 특히, 이탈리아 헌법재판소는 2012년 국제사법재판소(ICJ)가 '독일 대 이탈리아 사건(제2차 세계대전 중 독일군에 의해 자행된 반인권적 불법행위를 이유로 한 이탈리아 피해자들의 독일을 상대로 한 손해배상청구소송에서 국가면제가 적용되는지 여부가 주된 쟁점이었다)'에 관하여 국가면제에 관한 국제관습법이 적용될 수 있다는 취지의 판결을 하였음에도, 2014년 '중대한 인권침해를 이유로 한 손해배상청구소송에서 '이탈리아 국내법원의 재판권 행사를 제한하도록 하는 국가면제론은 침해된 개인의 권리와 존엄의 회복, 그리고 이를 담보하기 위한 재판청구권을 근간으로 하는 이탈리아 헌법 질서의 기본적 가치를 침해하는 것으로서 국내법 질서에 수용될 수 없다'고 판단하여 국가면제를 부인하였다. 이러한 이탈리아 헌법재판소의 결정은 절차법적 성격의 국가면제라는 명분 아래 강행규범에 위반에 기초한 배상청구권의 실현이 몰각되어서는 안 된다는 점을 시사한다.

3. 우리 헌법재판소는 "일본군에 의하여 자행된 반인도적 범죄행위에 대한 '위안부' 피해자들의 일본국을 상대로 한 배상청구권은 헌법상 보장된 재산권일 뿐만 아니라, 그 배상청구권의 실현은 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복하는 의미를 갖는 것이고, 그 배상청구권의 실현을 가로막는 것은 헌법상 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이 있다."고 판단하였다(헌재 2001. 8. 30. 2006헌마788 결정 참조).
그렇다면, 원고들이 일본국을 상대로 한 이 사건 소송에 대하여 국가면제론을 적용하여 우리 법원의 재판권 행사를 제한하는 것은 이탈리아 헌법재판소의 결정 취지와 마찬가지로 '위안부' 피해자들인 원고들의 실체법적 권리에 대한 판단을 하지 않은 채 그 배상청구권의 실현을 가로막는 것으로서 우리의 헌법질서에 부합하지 않는 것이다. 따라서 이 사건 소송에서 국가면제론을 적용하는 것은 우리 헌법 질서에 부합하지 않으므로, 그러한 "국가면제론"은 "이 사건에서" 우리 법원의 재판규범이 될 수 없다.

4. 제2차 세계대전이 종전된 지 75년째인 2020년 올해도 여전히 일제시대에 이루어졌던 피해자들에 대한 법적 구제는 이루어지지 못하고 있다. 그 동안 '위안부' 피해자들은 일본정부에 대하여 법적 해결을 촉구하고 우리 정부에 대하여도 외교적 보호권의 행사를 지난 20여 년 동안 주장해왔으며, 이와는 별도로 스스로 원고가 되어 일본 정부 또는 기업들을 피고로 하여 대한민국과 일본, 미국 등에서 민사소송을 제기하여 왔지만 전부 받아들여지지 않았다.

5. 그런 상황에서 '위안부' 피해자들인 원고들은 최후적 구제수단으로서 국내법원에 이 사건 소송을 제기하였는바, 이는 대규모의 중대한 인권침해사건에서 최후적 수단으로 제기된 민사소송의 의미를 가질 뿐만 아니라 보편적인 인권보호에 대한 사법부의 역할과 진정한 법치주의 실현이라는 관점에 비추어 결코 가볍게 무시되어서는 안 될 것이다. 만약 이 사건 소송에까지 국가면제의 법리를 적용하여 재판권 행사를 제한한다면, 이는 대한민국의 헌법적 근본가치를 훼손하는 일일 뿐 아니라, 최후적 수단으로서 선택된 이 사건 소송의 중요성을 간과함으로써 실질적 정의를 외면하는 일이라 하겠다.

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 :	20-위안부TF-03-01
수 신 :	각 언론사
발 신 :	민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제 목 :	[보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제3차 변론기일을 앞두고
전송일자 :	2020. 03. 31.(화)
전송매수 :	총 2매

[보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제3차 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 서울중앙지방법원에 제기한 손해배상청구 소송(2016가합580239)의 제3차 변론기일이 내일(2020. 4. 1.) 오후 5시에 예정되어 있습니다(서울중앙지방법원 동관 558호 법정).

2. 일본 정부는 유엔 등에서 일본군 '위안부'에 대하여 "성노예라는 표현은 사실에 반하고 강제성은 없었다"는 취지로 주장하면서 일본군 '위안부' 제도의 역사적 사실을 왜곡하거나 부인하고 있습니다.
원고들 소송대리인은 제3차 변론기일에 지금까지 발견된 일본의 공문서를 근거로 ① 일본군이 점령지에서 위안소를 직접 설치하거나 그 설치를 지시·허가하고(위안소의 설치), ② 일본군이 내무성 등 일본 정부 기구와 함께 위안부 동원과 이송을 직접 실행··협력·통제·감독하였으며(위안부의 동원), ③ 일본군이 위안소를 직접 운영하거나 민간에서 운영하는 위안소를 통제하고 감독(위안소의 운영)하였다는 점을 주장, 증명함으로써 일본국가의 법적 책임을 규명하고자 합니다.

3. 그리고 일본에서 일본의 전쟁·식민지 책임을 묻는 다수의 소송을 수행한 야마모토 세이타 변호사와 일본군 위안부 문제를 유엔에 꾸준히 제기해온 도츠카 에츠로 변호사의 의견서를 제출합니다.
야마모토 세이타 변호사는 일본 법원에서 진행한 104건의 판결을 분석한 뒤 일본 법원이 일본군 위안부 피해자들의 권리 구제 가능성을 원천 봉쇄하였다는 점을 밝혔습니다. 도츠카 에츠로 변호사는 일본군 위안부 문제를 해결하기 위한 유엔의 노력과 유엔의 권고(상설중재재판소의 중재 및 배상문제 해결을 위한 행정심사위원회의 설치 권고)를 수용하지 않은 일본 정부의 대응에 대해 자세히 설명하였습니다.

4. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

2020년 3월 31일
민주사회를 위한 변호사모임
일본군'위안부'문제대응TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 20-05-위안부TF-01
수　　신 : 각 언론사
발　　신 : 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제　　목 : [보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제4차 변론기일을 앞두고
전송일자 : 2020. 05. 19.(화)
전송매수 : 총 1매

[보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제4차 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 서울중앙지방법원에 제기한 손해배상청구 소송(2016가합580239)의 제4차 변론기일이 내일(2020. 5. 20.) 오후 4시 50분에 예정되어 있습니다(서울중앙지방법원 동관 558호 법정).

2. 원고들 소송대리인은 지난 변론기일에 일본의 공문서를 근거로 일본군 '위안부' 제도가 일본정부와 일본군의 조직적이고 체계적인 중대한 인권침해라는 사실을 주장·증명하였고, 일본 변호사의 의견서를 통해 일본 법원이 일본군 '위안부' 피해자들의 권리 구제 가능성을 원천 봉쇄하였다는 점을 밝혔습니다.

