

일본국 상대 일본군'위안부' 손해배상청구 역사적 승소: 정의와 진실에 대한 권리회복

2021.02.26.(금) 오후 4시-8시 zoom webinar
한영동시통역 · 자료집 제공

주최: 국회의원 김영주, 민형배, 양기대, 이용선, 이재정, 한준호, 홍익표 의원실 (더불어민주당), 국회 한반도 평화포럼
주관: (재)일본군성노예제문제해결을위한 정의기억연대, 민주사회를위한변호사모임, 일본군'위안부' 연구회

신청



bit.ly/3bbyFFO

16:00
~16:15

축사 및 개회사

사회: 조수진(변호사, 민주사회를위한변호사모임 사무총장)

16:15
~17:15

<기조발제> 판결의 사회·역사적 과정과 의미

사회: 조수진(변호사, 민주사회를위한변호사모임 사무총장)

발표 1. 이상희 (민주사회를 위한 변호사모임 변호사)

발표 2. 김창록 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

질의 & 응답

17:15
~18:30

<패널1> 전시성폭력 불처벌 종식을 위해

사회: 이나영(중앙대학교 사회학과 교수, 정의연 이사장)

발표 1. 크리스틴 친킨 (영국 런던정경대학교 국제법 교수·2000년 여성국제전범법정 판사)

발표 2. 양현아 (서울대학교 법학전문대학원 교수·일본군'위안부'연구회 회장)

발표 3. 레기나 뢰호이저 (독일 함부르크 연구 및 문화 증진 재단 선임연구원

·무력분쟁 하 성폭력 국제연구회 공동창립자)

발표 4. 우스티나 돌고폴 (남호주 플린더스 대학교 법대 부교수·2000년 여성국제전범법정 수석검사)

18:30
~18:40

휴식

18:40
~19:40

<패널2> 국가면제 vs. 중대한 인권침해

사회: 정진성(UN 인종차별철폐위원회 위원)

발표 1. 백범석 (경희대학교 국제대학 교수·UN 인권이사회 자문위원회 위원)

발표 2. 아베 코오키(일본 메이지가쿠인대학교 국제학부 교수)

발표 3. 요하임 라우 (이탈리아 페리니 사건 담당 변호사)

19:40
~20:00

종합 질의 & 응답

사회: 정진성(UN 인종차별철폐위원회 위원)

[3차 국제심포지엄]

일본국 상대 일본군‘위안부’ 손해배상청구 역사적 승소:

정의와 진실에 대한 권리회복

International Symposium

Korean Court's Historic Ruling on Japanese Military ‘Comfort Women’:

Restoring the Right to Justice and Truth

일시	2021년 2월 26일(금) 오후 4시 ~ 8시
형식	zoom webinar / 한영 동시통역 제공
공동주최	국회의원 김영주, 민형배, 양기대, 이용선, 이재정, 한준호, 홍익표 의 원실 (더불어민주당), 국회 한반도 평화포럼
공동주관	일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대 민주사회를 위한 변호사모임 일본군‘위안부’연구회
Date	February 26 (Fri) 16:00-20:00 KST (GMT+9)
Venue/Language	Zoom webinar / Korean and English
Co-hosts	Republic of Korea National Assembly members Kim Youngjoo, Min Hyungbae, Yang Kidae, Lee Yongsun, Lee Jaejung, Han Junho, Hong Ihkpyo (Democratic Party of Korea), Korea Peace Forum of the National Assembly Member’s Study Group
Co-organizers	The Korean Council for Justice and Remembrance for the Issues of Military Sexual Slavery by Japan MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society Research Network on Japanese Military Sexual Slavery

목차 Table of Contents

프로그램	5
축사	6
기조발제 판결의 사회·역사적 과정과 의미	16
이상희 민주사회를 위한 변호사모임 변호사	16
김창록 경북대학교 법학전문대학원 교수	20
Panel 1 전시성폭력 불처벌 종식을 위해	26
크리스틴 친킨 영국 런던정경대학교 국제법 교수·2000 년 여성국제전범법정 판사	26
양현아 서울대학교 법학전문대학원 교수·일본군‘위안부’연구회 회장	29
레기나 뮐호이저 독일 함부르크 연구 및 문화 증진 재단 선임연구원·무력분쟁 하 성폭력 국제연구회 공동창립자	34
우스티나 돌고폴 남호주 플린더스 대학교 법대 부교수·2000 년 여성국제전범법정 수석검사	39
Panel 2 국가면제 vs. 중대한 인권침해	42
백범석 경희대학교 국제대학 교수·UN 인권이사회 자문위원회 위원	42
아베 코오키 일본 메이지가쿠인대학교 국제학부 교수	45
요하임 라우 이탈리아 페리니 사건 담당 변호사	49
Program	52
Celebratory Messages	53
Keynote Speeches: Korean Court's Historic Ruling in January 2021	63
Lee, Sang-hee Lawyer, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society	63
Kim, Chang Rok Professor, Kyungpook National University Law School	69
Panel 1 Tackling Impunity of Wartime Sexual Violence	77
Christine Chinkin Professorial Research Fellow, Centre for Women Peace and Security, London School of Economics & Principal Investigator, research funded by European Research Council on A Gendered Peace)	77
Yang, Hyunah Professor, Seoul National University School of Law & Chair, Research Network on Japanese Military Sexual Slavery	82

Regina Mühlhäuser Senior Researcher, Hamburg Foundation for the Advancement of Research and Culture & Co-Founder International Research Group 'Sexual Violence in Armed Conflict'	89
Ustinia (Tina) Dolgopol Associate Professor, College of Business, Government and Law, Flinders University & Former chief prosecutor at 2000 Women's International War Crimes Tribunal	95
Panel 2. State immunity vs. Grave human rights violations	99
Baek, Buhm-Suk Professor, College of International Studies, Kyung-Hee University & Member, United Nations Human Rights Council (UNHRC) Advisory Committee	99
Abe Kohki Professor of Peace Studies and International Law, Meiji Gakuin University	103
Joachim Lau Lawyer, Ferrini v. Germany case	108
첨부. 라우 이탈리아법원판결 Attachment: Lau Judgments of Italian Court	110

프로그램

시간	내용
16:00~16:15	축사 및 개회사 사회: 조수진(변호사·민주사회를위한변호사모임 사무총장)
16:15~17:15	〈기조발제〉 판결의 사회·역사적 과정과 의미 Keynote Speeches: Korean Court's Historic Ruling in January 2021 사회: 조수진(변호사·민주사회를위한변호사모임 사무총장) 발표 1. 이상희(민주사회를 위한 변호사모임 변호사) 발표 2. 김창록(경북대학교 법학전문대학원 교수) 질의 & 응답
17:15~18:30	〈패널1〉 전시성폭력 불처벌 종식을 위해 Tackling Impunity of Wartime Sexual Violence 사회: 이나영(중앙대학교 사회학과 교수·정의연 이사장) 발표 1. 크리스틴 친킨(영국 런던정경대학교 국제법 교수·2000년 여성국제전범법정 판사) 발표 2. 양현아(서울대학교 법학전문대학원 교수·일본군‘위안부’연구회 회장) 발표 3. 레기나 뮐호이저(독일 함부르크 연구 및 문화 증진 재단 선임연구원·무력분쟁 하 성폭력 국제연구회 공동창립자) 발표 4. 우스티나 돌고폴(남호주 플린더스 대학교 법대 부교수·2000년 여성국제전범법정 수석검사)
18:30~18:40	휴식
18:40~19:40	〈패널2〉 국가면제 vs. 중대한 인권침해 State Immunity versus Gross Human Rights Violation 사회: 정진성(UN 인종차별철폐위원회 위원) 발표 1. 백범석(경희대학교 국제대학 교수·UN 인권이사회 자문위원회 위원) 발표 2. 아베 코오키(일본 메이지가쿠인대학교 국제학부 교수) 발표 3. 요하임 라우(이탈리아 페리니 사건 담당 변호사)
19:40~20:00	종합 질의 & 응답 사회: 정진성(UN 인종차별철폐위원회 위원)

축사

국회의원 김 영 주

(서울 영등포구갑, 더불어민주당)



국회 외교통일위원회 김영주 의원(영등포갑, 더불어민주당)입니다.

〈일본국 상대 일본군 '위안부' 손해배상청구 소송의 역사적 승소: 정의와 진실에 대한 권리 회복〉 국제심포지엄의 개최를 위해 애써 주신 각국의 전문가 여러분들과 '정의기억연대' 활동가 여러분들, 그리고 '민주사회를위한변호사모임' 관계자 분들께 깊이 감사드립니다.

최근 미국 대학의 한 교수가 일본군 '위안부'가 "자발적 매춘"이라는 터무니없는 망언을 펼치고 있어 할머니들과 여성들에게 다시 한번 상처를 주었습니다. 일부 세력이 이를 학문의 자유라고 포장하더라도 역사적 사실인 일본군의 위안부 만행이 없었던 일이 될 수 없음은 자명합니다. 해당 교수가 소속된 대학의 학생들과 다른 학자들의 비판에 이어 미국 한인단체들 또한 '논문 철회' 청원을 이어가고 있습니다만 이번 사건은 전시성폭력과 인권침해에 대해 국제적인 인식 확대가 여전히 필요하고 매우 필수적이라는 점을 방증하고 있다고 생각합니다.

나치의 홀로코스트와 함께 20세기 최악의 인권침해 사건 중 하나인 일본의 '위안부' 전시성폭력이 양국의 무책임 속에서 오랜 기간 피해 회복에 소극적이었던 가운데 나온 지난 1월 한국 법원의 판결은 국제인권법상의 '피해자 중심주의'를 적극적으로 반영해 세계인권사에 새로운 이정표를 남긴 역사적 판결입니다.

이번 한국 법원의 판결의 의미에 대해 세계인들에게 더 많이 공유돼, 전시성폭력에 대한 인식 확산과 그에 따른 처벌과 배상이 이루어 질 수 있도록 오늘 국제심포지엄이 역할을 할 수 있기를 기대합니다. 감사합니다.

축사

국회의원 민 형 배

(광주 광산구을, 더불어민주당)



안녕하세요. 더불어민주당 민형배 의원입니다. 새해 건강과 행복이 늘 함께하시기를 바랍니다.

1992년 1월 8일. 일본군 위안부 문제 해결을 위한 정기 수요시위가 시작된 날입니다.
정확히 29년이 되던 날, 서울지방법원은 일본국 상대 일본군‘위안부’ 손해배상청구 소송에
대해 승소 판결을 내렸습니다. 역사적인 날입니다.
이 판결은 일제의 만행으로 입은 상처와 악행을 알리기 위해 싸워온 피해자의 투쟁이 법적
으로 인정받았다는 점에서 뜻깊습니다.

〈일본군성노예제 문제해결을 위한 정의기억연대〉, 〈민주사회를 위한 변호사모임〉, 〈일본군
‘위안부’연구회〉의 지속적인 노력과 협력이 있었기에 가능했습니다. 고맙습니다. 애 많이 쓰
셨습니다.

오늘 토론회를 준비하느라 수고하신 관계자들과 참석하신 분들께도 감사 인사드립니다. 앞
으로도 지금처럼 희망의 등불이 되어주시길 부탁드립니다.

승소 판결이 끝은 아닙니다. 이제 막 첫걸음을 뒀습니다.
아직 위안부 문제가 해결되지 못했습니다.
정의와 진실에 대한 권리회복을 위해 더 노력해야 합니다.
일제의 만행을 잊어선 안 됩니다.

우공이산(愚公移山), 우리가 뜻을 모은다면 해결할 수 있습니다.
위안부 문제 해결 등 역사를 바로 세워야 합니다.
저도 힘을 보태겠습니다.

코로나19로 모두 어려운 시기입니다.
이 어려움을 곧 이겨낼 수 있기를 기대합니다.
참석하신 모든 분께 건강과 행복이 가득하기를 바랍니다.
고맙습니다.

축사

국회의원 양 기 대

(경기 광명시을, 더불어민주당)



안녕하십니까? 경기 광명을 국회의원 양기대입니다.

우선 국제심포지엄 ‘일본국 상대 일본군 위안부 손해배상청구 역사적 승소: 정의와 진실에 대한 권리회복’ 개최를 위해 애써주신 많은 분들께 감사의 말씀을 드립니다.

지난 1월 8일 서울중앙지방법원은 일본국을 상대로 배춘희 등 일본군 위안부 피해 할머니 12명이 제기한 손해배상청구 소송에서 원고 승소의 역사적인 판결을 내렸습니다.

전시여성 인권보호의 새로운 지평을 열었습니다. 국제인권법의 인권존중원칙을 앞장서 확인한 선구적인 판결이었습니다.

그러면서 법원은 일본국의 재판권을 면제한다면 일본군 위안부 피해자들의 정의와 진실에 대한 권리를 박탈하게 될 것이라고 밝혔습니다. 국가를 다른 국가의 국내 법원에 당사자로 세울 수 없다는 ‘국가면제론’의 낡은 굴레를 벗어던진 것입니다.

그동안 일본군 위안부 피해 사실은 여러 차례 공개됐으나 번번이 외면당했습니다. 광명시장 책임 때 인연을 맺은 일본군 위안부 피해 할머니들께서는 항상 제게 ‘한을 풀어달라’고 하셨습니다. 일본의 진정한 사과와 배상을 원하십니다.

오늘 ‘정의와 진실에 대한 권리’로 이번 판결을 조명하면서 궁극적으로는 일본군 위안부 피해 할머니들의 한을 풀어주는 마중물이 되기를 기대합니다.

또한 대한민국 법원이 일본군위안부 피해자들의 마지막 호소를 외면하지 않은 것처럼 저 역시 일본군 위안부 문제 해결을 위해 최선을 다하겠습니다.

국회의원으로서 일본군 위안부 관련 여러 법안을 처리하기 위해 혼신의 힘을 다 하겠습니다. 제가 발의한 ‘일본군위안부 피해 진상규명 및 명예회복에 관한 특별법’이 제정되어 국가가 나서 일본군위안부 진상을 규명하도록 하겠습니다. 또한 일본군위안부 피해자들에게 모

욕적인 언사를 가하는 경우 처벌을 받게 하겠습니다.

현재 살아계신 일본군위안부 피해자는 열 다섯분뿐입니다. 이들이 언제 우리 곁을 떠날지 알 수 없습니다. 시간이 없습니다. 절박함을 가지고 역사를 바로 세우겠습니다.

감사합니다.

축사

국회의원 이 용 선

(서울 양천구을, 더불어민주당)



안녕하세요. 서울 양천을 국회의원 이용선입니다.

지난 1월 8일, 기념비적인 판결이 있었습니다. 서울중앙지법은 일본의 행위가 주권적 행위라 할지라도, 반인도적 범죄행위로서 국제 강행 규범을 위반한 것이기 때문에 주권면제를 적용할 수 없다고 판시했습니다. 2013년 8월 13일, 고 배춘희 할머니를 비롯한 일본군 위안부 피해생존자 12분이 법원에 조정 신청을 제기한 지 7년 하고도 5개월 만입니다.

그 기나긴 시간을 피해생존자들은 오로지 인내로 견뎌야 했습니다. 끊임없이 아픔을 증언해야 했던 투쟁이 마침내 인정받았습니다. 동시에 일본에게 법적 책임이 있음을 인정한 최초의 판결이라는 점에서 세계인권사에 큰 획을 긋는 판결이 아닐 수 없습니다. 오늘 열리는 국제심포지엄은 바로 그 판결의 사회·역사적 의미를 널리 알린다는 점에서 더욱 뜻깊습니다.

그러나 아직 갈 길이 멍니다. 최근 학문의 자유라는 명목하에 ‘위안부는 매춘부’라는 주장을 담은 논문이 출간되었습니다. 엄혹한 시기에 자행된 인권 유린은 학문의 자유라는 이름으로 가려질 수 없음을 분명히 하고자 합니다. 역사 정의는 바로 세워야 합니다.

지난 2007년 유럽의회 청문회 당시 “62년이 지났지만, 일본은 아무것도 하지 않았다. 항상 거짓말을 하고 진실을 외면하고 있다. 내가 원하는 것은 돈이 아니라, 정의”라는 위안부 피해 할머니들의 한 맺힌 절규가 떠오릅니다. 이들의 외침에 응답하기 위해선 1월 8일 이루어진 역사적 판결의 의미를 되살려 생존피해자들의 존엄과 명예 회복을 위해 노력해야 할 것입니다.

일본군 위안부 문제는 잊어서는 안 될 ‘우리의 역사’입니다. 이제는 생존자들이 고통스러운 기억을 끄집어내 증언해도 되지 않을 수 있도록, 우리가 기억하고, 인간의 존엄성과 인권 보장을 위해 나아가야 할 때입니다. 오늘 논의되는 다양한 의견들을 바탕으로 일본군 위안부에 대한 진실과 권리회복을 위해 혼신의 힘을 다하겠습니다.

이 소중한 자리 여러분이 같이해 주셨습니다. 토론회를 공동주최해주신 김영주, 민형배, 양기대, 이재정, 한준호, 홍익표 의원님과 국회 한반도 평화포럼, 주관해 주신 정의기억연대, 민주사회를 위한 변호사모임, 일본군 '위안부' 연구회에도 감사의 말씀을 전합니다. 더불어 발제와 토론을 맡아주신 여러분께 깊은 감사를 드립니다.

축사

국회의원 이재정

(경기 안양시동안구을, 더불어민주당)



안녕하세요. 더불어민주당 국회의원 이재정입니다.

먼저, 얼마 전 별세하신 일본군 ‘위안부’ 피해자 정복수 할머니의 명복을 빕니다. 이제 피해 생존자가 열다섯 분밖에 남지 않은 상황에서 하루라도 빨리 일본의 사죄와 반성, 명예회복이 이루어져야 한다는 묵직한 책임감을 느낍니다.

지난 1월 8일 서울중앙지방법원 제34민사부는, 일본군 ‘위안부’ 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서 원고들에 대한 피고 일본국의 손해배상책임을 인정하는 판결을 선고했습니다.

이번 판결은 반인도적 범죄나 중대한 인권침해를 저지른 어떠한 국가도 그 책임으로부터 자유로울 수 없다는 원칙을 확인한 판결로, 일본군 ‘위안부’ 피해자들이 30년 이상 투쟁으로 이루어낸 결과이며, 모든 인류에게 남긴 소중한 자산이자 세계인권사에 새롭게 기록되어야 할 기념비적인 판결입니다.

그럼에도 불구하고 일본 정부는, 2021년 1월 23일의 외무대신 담화를 통해, 서울중앙지방법원의 판결은 “국제법에 명백하게 반하는 것”이라고 주장하고, ‘2015년 합의’에 의해 ‘최종적·불가역적으로 해결’되었으며, 한국이 “국가로서 자신의 책임으로 국제법 위반 상태를 시정하기 위해 적절한 조치를 강구할 것을 다시금 강하게 요구”한다고 밝히고 있습니다.

이런 상황에서 판결의 국제법적 의미를 알리고, 젠더관점, 보편적 인권관점으로 논의를 확장하기 위해 개최되는 3차 국제심포지엄 <일본국 상대 일본군 ‘위안부’ 손해배상청구 역사적 승소: 정의와 진실에 대한 권리회복>을 매우 뜻깊게 생각합니다.

특히 이탈리아 페리니 사건을 담당했던 요하임 라우 변호사, 2000년 여성국제전범법정 판사였던 영국 런던정경대학교 크리스틴 친킨 교수, 2000년 여성국제전범법정 수석검사였던 호주의 우스티나 돌고폴 교수 등 국내외 전문가들이 참석해 판결의 의미를 다각도로 소개해 주실 것으로 기대됩니다.

기조발제 및 토론을 맡아주신 이상희 변호사님, 김창록 교수님, 백범석 교수님, 양현아 교수님께도 다시 한번 감사드립니다. 법리와 국제법적 의미를 연구해 소송을 이끈 전문가가 있었기에 의미 있는 판결을 얻어 낼 수 있었습니다.

그리고 누구보다 정의와 진실에 대한 권리회복을 위해 애쓰고 정의기억연대 이나영 이사장님을 비롯, 30년간 포기하지 않고 투쟁해 오신 우리 할머니들께 존경과 감사의 인사를 드립니다.

감사합니다.

축사

국회의원 한 준 호

(경기 고양시, 더불어민주당)



안녕하십니까. 고양시(을) 국회의원 한준호입니다.

일본군성노예제 문제해결을 위한 <제3차 국제심포지엄: 정의와 진실에 대한 권리회복>을 함께 개최하게 되어 진심으로 기쁩니다.

제3차 국제심포지엄을 공동주최해주신 선배·동료 의원님들과 공동주관해주신 정의기억연대, 민주사회를 위한 변호사모임, 일본군위안부연구회는 물론 참석해주신 모든 내·외빈 여러분께 감사 인사드립니다.

지난 1월 8일, 서울중앙지방법원은 일본국 상대 일본군‘위안부’ 손해배상청구 소송에서 기념비적인 승소 판결을 내렸습니다.

그러나 일본 정부와 우익은 세계 곳곳에 설치된 ‘평화의 소녀상’에 노골적인 철거 압력을 가하고 있고, 모 하버드대 교수는 위안부 피해자를 매춘부로 규정한 논문을 게재하는 등 역사 왜곡 공작이 끊임없이 이어지고 있습니다.

얼마 전 일본군 위안부 피해생존자 중 최고령자셨던 정복수 할머니께서 오랜 노력과 기다림에도 일본 정부의 법적 배상과 책임 있는 공식 사죄를 받지 못한 채 영면하셨습니다.

이제 정부에 등록된 피해자 중 생존자는 단 열다섯 분입니다. 시간이 얼마 남지 않았습니다.

오늘 <제3차 국제심포지엄: 정의와 진실에 대한 권리회복>이 피해자들을 부정하는 일본 정부의 비상식적인 행위를 막고, 반인륜적 범죄행위에 대한 민낯을 전 세계에 명확하게 알려 더 늦기 전에 일본 정부의 공식 사죄를 끌어내는 시작점이 되길 기대합니다.

다시 한 번 참석해주신 모든 분께 감사드리며 항상 건강하시길 바랍니다.

정복수 할머니의 명복을 빕니다.

고맙습니다.

축사

국회의원 홍 익 표

(서울 중구성동구갑, 더불어민주당)



안녕하십니까? 국회의원 홍익표입니다.

「일본국 상대 일본군‘위안부’손해배상청구 역사적 승소: 정의와 진실에 대한 권리회복」 국제 심포지엄을 함께 준비해주신 동료의원님들과 국회 한반도평화포럼, 정의기억연대, 민주사회를 위한 변호사모임, 일본군‘위안부’연구회 관계자 분들께 깊은 감사 인사를 드립니다. 아울러 발표와 토론을 맡아주신 전문가 여러분께도 감사드립니다.

지난 1월 8일 우리 법원은 위안부 피해자들의 손해배상청구를 인정하는 판결을 내렸습니다. 이는 일본국이 운영했던 위안부제도의 위법성을 확인하는 것은 물론, 전쟁범죄로서 전시성폭력은 국제강행 규범을 위반한 행위로 국가면제를 적용받을 수 없는 중대한 인권침해임을 보여주었다는데 큰 의의가 있습니다.

하지만 일본정부는 판결자체를 외면하고 있는 상황입니다. 일본정부가 정치적 유불리를 넘어 ‘전쟁 중 일어난 반인도적 범죄’에 대해 하루빨리 책임을 인정하고, 피해자들에 대해 진정성 있는 사과와 합당한 보상을 해야합니다.

오늘 국내외 전문가들을 모시고 손해배상청구 승소 판결의 의미를 논하는 세 번째 자리를 마련했습니다. 토론의 자리에서 위안부 피해자 및 전시성폭력 피해자들의 권리구제에 도움이 될 다양한 의견이 모아지길 기대합니다. 저 또한 오늘 나온 의견을 바탕으로 국회가 해야 할 과제에 대해 보다 책임있게 나서도록 하겠습니다.

다시 한 번 오늘 토론회를 준비해주신 관계자 여러분과 참석자분들께 감사드립니다.

보편적 인권에 기반한 매우 보편적인 판결

이상희 | 민주사회를 위한 변호사모임 변호사

1. 그녀들이 법정에서 선 이유

1) 일본군'위안부' 피해자들은 약 30년간 인간으로서의 존엄을 회복하기 위한 투쟁을 했다. 그들의 투쟁은 국가 중심의 국제법 질서에 도전하며 균열을 가했고, 국제질서의 무게중심을 국가에서 '인간'으로 옮기는데 기여했다. 이번 1월 8일 판결문은 2차 세계대전의 피해자들이 마지막으로 우리 인류에게 남긴 소중한 자산이자 권리장전이라고 생각한다.

2) 2차 세계대전과 식민지 질서 속에서 피해자들은 일본 제국의 전쟁수행을 위하여 일본군'위안부'로 성노예를 강요당했다. 1965년 청구권협정은 한미일 삼각동맹 체제를 위한 것으로 피해자의 목소리는 철저히 외면당했다(반인도적 범죄에 대한 논의조차 진행하지 못함). 김학순 할머니의 공개증언과 일본군이 '위안부' 정모에 직접 관여한 사실을 보여주는 공문서가 공개된 이후 1993년 고노 담화, 1995년 무라야마 담화가 발표되었지만 법적 책임을 인정하지 않고 1965년 체제를 연명시킬 뿐이었다.

피해자들은 전쟁과 식민지 피해로 인한 인권침해 사실을 고스란히 드러내면서 일본정부에 책임을 묻기 위하여 일본 법원과 미국 법원에 소송을 제기하였으나 모두 패소하였다. 일본 법원은 일본군'위안부' 피해자들에게 가한 행위의 위법성은 인정하면서도 1965년 청구권협정, 제척기간 도과 등을 이유로 일본정부의 불법행위 책임을 인정하지 않았다. 더 나아가 2007년 최고재판소는 '샌프란시스코 평화조약의 틀' 이론을 채택하여 피해자들의 재판청구권을 자체를 인정하지 않았다. 미국 법원은 '정치적 사안 판단 금지의 원칙'에 따라 판단도 하지 않았다. 1994년 유엔의 현대노예제 워킹그룹이 일본에 국제상설중재재판소의 중재를 권고하여 한일 민간단체와 변호사들이 국제중재재판 실현을 위해 노력했으나 일본 정부의 거절로 실현되지 못했다.

3) 외교, 안보 측면에서 일본군'위안부' 문제를 고려하던 한국 정부가 이를 반인도적인 범죄로 규정하고 일본 정부의 법적 책임을 인정한 것은 2005년 이후다. 한국 정부는 2005년 "일본군'위안부' 문제 등 일본정부·군 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 1965년 청구권협정에 의해 해결된 것으로 볼 수 없고 일본 정부의 법적 책임이 남아 있다"고 하면서 일본정부에 법적 책임을 추궁하겠다고 하였다. 비로소 한국 정부는 일본군'위안부' 문제를 인권의 관점에서 접근하고, 피해자들을 위해 외교적 보호권도 행사하겠다고 한 것이다. 헌법재판소도 2011년 일본군'위안부' 제도를 일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위로

보고, 피해자들의 배상청구권의 실현을 가로막는 것은 근원적인 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 것이라고 판단하였다.

그런데 한일 양국은 2015년 12월 28일 피해자들을 완전히 배제한 채 일본군'위안부' 문제의 타결을 선언하였다. 합의내용이나 방식은, 피해자들을 존중하며 법적 책임을 인정하고 이를 이행하기 위한 것이라기 보다는, '한일 양국 관계서 일본군위안부 문제가 최종적으로 '해결' 되었다는 '정치적' 선언에 불과했다. 일본 정부가 2015 한일합의 당일에도 일본군'위안부' 문제가 1965년 청구권협정으로 해결되었다고 발언한 점, 2015 한일합의 이후에 아베 총리와 기시다 외무상이 일본 의회에서 "이번 합의가 전쟁범죄에 해당하는 부분을 인정한 것은 아니다", "군이나 관헌에 의한 강제연행을 확인할 수 없다"는 등의 발언을 한 점, 유엔 여성차별철폐위원회에서 강제연행의 증거가 없다고 발언한 점에 비추어 보더라도 일본 정부가 책임을 인정하였다고 볼 수 없다.

4) 피해자들은 우리에게 지속적으로 전쟁범죄와 반인도적인 범죄에 대해 '사죄란 무엇인가'라는 질문을 던졌다. 이 질문은 전쟁범죄나 공권력의 중대한 인권침해에 대한 가해국의 책임을 묻는 것이기도 하다. 피해자들은 30년 넘게 일본정부에 사실의 인정, 진상규명, 공식 사죄, 법적 배상, 역사교육, 추모비와 사료관 건립, 책임자 처벌을 주장했는데, 이는 2005년 유엔 총회가 결의한 "국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위의 피해자들을 위한 구제 및 배상의 권리에 관한 기본원칙과 가이드라인"(이하 '피해자 권리 기본원칙')에서 정한 실효적인 권리구제의 내용이기도 하다.

여기서 중요한 것은 사실의 인정과 공식 사죄, 법적 배상과 교육 등은 동시에 또는 일련의 절차로 진행되어야 한다는 것이다. 사실의 인정이 없는 배상도, 사죄가 없는 사실의 인정도, 사실의 인정이 없는 사죄도 있을 수 없다. 유엔의 진실·정의·배상·재발방지 특별보고관(Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence)도 2019. 7. 12. 유엔에 제출한 보고서(A/74/147)에서 공적인 사회(public apology)는 불법행위를 인정하고, 책임을 인정하며, 피해자들을 최대한 존중하는 방법으로 잘못을 공적으로 인정하고, 재발방지를 보증하는 것이라고 하였다. 피해자들은 일본정부의 책임을 명확히 하여 인간으로서의 존엄을 회복하기 위한 투쟁을 멈추지 않았다. 피해자들이 2015 한일합의에도 불구하고 일본국에 대한 소송을 포기하지 않거나 오히려 새롭게 제기한 이유¹도 일본국의 책임과 사죄의 의미를 명확히 하기 위한 것이었다.

피해자들은 한국 정부에 대해서도 2015한일합의의 위헌을 주장하면서 헌법소원을 제기하였는

¹ 나눔의 집 피해자들은 2013. 8.에 일본국을 상대로 조정신청을 하였으나 2015한일합의 직후 법원이 일반 소송으로 회부하여 재판을 진행하였으며, 2021년 1월 8일에 선고되었다(이하 '1차 소송'). 한편, 1차 소송에 참여하지 않은 피해자들은 한국 정부의 노력을 기대했으나 2015한일합의로 더 이상 기대할 수 없게 되자 2016년 12월 28일 소송을 제기하였다(이하 '2차 소송'). 2차 소송의 선고가 2021년 1월 13일 예정되었으나 변론이 재개되었다.

데, 헌법재판소도 ‘사죄’를 ‘피해자의 권리구제’로 평가하면서, ‘사죄의 내용에 피해의 원인이나 국제법 위반에 관한 국가책임, 일본군 관여의 강제성이나 불법성이 명시되지 않고 오히려 일본 정부가 그 책임을 부인하고 있다면, 사죄의 표시는 피해 회복을 위한 법적 조치에 해당하지 않는다’고 판단하였다.

2. 보편적인 인권에 기반한 판결

1) 2018년 대법원에서 강제동원 피해자들에 대한 일본기업의 손해배상판결이 확정된 뒤 그 판결이 가지는 인권적 의미와 무게에 대한 평가보다 한일관계 파탄을 염려하는 기사가 넘쳐났다. 이번 판결이 선고되기 전후해서도 일부 언론은 이번 판결이 국제인권적으로 가지는 의미보다 한일관계에 미치는 파장을 주로 다루면서 ‘국민 반일감정에 기댄 정략적 결정’, ‘법원의 모험주의’ 등으로 비난했다. 식민지 ‘조선인’이라는 이유로 법적 보호도 받지 못하고 일본군‘위안부’ 피해자가 된 이들은 인권을 회복하는 과정에서도 한일 관계를 이유로 침묵을 강요당하고 있다. 그러나 이번 판결은, 강제동원 판결의 논란에도 불구하고 법원이 다시 한번 피해자의 인권을 선언하고 국제인권의 지평을 확장하였다는 점에서 상당히 의미가 있다.

2) 우선 이번 판결을 ‘국민 반일감정에 기댄 정략적 결정’이라고 하기에는, 일본군위안부 제도가 보편적 인권을 광범위하게 침해한 점을 지적하지 않을 수 없다.

이번 판결은 일본군위안부 제도가 ① 헤이그 육전협약 제3조, 부속서 제46조, ② 백인노예매매의역제를 위한 국제조약, ③ 여성과 아동의 인신매매금지 조약, ④ 국제연맹의 노예협약상 노예해방규정, ⑤ ILO 강제노동협약 등에 위반된다는 점을 명확히 하였다. 국제공동체의 보편적인 가치를 파괴하고 반인권적인 행위로 피해자들에게 극심한 피해를 가한 일본국의 책임을 묻는 것이야 말로 국제인권질서에 부합하는 일이다. 특히 법원은 1946년 1월 19일 공표된 극동국제재판소 헌장에서 노예화 등 비인간적인 행위들을 인도에 반하는 범죄로 규정하고 이를 범한 전쟁범죄자들을 소급하여 처벌했던 점을 지적했다.

3) 이번 판결은 국제인권조약과 헌법, 그리고 국제관행에 비추어 국가면제 이론을 적용하지 않았다.

국가면제 이론은 항구적이고 고정적인 가치가 아니며 국가주권의 절대성도 더 이상 설 자리가 없다. 국제질서의 변동에 따라 계속 수정되었다. 한국 법원 역시 1985년까지만 해도 절대적 국가면제 입장에서 사법(私法)적 거래에 대해서도 국가면제 이론을 적용했는데, 1998년에 사법(私法)적 행위에 대해서는 국가면제 이론을 적용하지 않는다고 판례를 변경하였다. 유엔국가면제협약, 국가면제에 관한 유럽협약, 미국의 외국주권면제법, 영국의 국가면제법, 일본의 외국 등에 관한 우리나라의 민사재판권에 관한 법률 등에서도 사법적인 행위를 포함하여 그 범위를 넓혀서 국가면제의 예외를 인정하고 있다.

더 나아가 중요하게 지적할 점은 2차 대전을 경험한 인류가 개인의 인권을 보장하는 국제인권

의 질서로 발전, 변화해야 한다는 국제사회의 합의를 형성해 가고 있다는 점이다. 국제인권은 기본적으로 주권과 충돌하거나 긴장관계에 있을 수 밖에 없다. 유엔의 핵심 국제인권조약에서 국가의 기본권 보호의무를 규정하고 있는 이유이다. 특히 재판을 받을 권리는 기본권 보장을 위한 기본권이자 인간의 존엄성을 보장하기 위한 안전장치로서 국제인권조약과 헌법에서 명시적으로 규정하고 있다. 세계인권선언 제8조, 시민적·정치적 권리규약 제2조 제3항, 인종차별 철폐협약 제6조, 고문방지협약 제14조 등에서 실효적인 권리구제를 받을 권리를 규정하고 있다. 2005년 유엔 총회결의에서 채택된 피해자 권리 기본원칙에서도 실효성 있는 사법적 구제에 대해 평등하게 접근할 수 있는 권리로서 정의에 대한 권리를 규정하고 있다. 많은 국가나 지역인권법원에서 국가면제 이론에 도전하는 판결이 선고되었다. 미국이나 캐나다에서는 국내 법률에 근거한 것이지만 중대한 인권침해에 대해 국가면제 이론을 배제하는 판결이 선고되었고, 2004년 이탈리아에서 페리니 판결이 선고되었다.

국제사법재판소(페리니 사건)와 유럽인권재판소(*Al-Adsani v. United Kingdom* 등)는 강행규범 위반에 대해 국가면제에 관한 관습국제법의 내용이 변화할 수 있다는 점을 시사하였고, 미국 법원에서도 개별 사건에서 판사들이 강행규범 위반에 대해 국가면제 이론이 적용될 수 없다고 판단하고 있으며, 국제인권조약에서 실효적인 권리 보장을 중요한 인권으로 규정하고 있는 점에 등에 비추어 볼 때, 이번 판결이 국가면제 이론을 적용하지 않은 것은 보편적인 인권을 보장하기 위한 국제인권의 흐름 속에서 나왔다고 볼 수 있다.

이탈리아 대법원은 국가공동체의 이해를 초월하는 보편적인 가치를 훼손하는 범죄에 대해서까지 국가면제 이론을 적용해야 하는지에 대해 질문하면서, ‘국제범죄가 전 인류를 위협하고 국제공존의 기반을 뒤흔다’는 헝가리 헌법재판소의 판결을 인용하고 있다.

3. 이번 판결의 의미

일부 한일관계 전문가들은 한일 간 과거사 갈등이 정치에서 ‘법의 영역’으로 옮겨가고 있는 흐름이 한국에 유리하지 않다고 주장한다. 그러나, 이번 판결은 일본군위안부 문제를 ‘인권의 영역’으로 끌어 올렸고, 피해자가 아시아를 비롯한 세계 전체에 걸쳐 있으며 전시성폭력이 세계 도처에서 지금도 일어나고 있다는 점에서 ‘한일관계’를 넘어서서 국제인권의 확장을 가져왔다. 이번 판결은 국가 중심의 국제법 질서에서 인권 중심의 국제질서로 발전, 변화하는 과정에서 중요한 이정표를 찍었고, 전쟁범죄와 공권력의 중대한 인권침해 대하여 국가의 책임과 사죄의 의미를 성찰할 수 있는 기회를 제공하였다. 무엇보다 피해자들은 이번 판결을 통해 비로소 법의 보호를 받는 온전한 시민권을 취득하였다.

일본군‘위안부’ 피해자들과 한일 시민사회가 지난한 투쟁을 통해 얻어낸 역사적인 판결이 살아 있는 권리장전으로 자리매김하고 지금도 어디선가 일어나고 있을 전쟁범죄 피해자들의 등불이 되기를 희망한다.

2021년 일본군‘위안부’ 승소 판결의 의의

김창록 | 경북대학교 법학전문대학원 교수

I. 새로운 시대를 열어젖힌 선언

- 2021년 1월 8일 서울중앙지방법원 제34민사부는 한국인 일본군‘위안부’ 피해자 등 12명이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구를 받아들여 원고 1인당 1억원의 지급을 명하는 판결을 선고했다. 소송 절차에 일절 참가하지 않았던 일본국은, 기한이 끝날 때까지 항소도 하지 않아, 판결은 1월 23일 0시에 확정되었다. 그래서 이제 판결의 집행만이 남게 되었다.
- 피고 일본국이 참가하지 않은 소송에서 거의 유일한 쟁점은, ‘주권국가를 다른 국가의 법정에서 심판할 수 없다’라는 관습국제법상의 국가면제의 법리였다. 그에 대해 판결은, 반인도적 불법행위로 인해 중대한 인권침해를 당한 피해자에게 해당 소송이 최종적인 수단인 경우에는 국가면제의 적용은 배제되어야 한다고 선언했다.
- 판결은, 19세기에 주권평등의 이념 아래 절대적인 원칙으로 성립되었다가, 20세기에 들어와 국가의 사적(私的) 행위에 대해서는 적용되지 않는 것으로 진화한 국가면제라는 국제법을, 반인도적 불법행위로 인한 중대한 인권침해에 대해서도 적용되지 않는 것으로 다시 한번 진화시킨 것이다.
- 판결은, 학살과 강제동원 피해에 대한 국가면제 적용 배제를 선언한 그리이스와 이탈리아 법원의 판결에 이어, 성노예 피해에 대해서도 국가면제의 적용 배제를 선언함으로써, 이제 중대한 인권침해에 대해 국가면제를 적용할 것인지라는 문제에 직면하는 전 세계의 모든 법원들은, ‘낡은 국제법’을 고수하려면, 이들 판결이 설정한 새로운 틀을 넘어서지 않으면 안 되게 되었다.
- 이렇게 2021년의 한국 법원의 판결은, 인권의 지속적인 확산을 지향해 온 인류사회의 흐름을 반영하여, 인권을 주권국가 시스템이라는 강고한 틀에 앞세우는 새로운 시대를 열어젖힌 것이다.

II. 간절하고도 지난한 역사의 결정체

- 1945년 일본의 패전과 함께 몰락한 일본군‘위안부’ 제도에 대해서는, 이후 40년 이상의 긴 세월 동안 침묵이 강요되었다. 한국의 여성단체들이 1980년대 말에 그 침묵을 깼고, 1991년 이후 ‘김학순들’이 정의의 실현을 호소하고 나섰다. 그 정의는, 피해자들의 호소에 공감한 시민들의 외침이 공명하면서, ‘사실 인정, 사죄, 배상, 진상규명, 역사교육, 추모, 책임자 처벌’로 구체화되었고, 전 세계의 거리에서 강연장에서 의회에서 법정에서 그리고 1992년

이후 30년 가까이 1480차까지 이어지고 있는 수요시위의 현장에서 올려퍼졌다.

- 1993년 세계인권회의 「선언문」, 1995년 베이징 세계여성대회 「행동강령」, 1994년 국제법률가위원회(International Commission of Jurists) 보고서, 1996년 라디카 쿠마라스와미(Radhika Coomaraswamy) 보고서, 1998년 게이 맥두걸(Gay J. McDougall) 보고서, 2000년 ‘일본군성노예전범 여성국제법정’의 판결, 각국 의회와 지방자치단체들의 결의, 유엔 여성차별철폐위원회·고문방지위원회·자유권규약위원회의 종합소견들 속에서, 그 정의의 요구는 차곡차곡 쌓였다. 그래서 ‘일본군성노예를 강요한 반인도적 범죄행위에 대해 일본은 지금 온전한 법적 책임을 지지 않으면 안 된다’라는 국제사회의 상식이 확립되었다.
- 2020년 9월에 설치된 베를린 ‘평화의 소녀상’을 철거시키기 위해 일본의 정부·의회·자치단체가 총동원되어 독일의 정부·의회·자치단체를 전방위적으로 압박했음에도 결국 성공하지 못한 것은, 그 국제사회의 상식을 거부하며 맞서려 한 허망한 시도의 당연한 귀결이다. 하버드 로스쿨 미쓰비시 교수 J. Mark Ramseyer의 ‘태평양 전쟁 기간의 섹스 계약(Contracting for sex in the Pacific War)’이라는 제목의 글에 관한, 2021년 1월 28일의 산케이신문 기사로 촉발된 사태 또한, 글로벌 학문공동체에 의해 채 한 달도 지나지 않아 평정되었다. 일본군‘위안부’ 문제를 지우려는 허망한 시도의 리스트에 또 하나 항목이 추가된 것이다.
- 하지만 현실 법정의 담은 높았다. 1991년 이후 일본의 법원에 한국인 피해자들이 일본국을 상대로 총 4건의 손해배상청구소송을 제기했지만, 모두 패소로 끝났다. 일본 법원은 1965년 「청구권협정」에도 불구하고 원고들의 청구권은 소멸되지 않았지만, 법원이 그 권리를 실현시켜 줄 수는 없다라는 책임회피의 궤변을 동원해 원고들의 청구를 배척했다. 미국 법원도, 2000년에 중국, 대만, 필리핀의 피해자들과 함께 한국의 피해자들이 제기한 손해배상청구소송에 대해, 법원이 관여할 수 없는 ‘정치적 문제’라며 청구를 배척했다. 그래서 한국 피해자들에게는 한국 법정이 마지막 법정으로 남게 되었다. 이번 판결이 ‘최후 수단성’을 인정한 것은 그 때문이다.
- 다만, 한국 피해자들이 한국 법원에 소송을 제기하는 것도 쉬운 일은 아니었다. 1990년대의 일본 소송에서 패소한 한국인 강제동원 피해자들은 2000년부터 한국 법원에 일본 기업을 상대로 소송을 제기했다. 하지만 그들도 일본에서와는 달리 일본국을 상대로 한 소송은 제기하지 못했고, 일본국을 상대로 한 소송만이 가능한 일본군‘위안부’ 피해자들도 제소를 미루어야 했다. 이번 판결의 대상 소송이 당초 2013년의 민사조정 신청으로 시작된 것도 그 때문이다. 정식 재판이 쉽지 않다는 판단이 민사조정이라는 우회로를 찾게 만든 것이었다. 모두가 국가면제라는 벽 때문이었다.
- 일본군‘위안부’ 피해자들은 그 대신에 한국 정부를 상대로 한 법적 대응에 나섰다. 2006년에 한국 헌법재판소에 한국 정부가 문제의 해결을 위해 적극적으로 나서지 않는 것이 위헌이라는 취지의 헌법소원을 제기했고, 2011년에 헌법재판소가 부작위 위헌 결정을 선고했다. 한국 정부는 즉각 그 결정에 따른 작위에 나섰지만, 엉뚱하게도, 그 작위는 일본군‘위안부’ 문제의 본질과 역사에 무지했던 박근혜 정부에 의해 2015년 한일 외교장관 합의라는 퇴행

으로 귀결되고 말았다.

- 그래서 일본군‘위안부’ 피해자들에게 한국 법원에 일본국을 제소하는 것이 마지막 선택지로 남게 되었다. 먼저 2016월 1월 28일에 2013년에 제기된 민사조정신청이 정식 소송으로 전환되었고, 같은 해 12월 28일에는 일본국을 상대로 한 손해배상청구소송이 추가로 제기되었다. 이 점에서도 한국 법원에서의 소송은 ‘최후 수단’이었던 것이다.
- 한국 법원이 피해자들의 청구를 받아들여지게 된 또 하나의 특별한 배경에도 주목하지 않으면 안 된다. 1945년의 광복 이후 40년 이상 이어진 권위주의 시대의 한국 법원은 ‘권력의 시녀’라는 오명을 뒤집어쓰고 있었다. 1975년 대법원에서 상고가 기각된 지 18시간 만에 8명의 사형집행이 강행된 인혁당 재건위 사건에서의 사법살인은 그 대표적인 사례이다. 1987년 민주화 이후, 법원은 자신도 책임이 있는 수년, 수십년 전의 국가폭력 사건에 맞닥뜨려야 했다. 심각한 인권 침해의 엄혹한 사실과 시효·재심 요건이라는 형식적 법논리 사이에서, 한국 법원은 ‘이런 사건에 대해서까지 아무것도 할 수 없다고 한다면 도대체 법원은 왜 필요한가’라는 근원적인 질문을 스스로에게 던지지 않을 수 없었다. 바로 그 과정에서, 정부의 방침을 추수하는 법원의 모습에 익숙해져 있는 일본의 언론이 신기해하는, 특별한 인권 감수성이 생겨났다. 물론 한국 법원이 한 덩어리는 아니다. 박근혜 정부 당시의 대법원이 다른 아닌 한일 과거청산에 관한 판결을 뒤늦기 위해 사법농단을 저질러졌고, 그에 대해서는 지금도 재판이 진행 중이다. 하지만, 역사의 큰 흐름에서 볼 때, 한국 법원은 특별한 인권 감수성을 키워왔고, 그것이 이번 판결의 하나의 배경이 되었다고 하여 틀림이 없을 것이다.
- 이와 같이 이번 판결은 어느 날 갑자기 하늘에서 떨어진 것이 아니다. 그것은 피해자들과 시민들이 켜켜이 쌓아 온 간절하고도 지난한 역사 속에서 솟아난 것이다.

III. 일본 정부의 거부와 퇴행

- 1990년대 초에 일본군‘위안부’ 문제가 공식화되었을 때, 일본 정부는 그 문제의 존재 자체를 부인했다. 하지만, 1992년에 요시미 요시아키 교수가 발견한 증거자료가 제시되자 곧바로 ‘사죄와 반성’의 뜻을 표명했다. 그리고 자체 조사와 피해자 인터뷰를 거쳐 1993년에 「코오노 담화」를 발표했다.
- 「코오노 담화」를 통해, 일본 정부는, 1. “위안소의 설치·관리 및 위안부의 이송에 관해서는, 구 일본군이 직접 또는 간접적으로 이에 관여했다,” 2. “위안부의 모집에 관해서는 … 감언, 강압에 의하는 등, 본인들의 의사에 반하여 모집된 사례가 많이 있고, 나아가 관헌 등이 직접 이 일에 가담한 경우도 있었”고, 특히 한반도는 “우리나라의 통치 아래에 있어서, 그 모집, 이송, 관리 등도 감언, 강압에 의하는 등, 전체적으로 보아 본인들의 의사에 반하여 이루어졌다,” 3. “위안소에서의 생활은 강제적인 상황 아래에서의 가혹한 것이었다,” 4. 위안부 문제는 “당시의 군의 관여 아래 다수 여성의 명예와 존엄을 심각하게 손상시킨 문제”이다, 5. 전(前) 위안부 여러분에게 “진심으로 사과와 반성의 마음을 전한다”라고 밝혔다. 일

본 정부가 밝힌 위의 내용은, 일본군‘위안부’ 제도가 중대한 범죄이며 그에 대해 일본은 국가책임을 져야 한다는 사실을 입증하고도 남음이 있다.

