서울중앙지방법원

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**곽예남 외**

**대**

**일본국**

**사건에 관한 의견서**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

1. **들어가며**
2. 2016가합580239 사건(원고: 곽예남 외, 피고: 일본국)과 관련하여 서울중앙지방법원 재판부에 아래와 같이 의견을 개진합니다. 본 의견서는 국가면제, 성차별과 젠더차별, 그리고 성노예제 및 기타 젠더범죄와 관련한 국제법의 발전사항에 대해 다룰 것입니다. 대한민국의 법리에 대해 의견을 제시하는 대신 국제법 체계의 관점에서 집중적으로 의견을 제시합니다.
3. 또한 소위 ‘위안부’라고 불리는 여성들이 당한 군성노예제가 인도에 반하는 죄 와 인권법에 위반되는 것으로서 일본국에게 책임이 있고, 국제법과 인권법에 따라 피해자들에게 배상청구권이 있다는 점을 전제로 합니다.[[1]](#footnote-1) 일본 정부는 1932년 ~ 1945년 사이에 ‘위안소’를 설치했고, 피해자들은 일본군을 위한 성노예로 강요당했습니다. 일본군은 이러한 목적을 위해 여성을 강압하고 납치하고 인신매매를 했습니다.
4. 본 의견서의 제출자는 크리스틴 친킨(Christine Chinkin) 교수와 키이나 요시다(Keina Yoshida) 박사입니다. Christine Chinkin은 현재 런던 정치경제대학교의 국제법 전공 명예교수이고 위 대학에서 교수급 연구원으로 일하고 있으며, 여성평화안보센터의 초대 센터장입니다. Matrix Chambers, London 소속 법정 변호사로 활동하고 있고, 미시간대학교 로스쿨에서 L. Bates Lea 국제법 교수직을 맡고 있습니다. 그는 다년간 연구와 교직생활을 이어왔으며, 국제법과 국제인권법, 유엔 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약, 여성과 평화 안보에 관한 유엔 안전보장이사회의 안건에 관하여 다수의 출판물을 집필했습니다. Keina Yoshida 박사는 Doughty Street Chambers 소속 법정 변호사이자 링컨즈 인(Lincoln’s Inn) 협회의 회원입니다. 그의 주된 연구 및 업무 분야는 여성 인권과 차별법, 국제형사법입니다. 그는 런던 정치경제대학교 여성평화안보센터에서 인문과학연구협의회가 후원하는 여성주의적 국제 평화안보법 프로젝트의 연구원으로 활동하고 있습니다.
5. 인도에 반하는 죄로서 성노예와 강간, 그리고 인신매매 사건에서 국제재판관할권의 면제는 불처벌로 이어지고 면책의 효과를 가지고 올 수 밖에 없습니다. 이는 젠더 불평등을 심화시킬 것이며, 오늘날 더 이상 법적으로 유효한 주장이 될 수 없다고 생각합니다. 국제사법재판소가 아직까지 성노예제나 인신매매와 관련된 사건에서 국가면제의 법리를 심리해본 적이 없다는 점에 주목할 필요가 있습니다. 또한 국제법상 국가면제법리가 진화하는 개념이라는 점도 이해할 필요가 있습니다. 법리를 적용하고 구체적인 적용범위와 적용방식을 심리하는 주체가 바로 국내 법원이라는 점도 중요합니다.
6. 본 의견서는 귀 재판부의 본건 사안에 대한 판단을 돕기 위해 다음의 쟁점을 다룹니다.
7. 국제법상 성평등과 성범죄의 발전
8. 국가면제와 성노예제: 제한적 국가면제론
9. 국가면제, 인권과 성범죄
10. **성평등 및 성범죄와 관련한 국제법의 발전**
11. 이 장에서는 성평등과 관련한 국제법의 발전과 국제형사법상 무력 분쟁 시를 포함한 젠더기반폭력과 성폭력의 범죄화를 다룰 것입니다.

**국제법상의 성평등의 원칙**

1. 평등원칙과 차별금지원칙은 국제인권법의 기본 원칙입니다. 오늘날 ‘모든 사람의 인권을 보장하고 여성에 대한 성별과 젠더에 기반한 모든 형태의 차별을 근절하기 위하여 포괄적인 국제인권법 체계’가 마련되어 있습니다.[[2]](#footnote-2) 이러한 국제인권법의 체계는 유엔 헌장 제1조 제3항에서 출발하는데, 성별 등에 따른 차별 없이 모든 사람의 인권과 기본적 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려하는 것이 유엔의 목적 중 하나라고 규정하고 있습니다. 차별금지원칙은 1948년 세계인권선언 제2조(‘모든 사람은 인종, 피부색, 성별…과 같은 어떠한 종류의 구분 없이, 이 선언에 규정된 모든 권리와 자유를 향유할 자격이 있다’)에 규정됨으로써 인권법에 직접 도입되었습니다.
2. 1966년 채택된 두 개의 유엔 국제 규약인 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약(자유권규약)과 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제 규약(사회권규약) 모두 성별에 따른 차별을 금지하고 있습니다. 위 조약에 비준한 국가들은 위 조약에 법적으로 구속되는데[[3]](#footnote-3) 대한민국과 일본 모두 조약의 당사국입니다.[[4]](#footnote-4)
3. 1979년 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(여성차별철폐협약)에서 성별에 따른 차별금지는 더욱 강화되었습니다. 대한민국[[5]](#footnote-5)과 일본[[6]](#footnote-6) 모두 여성차별철폐협약의 당사국입니다.
4. 여성차별철폐협약 제2조는 여성에 대한 차별을 금지하고 당사국이 ‘모든 적절한 수단을 통해 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 정책을 지체 없이 추진’할 의무를 부여하고 있습니다. 여성차별철폐협약 제1조는 차별을 ‘남녀가 동등하게, 결혼 여부에 관계없이, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유, 행사하는 것을 저해, 무력화시키는 성에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한’으로 정의하고 있습니다.
5. 위 정의 규정에 따르면, 가입국은 형식적(de jure) 평등과 실질적(de facto) 평등을 보장하기 위하여 직접적인 차별(‘목적’)과 간접적인 차별(‘효과’) 모두를 철폐할 의무가 있습니다.
6. 여성차별철폐위원회(CEDAW위원회)는 젠더에 기반한 차별도 다루고 있습니다.[[7]](#footnote-7) 남녀 평등이나 젠더 평등의 원칙은 다른 여러 국제 및 지역 문서에 의해 더욱 강화되었습니다.[[8]](#footnote-8) 젠더나 성에 기반한 차별은 인종, 계층, 민족성 또는 장애 여부와 같은 다른 차별 사유와 상호작용하기 때문에, 여성들은 복합적인 차별을 경험하고, 성차별뿐만 아니라 연령, 인종, 국적, 민족, 경제적 지위와 같은 다른 요소에 의해서도 불리한 대우를 받는 경우가 많습니다. 이 사건 당사자인 여성들 역시 일본군 성노예인 ‘위안부’로서, 여성이고 어리고 한국인이고 식민지배의 대상이고 많은 경우 빈곤했기 때문에 차별을 당했습니다.
7. 중요하게도 자유권규약은 법 앞에 평등할 권리를 강조합니다. 자유권규약 제26조는 ‘모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떠한 차별도 없이, 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다’고 규정하고 있습니다.
8. 법 앞의 평등과 법의 평등한 보호를 받을 권리는 1969년 미주인권협약 제24조, 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장 제3조, 2000년 유럽연합 기본권 헌장 제20조 등 여러 지역 인권문서에서도 규정하고 있습니다. 법 앞의 평등은 모든 인권의 향유[[9]](#footnote-9)와 법치주의를 위한 기본 원칙입니다.
9. 여성에 대한 젠더기반폭력은 남녀 평등의 실현에 걸림돌로 작용할 수 밖에 없습니다[[10]](#footnote-10) 유럽인권법원은 여성에 대한 폭력을 여성 차별로, 폭력으로부터 여성을 보호하지 못한 것을 법의 평등한 보호를 받을 권리의 침해로 규정하고 있습니다.[[11]](#footnote-11) 미주인권위원회의 입장을 요약하면 아래와 같습니다. .

