

일본군 위안부 문제를 둘러싼 기억의 정치학

젠더 정의와 법개념

전해정

I. 들어가는 말

아이리스 영은 법적 책임 모델과 사회적 연결 모델을 구분하고 법적인 책임 모델을 비판하면서 사회적 연결 모델을 중심으로 정치적 책임을 주장한다. 아이리스 영이 주장하는 법적인 책임 모델은 실증주의 법개념에 입각한 법학방법론이다. 또한 사회적 연결 모델은 젠더 정의의 관점에서 실증주의 법학방법론을 비판하는 여성주의 법학이론과 유사한 접근모형이다. 이 글에서는 여성주의 법학방법론의 가장 근원적인 작업으로서 법이란 무엇인가, 즉 법개념론을 중심으로 기술할 것이다. 실증주의 법개념과 비실증주의(자연법론) 법개념을 비교하여 실증주의 법개념의 한계를 지적한 후, 비실증주의(자연법론) 법개념을 통한 법적 책임 모델과 사회적 연결 모델의 통합 가능성을 모색하고자 한다. 비실증주의(자연법론) 법개념을 수용하는 것은 고전적 개념정의를 비판하고 개념정의를 확장하여 법적용에서 맥락에 따른 해석의 여지를 열어둠으로써 논쟁을 통해 법판단에서의 젠더 정의를 실현하기 위한 가장 중요한 토대이다. 이러한 입장에서 위안부 문제에 대한 법적 책임을 인정할 때 문제 해결의 실마리를 찾을 수 있을 것이다.

II. 아이리스 영의 정치적 책임

(1) 구조적 부정의에 대한 개인의 책임

아이리스 영은 기존의 개인 대 구조라는 이항대립 논쟁을 벗어나 개인을 구조와 연결시키고 있다. 그녀는 기본적으로 개인주의 방법론¹⁾을 택하면서도 사회구조적 부정의에 대한 개인의 책임을 인정한다. 아이리스 영은 개인과 제도는 지속적인 상호작용의 관계를 맺기에 사회구조의 부정의는 다수의 개인이 타인과 조화를 이루지 않고 자신만의 이익을 추진하는 가운데 축적된 결과라고 한다. 따라서 아이리스 영에게 개인이 사회구조를 생산한다는 의미는, 특정 개인이 구조적 부정의에 대해 책임이 있다는 뜻이 아니라, 사회제도가 개인과 적극적이든 소극적이든 관계를 맺고 있기에²⁾ 행위자들이 공동으로 구조적 부정의에 대한 책임을 진다는 의미

1) 116면. 개인은 자신의 법칙에 따라 구조와 전적으로 독립된 행위성을 갖기에 사회에 관한 모든 것을 개인의 특성과 행위가 작동한 결과로 설명할 수 있다는 주장이다. 이 주장은 구조적 관점에서 사회관계를 개념화하고 개인을 진정한 행위자로 보지 않는 사회구조론자와 대립한다.

2) 이는 단지 공동체의 성원이라는 이유로 정치적 책임을 진다는 한나 아렌트의 주장과 다르다. 한나 아렌트는 유대인 학살이라는 죄를 짓지 않았다고 하더라도 독일인이라는 이유만으로 독일의 이름으로 행해진 범죄에 책임을 져야 한다고 주장한다. 156면. 그러나 아이리스 영에 따르면 단지 공동체 성원성에 의해서가 아니라, 개인은 소극적이든 적극적이든 행위를 통해 부정의한 결과를 낳는 과정에 기여하기 때문에 사회 부정의에 대한 정치적 책임을 진다. 185면. 한편, **아이리스 영은 국가를 행위주체**

이다. 여기서 ‘정치적’의 의미는 관계를 조직하고 행동을 더 정당하게 조율하기 위해 다른 이들과 공적인 소통에 참여하는 것을 말한다. ‘책임을 공유한다’는 것은 책임을 나누거나 측정하지 않으면서 모두가 개인적으로 책임을 진다는 뜻이다.³⁾ 이러한 사회적 연결 모델에 따를 때, 법적으로 죄가 없는 사람도 정치적 책임이 있을 수 있게 된다.

(2) 정치적 책임과 아리스토텔레스의 덕의 윤리

아이리스 영이 법적인 의미의 죄와 정치적 의미의 책임을 구분하면서 사회적 연결 모델을 법적 책임 모델보다 선호하여 개개인의 정치적 책임을 강조하는 것은 아리스토텔레스의 주장과 맞닿아 있다. 아리스토텔레스에 따르면, 법적인 유형은 과거에 저지른 행동의 잘잘못을 따지며 분쟁당사자의 사익을 고려하는 것이기 때문에, 전체 공동체의 공공 선(善)을 고려하면서 미래지향적인 정책을 제시하는 정치적인 유형이 법적인 유형보다 윤리학의 측면 내지 덕이라는 측면에서 훨씬 더 우월하다. 또한 정의(正義)를 관념적 차원에서 다루지 않고 개개인의 상호작용이라는 실천적 차원에서 찾으려는 아이리스 영의 태도도 아리스토텔레스의 영향을 보여준다.

