



여성과 인권 관련 UN 자료집

한국정신대문제대책협의회 · 국회 일본군'위안부'문제 연구모임

SAd.b.8

## '여성과 인권' 관련 UN 자료집

- I. 게이 맥두걸, "전시 조직적 강간, 성노예, 노예적 취급 관행에 관한 특별 보고서", UN인권위원회 산하 소수자에 대한 차별방지 및 보호 소위원회(1998.8)
- II. Gay J. McDougall, Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities(1998.8)
- III. Radhika Coomaraswamy, Violence against women by the state and during armed conflict, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS(1998.4)
- IV. ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court(1998.7)

한국정신대문제대책협의회 · 국회 일본군'위안부'문제 연구모임



## '여성과 인권' 관련 UN 자료집

I. 게이 맥두걸, "전시 조직적 강간, 성노예, 노예적 취급 관행에 관한 특별 보고서", UN인권위원회 산하 소수자에 대한 차별방지 및 보호 소위원회(1998.8)

II. Gay J. McDougall, Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities(1998.8)

III. Radhika Coomaraswamy, Violence against women by the state and during armed conflict, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS(1998.4)

IV. ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court(1998.7)

## 자료집을 발간하며

오는 12월 10일은 유엔이 세계인권 선언을 발표한지 50년이 되는 날입니다. '힘없는 종이 호랑이'라는 비판도 받고 있지만 과거 50년간 유엔은 소외된 사람들의 인권보호를 위해 꾸준한 노력을 기울여왔습니다. 그 '천진한 이상주의자'들이 이루어낸 성과의 하나가 상설국제형사재판소의 설립입니다.

지난 7월 약 1백50여개국이 참가하여 통과시킨 국제형사재판소 창설협약은 앞으로 전쟁범죄나 집단학살 등의 반인륜범죄를 저지른 개인의 처벌을 제도화하였다는 점에서 국제법의 커다란 발전일 뿐 아니라 50여년에 걸친 인류의 이상을 현실화하였다는 점에서 매우 중요한 사안이라고 생각합니다. 우리나라도 하루빨리 국내법적인 절차를 완료하여 협약발효조건인 60개국 비준에 참여하는 최초의 국가 중 하나가 되기를 바라는 마음입니다.

1997년 2월 쿠마라스와미 특별보고관의 "전시 군 성노예문제에 관한 유엔 인권위원회 특별보고서"를 의정자료집형식으로 발간한데 이어 올해에도 쿠마라스와미 보고서와 맥두걸 보고서 그리고 국제형사재판소 창설협약을 함께 넣은 자료집을 한국정신대문제대책협의회와 국회일본군'위안부'문제연구모임이 공동으로 발간하게 되었습니다. 일본군'위안부'문제의 해결을 위한 국제적인 연대 및 일본정부의 국제법적 책임을 명확히 하는데 이번 보고서가 많은 도움이 되리라 생각합니다. 앞으로도 여성인권을 위해 애쓰시는 많은 분들에게 국제적 흐름과 정보를 제공하고 인식을 공유하여 여러분의 활동에 도움이 되도록 노력하겠습니다.

이번 자료집 발간에 참여해주신 모든 분들에게 감사드립니다.

1998. 11

한국정신대문제대책협의회 공동대표 이효재 윤정옥 김윤옥

국회일본군'위안부'문제연구모임 대표 이미경



## 자료집 순서

- I. 게이 맥두걸, "전시 조직적 강간, 성노예, 노예적 취급 관행에 관한 특별보고서", UN인권위원회 산하 소수자에 대한 차별방지 및 보호 소위원회(1998.8) ... 5
- II. Gay J. McDougall, Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities(1998.8) ... 75
- III. Radhika Coomaraswamy, Violence against women by the state and during armed conflict, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS(1998.4) ... 141
- IV. ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court(1998.7) ... 189
- V. 단체소개 - 한국정산대문제대책협의회·국회일본군'위안부'문제연구모임 ... 277

게이 맥두걸(Gay J. McDougall)

"전시 조직적 강간, 성노예, 노예적 취급 관행에 관한 특별보고서"  
UN인권위원회 산하 소수자에 대한 차별방지 및 보호 소위원회  
(1998.8)



## 목 차

서 문 · 6

I. 보고서의 목적 및 배경 · 7

A. 목 적

B. 배 경

II. 범죄의 정의 · 11

A. 강간을 포함한 성폭력

B. 성노예를 포함한 노예

III. 국제법하에서 강간을 포함한 성노예와 성폭력을 기소하기 위한 법률체계 · 14

A. 비인도적 범죄

B. 노예 제도

C. 집단학살

D. 고 문

E. 전쟁범죄

IV. 개인의 책임 판결 · 23

V. 전범자의 수색과 기소 의무 · 26

VI. 효과적 처리에 대한 권리와 배상의 의무 · 27

VII. 국가적 수준에서의 기소 · 28

A. 국내적 기소의 중요성

B. 국내법의 공통된 실패와 절차

VIII. 권고사항 · 31

IX. 결 론 · 34

<첨 부>

제 2차 세계대전 중 설치된 "위안소"에 대한 일본정부의 법적 책임에 관한 분석 · 45



## 서 문

1. 소수자 차별금지 및 보호에 관한 소위원회 제 45차 회의에서 소위원회는 전쟁시 여성의 성적 및 다른 형태의 강제노역과 착취와 관련하여 「현대형 노예제도 특별조사위원회 (Working Group on Contemporary Forms of Slavery)」가 제출한 정보를 주목하면서, 린다 사베즈에게 특별보고관으로서 국내 무력충돌을 포함한 전쟁당시의 체계적인 강간과 성노예제 혹은 노예제와 유사한 관행의 상태에 관한 심층적 연구를 수행할 것을 위임하였다.
2. 소위원회 46차 회의에서 소위원회는 여러 가지 연구를 추천(권고)하도록 결의한 「인권위원회 결의 1994/103」을 감안하여 사베즈가 47차 회의에서 전쟁 당시의 체계적인 강간과 성노예제 혹은 노예제와 유사한 관행의 상태에 관한 보고서를 제출할 것을 재정적 고려 없이 요청하였다.
3. 사베즈는 그녀의 보고서를 제시간에 제출하였으며(E/CN.4 /Sub.2/1995/38) 소위원회는 「결의 1995/14」에서 그녀의 보고서를 환영하였다. 특별보고관은 연구목적과 범위, 정책 수단으로서의 체계적 강간의 역사, 관련 국제법규, 책임과 배상문제, 관련자 기소에 관한 관할권의 형태, 범법자들에 대한 제재와 가능한 형태의 보상을 요약한 그녀의 예비보고서를 48차 회의에 제출하였다(E/CN.4/Sub.2/1996/25).
4. 1997년 5월 사베즈는 인권센터 고등판무관에게 소위원회의 49차 회의에서 그녀의 최종 보고서를 제출할 수 없게 되었다고 통보하고 소위원회의 다른 위원에 의하여 연구가 계속 진행되었으면 좋겠다는 의사를 밝혔다(E/CN.4/Sub.2/1997/12). 49차 회의에서 소위원회는 「결의 1997/114」에서 케이 J. 맥두걸을 국내무력충돌을 포함한 전시의 체계적인 강간과 성노예제 혹은 노예제와 유사한 관행에 관한 최종보고서를 작성할 특별보고관으로 임명하였다. 1/
5. 성노예제와 성폭력을 전쟁에서의 전술과 무기로 사용하는 것은 흔히 발생하지만 자주 간과되는 문제이기 때문에 국제사회의 지속적이고도 확고한 조치가 필요하다. 다양한 범위의 대응이 필요하기는 하지만 이 최종보고서는 대내외적 차원에서 성노예제를 포함한 노예제도에 대한 면책을 방지하는 효과적인 조치가 이루어질 수 있는 성과가 큰 영역으로서 국제형법의 발전에 일차적인 초점을 맞추고 있다. 또한 이 보고서는 전시 성노예제

와 성폭력행위의 수사, 기소 및 방지에 관한 지침을 제공할 수 있는 정책 및 실무 권고안을 제시하고 있다.

6. 본 연구를 수행하기로 한 소위원회의 결정의 중요한 동인 중 하나는 2차대전 중에 일본 군부에 의해 정신대에서 노예화된 20만명 이상의 여성이 입은 항구적인 피해의 실제 범위와 성격에 관한 국제사회의 인지가 증가하고 있다는 사실이다. 과거의 보상되지 아니한 인권침해, 성노예제와 성폭력을 포함한 인권법과 국제형법위반에 관해 언급할 필요를 인정하여 이러한 비인도적 범죄에 대한 법적 배상문제에 관한 충분한 분석이 이 보고서에 첨부된 부록에 포함되어 있다.

### I. 보고서의 목적 및 배경

7. 당시의 국제 혹은 국내적 무력충돌 당사자들은 적대관계를 지속하면서 민간인 동원에 대한 관심을 증대시켰다. 군부의 동원 위험에 처한 인구의 상당부분은 미성년자를 포함한 여성이었다. 그들은 일반적으로 전쟁에 수반되는 폭력과 유린에 노출되어 있었을 뿐 아니라, 그들의 성별 때문에 직접적으로 여성에게 특별히 가해지는 폭력의 형태에도 노출되어 있었다. 세계인권대회(the World Conference on Human Rights)는 여성의 기본적 인권에 관한 역사적 관심의 부족을 인정하고 「비엔나 선언과 실행계획」에서 “무력 충돌상황에서 여성의 인권을 침해하는 것은 국제인권과 인권법의 기본원칙을 위반하는 것이며, 특별히 효과적인 대응이 요구된다”라고 강조하였다.

8. 효과적인 대응은 성폭력과 노예제행위가 합당하게 문서화되고, 범법자들이 기소되며, 희생자들이 충분하고 실효성있는 보상을 받을 수 있을 것을 요구한다. 이 행위들이 국제노예범죄, 비인도적 범죄, 학살, 제네바 협약의 중대한 위반, 전쟁범죄 혹은 고문으로서 합당하게 성격이 규정되는 것도 역시 대단히 중요하다. 이러한 범죄는 어떤 시대, 그리고 어떤 상황에서도 금지되는 강행규범(jus cogens)과 같은 특정한 법률적 결과를 가지게 된다. 게다가 이 보고서는 강제적으로 병사들에게 여성들을 임시적으로 결혼시키는 행위와 같은, “강간수용소(rape camps)” 또는 “위안소”에 여성들을 감금하는 관행, 그리고 여성들을 하나의 소지품으로 대우하는 행위를 포함한 다른 관행들 모두 사실상 그리고 노예제의 법적 형태상 노예제를 금하는 강행규범의 위반사항들이라는 것을 강조하고 있다.

#### A. 목적

9. 이 보고서의 첫 번째 목적은 전시의 성폭력과 성노예제에 대한 대응을 재차 요구하는



것이다. 이것은 이러한 행위로 야기된 육체 및 정신상에 엄청난 피해를 인정하도록 하는 것이다. 평시에 여성은 형사제도가 기능함에도 불구하고 종종 처벌받지 아니하고 자행하는 성폭력과 성적 노예제를 포함한 모든 형태의 성에 기초한 박해와 차별 그리고 억압에 직면해 있다. 그러한 위협이 전시에 피해자 수와 사건빈도, 그리고 혹독한 면에 있어서 훨씬 증대되며 이것은 성에 기초한 학대에 국한되지 않는다. 그러나, 전쟁상황에서 여성들이 자신에 대한 성폭력과 성적노예제의 위협의 막대한 증가를 경험하는 것은 분명하며 이들 위협이 받아들여지거나 용인되어서는 아니 된다. 더욱이 그러한 여성학대는 무력충돌시에 증가하고 이런 행위가 처벌되지 않고 넘어가는 경우가 많아진다. 이러한 전반적인 여성들의 상황의 악화는 무력충돌이 야기하는 사회적 규범의 붕괴와 일반적인 상해에만 기인하는 것이 아니라, 전쟁수행 주체가 적을 위협하고 파멸시키기 위하여 적으로 분류된 진영의 여성을 고의적이고 전략적으로 강간하고 노예화시키는 것에도 기인한다.

10. 이 보고서의 두 번째 목적은 무력충돌의 당사자들에 의하여 강간당하고 성적으로 착취당하며 노예화된 여성이 겪는 피해의 진정한 성격과 범위를 강조하는 것이다. 무력충돌 중 여성에 대한 성폭력을 자행한 군대에 대한 기록이 다수 남아 있다. 그러한 문서들은 가정에서 모든 가족구성원들 앞에서 윤간당했거나, 수주 혹은 수개월동안 군사시설에 억류되어 하루에도 많은 횟수 강간당했거나, 결혼이라는 미명하에 병사들에 의해 반복적으로 강간당했거나, 강제노역(예를 들어 요리, 하역, 지뢰제거 등)에 동원되어 성행위를 강제당했거나, 살해당하기 전이나 부상으로 죽기 전에 성적으로 신체에 상해를 당하고 모욕, 고문을 당했던 여성이 있었음을 보여 준다. 정의를 실현하고 존엄을 회복하고 미래의 범법을 막기 위하여 이러한 폭력에 대한 은폐는 기소와 배상을 포함하는 다른 형태의 보상을 통하여 제거되어야 한다.

11. 이 보고서의 세 번째 목적은 전쟁 중에 여성에게 자행된 국제범죄를 처벌하고 재발을 방지하기 위한 기소전략을 연구하는 것이다. 이 연구는 새로운 범죄형태나 처벌을 창안하는 것이 아니며, 국가행위자 혹은 비국가행위자에 대한 새로운 배상기준을 제안하는 것이 아니다. 이 보고서는 일차적으로는 항상 적용되지는 않지만 적용가능한 기존의 입법을 재천명하고 보강하려는 것이다. 아울러 이 보고서는 기존 법률체제를 더욱 다듬고 발전시킴보다 효과적인 기소가 용이해지도록 할 수 있는 분야를 가려내고자 한다.

12. 전시에 강간과 노예화를 자행한 자들을 기존의 국제규범과 기준에 따라 심판하는 국가들과 국제사법기구의 임무가 실패를 거듭했음에도 불구하고 상황을 낙관할 수 있는 이유가 있다. 처벌 면제의 고리를 끊기 위한 진보가 계속되고 있다. 제 2차 세계대전 후에 노예제에 대한 기소는 매우 적었고 강간에 대한 기소는 더 더욱 적었다. 이 보고서가 작

성되는 기간 중에 전 유고슬라비아 문제를 위한 국제 형사 재판소가 여러 차례 성폭력을 죄목으로 기소를 했으며, 르완다 문제를 위한 국제 재판소는 성폭력에 대한 수사와 기소를 강화하도록 압력을 받고 있다. 이 보고서가 작성되고 완성된 시기에 전시의 성폭력이 임시적인 국제재판소에서 뿐 아니라 상설적인 국제형사재판소에서도 다루어지도록 천명된 큰 도약이 있었다. 그러므로 본 연구는 국제형법의 발전을 위한 적기에 제공되는 것이며, 성폭력과 노예제를 기소하기에 보다 용이하게 짜여진 국내법정, 임시국제재판소와 계획 중인 상설국제형사재판소의 재판관할권과 재판규범과 절차에 대한 토의가 더욱 원활히 진행될 수 있도록 하고 있다. 이러한 목적에 따라 기존 명령체계 내에서 공모를 통하여 범법이 가능케 한 개인을 포함, 국가 또는 비국가행위자 각각의 법적 책임 정도 및 범죄요소를 분별하는데 도움을 주기 위하여 이 보고서에는 특수성의 정도에 따르는 범죄의 정의가 내려지고 있다.

## B. 배경

13. 많은 국제법 종사자들이 지적한 바와 같이 국제인도법, 국제인권법, 국제형법을 포함하는 국제법의 발전은 남성의 생명 특히 공공부문의 남성의 생명에 대한 패러다임에 기초하여 왔다. 2/ 여성의 경험을 고려하는 데 실패한 것은 여성에게 가해진 폭력의 형태가 국제적으로 국가책임의 범주에 들어야 한다고 인정하지 못하도록 하는 결과를 낳았다. 그러나, 이러한 한계화의 잔재는 1990년 12월 10일 「총회결의 46/104」에서 보여진 것처럼 바뀌기 시작하였다. 상기 결의에서 총회는 “여성에 대한 폭력은...사건발생을 방지하기 위하여 신속하고 효과적인 조치로 대응되어야 한다”라고 밝히고 여성에 대한 폭력 방지선언을 채택하였다. 이와 유사하게 국제 인도법은 무력충돌시의 여성에 대한 폭력에 관하여 모순되고 부적절하게 언급하여 왔는데, 예를 들어 강간을 제네바 협약의 중대한 위반이라고 명시적으로 규정하지 않고 있었다. 전 유고 전범처리를 위한 국제재판소와 르완다 문제해결을 위한 국제재판소, 그리고 계획 중인 상설국제형사재판소가 여성에 대한 폭력에 보다 많은 관심을 가지고 시정토록 하는 것을 볼 때 이러한 결함 역시 보완되기 시작하였다.

14. 이 보고서는 무력충돌시 발생할 수 있는 성폭력과 성적노예제의 많은 개별사건과 유형들을 다루고 있지만 본 연구의 특정 위임사항은 “국내 무력충돌을 포함하는 무력충돌시에 행해진 체계적 강간, 성적노예 및 노예제와 유사한 관행”이다. 이는 다음과 같은 핵심사항에 대한 이해를 필요로 한다.

15. 첫째, 무력충돌 중에 자행된 성폭력이 악탈을 일삼는 병사들에 의하여 행하여진 산발



적 범죄이거나 혹은 특정 계층에 대한 체계적인 약취계획의 일부로 행해진 것이나 상관 없이 강간을 포함한 모든 성폭력은 범죄로 보아야 하며 비난과 기소의 대상이 되어야 한다는 것은 국제적으로 인정된 견해이다. 성폭력과 성노예제는 그것이 상대방의 사기저하에 분명한 효과가 있었기 때문에 전쟁 중에 널리 지속적으로 행하여졌다. 3/ 이러한 야만적 행위와 관행의 효율성을 격하하기 위하여 국제사회는 이러한 모든 범법행위에 보상책임을 지워야 한다.

16. 둘째, 국내법과 마찬가지로 국제 인도법은 성폭력을 당한 여성들의 명예가 폭력을 통하여 어떤 식으로든 실추되었다는 사실을 함축하고 있는 여성들의 정조보호 규정들을 포함하고 있다. 이 보고서는 그와 같은 성격규정이 부정확하다고 주장한다. 왜냐하면 모든 강간 혹은 성폭력의 상황에서 유일하게 명예를 실추당한 쪽은 범법자이기 때문이다. 강간은 인간존엄성과 육체적 완결에 대한 손상이기 때문에 가장 중요한 폭력범죄이다.

17. 셋째, 이 보고서의 제목과 관련하여, “체계적(systemic)”이라는 용어는 특정형태의 강간을 묘사하기 위한 형용사로 쓰였으며 새로운 형태의 범죄를 창안하거나 강간행위를 기소하기 위한 입증책임을 부과하기 위하여 쓰인 것은 아니다. 이와 유사하게 “성적(sexual)”이라는 용어는 이 보고서에서 노예제의 한 형태를 묘사하기 위해 쓰였으며 개별적인 범죄를 나타내기 위해 사용된 것은 아니다. 이러한 맥락에서 묘사적으로 쓰인 “성적”이라는 용어는 노예제가 인간을 종종 성적 접근과 강제된 성행위가 개입될 수 있는 소유물로 여긴 과거와 현재의 진실을 조명해 준다. 본 보고서의 위임사항에서 강간과 노예제의 연결은 우연이 아니며, 무력충돌 중에 발생한 여러 성폭력 사건은 노예제로서 매우 적절한 기소대상이 될 수 있다.

18. 넷째, 본 보고서는 성폭력의 성적 함의에 관한 분명한 이해와 함께 여성과 남성 모두에게 가해진 성폭력의 결과의 본질에 관한 포괄적인 분석을 제출할 필요가 있음을 인정한다. 베이징 선언과 행동강령에서 언급되었듯이 여성은 의심의 여지없이 성폭력의 위협에 더 많이 노출되어 있으며, 성때문에 모든 수준과 법률체계에서 이런 폭력에 대한 합당한 보상을 받는데 있어서 성과 관련된 장애에 직면해 있다. 성폭력에 의해 야기된 신체적, 심리적 손상과 함께 성폭력을 당한 여성은 성에 기초한 차별과 가족과 지역사회에서 여성과 소녀들의 사회적 역할이 평가절하당하는 냉대에 직면해야 한다. 여성들이 성폭력으로부터 자유로울 자신의 권리를 주장하는 것을 막는 경우가 있는 방해물들은 사회가 일반적으로 성과 성적 특성에 대해 특히 성폭력에 대해 건설적이고 진지한 대화를 하려 하지 않는 것에 의해 타협되고 만다. 더욱이 강간과 성폭력을 둘러싼 침묵보다 더 상황을 악화시키는 것은 여성에 가해진 폭력행위를 과소평가하려는 경향이다. 성에 대한 이해를

체계적 강간과 성적 노예에 대응하기 위한 4/ 법률적 틀에 통합시킴으로써 분쟁당사자의 모든 범위의 의무와 법적 책임이 조심스럽게 명료화되고 피해자들에 대한 보상을 포함하는 적절한 방지조치, 수사, 형사적·민사적 사법정의 실현계획을 수립하는 구체적인 조치가 취해질 수 있다. 5/

19. 이 보고서는 기소절차가 2차대전 이후부터 존재하고 현재에도 존재하면서도 무력충돌 중에 발생한 성폭력에 관련된 기소가 문체가 될만큼 드물었다는 모순을 밝힌다. 몇몇 정부는 기소가 제대로 이루어지지 않았음을 언급하면서 관련법률이 새로운 것이거나 존재하지 않는다고 주장하였다. 그러나 보다 정확하게 말하자면 이러한 선례의 부족은 여성에게 가해진 폭력행위 특히 성폭력행위를 법이 허용하는 한도 내에서 보고되고, 조사되고, 기소되며 보상되어야 하는 통탄할만한 범죄로서 대응하는 것이 제대로 이루어지지 않음에 기인한 것이다.

## II. 범죄의 정의

20. 본 보고서에 쓰인 “강간”을 포함하는 “성폭력”과 “성노예제”를 포함하는 “노예제” 범죄의 정의는 “정범”과 “미수범” 그리고 “공범”, “교사범”, “원조범”을 모두 포함한다.

### A. 강간을 포함한 성폭력

21. 강간은 보다 넓은 범주인 “성폭력”에 속한다. 이 보고서는 성적 수단을 통해 자행되었거나 성을 목적으로 자행된 모든 물리적, 심리적 폭력을 성폭력으로 정의한다. 6/ 성폭력은 공공장소에서 나체로 있기를 강요하거나, 성기절단 혹은 여성의 가슴을 도려내는 것과 같이 개인의 성적특성에 가해지는 모든 물리적, 심리적 공격을 포함한다. 7/

22. 두 피해자가 성행위를 하도록 강요되거나 성적인 방식으로 다른 사람에게 피해를 입히도록 하는 것도 성폭력으로 규정된다. 그러한 범죄는 피해자에게 심한 모욕을 주기 위하여 자행되며, 다른 사람들이 성폭력 행위를 보도록 강요하는 경우, 이는 종종 보다 큰 공동체를 위협하기 위해서 자행되기도 한다. 예를 들어, 유고 전범재판소의 관계자들은 보스니아 세르비아의 감옥에서 간수가 한 죄수에게 다른 죄수들 앞에서 다른 죄수의 고통을 물어 뜯도록 강요한 것을 전쟁법 위반 및 비인도적 범죄로 기소하였다. 8/ 다른 수용기관에서는 보스니아계 세르비아 경찰간부가 두 수용인들에게 다른 죄수들과 간수들 앞에서 성행위를 하도록 강요했기 때문에 기소되었다. 9/



23. 국제 인도법 또는 인권법에 강간에 대한 뚜렷한 정의가 내려져 있지는 않지만 국내법 체계에는 많은 형태의 강간에 대한 정의가 있다. 10/ 본 연구에서 제안하고 있는 강간의 정의는 현재의 국제적 노력과 근대적 적용, 국내법과 관행에서 도출된 예, 유고전범재판소와 르완다 전범재판소에 의해 제출된 강간의 정의, 그리고 다양한 국제 비정부 인권단체들에 의해 채택된 정의들이 반영되어 있다.

