

한국 법원의 일본군‘위안부’ 판결들

김창록

1. 같은 피해, 다른 판결

일본군‘위안부’ 피해자 등이 대한민국 법원에 일본국을 상대로 제기한 손해 배상청구소송에 대해 원고 전면 승소와 각하라는 정반대의 결론을 담은 판결들이 연이어 선고되었다.

2021년 1월 8일, 서울중앙지방법원 제34민사부(김정곤, 김경선, 전경세 판사)는 일본군‘위안부’ 피해자 등 12명이 제기한 소송에 대해 원고의 청구대

김창록(金昌祿) 경북대학교 교수. 서울대학교에서 법학박사(법사학 전공) 학위를 취득한 후, 일본 헌법(사상사, 한일 과거청산의 법적 측면, 식민지법의 역사 등을 연구해 왔다. 주요 저서로 『2015 ‘위안부’ 합의 이대로는 안 된다』(공저, 경인문화사, 2016), 『五〇年目の日韓つながり直し: 日韓請求権協定から考える』(공저, 社会評論社, 2016) 등이 있고, 주요 논문으로 「한일 「청구권협정」에 의해 ‘해결’된 ‘권리」(『법학논고』 49집, 2015), 「2000년 여성국제법정의 맥락: 일본군‘위안부’ 문제와 ‘법적 책임」(『법과 사회』 66권, 2021) 등이 있다.

<https://doi.org/10.29154/ILBI.2021.25.242>

로 1인당 1억 원씩의 배상금을 지급하라고 명하는 원고 전면 승소 판결¹(이하 '김정곤 판결')을 선고했다. 이 판결은, 2013년 8월 13일에 민사조정 신청으로 제기되었으나 일본 정부가 일절 응하지 않아, 2015년 12월 28일의 한일 외교장관 공동기자회견을 통해 발표된 이른바 '합의'(이하 '2015 합의') 직후인 2015년 12월 30일에 정식 소송절차로 이관된 사건에 대한 판결이다.

2021년 4월 21일, 서울중앙지방법원 제15민사부(민성철, 이미경, 홍사빈 판사)는 일본군'위안부' 피해자 등 20명이 제기한 소송에 대해 요건을 갖추지 못해 부적법하다며 원고들의 청구를 내치는 각하 판결²(이하 '민성철 판결')을 선고했다. 이 판결은 '2015 합의' 1주년에 맞추어 2016년 12월 28일에 추가로 제기된 소송에 대한 판결이다.

이 글에서는, 일본군'위안부'라는 같은 피해에 대해 정면으로 배치되는 결론을 제시하는 이들 판결이 각각 어떤 의미를 가지는지, 그리고 이들 판결에 의해 형성된 현재의 국면을 어떻게 보아야 할 것인지에 대해 살펴보기로 한다.

2. 김정곤 판결의 의의

1) 국제법의 진화에 기여

먼저 김정곤 판결은, “국가면제 이론은 항구적이고 고정적인 가치가 아니다.”라는 전제에서 출발하여, “피고가 된 국가가 국제공동체의 보편적인 가치를 파괴하고 반인권적 행위로 인하여 피해자들에게 극심한 피해를 가하였을 경우까지도 이에 대하여 최종적 수단으로 선택된 민사소송에서 재판권이 면제된다고 해석하는 것은 … 불합리하고 부당”하므로, “이러한 경우 국가면제에 관한 국제관습법의 해석에는 예외를 허용해야 함이 상당”하다

1 서울중앙지방법원 2021.1.8. 선고 2016가합505092 판결.

2 서울중앙지방법원 2021.4.21. 선고 2016가합580239 판결.

는 이유로, 일본군‘위안부’ 문제에 대해 국가면제를 적용할 수 없다고 판시했다.

국가면제는 ‘주권국가를 다른 주권국가의 법정에 세울 수 없다’라는 내용의 관습국제법 규칙으로서, 처음 등장한 19세기에는 절대면제주의로 출발했으나, 20세기에는 사법(私法)행위의 경우 예외를 인정하는 제한면제주의로 변모했으며, 21세기에 들어와서는 인권 예외를 인정하는 방향으로 이행하고 있다. 제2차 세계대전 당시 독일에 의해 강제동원되었던 이탈리아인 페리니(Luigi Ferrini)가 독일을 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 국가면제의 적용을 배제하고 원고 승소 판결을 선고한 2004년 이탈리아 대법원 판결 이래 일련의 이탈리아 법원 판결들이 21세기적 흐름의 대표적인 예이다.

김정곤 판결은, 국가 중심의 세계관에서 인권 중심의 세계관으로 나아가고 있는 국제사회의 흐름을 반영하여, 인권 예외를 포섭하는 국가면제의 진화과정에 적극 동참한 선도적인 판결의 하나로 자리매김할 수 있다.

2) 일본군‘위안부’ 문제에 대한 국제사회의 법적 판단 반영

이어서 김정곤 판결은, 일본군‘위안부’를 강요한 행위는 “당시의 국제조약, 일반적인 국제관습법”을 위반한 것으로서, “일본제국의 한반도와 한국인에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위에 해당”한다고 판시하고, 피고 일본국에 대해 손해배상금의 지급을 명했다.