- 하지만 1990년대 후반 이후 일본 정부는 「코오노 담화」를 지속적으로 형해화시키면서 일본군‘위안부’ 문제가 애당초 문제가 아니라는 주장으로 퇴행을 거듭해오고 있다. 이번 판결에 대한 일본 정부의 거부는 그 귀결점에 다름 아니다.
- 일본 정부는 이번 판결이 선고된 2021년 1월 8일 당일에, 판결의 요지만 공개되고 그 전 문은 공개되지도 않은 상태에서, “국제법상의 주권면제의 원칙을 부정하는” 판결을 “결코 받아들일 수 없”으며, 한국 정부가 “국제법 위반을 시정하기 위한 조치를 강구”해야 한다는 입장을 밝혔다.
- 하지만, 첫째, 이번 판결은 국가면제의 원칙을 부정한 것이 아니다. 소송이 중대한 인권침해에 대한 최후의 수단인 경우에는 국가면제를 적용할 수 없다는 것일 뿐이다. 일본 정부는 이 사실을 덮어 가리며 논점일탈을 하고 있는 것이다. 둘째, 국제법 위반이 아니니 한국 정부가 취해야 할 조치는 없다. 애당초 삼권분립 원칙에 입각한 민주주의국가의 법원 판결에 대해 정부가 나서서 조치를 취하라고 하는 것은, ‘법의 지배’를 존중한다고 소리높여 외치는 국가가 입에 담을 수 있는 이야기가 아니다.
- 일본 정부의 이번 판결에 대한 거부는 일본과 미국에서의 소송에 대한 태도와도 선명하게 대비된다. 일본 정부는 일본에서 한국인 피해자들이 소송을 제기했을 때는, 적극적으로 소송절차에 참가했고 그 판결에도 따랐다. 미국 소송에서는, 미국 정부의 지원까지 동원했고, 그 판결에 따랐다. 그런데 한국에서의 소송절차에는 일절 참가하지 않았을 뿐만 아니라, 그 판결도 거부하고 있다. 이것은 한국의 사법권을 부정하는 명백한 이중잣대가 아닐 수 없다.
- 한편 일본 정부는, “위안부 문제를 포함하여 일한(日韓) 간의 재산·청구권 문제는 1965년의 일한 청구권·경제협력협정으로 완전히 그리고 최종적으로 해결”되었고, “2015년의 일한 합의에서도 ‘최종적이고 불가역적인 해결’이 일한 양 정부 사이에서 확인되었다”라고 주장하기도 한다.
- 하지만, 첫째, 한일회담 과정에서 일본 정부가 ‘불법강점’에 대한 책임을 부정했기 때문에, ‘식민지 지배의 대가’는 「청구권협정」의 대상이 되지 못했으며, 「청구권협정」을 통해 한일 양국 정부는 ‘영토의 분리에 따른 재정적·민사적 채권·채무관계’만을 해결했다. 따라서 식민지 지배와 직결되는 반인도적 불법행위인 일본군‘위안부’ 문제는 「청구권협정」의 대상이 아닌 것이다. 둘째, 일본 정부가 일본군‘위안부’ 문제를 처음 인정한 것은 1992년이다. 1992년에 비로소 인정한 문제가 1965년의 「청구권협정」에 의해 해결되었을 수는 없는 노릇이다. 셋째, 백보 양보하여 일본군‘위안부’ 문제가 「청구권협정」의 대상이라고 하더라도, 일본 정부는 한국인의 청구권이 「청구권협정」 자체에 의해 소멸된 것은 아니라고 주장해왔다. 일본 최고재판소도 실체적 권리로서의 청구권은 소멸되지 않았다고 한다. 그렇다면 당연히 한국 법원이 그 존재하는 청구권의 실현을 명할 수 있는 것이다.
- 또한 첫째, ‘2015년 합의’는, 한국 헌법재판소가 밝힌 것처럼, 비구속적 합의 즉 정치적 선언에 불과하여, 일본군‘위안부’ 피해자들의 권리는 물론이고 그에 관한 대한민국 정부의 외

교적 보호권에도 어떠한 영향도 없다. 따라서 당연히 한국 법원은 피해자들의 권리의 실현을 명할 수 있다. 둘째, 만일 일본 정부가 주장하듯이, ‘2015년 합의’가 한국의 국가기관이 일본군‘위안부’ 문제에 대해 일본 정부가 원하지 않는 어떠한 조치도 취할 수 없게 하고, 일본 정부가 범죄사실 인정과 사죄 등 추가적인 조치를 하는 것을 금지하고, 전 세계에 설치된 ‘평화의 소녀상’에 대한 일본 정부의 철거 요구를 정당화하는 것이라면, 그것은 극단적으로 불합리한 계약으로서 애당초 무효이다.

- 일본 정부는 2021년 2월 1일자로 보강하여 외무성 홈페이지에 게시한 「위안부 문제」라는 제목의 문건에서, 1) “지금까지 일본 정부가 발견한 자료 중에는 군이나 관헌에 의한 이른바 강제연행을 직접 가리키는 기술은 발견되지 않았다”, 2) “성노예”라는 표현은 사실에 반하는 것이므로 사용해서는 안 된다. 이 점은 2015년 12월의 일한합의 당시 한국 측도 확인했다, 3) “20만”이라는 숫자는 구체적인 근거가 없는 숫자이다”라고도 주장한다.
- 하지만, 첫째, 일본 정부가 말하는 “이른바 강제연행”은 아베 신조 정권이 만들어낸 협의의 강제, 즉 “관헌이 집에 쳐들어가 사람을 유괴하듯이 끌어”가는 것을 의미하는데, 그것은 강제연행의 통상의 의미에 반한다. 강제의 사전적 의미는 권력이나 위력으로 타인의 자유의사를 억눌러 원하지 않는 일을 억지로 시키는 것이며, 「코오노 담화」도 인정하듯이 피해자들은 ‘본인의 의사에 반하여’ 일본군‘위안부’가 된 것이므로 강제연행된 것이다. 게다가 강제연행 여부는 일본군‘위안부’ 문제에 대한 일본의 법적 책임의 요건도 아니다. 일본이 법적 책임을 져야 하는 것은 반인도적 범죄에 해당하는 일본군‘위안부’ 제도를 입안·기획·관리·운영했기 때문이다. 그럼에도 불구하고 일본 정부가 ‘협의의 강제성을 입증하는 공문서가 없다’라는 주장을 거듭 반복하고 있는 것은 자신의 책임을 흐리기 위한 비열한 논점 바뀌치기에 불과하다. 둘째, 일본 정부는 “성노예”라는 표현은 사실에 반”한다라고 주장하지만, 성노예가 무엇인지, 성노예에 부합하는 사실은 무엇인지, 성노예에 반하는 사실은 무엇인지를 전혀 제시하지 않고 있다. 따라서 일본 정부의 주장은 ‘성노예라는 표현이 싫다’라는 감정의 표현일 뿐이다. 성노예의 법적 의미는 ‘자유·자율성이 심대하게 박탈된 상태에서 성착취를 당한 피해자’이다. 「코오노 담화」에 의해 인정된 사실만으로도 성노예라는 표현은 사실에 부합하는 것이다. 또한 ‘2015년 합의’ 당시 한국 정부는 “성노예”라는 표현은 사실에 반하는 것이므로 사용해서는 안 된다”라는 점을 확인한 적이 없다. 셋째, ‘20만’이라는 숫자의 명확한 근거가 제시되어 있지 않은 것은 사실이다. 그럼에도 그 숫자가 거듭 언급되고 있는 것은 ‘수많은’이라는 의미로 담기 위해서이다. 일본 정부가 해야 할 일은 ‘20만이 아니다’라고 주장만 하는 것이 아니라, 자신만이 가지고 있는 자료에서 근거를 찾아내어 ‘명확한 근거가 있는 숫자’를 밝히는 것이다.
- 위에서 살펴본 것처럼, 일본 정부는 「코오노 담화」에서 인정했던 법적 책임으로부터 퇴행을 거듭하여 사실상 일본군‘위안부’ 문제 자체를 부정하는 1992년 이전 단계로 회귀했다. 이번 판결에 대한 일본 정부의 거부는 그 연장선상에 자리잡고 있는 것이다. 여성 인권에 대한 중대한 침해를 초래한 일본군성노예 제도에 대해 퇴행과 거부를 이어가고 있는 일본 정부의 모습은 바라보고 있기에 참으로 안타깝다.

IV. 그래서 무엇을 할 것인가?

- 사태의 핵심은 한국과 일본 사이의 갈등이 아니다. 인권에 대한 배려를 앞세우는 세계관과 주권국가를 절대시하는 세계관 사이의 갈등이다. 2021년 일본군‘위안부’ 승소 판결은 전자의 세계관을 지향하자는 제언이다.
- 사태의 핵심은 한국의 반일 민족주의가 아니다. 한국의 피해자와 시민들이 일본의 책임을 추궁하는 것은 일본군‘위안부’ 문제에서의 가해자가 다름 아닌 일본이기 때문이다. 만일 민족주의가 문제라면, 일본 정부의 부당한 거부와 퇴행에 대해 다른 목소리를 거의 내지 않는 일본의 반한 민족주의야말로 주목되어야 할 것이다.
- 일본군‘위안부’ 문제의 해결을 위한 지난 30년간의 노력의 성과인 이번 판결을, 피해자들의 간절한 호소에 더 많이 응답하기 위한 앞으로의 노력의 출발점으로 삼아야 할 것이다.
- ‘다시는 우리와 같은 피해자가 없게 해달라!’라는 피해자들의 호소에 응답하기 위해, 전 세계 시민들이 손잡고 국가면제 법리의 진화를 가속화시킴으로써 국가에 의한 중대한 인권침해를 철저히 단죄할 수 있도록 하는 노력을 기울이는 것이 필요하다.
- ‘그러기 위해 전쟁 없는 세상을 만들어 달라!’라는 피해자들의 호소에 응답하기 위해, 주권 국가들이 천문학적인 군사비를 쏟아부어 전쟁을 ‘상수’로 만들면서 인권을 침해하고 있는 현실의 흐름을 군비 축소와 전쟁 억제 쪽으로 돌리기 위한 노력을 기울이는 것이 필요하다.
- 이번 판결을 실현함으로써 일본군‘위안부’ 문제 해결의 진전을 이룰 수 있도록 일본과 한국의 정부가 나서줄 것을 요청한다. 특히 한국 정부는 한국의 피해자와 시민들이 앞장서 이루어낸 이 역사의 성과를 적극적으로 살려야 할 책임이 있고, 살릴 수 있는 자격이 있다. 그 점에서 이번 판결에 대한 한국 정부의 첫 반응이, “법원의 판단을 존중”하지만 ‘2015년 합의’가 “양국 정부의 공식 합의라는 점을 상기”한다라는 것이었다는 사실은 매우 유감스러운 일이 아닐 수 없다. 한국 정부는, 한국의 헌법재판소가 ‘2015년 합의’는 일본군‘위안부’ 문제에 관한 정부의 외교적 보호권에 어떤 영향도 미치지 않는다고 선언했다는 사실을 상기해야 할 것이다.

이번 판결이 여성 인권에 미치는 중요성, 젠더와 인권 측면에서의 주권면제의 의미 확장

크리스틴 친킨 | 영국 런던정경대학교 국제법 교수·2000 년 여성국제전범법정 판사

소위 ‘위안부’는 젠더 정의 - 일본 제국주의와 군사적 야망과 대치되었을 때 불필요하다고 간주되었던 그들의 젠더 때문에 여성과 소녀들에게 가해졌던 젠더폭력을 포함하는 문제적인 범죄들의 젠더화된 본질을 지적하는 정의를 수십년간 추구해왔다. 젠더 정의를 달성하기 위해서는 적용 가능한 법률과 이를 유효하게 적용할 수 있는 관할권이 있는 구조가 선행되어야 한다. 지난 수십 년 간 성별과 젠더에 기초한 폭력이 국제 인권 및 형법의 위반으로 인식되고 국제 인도주의 법(IHL)에 따라 장기간 금지되는 등의 발전이 있었다.

국제인권법에서 성별 등을 이유로 한 차별 금지를 강행규범으로 인정한 것과 젠더 기반 폭력을 국가 책임이 발생하는 인권 침해로 인정한 것은 유엔 여성차별철폐위원회의 권고와 의견, 세계 정상 회의의 선언과 최종 문건, 아프리카, 유럽 및 중남미 지역 인권 기관들의 법리, 그리고 유엔 특별 절차를 통해 발전해 온 것이다. 이러한 여러 기관들은 서로의 연구를 바탕으로 그러한 폭력을 정의하고, 국가의 의무를 주장하고, '이와 같은 폭력으로부터의 보호에 실패한 것은 법률 아래 평등하게 보호받을 여성의 권리를 침해한 것'을 인정하고, 그들의 국제법 위반에 대한 배상 자격을 인정하는 초국가적 규범을 만들었다. 유엔 여성차별철폐위원회는 법적 확신과 국가 실행이 여성에 대한 젠더 기반 폭력을 금지하는 것이 국제관습법의 원칙으로 안착했음을 확인하는 입장을 밝혔다. 이는 여성차별철폐협약의 가입여부에 관계없이 본 원칙이 모든 국가에 대해 구속력을 갖는다는 것을 의미한다. 한국과 일본은 모두 여성차별철폐협약의 당사국이기도 하다.

국제 형법에서도 평형적인 진보를 보이고 있다. 강간을 비롯한 다른 유형의 성폭력은 국제인도법과 전쟁법 아래에서 오랫동안 금지되어 왔다. 이는 성노예를 포함한 성폭력 및 젠더 기반 폭력을 전쟁 범죄와 반인륜적 범죄로 인정하는 국제형사재판소의 사법 집행의 기초가 된다. 이러한 입장은 국제형사재판소의 로마법령에 성문화되어 있다.

실체법의 이러한 발전에도 불구하고, 이러한 범죄에 대한 관할권이 있는 국제 형사 재판소의 가용성은 제한적이다 (일본군 ‘위안부’의 경우 완전히 배제되어있다). 이로 인해 젠더 정의 실현을 위한 최후의 보루로 국가 관할권 주장을 하게 된다. 그러나 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 주장은 법원에서 관할권에 대한 법적 방어(주권면제)에 부딪히게 되었다. 이 원칙은 국가의 주권적 평등을 지지하며, 다른 국가의 법원에서 내려진 국가의 행위에 대한 판결에 응답해야할 의무가 없다고 명시한다. 이는 주장의 타당한 호소를 차단하며, 진실을

감추고 젠더 정의를 포함한 정의의 구현을 방해하며 국가가 숨을 수 있는 방패로서 잘 사용되어 왔다. 이는 되려 성차별을 강화하고 불처벌을 지속시키고 있다.

국제법의 성평등과 성범죄와 관련된 발전과 더불어 국가면제와 관련된 국제관습법도 변화하고 있다. 서울중앙지방법원은 국제관습법에 따라 국가면제 주장에 대해 판결을 내린다고 밝혔다. 법원은 국제관습법이 모든 국가 행위에 대한 절대적 국가면제의 입장을 넘어 국가면제의 예외를 인정하는 보다 제한적인 접근법으로 발전해 온 사실을 기술했다. 법원은 이 변화에 맞추어 국제 조약과 미국, 영국, 일본, 싱가포르, 남아프리카, 호주, 캐나다, 아르헨티나 등지의 법률 및 사법 집행 등으로 알 수 있는 국가실행을 참고하여 판결을 내렸다. 제한적 국가면제는 국가가 민간인이 수행하는 행위와 동류로 간주되는 행위에 참여하면서 일어나는 역할 변화를 고려한다. 이러한 행위에는 국가 및 국유재산의 관할권 면제에 관한 국제연합 협약에 명시된 상업적 행위, 개인적 상해, 고용 계약 등이 해당된다. 이것들은 모두 국가 면제의 보호를 받지 않아도 되는 사적인 법률 행위이다. 서울중앙지방법원은 이런 사적인 행위와는 다른, 국가가 불법 행위를 저질렀을 때의 상황을 고려해야 했다. 여기에는 원고의 증언에서 증명된 위안소의 운영과 모집, 여성의 동원, 위안소에서 및 이후의 삶과 관련된 인권 침해와 반인륜적 범죄가 포함된다. 이는 일본이 가입국이었던 당시 국제조약에 대한 위반에 해당하며, 강행규범에도 반하는 행위이다. 국가면제를 주장할 수 있는 주권적 전쟁행위로 이해될 수 없다.

국가면제에 대한 이 예외를 인정함으로써, 서울중앙지방법원은 헌법과 국제법의 엄밀한 추론으로 뒷받침되는 대담한 결정을 내렸다. 법원은 일본군 ‘위안부’들이 겪었던 잔혹행위를 검토하고, 성적 자기 결정권이 부정당했으며 협상할 수 있는 힘이나 정치적인 힘이 없었음을 인정했다. 그러나 전체적 젠더 분석(여성들이 여성이기 때문에 성노예의 표적이 되었다는 것)을 제공하거나 범죄의 젠더적인 본질을 사건 분석의 핵심으로 삼지는 않았다. 또한 위에서 간략히 설명한 성평등과 관련된 규범적 발전도 논의하지 않았다. 이 사건을 젠더 관점으로 바라보며 젠더범죄의 진화와 국가면제를 연계한 서울중앙지법의 전례 없는 판결은 비단 ‘위안부’에만 국한되지 않으며, 다른 법원들도 동일한 관점을 도입할 경우 분쟁 하 성폭력 및 젠더 기반 폭력에 대해서도 젠더 정의를 확고히 할 수 있다.

판결을 더욱 설득력 있게 만드는 또 다른 두 가지 고려사항이 있다. 첫째는 인권법에 따라 성폭력과 젠더 기반 폭력을 전쟁범죄와 반인륜적 범죄로 기소하고, 피해자/생존자에게 배상하여 불처벌을 종결하고자 한 국제사회의 의지를 밝힌 것이다. 분쟁 하 강간·성폭력 예방과 보호는 획기적이었던 2000년 결의안 1325호 이후 20년간 채택된 10건의 결의안을 통해 거듭 강조된 유엔 안전보장이사회의 여성평화보장(WPS) 의제의 핵심 구성 요소다. 유엔 안전보장이사회는 “여성과 소녀는 무력 충돌의 상황에서 특히 성폭력의 대상이 된다”는 점과 모든 국가가 불처벌을 종식시키고, 집단학살, 반인륜적 범죄, 여성 및 소녀에 대한 성폭력을 포함한 전쟁 범죄에 대한 책임자들을 기소해야 한다는 것을 강조해왔다. 2019년 안보리는 ‘분쟁 하 성폭력을 예방·제거하고 책임자의 처벌을 보장하기 위한 회원국 국내 수사 및

사법제도의 중대한 역할'을 강조했다. 또한, 국가들이 분쟁 하 성폭력 피해자에 대한 사법 접근성을 강화할 것을 촉구했다. 국가면제라는 장애물을 제거하는 것은 이 목적을 달성하기 위한 중요한 조치이다.

둘째, 인권침해에도 국가면제가 인정된 독일 대 이탈리아 소송에 대한 국제사법재판소(ICJ)의 판결에 법원들이 영향을 받을 수 있다. 그러나 이는 반박의 가능성이 있다. 해당 판결은 성노예와 성폭력 범죄를 포함하지 않으며, 젠더와 관련된 문제제기가 없었다. 젠더 분석이 없기 때문에 이는 젠더 범죄가 중심이 되는 소송과는 거의 무관하다. 나아가 서울중앙지방법원은 법률을 해석하고 적용함에 있어 부당하거나 불합리한 결과를 피하기 위한 조치를 취해야 한다고 판결했다. ICJ 는 위 판결에서 국가 간 협상의 형태로 정의를 위한 잠재적인 대안이 있었으며, 국가면제를 적용하는 것이 청구인에게 부정의를 야기하지 않을 것이라는 점을 고려했다. 이와는 대조적으로, 서울중앙지방법원의 경우는 국가 간의 추가 협상이 없는 경우 정의를 확보할 수 있는 '최후의 수단'이었다. 따라서 면제를 동일하게 적용하는 것은 불합리한 결과를 초래했을 것이다. 표현되지는 않았지만, 여성들은 제한적인 증거와 절차, 사회적 인식의 오명, 성폭력 피해자에 대한 편견 등으로 인 성폭력 범죄에 대한 처벌 관련 접근성을 가지는데 명백하게 불평등한 장애물에 직면한다는 점 또한 유의미하다. 면제는 더 차별적이며 최종적인 장애물이 될 것이다.

젠더 기반 차별과 폭력을 우선시하는 인권 및 젠더 관점은 국가 면제가 주권 (남성) 국가의 우려를 보호하고, 전쟁에서의 남성적 행위들에 방패막을 쳐준다는 것을 폭로한다. 제한적 국가면제 모델은 다른 사람들의 상업적 활동에 대한 이익을 보호하기 위해 진화해왔지만, 고용과 상업적 거래의 법적 프레임 밖에서 폐기된 여성의 인권 침해를 포함하는 경우까지 확장되지 않았다. 이 판결은 20 년 전에 열렸던 일본군성노예전범 여성국제법정의 판결과 비교할 수 있다. 여성국제법정에서는 피해자들이 여성이고, 식민주체이며, 젊고 피지배계층이었기 때문에 범죄가 일어났으며, 이러한 점이 적절한 보상에 반영되어야 한다는 이해에 젠더가 핵심적으로 작용했다. 서울중앙지방법원은 일본군 '위안부'가 입은 피해가 1965 청구권 협정의 배상 및 보상에 포함되지 않았다는 점을 지적했다. 일본군성노예전범 여성국제법정은 여성의 목소리가 부재한 평화협정 내 젠더 편견과 젠더를 비가시화하는 국제 평화구축 과정이 계속되는 불처벌 문화에 기여한다는 점을 강조했다. 지방법원은 이 문제를 '최종적이고 불가역적으로' 해결했다고 밝혔던 2015 한일합의에 대해서도 언급했다. 생존자들은 자신들과 밀접하게 관련된 협상에 다시 소외되었고 이는 안보리 결의안 1325 호와 그 이후의 WPS 결의안에서의 모든 평화 활동에 대한 여성들의 참여 요구와는 반대되는 것이었다.

서울중앙지방법원은 분쟁 하 성폭력·젠더폭력 범죄에 대해 국가면제를 적용하지 않은 중요한 선례를 제공한다. 이는 범죄가 저질러진 이후 이들의 법적 발전에 영향을 주면서 동시에 기존의 국제법 하에서 그들의 불법성을 보여준다. 최근 여성국제법정 20 주년을 기념하고 그 유산을 돌아본 바 있다. 이 판결은 그 유산에 뜻깊은 추가점을 더한다.

2021.1.8. 서울중앙지방법원의 판결에 관하여: 전시성폭력 논리에 역사성을 불어넣기

양현아 | 서울대학교 법학전문대학원 교수·일본군‘위안부’연구회 회장

1. 모순의 지점들

일본군 ‘위안부’ 문제의 법적 해결은 오랜 시간동안 막다른 골목, 맹점 혹은 모순의 상태에 놓여있었다. 그런 만큼 2021년 1월 8일 서울중앙지방법원에서 선고한 일본국 상대 일본군 ‘위안부’ 손해배상청구에 관한 판결(이하 서울중앙지방법원 판결)은 기념비적 의미들을 지니고 있다.

* 일본군 성노예제에서 자행된 범죄란 성폭력뿐 아니라 강제동원, 국외이송과 ‘위안소’ 억류, 구타, 고문, 감시, 강제불임, 강제임신, 전후 방치와 귀국 불능 등 총체적인 인간유린으로서 ‘인도에 반하는 범죄’를 구성하기에 부족함이 없다(2000년 여성국제법정, ICJ 보고서 등). 인도에 반하는 범죄라면 공간과 시간을 넘어서 언제 어디서라도 법적 판단을 받을 수 있는 ‘보편적 관할’을 가져야 할 것임에도 불구하고 미국과 일본 등의 법정은 ‘외교적 사안’이라는 점을 주이유로 해서 원고들의 청구를 기각하거나 판단을 보류해 왔다.

* 본 판결의 재판부는 일본군 성노예제도가 “일본제국에 의하여 계획적, 조직적으로 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위로서 국제 강행규범을 위반한 것”이라고 하지만 여성에 대한 폭력, 특히 전시에 발생한 폭력이 법정에서 처벌된 사례는 1990년대 이후 비교적 최근의 일이다. 일본군 성노예제와 관련해서는 책임자가 법적처벌을 받거나 피해자가 손해배상을 받은 바가 거의 없는 불처벌(impunity) 상태에 머물러 있었다.

* 주지하다시피, 일본군 ‘위안소’는 한국을 넘어 아시아 대륙과 태평양지역에 광범위하게 산재해 있었다. “여성을 성노예를 위해 감금했던 실로 수 천 곳이 넘는 시설이 아시아태평양 지역의 여러 나라들에 설치되어 있었다(2000년 여성국제법정 판결문).” 이와 같은 행위의 심각성으로 인해 범죄자들은 ‘모든 인류의 적(*hostis humanis generis*)’라 하면서도 이 문제를 제기하는 한국의 피해자나 시민단체들은 민족주의 혹은 반일주의 행위자들로 표상되기 십상이었다. 일본 정부의 책임에 대한 공적 인정을 요청하는 피해자들의 요청에서는 어쩌서 보편주의가 보이지 않고 들리지 않아 왔을까.

* 법과 사회의 역동성을 다루는 법사회학에서는 ‘법문’ 자체가 아닌 사회역사 맥락 속에서의 “법현상”에 주목하고 법문과 법현상간에 괴리, 지체, 미끄러짐의 사회경제역사적 맥락을 살펴본다. 그동안 일본군 성노예 문제는 인권의 문제라기보다는 일본과 한국간 외교적 문제로 환원되어 왔고, 도의적 문제로 사소화되어 왔고, 식민주의 하의 인권 문제들은 국제협약에 의해 해결되었다고 일본정부는 주장하고 있다. 이번 서울중앙지방법원의 판결은 이러한 법적 해결의 난맥상 속에서 일본군 성노예제도의 불법행위를 역사적 맥락 속에서 살피고 이를 반인도적 불법행위로 규정한 후 헌법과 국제인권법 등에 기초한 보편적인 법적 논증을 제시하였다.

2. 재판을 받을 권리 그리고 식민주의의 유산의 대면

* 필자에게 이번 서울중앙지방법원 판결의 가장 큰 의미는 ‘인권유린 피해자의 재판받을 권리’에 최우선 가치를 두었다는 점에 있다. “피해자의 최종적 수단으로 선택된 민사소송에서 재판권이 면제된다고 해석하는 것은 불합리하고 부당한 결과를 초래“하므로, 국가면제라는 국제관습법에 의해서 인권유린 피해자의 권리 구제를 방지되어서는 안 된다는 것이다. 그 근거법으로 한국 헌법(제27조 제1항), 세계인권선언(제8조) 등을 들었다.

* 이번 판결은 2015년 한일 외교장관회담 ‘공동기자회견’²이² 피해자들의 손해배상청구권이 본 합의의 적용대상이 아니었음을 분명히 하였고, 공식적인 약속이기는 하지만 서면으로 이루어지지 않았고, 합의의 효력에 관한 양 당사자의 의사가 표시되어 있지 않을 뿐만 아니라 구체적인 법적 권리, 의무를 창설하는 내용을 포함하고 있지 않았으므로 “국가로서의 정치적 합의가 있었음을 선언하는데 그친 것”이라고 선언하였다.

* 본 판결은 일본군 위안부 문제 해결에서 정부가 피해자를 대리하는 모델이 아니라 피해자들이 정의실현의 절차에 참여하는 패러다임으로 전환해야 한다는 것을 알리는 또 하나의 신호탄이 아닌가 한다. “모든 국가들이 서로 평등하고 독립적이라는 국가의 기본적 원리”에 입각하여 외국에 대한 타국의 사법적 간섭을 배제하려는 19세기 근대성의 산물처럼 보이는 국가면제의 논리가 중대한 인권침해 불법행위에 있어서도 움직일 수 없는 원칙이 될 수는 없다는 것을 이 판결은 분명히 하였다. 지난 30여년동안 피해를 호소하고 정의실현을 외쳐 온 고령의 여성 피해자들과 그 옹호자들(advocates)에게 정의의 체험을 안겨주지 못한 법체계의 한계를 절감한 바탕 위에 내려진 판결이 아닌가 사료된다.

* 이번 판결은 식민지 지배 하에서 발생하였고 탈식민 이후에도 일본 및 외국과의 외교 협상에서 주변화되어 온 일본군 위안부제도라는 역사적 맥락을 고려할 때 더욱 그 의미가 깊다.

² 본 판결문에 따라 그 명칭을 2015년 한일 외교장관회담의 공동기자회견(‘2015년 공동기자회견’)으로 부른다.

1965년 한일 청구권 협정 및 2015년 공동기자회견은 많은 외교적 노력의 결과이겠으나, 피해자 중심주의로부터는 비켜갔다고 말하지 않을 수 없다.³ 2015년의 한일외교장관의 공동기자회견이 2011년의 대한민국 헌법재판소가 내렸던 국민의 권리보호에 대한 국가의 부작위가 위헌임을 확인한 결정에서 비롯된 외교 협상의 결과라고 할 때, 국민의 권리보호에 국제인권법, 특히 젠더폭력에 관한 국제형사법을 진지하게 고려했어야 한다고 생각한다.

* ‘UN 피해자 권리결의’ 등 피해자 권리에 관한 국제인권법을 볼 때,⁴ 공권력에 의한 피해자 및 무력분쟁 하 피해자들이 수사 및 재판 절차에 통합되고 증언을 진술할 기회를 가지는 것 자체가 피해의 회복의 핵심임을 알 수 있다. 법정에 정보를 제공하는 객체의 위치를 넘어서서 피해자는 “참여자”라는 지위를 가지고, 각국은 국내법과 국제법에 따라 배상(compensation), 재활조치(rehabilitation), 만족(satisfaction), 재발방지보증(guarantees of non-repetition) 등과 같은 조치를 해야 한다.

* 현재 한국에 일본군 위안부 피해자는 고령이고 소수만이 생존해 계신다. 하지만, ‘피해자’ 개념을 단지 정부에 신고하였던 현재의 피해생존자에 국한할 것이 아니라 고인들, 가족들, 그 옹호자들과 공동체까지 그 동심원에 포함시켜야 한다. 그러할 때 피해자란 단지 법정에서 금전적 배상을 청구할 수 있는 피해자에 대한 개인주의적 시각에서 벗어나서 식민주의 하의 젠더 폭력이라는 시각에 서게 되고 피해자들은 자신의 피해 회복을 위해 노력하고 나아가 ‘역사의 증인’으로서 지위를 가지게 될 것이다.

* 이번 판결이 한일관계를 파탄 낼 것이라는 우려가 있지만, 무엇을 위한 그리고 누구를 위한 한일관계인가를 되묻고 싶다. 이런 판결이 경제, 군사, 안보라는 외교의 틀로부터 벗어나서 역사, 정의, 인권이라는 외교의 틀로 보다 성숙하는 계기가 될 수 있지는 않을까. 한일간 역사문제를 다룸에 있어서 앞서 본 피해자 중심의 인권법적 원칙들과 식민주의 유산을 ‘내부로부터’ 대면하는 포스트식민주의를 결합시킨 외교 모델이 필요하다.⁵

* 마지막으로, 역사사회학에 기초할 때 일본군 ‘위안부’ 제도에서 자행된 불법행위가 피고와 원고간의 무력분쟁 하에 발생한 불법행위가 아니라 일본군과 식민지 강점 하에 놓였던 민간인

³ 이 점에 대해서는 김창록 외, <2015년 합의, 이대로는 안 된다>(경인문화사, 2016)를 참고할 것.

⁴ 국제인권법 및 국제인도법 위반 피해자의 구제 및 배상에 관한 유엔총회 결의, Resolution Adopted by UN General Assembly, Sixtieth Session, A/RES/60/147, March 21 2006; ICC 증거 및 절차에 관한 규정이 참고가 된다.

⁵ 참고로 민족주의와 ‘포스트식민주의(postcolonialism)’간을 구분해 보면, 포스트식민주의는 식민지하의 동일 민족 간에도 지위, 성별 지역 등의 체계 속에서 지배와 착취 구조가 온존하였고 변형되었다는 것을 폭로하고, 기층민중(subaltern)의 해방적 가능성에 대해서 주목하면서 대문자 ‘민족(Nation)’의 안정성과 동일성을 해체시켰다.

들간에 발생하였다는 점을 고려해서 식민지 피지배 하의 민간인들에 대한 인권유린에 관해서 현재 외국이 된 국가를 법정에 세울 수 없다는 국가면제 원칙을 기계적으로 적용 혹은 배제할 것이 아니라 식민지인들에게 자행한 ‘자국’ 정부의 불법행위에 대해서 사후적으로 외국(독립국가)의 사법부가 판단하게 되는 경우에 관한 국제법 이론이 필요한 것이 아닌가 생각해 본다.

3. 여성에 대한 전시 성폭력 테제와 식민지성의 문제

* 일본군 성노예제도는 전시에 발생한 제도화된 성폭력제도일 뿐 아니라 그 실행에 있어서 식민지성이 깊이 침투되어 있다. 조선의 피해 여성의 60% 정도는 군인, 공무원, 또는 그들의 지원을 받은 개인업자들에 의해 강제 동원되었다고 증언하였다.⁶ 이들은 만주, 중국, 일본, 대만, 싱가포르, 버마, 인도네시아, 필리핀, 캐롤라인제도, 파푸아뉴기니 등 광범위한 지역으로 이송되었고 위안소에 억류되었다. 위안소에서는 길게는 10년 이상 억류되었다. 이 기간 동안 피해자들은 성폭력뿐 아니라 고문, 구타, 기아, 감시, 강제 임신과 강제 불임 등 재생산 폭력(reproductive violence) 등의 극심한 인권유린을 당하였다.

* 조선인 여성의 입장에서 자기 영토가 아니라 전쟁 중이었던 먼 타국에 끌려갔다는 점이 여타의 성폭력과 비교할 때 주목된다. 예컨대, 구유고슬라비아 전쟁 등에서 보여준 ‘전시 성폭력’이란 적의 민족(인종) 말살을 기도하여 이루어진 대규모의 계획된 성폭력이 발생했다. 일본군 성노예제에 있어서도 중국이나 필리핀 등의 피해자들은 자기 집이나 마을, 혹은 해당 지역에서 성노예로서 인권유린을 당하였다. 조선의 여성들은 일본군인의 적이 아니라 그 일부였지만 차별받는 민족의 여성젠더였다는 점, 위안소에서 탈출이 무의미하거나 불가능하게 할 정도는 자국에서 멀리 떨어져 있었을 뿐 아니라 ‘적진’이었다는 점, 실제로 전쟁 종료 이후에도 절대 다수 피해자는 자기 나라로 돌아오지 못했다는 점 등이 이 ‘전시 성폭력’의 특이성을 말해 준다. 일본군대와 조선인 위안부 피해자들은 일본군대와 마치 ‘하나의 체계’인 것처럼 움직였고 동원, 이송, 배치, 전후 방치 등에서 나타나는 것처럼 복합적인 인권유린이 발생했다. 이러한 점들을 고려해서 필자는 일본군 성노예제도를 ‘식민지성에 기초한 젠더폭력(gender violence based on coloniality)’로 보아야 한다고 제안한다.

* 문제는 이러한 극심하고 복합적인 젠더폭력을 다룰 법정이 거의 존재하지 않았다는 것이다. 제2차 세계대전 후 아시아에 설치되었던 극동국제군사법정(IMTFE)은 아시아인간의 제국주의와 식민주의 문제를 다루지 않았고 젠더폭력에 대해서는 거의 완전히 묵살하였다. 거의 50년이 지난 이후에야 피해자들과 옹호자들에 의해서야 이 사안이 드러났다. 무력분쟁 하의 젠더폭력을 다루었던 구유고국제형사법정(ICTY)이나 르완다국제형사법정(CTR)은 특정 지역의 범죄만을 다루었던 비상설 법정이고, 국제형사재판소(ICC)는 시간적 관할에 매여서 70여년전 과

⁶ 여성부, <일본군 ‘위안부’ 증언통계 자료집>, 정대협, 2001.

거 사건을 다루는데는 큰 장애를 가지고 있다. 결국, ‘법현실’은 식민주의, 제국주의, 전쟁의 현실을 적극 대면하지 못하고, 아시아태평양 지역의 극심한 여성 인권유린은 ‘공식적 법의 체계’의 주변부에 놓여왔다. 긴 시간이 흐르고서야 그것은 사법(司法)이 아니라 정치적 의제로 테이블에 올랐고, 거기에서 피해자들은 다시 뒷전에 놓이게 되었다.

* 지난 1월 8일, 한국의 지방법원이 내린 판결은 ‘지역에서 세계의 변화가 시작된다’는 것을 보여주는 계기가 되기를 바란다. 아시아의 여성들에 대한 극심한 인권유린에 대해 인류가 가진 모든 법의 수단들이 쓸모가 없지 않다는 것을 한국의 법원이 일깨워 준 것은 매우 큰 의미를 가지며 앞으로 더 큰 공명(共鳴)이 일어날 것으로 기대한다.

2021 년 1 월 ‘위안부’ 판결 - 전시 성폭력의 생존자들의 말하기를 위한 초석.

레기나 뮐호이저 | 독일 함부르크 연구 및 문화 증진 재단 선임연구원·무력분쟁 하 성폭력
국제연구회 공동창립자

이번 판결은 전시 성폭력 피해자들의 말을 경청하고, 피해자들이 입은 피해를 인정하고, 배상권을 인정했다는 점에서 획기적이다.

오늘날에도 이러한 판결을 당연한 것으로 기대하기는 힘들다. 오히려 우리 사회 대부분은 성폭력이 범죄라는 “사회적 합의” 조차 아직 이루지 못한 것으로 보인다.

1990 년대 이후 무력 분쟁 중 성폭력에 대한 논의가 공론화되어, 연구, 정치에서 뚜렷하게 진행되고 있고, 유엔 결의안 1820 호와 2467 호는 이 문제를 해결하려는 국제사회의 의지를 나타내고 있으며, 국제/국제화된 재판소는 성폭력을 반인륜적 범죄, 전시 범죄, 대량 학살로서 규정한 상황에서 이번 판결이 당연하지 않다는 주장은 다소 낯설게 느껴질 수 있다.⁷

실제로 위 노력들은 성폭력의 다양한 형태를 확인하고, 처벌하고, 직면하는 데 있어서 결정적이고 성공적인 발전이다. 그러나 무력 분쟁 하 성폭력이 복잡한 층위를 내포하고 있음은 점점 분명해지고 있으며, 우리는 그에 대한 충분한 이해가 부족한 상황이다. 하나의 “사각지대”는 성폭력을 범법 행위와 범죄로 보편적으로 인식하는 것에 대한 지속적인 거부이다.

판결에 대한 추가적인 논의 전에, 성폭력의 구체적인 본질을 질문하는 것이 무슨 뜻인지 자세히 설명하려 한다.

I. 성매매 프레임

왜 “위안소”의 생존자들은 침묵을 깨는데 50 년이 걸렸는가? 이 긴 침묵을 이해하기 위해서는 “위안소”와 성매매의 연결고리를 알아야 한다. 성매매 업소는 대개 고객(주로 남자)이 돈을 내고 성판매자(주로 여자)가 돈을 받는 상업화된 성접촉 장소로 이해된다. 성판매자들은 “적은 노동력”으로 “괜찮은 돈”을 벌어들이며 이 상업적 거래에서 이익을 얻는다고 여겨진다.

⁷ 영어 연구자료는 “Selected Bibliography ‘Sexual Violence in Armed Conflict’” 참고, <https://warandgender.net/bibliography/>.

그러나 고객들은 단순히 육체적 자극에만 돈을 지불하는 것이 아니다. 그들은 진정으로 욕망의 대상이 될 수 있다는 심리적인 환상에 대한 지불도 겸하고 있다. 여성들은 이러한 환상을 만들어내고 유지하도록 기대되며, 이 산업의 성공은 고객들이 여성들이 원해서 한다는 믿음을 주는 것과 연결되어 있다.

상호 욕망과 만족, 이익의 현장으로서 성매매 업소를 그려내는 이 상상은 '위안소'의 역사가 이해되는 지배적인 틀이었다. 따라서 여성들은 자신들의 피해에 적극적으로 연루되었고 그들의 참여, 즉 돈을 벌고 그들의 가난한 가족과 그들 자신의 생존을 보장함으로써 혜택을 받은 것처럼 보여졌다.

궁극적으로, 이 시나리오는 여성들이 실제로 이 일을 하고 싶어했고, 군인들을 "받고" 싶었고, 그에 대한 충분한 보상을 받았음을 암시한다. 이는 생존자들의 증언뿐만 아니라 기록 문서와도 확연한 차이를 보이는 인식이다.⁸

이러한 (피해자가 원했다는 식의) 귀책은 단지 성매매의 프레임 때문만은 아니며, 성폭력에 대한 우리의 이해와 연관이 있다.

II. 성폭력의 모호한 본질

성폭력 피해자에 대한 인식은 일반적으로 다른 형태의 폭력 피해자에 대한 인식과는 다르게 나타난다. 일례로 얻어맞은 사람의 신체적 고통에 대한 경험이 "분명히 원치 않는, 부정적인 경험으로 여겨진다"고 가정되는 반면, 성폭력 피해자들은 이와 같은 명확한 가정에서 제외된다⁹.

커스틴 캠벨 Kirsten Campbell 이 지적한 바와 같이, 현재까지 무엇이 성폭력의 해악을 구성하는가에 대한 명확한 개념이 확립되지 않았다.¹⁰

이러한 성폭력의 특수성을 이해하기 위해, 가비 지펠 Gaby Zipfel 은 우리가 신체와 고통, 흥분과 같은 신체적인 반응을 볼 필요가 있다고 제안한다. 그는 인간의 몸은 고통뿐만 아니라

⁸ E.g. Hyunah Yang, Finding the 'map of memory'. Testimony of the survivors of military sexual slavery by Japan. In: Gaby Zipfel, Regina Mühlhäuser, Kirsten Campbell (eds), In plain sight. Sexual violence in armed conflict. Zubaan, 2019, pp. 379-403; Yuki Tanaka, Japan's comfort women. Sexual slavery and prostitution during World War II and the US occupation. Routledge, 2002.

⁹ Gaby Zipfel, Liberté, égalité, sexualité, June 2020, <https://www.eurozine.com/liberte-egalite-sexualite/>.

¹⁰ Gaps and traps, The politics of generating knowledge on sexual violence in armed conflict. A conversation with members of the SVAC network, in: Zipfel, Mühlhäuser, Campbell 2019, pp. xix-xlix, here xxxiii 참조.

쾌락에도 민감하다고 주장하며 성폭력 사건의 경우 "고통에 민감한 신체뿐 아니라 쾌락을 느낄 수 있는 사람을 향한 위해이다. 성폭력은 피해자의 신체를 고통에 빠뜨리는 동시에 성적 욕망을 빼앗아간다"고 말한다.¹¹

이러한 성적 요소가 피해자의 신뢰성을 의심하는 근거가 되어 루이즈 드 트와 Louise du Toit 가 말하듯, 여성¹² 들은 (의식적으로든 무의식적으로든) 행위를 원했다는 혐의를 받게 된다.¹³ 이 같은 여자 피해자의 공모 혐의는 가해의 책임이 가해자 편에만 있는 것이 아니라, 피해자에게도 있다고 암시한다. 이는 자기 자신의 공동체의 피해자들에 대해서도 불신과 경멸, 의혹을 갖게한다.¹⁴

성폭력 행위가 과도한 잔혹성을 동반하거나 가해자가 성폭행 도중이나 이후 피해자를 살해하는 경우에만 "기준에 의심받았던 모호성이 입증된 것으로 성립한다"는 보여지는데, 이로써 폭력 행위에서 가해자가 실천하고 피해자에게 공격된 섹슈얼리티의 표현이 "제외될 수 있기" 때문이다.¹⁵

이 점을 고려한다면 우리는 2 차 세계 대전 이후 수십년간 왜 '위안부' 생존자들이 자신들에게 일어난 일에 대해 말할 수 있는 담론의 장이 부재했는지 이해할 수 있다. 일본뿐 아니라 이들이 이송된 다른 나라 (중국 등) 또는 출신국(이 경우 한국)에서조차 그들에게 일어난 일이 원치 않는, 부정적인 경험이고, 범죄라고 명백하게 규정되지 않았기 때문이다.

한국, 아시아와 세계 각국에서 여성주의 운동을 통해 담론장이 형성된 1990 년대에 이르러서야 일본군 '위안부' 제도가 범죄이자 무력 분쟁과 전쟁의 전유물로 명백히 분류되었고, 이때 생존자들은 자신의 기억과 아픔을 발화하고 공유할 수 있는 권한을 부여받았다.

그러나 그 당시 발언했던 여성들조차도 성폭행 이상의 신체적 폭력을 분명히 강조할 필요가 있다고 느낀 것으로 보인다. 그렇게 함으로써 그들은 그들 자신의 (말해지거나 말해지지 않은) 위반에 연루되었다는 암시에 대항했다.

¹¹ Zipfel 2020.

¹² 남자 피해자들에게도 동일하게 적용된다면 후속 연구가 필요하다.

¹³ Louise Du Toit, A philosophical investigation of rape. The making and unmaking of the feminine self. Routledge, 2009.

¹⁴ Louise Du Toit, A philosophical investigation of rape. The making and unmaking of the feminine self. Routledge, 2009.

¹⁵ Zipfel 2020.

결론: 여성에게 성폭력에 대해 말할 수 있도록 하기

이러한 주장이 맞다면, 여성과 소녀들이 그들의 경험에 대해 말할 수 있도록 무력 분쟁 하 성폭력에 대한 우리의 이해와 생각을 바꿀 사회의 근본적인 변화가 필요하다. 서울중앙지방법원의 결정은 이런 방향으로 가는 중요한 발걸음이다. 성폭력의 여러 측면들을 경험한 한국의 원고 13인의 이야기가 각각 판결에 명시되어 있으며, 이는 일본군 '위안부'로서 살아가는 것이 어떤 의미였을지에 대한 이해를 조금이나마 가능하게 한다.

이 여성들과 소녀들이 동원되었을 때, 그들은 14 살에서 20 살 사이였고, 대부분 미혼이었다. 기혼자는 단 한 명이었는데, 그의 남편은 강제동원 대상자였다. 여성들은 중국, 남태평양 섬, 일본의 여러 지역으로 이송되었다. 여성들 중 일부는 전투 지역에 있었고, 다른 일부는 후방 점령지에 있었으며, 다른 일부는 일본 본토에 있었다. 예를 들어, 한 여성은 27 명의 다른 여성들과 함께 중국의 더 큰 '위안소'에 있었던 것을 떠올리며, 매일 일정 수의 일본 군인들을 상대해야 했다고 말했다. 또 다른 여성은 자신이 군 시설에서 요리를 하고 빨래를 하다가 군인들에게 무작위로 성폭행을 당했다고 회상한다. 이렇게 각기 다른 조건들은 일본 남성들의 행동뿐만 아니라 여성들의 경험들도 만들어냈다.

재판부는 판결문에서 이들 여성의 증언을 상세히 설명함으로써 성폭력 형태들의 차이를 강조하고 있다. 이는 한국 '위안부' 소송에 대해 더 깊이 있는 이해를 도우며, 나아가 아래와 같은 보편적인 이해를 가능하게 한다.

- a) 전시 성폭력을 범죄로서 보다 깊이 이해할 수 있도록 한다.
- b) 성폭력 생존자가 목소리를 낼 수 있는 초석이 된다.
- c) 생존자, 특히 여성의 권리를 요구하기 위해 법적 구제책을 사용할 수 있도록 한다.
- d) 따라서 이러한 형태의 폭력을 극복하고 불처벌에 대항한다.

아시아의 연구자들은 종종 독일을 화해와 배상 정치를 구현하기 위한 긍정적인 모델로 언급한다. 일본과는 대조적으로, 오늘날의 독일은 유대인과 집시에 대한 대량 학살, 장애인으로 분류된 사람들의 대량 살상, 죄수들의 고문과 살해, 그리고 다른 중대한 전쟁 범죄와 반인륜적 범죄에 대한 책임을 기꺼이 인정한다고 말할 수 있다. 교과서와 박물관에서는 이러한 범죄가 묘사되어 있으며 독일 정부는 여러 차례 피해자들에게 사과하고 대량학살 피해자와 강제징용 노동자들에게 보상금을 지급했다.

그러나 이러한 과거 범죄의 수용이 피해자들에 대한 적절한 처우로 이어진다고 말하기는 어렵다. 예를 들어, 독일 정부는 일본처럼 국가면제를 주장하면서 그리스와 이탈리아에서 일어난 독일 대학살 생존자들의 배상을 거부하고 있다.

