

2016가합580239(원고 광예남 등, 피고 일본국)

서울중앙지방법원 귀중

의견서

2020. 1. 4.

일본변호사 연합회 도츠카 에츠로(제2동경변호사회소속)

의견의 취지

저는 유엔을 통하여 인권을 수호하는 비정부기구(NGO) 활동에 종사해 왔습니다. 특히 일본군 ‘위안부’문제에 대하여는 유엔의 인권활동에 유엔비정부기구(IDE/IFOR/JFOR)대표로 협력하여 왔고, 상설중재재판소(PCA)에 의한 중재해결을 실현시키기 위해 일해 왔습니다. 고 모토오카쇼지(本岡昭次) 참의회 의원과도 협력하여 이 문제를 일본국회에서 입법으로 해결할 수 있도록 노력해 왔습니다. 이러한 경험에서 말씀드리고자 하는 것이 있습니다.

먼저 「본의견서를 제출하는 배경에 대하여」 기술한 이후, 이하의 두 가지 점을 중심으로 의견을 드리고자 이 의견서를 제출하는 바입니다.

- ① 원고들 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 인권은 샌프란시스코평화조약에 근거한 1965년 한일청구권협정에 의해 소멸하지 않았다
- ② 원고들 일본군 ‘위안부’ 피해자의 인권회복을 위하여 일본정부를 피고로 하여 제기하여 귀원에 계속 중인 이 사건 민사소송(2016가합580239)에 대하여, 주권면제를 적용할 수 없다.

의견의 이유

본 의견서를 제출하기까지의 배경에 관하여

1. 저의 입장과 경험 : 인권¹⁾의 실현을 위하여

① 저는 일본의 변호사로서, 현재 일본변호사연합회(일본연)과 제2동경 변호사회(제2변)의 회원이며, 제2 동경변호사회 인권옹호위원회 위원, 일본연 인권옹호위원회 위원(제6그룹 회원, 일한그룹 회원)으로 활동하고 있습니다. 1973년 변호사가 되어, 변호사업무에 종사해 왔습니다. 주요사건으로서는 키노포름 약해(藥害)·스폰소송에서 피해자들 원고의 대리인(스폰소송 동경 제2그룹 변호단)으로서 국가와 제약회사를 피고로 하여 진행한 국가손해배상소송을 들 수 있습니다. 피해자가 다수(전국적으로는 1만 명, 저희들이 대리한 원고만 902명)의 대규모사건이었습니다만, 다행히 승소하였습니다.

위와 같이 승소하는 일도 있어서, 저는 당시에는 일본의 법원에서 인권을 실현하는 일이 가능할 것이라고 믿었습니다. 하지만, 후술하는 지적장애인의 인권을 옹호하고자 노력하는 과정에서 일본의 법원에는 큰 결함(한계)이 것을 알게 되었습니다. 이것은 표면적으로 일본의 법원을 들여다보아서는 이해하기 쉽지 않을 것이라고 생각합니다. 키워에 꼭 그 실제 모습을 알려야겠다고 생각하여 이하의 집필을 시작하였습니다.

일본의 법원은 인권을 옹호하고자 하는 국제법을 법정에서 적용하는 경우가 실무상 극단적으로 희박하며, 특히 국가를 상대로 하여 구조적으로 중대한 인권문제를 해결한다고 하는 일은 절망적이라고 할 만큼 어려운 일입니다. 저는 경험을 통해 그러한 일본 법원의 결함(한계)을 통감하게 되었습니다. 더욱이 일본사회에서는 외국인과 여성에 대한 심각한 차별이 존재한다는 것은 시간이 지남에 따라 조금씩 인식하게 되었습니다. 그로 인해 일본군 ‘위안부’문제를 일본의 법원에서 해결하는 것은 더욱 불가능하게 되었습니다. 저는 경험을 쌓아가면서 그러한 일본의 법원의 구조적 결함(한계)을 인식하게 되었습니다.

따라서, 저는 인권의 옹호를 위해서는 유엔의 시스템을 연구하여 이를 충분히 활용함으로써 일본의 법원을 개혁할 필요가 있다는 발상으로 전환하게 되었습니다.

② 1988년 이후 지금까지 영국, 한국, 미국, 캐나다, 핀란드 등의 대학에서 객원연구원·교원을 역임하였으며, 그동안 주로 유엔 인권관련 비정부기구를 통하여 인권을 옹호하는 국제법의 실천과 연구에 종사하여 왔습니다.

1) 저는 일본국헌법이 보장하는 ‘인권’(주로는 ‘국민’의 권리를 보장)과 유엔헌장·세계인권선언이 보장하는 ‘인권’은 다르다고 생각하고 있습니다. 줄져, ‘인권의 존중이 일본에서는 나아가지 않는 이유’ 위안부‘문제와 인권-강연록’ (공사)앰네스티 인터내셔널 일본 간사이연락회, 2016. 12. 10. 1-53 페이지.

- ③ 2000년 이후에는 일본의 고등교육기관에서 근무하였습니다. 2000. 3. 고베 대학 대학원(국제협력연구과 조교수)을 거쳐, 2003. 4. 류코쿠대학 사회과학 연구소 안중근 동양평화연구센터 객원연구원 등으로 있으면서, 일본의 한국 식민지 지배의 역사와 국제법에 관한 연구에 종사하여 왔습니다.

2. 인권옹호활동(정신장애자의 권리옹호)

1980년대 초반, 정신장애자를 형사법상 구금하는 보안처분 제도를 도입하겠다는 정부 제안이 있었습니다. 이러한 정부 제안에 의문을 품고 유럽 그 중에서도 영국을 조사하여 일영 비교연구를 하게 되면서 그 이후의 연구와 실천의 방향이 결정되었습니다. 일본에는 24만 명이 넘는 사람들이 정신병원에 자의적으로 구금되어 학대 등의 피해를 입고 있습니다만, 그로부터 구출할 수 있는 법적 수단조차 실제적으로는 존재하지 않는다는 실태를 「발견」하고 충격을 받았습니다.

이 시기 제2변 인권옹호위원회 정신질환자 인권그룹의 그룹장이 되어 우쓰노미야 병원 사건 등 자의적 구금에 의한 인권침해사례를 조사하였고, 당시 존재하던 악법=정신위생법의 개정의 필요성을 국회관계자와 언론에 호소하였습니다. 제 주장의 법적근거가 된 것은 일본의 정신위생법이 국제인권(자유권) 규약 9-4에 위반된다는 위 위원회의 연구성과였습니다. 자유권규약 9-4을 발견하게 된 데에는 복잡한 경위가 있습니다만 여기에서는 생략하겠습니다.

3. 유엔 비정부기구 인권 활동

지금 돌이켜 생각해보면 스몬소송의 피해자들은 일본의 보통 사람들이었기 때문에 약물의 피해자로서 사회로부터 동정을 얻을 수 있었습니다. 그것이 승소를 향하는 흐름의 저변에 있었기 때문에 일본의 법원에 의한 구제가 가능했습니다. 그러나 많은 수의 구금정신질환자는 일본사회로부터 혐오를 받고 있고, 심한 차별을 겪고 있으며, 사회로부터 격리되어 폐쇄병동에서 고통을 받고 있는 사람들이었습니다. 차별로 인하여 언론으로부터도 사회로부터도 지원을 받을 수가 없었습니다.

또한, 자유권규약 9-4 등 유엔의 인권옹호에 관한 국제법에 위반된다는 주장을 법정에서 한다고 하더라도, 일본에서는 이해받지 못할 것이고 법원도 적극적으로 유엔 인권법을 적용하려 하지 않을 것이고 생각하였습니다.²⁾

따라서 저는 유엔에 직접 호소하기로 마음먹고 유엔헌장이 규정하고 있는 절차를 활용하여 1984. 8. 유엔 비정부기구 국제인권연맹(ILHR)의 대표로서 유엔 차별방지 소수자보호소위원회(인권소위원회)에 출석하였습니다. 국제인권연맹

2) 지금도 일본 법원의 상황은 변하지 않았습니다. 2019. 10. 3. 도쿠시마 일변연인권옹호 대회(제2분과)는 「일본에서는 국제인권법이 거의 활용되지 않는다!」고 이야기하고 있습니다.

(ILHR)은 우쓰노미야 병원사건을 사례로 들며, 일본의 법제도가 자유권규약 9-4위반이므로 정신위생법이 개정될 필요성이 있음을 호소하였습니다. 이 일은 국내외의 언론에서 크게 다루어져 일본에서 정신질환자를 자의적으로 구금하는 문제를 국제 문제화시킬 수 있었습니다. 다행히 1987. 9. 국회에서 정신보건법이 제정되어, 불충분하기는 하였지만 정신장애자의 인권상황은 일보 전진하게 되었습니다.³⁾ 그러나, 이것은 유엔과 국회에서의 여러 활동을 통하여 실현된 것으로 법원에 의한 성과는 아니었다는 점은 염두에 두어 주시기 바랍니다.

저는 정신보건법의 제정과 시행을 지켜본 후, 1988년 영국으로 유학하였습니다. 영국문화원의 지원을 받고, 간교수의 초청을 받아 런던대학대학원 정신의학원(IoP)의 객원연구원이 되었습니다. 처음에는 영국의 정신의료와 정신보건법을 연구하였습니다. 로잘린 히긴스교수의 가르침을 받기 위해 1989년 런던대학 대학원(LSE의 LLM 과정)의 원생이 되어 정신보건에 관한 국제인권법을 연구하였습니다.

그러나, 이 즈음, 저는 영국정신보건법의 연구를 통해 인권을 실현하고자 하였던 당초의 방법론에 한계가 있음을 느끼게 되었습니다. 유엔의 인권 옹호수단(일본에서는 「국제인권법」이라고 부릅니다)이 충분히 보장되지 않는 일본에서는 유엔의 구체절차를 일본에 도입하는 연구를 하는 쪽이 더 근원적 대책이 되는 것이 아닐까? 멀어 보이기는 하지만 일본인들에게 있어서도 그 쪽이 더 중요하다는 생각이 들었습니다. 근본적으로는 자유권규약위원회의 개인 통보권조약(OP1)의 비준을 실현하는 것과 유엔헌장 상의 절차를 활용하여 인권 옹호 활동을 실천하기 위하여 더욱 연구를 심화시킬 필요가 있다고 확신하게 되었습니다. 그렇게 하지 않으면, 결국에는 정신장애자를 포함한 많은 인권의 피해자들을 구제할 수 있는 길이 열리지 않을 것이라고 생각했던 것입니다.

4. 일본군 [위안부] 피해자의 인권옹호활동 (‘위안부’ 피해자를 위한 저의 유엔활동)

저는 1992. 2. 17. 유엔의 비정부기구인 국제교육개발(IED)을 대표하여 [일본군 ‘위안부’는 성노예이다]라고 유엔인권위원회(CHR)에서 발언하면서 유엔에 일본과 피해자간의 조정을 요청하였습니다.⁴⁾ 자주 오해를 받습니다

3) 이 일의 경과에 대해서는 저의 논문 (도즈카 에츠로 「국제사회에서의 인권활동」 미야자키 시게키(宮崎繁樹)편저 《현대국제인권의 과제》 산세이도, 1988년), 저서(도즈카, 히로다 편저) 《정신질환과 인권(2) 「인권후진국일본」》 아키서적, 1984년 : (도즈카, 히로다 편저) 《정신질환과 인권(3) 「인간성회복의 길」》 아키서적, 1985년 등을 참조하여 주십시오.

4) 자유권규약위원회에서 개인통보권조약의 비준문제를 해결하기 위하여 매년 유엔인권위원회에 일본에서의 중대한 인권침해문제를 제기하는 일을 스스로의 과제로 삼게 되었습니다. 1992년에는 그 인권침해문제가 일본군 ‘위안부’문제였습니다.

만, 이것은 저의 자발적 유엔활동으로⁵⁾ 한국인들로부터 의뢰를 받아 시작한 것이 아니었습니다. 1984년 이래로 계속해 온 유엔헌장상의 인권옹호 구제 절차를 활용하는 활동의 일환이었습니다. 그러나 1992. 2.의 유엔 인권위원회에서의 발언은 저의 지금까지의 유엔에서의 발언 중에 가장 큰 반향을 일으켜 그 이후 유엔 활동의 단서가 되었습니다.

(신뢰할 수 없는 일본의 법원)

제가 일본군 ‘위안부’의 인권에 관한 논의의 통로로 일본의 법원을 선택하지 않고 유엔인권위원회를 택하여 여기에 문제를 제기한 배경에는 **「이 문제에 있어서는 일본의 법원을 신뢰할 수 없다」**라는 저의 확신이 있기 때문이었습니다. 실제로 일본의 법원은 후에 제기된 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 소송을 모두 내팽개쳤습니다. 유감스럽게도 실제 저의 판단이 틀리지 않았다는 것을 증명된 셈이 되었습니다. 당시 제가 가지고 있던 일본의 법원에 대한 인식을 간략하게 정리하자면 이하의 3가지 점으로 요약할 수 있습니다.

일본의 법원에는, ① 일본군 ‘위안부’ 피해자와 같은 외국인이자 여성 피해자를 공평하게 취급하리라고는 예상할 수 없고⁶⁾ ② 법관의 독립에 의문을 품을 수밖에 없었으며⁷⁾ ③ 유엔의 인권옹호 국제법을 받아들이지 않으리

-
- 5) 인권 비정부기구에서의 자원봉사활동이었습니다. 무엇보다 오랜 지인인 모토오카(本岡) 의원의 국회활동을 지원하고 싶었습니다.
- 6) 일본의 법관들은 모두 일본인으로서는 스스로 인식하고 있든 인식하지 못하고 있든지 간에 일본의 사회적 특징에서 완전히 자유로울 수 없습니다. 일본사회에 외국인 특히 한국출신에 대한 차별적인 감정을 가지고 있는 사람이 많다는 것은 이미 주지의 사실입니다. 그리고 한국에 대한 일본의 식민지배를 합법적이며 정당한 것이라고 하는 역사인식을 가지고 있는 사람도 많습니다. 그 뿐만 아니라, 남성중심주의가 일본사회의 구조적 프레임이 되어 있어서 많은 일본사람들(저도 예외는 아니겠지만, 유감스럽게도 일부 여성조차도 같은 사상을 가지고 있습니다)은 여성차별을 하여도 그것이 차별이라고 인식하는 것조차도 불가능합니다. 이 점은 제가 처음(변호사가 되어서도 마찬가지)부터 직감적으로는 자각하고 있던 것이기는 하지만, 젠더문제를 충분히 연구하지 못한 당시에는 잘 이해할 수 없는 것이기도 했습니다. 그러나 후에 강연 중에 비판을 받게 되었는데 이를 계기로 1998년부터 미국 췌스턴대학에서 젠더문제를 연구하게 되었습니다. 2000년에는 고베대학 대학원의 교수로 채용되어 연구를 계속한 후 출판한 것이 『ILO와 젠더-성차별이 없는 사회로』(일본평론사, 2006년)입니다. 이것이 저의 박사논문이 된 것으로, 이 연구를 통해 저는 일본사회가 ILO로부터 엄격한 비판을 받을 정도로 남성중심주의의 구조적 프레임을 가지고 있어 이를 쉽게 스스로 개혁하는 것이 불가능할 것이라는 것을 알게 되었습니다. 많은 일본의 법관들이 이러한 의미에서 여성차별의식을 저변에 가지고 있어 ‘위안부’문제에 대하여 공정한 판단을 하는 것은 절대적으로 힘들 것이라고 생각합니다.
- 7) 사법연수원 수료자의 판사 임관거부는 1970년에, 그리고 임관 10년이 된 판사의 재임용거부는 저희들 25기 사법연수원생들이 사법연수원에 입소한 때(1971. 4.)에 일어났습니다. 최고재판소가 청년법률가협회(청법협)에 소속되어 있는 등의 사유가 있는 특정의 법관 임용을 희망하는 사법연수생들에 대하여 사상과 신조에 의한 차별적 임용이 이루어져 결국은 임관거부가 이루어지고 있는 것은 아닌가 하는 강력한 의문이 발생하였습니다. 사법연수원의 성적을 구실로 삼고 있습니다만 당시 성적은 본인에게도 알려지지 않았습니다. 저도 사법연수원 졸업시험인 2회 시험의 성

라 예상되었다는 점(중요한 지점입니다만 널리 알려져 있지 않아 아래에서 상세히 서술하겠습니다), 등에서 결함(한계)이 있어 통상적인 사건이라면 몰라도 일본정부와 심하게 대치할 수밖에 없는 일본군 ‘위안부’문제에 대해서는 공평하고 실효적인 해결의 장이 되지 못하리라 예상했습니다.

