

서울고등법원

제33민사부

판결

사건	2021나2017165 손해배상(기)
원고, 항소인	1. 망 A의 소송수계인 B 2. 망 D의 소송수계인 사단법인 E 3. H 4. 망 I의 소송수계인 J 5. 망 K의 소송수계인 L 6. 망 K의 소송수계인 M 7. N 8. O 9. P 10. Q 11. R 12. T 13. U 14. V 15. W 16. X

피고, 피항소인	일본국
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 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 때는 '이 사건 피해자들'이라 한다).

순번	위안부 피해자		생존 여부	원고	관계
	성명	생년월일			
1	A	AB	사망 (2019. 3. 2.)	B(소송수계)	본인
2	D	AD	사망 (2019. 1. 28.)	(사)E(소송수계)	유증
3	H	AG		본인	본인
4	I	AH	사망 (2017. 11. 1.)	J(소송수계)	자녀 (입양)
5	K	AI	사망 (2020. 3. 2.)	L(소송수계)	자녀 (입양)
				M(소송수계)	
6	N	AJ		본인	본인
7	O	AK		본인	본인
8	Z		사망	P	자녀
9	AA		사망	Q	자녀
10	AL		사망	R	자녀
11	AM		사망	T	자녀
12	AN		사망	U	자녀
				V	
				W	

				X	
--	--	--	--	---	--

2) 이 사건 피해자들 중 순번 3, 6, 7(H, N, O)은 현재 생존 중이고, 나머지 피해자들 중 순번 8 내지 12(Z, AA, AL, AM, AN)는 이 사건 소 제기 이전에 사망하여 위 표의 원고란 기재 원고들이 위 피해자들의 권리·의무를 상속하였으며, 순번 1, 2, 4, 5(A, D, I, K)는 이 사건 소 제기 이후 제1심 계속 중 사망하여 해당 원고란에 기재된 사람들이 상속 또는 포괄유증¹⁾에 의하여 위 피해자들의 권리·의무를 승계하고 이 사건 소송절차를 수계하였다.

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 뭉으로써 군의 기밀이 새어나갈 가능성을 줄이고자

1) 피상속인으로부터 포괄유증을 받은 자는 소송수계신청을 할 수 있다(대법원 1994. 11. 4. 선고 93다31993 판결 등 참조).

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 「야전주보 규정(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 근거를 마련하였다. 피고 군대가 1938. 5. 펴낸 「전시복무제요」에서는 "성병에 대한 적극적인 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 각도에 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 과정

에서 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) 망 A

망 A은 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.

망 A은 외출이 자유롭게 허용되지 못하는 상태로 방과 방 사이에 칸막이만 세워져 있는 작은 방에서 피고 군인들로부터 성행위를 강요당했다.

2) 망 D

망 D은 1926년 경북 양산에서 출생하였는데, 1941년경 통반장이 일본인과 같이 집에 와서 모친에게 망 D을 '데이신타이'(군복 만드는 공장에서 일하는 것)에 보내야 한다고 하면서 '아들이 없으니 딸이라도 나라를 위해서 보내야 한다', '그것도 하지 않으면 반역자가 된다'고 협박하여, 망 D은 끌려나와 부산에서 배를 타고 대만을 거쳐 중국으로 가게 되었다.

망 D은 중국 광둥성(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 D은 중국 광둥성 위안소 생활 이후에도 홍콩, 싱가포르, 인도네시아, 말레이시아 등지에서 위안부로 생활하다가 싱가포르에 돌아와 해방을 맞이했는데, 그 과정에서 수차례 자살기도를 한 바 있다.

3) 원고 H

원고 H은 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) 망 I

망 I는 1919년 출생하여 경북 김천에서 살다가, 1935년경 혼자 집에 있을 때 동네 구장과 순사가 설명도 없이 무조건 따라오라고 하여 그대로 위안부로 강제 동원

되었다.

망 I는 일본 시모노세키(下関市) 및 태국, 싱가포르, 미얀마 등지로 이동하며 위안부로 생활하였다. 망 I는 위안부 생활의 대부분을 미얀마에서 보냈는데, 20~30명의 조선인 여성들과 함께 지내며 평일에는 피고 군인 간부들, 토요일과 일요일에는 병사들로부터 성행위를 강요당했다.

