

괩예남 外 대 일본국 사건(2016가합580239)과 관련하여 서울중앙지방법원의 존경하는 판사님 께 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

광예남 外 대 일본국 사건(2016가합580239)¹은 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 예측상태만을 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 세계적인 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(sov^{er}eign 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 전문가⁵, 국제노동기구(International Labour Organization, 이하 ILO)⁶ 및 국제인권단체⁷에서 지난 30년간 폭넓게 논의해왔습니다. 이러한 중대 위반은 한국 민법⁸ 제 750조의 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. 맥두갈(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(Ustina 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(Maria 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 특별 보고관의 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), 뉘이-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), 트리아논(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 정의 하였습니다(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 배제 하고 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(OFFSET; 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 압박한 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, 공사에서 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’ 억제협정¹⁹ 및 1910년 ‘백인노예 인신매매’ 억제협약²⁰이 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 국제협약²² 및 1933년 성인 여성 인신매매 억제를 위한 국제협약²³이 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 계약국들의 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 계약국들은 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&mtdsq_no=VII-10&chapter=7
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=VII-8&chapter=7

²⁵ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_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 신의 성실 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 남북 전쟁 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 … 1939년이 되면 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 전쟁 범죄 재판을 위한 국제군사재판소 헌장에서 비슷한 원칙들이 채택된 사실”에 주목하고, “뉘른베르크 재판소 헌장과 판결에서 인정된 국제법 원칙들”을 확인하였습니다.²⁹

안토니오 카세세(Antonio Cassese) 교수에 따르면 유엔 총회는 이들 원칙을 “확인함”으로써 국제 군사재판소헌장에서 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\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/95(I))

다.³⁰

제1차 세계대전(1914년-1918년) 이후 일본을 포함하여 승전 연합국 및 연계국은 전쟁책임 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(II)호, 뉴욕, 1946년 12월 11일" 안토니오 카세세 레바논 특별재판소 소장, http://legal.un.org/avl/ha/ga_95-l/ga_95-l.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 · 자산 · 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. “전쟁책임 및 형벌집행에 관한 위원회(Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties)”, 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), 뉘이-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), 트리아논(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 특별 법전을 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 베스(Gary Jonathan Bass), 복수의 손을 붙들기: 전범 재판소의 정치학(*Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*) (뉴저지주 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; 세계 인권선언의 목적을 실현하기 위하여 노력할 … 의사를 선언하였고” 동 조약 제11조에서 “극동국제군사 재판소와 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 전쟁책 동자 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 Corée), 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(Corée et Japon: Annexion de la Corée 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(李泰鎭) 편저, 『국제공동연구: 한국 병합과 현대: 역사와 국제법으로부터의 재검토(國際共同研究 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 글렌(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 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. 월독 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 언급하였듯이⁴⁷ 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 트렉션(*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 신체자유 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 울라리아 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 33 문단.

⁵⁰ 같은 문서, 34문단.

⁵¹ 소위 “관부재판(關釜裁判)”에서 1998년 4월 27일 야마구치 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 불법 행위법(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(戰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(宋繼堯; 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 귀시추이(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(ホ)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(ホ)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... 확실히 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(永野貴太郎) 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 칼쇼벤(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 아세르 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 수해를 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 법리이며⁶⁶, 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/lsInfoPdo?lsiSeq=53081>, 국가배상법, 1951년 9월 8일 제정 및 <http://www.law.go.kr/lsInfoPdo?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 권리⁶⁸는 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 것이라면 심사 기준은 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(Prinz v. Federal Republic of Germany, 998 F.2d 1 (D.C. Cir. 1993)) 사건의 2대 1로 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(Prinz 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 Immunities 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 압둘가위 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 효과적인 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 따르는 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 효과적인 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 보이오티아주 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 3월 11일(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-아드사니 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 이슬람 공화국(*Kilburn 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)); 워비어 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 실시하였습니다.

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 되어 왔으며, 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 기만에 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

⁸²보통법 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 사법정리가 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”⁸⁵이 1965년 한일청구권협정⁸⁶ 제2조 제1에서 “완전히 그리고 최종적으로 해결된 것”이라고 보는 “재산, 권리 및 이익과 양 계약국 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 적절한 효과적이며 신속한 배상의 권리와 부합됨이 틀림 없습니다. 대법원 판례는 또한 1949년 전시 민간인 보호에 관한 제네바 협약(IV) 제148조(“계약국은 [중대한 위반행위]에 관하여 자국이 져야 할 책임을 벗어나거나 또는 타방 계약국으로 하여금 동국이 져야 할 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 손해배상 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) 외상에게 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 확인한 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 순지(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 전문가들⁹⁴과 국제인권단체들⁹⁵도 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 외 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 제 49집(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.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. 맥두갈(Gay J. McDougall)이 준비)), <https://undocs.org/E/CN.4/Sub.2/1998/13>.

⁹⁵ 우스티니아 돌고폴 및 스넬할 파랑자페, 위안부, 끝나지 않은 시련: 방문단 보고서 (국제법률가위원회, 1994); 일본군 성노예제 재판을 위한 여성 국제전법 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 국제법범죄를 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 마스트리히트 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 전문가들과¹⁰²와 국제인권단체¹⁰³ 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 돌고플 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. …”)