(인권옹호를 위한 국제법적 수단을 받아들이지 않는 일본)

특히, 위의 ③의 문제점은 매우 중요하여 다음과 같이 일본의 현실에서 여실히 드러나고 있습니다.

시대를 조금 거슬러 올라가 1979년의 일본에서 인권실현의 희망이 일시적으로 싹트던 적이 있습니다. 일본이 자유권과 사회권을 보장하는 2개의 국제인권규약을 비준하였던 것입니다. 그러나 피해자 개인이 자유권규약위원회(Human Rights Committee)에 통보하는 권리를 보장하는 조약인 자유권규약(제1) 선택의정서(OP1)의 비준은 보류되어 버렸습니다. 지금 생각해 보면 이것이 일본의 관습 사법이 더욱 강고하고 폐쇄적으로 되어 버린 근원이 되었다고 할 수 있습니다. 일본의 피해자는 「세계인권재판소」에까지 가기 위해 인권조약기구에 통보할 수 있는 권리마저 박탈당한 것으로, 일본에 거주지를 두고 있다면 국민이든 외국인이든 인권을 실현할 수 있는 길이 막혀버리게 되었습니다.

냉전이 끝나고 1990년은 유엔창설 45주년으로 선택의정서(OP1)의 비준을 실현하는 좋은 기회가 되리라 생각하였습니다. 저는 유엔의 소식통으로부터 한국이 선택의정서(OP1)를 비준하기 위한 준비를 하고 있다는 사전정보를 입수하여 한국정부보다 먼저 선택의정서(OP1)를 비준하여 인권선진국으로서의 명예로운 지위를 구축하자고 일본정부에게 강력히 권유했습니다. 그러나, 일본정부는 ‘한국이 선택의정서(OP1)를 비준할 리가 없다’며 한국이 선택의정서 비준을 준비하고 있다는 정보를 무시하였고, 이로서 선택의정서(OP1) 비준의 절호의 기회를 놓쳐버리고 말았습니다.

이러한 절차의 실현을 위하여 일변연 등의 모든 변호사업계는 노력을 하였습니다. 후술하겠습니다만, 2004년 참의원 부의장으로 은퇴한 고 모토오카 쇼지(本岡昭次) 참의원 의원의 국회 활동은 별도로 서술할 필요가 있다고 생각합니다. 민주당이 정권을 잡았던 2009년에는 기대를 하기도 했습니다만, 선택의정서(OP1) 등 개인통보권조약의 비준이 실현되지 않은 채 2012년에는 보수 정권으로 회귀하고 말았습니다.

최고재판소를 포함한 일본의 강고한 구조적 저항은 인권을 내동댕이치기

적을 지금도 알 수가 없습니다. 최고재판소가 청법협 소속의 법관에 대하여 탈퇴를 재촉하는 압력을 행사하였던 사례, 헌법위반을 인정하는 판결을 내린 법관을 냉대했던 사례 등도 보고되었습니다. 대부분의 최고재판소의 법관들이 보수정권하에서 임명되었기 때문에 법관을 전체적으로 보수층이 접하게 된 데에 원인이 있다고 생각이 되어집니다. 이에 대하여는 꽤 많은 연구자들에 의한 논고가 있습니다. 그 예로 ① 하기가 마사시(萩谷昌志)편저 『일본의 법원-사법행정의 역사적연구』 고요서적, 2004년, 제2부 제3장 「1970년대」, 132-165쪽. ② 모리야 가쓰히코(守屋克彦) 편저 『일본국헌법과 판사-전후사법의 증언과 더 나은 사법에의 제언』 일본평론사, 2010년.

만 하여, 그렇게 ‘잃어버린 40년’이라는 세월이 흘러가 버렸습니다.

(일한 갈등의 근원적 원인은 어디에 있는가?)

한편, 1990. 4. 10. 한국은 두 개의 국제인권규약과 선택의정서(OP1)을 동시에 비준하였습니다. 유엔 소식통의 정보가 옳았던 것입니다. 1987년 한국에서 노태우 대통령 후보가 6. 29. 민주화 선언을 공포하였고, 같은 해 12월에 직접투표에 의한 대통령선거를 통해 당선되었습니다. 1989. 12. 미소의 정상이 냉전종결을 선언하면서 밝은 미래에의 희망이 움트기 시작한 국제환경에서, 한국 사람들이 민주화를 강력히 추진하였기 때문에 실현된 것이라고 생각합니다. 이를 기초로 하여 1991. 9. 17. 남북한 유엔동시가입이 실현되었습니다.

한국은 여기에서 멈추지 않고 다른 인권조약 기관에 대한 개인통보제도를 도입하는 수순으로 착실히 나아갔습니다.⁸⁾ 2001년에 발족한 국가인권위원회는 유엔권고에 따라 1998년 김대중 대통령 정권이 설계하기 시작한 정책의 성과였습니다.⁹⁾

지금의 시점에서는 저의 가설이기는 합니다만, 일본에 있어 근원적인 문제가 발생한 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 지금까지의 30년 동안 한국과 일본 간에는 인권을 둘러싼 환경에 큰 격차가 생겨, 사람들의 세계관에 거대한 차이가 발생하였습니다. 이러한 차이가 일한의 국제관계에 균열을 생기게 하는 중대한 결과를 초래했다고 생각합니다.

한국인들은 인식하고 있지는 않는다고 할지라도, 개인통보제도를 통해 세계와 직접 연결되어 있다는 감각을 자연스럽게 가지게 되었다고 생각합니다. 그러나 개인통보제도를 가지고 있지 않은 일본인들은 세계와 직접 이어진다는 의식을 가지지 못한 채 관습에서 벗어나지 못하고 있는 것입니다. 문재인 대통령이 이끌고 있는 한국 정부는 전시 강제노동피해자와 일본군 ‘위안부’의 문제에서 「피해자 중심주의」(인권 주의라고도 할 수 있습니다)라고 하는 단어를 사용하고 있습니다. 그에 비해 아베 신조수상이 이끄는 일본 정부는 종전이후의 「국가중심주의」의 사상(제왕 주의 시대부터 이어지고 있는)에 갇혀 있습니다. 이러한 사고 방식은 국가의 조약체결권을 전능한 것으로 여겨 1965년 일한청구권협정은 인권까지도 소멸시킬 수 있다고(아마도 진심으로)까지 주장하고 있습니다. 그러나 후술하겠습시다만, 노예 상태로부터의 자유, 국제법에 의한 범죄행위의 금지 그리고 인권의 존중은 강행법규(jus cogens)이며, 국가라고 하더라도 박탈할 수 없는 것입니다. 유엔의 기구(예를 들어 유엔 인권소위원회)는 평화조약에 의해서조차도 이를 소멸시킬 수는 없다는

8) 1997년 인종차별철폐위원회의 개인통보제도 수용, 2006년 여성차별철폐조약 선택의정서 비준, 2007년 고문방지위원회의 개인통보제도 수용.

9) 일본에서도 논의가 있기는 하지만 여전히 정부로부터 독립한 국내인권기관은 존재하지 않습니다.

법리를 밝히고 있습니다.¹⁰⁾

현재 발생하고 있는 일한 간 갈등의 발단은 「징용공문제」에 대한 2018. 10.의 한국 대법원판결에 있습니다. 이 사건은 일본에 있어 외국인(한국인)의 인권침해에 대하여 어떻게 대응해야만 할 것인지 라는 중대한 과제를 던져주고 있습니다. 저는 이 문제를 어떻게 이해해야 하는지에 대하여 2권의 책을¹¹⁾ 출간하였습니다.

여기서 누가 이러한 사태를 초래하였는가에 대하여 말씀드리고 싶습니다. 물론 직접적으로는 과거 40년간의 정권(대부분은 보수파 정권이었습니다만, 민주당과 같은 리버럴한 정권이 단기간이기는 하지만 집권하였던 적이 있습니다)을 담당한 일본의 정부에 책임이 있습니다.

(OP1을 저지한 것은 누구인가?)

그러나, UN의 인권옹호 구제수단, 즉 OP1을 저지한 것은 일본의 최고재판소가 만들어 낸 상황 때문이었다고 생각합니다.

저는 전술한 모토오카쇼지 참의원 의원과는 정신위생법 개정문제를 다루는 과정에서 협력관계를 구축하게 되었는데, 한 번은 OP1의 비준을 위하여 정부를 설득하여 달라고 모토오카의원에게 요청을 한 적이 있었습니다. 모토오카 의원은 여러 번 국회심의회에서 이 문제를 추진하고자 하였습니다. 그 중에도 1991년(헤이세이 3년) 4월 1일의 참의원 예산위원회에서의 질문이 매우 중요한 지점이었습니다. 예산위원회였기 때문에 통상 내각총리대신(당시에는 가이후 도시키-海部俊樹-)과 모든 각료들이 출석하는 것이 관례였습니다. 그러한 점을 백퍼센트 활용한 모토오카 의원은 「UN인권규약 중 B규약이라 불리는 것에 중 선택의정서의 문제」에 대하여 질문하였습니다.¹²⁾

이에 대하여 나카야마 다로 외무대신은 「의정서에 대하여 말씀드리자면, 우리 사법제도와 관계와 B규약위원회에서 우리나라의 실정을 충분히 고려하여 심리가 이루어질 것인가에 관한 점에서 아직 확신을 가지고 있지는 않고, 제도남용에 대한 우려를 부정할 수 없다는 점 등의 염려가 있어, 체결에 대한 검토를 아직 종료하지는 못한 상황입니다.」라고 답변하였습니다.

10) EtsuroTotsuka, "TheIssue of Japan's Forced Mobilization and International Law - Can peace treatiesextinguish human rights? - ", International Symposium for the Future-OrientedKorea-Japan Relations, December 10, 2019 (Tue), Brahms Hall, Hotel President(19th fl.), Host: National Research Council of Economics, Humanities and SocialSciences (NRC), Organizer: Korea Legislation Research Institute (KLRI),Institute for Japanese Studies of Seoul National University.

11) ① 《징용공문제는 무엇인가?-한국의 대법원판결이 묻고 있는 것》 아카시서적. 2019. 10. ② 《역사인식과 일한'화해'에의 길-징용공문제와 한국대법원판결을 이해하기 위하여》 일본평론사. 2019. 11.

12) 1991년(헤이세이 3년) 4월 1일의 참의원예산위원회 회의록은 인터넷에서 볼 수 있습니다. <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/120/1380/12004011380013a.html> 2019년 12월 19일 열람

이 답변 중 「사법제도와와의 관계」에 대하여 사토 메구무(左藤惠)법무장관은 「현재 제시되고 있는 제1 선택의정서가 여러 개인통보제도를 규정하고 있습니다만, 이에 대하여 우리나라 사법제도와와의 관계에서 재판이 계속 중이거나 확정된 구체적 사건에 대하여도 개인이 통보제도에 근거하여 인권위원회에서 심리가 이루어진다거나 또한 그 위원회가 그 건에 대하여 견해를 제시하는 경우를 생각할 수 있는데, 이는 사법권의 독립이라는 문제 그리고 3심 제도 등과의 관계에서 매우 신중하게 검토하여야만 하는 문제점이 남아 있다고 생각하고 있습니다」라고 설명하였습니다.

여기서 법무대신이 지적한 「사법권의 독립이라는 문제」 그리고 「3심 제도」라고 하는 것은 OP1의 비준은 최종심이어야만 하는 최고재판소의 위에 제4심 재판소의 설치를 허용하는 것으로 이어져 헌법 제81조 등에¹³⁾ 위반된다는 주장이었습니다. 당시 OP1 비준운동을 조직하고 있던 저희들에게 이러한 주장은 사실은 최고재판소의 사무총국에서 나온 것이라는 신뢰할만한 정보가 입수되었습니다. 그 정보 중에는 외무성에서 OP1의 비준을 반대하는 최고재판소의 문서를 보았다고 하는 신뢰할만한 증언까지도 있었습니다.

여기서, 모토오카의원은 이러한 사실을 확인하기 위해 위에서 말한 예산위원회에서 최고재판소에게도 「과거에 이러한 점에 대하여 최고재판소가 의견을 제출한 적이 있습니까? 없습니까?」라고 질문을 하였습니다. 가타타니 토시히로(金谷利廣) 최고재판소장 대리인은 「보통은 법무성을 통하여 듣고 있기 때문에 저희들도 법무성에 저희들의 문제점에 대하여 의견을 진술하는 일은 있습니다」라고 법무성에 의견을 제출하였다는 사실은 확인하였습니다만, 「이 의정서와의 관계에서 지금까지 최고재판소로부터 어떠한 문서 의견이 나간 적은 일절 없습니다」라고 대답하였습니다.

만약, 헌법에 위반된다고 한다면 OP1의 비준은 법적으로 불가능할 것이고, 헌법을 개정하지 않는 한 영구히 저지될 것입니다. 이것은 시간을 들여 연구·검토하는 것으로 해결이 될 수 있는 다른 문제와는 본질적으로 다른 것입니다. 곤혹스러웠던 일변연은 UN NGO 대표로서 일변연 대표를 5년간에 걸쳐 UN인권소위원회에 보내어 최고재판소를 비판하였습니다. 그 정도로 중요한 사태였다고 할 수 있습니다.

최고재판소가 외무성에 문서를 제출하였던 것인지는 현시점에서는 오리무중입니다. 그러나 그 의견이 법무성을 통하여 국회에 소개되어 OP1비준을 거의 영구히 저지하는 견고한 장벽이 되었다는 것은 틀림없는 사실입니다.

그렇기 때문에 일본의 최고재판소에서 패소가 확정된 일본군 「위안부」 피해자는 지금도 UN 규약인권위원회에 개인통보를 제출할 수 있는 길이 저지된 채입니다.

13) 일본국헌법 제81조 「최고재판소는 일체의 법률, 명령, 규칙 그리고 처분이 헌법에 적법한지 여부를 결정하는 권한을 가지는 중심재판소이다」

(실증된 법관독립의 부재)

일본의 법원을 신뢰할 수 없는 이유로서 「법관의 독립성에 의문이 있다」라고 전술하였습니다. 여기서 그것이 「의문」에 멈추지 않고, 사실로서 드러났던 일을 언급해 두겠습니다. 다른 것이 아니라 일본군 「위안부」문제에 관한 최고재판소의 판결에서 발생한 것입니다.

저는 일본에서의 소송을 담당하지 않았기 때문에 이하는 2008년 1월의 공개 포럼에¹⁴⁾ 참여하여 알게 된 것입니다. 일본군 성노예문제에 대하여 오오모리 노리코(大森典子)변호사가 중국인 「위안부」사건(고등법원에서 피해자 패소)에 관한 최고재판소 제1 재판부가 2007. 4. 27. 선고한 판결에 관하여 보고하였습니다. 또한 아다치 슈이치(足立修一)변호사가 니시마츠건설 중국인 강제연행사건(고등법원에서 피해자승소)에 관하여 최고재판소 제2 재판부가 같은 날 선고한 판결에 대하여 보고하였습니다. 최고재판소의 다른 두 개의 재판부(법적으로는 상호 독립한 별도의 재판부입니다)에서 나온 두 개의 판결은 모두 같은 이유로 전시 노예와 같은 취급을 받은 중국인 피해자들에게 패소판결을 하였습니다.

