

# 國際法上 國家責任에 관한 研究

趙伯磯<sup>1)</sup>, 金榮球<sup>2)</sup>

A Study on State Responsibility in International Law  
- International Legal Issues on the Sexual Slavery by Japan -

Cho Baek-Ki, Kim Young Goo

## Abstract

'Sexual slavery by Japan', which occurred during 1932-1945, was not simply the incidental raping of women by occupying soldiers, as has often accompanied war in the world. It was a deliberate, long-term, and systematic institution which was planned, designed, and enforced by the Supreme Commander of the Japanese army. Women between the ages of 11 to 32, 80% of whom were Korean women, were taken to the Japanese occupied areas by force, deceit, or kidnapping in order to be used as military sex slaves for the Japanese soldiers. They were forced to serve about 30 soldiers daily on weekdays and 50 soldiers a day on weekends. These women were euphemistically called 'comfort women'. But 'comfort women' does not in the least reflect the suffering, such as multiple rapes on an everyday basis and severe physical abuse, that women victims had to endure during their forced prostitution and sexual subjugation and abuse in wartime. We, therefore, consider with to conviction that the phrase 'sexual slaves by Japan' represents a much more accurate and appropriate terminology.

The Japanese Government has never sincerely admitted to their

1) 韓國海洋大學校 大學院 海軍法學科 領土課程 公法專攻

2) 韓國海洋大學校 法學科 副教授

responsibilities in organizing a system of sexual slavery since the war's end. Rather, they have been trying to hide the truth. Recently the Japanese Prime Minister reported that the Japanese Government is planning to set up a 'Sympathy Money' system which would be raised by Non-Governmental organizations, in lieu of the legal monetary reparations due to the former 'comfort women'. We reject this plan, for it does no justice to repair the damages suffered by these women. Rather it is a measure to avoid legal Japanese Government responsibility.

Therefore, this study aims to responsibility of Japan through the general theory of state responsibility in international law.

In International law, state responsibility is occurrence of damage to other state through act or omission of act, constituting violation of the international legislation of one state, when the late state has duty reparation of responsibility. Elements of state responsibility are being violational act of international obligation, act of state(imputability), intention or culpable, and the occurrence of damage and reparation of responsibility are restitution, indemnity, satisfaction and so forth.

However, the Japanese Government has insisted that the reparation for all damages during the colonial period was taken care of by the Korean-Japan Treaty in 1965. It is not enough to state that legal responsibility of reparations for the victims was finalized by the Korea-Japan Treaty, since this treaty did not include the specific problem of 'sexual slavery by Japan'. Moreover, the Japanese Government did not even recognize the existence of sexual slavery at that time and the treaty dealt only with the claims of the rights between the two states; it did not cover the individual claim of 'sexual slavery by Japan'.

In order to settle 'sexual slavery by Japan' we must study all the legal issue related to sexual slavery under International Law, and solidify to North Korea, other injured state, and NGO etc.

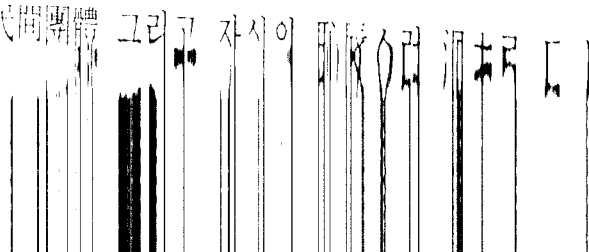
Finally, we demand for; Japanese Government should be urged to acknowledge and reveal the whole contents of the crime of sexual slavery. Japanese Government should be urged to issue an official apology from the

Diet to each individual victim and pay economic reparations to all victims of the sexual slavery. Japanese Government should be urged to erect memorial tablets for deceased victim and record the crime and educate younger generations. Japanese Government should be urged to bring the perpetrators to justice. Japanese Government should be urged to follow the recommendations of the International Commission of Jurists(ICJ) and other human rights organizations. Japanese Government should be urged to go to the Permanent Court of Arbitration(PCA) to clarify all the legal issue related to sexual slavery under International Law. Japanese Government should be urged to fulfill its moral and legal obligations to redress the gross violations of human rights and military sexual slavery during World War II before Japan wishes to become a permanent of the UN Security Council. Korea, North Korea, China, Taiwan, philippines etc. victimized Governments should be urged to investigate the fact and give all the necessary support to surviving victims, psychologically, physically and economically.



韓日間에 아직도 清算하지 못한 많은 일들이 남아 있다. 즉 日本軍慰安婦問題, 強制徵用者問題, 原爆被害者問題, 사할린韓人問題, 韓人系戰犯問題, 朝鮮人軍人·軍屬問題 등이다. 그 중에서도 특히 시급히 解決되어야 하는 것이 所謂 日本軍慰安婦問題와 관련한 被害者들의 人權問題인 것이다.

日本帝國主義는 1932년 1월 上海事變 이후 日本軍에 의한 中國人의 強姦·殺人을 防止하기 위해서 皇國臣民·內鮮一致라는 미명하에 朝鮮의 어린 소녀들을 強제로 拉致하여 軍人들의 欲情을 충족시키게 하는 天人共怒할 蠻行을 저질렀다. 이러한 蠻行의 被害者들은 아직까지도 그 惡夢에서 헤어나지 못하고 얼마 전까지 우리 民族의 羞恥로 취급당하고 있었다. 그러나 日本의 몇몇 良心的인 知識人들과 韓國挺身隊問題對策協議會와 같은 民間團體 그리고 자사이



Diet to each individual victim and pay economic reparations to all victims of the sexual slavery. Japanese Government should be urged to erect memorial tablets for deceased victim and record the crime and educate younger generations. Japanese Government should be urged to bring the perpetrators to justice. Japanese Government should be urged to follow the recommendations of the International Commission of Jurists(ICJ) and other human rights organizations. Japanese Government should be urged to go to the Permanent Court of Arbitration(PCA) to clarify all the legal issue related to sexual slavery under International Law. Japanese Government should be urged to fulfill its moral and legal obligations to redress the gross violations of human rights and military sexual slavery during World War II before Japan wishes to become a permanent of the UN Security Council. Korea, North Korea, China, Taiwan, philippines etc. victimized Governments should be urged to investigate the fact and give all the necessary support to surviving victims, psychologically, physically and economically.

## 第1章 序論

韓日間에 아직도 清算하지 못한 많은 일들이 남아 있다. 즉 日本軍'慰安婦'問題, 強制徵用者問題, 原爆被害者問題, 사할린韓人問題, 韓人系戰犯問題, 朝鮮人軍人·軍屬問題 등이다. 그 중에서도 특히 시급히 解決되어야 하는 것이 所謂 日本軍'慰安婦'問題와 관련한 被害者들의 人權問題일 것이다.

日本帝國主義는 1932년 1월 上海事變 이후 日本軍에 의한 中國人의 強姦·殺人을 防止하기 위해서 萬國國民·內鮮一致라는 미명하에 朝鮮의 어린 소녀들을 強制로 拉致하여 軍人들의 欲情을 충족시키게 하는 天人共怒할 蠻行을 저질렀다. 이러한 蠻行의 被害者들은 아직까지도 그 惡夢에서 헤어나지 못하고 얼마 전까지 우리 民族의 羞恥로 귀급당하고 있었다. 그러나 日本의 몇몇 良心的인 知識人들과 韓國挺身隊問題對策協議會와 같은 民間團體 그리고 자신의 恥辱스런 過去를 들어 내 日本의 蠻行을 滿天下에 알린 被害者들의 勇氣로 인해서 상당부분 眞實이 규명되고 있다. 특히 이 問題에 대한 國際的 解決努力들이 주목되는데, 1994년 國際法律家委員會(International Commission of Jurists)가 作成한 最終報告書<sup>1)</sup>, 네덜란

드 림버그大學 國際法教授인 테오 반 보벤(Theo van Boven)이 1993년 8월 UN人權小委員會에 제출한 『重大한 人權侵害에 犠牲者에 대한 賠償』의 最終報告書<sup>2)</sup> 등이 日本의 國家責任을 인정하고, 그에 따른 人權侵害의 被害者에 대한 被害回復의 方法들을 勸告하고 있다. 특히 1996년 4월 19일 스위스 제네바에서 열린 제52차 UN人權委員會에서 ‘女性에 대한 暴力問題 特別報告官’으로 임명된 라디카 쿠마라스와미(Radhika Coomaraswamy) 辯護士의 特別報告書를 採擇하는 決議가 이루어져, 日本軍‘慰安婦’를 動員·設置·運營한 日本 및 日本軍의 行爲는 國際義務를 違反한 것으로 國際法上 國家責任이 성립하고, 이에 日本은 自國의 國家責任을 解除하기 위한 여러 方案들을 강구해야 한다고 國際輿論으로 公論化하였다.

이러한 일련의 노력들로 性奴隸 問題에 대한 日本의 國際法上 國家責任의 成立이 명백함에도 불구하고 日本政府는 계속해서 이를 歪曲·否定하고 있다. 그러므로 本 論文에서는 國際法的으로 日本의 國家責任의 成立이 명백함을 규명하고, 이를 解除하기 위한 方案들에 대해서 研究·檢討하고자 한다.

