

일본군위안부 동원의 강제성과 인권 침해에 관한 법적 고찰

— 관련 판례에 대한 평석을 중심으로 —

백 경 희*

목차

I. 서론	IV. 국가의 기본권보호의무의
II. 강제동원에 관한 우리나라 판례 의 태도	발동
III. 성 매매 계약의 효력과 인권의 침 해로 인한 불법행위의 성립	V. 결론

I 국문초록 I

2021년 초 미국 하버드 로스쿨의 램지어 교수는 일제에 의하여 강제동원
되었던 일본군 위안부에 대하여 경제이론을 토대로 위안부가 자발적으로
계약을 통하여 수입을 얻은 것이라고 주장하여 일제의 불법성을 희석한 바
있었다. 일제강점기의 대표적인 강제동원행위로는 강제노역과 일본군위안
부를 들 수 있다. 두 가지 경우 모두 제2차 세계대전 종전 이후 체결된 대한
민국과 일본 사이의 국제적 협정 혹은 합의가 국가면제에 해당되는지, 그리
고 그로 인하여 불법적인 강제동원행위에 동원된 피해자들의 위자료청구

* 인하대학교 법학전문대학원, 교수

** 자료의 수집과 정리에 도움을 준 법무법인 품의 김지형 변호사, 이영현 양, 정민
근 군에게 감사를 표합니다.

논문접수일 : 2021. 12. 30., 심사개시일: 2022. 2. 7., 게재확정일 : 2022. 2. 24.

권이 제한되는지가 쟁점이 되었다.

일본군위안부 징집과정에서의 인신매매와 취업사기적 요소, 위안소에서
의 강요된 성 착취 등의 사정에 비추어 볼 때, 민법 제103조에 반하므로 성
매매 계약은 절대적 무효가 된다. 또한 역사적 사실 속에서 일본군위안부
피해자들이 일제의 행위로 인하여 정신적 고통을 입었다는 것을 인정할 수
있으므로, 일본에 대하여 불법행위에 근거한 위자료를 청구할 수 있다.

한편 일본군위안부 문제가 사회적으로 부각된 이후에 상당한 시간이 흘
렀음에도 불구하고 여전히 일본군위안부 피해자들의 피해는 충분히 회복되
지 못한 상태이다. 이러한 상황에서 램지어 교수의 논문이 발표되면서 피해자
들의 명예와 인격권을 훼손하고 사건의 진실이 와해되고 있다. 이와 관련하
여 국민인 일본군위안부 피해자들의 인격권을 보호하여야 할 국가의 의무에
대하여 살펴 보아야 할 것이다. 일본군위안부 피해자들의 일본에 대한 손해
배상청구와 관련된 문제를 해결하기 위해서는 해당 피해자들의 직접적인
목소리를 경청하는 것을 비롯하여 우리나라의 적극적이고 전향적인 조치가
필요하고, 이것은 국가의 국민에 대한 기본권 보호의무의 발동일 것이다.

주제어 : 일본군위안부, 정신적 손해배상, 성 매매 계약, 인권, 국가의 기본권 보호의무

I. 서론

2021년 초 미국 하버드 로스쿨의 램지어 교수는 일제에 의하여
강제동원되었던 일본군위안부¹⁾에 대하여 경제이론을 토대로 위안

1) 위안부(慰安婦)는 1931년부터 1945년까지 일본군에 의하여 설치된 위안소 등에
서 성 노역이 강요되었던 여성들로, 일본군간호원, 위문단, 가극단, 봉사대 등으
로 모집된 근로정신대(勤勞挺身隊, 국가를 위해 솔선수범하는 조직) 여성들과는
구별되는 개념이라고 한다.; 이승우, “일제강점기 근로정신대 여성의 손해배상
청구”, 한국동북아논총 제76호, 2015, 182-183면, 윤수종, “한국인 위안부”, 진보
평론 제85호, 진보평론, 2020. 9, 164면.

부가 자발적으로 계약을 통하여 수입을 얻은 것이라고 주장하여 일제의 불법성을 희석화한 바 있었다.²⁾ 해당 논문의 골자는 위안소(stationsobscures)를 전시(戰時) 매춘업소로 파악하고, 일본군 매춘업소의 소유주(The brothel owners)와 위안부 사이의 자유로운 합의에 의하여 선불금과 인센티브를 제공하는 계약을 체결한 것이므로, 계약이 유효하며 인권의 침해 요소가 없다는 점을 강조하였다. 램지어 교수는 그러한 계약을 경제이론인 기초 게임이론(elementary game theory)의 ‘실패할 수 있는 약속’이라는 개념 적용과 함께 유효성을 뒷받침하기 위한 사료(史料)로 다수의 일본 학자와 일부 우리나라 학자의 논문을 인용하였다.³⁾ 즉, 램지어 교수의 논문은 경제이론을 수단으로 하여 계약을 파악하기 때문에, 위안소의 소유주와 위안부가 대등한 당사자이고 성 매매를 목적으로 하는 계약의 적법성을 전제하면서, 급여의 액수에 기초할 때 충분한 상당성이 있고 당사자가 합의를 하는 것은 자유라고 하여 법적 문제까지 치유되는 것으로 구성하였다.

한편 일제강점기의 대표적인 강제동원행위로는 강제노역과 일본군위안부를 들 수 있는데, 두 가지 경우 모두 제2차 세계대전 종전 이후 체결된 대한민국과 일본 사이의 국제적 협정 혹은 합의가 국가면제에 해당하는지와, 그로 인하여 반인도적인 불법행위인 강제동원행위에 기인한 피해자들의 위자료청구권이 제한되는지가 쟁점이 되었다. 이에 대하여는 대법원과 하급심 법원의 판결의 결론이 상반된 채로 공존하고 있으나, 적어도 일본군위안부에 대한 일제의

2) J. Mark Ramseyer, “Contracting for Sex in the Pacific War”, *International Review of Law and Economics* 65, 105971, 2021.

3) 이는 램지어 교수의 2019년 논문인 J. Mark Ramseyer, “Comfort Women and the Professors”, *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Discussion Paper No. 995*, Mar. 13, 2019.에 기술되어 있다.

불법행위가 존재하며 일본군위안부의 개인적인 불법행위에 기한 청구권이 존재한다는 점에서는 같은 시각을 지니고 있다.

본고에서는 일본군위안부와 관련된 법원의 판결과 국가기록원의 자료를 토대로 램지어 교수의 주장이 타당한지를 확인해 보고, 법적인 측면에서 계약의 효력과 인격권 침해로 인한 불법행위 성립 여부를 검토한 뒤, 국가의 기본권보호의무를 통하여 위안부에 대한 보호 필요성을 관련 판례의 평석을 중심으로 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 강제동원에 관한 우리나라 판례의 태도

일제강점기 강제동원의 대표적인 사례는 본고에서 주로 논의하고 있는 일본군위안부 사건과 강제징용 사건을 들 수 있다. 이들 사건에 관하여 대법원은 종래 국가면제를 원칙적으로 인정하는 측면에서 판단하여 왔는데, 강제징용과 관련된 사안에서 대한민국과 일본 사이의 국가간 협정과 관련하여 2018년 전원합의체 판결을 통하여 국가면제가 예외적으로 부정될 수 있다고 판단한 바 있다. 이후 하급심 판결에서는 강제동원과 관련한 대한민국과 일본 사이의 국가간 협정에 있어 국가면제를 부정하는 입장과 국가면제를 인정하는 입장으로 양분되고 있고, 일본군위안부 사건에서도 그러한 양상이 나타나고 있다. 이하에서는 대법원의 태도를 살펴보고 최근 일본군위안부 사건의 하급심 판결에서 나타난 대비된 입장을 검토하고자 한다.

1. 국가면제 및 강제징용 사건에 관한 대법원의 태도

종래 대법원은 “국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른

국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(사법적) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다.”고 파악하여, 국가면제를 원칙적으로 인정하고 있다.⁴⁾

대법원 2018. 10. 30 선고 2013다61381 전원합의체 판결의 사안은 일제강점기에 강제동원되어 군수사업체인 일본제철 주식회사에서 강제 노동에 종사한 甲 등이 위 회사가 해산된 뒤 새로 설립된 신일 철주금 주식회사를 상대로 하여 위자료 지급을 구한 것이었다. 이에 대하여 대법원은 “甲 등의 손해배상청구권은, 일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 일본 기업의 반인도적인 불법행위를 전제로 하는 강제동원 피해자의 일본 기업에 대한 위자료청구권인 점,⁵⁾ ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(조약 제172호, 이하 ‘청구권협정’이라 한다)의 체결 경과와 전후 사정들에 의하면, 청구권협정은 일본의 불법적 식민지배에 대한 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 기본적으로 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것이었다고 보이는 점, 청구권협정 제1조에 따라 일본 정부가 대한민국 정부에 지급한 경제협력자금이 제2조에 의한 권리문제의 해결과 법적인 대가관계가 있다고 볼 수 있는지도 분명하지 아니한 점, 청구권협정의 협상 과정에서 일본 정부는 식민지배의 불법성을 인정하지 않은 채 강제동원 피해의 법적 배상을

4) 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결, 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다16766 판결 등.

5) 대법원은 “원고들은 피고를 상대로 미지급 임금이나 보상금을 청구하고 있는 것이 아니고, 위와 같은 위자료를 청구하고 있는 것”이라는 점을 분명히 해두어야 함을 강조하였다.