일본군‘위안부’ 문제가 1980년대 말에 한국의 여성단체들에 의해 처음 제기된 이래로, 1991년 8월 14일에 김학순이 스스로 나서서 피해사실을 밝히고 구제를 호소한 이래로, 피해자들과 전 세계 시민들은 범죄사실 인정, 사죄, 배상, 진상규명, 역사교육, 추모, 책임자 처벌을 요구해 왔다. 그리고 유엔 인권소위원회 등 수많은 국제기구의 보고서, ‘2000년 일본군성노예 전범 여성국제법정’의 판결, 미국 하원의 결의 등 수많은 국가의 의회와 지방의회의 결의 등을 통해 국제법 위반과 일본국의 법적 책임이 거듭 확인되어 왔다.³

김정곤 판결은 그러한 피해자 및 시민들의 요구와 그것을 수용한 국제 사회의 법적 상식을 반영한 판결이라고 할 수 있다.

3) 한일 과거청산에 대한 대한민국의 법적 판단 반영

김정곤 판결은 ‘보론’으로 1965년 「청구권협정(대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정)」과 ‘2015 합의’에 의해 원고들의 청구권이 소멸되었는지 여부에 대한 판단도 제시했다.

먼저, 「청구권협정」과 관련해서는, “청구권협정은 일본제국의 불법적 식민지배에 대한 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 기본적으로 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무 관계를 정치적 합의로 해결하기 위한 것”이므로, 이 사건 원고들이 청구하는 “일본제국의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위를 전제로 [한] 위자료”는 「청구권협정」의 대상이 아니라고 판시했다. 그리고 ‘2015 합의’와 관련해서는, 그것이 “정치적 합의가 있었음을 선언하는 데 그친 것”이므로, “원고들이 주장하는 피고에 대한 손해배상청구권은 위 합의의 적용대상에 포함된다고 볼 수 없”다고 판시했다.

「청구권협정」의 적용대상에 관해, 대한민국 정부는 1965년의 『한일회담백서』에서 “영토의 분리 분할에서 오는 재정상 및 민사상의 청구권”이 대상일 뿐 “일제의 36년간 식민지적 통치의 대가”는 대상이 아니라고 밝혔다.⁴ 2005년 8월 26일의 ‘한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회’의 결정에서는 “일본의 식민지배 배상을 청구하기 위한 것이 아니었고, 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국 간 재정적·민사적 채권·채무 관계를 해결하기 위한 것”이라고 밝혀 위의 1965년의 입장을 재확인하고, 나아가 그 연장선상에서 “일본군위안부 문제 등 일본 정부·군(軍) 등 국가권

3 우선 김창록, 「2000년 여성국제법정의 맥락: 일본군‘위안부’ 문제와 ‘법적 책임」, 『법과 사회』 66권, 2021 참조.

4 대한민국정부, 『한일회담백서』, 1965, 40~41쪽.

력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 청구권협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없고, 일본정부의 법적 책임이 남아 있음”이라고 밝혔다.⁵ 또한 대법원도 2018년 10월 30일의 신일철주금 강제동원 전원합의체 판결⁶에서 위의 2005년 결정의 내용을 다시 한 번 확인하고, ‘일본의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위’는 「청구권협정」의 대상이 아니라고 판시했다.⁷

그리고 ‘2015 합의’의 성격과 적용대상에 관해서는, 헌법재판소가 2019년 12월 27일의 결정⁸에서, ‘2015 합의’는 “법적 구속력이 있는 조약”이 아니라 “정치적 합의”에 불과하며, “절차와 형식에 있어서나, 실질에 있어서 구체적 권리·의무의 창설이 인정되지 않고, 이 사건 합의를 통해 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 권리가 처분되었다거나 대한민국 정부의 외교적 보호권한이 소멸하였다고 볼 수 없”다고 판시했다.

김정곤 판결은 1965년 이래의 대한민국 정부의 입장 표명과 사법부의 판결·결정들을 통해 구체화된 일련의 법적 판단을 반영한 판결이라고 할 수 있다. 나아가 그것은, 더 거슬러 올라가면, 1900년대 초부터 주장되었고, 대한민국 임시정부의 헌법들과 1948년 및 현행 대한민국 헌법에서 확인된 ‘불법강점’의 선언을 이어받은 것이기도 하다.

3. 민성철 판결의 문제점

1) 폐쇄적 법 이해

민성철 판결은, 먼저 국가면제의 적용 여부에 관해, 국가면제라는 관습국제

5 국무조정실, 「[보도자료] 한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회 개최」, 2005. 8. 26.

6 대법원 2018.10.30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결.

7 대한민국 정부의 입장에 관한 분석은, 김창록, 「한일 「청구권협정」에 의해 ‘해결’된 ‘권리’: 일제 ‘강제동원’ 피해 관련 대법원 판결을 소재로, 『법학논고』(경북대) 49집, 2015 참조.

8 헌법재판소 2019.12.27. 선고 2016헌마253 결정.

법 규칙이 고정된 실체라는 전제 아래, 자신이 특정한 국가면제 규칙에 비추어 원고들의 손해배상청구는 허용될 수 없다고 판시했다.

