

UN 인권 소위원회 특별보고관

전시 하 조직적 강간, 성노예제 및 그와 유사한 관행에 관한

특별보고관 최종보고서

게이 맥두걸
(Ms. Gay J. McDougall)

목 차

	문 단
머리말	1 - 6
I. 보고서의 목적과 내용	7 - 19
A. 목 적	9 - 12
B. 배 경	13 - 19
II. 범죄의 정의	20 - 33
A. 강간을 비롯한 성폭력	21 - 26
B. 성노예를 비롯한 노예제	27 - 33
III. 성노예와 강간을 포함한 성폭력을 소추하기 위한 국제법적 틀	
.....	34 - 73
A. 인도에 반한 범죄	38 - 45
B. 노예 행위	46 - 47
C. 집단학살	48 - 52
D. 고 문	53 - 55
E. 전쟁범죄	56 - 73
IV. 개인의 책임의 추궁	74 - 84
V. 전쟁범죄자를 수사하고 소추할 의무	85 - 87
VI. 효율적 구제의 권리와 배상의무	88 - 90
VII. 국내자원의 소추	91 - 100
A. 국내소추의 중요성	91 - 94
B. 국내법과 절차에 공통된 결함	95 - 100
VIII. 권고	101 - 109
IX. 맺는 말	110 - 115

머리말

1. 제45차 회기에서 소수집단의 차별방지와 보호를 위한 소위원회(이하 ‘소위원회’라고 한다)는 현대형 노예제 실무그룹이 전쟁 동안의 여성에 대한 성착취와 기타 강제노동의 유형에 관하여 제공한 자료를 주목하고 차베즈(Linda Chavez) 씨를 특별보고관으로 하여 국내 무력충돌을 포함하여 전시하 체계적 강간, 성노예 및 그와 유사한 관행 상황에 관하여 깊이 있게 연구하도록 부탁했다. 소위원회는 특별보고관에게 최초보고서를 제46차 회기에, 최종보고서를 제47차 회기에 제출하도록 요청했다.

2. 제46차 회기에서 소위원회가 수많은 연구를 권고한 결정을 다시 검토하도록 요청한 인권위원회 결의 제1994/103호를 고려하여 소위원회는 차베즈 여사에게 보수 없이 전시하 조직적 강간, 성노예와 노예제나 다른없는 관행의 상황에 관한 작업논문(working paper)을 제47차 회기에 제출하도록 부탁하기로 하였다.

3. 차베즈 여사는 기일 안에 보고서(E/CN.4/Sub.2/1995/38)를 냈고 소위원회는 제1995/14호 결의에서 보고서를 환영하였다. 특별보고관은 연구의 목적과 범위, 정책도구로서 조직적 강간의 역사, 관련 국제규범, 형사와 민사책임 문제, 범인에 대한 재판관할권의 여러 형태, 가해자에 대한 가능한 제재(制裁)와 배상형식을 요약한 예비보고서(E/CN.4/Sub.2/1996/26)를 제48차 회기에 제출하였다.

4. 1997년 5월에 차베즈 씨는 소위원회의 49차 회기에 최종보고서를 제출할 수 없음을 인권고등판무관에게 알리면서, 그렇다 하더라도 소위원회의 다른 위원이 연구를 계속 진행하면 좋겠다는 의사를 표명했다(E/CN.4/Sub.2/1997/12). 소위원회는 제49차 회기에서 제1997/114호 결의로 국내 무력충돌을 포함한 전시하 조직적 강간, 성노예 및 그와 유사한 관행에 대한 최종보고서를 작성할 특별보고관으로 맥두걸(Gay J. McDougall) 씨를 임명하였다.¹⁾

5. 전쟁의 전술과 무기로써 성노예와 성폭력을 사용하는 것은 지구공동체의 일관되고 헌신적인 대응을 요구하는 너무나 흔하지만 종종 간과되는 잔학행위이다. 폭넓은 대응이 있어야 하겠지만, 이 최종보고서는 성노예를 포함한 노예행위(slavery)와 강간을 비롯한 성폭력에 대한 불처벌의 순환을 끊기 위한 국내·국제 차원에서의 효과적 행동을 위하여 알맹이 있는 분야의 하나인 국제형사법의 발전에 주로 초점을 맞추었다. 이 보고서는 또한 무력충돌시 성노예제와 성폭력의

1) 특별보고관은 이 보고서를 만드는 데 도움을 준 아래의 사람들에게 감사한다: Stephen Bowen, Mark Bromley, Alice M. Miller와 Alison N. Stewart. 연구과정 동안 전문가로서 지도해준 아래의 사람들에게도 아울러 감사한다: Kelly Askin, M. Cherif Bassiouni, Diane Orentlicher, Patricia Viseur Sellers와 David Weissbrodt.

수사, 기소 및 방지에 지침이 될 수 있는 정책과 실제적인 권고를 내놓는다.

6. 소위원회가 이 연구의 위촉을 결정하도록 촉발한 중요한 계기의 하나는 제2차 세계대전 동안 일본군대가 ‘위안소’(comfort stations)에서 노예처럼 부린 20만명이 넘는 여성들에게 자행한 온갖 해악의 진상과 성격에 대한 국제적 인식이 점차 확산되었기 때문이다. 지난날 구제받지 못한 성노예와 성폭력을 수반한 인권법, 인도주의법(humanitarian law) 및 국제형사법 위반을 다룰 필요를 인정하면서, 이 보고서의 부록은 이러한 인도에 반한 범죄(crimes against humanity)에 대한 아직도 해결되지 않은 법적 책임에 관한 자세한 분석을 담고 있다.

I. 보고서의 목적과 맥락

7. 오늘날 국제적이든 국내적이든 무력충돌의 당사자들은 적대행위를 할 때 점점 더 민간인을 표적으로 삼는다. 어린 소녀를 비롯하여 여성은, 이렇게 표적이 되고 위협에 빠진 민간인의 커다란 일부를 이룬다. 이들은 어느 전쟁이나 동반되는 폭력과 참화뿐만 아니라 성적 특질을 이유로 특히 여성을 겨냥한 여러 폭력에 노출된다. 세계인권회의는 비엔나선언과 행동강령에서 역사적으로 여성의 기본적 권리가 제대로 보호되지 않았다는 것을 인식하면서 “무력충돌 상황에서 여성의 인권침해는 국제인권법과 인도법의 기본원리 위반이며 특히 효율적인 대응이 요청된다”고 강조하였다.

8. 효율적인 대응은 성폭력과 성노예제를 적절히 기록하고 가해자를 재판하고 피해자에게 완전하고 효과적인 배상을 할 것을 요구한다. 이러한 행위를 노예제의 국제범죄, 인도에 반한 죄, 집단살해, 제네바협약의 중대한 위반, 전쟁범죄 또는 고문과 같이 적합하게 규정하는 것 또한 필수적이다. 이러한 범죄는 언제나 어떤 상황에서도 금지되는 강행규범(jus cogens)위반 범죄로서 특별한 법적 결과를 가져온다. 게다가 이 보고서는 강간막사(rape camp)나 위안소에 여성을 구금시키는 것, 강제적이고 일시적인 군인과의 결혼과 여성을 동산처럼 다루는 것과 관련된 다른 관행들이 사실상 그리고 법적으로 노예제의 형태들이며 그 자체로서 노예제를 금지하는 강행규범 위반임을 강조한다.

A. 목적

9. 이 보고서의 첫번째 목적은, 무력충돌시 성폭력과 성노예의 사용에 대한 대응을 거듭 촉구하는 것이다. 이러한 행위가 가하는 헤아릴 수 없는 육체적, 심적, 정신적 피해를 인정할 것이 절박하게 요구된다. 여성들은 평화시 형사사법제도가 잘

갖추어진 곳에서조차도 종종 처벌되지 않는 성폭력과 성노예를 비롯한 성에 근거한 모든 형태의 박해와 차별을 받기 쉽다. 여성들이 직면하는 참혹한 일들은 무력충돌의 경우 그 횡수, 빈도와 가혹함이 더욱 커지고, 이러한 일들은 성에 특징적인 학대에 국한되지 않다. 그러나 무력충돌 상황에서 여성들이 성적 성질의 폭력과 노예행위의 - 받아들이거나 목과될 수 없는 - 위험에 훨씬 더 노출되어 있다는 것은 명백하다. 더욱이 여성을 겨냥한 학대가 무력충돌 동안 증대되는 것과 동시에 그러한 폭력이 자행되고도 처벌되지 않는 정도도 역시 커질 수 있다. 이렇게 무력충돌 상황에서 여성의 처지가 전반적으로 악화되는 것은 무력충돌이 야기하는 사회 억제수단의 붕괴와 일반적인 혼란 때문만이 아니라 많은 경우에 적대집단의 구성원으로 여겨지는 여성을 강간하고 노예로 만들어 ‘적’을 전체적으로 위협하고 파괴하려는 교전자(交戰者) 측의 의도적이고 전략적인 결정 때문이다.

10. 이 보고서의 두번째 목적은 무력충돌의 당사자들에 의해 강간되고 성적으로 학대받으며 노예처럼 부려지는 여성들이 겪는 해악의 진정한 본질과 정도를 강조하는 것이다. 무력충돌시 여성에게 자행된 성폭력을 다룬 기록문서들은 셀 수 없을 정도이다. 이러한 문서들은, 집에서 더욱이 가족들이 보는 앞에서 윤간당하거나, 구금소 또는 군부대에 갇혀 여러 주, 심지어 여러 달 동안 매일 셀 수 없이 강간당한 여성들, ‘결혼’이라는 허울 아래 군인들에 의해 반복적으로 강간당한 여성들, (요리사, 집꾼, 지뢰 제거작업과 같은) 강제노역과 강요된 성관계를 해야 할 처지에 빠진 여성들, 살해되기 전이나 상처로 죽어가도록 방치되기에 앞서 성적으로 불구로 만들고 욕보이고 고문당한 여성들의 예를 폭로한다. 이러한 폭력을 둘러싼 침묵의 장막은, 정의를 실현하고 존엄성을 회복하고 장래의 위반행위를 방지할 것을 확실히 하기 위해, 소추와 배상을 포함한 다른 구제수단들을 통해 벗겨져야 한다.

11. 이 보고서의 세번째 목적은 무력충돌 동안 여성들에게 저질러진 국제범죄를 처벌하고 방지하기 위한 소추전략을 검토하는 것이다. 이 연구는 새로운 범죄나 형벌을 고안하는 것이 아니고, 국가 또는 국가가 아닌 행위자에 대한 새로운 책임기준을 제안하는 것도 아니다. 이 보고서는 언제나 적용된 것은 아니지만 이미 적용할 수 있는 확립된 법을 재천명하고 더욱 강화한다. 덧붙여 이 보고서는 현행 법적 틀을 더욱 다듬고 발전시켜 훨씬 효과적인 소추를 촉진시킬 수 있는 분야는 어디인지 밝힌다.

12. 국가와 국제법기구들이 그간 무력충돌 동안 강간과 노예제의 가해자들을 이미 존재하는 국제규범과 기준에 따라 단죄할 의무를 다하지 못했지만 낙관적일 수 있는 이유가 있다. 불처벌(impunity)의 악순환을 종식시키기 위한 진보가 차곡차곡 이루어지고 있다. 제2차 세계대전 직후에는 노예범죄에 대한 겨우 몇 건의 기소가 있었고 강간에 대하여는 훨씬 적은 건수의 기소가 이루어졌다. 이 보고서를 쓰고

있는 지금 구유고 국제형사재판소(the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)는 성폭력을 이유로 범죄책임을 묻는 수많은 기소장을 발부하고, 르완다 국제형사재판소(the International Tribunal for Rwanda)는 성폭력에 대한 수사과 기소를 늘리라는 압력을 점점 더 받고 있다. 이 보고서를 위촉받아 완성에 이른 기간 동안만 해도 무력충돌시 성을 이유로 하는 폭력문제를 다루는 데 커다란 발전이 임시 국제형사재판소에서뿐만 아니라 상설국제형사재판소(역자: 이 보고서 제출이후 국제형사재판소 규정이 로마에서 1998년 7월 17일 서명되었다. 이 규정은 UN Doc. A/CONF.183/9(17 July 1998) 참조)를 설립하려는 과정에서도 이루어졌다. 따라서 이 연구는 국제형사법의 발전에 있어서 매우 시기적절하게 제안되었다고 보이며, 이 연구가 국내법원, 임시국제형사재판소들과 상설국제형사재판소에 의한 성폭력과 노예범죄의 기소를 유용하게 진척시킬 수 있는 적절한 재판지(venue), 규칙과 절차에 대한 계속되는 논의를 촉진하고자 한다. 이러한 목적을 이루기 위하여 이 보고서는 각 범죄의 구성요건과 주어진 명령계통 내의 개인과 공범행위를 통해 범죄를 가능하게 한 사람들을 비롯한 관련 국가 또는 국가가 아닌 행위자(non-State actors)의 법적 책임의 정도를 밝히는 데 도움을 줄 의도로 여러 범죄의 정의를 어느 정도 특정적으로 내린다.

B. 배경

13. 많은 국제법학자들이 지적하는 바와 같이 국제인도법, 인권법, 형사법을 비롯한 국제법의 발달은 남성의 삶, 특히 공적 영역에서의 남자의 삶이라는 패러다임에 기초하고 있다.²⁾ 여성의 경험을 고려하지 않은 것은 여성에게 가해지는 폭력의 형태를 국제적인 국가책임문제로 다룰 가치가 있다고 인식하는 데 실패한 인권법의 구조를 낳게 되었다. 그러나 이런 소외의 유산은 바뀌기 시작했다: 1990년 12월 20일 국제연합 총회는 제48/104호 결의를 채택하면서 경제사회이사회가 “여성에게 대한 폭력은… 그 발생을 제거하기 위한 긴급하고 효율적인 조치에 의해 대처되어야 한다”고 인정한 것을 상기하고 ‘여성에게 대한 폭력 철폐선언’(Declaration on the Elimination of Violence against Women)을 선포하였다. 이와 마찬가지로 인도주의법은 예컨대 강간을 제네바협약의 중대한 위반으로 명시적으로 규정하지 않은 것같이 무력충돌 동안 여성에게 대한 폭력문제를 일관성이 없고 부적절하게 다루었다. 이러한 결함 역시 구유고 국제형사재판소와 르완다 국제형사재판소 - 나아가 상설국제형사재판소도 그럴 것이 기대되는데 - 여성에게 대한 폭력에 더 많이 주의를 기울이고 구제를 해줌에 따라 변하기 시작하였다.

2) 이러한 논의로는 Hilary Charlesworth, Christine Chinkin and Shelley Wright, "Feminist approaches to international law", *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991를 보라.

14. 이 보고서가 무력충돌 상황 중에 일어나는 성폭력과 성노예의 많은 사례와 형태를 고려하지만 이 연구의 뚜렷한 임무는 “국내 무력충돌을 포함한 무력충돌 동안 자행된 조직적인 강간, 성노예 및 그와 유사한 관행들”이 함축하는 의미와 관련된다. 이러한 초점은 다음과 같은 주요 논점의 이해를 요구한다.

15. 첫째, 무력충돌 가운데 저질러진 성폭력은 약탈에 나선 군인들이 명백히 간헐적으로 했던 민간인을 표적으로 조직적으로 공격하고 공포에 떨게 하기 위한 포괄적 계획의 일부로 이루어졌든, 강간을 비롯한 모든 성폭력행위가 하나의 범죄로 인식되어야 하며 비난받고 처벌되어야 한다는 것은 국제적으로 인정된 견해이다. 성폭력과 노예제는 상대방의 사기를 꺾는 데 뚜렷하게 효과적인 수단이기 때문에 전쟁 기간 동안 광범하고 지속적으로 사용되었다.³⁾ 이러한 야만적인 행동과 관행의 실효성을 제거하려면 국제사회는 그러한 침해행위를 저지른 모든 사람들의 책임을 반드시 물어야 한다.

16. 둘째, 국내법과 함께 국제인도법도 종종 여성의 ‘명예’(honour)를 보호하는 규정을 담고 있다. 이는 성폭력의 생존자들은 공격을 받아 어딘지 ‘불명예’스럽게 되었다는 것을 내포한다. 이 보고서는 피해자를 그렇게 성격지우는 것은 틀렸다고 주장한다. 강간이나 성폭력이 자행되는 어떠한 상황에서도 명예롭지 않은 유일한 당사자는 바로 범죄자이기 때문이다. 강간은 실로 인간의 존엄성과 신체의 완전성에 대한 공격이지만 다른 무엇보다도 우선 폭력 범죄이다.

17. 셋째, 이 보고서의 제목과 관련하여 “조직적”(systematic)이라는 말은 이러한 이름의 새로운 범죄가 있거나 강간행위를 소추하기 위해 새로운 입증책임이 확립되어야 함을 뜻하는 것이 아니라 강간의 특정한 유형을 묘사하는 형용사로 사용되었다. 마찬가지로 “성(적)”(sexual)이라는 용어도 이 보고서에서는 독자적인 범죄를 의미하는 것이 아니라 노예제의 한 형태를 묘사하는 형용사로 쓰였다. 이러한 맥락에서 “성적”이라는 묘사적인 용어 사용은 노예제는 종종 성적인 접근과 강요된 성활동까지 포함하여 인간을 동산(動産)처럼 다루는 것이라는 역사적이면서 현대적인 현실을 부각시킨다. 이 보고서의 임무가 강간과 노예제와 연결된 것은 우연이 아니다; 무력충돌이 있는 동안 자행된 많은 성폭력 사례들은 가장 적절하게 노예범죄로 기소할 수 있다.

18. 넷째, 이 보고서는 성폭력이 갖는 성에 관한 함축(gender implications)에 대한 명확한 이해 속에 여성과 남성 모두에게 겨냥된 성폭력의 본질과 결과에 대하여 종합적으로 분석하는 것이 중요하고 또 필요함을 인정한다. 베이징선언과

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

행동강령에서 지적된 것처럼 여성은 의심할 것도 없이 훨씬 더 큰 성폭력의 위험에 놓여 있으며 이와 같은 침해에 대한 배상을 요구하는 데 모든 (국제, 국내) 차원과 모든 법체제에서 성과 관련된 장애와 직면한다. 성폭력에서 살아남은 여성들은 성폭력에 의해 빚어진 육체적, 심리적 상처에 덧붙여 사회에서 여성과 소녀가 종속적인 지위에 있고 이들의 역할이 낮게 평가됨에 따라 가족과 공동체 안에서도 여성에 국한된 차별과 부당한 대우를 받는다. 여성들이 성폭력을 받지 않을 권리를 주장하지 못하도록 하는 장애물들은 사회가 일반적으로 성(sex)과 성(sexuality) 문제, 특히 성폭력 문제에 관하여 건설적이고 솔직하게 대화하려 하지 않기 때문에 더욱 복잡해진다. 더욱이 강간과 성적 침해를 둘러싼 침묵의 베일보다 더 해로운 것은 폭력행위가 여성에게 저질러질 때 이를 하찮은 것으로 여기는 경향이다. 젠더⁴⁾에 대한 이해를 조직적인 강간과 성노예에 대처하기 위한 법적 틀 안에 통합하면, 충돌의 모든 당사자들이 지는 의무와 모든 법적 책임의 범위를 주의깊게 규정할 수 있고 적절한 방지, 수사와 피해자에 대한 배상을 포함한 형사·민사적 구제를 확보하기 위한 구체적인 조치의 윤곽을 잡을 수 있다.⁵⁾

19. 이 보고서는 소추를 위한 법적 틀이 제2차 세계대전 이전부터 존재해왔음에도 불구하고 무력충돌 동안 저질러진 성폭력 행위에 대한 소추가 터무니없을 정도로 드물었다는 모순을 폭로한다. 몇몇 정부들은 소추가 거의 없었던 사실을 들면서 이러한 법은 새로운 것이거나 존재하지 않는다고 주장한다. 그러나 이렇게 선례가 부족한 것은 더 정확하게는 여성에게 행해지는 폭력행위, 특히 성폭력을 알려야 하고, 수사·소추해야 하며, 법이 허락하는 최대 한도로 배상하여야 하는 중대한 범죄로서 대응하지 못한 것에서 비롯된다.

II. 범죄의 정의

20. 이 보고서에 담긴 ‘강간’을 비롯한 ‘성폭력’ 범죄와 ‘성노예’를 포함한 ‘노예’ 범죄의 정의는 이러한 행위 자체와 ‘미수’(attempt)와 범죄의 ‘공모’(conspiracy), 다른 사람이 범죄를 저지르도록 ‘부추기거나’(inciting) ‘청부하는 것’(soliciting), 범죄수행을 ‘방조, 교사하는 것’(aiding and abetting)과 같은 다른 형태의 관련된 행위를 모두 포함한다.

4) “젠더’(gender)이란 말은 공적, 사적 생활영역에서 사회적으로 축조된 여성과 남성의 역할을 가리킨다. 젠더(gender)은 생물학적으로 결정되는 ‘성’(sex)과 구별된다.” Donna Sullivan, *Integration of Women's Human Rights into the Work of the Special Rapporteurs* (New York: UNIFEM, 1996).

5) Beijing Declaration and Platform for Action (A/CONF.177/20), paras. 131-149; Radhika Coomaraswamy, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences (E/CN.4/1998/54), paras. 8-18을 보라.

A. 강간을 비롯한 성폭력

21. 강간은 ‘성폭력’의 좀 더 넓은 범주에 들어간다. 이 보고서는 성폭력을 성적인 수단을 통하거나 성적 특성(sexuality)을 겨냥하여 행해지는 신체적 또는 심리적인 모든 폭력으로 정의한다.⁶⁾ 성폭력은 사람을 공개적으로 강제로 발가벗기고 사람의 생식기를 훼손시키거나 젖가슴을 베어내는 것과 같이 사람의 성적인 특성을 향한 신체적 및 심리적 공격 모두를 포괄한다.⁷⁾

22. 성폭력은 또한 두 피해자가 서로에게 성행위를 하거나 성적인 방법으로 서로를 해치도록 강제된 상황으로 특징지워진다. 그러한 범죄는 종종 피해자들에게 가혹한 굴욕감을 주도록 의도되고, 다른 사람들이 성폭력의 행위들을 보도록 강요될 경우에는 더 큰 공동체를 위협하기 위한 것일 때가 많다. 예를 들어 구유고 국제형사재판소의 검찰청(the Office of the Prosecutor)은 보스니아 세르비아계(係)의 수용소에서 교도관이 강요하여 어느 수감자가 다른 여러 수감자들이 지켜보는 가운데 다른 수감자의 고환을 물어뜯은 사건을 전쟁법 위반과 인도에 반하는 범죄로 기소하였다.⁸⁾ 다른 구금시설에서 있었던 다른 사건에서는 어느 보스니아 세르비아 경찰서장이 두 구금자에게 “여러 명의 다른 수감자들과 교도관들이 지켜보는 가운데 성행위를 하도록” 강제한 혐의로 기소되었다.⁹⁾

23. 국내법체제에서 강간의 정의는 수가 많고 다양하지만 국제인도법이나 인권법은 강간을 명시적으로 정의하지 않는다.¹⁰⁾ 이 연구에서 제시된 강간의 정의는 오늘날 국제적인 정의 노력, 현대적 용례, 국내법과 관행에서 도출된 예시, 구유고 국제형사재판소와 르완다 국제형사재판소의 검찰청이 제출한 강간의 실무적 정의(working definitions), 그리고 여러 국제인권민간단체들이 채택한 정의들을 반영한다.

24. ‘강간’은 물리력, 강제력 또는 강박상태에서 음경에 국한되지 않고 아무 물건이나 피해자의 질이나 항문 또는 입 속으로 삽입하는 것으로 이해되어야 한다. 강간은 남자와 여자 모두 그 피해자가 될 수 있으므로 성적 구별이 없는 용어로

6) M. Cherif Bassiouni, *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 (1996), p. 3.

7) Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, New York, (1996) p. 62.

8) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTFY), *Prosecutor v. Tadic*, Case IT-94-1-T (Trial Chamber Judgment of 7 May 1997)를 보라.

