

1. 국가의 책임—개인의 피해회복·배상청구권의 법적 근거

1) 보고에 앞서

국제법하에서는 국가의 국제적인 불법행위에 대해서는 그 국가책임이 생기는것은 확립된 국제법이론이다. 그러나 그 이론이 현재 추구당해야 할 전쟁시의 개인에 피해에 대하여 해당하는 개인의 권리로서의 피해회복·배상등의 청구가 가능할 것인가가 문제로 되어있다. 전통적인 국제법에 의하면 가해국은 국가간사이에서 피해국에 대하여 그 행위의 책임을 취해야 한다고 되어있다. 그러나 지금 요청되어있는 것은 개인이 국제법상의 불법행위에 대하여 직접 (국가를 개입함이 없이) 청구권을 가진다는 법이론의 확립이 가하여진 과제다. 따라서 여기에서는 그 문제에 가장 적절한 해답을 주는 데오·환보벤 최종보고의 이론에 기초하여 법적근거를 검토한다.

2) 데오·환보벤 최종보고의 논리

동보고서Ⅲ 국가책임에서는 다음과 같이 말한다.

동보고서는 국제법의 주체를 국가에 한정하는 고전적인 테두리, 다시 말하며는 「전통적인 국제법에 의하면 손해를 입은 주체는 그 개인 혹은 개인집단이 아니고 그 개인 혹은 개인집단이 국민이 되어있는 국가인 것이다. 그 점에 있어서 국가는 가해국에 대한 손해배상을 청구할 수 있으나 피해자 자신은 국제적인 청구를 제기할 입장에 있지 않다」는 이론에 대하여 다음과 같은 두 측면에서 부정한다.

첫째는 국제법의 발전, 특히 고전적인 두 나라간의 조약에서 다국간조약에로의 발전 및 국제관습법의 확립은 조약이나 관습법에 의하여 구속되는 국가의 이에 의하여 명시되는 의무만을 서로 다른 두 나라간의 관심사를 의무위반국가 이외의 모든 국가의 관심사로 높였다. 우선 다국가조약에 있어서는 침해된 권리가 조약가맹국의 집단적권리의 보호로서 그 조약에 규정되어있는 경우에는 침해행위를 한 국가는 다국간의 조약의 모든 가맹국에 대해서도 의무위반을 구성한다. 또한 그 행위가 국제적범죄를 구성하는 경우에는 「피해를 당한 나라」는 조약가맹국에 국한되는 것이 아니라 가해국이외 의 모든 나라에 확장된다. 그 결과 조약등 (순수한 두 나라간의 이해와 관련된 조약등은 제외될 수 있으나) 의 의무위반은 제약국에

대한 의무위반일 뿐만 아니라 전체로서의 국제법질서를 침해하는 것으로 된다. 따라서 그 의무위반은 제약국의 주관적이고 상호적인 권리를 형성하는 것이 아니라 객관적·규범적인 것으로 발전되어있다. 또한 그런 의무는 국제관습법의 규범에 따라 인정되는 경우도 있다.

둘째로 그러한 국제사회전체에 대한 의무는 모든 국가의 관심사이며 외교적보호의 영역에서 다른 국가사이에서 생기는 의무와 구별되어 문제로 되어있는 권리의 중요성과 관련하여 모든 국가는 그것을 보호하는 것에 법적인 이해를 가지고있다. 그것은 국제사회전체에 대하는 것과 동시에 만인(萬人)에 대한 의무로 되어있다. 국제인권법의 발전은 그 의무를 더 심화시킨다. 인권의 우월성과 보편성은 인권의 보호를 그 자체 객관적인 보호의 대상으로 하고 국가간의 주관적인 약속의 범위에서 독립시킨다. 그 결과 국제인권법하에서 국가의 책임은 만인에 대한 의무로서 그 위반은 국제적인 법질서에 참가하는 나라들에 발생할 뿐만 아니라 더 직접적으로 가해국의 관할하에 있던 개인에 대해서도 국가책임이 생겨온다. 여기에서 인권은 국가의 권리가 아니라 개개인의 권리이므로 국제적의무의 침해로서의 인권침해는 외교적보호의 영역이 아니라 가해국의 피해자 개인에 대한 직접적인 의무로 되어 가해국은 피해자에 대하여 원상회복·배상등의 국가적인 의무를 부담한다고 결론 짓고있다.