민성철 판결이 국가면제에 관해 제시한 구체적인 판단은 세 가지다. 첫째는 ‘무력 분쟁 중 법정지국 영토 내에서 이루어진 불법행위’에 대해서는 국가면제가 인정된다는 것이며, 그 근거는 2012년 2월 3일 국제사법재판소(ICJ) 판결⁹의 다수의견이다. 둘째는 법정지국 영토 내에서 이루어진 불법행위에 대해 국가면제를 부정하는 관습국제법은 존재하지 않는다는 것이며, 그 근거는 “국제협약을 비준하거나 개별 입법을 함으로써 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 국가면제를 인정하지 아니할 의사를 외부적으로 밝힌 국가는 37개국으로서 전체 193개 UN 회원국 중 19.2%에 불과”하여 관행의 존재를 인정할 수 없다는 것이다. 셋째는 강행법규 위반으로 인한 중대한 인권침해 여부가 재판권 존부 판단의 기준이 될 수 없다는 것이며, 그 근거는 “강행법규 위반”으로 인한 ‘중대한 인권침해’ 여부는 필연적으로 사건의 본안에 대한 심리를 거친 이후에야 판단될 수 있는 문제이므로, … 본안 심리의 전제 조건으로서 재판권 존부 판단의 기준이 될 수는 없다.”라는 것이다.

하지만 첫째, 위의 셋 중 유일한 적극적인 논거인 2012년 ICJ 판결의 다수의견은 절대적인 기준이 될 수 없다. 민성철 판결은 “최근에 이루어진 판결”이라는 이유만으로 그것을 “현재의 국제 관습법으로 보아 … 기준으로 삼기로 한다.”라고 하고 있으나, 이는 무책임한 논증이다. 불법행위 당시의 한반도가 ‘무력분쟁 중’이었다는 판단도 문제이지만 이것은 제쳐 둔다고 하더라도, 전체 15명의 재판관 중 12명의 재판관이 제시한 위의 다수의견에 대해서는, 3명의 재판관이 유력한 반대의견을 제시했다. 즉 그들은 “국제범죄, 인권과 국제인도법의 중대한 위반에 대해서는 국가면제는 적용되지 않는다”(Cancado Trindade 재판관), “예외적인 상황에서의 국내 재판소의 관할권

9 International Court of Justice, “Jurisdictional Immunities of the State(Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment,” 2012. 2. 3.

주장은 국가관계의 조화를 어지럽히는 것이 아니라, 국제인권법·국제인도법의 보다 엄격한 준수에 공헌하는 것이다”(Yusuf 재판관), 이탈리아 법원의 “재판권 실행은 일반국제법상의 의무 위반이라고 볼 수 없다”(Gaja 재판관)라고 주장했다. 게다가 다수의견 스스로가 “현재의 관습국제법 아래에서”의 판단임을 밝히고 있고, 또 ICJ 규정 제59조에 따르면 “재판소의 재판은 당사자 사이에서 그리고 그 특정 사건에 관해서만 구속력을 가진다.” 따라서 2012년에 독일에 의한 이탈리아인 강제동원에 대해 선고된 ICJ 판결의 다수의견을, 2021년에 일본에 의한 일본군 ‘위안부’ 강요행위에 대해 곧바로 그대로 적용할 수는 없다. ICJ 판결 다수의견은 위에서 살펴본 것과 같은 한계를 가지는 것으로서 하나의 참조대상으로 삼을 수는 있을지언정, 아무런 추가적인 논증 없이 절대시해서는 안 되는 것이다.

둘째, “UN 회원국 중 19.2%”만 인정하고 있으니 관행의 존재를 인정할 수 없고 따라서 관습국제법의 존재를 인정할 수 없다는 주장은 피이하다. 도대체 몇 %이면 관행의 존재를 인정할 수 있다는 것인가? 과반수인가? 2/3 이상인가? 그도 아니면 만장일치인가? 그것은, ‘나는 관행의 존재를 인정하기 싫다’라는 주관적인 심정을, 합당한 논거는 제시하지 않은 채, 정답도 없는 산수의 문제로 치환시켜 얼버무리는 저급한 논점 바꾸기라는 비판에서 자유로울 수 없는 논법이다.

셋째, 적법요건으로서의 재판권의 존부에 대한 판단과 본안 심리를 구별해야 한다는 주장은 언뜻 그럴 듯하게 들린다. 하지만, 바로 아래에서 살펴보는 것처럼 그러한 기계적인 구분은 관습국제법의 확인에 어울리지 않는다. 뿐만 아니라, 아래의 2)에서 살펴보는 것처럼 ‘2015 합의’에 의해 대체적 권리구제수단이 객관적으로 존재한다는 “사정 자체를 피고에 대한 국가면제 인정 여부를 판단함에 있어서 고려하여야” 한다는 판결의 또 다른 주장과 정면으로 충돌한다. 그 점에서 그것은 자가당착의 논리라고 하지 않을 수 없는 것이다.

지금까지 살펴본 민성철 판결의 문제점들, 즉 ICJ 판결 다수의견 절대시, 관행의 존재에 대한 산수적 접근, 적법요건과 본안 심리의 기계적 분리

는, 보다 근본적으로는 관습국제법을 미리 특정하여 적용할 수 있다는 그 전제의 문제성에 연결되어 있다.

