

1. 기소장 중 천황 히로히토의 형사책임에 관한 2차안을 보냅니다. 아직도 여러모로 불만족스럽습시다만, 검토해 주시기 바랍니다.

2. 현재의 천황 아키히토의 책임을 묻자는 제안을 이메일을 통해 여러 차례 접하고 나름대로 생각도 해 보았습시다만, 아키히토를 피고로 하기는 어렵다고 생각이 됩니다. 일본군 '위안부' 문제와 관련하여 아키히토가 패전전에 한 일이 없고, 현재는 일본의 헌법상 아키히토가 '상징'에 불과하기 때문에, 그에게 형사 책임을 묻는다는 것은 법적으로는 곤란하다고 생각됩니다. 다만 천황제라고 하는 시스템이 문제다라는 이야기는 할 수 있다고 봅니다. 그 점에 관해서는 아래의 3의 1)에서 천황제에 대해서도 언급하는 형식으로 포함시켰습니다. 참조하시기 바랍니다.

천황 히로히토의 형사책임(2차안)

2000. 9. 6.

1. 인적사항

名 : 히로히토(裕仁)

生 : 1901년 4월 29일

沒 : 1989년 1월 7일

職業 : 天皇

2. 형사책임의 근거

1) 「맥두걸보고서」(E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998)도 확실하게 밝히고 있는 것처럼, 일본정부가 공표한 자료에만 의거하더라도, 일본군 '위안소'의 설치와 운영을 통해 일본군 성노예를 강요한 행위는 노예제·전쟁범죄·인도에 반하는 죄에 해당하는 범죄행위이며, “그러한 불법행위를 저지른 일본군 사병과 장교 개인(individual Japanese military officers and soldiers who committed unlawful acts)”만이 아니라, “군 및 정부의 관리들 또한 그들의 지휘 아래에 있는 병사와 장교들에 의한 '위안소'의 설치와 유지에 대해 책임이 있다(military and governmental officers also are liable for the establishment and maintenance of the "comfort stations" by those soldiers and officers under their command).” 이것은, “상급관리들은 그들의 부하에 의해 저질러진 불법행위들에 대해, (a) 그들이 그러한 행위들이 그들의 부하에 의해 저질러지려고 한다는 것을 알았거나 알만한 이유가 있었음에도 불구하고 어떠한 방지조치도 취하지 않았거나, (b) 그 행위들이 저질러진 후 그 재발을 방지하기 위한 어떠한 조치도 취하지 않은 경우에는, 책임이 있는 것으로 간주된다(superior officers will be held responsible for the illegal acts committed by their subordinates: (a) if the superiors knew or had reason to know that such acts were about to be committed and initiated no preventive action; or (b) if the acts were committed and superiors took no measures to prevent their repetition.)”라는 “지휘책임의 원리(the command responsibility doctrine)”에 의한 것이다.

또한 「맥두걸보고서」도 확실하게 밝히고 있는 것처럼, 일본정부가 공표한 자료에만 의거하더라도, “위안소”의 설치와 운영에 일본군이 광범위하게 그리고 체계적으로 관여하였다는 사실은 일본군의 상급관리들이 ‘위안소’의 존재에 대한 실질적 혹은 추정적 지식을 가지고 있었음에 틀림없다는 사실을 입증한다(The widespread and systematic involvement of the Japanese military in the establishment and operation of the "comfort stations" ensures that senior officers of the Japanese military must have had actual or constructive knowledge of the existence of the "comfort stations").”

2) 1889년부터 1946년까지 일본의 헌법이었던 「대일본제국헌법」에 따르면, 천황은 “대일본제국”의 “통치권을 총람(總攬)”하는 “국가의 원수”였다(1조·4조). 물론 천황의 입법권 행사에 대해서는 “제국의회의 협찬(協贊)”(5조)이 필요했고, 행정권 행사에 대해서는 국무대신의 “보필(輔弼)”(55조)이 필요했지만, 이들 권능 그 자체는 어디까지나 천황에게 속한 것이었다. 그리고 재판소의 사법권 행사도 “천황의 이름으로”(57조) 하도록 되어 있었다. 요컨대 「대일본제국헌법」의 천황은 입법·행정·사법 등 국가의 모든 권력을 장악한 유일·최고의 주권자였던 것이다.