문제는 바로 이것이었습니다. 제1 재판부 그리고 제2 재판부는 1972년 중일공동성명 제5조에서 중국 정부가 국가로서 대일 전쟁배상의 청구권 포기선언을 하였을 뿐인데도, 중국인 피해자가 가지는 일본에 대한 개인청구권까지도 「샌프란시스코평화조약의 틀」에서 다루어진 결과, 피해자 개인의 재판상 대일 소구권이 박탈되어 행사할 수 없다고 판단하였습니다. 중국은 샌프란시스코 강화회의에는 참여하지 않았고, 이 조약의 틀을 승인한 사실도 없음에도 최소한 논리의 틀도 갖추지 못한 억지 사유로 개인의 소구권을 중국 정부가 포기했다고 한 것이었습니다. 이러한 점에 대하여 명쾌한 비판을 전개한 이가라시 마사히로(五十嵐正弘)교수는 법학세미나(2007. 7. 제631호, 4-5항)에서 중국정부가 판결 후 「『중일공동성명』에 대한 해석은 위법한 것으로 무효다...」라고 항의한 사실을 지적하였습니다.

조약문의 규정 등에 근거를 두지 않은 재판은 「판결이 아니다. 정치다」라고 밖에 할 수 없습니다. 이러한 판결을 대상으로 법적논의를 반복한다고 하여도 헛수고에 불과합니다. 그러나 미래에의 희망을 끈을 붙잡기 위해서라도 여전히 비판을 가할 필요가 있을 것입니다. 명문의 규정이 없음에도 일본의 법원이 멋대로 중국인의 소구권을 포기하려는 의사가 중국정부에 있었다고 단정적으로 해석한 것은 빈조약법조약 위반으로 허용될 수 없습니다. 조약에도 쓰여 있지 않은 판단을 조약위반까지 범하면서 밀어붙인다면 그것에는 더 이상 「재판」이라는 이름을 붙일 수도 없을 것입니다. 최고재판소는

14) 2008. 1. 7. 변호사회관에서 개최된 「제10회 공개 포럼 -전후보상재판의 현황과 이후의 과제 2008」(전후보상재판을 생각하는 변호사연락협의회·전후보상네트워크 주최)에 참가하였습니다.

법원이기를 포기한 것입니다.

그러나 이 두 판결에는 그 이상의 기본적인 문제점을 가지고 있습니다. 2007. 4. 27. 최고재 제1, 제2 재판부의 두 판결에는 동일한 문장이 발견됩니다. 이것은 최고재판소 법관의 독립성에 결함이 있다는 것을 증명하는 것입니다.

이야기를 판결 직후로 돌려보자면, 제가 근무하던 대학의 동료로부터 「두 개의 독립한 재판부인 별도의 최고재판소 재판부가 같은 날 완전히 같은 문장의 판결을 선고하는 일이 있을 수 있는가?」라는 문제제기를 들은 적이 있습니다.¹⁵⁾ 「정말 그러한 일이 있었던 것일까?」라고 생각하던 중 공개포럼에 참가한 담당변호사의 이야기를 듣게 되었습니다.¹⁶⁾

공개포럼에서는 중국인 ‘위안부’사건에서 피해자들 대리인을 담당하였던 오오모리 노리코 변호사가 최고재판소 재판부의 두 개의 판결을 비교하며 「‘위안부’ 판결전문 16개 항 중 니시마쓰 사건과 같은 문장인 부분은 12개 항에 이른다」라고 보고하였습니다. 그 변호사가 포럼에서 배포한 변호사작성의 요약서인 「중국인 ‘위안부’(제2차)소송 4. 27.최고재판소 판결의 문제점」에서 인용을 하도록 하였습니다. 「이 절차와 내용에서 발견되는 문제점은 1. 최고재의 재판부가 독립한 재판부가 아니라는 점, 달리 말하자면 최고재판소의 방침이 어딘가에서 결정되고 그것에 따라서 재판부는 사무처리를 할 뿐이라는 것을 나타내고 있다. 2. 그것도 법관과 재판부가 다른 판결이 같은 문장이라는 것은 이 판결이 다른 재판부의 법관이 쓴 것이 아니라는 점을 나타내고 있다. 법관을 넘어서는 존재 · · · 조사관판결이라는 사실을 스스로 나타내고 있다. 3. 판례 통일을 위하여 존재하는 전원합의체의 존재가치를 깎아 버리고, 재판에 대한 신뢰를 결정적으로 손상 입히는 것이다」라고 그 변호사는 보고하였습니다.

이 담당변호사의 보고를 듣고 이례적인 사태에 충격을 받지 않을 수 없었습니다. 저 나름의 의견을 부가하여 한발 더 나아간 논의를 하고자 합니다.

이해하기 쉽게 사례를 한 가지 들겠습니다. 대학교의 한 시험에서 한 학생이 16줄의 답안 중 12줄의 답안이 다른 학생의 답안과 같은 것이 발견되었을 경우입니다. 대학생과 대학은 교원이 아니라고 하더라도 이른바 「컨닝」 즉, 부정행위가 있었다는 것은 쉽게 추측할 수 있습니다. 누구나 시험에서 학생 한 사람 한 사람이 독립하여 스스로 답안을 작성할 것이라 생각하기 때문에, 다른 누군가로부터 답안 작성에 도움을 받는 것은 퇴학처분을 각오해야

15) 이 이야기를 듣고 놀란 저는 「나의 옛 동료 변호사들 사이에서는 최고재판소에 대한 평판이 매우 나쁘다. 원래부터 『이상하다』라고 절망하고 있었기 때문에 그러한 일이 있다고 하더라도 지금에서야 특별히 놀라지 않는 것이 아닐까」라는 당치도 않은 대답을 했던 기억이 남아 있습니다.

16) 당시 저는 「사건의 담당변호사가 언급하지 않는 한, 외부인이 멋대로 논평해서는 안된다」고 생각했기 때문에 그 이상 검토하지 않았습니다.

할 정도로 중대한 부정행위입니다.

재판에서도 마찬가지로입니다. 누구나 한 사람 한 사람의 법관이 독립하여 스스로 판결문을 작성할 것이라고 생각할 것입니다. 비슷한 사건을 다른 법관을 담당하게 되는 경우라도 한 사람 한 사람의 법관(혹은 복수의 법관으로 이루어지는 개별 합의체)은 독립되어 있으므로 재판 절차가 허용하는 범위 내에서 이루어지는 변론·서증조사 이외에는 다른 외부의 무엇으로부터 영향이나 지시를 받는 일 없이 독자적으로 심리하지 않으면 안 됩니다. 설령 힘든 부분이 있어도 법관은 다른 이로부터 판결 작성에 도움을 받을 수는 없습니다. 고독한 직업입니다. 법관은 헌법 그리고 법률에 구속되지만 판결의 집필 등의 직권의 행사는 양심에 따라 독립하여 행하지 않으면 안 됩니다. 복수의 법관으로 이루어진 합의체에 의한 재판의 경우, 내부적 평의는 허용되지만 합의체 외부에 담당사건에 관한 평의의 비밀을 누설하여서는 안 되고, 협의하는 일도 있어서는 안 됩니다. 법원장이라 하더라도 법관의 담당사건에 대하여 의견을 표해서는 안 됩니다. 이것은 법관의 독립성을 침해하는 것이 되기 때문입니다.

두개의 「독립」하여야 마땅한 재판부가 같은 문장의 판결문을 같은 날 선고하였다는 것은 위법행위가 있었다라고 추정할 수밖에 없는 것입니다.

제가 사법연수원 연수생 그리고 변호사로서의 체험을 통하여 체득한 재판과 법관이라는 직책은 원칙 바로 그 자체였습니다. 그러한 법관의 독립성과 평의의 비밀성은 헌법과 법원법에 의하여 요구됩니다. 그것은 답답한 면이 있기는 하지만 법관의 독립성과 공정함을 지키기 위하여 필요한 제도적 보장장치라고 지금도 믿고 있습니다.

두개의 독립한 재판체에서 상당 부분이 동일한 문장의 판결서가 같은 날 선고되었다는 것이 사실 자체를 더 이상 부정할 수 없습니다. 문제점은 왜 그러한 일이 일어났는가입니다.

담당변호사가 들고 있는 문제점을 정리해 보자면, 첫 번째는 법관(재판부)의 독립 원칙이¹⁷⁾ 침해된 것이 아닌가 하는 심각한 의혹이 있다는 점입니다. 「최고재판소의 방침은 어딘가에서 결정되고 그에 따라 재판부는 사무처리를 할 뿐」이 되어버린 것은 아닐까, 「이 판결들은 각각 다른 재판부의 법관이 쓴 것이 아니」라는 문제점은 헌법위반의 의심이 있다고 할 수 밖에 없는 중대한 사태입니다.

두 개의 재판부의 평의의 비밀(법원법 제75조)이 누설되지 않았다면 이러한 사건이 벌어 졌을 리 없습니다. 적어도 법원법 위반의 우려가 있다는 점은 틀림없습니다. 담당변호사가 지적하고 있는 것처럼 「법관을 뛰어 넘는 존재 · · · 조사판결」의 문제인 것일까요? 만약 제1 재판부의 법관과 제2 재

17) 헌법 제76조 제3항 「모든 법관은 그 양심에 따라 독립하여 직권을 행사하여, 이 헌법과 법률에만 구속된다」

판부의 법관이 각자의 사건에 대하여 평의의 비밀을 유지하였다고 하더라도 조사관을 통하여 다른 재판부의 평의의 비밀이 누설되었을 가능성이 있습니다. 각각 다른 재판부에 관여하는 조사관이 동일한 경우에 발생할 수 있는 문제입니다. 조사관이 담당하는 재판부가 다르다고 하더라도 조사관간에 일상적으로 접촉하여 의견교환을 하는 중에 실질적인 누설이 일어나는 문제일 수도 있습니다. 이렇게 재판의 내용이 사법행정과 정부 등 외부관계자에 비밀이 누설되는 경우는 어떻게 될까요? 여러 의혹이 일어날 수 있습니다.

사실관계가 어떠한 것이든 법관의 독립이 붕괴되었다는 사실, 재판 평의의 비밀이 재판부 바깥으로 새어나가고 있다는 사실 즉 헌법 위반 혹은 법원법 위반 의혹이 농후하다고 말할 수밖에 없을 것입니다. 진상규명이 필요합니다. 최고재판소가 스스로 진상을 규명하고 결과를 공표하고 재발 방지에 필요한 조치를 하기를 바랍니다만, 그 이후에 이 문제에 대하여 어떠한 조사나 검토도 이루어지지 않고 있습니다.

(최후의 수단 = 공정한 「효과적 구제」의 장은 어디인가?)

한국인 ‘위안부’피해자들도 이상 설명한 것과 같은 법제도 하에 있는 일본의 법원에서 재판을 받아 최고재판소에서 모두 패소하였습니다. 이것은 세계인권선언 제8조가 말하는 「권한을 가지는 국내법원에 의한 효과적 구제」 절차를 밟을 권리를 보장받았다고 할 수 없습니다.

따라서 최후의 수단으로서 「효과적 구제」의 장을 귀원이 보장해 주는 이외에는 피해자들에게 정의를 실현할 길은 없다고 믿습니다.

제1의 문제 : 원고들 일본군 ‘위안부’ 피해자의 인권은 샌프란시스코평화조약에 근거하여 1965년 한일청구권협정에 의해 소멸되었는가?

1. 일본군 ‘위안부’ 피해자의 인권

(진상규명의 단서가 된 모토오카의원의 1990. 6.국회질문)

고 모토오카 쇼지 참의원 부의장(국제인권법 정책연구소 소장)은 다음과 같이 말했습니다.¹⁸⁾ 「1990. 6. 6. 예산위원회에서 사회당을 대표하여 질의서에 썼다. . . . 조선인 강제연행문제를 상세히 따져나가던 중에 ‘강제연행 중에 종군 위안부라는 형태로 연행된 사실도 있습니까? 그렇습니까?’라고 질문하였다. 답변석에 선 시미즈(清水)노동성 직업안정국 국장은 ‘총동원법에 근거한 직무로서 그러한 일은 일어나지 않았다고 들었다’고 답변. ‘해군작업 애국단, 남방과전 보국단, 종군위안부라고 하는 어둠속에 감추고 묻어 버리려는 사실이 있다. 제발 조사하여 밝혀주기를 바란다’라며 재조사를 요구하였다. 그러자 ‘종군위안부라는 것에 대해서는 그 시대 분들 이야기 등을 종합하여 들어보면, 아무래도 민간업자가 그 분들을 군과 함께 데리고 다닌 듯한 상황으로 보이고, 이러한 실태에 대하여 조사하여 결과를 낸다는 것은 솔직히 말씀드려 가능하지 않다고 생각합니다’라고 민간업자의 문제로 국가는 관여하지 않았으며 조사를 할 수 없다며 딱 잘라 거절하였다. 나는 이러한 사태를 분명히 하지 않은 채로 일본과 한국의 신뢰관계를 쌓아 갈 수 있다고 생각하느냐고 가이후 총리에게 추궁하였다.‘시간을 걸리겠지만 정부는 조속히 보고하겠다’라는 답변을 얻고 조사 결과를 기다리기로 하였다. 이 국회에서의 질의와 답변 이후, 한국 등의 ‘위안부’피해자들은 민간업자의 문제라고 한 답변에 대해 ‘그건 사실과 다르다. 일본 정부가 거짓말을 하고 있다. 민간업자가 아닌 군부대의 관여에 이루어진 일이다’라고 격노하며 여기저기서 항의하는 일이 발생하였다. 그리고 지금까지 죽어서도 죽음으로 끝나지 않을 명예회복과 일본정부에 보상을 구하는 소를 법원에 제기하는 피해자가 속출하게 되었다」¹⁹⁾

18) 모토오카 쇼지 「‘위안부’문제와 나의 국회활동 13년」 『국제인권법정책연구』 제3권 · 제4권 합병호(통산제4호) 2008. 12. 7-15항

19) 시미즈 즈파오(清水傳雄)씨의 국회답변이 진상규명의 단서가 되었는데 극회의사록에 의하면 「정부위원(시미즈 즈파오) : 종군위안부라고 하는 것에 대해서는 옛날 사람들의 이야기등을 종합하여 들어보면, 역시나 민간업자가 그 분들을 군과 함께 데리고 다닌 것이라거나 하는 상황인 듯 합니다. 이러한 실태에 대하여 제가 조사를 하여 결과를 낸다는 것은 솔직히 말씀드려 불가능하다고 생각합니다」 라고 기재되어 있습니다. 제118회 국회참의원 예산위원회 심의록 제19호 헤이세이2년 6월 6일 참조. <https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=111815261X01919900606¤t=12019.12.26.열람>.

(군을 고객으로 하는 상행위에 종사한 성산업업자의 존재)

그 당시 모토오카 의원실은 저에게 일본군 ‘위안부’문제에 관한 법적 조언을 구했습니다. 그러나 저는 일본군 ‘위안부’ 제도의 근거를 파악할만한 일본법상의 근거법령도, ‘위안부’ 동원의 근거법규도 발견할 수가 없었고, 공적인 기록도 입수할 수 없었으며, 피해자들로부터의 증언도 없어 적절한 법적조언을 제공할 수가 없었습니다.²⁰⁾

그러나, 지금 생각해 보면 시미즈씨의 국회답변 중 「그 시대 분들의 이야기 등을 종합하여 들어보면 역시 민간업자가 그 분들을 군과 함께 데리고 다닌 듯한 상황으로 보이고...」라는 부분에 더 주목하여야 한다고 생각합니다

이렇게 말씀드리는데 ① ‘종군위안부라는 것’이 존재한다는 것을 인정하였다는 것 ② ‘민간업자들이 그 분들을 군과 함께 데리고 다닌 듯한 상황’이 있었다는 것을 인정하고 있기 때문에 진상의 매우 중요한 한 부분에 대하여 정부가 인정하였다고 하여도 좋은 상황이라고 생각되어지기 때문입니다.

요컨대 상행위에 종사하는 민간의 업자가 종군위안부가 된 여성을 군과 함께 데리고 다녔다고 하는 것이 실태였다는 것입니다. 그렇기 때문에 이 중대한 사태는 한편으로 분명해 졌다고 할 수 있습니다. 즉, 군을 고객으로 하는 상행위에 종사하는 성산업업자가 존재하였다는 사실을 일본정부가 인정한 것입니다.²¹⁾ 이것은 지금도 여전히 진상규명의 출발점이 되는 중요한 단서가 될 수 있는 일본정부의 답변입니다.²²⁾

지금도 저는 일본군 ‘위안부’의 동원근거가 되는 법규를 발견하지 못했습니다. 일본정부도 어떠한 법적 근거를 제시하지 않고 있고, 중요한 관계서류를 ‘극비’로 취급하고 있다는 사실로부터 볼 때, 동원의 근거가 되는 일본의 법령은 존재하지 않았던 것이고 일본군 ‘위안부’제도는 법적근거가 없이 사실상의 극비제도였던 것이라고 생각되어집니다.