역사적으로 볼 때, 나중에 관습국제법이라고 인정되게 된 규칙을 맨 처음 적용한 국내 법원은 미리 특정할 수 있는 관행이 전혀 존재하지 않는 상태에서 그 규칙을 적용했다. 국가면제를 적용한 최초의 판결은 관행이 아니라 주권국가의 평등이라는 일반원칙에서 국가면제를 도출한 것이다. 또 관습국제법의 예외를 인정한 최초의 국내 법원도 그 예외에 관한 관행이 전혀 존재하지 않는 상태에서 그 예외를 인정했다. 사법행위 예외를 최초로 인정한 법원에게 사법행위 예외라는 관습국제법은 존재하지 않았던 것이다. 결국 각각의 국내 법원이 자신에게 주어진 구체적인 사건의 내용과 성격에 비추어 피고인 외국에 대한 재판권을 인정할 것인지를 고민하여 판단하는 과정이 거듭된 결과 관행이 사후적으로 형성된 것이다. 그 점에서 관습국제법은 고정된 실체가 아니라 끊임없이 형성·변화·소멸하는 역동적인 존재인 것이며, 따라서 관습국제법에서 중요한 것은 자신에게 주어진 구체적인 사건에 대한 개별 국내 법원의 고민과 판단인 것이다. 만일, 모든 법원이 ICJ 판결 다수의견을 절대시하고, 관행의 존재에 대해 산수적인 접근을 하고, 적법요건과 본안 심리를 기계적으로 단절시킨다면, 애당초 관습국제법은 형성될 수도 변화할 수도 없는 것이다.

결국 민성철 판결은, 최소한 대한민국 법원은 아무리 심각한 사안에 대해서도 관습국제법의 형성과 변화 과정에 나서서는 안 되며, 다른 나라 법원들에 의해 자신의 마음에 드는 관행이 만들어지는 단계가 될 때까지 아무 것도 해서는 안 된다고 선언하고 있는 것이나 마찬가지다. 이러한 극단적인 소극주의가 일본군‘위안부’ 문제라는 중대한 인권침해에 대해 대한민국 법원이 취해야 할 태도인지 의문이 아닐 수 없다.

2) 대체적 권리구제수단?

민성철 판결은, 다음으로 이 사건에 국가면제를 적용하는 것이 원고들의 재판청구권이나 인간으로서의 존엄과 권리를 침해하여 위헌인지 여부에 관

해, 우선 ‘2015 합의’를 전면에서 내세워 위헌이 아니라고 판시했다. 즉, “한일 합의에 의하여 이 사건 피해자들에 대한 ‘대체적인 권리구제수단’이 객관적으로 존재”하므로, “피고에게 국가면제가 인정된다 하더라도 그러한 사정만으로 원고들의 재판청구권 또는 인간으로서의 존엄과 권리를 부당하게 제한하는 등 대한민국 헌법에 위반되는 결과를 초래한다고 볼 수도 없”다고 판시했다.

민성철 판결은, 일본 정부와 마찬가지로, “합의는 위안부 문제로 인하여 명예와 존엄에 상처를 입은 원고들을 포함한 피해자들에 대한 피고 정부 차원의 사죄와 반성의 내용이 담겨 있으며, 피해자들의 피해 회복을 위하여 피고 정부가 자금을 출연하여 재단을 설립하고 그 재단이 피해 회복을 위한 구체적인 사업을 하도록 정하고 있으며, 실제로 화해치유재단이 설립되어 위 재단이 위안부 피해자들에게 현금 지원사업을 하였”다고 적극적으로 평가했다. 그리고 그 합의에 의해 “위안부 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권에 관하여 대체적인 권리구제수단”이 마련되었으므로, 국가면제를 적용한 결과 원고들의 재판청구권이나 인간으로서의 존엄과 권리가 침해되더라도 위헌은 아니라고 주장했다.

하지만, ‘2015 합의’는, 일본 정부의 사실 인정이 불충분하고, 사죄의 면에서 진전이 없고, 출연하는 자금의 성격이 명시되어 있지 않고, 진상규명, 역사연구 및 역사교육에 대해서는 전혀 언급이 없음에도 불구하고, 핵무기 폐기 협정에서나 사용될 법한 ‘최종적 불가역적 해결’, 의미가 명확하지 않은 ‘국제사회에서의 비난·비판 자제’, 게다가 시민들이 세운 주한 일본대사관 앞의 소녀상에 대한 일본 정부의 우려 해소를 위한 노력까지 한국 정부가 약속해 준 것이라는 점에서, 애당초 일본군‘위안부’ 문제의 본질과 역사에 무지하거나 그것을 무시한 합의였다.¹⁰ 또한 2017년 12월 27일에 ‘한·일 일본군위안부 피해자 문제 합의 검토 태스크포스’가 보고서를 발표하여 ‘2015 합의’에 이르는 과정에 다수의 문제가 있었다고 지적했고, 2018년

10 김창록·양현아·이나영·조시현, 『2015 ‘위안부’ 합의 이대로는 안 된다』, 경인문화사, 2016 참조.

