

일본국 상대 손해배상 청구소송 2심 판결 1차 토론회 자료집

일본국 상대 손해배상 청구소송 2심 판결의 의미와 과제

일시 2023년 12월 20일(수), 15:00~18:00

장소 온라인 Zoom Webinar

주관주최 민주사회를위한변호사모임, 일본군성노예제문제해결을위한 정의기억연대, 한일역사정의평화행동

문의 정의기억연대(info@womenandwar.net / 02-365-4017)

토론회 순서 및 내용

1. 개회사 및 인사 말씀	1
사회: 강경란 (정의기억연대 연대운동국장)	
이용수 (여성인권운동가, 소송당사자)	
조영선 (민주사회를위한변호사모임 회장)	
박석운 (한국진보연대 상임공동대표, 전국민중행동 공동대표)	
2. 1부 경과 보고 및 판결문 분석	2
사회: 최봉태 (법무법인 삼일 변호사, 일본군‘위안부’ 부작위 위헌결정 변호인)	
발표1. 소송의 경과	3
양성우 (민변 일본군‘위안부’문제 대응 TF 변호사)	
발표2. 판결문 및 예상 쟁점 분석	17
이상희 (민변 일본군‘위안부’문제 대응 TF 단장)	
3. 2부 주제 발표	27
사회: 조영선 (민주사회를위한변호사모임 회장)	
발표3. 이번 판결의 국제인권법적 의미와 과제	28
백범석 (경희대 법학전문대학원 부교수)	
발표4. 서울고등법원 일본군‘위안부’판결의 법사회학적 의미	30
김창록 (경북대 법학전문대학원 교수)	
발표5. 인권의 관점에서 국제사회에 던지는 함의	37
백태웅 (하와이대 로스쿨 교수, 한국학연구소장)	
발표6. 운동의 역사에서 본 판결의 의미와 과제	41
이나영(정의기억연대 이사장, 중앙대 교수)	
4. 3부 종합토론	51
사회: 조영선 (민주사회를위한변호사모임 회장)	
5. 폐회	52
폐회사: 이나영(정의기억연대 이사장, 중앙대 교수)	

개회사 및 인사 말씀

사회: 강경란 (정의기억연대 연대운동국장)

이용수 (여성인권운동가, 소송당사자)

조영선 (민주사회를위한변호사모임 회장)

박석운 (한국진보연대 상임공동대표, 전국민중행동 공동대표)

1부 경과 보고 및 판결문 분석

사회: 최봉태 (법무법인 삼일 변호사, 일본군'위안부' 부작위 위헌결정 변호인)

양성우 (민변 일본군'위안부'문제 대응 TF 변호사)

이상희 (민변 일본군'위안부'문제 대응 TF 단장)

소송의 경과

양성우

민변 일본군 '위안부' 문제 대응 TF 변호사

I. 이 사건 소송의 배경

법적 책임에 대한 일본 정부의 계속된 외면

일본군 '위안부' 문제의 본질은 일본국과 일본군이 '위안소' 제도를 입안·설치하고 관리·통제하였으며 여성들이 그들의 의사에 반하여 '위안부'가 되어 위안소에서 조직적인 성폭력의 희생자가 되었다는 점이다. 이는 식민지 여성에게 가해진 국경과 남녀, 역사를 초월한 언제나 어떠한 곳에서도, 어느 누구에게 질문해도 변할 수 없고, 용서할 수 없는 가장 잔인한 반인륜적 범죄행위임을 부정할 수 없다.

국제사회 역시 일본군 '위안부'에 대한 피고의 인권침해가 명백한 국제법 위반이라는 점을 확인했다. 특히, 1996. 2. 6. 공표된 유엔 인권위원회 '여성에게 대한 폭력 특별보고관' 라디카 쿠마라스와미(Radhika Coomaraswamy)의 보고서는 일본군 '위안부'를 "군사적 성노예"라고 정의했고, 1998. 8. 12. 공표된 유엔인권소위원회 '전시 성노예제 특별보고관' 게이 맥두갈(Gay J. McDougall)의 보고서는 위안부 여성들의 징집 및 처우는 노예제도를 금지한 국제관습법에 위반되며 전쟁범죄이고 반인도적 범죄라고 보았다.

반면, 일본은 이 문제에 대한 일본 정부와 일본군의 개입을 완강히 부인하는데 급급했다. 다만, 고 김학순 할머니가 1991. 8. 14. 최초로 '위안부' 피해 사실을 공개 증언한 이후, 일본 내에서 일본군이 군 위안부의 징모에 직접 관여했음을 보여주는 관계 공문서가 공개되자, 가토 고이치 관방장관¹⁾은 1992. 1. 12. 마지못해 군의 관여를 공식적으로 인정하는 담화를 발표하기도 했다.

그러나 일본 정부는 정작 법적 책임 인정을 전제로 한 보·배상 문제는 일관되게 회피하였을 뿐 아니라 일본 정부가 구체적으로 어떻게 어디까지 관여하였는지에 대해서는 아무런 언급도 하지 않았다. 더욱이, 일본 정부는 얼마 지나지 않아 '국제법 위반에 대한 책임이나 법적 책임은 없다'고 주장하면서, '군 위안부 문제가 「대한민국과 일본국간의 재산 및 청구

1) 가토 장관은 위안부 모집 과정에서의 '강제징집'에 대해서는 인정하지 않았다.

권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정」(이하 ‘1965년 한일청구권협정’이라고만 함)으로 해결되었다’는 입장을 표명하였다. 이후로도 일본 정부는 일본군 관여의 강제성이나 불법성, 즉 ‘연행과정에서의 강제성’ 여부나 ‘위안부’ 피해자에 대한 일본군의 행위가 중대한 전쟁범죄, 성범죄라는 점에 대해서는 일절 인정하지 않았고, 피해자들에 대해 공식적인 사죄를 하지도 않았다.

이러한 상황에서 일본군 ‘위안부’ 피해자들은 일본 정부에 대하여 지난 30여 년간 법적 해결을 촉구하고 우리 정부에 대하여도 외교적 보호권의 행사를 주장했지만, 어떠한 법적 구제도 이루어지지 않았다. 구체적으로 수차례 일본 정부를 피고로 하여 일본 법원과 미국 법원에 민사소송을 제기하였으나, 최종적으로 아래와 같이 전부 패소하였다.

2. 일본과 미국에서의 일본군 위안부소송

가. 일본에서의 ‘일본군’ 위안부소송

일본군 ‘위안부’ 피해자들이 일본 법원에 제기한 소송으로는 (i) 재일한국인 강제위안부 국가보상청구소송, (ii) 부산 강제위안부·여자정신대공식사죄청구 소송, (iii) 아시아태평양전쟁희생자 보상청구소송 등이 있다. 위 사건들 모두 원고인 위안부 피해자들이 제2차 세계대전 중 강제위안부로서 일본 군인에 의해 폭행, 강간 등의 피해를 입어 일본국을 상대로 국가배상법에 기초한 손해배상을 청구한 사안으로, 각 사건들은 모두 3심까지 진행되었으나 이들 소송은 최종 패소판결이 내려졌다.

① 먼저 태평양전쟁희생자 보상소송(원고 김학순 외 8인)의 경우, 동경지방법판소, 동경고등재판소, 최고재판소 모두 원고들 청구를 기각하였다. 동경고등재판소의 경우 일본군에 고용주로서의 관리책임을 인정하고 ‘위안 행위’를 강제한 불법행위에 대해 책임을 부정할 수 없다고 판시하면서도 1965년 한일청구권협정의 효력발생 또는 20년의 제척기간 경과로 소멸하였다고 판단하였다.

② 부산 일본군 위안부 소송(원고 박두리 외 2인)의 경우, 야마구치 지방재판소 시모노세끼지부는 1998.1. 입법부작위 일본국 헌법질서의 근간이 되는 기본적 인권의 가치의 침해 를 초래하는 경우에 해당한다고 하여 피해자들에게 위자료 30만 엔을 지급하라는 일부 승소판결을 내렸다. 그러나 항소심인 히로시마고등재판소(항소심)는 ‘보상문제에 관한 문제’는 입법부의 재량적 판단에 맡겨져야 한다면서 1심 판결을 취소하고 원고들 주장을 모두 배척

하였다.

③ 재일한국인 강제위안부 국가보상청구소송은 제2차 세계대전 중 약 7년간에 걸쳐 중국 대륙에서 일본군 위안부로서 피해를 받은 재일한국인 피해자(송신도)가 제기한 소송으로, 동경고등재판소는 일본군의 위안소 운영에 대하여 민법상 불법행위책임을 인정하는 듯한 태도를 취하기도 했으나, 20년의 제척기간이 경과되었다는 등의 이유로 원고들 청구를 기각하였다.

④ 그런 상황에서, 일본 최고재판소는 2007. 4. 27. 니시마쓰 건설 중국인 강제동원 피해자가 제기한 손해배상청구소송에서 청구권협정을 비롯하여 샌프란시스코 평화조약의 후속 조치로서 체결된 평화조약 또는 배상협정의 해석 기준을 제시하였는데, 평화조약 또는 배상협정에서 ‘청구권의 포기’란 실제적 청구권의 소멸이 아니라 소구권의 포기를 의미한다고 판시하였다. 위 최고재판소의 판결은 한국인 피해자들이 제기한 소송에서도 청구권협정의 해석 기준이 되었는데, 나고야 미쓰비시 중공업의 근로정신대 피해자들이 제기한 소송의 항소심(나고야 고등재판소 2007. 5. 31. 선고)과 후지코시 근로정신대 피해자들이 제기한 1심 소송(도야마 지방법원 2007. 9. 19. 선고)에서 피해자들의 소구권이 소멸되었다는 이유로 패소판결을 받았다. 이에 최고재판소의 판결로 일본군 위안부 피해자들은 더 이상 일본 법원에서의 권리 구제를 기대할 수 없게 되었다.

그러나 일본 최고재판소의 위 결론과 달리, 한일 양국은 청구권협정을 체결할 당시 일본군 위안부 문제를 협정의 대상이나 효력 범위에 포함시킨 사실이 없다. 이는 청구권협정의 해석에 의하더라도 명백한데, 한국 정부도 청구권협정 관련 문서를 공개한 후 ‘한일회담 문서공개 후속대책 관련 민관공동위원회’를 통해 일본 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위에 대해서는 청구권협정에 의하여 해결된 것으로 볼 수 없고 피고의 법적 책임이 남았다는 점을 거듭 밝힌 바 있다. 더 나아가, 대법원도 강제동원 피해자들이 일본기업을 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서 ‘청구권협정의 협상 과정에서 일본 정부는 식민지배의 불법성을 인정하지 않은 채, 강제동원 피해의 법적 배상을 원천적으로 부인하였고, 이에 따라 한일 양국의 정부는 일제의 한반도 지배의 성격에 관하여 합의에 이르지 못하였다. 이러한 상황에서 강제동원 위자료청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되었다고 보기는 어렵다. 청구권협정의 일방 당사자인 일본 정부가 불법행위의 존재 및 그에 대한 배상 책임의 존재를 부인하는 마당에, 피해자 측인 대한민국 정부가 스스로 강제동원 위자료청구권까지도 포함된 내용으로 청구권협정을 체결하였다고 보이지는 않기 때문이다’라고 판결했다(대법원 2018. 10. 30 선고 2013다61381 전원합의체 판결). 위 대법원 판결에 의하더라도, 일본

군 ‘위안부’ 피해자들의 손해배상청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되어 개인의 청구권이 소멸되었다고 볼 수 없다.

나. 미국에서의 일본군 ‘위안부’ 소송

한국, 중국, 필리핀, 대만 아시아 4개국 일본군 위안부 피해자들(원고 황금주 외 14명)은 2000. 9. 18. 일본 정부를 상대로 미국 워싱턴 D.C. 연방법원에 1931.부터 1945.까지의 기간 동안 일본군에 의하여 성적 노예로 희생당한 것에 대한 일본 정부의 공식 사과와 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.

그러나 제1심인 연방법원은 1년 여 넘게 사건을 끌다가 소각하 판결을 내렸고, 연방항소법원, 연방대법원, 다시 연방항소법원의 재심리를 거쳐 최종적으로 2006. 2. 21. 연방대법원에서 소각하 판결을 내림으로써 종결되었다. 재판과정에서 원고들에 대한 성노예 착취 등 일본의 반인도적인 전쟁범죄 등 실제적 사실관계 등은 다뤄지지 않았고, 미국 법원이 이 문제를 심리할 수 있는지, 즉 미국의 재판관할권 유무만이 재판의 주 쟁점이 되었는데, 워싱턴 D.C. 연방법원(제1심)은 ‘이 사안은 정치적인 문제로서 사법적 판단이 불가능하기 때문에 각하되어야 한다. 원고들의 청구는 2차 세계대전 중에 발생한 사건과 관련한 것으로서 이 전쟁과 관련한 청구는 양 정부에 협정 등을 통하여 해결하여야 하는 정치적인 문제이다’는 등의 이유로 소각하 판결을 내렸다.

3. 2015년 한일합의의 문제

앞서 본 바와 같이 일본군 ‘위안부’ 피해자들은 일본과 미국에서 여러 법정 투쟁을 전개 하였지만, 일본 최고재판소가 1965년 한일청구권협정에 관한 잘못된 해석을 근거로 법원의 빗장을 걸어 잠갔으며, 미국에서도 더 이상 소송을 제기할 수 없게 되었다.

이에 일본군 ‘위안부’ 피해자들은 이 사건 소송을 제기하기 전, 한국 정부의 외교적 보호권의 행사를 촉구하기 위하여 헌법재판소에 헌법소원을 제기하면서 한국 정부의 해결을 기대했지만, 그 결과는 2015년 한일합의였다.

구체적으로, 한국 정부는 2015. 12. 28. 일본의 기시다 후미오 외무대신과 함께 ‘한, 일 외교장관회담 공동기자회견’이란 제목으로 ‘합의문’도 없이 일본군 ‘위안부’ 문제에 대한 합의 내용을 발표하면서 협상 타결을 선언했다. 그러나 위 합의는 그 자체로 (1) 중대한 인권

침해로서의 ‘위안부’ 문제가 어떠한 위법행위를 하였고 어떠한 국제법규를 위반한 것인지, 구체적인 법적 책임의 내용이 전혀 기재되지 않았다는 점에서 문제가 있었다. (2) 그뿐 아니라, 위와 같은 합의는 ‘일본국에 의해 자행된 조직적이고 지속적인 불법행위에 의하여 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손당한 자국민들이 배상청구권을 실현하도록 협력하고 보호하여야 할 헌법적 요청’(헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정)에 반하여 ‘위안부’ 피해자들의 의사가 제대로 반영되지 않은 합의라는 점에서도 커다란 비판에 직면했다. 이와 관련하여, 헌법재판소는 ‘2015년 한일합의는 법적 효력이 없으며 피해자들의 배상청구권에 어떠한 영향도 미치지 않으므로, 위 합의로 원고들의 손해배상청구권이 소멸되지 않았다(헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2016헌마253 결정 참조)’고 판시한 바 있다.

그런 상황에서 한국 정부는 ‘2015년 한일합의가 공식 합의하였다는 사실은 부인할 수 없다’고 하면서 ‘재협상은 요구하지 않을 것이고 일본 측이 스스로 진실을 인정하고 피해자들의 명예, 존엄 회복과 마음의 상처 치유를 위한 노력을 계속 해줄 것을 촉구한다’는 입장을 표명하였다. 이는 일본이 자발적으로 책임을 인정하고 노력하는 것을 요구하는 입장일 뿐 피해자들의 권리 보장을 위한 외교적 보호권은 행사하지 않겠다는 것으로 해석되었다.

4. 최후적 법정 투쟁으로 선택된 이 사건 소송의 의미

이처럼 일본군 ‘위안부’ 피해자들은 그동안 일본정부에 대하여 법적 해결을 촉구하고 우리 정부에 대하여도 외교적 보호권의 행사를 지난 30여 년간 주장했지만, 어느 곳에서도 권리를 구제받지 못했다. 이런 상황에서 원고들은 최후적 법정 투쟁으로 선택한 이 사건 소송을 국내 법원에 제기하였다. 이는 연로한 피해자들 대부분이 작고하시는 상황에서 국내 법원을 통해 일본국, 일본군이 자행한 행위가 반인도적 전쟁범죄에 해당하고, 그에 따른 일본국의 법적 책임을 명백하게 인정받음으로써 이를 역사에 기록할 수 있는 최후적 법정 투쟁으로 선택된 소송이었다. 이 사건 소송을 제기한 이유와 의미를 간략하게 요약하면 아래와 같다.

첫째, 피해자들은 마지막 수단으로 일본국에게 직접 ‘법적 책임’을 묻고 ‘배상청구권’을 실현하고, 둘째, 일본국, 일본군이 자행한 반인도적 범죄를 확인하고 이를 역사에 기록함으로써 다시는 이러한 범죄가 일어나서는 안 된다는 성찰과 다짐의 계기를 마련하며, 셋째, 일본 정부가 주장하는 것과 같이 1965년 청구권협정이나 2015년 한일합의에 의해 일본군 ‘위안부’ 문제가 모두 해결된 것이 아님을 확인받아, 넷째, 궁극적으로 고령의 피해자들의 명예와 존엄성을 회복하기 위함이다.