9) ICTFY, *Indictment of Miljkovic and Others*, Case IT-95-9-I (21 July 1995) para. 31.

10) Rape and Sexual Assault: A Legal Study. Final Report of the United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992) (S/1994/674/Add.2 (Vol. I), annex II), para. 2.

정의된다.¹¹⁾ 그러나 여성이 성폭력 범죄에 희생될 위험에 더 크게 처해 있고 구제받는 데도 여성의 특수한 장애에 직면한다는 것을 주목하여야 한다. 이 보고서가 비록 강간의 정의에 ‘삽입’이란 요소를 유지하고 있지만 삽입행위에 대한 역사적인 강조는 여성의 정조를 확보하고 아이의 아버지를 확인하는 데 골몰하는 남성의 관심에서 유래한 것임은 명백하다. 그렇지만 강간에 국한되지 않고 모든 형태의 성폭력이 비난받고 방지되어야 함을 강조하는 것은 중요하다.

25. 예를 들어 강제적 상황이나 피해자의 나이로 인한 동의나 동의능력의 결여는 국내법상 합법적 성행위와 불법적인 성행위를 구별할 수 있게 한다. 모든 무력충돌 상황에 존재하는 명백한 강제적 상황은 동의가 없다는 추정을 할 수 있게 하고 검사로 하여금 범죄구성요건의 하나로서 동의의 부재를 증명하게 할 필요도 없게 한다. 게다가 무력충돌 상황에서 강간과 같은 범행을 저지르도록 명령하거나 다른 방식으로 이를 촉진한 상급자의 명령책임을 고려할 경우 동의는 법률적으로나 사실적으로 문제되지 않는다. 그러나 동의의 문제는 구유고 국제형사재판소와 르완다 국제형사재판소가 만든 일반 규칙과 확립된 관행에서 확인할 수 있는 것과 같이 적극적 항변(affirmative defense)의 하나로 제기될 수 있다.¹²⁾ 그러한 사건에 있어서 변호인은 우선 동의가 있었다는 증거가 “적절하고 믿을 만하다”고 사건을 심리하는 재판부를 납득시킬 수 있어야 한다.¹³⁾

26. "조직적"(systemic)이라는 말은 이 보고서에서 이러한 죄목의 새로운 범죄가 있다거나 강간행위를 소추하기 위해 다해야 하는 새로운 입증책임을 의미하는 것이 아니라 강간의 특정한 유형을 묘사하는 형용사로 쓰인다. 강간행위는 그 자체로 범죄가 되는 것에서 나아가 표적이 된 집단을 광범위하게 공격하거나 정책을 바탕으로 공격한다는 보다 큰 유형에 포섭되어 이 보고서의 III.A부분에서 논하는 것처럼 인도에 반한 죄의 구성요건에 해당할 수 있다. 그러나 한 번의 강간행위를 인도에 반한 죄로 소추하기 위하여 ‘조직적인 강간’이 일어났다고 증명할 필요가 없는 것은 인도에 반한 죄의 성립을 위해 ‘조직적인 살인’이나 ‘조직적인 고문’을 입증할 필요가 없는 것과 마찬가지로이다.

B. 성노예를 비롯한 노예행위

27. 1926년 노예협약은 처음으로 포괄적이고 현재 가장 널리 승인된 노예의 정의를

11) Ibid., note 4. (“동성애적 성격의 폭력 범죄들은 국제인도법에서 명시적으로 언급되지 않았다. ... 국제인도법이 강간과 기타 성폭행에 대한 보호를 부여하는 한 여성은 물론 남자에게도 적용되는 것은 이 경우 성차별이 없어야 한다는 국제인권이 어느 때나 적용, 배제되지 않는 것과 같이 의심할 나위가 없다.”)

12) ICTFY, Rules of procedure and evidence, (as amended on 25 July 1997), rule 96 (Evidence in cases of Sexual Assault); International Tribunal for Rwanda, Rules of procedure and evidence, entered into force 29 June 1995.

13) Ibid.

내놓았다. 1926년 노예협약에서 따온 것처럼 “노예제”(slavery)는 어느 사람에게 강간을 통한 성적인 접근이나 다른 성폭력의 형태를 포함하여 소유권에 따라붙는 특정한 또는 모든 권한이 행사되는 지위나 상태로 이해되어야 한다.

28. 조약법에 덧붙여 노예행위의 금지는 국제관습법상 강행규범이다. 노예행위는 정부의 관여나 국가행위를 요하지 않고 국가행위자가 범하든 개인이 범하든 간에 국제범죄가 된다. 나아가 노예제도는 사람을 동산처럼 취급할 것을 요구하지만 특정인이 매매되고 거래되지 않았다는 사실은 노예라는 주장을 결코 배척하지 않는다.

29. 노예행위의 정의에 내재된 것은 자율성, 이동의 자유, 성활동에 관한 자기결정권에 대한 제한과 관련된 개념이다.¹⁴⁾ 단순히 개인적 위해(危害)의 실질적인 위험을 무릅쓰고 스스로 노예상태에서 벗어날 수 있는 능력 때문에 노예라는 주장이 무효로 된다고 해석되어서는 안된다. 노예가 된 특정인이 가지는 위해에 대한 그럴법한 공포나 강제의 인지를 해석할 때는 모든 경우 주관적이며 성적 차이를 의식한 분석이 더불어 이루어져야 한다. 이는 피해자가 성질상 국내적이건 국제적이건 무력충돌 동안 전투지역 안에 있고 적대집단이나 파벌의 구성원으로 판명될 경우에 특히 그러하다.

30. “성(적)”(sexual)이라는 용어는 이 보고서에서 별개의 범죄가 아닌 노예행위의 한 형태를 묘사하는 형용사로 사용한다. 모든 측면과 사정을 고려할 때 성노예는 노예행위임이 분명하고 이를 금지한 것은 강행규범이다. 제2차세계대전 동안 일본군이 운영한 ‘위안소’(부락을 볼 것)와 구 유고슬라비아에 있는 잘 기록된 ‘강간캠프’¹⁵⁾는 특히 잔학한 성노예의 사례들이다. 성노예는 또한 여자와 소녀들이 가해자에 의한 강간을 포함하여 궁극적으로 강요된 성활동을 수반하는 “혼인”, 가사노동이나 다른 강제노역을 하도록 강요된 상황을 포함한다. 예를 들면 르완다와 구 유고슬라비아에서 기록된 사례 말고도 강간당하거나 강제“결혼” 후 성적으로 학대받거나, 짐꾼으로 또는 군대를 위해 지뢰밭 청소부로 일하도록 강요받은 미얀마 여성들과 소녀들에 관한 보고도 있다.¹⁶⁾ 라이베리아에서도 여성과 소녀들이 전투원들을 위해 강제로 요리해야 하고 또한 그들에게 성노예로 잡혀 있다는 비슷한 보고가 있었다.¹⁷⁾

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

15) 예컨대 ICTFY, Indictment of Gagovic and Others, case IT-96-23-I (26 June 1996) [hereinafter *Foca Indictment*]를 보라.

16) 예컨대 Betsy Apple, *School for Rape: The Burmese Military and Sexual Violence* (1998), p. 49를 보라.

17) Coomaraswamy, (E/CN.4/1998/54, para. 42). 무력충돌 동안에 성노예와 성폭력의 많은 피해자가 어린이라는 점은 명확하다. 무력충돌이 어린이에 주는 영향에 관한 연구를 위해 유엔 사무총장에 의해 임명된 전문가 Graça Machel여사는 최종보고서에서(A/51/306 of 26 August 1996, para.

31. 성노예는 또한 강제 매춘의 거의 모든 형태를 포함한다. “강제매춘”(forced prostitution) 또는 “강요된 매음”(enforced prostitution)이라는 용어는 국제인도법협약에서 발견되지만 충분히 이해되지도 일관되게 쓰이지도 않았다. “강제매춘”은 일반적으로 다른 사람에 의해 성활동에 종사하도록 강제된 사람에 대한 지배상태를 가리킨다.

32. 강제매춘에 대한 보다 오래된 정의는 모호한 말로 여성의 ‘명예’에 대한 ‘부도덕한’ 공격에 초점을 맞추거나 그렇지 않으면 더 정확하게는 노예상태를 묘사하는 정의들과 거의 구별되지 않는다. 이러한 한계에도 불구하고 이 범죄는 제네바협약과 그 추가의정서에서 명백하게 범죄로 되었기 때문에 무력충돌 상황 중의 성폭력을 앞으로 소추하기 위한 한정적이지만 대안적인 도구가 될 수 있는 가능성이 여전히 있다.

33. 일반 원칙으로서 무력충돌 상황에서 강제매춘이라고 말할 수 있는 대부분의 사실관계는 또한 성노예에 해당하며 더 적절하고 쉽게는 노예범죄로 규정하고 소추할 수 있다.

III. 성노예와 강간을 포함한 성폭력을 소추하기 위한 국제법적 틀

34. 성노예와 성폭력을 소추하기 위한 법적 틀은 관습과 조약에 기초하여 기원과 역사적 선례가 서로 다른 인권법, 인도법과 국제형사법과 같은 적어도 세 가지 다른 법원(法源)으로부터 발달되었다. 범세계적으로 모든 사회에서 여성이 종속되었기 때문에 성노예와 성폭력행위는 노예행위, 인도에 반하는 범죄, 집단살해, 고문, 전쟁범죄 등을 금지하는 국제형사법의 명문 규정에 언제나 충분히 반영되는 것은 아니다.¹⁸⁾ 이 보고서는 무력충돌 동안 저질러진 성노예와 성폭력을 국제적으로 그리고 국내적으로 소추하는 데 뒷받침이 되는 다수의 권위 있는 근거들을 검토한다.

35. 국제범죄를 소추하기 위한 틀은 종종 국내 차원의 실행을 빌리거나 그 위에 쌓아올린 것이다. 어떤 경우에는 국제범죄를 소추하는 정책적 고려사항은 국내소추의 근거에 놓여 있는 고려사항과 비슷하다. 그러나 많은 경우 국제형사법은 국제적 또는 국경을 초월하여 행동할 필요에 적합한 정책 목표를 향상시키고자 한다. 따라서 모든

45) 다음과 같이 말하였다: “과테말라에서는 반란군집단이 소녀들에게 음식을 준비하고 부상당한 군사를 돌보고 빨래하는 일을 시켰다. 소녀들은 또한 성적인 봉사를 제공하도록 강요받을 수도 있다. 우간다에서는 신의 저항군(the Lord's Resistance Army)이 납치한 소녀들은 반란지도자들에게 “시집간다”. 남편이 죽으면 그 소녀는 정화의식을 위해 내버려두었다가 그 후 다른 반란군과 결혼한다.”

18) Machel, *ibid.*, para. 91. “살인, 고문과 같은 유린행위는 오랫동안 전쟁범죄로 비난받아왔지만, 강간은 안 됐으나 어쩔 수 없는 전쟁의 부작용으로 소홀하게 다루어졌다.”

국제기준을 국내법체계에서 끌어내려는 것은 언제나 적절한 것은 아니다. 이 보고서는 무력충돌 가운데 일어난 범죄에 초점을 맞추었다. 그리고 많은 범죄의 경우 국내법상 평화시 범죄로 소추할 수 있지만, 국제법의 맥락에 특수한 정책 고려사항에 따라 무력충돌 중의 성노예와 성폭력을 방지·수사·소추하기 위해 필요한 법적 분석을 하였다.

36. 무력충돌 동안에 행해진 성노예와 성폭력은 어떤 상황에서는 강행규범의 관습적 위반이라고 할 수 있다. 조약법에 관한 비엔나협약 제53조는 강행규범을 “그 이탈이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정하는” 기준으로 정의한다. 더욱이 강행규범은 세계적 관심거리가 되는 불법행위로 인정된다. 따라서 소추하는 국가가 범죄인이나 피해자의 국적이나 범죄 발생지와 아무런 영토적 연관도 없고 다른 근거에 의해 적절하게 재판관할권을 주장할 수 없다 하더라도 어느 국가나 강행규범 위반범죄를 소추할 수 있다.

37. 이러한 강행규범 위반에 해당하는 국제범죄는 노예행위, 인도에 반한 죄, 집단살해죄, 특정한 전쟁범죄와 고문을 포함한다.¹⁹⁾ 이 범죄들은 관습법상 보편적 사법권(universal jurisdiction)에 속하고 대부분의 경우 공소시효에 관한 어떠한 법률의 적용도 면제된다.²⁰⁾ 계승정부를 포함한 국가는 그러한 규범을 위반한 사람들이 처벌받도록 해야 하고 자국 안에서 소추를 하거나 다른 국가로 소추를 위해 인도(引渡)하여 재판받도록 보장할 의무를 진다.²¹⁾ 전쟁범죄는 정의상 무력투쟁과의 연결이 필요하지만 노예, 인도에 반한 범죄, 집단살해와 고문의 금지는 모든 무력충돌, 국내분규(internal strife)와 평화시를 포함한 모든 상황에 적용된다.

A. 인도에 반한 범죄

38. 인종, 종족, 종교, 정치적인 이유나 다른 이유에 근거한 광범위하거나 조직적인 박해를 비롯한 민간인에 대한 광범위하거나 조직적인²²⁾ 공격은 인도에 반한 범죄로 소추할 수 있다.²³⁾ 인도에 반한 범죄가 대개 무력충돌 상황의 경우에 기소되었지만

19) M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, in Bassiouni and Madeline H. Morris, (eds.), *Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, 1996, p. 68.

20) Ibid., pp. 65-66.

21) Ibid.

22) ICTFY, *Tadic case*, sect. VI.D.2.ii.a를 보라. 구유고 국제형사재판소의 1심 심리부(Trial Chamber)는 “행위가 광범위하게 또는 조직적인 방법으로 이루어진 경우 행위가 민간인집단(civilian ‘population’)에 대한 것이어야 한다는 요건은 충족된다는 것은 이제 잘 확립되었다. 이 둘 가운데 어느 것이나 고립되거나 무작위적인 행위를 배제하기에 충분하다”고 언급하였다.

23) 뉘른베르크 국제군사재판소 헌장 제6조 c항은 인도에 반하는 범죄를 “전쟁 전 또는 전쟁중에 모든 민간인에 대해 저질러진 살인, 집단살해, 노예화, 추방, 그리고 다른 비인간적 행위, 또는 범죄가 행해진 국가의 국내법 위반이 되는가를 묻지 않고 이 재판소의 관할권에 속하는 어느 범죄의 실행 중에

어떠한 무력충돌과의 연결도 필요하지 않다는 것에 주의해야 한다.²⁴⁾ 더욱이 국가와 국가가 아닌 행위자 모두 인도에 반한 죄로 기소될 수 있다.

39. 정책, 계획, 또는 설계의 증거는 일반적으로 인도에 반하는 범죄의 소추를 위해 필요한 요건으로 여겨진다.²⁵⁾ 민간인에 대한 광범위하거나 조직적인 공격을 대처하기 위한 행동을 취하지 못한 것은 정책, 계획 또는 설계의 필요 요건을 입증하는 데 충분할 수 있다.

40. 성노예제와 성폭력이 전술로 쓰여지는 광범위하거나 조직적인 민간인에 대한 공격에 보다 효과적으로 곧바로 대응하기 위하여 젠더(gender)은 인도에 반한 범죄에서 박해(persecution) 사유의 하나로 인정되어야 한다. 목표물이 될 수 있는 어느 집단을, 개인이나 집단의 정체성의 어떤 측면이 공식적으로 또는 명시적으로 인정되지 않았기 때문에 국제규범들의 보호로부터 배제하는 것은 정의(正義)의 근본원칙에 비추어 받아들일 수 없다.²⁶⁾ 그러므로 현행 박해 금지사유의 목록은 제한적이라기보다는 설명적인 것으로 보아야 하고 다른 목표집단의 정체성과 함께 젠더도 인도에 반한 범죄에 의해 보호된다고 간주되어야 한다.

41. 강간을 포함한 성폭력은 뉘른베르크 국제군사재판소 헌장(뉘른베르크 헌장), (독일 점령지역에 설치된: 역주) 관리이사회(Control Council) 법률 제10호, 극동 국제군사재판소 헌장(도쿄 헌장)²⁷⁾에 따른 반인도적 범죄의 전통적인 정의상 “비인간적 행위”(inhumane acts)의 일반적 금지에 들어간다.²⁸⁾ 불행하게도 성폭력은 제2차 세계대전이 끝난 후 반인도적 범죄로 거의 소추되지 않았다.

42. 보다 최근의 입법에서는 비인간적 행위를 금지하는 잔여 규정에 의존하기보다 강간은 (반인도적 범죄는 어떠한 무력충돌과의 연계도 필요하지 않다는 것이 오늘날

또는 범죄와 관련한 정치, 인종 또는 종교적 이유로 인한 박해”라고 정의한다. The Final Report of the United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1994) (S/1994/674), para. 83도 참조.

24) ICTFY, *Tadic* case, Appeals Chamber Decision on Jurisdiction of 2 October 1995, para. 141(인도에 반하는 범죄는 국제무력충돌과 연결시킬 필요가 없다는 것은 확립된 국제관습법 규칙이라고 판시한다).

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. 저자는 다음과 같이 말한다: “어느 목표 집단이 그 유사성이 무엇이건 (인도에 반한 범죄가 주는 보호의 근거에서) 배제되어야 한다는 것은 터무니없다. 차별의 요소는 범죄의 집단성을 증거하고 그 범위에 있어 사람들이 차별받는 집단에 포함되는지에 대한 어떠한 제한과 어떠한 양(量)이나 수에 대한 기준도 있어서는 안 된다.”

27) Charter of the International Military Tribunal, Nürnberg, art. 6 (c); Charter of the International Military Tribunal for the Far East, art. 5 (c); Allied Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes against Peace and against Humanity, art. 1 (c).

28) Ibid. Commission of Experts Report (S/1994/674), para. 107도 참조.

잘 확립되어있지만) 국내 또는 국제무력충돌 과정에서 모든 민간인들에 대해 범해진 경우 인도에 반하는 범죄로 명시적으로 열거된다. 특히 구 유고슬라비아와 르완다에서 발생한 국제범죄를 소추하기 위해 1993년과 1994년에 설치된 두 임시 국제형사재판소의 규정들은 강간을 반인도적 범죄의 정의 속에 별개의 구성 범죄로 분리하여 나열한다. 더욱이 두 재판소는 성폭력을 근거로 인도에 반한 범죄의 책임을 물었다.

43. 강간을 포함한 심각한 성폭력의 단일한 사건은 검사가 그러한 단일 위반을 민간인에 대한 광범위하거나 조직적인 공격을 증명하는 훨씬 규모가 큰 일련의 기본적 인권이나 인도법 위반과 연결하는 경우 인도에 반한 범죄로 소추하는 근거가 될 수 있다.

44. 노예범죄는 오랫동안 인도에 반한 범죄로 인정되었다. 제2차 세계대전 이후 독일의 전쟁범죄자의 국내소추를 촉진하기 위해 만들어진 뉘른베르크 헌장과 관리이사회 법률 제10호는 모두 인도에 반한 범죄를 다루는 조항 아래 노예화(enslavement)를 열거하였다. 도쿄 헌장 제5조도 비슷하게 노예화와 민간인에 대한 다른 비인간적 행위들을 인도에 반한 범죄로 열거하였다. 좀더 최근의 인도에 반한 범죄에 관한 입법은 구유고 국제형사재판소 규정 제5조²⁹⁾와 르완다 국제형사재판소 규정 제3조³⁰⁾를 포함한다. 두 조항 모두 노예화를 인도에 반한 죄의 구성범죄로 명시적으로 나열하고 있다.

45. 구유고 국제형사재판소는 최근에 어느 세르비아계의 정예 준(準)군사조직의 구성원과 지도관에게 포카(Foca)마을에서의 강간과 노예행위를 이유로 인도에 반한 죄의 책임을 물으면서 노예행위를 인도에 반하는 범죄로 하는 공소장을 발부하였다.³¹⁾ 피고들은 9명의 여성을 민간아파트에 감금하여 정기적으로 성폭행하고 집안팎의 일을 강요한 것으로 기소되었다. 공소장에 따르면 4명의 여자들은 결국 다른 군인들에게 팔려갔다고 한다. 이 여자들을 끝없이 성폭행하면서 구금하고 육체노동을 강요한 방식은 명확히 노예행위를 이유로 하여 인도에 반한 범죄로 기소한 것을 정당하게 한다. 더욱이 몇몇 여성들을 사기 위해 돈을 준 것은 범죄의 필수적인 요건이 아니었으며 이것은 단지 세르비아 준군사조직 군인들이 이 여자들에 대한 소유권에 따르는 권한을 행사한 정도를 나타낼 뿐임을 주목해야 한다.

B. 노예행위

46. 노예행위를 인도에 반한 범죄나 전쟁범죄로 기소할 수 있음과 동시에

29) Security Council resolution 827 (1993), annex.

30) Security Council resolution 955 (1994), annex.

31) *Foca* Indictment, *supra* note 15, Counts 56, 57, 61 and 62, paras. 12.2, 12.5.

노예범죄의 기소는 독자적 근거에서 전쟁시나 평화시에 국가행위자나 사적 개인에게 이루어질 수 있다. 실제 노예행위와 노예와 유사한 관행의 금지는 국제관습법의 강제규범 또는 강행법규의 지위에 처음으로 다다른 여러 금지 중의 하나이다.³²⁾ 이러한 기본적 인권규범의 진보는 19세기에 시작되어, 20세기 초반에는 이미 노예제도와 노예무역에 관한 국제적 금지가 국제관습법의 지위를 차지하고 있음이 명백해졌다.³³⁾

47. 노예행위를 금지하는 국제관습법은 부분적으로는 해적처럼 노예무역상들이 역사적으로 공해(公海)에서 활동했고 어느 한 국가의 주권적 지배나 관할권에 반드시 들어가지 않았기 때문에 해결하기 어려운 관할권문제에 대응하는 과정에서 발전하였다. 국제공동체는 범죄의 장소, 국가 관여의 수준 또는 어느 국가의 법 또는 관행이 그 행위를 제재했을지 모를 정도와 상관없이 그 자체로서 그 범죄를 저지른 모든 사람에게 개인형사책임을 지울 필요를 인정하였다. 그러므로 국제법상 오늘날 노예행위의 금지는 노예제나 또는 노예무역과 관련되는 어떤 경우에도 모든 국가 또는 국가가 아닌 행위자에 대하여 진정한 보편적 사법권을 허용한다. 이러한 지위는 무력충돌 중에 자행된 성노예의 개별적인 사건을 소추하는 데 특히 유용할 것이다. 왜냐하면 그러한 사건의 소추에 있어 국가 관여의 존재 또는 묵인, 유린행위의 광범하거나 조직적인 유형의 존재, 또는 범죄와 무력충돌과의 연결을 입증할 필요가 없기 때문이다.

C. 집단살해

48. 그 자체로 그리고 인도에 반한 범죄로서 집단살해(genocide)의 금지는 명백히 강행규범의 지위에 올랐다.³⁴⁾ 특정한 상황에서는 강간, 성노예나 다른 성폭력행위들은 또한 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약(집단살해협약) 제2조에 정의한 대로 집단살해 범죄의 구성행위에 해당할 수 있다. 집단살해죄의 주요 요건은 전체적 또는 부분적으로 보호되는 집단, 즉 민족, 종족, 인종 혹은 종교 집단을 물리적으로 파괴하려는 가해자의 특정한 의도이다. 집단살해협약상 젠더는 보호집단으로 열거되지 않는다. 그럼에도 불구하고, 여성구성원을 공격하여 보호집단을 목표로 하는 것은

32) *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgium v. Spain), Judgement of 5 February 1970: I.C.J. Reports 1970, p. 32.*

33) John P. Humphrey, *The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century*, reprinted in Richard B. Lillich, *International Human Rights: Problems of Law, Policy, and Practice* (2nd ed.) (Boston, Toronto: Little Brown & Co., 1991), p. 1. “1885년에 이르러 중앙 아프리카에 관한 베를린 회의의 일반의정서(General Act)는 ‘노예를 거래하는 것은 국제법 원칙에 따라 금지된다’고 확인할 수 있었다. 그리고 1889년 브뤼셀 회의는 노예제와 노예무역을 비난하였을 뿐만 아니라 노예선을 수색, 포획하고 재판할 수 있는 권리를 상호적으로 부여하는 것을 비롯하여 그 진압조치에 관해 합의하였다. 이러한 일은 국제연맹과 국제연합에서 모두 계속되었다.”

