

---

지난 1월 8일 일본군'위안부' 피해자들이 제기한 소송에서 한국 법원은 피해자 승소 판결을 내렸습니다. 그로부터 3개월 남짓이 지난 4월 21일 같은 내용의 소송에서는 한국 법원이 소송을 각하했습니다. 국가 면제에 대한 인정 여부가 판결을 갈랐습니다만, 이를 어떻게 이해해야 할까요? 『일본비평』 25호는 이에 대한 독자의 이해를 돕고자 두 편의 글을 싣게 되었습니다. 다만 두 편의 글이 상반된 주장의 대론(對論)은 아닙니다. 심규선의 글은 '같은 사안에 대해 다른 결론에 이르는 논리적 경로'를 밝히는 데 집중하고 있습니다만, 김창록의 글은 '판결들의 자리매김'을 시도하고 있습니다. 심규선의 글은 '상반된 논리 속에서 접점을 찾아내는 것'을 목표로 하고 있습니다만, 김창록의 글은 두 판결의 대비를 통해 '보편적 가치에 대한 세계관 충돌을 드러내는 것'을 목표로 하고 있습니다. 독자 여러분이 두 글을 굳이 대조하실 필요는 없겠으나, 꼭 함께 읽어 보시기를 권합니다.

〈『일본비평』 편집위원회〉

---

# 법정으로 변진 남남갈등인가, 성숙으로 가는 통과외레인가

대립하는 8개의 위안부 판결\*

심규선

올해는 고(故) 김학순 할머니가 1991년 8월 14일 일본군 위안부 피해 사실을 기자회견을 통해 공개적으로 증언한 지 30년이 되는 해이다. 그 30년간 위안부 문제와 관련한 시민운동과 법원은 전혀 다른 길을 걸어왔다. 시민운동은 위안부 문제를 과거 한때의 한국만의 문제가 아니라 모든 전장에서의 여성 인권의 문제이자 인류 보편의 문제임을 일깨웠다. 그 과정에서 운동단체는 국내의 전폭적인 지지와 국제연대를 통해 훌쩍 성장하면서 한국을 대표하는 시민단체가 됐다. 최근 운동단체와 당시 대표를 둘러싼 불미스러운

---

**심규선(沈揆先)** 서울대학교 일본연구소 객원연구원, 한일포럼 운영위원, 국민대학교 일본학과 강사. 서울대학교 국어교육과를 졸업하고 1983년 『동아일보』에 입사해 도쿄특파원, 정치부장, 편집국장, 논설실장, 大記者(상무) 등을 지냈다. 고려대학교 글로벌일본연구원 초빙교수, 서울대학교 언론정보학과 관훈클럽 기금교수, 세종연구소 이사, 화해·치유재단 이사, 일제강제동원피해자지원재단 이사 등을 역임했다. 저서에 『일본을 쓰다』(2017), 『조선통신사 한국 속 오늘』(2017), 『한일관계 마후 60년: 최서면에게 듣다』(번역·2020), 『위안부 운동, 성역에서 광장으로』(2021) 등이 있다.

\* 이 글은 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받았음(NRF-2019S1A6A3A02102886).

<https://doi.org/10.29154/ILBI.2021.25.220>

일이 드러났으나, 운동단체가 이룩한 업적 자체를 부정하는 사람은 없다.

그러나 법원은 달랐다. 일본과 미국 법원은 일본 정부를 상대로 한 위안부 피해자들의 손해배상청구 소송을 모두 기각 또는 패소판결했다. 위안부 피해자들이 완벽하게 승소한 것은 올 1월 8일 서울중앙지법 판결이 처음이다. 이 판결은 일본 정부가 항소를 포기하면서 확정됐기 때문에 재판부의 원고 승소 법리는 ‘사실’(史實)로서 큰 의미를 지니게 됐다.

그러나 곧바로 상황이 달라졌다. 1월 8일 판결이 있고 나서 불과 3개월이 지난 4월 21일, 같은 서울중앙지법의 다른 재판부가 위안부 피해자들의 제2차 소송에서 정반대의 판결을 내렸다. 일본 정부 측에 손해배상을 청구할 수 없다며 소송을 각하한 것이다. 비슷한 시기에 일본 정부에 대한 강제집행 가능성을 놓고도 서울중앙지법의 두 재판부가 완전히 다른 결정을 하자 위안부 문제를 둘러싸고 사법부 내에서 ‘법리 논쟁’이 벌어지고 있다는 지적이 나왔다. 최근에, 그것도 짧은 기간에 대립하는 판결이 여러 건 나오자 국민도 혼란을 느끼고 있다.

이 글은 위안부 소송의 판결과 결정을 비교 분석함으로써 같은 사안에 대해 다른 결론에 이르는 논리적 경로를 알아보기 위한 것이다. 이런 작업을 통해 대립하는 판결에 대한 맹목적인 지지나 비난에 거리를 두고, 상반된 논리의 접점을 찾아낼 수도 있을 것이다. 위안부 판결은 일본이라는 상대방이 있는 사안이어서 어떤 식으로 결론이 나든 논쟁이 불가피하다. 일본, 더 나아가 국제사회와의 논쟁에 앞서 국내에서 벌어진 논쟁을 분석하는 것은 결국 우리의 문제이고, 그 문제에 대한 접근은 사실관계의 확인에서 시작해야 할 것이다.

## 1. 8개의 판결 및 결정의 개요

위안부 피해자들의 소송이 관심을 끈 결정적인 계기는 2011년 8월 30일 헌법재판소의 ‘부작위 위헌 결정’일 것이다. 이 결정은 국민 여론에 떠밀려 결

론을 미리 상정하고 근거를 끼워 맞추기 위해 논리적으로 비약을 했다는 비판도 있다.<sup>1</sup> 그러나 2018년 헌재 창립 30주년을 맞아 실시한 ‘헌재 주요 결정 30선 국민 설문조사’에서 1위를 차지할 만큼 위안부 문제에서는 중요한 터닝포인트를 만들었다. 이 결정은 일본 정부에 대한 위안부 피해자들의 배상청구권이 살아 있는지를 놓고 일본과 분쟁이 벌어지고 있는데도 대한민국이 한일청구권협정에서 규정하고 있는 분쟁 해결 절차에 나서지 않는 것은 위헌이라는 것이다. 종종 이 결정을 일본 정부로부터 사과나 양보를 얻어내지 않은 것을 비판한 것으로 오해하지만, 그런 것은 아니고 이미 존재하고 있는 분쟁 조정 절차를 밟으라는 법적 강제이니 중립적인 권고라고도 볼 수 있다.

‘부작위 위헌 소송’을 포함해 2011년 이후 헌재와 법원이 내린 위안부 관련 주요 판결이나 결정은 8개다. 최근의 대립적인 판결을 이해하기 위해서는 이들 8가지 판결과 결정을 자세히 분석할 필요가 있다. 각 판결 및 결정이 다른 판결이나 결정을 부인하거나 지지하는 등 긴밀하게 연계돼 있기 때문이다.(아래 표에 나오는 판결과 결정 내용은 판결문이나 결정문을 그대로 옮긴 것이 아니라, 뜻을 훼손하지 않는 범위 내에서 필자가 요약한 것이다. 판결과 결정문을 원문대로 옮길 때는 인용부호를 사용했다.)