‘미주 기구들은 폭력과 강간이 폭력 피해자, 특히 여성의 기본권을 침해하고 피해자에게 미치는 영향이 매우 심각하다는 인식에 기초하여 문제에 접근하였다. 따라서, 미주인권위원회와 미주인권재판소는 강간을 포함한 모든 성폭력이 인간적 대우, 프라이버시, 자율권 및 존엄, 평등한 보호, 차별 금지에 대한 권리의 침해라고 판단하였다.’[[12]](#footnote-12)

1. 차별금지는 모든 국가를 기속하는 국제관습법입니다. 실제로 미주인권재판소는 다음과 같이 판시하였습니다.

‘법 앞의 평등, 법의 평등한 보호, 차별금지 원칙은 국가 및 국제 사회 질서에 관한 전체 법 구조의 기초를 구성하고, 모든 법에 포함된 근본 원칙이므로 강행규범(jus cogens)에 해당한다.’ [[13]](#footnote-13)

1. 강행규범(Jus cogens)은 국제법상 강제적인 규범, 즉 ‘수정이 허용되지 않는 규범으로서 국제사회 전체가 수용하고 인정한 규범’을 의미합니다.[[14]](#footnote-14)
2. 유엔에서 성평등 실현을 위한 성평등 및 여성 역량 강화를 위한 유엔기구(유엔 여성기구)가 발족되면서 성평등은 더욱 강화되었습니다. 유엔 인권이사회는 법과 실제에 있어 여성차별문제에 관한 실무그룹을 발족했습니다.[[15]](#footnote-15) 유엔 안전보장이사회는 ‘지속 가능한 평화를 위해서 성평등을 포함한 정치, 안보, 개발에 관한 권리, 인권 및 법치주의, 사법 행위 간 일관성 있는 통합적인 접근이 요구된다’고 보고 성평등 증진의 목표를 재차 강조하였습니다.[[16]](#footnote-16) 유엔은 성평등을 지속가능발전목표(제5목표 ‘성평등 달성과 모든 여성 및 소녀의 역량 강화’)로도 정했습니다.[[17]](#footnote-17) 이를 위해 유엔 회원국들은 ‘여성 및 소녀에 대한 모든 형태의 차별 및 폭력을 철폐할 것’을 약속했습니다.[[18]](#footnote-18)
3. 이와 같이 성평등은 국제법과 정책 및 제도에 확립되었고, 인권법과 유엔의 목적 및 원칙의 핵심 의제가 되었습니다. 특히 여성에 대한 폭력을 근절하고 불처벌을 종식시키며, 가해자의 책임 규명과 피해자의 권리구제라는 맥락에서 성평등은 더욱 특별하게 중요한 의미를 가졌습니다.

