

## 일본군 '위안부' 소송에서의 국가면제

山本晴太

### I 들어가며

#### 1 일본군 '위안부' 소송

2015.과 2016.에 일본군 '위안부' 피해자들이 일본국을 상대로 서울중앙지방법원에 2 건의 소송을 제기했다 (그중 1 건은 정정(調停)에서 이행됨). 일본정부는 소장수령을 거부해서, 절차는 3 년에 걸쳐 교착 상태에 있었지만 2019.4.에 법원은 공시송달 절차를 해서 5 월에 송달의 효과가 발생했다. 이에 일본정부는 응소하지 않는 채 '소송은 각하되어야 한다'고 한국정부에 전달했다. 관할권 존재 여부는 당사자의 주장과 상관 없이 법원이 직권으로 판단해야 하는 사항이기 때문에, 향후 일본정부의 응소가 없는 채 관할권 존재 여부에 관한 심리자 진행될 것이다.<sup>1</sup>

#### 2 국가면제란

이 사건에서 한국법원의 관할권 존재 여부는 국가면제의 적용범위를 어떻게 이해하는지에 달려 있다.

국가면제란 주권국가는 타국의 재판권에 따르는 것을 면제받는다라는 관습국제법상의 규칙이다. 이 규칙이 이 사건에 적용된다면 일본국은 한국의 재판권에 따르는 것을 면제받고 소송은 각하되게 된다.

예전에는 국가면제는 주권평등 원칙으로부터 도출되는 절대적인 원칙으로 여겨졌으나 (절대면제주의), 국가에 의한 상업행위가 발전함에 따라 현재는 국가주권의 행사인 주권행위에는 국가면제가 적용되지만 사법(私法)적, 상업적 성격인 업무관리행위에는 적용되지 않는다고 이해되고 있다 (제한면제주의, 대법원 1998.12.17 판결, 일본 최고재판소 2006.7.12 판결) .

또한 국가면제의 범위를 정하는 조약으로서 1972 유럽국가면제조약과 2004 유엔국가면제조약이 있는데, 전자는 가맹국이 8 개국에 불과하며 후자는 아직 발효하지 않는 상황이다 <sup>2</sup>. 또 일본을 포함한 10 개국에는 국가면제의 범위를 정하는 국내법이 있다. 한국에는 이러한 국내법이 없으며, 국가면제를 인정할 것인가 여부는 관습국제법에 근거하여 결정된다.

#### 3 전후보상재판과 국가면제

전쟁행위는 전형적인 주권행위라고 이해되어왔던 사정도 있어, 전후보상 재판에서

1 일본정부가 응소하지 않는 이상, 관할권이 인정되면 원고 승소 판결이 선고될 것이다.

2 30 개국의 비준으로 발효하는데 현재 비준국은 13 개국이다.

국가면제는 넘을 수 없는 벽이라 인식되어, 피해자가 자국 법원에 가해국을 피고로 하는 소송이 제기하는 경우는 거의 없었다. 예를 들면 원자폭탄 피해자와 시베리아 억류 피해자는 미국이나 소련에 대해서가 아니라, 조약으로 배상청구권을 포기했다고 하여 일본국에 보상을 청구했다. 또 일본 법원에서 일본국 및 일본기업 (미쓰비시, 신닛테쓰)에 배상을 청구해온 한국인 강제동원 피해자들은 한국 법원에 제소하면서 피고를 기업에 한정했다.

#### 4 국제사법재판소(ICJ) 국가면제사건 판결

하지만 1990 년대에 이르러서야 유럽 각국에서 독일을 피고로 하는 소송이 제기되었으며, 그리스와 이탈리아에서는 원고가 승소했다. 하지만, 독일은 이탈리아가 국가면제를 인정하지 않았던 것은 국제법 위반이라고 하여 국제사법재판소(ICJ)에 제소했으며, 2012.2.3 ICJ판결은<sup>3</sup> 독일의 청구를 인정했다.

이 판결은 해당 사건에 관한 한정적 판단이나, 이 판결로 전쟁 피해자가 자국의 법원에 가해국을 피고로 소송을 제기하는 것이 완전히 불가능해졌다거나 국가 간의 일괄지급협정에 따라 피해자의 개인청구권이 소멸된다는 것을 인정했다는 등의 그릇된 이해가 퍼져 , 후기화 같이 강제동원에 관한 신일철주금사건 대법원 판결(2018.10.30)의 반대 의견에서도 잘못된 취지로 인용되고 있다.

#### 5 본고의 목적

그에 이 ICJ 판결의 취지와 범위를 밝히고 한국의 일본군 ‘위안부’ 소송에서 국가면제가 부정될 가능성에 대해 검토하기로 한다.

## II 유럽의 전후보상 재판과 국가면제

### 1 독일의 보상 제도로부터 배제된 피해자들<sup>4</sup>

독일은 제 2 차 세계대전의 피해를 ‘보상’의 대상과 ‘배상’의 대상으로 분류했다. 전자는 유대인학살로 대표되는 인종, 종교, 세계관, 정치적 반대를 이유로 하는 ‘나치스의 불법’에 의한 박해 피해이며, ‘도의적 책임을 완수하기 위해’ 연방보상법 등의 국내법을 제정했다. 후자는 무력분쟁시의 민간인학살이나 강제노동 등 일반전쟁행위에 의한 피해이며, 1953 런던채무협정에 의해, 평화조약이 체결되어 국가간의 배상이

<sup>3</sup> <http://www.icj-cij.org/en/case/143> 에 판결을 포함하는 소송자료의 프랑스어, 영어 원문. <http://justice.skr.jp/> 에 판결 (다수의견,반대의견,개별의견) 의 일본어·한국어 줄약(拙訳).