그러나 전술한 국회답변만으로는 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성**

20) 일본군 ‘위안’제도는 구대일본제국군에 의한 초법규적으로 창설된 비밀제도였습니다. 결국 이 근거법규는 존재하지 않기 때문에 발견할 수 없는 것이 당연합니다.

21) 1993년 8월의 고노담화이후 자민당의 고참국회의원은 군의 관여를 계속해서 부정하면서 ‘종군위안부’는 ‘상행위로서 행하여졌다’고 주장하였습니다. 예를 들어 1996년 당시 「올해 6월 4일 “밝은 일본”국회의원연맹발족에 즈음하여 이 연맹의 회장으로 취임한 오쿠노 세이스케(奥野誠亮) 전법무대신은 「‘종군’위안부는 없다. 상행위로서 행하여졌다」, 「군은 전지에서 교통편을 구하여 주었을 수는 있지만, 강제연행은 없었다」라고 발언하여 일변연의 비판을 받았습니다. 1996년 6월 20일 당시 일변연회장이었던 키오이 아키오(鬼追明夫)가 낸 「종군위안부문제에 관한 회장성명」 참조.

https://www.nichibenren.or.jp/document/statement/year/1996/1996_10.html. 2020년 1월 1일 열람.

22) 물론, 정부가 군의 관여에 대하여 침묵하고 그 이상의 조사를 거부하였다는 점에 대하여는, 모토오카의원이 강하게 비판한 것처럼, 정부답변은 불충분한 점이 있었으며 문제가 있었습니다.

산업업자의 실태가 어떠하였는지 그 상세한 내용을 제대로 알 수는 없었습니다.

그런데, 저는 나중에 일본군 ‘위안부’제도의 창설기의 역사에 관한 중요한 법적사실을 공문서를 근거로 「발견」하게 되어 이를 논문 등에서 자세히 보고하게 되는 일이 있었습니다. 이하에서는 그에 관하여 상세히 설명 드리겠습니다. 이것은 꽤 나중인 2004년(공표의 시점)의 일입니다. 이 발견은 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성산업업자의 존재와 그 실태의 일부**를 1932년 당시의 법원의 판결문이라는 공문서에 의해 해명한 것입니다.

(1936년 나가사키지방법원 판결의 발견)

저는 일본군 ‘위안소’에 여성을 납치하여 ‘위안부’가 되게 한 가해자에 대한 처벌에 관한 최초의 공문서를 발견하여 2004년 이후 그 상세한 내용을 보고하였습니다.²³⁾ 발견한 역사자료는 이하의 일본 법원의 판결문 2개입니다. ① 해외이송유괴 피고사건에 대한 나가사키법원 형사부 쇼와 11년(1936년) 2월 14일 판결 그리고 ② 같은 판결에 대한 항소심 나가사키항소법원 제1 형사부 쇼와11년 9월 28일 판결이 그것들입니다.²⁴⁾

23) ① 2004년 2월 호주 애들레이드에서 보고하였습니다. TOTSUKA, Etsuro, Can we prevent systematic sexual violence against women during wartime? Learning from the history of the Japanese case of “comfort women”, at The Challenge of Conflict International Law Responds: International Law Conference, Adelaide, South Australia, 26—29 February 2004. ② 도츠카 에츠로 「전시 여성에 대한 폭력에 관한 일본사법의 대응, 그 성과와 한계—발굴한 일본군 ‘위안부’ 납치처벌판결(1936년)에 관하여(상)」 『계간전쟁책임연구』 43호(2004년) 35항, 동(하) 동연구 44호(2004년) 50항 ③ 도츠카 에츠로 『보급관 일본이 모르는 전쟁책임 일본군 ‘위안부’문제에의 진정한 해결을 향해』 현대인문사, 2008년, 314~356 항.

24) 제가 논문 등을 통해 이 발견을 공표한 2004년 당시의 일본정부의 태도는 「무시」 혹은 「침묵」으로 요약할 수 있습니다. 10년 후인 2014년에 후지다 유키히사(藤田幸久)참의원의원이 제출한 질문서에 관한 「참의원의원 후지다 유키히사 제출 ‘위안부’문제에 관한 질문에 대한 답변서」(답변서 제97호. 내각참질186 제97호. 헤이세이 26년 5월 20일 내각총리대신 아베신조)는 고노담화에 이르는 정부조사가 이루어지는 중에 이 두 개의 「판결서를 입수한 사실은 확인할 수 없다」고 하며, 「나가사키검찰청에 현재 보존되고 있는 판결서의 내용을 확인해 보니, 각각의 요지는 피고인들 10명이 여성들을 고용하여 통해 중화민국 상해주재의 제국해군군인을 고객으로 하여 추업에 종사하도록 하는 영업을 하기 위하여 부녀들을 고용하면서, 추업에 종사할 것이라는 점을 완전히 숨기고 단순히 여급이나 하녀라고 기망하여 설득한 후 상해로 이송할 것을 공모하고, 쇼와7년, 나가사키시 등에서 15명의 부녀에 대하여 식당으로 갈 것이라는 등으로 거짓을 꾸며내어 유혹하는 등, 나가사키항에서 출항하는 배에 승선시켜 유괴하여 상해로 옮겼다. 이 후 피약취자를 제국밖으로 이송하였다는 이유로 피고인 3명을 각 징역 1년 6월에 처함과 함께, 징역 1년6월에 처한 피고인 3인에 대하여 3년간 그 형의 집행을 유예하였다. 나가사키지방법원이 징역3년 6월에 처한 피고인 3인을 각 징역 2년 6월로, 동법원이 징역 2년 6월에 처했던 피고인 2인과 징역 2년에 처했던 피고인 2인에게는 징역 2년에 처하였고, 동법원이 징역 1년 6월에 처하면서 3년간 형의 집행을 유예했던 피고인 1인을 징역 1년 6월에 처하면서 3년간 그 형의 집행을 유예하였고

나가사키지방법원 판결로부터 알 수 있는 사실들을 요약하자면, 해당 법원은 피고인들이 공모하여 쇼와7년(1932년) 저지른 사건으로, 상해에 설치되어 있는 해군의 '위안소'에서 「추업」에 종사하도록 하기 위하여 일본내지에서 여성을 속여 유괴하고 이 여성들을 나가사키 항에서 배에 태워 국외로 이송한 행위에 대하여 유죄로 인정하고 엄히 처벌하였습니다(판결선고는 사건이 발생하고 4년 뒤인 쇼와11년(1936년) 2월). 또한 나가사키 항소법원은 형기를 단축하기는 하였지만 기본적으로 이 지방법원 판결을 유지하였습니다. 이 사건의 상고심인 대법원판결(쇼와 12년 3월 5일 제4형사부)은 항소법원의 판결을 유지하였는데 그 상세한 내용은 생략하겠습니다.

이 나가사키지방법원의 판결은 법원이라는 공적기관이 일본군 '위안소'로 여성을 국외이송·유괴한 행위에 대하여 형법상의 범죄로서 피고인들의 행위를 유죄로 인정하고 처벌한 (현재로서는) 최초의 사례에 관한 것으로, 가장 초기의 공문서일 것으로 추측됩니다. 납치사건이 발생한 것은 판결 선고보다 4년 전인 쇼와7년(1932년)의 일로 일본군 '위안부' 피해자의 사례로는 초기단계라고 할 것입니다. 따라서 초기의 일본군 '위안소'의 존재에 관한 유력한 증거 중 하나가 되고 있을 뿐만 아니라 그것이 위법하게 설치되었다는 것을 드러내는 공문서라고 볼 수 있을 것입니다.

피해자는 나가사키에 살고 있던 15명의 내지 일본인 여성입니다. 모두가 일본군 '위안부'가 될 것이라는 것을 모른 채로 속임을 당해 나가사키로 유괴되었으며, 나가사키항구에서 배에 태워져 중화민국 상해에 이송되었습니다. 그 후에 피고인들이 경영하고 있는 해군지정 위안소에서 해군들에게 성적서비스를 제공하도록 강요당했습니다.

피고인은 10명입니다. 피고인의 본적은 모두 일본의 내지였지만 주거지는 나가사키현과 중화민국(상해)에 걸쳐 있었는데, 여기서 이 사건의 국제성이 드러납니다. 본래라면 기소되었을 것이라고 생각되는 공범자로 사망한 자가 있었고, 기소되지 않은 자도 판결문에 나타납니다. 그들을 모두 포함하면 범행을 한 업자 그룹은 최소한 12명이 됩니다. 전원이 업자이거나 그 아내라는 등의 관계가 있었습니다.

그러나, 「해군지정 위안소」의 설치를 기획하고 업자에게 여성의 모집을 맡긴 일본해군인 군인은 단 한 사람도 피고인에 포함되어 있지 않다는 것이 이 판결의 한계라는 것을 유의할 필요가 있습니다.

상고는 모두 기각되었다」라고 제가 발견한 판결서의 내용을 요약하여 보고하였습니다. 정부가 내각총리대신 아베신조의 이름으로 이 판결서들의 존재를 처음으로 인정한 것이었습니다. 그 중 같은 참의원의원에 의한 제2회 질문서에 대하여 「참의원의원 후지다 유키히사 제출 '위안부'문제에 관한 재질문에 대한 답변서」(답변서 제116호. 내각참질186. 제116호. 헤이세이 26년 6월 13일 내각총리대신 아베신조)에서 이 판결이 적용된 당시의 형법 제226조와 당시 「제국외」였던 조선에도 적용가능하였다는 것을 인정하였습니다.

피고인들의 범죄에 대하여 법원은 「법률에 비추어 피고인 등의 판시행위는 형법 제226조 제1항, 제60조 제55조(피고인 하루요시에 대하여는 제55조 적용제외)에 해당하여...주문과 같이 판결한다」고 하고 있습니다.

판결의 결론인 이하의 주문은 10명의 피고인들 전원을 유죄로 보고 형법상 4개의 그룹으로 나누고 있습니다. 각 그룹의 형은 ① 징역 3년 6개월(주범 성격의 남성 3인) ② 징역 2년 6개월(여성 2명) ③ 징역 2년(남성 2명)

판결이유 중 중요한 점을 들어 보겠습니다. 이 판결은 다른 장소와 시간에 걸친 공모공동정범의 성립에 관한 중요판례가 되었습니다. 공모의 내용은 진상 규명을 위해서도 중요하기 때문에 판결의 인정단계를 두 단계로 나누어 발췌하겠습니다.

① 제1단계의 공모사실

공모의 개시시점부터 피고인 미노루, 야스타로, 토미오, 그리고 망 이키치간에 영업소의 설치, 여성의 고용, 자금의 제공 등에 관하여 이하와 같은 역할분담 등 기본적인 공모가 성립되기까지입니다.

「피고인 토미오는 쇼와 5년 11월경부터 중화민국 상해에서 그 곳의 고용을 담당하던 부녀를 통하여 동지에서 주둔하는 제국해군 군인을 고객으로 하여 추업에 종사하도록 하였는데, 쇼와 7년 1월 이른바 상해사변의 발발로 많은 수의 제국해군 군인의 주둔하게 되자, 이후 해군지정 위안소라는 명칭 하에서 종래부터의 영업을 확장하고자 하여 지인이던 망 이키치(伊吉)에게 이러한 뜻을 전달하여 동인의 소개에 의해 같은 해 3월 7일 경 상해의 웬루지앙싱여관에서 피고인 미노루, 야스타로 두 명과 면담하여 이와 같은 의도에 대한 찬동을 얻어 피고인 토미오로부터 장소와 기타 설비를 제공받고 이키치와 피고인 미노루 두 명은 해당 영업소의 추업에 종사할 일본 부녀를 일본내지에서부터 고용하여 이송시키는 일을 담당하며 피고인 야스타로는 고용자금을 공급하기로 함께....」

② 제2단계의 공모사실

여성의 고용에 관한 협의한 사실로부터 이하와 같은 판시 제1부터 제7까지의 인정사실에 관한 공모가 성립되게 되었습니다.

「부녀를 고용할 때에 이로써 추업에 종사하게 되는 점을 비밀리에 하여 여급 혹은 하녀라고 기망하여 감언이설로 유혹하여 상해로 이송시킬 것을 협의하고 이키치와 직접 찬동하는 야스타로 등의 뜻을 받아들여 나가사키시의 피고인 야스타로의 처인 피고인 유키노에게 이러한 협의 내용을 통지하여 고용 방법을 알려 주어 유키노가 상피고인 미노루의 처인 피고인 미키와 피고인 조타로 양인에게 알렸고 피고인 미키와 사이에서 실행을 두 사람 사이에서 분담하기로 협의하고 실행하고 피고인 조타로와의 사이에서 전기 야스타로 등과 협의한 방법으로 고용하기로 모의한 장소에서 다시 동월 14일 피고인 야스타로는 나가사키시로 귀로하는 즉

시 동 시내에 있는 자신에게 이사부로와 피고인 미키를 불러 이들과 함께 피고인 유키노 3인에 대하여 위와 같이 상해에서의 협의 결과를 고하여 부녀 이송을 재촉하고 동인들과 찬동한 상피고인 유키노에게 동년 3월 하순경 피고인 하루요시, 토라토시, 그리고 동인을 도와주는 피고인 이치노스케 등 4명에게 오사부로와 피고인 미키에게 동월 14일경 피고인 아키라에게 각자 전기 야스타로 등과 협의 한 방법에 의하여 부녀를 유괴하여 상해에 있는 전기 위안소에 이송할 것을 모의하고, 동인 등도 이에 찬동하여...」

1932년 당시의 초기의 사례인 이 판결의 인정사실로부터 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성산업업자**가 어떤 사람들이었는가, 어떤 의도로 ‘해군지정 위안소’를 설치하였는가, ‘위안소’에서 일하는 여성을 어떻게 모집하였는가를 알 수 있습니다.

이 업자는 일본 내지(나가사키지방)에서 여성을 속여 상해로 납치하여 일단 ‘해군지정 위안소’를 설치하는 데까지는 성공하였지만 이후 단속에 의해 좌절되었습니다. 사법법원에 의해 범죄로서 위법하다고 취급되었던 것입니다. 그렇기 때문에 이 판결은 일본정부와 군에게 일본군 ‘위안소’ 제도 자체를 폐지하고 그 이상의 확장을 단념할 수 있는 계기가 될 수 있었습니다.

그러나, 실제로는 정부는 「나몰라라」하는 태도를 취하며 사실상의 불처벌의 상태로 묵과하였고, 군은 이러한 시설을 설치하는 것을 단념하지 않고 업자로 하여금 여성을 계속하여 동원하게 하여 비밀제도로써 사실상으로는 확대하였던 것입니다.²⁵⁾ 단순히 단속이 심한 내지에서 모집하는 것보다는 군인 총독하에서 단속이 있어도 이를 손쓰기가 쉬운 식민지 지배 하의 조선에서 모집을 확대하였다고 여겨집니다. 조선에서 모집하는 방법도 고노담화가 인정한 것과 마찬가지로, 이 판결이 인정한 것과 같은 기망에 의한 납치방법을 계속 유지하였습니다.²⁶⁾ 중대한 문제점은 일본정부와 군은 이 판결을 정부의 지침으로 삼지 않고 사실상의 불처벌 제도를 만들고 말았다는 것입니다. 이 판결과 경찰, 그리고 검찰까지도 군의 역할까지는 파고들지 않았다는 한계가 있습니다. 그렇다면 **군을 고객으로 하여 상행위에 종사하였던 성산업업자**와 군의 관계라는 것은 어떤 것이었을까요?

(군의 관여를 인정한 1993년 8월 고노담화)

가이후 총리에 이어 미야자와 총리의 시대에도 모토오카의원의 국회활동은 계속되었습니다. 1992년 2월 이래로 저는 유엔 인권기관에서 NGO 활동을 하였

25) 전거서 『보급판』 314-356항을 참조하여 주십시오.