뿐만아니라, 「대일본제국헌법」의 천황은 “만세일계(萬世一系)”(1조)의 존재이기도 했다. 만세일계란 일본의 신화에 입각한 개념으로서, “신조(神祖)가 개국한 이래” “연綿하여 일계(一系)”인 “황통(皇統)”의 융성이 “천지와 함께 무궁하였으며 앞으로도 또한 그러할 것”이라는 것, 다시 말해 신적인 기원을 가지는 천황의 영원한 지배를 의미하는 것이었다. 따라서 천황은 문자 그대로 “신성하여 범해서는 안”되는(3조) 존재였던 것이다. 요컨대 「대일본제국헌법」의 천황은, 세속적인 의미의 최고 권력자에 머무르지 않고, 문자 그대로 살아 있는 신(現人神)이라고 하는 절대적인 권위까지도 부여받고 있었던 것이다.

이와같은 절대적인 권위와 권한을 가진 천황은, 당연한 이야기이지만, 또한 “육해군을 통수(統帥)”하는 권한(11조)도 가지고 있었다. 즉 천황은 일본군의 大元帥 = 최고사령관 = 최고책임자였던 것이다. 게다가 천황의 통수권은 그의 다른 권한과는 달리 대신들의 보필을 필요로 하지 않는 절대적으로 독립된 권한이기도 했다.

3) 천황 히로히토는, 그의 재임기간의 일부인 1925년부터 1945년까지의 일본의, 신적인 권위를 가진 최고통치자이자 일본군의 실질적인¹⁾ 통수권자로서, 다시 말해 일본군의 ‘최상급관리’로서 “‘위안소’의 존재에 대한 실질적 혹은 추정적 지식을 가지고 있었음에 틀림없다.” 다시 말해 그는 ‘위안소’의 설치·운영이라고 하는 범죄행위가 “부하에 의해 저질러지려고 한다는 것을 알았거나 알만한 이유가 있었음”에 틀림없다. 이 점은 천황 히로히토가 천황에 대해 매일 상세한 보고를 받고 구체적인 지시를 내렸다는 사실, 천황 히로히토의 측근 중의 측근이었다고 할 수 있는 그의 동생 타카마쓰미야(高松宮)가 ‘위안부’의 부족 등에 대해 일기에 적었다는 사실, 천황 히로히토가 당시 가장 중요하게 생각한 것은 일본군의 사기였는데 그 일본군의 ‘사기 진작’을 위해 희생된 ‘위안부’들을 일본군인들이 ‘천황의 하사품’으로 생각하고 있었다는 사실 등에 의해서도 입증된다.

이와같이 천황 히로히토가 ‘위안소’의 설치·운영이라고 하는 범죄행위의 존재를 알았거나 알만한 충분한 이유가 있었음”에도 불구하고, 그는 사전에 “어떠한 방지조치도 취하지

1) 천황 히로히토가 ‘실질적인’ 통수권자였는지에 대해서는 논란이 있다. 천황 히로히토 본인은 물론이고 그를 옹호하는 논자들은, 「대일본제국헌법」의 규정상으로는 천황이 최고통치자로 되어 있었지만, ‘실질적인 관행’으로는 천황은 단지 로봇에 불과한 존재였을 뿐 실권은 대신들이 가지고 있었기 때문에 천황에게는 책임이 없으며, 오히려 천황은 ‘終戰의 聖斷’을 통해 수많은 생명을 구한 평화주의자라고 하는, 이른바 ‘임헌군주론’을 주장해왔다. 하지만, 이 주장은 「대일본제국헌법」의 명문에 배치되는 反法的인 주장일 뿐만아니라, 천황 히로히토가 실질적으로 통수권자로서의 권한을 아낌없이 행사했다는 사실과도 명백히 배치된다. (이에 관해서는 井上清, 『天皇の戦争責任』, 岩波書店, 1991 ; 山田朗, 『大元帥 昭和天皇』, 新日本出版社, 1994 참조). 따라서 이른바 ‘임헌군주론’은 법의 명문과 실질 양면에 있어서 성립될 수 없는 것이다.