3. 원고들 소송대리인은 이번 기일에 일본군 '위안부' 문제가 국제인권규범에 명백히 위반된다는 점과 유엔을 비롯한 국제인권조약기구의 평가 및 권고 사항을 주장함으로써, 일본군'위안부' 문제의 불법성은 국제사회의 법적 상식이며 보편적 인권의 문제라는 점을 주장하고자 합니다.
또한 국가면제법리와 관련한 유엔의 조약 및 미국, 호주, 일본, 싱가포르, 영국, 캐나다 등의 해외 입법례를 통해 이 사건에서 더 이상 국가면제법리가 적용될 수 없다는 점을 주장하려고 합니다.

4. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

2020년 5월 19일
민주사회를 위한 변호사모임
일본군 '위안부' 문제 대응 TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 20-09-위안부TF-01
수　　신 : 각 언론사
발　　신 : 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제　　목 : [보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제5차 변론기일을 앞두고
전송일자 : 2020. 09. 08.(화)
전송매수 : 총 1매

[보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제5차 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 서울중앙지방법원에 제기한 손해배상청구 소송(2016가합580239)의 제5차 변론기일이 내일(2020. 9. 9.) 오후 4시에 예정되어 있습니다(서울중앙지방법원 동관 558호 법정).

2. 원고들 소송대리인은 이번 기일에 전문가 증인을 통해, 일본군 '위안부' 문제에 대한 손해배상청구에서 국가면제법리가 적용될 수 없고 공권력의 중대한 인권침해에 대하여 재판청구권의 보장이 국제인권적으로 어떻게 확립되었는지 밝히려고 합니다.

3. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

2020년 9월 8일
민주사회를 위한 변호사모임
일본군 '위안부' 문제대응TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 :	20-11-일본군'위안부'TF-01
수 신 :	각 언론사
발 신 :	민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제 목 :	[일본군'위안부'TF][보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제6차 변론기일을 앞두고
전송일자 :	2020. 11. 10.(화)
전송매수 :	총 2매

[일본군'위안부'TF][보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제6차 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 서울중앙지방법원에 제기한 손해배상청구 소송(2016가합580239)의 제6차 변론기일이 내일(2020. 11. 11.) 오후 4시에 예정되어 있습니다(서울중앙지방법원 동관 558호 법정). 일본군'위안부' 피해자들이 직접 일본 정부에게 법적 책임을 묻기 위하여 손해배상청구 소송을 제기한 지 약 4년이 지났는데, 특별한 사정이 없는 한 내일 변론이 종결될 것으로 보입니다.

2. 이번 변론기일에는 이용수님이 당사자로서 법원에 출석하여 일본군에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄사실과 이에 따른 중대한 인권침해 및 법적 피해회복의 필요성을 증언하실 예정입니다.
그리고 영국의 런던정치경제대학교(LSE)의 크리스틴 친킨(Christine Chinkin) 국제법 명예교수와 키이나 요시다(Keina Yoshida) 박사의 의견서를 제출합니다. 크리스틴 친킨 교수는 LSE 여성평화안보센터의 초대 센터장이자 여성 인권과 차별법, 국제형사법에 관한 세계적 석학이며, 2000년 도쿄 여성국제전범법정에 재판관으로 참여한 바 있습니다. 크리스틴 친킨 교수와 키이나 요시다 박사는 일본군'위안부' 실태를 분석한 유엔 보고서와 국제인권법 및 유엔 결의를 근거로 일본군'위안부' 제도가 국가면제법리를 통해 보호받는 주권적 행위가 아니며, 국가면제법리가 만고불변의 원칙이 아니라 국제인권법의 발전에 따라 진화하는 개념임을 밝혔습니다. 또한, 국가면제법리를 적용하고 구체적인 적용범위와 적용방식을 심리하는 주체가 바로 국내 법원이라는 점을 강조했습니다.

3. 대리인단은 최종 변론에서 일본군'위안부'문제에 관한 일본국가의 법적 책임을 규

명하고 국가면제법리와 관련한 국제 조약과 해외 입법례, 판례 등을 통해 인간으로서의 존엄을 회복하기 위한 전제로서 재판청구권의 중요성에 대해 주장하고자 합니다.

4. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

2020년 11월 10일
민주사회를 위한 변호사모임
일본군'위안부'문제대응TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임
서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 21-03-일본군'위안부'TF-01
수 신 : 각 언론사
발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제 목 : [보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제7차 변론기일을 앞두고
전송일자 : 2021. 03. 23.(화)
전송매수 : 총 1매

[보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 제7차 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 서울중앙지방법원에 제기한 손해배상청구 소송(2016가합580239)의 제7차 변론기일이 내일(2021. 3. 24.) 오후 2시에 예정되어 있습니다(서울중앙지방법원 동관 558호 법정). 당초 2021.1. 13. 선고가 예정되었으나 재판부의 변론 재개로 내일 변론이 진행됩니다.

2. 원고들 대리인은 지난 1월 8일 서울중앙지방법원이 일본군'위안부' 문제에 대하여 일본국의 불법행위 책임을 인정한 판결(서울중앙지방법원 2016가합505092)의 내용과 의미를 정리하여 변론합니다.
또한, 국제인권조약과 각국의 입법 및 판례 등을 통해 반인도적인 범죄를 비롯하여 공권력의 중대한 인권침해 사건에서 피해자의 실효적인 구제를 막고 다른 구제 수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서는 최소한 피해자가 사법에 접근할 권리 내지 자국 법원에서 재판 받을 권리가 오늘날 국제관습법으로 확인되고 보장받을 수 있다는 점을 변론합니다.

3. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

2021년 3월 23일
민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임
서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 21-04-일본군'위안부'TF-01
수 신 : 각 언론사
발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제 목 : [일본군'위안부'TF][보도자료] 일본군'위안부' 피해에 대하여 일본 정부의 불법행위 책임을 인정한 서울중앙지방법원의 판결을 지지하는 세계법률가 선언
전송일자 : 2021. 4. 6.(화)
전송매수 : 총 2매

[일본군'위안부'문제대응TF][보도자료]

일본군'위안부' 피해에 대하여 일본 정부의 불법행위 책임을 인정한 서울중앙지방법원의 판결을 지지하는 세계법률가 선언

1. 지난 1월 8일 서울중앙지방법원에서 일본군'위안부' 제도에 대하여 일본국가의 불법행위 책임을 인정하고 손해배상 판결을 선고하였습니다. 이번 판결을 통해 반인도적인 범죄나 중대한 인권침해를 저지른 어떠한 국가도 그 책임으로부터 자유로울 수 없다는 원칙이 천명되었습니다.

한국과 일본의 법률가들이 위 판결을 지지하는 세계법률가선언을 조직하여, 현재(2021. 4. 6.)까지 한국의 법률가 198명(변호사 142명, 연구자 56명), 일본 법률가 192명(변호사 182명, 연구자 10명), 중국법률가 4명, 이탈리아 페리니 사건의 소송대리인으로 참여한 이탈리아의 라우 요하임 변호사를 비롯하여 미국, 영국, 뉴질랜드, 스웨덴, 호주 등에서 16명이 서명하여 총 410명이 참여하였습니다.