26) 이 점은 일본정부, 연구자 그리고 유엔 NGO와 유엔기관에 의해 다수의 피해자의 증언청취에 관한 연구가 있습니다만, 여기서는 열거하지 않겠습니다. 또한 저도 상당수의 피해자의 증언을 들을 기회가 있었습니다. 그리고 국제법상에서는 여아의 경우 본인이 동의하였다고 하더라도 범죄로서 처벌할 의무가 정부에 있다는 사실을 유의하여야 합니다.

습니다. 그 중간의 활동에 대해서는 생략하도록 하겠습니다. 1993년(헤이세이 5년) 8월 4일 「위안부관계 조사결과발표에 관한 고노 내각관방장관 담화」가²⁷⁾ 공표되었습니다. 아래는 전문만으로 조사결과와²⁸⁾ 함께 그 내용을 살펴본다면 진상규명이 크게 전진하였다고 인정할 수 있을 것입니다.

「이른바 일본군 위안부 문제에 대해서 정부는 재작년 12월부터 조사를 진행해 왔으나, 이번에 그 결과가 정리되었으므로 발표하기로 하였다.

이번 조사 결과, 장기간에, 또한 광범한 지역에 걸쳐 위안소가 설치되어 수많은 위안부가 존재했다는 것이 인정되었다. 위안소는 당시의 군 당국의 요청에 의해 설치·경영된 것이며, 위안소의 설치, 관리 및 위안부의 이송에 관해서는 구 일본군이 직접 혹은 간접적으로 이에 관여하였다. 위안부의 모집에 대해서는, 군의 요청을 받은 업자가 주로 이를 맡았으나, 그 경우에도 감언, 강압에 의하는 등, 본인들의 의사에 반하여 모집된 사례가 많이 있으며, 더욱이 관현 등이 직접 이에 가담하였다는 것이 명확하게 되었다. 또한, 위안소에서의 생활은 강제적인 상태 하에서의 참혹한 것이었다.

또한, 전장에 이송된 위안부의 출신지는, 일본을 제외하면 조선반도가 큰 비중을 차지하고 있었으나, 당시의 조선반도는 일본의 통치 하에 있어, 그 모집, 이송, 관리 등도, 감언, 강압에 의하는 등, 대체로 본인들의 의사에 반해 행하여졌다.

결국, 본건은 당시 군의 관여 하에서, 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 준 문제이다. 정부는 이 기회에, 다시금 그 출신지의 여하를 묻지 않고, 이른바 종군위안부로서 허다한 고통을 경험당하고, 심신에 걸쳐 씻기 어려운 상처를 입은 모든 분들에게 사과와 반성의 마음을 올린다. 또한, 그런 마음을 우리 나라로서 어떻게 나타낼 것인가에 대해서는, 유식자의 의견 등도 구하면서, 앞으로도 진지하게 검토해야 할 것으로 생각한다.

우리는 이런 역사의 사실을 회피하지 않고, 오히려 이것을 역사의 교훈으로서 직시해 가고 싶다. 우리는, 역사 연구, 역사 교육을 통해, 이런 문제를 오랫동안 기억에 남기며, 같은 과오를 결코 반복하지 않겠다는 굳은 결의를 다시금 표명한다.

27) 외무성 홈페이지 <https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/taisen/kono.html> 2019년 12월 28일 열람

28) 저는 이 정부조사가 개시된 시기가 1991년 12월인 것에 주목하여야 한다고 생각합니다. 이것은 1992년 1월 11일에 아시히신문에 보도된 요시미 요시아키(吉見義明)교수의 조사결과(‘위안부’모집에 군이 관여한 군문서 발견에 관한 연구)가 공개된 것보다도 전이었습니다. 이것은 고노담화로 이어진 정부조사는 정부가 독자적으로 개시한 조사·연구로 민간의 조사연구와는 별도로 진행되고 있었다고 생각합니다. 이는 정부조사연구가 민간의 조사연구를 바탕으로 그 위에 덧입혀진 것은 아니라는 뜻으로 이 시기의 정부조사결과와 그것에 기반한 고노담화는 상당정도 신뢰해도 괜찮다는 사실을 시사한다고 생각합니다.

또한, 본 문제에 대해서는, 본국에서 소송이 제기되어 있으며, 또한 국제적으로도 관심이 모여 있으며, 정부로서도, 앞으로도, 민간의 연구를 포함해, 충분히 관심을 기울여 가고 싶다」

여기서 주목해야 하는 것은 고노담화가 「 위안소는 당시의 군 당국의 요청에 의해 설치·경영된 것이며, 위안소의 설치, 관리 및 위안부의 이송에 관해서는 구 일본군이 직접 혹은 간접적으로 이에 관여하였다. 위안부의 모집에 대해서는, 군의 요청을 받은 업자가 주로 이를 맡았으나, 그 경우에도 감언, 강압에 의하는 등, 본인들의 의사에 반하여 모집된 사례가 많이 있으며, 더욱이 관현 등이 직접 이에 가담하였다는 것이 명확하게 되었다」라는 부분입니다. 이것은 군이 전술한 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성산업업자**에 「직접 혹은 간접적으로 이에 관여했다」라는 것을 일본정부가 승인하였다는 것을 나타냅니다.

여기서 말할 수 있는 것은 이하에 서술하는 범죄에 대하여 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성산업업자**와 군과의 사이에는 ① 형사법상의 공모 공동정범의 형사책임을 지는 관계에 있고 ② 민사법상으로는 성산업이라고 하는 상행위에 종사한 것에 대하여 공동불법행위책임을 지는 관계에 있다고 할 수 있습니다.

(법적평가 = 성노예)

앞에서 이야기한 것처럼 저는 1992년 2월 17일에 유엔 NGO의 하나인 국제교육개발(IED)을 대표하여 「‘위안부’와 성노예이다」라고 유엔인권위원회(CHR)에서 발언하며 유엔에 일본과 피해자들 간의 조정을 요청한 일이 있습니다. 그 때부터 다수의 유엔헌장 상의 여러 인권기관들은 일본군 ‘위안부’ 피해자를 인권의 피해자로서 다루어 심의를 하면서 일본군 ‘위안부’제도가 국제관습법상 금지되었던 노예제도에 위반하는 군사적 성노예제(military sexual slavery)였다는 판단을 중층적으로 굳혀 가게 되었습니다.²⁹⁾

그 중에서도 중요한 것은, 앞에서 말한 일본정부 조사결과에 근거하여 나온 1993년 8월 고노담화를 받아들여 유엔의 인권기관들이 나름의 조사를 이어가던 중 이하의 두 가지 중요한 유엔보고서를 공표하였던 사건이라고 할 수 있는데, 저는 이 사건들에 주목해야 한다고 생각합니다.

① 쿠마라스와미 보고서

「전시의 군사적 성노예」 보고서(UNDoc. E/CN.4/1996/53/Add.1)가 1996년 2월 6일 제네바의 유엔 유럽본부에서 공표되었습니다. 이 보고서를 작성한 것은 유엔 인권위원회에 의해 임명된, 여성에 대한 성폭력 문제의 조사를 위한 독립 전문가(특별보고관) 라디카 쿠마라스와미입니다. 「전시의 군사적 성노예」라는 것은 일본군 ‘위안부’를 뜻합니다. 특별보고관이 이렇게 정의를 하였기 때문에 유엔이 출판하는 보고서의 타이틀에 이 단어가 사용되었습니다. 이것은

29) 그 경과와 개요는 전거서 『보급관』을 참조하여 주십시오.

여성에 대한 폭력의 일반적 보고서의 추가문서로서 나온 독립한 보고서(이하 「쿠마라스와미 보고서」)입니다.³⁰⁾

●쿠마라스와미 보고서가 공표되기까지의 경위

이 보고서가 공표되기까지 유엔은 4년간 심의를 하였습니다. 일본군 성노예 문제에 대하여는 유엔 인권위원회 이외의 유엔 기관에서도 많은 논의가 이루어졌습니다. 1994년 3월의 인권위원회에서 이 특별보고관 제도가 만들어졌는데 이 위원회 종료되고, 라디카 쿠마라스와미가 특별보고관으로 임명되었습니다. 임명 직후부터 쿠마라스와미에게는 유엔 인권센터를 통해 일본군 성노예 문제를 포함하여 여성에 대한 폭력에 관한 다양한 정보가 제공되었습니다.

1995년 1월 쿠마라스와미 예비보고서가 공표되면서 ‘위안부’ 문제가 수면에 떠오르기 시작했습니다. 같은 해 2~3월의 UN인권위원회는 이 보고서를 환영하는 결의를 채택하였습니다. 쿠마라스와미는 일본군 성노예 문제에 높은 우선순위를 두고 이 위원회 회기 중에 남·북한 정부 그리고 일본정부와 협의하여 관계정부의 초대를 받게 되었습니다. 같은 해 7월, 특별보고자 쿠마라스와미(UN 인권센터의 2명의 인권 전문가가 동행)의 남·북한정부(평양은 항공기의 지연으로 인해 쿠마라스와미 특별보고자의 방문이 연기됨)와 일본에 대한 공식방문조사가 실현되었습니다.

●쿠마라스와미 보고서의 개요

첫째, 쿠마라스와미 보고서는 ‘위안부’를 ‘군사적 성노예’라고 단정하였다는 점이 매우 중요합니다(I 장 「정의」 참조). 국제법(관습국제법 그리고 그 구체법이라고 할 수 있는 1926년 노예조약 등)은 전쟁 전부터 국제범죄로서의 노예를 금지하여 왔습니다. 일본정부는 베이징(제4회) UN세계여성회의(1995년 9월)가 채택한 행동강령(패러그래프 145에서 전시성노예행위의 가해자를 처벌할 것과 피해자에게 배상하는 것이 원칙임을 확인)에 관하여 이를 존중하지 않았는데 ‘위안부’는 성노예가 아니라는 것을 이유로 삼았습니다.³¹⁾

「일본정부의 입장 - 법적책임」에 관한 VII장에서 여러 국제조약 등을 들어 국제관습법화 된 국제인도법에 일본군이 위반하였다는 것을 명확하게 지적하고 있습니다. UN사무총장의 견해를 비롯하여 일본정부의 법적주장을 엄중하게 비판한 ICJ와 IFOR 등(일변연과 대한변협도 동일한 법적주장을 제출하였습니다) NGO들의 법적 견해를 전면적으로 채용하였습니다. 더 나아가 ‘위안부’에 대한 일본군의 행동을 「인도에 반하는 죄」에 해당하는 범죄라고도 하고 있습니다(패러그래프 113).

둘째, 일본정부는 샌프란시스코 평화조약·양국 간 조약 등으로 해결되었다

30) 특히, 쿠마라스와미 보고서에서 제가 번역한 부분(목차와 권고부분)은 전게서 『보급판』의 부록자료로 실렸습니다. 보고서의 전체번역도 출판되어 있습니다(일본변호사연합회편 『따져 물어 보는 여성의 인권』(고우치서적, 1996), 161-214항).

31) 전게서 『보급판』(제4장 1, 110항, 같은 2, 117항)

는 주장을 반복하였습니다. 그러나 이 보고서는 일본군 성노예문제는 이 조약에 포함되어 있지 않기 때문에 해결되지 않았다는 점을 분명히 하고 있습니다(패러그래프 108), 따라서 일본은 ‘위안부’ 피해 여성 개인에 대하여 국제인도법상 국가로서 법적 그리고 도의적 책임이 있다고 분명히 밝혔습니다(패러그래프 92 등).

셋째, 일본정부는 피해자개인을 국제법상의 권리의무의 주체로 인정하지 않고 개인보상을 거부하였습니다. 이 점에 대하여 이 보고서는 국제인권문서를 증거로 들어 일본정부의 주장을 채용하지 않는 이유를 세세히 기술하였습니다(패러그래프 109~122).

그리고 UN차별방지 소수자보호 소위원회의 인권침해 피해자의 보상 등에 관한 권리에 관한 특별보고관의 최종보고서를 상세히 인용하였습니다. UN의 활동이 중층적으로 발전한 실례로서 주목할 만합니다.

넷째, 일본정부가 만든 「국민기금」에 대하여도 「일본정부의 입장-도의적 책임」에 관한 VIII장에서, 일본정부가 법적책임을 부정한 결과로 만들어진 것이라고 보았습니다. 일본이 도의적 책임감에 대응한 것이라는 점에서는 환영하더라도 「국민기금」의 설립이 일본군 성노예 문제의 해결이 되지는 않는다는 점을 분명히 하였습니다(패러그래프 134).

이러한 법적판단을 이유로 하여 이 보고서는 IX장 「권고」에서 일본정부가 가능한 한 신속하게 행동을 취해야 할 것들을 권고하고 있습니다. 권고의 내용은 6개의 항목에 걸쳐 있는데, 국가로서 법적책임을 인정할 것, 국가로서 피해자에게 보상을 할 것(구체적 방법으로서 UN차별방지 소수자보호 소위원회가 권고하는 것처럼 행정 심사회를 설치할 것을 권고), ‘위안부’의 모집과 제도에 관여한 가해자를 특정하고, 가능한 한 처벌대상으로 취급할 것 등, 일본정부로서는 매우 혹독해 보이는 것들도 있었습니다.

일본정부는 최근까지도 쿠마라스와미 보고서에 대한 부당한 공격을 지속하면서 그 수정을 요구하고 있습니다만 설득력이 없는 주장입니다.³²⁾

② 맥두걸 보고서

1998년 8월 3일부터 4주간 제50회 UN차별방지 소수자보호 소위원회(인권 소위원회)가 개최되었습니다. 12일에 국민기금에 의한 「보상금」 등의 조치는 도의적인 것에 불과해서 일본정부에 법적책임(책임자처벌의무·피해자보상의무)의 이행이 필요하다고 권고한 「제2차 대전중 설치된 ‘위안(부)소’에 관한 일본정부의 법적책임 분석」이라는 제목의 첨부문서(Appendix)(25항)을 포함한 「무력분쟁시의 조직적 강간, 성노예 그 외 노예적 관행」 맥두걸 최종보고서(62항, E/CN.4/Sub.2/1998/13)가³³⁾ 공표되었습니다.

32) 저는 일본정부에 의한 부당한 쿠마라스와미 보고서 공격을 비판하는 논문을 발표한 적이 있습니다. 이를 참조해 주시기 바랍니다. 도츠카 에츠로 「군사적 성노예제도와 UN인권위원회」 『계간전쟁책임연구』 84호(2015년 여름호). 12-29항.

이에 대하여 일본정부는 첨부문서의 수락을 거부하였습니다만(14일 발언), 위원·NGO·그리고 여러 정부들이 압도적으로 이를 지지하여, 21일 인권소위원회는 보고서 전체를 환영하는 결의를 채택하였습니다 (E/CN.4/Sub.2/1998/L.26) (결의1998/18).

이 보고서는 1992년 2월 이후 6년간 NGO가 UN에서 활동한 성과입니다. 인권소위원회는 1993년 8월 차베스위원을 「전시성노예」 특별보고관으로 임명하여, 성노예 문제 등을 연구해 줄 것을 요청하였습니다.³⁴⁾ 그 임무를 게이 맥두걸이 이어 받았습니다.

●맥두걸보고서의 의의

맥두걸보고서는 쿠마라스와미보고서가 이루어 낸 성과를 발판으로 몇 단계 더 발전시켰다고 할 수 있습니다. NGO가 제공한 정보(불처벌을 원인으로 배상받을 권리 등)도 연구하였습니다. 쿠마라스와미 보고서에 대한 일본정부의 반론(UN에서 공표된 반론 논문만이 아니라,³⁵⁾ 「사라진 일본정부문서」에 대하여도 언급하고 있으며, 완벽하게 일본정부의 반론이 설득력이 없다는 것을 논증하고 있습니다.