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.*

집단살해 범죄를 구성하기에 충분하다.

49. 검사는 국가적 혹은 국제적으로 전체 집단을 파괴하려는 의도를 입증하지 않아도 된다. 어느 보호받는 집단의 실질적인 부분이나 중요한 일부 또는 한 국가의 한정된 영역 내에서 보호집단의 존재를 파괴하려는 의도는 집단살해로 기소하는 데 충분한 근거가 된다. 더욱이 국경선이 충돌 동안 유동적일 것이므로 집단살해의 거의 모든 지역화된 작전은 전체로서의 집단의 완전 또는 궁극적인 말살을 강조하기 쉽고 종종 이러한 절멸의 목적을 달성하기 위하여 크게는 국가적 작전에 연결될 것은 분명하다.

50. 집단살해에 필요한 고의는 가해자의 행동으로부터 추론할 수 있다는 점을 또한 주의할 필요가 있다. 구 유고슬라비아 영토 안에서 벌어진 충돌 중에 인도법 위반을 검토하기 위해 안전보장이사회 결의 제780호(1992년)에 따라 설립된 전문가위원회는 몇몇 집단살해의 경우 “피고가 자기 행동의 결과를 알아차렸을 것이라고 합리적으로 가정할 수 있을 정도의 작위나 부작위의 (고의의 입증과 관련한) 증거가 있을 것이다”라고 하였다.³⁵⁾

51. 구유고 국제형사재판소와 르완다 국제형사재판소의 검찰청은 성폭력과 강간에 대하여 집단살해죄를 구성하는 것으로 기소하였다. 이러한 기소는 같은 명령계통에 있는 상급관리는 물론 실제 행위를 저질렀다고 피소된 사람에 대해서도 제기되었다.

52. 소추에 고의가 필요 요건이기 때문에, 단일한 강간 행위조차도 그 행위가 목표집단의 파괴를 가져오도록 계획된 모든 일련의 행위들과 관련되는 경우 이론적으로는 집단살해죄로 소추할 근거가 될 수 있다.³⁶⁾ 덧붙여 집단살해범죄의 성립을 위해 무력충돌 또는 국가 행위와 연관될 필요가 없다.

D. 고 문

53. 고문의 금지 역시 어떤 경우에도 적용이 배제될 수 없는 강행규범이 되었다. 관습규범에 의해 금지된 고문의 범죄 성립에는 가혹한 정신적, 신체적 아픔이나 고통을 고의적으로 가하는 것과 이것이 정부의 작위 또는 부작위와 연결될 것이 필요하다. 이 보고서에 기술된 거의 모든 사례에서 무력충돌 동안의 강간과 심각한 성폭력은 또한 고문으로 기소할 수 있다.³⁷⁾ 더욱이 유럽인권법원, 미주인권위원회와

35) Commission of Experts Report (S/1994/674), para. 313.

36) Yoram Dinstein, "International Criminal Law", *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 5, 1975, reprinted in Henry J. Steiner and Philip Alston, *International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals* (Oxford: Clarendon Press, 1996), pp. 1025, 1028("한 개인의 살해는 그 피해자가 소속한 집단을 파괴하기 위해 꾸며진 일련의 행위의 일부를 구성하는 경우 집단살해로 분류될 수 있다"고 함).

수많은 국내법원 역시 구금상태에서의 강간(custodial rape)행위는 고문을 구성한다고 하였다.

54. <고문 및 그밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약>(고문협약) 제1조는 고문을 “공무원이나 그 밖의 공무 수행자가 직접 또는 이러한 자의 교사·동의·묵인 아래, 어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적으로, 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위에 대하여 처벌을 하기 위한 목적으로, 개인이나 제3자를 협박·강요할 목적으로, 또는 모든 종류의 차별에 기초한 이유로, 개인에게 고의로 극심한 신체적·정신적 고통을 가하는 행위”로 정의한다.

55. 여성차별철폐위원회는 “육체적, 정신적 또는 성적인 해악이나 고통을 주는 행위”를 비롯하여 여성이라는 이유로 여성에게 행해진 폭력은 인권과 자유를 누릴 수 있는 여성의 능력을 심각하게 저해하는 차별의 한 형태에 해당한다고 인정했다.³⁸⁾ 따라서 많은 경우에 고문협약상 고문의 정의에 들어가 있는 차별 항목은 강간이나 성폭력을 고문으로 소추하기 위한 부가적인 근거를 제공한다.

E. 전쟁범죄

56. 국제범죄의 한 범주로서의 전쟁범죄는 전쟁법규관례(the laws and customs of war) 위반뿐만 아니라 1949년 제네바협약의 중대한 위반행위와 다른 위반행위, 1907년 헤이그규정과 규칙 위반을 포함한다. 성노예와 성폭력 행위는 특정한 경우 전쟁범죄를 구성한다. 노예행위, 인도에 반한 범죄, 집단살해와 고문과 달리 전쟁범죄는 정의상 무력충돌과의 연관이 요구되고 민간인과 전투원들에 대한 가장 광범위한 인도법의 보호가 국제적 성격을 띤 무력충돌 시기 동안 부여된다. 그러나 강행규범의 위반에 해당하는 범죄들은 그 성질이나 적대행위의 수준에 관계없이 모든 무력충돌 시기 동안 금지된다.

1. 국제 무력충돌 중의 전쟁범죄

57. 제네바협약의 중대한 위반조항은 국제관습법상의 지위를 얻었고³⁹⁾

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, para. 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 (eleventh session, 1992), para. 6.

39) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Judgment of 27 June 1986, I.C.J. Reports 1986, p. 114 (국제관습법을 선언하는 제네바 협약의 공통 제3조에 규정된 규칙들은 인도의 기초적 고려사항(elementary considerations of

제네바협약의 많은 중대한 위반조항과 다른 조항들 역시 강행법규의 지위를 획득했다.⁴⁰⁾ “[제네바협약의] 각 체약국은 중대한 위반행위를 범하였거나 범할 것을 명령한 혐의가 있는 자를 수사할 의무를 지며 이러한 자는 국적 여하를 불문하고 자국의 재판소에 기소되어야 한다”고 인정하는 것은 중요하다.⁴¹⁾ 중대한 위반조항이 절차적 측면과 함께 국제무력충돌에 국제관습법으로서 적용될 수 있는 한 이 의무는 협약 당사자가 아닌 나라에도 적용된다.

58. 강간을 포함한 성폭력 행위가 국제분쟁이 진행되는 동안 적군이나 점령군에 의해 자행되었을 때⁴²⁾ 제네바협약의 중대한 위반을 구성할 수 있다.⁴³⁾ 국제적십자위원회는 강간은 “신체 또는 건강을 크게 해치거나 고통을 주는” 행위를 금지하는 제네바 제4협약 제147조의 중대한 위반규정에 “분명히” 들어간다는 점을 주목했다.⁴⁴⁾ 게다가 강간은 고문 또는 비인간적 처우에 관한 중대한 위반규정에 의해 금지된다.⁴⁵⁾

59. 강간은 또한 “부녀자들은 그들의 명예에 대한 침해 특히 강간, 강제매음 또는 기타 모든 형태의 외설 행위(indecent assault)로부터 보호되어야 한다”고 규정하는 제네바 제4 협약 제27조와 “부녀자는 특별한 보호의 대상이 되며 특히, 강간, 강제매음 및 기타 모든 형태의 저열한 폭행(indecent assault)으로부터 보호된다”고 규정하는 제1추가협정서 제76조 1항에서 명시적으로 금지된다.

60. 제네바협약에서 강간을 다루는 규정에 대하여 명백히 국제관습법의 지위를

humanity)을 대변한다고 판시).

40) Report of the International Law Commission on the work of its thirty-second session, Official Records of the General Assembly, Thirty-fifth Session, Supplement No. 10 (A/32/10) (1980).

41) 육전에 있어서의 군대의 부상자 및 병자의 상태 개선에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약 (제1협약), 제49조; 전시에 있어서의 민간인의 보호에 관한 1949년 8월 12일자 제네바협약 (제4협약), 제146조.

42) 일반적으로 1949년 제네바협약의 중대한 위반조항은 “보호인”(protected persons)을 이롭게 할 목적을 가진다. 제네바 제4협약 제4조는 보호받는 사람들을 “무력충돌 또는 점령의 경우에 있어서 특정 시점에 그 형식의 여하에 관계 없이 충돌 당사국 또는 점령국의 권한 내에 있는 자로서 동 충돌 당사국 또는 점령국의 국민이 아닌 자”로 정의한다. 중대한 위반조항은 또한 하나 또는 그 이상의 협약당사국이 연루된 국제무력충돌 기간 동안 적용될 의도를 가진다. 협약에 공통한 제3조와 협약의 제2추가협정서는 비국제적 성질의 충돌에 훨씬 제한된 보호를 제공한다. 구유고 국제형사재판소 항소부 (Appeals Chamber)는 (Tadic사건에서) 관습국제법으로서도 제네바협약의 중대한 위반규정은 국제무력충돌의 경우에만 적용된다고 판시하였다. 그러나 학자들은 이 결정을 범위가 너무 협소하다고 비판하였다. Theodor Meron, "The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law", *American Journal of International Law*, vol. 90, p. 243.

43) 단일한 강간행위도 전쟁범죄를 구성하기에 충분하다. Commission of Experts Report (S/1994/674), para. 105 and Rape and Sexual Assault (S/1994/674/Add.2) (vol. I), annex II, para. 16.

44) International Committee of the Red Cross, Aide-Mémoire, 3 December 1992. 또한 Meron, *supra* note 25, p. 26 참조.

45) Ibid. 또 Amnesty International, *Bosnia and Herzegovina: Rape and Sexual Abuses by Armed Forces*, 1993 참조.

언은 것으로 여겨지는 육전(陸戰) 법규 관례에 관한 1907년 헤이그 제4협약(the 1907 Hague Convention No. IV concerning the Laws and Customs of War on Land)은⁴⁶⁾ 그 부속규정 제46조에서 “가족의 명예와 권리”의 보호를 보장하며 이는 강간범죄를 포함하는 것으로 해석해야 한다. 그러나 폭력행위라기보다는 명예의 침해로서의 강간 개념은 범죄의 폭력성을 불분명하게 하고, 그 초점을 강간을 하고 인격을 훼손하며 상처를 입히려는 가해자의 의도가 아니라 피해자의 수치심으로 온당치 못하게 옮기는 것에 주목해야 한다. 더욱이 헤이그규정 제46조는 성에 관해 중립적이고 무력충돌시기에 행해진 성폭력의 남녀 피해자 모두에게 적용된다.

61. 뉘른베르크 국제군사법원은 대전중의 몇몇 교전국들이 협약당사국이 아니었으므로 헤이그규정이 적용되어서는 안 된다는 주장을 물리치면서 헤이그규정상 금지하는 “모든 문명국가들에 의해 승인되었고, [뉘른베르크] 헌장 제6조 (b)에 언급된 전쟁법규의 선언으로 간주되었다”고 판시하였다.⁴⁷⁾

62. 제2차대전 후 바타비아에 있던 네덜란드 법원은 제2차 세계대전 중 35명의 네덜란드 여성과 소녀들을 “위안소”에서 노예로 만드는 데 참가한 일본군 피고들을 강간을 포함한 행위, 매춘강요, 강제매춘을 위한 여성과 소녀들의 유괴와 포로들의 부당한 대우에 대해 전범으로서 유죄로 판결하였다.⁴⁸⁾ 좀더 현대적인 상황에서 말한 바와 같이 구유고 국제형사재판소와 르완다 국제형사재판소는 성폭력을 이유로 전쟁범죄로 책임을 묻는 수많은 공소장을 발부했다.

63. 노예화는 뉘른베르크 헌장과 뉘른베르크 재판소의 판결로 증명되듯이 오래 전부터 전쟁범죄로 인정되었다. 1945년 뉘른베르크 헌장은 “노예노동”을 위한 민간인의 국외추방을 제6조 (b)에서 전쟁범죄로 열거하였고 이 조항 하의 대부분의 노예노동 기소는 1907년 헤이그규정에 담긴 예전의 금지조항을 언급하였다.⁴⁹⁾

64. 1949년 제네바협약은 또한 협약의 중대한 위반규정으로 성노예를 포함한 노예제를 금지하는 것으로 넓게 해석할 수 있다.⁵⁰⁾ 비록 강간, 강제매춘, 성적

46) 1907년의 제4 헤이그규약에 부속된 규칙은 적어도 1939년에는 국제관습법의 지위를 획득한 것으로 보아야 한다. Judgement of the Nürnberg Tribunal, in *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947.

47) Ibid.

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

49) 대부분의 뉘른베르크 노예노동 사건들은 민간인에게 요청된 강제노동의 유형에 관한 제52조와 함께 가족명예에 관한 헤이그협약규칙 제46조 위반을 주장하였다. Bassiouni, *supra* note 14도 보라.

50) 중요하게는 제네바 제4협약의 제27조와 제147조는 노예행위와 노예와 같은 관행의 특정한 측면을 직접 다루고 있다. 노예행위와 관련 범죄는 포로의 노동, 특히 건강에 해롭고 위험하거나 굴욕적인 성격의 노동을 명확하게 규율하는 포로의 대우에 관한 제네바 (제3)협약 제49-57조에서 다루어진다. 더욱이 제네바 제3협약 제130조는 “고의적인 살인, 신체 또는 건강을 크게 해치거나 고통을 주는 고문이나 비인도적 대우(생물학적 실험을 포함)”(정부 번역문. 이 번역은 원문 “wilful killing, torture

학대(sexual abuse)와 같이 노예행위도 제네바 제4협약 제147조에서 중대한 위반행위의 하나로 명시되진 않았지만, 국제적십자위원회의 제147조 해석에 근거하여 “비인도적 대우”(inhuman treatment)는 그러한 범죄를 포함하는 것으로 넓게 해석되어야 한다.⁵¹⁾ 더욱이 강간, 강제매춘과 성적 학대를 위한 노예행위를 비롯한 다른 형태의 성적 학대는 또한 “고문”, “비인도적 대우”, “고의적으로 신체 또는 건강을 크게 해치거나 중상해를 입히는 것”(wilfully causing great suffering or serious injury to body or health)과 “민간인을 불법으로 추방, 이송 또는 구금하는 것” - 이러한 행위들은 모두 명백하게 중대한 위반에 포함된다 - 을 금지하는 규정에 해당하는 것으로 넓게 해석되어야 한다.

65. 노예행위를 전쟁범죄로 기소하는 경우 없어서는 안될 소유 또는 지배의 표식을 증명하는 데 필요한 요소는 전쟁에 특유한 강제상황에 의해 충족된다. 특히 피해자가 자신의 의사에 반하여 제네바협약 또는 전쟁법규가 허용하는 강제노무가 아닌 다른 역무를 제공하기 위해 전쟁지역에 들어간 경우에 그러하다. 더욱이 강간은 인도법상 결코 허용되지 않기 때문에 성적 성질의 강제된 “서비스”는 언제나 인도법을 폭력적으로 위반한다.

66. 최근에 구유고 국제형사재판소의 검찰청은 보스니아 세르비아 군인을 강제노동을 시키고 성폭행을 할 목적으로 9명의 여성을 구금한 혐의로 노예범죄로 기소하였다.⁵²⁾ 기소장은 이 여성들은 구금된 가정집을 자유롭게 드나들 수 있었으나 - 이들은 심지어 집열쇠까지 가지고 있었다 - “모두 세르비아계인 군인과 민간인들에 둘러싸여 달리 갈 곳이 없었기” 때문에 사실상 도망갈 수 없었다고 기록하고 있다.⁵³⁾

2. 국제적 성질을 띠지 않는 무력충돌중의 전쟁범죄

67. 전세계를 통틀어 현대 무력충돌의 대다수는 그 성격이 비국제적 또는 국내적이다.⁵⁴⁾ 국내 무력충돌 동안 저질러진 성폭행에 관한 최근의 사례들은

or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health”에 따라 “고의적인 살인, 생물학적 실험을 포함하는 고문 또는 비인도적 대우, 고의적으로 신체 또는 건강을 크게 해치거나 중상해를 입히는 행위”로 고쳐야 한다. 역자)를 중대한 위반행위로 간주한다. 제네바 제3협약 제49-57조의 금지규정들을 제130조와 함께 해석하면 다양한 형태의 노예행위는 중대한 위반에 포함된다, Bassiouni, *supra* note 14, pp. 510-512.

51) Jean S. Pictet, *et al.* (eds.), *Commentary on the Geneva Conventions 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 (제14조의 주석); 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) *Ibid.*, para. 10.2.

54) 이 보고서는 현행 규범을 국내폭력(internal violence) 상황에 적용함에 존재하는 한계를 밝히고 개선하려는 오늘날의 노력을 인정했다. 인권위원회 결의 제1997/21호에 따라 제출된 사무총장의 분석

아이티에서 아리스티드 대통령 정부에 대한 군사 쿠데타 후에 자행된 성폭행, 페루에서 정부군과 ‘빛나는 길’(Shining Path) 반란군 사이에 벌어진 15년간의 충돌 동안 있었던 성폭행과, 알제리, 미얀마, 우간다와 남수단에서 계속되는 교전 동안의 성폭행에 관한 수많은 보도를 포함한다. 알제리에서는 무장집단이 사로잡힌 여성들과 소녀들을 강간하고, 성적으로 학대하고 종종 불구로 만들거나 죽이는 결과를 가져온 강제, 임시 “결혼”을 위해 여성과 소녀들을 납치했음을 시사하는 보도들이 있다. 우간다에서는 ‘신의 저항군’(Lord's Resistance Army)들이 어린이를 병사와 노동자로 부리기 위해 유괴하고 어린 소녀들을 강제로 성노예로 한다는 보도가 나왔다. 이러한 성노예와 성폭행의 잔혹한 사례들은 국제적 성격이 아닌 충돌 동안에도 민간인과 전투원을 보호할 필요를 보여준다.

68. 적어도 1907년 이래 헤이그 제4협약 전문의 마튼즈(Martens)조항의 채택으로 국제공동체는 인도법조약 규정이 다루고 있지 않은 충돌이나 상황에서조차 전투원과 민간인 모두 “문명인들(civilized peoples)이 정해놓은 관행(usages), 인도법(laws of humanity)과 공공의 양심의 명령(the dictates of the public conscience)으로부터 나오는 국제법의 원칙과 규율에 구속당함을 선언하는 것이 바람직하다고 생각한다.” 특히 국제관습법을 구성하는 제네바협약 공통 제3조는 이 조항이 없었으면 제네바협약이 적용되지 않았을 국내충돌의 모든 교전당사자를 포함하여 어떠한 충돌에서나 모든 교전당사자들이 존중해야 하는 보호원칙들을 제시한다. 공통 제3조의 규정은 국내충돌의 경우 국가와 비국가행위자 모두의 행동을 규율하기 때문에 중요하다. 최소한의 인도적 기준이라는 주제에 관한 사무총장의 분석 보고서에서 지적된 것처럼 마튼즈 조항과 공통 제3조에 담긴 기본적인 보호사항들의 중요성은 “과소평가되어서는 안 된다”(E/CN.4/1998/87, paras. 74, 85).

69. 헤이그 제4협약 제27조와 제네바협약 공통 제3조는 국내 또는 국제 무력충돌 동안 국가와 비국가행위자가 저지른 성폭력과 강간행위를 관습국제법의 문제로서 명백히 금지한다. 구유고 국제형사재판소의 항소부는 최근에 헤이그협약의 모든 규정뿐만 아니라 공통 제3조가 모든 국내적 무력충돌은 물론 국제적 무력충돌의 경우에도 관습법으로서 넓게 적용된다고 판단하면서 이 입장을 확인했다.⁵⁵⁾ 이 입장은 또한 국제사법재판소가 공통 제3조에 담긴 금지사항은 모든 무력충돌의 경우 적용되어야 하는 “인도의 기초적 고려사항”(elementary considerations of humanity)을 구성한다고 판시한 중요한 판결에서도 지지되었다.⁵⁶⁾

보고서는 최소한의 인도적 기준에 대한 틀을 세우려 하고 인권법의 한계와 결점을 다음 세 가지 넓은 범주아래 분류한다: (1) 적용배제에 대한 우려; (2) 인권기준아래에서 무력집단의 책임에 관한 문제와 (3) 국제폭력(international violence) 상황에서 효율적으로 적용되는 것을 가로막는 인권기준의 특정성의 부족(E/W.4/1998/87, para.40).

55) ICFTY, *Tadic* case, Appeals Chamber decision, paras. 84, 89.

70. 공통 제3조의 넓은 적용범위에도 불구하고 공통 제3조를 국내 충돌에 적용하는 것은 제네바협약의 일반적인 적용범위를 제한적으로 해석함에 의해 쉽지 않을 수 있다는 다소간의 우려가 있었다. 제네바협약의 문맥으로 보아 “국제적인 성격을 띠지 않은” 무력투쟁의 경우 주어져야 하는 보호를 열거하는 공통 제3조와 공통 제3조를 “발전시키고 보충하는” 제2추가협정서 모두 국내충돌 중에 행하여진 성폭력과 강간행위에 적용된다는 것은 의심할 나위가 없다.⁵⁷⁾ 그러나 문제는 제네바협약이 공통 제3조 규정을 적용시키는 데 필요한 충돌 또는 국내분규(internal strife)의 수준을 대체로 밝히지 못하고 있다는 것이다.⁵⁸⁾

71. 국제적십자위원회의 몇몇 주석서와 다른 주석서들은 공통 제3조를 발동하기 위해 도달되어야 하는 필요한 폭력의 정도(the threshold of violence)는 매우 상당해야(substantial) 한다고 주장했다. 가장 제한적인 견해에 따르면 공통 제3조의 적용은 국제 무력충돌과 성질상 실질적으로 비슷한 “양측의 군대가 전투를 하는” 무력충돌을 요청한다.⁵⁹⁾ 제2추가협정서에 담긴 공통 제3조의 취급 역시 매우 제한적이다. 특히 제2추가협정서는 무력충돌에 해당하지 않는 “폭동(riots), 고립되고 산발적인 폭력행위 및 기타 유사한 성질의 행위와 같은 내부혼란 및 긴장(internal disturbances and tensions)의 상황에는 적용되지 않는다”(제1조 2항). 그러므로 이와 같은 제한적인 견해에 의하면 많은 국내 충돌에서 흔히 나타나는 분규(strife)의 정도는 공통 제3조 또는 제2추가협정서의 직접적인 적용을 가져오기에 충분한 것이 아닐 수도 있다.

72. 이러한 우려에도 불구하고 이 연구는 공통 제3조의 적용이 언제나 넓게 확대될 것을 의도하였다고⁶⁰⁾ 공통 제3조에 담긴 현행 인도법기준은 모든 충돌상황에 적용되어야 한다고 이해한다. 국제공동체는 공통 제3조의 중요성을 과소평가해서는 안 되며 국내 충돌의 모든 단계에 적용될 수 있는 똑같은 효력을 가진 새로운 인도적 기준이 나오지 않는 한 국제공동체는 공통 제3조가 모든 충돌에서 모든 국가와

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

57) 제2 추가협정서, 제4조 2항 마호(“개인의 존엄에 대한 침해 특히 모독적 비하행위, 강간, 강제매춘 및 모든 형태의 비열한 폭행”을 금지함). (원문은 “outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault”이다. 제1 추가협정서 제75조 2항 나호는 강간을 제외하면 같은 문언(文言)인데 “인간의 존엄성에 대한 침해(outrages), 특히 모욕적이고 치욕적인 취급, 강제매춘 및 모든 형태의 저열한 폭행”이라고 한다. 역자).