24. “강간”은 강제적인 상황에서 피해자의 성기나 항문에 남자의 성기를 포함하지만, 그것에 국한되지 않는 어떤 물체를 삽입하거나, 피해자의 구강에 남자의 성기를 삽입하는 행위로 이해되어야 한다. 강간은 성에 중립적인 용어로 정의되며, 따라서 남성과 여성 모두가 강간의 피해자가 될 수 있다. 11/ 그러나, 여성이 성폭력범죄의 피해자가 될 위험이 크고, 불공평함을 시정하려는 데 있어 여성 특유의 장애물에 직면하게 되는 것은 어쩔 수 없는 사실이다. 비록 이 보고서가 강간의 정의를 삽입에 두고 있지만 삽입행위의 역사적 초점이 여성의 순결 보증과 어린이들의 친부확인을 강조하는 남성위주의 편견에서 유래되었음은 분명하다. 그럼에도 불구하고 강간을 포함하지만 강간에 국한되지 않는 모든 형태의 성폭력이 비난의 대상이 되고 방지되어야 함은 매우 중요한 일이다.

25. 동의의 결여 혹은 제대로 된 동의를 이끌어 낼 능력의 결여, 예를 들어 강제적 상황이나 피해자의 나이는 내국법에서 적법한 성행위와 불법적인 성행위를 구별하는 기준이 된다. 모든 무력충돌의 상황에 존재하는 명백하게 강제된 상황은 동의가 존재하지 않았던 것으로 추정되며, 범죄구성요건으로서 동의가 없었다는 것을 입증할 필요가 없이 기소가 가능하다. 게다가, 무력충돌상황에서의 강간과 같은 범죄를 명령하였거나 혹은 그렇게 하도록 위임한 상급자의 지휘책임을 고려할 경우 동의는 법적 혹은 사실적 중요성을 가지지 않는다. 유고전범재판소와 르완다 국제재판소에 의해 확립된 일반원칙 내지는 관행에서 확인되었듯이 동의 여부는 피고측에서 입증해야 한다. 12/ 그러한 사건에서의 변론은 우선 본 사건을 심리하는 사법기구에 동의의 증거가 관련이 있고 명백함을 입증할 수 있어야 한다. 13/

26. “체계적”이라는 용어는 이 보고서에서 강간의 특정 형태를 묘사하기 위하여 쓰였으며, 새로운 범죄를 창안하거나 강간행위를 기소하기 위해 증명해야 하는 새로운 입증책임을 부과하려는 것은 아니다. 강간은 그 자체로 범죄임과 동시에 특정그룹에 대한 광범위하거나 정책적인 공격수단의 형태가 되어 본보고서 3절 A에 서술한 바와 같이 비인도적 범죄의 요소를 구성할 수 있다. 비인도적 범죄로 기소하기 위해 “체계적 살인” 혹은 “체계적 고문”을 입증할 필요가 없듯이 1회의 강간행위를 비인도적 범죄의 항목으로 기소하기 위해 체계적 강간의 발생을 입증할 필요는 없다.

## B. 성노예를 포함한 노예제

27. 「1926년 노예제도 금지협정」은 최초의 포괄적이고 현재 가장 널리 받아들여지고 있는 노예에 대한 정의를 내리고 있다. 이 협정에서 채택된 것과 같이 “노예제”는 강간이나 다른 형태의 성폭력에 의한 성적 유린을 포함하는, 소유권자에게 부여된 권한에 의해 조종되는 개인의 상황이나 조건으로 이해된다.

28. 조약법에 추가해서 노예제도의 금지는 국제관습법상 국제강행법규이다. 노예범죄는 정부의 개입이나 국가적 행위가 아니어도 국가행위자에 의해서 범하여졌든 민간인에 의해서 범하여졌든간에 국제범죄로 성립된다. 또한 노예제가 인간을 動産으로 취급하도록 규정하고 있기는 하나 인간이 매매되거나 무역의 대상이 되지 않았다는 사실로 노예제에 관한 범죄를 저지르지 않았다고 주장할 수 없다.

29. 노예의 정의에 함축된 것은 자치, 이동의 자유, 자신의 성적 활동을 결정할 자유에 대한 제한과 관련된 개념들이다. 14/ 단지 노예의 상태에서 처하게 되는 개인적 손해의 위험에서 벗어날 수 있는 능력만을 가지고 노예제를 부정하는 것으로 해석되어서는 안된다. 모든 경우에 주관적이고 성에 대한 인식에 근거한 분석은 노예화된 개인의 피해에 대한 합당한 두려움과 강제의 개념을 해석하는데에도 적용되어야 한다. 이것은 피해자가 전쟁 기간 중 전투지역에 있고 적진영의 일원으로 밝혀질 경우 더욱 중요한 사실이 된다.

30. “성적(sexual)”이라는 용어는 이 보고서에서 노예제의 한 형태를 묘사하기 위하여 쓰인 형용사이며 다른 형태의 범죄를 나타내기 위한 용어는 아니다. 모든 면에서, 그리고 항상 성노예제는 노예제이며 그것의 금지는 국제강행법규이다. 2차대전 중에 일본군에 의해 유지되었던 “위안소”와 전 유고지방에 있었던 문서화된 “강간 수용소”는 15/ 악명높은 성노예제의 사례이다. 성노예제는 또한 여성과 소녀들이 궁극적으로는 획득자에 의한 강간을 포함하여 강제된 성행위가 개입되기 마련인 강제된 결혼, 가족에의 예속, 다른 형태의 강제노동을 포함한다. 예를 들어 르완다와 구유고 지역에서 보고된 사건이외에도 미얀마에서 강제로 결혼하거나 군대에서 집꾼이나 지뢰제거반으로 동원되어 강간당하거나 성적으로 착취당한 여성이나 소녀들에 관한 보고가 있었다. 16/ 라이베리아에서도 여성과 소녀들이 병사들에 의해 요리사로 강제 노동하면서 성적 노예로 취급된 경우가 있었다고 보고되었다. 17/

31. 성적노예제는 전부는 아니더라도 대부분의 강제된 매춘의 형태를 포함한다. “강제된 매춘” 또는 “강요된 매춘”이라는 용어는 국제인도협약에 나타나기는 하지만 충분히 이해



되지도 않았고 일관성있게 적용되지도 않았다. “강제된 매춘”은 일반적으로 타인에 의해 강제로 성적 활동에 종사하게 된 사람에 대한 통제의 조건들을 가리킨다.

32. 과거의 정의에 의하면 강제된 매춘은 불분명한 용어로 여성의 “명예”에 대한 “부도덕한” 공격으로 정의되거나, 또는 보다 정확한 노예상태의 정의와 거의 비슷하다. 이러한 한계에도 불구하고 이러한 범죄가 제네바 협약과 부속의정서에 의해 처벌대상이 되는 범죄로 규정됨에 따라 미래에 있을 무력충돌시에 발생하는 성폭력의 기소를 위해 비록 제한적이긴 하지만 잠재적 대안이 될 수 있다.

33. 일반원칙상 무력충돌의 상황에서 강제된 매춘으로 묘사될 수 있는 대부분의 사실상의 시나리오들은 성노예제에 해당되며 보다 적합하게 혹은 더욱 쉽게 노예제로 성격이 규정되고 기소될 수 있을 것으로 보인다.

### III. 국제법하에서 강간을 포함한 성노예와 성폭력을 기소하기 위한 법률체계

34. 성적 노예제와 성폭력을 기소하기 위한 법률체계는 각각 서로 다른 관습적 혹은 조약적 기원과 역사적 선례를 가지는 인권법, 국제 인도법 그리고 국제 형법을 포함하는 적어도 세 가지 이상의 법적 근원에서 발전되었다. 세계 각지의 사회에서 여성을 경시하였기 때문에 성적노예제도와 성폭력을 행하는 행위가 노예제, 비인도적 범죄, 집단학살, 고문 및 전쟁범죄를 포함하는 국제형법조항에 항상 충분히 명시적인 언어로 반영되지는 않았다. 18/ 본 보고서는 무력충돌시 자행된 성노예제와 성폭력에 대한 국제적 그리고 국내적 기소의 정당성을 입증하기 위해 실제로 존재하는 다양한 권한의 기원을 조사한다.

35. 국제범죄를 기소하기 위한 틀은 종종 국내수준의 관행들로부터 차용되고 만들어진다. 몇몇 경우에 국제범죄 기소와 관련된 정책은 국내 기소와 관련된 법률체계와 유사하다. 그러나, 많은 경우에 국제형법은 국제적 혹은 초국가적 조치의 필요에 특정되는 정책 목표를 주장하려 한다. 그러므로 국제기준을 국내 법률체계로부터 추정하는 것이 항상 적합한 것은 아니다. 본 보고서는 무력충돌 상황에서 발생하는 범죄에 초점을 맞추고 있으며, 그중 상당수가 평시에도 내국법에 의해 기소가 가능한 반면 무력충돌시의 성노예제와 성폭력을 방지, 조사 및 기소하기 위해 요구되는 법률분석은 특히 국제법의 맥락에서 정책적으로 촉발된다.

36. 무력충돌시 자행된 성노예제와 성폭력은 특정조건 하에서 관습법상 강행규범의 위반으로 규정될 수 있다. 「조약법에 관한 비엔나 협약」 53조는 강행규범을 “어떠한 위반도

허용되지 않으며 동일한 성격을 가지는 일반국제법에 의해서만 수정될 수 있는, 국제사회에서 일반적으로 인정되고 승인된” 기준이라고 규정하고 있다. 더군다나 국제 강행규범은 보편적 사안에 대한 범죄로 인정되어 비록 위반자나 피해자의 국적과 연관이 없거나 범죄의 조직과 어떠한 영토적 관련성이 없고 다른 식으로도 합당하게 관할권을 선언할 수 없더라도 모든 국가가 강행규범위반을 정당하게 기소할 수 있다.

37. 이러한 강행규범의 위반에 해당하는 여러 가지 국제범죄는 노예제도, 비인도적 범죄, 집단학살, 특정형태의 전쟁범죄와 고문을 포함한다. 19/ 이러한 범죄는 국제관습법상 일반적 관할권에 종속하며, 대부분의 사건에 있어 출소기한법의 효력으로부터 면제된다. 20/ 승계된 정부를 포함하는 모든 국가들은 이러한 규범을 위반한 사람들에게 처벌을 면제하지 않고 국가 내의 기소를 통하거나 다른 국가로 범죄인 인도를 해서 사법심사를 받도록 해야 할 의무가 있다. 21/ 전쟁범죄는 비록 그 성격상 무력충돌과의 연계점이 필요하지만 노예제, 비인도적 범죄, 집단학살과 고문에 대한 방지는 모든 무력충돌과 국내소요, 평화시를 포함하는 모든 상황에 적용된다.

#### A. 비인도적 범죄

38. 인종적, 민족적, 종교적, 정치적 또는 기타 이유로 광범하게 또는 체계적으로 민간인을 박해하는 것을 포함하는 민간인에 대한 광범하거나 체계적인 22/ 공격은 비인도적 범죄로 기소될 수 있다. 23/ 비인도적 범죄가 무력충돌시에 발생하는 경우가 대부분이기는 해도 항상 무력충돌과 연결되어 있는 것은 아니라는 것을 인지하는 것은 중요하다. 24/ 덧붙이면, 국가행위자와 비국가행위자 모두 비인도적 범죄로 기소될 수 있다.

39. 정책, 계획 또는 기도의 증거는 일반적으로 인도에 반한 죄로 기소할 때의 필요 요소로 간주된다. 25/ 민간인에 대한 광범하거나 체계적인 공격을 기소하는 조치에 실패하는 것은 정책, 계획 혹은 기도의 필요요건을 성립시키는 데 충분하다.

40. 성노예제나 성폭력이 전술로서 이용되는 민간인에 대한 광범하거나 체계적인 공격을 보다 효과적이고 책임있게 기소하기 위해서 성은 비인도적 범죄로 기소할 수 있는 하나의 근거로서 인정되어야 한다. 위협에 처할 수 있는 어떠한 그룹이라도 그들의 개인적 혹은 집단적 특성이 아직 정식으로 혹은 명시적으로 인정되지 아니하였다해서 국제규범의 보호에서 제외시키는 것은 정의의 기본원칙에서 용납될 수 없는 것이다. 26/ 그러므로, 현재의 금지된 일련의 박해사유들은 배타적 사유라기 보다는 예시적 사유로 간주되어야 하며, 성은 다른 집단의 특성과 마찬가지로 비인도적 범죄로부터 보호받아야 한다.



41. 강간을 포함하는 성폭력은 전통적인 비인도적 범죄의 기준에 따르면 뉘른베르크 국제 군사재판소 헌장(뉘른베르크 헌장), 통제위원회법 10호와 극동지역 국제군사재판소 헌장(도쿄 헌장)에 따라 비인도적 범죄의 전통적 기준에서 볼 때 일반적으로 금지되는 "잔혹 행위"의 범주 27/ 에 속한다. 28/ 불행하게도 2차대전 이후 성폭력이 비인도적 범죄로 기소된 경우는 매우 드물다.

42. 잔혹행위금지규정에 근거하기보다는 근대적인 성문법에서 강간은 국내적 혹은 국제적 무력충돌과정에서 자행되었고 민간인을 대상으로 범죄가 이루어진 경우 비록 비인도적 범죄가 무력충돌과의 연관성이 전혀 필요한 것이 아니라 할지라도 명시적으로 비인도적 범죄로서 규정되어 왔다. 특히 이전의 유고슬라비아와 르완다에서 자행된 국제범죄를 기소하기 위해 1993년과 1994년 설립된 국제 임시 재판소의 규정에서는 강간을 비인도적 범죄의 정의상 독자적 성격의 범죄로서 독립시켜 놓고 있다. 더군다나 두 기관 모두 성폭력에 기초한 비인도적 범죄에 대한 기소를 유지하였다.

43. 강간을 포함한 심한 정도의 1회의 성폭력도 검사가 그러한 1회의 범법행위를 민간인에 대한 광범하거나 체계적인 공격이 입증되는 일련의 기본적 인권 또는 인도주의 법의 위반행위와 연계시킨다면 비인도적 범죄로서의 기소사유가 될 수 있다.

44. 노예제도는 오랜 기간동안 비인도적 범죄로 인식되어 왔다. 2차대전 후 독일의 전범들을 처벌하기 위한 뉘른베르크 헌장과 통제위원회법 10호는 노예제도를 비인도적 범죄의 항목에서 서술하고 있다. 이와 유사하게 도쿄헌장 제5조는 노예제도와 민간인에게 자행된 다른 형태의 잔혹 행위를 비인도적 범죄로 규정하였다. 보다 최근의 비인도적 범죄에 대한 성문법은 구유고 국제형사재판소법 제5조 29/ 와 르완다 국제재판소법 제3조 30/ 를 포함하는데 둘 다 노예제도를 비인도적 범죄를 구성한다고 적시하고 있다.

45. 구유고 국제형사재판소는 최근 포카市的 세르비아 정예의 준군사조직 지도자와 조직원 각 1명을 강간과 노예제도 행위에 따르는 비인도적 범죄의 혐의로 고발하면서 노예제도를 비인도적 범죄로 기소하였다. 31/ 피고들은 9명의 여성을 개인 아파트에 감금한 상태에서 정기적으로 성적으로 유린하고 집의 안팎에서 강제노역을 하도록 하였다. 기소장에 의하면 그중 네 명은 결국 다른 병사들에게 팔렸다. 이 여성들이 감금당하고 잡일을 하도록 명령받으며 끊임없이 성적으로 유린된 방식은 분명하게 노예제도로 인한 비인도적 범죄 혐의를 정당화시킨다. 또한 돈과 여성들을 교환한 행위는 범죄의 필요 요소가 아님을 주목해야 한다. 그것은 단순히 세르비아의 준군사조직의 병사들이 여성들에 대해 소유권을 행사한 범위를 예시해 줄 뿐이다.

## B. 노예제도

46. 노예제도를 비인도적 범죄 혹은 전쟁범죄로 처벌하는 것에 덧붙여 노예제도는 전시와 평시를 막론하고 국가행위자 또는 비국가 행위자 모두에 대해 독립적으로 처벌할 수 있다. 실제로 노예제 및 노예제와 유사한 관행의 금지는 국제관습법과 국제강행규범의 최종 법적 지위에 도달한 최초의 금지규정 중의 하나이다. 32/ 이러한 기본인권의 발달은 19세기에 시작되었으며, 20세기 초반에는 이미 노예제도와 노예교역에 대한 국제적 금지는 관습법의 지위를 차지하였다. 33/

47. 노예제도를 금지하는 국제관습법은 부분적으로는 사법적 어려움을 극복하기 위한 조치로부터 발전된 것인데, 이는 왜냐하면 해적과 같은 노예교역자들은 역사적으로 볼 때 주로 공해 상에서 활동을 해서 어떤 개별국가의 관할권이나 주권의 통제에 종속되지 않았기 때문이다. 이에 국제사회는 범죄행위장소, 국가개입정도, 또는 개별국가가 어떤 범위로 그 범죄를 제재하는가와 관계없이 모든 범법자들에게 개인별 형사책임을 지울 필요를 인식하였다. 그러므로, 국제법에 의하면 노예제에 대한 근대적 금지규정은 국가행위자와 비국가 행위자 모두에게 노예제 혹은 노예교역과 관련하여 순수한 형태의 범세계적 관할권을 허용하고 있다. 이 경우 국가의 개입이나 목인을 입증하거나, 광범하거나 체계적인 학대 혹은 범죄와 무력충돌간의 연결고리의 존재를 증명할 필요 없이 기소할 수 있기 때문에 전술한 사항은 무력충돌 중 발생한 성적 노예의 개별사건들을 기소하는 데 특히 더 유용하다.

## C. 집단학살

48. 집단학살의 금지는 자체의 권한으로서 또한 비인도적 범죄로서 명백하게 국제강제규범의 지위를 획득하였다. 34/ 특정 강간 사건에서 성적 노예 혹은 성폭력은 「집단학살 방지와 처벌에 관한 협약」(「집단학살금지협약」)의 2조에 정의된 집단학살의 범죄의 구성요소로 규정될 수 있다. 집단학살범죄의 핵심구성요소는 범법자가 특정 집단 말하자면 민족적, 인종적, 종족적 또는 종교적 집단에 전체적으로나 부분적으로 육체적 피해를 입히 고자 하는 특정한 의도이다. 「집단학살금지협약」에는 성이 보호대상으로 언급되어 있지는 않지만 그럼에도 불구하고 보호대상 그룹의 여성구성원에 대한 침해는 집단학살범죄를 구성하는 데 충분하다.

49. 기소자는 국가적 혹은 국제적 수준에서 모든 보호대상집단의 성원을 침해할 의도가 있었는지를 입증할 필요가 없다. 어떤 국가의 한정된 지역범위 내에서 보호대상집단의 상



당부분 또는 중요한 부분을 제거하거나 보호대상집단의 존재를 파괴할 의도였다면 이는 집단학살로 기소할 충분한 근거가 된다. 게다가, 분쟁기간 중에는 국경이 유동적이기 때문에 거의 모든 지역적 집단학살 기도는 궁극적으로는 전체집단의 제거를 강조할 수 있으며 대개는 전멸의 목적을 달성하려는 보다 큰 국가단위의 기도로 이어진다.

50. 집단학살 의도는 범법자의 행위로부터 추정될 수 있다는 것을 주목하는 것 또한 중요하다. 구유고 영토안에서 자행된 국제 인도법 위반을 조사할 것을 결의한 「안전보장이사회 결의 780(1992)」에 따르기 위해 설립된 “전문가위원회”는 몇몇 집단학살사건에서 자신의 행위의 결과를 알고 있었던 것으로 추정될 정도의 작위 혹은 부작위의 증거가 있을 경우 의도가 성립되는 것으로 간주된다고 밝히고 있다. 35/

51. 구유고 전범재판소와 르완다 전범재판소의 검사실은 집단학살행위의 구성요소로서 성폭력과 강간을 근거로 기소하였다. 그들의 기소는 명령체통의 상급자 뿐 아니라 실제로 행위를 한 혐의를 받고 있는 자들을 대상으로 이루어졌다.

52. 이론적으로는 필요한 의도의 입증을 통해 단 1회의 강간도 그 행위가 대상집단의 붕괴를 기도한 보다 큰 범위의 일련의 행위와 연관이 있다면 집단학살 범죄로 기소할 수 있는 근거가 될 수 있다. 36/ 덧붙이면, 집단학살 범죄의 성립에는 무력충돌이나 국가행위와의 어떤 연계도 요구되지 않는다.

#### D. 고 문

53. 고문금지 역시 어떠한 위반도 허용되지 않는 국제강행규범이다. 관습법에 의해 금지된 바처럼 고문범죄는 심각한 정신적 혹은 육체적 고통을 주고자 하는 의도적인 가해와 정부의 작위 혹은 부작위와의 연계를 요건으로 한다. 본 보고서에 묘사된 모든 경우는 아닐지라도 대부분의 경우 전시 중의 강간과 심각한 성폭력은 고문으로 기소될 수도 있다. 37/ 게다가, 유럽인권법원, 범미주인권위원회와 여러 국내법정은 감금한 상태로 강간하는 것은 고문범죄를 구성한다고 판시하였다.

54. 「고문 및 기타 잔혹한 비인도적 대우와 처벌에 관한 협약」(「고문방지협약」)은 제 1조에서 고문을 “피해자 또는 제 3자로부터 정보를 얻거나 자백을 받기 위해 혹은 피해자 혹은 제 3자가 했거나 했다는 의혹이 있는 행위에 대해 벌을 주기 위해, 또는 피해자나 제 3자를 협박하거나 강제하기 위해, 혹은 모든 종류의 차별을 기초로 한 공무원 혹은 공적 기능을 담당하는 사람들에 의해 혹은 교사되어 혹은 묵인되어 행해지는, 정신적이거나

육체적으로 심각한 고통을 의도적으로 피해자에게 가하는 모든 행위”로 정의하고 있다.

55. ‘여성에 대한 차별 철폐 위원회’는 육체적, 정신적, 성적 해나 고통을 가하는 행위를 포함하여 여자라는 이유로 가해지는 폭력은 여성이 인간의 권리와 자유를 누리는 것을 심각하게 방해하는 형태의 차별임을 인정하였다. 38/ 따라서 많은 경우에 「고문방지협약」에 인정된 고문에 대한 정의 중 차별은 강간과 성폭력을 고문범죄로 기소하는 추가 기반을 제공한다.