**국제법상 성범죄의 진화**

1. 국제인도법은 오래 전부터 무력 분쟁에서의 성폭력을 금지해왔습니다. 국제사법재판소는 국제인도법을 ‘침해 불가한 국제관습법의 원칙’이라고 판시함으로써[[19]](#footnote-19) 공공질서의 국제법적 규제에서 중요한 의미를 갖는다고 보았습니다.
2. 미국 내전 당시 제정된 리버 훈령(Lieber Code)처럼 국군 지침으로 발령된 초기 행동강령은 강간과 성폭력을 금지했습니다. 리버 훈령은 ‘피침략국 주민에 대한 모든 강간, 폭행, 불구화 또는 살인…의 무자비한 폭력’을 금지했고, 이를 위반하면 사형에 처한다고 규정했습니다.’[[20]](#footnote-20)
3. 국제적으로는 1907년 헤이그 규칙에서 ‘가족의 명예 및 권리, 개인의 생명…은 존중되어야 한다’고 규정했습니다.[[21]](#footnote-21) ‘가족의 명예’에 대한 존중이란 성폭력의 금지를 의미했습니다.
4. 국제 무력 분쟁에 적용되는 1949년 제4차 제네바 협약 제24조는 여성이 ‘명예에 대한 공격, 특히 강간, 강제 매춘 또는 모든 형태의 성추행으로부터 보호되어야 한다’고 규정했습니다.[[22]](#footnote-22) 1977년 제1추가의정서도 거의 동일하게 규정하고 있습니다.[[23]](#footnote-23) 비국제적 무력 분쟁에서도 생명 및 사람에 대한 폭력과 개인의 존엄성에 대한 유린, 굴욕적이고 모멸적인 대우가 ‘전면’ 금지됩니다.[[24]](#footnote-24)
5. 국제인도법의 이러한 규정들은 성폭력의 구체적인 유형을 강간, 강제 매춘으로 구분하고, 여성을 주된 대상이라고 전제합니다. 최근에는 성범죄, 특히 젠더기반폭력을 개념화하는 작업이 진행되었습니다. 여성차별철폐위원회는 인권법에 기반하여 젠더기반폭력의 개념을 최초로 정의했는데, 1992년 여성에 대한 젠더기반폭력을 여성차별철폐협약 제1조에 따른 차별의 한 형태로 정의하였습니다. 즉, ‘여성이라는 이유로 여성에게 이루어진 폭력 또는 여성에게 불균형적으로 영향을 미치는 폭력’을 의미하고, ‘물리적, 정신적 또는 성적 피해나 고통을 가하는 행위 및 그 위협’을 포함한다고 정의했습니다.[[25]](#footnote-25)
6. 다른 기구들도 젠더기반폭력의 정의를 재확인했습니다.[[26]](#footnote-26) 여성차별철폐위원회는 ‘법적 확신(opinio juris)과 국가관행에 의하면 여성에 대한 젠더기반폭력의 금지는 국제관습법으로까지 발전했다’는 의견을 제시하면서 2017년에 위 정의를 재확인했습니다.[[27]](#footnote-27) 이는 실무상 여성차별철폐협약의 비준 여부와 관계없이 모든 국가에서 젠더기반폭력이 금지된다는 것을 의미합니다.[[28]](#footnote-28)
7. 젠더기반폭력은 평시에는 물론 무력 분쟁 시에도 발생합니다. 여성차별철폐위원회는 ‘전쟁, 무력 분쟁 및 영토 점령은 매춘, 여성 인신매매, 여성에 대한 성폭행의 증가로 이어지는 경우가 많은데 이에 대한 구체적인 보호와 처벌을 위한 대책이 필요하다’고 보았습니다.[[29]](#footnote-29) 위 대책은 국제인도법과 인권법에 따라서 이루어져야 합니다. 이듬해인 1993년 세계인권회의는 ‘무력 분쟁 시에 여성 인권에 대한 침해는 국제인권법과 국제인도법의 기본 원칙에 위반된다’고 선언하였습니다.[[30]](#footnote-30)
8. 1995년의 제4차 국제여성회의도 ‘여성에 대한 폭력은 무력분쟁 상황에서 자행되는 여성 인권 침해, 특히 살인, 조직적 강간, 성 노예제 및 강제 임신을 포함한다’고 선언했습니다.[[31]](#footnote-31)
9. 여성차별철폐위원회는 여성에 대한 젠더기반폭력에 대하여 국가의 책임을 분명히 밝혔습니다. 여성차별철폐협약 제1조에 따른 차별의 한 유형이고, 국가는 이에 대하여 의무를 부담하며, 위원회는 분쟁 중에도 그 의무가 지속된다는 점을 분명히 했습니다. 이러한 폭력에 대한 국가의 책임에는 두 가지가 있는데, 하나는 당사국 자체나 국가기관 또는 공무원의 작위 또는 부작위로 발생한 책임이고, 다른 하나는 민간인의 행위로 인해 발생하는 책임입니다.
10. 이 사건의 경우, ‘위안부’에 대한 범죄는 일본에 귀책사유가 있으므로 첫 번째 유형의 책임만 발생합니다.
11. 지역 인권 기구들은 국가 기관에 의해 자행된 강간과 성폭력에 대한 국가의 책임을 인정하였습니다. 예를 들어, 유럽인권법원은 터키 보안군이 구금된 쿠르드 출신의 젊은 여성을 강간하고 학대한 Aydin 대 Turkey 사건에서 터키가 유럽인권협약 제3조(고문 금지)를 위반하였다고 판결했습니다.[[32]](#footnote-32) 법원은 강간의 정신적 후유증과 구금 당시에 자행된 학대의 누적효과를 강조했습니다. 미주인권법원은 군인에 의한 강간이 신체의 완전성과 존엄에 대한 권리를 포함하여 다양한 인권의 침해와 고문에 해당한다고 판시했습니다.[[33]](#footnote-33) 아프리카인권위원회는 군대가 강간이나 성폭력 등을 자행할 경우, 그 국가는 인권을 침해한 것이라고 판단했습니다.[[34]](#footnote-34)
12. 국제범죄로서 여성에 대한 젠더기반폭력과 성폭력에 대한 이해가 깊어지면서, 젠더기반폭력과 성폭력이 국제인권법의 위반이라는 전제 하에 국가책임과 배상 책임에 관한 법리가 발전하였습니다.[[35]](#footnote-35) 1993년 구 유고 국제형사재판소, 1994년 르완다 국제형사재판소, 그리고 1998년 상설 국제형사재판소의 설립으로 관련 법리가 발전할 수 있는 장이 마련되기도 했습니다.
13. 이러한 재판소의 심판범위나, 기소권, 법적 논증에 성범죄가 포함됨에 따라 인도에 반하는 죄 또는 전쟁범죄의 해석 범위도 더욱 진화하게 되는데, 강간 및 다른 형태의 성범죄는 그 자체만으로도 독립적으로 인도에 반하는 죄[[36]](#footnote-36), 전쟁범죄(제네바 협약 및 육전법의 중대한 위반)[[37]](#footnote-37)가 될 수 있음은 물론, 인도에 반하는 죄로서 고문과 고문이라는 측면에서 별도의 전쟁범죄[[38]](#footnote-38), 인도에 반하는 죄로서 노예화 및 성노예화[[39]](#footnote-39), 인간존엄성 침해 및 비인간적 처우를 구성할 수 있다는 판단에 이르게 됩니다. 나아가 이러한 범죄행위가 제노사이드 협약[[40]](#footnote-40)에서 정의하는 ‘집단’의 전체 또는 일부를 말살시키기 위한 시도로 행해지는 경우에는 이를 대량학살이라고도 볼 수 있는데, 이는 1994년 르완다 사건[[41]](#footnote-41)과 2014년부터 ISIS의 군사공격을 받은 야지디족[[42]](#footnote-42) 사건에서도 마찬가지입니다.
14. 1998년 국제형사재판소에 관한 로마 규정에 따르면 국제형사재판소는 성범죄 또는 젠더기반범죄를 가장 심각한 국제 범죄로 다루고 있습니다. 로마 규정은 다른 법적 조건들이 충족되는 경우, 국제적[[43]](#footnote-43) 및 비국제적[[44]](#footnote-44) 무력 분쟁에서 ‘강간, 성노예제, 강제 매춘, 강제 임신, 강제 단종 또는 이와 같은 심각한 성폭력’이 인도에 반하는 죄[[45]](#footnote-45)와 육전의 법 및 관습에 대한 위반으로서 국제형사재판소의 관할에 속한다고 보고 있습니다. 또한, 성별을 근거로 한 특정 집단에 대한 박해는 인도에 반하는 범죄에 해당합니다.
15. 국제인도법이나 국제인권법, 국제형사법에서의 논의뿐만 아니라 유엔 안전보장이사회에서도 20년 동안 여성과 평화 안보에 관한 10건의 결의에서 무력분쟁 지역에서의 강간 및 성폭력 근절과 여성인권보호가 핵심 의제로 논의되었습니다.[[46]](#footnote-46) 여성과 평화 안보에서 주요 의제는 성폭력 범죄에 대하여 책임을 묻는 것이었습니다. 2000년 유엔 안전보장이사회가 최초로 채택한 여성과 평화 안보에 관한 결의 제1325호는 아래의 내용을 강조하고 있습니다.

‘처벌을 받지 않고 빠져나가는 상황(impunity)을 종식하고 집단 학살과 반인륜범죄 및 전쟁 범죄를 저지른 이들에 대한 기소 책임을 모든 국가가 지고 있음을 강조한다. 여기에는 여성과 소녀들을 대상으로 저지른 성폭력 및 그 이외의 범죄들이 해당된다. 그리고 이런 관점에서 볼 때, 사면(赦免) 조항에 해당한다 하더라도 이런 범죄들은 그 대상에서 배제해야 함을 강조한다’.

1. 이후 여성과 평화 안보에 관한 모든 결의는 국가에게 불처벌의 관행을 근절할 책임이 있다는 점을 재확인했습니다. 결의 제2467호(2019년)에서는 국가의 관할권에 초점을 맞추고, 회원국들에게 ‘분쟁 및 분쟁 후 성폭력에 대한 수사와 기소를 강화’하도록 요구하였고, ‘분쟁 중 성폭력 예방 및 근절과 범죄자의 처벌을 위한 국내 수사와 사법체계의 중요한 역할’을 강조하였습니다. 또한, ‘성폭력 피해자들의 사법접근성을 강화’하도록 촉구했습니다. 위 결의는 인권침해에 대한 효과적인 권리구제에 관한 국제법 규정을 제시하면서, 국가들이 ‘분쟁 및 분쟁 후 성폭력 피해자들에게 이러한 효과적인 구제와 지원을 제공해야 한다’고 촉구했습니다.