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

59) Pictet, *supra* note 51, p. 36.

60) Ibid. (제3조는 “단지 모든 문명국가에서 핵심적인 것으로 이미 인정되고 당해 국가들의 국내법에 체현(embody)된 특정 규칙을 준수할 것을 요구”하므로 제3조의 적용범위는 가능한 한 넓어야 한다고 지적).

국가가 아닌 무장집단에 적용됨과 공통 제3조에 실제 규정된 광범위한 보호사항 모두를 넓게 이해하는 것을 지지해야 한다.

73. 국내 무력충돌에 적용될 수 있는 인도적 기준에 덧붙여 모든 경우에 무력충돌의 정도와 상관 없이, 또는 무력충돌이 존재하지 않는 경우에서조차 성폭력은 현행 법규범상 노예행위, 인도에 반한 범죄, 집단살해 또는 고문으로도 소추될 수 있음을 인식하는 것 역시 중요하다. 게다가 이러한 범죄는 모든 이용 가능한 재판관할지역(jurisdiction)에서 소추될 수 있으므로, 범죄가 저질러진 국가에 바로 직무를 수행할 수 있는(functioning) 사법법정이 없다고 해서 그 자체로 국제사회가 잘 기능하고 있는 다른 국내 또는 국제법정에서 그러한 위반을 한 범죄자를 재판할 수 있는 권능이 제한되는 것은 아니다.

IV. 개인책임의 추궁

74. 역사는 넓은 범위의 행위자들이 무력충돌중의 국제범죄 수행을 돕고 있음을 보여주고, 모든 수준에서 책임 있는 당사자를 유죄로 하는 것이 국제범죄의 방지를 위해 필수적이라는 것을 가르쳐준다. 이 보고서는 책임의 소재를 방지, 억제와 보호라는 정책목표를 달성할 수 있는 곳에 두기 위해 잔혹한 국제범죄, 특히 대량으로 희생자를 내는 범죄에 대한 책임에는 여러 가지의 서로 중첩되고 맞물린 범주가 있다는 것을 인식한다.

75. 국제범죄에 대한 가장 명확한 범주의 책임은 노예행위, 인도에 반한 죄, 집단살해, 전쟁범죄 또는 고문을 구성하는 무력충돌 중의 성노예 또는 성폭력행위를 실제로 저지른 사람에게 돌아간다. 이러한 가해자들의 책임은 특정한 의도와 같은 필요한 고의(mens rea)를 비롯한 범죄의 구성요건을 입증함에 의해 결정된다. 또한 미수 또는 범죄실행의 음모, 범죄실행의 선동, 청부, 방조 또는 교사와 같은 국제범죄의 관련 형태에 대한 책임을 물을 수도 있다. 중요하게는 가해자가 상급자의 명령에 따라 행동했다는 것은 형벌 경감에 고려될 수 있을지언정 범죄에 대한 항변(defense)이 될 수 없다.⁶¹⁾

76. 명령책임의 법리에 따라 지휘관, 상급자와 기타 권한을 가진 사람들은 그 부하가 저지른 범죄에 대한 책임이 있다. 부하에게 성노예 또는 성폭력행위를 저지르도록 명령하거나, 그렇지 않을 경우 그러한 행위가 저질러질 것을 알았거나 알 수 있었음에도 이를 저지하는 조치를 취하지 않은 모든 지휘관 또는 다른 책임 있는 당국자에게는 전쟁범죄, 인도에 반한 범죄, 노예행위, 집단살해 또는 고문을 포함하여

61) ICTFY Statute, art. 7; ITR Statute, art. 6.

그 행위가 구성하는 국제범죄의 실행에 전적인 책임을 물을 수 있다.⁶²⁾ 명령책임의 법원칙은 다른 모든 국제형법의 심각한 위반의 경우와 마찬가지로 강간과 성폭력행위와 관련된다. 예컨대 구 유고슬라비아의 전쟁 당사자들이 저지른 위반행위와 관련하여 이 지역에서의 인도법 위반행위를 조사할 임무를 가진 유엔의 한 전문가 위원회는 다음과 같이 명확하게 결론내렸다.

“‘인종청소’(ethnic cleansing), 성폭행과 강간의 실행이 몇몇 당사자들에 의해 아주 조직적으로 수행되어 정책의 산물이라고 확실하게 여겨질 정도다. 지속적으로 이러한 범죄의 실행을 막지 못하고 일관되게 이 범죄의 가해자를 소추하여 처벌하지 않은 것은 명백히 부작위에 의한 정책의 존재를 증명한다. 이러한 결론의 결과는 명령책임이 성립할 수 있다는 것이다.⁶³⁾

77. 명령체계(command hierarchy)의 형식 또는 조직의 정도는 명령의 전달과 하급자의 감독을 위한 약간의 명령계통이 있는 한 적절한 고려사항이 아니다. 나아가 명령책임이라는 개념은 군사 또는 준군사적 구조에 제한되지 않고 명령할 수 있는 지위에 있었다고 판단된 정치지도자, 정부관리와 민간인당국자 등 많은 사람들에게도 해당된다.

78. 예를 들어 구 유고 국제형사재판소의 검찰청은 보스니아 헤르체고비나에 있는 어느 지방자치단체의 최고위 민간인 관리를 기소하였다. 그는 해당지역의 경찰서장이 성폭행행위를 저지르도록 다른 사람들을 강제하려 했거나 그리 했음을 “알았거나 알 근거가 있었”고, 그러한 행위를 알게 된 경우에도 이를 저지하거나 경찰서장을 처벌하기 위한 “필요하고 합리적인 조치”를 취하지 않았기 때문이다.⁶⁴⁾ 이 민간인 관리에게는 강간행위와 남성 성폭행을 비롯한 다른 형태의 성폭행에 대한 인도에 반한 범죄를 비롯한 경찰서장의 작위 또는 부작위에 대한 책임이 물어졌다.⁶⁵⁾

79. 그러므로 명령책임의 법원칙은 결정을 내리고, 정책을 입안하고, 국제범죄가 자행되고 있는 국가, 지역 또는 현장에 지침을 주는 데 영향을 미칠 수 있는 권한을 가진 모든 고위직 사람에게 전적으로 적용된다. 지휘관, 상급자 또는 다른 당국자들을 “알았거나 알 수 있었을”이라는 기준에 묶어두는 것은 이 수준에서의 책임을 평가하는 데 적합하다. 그리고 성노예 또는 성폭력행위가 광범하거나 널리 알려질 정도로 자행되는 경우 이러한 피고인들은 그러한 행위가 벌어지고 있다는 것과, 국제적으로 금지된 행위라는 것을 알고 있다고 추정할 수 있다. 성폭력행위의 실행에 참여하거나 현장에 있었던 지휘관은 말할 것도 없이 실제 가해자로서 직접 책임 또는

62) Commission of Experts Report (S/1994/674), para. 55.

63) Ibid., para. 313.

64) ICTFY, Miljkovic Indictment, paras. 31, 33, 34.

65) Ibid.

범죄 실행을 방조하고 교사한 책임을 진다.

80. 명령책임에 관한 국제관습법은 제네바협약의 중대한 위반행위조항과 모든 교전자 (belligerents)가 “작위의무가 있는 경우에 이를 행하지 않음으로써 발생하는 제(諸)협약 및 본 의정서의 중대한 위반을 억제하며 기타 모든 위반을 억제하기 위하여 필요한 조치를 취”할 것을 요구하는 제1추가의정서 제86조 1항에도 반영되어 있다. 명령책임의 법리에서 이 의무가 가지는 결정적인 중요성은 성폭력범죄의 경우 강조되는데, 이는 역사적으로 전쟁 당사자들이 이러한 침해를 억제하는 데 실패한 것이 무력충돌의 경우에 성노예와 성폭력행위에 대한 불처벌이 연속적으로 순환하는데 이바지했기 때문이다.

81. 또 다른 범주의 법적 책임은 참혹한 국제범죄의 실행을 선동, 고무 또는 사주한 사람들에게 적용된다. 이 범주의 범죄자에는 인종, 종족, 종교, 성 또는 기타 상투적인 고정관념을 그러한 정형(stereotype)에 속하는 사람에 대해 폭력을 가하도록 계산되거나 불리일으킬 수 있는 방법으로 퍼트리는 선동가와 같이 그러한 범죄의 실행을 가능하게 하는 정치적 또는 사회적 풍토를 만드는 사람들이 포함된다. 예컨대 많은 사람들은 투치족(Tutsi) 여성에 대한 인종적·성적 고정관념을 신문과 라디오에 내보낸 것이 르완다에서의 집단살해와 이 집단살해 과정 중 여성에 대한 조직적인 성폭력의 자행을 부추겼기 때문에 부분적으로 책임이 있다고 비난하였다.⁶⁶⁾ 르완다와 구 유고슬라비아 출신의 강간이나 다른 성폭력 피해자들의 많은 진술 속에서 가해자들이 폭행의 전과정에 걸쳐 피해여성에 대하여 종족과 관련된 성적 견해를 밝혔음이 드러나는 것은 놀랍지 않다.⁶⁷⁾

82. 비록 거의 처벌되지 않았지만 노예행위, 인도에 반한 범죄 또는 집단살해와 같은 국제범죄의 선동에 대한 선동가들의 책임을 평가하는 것은 새로운 시도는 아니다. 집단살해의 선전과 선동(propaganda and incitement)은 뉘른베르크재판소에서 있는 적어도 두 건의 재판에서 문제되었다. 한 사건에서 어느 나치 출판인은 자신이 발행하는 반유태주의 잡지를 통해 유태인에 대한 증오와 말살을 부추긴 혐의로 인도에 반한 범죄로 처벌되었다.⁶⁸⁾ 특정한 의도 또는 주의의무를 다하지 않은(역자: 미필적 고의 또는 인식 있는 과실에 의한) 무시(reckless disregard)에 관한 기준은 이 같은 상황에 적절한 것으로 보인다.

66) Human Rights Watch, *supra* note 7, pp. 15-19; Jamie Frederic Metzl, "Rwandan genocide and the international law of radio jamming", *American Journal of International Law*, vol. 91, pp. 628-634, 650.

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

68) Metzl, *supra* note 66, p. 636 (citing *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, Nürnberg, 1947, p. 548).

83. 또 다른 범주의 개인책임은 관료조직이나 정치과정에서 특정한 행위나 기능을 수행하여 노예행위, 인도에 반한 범죄, 집단살해, 고문과 전쟁범죄가 현실적으로 가능하게 함으로써 국제범죄의 공범이 된 사람들에게 적용된다. 이러한 범죄자들은 종종 민간인이고 흔히 주어진 명령계통 밖에 있다. 이들의 역할과 지위는 아주 세분되어 있을 수 있으며 이들의 실제 비행(非行)에 대한 인식은 불완전할 수 있기 때문에 이들에게 일종의 합리적 조사(reasonable inquiry) 기준을 적용하는 것이 적절하다. 예를 들어 제2차 세계대전 중 프랑스 비시정부의 고위관리였던 모리스 파퐁(Maurice Papon)은 최근 프랑스법원에서 인도에 반한 범죄의 공범으로 유죄판결을 받았다.⁶⁹⁾ 그는 유대인 대학살(the Holocaust)에서의 역할, 특히 강제수용소로 추방된 수천명의 유대인에 관한 사무를 관리한 것으로 10년형과 460만 프랑(미화 748,000달러)의 손해배상을 선고받았다. 공범으로 파퐁이 받은 형벌은 실제 가해자였을 경우처럼 과중하지 않았다. 그러나 그는 적법성이 의심스러운 행위를 주저하지 않고 실행하여 사실상 인도에 반한 죄의 성립에 기여했고 따라서 공범으로 책임을 묻은 것은 옳바르다.

84. 공범의 법리로 개인책임을 묻는 것은 특히 무력충돌중에 성노예와 성폭행과 같은 국제범죄는 종종 실행 수준에서 대개 관료, 공무원과 다른 공직자에 의해 수행되는 잘 짜여진 정책의 결과이므로 결정적으로 중요하다.

V. 전쟁범죄자를 수사하고 소추할 의무

85. 계승 정부를 포함한 국가는 노예행위, 인도에 반한 죄, 집단살해죄, 고문과 특정한 전쟁범죄를 국내법원에서 소추하거나 다른 국가 또는 적법하게 구성된 국제형사재판소의 요청에 따라 피고가 민간인인지 군인인지에 상관없이 재판을 위해 피고를 인도할 의무를 진다. 이 보고서의 앞 장에서 이미 본 바와 같이 이러한 범죄들은 모두 보편적 사법권을 가져오고, 가해자들은 권한 있는 모든 국내 또는 국제법정에서 정당하게 재판받을 수 있다.

86. 이 보고서에 기술된 침해행위가 제네바협약의 중대한 위반행위를 구성하는 한 협약당사국들은 제네바 제4 협약 제146조에 따라 “중대한 위반행위를 범하였거나 또는 범할 것을 명령한 혐의가 있는 자를 수사”하고 “이러한 자를 국적 여하를 불문하고 자국의 법원에 기소”할 추가적인 의무를 진다. 이 의무가 오늘날 적어도 모든 국제무력충돌에 적용되는 국제관습법을 반영하는 한 이 의무는 또한 제네바협약의 당사국이 아닌 국가에도 적용될 수 있다. 범죄인의 체포와 소추는

69) Edith Coron, "Papon verdict condemns a collaborator and an era", *The European*, 6 April 1998.

국제범죄자들을 단죄해야 하는 일반의무의 한 측면이고 다른 측면들은 아래 제6장에서 논할 피해자배상과 다른 형태의 구제수단을 포함한다. 국제범죄자의 처벌의무를 이행함에 의하여 국가는 무력충돌중의 성노예와 성폭력을 뿌리뽑기 위한 중요하고 필요한 조치를 취하게 된다.

87. 국제법상 중대한 범죄의 소추에는 아무런 시효(statute of limitation)가 없다는 것은 잘 확립되었다. 시민, 정치적 권리 침해행위자의 불처벌에 관한 소위원회의 특별보고관 루이스 조아네(Louis Joinet)씨는 소위원회에 제출한 최종보고서에서 “시효(prescription)는 국제법상 중대한 범죄의 경우 효력이 없다. … [그리고] 아무런 효율적인 구제수단이 없는 동안 시효는 모든 침해에 관하여 진행될 수 없다”(E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, para. 31). 이 현대적인 원칙은 뉘른베르크재판소 판례의 자연스러운 연장이고 <전쟁범죄와 인도에 반한 범죄에의 시효 불적용에 관한 협약>(1968년)과 <인도에 반한 죄와 전쟁범죄에의 시효 불적용에 관한 유럽협약>(1974년)과 같은 특정한 전쟁범죄와 인도에 반한 범죄에 대한 시효의 적용을 다루고 금지하는 국제조약에서 재확인된다. 수많은 국내법원은 사실 나치 전범들을 거의 50년 전 제2차 세계대전 기간 동안 자행한 국제범죄 혐의로, 시효에 근거한 그들의 항변주장에도 불구하고, 계속하여 유죄판결을 내리고 있다.⁷⁰⁾ 아래에서 논의하는 것과 같이, 비슷한 이유에서 중대한 침해행위로 인한 배상청구에 있어서 시효의 적용은 금지된다.

VI. 효율적 구제에 대한 권리와 배상의무

88. 인권법과 인도법의 중대한 침해의 피해자들이 갖는 배상문제에 관한 소위원회의 특별보고관 테오 반 보벤(Theo van Boven) 씨는 자신이 작성한 개정 기본원칙과 지침에서 국제법의 중대한 침해의 모든 피해자는 “불법행위의 결과를 제거하거나 바로잡고 침해행위를 방지하고 억제하여 정의를 실현하게 할” 정당하고 적절한(fair and adequate) 배상을 받을 권리를 가진다고 지적하였다(E/CN.4/Sub.2/1996/17, para. 7). 국제법에 정의된 대로 이 보고서 전체에 걸쳐 사용될 배상(reparations)은 국제법을 위반한 국가가 취할 것이 기대되는, 피해자에 대한 금전배상금의 지급, 불법행위자의 처벌, 사과 또는 속죄, 재발하지 않을 것의 보장과 침해의 중요성에 비례한 다른 형태의 배상(satisfaction)을 비롯한 모든 조치를 말한다.⁷¹⁾

70) 예컨대 프랑스 법원은 1987년에 나치 전범 클라우스 바비(Klaus Barbie)의 인도에 반한 죄에 대한 유죄를 확정하였다. *International Law Review*, vol. 78, 1988.

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

89. 효율적인 구제를 받을 권리는 무력충돌 동안의 성노예, 강간과 다른 성폭력행위에 대한 불처벌과 책임지지 않는 것을 극복하기 위해 명백히 필수적이고, 이러한 만행의 피해자의 권리는 옹호되고 보상되어야 한다. 권리침해에 대한 보상을 위한 아무런 법정이나 절차를 제공하지 않는 것은 보상권 행사에 있어서 여성에 대한 차별이 그러한 것처럼 명백하게 국제규범과 의무의 또 다른 위반을 구성한다. 예컨대 관습법을 포함한 국내법이 남자 친척만이 권리가 침해된 여성 피해자를 대신하여 청구권을 가지고 배상받는다고 규정하는 것은 국제법원칙에 어긋난다. 여성은 남성과 평등하게 법적으로 스스로 청구하고 배상받을 권리를 가져야 한다.

90. 같은 맥락에서 반 보벤 씨는 아무런 효율적 구제수단도 존재하지 않았던 기간 동안에는 배상청구의 심리상 시효가 진행되지 않는다고 결론 내린다(E/CN.4/Sub.2/1996/17, para. 9). 반 보벤 씨는 또한 현행 국제법상 인권법과 인도법의 중대한 침해에 대한 배상에 관한 민사청구는 어떤 경우에도 시효의 적용을 받지 않는다고 지적하였다(ibid.). 인권법과 인도법의 중대한 침해행위의 소추와 배상에 있어 시효규정이 적용되지 않는다는 국제적으로 확립된 원칙은 성노예를 비롯한 중대한 침해를 받은 여성들이 종종 제때에 나서는 데에 특히 엄청난 사회적, 법적 장애에 부딪힌다는 것을 고려할 때 그 중요성이 드러난다. 이러한 장애는 정부 또는 교전단체들이 침해행위의 진상 혹은 규모를 은폐할 때 특히 더욱 심해진다.

VII. 국내 차원의 소추

A. 국내소추의 중요성

91. 불처벌문제를 다루는 데에 있어서 피해자와 피고인들 모두의 권리를 보호하는 적절한 절차가 마련된 곳이라면 국내법원에서 인권법과 인도법 위반을 국내적으로 소추하는 것이 국제법원에서 소추하는 것보다 대개의 경우 더 낫다. 1973년에 총회는 “전쟁범죄와 인도에 반한 죄를 범한 사람의 구금, 체포, 인도(引渡)와 처벌시 국제협력 원칙”이라는 제목의 결의 제3074(XXVIII)호를 채택하고 특히 “모든 국가는 자국민을 전쟁범죄 또는 인도에 반한 죄로 재판할 권리를 가진다”고 하였다. 이 원칙은 성폭력 사건에도 적용되지만 성적 성질의 폭력범죄는 국내소추가 침해행위에 적절히 대응하도록 보장하기 위하여 특정한 절차적 및 증거법적 보호수단을 요구한다는 것을 국제공동체가 승인해야 한다.

92. 무력충돌중의 성노예와 성폭력행위를 국내법원에서가 아닌 국제법원에서 소추할 것인지를 결정할 때 몇 가지 뚜렷하게 중복되는 사항들이 고려되어야 한다. 일반적으로 범죄가 자행된 곳에 대한 관할권을 가지는 국내법원에서 무력충돌 동안의 성노예와 성폭력 행위에 대하여 소추하는 것은, 젠더를 잘 인식하면서 수행되면 종종 무슨 일이 벌어졌는가에 대한 진실을 알 피해자의 기본적 권리를 훨씬 더 충족시킬 수 있고, 따라서 대부분의 경우 국제소추 대신 선호되어야 한다(E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, para. 16). 그럼에도 불구하고 가능한 경우에는 언제나 이 사건들은 국내법원에서 국내범죄라기보다는 국제범죄로 다루어져야 하고, 국제범죄의 구성요건을 입증할 수 없는 경우에는 대안적으로 국내법상의 범죄로 공소를 제기해야 한다.

93. 어떤 경우에는 침해행위의 잔혹성 또는 엄청난 규모 때문에 국제법정에서의 공소만이 그 범죄가 세계사회에 가한 상처를 적절하게 반영할 수 있다. 이 점은 성노예제와 성폭력행위를 비롯하여 강행규범을 위반하여 범죄를 대규모로 저질렀거나 명령한 혐의로 기소된 고위 정치지도자나 군지휘관에 대한 재판절차의 경우 특히 그러하다. 어느 법정에서나 정당하게 재판될 수 있는 보편적인 관심사로서 국제관습법상 강제규범의 대규모 형사위반행위는 적절하게 전체로서의 국제사회의 초점이 되며, 이러한 가장 극단적인 사건의 경우 국제형사재판으로 다루어질 수 있다.

94. 성노예나 성폭력이 있었다고 주장된 사건의 경우 해당국가에서 소추하는 것이 성폭력 피해자들에게 종종 부적절하게 따라붙는 낙인을 얼마간 제거하여 이들이 전쟁 전 공동체로 돌아가도록 돕고 장래의 침해행위를 방지하는 데 더 효과적일 수 있다. 그러나 문화적으로 유지되어온 성에 대한 고정관념으로 한층 더한 낙인이 찍히지 않을까 두려워하거나 보복의 두려움 때문에 그러한 침해행위에서 살아남은 사람들 모두가 제 발로 나설 의지나 능력이 있을지는 자명하지 않다. 따라서 충돌이 끝난 뒤의 재판을 지역법원에서 할 것인가는 피해자와 피고 모두가 가지는 독립적이고 공명정대한 법원에서 재판을 받을 권리를 보장할 수 있는 능력에 비추어 판단되어야 한다.

B. 국내법과 절차에 공통된 결합

95. 국제범죄를 재판하기 위한 국내사법체제의 능력(competence)을 평가하는 데 결정적인 사항은 문제된 국내법체제가 여성이 남성과 평등한 바탕에서 법원에서 법적 청구를 제출하고 주장할 수 있는 권리를 일반적 관심사로 적절하게 보호하는 정도이다. 국내소추에서 무력충돌 동안 자행된 성노예와 성폭력 범죄는 일반적으로 국내범죄가 아닌 국제범죄로 재판해야 한다. 따라서 증거의 허용 여부에 관한 문제 등을 포함하여 국제소송규칙도 적용되어야 한다. 그럼에도 형사소송 또는 증거에

관한 몇몇 국내규칙들이 여전히 적용되는 한 국내법 또는 절차에 존재하는 성에 근거한 고정관념이나 편견은 국내법원이 여성에 대한 인권법과 인도법 위반행위를 재판할 수 있는 능력을 평가할 때 고려되어야 한다. 예를 들면 어떤 법체제에서는 강간범죄는 사람에 대한 폭력범죄로 적절히 정의되지 않는다. 다른 법체제에서는 증거규칙들이 법원에서 여성의 증언에 부여하는 법적 비중을 낮추어 여성에게 자행된 범죄의 적절한 소추를 필연적으로 저해하는 법적 장애가 된다. 또한 어느 법체제가 취하는 강간과 성노예를 포함하는 성폭력 범죄에 대한 일반적 접근방법은 무력충돌 동안 저질러진 강간과 성노예행위에 대한 국제소추가 아닌 국내소추의 전반적인 유용성을 평가하는데 추가적으로 고려하여야 할 똑같이 중요한 요소가 될 수 있다. 예컨대 어떤 법체제는 가해자가 자행한 범죄의 폭력성보다 강간에서 살아남은 사람의 부도덕한 지위를 강조한다.

