

挺身隊隊員의 人權侵害에 대한 韓日間の 法的 諸問題에 관한 研究*

研究責任者 : 金明基^{*(1)}

共同研究員 : 李丙朝^{*(2)}·李仲範^{*(3)}·洪性化^{*(4)}

李英峻^{*(5)}·李長熙^{*(6)}

<目

次>

I. 序 論

II. 日本의 國家責任과 大韓帝國의 存續

III. 日本의 國家責任과 請求權協定

IV. 日本의 國際法上 國家責任의 成立

V. 日本의 國內法上 國家責任의 成立

VI. 日本의 國家責任의 解除

VII. 結 論

I. 序 論

露日戰爭이후 得勢한 日本은 1905년 “乙巳保護條約”을 체결하여 大韓帝國의 外交權을 剝奪하고, 1907년 “丁未 7條約”을 체결하여 兩政權을 強取했다. 1910년의 “韓日合邦條約”에 의해 不幸히도 日本의 植民統治下에 轉落되었던 韓國은 1943년의 1월 27일의 “카이로宣言”(Cairo Declaration)에 의해 日本으로 부터의 分離·獨立이 公約되었고, 이는 1945년 7월 26일의 “포츠담宣言”(Potsdam Declaration)에 의해 再確認되었으며, 同年 8월 15일 “포츠담宣言”을 受諾한 日本의 “無條件降伏”(Unconditional Surrender)에 의해 韓國은 日本의 不法의 統治로 부터 分離되었

* 이 論文은 1992년도 教育部支援 韓國學術振興財團의 自由公募課題 學術研究造成費에 의하여 研究되었음.

*(1) 金明基, 明知大學校 教授·法學博士·本會 理事

*(2) 李丙朝, 中央大學校 教授·法學博士·本會 理事

*(3) 李仲範, 檀國大學校 教授·法學博士·本會 理事

*(4) 洪性化, 建國大學校 教授·法學博士·本會 理事

*(5) 李英峻, 慶熙大學校 副教授·法學博士·本會 理事

*(6) 李長熙, 韓國外國語大學校 教授·法學博士·本會 理事

다. 그러나 1945년 9월 2일의 聯合軍最高司令部의 “一般命令 第1號”(General Order No. 1)에 의해 韓國은 南北으로 分斷되고 말았다.

1948년 8월 15일 大韓民國 政府가 樹立되었으나 當時의 國民感情과 國內外의 與件은 韓日間의 國交를 正常化할 만한 것이 되지 못하였다. 1951년 “對日講和條約”이 締結되게 됨에 따라 韓日會談이 시작될 수 있었다. 1951년 10월 20일 부터 開催된 “韓日會談”은 1965년 6월 25일에 이르러 韓國國交를 正常化하는 “大韓民國과 日本國間의 基本關係에 관한 條約”(以下 “韓日基本關係에 관한 條約”이라 부르기로 한다)의 締結을 可能하게 했고, 同日字에 “大韓民國과 日本國間의 財産 및 請求權에 관한 問題의 解決과 經濟協力에 관한 協定”(以下 “請求權協約”이라 부르기로 한다)을 締結하게 했다.

1965년의 韓日國交正常化 當時에 “請求權協約”의 交渉過程에서 舉論되지 아니했던 挺身隊問題가 오늘에 와서 韓日間의 懸案問題로 提起되게 되었다. 이 問題가 韓日間에 政治的으로 解決된다 할지라도 이에 관한 韓國의 主張·提議를 뒷받침할 수 있는 法的 根據의 提示가 先決問題로 要求되고 있다. 이러한 要求에 副應하여 本 研究는 日本의 國家機關에 의한 挺身隊의 設置·運營行爲가 國際法 違反行爲이고 따라서 이는 國際法上 日本의 國家責任을 成立시킨다는 法理論을 展開하고, 이러한 日本의 國家責任에 대한 解除方案을 提示하여 이를 對日交渉의 法理論의 基礎資料로 提供해 보려 試圖된 것이다.

本 研究는 1905년·1907년·1910년의 日本의 對韓侵略條約은 韓國政府의 代表者에 대해 強迫을 加해 締結된 것이므로 原初的으로 無效이며, 또 1965년 “韓日基本關係에 관한 條約” 第2條의 規定에 의해 이들 條約의 無效는 確認되었다는 것을 大前提로 出發하면서, 個個의 具體的인 要件·效果를 說明함에 있어서 이들 條約이 無效가 아니라는 反對의 境遇도 考慮했다.

그리고 日本의 國家機關의 挺身隊에 대한 行爲는 挺身隊를 “設置·運營한 行爲”과 挺身隊隊員으로 부터 “慰安을 받는 行爲”로 區分되나, 여기서는 前者의 問題만을 研究의 範圍로 삼았고, 後者의 問題는 이에서 除外하였다.

以下 1910년의 “韓日合邦條約”이 無效이고 따라서 1910년 이후에도 大韓帝國이 國家로서 存續했다는 論理를 展開하고, 1965년의 “請求權協約”은 補償問題만을 解決한 것이며 賠償問題는 解決한 것이 아니라는 점을 實證하고, 日本의 挺身隊의 設置·運營行爲가 國際法上 그리고 國內法上 日本의 國家責任을 成立시킨다는 論理를 整理한 다음, 日本의 國家責任 解除의 方法에 관해 論及하기로 한다.

II. 日本의 國家責任과 大韓帝國의 存續

1. 問題의 提起

日本이 挺身隊를 設置·運營하여 韓國人의 人權을 侵害한 行爲에 대해 大韓民國이 日本에 대해 國家責任을 묻기 위해서는 韓國人의 人權의 侵害을 당할 당시에 韓國이 國家로서 存續했어야 하며 韓國이 存在하지 아니 했다면 그 당시에 國家로서의 被害者가 없었으므로 오늘날의 大韓民國이 그 被害의 救濟를 日本에 대해 要求할 수 없다.

그러므로 1910년의 “韓日合邦條約”이 無效이고 따라서 大韓帝國이 存續했어야만 오늘 大韓帝國과 國家的 同一性을 가진 大韓民國이 日本에 대해 國家責任을 물을 수 있다. 따라서 “韓日合邦條約”의 有效나 無效나에 問題는 挺身隊의 設置·運營으로 인한 日本의 國家責任을 大韓民國이 묻기 위한 先決課題로 提起된다.

이하 日本의 諸侵略條約의 無效와 大韓帝國 存續의 國際的 確認으로 區分하여 當時 大韓帝國의 存續을 實證해 보기로 한다.

2. 日本의 諸侵略條約의 無效

가. 諸侵略條約의 強迫에 의한 締結

(1) 1905년의 乙巳保護條約

韓國의 外交權을 剝奪한 乙巳保護條約은 日本의 威脅에 의해 強制的으로 締結되었다. 強迫이 加하여진 經緯를 보면 다음과 같다.

韓國을 料理할 重任을 自擔한 日本의 特命全權大使 伊藤博文은 乙巳년 11월 9일 서울에 到着하였다. 伊藤은 駐韓軍司令官 長谷川好道를 帶同하여 前後 3次나 關內로 皇帝를 面謁하였으며 그의 宿所인 貞洞 孫澤호텔로 우리의 閣僚과 重臣을 招請해 놓고 기탄없는 威脅을 敢行했다. 16일에 開催된 孫澤호텔의 會談에서 參政元帥 韓圭高 以下 8大臣이 모두 威脅을 받았으며, 17日には 그들의 強要아래 關內 御前에서 閣議를 開催했으며 伊藤博文은 長谷川軍司令官과 憲兵隊長까지 帶同하고 수십명의 日憲兵의 擁護아래 關內로 들어와 直接 會議에 干涉했다. 이와 같이 하여 11월 17일 徹夜하고 同日자로 外務大臣 朴齊純과 日公使 朴權助 間에 俗稱 “乙巳保護條約”이 調印되었다.¹⁾ 이 強迫에 의해 締結된 條約이 無效라는 高宗皇帝의 呼訴文은 同年 11월

1) 震檀學會, 韓國史, 現代篇(서울:乙酉文化社, 1963), pp.921-23, Myung-Ki Kim, *The Korean War and International Law* (Claremont:Paige Press, 1991), p.4; Carnegie Endowment for International Peace, *Korea: Treaties and Agreements* (Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1921), pp.55-56; Hilary Conroy, *The Japanese Seizure of Korea: 1868-1910* (Philadelphia: University of Philadelphia Press, 1960), p.334.

16일 美國에 滯在中인 皇室顧問 H.B. Hulbet에게 發送되었다. 그 內容은 다음과 같다.

朕은 統, 칼의 威脅과 強要 아래 最近 韓·日 兩國間에서 締結된 所謂保護條約이 無效임을 宣言한다. 朕은 이에 同意한 적이 없고 今後에도 결코 아니할 것이라 이 뜻을 美國政府에 傳達하기 바란다.²⁾

또한 1907년의 國際平和會議에 李相高, 李滿, 李瑋鍾 등 3人을 보내어 同條約의 無效를 宣布하고자 했었다.³⁾ 이와 같이 乙巳保護條約은 國家의 代表機關에게 加한 強迫에 의해 締結된 것이며 이에 高宗皇帝는 無效를 宣言한 바 있다.

(2) 1907년의 丁未 7條約

乙巳保護條約의 無效를 萬國에 宣布하기 위해 海牙에서 開催된 國際平和會議에 派遣된 密使는 計劃대로 뜻을 이루지 못하고 말았다. 한편 이 消息을 들은 伊藤統監은 1907년 7월 仁川港에 碇泊中인 日本艦隊司令官 以下 海軍將校 一行을 帶同하고 宮中에 들어와 海牙에서 온 電文을 傳達하면서 威脅의 말을 남기고 退閣했다. 伊藤統監은 恐喝의 威勢을 보이기 위하여 日帝 外務大臣 林董을 서울로 불러 7월 18일 李完用(總理)·任善準(內部)·高永喜(度支)·李秉武(軍部)·趙重應(法部)·李載(學部)·宋秉(農商工部) 등을 앞에 내세워 高宗의 帝位를 剝奪하였다.

20일에 讓位式을 舉行했는데 南山倭城臺에는 日軍의 野砲 6門을 配置하고 式場인 廣雲宮에는 1個 大隊의 兵力을 配置하여 警戒하였다. 新皇帝가 即位한지 며칠이 못가서 林董과 伊藤博文은 強制로 讓位한 成功의 餘勢를 취몰아 7월 24일 밤 아무런 障礙도 없이 統監館에서 李完用에게 “韓日新約”에 調印케 할 수 있었다.⁴⁾

이로써 韓國은 內政에 관한 權限의 거의 全部를 日本에게 剝奪 당하고 말았다.

(3) 1910년의 韓日合邦條約

1907년의 “韓日新協約”을 締結하여 統監은 韓國의 內政을 일일이 干涉할 수 있는 權限을 갖게 되었다. 統監府는 이로부터 韓國政府 各部의 次官을 반드시 日本人으로 두게 하여 이른바 次官政治를 行하였다. 그후 抗日義兵과 기타의 對日抗爭을 彈壓하기 위해 陸軍大臣 寺內正毅를 보내어 韓國의 警察權과 司法權을 剝奪하였다.

1910년 8월 16일 李完用과 趙重應을 統監官邸로 불러 合邦條約의 具體案을 密協한 다음 18일에는 李完用으로 하여금 이를 閣議에서 合意를 보게 하였다. 22일 純眞하고도 無能한 純宗帝 앞에서 形式的인 御前會議를 거쳐 李完用과 寺內正毅는 合邦條約에 調印하였다. 이로써 韓國은

2) R. T. Oliver, *Syngman Rhee: The Man Behind the Myth*, (New York: Dodd, 1955), p. 75.

3) 高麗大學校 民族文化研究所, 韓國文化史大系 II, 政治 經濟史, 上(서울:民族文化研究所, 1970), pp. 403-404.

4) 震檀學會, *op. cit.*, *supra* note 1, pp. 955-56.

日本の 植民地로 轉落되어 國恥의 受難을 당하게 된 것이다.⁵⁾

나. 國際法上 強迫에 의한 條約의 效力

國際法上 條約은 瑕疵있는 意思의 合致에 의하여 締結되어야 하며 詐欺·強迫·其他 不正手段에 의한 瑕疵있는 意思表示에 의해 締結된 條約은 無效이다. 여기 瑕疵있는 意思表示한 條約當事者(parties to treaties) 즉, 條約 締結當事者에 대한 것이 아니라 條約締結權者(treaty-making power) 즉, 署名權者에 대한 것을 意味한다는 것이 從來의 正統的인 見解이다.⁶⁾ 따라서 條約當事者에 대한 強迫에 의해 締結된 條約은 無效가 아니라는 것이다. 條約當事者에 대한 強迫에 의한 締結된 條約의 例로 戰勝國에 의해 強要되어 締結된 講和條約을 들 수 있다.⁷⁾

그러나 1919년의 “國際聯盟規約”, 1928년의 “不戰條約” 特히 1945년의 “國際聯合憲章”은 武力에 의한 威脅이나 武力行使를 禁止하므로⁸⁾ 오늘의 國際法은 條約締結 當事者에게 強迫을 加해 締結된 條約은 有效로 認定하지 않는다는 것이 支配的인 見解로 되었다.⁹⁾ 1932년 1월 7일의 “스팀슨 宣言”(Stimson Doctrine)은 國家에 대한 強迫에 의해 締結된 條約의 無效性을 試圖한 것이며, 1932년 3월 11일 國際聯盟 總會가 採擇한 다음과 같은 決議로 國家에 대하여 強迫을 加해 締結된 條約의 效力을 否認하려는 것이었다.¹⁰⁾

國際聯盟規約이나 不戰條約에 反하는 方法에 의하여 招來된 어떠한 事態, 條約이나 協定(any situation, treaty or agreement)도 承認하지 않는다.¹¹⁾

5) *Ibid.*, pp.972-75.

6) Charles C. Hyde, *International Law*, Vol.2, 2nd ed.(Boston:Little Brown, 1945), p.1379; William E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8th ed. by A.P. Higgins(Oxford:Clarendon, 1924) pp.381-82; E. Cascatren, *The Present Law of War and Neutrality* (Helsinki:Suomalalaisen, 1954). p.125; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*(London:Longnre, 1827). pp.161-67; Micheal. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*(London:George Allen, 1970), p. 169; Georg Schwarzenberger, *Manual of International Law*, 5th ed.(London:Stevens, 1967). p.158.

7) Wesley L. Gould, *An Introduction to International Law*(New York:Harper, 1957), pp.322-42; Hugo Grotius, *De Jure Belli ac pacis*, BK II, Chap. VII, Sec X.

8) 國際聯盟規約, 第12條 第1項, 第13條 第4項, 第15條 第10項. 不戰條約 第1條, 第2條. 國際聯合憲章, 第2條 第4項.

9) Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford:Clarendon, 1963), pp.403-405; L.McNair, *The Law of Treaties*(Oxford:Clarendon, 1961), pp.207-211; Akehurst, *op.cit.*, *supra* note 6, p. 169; Herbert W. Briggs, *The Law of Nations, Cases, Documents and Notes*, 2nd ed. (New York: Appleton-Contry, 1952), pp.847-848; Rosalyn Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*(London:Oxford Univ. Press, 1963), p.276.

H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, 8th ed.(London:Longmans, 1955), p.892.

10) Higgins, *op. cit.*, *supra* note 9, p.276; Briggs, *op. cit.*, *supra* note 9, p.847.

11) *Ibid.*

1945년의 “國際司法裁判所規程”(Statute of the I.C.J.) 第38條 第1項 第4號는 “文明國에 의해 認定된 法의 一般原則”(the general principles of law recognized by civilized nations)을 裁判의 準則으로 採擇한 것은 國家에 대한 強迫에 의해 締結된 條約의 無效를 認定한 것이다.¹²⁾

1935년의 “하바드 條約에 관한 協約案”(Draft Convention of the Harvard Research on Treaties) 第32條도 國家에 대한 強制와 強迫을 國家의 代表者에 대한 強制와 強迫과 같이 考慮하고 있다.¹³⁾

1965년 12월 21일 國際聯合 總會는 다음과 같은 決議를 採擇하여 國家에 대하여 強迫을 加해 締結된 條約의 效力은 認定되지 않는다는 것을 宣言했다.

어떤 國家도 他國家에게 그 國家의 主權行使의 從屬性을 獲得하기 위하여나 또는 어떤 種類의 利益을 保障하기 위해서 他國家를 強制하기 위한 經濟的·政治的 其他 形態의 措置를 取하거나 取할 것을 助長해서는 안된다.¹⁴⁾

1969년의 “條約法에 관한 비엔나協約”(Vienna Convention on the Law of Treaties) 第52條 強迫에 의해 締結된 條約이 無效임을 다음과 같이 規定하고 있다.

條約은 그 締結이 國際聯合憲章에 表示되어 있는 國際法의 諸原則에 違反되는 힘의 威脅 또는 行使에 의하여 이루어진 경우에는 無效이다.

이와 같이 條約의 締結權者에 대하여 強迫을 加해 締結된 條約이나 條約의 締結當事者에게 強迫을 加해 締結된 條約이나 오늘의 國際法上 모두 無效인 것이다.

다. 諸侵略條約의 無效

上述한 日本이 韓國을 侵略하는 過程에서 締結을 強要한 諸條約은 國際法上 有效인가? 위에 서 考察한 바와 같이 武力의 行使와 侵略이 禁止된 오늘의 國際法上에서는 上記 諸侵略條約이 條約締結權者에 대한 것이든, 條約締結當事者인 大韓帝國에 대한 것이든 不問하고 無效인 것이다. 그러나 特定行爲에 대한 法的 評價는 그 評價를 行하는 時點을 基準으로 하는 것이 아니라 特定行爲를 行한 時點을 基準으로 하여야 하므로 評價의 準則이 되는 法은 오늘의 法이 아니라 行爲時의 法인 것이다.

따라서 上記 諸侵略條約이 締結된 當時의 國際法은 強迫이 條約締結權者에 대한 것인가, 條約締結當事者에 대한 것인가를 區別하여 前者는 無效, 後者는 有效의 法效를 歸屬시키므로 上記 諸侵略條約이 條約締結權者에 대한 強迫에 의해 締結된 것이거나, 條約締結當事者에 대한 強迫

12) L. McNair, *op. cit.*, *supra* note 9, p.207.

13) *Ibid.*, p.208.

14) United Nations, General Assembly Resolution 2131(X X).

의해締結된 것인가를區別할 必要가 있다. 前者로 본다면 無效이고 後者로 본다면 有效이다.

一般的으로 國家의 代表者에 대한 強迫의 例는 實際上 드물다.¹⁵⁾ 또 그것이 國家의 代表者에 대한 強迫인지 또는 國家自體에 대한 強迫인지를區別하기 어려운 경우도 적지 않다. 1939년의 “獨·체條約”(German-Czech Treaty)에 의해 捷逸이 Bohemia에 대하여 保護國을 樹立한 것을 或者는 交渉者에 대한 強迫의 例로 들고¹⁶⁾, 또 다른 或者는 國家自體에 대한 強迫의 例로 認定하기도 한다.¹⁷⁾ 뉴렌베르크 國際軍事裁判所(International Military Tribunal at Nuremberg)는 이를 侵略의 例로 列擧했으며¹⁸⁾ 이는 결국 國家自體에 대한 強迫의 모습으로 본 것이다.

1905년의 “乙巳保護條約”과 1907년의 “丁未 7條約”은 締結權者에 대한 強迫을 가했다는 點에 대해 疑心の 餘地가 없다. 그리고 1910년의 “韓·日合邦條約”도 內閣會議가 日本憲兵의 警戒속에서 進行되었을 뿐만 아니라 1905년과 1907년의 兩條約의 締結로 外交權과 內政權을 모두 日本에게 剝奪당한 狀態下에서 締結되었으므로 이 亦是 代表權者에 대한 強迫에 의해 締結된 條約임에 틀림없다. 이러한 歷史上的 事實로 보아 上記 3個의 侵略條約은 條約의 締結權者인 代表機關에 대한 強迫에 의해 締結된 것으로 無效임이 明白하다.

Charles. G. Fenwick은 1905년의 “韓日協約”은 條約締結代表者인 國王(The King of Korea)에 대한 強迫으로 보고 있으며¹⁹⁾ 또 Lord. McNair는 1910년의 “韓·日合邦條約”에 관한 英國政府는 日本政府와 同條約에 關係 協議했을 때 同條約의 強制性을 理由로 어떠한 抗議도 提起하지 않았다고 하여²⁰⁾ 同條約의 無效를 認定하고 있다.

요컨대 1905년·1907년·1910년에 韓·日間に 締結된 日本의 韓國에 대한 侵略條約은 條約의 締結權者에게 強迫을 加해 締結된 것으로 오늘의 國際法에 의해서는 勿論이고 當時의 國際法에 의해서도 이들 條約은 國際法上 無效이다.²¹⁾ 이는 後述하는 바와 같이 1965년의 “韓日基本關係에 관한 條約” 第2條에 의해 無效임이 確認 宣言되었다.