**성범죄 및 불처벌의 근절**

1. 무력분쟁 중 성폭력이 국제인도법위반 행위이고 이에 대해 국제인권법상 국가의 책임과 국제형사법에 따른 개인의 형사책임이 발생하며 안전보장이사회도 그 점을 여성, 평화 및 안보의제의 핵심 요소로 인정한다는 것은, 그만큼 국제사회가 가해자에 대한 불처벌을 근절하고 가해자 처벌과 피해자 구제를 위한 국가와 개인의 책임을 중요하게 본다는 것을 의미합니다.
2. 성 평등과 관련된 국제법의 발전과 국제 형사책임이 있는 성범죄의 개념화는 모두 제 2 차 세계 대전 이후부터 발전해 왔습니다. 그러나 이러한 발전의 법적 근거는 2차 세계대전 훨씬 전에 마련되었고, 성폭력 및 성노예제의 금지는 그 이전부터 널리 인정된 국제법 규범이며, 2차 세계대전 이후 열린 형사재판에도 적용되었습니다.[[47]](#footnote-47) 정의 실현을 위한 ‘위안부’의 오랜 투쟁에서 잘 볼 수 있듯이, 2차 세계대전 이후 발전한 이러한 규범을 통해, 여성들이 재판청구권을 행사할 때 직면하게 되는 문제[[48]](#footnote-48)를 알 수 있습니다. 이러한 문제를 인식하지 못한다면, ‘위안부’ 여성들은 법적 절차에서 법의 평등한 보호는 물론 법 앞의 평등도 보장받지 못하게 됩니다.
3. **국가면제와 성노예: 제한적 국가면제론**
4. 국가면제는 주권평등의 원칙에 기초합니다(par in parem non habet imperium, ‘대등한 자는 대등한 자에 대하여 지배권을 갖지 않는다’).[[49]](#footnote-49) 국가면제는 몇 가지 예외를 인정하는 방향으로 발전하였고, 더 이상 절대적인 성격을 갖지 않습니다.[[50]](#footnote-50) 이러한 예외는 상업적 목적을 위한 행위처럼 사법적 성격의 행위와 관련된 것입니다. 또한, 국가의 주권 행사에 따른 주권적 행위(jure imperii)와 사인이 수행하는 비주권적 행위(jure gestionis)라는 개념으로 구분되기도 합니다.
5. 유엔 총회는 2004년 국가 및 국유재산의 관할권 면제에 관한 유엔 협약을 채택했습니다. 일본은 이 협약을 비준하고 국내법에서 효력이 있도록 관련 법을 제정했습니다. 이 유엔 협약은 국가면제의 한계와 상업거래의 정의를 제시하면서 ‘물품의 판매나 용역의 공급을 위한 모든 상업 계약 또는 거래’가 포함된다고 규정합니다.[[51]](#footnote-51) 또한 유엔 협약 제11조는 다른 국가에서 전부 또는 일부 수행되는 업무에 관해 국가와 개인 간 체결한 고용계약과 관련하여 국가는 다른 국가의 법정에서 관할권 면제를 주장할 수 없다고 규정하고 있습니다.
6. 위 유엔 협약 제12조는 인적 피해와 재산상 손해에 관한 규정으로, 그 작위 또는 부작위가 전체적으로 또는 부분적으로 그 타국의 영토상에서 발생하였으며 그 작위 또는 부작위의 주체가 그 작위 또는 부작위의 발생 당시 그 영토상에 있는 경우, 국가는 타국의 법정에서 자국에게 귀속되는 것으로 주장되는 작위 또는 부작위로 인한 사망 기타 인적 피해에 대한 금전적 배상에 관한 소송에서 관할권 면제를 원용할 수 없다고 규정하고 있습니다.
7. 위 유엔 협약은 아직 시행되지 않았지만 ‘민사 소송에서의 국가면제 한계와 관련하여 국제적 합의 중에서 가장 권위 있는 합의’로 인정되고 있습니다.[[52]](#footnote-52) 영국 대법원 판사인 Sumption경은 국가면제에 관한 법을 자세히 분석한 후 현행 국가면제법을 다음과 같이 요약했습니다:

‘이러한 역사에서 세 가지 사실을 파악할 수 있다. 우선, 절대적 국가면제론을 국제관습법으로 보려는 국제적 합의가 충분히 이루어지지 않았다는 점이다. 일정 기간 다수까지는 아니지만 상당수 국가들이 절대적인 국가면제법리를 국내법의 일부로 채택하였을 뿐이다. 그 중 일부 국가는 실질적인 검토 없이 다른 국가에서 인정하는 절대적 국가면제법리를 국제법에 따른 법리라고 가정하고 이를 채택했다. 둘째, 적어도 두 세기 동안 특정한 유형의 국가면제법리에 대하여 국가들 사이에 합의가 이루어졌는데, 국가면제법리의 적용 범위와 관련한 유일한 합의는 제한적 국가면제이다. 셋째, 제한적 국가면제법리의 채택은 절대적 국가면제법리를 먼저 채택한 다음 그 예외를 축적하는 방식으로 이루어지지 않았다. 국가 운영의 범위가 확장되고 상업과 산업으로 확장됨에 따라 정부, 법원, 당국자들이 전형적인 주권행사로만 국한되던 시절 형성된 원칙의 근거를 재검토하게 된 것이다. 이 (주권면제) 법리는 근본적으로 '주권국가간의 평등'이라는 이념을 구현한 것이므로, 그러한 국가들에게 부여된 주권을 초월하여 이루어진 행위들에 대한 면책권까지 보장한 것은 결코 아니었다.[[53]](#footnote-53) (강조 추가됨).