## 第2章 日本에 의한 性奴隸

### I. 日本에 의한 性奴隸 概念

日本이 侵略戰爭을 中日戰爭과 太平洋戰爭으로 擴大해 가면서 占領地區에서 軍人들의 強姦行爲를 防止하고 性問題를 解決한다는 핑계로 本土와 植民地 및 占領地域의 젊은 女性들을 強制的인 方法으로 動員하여, 軍人들의 性的 노리개가 되게 하였다.

이와 같은 被害者들에 대하여, 日本에서는 自發的인 參與를 뜻하는 ‘從軍慰安婦’와 사랑과 同情, 다정함 등을 의미하는 ‘慰安婦’(comfort women)로 指稱하고 있으며, 被害當事國인 韓國에서도 ‘從軍慰安婦’나 ‘女子挺身隊’<sup>3)</sup>라는 用語가 널리 사용

1) 國際法律家委員會(International Commission of Jurists), 自由人權協會(JCLU)·日本의 戰爭責任資料센터 譯, 國際法からみた「從軍慰安婦」問題(明石書店: 1995).

2) E/CN.4/Sub.2/1993/8.

3) ‘從軍慰安婦’와 마찬가지로 ‘女子挺身隊’라는 용어 또한 다음과 같은 問題點을 지적할 수 있다. 즉 ‘挺身’이라는 용어 역시 그 辭典的 意味는 “스스로 앞장서서 몸을 바쳐 일함”이며, 日帝가 勞動力 등을 搾取하게 위하여 制定한 「女子挺身勤勞令」에 根據한 ‘勤勞挺身隊’에는 性과는 直接 관련이 없는 一般的인 勞動力을 搾取당한 사람들도 포함됨으로 이 용어는 적절하다고 생각되지 않는다. 金明基, 挺身隊와 國際法(法志社: 1993), 19

되고 있다.

그러나 日本國內에서 뿐만 아니라 國際社會에서도 그 명칭이 적합하지 않다고 의문을 제기하고 있다. 즉 日本軍의 性的 對象이 되었던 女性들을 ‘從軍慰安婦’로 부르는 것은 어디까지나 그들을 통하여 ‘性的 慰安’을 받은 日本軍人을 主體로 하여 붙인 加害者 중심의 명칭일 뿐이고, 그 女性들의 경우 軍人들에게 慰安을 제공하는 行爲는 대부분 自發的인 것이 아니었을 뿐만 아니라, 苦痛 中の 苦痛이었다는 사실을 전혀 고려하지 않은 명칭이었던 것이다.<sup>4)</sup>

歷史的 事實에 대한 正確한 命名은 그 歷史的 意味을 가늠하는 중요한 問題이다. 그러므로 ‘從軍慰安婦’란 용어가 적합하지 않다면 적합한 명칭이 다시 考案되어야 하며, 그것은 이념과 ‘從軍慰安婦’ 問題 全般에 대한 研究와 理解가 바탕이 되어야 가능한 일이다.<sup>5)</sup> 즉 日本에 의해 強制的으로 動員되어 日本軍의 性奴隸로 轉落한 朝鮮女性들의 重大한 人權侵害를 解決하기 위해서는, 무엇보다도 日本에 의한 性奴隸 被害者들에 대하여 사용되는 있는 所謂 ‘從軍慰安婦’, ‘女子挺身隊’ 등과 같은 용어의 正確한 解釋과 이에 적합한 用語의 概念定義가 이루어져야 한다.

그런 측면에서, UN人權委員會에서 採擇된 ‘女性暴力問題 特別報告官(Special Rapporteur on Violence Against Women)’의 日本軍慰安婦 問題에 대한 報告書<sup>6)</sup>가 특히 주목된다. 이 報告書의 特別報告官인 라디카 쿠마라스와미(Radhika Coomaraswamy) 辯護士는 1995년 7월 15일부터 27일까지 北韓, 韓國, 日本을 차례로 訪問하여 日本에 의한 性奴隸 被害者들을 인터뷰하는 등 情報와 資料를 蒐集·檢討·分析하여, 『戰爭中 軍隊性奴隸 問題에 관한 朝鮮民主主義人民共和國, 大韓民國, 日本에의 調查報告書』라는 총 36쪽에 달하는 報告書를 UN人權委員會에 提出하였다. 이 報告書는 ‘用語의 定義’, ‘歷史的 背景’ 등과 함께 ‘證言’, ‘3個國政府의 立場 및 道德的 責任’, ‘勸告’로 構成되어 이 問題解決에 重要한 基準을 提示하고 있다.

그 중에서 특히 ‘日本軍에 의한 性奴隸’라는 用語定義로 해서, 日本에 의해 強制

쪽 : 김진성, “挺身隊問題의 實狀”, 挺身隊資料集 II (韓國挺身隊問題對策協議會: 1992), 33쪽 ; 河在煥·崔光裕·金昌祿, “韓國 및 韓國人에 대한 日本의 法的 責任—日本軍慰安婦 問題에 관한 國際法的 檢討를 中心으로”, 金奉兌·李永煥 教授 停年紀念論文集 法學研究(釜山大學校: 1996. 12) 第37卷 第1號(通卷 第45號), 註 1) 參照.

4) 古見義明, 從軍慰安婦(晉波書店: 1995), 10-11面 ; 장만길, “日本軍‘慰安婦’의 概念과 呼稱 問題”, 日本軍慰安婦의 真相(歷史批語社: 1997), 11-12等.

5) 장만길, 앞의 論文, 12等.

6) E/CN.4/1996/53/Add.1.

로 이루어진 ‘慰安婦’에 대해서 적절한 용어의 정의가 이루어짐으로써 問題解決의 試金石이 되었다. 즉 ①‘慰安婦’의 ‘慰安行爲’는 民間業者에 이루어진 商行爲가 아니고 日本이라는 國家에 의해 組織的·計劃的으로 이루어진 國家政策이었음을 알 수 있었고(主體의 明確性), ②日本에 의해 이루어진 ‘慰安婦’는 強制的이고 僞計의 手段으로 動員·設置·運營되었음을(方法의 強制性·不法性), ③‘慰安婦’의 役割이 日本軍의 단순한 ‘慰安’에 그친 것이 아니라 그들의 性的 慾求를 充足시키기 위한 ‘性奴隸’에 해당한다(性格의 明確性)고 하는 事實關係를 明確하게 規定할 수 있었다.

## II. 日本에 의한 性奴隸 制度

日本の 軍國主義 確立과 植民地開拓은 公娼制度를 國外로 널리 확산시켰는데, 이는 日本軍‘慰安婦’ 制度를 수립하게 된 直接的인 背景이 된다. 즉 무모한 侵略戰爭에 내몰린 日本軍은 人間性이 破壞되고 士氣가 떨어져 戰鬥力이 약화되고 内部의 불만도 커졌으며 強姦 등 蠻行을 자행하여 이에 대한 現地人들의 排日意識이 고조되자, 이를 撫摩하려는 現實의 必要에서 軍當局이 이른바 ‘軍慰安婦’ 制度를 創案하고 施行한 것이다.

그후 侵略戰爭이 本格化함에 따라 戰線의 확대를 불러오고, 더불어 ‘從軍慰安婦’ 制度의 擴大實施가 요구되었다. 이에 日本은 1944년 「女子挺身勤勞令」 등과 같은 法的 根據를 바탕으로 朝鮮女性들을 日本의 性奴隸로 動員하게 된다. 아울러 이런 法的 手段 외에도 拉致·誘拐·人身賣買·欺瞞 등 本人의 意思와는 배치되는 方法에 의하여 強制로 日本軍의 性的 奴隸로 轉落시켰다.

또한 日本軍의 ‘從軍慰安婦’들은 軍隊에서 직접 運營하거나 軍隊의 強力한 統制를 받는 民間人이 經營하는 慰安所에서 散步하는 時間도 統制될 만큼 實質的인 監禁狀態에서 결과적으로는 無報酬인 채로, 戰勢가 악화하면 軍人들과 같이 행동하다가 戰死하는 경우도 있을 만큼 목숨을 내걸고 오로지 軍人들의 情欲의 對象이 될 뿐이었다. 侵略軍隊는 그들을 ‘慰安婦’라 불렀지만 그들의 실상은 ‘日本軍의 性奴隸’에 지나지 않았다.

이와 같은 日本軍‘慰安婦’의 慘酷한 실태는 日本의 敗戰으로도 끝나지 않았다. 日本의 敗戰은 그들에게 또다른 苦痛의 시작을 의미하였다. 즉 敗走하는 日本軍에 의해 버려지거나 살해당했으며, 살아남은 자들도 ‘버려진 몸과 마음으로’ 故鄉에 돌아갈 수 없어 自殺하거나 異國에 남는 길을 선택하였으며, 간신히 故鄉에 돌아

은 者들의 경우에도 이후의 生活은 苦難 그 자체였다. 過去의 괴로운 기억을 결코 지울 수 없었고, 자신들이 사는 社會로부터 배척될 것을 항상 두려워하였으며, 또 한 社會에서 철저하게 外面당하였다.

특히 이들의 人權을 유린하고 마음에 深刻한 傷處를 안겨준 日本은 이에 대한 責任을 철저히 排斥·外面하고, 오히려 加害者라고 할 수 있는 軍人들에 대한 恩給에 積極的이었다. 이러한 日本 内の 戰後補償에는 ‘國籍條項’과 ‘戶籍條項’을 통하여, 戰後 日本國籍을 喪失한 舊植民地出身者에게는 적용을 排除하였다. 그러므로, 日本 및 日本軍의 性奴隸로서 人權을 深刻하게 유린당한 被害者들의 苦痛은 當이루 말할 수 없는 것이었으며, 지금도 여전히 이들의 精神的·肉體的 苦痛은 當存하고 있는 것이다. 이에 이들의 被害와 苦痛들에 대한 正當한 對價로서의 國際法的 方法들을 모색함에 있어서 國際法上 國家責任의 法理를 適用함이 타당하리라 생각되어 진다.