그러나 우리가 오늘 여기서 이야기하는 것과 같이, *성폭력은 인정, 기림, 형사소송, 배상/보상에 관한 모든 담론에서 찾아보기 매우 어려운 것이 사실이다.*

이러한 사례들이 존재하지 않았기 때문이 아니다. 독일 정규군인 위르마흐트(Wehrmacht)와 나치 정예군 SS 대원들이 강제적으로 여성과 소녀들의 옷을 벗기고, 신체검색을 하는 동안 손가락을 삽입하고, 벌거벗은 사진을 찍었다는 학문적 논의가 성립되고 있으며,¹⁶ 독일 병사들은 여성과 소녀들을 성적으로 고문하고, 성폭행을 가했고, 그들을 성 노예로 사용했다. 어떤 경우에는, 소년과 남성을 대상으로 하는 성적 고문과 강간도 있었다.¹⁷

그러나 역사의 이 부분은 거의 학계에서만 독점적으로 논의되고 있다. 그것이 법정 소송(예: 뉘른베르크 재판)에서 언급되었을 때, 그것은 나치의 변태성을 묘사하는 데 사용되었지만, 그 자체에 대한 형사 범죄로 취급되지는 않았다. 도리어, 피해자들은 그 부분에 대해 말하지 말라는 요청을 받았다. 생존자들을 지원하기 위한 사회적 운동은 없었고, 따라서 생존자들이 그들의 경험을 공유할 수 있는 공간도 없었다. 오늘날까지 단 한 명의 청구인도 나서지 않았다.

분쟁 하 성폭력 생존자들이 발언할 수 있는 공간의 중요성은 분명하다. 그제서야 우리는 이러한 형태의 폭력의 가해자들에 대한 불처벌을 종식시킬 수 있다. 이번 판결은 보다 최근의 전쟁과 무력 분쟁 상황과 관련된 미래 소송 사례들에 대한 본보기가 되었다.

¹⁶ E.g. Doris Bergen, *Sexual violence in the Holocaust. Unique and typical?* In: Dagmar Herzog (ed.), *Lessons and legacies VII*. Northwestern UP, 2006, pp. 179-200; Sonja M. Hedgepeth, Rochelle Saidel (eds.): *Sexual violence against Jewish women during the Holocaust*. Univ. Pr. of New England, 2012; Regina Mühlhäuser, *Sex and the Nazi soldier. Violent, commercial and consensual encounters during the War in the Soviet Union, 1941-45*, Edinburgh UP 2021.

¹⁷ E.g. Dagmar Herzog, *Sexual violence against men: torture at Flossenbürg*. In: Carol Rittner, John K. Roth (eds): *Rape. Weapon of war and genocide*. Paragon House, 2012, pp. 29-44.

서울중앙지방법원 판결의 의미

우스티나 돌고폴 | 남호주 플린더스 대학교 법대 부교수·2000 년 여성국제전범법정
수석검사

서울중앙지방법원이 여성 원고들의 일본군 ‘위안부’로서 감내해야했던 고통과 아픔, 직면하고 있는 쟁점들에 대해 철저한 검토를 한 것에 대해 박수를 보낸다. 버트란트 러셀이 말했듯 “거대한 부정은 존재하고, 법은 실패하며, 이 딜레마는 어느 나라라도 다르지 않다.” 일본군 ‘위안부’들은 안타깝게도 지금 이 시점까지 일본과 미국의 법원에서 권리 회복을 추진할 때 마다 이 딜레마에 직면해 왔다.

모든 변호사들은 법과 정의가 동의어가 아니라는 것을 알고 있다. 그럼에도 법조인들은 그들 앞에 놓인 법률 질문의 윤리적 의미에 대해 보다 폭넓게 생각해야 한다. 윤리에는 개인의 의사 결정이 사회에 미칠 영향을 생각하는 것이 포함되어 있기 때문이다. 중대한 국제법 위반으로 고통을 겪은 개개인에 대한 보상을 지속적으로 부정하면 법과 법을 집행하는 기관 모두가 불명예를 안게 될 가능성이 있다. 만일 대중들이 법이 권력자들의 이익에만 기여하고 상상조차 어려운 가장 극악무도한 범죄로 인해 심각한 영향을 받은 사람들의 요청에 답하지 않거나, 못할 것이라고 믿게 된다면 그것은 모든 국가들의 민주주의에 부정적인 영향을 끼칠 수 있다.

법의 내용과 운영을 규정하는 문화적, 사회적 맥락은 여성들에게 지속적인 악영향을 미치고 있다. 대부분의 사법 제도에서 여성을 대상으로 하는 행위들을 국내법에서 다루지 않을 가능성이 높으며, 만약 법규의 일부로서 다룰 경우, 법정의 해석과 시행만으로는 여성에게 동등한 법률적 보호를 충분하게 제공할 수 없다. 이 문제는 유엔 인권 위원회와 유엔 여성 위원회뿐 아니라 다양한 유엔 조약 기구들의 관심사로 부상하고 있다. 확고한 무의식적인 편견은 국내외적으로 법 앞에 서 있는 여성들의 평등을 계속 빼앗고 있다.

무력 분쟁 하에도 성폭력의 재앙은 계속된다. 이 상황은 국제사회가 이러한 잔혹행위를 저지르는 이들이 처벌받지 않고 행동할 수 있다고 생각하지 못하도록 조치를 취하기 전까지는 바뀌지 않을 것이다. 평화협정을 협상하는 사람들은 너무 자주 극악무도한 폭력행위의 가해자들이 처벌을 면하는 걸 허락한다. 그러한 행위가 계속되도록 불처벌을 허용하는 것은 장기적으로 인류에게 이익이 되지 않는다. 서울중앙지방법원이 원고의 행위 본질을 인정한 것은 이 사건에 대한 관할권 선정을 피할 수 없었다는 점에 기반한다. 법원이 지적인 바와 같이, 여성들을 일본군 ‘위안부’ 제도에 동원한 납치와 기만은 무력 분쟁 하에서 합법적으로 행할 수 있는 모든 행동의 범위를 벗어난다. 다른 나라의 법원들도 ‘주권’에 의해

가해진 해악의 본질에 대해 더 신중하게 생각하고, 이론적으로 위반할 수 없는 국제법의 규범 침해에 대한 주권 면제 적용 여부에 의문을 제기하길 바란다.

일본군성노예전범 여성국제법정 판결은 이 문제와 무관하지 않다. 주권은 각 국가 내의 개인의 권리와 밀접하게 연계되며, 주권이 계속 국제법의 주축이 되는 것은 정부가 국민을 대표하기 때문이다. 국가 내 인권 보호는 국가가 국제적으로 업무를 수행하는 방식과 연결되어 있다. 다른 영토에 거주하는 사람들의 인간 존엄성을 침해한 행위에 주권 면제를 적용해주는 것은 되려 그 영토 내에 거주하는 국민들의 권리를 위협에 처하게 한다. 세계인권선언의 초안은 인간의 존엄에 대한 존중을 훼손하는 것은 누구에게나 심각한 결과를 초래한다는 것을 분명히 명시한다. 책임의 필요성은 경제적, 시민적 권리에 관한 규약 및 이후 인권 조약들이 작성되는 데에 기초가 되었으며, 국제 형사 재판소가 설립되는 결과를 낳았다.

서울중앙지방법원의 판결로 돌아가 보면, 법원이 여성들에게 가해진 실제 피해와 심리적 피해를 배상할 수 있는 금액은 없다는 사실을 알고 있었던 것은 분명하며 피해 보상에 앞선 문제 자체에 대한 조심스러운 접근이 반영되어 있다. 외부인의 관점에서 보면, 배상금(관습법 체계에서 흔히 고통과 피해로 불리는데)은 일반적인 수준이었다. 그 액수 (약 9 만 달러)는 법원이 피고인을 처벌하려고 하는 의지를 명시하지 않으면서, 여성들의 주장을 입증하기 위해 책정된 것으로 보인다.

나는 1993 년 국제 법률가 위원회 (International Commission of Jurists) 조사를 통해 일본군 '위안부' 제도의 여러 생존 여성들을 인터뷰하며 서울 중앙 지방 법원의 판결에서 재검증된 역사를 인정했었다. 모두 한국 여성(남북 모두)이 조사단에게 했던 발언과 비슷했다. 앞서 언급했듯, 여성들과 인터뷰할 때 마주한 그들의 눈에 담긴 표현은 그들이 견뎌야 했던 경험들을 고통스럽게 상세하게 되새기고 있다는 것을 말해준다.

1993 년 조사 후 작성한 '위안부, 미완의 시련 (Comfort Women, The Unfinished Ordeal)'이라는 제목의 최종 보고서는 일본의 잘못된 행위에 대한 국가 책임을 논의하는 법적 의무에 관한 장을 포함하고 있었다. 해당 논의는 조사단의 연구의 산물이자 당시 저명한 국제변호사 중 한 명이 크리스티안 토머스챗 Christian Tomuschat 교수의 세심한 검토 아래 작성되었다. 당시 국제 법률가 위원회의 집행위원회 위원이었던 다른 주요 법학자들도 원고를 검토했다. 보고서는 일본이 한반도에서 여성과 아동의 인신매매를 위한 네트워크를 구축했으며, 노예제도 및 매매를 금지하는 국제관습법 규범을 위반했고 (일본군이 마치 여성들을 소유하는 것처럼 행동했었다), 여성과 아이들의 인신매매를 금지하는 관습적인 규범을 위반했다는 점에서 1921 년 여성과 아동의 인신매매금지 조약에 명시되어 있는 의무를 위반했다고 판단했다.

전후 일본 정부는 1990 년대 초부터 전임 정부의 행위에 대해 여러 차례 사과문을 발표했다. 이러한 사과가 당사자 여성들이나 이 문제를 해결하기 위해 노력한 단체들에게

충분한 것이었는지는 차치하더라도, 정부와 군 관계자들이 심각한 국제법 위반을 저질렀다는 것을 인정하지 않았다면 정부는 사과하지 않았을 것이다.

해당 사과문들과 아울러, 일본 및 기타 지역의 학자와 연구자에 의해 발굴되고 많은 연합국의 국가 기록 보관소에 있는 문서들은 국가의 민간 혹은 군대의 권력 상부에 있는 상당수의 개인들이 일본군 ‘위안부’ 제도의 설립과 유지에 관련되어 있다는 점을 분명히 밝히고 있다. 그 개인들은 여성들이 가정과 사회에서 분리되었을 때 받을 심각한 피해를 명백히 인지하고 있었을 것이다. 서울중앙지방법원은 주권 면제에서 제외되는 불법 행위나 재산이 무엇인지에 대해 장문의 논의는 하지 않았지만, 여성 동원 과정과 직접적인 관계가 있었던 일본 혹은 한국 출신의 일본 관료들이라면 원고들에 대한 배려의 의무가 있다는 점을 지적하려 한다. 앞서 명시한 바와 같이, 성노예를 목적으로 여성들을 동원하는 행위는 무력 분쟁 하에서 허용되는 행동 범위 내에서 고려될 수 있는 행위가 아니므로, 통상적인 불법행위 및 재산 관련 법이 이 상황에 적용된다고 주장할 수 있다. 불법행위에 대한 근거가 충분한 경우, 해당 주장은 많은 관할지역에서 재산권의 시작으로 여겨진다. 나는 폭행, 구타, 과실에 대한 민사상 청구에 적용되는 한국법의 전문가가 아니다. 그러나 여성을 강제로 동원하는 과정에서 그들에게 위협이 가해졌을 것이고 많은 여성들이 소위 모집인들에 의해 신체적으로 부상을 당했을 가능성은 부정할 수 없다. 이와 더불어, ‘위안소’에서 저질러진 극악무도한 범죄 또한 위안소를 설립하고 지속적인 운영에 관여했던 모든 정부 관계자들에게 예상 가능한 것들이었다. 판결의 초점이 이전에 법에 의해 소외되었던 사람들에게 대한 보상을 모색하기 위한 기회를 제공하는 데 맞춰져 있는 것은 분명하지만, 여성들의 주장이 주권면책 방어에서 면제되는 것이 불가능한 것은 아니다.

원고들의 존엄성 훼손에 대한 배상청구권을 충분히 배려하기 위해 주권 면제의 장막 너머를 탐색할 의지를 보인 서울중앙지방법원에게 박수를 보낸다. 정의에 대한 윤리적 접근을 추구하는 그들의 용기는 세계 공동체에 국가와 국가 행위자들에 대해 심각한 인권 침해의 책임을 물을 수 있음을 보여주는 예시를 제공했다.

국제인권법적 시각에서 바라본 이번 판결의 의미

백범석 | 경희대학교 국제대학 교수·UN 인권이사회 자문위원회 위원

1. 오늘날은 인권의 시대라 하여도 과언이 아니며, 세계인권선언이 채택된 1948년 이래로 국제인권법은 그 적용 분야를 넓혀왔고, 이에 발맞추어 다양한 인권 분야를 규율 하는 국제조약들의 숫자도 증가해 왔다. 이처럼 유엔을 중심으로 국제사회는 지난 70여 년간 다양한 분야의 인권개념을 법제화하는 인권의 국제화를 위해 노력해 왔고 이는 현재도 진행형이지만, 1990년대 이후로는 개별국가들이 국제인권규범을 어떻게 이행해 나가는가 하는 인권의 내재화에 더욱 많은 관심을 가져오고 있다. 그리고 이러한 인권의 국제화 및 내재화 과정을 통해 주권개념에 관한 이해도 점진적으로 변화해 왔다. 적어도 국제인권법상 타국으로부터 간섭을 받지 않을 국가의 권리로서의 주권이라는 개념은 점차적으로 개별 국가의 국민들의 기본권 역시 보장해야 한다는 국가의 의무로서의 주권으로 그 개념 범위를 확장 발전시켜 왔다. 결국 인권과 주권의 관계는 오늘날 상호보완적인 것으로 이해되어야 한다. 인권의 보호와 증진이 동시에 주권의 존중을 의미할 수 있기 때문이다.

2. 특히 제2차 세계대전 이후 본격적으로 발전한 국제인권법은 점차 인권침해에 대해 구제를 받을 피해자의 권리와 이를 보장해야 할 국가의 의무를 구체화해 왔다. 주요 국제인권조약 및 지역인권조약은 공히 피해자가 실효성 있는 구제를 받을 권리를 독립적인 인권으로 명시적으로 보장하고 있다. 지난 반세기 동안의 국제인권운동과 유엔 및 지역 차원의 인권 침해 구제에 대한 경험을 토대로, 피해자의 권리를 가장 포괄적으로 조문화한 것이 2005년 유엔 피해자 권리 기본원칙이다. 유엔총회에서 만장일치로 채택된 해당 원칙은 국제법 규범체계에서 적어도 국가가 최소한 피해자의 이러한 권리만큼은 지켜주어야 한다는 기준을 제시해 주고 있다. 여기에는 인권침해 피해에 대한 실효성 있는 구제를 받을 권리로서 사법에 대한 권리(Right to Justice), 배상을 받을 권리 및 진실을 알 권리가 포함된다. 이러한 사법, 배상, 진실에 대한 권리가 실현되고 피해자의 존엄이 회복되지 않는 한, 인권침해는 과거사가 아닌 현재진행형의 사건이 된다. 이와 같이 국제인권법상 피해자 중심주의라 함은 추상적 개념이 아닌 매우 구체적 내용을 가지고 있는 국제관습법으로 확립되어온 원칙이다. 다시 말해 오늘날 국제인권법은 심각한 인권침해 행위에 대해 인도적 도의적 대응 및 정치적 고려에 따른 판단이 아닌 국제 인권적 시각에 기반을 둔 법적 구제를 요구할 수 있어야 한다고 규정하며, 동시에 국가를 향해 이를 보장할 의무가 있음을 천명하고 있다.

3. 국제법상 국제위법행위가 있고, 이러한 행위에 귀속되는 국가는 국가책임을 부담하게 된다. 전통적인 국제법 하에서 권리의 주체는 오로지 국가이기 때문에 개인은 권리의 주체로 인정되

지 않는다. 따라서 일국이 국제법을 중대하게 위반하여 개인에게 손해를 가한 경우에도 피해자는 국제법에 기초하여 직접 가해국을 상대로 배상청구를 할 수 없다. 개인이 국제법의 중대한 위반의 피해자로서 타국을 상대로 구제를 요청할 수 있는 수단은 매우 제한적이라는 것이다. 그러나 국가가 원할 때, 그리고 국가가 원하는지 여부에 따라, 국민을 보호할 국가의 권리라는 것은 현대 국제법과 동떨어진 것이다. 더욱이 오늘날 다수의 국제인권 조약들은 국가의 위법행위에 피해를 입은 개인에게 배상을 포함한 적절한 구제조치를 취할 것을 규정함으로써 국가 대 국가가 아닌 가해국 대 피해자 개인의 관계를 다루어 왔다. 이처럼 인권조약의 당사국이 관할권 내 모든 사람에게 협약상 권리의 침해에 대한 실효성 있는 보호를 보장하고 더 나아가 적절한 구제수단을 제공해야 할 것이 요구된다면, 자국민이 외국에서 가장 기본적인 인권을 심각하게 침해당했을 때, 국적국은 해당 국민을 보호해야 할 의무가 있음이 당연하다. 그리고 서울중앙지법 손해배상청구소송(2016가합505092) 판결은 이러한 피해자의 입장을 적극적으로 고려한 것으로 볼 수 있다.

4. 일국은 타국 법원의 재판권으로부터 면제를 향유한다는 것이 주권면제론이다. 1648년 웨스트팔리아 조약 체결 이후 근대 주권국가 탄생하면서 등장하였는데 주로 자국을 방문하는 외국의 주권자(당시 군주)를 보호하기 위한 필요에서 기인하였다. 이후 주권자의 인격이 국가 및 국가기관의 인격으로 전환되자 주권면제라는 개념은 외국이라는 국가 자체의 법적 실체를 보호하기 위해 국내법원에서 외국 및 그 외국의 국가재산은 법정지국의 재판권(사법관할권) 및 강제집행(집행관할권)으로부터 공히 면제된다는 국가면제라는 개념과 혼용되어 오늘날까지 사용되고 있다. 그리고 이러한 주권면제론은 각국의 실행을 통해 확립된 국제관습법상의 법리임이 분명하다. 그런데 주권면제론을 적용해온 다수의 국가실행을 보면 전통적인 절대적 주권면제론은 19세기 말부터 제한적 주권면제론으로 점차 변화하는 모습을 보여 왔다. 자유무역정책이 보호주의로 바뀌고 경제부분에 대한 정부의 관여가 증가하면서 순수한 국가의 권력적 작용이 아닌 (예를 들어 시장에서의 상거래 계약을 일국가가 타국의 사인과 체결하는 등) 국가차원의 사경제적 활동이 증가하게 되었다. 자연히 이러한 상행위와 관련하여 일국 정부가 타국 법원에 제소되는 현상도 많아졌다. 그 결과 국가가 단순히 영리를 추구할 목적으로 활동했을 때에도 주권면제를 그대로 인정해야 하는지 여부가 문제가 되었다. 절대적 주권면제를 향유한다고 할 경우 외국과 거래하는 사인은 매우 불리한 입장에 놓이기 때문이다. 이러한 불리한 입장을 시정하고 자국민에게 구제의 기회를 부여하기 위해 제한적 주권면제론을 적용하는 국가들이 점차 늘게 되었고, 오늘날 대다수 국가에서 제한적 주권면제론에 입각한 국가실행을 볼 수 있다. 이와 같이 주권면제론은 국가관할권 원칙에 대한 예외에 해당하는 이론으로 국제법상 우월적인 지위를 가진 확고한 불변의 원칙으로 받아들이기 보다는, 국가실행을 통해 발전 및 변화해 왔음을 알 수 있다. 다시 말해 제한적 주권면제론으로의 발전 과정은 주권면제론이 가지는 관습법적 성격을 분명히 보여주고 있다.

5. 오늘날 주권면제 적용에 관한 상반된 여러 국가실행이 상존함에도 불구하고 몇몇 면제 예외를 새로운 국제관습법의 일부라고 평가하는 것도, 반대로 면제를 인정한 판결을 근거로 국

제관습법의 부존재를 증명하는 것도 공히 설득력이 없어 보인다. 양측 주장 모두 원용하는 판례 수가 한정되어 있어 자기주장에 편리한 사례만을 뽑아서 주장한다는 인상을 받게 되기 때문이다. 상반된 재판 사례나 국가 실행의 존재한다면 적어도 기존의 국제관습법이 아직도 불완전하고 불안정하다는 것은 인정할 수 있지 않을까? 예를 들어 제한적 주권면제론의 기초를 이루는 개념, 즉 상업적 행위의 정의와 범위도 여전히 명확하지 않다. 이는 앞서 강조한 바와 같이 현재 주권면제에 대한 예외와 제한은 계속해서 발전 과정에 있다는 것을 의미한다. 즉 주권면제 인정여부는 개별 사건의 특징, 상황 및 그에 내재하는 요소들을 충분히 고려하여 결정하여야 한다. 특히 이번 사건과 같이 주권면제를 인정하게 되면 대체적인 구제방법을 피해자들이 가지고 있지 않는 경우, 이러한 점을 충분히 고려해야 한다. 국제법상 실체법과 절차법의 적용 영역이 각기 다르다고 하더라도 제한적 주권면제의 실행이 국제인권법의 발달과 국제법의 인권 중심적 변화 가운데에서 언제까지나 예외일 수는 없기 때문이다. 즉 국제공동체가 존중하고 추구하는 있는 현대 국제법의 가치와 전통적인 주권면제가 추구하는 가치 사이의 균형을 찾아야 할 필요가 있으며, 이러한 맥락에서 보면 적어도 주권면제와 개인의 배상청구권과 관련한 국제법은 변화의 과정 중에 있음이 분명하다.

6. 국제인권법 또는 국제인도법의 중대한 위반을 이유로 제소된 경우 항상 주권면제의 예외가 인정되어야 한다는 국제관습법이 현재 존재하지 않지만, 반대로 같은 경우 반드시 주권면제가 인정되어야 하는 국제관습이 있는지 역시도 불명확하고 불완전해 보인다. 그리고 이러한 논의가 주된 쟁점이 되어서는 안 된다. 핵심은 만약 국제범죄 피해자의 실효적인 구제를 막고, 다른 구제 수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서만큼은 최소한 피해자의 사법에 접근할 권리(Right to Justice) 내지 자국 법원에서 재판을 받을 권리가 오늘날 국제관습법으로 확인되고 보장받을 수 있다는 점이다. 따라서 이와 같이 국제법상의 피해자의 권리가 확립된 국제관습법으로서 존재한다면 기존의 불완전한 주권면제에 관한 국제관습법은 그 적용에 있어 예외를 인정함이 바람직하다. 이번 사건의 재판부 역시 이러한 측면을 무겁게 고려했다고 보인다. 개별 국가의 국내법원은 국제법을 적용함에 있어 자국의 입장을 반영하여 국제법의 내용과 적용 범위에 대하여 판단할 수 있는 권한이 있다. 양심적 병역거부에 관한 일련의 기존 국내 법원 판결을 고려하면 쉽게 이해할 수 있다. 더욱이 많은 국가들이 제한적 주권면제론을 취하지만 구체적으로 어떠한 행위가 주권면제를 인정받는지에 대해서는 입장 차이가 있음은 이미 강조한 바이다. 따라서 이번 판결은 기존 국제법에 반하는 것으로 보기보다는 변화 발전해 가는 국제법을 반영하는 내지는 선도해 나가는 판결로 보아야 한다. 아울러 아시아 역내 최초의 주권면제법리의 인권예외를 인정한 판결로써, 향후 다른 아시아 국가에서 피해자 권리 구제를 위해 노력해 나가는 많은 이들에게 희망을 줄 것이라 생각한다.

한국 법원의 판결은 "상식 결여"인가?: 일본 반응에 대한 생각

아베 코오키 | 일본 메이지가쿠인대학교 국제학부 교수

I

1 월 8 일 내려진 서울 중앙 지방 법원의 '위안부' 12 인에 대한 일본 정부의 손해배상 주문은 일본 사회에서 상당히 부정적 (심지어 적대적인) 반응을 얻고 있다. 예상대로 일본 정부는 다음과 같이 판결에 대해 다음과 같은 격렬한 항의 성명을 발표했다.

국제법상 국가는 원칙적으로 다른 국가의 관할권에 속하지 않는다. 각 주는 주권이 있고 국가는 서로 동등한 기준으로 존재하기 때문이다. 일본은 국제법상의 국가면제 원칙에 따라 일본 정부가 대한민국의 관할권에 속하는 것을 용납할 수 없기 때문에 이 소송을 기각해야 한다는 입장을 여러 차례 밝혀왔다. 최근 대한민국 서울중앙지법이 국가면제특권 원칙 적용을 부정하는 판결을 내린 것은 국제사법재판소 판결에서도 명백하게 표현된 국제법과 배치된다.¹⁸

국내 발행 신문 가운데 가장 진보적인 아사히신문은 판결에 대한 당혹감을 감추지 않는 사설을 실었다¹⁹. 아사히신문은 이번 판결로 한일관계의 균열이 크게 확대될 것을 예상하며 일본 정부의 의견에 따라 일축했어야 했다고 경고하고 있다. 재팬 타임스는 일본 외무성 소식통의 말을 인용하며 "상식이 부족하다"²⁰는 입장을 보였다. 전국에 걸친 지배적인 담론은 역시 그 판결을 명백히 폄하하고 부정하고 있다.

II

¹⁸ Confirmation of the Judgment of the Seoul Central District Court of the Republic of Korea in the Lawsuit Filed by Former Comfort Women and Others (Statement by Foreign Minister MOTEGI Toshimitsu), https://www.mofa.go.jp/press/danwa/press6e_000269.html 참조.

¹⁹ "EDITORIAL: 2015 accord must be basis to settle thorny 'comfort women' issue", *The Asahi Shimbun*, January 9, 2021, at <http://www.asahi.com/ajw/articles/14093283>.

²⁰ "Japan cautious about taking Seoul to ICJ over 'Comfort Women'", *The Japan Times*, January 13, 2021, at <https://www.japantimes.co.jp/news/2021/01/13/national/international-court-justice-comfort-women/>.

외교부 당국자의 말처럼 상식적인 판단이 부족하다면 한국 판사들이 “미쳤다”는 전제가 선행되어야 한다. 하지만 정말 그럴까? 그들이 국제법의 관점을 고려하지 않았을까? 우리는 현대 국제법의 상식이 결여되어 있는 건 누구인지 의심해 보아야 한다.

이 판결은 일본 법원이 일본군 성노예들의 피해자/생존자 비인도적으로 정의를 위한 요구를 억압한 판결을 내린 것과 대조된다. 최근 몇년간 한국 법원은 전 ‘위안부’에 대한 배상을 포함한 일제 식민 통치 시대와 관련된 일련의 판결들을 내려왔다. 한국 사법부가 인간 중심의 접근법을 실행하는 동안 일본 사법부는 국가 중심적인 입장을 고수하고 있다. 한국 판사들은 점차 보편적 가치로 기울어지는 반면, 일본 판사들은 기존의 전통적인 남성중심적 사고를 유지하고 있다.

이러한 대조의 이면에는 인권에 대한 국제기준에 대한 헌신의 정도, 즉 국제법의 현대적 상식에 현저한 차이가 있다고 판단된다. 한국의 판사들은 국제인권법에 따라 민감하게 반응하려고(충분히 민감하지는 않지만) 노력하는 반면, 일본의 판사와 정부 관계자들은 가식적으로 이를 거부한다. 애석하게도 일본이 젠더정의를 포함한 국제법적 담론의 진화적 상식에서 벗어난다는 점은 명백하다.

III

앞서 서술한 바와 같이 국가면제의 관념에 대한 일본 정부의 견해는 모든 면에서 뒤떨어져 있다. 국제법은 국가 대 국가 관계의 영역에 갇혀 있는 것으로 인식되고 있으며 국가면제 때문에 국내 법원에 집행될 수 없다 (실제로 일본 대법원은 2006 년에야 현재의 면제 경향과 일치한 판결을 내렸다). 국제 인권과 형법의 역동적 발전이 이루어지고 있음에도 불구하고, 세계적 총위에서 긍정적으로 발전한 개인의 지위가 마치 없는 듯한 태도를 보이고 있다.

메그레트 Frédéric Mégret 가 말했듯이, 국제법은 "규범과 시행을 보다 수직적으로 만들기 위해 내부적인 압력을 가하는 경향이 있다"²¹고 한다. 국제법의 수평적·호혜적 지형은 인간 존엄의 보편적 가치가 가장 무거운 비중을 차지하는 수직적 지형으로 점차 대체되고 있다. 면제의 개념은 이러한 규범적이고 체계적인 변화에서 벗어나지 못할 수도 있다. 무엇보다 국가면제특권은 "사회의 우선순위가 바뀌는 것을 반영해 시간에 따라 달라지는 지속적으로 변화하는 해석의 대상"이다. 그리고 알리오즈 Alioze 가 상기시켰듯이, 그것은 "국내 법원에 의한 사법적 활동, 주내 intrastate 관행의 산물 [주간 interstate 과는 반대되는]"이다²².

²¹ Frédéric Mégret, "International law as law" in James Crawford and Marti Koskeniemi (eds.), *Cambridge Companion to International Law* (2010), p.7 at <https://ssrn.com/abstract=1672824>.

²² Zoi Aliozi *et. al.*, "Germany v Italy", in Loveday Hodson and Troy Lavers (eds.), *Feminist*

국가면제특권에 관한 법은 변화하며, 바람직한 변화를 촉진하는 것은 국내 법원의 사법적 활동이다. 국가면제특권에 대해 획기적인 판결을 내린 이탈리아 사법부와 마찬가지로 한국 법관과 변호사들도 자신들의 역할에 대한 예의를 제대로 인식하고 이 문제에 대응하고 있는 것으로 보인다.

IV

이번 판결은 국제법학 연구에 대한 많은 진보적인 견해, 통찰력, 이론으로 결론을 강화한다. (경직된) 일본에 기반을 둔 국제법학자인 나에게 그것은 정말로 인상적이고 심지어 기분 좋게 눈부시다. 특별히 언급할 가치가 있는 것은 국가면제 특권에 대한 ICJ 의 부적절한 판단(독일 대 이탈리아)을 극복하기 위한 사법적으로 용감하고 지적으로 세련된 태도이다.

첫째, 판결의 핵심으로서 한국의 법관들은 헌법과 국제 인권법에 명시된 사법 접근권을 적절히 적용한다. 둘째, 판결은 진화하는 국가면제의 개념을 올바르게 인식한다. 세 번째로, 강행규범의 원칙은 올바르게 적용되었다. 넷째, 한국 법원은 현대 국제 사회에서 통용되는 정의와 인권의 무게를 직접적으로 강조하고 있다. '최후의 수단 last resort' 주장이 적절하게 전면으로 배치되어 법적 질서 속에서 피해자·생존자가 구제책 없이 방치되지 않아 인간의 존엄성을 중시한다. 한국 법원의 논리는 국가면제특권을 위해 '정의'를 지나치게 형식적으로 해석한 유엔의 주요 사법기구와 아름다운 대조를 이룬다.

다섯째, 그 판결은 국가면제특권이 과실이 있는 국가에게 인권 침해에 대한 법적 근거를 제공하기 위한 것이 아닌 원칙이라고 명시한다. 마지막으로, 위의 ICJ 판결의 범위가 무력 충돌 때 행해진 행위 이상으로 확대되지 않는다는 것을 확인함과 동시에 국가면제의 절차법이 인권이라는 실체법과 충돌하지 않는다는 세계 법원의 다수 의견에 대해 올바르게 비판한다. 한국 법원에서 명시한 바와 같이, 절차법은 실질적인 법질서를 가로막는 것이 아니라 구체화하는 수단이 되어야 한다.

국가면제론은 일제에 의한 행위가 당시 이해된 대로 해석해야 한다는 주장도 가능하다. 이는 ICJ 가 이미 "국제기구는 해석 당시 지배적인 전체 법체계의 틀 안에서 해석되고 적용되어야

Judgments in International Law (2019), p.136.

한다²³"고 선언한 시제법의 문제이다. 국제법은 진화하고 있다. 따라서 한국 법관들은 현행 국가면제기준을 이번 사건에 적용했다.

V

일본 정부와 언론은 '위안부' 문제가 이미 1965 년 청구권 협정과 2015 년 한일 '위안부' 합의에서 종결되었다는 입장을 고수하고 있다. 국가면제특권에 대한 예외로서 인권을 고려하는 포문을 연 이 판결이 상기시켜주듯, 이 문제는 아직도 해결되지 않은 중대한 인권 문제이다.

이는 일본이 청구권협정 제 3 조에 명시된 분쟁해결 절차를 지키지 않은 데 따른 판결이다. 일본은 피해자/생존자들의 정의 요구에 응하고 2 차가해를 피해야 할 의무가 있다. 일본 정부는 헌법과 국제법에 따라 식민지에 대한 책임뿐 아니라 인간 존엄과 젠더 정의의 근본적 가치에 충실하도록 입장을 바꿔야 한다.

²³ *Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, para.53.*

일본군 '위안부' 대 일본

요하임 라우 | 이탈리아 페리니 사건 담당 변호사

신사 숙녀 여러분, 친애하는 동료 여러분

1907년 10월 18일 헤이그 협약 체결 이후로, 국제 사회는 전쟁을 수행중인 국가들일지라도 적을 해하기 위해 어떠한 수단이든 동원할 수 있는 무소불위의 권력을 가져서는 안 된다는 사실을 깨닫고, 인간의 가장 기본적인 권리들을 인정하기 시작했습니다. 오늘날 우리가 인권이라고 부르는 이 권리들은 몇몇 행위나 행동들의 제약을 통해 나타납니다. 예를 들어, 이 권리들은 생명권, 비전투원에 대한 보호를 포함하며, 이러한 권리들은 암살이나 불필요한 고통을 주는 무기에 대한 사용을 금지함으로써 표력됩니다. 마찬가지로, 적국 국민들을 성폭력으로부터 보호하는 것은 적국의 시민들과 그들의 가족들의 명예와 권리를 존중하라는 명령을 통해서 표현됩니다.

지난 100년간 잊혀져 온, 그리고 국제사법재판소의 독일 대 이탈리아 사건의 판결에서 감춰졌던 법적 진실은, 바로 국제법은 스스로 이러한 권리들에 대한 책임과 집행을 보장한다는 것입니다.

헤이그 협약 23 조 H 항은 국가가 다른 세력의 권리와 청구권을 파기하거나, 일시적으로 유예하는 것을 금지하며, 앞서 말한 권리들에 대한 책임이나 집행에서 제외되는 것을 금지합니다.

제 23 조: 특별협약으로써 규정한 금지이외에도 다음 사항은 특히 금지된다. (h) *법정에서 적대적 세력의 권리와 행위를 폐지, 유예, 혹은 불허 하는 것*

그러므로 국제 사회는 본질적으로 과거에도, 그리고 현재에도 개인이 전쟁과 관련되어 행해진 불법 행위에 대하여 배상을 받을 권리와 외국으로부터 충분한 법적 보호를 받을 권리를 가정하고 있습니다.

제 46 조: 가문의 명예 및 권리, 개인의 생명 및 사유재산과 종교적 신념 및 자유는 존중되어야 한다. 사유재산은 몰수될 수 없다.

국제사법재판소규정 제 38 조의 관점에서, 1907 년 헤이그 협약의 법조문은 국제법으로써 널리 받아들여졌고, 2 차 세계대전 종전 이전부터 세계 각국들에 대하여 구속력을 발휘했으며, 그러므로 헤이그 협약에 명시된 인권 유린의 경우에 대한 재판가능성이 국가 면제에 우선해야 한다는 사실은 이견의 여지가 없어야 할 것입니다. 이러한 행위가 대부분의 문명국의 헌법에 반한다는 사실을 제외하더라도, 이런 행위는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제 14 조와도 반대되는 것입니다.

그러한 의미에서, 2003 년 이탈리아 대법원 판결, 2014 년 이탈리아 헌법재판소 판결, 그리고 최근 서울지방법원의 판결처럼 한 국가의 법정이 공정한 재판에 대한 권리를 위한 수단으로써 국제법에 의거한 국가 면제에 제동을 거는 것은 시간문제였다고 볼 수 있겠습니다.

여기에 이탈리아의 판례 2 개를 첨부하여 같이 보냅니다. 그리고 오늘 심포지엄에 참석해주셔서 감사드립니다.

<첨부> 110 쪽 또는 링크 클릭하여 다운로드

<http://bit.ly/LaualtalianCourtJudgments>

-이탈리아 로마대법원 결정 2003_이탈리아어

-이탈리아헌법재판소결정 2014_영어, 한국어 번역본

3rd International Symposium

Korean Court's Historic Ruling on Japanese Military "Comfort Women" : Restoring the Right to Justice and Truth

February 26 (Fri) zoom webinar 16:00-20:00 KST (GMT+9)

07:00-11:00 (London, UK) / 08:00-12:00 (Berlin, Germany; Rome, Italy)

17:30-21:30 (Adelaide, Australia)

simultaneous interpretations and booklet provided in Korean and English

Co-hosts: Republic of Korea National Assembly members Kim Youngjoo, Min Hyungbae, Yang Kidaee, Lee Yongsun, Lee Jaejung Han Junho, Hong Ihkpyo (Democratic Party of Korea), Korea Peace Forum of the National Assembly Member's Study Group
Co-organizers: The Korean Council for Justice and Remembrance for the Issues of Military Sexual Slavery by Japan, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society, and Research Network on Japanese Military Sexual Slavery

Time (KST)

16:00
~16:15

Opening

Moderator: Cho, Sujin (Secretary-General, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society)

16:15
~17:15

Keynote Speeches:

Korean Court's Historic Ruling in January 2021

Moderator: Cho, Sujin (Secretary-General, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society)

- 1) Lee, Sang-hee (Lawyer, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society)
- 2) Kim, Chang Rok (Professor, Kyungpook National University Law School)

17:15
~18:30

Panel 1: Tackling Impunity of Wartime Sexual Violence

Moderator: Lee, Na-Young (Professor of Sociology, Chung-Ang University & Chair of Board, The Korean Council for Justice and Remembrance for the Issues of Military Sexual Slavery by Japan)

- 1) Christine Chinkin
(Professorial Research Fellow, Centre for Women Peace and Security, London School of Economics & Principal Investigator, research funded by European Research Council on A Gendered Peace)
- 2) Yang, Hyunah
(Professor, Seoul National University School of Law & Chair, Research Network on Japanese Military Sexual Slavery)
- 3) Regina Mühlhäuser
(Senior Researcher, Hamburg Foundation for the Advancement of Research and Culture & Co-Founder, International Research Group 'Sexual Violence in Armed Conflict')
- 4) Ustina Dolgopol
(Associate Professor, College of Business, Government and Law, Flinders University & Former chief prosecutor at 2000 Women's International War Crimes Tribunal)

18:30
~18:40

Break

18:40
~19:40

Panel 2: State Immunity versus Gross Human Rights Violation

Moderator: Chung, Chinsung (Member, United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination)

- 1) Baek, Buhm-Suk
(Professor, College of International Studies, Kyung-Hee University & Member, United Nations Human Rights Council (UNHRC) Advisory Committee)
- 2) Abe Kohki (Professor, International Studies, Meiji Gakuin University)
- 3) Joachim Lau (Lawyer, Ferrini v. Germany case)

19:40
~20:00

Discussion and Q&A

Moderator: Chung, Chinsung (Member, United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination)

Register



bit.ly/3bbyFFO

www.womenandwar.net

info@womenandwar.net

Program

Time	Program
16:00~16:15	Opening Moderator: Cho, Sujin (Secretary-General, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society)
16:15~17:15	〈Keynote Speeches〉 Korean Court's Historic Ruling in January 2021 Moderator: Cho, Sujin (Secretary-General, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society) 1. Lee, Sang-hee (Lawyer, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society) 2. Kim, Chang Rok (Professor, Kyungpook National University Law School) Q&A
17:15~18:30	〈Panel 1〉 Tackling Impunity of Wartime Sexual Violence Moderator: Lee, Na-Young (Professor of Sociology, Chung-Ang University & Chair of Board, The Korean Council for Justice and Remembrance for the Issues of Military Sexual Slavery by Japan) 1. Christine Chinkin (Professorial Research Fellow, Centre for Women Peace and Security, London School of Economics & Principal Investigator, research funded by European Research Council on A Gendered Peace) 2. Yang, Hyunah (Professor, Seoul National University School of Law & Chair, Research Network on Japanese Military Sexual Slavery) 3. Regina Muñihlhäuser (Senior Researcher, Hamburg Foundation for the Advancement of Research and Culture & Co-Founder, International Research Group 'Sexual Violence in Armed Conflict') 4. Ustina Dolgopol (Associate Professor, College of Business, Government and Law, Flinders University & Former chief prosecutor at 2000 Women's International War Crimes Tribunal)
18:30~18:40	Break
18:40~19:40	〈Panel 2〉 State Immunity versus Gross Human Rights Violation Moderator: Chung, Chinsung (Member, United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination) 1. Baek, Buhm-Suk (Professor, College of International Studies, Kyung-Hee University & Member, United Nations Human Rights Council (UNHRC) Advisory Committee) 2. Abe Kohki (Professor, International Studies, Meiji Gakuin University) 3. Joachim Lau (Lawyer, Ferrini v. Germany case)
19:40~20:00	Discussion and Q&A Moderator: Chung, Chinsung (Member, United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination)

Celebratory Messages

National Assembly Member

Kim Youngjoo

(Seoul Yeongdeungpo-gu Gap,
Democratic Party of Korea)



I am Kim Youngjoo, a member of the National Assembly's Foreign Affairs and Unification Committee (Yeongdeungpo-gu Gap, Democratic Party).

I would like to thank experts from around the world, activists at the Korean Council, and staff members at MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society for their efforts to host <The International Symposium on Korean Court's Historic Ruling on Japanese Military "Comfort Women": Restoring the Right to Justice and Truth>.

Recently, a professor at a U.S. university has hurt the halmonis and women once again by making the absurd claim that the Japanese military "comfort women" were "voluntary prostitutes." While some have packaged this as academic freedom, it is clear that the historical truth of the Japanese military's brutal "comfort women" system cannot be denied. Students at the university where this professor teaches and other academics have criticized him, and Korean American groups are petitioning for retraction of the article. This incident demonstrates that raising international awareness of sexual violence in armed conflict and human rights violations is still necessary and essential.

Along with the Holocaust, the wartime sexual violence suffered by Japanese military "comfort women" was one of the worst human rights violations of the 20th century. Although efforts for redress have been minimal under Korea and Japan's irresponsibility, the groundbreaking ruling made by the Korean court this past January has actively applied a victim-centered approach and left a milestone in the history of international human rights.

I hope that today's international symposium will play a role in sharing the meaning of the Korean court's ruling with the world and raise awareness of sexual violence in armed conflict, which can lead to relevant punishment and reparations. Thank you.

Celebratory Messages

National Assembly Member

Min Hyungbae

(Gwangsan-gu Eul,
Democratic Party of Korea)



I am Min Hyungbae, a member of the National Assembly from Democratic Party. I wish all of you a happy Lunar New Year.

On January 8th, 1992, the first Wednesday Demonstration for resolution of the Japanese military sexual slavery issue was held.

Exactly 29 years later, on January 8th, 2021, the Seoul District Court issued a decision which orders Japan to make reparations to Japanese military “comfort women” victims. It was indeed a historic day.

This ruling is especially meaningful because it is a legal acknowledgement of the victims’ struggles, as well as their effort in informing the world of the Japanese Empire’s crimes.

This legal victory may have been impossible without the tireless efforts of the Korean Council for Justice and Remembrance for the Issues of Military Sexual Slavery by Japan, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society, and the Research Network on Japanese Military Sexual Slavery. I sincerely appreciate their endeavours.

I would like to also thank the people and distinguished guests who made this conference possible. All of you are truly beacons of hope.

This legal triumph, however, is not the end. This is the beginning of the end.

The “comfort women” issue is still not fully resolved and we must continue our fight for justice and truth, as well as our efforts remembering the Japanese Empire’s crimes.

This reminds me of an old Chinese fable of a foolish old man who removed mountains. If we keep fighting together, we will continue to make progress. I will also join in the efforts.

I hope we will get over these challenging times of the global pandemic. I wish all of you good health and happiness. Thank you for attending this conference.

Celebratory Messages

National Assembly Member

Yang Kidae

(Gwangmyeong-si Eul,
Democratic Party of Korea)



I am Yang Kidae, a member of the National Assembly (Gwangmyeong-si Eul).

First of all, I would like to express my gratitude to everyone who made this event, <The International Symposium on Korean Court's Historic Ruling on Japanese Military "Comfort Women": Restoring the Right to Justice and Truth> possible.

On January 8th, the Seoul Central District Court made a historic decision on the lawsuit filed by twelve Japanese military "comfort women" victims, including Bae Chun-hee halmoni, against the Japanese government.

This ruling marks new ground for human rights protections, especially women's rights in wartime. It is also a progressive reaffirmation of the principle of human rights in international human rights law.

The court decided that applying the principle of state immunity to Japan takes away the victims' right to justice and truth. It is a shift away from the outdated theory of state immunity, which provides states absolute protection from jurisdiction of courts of other states.

Unfortunately, the sufferings of Japanese military "comfort women" victims have been long overlooked. The victims I had the opportunity to meet in my time as the mayor of Gwangmyeong-si always asked me to help them resolve their sorrow. They want a sincere apology and reparation from Japan.

As we discuss the Seoul District Court's decision on the victims' right to justice and truth, I hope the ruling will ultimately become a catalyst to resolving the victims' sorrow.

I will do everything in my power to resolve the Japanese military "comfort women" issue, just like the Korean court did not look away from the victims' last appeal.

As a member of the National Assembly, I promise to continue to work on various bills related to the Japanese military "comfort women" issue. I will continue my efforts to

pass the bill that I proposed, Special Act on Investigation of Japanese Military “Comfort Women” Damages and Restoration of Dignity, so that the government can take action towards finding the truth of the Japanese military “comfort women” issue. Also, I will work to make insults and hate speeches against the Japanese military “comfort women” victims a punishable crime.

There are only fifteen surviving Japanese military “comfort women” victims, and we do not know how much time we have left until they leave us. We do not have time to waste. I will fight to set the history right with urgency in my heart. Thank you.

Celebratory Messages

National Assembly Member

Lee Yongsun

(Yangcheon-gu Eul,
Democratic Party of Korea)



My name is Lee Yongsun. I am a member of the National Assembly (Yangcheon-gu Eul).

On January 8th, a monumental legal judgment was made. The Seoul Central District Court decided that, even though the Japanese Empire's acts of Japanese military sexual slavery were sovereign, they were nonetheless crimes against humanity that violated international peremptory norms. Therefore, sovereign immunity cannot be applied to the survivors' case. It has been 7 years and 5 months since twelve Japanese military "comfort women" victim-survivors, including Bae Chun-hee halmoni, who is sadly not with us anymore, filed a petition for mediation for damages against the Japanese government on August 13, 2013.

The victims patiently endured for such a long time by themselves. Their struggles of having to testify about their most traumatic memories over and over have finally been recognized. This ruling carries great significance in the history of international human rights, as it is the first legal decision that acknowledges Japan's legal responsibilities on this issue. Today's conference is also very special, as it marks the beginning of sharing the ruling's social and historical implications.

However, we have a long way to go. Recently, an article that argues that "comfort women were prostitutes" was published under the guise of academic freedom. In these challenging times, we are here to remember that human rights violations cannot be concealed. Historical justice must be established.

This reminds me of the 2007 European Parliament Hearing, where the victims said, "It has been 62 years, and Japan has not done anything yet. They always lie and evade the truth. What I want is justice, not money." If we wish to respond to their outcry, we must continue our efforts to restore the surviving victims' dignity and honor and carry out the significance of January 8th's historic ruling.

The Japanese military "comfort women" issue is something we should never forget; it is "our history." It is our duty to make progress towards human dignity and human rights, and it is our time to remember the victims' experiences so that the surviving victims do

not have to testify about their most painful memories anymore. In doing so, the opinions shared in the conference today will be the basis for this progress.

Lastly, I would like to thank our distinguished guests who are here with us today. I would like to thank the co-hosts, members of the National Assembly, Kim Youngjoo, Min Hyungbae, Yang Kidae, Lee Yongsun, Lee Jaejung, Han Junho, Hong Ihkpyo (Democratic Party of Korea), Korea Peace Forum of the National Assembly Member's Study Group. I would also like to thank co-organizers, The Korean Council for Justice and Remembrance for the Issues of Military Sexual Slavery by Japan, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society, and the Research Network on Japanese Military Sexual Slavery, and everyone who are presenting to make this conference possible. Thank you.