2. 세계법률가선언 발기인단은 내일(2021년 4월 7일) 오후 1시 30분부터 세계법률가선언을 발표하는 기자회견을 온라인(ZOOM)으로 진행합니다.
사전신청 : https://forms.gle/9gPDb2MQzVV95fus8

3. 한편, 한국에서는 2021년 4월 21일 또 다른 일본군'위안부' 피해자들의 선고를 앞둔 서울중앙지방법원 제15민사부에 내일(4월 7일) 세계법률가선언을 제출할 예정입니다.

4. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다.

* 위 기자회견은 일본어로 진행되며 한국에서는 민변 일본군'위안부' 소송 대리인단의 이상희, 류광옥 변호사가 발언할 예정입니다.

2021년 4월 6일

민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 21-04-일본군'위안부'TF-02
수 신 : 각 언론사
발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제 목 : [일본군'위안부'TF][보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 선고기일을 앞두고
전송일자 : 2021. 4. 20.(화)
전송매수 : 총 1매

[일본군'위안부'TF][보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 선고기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 서울중앙지방법원에 제기한 손해배상청구 소송(2016가합580239)의 선고기일이 내일(2021. 4. 21.) 오전 10시에 예정되어 있습니다(서울중앙지방법원 동관 558호 법정).

2. 선고 직후 대리인단은 일본군'위안부' 피해자 지원단체네트워크와 기자간담회를 진행합니다. 장소는 코로나19 상황으로 서울중앙지방법원 서관 앞쪽 공터입니다.

3. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

2021년 4월 20일

민주사회를 위한 변호사모임

일본군'위안부'문제대응TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 21-04-사무-03
수　　신 : 각 언론사
발　　신 : 민주사회를 위한 변호사모임
제　　목 : [논평] 일본군 '위안부' 피해자들의 존엄과 명예회복을 외면하고 국제인권의 흐름에 역행하는 법원의 판결을 강력히 규탄한다.
전송일자 : 2021. 04. 21.(수)
전송매수 : 총 4매

[논 평]
일본군 '위안부' 피해자들의 존엄과 명예회복을 외면하고 국제인권의 흐름에 역행하는 법원의 판결을 강력히 규탄한다.

1. 오늘 서울중앙지방법원 제15민사부(재판장 민성철)는 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서 국가면제를 이유로 원고들의 소를 각하하는 판결을 선고하였다. 지난 1월 8일 서울중앙지방법원 제34민사부(재판장 김정곤)는 또 다른 일본군 '위안부' 피해자들이 제기한 손해배상청구 소송에서 '인도에 반하는 중대한 인권침해사건에서 최종적 수단으로 선택된 민사소송에까지 국가면제를 적용하는 것은 재판받을 권리를 보장한 우리 헌법질서 및 국제인권규범에 부합하지 않는다'는 점을 천명하면서 손해배상판결을 선고하였고, 일본 정부가 항소를 포기함으로써 판결이 확정되었다. 세계인권의 역사에 기념비로 남을 지난 판결과는 달리, 법원이 국제인권의 흐름에 역행하면서까지 일본국에 면죄부를 준 이번 판결에 대해서 우리는 강력히 규탄하지 않을 수 없다. 법원이 피해자들의 손해배상청구권이 가지는 의미, 즉, 인간으로서의 존엄과 가치의 회복이라는 점과 실효적 권리보장을 위한 국제인권조약에 대하여 세심하고 진지한 고찰 없이 오로지 '국익'의 관점에서 판단하고, 그 책임을 입법부와 행정부에 떠넘기고 최후의 인권의 보루로서 사법부의 책임을 방기하였다는 점에서 매우 유감을 표하지 않을 수 없다. 위 판결은 다음과 같은 이유로 도저히 납득하기 어렵다.

2. **첫째. 법원이 일본국에 면죄부를 주기 위하여 반인도적인 범죄로서 일본군 '위안부' 제도의 문제에 대해 심리도 하지 않고 헌법재판소의 결정과 달리 2015. 12, 28. 한·일합의를 권리구제수단으로 보고 피해자들의 의사까지 왜곡하여 그 근거로 삼은 것은 매우 비겁하고 위헌적이다.**
법원은 일본군 '위안부' 제도의 구체적인 위법성을 심리도 하지 않고 2015. 12. 28. 한·일합의(이하 '2015한일합의')를 대체적인 권리 구제 수단으로 보아 화해치

유재단의 현금 지원사업이 진행되어 생존 일본군 '위안부' 피해자들 중 상당수가 이를 수령하였으므로 위 합의가 일본군 '위안부' 피해자들의 의사에 명백히 반하는 것으로 단정하기 어렵다고 판단하였다. 그러나, 정부는 2015한일합의가 일본군 '위안부' 문제의 해결이 될 수 없다고 수차에 걸쳐 발표하였고 헌법재판소도 2015 한일합의에 대하여 일본군 '위안부' 피해자가 입은 피해의 원인이나 국제법 위반에 관한 국가책임이 적시되어 있지 않고 일본군의 관여의 강제성이나 불법성이 명시되어 있지 않다고 하면서 피해자의 피해 회복을 위한 법적 조치에 해당하지 않는다고 판단하였다. 게다가 일본 정부는 이 사건 소송절차에 참여도 하지 않았다. 그런데도 재판부가 굳이 2015한일합의를 대체적인 권리구제 수단으로 보고, 국가면제 법리 채택의 주요 근거로 제시한 것은 도저히 납득하기 어렵다. 일부 생존 일본군 '위안부' 피해자들이 화해치유재단에서 현금 지원을 받았다고 하여 마치 합의가 수많은 피해자들의 의사에 반하지 않은 것처럼 판단한 것은, 재판부의 막연한 억측일 뿐 아니라 공권력의 중대한 인권침해에 대한 가해자의 책임과 피해자의 권리를 심각하게 오인한 것으로 피해자 인권에 대한 기본적인 원칙도 고려하지 않은 판결이다.