원천적으로 부인하였고, 이에 따라 한일 양국의 정부는 일제의 한반도 지배의 성격에 관하여 합의에 이르지 못하였는데, 이러한 상황에서 강제동원 위자료청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되었다고 보기는 어려운 점 등에 비추어, 甲 등이 주장하는 신일철주금에 대한 손해배상청구권은 청구권협정의 적용대상에 포함되지 않는다.”고 판단하면서, 일제의 강제동원이 ‘반인도적인 불법행위’를 전제로 하는 것이므로 강제동원된 피해자들의 불법행위에 근거한 위자료청구권을 인정한 바 있다.⁶⁾

2. 일본군위안부에 관한 하급심 판결⁷⁾

가. 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결

위 판결은 일제강점기에 강제동원되어 위안부 생활을 강요당한 여성들이 일본을 상대로 하여 불법행위를 원인으로 한 위자료 지급을 구한 사안이다. 위 판결에서 가장 큰 쟁점이 되었던 것은 ‘대한

6) 대법원은 앞서의 전원합의체 판결과 유사하게 일제강점기에 강제동원되어 군수 사업체인 구 미쓰비시중공업 주식회사에서 강제노동에 종사한 乙 등이 회사 해산 후 새로 설립된 미쓰비시중공업 주식회사를 상대로 하여 위자료 지급을 구한 사안에서, 마찬가지로 乙 등이 미쓰비시중공업 주식회사를 상대로 일본에서 제기한 소송의 패소확정판결을 승인하는 것은 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 위반하는 것이므로 그 효력을 인정할 수 없고, 乙 등은 구 미쓰비시중공업 주식회사에 대한 위자료청구권을 미쓰비시중공업 주식회사에 대하여도 행사할 수 있는데, 乙 등의 위자료청구권은 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’의 적용대상에 포함되었다고 볼 수 없다고 판단하는 한편, 미쓰비시중공업 주식회사가 소멸시효 완성을 주장한 것에 대하여 乙 등에 대한 채무의 이행을 거절하는 것은 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판단하였다(대법원 2018. 11. 29. 선고 2013다67587 판결).

7) 양 판결의 차이점에 관한 구체적인 내용에 대하여는 김창록, “한국 법원의 일본군 위안부 판결들”, 일본비평 제25호, 서울대학교 일본연구소, 2021. 8, 242-259면 참조.

민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정' 및 '2015년 일본군위안부 피해자 문제 관련 합의'가 한국인 위안부 여성들의 일본국에 대한 손해배상청구권에 적용되는지에 관한 것이었다.

이에 대하여 해당 법원은 “국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판관으로부터 면제되는 것이 원칙이라는 국가면제의 국제관습법에 의하더라도 국가의 모든 행위에 대하여 재판권이 면제되므로 주권을 가진 국가라면 예외 없이 타국의 재판권 행사에서 면제되어야 한다고 볼 수는 없고, 일정한 경우에는 예외가 인정되어야 할 것인바, 갑 등에 대한 일련의 행위는 일본제국에 의하여 계획적, 조직적으로 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위로서 국제 강행규범을 위반한 것이며, 당시 일본제국에 의하여 불법점령 중이었던 한반도 내에서 대한민국 국민 갑 등에 대하여 자행된 것으로서, 비록 그와 같은 행위가 국가의 주권적 행위라고 할지라도 국가면제를 적용할 수 없고, 예외적으로 대한민국 법원에 재판권이 있다고 봄이 타당한데,⁸⁾ 일본제국은 중일전쟁과 태평양전쟁 등 침략전쟁의 수행과정에서 군인들의 사기 진작 및 민원 발생의 저감, 군인들에 대한 효

8) 즉, 해당 법원은 “국제공동체의 보편적인 가치를 파괴하고 반인권적 행위로 인하여 피해자들에게 극심한 피해를 가하였을 경우까지도 이에 대하여 최종적 수단으로 선택된 민사소송에서 재판권이 면제된다고 해석하는 것은 다음에서 보는 바와 같이 불합리하고 부당한 결과가 도출된다고 할 것이다. … 국가면제가 관행으로 정착된 국제관습법이라고 하더라도, 피고가 인도에 반하는 중대한 불법행위를 저지른 경우까지 피고에 대한 재판권을 면제한다는 내용의 관습법을 적용하게 되는 경우, 어느 국가가 다른 국가의 국민에 대하여 인도에 반하는 중범죄를 범하지 못하도록 한 여러 국제협약에 위반됨에도 이를 제재할 수 없게 되고, 이로 인하여 인권을 유린당한 피해자들은 헌법에서 보장한 재판받을 권리를 박탈당하여 자신의 권리를 제대로 구제받지 못하는 결과를 초래하여 불합리하며, 헌법을 최상위 규범으로 하는 법질서 전체의 이념에도 부합하지 아니하여 정당성이 없으므로, 그와 같은 경우까지도 국가면제를 적용하는 국제관습법으로서의 효력을 인정할 수는 없다고 할 것이다.”라고 하였다.

을적 통솔을 추구하기 위하여 이른바 ‘위안부’를 관리하는 방법을 고안해 내고, 이를 제도화하여 법령을 정비하고 군과 국가기관에서 조직적으로 계획을 세워 인력을 동원, 확보하여 ‘위안소’를 운영하였으며, 당시 10대 초중반에서 20세에 불과한 갑 등은 ‘위안부’로 동원된 이후 일본제국의 조직적이고 직간접적인 통제 하에 본인의 의사와는 관계없이 강제로 군인들의 성적 행위의 대상이 되었고, 당시의 국제조약, 일반적인 국제관습법과 일본제국의 국내법, 전후 전쟁범죄에 관한 국제형사재판소의 헌장을 종합하면, 위와 같은 행위는 당시 일본제국의 한반도와 한국인에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위에 해당하고, 그로 인하여 갑 등이 정신적 고통을 입었음은 경험칙상 명백하므로, 일본제국의 후신으로서 동일성이 인정되는 일본국은 위와 같은 불법행위로 인하여 갑 등이 입은 정신적 고통을 금전으로나마 배상할 의무가 있으며, 이러한 丙 등의 일본국에 대한 손해배상청구권은 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’ 및 ‘2015년 일본군위안부 피해자 문제 관련 합의’의 적용 대상에 포함되지 않으므로, 위 협정 등에 의하여 갑 등의 손해배상청구권이 소멸하였다고 볼 수 없다.”고 판단하였다.

나. 서울중앙지방법원 2021. 3. 24. 선고 2016가합580239 판결

위 판결 또한 가.항의 판결과 같이 일제강점기에 강제동원되어 위안부 생활을 강요당한 여성들이 일본을 상대로 하여 불법행위를 원인으로 한 위자료 지급을 구한 사안으로 동일하게 대한민국과 일본 간 협정으로 인한 국가면제가 쟁점이 되었다.

위 판결에서 해당 법원은 사실관계는 동일하게 파악하고 일본군 위안부 피해자 개인의 불법행위에 의한 청구권의 존재는 인정하였

으나, 국가면제를 인정하여 이들의 청구권이 제한된다고 판단하였다. 즉, 법원은 “이 사건은 대한민국 국민인 원고들이 피고라는 외국을 상대로 하여 대한민국 법원에 불법행위 등을 원인으로 손해배상청구를 하는 사건이다. 대한민국의 주권 중 사법권은 헌법 제101조 제1항에 의하여 법원에 속하는데, 이러한 사법권도 입법관·행정권 등 다른 주권과 마찬가지로 영토고권의 원칙에 따라 대한민국의 영토인 한반도와 그 부속도서(헌법 제3조)에 미치고, 대한민국의 영토 밖의 다른 주권국가에 대하여 미치지 아니함이 원칙이다. … 대한민국은 법원의 외국을 상대로 한 민사 재판권 행사에 있어서 국가 면제의 범위에 관한 법률을 제정한 바 없고, 또한 대한민국과 피고 사이에 상호간의 민사 재판권 인정 여부에 관한 조약도 체결된 바 없으므로, 이 사건에서 피고에 대한 국가 면제 인정 여부는 오로지 ‘국제 관습법’에 따라 판단되어야 한다.”고 하면서 “현 시점에서 국가 면제에 관한 국제 관습법은 여전히 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결에서 선언한 바와 같이 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것인데, 제2차 세계대전 수행 과정에서 피고 군대와 행정기관을 동원하여 이루어진 피고의 행위는 주권적 행위라고 보아야 하므로 현 시점의 국제 관습법에 의하면 피고에 대하여 국가 면제가 인정된다.”고 판단하였다.⁹⁾

9) 즉, “위안부 피해자들이 전시 국제법의 적용 대상에서 제외된다고 보기 어렵고, 그러한 전시 국제법은 무력 분쟁 중 법정지국 영토 내에서 발생한 불법행위에 관하여 개별적인 소송 대신 관련 국가들의 별도의 협정에 의한 해결됨을 전제로 규정하고 있는데, 제2차 세계대전 이후 관계국가 사이의 협의의 내용, 진행 경과 및 그 이후 각종 쟁송에서 당사자들의 태도 등에 비추어 보면, 피고가 제2차 세계대전 중 이 사건 피해자들을 대한민국 영토 내에서 위안부로 차출한 행위도 피고를 상대로 한 개별적인 소송에 의하기보다는 대한민국과 피고 사이의 별도의 협정에 의하여 해결되어야 할 사항으로 봄이 타당하다. 따라서 피고가 이 사건 피해자들을 대한민국 영토 내에서 위안부로 차출한 행위도 이 사건 ICJ 판

결국 해당법원은 “청구권 협정 제2조는 대한민국 국민과 일본 국민의 상대방 국가 및 그 국민에 대한 청구권까지 대상으로 하고 있음이 분명하므로 청구권 협정을 국민 개인의 청구권과는 관계없이 양 체약국이 서로에 대한 외교적 보호권만을 포기하는 내용의 조약이라고 해석하기 어렵고, 이 조항에서 규정하고 있는 ‘완전하고도 최종적인 해결’이나 ‘어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다’라는 문언의 의미는 개인청구권의 완전한 소멸까지는 아니더라도 ‘대한민국 국민이 일본이나 일본 국민을 상대로 소로써 권리를 행사하는 것은 제한된다’는 뜻으로 해석하는 것이 타당하다.”고 하여 원고들의 청구를 각하하였다.