ILO 29호 강제노동조약에 관해서는 ILO의 1차적 감독권을 고려해서인지, 이 보고서에는 기재되어 있지 않습니다. 그러나 이 보고서는 ILO에도 제공되어 ILO 전문가 위원회에서 논의의 수준을 더욱 진척시켰다고 할 수 있습니다(ILO 전문가 위원회도 마찬가지로 일본정부에 강제노동조약위반의 법적책임이 있다는 견해를 두 차례 공표하였습니다).³⁶⁾

일본정부는 「조약의 항변」을 구실로 「첨부분서의 법해석에 동의할 수 없다」고 하고 있을 뿐입니다. 법적 항변수단(예를 들어, ILO헌장 37조 = 조약의 해석에 관한 이견 그리고 분쟁을 국제사법재판소에 회부하는 방법, 국제사법재판소 규정 65조=국제사법재판소의 권고적 의견을 요청하도록 경제사회이사회에 요구하는 방법 등)이 있음에도 이러한 국제기관의 법적판단에 대한 어떠한 법적 대항수단을 취하고 있지 않습니다. 후술하는 UN인권소위원회 노예제그룹이 권고하고 피해자측이 동의한 상설중재재판소에 의한 국제중재 또한 거부하였습니다.

●맥두걸보고서에 관한 결의

인권소위원회는 21일 맥두걸보고서를 환영하는 결의안 (E/CN.4/Sub.2/L.26)을³⁷⁾ 채택하였습니다(결의 1998/18). 결의문 중 「성노예」(sexual slavery)라는

33) 전문번역은 여성단체 바우넷재팬(VAWW-NET JAPAN)번역(『전시·성폭력을 어떻게 단죄할 것인가 - UN 맥두걸보고서전역』(가이후샤, 1998), 21-121항)에 의해 출판되어 있습니다.

34) 전계서 『보급판』(서장 1항).

35) 전계서 『보급판』(제6장 2, 185항)

36) 전계서 『보급판』(제7장 2, 240항, 같은 장 3, 244항)

37) 도쿄신문=시사 8월 22일부 「일본에 국가배상을 추궁하는 「위안부문제보고서 환영」UN소위가

단어에 주목하여야 합니다. 1992년 2월 UN인권위원회에서 ‘위안부’를 ‘성노예’(sex slaves)라고 표현하였습니다. 이후 NGO는 UN에서 ‘성노예’를 ‘위안부’를 이르는 명사로 사용하게 되었습니다. 1993년 6월 빈 세계인권대회에서 일본 정부는 전시 성폭력에 대한 대응을 「현재」의 침해에만 한정하여야 한다고 주장하였습니다만 회의는 과거를 포함한 「모든」 침해에 대응하여야 한다고 결의하였습니다.³⁸⁾ 1995년 9월 베이징(제4회) UN세계여성회의에서도 UN은 ‘성노예’를 ‘위안부’를 이르는 명사로 사용하였습니다.³⁹⁾ 일본군의 ‘위안부’라고 하는 단어가 피해실태에는 맞지 않는 것이므로 쿠마라스와미 보고서가 군 ‘성노예’라고 하는 단어를 제창하여 UN 용어로서 정착되었습니다. 맥두걸 보고서는 여기서 한 발 더 나아가 무력분쟁시의 조직적 강간에 대한 개념을 포함하여, ‘위안부’와 같은 사례에도 ‘성노예’개념을 적극적으로 확장 적용하여 전시 성폭력이라는 개념으로까지 나아간 것입니다. 이러한 경과로부터 볼 때, 이 결의도 일본군 ‘성노예’를 필두로 한 모든 ‘성노예’에 대한 것이라고 해석할 수 있습니다.

(성노예 피해자의 인권)

이상의 검토에서 분명히 알 수 있는 것은 일본군 ‘위안부’ 피해자의 인권은 성노예 피해자의 인권이라는 점입니다.

2. 1965년 일한청구권협정의 해석론

1965년 6월 22일에 서명한 「일본국과 대한민국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」(일한 청구권협정) 제2조 1항에는 「양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프란시스코 우시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.」고 되어 있습니다. 한국 국민의 일본정부에 대한 청구권에 관한 문제는 「완전 그리고 최종적으로 해결되었다」라고 하는 부분만을 읽으면 「징용공문제」에 대한 2018년 한국 대법원판결은 아베수상이 주장한 것처럼 이 부분을 위반한 것으로 약속위반이라는 주장이 옳은 것이 아닐까 생각하는 사람이 있다는 점도 이상하지는 않아 보입니다. 여기서 어떻게 한국의 대법원판결이 나올 수 있었던 것인지 생각해 보고자 합니다.

(1965년 일한 청구권협정의 문언의 해석)

저는 먼저 대법원판결을 잘 읽어보는 것에서부터 시작하자고 제안해 보고자 합니다. 이를 위해 앞에서 말한 것처럼 2019년 10월에 『징용공문제라는 것은

결의채택」

38) 도츠카 에츠로 「일변연대표단보고·종군‘위안부’문제에 관한 보고」 『자유와 정의』 1993년 11월호, 25~29항.

39) 전게서 『보급관』(제4장 1, 110항).

무엇인가-한국대법원판결이 묻고 있는 것은?』이라는 책을 아카시서적에서 출판하였습니다.

이 책의 제1장을 읽어보시면 아시겠지만, 실은 조약의 문언의 해석은 그렇게 간단하지는 않습니다. 대법원판결을 읽어 보고서야 확실히 알게 되었는데, 판결은 조약해석의 원칙에서 설명을 시작하고 있습니다. 그러한 해석의 방법은 국제적으로 상식이 되어 있는 것으로 대법원이 1965년 일한 청구권협정을 무시하고 있다고는 할 수 없습니다. 좀 더 잘 읽어 본다면 아베수상이 말한 것과 같이 「비상식」적인 것은 아니라는 것을 알 수 있습니다(같은 책 제1장 참조).

이 책의 제2장에서 「일한 청구권협정에서 종결된 것과 종결되지 않은 것」을 검토하였습니다. 2018년 대법원판결은 「반인도적인 불법행위를 전제로 하는 강제동원」 피해자의 위자료청구권은 신체 그리고 생명에 대한 권리와 마찬가지로 종결되지 않았다는 결론을 도출하였습니다. 이 과정에서 아베수상의 「징용공문제」에 대한 주장이 일본군 「위안부」문제에 대해 일본정부가 UN에서 늘 주장하던 「조약의 항변」과 같은 것이었다는 사실을 알게 되었습니다. 저는 일본정부의 「조약의 항변」을 비판하면서 그 잘못에 관한 의견서를(2009년 4월 4일) 한국헌법재판소에 제출한 때부터 그 내용을 상세히 소개하여 왔습니다.

저는 전술한 쿠마라스와미 보고서 그리고 맥두걸 보고서를 포함해 1965년 일한청구권협정의 문언을 해석하여 노예 피해자인 일본군 ‘위안부’피해자의 일본정부에 대한 권리는 소멸하지 않았다고 결론을 내었습니다. 여기서 상세하게 쓰지는 않겠습니다만, 위 책의 제2장을 참조해 주시기 바랍니다. 그 내용 그대로 인용하였으면 합니다.

3. 조약에 의해 인권을 소멸시킬 수 있는가?

(1999년 UN인권 소위원회 결의)

저는 위 책 제2장(112-113항) 이하에서 다음과 같이 쓴 적이 있습니다. 이것은 1965년 일한 청구권협정의 문언해석의 문제를 뛰어 넘는 것입니다. 여기서 특별히 설명을 조금 덧붙여 두겠습니다.

「매우 중요한 점인데, 1999년 8월 26일 『맥두걸 보고서』 등의 축적된 연구를 기반으로 하여 일본군 성노예 문제 등을 둘러싸고 격렬한 논의를 전개하였던 UN인권소위원회는 조직적 강간, 성노예, 노예적 관행에 관하여 피해자 개인과 국가의 권리와 의무를 평화조약이나 협정 등의 수단으로 국제법상 소멸시키는 것이 가능하지 않다는 점을 유의하라는 결의를⁴⁰⁾ 채택(15대2, 기권 5)하였습

40) Sub-Commission resolution 1999/16 on Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices. “13. Notes that the rights and obligations of States and individuals with respect to the violations referred to in the present resolution cannot, as a matter of international law, be extinguished by peace treaty, peace agreement, amnesty or by any other means.”

니다. UN의 인권기관이자 독립적인 전문가 패널이 이러한 법적 원칙에 유의할 것을 상기해 준 것은 매우 중요하다고 생각합니다]

이것은 1998년 앞에서 서술한 맥두걸 보고서가 심의되었던 시기에 일본정부가 샌프란시스코 평화조약 그리고 양국 간 협정에 의해 전쟁에 관한 여러 문제가 해결되었다는 「조약의 항변」을 주장하면서 맥두걸 보고서의 권고를 거절한 것에 대응하기 위해, 그 다음 해(1999년)에 UN인권소위원회가 답변하면서 일본정부의 「조약의 항변」을 비판하였다고 볼 수 있습니다..

왜 UN인권소위원회가 이러한 결의를 하였는가는 차지고, 저는 최근의 국제회의에서⁴¹⁾ 이 결의 요지를 다음과 같이 설명한 적이 있습니다.

(강행규범 - *jus cogens*)

아베수상은 국가와의 조약을 만능시하여 조약에 의해 국가는 어떠한 약속도 할 수 있다고 생각하며, 샌프란시스코 평화조약에 기반한 1965년 일한 청구권 협정에서 노예 그리고 강제노동 피해자의 인권까지도 박탈할 수 있었다고 주장하고 있습니다. 아베수상은 국가와 국가 간의 조약이 만능이 아니고, 조약 체결로도 불가능한 것이 있다는 국제법상의 원칙(강행규범의 법리)가 있다는 것을 모르고 있는 것 같습니다.

국가도 국가 간의 조약도 만능이 아닙니다. 강행규범(국제법상의 강행규범)을 어길 수는 없습니다. 이것은 국내법으로는 모든 나라가 받아들이고 있는 공서양속의 원칙(일본법에서는 민법 제90조)에 해당하는 것입니다. 조약법에 관한 빈조약 제53조의 규정에서도 강행규범에 위반한 조약은 무효라는 법리를 확인하고 있습니다. 해당 조항의 「어떠한 일탈도 허용되지 않는 규범」은 이 조약이 성립되기 전부터 존재하는 것이라는 사실을 주의해야 합니다. 예를 들어 무력행사를 금하는 UN헌장의 규정, 해적의 금지, 노예약취·유인의 금지, 국제법상의 범죄⁴²⁾ 등이 이에 해당하는 것으로 이미 예전부터 이러한 국제법상의 강행법규로부터 일탈하는 조약을 체결하는 것은 불가능하다는 원칙이 존재했었던 것입니다. UN 국제법위원회의 심의에서는 보편적 인권도 이에 해당한다는 지적까지도 있었습니다. 무엇이 강행규범인가는 판례가 축적되면서 확인될 것입니다. 이러한 국제법상의 강행규범의 존재에 대하여는 세계적으로 인정받는 국제법학에서 권위를 지닌 학설을⁴³⁾ 통해서도 충분히 알 수 있는 것입니다.

[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.SUB.2.RES.1999.16.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.SUB.2.RES.1999.16.En?Opendocument) visited on 26/3/2009.

41) Supra. “The Issue of Japan’s Forced Mobilization and International Law - Can peace treaties extinguish human rights? -”.

42) ILO전문가위원회는 권고를 통해 일본군 ‘위안부’를 성노예피해자로서 ILO29호 강제노동조약(1930년)에 위반하였다는 사실을 인정하였습니다. 전게서 『보급판』(제7장, 230-254항), 동조약상 일본정부에게는 처벌의무가 있습니다.

43) ①Robert Jennings and Arthur Watts, (eds.), *Oppenheim’s International Law Ninth Edition* Vol. 1 Peace Parts 2 to 4, Longman, 1996, pp. 1292-1293. ②Robert Jennings and Arthur Watts, (eds.), *Oppenheim’s International Law Ninth Edition* Vol. 1 Peace Introduction

따라서 샌프란시스코 평화조약에 기반한 1965년 일한 청구권협정에 의해서도 노예 그리고 강제노동 피해자인 일본군 '위안부' 피해자의 인권을 소멸시키는 일도 일본정부의 의무를 제거하는 일도 불가능합니다.

4. 결론

따라서 원고들 일본군 '위안부' 피해자의 인권은 샌프란시스코 평화조약에 기반한 1965년 일한 청구권협정에 의해 소멸되지 않았습니다.

- ① 제2의 문제 : 원고들 일본군 ‘위안부’피해자가 인권의 회복을 구하기 위해 일본정부를 피고로 하는 소를 제기하여 취원에 계속 중인 이 민사사건(2016가합580239)에 대하여 주권면제를 적용할 수 있는가?

1. 주권면제의 법리에 대하여

저는 국제법상의 주권면제의 법리에 대하여 특별히 연구를 해 왔던 것은 아니기 때문에 이에 대하여 논술하는 것은 적절하지 않다고 생각합니다. 저의 경험에서 나온 어떠한 사실이 취원의 판단에 참고가 될 수 있을까를 생각하던 중 필요한 범위 내에서 참조한 약간의 자료를 위주로⁴⁴⁾ 설명하는 정도에 그치겠습니다.

2. 일본군 ‘위안부’제도와 일본군의 관계를 어떻게 이해하여야 할 것인가?

제1의 문제, 「1. 일본군 ‘위안부’피해자의 인권」의 항에서 자세히 설명한 것처럼 군을 고객으로 하는 상행위에 종사하였던 성산업업자와 군 간에는 ① 일본의 형사법상 공모공동정범의 형사책임을 지는 관계에 있고, ② 일본의 민사법상으로는 함께 성산업이라는 상행위에 종사하였던 사실에서 공동불법행위의 책임을 지는 관계에 있다고 할 수 있습니다.

군과 성산업업자는 공동으로 성산업이라는 상행위에 종사하였기 때문에, 군이 ‘위안소’경영에 관여한 행위는 “*acta jure gestionis*” 즉, 상업적 행위에 종사한 것이라고 할 수 있습니다.

따라서, 군의 ‘위안소’경영에의 관여행위는 국가주권면제를 주장할 수 있는 “*acta jure imperii*” 즉, 공법적 행위가 아닌 것입니다. 이는 일본정부가 일본군 ‘위안부’를 노예로 삼은 ‘위안소’의 설치에 대한 어떠한 법적근거도 찾지 못하고 있다는 사실을⁴⁵⁾ 통해서도 확인할 수 있습니다.

3. 일본군 ‘위안부’피해자의 피해의 성격은 어떤 것인가?

일본군 ‘위안부’피해자의 피해는 제1의 문제, 「1. 일본군 ‘위안부’피해자의 인권」의 항에서 상세히 서술하였습니다. 특히, 피해에 대해서는 1993년 8월 고노담화가 「위안부의 모집에 대해서는, 군의 요청을 받은 업자가 주로 이를

44) ①Oppenheim's International Law Ninth Edition Vol. 1 Peace Introduction and Part 1, Longman, 1996, pp. 355-363. ②Duhaime's Law Dictionary, Jure Imperii Definition: Related Terms: Jure Gestionis. Also known as acta jure imperii, the imperial, public acts of the government of a state. Often distinguished from juregestionis, the commercial activities of a state. <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/J/JureImperii.aspx> visited on Nov. 23, 2019. ③후지다 히사가즈(藤田久一)『국제법강의 I 국가·국제사회』(도쿄대학 출판사, 1992).348-355항

45) 전게 주 22 중 「참의원의원 후지다 유키히사 제출 ‘위안부’문제에 관한 질문에 대한 답변서」는 「앞의 답변서(헤이세이 26년 5월 20일 내각참질 186 제97호)의 2부터 5까지 그리고 7에서 답변한 것처럼, 헤이세이 4년 7월 6일 그리고 헤이세이 5년 8월 4일에 발표한 위안부문제의 조사결과에 대하여 위안부 그리고 위안소의 법규상의 위치에 대하여는 명백히 밝혀져 있지 않아 질의에 답변하는 것이 곤란하다」라고 아베수상이 답변하였습니다.

말았으나, 그 경우에도 감언, 강압에 의하는 등, 본인들의 의사에 반하여 모집된 사례가 많이 있으며, 더욱이 관현 등이 직접 이에 가담하였다는 것이 명확하게 되었다. 또한, 위안소에서의 생활은 강제적인 상태 하에서의 참혹한 것이었다.

