

<2015년 한일외교장관회담의 국제법적 문제와 위헌성>

프로그램

사회	이상희 변호사
인사말	김제남 국회의원 한택근 민주사회를 위한 변호사모임 회장
14:10 - 14:30	발제1. 2015 한일외교장관 ‘합의’의 실제 - 김창록 (경북대학교 법학전문대학원 교수)
14:30 - 14:50	발제2. 일본군‘위안부’ 문제와 국제법상 피해자의 권리 - 조시현 (민주법연 회원, 전 건국대학교 교수)
14:50 - 15:10	발제3. 2015. 12. 28. 한일외교장관회담 공동기자회견과 헌법소원 - 전종익 (서울대학교 법대 교수)
15:10 - 15:20	휴식
15:20 - 15:35	토론1. 2015년 합의와 일본군‘위안부’ 재단 문제 - 장완익 (변호사, 민변 과거사청산위원회)
15:36 - 15:50	토론2. 일본군‘위안부’ 문제와 국제법상 피해자의 권리에 대한 토론문 - 김기남 (변호사, 민변 국제연대위원회)
15:50 - 16:10	토론3. 2015. 12. 28. 한일외교장관회담 공동기자회견과 헌법소원에 대한 토론문 - 오동석 (민주법연 회장, 아주대학교 법학전문대학원 교수)
16:10 - 16:30	전체 토론 및 질의응답

목 차

[발제1] 2015 한일외교장관 ‘합의’의 실체	김창욱	7p
[발제2] 일본군‘위안부’ 문제와 국제법상 피해자의 권리	조시현	23p
[발제3] 2015.12.28. 한일외교장관회담 공동 기자회견과 헌법소원	전종익	79p
[토론1] 2015년 합의와 일본군‘위안부’ 재단 문제	장완익	87p
[토론2] 일본군‘위안부’문제와 국제법상 피해자의 권리에 대한 토론문	김기남	91p
[토론3] 2015.12.28. 한일외교장관회담 공동기자회견과 헌법소원 에 대한 토론문	오동석	103p

발 제

2015 한일외교장관 ‘합의’ 의 실체

김창록 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

2015 한일외교장관 ‘합의’의 실제

김창록

경북대학교 법학전문대학원 교수

I. 일본군‘위안부’ 문제 略史

	한국 및 국제사회	일본
1988	여성단체가 문제 제기	
1990	여성단체 공동성명(10.17) / 한국정신대문제대책협의회 발족(11.16)	
1991	김학순 증언(8.14)	“민간의 업자”가 한 일
1992	유엔 인권위에서 문제 제기 / 한국 정부가 ‘일제하 군대위안부 실태조사 중간보고서’ 발표 신고 접수(7)	아사히신문이 증거자료 보도(1.11) / 카토 오 관방장관 “사과와 반성” 표명(1.13)
1993	「일제하 일본군위안부에 대한 생활안정지원법」 제정(6.11)	「코오노담화」 발표(8.4)
1994	International Commission of Jurists 보고서(11.22)	무라야마 총리가 국민기금 구상 발표(8.31)
1995		국민기금 발족(7.19) / 「무라야마담화」 발표(8.15)
1996	유엔 인권위 ‘여성에 대한 폭력에 관한 특별보고자’ Radhika Coomaraswamy 보고서	
1997		‘새로운 역사교과서 만드는 모임’ 발족
1998	유엔 인권소위 ‘전시성노예제 특별보고자’ Gay J. McDougall 보고서	
2002		국민기금 ‘위로금 사업’ 종료 선언(10)
2005	한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회 결정(8.26)	
2007		국민기금 해산(3) / 제1차 아베 내각 ‘강제동원 증거 없다’ 각의결정
2011	2000년 일본군성노예전범 여성국제법정 최종판결문 / 헌법재판소 부작위 위헌 결정(8.30) / 정부 양자 협의 개시 제의 구상서 송부(9.15,11.15)	
2012	대법원 강제동원 판결(5.24)	제2차 아베 내각 출범(12.26)
2013	박근혜 정부 출범(2.25) / 한일 정상회담 거부	

2014	한일 국장급 협의 시작(4)	제3차 아베 내각 출범(12.24)
2015	한일 정상회담(11.2) / 제12차 한일 국장급 협의(12.27) / 한일 외교장관 기자회견, 한일 정상 전화회담(12.28)	
2016		아베 총리 2007 각의결정 재확인(1.18) / 총리실의 지시로 일본 대표 유엔 여성차별철폐위원회에서 2007 각의결정 반복(2.16)

- 피해자, 시민단체, 국제사회가 거듭 확인해온 법적 상식
= 범죄사실의 인정, 사죄, 배상, 역사교육, 위령, 책임자 처벌
- 일본군'위안부' 문제의 흐름
침묵 ⇒ 고발과 호소 ⇒ 국제사회의 화답과 일본의 '반응' ⇒ 한국의 '진격'과 일본의 '반동' ⇒ 한일 국교정상화 50주년의 '참사'

II. 「2015 합의」의 특정

- 전권위임장, 합의 서명된 문서는 없는 듯함. 비준은 없었음.
- 다만, 정식조약이 아니어도 국가간 합의라는 점에는 변함이 없으며, 일정한 구속력을 가진다고 보아야 할 것임.
- 현재까지 밝혀진 것은 '합의'에 해당한다고 볼 수 있는 2015년 12월 28일의 기자회견과 한일 양국 정부의 인터넷 게시물이 전부.
- 인터넷 게시물은 아래와 같음. (한국 외교부 홈페이지에 게시된 “한·일 외교장관회담 결과(일본군위안부 피해자 문제 관련 합의 내용)”)

[일측 표명사항]

한·일간 위안부 문제에 대해서는 지금까지 양국 국장급 협의 등을 통해 집중적으로 협의해 왔음. 그 결과에 기초하여 일본 정부로서 이하를 표명함.

- ① 위안부 문제는 당시 군의 관여 하에 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 입힌 문제로서, 이러한 관점에서 일본 정부는 책임을 통감함. 아베 내각총리대신은, 일본국 내각총리대신으로서 다시 한 번 위안부로서 많은 고통을 겪고 심신에 걸쳐 치유하기 어려운 상처를 입은 모든 분들에 대한 마음으로부터 사죄와 반성의 마음을 표명함.
- ② 일본 정부는 지금까지도 본 문제에 진지하게 임해 왔으며, 그러한 경험에 기초하여 이번에 일본 정부의 예산에 의해 모든 전(前) 위안부들의 마음의 상처를 치유하는 조치를 강구함. 구체적으로는, 한국 정부가 전(前) 위안부분들의 지원을 목적으로 하는 재단을 설립하고, 이에 일본 정부 예산으로 자금을 일괄 거출하고, 한일 양국 정부가 협력하여 모든 전(前) 위안부분들의 명예와 존엄의 회복 및 마음

의 상처 치유를 위한 사업을 행하기로 함.

- ③ 일본 정부는 상기를 표명함과 함께, **상기 ②의 조치**를 착실히 실시한다는 것을 전제로, 이번 발표를 통해 동 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결될 것임을 확인함. 또한, 일본 정부는 한국 정부와 함께 향후 유엔 등 국제사회에서 동 문제에 대해 상호 비난·비판하는 것을 자제함.

[우리[한국]측 표명사항]

한·일간 일본군위안부 피해자 문제에 대해서는 지금까지 양국 국장급협의 등을 통해 집중적으로 협의를 해 왔음. 그 결과에 기초하여 한국 정부로서 이하를 표명함.

- ① 한국 정부는 일본 정부의 표명과 이번 발표에 이르기까지의 조치를 평가하고, 일본 정부가 **상기 1.②에서 표명한 조치**를 착실히 실시한다는 것을 전제로 이번 발표를 통해 일본 정부와 함께 이 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결될 것임을 확인함. 한국 정부는 일본 정부가 실시하는 조치에 협력함.
- ② 한국 정부는 일본 정부가 주한일본대사관 앞의 소녀상에 대해 공관의 안녕·위엄의 유지라는 관점에서 우려하고 있는 점을 인지하고, 한국 정부로서도 가능한 대응방향에 대해 관련단체와의 협의 등을 통해 적절히 해결되도록 노력함.
- ③ 한국 정부는 이번에 일본 정부가 표명한 조치가 착실히 실시된다는 것을 전제로 일본 정부와 함께 향후 유엔 등 국제사회에서 동 문제에 대해 상호 비난·비판을 자제함.

○ 그런데, 기자회견에서는 [일측 표명사항] ③ 중 “상기 ②의 조치”는 “위에서 말한 조치”로, [한국측 표명사항] ① 중 “상기 1.②에서 표명한 조치”는 “앞서 표명한 조치”로 발표되었음.

○ ‘최종적·불가역적 해결’과 ‘국제사회에서의 비난·비판 자제’의 전제조건은 무엇인가? [일측 표명사항] ①도 전제조건인가? 그렇다고 하더라도 그 전제조건의 범위는 어디까지인가?

- 기자회견의 내용에도 불구하고, 문리해석상 [일측 표명사항] ①도 전제조건이라고 보기는 어려움.

- [일측 표명사항] ①이 전제조건이라고 하더라도 그 범위에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있음.

Ⅲ. 사실과 책임의 인정

○ 「2015 합의」, “일측 표명사항” ① : “위안부 문제는 당시 군의 관여 하에 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 입힌 문제로서, 이러한 관점에서 일본 정부는 책임을 통감함. 아베 내각총리대신은, 일본국 내각총리대신으로서 다시 한 번 위안부로서 많은 고통을 겪고 심신에 걸쳐 치유하기 어려운 상처를 입은 모든 분들에 대한 마음으로부터 사죄와 반성의 마음을 표명함.”

- 1995년에 발족한 ‘여성을 위한 아시아평화 국민기금’이, 일본 국민으로부터 모은 5억 6,500만엔의 성금으로 일본군‘위안부’ 피해자들에게 1인당 200만엔의 ‘위로금’을 지급하고, 일본 정부의 자금 11억 2,000만엔으로 의료·복지사업을 실시하면서(사무경비 35억 500만엔 별도), 피해자들에게 전달하려 했던 내각총리대신 명의의 「사과의 편지」의 내용과 거의 완전히 일치함.

2015 합의	사과의 편지
<p>①위안부 문제는 당시 군의 관여 하에 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 입힌 문제로서, ②이러한 관점에서 일본 정부는 책임을 통감함. ③아베 내각총리대신은, 일본국 내각총리대신으로서 다시 한 번 위안부로서 많은 고통을 겪고 심신에 걸쳐 치유하기 어려운 상처를 입은 모든 분들에 대한 마음으로부터 사과(お詫び)와 반성의 마음을 표명함.</p>	<p>... ①이른바 종군위안부 문제는 당시 군의 관여 하에 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 입힌 문제였습니다. ③저는 일본국 내각총리대신으로서 다시 한 번 이른바 종군위안부로서 많은 고통을 겪고 심신에 걸쳐 치유하기 어려운 상처를 입은 모든 분들에 대해 마음으로부터 사과와 반성의 마음을 표명합니다. ... ②우리나라로서는 도의적 책임을 통감하면서 ...</p>

- 양자의 차이는 단 하나, 즉 「사과의 편지」에는 ‘도의적 책임’으로 되어 있었던 것이 「2015 합의」에서는 ‘책임’으로 되었다는 것뿐임.
- 국민기금이 다수의 한국인 피해자들에 의해 거부된 채 2007년에 실패로 막을 내리게 된 주된 이유는 바로 이 ‘도의적’이라는 단어에 있음. 그 실패는, 피해자들이 ‘완벽한 책임’을 요구했음에도, 일본 정부가 ‘도의적 책임은 지지만 법적 책임은 결코 질 수 없다’고 거듭 강조한 결과임. 따라서 ‘도의적’이라는 단어가 사라졌다는 것은 일단 적지 않은 의미가 있다고 할 수 있음.
- 하지만, 「2015 합의」 직후 아베 신조오(安倍晋三) 총리는 박근혜 대통령과의 전화회담에서 “위안부 문제를 포함하여 한일간의 재산·청구권 문제는 1965년의 한일청구권·경제협력협정으로 최종적이고 완전하게 해결되었다는 우리나라의 입장에 변함이 없다”라고 못 박았음. 또 키시다 후미오(岸田文雄)외상도 기자회견 직후 일본 취재진에게 “책임의 문제를 포함하여 일한간의 재산 및 청구권에 관한 일본 정부의 법적 입장은 종래와 전혀 변함이 없”다고 잘라 말했음.
- 요컨대, ‘도의적’이라는 단어는 사라졌지만, 그 ‘책임’은 여전히 ‘법적 책임’이 아니라 ‘도의적 책임’인 것임.
- 그렇다면 ‘사실 및 책임의 인정’이라는 면에서는 1995년이나 2015년이나 마찬가지인 것임. 즉 ‘진실보’는 없으며 ‘복제’가 존재할 뿐임. 게다가 그것은 국민기금을 거부하면서 ‘법적 책임’을 요구해온 피해자들의 ‘20년’을 전면 부정하는 ‘복제’임.

* 한일 정상 전화회담에 관한 한일 양국 정부의 발표

청와대	외무성
<p>박근혜 대통령은 28일 오후 아베 총리로부터 전화를 받고, 위안부 협상 타결 관련 의견을 교환했습니다.</p> <p>아베 총리는 일본국 내각총리대신으로서, 위안부로서 많은 고통을 겪고 심신에 걸쳐 치유하기 어려운 상처를 입은 모든 분들에 대한 마음으로부터 사죄와 반성의 마음을 표명했습니다.</p> <p>이어 아베총리는 위안부 피해자들의 명예와 존엄의 회복 및 마음의 상처 치유를 위한 사업을 착실히 실시해 나가겠다고 하면서, 금번 합의를 통해 위안부 문제가 최종적이고 불가역적으로 해결될 것임을 확인했습니다.</p> <p>박 대통령은 금번 합의를 위안부 피해자들의 명예와 존엄을 회복하고 마음의 상처를 치유하는 소중한 기회로 만들어가야 하며, 양국 정부가 어려운 과정을 거쳐 합의에 이른 만큼, 앞으로도 금번 합의를 바탕으로 신뢰를 쌓아가며 새로운 관계를 열어갈 수 있도록 긴밀히 협의해 나가기를 희망했습니다.</p> <p>양 정상은 금번 위안부 협상 타결이 한·일 관계의 개선과 지속적인 발전으로 이어질 수 있도록 긴밀하게 협력해 나가기로 했습니다.</p> <p>한편, 박 대통령은 28일 오후 기시다 외무대신을 접견하고, 금번 합의가 조속하고 충실하게 이행되는 것이 중요하다는 점을 강조했습니다.</p> <p>기시다 외무대신은 이에 공감을 표하고, 금번 합의를 바탕으로 한·일 관계를 발전시키기 위해 노력해 나가겠다고 했습니다.</p>	<p>2月28日17時48分から約15分間、安倍内閣総理大臣は、朴槿恵（パク・クネ）韓国大統領と首脳電話会談を行ったところ、概要以下の通り。（日本側から、菅官房長官、萩生田官房副長官、世耕官房副長官、谷内国家安全保障局長、長谷川総理補佐官、齋木外務事務次官ほか同席。）</p> <p>1 両首脳は、慰安婦問題をめぐる対応に関し、11月の日中韓サミットの機会に行われた日韓首脳会談を受け、協議を加速化し、今般合意に至ったことを確認し評価した。</p> <p>2 (1) 安倍総理から、日本国の内閣総理大臣として改めて、慰安婦として数多の苦痛を経験され、心身にわたり癒やしがたい傷を負われた全ての方々に対し、心からおわびと反省の気持ちを表明した。<u>その上で、慰安婦問題を含め、日韓間の財産・請求権の問題は1965年の日韓請求権・経済協力協定で最終的かつ完全に解決済みとの我が国の立場に変わらないが</u>、今回の合意により、慰安婦問題が「最終的かつ不可逆的に」解決されることを歓迎した。</p> <p>(2) 朴槿恵大統領から、今次外相会談によって慰安婦問題に関し最終合意がなされたことを評価するとしてした上で、新しい韓日関係を築くために互いに努力していきたいといった発言があった。</p> <p>(3) 両首脳は、今回の合意を両首脳が責任をもって実施すること、また、今後、様々な問題に、この合意の精神に基づき対応することを確認した。</p> <p>3 両首脳は、安全保障、人的交流、経済を始めとする様々な分野における日韓協力を強化し、日韓関係を前に進めていく重要性を確認した。</p>

IV. 재단 설립과 10억엔 출연

- 「2015 합의」 “일측 표명사항” ② : “한국 정부가 前 위안부분들의 지원을 목적으로 하는 재단을 설립하고, 이에 일본 정부 예산으로 자금을 일괄 거출하고, 한일 양국 정부가 협력하여 모든 前 위안부분들의 명예와 존엄의 회복 및 마음의 상처 치유를 위한 사업을 행하기로 함.”
- “대략 10억엔”이라는 일본 정부의 출연금은 ‘배상금’이 아님. 「2015 합의」 직후 키시다 외상은 일본 취재진에게 “배상금이 아니다”라고 못 박았음. 일측은 ‘법적 책임’을 부정하니 이는 당연한 귀결임.
- 그럼 10억엔은 무엇인가? 「2015 합의」의 “명예와 존엄의 회복”이라는 사업 목적은 국민기금의 모금 호소문에 등장하는 것임. 결국 10억엔은 국민기금의 경우와 마찬가지로 ‘도외적 책임’을 따른 ‘인도적 지원금’인 것임.
- 재단의 성격도 동일함. 1995년에 일본 정부가 직접 나서지 않고 국민기금을 통해 ‘위로 사업’을 한 것은 ‘법적 책임’이 없다는 논리에 따른 것이었음. 그 논리에 따르면 이번에도 스스로 나서지 않고 한국 정부를 통해 사업을 하기로 한 것은 오히려 자연스러운 일임. 물론 “한일 양국 정부가 협력하여” 사업을 한다고 했으니 일본 정부가 완전히 빠지는 것은 아님. 하지만 사업이 ‘법적 책임’에 따른 것이 아닌 이상 그 협력은 특별한 의미를 가지지 않으며, 오히려 ‘감시’의 여지를 마련한 것이라고도 볼 수 있음.
- 이와 같이 출연과 사업과 재단의 성격이라는 점에서도 「2015 합의」는 1995년의 국민기금과 다르지 않음. 그렇다면 결국 1995년과의 차이로서 유일하게 남게 되는 것은 ‘10억엔’임. “일본이 잃은 것은 10억엔”이라는 키시다 외상의 발언은 자화자찬을 위한 과장된 허언이 아닌 것임.

V. 강제성, 진상규명 · 역사교육의 후퇴

- ‘강제성’의 후퇴
 - 1993년의 「코오노담화」와 비교한다면 강제성의 인정은 오히려 크게 후퇴한 것임.