### 第3章 日本의 國際法上 國家責任

一般的으로 國際法上 國家責任의 成立要件으로 첫째 國際義務違反行爲의 存在, 둘째 그러한 行爲의 國家歸屬性, 셋째 國際義務違反行爲로부터의 損害의 發生, 넷째 故意·過失의 存在 등을 要한다. 日本의 性奴隸 問題에 대한 日本의 國家責任 成立與否를 論함에 있어 가장 중요한 要件은 이러한 性奴隸 利用行爲가 國際義務 違反行爲인가와 그 行爲가 日本이라는 國家에 歸屬될 수 있는가 하는 것이다.

그리고 國家責任이 成立된 경우, 그 成立된 責任을 解除하는데 있어서의 基本原則은 責任을 成立시킨 違法行爲가 存在하지 않았더라면 存在했을 狀況으로 돌려놓는 것이다. 따라서 이러한 原則에 가장 충실한 方法은 原狀回復(restitution-in-kind)이 라 하겠다. 그러나 이 方法은 侵害된 權利가 貞操權과 같이 人格權인 경우에 있어서, 이를 援用하기에는 無理가 있다고 할 것이다. 따라서 損害額을 金錢으로 換價하는 金錢賠償과 非金錢的 損害에 대한 謝過 등의 方法으로 이루어지는 陳謝에 의하여 日本의 國家責任을 解除할 수 있을 것이다.



## I. 日本의 國際法上 國家責任의 成立

### 1. 國際法規違反

#### (1) 強制勞動에 관한 協約

行爲 당시의 法으로도 日本에 의한 性奴隸 動員·運營行爲에 대하여 國際法規違反性은 어느 정도 제시될 수 있다. 즉 1930년 6월 28일 國際勞動機構(ILO)가 採擇한 「強制勞動 또는 義務勞動에 관한 協約」을 들 수 있겠다. 同協約 제2조 1항에서 “強制勞動 또는 義務勞動이라 함은 特定한 刑罰의 威脅下에 私人에게 勞動이나 役務를 強要하고 이에 대해 그가 任意로 自請하지 않는 一切의 勞動 또는 서비스(all work or service)이다”라고 定義하고 있다. 그리고 同協約의 締約國은 強制勞動을 가능한 限 단기간 內에 廢止할 것을 義務지우고 있다. 또한 廢止할 때까지의 過渡期的 期間 中에도 女性은 전적으로 勞動從事者에서 除外할 것, 勞動期間·勞動時間의 限定, 相當한 報酬의 保障, 勞動災害에 대한 補償, 健康의 維持 등의 條件을 遵守할 義務, 強制勞動의 不法한 刑事犯罪로서 處罰할 義務와 그것을 위한 立法義務, 엄격한 處罰 實施義務 등을 지도록 하였다.

同協約에 대해서 日本은 1932년에 批准하였고, 1933년 發效하였다. 同協約에는 協約廢棄에 관한 規定이 있었으나, 日本은 協約廢棄 登錄을 하지 않았으므로 지금까지 始終 이 協約에 의해 拘束되고 있다. 그러므로 日本에 의한 性奴隸 被害者들은 相當한 報酬도, 勞動災害에 대한 補償도, 健康面에서의 서비스도 일체 제공받지 못했다. 또한 ‘慰安行爲’를 強要한 者들에 대한 處罰도 일체 행해지지 않았다. 그리고 무엇보다 同協約은 女性에 대한 強制勞動의 強要를 全面的으로 禁止하고 있었기 때문에 이들에게 ‘慰安行爲’를 強要한 것은 당연히 同協約을 違反한 行爲가 되는 것이다.

#### (2) 婦女賣買禁止條約

19세기 後半 醜業을 目的으로 하는 女性의 誘拐가 유럽에서 頻發한 데 대해, 事態의 深刻性을 우려한 民間團體들의 活動에 呼應하여 유럽 各國政府가 1910년에 파리에서 모여 締結한 것이 「醜業을 行하게 하기 위한 婦女賣買禁止에 관한 國際條約」이었다. 同條約을 日本은 1925년에 批准했는데, 당시 國內의 「娼妓取締規則」의 最低年齡이 18세였던 점 때문에 成年·未成年을 區分하는 年齡을 21세로 하는 條項을 留保하여 이 條約에 加入했다. 하지만, 日帝는 1927년에는 이 留

保條件을 撤廢했다. 따라서 慰安所가 設置되기 시작한 때에 이미 未成年은 21세 미만으로 되어 있었다.

이 條約은 제1조에서 “누구든지 他人의 情欲을 滿足시키기 위한 醜行을 目的으로 하여 未成年의 婦女를 勸誘하거나 誘引하거나 또는 拐去한 者는 本人의 承諾을 얻은 때라고 하더라도 處罰되어야 한다”, 그리고 제2조에서 “누구든지 他人의 情欲을 滿足시키기 위해 醜行을 目的으로 하여 詐欺에 의해, 또는 暴行, 脅迫, 權力濫用 기타 一切의 強制手段으로 成年의 婦女를 勸誘하거나 誘引하거나 또는 拐去한 者는 處罰되어야 한다”라고 規定하여, 그러한 者를 處罰할 것을 當事國에 要求하고, 同時에 이와 같은 目的의 國際的인 婦女의 移動을 막기 위한 諸般措置를 講究하도록 義務지우고 있다.<sup>7)</sup>

이 條約은 1925년부터 日本을 拘束하고 있었으며, 따라서 日本은 그때부터 女性에게 醜行을 強要한 者를 處罰해야 할 國際的 義務를 지고 있었다는 것이 된다. 그렇다면, 日本은 日本軍慰安婦를 強制한 者를 處罰해야 했다. 그러나 日本은 그것을 怠慢히 한 것이며, 따라서 日本은 이 條約義務를 違反한 것이 되는 것이다.<sup>8)</sup>

다만 이 條約 제11조는 “締約國이 本 條約을 그 植民地, 屬地 또는 領事裁判管轄地域에 施行하고자 할 때에는 文書로써 그 意思를 通告해야 한다”라고 規定하고 있었다. 그런데 日本은 그와 같은 通告를 하지 않았으며, 따라서, 만일 당시의 韓半島를 日本의 植民地라고 본다면, 이 規定에 의해서 同條約은 韓半島에는 適用되지 않는 것이 된다. 하지만 그렇다고 해서 同條約이 日本에 의한 性奴隸問題에 適用되지 않는 것은 아니다. 日本軍慰安婦를 勸誘·誘拐하는 行爲의 基點이 韓半島였다고 해도, 그러한 行爲가 동남아시아 등에 設置된 慰安所로 移送되는 途中인 日本의 船舶 內에서도 계속되고 있었는데, 日本의 船舶은 植民地가 아니라 日本의 本土라고 보아야 한다는 사실, 그리고 日本軍慰安婦의 募集의 指令이 日本 本土에 있는 陸軍中央으로부터 발하여졌다는 사실에 비추어, 醜行에의 勸誘·誘拐行爲가 日本 本土에서도 實行되었다 라고 解釋될 수 있으며, 그렇게 解釋할 場合 위 條約을 適用하는 데 아무런 問題가 없기 때문이다. 뿐만 아니라, 이 植民地 등에의 適用除外에 관한 規定은 醜業을 위한 女性의 連行을 促進하기 위해서가 아니라, 植民地保國에 의해 支配되고 있는 다수의 地域에서 現地 慣習으로서 계속되어 온 慣行에 대한 配慮를 위해, 즉 植民地 등에 남아 있는 持參金 支拂 등

7) 吉見義明, 前掲書, 164-165面.

8) 河在煥·崔光浩·金昌祿, 앞의 論文, 104쪽.

의 慣行을 즉시 一掃할 수는 없었기 때문에 插入된 것이다. 따라서 持參金 등의 慣行이 存在하지 않았던 朝鮮에서 그 女性들에게 加해진 處遇에 대한 責任을 回避하기 위해 이 條約을 適用할 수는 없는 것이다.<sup>9)</sup>

### (3) 奴隸條約

19세기 전반에 시작된 奴隸制를 禁止하는 國際法規範의 形成 努力에 의해, 20세기 初에는, 奴隸慣行이 禁止되고 있다는 것, 그리고 모든 國家가 奴隸去來를 禁止할 義務를 지고 있다는 것은 慣習國際法에 의해 一般的으로 認定되고 있었다. 그것을 받아 들여 「國際聯盟規約」 제22조 5항은 奴隸를 積極적으로 解放하고, 奴隸去來를 禁壓하고, 強制勞動을 禁止하기 위해 權限을 行使하는 것을 모든 國家들의 義務로 規定했다. 그리고 1924년 國際聯盟理事會에 의해 臨時奴隸委員會가 設置되고, 이 委員會의 努力의 結果 1926년에 「奴隸條約」이 締結됨으로써, 奴隸制 禁止를 위한 國際的인 努力은 結實을 맺게 되었다. 이 條約은 제1조에서 締約國에 대해서 所有物과 마찬가지로의 상태에 둘 意思를 가지고 個人을 捕捉, 輸送하는 行爲를 防止하고 禁止하도록 義務지우고 있다. 그런데 중요한 것은 이러한 義務는 단순한 條約上의 義務에 머무르지 않고, 慣習國際法을 表現한 것으로서 당시 이미 이 條約의 非締約國인 日本을 포함하는 모든 國家를 拘束하고 있었다는 점이다. 즉 日本은 비록 위 條約을 批准하지는 않았지만, 적어도 1926년 이후에는 奴隸制의 禁止라는 慣習國際法의 拘束을 받고 있었던 것이다.<sup>10)</sup>

日本軍‘慰安婦’는 완전히 無權利狀態에 있었으며, 輸送될 때 貨物로 分類되었던 그들의 실질은 文字 그대로 日本軍의 所有物에 다름 아니었다. 日本은 이와 같은 상태에 빠뜨릴 目的으로 행해진 女性의 徵集·輸送을 防止·禁止하기는 커녕 자진하여 그 徵集·輸送에 나섰다. 따라서 日本은 奴隸制를 禁止하는 慣習國際法을 違反했다고 하지 않으면 안된다.