둘째, 법원은 국제법 준수의 필요성을 설시하면서도 실효적 권리보장을 규정한 국제인권조약의 준수 의무에 대해서는 전혀 심리하지 않았다.
오늘날 국제인권법은 심각한 인권침해에 대하여 피해자의 구제에 관한 권리를 규정함과 동시에 국가가 이를 보장할 의무가 있다고 천명하였다. 특히 유엔총회에서 2005년 만장일치로 채택된 「국제인권법 및 국제인도법의 중대한 위반 행위에 대한 피해자 구제 및 배상 권리에 관한 기본 원칙과 가이드라인」은 개별 국가가 반드시 보장해야 하는 피해자의 권리를 제시하였는데, 그 중 첫 번째 원칙은 피해자의 '사법에 접근할 권리'이다. 이는 인권침해 피해에 대한 실효성 있는 구제를 받을 권리로서 주요 국제인권조약 및 지역인권조약 뿐 아니라 개별 국가도 헌법을 포함한 국내법을 통해 보장하고 있다. 각 국가는 국제인권조약에 기초하여 국가면제 이론에 도전하는 판결을 하였는데, 이탈리아 대법원의 2004년 판결(Ferrini 사건), 이탈리아 헌법재판소의 2014년 판결(No.238/2014), 미국 법원의 1980년 판결(Letelier vs. Chile 사건) 등은 심각한 인권침해가 법정지국 내에서 이루어졌다면 국가면제가 적용되지 않고 법적 책임을 물어야 한다고 판단하였다. 지난 1월 8일에는 아시아 최초로 서울중앙지방법원이 이 사건과 동일한 일본군 '위안부' 사건에서 국가가 국제공동체의 보편적인 가치를 파괴하고 반인권적 행위로 인하여 피해자들에게 극심한 피해를 가하였을 경우까지도 최종적 수단으로 선택된 민사소송에서 재판권이 면제된다고 해석하여 재판 받을 권리를 박탈하는 것은 불합리하고 부당하다고 보고 대한민국 법원에 재판관할권이 있다고 판결하였다. 지난 4월 7일에는 9개국에서 총 410명의 법률가가 위 판결을 지지하는 성명을 발표하였다. 법원은 국제법을 준수하고 새로운 예외의 창설은 신중하게 접근해야 한다고 하면서도, 정작 국제인권조약이나, 국가면제 이론에 도전하는 각 국가의 판결을 무시하고, 이

미 내려진 결론에 짜 맞추기 위해 편향된 판결을 하였다.

셋째, 법원은 국가면제를 적용하여 재판권 행사를 제한하는 일이 우리 헌법질서에 명백히 반함에도 이를 재판규범으로 인정하여 판단하였다.
국내법원이 국가면제를 국제관습법으로 인정하여 재판규범으로 삼기 위해서는 그와 같은 법리가 우리 헌법 질서에 부합하여야 한다. 헌법재판소는 지난 2011년 일본군 '위안부' 피해자들의 일본국을 상대로 한 배상청구권은 헌법상 보장된 재산권일 뿐만 아니라 그 배상청구권의 실현은 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복하는 의미를 갖는 것이고, 그 배상청구권의 실현을 가로막는 것은 헌법상 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치의 침해와 직접 관련이 있다고 판시하였다. 이는 소송을 통한 배상청구권의 실현이 우리 헌법 제10조에서 규정하고 있는 인간의 존엄과 가치의 사후적인 회복에 해당함을 인정한 것이다. 그런데도 법원 스스로 국가면제를 적용하여 우리 법원의 재판권 행사를 제한하였다. 법원은 일본군 '위안부' 피해자들의 기본권 침해에 대한 권리구제를 본안에 관한 판단도 하지 않고 사전에 차단함으로써 헌법 제27조에서 보장하는 재판청구권을 부인하고, 헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치를 훼손한 것이다. 국가면제를 적용하는 것이 우리 헌법질서에 명백히 반함에도 그러한 법리를 재판규범으로 인정하였다는 점에서 도저히 납득할 수 없다.

3. 일본 정부는 일본군 '위안부' 문제가 1965년 청구권협정으로 해결되었다는 주장만 반복하면서 명시적으로 불법행위 책임을 인정하지 않고, 일본 최고재판소는 1965년 청구권협정으로 일본 법원에 재판을 청구할 권리가 없다고 판시함으로써 법원의 빗장을 걸어 잠갔다. 이러한 상황에서 법원이 국가면제를 적용한 것은 국제인권법 질서에서 보장되고 있는 피해자의 '사법에 접근할 권리' 내지 자국 법원에서 '재판 받을 권리'를 영구히 배제하는 것과 다름없다. 법원은 피해자들의 목소리에 귀를 기울이거나 피해사실에 대한 충분한 심리도 하지 않고 최후적 구제수단으로 선택된 이 사건 소송의 의미를 간과한 채 우리 헌법질서에 명백히 반하는 국가면제를 적용함으로써 일본국에 면죄부를 주었다. 어느 곳에서도 권리를 구제받지 못한 채 사법부가 정의로운 판결을 내려줄 것을 간절히 기다리던 피해자들의 절박한 호소를 또다시 외면한 것이다.

4. 또한, 이번 판결은 인도에 반하는 범죄에 대해서도 국가는 무조건적으로 면책된다는 잘못된 선례를 남겼을 뿐만 아니라, 이탈리아 대법원과 헌법재판소, 그리고 지난 1월 서울중앙지방법원이 힘에 의해 지배되어온 국제질서를 극복하고 숭고한 인권의 가치를 천명하기 위해 발전시켜온 국제인권법의 역사적인 성과를 무시하고 후퇴시켰다는 점에서 비판받아 마땅하다. 오늘 나온 판결은 헌법의 요청사항에 반하고 시대적으로도 국제인권법의 발전에 부합하지 않은 판결로써 역사에 오명으로 남을 것이다.

5. 오늘 판결에 대해서는 피해자들과 의논하여 빠른 시일 내에 항소 절차로 나아갈 것이고, 절대로 포기할 수 없는 인권회복과 역사정의 실현을 위해 끝까지 싸울 것이다. 일본 정부는 오늘 판결과 무관하게 지난 1월 8일 판결의 내용을 수용하고 피해자들에게 불법행위의 책임을 전제로 한 사죄와 배상절차를 이행해야 할 것이다.

2021년 4월 21일
민주사회를 위한 변호사모임
회장 김 도 형

공동 보도자료		일본군'위안부'피해자 지원단체 네트워크 / 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
날짜	2021. 05. 06. (목)	
총 1 쪽	문의 : 02-365-4016	

[보도자료]
일본군'위안부' 피해자들의 항소 제기를 지지하며

1. 정론보도를 위해 힘쓰시는 귀 언론사의 노고에 감사드립니다.

2. 지난 4월 21일 서울중앙지방법원 제15민사부는 일본군'위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서 국가면제를 이유로 원고들의 소를 각하하는 판결(2차 소송 판결)을 선고하였습니다.

3. 일본군'위안부' 피해자와 유족들은, 반인도적 범죄 피해자들의 재판청구권을 원천 봉쇄하고 '2015한일합의'에 대한 피해자들의 뜻을 왜곡한 서울중앙지방법원 제15민사부(재판장 민성철, 판사 이미경, 홍사빈)의 판결에 불복하며 2021년 5월 6일 항소를 제기합니다. 1심 소송을 제기한 16명의 피해자(사망하신 피해자 포함) 중 상속인 확인 불가 등으로 최종 12명의 피해자가 항소 제기에 참여할 예정입니다.

4. 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF과 일본군'위안부'피해자 지원단체(일본군성노예제 문제 해결을 위한 정의기억연대, 나눔의집•일본군'위안부'역사관, 일본군'위안부'할머니와 함께하는 마창진시민모임, 일본군'위안부'할머니와 함께하는 통영거제시민모임, 정신대할머니와함께하는대구시민모임 총 5개 단체)는 반인도적 범죄행위에 대한 가해국의 책임을 물을 것입니다. 보편적인 인권 실현을 위해 30년 넘게 포기하지 않고 투쟁하신 피해자들과 유족들에게 경의를 표하며, 피해자의 인권과 존엄이 회복되고 정의가 실현될 때까지 끝까지 함께 하겠습니다.

5. 많은 관심과 보도 부탁드립니다.