강제징용 관련 판결이긴 하지만 위안부 판결을 비교 분석하는 데 참고가 될 만한 판결을 하나 더 소개한다. 이 판결은 위안부 소송에서 일본 정부의 손해배상책임과 일본 정부 재산에 대한 강제집행을 부정한 서울중앙지법 제34민사부(2021년 2월에 바뀐 새 재판부)가 내린 판결인 데다, 위안부 판결이 원고 승소와 패소로 판결일이 엇갈리는 시점이었고, 2018년 10월 30일 강제징용 관련 대법원 전원합의체의 판결을 하급심이 정면으로 부정하는 내용이어서 관심을 끌었다.

1 성중탁, 「행정부작위 헌법소원에서의 작위의무와 국가의 기본권보호의무」, 『저스티스』 제140호, 2014.

〈표 1〉 위안부 관련 8개의 판결 및 결정의 개요

번호	일시와 기관	청구 요지와 판결 및 결정	판결과 결정의 내용(요약)	의미
①	2011.8.30. 헌법재판소	대한민국의 부작위는 위헌 인가 이념가 → 위헌 결정	일본 정부에 대한 위안부 피해자의 배상청구권이 한일청구권협정으로 소멸했는지를 놓고 일본 정부와 한국 정부 사이에 이견이 있다. 이는 1965년 청구권협정이 규정한 분쟁에 해당하고, '분쟁'이 발생하면 청구권협정 제3조에 따라 1차로는 외교적 경로를 통해, 2차로는 중재위원회를 구성해 해결하도록 하고 있다. 그런데도 외교통상부 장관이 분쟁해결절차를 이행하지 않는 것(부적위)은 청구인들의 기본권을 중대하게 침해하는 것이므로 헌법 위반이다.	이명박(노다 요시히코 일본 총리의 회담), 박근혜 대통령(2015년 12월 28일 합의)이 위안부 문제에 해결에 나서도록 추동했다.
②	2018.6.15. 서울중앙지법 제20민사부 (재판장 문혜정)	2015년 12월 28일 한일 위안부 합의의 때문에 정신적 피해를 입었으므로 국가는 위자료를 지급하라 → 기각	한일 위안부 합의는 불충분한 점이 있긴 하나 분쟁해결절차로 평가할 수 있고, 내용도 부정적에만 볼 수 없으며, 외교 행위는 폭넓은 재량을 허용하는 영역이고, 이 합의가 외교적 보호권을 행사하라는 의무를 위반했다고도 볼 수 없으므로 피고(대한민국-필자)는 배상 책임이 없다.	한일 위안부 합의에 대한 법원의 첫 판단
③	2019.12.26. 서울고법 제33민사부 (재판장 건충철)	2015년 한일 위안부 합의로 인한 손해배상청구소송의 항소심 재판부의 '조정을 갈음하는 결정'	"피고(대한민국-필자)는 2015. 12. 28. 한일 외교장관회담 합의가 역사문제 해결에 있어 확립된 국제사회의 보편적 원칙에 위배되고 피해자중심주의 원칙에 반한 것으로 위 합의로 인하여 원고들이 정신적 고통을 겪었다는 점을 견저히 인정한다. 피고는 위안부 합의가 일본군 위안부 피해자 문제의 진정한 해결이 될 수 없다는 점을 분명히 하고 향후 피해자들의 존엄과 명예를 회복하기 위한 대내외적 노력을 계속한다."	결정은 재판상 화해와 같고 원고와 피고가 모두 2주일 이내에 이의를 제기하지 않아 확정판결과 동일한 효력을 갖게 됐다
④	2019.12.27. 헌법재판소	2015년 한일 위안부 합의는 원고들의 손해배상청구권, 참여권, 알권리 등을 침해하는 공권력 행사이므로 위헌이다 → 각하	한일 위안부 합의는 공식적인 약속이긴 하지만, 서면이 아니고 조약형식도 아니며, 구체적인 법적 권리·의무를 창설하는 내용도 없다. 또 이 합의를 통해 피해자들의 권리가 없어지거나, 정부의 외교적 보호권이 소멸했다고 볼 수도 없다. 따라서 이 합의가 원고들의 법적 지위에 영향을 미친다고 볼 수 없으므로 피해자들의 배상청구권 등 기본권을 침해할 가능성이 있다고 보기도 어렵다. 따라서 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다.	한일 위안부 합의에 대한 현재의 판단

〈표 1〉 (계속)

번호	일시와 기관	청구 요지와 판결 및 결정	판결과 결정의 내용(요약)	의미
5	2021.1.8. 서울중앙지법 제34민사부(재 판장 김정근)	일본 정부는 위인부 피해자 12명에게 각 1억 원씩 배상하라 → 원고승소판결	국가면제는 국제관습법이라는 하나 질대규범(국제강행규범)을 어긴 반인도적 범죄행위는 비록 주관적 행위라도 예외적으로 국가면제를 인정하지 않을 수 있고, 위인부 강제동원이나 그런 행위이므로 대한민국이 재판권을 가질 수 있으며, 원고들은 이 소송 외에 손해를 배상받을 방법도 없으므로 일본 정부는 배상해야 한다.	일본에 대해 국가면제를 인정하지 않고 일본 정부의 책임을 인정한 첫 판결(일본 정부의 항소 포기로 확정)
6	2021.3.29. 서울중앙지법 제34민사부(재 판장 김영호)	1월 8일 원고 승소에도 불구하고 일본 정부에게 받을 소송비용은 없고, 강제집행을 해서도 안 된다는 결정	국가면제는 소송면제와 강제집행면제가 있는데, 강제집행할 수 있는 일본 정부의 재산이 한국 내에 있다는 자료가 없고, 비록 있다고 하더라도 비엔나협약에 따라 강제집행은 사실상 불가능하며, 이를 강제집행할 경우 국제법과 금반언 원칙을 위반해 헌법상의 국가안전보장, 질서유지, 공리복리외에도 상충하게 된다.	1월 8일 판결을 사실상 부정하는 결정. 판결 자체에 영향을 주지 못한다(원고들이 6월 14일 항고했으나 18일 각하)
7	2021.4.21. 서울중앙지법 제15민사부(재 판장 민성철)	일본 정부는 위인부 피해자인 원고 20명에게 손해배상하라 → 각하	'강행법규 위반 행위'는 주관적 행위라도 국가면제를 인정할 수 없다는 주장은 아직 국제사회에서 일반적인 관행이 아니며, 국제관습법과 대법원 판결에 따르면 외국의 주관적 행위에 대해서는 손해배상청구를 하는 것은 여전히 허용할 수 없다.	1월 8일 판결과 정반대의 판결. (2심과 대법원 판결이 주목)
8	2021.6.9. 서울중앙지법 민사51 단독(판 사 남성우)	일본 정부는 한국 내 재산을 명시하라 → 인용 결정	강제집행 이후 발생할 수 있는 대일관계의 악화, 경제보복 등의 국가 간 긴장 발생 문제는 외교권을 관할하는 행정부의 고유 영역이며, 사법부의 영역을 벗어나는 일이므로 고려 사항에서 제외한다. 강행규범을 위반하는 경우는 국가면제라는 특권을 물수할 수 있고, 강제집행도 적법하다.	1월 8일 판결을 지지하면서 3월 29일 제34민사부의 결정과 4월 21일 제15민사부의 판결을 부정