2015 합의	1993년 「코오노담화」
위안부 문제는 당시 군의 관여 하에 다수의 여성의 명예와 존엄에 깊은 상처를 입힌 문제	위안소는 당시의 군 당국의 요청에 의해 설립된 것이며, 위안소의 설치, 관리 및 위안부의 이송에 관해서는, 구 일본군이 직접 또는 간접적으로 이에 관여했다. 위안부의 모집에 관해서는 군의 요청을 받은 업자가 주로 이를 담당했지만, 그 경우에도 감언, 강압에 의하는 등, 본인들의 의사에 반하여 모집된 사례가 많고, 나아가 관헌 등이 직접 이에 가담한 경우도 있었다. 또 위안소에서의 생활은 강제적인 상황 아래에서의 고통스러운 것이었다. ...당시의 한반도는 우리나라의 지배 아래에 있어서, 그 모집, 이송, 관리 등도 감언, 강압에 의하는 등 전체적으로 보아 본인들의 의사에 반하여 이루어졌다.

- 아베 총리는 제1차 내각 때인 2007년 3월 16일에 「코오노담화」 발표일인 1993년 8월 3일까지 “정부가 발견한 자료에서는 군이나 관헌에 의한 이른바 강제연행을 직접 드러내는 기술도 발견되지 않았다”라는 내용의 각의결정을 관철시킨 바 있음. 이것은 일본군‘위안부’의 ‘강제성’을 “관헌이 집에 쳐들어가 사람을 유괴하듯이 끌어간다고 하는 그런 강제성”으로 자의적으로 국한시키고, 공식기록으로 남아 있을 가능성이 거의 없는 그 기록이 없다고 강조한 것으로서, 「코오노담화」에서 널리 인정된 ‘강제성’에 흠집을 내어, 사실상 ‘일본군‘위안부’에 관한 ‘강제성’은 존재하지 않는다’라는 주장을 전개하려 한 것에 다름 아님.
- 이 지점에서 [일측 표명사항] ①의 “이러한 관점에서”라는 부분이 새삼 주목됨. 언뜻 보기에는 특별한 의미를 가지지 않는 것 같이 보이는 이 표현은, 사실은 아베 정부가 「2015합의」에서 “책임을 통감”하고, “내각총리대신으로서 . . . 사죄(おわび)와 반성의 마음을 표명”한 대상은 ‘강제성’이 제거된 일본군‘위안부’ 문제라는 사실을 담보하기 위해 용의주도하게 삽입한 것이라고 보아야 할 것임.

○ 진상규명 및 역사교육의 후퇴

- 1993년의 「코오노담화」에서는 물론이고 1995년의 「사과의 편지」에도 언급되었던 진상규명 및 역사교육에 관한 언급은 「2015 합의」에서는 전혀 발견되지 않음.

1993년 「코오노담화」	1995년 「사과의 편지」
우리는 이와 같은 역사의 진실을 회피하지 않으며, 오히려 역사의 교훈으로서 직시하고자 한다. 우리는 역사연구, 역사교육을 통해 이와 같은 문제를 영원히 기억하고, 같은 잘못을 결코 반복하지 않겠다는 굳은 결의를 다시 한 번 표명한다.	우리는 과거의 무게로부터도 미래의 책임으로부터도 도피하지 않을 것입니다. 우리나라로서는...사과와 반성의 마음을 바탕으로, 과거의 역사를 직시하고, 올바르게 이를 후세에 전달하는 동시에, 부당한 폭력 등 여성의 명예와 존엄에 관한 문제들에 대해서도 적극적으로 대처하지 않으면 안 된다고 생각합니다.

- 오히려 아베 총리는 「2015 합의」 발표 후 “자녀, 손자, 그다음 세대의 아이들에게 사죄를 계속하는 숙명을 지게 해서는 안 된다”며 “그 결의를 실행에 옮기기 위한 합의”라고 말했다고 함. 이것은 지속적인 역사교육과는 반대의 방향임.
- 이 지점에서 [일측 표명사항] ②의 “일본 정부는 지금까지도 본 문제에 진지하게 임해 왔으며, 그러한 경험에 기초하여”라는 부분이 새삼 주목됨. 언뜻 보기에는 특별한 의미를 가지지 않는 것 같이 보이는 이 표현은, 사실은 ‘아시아 여성기금’ 방식으로 충분했다, 일본군‘위안부’와 관련한 역사교육은 필요하지 않다’라는 함의를 담기 위해 일본 정부가 용의주도하게 삽입한 것이라고 보아야 할 것임.

VI. 한국 정부의 과도한 보증

- 한국 정부가 얻어낸 것은 이렇게 빈약한데 반해, 보증해 준 것은 엄청난.

- “우리측 표명사항”을 통해, 한국 정부는 일본 정부가 “조치를 착실히 실시한다는 것을 전제로”, “일본 정부와 함께 이 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결될 것임을 확인”해주었고, “일본 정부와 함께 향후 유엔 등 국제사회에서 동 문제에 대해 상호 비난·비판을 자제”한다고 보증해주었으며, 게다가 “일본 정부가 주한 일본대사관 앞의 소녀상에 대해 공관의 안녕·위엄의 유지라는 관점에서 우려하고 있는 점을 인지하고, 한국 정부로서도 가능한 대응방향에 대해 관련단체와의 협의 등을 통해 적절히 해결되도록 노력”하겠다고 약속해주었음.

○ ‘불가역적’의 본말전도

- 애당초 ‘불가역적’이라는 표현은 피해자와 시민단체가 일본 정부의 사죄에 대해 요구한 것이었음. 즉, 그것은 일본군‘위안부’ 문제의 해결을 위한 아시아연대회의가 2014년 6월 2일의 제12차 회의에서 채택한 “일본 정부에 대한 제언”에서, 일본 정부가 명확한 사실과 책임을 인정한 다음 그에 기반하여 취해야 할 조치의 하나로서 포함시킨 “반복할 수 없는 명확하고 공식적인 방식으로 사죄할 것”에 담겨있는 표현임.
- 아시아연대회의가 ‘반복할 수 없는’이라는 표현을 포함시킨 이유는, 일본 정부가 일단 ‘사과와 반성’을 표명한 후 곧이어 그것을 뒤집는 ‘망언’이 거듭되어 온 것이 심각한 문제라는 인식 아래, “잘못된 역사인식에 근거한 공인의 발언금지 및 공인 외 발언에 대해서는 명확하고 공식적으로 반박할 것”이라는 의미를 담기 위해서, 다시 말해 ‘사과와 반성’을 부정하는 발언을 하는 공인은 그 지위에서 물러나게 해야 하고, 공인 이외의 사람들의 발언에 대해서는 일본 정부가 그 때마다 명확하고 공식적으로 반박해야 한다는 의미를 담기 위해서였음.
- 그런데 「2015합의」에서는 ‘불가역적’이라는 표현이 ‘사죄’가 아니라 ‘해결’을 수식하고 있고, 일본 정부만이 아니라 한국 정부도 구속하는 의미로 사용되고 있음.

○ ‘국제사회에서의 비난·비판 자제’의 과도함

- 이것은 ‘최종적·불가역적 해결’과 어울려, 자칫 앞으로 한국 정부가 국제사회에서 일본군‘위안부’ 문제에 관해 어떠한 적극적인 언행을 하는 것도 불가하다는 해석으로 이어질 염려가 있다는 점에서 과도함.
- 실제로 「2015합의」 직후 키시다 외상이 “이번 합의의 취지에 비추어” 한국 정부가 일본군‘위안부’ 관련 기록의 유네스코 세계기록유산 등재 “신청에 참여하는 일은 없을 것”이라고 밝혔고, 일본 언론이 일본 정부의 요구에 따라 한국 정부가 ‘성노예’ 표현을 자숙할 방침을 시사했다고 보도하고 나섰는데도, 한국 정부는 이에 대해 적극적인 반박을 하지 못하고 있음.
- 한국 정부는 유네스코 세계기록유산 등재에 관해서는 “정부로서는 이런 등재가 민간단체가 추진하고 있는 것인 만큼 이번에 타결된 한일 간 위안부 문제 합의와는 무관하며, 등재신청 여부는 민간단체들이 스스로 결정하는 것으로 알고 있다”라는 답변만 거듭하고, ‘성노예’에 관해서는 일체 언급하지 않은 채, 「2015합의」에 근거한 적극적인 조치를 취하지 않고 있음.

○ 소녀상에 관한 월권

- 정식명칭이 '평화비'인 소녀상은 1992년 1월 8일에 시작된 '일본군'위안부' 문제 해결을 위한 정기 수요시위'가 1천 회를 맞은 2011년 12월 14일에 정대협이 중심이 된 시민 모금으로 시민들이 세운 일본군'위안부' 문제의 상징으로서, 그에 대해서는 애당초 "적절히 해결되도록 노력"한다는 약속을 한국 정부가 할 수 없는 것이라는 점에서 한국 정부의 보증은 부적절하고도 과도함.
- 이에 대해 키시다 외상은 「2015합의」 직후 합의의 "취지에 비추어보아도 한국 정부가 적절하게 해결되도록 노력할 것이고, 그 결과 재 한국 일본대사관 앞의 위안부상이 적절하게 이전될 것"이라고 밝혔고, 일본 언론들도 소녀상 철거가 10억엔 출연의 전제조건이라고 잇달아 보도했음.
- 그럼에도 불구하고, 한국 정부는 "주한 일본대사관 앞에 있는 소녀상은 민간에서 자발적으로 설치한 것입니다. 따라서 정부가 '이래라, 저래라' 할 수 있는 사안이 아닙니다"라는 입장만 거듭 되뇌고 있음.
- 만일 그렇다면 애당초 소녀상에 관해 한국 정부가 "가능한 대응방향에 대해 관련 단체와의 협의 등을 통해 적절히 해결되도록 노력"하겠다는 약속을 할 수 없는 것이며, 그러한 약속을 「2015합의」에 담을 수 없는 것임. 반대로 「2015합의」의 내용이 한국 정부의 입장과 같은 것이라면, 그 입장과 다른 일본 정부나 언론의 주장에 대해 한국 정부는 「2015합의」를 근거로 적극 반박해야 할 것임.
- 하지만, 한국 정부는 전혀 그렇게 하지 않고, "정부로서는 이번 합의의 원만한 이행을 위해서는 오해를 유발시킬 수 있는 그러한 보도라든지 언행이 더 이상은 있어서는 안 될 것"이라는 입장만을 되뇌고 있을 뿐임.

○ 조건부 약속?

- '최종적 · 불가역적 해결'과 '국제사회에서의 비난 · 비판 자제'는 "조치를 착실히 실시한다는 것을 전제로" 한 것이며, 따라서 그 조치가 착실히 실시되지 않으면 효력을 발생시킬 수 없는 것임.
- 그 조치에는 우선 한국 정부의 재단 설립, 일본 정부의 10억엔 출연, 한일 양국 정부의 사업 실시가 포함됨. 따라서 재단이 설립되지 않거나 10억엔이 출연되지 않거나 사업이 실시되지 않을 경우 전제가 충족되지 않는 것이므로, 최종적 · 불가역적 해결과 비난 · 비판 자제라는 합의도 효력을 발생시킬 수 없는 것임.
- 앞으로, 재단이 어떤 법적 근거에 따라 어떤 형태로 설립될 것인지, 소녀상 철거가 출연의 조건이라는 보도가 나오고 있는 가운데 일본 정부가 과연 10억엔을 출연할 것인지, 피해자들과 시민단체들의 협조를 얻지 못하면 실시되기 어려운 사업이 실제로 실시될 것인지의 여부에 따라 「2015합의」의 미래가 결정되게 될 것임.
- 하지만, 이미 피해자 6명이 공개적으로 「2015합의」를 "절대적으로 반대한다"라고 밝혔고, 정대협 등 383개 단체와 335명의 개인 등이 '한일 일본군 위안부 합의 무효와 정의로운 해결을 위한 전국행동'을 발족시켜 「2015합의」의 무효화에 나선 마당이니, 과연 「2015합의」가 현실적으로 유지될 수 있을지조차 불투명함.
- 한국 정부는 "현재 합의사항의 성실한 이행을 위해서 재단 설립문제에 대해서 여가부 등 관계부처간의 협의가 실무차원에서 진행되고 있고, 그 문제에 대해서 계속 협의가 진행 중에 있"다고 거듭 밝히며 재단 설립 절차를 강행하고 있지만,

무엇보다 피해자들이 반대하는 상황에서 그러한 강행은 또 다른 국내적 갈등을 초래할 위험성이 크다고 하지 않을 수 없음.

○ 조건의 범위는?

- 위에서 살펴본 것처럼, 일본 정부의 사실과 책임 인정 부분도 '최종적·불가역적 해결'과 '국제사회에서의 비난·비판 자제'의 전제인 "조치"에 포함되는지는 애매함.
- 하지만, 일본 정부의 사실과 책임 인정 부분이 "조치"에 포함된다고 하더라도, 그 인정된 사실과 책임이 매우 한정적이므로, 일본 정부가 명백하게 그 범위 속에 포함되는 것이 아니면서 일본군'위안부' 문제의 본질을 훼손하는 주장을 하는 경우에는, 한국 정부가 그것을 합의 위반이라고 하기는 어렵다고 할 것임.
- 2016년 1월 14일에 자민당 소속의 사쿠라다 요시타카(櫻田義孝) 중의원 의원이 "직업적 매춘부"라는 망언을 했다가 "아베 내각의 핵심인사"의 전화를 받고 같은 날 곧바로 철회한 것은, 그 망언이 명백하게 「2015합의」의 사실 및 책임 인정에서 벗어난 것이기 때문일 것임.
- 하지만, 그 직후인 1월 18일 아베 총리 자신이 참의원 예산위원회에서 "지금까지 정부가 발견한 자료에서 군과 관헌에 의한 이른바 '강제연행'을 직접 보여주는 기술은 발견되지 않았다는 . . . 2007년 각의 결정(의) . . . 입장에는 어떠한 변화도 없다", "이번 합의에 의해 '전쟁범죄'에 해당하는 유형을 인정한 것은 아니다"라고 발언했음.
- 이에 대해 한국 정부는, 거듭하여 '일본도 위안부 문제에 대해서 부정을 하거나 퇴행적인 언동을 하지 말아야 한다', '이것이 의무사항이다'라고 밝혀왔음에도 불구하고, "일본군 위안부의 동원 그 자체의 강제성은 어떠한 경우에도 부정할 수 없는 역사적 진실이고 사실"이라는 일반론을 제시하고 있을 뿐임. 아베 총리의 발언이 "합의정신 위반"이 아니냐는 기자들의 거듭되는 질문에 대해서는 "지금 중요한 것이 그 합의사항을 이행할 수 있는 분위기와 환경을 조성하는 것입니다. 그래서 그것에 저해가 되거나 어긋나는 언행은 삼가하는 것이 바람직하고, 하루속히 이행될 수 있는 환경이 조성되는 것이 중요하다고 봅니다"라고 거듭 되닐 뿐, 질문에 직접 대응하는 대답을 내놓지 못하고 있음.

○ 깊어지기만 할 수렁

- 이와 같이, 한국 정부는 「2015합의」의 사실 및 책임 인정에 관한 부분의 문구를 넘어선 일본 정부의 도발에 대해 전혀 적극적으로 대응을 하지 못하고 있음.
- 앞으로도, 그 출범 후 검정과정을 통해 일본의 중학교 교과서에서 일본군'위안부' 관련 기술을 모두 삭제하게 만든 아베 정부가 앞으로 일본의 역사교육에서 일본군'위안부' 관련 내용을 완전히 배제시키거나 왜곡되게 가르치게 하는 경우, 미국 등의 역사교과서에서 일본군'위안부' 관련 기술에 문제가 있다는 캠페인을 계속 전개하는 경우에도, 한국 정부는 이를 합의 위반이라고 주장하기는 어려울 것임.
- 이것이 한국 정부가 과도한 보증을 한 대가임은 더 말할 것도 없음.

VII. 「2015 합의」와 2011년 헌법재판소 결정

- 「2015 합의」는 2006년에 일본군‘위안부’ 피해자들이 제기한 헌법소원에 대해 2011년 8월 30일 헌법재판소가 내린 결정에서 출발한 것임.
- 2011년 결정에서 헌법재판소는, ‘일본 정부는 1965년 「청구권협정」에 의해 일본군‘위안부’ 피해자의 일본에 대한 배상청구권이 소멸되었다는 입장인 반면 한국 정부는 일본군 ‘위안부’ 피해자의 배상청구권은 「청구권협정」에 포함되지 않았다는 것이어서 해석상의 분쟁이 존재하며, 한국 정부는 그 해석상의 분쟁을 「청구권협정」 제3조의 분쟁해결절차에 따라 해결하여야 할 작위의무가 있음에도 불구하고, 한국 정부가 그 해결에 나서지 않아 피해자들의 기본권을 침해하고 있는 것은 위헌이다’라고 선언했음.
 - 「청구권협정」 제2조 :
 1. 양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프런시스코우시에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.
 3. . . . 일방체약국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 본 협정의 서명일에 타방체약국의 관할하에 있는 것에 대한 조치와 일방체약국 및 그 국민의 타방체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다.
 - 「청구권협정」 제3조 :
 1. 본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 체약국간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결한다.
 2. 1의 규정에 의하여 해결할 수 없었던 분쟁은 [중재절차] . . .
 - 일본 정부의 제2조 해석 : “일본군‘위안부’ 문제를 포함하여 모두 다 종결되었음.”
 - 한국 정부의 제2조 해석 : 2005년 8월 26일 ‘한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회’ 결정 - “일본군위안부 문제 등 일본정부·軍 등 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 청구권협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없고, 일본정부의 법적 책임이 남아있음”
- 한국 정부는 위의 현재 결정을 받아들여, 일본 정부에 두 차례 구상서를 보내고, 2014년 4월부터 한일 국장급 협의를 거듭했으며, 지난 2015년 12월 27일의 제12차 국장급회의에 이어 「2015 합의」에 이르게 된 것임.
- 하지만, 「2015 합의」에 의해 위의 ‘해석상의 분쟁’은 해결되지 않았음.
 - 위에서도 언급한 것처럼, 「2015 합의」 직후 아베 총리는 박 대통령과의 전화회담에서 “위안부 문제를 포함하여 한일간의 재산·청구권 문제는 1965년의 한일청구권·경제협력협정으로 최종적이고 완전하게 해결되었다는 우리나라의 입장에 변함이 없다”라고 말했다. 나아가 아베 총리는 올해 1월 18일 참의원 예산위원

회에서 “일본 정부는 일한간 청구권 문제가 1965년 청구권 협정을 통해 법적으로 최종 해결됐다는 입장을 취했고, 이 입장에는 어떠한 변화도 없다”라고 다시 한 번 확인했음.