1월 9일에는 외교부 장관이 “2015년 합의는 일본군 위안부 피해자 문제의 진정한 문제 해결이 될 수 없”다는 대한민국 정부의 입장을 천명했다. 따라서 민성철 판결의 ‘2015 합의’에 대한 평가는 지나치게 기울어진 것이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

무엇보다 문제인 것은 ‘2015 합의’에 의해 ‘대체적 권리구제수단’이 마련되었다는 주장이다. 민성철 판결의 ‘대체적 권리구제수단’은 판결문에 적힌 용어이므로 거기에서의 ‘권리’와 ‘구제’는 법률용어일 터이다. 따라서 그 ‘권리’는 원고들의 손해배상청구권을, 그 ‘구제’는 손해배상청구권의 만족을 의미한다고 볼 수밖에 없다. 또한 ‘대체적’이라는 용어의 의미는 반드시 명확하지는 않지만, 맥락상 ‘판결에 의한 구제에 갈음하는’이라는 의미일 터이다. 그렇다면 ‘대체적 권리구제수단’이 마련되었다는 것은, ‘2015 합의’와 그 후속조치인 화해치유재단의 ‘위로금’ 지급사업에 의해 피해자들의 손해배상청구권이 만족되었다는 것을 의미한다고 볼 수밖에 없다. 실제로 판결당일에 민성철 재판부가 배포한 「서울중앙지방법원 2016가합580239 판결 선고 자료」에는 ‘2015 합의’를 “피고[일본] 정부 차원의 권리구제로 볼 수 있음”이라고 되어 있다.

하지만, 기사다 후미오(岸田文雄) 외무대신은 ‘2015 합의’ 발표 직후 일본 정부가 출연하는 10억 엔은 “배상금이 아니다”라고 못 박았고, 일본의 국회에서도 배상금은 물론 “보상을 위한 금원”도 아니며, “상처를 치유”하기 위한 조치일 뿐이라고 밝혔다.¹¹ 다시 말해 인도적인 지원금이라고 주장한 것이다. 또한 위의 2-3)에서 살펴본 것처럼, 헌법재판소도 2019년 12월 27일의 결정에서 ‘2015 합의’가 피해자들의 권리에 어떠한 영향도 미치지 않는다고 선언했다. 결국 일본 정부의 주장에 따르더라도 한국 헌법재판소의 결정에 따르더라도, ‘2015 합의’는 피해자들의 ‘권리구제’와 연결될 수 없는 것이다. 원고들이 소송을 제기한 것은 바로 그 때문이다. ‘배상금’의 지급을 통해 권리를 구제받게 해달라는 것이 청구취지인 것이다.

11 日本参議院, 『第百九十回国会参議院外交防衛委員会会議録』第五号, 2016. 3. 17., 4쪽.

위의 현재 결정을 염두에 둔 때문인지, 민성철 판결도 '2015 합의'는 "정식 조약으로 체결되지 아니한 이른바 '정치적 합의'로서, 위 합의에 의하여 이 사건 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권의 존부와 범위가 중국적으로 확정되거나 처분되는 등의 실체법적인 효과가 발생하였다고 볼 수는 없다."라고 한다. 그럼에도 불구하고 시종일관 '2015 합의'가 대체적 권리구제수단이라고 한다. 대체적 권리구제수단을 법적인 용어로 이해하는 한 이것은 명백한 논리파탄이다.

그러한 논리파탄을 치유하는 방법은 민성철 판결의 '대체적 권리구제수단'을 법적인 용어가 아니라고 이해하는 것뿐이다. 민성철 판결은 일본군'위안부' 피해의 구제를 오로지 돈의 문제로서만 파악하여 '돈을 준다고 하는 데 받으면 되는 것이지 왜 굳이 법원을 찾아왔는가'라고 하고 있는 것이 아닌가? 그 낯것의 힐난을 '대체적 권리구제수단'이라는 법적 포장지로 감싸 피해자들에게 던지고 있는 것 아닌가?

3) 힘이 곧 법?

민성철 판결은, 국가면제를 적용하더라도 위헌이 아니라는 또 하나의 논거로, '법의 균형성'을 제시했다. 즉 "국제법 존중주의"와 "대한민국의 외교정책과 국익"이라는 공익을 위해 원고들의 권리구제라는 사익을 제한하더라도 균형을 잃은 것이 아니라고 주장했다. 여기에서 민성철 판결이 제시하는 국제법은 제2차 세계대전 이후 형성된 "전후 국제사회의 질서", 즉 「일본국과의 강화조약(샌프란시스코 평화조약)」 체제다. 결국 민성철 판결은, '샌프란시스코 체제가 곧 국제법이며 그것에 따르는 것이 대한민국의 국익에 부합하니 대한민국의 외교정책이 되어야 하고, 그 결과 피해자들의 권리가 구제되지 못하더라도 위헌은 아니다.'라고 주장한 것이다.

하지만, 강대국의 힘의 질서를 투영한 '샌프란시스코 체제'가 곧 국제법의 전부인 것은 아니다. 제2차 세계대전 이후 국제인권법의 발전에 따라 피해자의 권리에 관한 국제법이 대폭 확충되었다. 그 대표적인 성과 중 하나가 2005년 유엔 총회에서 만장일치로 채택된 「국제인권법의 중대한 위반

행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 인한 피해자들을 위한 구제 및 배상의 권리에 관한 기본 원칙과 가이드라인¹²이며, 거기에서 개별 국가가 반드시 보장해야 하는 피해자의 권리 중 첫 번째로 제시된 것이 사법에 접근할 권리(right to access to justice)이다. 유엔 총회에서 만장일치로 채택된 이 「기본원칙과 가이드라인」은 말할 것도 없이 국제법의 일부다. 따라서 일본군‘위안부’ 피해자들이 대한민국의 법원을 통해 권리구제를 받을 권리는 단순한 사익이 아니라 국제법상의 이익인 것이다. 하지만 민성철 판결은 그 점에 대해 철저히 눈 감았다.