〈표 2〉 6월 7일 강제징용 관련 판결

기관	청구와 판결	판결 내용(요약)	의미
2021.6.7. 서울중앙지법 제34민사부 (재판장 김양호)	16개의 기업은 강제 징용 피해자 85명 에게 각 1억 원씩을 배상하라 → 각하	원고들의 손해배상청구권은 청구권협정에 따라 완전히 그리고 최종적으로 해결된 '청구권'에 해당한다고 봐야 하고, 원고들의 주장을 인용 하면 비엔나협약과 금반언 원칙 등 국제법을 위반할 수 있다. 피해자들의 손해배상 청구권은 헌법상의 국가안 전보장, 질서유지, 공공복리 를 위해 국내법적으로 법률 과 같은 조약에 해당하는 청 구권협정에 따라 그 소권이 제한된다. 따라서 이 소는 부적법하므로 각하한다.	같은 재판부의 3월 29일 위안부 관련 결정과 맥을 같이하며, 2018년 10월 30일 대법원 전원합의체 의 판결을 부인하는 것(원 고 측 6월 14일 항소, 2심과 대법원 판결 주목)

## 2. 4개의 대립항과 2개의 공통항

위안부 관련 8개의 판결과 결정 중 대립적인 것은 ▷일본 정부의 손해배상 의무를 인정한 2021년 1월 8일 원고 승소 판결(⑤) vs 일본 정부에 대한 소송권 자체가 없다고 한 2021년 4월 21일 각하 판결(⑦) ▷2015년 한일 위안부 합의의 기능을 인정한 2018년 6월 15일 손해배상청구소송 기각 판결(②) 및 2019년 12월 27일 현재의 위헌확인심판 각하 결정(④) vs 한일 위안부 합의를 부정적으로 평가하고 화해를 촉구한 2019년 12월 26일 결정(③) ▷일본 정부에게 소송 비용을 물리거나 강제집행할 수 없다는 2021년 3월 29일 결정(⑥) vs 강제집행도 적법하니 일본 정부는 재산명세서를 제출하라는 2021년 6월 9일 결정(⑧)으로 묶을 수 있다. 중립적으로 분류한 현재의 '부작위 위헌 결정'(①)을 제외하고는 나머지 7개의 판결과 결정이 모두 대립 관계에 있으므로 사법부 내에서 법리 논쟁이 벌어지고 있다고 할 만하다.

대립항은 판결 단위로 비교하지 않고 결론을 달리하는 데 결정적인 역할

〈표 3〉 8개 판결과 결정의 대립 구도

종립	현재, 부작위 위헌 결정(2011.8.30. ❶)		
일본의 손해배상 의무 여부(국가면제 인정 여부)	일본 정부는 손해를 배상하라(2021.1.8. 판결 ❸)	↔	일본 정부에게 배상을 요구할 수 없다(2021.4.21. 판결 ❷)
위안부 합의의 효용	개인에 대한 배상을 포괄하지 못했다(2021.1.8. 판결 ❸) 국제사회의 보편적 원칙과 피해자중심주의 원칙에 반한다(2019.12.26. 결정 ❹)	↔	대체(代替) 구제수단이다(2021.4.21. 판결 ❷) 합의는 위법하지 않다(2018.6.15. 판결 ❹) 합의는 피해자의 권리를 침해하지 않았다(2019.12.27. 현재 결정 ❹)
일본 정부 재산에 대한 강제집행 가능 여부	강제집행신청은 적법하고, 일본은 재산명세를 제출하라(2021.6.9. 결정 ❺)	↔	일본 정부 재산이 국내에 있더라도 강제집행을 해서는 안 된다(2021.3.29. 결정 ❻)
사법과 행정의 관계 (관여 자제 vs 적극 관여(—관여))	사법은 사법적 판단만 하면 된다(2021.6.9. 결정 ❺)	↔	사법부가 불확성을 초래해서는 안된다(2021.4.21. 판결 ❷) 외교행위는 사법자제가 요구되는 분야이다(2011.8.30. 현재 부작위 위헌 결정 중 소수의견 ❶)

을 한 ▷국가면제에 대한 상반된 입장, ▷위안부 합의와 화해치유재단에 대한 엇갈린 평가, ▷강제집행과 비엔나협약에 대한 상이한 판단, ▷사법적극주의와 사법자제주의의 대립 등을 키워드로 삼아 분석하면 이해가 빠르다.

이들 재판에서 공통항이 없는 것도 아니다. 일본 정부에 대한 위안부 피해자들의 손해배상청구권은 여전히 살아 있다는 점은 어느 재판부나 인정하고 있다. 또 위안부 문제를 해결하려면 외교적 노력이 필요하다는 점도 강조하고 있다. 두 가지 공통항은 간단히 언급한다.

## 1) 4개의 대립항

### (1) 일본 정부의 책임 여부를 가른 국가면제

일본 정부의 배상 책임을 처음으로 인정해 주목받은 1월 8일 서울중앙지법 제34민사부(옛 재판부)는 ‘국가면제는 주권적 행위라도 예외적으로 인정하지

않을 수 있다’는 논리를 개발했다. 국가면제는 국내 법원이 외국 국가를 상대로 재판할 수 없다는 국제관습법이다. 따라서 일본 정부에게 배상 책임이 있다는 판결을 내리려면 우선 대한민국이 재판권을 가져야 하고, 대한민국이 재판권을 가지려면 국가면제의 예외를 인정해야 하므로 새로운 논리 개발은 피할 수 없는 과정이었다.

재판부는 일제의 위안부 동원 행위가 주권적 행위라고 인정하면서도 ‘국가면제에 관한 유럽협약’, ‘유엔국가면제협약’, 이탈리아의 일부 판례(소위 페리니 판결) 등이 예외적으로 국가면제를 부인하고 있다는 점을 들어 “주권을 가진 국가라면 예외 없이 타국의 재판권의 행사에서 면제되어야 한다고 볼 수는 없고, 일정한 경우에는 그 예외가 인정되어야 할 것”이라고 주장했다. 그러면서 재판부는 “이 사건 행위는 … 당시 일본 제국에 의하여 계획적, 조직적으로 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위로서 국제 강행규범을 위반한 것이며 … 비록 이 사건 행위가 국가의 주권적 행위라고 할지라도 국가면제를 적용할 수 없고, 예외적으로 대한민국 법원에 피고(일본국·이하 같음-필자)에 대한 재판권이 있다고 봄이 타당하다”고 강조했다. 국가면제를 해 주지 않아도 되는 ‘일정한 경우’를 국제사회가 반드시 지켜야 할 국제 강행규범을 위반한 경우, 즉 반인도적 범죄행위를 저지른 경우로 상정한 것이다.