3. 大韓帝國의 存續에 관한 國際的 確認

위에서 日本의 韓國에 대한 諸侵略條約이 國際法上 無效라는 점을 理論的 側面에서 考察해 보았다. 이들 諸侵略條約이 國際法上 無效라는 國際的 宣言이 實際上 反復되어 왔다.

15) William W. Bishop, *International Law, Cases and Materials* (Boston: Little Brown, 1953), p.96.

16) Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 6, p.158.

17) Adolf Verdross, *Völkerrecht*, 3rd ed. (Berlin: Springer, 1955) p.146.

18) Gould, *op. cit.*, *supra* note 7, p.322.

19) Charles G. Fenwick, *International Law*, 4th ed. (New York: Appleton Century, 1965), p.529.

20) McNair, *op. cit.*, *supra* note 9, p.209.

21) 韓亨健, “大韓民國의 正統性”, 栗山 韓泰潤博士 回甲記念 論文集, 1977, pp.62-65.

가. 카이로 宣言

第2次 大戰의 勃發과 더불어 韓國의 地位에 관한 問題가 復活되었다. 1919년 3·1獨立運動에 이어 韓國臨時政府를 維持해 온 亡命人들은 韓國의 獨立과 公式承認을 宣傳하기 始作했으며, 1943년 11월 27일 美國의 Franklin. D. Roosevelt 大統領, 英國의 Winston S. Churchill 首相, 中華民國의 蔣介石總統은 카이로에서 會晤하여 “카이로宣言”(Declaration of Cairo)을 發表했다. 同宣言은 對日戰에 있어서 勝利의 確信과 展望을 明白히 하고 韓國에 대해 다음과 같이 宣言했다.

前記의 3大國은 韓國國民의 奴隸狀態에 留意하고 適當한 經路를 밟아 韓國을 自由 獨立으로 할 것을 決意한다(The aforesaid three great powers, mindful of the enslavement of the people of Korea, are determined that in due course Korea shall become free and independent).²²⁾

同宣言은 “韓國을 自由 獨立”으로 한다고 表示하여 當時의 韓國은 國際法上 消滅한 것이 아니라 明白히 確認하고 있다. 韓國은 當時에 消滅한 것이 아니라 “自由”와 “獨立”을 制限 당한 國家로 즉 “非獨立國家”로 본 것으로 非獨立國家도 制限된 能力을 가진 國家인 것이다.²³⁾

물론 非獨立國인 被保護國은 國際法上 法人格을 喪失한 경우도 있고 國際法上 法人格을 保持한 경우도 있다.²⁴⁾ 그러나 同宣言이 “韓國을 新生國으로 樹立할 것”이라고 宣言하지 않고, “韓國을 自由와 獨立으로 할 것”(Korea shall become free and independent)으로 表明한 것은 韓國의 存在를 肯定한 것이며, 또 “韓國을 分離·獨立할 것”이라고 表現하지 않은 것은 韓國이 併合에 의해 消滅하지 않았음을 意味한다.

더우기 “自由”는 法人格의 存在를 前提로만 可能한 것이며 法人格이 없는 者의 自由는 考慮할 수 없다. 이런 點에서 同宣言은 韓國의 國際法上 法人格을 肯定한 것이며, “自由와 獨立으로 할 것”이란 制限된 行爲能力을 回復한다는 意味인 것이다.²⁵⁾

同宣言은 政治的 方針의 宣言이며, 條約이 아니므로 日本에 대해서는 勿論이고 美國·英國·中

22) 同宣言 제7단.

23) Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 6, p.60; 韓亨健, *op. cit.*, *supra* note 21 p.59; 南基煥, “現行憲法上 平和統一”, 外文·安保論叢, 第1卷, 1978, p.235.

24) Gould는 被保護國의 國際法上 人格은 劃一的으로 論할 수 없다고 하며(Gould, *op. cit.*, *supra* note 7, pp. 195-98.), Schwarzenberger는 非獨立國도 國家이나 完全한 主權을 喪失한 경우 國際法上 人格을 喪失한다고 하며(Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 6, p. 60.), Ian Brownlie는 非獨立國家가 機關이나 代表機構을 樹立하지 못한 경우는 國家가 아니라고 한다(Ian Brownlie, *Public International Law*, (Oxford:Clarendon, 1966), p. 69).

25) Kim, *op. cit.*, *supra* note 1, p.12; Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 6, p.60; O.Svarlien, *An Introduction to the Law of Nations*(New York:McGraw-Hill, 1955), p.86; John Westlake, *International Law*, 2nd ed., Part I(Cambridge:Cambridge University Press, 1910), p.21; 南基煥, *op. cit.*, *supra* note 23, p. 23; 金東熙, 大韓民國의 正統性에 관한 法的根據 (서울:國土統一院, 1976), p.20.

國에 대해서도 國際法上 法的 拘束力이 있는 것이 아니다.²⁶⁾ 그러나 後述하는 바와 같이 日本의 降伏文書의 調印에 의하여 同宣言은 日本에게 法的 拘束力을 갖게 되었다.

나. 포츠담 宣言

카이로 宣言이 發表된지 1년 8개월만인 1945년 7월 26일에 역시 美國·英國·中國 등의 強大國에 의하여 “포츠담宣言”(Declaration of Potsdam)이 宣言되었으며 소련은 同年 8월 8일에 이에 加入했다.²⁷⁾ 同宣言 第8項은 다음과 같이 規定하고 있다.

카이로宣言의 條項은 履行되어야 하며 또 日本의 主權은 本州·北海道·九州·四國 및 우리들이 決定하는 諸島嶼에 局限된다(The terms of the Cairo Declaration shall be carried out and Japanese Sovereignty shall be limited to the Island of Honshu, Hokkaido, Kyushu, Shikoku, and such minor Islands as we determine.).

同宣言은 “카이로宣言의 條項은 履行되어야 하며”라 規定하여 前述한 “카이로宣言”을 再確認한 것이고 따라서 韓國의 國際法上 法人格도 同宣言에 의해 再確認된 것이다. 또 “日本은 主權은 本州·北海道·九州·四國…에 局限된다”고 規定하여 日本의 主權이 韓國에 미치지 못함을 宣言하여 韓國의 存在를 肯定한 것이다.

同宣言도 “카이로宣言”과 同一한 法的 性格을 가진 것으로 日本에 대하여 法的 拘束力이 있는 것은 아니다. 그러나 1945년 8월 14일에 聯合國開이 降伏條件으로 提示한 同宣言을 日本이 同年 9월 2일 東京灣의 Missouri 艦上에서 無條件 受諾하는 降伏文書에 調印함으로써 이는 日本에 대하여 法的 拘束力을 갖게 되었다.²⁸⁾

26) Shabtai Rosenne, “The Effect of Change of Sovereignty upon Municipal Law,” *B.Y.I.L.*, Vol. 27, 1950, p.268, note 3. 宣言은 條約이 아니며, (i) 政策의 樹立, (ii) 採擇된 原則의 宣布, (iii) 주어진 措置에 대한 正當한 理由의 提示의 세가지 意味로 使用된다(G. G. Wilson, *International Law*, 9th ed. (New York: Silver Burdett, 1935), p.209).

27) Gregory Henderson, “Korea,” in Gregory Henderson, Richard N. Lebow and John G. Stoessinger, (eds.), *Divided Nations in a Divided World* (New York: David McKay, 1974), p.45; Marjorie M. Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 3, (Washington D.C.: U.S. Government Printing Office, 1964), pp.592, 601; H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, Vol.2, 7th ed. (London: Longmans, 1952), p.553, note 3.

28) *Ibid.*: 朴觀淑, “獨島의 法的 地位에 관한 研究”, 學位論文(서울: 延世大學校 大學院, 1968), p.53; 李漢基, 韓國의 領土(서울: 서울大學校 出版部, 1969), p.265; 高野雄一, “領土”, 國際法學會, 平和條約의 綜合研究, 上卷(東京: 有斐閣, 昭和 27), p.69; Rosenne, *op. cit.*, *supra* note 26, p.268 note 3; D.P. O'Connell, “The Status of Formosa and the Chinese Recognition Problem,” *A.J. I.L.*, Vol.50, 1956, pp. 406-407; Kim, *op. cit.*, *supra* note 1, pp.7-8.

다. 國際聯合 總會의 決議

1948년 8월 15일 大韓民國政府가 樹立된 후 國際聯合 總會는 1948년 12월 12일에 大韓民國政府를 韓半島에서 唯一한 合法政府로 承認하는 決議를²⁹⁾ 採擇했다. 同決議가 “國家承認”의 決議가 아니라 “政府承認”의 決議이므로 이는 大韓民國이라는 國家의 存續을 間接적으로 承認한 것이다.

同決議에 關係 좀 더 仔細이 記述하기로 한다.

(1) 承認의 內容

1947년 11월 14일 國際聯合總會의 決議에³⁰⁾ 의해 設置된 “國際聯合 韓國臨時委員會”(United Nations Temporary Commission on Korea: UNTCOK)은 1948년 1월 8일 서울에 到着하여 任務를 開始했으며 소련은 同委員會가 北韓地域에 들어오는 것을 拒否하여 結局 1948년 5월 10일 同委員會의 監視下에 南韓半島의 總選舉가 實施되었다. 同年 5월 31일 制憲國會가 召集되었고 7월 17일 憲法이 公布되어 8월 15일에 大韓民國政府가 定式으로 樹立되게 되었다.

1948년 12월 12일 第2次 國際聯合總會는 大韓民國政府를 韓國의 唯一 合法政府라는 다음과 같은 決議를 贊成 48, 反對 6, 棄權 1로 採擇했다.³¹⁾

1. (省略)

2. 臨時委員會의 監視와 協議가 可能하였으며 全韓國民의 絶對多數가 居住하는 地域의 韓國에 對한 有效한 支配權과 管轄權을 가진 合法政府(大韓民國政府)가 樹立되었다는 것과 同政府는 同地域의 選舉人들의 自由意思의 正當한 表現이었으며, 臨時委員會에 의하여 監視된 選舉에 基礎를 둔 것이라는 것과 또한 大韓民國政府는 韓國에 있어서의 唯一한 合法政府(This is the only such government in Korea)임을 宣言하며, 加盟諸國과 其他 諸國이 大韓民國政府와 關係를 樹立하는데 있어서 本決議 第2項에 明示된 事實을 考慮할 것을 勸告한다.³²⁾

同決議에 의해 大韓民國은 “韓半島의 唯一한 合法政府”로 承認된 것이다.

(2) 承認의 法的 根據

國際聯合憲章은 國際聯合機關의 國家承認의 權能에 關係 아무런 規定을 두고 있지 않다. 그리

29) United Nations, General Assembly Resolution 195(III).

30) United Nations, General Assembly Resolution 112(II) 同決議는 憲章 第10條의 規定에 의거한 것이다(Hans Kelsen, *The Law of the United Nations* (New York: Fredrick A. Praeger, 1950), pp.198-99).

31) United Nations, General Assembly Official Record, Third Session, Part 1, Resolution, pp.25-27, Rosalyn Higgins, *United Nations Peacekeeping 1946-1967, Asia, Documents and Commentary*(London: Oxford Univ. Press, 1970), pp.158-59.

32) United Nations, General Assembly Resolution 195(III).

나 國際聯合은 加盟國과 獨立한 法人權者로서³³⁾ 그의 權能行使를 위해 必要한 國家承認을 할 權限을 갖고 國際聯合의 모든 機關은 憲章에 賦與된 權能에 따라 國家를 承認할 權限을 갖는다.³⁴⁾ 그리고 加盟國의 承認義務는 憲章上 規定이 없으며 一般國際法에 의한다.

國際聯合이 國家承認의 權限이 있음은 *Reparations for Injuries Suffered the Service of the United Nations Case*(1949)에 관한 國際司法裁判所의 勸告的 意見에서 明示되었다.³⁵⁾ 國際聯合도 國際法人格을 享有하고 있으므로 國家承認의 權限이 있다.³⁶⁾

(3) 承認의 法的 性質

(가) 國際聯合에 의한 承認

國際聯合總會의 決議는 一般的으로 加盟國에게 法的 拘束力을 갖지 못한다.³⁷⁾ 總會의 決議에 의한 承認은 國際聯合에 의한 承認을 意味하며,³⁸⁾ 加盟國은 憲章上 承認의 義務가 없으며 이는 一般 國際法에 의한다.³⁹⁾ 既存國家는 國家 또는 政府를 承認할 法的 義務가 없으며,⁴⁰⁾ 또 承認은 主權國家의 權利이므로⁴¹⁾ 이른바 “集團의 承認”(Collective Recognition)은 否定된다. 1950년 3월 8일 事務總長 T. Lie는 新生國의 加入과 承認에 관한 覺書에서 國際聯合에 의한 集團의 承認을 否定하고 加入과 承認은 別個의 것이라고 表明한 바 있다.⁴²⁾

이와 같이 國際聯合에 의한 集團의 承認은 否定되므로 大韓民國을 韓國의 唯一 合法政府로 承認한 國際聯合總會의 決議는 國際聯合에 의한 承認일 뿐⁴³⁾ 이에 反對한 國際聯合의 加盟國은 勿論 이에 贊成한 加盟國에 의한 承認으로 認定되지 않는다. 그러나 集團의 承認을 肯定하는 見

33) 憲章 제104조.

34) Higgins, *op. cit.*, *supra* note 9, pp.131-32; Ann Van Wynen Thomas and A.J. Thomas, *Non-Intervention* (Dollas:S.M. Univ. Press, 1956), p.261. 그러나 Gerard J. Mangone은 國際聯合에 의한 國家承認을 否定한다(Gerard J. Mangone, *The Elements of International Law, A Case Book*(Illionis:Dorsey, 1963), p.55.).

35) I.C.J. Rep 1949, p.174.

36) Nambo Mugerwa, "Subject of International Law," in *Manual of Public International Law*, ed. Max Sørensen (London:Macmillan, 1968), p.284; Thomas and Thomas, *op. cit.*, *supra* note 34, p.261.

37) Brownlie, *op. cit.*, *supra* note 24, p.11; Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 6, p.289.

38) Kelsen *op. cit.*, *supra* note 30, p.79.

39) Higgins, *op. cit.*, *supra* note 9, p.131.

40) Mugerwa, *op. cit.*, *supra* note 36, p.227; Brownlie, *op. cit.*, *supra* note 24, p.85; D.P. O'Connell, *International Law*, Vol. 1. 2nd ed. (London:Stevens, 1970), p.132; J.G. Whitaker, *Politics and Power: A Text in International Law*(New York:Harper, 1964), p.259.

41) Mangone, *op. cit.*, *supra* note 34, p.55.

42) O'Connell, *op. cit.*, *supra* note 40, p.158.

43) 總會와 安全保障理事會에 의한 承認은 國際聯合의 모든 機關에 의한 承認을 意味한다(Thomas and Thomas, *op. cit.*, *supra* note 34, p.261.).

解에 의하면⁴⁴⁾ 同決議에賛成한 加盟國과 反對한 加盟國에 의한承認으로認定된다.

요컨대 國際聯合總會에 의한 大韓民國의承認은集團의承認을肯定하는見解에 의하면 國際聯合會에 의한承認以外에 國際聯合加盟國에 의한承認을意味하게 된다. 그리고 同決議는 1957년 11월 29일 總會의決議,⁴⁵⁾ 1958년 11월 14일의決議⁴⁶⁾ 등에서 再次 確認되었다.

(4) 合法政府의承認

上述한 바와 같이 國際聯合總會는 “大韓民國政府”가 韓國에 있어서의 唯一한 合法政府임을承認하였다. 이는 國際聯合會에 의한 “國家承認”(recognition of states)인가 아니면 “政府承認”(recognition of government)인가?

1947년 11월 14일의 “國際聯合 韓國臨時委員會”의 設置에 관한 總會의決議에⁴⁷⁾ 의하면 “新政府의樹立”(establishment of new government)으로表示되어 있으며, 또 1948년 12월 12일의決議⁴⁸⁾에도 “合法政府”(a lawful government)임을承認한 것으로 이는 “政府承認”이며 “國家承認”을意味하지 않는다.⁴⁹⁾

D.P.O'Connell은 同決議는 “南韓政府가 韓國의政府”(the South Korean Government was the Government of Korea)라는決議라고 하여⁵⁰⁾ 政府承認으로 보고 있으며, D.W. Bowett는 同決議에 의하여 “38線은 國際聯合會에 의해承認된政府와 國際聯合會로부터承認을받지 않은兩國間의境界로 되었다.”고⁵¹⁾하여 同決議를政府의承認으로 보고 있는 듯하다. Julius Stone,⁵²⁾ W.U. O'Brien⁵³⁾도 政府承認으로 본다.

라. 美國의 大韓民國政府承認 聲明

1949년 1월 1일 美國은 大韓民國政府를承認하는 聲明을發表한 바 있다. 同聲明은 다음과

44) Malbone W. Graham, "Some Thoughts on Recognition of New Governments and Regimes," *A.J.I.L.*, Vol. 44, 1950, p.356; Ti-Chiang Chen, *International Law of Recognition*(New York:Frederik A. Praeger, 1951), p.222; Philip C. Jessup, *Modern Law of Nations* (New York:Macmillan, 1956), p.15.

45) United Nations, General Assembly Resolution 1180(XII).

46) United Nations, General Assembly Resolution 1264(XII).

47) United Nations, General Assembly Resolution 112(II)

48) United Nations, General Assembly Resolution 195(III)

49) Briggs, *op. cit.*, *supra* note 9, p.82; Kim, *op. cit.*, *supra* note 1, p.12.

50) O'Connell, *op. cit.*, *supra* note 40, p.287.

51) D.W. Bowett, *United Nations Forces*, (New York:Frederik A.Praeger, 1963), p.29.

52) Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict* (New York:Holt, 1954), p.228.

53) W.U. O'Brien, *The New Nations in International Law and Diplomacy*(London:Stevens, 1964), p.137.

1948년 8월 14일 Hodge 將軍은 韓國政府에 대해 “新韓國政府”(New Korean Government)에 대한 實質的 統制를 移讓한다”는 聲明을發表했으며(*Ibid.*), 이에 대해 李大統領은 “우리 政府의承認”(recognition of our government)이라고 表明한 바 있다(*Ibid.*).

같다.

1948년 12월 12일 國際聯合 事務總長은 國際聯合臨時韓國委員會報告書의 結論을 承認하고 同臨時委員會의 監視와 協議가 可能하였으며 全韓國國民의 絶對多數가 居住하는 地域의 韓國에 대한 有效한 支配權과 管轄權을 가지는 合法政府(大韓民國政府)가... 同政府는 韓國에서 唯一한 合法政府이다"라고 宣言한 決議를 採擇하였다. ...美國政府는 大韓民國政府에 대하여 完全한 承認을 하기로 決定하였다.⁵⁴⁾

上記 美國政府의 聲明이 大韓民國政府의 唯一 合法性을 宣言한 國際聯合 總會의 決議를 引用한 것은 韓國이 1910년 이후에도 國家로서 存續했음을 認定한 것으로 重大한 意味를 갖는다.

마. 韓日基本關係에 관한 條約

國際聯合總會에 決議에 의해 大韓民國政府가 韓國의 唯一合法政府라는 承認은 그 後 國際條約에 의하여 確認되었다. 1965년의 "韓日基本關係에 관한 條約" 第3條는 다음과 같이 規定하고 있다.

大韓民國政府가 國際聯合總會의 決議 第195(Ⅲ)號에 明示된 바와 같이 韓半島에 있어서 唯一한 合法政府임을 確認한다.

同條項은 물론 大韓民國과 日本만을 拘束하고 第3國을 法的으로 拘束하는 것이 아니지만⁵⁵⁾ 이는 大韓民國의 "唯一 合法性 確認條項"으로서 1910년 "韓日合邦條約" 이후에도 國家로서의 大韓帝國이 存續한 것을 前提로 日本이 "政府의 承認"을 한 것이므로 이는 重大한 意味를 갖는다. 즉 日本은 "韓日基本關係에 관한 條約" 第3條에 의해 스스로 大韓帝國의 存續을 承認한 것이다.

4. 韓日基本關係에 관한 條約

1965년에 締結된 "韓日基本關係에 관한 條約"도 1910년 8월 22일 및 그 以前에 韓國과 日本間에 締結된 諸條約은 無效라고 規定하여 國際法上 韓國의 存續을 再確認하고 있다. 同條約은 다음과 같이 規定하고 있다.

大韓民國과 日本國은 兩國國民 關係의 歷史的 背影과 善隣關係와 主權相互尊重의 原則에 立脚한 兩國關係의 正常化에 대한 相互希望을 考慮하며...(前文)

54) Ibid, p.139.

55) "條約法에 관한 協約" 제36조, 제39조.

1910년 8월 22일 및 그 이전에 大韓帝國과 大日本帝國間에 締結된 모든 條約 및 協定이 이미 無效임을 確認한다(第2條).