Ⅲ. 성 매매 계약의 효력과 인권의 침해로 인한 불법행위의 성립

강제동원 위안부가 일본이라는 국가의 개입 하에 위안소에서 성매매를 하게 되는 계약을 체결한 것은 계약의 내용이 반사회질서에 해당하는 경우 민사적으로 무효(민법 제103조)가 되며, 동시에 인권침해에 기인한 불법행위(민법 제750조)로 파악될 수 있다. 한편 전자의 경우에는 불법원인급여의 문제(민법 제746조)가 추가될 수 있는바 이 부분도 함께 검토하기로 한다.

결 다수의견이 국가 면제가 인정되는 것으로 판단한 ‘법정지국의 영토 내에서 무력 분쟁 과정에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위’에 해당한다고 봄이 타당하다.”고 하였다.

1. 준거법의 결정

일제 강점기 일본군위안부 사건에서 준거법의 결정에 대하여는 서울중앙지방법원 2016가합505092 판결에서 불법행위에 기한 손해배상청구권의 성립 여부와 관련하여 구체적으로 다루고 있다. 즉, 서울중앙지방법원은 “이 사건에서 불법행위에 기한 손해배상청구권이 성립하는지 여부를 판단하는 기준이 되는 준거법은 법정지인 대한민국에 있어서 외국적 요소가 있는 법률관계에 적용될 준거법의 결정에 관한 규범(이하 ‘저촉규범’이라고 한다)에 의하여 결정되어야 하는데, 앞서 본 인정 사실에 따르면 피고의 불법행위와 그로 인한 손해의 발생 등의 법률관계는 구 섭외사법(1962. 1. 15. 법률 제996호로 제정된 것, 이하 같다)이 시행된 1962. 1. 15. 이전에 발생하였다. 구 섭외사법 제정 이전에 발생한 법률관계에 적용되는 대한민국의 저촉규범은 1912. 3. 28.부터 일왕(일왕)의 칙령 제21호에 의하여 우리나라에 의용(의용)되어 오다가 군정법령 제21호를 거쳐 대한민국 제헌헌법 부칙 제100조에 의하여 현행법령으로서 대한민국 법질서에 편입된 일본의 법례(법례)(1898. 6. 21. 법률 제10호)이다. 원고 등의 청구권이 성립한 시점에 적용되는 위 법례에 의하면, 불법행위로 인한 손해배상청구권의 성립과 효력은 불법행위 발생지의 법률에 의하는데(제11조), 이 사건 불법행위지는 대한민국과 중국, 피고, 남양군도 등에 걸쳐 있으므로 불법행위로 인한 손해배상청구권을 판단할 준거법은 대한민국법, 중국법, 일본법 등이 될 것이다. 그런데 이 사건에서 원고들은 대한민국법을 준거법으로 하여 피고의 불법행위책임을 묻고 있음을 명백히 하고 있으므로, 피고의 불법행위에 기한 손해배상청구권이 성립하는지 여부는 대한민국법을 준거법으로 하여 판단하기로 한다(대법원 2012. 5.

24. 선고 2009다22549 판결 참조). 나아가 제정 민법이 시행된 1960. 1. 1. 이전에 발생한 사건이 불법행위에 해당하는지 여부의 판단에 적용될 대한민국법은 제정 민법 부칙 제2조 본문에 따라 ‘구민법(의용 민법)’이 아닌 ‘현행 민법’이다.”라고 판시하고 있다. 이에 의할 때 불법행위책임은 물론 계약의 유효성에 관하여도 현행 민법을 기준으로 검토하고자 한다.

2. 민법 제103조 위반

가. 성 매매 계약과 민법 제103조 위반

민법 제103조에서는 ‘선량(善良)한 풍속(風俗) 기타 사회질서(社會秩序)에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.’고 규정하고 있는바, 이는 법률행위의 내용이나 목적이 사회적 타당성에 위배된다면 그 법률행위가 소급적·절대적으로 무효가 된다는 것을 의미한다.¹⁰⁾

성도덕은 선량한 풍속의 대표적인 예로, 성적 행위는 각자의 자율에 맡겨야 하므로 이를 강제하는 내용의 법률행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다.¹¹⁾ 대법원도 “영리를 목적으로 윤락행위를 하도록 권유·유인·알선 또는 강요하거나 이에 협력하는 것은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되므로 그러한 행위를 하는 자가 영업상 관계있는 윤락행위를 하는 자에 대하여 가지는 채권은 계약의 형식에 관계없이 무효라고 보아야 한다.”고 판시한 바 있다.¹²⁾ 일제 강

10) 이동진 집필부분, 편집대표 김용담, 주석민법 민법총칙(제5판), 한국사법행정학회, 2019, 473면.

11) 이동진 집필부분, 주석민법 민법총칙(제5판), 458-459, 480면.

12) 대법원 2004. 9. 3. 선고 2004다27488,27495 판결; 대법원은 원심이 “원고가 선불금을 매개로 피고에게 윤락행위를 하도록 하고, 피고가 이를 거부할 때는 월급

점기에 일본군위안부 모집 자체는 성 매매 계약을 목적으로 하는 것으로서, 램지어 교수가 성 매매 계약의 유효 근거로 제시한 일본 내 무성에서 일본인 위안부 여성을 모집하기 위한 문서라고 하더라도 ‘성 매매 계약’ 자체를 목적으로 하고 있다면 이는 민법 제103조의 선량한 풍속을 위반한 것으로서 절대적 무효에 해당하는 것이다.¹³⁾

나. 자유로운 의사 결정의 부재와 민법 제103조 위반

램지어 교수는 한국인 위안부 여성 중 일부의 경우 자신이 겪은 일에 대한 기억이 불분명하고, 자유의지에 의한 것이라는 점을 들어 성 매매 계약이 유효하다는 것을 강조하고 있다. 그 예로 이용수 할머니의 경우 2000년대에서는 만 14세 때 총검에 끌려갔거나 일본 군에 의하여 납치되었다고 국회 및 미국 하원에서 이야기를 한 바 있지만, 1990년대 역사학자들로부터 진행된 인터뷰에서는 ‘그녀의 친구는 이용수에게 “빨리 나와”라고 재촉했고, 그래서 그녀는 “까지 발을 해서 살금살금 밖으로 나갔”고 친구를 따라갔다. 거기서 이용수 그녀에게 “빨간 드레스와 가죽 신발 한 켤레”를 준 일본 남자를 발견했다. 그녀는 너무나 흥분해서 “더 생각할 것도 없이 너무도 쉽

에서 일정액을 삭감하거나 선불금을 해결하라고 요구하여 당장 돈이 없는 피고로 하여금 계속해서 윤락행위를 할 수밖에 없도록 강요하였고, 피고가 공무집행 방해죄로 수감되어 있는 동안 소외 명지식과 함께 대천에 있는 피고의 노모 소외 1(당시 83세)을 찾아가 “피고가 빨리 감옥에서 나오는데 돈이 필요하다. 합의금을 내놔라.” 하는 식으로 말하여 500만 원을 편취한 사실 등을 인정하고 나서, 피고는 원고의 이러한 불법행위로 인하여 상당한 정신적 고통을 받았다고 판단하여 판시 위자료의 지급을 명”한 것은 정당하다고 판단하였다.

- 13) 민법 제103조는 일제강점기에 조선에 적용되었던 의용민법 제90조를 모범으로 제정되었음을 고려할 때, 준거법에 관한 논의를 차치하더라도 당시에도 성 매매 계약은 의용민법 제90조에 의하여 무효가 된다고 보아야 할 것이다.; 이동진 집필부분, 448면, 명순구, “아직도 살아있는 법, ‘朝鮮民事令’ - ‘조선민사령’의 소급적 폐지를 제안한다”, 저스티스 통권 제103호, 한국법학원, 2008. 4, 220면.