日本軍‘慰安婦’와 관련한 日本의 奴隸制의 禁止 違反은, 그들의 韓國支配가 전혀 法的인 根據를 가지지 못하는 不法的인 強占이었다는 사실을 고려한다면 1910년부터 1945년의 韓國 支配期間 全體와 관련하여 發生한다. 그리고 이것은 “韓國國民의 奴隸狀態에 留意”한다는 「카이로宣言」에 의해 確認되었으며, 1945년의 日

9) 河在煥·崔光濬·金昌祿, 앞의 論文, 104-105쪽 ; 國際法律家委員會(International Commission of Jurists), 自由人權協會(JCLU)·日本の戰爭責任資料センタ 譯, 前掲書, 178-179面.

10) 阿部浩己, “軍隊慰安婦問題の法的責任” 法學セミナー 第466號 (1993. 10), 65面.

本의 降伏文書에 의해 日本이 위의 宣言을 받아들임으로써 자신에 의해 法的으로 認定된 것이기도 하다.<sup>11)</sup>

#### (4) 陸戰協約

19세기 후반에서 제1차 世界大戰이 勃發하기까지 허다한 戰爭法規가 條約化되었다. 다시 말해서 1899년의 제1차 헤이그平和會談에서 軍備縮小問題의 論議를 시작으로 많은 戰爭法規가 成文條約化되었다. 특히 1907년에 開催된 제2차 헤이그平和會談에서 많은 條約이 採擇되게 되었다. 그 중 제4호 協約을 「陸戰法規慣例에 관한 協約」(Hague Convention Respect to the Laws and Usage of War on Land)(이하 “陸戰協約”이라 한다)이라 하는데, 同協約은 “締約國은 그가 採擇한 規定에 포함되지 아니한 경우에 있어서도 住民 및 交戰者가 文明國間에 樹立된 慣行으로부터, 그리고 人道의 法則 및 公共良心의 要求로부터 오는 國際法原則의 保護 및 支配下에 있음을 宣言”하도록 하고 있다.

日本은 1911년 12월 31일에 陸戰協約에 加入하여 同協約의 當事者가 되었으므로, 同協約은 條約으로서 日本에 대한 法的 拘束力을 갖는다. 만일 日本이 陸戰協約에 加入하지 아니했다 할지라도 陸戰協約의 內容이 國際慣習法으로서 日本에 대해 拘束力을 갖는 것이며, 따라서 陸戰協約 제2조에 規定된 ‘總加入條項’(general participation clause)은 無意味한 것이다.<sup>12)</sup>

日本의 國家機關인 天皇·首相·陸軍大臣·各級 軍指揮官 등의 ‘慰安婦’를 設置·運營한 行爲와 將兵의 慰安을 要求한 行爲는 陸戰協約 前文에 規定된 人類의 福利와 文明의 要求에 反하는 行爲이며, 또한 文明國間에 樹立된 慣行과 人道의 法則 및 公共良心의 要求로부터 오는 國際法 原則에 反한 行爲로서 이는 陸戰協約을 違反한 行爲, 이른바 深大한 犯罪로 됨이 明白하다.

#### (5) 非人道的 犯罪

非人道的 犯罪(crimes against humanity)는 제2차 世界大戰 후 獨逸戰犯을 處罰하기 위해 制定된 國際軍事裁判所 條例 제6조 C항 및 日本의 戰犯을 處罰하기 위하여 制定된 極東國際軍事裁判所 條例 제5조 및 兩 軍事裁判所의 判決을 통하여 定立된 概念이다. 위 條例들은 다같이 非人道的 犯罪을 “戰爭 前 또는 戰爭 中 모든 民間人에 대해 行해진 殺人, 殘酷行爲, 奴隸的 酷使, 強制移住 및 그 밖의 非人

11) 河在煥·崔光潑·金昌祿, 앞의 論文, 102쪽.

12) 金明基, 앞의 책, 111쪽.

道的 行爲 또는 犯行地 國家의 國內法에 대한 違反與否를 不問하고 本 裁判所의 管轄에 속하는 犯罪의 實行을 위하여 또는 그와 관련하여 행해진 政治的·人種的, 宗教的 理由에 따른 迫害行爲”로 規定하고 있다.

戰爭犯罪 및 平和에 대한 罪와 나란히 規定된 非人道的 犯罪의 類型은 무엇보다도 다른 罪目과 區別된다. 非人道的 犯罪가 成立하기 위해서는 그 犯罪의 實行을 위하여 偶發的인 個人的 犯行이 아니라 政府에 의한 組織的 企劃과 遂行이 요구된다고 보는 見解가 있다.<sup>13)</sup> 이렇게 보면 戰爭犯罪 보다는 非人道的 犯罪의 立證이 어렵게 된다. 그러나 현재까지 밝혀진 眞相에 따르면 日本軍‘慰安婦’ 制度는 日本政府와 軍隊가 組織的으로 遂行한 非人道的인 犯罪에 해당된다는 점을 아무도 否認하기 어렵다.

國際軍事裁判所는 非人道的 犯罪에 대하여 “戰勝局의 恣意的 權限 行사가 아니라 … 同憲章이 制定될 당시 存在했던 國際慣習法의 表現”이라고 判示하였다.<sup>14)</sup> 대체로 非人道的 犯罪로 分類되고 處斷되었던 內容은 이미 國內法의 刑罰法이나 國際法上 禁止된 行爲들이었다. 따라서 國際軍事裁判所의 憲章이 規定한 非人道的 犯罪는 이러한 國際慣習法을 成文化한 것에 불과한 것이었다. 日本의 ‘從軍慰安婦’ 制度의 實施 당시에도 이미 國際法上 그러한 制度는 禁止되어 있었던 것이며, 戰後 그 禁止違反行爲는 非人道的 犯罪라는 範疇로 處罰이 가능했던 것이다.

## 2. 國家歸屬性

애초의 日本政府는 그들에 의한 性奴隸 動員 및 利用行爲에 대해 直接的 關與事實을 否認하였음에도 불구하고, 이를 立證하는 證據들이 그들의 良心의인 少數의 學者들이 의해서 나타났고, 결국 日本政府도 1993년 8월 4일 제2차 調査發表를 통하여 日本軍이나 官憲의 關與와 ‘慰安婦’의 徵集·使役에서 強制가 있었다는 점을 認定하고 問題의 本質이 重大한 人權侵害였다는 것을 스스로 是認하였다.

따라서 日本에 의한 性奴隸 動員 및 利用行爲는 日本 國家機關의 直接的인 關與下에 이루어졌고, 이것이 日本이라는 國家의 行爲로 歸屬될 수 있다는 것이 明白하다. 이렇게 볼 때, 日本에 의한 性奴隸 動員 및 利用行爲는 國際義務違反行爲

13) 박원순, “日本軍‘慰安婦’ 問題 解決의 展望 — 賠償에 관한 國際法的 論議를 中心으로”, 日本軍‘慰安婦’의 眞相(歷史批評社: 1997), 註 23) 再引用.

14) 박원순, 앞의 論文, 444쪽.

이며, 그 行爲가 日本에 歸屬될 수 있는 行爲였으므로 日本의 國家責任이 成立될 수 있다는 結論지을 수 있겠다.

## II. 日本의 國際法上 國家責任의 解除

### 1. 韓日請求權協定에 의한 金錢賠償

日本政府는 始終一貫 性奴隸 被害者의 損害賠償請求權은 1965년 韓日請求權協定으로 終結되었다고 주장해 오고 있으며, 韓國政府 또한 이에 대해 消極的 姿勢로 일관해 오다가 최근에 이르러 賠償請求權 拋棄를 표명하여 이 論理를 事實상 받아들인 것과 같은 태도를 보였다. 이러한 韓日請求權協定을 놓고 日本에 의한 性奴隸 問題는 適用함에 있어서 解釋의 論難이 兩國政府와 學者들간에 이루어지고 있다.