재판부는 이런 논리를 적용해 “이 사건 행위는 당시 일본 제국의 한반도와 한국인에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위에 해당한다고 봄이 상당하다”며 “따라서 일본제국의 후신으로서 동일성이 인정되는 피고는 특별한 사정이 없는 한, 위와 같은 불법행위로 인하여 원고 등이 입은 정신적 고통을 금전으로나마 배상할 의무가 있다.”라는 결론을 도출했다.

이 판결이 나오기 전에는 “[이런 소송은] 위안부 문제의 국제적인 공론화에 기여하고, 새로운 국가관행을 통한 국제법의 발달을 촉진하는 효과를 기대할 수는 있지만 위안부 문제에 관련된 여러 법적인 난점으로 인하여 국내 법원의 소송으로 피해자들이 만족할 만한 결과를 얻기는 쉽지 않을 것으로

보인다”는 전망도 있었으나 재판부는 ‘법적인 난점’을 새로운 법리 구성으로 돌파한 것이다.<sup>2</sup>

또 이 재판부의 주장과 같은 맥락에서 “국가면제의 이론은 구체적인 민사소송을 통해 끊임없이 비판하고 재해석할 필요가 있으며, 이것이 진정한 법치주의이자 지금도 계속되고 있는 전쟁범죄, 특히 여성과 아동에 대한 잔혹한 성범죄의 고리를 끊고 진정으로 법의 역할을 다하는 것”이라는 의견도 있다.<sup>3</sup>

그러나 4월 21일 재판부는 1월 8일 재판부의 논리를 모두 배척한다.

4월 21일 재판부는 국제 강행규범을 위반한 반인도적 범죄행위는 ‘주권적 행위’로 볼 수 없다는 원고 측 주장에 대해 “그러한 행위는 위법한 ‘공권력 행사’ 또는 위법한 ‘주권 행사’가 될 뿐” “주권적 행위로서의 성격 자체를 상실한다고 볼 수는 없다”면서 반인도적 범죄행위라도 주권적 행위라면 예외 없이 국가면제의 대상이 된다고 판시했다.

또 강행법규위반 행위는 주권적 행위라 하더라도 국가면제를 인정할 수 없다는 주장에 대해서도 “[이런 주장이] 일반적인 관행에 이를 정도로 각국의 입법 또는 판결 등 개별 국가들의 실행에 의하여 뒷받침된다고 보기 어려우므로 현시점에서 국가면제에 관한 국제관습법은 여전히 대법원 1998.12.17. 선고 97다39216 전원합의체 판결에서 선언한 바와 같이 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것”이라고 했다.

이 재판부는 다른 재판부가 국가면제의 예외 논리를 만든 데 대해서는 “법원이 오로지 대한민국 국내법 질서에 부합하지 아니한다는 이유로 이러한 국제관습법에서 인정되지 아니하는 새로운 예외를 인정하는 것은 실질적으로 법률과 동일한 효력을 갖는 ‘일반적으로 승인된 국제법규’의 효력을 부정하는 것과 다르지 아니하다.”라고 비판했다. 표현은 점잖지만 ‘국가면제 예외 논리’를 분명하게 부정한 것이다.

2 오승진, 「일본군 ‘위안부’ 피해자 손해배상소송에 관한 연구: 해외 법원의 판결을 중심으로」, 『법학논총』 제42권 1호, 2018.

3 박선아, 「중대한 인권침해와 국가면제의 예외」, 『한양법학』 제28권 제4집, 2017.

재판부는 이런 논리에 따라 “이 법원으로서 이 사건에서 대한민국 법원이 피고에 대한 재판권을 갖는지 여부에 관하여, … 현재의 규범에 의하면 외국(外國)인 피고를 상대로 그 주권적 행위에 대하여 손해배상청구를 하는 것은 허용될 수 없고, 이러한 결과를 대한민국 헌법에 반한다고 보기도 어렵다”며 “그렇다면 이 사건 소는 외국(外國)인 피고를 상대로 하여, 그 주권적 행위에 대한 손해배상을 청구하는 것으로서, 부적법하므로 이를 각하한다”는 결론에 이르렀다.

이런 논리를 지지하는 학자는, 만약 한국 법원이 어떤 이유로든 일본에 대한 국가면제를 부인하고 강제집행까지 인정한다면 국제관습법상 분쟁이 일어나고 사실상 단교에 준하는 심각한 사태가 초래될 수도 있다고 경고하고, 국내법상의 삼권분립은 국가관계에서 국제법 위반을 정당화할 수 있는 근거가 아니므로 사법부가 그렇게 판결했기 때문에 행정부도 어쩔 수 없다는 식으로 국제법을 위반한 책임을 피할 수는 없다고 논박했다.<sup>4</sup>

4월 21일 판결은 6월 7일 강제징용 피해자들이 낸 손해배상청구소송을 각하한 제34민사부의 논리와 상통한다. 6월 7일 재판부는 “결국 강제징용 피해자들의 위자료 청구권을 인정한 대법원 … 판결 등은 국내 최고재판소의 판결이지만 위와 같은 식민지배의 불법성과 이에 터 잡은 징용의 불법성을 전제로 하고 있는바, 이와 같은 판결 등은 앞서 본 바와 같이 단지 국내법적인 해석에 불과한 것으로, … 대한민국은 여전히 국제법적으로는 앞서 본 바와 같은 청구권협정에 구속된다”며 대법원 판결을 정면으로 비판했다.

## (2) 2015년 위안부 합의에 대한 엇갈린 평가

2015년 12월 28일 한일 위안부 합의에 대한 평가는 현실 정치와 법원 사이에 차이가 있다. 문재인 정부는 이 합의에 대해 줄곧 부정적이었고, 화해치유재단도 해산했다.<sup>5</sup> 그러나 법원은 이 합의의 효용을 인정하기도 하고, 부

4 주진열, 「외국을 피고로 한 민사재판에서 관할권 면제와 국제법상 강제규범 문제: 위안부 피해자 손해배상청구 사건에 대한 시사점」, 『서울국제법연구』 제26권 제2호, 2019.

5 문재인 대통령은 2021년 1월 18일 신년 기자회견에서 “위안부 합의가 한일 간 공식 합의였다는 사실

정하기도 한다. 국가면제 여부만이 아니라 위안부 합의를 어떻게 보는지가 재판 결과에 영향을 줬다는 점은 주목할 만하다.

서울중앙지법 제20민사부는 2018년 6월 15일, 2015년 합의가 위안부 피해자들에게 정신적 피해를 줬으므로 국가는 1억 원씩을 지급하라는 원고들의 청구를 기각했다. 재판부는 2015년 합의가 불충분한 측면이 있다는 점을 인정하면서도 다음과 같은 이유를 들어 원고들의 청구를 받아들이지 않았다.