- 한편 2015년 12월 27일의 제12차 한일 국장급 협의가 시작되기 직전에 윤병세 외교부장은 “한일 청구권협정에 대한 기본 입장은 변함이 없다”라고 밝혔음. 또한 「2015 합의」 이후에도 홍익표 의원의 서면질의에 대한 답변에서 “일본군위안부 피해자 문제는 65년 청구권협정에 의해 해결되지 않았다는 우리 정부의 입장에는 변함이 없음”이라고 밝혔음.
- 따라서 「2015 합의」에도 불구하고 한일간의 ‘해석상의 분쟁’은 여전히 계속되고 있는 것임.

○ 그럼에도 불구하고 한국 정부는 ‘최종적·불가역적 해결’에 합의해주었음.

- 이는 곧 한국 정부가 일본군‘위안부’ 문제를 더 이상 문제 삼지 않겠다고 약속했다는 것을 의미함.
- 그리고 더 이상 문제 삼지 않겠다는 약속한 내용에는 ‘해석상의 분쟁’도 포함된다 고 보아야 할 것임.

○ 그렇다면, 한국 정부는 「2015 합의」에 의해 위헌상태에 재진입했다고 할 것임.

- 현재 결정에 의해 한국 정부가 위헌상태에 있다는 것이 확인되었음.
- 이후 한국 정부는 국장급협의를 등 일본 정부와의 협의를 통해 「청구권협정」 제3조 제1항의 ‘외교상의 경로를 통한 해결’을 위한 노력을 거듭함으로써 위헌상태에서 벗어났음.
- 그런데 「2015 합의」를 통해, 해석상의 분쟁이 해결되지 않았음에도 불구하고, 더 이상 ‘외교상의 경로를 통한 해결’을 위한 노력을 하지 않겠다고 선언했음.
- 따라서 한국 정부는 위헌상태에 재진입한 것임.
- 다만, 논리적으로는 ‘최종적·불가역적 해결’의 전제인 ‘조치의 실시’ 이전에는 ‘최종적·불가역적 해결’이라는 효과는 발생하지 않으므로 위헌상태가 되는 것은 아니라는 반론이 있을 수 있겠지만, 위의 ‘조치’에 ‘해석상의 분쟁’의 해결이 포함되지 않는다는 것은 명백하므로, 「2015 합의」 자체가 한국 정부의 부작위 선언이라는 사실은 변함이 없다고 할 것임.

VIII. 맺음말

○ 「2015합의」는, 일본군‘위안부’ 문제의 본질과 일본군‘위안부’ 문제 해결을 위한 노력의 역사에 비추어 볼 때, 애당초 해결책이 될 수 없음.

- 「2015합의」는 그 애매성 때문에 대다수의 한국인 피해자들에 의해 거부된 1995년의 ‘아시아 여성기금’과 기본적으로 동일한 방식이며, 오히려 더 후퇴한 것이기도 함.
- 그러한 합의가 2015년의 해결책이 될 수 없는 것은 당연함.

- 10억엔을 얻는 것만으로 그것을 받아들이라고 강요하는 것은 지난 20년의 세월 동안 '정의로운 해결'을 외쳐온 피해자들에 대한 '오만한 폭력'에 불과한 것임.
- 「2015합의」는 '되로 받고 말로 준 한국 외교의 실책'임.
 - 지금 우리 눈앞에 펼쳐지고 있는 것은, 가해국 정부는 무대에서 내려와 팔짱을 낀 채 '12월 28일로 완전히 끝났다', '다시는 사과하지 않는다', '소녀상 철거가 10억엔 출연의 조건이다', '협정의 강제성은 없었다'라는 도발적인 주장들을 연달아 내놓고 있는 데 반해, 피해국 정부는 피해자들과 시민들의 항의에 맞서면서 피해자들을 개별 방문하여 '설득'을 시도하고, 재단 설립의 법적 근거를 찾고, 연달아 나오는 일본 정부의 도발적인 주장들에 대해 정면 대응은 하지 못한 채 애매하게 얼버무리며 전전긍긍해 하고 있는 참담한 광경임.
 - 「2015합의」는 가해국의 책임은 제쳐둔 채 피해국 내부에 전에 없던 갈등만 불러 일으켰다는 점에서, 그리고 그것을 고집하려고 할 경우 갈등이 더욱 심화될 우려가 있다는 점에서 바람직하지 않음.
- 또한 지난 50년의 역사 속에서 잘못된 방식이었다는 사실이 확인된 1965년 한일조약의 방식을 더욱 악화된 형태로 반복한 「2015합의」는, 한국 정부를 다시금 위헌상태에 빠지게 만들었고, 한일 과거청산 전반에 걸쳐 악영향을 미칠 우려가 있다는 점에서도 바람직하지 않음.
- '역사에서 배운다'는 자세가 그 어느 때보다 필요한 순간임. 한국 정부가 사태를 더 악화시키지 않기 위해 선택해야 할 길은 '과기' 이외에 달리 없음.

[참고문헌]

- 김창록, 「일본군'위안부'문제에 관한 법적 검토 재고」, 『법제연구』 39, 2010.
- 김창록, 「한일 과거청산의 법적 구조」, 『법사학연구』 47, 2013.
- 김창록, 「한일 「청구권협정」에 의해 '해결'된 '권리' - 일제 '강제동원' 피해 관련 대법원 판결을 소재로」, 『법학논고』(경북대) 49, 2015.
- 김창록, 「법적 관점에서 본 「2015 한일 외교장관 합의」, 『민주법학』 60, 2016

2015 한일 ‘위안부’ 합의와 국제법상 피해자의 권리

조시현 (민주법연 회원, 전 건국대학교 교수 / 국제법 연구자)

2015 한일 '위안부' 합의와 국제법상 피해자의 권리

조시현

민주법연 회원, 전 건국대학교 교수

국제법 연구자

2015년 12월 28일 한일 외교장관들은 일본군'위안부'문제를 “최종적 및 불가역적”으로 해결하기로 하는 합의를 하였다. 이를 둘러싼 여러 쟁점들 중의 하나는 이러한 합의에 의해 피해자의 권리가 침해되었는지이다.¹⁾ 이 글은 논의를 위한 하나의 작업문서로 간략하게 쟁점 위주로 쓰여졌으며 완성된 형태가 아님을 양해하시기를 부탁드립니다.

I. 유엔 여성차별철폐위원회와 한일'위안부' 합의

2016년 2월 16일 유엔의 여성차별철폐위원회는 일본의 정기국가보고서를 심의한 다음²⁾ 3월 7일 채택한 최종 의견에서 '위안부' 문제에 관하여 아래와 같은 의견을 피력하였다.³⁾

“위안부”

28. 위원회는 이전의 최종의견을 상기하고(CEDAW/C/JPN/CO/6, paras. 37 and 38) 또한 해결되지 않은 '위안부'문제에 관하여 인종차별철폐위원회(CERD/C/JPN/CO/7-9), 자유권위원회(the Human Rights Committee)(CCPR/C/JPN/CO/6), 고문방지위원회(CAT/C/JPN/CO/2), 사회권위원회(the Committee on Economic, Social and Cultural Rights)(E/C.12/JPN/CO/3), 여러 명의 유엔 인권이사회의 특별절차 담당자들과 국가별 인권상황정기검토(the Universal Periodic Review) (A/HRC/22/14/Add.1, para.147-145 이하)와 같은 다른 유엔 인권메카니즘에 의해 이루어진 수많은 권고들을 참조하고 있다. 가장 최근에는 2015년 12월 28일 발표된 당사국과 대한민국 사이의 양자합의를 통하여 '위안부'문제를 해결하려고 하는 당사국[일본]의 노력에 주목하는 한편, 위원회는 당사국이 앞에서 언급한 권고들을 이행하지 않은 점과 주장된 위반행위들이 1985년 당사국에 대하여 협약이 발효하기 이전에 발생하였으므로 '위안부'문제가 위원회의 권한에 속하지

- 1) 한일'위안부' 합의에 관한 논의로는 양현아, 2015년 한일외교장관의 '위안부' 문제 합의에서 피해자는 어디에 있었(었)나? : 그 내용과 절차, 『민주법학』 제60호, 2016, 13쪽; 김창록, 법적 관점에서 본 「2015 한일 외교장관 합의」, 같은 책, 45쪽; 조시현, 2015년 한-일 외교장관 합의의 법적 함의, 같은 책, 79쪽; 조시현, 한일 '위안부' 합의에 대한 하나의 결산, 『황해문화』, 2016 봄호, 통권 90호, 160쪽 참조.
- 2) 2016년 2월 16일 스위스 제네바에서 열린 위원회에서 일본 정부 대표와 오간 논의 내용은 길윤형, 일본 '위안부' 오리발에 유엔 화났다, 한겨레, 2016.3.10. 또한 일본단체 Wam의 자료 http://wam-peace.org/doc/CEDAW_C_JPN_CO_7-8_21666_E_jp.pdf.
- 3) Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Japan, CEDAW/C/JPN/CO/7-8, 7 March 2016, paras. 28-29(필자역); <자료 1> 참조.

않는다는 입장에 대하여 유감이다(regrets). 위원회는 또한 다음에 대하여 유감스럽다:

(a) 최근 '위안부'들에게 자행된 위반행위에 대한 당사국의 책임에 관하여 공무원과 (정치)지도자들의 발언의 빈도가 증가하고 있다는 점과 '위안부'문제가 "최종적 및 불가역적으로 해결된"(is resolved finally and irreversibly) 것이라고 주장하는 대한민국과의 양자합의의 발표는 피해자 중심의 접근방법(a victim-centred approach)을 완전하게 채택하지 않았다는 점;

(b) 일부 '위안부'들은 당사국의 책임 또는 그들이 겪은 중대한 인권침해행위에 대한 공식적이고 애매하지 않은 인정을 받지 못한 채 사망했다는 점;

(c) 당사국은 다른 관련 국가들에 있는 '위안부' 피해자들에 대하여 그의 국제인권법상의 의무를 문제로서 다루지 않고 있는 점(has not addressed its obligations); 그리고

(d) 당사국이 교과서들에서 '위안부'문제에 대한 언급을 삭제한 것.

29. 위원회는 이전의 권고들을(CEDAW/C/JPN/CO/6, paras. 37 and 38) 다시 천명하고, 이러한 피해자들을 위한 실효적인 구제수단이 지속적으로 결여되어있음을 고려하면 '위안부'문제가 제2차대전 중에 당사국의 군대에 의해 자행된 그러한 침해행위들의 피해자들/생존자들의 권리들에 계속적인 효과를 가지는 중대한 침해행위들을 발생시킨다는 의견이다. 그러므로 위원회는 위원회가 그러한 위반행위들을 다루는 것이 시간적인 근거 (*ratione temporis*)로 배제되지 않는다고 간주하고, 당사국에게 다음과 같이 촉구한다(urges):

(a) 그의 (정치)지도자들과 공무원들은 피해자들을 다시 트라우마에 빠지게 하는 (retraumatising) 결과를 가져오는, 책임과 관련하여 깎아내리는(disparaging) 발언을 하지 않도록 보장할 것;

(b) 피해자들의 구제에 대한 권리를 인정하고 그에 따라 손해배상, 만족, 공식사죄와 재활서비스를 포함하는, 완전하고 실효적인 회복과 배상을 제공할 것;

(c) 2016년 12월 대한민국과 공동으로 발표한 합의의 이행에 있어서 당사국은 피해자들/생존자들의 견해에 대하여 정당하게 고려하고, 진실, 정의와 배상에 대한 그들의 권리를 확보할 것;

(d) 교과서들에 '위안부'문제를 적절하게 통합하고, 역사적 사실들이 학생과 공중 일반에 객관적으로 제공될 것을 확보할 것; 그리고

(e) 다음 정기보고서에 피해자들/생존자들의 진실, 정의와 배상에 대한 권리들을 확보하기 위하여 취한 협의와 기타 조치들에 관하여 정보를 제공할 것.

법적 책임 인정하라는 것이 기본 입장이니까 피해자의 측면에서 압승이라고 할 수 있다. 위원회의 입장은 한일'위안부'합의가 피해자와 생존자의 권리/인권에 반하고 유엔의 권고를 따른 것도 아니므로 정리해볼 수 있다. 피해자의 인권은 진실, 정의, 배상에 대한 권리이다로 정리하고 피해자와 생존자를 구별한 점, 사자의 권리를 부각시킨 점, 타국 피해자 문제 언급하고 진실에 대한 권리를 재확인한 점이 주목된다. 다만 강제연행의 존부에 대하여는 명백한 입장을 밝히지 않았는데 진실에 대한 권리를 강조하고 있는 점을 고려해보면 위원회로서는 조사연구가 과제라는 걸 얘기하는 것으로 보인다. 인권침해는 확인하였지만 책임자 처벌을 명시적으로 언급하지 않았는데 이 점 역시 정의에 대한 권리를 말함으로써 처벌이 있어야한다는 원칙은 유지되고 있다고 볼 수 있다. 아울러 망언방지책과 헤이트 스피치문제는 구체적인 제안으로까지 발전시키지 못하고 있다는 점은 한계라고 말해볼 수 있다.

여성차별철폐위원회는 “이러한 피해자들을 위한 실효적인 구제수단이 지속적으로 결여되어 있음을 고려할 때 ‘위안부’문제가 제2차대전 중에 당사국의 군대에 의해 자행된 그러한 침해행위들의 피해자들/생존자들의 권리에 계속적인 효과를 가지는 중대한 침해행위들을 발생시킨다”고 인정하였다(para. 29). 이렇게 피해자들이 가지는 권리에 대한 현재의 침해를 인정한 바탕 위에 위원회는 이러한 위반행위를 다룰 수 있는 위원회의 권한이 시간적인 이유로 배제되지 않는다고 하였다. 즉 ‘위안부’들에 대한 인권침해행위는 여성차별철폐협약이 만들어지기 이전인 과거에 있었던 것이지만 그로 인한 피해자들의 권리는 현재까지 계속 존재하는 것으로 파악한 다음 이들의 권리가 심각하게 침해되고 있다는 것을 인정한 것이다. 이러한 위원회의 입장은 그 동안 다른 국제인권기구에서도 과거의 인권침해사건에 대한 심사권한이 쟁점으로 되어왔다는 점을 고려하면 ‘위안부’문제와 같은 과거청산문제가 피해자의 권리라는 차원에서 국제적인 보장을 받을 수 있는 돌파구가 열렸다는 점에서 커다란 의미가 있다.

이러한 위원회의 의견 표명에 대하여 일본의 스가 요시히데(菅義偉) 관방장관은 “유엔 발표는 한일 간 합의를 비판하는 등 일본 정부의 설명 내용을 충분히 반영하지 않은 것이어서 매우 유감”이라며 “받아들일 수 없다”고 반박하였다.⁴⁾ 한편 한국 외교부의 조준혁 대변인은 “정부는 이번 (12·28) 합의에 이르기까지 피해자와 관련 단체들의 의견을 수렴하고 일본 쪽과 협의 과정에서도 피해자 쪽의 의견이 반영될 수 있도록 최선의 노력을 경주했다”고 하였다.⁵⁾

한국 정부의 반응을 좀 더 살펴보면 일본 정부처럼 여성차별철폐위원회의 의견에 강력하게 반발한 것은 아니지만 하루아침에 유엔 인권기구들이 ‘위안부’문제에 대하여 종래에 취해온 입장과 다른 뉘앙스를 풍기는 것을 알 수 있다. 한국 정부는 2011년 8월 30일 한국의 헌법재판소가 ‘위안부’피해자들의 권리를 확보하기 위하여 노력하라고 한 이래⁶⁾ 일본과 여러 차원의 교섭을 벌이는 한편 여성차별철폐위원회를 포함한 유엔 인권기구의 결정들을 전폭적으로 지지하는 바탕 아래 유엔과 유네스코 등지에서 적극적인 다자외교를 펼쳐왔다고 강변해온 것과 배치되는 입장으로 선회한 것처럼 보인다.

여성차별철폐위원회는 당사국의 보고서를 기초로 하여 “제안 및 일반적 권고”를 할 수 있고 위에 인용한 위원회의 의견은 이러한 권한에 입각한 것이다.⁷⁾ 그러나 이러한 의견은 당사국을 구속하는 효력을 가지지는 않는다. 이번 의견에 있어서와 같이 당사국이 위원회의 의견을 수락하지 않을 경우에 대하여 협약상으로는 특별하게 마련된 절차는 없다. 다만 가령 이번의 경우 일본이 아닌 다른 당사국이 일본의 입장에 대하여 이견을 제시하여 “본 협약의 해석 또는 적용에 관한 둘 또는 그 이상 당사국간의 분쟁”이 있게 되면 협약이 명문으로 규정을 두고 있는 이른바 ‘국가간 절차’가 개시될 수 있다(제29조). 이럴 경우 이러한 분

4) 日 "유엔의 '위안부 지적' 유감...받아들일 수 없다" 반발, 연합뉴스, 2016.3.8.

5) 유엔 여성차별철폐위 ‘한·일 위안부 합의’ 비판 한국정부 “피해자 의견 반영 노력했다” 변명 일관, 한겨레, 2016.3.8.

6) 헌법재판소 2011. 8. 30., 2006헌마788 결정. 원폭피해자에 대한 같은 취지의 결정은 헌법재판소 2011. 8. 30., 2008헌마648 결정.

7) 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약, 조약 제855호(1985.1.7. 한국에 대하여 발효), 제21조. 이 협약과 선택의정서에 관하여는 예컨대 신혜수, 유엔 여성차별철폐협약(CEDAW)과 선택의정서에 의한 여성인권보호, 『이화젠더법학』 창간호, 2010, 1-39쪽; 서철원, 여성차별철폐협약의 이행감독절차, 『국제인권법』 제2호, 국제인권법학회, 1998, 196-231쪽. 또한 Christine Chinkin & Beate Rudolf eds, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, A Commentary*, Oxford University Press, 2012.

쟁은 '직접교섭'에 의하여 해결하거나 '중재재판', 궁극적으로는 국제사법재판소에 회부될 수 있다. 이러한 국가간 절차는 유엔의 국제인권협약체제에 있어서는 잘 활용되고 있지 않은 형편이다.

II. 여성차별철폐협약 선택의정서를 통한 문제제기의 길

한편 여성차별철폐협약과 관련하여 주목되는 것이 1999년 10월 6일 채택된 '여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 선택의정서'이다. 한국은 2006년 10월 18일 가입서를 기탁하여 당사국이 되었지만(조약 제1828호), 일본은 무슨 이유에서인지 아직도 가입하지 않고 있다.⁸⁾ 이러한 사정으로 피해자들은 일본을 직접 상대로 선택의정서에 따라 통보절차를 이용할 수는 없지만 한국 정부를 상대로 이를 활용해볼 것을 검토할 필요가 있다. 다시 말해 한일 '위안부' 합의의 당사국의 일방이 한국이라는 점에서 피해자 등은 한국정부가 합의에 의해 자신들의 권리를 침해하였다는 주장을 해볼 여지가 있는 것이다(제2조). 앞에서 살펴본 '위안부'문제에 관한 여성차별철폐위원회의 의견에 비추어보면 이러한 통보가 제기되었을 경우 호의적으로 고려할 것이라고 예측할 수 있다.