2021년 5월 6일

일본군'위안부'피해자 지원단체 네트워크

(일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대, 나눔의집•일본군'위안부'역사관, 일본군'위안부'할머니와 함께하는 마창진시민모임, 일본군'위안부'할머니와 함께하는 통영거제시민모임, 정신대할머니와함께하는대구시민모임)

민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응 TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임
서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 22-03-일본군'위안부'TF-01
수 신 : 각 언론사
발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제 목 : [보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 첫 변론기일을 앞두고
전송일자 : 2022. 3. 23.(수)
전송매수 : 총 2매

[보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 첫 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송의 항소심(2021나2017165) 첫 변론기일이 **내일(2022. 3. 24.) 오후 2시 10분**에 열립니다(서울고등법원 서관 308호 법정).

2. 일본국이 항소심에서도 「민사 또는 상사의 재판상 및 재판 외 문서의 해외송달에 관한 협약」(이하 '헤이그송달협약'이라 합니다)을 위반하고 송달절차에 협조하지 아니하여 공시송달 명령(2022. 1. 3. 명령)에 따라 소송절차가 진행되고 있습니다.

3. 1심을 진행한 서울중앙지방법원 제15민사부(재판장 민성철)는 국제인권조약과 국제관습법에 의해 보호되고 있는 피해자들의 재판청구권에 대해 판단하지 않고, 국가면제 법리의 동태적 측면이나 변화 가능성에 대해 면밀히 살피지 않은 채 국가 중심의 근대 국제법의 입장만을 충실히 답습하여 한국 법원의 재판관할권을 인정하지 않았습니다.

그러나, 1심 법원의 판결과 달리 서울중앙지방법원 제34민사부는 일본군'위안부' 문제에 대해 일본국의 책임을 묻는 소송에서 국가면제 법리를 배척하고 재판관할권을 인정하여 일본국의 불법행위 책임을 인정하였으며, 더 나아가 **최근(2021년 8월 23일) 브라질 연방 최고재판소도 독일국가에 대한 전쟁범죄 책임을 묻는 소송에서 국가면제 법리를 배척하였습니다.** 주목할 만한 점은, **브라질 연방 최고 재판소가 국가면제 법리를 배척한 근거 중 하나로 서울중앙지방법원 제34민사부 판결을 들었다는 것입니다.**

4. 원고들은 2015한일합의를 대체적 권리수단으로 보고 피해자들의 재판청구권을 인

정하지 않은 1심 판결의 문제를 지적하면서 보편적 인권의 관점에서 이 사건 소송의 중요성을 변론하고자 합니다.

5. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

2022년 3월 23일
민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임
서울 서초구 법원로 4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.or.kr
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호:	22-06-일본군 '위안부' TF-01
수 신:	각 언론사
발 신:	민주사회를 위한 변호사모임 일본군 '위안부' 문제대응TF
제 목:	[보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제2차 변론기일을 앞두고
전송일자:	2022. 6. 15.(수)
전송매수:	총 2매

[보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제2차 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송의 항소심(2021나2017165) 제2차 변론기일이 내일(2022. 6. 16.) 오전 11시 30분에 열립니다(서울고등법원 서관 308호 법정).

2. 제2차 변론기일에는 ▲ 강행규범과 국가면제의 충돌 관계, ▲ 강제집행 및 국가면제와의 관계, ▲ 2015한일합의가 대체적 권리수단이 될 수 없다는 점에 대해 변론합니다.

특히 강제집행과 관련하여 1심 법원은 '강제집행과정에서 필연적으로 상대국인 피고와의 외교관계에 충돌을 야기할 수 있다'는 점을 근거로 들면서 '국제 평화주의라는 공익이 원고들의 이익보다 우선한다'고 판시하였는데, 소송대리인단은 본안 소송과 강제집행은 전혀 별개의 절차이므로 본안에서 국가면제 여부를 판단할 때 강제집행으로 인한 문제를 고려할 이유가 없다는 점을 변론하고자 합니다.
국제기구나 각국의 입법이 본안 소송과 강제집행 절차에서의 국가면제 적용 여부를 달리 판단하고 있는 만큼, 강제집행에 대한 우려가 불법행위 책임을 묻는 소송에서 국가면제를 적용해야 하는 사유가 될 수 없습니다.

3. 그리고 국가면제의 법리 및 피해자들의 재판청구권과 관련하여 국내외 전문가들을 증인으로 신청합니다.

4. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

* 피해자는 참석하지 않으시고 별도로 기자회견은 없습니다.
* 재판이 끝난 뒤 진행사항에 대해 간단히 보고하는 자리를 갖겠습니다.

2022. 6. 15. (수)
민주사회를 위한 변호사모임 일본군 '위안부' 문제대응TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임
서울 서초구 법원로 4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.or.kr
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호:	22-08-일본군 '위안부' TF-01
수 신:	각 언론사
발 신:	민주사회를 위한 변호사모임 일본군 '위안부' 문제대응TF
제 목:	[보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제3차 변론기일을 앞두고
전송일자:	2022. 8. 31.(수)
전송매수:	총 1매

[보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제3차 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송의 항소심(2021나2017165) 제3차 변론기일이 내일(2022. 9. 1.) 오후 4시에 열립니다(서울고등법원 서관 308호 법정).

2. 제3차 변론기일에는 피해자 인권 및 일본군 '위안부' 피해자 증언을 연구해 오신 전문가를 모시고 전문가 증인 신문을 진행합니다.
전문가 증인신문을 통해 국제인권법적으로 피해자 인권 규범이 어떻게 발전하였으며, 가해자(가해국)에 대한 법적 책임이 피해자 인권의 보장이라는 측면에서 어떠한 의미가 있는지 밝히려고 합니다.

3. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

* 피해자는 참석하지 않으시고 별도로 기자회견은 없습니다.
* 재판이 끝난 뒤 진행사항에 대해 간단히 보고하는 자리를 갖겠습니다.

2022. 8. 31. (수)
민주사회를 위한 변호사모임 일본군 '위안부' 문제대응TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 서초대로 46길 74, 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 22-10-일본군위안부TF-01
수 신 : 각 언론사
발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제 목 : [일본군'위안부'TF][보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제4차 변론기일을 앞두고
전송일자 : 2022. 10. 26.(수)
전송매수 : 총 1매

[일본군'위안부'TF][보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제4차 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송의 항소심(2021나2017165) 제4차 변론기일이 내일(2022. 10. 27.) 오후 4시에 예정되어 있습니다(서울고등법원 서관 308호 법정).

2. 제4차 변론기일에는 국제법 전문가를 모시고 전문가 증인 신문을 진행합니다. 전문가 증인신문을 통해, (i) 일본군 '위안부' 문제에 대한 손해배상청구에 2012년 ICJ 결정에 따른 국가면제 법리를 적용할 수 없고, (ii) 1심 법원의 국가면제 법리 적용은 사실상 절대적 면제론의 적용과 다름 없으며, (iii) 국가면제 법리의 추세와 국가면제 적용에 관한 타국 법원의 적용 실태가 어떠한지 밝히려고 합니다.