#### (1) 事情變更의 原則

條約은 그 條約의 效力이 存續하는 동안 當事者는 이를 信義·誠實로 遵守하여야 한다. 그러나 條約을 締結한 時의 事情이 그대로 存續하는 限 效力을 가진다는 默示的 條項을 포함하고 있으므로, 만약 事情의 重大한 變化가 생길 경우에 條約의 內容을 그대로 履行하는 것은 不合理的 것이므로 當事者는 그 條約의 廢棄를 주장할 수 있다. 이를 『事情變更의 原則』 (Principle of *rebus sic stantibus*)이라 하며, 이는 確立된 國際法의 原則이다.<sup>15)</sup>

近來에 韓日基本條約의 根本的 事情變更으로 볼 수 있는 變化, 즉 條約法에 관한 미엔나條約의 위 條項을 適用시킬 수 있는 事情이 많이 發生하였다고 學界와 實務者들에 의해서 주장되고 있다.<sup>16)</sup> 그들이 주장하는 論理的 根據로는 다음과 같다.

첫째, 韓日基本條約은 제3조에서 大韓民國을 “韓半島에 있어서의 唯一한 合法政府”임을 確認하고 있다. 이것은 韓日請求權協定의 基本的 前提였다. 그런데 日本은 1991년 北韓과 國交正常化 交渉을 開始했다. 이것은 韓日基本條約에 있어서의 根本的 事情의 變化라고 할 수 있다.

15) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 4th ed.(Oxford: Carendon, 1990), pp.616-617.

16) 李明基, 앞의 책, 82-84쪽; 최봉태, “戰後 50년 從軍慰安婦”, 衡平과 正義 第10輯(고려地方編譯사) 1995년 333쪽.

둘째, 日本政府는 北韓政府와의 사이에 최근 日本軍‘慰安婦’問題에 대해 請求權問題로 交渉할 것에 同意했다. 이것은 韓國側으로서는 事情의 根本的 變化이고, 이미 日本政府는 韓國側에 대해서 韓日請求權協定이 終結되었다는 主張을 받아들이라고 요구할 수 없게 되었다는 것이다.

셋째, 日本의 性奴隸問題에 대한 解明이 進行되면서 日本政府가 UN을 포함한 國際社會에 대해 日本國과 日本軍의 관여를 認定하고, 미야자와 首相이 韓國政府에 대해 公式으로 謝罪를 한 바 있다. 따라서 韓日請求權協定이 成立된 1965년 당시에는 性奴隸問題에 대해 責任所在가 公的으로 明確하지 않았지만, 현재는 日本政府의 責任임이 分明해졌기 때문이라는 事情의 變化가 있는 것이다.

넷째, 1965년 당시 韓國側은 日本이 日本軍‘慰安婦’를 設置·運營하여 性奴隸行爲를 強要함으로써 韓國女性의 人權을 侵害한 事實을 모르는 事情下에서 韓日請求權協定을 締結하였으며, 이러한 사실이 최근에 밝혀지게 됨으로써 “豫見되지 않았던 事情의 根本的인 變更”이 있는 것이므로 韓國側은 韓日請求權協定 제2조의 終了 또는 脫退를 主張할 수 있다는 것이다.

이러한 重要하고도 根本的인 事情變化가 1965년 당시에 이미 있었다면 韓日基本條約은 成立되지 않았을 것이고, 설사 成立되었다 하더라도 전혀 다른 內容이었을 것이다. 韓國政府는 이러한 事情의 根本的 變化를 根據로 하여 日本政府에 대해 언제든지 韓日基本條約의 終了를 通告하고, 日本의 性奴隸問題에 관련된 請求權問題를 外交的 保護權에 根據하여 日本政府에 提起할 수 있다고 한다.

그러나 이와 같이, 韓日請求權協定 제2조 規定의 解釋과 관련하여 日本의 性奴隸問題를 國際法上 事情變更原則을 適用하여, 同協定 제2조의 終了를 主張할 수 있다고 하는 見解는 다음과 같은 批判을 피하기 어려울 것이다.<sup>17)</sup>

첫째, 무엇보다도 事情變更의 原則은 當事者가 ‘豫見하지 못하였던’(not for seen) 狀況의 根本的 變化의 경우에만 適用이 可能하다. 그러나 日本의 性奴隸問題는 1965년 韓日請求權協定 締結 당시 ‘豫見’의 對象이 아닌 過去의 問題였다. 둘째, ‘아직 履行되지 않은 義務’(obligations still to be performed)라는 條約文言에서도 알 수 있듯이 事情變更의 原則은 條約上 義務의 持續的 履行이 問題되는 경

17) 朴椿浩, “挺身隊 賠償과 國際法”, 自由公論 1992年 10月號, 141-142쪽; 裴載湜·白忠鉉·李相冕, “韓·日間の 法的 諸問題—1965年 諸條約의 施行上의 問題點”, 碩岩 裴載湜 博士 停年紀念號 法學(서울大學校: 1994. 10) 第35卷 2號(通卷 95號), 34쪽; 鄭印燮, “1965年 韓日請求權協定 對象範圍에 관한 研究”, 省谷論叢 第25輯 上卷(省谷學術文化財團: 1994), 541쪽.

후에만 援用될 수 있는 것이다. 그러나 韓日請求權協定은 過去事의 問題를 終結處分하라는 條約으로서 條約法에 관한 비엔나協約 제62조가 適用될 수 있는 持續的權利義務關係를 創設하는 條約이 아니었다. 條約의 合意事項이 이미 실현되어 버린 경우이므로 이 原則이 適用될 수 없는 것이다.<sup>18)</sup> 또한 個別 當事者의 苦痛과는 별도로 請求權 協商 全過程을 살펴볼 때, 과연 韓日兩國과 그 國民이 日本의 性奴隸 問題에 전혀 몰랐다는 主張을 說得力이 약하다. 日本의 植民支配未 廣範圍하게 자행되었던 日本軍慰安婦 問題는 당시를 體驗하였던 韓國民이라면 상당수가 익히 알고 있던 事實(史實)이었으며, 결코 몰랐던 것을 최근 수년 사이 새롭게 認識한 것은 아니다.<sup>19)</sup>

事情變更原則의 贊은 援用은 國際關係의 安定性을 크게 害할 수 있는 것으로 守히 制限的으로만 活用되어야 한다. 條約法에 관한 비엔나協約 제62조 1항의 文句가 “...한 경우가 아니면”(unless) 援用할 수 없다는 否定的 表現을 使用한 것 역시 이 原則의 嚴格한 運轉의 必要性을 강조하기 위한 의도였다. 실제로도 過去 國際關係에서 이 原則의 適用이 引用되었던 例는 거의 없었다.<sup>20)</sup> 따라서 위에서 지적된 問題點에도 불구하고 日本의 性奴隸 問題의 解決策으로 事情變更의 原則을 援用하기는 어렵다 할 것이다.

18) 條約法에 관한 비엔나協約草案에 관한 各國 論議에서, 호주는 이미 實現되어 버린 경우까지 對象으로 規定할 수는 없으므로 ‘obligation’ 앞에 ‘continuing’을 붙이자고 提案하였다. 대한민국도 이 原則을 條約에 의하여 만들어진 狀況에 適用되어야 하며, 處分的·終局的 條約은 適用對象에서 除外되어야 한다는 見解를 陳述하였다. 이러한 提案에 대하여 特別報告者 Waldock 역시 原來的으로 同意하였으나, 그 結果 원래의 草案 “the obligation undertaken in the treaty”라는 表現이 現在의 形態로 修正된 것이다. 韓民院, 앞의 論文, 註 101) 再引用.

19) 이미 1960년대 이래 ‘日本軍慰安婦’ 問題는 國內에서 방송 드라마, 小說의 테마로 數次 討論된 바 있다. 1975년 3월 19일 당시 全日民間請求權補償에 관한 法律施行에 앞서서도 野宰側은 文富植 外 56名 議員의 提案으로 同法 改正案을 提出한 바 있는데, 그 提案理由에 ‘女子挺身隊’ 問題도 指摘되어 있었다. 國會圖書館 所藏 同法 立法資料가 2) 印刷本, 앞의 論文, 註 102) 再引用.

20) 1986년 國際機構에 관련된 條約法에 관한 비엔나協約草案에 UN國際法委員會 特別報告者로 활동했던 프랑스의 P. Reuter教授는 重大한 事情變更이란 質的 側面에서 條約 締結時의 合意를 決定한 契機에 變化가 있어야 하며, 量的 側面에서는 그러한 事情의 政策的 諸般 補給條件을 充足하고 아울러 條約의 存在意義 具體를 의문시할 만한 事 實이 있다고 본다고 하였다. 여기서, “對日損害賠償請求權의 國際法的 根據”, 日本評論 第6輯(1992), 註 24) 再引用.



## (2) 外交的 保護權

1965년 韓日請求權協定 제2조의 法的 意味에 대하여 日本政府는 “日韓兩國의 國家가 갖고 있는 外交的 保護權을 相互 拋棄한 것이며, 이것이 이른바 個人的 請求權을 國內法的 意味에서 消滅시킨 것은 아니다. 日韓兩國 政府는 이것을 外交的 保護權의 行使로서 取扱할 수 없다는 그런 意味이다”라고 說明하고 있다. 이러한 解釋에 根據하면 韓日請求權協定上 韓國國民의 對日請求權은 단지 韓國政府가 日本 政府에 대하여 外交的 保護權을 行使하지 않기로 合意한 것과 같으므로 日帝의 植民支配 事實에 緣由하는 韓國國民의 個人的 賠償·補償請求權은 同協定에 의하여 終結되지 않았다는 主張도 可能하게 된다. 그러나 이 점에 대하여 日本政府는 韓國國民의 個人的 對日請求權은 1965년 韓日請求權協定 以後 制定된 「財産及び請求權に關する問題の解決並びに經濟協力に關する日本國と大韓民國との間の協定第二條の實施に伴う大韓民國等の財産權に對する措置に關する法律」(이하 “特別法”이라 한다)에 의하여 消滅되었으므로 현재 提起되고 있는 각종 補償要求도 法的으로는 이미 終結된 問題라고 主張한다.