同條項에 의하여 無效로 되는 對象인 條約 및 協定은 1910년 8월 29일의 所謂 “韓日合邦條約”과 그 이전에 大韓帝國과 日本帝國間에 締結된 모든 條約, 協定, 議定書 등으로 名稱 如何를 不問한다.⁵⁶⁾ 그리고 國家間的 合議文書는 모두 無效인 條約·協定에 包含되며 또한 政府間에 締結된 것이건 皇帝間에 締結된 것이건 不問하고 모두 無效이다.⁵⁷⁾

同條에 의하여 無效로 되는 時期에 관하여 “無效”라는 用語 自體가 別段의 表現이 附帶되지 않는 限 原則적으로 “當初부터” 效力이 發生하지 않는 것이며 “이미”라고 強調되어 있는 以上 週及해서 無效(null and void)이다.⁵⁸⁾ “이미 無效”를 韓國의 政府樹立에 의하여 이미 無效인 것으로 解釋하면⁵⁹⁾ 그 規定은 전혀 無意味할 뿐 아니라 그 條約은 韓國의 政府樹立時까지 有效함을 確認한 것이 된다.⁶⁰⁾ 條約의 解釋은 通商의인 意味로 解釋함을 要하며⁶¹⁾ 通商의인 意味(ordinary meaning)의 無效는 當初부터 效力이 없음을 意味한다.⁶²⁾

따라서 韓國은 1910년 以後에도 繼續 存續하고 있음을 同條約은 確認 宣言한 것이다.

J.G. Starke는 1910년의 統合에 의해 韓國은 “數年間 日本의 支配下에”(under Japanese do-

56) 大韓民國政府, 韓日會談白書(서울:光明印刷公社, 1965), p.19. 同條에 의하여 無效로 되는 條約은 다음과 같다.

- (1) 丙子修好條約(1887. 2. 2.)
- (2) 濟物浦條約(1883. 8. 30.)
- (3) 漢城條約(1885. 1. 9.)
- (4) 暫定合同條款(1895. 8. 20.)
- (5) 韓·日攻守同盟(1895. 8. 26.)
- (6) 馬關(下關)講和條約(1895. 4.)
- (7) 38線 分割陰謀와 노바노프 山嶺協定(1896. 5.)
- (8) 英·日同盟(1902. 1. 30.)
- (9) 韓·日議定書(1904. 2. 22.)
- (10) 페르프·杜協約(1905. 7. 29.)
- (11) 포오츠머드 講和條約(1905. 9. 5.)
- (12) 乙巳保護條約(1905. 11. 7.)
- (13) 韓·日合邦條約(1910. 8. 29.), *Ibid.*, pp.165-77.

57) *Ibid.*, p.19.

58) *Ibid.*

59) S. Oda, "The Normalization of Relations Between Japan and the Republic of Korea," *AJIL*, Vol. 61, 1967, pp.40-41; Shigeo Sugiyama, "The Problems on the Treaty on Basic Relations between Japan and the Republic of Korea and on the Agreement Pertaining to the Disposition of the Properties and Claims," *Jurist(in Japanese)*, No.327, 1965, pp.11-12.

60) 賈載湜, “韓·日基本條約研究”, 大韓國際法學會論叢, 第15卷 第1號, 1970, p.258.

61) “條約法에 관한 條約”, 第31條 第1項.

62) Kim, *op. cit.*, *supra* note 1, p.10.

minion for some years)있어 왔다고 지적하고⁶³⁾ 大韓帝國이 存在하지 아니했다고 記述하지 않고 있다. Higgins도 Starke와 유사하게 “1910년에서 1945년까지, 韓國은 日本의 植民地였다”(from 1910 till 1945, Korea was a Japanese Colony)고 表示하고⁶⁴⁾ 韓國이 存續하지 아니했다고 論述하지 않고 있다. Briggs는 明白하게 “韓國이라는 國家가 存在했다”(a state of Korea existed)고⁶⁵⁾ 論하고 있다.

5. 禁反言의 原則

1965년의 “韓日請求權協定” 第2條 第1項 (b)는 “本條는 다음의 것에 영향을 미치지 아니한다”고 規定하고 다음을 아래와 같이 列挙하고 있다.

一方締結國 및 그 國家의 財産, 權利 및 利益으로서 1945년 8월 15일 이후에 있어서의 통상의 접촉의 과정에 있어 취득되었고 또는 他方締結國의 管轄下에 들어오게 된 것.

上記 規定은 1945년 8월 15일 이전의 請求權에 관해서만 “韓日請求權協約”이 規定한 것이지만 그 이후의 것까지 規定한 것이 아니라는 것이다. 즉 “韓日請求權協定”은 1945년 8월 15일 이전의 韓國과 그 國民 그리고 日本과 그 國民間の 請求權을 整理한 것이라는 것이다. 따라서 日本은 이 規定에 의해 韓國이 1945년 8월 15일 이전에 存在하고 있음을 承認한 것이다. 왜냐하면 韓國이 法人權者로서 存在해야 請求權의 主體로서 請求權을 가질 수 있기 때문이다.

요컨대 日本은 1965년의 “韓日請求權協定”으로 1945년 이전에 韓國이 權利의 主體로 存在하였음을 認定했으므로 “禁反言의 原則”에 따라⁶⁶⁾ 이후 이와 모순되는 主張 즉 1910년의 “韓日合邦條約”이 有效이고 따라서 그 이후 1945년 8월 15일 이전에 韓國은 存在하지 아니했다는 주장을 할 수 없는 것이다.

Ⅲ. 日本의 國家責任과 請求權協定

1. 請求權協定の 締結

가. 締結經緯

1910년의 “韓日合邦條約”에 의해 日本에 不法의으로 事實上 併合되었던 韓國은 1945년 8월

63) J.G. Starke, *Introduction to International Law*, 9th ed. (London:Butterworth, 1984), p.160.

64) Higgins, *op. cit.*, *supra* note 31, p.153.

65) Briggs, *op. cit.*, *supra* note 9, p.22.

66) P.W. Bowett, “Estoppel before International Tribunals and its Relations to Acquiescence”, *B.Y.I.L.*, Vol. 33, 1957, p.180; *I.C.J., Reports*, 1954, p.135; 金明基, “國際法上 禁反言의 原則”, *考試界*, 1986. 7, pp.155 ff.

15일 日本의 “無條件降伏”으로 日本으로부터 事實上 分離·解放될 수 있었다. 그러나 1945년 9월 2일의 聯合軍最高司令部의 “一般命令 第1號”(General Order No. 1)에 의해 韓國은 38線을 경계로 南北으로 分斷되고 말았다. 1948년 8월 15일 南韓政府가 樹立되었고 同年 9월 9일 北韓政府가 樹立되었다. 當時의 民族的 感情과 興件은 韓日國交를 正常化할 만한 것이 되지 못했다. “對日平和條約”의 署名이 가까와 짐에 따라 韓日國交正常화를 위한 韓日會談이 1951년에 들어서면서 개최될 수 있었다.

1951년 4월 20일 “第1次 韓日會談” 豫備會談이 開催되었고, 1952년 2월 15일부터 “第1次 韓日會談” 本會談이 開催될 수 있었으며, 同 會談에서 韓國側은 同年 2월 21일에 日本側에 대해 對韓責務의 辨濟를 要求하는 “對日請求權要綱”을 日本側에 提示했다.¹⁾ 그러나 日本側은 美軍政廳이 在韓日本資產을 美軍政廳으로 歸屬하도록 한 處分이 有効하다고 規定한 “對日平和條約” 第4條 B項의 效力은 占領軍은 占領地의 私有資產을 尊重하여야 한다는 國際法의 原則에²⁾ 反하는 것이라는 것을 根據로 日本人의 私有財產에는 미치지 못한다고 主張하여, 韓國側에 대해 日本의 對韓請求權이 있으며 그 請求權은 韓國의 對日請求權을 上回하는 것이라고 主張하면서 韓國側의 請求를 否定했다. 이리하여 1952년 2월 21일에 “第1次 韓日會談”은 決裂되고 말았다.³⁾

이에 韓國側은 “對日平和條約”의 起草者인 美國政府에 대해 同條約 第4條의 解釋에 關한 美國의 見解를 問疑하였던 바 1952년 4월 29일 美國政府는 回答書翰을 통해 “對日平和條約” 第4條의 規定에 의해 日本은 對日請求權은 主張할 수 없다는 見解를 提示해 왔다.⁴⁾ 그럼에도 不拘하고 日本側은 對韓請求權을 拋棄하지 아니했다.

1953년 4월 15일 부터 開催된 “第2次 韓日會談”과 1953년 10월 6일 부터 開催된 “第3次 韓日會談”에서 日本側은 繼續 對韓請求權을 主張해 오다가 所謂 “久保田 妄言”으로 “第3次 韓日會談”도 決裂되고 말았다.⁵⁾ 1957년 12월 3일 “第4次 韓日會談”의 再開를 爲한 豫備會談에서 日本側은 “對日平和條約” 第4條의 解釋에 關한 1952년 4월 29일의 美國政府의 公式見解를 受諾하기로 同意하고,⁶⁾ 對韓請求權을 正式으로 撤回하였던 것이다.⁷⁾ 이와 같이 日本側의 對韓請求權이 拋棄된 後 “第5次 韓日會談” 豫備會談에서 부터 韓國側이 提示한 “8個項目請求權要綱”에 項目別로 討議되기 始作했다.⁸⁾ 1962년 10월 20일과 同年 11월 12일 2次에 걸쳐 韓國의 金鍾泌 特使

1) 大韓民國政府, 韓日會談白書(서울:大韓民國政府, 1965), pp.39-43, 160; 大韓民國 外務部, 大韓民國外交史料集, 韓日編, 1961, 1 (서울:外務部, 1985), p.121.

2) 1907년의 “陸戰規則” 제46조; 1948년의 “世界人權宣言” 제17조 제2항; 大韓民國外務部, 大韓民國外交史料集, 韓日編, 1952(서울:外務部, 1985)p.418.

3) 大韓民國政府, *op. cit.*, *supra* note 1, pp. 41-42.

4) *Ibid.*

5) *Ibid.*

6) *Ibid.*; 大韓民國外務部, *op. cit.*, *supra* note 1, p.125.

7) 大韓民國外務部, *op. cit.*, *supra* note 1, p.151.

8) 大韓民國政府, *op. cit.*, *supra* note 1, p.43.

와 日本의 大平外相과의 會談이 開催되었다.

이 會談에서 請求權問題에 關해 合意를 본 內容은 日本이 無償으로 3億弗을 10年間に 支拂하는 同時에 政府間 借款으로 2億弗을 年利 3.5% 7年 据置 20年 償換의 條件으로 10年間 提拱하며, 또 1億弗 以上の 商業借款을 提拱한다는 것이었다.⁹⁾ 日本側 提拱의 名目에 關해 韓國側은 “請求權問題를 解決하고 經濟協力を 增進시키기 위하여”라 規定하자고 主張한데 對해 日本側은 “無償經濟協力”과 “有償經濟協力”으로 規定하자고 主張했다.¹⁰⁾

우리의 主張이 “請求權協定” 前文에 “...請求權에 關한 問題를 解決하고, 兩國間の 經濟協力を 增進할 것을 希望하며...”로 規定되게 되었다.

1965년 6월 22일 “大韓民國과 日本國間の 財産 및 請求權에 關한 問題의 解決과 經濟協力에 關한 協定”이 締結되게 되고, 이는 同年 12월 8일 부터 效力을 發生하게 되었다.¹¹⁾

나. 締結根據

1965년 6월 25일에 署名된 “請求權協定”의 締結根據는 1951년 9월 8일 샌프란시스코에서 聯合軍과 日本間에 締結된 “對日平和條約” 第4條(請求權條項), 第9條(漁業協定條項) 및 第12條(通商航海條約)의 利益을 받을 權利를 갖게 되었다. 그 중 同 條約 第4條의 規定이 韓日請求權의 法的 根據가 된다.¹²⁾ 同 協約은 韓國의 請求權에 關해 다음과 같이 規定하고 있다.

가. 本件 “나”의 規定을 留保하고 第2條에 規定된 地域에 있는 日本 및 日本國民의 財産 및 現在의 該當地域의 住民(法人을 包含한다)에 對한 請求權(債權을 包含한다)의 處理과 日本에 있어서의 前記 및 住民의 財産 및 日本과 日本國民에 對한 請求權(債權을 包含한다)의 處理는 日本과 前記 當國間の 特別協定에 依하여 決定된다. 第2條에 規定된 地域에 있는 聯合國 또는 그 國民의 財産은 아직 返還되어 있지 않는 限 施政當局이 現狀대로 返還되어야 한다.

(國民이라는 用語는 本條件에서 使用하는 限 恒常 法人을 包含한다)

나. 日本은 第2條 및 第3條에 規定된 地域의 美合衆國 軍政에 依하여 行하여진 日本과 日本國民의 財産의 處理의 效力을 承認한다.¹³⁾

1945년 12월 6일 美軍政廳은 “軍政法令 第33號”(Ordinance No. 4)를 公布하여 在韓日本財産

9) *Ibid.*, pp.48-49.

10) *Ibid.*, pp.49-50.

11) 外務部, 韓國外交 30年(서울:外務部, 1979). p.29.

12) 外務部, *op. cit.*, *supra* note 2, p.422, “韓日會談財産 및 請求權問題點 分科委員會에 있어서 韓日側代表의 人事말”; 大韓民國政府, *op. cit.*, *supra* note 1, p.40; 外務部, *op. cit.*, *supra* note 1. pp.184-85.

13) “對日平和條約” 第4條.

을 日本의 國有·私有를 不問하고 美軍政廳에 歸屬시켰다.¹⁴⁾ 이 歸屬財産은 大韓民國政府가 樹立된 直後인 1948년 9월 11일에 大韓民國과 美國間에 締結된 “韓美間 財産 및 財政에 關한 最初 協定”(Initial Financial and Property Settlement Between the Government of the United States of American and the Government of the Republic of Korea)으로 韓國에 移讓되게 되었다.¹⁵⁾ 同 協約 第1條는 “美國政府는 大韓民國政府에게 다음의 財産에 대하여 美國이 保有하였던 一切의 權利·權原과 利益을 移讓한다”고 規定하고 있다. 그러므로 韓日間의 請求權問題는 韓國의 對日請求權만이 問題되는 것이다.¹⁶⁾

요컨대, 韓國의 對日請求權의 法的 根據는 “對日平和條約” 第4條인 것이며, 大韓民國에 法的 效力이 미치지 아니하는 同 條約 第14條가 아니다. 따라서 對日請求權의 法的 性質도 同 條約 第4條에 規定된 “補償請求權”이며, 同 條約 第14條에 規定된 “賠償請求權”이 아닌 것이다.

2. 請求權協約상의 請求權의 範圍

가. 請求權協定の 規定

韓日間의 請求權에 關한 問題를 解決한 “請求權協定” 前文은 “兩國 및 兩國 財産과 兩國 및 兩國 國民間의 請求權에 關한 問題를 解決할 것을 希望하고”라 規定하고, 第2條 第1項은 同 協約에 依해 最終적으로 解決되는 財産 및 請求權에 關해 다음과 같이 規定하고 있다.

兩締約國은, 兩締約國 및 그 國民(法人 包含한다)의 財産, 權利 및 利益과 兩締約國 및 그 國民間의 請求權에 關한 問題가, 1951년 9월 8일에 샌프란시스코市에서 署名된 日本國과의 平和條約 第4條 @에 規定된 것을 包含하여, 完全히 그리고 最終적으로 解決된다는 것을 確認한다.¹⁷⁾

同 第2條 第1項은 “請求權”이라고만 規定하고, 同 協約은 이 “請求權”의 定義規定을 두고 있지 않다.

나. 請求權協定の 解釋

太平洋戰爭期間에 日本의 國家機關이 挺身隊를 設置·運營한 行爲에 依해 韓國國民 또는 韓國이 입은 損害의 賠償과 關係가 있는 것은 “請求權協約” 第2條 第1項에 規定된 “請求權”의 範圍이다. 同 第2條 第1條에 規定된 “請求權”은 “補償請求權”만을 뜻하는 것인가 아니면 그 以外에

14) Ordinance No.4, Article 2.

15) 大韓民國政府, *op. cit.*, *supra* note 1, p.40.

16) *Ibid.*

17) 第2條 第1項.

“賠償請求權”도 포함하는가의 문제이다. 만일 이 “請求權”에 “補償請求權”과 “賠償請求權”이 모두 포함된다면 大韓民國이 日本의 挺身隊의 設置·運營에 依한 損害에 대한 損害賠償은 請求할 수 없으나 “請求權”은 “補償請求權”만을 뜻하는 것이라면 이를 請求할 수 있는 것으로 된다

다음과 같은 論據에서 위 “請求權”에는 “賠償請求權”은 包含되지 아니한다고 解釋된다.

(1) 請求權協定の 締結 根據

1965년의 “請求權協定”의 締結根據는 補償請求權을 規定한 1951년의 “對日平和條約” 第4條이다. 同 第4條에 規定된 對日請求權은 同 條約 第14條에 規定된 勝戰國의 賠償請求權과는 다르다. 즉, 同 第4條에 規定된 對日請求權은 “補償請求權”이고 同 第14條에 規定된 對日請求權은 “賠償請求權”인 바, “請求權協定”의 締結根據는 前者이며 後者が 아니다.¹⁸⁾ “對日平和條約” 第4條는 同 條約 第21條의 規定에 따라 韓國에 適用되나 同條約 第14條는 韓國에 適用되지 않는다. 韓國은 日本과 宣戰布告를 한 바 없으므로 “對日講和條約”의 署名 當事者로 參加하지 못했으며 따라서 戰勝國이 아니므로 同 條約 第14條에 規定된 勝戰國이 享有하는 損害 및 苦痛 (damage and suffering)에 대한 賠償請求權을 認定받지 못했던 것이다. 따라서 韓國은 “對日講和條約” 第4條의 規定에 根據하여 “請求權協定”을 締結했던 것이다.

요컨대, “請求權協定”은 “對日講和條約” 중 韓國에 대해 效力이 있는 同 條約 第4條에 依據 締結된 것이며 韓國에 대해 效力이 미치지 않는 同 條約 第14條에 依據 締結된 것이 아니므로 “請求權協定”上 請求權은 補償請求權을 뜻하는 것이며 賠償請求權은 이에 包含되어 있는 것이 아니다.

(2) 8個項目請求權要綱의 內容

韓國側이 日本側에 대해 提議한 “8個項目請求權要綱”의 內容은 모두 補償請求權에 關한 것이며 賠償請求權에 關한 것은 하나도 없다. 1951년 第1次 韓日會談에서 韓國側은 日本側에 대하여 對韓債務에 辨濟를 要求하고 이를 8個項目으로 構成된 “8個項目請求權要綱”을 日本側에 提示했다.¹⁹⁾

同 “8個項目請求權要綱”의 內容은 다음과 같다.

請求權提示 8個 項目

(1) 朝鮮 銀行을 通하여 搬出된 地金(67,541,771.2 g) 第五次會談時提示 및 地銀249.

633,198.61 g (第五次會談時提示의 返還請求)

(2) 1945년 8월 9일 現在의 日本政府의 對朝鮮總督府債權의 返濟請求

18) 大韓民國政府, *op. cit.*, *supra* note 1, p.40; 大韓民國外務部, *op. cit.*, *supra* note 1, pp.151-52, 184-88, 243-44; 大韓民國外務部, 大韓民國外交史料集, 韓日編, 1962, I (서울:外務部, 1985), pp.302-303; 大韓民國外務部, 大韓民國外交史料集, 韓日編, 1965, II (서울:外務部, 1985), pp.1393-1401.

19) 大韓民國政府, *op. cit.*, *supra* note 1, p.40.

(가) 通信關係

① 郵便貯金 振替貯金 爲替貯金等

② 國債 및 貯蓄債權等

③ 簡易生名保險 및 郵便年金關係

④ 海外爲替貯金 및 債券

⑤ 太平洋 美國陸軍司令部 宣布3號에 依하여 凍結된 韓國受取金

(나) 1945년 8월 9일 以後 日本人이 韓國 各 銀行으로 부터 引出한 預金額

(다) 韓國에서 收入된 國庫金中の 裏付資金이 없는 歲出에 依한 韓國受取金關係

(라) 朝鮮總督府 東京事務所의 財産

(마) 其 他

(3) 1945년 8월 9일 以後 韓國으로부터 振替 또는 送金된 金品の 返還 請求

(가) 8월 9일 以後 朝鮮銀行本店으로 부터 在日本東京支店에 振替 또는 送金된 金品

(나) 8월 9일 以後 在韓金融機關을 通하여 日本에 送金된 金品

(다) 其 他

(4) 1945년 8월 9일 現在 韓國에 本社 本店 또는 主된 事務所가 있던 法人의 在日財産의 返還 請求

(가) 聯合軍 最高司令部 閉鎖機關令에 依據 閉鎖清算된 韓國內 金融機關의 在日支店 財産

(나) 聯合軍 最高司令部 指令 965號에 依據 閉鎖된 韓國內 本店保有 法人의 在日財産

(다) 其 他

(5) 韓國法人 또는 韓國 自然人的 日本國 또는 日本國民에 對한 日本國債 公債 日本銀行券 被徵用 韓國人의 未收金, 報償金 및 其他 請求權의 返濟 請求

(가) 日本有價證券

(나) 日本系通貨

(다) 被徵用韓國人 未收金

(라) 戰爭에 依한 被徵用者의 被害에 對한 補償

(마) 韓國人의 對 日本政府 請求恩給關係

(바) 韓國人의 對 日本人 또는 法人請求

(6) 韓國人(自然人, 法人)의 日本政府 또는 日本人에 對한 個別的 權利行使에 關한 項目

(7) 前記 諸財産 또는 請求權에서 發生한 諸果實의 返還 請求

(8) 前記의 返還 및 決濟의 開始 및 終了 時期에 關한 項目²⁰⁾

上記 “8個項目請求權要綱”에 包含되어 있는 모든 項目의 內容은 檢討해 보건데, (i) “性質上”으로 보아 모든 項目이 補償請求權에 該當되는 것이며 그 어느 하나도 賠償請求權에 該當되는 것이 없으며, (ii) “使用된 用語”로 보아도 “返還請求”(第1項, 第3項, 第4項, 第7項) 또는 “返濟請求權”(第20項, 第5項)이란 用語는 결코 賠償請求權을 指稱하는 것으로 쓸 수 없다.²¹⁾ 다만 “8個項目請求權要綱”중 檢討를 要하는 項目은 第5項(라)目과 第6項이다. 먼저 第5項(라)目에 關해서 檢討해 보기로 한다.