<sup>4</sup> 이하,독일의 보상 제도 및 독일에서의 소송 경위에 관해서는,山田敏之 「ドイツの補償制度」 国立国会図書館 外国の立法 34 卷 3・4 号 (1996)、葛谷彩 「ナチス時代の強制労働者補償問題」 愛知教育大学地域社会システム講座社会科学論集 (49) (2011)、山手治之 「ドイツ占領軍の違法行為に対するギリシャ国民の損害賠償請求訴訟(1)」 京都学園法学 2005 年第 2・3 号、同(2)京都学園法学 2006 年第 3 号

최종적으로 해결될 때까지 해결이 유예되었다고 하여 방치했다.

1990,9., 동서 독일 통일을 앞두고 독일관련 최종해결에 관한 조약(소위 2+4 조약) 이 체결되자, 이를 룬던채무협정의 유예기간을 종료시키는 평화조약으로 인정하는 재판례도 나타나고, 각국의 피해자에 의한 배상청구가 재연하였으며, 미국 법원에서의 독일 기업에 대한 집단소송을 계기로 2000.에 ‘기억,책임,미래’ 기금이 출범했다. 하지만 이 기금은 전쟁포로를 대상에서 제외하고, 독일군의 포로가 되어 이송되고 강제노동에 종사한 이탈리아 군인 수용자는 전쟁 당시 본래 받아야 하는 전쟁포로로서의 대우를 부정당했음에도 불구하고 전쟁 포로라는 이유로 기금의 지급 대상에서 배제되었다.<sup>5</sup>

이렇게 해서 많은 피해자들이 보상로부터 배제된 채 남겨졌다. 독일 법원에 제소한 피해자들은 국제법을 근거로 하는 청구는 개인은 국제법의 주체가 아니라고 하여 부정되고, 국내법에 의한 청구는 전쟁시에는 일반불법행위법은 적용되지 않고 보상 국내법의 요건에도 해당하지 않는다고 하여 부정되었다.

## 2 자국 법원에서 제소

그래서 자국 법원에 독일을 피고로 하여 제소하는 피해자의 움직임이 시작되었다. ICJ판결의 사실인정에 의하면, 벨기에, 슬로베니아, 그리스, 폴란드, 이탈리아, 프랑스, 세르비아, 브라질 각국 법원에 이런 소송이 제기되었다 <sup>6</sup>.이들 중 대부분은 국가면제를 이유로 각하되었지만, 그리스와 이탈리아의 법원에서는 다른 전계가 있었다.

## 3 디스토모사건 소송 그리스 대법원 판결

독일이 그리스를 점령했던 1944., 파르티잔 부대에 의한 공격에 대한 보복으로 독일군이 무고한 민간인 214 명을 학살한 디스토모사건 <sup>7</sup>이 일어났다. 이 사건 피해자 유족들이 독일에 배상을 요구하여 1995.에 1 심법원에 제소했다. 독일은 소장 수령을 거부하고 출두하지 않았지만, 1 심법원은 국가면제를 부정하고 소송절차를 진행하여, 1997. 9.25 에 원고들의 청구를 인용했다. 이 단계에 이르러 독일은 응소하여 상소했는데, 2000.5.4, 그리스 대법원은 법정지국(法廷地國) 영역 내에서의 불법행위에는 국가면제를 적용할 필요가 없다는 불법행위예외 (tort exception)를 관습국제법으로 인정하여, 이 사건과 같은 살육행위는 무력분쟁의 범주에 포함되지 않으며, 강행규범에 위반한 독일은 국가면제를 묵시적으로 포기했다고 하여 독일의 상고를 기각했다.<sup>8</sup>

## 4 펠리니(Ferrini) 사건 등 이탈리아 파훼원(破毀院) 판결

<sup>5</sup> 이 처치에 대해서는 ICJ 다수의견도 「놀랄만한 일이며 유감이다」 라고 서술하고 있다. (99 항) .

<sup>6</sup> ICJ 다수의견 73,74 항

<sup>7</sup> ICJ 칸사두 트린다지 반대의견 185~186 항

<sup>8</sup> 전계 山手(1)

이탈리아에서는 제 2 차세계대전 중에 이탈리아에서 포로가 되어 독일에서 강제노동에 종사했던 펠리니 씨가 1998.에 독일에 배상을 요구하며 제소했다. 하급심은 국가면제에 의해 각하했지만, 2004.3.11 에 과훼원(대법원)은 국제범죄에는 국가면제의 적용은 없다고 하여 원판결을 파기해서 1 심으로 환송했다. 환송 후의 1 심은 사효에 의해 청구를 기각했지만 항소심에서 원고의 청구가 인용되고 과훼원에서 확정되었다. 펠리니 사건 항송판결의 소식을 듣고 이탈리아 군인 수용자를 포함한 많은 피해자들은 동종 소송을 이탈리아 국내 법원에 제기하여, 1943.에 치비텔라 마을에서 독일군이 자행한 203 명 민간인 학살 사건에 관한 나치친위대원의 형사사건을 심리하고 있었던 군사법원도 독일에 대한 손해배상을 청구하는 부대사소(附帶私訴)를 인용했고, 이 판결도 과훼원에서 확정되었다.<sup>9</sup>