3. 그리고 국가면제 법리를 연구해 오신 국외 전문가를 증인으로 신청합니다.

4. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

* 피해자는 참석하지 않으시고 별도로 기자회견은 없습니다.
* 재판이 끝난 뒤 진행사항에 대해 간단히 보고하는 자리를 갖겠습니다.

2022년 10월 26일
민주사회를 위한 변호사모임
일본군'위안부'문제대응TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 법원로4길 23 대덕빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 : 22-12-일본군'위안부'TF-01
수 신 : 각 언론사
발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제 목 : [보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제5차 변론기일을 앞두고
전송일자 : 2022. 12. 14.(수)
전송매수 : 총 2매

[보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제5차 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송의 항소심(2021나2017165) 제5차 변론기일이 내일(2022. 12. 15.) 오후 2시 20분에 열립니다(서울고등법원 서관 308호 법정).

2. 제5차 변론기일에는 최근 브라질 연방 최고재판소와 우크라이나 대법원이 국제인권법 및 국제인도법 위반 사건에서 국가면제를 적용하지 않은 판결을 소개합니다.
브라질 영해 내에서 독일 잠수함의 공격을 받고 침몰한 어선의 피해 유족들이 독일 정부를 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서 브라질 연방 최고재판소는 2021. 8. 23. 사법에의 접근(또는 재판청구권)과 국가면제법리를 비교형량한 뒤 강행규범 위반(또는 법정지국 영역 내에서 인권을 침해하여 이루어진 불법행위)에 대해서는 국가면제를 제한해야 한다고 보고 독일정부의 책임을 인정하였습니다.
2022년 4월 14일 우크라이나 대법원도 2014년 우크라이나를 침공한 러시아 군과 전투 중 사망한 피해자의 유족이 우크라이나 법원에 제기한 손해배상청구소송에서 국가면제법리에 따라 재판관할권이 없다는 원심 판결을 취소하고 러시아 정부의 손해배상 책임을 인정하였습니다

3. 1심 판결은 국제사법재판소(ICJ)의 2012년 이탈리아vs독일 사건 판결을 주된 논거로 제시하면서 국가면제법리를 적용하여 원고들의 청구를 각하하였습니다. 그러나 2012년 ICJ 판결은 그 자체로 여러가지 한계를 갖고 있을 뿐만 아니라 위 판결 이후 10년간 각 국가의 실행은 위 판결의 법리를 지지하지 않고 국제인권법 또는 국제인도법의 심각한 위반행위에 대해서는 주권면제가 제한되어야 한다는 판결을 선고하거나 법률을 제정하였습니다. 대표적인 판결이 위 브라질 최고재판소와 우크라이나 대법원

판결이며, 일본의 항소 포기로 판결이 확정된 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결도 그 중 하나입니다.

제5차 변론기일에서 위 ICJ 판결의 문제점과 국가면제법리와 관련된 최근의 동향을 구두변론합니다.

4. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

* 피해자는 참석하지 않으시고 별도로 기자회견은 없습니다.
* 재판이 끝난 뒤 진행사항에 대해 간단히 보고하는 자리를 갖겠습니다.

2022년 12월 14일

민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 서초대로 46길 74 스탠다드빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.or.kr
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 :	23-3-일본군위안부TF-01
수 신 :	각 언론사 법조, 사회부
발 신 :	민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제 목 :	[보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제6차 변론기일을 앞두고
전송일자 :	2023. 3. 16.(목)
전송매수 :	총2매

[보도자료]

일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제6차 변론기일을 앞두고

1. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송의 항소심(2021나2017165) 제6차 변론기일이 오늘(2023. 3. 16.) 오후 4시에 열립니다(서울고등법원 서관 308호 법정).

2. 제6차 변론기일에는 국가면제법 전문가인 영국 버밍엄대 교수에 대하여 증인신문을 진행하려고 했으나 송달 문제로 추후 진행하고자 합니다.

이번 기일에는 2015한일합의가 대체적 권리구제수단이 될 수 없다는 점을 변론합니다. 1심 판결은 2015한일합의를 대체적인 권리구제수단으로 보고 국가면제를 적용하여

피해자들에게 재판청구권을 인정하지 않더라도 최소침해의 문제는 발생하지 않는다고 판단하였습니다. 일본정부는 2015한일합의에서 “위안부들의 명예와 존엄의 회복 및 마음의 상처 치유를 위한 사업”을 진행한다고 하였는데, 이는 일본군 ‘위안부’ 피해 사실의 인정을 전제로 합니다. 그러나 일본정부는 2015한일합의 직후부터 일본군 ‘위안부’ 피해 사실을 인정하지 않고 더 나아가 미국, 독일 등에서 집요하게 평화의 소녀상 건립을 방해하는 등 2015한일합의 내용을 이행하지 않고 있습니다. 따라서 2015한일합의는 대체적 권리구제수단이 될 수 없습니다.

3. 마지막으로 2015한일합의에 대한 일본 정부의 입장과 일본에서 시행되고 있는 주권면제법의 내용을 확인하기 위하여 일본 전문가를 증인으로 신청합니다.

4. 귀사의 취재와 보도를 부탁드립니다. (끝)

* 피해자는 참석하지 않으시고 별도로 기자회견은 없습니다.

* 재판이 끝난 뒤 진행사항에 대해 간단히 보고하는 자리를 갖겠습니다.

2023년 3월 16일

민주사회를 위한 변호사모임 일본군’위안부’문제대응 TF

2

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임
서울 서초구 서초대로46길 74
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.org
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 :	23-05-일본군위안부문제대응TF-01
수 신 :	각 언론사
발 신 :	민주사회를 위한 변호사모임 일본군 ‘위안부’문제 대응 TF
제 목 :	[보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 손해배상청구 소송항소심 제7차 변론기일을 앞두고
전송일자 :	2023. 5. 10.(수)
전송매수 :	총 1매

[보도자료]
일본국을 상대로 하는 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 손해배상청구 소송항소심 제7차 변론기일을 앞두고

1. 일본군 ‘위안부’ 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송의 항소심(2021나2017165) 제7차 변론기일이 내일(2023. 5. 11.) 오후 4시에 열립니다(서울고등법원 서관 308호 법정).

2. 제7차 변론기일에는 일본변호사연합회 인권옹호위원회 위원이며, 오랜 기간 일본군 ‘위안부’ 문제를 비롯하여 다수의 일본 전후보상소송을 진행한 야마모토 세이타 변호사에 대한 증인신문이 예정되어 있습니다. 야마모토 세이타 변호사는 일본군 ‘위안부’ 문제에 대한 일본 정부의 입장, 2015한일합의와 일본군 ‘위안부’ 피해자 배상청구권과의 관계, 일본에서 시행되고 있는 ‘외국 등에 대한 일본의 민사재판권에 관한 법률’의 내용과 국가면제의 예외 등에 대하여 진술합니다.

3. 인간으로서의 존엄을 회복하고자 포기하지 않고 일본 정부에 대하여 일본군 ‘위안부’ 문제의 불법행위 책임을 묻는 피해자와 가족들의 소송에 많은 관심 부탁드립니다.(끝)

* 위 소송 원고이신 이용수님이 재판에 출석하십니다.
* 재판 전에 별도로 기자회견을 하지 않으며, 재판이 끝난 뒤 진행사항에 대해 간단히 보고하는 자리를 갖겠습니다.