결국, 일본 정부가 일본군 ‘위안부’ 피해자들에게 법적 책임인정을 전제로 진정한 사죄와 배상절차를 이행하지 않는 이상, 일본군 ‘위안부’ 피해자들은 추상적인 피해자의 지위에 머물러 있을 수밖에 없고, 피해자의 인권은 선언 수준에 멈춰있을 수밖에 없기에 원고들로서는 위와 같은 이유로 대한민국 법원에 이 사건 소송을 제기한 것이었다.

II. 소송의 경과

1. 변론 준비 과정

본 소송의 대리인단은 주로 민변 내 일본군 ‘위안부’ 문제 대응 TF 팀원들로 구성되었다. 이 사건 소송에는 당초 원고 20명(피해자 11명과 사망하신 분들의 유족 포함), 18명의 TF 변호사가 참여하였고, 이상희 변호사가 TF단장을 맡아 2016년 12월 소 제기 시부터 소송을 총괄하였다.

변론 준비 과정에서 이 사건 소송의 주된 쟁점인 원고들의 피해 사실, 위안부 제도의 구조와 운영에 따른 피고 행위의 위법성, 국가면제 등을 중심으로 자료를 정리하고, 법률적 검토를 진행하였다. 대리인단이 변론 준비 과정에서 논의한 중요 사항을 요약하면 아래와 같다.

- 원고들을 비롯한 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 피해사실 검토 및 정리
(증언록, 조사보고서 등 원고들이 입은 피해사실을 기록한 여성가족부 자료집 참조)
- ‘위안부’ 제도의 역사 및 운영에 관한 국내외적 자료 수집 및 검토
- 위법성 입증에 위한 관련 법령 검토(국제조약, 국제관습법, 당시 일본 법령)
- 일본군, 일본정부의 적극적 관여를 입증할 수 있는 관련 공문서 검토
- 재판관할권 관련 국가면제 법리 연구
(국제사법재판소를 비롯한 국제재판소, 해외 각국의 국내법원의 국가면제 관련 판례 분석 및 검토, 해외 각국의 국가면제 관련 법안 검토 및 번역, 이탈리아 대법원 및 헌법재판소 판례, 이탈리아 페리니 사건 관련 기록, 국제법 전문가들의 국가면제 관련 의견서, 기타 국내외 문헌 검토)
- 2015년 한일합의 효력 관련 헌법재판소 결정 및 관련 논문 검토

이외에도 대리인단은 소장을 접수한 2016. 12. 28. 기자회견을 비롯해 총 5차례 이 사건 소송의 의미와 재판경과를 국내외에 알렸으며, 다소 어려울 수 있는 쟁점(국가면제, 위법성 부분)에 대해서는 PT 변론을 준비, 진행하였다.

2. 소송의 경과

가. 일본 정부의 소장 송달 거부

이 사건 소송과 관련하여 잘 알려진 것처럼 원고들은 2016. 12. 28. 소송을 제기하였으나, 일본 정부는 2년 넘게 소장 송달을 거부하였다. ‘이 사건 소송이 헤이그 송달 협약 제 13조에 의할 때 일본의 주권을 침해하는 것으로 간주되므로, 소장 수령을 이행할 수 없다’는 것이 이유였다.

그러나 헤이그 송달 협약에서 말하는 ‘주권을 침해하는 상황’에 해당하기 위해서는 피해자들이 소장 송달을 통해 일본 법체계에는 없는 절차를 요구한다거나, 일본인의 기본권을 위협하는 내용이 포함돼 있어야 했다. 그러나 일본군 ‘위안부’ 피해자인 원고들은 일본이 자행한 폭력의 피해자로서, 가해자에게 손해배상을 요구하는 민사소송을 제기한 것일 뿐 이들의 소송과 관련한 절차에서 일본과 우리나라의 법체계가 충돌한다거나 일본인의 기본권이 문제 되는 일은 있을 수 없는 것이었다. 더구나, 헤이그 송달 협약 제13조는 ‘해당 소송을 인정하지 아니한다는 근거로 송달요청 이행을 거부할 수 없다’고 분명히 규정하고 있기 때문에 헤이그송달협약을 위반한 것은 오히려 일본 정부였다.

이에 대리인단은 법원에 일본 정부의 송달거부야말로 위 협약 위반임을 주장하는 내용의 의견서를 제출하였다. 법원은 2019. 3. 5. ‘공시송달’ 명령을 내림으로써 소장이 접수된 2016. 12. 28.로부터 3년이 지난 2019. 11. 13. 첫 변론기일이 지정되었다.

나. 재판 불출석

피고 일본국은 공시송달 효력이 발생하자 이번에는 법원의 절차에는 일절 응하지 아니한 채 한국 외교부를 통해 ‘(국가면제를 이유로) 이번 소송이 각하돼야 한다’는 입장을 전달하였다. 그러나 피고 일본국은 국가면제 법리를 믿고 1심과 2심 변론이 종결되는 내내 불출석하였다.

이러한 이유로 법원은 피고가 출석하지 않는 상황에서 재판을 진행하였다. 대리인단은 피고의 출석 여부와 상관없이 피고가 할 수 있는 예상 항변들에 대해 상세히 반박하는 한편, 2012년 ICJ 결정의 다수의견이 최근의 국제관습법의 흐름에 반대될 뿐만 아니라, 이 사건과 동일한 사안이 아니라는 점에서 위 결정을 그대로 적용할 수 없다는 등의 변론을 펼쳤다.

다. 변론 경과

대리인단은 국가면제 법리와 관련하여 최근의 국제인권법, 국제관습법의 흐름에 비추어 국가면제를 제한하는 것이 타당하다는 점을 강조하기 위해 국내외 문헌(국내외 입법, 각국 법원의 실행사례)들을 검토하여 정리했다. 아울러 원고들이 입은 피해 사실과 관련하여서는 원고들의 증언록과 관련 여가부 자료를 검토하여 정리했다.

또한, 변론 과정에서 이 사건 소송의 경위 및 (일본의) 법적 책임 인정의 필요성을 강조하고자 원고 중 한 분인 이용수 할머니에 대한 당사자 신문을 진행하였다. 이용수 할머니는 2020. 11. 11. 법정에 출석해 이 사건 소송이 원고들에게 어떠한 의미를 갖는지를 설명하였고, 최후 수단으로서 법원 외에 더 이상 호소할 곳이 없으며, 일본이 지금까지 자신의 책임을 부인하는 모습에 대해 절박한 심정이라고 증언하였다.

이외에도, 대리인단은 1심 패소 판결이 선고되기 전, 2021년 1월 8일 서울중앙지법원 승소판결을 지지하는 아래와 같은 내용의 세계 법률가 선언(한국 198명, 일본 192명, 중국 4명, 이탈리아, 미국, 영국, 뉴질랜드, 스웨덴, 호주 등 16명)을 제출하였다.

일본 정부는 이 판결이 국제법상의 법리인 국가면제에 위반된다고 비난하고 있다. 그러나, 국가의 반인도적 불법행위의 피해자에게 최후의 구제수단이 국내재판인 경우에 피해자의 재판을 받을 권리를 존중하여 예외적으로 국가면제의 적용을 부정한 이번 판결은 국제법을 위반하는 것이 아니라 발전하고 있는 국제관습법에 합치하는 것이며, 국제법의 미래를 열어 짓는 역사적인 판결이다. 일본 정부는 스스로 항소의 기회를 포기한 만큼 확정된 판결을 즉각 이행하여야 마땅하다.

제1심 재판의 경우, 2019. 11. 13. 제1심 제1차 변론기일이 시작된 이래 2021. 3. 24. 제7차 변론기일을 거쳐 2021. 4. 21. 선고기일 패소판결(소 각하)을 선고하였다. 이후 제2

심 재판의 경우 제1차 변론기일이 2022. 3. 24. 시작된 이래 2023. 9. 1. 제10차 변론기일을 거쳐 2023. 11. 23. 선고기일 제1심 판결을 취소하고 원고들의 청구를 인용하는 승소 판결을 선고하였다.

3. 이 사건 소송의 쟁점별 주요 입증 자료

가. 이 사건 소송의 주요 쟁점

이 사건 소송의 주요 쟁점은 ① 피고 일본국의 일본군 '위안소' 설치·관리·통제, 강제동원 및 성폭행을 비롯한 이 사건 행위의 성립요건으로서의 위법성을 인정할 수 있는지, ② 이 사건 행위로 인한 원고들의 구체적인 피해사실은 어떠한지, ③ 피고 일본국이 재판 외적으로 주장하고 있는 '국가면제'를 이 사건 소송에서 적용해야 하는지(국내 법원의 재판권 행사 여부)였다. 각 쟁점별 주요 입증 자료는 아래와 같다.

나. 각 쟁점별 주요 입증 자료

1) 위법성 관련

피고의 국가책임의 성립을 인정하기 위한 '위법성' 입증과 관련하여, 재판과정에서 이를 입증할 수 있는 국내외적 자료를 다수 제출하였다.

그 중 이 사건 행위 당시 작성된 피고 측 공문서를 보면, '위안부 강제동원', '피해자의 강제이송', '위안소 관리' 등 피고의 불법행위가 어떠한 방식으로 수행되었는지를 상세히 확인할 수 있다. 다음은 서증으로 제출된 피고 측 공문서 중 일부 자료에 관한 설명을 요약한 것이다.

① 일본육군이 1937. 9. 29. 개정한 「야전주보규정」 및 1943. 7. 18. 제정한 「영외시설 규정」은 영내와 위수지역, 그리고 영외에 위안소를 설치할 수 있는 근거규정으로서, 일본군은 위 규정들을 근거로 부대 내·외에 위안소를 직접 설치하거나 이를 설치할 것을 업자에게 지시 또는 허가하였음을 보여준다.

② 상하이 총영사관 경찰서장이 1937. 12. 21. 가사키현 미즈카미 경찰서장에게 보낸

「황군장병을 위한 위안부녀 도래에 관한 편의공여 의뢰의 건」은 ‘일본총영사관, 헌병대, 육군무관실이 위안부 동원을 위해 경찰에 협조요청을 하는 내용’으로서 일본군이 위안부 동원에 직접 개입한 사실을 확인할 수 있다.

③ 일본 내무성이 1938.경 내려 보낸「남지방면 도항부녀의 취급에 관한 건」이라는 제목의 공문은 경보국장, 경무과장, 외사과장 사무관 등에게 보낸 것으로, ‘내밀하게 인솔자를 선별하여 그들에게 여성을 모집하여 인솔하게 하도록 하라’고 요청한 사실을 확인할 수 있다.

④ 육군성 병무국 병무과에서 입안하여 육군차관이 결재하고, 1938. 3. 4. 북지나방면군 및 중지나파견군 참모장에게 보낸 통첩인 「군위안소종업부 등 모집에 관한 건」을 보면, ‘육군성은 이미 징집업자가 위안부를 납치와 비슷한 방법으로 징집하여 유괴범으로 검거되는 일이 적지 않다’는 취지의 내용을 포함하고 있는바, 일본군이 강제연행 사실을 인지하고 있었음이 확인된다.

⑤ 이외에도 1937. 8. 31.자 「불량분자의 중국도항단속에 관한 건」 및 1938. 11. 4.자 「중국 도항 부녀에 관한 건 문의」등의 문서들은 ‘도항을 위한 신분증명서 발급에 관한 내용’을 포함하고 있다. 이는 모집과 이송에 일본 정부와 일본군, 경찰 등이 직접 개입하였음을 알 수 있다.

2) 원고들의 피해 사실 관련

원고들이 입은 구체적인 피해 사실의 경우, 여성가족부에서 발간하거나 등록한 자료(ex. 특히, 피해자 구술자료 재정리 자료집), 한국정신대 연구소 연구원들이 ‘위안부’ 피해자들을 대상으로 실시한 조사보고 및 의견서, 원고들의 증언록, 관련 기사·사진 등을 입수하여 증거로 제출하였다.

위 자료들을 통해 원고들이 어린 나이에 강제로 끌려가거나, 취업을 시켜준다는 말에 속아 가족과 떨어져 목적지도 모른 채 타지를 전전한 점, 위안소에서 ‘위안부’로 생활하며 폭행, 구타, 강간, 상해, 굶주림, 성병 원치 않는 임신과 낙태 등을 경험하며 피고의 철저한

통제와 감시 속에서 필설로 다할 수 없는 고통을 겪게 된 점, 종전 이후에도 '위안부'였다는 전력으로 인해 큰 정신적 상처로 살아왔으며, 사건 당시 얻은 장애로 인해 정상적인 삶을 영위하기 어려웠던 점 등을 확인할 수 있었다.

3) 국가면제 관련

앞서 본 바와 같이, 이 사건에 대하여 국가면제의 적용이 제한되어야 한다는 점에 관한 여러 법률적 주장을 하였는데, 이 과정에서 국내외 법률 전문가들의 의견서를 받아 제출하였으며, 일부 전문가들에 대해서는 전문가 증인신문(또는 인터뷰 영상 시청 및 인터뷰 영상 녹취록 제출)을 진행하였다.

- 제1심에서 제출된 전문가 의견서 및 증인신문 요지

■ 백범석(경희대학교 국제법) 교수 의견서&증인신문 : 국가면제론은 국제관습법상의 법리이나, 개별 국가의 국가실행을 통해 발전 및 변화해왔다. 이미 주요 국제인권조약들은 인권침해에 대해 실효성있는 구제를 받을 권리를 독립적인 인권으로 인정하고 있고, 더 나아가 2005년 채택된 유엔피해자권리기본원칙은 피해자의 구제권의 실제적인 내용을 체계적으로 정리하여 구체화하였다. 이러한 맥락에서 적어도 심각한 인권침해 피해자의 실효적인 구제를 막고, 다른 구제수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서만큼은 최소한 피해자의 사법에 접근할 권리 내지 자국법원에서 재판받을 권리가 오늘날 국제관습법으로 확인되고 보장받을 수 있다고 생각한다. 따라서 이와 같이 국제법상의 피해자의 권리가 확립된 국제관습법으로서 존재한다면 기존의 불완전한 국가면제에 관한 국제관습법은 그 적용에 있어 예외를 인정함이 바람직하다.

■ 야마모토 세이타(변호사) 의견서 : 일본의 전후보상재판에는 많은 변호사들이 참가하여 원고들은 여러 가지 법적구성을 시도하였는데, 국제법적 관점에서 접근이나 입법부작위라는 관점에서의 접근이 부정되고 난 뒤, 불법행위라는 관점에서 접근함으로써 승소의 실마리를 잡은 순간, 일본정부의 해석변경과 최고재판소의 조약의 문언을 무시한 해석인 「개인청구권이 있다고 하더라도 민사소송에 의한 청구는 불가능하다」라는 논리에 의해 청구가 봉쇄되어 버리고 말았다. 위와 같은 일본정부의 해석은 국제법의 조약 해석원칙에 반하는 것으로, 무엇보다 중요한 점은 국제인도법과 국제인권법의 중대한 위반의 피해자

들의 사법에의 접근권 대체조치도 없이 박탈하였다는 것이다. 이는 한국의 법정에서 일본에게 주권면제가 인정하여야 할지 여부를 판단하는 데에 반드시 고려해야 할 사실이라고 생각한다.

■ 도츠카 에츠로(변호사) 의견서 : UN 인권기관은 일본 정부에 대하여 이 사건과 관련하여 두 가지의 권고(상설중재재판소의 이용 그리고 행정 심사회의 설치)를 하였다. 이는 UN 헌장상의 모든 자의 인권 그리고 기본적 자유의 보편적 존중과 준수의 촉진을 위한 중층적 프로세스의 결정적 단계에서 나온 것이다. 이 프로세스에 성실히 협력하는 것은 전체적으로 국제연합헌장에 따를 의무에 포함되어 있다고 해석할 수 있다. 그런데 일본 정부는 UN 권고를 거절하는 비협력적 태도를 통해 사실상 해당 권고를 거부하여 피해자인 원고들의 인권을 옹호하기 위한 실효적 수단을 불성실한 프로세스로 빼앗은 것이라 하겠다. 만약 이 사건에 주권면제를 적용하게 된다면 피해자의 인권 구제를 거부하는 것이 될 것이고, 피고의 UN에 대한 비협력적이고 불성실한 자세에 가담하는 것이 될 것이므로, 결국에 실질적 정의에 반하게 될 것이다.