통보에 관한 선택의정서의 주요 규정은 아래와 같다:

“제1조 이 의정서의 당사국(이하 "당사국"이라 한다)은 제2조의 규정에 따라 제출되는 통보를 접수하고 심리하는 여성차별철폐위원회(이하 "위원회"라 한다)의 권한을 인정한다.

제2조 통보는 당사국에 의한 협약상 권리의 침해로 피해를 입었다고 주장하는 그 당사국 관할 하의 개인 또는 개인의 집단에 의하거나 그들을 대리하여 제출될 수 있다. 통보가 개인 또는 집단을 대리하여 제출된 경우에는 그들의 동의없이 대리행위를 하는 것을 정당화할 수 있지 아니하는 한, 그러한 동의를 수반한다.

제3조 통보는 서면으로 제출되며 익명이어서는 아니된다. 통보가 이 의정서의 당사국이 아닌 협약당사국에 관한 것인 경우에는 어떠한 통보도 위원회에 접수되지 아니한다.

제4조 1.위원회는 국내구제절차의 이용이 불합리하게 지연되거나 효과적인 구제수단이 되지 못하는 경우가 아닌 한, 이용가능한 모든 국내구제절차가 완료되었음을 확인할 때까지는 통보를 심리하지 아니한다.

2.위원회는 다음의 경우에는 통보를 심리할 수 없다고 선언한다.

가.동일한 사안이 이미 위원회에서 검토되었거나, 또는 다른 국제적 조사절차나 해결절차에서 심사되었거나 심사중인 경우

나.그것이 협약의 규정과 양립할 수 없는 경우

다.그것이 명백하게 근거가 박약하거나 그 사안의 실제적 존재가 충분히 소명되지 못하는 경우

8) Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, *United Nations Treaty Series*, vol. 2131, p. 83. 이 선택의정서에는 2016.3.9. 현재 106개 국이 당사국이다

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&lang=en.

라.그것이 통보 제출권의 남용인 경우

마.통보의 대상이 되는 사실이 이 의정서가 관련 당사국에게 발효된 후까지 지속되는 경우를 제외하고 동 발효 이전에 발생한 경우

제5조 1.위원회는 통보를 접수한 후에 본안을 결정하기 전까지는 언제든지 주장된 권리침해의 피해자 또는 피해자들에게 발생할 수 있는 회복이 불가능한 손해를 방지하기 위하여 필요한 잠정조치를 취하라는 요청을 긴급한 고려사항으로 관련 당사국에게 송부할 수 있다.

2. 위원회가 이 조 제1항의 권한을 행사하더라도 이것은 통보의 심리가능성이나 본안에 대한 결정을 함의하는 것은 아니다.

제6조 1. 위원회가 관련 당사국을 거명하지 아니한 채 통보를 심리가 불가능하다고 판단하지 아니하는 한, 그리고 해당 개인이나 개인들이 그들의 신원을 관련 당사국에게 밝히는 것에 대하여 동의한다면, 위원회는 이 의정서에 따라 제출된 모든 통보에 대하여 비공개적으로 관련 당사국의 주의를 환기한다.

2. 접수 당사국은 이러한 사안과 자국이 제공한 구제조치가 있는 경우, 동 구제조치를 소명하는 서면 설명서 또는 진술서를 6월 이내에 위원회에 제출한다.

제7조 1. 위원회는 개인이나 개인의 집단에 의하여 또는 그들을 대리하여, 그리고 관련 당사국에 의하여 제출되어 위원회에 이용가능한 모든 정보가 관련 당사자들에게 전달되는 조건 하에서 이 정보를 고려하여 이 의정서에 따라 접수된 통보를 심리한다.

2. 위원회는 이 의정서에 따라 통보를 심사할 때에는 비공개회의를 갖는다.

3. 위원회는 통보를 심사한 후, 권고사항이 있는 경우에는 권고사항과 함께 동 통보에 대한 위원회의 견해를 관련 당사자들에게 전달한다.

4. 당사국은 위원회의 권고사항이 있는 경우에는 그 권고사항을 포함하여 위원회의 견해를 적절하게 고려하며, 위원회의 견해와 권고사항을 고려하여 취한 모든 조치에 관한 정보를 포함한 서면답변을 6월 이내에 위원회에 제출한다.

5. 위원회는 위원회의 견해에 따라 또는 권고사항이 있는 경우에는 그 권고사항에 따라 위원회가 적절하다고 판단하는 것을 포함하여 당사국이 취한 조치에 관한 추가 정보를 협약 제18조의 규정에 따라 당사국이 제출하는 후속 보고서를 통하여 제출하도록 당사국에게 요청할 수 있다.“

여성차별철폐위원회에 의한 통보의 심리가 있기 위해서는 여러 요건이 충족되어야 하는데,9) 이 가운데에서 문제가 될 수 있는 것이 협약 제4조 1항이 규정하는 “이용가능한 모든 국내구제절차”의 존부와 실효성이다. 어떠한 권리 침해에 대하여 통보를 제기하느냐에 따라서 그러한 침해에 대한 국내구제절차의 이용가능성이 문제될 것이다.

앞에서는 여성차별철폐위원회의 절차를 활용하는 것을 중심으로 논의하였는데 ‘위안부’ 피해자들의 권리문제는 시민적, 정치적 권리에 관한 규약과 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약도 선택의정서나 의정서를 두고 있는 만큼 개인통보절차를 활용하여 제기될 여지가 있다.10)

9) 신혜수 감수, 국가인권위원회 정책교육국 인권정책과 편, 『UN 여성차별철폐협약 선택의정서에 따른 여성차별철폐위원회 개인진정 사건 결정례집』, 2009.

10) Human Rights Committee, General Comment No. 31, Right to an effective remedy, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004; Committee Against Torture, General Comment No. 3, Effective remedy and reparations, CAT/C/GC/3, 13 Dec. 2012 참조.

III. 피해자의 권리에 관한 유엔의 인권기준과 국내법상 권리로 만들기

유엔 여성차별철폐위원회의 위와 같은 의견은 그 동안 유엔에서 확립된 인권침해 피해자의 권리를 일본군'위안부' 문제에 있어서도 재확인한 의미를 갖는다. 위원회의 의견이 나온 직후 유엔인권고등판무관 알 후세인은 유엔 인권이사회에 세계 인권상황에 관하여 보고하면서 한일'위안부'합의를 언급하고, 그 내용이 여러 유엔 인권메커니즘 뿐만 아니라 생존자들에게 의해서도 문제시되고 있음을 지적하면서 “궁극적으로 그들만이 진정한 구제를 받았는지 판단할 수 있다”고 하였다.¹¹⁾ 더욱이 유엔의 인권보장메커니즘의 다른 축을 담당하는 특별보고관들과 실무그룹도 한일'위안부'합의에 대한 우려를 표명하고 일본정부가 여성차별철폐위원회의 권고를 지체없이 이행할 것을 촉구하였다.¹²⁾

유엔에서 1980년대에 들어 비약적으로 과거사 또는 과거인권침해와 관련한 활동이 증대되었고 이러한 흐름은 탈냉전기에 접어들어서도 계속되었다. 현재 인권침해 피해자들의 권리에 관한 국제기준의 발전은 크게 세 가지 흐름 속에서 이루어졌다고 할 수 있다. 첫째로는 인권침해의 피해자의 구제 또는 배상에 대한 권리,¹³⁾ 둘째 불처벌(impunity) 철폐를 위한 행동원칙,¹⁴⁾ 셋째 법의 지배와 이행기 정의(transitional justice)에 관한 원칙¹⁵⁾ 등을 중심으로 하여 국제기준을 설립하기 위한 노력이 기울여지고 있다. 이러한 노력은 현재 후술하는 유엔 인권이사회의 진실, 정의, 배상에 관한 특별보고관이 맡아하는 구조로 되어있다. 유엔의 인권고등판무관실에서도 관련 연구보고서가 나오고 있고,¹⁶⁾ 배상문제와 피해자 권리 문제를 전문적으로 다루는 국제NGO로는 Redress(www.redress.org)나 Victims' Rights

11) Statement by Zeid Ra'ad Al Hussein, United Nations High Commissioner for Human Rights, to the Human Rights Council's 31st session, 10 March 2016; <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17200&LangID=E>.

12) 법과 실무에서의 여성차별문제에 관한 실무그룹의 수석보고관, Ms. Eleonora Zielinska, 진실, 정의, 배상과 재발방지 보장의 촉진에 관한 특별보고관, Mr. Pablo de Greiff와 고문과 기타 잔혹하거나 비인도적이거나 모욕적인 취급 또는 형벌에 관한 특별보고관, Mr. Juan E. Méndez. Japan / S. Korea: “The long awaited apology to ‘comfort women’ victims is yet to come” – UN rights experts, 11 March 2016; <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17209&LangID=E>.

13) Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/RES/60/147, 21 March 2006; <자료 2> 참조; 일부 국역으로는 “국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위의 피해자 구제와 배상권리에 관한 기본원칙과 가이드라인”(이재승, 『국가범죄 - 한국 현대사를 관통하는 국가범죄와 그 법적 청산의 기록』, 엘피, 2010, 674-681쪽. <자료 3> 참조. 간단한 소개로는 조시현, 일본군'위안부'문제에 있어서 역사와 법적 책임, 『민주법학』 제45호, 2011, 81, 89-99쪽.

14) Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005. <자료 4> 참조.

15) 예컨대 Report of the Secretary-General, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, S/2004/616, 23 August 2004와 S/2011/634, 12 Oct. 2011. 또한 Guidance Note of the Secretary-General, Reparations for Conflict-Related Sexual Violence, June 2016; <http://www.ohchr.org/Documents/Press/GuidanceNoteReparationsJune-2014.pdf>. 2016년 3월 11일 반기문 유엔사무총장은 한국정신대문제대책협의회(이하 정대협) 윤미향 대표와 '위안부' 피해자 김원옥과의 면담에서 한일 간 합의가 유엔 인권 기구의 권고와 위의 분쟁관련 성폭력에 대한 배상에 관한 지침 노트에 따라 이행되기를 바란다고 했다고 한다. 정대협 보도자료, 2016.3.12. 이 노트는 분쟁관련 성폭력 배상문제에 관한 유엔의 활동과 정책을 위한 내부지침이다.

16) 예컨대 Analytical study focusing on gender-based and sexual violence in relation to transitional justice, A/HRC/27/21, 30 June 2014.

Working Group (<http://www.vrwg.org>)가 있다. 국제형사재판소의 절차에 있어서 피해자의 참여권은 상당한 발전을 보고 있고, 이러한 수준의 참여가 한일'위안부'합의에 있어서 보장 되었어야한다는 주장도 나오고 있다.¹⁷⁾

'위안부'문제에 관하여 유엔의 거의 모든 인권보장장치가 관여된다고 할 수 있는데 그 가운데서 배상문제와 관련하여서는 현재 진실, 정의, 배상과 재발방지 보장의 촉진에 관한 특별보고관(Mr. Pablo de Greiff, 2012-현재 담당)의 활동이 주목된다.¹⁸⁾ 2011년에 마련되어 2012년에 활동을 개시한 이 특별보고관 제도는 그 동안 이행기정의, 불처벌, 진실에 대한 권리, 법의유전학(forensic genetics) 등과 관련한 유엔의 활동을 망라하기 위하여 설치되었다. 특별보고관은 다른 특별보고관들과 유사하게 관련 정보의 수집, 조사, 연구, 권고안의 작성,¹⁹⁾ 정부, 국제기구, NGO 사이의 대화 촉진, 기술적 지원과 자문 제공을 위한 국가방문을 하고 연례보고서를 작성하는 등 다양한 활동을 한다. 진실, 정의, 배상 분야에 있어서 특히 젠더의 관점과 피해자 중심의 접근방법을 통합시키는 활동이 강조되고 있다.

이러한 국제법상 피해자의 권리에 입각하여 여성차별철폐위원회(또는 국제인권규약이사회 등)의 통보절차를 활용할 수 있다. 다른 한편 이러한 국제인권보장절차를 이용하기 전에 국내에서 헌법재판소에 한일'위안부'합의를 "공권력의 행사 또는 불행사"로 보고 "헌법상 보장된 기본권을 침해"했다는 사유로 헌법소원심판을 청구하는 길을 모색해볼 수 있다(헌법재판소법 제68조).²⁰⁾ 이 경우 "헌법상 보장된 기본권"을 어떻게 구성하는가가 핵심이 될 것이다. 이러한 기본권에는 헌법 제6조 1항에 따라 "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력"을 가진다고 하고 있고, 한국이 가입한 여성차별철폐협약과 국제관습법이 여기에 포함되므로 국제법상 인정된 인권의 하나로서 피해자의 권리도 당연히 포함된다고 할 수 있다. 한국에서 그 동안 여러 과거청산문제가 제기되어왔지만 헌법상의 문제로 인간의 존엄성, 행복추구권 또는 손해배상청구권 이외에 피해자의 권리 그 자체가 본격적으로 논의되지는 않았다고 여겨진다. 한일'위안부'합의에 대한 헌법소원과 국제인권보장메카니즘에 대한 문제제기를 통하여 피해자의 권리를 실질적인 권리로 우뚝 서는 계기로 만들어갈 필요가 있다.

17) 이에 관하여는 양현아, 앞의 글 참조.

18) Human Rights Council, Resolution 18/7, Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, 29 Sep. 2011; Res. 27/3, 3 Oct. 2014. 홈페이지는 <http://www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/Index.aspx>.

19) Set of general recommendations for truth commissions and archives, Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff, A/HRC/30/42, 7 Sep. 2015, Annex.

20) 관련 논의는 전종익, 발제문 참조.

<자료 1.>

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Japan, CEDAW/C/JPN/CO/7-8, 7 March 2016, paras. 28-29.

“Comfort women”

28. The Committee recalls its previous concluding observations (CEDAW/C/JPN/CO/6, paras. 37 and 38) and also refers to numerous recommendations on the unresolved issue of “comfort women” made by other United Nations human rights mechanisms such as the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/JPN/CO/7-9), the Human Rights Committee (CCPR/C/JPN/CO/6), the Committee Against Torture (CAT/C/JPN/CO/2), the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (E/C.12/JPN/CO/3), several United Nations Special Procedures mandate holders of the Human Rights Council and the Universal Periodic Review (A/HRC/22/14/Add.1, para.147-145 et seq.). While noting the efforts by the State party to attempt to resolve the issue of “comfort women”, most recently through the bilateral agreement between the State party and the Republic of Korea announced on 28 December 2015, the Committee regrets the State party has not implemented the aforementioned recommendations and its position that the issue of “comfort women” does not fall within the mandate of the Committee, as the alleged violations occurred prior to the entry into force of the Convention for the State party in 1985. The Committee further regrets that:

- (a) Recently, there has been an increase in the number of statements from public officials and leaders regarding the State party’s responsibility for violations committed against “comfort women”; and that the announcement of the bilateral agreement with the Republic of Korea, which asserts that the “comfort women” issue “is resolved finally and irreversibly” did not fully adopt a victim-centred approach;
- (b) Some “comfort women” have died without obtaining an official unequivocal recognition of responsibility by the State party for the serious human rights violations that they suffered;
- (c) The State party has not addressed its obligations under international human rights law towards “comfort women” victims in other concerned countries; and
- (d) The State party deleted references to the issue of “comfort women” in textbooks.

29. The Committee reiterates its previous recommendations (CEDAW/C/JPN/CO/6, paras. 37 and 38) and observes that the issue of “comfort women” gives rise to serious violations that have a continuing effect on the rights of victims/survivors of those violations that were perpetrated by the State party’s military during the Second World War given the continued lack of effective remedies for these victims. The Committee, therefore, considers that it is not precluded *ratione temporis* from addressing such violations, and urges the State party to:

- (a) Ensure that its leaders and public officials desist from making disparaging statements regarding responsibility, which have the effect of retraumatizing victims;
- (b) Recognize the right of victims to a remedy, and accordingly provide full and effective redress and reparation, including compensation, satisfaction, official apologies and rehabilitative services;
- (c) Ensure that in the implementation of the bilateral agreement announced jointly with the Republic of Korea in December 2015, the State party takes due account of the views of the victims/survivors and ensure their rights to truth, justice, and reparations;
- (d) Adequately integrate the issue of “comfort women” in textbooks and ensure that historical facts are objectively presented to students and the public at large; and
- (e) Provide information in its next periodic report on the extent of consultations and other measures taken to ensure the rights of victims/survivors to truth, justice and reparations.

<자료 2.>

Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/RES/60/147, 21 March 2006.

<자료 3.>

“국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위의 피해자 구제와 배상권리에 관한 기본원칙과 가이드라인” (이재승, 『국가범죄 - 한국 현대사를 관통하는 국가범죄와 그 법적 청산의 기록』, 엘피, 2010, 674-681쪽.)

<자료 4>

불처벌 철폐 행동을 통한 인권의 보장과 촉진을 위한 원칙 세트(수정) - 발췌 번역문²¹⁾

전문

인권에 대한 무시와 경멸은 인류의 양심을 짓밟는 야만적 행위를 결과하였음을 인정한 세계인권선언의 전문을 상기하고,

그러한 행위들이 다시 발생할 수 있는 항시적인 위협을 인지하고,

모든 사람의 인권 및 기본적 자유의 보편적 존중과 준수에 관한 유엔 헌장 제55조에 규정된 목적의 달성을 위하여 실효적인 국제협력의 발전에 전적인 중요성을 부여하면서 헌장 제56조 하에서 회원국들이 공동의 조치 및 개별적 조치를 취하기로 한 약속을 재확인하고,

인권을 존중하고 존중을 확보할 국제법상 모든 국가의 의무는 불처벌을 철폐하기 위하여 실효적인 조치를 취할 것을 요구한다는 것을 고려하고,

정의에 대한 필요가 실효적으로 충족되지 않는 한 정의롭고 영구적인 화해는 있을 수 없다는 것을 인지하고,

화해의 중요한 요소라고 할 수 있는 용서는 그것이 사적인 행위인 한 피해자 또는 피해자의 유족(beneficiaries)들이 위반행위의 자행자를 알 것과 후자가 그 또는 그녀의 소행을 인정할 것을 함축한다는 것을 똑같이 인지하고,

1993년 6월의 세계인권회의가 인권침해행위의 자행자들의 불처벌에 관한 우려를 표현하고 이 문제의 모든 측면을 검토하는 인권위원회의 노력을 촉진하였던 비엔나 선언과 행동프로그램의 제2부 91문단에 규정된 권고를 상기하고,

그러므로 그러한 목적을 위하여 알 권리, 즉 진실에 대한 권리, 정의에 대한 권리와 배상에 대한 권리의 준수를 위반행위의 피해자들의 이익이 되도록 공동으로 확보할 목적으로 국내적 및 국제적 조치가 취해져야 할 것과 그러하지 않고서는 불처벌의 유해한 효과들에 대항하는 어떠한 실효적인 구제가 있을 수 없다는 것을 확신하고,

비엔나 선언과 행동프로그램에 따라서, 다음의 원칙들은 불처벌의 철폐를 위해 실효적인 조치들을 발전시키는데 국가들에게 도움이 될 지침으로서 의도되었다.