#### E. 전쟁 범죄

56. 국제범죄의 한 범주로서 전쟁범죄는 전쟁법과 관습들의 위반뿐만 아니라 「1949년 제네바협약」의 심각한 위반과, 「1907년 헤이그협약 및 규칙」의 위반을 포함한다. 성의 노예적 착취와 성폭력은 어떤 경우에 전쟁 범죄를 구성한다. 노예적 착취와는 달리, 전쟁범죄로 정의되는 비인도적 범죄, 집단학살 및 고문은 무력충돌과의 연계를 필요로 하며, 국제적인 성격의 무력충돌 기간에는 가장 광범위한 인권법 상의 보호조치가 민간인과 전투 당사자들에게 제공된다. 그러나, 강행규범의 위반을 구성하는 범죄들은 전쟁행위의 성격이나 수준에 관계없이 모든 무력충돌 기간 중에 금지된다.

##### 1. 국제적인 무력충돌에서의 전쟁범죄

57. 「제네바협약」의 중대한 위반에 관한 조항은 국제관습법과 39/ 많은 중대한 위반들, 「제네바협약」의 다른 조항들 또한 강행규범의 지위를 획득했다. 40/ 「제네바협약」의 각 고위 계약 당사자는 그러한 중대한 위반을 자행한 혐의가 있거나 명령을 내린 자들을 찾아내서 국적과 상관없이 자국 법정에 세우기 전에 그러한 자들을 데려와야 할 의무가 있다. 규정이 적용될 정도의 중대한 위반과 그들 절차상의 측면에 따라서는 국제 무력충돌과 관련된 국제관습법으로서 조약 비당사국이라 해도 이 의무가 적용된다.

58. 강간을 포함한 성폭력 행위들은 국제 분쟁 중에 주둔군 혹은 적군에 의해서 저질러졌을 때, 42/ 「제네바협약」의 중대한 위반을 구성할 수 있다. 43/ 국제 적십자 위원회는 강간은 “분명히”, “고의적으로 신체나 건강에 심한 고통이나 상해를 입히는 것을 금지”한 「제4차 제네바협약」 제147조의 중대한 위반 규정에 포함됨을 직시했다. 44/ 게다가 강간은 고문 혹은 비인도적 대우와 관련한 중대한 위반조항에 의해서도 금지되고 있다.

59. 강간은 또한 “여성은 특별히 그들의 명예를 손상시키는 것으로부터 보호되어야 하며



특히, 강간과 강제된 매춘 혹은 모든 형태의 부당한 공격으로부터 보호되어야 한다”라고 규정된 「제4차 제네바협약」 제27조와 “여성은 특별한 존중의 객체가 되어야 하며 특히 강간과 강제된 매춘 혹은 기타 모든 형태의 부당한 공격으로부터 보호되어야 한다”는 「추가적정서」 제76조에도 위반된다.

60. 「제네바협약」 상 강간을 표기한 조항들 이외에도 「지상전 관습법」과 관련된 「1907년 헤이그협약 No. IV」는 분명히 국제관습법의 지위를 획득한 것으로 간주되며 46/. 또한 「부칙 제46조」에서는 “가족의 명예와 권리” 보호를 보장하고 있으며, 이는 강간범죄를 포함하는 것으로 해석되어야 한다. 그러나 폭력 행위라기보다 명예를 훼손하는 것으로서의 강간의 개념은 범죄의 폭력적 본질을 애매하게 하며, 부적당하게 관심을 희생자의 수치로 돌리고 폭력, 수치와 상해를 가한 범죄자의 의도로부터 멀어지게 한다. 「헤이그협약」 제46조는 성(性)에 대해서는 중립적이며, 무력 투쟁기간 동안 남성과 여성 성폭력 희생자 모두에게 적용된다.

61. 뉘른베르크 국제 군사재판은 전쟁에서 몇 명의 전투원 「헤이그협약」 당사자가 아니기 때문에 군사재판에서 「헤이그협약」이 적용되어서는 안된다는 주장을 반박하며 「헤이그협약」의 규정들은 “모든 문명국들에 의해 인정되었고, 「뉘른베르크헌장」 6(b) 조에 언급된 전쟁 관습과 법의 선언적 판결로 간주되었다”는 평결을 내렸다.

62. 2차 세계 대전 후, 바타비아(Batavia)에 있는 네덜란드 법정은 일본군인들이 35명의 네덜란드 여성과 소녀들을 “위안소”에서 2차 세계대전 기간 중 노예화시키는 데 가담했다고 평결을 내리고, 이는 강간, 강제매춘, 매춘을 위한 여성과 소녀들의 유괴, 죄수들에 대한 부당한 대우 등을 포함하는 전쟁범죄에 해당한다고 판시하였다. 45/ 위에서 언급했듯이 보다 근대적인 맥락에서 살펴본다면, 구유고 국제형사재판소와 르완다 국제재판소 모두 성폭력에 근거한 전쟁범죄로 사람들을 구속하려는 수많은 기소장을 발급했다.

63. 노예화는 또한 오랫동안 「뉘른베르크헌장」과 뉘른베르크 국제군사재판소가 입증하듯이 전쟁범죄로 간주되어 왔다. 「1945년 뉘른베르크헌장」은 “노예노동”을 위한 시민의 강제 이송을 제6조 (b)항에 따라 전쟁범죄로 규정하고 있으며, 이 조항에 따른 대부분의 노예노동 기소는 「1907년 헤이그협약」에 포함된 초기의 금지규정에 근거를 두고 있다. 49/

64. 「1949년 제네바협약」은, 협약의 중대한 위반 규정에 따라 성적노예를 포함하여 학대를 금지하는 것으로 넓게 해석될 수 있다. 50/ 강간, 강요된 매춘과 성적 남용과 같은 예

속이 분명하게 「제4차 제네바협약」 제147조의 중대한 위반에 올라 있는 것은 아니지만, 국제적십자사에 의한 제147조 해석에서 판단한다면, “비인도적 대우”는 광의의 의미에서 그러한 범죄도 포함해야 한다. 51/ 게다가, 강간, 강제된 매춘, 성적 남용을 위한 예속을 포함한 다른 형태의 성적 남용은 “고문”, “비인도적 취급”, “고의적으로 신체나 건강상에 심한 고통과 중대한 상해를 가하는 것”, 그리고 “시민의 불법적인 강제 이송, 이전 혹은 감금”등 모두 명백하게 중대한 위반에 포함되는 이 모든 것들에 대해 금지사항으로 해석되어야 한다.

65. 전쟁범죄로서의 노예제를 기소하는 데 있어서, 소유권 혹은 통제에 필수적인 표식으로 판명될 필요가 있는 요소들은 전쟁의 특정한 강제적 환경에서 만날 수 있다. 특히 이러한 환경에서 희생자들은 전쟁관습법이나 「제네바협약」에서 허용될 수 있는 강제된 노동 제공 이상의 서비스를 제공하기 위해서 어떤 전쟁 지대로 자신의 의지에 반하게 이동되었다. 더구나 강간은 인권법에서 전혀 허용되지 않기 때문에 성적 본질의 강제된 “서비스들”은 언제나 인권법의 폭력적인 위반을 구성한다.

66. 최근에 구유고 국제형사재판소의 검찰은 강제 노동과 성적 공격을 위한 목적으로 9명의 여성을 구류한 보스니아 세르비아 군인들에 대한 예속에 대한 기소장을 발급했다. 52/ 그 기소는 여성들이 그들이 구류되었던 사적인 집에서 자유롭게 떠날 수 있었다는 사실을 인정했지만, 어떤 의미에서 볼 때 여성들은 세르비아 군인과 시민들에 의해 둘러 쌓여 있는 상황에서 갈만한 곳이 없었기 때문에, 그들이 탈출할 수 있는 능력은 없었다. 53/

## 2. 국제적인 성격이 아닌 무력충돌에서의 전쟁범죄

67. 현재 세계 무장충돌의 대다수는 비국제적, 혹은 내부적 성격을 띠고 있다. 54/ 최근 국내 분쟁 중에 발생한 성폭력의 예들은 하이티(Haiti)에서의 아리스티드(Aristide)대통령 정부에 대항한 군사 쿠데타 중 발생했으며, 페루에서는 15년에 걸친 정부군과 Shining Path 반군 사이의 투쟁 중에, 그 밖에 알제리, 미얀마, 우간다, 남 수단에서 계속되는 적대 행위 중 성폭력이 발생하고 있다. 보도에 따르면, 알제리에서는 무장 단체들이 부녀자와 소녀들을 강제적으로 일시적인 “결혼”을 위해 납치하고 있으며, 납치된 여성들은 강간되거나 성적 학대, 집단 강간되거나 살해된다. 우간다에서는 Lord's Resistance 군대가 아이들을 군인 혹은 노동자로 쓰기 위해 납치하고, 여자들은 강제로 성노예로 삼고 있다는 보도가 있다. 이러한 성노예화와 폭력의 엄청난 예들은 국제적인 성격이 아니라 해도 분쟁 기간 중 시민과 전투원에 대한 보호가 필요함을 설명해주고 있다.



68. 적어도 1907년 이래, 「헤이그협약 No. IV」에 서문에 마르텐스(Martens) 조항의 채택으로 국제 사회가 적어도 인도적 처리 규정으로 해결되지 않는 상황이나 분쟁에서조차도 전투원과 민간인 모두 “국가간의 법의 원칙적인 규칙과 보호 아래 있어야하며 이것은 그러한 규칙들이 문명화된 민족들 사이에서 성립된 관습과 인권법 그리고 공적인 양심의 명령으로부터 나온 결과물”이기 때문임을 인식하고 있다. 특별히, 국제관습법을 구성하고 있는 「제네바협약」의 「공동규약 3」은 「제네바협약」에 의해 포함되지 못할 내부적인 분쟁에서의 당사자까지 포함한 모든 당사자가 존중해야 할 그러한 보호를 명백히 하고 있다. 「공동규약 3」의 규정들은 국내 분쟁에서 국가와 비국가 행위자들 모두의 행동을 규율한다는 점에서 중요하다. 최소한의 인도적 기준에 관한 사무총장의 분석적 보고서에서 밝히고 있듯이, 마르텐스 조항과 「공동규약 3」 모두에 포함된 기본적 보호들의 중요성은 “간과되어서는 안 된다.” (E/CN.4/1998/97, paras. 74, 85)

69. 「헤이그협약 No. IV」와 「제네바협약 공동규약 3」은 국제관습법의 문제로서 국제적 혹은 국내적 분쟁 기간 중에 국가 혹은 비국가 행위자에 의해 자행되는 성폭력과 강간을 분명히 금지하고 있다. 구유고 국제형사재판소 항소부(Appeals Chamber)는 최근에 「헤이그협약」의 규정들 뿐만 아니라 「공동규약 3」은 국제적, 국내적 무력 분쟁에 광범위하게 관습법으로서 적용된다는 판결을 내림으로써 이러한 입장을 확인했다. 55/ 이러한 입장은 또한 「공동규약 3」에 포함된 금지들은 모든 무력 분쟁에서 존중되어야 하는 “인권”에 대한 기초적 고려”를 구성한다고 판결한 재판소의 입장이다. 56/

70. 「공동규약 3」의 넓은 포괄성에도 불구하고, 「공동규약 3」의 국내분쟁에 대한 적용이 「제네바협약」의 일반적인 범위에 대한 제한적 해석에 의해서 복잡해질지도 모른다는 약간의 우려가 있다. 「제네바협약」의 문맥상 “국제적 성격이 아닌” 무력분쟁에서 허용되어야 하는 보호들을 기록한 「공동규약 3」과 그것을 “발전 보충한” 「추가적정서 I」 두 가지 모두 국내적 분쟁에서 발생한 성폭력과 강간을 포괄한다. 57/ 그러나 문제는 「제네바협약」이 일반적으로 「공동규약 3」의 규정을 적용해야 할 분쟁 혹은 국내적 투쟁의 수준을 확인하지 못한다는 것이다.

71. 국제 적십자 위원회의 논평에 따르면 「공동규약 3」의 적용을 필요로 하는 폭력의 시작은 매우 실제적인 것이었다. 대부분의 제한적인 관점에서 「공동규약 3」의 적용은 성격상 실질적으로 “적대 행위에 개입한 어느 한편이 무력을 사용하는” 국제적인 무력충돌에 가깝다. 59/ 「추가적정서 II」에 포함된 「공동규약 3」의 논의는 또한 대단히 제한적이며, 특별히 「추가적정서 II」가 “무력 투쟁의 자격이 되지 않는 폭동, 폭력의 고립되고 산발적인 행위나 그와 유사한 행위들의 내부적인 분쟁과 긴장 상황에 적용되어서는

안 된다”는 것을 밝히고 있다(art. 1 (2)). 그렇기 때문에 이러한 제한적 관점 아래서는 종종 국내적인 분쟁에서 존재하는 충돌의 수위가, 발생한 분쟁에서 「공동규약 3」이나 「추가적정서 II」의 직접적인 적용을 발생시키는 데 언제나 충분한 것은 아닐 수도 있다.

72. 이러한 우려에도 불구하고, 본 연구에서는 「공동규약 3」의 적용이 언제나 광범위하게 60/ 의도되었으며 「공동규약 3」에 포함된 현존하는 인권법 기준들이 모든 분쟁 상황에 적용되어야 한다고 해석하고 있다. 국제 사회는 「공동규약 3」의 중요성을 경시해서는 안되며, 모든 국제적인 분쟁 수준에서 적용될 수 있는 새롭고 평등하게 강력한 인권 기준들의 부재 속에서 모든 국가 및 비국가 무력 단체들에 대해서 모든 분쟁에 대한 「공동규약 3」의 적용과 동시에 「공동규약 3」이 실제로 제공하는 광범위한 보호들에 대한 광범위한 이해를 받아 들여야 한다.

73. 내부적인 무력 투쟁에 적용될 수 있는 그러한 인도적 기준들 말고도 모든 경우에 무력충돌의 수준과 관계없이 혹은 무력충돌이 없는 경우에도 성폭력은 노예화, 비인도적 범죄, 집단살해나 고문과 같은 현존하는 법규범 아래서 집행될 수 있음을 인지하는 것 역시 중요하다. 게다가, 이러한 범죄들은 모든 가능한 사법체계에서도 집행될 수 있다. 이 때, 범죄가 이뤄지고 있는 국가에서의 직접적으로 사법적 재판을 실행시킬 기능상의 부재 그 자체가 다른 국내 혹은 국제적 재판에서 그러한 위반을 한 범죄자들을 처리하려는 국제 사회의 능력을 제한하지 않는다.

#### IV. 개인의 책임 판결

74. 역사는 광범위한 행위자들이 무력충돌 기간 중에 국제범죄를 저질렀으며, 각 수준에서 책임 있는 자들의 유죄판결이 국제범죄 예방에 도움이 된다는 사실을 가르쳐 준다. 예방과 억제라는 정책 목표를 달성할 수 있는 책임을 부여하기 위해서 이 보고서는 몇 가지 흉악한 국제범죄, 특히 대량학살에 대하여 교차 혹은 맞물리는 책임 범주가 있다고 인식하고 있다.

75. 국제범죄에 대한 가장 분명한 책임의 범주는 노예, 비인도적 범죄, 집단학살, 전쟁범죄나 고문 등을 구성하는 무력충돌 기간에 실제로 성노예제나 성폭력 행위들을 자행했던 사람들에게 부가된다. 이러한 범죄자들의 책임은 특정한 의도와 같은 필수적인 범의(犯意-mens rea)를 포함한 공격 요소들을 증명함으로써 결정된다. 책임은 또한 공격할 의도나 음모와 같은 국제범죄나 범죄를 선동하거나 돕고 교사하는 것과 같은 국제범죄의 관련 형태로 발견될 수 있다. 범죄자가 상급자의 명령에 따라 이루어졌다는 사실은 그것이 처



벌을 경감하는 데 고려될 수는 있으나 범죄에 항변할 수는 없다는 것이 중요하다.

76. 명령 책임에 대한 법적 견해(doctrine)에 따라, 명령권자나, 상급자, 그 밖의 책임당국은 그들 하급자에 의해 자행된 범죄에 책임이 있다. 하급자에게 성노예제나 폭력을 명령하거나, 그렇지 않았다면 그러한 행위가 발생할 가능성이 있고 그것을 예방하기 위한 조치를 취하는 데 실패할 줄 알고 있었거나 알고 있었어야 했던 명령권자나 다른 책임 있는 당국은 그러한 범죄가 전쟁범죄, 비인도적 범죄, 예속, 제노사이드나 고문을 포함한 국제범죄라는 사실에 아마도 충분히 책임이 있다. 62/ 명령 책임 소재에 관한 법은 다른 심각한 국제형사법 위반과 같이 강간, 성폭력에도 관련이 있다. 예를 들면, 구유고 전쟁 당사자들이 행한 위반과 관련하여, 그 지역에서 인권법 위반 사실을 조사할 책임을 지고 있는 UN전문가위원회(UN Commission of Experts)는 구체적으로 다음과 같은 결론을 내렸다.

“ ‘인종청소’, 성폭력과 강간의 행위들은 당사자들 일부에 의해서 너무나 체계적으로 자행되어 왔기 때문에 하나의 정책 결과로 여겨지고 있다. 그러한 범죄 예방에 대한 끊임없는 실패와 범죄자들에 대한 처벌에 계속 실패함으로써 부작위로 인해 하나의 정책이 계속 존속하고 있음을 증명한다. 이러한 결론의 결과는 명령 책임성(command responsibility)이 제정될 수 있다는 것이다.” 63/

77. 명령자의 의사전달과 하급자에 대한 감시의 어떤 연결고리만 존재하면 명령 위계의 조직화 정도는 상관없다. 더구나, 명령 책임성에 대한 개념들은 군사적 혹은 준군사적인 구조들에 제한되지 않으며, 명령을 내리는 위치에 있는, 많은 자들이 정치지도나, 정부 관료들, 그리고 민간 권력자들이다.

78. 예를 들면, 구유고 국제형사재판소 검사부는 보스니아 헤르체고비나 시 당국의 최고 위 민간 관료를 고소했다. 그는 그 지역의 치아프 경찰(Chief of Police)이 다른 사람들에게 성폭력을 저지르도록 강요하려는 것을 “알고 있었으며 알고 있을 이유들을 갖고 있었거나” 혹은 그는 그러한 행위를 막고 치아프의 행위를 알게 되었을 때 처벌할 수 있는 “필요하고 합리적인 조치들”을 취하는 데 실패했기 때문이다. 64/ 그 경우에, 민간 행정관은 강간이나 남성에 대한 성폭력을 포함한 성폭력처럼 비인도적 범죄와 치아프에 대한 부작위에 책임을 졌었다.

79. 그래서 명령 책임성에 대한 법은 명령을 내리고, 정책을 만들며, 국제범죄가 자행되는 국가, 지역 혹은 지방 안에서의 명령 발동에 영향을 미치는 당국의 최고위층의 모든 당사자들에게 충분히 적용된다. 명령권자, 상급자들, 그리고 다른 당국에 “알고 있거나 혹은

알았어야 한다”는 기준을 제시하는 것은 현재, 성노예제와 폭력이 도처에서 혹은 악의적인 기반에서 일어나고 있는 현 수준에 비추어 적당하다고 할 수 있으며, 그 피고들은 그 행위에 대한 국제적 금지에 대해서 알고 있었던 것으로 추정될 것이다. 물론 성폭력 행위에 있거나 참가한 명령권자는 범죄자로 직접 책임을 지거나 그러한 범죄를 돕거나 교사한 책임을 질 수 있다.

80. 명령책임에 관한 국제관습법 또한 「제네바협약」과 모든 전투원들에게 “중대한 위반을 저지하고 어떤 의무가 진행 중일 때 행위의 실패가 가져 올 「제네바협약」과 이 의정서의 다른 모든 위반을 진압하기 위해 필요한 조치들을 취할 것”을 요구하고 있는 「추가정서 I」의 제86(1)항의 중대한 위반으로 볼 수도 있다. 명령책임주의에 따른 이러한 의무의 중요성은 성폭력 범죄의 맥락에서 강조된다. 왜냐하면 그러한 위반들을 진압하도록 각 측에 경고하지 못한 역사적 실패들이 무력 충돌 중 성노예제와 성폭력 행위에 대해 계속해서 주기적인 면죄부를 주는 데 기여했기 때문이다.

81. 법적 책임성의 또 다른 범주는 흉악한 국제범죄를 자행하도록 선동, 부추김, 권유를 한 사람들에게도 적용된다. 이 위반자의 범주에는, 계산된 방식에 따라 종족, 인종, 종교, 성이나 다른 형태의 고정관념들을 영속화시키거나 그러한 고정관념의 주체들에게 폭력을 휘두르도록 만드는 선전가들처럼 그러한 범죄를 저지를 것이 가능하도록 만드는 정치 사회적 분위기를 조성하는 사람들이 포함된다. 예를 들면, 신문이나 라디오 방송에서 투치족(Tutsi) 여성들에 관한 인종적, 성적 고정관념들의 사용이 부분적으로 르완다에서의 집단 학살에 기름을 붓는데, 그리고 그 집단학살 과정에서 여성에 대한 성폭력을 체계적으로 사용하는 데 이용되었다는 많은 사람들의 비판이 있다. 66/ 르완다와 구유고에서의 성폭력과 강간을 당한 많은 희생자에 대해서 그 범죄자들이 그러한 공격 이전부터 그 후에도 계속 그 여성들에 대한 인종적 편견에 바탕을 둔 성적언급을 하고 있는 그대로 보도되었다는 것은 놀라운 일이 아니다. 67/

82. 그들이 전혀 기소되지 않고 있는 상황에서, 노예화나 비인도적 범죄 혹은 집단학살과 같은 국제범죄 선동자로서의 선전가들에 대한 책임의 평가는 새로운 시도가 아니다. 집단 학살에 대한 선전과 책동은 적어도 뉘른베르크 재판의 두 공판에서 주제였었다. 그 중 한 공판에서, 그의 반셈족(anti-Semitic) 저널을 통해 유대인에 대한 증오와 멸종에 대한 인식을 불러 일으킨 인도에 대한 범죄로 한 나찌 출판인이 유죄 판결을 받았다. 68/ 특정한 의도나 부주의한 멸시라는 기준은 그러한 경우에 적당한 것으로 보였다.

83. 그러나 개인에 대한 법적 책임성의 또 다른 범주가 노예화, 비인도적 범죄, 대량학살,



고문과 전쟁범죄들이 실제로 가능해지도록 만든 관료 혹은 정치과정에서 어떤 행위나 기능을 수행함으로써 국제범죄에 공모한 사람들에게 적용된다. 이러한 범죄자들은 종종 민간인이고 주어진 명령체계 밖에서 행동하는 자들이다. 그들의 기능이나 위치가 구분되어질 수 있고, 그들의 잘못에 대해 실제 충분히 인식하지 못하고 있기 때문에 합리적인 조사 기준을 제시하는 것이 적합하다. 예를 들면 2차 세계대전 기간 중 프랑스의 비치 정부에서 고위 행정관이었던 모리스 빠뽁(Maurice Papon)은 최근에 프랑스 법정에서 인도에 대한 죄에 연루되어 유죄를 선고받았다. 69/ 그는 홀로코스트에서 특히 집단 수용소에 이송된 유대인 수 천명의 사무처리를 맡은 죄목으로 10년형에 460만 프랑(US \$ 748천 달러)의 벌금을 내게 됐다. 공모로 인한 빠뽁에 대한 처벌은 실제 범죄자에 대한 처벌로는 심하지 않을지도 모른다. 그러나, 그의 의심스러운 행위에 대한 확실한 수행은 실제로 비인도적 범죄에 위반되는 것이며, 그는 공모에 대해 올바르게 책임을 졌다.

84. 공모도 처벌해야 한다는 학설에 따라 사람들에게 책임을 지우는 것은 중요하다. 왜냐하면 특별히 무력충돌 중 발생하는 성노예제와 성폭력을 포함하는 국제범죄는 종종 관료나 공무원, 그리고 그 조직의 다른 공무원들에 의해서 실제 수준에서 일반적으로 행해진 계획된 정책의 결과이기 때문이다.