■ 크리스틴 친킨 교수(런던정경대 국제법)·키이나 요시다 박사(Doughty Street Chambers 소속 변호사, 런던정경대 연구원)의 의견서 : 대한민국은 여성차별철폐협약에 따라 여성에게 재판청구권을 보장하고, 성평등 원칙을 견지할 의무가 있다. 법원은 이 사건에서 국제법리의 적용 여부를 판단하기에 앞서 이 사건에서 강요된 성 노예제는 주권 행위로 분류할 수 없음에 기반하여 국가면제 법리를 제한하고 재판청구권을 인정해야 한다. 제한적 국가면제는 상업적 행위와 같이 일부 남성들의 이해관계를 보호하기 위해 적용된 반면, 고용이나 상거래의 법체계에서 벗어난 여성 인권침해 행위에 대해서는 적용되지 않았다. 법원은 이 사건에서 젠더 및 인권의 관점에서 좀 더 포괄적인 국가면제법리가 적용 여부를 심리할 필요가 있다.

■ 국제엠네스티 의견서 : 세계인권선언 제8조와 제10조, 자유권규약 제2조 3 및 제14조 1는 사법적 구제의 권리를 강조하고 있으며, 이러한 사법적 구제의 권리 제한을 위해서는 필요성과 비례성의 원칙에 부합되어야 한다. 특히 이 사건에서 국가면제의 적용과 비례성 부합 여부를 고려할 때, 이 사건 행위는 일반 국제법의 강행규범과 대세적 의무

를 위반한 반인도적 범죄이자 전쟁범죄에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반에 해당하므로, 심사기준은 가장 엄격해야 한다. 이에 따라 이 사건 소송과 같이 다른 실효적 시정 방식이 부재한 청구에 대해서는 국가면제를 제한해야 할 것이다.

- 제2심에서 제출된 전문가 의견서 및 증인신문 요지

■ 양현아 교수(서울대학교 법학전문대학원 젠더법학) 의견서&증인신문 : 원심재판부는 주로 국가면제의 법리를 고찰하는데 많은 노력을 기울였던 것으로 보이지만, 본 의견서에서 살펴본 것처럼 한국의 피해자들은 국가면제와 같은 국가 중심적 별질서를 넘어서서 새로운 인권 법리를 만드는데 기여했다. 국가면제의 현상 유지 논리대로라면 외국정부에 의해 발생한 여하한 인권유린이나 인종말살에도 면죄부를 주게 됨으로써 정의실현의 도구로서의 법이 전혀 의도하지 않은 결과를 초래하게 될 것이다.

■ 강병근 교수(고려대 법학전문대학원 국제법) 증인신문: 1심 판결을 보면, 이 사건을 in the contextual of armed conflict라고 하여 무력분쟁을 전제로 판단하였다. 그러나 일본군 위안부 사건은 무력분쟁을 전제로 한다고 볼 수 없다. 한반도에서는 무력 충돌(또는 분쟁) armed conflict라고 볼 만한 사정이 없기 때문이다. 더 나아가, '무력충돌 시에 군대의 강행규범 위반에 대해서 국가면제를 부정하는 국제관습법이 있다'라고 단정하기도 어려우며, 2012년 ICJ 결정 그 어디에도 이 사건 소송의 사안에 대해 '절대적으로 국가면제를 인정해야 된다'고 말한 사실이 없다.

■ 야마모토 세이타 변호사 증인신문 : 인권침해와 주권면제를 어떠한 방식으로 조화를 시킬 것인가에 대하여 크게는 두 가지 방향으로 논의되고 있다고 할 것이다. 그 첫 번째가 불법행위 예외를 인정하는 방식이고 이는 대부분의 국가가 이미 채택하고 있고 이는 이미 관습국제법이라고 할 것이다. 이는 교통사고가 발단이 된 논리이기는 하지만 인권침해의 피해자들에게도 그 구제수단으로 활용될 수 있다는 것이다. 이미 정착된 불법행위예외를 활용한 것으로 받아들이기 쉬운 방식이다. 그리고 이는 주권면제의 예외를 인정해야 한다기보다는 주권면제의 예외를 인정하더라도 국제법위반이라고 할 수 없다는 논리다.

다음으로는 연혁적으로 교통사고의 처리에서 기원한 불법행위예외를 차용하는 것이 아니라 인권침해의 피해자를 위한 주권면제의 새로운 예외를 인정하는 것으로 이를 “인권예외”라고 한다. 피해자는 유엔헌장, 자유권규약 등에 근거하여 “재판을 받을 권리”가 보장되어 있고, 각국 법원은 유엔헌장, 그리고 자유권규약 등에 근거하여 재판을 받을 권리를 보장할 의무가 있다. 이는 국제법상의 강행규범을 위반하여 심각한 인권침해가 발생하고, 피해자가 국내법원에 제소하는 것이 최후의 권리구제수단이 되는 경우, 피해자의 재판을 받을 권리가 국가면제에 우선하는 것이다. 이러한 인권 예외의 경우 국가면제의 예외를 인정해야만 한다는 것이 불법행위 예외와는 다른 부분이다. 하지만, 불법행위 예외의 논리와 인권 예외 논리는 그 연혁과 요건이 다르므로 서로 충돌하는 것도 아니다.

■ 알렉산더 오라케라쉬빌리 교수(영국 버밍엄 로스쿨 국제공법) 의견서&인터뷰 영상 : 국가면제론에 대한 합의는 존재하지 않고, 일부 국가의 입법 사례만으로는 국제법을 확인할 수 없으며, 그 한계는 각 국가가 입법(ex: 각국의 국가면제법) 또는 사법 작용(ex: 상대적 면제론의 수용, 주권행위의 기준에 대한 해석, 강행규범 위반 행위에 대한 면제 인정 등)을 통해 설정하게 된다고 볼 수 있다. 특히, 상반된 국가 간 실행사례의 존재를 고려할 때, 국가면제론이 구속력 있는 ‘국제관습법’인지에 대해서도 이견이 제기되고 있고, 일응의 규칙을 인정한다 하더라도 그 적용과 해석은 각기 다르다고 할 것이다. 따라서 항소심 재판부는 이 사건에서 가장 적합한 방식으로 국가면제의 적용 범위와 방식에 대해 해석할 수 있다.

서울고등법원의 일본군 '위안부' 판결의 내용과 의미

이상희

민변 일본군'위안부'문제 대응 TF 단장

1. 이 사건 소송의 배경

이 사건 소송의 배경은 2015. 12. 28. 한일 외교장관의 공동기자회견임. 위 기자회견의 배경에는 헌법재판소의 2011. 8. 30. 부작위 위헌 결정이 있음.

헌법재판소는 일본군 '위안부' 피해자들의 배상청구권에 대해 한일 양국이 1965년 청구권협정의 해석을 이유로 달리 주장하고 있는데, '대한민국 정부는 대한민국 임시정부의 법통을 계승하였음을 명시하고 있는 헌법 전문, 인간의 존엄과 가치 및 국가의 기본적 인권 보장 의무를 선언하고 있는 헌법 제10조, 재산권의 보장에 관한 헌법 제23조 및 이 사건 협정의 체결 당사자로서 1965년 청구권협정의 해석과 관련한 분쟁의 해결을 위한 작위의무가 있고 헌법 제37조 제1항 소정의 열거되지 않은 기본권인 외교적 보호권에 대응한 외교적 보호의무가 있다'고 하면서, 일본군'위안부' 피해자들의 배상청구권의 문제를 해결하지 않은 정부(외교통상부 장관)의 부작위는 위헌이라고 판단함²⁾(헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정). 헌법재판소는 1965년 청구권협정을 전제로 정부의 외교적 보호권의 행사로서 일본군'위안부' 문제를 해결하려고 하였음. 헌법재판소의 결정은, 일본군'위안부' 피해자의 외교적 보호권을 인정하면서 그에 상응하는 국가의 의무를 인정하였다는 점에서 상당히 의미가 있음.

한국 정부는 헌법재판소의 위헌 결정 이후, 2011. 9. 14. 외교통상부 내 동북아시아 국장 등으로 구성된 '한·일 청구권협정 대책 태스크포스(TF)' 설치, 2011. 10. 7. 한·일관계 및 국제법 전문가로 구성된 'TF 자문단' 설치. 한편, 외교부 소속 동북아국장은 2011. 9. 15. 주한 일본대사관 총괄공사에게, 2011. 11. 15. 외교부 소속 동북아 1과장은 주한 일본대사관 참사관에게 1965년 청구권협정 제3조에 따라 외교 당국간 협의 개최 제안에 조속히 응할 것을 촉구하는 내용의 구상서 전달. 2014. 3. 25. 네덜란드 헤이그에서 열린 한미일 정상 회담 계기로 한일간 일본군'위안부' 문제 해결을 위한 국장급 협의가 2014. 4. 16.부터 개시. 2014. 4.말경 고위급 협의를 병행 추진하기로 하고 2015. 2.부터 2015. 12. 23.까지 8차례 협의. 그리고 2015. 12. 28. 한일 외교장관이 공동기자회견을 열고 일본군'위안

2) 헌법재판소는, "청구인들이 일본국에 대하여 가지는 일본군위안부로서의 배상청구권이 '대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(이하 '1965년 청구권협정')' 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 피청구인의 부작위는 위헌임을 확인한다."고 판단함

부' 문제의 타결을 선언함. 한국정부는 위와 같은 일련의 절차를 1965년 청구권협정 제3조 제1항에서 정한 '외교상의 경로'를 통한 분쟁해결절차라고 주장했고, 제3조 제2항에 다른 중재위원회 회부는 일본의 동의가 없는 상황에서 중재위원회 구성을 강제할 수 없어 사실상 불가능한 점 등을 고려하여 제3조 제2항의 중재절차에 나아가지 않았다고 주장함.

일본 정부가 2015. 12. 28. 이후에도 일본군'위안부' 문제를 부인하고 법적 책임을 인정하지 아니하여 피해자들이 직접 일본국을 상대로 소송을 제기하기로 함.

(참고로, 2013. 8. 13. 조정신청을 하고 2016. 1. 28. 서울중앙지방법원으로 회부되어 2021. 1. 8. 원고 승소 판결이 선고된 사건을 1차 소송이라고 하고, 이 사건 소송을 2차 소송이라고 함.)

2. 서울고등법원 판결의 내용

가. 소송의 쟁점

- ① 피고의 불법행위책임 성립 여부
- ② 국가면제(주권면제)이론의 적용 여부
- ③ 1965년 청구권협정 및 2015. 12. 28. 한일외교장관합의(이하'2015년 한일합의'라 합니다)에 의하여 피해자들의 배상청구권 문제가 해결되었는지 여부
- ④ 소멸시효³⁾

나. 인정된 사실관계

1) 일본군'위안부' 피해 사실

1심 법원은 의도적으로 일본군'위안부' 피해를 정확히 축소하려고 했음. 예를 들어 '위안부 피해자법⁴⁾에서 "일본군위안부피해자"를 '일제에 의하여 강제로 동원되어 성적(性的) 학대를 받으며 위안부로서의 생활을 강요당한 피해자'로 규정하고 있는데, 1심 재판부는 '강제동원' 대신 '차출⁵⁾을, '성적 학대' 대신 '강제로 성행위 종용⁶⁾이라는 표현을 사용함.

그러나 서울고등법원은 아래와 같은 사실을 전제로 일본 정부의 불법행위를 인정하였음.

3) 위 ④ 쟁점은 피고의 항변사유여서 피고가 주장해야지만 쟁점이 됨. 피고의 무대응으로 쟁점이 되지 않음

4) 일제하 일본군위안부 피해자에 대한 보호·지원 및 기념사업 등에 관한 법률

5) 네이버 국어 사전에 따르면, ①관원으로 임명하기 위하여 인재를 뽑던 일, ②어떤 일을 시키기 위하여 인원을 선발하여 남이란 의미를 갖고 있음.

6) 네이버 국어 사전에 따르면 '잘 설득하고 달래어 권함'의 의미가 있음.

▲ 피고 육군은 1937. 9. 29. 육달(陸達) 제48호로 물품판매소 규정인 「야전주보규정(野戰酒保規程)」을 개정하여 군 영내 주보(전쟁 중 군 영지 내에 군인, 군속 등에게 물품을 판매하는 매점)에 위안소를 설치할 수 있도록 하였고, 1943. 7. 18. 「영외시설규정」에서 중대 이상의 주둔지로서 군인, 군속 전용의 특수위안소를 군 영외에 설치할 수 있되 위탁경영하는 것으로 정함으로써, 군 영내, 외에 위안소를 설치할 근거를 마련

피고 군대가 1938. 5. 펴낸 「전시복무제요」에서는 “성병에 대한 적극적 예방법을 강구하고 위안부 위생시설을 완비함과 동시에, 군이 지정한 이외의 매춘부 및 지역의 사람들과의 접촉을 금한다.”는 내용이 기재.

▲ 위안소가 증가함에 따라 위안부 동원을 위하여, 중국, 동남아시아 및 태평양 지역의 점령지에서는 피고 군대가 직접 위안부를 동원하는 방식이 주를 이루었지만, 일본 또는 그 식민지였던 조선, 대만 등에서는 피고 군대의 요청에 따라 총독부가 각 도에 동원할 위안부의 수를 할당하면, 경찰이 모집업자를 선정하여 위안부를 동원하는 등 행정조직 또는 지역 조직 등을 통한 동원방식이 주를 이루었음. 위안부 동원을 위해 구체적으로 ① 여성들을 폭행, 협박, 납치하여 강제로 동원하는 방식, ② 지역 유지, 공무원, 학교 등을 통하여 모집하는 방식, ③ ‘취직시켜 주겠다, 많은 돈을 벌 수 있다’고 기망하여 모집하는 방식, ④ 모집업자들에게 위탁하는 방식, ⑤ 근로정신대, 공출제도를 통한 동원방식 등이 이용되었음.

▲ 피고 군대 사령부는 조선에서 모집된 위안부들을 한반도 밖으로 이송하는 과정에서 원활한 수송을 위하여 위안부들에게 무료 도항증, 국외 이동을 위한 신분증명서를 발급해 주는 등 민간업자들의 위안부 수송에 편의를 제공하거나, 피고 군인이나 경찰들이 직접 위안부들을 전선으로 수송하는 업무를 맡아 이행하였음. 위안소의 관리는 피고 군대가 직접 하거나 피고 정부로부터 위탁받은 민간업자들이 하였다. 민간업자에게 위탁할 경우 피고 군대는 민간업자의 개업 여부, 설비 마련, 개업 시간, 이용요금, 이용자의 피임기구 사용 의무 등을 정하는 방식으로 위안소의 설치와 관리에 관여하였음. 성병의 예방, 진단과 치료 등에만 국한되었던 위안부들의 건강관리는 주로 피고 군대 군의(軍醫)들에 의하여 이루어졌음. 위안부가 도주하는 경우 피고 군인이 직접 추격하여 도주한 위안부를 다시 위안소로 끌고 오거나 사살하기도 하였음.

이와 같이, 법원은 ① 일본군 ‘위안부’ 제도가 일본 육군이 제정한 규정에 의하여 시행되었고, ② 일본 정부의 각 기관이 일본군의 위안부 동원에 체계적으로 개입하였으며, ③ 일본군이 위안소의 운영을 통제하고 감독한 사실을 인정함.

2) 또한, 국가면제 범리에 대한 판단의 전제로, 피고가 한반도를 불법점령한 사실을 전제로 하였음. 이는 일제강점기를 일본의 불법적인 식민지배로 판단한 대법원 2013다61381 전원 합의체 판결과 동일함

다. 일본군 '위안부' 제도의 위법성

서울고등법원은 아래와 같이 일본 정부가 국제조약 및 일본 형법을 위반하였다고 판단함.

- ① 헤이그 육전협약 제3조, 부속서 제46조상의 '가족의 명예와 권리를 존중하여야 할 교전 당사자의 의무' 위반
- ② '미성년자 인신매매 금지 조약'에서 정한 성매매 및 성매매를 목적으로 한 납치, 인신매매 금지 조항 위반
- ③ '여성과 아동의 인신매매 금지조약' 위반
- ④ 국제연맹의 '노예협약'상 노예해방 규정 위반
- ⑤ 일본 구 형법 제226조

라. 국가면제 관련 쟁점

1) 쟁점

외국을 피고로 하여 대한민국 법원에서 불법행위 등을 원인으로 하여 손해배상청구 소송을 제기하는 경우, 국가면제가 인정되는지: 법원은 이와 관련한 국내 법률이나 대한민국 정부가 체결한 조약이 없으므로 국제관습법에 따라야 한다고 봄. 따라서, 국가면제와 관련한 국제관습법의 내용이 이 사건의 쟁점이었음.

2) 원고들 주장의 요지

① 주권적 행위 해당 여부 :

일본육군1937. 9. 29. 육달 제48호로 물품판매소 규정인 「야전주보규정(野戰酒保規程)」 개정하여 위안소 설치 근거 규정 마련. 물품판매 규정이 근거. 주권행위로 볼 수 있는지?