또한, 전장에 이송된 위안부의 출신지는, 일본을 제외하면 조선반도가 큰 비중을 차지하고 있었으나, 당시의 조선반도는 우리 나라의 통치 하에 있어, 그 모집, 이송, 관리 등도, 감언, 강압에 의하는 등, 대체로 본인들의 의사에 반해 행하여졌다.

결국, 본건은 당시 군의 관여 하에서, 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 준 문제이다. 정부는 이 기회에, 다시금 그 출신지의 여하를 묻지 않고, 이른바 종군위안부로서 허다한 고통을 경험당하고, 심신에 걸쳐 씻기 어려운 상처를 입은 모든 분들께 사과와 반성의 마음을 올린다.」라고 서술한대로입니다.

개별 피해자가 입은 피해의 내용은 각각 다른데 그렇다면 고노담화가 인정하는 위와 같은 피해는 법적으로 어떻게 평가해야 하는 것일까요?

일본법상으로는 조선에서 동원된 대부분의 피해자의 대하여 전술한 1936년 나가사키지방법원 판결이 평가한 것처럼 형법 제226조 1항 2항에 위반하는 범죄가 성립된다고 할 수 있습니다. 앞의 2번 주의 내용처럼 판결들이 적용한 당시의 형법 제226조는 당시「제국외」인 조선에서도 적용가능했다고 아베총리가 인정했다는 것을 유의하여야 할 것입니다.

국제법상 일본군 ‘위안부’피해자는 이하와 같은 위법행위의 피해자라고 할 수 있습니다.⁴⁶⁾ 즉, 다음의 국제법에 위반했다고 생각합니다. ●국제인도법(헤이그규칙·1929년 제네바조약·인도에 반하는 죄 ●「추업」관계 2조약,●1926년 노예조약이 인정한 관습국제법인 노예거래의 금지 ●ILO 29호 강제노동에 관한 조약(1930년).

관습국제법에 대하여 2가지 중요한 법적검토 결과를 추가하겠습니다.

첫째, 일본정부가 당시 노예의 금지가 관습국제법이었다는 것을 부인하는 것을⁴⁷⁾ 어떻게 볼 것인가 하는 문제입니다. 분명 일본은 1926년 노예조약을 비준하지는 않았습니다. 그러나 1926년의 노예조약은 노예거래의 금지를 확인한 것이라는 점을 국제법률가위원회(ICJ)도,⁴⁸⁾ 앞의 일변연의 제언에서도, 쿠마라

46) 제 의견의 상세한 내용은 전게서 『보급판』(마지막 장 「국제법상의 책임」, 288-302항).

47) 전게서 『보급판』(제6장, 183-186항)에 기재하였듯이 UN인권위원회에 일단은 제출되었던 「사라진 문서 ‘일본정부의 견해’」는 노예의 금지가 국제관습법이라는 점을 부인하며 쿠마라스와미 보고서를 거부할 것을 UN인권위원회에 요청하였습니다. 그러나 지금도 이 문서의 존재자체를 일본정부는 부인하고 있습니다.

48) 국제법률가위원회편·사단법인자유인권협회/일본의 전쟁책임자료 센타역 『국제법에서 본 「종군위안부」문제』(아카시서점, 1995) 179~182항.

스와미 보고서에서도, 맥두걸 보고서도 마찬가지로 똑같이 분석하고 있습니다. 이를 부인한 것은 일본정부뿐입니다.

중요한 중재 재판례를 여기서 들어 두겠습니다. 마리아 루스호 사건에서 일본정부는 1872년(메이지5년) 7월 9일 요코하마항에 입항한 페루선박에 타고 있던 중국인 인부를 노예 피해자라고 보아 풀어주었습니다. 페루정부는 이에 항의하여 중재재판에 가게 되었는데 이는 일본이 처음으로 겪게 되는 중재재판(중재재판관은 러시아 황제)이었고, 이 중재재판에서 이 사건 국제분쟁이 해결되었습니다. 결과적으로 일본은 1875년(메이지 8년) 6월 10일의 중재재판소에서 페루에 승소하였습니다.⁴⁹⁾ 일본은 메이지시대 초반(1870년대)에 이미 노예거래의 금지를 관습국제법으로 실제 국제적 사건에서 적용한 국제관행이 있었다는 점과,⁵⁰⁾ 이것을 국제사회에 표명하고 지지받았다는 사실을 염두에 두어야 합니다. 에스토펠의 원리에 비추어 보았을 때 1930년대에 그것이 관습국제법이 아니었다고 지금에 와서 주장하는 것은 허용될 수 없습니다.

둘째, 일본에 의한 한반도의 지배의 불법성에도 문제점이 있습니다. 저는 앞(주10번)에서 2019년에 2편의 저술을 출판한⁵¹⁾ 적이 있다고 하였는데, 그 두 책에서 **일본에 의한 한국의 식민지배는 국제법상 불법이었다**는 연구성과를 발표하였습니다. 그 상세한 내용까지는 여기서 서술하지 않겠습니다만, 일본군 ‘위안부’ 피해자는 이러한 상황에서 한반도에 살고 있다가 **군을 고객으로 하는 상행위에 종사하는 성산업자와 군에 의하여** 납치되어 인신의 자유를 빼앗기고 노예가 되었습니다. 1919년 3월 1일의 독립선언으로 상해에 임시정부를 수립한 대한민국이 전후 실효적지배를 확립한 후에 일본에 의한 불법적인 강제적 무력점령 하에서 일본에 의해 저질러진 한국인의 인신에 대한 만국공통의 범죄로 인하여 피해를 입었다고 할 수 있습니다. 그럼에도 불구하고 이를 불처벌하는 상태로 방치하는 것은 국제질서를 확립하기 위해서라도 허용되어서는 안 되는 것이 아닐까요? 이는 현재의 대한민국의 사법기관의 관할 하에 있는 지역에서 범죄가 저질러져 피해가 발생한 것이라고 할 것입니다. 이는 피고 일본의 군이 업자들과 함께 실행한 상행위에 의한 노예화라는 불법행위에 의해 일어난 일입니다.

따라서 저는 위원에게 이러한 노예라는 피해를 입은 피해자들의 청구에 대하여 공정한 재판을 행하여 진상과 법적책임의 소재를 확인하여 하는 책임과 의무가 있다고 믿고 있습니다. 이를 일본이 거부하였던 것도, 범행지에서의 재판관할권을 가지는 위원이 인신의 피해라는 불법행위에 대하여 그 의무를 해태하는 것도 만국의 정의를 부정하는 것이 될 것입니다.

4. 이 사건이전 모든 일본군 ‘위안부’ 피해자의 구제수단이 왜 다하고 만 것인가?

49) 마쓰이 요시로우(松井芳郎)편집대표 『판례국제법(제2판)』(토우신토우, 2006), 676-678항

50) 이 과정에서 창기해방령이 나왔습니다만, 이 점에 관한 상세한 서술은 생략하겠습니다

51) 전게서 ① 『징용공문제란 무엇인가?』 ② 『역사인식과 일한 ‘화해’의 길』

세계인권선언 8조는 「 모든 사람은...권한을 지닌 국내재판소에 의해 효과적으로 구제를 받을 권리를 가지고 있다」라고 정하고 있습니다. 일본과 한국이 모두 비준한 자유권규약 14조 1항은 「 공정한 재판을 받을 권리」를 보장하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 일본군 ‘위안부’ 피해자는 그러한 구제수단을 빼앗겨 버렸습니다.

저는 일본군 ‘위안부’ 피해자를 위하여 일본의 국내법원에 의한 실효적 구제의 길을 찾아보고자 UN 헌장상의 구제수단을 활용하려는 노력을 한 적이 있습니다. 그러한 구제수단에 대한 연구를 통해 두 가지 실효적 구제의 길을 발견할 수 있었습니다.

(현대 노예제 워킹그룹의 권고 = 상설중재재판소)

1994년UN·현대노예제 워킹그룹에서 저는 IFOR(국제화우회)를 대표하여 상설중재재판소(PCA)의 절차 등에 관한 정보를 제출하여, 「 일본군 ‘위안부’문제와 같은 국가와 피해자 개인 간의 국제분쟁의 해결을 위하여 헤이그 상설중재재판소를 이용할 수 있다. 일본정부는 피해자가 요구하는 경우 상설중재재판소에 의한 분쟁해결에 동의하여야 한다」고 지적한 적이 있습니다.⁵²⁾

그때까지 UN은 일본군 ‘위안부’·강제연행 등에 관한 정보를 입수하면 대체로 다음의 두 가지 대응을 해 왔습니다. 첫째는 관련연구를 하고 있는 적당한 특별보고관에게 정보를 보내어 검토를 요청하는 것입니다(1992년·1993년의 현대 노예제작업부분). 두 번째는 「 전시 노예제의 연구」를 수행할 특별보고관을 임명하는 결의를 채택(1993년의 인권소위원회)하는 조치를 취하는 것입니다. 양자 모두 주로는 문제의 연구에 그 중점이 있다고 할 수 있습니다.

그러나, 앞에서 말씀드린 IFOR의 주장은 연구에서 한걸음 더 나아가 「 어떠한 방법으로 조기에 공정하고 최종적으로 분쟁해결을 가능케 할 수 있는가?」라는 관점에서 나온 것이었습니다. 일반적 연구를 넘어서 제안할 수 있는 분쟁해결의 방법과 구제절차를 연구의 결과로서 찾아 이를 구체적으로 제기하였던 것입니다. 그렇기 때문에 UN이 이러한 새로운 구체적 제안에 응하여 어떠한 조치를 취할 것인가가 매우 주목받는 상황이었습니다. 만약 적극적으로 제안을 받아들인다면 앞으로의 UN 심의가 크게 전진할 가능성이 있다고 예상할 수 있었습니다.

이 문제에 대하여 권고제안을 심의하던 중 위원 중의 한 사람이 원안 수정을 제안하였습니다. 하나의 문단을 2개로 나누고 문언을 조금 바꾸는 것이었습니다. 수정의 필요로 인하여 전문이 읽혀졌습니다. 원안은 제안대로 채택되었습니다. 권고내용은 다음과 같습니다.

「 어떠한 사항이라도 당사자가 중재에 회부하기를 희망한다면, 여러 노예제 형태를 포함하는 인권침해의 피해자 그리고 국가는 상설중재재판소를 이용할 수 있다는 정보를 환영한다」 「 인권침해, 특히 노예제관행의 피해자를 원조하는

52) 전게서 《보급판》(제1장, 33-34항)

하나의 방법으로 상설중재재판소의 관할권에 관하여 임의 중재회부를 위하여 합의할 수 있다는 점에 대하여 관계당사자들의 주의를 환기한다」라고 하였습니다.

이러한 권고는⁵³⁾ 인권소위원회의 5인 위원에 의한 워킹그룹에서 나온 것이었으므로 1994년 8월 인권소위원회에서 중시되었을 것이라는 의심의 여지가 없습니다. UN 특별보고관 1인의 제안보다 그 무게감이 있었다고 할 것입니다. 앞으로 해결방법에 관한 논의가 이루어질 때마다 UN 관계자들은 이 점을 출발점으로 논의를 시작하게 되었다라고 할 수 있습니다.

이러한 UN의 권고에 대하여 정대협과 일본군 ‘위안부’ 피해자는 곧 UN 현대노예제 워킹그룹의 권고를 수락한다는 뜻을 표명하였기 때문에 이를 지원하기 위하여 일본에서 「‘위안부’문제의 국제중재를 추진하는 변호단」(59명의 일본 변호사가 참가)이 결성되었습니다. 이 변호단은 1994년 11월 22일 신청인 정대협 그리고 강덕경 외 7명의 ‘위안부’를 대리하여 사무국장 스즈키 히로시(鈴木宏)외 7명의 변호사가 일본정부 내각총리대신에게 내각 외정심의실을 통하여 신청인과 일본정부간의 ‘종군위안부’문제의 법적책임 그리고 배상의무 유무에 대하여 상설중재재판소의 중재판정에 따른다는 합의를 할 수 있도록 하여, 이 문제를 중재에 의하여 해결될 수 있도록 시도하였습니다.⁵⁴⁾

이에 이르기까지 경과를 설명하겠습니다. 저는 일본의 법원에서 이 문제에 관한 공정한 해결을 실현할 가능성이 있다는 데에 대해서는 전혀 자신이 없었습니다. 그 이유는 이미 앞에서 기술한 바와 같습니다. 그렇다면 다른 공정하고 신속하게 이 문제의 해결을 가능케 할 방법이 없을까라는 생각을 늘 하고 있었습니다만, 국제사법재판소는 국가 간의 법적분쟁의 해결만을 다루는 기간이었습니다. 그런데 오랜 역사를 지니는 상설중재재판소(PCA)를 국가와 국가가 아닌

53) “The Working Group on Contemporary Forms of Slavery, Noting the information received concerning the sexual exploitation of women, as well as other forms of forced labour, during wartime, Taking note of Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities resolution 1993/24 of 25 August 1993 on slavery and slavery-like practices during wartime, ... 3. Welcomes the information that the Permanent Court of Arbitration is available to victims of violations of human rights, including various forms of slavery, and to States, should the parties wish to submit any matters to arbitration; 4. Draws the attention of the parties concerned to the possibilities of making agreements on voluntary submission to the jurisdiction of the Permanent Court of Arbitration as a way of assisting victims of violations of human rights, in particular practices akin to slavery;” See: UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/33, 23 June 1994 Report of the Working Group on Contemporary Forms of Slavery on its nineteenth session.

<https://digitalibrary.un.org/record/226628?ln=en> Visited on Nov. 25, 2019.

54) ① ‘위안부’문제의 국제중재를 추진하는 변호단에 의해 1994년 11월 22일자 ‘종군위안부’문제의 국제중재 합의 요청에 관한 기자회견의 요지 ② 한국에서는 1994년 11월 30일자 한겨레신문(3면)에서 보도되었습니다. ③ 저는 헤이세이 6년 11월 17일자로 정대협 공동대표 3인과 ‘위안부’ 피해자 11명에 의한 스즈키 히로시 외 8명의 일본변호사 그리고 박원순 외 9명의 한국변호사에 대한 위임장 신청서 그리고(별지) 중재합의서를 보관하고 있습니다.

피해자간의 법적분쟁 해결에 활용가능하다는 것을 알고 「이 외에는 피해자도 일본정부도 받아들일만한 가능한 방법은 있을 수 없다」고 확신하게 되었습니다.

그런데 UN에 제안하는 것은 피해자와 정대협 등의 지원자들의 동의가 없이 진행할 수는 없었습니다. 피해자 측의 사전승낙을 얻지 않으면 제가 먼저 UN에 제안을 하여도 좌절되고 말 것이었기 때문입니다. 그래서 PCA에 의한 해결에 대해 어떻게 생각하는지를 정대협과 피해자 지원단체에 타진해 보았습니다. 그 때 정대협으로부터 받은 질문은 「피해자들이 승소할 수 있다고 생각하는가?」라는 것이었는데 이는 답변하기 곤란한 것이었습니다. 「PCA는 중립적 입장에서 판단할 것이기 때문에 일본의 법원보다는 훨씬 더 공정한 판단을 해 줄 것이라고 기대한다. 그러나 중재도 재판이기 때문에 사전에 승패는 알 수 없다. 단지 다른 공정하고 실효적인 구제의 방법을 발견하기 어렵다. 패소의 위험을 각오하고 진행할 수밖에 없다고 생각한다」고 답변하였습니다. 그러한 상황이었음에도 UN의 권고를 수락하여 준 정대협과 ‘위안부’ 분들에게는 지금도 감사하고 있습니다.

그러나, 1995년 1월 24일 일본정부는 피해자를 대리하여 ‘위안부’ 문제를 국제중재재판소에 회부하여 해결할 것을 요구한 변호단에게 정식으로 그 요구를 거부하는 답변을 하여 왔습니다. 그 이유는 단지 「조약으로 해결되었다」라는 것뿐으로 어떠한 논리적인 내용도 없었습니다. 조약으로 해결되었는지 여부도 중재재판에서 해결하여야 할 법률문제이므로 거부의 이유가 될 수 없습니다.⁵⁵⁾ 이로 인하여 피해자도 일본정부도 가장 합리적이며 공정 그리고 신속하며 실효적으로 이 문제를 해결할 수 있는 기회를 잃어버리게 되었습니다. 국제적으로는 「중재재판을 거부하는 것은 일본정부·외무성의 법적입장이 무너질 수 있다는 것과 함께 승소의 가능성이 없기 때문이다」라고 받아들여 질 것이었습니다.