2015년 합의가 ‘부작위 위헌 결정’에 따른 의무 이행을 제대로 하고 있지 않다는 주장에 대해서는 ▷외교 행위는 폭넓은 재량이 허용되는 영역이다, ▷피고(대한민국)가 일본 측과 12차례의 국장급 협의와 8차례의 고위급 회의를 한 것은 청구권협정이 규정한 ‘외교상 경로’를 통한 분쟁해결절차로 평가할 수 있다, ▷청구권협정이 규정한 절차를 밟지 않았다고 하여 그 행위가 위법하다고 보기는 어렵다, ▷(합의 내용을 볼 때) 일본 정부의 책임, 사죄, 배상 등을 위한 피고의 외교적 노력을 부정적으로만 평가하기는 어렵다, ▷‘국제사회에서 비난·비판 자제’ 표현만으로는 피고가 유엔 등 국제사회에서 보편적 인권 문제 등으로서 위안부 문제를 다루는 것을 제약하는 것이라고 단정하기도 어렵다고 반박했다.

재판부는 또 이 합의가 외교적 보호권 의무를 위반했다는 주장에 대해서도 ▷위안부 합의 체결 행위를 위법한 행위라고 볼 수 없다, ▷합의를 위한 교섭과정에서 외교적 보호권을 행사했을 가능성을 배제할 수 없다, ▷이 합의는 정치적 합의에 해당하므로 국회의 동의를 얻지 않았다고 해서 위법하다고 평가할 수 없다, ▷합의와 관련된 구체적인 정보를 공개하지 않은 행위가 위법성이 있다고 단정하기 어렵다, ▷소녀상을 이전하거나 제3국 기립비를 설치하지 못하게 관여하거나 성노예 용어를 사용하지 않기로 일본과 명시적으로 합의하였다고 보기 어렵다며 역시 배척했다.

헌법재판소도 2019년 12월 27일, 위안부 합의 내용이 청구인들의 인간

을 인정한다”고 했으나 달라진 인식을 뒷받침할 만한 후속조치는 내놓지 않았다.

으로서의 존엄과 가치 등을 침해한다고 주장하며 위헌확인을 구한 데 대해 각하 결정을 내렸다. 헌재가 밝힌 결정요지는 다음과 같다.

이 사건 합의는 양국 외교장관의 공동발표와 정상의 추인을 거친 공식적인 약속이지만, 서면으로 이루어지지 않았고, 통상적으로 조약에 부여되는 명칭이나 주로 쓰이는 조문 형식을 사용하지 않았으며, 헌법이 규정한 조약체결 절차를 거치지 않았다. 또한 합의 내용상 합의의 효력에 관한 양 당사자의 의사가 표시되어 있지 않을 뿐만 아니라, 구체적인 법적 권리·의무를 창설하는 내용을 포함하고 있지도 않다. 이 사건 합의를 통해 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 권리가 처분되었다거나 대한민국 정부의 외교적 보호권한이 소멸하였다고 볼 수 없는 이상 이 사건 합의가 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 법적 지위에 영향을 미친다고 볼 수 없으므로 위 피해자들의 배상청구권 등 기본권을 침해할 가능성이 있다고 보기 어렵고, 따라서 이 사건 합의를 대상으로 한 헌법소원심판청구는 허용되지 않는다.

서울중앙지법 제15민사부도 4월 21일, “위 합의는 앞서 본 외교적 보호권 행사의 일반적인 요건을 갖추고 있을 뿐만 아니라 위안부 피해자들의 피해 회복을 위한 피고 정부 차원의 조치를 내용으로 하고 있으므로, 위안부 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권에 관하여 대체적(代替的)인 권리구제수단을 마련하기 위한 것으로 봄이 타당하다”고 판단했다. 위안부 합의를 권리구제수단으로 인정한 것이다. 이 재판부는 또 화해치유재단에 대해서도 대한민국이 위안부 합의를 공식적인 합의로서 유효하다고 밝혔고, 일본이 낸 출연금을 반환하지도 않았으므로 “여성가족부장관이 들고 있는 사유<sup>6</sup>는 어디까지나 대한민국 내에서 위 재단이 더 이상 활동할 수 없다는 의미에 국한될 뿐이고” “대한민국 행정부가 위 합의에 대하여 취하고 있는 일

6 여성가족부장관이 화해치유재단의 설립허가 취소 사유로 제시한 “재단이 정관상 목적사업을 전혀 수행하지 못하고 향후 재개 가능성도 없다고 보임”이라고 한 것을 말한다.

관되지 아니한 태도에도 불구하고, 적어도 대한민국이 위 합의를 파기하는 등의 이유로 위 합의가 효력을 상실하였다고 볼 수는 없다. 즉 위 합의는 현재도 대한민국과 피고와의 사이에 유효하게 존속하고 있다.”라고 판시했다.

그러나 서울고등법원 제33민사부는 헌법재판소 결정 하루 전날인 2019년 12월 26일 다른 결정을 내렸다. 이 재판부는 원고들의 주장에 대해 일일이 의견을 제시하지 않고, “이 사건의 공평한 해결을 위하여 당사자의 이익, 그 밖의 모든 사정을 참작하여 다음과 같이 결정한다”며 ‘조중에 갈음하는 결정’을 내놓았다. 이 결정은 합의를 한 대한민국의 행위를 비판하는 것으로서 그 내용은 위의 <표 1>(번호 ㉟)에 명기한 것과 같다.

1월 8일 재판부는 4월 21일 재판부가 위안부 합의를 피해배상의 ‘대체 수단’으로 인정한 것을 부정했다. 1월 8일 재판부는 피해자들이 일본 정부가 정부 차원에서 사과는 했지만 피해자 개개인에 대한 보상 혹은 배상은 거의 이루어지지 않았고, 일본과 미국에서도 민사소송을 제기했으나 모두 기각되거나 각하되었다고 지적했다. 재판부는 이어 “대한민국 정부와 피고 정부 간의 청구권협정과 2015년 일본군 위안부 피해자 문제 관련 합의 또한 피해를 입은 개인에 대한 배상을 포괄하지 못하였다.”라고 평가한 뒤 “협상력이나 정치적인 권력을 가지지 못하는 개인에 불과한 원고들로서는 이 사건 소송 외에 구체적인 손해를 배상받을 방법이 요원하다.”라고 판시했다. 즉 ‘이 사건 소송’을 맡고 있는 재판부가 승소 판결을 하지 않으면 손해 배상을 받을 방법이 없으므로 승소판결을 내린다는 논리다.