1. 영국 대법원은 국제관습법에 따라 리비아와 수단에 대해 국가면제법리를 적용해야 한다는 주장을 기각하면서, 그러한 주장은 국제관습법을 지나치게 확대 해석한 것이라고 판단했습니다. 오히려 대법원은 ‘국가면제법리가 주권적 행위의 경우로 제한된다고 보는 것이 국제관습법’이라고 판단하였습니다.[[54]](#footnote-54) 또한 대법원은 보통법과 대륙법 국가들의 국가관행을 검토한 후 ‘오늘날에는 제한적 국가면제법리에 찬성하는 국제적 합의가 거의 이루어졌다’고 판단했습니다.[[55]](#footnote-55)
2. 물론 국가면제에 관한 영국의 판례가 대한민국에서 진행되는 절차와 직접 관련된다고 볼 수 없습니다. 그러나 이 판례는 재판관할권과 관련하여 국가면제법리를 상세히 분석하였고, 절대적 국가면제에 대한 예외를 제한적으로 인정하는 방식이 아니라 구체적인 사건에서 주권행위의 성격과 청구인의 상황을 고려하는 접근 방식을 인정했다는 면에서 중요한 의미가 있습니다. 또한 이는 국가관행의 한 예시입니다. 법원은 리비아와 수단의 외교관 직원이 가사업무(요리, 청소, 빨래)를 위해 모로코 여성들을 고용한 행위는 주권적 행위가 아니며, ‘이들이 주장한 대우 중 어떠한 것도 고용주의 주권적 이해관계로 볼 수 없다’고 판단하였습니다.[[56]](#footnote-56) 영국 대법원은 국제관습법적으로 수단과 리비아가 근로자에 대하여 한 부당한 대우(차별 및 괴롭힘을 포함함) 혐의에 대해 면제받을 권리가 없다고 판시했습니다.
3. 영국 대법원은 최근 Reyes 대 Al-Malki[[57]](#footnote-57) 사건에서 인신매매가 외교관 면책 특권의 범위에 미치는 영향을 심리했습니다. Philippa Webb 및 Rosana Garciandia 교수는 이 사건을 계기로 ‘가사노동자에 대한 인신매매와 착취가 외교관 면책 특권에 대한 ‘상업적 또는 직업적 활동(외교 관계에 관한 비엔나 협약 제31조 제1항 (c)호)의 예외’로 인정될 수 있는 길이 열렸다’고 주장했습니다.[[58]](#footnote-58) 공무원이나 공공기관이 현대판 노예제에 관여했다고 볼 만한 신빙성 있는 주장이 제기될 경우 국내 법원은 국가면제법리의 예외를 인정해야 한다고 권장했습니다.
4. 이 사건의 쟁점은 일본이 국가면제의 적용을 받을 수 있는지, 아니면 ‘위안부’ 제도가 상업 행위나 거래, 인적 피해를 야기하는 불법행위, 또는 고용관계에 해당하여 국가 면제의 적용이 제한되는지 여부입니다. 국제법상 상업적 거래에 의한 국가면제는 주권적 행위로 제한됩니다. 이와 마찬가지로, 고용 관계에서 국가면제의 예외는 고용 행위의 성격과 주권적 행위와의 관련성에 따라 적용됩니다.[[59]](#footnote-59) 업무가 행정부의 기능과 가까울수록 사법적 성격보다는 공법적 성격을 지닐 가능성이 높아집니다.
5. ‘위안부’ 성노예제는 한국 여성들의 인신매매와 강제 매춘을 수반하였습니다. 라디카 쿠마라스와미(Radhika Coomarswamy) 여성 폭력 특별보고관은 보고서에서 여성들이 ‘노무’에 대해 보상을 지급받아야 했지만, ‘여성들의 증언에 따르면, 극소수만이 그들이 “번” 돈의 일부만을 받은 반면 많은 여성들은 자신이 어디에 있는지조차 알지 못했고 돈도 거의 가지고 있지 않거나 아예 갖고 있지 않았다’고 지적했습니다.[[60]](#footnote-60) 이 보고서는 ‘위안부 제도’가 처음 도입되었을 때 일본의 알선업자들이 형식상으로는 군 요리사나 세탁부처럼 보수가 좋은 일자리를 제안했으나 실제로는 성노예로 인신매매를 하여 소녀들을 속였다고 자세히 기술하고 있습니다.[[61]](#footnote-61) 보고서는 다음과 같이 설명합니다:

‘전쟁 후반기에 들어서 군이 대부분의 지역에서 손을 떼고 대부분의 지역에서 위안소의 설립과 운영에 민간업자들이 참여하였는데 이들은 군요원들이 요청을 했거나 자기주도적으로 허가를 신청한 이들이었다.’’[[62]](#footnote-62)

1. 민간업자들은 군을 위해 일했으며, 보수가 좋은 일자리를 약속하면서 소녀들을 속이거나, 제재하거나 헌병대 및 현지 운영자의 도움으로 소녀들을 강박하였습니다. 그러나 기만, 폭력이나 납치가 만연했던 모집절차는 공무원의 책임이었습니다.
2. ‘위안부’에 대한 처우는 객관적으로 일본의 주권적 이해관계와 관련이 있다고 볼 수 없습니다. 성노예제와 강제 매춘은 주권 행사와 관련된 행위가 아닙니다. 강제 매춘은 본질적으로 낮은 보수 또는 무보수로 금전적 이득을 얻는 상행위(그리고 범죄)이기 때문입니다. 이러한 주장과 관련하여 영국 대법원은 Reyes 대 Al Malki 사건에서 아래와 같이 판결했습니다.

‘[45]…팔레르모 의정서[유엔 초국가적 조직범죄 방지협약을 보충하는 인신매매, 특히 여성과 아동의 인신매매 방지, 억제 및 처벌을 위한 의정서]는 인신매매가 외교관의 면책 특권과 관련하여서는 “상행위”로 분류되어야 한다고 규정한다. 인신매매로 정의된 활동에서 상업성 등은 그 정의와 무관하다. 인신매매는 의정서 제3조에 정의되어 있듯이, 사람의 모집, 수송, 은닉 및 인계를 포함한 여러 행위로 구성될 수 있다. 또한, 사기, 기만 또는 권력이나 취약성의 악용으로 구성될 수 있다. 일반적으로 일련의 중개인들이 관여되어 있고, 각 주체가 반드시 모든 역할을 수행하지는 않고 그 일부를 수행한다. 이러한 행위들이 상행위로서 행해질 필요는 본질적으로 없으며, 구체적인 상황에 따라 다를 것이고, 특히, 각 참가자의 역할에 따라 다를 것이다. 따라서, 돈을 받고 인신매매가 된 사람을 모집하거나 운송하는 중개인은 상행위를 수행하는 것으로 간주될 것이다. **매춘 등을 위해 인신매매가 된 사람을 인계한 자의 경우도 마찬가지일 것이다. 이는 사업 활동에 해당한다.**’(강조 추가됨).

1. 따라서 귀 재판부가 이 사건에서 국가면제법리를 인정하기 위해서는 ‘위안부 제도’가 ‘상행위’에 이르지 않았다고 인정해야 합니다. 국가가 사인이 수행한 것과 동일한 유형의 사업이나 거래를 수행할 경우에는 관할권이 면제되지 않기 때문입니다. 이 사건의 경우, 일본은 강제 매춘과 성 노예의 목적을 위해 민간 주체와 협업했습니다. 이는 주권행위가 아니므로, 일본이 이러한 행위에 대하여 국가면제를 주장하는 것은 어려워 보입니다.
2. 법원이 일본에게 국가면제를 인정하기 위해서는 일본과 ‘위안부’가 고용관계에 있지 않다거나 이 사건에서 불법행위로 주장하는 행위들이 주권행사에 해당해야 합니다. 그렇지 않다면 고용관계의 예외가 적용되어 일본은 국가면제를 적용 받지 못합니다. 따라서, 고용 계약/관계가 있고 기만에 의해 성 노예가 된 여성들의 경우, 강제 매춘과 인신매매, 성 노예 행위는 국가의 기능에 해당하지 않으므로 국가면제가 적용될 가능성은 낮습니다.
3. 일본은 이미 확립된 국제관습법과 유엔국가면제 협약에 가입함으로써 인정한 국제관습법의 예외 조항으로 국가면제법리를 주장할 수 없다고 생각합니다.