Celebratory Messages

National Assembly Member

Lee Jaejung

(Anyang-si Dongan-gu Eul,
Democratic Party of Korea)



I am Lee Jaejung, a member of the National Assembly (Democratic Party).

First of all, I wish to express my condolences to Grandmother Jung Bok-soo, a Japanese military “comfort woman” victim who recently passed away. Now, with only fifteen survivors remaining, I feel a heavy responsibility for ensuring Japan's apology and repentance, and for the restoration of honor to be made as soon as possible.

On January 8th, the 34th Civil Chamber of the Seoul Central District Court acknowledged Japan’s liability for damages against the plaintiffs in a lawsuit filed by Japanese military “comfort women” victims against Japan.

On January 8, the Seoul Central District Court Civil Chamber 34 ruled that the Japanese government should make reparations to the Japanese military “comfort women” victims.

This ruling affirms the principle that states that committed crimes against humanity or grave human rights violations cannot be freed from their responsibility. The ruling is a result of the fight for justice lead by Japanese military “comfort women” for more than 30 years and is a valuable asset for humankind. It is a monumental ruling that ought to be recorded in the history of international human rights.

Nevertheless, the Japanese government, through a statement by the Minister of Foreign Affairs on January 23, 2021, insisted that the judgment of the Seoul Central District Court "clearly goes against international law." The Japanese government also claimed that the 2015 agreement brought a “final and irreversible” resolution on the issue, and strongly urged South Korea to “take appropriate measures to correct this state in violation of international law under its responsibility as a state.”

Given such contexts, the <3rd International Symposium on Korean Court’s Historic Ruling on Japanese Military “Comfort Women”: Restoring the Right to Justice and Truth>, which is being held to raise awareness of the significance of the judgment for international law and to expand the discussion to gender and universal human rights perspectives, is deeply meaningful.

International and domestic experts, including Joachim Lau, who represented Ferrini in his forced labor case against the German government; Christine Chinkin, Professorial

Research Fellow at London School of Economics and former judge of the 2000 Women's International War Crimes Tribunal; and Ustinia Dolgopol, former chief prosecutor of the 2000 Women's International War Crimes Tribunal, will introduce the meaning of the ruling via diverse perspectives.

I would also like to thank Lawyer Lee Sang-hee, Professor Kim Chang Rok, Professor Baek Buhm-suk, and Professor Yang Hyunah for their keynote speeches and panel discussions. This meaningful ruling was made possible due to the works of experts who researched legal principles and implications for international law and led the lawsuit.

I also want to express my respect and appreciation for the halmonis who have fought for 30 years without giving up, and to Lee Na-Young, chair of the board at the Korean Council, who has worked towards recovering their right to justice and truth.

Thank you.

Celebratory Messages

National Assembly Member

Han Junho

(Goyang-si Eul,
Democratic Party of Korea)



I am Han Junho, Goyang si Eul Member of the National Assembly.

I am truly pleased to co-host the <3rd International Symposium: Korean Court's Historic Ruling on Japanese Military “Comfort Women”: Restoring the Right to Justice and Truth>. I would thank my fellow Members of the National Assembly, Korea Peace Forum of the National Assembly Member’s Study Group, co-organizers, The Korean Council for Justice and Remembrance for the Issues of Military Sexual Slavery by Japan, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society, and the Research Network on Japanese Military Sexual Slavery, and all attending guests from here and from abroad.

On January 8, the Seoul Central District Court made a landmark ruling in favor of the lawsuit filed by Japanese military “comfort women” victims against Japan.

However, the Japanese government and the Japanese right-wing are adding pressure for the removal of the “Statue of Peace” from cities around the world, and a Harvard professor has published a paper that defines the victims as prostitutes in an attempt to distort history.

A few days ago, the oldest Japanese military sexual slavery survivor, Halmoni Jung Bok-soo, passed away without receiving an official apology or reparation from the Japanese Government, despite her waiting and long-time effort. Now, only 15 of the victims registered with the government are alive. We don't have much time left.

I hope that today’s symposium will begin to stop the Japanese government's irrational acts of denying the victims and clearly show the world their crime against humanity leading to an official apology from the Japanese government before it is too late.

Again, I thank everyone for your participation, and wish you all the best.

I also pray that Jung Bok-soo halmoni rests in peace. Thank you.

Celebratory Messages

National Assembly Member

Hong Ihkpyo

(Jung-gu, Seongdong-gu Gap,
Democratic Party of Korea)



I am Hong Ihkpyo, a member of the National Assembly.

I thank my fellow Members of the National Assembly, the National Assembly's Korea Peace Forum, the Korean Council for Justice and Remembrance for the Issues of Military Sexual Slavery by Japan, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society, and Research Network on Japanese Military Sexual Slavery for preparing this international symposium <Korean Court's Historic Ruling on Japanese Military "Comfort Women": Restoring the Right to Justice and Truth>. I also thank the experts who have been in charge of the presentation and discussion.

On January 8, a Korean court ruled on the Japanese military sexual slavery victims' claim for damages. This verifies the existence of the Japanese military sexual slavery system as well as significantly stating that wartime sexual violence, as a war crime, is a grave violation of human rights that cannot be a subject of state immunity for violating international norms of coercion.

However, the Japanese government is turning a blind eye to the ruling itself. The Japanese government should acknowledge responsibility for "anti-humanitarian crimes committed during the war" as soon as possible, beyond political advantages, and offer sincere apologies and reasonable compensation to the victims.

Today, we have prepared a third meeting with experts from at home and abroad to discuss the meaning of this ruling. I look forward to hearing various opinions which will help right-related remedies of "comfort-women" victims and wartime sexual violence victims.

Once again, I would like to thank the participants and participants who prepared for today's symposium.

A Universal Judgment Based on Universal Human Rights

Lee, Sang-hee | Lawyer, MINBYUN - Lawyers for a Democratic Society

1. Reasons They Stood Before the Court

1) Japanese military “comfort women” victims have been fighting to restore their dignity for nearly three decades. Their struggle has challenged the state-centered international legal order and has contributed to shifting the international community’s focus from state to “people.” I believe the Seoul District Court ruling on January 8 may be the last heritage, a bill of rights, given to us by the victims of World War II.

2) Throughout Japanese colonial rule and World War II, the victims were forced into sexual slavery as “comfort women.” The 1965 Agreement on the Settlement of Problem concerning Property and Claims and the Economic Cooperation between the Republic of Korea and Japan (hereinafter the 1965 Korea-Japan Claims Agreement) was largely in favor of the trilateral Korea-U.S.-Japan alliance, and therefore the victims' voices were completely ignored. For instance, discussions on crimes against humanity could not even be proceeded during the agreement talks. Following as Kim Hak-soon’s public testimony and the release of official documents indicating the Japanese military’s direct involvement in the recruitment of “comfort women,” Japanese political leaders announced the 1993 Kono Statement and the 1995 Murayama Statement. Yet these statements did not acknowledge the legal responsibilities and resulted in the perpetuation of the 1965 Korea-Japan Claims Agreement system.

Therefore, the victims filed lawsuits in Japan and the United States, in order to hold the Japanese government accountable and to reveal human rights violations of war and colonization. The victims lost every case. The Japanese court acknowledged the illegality of the acts committed to the Japanese military “comfort women” victims but negated the Japanese government's liability for these illegal acts, citing the 1965 Korea-Japan Claims Agreement and statutes of limitations. Furthermore, in 2007, the Supreme Court of Japan adopted the “framework of the San Francisco Peace Treaty” and refused to recognize the victims' right to trial. The U.S. court dismissed victims’ cases, on the basis of the “political question doctrine,” which are non-justiciable under the U.S. courts. In 1994, following the United Nations Working Group on Contemporary Forms of Slavery’s recommendation calling for the Permanent Court of Arbitration’s mediation, Korean and Japanese civic

groups and lawyers tried to have an international arbitration trial, which failed due to the Japanese government's refusal.

3) It was only after 2005 that the Korean government, which had viewed the Japanese military "comfort women" issue from diplomatic and security perspectives, defined the issue as a crime against humanity and acknowledged the Japanese government's legal responsibility. In 2005, the Korean government announced that it would pursue legal responsibility of the Japanese government, stating that "crimes against humanity involving state powers, including the Japanese military 'comfort women' issue involving the Japanese government and military, cannot be considered to have been resolved by the 1965 Korea-Japan Claims Agreement and therefore, the Japanese government's legal responsibility remains." Ultimately, the Korean government had decided that it would approach the Japanese military "comfort women" issue from a human rights perspective and exercise diplomatic protection over the victims. In 2011, the Constitutional Court of Korea also decided that the Japanese military "comfort women" system was a crime against humanity committed by Japan, and that interfering with the realization of the victims' right to reparation violates fundamental human values and dignity.

Despite the changes, on December 28, 2015, Korea and Japan jointly declared a settlement of the Japanese military "comfort women" issue, which completely excluded the victims in the process. Rather than respecting and honoring the victims and acknowledging and fulfilling legal responsibilities, the content of the agreement was merely a "political" declaration, stating that the issue of the Japanese military "comfort women" in the diplomatic relations between Korea and Japan has been "settled." However, the Japanese government's argument that the Japanese military "comfort women" issue was resolved in the 1965 Korea-Japan Claims Agreement on the very day of the 2015 Agreement, Prime Minister Abe and Foreign Minister Kishida's later remarks that "This agreement is not an acknowledgement of war crimes" and "Forced mobilization by the military or the government cannot be confirmed," and Japan's denial of forced mobilization at the United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), all indicate that the Japanese government never acknowledged its responsibilities.

4) The victims have posed a question to us: "What does a sincere apology for war crimes and crimes against humanity look like?" This question also asks the responsibilities of perpetrators for war crimes and human right violations. For more than 30 years, the victims have demanded the Japanese government's acknowledgement of facts,

investigation of truth, official apology, legal reparation, history education, commemoration and establishing archives, and punishment of those who are responsible. These demands are also in accordance with the effective remedies to victims established by the United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (adopted by General Assembly Resolution 60/147, hereinafter Basic Guidelines to Remedy).

It is notable that the acknowledgement of facts, official apology, legal reparation, and history education must proceed simultaneously or as a series of procedures. This is because reparation without acknowledgment of facts cannot exist. Likewise, acknowledgment of facts without apology, and apology without acknowledgment of facts, cannot be made. In his report (A/74/147), the UN Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence defines a public apology as:

- (a) An acknowledgement of a wrong deliberately or negligently inflicted that is named;
- (b) A truthful admission of individual, organizational or collective responsibility for that hurt;
- (c) A public statement of remorse or regret related to the wrongful act or acts, or omission, that is delivered with due respect, dignity and sensitivity to the victims; (d) A guarantee of non-recurrence.

The Japanese military “comfort women” victims never stopped their struggle to restore their dignity, by clarifying the Japanese government’s responsibilities. Even after the 2015 Agreement, the victims did not give up on the lawsuit, but filed a new one,²⁴ to clarify Japan's responsibility and meaning of apology.

The Japanese military “comfort women” victims also filed a constitutional petition on the Korean government claiming that the 2015 Agreement was unconstitutional. In

²⁴ The victims at the House of Sharing applied for mediation with the Japanese government in August 2013, which was converted to a formal lawsuit immediately after the 2015 Agreement and received ruling on January 8, 2021 (1st lawsuit). Meanwhile, victims who did not participate in the first lawsuit had expected the Korean government to make efforts, yet such expectation was turned down by the 2015 Agreement. Therefore, victims filed another lawsuit on December 28, 2016 (2nd lawsuit). The ruling for the second lawsuit was scheduled on January 13, 2021, but another hearing was scheduled.

response, the Constitutional Court of Korea decided that a sincere “apology” is critical to “remedy the victims,” and ruled that “if Japan’s apology does not include, or if Japan denies, cause of the damage, the state’s responsibility for violating international law, and an acknowledgement of coercion and illegality committed by the Japanese military, such expression of apology is not a legal measure of reparation for the damage.”

2. Judgment Based on Universal Human Rights

1) Following the Korean Supreme Court’s ruling in 2018, ordering Japanese companies to compensate victims of forced labor, Korean media seemed to be more concerned about the deteriorating relationship between Korea and Japan, rather than the decision’s significance in global human rights. Similarly, some media criticized this year’s ruling as “a strategic political decision relying on the public’s anti-Japanese sentiment,” and some accused the court of “judicial adventurism.” The Japanese military “comfort women” victims, who were left without legal protection during the Japanese colonial rule, are once again being forced to remain silent even in the process of recovering their human rights for the sake of Korea-Japan relations. Nonetheless, this year’s ruling is significant in the sense that the court once again reaffirmed the victims’ human rights and expanded grounds for international human rights, despite the controversy over the 2018 forced labor ruling.

2) In response to the claim that the Seoul District Court’s ruling is a “political decision based on public anti-Japanese sentiment,” it must be pointed out that the Japanese military “comfort women” system widely violated universal human rights.

This ruling has made it clear that the Japanese military’s “comfort women” system violated the following: (1) Article 3 of the Hague Convention and Article 46 of the annex to the convention; (2) International Agreement for the Suppression of the White Slave Traffic; (3) International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children; (4) Convention to Suppress the Slave Trade and Slavery; (5) ILO Forced Labour Convention. Therefore, this decision is in line with the international human rights order as it holds Japan accountable for the destruction of universal values by inflicting extreme damage to victims through crimes against humanity. In addition, the court cited the International Military Tribunal for the Far East promulgation of January 19, 1946, which stated that inhumane acts, such as enslavement, are defined as crimes against humanity. The court also pointed out that the tribunal had set a precedent where war criminals who committed crimes against humanity were punished in retrospect.

3) The Seoul District Court decided that the principle of state immunity is inapplicable to this case, considering international human rights treaties, the Constitution of the Republic of Korea, and international customs.

The principle of state immunity is neither permanent nor absolute, and the idea of absoluteness of state sovereignty has no place to stand in today's world. The principle of state immunity has been revised continuously in accordance with changes in international order over the years. In Korea, for example, the Korean judiciary system acknowledged absolute state immunity, even in private transactions, until 1985. However, in 1998, a precedent of not applying state immunity to private transactions was made. Various entities across the globe have added exemption to state immunity, including the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, the European Convention on State Immunity, the U.S. Foreign Sovereign Immunities Act, the U.K. State Immunity Act, and Japan's Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State, etc. (外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律)

Furthermore, it is noteworthy that the international community, especially after World War II, has developed a consensus that the humanity should develop and transform into an international human rights order that protects individual human rights. International human rights are, by nature, often in conflict and tension with sovereignty. And this is precisely why the United Nations' core international human rights treaties stipulate the state's obligation to protect basic human rights. The right to trial, in particular, is explicitly addressed in international human rights treaties and various constitutions as a safety net for guaranteeing basic rights and human dignity. Article 8 of the Universal Declaration of Human Rights; Article 2, Paragraph 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights; Article 6 of the Convention on the Elimination of Racial Discrimination; and Article 14 of the Convention against Torture all states the right to effective remedy as well. The UN General Assembly Resolution 60/147 in 2005 also states that the right to justice is the right to guarantee equal access to effective judicial reparations. In addition, an increasing number of national and regional human rights courts have created decisions that challenge the principle of state immunity. For example, rulings that excluded the principle of state immunity for serious human rights violations were made in Canada and the U.S., and Italy ruled on the *Ferrini v. Germany* case in 2004.

Furthermore, the International Court of Justice (*Ferrini v. Germany* case) and the European Court of Human Rights (*Al-Adsani v. United Kingdom*) have indicated that the content of customary international law regarding state immunity may change for violations of peremptory norms. In the U.S., a number of judges decided that the principle

of state immunity cannot be applied to violations of the peremptory norms. Also considering the fact that international human rights treaties stipulate guaranteeing effective rights as important human rights, it can be concluded that the Seoul District Court's decision to exclude state immunity is in accordance with the global trend of promoting universal human rights over state immunity.

Further, the Italian Supreme Court questioned whether the principle of state immunity should be applied to crimes that undermine universal values beyond the interests of the national community, citing the Hungarian Constitutional Court's ruling that stated, "international crimes are threatening the entire humanity and disrupting the foundation of international coexistence."

3. The Significance of the Seoul District Court's Judgment

Some Korea-Japan relations experts argue that the conflict between Korea and Japan has begun to plague Korea's legal system and that this is not an ideal situation for Korea. However, this ruling's significance is in its declaration that the Japanese military "comfort women" issue is a human rights issue. Moreover, as the Japanese military "comfort women" victims exist across the globe as well as in Asia, and as wartime sexual violence is still occurring around the world, this ruling provided a room for expansion of international human rights beyond "Korea-Japan relations."

This ruling marks an important milestone of transformation in international legal order; a shift from the traditional state-centered international legal order to a human rights-centered international legal order. Also, it provided us with an opportunity to reflect on the meaning of the state's responsibility and apology regarding war crimes and serious human rights violations of public authority. And above all, the victims finally acquired complete protection of the law through this ruling.

I hope that this historic ruling, which was made possible by the struggles of the Japanese military "comfort women" victims and civic societies of Korea and Japan, will be established as a living bill of rights and become a light of hope for the victims of war crimes throughout the world.

Implications of the ruling for Japanese military “comfort women” in 2021

Kim, Chang Rok | Professor, Kyungpook National University Law School

I. Declaration that opened a new era

- On January 8, 2021, the Seoul Central District Court Civil Chamber 34 accepted the claim for damages filed by 12 victims of Japanese military “comfort women” and ordered the Japanese government to make reparations by compensating 100 million won per plaintiff. The Japanese government, which did not participate in any of the proceedings, did not appeal until the deadline, and the ruling was finalized at midnight on January 23. Now only the execution of the ruling remains.
- As the defendant Japanese government did not participate, the only issue of concern in the lawsuit was state immunity, a principle of customary international law that states, “sovereign states cannot be tried in courts of other states.” The ruling declared that an exception to state immunity should be applied when the lawsuit is the final measure of remedy for victims of serious human rights violations caused by crimes against humanity.
- The ruling once again evolved the international law of state immunity, which was established as an absolute principle under the ideology of sovereignty equality in the 19th century and has evolved into one that does not apply to private acts of a state, to one that does not apply to grave human rights violations by crimes against humanity.
- The ruling declared exemption of state immunity for damages of sexual slavery, taking a step further from rulings by the Greek and Italian courts that declared exemption of state immunity for massacres and forced labor. Now courts around the world that face the issue of state immunity in cases of grave human rights violations are challenged to go beyond the new framework set by these rulings to adhere to the “old international law.”
- The Korean court's ruling in 2021 opened a new era in which human rights are put ahead of the strong framework of a sovereign state system, reflecting the trend of human society that has strived to spread values of human rights.

II. Fruit of a long, desperate history

○ More than 40 years of silence was enforced upon the issue of Japanese military “comfort women” system that had collapsed with the defeat of Japan in World War II in 1945. Korean women's organizations broke the silence in the late 1980s. Since 1991, the “Kim Hak-soon’s” have come forward and called for justice. As citizens resonated with the victims' call for justice, the concept of justice was specified as “acknowledgment of the facts, apology, reparation, investigation of the truth, history education, commemoration and punishment of the responsible,” and the call for justice echoed in the streets, lecture halls, national assemblies, courts around the world, and at the Wednesday Demonstration that has continued for 30 years since 1992 and marked the 1480th recently.

○ The call for justice has continued to grow, along with 1993 Universal Declaration of Human Rights, 1995 Beijing Declaration and Platform for Action, 1994 International Commission of Jurists Report, 1996 UN Special Rapporteur Radhika Coomaraswamy Report, 1998 UN Special Rapporteur Gay J. McDougall Report, 2000 Women’s International War Crimes Tribunal Judgment, countless resolutions at national and regional assemblies, observations and recommendations of the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), Committee against Torture (CAT), Human Rights Committee (UNHRC). Therefore, a common sense of the international community that “Japan must take full legal responsibility for the crimes against humanity of enforcing Japanese military sexual slavery” was established.

○ The failure of the Japanese government, parliament, and local governments to pressure the German government, parliament and local governments to demolish the Berlin State of Peace in September 2020 is a natural result of their vain attempt to resist this common sense of the international community. The incident triggered by an article in the Sankei Newspaper on January 28, 2021, related to an article entitled “Contracting for sex in the Pacific War” by J. Mark Ramseyer, a Mitsubishi professor at Harvard Law School, has been subdued in less than a month by the global academic community. Another case was added to the list of vain attempts to erase the Japanese military “comfort women” issue.

○ However, the reality of the court was difficult to overcome. Since 1991, Korean victims have filed a total of 4 claims for damages against the Japanese government in Japanese court, but all of them have lost. The Japanese court rejected the plaintiffs' claims with sophistry to evade responsibility, that the court is unable to realize the victims’ rights, even though the 1965 Korea-Japan Claims Agreement did not extinguish the plaintiffs’ rights to claim. The U.S. court also dismissed a claim filed by Korean victims along with victims from China, Taiwan and the Philippines in 2000, calling it a “political issue” that the court

cannot be involved in. Therefore, the Korean court remained as the last court for Korean victims. This is why the ruling recognized the lawsuit as the "last resort."

○ However, it was not easy for Korean victims to file a lawsuit at the Korean court. Korean victims of forced labor, who lost the lawsuit in Japan in the 1990s, have filed a lawsuit against a Japanese company in the Korean court since 2000. Yet they could not file a lawsuit against the Japanese government, unlike they did in Japan. Victims of Japanese military "comfort women" who could only file a lawsuit against the Japanese government had to wait. This is why the lawsuit originally began with an application for civil mediation in 2013. A judgment that a formal trial was not easy led to a detour to civil mediation, due to the wall of state immunity.

○ Victims of Japanese military "comfort women" instead have continued legal activism on the South Korean government. Following the victims' petition filed in 2006, the Constitutional Court of Korea ruled in 2011 that the Korean government's negligence on the issue was unconstitutional. The South Korean government immediately acted upon the issue in accordance with the decision, yet its action ironically resulted into a regression, to the 2015 Announcement by Foreign Ministers of Japan and the Republic of Korea at the Joint Press Occasion ("comfort women" agreement) by the Park Geun-hye administration that was ignorant of the nature and history of the Japanese military "comfort women" issue.

○ Therefore, filing a lawsuit against the Japanese government in Korean court was the last choice left for the Japanese military "comfort women" victims. On January 28, 2016, the civil mediation application filed in 2013 was converted to a formal lawsuit, and on December 28 of the same year, an additional lawsuit was filed against the Japanese government. In this regard, the lawsuit in the Korean court was indeed the "last resort."

○ We must pay attention to another special reason why the Korean court accepted the victims' claims. During the authoritarian era, which lasted more than 40 years since the liberation of 1945, the Korean court was stigmatized as a "maiden of power." The judicial murder in the People's Revolutionary Party Reconstruction Committee (In Hyeok Dang) case, in which eight people were executed 18 hours after the appeal was rejected by the Supreme Court in 1975, is a primary example. After democratization in 1987, the court had to face years or decades of state violence that it was responsible for. Between the harsh facts of serious human rights violations and the formal legal logic of prescription and retrial requirements, the Korean court could not help but ask itself the fundamental question: "For what reasons do we need a court, when it cannot do anything about such cases?" In the process, a special human rights sensitivity arose, which the Japanese media that are accustomed to the court following government policy find so fascinating. Of

course, Korean courts are not an identical mass. During the Park Geun-hye administration, the Supreme Court manipulated rulings regarding issues none other than history between Korea and Japan, for which the trial is still in process. However, in the bigger trend of history, the Korean court has developed a special human rights sensitivity, which served as a background for the ruling.

○ As such, the ruling did not suddenly fall from the sky one day. It arose from the long, desperate history that the victims and citizens have established upon each step.

III: The Japanese Government's refusal and regression

○ When the issue of Japanese military “comfort women” arose in the early 1990s, the Japanese government denied the very existence of the issue. However, as the evidence discovered by Prof. Yoshimi Yoshiaki was presented in 1992, the Japanese government immediately expressed its “apology and remorse.” After conducting an in-house investigation and interviewing the victims, the “Kono Statement” was made in 1993.

○ Through the “Kono Statement,” the Japanese government expressed that:

1. “The then Japanese military was, directly or indirectly, involved in the establishment and management of the comfort stations and the transfer of comfort women.”
 2. “in many cases they were recruited against their own will, through coaxing coercion, etc., and that, at times, administrative/military personnel directly took part in the recruitments,” and especially that “The Korean Peninsula was under Japanese rule in those days, and their recruitment, transfer, control, etc., were conducted generally against their will, through coaxing, coercion, etc.”
 3. Victims “lived in misery at comfort stations under a coercive atmosphere.”
 4. Japanese military “comfort women” is undeniably “an act, with the involvement of the military authorities of the day, that severely injured the honor and dignity of many women.”
 5. “The Government of Japan would like to take this opportunity once again to extend its sincere apologies and remorse to all those, irrespective of place of origin, who suffered immeasurable pain and incurable physical and psychological wounds as comfort women.”
- The contents expressed by the Japanese government demonstrated more than enough that the Japanese military “comfort women” system is a serious crime against humanity and that the Japanese government must be held responsible.

○ However, since the late 1990s the Japanese government has consistently denounced the “Kono statement” and regressed to an argument that the Japanese military “comfort women” issue is not an issue in the first place. The Japanese government's rejection of the ruling is nothing short of such an attitude.

○ On January 8, 2021, even before the full text of the ruling was disclosed, the Japanese government announced that it would "never accept" a ruling that "denies the principle of sovereign immunity under international law" and that the South Korean government should "take steps to correct violations of international law."

○ However, the ruling does not deny the principle of state immunity. It only states that state immunity cannot be applied if the lawsuit is the last resort for serious human rights violations. The Japanese government deviates from the point by covering up this fact. Second, there is no action that the Korean government should take because it is not a violation of international law. In the first place, a state that exclaims itself to respect the "rule of law" cannot call upon another government of a democratic country established on the principle of separation of powers to take actions against a court ruling.

○ The Japanese government's rejection of the ruling contrasts sharply with its attitude towards lawsuits in Japan and the U.S. When Korean victims filed a lawsuit in Japan, the Japanese government actively participated in the litigation process and followed the ruling. In the U.S. lawsuit, the Japanese government even mobilized support from the U.S. government and followed the ruling. However, not only did the Japanese government not participate in any legal proceedings in Korea, but also refused the ruling. This is a clear double standard that denies South Korea's jurisdiction.

○ In the meantime, the Japanese government argues that "all issues of property and claims between Japan and Korea, including that of comfort women, were completely and finally resolved by the 1965 Korea-Japan Claims Agreement and the Republic of Korea" and that "the 2015 agreement confirmed 'final and irreversible resolution' between the Japanese and Korean governments."

○ However, since the Japanese government denied responsibility for the "illegal occupation" during the Korea-Japan talks, the "claims for colonial rule" was not subject to the 1965 Korea-Japan Claims Agreement. The two governments resolved only "financial and private bond and debt relationships from separation of lands." Therefore, the Japanese military "comfort women" issue, which is directly related to colonization, was not included in the 1965 Korea-Japan Claims Agreement. Second, the Japanese government first acknowledged the issue in 1992. The issue recognized only in 1992 cannot have been resolved by the 1965 Korea-Japan Claims Agreement. Third, even if the Japanese military "comfort women" issue were to be included in the 1965 Korea-Japan Claims Agreement, the Japanese government has argued that Korean victims' rights to claim are not extinguished by the 1965 Korea-Japan Claims Agreement. The Supreme Court of Japan also said that the victims' rights to claim as a substantial right have not been extinguished. Then, of course, the Korean court can order realization of this existing right to claim.

○ Further, the “2015 agreement” as confirmed by the Constitutional Court of Korea, is only a nonbinding agreement, or a political declaration that does not have any impact on the rights of Japanese military “comfort women” victims and the right to diplomatic protection of the Korean government. Therefore, of course, the Korean court can order realization of victims’ rights. Second, if, as the Japanese government argues, the “2015 agreement” prohibits government institutions of Korea from taking any measures on the Japanese military “comfort women” issue that the Japanese government dislikes, forbids any additional measures to call for recognition of facts and apology, and justifies the Japanese government’s actions to demolish Statue of Peace around the world, the agreement itself is extremely unreasonable and unfair that the contract becomes null and void in the first place.

○ On a document titled “The Issue of Comfort Women” (<https://www.mofa.go.jp/files/000473133.pdf>), which the Japanese government revised on February 1, 2021 and posted on the Ministry of Foreign Affairs website, the Japanese government argues as the following:

1. “‘Forceful taking away’ of comfort women by the Japanese military and government authorities could not be confirmed in any of the documents that the Government of Japan was able to identify.”
2. “The expression ‘sex slaves’ contradicts the facts so that it should not be used. This point was confirmed with the ROK at the occasion of the Japan-ROK Agreement in December 2015 and the expression ‘sex slaves’ is not used in the agreement.”
3. “The figure ‘200,000 persons’ lacks concrete evidence.”

○ However, what the Japanese government calls “the so-called forced mobilization” means the concept of forced mobilization created by the Abe Shinzo administration, as in “the government authorities break into the house and kidnap people,” and goes against the usual meaning of forced mobilization. The dictionary definition of “force” means to make (someone) do something against their will using power or threat. As the “Kono statement” admitted, the Japanese military “comfort women” victims were “recruited against their own will” and thus were forcibly mobilized. Further, the issue of forced mobilization is not a requirement to demonstrate Japan’s legal responsibility for the Japanese military “comfort women” issue. Japan must be held legally responsible for formulation, planning, management, and operation of the Japanese military “comfort women” system which are crimes against humanity. The Japanese government’s repeated claim that “there is no official document proving forced mobilization” is merely a sneaky deviation from the issue to obscure its responsibility. Second, the Japanese government argues that “the expression ‘sex slaves’ contradicts the facts so that it should not be used,”

but fails to offer definition of sex slaves and explanation on which facts accord or contradict with sexual slavery. Therefore, the Japanese government's arguments are only an expression of emotion that it "dislikes the expression of sexual slavery." Legal definition of a sex slave refers to "a victim of sexual exploitation who is deprived of freedom and autonomy." The facts recognized by the "Kono statement" alone are in accordance with the expression of "sex slaves." Furthermore, the South Korean government never confirmed that "the expression 'sex slaves' contradicts the facts so that it should not be used" at the time of the 2015 agreement. Third, it is true that there is no clear basis for the estimated number of victims as 200,000. Nevertheless, the number is repeatedly mentioned to mean "countless." What the Japanese government should do is not just claim that it is not 200,000 victims, but to find evidence from the data that only it has access to and reveal "a number with concrete evidence."

○ As reviewed above, the Japanese government has severely regressed from the legal responsibility recognized in the "Kono statement" to a state that denies the Japanese military "comfort women" issue itself as it did before 1992. The Japanese government's rejection of the ruling is an extension of such an attitude. It is painful to watch the Japanese government's regression and denial for the crimes of Japanese military sexual slavery that caused serious violations of women's human rights.

IV. Our next steps

○ The focus of the situation is not a dispute between Korea and Japan. It is a dispute between a worldview that puts respect for human rights forward and a worldview that regards a sovereign state as an absolute entity. The ruling in favor of Japanese military "comfort women" in 2021 proposes the former worldview.

○ The focus of the situation is not Korea's anti-Japan nationalism. South Korean victims and citizens call for Japan's responsibility, because the perpetrator of the Japanese military "comfort women" issue is none other than the Japanese government. If nationalism were an issue, Japan's anti-Korea nationalism that rarely makes voice against the Japanese government's unreasonable rejection and regression should be brought to attention.

○ The ruling, which is the fruit of the movement for resolution of the Japanese military "comfort women" issue that has continued in the past 30 years, should be another starting point for our efforts in the future to respond to the victims' desperate call for justice.

○ "No more victims like us again!" To respond to the victims' call for justice, citizens around the world must work together to thoroughly condemn serious human rights violations committed by states, by accelerating the evolution of state immunity principles.

○ “To do so, create a world without war!” To respond to the victims’ call for justice, it is necessary for sovereign states to move away from pouring an astronomical amount of military funds to continue war and human rights violations, to making substantial efforts to reduce armaments and war.

○ I ask the Japanese and Korean governments to take action to realize the ruling and make a step forward for resolution of the Japanese military “comfort women” issue. In particular, the Korean government is responsible and qualified to actively continue the historical achievements that Korean victims and citizens have created at the forefront. In this regard, it is very regrettable that the Korean government's first reaction to the ruling was to “respect the court's judgment” but to “remind that the 2015 agreement is an official agreement between the two governments.” The South Korean government must remember that the Constitutional Court of Korea ruled that the “2015 agreement” does not have any impact on the right to diplomatic protection of the Korean government for the Japanese military “comfort women” issue.

The significance of this ruling to women's human rights, expand the meaning of state immunity in relation to gender and human rights perspectives

Christine Chinkin | Professorial Research Fellow, Centre for Women Peace and Security, London School of Economics & Principal Investigator, research funded by European Research Council on A Gendered Peace)

The so-called “comfort women” have sought for many decades what has been termed gender justice - justice that addresses the gendered nature of the crimes in question including gender-based violence committed against women and girls because of their gender and who were as such dispensable when set against Japanese imperial and military ambition.

To achieve gender justice there must be applicable law and a mechanism with jurisdiction to give effect to that law. The past decades have seen striking developments in the first relating to the recognition of sexual and gender-based violence as a violation of international human rights and criminal law, as well as its long term prohibition under International Humanitarian Law (IHL).

The acceptance of a *jus cogens* norm of non-discrimination including on the grounds of sex in international human rights law and of gender-based violence as a violation of human rights incurring state responsibility for violation has been developed through the General Recommendations and opinions of the CEDAW Committee, declarations and final documents of global summit meetings, jurisprudence of the regional human rights institutions in Africa, Europe and Latin America and the reports of the UN special procedures. These different bodies have borrowed from each other and built on each other's work to create a transnational norm that defines such violence, asserts states' obligations, recognises 'failure to protect against such violence as a breach of women's right to equal protection of the law' and their entitlement to reparation for breach of an international norm. The CEDAW Committee has confirmed its view that *opinio juris* and state practice demonstrate that the prohibition of gender-based violence against women has evolved into a principle of customary international law. In practice this means that it is binding on all states whether they have signed up to CEDAW or not. In fact the Republic of Korea and Japan are both parties to CEDAW.

There has been parallel progress in international criminal law. Rape and other forms of sexual violence have long been prohibited under IHL- the laws of war. This is the basis for the jurisprudence of international criminal tribunals that recognises sexual and gender-based violence, including sexual slavery, as war crimes and crimes against humanity when other elements of these crimes are present. This position is codified in the Rome Statute of the International Criminal Court.

Despite these developments in substantive law, the availability of an international criminal tribunal with jurisdiction over these offences wherever committed is limited (and completely lacking in the case of the “comfort women”). This makes the assertion of jurisdiction in a national body the last possible avenue for seeking gender justice. But the “comfort women’s” claims have been met in national courts by the legal defence of state (sovereign immunity) from jurisdiction. The doctrine upholds the sovereign equality of states whereby no state can be made to answer for its actions in the courts of another state. It has been well described as a shield behind which states can hide: by preventing a claim being heard on its merits it conceals the truth and prevents the delivery of justice including gender justice. This in turn perpetuates impunity and reinforces gender inequalities.

The law relating to gender equality and gender crimes is not the only area of international law to have progressed. The same is true of customary international law relating to state immunity. The Seoul Central District held that the claim of state immunity was to be determined in accordance with customary international law. It described how customary international law had evolved from a position of according absolute immunity for all state actions to a more restrictive approach that recognises exceptions to immunity. The Court determined this change by reference to international treaties and state practice as evidenced by national legislation and jurisprudence in countries such as the US, UK, Japan, Singapore, South Africa, Australia, Canada, and Argentina. The restrictive approach takes account of the shifting role of the state in undertaking activities that are conceived to be of the same kind as those carried out by private persons, for instance commercial activities, personal injuries, contracts of employment as set out in the UN Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property. These are all private legal acts by the state that do not warrant the protection of immunity. The Seoul Court was faced with something different from such legal acts of a private character. It had to consider the situation where the state had committed illegal acts - human rights violations and crimes against humanity as evidenced in the plaintiffs’ testimony relating to the mobilisation of the comfort stations and their organisation, as well as the women’s

recruitment, lives during their time there and subsequently. These were violations of the then-existing international treaties to which Japan was a party and are contrary to norms of *jus cogens*. They could not be understood as sovereign acts of war for which Japan could assert immunity.

In recognising this exception to state immunity the Court made a bold decision supported by careful reasoning from constitutional and international law. It examined the atrocities to which the “comfort women” were subjected, recognised the denial of their rights to sexual self-determination and that they lacked negotiation and political power. It did not however provide a full gender analysis - that the women were targeted as sexual slaves because they were women - or make the gendered nature of the crimes central to its analysis of the case. Nor did it discuss the normative developments relating to gender equality briefly outlined above. By bringing a gender lens to the case and linking the evolution of gender crimes with that of state immunity the decision of the Seoul Central District Court can be understood as a landmark in securing gender justice, not just for the “comfort women” but, if followed by other courts, for other victims of conflict-affected sexual and gender-based violence.

Two other considerations make the decision especially persuasive. First is the international community’s expressed commitment to ending impunity by prosecuting sexual and gender-based violence as war crimes and crimes against humanity and reparation to victims/survivors in accordance with human rights law. Prevention of and protection against conflict-affected rape and sexual violence are core components of the UN Security Council’s agenda on Women, Peace and Security (WPS) that has been reiterated through 10 resolutions adopted over 20 years since its ground-breaking resolution 1325 in 2000. The Council has emphasised that ‘that women and girls are particularly targeted by the use of sexual violence in armed conflict’ and the responsibility of all states to put an end to impunity and to prosecute those responsible for genocide, crimes against humanity, and war crimes including sexual and other violence against women and girls. In 2019 the Council stressed the ‘critical role of the domestic investigation and judicial systems of member states to prevent and eliminate sexual violence in conflict and to ensure accountability for those responsible’. It urged states to strengthen access to justice for victims of sexual violence in conflict. Removing the obstacle of state immunity is an important measure for the achievement of this objective.

Second, courts may be influenced by the judgment of the International Court of Justice (ICJ) in the *Jurisdictional Immunities* case between Germany and Italy where state immunity as a procedural bar was upheld even for human rights violations. There are

however compelling reasons for discounting that judgment. The ICJ case did not involve crimes of sexual violence and sexual slavery and no issues relating to gender were raised by it. Since there is no gender analysis it arguably has no bearing on cases where the commission of gender crimes is central. Further, the District Court held that in interpreting and applying law, measures should be taken to avoid an unjust or unreasonable result. The ICJ in the *Jurisdictional Immunities* case considered relevant that there was a potential alternative forum for justice in the form of negotiations between the states and that upholding immunity would not therefore cause injustice to the claimants. In contrast, the Central District Court was the 'last resort' with no further negotiations between the countries envisaged to secure justice. Allowing immunity would therefore have led to an unreasonable result. It is also significant, although not expressed, that women face unequal obstacles in accessing justice for crimes of sexual violence that come from restrictive rules of evidence and procedure, the stigma they feel and adverse myths about victims of sexual violence. Immunity would constitute a further discriminatory and final obstacle.

A human rights and gender lens that puts the gender-based discrimination and violence to the forefront exposes state immunity as protecting the concerns of the sovereign (male) state, providing a shield to the masculinised activities of war. The restrictive immunity model has evolved to protect the interests of other men in their commercial activities but had not been extended where those activities involved violations of the human rights of women discarded outside the legal frameworks of employment and commercial transactions.

The decision can be compared with that of the Women's International War Crimes Tribunal for the Trial of Japan's Military Sexual Slavery - a Peoples' Tribunal which was convened 20 years ago. There gender was centre stage in the understanding that the crimes were committed because the victims were women, were colonial subjects, were young and powerless and that appropriate reparation should take account of these realities. The District Court noted that the harms suffered by the "comfort women" were not included in reparative or compensatory measures in the 1965 Claims Agreement. The Women's Tribunal underlined the inherent gender bias of peace agreements where women have no voice and that gender blindness in international peace processes contributes to the continuing culture of impunity. The District Court noted the 2015 Agreement between South Korea and Japan that 'finally and irreversibly resolved' the issue. The survivors were again absent from negotiations that involved them intimately and which was contrary to the calls for women's participation in all peace activities in Security Council Resolution 1325 and subsequent WPS resolutions.

The Seoul Central District Court judgment provides an important precedent for the denial of state immunity for crimes of conflict-affected sexual and gender-based violence. It gives effect to their legal evolution in the years since the crimes were committed while also showing their illegality under then existing international law. The 20th anniversary of the Tokyo Women's Tribunal has been recently celebrated and its legacy appraised. This judgment is a welcome addition to that legacy.

On the January 8, 2021 Seoul Central District Court ruling: Bringing historicity to the logic of sexual violence in armed conflict

Yang, Hyunah | Professor, Seoul National University School of Law & Chair, Research
Network on Japanese Military Sexual Slavery

1. Points of Paradox

The legal resolution of the Japanese military "comfort women" issue has been in a state of a dead end, blind spot, or contradiction for a long time. Therefore, the Seoul Central District Court's January 8, 2021 ruling on the lawsuit filed against Japan by Japanese military "comfort women" (hereafter Seoul Central District Court ruling) carries monumental significance.

* Crimes committed under the Japanese military sexual slavery system are not only limited to sexual violence, but also include forced mobilization, forced transport of women, detainment in "comfort stations," beating, torture, surveillance, forced sterilization and pregnancy, and post-war neglect causing the victims' inability to return to their home countries. Undoubtedly, these human rights violations are nothing short of universally condemned acts that constitute "crimes against humanity" (2000 Women's International War Crimes Tribunal, ICJ Report, 1994). Courts in Japan and the United States have dismissed or reserved judgment on lawsuits filed by the plaintiffs, insisting that they are "diplomatic matters," even though crimes against humanity should be prosecuted under "universal jurisdiction" that transcends space and time.

* The ruling articulates that the Japanese military sexual slavery system constituted "crimes against humanity committed systematically and extensively by Imperial Japan in violation of international *jus cogens*." However, violence against women and violence in armed conflicts, in particular, had not been punished in court until recently, in the 1990s. In regards to Japanese military sexual slavery, the perpetrators have remained in a state of

impunity as virtually none of them faced legal punishment and the victims had not received reparations.

* As well known, Japanese military “comfort stations” were widespread in the Asian continent and the Pacific region. “There were literally thousands of facilities in which women were held for sexual slavery throughout some dozen countries in the Asia-Pacific region” (2000 Women's International War Crimes Tribunal Judgment). Due to the gravity of these crimes, the perpetrators responsible are called “enemies against humanity” (*hostis humanis generis*). Despite such fact, Korean civic groups and victims are depicted as nationalists or anti-Japanese. Universalism in the victims’ calls for official recognition of the Japanese government’s responsibilities was not seen and heard.

* Sociology of law, which is the study of dynamics in law and society, focuses on “legal phenomena” within socio-historical contexts rather than the original “legal text” itself. This field of scholarship examines the social, economic, and historical contexts in the gap, delay, and failure between the legal text and the legal phenomenon. The Japanese government has been reverting the Japanese military sexual slavery issue as a diplomatic conflict between Korea and Japan, trivializing the system as a moral issue, all while insisting that all human rights issues under Japanese colonial rule have been resolved through international treaties. The recent Seoul Central District Court ruling, which defined the Japanese military sexual slavery system as illegal acts against humanity after examining it in historical contexts, presents a basis for universal legal argumentation based on the Korean Constitution and international human rights law in this challenging situation.

2. Right to Trial and Facing the Legacy of Colonialism

* In my opinion, the biggest significance of the Seoul Central District Court ruling is that it prioritized “human rights violation victims’ right to trial.” Citing the Korean Constitution (Article 27, Paragraph 1) and Universal Declaration of Human Rights (Article 8), the court concluded that the rights of human rights abuse victims should not be ignored over the customary international law of state immunity, as “interpreting that the Defendant is exempt from jurisdiction in a civil suit chosen as a final means of justice…would result in unreasonable and unjust results.”

* This ruling clarified that the 2015 Korea-Japan “Joint Press Conference” of Ministers of Foreign Affairs ²⁵ was “merely an announcement of political agreements between the two states” for several reasons: the victims’ right to compensation is not subject to the agreement; the agreement was indeed official but was not documented in any form of writing; the agreement did not mention the parties’ intents on the effect of the agreement; the agreement did not include specific measures to realize legal rights and obligations of the parties.

* This ruling is yet another reminder that resolving the Japanese military “comfort women” issue needs a paradigm shift towards the victims’ direct participation in procedures for realizing justice, rather than the government representing the victims. It also indicated that the argument of state immunity, which is based on the principle that all nations are equal to and independent of each other, is not an immovable principle even in cases of grave violations of human rights. I believe this ruling was made upon a realization of the limitations of our legal system which failed to realize justice for the now elderly victims and their advocates who have testified their experiences and called for justice over the past 30 years.

* The Seoul Central District Court ruling is even more significant when considering the historical context of the Japanese military “comfort women” system. The system took place under Japanese colonial rule and the victims were marginalized in diplomatic negotiations with Japan and other countries even after Korea’s liberation. The 1965 Claims Agreement and the 2015 Joint Press Conference are results of countless diplomatic efforts, but these diplomatic efforts failed to successfully implement victim-centered approaches.²⁶ Given that the 2015 Joint Press Conference was a diplomatic result of the 2011 Korean Constitutional Court’s decision that the state’s negligence of its citizens’ rights is unconstitutional, it is regrettable that the Korean government did not seriously consider

²⁵ Following the term used in the judgment, ‘2015 Korea-Japan “Joint Press Conference” of Ministers of Foreign Affairs (‘2015 Joint Press Conference’)’ is used.

²⁶ Please refer to Kim, Chang Rok et al., <2015 wianbu habüi idaeronün an toenda [The fallacies of 2015 Agreement]> (Kyungin Publishing, 2016).

international human rights law and especially international criminal law on gender violence.

* According to international human rights law on the victims' rights including the "UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power,"²⁷ inclusion of victims of abuse of power and armed conflicts in the investigation and legal processes and providing opportunities to testify are essential to restoration. Victims should not be treated as sources of information. Rather, they should be included as "participants." Furthermore, each state should implement measures such as compensation, rehabilitation, satisfaction, and guarantees of non-repetition under international and domestic law.

* Only a small number of very aged Japanese military "comfort women" victims are still alive in Korea today. However, the concept of "victim" should not be limited to the current survivors registered with the government, but also include the deceased victims, their family members, advocates, and their communities. When the concept of the victim is redefined, we can move beyond the individualistic approach that views victims as those who can claim compensation in courts and stand on the perspective of gender-based violence under colonialism. The victims can work towards restoration and hold the status of "witnesses of history."

* Indeed, there are concerns that the Seoul Central District Court ruling may destroy the Korea-Japan relations; however, I would like to ask for what and for whom the relationship between Korea and Japan exists. I think this ruling may present an opportunity to transform and mature the two countries' diplomatic framework from one focused on economy, military, and security to one that values history, justice, and human rights. In dealing with historical issues between Korea and Japan, we need a diplomatic framework

²⁷ Please refer to Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Resolution adopted by the General Assembly, Sixtieth Session A/RES/60/147, March 21 2006; ICC Rules of Procedure and Evidence.

that combines the abovementioned victim-centered international human rights law principles with postcolonialism which faces the legacy of colonialism from within.²⁸

* Lastly, based on historical sociology and considering that illegal acts committed under the Japanese military “comfort women” system did not occur in an armed conflict between the Plaintiffs and the Defendant, but rather occurred between the Japanese military citizens under colonial rule, the principle of state immunity, which claims that a foreign state cannot be brought to court, should not be automatically applied or exempted in cases of human rights violations perpetrated against civilians during colonial rule. Rather, an international legal theory regarding cases in which a foreign (independent country) judiciary judges upon illegal acts against colonial citizens perpetrated by its former government needs to be established.

3. Thesis on Sexual Violence Against Women in Armed Conflicts and the Issue of Colonialism

* The Japanese military sexual slavery system was not just an institutionalized system of sexual violence in armed conflict. Colonialism also played a critical role in its implementation. Approximately 60% of Korean victims were forcibly mobilized by soldiers, public officials, or private civilians supported by the former.²⁹ The victims were transported to a wide range of areas including Manchuria, China, Japan, Taiwan, Singapore, Burma, Indonesia, Philippines, Caroline Islands, and Papua New Guinea where they were detained at “comfort stations” for up to 10 years. During their time at comfort stations, victims were exposed to not only sexual violence, but also to severe human rights violations such as torture, beating, starvation, surveillance, and reproductive violence such as forced pregnancy and forced sterilization.

²⁸ To differentiate nationalism and postcolonialism, postcolonialism dismantled the stability and identity of the “Nation” by revealing that the structures of governance and exploitation were intact and modified within systems of status, gender, and region even amid same ethnic groups under colonial rule and by attending to the liberatory possibilities of the subaltern.