3) 결론

이상의 환보벤보고의 이론에 기초하여 법적근거를 이론화할 수 밖에 없을 것이다. 현실적으로는 일본의 재판소에서의 견해는 전통적인 국제법의 이론 즉 국제법의 주체는 국가라는 것에 구애되어있다. 따라서 국제법질서 중에서 만인에 대한 의무로 되어있는 국제범죄의 강조가 필요하다고 생각된다. 국제인도법과 국제인권법의 위반인 전쟁범죄는 만인에 대한 의무위반으로서 개인에 대한 피해회복의무의 구성이 가장 타당하다고 생각한다. 국제법이론하에서도 피해가 발생한 곳에 피해에 기초한 손해배상청구권이 발생한다는 가장 솔직한 법이론이 전개되는 이론구성의 확립이 필요하다.

2. 피해의 유형

전쟁피해에 대해서는 그 피해의 내용이 다양하다. 따라서 그 내용에 따라 피해를 분류하여 그 분류에 따라 구체적인 피해회복의 형태를 생각하는 것이 필요하다. 따라서 이하에서는 피해의 내용에 따라 분류하기로 한다.

1) 전쟁에서의 행위와 피해의 유형의 분류

① 「중군위안부」

②강제연행

③학살 (강간·상해도 들어갈 것일까)

④포로 및 군역류소

우에서 언급한 중 「종군위안부」는 식민지로 된 조선, 제만과 중국 및 피점령지인 필리핀, 말레이시아, 인도네시아 (네덜란드인을 포함) 등으로 재분류의 필요가 있다. 법적으로는 피점령지는 하그조약의 적용이 가능하나 식민지의 추잡한 직업조약, 노예성, 강제노동등이 근거로 된다. 피해회복에 대해서는 법적근거가 다르다 하여도 같은 취급으로 무방하다고 생각되나 기간, 상태등에 따라 차이가 생길것이라고 생각된다.

다음으로 강제연행에 대해서도 식민지와 중국등이 있으나 국제법의 위반으로서 같이 생각하여도 좋은 것이 아닐까.

학살에는 강간, 상해등을 포함시키겠는가 하는 문제가 있으나 여기에서는 살인에 한정하는 것이 좋은 것이 아닐까, 그 경우 피해자의 유족에 대하여 그 확정의 문제가 생긴다.

④의 포로등은 비교적으로 이해하기 쉽다. POW 와 민간피억류자로 될것이다.

또한 피해의 발생시기를 언제부터로 하겠는가 하는 문제가 있으나 전제에 의한 피해라는 관점에서는 1931년부터라고 하는것이 타당하지 않겠는가.

(주: 1931년은 만주사변에 의한 15년전쟁이 개시)

2) 대체로 이 분류에 들어갈것이라고 생각되지만 이에 포함되지 않는것을 어떻게 하겠는가.

남은 문제는 재산피해 (군포, 우편요금, 재산몰수, 소각등) 의 취급인데 중대인권침해의 피해로서는 인적인것이 한정해야 할 것이 아닐까. 재산피해는 물론 전쟁의 피해이기는 하지만 처벌과의 대응등을 생각하면 우에 언급한 바와 같이 해야 할 것이 아닐까.

군인, 군속 (CB급전범을 포함) 의 피해를 넣는가 어떤가는 중대인권침해의 피해라는것 및 전쟁범죄의 원점으로 생각하면 군인, 군속은 포함안하는 것이 좋다. 그것은 달리 시책으로 해야 할 것으로 생각한다. 병보·노무자를 어떻게 하겠는가 하는 문제에 대해서는 강제노동의 문제로서 생각하는 것이 전쟁범죄로서는 이해하기 쉽다.