第5項(라)目은 “戰爭에 依한 被徵用者의 被害에 대한 補償”이다. 同目에 表示되어 있는 “被害”의 意味는 不法行爲로 因한 被害를 뜻하는 것으로 解釋될 수도 있는 것 같기도 보인다. 그러나 (i) 不法行爲는 그것이 公法上の 것이든 私法上の 것이든 國家機關인 自然人的 行爲(作爲 또는 不作爲)에 依해서만 構成될 수 있으며 法的 狀態를 意味하는 戰爭에 依해서는 構成될 수 없는 것이며, (ii) 同(라)目이 明文으로 “被害에 대한 補償”이라고 表示하고 “被害에 대한 賠償”이라고 表示하지 않았고, 또한 (iii) 同 5項에 “補償金”이라 明示하고 “賠償金”이라고 表示하지 않았으므로, 同(라)目的 “被害의 補償”은 “補償”을 뜻하는 것이며 “賠償”을 意味한다고 解釋할 수 없는 것이다. 韓日會談에서 日本側도 이를 “補償”으로 理解했다.²²⁾

다음으로 第6項을 檢討해 보기로 한다. 第6項은 “韓國人(自然人, 法人)의 日本政府 또는 日本人에 대한 個別的 權利行使에 關한 項目”이다. 同項의 “權利行使”에는 不法行爲로 因한 損害賠償請求權의 行使가 包含될 수 있는 것 같이 보인다. 그러나 “8個項目請求權要綱” 第7號는 “前記 諸財產權 또는 請求權에서 發生한 諸過失의 返還請求”로 되어 있고 第7號의 “前記”에는 第6號가 당연히 包含되어 있음은 물론이다. 不法行爲로 因한 損害賠償請求權으로 부터는 “遲延利子”는 發生할 수 있으나,²³⁾ “果實”은 “天然果實”은 물론이고 “法定果實”도 發生하지 아니 하므로,²⁴⁾ 第6條의 “權利”에는 不法行爲로 因한 損害賠償請求權이 包含될 수 없는 것이다. 韓國側이 提議한 “8個項目請求權要綱”은 第5次 韓日豫備會談부터 項目別로 討議될 수 있었다. 이는 日本側이 “8個項目請求權要綱”의 檢討를 受諾한 것이다.²⁵⁾ 그리고 日本側이 “8個項目請求權要綱”의 檢討를 受諾한 것은 “8個項目請求權要綱”에 包含된 補償請求權에 關해서만 討議할 것에 默示的인 同意를 한 것이라고 볼 수 있다. 韓日會談間 韓國側은 “8個項目請求權要綱”에 包含된 請求權

20) Ibid., pp.44-46.

21) Supra note 18.

22) 大韓民國外務部, op. cit., supra note 1, pp.228-29, 256-60; 大韓民國外務部, op. cit., supra note 18, (1962, I), pp.302-303.

23) 郭潤直, 債權各論(서울:博英社, 1979), p.673.

24) 郭潤直, 民法總則(서울:博英社, 1980), p.298.

25) 大韓民國外務部, op. cit., supra note 1, pp.80, 92, 111, 132 205;

의 내용이 “補償”이란 점을 數次 強調했고,²⁶⁾ 最終 文案 整理 過程에서도 韓國側은 그것이 “賠償”이 아니라는 것을 確認했다.²⁷⁾

(3) 日本의 對韓請求權의 內容

日本의 對韓請求權은 補償請求權이므로 韓國의 對日請求權도 補償請求權에 限한다. 第1次 會談時 韓國側이 日本側에 對해 對韓債務의 辨濟를 要求하자 日本側도 韓國側에 對해 “對日講和條約” 第4條 B項의 規定에도 不拘하고 日本人의 私有財産에 對해 日本의 補償請求權은 남아 있다고 主張하여 對韓請求權을 提示하면서 韓國側의 要求에 不應했다. 그 結果 第1次 韓日會談이 1952년 2월 21일에 決裂되고 말았다.²⁸⁾ 이에 韓國政府는 “對日平和條約”의 起草者인 美國政府에게 同 條約 第4條의 解釋에 關한 見解를 問疑했다. 이에 對해 1952년 4월 29일 美國務省은 다음과 같은 回答公翰을 보내왔다.

a. 桑港平和條約 第4條 A項에 依하여 大韓民國 管轄內의 一切의 日本資産은 美軍政廳의 關係指令 및 措置에 依하여 모든 權利根源과 利益이 剝奪되었으므로 日本은 有効한 對韓財産 請求權을 主張할 수 없다.

b. 그러나 第4條 B項은 同條 A項의 特別協定을 考慮함에 있어서 “關聯”이 있다.

同 公翰에 表示된 바와 같이 “對日平和條約” 第4條에 依據 日本의 對韓請求權은 消滅된 것이다. 1957년 12월 31일에 와서 日本은 同 公翰에 表示된 美國의 見解를 受諾하여 對韓請求權을 正式으로 撤回했다.²⁹⁾ 그後 第5次 會談부터 日本側이 拋棄·撤回한 對韓請求權은 “對日平和條約” 第4條에 依據한 것이므로 “補償請求權”에 限하며 “賠償請求權”은 이에 包含되지 아니한 것이다. 따라서 韓國의 “對日講和條約” 第4條에 依據한 對日請求權도 “補償請求權”에 限한다. 만일 日本이 拋棄한 對韓請求權은 “補償請求權”에 限하고 “賠償請求權”은 拋棄되지 아니한 것인데 韓國의 對日請求權은 “補償請求權”과 “賠償請求權”을 包含하는 것이라면 이는 均衡을 잃는 解釋이다. 즉 日本의 對韓賠償請求權은 남아 있는데 韓國의 對日賠償請求權은 消滅되었다고 보는 것은 衡平의 原則에 反한다.

(4) 請求權協定 請求權이외의 請求權 殘存

“請求權協定”上 請求權이 韓國 및 韓國國民의 日本 및 日本人에 對한 모든 請求權이 다 包含되어 있는 것은 아니다. 만일 韓國 및 韓國國民의 日本 및 日本人에 對한 모든 請求權이 “請求權協定”上 請求權에 다 包含된다면 이에는 文化財와 船舶 그리고 原爆被害도 當然히 包含되어야 할

26) *Ibid.*, pp. 152, 184-85.

27) 大韓民國外務, 大韓民國外交史料集, 1965, II (서울:外務部, 1985), pp.1393, 1395-1401.

28) 大韓民國政府, *op. cit.*, *supra* note 1, pp.41-42.

29) *Ibid.*, p.42; 大韓民國外務部, *op. cit.*, *supra* note 1, p.125.

것이다. 그러나 “請求權協定”과 別途로 “韓日文化財 및 文化協力에 관한 協定”이 締結되고, 船舶의 返還問題가 韓日會談에서 論議되고 1981년부터 86년까지 약350명의 被爆者가 日本政府에 의해 治療를 받았고³⁰⁾ 1990년 노대통령의 방일에 즈음하여 在韓被爆者를 위해 40억엔의 자금을 제공해 준 것은³¹⁾ “請求權協定”上 請求權에 韓國 및 韓國國民의 日本 및 日本國民에 대한 모든 對日請求權이 包含되어 있지 않다는 것을 立證한다. 따라서 韓國의 對日賠償請求權이 “請求權協定”上 請求權에 包含되어 있는 것이라고 할 수는 없는 것이다. 즉 “請求權協定”上 “請求權”에는 賠償請求權은 包含되어 있지 않는 것이다.

이러한 請求權協定の 解釋論이 아니라, “事情變更의 原則”또는 “錯誤에 의해 체결된 條約”로 效力이 없다는 주장도 있다.

IV. 日本의 國際法上 國家責任의 成立

1. 國際法上 國家責任의 意義

지금까지의 國際法上 國家責任은 “民事責任”의 性質을 가진 것이며 “刑事責任”의 性質을 가진 것이 아니다. “刑事責任”은 오직 個人에 관해서만 물을 수 있을 뿐이다. 最近에 國家도 “刑事責任”을 져야 한다는 理論과 이를 法典化하려는 作業이 國際聯合 國際法 委員會에서 進行 중에 있으나, 여기서는 從來의 國際法에 의한 國家責任을 “民事責任”의 性質을 가진 國家責任만을 論하기로 한다. 國家의 “刑事責任”이 法典화된다고 해도 그것을 1945년 이전의 行爲에 通用하는 것은 刑罰不遑及의 原則에 의해 지배되는 刑事責任의 性質上 無理이기 때문이다.

그러므로 여기서 “國際法上 國家責任”이란 日本의 國家機關이 挺身隊를 設置·運營한 行爲가 國際法上 違法한 行爲로서 이로 인해 大韓民國과 大韓民國國民이 입은 被害에 대해 大韓民國이 日本에 대해 國際法上 “民事責任”의 性質을 가진 國家責任을 물을 수 있느냐의 問題를 말한다.

그리고 이는 “國內法上 國家責任”의 問題와 區別된다. “國內法 國家責任”의 問題는 日本의 國家機關에 依한 挺身隊의 設置·運營行爲로 인해 損害를 입은 個人이 日本의 國內법인 國家賠償法의 規定에 따라 日本法院에 日本을 相對로 損害의 賠償 請求할 境遇 日本이 이에 대해 賠償責任이 있느냐의 問題를 말한다. 이 問題는 뒤에 檢討하기로 한다.

30) 정인섭, “일본의 전후 배상에 대한 점검”, 통일국민당 태평양전쟁희생자 대책위원회, 65년 한일협정
과 일본의 전후배상, 세미나 발표문, pp.25-26.

31) Ibid.

2. 國際法上 國家責任의 成立要件

國際法上 國家責任이 成立하기 爲해서는 다음의 要件을 즉, (i)國家機關의 行爲, (ii)職務上의 行爲, (iii)故意·過失, (iv)國際法의 違反, (v)損害의 發生이라는 要件을 具備하여야 한다.

日本의 挺身隊의 設置·運營行爲가 이러한 要件을 充足하는 것인지 檢討해 보기로 한다. 다만 “損害의 發生” 要件은 事實問題로서 論外로 하기로 한다.

가. 國家機關의 行爲

國際法上 國家責任이 成立하기 爲해서는 國家의 行爲가 存在하여야 하며, 國家의 行爲는 國家機關에 依해 行하여지므로 결국 國家責任이 成立하기 爲해서는 國家機關의 行爲가 存在해야 한다.¹⁾ 여기 國家機關은 모든 國家機關을 包含한다. 따라서 (i) 中央機關·地方機關, (ii) 上級機關·下級機關, (iii) 立法機關·行政機關·司法機關·元首를 不問하고 모두 國家責任을 構成하는 國家機關에 該當된다.²⁾

日本에 依한 挺身隊의 設置·運營은 日本의 國家機關인 國王·首相·陸軍大臣 등의 行爲에 依해 이루어 졌다.

(1) 國王의 行爲

먼저 國家機關인 國王에 關해서 보기로 한다. 挺身隊의 設置·運營은 1944년 8월 22일의 “女子挺身勤勞令”이라는 勅令(第519號)에 依據한 것이었다.³⁾ “勅令”이란 日本 舊憲法 第9條에 依據 日本 天皇이 發하는 獨立命令(gesetzesunabhängige Verordnung)을 말한다. 勅令의 形式으로

1) Algot Bagge, "Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders," *B.Y.I.L.*, Vol. 34, 1958, pp.162-63; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd ed.(Oxford:Clarendon, 1979), pp.445-45; Gerhard von Glahn, *Law Among Nations*, 4th ed. (New York:Macmillan, 1987), p.235; Charles Cheney Hyde, *International Law*, Vol.2, 2nd ed.(Boston:Little Brown, 1947), p.882; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Rober W.Tucker(ed), (New York:Holt, 1967), p.201; G.I. Tunkin, *International Law* (Moscow:Profress, 1986), pp.224-26; Georg Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, E.D. Brown(ed), 6th ed.(Milton:Professional, 1976), p.145.

2) Rebecca M.M. Wallace, *International Law*, (London:Sweet and Maxwell, 1986), pp.157-58; Werner Levi, *Contemporary International Law*, (Boulder:Westview Press, 1979), pp.240-41; D.P. O'Connell, *International Law*, Vol.2, 2nd ed.(London:Stevens, 1970), pp.962-66; Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 1, pp.145-46; Eduardo Jimenez de Arechaga, "International Responsibility", in Max Sørensen (ed), *Manual of Public International Law*(London: Macmillan, 1968), pp.544-47; International Law Commission, *Draft Articles on State Responsibility*, Art.6.

3) 韓國日報, 1992年 2月 8日, p.1; 挺身隊問題 實務對策班, 日帝下 軍隊慰安婦 實態調査 中間報告書 (서울:挺身隊問題 實務對策班, 1992), p.37

制定된 “女子挺身勤勞令”은 히로토(裕仁) 日王이 署名·捺印하고 內閣總理大臣 고이소 구니아끼(小磯國昭)를 비롯 軍需內務·厚生 등 4大臣이 副署한 것이다.⁴⁾ 日王과 大臣들이 日本의 國家機關임은 明白하며, “勅令”을 制定한 行爲가 이들 日本의 國家機關의 行爲임이 明白하다.

(2) 首相·陸軍大臣의 行爲

國家機關인 首相·陸軍大臣의 行爲에 關해서 보기로 한다. 挺身隊의 設置·運營은 國家機關인 首相·陸軍大臣의 許可行爲에 依해 이루어졌다. 이는 다음과 같은 文書에 依해 立證된다. 1942년 3월 12월의 受信:陸軍大臣, 發信:臺灣軍司令官으로 된 祕密電報에 依하면 南方總軍으로 부터 보르네오섬에 派遣할 慰安婦 50名을 臺灣에서 募集토록 指示받았다면서 慰安婦의 派遣을 위해 慰安所經營者 3인의 渡航을 許可해 달라는 것이었다.⁵⁾ 이러한 申請에 대해 3월 16일자 電報는 이를 許可하는 答狀으로서 陸軍大臣의 副官이 臺灣軍參謀總長에게 보낸 것이었다.⁶⁾ 이와 같이 挺身隊를 設置·運營한 日本의 首相·陸軍大臣은 日本의 國家機關인 것이 明白하며, 또 首相·陸軍大臣의 許可行爲는 日本의 國家機關의 行爲임에 疑心의 餘地가 없다.

(3) 各級 軍指揮官의 行爲

國家機關인 各級 軍指揮官에 關해 보기로 한다. 挺身隊의 設置·運營은 國家機關인 軍指揮官의 統制와 監督下에 이루어 졌다. 이는 다음과 같이 諸文書에 依해 立證된다.

“陸支密大日記”중 “軍慰安所從業員 等 募集에 關한 件”이라는 文書가 있다. 同文書는 1938년 3월 4일 陸軍省 兵務課에서 作成되어 陸軍省의 名義로 各軍의 參謀長들에 下達된 것이다. 이 文書는 陸軍次官 우에즈 요시지로(梅津美治郎)와 高級副官에 依해 捺印되었다. 同文書의 主要內容은 “募集 等은 派遣軍이 統制하되 關係地方의 憲兵 및 警察當局과 協助할 것” 등을 指示하는 것이었다.⁷⁾

그리고 1938년 7월에 作成된 “步兵 41聯隊日誌”에는 各部隊에 慰安所를 設置할 것을 指示하는 北支方面軍參謀長 名義의 通謀이 있다. 1939년의 “陸地密大日記”의 “戰時旬報” 중에는 波集團(廣東을 中心으로 한 第21軍)司令부가 慰安所의 狀況을 報告한 文書가 包含되어 있으며, 同報告書에는 “慰安所는 所管 警備隊長 및 憲兵隊長의 監督을 基礎로” 하고 있다는 內容이 包含되어 있다.⁸⁾

1942년 11월 필리핀 軍政監部 비사야지부 이로이로 出張所의 “慰安所規定”⁹⁾, 1944년 5월 中

4) 朝鮮日報, 1992년 2월 8일, p.1.

5) 世界日報, 1992년 2월 7일, p.2; 挺身隊問題 實務對策班, *op. cit.*, *supra* note 3, pp.163-68.

6) 東亞日報, 1992년 2월 7일, p.2.

7) 朝鮮日報, 1992년 1월 12일, p.2; 挺身隊問題 實務對策班, *op. cit.*, *supra* note 3, pp.34-35.

8) 朝鮮日報, 1992년 1월 12일, p.2.

9) 世界日報, 1992년 2월 7일, p.2.

國南部의 警察隊가 制定한 “軍人具樂部利用規定”¹⁰⁾ 등은 軍指揮官이 挺身隊를 統制·監督하고 있다는 事實을 立證해 주고 있다.

따라서, 이들 各級 軍指揮官이 日本의 國家機關임은 물론이고,¹¹⁾ 이들에 依해 行하여 진 挺身隊에 대한 統制·監督行爲는 日本의 國家機關의 行爲임에 틀림이 없다.

(4) 將兵의 行爲

國王·首相·陸軍相·各級 軍指揮官의 挺身隊를 設置·運營한 行爲에 의해 實際로 挺身隊隊員에게 慰安을 要求하는 行爲를 한 것은 各部隊의 將兵이다. 慰安을 要求하는 行爲는 주로 下士官과 兵이 있으나 이에는 將校도 포함되어 있다.^{11a)} 日本軍隊의 將兵이 日本의 國家機關임은 물론이다.

國際法上 國家責任이 성립되기 위한 國家機關은 上級機關에 限하지 않고 下級機關도 포함한다. 挺身隊隊員에게 慰安을 要求하는 行爲를 한 將兵은 주로 日本의 下級機關이지만 日本의 國家責任을 成立시키기 위한 日本의 國家機關임에 틀림이 없다.

요컨대 挺身隊를 設置·運營한 國王·首相·陸軍大臣과 挺身隊員에게 慰安을 要求하는 行爲를 한 將兵은 모두 日本의 國家機關임이 明白하고, 이들의 挺身隊의 設置·運營에 關한 “勅令의 制定”, “許可”, “統制·監督” 行爲와 慰安을 要求한 行爲 등은 日本의 國家機關의 行爲임에 論議의 餘地가 없다. 따라서 日本의 國家法上 國家責任을 成立시키는 “國家機關의 行爲”라는 要件을 充足시킨다.

나. 職務上의 行爲

國際法上 國家責任이 成立하기 위해서는 國家機關의 “職務上의 行爲”가 存在해야 한다.¹²⁾ 그리고 그 職務上의 行爲가 그 國家機關의 權限內의 行爲에 限하느냐 아니면 權限外의 行爲에 대해서도 國家責任이 成立하느냐에 關해 論議가 있다. 國家機關의 職務上의 行爲는 그 國家의 國內法에 依해 그것이 그 國家機關의 權限內의 行爲인지 權限外의 行爲인지가 정해지므로 그 國

10) 東亞日報, 1992年 2月 7日, p.2.

11) Brownlie, *op.cit.*, *supra* note 1, p.448; United States, Department of State, *Bulletin*, Vol.24, No.625, June 18, 1951, pp.986-87; *ibid.*, Vol.25, No.648, Nov.26, 1951, pp.862-63; J.W.Garner, “Decisions of the American-Mexican Mixed Claims Commission,” *B.Y.I.L.*, Vol.9, 1928, pp.159-60; United States, Department of the Army, *The Law of Land Warfare, FM 27-10*(Washington D.C.:U.S. Government Printing Office, 1956), p.181, para. 506, b; Marjorie M.Whiteman, *Digest of International Law*, Vol.8(Washington D.C.:U.S. Government Printing Office, 1967), pp.825-30; O’Connell, *op. cit.*, *supra* note 2, 1963.

11a) 1938년 3월 16일의 獨立攻城重砲兵 第2大隊의 “內務規定” 第61項에는 將校의 利用單價를 規定하고 있다.

12) Brownlie, *op. cit.*, *supra* note 1, pp.447-48; O’Connell, *op. cit.*, *supra* note 2, p.963; Harvard Draft Convention on International Responsibility(1961), Art.15(Art.15 is printed in *A.J.I.L.*, Vol.55, 1961, p. 576); Theodor Meron, “International Responsibility of States for Unauthorized Acts of their Officials,” *B.Y.I.L.*, Vol.33, 1957, pp.86-87.