²⁹ Ministry of Gender Equality, <Testimonies and Statistics on Japanese military “comfort women”>, The Korean Council for the Women Drafted for Military Sexual Slavery by Japan, 2001.

* It is noteworthy that Korean victims were taken to distant foreign countries where battlefields were located rather than places in their country, which is distinct compared to other sexual violence cases. For example, sexual violence in armed conflict perpetrated large-scale systematic sexual violence as an attempt to annihilate enemy people (race), as seen during the Yugoslav Wars. Similarly, Chinese or Filipino victims of the Japanese military sexual slavery system were victimized in their houses, villages, or local regions. The fact that Korean victims were not considered enemies of the Japanese military but rather a “part” of them while simultaneously being discriminated due to their race and gender, the fact that it was nearly impossible for the victims to escape as they were transported extremely far from their home country, and the fact that the majority of the victims were unable to return to their home country even after World War II, indicate the uniqueness of this “sexual violence in armed conflict.” The Japanese military and Korean “comfort women” victims moved together as if they are “parts of the same system” and multilayered human rights violations, as seen in the mobilization, transport, placement, and post-war neglect, occurred in the process. Considering these aspects, I propose that the Japanese military sexual slavery system should be viewed as “gender violence based on coloniality.”

* The problem is the fact that there have been virtually no courts that deal with such intense and complex gender violence. The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), which was established in Asia after World War II, largely neglected issues of imperialism and colonialism in Asia, and almost completely ignored gender-based violence. It took nearly 50 years of numerous efforts by the victims and their advocates to bring the Japanese military sexual slavery issue to light. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (CTR), which dealt with gender violence under armed conflicts, were ad hoc international criminal tribunals, meaning they only dealt with cases that occurred under armed conflicts in specific regions. The International Criminal Court (ICC) is bound by temporal jurisdiction, which makes it extremely difficult for the court to deal with cases of more than 70 years ago. Ultimately, the “practicality of law” is not sufficient enough to confront the reality of colonialism, imperialism, and war. Human rights violations against women in the Asia-Pacific region are marginalized from “official legal systems.” These violations were brought to the table only after a long time - as a political agenda rather than a legal one - and the victims were yet again pushed aside.

* I hope that the Seoul Central District Court ruling will serve as an opportunity to show that “global changes start from local regions.” This ruling is significant in demonstrating that not all legal systems are failing to protect severe human rights violations against Asian women and I look forward to the resonances it will create.

The January 2021 “comfort women” judgment - Paving the way for survivors of wartime sexual violence to speak

Regina Mühlhäuser | Senior Researcher, Hamburg Foundation for the Advancement of Research and Culture & Co-Founder International Research Group 'Sexual Violence in Armed Conflict'

This ruling is groundbreaking in the way it listens to victims of wartime sexual violence, acknowledges the harm they suffered and that they have a right to compensation.

To date, this is not a matter of course. Much on the contrary, there does not even seem to be a “societal agreement” that sexual violence constitutes a crime - in fact, this seems to be true for most societies around the globe.

What do you mean, one might ask, ever since the 1990s, sexual violence in armed conflict has become clearly visible in public debate, research and politics; UN resolutions 1820 and 2467 mark the international community's willingness to address this problem; and international/internationalized Tribunals established sexual violence as crime against humanity, war crime and act of genocide?³⁰

Indeed, these are crucial and successful advances in identifying, condemning and confronting this form of violence. However, by now it has become more and more clear that the phenomenon of sexual violence in armed conflict is complex, and we are still far from understanding what it is all about. And one “blind spot” is the persistent societal reluctance to universally recognize sexual violence as wrongdoing and crime.

Let me elaborate what I mean by questioning the specific nature of sexual violence in two steps, before I return to the judgment.

³⁰ For a good body of research literature in English see the “Selected Bibliography ‘Sexual Violence in Armed Conflict’”, <https://warandgender.net/bibliography/>.

I. The Framework of the brothel

It took the survivors of the “comfort stations” 50 years to break their silence. Why? One factor to understand the long-lasting silence seems to be the association of the “comfort stations” with brothels. Brothels are usually understood as places of commercialized sexual encounter where (primarily male) customers pay and (primarily female) prostitutes get paid. The prostitutes benefit from this commercial transaction by allegedly earning “good money” for “little work.”

But customers do not pay merely for bodily arousal; they also pay for the psychological illusion of being genuinely desired. The women* are expected to create and uphold this illusion. The success of the business is to make customers believe that the women* want it, too.

This imaginary of the brothel as a site of *mutual* desire, satisfaction and benefit was and is a dominant framework in which the history of the “comfort stations” is understood. It thus appears as if the women were actively implicated in their victimization and benefitted from their participation, i.e. by earning money and ensuring the survival of their impoverished families and themselves.

Ultimately, this scenario insinuates that women actually wanted to do this, that they wanted to “receive” the soldiers, and got well paid for it – a perception that starkly differs from the testimonies of the survivors themselves as well as from archival documents.³¹

This imputation (that the victim wanted it) is not only due to the frame of the brothel. It seems to be connected to our understanding of sexual violence as such.

II. The Ambiguous Nature of Sexual Violence

The perception of victims of sexual violence generally appears to be different from the perception of victims of other forms of violence. For example, a person who was beaten up can assume that his/her experience of physical pain is “unequivocally considered

³¹ E.g. Hyunah Yang, Finding the 'map of memory'. Testimony of the survivors of military sexual slavery by Japan. In: Gaby Zipfel, Regina Mühlhäuser, Kirsten Campbell (eds), In plain sight. Sexual violence in armed conflict. Zubaan, 2019, pp. 379-403; Yuki Tanaka, Japan's comfort women. Sexual slavery and prostitution during World War II and the US occupation. Routledge, 2002.

to be an unwanted, negative experience. Victims of sexual violence, in contrast, are often denied this clear classification.”³²

In fact, as Kirsten Campbell has pointed out, to date, there is no clear conception what exactly constitutes the harm of sexual violence.³³

In order to understand this specificity of sexual violence, Gaby Zipfel has suggested that we need to look at the body and its physical reactions like pain or arousal. Human bodies, she argues, are not only sensitive to pain, but also to pleasure. In cases of sexual violence, “the attack is aimed not only at a body that is sensitive to pain, but also at a person who is able to take pleasure. Sexual violence subjects the body of the victim to pain and at the same time seizes its libidinal sensibility.”³⁴

It seems to be this sexual element that puts into question the victim’s credibility. She³⁵ is, as Louise du Toit argues, accused of having (consciously or unconsciously) desired the act.³⁶ This alleged complicity of the female victim suggests that the responsibility for the attack is not solely on the side of the perpetrator, but that the victim contributed to her violation. This, in turn, seems to cause a suspicion, to cause distrust and contempt towards the victim in her own community.³⁷

Only if an act of sexual violence is accompanied by excessive brutality and/or the perpetrator kills the victim during or after the sexual attack, “the previously doubted unambiguity is established as proven,” because now the sexuality expressed in the act of

³² Gaby Zipfel, *Liberté, égalité, sexualité*, June 2020, <https://www.eurozine.com/liberte-egalite-sexualite/>.

³³ Quoted in *Gaps and traps*, The politics of generating knowledge on sexual violence in armed conflict. A conversation with members of the SVAC network, in: Zipfel, Mühlhäuser, Campbell 2019, pp. xix-xlix, here xxxiii.

³⁴ Zipfel 2020.

³⁵ If this works in a similar way for male victims needs to be explored in future research.

³⁶ Louise Du Toit, *A philosophical investigation of rape. The making and unmaking of the feminine self*. Routledge, 2009.

³⁷ As a consequence, the collective of the rape victim can be seriously shaken, torn apart and destroyed. It might be precisely this ambiguity of rape (directed at the body as a subject to pain and to arousal and lust) that makes this form of violence such an effective means of warfare.

violence, which is practiced by the perpetrator and attacked in the victim, “can be marginalized.”³⁸

If we take this into account, we can understand better why, in the decades after World War II, there was no discursive space in which the “comfort women” survivors were enabled to speak about what had happened to them - because what had happened to them was not clearly classified as an unwanted, negative experience, let alone a crime committed against them (neither in Japan nor in their countries they were transported to, e.g. China, nor in their countries of origin, in this case South Korea).

Only in the 1990s when a feminist support movement in South Korea, Asia and around the world created a space in which the “comfort women”-system was clearly classified as crime and an intrinsic part of armed conflict and war, the survivors were authorized to speak, to share their memories and their pain.

But even the women who did then speak appear to have felt it necessary to starkly emphasize the physical violence they experienced beyond the rapes. By doing so, they aimed to counter the (spoken and unspoken) insinuation that they had been complicit in their own violation.

Conclusion: Authorizing women to speak about sexual violence

If my argument is correct, then it requires a fundamental societal shift in our understanding of and thinking about sexual violence in armed conflict to enable women and girls to speak about their experiences.

The decision of the Seoul Central District Court is an important step in this direction. The accounts of the 13 plaintiffs from South Korea who experienced various constellations of sexual violence are each cited in the judgment, and they give us an impression of the scope of what it could mean to be a “comfort woman”.

When the women and girls were drafted, they were between 14 and 20 years of age. They were usually unmarried. Only one of them had just married, but her husband had been forcibly mobilized. They were deported to different parts of China, the South Pacific Islands and Japan. Some of them stayed in the combat zone, others in the occupied rear, again others at the “home-front” in Japan. One woman, for example, recalls being in

³⁸ Zipfel 2020.

a larger “comfort station” in China with 27 other women, having to serve a certain number of Japanese soldiers daily. Another woman recalls that she was cooking and doing laundry at a military facility, being randomly raped by the soldiers. Such different conditions shaped the behavior of the Japanese men as well as the experiences of the women.

By detailing the testimonies of these women in the judgment, the court emphasizes the different constellations and forms of sexual violence. It thus gives us a better impression about the case of the Korean “comfort women.” But beyond that, this approach also has a more general effect: It

- a) enables a deeper understanding of wartime sexual violence as a crime,
- b) paves the way for authorizing survivors of sexual violence to speak out,
- c) enables survivors, and in particular women, to make use of legal remedies to demand their rights, and
- d) thus fights impunity and aims to overcome this form of violence.

Observers from Asia often cite Germany as a positive model for implementing reconciliation and reparation politics. And yes, one might say, in contrast to Japan, present-day Germany is willing to acknowledge the German responsibility for the genocide against the Jews, Sinti and Rom, the mass murder of people categorized as disabled, the torture and killings of prisoners and other grave war crimes and crimes against humanity. In textbooks and museums these crimes are depicted. On various occasions, the German government has offered apologies to victims and paid compensation to genocide victims and forced labourers.

This embracement of past crimes does not, however, automatically translate into an appropriate treatment of the victims. For example, the German government unequivocally refuses to meet the demands for reparations by survivors of German massacres in Greece and Italy, claiming state immunity - just like Japan.

But what is more, and crucial for what we are discussing here today: *Sexual violence has been notably absent from all discourses on acknowledgement, commemoration, criminal proceedings and reparation/compensation.*

And this is not because it did not happen. By now, a growing body of scholarship has established that members of German regular army, the Wehrmacht, and the Nazi elite troops SS forced women and girls to disrobe, they penetrated them with their fingers during physical searches, and they took photographs of them naked. German soldiers subjected women and girls to sexual torture and raped them, and they forced them into

sexual enslavement.³⁹ In some cases, sexual torture and rape was also directed against boys and men.⁴⁰

This part of history, however, is almost exclusively discussed in academia. When it was mentioned in court cases (e.g. Nuremberg trials) it was used to illustrate the perversion of the Nazis, but not treated as a criminal offense of its own right. Indeed, the victims themselves were not asked to speak about it. There has been, furthermore, no societal movement to support the survivors, and so there was no space for them to relate their experiences. To date, there have been no claimants.

What becomes clear is how crucial it is to create spaces in which survivors of conflict-related sexual violence are authorized to speak. Only then can we end the persistent impunity for perpetrators of this form of violence. This judgment sets an example for future cases in more recent situations of war and armed conflict.

³⁹ E.g. Doris Bergen, *Sexual violence in the Holocaust. Unique and typical?* In: Dagmar Herzog (ed.), *Lessons and legacies VII*. Northwestern UP, 2006, pp. 179-200; Sonja M. Hedgepeth, Rochelle Saidel (eds.): *Sexual violence against Jewish women during the Holocaust*. Univ. Pr. of New England, 2012; Regina Mühlhäuser, *Sex and the Nazi soldier. Violent, commercial and consensual encounters during the War in the Soviet Union, 1941-45*, Edinburgh UP 2021.

⁴⁰ E.g. Dagmar Herzog, *Sexual violence against men: torture at Flossenbürg*. In: Carol Rittner, John K. Roth (eds): *Rape. Weapon of war and genocide*. Paragon House, 2012, pp. 29-44.

Commentary for Panel Discussion on Decision by Seoul Central District Court

Ustinia (Tina) Dolgopol | Associate Professor, College of Business, Government and Law, Flinders University & Former chief prosecutor at 2000 Women's International War Crimes Tribunal

The Seoul Central District Court is to be commended for its thorough consideration of the issues facing the women plaintiffs who have sought damages for the pain and suffering they endured due to their experiences as 'Comfort Women.' Bertrand Russell once observed: '[t]he dilemma is the same in every country. There are great injustices and laws fail.' Sadly until this point in time the 'Comfort Women' have been faced with this dilemma every time they have sought redress through the courts of Japan and the United States.

All lawyers are aware that law and justice are not synonymous terms. However it is incumbent on those in the legal profession to think more broadly about the ethical implications of the legal questions before them. Ethics includes considering the effect of your decision-making on society at large. To continually deny compensation to individuals who have suffered from grave violations of international law raises the possibility that both the law and the institutions administering the law will be brought into disrepute. It would undermine democracy in all of our countries if the public came to believe that the law only served the interests of the powerful and either would not or could not meet the needs of those whose lives were profoundly affected by some of the most heinous crimes imaginable.

The cultural and social contexts that define the content and operation of the law continues to have a negative impact on women. In many legal systems behaviours that target women may not be addressed in their domestic legal system or if it is part of a legal code its interpretation and enforcement by the courts is not sufficient to give women equal protection of the law. This issue has been a source of concern for a range of United Nations Treaty bodies as well as the Commission on Human Rights and UN Women. Entrenched and unconscious biases continue to deprive women of equality before the law both domestically and internationally.

Additionally, the scourge of sexual violence during periods of armed conflict continues unabated. Until the international community develops mechanisms for ensuring that those who commit such atrocities cannot assume they are able to act with impunity this situation will not change. Too often those negotiating cease fire arrangements and peace treaties allow perpetrators of heinous acts of violence to escape punishment. It is not in the long-term interest of humanity to allow impunity for such acts to continue. It is to the credit of the Seoul Central District Court that it recognised the very nature of the acts committed by officials of the Defendant meant it could not avoid assuming jurisdiction over the case. As the court noted the acts of abduction and deceit that resulted in the women being put in the 'Comfort Women' system, were outside the bounds of any act that could be legitimately pursued in the course of an armed conflict. Hopefully courts in other countries will begin to think more carefully about the nature of the harms inflicted by 'sovereign' powers and question the application of sovereign immunity in cases where the acts violate what are in theory inviolable norms of international law.

The observations in the Judgment of the Women's International War Crimes Tribunal for the Trial of Japan's Military Sexual Slavery are pertinent to this issue. State Sovereignty is tied to the rights of individuals within each state. It is because a government represents its people that sovereignty continues to be a mainstay of international law. The protection of human rights within a country is connected to the manner in which a State conducts its affairs internationally. To give a state immunity for acts that are an affront to the concept of human dignity when they are aimed at those residing in another territory is to put at risk the rights of those residing within its territory. The drafters of the Universal Declaration of Human Rights clearly understood that any undermining of respect for human dignity has profound consequences for everyone. The need for accountability underpinned the drafting of the Covenants on Civil and Economic Rights as well as all subsequent human rights treaties, and resulted in the creation of the International Criminal Court.

Returning to the District Court's judgment, it is clear that the Court was aware that no amount of money could compensate for the actual harm and psychological damage inflicted on the women. The Court's careful approach to the issues before it is reflected in the award of damages. From an outsider's perspective the award of damages for solatium (in common law systems often referred to as pain and suffering damages) was modest. The amount (a little over US dollars 90,000) would appear to have been set so as to vindicate the women's claims whilst avoiding any sense that the Court was seeking to punish the defendant.

Having interviewed numerous women survivors of the Comfort Women system during my 1993 'mission' for the International Commission of Jurists I recognised the histories recounted in the District Court judgment. All of them were similar to the statements made by the Korean women (in both North and South Korea) to the members of the mission. As I have noted previously when interviewing the women the expression in their eyes told you they were recounting in painful detail the experiences they had had to endure.

The final report of the 1993 mission entitled 'Comfort Women, The Unfinished Ordeal' contained a chapter on the legal obligations of Japan that gave rise to state accountability for its wrongful behaviour. That discussion was the product of research of the members of the Mission as well as a thorough review by one of the leading international lawyers at the time Professor Christian Tomuschat. Other leading jurists who were then members of the ICJ's executive Committee also reviewed the manuscript. The report concluded that Japan had violated its obligations under The International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children of 1921 as it had created a network for and fostered the trafficking of women and children in the Korean peninsula, infringed customary international law norms prohibiting slavery and the slave trade (noting that the Japanese military acted as if it owned the women) and had breached customary norms prohibiting the trafficking of women and children.

The post-war Japanese government has issued several apologies for the conduct of its predecessor in power since the early 1990s. Whether or not these apologies are deemed sufficient by the women or the organisations that have worked on the issue the fact is that the government would not have apologised had it not accepted that government and military officials had committed egregious violations of international law.

Those apologies along with the documents contained in the national archives of many of the Allied Nations as well as those unearthed by academics and researchers within Japan and elsewhere make clear that a substantial number of individuals holding positions either within the civilian or military arms of government were involved in the creation and maintenance of the 'Comfort Women' system. It would have been obvious to all of those individuals that serious harm would be caused to the women once they were removed from their families and/or communities. Although the Seoul Central District Court chose not to engage in a lengthy discussion of what might constitute a tort or property exception to the doctrine of sovereign immunity, it is worth noting that Japanese officials, whether based in Japan or Korea, who had a direct relationship with the efforts to 'recruit' women in Korea would have had a duty of care with respect to the plaintiffs. As stated above the

taking of women for the purposes of sexual slavery is not an act that can be considered within the scope of conduct allowed in the course of an armed conflict, therefore it is possible to argue that ordinary tort and property law apply to this situation. A well-founded claim in tort is considered in many jurisdictions to be an inchoate property right. I am not an expert in the Korean law applicable to civil claims for assault, battery or negligence. It is obvious however that in taking women by force threats would have been made to them and many were physically injured by so-called recruiters. Those acts as well as the heinous crimes committed in the 'Comfort Stations' were foreseeable to all officials responsible for setting up those facilities as well as all those involved in ensuring their continued existence. Whilst it is clear that the most important aspect of the Judgment is its focus on giving those who previously were marginalised by the law a forum for seeking redress, it is not impossible that the women's claims are exempt from the sovereign immunity defence.

The Seoul Central District Court is to be commended for its willingness to look beyond the veil of sovereign immunity in order to give due consideration to the right of the plaintiffs to seek redress for the assault on their dignity. Its courage in pursuing an ethical approach to justice has offered the global community an example of how states and state actors can be held accountable for egregious violations of human rights.

Implications of the ruling from international human rights perspective

Baek, Buhm-Suk | Professor, College of International Studies, Kyung-Hee University & Member, United Nations Human Rights Council (UNHRC) Advisory Committee

1. It is not an overstatement to say that today is an era of human rights. Since the adoption of Universal Declaration of Human Rights in 1948, international human rights law has expanded its scope of application. In line with such expansion, the number of international treaties governing various human rights fields has also increased. Indeed, the international community and the United Nations have attempted to internationalize human rights by legalizing the concept of human rights in various fields for over 70 years. While such attempts are ongoing, more attention has been paid to how individual states implement international human rights norms since the 1990s. Through this process of internationalization and internalization of human rights, the understanding of sovereignty has gradually changed as well. Under international human rights law, the concept of sovereignty as the right of a state to not be interfered upon by another state has expanded and developed into sovereignty as the state's obligation to guarantee the basic rights of individual citizens of individual states. The relationship between human rights and sovereignty must now be understood as complementary. Protection and promotion of human rights can simultaneously mean respect for sovereignty.

2. International human rights law, which developed after the Second World War, has gradually embodied the rights of victims to remedy for human rights violations and the state's obligation to guarantee such rights. Major international and regional human rights treaties explicitly guarantee the rights of victims to receive effective remedy as independent human rights. Based on the experiences of international human rights movements over the past half-century and the redress for human rights violations carried out at the UN and regional levels, the 2005 UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law outlined the most comprehensive provisions of victims' rights. The principle, which was unanimously

adopted by the United Nations General Assembly, provides a standard under the normative system of international law by which states should uphold the following rights of victims: the right to justice, the right to compensation, and the right to truth as rights to effective remedies for grave violations of human rights. If the rights to justice, compensation, and truth are not realized and the victims' dignities are not restored, grave human rights violations cannot be cast as past history, but remain as ongoing cases. As such, the victim-centered approach in international human rights law is a principle that has been established as a customary international law with very specific content, not just as abstract concepts. In other words, international human rights law today stipulates that requests for legal remedies based on international human rights perspectives, not humanitarian and moral responses or judgments based on political considerations, should be made for grave human rights violations, and proclaims that states are obligated to guarantee such remedies.

3. When violations of international law take place, the state attributable to such acts shall bear state responsibility. Under traditional international law, only states — not individuals — are recognized as subjects of rights. Therefore, even if a state seriously violates international law and inflicts damage to individuals, the individual victims cannot claim compensation against the perpetrator under international law. The means through which an individual can request remedy from another state as a victim of a grave violation of international law is very limited. However, the right of the state to protect its people based on when and whether it wants to exert such protection is far from modern international law. Moreover, many international human rights treaties today deal with the relationship between the perpetrator state and individual victims, not between state and state, by stipulating the enactment of appropriate remedies, including reparation, for individuals affected by violations of a state. As such, if a state party to a human rights treaty is required to guarantee effective protection against and provide appropriate remedies for violations of rights to all persons under its jurisdiction, the state also has an obligation to protect its citizens when they have suffered serious violations of basic human rights by a foreign state. Therefore, the judgment of the Seoul Central District Court on the lawsuit filed for compensation for damage (2016 Ga-Hap 505092) actively considered the victims' position.

4. The theory of sovereign immunity posits that a state enjoys immunity from the jurisdiction of the courts of other states. This theory emerged with the birth of modern sovereign states after the conclusion of the Treaty of Westphalia in 1648, mainly due to the need to protect foreign sovereigns (then monarchs) who were visiting other states.

With the conversion of the personality of the sovereign to the personality of the state and state institutions, the concept of sovereignty immunity became entangled with state immunity, which exempts foreign states and the property of foreign states from jurisdiction (judicial jurisdiction) and compulsory execution (executive jurisdiction) to protect the legal entity of foreign states and is still used today as such. The theory of sovereign immunity is a principle of customary international law established through implementations in states. However, an examination of state practices that applied sovereign immunity theory demonstrates that traditional absolute sovereign immunity theory has gradually changed to limited sovereign immunity theory since the end of the 19th century. As free trade policy changed to protectionism and governments' involvement in the economic sector increased, private economic activities at the state level that do not constitute pure exertion of state power have increased (for example, a state signing a commerce contract in the market with an individual from a foreign state). An increase of cases in which the government of a state was sued in the court of another state for commercial activities naturally followed. As a result, questions were raised on whether sovereign immunity should be recognized even when the state simply acted for commercial purposes. If states can enjoy absolute sovereign immunity, individuals who engage in transactions with foreign states are placed at a very disadvantageous position. In order to correct this unfavorable position and to give their citizens an opportunity for remedy, more and more states have applied limited sovereign immunity theory, and today most states practice limited sovereign immunity theory. Sovereign immunity theory provides exceptions to the principle of state jurisdiction. It is not a firm and unalterable principle with a superior position in international law, but rather has developed and changed through state practice. In other words, the process of development toward limited sovereign immunity theory clearly shows the customary nature of sovereign immunity theory.

5. Evaluating some exceptions to sovereign immunity as part of a new customary international law despite conflicting state practices on the application of sovereign immunity, or on the other hand proving the absence of customary international law based on a judgment that acknowledged immunity, are both not convincing. The number of cases cited by both sides is limited, which gives the impression that each side is selecting cases that are convenient in making their arguments. If cases of conflicting trials or state practices exist, can it not be at least admitted that the existing customary international law is still incomplete and unstable? To illustrate, the definition and scope of commercial activity, which is the concept underlying the theory of limited sovereign immunity, is still unclear. Such ambiguity demonstrates that the exceptions and restrictions to current

sovereign immunity are continuously developing, as emphasized earlier. In other words, the application of sovereign immunity should be determined in full consideration of the characteristics, circumstances, and inherent factors of each case. In particular, the unavailability of alternative remedies for victims when sovereign immunity is recognized, as demonstrated in this case, should be fully considered. The implementation of limited sovereign immunity cannot always be an exception given the development of international human rights law and human rights-oriented changes in international law, even if the areas of application of substantive law and procedural law under international law are different. In other words, it is necessary to find a balance between the values of modern international law respected and pursued by the international community and the values pursued by traditional sovereign immunity. In this context, international laws related to sovereign immunity and individual claims for damage are at least in the process of changing.

6. No current customary international law that always mandates exception of sovereign immunity for cases of grave violations of international human rights law or international humanitarian law exists for now. On the other hand, whether an international custom that requires sovereign immunity to be recognized without exception in these cases exists is also unclear. These arguments should not be the main point of the discussion. The central point is that in exceptional cases where effective remedies and alternative measures of redress for victims of international crimes do not exist, the right to justice of the victims, or the right to trial in their own courts, are confirmed and guaranteed under today's customary international law. Therefore, if the rights of victims under international law exist as established customary international law, it is appropriate to grant exceptions to the application of existing customary international law on incomplete sovereign immunity. The court that ruled on this case seems to have heavily considered this aspect. The domestic courts of individual states have the right to judge the application of the content and scope of international law in ways that reflect the state's stance. The series of domestic court rulings on conscientious objection to military service can help illustrate this point for better understanding. As already emphasized, while many states have adopted the theory of limited sovereign immunity, there are still disparities about which particular actions should be granted sovereign immunity. Therefore, this ruling should not be viewed as contrary to existing international law, but rather as a ruling that reflects or leads the changing and developing international law. In addition, this ruling is the first to acknowledge a human rights-oriented exception to sovereign immunity in Asia, and I believe it will give hope to many who are working to remedy the rights of victims in other Asian states.

Does the Korean Court's Ruling "Lack Common Sense?": Some Musings on Japanese Responses

Abe Kohki | Professor of Peace Studies and International Law, Meiji Gakuin University

I

The judgment of the Seoul Central District Court on Jan. 8, which ordered the Japanese government to pay damages to 12 former 'comfort women', received highly negative (even hostile) responses from various quarters of the Japanese society. As anticipated, the Japanese government issued a statement of protest vehemently against the judgement as follows:

Under international law, a state is, in principle, not to be subject to the jurisdiction of other states, as each state has sovereignty and states exist on an equal basis with each other. Japan has repeatedly expressed its position that this lawsuit therefore must be dismissed because it is not acceptable for the Government of Japan to be subject to the jurisdiction of the Republic of Korea in accordance with this principle of State immunity in international law. The fact that the Seoul Central District Court of the Republic of Korea recently rendered the judgment denying the application of the principle of State immunity is clearly contrary to the international law which was also articulated in the judgment of the International Court of Justice.⁴¹

Among nationally circulated newspapers, the most liberal *Asahi Shimbun* published an editorial that does not conceal their embarrassment on the judgment⁴². The *Asahi* warns that the ruling significantly widens the rift in Japan's relationship with South Korea, suggesting that it should have been dismissed as stressed by the Japanese Government. The Japan Times quotes a Japanese Foreign Ministry source as saying that the judgment

⁴¹ Regarding the Confirmation of the Judgment of the Seoul Central District Court of the Republic of Korea in the Lawsuit Filed by Former Comfort Women and Others (Statement by Foreign Minister MOTEGI Toshimitsu), at https://www.mofa.go.jp/press/danwa/press6e_000269.html.

⁴² "EDITORIAL: 2015 accord must be basis to settle thorny 'comfort women' issue", *The Asahi Shimbun*, January 9, 2021, at <http://www.asahi.com/ajw/articles/14093283>.

“lacks common sense”⁴³. The dominant discourse across the country is evidently such as to disparage and negate the judgement.

II

If the judgment lacks common sense as remarked by a Foreign Ministry official, then it should follow that the Korean judges are “insane”. But are they really so? Are they thoughtless from perspectives of international law? One should wonder who in fact lacks the common sense in terms of contemporary international law.

The judgment was in a stark contrast with a sequence of rulings by Japanese courts that have inhumanely suppressed a demand for justice from victims/survivors of the Japanese military sexual slavery. In recent years, South Korean courts have handed down a series of judgements on issues linked to the era of Japan’s colonial rule of the Korean Peninsula, including the issue of compensation to former ‘comfort women’. While the Korean judiciary turns to human-oriented approaches, the Japanese counterpart adamantly remains state centric. While Korean judges are gradually driven to universal values, Japanese decision-makers remain preoccupied with traditional masculine thoughts.

My observation is that behind this contrast is a marked difference in the degree of commitment to the international standard on human rights, the contemporary common sense of international law. While Korean judges endeavour to be sensitive, if not sufficiently, to requirements under international human rights law, Japanese judges and government officials pretentiously reject them. Painfully noticed is Japan’s alienation from evolutionary common sense of international legal discourse, including gender justice.

III

The Japanese government’s view of the notion of State immunity as described above is to all appearances backward-looking. International law is perceived to be stuck in the sphere

⁴³ “Japan cautious about taking Seoul to ICJ over ‘Comfort Women’”, *The Japan Times*, January 13, 2021, at <https://www.japantimes.co.jp/news/2021/01/13/national/international-court-justice-comfort-women/>.

of state-to- state relations and it cannot be enforced before domestic courts because of immunity. (In fact, the Supreme Court of Japan brought itself in line with the current trend of restrictive immunity only in 2006). It is as if there has been no positive evolution of the status of individuals on the international plane in spite of the dynamic development of international human rights and criminal law.

As Mégret states, international law “is prone to its own internal push towards making its norms and enforcement more vertical.”⁴⁴ The horizontal and reciprocal landscape of international law is increasingly replaced by vertical one in which the universal value of human dignity is given the heaviest weight. The notion of immunity may not escape this normative and systemic shift. Above all, State immunity “is subject to a continuously changing interpretation that varies with time, reflecting the changing priorities of society.” And, as reminded by Aliozi *et. al.*, it “is the product of intrastate [as opposed to interstate] practice, namely judicial activism by domestic courts”⁴⁵. The law on State immunity is amenable to adaptation and it is the judicial activism of domestic courts that promotes the desirable adaptation. Just like Italian judiciary who rendered epoch-making rulings on State immunity, the Korean judges and lawyers seem to be properly aware of the salience of their role and take on the matter.

IV

The judgment reinforces its conclusion with a number of progressive views, insights and theories of international legal studies. To me, an international law academic based in (ossified) Japan, it is truly impressive and even pleasantly dazzling. Worthy of special mention is its judicially courageous and intellectually refined attitude with which to overcome the impeditive ICJ judgement on State immunity (*Germany v. Italy*).

Firstly, as the fulcrum of their decision, the Korean judges appropriately invoke the right of access to justice enunciated in the constitutive documents of South Korea and

⁴⁴ Frédéric Mégret, “International law as law” in James Crawford and Marti Koskeniemi (eds.), *Cambridge Companion to International Law* (2010), p.7 at <https://ssrn.com/abstract=1672824>.

⁴⁵ Zoi Aliozi *et. al.*, “Germany v Italy”, in Loveday Hodson and Troy Lavers (eds.), *Feminist Judgments in International Law* (2019), p.136.

international human rights law. Secondly, the judgment correctly perceives the notion of State immunity to be evolving. Thirdly, the quality of *jus cogens* is rightly stressed. Fourthly, the Korean court specifically highlights the considerable weight of justice and human rights in contemporary international society. The ‘last resort’ argument is properly brought to the foreground in the judgment so as not to leave victims/survivors without remedies in a legal order that puts the value of human dignity at its center. The reasoning of the Korean court makes a beautiful contrast with that of the principal judicial organ of the UN, which substantially sacrificed ‘justice’ for State immunity in too formalistic a manner.

Fifthly, the judgment characterizes State immunity as a doctrine that is not designed to give culpable states legal excuses for gross violations of human rights. Last but not least, while confirming that the range of the above ICJ judgment is not extended beyond acts conducted during armed conflict, the Korean judges rightly criticize the world court’s majority view that the procedural law of State immunity does not conflict with the substantive law of human rights. As expounded by the Korean court, the procedural law should serve as a means to embody, and not block, substantive legal order.

One might argue that the doctrine of State immunity should be interpreted as it was understood at the time of the commission of acts by the Imperial Japan. This is an issue of inter-temporal law on which the ICJ has already enunciated that “an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation”⁴⁶. International law is evolving. Thus, the Korean judges legitimately applied the current standard of State immunity to the case before them.

V

The Japanese government and national mass media advocate the view that the issue of ‘comfort women’ has been already finalized by the 1965 Claims Agreement and the 2015 Agreement between the two governments. In fact, this is an unsettled grave human rights issue as reminded by the Korean judges whose ruling clearly helps further open the door of human rights exception to the doctrine of State immunity.

⁴⁶ *Advisory Opinion, ICJ Reports 1971*, para.53.

Admittedly, the judgement stems from Japan's non-observance with the dispute resolution procedures set forth in Article 3 of the Claims Agreement. Japan is under an obligation to respond to a call for justice from victims/survivors and avoid engendering a second injury to them. In conformity with the Constitution and international law, the Japanese government must reformulate its position to be faithful to the fundamental value of human dignity and gender justice as well as its colonial responsibility.

Comfort Women *against* Japan

Joachim Lau | Lawyer, Ferrini v. Germany case

Ladies and Gentlemen, Dear Colleagues,

With the Hague Convention of 18 October 1907, the international community of states had recognized some fundamental rights of the individuals, because the states involved in a war do not have an unlimited right in the choice of means to harm the enemy. The protection of these rights - human rights, we would say today - is expressed through the prohibition of certain measures and actions. These include the right to life and physical integrity of the non-combatant population, which is expressed by the corresponding prohibition of assassination and the prohibition of the use of weapons that cause unnecessary suffering; the protection against sexual abuse of the population of the enemy state is expressed by the command to respect the honors and rights of the family and citizens of the enemy state.

What was forgotten in the following 100 years and even concealed by the International Court of Justice in the case Germany v. Italy, General List 143 /2008, was the legal fact that international law itself guarantees the liability and enforceability of these rights.

Indeed, Article 23H of the Hague Convention prohibits states from abrogating or temporarily suspending the rights and claims of members of the other party or the exclusion of those liability and enforceability.

Art. 23: In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden(h) To declare abolished, suspended, or inadmissible in a court of law the rights and actions of the nationals of the hostile party.

The international community therefore assumed and still assumes in principle that the right of the individual to compensation for unlawful acts arising in connection with an event of war and to effective legal protection against a foreign state continue to exist.

Art. 46 Family honors and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. Private property cannot be confiscated.

It should not be disputed that the provisions of the Hague Convention of 1907, in the sense of Art. 38 of the ICJ Statute, have become generally recognized international law, binding on States since before the end of the Second World War, and thus the limitation of justiciability in the case of violations of the human rights of the Hague Convention precludes the application of the principle of immunity. Apart from the fact that this would violate most national constitutions of civilized states and should today also contrast with art. 14 of the International Pact on Civil and Political Rights.

It was therefore only a question of time when a national court, by means of the fundamental right to a fair hearing, would set limits to the principle of immunity under international law, as the judgments of the Italian Supreme Court in 2003 n.5044 and the Italian Constitutional Court in 2014 n. 238 and now the Seoul Regional Court have done. I have nothing more to add to this as reasoning.

I attach the two Italian judgments and thank you again for attending your conference.

See next page or Click link to download attachments >>

<http://bit.ly/LaItalianCourtJudgments>

-Supreme Court of Italy Decision in 2003_Italian

-Constitutional Court of Italy Decision in 2014_English, Korean

첨부. 라우 이탈리아법원판결 Attachment: Lau Judgments of Italian Court

- 이탈리아로마대법원판결 2003_이탈리아어
- 이탈리아헌법재판소판결_2014_영어
- 이탈리아헌법재판소판결_2014_한국어
- Supreme Court of Italy Decision in 2003_Italian
- Constitutional Court of Italy Decision in 2014_English, Korean

senza foglio
UR



05044 / 04

R.G.N. 11130/02

REPUBBLICA ITALIANA

Ud. 6/11/03

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Cron. 8684

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Rep. M77

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dai Sigg.ri Magistrati:

Dott. Vincenzo	CARBONE	Primo Presidente f.f.
Dott. Giovanni	OLLA	Presidente di sezione
Dott. Erminio	RAVAGNANI	Consigliere
Dott. Francesco	SABATINI	Consigliere
Dott. Enrico	ALTIERI	Consigliere
Dott. Michele	VARRONE	Consigliere
Dott. Ugo	VITRONE	Consigliere
Dott. Roberto Michele	TRIOLA	Consigliere
Dott. Giuseppe	MARZIALE	Cons. Relatore



ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

Stato straniero/ Crimini internazionali/
Azioni risarcitorie/ Giurisdizione civile/
Immunità dalla -/Insussistenza

sul ricorso proposto da:

LUIGI FERRINI, elettivamente domiciliato in Roma, Via XXI Aprile
n. 61, presso l'avv. Claudio Giangiacomo, unitamente all'avv.
Filippo Trippanera e all'avv. Joachim Lau, che lo rappresentano e
difendono in virtù di procura a margine del ricorso;

Giuseppe Marziale



- ricorrente -

contro

REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA, in persona dell'Ambasciatore accreditato in Italia, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Cola di Rienzo n. 92, presso l'avv. Andrea Petrillo, unitamente all'avv. Achille Accolti Gil, che lo rappresenta e difende in virtù di procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 41/02, emessa dalla Corte d'appello di Firenze il 14 gennaio 2002.

Udita, nella pubblica udienza del 6 novembre 2003, la relazione del dott. Giuseppe Marziale;

Uditi, per le parti, gli avvocati Lau, Trippanera e Accolti Gil;

Udito il P.M., in persona del sostituto procuratore generale dott. Antonio Martone, il quale ha concluso per il rigetto del ricorso e per la dichiarazione del difetto di giurisdizione del giudice italiano.

Svolgimento del processo

1 - Con atto notificato il 23 settembre 1998, il signor Luigi Ferrini conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Arezzo, la Repubblica Federale di Germania, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, subiti per essere stato

Giuseppe Marziale



catturato in provincia di Arezzo, il 4 agosto 1944, da forze militari tedesche e, quindi, deportato in Germania per essere utilizzato presso imprese tedesche quale lavoratori "forzato". Aggiungeva l'attore che la sua permanenza in un lager di sterminio a Kahla, dove la REIMAHG Werke (Reich Marschall Hermann Göring Werke) e la Messerschmitt costruivano aeroplani, missili e altre armi da guerra, si era protratta fino al 20 aprile 1945.

La parte convenuta eccepiva il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana e dichiarava di non accettare il contraddittorio sul merito della vicenda.

1.1 - Il Tribunale, con sentenza del 3 novembre 2000, dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice italiano, sul rilievo che la domanda avanzata dall'attore trovava il suo fondamento in fatti compiuti da uno Stato straniero nell'esercizio della sua sovranità e che, pertanto, la controversia era sottratta alla cognizione dello Stato territoriale in base al principio della c.d. immunità ristretta fondato sul diritto internazionale consuetudinario.

1.2 - La Corte d'appello di Firenze respingeva l'appello del Ferrini, ribadendo quanto già affermato dal Tribunale e osservando, in particolare, che il riconoscimento della giurisdizione del giudice



italiano nella controversia in esame non avrebbe potuto trovare fondamento:

- nella *Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, firmata a Bruxelles il 27 giugno 1968 [d'ora innanzi: *Convenzione*], essendo escluse dal suo ambito di applicazione, secondo il costante orientamento della Corte di Giustizia, le materie attinenti all'esercizio di potestà pubbliche da parte di autorità statali;
- e neppure nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, essendo le sue disposizioni rivolte (non agli individui, ma) agli Stati e prive di valore precettivo immediato.

1.3 - Il Ferrini chiede la cassazione di tale sentenza con quattro motivi di ricorso, illustrati con memoria.

La Repubblica Federale di Germania resiste.

Motivi della decisione

2 - Con il primo motivo il ricorrente - denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 5, terzo comma, e 57, della *Convenzione sulla competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale* firmata a Bruxelles il 27 settembre 1968 (d'ora

Giuseppe Marziale



innanzi: *Convenzione*) censura la sentenza impugnata per aver negato la giurisdizione del giudice italiano senza considerare che nella specie erano applicabili i criteri di individuazione della competenza giurisdizionale stabiliti in detta *Convenzione*, posto che:

- la controversia intercorre tra un soggetto avente il proprio domicilio in uno Stato contraente (l'Italia) nei confronti di un altro Stato contraente (la Repubblica Federale di Germania) e, quindi, per definizione localizzato entro l'ambito territoriale di applicazione della *Convenzione*;
- che la pretesa risarcitoria trova fondamento in fatti avvenuti nel territorio italiano;
- che, secondo il diritto italiano e tedesco, anche le domande risarcitorie proposte nei confronti di un ente pubblico hanno natura "civile";
- che le disposizioni contenute nella *Convenzione* prevalgono sulle norme internazionali di diritto consuetudinario e, quindi, anche sul principio sul quale si fonda l'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri;
- che, in base al criterio stabilito dall'art. 5, n. 3, "in materia di delitti o quasi delitti", il convenuto domiciliato in un altro Stato

Giuseppe Marziale



contraente può essere citato davanti al giudice dello Stato in cui l'evento dannoso si è verificato, anche quando si tratti di uno Stato contraente *diverso* da quello in cui il convenuto è domiciliato.

2.1 - La censura, in tali termini formulata, è palesemente infondata.

Invero, la Convenzione (i cui contenuti sono ora assorbiti, salvo che per la Danimarca, dal Regolamento CE 44/01 emanato il 22 dicembre 2000 dal Consiglio dell'Unione Europea) non è applicabile alle controversie relative ad attività che costituiscono espressione della sovranità dei singoli Stati, come è stato chiarito a più riprese dalla Corte di Giustizia affermando, in tema di responsabilità della pubblica amministrazione, che la pretesa risarcitoria del danneggiato assume carattere "civile" (e rientra, quindi, nell'ambito di applicazione della Convenzione) solo se è fondata su fatti che non siano stati commessi dalla pubblica amministrazione "nell'esercizio della sua potestà d'impero" (sent. 21 aprile 1993, c. 171/91; 16 dicembre 1980, c. 814/79; 14 ottobre 1976, c. 29/76).

3 - L'infondatezza, per le ragioni indicate nel precedente paragrafo, della censura formulata con il primo motivo, porta a ritenere assorbito il terzo motivo, con il quale il ricorrente - denunciando

Giuseppe Marziale



violazione degli artt. 2 e 3 del Protocollo aggiuntivo della *Convenzione* – sia duole che la Corte territoriale non abbia rimesso alla Corte di giustizia CE la questione interpretativa volta a chiarire se la domanda di risarcimento proposta nei confronti della Germania nel ricorso rientri, o meno, nell'ambito di operatività della *Convenzione* medesima.

Invero, anche quando la rimessione della questione alla Corte di Giustizia è obbligatoria (ma tale non era nel caso di specie, dal momento che la Corte d'appello non era chiamata a decidere quale giudice di ultima istanza e non ricorrevano, quindi, le condizioni per applicare il principio posto dall'art. 234, ultimo comma, del Trattato CE), deve pur sempre considerarsi che l'obbligatorietà del rinvio non è assoluta, in quanto esso risponde all'esigenza di assicurare la corretta e uniforme applicazione del diritto comunitario in tutti gli Stati membri e il giudice (anche se di ultima istanza) può quindi astenersi legittimamente dal sottomettere la questione interpretativa all'esame della Corte di giustizia tutte le volte che la sua soluzione si imponga con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio (Corte di giustizia CE 6 ottobre 1982, c. 283/81; 16 gennaio 1974, c. 166/73; 27 marzo 1963, cause riunite 28-30/62; Cass. 22 novembre 1996, n. 10359).

Giuseppe Marziale



4 - Con il secondo e il quarto motivo, tra loro strettamente connessi, il ricorrente - denunciando violazione degli artt. 10 e 24

Cost. - censura la sentenza impugnata per aver ritenuto:

che il principio della immunità giurisdizionale degli stati stranieri ha natura e valore di principio generale di diritto internazionale consuetudinario;

- che detto principio può operare anche in presenza della violazione di norme di *jus cogens* e, in particolare di quelle che attengono al rispetto della dignità umana e dei diritti inviolabili della persona.

5 - Contrariamente a quel che mostra di ritenere il ricorrente, l'esistenza di una norma *consuetudinaria* di diritto internazionale che impone agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri e la sua operatività, nel nostro ordinamento, in virtù di quanto disposto dall'art. 10, primo comma, Cost., non sono revocabili in dubbio, anche se deve riconoscersi, come si dirà tra breve, che la portata di tale principio (che un tempo aveva carattere *assoluto*, nel senso che accordava allo Stato straniero un'immunità *totale*, quale che fossero la natura e l'oggetto della controversia, rispetto alla giurisdizione dello Stato territoriale) è andata e va progressivamente

Giuseppe Marziale



restringendosi (Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 530/SU; 3 febbraio 1996, n. 919; v. altresì, *infra*, § 10.1).

La censura è pertanto, sotto tale riguardo, chiaramente infondata.

6 Il suo esame, sotto l'altro profilo, richiede un più lungo discorso.

Con la già citata sentenza n. 530/SU del 2000, questa Corte - chiamata giudicare della "nocività" per l'incolumità fisica e la salute dei residenti, dell'attività di addestramento di velivoli alla guerra, in funzione difensiva, effettuata in base alle previsioni del Trattato NATO dagli Stati Uniti d'America sul territorio italiano - dopo aver ribadito che l'immunità dalla giurisdizione civile può essere riconosciuta solo limitatamente alle attività che costituiscano "estrinsecazione immediata e diretta" della sovranità di uno Stato estero, ha negato che la "potenziale incidenza negativa" di attività siffatte "sui diritti fondamentali dell'uomo" potesse assumere "valore e portata discriminatoria" in ordine alla loro riconducibilità "alla sfera del diritto pubblico" e alla loro idoneità "alla realizzazione dei fini istituzionali dello Stato", precisando che "tale dato" avrebbe consentito soltanto di affermare che esse erano potenzialmente nocive sotto i profili sopra indicati, ma non avrebbe consentito di escludere che si trattava di attività *sovrane*, sottratte, in quanto

Giuseppe Marziale



tali, al potere giurisdizione dello Stato territoriale. Questo perché l'attività di addestramento alla guerra delle forze armate in funzione difensiva "rappresenta un fine pubblico essenziale ... dello Stato" e, quindi, un'attività "indefettibilmente e ontologicamente *iure imperii*".

6.1 - Nella stessa ottica sembra porsi la sentenza pronunciata il 15 dicembre 1995 dalla Corte Suprema d'Irlanda nel caso *McElhinney*. L'Inghilterra era stata convenuta in giudizio da un cittadino della Repubblica d'Irlanda davanti ai giudici di quel Paese per rispondere dei danni subiti a causa di uno "shock post-traumatico" causatogli da un militare inglese in servizio al confine tra la Repubblica d'Irlanda e l'Irlanda del Nord. Al passaggio della frontiera, l'autovettura del sig. McElhinney aveva urtato il militare, che aveva reagito inseguendolo *anche oltre la linea di confine* ed esplodendo alcuni colpi di arma da fuoco, tre dei quali in territorio irlandese. Dopo averlo raggiunto, il militare gli aveva puntato contro l'arma, premendo il grilletto, che si era però inceppato.

La Corte ha ritenuto che l'Inghilterra potesse beneficiare dell'immunità dalla giurisdizione, osservando che il militare aveva agito nell'esercizio di poteri inerenti all'attività di controllo sulla linea di confine, riconducibili, in quanto tali, all'esercizio della

Giuseppe Marziale



sovranità dello Stato convenuto. Questa impostazione è stata fatta propria, con la sentenza 21 novembre 2001, *McElhinney v. Ireland*, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (alla quale l'attore aveva fatto ricorso assumendo che la Repubblica d'Irlanda, declinando la propria giurisdizione, gli aveva precluso la possibilità di tutelare il suo diritto in via giudiziaria, violando l'art. 6.1 della *Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo*), ma sulla base di considerazioni che, come si preciserà in seguito, non possono essere condivise (*infra*, § 10.1).