**국가면제, 인권 및 성범죄**

1. 일본은 국제사법재판소의 법리를 근거로 면제를 주장할 것으로 보입니다 (저희는 이 사건과 관련하여 일본이 제출한 서면이나 서류를 확인하지 않았습니다). 국가면제 사건(독일 대 이탈리아)에서 국제사법재판소의 다수의견은 이탈리아 법원이 독일이 자행한 전쟁 중의 잔혹행위와 관련된 소송에서 국가면제를 인정하지 않음으로써 국제법을 위반했다고 판단했습니다.[[63]](#footnote-63) 국제사법재판소는 범죄의 중대성이나 강행규범(jus cogens) 위반 문제 또는 해당 소송이 제기될 수 있는 대안적인 방법이 없다는 주장을 인정하지 않았습니다. 이 판결은 여러 국가의 판결과 법적 확신(opinion juris)으로 간주된 국제관습법에 기초하여 이루어졌습니다.[[64]](#footnote-64)
2. 국제사법재판소의 판결에 대하여, 법적 논증이 거의 기술되지 않고 ‘이러한 결론에 도달하기 위해 국가면제를 인정한 판결의 수와 국가면제를 인정하지 않은 판결의 수를 정량적으로 비교했다’는 비판이 제기되고 있습니다.[[65]](#footnote-65) 이 판결은 2012년 당시의 국가관행을 반영한 것입니다. 예를 들어, 그리스와 이탈리아의 국내 법원들은 인권의 영역에서 그 예외를 인정하기 위해 제한적 국가면제 법리를 확대했습니다. 이와 같은 인권의 예외에 따르면, 정의나 배상(최후 수단의 장)이 완전히 부인되거나/또는 강행규범(jus cogens)의 위반이 있는 경우 국가면제의 법리가 적용되지 않는다는 것을 의미합니다.
3. 이 사건은 여성과 소녀를 상대로 한 젠더기반 범죄이자 성폭력 사건입니다. 위 국가면제 사건은 성폭력이나 성노예제의 범죄를 다루지 않았고, 국제사법재판소에서도 성이나 젠더에 기반한 폭력이나 성폭력 문제를 다룬 적이 없습니다. 위 국가면제 사건에서 어떠한 방식으로도 젠더 문제가 고려되지 못한 이상, 젠더에 기반한 성폭력 범죄가 핵심 쟁점인 이 사건과 어떠한 관련도 없다는 것이 명백합니다. 국가면제법리를 현대의 상업 행위를 고려하여 재평가했듯이 국제법상 성평등과 성범죄의 발전을 고려하여 젠더의 렌즈를 통해서도 재평가하여야 합니다.
4. 앞서 검토한대로 성범죄에 관한 국제법이 발전해왔다는 점을 감안하면 더욱 그러합니다. 국가가 성범죄의 불처벌을 근절할 의무는, 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 제2항과 같은 조 제3항 (a)호 및 (b)호에 비추어 볼 때, 국가면제법리의 해석과 관련이 있습니다. 위 규정에 따르면, 조약을 해석할 때 조약 체결 당시에 체결된 관련 조약이나 그 이후에 체결된 관련 조약도 참작하여 해석할 수 있습니다. 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 제3항 (c)호는 ‘당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙’이 고려되어야 한다고 규정합니다. 여성의 인권과 성평등, 인신매매, 국제범죄의 책임에 관한 조약과 국제 법률문서는 사후적으로 발전한 내용이고 상황이므로 다른 국제법 규범을 해석할 때 고려되어야 합니다. 이 사건에서 국가면제법리는 변화하는 국제관습법상 개념이므로, 국가가 관할권으로부터 면제를 주장할 권리가 있는지 여부를 해석할 때 이러한 조약과 국제법의 발전이 고려되어야 합니다.
5. 국제사법재판소가 위 국가면제 사건에서 국가 간의 협상이 가능하다고 판단한 점도 이 사건과 구별됩니다. 귀 재판부에서 진행되고 있는 이 사건의 경우에는 소송이 ‘최후의 수단’에 해당합니다. 국가 간의 협상으로 해결할 수 있다는 국제사법재판소의 판단은 이 사건에서 명백히 불가능합니다. 이 쟁점에서 반드시 유의할 점은 여성이 재판청구권을 행사하는데 있어 추가적인 걸림돌과 방해물을 직면하게 한다는 것입니다.[[66]](#footnote-66)
6. ‘위안부’는 강간과 성폭력 및 성노예의 대상이 되었고 밥이나 빨래 등 위안소 일도 강요당했습니다. 이들은 ‘여성이라는 이유로’ 피해를 당했으나 노동법에 따른 보호를 받지 못했습니다. 만약 귀 재판부가 국가면제법리의 예외를 인정하지 않는다면, 이들은 적절한 절차에 따라 모집된 여성들보다 열악한 법적 지위에 놓이게 된다는 점에서 용납될 수 없습니다. ‘위안부’는 무력 행사나 위협, 납치와 기만 등으로 ‘모집’되었고 위안소로 강제 이송되었으며 착취와 성노예의 대상이 되었습니다. 이는 현재 인신매매의 구성요건에 해당합니다.[[67]](#footnote-67) 전쟁에 나가거나 군사활동은 주권행위에 해당하지만, 성 착취나 노동이 이에 해당한다고는 볼 수 없습니다.
7. 또한 소위 ‘위안부’에게 자행된 성범죄에 대하여 일본에 국가면제법리를 적용하는 것은 20년의 기간 동안 10건의 결의를 통해 재확인된 안전보장이사회의 여성, 평화 및 안보 의제에 반하는 결정이라고 생각합니다. 안전보장이사회는 무력 분쟁 성폭력 가해자에 대한 형사재판의 중요성과 피해자의 재판청구권 및 배상청구권의 보장을 위한 국가책임을 인정하였습니다. 이러한 범죄에 대하여 국가면제를 인정하는 것은, 평화협상 과정에서 이러한 범죄에 대하여 국가의 책임을 물을 수 있도록 사면 거부를 촉구한 노력에도 부합하지 않습니다. 여성, 평화 및 안보에 관한 결의 제2467호(2019년)는 무력분쟁과 분쟁 후 상황에서 일어날 수 있는 성폭력을 예방하고 이에 대응하기 위해 ‘생존자 중심적’ 접근법이 중요하다고 강조합니다. 국가책임을 면해주는 것은 생존자들의 필요와 권리를 우선시하는 접근과도 일치하지 않습니다.

**결론**

1. 재판관할국인 대한민국은 여성차별철폐협약에 따라 여성에게 재판청구권을 보장하고[[68]](#footnote-68) 성평등 원칙을 견지할 의무가 있습니다. 법원이 이 사건에서 국가면제법리의 적용 여부를 판단하기에 앞서, 상거래나 고용, 인적피해 등에서 국가면제법리가 적용되지 않는다는 점을 명확히 해야 합니다. ‘위안부’에게 강요된 성 노예제는 주권행위로 분류될 수 없습니다. 이러한 점에 기반하여, 법원은 이 사건에서 제한적 국가면제법리에 따라 재판청구권을 인정해야 할 것입니다.
2. 젠더의 관점 없이는 국가면제법리가 전시의 남성적인 행위나 주권적인 국가의 이해관계만을 보호하게 될 것입니다. 제한적 국가면제법리는 상업적 행위와 같이 일부 남성들의 이해관계를 보호하기 위해 적용된 반면, 고용이나 상거래의 법체계에서 벗어난 여성인권침해 행위에 대해서는 적용되지 않았습니다. 따라서, 법원이 이 사건에서 젠더 및 인권의 관점에서 좀 더 포괄적인 인권의 국가면제법리의 적용 여부를 심리하는 것은 매우 중요합니다.