Yousuf v. Samantar 사건⁷⁾ Siderman de Blake 사건에서⁸⁾ 강행규범 위반행위는 주권적 행위에 해당하지 않는다고 판단

7) Yousuf v. Samantar, 699 F.3d 763, 769 (4th Cir. 2012)

8) Siderman de Blake v Argentina, Court of Appeals, Ninth Circuit, 965 F.2d 699 (1992), 22 May 1992

② 불법행위 예외

국가면제에 관한 국제조약과 입법예, 각 국가의 실행에서 법정지 내의 불법행위에 대한 국가면제의 예외가 인정되고 있음.

③ 인권(강행규범)의 예외

세계인권선언 제8조 자유권규약 제2조 제3항, 인종차별철폐협약 제6조, 고문방지협약 제14조, 유럽인권협약 제13조 등에서 '실효적 구제를 받을 권리' 규정. 특히 유럽인권협약 제13조는 '공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도'라는 문구를 명시하여 인권침해의 행위 주체가 공권력이라 하더라도 책임을 면할 수 없다는 점을 분명히 함. 국가 중심의 전통적인 국제법질서에 새로운 관점과 규범을 제기한 것임. 특히 유엔은 2005. 12. 16. 채택한 「피해자구제권리 기본원칙 및 가이드라인」(이하 '피해자 기본원칙')을 채택함으로써 "국제범죄에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반으로 피해를 입은 개인이 국가 뿐만 아니라 가해자 개인 등을 상대로도 직접 회복청구권을 갖고, 그 논리 연장선에서 가해자 개인이 직접 피해자 개인에게도 회복 의무를 부담한다는 취지의 법리를 명시함. 실효적인 권리구제를 위한 피해자의 권리는 국제조약 및 국제관습법에 의해 확립된 권리로 평가하고 있음.

강행규범의 효력 및 필요적 결과의 핵심인 '원고들의 손해배상청구권의 재판상 행사가 국내 재판 절차에서도 자유롭게 이루어지는 것'과 국가면제 법리의 효력 및 필요적 결과의 핵심인 '일본군 위안부 피해자들이 일본 정부를 상대로 국내재판을 진행할 수 없는 것'은 서로 양립할 수 없는 상태. 비엔나협약 제64조와 강행규범에 대한 결론 초안 제14조9) 및 제20조10)에서 명백히 규정하고 있듯이, 이러한 충돌 상황에서는 강행규범의 규범 우월성 법리에

9) Conclusion 14

Rules of customary international law conflicting with a peremptory norm of general international law (jus cogens) (강행 규범과 상충하는 국제 관습법)

1. A rule of customary international law does not come into existence if it would conflict with an existing peremptory norm of general international law (jus cogens). This is without prejudice to the possible modification of a peremptory norm of general international law (jus cogens) by a subsequent norm of general international law having the same character.(국제관습법이 기존 강행규범과 충돌하는 경우 국제관습법은 무효이다. 이는 동일한 성격을 갖는 후속 일반 국제법에 의해 일반 국제법이 수정될 수 있는 가능성을 침해하지 않는다)
2. A rule of customary international law not of a peremptory character ceases to exist if and to the extent that it conflicts with a new peremptory norm of general international law (jus cogens).(강행적 성격이 아닌 국제관습은 그것이 새로운 강행규범과 충돌하는 경우 그 범위 내에서 더 이상 존재하지 않는다.)
3. The persistent objector rule does not apply to peremptory norms of general international law (jus cogens).(지속적 반대자 규칙은 일반 국제법(국제관습법)의 강행규범에는 적용되지 않는다)

10) Conclusion 20

Interpretation and application consistent with peremptory norms of general international law (jus cogens)(강행 규범에 부합하는 해석 및 적용)

Where it appears that there may be a conflict between a peremptory norm of general international law

따라 국가면제 법리는 그 한도 내에서 법 규범성을 부여받을 수 없다고 보아야 함. 특히 강행규범에 대한 결론 초안 제20조는 ‘강행 규범과 다른 국제규범 간 충돌이 발생하는 것으로 보이는 경우, 후자는 가능한 한 전자에 부합하도록 해석되고 적용되어야 한다’고 명시하였는데, 이에 대한 주석에서 ‘다른 국제규범’에 조약, 통상의 국제관습법, 법의 일반원칙, 국가들의 단독행위, 국제기구들의 결의 등이 모두 포함된다고 설명.

④ 국가면제법리 적용의 위헌성

이 사건 소송에서 일본에 대해 국가면제를 부여하는 국제관습법은 우리 헌법에서 규정하고 있는 헌법 제10조 및 헌법 제27조의 헌법 원리와 상충.

⑤ 해외 사례

사법접근권(재판받을 권리)과 ‘국가면제’를 비교·형량하면서 국가면제의 적용 또는 제한 등을 심사한 사례.

▲ 브라질 연방 최고재판소(2021년8월) : 브라질 영해 내에서 독일 잠수함의 공격을 받고 침몰한 어선의 피해 유족들이 독일 정부를 상대로 제기한 손해배상청구 사건에서, ‘사법예의 접근(또는 재판청구권)과 ‘국가면제’를 비교·형량한 뒤 강행규범 위반(또는 법정지국 영역 내에서 인권을 침해하여 이루어진 불법행위)에 대해서는 국가면제를 제한해야 한다고 판단

▲ 우크라이나 대법원(2022년 4월) : ‘유럽인권재판소는 국가면제와 관련하여 국제관습을 인정하였지만, 그 제한은 정당한 목적을 추구하고 그 목적에 비례하여야 함을 강조’하면서, ‘사람의 생명이나 건강에 대한 피해를 야기한 경우, 그 손해의 전부 또는 일부가 법정지국 내에서 발생했고 그 가해자가 법정지국에 있었다면 해당 국가는 그 손해배상책임에 관해서 면책권을 가지지 않는다고 결론지을 수 있다’고 전제한 뒤, "대등한 주체 간에는 상호 권한이나 사법적 관할권을 갖지 않는다"는 국제법의 일반 원칙에 기초한다. 그러나 이 원칙을 준수하기 위한 필요조건은 국가의 주권에 대한 상호인정이므로 러시아연방이 우크라이나의 주권을 부정하고 이에 대한 침략전쟁을 벌일 때 이 국가의 주권을 존중하고 준수할 의무는 없다’고 판시

▲ 유럽인권재판소[CUDAK v. LITHUANIA 사건 2010. 3. 23. 15869/02] : 폴란드 대사관에 채용된 리투아니아 국민이 성희롱 피해 등을 신고하였다는 이유로 해고를 당하여 리투아니아 법원에 폴란드 대사관을 상대로 소송을 제기하였다가 국가면제를 이유로 각하 판

(jus cogens) and another rule of international law, the latter is, as far as possible, to be interpreted and applied so as to be consistent with the former. (강행 규범과 다른 국제규범 간 충돌이 발생하는 것으로 보이는 경우, 후자는 가능한 한 전자에 부합하도록 해석되고 적용되어야 한다)

결을 받고 유럽인권재판소에서 제소한 사건에서, “법원이 국가면제를 인정한 것은 재판청구권 침해 여부에 대한 비례성 심사를 하지 않은 채 재판청구권의 본질적 부분을 침해한 것이라고 보고 1만유로의 배상과 당국 법원의 재판절차를 재개하는 등 적절한 조치를 취하”라고 명령

3) 서울고등법원 판결의 요지

가) 상대적 국가면제론의 범위:

상대적 국가면제론을 전제로 예외의 범위를 어떻게 할 것인가가 쟁점.

1심: 강행규범 위반으로 인한 중대한 인권침해 행위 또는 법정지국 영토 내에서 인신 손해에 관한 불법행위에 대해서는 그러한 행위가 주권적 행위라 하더라도 국가면제를 인정될 수 없다는 것이 일반적인 관행에 이를 정도로 각국의 입법 또는 판결 등 개별 국가들의 실행에 의하여 뒷받침된다고 보기 어렵고, 현 시점에서 국가면제에 관한 국제관습법은 여전히 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이므로, 현 시점의 국제관습법에 의하면 피고에 대한 국가면제가 인정된다

서울고등법원은, 국가면제에 관한 국제관습법이 항구적이고 고정적인 것이 아니라 동태적 성격이라는 전제 하에, 법정지국 영토 내에서 그 법정지국 국민에 대하여 발생한 불법행위에 대하여는 그 행위가 주권적 행위인지 여부를 묻지 않고 국가면제를 인정하지 않는 내용의 국제관습법이 존재한다고 봄이 타당하다고 판단함.

법원은 ‘상업적 거래’ 이외에 ‘법정지국 영토 내 인신상 사망이나 상해를 야기하는 등의 불법행위’에 관해 국가면제를 인정하지 않는 국가 실행이 다수 확인되는 점에 주목함.

▲ 국제 협약 : 유엔 국가면제협약, 유럽 국가면제협약

▲ 다수 국가의 입법례 : 미국, 일본, 영국, 남아공, 캐나다, 호주, 싱가포르, 아르헨티나, 이스라엘, 파키스탄, 말라위 등 (이들 규정에서 국가면제가 인정되지 않는 영토 내 불법행위 요건을 정함에 있어 ‘주권행위’와 ‘비주권행위’를 구별하고 있지 않음)

▲ 각 국가의 실행 :

영국 웨일즈 고등법원 *Al Masarir v Kingdom of Saudi Arabia* 판결 / 이탈리아 법원의 페리니 판결 / 브라질 최고재판소 *Changri-la* 판결 / 우크라이나 대법원 판결 등

(국가면제에 관해 아무런 입장 표명하지 않은 국가가 다수라는 점에서 단순히 유엔 회원국

193개국을 분모로 하여 국가실행을 한 국가의 수를 산술적으로 비교하여 관행의 존부를 판단할 것은 아니라고 하면서 1심 판결을 비판함)

→ 국가면제법리가 절대적 면제론에서 제한적 면제론으로 축소되었고, 그 이후 자국 영토 내의 불법행위에 관해 국가면제 부정하는 다수 국가 실행들이 이어지고 있다는 점에서 **개인의 재판청구권을 보호하는 방향으로 이행되고 있음.**

나) 2012년 ICJ 판결에 대해

1심: 2012년 ICJ 판결 다수의견에서 무력분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 국가 면제를 인정할 취지가 반드시 현실적으로 전투가 이루어지는 교전 상대국의 국민 또는 그 지역에 거주하는 민간인을 상대로 이루어진 불법행위에 대하여만 국가면제가 인정되어야 한다는 것으로 볼 수 없음. 원고들에 대한 '차출행위'는 법정지국의 영토 내에서 무력 분쟁 과정에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위에 해당함.

그러나 서울고등법원은 2012년 ICJ 판결의 쟁점을 '무력 분쟁 수행 중 법정지국 영토 내 불법행위'에 관한 국가면제 인정 여부로 제한한 뒤, '무력분쟁'이란 전쟁과 같이 실재하는 국가 등 복수의 무장세력에 의한 무력 개입이 가해지는 상태를 의미하는데 한반도는 무력분쟁 장소가 아니라고 판단함.

참고로, 소송대리인은 서울고등법원에서 2012년 ICJ 판결을 아래와 같이 반박함.

① 2012년 ICJ 판결은, 마치 이탈리아의 주장을 지지하는 유일한 관행이 그리스 대법원의 판결만인 것처럼 판시함. 그러나 이탈리아나 그리스 판결 이외에도 각 법원 하급심에서 국가면제의 예외를 인정하는 판결이 선고됨.

미국 뉴욕남부지방법원(US District Court for the Southern District of New York)은 2002년 미국 뉴욕에서 발생한 9/11 테러로 인한 희생자 유가족들이 이란 등을 상대로 제기한 손해배상청구소송에서, 미화 60억 달러 이상의 배상을 인정하는 판결 선고.¹¹⁾ 그리고 2012년 이후 브라질(2021. 8.)과 우크라이나 최고재판소(2022. 4.), 서울중앙지방법원(2021. 1.), 영국 웨일즈 고등법원(2022. 8.)¹²⁾ 등에서 국제인권법 및 국제인도법 위반과 같은 중대한 범죄에 대하여 국가면제가 제한된다는 판결이 선고됨.

11) Havlish et al. v. Bin Laden et al., US District Court, Southern District of New York, Judgment of 22 December 2011, No. 03 mdl 1570 (sdny 2011).

12) Al-Masarir v Kingdom of Saudi Arabia [2022] EWHC 2199 (QB) (19 August 2022), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2022/2199.html> 참조

② 2012년 ICJ 판결에 따르면, 이탈리아 정부가 강행규범 위반에 대한 국가면제의 예외로 위 미국의 외국주권면제법을 예로 제시하였으나, ICJ는 '위 법률의 개정과 관련하여 타국의 입법 유례가 없다'고 일갈하면서 '국가면제에 관한 국내법을 제정한 국가 중에서 문제가 된 행위의 중대성에 따라 면제를 제한한다는 조항을 가진 국가는 없다'고 판단함. 그러나 위 ICJ 판결 선고(2012. 2. 3.) 그 다음 달인 2012. 3. 캐나다가 '테러리즘 피해자의 정의에 관한 법(Justice For Victims of Terrorism Act)을 제정하고 국가면제법(State Immunity Act)와 형법(Criminal Code)을 개정하면서, 캐나다에서도 테러리즘의 피해자들이 테러단체, 테러지원국 등을 상대로 캐나다 국내 법원에 민사소송을 제기할 수 있는 법적 근거가 마련됨

3. 서울고등법원 판결의 의미

가. 2012년 ICJ 판결 이후 개인의 인권을 보장하는 각 국가의 실행이 늘어났는데, 이러한 흐름을 반영함

나. 식민지 지배의 불법성을 재확인함

다. 전쟁범죄와 중대한 인권침해에 대해 그 누구도 면죄부를 누릴 수 없다는 점을 국제법적으로 확인함.

라. 피해자들이 일본국에 대해 법적 책임을 물을 수 있게 되었다는 점에서 온전한 시민권을 취득함

4. 강제집행과 국가면제

- 각 국가의 입법례 및 판례 등에 비추어 볼 때 외국국가의 재산에 대한 강제집행 절차에 있어서도 주권면제가 제한될 수 있다는 일반적 의미의 제한적 주권면제론이 국제관습법으로 성립되어 있음. 다만, 강제집행의 대상 또는 집행 면제 대상인 재산의 범위를 구별하는 구체적인 기준, 즉 강제집행을 허용하거나 제한하는 재산의 사용목적이나 용도에 관해 입법례마다 차이를 보임.

- 유엔국가면제협약, 미국의 주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act), 영국의 국가면제법(State Immunity Act), 일본의 '외국 국가등에 대한 민사재판권에 관한 법률' 등에

서 강제집행이 허용되는 예외 규정을 두고 있음. 독일은 판례를 통해 강제집행 허용 범위를 정하고 있음.

- 우리나라에서 외국국가의 재산에 대한 강제집행이 문제된 사건은 찾기 어려움. 자이레공 화국 대사관에 대한 건물인도청구소송 승소에 따라 집행을 추진했으나, 집행관이 비엔나협약 적용 사안으로 보아 집행신청 접수를 거부한 사례 있음. 각 국가의 입법례와 판례 등을 고려할 때, - 외국국가 재산 중 강제집행이 가능한 경우로 ① 우리나라 영토 내에 존재해야 하고, ② 외국국가가 집행절차에서 주권면제를 포기하거나, 조약에 의해 주권면제가 제한되거나, 국제관습법에 따라 주권면제가 제한되어야 함.

2부 주제발표

사회: 조영선 (민주사회를위한변호사모임 회장)

백범석 (경희대 법학전문대학원 부교수)

김창록 (경북대 법학전문대학원 교수)

백태웅 (하와이대 로스쿨 교수, 한국학연구소장)

이나영(정의기억연대 이사장, 중앙대 교수)

정의기억연대 토론회 발제문 : 이번 판결의 국제인권법적 의미와 과제

백범석

경희대 법학전문대학원 부교수

국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ)는 2012년 국가면제 사건 판결을 통해 주권면제가 본질적으로 절차적 규범임을 이유로 실제적 규범과의 충돌여지를 부정하였습니다. 다시 말해 설사 실제적 규범인 강행규범 위반에 관한 것이라고 하더라도 절차적 규범인 국제관습법상 국가면제 원칙을 적용하는데 영향을 받지 않는다는 것이었습니다. 국제사법재판소가 국제법의 새로운 발전에 신중하다는 점에서 놀라운 결과는 아닙니다. 따라서 심각한 인권침해 사건에 국가면제를 적용하게 되면 헌법상 보장받아야 하는 피해자들의 재판청구권이 침해된다고 최종적으로 확인한 이번 항소심 판결은 일견 2012년 국제사법재판소 판결에 반하는 것으로 보일 수 있습니다.