### 5 디스토모사건 원고들에 의한 강제집행

한편, 그리스에서 승소한 디스토모사건 원고들은 법무장관의 부동의(不同意)에 의해 그리스 국내에서 집행을 하지 못했고, 독일에서의 집행이나 유럽인권법원에서 제소를 시도했으나 성사되지 못했다. 그래서 2005.에 이탈리아에서의 집행 승인을 청구하여 제소하고, 2007.에 피렌체 항소법원은 이를 받아들여, 원고들은 독일이 이탈리아 국내에 소유하는 문화시설 Villa Vigoni에 재판상의 저당권을 설정했다.<sup>10</sup>

## III ICJ 국가면제 사건 (독일 대 이탈리아)

### 1 독일의 제소

이탈리아의 소송절차에서 물리게 된 독일은, 2008.12.23 이탈리아법원에 의한 일련의 국가면제 부정은 독일에 국가면제를 부여하는 관습국제법상의 의무에 위반하는 것이라고 하여, 이탈리아의 국제법위반의 확인, 독일의 국가면제를 침해하는 결정을 무효로 하는 조치, 장래의 동종 사건에서 국가면제를 부정하지 않도록 하는 보장조치를 요구하여 ICJ 에 제소했다. 이탈리아는 유럽인권조약에 근거하는 ICJ 의 관할권을 인정하여 응소했고, 그리스는 비당사자로서 소송참가했다.

### 2 재판의 쟁점

독일의 청구에 대해 이탈리아는 주로 다음 두 가지 항변을 주장하여, 이들이 이 사건의 주요한 쟁점이 되었다.

#### (1) 불법행위예외 (쟁점①)

불법행위예외는 주로 외교관에 의한 교통사고 등을 처리할 필요에서 생겨난

<sup>9</sup> ICJ 다수의견 27~29 항

<sup>10</sup> ICJ 다수의견 30 항 이하, 전계山手(1)

국가면제의 예외이다. 법정지국의 영역 내에서 외국의 불법행위에 의한 인신상해 및 재물손괴에 관한 금전배상 청구 소송에서는 국가면제를 부인하는 국내판례가 1960.대부터 축적되고, 국가면제의 범위를 정하는 국내법이 있는 10 개국 중 일본의 대외국민사재판권법(對外國民事裁判權法) 제 10 조를 포함한 9 개국의 법률과 유럽국가면제조약 제 11 조 및 유엔국가면제조약 제 12 조에서 마찬가지로의 규정이 채택되었다.

이탈리아는 이 규칙이 이미 관습국제법이 되어 있으며, 이탈리아 영내에서 행해진 독일군의 행위에 관해 이탈리아법원이 독일에 국가면제를 적용할 의무가 없다고 주장했다. 이에 독일은 불법행위예외는 아직 관습국제법이라고는 할 수 없으며, 가령 관습국제법이라고 해도, 군대의 행위에는 국가면제를 적용한다는 (예외의 예외로서의) 관습국제법이 존재한다고 반론했다.

## (2) 재판을 받을 권리 (쟁점②)

이탈리아는 이 사건은 독일의 불법행위가 국제인도법에 대한 중대한 위반이라는 것, 위반한 규범이 강행규범(유스 코겐스) 이라는 것, 그리고 국내법원이 피해자가 이용할 수 있는 최후의 구제수단이라는 것을 이유로 국가면제는 적용되지 않는다고 주장했다. 이탈리아가 주장하는 3 가지 요소를 연결하는 고리는 재판을 받을 권리이다. 이탈리아는 유엔헌장, 유럽인권조약, 이탈리아헌법에 의해 영역 내에서 재판을 받을 권리를 보장하는 의무를 진다. 특히 피해가 강행규범에 위반하는 중대한 인권침해이며 피해자가 이용할 수 있는 다른 구제절차가 존재하지 않는 경우에는 재판을 받을 권리를 보장하기 위해 국가면제의 적용을 배제해야 한다는 것이 이탈리아의 주장이다.<sup>11</sup> 독일은 이에 관해서도 그런 관습국제법은 성립되어 있지 않다고 주장했다.

## 3 판결 (다수의견) 의 판단

2012.2.3, ICJ 는 오와다 히사시(小和田恒) 소장을 비롯한 12 명의 재판관에 의한 다수의견으로 장래의 보증을 제외한 독일의 청구의 대부분을 인용했다. 쟁점①에 관해서는 불법행위예외가 관습국제법인가 여부는 판단하지 않고 각국의 국가실행 (국내판례나 국내법) 이나 조약 문언으로부터 적어도 무력분쟁수행과정의 군대의 행위에 관해서는 국가면제를 적용하는 관습국제법이 존재한다고 했다. 쟁점②에 관해서는 3 가지 요소를 분해하여 각각에 관한 국가실행 등의 조사를 근거로 이탈리아의 주장에 부합하는 관습국제법의 존재를 부인했다.

또한, 이탈리아 출신 가야 특임재판관은 쟁점①에 대해, 소말리아 출신 유수프 재판관과 브라질 출신 칸사두 트린다지 재판관은 주로 쟁점②에 대해 반대의견을 진술했다.