2023. 5. 10.(수)
민주사회를 위한 변호사모임 일본군 ‘위안부’ 문제 대응 TF

- 1 -

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 서초대로 46길 74 스탠다드빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.or.kr
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 :	23-09-일본군위안부TF-01
수 신 :	각 언론사 법조, 사회부
발 신 :	민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제 목 :	[보도자료] 일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제9차 변론기일을 앞두고
전송일자 :	2023. 9. 13.(수)
전송매수 :	총2매

[보도자료]

일본국을 상대로 하는 일본군 '위안부' 피해자들의 손해배상청구 소송 항소심 제9차 변론기일을 앞두고

1. 정론 보도를 위해 힘쓰시는 귀 언론사의 노고에 감사드립니다.

2. 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송의 항소심(2021나2017165) 제9차 변론기일이 오는 9월 14일(목) 오후 4시에 열립니다(서울고등법원 서관 308호 법정). 특별한 사정이 없는 한 내일 변론이 종결될 것으로 보입니다.

3. 이번 기일은 국가면제법리 전문가인 영국 버밍엄 대학의 알렉산더 오라케라쉬빌리빌리(Alexander Orakhelashvili) 교수의 인터뷰 영상을 청취할 예정입니다. 알렉산더 교수는 위 인터뷰 영상을 통해, 국제관습법의 적용 범위와 한계에 대한 각 국가의 사례와 주권행위에 대해서도 국가면제를 배척한 해외사례들을 설명하면서 강행규범 위반에 대해서까지 국가면제 법리가 적용되어야 한다는 국제관습법이 존재하지 않는다는 점을 논증할 예정입니다.

4. 그리고 대리인단은 최종 변론에서, ▲ 국가면제 법리와 관련한 최근의 각 국 법원 판결, 해외 입법례, 국제 조약 등을 통해 2012년 ICJ 판결이 그대로 유지되기 어렵다는 점, ▲ 우리

법원이 이 사건 소송에서 국가면제를 제한함으로써 국제관습법의 동태적 측면은 물론 국가면제의 현재 모습과 그 변화 과정을 반영할 필요가 있다는 점, ▲ 원고를 비롯한 일본군 '위안부' 피해자들이 인간으로서의 존엄을 회복하기 위해서는 헌법에서 보장된 재판청구권의 실현이 중요하며 이를 위해서는 국가면제 법리가 제한되어야 한다는 점을 주장하고자 합니다.

5. 2016년 12월 28일 소송을 제기한 이래 약 7년의 시간이 지났습니다. 그 동안 국제사회에서는 피해자 인권을 위한 다양한 논의가 진행되었고, 강행규범 위반에 대하여 국가면제 법리가 적용될 수 없다는 판결들이 선고되었습니다. 브라질 최고재판소는 2021년 1월 8일 일본국가의 불법행위 책임을 인정한 서울중앙지방법원의 판결을 인용하면서 독일 국가에 대해 불법행위 책임을 인정하였습니다. 처음 소송을 제기할 때 저희와 함께 하셨던 많은 피해자분들은 이미 하늘의 별이 되셨지만, 그분들께서 저희에게 보여주신 용기와 정의에 대한 의지로 여기까지 왔습니다. 항소심 마지막 변론기일에도 많은 관심과 응원 부탁드립니다.

* 위 소송 원고이신 이용수님이 재판에 출석하십니다.
* 재판 전에 별도로 기자회견을 하지 않으며, 재판이 끝난 뒤 진행사항에 대해 간단히 보고하는 자리를 갖겠습니다.

2023년 9월 13일

민주사회를 위한 변호사모임 일본군 '위안부' 문제대응 TF

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 서초대로 46길 74 스탠다드빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.or.kr
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 :	23-11-일본군위안부TF-01
수 신 :	각 언론사 법조, 사회부
발 신 :	민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF
제 목 :	[보도자료] 일본군성노예제 피해자들의 <일본국 상대 손해배상 청구소송> 항소심 선고 결과에 대한 입장 발표 기자회견
전송일자 :	2023. 11. 23.(목)
전송매수 :	총 3매

[보도자료]

일본군성노예제 피해자들의 <일본국 상대 손해배상 청구소송> 항소심 선고 결과에 대한 입장 발표 기자회견

1. 정론보도를 위해 힘쓰시는 귀 언론사의 노고에 감사드립니다.

2. 11월 23일(목) 오후 2시 서울고등법원 서관 308호 법정에서 일본군성노예제 피해자들의 일본국 상대 손해배상 청구소송 항소심 선고가 있을 예정입니다. 일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대(이사장 이나영, 이하 정의기억연대)와 민주사회를위한변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF는 당일 선고 직후 오후 3시에 민주사회를위한변호사모임 대회의실에서 원고 이용수 할머니를 모시고 아래와 같이 입장 발표 기자회견을 진행하고자 합니다.

3. 일본군성노예제 피해자들은 미래세대가 다시는 이런 범죄를 겪게 할 수 없다는 마음으로 30년 넘게 일본정부의 공식 사죄와 법적 배상을 요구해왔습니다. 피해자 중심 접근이 결여된 '2015 한일합의' 발표 1년째인 2016년 12월 28일, 고(故) 곽예남 외 19인의 피해자들은 마지막이라는 심정으로 한국 법원의 문을

두드렸습니다. 그러나 일본정부는 헤이그송달협약을 위반하면서까지 재판절차를 지연시켰고 2019년에야 1심이 시작되었습니다. 재판 2년 만인 2021년 4월 21일 서울중앙지방법원 제15민사부(재판장 민성철)는 한 나라의 주권 행위를 다른 나라 법원에서 재판할 수 없다는 국가면제를 이유로 각하 판결을 내렸습니다. 2021년 1월 8일 서울중앙지방법원 제34민사부(재판장 김정곤)가 또 다른 일본군성노예제 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 소송에서 국가면제를 배척하며 일본국의 책임을 인정하고 배상하라고 한 것과 대비되는 판결입니다.

4. 항소심 소송 원고 17인(유족 포함) 중 유일한 생존자이신 이용수 할머니는 노구를 이끌고 재판에 참여하여 재판장에게 정의로운 판결을 촉구해 왔습니다. 지난 5월 11일 항소심 7차 기일에는 일본군'위안부'와 강제동원 피해자들의 각종 소송을 지원해 온 전후 보상 문제 전문가 야마모토 세이타 변호사가 증인으로 출석하여 "심각한 인권침해 피해자들의 사법 접근권을 보장하기 위해, 주권면제를 제한해야"한다는 증언을 했고, 9월 14일 9차 기일에는 저명한 국제법 전문가 알렉산더 교수가 영상으로 '주권면제' 적용 제외 의견을 밝혔습니다. 국제법은 국가중심주의를 넘어 이제 보편적 인권 중심으로 피해자의 권리를 더욱 우선하는 방향으로 발전하고 있습니다. 부디 항소심 재판부가 변화하는 시대의 흐름을 반영하여 일본군성노예제 피해자들의 명예와 존엄 회복의 길에 서 주시길 바랍니다. 피해자들의 법적 정의 실현을 위한 마지막 투쟁에 기자님들의 많은 관심과 취재, 보도를 부탁드립니다.