96. 국내법체제를 개관하면 전세계에 걸쳐 성에 기초한 차별이 형사법과 사법체제에 법제화된 다음과 같은 사례를 볼 수 있다: 성적이지 않은 폭행은 피해자 개인에 대한 범죄로 정의되에도, 강간과 다른 유형의 성폭행은 피해자 개인에 대한 것이 아니라 공동체에 대한 범죄로 정의된 경우; 남성 또한 성폭력의 피해자가 될 수 있음에도, 강간이 남자에 의해 (배우자가 아닌) 여자에 대해 저질러지는 행위로 정의되는 경우; 검찰에 의한 소추를 개시하기 위하여 여성이 직접 고소하도록 요구하는 소송법; 여성이 제출한 증거에 낮은 증거력을 주는 증거관련법; 강간과 성폭력사건의 경우 여성에게 남자로부터의 보강증거를 요구하는 증거관련법; 강간당했음을 입증하지 못한 경우 결혼한 여성은 간통죄로 기소될 수 있다고 규정하는 실체법; 강간으로 유죄가 인정된 남자가 피해자와 결혼하면 처벌을 면할 수 있도록 허용하는 성폭력에 대한 형벌규정; 여성이 판사 또는 사실확인자(fact-finder)가 되는 것을 금지하는 법규; 낙태, 피임 또는 출산정보에 대한 여성의 접근을 제약하는 법규; 적절하면서도 여성에게 특수한 증인보호프로그램이 없는 경우 - 이 경우 성폭력의 생존자들은 보복공격을 받기 쉽고 이들에 대한 보호 여부는 (종종 생존자들을 “수치스러운 여자”(dishonoured women)로 여기는) 남자친척의 마음에 달려 있다.

97. 성에 대한 편견과 차별은 세계적으로 많은 가족법과 인적 지위에 관한 법에서도 나타난다. 예를 들어 어떤 국내법체제에서는 여성은 남성 친척들의 법적 후견을 받으며 노동이나 서비스계약을 체결하고 재산을 보유, 처분하거나 침해에 대한 손해배상을 직접 청구하고 받을 법적 능력이 부정된다. 인도법이 “가족의 명예”라는 개념을 강조한 것은 오늘날 이러한 여성의 법앞에서의 개인적인 권리능력(또는 인성(人性); personhood)을 부정하게 된 역사적인 고리가 된다.

98. 국내법과 절차의 이러한 결함에 비추어 이 보고서는 범죄에 대한 재판권을

가지는 국가가 수사 또는 소추를 수행할 의지나 능력이 없는 경우 또는 국내법이나 절차가 피해자의 재판을 할 권리와 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하지 않거나 효과적으로 보장하지 않는 경우에는 언제나 국제형사재판소의 관할권에 들어가는 범죄의 국제소추를 요구하는 국제형사재판소의 규정 초안(A/CONF.183/2/Add.1)을 넓게 해석할 것을 요청한다.

99. 국내사법체제가 가지는 성노예나 성폭력을 비롯한 국제범죄를 재판하는 일반적 능력을 평가하는 데 중요한 고려요소는 사형이 적용될 가능성이다. 국제공동체가 사형과 다른 야만적인 형벌의 점진적인 철폐를 약속하였으므로 사형의 적용 가능성이 포기되지 않는 한 국제범죄의 소추가 사형을 선고할 수 있는 나라에서 이루어지도록 하는 것은 국제법원칙과 인간의 생명과 존엄성에 대한 존중을 신장할 목표에 반하는 것으로 보인다.

100. 국내재판에 관한 이렇게 다양하고 서로 관련된 관심사에도 불구하고 대부분의 성노예나 성폭력범죄에 대한 국내소추는 국제소추보다 이러한 범죄의 수사과 장래의 침해행위를 방지하는 데 더 효율적인 수단으로 일반적으로 선호되고 있다. 국제공동체가 이제 임박한 상설국제형사재판소의 설립에 커다란 기대를 가지고 있지만 국제재판절차는 국제형사재판소에서조차 매년 저질러지는 침해행위 가운데 아주 작은 부분만을 다룰 수 있을 것이므로 국내적인 차원에서 국내법원이 무력충돌 중에 자행된 국제범죄를 효과적으로 소추를 계속하는 것은 여전히 필요하다.

VIII. 권고

101. 무력충돌시의 성폭력과 성노예행위에 현재 존재하는 불처벌의 악순환을 종식시키는 데에는 국제공동체, 국제연합, 정부와 비정부 행위자의 일치된 행동과 정치적 의지가 필요하다. 현행 법적 틀의 효율성과 이용 가능성을 개발하는 것은 그러한 모든 행동의 중요 구성부분이다. 적어도 다음과 같은 실천조치가 즉각 시행되어야 한다.

102. **국가 차원의 법률 제정.** 국가는 국제형사법을 자신의 국내법체제에 편입하는 특별법을 제정하여야 한다. 국제형사법의 국내법제화는 특정적으로 노예행위와 강간과 같은 성폭력행위를 제네바협약의 중대한 위반행위, 전쟁범죄, 고문, 인도에 반한 죄와 집단살해를 구성하는 행위로서 범죄로 만들어야 한다. 제복을 입은 군대에 적용되는 군사법규, 행동준칙과 훈련교재는 무력충돌 중의 성폭력과 성노예의 금지를 명시적으로 규정하여야 한다. 국가는 제네바 제4협약 제146조에 따라 제네바협약의 중대한 위반행위를 저지른 모든 사람을 수사하고 처벌해야 한다. 국가는 예컨대

벨기에와 캐나다의 사례를 본받아, 국가와 국가권력에 복종하지 않은 무장단체를 포함한 국가가 아닌 행위자에 의해 자행된 강행규범 위반과 성노예와 성폭력과 같은 다른 국제범죄에 대한 보편적 사법권을 규정하는 법률을 제정해야 한다. 소위원회는 다른 적절한 유엔기구와 협의하여, 인도법을 국내법체제에 편입하기 위해 취해진 조치와, 그 나라의 영토 또는 관할권 안에 있고 다른 나라에서 제네바협약의 중대한 위반행위, 인도에 반한 죄, 노예행위, 집단살해 또는 고문을 저지른 혐의를 가진 사람을 소추할 수 있는 관할권이 국내법상 부여되는 정도에 관하여, 사무총장이 공개보고를 하도록 촉진하여야 한다. 소위원회는 이 보고서의 저자가, 다양한 법체제의 검찰총장·법무부·검사, 구 유고 국제형사재판소와 르완다 국제형사재판소의 검찰청, 유엔 인권고등판무관청(the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights)의 대표들과 범죄방지와 형사사법위원회(Commission on Crime Prevention and Criminal Justice)나 여성에 대한 폭력에 관한 위원회의 특별보고관과 같은 다른 관련 유엔 프로그램·기구·전문가, 기타 관련 국제·정부·비정부 기구로 구성된 전문가회의를 열어 성폭력에 대한 국제범죄를 국내 차원의 재판에서 효율적으로 소추하기 위한 지침을 작성하고 배포하는 것을 촉진할 것을 부탁할 수 있다.

103. 국내법과 절차에서 성편견의 제거. 국가는 자신의 법체제가 모든 수준에서 국제적으로 받아들여지는 규범과 일치하고 국제범죄를 재판하고 성편견이 없이 사법행정을 할 것을 보장하여야 한다. 국내법원, 공식법률, 관습법과 관행은 실체법규정이나 증거 혹은 절차문제에 있어서 여성에 대하여 차별해서는 안 된다. 국가는 여성과 남성에게 평등하게 재판할 권리를 촉진하고, 법체계의 모든 수준과 분야에서 - 관련되는 경우 군사 또는 종교법원을 포함하여 - 국제법 위반행위에 대하여 범죄자의 처벌과 피해자에 대한 배상을 포함한 효율적 구제수단과 다양한 보상을 할 수 있도록 보장하기 위하여 국내법과 관행을 다시 검토하고 개정하여야 한다. 유엔의 여러 기구와 기관, 중요하게는 여성에 대한 폭력에 관한 특별보고관에 의해 시작된 노력을 증대하기 위하여 베이징 행동강령에서 재확인된 바와 같이 소위원회는 유엔의 다른 관련기구와 프로그램과 함께 성폭력을 비롯한 여성에 대한 폭력을 소추하는 데에 있어서 국내법체제의 모든 수준에서 발견되는 실체, 증거와 절차적 장애물에 관한 정보와 국제인권기준에 따라 이러한 장애를 제거하기 위해 취해진 조치를 부각시키는 출판물의 정기적인 발간을 촉진하여야 한다.

104. 피해자와 증인의 적절한 보호. 성폭력 요소를 가진 범죄를 비롯한 국제범죄를 국제 또는 국내차원에서 소추함에 있어서 재판의 모든 단계와 그 종료 후에도 피해자와 증인을 협박, 보복과 앙갚음(reprisals)으로부터 보호하는 것이 중요하다. 기소된 범죄가 성폭력이 있었다고 주장된 국제범죄이고 가해자가 아직 붙잡히지 않았을 경우 특히 그러하다. 이러한 보호에는 증인을 다른 곳에 정착시키는

프로그램(relocation programmes)이나 증인 신원의 비밀이 요구된다. 국가·국제 차원의 기소와 (재판 종료 후 필요한 기간 동안을 비롯한) 소송의 모든 단계에서 증인보호프로그램과 여성 통역자를 포함한 피해자와 증인을 위한 지원업무를 위한 적절한 자원, 조직과 인원이 확보되어야 한다.

105. **피해자를 위한 적절한 지원업무.** 사건이 수사되고 소추될 것에 덧붙여 성폭력의 피해자들은 심리·사회 상담, 법률구조, 응급진료와 원치 않는 임신, 성병과 상해를 포함한 성폭력의 파괴적 효과에 대응하는 산부인과 보건치료와 같은 적절한 지원서비스를 제공받아야 한다. 강간이 인도법의 많은 규정에서 여전히 명예의 침해로 관념되는 한 강간은 모든 사람의 본래적인 명예와 존엄성을 짓밟는 것으로 보아야 한다. 강간을 “여성의 명예”라는 성편견이 있는 개념과 연결시키는 것은 상해의 성격을 간과하거나 수치심을 생존자에게 떠넘기는 것을 무심코 받아들여 적절한 법적 구제와 배상의 기회를 줄이고 그렇지 않을 경우에도 신체적, 심리적 회복의 모든 측면을 복잡하게 할 위험을 내재하고 있다. 성폭력의 생존자들은 종종 사회에서 매장되고 가족과 공동체로부터 차별을 받는다. 그 구성원들은 피해자들을 “더럽혀지”거나 어떤 점에서 그들을 “수치스럽게 한” 것으로 여겨 사회재통합(reintegration)을 어렵게 한다. 이러한 성폭력 생존자에 관한 파괴적 태도는 여자, 남자에 관한 저열한 고정관념을 없애야 하는 국제의무에 따라 당국이 지역 여성단체와 함께 벌이는 캠페인을 통해 능동적으로 제거되어야 한다. 국가는 무력충돌중의 성폭력(sexual or gender violence)을 통한 박해의 두려움에 근거하여 난민의 지위나 망명을 신청한 사람들을 난민으로 인정하는 권한을 확보하고, 그러한 청구를 돕기 위해 훈련받은 통역이나 법률전문가를 제공할 수 있도록 망명과 난민 결정절차를 재검토하고 필요한 경우 개정하여야 한다.

106. **제안된 상설국제형사재판소.** 유엔인권고등판무관은 국제형사재판소규정을 시행할 책임을 맡은 여러 기관을 대표하는 사람들과 인권위원회, 소위원회, 구유고 국제형사재판소과 르완다 국제형사재판소의 검찰청의 관련 전문가 사이에 계속되는 논의를 촉진해야 한다. 이 논의를 더 진전시키기 위해 고등판무관은 원칙들을 발전시킬 모임을 만들고 국제형사재판소의 수사와 소추가 젠더관점(gender perspective)을 그 내용과 직원채용에 완전히 통합시킬 필요를 적절히 고려하면서 진행될 것을 확보하는데 필요한 자원이 무엇인지 제시하여야 한다. 구체적인 전략으로는 효과적인 문서작성 기술과 지역 비정부기구와 여성단체와의 공동작업을 비롯한 성폭력 소추에 관한 지침뿐만 아니라 모든 직급에서 직원에 대한 젠더문제에 관한 교육(gender training)이 포함된다.

107. **궁극적인 소추를 위한 기록 작성(documentation).** 현지조사단과 다른 부서를 통해 일하는 유엔 인권고등판무관실은 충돌상황에서의 성폭력에 관하여 기록하고

문서화를 촉진하는데 주도권을 잡아야 한다. 이를 위하여는 유엔 직원을 특정적으로 훈련하고 고등판무관 자신이 그러한 기록노력에 우선권을 부여하는 약속이 필요하다. 고등판무관실이 책임을 맡거나 조정하는 모든 감시단에 여성통역자를 확보하기 위한 조치가 취해져야 하고 진실을 밝히기 위해 나선 증인과 피해자의 신원을 보호할 장치가 시행되어야 한다. 이러한 기록 작성의 모든 노력은 범죄자의 가능한 소추를 목적으로 하여 벌여야 하고 국제법정에서 그러한 소추가 이루어지도록 촉진할 수 있는 장치를 모색해야 한다. 무력충돌 동안 자행된 성폭력을 기록하는 데에는 국제·국내 차원에서 수사관, 정부기구와 비정부단체, 인도적 구호단체, 건강진료 제공자, 언론인들이 자신들이 당한 일들을 다시 말하는 과정에서 겪게 될 피해자와 증인의 트라우마를 줄이도록 협력해야 한다. 성폭력의 기록과 수사방법은 지역 여성단체, 인권단체, 건강진료 제공자와 같은 대안적이고 믿을 만한 출처로부터 정보를 모으는 것을 포함한다.

108. 적대행위 종료시의 행동. 적대행위가 끝났을 때 관련 당사자들이 평화조약에 당사국으로 하여금 국제인권조약과 원칙들을 비준하고 준수할 의무를 지우는 “인권에 관한 장(章)”을 포함시키는 것이 점차 관행이 되고 있다. 무력충돌 동안 저질러진 국제범죄의 범인의 처벌과 피해자 배상은 일반적으로 평화협상이나 협정에서 고려되지 않는다. 사실 제네바협약의 중대한 위반행위나 다른 전쟁범죄, 인도에 반한 죄, 노예행위, 집단살해와 고문과 같은 범죄를 저지는 사람들은 종종 사면된다. 무력충돌, 기타 적대행위나 국가권력의 이전을 낳는 상황이 끝난 후에 국가는 명시적으로 평화조약에 불처벌의 순환을 끊고 무력충돌 과정에 저지른 성노예와 강간과 같은 성폭력행위의 효율적인 수사과 구제를 보장하도록 짜여진 규정을 담아야 한다. 덧붙여 적절한 배상과 소추를 위한 행정적 절차(schemes)가 평화협정의 실체규정에 마련되지 않은 경우, 평화조약은 배상청구권과 다른 형식의 법적 구제에 관한 인권침해 피해자의 권리를 소멸시키려고 해서는 안 된다. UN을 비롯한 국제공동체는 적대행위의 종료 후에 효율적이고 접근 가능하며 비차별적인 국내법체제를 다시 세우는 것을 최대한 지원하여야 하며 충돌 중에 자행된 국제범죄, 특히 성폭력 관련 범죄의 적절한 소추를 보장해야 한다.

109. 효율적면서 젠더를 고려한(gender-sensitive) 대응의 필요. 국제인권법과 인도법이 대개 남녀 구별 없이 성폭력의 모든 범죄자에게 적용될 수 있지만, 이러한 범죄의 성격과 결과는 젠더와 특수하게 관련되어 있기 때문에 예방, 수사, 소추, 배상과 무력충돌에 참가하는 사람의 훈련과 같은 모든 법적, 초법적(extralegal)인 대응 속에 그러한 특수성이 녹아들어가야 한다. 이러한 젠더의 통합은 어떠한 성폭력이라도 반드시 처벌된다는 것을 보장한다. 여성들이 종종 성폭력의 커다란 위협에 직면한다는 것은 명백하다. 이 위협은 - 비록 정도 차이가 있기는 하지만 - 모든 법체제와 사회 전반에서 발견되는 성차별에 의해 더욱 악화된다. 이러한 차별은

여성이라는 사실이 종족, 인종 또는 종교적 소수민의 지위와 결부될 경우 특히 일어나기 쉽다. 동시에 무력충돌의 맥락에서는 성폭력 피해자가 성적이지 않은 성격의 폭력으로도 고통당할 개연성이 높다는 사실을 간과하지 않는 것이 결정적으로 중요하다. 강간당한 여성을 예컨대 단지 “강간 피해자”로 성격지위서는 안 된다; 이렇게 하면 이들이 견뎌야 했던 침해행위들의 전체성이 무시되기 때문이다. 젠더에 대한 이해를 조직적인 강간과 성노예에 대처하는 법적 틀 속에 집어넣음으로써 충돌의 모든 당사자의 의무와 법적 책임의 전 범위를 주의깊게 규정할 수 있고 적절한 방지, 수사와 피해자 배상을 포함한 민·형사 구제를 확보할 수 있는 구체적인 조치들의 윤곽을 잡을 수 있다.

IX. 맺는 말

110. 마첼 여사가 최종보고서에서 지적한 것처럼 “살인과 고문과 같은 유린행위는 오래 전부터 전쟁범죄로 비난받아왔으나, 강간은 불행하지만 피할 수 없는 전쟁의 부산물로 경시되어왔다”(A/51/306, para. 91). 그러나 무력충돌 중에 자행된 성폭력을 국제범죄로 소추하는 것에 관한 새로운 태도가 발전되고 있다. 국제사회는 피해자와 가해자 모두에게 정의가 실현되는 것을 보장함으로써 이러한 범죄에 대한 불처벌의 순환을 끊기 위한 노력을 증대시켰다. 구유고 국제형사재판소, 르완다 국제형사재판소 및 상설국제형사재판소(의 설립과 작업)을 정의를 위한 이러한 캠페인의 진일보로 환영하고 이 재판소들이 이 점에서 가능한 최상의 관행을 집행하도록 노력할 것을 바란다.

111. 무력충돌 동안 자행된 성폭력범죄의 소추에 있어서 현재 존재하는 인도법, 인권법과 형사법의 국제법적 틀은 언제나 충분히 명시적인 것은 아니지만, 성폭력과 성노예를 명백히 금지하고 범죄로 규정하며 대부분의 경우 보편적인 관할권을 제공한다. 국제법은 특히 무력충돌 상황 동안의 여성의 경험과 그들이 받은 해악의 진정한 성격을 더 잘 반영해야 하고, 일관되고 젠더문제에 잘 대응하는(gender-responsive) 관행을 통하여 앞으로 법적 틀을 더욱 발전시키는 것을 중요한 목표로 한다. 그럼에도 불구하고 무력충돌 동안 성노예와 성폭력의 효과적인 소추와 구제에 대한 가장 큰 걸림돌은 정치적 의지의 부재이다.

112. 성폭력에 노예행위, 인도에 반한 죄, 집단살해, 고문이나 전쟁범죄와 같은 국제범죄를 구성하기 위해 입증되어야 하는 필요한 요건이 존재하면 그러한 범죄로 고소되고 소추되고 보상되어야 한다. 현재 국내무력충돌이나 폭력사태를 겪고 있는 국가를 포함하여 (1) 성폭력과 성노예를 밝혀내어 기록하고, (2) 그러한 유린행위를 저지른 사람의 처벌을 확보하도록 법적 틀을 적용하고, (3) 그러한 유린행위의

피해자가 적절한 경우 배상을 비롯한 형사법 및 민사법상 완전한 구제를 받도록 하기 위한 구체적인 조치를 곧바로 취하여야 한다. 성노예와 같은 노예행위의 국제범죄는, 그 금지가 진정한 보편적 사법권을 낳는 강행규범이라는 점을 감안하면 무력충돌 중 여성에게 자행된 잔학한 폭력행위에 대응하기 위하여 특히 중요하고 쓸모있는 근거이다.

113. 노예행위, 인도에 반한 죄, 집단살해, 고문과 전쟁범죄의 가해자는 국가행위자이건 아니건 사건의 정황과 법정이 그 사건을 공정하게 재판하고 적절하게 정의를 실현할 수 있는 능력과 이용 가능성에 따라 국제 또는 국내 차원에서 그 범죄에 대한 책임을 져야 한다. 주어진 명령계통 안에 있는 모든 당국자에게 적용되는 명령책임에 대한 국제법적 기준을 엄격하게 적용하면 충돌상황에서 미래의 성폭력을 막을 수 있고 보호, 집행, 억제의 목적달성에 이바지할 수 있다. 많은 경우에 인도에 반한 죄, 또는 집단살해와 같은 범죄, 또는 소녀와 여성에 대한 성폭력과 노예화를 방지하는 조치를 취하지 않은 것을 이유로 국제적 차원에서 지휘관을 소추하는 데에 자원을 집중하는 한편, 구체적인 범죄를 실행에 옮긴 사람들을 적절한 국제범죄로서 국내재판으로 소추하는 것이 더 효과적일 수 있다. 덧붙여 국제범죄의 실행을 선동, 청부하거나 공범행위를 통해 실행에 기여한 사람들 역시 사건에 따라 그들의 작위나 부작위에 대한 책임을 진다.

114. 우리 모두에게 창피스럽게도 전술로 쓰여진 강간과 다른 유형의 성폭력을 비롯한 남성과 여성의 생명과 자유에 대한 대규모 침해가 보도되었음에도 불구하고 국제사회가 구 유고슬라비아와 르완다의 상황에 개입하는 데 시간이 너무 오래 걸렸다. 광범위하고 빈번하며 구제되지 않은 강간과 다른 유형의 성폭력행위는 이제 막 일어나는 충돌의 중요한 지표이고 이런 경고는 대량학살과 강제추방의 보도와 똑같이 심각하게 받아들여져야 한다. 국제공동체는 이러한 무력충돌 상황의 조기경고에 빨리 대처해야 하고 인도적, 외교적, 예방적 간섭은 이러한 성 또는 젠더에 기반한 폭력을 다루기 위한 노력을 포함해야 한다.

115. 무력충돌은 어디에서나 매일 벌어지는 여성에 대한 차별과 폭력을 더 심하게 한다. 폭력의 악순환을 끝내기 위해 사회의 경제·사회·정치·문화 생활에 참여할 여성의 평등권이 보호받고 촉진되어야 한다. 여성의 완전한 평등과 참여가 없이는 무력충돌중의 조직적 강간이나 성노예를 방지하기 위해서나 전쟁에서 회복하여 사회를 다시 건설하기 위해서 취하는 어떠한 조치도 결코 성공할 수 없을 것이다.

맥두걸 보고서 부록
제2차세계대전 동안 설치된 '위안소'에 대한 일본정부의 법적 책임 분석

목차

머리말

I. 일본정부의 입장

II. 강간수용소의 성격과 범위

III. 당시 국제관습법의 실체규범

A. 노예제와 노예무역

B. 전쟁범죄로서의 강간

C. 인도에 반한 범죄

IV. 실체법의 적용

V. 일본정부의 반론

A. 법의 소급적용

B. 노예의 금지

C. 강간과 강제매춘

D. 조선의 지위

VI. 구제

A. 개인의 형사책임

B. 국가책임과 손해배상을 지급할 책임

1. 개별적인 손해배상

2. 민사손해배상소송

3. 청구권해결에 관한 협정

C. 권고

1. 형사소추를 확보하기 위한 장치의 필요

2. 법적 배상을 제공하기 위한 장치의 필요

3. 손해배상의 적절함

4. 보고의무

VII. 맺는 말

머리말

1. 1932년부터 제2차 세계대전이 끝날 때까지 일본정부와 일본제국군대는 20만명이 넘는 여성들을 아시아 전역에 흩어져 있는 강간수용소(rape centres)에서 강제로 성노예상태에 빠트렸다. 이 강간수용소를 불쾌할 정도로 완곡한 말인 "위안소"(comfort stations)로 흔히 불렀다. 이 "위안부"(comfort women)¹⁾의 대다수는 조선에서 왔지만 중국, 인도네시아, 필리핀과 일본의 지배를 받은 다른 아시아 국가에서도 많이 끌려왔다. 지난 10여 년 동안 이러한 잔학행위로부터 살아남은 보다 많은 수의 여성들이 이러한 범죄에 대한 구제를 요구하고 나섰다. 이 부록은 일본 관헌이 제2차 세계대전 동안 강간수용소를 세우고, 감독·유지하는데 관여한 것에 대해 일본정부가 자체 조사를 통해 확립된 사실에 전적으로 의존한다. 이렇게 일본정부가 시인한 사실들에 바탕하여 이 부록은 제2차 세계대전 동안 "위안소"에서의 여성의 노예화와 강간에 대한 일본정부의 현재 법적 책임을 규명하고자 한다. 책임에 대한 근거가 수없이 존재하겠지만 이 보고서는 특히 가장 잔혹한 국제범죄인 노예범죄, 인도에 반한 죄와 전쟁범죄에 대한 책임에 초점을 맞춘다. 이 부록은 또한 국제형사법상의 법적 틀을 살펴보고 생존자가 제기할 수 있는 손해배상청구를 검토한다.