7 - Il problema che viene in considerazione nel presente giudizio è profondamente diverso.

Che gli atti a suo tempo compiuti dalla Germania, sui quali si radica la pretesa avanzata dal Ferrini, fossero espressione della sua potestà d'impero, non è invero revocabile in dubbio, trattandosi di atti posti in essere nel corso di *operazioni belliche*. Il problema che si pone, infatti, è quello di accertare se l'immunità dalla giurisdizione possa operare anche in presenza di comportamenti che, a differenza di quelli considerati nel precedente paragrafo, assumono connotati di estrema gravità, configurandosi, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, quali *crimini*


Giuseppe Marziale



internazionali, in quanto lesivi di valori *universali* che trascendono gli interessi delle singole comunità statali (v. *infra*, § 9).

7.1 - La circostanza che tali comportamenti si inserissero nello svolgimento di operazioni belliche pone peraltro una questione preliminare.

Con ordinanza del 5 giugno 2002, n. 8157 queste Sezioni Unite hanno infatti statuito che gli atti compiuti dallo Stato nella conduzione di ostilità belliche si sottraggono ad ogni sindacato giurisdizionale, costituendo espressione di una funzione di "indirizzo politico", rispetto alla quale "non è configurabile una situazione di interesse protetto a che gli atti in cui detta funzione si manifesta assumano o meno un determinato contenuto". In applicazione di detto principio è stato dichiarato il difetto di giurisdizione su una domanda di risarcimento proposta nei confronti della Presidenza del Consiglio e del Ministero della difesa dell'Italia per l'avvenuta distruzione, nel corso delle operazioni aeree della NATO contro la Repubblica Federale di Jugoslavia, di un obbiettivo non militare, e al conseguente decesso di alcuni civili.

E' agevole però osservare, *da un lato*, che l'insindacabilità delle modalità di svolgimento delle attività di suprema direzione della cosa pubblica non è di ostacolo all'accertamento degli eventuali

Giuseppe Marziale



reati commessi nel corso del loro esercizio e delle conseguenti responsabilità, sia sul piano penale che su quello civile (artt. 90 e 96 Cost.; art. 15, l. cost. 11 marzo 1953, n. 1; art. 30, l. 25 gennaio 1962, n. 20); *dall'altro*, che, in forza del principio di adattamento sancito dall'art. 10, primo comma, della nostra Carta Costituzionale, le norme di diritto internazionale "generalmente riconosciute" che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali e configurano come "crimini internazionali" i comportamenti che più gravemente attentano all'integrità di tali valori, sono divenute "automaticamente" parte integrante del nostro ordinamento e sono, pertanto, pienamente idonee ad assumere il ruolo di parametro dell'ingiustizia del danno causato da un "fatto" doloso o colposo altrui.

E' quindi evidente che i principi contenuti in detta pronuncia non possono venire in considerazione nel caso di specie.

7.2 - Come si è riferito (*retro*, § 1), i fatti posti a fondamento della domanda risarcitoria avanzata dal ricorrente si erano concretati nella sua cattura e nella sua deportazione in Germania per essere utilizzato quale "mano d'opera non volontaria" al servizio di imprese tedesche.

Giuseppe Marziale



Alla stregua della Risoluzione 95-I dell'11 dicembre 1946, con la quale l'Assemblea generale delle Nazioni Unite "confermò" i principi di diritto internazionale dello Statuto e dalla sentenza del Tribunale militare internazionale di Norimberga, sia la deportazione che l'assoggettamento ai lavori forzati dovevano essere annoverati tra i "crimini di guerra" e, quindi, tra i *crimini di diritto internazionale*.

Nello Statuto, firmato a Londra l'8 agosto 1945, si precisava, infatti, che la categoria dei "crimini di guerra" comprende anche "la deportazione per costringere ad eseguire lavori forzati" (art. 6, lett. b).

Nella sentenza pronunciata dal Tribunale di Norimberga il 30 settembre 1946, si poneva in evidenza che un comportamento siffatto costituiva violazione "flagrante" della Convenzione relativa alle leggi e agli usi della guerra terrestre, stipulata a L'Aia il 18 ottobre 1907, il cui Regolamento allegato stabiliva che *servizi* agli "abitanti" possano essere imposti alla popolazione civile (soltanto) per le necessità dell'esercito di occupazione" (art. 52), escludendo pertanto che prestazioni siffatte potessero essere richieste per fini diversi. L'applicabilità di quest'ultima disposizione era stata contestata dalla difesa degli imputati, la quale si era richiamata all'art. 2 della Convenzione, facendo presente che tale Convenzione

Giuseppe Marziale



non era stata sottoscritta da alcuni Stati belligeranti. L'obiezione fu però superata dal Tribunale osservando che nel 1939 (e, quindi, prima dell'inizio del conflitto) le "regole" da essa stabilite erano riconosciute e accettate da tutte le nazioni civili ed avevano quindi assunto la forza e il valore di norme consuetudinarie.

7.3 - La configurazione come "crimine internazionale" della deportazione e dell'assoggettamento dei deportati al lavoro forzato trova conferma sia nei *Principi di diritto internazionale adottati nel giugno 1950* dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite (principio VI); sia nelle *Risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite 25 maggio 1993, n. 827/93 e 8 novembre 1994 n. 955/94*, con le quali sono stati adottati, rispettivamente, lo Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (artt. 2 e 5) e lo Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (art.3); sia, infine, nella *Convenzione con la quale è stata istituita la Corte penale internazionale*, sottoscritta a Roma il 17 luglio 1998 da ben 139 Stati (dei quali 420 ratificanti) ed entrata in vigore il 1° luglio 2002 (artt. 7-8).

7.4 - Anche a voler prescindere da quel che si afferma nella sentenza richiamata nel precedente paragrafo, non è quindi revocabile in dubbio che si sia al riguardo formata una norma di

Giuseppe Marziale



diritto consuetudinario di portata *generale* per tutti i componenti della comunità internazionale.

La gravità di tali crimini è stata del resto riconosciuta dalla stessa Germania che, prendendo atto delle sofferenze inflitte dallo Stato nazista a quanti furono deportati e assoggettati al "lavoro coatto" e facendosi carico della relativa responsabilità politica e morale, ha istituito, con il concorso delle imprese tedesche che avevano beneficiato di tali prestazioni "non volontarie", una Fondazione, denominata "Memoria, responsabilità e futuro", allo scopo mantenere vivo il ricordo dell'accaduto e di assicurare alle vittime un indennizzo (legge 2 agosto 2000, *BGBI*, 2000, I, 1263), subordinando peraltro l'individuazione degli "aventi diritto" alla ricorrenza di determinati requisiti (*ivi*, art. 11).

Quest'ultima legge assume rilievo anche sotto un ulteriore profilo, in quanto conferma che i fatti posti dal ricorrente a fondamento della propria pretesa non costituivano episodi isolati, ma rispondevano ad una precisa strategia perseguita in quell'epoca, con ferma determinazione, dallo Stato tedesco.

8 - La Corte suprema di Grecia ha escluso che possa fruire dell'immunità dalla giurisdizione civile uno Stato straniero (anche in quel caso si trattava della Germania) in relazione ad un giudizio


Giuseppe Marziale



promosso da cittadini greci per ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa di atti gravemente lesivi dei diritti umani (erano state uccise per rappresaglia circa duecento persone che non avevano alcun rapporto, diretto o indiretto, con le operazioni militari) compiuti in territorio greco dalle sue truppe di occupazione durante la seconda guerra mondiale (sent. 4 maggio 2000, n. 11, *Prefettura di Voiotia c. Repubblica Federale di Germania*).

La Corte ha fatto anzitutto ricorso all'art. 11 della *Convenzione europea sull'immunità degli Stati*, stipulata il 16 maggio 1972, il quale nega che lo Stato possa invocare l'immunità dalla giurisdizione civile quando sia convenuto in giudizio davanti all'autorità giudiziaria di uno Stato straniero con una pretesa risarcitoria fondata su un illecito commesso nel territorio soggetto alla sua sovranità.

Secondo quel che si afferma nella sentenza in esame, tale regola varrebbe anche per gli illeciti commessi nell'esercizio di un'attività d'impero e sarebbe espressione di un principio di natura consuetudinaria, efficace, in quanto tale, anche rispetto ai paesi che, come la Grecia, non hanno sottoscritto la Convenzione.

3.1 - Il richiamo a tale disposizione non è stato però ritenuto risolutivo, in quanto i giudici si sono fatti carico dell'obiezione che


Giuseppe Marziale



poteva essere tratta dall'art. 31, in cui si precisa che il campo di applicazione della Convenzione non si estende alla disciplina delle situazioni che possono determinarsi in caso di conflitto armato. E hanno ritenuto di poterla superare affermando che la violazione di norme *imperative* poste a tutela dei diritti fondamentali della persona umana implica *rinuncia* ai benefici (e ai privilegi) accordati dal diritto internazionale, e che doveva quindi ritenersi che la Germania, rendendosi responsabile di quei crimini, avesse rinunciato *implicitamente* all'immunità.

8.2 - Ma è agevole replicare che non vi è atto il quale presupponga *necessariamente* una determinata volontà. Una rinuncia non può quindi essere ipotizzata *in astratto*, ma solo riscontrata *in concreto*, se i fatti accertati consentono di qualificare un determinato contegno come "abdicativo". Del resto, appare improbabile che colui che si rende colpevole di violazioni così gravi intenda rinunciare al beneficio che gli deriva dall'immunità giurisdizionale, trattandosi di prerogativa che (se non impedisce del tutto) rende certamente più difficile l'accertamento della sua responsabilità.

8.3 - Se l'argomento addotto non può dirsi, pertanto, pienamente persuasivo, la conclusione alla quale la Corte greca è pervenuta

Giuseppe Marziale



merita invece di essere pienamente condivisa, anche se per ragioni diverse da quelle appena esposte.

9 - E' ricorrente l'affermazione che i crimini internazionali "minacciano l'umanità intera e minano le fondamenta stesse della coesistenza internazionale" (così, ad es., Corte Cost. di Ungheria 13 ottobre 1993, n. 53). Si tratta, infatti, di delitti che si concretano nella violazione, particolarmente grave per intensità o sistematicità (arg. ex art. 40, secondo comma, del *Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati*, adottato nell'agosto del 2001 dalla Commissione di diritto internazionale dell'ONU), dei diritti fondamentali della persona umana, la cui tutela è affidata a norme *inderogabili* che si collocano al *vertice* dell'ordinamento internazionale, prevalendo su ogni altra norma, sia di carattere convenzionale che consuetudinario (Tribunale penale per la ex-Jugoslavia, 10 dicembre 1998, *Furunduzija*, 153-155; 14 gennaio 2000, *Kupreskic*, 520; Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, 61) e, quindi, anche su quelle in tema di immunità.

Per questo ne è stata sancita l'imprescrittibilità (*Convenzione ONU*, del 26 novembre 1968; *Convenzione del Consiglio d'Europa* del 25 gennaio 1974) e si è riconosciuto che ogni Stato può reprimerli,

Giuseppe Marziale



indipendentemente dal luogo in cui sono stati commessi, secondo i principi della giurisdizione *universale* (sentenza *Furundzija*, 155 e 156): in alcuni casi la loro repressione è stata anzi prevista come *obbligatoria* (così, in particolare, l'art. 146 della *IV Convenzione di Ginevra, relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra*). Per la stessa ragione, non si dubita che il principio della universalità della giurisdizione valga anche per i processi civili che traggono origine da tali reati.

Va poi consolidandosi il convincimento che violazioni così gravi debbano comportare, anche rispetto agli Stati, una reazione *qualitativamente diversa* (e più severa) di quella stabilita per gli altri illeciti. In linea con tale tendenza, nella sentenza da ultimo ricordata si afferma che gli Stati rimasti estranei all'illecito hanno il *dovere* di non riconoscere le situazioni determinate dalla sua commissione (*ivi*, 155). E, sempre in questa prospettiva, il *Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati, cit.*, "vieta" agli Stati di prestare alcun aiuto o assistenza al mantenimento delle situazioni originate dalla violazione e li "obbliga" a concorrere, con mezzi legittimi, alla cessazione dell'attività illecita (art. 41).

9.1 - Il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti si pone in

Giuseppe Marziale



palese contrasto con i dati normativi appena ricordati, poiché detto riconoscimento, lungi dal favorire, *ostacola* la tutela di valori, la cui protezione è da considerare invece, alla stregua di tali norme e principi, *essenziale* per l'intera Comunità internazionale, tanto da giustificare, nelle ipotesi più gravi, anche forme di reazione *obbligatorie*. E non può esservi dubbio che l'antinomia debba essere risolta dando prevalenza alle norme di rango più elevato, come puntualizzato nelle opinioni dissidenti espresse dai giudici di minoranza (otto contro nove) allegate alla sentenza *Al-Adsani* (*retro*, § 9): quindi, escludendo che, in ipotesi siffatte, lo Stato possa giovare dell'immunità dalla giurisdizione straniera. In questa prospettiva sembra collocarsi la sentenza *Furunduzija* (*loc. ult. cit.*), che annovera tra gli effetti della violazione di norme di questo tipo, operanti "a livello interstatale", la possibilità, per le vittime, di "avviare un'azione civile di risarcimento davanti ai tribunali di uno Stato straniero".

9.2 - Non vale opporre che tale deroga al principio dell'immunità non è *espressamente* prevista da alcuna norma (così, ad es., oltre la sentenza *Al-Adsani*, 61; *Superior Court of Justice - Ontario* (Canada), 1 maggio 2002, *Houshang Bouzari+3 v. Islamic Republic of Iran*, 63).

Giuseppe Marziale



Il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha invero assunto, ormai, il valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale (in tal senso, oltre alle sentenze già ricordate, Corte Internazionale di Giustizia 9 aprile 1949, *Regno Unito c. Albania*; 27 giugno 1986, *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua*, 219). E l'emersione di tale principio non può non riflettersi sulla portata degli altri principi ai quali tale ordinamento è tradizionalmente ispirato e, in particolare, di quello sulla "sovrana uguaglianza" degli Stati, cui si ricollega il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera.

Le norme giuridiche non vanno infatti interpretate le une separatamente dalle altre, poiché si completano e si integrano a vicenda, condizionandosi reciprocamente nella loro applicazione, (sentenze *Al-Adsani*, cit., 55; *McElhinney*, cit., 36). Queste decisioni fanno specifico riferimento alla norme *convenzionali*. Ma non vi è dubbio che criteri analoghi valgono per l'interpretazione di quelle *consuetudinarie*, che, non diversamente dalle altre, sono inserite in un *sistema* e possono, pertanto, essere correttamente intese solo se poste in relazione alle altre norme che fanno parte integrante dello stesso ordine giuridico (così, ad es., *Dichiarazione Universale*



dei diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea ONU il 10 dicembre 1948, art. 30)

10 - Questa Corte è consapevole che, anche di recente, si è affermato che gli Stati hanno il diritto di avvalersi dell'immunità dalla giurisdizione pur in presenza di domande dirette ad ottenere il risarcimento dei danni derivati dalla commissione di *crimini internazionali*. Si tratta, però, di decisioni che riguardano casi nei quali l'illecito era stato commesso in uno Stato *diverso* da quello del *foro* (così, in particolare, oltre le sentenze relative ai casi *Al-Adsani*, e *Houshang Bouzari*, *retro*, § 9.2, la sentenza 24 marzo 1999 della *House of Lords*, nel caso *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet*, con particolare riferimento all'opinione espressa da *Lord Hutton*, il quale ebbe a rilevare *incidentalmente* (il giudizio riguardava infatti una persona fisica: il generale Pinochet) che il Cile, pur dovendo ritenersi responsabile sul piano internazionale dei crimini commessi durante il suo regime, avrebbe potuto opporre l'immunità se la domanda risarcitoria fosse stata proposta innanzi a un giudice inglese) e, quindi, non pienamente coincidenti con la situazione che viene in considerazione nel presente giudizio, caratterizzata, come si è già posto in rilievo, dalla circostanza che

Giuseppe Marziale



l'azione criminosa era iniziata nel paese in cui il giudizio è stato instaurato e si era configurata, già in quell'ambito territoriale, come crimine internazionale (retro, §§ 1, 6.2, 6.3).

Le considerazioni contenute in dette sentenze non sono comunque tali da infirmare la validità delle conclusioni esposte nei §§ 9.1 e 9.2. Esse si compendiano, infatti, nell'assunto (implicitamente ribadito dalla Corte di Strasburgo anche con la decisione 12 dicembre 2002, *Kalogeropoulou e altri c. Grecia e Germania*, che peraltro aveva specifico riferimento all'immunità dalla giurisdizione esecutiva, diversa pertanto da quella che viene in considerazione nel presente giudizio) che solo un'espressa previsione normativa potrebbe giustificare una deroga al principio dell'immunità giurisdizionale, ma tale affermazione, per quanto si è detto, non può essere condivisa.

10.1 - L'opinione esposta nei precedenti paragrafi deve essere quindi tenuta ferma.

Tanto più che, in tema di responsabilità da fatti illeciti, la prassi va evolvendosi verso l'adozione di un criterio *diverso* da quello fondato sulla distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*, la cui inadeguatezza rispetto a tal genere di controversie è stata del resto segnalata in dottrina.

Giuseppe Marziale



Ciò emerge con chiarezza dalle sentenze relative ai casi *Al-Adsani* e *Houshang Bouzari*, pronunciate rispettivamente in Inghilterra e in Canada (retro, § 9, 9.2). Da esse si desume, infatti, che i giudici, pur in presenza di torture commesse da agenti e funzionari di polizia su persone tradotte in carcere (e, come tali, riconducibili all'esercizio della potestà d'impero), hanno attribuito rilievo *determinante*, ai fini del riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore dello Stato straniero, alla circostanza che in entrambi i casi esso l'illecito era stato commesso in uno stato *diverso* da quello nel quale il processo era stato instaurato.

In effetti, secondo le norme vigenti sia in Inghilterra che in Canada l'opponibilità dell'immunità dalla giurisdizione civile da parte dello Stato estero, relativamente alle controversie aventi ad oggetto domande risarcitorie per danni alla persona o alle cose, è regolata secondo tale diverso criterio.

La sect. 5 dello *State Immunity Act of 1978*, esclude, infatti, che l'immunità possa essere opposta per i danni "*caused by an act or omission in the United Kingdom*". Analoga è l'impostazione dello *State Immunity Act* del Canada, che del pari nega il beneficio dell'immunità quando la domanda risarcitoria riguardi danni "*that occurs in Canada*" (sect. 6). Ed è importante rilevare che a principi

Giuseppe Marziale



non diversi si ispirano sia la *Convenzione europea sull'immunità degli Stati*, cit. (retro, § 8), entrata in vigore l'11 giugno 1976 e ratificata fino a questo momento da otto Stati, tra i quali la stessa Inghilterra; sia le legislazioni interne di alcuni Paesi, tra i quali, oltre al Canada, gli Stati Uniti d'America (*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, sect. 1605,5*), il Sud Africa (*Foreign States Immunity Act of 1981, sect., 3*), l'Australia (*Foreign States Immunity Act of 1985*) che non hanno sottoscritto tale Convenzione; sia, infine, l'art. 12 del *Progetto di Convenzione sull'immunità giurisdizionale degli Stati e delle loro proprietà*, redatto dalla Commissione di Diritto Internazionale dell'ONU.

Contrariamente a quel che si afferma nella sentenza pronunciata il 21 novembre 2001 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *McElhinney*, l'orientamento espresso dalle norme passate in rassegna non riguarda soltanto i danni derivanti da atti estranei all'esercizio della sovranità dello Stato straniero. La Corte ha basato il proprio convincimento su un passo del *Rapporto esplicativo della Commissione di Diritto Internazionale al Progetto di Convenzione ONU sulle immunità*, in cui si afferma che il citato art. 12 si riferirebbe "essenzialmente" ai danni "assicurabili", vale adire a quelli derivanti dall'ordinaria circolazione dei veicoli (sentenza ult.

Giuseppe Marziale



cit., 38). Ma tale affermazione, come viene posto in evidenza nella "opinione dissidente" dei giudici *Caflish, Cabral, Barreto e Vajic* è inserita in un più ampio contesto, nel quale si precisa che la deroga al principio dell'immunità, stabilita dalla norma in esame, ricomprende anche i danni "intenzionali" e quelli derivanti da reato, non esclusi l'omicidio e l'assassinio politico, aggiungendo (e la puntualizzazione, ai fini che qui interessano, è risolutiva) che la distinzione tra atti commessi *iure imperii* e atti posti in essere *iure gestionis* non assume alcun valore rispetto alle pretese risarcitorie originate da "attentati all'integrità fisica di una persona", ovvero dalla perdita o dalla lesione di un bene "corporale".

Dette disposizioni, come è riconosciuto anche dalla difesa della parte resistente (*controricorso*, p. 9), denotano quindi una tendenza al superamento della teoria dell'immunità ristretta. Anzi, secondo quel che si afferma nella sentenza *Voiotia* il criterio da esse espresso avrebbe ormai assunto il valore di una norma *consuetudinaria* (*retro*, § 7). E' comunque certo che la loro presenza impedisce che il criterio fondato sulla *natura* dell'atto lesivo possa essere considerato ancora di portata generale.

10.2 - Un riscontro ulteriore del progressivo attenuarsi della rilevanza di tale criterio rispetto alle controversie aventi ad oggetto


Giuseppe Marziale



pretese risarcitorie fondate su illeciti può cogliersi (come rilevato nel *Rapporto* redatto il 6 luglio 1999 dal Gruppo di lavoro della *Commissione di Diritto Internazionale sulle Immunità degli Stati* (ivi, Appendice, §§ 9-10) nell'emendamento apportato nel 1996 al *Foreign Sovereign Immunities Act* degli U.S.A. Esso, infatti, aggiunge un ulteriore caso di esclusione dell'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, a quelli già contemplati dalla *sect. 1605* del F.S.I.A., riguardante le pretese dirette ad ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa di lesioni personali o della morte determinate da "tortura, assassinio, sabotaggio di aereo, presa di ostaggi" (*sect. 221, Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*). L'ambito di applicazione di tale emendamento è circoscritto, poiché la deroga vale solo per gli Stati individuati dal *Dipartimento di Stato U.S.A.*, come "sponsor" del terrorismo. Proprio per questo sono state manifestate riserve in ordine alla sua introduzione, sul rilievo che la creazione di una categoria di Stati privi di prerogative riconosciute in favore di tutti gli altri componenti della comunità internazionale (e, per giunta, su determinazione unilaterale di un singolo Paese) non sembra conciliarsi con il principio di "sovrana eguaglianza" degli Stati, il quale implica che questi ultimi siano giuridicamente eguali e possano operare nei loro reciproci rapporti


Giuseppe Marziale



in condizioni di perfetta parità, usufruendo di tutti i diritti inerenti alla loro "piena sovranità" (*Dichiarazione ONU sulle relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati*, approvata dall'Assemblea ONU il 24 ottobre 1970).

Non è difficile, tuttavia, cogliere in tale norma una conferma del rilievo prioritario che, in presenza di attività delittuose di particolare gravità, viene ormai attribuito alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana rispetto alla protezione dell'interesse dello Stato al riconoscimento della propria immunità dalla giurisdizione straniera anche in paesi, come gli U.S.A., tenaci assertori, fino ad un recente passato, della teoria dell'immunità assoluta. Tanto più significativa ove si consideri che il principio in essa enunciato è stato già posto a fondamento di numerose decisioni: alla fine del 2001 erano almeno dodici le sentenze di condanna pronunciate da Corti U.S.A. nei confronti di Stati stranieri (*Alejandro v. Republic of Cuba*, del 17 dicembre 1997; *Flatow v. Islamic Republic of Iran* dell'11 marzo 1998; *Cicippio v. Islamic Republic of Iran*, del 27 agosto 1998; *Anderson v. Islamic Republic of Iran*, del 24 marzo 2000; *Eisenfeld v. Islamic Republic of Iran*, dell'11 luglio 2000; *Higgins v. Islamic Republic of Iran*, del 21 settembre 2000; *Sutherland v. Islamic Republic of Iran*, del 25


Giuseppe Marziale



giugno 2001; *Polhill v. Islamic Republic of Iran*, del 23 agosto 2001; *Wagner v. Islamic Republic of Iran*, del 6 novembre 2001; *Mousa v. Islamic Republic of Iran*, del 19 settembre 2001; *Jenco v. Islamic Republic of Iran* del 2001; *Daliberti v. Republic of Iraq* del 5 dicembre 2001), delle quali tre risalenti ad epoca anteriore alla data di instaurazione del presente giudizio (23 settembre 1998). A tali sentenze devono essere poi aggiunte le ordinanze pronunziate, il 26 febbraio 1998, dalla Corte distrettuale di New York e, il 15 dicembre 1998, dalla Corte d'appello del 2° circuito che, sempre in applicazione dello stesso principio, hanno affermato la giurisdizione dei giudici statunitensi in relazione al caso *Rein v. Libya*, relativo all'attentato di *Lockerbie*.

11 - Un'ultima considerazione. E' ormai pacifico che, in presenza di crimini internazionali, l'immunità *funzionale* degli organi dello Stato estero non può essere invocata.

La normativa convenzionale è, a tale riguardo, inequivoca (così, da ultimo, l'art. 27 dello Statuto della Corte penale internazionale, che ribadisce un principio già presente nello Statuto del Tribunale di Norimberga e in quelli del Tribunale penale per la ex Jugoslavia e per il Ruanda, *retro*, § 6.3). Per quel che riguarda la prassi giudiziaria è sufficiente richiamare la sentenza della Corte Suprema


Giuseppe Marziale



di Israele 29 maggio 1962, sul caso *Eichmann*, quelle pronunziate negli U.S.A., il 30 maggio 1980, dalla Corte d'appello federale del secondo Circuito nel caso *Filartiga v. Pena-Irala*, il 12 aprile 1995 dalla Corte distrettuale del Massachusset nel caso *Xuncax v. Gramajo* e il 18 aprile 1998 dalla Corte distrettuale di New York nel caso *Cabiri v. Assasie Gyimah*, tutte concordi nell'escludere che detta immunità possa assumere rilievo quando siano stati commessi crimini internazionali.

L'immunità funzionale, secondo l'opinione prevalente, costituisce specificazione di quella che compete agli Stati, poiché risponde all'esigenza di impedire che il divieto di convenire in giudizio lo Stato straniero possa essere vanificato agendo nei confronti della persona mediante la quale la sua attività si è esternata. Ma se il rilievo è esatto, come sembra a questa Corte, deve allora convenirsi con quanti affermano che se l'immunità funzionale non può trovare applicazione, perché l'atto compiuto si configura quale *crimine internazionale*, non vi è alcuna valida ragione per tener ferma l'immunità dello Stato e per negare, conseguentemente, che la sua responsabilità possa essere fatta valere davanti all'autorità giudiziaria di uno Stato straniero.


Giuseppe Marziale



12 - Tutto ciò conferma che la Repubblica Federale di Germania non ha il diritto di essere riconosciuta, nella presente controversia, immune dalla giurisdizione del giudice italiano, la cui giurisdizione deve essere quindi dichiarata. E che tale situazione, a livello normativo, si era già determinata quando il presente giudizio è stato instaurato (23 settembre 1998).

Si è posto in evidenza che i fatti sui quali si fonda la domanda si sono verificati anche in Italia. Ma è appena il caso di rilevare che, essendo essi qualificabili come crimini internazionali, la giurisdizione andrebbe comunque individuata secondo i principi della giurisdizione universale (*retro*, § 9).

Ogni questione relativa all'esistenza del diritto fatto valere dal ricorrente e alla proponibilità della domanda rimane naturalmente impregiudicata (art. 386 c.p.c.).

Il ricorso deve essere pertanto accolto e la sentenza impugnata cassata, con conseguente rinvio al Tribunale di Arezzo, che provvederà anche alla liquidazione delle spese della presente fase.

P.Q.M.

La Corte di cassazione, a sezioni unite, accoglie il ricorso e dichiara la giurisdizione del giudice italiano. Cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, al Tribunale di Arezzo.


Giuseppe Marziale



Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del 6 novembre
2003.

Il Presidente

L'estensore

IL CANCELLIERE C1
Giovanni Carambatista

Depositata in Cancelleria



11 MAR. 2004
IL CANCELLIERE C1
Giovanni Carambatista

JUDGMENT NO. 238 YEAR 2014

[omitted]

THE CONSTITUTIONAL COURT

[omitted]

gives the following

JUDGMENT

In proceedings concerning the constitutionality of Article 1 of Law no. 848 of 17 August 1957 (Execution of the Charter of the United Nations, signed in San Francisco on 26 June 1945) and of Articles 1 and 3 of Law no. 5 of 14 January 2013 (Adhesion of the Italian Republic to the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, signed in New York on 2 December 2004, and relevant provisions adapting the national legal system), initiated by the *Tribunale di Firenze* by three referral orders of 21 January 2014, respectively registered as no.s 84, 85 and 113 in the Register of Referral Orders 2014, and published in the Official Journal of the Republic no.s 23 and 29, first special series 2014.

Given the entries of appearance by S.F., A.M. and others and by B.D., and the intervention of the President of the Council of Ministers;

Having heard the Judge Rapporteur Giuseppe Tesauro at the public hearing of 23 September 2014;

Having heard Counsel Joachim Lau for S.F., for A.M. and others and for B.D., and State Counsel Diana Ranucci for the President of the Council of Ministers.

[omitted]

Conclusions on points of law

1.– The *Tribunale di Firenze* has raised questions on the constitutionality of certain legal provisions that require it to decline jurisdiction, as argued by the respondent party, in relation to three claims for compensation filed against the Federal Republic of Germany (hereinafter, FRG) for damages suffered during World War II by three Italian nationals, who had been captured on Italian territory by German military forces and deported to Germany for forced labour in concentration camps.

In particular, the *Tribunale di Firenze* raised questions on the constitutionality of: 1) the norm “arising in our legal order by means of the reception, as per Article 10(1) of the Constitution”, of the customary rule of international law on State immunity from the civil jurisdiction of other States,

as interpreted by the International Court of Justice (hereinafter, ICJ) in the *Germany v. Italy* judgment handed down on 3 February 2012, insofar as it includes, among the *acta jure imperii* excluded from its jurisdiction, also war crimes and crimes against humanity infringing inviolable human rights perpetrated in Italy and in Germany against Italian nationals between 1943 and 1945 by the armed forces of the Third Reich; 2) of Article 1 of the law incorporating the Charter of the United Nations (Law no. 848 of 17 August 1957, on the “Execution of the Charter of the United Nations, signed in San Francisco on 26 June 1945”), insofar as it obliges Italian courts to comply with the ICJ’s judgment, even if that judgment has established an obligation for Italian courts to decline jurisdiction in civil claims for compensation arising out of crimes against humanity committed *jure imperii* by the Third Reich upon Italian territory; 3) of Article 1 (*recte* Article 3) of Law no. 5 of 14 January 2013 (Adhesion of the Italian Republic to the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, signed in New York on 2 December 2004, and relevant provisions adapting the national legal system), which obliges [national] courts to comply with the ICJ judgment and, for this reason, to decline jurisdiction in the future for all *acta jure imperii* of the foreign State, even when such acts consist in serious violations of international humanitarian law and fundamental rights, as did the war crimes and crimes against humanity perpetrated in Italy and in Germany against Italian nationals between 1943 and 1945 by the armed forces of the Third Reich, as well as to permit the revocation of judgments that failed to recognise such immunity and that have already become final.

The legal provisions mentioned above are challenged on the basis of Articles 2 and 24 of the Constitution: due to the fact that they prevent judicial ascertainment and evaluation of the claim for compensation arising from the serious violations of fundamental rights suffered by the victims of war crimes and of crimes against humanity committed by another State. For this reason, they are alleged to contrast with the principle of the inviolable guarantee of the judicial protection of rights (Article 24 of the Constitution). This is a supreme principle of the Italian constitutional order and thus constitutes a limit to the entry of both generally recognised international law (Article 10(1) of the Constitution) and of provisions of treaties instituting international organisations that have the purposes indicated in Article 11 of the Constitution, or of [treaties] deriving from such organisations and that are subjects of incorporating law.

The referring judge begins his referral with the observation that the ICJ, with the Judgment issued on 3 February 2012, confirmed the validity of the rule of international customary law that establishes State immunity from the civil jurisdiction of other States for all acts considered *jure imperii*, without distinction, thus excluding that a customary exception may have arisen for *acta jure imperii* that can be qualified – as expressly recognised in this case, in relation to the acts of

deportation, forced labour and massacres perpetrated in Italy and in Germany against Italian nationals between 1943 and 1945 by the Third Reich's armed forces – as war crimes or crimes against humanity that violate fundamental individual rights; and [that the Court] denied the existence of a conflict between peremptory rules (as is the international law protecting human rights) and procedural rules (as is State immunity from the jurisdiction of other States), because [these two bodies of law operate] on different levels.

However, although recognising the ICJ's "absolute and exclusive competence" in interpreting provisions of international law, the Florence court questions the conformity, to the Constitution, of both the national provision corresponding to the rule of customary international law – which encounters the limit of the fundamental principles and inviolable rights guaranteed by the Constitution, among which the right to the judicial protection of inviolable rights – and of the relevant internal provisions. Indeed, the referring judge specifies that it is necessary to take due account of the fact that "to confer, upon international immunity, the absolute nature confirmed by the International Court of Justice means precluding, for the individuals in question, any possibility for their rights to be ascertained and protected, rights which in this case have already been denied in the German internal legal system" (Referral Orders no. 84 of 2014, p. 7; no. 85 of 2014, p. 7; no. 113 of 2014, p. 7). As a consequence, the referring judge also formulates doubts as to the constitutionality of the provisions of the statute incorporating the Charter of the United Nations (Article 1 of Law no. 848 of 1957), and of the statute establishing the adhesion [of the Italian Republic] to the Convention of New York (Article 3 of Law no. 5 of 2013), insofar as said provisions, akin to the aforementioned rule of customary international law, oblige courts to decline jurisdiction in compliance with the ICJ judgment.

Finally, the *Tribunale di Firenze* specifies that the provisions challenged are all provisions the constitutionality of which is autonomously relevant in the referred proceedings, as they address principles that would be capable of excluding its exercise of jurisdiction even if considered individually.

In addition, the referring court limits the issues raised to the jurisdiction concerning cognisance of the claim for compensation, and not also to that concerning execution.

Given the identical nature of the claims and arguments submitted, the three cases are heard and disposed of with a single judgment.

2.– As a preliminary matter, the Constitutional Court must evaluate the arguments that the questions of constitutionality raised by the *Tribunale di Firenze* are inadmissible.

2.1.– In its first objection, the *Avvocatura generale dello Stato* argues that the jurisdictional immunity invoked in the present case is the subject of a generally recognised rule of customary

international law that arose prior to the entry into force of the Italian Constitution, and, for this reason, cannot be subjected to a review for constitutionality. [The *Avvocatura* argues that t]his Court, in Judgment no. 48 of 1979 (see para. 2 of the *Considerations of fact*), has stated that a verification of the compatibility of customary international law with the Constitution is possible only for those norms that have arisen after the entry into force of our Constitution.

This objection is unfounded.

In the case cited by the *Avvocatura*, this Court specifically evaluated the constitutionality of the rule of international customary law on diplomatic immunity, after expressly defining it as a “more than centenary custom followed by States in their mutual relations” and stating that “the construction of the question, as formulated by the referring judge, which refers to the execution order within Law no. 804 of 1967 relating to Articles 31(1) and 31(3) of the Vienna Convention [on Diplomatic Relations of 1961], is apparently only formally correct because, as concerns the relevant issue, the treaty provision merely recognises the rule of general international law described above. The core of the question must therefore be considered with reference to the latter rule, and the true subject of the judgment, which the Court’s examination must address, concerns the compatibility of the national provisions recognising the general international custom with the constitutional principles invoked” (para. 3 of the *Conclusions on points of law*).

In a subsequent passage, this Court added: “It is necessary in any case to state, more broadly, in relation to the generally recognised rules of international law arising after the entry into force of the Constitution, that the mechanism of automatic recognition established in Article 10 of the Constitution cannot, in any way, permit the violation of the fundamental principles of our constitutional order, operating as it does in a constitutional system based upon [the principles of] popular sovereignty and constitutional rigidity” (para. 3 of the *Conclusions on points of law*).

Regardless of the correctness of the *Avvocatura*’s interpretation of Judgment no. 48 of 1979, this Court intends to confirm specifically what was clearly established in Judgment no. 1 of 1956: “The assumption that the new institution of “unconstitutionality” can refer only to laws enacted subsequently to the Constitution, and not also to those enacted prior to it, cannot be upheld, both because, from a literal point of view, both Article 134 of the Constitution and Article 1 of Constitutional Law no. 1 of 9 February 1948 concern questions of the constitutionality of laws, without operating any distinction, and because, from a logical point of view, it is undeniable that the relationship between ordinary laws and constitutional laws, and their respective ranking in the hierarchy of sources [of law] does not change at all, regardless of whether the ordinary laws are enacted before or after constitutional laws”.

Therefore, today it is recognised that the principle established in the aforementioned Judgment no. 1 of 1956, according to which reviews for constitutionality can address provisions issued after and before the republican Constitution, also applies to the provisions of generally recognised international law relevant to the mechanism of automatic recognition established in Article 10(1) of the Constitution, regardless of whether they arose before or after the Constitution.

Likewise, it is not possible to exclude, from reviews for constitutionality, the rule that is the subject of the reference, in Article 10(1) of the Constitution, to customary international law only because Article 134 of the Constitution does not expressly envisage this specific hypothesis. This provision establishes a centralised system of constitutionality review for all statutes, measures and provisions that, although endowed with the same effectiveness as formal ordinary and constitutional statutes, were created according to procedures other than the legislative process, including those mentioned immediately above. Only those measures having lower ranking and force than law are excluded from the scrutiny reserved to this Court. In other words, there are no reasons, on the logical and systematic level, to deny reviewing international customary law for constitutionality, or to limit such review only to international customary law that arises subsequently to the Constitution, considering that the latter category enjoys the same effectiveness as that recognised to the customs that arose before [the Constitution], and encounters the same limit – respect of the characterising elements of the constitutional order, i.e. its fundamental principles and inviolable individual rights.

The first objection raised by the President of the Council of Ministers is therefore unfounded.

2.2.– The second objection is based on the assumption that the lack of jurisdiction cannot be found on the basis of the scope of the international rule on State immunity for acts considered *jure imperii*, because otherwise there would be an “inadmissible reversal of the logical precedence between the two distinct evaluations, procedural and on the merits.”

This objection too is unfounded, for the simple reason that an objection concerning jurisdiction necessarily requires an evaluation of the claims on the basis of the question submitted, as formulated by the parties.

2.3.– As a further preliminary matter, it must be reaffirmed that the arguments submitted by the private party seeking to extend the *thema decidendum* through the invocation of further constitutional provisions, are inadmissible.

The subject of “incidental” judgments of constitutionality is limited to the provisions and parameters indicated in the Referral Orders (Judgment no. 32 of 2014; but see also Judgments no. 271 of 2011 and no. 56 of 2009). Therefore, it is not possible to consider the challenges raised, on the basis of Article 117(1) of the Constitution and the provisions of international law thereby

invoked, by the parties to the referred proceedings who also filed appearances in the judgments before this court.

2.4.– Finally, it must be noted that, although in the operative parts of all three referral orders, Article 1 of Law no. 5 of 2013 is listed as one of the challenged provisions, it is possible to clearly deduce, from the overall context of the three orders, that the claims do not concern the aforementioned Article 1, which authorises the adhesion to the United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 2 December 2004, but rather Article 3 of that same law, insofar as it gives effect – by means of the ordinary incorporation procedure – to the statements made by the ICJ in its judgment of 3 February 2012.

Therefore, in line with a constant body of constitutional case law, according to which the *thema decidendum*, as concerns the provisions challenged, must be identified having due consideration of the reasoning expressed in the orders, or in any case of the overall context of the referring order (see, among many, Judgments no. 258 of 2012 and no. 181 of 2011; Order no. 162 of 2011), it is Article 3, and not Article 1, of Law no. 5 of 2013, to be the subject of the review for constitutionality.

3.– On the merits, the question of the constitutionality of the norm “arising in our legal order by means of the reception, as per Article 10(1) of the Constitution”, of the customary rule of international law on State immunity from the civil jurisdiction of other States, is unfounded, in the terms specified below.

3.1.– First of all, it must be acknowledged that from the *thema decidendum* submitted to this Court, the referring judge excluded any evaluation of the interpretation, by the ICJ, of the international customary rule on the immunity of States from the civil jurisdiction of other States.

On the other hand, the Court could not engage in such a scrutiny. Indeed, this is a rule of international law, that is therefore external to the Italian legal order, and the application of which by the administration and/or the courts by virtue of the reference in Article 10(1) of the Constitution must occur on the basis of the principle of conformity, i.e. in observance of the interpretation formulated in its originating legal order, which in this case is the international legal order. In this case, the relevant rule was interpreted by the ICJ, precisely when deciding the dispute between Germany and Italy on the jurisdiction of Italian courts with respect to actions attributable to the FRG.

With the Judgment of 3 February 2012, the ICJ affirmed that it is currently not possible to identify sufficient elements in international practice to conclude that a derogation exists from the rule on State immunity from the civil jurisdiction of other States for acts considered *jure imperii*, in relation to war crimes and crimes against humanity – which it held to exist in the present case, as

admitted by the FRG itself –, which infringe inviolable individual rights. The same Court also expressly recognised (Judgment, p. 144, para. 104) – and the same was confirmed by the FRG’s legal representatives, who excluded the existence of other forms of judicial redress for the victims of the aforementioned crimes (FRG reply, 5 October 2010, p. 11, para. 34) – that the lack of jurisdiction of the Italian courts entails a sacrifice of the fundamental rights of the individuals who suffered the consequences of the crimes perpetrated by the foreign State; the ICJ also identified, at the international law level, the initiation of a new negotiation process as the only means to resolve the matter.

It must be recognised that, at the level of international law, the ICJ’s interpretation of the customary rule on State immunity from the civil jurisdiction of other States for acts considered *jure imperii* is an especially qualified interpretation, which does not allow for review on part of national administrations and/or courts, including this Court. This principle was clearly established in Judgments no. 348 and 349 of 2007 on the interpretation of the European Convention of Human Rights and Fundamental Liberties (ECHR) given by the ECtHR.

Indeed, the referring court does not address the merits of the ICJ’s interpretation of the international rule on immunity for acts considered *jure imperii*. It acknowledges, albeit with concern, that that is the current scope of the international customary rule, because the ICJ has defined it as such. Moreover, the referring court reports that it is not contested that the acts attributed to the FRG are illicit acts, qualified by the FRG itself and the ICJ as war crimes and crimes against humanity, which infringe inviolable human rights – an issue that falls, in any case, within the merits of the referred claim and is therefore extraneous to the *thema decidendum* entrusted to this Court.

Nevertheless, it is clear that it is necessary to verify and resolve the alleged conflict between the international rule to be introduced into and applied within the national legal order – as interpreted in the international legal order – a rule that enjoys a status equivalent to constitutional ranking by virtue of the reference in Article 10(1) of the Constitution, and constitutional norms and principles that contrast with such rule to an extent that cannot be overcome by means of interpretation.

This is the case with characterising and inviolable principles of the State’s constitutional order, and, therefore, with the principles governing the protection of fundamental individual rights. In these cases, it is for national courts, and in particular, exclusively for this Court, to engage in a verification of the compatibility with the Constitution, in specific cases, that can guarantee the inviolability of fundamental principles of the national legal order or reduce their sacrifice to a minimum.

Precisely this is the *thema decidendum* that the *Tribunale di Firenze* has submitted to this Court, in raising the questions of constitutionality specified in the introductory paragraph to this Judgment: to ascertain the compatibility of the international rule on State immunity from the civil jurisdiction of other States, as interpreted by the ICJ, with a fundamental principle of our constitutional order, the right to a judge (Article 24), in conjunction with the principle established to protect fundamental individual rights (Article 2). The possibility to engage in a verification of compatibility remains in any case intact, even between provisions – as occurs in this case – that are both of constitutional ranking, since balancing falls within “the ordinary operations that this Court is required to carry out in proceedings falling within its jurisdiction” (Judgment no. 236 of 2011).

3.2.– Indeed, there is no doubt – as has been confirmed several times by this Court – that the fundamental principles of the constitutional order and unalienable individual rights are a “limit to the effectiveness [...] of generally recognised international law to which the Italian legal order conforms pursuant to Article 10(1) of the Constitution” (Judgments no. 48 of 1979 and no. 73 of 2001), and operate as “*controlimiti*” [“counter-limits”] to the entry of European Union law (see, *inter alia*, Judgments no. 183 of 1973, no. 170 of 1984, no. 232 of 1989, no. 168 of 1991, no. 284 of 2007), as well as limits to the effectiveness of provisions of the Lateran Treaty and the Concordat (Judgments no. 18 of 1982, no.s 32, 31 and 30 of 1971). In other words, [such principles and rights] constitute the identifying and inviolable features of the constitutional order, which for this very reason are removed even from constitutional amendment (Articles 138 and 139 of the Constitution; see Judgment no. 1146 of 1988).

In a centralised system of constitutional review, it is settled that this verification of compatibility can be performed only by the Constitutional Court, to the exclusion of any other court, even in relation to international customary law. Indeed, the jurisdiction of this Court arises when a norm contrasts with a constitutional norm and, naturally, with a fundamental principle of the State’s constitutional order or a principle protecting an inviolable individual right; the evaluation of such a contrast is not for any court other than the Constitutional Court. In a centralised system of review, all alternative solutions clash with the jurisdiction that the Constitution reserves to this Court, it being firmly established in its case law, from the very beginning, that “A declaration of unconstitutionality of a law can only be pronounced by the Constitutional Court, in conformity with Article 136 of the Constitution itself” (Judgment no. 1 of 1956). This Court has reaffirmed, also recently, that verifications of compatibility with the fundamental principles of the constitutional order and of the protection of human rights are within its own exclusive jurisdiction (Judgment no. 284 of 2007); furthermore, precisely with regard to the right of access to a judge (Article 24 of the Constitution), [it has emphasised] that the respect of fundamental rights, akin to the implementation

of inderogable principles, is ensured by the safeguarding role conferred upon the Constitutional Court (Judgment no. 120 of 2014).

3.3.– The customary international rule on State immunity from the civil jurisdiction of other States, which was originally absolute, because it covered all State conduct, has more recently – i.e. in the first part of the last century – undergone, due to the national case law of the majority of States, a progressive evolution towards the identification of a limit consisting in the *acta jure gestionis*, a formulation that is easily comprehensible. It is well-known that it was mainly a merit of Italian case law (see, among many, *Tribunale di Firenze*, 8 June 1906, *Riv. Dir. Int.* 1907, 379; *Cass.* 13 March 1926, *idem* 1926, 250; *Corte d'appello di Napoli*, 16 July 1926, *idem* 1927, 104; *Corte d'appello di Milano*, 23 January 1932, *idem* 1932, 549; *Cassazione* 18 January 1933, *idem* 1933, 241) and of Belgian case law (see, among many, *Cass.* 11 June 1903, *Journ. Dr. Int. Privé* 1904, 136; *App. Bruxelles* 24 June 1920, *Pasicrisie belge* 1922, II, 122; *App. Bruxelles*, 24 May 1933, *Journ. Dr. Int.* 1933, 1034), if this limit was also progressively extended to the rule concerning immunity (the so-called “Italo-Belgian argument”). Ultimately, pursuant to the activity of national jurisdictions, the scope of the rule of international customary law was curtailed, such that immunity from the civil jurisdiction of other States is granted only for acts considered *jure imperii*. This has the principal aim of excluding the benefit of immunity at least in cases where the State acts as a private party, to avoid what appeared to be an iniquitous limitation of the rights of private contracting parties.

This process of progressive definition of the international rule’s content is now long established in the international community (Judgment no. 329 of 1992); and it is necessary to give the appropriate weight to the – certainly – significant fact that the evolution described above was prompted by the case law of national courts, which are naturally empowered to evaluate their own spheres of jurisdiction, leaving international organs to recognise practices for the purposes of identifying customary law and its evolution.