않았”을 뿐만아니라, “그 행위들이 저질러 진 후 그 재발을 방지하기 위한 어떠한 조치도 취하지 않”았다. 따라서 천황 히로히토는 “지휘책임의 원리”에 따라, 노예제 · 전쟁범죄 · 인도에 반하는 죄에 해당하는, 그의 “지휘 아래에 있는 병사와 장교들에 의한 ‘위안소’의 설치와 유지”행위에 대해 책임을 지지 않으면 안되는 것이다.

3. 형사책임을 물어야 하는 추가적인 이유

1) 일본군성노예문제와 관련하여 천황 히로히토의 형사책임을 묻는 것은, 위에서 지적한 것처럼, 그가 그 문제에 관한 최고의 책임자라는 직접적인 이유에서만이 아니라, 그에 대한 형사책임 추궁의 부제가 일본군성노예문제를 반세기 이상 해결하지 못하게 한 근본적인 원인이라는 이유에서도 필요하다.

널리 알려진 것처럼, 「토오쿄오(東京)재판」의 범정에 천황 히로히토는 피고로서는 물론이고 증인으로서는 서지 않았다. 그것은 그 재판을 주도한 미국, 특히 맥아더가 일본 지배의 편이라고 하는 정치적 고려에서 그를 면책해 주고, 또 비록 그 모습을 신권천황제에서 상징천황제로 조금 바꾸기는 했지만 천황제를 계속 유지한 때문이다. 그러나 ‘전전(戰前) 일본’의 최고의 책임자에 대한 면책과 바로 그 ‘전전 일본’의 최고의 책임자가 ‘전후(戰後) 일본’의 최고의 ‘상징’으로서 사실상 그 지위를 이어가게 된 것은, 일본이 일본군성노예문제를 비롯한 잘못된 과거를 청산하는 데 결정적인 장애가 되었다.

우선 그것은 연합군에 의한 일본의 과거청산을 불철저하게 만들었다. 최고의 책임자를 처벌하지 못하는 상황에서 그 이하의 책임자들에 대한 처벌에 철저할 수 없는 노릇이었다.

다음으로 그것은 일본국민이 소극적으로 과거청산을 거부하게 만들었다. 일본국민도, 최고의 책임자가 처벌되기는 커녕 표정을 바꾸어 그 지위를 이어가는 상황에서, 스스로 나서서 책임자를 처벌하기는 어려운 노릇이었다. 아니 그러한 상황에서 일본국민은 애당초 ‘책임’에 대한 인식 자체를 가지기 어려웠다. 그리하여 일본국민들의 머리 속에 제2차세계대전은 가해의 역사가 아니라 피해의 역사로서만, 일본군성노예 · 징용 · 징병과 난징 · 731로써가 아니라 히로시마(廣島) · 나가사키(長崎)와 토오쿄오대공습으로서만 자리잡게 되었다. 그러한 일본국민이 과거청산에 적극적으로 나선다는 것은 애당초 기대하기 어려운 것이었다.

끝으로 그것은 주로 일본의 지배층인 일본국민 중 일부가 적극적으로 과거청산을 거부하게 만들었다. 패전 전후(前後)를 관통하여 그 지위를 이어 온 일본의 지배층에게 패전 전후의 연속은 자신들의 존립의 기반이었다. 그리고 패전 전후의 일본 사회의 적지 않은 변화속에서, 천황제와 천황 히로히토야말로 패전 전후를 이어주는 가장 확실한 고리였다. 따라서 천황제와 천황 히로히토의 책임을 묻는다는 것은 곧 그들의 존립기반을 무너뜨리는 것이었다. 그런데 일본의 과거청산, 다시 말해 패전 이전에 대한 부정은, 바로 그 패전 이전을 절대적인 권위와 권능으로 지배한 천황제와 천황 히로히토에 대한 부정에 다름아니었다. 그리하여 그들은 자신들의 존립기반을 위협하는 과거청산을 적극 거부하지 않을 수 없었던 것이다.