5) 망 K

망 K은 1926년경 출생하여 경북 영일에서 가족과 함께 살다가, 1944년경 방직 공장에 취직시켜주겠다는 말에 속아 북만주 목단강(牡丹江) 위안소로 끌려갔다. 해당 위안소에서는 방 한 개에 여성 1명씩을 들여보내는 방식으로 피고 군인을 상대하도록 하였다.

위안소에 들어오고 약 3개월이 지나 망 K은 임신을 하여 병원에서 낙태수술을 하였는데, 의사가 상의도 없이 망 K의 자궁을 적출하여 버렸다. 망 K은 퇴원 후 불과 약 일주일만에 관리인으로부터 복대를 차고 피고 군인들을 상대하도록 강요당했다. 이후 망 K은 도망가다가 잡혀 피고 군인으로부터 인두로 가슴 등이 지쳐지는 상해를 입기도 하였다.

6) 원고 N

원고 N는 1928년 출생하였고, 1944년경 일본인을 따라가면 좋은 옷도 주고 돈을 벌 수 있다고 하는 말에 속아 가족구두와 원피스를 보여주며 유인한 일본인을 따라나섰다가 대구, 경주, 평안도 안주를 거쳐 중국 대련(大連)에서 배를 타고 대만 신주(新竹)에 위치한 위안소로 가게 되었다. 원고 N는 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 O

원고 O은 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 O은 월경을 시작하기 전에 피고 군인으로부터 강간을 당한 것을 시작으로 위안소에서 'DA'로 불리며 위안부 생활을 강요당했다.

8) 망 Z

망 Z는 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.

망 Z는 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, 망 Z 역시 자살을 생각했으나, 자살에 실패한 동료 위안부 피해자들이 피고 군인에게 총살을 당하는 것을 보고 이를 포기하였다.

9) 망 AA

망 AA는 원산에서 출생하여 DB학교를 2학년까지 다녔는데, 1941년 겨울경 '이리 와 보라'고 하는 낯선 남자 두 명에게 그대로 끌려가 일본인 밀집지역에서 며칠 감

금되었다가 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, 망 AA는 위안소를 탈출하려다 관리인에게 들켜서 나막신으로 머리를 심하게 맞아 그 흉터가 지워지지 않는 상해를 입기도 하였다.

10) 망 AL

망 AL는 충북 증원에서 출생하였고, 1942년 봄 결혼하여 남편과 함께 충남 온양에서 살다가 남편이 강제징용을 당하였다. 망 AL가 18세이던 1943. 7.경 밤에 순경과 군인들이 집에 쳐들어와 망 AL를 강제로 끌고 기차에 태워 중국 길림성(吉林省)에 위치한 위안소로 가게 되었다.

망 AL가 끌려간 곳은 군부대 옆에 위치한 판자로 지어 놓은 위안소로, 방마다 번호가 있었고 위안부들에게 개인별 번호를 부여하였는데, 첫날부터 피고 군인들이 방에 들어와 망 AL를 강간하였다. 망 AL가 이에 반항하자 군인이 칼로 망 AL의 목 밑 좌우를 베고 때려서 온몸을 만신창이로 만들었다.

11) 망 AM

망 AM은 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. 망 AM은 위안소에서 'DC'로 불리며, 하루에 최대 30~40명의 군인으로부터 성행위를 강요당했고, 군인들이나 관리인으로부터 수시로 폭행을 당했다.

12) 망 AN

망 AN은 1927년 전북 고창에서 출생하였고, 부친의 약을 사러 가는 길에 일본인 순사에게 강제로 끌려가 배를 타고 일본으로 가게 되었다. 망 AN이 도착한 곳은 조선인 위안부들만 있었던 위안소였다. 그곳에서 망 AN은 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 헤매다가 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 인신매매 금지 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 채택하였

는데, 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 노예 해방, 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.²⁾ 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

2) *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116, 137(1812).

국가의 법원들이 '제한적 면제론'을 채택함에 따라, 제한적 면제론이 국제 사회에서 일반적인 관행이 되었다고 평가되고 있다.³⁾

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 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.⁴⁾

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 손해와 재산상 손해) 국가 간에 별도의 합의가 없는 이상, 국가는 그 국가의 책임으로 돌릴 수 있는 작위 또는 부작위에 의하여 발생한 사망 또는 손해 또는 유체동

3) 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.