Christine Chinkin 및 Keina Yoshida

2020년 10월 7일

1. 인권위원회, 여성에 대한 폭력과 그 원인 및 결과에 관한 특별보고관 보고서, 인권위원회 결의 1994/45에 따라 Radihka Coomaraswamy가 작성함. E/CN.4/1996/53/Add.1, 1996년 1월 4일. [↑](#footnote-ref-1)
2. 여성차별철폐위원회(CEDAW위원회), 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 제2조에 따른 당사국의 핵심 의무에 관한 제28호 일반 권고, CEDAW/C/GC/28, 2010, 3문단. [↑](#footnote-ref-2)
3. 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약 제26조는 ‘모든 유효한 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다’고 규정합니다. 대한민국과 일본은 모두 비엔나 협약의 당사국입니다. [↑](#footnote-ref-3)
4. 대한민국은 1990년 6월 10일 자유권규약에, 그리고 1990년 4월 10일 사회권규약에 가입했습니다. 일본은 1979년 6월 21일 자유권규약과 사회권규약을 모두 비준했습니다. [↑](#footnote-ref-4)
5. 대한민국은 1984년 12월 27일 여성차별철폐협약을 비준했습니다. [↑](#footnote-ref-5)
6. 일본은 1985년 6월 25일 여성차별철폐협약을 비준했습니다. [↑](#footnote-ref-6)
7. CEDAW위원회, 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 제2조에 따른 당사국의 핵심 의무에 관한 제28호 일반 권고, CEDAW/C/GC/28, 2010, 5문단. [↑](#footnote-ref-7)
8. 예: 비엔나 선언 및 행동계획, 1993년, A/CONF.157/23, I, 18문단; II, 38문단; 국제인구개발회의, 카이로, 이집트, 1994년 9월, UN 문서 A/CONF.171/13/Rev.1; 베이징 선언 및 행동계획, 1995년, A/CONF.177/20 (1995) 및 A/CONF.177/20/Add.1 (1995); 21세기를 위한 성평등, 발전, 평화. 특별총회, 2000년 6월 5~9일 (베이징+5); 2007년 6월 30일자 결의를 포함한 인권이사회 결의. [↑](#footnote-ref-8)
9. 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽 협약 제12의정서: ‘모든 사람이 법 앞에 평등하고 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다는 기본 원칙’ [↑](#footnote-ref-9)
10. 여성차별철폐위원회, 여성에 대한 젠더에 기반한 폭력에 관한 제35호 일반 권고, 제19호 일반권고의 업데이트, CEDAW/C/GC/35, 2017, 10문단. [↑](#footnote-ref-10)
11. 예: 2009년 6월 9일 선고 Opuz 대 터키 사건 판결문, 185~191문단; 2019년 7월 9일 선고 Volodina 대 러시아 (App. No.41261/17) 사건 판결문, 110문단. [↑](#footnote-ref-11)
12. 미주인권위원회, 제33/16호 보고서, 사건번호 12,797, Linda Loaiza López Soto 및 그 친척 v 베네수엘라, OEA/Ser.L/V/II. 문서 38, 2016년 7월 29일, 175문단. [↑](#footnote-ref-12)
13. 미주인권재판소, 불법이민자의 사법조건 및 권리, 권고적 의견 OC-18/03, 2003년 9월 17일, 101문단. [↑](#footnote-ref-13)
14. 조약법에 관한 비엔나 협약, 1969년, 제53조. [↑](#footnote-ref-14)
15. 인권이사회 결의 15/23, 2010년. [↑](#footnote-ref-15)
16. 2013년 유엔 안전보장이사회 결의 2122호; 2019년 유엔 안전보장이사회 결의 2467호도 참조. 이러한 2건의 결의는 모두 2000년 1325호 결의에 따라 채택된 여성, 평화, 안보에 관한 안전보장이사회 안건에서 채택되었습니다. [↑](#footnote-ref-16)
17. UN총회 결의 70/1호, 2015년 9월 25일, 우리 세계의 변혁: 2030 지속가능발전의제. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ibid., 20문단. [↑](#footnote-ref-18)
19. 핵무기 위협 또는 사용의 유효성 (권고적 의견) 1996년 국제사법재판소 보고서, 79문단. [↑](#footnote-ref-19)
20. 일반 명령 100호: 리버 훈령, 1863년 4월 24일, 제37조 및 제44조. [↑](#footnote-ref-20)
21. 육전의 법 및 관습(헤이그 IV), 헤이그, 1907년 10월 18일, 제46조. [↑](#footnote-ref-21)
22. 민간인 보호에 관한 협약, 제네바, 1949년 8월 12일. [↑](#footnote-ref-22)
23. 국제 무력 분쟁의 피해자 보호에 관한 1949년 8월 12일자 제네바 협약 추가의정서, 제네바, 1977년 6월 8일, 제76조 (제1추가의정서). [↑](#footnote-ref-23)
24. 민간인 보호에 관한 협약, 제네바, 1949년 8월 12일, 제3조; 비국제적 무력 분쟁에 관한 1949년 8월 12일자 제네바 협약 추가의정서(제2추가의정서), 제네바, 1977년 6월 8일, 제4조 제2항 e호. [↑](#footnote-ref-24)
25. 여성차별철폐위원회, 일반 권고, 제19호 일반권고, 여성에 대한 폭력, 1992년 11차 회의, 6문단. [↑](#footnote-ref-25)
26. 1994년 여성에 대한 폭력의 방지, 처벌 및 근절에 관한 미주협약(벨렘 도 빠라 협약) 제1조는 여성에 대한 폭력을 ‘젠더에 기반한 모든 행동이나 행위’로 정의했고, 2003년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장의 아프리카 여성의 권리에 관한 의정서(마푸토 의정서) 제1조는 여성에 대한 폭력은 ‘여성에 대하여 자행되는 모든 행위를 의미한다’고 명시했고, 2011년 여성에 대한 폭력 및 가정폭력 예방 및 근절에 관한 협약(이스탄불 협약) 제3조는 ‘여성에 대한 폭력’을 ‘인권 침해 및 여성에 대한 차별의 형태’로, 그리고 ‘젠더에 기반한 폭력’을 ‘여성이기 때문에 여성을 겨냥하였거나 여성에게 불균형적으로 영향을 미치는 폭력’으로 정의했습니다. [↑](#footnote-ref-26)
27. 여성차별철폐위원회, 여성에 대한 젠더에 기반한 폭력에 관한 제35호 일반 권고, 제19호 일반 권고의 업데이트, CEDAW/C/GC/35, 2017년. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ibid., 2문단 및 각주 3의 다수의 인용. [↑](#footnote-ref-28)
29. 여성차별철폐위원회, 일반 권고, 제19호 일반 권고, 여성에 대한 폭력, 1992년 제11차 회의, 16문단. [↑](#footnote-ref-29)
30. 세계인권회의, 비엔나 선언 및 행동계획, 1993년 6월 25일, II, 38문단. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ibid., 114문단. [↑](#footnote-ref-31)
32. 1997년 9월 25일 선고 Aydin v 터키 (Appl. No. 57/1996/676/866) 판결문. [↑](#footnote-ref-32)
33. 예: Miguel Castro-Castro Prison 대 페루 (본안판결, 배상과 비용). 2006년 11월 25일 선고 Series C No. 160 판결문; Rosendo Cantu 대 멕시코 (본안전 항변, 본안판결, 배상과 비용), 2010년 8월 31일 선고 판결문. [↑](#footnote-ref-33)