이와같이 천황 히로히토의 면책과 천황제의 유지는, 연합군에 의한 과거청산이 불철저하게 만든 것은 물론이고, 일본이 소극적 · 적극적으로 과거청산을 거부하게 하는 핵심적인 원인이었던 것이다. 바로 그것이야말로 일본군성노예문제가 반세기가 지난 지금에도 해결되지 못하고 있는 근본적인 원인인 것이다. 따라서 일본군성노예문제의 진정한 해결을 위해 천황

히로히토의 형사책임을 묻고 그것을 통해 천황제의 책임을 묻지 않으면 안되는 것이다.

2) 일본군성노예문제와 관련하여 천황 히로히토의 형사책임을 묻는 것은, 또한 한반도에 대한 일본의 침략에 대한 책임추궁을 위해서도 필요하다.

일본은 대한제국의 황제와 그 신하들을 강박하여 1905년 이래 일련의 조약들을 체결하게 하고 그것을 근거로 1910년부터 한반도를 지배했다. 그러나 그 조약들은 강박에 의해 체결된 것인 까닭에 모두 무효이며, 따라서 1945년까지 35년간 이어진 일본의 한반도 지배는 불법 강점이다.

그것이 불법적인 강점인 이상 당연히 그에 대한 책임이 추궁되어야 한다. 그런데 그 책임 추궁은 1차적으로 강점을 최종 지휘한 천황 히로히토에 대해 이루어지지 않으면 안된다. 하지만 천황 히로히토는 이 점과 관련하여 어떠한 책임도 지지 않았다.

이 점은 일본군성노예문제가 일본의 한반도 강점과 밀접한 관련이 있다는 점을 생각할 때 우리의 법정에서 중요한 의미를 가진다. 일본군성노예 피해자 중 한국인 여성이 가장 많다는 점, 그리고 일본군성노예제도의 운영에 있어서도 일본인 여성에 비해 한국인 여성이 더욱더 노예적인 착취를 당했다는 점은 바로 한반도가 일본의 강점 아래에 있었다는 사실에 기인하는 것이다. 이는 곧 일본군성노예문제가 여성에 대한 범죄인 동시에 민족에 대한 범죄이기도 하다는 것을 의미하는 것이다.

따라서 일본군성노예문제의 문제성을 더욱 가중시킨 일본의 한국 강점에 대한 책임 추궁이라는 측면에서도 천황 히로히토에 대해 책임을 묻지 않으면 안되는 것이다.

4. 死者의 형사책임의 문제

근대 이후의 형법의 일반원칙에 따르면 형벌은 죽은 자에게는 미치지 않는다. 그것은 죽은 자에게는 현실적인 처벌이 불가능하기 때문이다. 그런데 천황 히로히토는 이미 죽은 자이다. 그럼에도 불구하고 천황 히로히토의 형사책임을 논하는 것은 어떤 의미를 가지는가?

분명 사자인 천황 히로히토에게 형벌을 가하는 것은 현실적으로 불가능하며, 따라서 근대 이후의 형법의 일반원칙에 따르면 그 형사책임을 논하는 것은 실익이 없는 일이다. 하지만, 모든 원칙은 인정한 가치를 위해서 존재하는 것이며, 따라서 그 가치보다 더 큰 가치를 위해서 필요한 경우에는 뒤로 물러서지 않으면 안된다.

이 법정은 인류의 법에 따라, 일본군성노예를 강요한 행위의 범죄성을 명확하게 하고 그에 합당한 형벌을 선고하는 현실의 법정이다. 하지만 동시에, 이 법정의 헌장이 명시하고 있는 것처럼, 이 법정은 일본군성노예라고 하는 만인륜적인 범죄에 대해, 그 실상을 명확하게 하고, 그에 대한 책임소재를 분명하게 함으로써, 우리 모두가 함께 인류의 이두운 역사의 한 자락을 걷어 내고, 우리 모두가 함께 다시는 그러한 범죄가 일어나지 않도록 다짐하는 역사의 심판장이기도 하다.