게 그를 따라갔다”고 답변하였다는 점을 들고 있다.¹⁴⁾

그러나 이용수 할머니의 인터뷰에 의하더라도 당시의 이용수 할머니의 나이가 미성년자였음을 부인할 수 없을뿐더러 적어도 한국인 위안부를 모집하여 성 매매 계약을 체결하는 과정에 있어서 단지 일본 남자가 제공한 “빨간 드레스와 가죽 신발 한 켤레”로 인하여, 너무나 흥분한 상태로 “더 생각할 것도 없이”, “쉽게” 유효하게 성립될 수 있다는 법적 의사로 이해한다는 것은 납득이 되지 않는다. 그리고 이러한 상태에서는 일본군위안부 성 매매 계약의 체결이 그 과정에 있어 숙려 기간, 철회의 가능성, 자유로운 의사에 의하여 이루어졌다고 도저히 파악할 수 없다. 그렇다면 이는 상대방의 열악한 지위를 악용하여 부당하게 유리한 계약을 체결한 경우 제103조의 특수례인 제104조에 해당하거나 사기에 의한 의사표시로 제110조에 해당할 여지도 있다. 다만 위안부 사건은 성 매매 계약이라는 법률행위 내용이 우선시되는 것으로 위안부 징집과정이라는 법률행위 성립과정의 불법성에 관한 조항들보다 제103조가 적용된다고 할 것이다.¹⁵⁾

다. 국제법규 위반과 민법 제103조 위반

당시 국제법규 위반에 관한 부분 또한 민법 제103조의 사회질서 위반에 해당할 수 있다. 첫째, 앞서 살펴본 바와 같이 한국인 위안부 모집 당시의 인신매매적 요소는¹⁶⁾ 1925년 일본이 비준한 부녀자 매매금지 조약을 위반한 것이고, 둘째, 취업사기적 요소는 1926년의 노예제 및 노예매매 금지에 관한 조약을 위반한 것이다. 램지어

14) J. Mark Ramseyer, “Comfort Women and the Professors”, p.4.

15) 이동진 집필부분, 주식민법 민법총칙(제5판), 468-470면.

16) 이러한 상황은 개인의 자유를 매우 심하게 제한하는 행위로 이 역시 민법 제103조 위반에 해당한다.; 양창수·김재형, 민법 I 계약법, 박영사, 2015, 663면.

교수가 원용한 일본 내무성 명령을 근거로 강제동원을 억제하기 위한 노력이 있었음을 역설하였으나, 특기할 것은 램지어 교수도 일본인 위안부 여성 모집 시의 일본 내무성의 명령이 이루어진 것은 당시 위안부 모집 시 강제동원 혹은 모집업자의 사기 등이 개입되어 있었기 때문에 이를 차단하기 위한 목적이 있었다는 것을 수궁하기도 하였다. 즉, 램지어 교수는 ‘중국의 사건과 관련된 작업장 근처에 위치한 위안소에 일본 여성을 모집하는 것과 관련해서 세심한 주의를 필요로 하는 몇 가지 사항들이 제기되었다. 일부 모집자들은 군대의 승인을 받았다고 주장한다. 그들은 군의 명예를 훼손하고 대중들 사이에서 오해를 일으키겠다고 위협했다. 일부 모집자들은 군 기지나 동정심 많은 외부인들의 개입을 통해 그들을 비체계적으로 채용함으로써 사회적인 문제를 일으킬 위험이 있다. 일부 사람들은 부주의하게 모집자들을 선발하여 상대했고, 그 결과 모집을 납치에 가까운 것으로 바꾸어 체포 및 경찰 조사의 대상이 되었음이 발견되었다. …… 그리고 정부 측에서 일부 모집자들이 허위로 여성을 고용하고 있다는 사실을 알고 있었음을 시사한다.’고 기술하여¹⁷⁾ 위안부의 국적을 불문하고 모집단계에서 범죄가 개입되었음을 인정하였다. 이러한 사실은 위 서울중앙지방법원 2016가합 505092 판결의 사실관계에서도 나타나는데 “일본제국은 자국 및 점령지의 여러 국가들의 여성을 대상으로 하여 여러 가지 방식으로 전장지에 설치된 위안소에 ‘위안부’들을 동원하였는데, ① 여성들을 폭행, 협박, 납치하여 강제로 동원하는 방식, ② 지역 유지, 공무원, 학교 등을 통하여 모집하는 방식, ③ 취직시켜 주겠다고거나 많은 돈을 벌 수 있다고 기망하여 모집하는 방식, ④ 모집업자들에게 위탁

17) J. Mark Ramseyer, “Comfort Women and the Professors”, pp.5-6.

하는 방식, ⑤ 근로정신대, 공출 제도를 통한 동원방식 등을 이용하였다.”고 하여 원고들 각자가 겪은 징집형태를 서술하였다.

더구나 일본의 경우 부녀매매 단속에 관한 국제조약 및 부인과 아동의 매매금지에 관한 국제조약을 1925년에 비준하였지만, 우리나라를 비롯한 식민지의 경우 그 적용에서 제외되는 지역이었기 때문에,¹⁸⁾ 일본인 위안부 여성 모집 및 위안소 규정에서는 미성년자의 위안부 고용을 금지하는 것이 원칙이었지만 식민지인 한국인 여성의 경우에는 지켜지지 않아 미성년자의 모집 비율이 80% 이상에 달하였다.¹⁹⁾ 그렇기에 한국인 위안부 여성에 대하여는 징집 형태 자체가 자유로운 의사 결정에 의하여 이루어진 것이 아니라 사기나 인신매매가 개입된 것이었고, 다수가 미성년자인 어린 여성들의 공박함과 경솔 또는 무경험을 이용한 것임을 알 수 있다.

셋째, 가사 램지어 교수가 주장한 것처럼 성 노역을 제공한 고용계약이라고 할 지라도 일제강점기의 일본과 우리나라와의 관계에 비추어 볼 때 한국인 위안부는 일본군에 의하여 강요된 노무를 제공한 강제노동에 해당하는 것이므로²⁰⁾ 1932년 일본이 비준한 국제노동기구(ILO) 협약 제29조 강제노동에 관한 조약을 위반한 것이

18) 최덕수·변은진·안자코 유카, ‘위안부’ 관련 문헌자료집(1), 일본군 ‘위안부’ 관련 기초문헌자료집 간행 ③, 10면.

19) 최덕수·변은진·안자코 유카, ‘위안부’ 관련 문헌자료집(1), 일본군 ‘위안부’ 관련 기초문헌자료집 간행 ③, 여성부, 2002. 12. 9-10면. 실제 서울중앙지방법원 2016 가합505092 판결의 사실관계에 의하면, 일본군위안부 피해자인 원고 등의 징집 당시 나이가 만 19세(원고 1), 만 16세(원고 2), 만 15세(원고 3), 만 15세(원고 4), 만 17세(원고 5), 만 14세(원고 7), 만 15세(원고 8), 만 17세(원고 9), 만 14세(만 14세), 만 17세(원고 11), 만 16세(원고 12)로 12명의 원고 중 11명이 미성년자에 해당하였음을 알 수 있다.

20) 근대민법상 고용계약의 기초를 이루었던 것이 인격의 자유와 평등인데, 이러한 측면에서 보더라도 램지어 교수가 고용계약이 유효하다고 주장하는 것을 받아들이기 어렵다.; 김형배, 채권각론(계약법), 박영사, 2001, 561면, 송오식, 계약법 이론·판례(중보판), 전남대학교출판부, 2013, 344면.

된다.²¹⁾²²⁾ 이와 관련하여 램지어 교수는 도쿄의 매춘업소와 위안소를 비교하면서, 도쿄의 매춘업소는 위안소에 비하여 계약기간이 길고 그에 대한 보수가 적다는 점을 강조하면서,²³⁾ 성 매매 계약은 허가된 고용계약으로 상당한 보수가 보상으로 이루어졌기 때문에 직접적인 경제 논리인 게임이론을 반영할 수 있다고 주장하였다.²⁴⁾ 그러나 한국인 위안부에게 그러한 계약조건이 있었다고 하더라도 실제의 성 매매의 강도가 지나치게 높았고 위안소의 환경이 열악하였으며 개인의 인권과 자유가 침해되고 있는 상황이었기 때문에, 단지 경제적인 이유만으로 인권과 윤리 등을 상쇄할 수 있다고 보기 어렵다. 위안소에서의 성 착취 사례에 대하여는 위 서울중앙지방법원 2016가합505092 판결에서 구체적으로 적시하고 있다. 예를 들어 ① 원고 1은 중국 삼강성 소재 위안소에서 27명 정도의 한국인 위안부들과 지내면서 제대로 된 식사도 하지 못한 채 평일에는 5~6명, 주말과 공휴일에는 15~16명의 일본군에 의하여 성행위를 강요당하였고, ② 원고 2는 중국 길림성 소재 위안소에서 주 1회 산

21) 김관원, “일본군 ‘위안부’ 피해자 구제에 관한 일고(一考)”, 동북아역사논총 제50권, 동북아역사재단, 2015. 12, 243-245면.

22) 한국인 위안부에 관한 기록이라고 단언하기는 어려우나, 중국 계림(桂林)에서의 위안부 사건을 비롯한 도쿄 대일전범재판 기록을 살펴보더라도 위안부에 대하여는 공권력에 의하여 강제동원되는 과정에서 인신매매와 취업사기, 강간 등이 동일한 패턴으로 잔학하게 이루어졌음을 알 수 있다.; 강경자, “대일전범재판에 나타난 일본군 ‘위안부’의 ‘강제동원성’ — 도쿄재판의 전범기록을 중심으로 —” 일본연구 제52권, 중앙대학교 일본연구소, 2020. 2, 204-207면.

23) 위안소는 ① 최대 2년의 계약을 체결하면서 600엔에서 700엔을 지불하였고, ② 여성이 충분한 수익을 창출할 경우 조기에 떠날 수 있는 능력을 결합한 약정 계약을 체결했는데, 이는 게임이론의 기본이 되는 신뢰할 수 있는 약속의 논리를 충족한 것이기에 램지어 교수는 계약적 측면에서는 타당하다고 주장하였다.; J. Mark Ramseyer, “Comfort Women and the Professors”, pp.7-8.; J. Mark Ramseyer, “Contracting for Sex in the Pacific War”, p.6.