家の 外部에서 그것이 權限內의 行爲인지 權限外의 行爲인지 判別하기 어렵고, 國家의 國內法上 内部組織規範에 依해 認定되는 權限內의 行爲이나 權限外의 行爲이나의 예매성에서 發生하는 危險은 그 國家 스스로가 負擔해야 할 것이므로 國家機關의 職務上의 行爲이면 그것이 權限外의 行爲일지라도 國家責任이 成立한다고 보는 것이 一般的인 見解이다.¹³⁾

(1) 國王의 行爲

挺身隊를 設置·運營한 國王의 行爲, 즉 國王이 勅令인 “女子挺身勤勞令”을 制定·公布한 行爲는 明白히 그의 職務上의 行爲이고 또 그것은 日本 舊憲法 第9條에 依據한 國家機關의 權限內의 行爲이다. 따라서 國王의 勅令制定行爲는 日本의 國家責任을 成立시키는 “職務上의 行爲”라는 要件을 充足하는 것이다.

(2) 首相·陸軍大臣의 行爲

挺身隊를 設置·運營한 首相·陸軍大臣의 行爲, 즉 挺身隊의 設置·運營을 許可한 行爲는 明白히 그들의 職務上의 行爲이다. 다만 그것이 그들의 權限內의 行爲이나 權限外의 行爲이나는 問題될 수 있다. “女子挺身勤勞令”이 制定된 後에 挺身隊의 設置·運營을 許可한 行爲는 同勅令에 根據한 것이므로 그것은 權限內의 行爲임이 明白하다. 그러나 同勅令이 制定되기 前의 許可行爲는 그것이 그들의 權限內의 行爲인지 權限外의 行爲인지 不分明하나 國家機關의 職務上의 行爲는 그것이 權限外의 行爲라 할지라도 國家責任이 成立한다고 볼이 一般的이므로 日本의 首相·陸軍大臣 등의 行爲가 그들의 權限內의 行爲이나 權限外의 行爲이나의 區別은 實益이 없는 것이라 하겠다.

요컨대, 首相·陸軍大臣이 挺身隊의 設置·運營을 許可한 行爲는 職務上의 行爲임이 明白하므로 이는 日本의 國家責任을 成立시키는 “職務上의 行爲”라는 要件을 充足한 것이다.

(3) 各級 軍指揮官의 行爲

挺身隊를 設置·運營한 各級 軍指揮官의 行爲, 즉 挺身隊의 運營을 統制·監督한 行爲도 明白히 그들의 職務上의 行爲이다. 그들이 上級機關의 許可를 받아 挺身隊를 設置·運營하는 境遇에 대한 그들의 統制·監督行爲는 그들의 權限內의 行爲임이 明白하나, 上級機關의 許可를 받지 아니하고 挺身隊를 設置·運營한 境遇에 이에 대한 統制·監督은 그들의 權限內의 行爲인지 權限外의 行爲인지 判別하기 어려우나 權限內의 行爲이든 權限外의 行爲이든 모두 職務上의 行爲로 認定되므로 이를 區別한 實益은 없다고 본다.

13) Brownlie, *op.cit.*, *supra* note 1, p.449; Meron, *op.cit.*, *supra* note 12, pp.93-114; Arechaga, *op.cit.*, *supra* note 2, p.548; Wallace, *op.cit.*, *supra* note 2, p.158; Tunkin, *op.cit.*, *supra* note 1, p.226; Intertional Law Commission, Draft Articles on State Responsibility, Art. 10.

요컨대 各級 軍指揮官이 挺身隊의 設置·運營을 統制·監督한 行爲는 모두 “職務上의 行爲”라는 要件을 充足시킨다.

(4) 將兵의 行爲

將兵의 挺身隊隊員에게 慰安을 要求한 行爲가 그들의 職務上의 行爲로 볼 수 없는 것같아 보인다. 그러나 將兵의 慰安을 要求하는 行爲는 勤務時間외에 行하여 진 것이 아니라 勤務時間중에 行하여 졌고,^{13a)} 個別行動으로 行하여 진 것이 아니라 指揮者의 引率下에 行하여 졌으며,^{13b)} 慰安을 받는 時間에 幹部에 의한 巡察로 保護를 받았을 뿐아니라,^{13c)} 部隊의 指揮官이 制定한 利用規則에 따라 行하여 졌으므로 이는 職務上의 行爲임을 부인할 수 없다.

요컨대, 將兵이 慰安을 要求한 行爲는 國家機關의 “職務上의 行爲”라는 요건을 充足시킨다.

다. 故意·過失

國際法上 國家責任이 成立하기 爲해서는 國家機關의 職務上의 行爲가 故意·過失에 依한 것임을 要한다.¹⁴⁾ 無過失에 依한 行爲는 條約에 그러한 趣旨의 特別한 規定이 있는 境遇에 限해서 國家責任이 成立된다. 여기 故意는 國家機關이 그의 職務上의 行爲를 함에 있어서 그 行爲를 한다는 認識을 한 境遇이고, 過失은 國家機關이 不注意로 그러한 事實을 認識하지 못한 境遇를 말한다. 挺身隊를 設置·運營한 日王·首相·陸軍大臣·各級 軍指揮官의 諸行爲, 즉 “女子挺身勤務令”의 制定行爲, 挺身隊의 設置·運營에 關한 許可行爲, 挺身隊에 대한 統制·監督行爲는 日本의 國家機關이 各各 그러한 行爲를 한다는 事實을 모두 認識하고 한 것이므로 “故意”에 依한 것이다. 따라서 上記 日本의 國家機關의 모든 行爲는 國家責任의 成立要件인 “故意”의 要件을 充足한 것이다.

라. 國際法の 違反

國際法上 國家責任이 成立하기 爲해서는 國家機關의 職務上 行爲가 “國際法을 違反”한 것이어야 한다. 즉 國家機關의 職務上의 行爲가 國際慣習法 또는 國際條約을 違反한 것이어야 한다.¹⁵⁾

13a) 1938년 3월 16일의 獨立攻城重砲兵 第2大隊의 “內務規定” 제61항에는 利用時間을 오전 9시부터 6시까지로 規定하고 있다.

13b) 위 “內務規定” 제66항은 인솔해서 慰安所에 가도록 規定하고 있다.

13c) 위 “內務規定” 제66항은 幹部가 巡察하도록 規定하고 있다.

14) Blahm, *op. cit.*, *supra* note 1, pp. 236-40; Brownlie, *op. cit.*, *supra* note 2, pp. 439-40, 528-29; Levi, *op. cit.*, *supra* note 2, p. 235; Tunkin, *op. cit.*, *supra* note 1, p. 227; Aarechaga, *op. cit.*, *supra* note 2, pp. 536-37; J. G. Starke, “Imputability in International Delinquencies,” *B. Y. I. L.*, Vol. 19, 1938, p. 114; Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 2, p. 146.

15) Tunkin, *op. cit.*, *supra* note 1, p. 224; Brownlie, *op. cit.*, *supra* note 1, p. 443; Arechaga, *op. cit.*, *supra* note 2, p. 534; Wallace, *op. cit.*, *supra* note 2, p. 160; Meron, *op. cit.*, *supra* note 12, pp. 85-86; Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 2, pp. 142-43.

따라서 國內法の 違反 또는 國際禮讓의 違反에 대해서는 國家責任이 成立하지 아니한다.

日本の 國家機關이 挺身隊를 設置·運營한 行爲는 다음의 國際法을 違反한 行爲이다.

(1) 極東國際軍事裁判所憲章과 國際軍事裁判所憲章

(가) 極東國際軍事裁判所憲章과 國際軍事裁判所憲章의 制定

1) 極東國際軍事裁判所憲章

1945년 8월 15일 12:00시에 日本은 天皇의 라디오 放送을 통해 聯合軍側에게 “포츠담宣言”(Potsdam Declaration)의 履行을 無條件受諾하는 降伏을 宣言했고,¹⁶⁾ 1945년 9월 2일 이를 成文化한 “降伏文書”(Instrument of Surrender)의 署名이 東京灣에 있는 美艦 Missouri 船上에서 日本側 代表와 聯合國側 代表間에 있었다.¹⁷⁾ 그 後 極東에 있어서 戰爭犯罪에 대한 處罰問題가 具體的으로 舉論되게 되었다. 1945년 12월 26일 美國·英國·中國·蘇聯은 모스크바會談에서 降伏文書의 履行을 爲한 모든 命令을 聯合軍最高司令官이 發하도록 하는데 合意했다.¹⁸⁾

1945년 1월 19일 太平洋地區聯合軍最高司令官 Douglas MacArthur 將軍은 “極東國際軍事裁判所の 設立에 關한 布告”(Proclamation Establishing on International Military Tribunal For the Far East)를 發했으며,¹⁹⁾ 또한 그는 “一般命令 第1號”(General Order No.1)의 形式으로 同宣布의 附屬書인 “極東國際軍事裁判所憲章”(The Charter of the International Military Tribunal for the Far East)을 公布하였다.²⁰⁾ 同年 2월 15일 MacArthur 司令官은 同 裁判所의 裁判官을 任命했다.²¹⁾ 日本에 대한 政策을 決定할 “極東委員會”(Far Eastern Commission)가 同年 2월에 設立되었으며,²²⁾ MacArthur 司令官은 同年 4월 3일의 同委員會의 決議를 採擇한 後 同年 4월 26일 “一般命令

16) F. C. Jones, H. Borton and B. R. Pearn, *Survey of International Affairs, The Far East, 1942-1946* (London:Oxford University Press, 1955), pp. 497-98; Bruce Cumings, "American Policy and Korean Liberation," in Frank Baldwin(ed), *Without Parallel*(New York:Random House, 1974), pp. 51-52, New York Times, 15 Aug 1945.

17) Myung-Ki Kim, *The Korean War and International Law*(Claremont:Paige Press, 1991), p. 8; A. R. Buchanan, *The United States and World War II*, Vol. 2(New York:Hakper, 1964), p. 594; Walter C Langsam, *Historic Documents of World War II* (West Point:Greenwood, 1958), p. 152.

18) Egon Schwelb, "Crime Against Humanity," *B. Y. I. L.* Vol. 23, 1964, p. 214

19) Rober K. Woetzel, *The Nurenberg Trials in International Law*(London:Stevens, 1967), p. 227; United States, Department of the State, *Bulletin*, Vol. 14, No.348, Mar. 10, 1946, pp. 361-64, Schwelb, *op. cit.*, *supra* note 18, p. 214.

20) Mariorie M. Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 11(Washington D. C:U. S. Government Printing Office, 1968), p. 970; Schwelb, *op. cit.*, *supra* note 18, p. 214; Woetzel, *op. cit.*, *supra* note 19, p. 227; United States. Department of the State, *Occupation of Japan, Policy and Progress, Far Eastern Series 17*(Washington D. C:U. S. Government Printing Office, 1946), p. 146.

21) Whiteman, *op. cit.*, *supra* note 20, p. 970.

22) *Ibid.*

第1號”을 代替하는 “一般命令 第20號”(General Order No.20)를 發表했다.²³⁾

“一般命令 第20號”의 形式으로 修正·發表된 第5條는 同 裁判所의 管轄에 屬하는 犯罪을 다음과 같이 規定하고 있다.

本 裁判所는 平和에 대한 罪를 包含하는 犯罪에 대하여 個人으로서 또는 團體構成員으로서 派遣된 極東戰爭犯罪人을 審理하고 處罰하는 權限을 갖는다.

다음에 揭記한 1個 또는 數個의 行爲는 個人責任이 있는 것으로 하고 本 裁判所의 管轄에 屬하는 犯罪로 한다.

a) 平和에 反한 罪 즉 宣戰布告 또는 宣布치 않은 侵略戰爭 혹은 國際法, 條約, 協定 또는 保證에 違反된 戰爭의 計劃, 準備, 條約, 協定 또는 實行 혹은 上記 諸行爲의 어느 것을 斷定하기 爲한 共同의 計劃 또는 共同謀議에의 參加.

b) 通例의 戰爭犯罪 즉 戰爭法規 또는 戰爭慣例의 違反.

c) 人道에 反한 罪 즉 戰前 또는 戰爭中 行한 殺戮, 殘滅, 奴隸的 酷使, 追放 其他의 非人道의 行爲 혹은 犯行地의 國內法의 違反與否를 不問하고 本 裁判所의 管轄에 屬하는 犯罪의 遂行으로서 또는 이에 關聯하여 行한 政治的 또는 人種的 理由에 依한 迫害行爲.

上記犯罪의 어느 것을 犯하고자 하는 共同計劃 또는 共同謀議의 立案 또는 實行에 參加한 指導者, 組織者, 教唆者 및 共犯者는 그러한 計劃의 遂行上 行하게 된 一體의 行爲에 대하여 그 어느 누구에 依하여 行使되었던가를 不問하고 責任이 있다.²⁴⁾

2) 國際軍事裁判所憲章

1945년 11월 1일 美國·英國·蘇聯은 모스크바會談에서 獨逸의 戰爭犯罪人處罰에 關한 “모스크바宣言”(Moscow Declaration)을 發表했으며,²⁵⁾ 1945년 5월 8일의 獨逸의 無條件降伏에 대한 處理를 爲한 포츠담宣言이 1945년 7월 17일에 開催되어 前記 “모스크바宣言”을 再確認하는 “포츠담宣言”이 行하여 졌다.²⁶⁾

1945년 8월 8일 美國·英國·프랑스·蘇聯은 獨逸戰爭犯罪人을 處罰하기 爲한 “歐洲極東軍의 主要戰犯인의 訴追 및 處罰에 關한 協定”(Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis)을 締結했으며, 또한 이들 4大國은 同協定의 附屬書의 形式으로 “國際軍事裁判所憲章”(The Charter of the International Military Tribunal)을 締結했

23) United States, Department of the State, *op. cit.*, *supra* note 20, pp. 146ff.

24) United States, Department of State, *Bulletin*, Vol. 14, No. 349, Mar. 10, 1946, pp. 361-64.

25) Charles G. Fenwick, *International Law*, 4th ed. (New York: Appleton Century Crafts, 1965), p. 760; Oscar Svarlien, *An Introduction to the Law of Nations* (New York: Macgraw-Hill, 1955), p. 398.

26) Schwelb, *op. cit.*, *supra* note 18, p. 185; United States, Department of State, *Bulletin*, Vol. 13, No. 318, July. 29, 1945, p. 137.

다.²⁷⁾ “國際軍事裁判所憲章” 第6條는 同 裁判所의 管轄에 屬하는 犯罪을 다음과 같이 規定하고 있다.

歐洲區軸國의 首腦戰犯者의 裁判 및 處罰을 爲하여 第1條에 言及된 合意에 依하여 設置된 法院은, 個人으로서이든 또는 團體의 構成員으로서이든 歐洲區軸國의 利益을 爲하여 活動하면서 다음과 같은 犯罪의 어떤 것을 犯한 者를 裁判하고 處罰할 權限을 갖는다.

다음과 같은 1個 또는 數個의 行爲는 法院의 管轄權에 屬하는 犯罪이며 이에 대해 個人責任이 있다.

a) 平和에 反한 罪 즉 侵略戰爭 또는 國際條約, 協定 또는 保證에 反한 戰爭의 計劃, 準備, 着手 또는 實行 또는 이러한 行爲의 어떤 것을 達成하기 爲한 共同計劃 또는 謀議에의 參加.

b) 戰時犯罪 즉 戰時法規 및 慣習의 違反 이러한 違反은 다음과 같은 것을 包含하나 그것에 局限되지 않는다. 占領地域의 또는 그 地域內에 있는 民間人의 殺害, 虐待 또는 노예노동이나 그 밖의 目的을 爲한 追放, 捕虜 또는 海上에 있는 人의 殺害, 虐待, 人質의 殺害, 共有 또는 私有財産의 奪取, 軍事的 必要에 依하여 正當化되지 않는 市, 邑 또는 部落의 無法한 破壞 또는 荒廢化.

c) 人道에 反한 罪 즉, 犯行地 國內法 違反이든 아니든 이 法院의 管轄權內에 있는 어떤 犯罪의 遂行으로서 또는 그와 關聯하여 行하여진 戰前 또는 戰爭中 民間人(civilian population)에 대한 殺害, 絶種, 奴隸化, 追放 및 그 밖의 非人道的 行爲 또는 政治的, 種族的, 宗教的 理由에 立脚한 迫害.

以上 犯罪의 어떠한 것을 犯하기 爲한 共同計劃 또는 謀議의 遂行에 參加하는 指導者, 組織者, 教唆者 및 共犯者는 이러한 計劃의 遂行에 있어서 어떤 者에 依하여서이든 行하여진 모든 行爲에 대하여 責任을 진다.²⁸⁾

“極東國際軍事裁判所”와 “國際軍事裁判所”는 國際法의 實質的인 規則(substantive rules of international law)에 統一적으로 接近했다는 點에서 同一하나²⁹⁾ 裁判所의 構成과 起訴者의 選任 등 몇가지 點에서 差異가 있다.³⁰⁾ 그리고 “人道에 反한 罪”에 關해 “極東國際軍事裁判所憲章”,

27) Fenwick, *op. cit.*, *supra* note 25, pp. 760-61; Schwelb, *op. cit.*, *supra* note 19, pp. 3-5; Schwelb, *op. cit.*, *supra* note 18, pp. 178-79; Whiteman, *op. cit.*, *supra* note 20, pp. 880-83.

28) United States, Department of State, *Bulletin*, Vol. 13, No. 320, Aug. 12, 1945, pp. 222-26.

29) Woetzel, *op. cit.*, *supra* note 19, p. 230; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict* (New York: Rinehart, 1945), p. 375; J. A. Appleman, *Military Tribunals and International Crimes* (Indianapolis: 1945), pp. 258-64.

30) Woetzel, *op. cit.*, *supra* note 19, pp. 227-32.

“國際軍事裁判所憲章” 사이에는 다음과 같은 몇가지 差異點이 있다.

첫째로, 裁判所의 設置根據의 面에서 兩者는 差異가 있다. 前者는 유럽의 19個 國家가 追加된 4大國 “協定”(agreement)에 依한 것이나, 後者는 駐日美軍最高司令官의 “布告”(proclamation)에 依據한 것이다. 따라서 前者의 境遇 裁判官은 4個의 署名國에 依해 任命되었으나, 後者의 境遇 駐日最高司令官에 依해 任命되었다.³¹⁾

둘째로, 獨逸과 日本의 地位의 面에서 差異가 있다. 前者의 境遇 獨逸政府는 1945년 8월 8일 “런던協定”이 締結되는 時點에서나 뉴렌베르크 國際軍事裁判所가 設置된 1945년 11월에서 1946년 10月間의 期間에도 存在하지 아니했으나, 後者의 境遇는 日本政府와 日本이라는 國家가 繼續 存在하였다.³²⁾

셋째로, 自國民에 對한 犯行이 “人道에 反한 罪”를 構成하느냐에 差異가 있다. 前者는 獨逸이라는 國家가 一時的으로 存在하지 아니했으므로 獨逸國家를 相對로 犯하여진 罪에 對해 國際裁判所가 管轄權을 行使할 수 밖에 없고 또 그것이 獨逸의 國內問題에 對한 管轄權을 侵害하는 것으로 되지 아니하나, 後者의 境遇는 日本이라는 國家가 存續했으므로 日本이 其의 國民을 相對로 犯하여진 罪에 對해 國際裁判所가 裁判管轄權을 行使하는 것은 日本의 國內問題에 對한 主權侵害의 結果를 가져오는 것이다. 그러므로 前者는 自國民에 對해서도 “人道에 反한 罪”를 犯할 수 있는 것으로 보나, 後者의 境遇는 그러하지 아니하다. 따라서 “國際裁判所憲章” 第6條 c項에는 “어떠한 民間住民에 對한”(against any civilian population)이라는 規定이 있으나, “極東國際軍事裁判所憲章” 第5條 c項에는 이러한 規定이 없다. 실제로 1946년 4월 29일 極東國際軍事裁判所에 起訴된 犯罪中에는 日本이 日本領土에서 日本人에 對해 犯하여진 “人道에 反한 罪”는 包含되어 있지 않았으며 外國과 外國人에 對해 犯하여진 것만 包含되어 있다.³³⁾

네째로, 實際의 理由에 對한 迫害行爲(religious grounds for persecution)가 “人道에 反한 罪”를 構成하느냐에 關해 差異가 있다. 前者는 “政治的·人種的 또는 宗教的 理由에 依한 迫害行爲(persecutions on political, racial, or religious grounds)로 規定하고 있으나, 後者는 “政治的 또는 人種的 理由에 依한 迫害行爲”(persecution on political or racial grounds)로 規定하고 宗教的 理由에 依한 強迫行爲를 “人道에 反한 罪”에서 除外시키고 있다. 이는 後者의 起草者가 日本의 侵略과 戰爭에 依해서 大規模의 宗教的 迫害를 加한 바 없었던 것으로 본 것에 基因하는 것 같다.³⁴⁾

31) Schwelb, *op. cit.*, *supra* note 18, p. 215.