## V. 전범자의 수색과 기소 의무

85. 정부승계를 포함한 국가들은 노예, 비인도적 범죄, 집단학살, 고문과 전쟁범죄들을 국내법정에 기소하거나, 다른 국가나 혹은 정당하게 구성된 국제형사재판소에 의해 요구되는 경우, 피고의 민간 혹은 군인의 직급과 관련 없이 재판에 피고인들을 내어 줄 의무가 있다. 본 보고서 앞부분에서 언급했듯이, 이러한 모든 범죄에는 보편적인 사법처리가 따르며, 범죄자들은 국내에서 혹은 국제에서 적임인 재판소에서 정당하게 재판을 받을 수 있다.

86. 이 보고서에 서술된 위반들이 「제네바협약」의 중대한 위반을 구성하는 한, 협약 당사국들에겐 추가적인 의무가 있다. 「제4차 제네바협약」 제146조에 따라 “중대한 위반을 했거나 명령했다고 추정되는 사람들을 찾아내서 그들의 국적과 관계없이 법정에 세우는 것이다.” 이 의무가 적어도 모든 국제적 무력충돌에 적용될 수 있는 국제관습법으로 받아들여지는 한, 비협약당사국에도 적용되어질 수 있다. 범죄자 체포와 기소가 국제범죄를 저지른 범죄자들을 법정에 세우는 일반적인 의무의 한 측면이라면 다른 측면들은 아래 VI장에서 논의되는 것처럼 희생자들에 대한 보상과 다른 형태의 배상을 포함할 수 있다. 국제범죄인들을 법정에 세우도록 하는 의무를 완성함으로써 국가들은 무력충돌 중, 성노

예화와 성폭력 제거를 위한 중요하고 필수적인 조치들을 취한다.

87. 국제법의 중대한 범죄들을 기소하는 데 어떠한 제한이 되는 장애 규정도 존재하지 않는다는 사실을 확고히 했다. 시민권과 정치권을 어긴 범죄자들에 대한 사면분과위원회의 특별 보고관인 루이스 조이넷(Louis Joinet)이 분과 위원회에 제출하는 최종 보고서에서 기술했듯이 “국제법 아래서 심각한 범죄를 저지른 경우에 규정은 효과가 없다... 그리고, 유효한 구제책을 이용할 수 없는 경우 어떠한 위반에 대해서도 효과를 얻을 수 없다.” (E/CN. 4/Sub.2/ 1997/20/Rev.1, para. 31). 이러한 근대적인 입장은 선례인 뉴른베르크 재판의 자연적인 연장이며, 그 주제에 대해 서술하고, 「비인도적 범죄와 전쟁 범죄에 대한 규정적 제한에 대한 비적용협약(1968)」과 「유럽의 비인도적 범죄와 전쟁 범죄에 대한 규정적 제한에 대한 비적용협약(1974)」과 같은 비인도적 범죄와 전쟁 범죄에 대한 규정적 적용을 금지하는 국제조약 속에서 재확인된다. 수많은 국내법원들은 사실상 제한에 대한 고려 규정에 근거한 피고측의 주장에도 불구하고, 2차 대전 중 거의 50년 전에 자행된 국제범죄를 저지른 나찌 전쟁범죄자들에 대한 유죄 판결을 계속하고 있다. 70/ 유사한 가담으로 아래에서 논의되듯이 총 위반에 대한 보상 요구에 대하여 제한을 가하자는 규정이 금지되고 있다.

## VI. 효과적 처리에 대한 권리와 배상의 의무

88. 인권과 인권법의 위반에 대한 희생자 보상권에 대한 분과위원회의 특별 보고관인 테오 반 보벤(Theo Van Boven)은 기본 원칙들과 방향에 대한 그의 수정된 모음집에서 밝히듯이 중대한 국제법 위반의 모든 희생자들은 정당하고 적절한 보상에 대한 권리를 갖고 있으며 그 권리는 “잘못된 행위들의 결과를 고치고 제거함으로써 그리고 다른 위반들을 예방하고 저지함으로써 정당할 수 있다” (E/CN. 4/Sub. 2/1996/17, para. 7). 보상은 국제법에 정의되고, 현 보고서를 통해 사용되었듯이 국제법을 어긴 국가가 희생자에 대한 금전상의 보상 지급과 위반자에 대한 처벌, 사과, 죄 값(atonement), 재발방지에 대한 약속과 위반의 정도에 따른 만족할 만한 다른 형식들을 통해 취하게 될 모든 수단들이다. 71/

89. 효과적인 구제 청구권은 분명히 무력충돌 기간 중의 성노예제와 강간, 다른 형태의 성폭력에 대한 면책과 무처벌을 극복하는 데 필수적이다. 권리 침해 배상에 대한 어떠한 형태의 법정이나 처리방식(mechanism) 제공에 실패하면 분명 배상권 발휘에 있어 여성들에 대한 차별이 그러하듯이 국제 규범과 의무들에 대한 더 큰 위반을 가져올 것이다. 예를 들면 관습법을 포함한 국내법이 오직 남성 관계자들만 권리 위반에 대한 여성 희생자



들을 대신해서 보상을 요구해서 받도록 한다면 이는 국제법의 제 원칙에 반한다. 여성들은 법적으로 남성과 동등한 입장에서 자신을 위한 보상을 요구하고 받을 수 있는 권한을 부여받았다.

90. 유사하게 반 보벤은 보상 요구시 고려에 대한 제한 규정들이 유효한 구제책이 존재하지 않는 기간 중에는 효력이 없다고 결론지었다. (E/CN. 4/Sub. 2/1996/17/. para. 9). 반 보벤은 또한 현재의 국제법 상태에서 인권과 인권법의 총체적 위반에 대한 보상과 관련 있는 민간의 청구들은 어떠한 경우에도 제한 규정(statutes)의 주체가 되어서는 안 된다고 주장했다. 국제적으로 받아들여지는 원칙, 즉 인권과 인권법에 대한 중대한 위반에 대해서는 보상과 기소에 대한 장애 규정이 존재하지 않는다는 것은, 성노예제와 같은 중대한 위반으로 고통을 당해 왔던 여성들이 종종 시기에 맞는 방법으로 앞에 나서는데 특별히 중대한 사회 법적 장애들에 직면한다는 사실에 대한 중요한 고려이다. 그러한 장애들은 중요하게도 정부와 전쟁 주체들이 폭력의 진정한 본질과 범위를 감출 때, 더욱 악화된다.

## VII. 국가적 수준에서의 기소

### A. 국내적 기소의 중요성

91. 처벌하지 않는 것을 논의하는데 있어서, 국내법정이 희생자와 피고 모두의 권리를 보호하기 위해서 적당한 절차적 기제들을 만들었던 어느 곳에서도 인권과 인권법 위반에 대한 기소들이 종종 국제 재판에 대한 기소보다 우선될 수도 있다는 것을 주목하는 것이 중요하다. 1973년 총회는 다음과 같은 결의 3074를 채택했다. "전쟁범죄와 비인도적 범죄를 지은 죄인에 대한 억류, 체포, 인도와 처벌에 대한 국제 협력의 원칙들"중 특히 "모든 국가는 전쟁범죄와 인도에 대한 자국민 재판권을 갖는다". 이 원칙은 또한 성폭력의 경우에도 적용된다. 다만 이때 국제 사회는 폭력적인 성의 본질이 특정 과정과 국내 기소가 적절하게 위반에 대응한다는 것을 확실히 하기 위한 분명한 보호장치들을 요구한다는 것을 인식해야 한다.

92. 국내 재판에서보다는 국제 재판에서 무력충돌 기간의 성노예제와 성폭력 행위를 처벌할지를 결정할 때 고려해야 할 몇 가지 분명히 교차하는 고려사항들이 있다. 일반적으로 무력충돌 기간 중의 성노예제와 성폭력이 성에 민감한 방향으로 발생했다면 그 범죄를 사법부에 제소할 국내 기소가 무슨 일이 있었는가라는 사실에 대한 희생자들의 기본적인 알 권리를 충족시킬 가능성이 높기 때문에 대부분의 경우에 국제 기소보다 더욱 선호되어야 한다. (E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. 1, para. 16) 그렇지만, 국제범죄의 필수 요건들

이 세워질 수 없는 경우에는 국내법에 따른 대안적 기소로 국내범죄라기보다는 국제범죄로 처벌될 수 있기 때문에, 가능하면 언제나 이러한 사건들은 국내 법정에서 재판되어야 한다.

93. 어떤 경우에 흉악한 성질 혹은 대규모 위반이 어떤 국제 재판에 의해서 오직 한번의 기소로 적절하게 그 범죄가 지구촌에 가한 상해를 반영할 수 있음을 시사한다. 이것은 특히 성노예제와 성폭력을 포함하는 강행규범을 위반한 대규모의 범죄를 저질렀거나 명령한 죄로 기소당한 고위 정치, 군사 지도자들에 대한 공판 과정과 관련해서 그러하다. 어떤 재판에서도 적절하게 시도될 수 있는 보편적인 관심사로서 국제관습법상의 강행규범에 대한 대규모 위반은 적절하게도 전체로서의 국제사회의 관심분야이며, 이러한 극단의 경우는 국제형사공판 과정에서 소개되어야 한다.

94. 부적절하게 성폭력 희생자들에게 부가되는 오명의 일부를 걷어냄으로써 희생자들을 전쟁 전의 사회로 복귀시키는 능력을 발휘하기 때문에, 성폭력이 문제된 사건에서 현지 기소는 미래의 위반을 예방하는 데 보다 효과적이다. 그러나 문화적으로 남성 중심의 고정 관념 때문에 그러한 위반을 한 생존자들 모두가 기꺼이 전면에서 나서거나 그럴 수 있는지는 확실치 않다. 왜냐하면 그들은 보복을 두려워하기 때문이다. 그래서 분쟁 이후의 현지 재판소들은 희생자와 피고 모두가 독립되고 공정한 재판으로 정의를 얻을 수 있는 권리를 가졌음을 확실히 할 능력에 비추어 평가되어야 한다.

### B. 국내법의 공통된 실패와 절차

95. 국제범죄를 공판할 국내 재판 체계의 적절성에 대한 평가와 관련된 중요한 고려사항은 국내법 체계가 여성이 법정에서 남성과 대등한 입장에서 그들의 법적 요구를 주장할 수 있는지에 대한 일반적 고려 사항을 적절히 보호할 수 있는가 하는 점이다. 국내 기소에서 무력충돌 중 발생한 성노예제와 성폭력이 일반적으로 국내 범죄라기 보다는 국제범죄로서 공판되어야 하며, 증거 허용(admissibility of evidence)과 같은 이슈를 포함한 국제재판 규칙의 적용이 가능해야 한다. 그럼에도 불구하고, 범죄 과정과 증거에 대한 어떤 국내규칙들은 여전히 적용될 수 있으며, 여성에 직접 반하는 인권과 비인도적 범죄의 위반을 국내법정이 유죄를 선고할 수 있는 일반적인 능력을 평가할 때, 국내법에서 성편견의 고정관념의 존재가 고려되어야 한다. 예를 들어, 어떤 법체계에서 강간은 사람에게 반하는 폭력 범죄로 적절하게 정의되지 않고 있다. 다른 법체계에서는 증거가 되는 규칙들이 여성에 대해 자행된 범죄의 적정한 기소를 필수적으로 방해하는 법체계를 만듦으로써 법정에서 한 여성에 대한 증거로 채택될 수 있는 법적 중요성을 감소시킨다. 또한 법체계가



강간과 성노예를 포함한 성폭력 범죄를 택하고 있는 일반적인 접근이 무력충돌 중 발생한 성노예와 강간에 대한 국제적 기소라기 보다는 국내적 기소의 전반적 유용성에 대한 평가에서 고려해야할 부가적이면서도 중요한 요소가 될 수 있다.

96. 국내 법체계에 대한 전반적인 조사를 통해서 세계 도처의 형법과 사법체계에서 명문화된 다음과 같은 성차별 예를 밝혀냈다: 비록 성폭력이 아닌 폭력은 개인 희생자에 대해서 죄가 될지라도, 공동체에 반하나 개인 희생자에는 반하지 않는 죄로 정의된 강간이나 다른 형태의 성폭력/ 비록 남성들조차 성폭력의 희생자임에도 불구하고, 그의 부인이 아닌 여성에 대해 남성이 범한 행위로 정의되고 있는 강간/ 검찰부에 의해 강간에 대해 기소하기 위해 여성들에게 독립된 행위를 취할 것을 요구하는 절차법들/ 여성에 의해서 제기된 경우 증거의 효력을 낮게 인정하는 관련된 증거법들/ 강간과 성폭력의 경우에 여성들에게 남성들로부터 보충 증명을 제출하도록 요구하는 증거법들/ 강간당했다는 것을 증명하지 못한 기혼 여성들이 성폭력 대신, 성폭력으로 기소된 남성에게 그가 그녀와 결혼한다면 처벌을 면할 수 있도록 허락해주는 간통죄로 고발될 수 있는 실정법/ 여성들이 재판관으로 혹은 증거 수집요원으로 일할 수 없도록 한 법/ 여성이 낙태, 피임 혹은 생식에 대한 지식에 접근하는 것을 제한한 법/ 보복 공격에 취약한 성폭력 희생자들을 그들을 "불명예스러운 여성"으로 여기는 그들의 남성을 가진 주변인들에 내버려두는, 특정 성에 대한 적당한 증인 보호 프로그램의 부재.

97. 성편견과 차별은 전세계적으로 많은 가족과 개인의 신분법(status law)에서 구체화되고 있다. 예를 들면, 어떤 국내법체계에서는 여성은 남성의 법적 보호 아래 있는 것으로 간주되며, 노동이나 서비스에 대한 법적 계약과 재산권의 소유와 처분 그리고 자신에 대한 상해에 대해 손해를 계산 청구할 수 있는 능력이 부인된다. "가족의 명예"라는 개념의 인권법의 초점은 법 앞에서 여성들의 개인적인 인격에 대한 이러한 현대적 부정에 대한 역사적 연결고리로 작동하고 있다.

98. 이러한 공동된 국내법과 절차상의 실패들의 관점에서 본 보고서는 국제형사법정의 초안 규정에 대한 보다 광범위한 해석을 요구한다.(A/CONF. 183/2/Add. 1) 국제형사법정은 범죄에 대한 사법권을 쥐고 있는 어떤 국가가 조사 혹은 기소권을 행사할 의도가 없거나 능력이 없을 때마다, 혹은 국내법 혹은 그 절차가 희생자들의 정의와 피고의 공정한 재판권에 대한 권리 확보가 불가능하거나 효과적이지 못할 때마다, 그 법정외 사법권 내에서 그러한 범죄들의 국제적인 기소를 요구한다.

99. 성노예와 성폭력을 포함하는 국제범죄를 판단할 국내법체계의 총체적 책임성을 평가

할 때 고려해야할 중요한 요소는 사형 선고의 잠재적 적용 가능성이다. 국제사회는 사형 선고와 다른 야만적 처벌의 점진적 철폐를 이루어 왔기 때문에 사형 선고를 잠재적 적용 가능성이 철회되지 않는다면 사형 선고를 명하고 있는 국제범죄에 대한 기소들이 인간의 생명과 존엄에 대한 존중을 추구할 목표를 갖고 있는 국제적 원칙들에 반하는 것처럼 보인다.

100. 그렇지만, 국내 법 절차에 대한 다양하고 상호 교차하는 고려에도 불구하고, 적당한 국내 기소가 국제 기소보다 성노예제와 성폭력 범죄 대부분의 경우에 이러한 범죄 조사와 미래 위반 방지에 보다 효과적이라는 점에서 여전히 선호되고 있다. 국제사회가 지금 큰 기대를 걸고 상설 국제형사재판소의 조속한 설치를 기대하고 있지만, 국내재판소들이 끊임없이 무력충돌 중 발생한 국제범죄들을 국내적 수준에서 효과적으로 기소할 의무가 남아 있다. 국제 절차들은 비록 국제형사재판소가 생겨도 매년 발생하는 위반사항들의 매우 작은 부분만을 담당하게 될 것이다.

## VIII. 권고사항

101. 현재 무력충돌 중 발생한 성폭력과 성노예제에 대해 존재했던 무처벌의 고리를 끊기 위해서 국제 사회와 UN의 합치된 행동뿐만 아니라 정치적 행위가 요구될 것이다. 현재의 법 테두리의 효용성과 이용가능성을 진작 시키는 것이 그러한 행위의 중요한 요소가 된다. 적어도 다음의 실제적인 조치는 즉시 이루어져야 한다.

102. 국내 수준에서의 입법화. 국가들은 국제형법의 국내법화를 위해 특별한 입법화를 행해야 한다. 국제형사법의 국내 법전화는 특히 「제네바협약」의 중대한 위반과 전쟁범죄, 고문 그리고 비인도적 범죄를 구성하는 행위들 같은 강간을 포함한 성노예제와 성폭력을 범죄 시 해야 한다. 군사적 규율들과 행동 강령과 일치된 무력서비스를 위한 훈련 교재들은 분명히 성노예제와 성폭력 금지를 명시해야 한다. 국가들은 「제4차 제네바협약」 제 146조에 따른 「제네바협약」의 중대한 위반범죄들을 찾아내서 재판장에 세워야 한다. 예를 들면 국가들은 강행규범의 위반과 성폭력, 성노예와 같이 국가와 비국가 행위자들에 의해 자행된 국제범죄에 대한 보편적 법전화를 마련함으로써 입법을 행한 벨기에와 캐나다의 예를 따라야 한다. 다른 관련 UN 기구들과 협의하여 분과 위원회는 다른 나라에서 비인도적 범죄, 노예, 집단학살, 고문, 「제네바협약」의 중대한 위반을 행한 것으로 기소된 사람으로 자국내 혹은 자국의 사법권 내에 있는 사람을 국내법이 사법권을 가하는 정도에 따라 인권법을 국내법 체계에 삼입하려는 노력의 일환으로 사무총장에 의한 공개적 보고를 촉구해야 한다. 분과위원회는 본 보고서의 저자가 법무장관, 사법부의 대표들, 다양한



법체계의 국내 검사들, 구유고와 르완다의 국제형사재판소 검찰부, UN인권위원회 관료, 범죄 예방 위원회, 형사재판소, 여성에 대한 폭력 위원회의 특별 보고관과 같은 다른 관련된 UN프로그램의 전문가, 기구들, 국내적 수준에서 성폭력 국제범죄에 대한 효과적인 기소를 위한 지침을 마련하고 유포하는 다른 국제적인 정부, 비정부 기구들의 모임을 개최하도록 요구할 수 있다.

103. 국내법과 그 절차상에서의 성차별의 철폐. 국가들은 그들의 법체계가 모든 수준에서 국제적으로 통용되는 기준에 적합해서, 국제범죄를 처벌하고, 성차별 없이 정의를 구현할 수 있는 능력을 갖추도록 해야한다. 국내법정과 공식적, 관습적인 법들이 실질적인 법적 정의나 증거 혹은 절차상의 문제에서 여성을 차별해서는 안 된다. 국가들은 여성과 남성 모두에게 정의에 평등하게 접근할 수 있도록 그리고 관련 있는 정치 혹은 종교 재판소를 포함한 그들의 법적 체계의 각 수준과 지부에서 국제법 위반에 대한 효과적인 구제책과 개혁 방식을 제공하도록 확고하기 위해서 그들의 국내법과 절차를 검토, 수정해야한다. 다양한 UN의 기구와 단체들에 의해 시작된 노력을 촉진시키기 위해 특히 여성 폭력에 대한 특별 보고관과 「행동을 위한 베이징 강령(Beijing Platform for Action)」에서 재확인되었듯이 UN의 다른 관련 기구와 프로그램에 따라 분과 위원회가 성폭력을 포함한 여성에 대한 폭력을 기소하고, 국제 인권 기준에 따라 이러한 장애를 제거하기 위해 취해진 조치들을 조명하는 국내법 체계의 각 수준에서 실질적이고 증거가 되는 절차상의 장애들에 관한 정보를 공표하기 쉽도록 정식으로 도와야 한다.

104. 희생자와 목격자들에 대한 적당한 보호. 국제 혹은 국내적 수준에서 성폭력을 포함한 국제범죄를 기소할 때, 절차상의 모든 단계와 그 이후까지 위협과 복수, 보복들로부터 피해자와 증인을 보호하는 것이 중요하다. 이것은 특히 기소중인 범죄가 성폭력이 주장되는 국제범죄일 경우, 그리고 그 범인이 아직 수배 중일 때 그러하다. 그러한 보호는 증인 이주 프로그램과 증인들의 신분 보호(confidentiality)들을 요구한다. 절차상의 모든 단계에서 필요한 경우 그 이후까지, 국제적, 국내적 수준에서 재판과정에 있는 희생자와 증인들을 위한 여성 통역을 포함한 증인 보호 프로그램과 지원 서비스를 위해서 적당한 자원과 구조, 인원을 밝혀 내야 한다.

105. 희생자에 대한 적당한 지원 서비스. 그들의 사건을 조사하고 기소하는 것 이외에 성폭력 희생자들은 원하지 않은 임신과 성병, 그밖에 성불구를 포함한 성폭력의 지독한 결과들에 정신적, 사회적 상담과 법적 보조와 응급 의료보호, 그밖에 생식과 관련된 건강 서비스를 포함한 적당한 지원 서비스를 받아야 한다. 강간이 계속해서 여러 인권법 조항에서 명예훼손죄로 고발되고 있는 한, 모든 사람들의 타고난 명예와 존엄의 훼손으로 간주

되어야 한다. 강간을 “여성의 명예”라는 성차별적 개념에 결부시키는 것과 관련된 위험은 적당한 법 수정과 보상을 축소하거나 그렇지 않으면 육체 정신적인 회복의 모든 측면들을 악화시킴으로써, 상해의 본질을 외면하거나 혹은 뻔뻔하게 생존자에게 수치를 전가하는 것이다. 성폭력의 생존자들은 종종 그들 희생자들을 “더럽혀졌다” 혹은 어떤 면에서 “그들의 명예를 손상시켰다”고 여기는 가족과 사회로부터 추방과 차별에 직면한다. 이것이 재결합을 방해한다. 성폭력 생존자들에 대한 이러한 파괴적인 행동들은 여성과 남성을 보는 추잡한 고정관념을 없애고 국제적 의무의 관점에서 지역 여성 단체들과 연대한 당국이 벌이는 캠페인을 통해서 활발히 추방되어야 한다. 각 국은 그들의 피난처와 난민 결정 절차들을 재검토하고 수정해야 한다. 그래서 무력 투쟁 기간 중 성폭력을 통해 박해를 받을 우려가 있어 난민의 지위와 피난처를 찾는 사람들에게 난민으로 인정하고 교육받은 통역자와 그러한 요구를 용이하게 할 법 전문가들을 제공할 수 있는 능력을 분명히 해야 한다.

106. 상설 국제 형사 재판소 제안. UN 인권위원회는 국제형사재판소의 법규 제정에 대한 책임을 지게 될 다양한 단체를 대표하는 사람들과 관련 인권 위원회, 분과 위원회, 구 유고슬라비아와 르완다 국제 형사재판소 검찰부의 전문가들간의 지속적인 대화가 용이하도록 해야한다. 이러한 대화 이외에도 고등 판무관은 원칙 개발 모임을 개최하고 국제 형사 재판소의 기소와 조사가 성 관점을 충분히 그 내용과 인원 모집에 반영할 필요성에 대해 적당한 관심을 갖고 진행되도록 확실히 할 필요가 있다. 특정한 전략엔 효과적인 기록 방법을 포함한 성폭력 시행에 대한 방향과 각 수준에서 필요한 인원에 대한 훈련들이 담겨 있으며, 이것은 국내 비정부기구들, 여성 단체들과 함께 한다.