이와 같이 國際法上 本國은 在外國民이 外國에서 財産·權利가 侵害되고, 이에 대해 이 國家의 모든 國內救濟의 節次에 의해서도 救濟되지 않은 경우 獨自적으로 外交的 保護權의 行使에 의한 介入을 할 수 있다고 한다. 또한 本國은 在外國民이 介入을 要請하거나 또는 이를 원하지 않거나를 不問하고 外交的 保護權의 行使를 拋棄할 수 있으나, 이러한 경우에도 本國은 그에게 認定된 保護權을 단지 拋棄하는 뿐이며, 自國民이 保有하고 있는 權利를 拋棄하지는 못한다고 한다. 이와 같은 日本政府의 見解는 妥當한 것인가? 그러나 이러한 論理를 肯定한다면 그 結果는 매우 奇異한 內容이 될 것이다.<sup>21)</sup>

그러므로, 日本政府가 國家의 對外請求權을 拋棄한다고 하는 國家間的 合意는 단지 外交的 保護權을 行使하지 않겠다는 約束에 불과하며, 이에도 불구하고 國民의 個人請求權은 여전히 存在한다고 하는 立場을 維持하는 것은 아마도 샌프란시스코 條約 締結 이래로 國內的 補償要求를 回避하기 위한 恣意的인 條約解釋이라고 判斷된다. 日本政府는 이에 대해서 二重的인 立場을 取하고 있음을 알 수 있다. 즉 對外的으로는 外國 民間人으로부터의 請求權에 대하여는 條約을 통한 解決을 理由로 각종의 個人請求權 등을 拒否하는 한편, 對內的으로는 同一한 條約이 民間請求權의 消滅을 結果한 바 없다고 強辯하는 것은 납득하기 어려운 二重基準

21) 鄭印燮, 앞의 論文, 521쪽.

이라고 할 것이다.<sup>22)</sup> 또한 韓日請求權協定이 韓國民의 對日請求權을 直接 消滅시키지 않았다고 하면서 同協定을 國內法化한 特別法을 통하여 結局 個人의 權利도 모두 消滅되었다고 主張하는 것은 어처구니없는 일이 아닐 수 없다.<sup>23)</sup>

아울러 韓國政府의 公式立場에도 問題點이 指摘될 수 있다. 즉 우리政府 또한 日本政府와 마찬가지로 1965년 韓日請求權協定으로 韓日間의 각종 賠償·補償問題는 일단락 되었고, 단지 문제되는 것은 人權被害의 當事者인 個人의 賠償·補償請求權만이 문제될 뿐이라고 한다. 그러나 이러한 政府의 公式立場도 朴正熙 政權의 補償政策을 그대로 維持한 채로 國家의 追加的인 國內補償을 回避하기 위한 欺瞞的인 政策일 뿐이다.

### (3) 國際法上 強行規範

強行規範이란 “國際的인 共同體의 共存에 絶對的으로 불가결하다고 생각되는 人類의 法的인 良心이라고 하는 原則으로부터 派生하는 規則”, 혹은 “國家들로 구성된 共同體의 法的 確信에 확실하게 뿌리 내리고 있고, 또한 國際的인 法秩序로서 國家들의 法的 存立을 위해 빠뜨릴 수 없는 것이며, 그 遵守가 國際的인 共同體의 全 構成員에 의해 요구되고 있는 것”으로 定義되고 있다. 이를 性奴隸問題와 關聯하여 適用한다면 “重要한 人權을 消滅시켜 버리는 條約은 國際社會의 公共秩序와 良俗에 違反되어 無效이다”라는 의미가 될 수 있다.

그러면 과연 이러한 概念은 國際法規로서의 規範力을 가지는 것인가? 이에 대하여, 國際法の 漸進的 發達 및 法典化의 장려를 위해 설치한 專門家들의 委員會인 UN國際法委員會는 1966년의 報告書에서 “強行規範이 존재하지 않는다”라는 說, 즉 “國家는 어떠한 條約도 締結할 수 있다”라고 하는 國家萬能說을 否定했다. 그리고 同委員會의 原案에 기초하여, 1969년 UN에 의해 制定된 「條約法에 관한 비엔나條約」 제53조는 “條約은 그 締結時에 一般國際法の 強行規範과 抵觸하면 無效이다”라고 規定하여 強行規範의 존재를 확인했다. 또한 “一般國際法の 強行規範이란 國家들로 구성된 國際社會 全體에 의해 어떠한 制限도 허용되지 않는 規範, 마찬가지로 強行規範을 가지는 이후의 一般國際法 規範에 의해서만 部分的인 修正

22) 鄭印燮, 앞의 論文, 524쪽; 寺澤, “原煤判決의 法的問題”, 法律時報 第36卷 第2號, 52面.

23) 日本政府가 主張하는 國內法에 의하여 消滅되지 않은 請求權이란 個人이 請求를 提起할 수는 있는 權利뿐이라고 한다. 따라서 個人이 日本法院에서 直接 訴를 提起할 수 있다는 것이다. 그러나 實體的 權利는 이미 消滅되었다고 하면서 어떻게 法院에 訴提起할 수 있는 程序的 權利가 남아 있다고 하는지 利害하기가 곤란하다.

이 될 수 있는 規範으로서 받아들여지고 인식되고 있는 規範이다”라고 定義되었다. 뿐만 아니라 同條約 제64조는 “一般國際法の 새로운 強行規範이 생겨나면 현존의 條約으로서 이 規範과 抵觸하는 條約은 모두 無效가 되고, 效力을 잃는다”라고 하여, 이전부터 존재하는 條約에 대한 새로운 強行規範의 效果도 規定하고 있다. 이는 國際法上 強行規範이 國際法委員會의 認定이나 UN의 協約制定에 의해 비로소 發見된 概念이 아니고, 오히려 이러한 過程들은 이미 生成되어 國際慣習法으로 存在해 왔던 것을 法制化·成文化한 것일 뿐이라고 할 것이다.<sup>24)</sup>

#### (4) 韓日請求權協定の 欠缺과 再改正 論議

이상에서 본 것과 같이 韓日請求權協定을 둘러싼 性奴隸 被害者의 人權侵害에 대한 救濟策으로 論議한 여러 가지 國際法的 理論들은 一定한 問題點을 내포하고 있다. 그러므로 이 問題를 解決하기 위해서는 韓日會談 過程에서부터 性奴隸 問題에 대한 論議가 없었고 以後 韓日請求權協定の 規定에도 이들에 대한 損害轉補의 內容을 담고 있지 못하였다고 하는, 그리고 條約內容의 欠缺로 인한 再改正의 論議 같은 根本的인 解決方案을 摸索하는 것이 필요하다고 생각한다.

一般論적으로 모든 協商에서는 그 論議對象이 먼저 確定되어야 하는데, 協商을 통하여 解決될 對象이라 함은 論議過程에서 檢討된 부분에 限定됨이 原則이다. 그리고 그 內容을 條約文에 具體적으로 明記하게 된다. 그러나 韓日請求權協定에서는 妥結對象이 된 權利義務關係가 具體적으로 摘示되어 있지 않다. 즉 同協定은 人的 解決對象만을 規定하고 이들간의 모든 權利義務關係가 解決되었다는 지극히 包括的 規定으로 表現되어 있다. 그러므로 韓日請求權協定上으로는 特定範圍 內로 限定해서 物的 解決對象을 制限하는 文言은 存在하지 않는다.<sup>25)</sup>

韓日請求權協定 제2조에서 規定하고 있는 權利의 의미는 合意識事錄의 “法律上의 根據에 기초하여 財産的 價値가 認定되는 모든 종류의 實體的 權利”라고 定義되어지므로, 一身全屬的 權利인 人格權이나 貞操權에 대한 重大한 侵害의 結果로 인한 性奴隸 被害者들의 對日請求權은 規律하고 있지 못하다 할 것이다.

또한 對日請求權의 對象이 되는 8個項目의 內容으로부터도 明確히 알 수 있는

24) 이 점은 同委員會가 條約原案에 붙인 註釋에서도 확인된다. 그 註釋에 따르면, 이 條文의 審議過程에서 전개된 獨立의 判決이 없는데도 이 條文을 條約文으로서 採用할 것인가의 與否에 대한 論議에서, “오늘날의 國際法에서 強行規範의 規則이 存在한다는 것에 대해 겨우 1개국의 政府가 疑問을 나타냈을 뿐이었다”라고 하여 國際法上 強行規範을 이미 存在하고 있었던 條約法上的 慣習法規로 인정하고 있다.

25) 鄭印燮, 앞의 論文, 518쪽 參照.