정의

A. 불처벌

21) 번역은 필자. 영어본은 Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005. 이 원칙 세트에 대한 주석서에 해당하는 보고서는 Report of the Independent Expert to update the Set of Principles to combat impunity, Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102, 18 February 2005 참조. 이 수정 원칙세트의 원안은 the set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, annex II이다. 후자의 초안에 해당하는 보고서는 우리말로 번역된 바 있다. Question of the impunity of perpetrators of violations of human rights (civil and political rights): final report prepared by Mr. L. Joinet, pursuant to Subcommission resolution 1995/35, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/18, 20 June 1996; 김은영, 「인권(시민적 정치적 권리) 침해 가해자에 대한 불처벌의 문제」, 『이달의 민변』, 96년 9월호, 72쪽.

“불처벌”은 침해행위의 자행자들을 - 형사, 민사, 행정 또는 징계 절차이든 - 책임지우는 것이, 법적 또는 사실상 불가능함을 뜻하는데 왜냐하면 그들은 기소, 체포, 재판과, 유죄일 경우 적절한 형벌의 선고와 그들의 피해자들에 대한 배상으로 이끌 수 있는 어떠한 조사도 받지 않기 때문이다.

B. 국제법상 중대한 범죄

이 원칙들에서 사용되는 바와 같이 “국제법상 중대한 범죄”라는 문구는 1949년 8월 12일의 제네바 협약들과 1977년 이 협약들에 대한 제1 추가의정서의 중대한 위반과 국제법상의 범죄인 기타 국제인도주의법 위반, 제노사이드, 인도에 반한 죄, 국제법상 범죄이면서/이거나 고문, 강제실종, 재판 없는 처형과 노예제와 같이 국가가 처벌할 것을 요구하는 국제적으로 보장된 인권의 기타 위반을 포함한다.

C. 민주주의와/또는 평화의 회복 또는 이행

이 표현은 이 원칙들에서 사용되는 바와 같이 민주주의를 향한 국내 운동이나 무력충돌을 종식하기 위한 평화협상의 틀 안에서 관련 행위자들 또는 당사자들이 불처벌과 인권침해 재발에 대항하는 조치를 취하도록 하는, 형식을 불문하고, 일종의 합의에 이른 상황을 지칭한다.

D. 진실위원회들

이 원칙들에서 사용되는 바와 같이 “진실위원회들”이라는 문구는 대개 수 년 간에 걸쳐 자행된 인권이나 인도주의법 유린의 패턴을 조사하는 공식적, 한시적, 비사법적 사실조사기구들을 가리킨다.

E. 공문서

이 원칙들에서 사용되는 바와 같이 “공문서”라는 말은 (a) 국가정부 기관들, 특히 인권위반 행위에 관하여 중요한 역할을 수행한 기관들; (b) 인권이반행위에 관여한 경찰서와 같은 지방기관들; (c) 인권 보장에 관여하는 검찰청과 법원을 포함한 국가기관들과 (d) 진실위원회들과 다른 조사기구들에 의하여 수집된 자료를 포함한 출처들에서 나온 인권법과 인도주의법의 위반행위와 관련하여 수집된 문서들을 지칭한다.

I. 불처벌 철폐하기: 일반적인 의무들

원칙 1. 불처벌을 철폐하기 위하여 실효적인 행동을 취할 국가의 일반적인 의무들

불처벌은 국가가 위반행위들을 조사하고, 자행자들에 대하여 적절한 조치를 취하고, 특히 사법의 영역에서 형사책임의 혐의가 있는 사람들이 소추되고, 재판되고 정당하게 처벌될 것

을 확보하도록 하고, 피해자에게 실효적인 구제수단을 제공하고 그들이 입은 피해에 대한 배상을 받도록 보장하고, 위반행위에 대한 진실을 알, 양도할 수 없는 권리를 보장하고 위반행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 기타 조치를 취할 자신의 의무를 충족하지 못함으로써 발생한다.

II. 알 권리

A. 일반 원칙

원칙 2. 진실에 대한 양도할 수 없는 권리

모든 인민은 추악한 범죄들의 자행에 관한 과거사와 대규모 또는 체계적인 위반행위들을 통하여 그러한 범죄들의 자행에 나아가게 한 정황들과 이유들에 관한 진실을 알, 양도할 수 없는 권리를 가진다.

원칙 3. 기억을 보존할 의무

인민 탄압의 역사에 대한 인민의 지식은 그 유산의 일부이고, 인권법과 인도주의법의 위반행위에 관한 공문서와 다른 증거를 보존하고 그런 위반행위에 관한 지식을 촉진할 국가 조치에 의하여 보장되어야 한다. 그러한 조치들은 집단적 기억을 멸실로부터 보존하고, 특히 수정주의와 부정주의 주장들의 전개에 대항하여 지킬 것을 목적으로 하여야 한다.

원칙 4. 피해자들의 알 권리

어떤 법적 절차인지와 무관하게 피해자들과 그들의 가족들은 위반행위가 발생한 정황과 사망 또는 실종의 경우에는 피해자들의 운명에 관하여 진실을 알, 시효가 없는 권리를 가진다.

원칙 5. 진실에 대한 권리에 효력을 부여하는 보장수단

국가들은 진실에 대한 권리에 효력을 부여하기 위하여, 사법부의 독립하고 실효적인 작동을 보장하는데 필요한 수단을 포함하여 적절한 행동을 취하여야 한다. 이러한 권리를 보장하기 위해 적절한 조치에는 사법부의 역할을 보완하는 준사법적 절차들이 포함된다. 진실이 확인될 수 있도록 그러한 위반행위들을 둘러싼 사실관계를 확립하고 증거의 인멸을 방지하기 위하여 특히 진실위원회 또는 다른 조사위원회의 설치는 대규모 또는 체계적인 기반 위에 자행된 추악한 범죄들을 경험한 사회들에 유익할 것이다.

B. 조사위원회

원칙 6. 진실위원회의 설립과 역할

가능한 범위에서 최대한 진실위원회를 설치하고, 권한사항을 규정하고 그의 구성을 정하는 결정은 특히 피해자들과 생존자들의 의견을 구하면서 광범위한 공적 자문에 기반하여야 한다. 남성과 여성이 평등의 기반 위에 이러한 협의에 참여하는 것을 보장하기 위한 특별한 노력이 기울여져야 한다.

피해자들과 그 가족들의 존엄을 승인하는 가운데 진실위원회가 착수하는 조사는 특히 이전에 부인된 진실의 부분들에 대한 인정을 확보할 목적으로 수행되어야 한다.

원칙 7. 독립성, 공정성과 권한의 보장

원칙 8. 위원회의 권한조항의 정의

관할권의 충돌을 피하기 위하여 위원회의 권한 조항은 명확하게 정의되어야 하고, 조사위원회가 민사, 행정 또는 형사법원을 대체하여 활동하도록 의도된 것이 아니라는 원칙과 일치하여야 한다. 특히 형사법원만이 적절하게 판결을 내리고 선고를 부과할 목적으로 개인의 형사책임을 확립하는 관할권을 가진다.

원칙 12와 13에 규정된 지침에 덧붙여서 조사위원회의 권한조항은 다음과 같은 규정을 담거나 반영하여야 한다.

(a) 위원회의 권한조항은 다음과 같은 권리를 재확인한다: 요청될 경우 원칙 10(a)가 규정한 제한 아래에서 증언을 요청할 목적을 포함하여 범집행당국의 조력을 구할 권리; 그 조사에 있어서 관련된 모든 장소를 시찰할 권리; 그리고/또는 관련 문서의 인도를 요구할 권리.

(b) 조사에 의하여 관련된 사람의 생명, 건강 또는 안전이 위태롭거나 증거의 요소를 잃을 위험이 있다고 믿을 만한 이유가 있는 경우 위원회는 긴급절차 하에서 법원의 행동을 구하거나 그러한 위협이나 위험을 없애기 위하여 다른 적절한 조치를 취할 수 있다.

(c) 조사위원회에 의하여 개시되는 조사는 그들이 위반행위를 명령했거나 실제로 자행했던 안했던, 정범 또는 중범으로 행동했는지, 그리고 그들이 공무원 또는 준정부 또는 국가와 모종의 연결을 갖는 사적 무장단체, 또는 비정부 무장운동의 구성원이든 아니든, 인권법 그리고/또는 인도주의법 위반행위에 책임이 있다고 주장된 모든 사람에 관계된다. 조사위원회는 또한 인권법과 인도주의법의 위반행위를 용이하게 한 다른 행위자들의 역할을 고려하여야 한다.

(d) 조사위원회는 인권법과 인도주의법의 모든 형태의 위반행위를 고려할 관할권을 가진다. 그들의 조사는 특히 여성과 다른 취약집단의 기본적인 권리의 위반행위를 포함하여 우선적으로 국제법상 중대한 범죄를 구성하는 위반행위에 초점이 두어져야 한다.

(e) 조사위원회는 사법절차에서 나중에 사용될 증거를 안전하게 보관하도록 노력해야 한다.

(f) 조사위원회의 권한 조항은 위원회의 공문서를 보존하는 것의 중요성을 강조하여야 한다. 위원회는 활동의 시작단계에서 그의 공문서에 대한 공적 접근을 용이하게 하는 한편 비밀정보의 공개를 방지할 목적의 조항들을 포함하여 그 문서에 대한 접근을 규율하는 조항들을 명확하게 해야 한다.

원칙 9. 연루자에 대한 보장

원칙 10. 피해자들과 이들을 대변하여 증언하는 증인들을 위한 보장

위원회에 정보를 제공하는 피해자들과 증인들의 안전, 신체적 그리고 심리적 복리와 요청된 경우 프라이버시(사생활)를 보장하기 위하여 실효적인 조치가 취해져야한다.

(a) 피해자들과 이들을 대변하여 증언하는 증인들은 오직 엄격하게 자발적인 기반위에서만 위원회에서 증언하도록 요청될 수 있다;

(b) 사회복지사 그리고/또는 정신보건 전문가들에게는 피해자들을 가급적 그들 자신의 언어로 그의 증언 동안과 그 후 모두 특히 성폭행의 사건에 있어서 조력할 권한이 부여되어야 한다;

(c) 증언을 하는 사람들이 발생한 모든 비용은 국가에 의하여 부담되어야 한다;

(d) 비밀보장의 약속에 따라 증언을 제공하는 증인의 신원을 알 수 있는 정보는 공개로부터 보호되어야한다. 증언을 제공하는 피해자들과 다른 증인들은 어떤 경우에도 그들이 위원회에 제공하는 정보의 공개를 규율하는 규칙에 관하여 통지받아야한다. 익명으로 위원회에 정보를 제공하겠다는 요청은 특히 성폭행 사건의 경우에 진지하게 고려되어야 하고, 위원회는 적절한 사건들에서 익명을 보장하고 필요에 따라 제공된 정보의 보장을 허용하는 절차를 확립하여야 한다.

원칙 11. 위원회에 대한 충분한 자원

위원회에는 (a) 그의 독립성이 결코 의심되지 않을 것을 보증하는 투명한 자금제공과 (b) 그의 신뢰성이 결코 의심되지 않을 것을 보증하는 충분한 물적, 인적 자원이 제공되어야 한다.

원칙 12. 위원회의 자문 기능

원칙 13. 위원회 보고서의 공표

안전상의 이유 또는 증인과 위원회 위원들에 대한 압력을 피하기 위하여 위원회의 권한 조항은 그의 조사의 관련 부분을 비밀로 유지하도록 규정할 수 있다. 다른 한편 위원회의 최종보고서는 전부 공개되어야하고 가능한 한 널리 배포되어야 한다.

C. 위반행위에 대한 증언을 담고 있는 공문서의 보존과 이에 대한 접근

원칙 14. 공문서 보존을 위한 조치

알 권리는 공문서(archives)들이 보존되어야함을 내포한다. 기술적인 조치와 벌칙이 특히 인권법 그리고/또는 인도주의법의 위반행위의 자행자들의 불처벌을 확보할 목적으로 공문서의 제거, 파괴, 은닉 또는 날조를 막기 위하여 적용되어야 한다.

원칙 15. 공문서에 대한 접근을 촉진하는 조치

공문서에 대한 접근은 피해자들과 그 친척들이 그들의 권리를 청구하는 것이 가능하도록

하기 위하여 촉진되어야 한다.

접근은 필요에 따라 자신의 방어를 위하여 요청하는 연루된 사람들에 대해서도 촉진되어야 한다.

공문서에 대한 접근은 또한 피해자들과 다른 개인들의 사생활과 안전을 보장하기 위한 합리적인 제한을 따르는 것을 조건으로 역사연구에 유익하게 촉진되어야 한다. 접근을 규율하는 형식적인 요건들은 검열을 목적으로 사용될 수 없다.

원칙 16. 공문서 부서, 법원, 비사법적 조사위원회 사이의 협력

법원과 비사법적 조사위원회는 이들에게 보고하는 조사관들을 포함하여 관련 공문서에 접근할 수 있어야 한다. 이 원칙은 특히 증언의 전제조건으로 피해자들과 다른 증인들에게 제공되는 비밀보장을 포함하여 적용가능한 사생활 관련 조항을 존중하는 방식으로 이행되어야 한다. 접근은 예외적인 상황에서 제한이 법에 의하여 규정되고, 정부가 정당한 국가안보 이익을 보호하기 위하여 민주주의 사회에서 필요한 제한이라는 것을 입증하고, 거부(처분)이 독립한 사법심사를 받도록 되어있지 않는 한 국가안보를 근거로 거부될 수 없다.

원칙 17. 성명을 담고 있는 공문서에 관한 구체적인 조치

(a) 이 원칙의 목적상 이름을 담고 있는 공문서는 직접 또는 간접으로 공문서와 관련된 개인들의 신원을 알 수 있는 정보를 포함한 공문서라고 이해된다.

(b) 모든 사람들은 그들의 이름이 국가 공문서에 등장하는지 여부에 관하여 알 권리와 그러한 경우 접근권을 가지고 있기 때문에 반론권을 행사함에 의하여 그들에 관한 정보의 타당성에 이의를 제기할 수 있는 권리를 갖는다. 이의신청된 문서는 그의 타당성에 대한 이의를 제기하는 문서에 대한 상호참조를 하고 두 문서는 전자가 신청된 경우에는 언제나 함께 이용될 수 있어야 한다. 조사위원회의 문서철에 대한 접근은 피해자들과 원칙 8(f)와 10(d)에 따라 이들을 대변하여 증언하는 다른 증인들의 비밀보장에 관한 정당한 기대와 대비하여 가늠되어야 한다.

원칙 18. 민주주의 그리고/또는 평화의 회복 또는 이행에 관련된 구체적인 조치

III. 정의에 대한 권리

A. 일반 원칙

원칙 19. 사법에 관한 국가의 의무

국가는 인권법과 국제인도주의법의 위반행위에 대한 신속, 철저, 독립하고 공정한 수사(조사)를 하고, 자행자들에 관하여, 특히 형사사법의 영역에서 국제법상 중대한 범죄에 대한 책임이 있는 사람들이 소추, 재판되고 정당하게 처벌되는 것을 보장함에 의하여 적절한 조치

를 취할 의무를 진다.

비록 소추의 결정이 주로 국가의 권한 내에 놓여있지만 피해자들, 그들의 가족과 유족들은 개인적 또는 집단적 기반 위에서, 특히 형사소송법이 그러한 절차를 승인하는 국가에서 민사당사자(partes civiles) 또는 사적 소추를 수행하는 사인으로서 소송을 제기할 수 있어야 한다. 국가는 모든 불법을 당한 당사자와 거기에 정당한 이익을 가지는 모든 사람 또는 비정부단체에게 사법절차에서 광범한 당사자 적격(legal standing)을 보장해야 한다.

B. 국내, 외국, 국제 그리고 국제화된 법원 사이의 관할권 배분

원칙 20. 국제 그리고 국제화된 형사법정의 관할권

원칙 21. 보편적 그리고 국제관할권에 관한 국제법원칙의 실효성을 강화하기 위한 조치

C. 불처벌을 철폐하기 위한 행동에 의하여 정당화되는 법의 지배에 관한 제한

원칙 22. 제한조치의 성질

원칙 23. 시효에 관한 제한

원칙 24. 제한과 사면에 관한 다른 조치들

원칙 25. 비호의 권리에 관한 제한

원칙 26. 추방에 관한 제한/일사부재리

원칙 27. 정당한 복종, 상급자의 책임과 공적 지위와 관련된 정당화사유의 제한

원칙 28. 자백 또는 반성에 관한 입법의 효력에 관한 제한

원칙 29. 군사법원의 관할권에 대한 제한

원칙 30. 판사의 해임불가 원칙에 대한 제한

IV. 배상에 대한 권리/재발방지도장

A. 배상에 대한 권리

원칙 31. 배상할 의무에서 발생하는 권리와 의무

모든 인권 위반행위는 피해자 또는 그 또는 그녀의 수혜자(수익자, beneficiaries)에게 배상(reparation)에 대한 권리를 발생시키고, 이는 국가가 배상을 해야 할 의무와 피해자가 자행

자로부터 손해배상을 청구할 가능성을 뜻한다.

원칙 32. 배상절차

모든 피해자들은 원칙 23에 규정된 시효에 관한 제한을 받으면서 형사, 민사, 행정 또는 징계절차의 형식으로 즉시 이용가능하고, 신속하고 실효적인 구제에 대한 접근권을 가진다. 이러한 권리를 행사할 경우 이들에게는 협박과 보복에 대한 보호가 부여되어야한다.

배상은 또한 입법 또는 행정조치에 기반하여 국내 또는 국제적인 자금을 재원으로 개인들과 공동체들을 향한 프로그램을 통하여 제공될 수 있다. 피해자들과 시민사회의 다른 부문들(sectors)은 그러한 프로그램의 설계와 이행에 있어서 의미 있는 역할을 수행해야한다. 여성과 소수자 집단들이 배상프로그램을 개발, 이행, 평가하기 위한 공적 협의에 참여하도록 보장하기 위한 노력이 합심하여 기울여져야한다.