107. 획기적인 기소를 목적으로 한 자료 기록(Documentation). 필드 미션과 다른 서비스를 통해 작동하는 UN 인권 고등 판무관은 분쟁 상황에서 발생한 성폭력에 대한 자료기록 수행하고 이를 용이하게 하는 데 주도적인 역할을 해야한다. 이를 위해서 UN 스태프들의 특정 훈련과 그러한 자료기록 노력을 우선하려는 인권 고등 판무관 자신의 행동이 요구될 것이다. 고등 판무관실이 조종하고 수행한 모든 감독 임무에서 여성 통역가의 존재를 확인하는 조치가 취해져야 하며, 출두할 증인과 희생자들의 신분을 보호할 기제들이 마련되어야 한다. 그러한 자료 기록의 노력들은 범인들의 잠재적 기소를 추구하는 방향으로 수행되어야 하며, 국제 재판소에서 그러한 기소가 용이하도록 하는 기제들이 탐구되어야 한다. 무력충돌 중 발생한 성폭력에 대한 자료기록에서 국제, 국내적 수준의 조사자들과 정부, 비정부기구들, 그리고 인도, 구제기구들, 보건기구, 언론, 그밖에 그들의 이야기를 상술할 때, 희생자와 증인들의 상처를 감해주기 위한 공조된 노력이 이뤄져야 한다. 성폭력 범죄에 대한 조사와 자료 기록 방법들엔 지역 여성 단체들, 인권 감시단, 보건기구 같



은 대안적인 믿음만한 출처로부터 정보를 수집하는 것이 포함된다.

108. 적대를 행위 중단 이후의 조치. 적대행위를 중단했을 때, 관련 당사자들이 국제 인권 수단과 원칙들을 승인하고 준수하도록 강제하는 평화조약 중 “인권장들(human rights chapters)”을 수용하는 것이 점차 관행이 되고 있다. 범죄자들의 기소와 무력충돌 중 발생한 범죄에 대한 국제 범죄 희생자들에 대한 보상은 일반적으로 평화 협상과 협약 중에는 고려되지 않는다. 실제, 「제네바협약」의 중대한 위반, 다른 전쟁 범죄와 비인도적 범죄, 노예, 집단학살, 고문과 같은 범죄를 저지른 행위자들이 종종 사면된다. 무력충돌 혹은 국권 이전에서 결과된 적대행위들과 모든 상황에서 각 국은 평화조약에 무처벌의 고리를 끊고 무력충돌 중 발생한 강간을 포함하는 성노예와 성폭력 행위에 대한 효과적인 조사와 배상을 확실히 하도록 의도된 조항들을 포함해야 한다. 게다가, 평화조약은 보상과 기소에 대한 적당한 행정적 계획이 실제 평화 협약에 포함되지 않는다면, 보상 요구와 법적 배상의 다른 형태들과 관련한 인권 위반 희생자들의 권리를 소멸시키지 말아야 한다. UN을 포함한 국제 사회는 적대 행위 중단 이후에 효과적이고, 접근 가능한, 비차별적 국내법 체계를 재 구축하는 데 최대한 지원을 제공해야 하며, 특히 성폭력을 포함한 무력충돌 중 발생한 국제 범죄에 대한 적절한 기소를 확실히 해야 한다.

109. 효과적이고 성에 민감한 대응의 필요. 국제 인권법과 인도법이 광범위하게 남성이든 여성이든 성폭력과 성노예의 모든 범죄자들에게 적용될 수 있어야 하지만, 이러한 범죄의 본질과 결과들은 그것들이 특히 성과 관련된 이상, 예방과 조사, 기소와 보상, 무력충돌에 참여한 자들의 교육을 포함하는 모든 법적 초법적 대응에 포함되어야 한다. 이러한 성(gender)의 통합은 성폭력이 처벌되지 않는 일이 없도록 확고히 한다. 분명히, 여성들은 종종 성폭력에 매우 위험하다. 이러한 위험은 모든 법체계와 전반적인 사회에서 발견되는 성차별에 의해서 정도는 다르지만 더욱 악화된다. 이러한 차별은 특히 여성이라는 사실이 인종, 종교, 혹은 종교적 측면에서 소수자의 지위와 결합될 때, 더욱 그러하다. 동시에, 무력충돌의 맥락에서, 성폭력의 희생자들이 성 이외의 폭력에 의해서도 고통받는다는 사실을 간과하지 않는 것이 중요하다. 예를 들면, 강간당한 여성들은 단지 “강간 희생자”로 규정되어서는 안 된다. 왜냐하면 이것은 그들이 겪었을 총체적 위반들을 무시하는 것이기 때문이다. 체계적인 강간과 성노예에 대한 법적 테두리에 성에 대한 이해를 첨가함으로써 모든 분쟁 당사자들의 의무와 법적 책임성의 전 범위가 신중하게 분명해지고, 희생자 보상을 포함한 민사, 형사상의 배상과 조사, 적절한 예방들을 확고히 하기 위한 단단한 조치들이 마련되어질 수 있다.

## IX. 결론

110. Ms. Machel이 그녀의 최종 보고서에서 언급한 것처럼, “살인과 고문이 오래 전부터 전쟁 범죄로 비난받아 온 반면, 강간은 억울하지만 어쩔수 없는 전쟁의 부산물로 격하되었다.”(A/51/106, 91문단) 그러나, 전쟁 중에 발생한 성범죄들의 처벌에 관한 새로운 태도가 형성되면서, 이 또한 심각한 국제 범죄로 인식되기 시작했다. 반복되는 범죄 처벌 실패의 고리를 끊고, 피해자나 가해자 모두에게 정의가 구현될 것이라는 확신을 심어 주기 위하여, 국제 사회 전체가 지속적인 노력을 아끼지 않았다. 영구적인 국제 형법 재판소나 전유고 연방, 르완다 국제형사재판소 등은 위에서 언급한 정의 구현 운동의 일환이며 이러한 재판소들이 성범죄와 관련된 실제적 문제들을 해결하는데 도움이 될 것이라 믿는다.

111. 비록 완벽하지는 않다고 하나, 전쟁 중에 발생한 성범죄를 규제하기 위한 인도주의 법이나 인권법, 형법 등은 성폭행이나 성노예제 등을 명확히 범죄를 규제하고 있으며, 대부분의 경우에 일반적인 판결을 내리고 있다. 국제법은 전쟁 중 가해지는 성범죄에서 여성의 입장과 그들에게 가해지는 피해를 더 잘 반영해야 하며, 지속적인 법적 틀과 성차이에 걸맞는 실천 항목들을 발전시켜야 한다. 이러한 노력들에도 불구하고, 정치적 노력의 부족이 전쟁중 성범죄의 효율적인 처벌 과정에 걸림돌이 되고 있다.

112. 성범죄가 노예제, 비인도적 범죄, 집단 학살, 고문 혹은 전쟁 범죄와 같은 국제 범죄로서 자리잡기 위해서는 성범죄가 그러한 명목으로 기소되고, 처벌되고, 재정비되어야 한다. 현재 국내적 전쟁을 겪고 있는 나라들을 포함하여 이들을 위한 구체적인 조치가 즉각 취해져야 하는데 이에 앞서 몇 가지 확실히 해야 할 것들이 있다. 우선 성폭행이나 성노예와 같은 범죄들이 인식되고 문서화되어야 하고, 가해자는 반드시 정의의 심판을 받을 것이라는 확신이 정립되어야 하며, 피해자들은 정당한 보상을 받을 수 있어야 한다. 특히 성노예제를 포함한 노예 범죄는 이에 대한 금지가 강행규범에 입각한 것이라는 사실을 바탕으로, 전쟁 중 여성에 대한 범죄 처벌에 대한 기틀을 마련하는데 도움이 된다.

113. 노예, 비인도적 범죄, 집단 학살, 고문, 전쟁 범죄 등을 저지른 개인은, 국가의 시민이건 아니건 간에, 국제적 혹은 국가적 차원에서 자신들의 범죄 행위에 대한 책임을 져야 한다. 이는 사건의 정황과 사건을 공정하게 해결하는 책임 기관의 능력 여하에 달려 있는 것이다. 책임을 맡고 있는 모든 기관들의 관할 책임에 관한 국제적 사법 기준의 엄격한 적용을 통해서 전쟁시의 성관련 범죄가 늘어나는 것을 방지할 수 있으며 나아가서는 여성들의 보호, 법의 엄격한 적용, 성범죄 감소 등의 목적을 성취할 수 있을 것이다. 많은 경우, 비인도적 범죄, 대량 학살이나 여성에 대한 성폭력이나 노예화를 방지하지 못한 것



등을 담당하는 국제적 수준의 책임 기관의 범죄 처벌 행위에 자원을 집중하는 것이 효과적이라고 할 수 있다.

114. 불명예스럽게도, 전 유고 연방과 르완다에서 전쟁의 수단으로 사용된 강간 및 다른 종류의 성범죄를 비롯한 무수한 인간 생명과 자유 침해 범죄에 대해 국제 사회는 지나치게 오랫동안 방관해 왔다. 널리 만연해있고 빈번하게 발생하며, 보상받을 수 없는 행위인 성범죄는 전쟁의 초기 신호이며, 대량 학살과 강제 추방이 발생할 수도 있다는 경계 경보가 될 수도 있다. 따라서 국제 사회는 이러한 전쟁 초기 신호에 즉각적으로 대응해야 하며, 이러한 인류애적, 외교적, 예방 차원의 관여 활동에는 성범죄를 올바르게 처리하는 노력 역시 포함되어야 한다.

115. 전쟁이라는 특수한 상황은 이 지구상 어디에서나 매일 발생하는 여성에 대한 차별과 폭력을 더욱 악화시킨다. 이러한 폭력의 재발을 막기 위해서는, 경제, 사회, 정치 및 문화 생활에 대한 여성의 참여 활동이 보호되고 개선되어야 한다. 진정한 평등과 참여가 없이는 전쟁 기간 동안이나 전후 복구 기간 중에 조직적 범죄로서 행해지는 강간이나 성노예를 막으려는 노력은 성과를 보지 못할 것이다.

(註)

1/ 이 보고서를 작성하는데 도움을 준 Stephen Bowen, Mark Browmely, Alice M. Miller, Alison N. Stewart에게 감사를 드리며, 연구 과정동안 전문적인 조언을 아끼지 않은 Kelly Askin, M. Cherif Bassiouni, Diane Orentlicher, Patricia Viseur Sellers, David Meissbrodt 에게도 감사의 뜻을 전한다.

2/ 논의를 위하여, Hillary Charlesworth, Christine Chinkin, Shelley Wright 공저 "Feminist approaches to international law", American Journal of International Law, vol. 85, 1991 참조

3/ Modeline Morris, "By force of arms: rape, war, and military culture", Duke Law Journal, vol. 45, 1996

4/ "'성'(gender)이라는 말은 공적, 사적 생활에서 사회적으로 형성된 남자와 여자의 역할이다. 이는 생물학적인 성(sex)과는 구분된다." Donna Sullivan, Integration of Women's Human Rights into the work of the Special Rapporteurs (New York: UNIFEM, 1996)

5/ Beijing declaration, Piacform for Accion 문단 131-149 와 Radhika Coomaragway의 Report of the Special Rapporteur on violence against women, its cases and consequence'(E/CN.4/1998/54), 문단 8-18 참조

6/ M.Cherif Bassiouni의 Sexual Violence: An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia, Occasional Paper No.1, International Human Rights Law Institute, DePaul University College of Law (1995) p. 3 참조

7/ Human Rights Watch의 Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwanda Genocide and its Aftermath, New York, (1996) p. 62 참조

8/ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia(ICTFY), Prosecutor V. Tadic, Case IT-94-1-T (Trial Chamber Judgement of 7 may 1997) 참조

9/ ICTFY, Indictment of Miljkovic and Others, Case IT-95-9-I (21 July 1995) 문단 31 참조



10/ 안보리 결의 780의 실행을 위해 설립된 유엔 전문가 위원회의 최종 보고서, Rape and Sexual Assault: A Legal Study(S/1994/674/Add.2 (Vol. I), annex II), 문단 2 참조

11/ 같은 책, note 4 (“동성연애와 관련된 폭력 범죄는 국제인권법에 언급되어 있지 않다... 강간이나 기타 성폭력으로부터의 보호를 위해 제공된 이 국제인권법은 여성 뿐만 아니라 남성에게도 적용되며 국제적인 인간 권리로서 어떠한 차별도(이 경우에는 생물학적인 성에 의한 차별)용납되지 않는다”)

12/ ICTFY, Rules of procedure and evidence (1997년 7월 25일에 수정됨), rule 96 (성폭력 사건에 대한 증거); International Tribunal for Rwanda, Rules of procedure and evidence, 1995년 6월 29일 효력 발생.

13/ 같은 책.

14/ M. Cherif Bassiouni, "Enslavement as an International Crime", New York University Journal of International Law and Politics vol. 23 (1991) p. 458

15/ 예를 들어, ICTFY, Indictment of Gagovic and Others, case IT-96-23-I (26 June 1996) 참조

16/ 예를 들어, Betsy Apple, School for Rape: The Burmese Military and Sexual Violence (1998), p. 49 참조

17/ Coomaraswamy, (E/CN.4/1996/54, 문단 42). 전쟁 중에 발생한 성노예제와 성폭력의 희생자들 중에 많은 아이들이 포함되어 있었다. 유엔 사무총장에 의해서 전쟁이 어린이들에 미치는 영향에 관한 연구를 맡은 Ms. Garca Machel은 최종 보고서에서 다음과 같이 언급했다. (A/51/106 of August 1996, 문단 45)

18/ Machel, 같은 책, 문단 91. “살인과 고문이 오랫동안 전쟁 범죄로 비난 받아온데 반해, 강간은 불행하지만 어쩔 수 없는 전쟁의 부작용으로 여겨져 왔다.”

19/ M.Cherif Bassiouni, International Crimes: Jus Cogens and Obligations Erya Omnes, in Bassiouni and Madeline M. Morris, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights, 1996, p. 63

20/ 같은 책, pp. 65-66

21/ 같은 책

22/ ICTFY, Tadic case, sect. VI D.2.ii.a 참조. ICTFY 의 재판부는 다음과 같이 언급했다. “만연한 행위로서든, 조직적인 방식으로서의 행위든간에 문명 시민에게 해를 입히는 것은 사회로부터 격리되는 이유로서 충분하다.”

23/ 「뉘른베르크 군사재판법」 제6조는 비인도적 범죄들을 “살인, 말살, 노예 제도, 추방, 전쟁 중에 문명 시민에게 행해지는 비인간적 범죄, 혹은 국내법의 위반 여부와는 상관없이 군사재판법에 의해 위법으로 간주되는 정치적, 종교적, 인종적 원인에 의한 박해 행위”라고 규정짓고 있다. 「유엔안보리 결의 780」을 위한 전문 위원회의 최종 보고서도 참조.(S/1994/674) 문단 83

24/ ICTFY, Tadic case, Appeals Chamber Decision on Jurisdiction of 2 October 1995, 문단 141 (비인도적 범죄는 국제적인 분쟁과 연관될 필요가 없다는 것은 국제관습법이라고 인정함)

25/ Theodor Meron, "Rape as a Crime under international humanitarian law", American Journal of International Law, vol. 87, 1993, p. 428

26/ M. Cherif Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law, (Dordrecht, Boston: M. Nijhoff, 1992) p. 251 에서 작가가 언급하기를, “어떠한 친화력에 의해서든 비인도적 범죄로부터 인류를 보호한다는 의미에서 특정한 집단은 추방당해야만 한다. 이러한 차별의 요소는 범죄가 집단적 특성을 지니며, 그 범위가 제한되어 있지 않으며 누가 차별받는 집단에 속하는지를 결정하는 아무런 수치도 존재하지 않는다는 사실을 증명해준다.”

27/ 같은 책. Commission of Experts Report (S/1994/674). 문단 107 도 참조

28/ 「뉘른베르크 군사재판헌장」 제6조 (c), 「극동 군사재판헌장」 제5조 (c), Allied Control Council Law No.10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes against Peace and against Humanity, 제1조항 (c)



29/ 「안정보장이사회 결의 827(1993)」, annex.

30/ 「안정보장이사회 결의 955(1994)」, annex.

31/ FCCa Indictment, supra note 15, Counts 56, 57, 61, 82

32/ Barcelona Traction Lights and Power co., Ltd. (Belgium vs So???) Judgement of 5 February 1970: I.C.J. Reports 1970, p. 32

33/ John P. Humphery, The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century에서 재출판된 Richard S. Lillich, International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice(2nd ed.) (Boston, Toronto: Little Brown & Co., 1991) p.1

“1885년까지는 중앙 아프리카에서 열린 베를린 위원회의 법에 의해 노예 매매가 국제법 원칙에 의해서 금지된다는 것을 확인할 수 있었다. 1889년에는 브뤼셀 위원회가 노예제도와 노예 매매를 규탄했을 뿐만 아니라 노예선의 수색, 포획, 재판에 포함한 권리를 부여하여 노예 제도를 규제하려는 노력을 아끼지 않았다. 이러한 노력들은 국제 연맹과 국제 연합을 통해서 계속되고 있다”

34/ Advisory Opinion of the International Court of Justice on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. I.C.J. Reports 1951, p.15

35/ Commission of Experts Report (S/1994/674) 문단 313

36/ Yoram Dinstein, "International Criminal Law", Israel Yearbook on Human Rights, vol. 5, 1975 에서 재출판된, Henry J. Steiner and Philip Alston, International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals (Oxford: Clarendon Press, 1996) 에서 언급하길, “단 한사람을 죽인 살인이라도 만일 그것이 그 피해자가 속한 집단의 파괴를 목적으로 한 행동들의 하나라면 이는 집단 학살로 규정지어져야 한다.”

37/ Report of the Special Rapporteur on the question of torture to the Commission on Human Rights at its forty-second session (E/CN.4/1985/15, 문단 119): International Human Rights Law Group, Token Gestures: Women's Human Rights and UN

Reporting, 1993, pp. 6-11.

38/ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, general recommendation No.19 (11th session, 1982) 문단 6

39/ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua p. 114 (국제 관습법으로서 인정받는 「제네바협약」과 흡사한 내용의 제3조는 인간성에 대한 기본적인 인식을 나타내고 있다.)

40/ Report of the International Law Commission on the work of its 32nd session. Official Records of the General Assembly, 35th Session, Supplement No. 10 (A/32/10)

41/ The First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field 의 제49조; The fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War의 제146조

42/ 일반적으로 「1949년 제네바협약」의 불이행 조항들은 “보호받을 사람들”에게 이익을 주기 위한 것이었는데 이들은 “전쟁이나 점령의 상황에서, 혹은 자신들의 나라가 아닌 권력 집단이나 단체에 의해 지배받는 사람들”로 정의된다. 불이행 조항들은 조약에 가입한 나라, 혹은 그 이상의 나라들이 전쟁에 개입되었을 때를 위한 것이기도 하다. 그러나, 국제적인 규모가 아닌 전쟁에서는 제한된 범위의 보호를 제공한다.

The Appeals Chamber of the ICTFY는 비록 관습법이기는 하나, 「제네바협약」의 불행 조항들을 전시중에만 적용된다. 그러나 해석자들은 이를 포괄적이지 못한 결정이라고 비난한다. Theodor Meron, "The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law", American Journal of International Law, vol. 90, p. 243

43/ 강간이라는 단 하나의 행동만으로도 전쟁 범죄로 규정될 수 있다. Commission of Experts Report (S/1994/674) 문단 105, Rape and Sexual Assault (S/1994/674/Add.2) (vol. I) annex II, 문단 16.

44/ International Committee of the Red Cross, Aide-Memoire, 3 December 1992. Meron, supra note 25, p. 26역시 참조.

45/ 같은 자료. Amnesty International, Bosnia and Herzegovina: Rape and Sexual



Abuses by Armed Forces, 1983 역시 참조.

46/ 「헤이그협약 No. IV of 1907」에 첨부된 결의들은 1939년에 이르러서 국제적 관습법의 지위를 획득한 것으로 봐야 한다. Judgement of the Nurnberg Tribunal, in American Journal of International Law, vol. 41, 1947.

47/ 같은 자료.

48/ U. Dolgopol and S. Paranjape, Comfort Women: An Unfinished Ordeal. International Commission of Justice, 1993, pp. 135-36

49/ 뉘른베르크 재판에서 대부분의 노예 관련 사건들은 문명 시민에게 가해지는 강제 노동에 관한 제52조와 함께 「헤이그협약」의 제46조의 위반임이 주장되고 있다. supra note 14도 참조.

50/ 「제4차 제네바협약」에서는 제27조와 147조가 노예제나 노예제와 유사한 관습들에 대해 언급하고 있다. 노예제와 관련 범죄에 관해서는 전쟁 포로의 처우에 관한 「제3차 제네바협약」에서 언급하고 있으며, 여기서는 전쟁 포로의 노동, 특히 건강을 많이 해치거나 위험하고 굴욕적인 노동을 규제하고 있다. 이에 더해, 「제3차 제네바협약」의 제130조는 “생물학적 실험을 비롯한 고의적 가해 행위나 인체에 심각한 해를 주는 것”을 단호히 금지하고 있다. 제130조와 함께 「제3차 제네바협약」 조약의 제49조에서부터 제57조까지는 다양한 형태의 노예제를 중대한 금지 사항으로 언급하고 있다. Bassiouni, supra note 14, pp. 510-512

51/ Jean S. Pictet, et al. (eds.), Commentary on the Geneva Convention of 12 August 1949: Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1958) p. 598 (commentary on art. 147), Meron, supra note 25; Anne Tierney Goldstein, Recognizing Forced Impregnation as a War Crime Under International Law, 1993, pp. 9-11.

52/ Foca Indictment, supra note 31.

53/ 같은 자료. 문단 10.2.

54/ 현 보고서는 현존하는 규범을 국내 위반 사항에 적용하는데 존재하는 한계를 인식하

고 개선하려는 노력을 인지하고 있다. 「인권위원회 결의 1997/21」과 맞추어 제출된 사무총장의 분석 보고서는 가장 기본적인 인류애적 기준을 정립하고 다음 세 가지 항목에서 인권법이 가지는 한계를 규정하고자 한다. 1)범죄의 비하에 대한 염려. 2)인권 기준 하에서 어떻게 군대의 수를 셀 것인가. 3)국제적 위반 상황에서 효과적인 법의 적용을 방해하는 인권 기준의 비구체성 (E/CN.4/1998/87, 문단 40)

55/ ICFTY, Tadic case, Appeals Chamber decision, 문단 84, 89.

56/ Nicaragua v. United States, supra note 39, p. 14.

57/ Additional Protocol II 의 제4조 (2) (e) 참조 (“굴욕적이거나 비하하는 방식으로 타인의 권위를 침해하는 일, 강간, 강압적 매춘이나 어떤 형태의 모욕적인 행위”를 금지)

58/ Theodor Meron, Human Rights in Internal Strife: Their International Protection (Cambridge, Grotius Pubi., 1987), pp. 44-50.

59/ Pictet, supra note 51, p. 36.

60/ 같은 자료. (제3조의 적용은 “될 수 있는 한 널리 적용되어야 하며” 이는 제3조가 “특정한 법규를 요구하며, 이 법규는 본 조약이 체결되기 이전에 이미 모든 문명 국가에서 중요한 것으로 인식되고 해당 국가의 국내법에서 구체화되는 것”을 의미한다.

61/ ITCFY Statute, art. 7; ITR Statute, art. 6.