24) J. Mark Ramseyer, “Contracting for Sex in the Pacific War”, pp.6-8.

부인과 검진을 받으면서 많을 때는 하루에 40여 명의 일본군인들로부터 성행위를 강요당할 뿐만 아니라 군인들로부터 종종 폭행을 당하였는데, 이로 인하여 귀의 고막이 파열되는 상해를 입기도 하였으며, ③ 원고 4는 중국 길림성 소재 위안소에 수용되어 하루에 30~40명에 이르는 일본군인을 상대하는 '위안부' 생활을 하게 되었고 원고 4가 일본군인들의 성적인 요구를 제대로 수행하지 못하면 그들로부터 흥기를 이용한 심각한 폭행을 당하기도 하였다. ④ 원고 5는 중국 흑룡강성 소재 위안소에서 주 1회 일본군의로부터 산부인과 검진을 받고 606호 주사를 맞으면서 하루에도 15명 이상의 군인들을 상대하는 위안부 생활을 하여야 했고, 위안소를 관리하는 관리인들과 군인들로부터 수시로 폭행을 당하였다. 더구나 서울중앙지방법원 2016가합505092 판결은 원고 등이 위안소 관리인 등으로부터 별다른 임금을 지급받지 못하였으며, 돈을 지급받았다고 하더라도 의미가 없을 정도의 소액이었음을 밝히고 있다. 뿐만 아니라 판결에 적시된 한국인 위안부에 대한 성 착취와 소위 '임금'의 액수에 비추어 보더라도, 램지어 교수가 주장하고 있는 정상적인 형태의 노동계약이라 보기 어렵고 충분한 급여 또한 보장된 것이 아니므로 경제이론조차도 적용할 수도 없다고 하겠다.

라. 무효인 계약과 불법원인급여에 대한 부당이득반환청구

민법 제103조로 인하여 무효인 성 매매 계약으로 인하여 일제가 위안부 여성에게 지급한 대가는 불법원인급여(제746조)에 해당할 수 있기에, 그 반환청구가 제한되는지가 문제될 수 있다.²⁵⁾

불법원인급여에서 말하는 불법의 의미에 관하여 학설은 대립하고

25) 김문석 집필부분, 편집대표 김용담, 주석민법 채권각칙 5(제4판), 한국사법행정학회, 2016, 623면.

있다. 첫째, 이는 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것만을 의미하고 강행법규의 위반은 포함되지 않는다고 보는 ‘사회질서 위반설’, 둘째, 단속법규를 제외하는 모든 효력규정 위반도 포함된다고 보는 ‘강행법규 위반 포함설’, 셋째, 선량한 풍속 위반만을 해당한다고 보는 ‘양속위반설’로 나뉜다. 판례의 경우 “부당 이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법 원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서, 법률의 금지에 위반하는 경우라 할 지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다.”고 파악하여²⁶⁾ 첫 번째 입장과 같다.²⁷⁾

성 매매 계약에 대하여 대법원은 “윤락행위 및 그것을 유인·강요하는 행위는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되므로, 윤락행위를 할 자를 고용·모집하거나 그 직업을 소개·알선한 자가 윤락행위를 할 자를 고용·모집함에 있어 성매매의 유인·강요의 수단으로 이용되는 선불금 등 명목으로 제공한 금품이나 그 밖의 재산상 이익 등은 불법원인급여에 해당하여 그 반환을 청구할 수 없다고 할 것이다”고 판시하였는바,²⁸⁾ 이에 의할 때 일제가 위안소에서 성 착취의 대가로 위안부에게 지급한 금원은 불법원인급여에 해당하므로 이를 위안부에 대하여 반환을 구할 수 없다.

3. 한국인 위안부 개인의 불법행위청구권의 성립

민법 제750조의 불법행위책임의 성립하기 위하여는 고의 또는

26) 대법원 1965. 11. 30. 선고 65다1837 판결, 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결, 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다77477 판결 등.

27) 민중기 집필 부분, 편집대표 김용담, 주석민법 채권각칙 5(제4판), 한국사법행정학회, 2016, 633면.

28) 대법원 2004.09.03 선고 2004다27488,27495 판결.

과실이 있는 행위의 존재, 가해행위의 위법성, 손해의 발생, 위법한 가해행위와 손해 발생 사이에 인과관계가 있을 것이라는 요건을 갖추어야 한다.²⁹⁾ 이 때 가해행위의 위법성은 책임성립의 요건에 해당한다고 파악되는데, 인격권 기타 인격적 이익이나 공서양속 위반의 경우에도 불법행위에 해당된다.³⁰⁾

일본군위안부 피해자 사건에 대하여 앞서 살펴본 사실관계에 의거하여 서울중앙지방법원 2016가합505092 판결은 “원고들은 피고를 상대로 미지급 임금이나 보상금을 청구하고 있는 것이 아니고, 일본제국의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위를 전제로 위자료를 청구하고 있다.”고 하면서 “일본제국의 불법행위로 인하여 원고 등이 정신적 고통을 입었음은 경험칙상 명백하다고 할 것이다. 따라서 일본제국의 후신으로서 동일성이 인정되는 피고는 특별한 사정이 없는 한, 위와 같은 불법행위로 인하여 원고 등이 입은 정신적 고통을 금전으로나마 배상할 의무가 있다.”고 판단하였고, 서울중앙지방법원 2016가합580239 판결 또한 “위안부 피해자들은 어린 시절 피고로 인하여 많은 고통을 겪어야만 했다. 그리고 이 문제를 해결하기 위하여 위안부 피해자들이 국내외 법원 등을 통한 기나긴 법적 쟁송을 거치는 과정도 결코 순탄치 아니하였고, 지난 시간 동안 대한민국이 국내외적으로 기울인 노력과 그로 인하여 얻게 된 성과도 위안부

29) 이연갑 집필부분, 편집대표 김용담, 주석민법 채권각칙 5(제4판), 한국사법행정학회, 2016, 129면.

30) 의용민법 제370조 제1항은 불법행위책임과 관련하여 ‘과실 또는 해태로 타인에게 손해를 가한 자는 그 배상을 할 책임이 있다’고 정하였기 때문에, 권리침해를 요건으로 할 뿐 위법성을 요구하지는 않았다고 한다. 그렇다 하더라도 일본의 판례와 학계에서는 위법성을 불법행위의 성립요건으로 파악하면서 공서양속 위반이나 인격권 침해의 경우가 대표적이라고 파악하였다고 한다.; 이연갑 집필부분, 주석민법 채권각칙(제4판), 183-184면.

피해자들의 고통과 피해에 대한 회복으로는 미흡하였을 것으로 보이며, 이 법원이 앞서 위안부 피해자들에 대한 대체적 권리구제수단이 된다고 본 2015. 12. 28. 한·일 합의도 이들이 지난 시간 겪어야 했던 고통에 비하면, 위안부 피해자들에게 충분히 만족스러운 결과였다고 보기는 어렵다.“고 하면서 ”이 법원은 위안부 피해자들이 피고에 대한 실체법상 손해배상청구권이 있음을 부정하지 아니한다.“고 하여 일본에 대한 일본군위안부 피해자들의 불법행위에 근거한 손해배상청구권을 인정하였고, 이는 타당한 판단이다.

IV. 국가의 기본권보호의무의 발동

1. 국가의 기본권보호의무

가. 기본권보호의무의 의의와 헌법적 근거

국가의 기본권보호의무란 국가가 헌법상 보호되는 기본권적 법익에 대하여 국가나 제3자인 사인(私人)에 의한 위법한 가해나 가해의 위험으로부터 보호하여야 하는 의무를 의미한다.³¹⁾ 국가의 기본권보호의무는 국가가 개인의 기본권을 침해해서는 안 된다는 소극적인 부작위 의무의 측면과 사인인 제3자에 의한 위법한 가해 등으로부터 기본권 보호를 위한 조치를 취하여야 한다는 적극적인 작위 의무로 구분된다.³²⁾ 국가의 기본권보호의무는 독일의 연방헌법재

31) 성중탁, “행정부작위 헌법소원에서의 작위의무와 국가의 기본권보호의무 - 헌법재판소 2011. 8. 30.자 2006헌마788 결정 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인에 대한 판례평석을 곁하여 -”, 저스티스 통권 제140호, 한국법학원, 2014, 72면.

32) 양건, 헌법강의 제7판, 법문사, 2018, 276면, 장혜영, “과소보호금지원칙에 관한

판소 판례에 의하여 이론적으로 구성되었는데, 이는 단순한 국가의 지침이나 원칙이 아닌, 국가의 의무로 보아야 한다고 파악하고 있다.³³⁾ 그리고 기본권보호의무는 모든 기본권에 적용되는 것이 아니라 주로 인간의 존엄과 밀접한 관련이 있는 기본권인 생명권, 신체의 자유에서 인정된다.³⁴⁾³⁵⁾

국가의 기본권보호의무의 근거에 대하여 우리나라에서는 헌법 제10조 제2문의 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”는 규정, 헌법전문에서 기본권보호의무의 헌법적 근거를 구하는 입장³⁶⁾과 해당 조문은 기본권 ‘보장’의 헌법적 근거는 되지만, 기본권보호의무의 헌법적 근거 조항은 되지 않으므로 기본권보호의무의 헌법적 근거는 기본권의 객관법적 내용에서 도출하는 것이 타당하다는 입장이 거론되고 있다.³⁷⁾

나. 기본권보호의무와 과소보호금지원칙

기본권보호의무를 수행함에 있어서 국가는 피해자인 국민의 기본권 보호를 위해 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를

소고”, 강원법학 제38권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 49면.