PCA에서의 공정한 구제수단은 정의에 부합하는 것이었습니다. 이를 제안한 UN의 권고를 승패를 알 수 없는 피해자 측도 수락하였습니다. 게다가 UN의 권고를 구체화하기 위한 절차까지 피해자 측이 진행하였습니다. **이러한 UN의 권고를 실현하는 길을 이미 무너진 「조약의 항변」이라는 구실을 들어 막아 버린 것은 일본정부였습니다.**

일본정부가 UN권고를 수락하는 것을 거절한 1995년 1월 24일 당시의 일입니다. 일변연이 『『종군위안부'문제에 관한 제언』⁵⁶⁾을 이사회에서 채택하였는데 그 중에는 ‘위안부’문제해결을 위하여 진상규명, 공적사죄, 피해자개인에 대한 배상, 철저한 역사교육 등과 함께 상설중재재판소의 이용까지 함께 제언하였습니다. 그리고 이 일변연의 제언에 포함된 피해자개인에 대한 배상은 입법에 의하여야 한다고 제언하였습니다.

55) 전게서 『보급관』(제3장, 90-91항)

56) 전게서 『추궁당하는 여성의 인권』

(UN 인권소위원회권고=행정 심사회의 설치)

1995년 8월 UN 인권소위원회는 ‘위안부’문제(그 외의 노예유형 행위를 포함하여)에 대하여 처음으로 일본을 지목하며 일본정부가 발족한 민간모금을 위한 민간기금 중심의 대책을 「불충분」하다고 비판하였고, 이 문제의 해결을 위하여 「행정심사기관」을 설치할 것을 요구하고, 더 나아가 1994년 현대노예제 워킹그룹이 권고한 국제중재재판의 이용을 시사하며 해결의 방안을 처음으로 제안하였습니다.⁵⁷⁾

●1995년 8월 인권소위원회에서 무엇이 결의되었는가?

제47회 차별방지 소수자보호 소위원회의 일본군 ‘위안부’관련 2결의(의제 15 현대노예제)가 채택된 것은 1995년 8월 18일의 일입니다. 그 중의 하나인 현대노예제 워킹그룹 보고서 (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/L.26) 관한 결의안에 주목하여야 합니다. 이것은 사소한 수정이 있었을 뿐, 컨센서스를 얻어 무투표로 채택되어 인권소위원회 결의(1995/16)가 되었습니다. 일본정부에 대한 외교사령(민간기금설립 등의 정보를 「해결의 방향으로 나아가는 유익한 단계」로 환영하였지만 「해결」이라고는 할 수 없다)에 대하여 기술하면서(패러그래프 39), 인권소위원회는 이를 충분한 해결이라고 보지는 않는다며 이하의 구체적 행동을 취하였습니다.

① 전쟁범죄자에 대한 처벌문제에 대하여 「인권침해자의 불처벌 문제에 관한 특별보고관」에게 연구를 요청할 것(패러그래프 38) ② 일본국에 의한 보상문제에 관해 일본에게 신속한 행정 심사회를 설치하는 것이 해결책이 될 것이라는 취지의 권고를 하고, 또한 94년의 현대노예제 워킹그룹의 권고 중 특히 상설중재재판소에 의한 해결에 대하여 당사자쌍방의 주의를 환기시켰습니다.⁵⁸⁾

57) 전개서 『보급판』(제5장, 141-148항)

58) The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, ...

IX. MISCELLANEOUS

“38. Decides to transmit the information received concerning the sexual exploitation of women and other forms of forced labour during wartime to the Special Rapporteurs on the question of impunity of perpetrators of violations of human rights, and recommends that the Special Rapporteurs take into consideration the information on this question received by the Working Group during its twentieth session; 39. Welcomes the information provided by the Government of Japan to the Working Group and to the Sub-Commission at its forty-seventh session regarding its action in relation to the issue of women sex slaves during the Second World War, seeing those measures as useful steps towards the solution of outstanding complaints regarding activities of Japanese military forces before September 1945;

40. Considers that the prompt establishment of a Japanese administrative tribunal to deal with persons who suffered maltreatment, in particular subjection to treatment akin to slavery, would effectively settle such grievances; 41. Recalls the recommendations adopted by the Working Group at its nineteenth session (E/CN.4/Sub.2/1994/33, chap. VI), in particular recommendation 13, paragraphs 1 to 4, and draws the attention of the parties concerned to the possibility of making

이 결의내용은 ICJ(국제법률가 위원회)의 권고와⁵⁹⁾ 매우 흡사한 것으로, UN 인권회의가 정식으로 처음 결정하였기 때문에 일본은 진지하게 대응하여야 할 필요가 있었습니다. 일본군 ‘위안부’ 피해자에 대한 보상을 위하여 행정 심사회를 설치할 것을 일본정부에 요청하였지만 일본정부는 「조약의 항변」을 이유로 국가가 피해자에게 보상하는 입법을 강하게 반대하였습니다. 결국 국회의원이 의원입법을 하여 국회에 의한 해결을 간구해 보는 방법 외에는 없었습니다. 모토오카 쇼지 참의원 의원을 중심으로 한 국회의원들과 「‘위안부’문제의 입법해결을 간구하는 모임」⁶⁰⁾ 등의 시민단체가 UN 권고의 실현을 위하여 성실하게 입법운동을 추진하게 되었습니다.

국회 내에서도 곤란한 점이 있었습니다. 「조약의 항변」을 돌파할 필요가 있었던 것입니다. 「조약의 항변」을 이유로 「입법으로 해결하는 것은 불가능하다」라고 주장하는 정부·국회(보수파) 관계자들은 국가보상을 위한 입법운동을 하는 것 자체가 1965년 일한 청구권협정에 위반하는 것이라고 주장하였습니다. 이러한 입법행위는 조약을 준수하여야 하는 국가공무원인 국회의원의 헌법상의 의무에 위반하는 것으로 입법행위가 헌법위반이 된다는 논리를 방패삼아 의원 입법의 시도 자체를 저지하려 하였습니다. 이러한 두 가지 어려운 과제를 해결하기 위하여 모토오카 쇼지 참의원 의원을 중심으로 한 국회의원들과 함께 입법운동을 조직한 시민들은 5년간이나 고심하며 애를 먹어야 했습니다.⁶¹⁾

그런데 1999년 9월 8일, 모토오카 쇼지 참의원 의원이 노나카 관방장관에게 국회질문을 하던 중 의원입법에 의한 보상 법안이 조약위반도 헌법위반도 아니

agreements onvoluntary submission to a settlement mechanism;" E/CN.4/1996/2E/CN.4/Sub.2/1995/51 page 47, Resolution 1995/16. Report of the Working Group onContemporary Forms of Slavery.

In: UN Doc. E/CN.4/1996/2E/CN.4/Sub.2/1995/51 23 October 1995, REPORT OF THE SUB-COMMISSION ONPREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES ON ITS FORTY-SEVENTHSESSION<https://digitallibrary.un.org/record/190836?ln=en>Visited on Nov. 25, 2019.

59) 전게서 《국제법에서 본 ‘종군위안부’문제》

60) 1996년 12월에 「‘위안부’문제의 입법해결을 간구하는 모임(회장 즈치야 고우켄-土屋公献- 부회장 아라이 신이치-荒井信- 스루가대학 교수, 사무국 연락처 아리미츠 켄-有光健-)이 결성되었습니다.

61) ①도츠카 에츠로 「일본군 성노예 문제의 입법해결을 위한 제안-전시 성폭행 피해자 문제해결 촉진법안의 실현을 위하여(그 첫 번째)」 《류코쿠법학-龍谷法学》 41권 제2호, 2008년 8월 287-317호

②도츠카 에츠로 「일본군 성노예 문제의 입법해결을 위한 제안-전시 성폭행 피해자 문제해결 촉진법안의 실현을 위하여(그 두 번째)」 《류코쿠법학-龍谷法学》 41권 제3호, 2008년 12월 486-530호

③도츠카 에츠로 「시민이 만든 ‘위안부’문제의 입법적 해결안 -전시 성폭행 피해자 문제해결 촉진법안의 실현을 위하여」 국제인권법 정책연구(특집 ‘위안부’문제의 입법적 해결을 위하여)제3·4권 합병호(통권 4호) 2008년 12월 pp.16~65.

④모토오카 쇼지 「‘위안부’문제와 나의 국회활동 13년」 위 국제인권법 정책연구(통권 4호) 7-15항.

라는 답변을 끌어내었습니다.⁶²⁾ 그 결과 참의원 법제국으로부터 공식적인 협력을 얻을 수 있게 되어 「전시 성폭력 피해자 문제의 해결의 촉진에 관한 법률안」(통칭 「모토오카 법안」)의 입안에 성공하게 되었습니다. 이 법안에는 저의 개인안에는 없었던 「사죄」라는 단어가 들어갔습니다.⁶³⁾ 이 법안을 가지고 한국을 방문한 모토오카 의원은 정대협 대표를 직접 만나 설명하였고 환영한다는 말을 들을 수 있었습니다.⁶⁴⁾

이렇게 하여 모토오카 쇼지 참의원 의원은 두 가지의 어려운 장애를 넘어선 것입니다. 2000년 4월 10일 제147회 정기국회에서 모토오카 의원이 중심이 되어 정리된 법안이 민주당 법안으로서 참의원에 제안되었습니다. 2000년 10월 30일 제150회 임시국회에서는 민주당, 공산당, 사민당인 각자 법안을 동시에 제안하여 3당이 협의하여 법안을 일체화시켰습니다. 2001년 3월 21일 제151회 국회에서 3당 공동제안 법안이 제출되어 이후 2008년 제169회 정기국회까지 10번에 걸쳐 야당공동제안의 법안이 참의원에 연달아 제출되었습니다.⁶⁵⁾

그러나 정부와 정부를 지지하는 국회의원들은 1965년 일한 협정을 이유로 소극적 입장을 유지하며 협력하지 않았습니다. 이로 인해 이 귀중한 의원입법안이 법제화되지 못했습니다. 2009년 9월부터 3년간 민주당중심 정권이 성립되었을 때 드디어 내각이 이 법안을 제안할 수 있게 되는구나하는 기대를 품게 되었습니다. 그러나 민주당 내부에서조차 「민간기금에 협력하였다」 등의 의견을 가진 의원도 적지 않았고, 정권 내부의 정쟁이 격심해져 오히려 법안의 제안이 더 어려워지고 말았습니다. 민주당이 정권을 빼앗기고 난 후 성립된 보수 정권은 북한을 필두로 대한민국 등에 대한 혐오감과 대외적 대립을 부채질함으로써 정권을 유지하려는 것처럼 보입니다. 현재의 아베정권이 상징하는 것처럼 극단적 배타정책이 지속되고 있어 법안의 제안은 꿈조차 꾸지 못하게 되었습니다.

이렇게 일본에서 UN 권고에 의한 행정 심사회의 설치를 입법으로 실현하는 것마저 실패하고 말았습니다. 모토오카 법안의 지지자들은 일본에서도 적지 않

62) 모토오카 쇼지 「‘위안부’문제와 나의 국회심의」 모토오카 쇼지 도쿄사무소(2002년) 115항

63) 저는 개인안이 한국의 피해자측으로부터 환영받지 못한다는 사실을 알고서 그 이상의 설득을 단념하고 1998년 2월에 미국 시애틀의 워싱턴대학으로 유학을 떠나버렸습니다. 그 직전에 당시 정대협 고문이었던 박원순 변호사가 왜 나의 개인안이 환영받지 못하였는지에 관한 글을 적어 주어 그 의견서를 모토오카 의원과 참의원 법제국의 책임자에게 그대로 전달하였습니다. 참의원 법제국의 직원은 박원순변호사의 의견서를 진지하게 읽고 이러한 법안이라면 피해자측이 환영할 수 없다는 점에 관하여 성실히 연구하여 주었습니다. 그로부터 나온 것이 「사죄」를 목적으로 하는 법안이었다고 생각합니다. 법안입법의 과정에 이러한 일이 있었던 것입니다. 여기서 시간이 걸리더라도 가해자측이 피해자측과 사이에서 성실한 협의를 계속하는 과정이 화해의 전제조건으로서 매우 중요하다는 점을 확인할 수 있습니다.

64) 전게서 에츠로 「시민이 만든 ‘위안부’문제의 입법적 해결안」 37항

65) 그 동안 정계개편이 급심했습니다. 모토오카 쇼지 의원은 2001년 8월부터 참의원 부의장에 임명되어 입장이 바뀌었기 때문에 오카자키 토미코(岡崎トミ子)참의원 의원 등 야당의 여성의원들이 입법운동의 주도적 입장을 이어가게 되었습니다. 전게 모토오카 「‘위안부’문제와 나의 국회심의」 전게 에츠로 「시민이 만든 ‘위안부’문제의 입법적 해결안」

있습니다만 국회 내에서는 소수파였습니다. 입법적으로 해결하지 못했던 저희들은 무능함에 대하여 피해자 분들에게 사죄를 드릴 뿐입니다.

이상과 같이 UN권고에 의한 피해자의 실효적 구제를 위한 모든 길이 막혀버리고 말았습니다. 이에 대하여는 피해자들에게는 아무런 잘못이 없으며 이러한 사태를 부른 책임은 결국 일본에 있습니다.

이렇게 일본군 '위안부' 피해자의 실효적 구제는 최후의 수단으로서의 커원의 판결에 의하는 수밖에 없는 사태에 이르렀다고 할 것입니다.

5. 따라서 이 사건에서 주권면제의 적용은 있을 수 없습니다.

「국제연합헌장에 따른 국가 간의 우호관계 그리고 협력에 대한 국제법의 원칙에 관한 선언」(우호관계원칙선언)⁶⁶⁾ 「국제법의 기본원칙을 구성하는」 중요한 것입니다. 이 선언은 ① 헌장에 따라 상호 협력할 의무를 지니고, 국가는 모든 사람들의 인권과 기본적 자유의 보편적 존중과 준수의 촉진을 위하여... 협력하지 않으면 안 된다」라고 하고 있으며, ② 「어떠한 국가도 국제연합헌장에 따라 부담하는 의무를 성실히 이행할 의무를 진다」고 하고 있습니다.

전술한 UN 인권기관에 의한 두 가지의 권고(상설중재재판소의 이용 그리고 행정 심사회의 설치)는 그 자체로서 일본에 준수의무를 부과한 것은 아닙니다. 그러나 이들 권고는 UN 헌장상의 모든 자의 인권 그리고 기본적 자유의 보편적 존중과 준수의 촉진을 위한 중층적 프로세스의 결정적 단계에서 나온 것입니다. 이 프로세스에 성실히 협력하는 것은 전체적으로 국제연합헌장에 따른 의무에 포함되어 있다고 해석할 수 있습니다. 전술한 일본정부의 UN 권고를 거절하는 비협력 태도를 두고 이 선언이 말하는 성실한 프로세스를 밟았다고는 할 수 없을 것입니다.

그렇다면 일본정부의 합리적 이유가 없는 불성실한 UN 권고거부태도는 피해자의 인권을 옹호하기 위한 실효적 수단을 불성실한 프로세스로 빼앗을 것이라고 평가할 수밖에 없습니다. 저는 만약 이 사건에 주권면제를 적용하게 된다면 피해자의 인권 구제를 거부하는 것이 될 것이고, 피고의 UN에 대한 비협력적이고 불성실한 자세에 가담하는 것이 되어, 결국에 정의에 반하게 된다고 생각합니다.

66) 1970년 10월 24일 UN 총회결의. 후지다 히사카즈 『국제법』(도쿄대학출판사, 1998년) 173항은 「몇몇 중요한 선언 -세계인권선언, 식민지독립부여선언, 우호관계선언-은 현재의 헌장의 유권적 해석이라고 간주되며....이 기구의 기본법 구조의 일부라고 할 수 있다」라고 하고 있습니다.