62/ Commission of Exports Report (S/1994/674), 문단 55.

63/ 같은 자료. 문단 313.

64/ ITCFY, Miljkovic Indictment, 문단 31,33,34.

65/ 같은 자료.

66/ Human Rights Watch, supra note 7, pp. 15-19; Jamie Frederic Metz, Rwanda genocide and the international law of radio jamming, American Journal of International



Law, vol. 91, pp. 623-634, 650.

67/ 같은 자료, p. 18; Human Rights Watch, War Crimes in Bosnia-Herzegovina, vol. II (1993), pp. 166-167.

68/ Metzl, supra note 66, p. 636 (Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nurnberg, 1947, p. 548 인용)

69/ Edith Coron, "Papon verdict condemns a collaboration and an era", The European, 6 April 1998.

70/ 예를 들어, 1987년 프랑스 법원은 나치 전범이었던 Klaus Barbie를 인간성에 반하는 범죄라고 규정했다. International Law Review, vol. 78, 1988.

71/ Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 4th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1990), p. 485.

## 참 부

제 2차 세계대전 중 설치된 "위안소"에 대한 일본정부의 법적 책임에 관한 분석

## 서 문

1. 1932년부터 제 2차 세계대전 종결까지, 일본 정부와 일본 제국군은 전 아시아를 통해 2십만이 넘는 여성을 강간수용소(rape centres)에 성노예로 강제 징집하였다. 의도적으로 이러한 강간을 주관하는 기관은 "위안소"라는 완곡한 언어로 불리게 되었다. 이러한 "위안부"1/ 의 대다수는 한국으로부터 징집되었으나, 그 중 많은 수가 중국, 인도네시아, 필리핀, 그리고 일본의 식민지 지배하에 있던 다른 아시아 국가에서 징집되었다. 지난 몇 십년 동안, 이러한 잔학행위로부터 살아남 생존자는 점점 그 수가 늘어나고 있으며, 이러한 범죄에 대한 배상을 요구해 왔다. 이 참부는 제 2차 세계대전 동안 위안소를 설치, 감독, 그리고 유지에 관련된 일본 군장교들에 대한 일본 정부 자체의 재검토에서 발견된 사실에 절대적으로 의존한다. 일본정부의 허가를 바탕으로, 이 참부는 제 2차 세계대전시 "위안소"의 여성들을 노예화하고 강간한 사실에 대한 최근 일본정부의 법적 책임을 평가하기 위한 목적으로 작성된다. 책임에 대한 수많은 근거가 있겠지만, 이 보고서는 특별히 엄청난 국제범죄인 노예, 비인도적 범죄, 그리고 전쟁범죄에 대한 책임성에 그 초점을 맞추고 있다. 또한 이 보고서는 이러한 범죄에 대한 국제형사법하의 법적 골격을 모색하고, 생존자들에 의해 제기될 배상에 대한 소송을 검토해 볼 것이다.

### I. 일본정부의 입장

2. 일본 정부는 2차 대전 동안 일본군이 직접적으로 강간매춘을 위한 위안소를 설치하고 감독하는 데 연루되어있다는 사실을 수년동안 부인해 왔지만, "외무성 일본 각료 고문단(the Japanese Cabinet Councillor's office)에 의해 1993년 8월 4일에 시행된, 전시 '위안부' 문제라고 명명된 공식적인 연구와 같은 날에 주요 각료 장관(the Chief Cabinet Secretary)에 의한 성명"에서 "위안소" 설치에 일본정부가 관련되어 있다는 사실을 마침내 인정하게 되었다. (E/CN. 4/1996/137, annex I) 이 연구는 전시 공문서와, 일본병사와 前위안부들과의 인터뷰를 읽고 있다. 이 참부에서 논의되듯이, 1993년 연구는 위안부들이 개인적으로, 그리고 성적으로 자율성이 없었다는 점과 그들이 마치 하나의 소모품인양 자신의 건강을 보호할 방법을 강구할 수 없었다는 점을 강조하고 있다.



3. 일본 정부는 최근에 위안부문제에 관해서 몇 차례에 걸쳐 공식적인 사과를 하였다. 가장 주목할만한 것으로, 1995년 6월에 제 2차 세계대전 종전 50주년을 맞이하여 일본 수상 도미이치 무라야마의 사과를 들 수 있는데, 그 내용인즉, "전쟁의 상흔이 아직도 깊게 남아있다" 그리고 "그 상흔 중 하나가 소위 '전시 위안부' 문제로 이것은 그 당시 일본군이 관련되어 있으며 많은 여성들의 명예와 존엄을 심각하게 더럽힌 일이었다. 이것은 용서할 수 없는 행위임에 틀림없다. 본인은 전시 위안부로서 절대로 아물수 없는 정신적인, 그리고 육체적인 상처를 입은 모든 사람들에게 깊은 사과를 바친다." 2/

4. 이러한 사과와 인정에도 불구하고, 일본정부는 위안소(E/CN.4/1996/53/Add.1) "설치와 운영"에 관한 일본군의 행동에 대한 법적책임을 계속해서 부정해왔다. 특히, 여성에 대한 폭력에 관한 위원회의 특별 보고자인 쿠마라스와미(Ms. Radhika Coomarswamy) (E/CN.4/1996/53/Add.1)의 보고서에 대해, 일본정부는 몇 가지 구체적인 근거를 바탕으로 법적책임을 강력히 부인해왔다. 그 중 가장 중요한 근거들은 다음과 같다: (a) 최근의 국제법 분야에서 발전되거나 진보된 내용은 소급해서 적용되지 못한다. (b) 노예에 관한 범죄는 "위안소"를 통해 설립된 제도와는 정확히 일치하지는 않는다. 그리고 어떠한 경우에도 노예제의 금지는 2차대전 당시 국제법 분야에 관습 규범으로 적용되지 않았었다. (c) 2차대전 당시에는, 「1907년 헤이그협약」 제4조에 부속된 규정들이나 국제법의 관습규범이 무력충돌 중의 강간 행위를 유효하게 금지하지 않았었다. (d) 전쟁법은, 어떠한 경우에도, 오직 교전당사국에 대해 일본군이 행한 행위에만 적용된다. 따라서, 한국은 2차대전당시 일본에 합병되어 있었기 때문에, 일본군의 일본인과 한국인에 대한 행동에는 전쟁법이 적용될 여지가 없다.(ibid)

5. 일본 정부가 일본군이 "위안소"에 직접 관여한 데에 대해 사과를 함에 따라, 일본정부는 1995년 7월에 "일본 및 세계의 여성들의 인권을 보호하기 위해서" 아시아 여성기금을 만들었다. 3/ 아시아 여성 기금은 "여성들이 오늘날 처한 문제들을 경감시키기 위해서 일을 하는" 비정부간 국제기구들을 지원한다. 예컨대, 여성을 위한 상담 활동, 조사와 학문적 접근의 지원, 여성에게 영향을 미치는 일들에 대한 모임이나 회의의 개최, 그리고, "위안부들"에 대해, 이 여성들에게 일본인들의 죄책감과 진심어린 사과를 "보상" 기금을 통해 전달하려는 마음의 진작 등이다. 4/

6. 법적인 보상을 위한 주장에 관하여, 일본정부는 각각의 "위안부들"은 그러한 보상에 대해 아무런 권리가 없다고 주장한다. 대신에, 일본정부는 또한 이러한 여성들이 보상에 대해 가졌을 수 있는 각각의 권리들은 일본과 다른 아시아 국가들간에 2차대전 이후에 맺어진 평화조약과 국제협약에 의해서 완전히 충족된다고 주장한다. 마지막으로, 일본정부는

또한 2차대전시 강간을 주관하는 기관에 관한 민형사상의 사건들은, 현재 제한조항들의 적용 규정에 따라, 시효가 중지(time-barred) 된다고 주장한다.

## II. 강간수용소(rape center)의 본질과 범위

7. 일본의 정부와 군대가 제2차 세계대전 중에 아시아 전역에 걸친 강간수용소의 설립에 직접 관계되었다는 것은 이제 확실하다. 일본군에 의해 이러한 기관에 노예화된 여성들은, 일본지배하의 아시아 곳곳의 장소들에 수용되어, 하루에도 몇 번씩 강간을 당하고 심각한 신체적 학대를 당했으며 성병에도 노출되었다. 5/ 이 여성들 중에서 오직 약25퍼센트만이 이러한 매일매일 계속된 학대에서 살아 남았다고 한다. 6/ 이러한 "위안부"를 얻기 위해, 일본군은 물리적인 폭력, 납치, 강제 그리고 기만 등을 일삼았다. 7/

8. 정부와 비정부 기구들의 예비조사에 의하면, "위안부"에는 다음의 3가지 부류가 있다고 한다: (1) 일본군의 직접 운영과 통제하에 있던 이들; (2) 공식적으로는 사적인 상인의 통제하에 있으나 실질적으로는 군대의 통제하에 있으면서 군대와 군대에 고용된 일반인들에게만 이용된 이들; (3) 군대에게 우선권이 주어지긴 하지만 일반 일본 시민들도 이용할 수 있는, 사적인 실체하에 있는 이들. 8/ 두 번째 부류의 "위안부들"이 가장 일반적이라고 생각된다. 9/ 비록 일본 정부는 이런 행위에 일본군이 관련되었다는 것에 대해 "도의적인 책임"을 인정하기는 하지만, 일본은 모든 법적인 책임에 대해서 지속적으로 부정하고 있다. 10/

9. 일본 정부 자신의 보고서는 다음과 같은 적당한 사실들을 강조한다.

a) 위안소 설치의 이유. "위안소는 그 당시 군 당국의 요구에 따라 다양한 곳에 만들어졌다. 그 당시의 정부의 내부적인 서류들에 따르면, 위안소 설치의 근거는 일본군의 점령 지역 내의 지역 주민들에 대한 일본군 병사들의 강간이나 기타 다른 불법적인 행위로 말미암아 반일 감정이 폭발하는 것을 방지하고 [sic] 성병이나 기타 다른 병에 의해 병력이 손실되는 것을 막으며, 첩보를 막기위해서라고 한다." (E/CN.4/1996/137, p14) ;

b) 기간과 위치. "몇몇 서류에 위안소는 1932년의 소위 상하이 사건 때에 그 곳에 주둔한 일본군을 위해서 세워졌다는 것이 나타나므로 위안소는 그 즈음부터 2차대전이 끝날 때까지 존재했다고 생각된다. 전쟁이 계속 퍼짐에 따라, 그 시설은 점점 더 커지고 지리적으로도 팽창해 갔다."



c) 군대의 사적인 운영자 통제. "비록 어떤 지역에서는 당시의 군대가 위안소를 직접 운영하는 경우도 있었으나, 많은 위안소들은 사적인 운영자에 의해서 운영되었다. 사적인 운영자가 시설을 경영하는 경우에도, 당시의 일본군은 시설의 개시 허가나 시설의 설치, 영업시간의 설정과 세금과 시설이용을 위한 사전 대비 등의 부수적인 사항들에 관한 규정 만들기를 통해서 위안소의 설립과 운영에 직접 관여했다."

d) 건강 상태의 군 감독. "위안부의 감독에 대해서, 당시의 일본군은 위안부와 위안소의 위생적인 통제를 위해 위안소 규정에 의무적인 피임약 사용 등의 조치들을 포함시키고 군의관에 의한 정기적인 성병이나 기타 다른 병에 대한 검진을 위안부에게 실시했다."(ibid)

e) 자유로운 이동의 제한. "몇몇 위안소는 규율을 정해 위안부의 활동 장소 뿐 아니라 심지어 휴식 시간까지 통제하였다. 또한 전장터에서 군대와 함께 강제로 이동해야 했으며 자유를 박탈당하고, 비참한 생활을 해야만 했던 것은 명백한 사실이다."(Ibid.)

f) 징집. "위안부 징집의 많은 경우가 민간인에 의해 이루어졌는데, 이 민간 모집 기구 역시 군 당국의 부탁을 받은 위안소 운영자들의 요청에 의해 움직였다. 위안부의 필요성이 증대됨에 따라 이들 모집책들은 회유와 협박을 일삼게 되었으며 심지어 정부와 군 관계자가 직접 징집에 관여하기도 하였다."(ibid., p. 17)

g) 이송. "많은 경우 위안부의 이송은 군함과 군차량에 의해 이루어졌으며, 때로는 일본군의 패배와 함께 전장에 버려지는 경우도 있었다."(ibid.)

10. 일본 정부도 인정한 이러한 사실들로 미루어 볼 때, 그들이 반복해서 주장하는 것 - "위안부"는 민간 차원의 매춘굴에서 "이루어진 것"이다 - 과는 반대로, 대부분 그 당시 어린 나이였던 위안부들은 강간수용소에서 노예 상태에 있었는데 이러한 일들은 일본군들에 의해 직접적으로 자행되었거나 적어도 그들의 묵인과 지원하에 이루어졌던 것이다. 그들 의사와 상관없이 "위안소"에 감금된 여성과 아이들은 강간과 성폭행에 시달렸으며 그 엄청난 규모로 보아 그러한 범죄의 본질을 적절히 표현하자면 반인도적이라는 말밖에 할 수 없는 것이다.

### III. 실제 국제관습법의 지배적인 규칙

11. 이 부록은 전시 비인도적인 강간이나 노예 행위를 금지하는 국제 관습법에 초점을 맞

추어, 제2차 세계대전 당시 일본군과 정부에 의해 자행된 "위안부"의 노예 상태에 적용할 수 있는 국제관습법에 대해서 짚어 보고 있다.

#### A. 노예제와 노예 교역

12. "위안소"가 생기기 전에 이미 노예 제도나 교역이 금지되어 있었다는 것은 의심할 여지가 없다. 2차 세계 대전 후에 세워진 뉘른베르크 재판소에서는 국제법의 관여 범위에 대해서 명확히 해 놓았는데 즉, 학살, 노예제, 민간인의 추방 등은 국제 범죄행위를 명백히 밝혀 놓았다. 11/ 사실 특히 노예제의 금지는 강행규범의 지위를 획득하였다. 12/ 따라서 2차 대전 중에 있었던 위안부 제도는 명백한 불법이며 노예제를 불법으로 간주한 국제관습법 위반인 것이다.

13. 19세기 초까지 많은 나라들이 이미 노예 수입을 금지하였다. 13/ 이러한 금지 조치는 다자간 협약으로 발전하였는데 많은 나라들은 노예제도와 교역을 종식시킬 방법을 모색하고 있었던 것이다. 14/ 1855년까지 국제중재재판(arbitration case)은 노예 교역은 문명국에서는 금지된 사항이며 국제법에 반한다고 말하고 있다. 15/ 1990년도 무렵에는 노예제는 그 근본이 거의 모든 나라에서 사라졌다. 16/ 주목할 부분은 일본이 1872년 페루 상인을 「노예교역금지법」 위반으로 유죄를 선고한 재판에서 선언한 내용인데, 이에 따르면 일본은 역사적으로 노예제를 금지해 왔다는 것이다. 17/

14. 1932년에는 노예제와 그에 관련한 것들을 금지하는 국제 규약이 적어도 20개에 이르렀다. 18/ 더 나아가 1994년 일본을 포함, States의 대표 모든 나라에서 노예 제를 국내법으로 금지하였다. 19/ 제2차 세계대전 전에 상황을 보면, 노예제에 관해서는 광범하게 비난이 쏟아졌기 때문에 국제 연맹은 「1925년 노예협약」을 하기에 이르렀다. 이 협약은 노예제의 정의를 「소유권을 행사하기 위한 어떠한 힘에 의해 사람이 지배되는 상태」로 규정하고 제2차 세계대전 무렵에는 이에 관련한 국제관습법을 명백히 선언하였다. 20/

15. 「노예제금지법」의 본질은 전시 민간인 대우를 규정한 법에서도 똑같이 명확하다. 20세기 전쟁에 관한 법 중 가장 기본이 되는 것 중에 하나인 「1907년 헤이그협약 No. IV」의 경우, 민간인 군인 모두가 노예상태나 강제 노역으로부터 보호받아야 함을 명시하고 있다. 나찌 범죄를 다룬 뉘른베르크 재판에서도 이 「헤이그협약」이 국제관습법을 명확히 하고 있음을 밝히고 있다. 21/

16. 「뉘른베르크 재판소헌장」 제6항에 의거 국제 연합은 많은 범죄자들을 "전범"으로 유



죄를 성고하였다. 특히 「뉘른베르크헌장」은 “목적여하를 막론하고 점령지에서 노예 노동에 대해 일어난 학대 및 강제이동”은 범죄로 규정하고 있다. 극동전쟁을 다루기 위한 「극동 국제군사재판소 헌장」 제5항도 비슷한 내용을 담고 있다. 다시 한번 강조하지만 일본과 독일 전범자들의 기소는, 제2차 세계대전 전 노예제도를 금지했던 법들을 포함해서, 이미 존재했던 국제법들 22/ 에 의거하고 있다. 23/

#### B. 전쟁 범죄로서의 강간

17. 전쟁법은 강간과 강요된 매춘을 금지하고 있다. 몇몇 초기 전쟁 규범에 따르면, 특히 「1863년 Lieber code」, 전시 강간과 여성 학대를 금지하고 있다. 24/ 나아가, 많은 사람들이 부분적으로 강제매춘과 강간의 혐의를 근거로 이 법에 따라 2차 대전 후 기소 당했다. 25/ 「1907년 헤이그협약」은 “가족의 존엄과 권리는... 존경되어야만 한다”라고까지 규정하고 있다. 26/ 실제로 「제4차 제네바협약」의 제27항은 이 “가족 존엄”을 규정하고 있고 27/ 여성에 관해서는 “특히 존엄을 해치는 어떤 종류의 폭력 - 강간, 강요된 매춘 및 온갖 형태의 비인도적 행위를 포함하여 - 에 관해서도 보호받아야 한다.”라고 명시하고 있다. 비록 강간을 폭력이 아닌 여성의 존엄을 해치는 행위로 규정한 것은 잘못된 것이기는 하나, 강간과 강요된 매춘을, 최초의 “위안소”가 설립되기 전에, 국제관습법으로 금지한 것은 다행한 일이 아닐 수 없다. 28/

#### C. 비인도적 범죄

18. 광범하고 체계적인 노예제도는 적어도 반세기 동안은 비인도적 범죄라고 여겨졌다. 무장충돌이 비인도적 범죄 성립의 필수적 요건은 아닐지라도, 특히 이러한 범죄가 무장충돌 시에 자행되었을 때, 광범위하고 체계적인 노예제가 비인도적 범죄인 것은 명확히 사실이다.

19. 2차 대전 후 독일 전범자들에 대한 추가적 기소의 편의를 위해서 만들어진 「뉘른베르크 헌장」 제6조와 「Control Council Law No.10」에서 “민간인에게 가해진 노예 속박, 이동 및 다른 비인도적 행위”를 비인도적 범죄로 규정하고 있다. 유사하게, 동경에서 열린 「극동 국제군사재판 헌장」 제5조는 노예제, 노예 노동의 이동 및 기타 비인간적 행위를 비인도적인 범죄로 규정하고 있다.

20. 노예제와 더불어, 광범하고 조직적인 강간은 「뉘른베르크헌장」과 동경 「극동국제군사재판 헌장」에서도 언급된 “비인도적 행위”에 관한 일반적 금지 원칙을 어기고 있다.

29/ 보다 최근에 제정된 비인도적 범죄 금지 규정을 살펴보면, 강간이 “기타 다른 비인도적 행위”라는 보조적인 조항에 의존하여 규정되기 보다는 오히려, 국내 혹은 국제전쟁 중에 행해지거나 민간인에 반해 이루어질 때 이는 명백한 비인도적 범죄로 규정된다. 이러한 명문화는 구 유고 「국제형사재판소 규정」 제5조와 르완다 「국제재판소 규정」 제3조도 포함이 되는데, 이들은 둘 다 노예 제도와 강간을 비인도적 범죄로 규정하고 있다.

21. 계획, 정책 및 구상에 대한 증명은 비인도적 범죄의 기소에 필수 요소다. 30/ 하지만, 폭력에 관하여 적절한 조치를 취하지 못한 사실도 기소 요건으로서는 충분하다. 31/ 나아가, 점령자로서의 민간인 및 군인은 비인도적 범죄에 대해 책임을 져야만 한다.

#### IV. 실정법의 적용

22. 위안부는 “노예”와 “노예 교역”이라는 단어의 일반적 의미를 충족시킬 뿐 아니라, 「1926년 노예협약」에서 밝힌 노예의 정의 즉, “소유권을 행사하기 위한 어떠한 힘에 의해 사람이 지배되는 상태”와도 일치한다. 일본정부가 시인한 바로도 위안부들은 “자유를 박탈”당했으며, “그들 의사와 반하여 징집”되었던 것이다. 이에 더하여, 어떤 여성들은 구매의 대상이 되기도 했으니, 이는 고전적인 노예의 정의에 정확히 일치하는 것이다. 돈거래는 노예인지를 판단하는 유일하면서도 가장 중요한 척도인 것이다. 모든 위안부 여성들이 일본군에 의해 인간이 아닌, 일본군의 재산인 양 대우를 받음으로써, 자신의 자율성에 심각한 침해를 경험하였다는 점을 고려해 볼 때, 이렇게 위안부 여성들을 노예로 만든 형사상 책임은 범죄행위를 저지른 범법자와 그들의 상급지휘관 모두에게 명백히 문책되어야 한다. 더군다나 “위안부”라는 특정 사례에 대한 일본정부 연구결과조차도 위안부들이 개인적 자유를 박탈당했고 군대와 함께 이동했음을 보여주고 있다. 또한 그들 자신의 성적인 권리의 박탈 및 건강에 대한 권리를 제한 - 군대내 성병이 퍼지는 것을 보호하기 위한 정도 - 당했음을 강조하고 있다.

23. 일본 정부가 노예에 대한 정의에서 벗어난다고 간주하는 이러한 경우에서도 “위안부”는 강간을 당했으며, 최소한도의 허용가능한 “강제노동”의 형태에 따르지 못하는 조건에 처해 있는 전쟁터에 수용되어 있었다. 32/ 강요된 매춘과 강간에 대해서는, 일본 정부도 그들의 정책이 많은 여성들의 존엄을 심각히 훼손했음을 인정하고 있다. 비록 명백히 인정되고 있지는 않지만, 그들이 강간이나 성행위를 강요당했고 그로 인해 피해를 본 것은 분명한 사실이다. 이러한 것들은 국제법을 어긴 강간과 강요된 매춘임은 쉽게 인정될 수 있다.



24. 이러한 범죄가 저질러진 규모나 강간수용소의 설립, 유지, 규칙 제정에 일본군이 명백히 개입했다는 사실에 의거, “위안소”를 담당한 일본군 장교는 마땅히 비인도적 범죄에 관해서 비슷한 책임을 져야 한다. 결론적으로 말하자면, 일본정부는 위안부들이 일본군에 의해 겪은 피해에 대해 지속적인 배상 의무가 있는 것이다.

## V. 일본 정부의 방어

### A. 법률의 소급 적용

25. 뉘른베르크 재판이 진행될 때, 피고들의 범죄는 「뉘른베르크헌장」에 의해 새롭게 정의되었기에 그들의 범죄가 일어날 당시에는 국제법을 위반하지 않았다는 이유로, 피고들은 비인도적 범죄에 관한 기소는 법 원칙의 파괴(nullum crimen sine lege)라고 저항하였다. 33/ 일본도 아시아 전역에 걸쳐 행해진 “위안부” 강간과 노예화를 통해 국제관습법을 위반하였다는 이전 “위안부”들의 주장에 관하여 위와 비슷한 주장을 하고 있다. 34/

26. 위에서 논의한 바와 같이, 2차 대전 당시 강간과 노예제에 대하여 국제법이 명확히 금지하고 있지 않았기 때문에 2차 대전에서 일본군이 저지른 범죄는 그 당시에 금지된 것은 아니라는 논리를 펴고 있다. 비슷한 주장은 50년전 뉘른베르크 재판에서 그들의 범죄 행위가 처음 제기된 때에도 설득력이 없었고, 위에서 언급한 이유로 말미암아, 지금도 설득력이 없기는 마찬가지다.