32) *Ibid.*

33) *Ibid.*, pp. 215-16.

34) *Ibid.*, p. 216.

(나) 極東國際軍事裁判所憲章과 國際軍事裁判所憲章의 日本에 대한 拘束力

1) 極東國際軍事裁判所憲章

第2次 大戰 末期 1943년 11월 27일 美國의 Franklin D. Roosevelt 大統領, 英國의 Winston S. Churchill 首相, 中國의 蔣介石總統이 카이로에서 會談하여 對日戰에 있어서의 勝利의 確信을 다짐하고, 將次 日本領土의 處理에 關한 政策을 協議·決定하고, 1943년 12월 1일 다음과 같이 宣言하였다.³⁵⁾

…以上의 目的을 가지고 3同盟國은 同盟諸國中 日本과 交戰中인 各國과 協助하여 日本의 無條件降伏(unconditional surrender)을 가져오에 必要한 重要하고도 長期的인 行動을 繼續할 것이다.³⁶⁾

上記 “카이로宣言”은 聯合國인 美國·英國·中國에 依한 一方的 宣言이며, 그 自體는 日本에 對해 法的 拘束力을 갖는 것이 아니었다.³⁷⁾ 따라서 同宣言에 依하여 日本에 無條件降伏을 해야 할 法的 義務를 지는 것이 아님은 물론이다.

“카이로宣言”이 있는 後 1945년 2월 26일 美國·英國·中國에 依한 “포츠담宣言”이 있었으며, 蘇聯은 同年 8월 8일 對日宣戰布告와 同時에 이에 加入하였다.³⁸⁾ 同宣言 第10項은 다음과 같이 表明하고 있다.

우리들은 日本人을 民族으로서 노예화하려 하고 또는 國民으로서 滅亡케 하려는 意圖는 없으나, 우리들의 捕虜를 虐待한 者를 包含하는 一의 戰爭犯罪人에 대하여서는 嚴重處罰을 加할 것이다(but stern justice shall be meted out to all war criminals, including those who have visited cruelties upon our prisoners).³⁹⁾

“카이로宣言”을 吸收한 “포츠담宣言”은 “카이로宣言”과 같이 聯合國에 依한 一方的 宣言에 不過하며 그 自體 日本에 對해 法的 拘束力을 갖는 것이 아니므로,⁴⁰⁾ 同宣言에 依해 聯合國이

35) Edward R. Steffanus, *Roosevelt and Russians: Yalta Conference*(New York:Doubleday, 1949) p. 71; Winston S. Churchill, *Closing the Ring* (Boston:Houghton Mifflin, 1951), p. 328.

36) United States, Department of State, *Foreign Relations of the United States:Conference at Cairo and Tahan, 1943*(Washington D. C.:U. S. Government Printing Office, 1961), pp. 399-404.

37) Shabtai Rosenne, “The Effect of Change of Sovereignty upon Municipal Law,” *B. Y. I. L.*, Vol. 27, 1950, p. 268, note 3.

38) United States, Department of State, *Foreign Relations of the United States:the Conference of Berlin, 1945, II* (Washington D. C.:U. S. Government Printing Office, 1960), pp. 1223ff.

39) United States Senate Committee on Foreign Relations, *A Decade of American Policy: Basic Documents, 1941-1949*(Washington D. C.:U. S. Government Printing Office, 1950), p. 50.

40) Kim, *op. cit.*, *supra* note 17, p. 7; Rosenne, *op. cit.*, *supra* note 36, p. 268; D. P. O’Connell, “The Status of Formosa and the Chinese Recognition Problem” *A. J. I. L.*, Vol. 50, 1956, pp. 406-407.

日本の戦争犯罪人を處罰한 法的 根據가 發生하는 것이 아님은 물론이다.

前述한 바와 같이 1945년 8월 15일 日本 天皇은 라디오 放送으로 聯合軍에게 降伏하였고, 1945년 9월 2일 이를 成文化한 “降伏文書”의 署名이 日本側 代表와 聯合國側代表(聯合軍最高司令官과 美國·英國·中國·蘇聯代表)에 의해 行하여 졌다.⁴¹⁾

同 “降伏文書”는 1945년 9월 25일의 “포츠담宣言”을 受諾한다고 다음과 같이 規定하고 있다.

1945년 7월 26일 포츠담에서 美國·英國·中國의 政府 首相에 의해 發表되고, 그후 蘇聯에 의해 支持된 宣言에 提示한 諸規定을 受諾한다.

우리는 以後 日本政府와 그 承繼者가 포츠담宣言의 規定을 誠實히 遂行할 것을 確約한다(We, ..., hercely accept the provisions set forth in the declaration issued by the heads of the Goveerment of the United States, China, and Great Britain on 26 July, 1945 at Potsdam, and subsequently adhered to by the Union of Soviet Socialist Republics... we herely undertake for the Emperor, the Japanese Government and their successors to carry out the Provisions of the Potsdam Declaration in good faith.)⁴²⁾

同 “降伏文書”는 그 法的 效果가 問題되기는 하나 戰勝國인 聯合國(美國·英國·中國·蘇聯)과 戰敗國인 日本間에 署名된 것으로 이는 日本의 同意에 依한 것이므로⁴³⁾ 日本에 대해 法的 拘束力을 갖는다. 따라서 “포츠담宣言” 그 自體가 日本에 대해 法的 拘束力을 갖는 것이 아니나, “降伏文書”를 통해 “降伏文書”의 內容으로서 日本에 대해 法的 拘束力을 갖는 것이다.

前述한 바와 같이 1946년 1월 19일 聯合軍最高司令官의 “一般命令 第1號”의 形式으로 公布된 “極東國際軍事裁判所憲章”이나 同年 4월 26일 “一般命令 第20號”로 修正된 “極東國際軍事裁判所憲章”은 上記 “降伏文書”에 依據 聯合軍最高司令官이 發布한 것으로 이는 日本에 대해 法的 拘束力을 갖는 것이다.⁴⁴⁾ 더욱이 1945년 12월 27일의 “모스크바 協定”(Moscow Agreement)은 聯合軍最高司令官에게 聯合國의 이름으로 “降伏文書”를 實行할 特別 權限을 賦與했으며,⁴⁵⁾ 聯合國 最高司令官은 美國大統領이 英國·中國·蘇聯의 同意와 承認을 얻어 任命한 것이므로⁴⁶⁾ “降伏文書”의 施行을 爲한 聯合軍最高司令官의 一般命令인 “極東國際軍事裁判所憲章”은 日本에 대해 法的 拘束力이 있음을 論議의 餘地가 없다.

41) *Supra* note. 7.

42) Jones, Borton and Pearn, *op. cit.*, *supra* note 16, p. 499.

43) D. P. O'Connell, "Legal Aspects of the Peace Treaty with Japan," *B. Y. I. L.*, Vol. 29, 1952, p. 425.

44) Schwelb, *op. cit.*, *supra* note 18, p. 214.

45) Morris Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*(Berkeley:University of California Press, 1959), p. 425, note 39.

46) *Ibid.*, note 37.

2) 國際軍事裁判所憲章

“國際軍事裁判所”는 “國際軍事裁判所憲章은 戰勝國의 任意的인 權限의 行사가 아니라... 同憲章이 制定될 當時에 存在한 國際法の 表現”(is not a arbitrary exercise of power on the part of the victorious nations, ...expression of international law existing at the time of its creation)이라고 判示했다.⁴⁷⁾ 또한 1946년 12월 11일 國際聯合 總會는 “뉴른베르크 國際軍事裁判所憲章에 依해 承認된 國際法の 原則 確認”(Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nurnberg Tribunal)이라는 決議를 滿場一致로 採擇했다.⁴⁸⁾

同 決議의 內容은 다음과 같다.

國際聯合憲章 第13條 第1項 A號에 規定된 任務로서 國際法の 漸進的인 發展 및 그의 法典化를 爲하여 研究를 始作할 것과 建議書로 作成할 것을 認定하고 따라서 1945년 8월 8일 런던에서 調印된 유럽區軸國家의 主要 戰爭犯罪人의 訴追와 處罰을 위한 國際軍事裁判所の 設立 및 그 附屬書인 國際軍事裁判所憲章에 關한 協定과 同年 1월 19일 東京에서 上記 協定の 原則을 極東에 있어서 主要 戰爭犯罪人을 裁判하기 위한 極東國際軍事裁判所 憲章이 採擇할 것이 宣言된데 대하여 注目을 한다. 그러므로 뉴른베르크 裁判所憲章과 그 判決에서 確認되었던 國際法 原則을 確認한다. 同 國際聯合總會의 決議로 하여금 人類의 平和와 安全에 對한 罪를 一般法典의 內容으로서 또는 國際法典의 內容으로서 뉴른베르크 裁判所憲章과 同 法院의 判決에서 確認된 諸 原則의 體系的 成文化를 基本的 重要計劃으로 取扱할 것을 指示한다.⁴⁹⁾

同 決議에 依해 “國際軍事裁判所憲章”의 內容은 “國際法の 原則”임이 再確認되었다. 同 決議가 “國際法の 原則”을 “確認”한데 意義가 있는 것이며, 이를 “成文化”하는 것은 第2次的 重要性 (secondary importance)을 가질 뿐인 것이다.⁵⁰⁾ 그리고 同 決議에 依한 確認에 依해 비로서 “國際軍事裁判所憲章”의 內容이 “國際法の 原則”으로 되는 것이 아니므로 同 決議는 이의 “成文化”에 關한 것이다.⁵¹⁾ 즉, 同 決議에 依據한 國際法委員會의 任務는 國際法の 原則으로서 “國際軍事裁判所憲章”에 表示된 原則을 表現하는 것이 아니라 單純히 이들 原則을 成文化(merely to formulate them)하는데 있는 것이다.⁵²⁾

47) Georg Schwarzenberger, *International Law: The Law of Armed Conflict*, Vol. 2(London:Stevens, 1968), p. 483.

48) United Nation, *Yearbook of the United Nations*, 1946-47(New York:Department of Public Information, 1947), p. 254.

49) United Nations, General Assembly Resolution 95(1)

50) L. Oppenheim, *International Law*, H. Lauterpacht(ed), Vol. 2, 7th ed. (London:Longmans, 1952), p. 582.

51) Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 47, p. 527.

52) D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 2nd ed. (London:Stevens, 1979), p. 582.

國際聯合總會의 決議는 國際聯合의 非加盟國에 對해서는 물론 加盟國에 對해서도 法的 拘束力이 있는 것이 아니며,⁵³⁾ 또 이는 法的 存在與否 그 自體를 變形시킬 수 없다.⁵⁴⁾ 그러나 總會의 決議가 加盟國의 全員一致로 採擇된 境遇 贊成票을 던진 加盟國은 信義誠實의 原則으로 부터 오는 禁反言의 原則에 따라 終次 同 決議와 다른 立場을 取할 수 없는 것이며, 同 決議가 있는 後 國際聯合에 加入하는 加盟國에 對해서는 加入 時 國際聯合憲章上의 義務를 充分히 알고 이를 受諾하고 加入했으므로 이러한 決議의 拘束力이 미치지 된다.⁵⁵⁾ 그러므로 同 決議는 모두 國際聯合의 加盟國에 對해 拘束力을 갖는 것이라고 할 수 있다.

“國際軍事裁判所憲章”이 그 當時 存在한 國際慣習法의 表現이라는 것은 “存在하는 國際慣習法의 單純한 宣言”(was merely declaration of existing international customary law),⁵⁶⁾ “存在하는 國際法의 表現”(expression of existing international law),⁵⁷⁾ “一次的으로 承認된 戰爭法의 原則”(generally recognized principles of war-law),⁵⁸⁾ “國家間에 一般的으로 受諾된 國際慣習法의 地位”(generally accepted among states, have the status of customary international law),⁵⁹⁾ “國際法의 證據”(evidence of international law),⁶⁰⁾ “國際慣習法의 宣言”(declaratory of customary international law),⁶¹⁾ “國際法의 原則”(principles of international law),⁶²⁾ “慣習國際法”(customary law of nations),⁶³⁾ 등 여러가지로 表示되고 있다.

1946년 12월 11일의 國際聯合總會의 決議를 再確認하는 國際聯合總會의 決議가 1947년 1월 2일의 決議,⁶⁴⁾ 1966년 12월 6일의 決議,⁶⁵⁾ 1966년 12월 16일의 決議,⁶⁶⁾ 1966년 12월의 決議 등에 依해 反復되어 왔다.

53) Jorge Castaneda, *Legal Effects of United Nations Resolutions* (New York: Columbia University Press, 1969), pp. 4-5, 15-16;

54) Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 47, p. 527.

55) *Ibid.*, pp. 527-28.

56) *Ibid.*, p. 498.

57) Woetzel, *op. cit.*, *supra* note 19, p. 230.

58) Stone, *op. cit.*, *supra* note 29, p. 375.

59) Harris, *op. cit.*, *supra* note 62, p. 581.

60) Oppenheim, *op. cit.*, *supra* note 50, p. 582.

61) R. R. B., "The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction over War Crimes," *B. Y. I. L.*, Vol. 28, 1951, p. 386.

62) J. G. Starke, *An Introduction to International Law*, 9th ed. (London: Butterworth, 1984), p. 60; Mark W. Janis "Do Laws Regulate Nuclear Weapon?" in Istran Pogany (ed.) *Nuclear Weapon and International Law* (New York: St. Martin's Press, 1987), p. 37.

63) Oscar Svarlien, *An Introduction to the Law of Nations* (New York: Macgrew-Hill, 1955), p. 413.

64) United Nations, General Assembly Resolution 177(II)

65) United Nations, General Assembly Resolution 2202(XXI)

66) United Nations, General Assembly Resolution 2184(XXI)

또한 1968년 11월 26일 國際聯合總會는 “戰爭犯罪人과 人道에 反한 罪에 關한 時效不適用에 關한 協約”(Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Against Humanity)을 採擇하는 決議를⁶⁷⁾ 採擇했다.

요컨대 “國際軍事裁判所憲章”은 그 當時 存在한 國際慣習法을 成文化한 것으로 國際慣習法으로서 日本에 대해서는 물론이고 모든 國家에 對해서 法的 拘束力을 가진 것이다.

(다) 極東國際軍事裁判所·國際軍事裁判所憲章과 挺身隊의 設置·運營

1) 人道에 反한 罪의 行爲

“極東國際軍事裁判所憲章” 第5條 C項과 “國際軍事裁判所憲章” 第6條 C項은 “人道에 反한 罪”을 “戰爭前 또는 戰爭中에 行한…奴隸의 酷使, …其他의 非人道的 行爲”을 規定하고 있다. 日本의 國家機關인 天皇·陸軍大臣·各級 軍指揮官 등이 挺身隊을 設置·運營한 行爲와 將兵이 慰安을 要求한 行爲는 “奴隸의 酷使” 또는 其他의 “非人道的 行爲”에 該當하지만 天皇·首相·陸軍大臣 등의 挺身隊의 設置·運營行爲인 挺身隊의 設置를 위한 勅令의 制定이나 許可行爲는 이에 該當되지 아니한다고 보면, 이들 行爲는 “共同計劃 또는 共同謀議의 立案 또는 實行에 參加한 指導者, 組織者, 教唆者 및 共犯者는 그러한 計劃을 遂行上 行하게 될 一切의 行爲”에 該當되어 역시 “人道에 反한 罪”을 構成하게 된다.

2) 人道에 反한 罪의 對象

“國際軍事裁判所憲章” 第6條 C項은 “人道에 反한 罪”의 對象을 “어떠한 民間住民에 對한”(against any civilian population)것으로 規定하고 있다. 즉, 노예적 虐殺 其他 非人道的 行爲는 敵國民이나 占領地의 住民에 對한 것에 限하는 것이 아니라 “모든 民間住民”에 對한 것으로 規定하고 있다. 따라서 聯合國의 敵國이 自國民에 對해 犯한 非人道的 行爲도 “人道에 反한 罪”을 構成한다.⁶⁸⁾ 國籍이 剝奪된 者에 대해서도 “人道에 反한 罪”가 成立함은 물론이다.⁶⁹⁾

이와 같이 自國民을 對象으로 하는 犯行이 “人道에 反한 罪”를 構成한다는 것은 *United States v. Altstoelter et al*(1947) *United States v. Ohlendorf et al*(1948), *United States v. Nitch et al*(1947)事件의 判決에서 實際上 確認되었다.⁷⁰⁾ 따라서 挺身隊員은 “國際軍事裁判所憲章” 第16條 C項의 日本이나 韓國이라는 問題되지 아니한다. 그러나 前述한 바와 같이 “極東國際軍事裁判所憲章” 第5條 C項에는 “國際軍事裁判所憲章” 第6條 C項과 달리 “어떠한 民間住民에 對한”이라는 規定이 削除되어 있으므로 日本이 日本國民을 對象으로 한 犯行은 “人道에 反한 罪”를 構成한다고

67) United Nations, General Assembly Resolution 2391(X X II)

68) R. R. B., *op. cit.*, *supra* note 61, p. 391; Schwelb, *op. cit.*, *supra* note 18, p. 179.

69) Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 47, 47. 497.

70) R. R. B. *op. cit.*, *supra* note 61, p. 391, note 5.

보기 어렵다. 그러므로挺身隊員이 그 當時 日本의 國籍을 가졌느냐 아니냐는 “國際軍事裁判所憲章”의 境遇와는 달리 “樞東軍事裁判所憲章”에서는 重要な 問題로 된다. 즉 그들이 日本의 國籍을 가진 것이라면 그들에 대한 犯行은 “人道에 反한 罪”를 構成하지 아니하는 것이며 그들이 韓國의 國籍을 가진 것이라면 이를 構成하는 것으로 된다. 1905년·1907년·1910년의 日本에 依한 對韓侵略條約이 無效이고 따라서 이들 侵略條約에 依해 韓國이 消滅한 것이 아니므로⁷¹⁾ 當時 挺身隊員은 韓國의 國籍을 가진 것이므로 이들에 對한 犯行은 “人道에 反한 罪”를 構成한다.

3) 人道에 反한 罪의 時期

“樞東國際軍事裁判所憲章” 第5條 C項과 “國際軍事裁判所憲章” 第6條 C項은 “人道에 反한 罪”를 犯할 수 있는 時期는 모두 “戰前 또는 戰爭中”(before or during the war)으로 規定하고 있다. 따라서 “人道에 反한 罪”는 戰時에는 물론이고 平時에도 犯하여 질 수 있다.⁷²⁾ 그러므로 日本이 挺身隊를 設置·運營한 行爲는 그 當時가 戰時이나 平時이나를 不問하고 特히 日本과 韓國이 戰爭狀態에 있었느냐 아니냐를 不問하고 “人道에 反한 罪”를 構成한다.

(2) 陸戰協約

(가) 陸戰協約의 採擇

19世紀 後半에서 第1次大戰 前에 이르는 期間동안 許多한 戰爭法規가 條約化되게 되었다. 1899년의 “第1次 헤이그平和會議”에서 軍備縮小問題의 解決은 失敗로 歸하고 말았으나 많은 戰爭法規가 成文條約化되었다.⁷³⁾ 1907년에 開催된 第2次 헤이그平和會議에서 많은 條約이 採擇되었다. 그 중 第4號 協約은 “陸戰法規慣例에 關한 協約”(Hague Convention with Respect to the Laws and Usage of War on Land)(以下 “陸戰協約”이라 부르기로 한다)이다.⁷⁴⁾

同 協約 前文은 締結國은 人類의 福利와 文明의 要求에 따라야 한다고 다음과 같이 規定하고 있다.

이러한 非常의 境遇에 있어서도 人類의 福利와 끊임없이 前進하는 文明의 要求에 副應할 것을 希望하여(animated by the desire to serve, even in this extreme hypothesis, the interests of humanity and the ever-increasing requirements of civilization).⁷⁵⁾

71) 1965년의 “韓日基本關係에 關한 條約” 第2條; Kim, *op. cit.*, *supra* note 17, pp. 9-10.

72) Schwelb, *op. cit.*, *supra* note 18, p. 179; Schwarzenbrger, *op. cit.*, *supra* note 47, pp. 496-97.

73) Greenspan, *op. cit.*, *supra* note 45, pp. 4-5; Starke, *op. cit.*, *supra* note 62, p. 526; G. I. A. D. Drag, “Rules Governing the Conduct of Hostilities—The Law of War and Thier Enforcement,” *International Law Studies*, U. S. Naval War College, Vol. 62, 1980, pp. 247ff.

74) Starke, *op. cit.*, *supra* note 62, p. 531.

75) Thomas Barclay, *Law and Usage of War* (Boston: Houghton Mifflin, 1914), p. 148.

또한 同協約 前文은 締約國은 文明國간에 存在하는 慣行, 人道의 法則 및 公共良心의 要求로 부터 오는 國際法의 原則을 遵守하여야 한다고 다음과 같이 規定하고 있다.