I. 일본정부의 입장

2. 일본정부는 일본군이 제2차 세계대전 동안 강간수용소를 설립하고 감독하는 데 직접 관여한 정도를 다년간 부정하다가 마침내 일본 '내각 외정(外政)심의실'에 의한 1993년 8월 4일자 "종군위안부문제"에 관한 조사결과 및 같은 날짜의 내각 관방(官房)장관 담화(E/CN.4/1996/137, annex I)에서 "위안소" 설치에 있어서 정부가 관여한 바를 인정하였다. 이 조사는 전시(戰時) 공문서와 군인과 예전에 "위안부"였던 사람들과의 면담을 검토한 것을 담았다. 이 부록에서 논의되는 것과 같이 1993년의 조사는 "위안부"의 개인적 및 성적 자율성을 빼앗고 여성의 보건을 이들이 마치 가재도구나 되는 것처럼 통제해온 것을 강조한다.

3. 일본정부는 최근 "위안부 문제"에 대하여 여러 차례 공식 사죄를 하였다. 가장 주목할 만한 것은 1995년 7월 제2차 세계대전 종전 50주년을 기념하여 일본의 무라야마 도미이치(村山富市) 총리가 "전쟁의 상처가 아직 깊고", "이른바

1) 이 말은 뚜렷하게 모욕적인 뜻을 가지며 오로지 역사적 맥락에서만 이 구체적인 만행에 붙여진 말이다. 이 범죄를 가리키는데 불행히도 이와 같이 완곡한 말을 쓰게 된 것은 많은 점에서 국제사회 전체와 특히 일본정부가 침해행위의 본질을 최소화하려고 애쓴 정도를 보여준다.

'중군위안부' 문제는 당시 일본군의 관여로 많은 여성의 명예와 존엄에 입힌 깊은 상처의 하나이다. 이는 도저히 변명할 여지가 없다. 나는 중군위안부로서 결코 아물 수 없는 정신적 육체적 상처로 고통받는 모든 이에게 깊은 사과를 드린다"라고 한 것이다.²⁾

4. 이러한 사과와 인정에도 불구하고 일본정부는 계속해서 위안소의 "설치와 운영"에 대한 일본군의 행위에 대한 법적 책임을 부인하고 있다(E/CN.4/1996/137 참조). 특히 여성폭력 문제(인권)위원회의 특별보고관 쿠마라스와미(Radhica Coomaraswamy)씨의 보고서(E/CN.4/1996/53/Add.1)에 응답하면서 일본정부는 실체법상의 여러 근거에서 법적 책임을 강력하게 부정하였다. 가장 중요한 근거는 다음과 같다: (a) 국제형사법의 최근의 발전 또는 진보는 소급해서 적용될 수 없고, (b) 노예범죄는 "위안소"를 통해 세워진 제도를 정확하게 기술하지 않으며 노예제의 금지는 어쨌든 제2차 세계대전 당시 적용 가능했던 국제법상 관습규범으로 확립되지 않았고, (c) 무력충돌중의 강간행위는 1907년의 제4 헤이그협약에 부속된 규칙이나 제2차 세계대전 당시에 효력을 가진 적용 가능한 국제관습법규범에 의해서도 금지되지 않았으며, (d) 전쟁법은 어쨌거나 일본군이 교전국의 국민에 대하여 저지른 행동에만 적용되고 따라서 일본군의 일본인 또는 조선사람에 대한 행위는 다루어지지 않는데 이는 조선이 제2차 세계대전 동안 일본에 병합되었기 때문이다(ibid.).

5. "위안소"에 대한 일본군부의 직접적인 관여에 관한 일본정부의 사과가 있는 다음 일본정부는 1995년 7월 "일본과 세계여성의 인권을 보호하기 위한" 국민 기금을 설립하였다.³⁾ 국민기금은 "오늘날 여성이 부딪히는 문제를 완화하기 위한 조치를 취하는" 여성 NGO를 지원하고 조사와 학술연구를 지원하며 여성 관련 문제를 다루는 모임과 회의를 열고 "위안부"에 관하여는 일본 대중으로부터 직접 모금하여 만들어진 "보상"(atonement)기금을 통하여 "일본사람들의 마음으로부터의 사과와 반성을 이 여성들에게 전달할" 것을 추진한다.⁴⁾

6. 법적 배상청구에 대하여 일본정부는 "위안부" 개인에게는 그러한 손해배상에 대한 권리가 없다고 주장한다. 예비적 주장으로서(alternatively) 일본정부는 또한 이러한 여성들이 손해배상에 대해 가졌을지 모를 개별적 청구권은 모두 제2차 세계대전이 끝난 다음 일본과 다른 아시아국가들 사이에 맺은 평화조약과 국제협정에 의해 완전히 해결되었다고 주장한다.

2) 국민기금에 나온 일본 수상 토미이치 무라야마의 발언, 1995년 7월. 인권 위원회의 52번째 회의에 제출된 일본의 여성과 "위안부"에 대한 범죄 보고서 참조. (E/CN.4/1996/137, ammx).

3) Asian Women's Fund, ibid.

4) Ibid.

마지막으로 일본정부는 제2차 세계대전의 강간수용소에 관한 모든 민사 또는 형사사건은 이제는 시효규정의 적용에 의한 시간적 장애로 더 이상 제기할 수 없다고 추가적으로 주장한다(E/CN.4/1996/137 참조).

II. 강간수용소의 성격과 범위

7. 일본정부와 군부가 제2차 세계대전 동안 아시아 전역에 걸쳐 강간수용소의 설립에 직접적으로 관여했다는 것은 이제 명백하다. 이 수용소에서 일본군에 의해 노예가 된 여성들은 - 많은 이가 11살에서 20살 사이였다 - 일본이 지배하는 아시아의 곳곳에 수용되어 매일 강제로 셀 수 없이 강간당했으며 혹독한 신체적 학대를 당하고 성병에 노출되었다.⁵⁾ 이 여성들 가운데 단지 약 25퍼센트만이 이러한 매일매일의 학대에서 살아남았다고 한다.⁶⁾ 이 "위안부"를 조달하기 위해 일본군부는 물리적 폭력, 유괴, 강요와 속임수를 동원하였다.⁷⁾

8. 정부기구와 NGO의 예비조사는 3가지 범주의 "위안소"를 밝혀냈다: 즉 (1) 일본군부의 직접적인 관리와 통제를 받는 곳, (2) 형식상으로 민간업자가 관리하지만 사실상 군부의 통제 아래 있고 군인과 민간고용자가 전적으로 이용하는 곳, (3) 군에 우선권이 주어졌으나 일본시민도 이용할 수 있는 민간업체가 운영하는 곳.⁸⁾ 두번째 범주의 "위안소"는 가장 일반적인 것이라고 믿어진다.⁹⁾ 비록 일본정부는 일본군부가 이러한 행위에 관여한 것에 대한 "도의적 책임"을 인정하였지만 일본은 모든 법적 책임을 끈질기게 부정하였다.¹⁰⁾

9. 일본정부의 자체 보고서는 다음과 같은 관련 사실들을 강조한다:

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) Ibid, p. 499와 note 6 (일본 내각의 자민당 위원인 세지로 아라후네의 1975년 발언에 따르면, 145,000명의 한국인 종군 위안부가 2차대전 당시 죽었다고 한다.)

7) Ibid.

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) Ibid.

10) Ibid., 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.

(a) **위안소 설치 이유.** "위안소는 여러 곳에서 당시 군당국의 요청에 따라 세워졌다. 그 당시의 정부 내부분서는 위안소 설치의 이유로 당시 일본군에 의해 점령된 지역에 있는 지역주민에 대한 일본군인의 강간과 다른 불법행위의 결과로 끓어오르는 반일감정을 막을 필요, 성병과 기타 질병으로 인한 군 전력의 손실을 막을 필요와 첩보행위를 방지할 필요를 들고 있다"(E/CN.4/1996/137, p. 14);

(b) **시기와 장소.** "몇몇 문서가 1932년 소위 상하이사변이 발생했을 때 그곳에 주둔한 군대를 위해 위안소가 설치되었다는 것을 보여주므로 위안소는 그때 즈음부터 제2차 세계대전이 끝날 때까지 존속했다고 여겨진다. 그 시설의 규모와 지리적 범위는 나중에 전쟁이 확대되면서 팽창되었다"(ibid., pp. 14-15);

(c) **민간업자에 대한 군의 통제.** "일부 지역에서 구(舊) 일본군이 직접 위안소를 운영한 경우가 있지만 많은 위안소는 민간업자에 의해 운영되었다. 시설이 민간업자에 의해 운영되는 경우에도 당시 일본군부는 그 개설에 대한 허가를 내주고, 시설을 차려주고, 운영시간과 이용요금을 정하며, 시설의 사용에 있어서의 주의사항과 같은 문제에 관한 위안소규칙을 작성하는 것과 같은 방법으로 위안소의 설치와 관리에 직접적으로 관여하였다"(ibid., p. 16);

(d) **위생상태에 관한 군의 감독.** "위안부의 감독과 관련하여 당시 일본군은 위안부와 위안소의 위생관리의 목적으로 위안소규정의 하나로 피임도구를 의무적으로 사용하게 하고, 군의관이 정기적으로 위안부에게 성병과 기타 질병이 있는지 검진하는 조치를 부과했다."(ibid.);

(e) **이동의 자유에 대한 제한.** "몇몇 위안소는 위안소규칙을 통해 외출시간 동안 갈 수 있는 목적지와 외출시간을 제한하여 위안부를 통제했다. 하여튼 전쟁구역에서 끊임없이 이 여성들은 군사통제 아래에서 군대와 함께 움직이도록 강제되었고 그들이 자유가 박탈되었으며 비참함을 견뎌야 했다는 것은 명확하다"(ibid.);

(f) **모집.** "많은 경우에 군당국의 요구를 대변하는 위안소 운영자들의 부탁을 받은 민간인 알선업자들이 위안부 모집에 나섰다. 전쟁이 확산되어 점차 더 많은 위안부에 대한 요구가 밀려듬에 따라 이 업자들은 많은 경우에 이 여성들을 감언이설과 협박으로 자신의 의사에 거슬러 모집되도록 하였고 관헌 등이 모집에 직접 가담한 경우조차 있다"(ibid., p. 17);

(g) **수송.** "적지 않은 경우에 여성들은 군용선박과 군차량으로 전쟁구역에 수송되었고 어떤 경우에는 일본군의 패배에 뒤따른 패주의 혼란 속에

내버려졌다"(ibid.).

10. 일본정부가 기술하는 바와 같이 이러한 사실은 이른바 "위안부"가 민간인이 경영하는 매음굴에서 "일했다"는 반복된 주장과는 달리, 많은 이가 당시 아직 소녀에 불과했던 이 여성들은 사실은 일본군부에 의해 직접적으로, 또는 일본군부가 완전히 알고 지원한 강간수용소에서 노예가 되었다는 것을 명백하게 입증한다. 이 여성과 아이들은 "위안소"로 그들의 의사에 반하여 붙잡혀 와서는, 그 범죄의 성격이 인도에 반한 범죄로밖에 적절히 기술될 수 없을 만큼 엄청난 규모로 강간과 성폭력행위를 당하였다.

III. 당시 국제관습법의 실체규범

11. 이 부록은 제2차 세계대전 동안 일본정부와 일본 제국군대에 의한 "위안부"의 노예화에 적용될 수 있는 관습국제법규범을 검토하면서 특히 노예, 전쟁범죄로서의 강간과 인도에 반한 범죄를 금지하는 관습국제법규범에 초점을 둔다.

A. 노예제와 노예무역

12. 의심할 것도 없이 노예제와 노예무역은 "위안소"가 만들어지기 훨씬 이전에 금지되었다. 제2차 세계대전 후의 뉘른베르크 재판은 단지 "국제법에 있어서 그때까지 ... 목적이었던 , 즉 ... 민간인을 절멸하고 노예로 만들거나 강제추방하는 것이 국제범죄라는 것을 명확하고 애매하지 않게 하였다."¹¹⁾ 실제로 특히 노예제의 금지는 명백하게 강행규범의 지위에 올랐다.¹²⁾ 따라서 일본군이 제2차 세계대전 중 아시아 전역에서 여성을 노예로 만든 것은 그 당시에도 노예제를 금지하는 국제관습법의 명백한 위반이었다.

13. 19세기 초까지 많은 국가들은 이미 노예의 수입을 금지하였다.¹³⁾ 이 금지는

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 준위원회에 제출한 1966년 보고서를 (United Nations publication, Sales No. E. 67. XIV. 2) 재정비하여 Senjamin

노예제와 노예무역을 끝장낼 목적으로 다수의 국가들이 체결한 다자간 국제협정의 발전에 따라 이루어졌다.¹⁴⁾ 일찍이 1855년에 노예무역을 "모든 문명국가에 의해 금지되고 국제법에 어긋난다"고 한 국제중재사건이 있었다.¹⁵⁾ 1900년에 이르러 노예제의 기본적 형태는 대부분의 나라에서 거의 완전히 뿌리뽑혔다.¹⁶⁾ 주목할 만하게는 일찍이 1872년에 페루의 무역상인을 노예범죄로 유죄판결한 사건에서 일본은 유사 이래로 노예무역을 사실상 금지해왔다고 선언한 것으로 보인다.¹⁷⁾

14. 1932년까지 노예무역, 노예제 또는 노예제와 관련된 관행을 진압하는 국제협정이 적어도 20개가 체결되었다.¹⁸⁾ 더욱이 1944년에 대표적인 국가 가운데 일본을 포함한 거의 모든 나라가 그 국내법상 노예제를 금지하였다.¹⁹⁾ 제2차 세계대전 전에 노예제에 대한 국제적 비난이 널리 퍼짐에 따라 국제연맹이 발전시킨 1926년의 노예협약은 노예를 "소유권에 따라붙는 일부 또는 전부의 권한이 행사되는 개인의 지위나 상태"로 정의하고 있는데 이 협약은 적어도 제2차 세계대전까지의 관습국제법을 명확하게 선언하는 것이다.²⁰⁾

15. 노예제 금지의 관습법적 성격은 전쟁규칙 가운데 민간인의 처우를 규율하는 일련의 법에서도 똑같이 명확하게 드러난다. 금세기에 채택된 전쟁법에 관한 가장 기본적인 국제문서의 하나인 1907년 헤이그 제4협약은 민간인과 교전자(belligerents)를 노예화와 강제노동으로부터 보호하는 중요한 규정을 담고 있다. 더욱이 제2차 세계대전 후의 나치전쟁범죄자에 대한 뉘른베르크 판결은 1907년

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) Ibid., 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 노예 제도 위원회가 국제 관습법이 되었다고 인용)참조.

헤이그협약이 제2차 세계대전까지의 국제관습법을 명확하게 선언한다고 확인했다.²¹⁾

16. 연합국은 뉘른베르크 법원의 공식 헌장 제6조 (c)에 따라 "전쟁범죄"의 혐의로 수많은 전쟁범죄자에게 유죄판결을 내렸다. 특히 뉘른베르크 헌장의 전쟁범죄는 "점령지역의 또는 그 안에 있는 민간인을 학대하거나 노예노동 또는 다른 목적을 위해 ... 추방하는 것"을 포함한다. 극동 국제군사재판소 헌장 제5조(c)도 비슷한 문구를 담고 있다. 이러한 국제법의 성문화에 근거한 일본과 독일의 전쟁범죄자의 소추는 제2차 세계대전 전에 노예제를 명백하게 금지했던 기준을 포함하여²²⁾ 뚜렷하게 그 전에 이미 존재하고 있던 기준에 근거했음을 인식하는 것은 다시금 중요하다.²³⁾

B. 전쟁범죄로서의 강간

17. 노예제와 마찬가지로 전쟁법은 강간과 강제매춘도 금지한다. 전쟁규칙에 관한 몇몇 초기의 권위있는 문서(sources)들은 - 가장 두드러지게는 1863년 리버법전(Lieber Code) - 전쟁동안의 강간 또는 여성의 학대(mistreatment)를 명시적으로 금지했다.²⁴⁾ 더욱이 제2차 세계대전 후에 많은 사람들이 부분적으로 강제매춘과 강간의 혐의로 소추되어 이러한 행위가 불법임을 더욱 확증한다.²⁵⁾

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 "뉘른베르크 재판소 헌장으로 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",

1907년의 헤이그협약규칙은 또한 "가족의 명예와 권리는 ... 존중되어야 한다"고 규정한다.²⁶⁾ 실제로 국제관습법을 선언하는 것으로 간주되며 일찍이 헤이그 협약의 "가족의 명예"라는 용어를 받아들인 제네바 제4협약 제27조²⁷⁾는 "부녀자들은 그들의 명예에 대한 침해 특히 강간, 강제매음 또는 기타 모든 형태의 외설 행위로부터 보호되어야 한다"고 명시한다. 비록 강간을 폭력범죄가 아닌 여성의 명예에 대한 범죄로 성격지우는 것은 부적절하고 부정확하지만 적어도 최초의 "위안소"가 설치되었을 때 이미 국제관습법이 강간과 강제매춘을 금지하였다는 것은 잘 확립된 원칙이다.²⁸⁾

C. 인도에 반한 범죄

18. 사람들을 광범하게 또는 조직적으로 노예로 만드는 것 또한 적어도 반세기 동안은 인도에 반한 범죄의 하나로 인정되었다. 이 점은 비록 무력충돌과의 연결이 더 이상 반인도적 범죄에 필요한 요건으로 간주되지 않지만 이러한 범죄가 무력충돌 동안 저질러졌을 때 특히 그렇다.

19. 뉘른베르크 헌장 제6조 (c)와 제2차 세계대전 후 독일에서 전쟁범죄자를 추가적으로 국내에서 소추하는 것을 촉진하기 위해 제정된 관리이사회 법률 제10호는 "모든 민간인에 대해 저질러진 노예화, 추방 그리고 다른 비인간적 행위"를 인도에 반한 죄로 열거하였다. 이와 유사하게 도쿄 극동 국제군사재판소 헌장 제5조도 노예화, 노예노동을 위한 추방과 다른 비인간적 행위를 인도에 반한 범죄로 나열하였다.

“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 (제네바 조약의 제27조항이 헤이그 조약의 제46조항에 기원을 두고 있다고 언급); Theodor Cleron, *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 (제네바 조약은 기존에 있던 국제 관습법을 명문화 시킨 것에 지나지 않는 다고 주장); Pictet, *main report*, note 51, p. 205 (여성에 대한 보호 조항은 1929년의 전쟁 포로 조약에 기초를 두고 있다고 주장)

20. 노예화에 덧붙여, 광범하거나 조직적인 강간행위도 역시 뉘른베르크헌장과 도쿄 극동국제군사재판소의 헌장에 담긴 인도에 반한 죄의 전통적 정의에 있어서 "비인간적 행위"의 일반적 금지 속에 들어간다.²⁹⁾ 좀더 최근의 반인도적 범죄의 성문화에서 "다른 비인간적 행위"라는 잔여규정에 의존하기보다는 강간은 국내 또는 국제무력충돌이 진행되는 동안 저질러지며 민간인에게 겨냥된 인도에 반한 죄의 하나로 명시적으로 열거된다. 이러한 인도에 반한 죄에 관한 최근의 입법은 구유고 국제형사재판소 규정 제5조와 르완다 국제형사재판소 제3조를 포함하는데 두 조항은 모두 명시적으로 노예화와 강간을 인도에 반한 죄의 구성행위로 들고 있다.

21. 계획, 정책 또는 설계의 증거는 일반적으로 반인도적 범죄의 소추에 필요한 요건으로 여겨지지만³⁰⁾ 광범한 침해행위에 직면하여 아무런 행동도 취하지 않은 것은 이러한 필요요건을 입증하기에 충분할 수 있다.³¹⁾ 더욱이 군인과 특정한 지위를 갖는 민간인 모두 반인도적 범죄에 대한 책임을 지게 될 수 있다.

IV. 실체법의 적용

22. "위안부"의 처우는 "노예제"와 "노예무역"이라는 말의 통상적인 용법 속에 들어가고 노예제를 "소유권에 따라붙는 일부 또는 전부의 권한이 행사되는 개인의 지위나 상태"라고 한 1926년 노예협약상의 정의와 합치한다. 앞에서 본 바와 같이 일본정부가 스스로 인정한 바에 따르면 이 여성들은 "자유를 박탈당하고", "자신의 의사에 반하여 모집"되었다. 나아가 일부 여성들은 매입되었고, 따라서 고전적인 노예제의 틀에 쉽게 들어맞는다. 그러나 금전이 오갔다는 것이 노예제의 유일하거나 가장 중요한 표징이 될 수는 없다. 어느, 또는 모든 "위안부"가 자율성을 현저하게 상실하여 이들에 대한 일본군의 대우가 물건을 다루는 것과 다를 바가 없는 한 노예화에 대한 형사책임은 앞서 말한 범죄행위를 저지른 사람들과 그들의 상급지휘자 모두에게 명백하게 부과될 것이다. 구체적인 "위안부"의 경우, 일본정부의 자체 연구들은 이 여성들이 개인적 자유를 빼앗기고, 군대와 장비와 함께 전쟁지역의 안팎으로 옮겨지고, 성적 자율성에 대한 통제가 부정되었으며, 군대를 성병으로부터 보호하기 위해 마치 물건을 다루듯이 재생산 보건(reproductive health)에 관하여 추악하게 규제되었음을 다시 한 번 강조하였다.

23. 일본정부가 기술적으로 노예의 정의에 들어가지 않는다고 주장할 수 있는 한정된 경우에 "위안부"들은 적어도 허용되는 "강제노역"의 형태와 일치하지 않는

29) main report의 논의 참조.

30) Meron, main report, note 25.

31) Rape and Sexual Assault, main report, note 10.

상황속에서 여전히 명백하게 강간당했으며 전쟁지역 안에 붙들려 있었다.³²⁾ 강제매춘과 강간에 관하여 일본정부는 그 행위들이 많은 여성의 명예와 존엄을 심각하게 손상시켰다는 것을 인정했다. 명시적으로 인정되지는 않았지만 이 여성들이 겪어야 했던 해악이 정기적인 강간과 강제적 성행위를 포함했음은 명백하다. 따라서 이러한 행위들은 전쟁법을 위반한 강간과 강제매음으로 쉽게 성격지워진다.

24. 이렇듯 자행된 범죄의 엄청난 규모와 일본군이 이러한 강간수용소의 설치, 유지 및 규제에 명백하게 관여했기 때문에 "위안소"에 관여하거나 책임이 있는 일본관헌들도 동일하게 인도에 반한 범죄로 책임이 있다. 그 결과로 일본정부 자신도 일본군의 행위로 말미암아 이 여성들과 소녀들이 겪은 손해에 대하여 배상할 의무를 지속적으로 진다.