While such a curtailment of immunity in the context of rights protection has arisen, also for the Italian legal system, pursuant to ordinary courts’ review within an institutional context characterised by a flexible constitution – in which the recognition of rights was supported only by limited protections –, it must be stated that in a republican constitutional order based on the protection of rights, and on the correlated limitation of the power functional to such protection, [a limitation] guaranteed by a rigid Constitution, such review is for this Court. This Court alone has the task of ensuring observance of the Constitution and, *a fortiori*, of its fundamental principles, and therefore of performing the necessary evaluation of the compatibility of the international rule on State immunity from the civil jurisdiction of other States with the aforementioned principles, which has

the effect of leading to a further curtailment of the scope of the abovementioned rule; a curtailment that is limited to the sphere of national law, but that is also such as to contribute to a desirable – as expressed by several parties – evolution of international law itself.

3.4.– Moreover, a similar verification is indispensable in light of Article 10(1) of the Constitution, which obliges this Court to ascertain whether the generally recognised rule of international law on the immunity from the jurisdiction of foreign States, as interpreted in the international legal order, may enter the constitutional order, because it does not contrast with fundamental principles and inviolable rights. Indeed, the occurrence of the latter scenario “excludes the operability of the reference to the rule of international law” (Judgment no. 311 of 2009), with the inevitable consequence that the international rule, insofar as it conflicts with inviolable principles and rights, cannot be effective in the Italian legal system and cannot, therefore, be applied.

This is precisely what happened in the present case.

This Court has repeatedly stated that one of the fundamental principles of the constitutional order is the right to act in court to defend one’s own rights, which is recognised by Article 24 of the Constitution – in other words, the right to access a judge. All the more so, then, this holds true when such right is enforced to protect fundamental human rights.

In this case, it is no coincidence that the referring court jointly indicated Articles 2 and 24 of the Constitution, which, in the review for constitutionality requested of this Court, are inextricably linked. The former Article is the substantive norm, ranking among the fundamental principles of the Constitution, and has the purpose of safeguarding the inviolability of fundamental individual rights, among which principally, in this case, is dignity. The second Article too presides over human dignity, as it protects the individual’s right to access justice in order to invoke one’s own inviolable rights.

Their different levels (substantive and procedural) does not allow for a division of their significance in terms of the constitutionality of the rule on State immunity from the civil jurisdiction of other States. Indeed, identifying what remains of a right would be an arduous task, if such a right could not be invoked before a court to obtain its effective protection.

Ever since Judgment no. 98 of 1965 concerning EU law, this Court has established that the right to judicial protection “is among the inviolable individual rights enshrined in Article 2 of the Constitution, is also clear from the treatment accorded to it in Article 6 of the European Convention of Human Rights (para. 2 of the *Conclusions on points of law*). More recently, this Court did not hesitate to ascribe the right to judicial protection “within the supreme principles of our constitutional order, in which ensuring a judge and a judgment to all and always, for any dispute, is

intimately linked to the very principle of democracy” (Judgments no. 18 of 1982 and no. 82 of 1996). In the context of the effectiveness of the protection afforded to inviolable rights, this Court has also noted that “the recognition of the entitlement to rights must necessarily be accompanied by the recognition of the power to enforce them before a judge in proceedings of jurisdictional nature”: therefore, “the legal action to defend one’s rights (...) is itself the content of a right, protected by Articles 24 and 113 of the Constitution, and to be included among those rights that are inviolable and characterise a democratic state observing the rule of law” (Judgments no. 26 of 1999, no. 120 of 2014, no. 386 of 2004 and no. 29 of 2003). Likewise, it is not possible to challenge the observation that the right to access a judge and to effective judicial protection of inviolable rights is surely among the great principles of legal civilisation in all democratic systems of our times.

However, precisely with regard to cases, introduced by international law, of immunity from the jurisdiction of States, this Court has recognised that in relations with foreign States, the fundamental right to judicial protection may be subject to a further limit, in addition to those imposed by Article 10 of the Constitution. However, this limit must be justified by a public interest that can be recognised as potentially pre-eminent with respect to a principle – such as that enshrined in Article 24 of the Constitution – that is one of the “supreme principles” of the constitutional order (Judgment no. 18 of 1982); furthermore, the rule that establishes the limit must ensure a rigorous evaluation of such an interest, in light of the requirements of each actual case (Judgment no. 329 of 1992).

In the case at hand, insofar as the international customary rule on immunity from the jurisdiction of foreign States, having the scope defined by the ICJ, excludes the court’s jurisdiction to hear claims for compensation filed by victims of crimes against humanity and of serious violations of fundamental human rights, such rule entails a complete sacrifice of the right to judicial protection of these victims’ rights: this much is recognised by the ICJ itself, which remands the solution of the issue, on the international level, to possible new negotiations, identifying the diplomatic context as the sole appropriate context (para. 104 of the Judgment of 3 February 2012). Nor is it possible to find, within the constitutional order, a public interest such as to justify sacrificing the right to judicial protection of fundamental rights (Articles 2 and 24 of the Constitution), infringed by courses of conduct recognised as serious crimes.

If immunity from the jurisdiction of other States is to make logical sense, and is to justify, on the constitutional level, sacrificing the constitutionally guaranteed principle of judicial protection of inviolable rights, such immunity must be – substantively, and not only formally – related to the sovereign function of the foreign State, with the ordinary exercise of its governing power.

Even in view of the aim of maintaining good international relations based on the principles of peace and justice, in pursuit of which Italy consents to limitations of its sovereignty (Article 11 of the Constitution), the limit to the opening of the Italian legal order to the international and supranational legal system (Articles 10 and 11 of the Constitution) consists, as this Court has repeatedly stated, of the observance of fundamental principles and inviolable individual rights, characterising elements of the constitutional order (in relation to Article 11 of the Constitution: Judgments no. 284 of 2007, no. 168 of 1991, no. 232 of 1989, no. 170 of 1984, no. 183 of 1973; in relation to Article 10(1) of the Constitution: Judgments no. 73 of 2001, no. 15 of 1996, and no. 48 of 1979; see also Judgment no. 349 of 2007). This is enough to exclude that acts such as deportations, forced labour and massacres, recognised as crimes against humanity, can justify the complete sacrifice of the protection accorded to the inviolable rights of the victims of those crimes, within the national legal system.

The immunity of foreign States from the jurisdiction of Italian courts permitted by Articles 2 and 24 of the Constitution protects the exercise of governing power; it does not protect those courses of conduct that do not fall within the usual exercise of governing power, but that can, rather, be expressly considered and qualified as illegitimate because they infringe inviolable rights, as recognised in this case by the ICJ and by the FRG (*supra*, para. 3.1.), and that remain nevertheless without any judicial redress. This is [also] acknowledged by the ICJ judgment, insofar as it declares that it “is not unaware that the immunity from jurisdiction of Germany in accordance with international law may preclude judicial redress for the Italian nationals concerned” (para. 104), thus expressing the hope that [new] negotiations will be initiated.

Therefore, given the centrality of individual rights in the Italian legal order, a centrality enhanced by the opening of the constitutional order to external sources (Judgment no. 349 of 2007), the fact that judicial examination is precluded for the protection of the fundamental rights of the victims of the crimes in question renders wholly disproportionate the sacrifice of two supreme principles enshrined in the Constitution, in favour of the aim of not impinging upon the exercise of State governing power. This occurs precisely when this power has manifested itself, as in the present case, with courses of conduct that can be and are qualified as war crimes and crimes against humanity infringing inviolable human rights, and that are, as such, extraneous to the legitimate exercise of governing power.

Finally, it must be specified that the right to access a judge enshrined in the Italian Constitution, as in all democratic legal systems, requires an effective protection of individual rights (on the effectiveness of the judicial protection of rights *ex* Article 24 of the Constitution, see, among many,

most recently, Judgments no. 182 of 2014 and no. 119 of 2013; see also Judgments no. 281 of 2010 and no. 77 of 2007).

At first, as mentioned above, this Court recognised that the system of judicial review established for EU law appeared to correspond to a system of judicial protection equivalent to that required by Article 24 of the Constitution (Judgment no. 98 of 1965). Subsequently, it expressed a different evaluation with regard to the practice, followed by the EU Court of Justice (ECJ), of deferring the favourable effects of a judgment referred for a preliminary ruling in relation to the parties' rights; this frustrated the function of the preliminary ruling, remarkably reduced the effectiveness of the judicial review applied for and therefore failed to meet, in this respect, the requirements of the right to a judge established by the Italian Constitution (Judgment no. 232 of 1989, which led the EU Court of Justice to change its case law upon the subject).

It is also significant that the EU Court of Justice, with reference to the challenge to a Regulation of the Council that provided for the freezing of the assets of persons on a list of alleged terrorists compiled by the Sanctions Committee of the United Nations Security Council, first of all rejected the argument advanced by the then-Court of First Instance. The ECJ essentially established the jurisdiction of the EU courts, and affirmed their duty to ensure the review of all Union measures for legitimacy, including those that implement resolutions of the United Nations Security Council. The Court then stated that the obligations deriving from an international agreement cannot violate the principle of the respect of fundamental rights, a principle that must characterise all Union measures. The result was the annulment of the European regulation, insofar as necessary, due to the violation of the principle of effective judicial protection and to the absence, in the United Nations system, of an adequate mechanism to ensure the respect of fundamental rights (EU Court of Justice, Judgment of 3 September 2008, Cases C-402 P and 415/05 P, para.s 316 ff., 320 ff.)

3.5.– In this case, the inexistence of any possibility of effective protection of fundamental rights through a judge, found, as mentioned above, by the ICJ and confirmed by the FRG before that court, clearly reveals the alleged contrast of the international rule, as interpreted by the aforementioned ICJ, with Articles 2 and 24 of the Constitution.

Where the international rule on State immunity in question also includes actions considered *jure imperii* that violate international law and fundamental individual rights, such contrast obliges this Court to declare that the reference in Article 10(1) of the Constitution does not apply to that rule, insofar as it extends immunity to claims for compensation arising out of acts corresponding to such serious violations. As a consequence, the part of the rule on the jurisdictional immunity of States that conflicts with the abovementioned fundamental principles has not entered the Italian legal order, and does not, therefore, have any effect therein.

The question formulated by the referring judge regarding the norm “arising in our legal order by means of the reception, in accordance with Article 10(1) of the Constitution” of the customary rule of international law on State immunity from the civil jurisdiction of other States is therefore unfounded. Indeed, the international rule to which our legal system has conformed by virtue of Article 10(1) of the Constitution does not include the immunity of States from civil jurisdiction in relation to claims for compensation arising out of the crimes in question, which infringe inviolable human rights, and which, for this very reason, are not deprived of the necessary effective judicial protection.

4.– The question of constitutionality raised in relation to Article 1 of the statute incorporating the Charter of the United Nations (Law no. 848 of 17 August 1957) must be evaluated in different terms. This provision is challenged for allegedly violating Articles 2 and 24 of the Constitution, insofar as – in its execution of the United Nations Charter, and in particular of Article 94 of the latter, which establishes that “each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party” – it expressly obliges national legal orders to comply with ICJ judgments even when, as in the case at hand, it obliges Italian courts to decline jurisdiction for acts of that State that amount to serious violations of international humanitarian law and of fundamental rights, as do war crimes and crimes against humanity.

4.1.– The question is well-founded, within the limits specified below.

Article 1 of Law no. 848 of 1957 gave “full and complete execution” to the Charter of the United Nations, signed in San Francisco on 26 June 1945, the aim of which is to maintain international peace and security. Among the organs of the United Nations Organisation is the ICJ (Article 7), the principal judicial organ of the United Nations (Article 92), the decisions of which bind each Member State in any case to which it is a party (Article 94). This obligation, that has effect within the national legal order by means of the special incorporating statute (authorisation of the ratification and execution order), is one of the cases of limitation of sovereignty to which the Italian State has consented, in favour of those international organisations – such as the UN – the aim of which is to ensure peace and justice among Nations, as per Article 11 of the Constitution, while holding firm, however, the limit of the respect of fundamental principles and inviolable rights protected by the Constitution (Judgment no. 73 of 2001). The establishment of the duty to conform to the ICJ’s judgments, duty which flows from the reception of Article 94 of the Charter of the United Nations, cannot fail to regard also the judgment with which the aforementioned Court obliged the Italian State to decline jurisdiction in civil claims for compensation arising out of war

crimes and crimes against humanity, which infringe inviolable human rights, committed by the Third Reich on Italian territory.

In any case, it is with exclusive and specific regard to the content of the ICJ's judgment, which interpreted the general international rule on immunity from the jurisdiction of foreign States as including acts considered *jure imperii* and qualified as war crimes and crimes against humanity, which infringe inviolable human rights, that the contrast between the statute incorporating the United Nations Charter and Articles 2 and 24 of the Constitution arises. Considering that, as has been recalled several times, the judicial protection of fundamental rights is one of the "supreme principles of the constitutional order", the challenged provision cannot contrast with it (Article 1 of the incorporating statute), insofar as it binds the Italian State, and thus courts, to comply with the ICJ's Judgment of 3 February 2012, which compels them to decline jurisdiction in relation to claims for compensation arising out of crimes against humanity, in stark violation of the right to judicial protection of fundamental rights.

It is entirely obvious that the Italian State's commitment to the respect of all international obligations deriving from the adhesion to the Charter of the United Nations, including the obligation to conform to the ICJ's judgments, remains unchanged.

The impediment to the entry in our legal system of the customary rule, albeit only in part, translates – as the legitimacy of an external norm cannot be affected – into a declaration of the unconstitutionality of the special statute of incorporation, insofar as it contrasts with fundamental constitutional principles (Judgment no. 311 of 2009).

This conforms to the consolidated practice of this Court, as emerges principally from Judgment no. 18 of 1982, in which this Court declared "the unconstitutionality of Article 1 of Law no. 810 of 27 May 1929 (Execution of the Treaty, of the four annexed appendices, and of the Concordat, signed in Rome, between the Holy See and Italy on 11 February 1929), limited to the execution of Article 34(6) of the Concordat and of Article 17(2) of Law no. 847 of 27 May 1989 (Provisions for the application of the Concordat of 11 February 1929 between the Holy See and Italy, in relation to marriage), insofar as the abovementioned measures established that the Court of Appeal could give execution, for civil purposes, to ecclesiastical provisions that grant dispensation from unconsummated marriages, and order an annotation to that effect to be included in the Civil Registry in the margins of the marriage deed" (see also, *inter alia*, Judgments no. 223 of 1996, no. 128 of 1987, no. 210 of 1986 and no. 132 of 1985).

The validity and effectiveness of the remaining part of Law no. 848 of 1957 remain unquestioned.

Therefore, it is necessary to declare the unconstitutionality of Article 1 of Law no. 848 of 1957, limited to its execution of Article 94 of the Charter of the United Nations, solely insofar as it obliges Italian courts to adapt to the ICJ's Judgment handed down on 3 February 2012, which requires them to decline jurisdiction in relation to the acts of a foreign State that consist in war crimes and crimes against humanity infringing inviolable human rights.

5.– Finally, we must examine the question of the constitutionality of Article 3 of Law no. 5 of 2013. On the basis of arguments analogous to those advanced in support of the other questions (*supra*, para. 3 *et seq.*), the referring judge raises, with reference to Articles 2 and 24 of the Constitution, a question on the constitutionality of the aforementioned Article, insofar as it obliges national courts to comply with the ICJ judgment even when, as in the present case, such judgment requires them to decline jurisdiction in civil claims for compensation arising out of crimes against humanity, considered *jure imperii*, perpetrated by the Third Reich upon Italian territory. Indeed, insofar as this Article prevents judicial ascertainment and potential civil liability for the serious violations of fundamental rights suffered by the victims of war crimes and of crimes against humanity perpetrated on the territory of the Italian State, [which is the State] vested with the duty of judicial protection, but committed by another State in the course of an – illegitimate – exercise of its sovereign power, it allegedly contrasts with the principle of judicial protection of inviolable rights enshrined in Articles 2 and 24 of the Constitution.

5.1.– The question is well-founded.

The challenged provision pertains to Law no. 5 of 2013, with which Italy authorised the adhesion to and the full and complete execution of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, adopted in New York on 2 December 2004. This Convention, which is due to enter into force thirty days after the thirtieth instrument of ratification is filed, seeks to enshrine, in the form of a convention, the generally recognised principle of customary international law of the jurisdictional immunity of States, delimiting the scope of its operability by identifying certain exemptions (e.g. those concerning commercial transactions, contracts of employment and personal injury: Articles 10, 11 and 12), with the purpose of ensuring “legal certainty, particularly in dealings of States with natural or juridical persons” (as stated in the Preamble). Therefore, by means of the aforementioned special Law no. 5 of 2013, the Italian legislator provided for the reception of the above Convention within the national legal order, by means of the mentioned provision authorising adhesion (Article 1) and of the formulation of the execution order (Article 2), committing to observe all its principles. However, the legislator also inserted the challenged Article 3, with which it has literally provided that “1. For the purposes of Article 94(1) of the Charter of the United Nations, [...], when the ICJ, with a judgment that has

determined proceedings to which the Italian State has been a party, has excluded the subjection of specific courses of conduct of another State to the civil jurisdiction, the court before which the dispute relating to such conduct has been brought must find, *ex officio*, even when it has issued a interlocutory judgment that has acquired the force of *res judicata* and that has recognised the existence of the jurisdiction, the absence of jurisdiction, in any state and degree of the proceedings.

2. The judgments that have the force of *res judicata* and contrast with the ICJ judgment mentioned above, in para. 1, even if handed down subsequently, can be challenged for revocation, other than in the cases established by Article 395 of the Civil Procedure Code, also for lack of civil jurisdiction, and, in this case, Article 396 of the Civil Procedure Code does not apply”.

Essentially, this is an ordinary provision of adaptation, having the aim of executing the ICJ’s judgment of 3 February 2012. In other words, by means of this Article, it was sought to regulate in detail the Italian State’s obligation to conform to all decisions with which the ICJ has excluded the capacity to subject specific behaviour of other States to civil jurisdiction, requiring the judge to declare, *ex officio*, at any state and degree of the proceedings, a lack of jurisdiction; and [this Article] even identified a further ground for revocation of judgments which have acquired the force of *res judicata*, i.e. their contrast with the ICJ judgment.

From an examination of the relevant parliamentary proceedings, it is clear that this Article was adopted, moreover soon after the ICJ’s Judgment of 3 February 2012, to expressly and immediately guarantee its observance and “to avoid regrettable circumstances such as those arising with the dispute before the Court of The Hague” (papers of the *Camera*, no. 5434, *Commissione III Affari costituzionali*, session of 19 September 2012). This is without excluding the circumstances in which the ICJ, as in the case of the Judgment of 3 February 2012, has confirmed the immunity from civil jurisdiction of States relating to compensatory actions arising out of actions that can be defined as war crimes and crimes against humanity, infringing inviolable human rights, even when committed by the armed forces of one State within the territory of the forum State. In this way, the challenged provision derogates even from express provisions of the United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property, as confirmed by the interpretative declaration filed together with the Italian Government’s adhesion, in which the application of the Convention and of its limitations to the rule of immunity in cases of loss or injury caused by the activity of armed forces on the territory of the forum State, is expressly excluded.

As already seen in detail above in relation to the previous questions (*supra*, para.s 3 and 4), in the absence of any other form of judicial redress of the fundamental human rights that have been violated, the duty of the Italian courts, established by the challenged Article 3, to comply with the ICJ’s Judgment of 3 February 2012 – which requires them to decline jurisdiction in the civil action

for compensation of damages arising from crimes against humanity, committed *jure imperii* by a foreign State within the Italian territory – therefore contrasts with the fundamental principle of the judicial protection of fundamental rights, guaranteed by Articles 2 and 24 of the Italian Constitution. As seen above, the complete sacrifice of a supreme principle of the Italian legal order, as is certainly the right to a judge to protect inviolable rights (Articles 2 and 24 of the republican Constitution) – a sacrifice ensuing when the immunity of foreign States from the Italian jurisdiction is recognised – cannot be justified and tolerated when the object of protection is the illegitimate exercise of the foreign State’s power of government, as the perpetration of actions considered as war crimes and crimes against humanity, infringing inviolable human rights, must [necessarily] be defined.

Therefore, we must declare the unconstitutionality of Article 3 of Law no. 5 of 2013.

6.– The affirmation of the jurisdiction of the referring court is without prejudice to the merit of the claims of the referred proceedings, the examination of which is reserved to said court.

Indeed, the claims for compensation filed by the claimants is not a part of the *thema decidendum* submitted to this Court’s judgment, nor is, for this reason, the evaluation of any element of fact or law that can confirm or exclude its foundation.

FOR THESE REASONS,

THE CONSTITUTIONAL COURT

1) declares the unconstitutionality of Article 3 of Law no. 5 of 14 January 2013 (Adhesion of the Italian Republic to the United Nations Convention on the Jurisdictional Immunities of States and of Their Property, signed in New York on 2 December 2004, and relevant provisions adapting the national legal system);

2) declares the unconstitutionality of Article 1 of Law no. 848 of 17 August 1957 (Execution of the Charter of the United Nations, signed in San Francisco on 26 June 1945), limited to the execution of Article 94 of the Charter of the United Nations, insofar as it requires Italian courts to comply with the International Court of Justice’s (ICJ) Judgment of 3 February 2012, which obliges them to decline jurisdiction as regards the actions of a foreign State that consist in war crimes and crimes against humanity infringing inviolable individual rights;

3) declares the unfoundedness, in the terms expressed in the reasoning above, of the question of constitutionality of the norm “arising in our legal order by means of the reception, as per Article 10(1) of the Constitution”, of the rule of customary international law on the immunity of States from the civil jurisdiction of other States, raised, with reference to Articles 2 and 24 of the

Constitution, by the *Tribunale di Firenze*, in the referral orders cited in the introductory paragraph of this Judgment.

Decided in Rome, at the seat of the Constitutional Court, Palazzo della Consulta, on 22 October 2014.

2014년도 - 판결 제238번

이탈리아 공화국
이탈리아 국민의 이름으로

헌법재판소

구성:

헌법재판소장 주세페 테사우로; 재판관: 사비노 카쎄제, 파올로 마리아 나폴리타노, 주세페 프리고, 알레산드로 크리스쿠올로, 파올로 그로씨, 조르지오 라탄지, 알도 카로시, 마르타 카르타비아, 세르지오 마타렐라, 마리오 로자리오 모렐리, 지안카를로 코라지오, 줄리아노 아마토

판결

헌법재판소는 피렌체 재판소가 2014. 1. 21.의 제84호, 제85호 그리고 제113호 명령을 통해 판결을 내렸으며 2014. 공화국 관보 제23호과 제29호 특별시리즈 I 에 출간된 1957. 8. 17.의 제848호 법률 제1조와 2013. 1. 14.(국내 법률 명령의 개정을 위한 규정들과 더불어 2004. 12. 2. 뉴욕에서 서명된 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 유엔협약에 대한 이탈리아 공화국의 승인)의 제5호 법률 제1조(정확히는 제3조)의 합헌성과 관련된 사건들에서,

S.F., A.M.과 그 외의 출석, 그리고 B.D.를 비롯한 각료회의 의장의 개입과 관련해서;
2014. 9. 23. 공청회에서 주세페 테사우로 재판관의 논평을 들은 바;
S.F., A.M. 외, 그리고 B.D.의 법률대리인 요아킴 라우와 각료회의 의장을 대변하는 검사 다이애나 라쿠치의 주장을 심의한 후 다음과 같이 결정했다.

사실관계의 확정

1. 2014. 1. 21.에 채택된 세 개의 동일한 명령(명령 제84, 85, 113호/2014)에 의하여 피렌체 재판소는 다음에 대한 합헌성에 관한 질문을 제기했다.

1) “헌법 제10조 1절에 의해 국제관습이 편입되어 우리의 법률 체제에 형성된 규범” — 국제사법재판소(이하 “ICJ”)가 2012. 2. 3.에 내린 판결에서 보여지듯이 본 규범은 최소한

일부라도 법원이 위치해 있는 국가 (이하 “포럼국가”)에서 제3제국(Third Reich)이 주권적 행위로서 저지른 전쟁범죄에 대한 손해배상소송에서 [민사법원의] 관할권을 부인하는 범위내에서;

2) 1957. 8. 17. 제848호 법률 제1조(1945. 6. 16. 샌프란시스코에서 서명된 유엔헌장의 집행)의 합헌성 — 본 조항은 유엔헌장 제94조의 편입을 통해 국내 재판관이 ICJ의 결정을 이행하여야 하는데, 그 결정은 이탈리아 법원들이 최소한 일부의 이탈리아 영토에서 제3제국이 주권적 행위로서 저지른 반인도적 범죄에 대한 손해배상소송의 심리에서 그들의 관할권을 부인할 의무를 확립하는 범위내에서;

3) 2013. 1. 14.(국내 법률 체제의 개정을 위한 규정들과 더불어 2004. 12. 2. 뉴욕에서 서명된 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 유엔협약의 이탈리아 공화국의 승인)의 제5호 법률 제1조(정확히는 제3조)의 합헌성 — 본 조항은 헌법 제2조와 제24조와 관련해서 제3제국이 이탈리아 영토에서 주권적 행위로서 저지른 반인도적 범죄에 대한 손해배상소송의 심리에서 그들의 관할권을 부인할 이탈리아 법원의 의무를 확립한다고 할 때라도 국내재판관이 ICJ의 결정에 따라야 하는 범위내에서.

이러한 규범들은 헌법 제2조와 제24조와 관련하여 쟁점이 있다. 이 규범들은 헌법 제24조에 명시되어 있는 사법보호의 완전한 보장의 원칙과 충돌이 된다고 여겨진다. 왜냐하면 그 사건과 이탈리아(사법 보호를 보장할 책임이 있는) 영토에서 다른 나라가 그 주권(jure imperii) 행사 중 저지른 전쟁범죄와 반인도적 범죄의 피해자들이 겪은 방대한 인권 침해로 야기된 손해에 따른 배상의 사법 검토를 불가능하게 하기 때문이다. 사법 보호의 완전한 보장의 원칙은 이탈리아 헌정 질서의 최고의 원칙이며, 그렇기 때문에 이 원칙은(헌법 제10조 1절에 따라) 보편적으로 인정된 국제법 규범, 그리고 헌법 제11조가 추구하는 목표들을 증진시키는 국제기구들을 수립하거나 그러한 기구들로부터 파생된 조약들에 포함되어 있는 규범의 [국내 법률체계로의] 도입에 제한이 된다.

1.1 하급심 재판관은 다음의 사건들을 심의했다고 표명한다:

제2차 세계대전 중 독일로부터 입은 피해에 대한 배상을 받기 위해 F.S.씨가 제기한 첫번째 소송. F.S.는 이탈리아 영토에서 독일군에게 납치된 뒤 1944. 6. 8.에 마우타우젠으로 추방되었다. 그는 말로 다 할 수 없는 고통을 겪은 뒤 1945. 6. 25.에서야 풀려났다; L.C.씨의 합법적 상속인이 독일로부터 L.C.씨가 제2차 세계대전 중 겪은 피해에 대한 배상을 받기 위해 제기한 두번째 소송. L.C.는 1943. 9. 8. 이탈리아 영토에서 독일군에게 납치된 후 독일로 추방되어 강제노동에 동원되었다. 그는 독일 칼라(튀링겐)의 강제수용소 중 한 곳에서 사망했으며, 국제적십자사에 따르면 노예생활을 했던 6천 명의 제소자

들과 함께 공동묘지에 묻혔다고 한다;

D.B.씨가 독일로부터 제2차 세계대전 중 겪은 피해에 대한 배상을 받기 위해 제기한 세 번째 소송. D.B.는 1943. 9. 9.에 이탈리아 영토에서 독일군에게 납치되었다. 그는 (그가 입원해 있었던) 베로나에서 생포되어 추방된 뒤 강제노역에 동원되었다. 그는 부헨발트의 부속 수용소인 자이츠 강제수용소에 격리되었다가 하트만스돌프 슈탐라거 IVF 강제 수용소로, 그리고 또 다시 그란슈츠로 이송되었다. D.B.는 전쟁 끝 무렵에 연합군에 의해 그란슈츠에서 풀려났다.

하급심 재판관은 독일연방공화국이 이 소송들에 출석을 신청했고 이탈리아 사법당국에게 관할권이 부족하다는 주장을 제기했다고 상기한다. 독일은 재판관이 2012. 2. 3. ICJ의 판결을 적용할 것을 요구했고 그에 따라 사건의 본안 심의를 수용하지 않았다. 이런 이유로 재판관은 재판소가 그 관할권을 부정하도록 요구하는 규범들의 합헌성에 대해 앞에서 언급한 질문을 제기했다.

1.2.-피렌체 재판소가 언급하기로 이 사건들의 주제는 (일반적으로 인정된 국제법 규범들을 따르는) [이탈리아] 법률 체제가 국제범죄가 저질러진 국가의 법원들로 하여금 주권의 행사였다 하더라도 이탈리아 영토에서 외국이 저지른, 기본권을 침해한 전쟁범죄와 반인도적 범죄 사건들에서 손해배상소송의 심의를 거부하도록 요구했는지 여부이다.

하급심 재판관은 청구의 주제를 구성하는, 궁극적으로는 국제범죄에 이르는 행동의 본질과 그 행동들이 근본적 권리들을 침해할 잠재력은 논란이 없다고 지적한다. 재판관은 또한 ICJ가 판결을 내리기 전에 대법원이 국제법상 인정된 외국의 민사관할권으로부터의 면책특권의 절대적이지 않은 특성을 확인했다는 점을 상기한다. 대법원은 국가가 그 주권을 행사할 경우에도 국제범죄로 여겨지는 반인도적 범죄에 해당하는 행위들에 대해서는 면제권이 제한될 수 있다고 했다(판결 제5044/2004호와 제14202/2008호).

그러나, 2012. 2. 3. ICJ의 판결이후 대법원은 법리를 변경했다. 그 판결에서 ICJ는 외국이 국제인권법의 심각한 침해로 비난을 받고 있더라도 “무력분쟁 중 다른 국가의 영토에서 한 국가의 군대와 다른 국가 기구들이 저지른 것으로 알려진 불법행위에 대한 소송에서 국제관습법은 계속해서 그 국가가 면제권을 가지도록 요구한다”라는 입장을 고수했다. 대법원은 ICJ의 판결과 동일하게 판단했고, 이탈리아 법원은 관할권이 없다고 판결했다. 왜냐하면 “판결 제5044/1004호에서 대법원이 내세운 법리는 고립된 채 남아 있고, 국제사회의 최고의 발현인 ICJ에서 지지되지 않았기 때문이다. 따라서, 그 원칙은...더 이상 적용될 수 없다”고 했다(판결 제32139/2012호와 제4284/2-13호).

2013. 1. 14. 의회는 이러한 지향과 부합하게 제5호 법률(국내 법률 체제의 개정을 위한 규정들과 더불어 2004년 12월 2일 뉴욕에서 서명된 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 대한 유엔협약에 대한 이탈리아 공화국의 승인)을 통과시켰고 제3제국이 저지른 전쟁범죄와 진행중인 소송들에 대한 이탈리아 법원의 관할권을 명시적으로 배제(제3조)했다.

피렌체 재판소가 지적하기로 ICJ는 근본적인 인권과 불법 행위를 저지른 의혹이 있는 국가의 주권 사이에 개입을 검토하는 것이 필요치 않다는 입장을 고수했다. ICJ는 실질적인 강행법규 규범들과 형식적이거나 절차적 성격의 규범들(면제권과 같은) 사이에 갈등이 존재하지 않는다고 했다. 그 이유는 이들은 서로 다른 차원에서 작동하기 때문이다. 따라서 하급심 재판관은 ICJ에게 이 문제에 대한 독점적이고 절대적인 권한이 있기 때문에 이탈리아 법원이 강행법규의 명령적이고 제약할 수 없는 성격을 해석할 수 없는 한편, 이탈리아 법원은 [중대한 인권침해의] 피해자들을 해치면서까지 국가들에게 면제권을 무분별하게 부여하는 것이 이탈리아 헌법과 그 보충적인 법원들(초국가적 법원 포함)에 부합하는 것인지를 판단할 권능 또한 부정될 수 없다고 본다. 다시 말해서, 이탈리아 법원들은 [이탈리아 법률 체제의] 외부의 법률 체제의 수용성(헌법 제10조, 11조, 그리고 117조에 명시된 대로)이 어느 수준까지 제한되는지를, 현 사건에서 독일연방공화국이 제기한 예비적 쟁점에 끼칠 영향과 관련하여 평가할 권한이 있다.

하급심 재판관에 따르면 헌법과 기본적 권리에 대한 EU헌장의 발효 전에 존재하던 국제관습의 영향으로 국가의 면제권(특히 EU국가들)이 불가침적인 인권을 침해하는 전쟁 범죄와 반인도적 범죄로 침해된 기본권에 대한 사법적 보호의 무차별적인 부정을 아직도 허용하고 있다.

ICJ도 이러한 상황이 침해된 권리들에 대한 사법 보호의 구체적이고 불가역적인 위반을 초래할 것이라고 인정했다. 그럼에도 불구하고, ICJ는 실체법적 강행법규(전쟁범죄와 반인도적 범죄의 만연한 관행들에 의해 침해된 근본적 인권) 위반이 절차적인 성격의 국가면제에 대한 국제법 규범과 충돌이 되지는 않는다고 한다. 이를 고려하여 피렌체 재판소는, 국내법에 관해서는, 국가의 주권 평등의 원칙(특히 면제권과 관련해서는 그 필연적 결과)이 비록 주권의 행사였다 하더라도 국제범죄를 저지른 한 국가-포럼국가와는 다른-를 상대로 사법적 보호가 적용된 경우에 기본적 권리의 사법 보호를 희생하는 것을 정당화할 수 있는지에 대해 질문을 던진다.

하급심 재판관이 인정한 것은 본 사안에 아무런 재량도 남기지 않는 ICJ의 판결을 따라 국내 법원들이 점령된 이탈리아 영토에서 제3제국이 저지른 범죄 행위들이 국제법상 주권적 행위로 여겨질 수 있는지를 확립할 권한을 가지지 않는다는 점이다. 그럼에도 불구하고, 재판관은 국제 면제의 절대적인 특성이 본 사건에서 독일 법률 체제에 의해서도 거부된 사법심사와 구제의 가능성을 피해자에게 부인할 수 없다고 하였다.

피렌체 재판소는 초기 판결(제48/1979호) 이래로 헌법재판소는 (헌법 제10조 1절에 의해 이탈리아 법률 체제에 편입된) 일반적으로 인정된 국제법 규범과 이탈리아 법률 체제의 기본 원칙들이 상충할 경우 후자의 우세를 지지해 왔다는 점을 상기한다.

그 후의 결정(판결 제73/2011호)에서 헌법재판소는—하급심 재판관이 기억하기로—“일반적으로 인정된 국제법 규범들과 국제조약들에게 개방되어 있는 이탈리아 법률 체제의 경향은 그 정체성을 보존할 필요에 따라 무엇보다도 헌법에 명시되어 있는 가치들에 의

해 제한된다”는 원칙을 재확인했다.

그러므로, 하급심 재판관은 헌정 질서와 양도할 수 없는 인권의 기본 원칙들이 헌법 제 11조에 명시된 목표를 더 진척시키기 위해 국제기구들을 설립한 조약과 그러한 기구들로부터 파생한 규범들과 더불어 (헌법 제10조 1절에 따라 이탈리아 법규 명령이 준수하는) 일반적으로 인정된 국제법 규범들의 도입을 제한한다고 주장한다.

헌법 제24조의 원칙은 이탈리아 헌정 질서의 최고 원칙 중 하나이고 “민주주의 원칙과 누구나에게 언제든지 어느 분쟁에서든 법관과 판결을 보장해야 할 의무”(판결 제18/1982호)와 본질적으로 연결되어 있기 때문에 하급심 재판관은 [면제권의] 관습 규범의 합헌성에 질문을 던진다. 하급심 재판관에 따르면 본 사안의 국제관습법의 규범(ICJ가 정의한 대로)은 포럼국가에서 저지른 반인도적 범죄의 결과로 근본적 권리들이 침해되었을 경우 다른 국가가 주권을 행사하면서 범죄를 저질렀다 하더라도 사법적 보호의 절대적인 보장이라는 최고의 원칙보다 우위에 있을 수 없다.

요컨대, 하급심 재판관에 따르면 이탈리아 법원은 ICJ의 판결을 따를 수 없으며 그러므로 그들의 관할권을 부인한다. 이탈리아 법원은 관련 국가들의 정치기구들간의 역학관계에 개인들의 보호를 맡길 수 없다. 이 기구들은 수십 년간 해결책을 찾지 못해왔기 때문이다. 만약 제3제국이 저지른 비뚤어진 행동들에 대해 사법 심사와 배상이 부인된다면 효과적인 구제에 대한 권리는 회복할 수 없을 정도로 희생될 것이다.

나아가 하급심 재판관은 헌법재판소가 내린 제311/2009호 판결로 인해 합헌성의 문제를 제기해야 했음을 분명히 한다. 그 판결에서 헌법재판소는 헌법과 국제법이 충돌할 때에는 “국제 규범의 적용은 작동하지 않으며, 그렇기 때문에 국제 규범은 헌법 제117조 1절의 변수가 되지 않는다”라고 했다. 따라서 “외부 규범의 합법성에 아무런 영향이 없기 때문에 이는 그 적응(adaptation)의 법칙의 위헌성을 야기한다(판결 제348호와 349/2007호)”고 했다.

위에 비추어 피렌체 재판소는 합헌성의 문제를 헌법재판소에 회부한다. 재판소는 전쟁범죄에 대한 손해배상소송에서 불법행위가 최소한 부분적으로 해로운 결과를 끼쳤던 국가의 관할권을 부정하는 (헌법 제10조 1절에 의해 이탈리아 헌법 발효 전에 생긴 국제 규범에 의거하여 만들어진) 국내 규범의 합헌성에 대한 질문이 명백하게 근거없다고 생각하지 않는다.

하급심 재판관은 나아가 “유엔의 각 회원국은 그 회원이 당사자인 모든 사건에서 ICJ의 결정을 준수한다”고 규정한 유엔헌장 제94조는 헌법 규범(예, 헌법 제11조)에 의해 비준—본질적으로 헌법 하위의—을 통해 국내 법률 체제에 편입되었다는 점을 주목한다. 그렇기 때문에 본 조항은 국내 법률 체제에서 헌법과 양립할 수 있는 범위 내에서만 법적 구속력을 가진다. 따라서 하급심 재판관은 그 합헌성의 문제는 제848/1957호 법률이 유엔헌장(특히 제94조)을 수용하고 모든 국가 기관들로 하여금 2012. 2. 3.의 판결을 포함한 ICJ의 모든 결정을 준수하도록 하는 것과 관련이 있다고 본다.

같은 이유로 하급심 재판관은 이탈리아 영토에서 제3제국이 주권적 행위로서 저지른 것으로 판단되는 범죄에 대한 손해 배상 소송에서 이탈리아 법원의 관할권을 부인한 ICJ의 판결에 따른 국내법관의 의무를 규제하는 제5/2013호 법률 제3조에 대해서도 의문을 제기한다.

마지막으로 피렌체 재판소가 명시한 것은 문제가 되는 각 조항의 합헌성은 주된 판결에 독립적인 연관성이 있다는 점이다. 이 규범들 중 그 어떤 것이라도 개별적으로도 관할권의 행사를 배제할 수 있기 때문이다.

2. 주검찰청(Avvocatura)이 대리한 각료회의 의장은 이 사건들에 개입했다. 의장은 합헌성의 문제가 인정할 수 없거나 근거없다고 선언될 것을 요구했다.

첫째로, 주검찰청은 제기된 문제가 헌법 채택 이전에 형성되었던 면제권의 관습 규범에 대한 헌법적인 검토를 수반하기 때문에 본 사안은 인정할 수 없다고 주장한다. 주검찰청에 따르면 이 규범은 헌법재판소의 일관된 법리에 비추어 볼 때 헌법 심사의 대상이 될 수 없다. 그 법리는 국제 관습 규범의 헌법적인 검토는 오직 헌법이 발효된 후에 형성된 규범들의 경우에만 허용된다고 하고 있다(이 주장의 뒷받침을 위해 판결 제48/1979, 15/1996, 그리고 262/2009호가 상기되었다).

각료회의 의장은 나아가 관할권 문제는 논리적으로 본안 심사 전에 다뤄져야 한다고 주장한다. 단순히 실체법적 강행법규 규범을 위반한 행위들로 초래된 손해에 대한 배상청구를 근간으로 한 영토 국가의 관할권 수립은 “뚜렷한 절차적 그리고 실체적인 사법 평가 사이의 논리적 선후 관계의 용납할 수 없는 역전”을 초래한다.

본안에서 주검찰청은 헌법재판소가 전해진 바에 의하면 헌법 제10조 1절이 일반적으로 인정된 국제법 규범들을 수용하고 그에 따라 그 규범들에게 헌법의 지위를 부여한다고 단언한 사실에 주의를 불러일으킨다.

헌법재판소는 면제권과 헌법 제24조에 의해 보호되는 사법적 보호의 권리 사이의 충돌을 특별법 우선(*lex specialis*)의 원칙—예컨대, 외국에게 속지적 관할권으로부터 면제권을 부여할 필요에 내제된 우세한 이익의 관점에서 헌법 제24조가 규정한 원칙의 제한을 인정함으로써 헌법은 정당화될 수 있다—을 적용함으로써 해결했다고 알려졌다. 외국의 면제권을 존중해야 할 필요의 관점에서 방어권 범주의 합리성을 고려할 때, 의문이 제기된 조항들의 합헌성에 대한 질문은 근거가 없다고 한다.

또한 주검찰청은 외국의 면제권을 존중할 책임이 다른 의문이 제기된 조항들, 특히 각 회원국들로 하여금 ICJ의 결정들을 의무적으로 준수하게 하는 유엔 헌장 제94조(제848/1957호 법에 의해 이탈리아 법률 체제에 수용된)와 그 자체로 유엔 헌장 제94조를 보충하는 제5/2013호 법률 제3조에 의해서도 확인된다고 주장한다.

주검찰청에 의하면 (앞서 언급된 유엔 헌장 제94조에 확립된 대로) ICJ의 결정과 더불어 국제관습법을 준수해야 할 이탈리아의 의무는 이탈리아 헌법 제11조에서도 확인할 수

있다. 이 조항은 이탈리아가 국제관습법을 존중하도록 의무화하고 그 내용은 유엔 헌장에 따라 이탈리아가 준수해야하는 ICJ의 판결에 정의되어 있다.

3. – 청구인들은 세 사건(제84, 85, 그리고 113/2014호 명령)의 주된 소송 모두에 출석을 신청했고 헌법재판소가 피렌체 재판소에 의해 제기된 질문들을 수용하기를 요구했다.

3.1. – 첫째로, 주된 소송에서 청구인들의 변호인은 손해배상 소송이 67년 후에야 제기된 이유는 독일연방공화국과 연합국들이 합의한 모라토리엄(moratorium) 때문이라는 점을 상기한다. 이탈리아도 평화협정의 제18조에 따라 모라토리엄을 준수해야 했다. 또한 변호인은 모라토리엄이 종료된 후 배상 요구는 독일연방공화국에 의해 거부되어 왔으며, 독일연방공화국은 제3제국과 그 정부가 저지른 범죄에 대한 어떠한 형태의 구제도 부인해 왔다는 사실도 주목한다.

특히, 피렌체 재판소가 제기한 질문들에 대해 주요 소송에서 청구인들의 변호인은 다수의 예비적 의견을 제출했다.

변호인은 국제사회의 국가들이 심각한 인권 침해에 대응하기 위해 1945. 6. 26. 샌프란시스코에서 인종, 성별, 언어 또는 종교의 구별없이 인권과 근원적인 자유를 존중하기로 동의(유엔 헌장 제1조 제3절과 제55조 c항)한 점을 상기한다. 이러한 권리들 중에는 후에 국제 인권 보호 시스템(“국제인권법의 광범위한 침해 및 국제인도법의 심각한 위반의 피해자에 대한 구제와 배상에의 권리에 관한 기본원칙과 지침”에 대한 유엔 총회 결의안 제60/147호)의 초석이 된 사법 접근권(1966. 12. 19.에 체결된 시민적 및 정치적 권리에 대한 국제 규약 제14조)이 있다. 그러므로 인권 보호와 (국가들의 관할권 면제와 관련된 이슈인) 내정 불간섭의 원칙간의 충돌은 기본적 권리를 희생하면서 해결될 수 없다.

따라서, 변호인은 제5/2013호 법률이 헌법 제24조를 침해한다는 점에서 위헌일 뿐만 아니라, 본 사안에 관할권 있는 법원에의 재판 청구권을 포함한 기본적 권리들을 보호하는 국제법과도 충돌된다는 점에서도 헌법에 위배된다고 주장한다.

따라서, 청구인들의 변호인은 ICJ가 월권한다는 비난을 회피하기 위해서라도 피렌체 재판소가 제기한 합헌성의 문제를 수용하기를 요구한다.

나아가 변호인은 현대 국제법에 따르면 이탈리아 법원이 관할권을 가진다고 주장한다. 따라서 쟁점이 된 조항들은 제2차 세계대전 중 독일군이 저지른 반인도적 범죄에 대한 손해배상 청구 소송에서 이탈리아 법원의 관할권을 배제한다는 점에서 헌법 제10조와 제117조와도 충돌한다. 쟁점이 된 조항들이 개인들이 민법과 행정법상 권리를 보호하기 위해 소송을 제기할 권리에 영향을 미치는 한 본 조항들은 국제관습법 및 전통적 국제법과 충돌한다.

위의 관점에서 변호인은 주요 소송에서 헌법재판소가 제5/2013호 법률이 헌법 제24조, 제11조, 그리고 제117조를 위배함에 따라 위헌임을 공표하고 이탈리아 법원의 관할권을

인정하도록 요구한다 (그럼으로써 ICJ의 2012. 2. 3. 판결의 간접적인 효과 또한 배제하기를 요구한다.).

[생략]

4. 공판과정에서 소송 당사자들과 각료회의 의장은 헌법재판소에 그들이 제출한 변론문에 나와 있는 의견들을 지지할 것을 요구했다.

법적 결론

1. 피렌체 재판소는 재판소가 독일연방공화국에 제기된 세 소송과 관련해서 (피고가 주장한대로) 그 관할권을 부인하도록 요구하는 특정 조항들의 합헌성에 질문을 던진다. 이 소송들은 제2차 세계대전 중 독일군대에게 잡혀가 독일로 보내져 강제수용소에서 강제 노동에 동원된 세 명의 이탈리아 국민들의 고통에 대한 손해배상을 받기 위해 시작되었다.

보다 구체적으로, 피렌체 재판소는 다음의 합헌성에 의문을 제기한다:

1) 2012. 2. 3. 독일 대 이탈리아(Germany v. Italy) 사건 판결에서 ICJ가 해석했듯이 “헌법 제10조 1절에 의해 우리 법률 체제에 수용되어 형성된, 다른 국가에서의 민사재판에 국가면제권을 부여하는 국제 관습” 규범의 합헌성 — 본 규범은 제3제국 군대가 1943~1945년 사이에 이탈리아와 독일에서 이탈리아 국민들을 상대로 자행된 침범할 수 없는 인권의 침해로서 전쟁범죄와 반인도적 범죄를 주권적 행위로 간주하고, 따라서 민사 법원의 관할권에서 제외된다는 관점에서;

2) 유엔헌장 적응법률 제1조(“1945. 6. 16. 샌프란시스코에서 서명된 유엔 법령의 실행”에 관한 1957. 8. 17. 제848호 법률)의 합헌성 — 본 조항은 ICJ가 이탈리아 영토에서 제3제국이 주권적 행위로서 저지른 반인도적 범죄에 대한 손해배상소송에서 이탈리아 법원들의 관할권을 부인할 의무를 확립했을 때에도 국내 재판관이 ICJ의 판결을 준수하도록 의무화한다는 측면에서;

3) 2013. 1. 14.의 제5호 법률(국내 법률 체제의 개정을 위한 규정들과 더불어 2004. 12. 2. 뉴욕에서 서명된 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 대한 유엔협약의 이탈리아 공화국의 승인) 제1조(정확히는 제3조)의 합헌성 — 심지어 그러한 행위들이 제3제국 군대가 1943-1945년 사이에 이탈리아와 독일에서 이탈리아 국민들을 상대로 자행한 전쟁범죄와 반인도적 범죄와 같이 국제인도법과 기본적 권리의 중대한 침해가 되는 경우에도, 본 조

항은 국내 법관들이 ICJ 판결을 준수하도록 하고, 따라서 그에 따라 외국의 주권적 행위로서 저질러진 행위들과 관련된 미래의 사건들에서 그 관할권을 부인하도록 의무화하는 관점에서.