條約國은 그 採擇한 規定에 包含되지 아니한 境遇에 있어서도 住民 및 交戰者가 文明國間에 樹立된 慣行으로 부터, 그리고 人道의 法則 및 公共良心의 要求로 부터 오는 國際法原則의 保護 및 支配下에 있음을 宣言하는 것이 適當하다고 생각한다.(populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience)⁷⁶⁾

이 規定은 戰爭法의 必須의 目的(essential purpose)을 明示한 것이며,⁷⁷⁾ 이 規定에 따라 交戰者는 同 協約에 規定되지 아니한 境遇에도 完全한 自由를 갖는 것은 아니며(do not keep full freedom of action),⁷⁸⁾ 規定된 “人道의 法과 公共良心의 要求”를 違反한 것은 深대한 犯罪(deepest offenses)를 構成하게 된다.⁷⁹⁾ 이 規定에 依해 住民과 交戰者는 國際法의 原則에 保護下에 있게 되며,⁸⁰⁾ 이 規定으로 부터 “人道에 反한 罪”가 되었다.⁸¹⁾

(나) 陸戰協約의 日本에 대한 拘束力

日本은 1911년 12월 13일에 “陸戰協約”에 加入하여 同 協約의 當事者가 되었으므로,⁸²⁾ 同 協約은 條約으로서 日本에 대한 法的 拘束力을 갖는다. 만일 日本이 “陸戰協約”에 加入하지 아니했다 할지라도 “陸戰協約”의 內容이 國際慣習法으로서 日本에 대해 拘束力을 갖는 것이며, 따라서 “陸戰協約” 第2條에 規定된 “總加入條項”(general participation clause)은 無意味한 것이다.

條約은 締結當事者만을 拘束한다는 것은 國際法上 原則이다. 그러나 條約의 內容이 條約締結後에 國際慣習法化될 境遇 또는 既存의 國際慣習法을 條約이 成文化할 境遇에는 그 條約은 條約의 締結當事者의 範圍를 넘어 第3者에게도 效力이 미치게 된다. 물론 이는 協約 그 自體의 效力이 當事者의 範圍를 넘어 第3者에게 미치는 것이 아니라, 第3者는 國際慣習法의 拘束力을 받

76) *Ibid.*

77) H. Lauterpacht, “The Problem of the Revision of the Law of War,” *B. Y. I. L.*, Vol. 29, 1952, pp. 363-64.

78) K. Skubiszewski, “Use of Force by State, Collective Security, Law of War and Neutrality,” in Max Sørensen(ed.), *Manual of Public International Law*(London; Macmillan, 1968), p. 800.

79) Greenspan, *op. cit.*, *supra* note 45, p. 437, note p. 3.

80) *Ibid.*

81) Schwelb, *op. cit.*, *supra* note 18, p. 180; Svavlien, *op. cit.*, *supra* note 63, p. 411; Greenspan, *op. cit.*, *supra* note 45, p. 437.

82) Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 47, p. 788.

는데 不遇한 것이다. 이러한 條約의 代表者인 例가 바로 1907년의 “헤이그協約”이다.

1946년 뉴렌베르크 國際軍事裁判所는 헤이그協約에 關해 “...이 協約에 規定된 이들 諸規則은 1939년까지 모든 文明國에 依해 承認되었으며, 이는 戰爭法과 慣習의 宣言으로 看做된다”고⁸³⁾ 判示했으며, 이와 같은 立場은 1948년 東京 國際軍事裁判所에서는 同一하게 反復되었다. 즉 “... 協約은 어떤 주어진 狀況下에서 適用될 慣習法을 決定하는데 있어서 다른 모든 可容할 수 있는 證據와 같이 裁判所에 依해 慣習國際法의 重要한 證據로 남아있다”⁸⁴⁾ 이와 같은 理由에서 뉴렌베르크 國際軍事裁判所는 비록 체코슬로바키아가 1907년의 “陸戰協約”의 締結當事者가 아니었으나 同 “陸戰協約”은 그에게 適用될 수 있다고 判示했다.⁸⁵⁾ “陸戰協約”은 國際慣習法이라는 判例는 “German High Command Trial”에서도 “1907년의 陸戰規則과 1929년의 捕虜에 關한 제네바協約은 實質적으로 世界 文明諸國에 依해 受諾된 國際法의 表現이다”는⁸⁶⁾ 立場이 取해졌고, 또 1948년 “Krupp Trial”에서도 同一한 見解가 設示되었다.⁸⁷⁾ 따라서 뉴렌베르크 國際軍事裁判所는 先決問題로서 “總加入條項”의 問題를 決定할 必要가 없었다.⁸⁸⁾

The Notive Case(1915)에서, 그리고 The Blonde and Shipps Case(1922)에서 英國 法院은 總加入條項의 適用을 排除했다.⁸⁹⁾

美國의 “陸戰法”(The Law of Land Warfare)은 “헤이그協約(IV)은 戰爭慣習의 宣言으로 모든 國家가 當事者이다”⁹⁰⁾라고 規定하고 있으며, 英國의 “陸戰法”(The Law of War on Land)에도 “헤이그規則과 陸戰의 慣習法則(customary rules of Warfare)은 國際法 性格을 가진 어떤 武力衝突에도 適用될 수 있다”⁹¹⁾라고 明示되어 있다.

1945년 2월 獨逸이 戰爭法에 關한 몇몇 國際協約을 廢棄할 때 “獨逸軍國際作戰參謀團”(International Bureau of Operational Staff of German Armed Forces)의 第1級 秘密報告에 依하면 다음과 같이 記述되어 있다.

83) International Military Tribunal sitting at Nuremberg, *The Trial of German Major War Criminals*(London:Her Majesty's Stationery Office, 1946), p. 65.

84) United Nations War Crime Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 15(London:Her Majesty's Stationery Office, 1949), p. 13.

85) Great Britain, The War Office, *The Manual of Military Law, Part III, The Law of War on Land*(London: Her Majesty's Stationery Office, 1958), p. 4, para. 6.

86) United Nations War Commission, *op. cit.*, *supra* note 4, vol. 20, pp. 86-87.

87) *Ibid.*, Vol. 10, 1949, p. 133.

88) L. C Green, *International Law Through the Cases*, 3rd ed.(London:Stevens, 1970), p. 726.

89) N. Singh, *Nuclear Weapons and International Law*(London:Stevens, 1959), p. 56.

90) United States, Department of the Army, *The Law of Land Warfare*(Washington:Government Printing Office, 1956), p. 6, para. 6.

91) Great Britain, The War Office, *op. cit.*, *supra* note 5, p. 5, para. 7.

今世紀의 戰爭에 있어서 諸國의 慣行에 依하여 一方的으로 廢棄할 수 없는 “國際慣習”(international law of usage)이 存在한다. 이는 戰爭의 人道的 行爲의 最近 原則을 包含한다. 이들은 成文化되어 있지 않다. 따라서 獨逸이 戰爭法에 關한 協約을 廢棄하여도 결코 戰爭法의 基本的 義務로 부터 自由될 수 없다.⁹²⁾

이와 같이 “陸戰協約” 특히 “陸戰規則”이 國際慣習法이라는 主張은 多數의 學者에⁹³⁾ 依해 支持를 받고 있다.

요컨대 1907년의 “陸戰協約”은 國際慣習法으로서 同 協約의 締結當事者가 아닌 國際法의 主體를 拘束한다. 그것은 條約이 締結當事者 以外の 第3者에게 效力이 미치는 境遇가 아니다. 國際慣習法의 效力이 모든 國際法의 主體에 미치는 境遇이다. “陸戰協約”이 그 前文에서 “戰爭의 一般法과 慣習을 改正하기 爲하여……” 同 協約이 試圖될 것이라고 明示하고 있는 바와 같이 “陸戰協約”에 表示된 戰爭規則은 그것이 締結된 當時에 存在하는 國際法을 上回하는 것을 明文化한 것임에 틀림 없다.⁹⁴⁾ 따라서 1939년까지 同 協約에 規定된 이들 規則은 모든 文明國에 依해 承認된 國際慣習法으로 承認된 것이다.⁹⁵⁾

(다) 陸戰協約과 挺身隊의 設置·運營

1) 文明의 要求, 國際法原則에 反한 行爲

日本의 國家機關인 天皇·首相·陸軍大臣·各級 軍指揮官 등의 挺身隊을 設置·運營한 行爲와 將兵의 慰安을 要求한 行爲는 “陸戰協約” 前文에 規定된 “人類의 福利”와 “文明의 要求”에 反하는 行爲이며, 또한 “文明國間에 樹立된 慣行”과 “人道的 法則 및 公共良心의 要求”로 부터 오는

92) United State Chief of Counsel for the Prosecution of Axis Criminality, *Nazi Conspiracy and Aggression, Supplement*(Washington:Government Printing Office, 1946), p. 859.

93) H. S. Sevie, “Maltreatment of Prisoners of War in Vietnam,” in Richard A. Falk(ed.), *The Vietnam War and International Law*, Vol 2(New York:Princeton, 1969), pp. 373-74; Micheal. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*(London:George Allen, 1970), p. 324; W. R. Harris, *Tyranny on Trial, The Evidence at Nuremberg* (Dallas:Southern Methodist University Press, 1954), pp. 504-506; M. S. Modougal and F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order* (London:Yale University Press, 1961), pp. 540-42; D. W. Bowett, *United Nations Forces*(New York:Praeger, 1964), p. 507; Gerard. J. Mangone, *The Element of International Law, Casebook* (Illinois:The Dorsey Press, 1963), p. 355; Greenspan, *op. cit.*, *supra* note 45, p. 5-6, 532; Kelsen, *op. cit.*, *supra* note 1, p. 99; Oppenheim, *op. cit.*, *supra* note 50, pp. 234-35; O’Commell, *op. cit.*, *supra* note 2, pp. 234-25; Schwarzenberger, *op. cit.*, *supra* note 47 p. 680; Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*(London:Stevens, 1959), pp. 55-58.

94) L. C. Green, *International Law Through the Case*, 3rd ed. (London:Stevens, 1970), p. 726.

95) *Ibid.*

“國際法原則에 反한 行爲”로서 이는 “陸戰協約”을 違反한 行爲 이든 바 “深대한 犯罪”로⁹⁶⁾ 된 이 明白하다.

2) 文明의 要求, 國際法原則에 反한 行爲의 對象

“陸戰協約” 前文에 規定된 “人類의 福利”와 “文明의 要求”에 反하는 行爲의 對象과 “文明國間에 樹立된 慣行”과 “人道의 法則 및 公共良心의 要求”로 부터 오는 “國際法原則에 反한 行爲”는 敵國民, 中立國民과 自國民 모두를 對象으로 하는 것인가, 그리고 交戰者와 住民 모두를 對象으로 하는 것인가를 考察해 보기로 한다.

먼저 “人類의 福利”와 “文明의 要求”에 反하는 行爲의 對象을 보면, 이들 規定 앞에 이 行爲의 對象을 限定하는 아무런 規定이 없을 뿐만 아니라 “人類”(Humanity)의 福利라고 表示한 것으로 보아 그 對象은 全人類 즉 모든 사람인 것이다. 따라서 敵國民과 中立國民 뿐만 아니라 自國民까지도 이들 行爲에 包含되는 것으로 解釋된다.

다음으로 “文明國間의 樹立된 慣行”과 “人道의 法則 및 公共良心의 要求”로 부터 오는 “國際法原則에 反하는 行爲”의 對象을 보기로 한다. “文明國間의 樹立된 慣行”과 “人道의 法則 및 公共良心의 要求”로 부터 오는 “國際法原則에 反하는 行爲” 등의 規定앞에 “住民 및 交戰者”(populations and belligerents)라는 表現이 있다. 즉, 이들 行爲의 對象을 “住民과 交戰者”로 規定하고 있다. 이 “住民과 交戰者” 앞에 이를 限定하는 아무런 規定도 없고, 同 前文의 規定의 前段에 “文明이 없음을 理由로 規定되지 아니한 모든 境遇를 軍隊指揮官의 專斷에 맡기는 것은 또한 締約國의 意思가 아니다”라는 規定의 趣旨로 미루어 보아 여기의 “住民과 交戰者”(inhabitants and occupants)에는 敵國民과 中立國民 뿐만 아니라 自國民도 包含되는 것으로 解釋된다. 그리고 前文에 規定된 “住民과 占領者”로 表示되어 있다면,⁹⁷⁾ 여기의 住民은 占領地域의 住民만을 뜻하는 것이라고 볼 수도 있으나, 前文이 “住民과 交戰者”(populations and belligerents)로 表示하고 있으므로 여기의 “住民”은 交戰者에 對立되는 概念인 住民 즉, “平和的 人民” 모두를 뜻하는 것으로 보아야 하며, 또 一般적으로 “住民”이란 用語는 交戰者에 對立되는 모든 住民을 意味하는 것으로 使用된다.⁹⁸⁾ 따라서 同 前文상의 “住民”은 “民間人保護에 관한 제네바協約” 第13條 내지 第16條의 住民과 같이 모든 平和的 人民을 意味하는 것이다. 그러므로 交戰當事國에 居住하는 中立國民도 이에 包含된다.⁹⁹⁾

요컨대, 挺身隊構成員은 “人類의 福利”와 “文明의 要求”에 反하는 行爲의 對象인 모든 人類에 該當되며, “文明國間에 樹立된 慣行”과 “人道의 法則 및 公共良心의 要求”로 부터 오는 “國際法原則에 反하는 行爲”의 對象인 모든 “住民”에 該當된다. 따라서 挺身隊構成員이 그 當時 日本의

96) *Supra* note 79.

97) 예컨대 “陸戰規則” 第44條.

98) Greenspan, *op. cit.*, *supra* note 45, p. 53.

99) Cf. United State, Department of the Army, *op. cit.*, *supra* note 11, para 252.

國籍을 가진나 韓國의 國籍을 가진나를 不問하고¹⁰⁰⁾ 韓國人 挺身隊構成員에 對한 行爲를 “國際法原則에 反한 罪” 즉 이른바 “深대한 犯罪”을 構成하게 된다.

3) 文明의 要求, 國際法原則에 反한 行爲의 時期

“陸戰協約”은 戰時에 適用되며 平時에는 適用되지 아니한다. 따라서 “陸戰協約”이 規定하고 있는 “人類의 福利”와 “文明의 要求”에 反하는 行爲, “文明國間에 樹立된 慣行”과 “人道의 法則 및 公共良心의 要求”로 부터 오는 “國際法の 原則에 反하는 行爲” 등은 戰時에 犯하여 진 境遇에 限하여 “陸戰協約”의 違反으로 된다.

위에서 考察해 본 바와 같이 “人類의 福利”와 “文明의 要求”에 反하는 行爲, “文明國間의 樹立된 慣行”과 “人道의 法則 및 公共良心의 要求”로 부터 오는 “國際法の 原則에 反하는 行爲” 등의 對象은 敵國民과 中立國民間에 限하지 않고 自國民도 包含한다.

그러므로 上記 “陸戰協約”의 違反行爲가 敵國民을 對象으로 하는 境遇는 그 敵國과 戰爭狀態에 있을 境遇에 限해 戰時에 該當되나, 中立國民 또는 自國民을 對象으로 하는 境遇는 어떠한 1 個 國家와 戰爭狀態에 있는 境遇도 戰時에 該當되게 된다.

日本의 國家機關이 挺身隊를 設置·運營한 行爲와 將兵이 慰安을 要求한 行爲에 關聯하여 보건대 1905년의 “乙巳保護條約”, 1907년의 “丁未 7條約”, 1910년의 “韓日合邦條約” 등 日本에 依한 對韓侵略條約이 有效하다면, 韓國人은 日本國籍을 가진 것으로 日本의 立場에서 보아 自國民이다. 따라서 日本이 어떠한 國家와 戰爭狀態에 있어도 “戰時”로 된다. 上記 日本의 對韓侵略條約이 無效라고 보면 韓國人은 日本國籍을 가진 것이 아니므로 日本의 立場에서 보아 自國民이 아니다.

따라서 日本이 韓國 以外의 어떠한 國家와 戰爭狀態에 있어도 韓國人은 中立國民으로 되고 期間은 여기서 말하는 “戰時”가 된다.

요컨대, 日本의 國家機關이 挺身隊를 設置·運營한 行爲와 將兵이 慰安을 要求한 行爲는 日本이 어떤 1 個 國家와 戰爭狀態에 있었을 때 부터 上記 “陸戰協約”이 適用되게 된다.¹⁰¹⁾

V. 日本의 國內法上 國家責任의 成立

1. 國內法上 國家責任의 意義

“國際法上 國家責任”에 관해서는 上述한 바와 같다. 그러면 日本은 “國內法上 國家責任”이 있

100) 즉 1905년, 1907년, 1910년의 日本의 對韓侵略條約이 無效이나 有效이나에 관계없이 “陸戰協約”을 違反한 것으로 된다.

101) 이 點에서 “人道에 反한 罪”와 “深대한 犯罪”는 區別된다. 前者는 戰時·平時를 不問하고 成立되나 後者는 戰時에 限해 適用된다. 물론 여기서 말하는 戰時는 어떠한 國家와 戰爭 狀態에 있으면 足한 意味의 戰時이다.

는가를 檢討해 보기로 한다.

여기 “國內法上 國家責任”이란 日本의 國家機關이 日本의 國內法에 依據하여 挺身隊를 設置·運營한 行爲에 依해 被害를 입은 個人이 日本에 대해 日本法院에 損害賠償을 請求할 境遇 日本이 이에 대해 日本의 國內法上 賠償責任을 말한다. 損害賠償에는 民事上 損害賠償과 行政上 損害賠償이 있겠으나 挺身隊의 設置·運營은 行政行爲에 依한 것이므로 民事上 損害賠償은 여기서 除外된다. 私人으로서의 韓國이 日本에 대해 損害賠償을 請求할 수 있는지의 問題는¹⁾ 여기서 除外한다. 또한 韓國法院에 日本을 被告로 損害賠償을 請求하는 問題도²⁾ 여기서 論外로 한다.

2. 國內法上 國家責任의 成立要件

國內法上 日本의 國家責任이 成立하기 爲해서는 다음과 같은 要件을 具備하여야 한다.

가. 被害者의 國籍

被害者는 日本의 國籍을 가졌거나 外國의 國籍을 가졌거나를 不問하고 行政上 日本의 不法行爲가 成立할 수 있다. 따라서 挺身隊隊員이 實際上 韓國人인 境遇 그가 日本國籍者이나 韓國國籍者이나의 區別은 問題되지 아니한다.

따라서 1905년·1907년·1910년의 日本의 對韓侵略條約이 有效이나 無效이나의 問題는 被害者에 關한 要件으로서는 無關한 것이다. 다만 위의 對韓侵略條約이 無效이므로 韓國挺身隊隊員이 日本人이 아니라 韓國人 즉, 外國人으로 취급될 境遇 行政上 損害賠償의 相互主義에³⁾ 依한 制限을 받을 수 있을 뿐이다.

나. 國家機關의 行爲

上述한 國際法上 國家責任에서 본 바와 같이 挺身隊를 設置·運營한 것은 日王·首相·陸軍大臣·各級 軍指揮官 등으로 그들은 日本의 國家機關이었다. 다만 行政上 損害賠償은 “行政行爲”에 對해서만 問題되므로 “女子挺身勤勞令”이라는 勅令을 發한 立法行爲를 한 國家機關인 日王은 여기의 國家機關에서 除外된다.

다. 職務上의 行爲

日本의 國家機關인 日王의 “女子挺身勤勞令”이라는 “勅令의 制定”行爲, 首相·陸軍大臣의 挺身

1) 이 問題는 民事上 損害賠償이든 行政上 損害賠償이든 “主權免除”에 關한 것이다.

2) 이 問題도 “主權免除”에 關한 것이다.

3) 大韓民國이 國家賠償法도 相互主義에 의하고 있으므로 實際上 相互主義에 의한 制限은 없는 것으로 된다.

隊設置에 대한 “許可”行爲, 各級 軍指揮官의 “統制·監督”行爲등은 모두 日本 國家機關의 職務上의 行爲이다. 그리고 日王의 “女子挺身勤勞令”의 制定行爲는 日本 舊憲法 第9條에 根據한 그의 權限內의 行爲이며, 首相·陸軍大臣등의 許可行爲와 各級 軍指揮官의 統制·監督行爲는 “女子挺身勤勞令”에 根據한 그들의 權限內의 行爲이다. 國際法上 國家責任은 國家機關의 權限內의 行爲이든 權限外의 行爲이든 不問하나,⁴⁾ 國內法上 責任을 묻기 위해서는 權限內의 行爲임을 要한다.

라. 國內法の 違反

日王은 日本 舊憲法 第9條에 根據하여 “女子挺身勤勞令”을 制定·公布한 것이므로 이 勅令의 制定은 일용 合法的인 것으로 보아야 하며 首相·陸軍大臣의 許可行爲 및 各級 軍指揮官의 統制·監督行爲는 모두 勅令인 “女子挺身勤勞令”에 各各 根據한 것이므로 이들 行政行爲는 日本의 國內法上 適法한 行爲이라고 할 수 있다. 따라서 挺身隊를 設置·運營한 日本의 國家機關의 行爲는 모두 國內法上 適法한 것이므로 이들 行爲에 依해 行政上損失補償의 要件이 成立될 수 있는 것은 別論으로 하고 不法行爲로 因한 行政上損害賠償의 要件은 成立될 수 없다. 國際法上 國家責任이 成立하기 爲해서는 國家機關의 行爲가 國際法 違反임을 要하며 國內法上 適法임은 免責의 理由가 되지 아니하나,⁵⁾ 國內法上 國家責任이 成立하기 爲해서는 그 行爲가 國內法上 違法한 것임을 要한다.