---

<sup>11</sup> ICJ 유수프 반대의견 7~9 항

다수의견은 학설을 거의 배려하지 않고 각국의 국가실행을 조사하면서 그 상대 다수에 의해 관습국제법을 인정한다는 방식을 취했다. 이 방식에 의하면 발전 과정에 있는 관습국제법에 관해서는 늘 부정적(보수적)인 결론에 도달하게 된다. 또 우수프 재판관도 반대의견에서 지적하고 있듯이 국가실행의 조사 자체도 체리 피킹(결론을 위해 형편에 맞는 사례만을 추출하는 궤변)이라고 하는 비판도 있다.

더 나아가 무력분쟁의 수행 과정에서 이루어진 군대의 행위에 대해서는 국가면제를 적용한다는 국제관습법이 존재한다는 점에 판단을 한정된 것도 다수의견의 특징이다. 그 결과, 문제가 된 인권침해의 심각성은 판단 요소에서 완전히 배제되고 말았다.

#### 4 판결 이후 이탈리아의 대응

ICJ 판결을 받아서 이탈리아 파행원은 판례를 병정하여 이탈리아법원의 관할권을 부정했다. 또 국회도 2013.1, ICJ 판결을 받아들이기 위해 동중 사건이 계류하는 법원에 직권으로 관할권 결여를 선언할 것을 의무화하고 확정 판결의 재심사유에 관할권 결여를 추가하는 법률을 제정했다.

하지만 헌법재판소는 위 법률은 이탈리아헌법이 보장하는 재판을 받을 권리를 침해함으로써 위헌이라고 판시했다(2014.10.22 이탈리아헌법재판소 판결)<sup>12</sup>.

### IV 일본군 ‘위안부’ 소송과 국가면제

#### 1 ICJ 판결의 사정(射程)

위와 같이 ICJ 판결은 무력분쟁 시 군대의 행위에는 국가면제를 적용한다는 국제관습법이 존재한다는 한 가지 점에 대해 판단한 것으로, 전쟁 피해자가 거해국을 상대로 자국의 법원에 제소하는 것을 일반적으로 부정한 것이 아니다.

게다가 한국은 ICJ 에 대한 관할수락선언을 하지않고 있고, 분쟁을 ICJ 에 회부하는 것을 규정하는 유럽인권조약 가맹국인 독일과 이탈리아의 경우와 달리 한일 간에는 분쟁을 ICJ 에 회부할 조약상의 근거가 없고, 장래적으로 한일의 전후보상문제가 ICJ 에서 다루어질 가능성은 적다. 또한 ICJ 규정 제 59 조는 ‘재판소의 결정은 당사자 사이와 그 특정사건에 관하여서만 구속력을 가진다.’고 규정하고 있어, 이 판결이 비당사자인 한국에서 소송에 직접 효력을 미칠 수 없다. 게다가 다수의견은 국내판례 등의 국가실행의 상대다수에 의해 현시점에서의 관습국제법을 인정한 것에 지나지 않으며, 그 후의 국제법의 발전에 따라 ICJ 판결의 취지와 다른 국내판례가 나타나는 것은 미리 예상된 것이라고 할 수 있다.

다만 ICJ판결은ICJ에서 전개된 주장이나 논리를 포함하여 관습국제법을 인정하기 위한 중요한 자료로 되기 때문에 한국 법원이 이를 완전히 무시할 수는 없다. 한편으로

<sup>12</sup> [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/S238\\_2013\\_en.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf)에 영어역, <http://justice.skr.jp>에 일본어·한국어 줄역(拙訳)

일본군 ‘위안부’ 피해자를 둘러싼 사실관계에서는 ICJ판결의 경우와는 다른 규칙이 적용된다고 하면, 그 규칙에 관한 관습국제법을 탐구할 필요가 있다. 가령 안정적인 관습국제법이 발견되지 않는 경우에는 이른바 ‘그레이 존’으로서 국내법원이 그 권한 내에서 법과 조리에 따라 결정할 수 있는 것으로 될 것이다.<sup>13</sup>

따라서 한국과 일본을 둘러싼 사실관계에서 ICJ 판결의 논리를 재검토할 필요가 있다.

## 2 불법행위예외 (쟁점①) 와 일본군 ‘위안부’ 소송

ICJ판결은 불법행위예외에 대해 판단하지 않았지만, 앞에서 본 바와 같이 많은 국가의 재판례, 국내법, 조약이 이 규칙을 인정하고 있어, 이가 관습국제법이라는 것은 부정하기 어려울 것이다. 특히 일본의 대외국민사재판권법 제 10 조가 불법행위예외를 채택하고 있으며, 한국이 일본국내에서 불법행위에 의해 인신이나 재물에 손해를 주어 손해배상 소송의 피고로 되는 경우에는 국가면제가 부정되기 때문에 상호주의적 관점으로부터 한국 법원은 불법행위예외를 인정할 것이다.<sup>14</sup>

그리고 일본군 ‘위안부’ 피해자에 대한 가해행위의 일부 (기망 또한 강제에 의한 이송) 는 많은 경우 한국의 영역내를 기점으로 하여 행해졌고, 법정지국 영역내의 불법행위이다.<sup>15</sup>