3. 피해회복의 형태

우에 언급한 피해유형에 따라 필요한 회복의 형태를 생각하면 다음과 같은 것이 있다.

1) 원상회복

① 강제연행

- 사하린의 한국, 조선인의 본국 혹은 희망지에서의 귀한
- 동남아세아지역에서의 권고, 조선에로의 귀한?
- 기타

② 「종군위안부」의 방치

- 아직도 이전의 주소지에 귀한못하고 있는 사람이 있다고 생각되지만 그 귀한을 어떻게 할 것인가?
- 다음의 사회복지문제와 함께 고려할 필요가 있다.
예컨대 중국에는 아직도 한국, 조선인의 전 「위안부」가 생존하고 있다는 정보도 있다.

③ 문화재의 반환

- 재산적문제의 범주에 속하는 것이지만 개인의 피해와 달리 문화적말살의 문제로서 원상회복의 범주에 넣을 것인가.

2) 리허빌리테이션

- 포로 및 군역류소의 피수용자

도라우마 (Trauma) 나 신체장애가 남는 사람이 있다. 병원의 건설 또한 기타의 의료대책이 필요하다고 생각된다.

- 「종군위안부」

무엇이 필요한가를 검토해야 한다.

정신적의료를 포함한 현대의 병에 대한 대응의 필요성, 동시에 현실적으로는 노인으로 되어있으나 노후의 생활의 장소 및 시설등의 제공등에 의한 생활상의 노고에 대한 시책도 리허빌리테이션의 범주에 넣을 것인가. 혹은 사회적차별에 대한 대응시책

- 학살, 강간, 장애의 피해자의 현상장은?

3) 사죄의 제반형태

사죄에 대해서는 분류의 어느 형태에 대해서도 필요하다.

유형에 따라 어떤 사죄의 방법이 있는가. 생각으로는 유형에 위한 구별은 너무 필요하다고 생각할 수 없다.

① 역사인식과 미래에로의 기록

- 일본에 있어서의 전쟁기념관——가해행위의 기록
- 교과서에 관한 국제협약의
- 현지에서의 기념비

②사죄의 방법

- 일본정부의 행위로서 무엇을 요구하겠는가——국회결의
정부견해등

③명예회복의 조치

- 개인에 대한 사죄표명
- 현지 기념비
- 공식적명예회복의 조치는 있는가?——단체에 대한 대응

4) 손해배상

①손해의 개별화인가 일률화인가

손해의 내용을 개개인에 따라 구체적으로 입증하는 것은 곤란하다고 생각된다. 법적으로는 일률의 의사료의 개념이 타당하다고 생각된다. 앞에 언급한 분류에 따라 금액의 급수를 붙이는 필요가 있다. 전기분류의 ①부터④까지의 순서로 될 것일까. 일률요구의 예로서는 분류④의 포로, 군역류소의 피해자에 대해서는 각국 POW 조직에서는 일률2만달러를 요구하고 있다.

②급별의 일률화가 필요할 것일까.

앞에 언급한 분류에 의한 일률화에도 그 중의 피해의 농담에 따른 급의 구별이 가능 한가가 문제로 된다.

예컨대

「종군위안부」	}	기간에 의한 급의 구별은 가능
강제연행		
포로등		

③금액의 제시

현시점에서는 구체적금액의 제시는 불가능하다고 생각된다. 각소송에서의 청구와의 균형도 검토해야 된다.

④입증정도의 문제

각 피해자들이 있었던것의 입증까지로 충분하다고 해야 된다. 그 피해의 내용을 개별적으로 입증하는 것은 불가능하지 않겠느냐.

- 「종군위안부」로 된 점——이동한 장소, 기간
- 강제연행 된 것——연행된 장소, 기간
- 학살——그 사실, 장소, 년 (특정할수 있는한 월, 일)
- 포로등 —— 장소, 기간