그러나 2012년 사건에서 국제사법재판소는 최후수단성에 기인한 항변을 배척하면서도 중국에는 이탈리아와 독일 양국 간의 장래의 협상을 통해서만 문제 해결에 이를 수 있다는 전망을 판결을 통해 분명히 밝힘으로써 해당 항변 배척이 확정적이지 않고 향후 변경 가능한 현재진행형임을 보여주었습니다. 이는 일본군‘위안부’ 사건의 경우 2015년 한일 합의를 통해 이미 한일 양국 간의 협상이 이루어졌다는 측면에서 2012년 이탈리아와 독일 사건과는 사실관계에 분명한 차이가 있음을 보여주는 지점이기도 합니다. 일본군‘위안부’ 손해배상 소송의 경우 이미 2015년 한일합의로 인해 사실상 교섭의 주체가 될 수 없기에 더 이상의 구제 방법이 사실상 전무하기 때문입니다. 더욱이 2012년 국가면제 사건은 전시 성폭력 및 성범죄 문제가 아니었다는 점을 고려한다면, 일본군‘위안부’ 사건이 상정될 경우 국제사법재판소가 2012년 국가면제 사건과 달리 판단할 여지도 적지 않습니다. 또한 국제사법재판소규정 제59조에서 규정한 바와 같이 재판소의 결정은 당사국과 해당 특정사건에 대해서만 구속력을 가지는 것으로, 새로운 국제법 이론의 발전으로 추후 다른 사건에서 다른 입장을 보일 가능성을 완전히 배제할 수 없음은 자명합니다.

2012년 국가면제 사건에서 Yusuf 재판관은 반대의견을 통해 국제법을 위반한 중대한 인권침해의 경우 실효적 구제를 받을 권리가 국제관습법으로 인정되었다는(피해자권리기본원칙을 성안한) 유엔 특별보고관 보고서를 언급하면서 주권면제가 국제법상 불변의 가치가 내재된 것은 아니라고 보았습니다. 국제사회의 인권지향적 가치를 보다 온전히 보호하기 위해서라도 예외적인 특정 경우에는 주권면제의 적용을 배제하여야 한다는 주장입니다. 자국민의 기본적 인권을 보호할 최우선 당사자인 피해자의 국적국이 국제분쟁회

피라는 명목 하에 기계적으로 주권면제를 우선 적용해서는 안된다는 것입니다.

이번 항소심 판결은 지속적으로 변화 발전해온 국제인권법을 반영하여, “정말 안타깝지만 현 국가 중심의 국제법 체제에서는 아무런 다른 구제수단을 제공해 줄 수 없다”는 답변만을 여전히 2023년 현 시점에서 심각한 인권 침해 피해자에게 제공하는 것은 맞지 않을 수 있다고 말하고 있습니다. 정말 마지막 구제수단으로 국제국에서의 재판청구권마저 허용되지 않는다면 이들 피해자에게 남은 선택지는 더 이상 없기 때문입니다.

국제인권법 하에서는 인권의 침해로 인해 피해를 입은 피해자들에 대해 효과적인 구제를 받을 피해자의 권리가 인정되며, 그러한 권리를 존중, 보장해야 할 국가의 의무가 부과됩니다. 따라서 국제법이 기본적으로 국가의 권리와 의무를 다루며, 피해자의 구제가 국가가 취할 수 있는 외교적 조치의 한계 안에서 이루어질 수 있다는 것을 일정부분 인정한다 하더라도, 국제인권법상 규정된 국가의 의무를 위반하지 않는 방식으로 행사해야 한다는 것이 국제법 규범들 간의 충돌을 피하는 조화적 해석이라 할 것입니다. 그러나 지난1심 판결은 이러한 점을 외면한 채 기존의 국가중심의 법실증주의에 기반을 둔 전통적인 국제법 시각만을 반영하였습니다. 그러나 이러한 법실증주의 방법론에 근거한 판결은 국제법의 화석화를 야기하게 되고 결과적으로 국제법의 지속적인 발전을 저해할 수밖에 없습니다.

전통적인 국제법 하에서 권리 주체는 오로지 국가이고 개인은 권리 주체로 인식되지 않았습니다. 그러나 언제까지 지난1심 판결처럼 그리고 이번 항소심 판결을 비판하는 국제법 학자들처럼 국가 위주의 전통 국제법적 관점에서 크게 벗어나지 못한 채 일반 국제공법 차원의 제도만을 고려하여 심각한 인권침해 피해자 개인의 권리를 무시해야만 하는 것일까요? 더 나아가 개인이 입은 피해에 대한 배상의 권리는 국제법으로 보장되지 않는다고 단정 지으며, 오로지 국가간 외교를 통해 해결해야 하는 것이라는 완고한 입장을 반복적으로 취해야만 할까요?

과거와 달리 오늘날에는 개인도 다양한 국제인권조약 및 관습법상의 권리 주체임이 분명합니다. 그리고 국제인권법상 피해자 중심주의는 국가 중심의 전통적인 국제법질서를 극복하고 구제에 대한 피해자의 인권을 실현할 수 있는 국제법상의 절차와 방법이 강화되어야 할 필요성에 대한 국제사회의 지속적인 목소리가 반영된 결과입니다. 다시 말해 국가가 원할 때, 그리고 국가가 원하는지 여부에 따라, 국민을 보호할 국가의 권리라는 것은 더 이상 오늘날 국제인권법상 용인될 수 없습니다. 더욱이 이러한 입장은 지난 2021년 1심 판결이후 지난 3년 좀 안되는 시간동안 더 많은 개별 국가의 판결과 국내외 학계의 연구논문들, 시민사회의 목소리를 통해 지지 받고 강화되어 왔습니다. 그리고 이러한 지점을 이번 판결은 분명히 확인하였다고 믿습니다.

서울고등법원 일본군‘위안부’ 판결의 법사회사적 의의

김창록

경북대 법학전문대학원 교수

- 2023년 11월 23일, 서울고등법원 제33민사부(구회근, 황성미, 허익수 판사)는 일본의 국가면제를 배제하고 일본군‘위안부’ 피해자들의 청구를 전면적으로 받아들이는 판결(이하 ‘구회근 판결’을 선고했음.
- 2021년 1월 8일에 서울중앙지방법원 제34민사부(김정곤, 김경선, 전경세 판사)가 같은 취지의 판결(이하 김정곤 판결)을 선고한 데 이어 두 번째임.
- 후자는 한국인 일본군‘위안부’ 피해자 12명이 2013년 8월에 일본을 상대로 1인당 1억 원의 배상을 요구하며 신청한 조정이, 일본 정부의 거부로 진행되지 않아, 2016년 12월 30일 조정불성립이 결정되고, 2016년 1월 28일 본안에 회부된 1차 소송에 대한 판결이며, 이에 대해 일본이 항소하지 않아 2021년 1월 23일 0시에 확정되었음.
- 전자는 2016년 12월 28일에 한국인 일본군‘위안부’ 피해자 11명과 숨진 피해자 5명의 유족들이 일본 정부를 상대로 1인당 2억원의 배상을 요구하며 제기한 2차 소송에 대한 항소심 판결이며, 이 또한 일본이 상고하지 않아 2023년 12월 9일 0시에 확정되었음.
- 이들 소송에서 다루어진 쟁점은 다양하지만, 그 핵심은 한국 법원이 일본을 피고로 한 소송에 대해 재판권을 가지는가의 여부, 즉 일본의 ‘국가면제’ 인정 여부였음.

‘국가면제’의 원칙

- ‘국가면제’ 혹은 ‘주권면제’는 주권국가는 다른 국가의 사법권에 복종하지 않는다는 국제법상의 원칙이다. 주권국가는 모두 대등하다는 원칙에서부터 도출된 법리이다.
- ‘국가면제’는 처음 등장한 19세기에는 국가의 모든 행위에 대해 적용하는 절대면제주의로 출발했으나, 20세기에는 사법(私法)행위의 경우 적용하지 않는 예외를 인정하는 제한면제주의로 변모했으며, 21세기에 들어와서는 중대한 인권 침해의 경우 예외를 인정하는 방향으로 이행해왔음.
- ‘국가면제’와 관련하여 국제사회가 특별히 주목한 최근의 사례는 2012년 2월 3일의 국제사법재판소(ICJ) 판결임.
 - 이탈리아의 강제동원 피해자가 독일을 상대로 제기한 손해배상소송에서 이탈리아 대법원이 ‘국가면제’를 배제하고 원고의 손을 들어준 데 대해 독일 정부가 ‘국가면제’ 위반이라며 제기한 소송에서, ICJ의 다수의견은 독일의 주장을 받아들여 이

탈리아의 패소를 선언했음.

- 다만 ICJ는 “재판소는 현재의 관습국제법 아래에서 국가는 국제인권법이나 국제인도법에 대한 심각한 위반의 혐의를 제기받는다든 사실 때문에 면제를 박탈당하지 않는다”라고 하여 장래에 변화가 있을 수 있다는 여지를 남겼음.

■ 그후 이탈리아 국회는 위의 ICJ 판결을 받아들여 판사에게 의무적으로 국가면제를 적용하게 하는 법률을 제정했으나, 이탈리아 헌법재판소는 2014년에 그러한 법률은 재판을 받을 권리를 침해하기 때문에 위헌이라고 결정했음.

■ 한국 법원의 두 판결은 이와같이 국제사회에서 ‘국가면제’를 둘러싸고 길항 내지는 변화의 소용돌이가 이는 가운데 한국의 입장을 요구받은 데 대한 답변에 다름 아님.

한국 법원 판결들의 의의

■ 한국 법원의 판결들은 ‘국가면제에 관한 국제관습법은 항구적·고정적인 것이 아니다.’ ‘국제관습법은 그 변화 방향과 흐름까지 고려하여 동태적으로 파악해야 한다’라는 전제에서 출발하여, 일본군‘위안부’ 피해자들의 피해와 관련해서는 일본의 ‘국가면제’를 인정할 수 없다고 선언했음.

■ 다만 그 구체적인 이유는 다소 다름.

- ‘김정곤 판결’은 “피고가 된 국가가 국제공동체의 보편적인 가치를 파괴하고 반인권적 행위로 인하여 피해자들에게 극심한 피해를 가하였을 경우”에는 국가면제의 예외를 인정해야 한다고 판단한 데 대해,

- 이번 ‘구회근 판결’은, 한걸음 더 나아가 “법정지국 영토 내에서 법정지국 국민에게 자행된 불법행위의 경우에는 그 행위가 주권적 행위로 평가되는지 여부를 묻지 않고 국가면제를 인정하지 않는 것이 현재의 유효한 국제 관습법”이다라고 선언했음.

■ 이러한 한국 법원의 판결들은 국가 중심의 세계관에서 인권 중심의 세계관으로 나아가고 있는 국제사회의 흐름을 반영하여 인권 예외를 포섭하는 국가면제의 진화과정에 적극 동참한 판결, 한 걸음 더 나아가 국가의 불법행위 전반에 대해 국가면제를 배제해야 한다는 국가면제의 변화방향을 선도적으로 제시한 판결이라고 자리매김할 수 있음.

- 2021년 8월 23일에 브라질 연방 대법원은 브라질 영해 내에서 독일 잠수함의 공격을 받아 침몰한 어선의 피해 유족들이 독일을 상대로 제기한 손해배상청구 사건에서, 강행규범 위반(또는 법정지국 영역 내에서 인권을 침해한 불법행위)에 대해서는 국가면제를 제한해야 한다고 선고하면서 ‘김정곤 판결’을 논거의 하나로 제시했음.

- 그리고 그 브라질 연방 대법원의 판결은 ‘구회근 판결’의 논거 중 하나로 제시되었음.

- 이 변화의 연쇄가 국제사회에 던지는 메시지는 크게 주목하여 마땅할 것임.

■ 동시에 한국 법원의 판결들은 일본군‘위안부’에 대한 국제사회의 법적 판단을 반영한 것이기도 함.

- 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 왔음.

- 그리고 유엔 인권소위원회 등 수많은 국제기구의 보고서들, ‘2000년 일본군성노예 전범 여성국제법정’의 판결, 미국 하원의 결의 등 수많은 국가의 의회와 지방 의회의 결의들을 통해 국제법 위반과 일본국의 법적 책임이 거듭 확인되어 왔음.

- 한국 법원의 판결들은 그러한 피해자 및 시민들의 요구와 그것을 수용한 국제사회의 법적 상식을 반영한 판결에 다름 아님.

일본 정부의 자가당착

■ 1차 소송 때도 그랬던 것처럼, 2차 소송 때도 일본 정부는 국가면제를 내세우며 소송에 일절 응하지 않았음.

- 2012년 ICJ 판결의 대상이 된 이탈리아 법원의 판결 사건에서 독일 정부가 재판정에 나와 국가면제를 주장하며 다툰 것과도 대비되는 태도임.

- 일본 정부는 대한민국의 사법권 자체를 부정하려 하고 있다는 비판에서 자유로울 수 없음.

■ 역시 1차 소송 때와 마찬가지로 일본 정부는 ‘구회근 판결’이 선고된 당일에 「외무대신 담화」를 발표하여 판결이 “국제법상의 주권면제의 원칙”을 위반한 것이고, 1965년의 「한일 청구권협정」과 2015년의 한일 외교장관 일본군‘위안부’ 관련 기자회견 발표(이른바 ‘2015 합의’)에 “명백히 반하는 것”이어서 “극히 유감이며 결단코 받아들일 수 없”다면 서, “한국에 대해 국가로서 스스로의 책임으로 즉각 국제법 위반의 상태를 시정하기 위해 적절한 조치를 강구할 것을 다시 한 번 강력하게 요구”한다고 밝혔음.

■ 일본 정부가 일본군‘위안부’ 피해의 존재를 처음 인정한 것은 1992년의 일이므로 그것이 1965년 「한일 청구권협정」에 의해 해결되었다는 것은 논리적으로 성립 불가능한 주장이며, ‘2015 합의’는 일본의 법적 책임을 부인하기 위한 수단이었으므로 그 법적 책임을 다룬 한국 법원의 판결에 대한 공격의 논거가 될 수 없음.

■ 무엇보다 일본 정부의 ‘국제법 위반’이라는 주장은 자가당착임.

- 일본은 2009년에 「외국 등에 대한 우리나라의 민사재판권에 관한 법률」(2009년 법률 제24호)을 제정했음.
- 이 법률은, 일본 외무성의 설명에 따르면 일본이 “국제 룰의 확립을 촉진”하기 위해 “솔선하여” 2009년에 비준한, 「국가 및 그 재산의 사법권 면제에 관한 유엔 협정」의 내용을 거의 그대로 옮겨 놓은 것임.
- 그리고 위의 「유엔 협정」의 전문에는 “국가 및 그 재산에 대한 사법권 면제에 관한 국가실행의 발전을 고려하여” 체결한다고 되어 있음.
- 다시 말해 관습국제법화된 내용을 담는다고 선언하고 있다. 결국 일본은 국가면제에 관한 관습국제법을 국내 법률로 확인한 국가인 것임.
- 실제로 ‘구회근 판결’에서는 해당 관습국제법의 존재를 인정하는 근거로 위의 일본 법률과 「유엔 협정」이 제시되었음.
- 그런데 위 일본 법률 제10조에는 “외국 등은 사람의 사망 혹은 상해 또는 유체물의 멸실 혹은 훼손이 당해 외국 등이 책임을 져야 하는 것이라고 주장되는 행위에 의해 발생한 경우, 당해 행위의 전부 또는 일부가 일본국 안에서 이루어지고, 당해 행위를 한 자가 당해 행위 당시에 일본국 안에 소재하고 있었을 때는, 그것에 의해 발생한 손해 또는 손실의 금전에 의한 전보에 관한 재판절차에 대해 재판권으로부터 면제되지 않는다”라고 규정되어 있음.
- 이 규정을 한국 법원의 사건들에 적용하면 일본군‘위안부’를 강요한 일본의 불법행위에 대해서는 국가면제가 배제된다는 결론이 자연스럽게 도출됨.
- 다시 말해 한국 법원의 판결들은 일본의 법률에 체화된 관습국제법에 따른, 그것에 부합하는 것임.

■ 따라서 ‘국제법 위반’이라는 비판은 스스로 인정한 국제법과 명백하게 반대되는 주장을 하고 있는 일본에게 돌려져야 마땅함.

■ 일본 정부가 강제집행을 비난한다면 또 하나의 자가당착이 될 것임.

- 일본 정부는 한국 법원의 판결들을 전면 부정하므로, 그에 따른 손해배상금 지급도 하지 않을 것임.
- 그렇다면 승소한 일본군‘위안부’ 피해자들은 강제집행을 할 수밖에 없음.
- 그런데 이 또한 위의 일본 법률에 따르면 가능함. 위의 법률 제18조에는 “외국 등은 당해 외국 등에 의해 정부의 비상업적 목적 이외에만 사용되거나 또는 사용될 것이 예정되어 있는 당해 외국 등이 가지는 재산에 대한 민사집행 절차에 대해 재판권으로부터 면제되지 않는다”라고 규정되어 있음.
- 일본의 법률가들도 인정하듯이, 이 조항을 원용하면, 한국 법원에서 승소한 일본

군‘위안부’ 피해자들은 한국 국내에 있는, 일반인에 대한 임대용으로 소유하고 있는 부동산, 상업적 용도의 자금관리를 위해 개설한 예금계좌와 관련된 예금채권, 유휴지 및 한국 항구에 정박 중인 일본 정부 소유의 상선에 대해 강제집행을 할 수 있음.