33) 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구 제17권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2014, 40-41면.

34) 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 60면.

35) 한편 국가가 기본권 보호의무를 이행하지 않거나 충분히 효과적으로 이행하지 않는 경우, 독일에서 논의되는 피해자인 제3자에게 주관적인 기본권 보호청구권이 인정될 수 있는지가 문제될 수 있다. 그 인정 필요성에 대하여는 표명환, “기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰”, 법학연구 제45집, 한국법학회, 2012, 29-32면, 조홍석, “국가의 기본권 보호의무와 개인의 보호청구권”, 법과 정책연구 제11집 제3호, 한국법정책학회, 2011, 13-14면 참조.

36) 조홍석, “국가의 기본권 보호의무와 개인의 보호청구권”, 법과 정책연구 제11권 제3호, 한국법정책학회, 2011. 9, 1100-1102면, 국회법제실, 최신 현재결정과 법제 제5호, 국회, 2020. 4. 20, 2-3면.

37) 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 45면.

취하여야 하고 그 보호조치는 명백하게 부적절하거나 불충분하지 않아야 한다는 것을 의미한다.³⁸⁾ 과소보호금지 원칙은 주로 국가의 적극적인 작위를 요청하는 급부청구권으로서의 적극적 기본권이지만, 이와 같이 국가에게 국민의 기본권을 보장하기 위한 조치를 취할 의무가 부여되어 있더라도 언제나 헌법상 의무 위반이 되는 것은 아니다.³⁹⁾ 헌법재판소는 “국가가 그와 같은 기본권보호의무를 어느 정도로 이행하면 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반여건과 재정사정 등을 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하는 것”이고 “국가의 보호의무를 입법자가 어떻게 실현하여야 할 것인가 하는 문제는 입법자의 책임범위에 속하므로, … 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다.”고 파악하고 있다.⁴⁰⁾ 즉, 헌법은 국가에 대하여 기본권보호조치가 최소한도의 보호수준에 미달하여서는 안 된다는 과소보호금지를 요구하지만 최대한의 보호를 하라고 명령하지는 않는다.⁴¹⁾

2. 헌법재판소의 일본군위안부 사건에 관한 판단

헌법재판소는 1965. 6. 22. 체결된 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(조약 제172

38) 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 55면, 조홍석, 위의 논문, 1105-1106면.

39) 이부하, “기본권보호의무의 헌법적 쟁점”, 법조 제68권 제2호, 법조협회, 2019, 49면, 성중탁, 위의 논문, 73-74면.

40) 헌법재판소 1997. 1. 16.자 90헌마110 결정 등.

41) 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 56-57면, 조홍석, 위의 논문, 1107-1110면.

호, 이하 ‘이 사건 협정’이라 한다) 제3조⁴²⁾에 관한 부작위 위헌확인
에 대한 헌법재판소 2011. 8. 30.자 2006헌마788 결정에서 “헌법 전
문, 제2조 제2항, 헌법 제10조와 이 사건 협정 제3조의 문언에 비추
어 볼 때, 피청구인이 위 협정 제3조에 따라 분쟁해결의 절차로 나
아갈 의무는 일본국에 의해 자행된 조직적이고 지속적인 불법행위
에 의하여 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민들이 배
상청구권을 실현하도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청에 의
한 것으로서, 그 의무의 이행이 없으면 청구인들의 기본권이 중대
하게 침해될 가능성이 있으므로, 피청구인의 작위의무는 헌법에서
유래하는 작위의무로서 그것이 법령에 구체적으로 규정되어 있는
경우라고 할 것이다. 특히, 우리 정부가 직접 일본군위안부 피해자
들의 기본권을 침해하는 행위를 한 것은 아니지만, 일본에 대한 배
상청구권의 실현 및 인간으로서의 존엄과 가치의 회복에 대한 장애
상태가 초래된 것은 우리 정부가 청구권의 내용을 명확히 하지 않

42) 제3조

1. 본 협정의 해석 및 실시에 관한 양 계약국 간의 분쟁은 우선 외교상의 경로를 통하여 해결한다.
2. 1.의 규정에 의하여 해결할 수 없었던 분쟁은 어느 일방 계약국의 정부가 타방 계약국의 정부로부터 분쟁의 중재를 요청하는 공한을 접수한 날로부터 30일의 기간 내에 각 계약국 정부가 임명하는 1인의 중재위원과 이와 같이 선정된 2인의 중재위원이 당해 기간 후의 30일의 기간 내에 합의하는 제3의 중재위원 또는 당해 기간 내에 이들 2인의 중재위원이 합의하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원과의 3인의 중재위원으로 구성되는 중재 위원회에 결정을 위하여 회부한다. 단, 제3의 중재위원은 양 계약국 중의 어느 편의 국민이어서는 아니 된다.
3. 어느 일방 계약국의 정부가 당해 기간 내에 중재위원을 임명하지 아니하였을 때, 또는 제3의 중재위원 또는 제3국에 대하여 당해 기간 내에 합의하지 못하였을 때에는 중재위원회는 양 계약국 정부가 각각 30일의 기간 내에 선정하는 국가의 정부가 지명하는 각 1인의 중재위원과 이들 정부가 협의에 의하여 결정하는 제3국의 정부가 지명하는 제3의 중재위원으로 구성한다.
4. 양 계약국 정부는 본조의 규정에 의거한 중재위원회의 결정에 복한다.

고 ‘모든 청구권’이라는 포괄적인 개념을 사용하여 이 사건 협정을 체결한 것에도 책임이 있다는 점에 주목한다면, 그 장애상태를 제거하는 행위로 나아가야 할 구체적 의무가 있음을 부인하기 어렵다.”고 하면서, “일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄 행위에 대하여 일본군위안부 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일 뿐만 아니라, 그 배상청구권의 실현은 무자비하고 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로 피청구인의 부작위로 인하여 침해되는 기본권이 매우 중대하다. 또한, 일본군위안부 피해자는 모두 고령으로서, 더 이상 시간을 지체할 경우 일본군위안부 피해자의 배상청구권을 실현함으로써 역사적 정의를 바로세우고 침해된 인간의 존엄과 가치를 회복하는 것은 영원히 불가능해질 수 있으므로, 기본권 침해 구제의 절박성이 인정되며, 이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 일련의 국내외적인 움직임을 종합해 볼 때 구제가능성이 결코 작다고 할 수 없다. 국제정세에 대한 이해를 바탕으로 한 전략적 선택이 요구되는 외교행위의 특성을 고려한다고 하더라도, 피청구인이 부작위의 이유로 내세우는 ‘소모적인 법적 논쟁으로의 발전가능성’이나 ‘외교관계의 불편’이라는 매우 불분명하고 추상적인 사유를 들어, 기본권 침해의 중대한 위험에 직면한 청구인들에 대한 구제를 외면하는 타당한 사유라거나 진지하게 고려되어야 할 국익이라고 보기는 힘들다.”고 판시하였다. 결국 헌법재판소는 “이 사건 협정 제3조에 의한 분쟁해결절차로 나아가는 것만이 국가기관의 기본권 기속성에 합당한 재량권 행사라 할 것이고, 피청구인의 부작위로 인하여 청구인들에게 중대한 기본권의 침해를 초래하였다 할 것이므로, 이는 헌법에 위반된다.”고 하여 국가가 기본권보호의무를 위반하였다고

판단하였다.⁴³⁾

3. 검토

우리나라가 현 상황에서 일본군위안부 피해자에 대하여 국가로서 기본권보호의무를 다하였는지에 관하여 위 헌법재판소의 판단을 기초로 검토하고자 한다.

먼저 국가기록원의 자료와 법원의 사실관계를 토대로 우리나라와 일본 사이의 일본군위안부 피해자에 대한 조치를 시간 순으로 살펴보면 다음과 같다. 우리나라 정부는 일본군위안부 문제가 최초 제기될 당시 무관심하였다가 사회적으로 여론이 형성되고 1991. 12. 6. 김학순할머니 등이 민간차원에서 법원에 제소하는 상황에 이르자 ‘선진상 규명, 후배상 문제 검토’라는 논리로 일본 정부에 대하여 조사를 요구하였다. 이후 1992. 1. 24. ‘정신대문제실무대책반’을 설치하여 정부 각 부처가 문서자료를 조사하기 시작하였다. 이후 1993. 6. 11. 「일제하 일본군위안부에 대한 생활안정지원법」(법률 제4565호, 1993. 6. 11. 시행)을 제정하여 일본군위안부 피해자에 대하여 국가가 인도주의정신에 입각하여 이들을 보호하고 생활지원금을 지급하기 시작하였다.⁴⁴⁾ 한편 일본은 1951. 9. 8. 샌프란시스코에서 태평양전쟁 종전 후 ‘전후 배상문제를 해결하기 위한 평화조약’을 미국, 영국 등을 포함한 연합국과 체결하였고, 1965. 6. 22.