34. 예: **콩고 공화국 대 부룬디, 르완다 및 우간다, Communication 227/99, 2004, AHRLR 19 (아프리카인권위원회, 2003).** [↑](#footnote-ref-34)
35. 여성차별철폐위원회, 여성에 대한 젠더에 기반한 폭력에 관한 제35호 일반 권고, 제19호 일반권고의 업데이트, CEDAW/C/GC/35, 2017, 16문단: ‘여성에 대한 젠더에 기반한 폭력의 일부 형태가 국제 범죄를 구성할 수 있는 경우도 있다.’ [↑](#footnote-ref-35)
36. 검찰 대 Kunarac, Kovac 및 Vukovic, IT-96-23, 2001년 10월 22일. [↑](#footnote-ref-36)
37. 검찰 대 Furundzija, IT-95-17/1-T, 2000년 7월 21일. [↑](#footnote-ref-37)
38. In Prosecutor v. Delacic et al., IT-96-21-T, 16 November 1998, rape was qualified as a form of torture – the first such judgment by an international criminal tribunal. [↑](#footnote-ref-38)
39. Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, IT-96-23, 22 October 2001. [↑](#footnote-ref-39)
40. 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약, 뉴욕, 1948년 12월 9일, 제2조. [↑](#footnote-ref-40)
41. 검찰 대 Jean-Paul Akayesu**, ICTR-96-4-T, 1998년 9월 2일 사건. 피고인은 그 중에서도 투트시족에 대한 집단살해 행위의 핵심이었던 반인륜적 범죄로서의 강간 혐의에 대해 유죄 선고를 받았습니다.** [↑](#footnote-ref-41)
42. 인권이사회, “파괴하기 위해 왔다: 야지디족에 대한 ISIS의 범죄”, A/HRC/32/CRP.2, 2016년 6월 15일. [↑](#footnote-ref-42)
43. Ibid., 제8조 (b)항 (xxii)목. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ibid., 제8조 (e)항 (vi)목. [↑](#footnote-ref-44)
45. 국제형사재판소에 관한 로마 규정, 1998년, 제7조 (1)항 (g)호. [↑](#footnote-ref-45)
46. WPS 프레임워크에는 다음과 같은 핵심 안전보장이사회 결의가 포함됩니다. 제1325호 (2000년), 제1820호 (2009년), 제1888호 (2009년), 제1889호 (2010년), 제1960호 (2011년), 제2106호 (2013년), 제2122호 (2013년), 제2242호 (2015년), 제2467호 (2019년) 및 제2493호 (2019년). [↑](#footnote-ref-46)
47. 유엔 전범위원회의 후원으로 열린 재판 중에는 성폭력 혐의와 관련된 사건도 있습니다. William Schabas, Carsten Stahn, Joseph Powderly, Dan Plesch and Shanti Sattler, ‘The United Nations War Crimes Commission and the Origins of International Criminal Justice (유엔 전범위원회 및 국제형사재판소의 기원)’, 25 형법포럼 (2014) 1 (이하의 논문도 참조). [↑](#footnote-ref-47)
48. ‘실제로 본 위원회는 다수의 장애물과 제약이 여성들로 하여금 평등권에 기초한 사법접근권을 실현하는 것을 방해한다는 점을 관찰하였다. 여기에는 사법 접근과 관련된 모든 측면에서 당사국들이 제공하는 사법 보호가 부족하다는 점이 포함된다.’ 여성차별철폐위원회, 여성의 사법 접근에 관한 제33호 일반 권고, CEDAW/C/GC/33, 2015년, 3문단. [↑](#footnote-ref-48)
49. 국가의 관할권 면제(독일 대 이탈리아: 그리스 참가), 2012년 ICJ 보고서 99, 59문단. [↑](#footnote-ref-49)
50. 예: 2010년 3월 23일 선고 Cudak v 리투아니아 ECtHR GC (App. No. 15869/02) 판결문, 64문단: ‘절대적인 국가면제의 적용은 지난 수년 동안 분명히 약화되었다.’ [↑](#footnote-ref-50)
51. 제2조 (c)항 (i)호. [↑](#footnote-ref-51)
52. Jones 대 사우디아라비아 왕국 내무부 [2007] 1 AC 270, 26문단, Bingham 경. [↑](#footnote-ref-52)
53. Benkharbouche 및 Anor 대 외무·영안방부 [[2017] UKSC 62](http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2017/62.html)**, 2017년 10월 18일, 52문단,** Sumption경. [↑](#footnote-ref-53)
54. Ibid., 37문단. [↑](#footnote-ref-54)
55. Ibid., 51 문단. [↑](#footnote-ref-55)
56. Ibid., 76 문단. [↑](#footnote-ref-56)
57. Reyes v Al-Malki [2017] UKSC 61. [↑](#footnote-ref-57)
58. Philippa Webb and Rosana Garciandia, ‘State responsibility for modern slavery: uncovering and bridging the gap (현대 노예제에 대한 국가 책임: 공백의 발견 및 보완)’, 68 International and Comparative Law Quarterly (2019) pp. 539-571. [↑](#footnote-ref-58)
59. Mahamdia 대 알제리인민민주공화국 (Case C-154/11), 2012년 7월 19일, 55~57문단에서 유럽연합 사법재판소는 ‘직원이 수행한 기능이 공권력의 행사에 해당하지 않는 경우’ 국가는 면제되지 않는다고 판결했습니다. [↑](#footnote-ref-59)
60. 인권위원회, 여성에 대한 폭력과 그 원인 및 결과에 관한 특별보고관 보고서, 인권위원회 결의 1994/45에 따라 Radihka Coomaraswamy가 작성함. E/CN.4/1996/53/Add.1, 1996년 1월 4일, 22문단. [↑](#footnote-ref-60)
61. Ibid., 25문단. [↑](#footnote-ref-61)
62. Ibid., 27문단. [↑](#footnote-ref-62)
63. 국가의 관할권 면제 (독일 대 이탈리아: 그리스의 소송참가), 2012년 ICJ 보고서 99. [↑](#footnote-ref-63)
64. Ibid. 85문단. [↑](#footnote-ref-64)
65. Lorna McGregor, ‘State Immunity and Human Rights: Is there a future after Germany v Italy? (국가면제 및 인권: 독일 대 이탈리아 사건 후 미래가 있을까?)’ 11 Journal of International Criminal Justice (2013), p. 128. [↑](#footnote-ref-65)
66. 여성의 사법접근에 관한 제33호 여성차별철폐위원회 일반 권고. CEDAW/C/GC/33, 2015년 7월 23일. [↑](#footnote-ref-66)
67. 인신매매는 2000년의 유엔 초국가적 조직범죄 방지협약을 보충하는 인신매매, 특히 여성과 아동의 인신매매 방지, 억제 및 처벌을 위한 의정서 (팔레르모 의정서) 제3조에 정의되어 있습니다. ‘위안부’ 상황은 팔레르모 의정서가 마련되기 전에 발생했지만, 인신매매는 이미 1945년부터 국제법의 규제 대상이었습니다. [↑](#footnote-ref-67)
68. 여성차별철폐협약 제15조는 국가가 ‘여성에 대해 법 앞에 남성과의 평등을 부여하여야 한다’고 규정합니다. [↑](#footnote-ref-68)