V. 일본정부의 반론

A. 법의 소급적용

25. 뉘른베르크 재판이 있었을 때 피고들과 일부 학자들은 인도에 반한 죄에 대한 소추는 합법성(legality)의 원칙(nullum crimen sine lege, 죄형법정주의)을 위반한다고 항변하였는데, 그 이유는 이러한 범죄는 재판소의 현장에서 새로이 정의되었고 따라서 피고들의 행위들은 그 행위가 저질러졌을 때의 국제법을 위반하지 않았다는 것이다.³³⁾ 일본이 아시아 전역에 걸쳐 "위안부"를 노예로 만들고 강간하여 국제관습법을 위반하였다는 예전에 "위안부"였던 사람들의 주장에 대하여 일본은 비슷한 주장을 하였다.³⁴⁾

26. 앞에서 논의한 것처럼 강간과 노예화의 국제범죄가 제2차 세계대전중에는 관습규범으로 명백하게 금지되지 않았기 때문에, 제2차 세계대전중의 일본군의 행위는 범죄가 저질러졌던 기간 동안에는 금지되지 않았다는 일본정부의 주장은 쉽게 배척된다. 50년 전 뉘른베르크 재판에서 비슷한 주장이 처음 제기되었을 때 이 주장은 이미 설득력이 없었고 앞에서 말한 이유에서 오늘날에도 여전히 설득력이

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 84참조.

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.

없다.

B. 노예제의 금지

27. 국제관습상 노예제의 금지는 제2차 세계대전이 있기 전에 이미 명백하게 확립되었고 제2차 세계대전이 끝난 뒤 형사재판을 준비하기 위해 국제관습법을 성문화한 도쿄와 뉘른베르크 헌장에도 포함되었다. 국제관습법으로서 노예의 금지는 전쟁법으로서 적용되거나 또는 무력충돌의 성격이나 그 존재 여부와 상관없이 독자적인 실체법 위반행위로 적용될 수 있다.

C. 강간과 강제매춘

28. 일본정부는 1907년 헤이그 제4협약이 "채약국들이 노무부대(the armed labour force)에 대한 훈령과 같은 형태로 국내법으로 받아들일 수 있는 일반원칙만을 규정하고 있을 뿐"이라고 주장하여 협약상의 "가족의 명예"라는 말을 "위안부"를 보호하는 것으로 해석하는 것을 반박하려고 하였다.³⁵⁾ 일본정부는 요컨대 강간행위는 헤이그협약이나 제2차 세계대전 당시의 전쟁법에 의해 명시적으로 금지되지 않았다고 주장한다. 앞에서 논의한 대로 이러한 해석은 헤이그협약을 전쟁법에 관한 국제관습법으로 받아들인 것과 무력충돌 동안 민간인에 대한 강간을 국제적으로 금지하는 것을 확인하는 다른 전쟁법의 법원(法源)과 상치된다. 결론적으로 "가족의 명예"라는 말에 담긴 강간의 금지는 제2차 세계대전 동안 구속력이 있었던 국제법 규칙에 해당한다.

D. 조선의 지위

29. 일본은 또한 노예화와 강간을 금지하는 국제관습법 규범들이 점령지역에서의 민간인만을 보호하고 그 본국에 있는 민간인은 보호하지 않는 전쟁법에 바탕하기 때문에 조선여성들은 이러한 규범들에 의해 보호되지 않는다는 논거로 책임을 부인하려고 하였다[역자: 전시 민간인 보호에 관한 제네바협약 제4조("본 협약에 의하여 보호되는 자는 무력충돌 또는 점령의 경우에 있어서 특정시점에 그 형식의 여하에 관계없이 충돌당사국 또는 점령국의 권력 내에 있는 자로서 동충돌당사국 또는 점령국의 국민이 아닌 자이다") 참조]. 조선이 문제가 된 시기 동안 일본에 병합되어 있었기 때문에 그러한 규범들은 조선여성들에게 적용되지 않는다는 주장이다.

30. 일본은 이러한 상황에서도 책임을 면하지 못한다. 앞에서 살펴본 것처럼

35) Ibid., p. 24.

노예제에 관한 금지는 전적으로 전쟁범죄에만 기반하는 것이 아니다. 전시(戰時)와 평화시에 적용될 수 있는 국제관습법 위반범죄와 인도에 반한 죄로서 이러한 행위들은 범죄가 저질러졌던 시점에서의 한반도의 영토적 지위에 관계없이 국제관습법의 잔학한 위반으로 명백하게 금지되었다. 결과적으로 이 규범들은 조선여성들이 점령지역에 있는 민간인이었는지에 관계없이 똑같이 적용된다.

VI. 구제

31. 국제관습법상 일본정부는 "위안부"에게 자행된 잔학행위에 대한 구제(redress)를 제공해야만 한다. 구제는 예전에 "위안부"였던 여성에 대한 일본정부의 개별적인 손해배상의 형태를 취하여야 한다. 대안적으로 손해배상을 또한 예전에 "위안부"였던 시민을 대신하여 국가들이 추구할 수 있다. 이러한 국가들은 그 후 고통받는 피해자에게 그 기금을 배분하는 장치를 마련해야 한다. 덧붙여서 앞에서 지정한 바와 같이 정부관리와 군인들 또한 강간수용소를 세우고 유지한 죄책에 대하여 소추되어야 한다.

A. 개인의 형사책임

32. 불법행위를 저지른 일본군 장교와 병사 개인들은 그들이 야기한 해악에 대하여 개인적으로 책임을 져야 한다. 50년이 흘러갔을지라도 충분한 증거가 확보될 수 있는 한 이 사람들은 재판에 넘길 수 있으며 또 넘겨져야만 한다.

33. 이러한 소추의 선례는 오래 전에 있었다. 1946년 네덜란드 정부가 행한 인도네시아 바타비아 시의 임시 군사재판소(Temporary Court Martial Tribunal)는 강제매춘과 강간을 목적으로 어린 소녀와 여성들을 납치한 혐의로 9명의 일본군을 유죄로 인정하였다.³⁶⁾ 이와 유사하게 필리핀 법원은 일본군 장교를 강간죄로 인정하고 종신형을 선고하였다.³⁷⁾ 국제관습법을 적용하면서 뉘른베르크와 도쿄 법원 역시 개개의 군장교, 그들의 상급지휘관 및 독일과 일본정부가 전쟁범죄와 인도에 반한 범죄를 저지른 책임을 진다고 판결하였다. 1946년에 국제연합 총회는 1946년 12월 11일의 결의 제95호(I)에서 국제군사재판소 헌장과 극동

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,, ibid.

국제군사재판소 헌장에 규정된 국제형사재판소 원칙이 유엔 회원국에 의해 일반적으로 승인된 국제관습법이라고 다시 확인하였다.

34. 더욱이 샌프란시스코조약 제11조는 일본이 극동 국제군사재판소(IMTFE)과 일본 국내와 국외에서 다른 연합국의 전범재판소가 내린 판결들을 받아들여야 한다고 규정한다. 덧붙여 비록 뉘른베르크 헌장이 "인도에 반한 죄"를 언급하면서 새로운 용어를 썼을지라도 이것은 실제 새로운 법을 제정하거나 국제관습법상 종전에 허용된 행위를 불법으로 만든 것이 아니었다. 오펜하임에 따르면:

"전쟁법 전체는 그 명령이 국가뿐만이 아니라 그 나라 군대의 구성원이든 아니든 그 국민들도 구속한다는 전제에 바탕한다. 그러한 한도에서 <유럽의 추축국의 주요 전쟁범죄자의 처벌을 위한 1945년 8월 8일의 협정>에 부속된 헌장이 진정한 의미의 전쟁범죄(war crimes proper)와 인도에 반한 죄로 기술된 범죄에 대한 개인책임을 선언하는 한 이 헌장에서 어떠한 새로운 혁신도 암묵적으로 도모되지 않았다." 이러한 선례에 근거하여 개별 장교들은 그들의 범죄로 명백히 처벌될 수 있고 또 그렇게 되어야 한다.³⁸⁾

35. 병사 개인의 책임에 덧붙여 군장교와 정부관리도 그의 명령을 받는 병사와 관리들이 "위안소"를 설치하고 유지한 데에 대한 책임을 진다. 명령책임의 법리는 상급지휘관이 그 부하가 저지른 위법행위에 대하여 (a) 상급자가 그러한 행위가 저질러지려고 한다는 것을 알았거나 알았을 만한 이유가 있었으나 아무런 방지 행동도 하지 않았을 경우, 또는 (b) 그 행위가 저질러졌으나 상급자가 그 재발을 방지하기 위한 어떠한 조치도 취하지 않았을 경우에 책임을 지도록 한다.³⁹⁾ 이 법리는 수만명의 필리핀인들과 미군 포로들의 살해에 대하여 일본군 야마시타 도모유키(山下奉文) 대장에게 유죄판결을 내린 미국 군사위원회(military commission)의 재판에서 국제소추의 근거로 처음으로 사용되었다. 그러나 이 법리의 근거에 있는 원칙들은 늦어도 제2차 세계대전이 일어나기 전에 나타났는데 독일의 황제와 그 휘하의 지휘관들이 "전쟁 동안 저질러진 야만행위들을 최소한 완화할 수 있었기" 때문에 황제를 전쟁범죄자로 재판하여야 한다고 베르사이유에서 권고되었다.⁴⁰⁾ 학자들은 명령책임의 토대는 15세기 프랑스⁴¹⁾와 기원전 19년

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.

40) Crowe, 같은 자료. (Leon Friedman에서 열린 평화 위원회 준비 회의에서

로마제국⁴²⁾까지 거슬러 올라갈 수 있다고 한다. 이 원칙은 몇몇 뉘른베르크 재판과 전후 베트남에서 1969년 마이 라이(My Lai) 학살에 대한 메디나(Medina) 미군 대령의 재판에서 가장 명확하게 표현되었는데 이러한 소추는 이미 존재하는 관습법규범을 적용했다는 것을 주목해야 한다.

36. "위안소"의 설치와 운영에 일본군부가 폭넓고 조직적으로 관여한 것은 일본군의 고위 장교들이 "위안소"의 존재에 대하여 실제로 인식하였거나 또는 그렇게 추론할 수 있음을 확증한다. "위안소"에 관여하고 이에 책임을 지는 중간급의 일본군 장교들이 "상급자의 명령"이라는 항변을 제기하여 형사책임을 면할 수 없다는 것을 유의하는 것도 또한 중요하다. 왜냐하면 이러한 주장은 실제로 부과되는 형벌을 경감할 경우에만 고려될 수 있기 때문이다.⁴³⁾

37. 일본이 "위안소"체제를 시행하는 데 책임이 있는 사람들에 대한 형사재판을 하기에 가장 적절한 장소라는 것은 명백하다. 한국정신대문제대책협의회(the Korean Council for the Women Drafted for Sexual Slavery by Japan)는 "위안소"의 운영에 관여한 일본군 장교를 비롯한 사람들을 형사소추하기 위하여 1994년에 도쿄 지방검찰청에 고소장을 접수시켰다. ⁴⁴⁾ 일본정부는 이 고소를 긴급하게 처리하여야 하며 군부의 강간수용소를 운영하거나 출입한 모든 살아 있는 개인들에 대한 공소를 제기해야 한다.

38. 다른 나라의 법원에서도 역시 형사절차가 진행될 수 있는데, 특히 노예행위, 인도에 반한 죄와 전쟁범죄가 문제된 사건에 대한 보편적 사법권의 원칙은 이와 같이 보편적으로 비난되는 범죄의 가해자들을 체포한 모든 국가가 그 범죄들을 소추하는 것을 적절히 허용하기 때문이다.⁴⁵⁾ 국제법이 보편적 사법권의 행사를 허용하지만

발표된 보고서 인용), The Law of War: A Documentary History, vol. 1 (New York: Random House, 1972), pp. 842-853, 854)

41) L.C. Green, "Command responsibility in international humanitarian law", Transnational Law and Contemporary Problems, vol. 5, 1995, pp. 319, 120.

42) Crowe, supra note 39, p. 194.

43) Anthony D'Amato, "Superior orders vs. command responsibility", American Journal of International Law, vol. 80, 1986, p. 604: The Llandovery Castle case. Judgement in the case of Lisutendnts Dithmat and Boldt, Supreme Court of Laipzig, 15 January 1921. Reprinted in American Journal of International Law, vol. 16, 1922, p. 708.

44) "Complaint"

<http://www.peacenet.or.kr/jdh/e_comfort/library/complaint/comp.htm. 참조.

45) Theodor Meron, "International criminalization of internal atrocities", American Journal of International Law, vol. 89, 1995, p. 554; Filartiga v.

소송이 실제로 제기될 수 있으려면 이를 가능하게 하는 국내입법이 필요하다.⁴⁶⁾ 예를 들어 캐나다에서 이러한 법률의 근거는 캐나다 밖에서 인도에 반한 범죄 또는 전쟁범죄를 저지른 모든 사람은 그 범죄가 캐나다 안에서 저질러진 것으로 가정하여 재판받을 수 있다고 규정하는 형법 제7조(3.71)이다.⁴⁷⁾ 이 규정에 근거하여 처음으로 행해진 재판의 피고는 나치의 명령을 받아 유대인을 강제로 구금하는 것을 도왔던 헝가리의 전직 헌병이었다.⁴⁸⁾ 다른 나라들도 그들의 국내법원에서 "위안소"에 관여하거나 책임이 있는 일본군과 정부관리를 소추하기 위해 그러한 범죄에 대한 재판권을 부여하는 국내법규의 집행과 피해자에 대한 법률구조와 통역의 제공을 포함하여 필요한 모든 조치를 취하여야 한다.

39. 오늘의 시점에서 개별 장교 또는 지휘관에게 제기될 수 있는 형사소추는 시간적 제약을 받지 않는다. 인도에 반한 죄와 전쟁범죄는 공소시효의 대상이 되지 않는다. 이 범죄들은 시간의 경과에 따라 소멸될 수 없다. 실제 1953년에 범죄에 대한 국제재판권에 관한 유엔의 보고서(A/2645)는 공소시효라는 개념은 현행 국제법에 존재하지 않는다고 하였다.⁴⁹⁾ 바비 재판에서 프랑스 대법원(Court of Cassation)은 같은 맥락에서 국제관습법은 인도에 반한 죄에 대한 공소시효를 인정하지 않는다고 판시하였다.⁵⁰⁾ 덧붙여서 조약법은 국제공동체는 전쟁범죄나 인도에 반한 죄와 같은 국제법의 잔학한 위반에 대한 소송을 시효에 관한 법률이유로 막을 수 없다고 확인한다[역자: 1968년의 전쟁범죄와 인도에 반한 죄에 대한 시효의 불적용에 관한 협약(Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, New York, 26 November 1968, 754 United Nations Treaty Series 73), 제1조 (b) (한국 가입하지 않음). 또한 European Convention on the Nonapplicability of Statutory Limitations to Crimes Against Humanity and War Crimes, European Treaty Series No. 82, 25 January 1974; 13 International Legal Materials 540 (1974)도 참조].

40. 만일 공소시효의 적용을 상정할 수 있다고 하더라도 최근에 새로운 중대한 사실(material facts)이 드러나게 된 상황에는 적용될 수 없다. 일본의 "위안소"에

Pena-Irala, 530F.2nd876 (United States 2nd Cir. 1980) 참조

46) Meron, *ibid*, p. 569.

47) Regina v. Finta, 88 C.C.C. 3d.417 (1994) 참조.

48) *Ibid*.

49) Friedl Weiss, "Time limits for the prosecution of crimes against international law", *British Yearbook of International Law*, vol. 53, 1982, pp. 163, 185.

50) *Federation nationale des deportes et internes resistants et patriotes v. Barbie*, *International Law Review*, vo. 78, 1988

대한 최초의 공식적인 청문회는 1992년까지만 해도 열리지 않았고 1993년에야 비로소 일본정부가 "위안소"를 설치하고 관리한 것에 대한 일본군부의 역할을 인정하였다. "위안부"들의 적절한 공소제기를 방해한 예외적인 사정과 일본군부가 이러한 강간수용소를 설치하고 유지하는 데 수행한 역할에 대하여 일본정부가 적절히 대응하지 못하였음을 볼 때, 정의(正義)의 비추어 적용 가능한 시효는 1992년 일본정부가 인정한 날보다 일찍 시작되지 않을 것이 요구된다.

B. 국가책임과 손해를 배상할 책임

41. 정부와 그 관리는 정부에 의해 수행된 행위와 "정부의 명령 또는 그의 권한 부여(또는 수권(授權))에 따라 수행된 하급 공무원 또는 민간인 개인의 행위"에 대하여 "원(原)책임"(original liability)이라는 이론에 따라 국제법 위반에 대한 책임을 질 수 있다는 것은 제2차 세계대전 전에도 명백했다.⁵¹⁾ 국제법 위반에 대하여 원천적으로 책임을 지는 국가는 "국제불법행위"(international delinquency)를 저지른 것이다. "국제불법행위"는 "국제법의무에 위반하여 국가원수 또는 정부가 다른 국가에게 저지른 침해"로 구성된다. "국가원수와 정부의 행위와 맞먹는 것은 국가원수 또는 정부의 명령이나 권한 부여에 따른 공무원 또는 민간인의 행위이다."⁵²⁾ 책임이 있는 국가는 따라서 "권한이 부여되지는 않았지만 통상적인 그 직무의 범위에 들어가는 그 공무원의 침해행위에 대해 손해배상을 지불할" 책임을 진다.⁵³⁾ 그러므로 국가는 그 국가기관이 그 영토 내에 있는 외국인에게 불법한 침해를 야기한 경우 그 개인에게 침해행위가 저질러진 것에 대해 책임이 있다고 여겨졌다. 따라서 일본은 일본군부의 요청에 따라 "위안소"를 경영하고 이익을 얻은 민간인 개인을 포함하여 그 군대와 모든 기관의 행위에 대한 책임을 진다.⁵⁴⁾

42. 일본정부는 또한 "위안부"에게 가해진 해악을 막지 못한 것에 대하여 책임이 있다. 국제관습법상 국가는 외국인에 대한 해악을 방지하기 위한 행위를 하지 못한 것에 대해 책임을 진다. 제2차 세계대전이 있기까지 국제관습법을 반영하는 1907년 헤이그 제4협약 제3조는 1907년 협약을 위반한 체결국은 그 위반에 대한 손해배상을 지불할 책임이 있고 "그 군대를 구성하는 인원의 모든 행위에 대해 책임을 진다"고 규정한다. 이 책임과 손해배상의 원칙은 사용자책임(respondeat superior)의 원칙이 국제법에 확대 적용되어 국가가 그 군대의 행위에 대해 책임지도록 만든 것이라고

51) Oppenheim, supra note 38, sect. 140.

52) Ibid, sect. 151

53) Ibid, sect. 150.

54) 일본 군대가 세 번째 종류의 위안소에서 여자들을 대한 행위에 대해 책임을 지지 않을 경우가 약간 있다. 그러나 이 경우에도 군대는 오펜하임에 의해 정립된 원칙(같은 자료, sect. 149), 즉 국가나 그 국민, 혹은 그 국가의 영토내에 잠시 살았던 외국인에 의해서 가해진 불확정한 피해에 대해서도 책임을 져야 한다는 "vicarious liability"이론에 영향을 받게 된다.

한다.⁵⁵⁾ 헤이그협약 제3조에 따라 각 국가는 중대한 인권침해와 기본적 자유의 침해를 방지하며 수사하고 처벌할 의무를 진다. 따라서 일본정부는 "위안부"에 대한 해악을 방지하고 범죄자들을 처벌하지 못한 것에 대하여 독자적으로 책임을 진다.⁵⁶⁾

43. 이러한 법적 규칙들은 적어도 1920년대로 거슬러 올라간다. 예를 들어 1927년에 일반청구위원회(General Claims Commission)는 제인스 사건에서 멕시코정부가 혁명중에 남편을 살해한 사람을 체포하여 소추하지 못한 것을 이유로 미망인에게 배상금을 주었다.⁵⁷⁾ 위원회는 멕시코정부가 "범죄자를 성실하게 소추하고 적절하게 처벌할 자신의 의무에 다하지 못한 것에 대해 책임이 있다"고 판시하였다.⁵⁸⁾ 이 판정에서 위원회는 국가가 불법행위자를 처벌하지 못한 것은 범죄행동에 대한 승인으로 판단되어야 하므로 정부를 살인 자체에 대한 공범으로 만든다는 견해를 명시적으로 물리쳤다. 대신 위원회는 국가가 외국인에 대한 범죄자를 소추하고 처벌하지 못한 것은 국가에 의한 별개의 범죄를 구성한다고 하였다. 그러므로 손해배상금은 제인스의 죽음에 대한 보상적 손해배상금(compensatory damages)과 처벌되지 않아서 모욕감(indignity)을 느끼는 가족에 대한 추가적 손해배상금을 포함한다.⁵⁹⁾

44. 일본정부는 또한 국제협약법(conventional international law)이 개인과 국가 사이의 관계가 아닌 국가간의 관계를 규율하는 것으로 여겨지므로 개별적인 "위안부"는 일본에 대해 어떠한 청구도 제기할 수 없다고 주장하였다.⁶⁰⁾ 그러나 이 주장은 1920년대 후반에 국제법이 어느 국가가 다른 국가의 국민을 해쳤을 때 그 국가는 그 외국에게 침해를 가한 것이므로 침해받은 개인을 온전하게 하기 위해 손해에 대한 책임이 있다고 인정하였으므로 명백히 근거가 없다. 더욱이 국제법은 개인도 "국제법이 부여하는 권리와 부과하는 의무의 주체"라는 것을 인정한다.⁶¹⁾

1. 개별적인 손해배상

45. "위안부"들은 일본정부가 개개인에 대한 진정한 사죄, 일본정부와 군부(army command)의 관여에 대한 승인, 국제법 위반행위의 성격과 정도에 대한 인정과 개별 피해자에 대한 손해배상을 해야 한다는 믿음을

55) Kalghoven, supra note 24, p. 9.

56) E/CN.4/Sub.3/1986/17참조;the JBFA(supra note 36, pp. 22-25)는 이 원칙이 일본으로 하여금 위안부 여성들에게 배상하도록 하는 것임을 인식했다.

57) Janes case (United States v. Mexico), United Nations Reports of International Arbitral Awards, vol. 4, 1926, p. 22.

58) Ibid, p. 82.

59) Ibid, p. 89.

60) Views of the Government of Japan, supra note 34, pp. 28-32.

61) Oppenheim, supra note 38, sects. 1, 7.

표명하였다(E/CN.4/1996/53/Add.2 참조). 앞서 언급한 것처럼 개인은 국제법의 주체가 아니라는 일본정부의 주장은 1907년 헤이그 제4협약, 1919년 파리평화회의(베르사이유조약), 도쿄 전범재판소 헌장과 국제관습법을 비롯한 국제법의 여러 법원(法源)과 일치하지 않는다. 이러한 다양한 법적 문서와 이론들은 국제법 위반에 대하여 손해배상을 지급할 국가의 의무를 명확하게 하고 있다. 덧붙여 테오 반 보벤이 그의 연구에서 언급하는 바와 같이 국제의무의 위반에 대한 국가의 책임은 개인들이 그러한 위반에 대하여 (국가가 가지는 권리와) 유사하고 (그에) 상응하는 손해배상을 받을 권리를 가짐을 뜻한다. 예컨대 베르사유 조약은 개인들이 독일에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다고 규정했다.