### (3) 강제집행 가능성 여부와 비엔나협약

1월 8일 제34민사부는 “일본 정부는 원고들에게 1억 원씩을 지급하라”는 판결 외에 소송비용도 일본 정부가 부담하라고 했다. 그런데 2월에 제34민사부를 새로 맡은 새 재판부는 3월 29일, 일본 정부로부터 받을 소송비용도 없고, 일본 재산을 강제집행해서도 안 된다는 취지의 결정을 내렸다. 직전 재판부의 판결을 부정하는 듯한 이 결정은 새 재판부가 직권으로 한 것이 특징이다. 그런데 이 결정이 있고 나서 두 달쯤 지난 6월 9일 서울중앙지법

의 민사단독 판사는 일본 정부는 한국 내에 있는 재산을 공개하라고 명령하고, 강제집행도 가능하다며 전혀 다른 결정을 내렸다.

서로 다른 결정을 한 두 재판부의 주장은 이렇다.

3월 29일 재판부는 “이 사건 본안 소송은 국가면제를 인정하지 아니하고 피고에 대한 공시송달로 소송을 진행하여 원고 승소판결이 선고 및 확정되었다. 그러나 외국에 대한 ‘강제집행’은 그 국가의 주권과 권위에 손상을 줄 우려가 있어 신중한 접근이 필요하다”고 했다. 이어 강제집행을 하려면 일본의 재산이 한국 내에 있어야 하는 등 유엔국가면제협약의 요건을 충족해야 하는데 “기록에 나타난 모든 자료에 의하여도 이를 인정하기에 부족하고 달리 인정할 증거가 없다”고 했다. 즉 강제집행을 할 만한 일본 정부의 재산을 확인하지 못했다는 것이다.

재판부는 또 “비엔나협약 제27조 전단은 어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니 된다고 규정하고 있다”고 지적하면서 “대한민국과 일본국 사이에 그동안 체결된 이른바 한일청구권협정, 위안부 합의 등 각종 조약과 합의, ... 위와 같은 법리 및 국제법상의 금반언(estoppel) 즉 이전 언행과 모순되는 행위를 할 수 없다는 원칙을 더하여 보면, 이 사건 추심결정을 인용하는 것은 비엔나협약 제27조 등 국제법을 위반하는 결과를 초래할 수 있다”고 지적했다. 재판부는 이어 강제집행을 할 경우 “이는 현대 문명국가들 사이에 국가적 위신과 관련되고 우리 사법부의 신뢰를 저해하는 등 중대한 결과에 이르게 되며, 헌법상의 국가안전보장, 질서유지, 공공복리와도 상충되는 결과에 이르게 된다고 할 것”이라고 경고했다.

그러나 6월 9일 서울중앙지법의 민사51단독 남성우 판사는 전혀 다르게 결정했다. 남 판사는 1월 8일 승소 판결에 입각해 “채무자(일본국-필자)는 재산상태를 명시한 재산목록을 재산명시기일에 제출하라”고 명령했다. 남 판사는 행정부, 입법부, 사법부가 서로 견제하라는 것이 삼권분립의 취지라고 설명한 뒤 “확정판결에 따라 채무자에 대한 강제집행의 실시 이후 발생할 수 있는 대일관계의 악화, 경제보복 등의 국가 간 긴장 발생 문제는 외교

권을 관할하는 행정부의 고유 영역이고 사법부의 영역을 벗어나는 것이므로 이 사건 강제집행신청의 적법 여부를 판단함에 있어서 고려 사항에서 제외하고 법리적 판단만을 하여야 함이 마땅하다”고 했다.

남 판사는 이어 “국가에 의해 자행된 살인, 강간, 고문 등과 같은 인권에 대한 중대한 인권 침해 행위에 대하여 국가면제를 인정하게 되면 국제사회의 공동의 이익이 위협받게 되고 오히려 국가 간 우호관계를 해치는 결과를 야기할 수 있는 점”, “어떤 국가가 강행규범을 위반하는 경우, 그 국가는 국제공동체 스스로가 정해 놓은 경계를 벗어난 것이므로 그 국가에 주어진 특권은 몰수됨이 마땅한 점” 등을 들어 “채무자의 행위는 국가면제의 예외에 해당하여 이 사건 강제집행신청은 적법하다”고 했다. 이 결정은 원고 승소 판결을 내린 1월 8일 재판부의 논리를 그대로 수용하고 있다.

남 판사의 결정은 법원이 일본의 국내 재산을 압류·매각하기 위한 강제집행 절차를 사실상 개시한 것으로 볼 수 있다. 이 결정은 제34민사부의 결정과는 반대지만 제34민사부의 결정은 확정판결 이후 소송비용을 정리하는 과정에서 내린 결정으로서 판결에 영향을 주지 못하고, 민사51단독의 결정은 유효하다.

그러나 재산 명시 명령은 강제집행의 시작단계에 불과하다. 일본이 재산 명시 명령문을 송달받지 않고 시간을 끌 경우 재산 명시 명령은 취소된다. 재산 명시가 이뤄진 뒤에도 재산 압류, 매각 등 각 절차마다 법원의 판단을 받아야 한다. 일본 정부의 한국 내 자산으로는 서울 종로구에 있는 주한 일본대사관 및 일본공보문화원 건물과 부지, 대사관 차량 등이 꼽힌다. 하지만 대사관 건물과 부지, 차량 등은 공관과 내부 비품류, 수송수단에 대해 강제집행을 면제하는 비엔나협약에 따라 강제집행이 어렵다. 강제집행을 하려면 공관과 무관한 다른 자산을 찾아야 하지만 외교부가 이를 파악하지는 않고 있는 것으로 알려졌다.<sup>7</sup>

7 동아닷컴, 2020. 6. 15. <https://www.donga.com/news/amp/all/20210615/107451564/1> (최종검색일: 2021. 6. 19.).

#### (4) 사법적극주의 vs 사법자제주의

일본의 주권면제를 인정하지 않아도 되고 강제집행까지 가능하다고 보는 재판부는 대체로 사법적극주의 입장인 반면, 그와 대립하는 판결을 내린 재판부는 사법자제주의 입장을 취하고 있다.

사법적극주의 입장을 가장 선명하게 드러낸 것은 6월 9일 남성우 판사의 결정문이다. 남 판사는 강제집행신청의 적법 여부에 대해 앞에서 인용했듯 “채무자에 대한 강제집행의 실시 이후 발생할 수 있는 대일관계의 악화, 경제보복 등의 국가 간 긴장 발생 문제는 외교권을 관할하는 행정부의 고유 영역이고 사법부의 영역을 벗어나는 것”이라면서 사법부는 법리적 판단만 하면 된다고 했다.

1월 8일 재판부도 사법적극주의를 지지한다. 이 재판부가 밝힌 “국가면제 이론은 주권국가를 존중하고 함부로 타국의 재판권에 복종하지 않도록 하는 의미를 가지는 것이지, 절대규범(국제강행규범)을 위반하여 타국의 개인에게 큰 손해를 입힌 국가가 국제면제 이론 뒤에 숨어서 배상과 보상을 회피할 수 있도록 기회를 주기 위하여 형성된 것은 아닐 것이므로, 이러한 경우 국가면제에 관한 국제관습법의 해석에는 예외를 허용해야 함이 상당하다”는 주장에서 새로운 법리를 만들어서라도 국가면제를 해 주지 않겠다는 사법적극주의를 입장을 엿볼 수 있다.