만일 1905年·1907年·1910年の 日本의 對韓侵略條約이 無效이므로 上記 “女子挺身勤勞令”이 韓國에 대해 無效이고, 따라서 이에 依據한 挺身隊의 設置·運營에 關한 行政行爲가 모두 無效인 勅令에 依據한 行政上 즉, 法的 根據 없는 行政行爲로 되어 그것이 違法한 行政行爲로 됨에 따라 行政上 不法行爲에 依한 行政上 損害賠償의 要件이 成立될 수 있다. 설혹 日本 國家機關인 挺身隊를 設置·運營한 行爲가 日本의 國內法上 違法한 것이어서 이들 行爲에 依한 行政上 不法行爲를 原則으로 한 損害賠償請求權이 成立한다 할지라도 1945年 以後 오늘날까지 50年이 經過하여 이들 請求權은 消滅時效로 消滅한 것으로 된다. 설혹 “時效의 停止”를 主張할 수 있다 할지라도 그 停止期間은 挺身隊問題가 輿論化되기 까지로 보아야 할 것이고 그것이 輿論化된 後 相當期間이 經過했으므로 역시 消滅時效는 完成된 것으로 볼 수 밖에 없다고 본다.

4) Eduardo Jimenez de Arechaga, “International Responsibility”, in Max Sørensen(ed.), *Manual of Public International Law*(London:Macmillan, 1981), p. 548; Theodor Meron, “International Responsibility of States for Unauthorized Act of their Officials,” *B. Y. I. L.*, Vol. 23, 1957, pp. 93-114; Ian Brownlie, *Public International Law*, 3rd ed. (Oxford:Clarendon, 1979), p. 449.

5) Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Robert W. Tucker(ed.), 2nd ed. (New York:Holt, 1967), pp. 568-69; Brownlie, *op. cit.*, *supra* note 4, p. 36; Arechaga, *op. cit.*, *supra* note 4, p. 552; Rebecca M. Wallace, *International Law*(London, Sweet and Maxwell, 1986), p. 33; P. C. I. J., Rep. Ser. A/B, No. 42, 1932(Treatment of Polish Nationals)p.24; P. C. I. J., Rep Ser. B, No. 40, 1925(Exchange of Greek and Turkish Populations), p. 20.

3. 適用法律

韓國人挺身隊構成員의 國籍을 韓國으로 보고, 그가 日本을 被告로 行政法上 國家賠償이 아니라 民法上 不法行爲로 인한 損害賠償을 請求할 境遇 이 法律關係는 “涉外的 私法關係”로 되어 이 法律關係에 適用되는 準據法은 日本의 涉外私法인 “法例”의 規定에⁶⁾ 따라 不法行爲地法이 되게 한다. 行政法上 國家賠償으로 보아도 國家賠償法은 民法의 特別法의 性格을 갖는 것이므로 이는 “涉外的 私法關係”로 취급되어 民法上 不法行爲의 경우와 같이 國際私法인 “法制”의 적용을 받게 된다.

不法行爲의 準據法은 不法行爲地法(law of the place of wrong)이라는 것이 一般的으로 採擇된 立法例이다.⁷⁾ 요컨대, 日本의 “法制”의 規定에 따라 不法行爲地法을 適用하게 된다.

VI. 日本의 國家責任의 解除

1. 國家責任의 解除要件

國際法上 國家責任의 成立條件은 上述한 바와 같다. 國家責任의 成立要件을 充足한 境遇라 할지라도 個人이 입은 被害에 대해 國家責任의 解除를 國家에게 要求하기 위해서는 다음같은 두 개의 또다른 要件이 具備되어야 한다.

가. 國內的 救濟節次의 先行

國際責任을 지는 國家에 대해 被害國이 즉, 責任의 解除를 要求할 수 있기 위해서는 먼저 被害를 입은 個人이 國際責任을 지는 國家의 國內的 救濟節次를 取한 後가 아니면 그 國家에 대해 責任의 解除를 要求할 수가 없다.

이를 “國內的 救濟의 原則” 또는 “地方的 救濟의 原則”(local remedy rule)이라고 한다.⁸⁾ 外交

6) “法例”제11조.

7) Russell J. Weintraub, *Commentary on the Conflict of Law*(New York: The Foundation Press, 1971), p. 200; Albert A. Ehrenzweig, *Conflicts in a Nutshell*, 3rd ed. (St. Paul: West, 1971), pp. 213-21.

8) Algot Bagge, “International on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders,” *B. Y. I. L.*, Vol. 34, 1958, pp. 165-69; David R. Mammery, “The content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies,” *A. J. I. L.*, Vol. 58, 1964, pp. 389-396; Stephen M. Schwabel and J. Gillis Wetter, “Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies,” *A. J. I. L.*, Vol. 60, 1966, pp. 484-501; Gerhard von Glahn, *Law Among Nations*, 4th ed. (New York: Macmillan, 1981), pp. 234-35; A. O. Adelde, “A Survey of Treaty Provisions on the Rule of Exhaustion of Local Remedies,” *Harvard International Law Journal*, Vol. 18, 1977, pp. 1-17.

的 保護는 被害者가 國內의 救濟를 要求하였음에도 不拘하고 裁判이 拒否되거나 不當한 判決을 받았을 境遇에 비로서 行使될 수 있다. 그러나 國內의 救濟手段이 없거나 또는 公定한 救濟를 期待할 수 없는 것이 客觀적으로 明白한 境遇에는 國內의 救濟節次를 經由할 必要가 없다.²⁾

挺身隊를 設置·運營한 日本의 行爲에 의해 外國人으로서 韓國人挺身隊構成員이 입은 被害의 救濟를 大韓民國이 日本에 대해 要求하기 爲해서는 그에 앞서 그 個人이 日本의 國內法에 따른 被害의 救濟節次를 다한 後가 아니면 아니된다. 그러므로 挺身隊의 構成員이었던 韓國人이 日本의 國內法에 被害의 救濟를 要求하는 訴訟을 提起하여 그 訴訟에서 被害의 救濟를 받지 못한 境遇에 限하여 大韓民國이 日本에 대해 이의 救濟를 要求할 수 있다.³⁾

그러므로 挺身隊의 構成員이었던 韓國人이 1人이라도 必히 日本法院에 被害의 救濟를 請求하는 訴訟을 提起하고 또 그로 부터 救濟를 받지 못해야 大韓民國이 日本에 대해 國家責任의 解除를 要求할 수 있다.挺身隊構成員이었던 韓國人 1人이 國內의 救濟의 節次를 다하게 되고 被害者 모두가 이 節次를 다하여야 한다고 보지 않는다. 1人이라도 國內의 救濟節次로 救濟를 받지 못하면 다른 被害者에 對해서는 “公定한 救濟를 期待할 수 없음이 客觀적으로 明白한 境遇”에 該當되어 國內의 救濟節次를 經由할 必要가 없다고 볼 수 있기 때문이다.

나. 國籍의 繼續存續

個人이 被害者인 境遇 그가 당했을 때부터 被害國이 責任의 救濟를 要求할 때까지 繼續해서 被害國의 國籍을 가지고 있어야 한다. 이를 “國籍繼續의 原則”(nationality rule of continous nationality)이라고 한다. 따라서 被害者가 被害를 입을 當時의 國籍과 被害國이 責任의 解除를 要求할 때의 “被害者”의 國籍이 同一하지 아니하면 被害國은 責任의 解除를 要求할 수 없다.⁴⁾

挺身隊構成員이 被害를 입을 當時 韓國의 國籍을 가져야 하고 또 大韓民國이 日本에 대해 그

2) Glahn, *op. cit.*, supra note 1, p. 235; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3th ed. (Oxford: Clarendon, 1979), p. 498; Eduardo Jimenez de Arechaga, “International Responsibility,” in Max Sporenson(ed), *Manual of Public International Law* (London: Macmillan, 1968), pp. 588-90.

3) 外國人이 입은 被害가 國家責任을 져야할 國家機關의 國際法에 違反한 行爲에 의한 것이지만 그 行爲가 그 國家의 國內法을 違反한 것이 아닌 경우에는 地方的救濟의 原則이 適用되지 아니한다 (Brownlie, *op. cit.*, supra note 2, p. 496). 이 경우는 國內의 救濟手段이 없기 때문이다.挺身隊의 경우 그것을 設置·運營한 것이 日本의 國內法인 勅令에 根據한 것이므로 그 行爲는 日本의 國內法上 適法하므로 地方的 救濟의 原則의 例外에 해당된다고 볼 수 있다. 그러나 日本이 스스로 그 當時의 勅令이 無效라고 할 수도 있고, 또 大韓民國의 立場에서 보아 1910年の “韓日合邦條約”이 無效이므로 그 勅令은 韓國에 대해 無效이어서 이 경우 반드시 地方的救濟의 原則의 例外에 해당된다고 보기 어렵다.

4) Brownlie, *op. cit.*, supra note 2, pp. 480-83; I. M. Sindair, “Nationality of Claims: British Practice,” *B. Y. I. L.*, Vol 27, 1950, pp. 125ff; Arechaga, *op. cit.*, supra note 2, pp. 576-77; J. G. Starke, *Introduction to International Law*, 9th ed. (London: Butterworth, 1984), pp. 303-304.

의被害의救濟를要求하는時點에서도 그가韓國의國籍을가져야한다. 따라서 1905年·1907年·1910年の日本에依한對韓侵略條約이無効이어야挺身隊構成員이韓國의國籍을가질수있는것이므로大韓民國은日本에對해國家責任의解除를要求할수있는것이며, 이들對韓侵略條約이有效이면當時의挺身隊構成員이었던韓國人은日本の國籍을가진것이므로⁵⁾大韓民國은日本에對해國家責任의解除를要求할수없다.

그러므로日本の挺身隊의設置·運營行爲로인해個人으로서의韓國人이입은被害의救濟를大韓民國이日本에對해請求하는것은無理인것이것같다. 따라서國家로서大韓民國自身이입은被害의救濟를要求하여야한다고본다.

2. 國家責任의解除方法

國際違法行爲에對한國家의國際責任의解除方法은國際慣行上原狀回復·損害賠償·陳謝등이있다. 實際적으로어느解除方法에依한것인가에關해서는一般的으로確立된原則이없으며紛爭當事國間의交渉이나調停또는國際裁判所判決등에依해定하여진다.⁶⁾ 대체로物質的損害에對해서는原狀回復또는損害賠償의方法이濫하여지고, 精神的損害에對하여는陳謝의方法에依한다.⁷⁾ 이들解除方法은選擇的·擇一的인것이아니므로2또는2以上의方法이併存的·競合적으로選定될수있다.

가. 原狀回復

原狀回復은不法行爲가發生하기以前의狀態로回復하는方法이다. 예컨대不法으로沒收된外國人의財産을返還하거나또는軍隊가不法占據한地域으로부터徵收하는등의措置가이에屬한다. 原狀回復이物理上·社會通念上不可能한境遇를除外하고는이方法이가장合理的인國家責任의解除方法이다.⁸⁾

5) 韓日會談間日本側은“對日講和條約”이效力을發生하기前까지韓國人은日本の國籍을가진것이라고主張했다. (大韓民國 外務部, 大韓民國外交史料集, 韓日篇, 1961, 1 (서울:外務部, 1985), p. 257.).

6) L. Oppenheim, *International Law*, H. Lauterpacht (ed.), Vol. 1, 8th ed. (London: Longmans, 1955), pp. 352-54; Arechaga, *op. cit.*, *supra* note 2, pp. 564-65; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd ed. (New York: Holt, 1967), pp. 199-299; Oscar Svarlien, *An Introduction to the Law of Nations* (New York: Macgraw-Hill, 1955), p. 149-50.

7) Arechaga, *op. cit.*, *supra* note 1, pp. 564-72; Oppenheim, *op. cit.*, *supra* note 6, pp. 352-54; Kelsen, *op. cit.*, *supra* note 6, pp. 199-200.

8) Arechaga, *op. cit.*, *supra* note 1, pp. 565-567; Brownlie, *op. cit.*, *supra* note 2, pp. 461-63; Hons W. Baade, “Indonesian Nationalization Measures before Foreign Courts—A Reply,” *A. J. I. L.*, Vol. 54, 1960, pp. 814-30.

日本の挺身隊의 設置·運營에 依한 被害에 대한 原狀回復은 物理적으로 不可能하다. 따라서 이 方法은 考慮의 對象이 되지 아니한다.

나. 損害賠償

損害賠償은 違法行爲로 因하여 發生한 損害를 金錢으로 賠償하는 責任解除의 方法이다. 損害賠償의 方法은 通常 原狀回復이 不可能하거나 또는 그것이 可能해도 不充分한 境遇에 利用되는 方法으로 實際上 가장 一般的인 責任解除의 方法이다.⁹⁾

日本の 國家機關에 依한 挺身隊의 設置·運營行爲로 입은 被害에 대한 責任解除方法으로 原狀回復의 方法은 實際上 不可能하므로 損害賠償의 方法에 依할 수 있다. 그러나 이 損害賠償은 주로 精神의 損害에 대한 것이므로 이를 얼마로 算定할 것이냐를 決定하는 것은 至極히 어려운 問題일 뿐 아니라 우리 韓國女性의 몸의 代價를 金錢으로 換算하여 請求한다는 것은 우리 韓民族의 自尊心上 許容될 수 없는 것이고, 日本の 國家所得이 우리의 그것을 上回하고 있기 때문에 더욱 그러하다.

對內的 方法이긴 하지만 一定額의 損害賠償額을 1人當 얼마씩을 分配해야 할 것이냐도 우리의 自尊心上 決定키 어려운 問題라고 본다.

다. 陳謝

國際法上 違法行爲를 한 國家가 公式의 方法으로 謝過의 뜻을 表示하는 責任解除의 方法이다. 通商外交 文書를 通하여 行하나 口頭로 행하는 境遇도 있으며 陳謝使節이 派遣되는 境遇도 있고 被害國의 國旗에 대한 敬禮가 行하여지는 境遇도 있다. 責任者의 處罰과 將來에 대한 保障 등도 넓은 意味의 陳謝에 該當된다고 볼 수 있다.¹⁰⁾

日本の 國際責任을 解除하는 方法으로는 陳謝의 方法이 가장 合理的인 것으로 본다. 그 方法으로 陳謝使節의 派遣, 國際聯合 總會에서의 陳謝演說, 將來에 대한 保障, 歷史를 바로 잡도록 하는 具體的인 措置등을 考慮해 볼 수 있다.

VII. 結 論

上述한 바와 같이 1910년의 “韓日合邦條約”은 당초부터 無效이므로 韓國은 大韓民國의 이름으로의 國家로서 存續했으며, 韓國民도 存在했다. 따라서 日本の 挺身隊를 設置·運營한 行爲에

9) Arechaga, *op. cit.*, *supra* note 1, pp. 567-68; Brownlie, *op. cit.*, *supra* note 2, pp. 463-464; Kelsen, *op. cit.*, *supra* note 6, p. 200; Glahn, *op. cit.*, *supra* note, pp. 255-67.

10) Oppenheim, *op. cit.*, *supra* note 6, 354, Arechaga, *op. cit.*, *supra* note 1, 572.

의한被害者는 韓國民과 韓國이다.

그리고 1965년의 “請求權協約”上 請求權의 範圍에는 “補償請求”만 包含되어 있으며 “賠償請求權”은 包含되어 있지 않다. 그 論據로 다음과 같은 것을 들어볼 수 있다.

(i) “請求權協約”의 締結 根據는 “對日平和條約” 第4條이며 同條에 規定된 補償請求權에는 損害賠償請求權은 包含되지 아니한다. (ii) “請求權協約” 交渉間에 韓國側이 提議한 “8個項目請求權要綱”의 內容은 모두 補償請求權이며 賠償請求權은 包含되어 있지 않다. (iii) “請求權協約” 交渉間 日本側이 提示했다가 그 뒤에 撤回한 對韓請求權도 補償請求權이었다. (iv) “請求權協約”上 請求權 以外에 文化財·船舶·圖書 등의 返還問題가 論議되었다는 것은 “請求權協約”上 請求權에 모든 請求權이 다 包含되어 있는 것이 아니라는 것을 意味한다.

요컨대, 1965년의 “請求權協約”에 規定된 請求權에는 挺身隊의 設置·運營으로 인해 받은 被害에 대한 賠償請求權은 包含되어 있지 않으므로, 大韓民國은 日本에 “請求權協約”과 別途로 挺身隊의 設置·運營으로 인해 입은 被害에 대한 賠償請求權을 行使할 수 있다.

그리고 上述한 바와 같이 第2次 大戰當時 日本이 挺身隊를 設置·運營한 行爲는 다음과 같이 國際法上 日本의 國家責任 成立의 要件을 充足한 것이다.

(i) 挺身隊에 關한 日本의 日王·陸軍大臣·各級 軍指揮官 등의 行爲는 日本의 “國家機關의 行爲”이며, (ii) 日王의 “挺身勤勞令”의 制定行爲, 首相·陸軍大臣의 挺身隊 許可行爲, 各級 軍指揮官의 挺身隊 統制·監督行爲는 國家機關의 “職務上的 行爲”이며, (iii) 挺身隊를 設置·運營한 行爲는 ① 聯合軍司令官의 一般命令의 形式으로 布告된 “極東國際軍事裁判所憲章” 第6條 C項에 規定된 “人道에 反한 罪”, ② 國際慣習法을 確認된 “國際軍事裁判所憲章” 第5條 C項에 規定된 “人道에 反한 罪”와 ③ 國際慣習法을 成文化한 “陸戰協約” 前文에 規定된 “文明國間에 存在하는 慣行”과 “人道의 法 및 公共良心”으로부터 오는 “國際法原則에 反한 罪”를 構成하는 “國際法の 違反行爲”이다. 따라서 日本이 挺身隊를 設置·運營한 行爲에 依해 國際法上 日本은 國家責任이 成立한다.

그리고 挺身隊의 設置·運營行爲에 依해 挺身隊의 構成員이 입은 損害에 대해 日本의 國家責任을 解除하는 要件으로 國內의 救濟節次의 先行과 國籍의 繼續의 存在가 要求된다. (i) 國內의 救濟節次의 先行이라는 制約을 받지 않기 爲해서는 挺身隊의 構成員이었던 韓國人 “個人”으로서 받은 損害의 賠償을 請求하는 것보다 韓國이 “國家”로서 입은 損害에 대한 日本의 國家責任의 解除를 要求해야 할 것이다. (ii) 그리고 “個人”이 받은 損害賠償을 請求해야 할 境遇 國籍繼續의 原則을 充足시키기 爲해서는 韓日合邦이 無效이므로 當時 韓國人은 日本의 國籍을 가진 것이 아니라 韓國의 國籍을 가진 것이라는 主張이 強調되어야 할 것이다.

日本의 國家責任의 解除方法으로 (i) “原狀回復”은 事實上 不可能한 것이며, (ii) “損害賠償”方法中 個人에 대한 損害賠償은 韓國人의 自尊心과 그 個人의 名譽 등을 考慮해 볼때 바람직한 것이라고 볼 수 없으며 또 그것은 消滅時效의 完成이라는 法的 障礙를 除去하는 特別法의 制定

없이 그 實現이 어려울 것이다. 國家에 대한 損害賠償은 그 被害額의 算定이 어렵고 賠償金을 受領한 後에 被害者에 대한 分配方法도 번거롭다. 그러므로 損害賠償보다 陳謝가 合理的인 方法인 것으로 본다. 被害者에 대한 賠償은 大韓民國이 戰爭犧牲者保護法을 國內法律로 制定하여 日本에 代身하여 大韓民國이 支給해야 할 것이다. 만일 日本으로부터 國家에 대한 損害賠償을 받는다면 이는 被害者를 위한 福祉施設에 利用되어야 하며, 이 福祉施設은 原爆被害者 등 다른 被害者의 福祉施設과 綜合運營하여 挺身隊 被害者가 그의 名譽를 생각하여 그 施設의 利用을 忌避하는 것을 防止하는 方案을 考慮해야 할 것이다. (iii) “陳謝”의 方法으로는 陳謝使節의 派遣, 國際聯合總會에서의 謝過演說, 歷史를 바로잡아 記錄하기 爲한 具體的인 措置 豫컨대, 敎科書에 挺身隊의 記錄을 挿入하거나, 日本政府의 이름으로 “日本挺身隊史”(假稱)라는 冊子를 制作하여 이를 世界各國語로 出刊하여 配布하는 등도 考慮해 볼 수 있을 것이다.

日本の 國家責任解除는 過去事에 關한 것이지만 그 目的은 過去의 整理보다 未來의 設計에 두어야 할 것이다. 日本은 過去를 眞正으로 謝過할 줄 알아야 하고, 韓國은 國際法이 우리편에 있지만 새로운 未來의 創造를 爲해 寬容으로 臨할 줄 알아야 할 것이다. 가깝고도 먼 나라를 가깝고도 가까운 나라로 우리가 만들어 가야 할 것이다.