43) 해당 헌법재판소 결정에서 헌법재판소가 작위의무의 발생근거와 기본권보호의 무에 있어서 보호청구권과의 관계를 전혀 살피지 않은 채 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유 등의 사후적 회복이라는 중대한 기본권 침해를 이유로 곧바로 위헌임을 선언한 것은 다소 문제가 있음을 지적한 견해로 성중탁, 위의 논문, 72-73면 참조.

44) 김창록·이승욱, 일본군 ‘위안부’ 문제에 관한 국제사회의 동향, 여성부 연구보고서, 2003, 41면.

‘국교 정상화를 위한 대한민국과 일본국 간의 기본관계에 관한 조약’과 그 부속협정의 하나로 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’을 체결하여 발효되었다.⁴⁵⁾ 이에 일본은 일본군위안부 피해자에 대한 보상은 1965. 6. 22. 청구권협정으로 이미 모두 해결된 상태라서 새롭게 법적 조치를 취할 수 없다는 입장을 고수하여 왔고, 1994. 8. 31. 위안부 피해자들의 명예와 존엄 훼손에 대한 도의적인 책임으로 인도적 견지에서 개별적인 위로금이나 정착금을 지급할 수 있고 정부 차원이 아닌 민간 차원에서 아시아여성발전기금의 조성 등을 모색하겠다는 입장에 주안점을 두었다.⁴⁶⁾ 실제 일본 정부의 피해자 개개인에 대한 보상 혹은 배상은 거의 이루어지지 않았고, 일본군위안부 피해자들은 일본의 재판소에 수차례 민사소송을 제기하였으나 모두 기각되거나 각하되었고, 미국 등의 법원에도 소송을 제기하였지만 승소의 사례는 부재하였다.⁴⁷⁾ 이후 2015. 11. 2. 한·일 정상회담에서 한·일 국교 정상화 50주년을 맞아 가능한 한 빠른 시일 내에 일본군위안부 문제를 타결하기로 하였고, 이에 따라 2015. 12. 28. 한·일 외교장관회담 공동기자회견을 통하여 일본군위안부 피해자 문

45) 서울중앙지방법원 2016가합505092 판결.

46) 1992. 7. 6.과 1993. 8. 4.에 걸쳐 소위 ‘고노 담화’라고 알려진 일본정부의 내각관방장관의 ‘위안부 문제’에 대한 조사결과를 발표하는 기자회견에서 위안소의 설치, 위안부 모집을 담당하는 자의 단속, 위안시설의 축조·증강, 위안소의 경영·감독, 위안소·위안부의 위생관리, 위안소 관계자에 대한 신분증명서 등의 발급에 일본 정부의 관여가 있었음을 인정하고 일본군위안부의 국적과 출신지 여하를 불문하고 모진 고통을 경험한 모든 분들에게 사과와 반성의 마음을 전한다는 취지로 표명하기도 하였다.; 최덕수·변은진·안자코 유카, ‘위안부’ 문제에 대한 일본정부의 견해: 자료와 해설, 일본군 ‘위안부’ 관련 기초문헌자료집 간행 ②, 여성부 보고서, 2002. 12. 2면, 김정현, “한중일의 일본군 ‘위안부’ 기록물 발굴 성과와 과제 -역사수정주의와 보편적 인권의 길항-”, 한일관계사연구 제69호, 한일관계사학회, 2020. 8, 191-192면.

47) 서울중앙지방법원 2016가합580239 판결.

제 관련 합의를 발표하였다. 그러나 일본군위안부 피해자들 중 일부는 2016. 8. 30. 대한민국을 상대로 하여 2015. 12. 28. 한·일 합의는 헌법재판소의 위헌결정에 따른 후속조치로 볼 수 없고 적법한 외교적 보호권 행사로 볼 수도 없음을 이유로 정신적 손해의 배상을 청구하는 소를 제기하였다. 제1심 법원은 2018. 6. 5. 위 원고들의 청구를 기각하는 판결을 선고하였지만,⁴⁸⁾ 항소심 법원⁴⁹⁾의 ‘대한민국은 2015. 12. 28. 한·일 합의가 역사문제 해결에 있어 확립된 국제사회의 보편적 원칙에 위배되고 피해자 중심주의 원칙에 반한 것으로 위 합의로 인하여 원고들이 정신적 고통을 겪었다는 점을 겹쳐히 인정한다. 대한민국은 2015. 12. 28. 한·일 합의가 위안부 피해자 문제의 진정한 해결이 될 수 없다는 점을 분명히 하고, 향후 피해자들의 존엄과 명예를 회복하기 위한 대내외적인 노력을 계속한다.’는 내용을 골자로 하는 화해권고결정에 쌍방이 이의하지 않음으로써 위 결정이 확정되었다.⁵⁰⁾

위와 같은 사실관계는 일본군위안부의 불법행위에 기초한 개인적인 청구권의 실현과 관련된 두 가지 판결에서 동일하게 인정하였고, 이후 국가면제 이론의 적용 여부에 대하여만 결론을 달리하였다. 그런데 특기할 것은 위 두 가지 판결에서 우리나라의 일본군위안부 피해자에 대한 보호가 충분하고 적절하였다고 파악하지 않았다는 것이다. 즉, 서울중앙지방법원 2016가합505092 판결에서는 ‘대한민국 정부와 피고 정부 간의 청구권협정’과 ‘2015년 일본군위안부 피해자 문제 관련 합의’ 모두 피해를 입은 일본군위안부 개인에 대한 배상을 포괄하지 못하였음을 지적하면서 협상력이나 정치적 권

48) 서울중앙지방법원 2018. 6. 5. 선고 2016가합552135 판결.

49) 서울고등법원 2018나2036050 사건의 2019. 12. 26.자 조정에 갈음하는 결정.

50) 서울중앙지방법원 2016가합580239 판결.

력을 가지지 못한 개인에 불과한 원고들로서는 이 사건 소송 외에는 구체적 손해를 배상받을 수 있는 방법이 요원하다는 취지로 판시하였고, 서울중앙지방법원 2016가합580239 판결에서도 “대한민국 사법부, 입법부, 행정부의 태도에 비추어 보면, 대한민국은 제2차 세계대전 이후 국제 사회에서 일반적으로 받아들여지는 국가 면제에 관한 제한적 면제론의 법리를 수용하여 현재까지 그대로 유지하고 있고, 그 예외를 확대하는 내용의 국제 조약 가입 및 자체 입법에 관하여는 매우 소극적인 태도를 취한 것으로 평가할 수밖에 없으며, 피해 회복 등 위안부 피해자 문제의 해결은 대한민국이 여러 차례 밝힌 바와 같이 피고와의 외교적 교섭을 포함한 대한민국의 대내외적 노력에 의하여 이루어져야” 함을 적시하였다.

이러한 법원의 태도는 모두 국가가 일본군위안부 피해자가 입게 된 인격권 침해에 대한 보호가 불충분하였다고 파악한 것으로, 우리나라와 일본 사이에 위안부 피해에 대한 배상 분쟁이 여전히 존재하는 현재의 상황에서는 이를 확인하여 분쟁구제를 위한 조치를 취해야 할 국가의 일반적 구체적 작위의무가 여전히 존재한다고 보인다. 이에 더하여 일본군위안부 피해자들의 일본에 대한 불법행위에 기한 손해배상청구권은 자유권적인 기본권인 재산권에 해당하는 동시에 인간의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 침해당한 것에 대한 배상이기에 구체적인 주관적 청구권도 존재한다.⁵¹⁾ 따라서 우리

51) 성종탁, 위의 논문, 76-77면. 이에 기할 경우 국가에 대하여 국가배상법 제2조에 근거하여 그 요건을 갖출 경우 배상청구가 가능할 수 있다. 다만 동조의 요건 중 공무원의 위법한 직무집행행위가 ‘고의 또는 과실에 기한 것’인지와 관련하여 공무원이 국제적 정황 등을 고려하여 협정을 체결한 점을 ‘고의 또는 과실’로 법적으로 평가 가능한지가 문제될 수 있다. 최근 국가배상법 제2조 제1항에 대한 위헌소원에 대하여 헌법재판소 2020. 3. 26.자 2016헌바55·65·72·90·97·141·142·148·161·164·180·183·200·216·309·310·349, 2017헌바264·269·270·394·469·518, 2018헌바95, 2019헌바234·235·236·371(병합) 결정에서도 무과실책임

나라는 일본군위안부 피해자들에 대한 국가의 기본권보호의무를 이행하기 위하여 일본이 위안부 피해자들에게 배상을 하도록 다방면의 대내외적 노력을 다하여야 할 필요가 있다.

V. 결론

헌법재판소와 법원의 판단에서도 언급한 바와 같이, 일본군위안부 문제가 사회적으로 부각된 이후에 상당한 시간이 흘렀고 그 기간 동안 법률의 제정과 함께 우리나라 정부와 일본 정부 사이의 협정이 수차례 있었음에도 불구하고 여전히 일본군위안부 피해자들의 피해는 충분히 회복되지 못한 상태이다. 일본군위안부 피해자들의 상당수가 세상을 떠난 상태이고⁵²⁾ 잔존한 피해자들 또한 여생이 얼마 남지 않은 절박한 상황에서 우리나라는 각 피해자들의 일본에 대한 손해배상과 관련된 직접적인 의사를 명확히 확인하지 않은 측면이 있고, 입법부와 행정부의 정책적 의사결정은 미흡하였으며, 사법부 역시 각 법원마다 국가면제와 관련하여 다른 판단을 함으로써 혼란을 가중시키고 있다.