일본군성노예를 강요한 범죄 자체의 성격, 그에 대한 불처벌이 반세기 이상 이어져 온 배경, 그리고 지금도 줄어들기는커녕 오히려 커져만 가고 있는 피해자들의 한없는 아픔과 슬픔을 생각할 때, 우리는 법정이 가지는 후자의 의미에 보다 큰 무게를 두지 않으면 안된다.

그 점에서 볼 때, 일본군성노예에 관한 천황 히로히토의 형사책임을 밝히는 것은, 우선

위 2에서 지적한 것처럼, 천황 히로히토에게 최종적인 책임이 있기 때문에, 그리고 위 3에서 지적한 것처럼, 천황 히로히토의 불치벌이야말로 일본군성노예문제를 지금까지 해결하지 못하게 한 가장 큰 원인이기 때문에, 이 법정이 해결하지 않으면 안되는 가장 중요한 과제이다.

그렇다면 일본군성노예에 관한 인류의 정의와 법을 바로 세우기 위해서는, 천황 히로히토의 형사책임을 명확하게 하는 것이야말로, 그에 대한 현실적인 처벌가능성을 초월하여, 절대적으로 필요한 것이라고 하지 않으면 안되는 것이다.

5. 총괄

일본군성노예를 강요한 행위는 노예제·전쟁범죄·인도에 반하는 죄에 해당하는 범죄행위이며, 그 범죄행위와 관련해서는 직접적인 행위자만이 아니라, 그러한 행위들이 그들의 부하에 의해 저질러지려고 한다는 것을 알았거나 알만한 이유가 있었음에도 불구하고 어떠한 방지조치도 취하지 않았거나, 그 행위들이 저질러진 후 그 재발을 방지하기 위한 어떠한 조치도 취하지 않은 경우에는, 그 지휘자도 책임을 지지 않으면 안된다.

천황 히로히토는 1925년부터 1945년까지의 일본의 최고통치자이자 육해군의 통수권자로서, '위안소'의 설치와 운영에 일본군이 광범위하게 그리고 체계적으로 관여하였다는 사실에 비추어, 일본군성노예를 강요하는 범죄행위가 저질러지려고 한다는 것을 알았거나 알만한 이유가 있었음에도 불구하고 어떠한 방지조치도 취하지 않았을 뿐만아니라, 그 행위들이 저질러진 후에도 그 재발을 방지하기 위한 어떠한 조치도 취하지 않았다. 따라서 천황 히로히토는 일본군성노예를 강요한 범죄행위에 대해 책임을 지지 않으면 안된다.

뿐만아니라, 제2차 세계대전 후 천황 히로히토에 대한 형사책임 추궁의 부재가 일본군성노예문제를 반세기 이상 해결되지 못하게 한 근본적인 원인이라는 이유에서도 천황 히로히토의 형사책임을 묻는 것이 필요하며, 일본군성노예문제의 심각성을 가중시킨 일본의 한반도 강점에 대한 책임 추궁이라는 점에서도 천황 히로히토의 형사책임을 묻는 것이 필요하다.

천황 히로히토는 비록 사자이지만, 일본군성노예라고 하는 반인륜적인 범죄에 대해, 그 실상을 명확하게 하고, 그에 대한 책임소재를 분명하게 함으로써, 우리 모두가 함께 인류의 어두운 역사의 한자락을 걷어 내고, 우리 모두가 함께 다시는 그러한 범죄가 일어나지 않도록 다짐하는 역사의 심판장이기도 한 이 법정에서는, 일본군성노예문제에 관한 최고의 책임자이며 그에 대한 불치벌이 문제의 해결의 본질적인 장애가 되고 있는 천황 히로히토의 형사책임을 묻는 것이, 그 현실적인 처벌의 가능성을 초월하여, 절대적으로 필요하다.

이에 우리 한국검사단은 이 법정이 천황 히로히토의 죄상을 명시하고, 그것이 명백한 국제법 위반의 범죄행위임을 선언하여 줄 것을 힘주어 요구한다.