### B. 노예제 금지

27. 노예제에 관한 국제관습법상의 금지는 분명히 2차 대전 당시에 명문화되었으며, 「동경」 및 「뉘른베르크헌장」에서도 2차 대전 후 범죄 재판의 기본으로 채택되었다. 국제관습법에 의하면, 노예제 금지는 전쟁법으로서, 혹은 독립적으로 군사적 충돌의 존재와 관계 없이 실정법적인 위반으로 적용될 수 있다.

### C. 강간과 강요된 매춘

28. 일본정부가 「1907년 헤이그협약」 제4조의 “가족의 존엄성” 규정을 “위안부” 보호 문제에 적용하는 것을 반대하면서 내건 주장은 “그 조약은 그것에 서명하여 국내법으로서 받아들여서 무장한 노동력에 대한 권고와 같은 일반적인 원칙만을 제시할 수 있을 뿐이다.”라는 것이다. 35/ 본질적으로 일본정부가 주장하는 것은 강간 행위가 「헤이그협약」

이나 2차 세계 대전 당시의 법에 의해서 명백하게 금지되지 않는다는 것이다. 위에서 논의한 바와 같이, 이러한 해석은 전쟁법의 상위개념으로서의 「헤이그협약」, 그리고 무력충돌시 민간인에 대한 강간 금지를 규정한 다른 국제법을 받아 들이고 있는 일본으로서 일종의 기만행위인 것이다. 결론적으로, “가족의 존엄” 원칙에 의거한 강간 금지 규정은 2차 대전 당시의 국제법 적용을 나타낸다고 볼 수 있다.

### D. 한국의 위치

29. 일본은 또한 한국 여성이 노예제와 강간을 금지하는 국제법에 의해 보호받지 못했다는 주장을 부인하고 있다. 그들이 내세우는 이유는 위에서 말한 국제법은 전쟁법에 근거한 것인데, 이 전쟁법은 피점령지의 민간인들에게 적용되는 것이지 자국 영토의 민간인에게 적용되는 것은 아니라는 것이다. 한국은 2차 대전 당시 일본에 의해 합병당한 상태였기 때문에 그들은 전쟁법을 한국 여성들에게 적용하는 것은 부당하다고 한다.

30. 일본은 어떤 경우라도 면죄부를 받을 수는 없다. 위에서 언급한 대로, 노예제에 관한 금지 규정은 단순히 전쟁 범죄에 국한되는 것은 아니다. 전시 뿐 아니라 평화시에도 노예제는 국제법의 심각한 위반이며 이것은 그당시 한반도의 영토적 지위와는 아무 관계가 없는 것이다. 결론적으로 위의 원칙은 한국 여성이 피점령지의 민간인이건 아니건 상관이 없이 똑같이 적용되는 것이다.

## VI. 배 상

31. 국제관습법에 따르면, 일본정부는 “위안부”에게 범한 잔학행위에 대한 배상을 지급하여야만 한다. 배상은 일본정부에 의한 “위안부” 개개인에게 지급되는 배상의 형식을 취해야만 한다. 차선적으로, 또한 배상에 대한 요구는 “위안부”였던 국민을 대신하여 위안부의 국가들에 의해 취해질 수 있다. 이러한 후에 이들 국가들은 이 배상금을 고통받고 있는 희생자들에게 나누어줄 제도적 장치를 마련하여야 한다. 또한, 위에서도 언급하였듯이, 일본정부와 군당사자들에게 대한 강간수용소 설치, 유지의 법적 책임을 묻는 기소가 이루어져야 한다.

### A. 개별 범죄자의 책임

32. 비합법적인 행위를 한 개별 일본 군장교와 병사들에게 개인적으로 그들이 범한 행동에 대해 책임 추궁이 행해져야 한다. 충분한 증거가 입증될 수 있다는 점에서, 그리고 50



년이 경과된 지금, 이 개별 범죄자들은 법에 의해 처단될 수 있고, 아니 처단되어야 한다.

33. 이러한 개인적인 기소에 대한 전례는 여러 해를 걸쳐 존재해 왔다. 1946년, 네델란드 정부에 의해 바타비아, 인도네시아에서 행해진 임시전쟁법정(the Temporary Court Martial Tribunal)은 9명의 일본병사들에게 강제매춘과 강간을 목적으로 소녀와 여성들을 인신매매한 사실에 대해 유죄판결을 내렸다. 36/ 비슷한 경우로, 필리핀법정(the Philippine Tribunal)은 한 일본장교를 강간의 혐의로 유죄판결을 내리고 그에게 종신형을 선고하였다. 37/ 국제관습법을 적용한 뉘른베르크와 동경전범재판소에서도 역시 개인자격으로서의 군장교, 그들의 부대지휘관, 그리고 독일과 일본 정부가 전쟁범죄와 비인도적 범죄를 저지른 데에 대한 책임을 지어야 한다고 판결하였다. 1946년, UN총회는 「UN총회 1946/12/11 결의 95(I)」의 형식으로, 「국제군사법정헌장」과 「극동국제군사재판헌장」에서 찾아볼 수 있는 국제법의 원칙들이 UN구성국에 의해 국제관습법으로 인정되었다는 사실을 재확인하였다.

34. 게다가, 「샌프란시스코조약」 제11조에 따르면, 일본은 극동국제군사법정과 다른 일본 국내외에서 행해지는 모든 전범재판의 판결을 받아들여야만 한다. 그리고 「뉘른베르크헌장」이 “비인도적 범죄”에 관한 새로운 용어를 사용하였다 할지라도, 그것은 헌장이 실제로 새로운 법을 만들었다든지, 국제관습법 하에 전에는 허용되었던 행위를 불법적으로 만들었다든지 하는 것을 의미하지 않는다. 오펜하임(Oppenheim)에 따르면:

“전쟁에 관한 모든 법은 그것의 관할권이 국가뿐만 아니라 또한 그 국가의 국민 - 군인이건 아니건 간에 상관없이 - 에게도 구속력이 있다는 가정에 기초하고 있다. 이러한 점에서 1945년 8월 8일자 협정에 첨부된 「뉘른베르크헌장」에서는 어떤 혁신도 내포되어 있지 않다. 헌장이 전쟁범죄와 비인도적 범죄로서 정의한 것에 대해 개인적 책임을 물을 수 있다고 포고한 것으로 보아, 이것은 유럽주축국의 주요전범들을 처벌하기 위한 것이다  
.....” 38/

이러한 판례에 따라 개별 장교도 명백하게 그가 저지른 범죄에 의해 처벌될 수 있고, 처벌되어야 한다.

35. 개별병사 각각의 법적 책임성뿐 아니라, 군장교와 정부관리 또한 그들의 명령체계하에 있던 병사와 장교들에 의해 설치, 운용된 “위안소”에 대한 책임이 있다. 지휘관책임에 관한 원칙은, 상급지휘관이 (a) 부하에 의해 불법적 행동이 행해질 것이라는 것을 알고서

도 예방적 조치를 선행하지 않았을 경우, (b) 그러한 행동이 범해진 후 상급지휘관이 그러한 행위의 반복을 저지하기 위한 조치를 취하지 않을 경우, 그들의 부하에 의해 행해진 불법적인 행동에 대한 책임이 있다는 것을 의미한다. 39/ 미군사재판위원회(the United States military commission trial)에서 수만명의 필리핀인과 미군 전쟁포로를 살상한 죄로 일본군 토모유키 야마시타 장군을 유죄판결 내렸던 국제소송에 대한 근거로써 이 원칙은 처음 사용되었다. 그러나, 이 원칙에 깔려있는 기초들은 적어도 2차 대전과 같은 시기 - 베르사이유에서, 독일의 카이저가 그와 상급지휘관이 “전쟁 동안 그들의 부하들에 의해 행해진 잔악성을 줄이기 위한 조치를 내리지 않았다”는 이유로 전범으로 재판에 회부되어야 한다는 권고가 결정되었던 시기 - 에 일찍 나타났다. 40/ 이에 대한 논평자들은 지휘관의 책임성 문제의 성립을 15세기 프랑스 41/ 와 서기 19년 로마제국 42/ 까지 거슬러 추적한다. 이 원칙은 몇 개의 뉘른베르크 재판과 기존의 관습규범을 적용시킨 베트남 기소사건, 즉 1969년 베트남에서 있었던 My Lai 대학살에 대한 미국 Medina 대령의 전후 재판에서 가장 명확히 명시되어 있다.

36. “위안소”의 설치와 운용에 있어서 일본 군대가 광범위하게 그리고 조직적으로 관련이 되었다는 사실은 일본군의 고위급지휘관들도 틀림없이 “위안소”의 존재여부에 대한 실제적이고도 구체적인 정보를 가지고 있었다는 것을 증명해 준다. 또한 “위안소”와 관련이 있거나 책임이 있는 중간계급의 일본군 장교들이 “상부명령”이었다는 핑계를 주장하면서 범죄에 대한 책임성을 회피할 수 없다는 사실을 언급하는 것도 중요하다. 왜냐하면, 그러한 주장은 실제로 부과되는 처벌을 어느 정도 완화시키는 데만 고려의 대상이 되기 때문이다. 43/

37. 명백히 일본은 “위안소” 체제를 실시한 것에 대한 책임이 있는 자들에게 형사기소가 취해질 가장 적절한 장소이다. 한국정신대문제대책협의회는 1994년 “위안소” 운영에 관련이 있는 일본군 장교와 그 외 다른 자들에 대한 형사기소를 위해 도쿄의 the Chief Prosecutor에게 고소하였다. 44/ 일본 정부는 이 고소를 긴급한 사건으로 다루어야 하며, 위안소를 경영하였거나 자주 출입하였던 생존자들을 고발하여야 한다.

38. 타 국가의 국내 법정 또한 형사적인 법적 절차를 밟기에 유용할 수 있다. 이는 노예, 비인도적 범죄, 그리고 전쟁범죄를 포함한 경우에 있어서 보편적 관할권의 원칙이 어느 국가이건간에 국제법적 위반을 기소하기 위해서 그러한 보편적으로 비난의 대상이 되는 범죄자를 체포할 수 있도록 허용하기 때문이다. 45/ 국제법상 보편적 관할권의 행사가 허용됨에도 불구하고, 국내법적 입법은 실질적인 소송의 체계가 필요하다. 46/ 예를 들어, 캐나다에서는 이러한 입법적 근거가 「형사법」 제7항 (3.71)에 있다. 이 항의 내용은 캐나



다 밖에서 비인도적 범죄나 전쟁범죄를 행한 자는 그 범죄가 캐나다에서 행해진 것과 같이 재판에 회부될 수 있다는 것이다. 47/ 이 조항에 근거한 최초의 기소의 경우, 피고는 나치 통치하에서 유대인을 강제 구금을 도와 준 헝가리 헌병대 소속이었다. 48/ 일본이 아닌 타관할권들은 그들의 국내법정에서 “위안소”에 관련이 있거나 책임이 있는 일본군과 정부관료를 기소하는 데 있어서, 그러한 범죄에 관할권을 부여하는 국내법의 집행과 희생자들에게 법적 지원과 해석을 도와주는 법적 조항에 한계를 두지 않은채, 기소에 필요한 모든 조치를 취해야만 한다.

39. 장교 또는 지휘관 개인에 대한 형사고발은 시간에 구애받지 않는다. 비인도적 범죄와 전쟁범죄는 어떤 제한 조항에도 구속받지 않는다. 이러한 범죄는 시간의 경과에 따라 소멸하지 않는다. 1953년 이런 범죄의 국제법적 관할권에 관한 UN보고서(A/2645)에는 제한 조항의 개념이 현 국제법에서는 존재하지 않는다고 명시되어 있다. 49/ 이와 비슷하게, Barbie 기소사건에서, 프랑스 파기원은 국제관습법은 비인도적 범죄에 대해 제한 조항을 인정하지 않는다고 판결하였다. 50/ 또한 조약법에서도 국제사회가 제한조항하에서는 전쟁범죄나 비인도적 범죄와 같은 국제법의 파괴를 방지할 수 없다고 인정하고 있다.

40. 제한조항이 어느 정도까지는 시행될 수 있을 지라도, 새로운 문헌적 사실들이 밝혀지는 이러한 상황에서는 적용되어서 안된다. 1992년이 지나서야 비로소 “위안소”에 관한 최초의 공식적인 청문회가 일본에서 열렸고, 1993년이 지나서야 결국 일본정부는 “위안소”를 설립하고 관리하는데 있어서 일본군대의 역할을 인정하였다. “위안부”들이 그들의 주장을 펼 수 없게 만들었던 예외적 상황, 그리고 “위안소”의 설치, 유지에 일본군대가 담당했던 역할을 적절하게 설명하는데 실패한 일본정부에 대해 추궁할 기회가 막혀버렸던 예외적 상황을 고려해 볼 때, 사법측에서는 제한 조항의 적용이 일본정부가 그들의 과거사를 시인했던 1992년 그 날 보다 더 일찍 시작해서는 안된다는 것을 요구한다.

## B. 국가 책임과 국가 배상의 의무

41. 제 2차 세계대전 이전에는, 정부와 그 관료들이 정부의 명령과 권위에 따라 행해진 정부, 하위급 관리, 또는 사적인 개인의 행위에 대한 법적 책임을 지어야 한다는 “시원적 책임설(theory of original liability)”에 따른 국제법적 위반에 책임이 있다는 것이 명백하였다. 51/ 국제법적 위반에 대한 시원적인 책임이 있는 국가가 “국제적 범죄(international delinquency)”를 행했다는 것이다. 이러한 “국제적 범죄”는 “국제법적 의무사항을 위반한 특정 국가의 지도자나 정부에 의해 다른 국가에게 행해진 피해로 대표된다. 이러한 국가의 지도자나 정부의 행위는 이들에 의해 지휘되고 권위를 부여받은 관료

나 다른 개인들의 행위와 동등시 여겨진다”. 52/ 그리고 “비록 권한이 부여되지 않았을지라도 일상적인 의무를 벗어나지 않은 범위에서 행해진 관료들의 유해한 행동”에 대해 국가가 배상을 하여야 한다는 책임이 있다. 53/ 그러므로, 일본정부는 일본군대, 그리고 일본군의 요구에 따라 위안소를 경영하거나 “위안소”를 통해 이득을 얻은 개인을 포함한 어떠한 관리들의 행위에 대해서도 책임을 지어야 한다. 54/

42. 또한 일본정부는 “위안부”에게 가해진 잔혹한 행위를 방지하지 못한 것에 대한 책임이 있다. 국제관습법에 따르면, 국가는 외국인에 대한 피해를 방지하지 못한 것에 대해 책임을 지어야 한다. 2차 세계대전을 통해 검증되었던 국제관습법, 즉 「1907년 헤이그협약」 제4부 제3조는 이 협약을 위반한 협약 당사국은 위반에 대한 배상의 책임이 있고, “무력을 행사하는 개인에 의해 행해진 모든 행동에 책임을 지어야 한다”고 명시되어 있다. 이러한 책임과 배상의 원칙은 국내법보다 상위할 뿐 아니라, 국가들로 하여금 군대의 무력적 행동에 대한 책임을 지도록 만드는 원칙으로 확대되어 기술되어져 왔다. 55/ 「헤이그협약」 제3조에 따르면, 각 국은 인권침해와 기본적인 자유 침해를 방지, 조사 그리고 처벌할 의무를 갖는다. 그러므로, 일본정부는 “위안부”에게 끼친 피해를 방지하지 못하고 또한 그 범법자들을 처벌하지 못한 책임을 독자적으로 지어야 한다. 56/

43. 이러한 법적 원칙은 적어도 1920년대까지 거슬러 올라간다. 예를 들어, 1927년 제인스 사건(the Janes case)에서 州소송위원회(a General Claim Commission)는 혁명기간 동안에, 한 여성의 남편을 살해한 자를 체포하고 기소하지 못한 멕시코 정부에 대해 그 과부에게 손해배상을 지급하도록 판결하였다. 57/ 위원회는 멕시코 정부는 “그 범죄자를 기소, 그리고 적절히 처벌할 의무를 다하지 못하는데 그 책임을 지어야 한다”고 판시하였다. 58/ 결론부분에서, 위원회는 국가가 범죄자를 처벌하지 못한 것은 범죄행위를 인정한 것으로 여겨져야 하며, 그리하여 그 살인에 정부가 연루되게 된다는 견해를 명백히 거부한다. 대신에, 위원회는 국가가 외국인에 대한 범죄자를 기소, 처벌하지 못한 것은 국가에 의해서 행해지는 하나의 분리된 범죄이다라고 주장한다. 그러므로, 판시된 손해배상금은 개인의 죽음에 대한 손해배상과 처벌의 부재로 인한 모욕적 대우에 대해 가족에게 지급되는 추가적 손해배상까지 포함한다. 59/

44. 또한 일본 정부는 국제관습법이 개인과 국가간의 관계보다는 오히려 국가간의 관계를 규정하는 것으로 간주되기 때문에, 개별자격으로의 “위안부”가 일본정부를 상대로 제기한 어떤 소송도 불가능하다고 주장했다. 60/ 그러나, 이런 주장은 1920년대 후반, 한 국가가 타 국가의 국민에게 해를 입혔을 경우, 전자는 후자 국가에게 피해를 입힌 것으로 간주되며, 그러므로 전자는 피해를 입은 후자의 모든 개별적 국민에게 손해배상을 지급할 의무



가 있다고 국제법적으로 공인된 이후, 어떠한 설득력도 제시하지 못한다. 게다가, 국제법적으로 개인은 “국제법에 의해 부여된 권리와 의무의 주체”이라는 것이 인정된다. 61/

### 1. 개인적 배상

45. “위안부” 여성들은 일본정부가 진실한 개별적 사과, 일본정부와 군지휘관의 관련 인정, 국제법적 위반의 본질과 정도의 인정, 그리고 개별적 희생자에 대한 배상을 하여야 한다는 그들의 신념을 토로해 왔다. (E/CN.4/1996/53/Add.2 참조) 위에서 언급하였듯이, 개인은 국제법의 주체가 아니라는 일본정부의 주장은 다음의 몇 가지 국제법의 연원에 모순된다는 것을 알 수 있다: 「1907년 헤이그협약」 제4부; 「1919년 파리평화회의(베르사이유조약)」, 「동경전범재판소헌장」, 그리고 국제관습법. 이러한 다양한 법문서와 이론은 국제법의 위반에 대해 배상을 해야 하는 국가의 의무를 설명해 준다. 게다가, 테오 반 보벤(Theo van Boven)이 그의 연구에서 밝혔듯이, 국제법적 의무를 위반한 국가 책임은 개인의 입장에서 볼 때, 그 위반에 대해서 배상을 받을 권리와 같게 되는 것이다. 예를 들어, 「베르사이유조약」은 개인이 독일에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다고 명시하고 있다.

46. 특히, 「헤이그협약」 제3조의 “주요 목적”은 “협약을 위반한 행위에 의해서 해를 당한 개인에게 그 침해에 대한 배상을 요구할 권리를 부여”하는 데 있었다. 62/ 이러한 표현이 제 3조에는 명시되지 않았지만, “그 조항이 기초될 때의 이야기를 고려해 볼 때 개인에게 손해배상 청구권을 부여하는 것이 이 조항의 명백한 목적이었다는 점에 한치의 의심도 할 수 없게 된다”. 63/ 주목할 것은 “배상(reparation)”이라는 용어가 restitution, indemnity, monetary compensation, satisfaction 64/ 이라는 형태의 배상을 대신할 수 있는 것에 반해, “「헤이그협약」 제3조는 특정적으로, 그리고 유일하게 ‘compensation’이란 용어만을 사용한다는 점”이다. 65/ 이 용어(compensation)는 “손해를 배상하기 위한 금전적 지불...”이라고 정의되어 질 수 있다. 66/ 그러므로, “좀 더 일반적인 ‘reparation’의 사용대신 이 용어(compensation)를 사용하는 것은 이 조항을 기초한 사람이 자신이 당한 손해나 침해를 소송하고자 하는 개인 그리고 전쟁법의 희생자들의 경우를 염두에 두었다는 것을 의미한다”. 67/

47. 더욱이, 1927년 호르조 공장 사건(the Chorzow Factory case)에 대한 상설국제재판소(the Permanent Court of International Justice: PCIJ)의 결정에서, 국제법 위반행위가 있기 이전의 상태로 복구될 수 없다면 - 예를들면, 재산의 복구 등-, 배상이 이루어져야 한다는 판시를 확인할 수 있다. 68/ 따라서 위안부 강제징집이라는 국제법적 위반행위 이전

의 상태로 “위안소”의 희생자들을 복구시키는 것이 명백히 불가능하기 때문에, 배상은 이루어져야 한다. 다른 상설국제재판소 결정들도 유사하게 사적인 개인에 대한 배상을 포함한 권리에 관한 국제법의 존재를 확인하였다. 69/ 일본정부 자체도 국제법 위반에 관한 개별적 배상의 가능성 - 반드시 필요하지는 않을지라도 - 을 인정하였다. 오직 국가배상만을 언급하고 있는 한국, 필리핀과 일본이 체결한 협정과는 달리, 일본이 동맹국들과 맺은 협정에는 명확히 개인적 배상이 언급되어 있다. 70/ 예를 들어, 그리스-일본간의 협정, 영국-일본간의 협정, 그리고 캐나다-일본간의 협정 모두는 “전쟁 상태에서 발생했던 개인적 침해 또는 죽음에 대한 배상을 한다.....왜냐하면 일본정부는 국제법에 따라 그 책임을 갖기 때문이다”라는 조항을 포함하고 있다. 71/ 특히, 수많은 조약을 통해서 일본정부가 개인적 배상을 용인해 왔다는 점을 비추어 보아, 정부가 국제법을 위반한 것에 대한 자구책으로 개별적 배상이 불가능하다고 주장하는 것은 명백히 허구이다.

48. 결론적으로, “위안부” 개인들은 일본정부와 군장교들의 손아귀에서 고통받았던 위치에 대한 적절한 배상을 요구할 명백한 권리를 가지고 있다.

### 2. 배상을 위한 민사소송

49. 계속되어지는 법적 의무를 해결하려는 일본 정부의 적절한 조치가 부재한 상황에서, 생존해 있는 “위안부” 여성들은 배상을 위한 사법적 재판에 앞서 민사소송을 취할 수 있다. 상환청구권은 일본 법정에서 가능하며, 일본 법정이 적절한 조치를 강구하지 않을 경우, 관할권을 소지한 다른 법정에서도 가능하다. 행해진 피해의 성격과 중요성을 고려해 볼 때, 적절한 조치는 시효에 상관없이 추진되어야 한다.