원칙 33. 배상절차의 공개

피해자들이 배상에 대한 권리를 행사할 수 있게 하는 특별절차는 공적 및 사적 통신매체에 의하여 가능한 한 널리 공개되어야한다. 그러한 배포는 해당국의 안팎에서, 영사업무를 통하는 것을 포함하여, 특히 많은 수의 피해자들이 강제로 망명된 나라들에서 이루어져야한다.

원칙 34. 배상에 대한 권리의 범위

배상에 대한 권리는 피해자들이 입은 모든 피해를 포함해야한다; 그것은 국제법에 규정된 원상회복, 금전배상, 복구와 만족의 조치를 포함한다.

강제실종의 경우에 직접 피해자의 가족은 실종된 사람의 운명 그리고/또는 행방에 관하여 정보를 제공받을, 시효가 적용되지 않는 권리를 가지고, 사망의 경우 그 사람의 시신(유골)은 신원이 확인되자마자 자행자가 판명되거나 기소되었는지 여부에 상관없이 가족에게 반환되어야 한다.

B. 위반행위 재발방지의 보장

원칙 35. 일반 원칙

국가는 피해자들이 또 다시 그들의 권리의 위반행위를 견뎌야하지 않을 것을 보장해야한다. 이러한 목적을 위하여 국가는 제도 개혁과 법의 지배에 대한 존중을 확보하고, 인권 존중의 문화를 조성, 유지하고 정부기구에 대한 공중의 신뢰를 회복하거나 확립하기 위하여 필요한 다른 조치들을 할 의무를 진다. 공공기관에서 여성과 소수자집단의 적절한 대표제는 이러한 목표의 달성에 필수적이다. 위반행위의 재발을 방지할 목적의 제도개혁은 피해자들과 시민사회의 다른 부문들의 참여를 포함한 광범위한 공적 협의과정을 통하여 개발되어야 한다.

원칙 36. 국가기구의 개혁

원칙 37. 준국가 무장단체의 해체/동원해제와 아동의 사회재통합

원칙 38. 불처벌의 원인이 되는 법률과 제도의 개혁

(끝)

<자료 5.>

한일 '위안부' 합의에 대한 하나의 결산 (화해문화, 2016.3., 160쪽-179쪽)

**2015. 12. 28. 한일외교장관회담
공동기자회견과 헌법소원**

전종익 (서울대학교 법대 교수)

2015. 12. 28. 한일외교장관회담 공동기자회견과 헌법소원

전종익

서울대학교 법대 교수

1. 12. 28. 공동기자회견의 형식과 법적 의미

○ 공동기자회견과 합의의 존재

- 한일간 12. 28. 공동기자회견의 의미에 대한 입장의 차이
(한) 한일외교장관의 합의의 존재 및 이를 고지하는 행위
vs. (일) 공동기자회견만의 존재

- 한국외교부 홈페이지 : 양국의 합의존재, 공동기자회견은 이를 발표하는 것

“그간 양국간 다양한 채널을 통한 협의 결과를 토대로 오늘 기시다 외무대신과 전력을 다해 협의한 결과, 양국이 수용할 수 있는 내용의 합의를 도출할 수 있었습니다. 오늘 이 자리에서 그 결과를 여러분들께 발표하고자 합니다.”

일본외무성 홈페이지 : 양국의 협의 결과에 기초하여 일본정부가 자신의 입장을 발표하고 이어서 한국정부가 자신의 입장을 발표함.

“これまで、兩國局長協議等において、集中的に協議を行ってきた。その結果に基づき、日本政府として、以下を申し述べる”

- 전자 : 기자회견 이외 별도의 합의가 존재하는 경우 기자회견은 보도를 위해 그 내용을 알려주는 행위에 불과 → 청구대상은 합의

- 후자 : 별도의 합의가 존재하지 않거나 구두로만 이루어졌고 공동기자회견 자체(일본정부의 발표와 한국정부의 발표) 만이 존재 → 청구대상은 공동기자회견 행위

* 양자의 연결점은 우리정부 발표상의 ‘일본정부의 예산 거출 + 양국협력의 사업 실시’의 전제에 있음.

- * 이 경우 공동기자회견으로 인하여 양국간의 ‘합의’가 성립되었다고 할 수 있는가? 각국이 각자의 입장을 일방적으로 선언한 것으로 볼 수 없는가?

⇒ 한일 양국이 ‘12. 28. 합의’ 인정(양국정상전화회담), 기자회견 이외의 합의의 존재를 확인할 수 있는 별도의 문서 없음, 별도의 합의를 확인할 수 없음.

⇒ ‘12. 28. 합의’는 공동기자회견으로 형성된 것으로 볼 수 있음.

○ 12. 28. 합의의 법적 지위

- 국제법적 지위 : 조약 vs. 사실상의 합의(신사협정 등)

* 후자의 경우라도 외교적 효력은 존재

- 국내법적 지위

조약 : 헌법 제6조 제1항 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 국내법과 같은 효력이 있음.

‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약’ : 대통령이 그 조약의 체결·비준권(헌법 제73조)에 근거하여 조약을 체결한 후 국무회의의 심의와 경우에 따라서는 국회의 동의를 거쳐 공포가 되면 헌법에 의하여 체결된 조약에 해당.

‘국내법과 같은 효력’ : 국회의 동의를 얻은 조약은 법률과 같은 효력, 동의를 요하지 않는 조약으로서 행정협정과 같은 것은 명령·규칙의 효력 등

* 12. 28. 합의를 국제법상 조약으로 보는 경우 : 외교부장관이 대통령의 위임을 받아 합의한 것, 국무회의 심의(및 국회의 동의) 없었음. → 국내법과 같은 효력을 부여할 수 없음.

사실상의 합의 : 국내법과 같은 효력을 부여할 수 없음. 행정청의 사실행위에 해당.

- 사실행위로서의 12. 28. 합의

정책(대책)의 발표 또는 행정계획과 유사

장래에 일정한 법적 질서를 실현하기 위한 방향을 설정,

이를 실현하기 위한 다양한 후속조치들이 필요

*** 한일간 합의의 존재와 이에 대한 고지행위**

- 공고의 법적 성격과 헌법소원심판

다른 공권력 작용을 통하여 이미 결정된 사항을 단순히 알리는 것은 공권력행사에서 제외 vs. 공고를 통하여 세부 내용들이 비로소 확정되는 경우 헌법소원의 대상에 해당

ex) 사법시험의 일시와 장소에 대한 공고(헌재 2001.09.27. 2000헌마159)

“사전안내의 성격을 갖는 통지행위라도 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있는 것일 때에는 그로 인하여 직접적으로 기본권침해를 받게 되는 사람에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위헌성이 이미 발생하였다고 보아야 할 것이므로 이러한 것도 헌법소원의 대상이 될 수 있다.”

→ 우리 정부의 입장에 의하면 이미 결정된 사항을 단순히 알리는 것에 해당, 공동기자회견은 헌법소원심판의 대상이 될 수 없음. 그 이전 합의를 헌법소원의 대상으로 해야 함.

→ 별도의 합의가 존재하지 않는 경우 기자회견 자체로 인하여 내용들이 비로소 확정된 것으로 보아 회견 자체를 심판대상 해야 함.

○ 헌법소송법적 쟁점 : 심판청구의 대상, 12. 28. 공동기자회견은 공권력의 행사에 해당하는가?

- “헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 제기하는 권리구제수단이므로, 공권력의 행사를 대상으로 하는 헌법소원에 있어서는 적어도 기본권침해의 원인이 되는 행위가 공권력의 행사에 해당하여야 함”(헌재 1994. 5. 6. 89헌마 35, 판례집 6-1, 462, 485)

⇒ 국가기관·공공단체 등의 고권적 작용 + 기본권적 지위에 영향

- 합의를 조약으로 보면 당연히 헌법소원심판의 대상

- 사실행위인 경우 권력적 사실행위로서 국민의 법적 지위에 영향을 주어야 심판대상에 해당

⇒ 12. 28. 합의가 헌법소원심판의 대상이 되는지 여부는 관련법령의 존재여부 및 발표내용이 그 자체로 일본군 위안부 피해자들의 기본권에 영향을 미치는지 여부에 의하여 결정

○ 소결

- 12. 28. 합의가 일본군 위안부 피해자의 일본정부에 대한 손해배상청구권의 행사를 실질적으로 제한하는 효력이 있는 것으로 평가되는 경우 그 자체로 헌법소원심판의 대상이 될 수 있음.

2. 12. 28. 합의의 내용과 기본권

○ 12. 28. 합의의 내용과 쟁점

- 한·일간 일본군 위안부 피해자 문제가 (일본정부가 표명한 조치를 착실히 실시한다는 것을 전제로) 최종적 및 불가역적으로 해결될 것임을 확인 + 일본정부와 함께 향후 유엔 등 국제사회에서 이 문제에 대해 상호 비난·비판을 자제

○ “일본군 위안부 피해자 문제”와 해결의 의미는 무엇인가?

- 현재 2011. 8. 30. 2006헌마788 결정 : 1965년 이른바 한일 청구권협정에 의하여 일본군 위안부 피해자들의 일본에 대한 배상청구권이 소멸되었는지 여부에 관한 해석상의 분쟁이 존재, 해석상의 분쟁을 해결하기 위해 외교상의 경로를 통하여 해결을 모색하고 해결하지 못하는 경우 중재회부로 나아가야 할 작위의무가 존재, 이를 하지 않은 부작용이 기본권 침해.

- 정부의 행위를 위 결정취지에 따른 것으로 보면, 위의 분쟁이 해결될 문제에 해당

- 그 해결은 일본군 위안부 피해자들의 일본에 대한 손해배상청구권의 존재에 대한 합의에 이르렀음을 의미

→ “군의 관여 인정, 일본정부의 책임 표명, 내각총리대신 명의 공개적 공식적 사과와 반성 표명, 일본 정부의 예산 출연(+ 재단설립 및 각종 사업실행)”을 일본정부의 배상책임 인정 및 그에 대한 이행조치로 볼 수 있는가?

→ “최종적 및 불가역적으로 해결”의 범위에 일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구권의

소멸까지 포함되어 있는가?

○ 일본의 일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구권 인정여부

- 일본은 배상청구권 자체를 인정하지 않는 태도를 합의 전후에서 일관되게 유지, 이러한 일본의 입장에 의하면 분쟁은 여전히 존재

* 양국정상전화회담 : “その上で、慰安婦問題を含め、日韓間の財産・請求権の問題は1965年の日韓請求権・経済協力協定で最終的かつ完全に解決済みとの我が國の立場に変わらないが”

⇔ 일본이 각종 조치들을 사실상 채무의 이행으로 보면 묵시적으로 배상청구권을 인정하는 것을 바탕으로 하고 있다는 의미를 부여할 수 있음. 이 경우 분쟁은 해결될 수 있음.

* 12. 28. 합의는 '과거 시도에 비추어 큰 진전이 있는 성과'라는 외교부의 입장에서 이러한 설명 가능.

○ 민사법상 책임과 국제법상 책임

- 일본군 위안부 피해자들의 일본정부에 대한 손해배상청구권 및 외교적 보호권에 의한 한국정부의 일본정부에 대한 국제법상 청구권 병존

* 외교적 보호권에 의하여 국민의 피해를 국제법상 국제적 피해로 의제, 국가가 국민의 피해를 자기의 피해로 주장하는 것

- 이중배상을 받을 수 없으므로 양자는 일종의 연대책무 유사(또는 대위채권)의 성격을 가짐.

○ 최종적 및 불가역적으로 해결의 범위

- 국제법상 청구권의 문제해결

양국정부의 합의는 외교적 보호권 및 국제법상 청구권에 대한 것에 국한, 일본의 조치들은 그에 대한 대가에 해당 → 일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구권은 그대로 존재, 일본에 대한 민사적 손해배상청구권의 존재에 대한 합의가 없었으므로 여전히 이에 대한 분쟁상태는 지속됨, 다만 외교적으로 더 이상 문제삼지 않겠다는 취지로서 최종적 및 불가역적 해결은 '국제법상 해결'을 의미.

일본정부의 예산 출연은 법적 배상이 아닌 의미를 가진 조치에 해당(일본정부의 일관된 입장에 부합)

- 민사법상 청구권을 포함한 문제해결

양국정부의 합의에 일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구권도 같이 포함. 일본의 공식적인 인정여부 등에 상관없이 화해에 의한 문제해결, → 일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구권 소멸, 정부의 수용적 침해 내지 수용 유사적 침해에 해당, 정부의 보상 내지 배상의 무 발생, 일본정부의 예산 출연은 화해를 위한 부담 또는 조건에 해당, 간접적으로 배상청구권을 인정하는 것으로 볼 수 있음,

* 국제법상 국가의 개인청구권에 대한 처분권 인정,

대법원의 강제징용사건판결(2009다68620등) “국가가 조약을 체결하여 외교적 보호권을 포기함에 그치지 않고 국가와의 별개의 법인격을 가진 국민 개인의 동의없이 국민의 개인청구권을 직접적으로 소멸시킬 수 있다고 보는 것은 근대법의 원리와 상충 + 국가가 조약을 통하여 국민의 개인청구권을 소멸시키는 것이 국제법상 허용될 수 있다고 하더라도 조약에 명확한 근거가 없는 한 조약 체결로 국가의 외교적 보호권 이외에 국민의 개인청구권까지 소멸하였다고 볼 수는 없을 것”

○ 전자로 보는 경우

- 일본군 위안부 피해자에 대한 외교적 보호권의 행사는 기본권 보호를 위한 헌법적 요청에 해당, 그 자체로 기본권의 실현에 실질적으로 영향을 줄 수 있음. → 12. 28. 합의는 권력적 사실행위에 해당

- 실질적으로 영향을 주는 권력적 사실행위에 불과하므로 형식적으로 조약을 위한 절차(국무회의심의, 국회의 동의 등)에 의할 필요없음.

- 민사적 청구권에 대한 해석상의 분쟁은 여전히 존재, 따라서 위험적인 상태에 다시 돌아간 것으로 볼 수 있음. 다만 정부가 일정한 노력을 하였다는 점에서 부작용으로 인한 위험으로는 보지 않을 수 있음.

○ 후자로 보는 경우

- 일본과 민사채권에 대한 합의 + 수용적 성격 → 기본권인 손해배상청구권에 대한 직접적 수용,

- 헌법 제37조 제2항 국민의 기본권은 ‘법률’에 의하여 제한될 수 있음.

헌법 제22조 제3항 공공필요에 의한 재산권의 수용과 보상은 법률로서 하여야 함.

ex) 1965년 한일 청구권 협정시 ‘대일민간청구권 신고에 관한 법률’ 및 ‘대일 민간청구권 보상에 관한 법률’에 의하여 당사자들의 신고를 받아 일본으로부터 받은 청구권자금으로 보상금 지급. 국내법적으로 한일청구권 협정으로 인한 대일민간청구권의 수용과 법률에 의한 보상으로 볼 수 있음.

→ 일본군 위안부 피해자들의 경우에도 법률이 필요

- 법률과 같은 효력을 가진 조약에 의하여야 함. → 12. 28. 합의는 헌법 제60조 제1항 “입법사항에 관한 조약”에 해당, 국회의 동의가 필요

- 사실행위 또는 국회의 동의없는 조약의 경우

법률과 같은 효력이 없으므로 이로써 수용과 보상에 의한 처리는 불가

피해자들과의 합의가 이루어지는 경우 정부의 민사청구권에 대한 처분에 동의한 것에 해당 → 이러한 합의가 존재하지 않는 경우 정부의 처분은 국내법상 효력인정이 어려움, 대일 손해배상 청구권 존재.

* 그러한 점에서 재단을 공익재단에 대한 일반법으로 설립하고 사업을 시행한다 하더라도 피해자들과의 합의가 이루어지지 않으면 손해배상청구권은 그대로 존재

* 수용과 보상을 위한 별도의 법률이 있는 경우

재단설립과 각종 사업의 시행을 위한 특별법 제정, 당해 법률에 구체적인 규정을 두면 수용과 보상이 이루어질 수 있음. 이는 12. 28. 합의와는 별개의 것에 해당. 후속 법률이 헌법소원심판의 대상

○ 사실상의 계획의 발표에 해당하는 경우

- 일본정부의 행위가 전제로 되어 있는 조건적인 내용이며, 관련 법령이 존재하고 이행이 확실시 되는지 불분명함.
- 현재로서는 권력적 사실행위로 볼 수 없음. 구속력 없는 사실상 계획의 발표에 불과. 법적 효력없는 단순한 선언
- 이 경우 당사자의 손해배상청구권 및 정부의 외교적 보호권에 의한 국제법상 청구권 모두 그대로 존재

3. 헌법소원심판청구시 유의점

- 헌법소원심판청구시 심판대상으로 12. 28. 합의 또는 공동기자회견을 포괄적으로 포함시키는 것이 바람직함.
- 조약에 해당하거나 적어도 실질적으로 기본권의 행사에 지장을 주는 사실상의 공권력 작용임을 논증할 필요.
- 외교부의 입장이 중요 : 조약 vs. 실질적으로 손해배상청구권에 대하여 영향을 주는 공권력작용 vs. 법적 효력없는 단순한 선언
 - 조약은 국회의 동의 필요, 공권력 행사에 해당
 - 손해배상청구권에 영향을 주는 공권력 작용은 헌법소원의 대상에 해당
 - 법적인 의미 없는 단순한 선언 및 계획은 헌법소원의 대상에 해당하지 않음.

2015 합의와 일본군 ‘위안부’ 재단 문제

- 토론문

장완익 (변호사, 민변 과거사청산위원회)

2015년 합의와 일본군'위안부' 재단22) 문제

장완익

변호사, 민변 과거사청산위원회

1. 일제강제동원피해자지원재단

- 2014. 6. 3. 일제강제동원피해자지원재단 설립23)
- 2014. 5. 16. 일부 재단설립준비위원들이 행정자치부장관을 상대로 재단설립 및 임원임명무효 소를 제기(서울행정법원 2014 구합 9127), 올해 초 피고 승소로 소송 종결(대법원 2015 두 51781, 2016. 1. 14. 선고)
- 2015. 1. 29. 기타공공기관24) 지정
- 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외 강제동원 희생자 등 지원위원회가 2015. 12. 31.까지 활동하고 나머지 업무를 행정자치부로 이관
- 일제강제동원역사관(2015. 12. 10. 개관) 위탁 운영 예상
- 재단은 재단 설립 특별법 입법 추진
- 재단 출연금 문제(포스코 100억원)

2. 일본군 '위안부' 재단 설립의 방식

- 대일항쟁기 특별법 제37조에 의한 재단 설립 : 정부 주도로 기타공공기관 형태의 위안부 재단 설립(기존 일제강제동원피해자지원재단과 같은 형태)

22) 한국 정부가 전 위안부분들의 지원을 목적으로 하는 재단을 설립하고, 이에 일본 정부 예산으로 자금을 일괄 거출하고, 한일 양국 정부가 협력하여 모든 前 위안부분들의 명예와 존엄의 회복 및 마음의 상처 치유를 위한 사업을 행하기로 함.