것은 이들이 모두 負債의 解決을 포함한 財産의 處理 및 兩國間의 商業關係의 規律에 관한 것일 뿐, 앞서指摘한 바와 같이 日本에 의한 性奴隸 動員·利用行爲는 生중의 國際法規違反行爲이므로 이로부터 發生하는 國家 및 個人에 대한 權利의 侵害는 交渉의 對象이 되지 않았다.<sup>26)</sup> 따라서 日本에 의한 性奴隸 問題와 관련한 韓國 및 韓國民의 賠償請求權은 同協定에도 불구하고 아무런 解決이 이루어지지 않았으므로 日本政府는 이 問題와 관련한 韓國 및 韓國民의 賠償請求를 阻止하기 위하여 同協定을 援用할 수 없다 할 것이다.

그리고 1992년 5월 14일 日本政府는 北京의 北韓大使館에서 열린 北韓과의 제7차 國交正常化 交渉에서 日本에 의한 性奴隸 問題와 관련하여 “財産請求權의 本 내에서 事實關係와 法律的 根據를 提示하고, ‘從軍慰安婦’에 대한 補償을 포함하여 要求를 提示하는 것이 排除되는 것은 아니며 論議에 응할 용의가 있다”라고 하여 請求權의 論議 속에 日本軍慰安婦 問題도 포함된다는 立場을 明確히 하였다.<sup>27)</sup> 韓國의 ‘日本軍慰安婦’ 問題와 北韓의 그것은 그 性格이 완전히 同一한 것이므로, 間接적으로 1965년 韓日請求權協定으로도 이 問題에 대한 論議가 이루어지지 않았고 同協定의 清算對象이 되지 못했음을 日本 스스로 認定하는 것이 되었다.

아울러, 1965년 韓日請求權協定의 締結 당시 日本軍慰安婦 問題의 실상은 물론이고, 그에 대한 日本의 責任의 有無와 所在도 전혀 알 수 없는 상황이었다.<sup>28)</sup> 왜냐하면 日本政府는 終戰과 더불어 ‘從軍慰安婦’과 相關한 資料를 組織적으로도 故意적으로 隱蔽·破壞하여 韓國政府가 이 問題에 關係 論議·主張하는 것 自體를 豫로부터 不可能하게 하였기 때문이다. 그러므로 각종 請求權에 關係 金額을 算定함에 있어서 重要한 基礎가 될 수 있는 資料들을 韓國政府는 保有하지 못했기 때문에 對日請求權을 要求하는데 있어서 明白한 限界가 存在하였다. 그러나라도 日本政府가 提供한 資料에 의해 國內補償이 이루어졌다.

이상과 같이 日本에 의한 性奴隸 問題는 1965년 韓日請求權協定의 締結 당시 전

26) 國際法律家委員會(International Commission of Jurists), 自由人權協會(JCLU)·日本の戰爭責任資料(二) 8 譯, 前掲書, 184-185面.

27) 讀賣新聞, 1992年 5月 15日.

28) 이는 韓日會談 交渉當時나 韓日請求權協定 締結當時 韓日兩國이 日本에 의한 性奴隸 問題를 認知하고 있었다는 것과는 또다른 問題이다. 韓日兩國은 韓日會談의 迅速한 合意을 위해 韓國의 相反되는 主張과 어려운 問題에 대해서, 1962年 10月 20日과 同年 11月 12日 2회에 걸친 韓國의 金鍾泌 特使와 大平 外相間의 會談으로 政治的 妥結을 보게 된다. 그래서 日本에 의한 性奴隸와 關한 重大한 人權을 侵害한 犯罪에 대해서는 論議가 이루어지지 못했고, 따라서 韓日請求權協定에 規律될 수도 없었다.

혀 考慮된 일이 없었으며, 同協定の 適用對象도 되지 못했다. 즉 이 問題는 條約締結 當時 條約法의 成立條件이 되는 合意事項에서조차도 論議되지 못한 것이다. 따라서 韓國政府는 日本政府에게 性奴隸 被害者들을 救濟하기 위한 措置의 一環으로써 韓日請求權協定の 再改正과 새로운 條約의 締結을 要求할 수 있을 것이다.<sup>29)</sup>

## 2. 그 밖의 解除方法

日本에 의한 性奴隸 動員과 運營行爲로 비롯된 國家責任을 解除하기 위한 方法으로는 金錢賠償 이외에도 다음과 같은 것이 있을 수 있다.

첫째, 日本國王, 首相들에 의한 謝過發言 등을 들 수 있다. 이는 國際法上 國家責任의 解除方法으로서 陳謝(satisfaction)에 해당한다. 둘째, 眞實糾明이다. 셋째, 基本的으로 犠牲者들의 모든 狀態가 原狀으로 回復되는 것이 賠償의 基本原則이다. 그러나 日本의 性奴隸 被害者들의 잃어버린 青春은 原狀回復이 不可能하다. 다만 그들의 最小限의 名譽라도 回復되어야 하며, 現地에 버려진 被害者들의 國內移住, 遺骨送還 등도 이루어져야 한다. 넷째, 重大한 人權侵害事件의 永遠한 紀念을 위하여 紀念館을 建立하고 博物館을 設置하며 關聯文書의 永久保存과 學術的利用을 위한 文書保管所의 設置는 被害者에 대한 賠償의 한 形態로서 重要한 方法이라 할 것이다. 이러한 作業은 물론 加害者側만이 할 수 있는 일은 아니다. 韓國政府, 民間團體들도 해야 할 일이다.

## 第4章 結 論

이상에서 제2차 世界大戰 중 日本이 韓國의 女性들을 強壓的인 方法으로 日本軍의 性奴隸로서 動員·設置·運營한 行爲는 國際法上 日本의 國家責任이 成立함을 알 수 있었다. 즉 日本이 戰爭遂行의 目的上 韓國의 女性들을 日本軍의 性的對象으로 轉落케 한 것은 國際法에서 義務지우고 있는 ①強制勞動에 관한 協約, ②婦女賣買禁止條約, ③奴隸條約, ④陸戰協約, ⑤國際軍事裁判所·極東國際軍事裁判所 憲章 등을 違反한 것으로 國際義務違反行爲에 해당하고, 이로 인해서 日本의 國家責任이 成立하여 이를 解除하기 위한 각종의 解決策을 考察하였다.

29) 同旨, 李長熙, “韓日請求權協定の 再檢討와 改正方向”, 外法論集 第3輯(韓國外國語大學校 法學研究所: 1996), 117-132쪽.

國際法上 國家責任의 解除方法에는 여러 가지가 있을 수 있으나, 日本에 의한 性奴隸 問題와 같이 重大한 人權侵害는 原狀回復이 不可能하고 또한 金錢賠償에 의한 填補도 完全하지 못하다고 할 것이다. 그러므로 이를 위해서는 金錢賠償과 아울러 謝罪에 의한 陳謝, 眞實糾明, 再發防止措置, 記念館·博物館·文書保管所 設置, 最小限의 名譽回復 手段이 될 수 있는 生存者 確認, 被害者들의 國內 移住·定着, 遺骨返還 등의 방법들도 이루어져야 한다.

이러한 法的 解決論議들과 並行하여 政治的 問題解決의 努力들이 이어져야 할 것이다. 한편으로는 이 問題에 있어서 政治的 解決이 보다 더 實質的이고 實效性 있는 早速한 解決方法이 될 수 있을 것이다. 그러므로 무엇보다도 우리政府의 積極的인 解決意志가 요구된다. 그럼에도 불구하고 韓國政府의 대응은 아직까지도 政治論理에 따라 중심을 못잡고 있다. 金英三 政府는 就任初 이 問題에 대하여 “日本政府에게 犠牲者에 대한 福祉는 우리政府가 責任질 것이고 賠償은 바라지도 않으니 眞相이나 제대로 말하라”는 要旨의 立場을 밝혔다. 그러나 日本政府에 대한 金錢的 賠償의 拋棄는 實質的으로 日本政府에 대한 法的 請求의 拋棄나 다름 없었고, 이것은 國際人權團體들의 관여를 困難하게 만들었으며, 나아가 日本政府에 대한 國際的인 壓力에 김을 빼는 것이었다. 1998년 새롭게 출범한 金大中 政府 또한 解決意志에 있어서 限界를 보여주고 있다. 새 政府는 1998년 4월 21일에 있는 國務會議에서 日本軍‘慰安婦’被害者들에게 1인당 3,450만원의 生活安定支援金을 支給하기로 決定하였다.<sup>30)</sup> 이 支援金 支給政策은 日本의 소위 ‘女性을 위한 아시아平和友好基金’(이하 “女性基金”이라 한다)을 制御하기 위해서 挺對協 등 民間團體들이 강력히 요구함으로써 실현된 것이다. 그럼에도 불구하고 우리政府의 支援金 支給政策은 日本에 대해서 더 이상 政府 차원의 賠償請求는 要求하지 않는다고 하는 外交的 保護權의 拋棄로 볼 수 있다. 또한 日本의 女性基金을 이미 受領한 被害者들에게는 이를 제외한 일정부분에 限해서만 支給하겠다고 하는 差別的 支給政策은 자칫 우리政府 스스로 日本의 女性基金을 認定하는 것이 될 수 있다. 따라서 當事國인 韓國政府의 미온적인 대처는 사실상 日本政府를 돕고 民間團體의 活動을 無力化시키는 結果를 낳고 있으므로, 보다 더 積極的인 解決意志를 보여야 할 것이다. 더불어 곧 있을지도 모르는 北韓과 日本間의 國交正常化 過程에서 韓國政府는 日本에 의한 性奴隸 問題만은 理念的·政治的 論理를 떠나 民族統緒의 論理에 따라 共同對處하여야 할 것이다.