앞서 언급된 규범들은 헌법 제2조와 제24조에 관련해 문제가 제기된다. 이 규범들은 헌법 제24조에 명시되어 있는 사법적 보호의 절대적인 보장의 원칙과 충돌한다. 왜냐하면 그 규범들은 주권 행사라고 하더라도 다른 국가가 저지른 전쟁범죄와 반인도적 범죄의 피해자들이 겪은 중대한 인권침해에 대한 손해배상소송의 사법심사를 불가능하게 하기 때문이다. 사법적 보호의 절대적인 보장의 원칙은 이탈리아 헌정 질서의 최우선 원칙이다. 그렇기 때문에 이 원칙은 헌법 제10조 1절에 따라 일반적으로 인정된 국제법 규범들과 헌법 제11조가 추구하는 목표를 증진시키는 국제기구들을 수립하거나 그러한 기구들로부터 파생된 조약들과 수용법의 주체에 포함되어 있는 규범들의 국내 법률 체제로의 도입에 제한이 된다.

하급심 재판관은 2012. 2. 3. 판결에서 ICJ는 주권적 행위로 여겨지는 모든 행위에 대해 다른 국가의 사법관할권으로부터 국가들의 면제권을 확립하는 국제관습규범의 지속적 존재를 지지했다는 점을 주목한다. 이와 같이 ICJ는 제3제국 군대가 1943년부터 1945년까지 이탈리아와 독일에서 이탈리아 국민들을 상대로 저지른 추방, 강제노동, 집단학살과 관련해 논란이 되고 있는 사건에서 분명히 인정되었듯이 근원적인 인권을 침해하는 전쟁범죄, 또는 반인도적 범죄로 간주될 수 있는 주권적 행위와 관련하여 예외의 형성을 배제한다. 또한 ICJ는 실체적인 강행법규 규범(국제인권법)과 절차적인 규범(다른 국가들의 관할권으로부터의 국가면제)은 서로 다른 차원에서 작동하기 때문에 그 둘 사이의 대립의 존재를 부정했다.

그럼에도 불구하고 피렌체 재판관은 비록 ICJ가 국제법 해석과 관련해서 '절대적이고 배타적인 권능'을 가지고 있다는 것을 인정하면서도 국제관습규범에 부합하는 국내 규범 - 기본 원칙들과 불가침적인 권리들의 사법적 보호를 받을 권리를 포함한 헌법적으로 보장된 불가침적인 권리들에 의해 제한되는 - 과 관련한 수용 조항들의 합헌성에 문제를 제기한다.

하급심 재판관은 "만약 국제면제권이 ICJ가 결정한대로 절대적인 성격을 부여받는다면, 영향을 받은 개인들은 독일법률체계에 의해 이미 부정당한 사법조사와 구제의 모든 가능성을 부정당하게 된다"라는 점을 간과할 수 없다고 지적한다(회부 명령 제84/2014호 7쪽, 제85/2014호 7쪽, 제113/2014호 7쪽).

이에 따라 하급심 재판관은 유엔헌장 수용법률(제848/1957호 법률 제1조)과 뉴욕협약 승인법률(2013년 제5호 법률 제3조)에 담겨 있는 조항들의 합헌성에 대해 유사한 우려를 표명한다. 이 조항들은 앞서 언급된 국제관습규범과 비슷하게 법관이 ICJ 판결에 따라 그들의 관할권을 부정할 것을 요구한다.

마지막으로, 피렌체 재판소는 이 규범들이 개별적으로 보았을 때에도 관할권 행사를 배제할 수 있다는 점에서 문제가 제기된 각 조항들의 합헌성은 주요 판결에서 독립된 연관성을 가진다는 점을 명확히 한다.

나아가 하급심 재판관은 손해배상청구를 심의할 관할권 문제에 제기된 질문들을 제한하고, 이행강제 소송의 문제는 포함하지 않는다.

세 사건 모두에서 제기된 요구와 주장이 같은 바, 그 요구와 주장은 공동으로 논의되고 결정될 것이다.

2. – 사전에 헌법 재판소는 피렌체 재판소가 제기한 합헌성 문제의 허용성에 대한 반대를 평가해야 한다.

2.1. – 첫 번째 반대와 관련해서 주검찰청은 여기서 문제가 되는 관할권 면제는 이탈리아 헌법이 제정되기 전에 형성된 일반적으로 인정된 국제관습법 규범에 따르며, 따라서 위헌심사의 대상이 될 수 없다고 주장한다. 헌법재판소는 1979년 제48호 판결(사실관계의 결론 2번째 단락 참조)에서 국제관습규범의 위헌심사는 오직 헌법이 제정된 이후에 형성된 규범들의 경우에만 허용된다고 명시한 것으로 알려져 있다.

이 반대는 근거가 없다.

실제로, 주검찰청이 언급한 즈음에 헌법재판소는 “호혜적 관계에서 몇 백년이 된 국가의 관습”을 분명히 정의하는 외교 행위자의 면제권에 대한 국제관습규범의 합헌성을 정확히 심사했다. 또한, 헌법재판소는 “비엔나협약 제31조 1절과 3절에 관한 제804/1967호 법률에 담겨 있는 집행 명령과 관련하여 하급심 재판관에 의해 제기된 질문은 형식적으로는 정확하다. 그 이유는 관련한 부분에서 관례적인 조항은 단지 위에 설명된 일반적인 국제법 규범을 선언하기 때문이다. 따라서 그 질문에 대한 법적 근거는 그 후자의 규범에 관해서 결정되어야 하며 헌법재판소에서 소송의 실제 주제는 국제관습이 수용된 국내규범과 위에 언급된 헌법원칙 사이의 양립가능성에 관한 것이다”라고 명시했다(법적 결론 3번째 단락).

그 판결 후반에 헌법재판소는 다음과 같이 덧붙였다: “어떠한 경우라도 헌법 제정 후에 생겨난 일반적으로 인정된 국제관습법과 관련해서, 헌법 제10조에 내재된 자동적 수용 메커니즘은 국민 주권과 헌법의 견고성 위에 세워진 헌법 구조 안에서 작동되기 때문에 우리 헌정 질서의 기본 원칙의 위반을 허용할 수 없다는 점이 상기되어야 한다”(법적 결론 3번째 단락).

주검찰청이 내린 제48/1979호 결정의 해석이 옳든 아니든, 헌법재판소는 특히 1956년 제1호 판결에 명확하게 기재된 것을 확인하고자 한다. 이 판결은 다음과 같이 명시한다.

“‘위헌성’이라는 새로운 개념이 오직 헌법 다음에 생긴 법들에게만 적용되고 그 이전의 법들에게는 적용되지 않는다는 가정은 받아들여질 수 없다. 문헌적 관점에서

볼 때, 헌법 제134조와 1948. 2. 9.의 헌법 제1호 법률 제1조는 모두 그 어떤 구별 없이 법의 합헌성에 대한 질문을 다룬다. 논리적인 관점에서 볼 때, 일반적인 법과 헌법 사이의 관계 및 법원의 상하관계에서의 각각의 지위는 일반적인 법이 헌법 전에 생겼는지 후에 생겼는지와 관계 없이 변함이 없다는 사실은 부정할 수 없다.” 그러므로, 오늘날 제1/1956호 판결에 피력된 원칙, 즉 그에 따라 합헌성의 지배력이 공화국 헌법 후에 온 규범들과 전에 온 규범들 모두에 영향을 미친다는 원칙은 그들이 헌법 전에 생성되었는지 후에 생성되었는지와 무관하게 헌법 제10조¹ 1절에 자동적으로 수용된 보편적으로 인정된 국제관습법 규범들에도 적용이 된다는 사실이 인정되어야 한다. 같은 맥락으로, 헌법 제10조 1절에 의해 국제관습법에 회부되는 규범은 헌법 제134조가 그 구체적 가능성을 명백하게 고찰하지 않았다는 이유만으로 헌법심사에서 배제될 수 없다.

이 조항에 따르면 (일반적인 또는 헌법적인) 정식적인 법과 같은 법적 효과를 가지지만 입법 절차가 아닌 다른 수단으로 그 효과를 가지는 모든 법, 행동, 그리고 규범 - 앞서 언급된 국제관습법 포함 - 은 집중된 헌법심사의 대상이 된다. 본 헌법재판소의 감시는 오로지 위계적으로 법률의 하위에 있는 행위들을 배제하며 법률과 같은 법적 효력을 가지지 않는다.

요약하면, 논리적이고 체계적인 관점에서 국제관습의 헌법심사를 배제하거나 헌법심사를 헌법 후에 생겨난 관습들에만 제한할 이유가 없다. 후자는 이전에 형성된 관습들과 똑같은 법적 효력을 가지며 이 두 종류의 관습법들 모두 헌정 질서를 확인하는 요소들, 다시 말하자면 기본 원칙들과 불가침적인 인권들에 의해 제한된다.

그러므로 각료회의 의장의 변호인에 의해 제기된 첫 번째 반대는 근거가 없다.

2.2. 두 번째 반대는 “뚜렷한 절차적 그리고 실체적인 사법평가 사이의 논리적인 우선 순위 관계의 용납할 수 없는 뒤바뀜”을 야기할 것이라는 이유로 관할권의 부재가 주권적 행위로 간주되는 행위들의 국가 면제권에 대한 국제 규범의 범위에 기초하여 평가될 수 없다는 가정에 근거한다.

이 반대 또한 충분한 근거가 있지는 않은데, 그 이유는 단순히 관할권과 관련한 이의는 필연적으로 당사자들이 진술한대로 청구에 제기된 주장의 검토를 요구하기 때문이다.

2.3. – 또한, 예비적으로, 추가적인 헌법적 한계를 적용함으로써 사건의 주제를 넓히려는 목적의 개인 당사자의 진술은 채택할 수 없다는 점이 재확인되어야 한다.

부수적인 헌법적 검토의 주제는 회부 명령(제32/2014호 판결, 제271/2011호 판결, 제56/2009호 판결)에 나타난 대로 조항들과 한계들로 구성되어 있다. 그렇기 때문에 (본 재판소에 출석했던) 청구인이 헌법 제117조 1절과 제117조를 통해 제기한 국제법 규범

¹ 영어 원문에 몇 조인지 누락됨. 다만 문맥상 10조로 보여짐.

에 관련된 주요 소송에서 제기한 합헌성의 문제는 고려될 수 없다.

2.4. – 마지막으로, 비록 세 개의 회부 명령의 작동 부분은 모두 제5/2013호 법률 제1조를 문제가 제기된 조항들 중 하나로 보지만, 세 명령의 전체 맥락에서 보면 소송은 2004. 12. 2.의 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 유엔 협약 가입 승인을 담고 있는 제1조 보다는 2012. 2. 3. ICJ의 판결이 단언하는대로 일상적인 적용 절차에 따라 ICJ의 결정을 수용하는 동 법률 제3조와 관련이 있는 것이 명확하다는 점을 지적한다.

그렇기 때문에 제5/2013호 법률 제1조가 아니라 제3조는 헌법 심사의 대상이 된다. 이는 일관된 헌법적 법리와 일치한다. 이에 따르면 제기된 조항과 관련하여 분쟁의 주제는 식별되어야 하고 명령의 동기와 회부의 문맥을 유념해야 한다(여럿 중 제258/2012호와 제181/2011호 판결, 제162/2011호 법원 명령).

3. – 본안에서 “헌법 제10조 1절이 다른 국가의 민사관할권으로부터 국가 면제를 부여하는 국제관습을 수용함에 따라 우리 법률 체계에 형성된” 규범의 합헌성에 대한 질문은 아래에 나열된 조건에 따라 근거가 없다.

3.1. – 첫째로, 하급심 재판관이 본 재판소에 제기된 주제에서 다른 국가의 민사 관할권으로부터 국가 면제를 부여하는 국제관습법의 규범에 대해 ICJ가 제시한 해석의 평가를 배제한 점이 상기되어야 한다.

물론 본 재판소는 그와 같은 제어를 행사할 수 없다. 국제관습은 이탈리아 법률 체계의 외부적인 것이며, 헌법 제10조 1절의 위임의 결과로 정부나 법관에 의한 그 적용은 일치의 원칙, 즉 국제 법률 체계인 본래의 법률 체계에 제시된 해석을 따라야 한다. 이 경우에 관련 규범은 ICJ에 의해 독일연방공화국에게 책임이 있는 행위에 관한 이탈리아 법관의 관할권 행사에 대하여 독일과 이탈리아 사이의 분쟁을 정의하기 위한 목적으로 해석된 것이다.

2012. 2. 3. ICJ는 판결에서 당분간은 국제관행에서 근원적인 인권을 위반하는 전쟁 범죄와 반인도적인 범죄의 경우 주권적 행위에 대한 다른 국가의 민사 재판권으로부터의 면제하는 규범을 제한할 수 있는 요소들이 부족하다고 명시했다. 그러한 범죄들이 자행됐다는 사실은 ICJ가 확립했고 독일도 인정했다.

동 재판소는 또한 이탈리아 법관들의 관할권 부재는 외국 국가가 저지른 범죄의 결과로 고통을 받은 개인들의 기본적 권리의 희생을 수반함을 분명히 인정했다(판결 144쪽 104 단락 참고). 이는 앞서 언급된 범죄의 피해자들을 위한 다른 사법 구제 방안의 존재를 배제한 독일연방공화국의 변호인에 의해서도 확인되었다(2010. 10. 5. 독일연방공화국의 답변 11쪽 34단락). ICJ는 새로운 협상의 개시만이 국제법상 이 논쟁을 해결할 수 있는 유일한 방안이라고 지적했다.

국제법 차원에서 주권적 행위로 간주되는 행위에 대한 다른 국가들의 민사재판권으로부터의 국가 면제와 관련한 ICJ의 국제관습법 해석은 특히 적격한 것이며 정부와 본 재판소를 포함한 사법당국들에 의한 추후 검토를 허용하지 않는다는 점이 인정되어야 한다. 이 원칙은 스트라스부르 법원이 유럽인권조약의 규범 해석에 관하여 내린 제348호와 349/2007호 판결에 명확하게 언급되어 있다.

실제로 하급심 재판관은 ICJ가 제시한 주권적 행위로 간주되는 행위의 면제라는 국제 규범의 해석에 의문을 제기하지는 않는다. 재판관은 (염려스럽게) 그 규범의 범위는 ICJ에 의해 그렇게 정의되었다는 점에 주목한다. 나아가 재판관은 독일연방공화국에 책임이 있는 행위들은 불법적이며 독일과 ICJ가 근원적인 인권을 침해하는 전쟁 범죄이며 반인도적인 범죄라고 인정한 점들은 논란의 여지가 없다고 상기한다. 그럼에도 불구하고 이 사안은 주요 청구의 본안에 속하며, 그렇기 때문에 본 재판소에 제기된 주제의 범위 밖에 있다.

그렇지만 또 다른 사안, 즉 국제 법률 체제에서 해석된 대로 국내 법률 체제에 통합되고 적용된 국제법 규범 (헌법 제10조 1절을 통해 헌법과 계층적으로 대등한 규범)과 헌법의 규범과 원칙 사이의 예상된 충돌이, 해석을 통해 해결될 수 없는 한, 검토되고 해결되어야 한다는 점은 명확하다.

이것이 근원적 인권 보호의 원칙을 포함한 국가헌정질서의 필수적인 원칙의 경우이다. 이런 상황에서는 국내 법률 체제의 기본 원칙의 불가침권을 지키기 위한, 또는 최소한 그 원칙의 희생을 최소화하기 위한 헌법적 심사를 진행하는 것은 국내 법관, 특히 전적으로 본 재판소에 달려있다.

그리고 이는 정확하게 피렌체 재판소가 위에 인용된 합헌성의 문제를 제기했을 때 본 재판소에 제기한 주제이다. 피렌체 재판소는 ICJ가 해석한 대로 다른 국가의 민사재판권으로부터의 국가면제를 부여하는 국제 규범의 양립가능성을 우리 헌법 질서의 기본 원칙, 즉 근원적 인권 보호의 원칙(제2조)과 더불어 재판을 받을 권리(제24조)에 입각하여 심사할 것을 요구했다. 균형을 유지하는 것이 “모든 사건에서 본 재판소가 그 권한 내에서 이행 할 일상적인 과제” 중 하나이기 때문에, 논의 중인 사건에서와 같이 두 규범이 모두 헌법의 지위를 가지고 있을 때에도 헌법적 양립가능성을 검토하는 것은 분명 가능하다(제236/2011호 판결).

3.2 – 본 재판소가 몇 차례 지지한 바와 같이, 헌정 질서의 기본 원칙과 양도할 수 없는 인권은 “헌법 제10조 1절 상 이탈리아 법률 체제가 준수하는 보편적으로 인정된 국제법 규범의 (...)도입을 제한”(제48/1979호와 제73/2011호 판결)하며 유럽연합 법에 대한 가입에 ‘역제한’(여럿 중 제183/1973호, 제170/1984호, 제232/1989호, 제168/1991호, 제284/2007호 판결)이자 라테란 협정 집행법 가입에 대한 제한(제18/1982번, 제32번, 제31번, 그리고 제30/1971번 판결)으로서 역할을 한다는 점은 의심할 여지가 없다. 다시 말해,

그들은 헌정 질서의 한정하는 근원적 요소들을 상징한다. 이에 따라 그들은 헌법 심사의 범주 밖에 있다(제1146/1988호 판결에서 명시되었듯이 헌법 제138조와 139조).

집중화된 헌법심사제도에서 이 양립가능성의 평가는 국제관습법에 관해서도 다른 법관과는 관계가 없고 오직 헌법재판소와만 관계가 있다. 사실은 헌법재판소의 권한은 어떤 규범이 헌법적인 법과 부적합한지에 의해 결정이 된다. 이는 명백하게 국가의 헌정 질서의 기본 원칙이나 불가침적인 인권을 보장하는 원칙을 포함한다. 이 대조를 검토하는 것이 헌법 법관만의 과제이다. 이 집중화된 헌법심사제도에서 다른 해결책은 가장 첫 사건에서 “법의 위헌성 선언은 헌법 제136조에 따라 오직 본 재판소만이 내릴 수 있다”(제1/1956번 판결)라고 명시한 본 재판소에게 헌법이 부여한 독점적인 권한을 거스른다. 나아가 본 재판소는 최근에도 헌법재판소가 헌정 질서의 기본 원칙과 인권 보호 원칙의 양립가능성의 심사에 독점적인 권한을 가지고 있다고 재확인했다(제282/2007호 판결). 또한 사법 접근권(헌법 제24조)에 관해서 본 재판소는 근원적 인권의 존중과 제한 불가능한 원칙의 이행은 헌법재판소에 주어진 역할을 보장함으로써 보장된다고 단언했다(제120/2014호 판결).

3.3 – 다른 국가의 사법재판권으로부터의 국가면제권을 제공하는 국제관습규범은 모든 국가 행위를 포함했다는 점에서 본래 절대적이었다. 좀 더 최근들어 20세기 초반에 이 규범은 사적 행위(보다 쉽게 이해할 수 있는 표현)가 적절한 제한으로 확인되기 전까지 대부분의 국가의 국내 판례에 의해 진보적인 발전을 해왔다. 그리고 이 면제 규범의 적용 제한은 계속해서 이탈리아 법관들(1906. 6. 8. 피렌체 재판소, *Rivista di Diritto Internazionale* 1907, 379; 대법원 1926. 3. 13., 같은 곳 1926, 250; 1933. 1. 18. 나폴리 항소법원, 같은 곳 1927, 104; 1932. 1. 23. 밀라노 항소법원, 같은 곳 1932, 549; 1933. 1. 18. 대법원, 같은 곳 1933, 241)과 벨기에 법관들(1903. 6. 11. 대법원, *Journal de Droit International Prive* 1904, 136; 1920. 6. 24. 브뤼셀 항소법원, *Pasicrisie Belge* 1922년, II, 122; 1933. 5. 24. 브뤼셀 항소 법원, *Journal de Droit International* 1933년, 1034), 소위 ‘이탈리아-벨기에 이론’에 의해 수립되었다는 점은 잘 알려져 있다.

요컨대, 다른 국가의 민사재판권으로부터의 면제권이 주권적 행위로 간주되는 행위에만 부여되었기 때문에 국내법관들은 국제관습규범의 범주를 제한했다. 그 의도는 주로 최소한 국가가 사적 개인으로 행동했을 경우만이라도 면제의 혜택을 제한하기 위해서였는데, 그 상황은 사적인 계약당사국들의 권리를 부당하게 제한하는 것 같았기 때문이다.

이러한 국제적 규범의 내용이 진보적으로 확인되는 과정은 오랫동안 국제사회에서 확립되어 왔다(제329/1992호 판결). 보통 국내 법원들이 그들의 권한을 결정할 힘을 가지고 있고, 관습법과 그 진화를 확인할 목적으로 관행을 인정하는 것은 국제기구들에게 맡김에 따라 위에 설명된 진화는 국내 판례에서 비롯되었다는 사실은 중대한 의미가 있다.

권리 보호를 위한 면제권의 축소가 일어남에 따라, 이탈리아 법률 체제는 (제한적인 보장

들만으로 권리의 인정이 지지되는) 유동적인 헌법으로 특징지어지는 제도적 시스템에서 보통 법관들이 행사하는 규제 덕분에, (견고한 헌법이 보장하듯 권리 보호와 그에 따른 권력의 제한에 입각한) 공화국의 헌정 질서 내에서 같은 규제의 행사는 불가피하게 본 재판소에 있다. 이 권한은 헌법의 존중과 특히 헌법의 기본 원칙을 존중하고, 따라서 다른 국가의 민사재판권에 대한 국가면제권을 부여하는 국제 규범과 그 기본 원칙 간의 양립가능성을 검토하기 위해서 전적으로 본 재판소에 있다. 그 결과는 국내 법률 체제에서만 유효한 이 규범의 범주의 추가적인 축소이다. 그렇지만 그와 동시에 이는 바람직하고 - 그리고 많은 국가가 바라는 - 국제법 자체의 진화에 기여할 수도 있다.

3.4-뿐만 아니라, 국제 법률 체제에서 해석되어 있듯이 외국 국가들의 관할권으로부터 면제권을 갖게 하는 국제관습 규범이 기본 원칙들과 불가침적인 권리들과 충돌하지 않음에 따라 헌정 질서에 수용될 수 있는지를 본 재판소가 확인하도록 요구하는 헌법 제10조 1 절의 맥락에서도 그러한 규제는 필수적이다. 반면, 만약 충돌이 있다면 “국제 규범의 적용은 일어나지 않을 것이다”(제311/2009호 판결). 이에 따라 국제 규범의 수용과 이에 따른 적용은 그 규범이 불가침적인 원칙들과 권리들과 충돌되는 한 불가피하게 배제될 것이다.

이것이 정확하게 현재 사건에서 발생한 일이다.

본 재판소는 헌정 질서의 기본 원칙들에 제24조가 보장하는 예컨대 재판을 받을 권리와 같은 개인의 권리를 보호하기 위해 법정에 출석하고 변론을 받을 권리가 포함된다는 사실을 거듭 확인했다. 이는 이슈가 되는 권리가 근원적 인권을 보호하기 위해 발동되었을 때에 특히 더 그렇다.

현 사건에서 하급심 재판관은 본 재판소에게 요구된 합헌성 심사에서 헌법 제2조와 제24조는 분리할 수 없게 함께 엮여져 있다는 점을 적절히 보여주었다. 첫 번째 제2조는 헌법 헌장의 기본 원칙에 있어 인간의 존엄성 - 이것이 현 사건에서 중대한 점이다 - 을 포함한 기본 인권의 불가침성을 보호하는 실질적인 조항이다. 두 번째 제24조도 개인의 불가침적인 권리들을 발동하기 위하여 개인의 사법 접근권을 보호하기 때문에 인간의 존엄성의 안전 장치이다.

비록 이 두 조항은 다른 영역인 실질적인 영역과 절차적인 영역에 속하지만, 이들은 다른 국가의 사법관할권으로부터 국가의 면제에 대한 규범의 헌법적 병존가능성 문제에서 공통적인 관련성을 공유한다. 만약 어떤 권리가 효과적인 보호를 얻기 위해서 법관 앞에서 다뤄질 수 없다면, 그 권리의 어느 정도가 남아있는지 확인하는 것은 어려울 것이다. 이미 유럽공동체법에 관한 제98/1965호 판결에서 본 재판소는 효과적인 사법보호에 대한 권리가 “헌법 제2조에 의해 보호되는 불가침적인 인권 중 하나이다. 이는 또한 유럽 인권협약 제6조가 이 원칙에 부여한 심의에서도 명확히 나타난다”(법적 결론의 두 번째

단락)라고 했다. 더 근래에 본 재판소는 사법적 보호에 대한 권리를 “본질적으로 민주주의의 원칙, 그리고 누구에게나, 언제나, 어느 분쟁에서든 간에 법관과 판결을 보장할 의무와 연결되어 있는 헌정 질서의 최고의 원칙 중 하나”로 명백히 정의했다(제18/1982호, 제82/1996호 판결).

기본적 권리에 대한 사법적 보호의 효과성에 주의하여 본 재판소는 또한 “권리의 인식은 사법 절차에서 법관 앞에 그 권리들을 적용할 힘의 인식과 함께 간다. 그러므로 개인의 권리 옹호를 위해 법적 구제에 호소하는 것은 헌법 제24조와 제113조가 보장하는 하나의 권리이다. 이 권리는 성격 상 침해될 수 없으며 법의 지배에 근거한 민주 국가의 특징적인 권리(제26/1999호, 제120/2014호, 제386/2004호, 제29/2003호 판결)”라고 상기했다. 나아가 법관에게 재판을 받을 권리와 불가침적인 권리의 효과적인 사법적 보호를 받을 권리는 우리 시대의 민주주의 체계에서 법적 문화의 가장 중대한 원칙들 중 하나이다. 그럼에도 불구하고 국제법에 구상되어 있는 국가들의 관할권 면제 사건들과 관련해서 본 재판소는 외국 국가들이 연관된 사건들에서는 사법적 보호에 대한 기본적 권리가 헌법 제10조가 규정하고 있는 제한을 넘어서 더 제한될 수 있다는 점을 인정했다. 그러나 이 제한은 헌정 질서의 “최고 원칙” 중 하나인 헌법 제24조의 원칙보다 잠재적으로 우세한 공익의 이유들로서 정당화되어야 한다(제18/1982호 판결). 나아가 제한을 확립하는 조항은 구체적인 사건에 비추어 공익의 엄격한 평가를 보장해야 한다(제329/1992호 판결). 현 사건에서 ICJ가 그 범위에서 정의한 외국의 국가면제에 대한 국제관습 규범은 반인도적 범죄와 근원적 인권의 중대한 침해의 피해자들이 제기한 손해배상 소송을 심사할 국내법원의 관할권을 부정했다는 점에서 사법적 보호에 대한 권리의 완전한 희생을 수반한다. 이는 국제적인 측면에서 이 사안의 해결책은 새로운 협상의 개시와 같은 외교적인 수단만이 적절한 방법이라고 고려한 ICJ도 인정했다(2012. 2. 3. 판결 102번째 단락).

또한, 헌정 질서에서 심각한 범죄로 손상된 기본적 권리인 사법적 보호에 대한 권리(헌법 제2조, 제24조)의 희생을 정당화할 수 있을 만큼 우세한 공익은 확인될 수 없다.

외국의 관할권 면제는 법적인 관점에서 보면 쉽게 옹호될 수 있으며 논리적인 관점에서는 더 그럴 수 있다. 그렇기 때문에 형식적으로만이 아니라 실질적으로 외국 국가의 주권 기능과 같은 공권력 행사와 연결되어 있을 경우에만 관할권 면제는 헌법적인 측면에서 헌법이 보장하는 불가침적인 권리인 사법적 보호의 원칙의 희생을 정당화할 수 있다.

본 재판소가 재차 확인한 바와 같이(헌법 제11조와 관련해 제284/2011호, 제168/1991호, 제232/1989호, 제170/1984호, 제183/1973호 판결; 헌법 제10조 1절과 관련해서는 제73/2001호, 제15/1996호, 제48/1979호 판결; 또한 제349/2007호 판결), 헌정 질서의 요소인 기본 원칙과 불가침적인 인권의 존중은 (또한 평화와 정의의 원칙에 영감을 받고 그 원칙의 실현을 위해 이탈리아가 헌법 제11조에 의해 주권의 제한에 동의한, 원만한 국제 관계를 유지하고자 하는 목적을 이루고자 하는 관점으로) 국제적인, 그리고 초국가적인 체제에 대한 이탈리아 법률 체제의 수용성(헌법 제10조, 제11조)을 나타내는 한계

이다. 이는 그 자체로 추방, 강제 노역, 그리고 집단학살과 같이 반인도적인 범죄로 인정된 행동들이 국내 법률 체제에서 그 범죄 피해자들의 불가침적인 권리들의 사법적 보호의 완전한 희생을 정당화할 수 있다는 점을 배제한다.

헌법 제2조와 제24조가 이탈리아 법관에게 부여한 관할권으로부터 외국 국가에게 면제권을 부여하는 것은 국가의 주권 기능을 보호한다. 이 면제권은 정부 권력의 전형적인 행사를 나타내지는 않지만 명백하게 불법적이라 고려되고 인정되는 행동들을 보호하지는 않는다. 이는 현 사건에서 ICJ가 인정했고 독일연방공화국이 ICJ에서 인정했듯이(위 3.1단락 참조), 그 행동들이 불가침적인 권리들의 침해이기 때문이다. 이 권리들은 ICJ 판결에서도 인정되었듯이 효과적인 구제를 박탈당했다. ICJ는 “국제법에 의한 독일의 관할권 면제가 해당 이탈리아 국민들의 사법 구제 방안을 불가능하기 할 수도 있다”는 점을 알고 있었다고 명시하며(104단락) 협상의 재개시를 희망했다.

그러므로 인권 중심성으로 특징되고 외부 법원에 대한 헌정 질서의 수용성(제349/347호 판결)으로 강조된 제도적 맥락에서는 논의 중인 범죄 피해자들의 근원적 권리에 대한 사법적 보호를 부정하는 것은 (다시 현 시점으로 돌아와서) 헌법의 두 최고의 원칙을 전적으로 불균형하게 희생하도록 결정하는 것이다. 물론 그 권리들은 국가의 정부 권력 행사를 방해하지 않기 위하여 현 사건에서와 같이 국가 행위가 불가침적인 인권을 침해하는 전쟁 범죄와 반인도적 범죄로 고려될 경우에도 희생되는 것이며, 그렇기 때문에 정부 권력의 합법적 행사에서 배제되는 것이다.

마지막으로, 모든 민주주의 체계에서처럼 이탈리아 헌법도 확립한 법관에게 재판받을 권리는 개인 권리들에 대한 효과적인 사법적 보호를 요구한다(헌법 제24조에 명시된 권리 사법적 보호의 효과성에 대해서는 최근 판결 제182/2014호와 119/2013호, 또한 281/2010호와 77/2007호 참조)는 점이 상기되어야 한다.

위에 언급된 바와 같이 본 재판소는 과거에 공동체 법률 체제에서 사법적 통제 시스템은 헌법 제24조가 제시한 필요 요건들과 대등한 사법 보호의 필요 요건을 만족시키는 것으로 보인다는 점을 인정했다(제98/1965호 판결). 그러나 본 재판소는 EU사법재판소가 나중에 인정된 권리들을 원용한 당사자들을 위한 예심 결정에서 판결의 유익한 효과를 지연시키는 관행을 다른 방식으로 평가했다. 그 결과, 예비 결정에 대한 참조의 기능은 물론 좌절되었고 요구된 사법 보호의 효과성 또한 강력하게 축소되었다. 이는 본 재판소 심의의 목적에서, 이탈리아 헌법이 수립한 법관에게 판결을 받을 권리의 필요 조건을 위반한 것이다(이 문제에 대해 EU사법재판소의 법리를 바꾸도록 이끈 제232/1989호 판결). 유엔 안전보장이사회의 조직(제재 위원회)이 작성한 잠재적 테러리스트 명단에 포함된 개인들의 자산 동결을 규정하는 이사회 규정의 취소 소송에 관하여 EU사법재판소의 판결을 상기하는 것 또한 대등하게 중요하다. 첫째, EU사법재판소는 근본적으로 지역사법제도가 관할권이 결핍되어 있다는 1심 법원의 결정을 거부했다. 반대로 EU사법재판소는 지역사법제도가 유엔 안보이사회의 결의안을 실행하도록 설계된 EU의 조치에 대한 평가를

포함해 모든 EU의 행동들의 합법성에 대한 평가를 해야 한다고 했다. 그리고 본 재판소는 국제적 합의에 의해 부여된 의무가 모든 EU의 행동들이 기본적 권리를 반드시 존중해야 한다는 원칙을 훼손할 수 없다고 했다.

그 결과, 유엔 시스템에 기본적 권리의 존중을 평가하기 위한 적절한 장치가 없기 때문에 효과적인 사법적 보호의 원칙을 위반했다는 점에서 지역 규칙은 취소되었다(2008. 9. 3. EU사법재판소 판결, 사건 C-402와 415/05 P 316ff, 320ff. 단락).

3.5.-본 사건에서 ICJ가 인정했고 독일연방공화국이 ICJ에서 확인했듯이 기본적 권리의 효과적인 사법적 보호의 불가능은 ICJ가 정의한 국제법과 헌법 제2조와 제24조 사이의 분명한 차이를 만든다.

다른 국가의 민사 관할권으로부터 국가 면제를 부여하는 국제법이 주권적 행위로 여겨지는 행동들을 포괄하고 그 행위가 국제법과 근원적 인권을 위반하는 한, 이 차이는 본 재판소로 하여금 국제법이 그러한 중대한 위반으로 초래된 손해배상소송에 면제권을 확대하는 범위내에서는 헌법 제10조 1절의 적용이 작동하지 않는다는 것을 선언하도록 만든다.

결과적으로, 국가관할권 면제법이 앞서 언급된 헌법의 기본 원칙들과 충돌하는 한, 이 면제권은 이탈리아 법률 체제의 범위에 들어오지 않고, 따라서, 이탈리아 법률 체제에서 그 어떤 효력도 가지지 않는다.

그러므로 “헌법 제10조 1절이 다른 국가의 민사관할권에 대해 국가면제를 부여하는 국제 관습법을 수용함에 따라 우리 법률 체제에 형성된” 규범과 관련해 하급심 재판관이 제시한 의문은 근거가 없다. 헌법 제10조 1절에 따라 우리 법률 체제가 따르는 국제법은 불가침적인 인권을 침해하는 전쟁 범죄와 반인도적인 범죄에 대한 손해배상소송의 경우에 민사관할권으로부터 국가를 면제하는 규범을 포함하지 않는다. 따라서 이 권리들은 필요한, 효과적인 사법적 보호를 빼앗기지 않는다.

4. – 유엔헌장 적응법률 제1조(1957. 8. 17. 제848호 법률)의 합헌성 문제에 관해서는 다른 결론들이 도출될 수 있다. 본 조항은 유엔헌장, 그리고 특히 “유엔의 각 회원국은 각 회원국이 당사자인 어떠한 사건에도 ICJ의 결정을 따른다”고 규정하는 제94조를 실행하도록 허용하기 때문에 헌법 제2조와 제24조에 위반되는 것으로 알려져 있다. 따라서 본 조항은 본 사건에서와 같이 전쟁 범죄나 반인도적인 범죄와 같은 국제인도법과 기본적 권리의 심각한 위반을 구성하는 외국의 행위의 사건에서, ICJ의 판결이 이탈리아 법원들로 하여금 그들의 관할권을 부정할 의무를 수립할 때조차도 국내 법률 체제가 ICJ의 판결에 따르도록 요구한다.

4.1 – 아래에 펼쳐진 조건들에 따르면 그 질문은 충분한 근거가 있다.

제848/1957호 법률 제1조는 국제평화와 안전을 유지하기 위해 1945. 6. 26. 샌프란시스코에서 서명된 유엔헌장을 “완전히 실행”하도록 했다. ICJ는 유엔의 주요사법기구(제92조)로 설립(제7조)되었으며, ICJ의 결정들은 회원국이 당사자인 모든 사건에서 모든 회원국을 구속한다(제94조). 이 구속력은 적응특별법률(비준과 실행 명령의 승인)을 통해 국내 법률 체제에서 효력을 발생한다. 이는 이탈리아가 유엔과 같이 국가간 평화와 정의를 수호하기 위한 국제 기구들에 호의를 보이기 위해 동의한 주권을 제한한 경우이다(헌법 제11조). 그러나 이는 항상 헌법이 보호하는 기본 원칙과 불가침적인 권리들을 존중하는 범위 안에서 이루어진다(제73/2001호 판결). 그러므로, 유엔헌장 제94의 수용으로 인해 부과된 ICJ의 결정에 따라야 할 의무는 ICJ가 이탈리아로 하여금 제3제국이 이탈리아 영토에서 주권적 행위로서 저지른 기본적 인권의 침해인 전쟁 범죄와 반인도적 범죄에 따른 손해배상청구소송의 심리에서 이탈리아의 관할권을 부정하도록 한 ICJ의 판결을 포함할 수 없다.

어떤 경우에서든 보편적인 국제법의 외국 관할권으로부터의 면제에 불가침적인 인권을 침해하는 전쟁 범죄와 반인도적 범죄로 분류된 주권적 행위로 간주되는 행위의 사건들을 포함한다고 해석한 ICJ의 판결과 관련해서 유엔헌장 적응법률과 헌법 제2조와 제24조 사이의 충돌은 전적으로 그리고 명확하게 일어난다. 반복적으로 상기되었듯이, 기본권의 사법적 보호는 “헌정 질서의 최고 원칙” 중 하나이다. 따라서, 의문이 제기된 조항(적응법률 제1조)은 이 원칙에 반대될 수 없다. 이 조항이 기본권의 사법 보호에 대한 권리의 노골적인 침해인 반인도적 범죄에 대한 손해배상소송의 심리에서 관할권을 거부하도록 하는 ICJ가 내린 2012. 2. 3. 판결에 이탈리아와 이탈리아 법원이 따르도록 하는 한.

다른 모든 경우에서도 유엔헌장 가입에 따라 부과된 ICJ의 판결을 이행해야 할 의무를 포함한 모든 국제적 의무를 이탈리아가 지켜야 할 약속은 변하지 않는다는 점은 매우 명확하다.

우리 법률 체제로 규약상 규범[유엔헌장 제94조]이 수용되는 과정에서의 장애 – 비록 오로지 본 사건을 위해서라도 – 는 외부의 규범 자체의 합법성에는 영향을 끼치지 않으며, 따라서 적응특별법은 위에 언급된 헌법의 기본 원칙들과 상충되는 한 그의 위헌성 선언을 피할 수 없다(제311/2009호 판결).

이는 본 재판소의 일관된 관행과도 일치한다. 제18/1982호 판결에서 상당부분 드러났듯이 본 재판소는 “정교화약 제34조 4, 5, 6절과 1929. 5. 27. 제847호 법률 제17조(결혼 관련 바티칸 시국과 이탈리아가 1929. 2. 11. 맺은 정교화약의 이행을 위한 조항들)의 실행에 관한 1929. 5. 27. 제810호 법률 제1조(1929. 2. 11. 로마에서 바티칸 시국과 이탈리아 사이에 체결된 조약, 네 부록, 그리고 정교화약의 실행) 제1조의 위헌성을, 특히 본 조항들은 상고법원이 성립되지 않은 결혼에 대해 종교법을 민법 상 이행하도록 결정내릴 수 있고 혼인기록 옆에 혼인상태기록란에 표시하도록 명령을 할 수 있다는 결정한 범위내에서 결정한 바 있다(같은 맥락에서 제223/1996호 판결, 제128/1987호 판결, 제210/1986호

판결, 제132/1985호 판결).

적응법률 제848/1957호의 나머지는 반박의 여지가 없이 온전히 시행 중이며 효력이 있다.

이런 이유로 유엔헌장 제94조의 실행과 관련하여 제848/1957호 적응법률 제1조는 이탈리아 법원들로 하여금 ICJ의 2012. 2. 3. 판결, 즉 불가침적인 인권을 위반한 전쟁 범죄와 반인도적 범죄를 구성하는 외국의 행위들과 관련된 사건에서 이탈리아 법원들이 그 관할권을 부인하도록 요구하는 판결에 따르도록 하는 것에 한해서 위헌으로 선언되어야 한다.

5. – 마지막으로, 제5/2013호 법률 제3조의 합헌성에 대한 질문이 검토되어야 한다. 하급심 재판관이 다른 질문들을 옹호하며 제시한 비슷한 주장들을 근거로(위 3단락과 그 다음 참조), 그 재판관은 헌법 제2조와 제24조에 관하여 앞서 언급된 제5/2013호 법률 제3조의 합헌성에 의문을 제기한다. 이는 이 조항이 논의 중에 있는 사건에서와 같이 제3제국이 이탈리아 영토에서 저지른 반인도적 범죄에 대한 손해배상청구소송의 심리에서조차 국내 법관들로 하여금 그들의 관할권을 부인하도록 요구하는 ICJ의 판결에 따르도록 하기 때문이다. 하급심 재판관에 따르면, 그 조항은 비록 주권의 행사 과정에서 발생했다 하더라도 다른 국가가 (사법적 보호를 보장할 의무가 있는) 이탈리아의 영토에서 저지른 전쟁 범죄와 반인도적 범죄의 피해자들이 겪은 중대한 인권 침해에 대한 사법적 검토와 피해 배상을 배제하는 한, 헌법 제2조와 제24조에 내재된 불가침적인 권리들의 사법적 보호의 원칙과 충돌한다.

5.1. –이 질문은 충분한 근거가 있다.

질문이 제기된 조항은 제5/2013호 법률의 범주 안에 있다. 이 법에 따라 이탈리아는 2004. 12. 2. 뉴욕에서 채택된 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 유엔협약의 가입과 완전한 실행을 인가했다. 서른번 째 비준문서의 기탁일로부터 30일 후에 발효되는 그 협약은 보편적으로 인정된 국가 관할권 면제에 대한 국제관습법의 원칙을 조약에 포함시키고, “특히 자연인 또는 법인과 국가의 거래에서 법적 확실성”(전문에 명시)을 보장하기 위하여 국가 면제가 적용될 수 없는 경우들(예컨대, 상거래, 고용 계약, 그리고 개인 상해와 재산 피해 – 각각 제10조, 제11조, 제12조)을 확인함으로써 그 조약의 범주를 규정함을 목적으로 한다.

따라서 이탈리아 입법자는 제5/2013호 법률을 통해 앞서 언급된 협약을 국내 법률 체제에 수용시켰고, 그에 따라 그 협약의 모든 조항을 따라야한다.

위에 언급되었듯이 제1조는 가입 승인을 규정하고 제2조는 실행 명령을 규정한다. 또한, 의회는 문제가 제기된 제3조도 포함시켰다. 이 조항은 “1. 유엔헌장 제94조 1절의 목적에 따라 (...) 이탈리아가 당사자인 분쟁을 다루는 판결에서 ICJ가 다른 국가의 특정 활동들이 민사관할권의 대상이 될 수 있는 가능성을 배제했을 때, 같은 활동에 대한 분쟁에

대해 심의하는 재판관은 관할권의 존재에 대하여 이미 그들의 관할권을 인정하는 최종의 효과를 지니는 잠정적인 판결을 내렸을 때에도 직권으로 소송의 어떤 단계에서건 그 관할권의 부재를 선언해야 한다. 2. 1단락에서 언급된 ICJ의 판결과 반대되는 최종 판결은 ICJ의 판결이 나중에 통과되었다 하더라도 민사소송법 제395조가 규정한 사유들과 더불어 민사 관할권의 부재로 개정할 수 있다. 이러한 상황에는 민사소송법 제396조가 적용되지 않는다”라고 규정한다.

이는 본질적으로 2012. 9. 3. ICJ의 판결을 실행하는 통상의 적용 조항이다. 다시 말해 이 조항은 명확하게 이탈리아 국가로 하여금 ICJ가 외국의 특정 행동을 민사관할권으로부터 배제시킨 모든 판결에 따를 의무를 규정한다. 이는 소송의 어떤 단계에서던 재판관이 직권으로 관할권 부재를 선언하도록 요구하며 기 판결이 ICJ의 판결과 충돌할 경우 그 판결을 정정하도록 하는 추가적인 사유를 제공한다.

본 조항이 그 판결을 명백하고 즉각적으로 존중하고 “헤이그 재판소에 제기된 분쟁으로 생긴 것과 같은 불운한 상황들을 피하기 위해” (2012. 2. 3. ICJ 판결 직후) 채택되었다”는 점을 의회의 절차는 분명히 보여준다(국민회의 법률 제5434호, 제3위원회 - 외교 문제, 2012. 9. 19. 회의).

그리고 2012. 2. 3. 판결에서와 마찬가지로 ICJ가 불가침적인 인권의 침해로써 전쟁 범죄와 반인도적 범죄로 여겨지는 행위들이 포럼국가의 영토에서 외국의 군대에 의해 자행되었다 하더라도 그 행위들에 대한 손해배상소송 사건에서 국가를 민사관할권으로부터 면제하는 것을 인정한 사건들을 본 조항은 배제하지 않는다.²

이와 같이 의문이 제기된 법은 또한 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 유엔협약에 명확하게 확립된 것으로부터 권위가 훼손된다. 이는 가입 당시 이탈리아 정부가 의탁한 해석상의 선언으로 확인된다. 이 선언은 포럼국가의 영토에서 군대의 활동으로 인해 야기된 피해와 상해의 경우에는 협약의 적용과 면제 규범의 제한을 명확하게 배제하고 있다.

문제가 제기된 제3조에 확립되어 있듯이 이탈리아 법관이 2012. 2. 3. ICJ 판결(이탈리아 재판소가 그 영토에서 외국이 주권적 행위로 저지른 반인도적 범죄에 대한 손해배상소송 심리에서 침해된 기본권에 대한 아무런 사법적 구제 방안 없이 그들의 관할권을 부인하도록 요구하는 판결)을 따라야 하는 의무는 - 합헌성과 관련된 다른 질문들에 대해 위에 광범위하게 보여졌듯이(위 세 번째, 네 번째 단락 참조) - 헌법 제2조와 제24조가 보장하는 기본권의 사법적 보호의 기본 원칙과 배치된다. 위에서 관찰된 바와 같이, 외국에게 부여된 이탈리아 관할권의 면제로부터 기인한 기본권의 사법적 보호에 관한 권리 - 공화국 헌법 제2조와 제24조에 명시되어 있는 이탈리아 법규 명령의 최고 원칙 중 하나 - 의 완전한 희생은 불가침적인 인권의 침해인 전쟁 범죄와 반인도적 범죄로 여겨지는 행위들의 경우와 같이 면제권이 외국 정부의 불법적인 권력 행사를 보호하는 한 정당화될

² 원문 자체가 미완성 문장이어서 문맥에 맞게 번역함.

수도 수용될 수도 없다.

그러므로 제5/2013호 법률 제3조는 위헌이라 공표되어야 한다.

6. – 하급심 재판관이 관할권을 선언한 것은 주요 소송의 본안심사에 영향을 끼치지 않으며 그 검토는 하급심 재판관의 의무이다.

신청자들이 제기한 손해배상청구는 본 재판소에 제기된 주제에 포함되어 있지 않으며, 그 청구의 타당성을 확인하거나 부인하는 사실 또는 법적 문제에 대한 그 어떤 평가도 포함되어 있지 않다.

이와 같은 이유들로

헌법재판소는

1) 2013. 1. 14.의 제5호 법률 제3조(2004. 12. 2. 뉴욕에서 체결된 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 유엔협약의 이탈리아 공화국의 가입과 더불어 국내 법률 체제의 개정을 위한 조항들)가 위헌이라 선언한다;

2) 1957. 8. 17.의 제848호 법률 제1조(1945. 6. 26. 샌프란시스코에서 체결된 유엔 헌장의 실행)이 위헌임을 선언한다. 본 조항이 유엔헌장 제94조의 실행에 관한 것으로, 불가침적인 인권의 침해인 전쟁 범죄와 반인도적 범죄를 구성하는 외국의 행위들과 관련된 사건에서 이탈리아 법원들로 하여금 그 관할권을 부인하도록 요구하는 2012. 2. 3.의 ICJ 판결에 이탈리아 법관이 전적으로 따라야 하는 한 그러하다;

3) 논증에서 제시한 조건에 따라, 재판소가 위에 언급된 주문들을 통해 헌법 제2조와 제24조와 관련해 제기한 “헌법 제10조 1절에 의해 다른 국가의 민사관할권에 대해 국가 면제를 부여하는 국제관습법의 소용으로 우리 법규 체제에 생성된” 규범의 합헌성에 대한 질문은 근거가 없다고 선언한다.

이와 같이 2014. 10. 22. 이탈리아 헌법 재판소에서 결정되었다.

쥬세페 테사우로(헌법재판소장, 작성자)

가브리엘라 파올라 멜라티(기록원)

2014. 10. 22. 등기소에 저장됨

가브리엘라 파올라 멜라티(등기소장)

번역: 야마모토 변호사