- 아 래 -

일본군성노예제 피해자들의
<일본국 상대 손해배상 청구소송> 항소심
선고 결과에 대한 입장 발표 기자회견

- 일시,장소: 2023. 11. 23. (목) 오후 3시 민주사회를위한변호사모임 대회의실(서울시 서초구 서초대로46길 74 스탠다드빌딩 지하1층)
- 주최: 일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대, 민주사회를위한변호사모임 일본군'위안부'문제 대응TF
- 순 서

  사회: 한경희 정의기억연대 사무총장

  재판 경과보고: 이상희 변호사(민변 일본군'위안부'문제 대응 TF 단장)

  이용수 할머니 발언

  입장 발표: 이나영 정의기억연대 이사장

  이후 대응 방안: 권태윤 변호사(민변 과거사청산위원회 위원장)

2023년 11월 20일

일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대, 민주사회를 위한 변호사모임

일본군'위안부'문제대응**TF**

3

MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society
민주사회를 위한 변호사모임

서울 서초구 서초대로 46길 74 스탠다드빌딩 2층
전화 02)522-7284, 팩스 02)522-7285
웹페이지 http://minbyun.or.kr
전자우편 admin@minbyun.or.kr

문서번호 :	23-11-일본군위안부TF-02
수 신 :	각 언론사 법조, 사회부
발 신 :	민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응TF, 일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대
제 목 :	[논평] 일본군 '위안부' 피해자들의 명예와 존엄의 회복을 위한 역사적인 걸음을 내디딘 사법부의 판결을 진심으로 환영한다.
전송일자 :	2023. 11. 23.(목)
전송매수 :	총 2매

[논평]

일본군 '위안부' 피해자들의 명예와 존엄의 회복을 위한 역사적인 걸음을 내디딘 사법부의 판결을 진심으로 환영한다.

1. 오늘(11/23) 서울고등법원 제33민사부(재판장 구회근)는 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서 원고들의 청구를 각하한 원심 판결[서울중앙지방법원 제15민사부(재판장 민성철)의 판결]을 취소하여 대한민국 법원의 피고 일본국에 대한 재판권을 인정하는 한편, 원고들의 손해배상청구를 인정하는 판결을 하였다.

이번 판결은 일본국의 법적 책임을 명백히 인정하였을 뿐 아니라, 강행규범의 우월적 효력을 존중하고, 국제사회 공동체 모두에게 타당한 국제공공질서의 보루로서 국제법상 강행규범이 실현하고자 하는 가치를 최대한 확보하는 할 수 있는 실행으로 나아갔다는 점에서 진정한 국제법 존중주의, 국제평화주의라는 목적을 달성하는 초석이 될 판결로 평가될 것이다. 또한 이번 판결로 원고를 비롯한 일본군 '위안부' 피해자들이 헌법에서 보장하는 기본권의 주체로, 온전한 시민권자로 인정받았다는 점에서도, 일본군'위안부' 투쟁의 역사에서 상당한 의미를 갖는다.

1

2. 이번 판결은 국가면제론은 항구적이고 고정적인 가치가 아니고 국제질서의 변동에 따라 계속하여 수정되고 있는 법리임을 전제 한 후, 최근 UN 국가면제협약, 유럽 국제협약 및 미국, 영국, 일본 등 다수 국가의 국내법 입법 내용에 더하여 이탈리아 법원의 페리니 판결, 브라질 최고재판소 판결, 우크라이나 대법원 판결 등 '법정지국 영토 내 인신상 사망이나 상해를 야기하는 등의 불법행위'에 관하여 가해 국가의 국가면제를 인정하지 않는 내용의 국가 실행이 다수 확인되었으며, 현재 국가면제 관련 국제법 체계가 이미 개인의 재판청구권을 보호하는 방향으로 이행되고 있음도 강조하였는바, 국가면제 법리의 새로운 전기를 마련한 것으로 보인다.

더 나아가, 국가면제란 '대등한 주체 간에는 상호 권한이나 사법적 관할권을 갖지 않는다'는 법리에 기초하는데, 이 원칙을 준수하기 위한 "필요조건"이 "국가 주권에 대한 상호인정"이라는 점에서, 이 사건과 같이 일국이 다른 국가의 주권을 부정하고 이에 대한 침략전쟁 내지 식민지 동원과정을 통해 불법행위를 한 외국의 주권까지 존중하고 준수할 의무가 있지 않음을 인정한 것과 다름없다.

3. 무엇보다, 우리 법원이 이 사건과 같이 심각한 인권침해 사건에서 다른 구제수단이 없어 최종적 수단으로 선택된 민사소송에까지 재판권이 면제된다고 해석하는 것은 헌법에서 보장한 재판받을 권리를 박탈하는 것은 헌법질서 전체 이념에 부합하지 않고, '위안부' 피해자들은 다른 구제수단이 없고, 피고가 대외적으로 주장하는 것과 같이 1965년 청구권 협정이나 2015년 한일합의에 의해 '위안부' 문제가 해결된 것이 아님을 함께 확인하였다는 점에서도 큰 의미가 있다.

4. 우리 모임은 일본 정부가 지난 2021년 1월 8일 서울중앙지방법원 승소판결과 오늘 선고된 서울고등법원 승소판결의 결과를 겸허히 수용하여 원고들에게 진심으로 사과하고 판결에 따른 배상에 나설 것을 강력히 촉구한다.

2023년 11월 23일

민주사회를 위한 변호사모임 일본군'위안부'문제대응**TF**

2

3. 활동사진

2016. 12. 28. 소송 제기 기자회견

2019. 11. 13. 첫 변론기일 기자회견

2020. 2. 5. 제2차 변론기일 이후 기자 브리핑(양성우, 이동준)

2020. 11. 11. 이용수 할머니 증인신문 이후 기자 브리핑

2022. 3. 24. 항소심 제1차 변론기일을 마치고 결의를 다지며

2023. 5. 11. 항소심 제7차 변론기일 야마모토 세이타 변호사님 증인신문 이후 기자 브리핑

2023. 9. 14. 항소심 제9차 변론기일에 참석하신 이용수 할머니와 함께

2023. 11. 24. 항소심 판결 선고 이후 기자회견

2024. 11. 28. 소송기록 정의기억연대 기증식

일본군 '위안부' 소송 백서

국가면제를 넘어 전시 성노예 범죄에 대한 일본국의 법적 책임을 묻다

발행일 **2026년 3월 28일**

발행인 **윤복남**

발행처 **민주사회를 위한 변호사모임**

06649 서울시 서초구 서초대로 46길 74, 2층

전화 02-522-7284 팩스 02-522-7285

전자우편 admin@minbyun.or.kr

웹사이트 http://minbyun.or.kr

* PDF 파일은 민변 홈페이지 등에서 확인 가능합니다.

93360

9 788987 761466

ISBN 978-89-87761-46-6

비매품/무료