또한 강대국의 힘의 질서를 투영한 ‘샌프란시스코 체제’와 그 하위 질서인 한일간의 ‘1965년 체제’에서는 식민지 지배 책임이 배제되어 있었다. 일본군‘위안부’ 피해자들이 30년이 넘는 오랜 세월 동안 권리구제를 호소해 온 것은 바로 그 때문이다. 그들의 호소는 바로 그 힘의 질서에 대한 이의제기에 다름 아니다.¹³ 그들은 일본과 미국에서의 소송을 통해 수많은 법적 쟁점을 정리한 끝에 마지막 남은 쟁점인 국가면제를 극복하기 위해 대한민국 법원의 문을 두드렸다. 그런데 민성철 판결은 바로 그 힘의 질서를 존중해야 한다는 이유로 본안 심리조차 거부한 것이다.

식민지 지배 책임을 배제한 강대국의 힘의 질서에 전면적으로 의존하면서, 국제인권법에 근거한 피해자들의 법적 요청을 배척하는 것이 과연 법적인 판단인지 의문이다. 나아가 그 힘의 질서에 의지한 국제평화주의가, “3·1

12 General Assembly, “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”(resolution 60/147), 2005. 12. 16. 이에 관한 분석은, 이주영·백범석, 「국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근(victim-centered approach)」, 『국제법학회는 총』, 2018 참조.

13 그것은 극동국제군사재판과 「일본국과의 평화조약」에 의해 형성된, 아시아·태평양지역의 제2차 세계대전 이후의 국제질서가 내포하고 있던, “오랜 기간 동안 봉인되어 온” “승자에 의한 면책”이라고 하는 부정의”를 “집요하게 法の場에 소환하는 작업”으로서, “극동국제군사재판의 실질적인 ‘재심’의 모습을 띠으로써, 전후 국제질서의 정통성을 근본적으로 뒤흔드는 것”이었다. 阿部浩己, 「戦後責任と和解の模索」, 倉沢愛子 他5 編, 『20世紀の中のアジア・太平洋戦争』, 岩波書店, 2006. 350~351쪽. 이 논문의 번역문 전문은, 아베 코오키, 김창록 옮김, 「전후책임과 화해의 모색」, 『법학논고』(경북대) 26집, 2007 참조.

운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통”을 그 전문에 내걸어 일체의 강점을 전면 부정하고 있는 대한민국 헌법이 지향하는 국제평화주의인지 매우 의문이다.

4) 무책임한 ‘사법소극주의’

민성철 판결은, 그 판단의 결론 부분에서, ‘2015 합의’가 대체적 권리구제수단이 되기는 하지만 그것에 의해 피해자들의 권리가 처분되었다거나 소멸된 것도 아니라는 논지를 다시 한 번 펼치면서, “피해 회복 등 위안부 피해자 문제의 해결은 … 피고와의 외교적 교섭을 포함한 대한민국의 대내외적 노력에 의하여 이루어져야 한다.”라고 주장했다.

국가 간에 문제가 있으면 그 해결을 위해 외교적 노력을 기울여야 하는 것은 당연하다. 하지만 일본군‘위안부’ 문제와 관련하여 과연 어떤 외교적 교섭이 가능한가? 일본 정부는 ‘2015 합의’ 이후 ‘모두 끝났으니 더 이상 입도 뺏기지 말라’라고 강변하며 일본군‘위안부’ 지우기를 위해 전력을 기울이고 있다. 일본 정부 관계자의 입에서 가해와 피해의 사실에 대한 언급, 그 의미에 대한 언급, 문제 해결의 방도와 방향에 대한 언급은 일절 나오지 않고 있다. 대신에 일본 정부는, 2020년 독일 베를린시 ‘평화의 소녀상’의 예에서 선명하게 확인되는 것처럼, ‘2015 합의’에는 언급조차 되어 있지 않음에도 ‘2015 합의’를 내세우며, 전 세계 각지에 시민들이 세운 소녀상을 철거시키기 위해 범국가적인 공격을 거듭하고 있다. “관헌이 집에 쳐들어가 사람을 유괴하듯이 끌어” 가는 것만이 ‘강제연행’이라며, 법적·상식적 의미에 반하는 기괴한 개념을 자의적으로 만들어 낸 다음, 그런 ‘강제연행은 없었다’고 앵무새처럼 되뇌이고 있다. 성노예가 무엇인지, 성노예에 부합하는 사실은 무엇인지, 성노예에 반하는 사실은 무엇인지는 전혀 제시하지 않은 채 ‘성노예가 아니다’라고 우기고 있다.¹⁴ 지난 2월 23일에는 대한민국의 위

14 山口智美 外, 『海を渡る「慰安婦」問題: 右派の「歴史戦」を問う』, 岩波書店, 2016; 강성현, 『탈진실의 시대, 역사부정을 묻는다』, 푸른역사, 2020; 김창록, 「'랩지어 사태': 일본군'위안부' 부정론의 추가 사례」, 『역사비평』 135호, 2021 참조.

교차관이 유엔 인권이사회 회의에서 “현재와 미래세대는 2차 세계대전 당시 이른바 ‘위안부’ 희생자들의 고통스러운 경험으로부터 귀중한 교훈을 배워야 한다.”라고 발언한 것을 ‘2015 합의’ 위반이라며 비난하고 나섰다.