- 물론 강제집행이 이루어질 경우 일본 정부는 또 다시 ‘국제법 위반’이라고 비난할 것이 예상되지만 그것이 또 하나의 자가당착임은 더 말할 것도 없음.

윤석열 정부의 ‘퇴행’

■ ‘김정곤 판결’이 선고된 날 문재인 정부 외교부는. 비록 두번째 항목에서 “정부는 2015년 12월 한일 정부간 위안부 합의가 양국 정부의 공식 합의라는 점을 상기함”이라고 덧붙이기는 했지만, 그 첫번째 항목에서 “정부는 법원의 판단을 존중하며, 위안부 피해자들의 명예와 존엄을 회복하기 위하여 우리 정부가 할 수 있는 노력을 다 해 나갈 것임”이라고 밝힌 대변인 논평을 발표했다.

■ 그런데 윤석열 정부 외교부는 ‘구회근 판결’에 대해 그 홈페이지 등을 통해 어떠한 공식 입장도 제시하지 않았음.

- 언론이 “외교부 당국자”가 “2015년 (한일 간) 위안부 합의를 양국 간 공식 합의로서 존중한다는 입장”이라고 밝혔다고 보도했고, 11월 26일의 한일 외교장관 회담에서도 박진 장관이 “2015년 한일 위안부 합의를 양국 간 공식 합의로서 존중한다”라는 입장을 밝혔다고 보도했을 뿐임.

■ 또한 2021년 1월 23일에 ‘김정곤 판결’이 확정되었을 때도, 일본 정부가 또 다시 비난하는 취지의 「외무대신 담화」를 발표한 데 대해, 문재인 정부는 「일본군 위안부 피해자 제기 손해배상 소송 판결 관련 일본 측 담화에 대한 우리 정부 입장」을 발표했다.

- 거기에서 문재인 정부는, ‘2015 합의’가 “한일 양국 정부 간의 공식 합의임을 인정”한다면서도, “동시에 피해 당사자들의 의사가 반영되지 않은 정부 간의 합의만으로 진정한 문제 해결이 될 수 없다”고 밝혔음.
- 또 ‘2015 합의’에 따라 “우리 정부는 일본에 대해 정부 차원에서는 어떤 추가적인 청구도 하지 않을 방침”이라면서도, “피해 당사자들의 문제 제기를 막을 권리나 권한을 가지고 있지 않음”이라고 밝혔음.
- 그리고 “일본 측 또한 스스로 표명했던 책임 통감과 사죄·반성의 정신에 입각하여 피해자들의 명예·존엄 회복과 마음의 상처 치유를 위한 진정한 노력을 보여야 할 것”이며, “일본 정부는 일본군 위안부 피해자 문제가 세계에서 유례없는 전시 여성의 인권 유린이자 보편적 인권 침해의 문제로서, 국제인권규범을 비롯한 국제

법을 위반한 것임을 직시해야 할 것”이라고 촉구했음.

■ 물론 위와 같은 문재인 정부의 「입장」은, “일본에 대해 정부 차원에서는 어떤 추가적인 청구도 하지 않”겠다고 밝힌 점에서 명백히 한계가 있는 것이었음.

- 그것은 ‘2015 합의’는 “공식적인 약속”이기는 하지만 “법적 효력 내지는 구속력이 없는” 정치적 합의에 불과하므로, 그것을 통해 “일본군‘위안부’ 피해자들의 권리가 처분되었다거나 대한민국 정부의 외교적 보호권한이 소멸하였다고 볼 수 없”다고 선언한 헌법재판소의 결정에 반함.

- ‘2015 합의’에도 불구하고 대한민국 정부는 외교적 보호권을 행사하여 일본군‘위안부’들이 승소한 판결을 이행하라고 일본 정부에게 요구할 수 있는 것임.

- 하지만 그러한 한계에도 불구하고 일본 정부가 ‘국제법 위반’이라고 공격한 데 대해, 문재인 정부는 일본이야말로 “국제법을 위반한” 것이라고 대응했다는 점은 주목하지 않으면 안 될 것임.

■ 한편 윤석열 정부는 ‘구회근 판결’이 확정된 2023년 12월 9일에도 어떠한 공식입장도 내놓지 않은 채, 기자들의 질문에 대해 “2015년 한일 위안부 합의를 국가간의 합의로서 존중”한다는 문자만 보냈음.

■ ‘법원의 판단을 존중’한다고 밝히지 않은 채 2015년 합의만 거듭 언급하고 있는 윤석열 정부의 입장은, 일본군‘위안부’ 피해자들의 배상청구를 받아들임으로써 사실상 2015년 합의에 의한 해결을 부정한 법원의 판단을 거스르려는 것이라고 보아 틀림이 없음.

■ 강제동원 문제에 대한 법원의 판단을 부정한 데 이어 일본군‘위안부’ 문제에 대한 법원의 판단까지 부정하려는 도를 넘은 ‘퇴행’은 실로 유감스러운 일이라고 하지 않을 수 없음.

새로운 출발점으로서의 한국 법원의 판결들

■ 국가의 비주권적 행위(사적 행위)에 대해서는 국가면제를 적용하지 않는다는 관습국제법은 이미 확립되어 있지만, 주권적 행위에 대한 국가면제 적용에 관한 관습국제법은 형성 중에 있음.

■ 한국 법원의 판결들은 국가의 주권적 행위라도 심각한 인권침해에 해당하는 경우에는, 나아가 불법행위에 해당하는 경우에는 국가면제가 적용되지 않는다고 명확하게 선언함으로써, 관습국제법의 확립에 선도적으로 기여하고 있는 획기적인 판결들임.

- ‘김정곤 판결’은 이미 전 세계의 법률가와 법학자들의 주목을 받고 있고, ‘구회근 판결’ 또한 그렇게 될 것임에 틀림없음.

■ 이 획기적인 성과는 1990년대부터 30여년간 ‘정의’를 외쳐온 피해자들의 간절한 호소가

있었기에 가능한 것이었고, 그들의 호소에 공감한 전 세계 시민들의 지난한 노력이 있었기에 가능한 것이었음. 일본과 미국의 법원은 내쳤지만 대한민국의 법원이 마침내 응답한 것임.

- 역사는 단순하지 않지만 그것은 도도하게 흐르고 있음. 지난 30여년간 일본군‘위안부’ 문제와 관련하여 절망과 희망이 교차하는 수많은 우여곡절이 있었음. 그 속에서 한걸음 한걸음 나아가 지금 여기에 이르렀음. 일본군‘위안부’ 피해자들과 시민들의 호소에 응답한 대한민국 법원의 역사적인 판결들을 또 하나의 새로운 디딤돌로 삼아 또 다시 한 걸음 더 앞으로 나아가야 할 것임.

일본군 위안부 피해자 서울고등법원 항소심 승소 : 인권의 관점에서 국제사회에 던지는 함의

백태웅

미국 하와이대 로스쿨 교수 및 한국학연구소장

2023년 11월 23일 서울고등법원은 대한민국의 인권 규범에 또 하나의 중대한 이정표가 될만한 판결을 내 놓았다. 재판장 구회근 부장판사와 황성미, 허익수 고법판사로 구성된 서울고법 민사33부는, 이용수 할머니와 고 광예남, 김복동 할머니의 유족 등 15명이 일본을 상대로 제기한 항소심 재판에서, 2년 전 서울중앙지법 민사15부가 각하했던 1심 판결을 취소하고, 일본 정부가 군위안부 피해자들에게 각 2억원의 청구금액 및 향후의 지연손해금을 부담하여야 한다는 결정을 내렸다.

지난 2021년 1월 8일 고배춘희 할머니등 일본군 위안부 피해자 12명이 일본정부를 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서 서울중앙지방법원 민사34부(재판장 김정곤)는 일본군 위안부 사건과 관련한 역사적 판결을 내렸다. 일본군 위안부 사안은 계획적, 조직적으로 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위로서 국제강행규범을 위반했으며, 국가의 주권적 행위라고 할지라도 국가면제를 적용할 수 없으며, 예외적으로 한국법원에 피고에 대한 재판권이 있다고 판단하였고, 일본은 군위안부 피해자 1인당 1억원씩 배상하라고 판시하였다.¹³⁾ 일본의 항소 포기로 이 판결은 그대로 확정되었다. 피해자와 시민 사회가 지난 수십 년간 한국 사법부를 통해 인권보장을 실현하기 위해 계속해 온 오랜 노력의 산물이었다고 할 수 있다.

그러나 2021년4월21일, 서울중앙지법 민사15부(재판장 민성철)는 이용수 할머니와 고 광예남 할머니등 위안부 피해자들과 유족 20명이 일본정부를 상대로 낸 손해배상청구소송에서, 일본 정부는 국가면제의 대상이라고 보는 것이 국제관습법이라며 대한민국 법원이 이 사건에 대한 재판권을 갖지 않는다고 하는 정반대의 판결을 내렸다.¹⁴⁾ 이 재판부는 일본군 위안부라는 인도에 반하는 범죄행위에도 불구하고, 태평양전쟁 기간의 위안부 관련 일본국과 일본군의 행위가 주권행위이며, 이에 대한 주권면제를 보장하는 것이 현재의 국제관습법이라고 판단하는 구시대적 시각을 보여주었다.

다행히 서울고등법원은 2023년 11월 23일, 위의 1심 판결을 취소하고, 국제관습법상 일

13) 서울중앙지방법원 제34 민사부, <2016 가합 505092 손해배상(기) 판결>(2021.1.8).

14) 서울중앙지법 민사15부(재판장 민성철) 판결 (2021. 4. 21)

본군 위안부 사안과 관련한 일본의 국가면제는 인정이 되지 않고, 한국 법원이 재판관할권을 가지며, 위안부 피해자에 대한 불법행위에 대한 배상 책임을 인정하였다. 재판부는 “이 사건에서 피고에 대한 국가면제 인정 여부는 법원(法源)으로서 기능을 수행하는 '국제관습법'에 따라 판단되어야 한다”고 실시하고¹⁵⁾, “피고의 이 사건 행위는 피고가 불법점령 중이던 한반도, 즉 대한민국의 영토 내에서부터 착수하여 해외 여러 나라에 걸쳐 이루어진 것으로, 우리 국민인 위안부 피해자들의 인신에 대하여 자행된 불법행위인 점, 원고들은 이 사건 소로써 피고의 위와 같은 행위로 인하여 피해자들이 입은 손해의 배상을 청구”하고 있음을 인정하였다. 그리고 국가면제와 관련된 국제관습법에 대한 검토에 기초하여, “적어도 법정지국 영토 내에서 법정지국 국민에게 자행된 불법행위의 경우”에는, 즉 우리 영토 내에서 우리 국민에게 행해진 불법행위의 경우에는 그 행위가 주권적 행위로 평가되는지 여부와 상관없이 국가면제를 인정하지 않는 것이 현재의 유효한 국제관습법이라고 확인하여 국가면제와 관련한 분명한 기준을 세웠다.

이에 따라 현재의 국제관습법 상 일본군 위안부와 관련한 일본의 주권면제는 인정되지 않으며, 한국이 이 사건의 당사자 및 분쟁이 된 사안과 실질적 관련성이 있으므로, 우리 법원에 이 사건 재판관할권이 있고, 일본국과 일본군대의 위안부 모집 및 운영 등은 명백한 불법행위이므로, 일본정부는 위안부 피해자에 대해 위의 배상액을 지급하여야 한다고 판시하였다.

이번 서울고등법원의 일본군 위안부 관련 판결은 오늘날 국제법에서 국가면제가 더 이상 절대적일 수 없으며, 심각한 인권침해와 관련한 국가의 책임이 부정될 수 없다는 관점을 구체화하는 또 하나의 사례를 마련한 것으로 매우 큰 의미가 있다. 법원이 일본군 위안부 피해자에 대한 반인도범죄 및 전쟁범죄와 관련 일본국의 법적 책임을 인정하고 관련한 법적 구제를 허용한 것은 한국 법제도의 발전 과정에 큰 이정표가 될 것이다. 나아가 국가중심으로 돌아가던 전통적인 국제법 이론을 넘어서 국가면제를 제한하고 피해자를 더욱 폭넓게 보호하여 세계적으로 국제인권법을 강화하는 계기가 될 것으로 전망한다.

이번 소송은 정부 쪽에서 일본과의 관계 해법을 모색하는 과정에서 끊임없이 엿박자를 내는 속에서 진행되어 왔다. 한국 헌법재판소는 2011년 8월 30일, 한국 정부가 일본군 위안부 피해자의 손해배상 요구와 관련하여, 1965년 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 경제협력에 관한 협정(이하 “1965년 협정”) 제3조에 의한 분쟁해결절차에 따라 외교적 경로를 통하여 해결하기 위한 노력을 하지 않은 것은 위헌이라고 판시하였다.¹⁶⁾

15) 서울고등법원2021나2017165 판결 [손해배상(기)] (2023.11.23)

16) See 2006 Hun-Ma 788, Aug. 30, 2011 (23-2(A) KCCR, 366) (S. Kor.).

이러한 헌법재판소의 판결에 따라 한국 정부는 2011년 9월 외교통상부 내에 “한일 청구권협정 대책 태스크 포스”를 설치하고, 위안부 피해자 청구권 문제 외교당국간 협의를 요청하는 구술서를 보내 양자 협의를 제안했지만 일본은 적극적인 대응을 보이지 않았다. 그 후 2014년 3월 25일 한미일 정상회담 과정에서 한일 양국은 위안부 문제를 다루는 국장급 협의에 합의하고, 국장급 협의와 함께 고위급 비공개협의를 진행하였다. 비공개로 진행된 한일 양국의 제 8차 고위급 협의를 거쳐, 2015년 12월 28일 한국 외교통상부 장관 윤병세와 일본의 외무대신 기시다 후미오는 한·일 외교장관회담 공동기자회견을 통해 일본군 위안부 할머니들에 대한 사죄와 보상의 문제가 해결했다고 한일 외교장관회담 공동기자회견을 통해 발표하였다. 양 외교부의 밀실합의에 근거하여, 피해자 및 시민사회와 협의도 없이 일본군 위안부 사안이 “최종적 및 불가역적으로” 해결하였다고 발표하여 이후 지속되는 여러 논란의 근거를 제공하였다.¹⁷⁾

일본 정부는 위의 2021년 1월 8일자 판결과 관련 항소하지 않았지만 이행에 나서지도 않았기 때문에, 위안부 피해자들은 강제추심을 위해 한국 내 일본 재산을 공개해달라며 재산명시를 법원에 청구하였다.¹⁸⁾ 서울중앙지법 민사51단독 남성우 판사는 2021년 6월 9일 “채무자는 재산 상태를 명시한 재산목록을 재산 명시 기일에 제출하라”는 명령을 내린 바 있다. 법원은 원고 위안부 피해자들의 주장을 받아들여 일본에 대하여 강제추심을 위한 한국 내 일본 재산의 공개를 요구하였다. 재판부는 “국가에 의해 자행된 살인, 강간, 고문 등과 같이 인권에 대한 중대한 침해에 대해 국가면제를 인용하면 국제사회의 공동 이익이 위협받게 된다”며 “오히려 국가 간 우호 관계를 해하는 결과를 야기할 수 있다”고 판단하고, “강행규범을 위반하는 경우 그 국가는 국제공동체 스스로가 정해 놓은 경계를 벗어난 것이므로 국가에 주어진 특권은 몰수하는 것이 마땅하고, 채무자의 행위는 국가면제의 예외에 해당해 강제집행은 적법하다”고 판단하였다.¹⁹⁾ 특히 “확정판결에 따라 강제집행의 실시 이후 발생할 수 있는 대일관계의 악화, 경제보복 등의 국가 간 긴장 발생 문제는 외교권을 관할하는 행정부의 고유 영역”이라며 “사법부 영역을 벗어나는 일로 고려 사항에서 제외한다”고 명시적으로 지적하고 있다.²⁰⁾

여러 사정을 고려하면 일본군 위안부 피해자 손해배상청구에서 우리 정부와 법원이 어떻게 심각한 인권침해 행위를 구제해 나갈 것인지는 아직도 현재진행형의 쟁점이다. 특히 강

17) 2016가합580239 손해배상(기) 서울중앙지방법원 제 15민사부 판결문 참조

18) 2021카명391 서울 중앙지방법원 민사 51 단독.

19) 고혜진, 법, 일본군위안부 피해자 소송패소 배상금 강제집행 적법, 공정뉴스 2021. 6.15, <http://www.fairn.co.kr/news/articleView.html?idxno=63195>

20) 김종성, 반전에 또 반전... 법원 판결 조목조목 따진 명쾌한 법원 판결, 오마이뉴스 2021.6.16.

제징용 소송까지 넓혀서 보면, 하급심의 입장이 완전히 통일되어 있다고 볼 수는 없으며, 추후 대법원과 헌법재판소에서 제대로 된 입장을 만들어 내는 것은 우리 국내적 측면에서만이 아니라 국제인권의 관점에서 전세계가 주목할 만한 결정이 될 것이라고 생각한다.