그러나 헌재가 ‘부작위 위헌 결정’을 할 때 반대의견을 낸 이강국, 민형기, 이동흡 재판관의 주장은 다르다. 그들은 “청구권협정 제3조가 말하는 ‘외교적 해결의무’는 … 사법적으로 판단할 수 있는 객관적 판단기준을 마련하기 힘든 고도의 정치행위영역으로서, 헌법재판소의 사법심사의 대상은 되지만 사법자제가 요구되는 분야에 해당한다. … 헌법과 법률의 규정 및 그에 관한 헌법적 법리해석의 한계를 넘어서까지 피청구인(외교통상부장관·필자)에게 그 외교적 문제해결을 강제할 수는 없다. 이는 권력분립의 원칙상 헌법재판소가 지켜야 하는 헌법적 한계이다.”라면서 분명하게 사법자제주의 입장을 피력했다. 남 판사는 ‘삼권분립’을 사법부의 입장에서만 판단하면 된다는 근거로 제시한 반면, 헌재의 일부 재판관은 반대로 행정부에게

법적 강요를 해서는 안 되는 근거로 활용한 점이 눈에 띈다.

4월 21일 재판부도 사법자제주의 입장이다. 이 재판부는 “국가면제에 관하여 … 만약 새로운 예외를 인정한다면 어느 범위에서 인정할 것인지는 … 기본적으로 행정부와 입법부의 정책 결정이 선행되어야 할 사항으로 봄이 타당하다. 그럼에도 이러한 사항에 관한 입법부와 행정부의 정책적 의사결정이 없는 상황에서, 구체적인 사건에 대한 분쟁 해결을 주된 사명으로 하는 사법부가 이러한 결정을 … 향후 상당한 정도의 불확실성을 초래할 수 밖에 없는 방식으로 행하는 것은 적절치 아니하다.”라고 분명하게 사법자제주의 입장을 밝혔다.

1991년 위안부 피해자들이 처음으로 일본 정부를 상대로 제기한 ‘아시아태평양전쟁 한국인희생자 보상청구소송’을 맡은 도쿄지법 재판부가 원고의 청구를 모두 기각하면서 배상을 해 주려면 현행 법률로는 안 되고 새로운 입법이 필요하다고 권고한 것을 보면 일본의 법원도 사법자제주의 입장을 취하고 있다고 볼 수 있다.<sup>8</sup>

## 2) 2개의 공통항

### (1) 개인의 배상청구권은 소멸하지 않았다

각 재판부는 청구권협정에도 불구하고 위안부 피해자들이 일본 정부를 상대로 손해배상을 청구할 수 있는 개인의 권리는 소멸하지 않았다는 공통인식을 갖고 있다. 이는 한일청구권협정으로 개인청구권은 소멸했다는 일본 정부의 입장과는 명백히 배치되는 것이다. 각 재판부의 논리는 다음과 같다.

일본국에 의하여 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위에 대하여 일본군 위안부 피해자들이 일본에 대하여 가지는 배상청구권은 헌법상 보장되는 재산권일

8 강경자, 「일본군 ‘위안부’ 문제에 있어서 공권력과 강제동원성: 일본 재판부의 판결문 속 ‘국가무답책’ 법리를 중심으로」, 『일본학연구』 제62집, 2021.

뿐만 아니라, 그 배상청구권의 실현은 무자비하고 지속적으로 침해된 인간으로서의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 사후적으로 회복한다는 의미를 가지는 것이므로 … (헌법재판소, 2011.8.30. 부작위 위헌 ‘결정요지’)

국제법상의 청구권과 함께 개인의 손해배상청구권이 모두 소멸되려면 당사자의 동의가 필요한데, 이 사건 위안부 합의의 경우 일본군 위안부 피해자들의 동의가 있다고 볼 수 없다. (서울중앙지법 제20민사부, 2018.6.15., 위안부 합의로 정신적 피해를 입었으니 국가는 손해를 배상하라는 청구를 기각하며.)

원고들이 주장하는 피고에 대한 손해배상청구권은 위 합의의 적용대상에 포함된다고 볼 수 없으므로, 위 합의에 의하여 원고들의 피고에 대한 손해배상청구권이 소멸하였다고 할 수 없다. (서울중앙지법 제34민사부, 2021.1.8. 일본 정부를 상대로 한 위안부 피해자들의 손해배상청구소송에서 원고 승소 판결을 내리며.)

이 법원은 위안부 피해자들이 피고에 대한 실제법상 손해배상청구권이 있음을 부정하지 아니한다. 그리고 2015.12.28. 한일 합의는 이들에 대한 대체적인 권리구제수단이 된다는 의미이고, 위 합의에 의하여 피해자들의 권리가 처분되었다거나 소멸하였다고 보는 것도 아니다. (서울중앙지법 제15민사부, 2021.4.21., 위안부 피해자들이 일본 정부를 상대로 한 피해배상청구를 각하하며.)

## (2) 외교적 노력도 필요하다

한일 간에 빚어지고 있는 갈등이 법원으로 넘어오는 것은 비정상이다. 법원은 그래서 이런 갈등을 외교적 노력으로 해결하길 기대한다.

일본의 국가면제를 인정한 4월 21일 재판부는 “이 사건에서 피고에게 국가면제를 인정하는 것은, 이미 대한민국과 피고 사이에 이루어진 외교적 합의의 효력을 존중하고, 추가적인 외교적 교섭을 원활하게 하기 위함이지, 일방적으로 원고들에게 불의한 결과를 강요하기 위한 것이 아니다.”라고 강조했다. 또 “[국가면제를 인정하는 것이] 피고로 하여금 국가면제의 법리를 ‘방패막이’ 삼아 자신의 잘못된 행위에 대한 배상을 회피할 있도록 기회를 주는 것으로 볼 수도 없다.”라고도 했다. 그러면서 “피해 회복 등 위안부 문제의 해결은 대한민국이 여러 차례 밝힌 바와 같이 피고와의 외교적 교섭을 포함

한 대한민국의 대내외적 노력에 의하여 이루어져야 한다.”라고 촉구했다.

서울고법 제33민사부도 위안부 합의를 한 대한민국의 잘못을 지적하고 위안부 피해자와 대한민국 간의 화해 결정을 내리면서도 “[대한민국은] 향후 피해자들의 존엄과 명예를 회복하기 위한 대내외적 노력을 계속한다”고 명시했다.

위안부 문제와 관련한 일본의 책임 규명은 역사적, 정치적으로 민감한 문제가 많고 사실확정도 어려우므로 외교적, 정치적 해결이 가장 바람직하다는 의견도 있다. 법적인 해결이 불가피하다면 판결에 의한 해결보다는 조정과 화해에 의한 해결이 더욱 바람직하다는 것이다.<sup>9</sup>

### 3. 대립하는 판결이 던지는 시사점

대립하는 이들 판결에서 몇 가지 시사점을 얻을 수 있다.