이러한 상황에서 램지어 교수의 논문이 발표됨으로써 일본군위안부 사건을 유효한 성 매매 계약으로 파악하면서 일본의 책임을 부정

을 인정하지 않은 것이 입법형성의 범위를 벗어난 것이 아니라고 판단하였고, 실무에서도 이를 증명하는 것이 수월하지 않은 것이 현실이다.; 이소아, “피해자 인적사항 노출에 대한 국가배상청구”, 인권법평론 제16호, 전남대학교 공익인권법센터, 2016, 186-187면, 박재현, “국가배성법 제2조에 대한 재검토”, 비교법학 제30집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2019, 77-78면.

- 52) 2021. 10. 26. 자 YTN 뉴스, 위안부 NYT, ‘위안부 첫 증언’ 김학순 할머니 24년만의 부고기사(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20211026004600072?input=1195m>, 2021. 11. 25. 최종방문)

하는 의견이 재등장하여,⁵³⁾ 피해자들의 명예를 실추하고 인권을 훼손함에 더하여 사건의 진실까지 와해되는 상황까지 발생하였다.⁵⁴⁾

따라서 작금의 사태에 대하여 국민인 일본군위안부 피해자들의 인격권을 보호하여야 할 국가의 의무에 대하여 다시 한 번 그 의미를 새겨 보아야 할 때이다. 결국 일본군위안부 피해자들의 일본에 대한 손해배상청구와 관련된 문제를 해결하기 위해서는 해당 피해자들의 직접적인 목소리를 경청하는 것을 비롯하여⁵⁵⁾ 우리나라의 적극적이고 전향적인 조치가 필요하고, 이것은 국가의 국민에 대한 기본권 보호의무의 발동이라고 할 것이다.

53) 이는 장기간 일본의 총리로 집권하였던 아베 신조의 논리와 맞닿아 있다. 아베 신조는 일본군위안부에 있어 납치나 약취는 실질적 증거가 없기에 이를 인정할 수 없다고 주장하고 있다.; 백시진, “일본군‘위안부’ 문제의 탈진실 정치 - 아베 정권을 중심으로”, 동북아역사논총 제71호, 동북아역사재단, 2021. 3, 320-321면.

54) 일본의 역사 교과서에서 일본군위안부 문제에 대한 시각을 어떻게 다루고 있는지에 관하여는 이경훈, “역사 부정의 파고 속, 일본군 ‘위안부’ 역사교육, 어떻게 해야 하나?”, 역사와 교육 제20호, 역사교육연구소, 2021. 3, 63-67면 참조.

55) 일본군위안부 피해자들이 직접적인 목소리를 내기 어려웠던 상황에 대한 구체적인 기술로는 김현경, “냉전과 일본군 ‘위안부’ 배봉기의 잊혀진 삶 그리고 주검을 둘러싼 경합”, 한국여성학 제37권 제2호, 한국여성학회, 2021. 6, 217-222면 참조.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 강경자, “대일전범재판에 나타난 일본군 ‘위안부’의 ‘강제동원성’ — 도쿄재판의 전범기록을 중심으로 —” 일본연구 제52권, 중앙대학교 일본연구소, 2020.
- 국회법제실, 최신 헌재결정과 법제 제5호, 국회, 2020.
- 김관원, “일본군 ‘위안부’ 피해자 구제에 관한 일고(一考), 동북아역사논총 제50권, 동북아역사재단, 2015.
- 김정현, “한중일의 일본군 ‘위안부’ 기록물 발굴 성과와 과제 -역사수정주의와 보편적 인권의 길항-”, 한일관계사연구 제69호, 한일관계사학회, 2020.
- 김지민, “미국 시민사회의 일본군‘위안부’ 문제 인식과 램지어 논문을 둘러싼 논란”, 역사비평, 역사비평사, 2021.
- 김창록·이승욱, 일본군 ‘위안부’ 문제에 관한 국제사회의 동향, 여성부 연구보고서, 2003[국가기록원 자료].
- 김창록, “‘램지어 사태’ - 일본군‘위안부’ 부정론의 추가 사례”, 역사비평, 역사비평사, 2021.
- , “한국 법원의 일본군‘위안부’ 판결들”. 일본비평 제25호, 서울대학교 일본연구소, 2021.
- 김현경, “냉전과 일본군 ‘위안부’: 배봉기의 잊혀진 삶 그리고 주검을 둘러싼 경합”, 한국여성학 제37권 제2호, 한국여성학회, 2021.
- 김형배, 채권각론(계약법), 박영사, 2001.
- 명순구, “아직도 살아있는 법, ‘朝鮮民事令’ - ‘조선민사령’의 소급적 폐지를 제안한다”, 저스티스 통권 제103호, 한국법학원, 2008.
- 박재현, “국가배상법 제2조에 대한 재검토”, 비교법학 제30집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2019.
- 백시진, “일본군‘위안부’ 문제의 탈진실 정치 - 아베 정권을 중심으로”, 동북아역사논총 제71호, 동북아역사재단, 2021.

- 성중탁, “행정부작위 헌법소원에서의 작위의무와 국가의 기본권보호의무 - 헌법재판소 2011. 8. 30.자 2006헌마788 결정 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인에 대한 판례평석을 겸하여 -”, 저스티스 통권 제140호, 한국법학원, 2014.
- 송오식, 계약법 이론·판례(증보판), 전남대학교출판부, 2013.
- 양 건, 헌법강의 제7판, 법문사, 2018.
- 양창수·김재형, 민법 I 계약법, 박영사, 2015.
- 윤수중, “한국인 위안부”, 진보평론 제85호, 진보평론, 2020.
- 이경훈, “역사 부정의 파고 속, 일본군 ‘위안부’ 역사교육, 어떻게 해야 하나?”, 역사와 교육 제20호, 역사교육연구소, 2021.
- 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구 제17권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2014.
- _____, “기본권보호의무의 헌법적 쟁점”, 법조 제68권 제2호, 법조협회, 2019.
- 이소아, “피해자 인적사항 노출에 대한 국가배상청구”, 인권법평론 제16호, 전남대학교 공익인권법센터, 2016.
- 이승우, “일제강점기 근로정신대여성의 손해배상청구”, 한국동북아논총 제76호, 2015.
- 장혜영, “과소보호금지원칙에 관한 소고”, 강원법학 제38권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013.
- 조홍석, 국가의 기본권 보호의무와 개인의 보호청구권, 법과 정책연구 제11권 제3호, 한국법정책학회, 2011.
- _____, “국가의 기본권 보호의무와 개인의 보호청구권”, 법과 정책연구 제11집 제3호, 한국법정책학회, 2011.
- 편집대표 김용담, 주석민법 민법총칙(제5판), 한국사법행정학회, 2019.
- _____, 주석민법 채권각칙 5(제4판), 한국사법행정학회, 2016.
- 표명환, “기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰”, 법학연구 제45집, 한국법학회, 2012.

최덕수·변은진·안자코 유카, ‘위안부’ 문제에 대한 일본정부의 견해: 자료와 해설, 일본군 ‘위안부’ 관련 기초문헌자료집 간행 ②, 여성부 보고서, 2002. 12[국가기록원 자료].

_____, ‘위안부’ 관련 문헌자료집(1), 일본군 ‘위안부’ 관련 기초문헌자료집 간행 ③, 여성부 보고서, 2002. 12[국가기록원 자료].

2. 국외문헌

- J. Mark Ramseyer, “Comfort Women and the Professors”, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Discussion Paper No. 995, Mar. 13, 2019.
- J. Mark Ramseyer, “Contracting for Sex in the Pacific War”, International Review of Law and Economics 65, 105971, 2021.

<Abstract>

**A Legal Study on Compulsory mobilization of
comfort women for the Japanese military and
Human Rights Violations**
- Focusing on comments on related precedents -

Back, Kyounghee*

In early 2021, Professor Ramzier of Harvard Law School in the United States argued that the comfort women who were forcibly mobilized during the Japanese occupation were voluntarily obtained through contracts based on economic theory.

The representative acts of forced mobilization during the Japanese colonial period were forced labor and Japanese military comfort women. In both cases, the issue is whether the international agreement between the Republic of Korea and Japan falls under the state immunity and whether the victims' right to claim compensation due to illegal forced labor is limited by the state immunity.

Considering the circumstances of human trafficking, employment fraud, and forced sexual exploitation in the comfort stations during the recruitment process of the Japanese military comfort women, the sex trafficking contract is absolutely null and void as it violates Article 103 of the Civil Code. In addition, as it can be recognized that the Japanese military comfort women suffered psychological pain due to the actions of the Japanese imperialism in the historical facts, they can claim compensation based on

* Inha University Lawschool, Professor

** I would like to express my thanks to Kim, Jihyung·Lee, Younghyun and Jung, Mingeun, for their assistance in collecting and organizing the data.

illegal acts against Japan. On the other hand, although a considerable amount of time has passed since the issue of the comfort women issue came to the fore, the victims of the comfort women still have not fully recovered. In addition, as Professor Ramzier's thesis was published, the honor and personal rights of the Japanese military comfort women are undermined, and the truth of history is being dismantled. Therefore, the Korean government should once again reflect on the meaning of Nation's duty to protect the basic rights of the Japanese military comfort women as citizens.

Key Words : Japanese Military Comfort Women, Compensation for Mental Damage, Sex Trafficking Contract, Human Rights, Nation's Duty to Protect the Basic Rights