23) 대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법 제37조(피해자 관련 재단지원 등) 정부는 대일항쟁기 강제동원으로 인하여 사망한 자를 추도하고 역사적 의미를 되새겨 평화와 인권을 신장하기 위한 다음 각 호의 사업을 시행하거나 이 사업을 수행할 목적으로 설립되는 재단에 필요한 비용을 예산의 범위에서 출연하거나 보조할 수 있다(지원하거나 기금을 출연할 수 있다).<개정 2011.8.4., 2014.12.30.>

1. 추도공간(추도묘역·추도탑·추도공원)의 조성 등 위령사업
2. 대일항쟁기 강제동원 피해 사료관 및 박물관의 건립
3. 일제강제동원 피해와 관련한 문화·학술 사업 및 조사·연구 사업
4. 그 밖의 관련 사업

24) 공공기관이란 한국 정부의 투자·출자 또는 정부의 재정 지원 등으로 설립·운영되는 기관으로 공공기관의 운영에 관한 법률 제4조제1항 각호의 요건에 해당하여 기획재정부 장관이 지정한 기관을 말한다. 공기업, 준정부기관, 기타 공공기관으로 분류한다.

- 일제하 일본군위안부 피해자에 대한 생활안정지원 및 기념사업 등에 관한 법률을 개정하여 재단 설립
- 재단 설립 특별법 제정
- 민법 등에 근거한 재단 설립

3. 헌법 소원을 할 것인가?

- 2015년 합의의 성격이 모호함 : 조약인가 아닌가
- 2015년 합의의 효력도 모호함 : 위안부 피해자의 권리를 침해하는가
- 한일 양국 정부가 생각하는 2015년 합의는 무엇인가
- 2015년 합의가 무엇인지를 알기를 위하여 헌법소원 청구, 각하 가능성 검토

한일 ‘위안부’ 합의와 피해자의 권리에 대한 토론문

김기남 (변호사, 민변 국제연대위원회)

한일 '위안부' 합의와 국제법상 피해자의 권리에 대한 토론문

김기남

변호사, 민변 국제연대위원회

1. 과도기 정의(transitional justice)에서의 피해자 중심 원칙

1.1 피해자 중심 원칙

과도기 정의를 실현하는 전통적인 방식으로, 전후 처리 또는 개입(post-conflict intervention)의 과정에서 책임자 기소와 형사처벌로 축약되는 '보복적 또는 인과응보적 정의(retributive justice)'의 모델과 분쟁을 종료하는 데에 초점을 둔 화해(reconciliation)적 성격의 '평화프로세스(peace process)'가 있음.

그러나 두 방식은 피해자를 소외시키는 모습을 보였음. 일반적으로 과도기 정의 실현을 위한 결정은 엘리트의 주도(top-down)로 이뤄졌는데 이 과정에 일반적이거나 편의적으로 요약된 형태의 피해자의 기대가 반영될 뿐 희생자 및 생존자들의 복잡하고 다양하며 시간에 따라 바뀌는 요구를 반영하기 어려웠음.

그래서 오늘날 피해자 관점(victim perspective), 즉 피해자와 적극적으로 개입(소통)하고 이해하는 접근방식이 매우 중요하게 여겨짐.

피해자 중심 접근(victim-centered approach)은 회복적 정의(restorative justice)의 원칙과 관련하여 피해자를 중심에 두는 프로세스(과정)을 의미함. 피해자 중심 접근은 피해자의 요구(needs)에 기반한 대응(response)을 중요시하며 그래서 피해자와 광범위한 협의(consultation)와 피해자 및 그의 대리인이 과도기적 프로세스의 모든 단계에서의 계획과 이행에 개입하는 것을 의미함.²⁵⁾

따라서 피해자의 단순 의견 청취나 의견 수렴은 피해자 중심 접근 방식이 아니고, 회복적 정의 실현의 과정에서 피해자들의 요구를 중심에 두고 이들의 주도성을 바탕으로 실현해 가는 것이야말로 피해자 중심 접근의 방식이라고 할 수 있음.

1.2 한일 위안부 합의과정에서의 피해자 중심 접근은 잘 지켜졌나?

25) Simon Robins, *Towards Victim-Centred Transitional Justice: Understanding the Needs of Families of the Disappeared in Postconflict Nepal*, *The International Journal of Transitional Justice*, Vol.5, 2011, 75-98

2015년 12월 28일 위안부 합의는 피해자 중심의 해결의 관점에서 다음과 같은 문제가 있음.

- 과정상 문제 : 합의과정에서 한번도 피해자 및 지원단체의 협의를 거치지 않음. 수차례 협의했다는 외교부의 발언은 거짓, 피해자의 의견을 최대한 반영했다는 정부의 주장 또한 피해자의 구체적 요구를 파악하여 반영한 것이 아니고 정부엘리트(?) 관료의 편의적 발상 또는 정치적 변명에 불과함.
- 내용상의 문제 : 피해자 중심 원칙이 지켜지지 않았기 때문에 합의 내용 또한 피해자의 요구가 반영되지 못한 한계가 여실히 드러남.

이에 대해 유엔인권기구는 피해자 중심 원칙이 지켜지지 않은 것에 대해 다음과 같이 입장 표명하고 권고함.

여성차별철폐위원회 (2016. 3. 4.) ²⁶⁾	특별절차 (2016. 3. 11.) ²⁷⁾	유엔인권최고대표 (2016. 3. 10.) ²⁸⁾
<ul style="list-style-type: none"> - 2015. 12. 28. 위안부 합의는 피해자 중심의 해결 원칙을 채택하지 않아 유감임. - 다른 나라의 위안부 피해자들에 대한 국제인권법상 의무를 이행하지 않아 유감임. - 2015. 12. 합의의 이행에서 피해자/생존자의 견해(views)를 충분히(due) 반영하고, 진실, 정의, 그리고 배상에 대한 권리를 보장할 것 	<ul style="list-style-type: none"> - CEDAW 권고를 이행할 것; - 12. 28. 합의는 (1)생존자들의 요구에 미치지 못함. (2)합의과정에서 피해자들과 지원단체와의 적절한 협의과정이 없었음. - 다른 아시아 국가를 포함한 모든 피해자와 협의하지 않고, 그들의 기대가 충족되지 않고, 그리고 그들의 상처가 아물지 않고서는 이 문제가 결코 해결될 수 없음. 	<ul style="list-style-type: none"> - 한일정부가 위안부 합의를 발표했지만 여러 유엔 인권 메커니즘과 더불어 가장 중요한 생존자들이 문제를 제기하고 있음. - 진정한 보상을 받았는지는 그들만이 판단할 수 있다고 강조함. - “기본적으로 관계 당국이 용감하고 품위있는 이들 여성에 다가가는 것이 중요”하고 “궁극적으로 그들만이 진정한 보상을 받았는지를 판단할 수 있음”.

2. 국제법상 피해자의 권리

강간과 성노예제 등 전쟁범죄 및 인도에 반한 범죄를 포함한 심각한 범죄에 대해 피해자 또는 피해에 대한 국가의 완전한 배상의 의무는 국제법상 잘 확립되었음.

2.1 피해자의 권리의 확립

26)

http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/JPN/CEDAW_C_JPN_CO_7-8_21666_E.pdf

27) <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17209&LangID=E>

28) <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17200&LangID=E>

상설국제사법재판소(Permanent Court of International Justice)는 1928년 독일과 폴란드간 Factoryat Chorzow 사건에서 배상은 불법적인 행위의 가능한 모든 결과를 일소해야 하고 그러한 행위가 발생하지 않았다면 존재할 모든 가능한 상황을 재확립하는 것이라고 판결했음.²⁹⁾

또 배상 등 피해자의 권리는 국제인권법에 잘 녹아들었음. 1985년, 범죄 및 권력남용 피해자의 정의를 위한 기본원칙 선언 (Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)이 유엔에서 채택되었음.

2005년 국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위의 피해자 구제와 배상권리에 관한 기본원칙과 가이드라인 (Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)이 유엔총회에서 통과되었음. 피해자에게 인권침해의 경중 및 각 사건의 상황에 적당하고 비례적으로 완전하고 효과적인 배상이 주어져야 한다. 배상에는 원상회복, 배상, 재활, 만족, 재발방지의 형태를 포함한다고 함.

나아가 유엔인권조약에도 피해자의 권리가 잘 확립되어 왔음.

- 강제실종협약 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)은 보상, 원상회복, 재활, 만족, 재발방지 등을 보장하고, 장애인 권리협약 (The Convention on the Rights of Persons with Disabilities)은 인권남용과 폭력, 착취의 사건에서 신체, 인지, 심리적 회복, 재활, 사회적 재통합을 증진시킬 모든 조치를 취할 것을 정하고 있음.
- 국제법위원회 (The International Law Commission)는 고의적 불법행위로 입은 손해에 대한 완전한 배상은 개별적 또는 혼합된 원상회복, 배상, 만족의 형식을 취한다고 함. 유엔 자유권위원회 (UN Human Rights Committee)도 일반논평 31호³⁰⁾와 개인통보 사건의 결정례를 통해 이러한 원칙을 지지했음.

2.2 2015년 12월 28일 이전의 위안부 이슈에 대한 국제인권기구의 권고

위안부 이슈에 대한 유엔인권조약기구³¹⁾와 특별절차³²⁾의 권고 또한 앞서 언급한 국제기준과

29) Permanent Court of International Justice held in *Factoryat Chorzow* case (*Germany v. Poland*(1928)) that “reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability have existed if that act had not been committed.” P.C.I.J. (ser.A) No. 17 at 47 available at http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1.htm

30) General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant, para.16, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (Mar.29,2004), affirming that reparation to victims not only entails compensation, but also can involve restitution, rehabilitation and measures of satisfaction, such as public apologies, public memorials, guarantees of non-repetition and changes in relevant laws and practices, as well as bringing to justice the perpetrators of human rights violations. Also, see DINAH SHELTON, REMEDIES IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 184-185 (2d ed. 2005)

31) Concluding observations from the HRC(CCPR/C/JPN/CO/6(2014), CCPR/C/JPN/CO/5(2008)),

다르지 않음.

- 피해자 중심의 해결을 도출하기 위해 즉각적이고 효과적인 법률적, 행정적 조치를 취할 것³³⁾
- 효과적, 독립적, 공정한 조사를 실시하고, 관련 자료와 증거를 공개하고, 책임자를 기소 및 처벌할 것³⁴⁾
- 공개 사과하고 성노예에 대한 범죄에 대해 법적 책임을 공개적으로 인정할 것³⁵⁾
- 배상에 대한 또는 사법접근권(access to justice)에 대한 피해자의 권리를 인정하고 피해자 및 피해자의 가족들에게 배상, 만족, 완전한 재활을 가능한 수단 등 완전하고 효과적인 구제 및 배상을 인정할 것³⁶⁾
- 교과서의 충분한 기술을 포함하여 위안부 이슈에 대해 학생과 일반대중을 교육할 것³⁷⁾
- 역사적 사실에 대한 부인 그리고 그러한 반복적 부인을 통해 피해자에게 다시 트라우마를 주는 것을 억지할 것.³⁸⁾

2.3 2015년 12월 28일 이후의 위안부 이슈에 대한 국제인권기구의 권고

2015년 12월 28일 이후 유엔인권기구, 즉 유엔조약기구와 인권이사회의 특별절차가 내놓은 입장을 다음과 같이 요약할 수 있음.

여성차별철폐위원회 (2016. 3. 4.) ³⁹⁾	특별절차 (2016. 3. 11.) ⁴⁰⁾	유엔인권최고대표 (2016. 3. 10.) ⁴¹⁾
<ul style="list-style-type: none"> - 현재까지의 유엔인권기구의 권고 이행 않아 유감. - 2015. 12. 28. 위안부 합의는 피해자 중심의 해결 원칙을 채택하지 않아 유감임. - 다른 나라의 위안부 피해자들에 대한 국제인권법상 의무를 이행하지 않아 유감임. 	<ul style="list-style-type: none"> - CEDAW 권고를 이행할 것; - 12. 28. 합의는 (1)생존자들의 요구 및 (2)심각한 인권침해에 대한 국가책임의 기준에 미치지 못함. (3)합의과정에서 피해자들과 지원단체와의 적절한 협의과정이 없었음. 	<ul style="list-style-type: none"> - 한일정부가 위안부 합의를 발표했지만 여러 유엔 인권 메커니즘과 더불어 가장 중요한 생존자들이 문제를 제기하고 있음. - 진정한 보상을 받았는지는 그들만이 판단할 수 있다고 강조함.

CESCR(E/C.12/1/Add.67(2001)),CEDAW(CEDAW/C/JPN/CO/6(2009), A/58/38(2003), A/50/38(1994)), CAT(CAT/C/JPN/CO/2(2013),CAT/C/JPN/CO/1(2007)).

32) Reports of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences: E/CN.4/2003/75/Add.1, E/CN.4/2001/73, E/CN.4/1998/54,E/CN.4/1996/53/Add.1, E/CN.4/1995/42; Reports of the Special Rapporteur on Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict: E/CN.4/Sub.2/2000/21, E/CN.4/Sub.2/1998/13; Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance: E/CN.4/2006/16/Add.2

33) Concluding observations on the second periodic report of Japan, adopted by the Committee at its fiftieth session (6-31 May 2013)

34) Id; Concluding observation on the sixth periodic report of Japan,CCPR/C/JPN/CO/6

35) Id.

36) Id.

37) Id.

38) Id.

<ul style="list-style-type: none"> - 여성차별철폐위의 전차 권고를 재반복함. - 2015. 12. 합의의 이행에서 피해자/생존자의 견해(views)를 충분히(duely) 반영하고, 진실, 정의, 그리고 배상에 대한 권리를 보장할 것. - 피해자의 구제에 대한 권리를 인정하고, 보상, 만족, 공식적 사과 및 재활서비스 등 완전하고 효과적인 구제 및 배상(reparation)을 제공할 것. - 위안부 이슈에 대해 교과서에 충분히 다룰 것을 그리고 역사적 진실을 학생과 일반대중에게 객관적으로 가르칠 것. - 일본정부의 책임을 폄하하거나 회피하는 일본 지도자 및 공직자들의 발언을 중지되도록 조치할 것. 	<ul style="list-style-type: none"> - 완전한 책임을 인정한 명확한 공식사과와 충분한 배상만이 진실, 정의, 배상에 대한 피해자의 권리를 보호할 것임. - 소녀상 이전 될 수 있다는 것에 대해 깊은 우려를 표함. - 다른 아시아 국가를 포함한 모든 피해자과 협의하지 않고, 그들의 기대가 충족되지 않고, 그리고 그들의 상처가 아물지 않고서는 이 문제가 결코 해결될 수 없음. 	<ul style="list-style-type: none"> - “기본적으로 관계 당국이 용감하고 품위있는 이들 여성에 다가가는 것이 중요”하고 “궁극적으로 그들만이 진정한 보상을 받았는지를 판단할 수 있음”.
---	---	---

종합할 때 다음과 같은 중요한 의미를 지님.

유엔인권기구는 2015. 12. 28. 한일정부간 합의로 위안부 문제가 최종적이고 불가역적으로 해결되었다는 일본정부의 입장을 사실상 인정하지 않았음. 이는 피해자가 만족하고 동의할 수 없는 합의는 위안부 문제의 해결이 될 수 없음을 분명히 밝혔음. 이런 맥락에서 유엔인권최고대표도 한일정부가 위안부 합의를 발표했지만 여러 유엔 인권 메커니즘과 더불어 가장 중요한 생존자들이 문제를 제기하고 있다면서 진정한 보상을 받았는지는 그들만이 판단할 수 있다고 강조함.

유엔인권기구는 12. 28.의 합의 이후에도 불구하고 이러한 합의의 구체적 내용 또한 그간 유엔인권기구가 권고하였던 내용을 이행하고 있지 않고 있다고 확인함. 또 여성차별철폐위원회의 권고는 위안부 이슈에 대한 인권조약기구의 권고 중 가장 강력한 내용과 내용상 동일함.

특히 여성차별철폐위원회의 전차 심의의 권고와 비교할 때 매우 구체적이고 강력한 내용을 담고 있음.

여성차별철폐위원회는 1994년 위안부 이슈에 대한 구체적이고 효과적인 조치를 취할 것을 독려한다고 하였고⁴²⁾ 2003년에는 지속가능한 해결을 찾을 것을 노력하라고 권고했던 것이

39) See *supra* note 2

40) See *supra* note 3

41) See *supra* note 4

42) [1994년]

The Committee also encourages the Government to take specific and effective measures to address these current issues as well as war-related crimes and to inform the Committee about such measures in the next report.

전부였음.⁴³⁾

2009년 일본정부에 대한 정기심사에서 여성차별철폐위원회는 종전의 권고보다 좀 더 나아간 입장을 취했음. 즉, 위안부 문제의 해결에 대해 노력할 것을 일반적으로 권고하는데 그치지 않고, 이 문제 해결의 구체적 내용을 열거하기 시작했고 관련 이슈에 대해 언급하기 시작했음. 희생자 배상, 책임자 처벌, 교육 및 교과서 기술 이슈 등을 본격적으로 다루기 시작한 것임.⁴⁴⁾

2016년 위원회의 권고는 이와 같은 종전의 권고의 내용에서 훨씬 나아간 내용을 담고 있음. 첫째, 피해자 중심의 해결 원칙을 천명하며 이를 지킬 것을 권고하고 피해자의 입장을 충분히 반영하라고 권고하고 있는 점, 둘째, 피해자가 고통으로 인해 공식적이고 불가역적인 사과를 받지도 못하고 사망하고 있다는 점, 셋째, 한국의 위안부 피해자에 한정하고 않고 나아가 중국, 필리핀, 동티모르 등 아시아 인근 피해국가의 위안부 여성에 대한 일본정부의 국제인권법적 책임을 언급하고 있다는 점, 넷째, 교과서에서 위안부 문제를 기술할 것은 물론이고 지도자와 공직자의 일본정부의 책임에 대한 폄하 발언에 대하여 조치할 것, 그리고 학생과 일반대중에게 객관적으로 교육할 것을 권고하고 있다는 점 등에서 종전의 권고에 비해 훨씬 더 종합적인 내용을 담고 있다고 볼 수 있음.