일본군 위안부 피해자에 대한 손해배상을 결정한 이번 판결을 계기로, 오랜 기간 미완의 과제로 남아 있는 태평양 전쟁 기간에 발생한 중대한 인권침해, 즉 일본군 위안부 및 강제징용 등 반인도범죄와 관련 국제법 및 여러 인권규범에 근거하여 피해자의 입장이 확실히 반영되는 실질적 구제가 조속히 이루어지기를 희망한다.

그리고 이러한 문제가 한일 관계라는 시야를 넘어서 보편적 인권 보호와 보장을 위한 노력을 불러오는 계기가 되기를 희망하고, 아시아 전체를 망라하는 인권 보장체제의 발전에 대한 관심이 더 커지기를 기대한다. 한국 정부가 앞장서서 아시아 인권협약의 채택을 추진하고, 아시아 여러 나라가 함께 힘을 모아 아시아 인권재판소를 설립하는 날이 어서 오기를 고대한다.

일본군‘위안부’ 일본국상대손배소송 승소판결의 의미: 일본군성노예제 문제해결 운동의 ‘나비정치’

이나영

정의기억연대 이사장·중앙대 교수

1. 들어가며

일본군‘위안부’ 피해자들이 2016년 12월 28일 일본국을 상대로 손해배상청구소송을 제기한지 7여년 만에 마침내 승소했다. 지난 11월 23일, 서울고등법원 제33민사부(부장판사 구회근)는 일본군‘위안부’ 피해자들이 일본국을 상대로 제기한 손해배상청구 소송에서 원고들에 대한 피고 일본국의 손해배상책임을 인정하는 판결을 선고했다. 재판부는 각하 판결을 내렸던 1심 판결을 취소하면서 원고들의 청구금액(각 2억)과 이자를 피고에게 지불하라고 판결했다. “국제 관습법은 항구적이고 고정적인 것이 아니”며, “국가면제와 관련된 국제법 체계가 개인의 재판청구권을 보호하는 방향으로 이행되고 있다”라고 선언하면서 국가면제를 배척했다. ‘대한민국 영토 안에서 대한민국 국민에 대해 발생한 불법행위에 관해서는 대한민국 법원이 재판권을 가진다’는 명쾌한 판단을 내린 것이다. 또한 ‘일본국이 전쟁 중 군인들의 사기 진작 등을 목적으로 조직적으로 위안소를 설치·운영하고, 당시 10대, 20대에 불과하였던 피해자들을 기망유인하거나 강제로 납치하여 위안부로 동원하였’다고 명시하고, 원고인 피해자 한분 한분의 사례를 거론하면서 일본국의 반인도적 범죄행위를 재확인했다. 그리고 해당 판결은 피고측인 일본 정부가 상고를 제기하지 않음에 따라 12월 9일(토) 0시 최종 확정되었다. 2015년 12월 28일, 한일 정부 간 합의에 의해 다시 ‘입이 봉해진’ 피해자와 유족들이(일본군‘위안부’ 피해생존자 11명과 돌아가신 6명의 피해자 유족 10명) 2016년 12월 28일, 일본 정부의 법적 책임을 묻기 위해 서울중앙지방법원에 일본국 상대로 손해배상청구의 소를 제기한지 7여년 만이다.

이로써 대한민국 법원은 2021년 1월 8일 다른 유사 소송에 대한 서울중앙지방법원 제34민사부(재판장 김정곤) 판결에 이어 인권을 강조하는 국제관습법의 방향과 흐름을 앞장서 선도하는 위치에 서게 되었다. 일제 식민지 시기 고통 받았던 다른 피해자들에게도 기회의 문_한국 법원에 소 제기_이 다시 열렸으며 구(舊) 제국주의 국가의 식민지 불법행위에 대한 단죄도 뒤늦게나마 진행될 수 있는 여지가 생겼다. 지난 30여 년 간 전 세계를 돌며 용감하게 증언했던 피해생존자들, 이들과 함께 피해자들의 명예를 되찾고 권리를 실현시키기 위해 헌신했던 세계 시민들, 활동가들, 법률가 및 연구자를 포함한 관련 전문가들의 승리다.

특히 고령에도 불구하고 끝까지 법정을 지키며 재판을 참관하고 증언했던 이용수 할머니께 다시 한 번 감사드린다.

이 판결은 지금까지 왔던 것들의 지울 수 없는 흔적이며 앞으로 올 것들의 징조다. 허황되어 보이는 희망일지라도 끝까지 붙잡고 실현을 위해 노력하면 무언가를 만들어 낼 수 있다는 청신호다. 아무리 하찮아 보이고 연약한 인간들일지라도 연대의 끈을 놓지 않고 계속 도전하고 굳건하게 싸운다면, 불가항력처럼 보이는 거대한 벽의 한쪽 면 정도는 허물 수 있다는 증거다. 지구 한편에서 일어난 작은 도전의 움직임이 마침내 국제관습법을 바꾸고 다른 피해자들에게 희망의 불씨를 당길 수 있음을 알리는 선언문이다. 이 판결의 출발점이 되었던 1991년 12월 김학순의 제소 및 증언활동, 그것이 만들어낸 나비효과의 내용은 무엇이며, 그리고 이번 판결이 일으킬 나비효과는 어디까지일까.

이번 판결의 의미는 크게 몇 가지 분리되어 있지만 연결된 장에서 검토되어야 한다. **법정의 부/정의와 법정 밖의 부/정의가 길항하는 가운데**, 후자의 경우, 일본 정부와 한국 정부의 반응, 일본 내 우익과 한국의 극우들의 태도가 맞물려 있고, 언론의 태도 또한 검토 대상이다. 전자의 경우, 가장 큰 쟁점인 제국주의 일본국의 반인도적 범죄행위와 ‘국가면제’ 부분을 살펴보지 않을 수 없다. 그러나 본 발표문은 일본군성노예제 문제해결 운동사를 초점으로 페미니스트 관점에서 판결의 의미를 짚는데 한정하고자 한다. 시간과 지면의 제약 때문이기도 하거니와 다른 발표자들의 논의와 최대한 겹치지 않기 위함이기도 하다.

2. 판결문의 내적 의미: 반복되는 시간의 루프에 빠진 부정의 시도

판결의 이유로 제시된 논거를 순차적으로 따라가면, 적지 않은 의미를 발견할 수 있다. 우선 재판부는 일본국의 ‘위안소 설치 및 위안부 동원’을 구체적으로 적시한 후, ‘피해자들의 개인별 위안부 동원 과정 및 위안부 생활’을 세세하게 거론했다. 피해자들이 이로 인해 회복하기 어려운 ‘육체적·정신적 피해’를 입었음을 인정하고, 이러한 사실은 당시 일본국이 비준한 국제협약이나 국내 형법에도 위배됨을 명확히 한다. 이후 국가면제 관련 재판권 유무에 관한 판단을 내리면서 “법정지국 영토 내에서 그 법정지국 국민에 대하여 발생한 불법행위에 대해서는 그 행위가 주권적 행위인지 여부를 묻지 않고 국가면제를 인정하지 않는 내용의 국제관습법이 현재 존재한다고 봄이 타당하다”고 명시한다(29쪽). 재판관할권에 대해서도 대한민국은 “일련의 불법행위 일부가 이루어진 곳”이고 ▲ “원고들은 대부분 대한민국 국민으로 현재 대한민국에 거주하고 있고,” ▲ “대한민국 민법에 근거하여 피고에게 불법행위책임을 묻고”있으며, ▲ 그동안 국내외에서 지속적으로 동일 취지의 손해배상을 청구해 왔기 때문에 “피고가 합리적으로 예견할 수 없었다고 보기 어렵”고, ▲ ‘물적 증거가 거

의멸실되었고 인적 증거도 거의 남아있지 많으므로 증거조사가 반드시 필요한 사안'이라 보기도 어렵다고 판단한다.

결론적으로 재판부는 다음과 같은 결론을 내린다.

일본국이 “중일전쟁 내지 태평양 전쟁을 하면서 군인들의 사기진작 및 민원발생의 저감 등을 목적으로 위안소를 설치·운영하였다. 피고는 행정조직 등을 통하여 10대 초중반에서 20대에 불과한 어린 나이의 이 사건 피해자들을 기망·유인하거나 또는 강제로 납치하여 위안부로 동원하였다. 이 사건 피해자들은 가족과 헤어져 상당시간 동안 최소한의 자유조차 억압당한 채 매일 수십 명의 피고 군인들로부터 원치 않는 성행위를 강요당했다. 그 과정에서 무수한 폭행으로 상해를 입었을 뿐 아니라 늘 성병과 원치 않는 임신 등의 위험을 감수하여야 했고, 급기야 죽음의 공포에도 시달려야만 했다. 이 사건 피해자들은 위안부 생활로 육체적·정신적 고통에 시달리며 종전 이후에도 정상적인 범주의 사회생활에 적응할 수 없었다”(36-37쪽).

이로써 이번 판결은 ▲ ‘위안소 설치’ 및 ‘위안부 동원’ 등 일본 정부가 자행한 조직적이고도 광범위한 불법행위 인정, ▲ 피해자들의 회복불가능한 피해사실 인정, ▲ 이로써 일본 정부의 성노예제와 강제동원 부정은 물론 극우들의 역사부정론과 역사수정주의 시각 배척, ▲ 개인청구권을 인정함으로써 일본 정부가 그간 주장했던 ‘1965년 청구권협정으로 다 해결되었다,’ ‘2015 한일합의로 최종적 불가역적으로 끝났다’ 등의 주장을 사실상 무력화시켰다.

이상의 모든 내용은 기억투쟁의 국면을 전환시켰다는 점에서 의미가 크다. 체험에 대한 기억이 아니라, 기억을 기억하는 세대로 필연적으로 넘어가고 있는 시기, 부정에 맞선 기억투쟁의 ‘버거움’에 좌절하는 이들에게 단비를 내려 주었다. 왜곡된 기억으로 피해자들의 체험을 비틀거나 지우려는 자들, 피해당사자들의 목소리를 망각의 늪으로 묻으려 하는 자들이 권력의 상층부에 다시 부상하는 시기, 기억투쟁의 한 축이 무너져 내리는 아슬아슬한 찰나에 나온 이 판결문은 법적 정의라는 장에서 기억공동체의 복원을 꾀하라 명했다. 거대한 성벽같은 바위 위에 피해자들의 고통, 가해자들의 행위, 법적 책임의 이유를 다시 각인하면서, 망각하려는 모든 시도, 망각을 도우려는 모든 작업이 실패할 수밖에 없는 역설을 재확인해 주었다. 결국 망각을 시도하는 어떠한 행위도 일어났던 일의 ‘취소’(cancelation)가 아니라 또 다른 기억의 ‘축적’(accumulation)’을 야기할 것임을 (Esposito, 2010: 181)²¹⁾

경고했다. 부정과 왜곡의 시도는 어쩔 수 없이 행위의 시작 시점에서 출발할 것이고 이제는 법정에서 새겨진 진실에서부터 시비를 걸어야 할 것이기 때문이다. ‘망각’과 ‘훼손’의 시도는 반복되는 시간의 루프에 갇혀 결국 실패로 끝날 수 있음을 징후적으로 보여 주었다. ‘우리’는 이미 그 루프에서 빠져 나와 다른 차원에 존재함을/존재해야 함을 보여주었다는 점에서 이 판결의 큰 의미가 존재한다.

3. 피해자중심 원칙과 페미니스트 정의 구현의 실례로서의 의미

판결문 전체를 관통하는 주요 원칙으로 필자가 주목하는 부분은 ‘피해자중심 접근’이다. 비록 판결문에는 단 한 번도 피해자중심 원칙 혹은 접근(victim centered(oriented) principle/approach)이라는 단어가 나오지 않았지만 판결문의 논리적 흐름을 지탱하는 주요 원칙 중 하나임은 부정하기 어렵다. 피해자중심 원칙이란 피해자가 단순한 증인에 불과한 부차적 존재가 아니라, 사법절차상 “참여자이자 직접 당사자로 인식”되어야 하며, “인권 침해가 일어났을 때 피해자들이 진실을 알고 충분한 구제와 배상을 받고, 공정하고 효과적인 정의가 구현되도록 보장하는 것은 국가의 직접적 의무이자 피해자의 구체적 권리로서 인식되어야 한다는 것”이다(이주영·백범석, 2018: 166).²²⁾

그간 유엔 등 국제사회는 피해자, 생존자 및 미래 세대의 고통을 중심에 두고 국제법을 재인식하며, 국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 인한 피해자들을 구제할 다양한 방안을 모색하면서 피해자중심의 원칙을 천명해 왔다. 가령, 2002년 국제형사재판소(ICC)는 수사와 사법절차의 모든 단계에서 인권유린 피해자의 참여를 중요한 원칙으로 강조한 바 있으며, 권위주의 통치와 무장 갈등과 관련된 잔학행위를 다루는 데 있어 기본적인 가이드라인을 제시하고 있는 「분쟁 후 정의에 관한 시카고 원칙(The Chicago Principles on Post-Conflict Justice 2001-2008)」도 정의 회복의 기초 요소로 ‘피해자 중심의 접근(Victim-Centered Approach)’를 강조하고 있다. 무엇보다 2005년 12월 유엔 총회가 채택한 「국제인권법의 중대한 위반행위와 국제인도법의 심각한 위반행위의 피해자 구제와 배상에 대한 권리에 관한 기본원칙과 가이드라인」(2006)(A/60/509/Add.1)²³⁾이 대표적이다. 2012년 유엔인권이사회가 「결의안18/7호」에 의거해 중대한 인권침해와 국제인도

21) Esposito, Ellna. 2010. “Social Forgetting: A Systems-Theory Approach.” *A Companion to Cultural Memory Studies*. Erill, Astrid & Ansgar Nunnig eds., pp. 181-190. Berlin/NY: Walter de Gruyter GmbH & Co.

22) 이주영·백범석. 2018. “국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근.” 『국제법학회논총』 63(1): 163-203.

23) 국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 인한 피해자들을 위한 구제 및 배상의 권리에 관한 기본 원칙과 가이드라인의 내용은 다음을 참고할 것. 「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」, UN Doc. A/60/509/Add.1, 16 Dec. 2005)

법을 심각하게 위반한 상황에 대응하기 위해 설치한 ‘진실, 정의, 배상, 재발방지 특별보고관’ 제도 또한 진실추구, 정의구현, 배상실현 및 재발방지 보장의 전 과정에서 피해자 중심의 접근 방법이 적용되어야 함을 강조하고 있다.

피해자중심 원칙이 국제관습법의 주요한 원칙이 된 배경에는 소수자, 약자, 여성들에게 목소리를 되찾아주고자 했던 오랜 페미니스트·인권 활동의 기여가 있었다는 점을 잊어서는 안 된다.

법적 정의를 추구해 온 페미니스트들의 딜레마는 현실적으로 이를 실현시킬(여성과 아동의 이해를 반영할 수 있는) 법 구조와 법질서가 부재하다는 점이었다. 법이 과연 젠더정의를 위한 사회변혁과 여성해방의 토대가 될 수 있는지에 관한 오랜 논쟁은 여기서 출발했다. 결국 많은 페미니스트들은 법 구조와 질서에 개입하기 위한 투쟁의 길을 필연적으로 선택할 수밖에 없었다. 그들은 자신이 발붙이고 있는 현실과 특정 쟁점에서 출발해 마침내 거대한 구조적 변화를 일으키길 희망했다. 그리하여 페미니스트들은 만연한 가부장적 문화의 영향 속에 남성중심적 규범이 면면히 새겨진(심지어 그런 사실조차 인식하지 못할 정도로 심각한) 법 구조와 편향적 내용을 근본적으로 변화시켜 왔다. 피해자중심 원칙은 그러한 투쟁의 결과였다.

1970년대부터 서구 페미니스트들은 성별 권력관계가 존재하는 사회구조 속에서 구성된 ‘객관성’과 ‘중립성’ 자체를 문제시하고 비판하며, 이를 여성의 시각과 언어로 재해석하고 재구성하고자 했다(이나영, 2022).²⁴⁾ 특히 가정폭력, 성매매, 인신매매, 전시성폭력 등 젠더폭력(gender-based violence)이 개별적 불운이 아니라 구조적 권력관계의 산물이라는 페미니스트 시각은 피해의 체계적 속성과 조직적 구조를 꿰뚫으며 ‘피해자’를 재정의 하는데 커다란 기여를 해왔다(MacKinnon, 1989; Nicolas, 2013). ‘피해자-여성의 입장에 서서 문제를 해석하고 해결을 모색’하려는 페미니스트들의 시도는 남성중심의 사법체계뿐 아니라 부정의한 권력구조 및 성차별체계 전반을 변혁하고자 하는 관점과 글로벌 운동으로 확장되었고, 유엔 등 국제사회의 규범을 변화시켜 왔다(이나영, 2022).²⁵⁾ 특히 1990년대 보스니

24) 이나영. 2022. “역사적 반동과 탈진실의 시대, ‘듣는다’는 것의 의미: 2020년 5월 ‘이용수의 말’ 이후.” 『민주주의와 인권』 22(1), 155-194.