30) 한겨레신문, 1998년 4월 21일.

또한 이 문제에 관한 한, 가장 큰 成果는 韓日民間團體들의 努力으로 이루어진 國際的 成果物들이다. 특히 UN을 통한 日本의 性奴隸 問題提起는 國際輿論을 換氣시켰다고 할 수 있다. 그러나 UN은 強大國의 政治的 論理가 우선시 됨으로써 좀처럼 이를 통한 解決은 어렵다고 생각한다.

이 日本에 의한 性奴隸 問題와 관련하여 최근 日本에서는 놀랄 만한 事件이 있었다. 즉 1998년 4월 27일 야마구찌(山口) 地方裁判所 시모노세끼(下關) 支部가 日本軍‘慰安婦’들이 제기한 訴訟에서 一部勝訴判決<sup>31)</sup>을 내린 것으로 새로운 問題解決의 可能性을 갖게 되었다. 本 裁判部는 判決에서 “日本軍‘慰安婦’ 制度는 철저한 女性差別, 民族差別 思想의 表現이며, 女性의 人格의 尊嚴을 근저에서부터 侵害하고, 民族의 自矜心を 蹂躪한 것이며, 게다가 결코 過去의 問題가 아니라 現在에도 극복되어야 할 根源的 人權問題”라고 자리 매김하고 이에 대해서 日本國의 立法 不作爲에 의한 國家賠償責任을 인정하였다. 비록 이 判決은 日本軍‘慰安婦’ 問題와 관련하여 日本政府의 不法行爲 자체에 대한 賠償責任을 인정한 것이 아니고, 公式謝過에 대한 부분이 받아들여지지 않았고, 함께 請求된 勤勞挺身隊 被害者들의 요구가 全面的으로 排斥되었고, 國際法違反 與否가 直接的으로 다루어지지 않았으며, 最高裁判所의 判決과 상충되는 下級審判決이라는 점에서 분명한 限界를 가지고 있지만, 立法不作爲에 의한 國家賠償責任의 인정이라고 하는 間接的인 形態이기는 하지만 그 立法의 必要性的 前提가 되는 不法行爲를 명백하게 인정했다고 하는 점에서 劃期的인 判決이라고 보아야 할 것이다. 이 判決에 의해 日本의 國家機關이 日本軍‘慰安婦’ 問題와 관련하여 日本의 法的 責任을 公式的으로 宣言하고 나섰다고 하는 새로운 상황이 펼쳐지게 된 것이다. 또한 이 判決을 통하여 日本政府에 대해서 기존의 방침을 변경할 것을 요구할 수 있을 것이다. 이는 더 이상 法的 責任이 없다는 日本政府의 입장과 상충되는 것이기 때문이다. 아울러 韓國政府에 대해서도 똑같은 요구를 할 수 있을 것이다. 왜냐하면 韓國政府의 기존방침은 日本政府의 입장을 염두해 둔 것이기 때문이다.<sup>32)</sup>

結論적으로 日本에 의하여 強制的으로 動員·利用되어 性奴隸로서 深刻한 人權蹂躪을 당한 이들 被害者들의 被害救濟를 위해서는, 우선 韓國政府의 積極的인 對策이 이루어져야 한다. 被害者들은 모두 高齡의 나이기 때문에 언제 恨많은 세상을 등질지 모른다. 그러므로 하루빨리 積極的이고 效果的인 生活對策이 이루어져

31) 한겨레신문, 1998년 4월 27일.

32) 金昌祿, “日本軍‘慰安婦’ 問題의 새 국면”, 殉國 (순국선열유족회: 1998. 6), 44-47쪽.

야 한다. 그리고 日本政府에 대해서도 오히려 長期的이고 體系的인 多角度的 對應 方法들을 모색하여야 할 것이다.

## 參考文獻

### 1. 東洋文獻

#### 1. 單行本

- 金明基, 挺身隊와 國際法, 法志社, 1993年 4月.
- 金植鍵, 全訂版 國際法, 博英社, 1993年.
- 柳炳華, 改訂第二版 國際法 I, 眞成社, 1995年.
- , 改訂第二版 國際法 II, 眞成社, 1995年.
- 李丙朝·李仲範, 改訂增補版 國際法新講, 一潮閣, 1995年.
- 李漢基, 新稿 國際法講義, 博英社, 1990年.
- 張孝相, 現代國際法, 博英社, 1990年.
- 韓國挺身隊問題對策協議會·眞相調查研究委員會 編纂, 日本軍慰安婦' 問題의 眞相, 歷史批評社, 1997年 3月.
- 洪性化, 國際法概論, 建國大學校, 1990年.
- 吉見義明, 從軍慰安婦, 岩波書店, 1995年.
- 國際法律家委員會(International Commission of Jurists), 自由人權協會(JCLU)·日本의戰爭責任資料센터 譯, 國際法からみた「從軍慰安婦」問題, 明石書店, 1995年.

#### 2. 論文

- 金明基·李丙朝·李仲範·洪性化·李英峻·李長熙, “挺身隊隊員의 人權侵害에 대한 韓日間의 法的 諸問題에 관한 研究”, 玄齋 盧啓鉉 博士 回甲紀念論文集, 國際法學會論叢 第37卷 第2號(通卷 第72號), 大韓國際法學會, 1992年 12月.
- 金昌祿, “日本軍慰安婦' 問題의 새 국면”, 殉國, 순국선열유족회, 1998년 6月.



- 羅仁均, “UN의 유고戰犯裁判所 設置決議와 國際刑法—國際法違反에 對한 個人處罰의 問題”, 人權과 正義, 第204號, 大韓辯護士協會, 1993年 8月.
- 朴基甲, “對日損害賠償請求權의 國際法的 根據”, 日本評論 第6輯 가을·겨울號, 1992年.
- 박원순, “日本軍‘慰安婦’ 問題 解決의 展望—賠償에 관한 國際法的 論議를 中心으로”, 日本軍‘慰安婦’ 問題의 眞相, 歷史批評社, 1997年 3月.
- 朴椿鎬, “挺身隊賠償과 國際法”, 自由公論, 1992年 10月.
- 裴載湜·白忠鉉·李相冕, “韓日間の 法的 諸問題—1965年 諸條約의 施行上の 問題點”, 碩岩 裴載湜 博士 停年紀念號, 서울大學校 法學 第35卷 第2號(通卷第95號), 서울大學校 法學研究所, 1994年 10月.
- 李長熙, “韓日請求權協定の 再檢討와 改正方向”, 外法論集 第3輯, 韓國外國語大學校 法學研究所, 1996年.
- 李載坤, “日本の 從軍慰安婦利用에 對한 國際法的 責任”, 文松 鄭鍾學·惠山 裴相五 博士 華甲紀念論文集 法學研究 第3卷 第1號, 忠南大學校 法學研究所, 1992年 12月.
- 鄭印燮, “1965年 韓日請求權協定 對象範圍에 관한 研究”, 省谷論叢 第25輯 上卷, 省谷學術文化財團, 1994年.
- 정진성, “挺身隊問題의 實狀”, 挺身隊資料集 II, 韓國挺身隊問題對策協議會, 1992年.
- 최봉태, “戰後 50年과 從軍慰安婦”, 衡平과 正義 第10輯, 大邱地方辯護士會, 1995年.
- 河在煥·崔光濬·金昌祿, “韓國 및 韓國人에 대한 日本의 法的 責任—‘日本軍慰安婦’ 問題에 관한 國際法的 檢討를 中心으로”, 金奉兌·李永煥 教授 停年紀念論文集 法學研究 第37卷 第1號(通卷 第45號), 釜山大學校, 1996년 12月.
- 寺澤一, “原爆判決の法的問題”, 法律時報 第36卷 第2號.
- 阿部浩己, “軍隊慰安婦問題の法的責任” 法學 세미나 第466號, 1993년 10月.

### 3. 其他

大韓民國政府, 韓日會談白書, 1965年.

한겨레신문

日本軍‘慰安婦’ 인터넷 홈페이지 : <http://witness.peacenet.or.kr>

UN 인터넷 홈페이지 : <http://www.un.org>

讀賣新聞

## II. 西洋文獻

### 1. 單行本

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 4th ed., Oxford: Clarendon, 1990.

Jennings, R. and Watts Arthur, *Oppenheim's International Law*, Vol. I, Part II, 9th ed., London: Longmans, 1992.

O'Connell, D.P., *International Law*, Vol. 2, 2nd ed., London: Stevens, 1970.

### 2. 論文

Cowles, W.B., "Trials of War Criminals(Non-Nuremberg)", *American Journal of International Law*(이하 "A.J.I.L."이라 한다), Vol. 42, 1948.

Lauterpacht, H., "The Problems of the Revision of the Law of War", *British Yearbook of International Law*(이하 "B.Y.I.L."이라 한다), Vol. 29, 1952.

Lissitzyn, O.J., "The Meaning of the term Denial of Justice in International Law", *A.J.I.L.*, Vol. 30, 1936.

Parker, K. and Chew, J.F., "Compensation for Japan's World War II War-Rape victims", *Hastings International and Comparative Review*, 1994.

R.R.B., "The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction over War Crimes", *B.Y.I.L.*, Vol. 28, 1951.

Schwelb, E., "Crime Against Humanity", *B.Y.I.L.*, Vol. 23, 1946.