다만, 진상 조사 및 책임자 처벌의 문제에 대해서는 구체적 기술이 누락된 측면이 있는 것도 사실이지만, 위원회의 이번 권고에 전차 위원회의 권고를 재반복한다고 기술하고 있으며, 지난 2009년 권고가 책임자 처벌을 다루고 있다는 측면에서 보완하고 있다고 해석할 수 있음.

이런 점에서 2016년 위원회의 권고는 2014년 자유권위원회의 권고 및 2013년 고문방지위원회의 권고의 내용과 대동소이한 내용을 담고 있음을 확인할 수 있으며, 이들과 더불어 유엔 인권기구의 권고 중 가장 강력한 내용을 담고 있다고 볼 수 있음.

3. 국제법상 위안부피해자의 권리구제를 위한 노력

3.1 개인통보제도 활용

43) [2003년]

The Committee recommends that the State party endeavour to find a lasting solution for the matter of wartime comfort women.

44) [2009년]

37. The Committee notes that some steps were taken by the State party to address the situation of "comfort women" but regrets the State party's failure to find a lasting solution for the situation of "comfort women" victimized during the Second World War and expresses concern at the deletion of references to this issue in school textbooks.

38. The Committee reiterates its recommendation that the State party urgently endeavour to find a lasting solution for the situation of "comfort women" which would include the compensation of victims, the prosecution of perpetrators and the education of the public about these crimes.

일본정부를 상대로는 불가능함. 자유권규약(ICCP), 고문방지협약(CAT), 여성차별철폐협약(CEDAW)의 체결국이기 때문에 각기 규약의 이행에 대한 의무가 있음. 다만, 개인통보제도를 도입하는 선택의정서 또는 관련 조문에 대해 승인하지 않아 일본정부를 상대로 개인통보제도를 활용하기는 어려움.

한국정부는 앞의 규약에 대한 선택의정서를 채택함으로써 개인통보제도를 활용가능함.

구분	ICCPR	OP-ICCPR	CAT	Art.22, CAT	CEDAW	OP-CEDAW
한국	1990. 4.	1990. 4.	1995. 1.	2007. 11.	1984. 12.	2006. 10.
일본	1979. 1.	-	1999. 6.	-	1985. 6.	-

3.2 2015. 12. 28. 한일 위안부 합의에 관련하여 한국정부를 상대로 한 개인통보제도의 활용

2015. 12. 28. 한일 위안부 합의에 대하여 한국정부를 상대로 자유권위원회(HRC), 고문방지위원회CAT, 여성차별철폐위원회(CEDAW)에 대한 개인통보제도를 활용할 때에는 공통적으로 검토가능성(admissibility) 및 본안(merits) 검토에 대해 사전 검토가 필요함.

주요 이슈만 설명하면 다음과 같음.

먼저, 자유권위원회, 고문방지위원회, 여성차별철폐위원회 등 모든 위원회에 개인진정을 제기할 수는 없음. 어느 한곳을 선택해야 함. 자유권규약에 따른 선택의정서 제5조 (2) (a)는 같은 사안이 국제적인 다른 조사 또는 해결 절차에서 심의 받고 있지 않을 것을 요하고 있으며,⁴⁵⁾ 고문방지협약 제22조 (5) (1) 및 여성차별철폐협약에 관한 선택의정서 제4조 (2)는 다른 절차에서 심의했거나('has been') 심의 중('is being examined')인 사안은 제외하기 때문임. 자유권 규약이 보다 덜 엄격한 기준을 채택하고 있음. 따라서 전략적인 측면에서 한곳을 선택해야 함.

둘째, 2015. 12. 28. 한일 위안부 합의에 대하여 한국정부가 각기 협약상 의무를 위반하는 것으로 볼 수 있는 조항은 자유권 규약 제2조(3)과 고문방지협약 제14조가 있음. 여성차별철폐협약은 제2조에서 당사국의 일반적(적극적) 의무에 대해 언급되고 있으나 효과적인 구제조치에 대한 규정은 명확치 않음.

자유권 규약 제2조 :

3. 이 규약의 각 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다.

45) ICCPR-OP, 5(2)(a) : "the Committee shall not consider any complaint from an individual unless it has ascertained that the same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement."

(a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여, 그러한 침해가 공무 집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보할 것.

(b) 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 당해 국가의 법률제도가 정하는 기타 권한있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고, 또한 사법적 구제조치의 가능성을 발전시킬 것...

고문방지협약 제14조:

(1) 당사국은 자기 나라의 법체계 안에서 고문행위의 피해자가 구제를 받고, 또한 가능한 한 완전한 재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리를 보장한다. 고문 행위의 결과로 피해자가 사망한 경우, 피해자의 부양가족이 배상받을 권리를 가진다.

그러나, 자유권위원회의 결정례들(*Basso v. Uruguay*, *Rogerson v. Australia*, *A.P. v. Ukraine*, *C.E.A v. Finland*)을 보면, 당사국의 조약상 일반적 의무를 정하고 있는 자유권규약 제2조는 독자적으로 개인통보에서 주장을 제기할 수 없다고 함.⁴⁶⁾ 단, 자유권 규약의 다른 구체적 권리(예컨대 신체의 자유 또는 표현의 자유 등)와 함께 해석하여 자유권 규약 제2조의 위반을 확인하는 것은 문제없음. 고문방지협약의 경우는 해당 위원회의 결정례에 대한 검토가 필요함.

다만 확실한 것은 한국정부가 2015. 12. 28. 위안부 합의를 통해 최종적이고 불가역적 해결을 선언한 후 더 이상 위안부 이슈의 해결을 위해 어떠한 조치도 취하지 않는 것은 자유권 규약 제2조 및 고문철폐협약 제14조 상 당사국의 일반적 또는 적극적 의무를 위반한 것으로도 볼 수 있으나 자유권위원회의 결정례는 이를 근거로 개인통보에서 독립된 주장을 인용하지 않고 있음. 다만, 본 사안에 대한 직접적 책임이 있는 일본정부 등 가해자인 당사국의 입장이 아닌 피해자의 관점에서 자유권 규약 제7조(고문 등), 제8조(노예 등), 제9조(신체의 자유 등)에 대한 계속적 위반과 함께 자유권 규약 제2조의 위반을 주장할 수 있을 것으로 보임.

셋째, 2015. 12. 28. 위안부 합의와 관련하여 정부를 상대로 헌법소원을 제기할 경우 국내 절차의 소진 요건⁴⁷⁾에 부합될지 여부가 문제될 수 있음. 한국정부가 2015. 12. 28. 위안부 합의를 통해 최종적이고 불가역적 해결을 선언한 후 더 이상 위안부 이슈의 해결을 위해 어떠한 조치도 취하지 않고 있는 것에 대한 헌법소원을 제기하는 경우에는 일단은 국내절차가 진행 중인 것으로 봐야할 것으로 보임. 그러나 국제소진 절차 요건에도 예외가 있는데, 비효과적(ineffective)이거나 의미없는(futile) 경우가 여기에 해당함. 가령, 제기할 헌법소원으로 객관

46) “The Committee observes that the provisions of article 2 of the Covenant, which lay down general obligations for State parties, cannot, in isolation, give rise to a claim in a communication under the Optional Protocol.”

47) ICCPR-OP 제5조(2)(b), CAT 제22조(5)(2), CEDAW-OP 제4조(1)

적으로 볼 때 피해자의 구제가 가능하지 않다고 판단될 경우에는 의미없는 것이 되어 국제 소진 절차를 거치지 않아도 됨. 한편, 현재 계류 중인 위안부 피해자가 일본정부를 상대로 제기한 손해배상 청구소송이 국내절차가 소진되지 않은 것으로 여겨지지는 않을 것으로 예상된다.

2015 한일외교장관 공동기자회견과 헌법소원에 대한 토론문

오동석 (민주법연 회장, 아주대학교 법학전문대학원 교수)

2015 한일외교장관회담 공동기자회견과 헌법소원: 토론문

오동석

민주법연 회장

아주대학교 법학전문대학원 교수

1. 문제의 소재

2015년 12월 28일 한일외교장관의 공동기자회견에서 발표한 ‘합의’(아래 “‘합의’”)에 대해서 조약 여부 및 법적 구속력 여부를 비롯해서 합의의 존재 여부 및 그 법적 성격에 대한 논의가 다양하다. 법적 문제를 제기하려니 실체가 모호하고, 그 존재를 부인하려니 한일정부의 태도를 설명하기 어렵다. 한일정부는 계속 엇박자를 내면서도, ‘법적 합의’가 있었다는 제스처를 지속적으로 취하고 있다.

일본 정부는 2016년 2월 15일 열리는 유엔 여성차별철폐위원회 제63차 회의 답변서에 “일·한 양국 정부가 위안부 문제가 최종적, 불가역적으로 해결됐음을 확인했다”는 ‘12·28 합의’ 내용을 포함했다. 한일 정부가 3월 중 외교부 국장급 협의를 서울에서 개최하는 방안을 조울 중이라는 보도도 있었다.⁴⁸⁾

‘합의’의 본질은 그 법적 성격의 모호함에 있다. 한국과 일본국의 법적 책임을 회피하려는 한일 정부의 공모가 ‘합의’의 핵심이다. 전종익 교수가 헌법소원심판의 가능성에 대해 치밀하게 분석했지만, 헌법소원심판 청구를 통해 다룰 수 있는 가능성이 높다거나 그 법적 유의미성이 그다지 크지 않은 까닭이다.

2. 헌법적 판단기준

한일외교장관 ‘합의’의 “직접적인 출발점”은 2011년 8월 30일 현재의 위헌 결정⁴⁹⁾이었다(김창록, 2016: 51). 그 결정요지를 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, “일본국에 의해 자행된 조직적이고 지속적인 불법행위”가 있었다. 그것은 “광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위”이다.

48) 한국일보 2016. 3. 15. <<http://www.hankookilbo.com/v/4c3973b8985b4a6a940be42a2000406c>> 최근검색일: 2016. 3. 16.

49) 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부속위 위헌확인(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788)

둘째, “인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민들”[사람들](아래 “피해자들”)이 있다. 피해자들은 “배상청구권”이 있다. “헌법상 보장되는 재산권일 뿐만 아니라, 그 배상청구권의 실현은 무자비하고 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것”이다.

셋째, 한국 정부는 피해자들이 “배상청구권을 실현하도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청”에 따른 “의무”가 있다. “그 의무의 이행이 없으면” 피해자들의 “기본권이 중대하게 침해될 가능성이 있”으므로, 한국 정부의 “작위의무는 헌법에서 유래하는 작위의무”로서 “그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우”이다.

넷째, 한국 정부의 “부작위로 인하여 침해되는 기본권이 매우 중대”하다. “인간으로서의 존엄과 가치를 회복한다는 관점에서 볼 때, 가해자인 일본국이 잘못을 인정하고 법적 책임을 지는 것”과 한국 정부가 “위안부 피해자들에게 사회보장적 차원의 금전을 제공하는 것은 전혀 다른 차원의 문제”다.

다섯째, 한국 정부가 “직접 일본군위안부 피해자들의 기본권을 침해하는 행위를 한 것은 아니지만, 일본에 대한 배상청구권의 실현 및 인간으로서의 존엄과 가치의 회복에 대한 장애상태”를 초래한 것은 한국 정부가 “청구권의 내용을 명확히 하지 않고 ‘모든 청구권’이라는 포괄적인 개념을 사용하여” 「대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」(아래 “협정”)을 체결한 것에 “책임”이 있다.

여섯째, “기본권 침해 구제의 절박성”을 인정할 수 있다. “일본군위안부 피해자는 모두 고령으로서, 더 이상 시간을 지체할 경우 일본군위안부 피해자의 배상청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능”해질 수 있으므로, 기본권 침해 구제의 절박성을 인정한다. “협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 일련의 국내외적인 움직임을 종합해 볼 때 구제가능성이 결코 작다고 할 수 없다”.

일곱째, “국제정세에 대한 이해를 바탕으로 한 전략적 선택이 요구되는 외교행위의 특성”을 고려한다고 하더라도, 한국 정부가 “부작위의 이유로 내세우는 ‘소모적인 법적 논쟁으로의 발전가능성’이나 ‘외교관계의 불편’이라는 매우 불분명하고 추상적인 사유”는 “기본권 침해의 중대한 위험에 직면”한 피해자들에 대한 “구제를 외면하는 타당한 사유라거나 진지하게 고려되어야 할 국익이라고 보기는 힘들다”.

여덟째, “협정 제3조50)에 의한 분쟁해결절차로 나아가는 것만이 국가기관의 기본권 기속성

50) 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(1965. 6. 22. 체결, 1965. 12. 18. 발효) 제3조

1. 본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 계약국간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결한다.
2. 1의 규정에 의하여 해결할 수 없었던 분쟁은 어느 일방계약국의 정부가 타방계약국의 정부로부터 분쟁의 중재를 요청하는 공한을 접수한 날로부터 30일의 기간 내에 각 계약국 정부가 임명하는 1인의 중재위원과 이와 같이 선정된 2인의 중재위원이 당해 기간 후의 30일의 기간 내에 합의하는 제3의 중재위원 또는 당해 기간 내에 이들 2인의 중재위원이 합의하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재위원으로

에 합당한 재량권 행사”다.

정부는 “우선 ‘외교상의 경로’를 통하여 분쟁을 해결하기로 하면서 여러 가지 외교상의 방식 중 일본 정부에 대한 금전적 배상책임”은 묻지 않는 대신, 한국 정부가 “위안부 피해자들에 대하여 경제적 지원 및 보상”을 해주는 한편, “일본 정부에 대해서는 보다 중요하고 근본적 문제인 철저한 진상규명, 공식적인 사죄와 반성, 올바른 역사교육의 실시 등을 지속적으로 요구”하며 “국제사회에서 지속적으로 위안부에 관한 문제를 제기하는 방식”을 택하였다고 주장했다. 그것은 “정부에 폭넓게 인정되는 외교적 재량권을 정당하게 행사한 것”이고 “협정 제3조 제1항의 ‘외교상의 경로’를 통한 분쟁해결조치에 당연히 포함되는 것”이므로 “공권력의 불행사”가 아니라고 주장했다.

그러나 헌법재판소는 “이 사건에서 문제되는 공권력의 불행사”는 “협정에 의하여 일본군위안부 피해자들의 일본에 대한 배상청구권이 소멸되었는지 여부에 관한 해석상의 분쟁을 해결하기 위하여” “협정 제3조의 분쟁해결절차로 나아갈 의무의 불이행”을 가리키는 것이므로, ‘일본에 대한 피해자들의 배상청구권 문제를 도외시한 외교적 조치’는 “작위의무의 이행”에 포함되지 않는다.

헌법재판소는 “협정 제3조에 의한 분쟁해결절차에 따라 외교적 경로를 통하여 해결하여야 하고, 그러한 해결의 노력이 소진된 경우 이를 중재에 회부하여야 하는 것이 원칙”이라고 확인했다. “헌법상의 기본권은 모든 국가권력을 기속하므로 행정권력 역시 이러한 기본권 보호의무에 따라 기본권이 실효적으로 보장될 수 있도록 행사”되어야 하고, “외교행위라는 영역도 사법심사의 대상에서 완전히 배제되는 것으로는 볼 수 없다”. “특정 국민의 기본권이 관련되는 외교행위”에서 “법령에 규정된 구체적 작위의무의 불이행이 헌법상 기본권 보호의무에 대한 명백한 위반이라고 판단되는 경우”에는 “기본권 침해행위로서 위헌”이라고 선언되어야 한다.

한국 정부의 “재량은 침해되는 기본권의 중대성, 기본권침해 위험의 절박성, 기본권의 구제 가능성, 진정한 국익에 반하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 국가기관의 기본권 기속성에 합당한 범위 내로 제한될 수밖에 없다”.

3. ‘합의’에 대한 헌법적 검토

헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다(헌법재판소법 제75조1항).

구성되는 중재위원회에 결정을 위하여 회부한다. 단, 제3의 중재위원은 양 체약국중의 어느 편의 국민이어서는 아니된다.

3. 어느 일방체약국의 정부가 당해 기간 내에 중재위원을 임명하지 아니하였을 때, 또는 제3의 중재위원 또는 제3국에 대하여 당해 기간 내에 합의하지 못하였을 때에는 중재위원회는 양 체약국 정부가 각각 30일의 기간 내에 선정하는 국가의 정부가 지명하는 각 1인의 중재위원과 이들 정부가 합의에 의하여 결정하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원으로 구성한다.

4. 양 체약국 정부는 본조의 규정에 의거한 중재위원회의 결정에 복한다.

헌법재판소가 공권력의 불행사에 대한 헌법소원을 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정 취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다(동법 동조4항).

한국 정부의 '합의'는 부작위에 대한 헌법재판소의 위헌 결정에 기속되어 "새로운 처분"을 한 것이 아니다. 즉 부작위의 위헌 상태는 지속되고 있으며, 오히려 '합의'를 통해 피해자의 배상청구권을 침해했다. 그 배상청구권이 인간의 존엄과 가치에 직접 근거하고 있다는 점에서 기본권 침해는 매우 심각하다. 그 와중에 일본군'위안부' 피해자들이 사망했다. '절박성'은 급격하게 강화되고 있고, 그에 따라 국가의 기본권 침해의 위헌성은 '매우 현저하게 중대'하여 국가의 존재 의의를 의심할, 참을 수 없는 정도에 이르렀다.

한국 정부는 일본 정부와 '외교적 경로를 통한 해결'을 모색할 수 있다. 그러나 그 전제요건은 헌법재판소의 결정요지에 나타난 바를 모두 빠짐없이 충족할 때만 '해결'이라고 말할 수 있다. 피해자의 요구에 의한 합의가 이루어진다고 해도 여전히 양국 정부에게는 재발 방지 등의 조치를 제도화하여 지속적으로 수행해야 할 역사적·정치적 책임이 있다.

따라서 한일정부의 '합의'는 '조직적이고 지속적으로 그리고 대량으로 이루어진 일본국의 반인권적 불법행위'를 법적으로 모호하게 '불가역적으로 해결'하려 함으로써 헌법재판소의 위헌 결정 효력을 부인한 것은 물론 중국에는 반인권적 불법행위를 은폐한 국가범죄 행위이다. 그것 자체로 중대한 인권침해다. 인간의 존엄과 가치에 대한 존중을 핵심 이념으로 하는 '민주공화국'의 본질을 훼손한 중대한 헌법과괴 행위이다. 생존하고 있는 피해자들이 많지 않은 상태에서 헌법규범과 국제인권규범에 부합하는 '해결'에 '합의'하지 않는다면, 한일 양국은 법적으로 회복할 수 없고 역사적으로 되돌릴 수 없는 불법상태에 빠지게 된다. '해결'이 절박하고 또 절박하다.

[참고문헌]

김창록(2016). 법적 관점에서 본 「2015 한일 외교장관 합의」. 민주법학 60. 2016. 3. 45-77.

memo