이런 상황에서, 한편으로 ‘2015 합의’를 적극적으로 평가하고 그것에 의해 대체적 권리구제수단이 마련되었다고 주장하면서, 다른 한편으로 “피해 회복”을 위해 외교적 교섭을 하라는 것이 도대체 무슨 이야기인가? ‘2015 합의’로 대체적 권리구제를 했다는 것은 피해자들의 손해배상청구권이 만족되었다는 의미이며, ‘피해 회복’을 위해 외교적 교섭을 하라는 것은 손해배상청구권의 만족을 위해 교섭을 하라는 의미이다. ‘손해배상청구권이 만족되었지만 손해배상청구권의 만족을 위해 교섭하라’라는 것이 과연 법률가가 판결문에 쓸 수 있는 내용인가? 법원이 해야 할 일을 행정부에게 떠넘기는 책임회피다. 게다가 그 자신의 논리에 따르면 더 할 수 있는 것도 없는 일을 행정부에게 하라고 요구하고 있으니 더더욱 무책임한 행태가 아닐 수 없는 것이다.

4. 자리매김

소장 송달도 거부하고 재판 절차에 일절 응하지 않은 채 대한민국 정부에 대해 소송이 각하되어야 한다고 압박하기만 하던 일본 정부는, 1월 8일에 김정곤 판결이 선고되자 “결코 받아들일 수 없다”라며 반발했다. 반면에 4월 21일에 선고된 민성철 판결에 대해서는 “국가면제에 대한 일본의 입장에 근거한 것이라면 적절하다”라며 환영했다.

일본 정부의 반응 여하를 떠나, 동일한 내용의 사건에 대해 서로 다른 판결이 선고되는 것 자체는 ‘법관의 독립’을 선언한 대한민국 헌법 아래에서 있을 수 있는 일이다. 다만 판결마다 그 무게는 다르며, 판결에 대한 평가는 별개의 문제다.

김정곤 판결은 일본 정부가 기한 내에 항소하지 않아 1월 23일에 확정

되었으며, 이제 판결의 집행만이 남아 있다. 반면에 민성철 판결에 대해서는 1심 원고들이 항소하여 항소심이 진행 중이다. 민성철 판결은 위에서 살펴본 것과 같은 많은 문제점을 가지고 있기에 항소심에서 그 판단이 유지될지는 의문이지만 결과를 지켜볼 일이다.

지금 단계에서 보다 중요한 것은 판결들의 자리매김이다. 그 결과를 놓고 볼 때, 김정곤 판결과 민성철 판결은 각각 ‘피해자 중심/국가 중심’, ‘인권에 대한 적극적인 배려/힘과 돈의 절대시’로 대비시킬 수 있다. 이 대비는 비단 한국 법원이 선고한 두 개의 상반된 판결에 국한된 것이 아니며, 한편에 일본군‘위안부’ 피해자들의 아픔에 공감하며 그 해결을 위해 노력해 온 한국, 일본 그리고 전 세계의 시민들이 위치하고, 다른 한편에 일본 정부와 일본, 한국 그리고 이제는 미국에까지 퍼져 있는 일본군‘위안부’ 부정론자들이 위치하는, 지난 30년간의 국제적 차원의 역사 곳곳에서 발견되는 것이기도 하다. 그 점에서 김정곤 판결과 민성철 판결의 대비는 일본군‘위안부’ 문제가 단지 한일 간의 갈등사안이 아니라 보편적인 가치에 대한 세계관 충돌의 문제라는 사실을 입증해 주는 것이라고 할 것이다.

판결에 이른 과정도 짚어 둘 필요가 있다. 판사의 일차적인 책무는 법원을 찾아온 당사자들의 이야기를 열심히 듣고 그 구체적인 사안에 대해 법적 해결책을 제시하는 것이다. 이번에 문제가 된 관습국제법의 역사는 미리 확정된 법에서 출발하는 것이 아니라 판사에게 주어진 구체적인 사안에서 출발하는 것이야말로 중요하다는 사실을 일깨워 준다. 명확하지 않은 것은 관습국제법만이 아니다. 정도의 차이는 있지만, 사실 모든 법은 명확하지 않다. 언뜻 비슷해 보이더라도 결국 당사자가 다르고 구체적인 사실이 다른 다수의 사건 모두에 똑같이 기계적으로 적용할 수 있는 명확한 법은 애당초 존재하지 않는다. 김정곤 판결은 구체적인 사건에서 출발하여 사건의 해결에 적합한 법을 발견한 데 반해, 민성철 판결은, 법정에서 제시된 피해자와 전문가의 증언조차 무시한 채, ‘스위스 치즈처럼 구멍투성이인’¹⁵ 국가면제

15 Yusuf 재판관이 2012년 ICJ 판결 반대 의견에서 사용한 표현.

라는 관습국제법의 구멍들을 애써 메우려는 도로(徒勞)에 매몰되었다. 법원은 무엇인지, 판사는 누구인지를 숙고하는 데 자료로 삼기에 좋은 사례다.