우선, 법리 논쟁이 점점 심해질 가능성이 있다. 지금은 각 재판부가 다른 재판부의 판결에 대한 언급이나 비판은 자제하고 있지만, 원고들이 앞으로 자신들에게 유리한 판결을 내세워 그렇지 않은 판결을 비판할 것이 틀림없다. 그러면 각 재판부는 자기 재판부의 논리를 설명하는 과정에서 의견이 다른 재판부를 비판할 수밖에 없고, 그렇게 되면 재판부 간 법리 논쟁은 더욱 치열해질 것이다. 이미 4월 21일 재판부가 1월 8일 재판부를, 6월 7일 강제징용 재판부가 대법원 전원합의체 판결을 비판한 것이 그럴 가능성을 보여 준다.

둘째, 판결의 대립 전선이 확대하고 있다는 사실이다. 상급심이 하급심을 파기하는 것은 있을 수 있는 일이다. 그런데 과거사 소송에서는 1심끼리 서로 다른 판결을 하고, 1심이 최고심인 대법원 판결을 비판하는가 하면, 현재와 법원의 판단이 엇갈릴 때도 있다. 이런 상황은 법적 안정성과 판결의

9 이영진, 「외국국가의 재판권면제에 관한 연구」, 『미국헌법연구』 제25권 제3호, 2014.

권위에 부정적인 영향을 미칠 것이다.

셋째, 법리 논쟁의 근거가 재판장 개인의 소신인지, 아니면 흐름의 반영 인지를 지켜볼 필요가 있다. 예전 과거사 소송의 주류 판결은 ‘일본의 주권 면제를 인정하면서 개인청구권은 소멸하지 않았으나 청구권협정으로 인해 제한된다’는 것이었다. 그런데 1월 8일 판결이 확정되면서 그런 공식은 무너졌고, 6월 9일 결정이 1월 8일 판결을 수용하면서 새로운 흐름이 만들어지는 느낌이다. 하지만 4월 21일 위안부 판결과 6월 7일 강제징용 판결은 새로운 흐름에 분명하게 제동을 걸었다. 새로운 흐름과 이에 대한 반동이 앞으로 어떻게 전개될지 궁금하다.

넷째, 위안부 판결과 강제징용 판결의 유사점과 차이점에 대한 분석도 필요하다. 이 글은 주로 위안부 판결을 분석했으나 같은 과거사 사안인 강제징용 판결들도 정치하게 분석할 필요가 있다. 김능환 대법관이 2012년 5월 24일 일본 기업의 강제징용 책임을 인정하지 않던 그간의 주류 판결을 과기환송하면서 일본 기업의 책임을 처음으로 인정했고, 이 판결은 2018년 10월 30일 대법원 전원합의체 판결로 확정됐다. 그런데 6월 7일 재판부가 이 전원합의체 판결에 이의를 제기함으로써 강제징용 재판도 귀추가 주목된다.

다섯째, 대법관의 구성에 대해서도 고민할 필요가 있다. 일본의 최고재판소 판사에는 외교관 출신 몫이 있는데, 1947년 이후 외교관 출신으로 최고재판소 판사로 일하다 퇴임한 사람은 9명이다. 교수 출신도 그쯤 된다.<sup>10</sup> 우리 대법관 선임 관행과는 차이가 있다. 2월에는 주한 대사 출신인 나가미 네 야스마사(長嶺安政) 씨가 최고재판소 판사가 됐다. 이런 관행은 사법자제 주의에서 나온 것이다. 어느 쪽이 옳다고는 할 수 없으나 한국의 국제적 위상에 맞춰 이 문제도 논의해 볼 때가 된 것 같다.

마지막 관심은 사법부의 판결에 관여할 수 없다고 해 온 행정부의 입장에 관한 것이다. 문재인 정부는 지금까지 강제징용 소송에 대한 사법부의

10 심규선, 『위안부 운동, 성역에서 광장으로』, 나남, 2021.

판단을 존중할 수밖에 없으며 일본 정부와의 협상 기회를 스스로 좁혀 왔다. 최근에 나온 위안부 관련 판결에 대해서는 특별한 언급을 하지 않고 있다. 확정판결이 아니어서 그럴 수도 있겠으나 일본의 국가면제를 인정한 4월 21일 판결은 한일 관계 개선에 활용할 수 있다고 본다. 이 판결은 한일 위안부 합의와 화해치유재단도 여전히 유효하다고 했는데, 한일 양국 정부는 이를 매개로 대화에 나설 수도 있다. 냉각된 한일관계를 풀려면 위안부 합의 정신과 화해치유재단을 되살리는 것이 효율적이라고 말하는 전문가들도 늘고 있어 효용 가능성이 없지 않다.<sup>11</sup>

대립하는 위안부 판결은 항소심과 대법원에서 어떻게 될 것인가. 당연히 궁금하다. 하지만 그것이 문제의 본질은 아니라고 본다. 최근의 과거사 소송에서 국민의 정서와 다른 판결이 나오고 있는 것을 어떻게 볼 것인가가 이 문제의 핵심이다. 이 질문에 대한 답은 우리 사회의 성숙도와 관련이 있다. 대립하는 판결의 어느 한쪽을 재판장이나 판사의 개인적 소신에서 나온 ‘틀린 판결’로 치부하고 항소심과 대법원에서 파기하면 문제는 끝난다고 생각할 수도 있다.

그러나 과거사 소송의 판결을 그렇게 값싸게 소비해서는 안 된다. 지금까지 한일 관계나 과거사 영역에서 갈등이 빚어지면 ‘해결책’은 정해져 있었다. 개인의 의사나 의지와는 상관 없이 사회가 만들어 놓은 ‘기성 정답’을 가져다 쓰면 됐다. 그래서 한일 관계는 누가 어찌지 못하는 ‘마지막 성역’으로 불렸다. 그런데 권위와 영향력을 인정받는 판결이 ‘다른 생각’으로 ‘마지막 성역’을 깨기 시작한 것이다. 존재하는 것이 기록되는 것이 아니라, 기록되는 것이 존재한다. 시간이 흐를수록 기록의 가치는 더욱 중요해진다. 기록 중에서도 판결의 의미는 남다르다. 판결은 논리의 집합이고, 논리는 시

11 2019년 7월 일본 정부가 대한(對韓) 수출규제를 했을 때 ‘한국은 적인가’라는 성명서를 발표했던 와다 하루키(和田春樹) 도쿄대 명예교수 등 8명은 올 3월 24일 위안부 합의와 화해치유재단을 매개로 한 해결책을 제시했다. 한국의 전문가들도 화해치유재단에서 쓰고 남은 56억 원의 활용방안 등을 논의하는 과정을 통해 일본과 대화의 물꼬를 트라고 제안하고 있다.

대를 반영하기 때문이다. 따라서 판결이 다르다고 해서 틀렸다고 단언할 수는 없다. 그러니 잠시 인내를 갖고 추이를 지켜보는 것도 좋을 듯하다. 한국 사회는 기다린 만큼 성숙할 것이다.