50. 명백히 일본은 “위안부”라는 참극에 관련된 민사소송을 다루는 가장 적절한 재판장소이다. 최근의 위안부에 관한 일본정부의 책임을 다루었던 1998년 4월 야마구치 지방법원 시모노세키 지원의 재판결정은 위안부 여성 중 일부가 일본 법정을 통해 법적 배상을 받을 수 있다는 환영할만한 내용의 판결이었다. 72/ 이러한 최근의 판례에서, 일본 지방법원은 일본정부가 위안부에게 배상하기 위한 법조항을 입법할 의무를 지닌다는 것과 “수십년 동안 위안부문제를 등한시함으로써 피고국(일본)은 그 고통을 악화시키고 새로운 피해를 자행하고 있다”고 판시하였다. 73/ 그리고 이에 더하여 지방법원은 다음과 같은 내용을 판시하였다:

“이 소송에 제시된 사실을 규명하는데 있어서, 위안부체제는 극히 성차별적이고, 인종차별적이며, 여성을 욕보이는, 그리고 민족적 자존심을 짓밟은 행동이었으며,



또한 「일본헌법」 제16항에 명시된 핵심가치와 관련된 기본적 인권의 위반으로 간주될 수 있다.” 74/

51. 시모노세키 지원의 판결은 궁극적으로 일본정부에게 책임을 추궁한 것이고, 한국 국적의 위안부 3명에게 각각 3십만 엔(대략 2천3백 달러)을 지급하도록 명령하였다. 75/ 또한 수 개의 다른 소송도 일본에 살고 있는 한국인 뿐만아니라, 필리핀인, 한국인 76/, 네델란드인 77/, 그리고 중국인 78/ 들에 의해 제기되었다. 79/ 최초의 소송은 1991년에 제기되었고 80/, 적어도 다른 6개의 여성단체가 1996년 7월부터 소송을 제기하였다. 81/

52. 일본 국내에서 내려진 가능한 조치가 부적절하다고 판단된다면, “위안부” 여성들은 또한 그러한 범죄에 대한 관할권을 가지고 있는 다른 국가의 법정에서 배상을 청구할 수 있다. 예를 들면, 미국과 같은 경우, 「외국인불법행위소송에 관한 법령(the Alien Tort Claims Act: ATCA)」이 국가간의 법이나 「미국조약법」에 위반되는 불법행위에 대한 시민의 소송을 받아들이기 위해 미국법정에 관할권을 부여하고 있다. 이러한 방법은 배상을 얻어내기 위한 가능한 법정으로써 “위안부” 여성들에 의해 활발하게 추진되어야 한다.

53. 일본정부는 어떠한 보상의무도 거부하는 한편 적대관계를 청산하는 평화협약을 통해 보상문제가 해결되었다고 주장한다. 대한민국 국적을 가진 피해자들과 관련해서 일본정부는 1965년 한국과 일본이 맺은 「한일협정」 제2조에서 “조약당사자와 (법인을 포함한)국민들의 재산, 권리, 그리고 이해관계와 조약당사자와 국민들의 관련된 청구문제는 완전하게 최종적으로 해결되었다(강조는 첨가되었음)”라는 조항을 원용한다.

54. 다른 국적을 가진 피해자들과 관련해서 일본정부는 1951년 9월 8일 샌프란시스코에서 연합국과 체결한 「평화조약」에서 모든 청구문제가 해결되었다고 주장한다. 일본의 연합국측에 대한 보상은 「평화조약」 제14조에 매우 상세하게 규정되어 있다. 14조는 또한 조약에서 규정되지 않은 모든 청구는 포기한다는 규정까지 포함하고 있다. 일본은 권한포기조항을 원용하여 이전의 “위안부” 청구를 할 수 없다고 주장한다. 권한포기조항(제 14조 b)은 다음과 같다.

“이 조약에 규정된 것 이외의 모든 청구와 관련하여 연합국은 일본과 일본국민들에 의해 전쟁기소과정과 점령의 직접적 군사비용으로 야기된 연합국 및 연합국 국민의 모든 보상청구와 기타 청구를 포기한다”.

55. 이러한 조항의 원용을 통해 배상을 피하려는 일본정부의 시도는 두 가지 면에서 잘못을 저지르고 있다. (a) 강간수용소의 설립에 대한 일본의 직접적 개입은 조약이 기초될 당시 은폐되었는데 이런 중대한 사실은 평등에 의거하여 일본이 배상책임을 회피하려는 시도를 금지시키며 (b) 조약의 일반적 어구는 일본군의 인권 또는 비인도적 범죄의 위반에 의해 야기된 손해에 대한 개인의 보상청구를 봉쇄하려는 것이 아님을 적시하고 있다.

56. 이 조약과 다른 전후 조약이 조인될 당시에 일본정부는 “위안부”들을 매우 광포하게 다루는데 있어서의 일본군의 개입의 정도를 은폐하였다. 82/ 비록 한국, 필리핀, 중국과 인도네시아에서는 전쟁 중 여성과 소녀들이 노예화되고 강간된 상황이 잘 알려져 있었지만 일본제국군의 체계적 개입은 전쟁후 일본에 의해 은폐되었다. 일본군이러기 보다는 개인적인 “사업가”들이 강간수용소의 설립의 의심을 받았으며 비난받았다.

57. 일본정부가 이러한 범죄에 대한 개입사실을 오랫동안 숨겨왔으며 현재에도 그들에 대한 법적 책임을 부인한다면 일본은 정전조약이나 다른 전후조약이 “위안부”와 관련된 모든 청구를 해결하도록 의도되었다고 주장하는 것은 합당하지 않다. 조인당사자들은 당시 일본국과 직접적인 연관이 없었다고 믿어지는 행위에 대한 청구문제를 해결하는 것을 고려할 수 없었다.

58. 1965년 일본과 한국사이에 맺어진 「재산권과 청구 그리고 경제협력에 관한 조약」의 문구를 보아도 그것은 국가간의 “재산권”문제를 해결하기 위한 경제적인 조약이었으며 인권문제를 다루려는 것이 아니었음은 자명하다. 83/ 조약상에는 “위안부”, 강간, 성적노예, 그리고 일본인에 의해 한국인 민간인에 자행된 다른 잔혹한 행위들에 대한 언급이 전혀 없다. 조약의 문구는 그보다도 차라리 양국간의 재산권과 상업관계에 대해 언급하고 있다. 사실, 일본의 협상당사자가 협상중에 일본이 한국에 일본인에 의해 한국인에 자행된 모든 잔혹한 행위에 대해 보상할 것을 약속한 것으로 전해진다. 84/

59. 더우기 한국대표가 일본에 제출한 청구서의 개요를 보면 “협상에서 전쟁범죄, 비인도적 범죄, 노예협약과 여성인신매매협약 위반, 국제관습법 위반으로부터 야기되는 개인 권리의 침해와 관련된 것은 없다”라고 되어 있다. 85/ 그리고 일본이 서구열강들과는 공식적인 사과와 개인적 상해에 대한 보상을 지급할 것에 동의했지만 한국과는 그렇게 하지 않았다. 86/ 「한일협정」 제2조에 나와 있는 “청구”라는 용어에 포함된 총칭적인 뜻은 이러한 사실적 배경을 통해 이해되어야 할 것이다. 「한일협정」에 의해 일본이 제공한 기금은 경제적 복구를 위한 것이며 일본의 잔혹한 행위에 대한 개인적 보상을 의도한 것이 아님은 분명하다. 이처럼 1965년 조약은 그것의 포괄적으로 보이는 어구에도 불구하고



양국간의 경제적 그리고 재산에 관한 분쟁만을 다루고 있으며 개인적 문제를 다루고 있지 않다. 일본은 여전히 자신의 행동에 대해 책임질 의무가 있다. 87/

60. 위에서 언급되었듯이 「1951년 평화조약」 제14조 (b)의 일상적 의미의 어구는 일본과 일본국민들에 의해 전쟁중에 취해진 행위로부터 유래하는 모든 배상청구와 연합국 그리고 연합국 국민의 다른 청구들을 포기하고 있다(강조는 삽입되었음). “배상청구”와 “기타청구”를 구분함으로써 이 어구는 포기가 모든 연합국 국민의 보상청구에 적용되지 않음을 분명히 하고 있다. 포기조항에서 배상청구에 적용되는 것은 연합국 자신 뿐이다. 조약에서 연합국 국민에게 포기되도록 한 것은 배상이 아닌 “다른” 청구인 것이다. 그러므로 이전의 “위안부”에 의한 보상청구는 포기의 범주에 포함되지 않으므로 포기조항에 의해 전혀 방해받지 않는다.

61. 거기다가 비록 중국이 「1951년 평화조약」의 조인국은 아니지만 조약은 중국의 일본에 대한 권리를 논하고 있다. 흥미롭게도 조약은 21조에서 중국이 일본에 의해 야기된 행위에 대한 특정한 보상을 규정한 14조 (a)(2)에 의한 혜택을 받을 수 있다고 규정하고 있지만 중국이 14조(b)의 포기조항을 적용받는다고는 되어 있지 않다. 포기조항이 중국에 적용되지 않기 때문에 일본정부가 「평화조약」이 중국 국민이 일본으로부터 보상을 추구하는 것을 막는다는 주장은 합당한 근거가 없는 것이 된다.

62. 1965년의 일본과 한국의 「한일협정」에 관련해서, 하여금 당시 일본군의 위안소의 설립, 유지, 규제의 모든 측면에 대한 개입의 범위를 밝히지 않았으므로 형평과 정의를 고려할 때 일본은 법적 책임을 벗어나기 위해 1951년 조약을 원용할 수 없다. 88/ 국제 강행규범에서 도출된 추가적인 형평원칙에서 보듯 기본적 법률을 어긴 국가는 책임을 벗어나기 위해 단순히 기술적 측면만을 원용하는 것이 금지되어 있다. 그리고 모든 경우에 공정과 정의에 분명히 부합하는 행위를 촉진하기 위해 일본정부는 비록 적용이 가능하다고 할지라도 조약을 원용한 책임회피를 자발적으로 증시해야 함이 강조되어야 할 것이다.

### C. 권고사항

#### 1. 형사 소추를 위한 메카니즘의 필요성

63. UN 인권 고등 판무관은 일본과 그 외 다른 국가 내에서 일본군이 강간수용소를 만들면서 저질렀던 잔학 행위들에 대해 책임을 가진 자들을 기소할 수 있도록 여러 조치를 취해야 한다. UN은 일본이 “위안소”의 설치에 책임이 있는 모든 생존자들을 찾아 내어 기

소함으로써 의무를 충실히 수행하도록 해야 하며 다른 국가들도 이 범죄자들을 체포하여 기소하는 데 최대한 원조하도록 해야 한다. 그러므로 고등 판무관은 일본 정부와 함께 (a) 2차 대전 당시 위안소를 설치하거나 이러한 행위를 원조했으며 위안소를 자주 찾았던 군 관계자나 민간인들에 대한 증거 자료들을 수집해야 하고, (b) 희생자들을 면담해야 하며, (c) 일본의 기소자들에게 재판을 위해 사건에 관한 예비 조사 자료를 발송해야 하고, (d) 다른 국가들이나 생존자 단체들과 협조하여 그 국가 내에 살고 있는 전범자들을 확인하여 체포·기소해야 하며, (e) 관련 국가들이 그러한 형사 소추를 가능케 하는 법률을 제정하는 것을 지원해야 한다.

#### 2. 법적 배상을 위한 메카니즘의 필요성

64. 본 소위원회는 여타 UN 단체들과 마찬가지로 1995년의 ‘아시아 여성 기금’의 창립을 “환영”한다. 아시아 여성 기금은 1995년 7월 일본 정부가 “위안부”에 대한 도덕적 책임감을 느끼며 창립한 것으로 생존한 “위안부”들의 생계를 지원하고 민간 차원에서의 배상금 모금을 위해 활동하는 것이 목적이다. 89/ 그러나 아시아 여성 기금이 “위안부”라는 역사적 비극에 희생당한 희생자 각 개인에게 일본 정부가 공식적인 법적 배상을 해야 하는 책임을 대신할 수 없다. 아시아 여성 기금의 배상금은 2차 대전 당시 자행된 범죄행위에 대한 일본 정부의 책임을 인정하는 것이 아니기 때문이다.

65. 아시아 여성 기금은 결코 법적 배상을 할 수 없으므로 국제적인 대표들이 참가하는 새로운 행정 기금이 마련되어 법적 배상을 제공해야만 한다. 그러기 위해서 UN 인권 고등 판무관은 일본 정부와 함께 국내외의 지도급 인사들로 이루어진 위원회를 구성해야 한다. 이 위원회에는 “위안부”에 대한 공식적인 금전적 배상을 적절하고 신속하게 제공할 수 있도록 배상 계획을 세울 수 있는 권한이 주어져야 한다. 그러므로 이 새로운 위원회의 역할은 (a) 지침이 되어 줄 수 있는 이와 유사한 전례를 찾아서 적절한 배상 수준을 결정하고, (b) 기금에 대해 홍보하고 희생자들의 신원을 확인할 수 있는 효율적인 체계를 구축하며, (c) “위안부” 여성들의 요구를 신속하게 들을 수 있는 행정재판(administrative forum)을 일본내에 마련해야 한다. 90/ 생존하고 있는 “위안부”들의 고통을 감안할 때 이러한 조처들은 가능한 빠른 시일 내에 이루어져야 한다.

#### 3. 배상의 적정 수준

66. 배상의 적정수준은 범죄의 심각성과 정도, 그리고 반복 여부뿐만 아니라 이 범죄 행위의 국제적 의미와 민간인들의 신뢰를 저버린 관리들의 배임행위, 그리고 그동안 소모된



수많은 시간(이러한 엄청난 시간 지연으로 인해 발생한 금전적 손해와 정신적 고통) 등을 고려하여 결정되어야 한다. 그러므로 심리적·정신적 고통과 위해, 교육과 취업 등의 기회 상실, 의료비와 재활비용, 인간적 존엄성과 사회적 평판의 손상, 법적·전문적 지원에 대한 비용과 사례비 등 금전으로 환산할 수 있는 모든 것에 대해 배상이 이루어져야 한다. 이러한 요소들을 근거로 하여 적정 수준의 배상이 더 이상의 지연없이 제공되어야 할 것이다. 91/ 또한 배상의 수준은 이러한 범죄 행위가 앞으로 또다시 자행되는 것을 막을 수 있을 정도의 규모가 되어야 할 것이다.

#### 4. 보고에 대한 요구

67. 마지막으로 일본 정부는 UN 사무총장에게 최소한 1년에 2번씩 “위안부”들의 신원을 확인하고 배상하는 일과 범죄자들이 법의 심판을 받게 하는 일이 어느 정도 진전되고 있는지에 대해 자세한 보고서를 제출해야 할 것이다. 그 보고서는 일본어와 한국어로도 만들어져야 하며 일본 국내외, 특히 생존해 있는 “위안부”들과 그들이 현재 살고 있는 국가에 배포되어야 한다.

### VII. 결 론

68. 본 보고서는 일본 정부가 지금도 인권과 인권법의 중차대한 위반 행위에 대해 책임이 있다고 결론내리는 바이다. 이 위반행위는 인류 전체에 대한 범죄행위라고 할 수 있다. 다른 인간을 노예로 만들고 강간하는 행위를 인권법이 금지하고 있다는 사실을 공격하는 일본 정부 측의 반론은 50년전 뉘른베르크 전범 재판소에서 처음 그들이 했던 주장만큼이나 전혀 설득력이 없다. 게다가 전후 이루어진 「평화조약」과 배상금 협정을 통해 2차 대전으로 인한 배상 문제는 모두 해결되었다는 일본 정부측의 주장 또한 전혀 설득력을 갖지 못한다. 그 주된 이유로는 위안소를 설치·유지하는데 일본군대가 직접적으로 개입했음을 최근까지도 일본 정부가 부인하고 있기 때문이다. 2차 대전의 종전 이후 일본과 다른 아시아 정부들 간의 평화와 배상금 협정 과정에서 일본 정부가 “위안부” 문제에 대해서는 전혀 언급하지 않았으므로 이 「평화조약」 체결을 근거로 이 문제에 대한 책임을 회피하려는 것은 법적으로 성립되지 않는다.

69. 2차 대전 종전 이후 반세기가 흘렀지만 지금도 이 문제를 해결짓지 못하는 것은 여성들의 생명이 여전히 경시되고 있음을 입증하는 것이다. 2차대전 당시의 이 대규모 성범죄를 해결하지 못함으로 인해 지금도 유사한 범죄들이 제재나 처벌없이 마구 자행되고 있는 것이다. 일본 정부는 “위안소”에서 2십만명이 넘는 여성과 어린 소녀들을 잔인하게 감

금하고 강간했던 것에 대해 사과하고 배상하기 위해 여러 가지 조치를 취했다. 그러나 법적 책임과 그러한 책임으로 인해 생겨난 결과들에 대해 일본 정부가 무조건적으로 전부 인정하지 않는다면 이러한 조치들은 아무런 의미가 없다. 그러므로 이제 일본 정부는 적절한 배상을 하기 위해서 필요한 마지막 조치를 취해야만 한다.



(註)

1/ 이 단어는 명백히 모욕적인 뜻을 담고 있으며 역사적 맥락에서 이러한 잔인성을 띠고 사용된다. 여러 방면에서 이 범죄를 묘사하는데 완곡한 표현이 쓰이는 것은 국제 사회 전체까지 확장되었으며 특히 일본 정부는 이를 통해 그 폭력성을 최소화하려고 하고 있다.

2/ Asian Women's fund 에 나온 일본 수상 토미치 무라야마의 발언, 1995년 7월. 인권 위원회의 52번째 회의에 제출된 일본의 여성과 "위안부"에 대한 범죄 보고서 참조. (E/CN.4/1996/137, ammex).

3/ 같은 자료, Asian Women's Fund.

4/ 같은 자료.

5/ Karen Parker and Jennifer F. Chew, "Compensation for Japan's World War II war-rape victims", Hastings International and Comparative Law Review, vol. 17, 1994, pp. 497, 498-499.

6/ 같은 자료, p. 499와 note 6 (일본 내각의 자민당 위원인 Seijure Arahune의 1975년 발언에 따르면, 115,000명의 한국 종군 위안부가 2차대전 당시 죽었다고 한다.)

7/ 같은 자료.

8/ The First Report on the Issue of Japan's Military "Comfort Women", Centre for Research and Documentation on Japan's War Responsibility, 31 March 1944, pp. 3-4.

9/ 같은 자료.

10/ 같은 자료, pp. 5-16 and E/CN.4/1996/137, annex. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 83rd session, 1996, report III (part 4A), 문단 103-107, 114 역시 참조.

11/ R. Jackson, The Nuremberg Case xiy-xy, 1971 (The Final Report to the President

on the Nuremberg Trials인용)

12/ Parker and Chew, supra note 5, p. 571 and note 135; Bassiouni, main report, note 14 참조.

13/ Renee Colette Redman, "The League of Nations and the right to be free from enslavement: the first human right to be recognized as customary international law", Chicago-Kent Law Review, vol. 70, 1994, pp. 759, 760; Slavery, Mohamad Awad가 소 위원회에 제출한 1966년 보고서를 (United Nations publication, Sales No. E. 67. XIV. 2) 재정비하여 Senjamin Whittaker가 제출한 특별 보고서 (United Nations publication, Sales No. E. 84. XIV. 1)

14/ Humphrey, main report, note 33.

15/ J.S. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. 3, 1989, pp. 2824, 2825에서 인용된 The Lawrence case.

16/ M. Cherif Bassiouni, International Crimes; Digest/ Index of International Instruments 1815-1985, vol. 1, 1986, p. 41.9 and main report note 14 (국제적인 노예 제도의 폐지 경향 증가를 자세히 설명)

17/ International Fellowship of Reconciliation, Recommendations to Japan on "sexual slavery", 7 February 1994 (communication to the Government of Japan) 참조.

18/ Bassiouni, main report, note 14.

19/ 같은 자료, pp. 283-287 (비록 1844년 이전에는 일본 법에 노예 제도가 언급되지 않았지만, 납치나 강제 구금 등의 죄목에 적용할 수 있었다.)

20/ The First Report on the Issue of Japan's Military "Comfort Women", supra note 8, p. 79참조; Redman, supra note 13, p. 763 (1937년에 이르러 노예제 위원회가 국제 관습법이 되었다고 인용)참조.



21/ Finn Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, 1996, pp. 180-182 참조.

22/ *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, vol. 1, p. 218. 참조.

23/ 1945년 12월 11일의 유엔 안보리 의결 95 (I)은 “「뉘른베르크헌장」으로 국제법 원칙을 확립하기 위한”의도였다; General Assembly document A/64/Add.1 of 1946; Yvonne P. Hsu, “‘Comfort Women’ from Korea: Japan’s sex slave and the legitimacy of their claims for reparations”, *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol. 2, 1993, pp. 97, 110; *The First Report on the Issue of Japan’s Military “Comfort Women”*, supra note 8, p. 76.

24/ Meron, main report, note 25; Frits Kalshoven, article 3 of the Convention (IV) concerning the Laws and Custom of War on Land, signed at The Hague, 18 October 1907, in “Remembering what we have tried to forget”, *ASCENT*, 1997, pp. 16-30 참조.

25/ John A. Appleman, *Military Tribunal and International Crimes*, 1994, p. 299 참조 (강요된 매춘을 범죄로 규정한 인도네시아 Batavia의 1946년 Washio Awachi case를 인용); Hsu, supra note 23, pp. 109-110; Meron, main report, note 25, p. 426, note 13; *Verdict 231 of the Temporary Court-Martial in Batavia* (“강요된 매춘을 위하여 여자들을 납치하는 것”, “매춘하도록 강압하는 것”, “강간” 등을 전쟁 범죄로 규정하고 다수의 피고인들을 이러한 법적 배경하에 판결내림)

26/ Hsu, supra note 23, p. 107 참조(국제법이 위안부를 금지한다는 사실을 뒷받침하기 위해 “family honor” 인용); U. Dolyopol and S. Parajape, main report, note 48, p. 160 (“family honor란 단어는 가정 내에서 여성이 강간이라는 굴욕적인 억압을 당하지 않을 권리를 포함한다.”)

27/ Pictet, main report, note 51, p. 201, note 1 (“제네바협약” 제27조항이 「헤이그협약」 제46조에 기원을 두고 있다고 언급); Theodor Claron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Oxford: Clarendon Press, 1989), p. 47.

28/ Hsu, supra note 23, p. 111 and note 97 참조 (“제네바협약”은 기존에 있던 국제 관습법을 명문화 시킨 것에 지나지 않는다고 주장); Pictet, main report, note 51, p. 205

(여성에 대한 보호 조항은 「1929년 전쟁포로조약」에 기초를 두고 있다고 주장)

29/ main report의 논의 참조.

30/ Meron, main report, note 25.

31/ *Rape and Sexual Assault*, main report, note 10.

32/ *The First Report on the Issue of Japan’s Military “Comfort Women”*, supra note 8, p. 76.

33/ Bassiouni, main report, note 26, pp. 114-139; Appleman, supra note 25, pp. 46-53; Hsu, supra note 23, p. 109, note 84 참조.

34/ 여성에게 가해지는 폭력에 대한 특별 보고서에 대한 일본 정부의 견해(E/CN.4/1996/53/Add.1). 이 문서는 일본 정부에 의해서 인권 위원회의 51번째 회의에서 비공식적으로 배포됨, pp. 15-19, 23.

35/ 같은 자료, p. 24.

36/ Japan Federation of Bar Associations (JFBA), *Recommendations on the Issue of “Comfort Women”*, January 1995, p. 26; David Boling, “Mass rape, enforced prostitution, and the Japanese Imperial Army: Japan eschews international legal responsibility”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 32, 1995, pp. 533, 545 참조.

37/ JFBA, 같은 자료.

38/ L. Oppenheim, *International Law: A Treaties*, H. Lauterpacht (ed.), 7th ed. (London, New York: Longmans Green, 1948-1952), sect. 153.

39/ Christopher N. Crowe, “Command responsibility in the former Yugoslavia: the chance for successful prosecution”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, pp. 131, 132; Security Council Regulation 877 (1953) 참조.