끝으로 현재의 국면에 대한 대한민국 정부의 대응에 관해 짚어 둔다. 김정곤 판결이 선고된 직후 외교부는 “법원의 판단을 존중”한다면서도 “2015년 12월 한일 정부간 위안부 합의가 양국 정부의 공식 합의라는 점을 상기”한다는 논평¹⁶을 내놓았다. 김정곤 판결이 확정된 1월 23일에는 한 걸음 더 나아가 “2015년 위안부 합의가 한일 양국 정부간의 공식 합의임을 인정”하여 “일본에 대해 정부 차원에서는 어떤 추가적인 청구도 하지 않을 방침”이라고 밝히고, 동시에 “정부간의 합의만으로 진정한 문제 해결이 될 수 없”으므로 “일본측 또한 스스로 표명했던 책임통감과 사죄·반성의 정신에 입각하여 피해자들의 명예·존엄 회복과 마음의 상처 치유를 위한 진정한 노력을 보여야 할 것”이라고 밝혔다.¹⁷ 이것은 2018년 1월 9일에 발표된, ‘진정한 해결은 될 수 없지만 추가적인 청구는 하지 않을 것이며 일본 정부의 자발적인 노력을 기대한다’라는 대한민국 정부의 입장¹⁸을 다시 한 번 확인한 것이다.

‘2015 합의는 진정한 해결은 아니지만 공식합의이고 추가적인 청구는 하지 않는다’라는 것은 말할 것도 없이 애매하고도 어정쩡한 입장이다. 민성철 판결이 바로 그 애매함을 빌미로 동원했다. 즉, 민성철 판결은 “주무부처인 외교부장관은 위 합의가 대한민국과 피고 사이의 공식적인 합의임을 인정하고 재협상 요구를 하지 아니할 의사를 밝혔고 이러한 태도는 현재까지도 그대로 유지되고 있”으므로, “위 합의는 현재도 대한민국과 피고와 사이에 유효하게 존속하고 있다.”라고 지적하며, 그것을 ‘대체적 권리구제 수단’ 주장의 하나의 논거로 삼았다.

16 외교부, 「[보도자료] 일본군 위안부 피해자 제기 일본정부 상대 손해배상 소송 판결에 대한 외교부 대변인 논평」, 2021. 1. 8.

17 외교부, 「[보도참고자료] 일본군 위안부 피해자 제기 손해배상 소송 판결 관련 일본측 담화에 대한 우리 정부 입장」, 2021. 1. 23.

18 「한일 위안부 합의 처리 방향」, 2018. 1. 9(강경화 외교부 장관 발표).

직전 정부로부터 부(負)의 유산을 물려받은 문재인 정부로서는 분명 고민이 있었을 것이다. 하지만 1990년대 초부터 따지더라도 30년 이상, 1965년부터 계산하면 반세기 이상 애매하게 덮으려 했으나 결국 덮지 못한 문제다. 게다가 위의 3-4)에서 살펴본 것처럼, 일본 정부는 한국 정부의 기대와는 정반대로 일본군‘위안부’ 지우기에 진력하고 있다. 지난 4월 27일에는 강제연행되었다거나 일본군의 일부였다는 오해를 불러일으킬 우려가 있다며 ‘중군’이라는 용어를 빼고 그냥 ‘위안부’라고만 해야 한다는 각의결정¹⁹까지 감행했다. 자발성을 함의하고 있기 때문에 적절하지 않다는 이유로 한국과 국제사회에서 폐기한 것과는 정반대의 이유로 ‘중군’이라는 용어를 폐기한 것이다. 그 결과 일본 정부의 ‘위안부’와 한국 정부의 ‘일본군위안부’는 전혀 다른 대상을 가리키는 용어가 되었다. 그런데 ‘2015 합의’의 일본 측 표명에는 ‘위안부’라는 용어가, 한국 측 표명에는 ‘일본군위안부’라는 용어가 사용되어 있다. 일본 정부의 이번 각의결정에 의해 ‘2015 합의’는 서로 다른 대상에 대해 각각의 입장을 표명한 것이 되었다. 그래서 애당초 ‘합의’라고 부를 수도 없는 것, 애당초 ‘합의’로서 성립되지 않은 것이 되었다.

이제 ‘2015 합의’를 출발점으로 삼아 일본군‘위안부’ 문제를 해결하는 것은 불가능하다. 한국 정부가 해야 할 최대한은 ‘2015 합의’를 폐기하고 10억 엔을 돌려주는 것이다. 그 이전이라도 ‘2015 합의’가 사문화되었다는 것을 전제로 대내외적으로 보다 적극적으로 일본군‘위안부’ 발신을 하는 것이 필요하다. 대내적으로는 한국 정부의 예산으로 여성인권과 평화센터를 설립하여 일본군‘위안부’ 관련 자료를 전면적이고 체계적으로 수집·정리하고 그 역사와 의미를 심도 있게 분석·연구하고 그 성과를 발신·확산하는 것이 요망된다. 대외적으로는 일본군‘위안부’ 문제 해결 노력을 통해 국제사회에서 확인된 보편적 여성인권의 가치를 확인하고 확산시키는 데 한국

19 日本内閣, 「衆議院議員馬場伸幸君提出「従軍慰安婦」等の表現に関する質問に対する答弁書」, 2021. 4. 27.

정부가 앞장서는 것이 요망된다. 한국의 피해자와 시민들이 주도하여 국제 사회의 법적 상식을 만들어 내고 ‘여성인권과 평화’라는 새로운 국제규범을 만들어 냈다. 대한민국 정부는 그 소중한 자산을 계승·발전시킬 자격이 있고, 계승·발전시켜야 할 책무가 있는 것이다.