그래서 ICJ 판결이 인정한 ‘무력분쟁수행 과정에서’ ‘국가의 군대에 의한 행위’에는 국가면제가 적용된다는 관습국제법<sup>16</sup> 이 문제가 된다. 영역국의 동의 없이 침입한 외국군대의 행위에 관해 국가면제를 인정하는 것의 합리성에 대해서는 가야 재판관 반대의견<sup>17</sup> 을 비롯하여 많은 비판이 있지만, 일반적으로는 ‘무력분쟁시에는 예측하기 어려운 손해가 발생하여, 통상의 사법절차로는 처리할 수 없다’는 것이 긍정논의 근거일 것이다<sup>18</sup> . 그렇다면 ‘무력분쟁수행 과정’이란 법적 개념이 아니라 사실적 개념이며<sup>19</sup>, 복수의 무장세력이 실재하여 무력충돌이 발생하고 있다는 사실상의 상태를 의미한다고 생각된다. 그리고 많은 피해자가 끌려갔던 1930~40 년대 한반도에는 국경지대를 제외하고 일본군에 적대하는 무장세력이 존재하지 않았기 때문에, 북쪽에서 독일군 남쪽에서 연합국군이 침입하고 있었던 이탈리아의 경우와는 달리 이런 의미의

13 ICJ 유수프 반대의견 47~48 항, 가야 반대의견 9 항이 그레이 존에 언급하고 있다.

14 서울민사지법 1994.6.22 판결은 미국을 피고로 하는 계약상의 과실에 의한 손해배상청구사건에 대해, 미국 외국국가면제법이 상업 활동이나 미국내의 불법행위를 면제로부터 제외하고 있는 것, 실제로 미국에서 대한민국을 피고로 하는 민사소송에서 면제를 부정한 예가 있다는 것을 이유로 면제를 부정했다.

15 다수의 한국 재판례가 강제동원 문제에 대해서 강제동원이 시작된 한국이 불법행위지라고 인정하고 있다(대법원 2012.5.24 판결 등).

16 ICJ 다수의견 78 항

17 ICJ 가야 반대의견 9 항

18 예를 들면,坂卷静佳 「国際司法裁判所『国家の裁判権免除』事件判決の射程と意義」 国際法研究創刊第 1 号 (2013)

19 따라서, 일본에 의한 지배가 강점이라는 법률적 평가와는 관계가 없다.

‘무력 분쟁 수행과정’이라고 할 수 없다.

따라서 가령 쟁점①에 관하여 ICJ 판결 다수의견의 입장에 선다고 해도 한국의 일본군 ‘위안부’ 피해자의 경우에는 다수의견이 인정한 관습국제법은 적용되지 않아서, 불법행위예외에 의해 국가면제를 부정하는 것이 가능하다.

### 3 재판을 받을 권리 (쟁점②) 와 일본군 ‘위안부’ 소송

#### (1) 재판을 받을 권리 보장의 의무

국제적으로 인권을 보장하는 수단으로 각종 인권조약은 국가통보제도, 개인통보제도, 정부보고제도 등을 규정하고 있다. 이 중 국가통보제도는 현 상황에서 실질적으로 제 기능을 못하고 있다. 개인통보제도를 적용하기 위해서는 체약국의 특별한 수락 선언이 필요하며, 일본은 일체의 개인통보제도를 수락하고 있지 않다. 정부보고제도는 일반적인 문제점의 보고와 권고에 그쳐 개인의 인권침해를 구제할 수 없다. 더욱이 아시아에는 유럽인권재판소, 미주인권재판소, 아프리카인권재판소와 같은 지역적 국제인권재판소도 없다. 그 결과, 특히 아시아에서 인권을 실효적으로 보장하기 위해서는 국내 법원에서 재판을 받을 권리를 철저히 보장하는 수 밖에 없다.

그리고 국제인권(자유권)규약 제 14 조 제 1 항에는 유럽인권조약 제 6 조 제 1 항과 유사한 규정이 있으며, 한국도 유엔헌장, 국제인권규약, 한국헌법에 의해 이탈리아와 마찬가지로 재판을 받을 권리를 보장할 의무를 지고 있다.

더구나 헌법재판소 2011.8.30 결정은 일본군 ‘위안부’ 피해자들에 대한 한국정부의 ‘가장 근본적인 보호의무’를 인정하고 있고<sup>20</sup>, 그 근거의 하나인 헌법 제 10 조는 ‘모든 국가기관을 구속’ 한다고 판시했으므로, 법원 자체가 피해자에 대한 사법보호를 실현할 의무를 지고 있다고 할 수 있다.

#### (2) 재판을 받을 권리와 국가면제의 국제법

ICJ 다수의견에 의한 형식적 검토에서는 무시되고 있으나 유럽인권재판소 Weite & Kennedy 사건 판결(1999.)에서는 유럽우주기구(European Space Agency)의 재판권 면제에 대해 재판을 받을 권리는 그 권리를 실효적으로 보호하기 위한 합리적 대체 수단을 당사자가 이용할 수 있는 경우에 만 제약할 수 있다고 판시하고 있으며<sup>21</sup>, 그 후 벨기에, 프랑스 등에서는 당사자가 이용할 수 있는 수단을 구체적으로 검토한 뒤에 국제 기구의 면제를 부정한 국내 판례가 등장하기

<sup>20</sup> ‘비록 우리 헌법이 제정되기 전의 일이라 할지라도 국가가 국민의 안전과 생명을 보호하여야 할 가장 기본적인 의무를 수행하지 못한 일체강점기에 일본군위안부로 강제 동원되어 인간의 존엄과 가치가 말살된 상태에서 장기간 비극적인 삶을 영위하였던 피해자들의 훼손된 인간의 존엄과 가치를 회복시켜야 할 의무는 대한민국임시정부의 법통을 계승한 지금의 정부가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 속한다고 할 것이다.’