46. 특히 헤이그협약 제3조의 "첫번째 목적"은 "처음부터 개인들에게 (헤이그)규칙을 위반한 행위의 결과로 겪은 손해에 대한 배상을 청구할 권리를 주는 것이었다".⁶²⁾ 비록 이런 말이 제3조에 나타나지는 않았지만 "이 조항의 입법사는 이것이 바로 그 목적이라는 것에 대해 의심할 여지를 주지 않는다".⁶³⁾ 특히 "배상"(reparation)은 원상회복(restitution), 손실보상(indemnity), 금전배상(monetary compensation)이나 변제(satisfaction)의 형태를 띌 수 있는 반면⁶⁴⁾ "제3조는 특정적이고 유일하게 '손해배상'(compensation)이라는 말을 쓰고 있다."⁶⁵⁾ 이 말은 그 정의상 "... 손해를 메우기 위한 일정액의 금전의 지불"을 의미한다.⁶⁶⁾ 따라서 "훨씬 더 일반적인 '배상'(reparation)이란 말 대신 이 용어를 쓴 것은 ... 이 조항의 초안자들이 개인, 즉 전쟁법의 피해자(victims of the laws of war)들이 겪은 침해 혹은 손해에 대한 청구를 제기하기를 원할 경우를 염두에 두었다는 것을 또다시 보여준 것으로 여겨질 수 있다."⁶⁷⁾

47. 덧붙여 호르쥬 공장사건에 관한 상설국제사법법원(PCIJ)의 1927년 판결은 국제법을 위반한 행위 이전의 상태가 원상회복(예컨대 재산의 반환)될 수 없는 경우 손해배상이 이루어져야 한다고 판시하였다.⁶⁸⁾ "위안소"의 피해자들이 이런 위반이 있기 전의 상태로 되돌려지는 것은 명백히 불가능하기 때문에 배상이 이루어져야 한다. 다른 PCIJ 판결들도 비슷하게 사적 개인에게 손해배상을 포함한 권리가 국제법상 존재함을 확인한다.⁶⁹⁾ 사실 일본 자신도 국제법 위반에 대한 개인배상의 필요성은 아닐지라도 그 가능성을 인정하였다. 일본이 구제에 대한 국가의

62) Kalshoven, supra note 24, p. 11.

63) Ibid.

64) Ibid.

65) Ibid, pp12-13.

66) Ibid, p. 12

67) Ibid.

68) Chorzow Factory (Merits), Permanent Court of International Justice (PCIJ), Judgement No. 13, Series A, 8-17, 1927, p. 29. The Van Boven study 도 역시 참조.

69) PCIJ Advisory Opinion No. 15, Series 8, No. 15, pp. 17-18.

청구권만을 언급하는 한국과 필리핀과 체결한 협정과는 달리 다른 몇몇 연합국과 체결한 협정은 특정적으로 개인적 구제를 언급한다.⁷⁰⁾ 예컨대 그리스·일본의 협정, 영국·일본의 협정, 캐나다·일본의 협정은 모두 "국제법에 따라 일본정부가 책임을 지는 ... 전쟁상태(state of war)가 존재하기 전에 발생한 개인적 침해 또는 죽음에 대한" 손해배상에 관한 규정을 담고 있다.⁷¹⁾ 특히 다수의 조약을 통해 시행된 (일본)정부의 사전 자인에 비추어 개인배상이 정부 위반에 대한 구제수단(remedy)으로 허용되지 않는다는 정부의 주장은 전혀 신뢰할 수 없다.

48. 요컨대 "위안부" 개개인은 일본정부와 관현의 손에 의해 그들이 겪은 피해에 대하여 적절한 배상을 받을 권리를 가진다.

2. 민사손해배상소송

49. 일본정부가 자신의 계속되는 법적 의무를 이행하기 위하여 적절한 행동을 취하지 않고 있으므로 생존하는 "위안부"들은 법원에 손해배상을 위한 민사소송을 제기할 수 있다. 일본의 법원에서 소송이 제기될 수 있고 일본법원이 적절한 구제를 부여하지 않으면 다른 나라의 법원에도 낼 수 있다. 피해의 성격과 규모를 볼 때 이러한 구제는 시간의 경과와 상관없이 추구되어야 한다.

50. 명백히 일본은 "위안부"의 비극과 관련된 민사소송의 제기에 가장 알맞은 곳이다. 최근 "위안부"에 대한 일본정부의 책임에 관한 1998년 4월 야마구치(山口) 지방법원 시모노세끼(下關)지부의 판결은 이 여성들 가운데 일부가 마침내 일본법원을 통하여 법적 구제를 받을 수 있다는 것을 시사한 것으로 환영할 만하다.⁷²⁾ 이 최근의 사건에서 일본지방법원은 일본정부가 위안부에게 배상하도록 하는 법을 제정할 의무를 지며 "수 년 동안 위안부를 소홀히 하여 피고국[일본]은 고통을 가중시켰고 새로운 해악을 저지른 것이다"라고 하였다.⁷³⁾ 법원은 더욱이

"이 사건에서 드러난 사실을 검토해보면 위안부제도는 극히 여성차별적이고 인종주의[역자: 또는 민족차별]적이며 여성들을 욕보이고(disgrace) 인종적[역자: 또는

70) 그리스, 영국, 스위스, 스웨덴, 덴마크와의 협정에는 모두 개인 상해에 대한 보상 조항이 포함되어 있으나, 일본에게 점령되었던 지역들과는 그러한 조항이 언급되지 않았다.

71) Richard S. Lillich and Burns H. Weston, *International Claims Their Settlement by Lump Sum Agreement*, Part II: The Agreements (Charlottesville: Univ. Press of Virginia, 1975), pp. 334, 231, 249.

72) "부산 중군 위안부 여성들과 여자근로정신대에 대한 보상 요구와 이들에 대한 사과 요구", 1998년 4월 27일의 판결(1997년 10월 29일의 구두 주장에 이어), Shimonoseki Branch, Yamaguchi District Court (비공식 번역).

73) Ibid.

민족적] 자존심을 짓밟은 것이며 일본국헌법 제13조에 명기된 기본적 가치에 관련된 기본적 인권의 침해로 생각된다."⁷⁴⁾

51. 법원의 판결은 종국적으로 일본정부의 책임을 인정하고 대한민국 국적의 세 명의 여성에게 각각 30만엔(약.미화 2,300불)씩을 지급하라고 하였다.⁷⁵⁾ 다른 여러 사건들도 재일한국인⁷⁶⁾은 물론 필리핀인, 한국인⁷⁷⁾, 네덜란드인⁷⁸⁾과 중국인⁷⁹⁾ 단체에 의해 일본에 제소되었다. 최초의 사건은 1991년⁸⁰⁾에 제소되었고 적어도 6개의 서로 다른 여성단체들이 1996년 6월 현재 소송을 제기하였다.⁸¹⁾

52. 일본에서 얻을 수 있는 구제가 충분하지 않으면 "위안부"는 그러한 범죄에 대하여 재판권을 인정하는 다른 나라의 법정에서 구제의 길을 찾을 수도 있다. 예컨대 미국에서 <외국인 불법행위 청구법>(the Alien Tort Claims Act, ATCA)은 미국의 법원에 국제법이나 미국이 체결한 조약법에 위반하여 저질러진 불법행위에 대한 민사소송을 심리할 재판권을 부여한다. 이러한 길은 "위안부"에 의해 구제를 위한 잠재적 법정으로 활발하게 추구되어야 한다.

3. 청구권 해결에 관한 협정

53. 일본정부는 손해배상을 지급할 어떠한 책임도 부정하면서 대신에 손해배상청구권은 어쨌든 적대행위가 종료된 다음 체결된 평화조약들의 적용을 통해 해결되었거나 포기되었다고 주장한다. 한국국민의 청구권에 관하여 일본정부는 1965년 한일청구권협정[역자: <대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정>, 1965. 6. 22. 서명, 1965. 12. 18. 발효(조약 172호)] 제2조에 의거하는데 이 조항에서 당사국들은 "양 체결국(兩締約國) 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체결국 및 그 국민 간의 청구권에

74) Ibid.

75) Ibid, Dan Grunabaum, "WWII sex slaves win historical lawsuit", United Press International, 28 April 1998 참조.

76) Beling, supra note 36, p. 545.

77) "8명의 시민이 전쟁에 대해 일본을 고소하다". New York Times, 26 January 1994, p. a 9. 참조. 원고 중에는 적어도 한 명의 종군 위안부 피해자가 포함되어 있었다.

78) "법정에서 증언하는 두 명의 전시 종군 위안부", Japan Economic Newswise, 3 July 1996 참조.

79) "일본에 살고 있는 한국인들의 종군 위안부 돕기 기금 마련 계획", Asian Political News, 15 July 1996 참조.

80) Dolgopol and Paranjape, main report, note 48 참조.

81) "전 종군 위안부들이 법정에서 증언하다", The Daily Yomiuri, 20 July 1996, p. 2 참조.

관한 문제가 ... 완전히 그리고 최종적으로 해결된다"(강조는 필자의 것)고 합의하였다.

54. 다른 나라의 국민에 대하여서도 일본정부는 비슷하게 모든 청구권이 1951년 9월8일 샌프란시스코에서 연합국과 서명한 평화조약[역자: 1951. 9. 8. 서명, 1952. 4. 28. 발효(일본조약 5호), 横田喜三郎·高野雄一, 『國際條約集』(1990年版), 503]에 의해 해결되었다고 주장하였다. 구 연합국에 대한 일본의 배상은 이 조약 제14조에서 아주 구체적으로 규정된다. 제14조는 또한 조약에 규정되지 않은 모든 청구권을 포기하는 조항을 담고 있다. 일본은 포기(waiver)조항에 의존하여 이 조약이 예전에 "위안부"였던 사람의 청구를 금지한다고 주장한다. 이 포기 조항(제14 (b))은

"이 조약에 달리 정한 경우를 제외하고 연합국은 연합국의 모든 배상청구권, 전쟁의 수행중에 일본국과 그 국민이 취한 행동으로 생긴 연합국과 그 국민의 다른 청구권 및 점령의 직접적인 군사비용에 관한 연합국의 청구권을 포기한다."라고 규정한다.

55. 이러한 조약을 통하여 책임을 면하려는 일본정부의 시도는 두 가지 점에서 받아들일 수 없다:

(a) 강간수용소의 설치에 대한 일본의 직접적 개입은 이 조약들이 작성되었을 때 감추어졌는데 이 결정적 사실로 이 조약들에 의거하여 책임을 회피하려는 일본의 어떠한 시도도 이제는 형평의 근거에서 금지되어야 한다. (b) 이 조약들의 명백한 문언은 일본군이 인권 또는 인권법을 위반하여 자행한 행위의 피해에 대한 개인의 배상청구권을 배제할 것을 의도하지 않았음을 보여준다.

56. 이 조약들과 다른 전후의 조약이 서명되었을 때 일본정부는 "위안부"의 끔찍한 취급에 있어서의 일본군부의 개입 정도를 은폐했다.⁸²⁾ 한국, 필리핀, 중국과 인도네시아에서 이 전쟁 동안 여성과 소녀들이 노예가 되고 강간되었다는 것이 뚜렷하게 널리 알려졌을지라도 일본제국군대의 조직적 개입은 전쟁이 끝난 다음 일본에 의해 은폐되었다. 일본군이 아니라 민간"업자"(entrepreneurs)가 의심받고 이러한 강간수용소의 출현에 대하여 책임이 있는 것으로 종종 비난받았다.

57. 일본정부가 이러한 범죄에 대한 관여를 아주 오랫동안 감추어왔고 실제 이에 대한 법적 책임을 계속해서 부정하는 것을 볼 때, 전쟁청산 협정(settlement agreements) 또는 다른 전후 조약들이 "위안부"에 대한 모든 청구권을 해결할 의도였다고 일본이 주장하는 것은 부적절하다. 서명국들이 당시 일본군과 직접적으로 관련되었다고 믿어지지 않은 행위에 대한 청구권을 해결하는 것이라고 미리

82) Parker and Chew, supra note 5, p. 502 참조.

알았다고는 볼 수 없다.

58. 또한 1965년의 <대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정>의 조약문을 볼 때 이 협정이 이들 국가 사이의 "재산"청구권을 해결하기 위한 경제조약이고 인권문제를 다루지 않은 것임은 자명하다.⁸³⁾ 이 조약에는 "위안부", 강간, 성노예 또는 일본군이 한국 민간인에게 자행한 다른 잔학행위에 대한 어떠한 언급도 없다. 오히려 이 조약 규정들은 재산과 두 나라 사이의 통상관계를 언급한다. 사실 일본의 협상자는 조약 교섭 동안 일본은 한국에 일본인이 한국인에게 저지른 모든 잔혹행위에 대해 배상할 것이라고 약속했다고 전해진다.⁸⁴⁾

59. 더욱이 한국 대표가 일본에 제시한 청구의 개요를 보더라도 "협상 중에 어떤 것도 전쟁범죄, 인도에 반한 죄, 노예협약, 부녀자인신매매금지협약[역자: 'International Convention of 30 September 1921 for the Suppression of the Traffic in Women and Children, as amended by the Protocol approved by the General Assembly of the United Nations on 20 October 1947'(한국 가입하지 않음). 또한 <인신매매금지 및 타인의 매춘행위에 의한 착취금지에 관한 협약 및 최종의정서>(Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others and Final Protocol), 1962년 5월 14일 발효 (조약 제93호), 외무부, 『다자조약집』 제1권 참조] 또는 국제관습법 규범의 위반으로부터 나오는 개인적 권리의 침해행위와 관련이 있지 않다"는 것은 명백하다.⁸⁵⁾ 그리고 일본은 서방국가와의 조약에서 명시적인 사죄를 하고 개인적 손해에 대하여 배상할 것을 합의하였지만 한국인에 대하여는 그렇게 하지 않았다. ⁸⁶⁾청구권협정 제2조에서 "청구권"(claims)이라는 용어의 포괄적(generic) 사용은 따라서 이러한 사실적 배경의 맥락에서 해석되어야 한다. 명백히, 일본이 청구권협정에 의해 제공한 자금은 단지 경제복구만을 의도한 것이었지, 일본의 만행 피해자에 대한 개별적 손해배상을 위한 것은 아니었다. 1965년 조약은 겉으로는 포괄적인 말을 쓰고 있음에도, 그 자체로서는 단지 두 나라 사이의 경제와 재산 청구권만을 소멸시킬 뿐이지 사적 청구권을 소멸시키는 것은 아니며, 일본은 여전히 그 행동에 책임을 져야 한다.⁸⁷⁾

83) Tong Yu, "Reparations for former comfort women of World War II", *Havard International Law Journal*, vol. 36, 1995, pp. 528, 535-536 참조.

84) Hsu, *supra* note 23, p. 118 참조.

85) Dolgopol and Paranjape, *main report*, note 48 참조.

86) Hsu, *supra* note 23, pp. 103-104 참조.

87) Parker and CHew, *supra* note 5, p. 538; Dolgopol and Paranjape, *main report*, note 48, pp. 164-165

60. 앞에서 본 바와 같이 1951년 평화조약의 명백한 문언은 모든 "배상청구권"과 "전쟁...중에 일본국과 그 국민이 취한 행동으로 생긴 연합국과 그 국민의 다른 청구권"(강조는 필자의 것)을 포기한다. "배상"청구권과 "다른 청구권"을 구별함에 의하여 이 문언은 포기가 연합국 국민의 배상에 적용되지 않음을 명백하게 보여준다. 포기조항에서 고려된 유일한 배상은 연합국 자신의 것이다. 포기조항에 의해 고려된 연합국 국민의 유일한 청구권은 배상 "이외"의 것이다. 따라서 예전에 "위안부"였던 사람들에게 의한 손해배상청구권은 조약에서 논의된 청구권의 범위에 들어가지 않기 때문에 포기조항에 의해 전혀 금지되지 않는다.

61. 덧붙여 중국이 비록 1951년 평화조약의 서명국이 아니지만 이 조약은 전쟁 후 중국의 일본에 대한 권리를 말하고 있다. 흥미롭게도 이 조약은 제21조에서 중국은 일본이 저야할 특정한 배상을 규정한 제14조 (a) (e)에서의 이익에 대한 권리를 가진다고 규정하지만 중국이 제14조 (b)의 포기조항의 적용을 받는다고 특별히 규정하지 않는다. 이 포기조항은 중국에 적용되지 않기 때문에 이 조약이 중국국민이 일본에게 배상을 청구하는 것을 금지한다는 일본정부의 주장에는 아무런 근거도 없다.

62. 더욱이 1965년 한국과 일본 사이의 청구권협정에 관하여는 일본정부가 위안소의 설치, 관리와 규제의 모든 측면에서의 일본군부의 관여 정도를 1951년 평화조약 (체결) 당시에 밝히지 못했으므로 형평과 정의의 이익에 비추어 일본이 평화조약에 의거하여 책임을 회피하지 못하도록 해야 한다.⁸⁸⁾ 추가적인 형평의 원칙으로서 강행법규범이 원용되면 그러한 근본적 법규를 위반한 것으로 피소된 국가는 책임을 면하기 위해 단지 기술적인 것에 불과한 사항을 원용할 수 있도록 허용되어서는 안 된다. 그리고 어쨌거나 일본은 명백하게 공평과 정의에 이익이 되는 행동을 촉진하기 위해 조약에 근거하여 제기할 수 있는 책임에 대한 항변을 언제나 스스로 배제할 수 있다는 것을 강조해야만 한다.

C. 권고

1. 형사소추를 확보하기 위한 장치의 필요

63. 유엔 고등인권판무관(the United Nations High Commissioner for Human Rights)은 일본의 강간수용소의 설치에 관한 일본군부의 행위에 이제 명백히 연결된 잔학행위에 대해 책임 있는 사람들을 일본과 다른 나라에서 소추하기 위해 노력하여야 한다. 일본이 현재 생존해 있는 "위안소"에 대한 모든 책임자들을 찾아내어 소추할 의무를 완전히 다할 수 있도록 하고 다른 나라들도 비슷하게 자신의

88) Yu, *supra* note 83, p. 535

관할권 안에서 범죄자들을 체포하고 소추하는 것을 돕기 위하여 가능한 모든 것을 다할 것을 확보하는 것은 국제연합의 책임이다. 따라서 판무관은 일본관리들과 함께 (a) 제2차 세계대전 동안 일본 강간수용소를 설립, 지원하거나 출입한 군인과 민간대원(civilian personnel) 개개인에 대한 증거를 수집하고, (b) 피해자의 진술을 듣고, (c) 재판을 위해 준비한 사건자료들을 일본 검찰에 건네주고, (d) 다른 국가와 생존자 단체와 함께 그 나라에 있는 범죄자를 확인, 체포, 소추하기 위해 협력하고, (e) 국가들이 그 관할권 안에서의 그러한 소추를 허용하는 입법을 발전시키는 것을 어떤 식으로든 돕기 위한 활동을 해야 한다.

2. 법적 배상을 제공하기 위한 장치의 필요

64. 차별방지소위원회는 다른 유엔 기관들과 같이 1995년 국민 기금의 창설을 "환영"하였다. 국민 기금은 1995년 7월 일본정부에 의해 "위안부"에 대한 도의적 책임감에서 설립되었고 "위안부"의 요구를 건의하는 비정부단체의 활동을 지원하고 생존한 "위안부"에 대한 "보상"금을 민간 재원으로부터 모집할 기구로써 의도되었다.⁸⁹⁾ 그러나 국민 기금이 지불한 "보상"금은 제2차 세계대전 동안 일어난 범죄에 대한 일본정부의 법적 책임을 인정하려는 의도가 아니므로 이 기금은 "위안부" 비극의 피해자인 개별 여성들에 대한 공적, 법적 배상을 제공해야 할 일본정부의 책임을 충족시키지 않는다.

65. 국민 기금이 어떤 의미에서도 법적 배상을 제공하는 것이 아니므로 그러한 배상을 제공하기 위하여 적절한 국제적 대표자로 구성된 새로운 행정기금(administrative fund)이 설치되어야 한다. 이를 위해 유엔 고등인권판무관은 일본정부와 함께 국내와 국제 인사로 구성된 위원단을 임명하여 "위안부"에게 공식적인 금전배상을 할 수 있는 신속하고 적절한 배상계획을 수립할 수 있는 권한을 주어야 한다. 이 새 위원단의 역할은 따라서 (a) 비교 가능한 상황에서 주어질 수 있는 손해배상을 지침으로 하는 적절한 수준의 배상 결정, (b) 기금을 널리 알리고 피해자를 찾아내기 위한 효율적 체계의 수립과 (c) "위안부"의 모든 청구권을 신속하게 심리할 행정법정을 일본 내에 설치하는 것이 될 것이다. ⁹⁰⁾ 그러한 조치들은 더욱이 위안부의 고통에 비추어 가능한 한 빨리 취해져야 한다.

3. 손해배상의 적절함

66. 적절한 배상 수준은 침해행위의 심각성, 범위와 반복성, 자행된 범죄의 고의성, 공적 신뢰를 저버린 공무원의 과실의 정도와 그 동안 경과한 장구한 시간(따라서

89) Asian Women's Fund, supra note 2, p.1.

90) Dolgopol and Paranjape, main report, note 48,

구제가 오랫동안 지연되어 야기된 심리적 피해와 화폐의 현재 가격의 상실)과 같은 고려사항들에 기반하여야 한다. 일반적으로 배상은 신체적 또는 정신적 피해, 아픔, 고통과 감정적 비탄(distress), 교육을 비롯한 잃어버린 기회, 소득과 소득능력의 상실, 합리적인 의료비와 기타 재활 비용, 명예 또는 존엄에 대한 피해와 구제를 얻기 위해 든 법률 또는 전문가의 지원에 대한 합리적인 비용과 보수와 같은, 경제적으로 산정할 수 있는 모든 손해에 적용된다. 이러한 요소에 근거하여 적합한 수준의 배상이 지체없이 이루어져야 한다.⁹¹⁾ 또한 그러한 가혹행위가 앞으로 발생하지 않도록 보장하기 위한 억제책으로 작용하기에 충분한 수준으로 배상이 이루어지도록 고려되어야 한다.

4. 보고의무

67. 마지막으로 일본정부는 유엔 사무총장에게 "위안부"들의 신원을 확인하고 배상하며 범죄자들을 재판하는 것과 관련한 진전 보고서를 적어도 일년에 두 차례 제출하여야 한다. 이 보고서는 또한 일본어와 한국어로 작성되어야 하며 일본 국내와 국외에, 특히 "위안부" 자신들과 그들이 현재 거주하는 국가에 적극적으로 배포되어야 한다.

VII. 맺는 말

68. 이 보고서는 일본정부가 인권법과 인도법의 심각한 위반, 즉 전체적으로 인도에 반한 죄에 해당하는 위반에 대해 여전히 책임을 진다고 결론내린다. 이에 반대되는 일본정부의 주장은 근거에 놓인 인도법상의 노예화와 강간의 금지를 공격하려는 주장을 포함하여, 50여 년 전에 뉘른베르크 전범재판소에서 처음 제기되었을 때와 마찬가지로 오늘날에도 설득력이 없다. 덧붙여 일본은 제2차 세계대전 후 평화조약과 배상협정을 통하여 이미 전쟁으로 인한 모든 청구권을 해결하였다는 일본정부의 주장 역시 똑같이 여전히 설득력이 없다. 이것은 주로 아주 최근까지 일본정부가 일본군부의 이러한 강간수용소의 설치와 유지에 대한 직접적인 관여의 정도를 인정하지 않은 것에 기인한다. 전쟁이 끝난 뒤 일본과 다른 아시아 정부 사이에 평화와 배상협정이 협상되고 있던 기간 동안 이 점에 대하여 일본정부가 침묵하였기 때문에 법과 정의의 요청상 일본은 이러한 사건들에 대한 책임을 소멸시키기 위해 오늘날 이러한 평화조약에 의거할 수 없다.

69. 적대행위가 종료된 이래 반세기가 넘게 이러한 청구권을 해결하지 못한 것은 여성의 생명이 계속해서 경시되고 있는 정도를 입증한다. 슬프게도 이와 같이 제2차

91) Parker and CHew, supra note 26

세계대전 동안 대규모로 자행된 성적 성질의 범죄를 처리하지 못함으로써, 오늘날 저질러지고 있는 비슷한 범죄가 처벌되지 않는 정도가 증가되어왔다. 일본정부는 제2차 세계대전 동안 "위안소"에서 잔인하게 피해입은 20만 명이 넘는 여성과 소녀들에 대한 강간과 노예화에 대하여 사죄와 보상을 위한 몇몇 조치를 취하였다. 그러나 일본정부가 법적 책임과 그러한 책임에서 나오는 결과들을 완전히 그리고 조건 없이 받아들이지 않는 한 그 어떤 것도 전적으로 부적절하다. 적절한 구제를 제공하기 위해 필요한 최종 조치들을 취하는 것은 이제 분명히 일본정부에 달려 있다.