25) 이런 원칙은 UN Women 등 국제사회에서 수차례 강조된 바 있다. 가장 최근의 유엔 발언은 다음을 참고할 것. UN Women. 2020. “Opening remarks by Under-Secretary-General of the United Nations and Executive Director of UN Women, Phumzile Mlambo-Ngcuka, at the second regular session of the UN Women Executive Board” (September/15) <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2020/9/speech-ed-phumzile-executive-board-second-regular-session-2020> 한국의 페미니스트 학자 양현아(2020) 또한, “피해자들의 이야기를 청취하고 수렴하고 해석하는 일이 가장 먼저 이루어져야 하는 일”이지만, “역사·사회적 인식을 놓치지 않고 견지하지 않는 것이 문제해결과 피해자 중심주의의 핵심”임을 강조한 바 있다.

아 전쟁, 일본군‘위안부’ 문제 등 분쟁 하 성폭력(sexual violence in armed conflicts)에 관한 여성들의 문제제기와 국제사회의 관심은 국제인권규범을 결정적으로 변화시켜 왔다(이나영, 2018).²⁶⁾

대한민국 재판부는 그러한 국제관습법의 변화하는 흐름을 놓치지 않았으며, 피해자들의 고통에 관심을 가지고 피해당사자의 증언에 귀 기울이며 피해구제를 위한 최후의 보루로써 한국 법정의 문을 두드린 피해자들을 외면하지 않음으로써 진실추구와 정의구현, 법적배상의 길을 터놓았다. 제국주의적 인종주의, 가부장제, 군사주의에 터한 수많은 권력자들의 논리와 주장을 배척했다. 그리하여 지금도 만연한 젠더 부정의들, 여성의 온전한 인간성을 부정하는 성적 대상화, 주체성 자체를 부인하는 성폭력, 존재 자체를 부정하고 사물로만 취급하는 성착취 문제에 커다란 함의를 제공했다.²⁷⁾ 이번 판결이 페미니스트 정의 구현의 주요한 사례로 주목받아야 할 이유다.

4. 운동사적 의미: 포스트식민 초국적 운동의 나비정치 Butterfly Politics

‘나비효과(Butterfly effect)’란 정확한 목표를 조준할 때 지극히 작은 행동이 어떤 특정 맥락에서 고도의 복잡하고 큰 효과를 야기할 수 있음을 은유적으로 표현하는 용어다. 페미니스트 법학자 캐더린 매키넨(2017)은 이를 확장해 ‘불안정한 정치체계에 대한 인간의 작지만 올바른 개입이 조만간 커다랗고 복잡한 반향을 일으킨다는 의미’로 ‘나비정치(Butterfly politics)’라는 용어를 제시한 바 있다(1). 매키넨은 서구 특히 미국의 페미니스트들이 오랜 세월 투쟁을 통해 법과 정치에 개입하면서 일으킨 효과를 분석하는 과정에서 상징적 용어로 나비정치를 제시했다.

필자는 일본군‘위안부’문제해결 운동 또한 ‘나비정치’로 의미화할 수 있으며, 이번 판결의 성취를 피해자와 함께 한 진실 규명의 운동사 속에서 찾아야 한다고 생각한다. 1991년 12월, ‘아시아태평양전쟁 한국인(조선인)희생자 보상청구소송’(김학순 포함, 위안부 피해자 9명 포함)으로 시작된 일본 정부의 법적 책임 추궁의 역사가²⁸⁾ 이번 판결을 이끌어낸 출발점이

26) 이나영. 2018. “경계에서 출발해 경계를 넘어:1990년대 일본군‘위안부’ 운동의 초국적 연대를 중심으로.” 『구술사연구』. 9(2), 193-232.

27) 마사 너스바움은 대상화의 여덟 가지 특성을 다음과 같이 설명하고 있다: 수단성, 자율성의 부정, 타당성, 대체가능성, 가침성, 소유권, 주체성 부정, 침묵시키기(너스바움, 2022: 40-44). 이 중 자율성 부정, 주체성 부정, 단순한 수단으로 다루는 수단성이 가자 해로운 것이라 주장하고 있는데(45) 일본군성노예제의 특성과 일치한다.

28) 1992년 12월 25일, 하순녀, 박두리(이상 위안부 피해자) 외 2인이 야마구치 지방재판소 시모노세키 지부에 일본 정부의 공식 사죄와 배상을 요구하는 소송을 제기했다(일명, 관부재판). 이후 추가 제소가 이어져 최종 이순덕 포함 10명이 최종 제소했으며, 1998년 4월 27일, 1심에서 최초 부분 승소 판결(‘위안부’ 원고 3인에게 ‘국가 입법 부작위에 따른 국가 배상’ 인정 판결)을 받아냈다. 이후 2001년 3월 29일, 히로시마 고등재판소 항소심 판결에서 패소하고, 2003년 3월 25일, 상고 기각으로 최종 패소했다(하나후사 도시오·하나후사 에미코 저, 고향옥 역. 2021. 『관부재판』. 서울:

라는 점에서, 이후 실패와 좌절의 무수한 시간을 통과하면서도 지치지 않고 끈질기게 일본과 미국, 한국 등 국내법과 국제법에 도전해 결국 이번 판결을 이끌어냈다는 점 때문이다. 무엇보다 가해자의 부인과 역사 왜곡, 피해자 비난과 편협이 이어지는 가운데 법적 책임 규명 운동은 피해자 명예회복과 인권보호를 위한 일본군‘위안부’ 문제해결 운동의 중요한 축이었기 때문이다. **운동의 당사자들은 아무도 상상하지 못했던 행동_작은 나비의 날개짓_을 하며, 아무도 간 적이 없는 길을 개척해_올바르지만 힘겨운 개입_애써 끝끝내 걸어왔다.** 그리고 전 세계에 커다랗고 복합적인 반향을 일으켜 왔다.

이로 인해 일본에서 진행된 소위 ‘관부재판’ 1심에서 재판부는 “종군위안부 제도가 소위 나치의 만행에 준하는 중대한 인권침해”였음을 최초로 인정한 바 있다. 비록 이 소송을 포함해, ‘송신도 재판’(1993년 4월 제소), 필리핀 재판, 하이난 섬 재판 모두 상고가 기각되어(2010년 3월 기각 판결), 일본에서 제기된 열 건의 소송 모두가 패소했지만 “피해 배경과 원고들의 개별적 피해에 대한 사실 인정”, “재판 방청, 보고집회, 서명운동”(한국정신대문제대책협의회 20년사 편찬위원회, 2014: 180-183)²⁹⁾ 관련 토론회 등으로 변론이 열릴 때마다 국내외적 여론을 크게 환기했다. 이러한 법적 진실 규명에 고무된 미국의 재미동포들도 미국 내에서 소송을 제기했다. 2000년 9월 18일 한국인 ‘위안부’ 여섯 명, 중국인, 타이완인, 필리핀 피해자 각 네 명(총 18인)이 워싱턴 D.C.에 있는 연방 지방법원에 일본 정부를 상대로 집단소송을 제기했던 것이다. 이 때 등장한 쟁점이 ‘주권면제’다. 2001년 3월 5일, 원고들이 미합중국 법률 제28호 「외국주권면책특권법 Foreign Sovereign Immunity Act: FSLA」 제 1602~1611조에 의거해 일본이 그 행위에 대해 주권 면제를 누리지 못한다고 요구하면서 판결 선언을 청구했지만 결국 미국 대법원은 일본의 기각 청구 요청을 받아들여 항소법원에 돌려보냈다(2004년 6월 14일)(한국정신대문제대책협의회 20년사 편찬위원회, 2014: 183-184).

이러한 법적 진실 규명 활동은 ‘책임자 처벌’ 요구와 연결되어 수요시위 요구사항뿐 아니라, 1993년 8월 유엔인권소위원회, 1993년 8월 유엔특별고보관 반 보벤 보고서(인권과 기본적인 자유의 중대한 침해를 당한 피해자의 원상회복, 배상 및 갱생을 요구하는 권리에 관한 연구) 등에 반영되었고, 이후 실질적인 고소·고발로 이어지기도 했다.³⁰⁾ 또한 쿠마라스와 미 보고서, 게이 맥두걸 보고서를 비롯한 각종 유엔 보고서와 권고안들, 2000년 ‘민간전범 법정,’³¹⁾ 제국주의 일본 정부와 군의 조직적 범죄사실을 확인한 2007년 미하원결의안 등으

도토리숲.). 일명 ‘송신도 재판’의 경우, 1993년 4월 제소해 2003년 3월 최종 패소했다.

29) 한국정신대문제대책협의회 20년사 편찬위원회. 2014. 『한국정신대문제대책협의회 20년사』. 서울: 한울.

30) 1994년 2월 7일, 일본군‘위안부’ 피해자 27명은 일본 도쿄지방검찰청에 위안부 제도의 입안과 운용의 책임자를 수사, 처벌해 달라는 고소·고발장을 접수했다. 물론 일본측은 공소시효와 적용법 미비 등으로 접수 자체를 거부했지만 **반 인도적 범죄행위에 대한 법적 책임 제기**라는 측면에서 운동 내 주요한 의미를 지닌다.

로 연결된다는 측면에서, 무엇보다 두 차례 진행된 일본국상대 손해소송에서 2021년 1월과 2023년 11월, 피해자승소판결을 이끌며 국제인권규범을 변화시켰다는 측면에서 나비정치학의 전형을 보여준다.

2020년 11월 18일, 일본국 상대 손해배상청구 소송 6차 변론기일에 증인으로 나온 이용수 할머니는 다음과 같이 이야기했다.

이용수: ‘위안부’로 30년 동안 불려왔습니다. 아직도 일본이 거짓말만 하고 있고 우리나라 또한 나서서 해결하지 않아서 이제는 제가 우리나라 법에 호소를 하기 위해서 이렇게 왔습니다.

원고는 현재 어떤 심정으로 이 법정을 찾으셨나요?

이용수: 지금까지 수차례 나라 대 나라로 해결해주실 거라고 믿었습니다. 그러나 일본은 다 죽기를 기다리는데 그뿐 아니라 우리 한국도 적극적으로 나서지 않고 아무런 대책도 세우지 않고 있습니다. 그래서 이 억울함을 이 나라 법에 호소하러 왔습니다.

굉장히 절박한 심정이셨겠네요.

이용수: 절박한 심정이고 너무 가슴이 아픕니다.

‘거짓말’만 하는 일본 정부에 맞서 ‘마지막이라는 심정’으로 대한민국 ‘법’에 ‘호소’한 당사자, 그 ‘억울함’을 재판정은 외면하지 않았다. 이는 개인의 선의나 행운의 결과가 아니다. 법의 문 앞에서 돌려세워진 자들에게 정의의 얼굴을 돌려주기 위해 끈질기게 도전했던 일본 군성노예제 문제해결 운동의 성취다. 법적 진실을 밝히고자 노력해 온 30여년 역사 속에 가시적/비가시적으로 축적된 운동적 역량의 결과물이다.

5. 향후 과제

일본군‘위안부’ 문제해결 운동은 사회적 낙인과 침묵, 차별의 두꺼운 벽을 뚫고 나온 용기 있는 피해생존자들과 함께 한 여성인권운동이다. 증언 이후에도 지속된 낙인, 멸시, 비방,

31) ‘2000년 여성국제전범법정’의 최종 판결(2001년 12월 4일, 헤이그): 일본군‘위안부’ 관련 행위는 인도에 대한 죄로서의 강간과 성노예 범죄에 해당함. 일왕 히로히토(裕仁)를 비롯한 10명의 피고인이 ‘개인의 관여책임’과 ‘상관의 책임’에 관해 유죄라고 선언. **일본 정부에 대해서는 ‘위안소 제도’가 국제법에 위반되는 것이라는 사실을 전면적으로 인정하고 법적 책임을 지며, 주요한 실행행위자를 밝혀내 처벌하고, 완전하고 성실한 사죄와 적절한 금액의 배상을 할 것을 요구**

부인과 부정에도 굴하지 않고, 정의로운 문제 해결을 호소해 온 초국적 시민운동이다. 제국주의, 식민주의, 인종주의, 권력자 남성중심의 역사기록에서 철저히 배제되고 왜곡된 여성의 경험으로 대항담론을 만들고 역사를 다시 쓰는 포스트식민운동이다.

그러므로 이번 판결은 일본군성노예제 문제해결 운동사뿐 아니라 포스트식민 페미니즘, 초국적 여성인권운동사라는 커다란 장에서 의미있게 기억되어야 한다. 한일 간 외교문제와 갈등으로 축소되거나 과거 제국주의 일본국에 한정되어 민족의 승리로 읽힌다면, 특정 재판부의 선의나 우연적 행운으로 치부된다면, 고통과 저항, 착취와 폭력의 역사성이 단순히 배상금의 문제로 치부된다면, 가해자에 대한 분노와 피해자에 대한 편휘를 이분법적 대립구도에 둔다면, 평등과 정의를 위한 오랜 투쟁의 역사는 여지없이 훼손될 것이다.

1991년 8월 14일, 김학순 할머니의 “내가 살아 있는 증거다!”라는 일성은 가해자의 ‘부인에 대한 분노’였고, 역사적 진실을 조직적으로 말소하려는 시도에 대한 저항이었다. 전시 성폭력이 개인적인 불운이나 예외적 상황에서 우연적으로 발생한 것이 아니라, 성통제의 역사와 맞물린 정치적이고 구조적인 젠더부정의 문제임을 세상에 알린 것이었다. 전쟁 때문에 ‘어쩔 수 없이’ 발생한 것이 아니라, 언제든지 전쟁 도구로 여성을 조직적으로 ‘활용’할 수 있는 남성중심사회의 근본적인 모순을 고발한 것이었다. 특정 국가 간에 발생한 과거의 일이 아니라, 지금도 지구촌 곳곳에서 진행 중인 보편적 인권침해 문제임을 환기한 것이었다.

무엇보다 ‘다시는 이런 일이 반복되어선 안 된다’는 일본군성노예제 피해생존자들의 희망은 “보복적 분노”가 아니라 “이행 분노”, “미래지향적 분노”(너스바움, 2022: 387)³²⁾의 표출이었다. 소급하여 보복하고 등가적 고통을 돌려주고 창피를 주면서 한풀이를 하려는 것이 아니었다. 정당하고 지속가능한 평화, 인간 존엄성의 존중과 평등을 달성하기 위해 우리가 지금 이 자리에서 할 수 있는 것을 하자는 제안이었다. 막연한 듯 보이지만 ‘더 나은 세상’을 미래세대를 위해 만들어가자는 다짐이고 실천이었다.

일본군성노예제 문제의 뿌리가 제국주의적 인종주의의 야만적 성적 수탈, 자본주의의와 가부장제가 결합된 약탈적 성착취/성폭력 제도, 재생산 수단_여성의 몸_의 통제와 대상화, 군사주의에 의해 강화된 폭력과 갈등, 분쟁과 전쟁, 제노사이드, 조금 더 낮은 수준에서는 집단권력의 일상적 남용이 구조화한 위계질서와 권위주의 문화 등에 터하고 있다는 사실에 대한 생생한 호소였다. 그리고 이 모든 것에 각각 독립적으로 존재하되 교차하고 중첩되며 상호작용하는 성차별적 구조를 직시하고 도전하고 변화시키자는 것이었다.

32) 너스바움, 마사 저. 박선아 역. 2022(2021). 『교만의 요새: 성폭력, 책임, 화해』. 서울: 민음사.

만약 우리가 이처럼 **연결된 부정의의 뿌리들을 인지하지 못하고 잘라내지 못한다면**, 제 꼬리를 먹으며 자멸하는 뱀. 우로보로스(ouroboros)처럼(프레이저, 2023)³³⁾ 생명의 토대, 존재 자체를 소멸시키는 경쟁에 게걸스럽게 달려들어 결국 스스로를 파멸시키고야 말 것이다. 포스트식민 초국적 페미니스트 투쟁은 바로 그 지점에서 발생했고 지금도 가열차게 진행 중이다. **“역사적 가능성을 현실적인 역사적 힘(해방으로 나아가는)으로 전환시키는 것은 우리에게 달려 있다”**라고 한 낸시 프레이저의 호소를(2023: 112) 대한민국 2023년 일본군‘위안부’ 승소판결이 주는 울림과 연결시키는 것은 너무 과장된 시도인가.

33) 프레이저, 낸시 저, 장석준 역. 2023. 『좌파의 길: 식인 자본주의에 반대한다』. 서울: 서해문집. (Fraser, Nancy. 2022. *Cannibal Capitalism*. Verso.)

3부 종합토론

사회: 조영선 (민주사회를위한변호사모임 회장)

폐회

폐회사: 이나영 (정의기억연대 이사장·중앙대 교수)