<sup>21</sup> ICJ 유수프 반대의견 29 항



시작했다<sup>22</sup>.

유럽인권재판소는 국가에 관한 사건에서는 국제기구에 관한 사건과 달리 국가면제에 따른 재판을 받을 권리의 제약을 널리 인정하고 있다 (예를 들어 2001. 알 아드사니사건). 이는 통상적인 주권 국가는 당사자가 이용할 수 있는 사법 제도를 갖추고 있다는 것을 전제로 하고 있기 때문이다. 국제기구의 국가면제는 국제관습법이 아니라 오로지 조약을 근거로 한다는 것, 국가와 달리 상호관계가 없다는 것 등, 국가의 경우와는 차이가 있으나, 재판을 받을 권리와 국가면제의 조정에 관한 논리는 본질적으로 다른 것은 아니다.<sup>23</sup> 오히려 인도에 대한 범죄의 피해자로서 생명이나 인격을 침해된 사람은 노동분쟁에 말려든 국제공무원 보다 보호의 필요성이 높은 것은 분면하다고 할 수 있을 것이다.

또 ICJ 다수의견에서는 ‘타국의 입법례를 볼 수 없다’고 하여 무시되었지만<sup>24</sup>, 미국에서는 1996.에 외국국가면제법을 개정해서 미국정부가 테러지원국가라고 인정한 국가에 대해서는 고문이나 초법규적 살해 등의 행위에 관해서는 국가면제를 인정하지 않는 것으로 했다.<sup>25</sup> 행정권의 결정에 따라 사법의 관할권이 결정되는 시스템에는 문제가 있으나 가령 이 입법이 국제법상 정당화될 수 있다고 하면, ‘테러지원국가’에는 테러 피해자를 구제할 사법제도가 통상 갖추어져 있지 않다는 것을 이유로 할 수 밖에 없을 것이다.<sup>26</sup>

이들 국제판례나 국가실행은 주권국가에 당사자가 이용할 수 있는 사법제도가 갖추어져 있지 않다는 예외적인 경우에 국가면제의 부정이 허용된다는 해석이 가능하다는 것을 제시하고 있다. 다만 이 문제에 관해서 안정된 관습국제법이 존재한다고는 할 수 없고, 앞에서 기술한 ‘그레이 존’에 속하는 분야로서 국내법원에 맡겨져 있다고 생각된다.

---

22 黒神直純 「國際機構の免除と國際公務員の身分保障」 信山社 「普遍的國際社会への法の挑戦」 (2013) 소수 641 면

23 유럽인권법원은 2013 에 유엔의 평화유지활동에 관한 Stichting Mothers of Srebrenica 사건에서 ICJ 국가면제사건 판결을 인용하면서 상기 1 의 대체성 테스트를 행하지 않고 국가면제를 긍정했다. Weite & Kennedy 사건과의 모순이 지적되지만 오히려 재판을 받을 권리와 관계에서 국제기관과 국가가 본질적으로 다른 것이 없다는 점을 보여주었다고 할 수도 있을 것이다. 이 사건에 관하여, 「國際機構の裁判權免除と裁判を受ける權利」 國際協力論集 24 권 2 호 (2017) , 水島朋則 「國際司法裁判所の主權免除事件判決による現代國際法の發展」 三省堂 「國際裁判と現代國際法の展開」 (2014) 소수 288 면

24 ICJ 다수의견 88 항

25 미국 연방지방법원은 조선민주주의인민공화국에서 구속되고 귀국 후에 사망한 미국인 학생 오토 워비어 씨 유족들이 조선민주주의인민공화국을 피고로 해서 배상을 청구한 사건에 대해, 이 규정에 따라 국가면제를 부인하면서 심리를 진행시키고 2018.12.24, 약 5 억 달러의 배상을 명하는 판결을 선고했다.

26 일본에서는 대외국민사재판권법(對外國民事裁判權法)의 입안자 해석으로서 미승인국가에는 이 법률이 적용되지 않는다 (국가면제를 적용되지 않는다)라는 해석이 제시되어 있고(「逐條解説 對外國民事裁判權法」 14 면), 2018.8.에 탈북자들이 조선민주주의인민공화국을 상대로 ‘귀국사업’ (이른바 ‘복송’)에 대한 손해배상 5 억엔을 청구한 사건이 토교지방법원에 계류중이다. 이에 대해서도 위 미국법과 유사한 문제를 지적할 수 있다.

(3) 외국인피해자의 재판 이용을 거부한 일본 최고재판소 판결

이 점에 있어, 중국인 ‘위안부’ 사건과 니시마쓰 건설 중국인 강제연행 · 강제노동 소송에 관한 2007.4.27 일본 최고재판소 판결<sup>27</sup>은 중요하다. 이 판결에서 최고재판소는 개인 청구권의 해결을 민사재판상의 권리행사에 맡기면 쟁쟁 예측하기 어려운 혼란을 초래하고 평화조약의 목적 달성의 방해로 될 우려가 있으므로, 개인의 청구권에 관해 민사재판상 권리행사를 할 수 없게 하는 것이 ‘샌프란시스코 조약의 틀’이며, 중일공동성명도 이 ‘틀’ 속에 있으므로 이 성명 제 5 항<sup>28</sup>에 의해 원고들의 청구권은 행사할 수 없게 되었다고 하여 피해자들의 청구를 기각했다<sup>29</sup>. 또한 최고재판소는 ‘여기서 말하는 청구권 “포기”란 청구권을 실제적으로 소멸시키는 것까지를 의미하는 것이 아니라, 당해 청구권에 근거하여 소구(訴求)할 권능을 소멸시키는 것에 그친다고 보는 것이 상당하다. 따라서 개별구체적인 청구권에 관해 그 내용 등에 비추어 채무자측에서 임의로 자발적인 대응을 하는 것은 허락된다.’라고 판시했다.