4) 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.

산에 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 22개국⁵⁾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, 그 주요 내용은 아래와 같다.⁶⁾

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 협

5) 위 협약을 비준한 22개 국가는, 오스트리아, 체코, 적도 기니, 핀란드, 프랑스, 이란, 이라크, 이탈리아, 일본, 카자흐스탄, 라트비아, 레바논, 리히텐슈타인, 멕시코, 노르웨이, 포르투갈, 루마니아, 사우디아라비아, 슬로바키아, 스페인, 스웨덴, 스위스이다.

6) 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.

약을 비준한 국가는 8개국⁷⁾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.⁸⁾

(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.⁹⁾

7) 위 협약의 비준국은, 오스트리아, 벨기에, 사이프러스, 독일, 룩셈베르그, 네덜란드, 스위스, 영국이고, 포르투갈은 1979. 10. 5. 서명하였으나 아직 비준을 하지 아니하고 있다.

8) (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

9) (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

(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)¹⁰⁾

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)¹¹⁾

by an official, employee, or agent of such foreign state while acting within the scope of his or her office, employment, or agency.

10) 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。

11) 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

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 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.

(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.

4) 관련 외국 판결례 등

가) 제2차 세계대전 중 발생한 손해에 관한 이탈리아, 그리스 법원의 판결 및 국제사법재판소의 판결

(1) 이탈리아 법원의 BP 판결

이탈리아 국적의 BP는 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 BP의 항소를 기각하였다. 그러나 이탈리아 대법원은 2004. 3. 11. 강행규범을 위반하는 국제범죄에 해당하는 국가의 행위에는 국가면제를 적용할 수 없다며 원심판결을 파기하였고, 이후 하급심 법원은 원고 승소 판결을 선고하였다(이하 'BP 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 3,000

만 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. Italy¹²⁾(이하 '이 사건 ICJ 판결'이라 한다)

독일 정부는 2008. 12. 23. 이탈리아 법원이 BP 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.¹³⁾

ICJ는 2012. 2. 3. 재판관 15인 중 12대 3¹⁴⁾으로, 이탈리아 법원이 국제

12) Jurisdictional Immunities of the State(Germany v. Italy : Greece intervening), Judgment, I.C.J. Rep. 2012, 99.

13) 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).

관습법에 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 1¹⁵⁾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 의무를 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.

14) 다수의견(12) : BR, BS, BT, BU, BV, BW, BX, BZ, CA, CB, CC.

반대의견(3) : CD, CE, CF.

15) 다수의견(14) : BR, BS, BT, BU, BV, BW, BX, BY, BZ, CA, CB, CC, CE, CF.

반대의견(1) : CD.

(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,¹⁶⁾ 나머지 대다수 국가 법원은 강행규범 위반이라는 이유로 국가면제를 부정하지 아니하므로, 이탈리아가 주장하는 강행법규 위반으로 인한 국가면제 예외에 관하여 일반적 관행에 이를 정도로 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

(가) 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.

(나) 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.

(다) 이탈리아 헌법재판소는 2014. 10. 22. 국가면제에 관한 국제 관습법은

16) 그리스 법원은 당초 디스토모 판결에서 독일의 국가면제를 부정하였으나, 이후 특별최고법원이 독일에게 국가면제가 인정되어야 한다고 판단하여 그 입장을 번복하였다.

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 판결¹⁷⁾

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

17) 브라질 연방 최고재판소[EXTRAORDINARY APPEAL WITH INTERLOCUTORY APPEAL 954.858 RIO(항고부대 특별상고 954.858 리오데자네이루)]

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 판결¹⁸⁾

우크라이나 대법원은 2022. 4. 14.경 2014년 우크라이나를 침공한 러시아 군과 전투 중 사망한 피해자의 유족이 우크라이나 법원에 제기한 손해배상청구 소송에서 국가면제 법리에 따라 재판권이 없다는 원심판결을 취소하고, 러시아에 대한 손해배상책임을 인정하였다.