그 후 중국인 피해자를 원고로 하는 모든 소송은 같은 이유로 기각되었다. 그리고 문언상 ‘국민이’ 포기했다고 기재되어 있지 않은 중일공동성명에 의해 중국 국민이 재판으로 소구할 권능을 잃었다고 하는 이상, ‘국민의’ 청구권 등에 관해 ‘완전하고 최종적으로 해결되었다’는 문언이 있는 한일청구권협정에 같은 논리가 적용되는 것은 불가피하며, 한국 국민의 청구도 같은 이유로 기각하는 판결이 이어졌다<sup>30</sup>. 향후 한국의 일본군 ‘위안부’ 피해자가 다시 일본에서 소송을 제기하더라도 같은 취지의 판결이 나올 것이 확실하다.

즉, 일본 최고재판소는 실제법을 적용해서 외국인전쟁피해자의 법적 권리를 부정한 것이 아니라 원고의 법적 권리의 존재 여부와 상관 없이 일본에서는 외국인전쟁피해자에게는 재판으로 청구할 권리가 없다고 선언한 것이다. 재판을 받을 권리에 의해 보장되어야 할 내용이 형식적인 재판 이용으로 충분한가 실질적인 보상 실현까지 포함되는가에 관해서는 논의가 있으나<sup>31</sup>, 최고재판소는 외국인피해자의 재판 이용 자체를 거부하고 있는 것이다.

<sup>27</sup> 判例タイムズ 1240 호 121 면、判例時報 1969 호 28 면

<sup>28</sup> ‘중화인민공화국정부는 중일 양국 인민의 우호를 위해 일본국에 대한 전쟁배상의 청구를 포기할 것을 선언한다.’

<sup>29</sup> 이는 체결자의 의사나 역사적 사실에도 반하며 오로지 일본에서 전후보상소송을 종결시키는 것만을 목적으로 한 정치적 판결이다.

阿部浩己「サンフランシスコ平和条約と司法にアクセスする権利」神奈川法学第 46 卷 2・3

合併号 (2013) 는 재판을 받을 권리의 관점에서 이 판결을 비판하고 있다.

小畑郁「西松建設事件」三省堂「国際法基本判例 50」소수 는 판결의 결론에 대해서는 긍정적이지만 최고재판소의 논리는 ‘뒤틀린 생떼거리’라고 비꼬고 있다.

<sup>30</sup> 나고야(名古屋) 고법 2007.5.31 판결 미쓰비시나고야조선여자근로정시대

(三菱名古屋朝鮮女子勤勞挺身隊) 소송, 判例タイムズ 1210 호 186 면, 判例時報 1894 호 44 면),

토야마(富山) 지법 2007.9.19 판결, 나고야(名古屋) 고법 가나자와(金沢) 지부 2010.3.8

판결 (모두 호지코시

(不二越) 근로정시대 2 차소송)

<sup>31</sup> ICJ 칸사두 트린다지 반대의견 221 항

(4) 그렇다면 일본은 외국인전쟁피해자에게 있어서는 주권국가에서 당사자가 이용할 수 있는 사법제도가 가추어져 있지 않다는 예외적인 경우에 해당하며, 한국법원은 재판받을 권리 보장이나 앞서 기술한 보호의무에 비추어 국가면제를 부정해야 할 것이다.<sup>32</sup>

#### 4 대법원 판결에 의한 ICJ 판결의 잘못된 인용

그런데, 2018.10.30. 대법원 판결의 반대 의견은 한일청구권협정과 같은 일괄처리협정에 따라 국가가 상대국으로부터 보상, 배상을 받은 때에는 이 자금이 별도의 목적에 사용되었다 하더라도 개인 청구권이 소멸된다는 견해의 근거로서 이 ICJ판결을 인용하고 있으나, 완전히 잘못된 인용이다. 분명 ICJ판결에는 일괄 지급 자금이 다른 목적에 이용되었을 때, 그 점이 금전의 분배를 받지 못한 개인이 가해국에 청구하는 근거가 될지는 의문이라는 취지의 기재가 들어 있다(102 항), 하지만 이는 정부간 협상에 의한 보상 여부에 관한 국내 법원의 판단 능력이라는 방론 부분에 들어간 감상 섞인 기재에 지나지 않는다<sup>33</sup>. 반대로 다수의견은 결론 부분(108 항)에서 ‘평화조약 제 77 조 제 14 항 및 1961. 협정의 조항은 이탈리아에서의 절차의 주제에 대한 구속력 있는 청구권 포기 조항이라는 독일의 주장이 옳은지 여부도 판단할 필요가 없다’ ‘면제 문제에 관한 법원의 판단은 독일이 책임을 부담하는지 여부의 문제에 영향을 주지 않는다’ 고 명시하고 있어, 이 판결이 일괄처리협정에 따른 개인 청구권의 소멸에 대해서는 아무런 판단도 하고 있지 않다는 것은 명백하다.