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 DD v Kingdom of Saudi Arabia 판결¹⁹⁾

영국 고등법원은 2022. 8. 19. 영국 내에서 사우디아라비아에 의해 아이폰

18) 308/9708/19:Civil Cases(from 01.01.2019)

19) Al-Masari v Kingdom of Saudi Arabia [2022] EWHC 2199 (QB) (19 August 2022)

2대에 스파이웨어가 무단으로 설치되고, 2018. 8. 31. 런던 나이트브리지에서 사우디아라비아 요원을 통해 상해를 당한 인권운동가 DD가 사우디아라비아 국가를 상대로 한 손해배상청구 사건에서, 영국 SIA 제5조(s 5)는 유럽 국가면제협약 제11조와 함께 주권 행위와 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 실시하면서 개인 상해의 원인이 영국에서 발생하였으면 그 부분만으로도 외국 국가의 면제를 제한할 수 있다고 판단하였다.

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'²⁰⁾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.

20) 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.

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 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 DD 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.²¹⁾

(2) 이탈리아 법원의 BP 판결을 비롯하여 최근에 선고된 브라질 최고재판소의 이른바 Changri-la 판결과 2022. 4. 14. 선고된 우크라이나 대법원 판결 등도 기본적으로는 법정지국 내에서 자행된 외국 군대 등의 불법행위를 이유로 제기된 손해배상 청구 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

21) ILC, "Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with commentaries 1991", Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II Part Two, 13

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.²²⁾

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 피고

22) 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.

의 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.

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.²³⁾

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 DD v Kingdom of Saudi Arabia 판결에서도 영국 SIA 제5조 규

23) 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.

정은 불법행위가 모두 영국에서 발생하는 것을 요구하지 않는다고 실시한 바 있다.

3. 국제재판관할권 유무에 관한 판단

가. 관련 법리

당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라 국제 재판관할을 결정하여야 하고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 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 재판권이 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 더하

여 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 판단²⁴⁾

24) 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 비추어 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.

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. 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 않는 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 조항²⁵⁾을 위반한 것이고, ③ '여성과 아동의 인신매매금지조약'상

25) 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

미성년 여성을 기망, 납치하는 행위를 한 것이며, ④ 국제연맹의 '노예협약'상 노예해방 규정²⁶⁾을 위반한 것이고, ⑤ ILO의 '강제노동협약'에서 여성의 강제노동을 즉시 폐지하기로 한 조항을 위반한 것이다. ⑥ 당시 일본제국의 공무원들은 피고의 구 형법 제226조 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 주장²⁷⁾하고 있는 각 200,000,000원은 초과한다고 봄이 타당하다.

2) 상속관계

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]

26) 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.

27) 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.

앞서 본 바와 같이 이 사건 피해자들 중 일부가 사망함으로써 그 상속인들이 망인들을 상속하였고, 망 D의 소송수계인 사단법인 E가 망 D의 재산을 포괄유증받은 바, 상속인인 원고들과 위 포괄유증인이 상속 또는 포괄유증받은 위자료의 지분비율과 액수는 별지 목록의 '상속지분'란과 '청구금액(항소금액)'란의 각 해당란 기재와 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 당일부터 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 기간

에 대해서만 지연손해금이 발생한다고 봄이 타당하다. 따라서 원고들의 당심 변론종결 일 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 (항소금액)
1	B	망 A 소송수계인	1	200,000,000
2	(사) E	망 D 소송수계인	1	200,000,000
3	H	본인		200,000,000
4	J	망 I 소송수계인	1	200,000,000
5	L	망 K 소송수계인	1/2	100,000,000
6	M	망 K 소송수계인	1/2	100,000,000
7	N	본인		200,000,000
8	O	본인		200,000,000
9	P	망 Z 자녀	1	200,000,000
10	Q	망 AA 자녀	1/4	50,000,000
11	R	망 AL 자녀	1/3	66,666,667
12	T	망 AM 자녀	1	200,000,000
13	U	망 AN 자녀	1/4	50,000,000
14	V	망 AN 자녀	1/4	50,000,000
15	W	망 AN 자녀	1/4	50,000,000
16	X	망 AN 자녀	1/4	50,000,000
합계				2,116,666,667