#### 5 국가면제 소급효 부정론에 대해서

또한, ICJ 국가면제사건에서 독일은 현재의 법이 아니라 불법행위시의 국가면제의 법을 적용해야 한다고 주장 (판결은 이를 부정) 했는데, 일본의 연구자 중에는 이와 마찬가지로의 해석에 의해 전후보상소송에 대한 국가면제 부정을 방지해야 한다는 주장이 있다.<sup>34</sup>

하지만 위 주장은 그 근거 자체가 설득력이 없으며<sup>35</sup>, 게다가 일본의

---

<sup>32</sup> 불법행위 예외에 의한 국가면제 부정과 재판받을 권리 보장을 위한 국가면제 부정은 논리적으로도 역사적인 형성 과정에서도 상관성이 없으며 병렬하여 주장할 수 있다. 다만 불법행위 예외에 의하면 법정지국은 국가면제를 ‘부정할 수 있음’ 것에 대해 재판받을 권리 보장을 위해서는 국가면제를 ‘부정해야 한다’고 될 것이다. 또한 불법행위 예외는 법정지국 영역내에서의 해위에만 적용되는 것이 일반적이며, 법정지국에 외부에서 외부에 이송된 피해자에 대한 적용은 어려울 것이다. ICJ에서도 이탈리아는 이러한 피해자는 쟁점①의 대상이 아니라고 진술했다.

<sup>33</sup> 심리 대상도 아닌 문제에 대해 이러한 기재를 하는 것은 현저하게 부적절하다.

<sup>34</sup>水島전계 280면 이하

<sup>35</sup> 제2차세계대전 중의 인권침해를 ‘아득히 먼 옛날의 일’이라고 거듭 표현한 뒤에 10개국의 국가면제의 국내법 중 3개국은 행위시를 기준으로 하는 불소급을 규정, 불소급에 관한 규정이 없는 5개국 (여기서 언급되지 않지만 일본을 포함한 나머지 2개국은 신청시를 기준으로 하는 불소급을 규정하고 있다) 중 캐나다에는 행위시를 기준으로 하여 불소급을 판단한 고등법원 판결이 있으며, 역으로 적극적으로 소급효를 인정한 미국 연방최고재판소 판결은 타국에 예가 없으므로 중시하지

대외국민사재판권법 부칙 제 2 항은 재판절차의 신청시를 기준으로 소급효를 제한하고 있기 때문에 이러한 주장도 상호주의적 관점로부터 부정될 것이다.

## V 마치며

이상과 같이 한국의 일본군 ‘위안부’ 피해자가 제기한 소송에 관해서는 ICJ 판결 다수의견이 인정한 관습국제법을 전제로 해도 불법행위예외에 의한 국가면제 부정이 가능하다. 또한 한국 헌법재판소가 인정한 보호의무, 일본 최고재판소 판결에 의한 재판 이용 거부에 비추어 재판을 받을 권리 보장을 위해 국가면제를 부정해야 할 것으로 생각된다.

## 参考文献

각주에 기재한 것 외에 다음 문건을 참고로 했다.

水島朋則 「主權免除の國際法」 名古屋大学出版会 (2012)

坂卷静佳 「重大な人権侵害行為に対する国家免除否定論の展開」 社会科学研究 60 卷 2

号 (2009) 中野俊一郎 「国家免除原則と外国判決の承認」 信山社 「EU

の國際民事訴訟法判例Ⅱ」 (2013) 所収濱本正太郎 「裁判を受ける権利・強行規範と主權免除」

同上所収

飛澤知行 「逐条解説 対外国民事裁判権法」 商事法務(2009)

田村光彰 「ナチス・ドイツの強制労働と戦後処理」 社会評論社 (2006)

吉田邦彦 「ホロコースト補償訴訟の遺産」 有斐閣

「日本民法学の新たな時代」 (2015) 所収清野幾久子 「ドイツ戦後補償の法理」 法律論叢第 70

卷 5・6 号 (1998)

広渡清吾 「ドイツにおける戦後責任と戦後補償」 朝日選書

「戦争責任・戦後責任—日本とドイツはどう違うか」 (1994) 所収,

ライナー・ホフマン 山手治之訳 「戦争被害者に対する補償」 立命館法学 306

号 (2006) 田近肇 「イタリア憲法裁判所の制度と運用」 岡山大学法学会雑誌第 62 卷第 4

号 (2013) 申恵丰 高木喜孝 永野貫太郎 「戦後補償と国際人道法」 明石書店 (2005)

山本草二 「國際法」 有斐閣 (1985)

또한 일본변호사연합회 인권위원회 일한공동행동 특별부회 주최 연구회에서 아베 코우키(阿部浩己) 교수로부터 귀중한 조언을 얻었다.

## ※

이 논문은 2018.8.13 열린 ‘일본군 “위안부” 문제와 “책임” 심포지엄 (여성가족부, 경북대학교법학연구원 주최) 및 2018.12.14. 열린 ‘일본군 “위안부” 문제와 역사정의의 관계’ 심포지엄(동북아역사재단 주최)의 발표원고를 합쳐서 약간의 가필을 하며 2019.5.에 작성했다.

---

않는다는 것도 허용되기 때문에 ‘소급 적용을 부정하는 국제법이 존재한다고 할 수 있을 가능성이 있다’고 한다.

[→ HOME](#)