그런데 정의는 법의 이념 중 가장 중요한 이념이다. 정의는 우리 사회에 법이 존재하는 이유로서 무엇이 정의로운 법인가, 실체법에 대한 가치평가를 내용으로 한다. 오늘날 법에서 다루고 있는 정의론이 근원적으로 아리스토텔레스의 덕의 윤리에서 유래한다는 점에서 아이리스 영이 주장하는 정치적 책임이라는 사회적 연결 모델은 법의 이념을 실현한다는 의미를 갖는다.

(3) 실증주의에 입각한 법적 책임 모델

아이리스 영이 소개하고 있는 법적 책임 모델은 실증주의 법학방법론에 입각한 모형이다. 형식 논리학을 근거로 삼단논법에 따르는 실증주의 법학방법론에 의하면, 어떤 행위가 법에서 규정한 구성요건에 해당하고 조각사유가 없으면(특히 아이리스 영에 따르면, 비난가능성이 없으면) 죄가 되지 않는다. 실증주의와 비실증주의의 비교는 아래에서 자세히 다루겠지만, 어떠한 입장에서 법을 바라보느냐에 따라 법의 개념과 효력에 큰 차이가 있다.

(4) 사회적 연결 모델을 법추론에 적용

아이리스 영이 제시한 샌디의 경우처럼 누구의 과실도 없으나 결과적으로 구조적 부정의인 경우 사회적 연결 모델이 타당할 것이다. 그러나 노예제도 배상문제와 같이 소가 제기된 경우 또는 사법 판단이 필요한 사안에 대해서까지 정치적 책임이라는 이유로 사회적 연결모델을 적용하는 것은 재고의 여지가 있다. 왜냐하면 법의 흠결이나 정치적인 사유라는 이유로 판단을 하지 않는다면, 그것은 분쟁의 해결에 도움을 주는 것이 아니라 오히려 법원이 사법 판단이라는 자신의 책임을 회피하는 구실을 제공하기 때문이다.

로 보지 않는다.

3) 215면

동일한 사안일지라도 정치적인 측면에서 문제를 해결할 뿐만 아니라, 동시에 법적인 측면에서도 문제를 해결하는 것이 바람직하다. 가령, 국가 배상 문제의 경우 기존의 법률을 수정·보완하거나 새로운 법률을 제정하거나 혹은 정책을 마련함으로써 정치적인 영역에서 문제를 해결하는 것과는 별도로, 이미 배상심판 청구가 제기된 사안에서는 그에 대한 사법 판단을 미룰 수 없다. 이런 경우 재판관은 기존의 법실증주의 법학방법론에서 간과해 온, 혹은 은폐시켰던 구조적 부정의의 맥락까지 고려함으로써 사건의 법적 관련성을 모색할 필요가 있다. 여성주의 법학자들은 이를 여성주의 법학방법론이라 부른다. 아이리스 영이 법적 책임 모델의 문제점을 지적했듯이, 여성주의 법학자들도 기존의 법실증주의 법학방법론에 따른 왜곡된 판단을 시정하고자 강한 의미의 객관성을 확보하고 새로운 의미의 합리성에 따라 맥락을 확장하는 방법을 주장하였다.⁴⁾ 여성주의 법학방법론은 기존의 법학방법론에 대한 비판적 관점에서 아이리스 영이 제시한 사회적 연결모델을 법추론 과정에 적용한 모형으로 볼 수 있다.

III. 법개념론

앞에서도 언급했듯이, 아이리스 영은 실증주의 법개념을 전제로 법적 책임 모델을 소개하고 있다. 이하에서는 비실증주의 법개념에 따른 때 법적 책임 모델의 한계를 극복하고 사회적 연결 모델을 법의 영역에서 수용할 수 있음을 밝히고자 한다. 먼저, 실증주의 법개념과 비실증주의 법개념을 비교한 후, 규범의 합법칙성·제정성과 사회적 실효성·강제가능성 이외에 규범의 내용적 정당성·실질적 정당성 다시 말해 정의(正義)를 법의 개념적 요소를 할 경우 구체적인 사례에서 어떻게 적용되는지를 소개하기로 한다.

(1) 실증주의 법개념과 비실증주의 법개념 비교

법이 무엇이라는 질문은 고래부터 지금까지 한마디로 답하기 어려운 문제이다. 전통적인 고전 논리학의 개념정의론에 따르면⁵⁾ 유개념과 종개념 즉 최근류와 종차의 방법에 의해 일정한 대상들의 집합을 그 내용의 공통성 내지 유사성의 관계에 따라 일정한 개념어로 지칭하여 다른 대상집합과 구별한다. 고전적 개념정의론은 사안의 해명이 문제되는 것이 아니라 관련된 대상과는 무관한 부호사용의 관습이 관건이 되므로 임의성이 없는 형식논리학과 연결된다. 대상에 대한 인식을 요건으로 하며 본질주의의 입장에 바탕을 둔다. 오늘날의 개념확장론은 전통적인 개념정의론과 달리 유종차를 고려하지 않고 개념정의를 비연산적 시스템에서도 임의적으로 만들어 낼 수 있다. 일반적으로 사안의 해명이라는 관점을 가지고 목적합리성 즉 목적에 적합한가를 고려한다.

법학에서 전통적인 개념정의론은 법실증주의로, 개념확장론은 자연법론과 연결된다. 법의 개념도 두 입장에 따라 차이가 있다. 먼저, 법실증주의 입장에서 법이란 입법자가 만든 조문화된 규칙만을 의미한다. 법실증주의자들은 규범의 합법칙성·제정성과 사회적 실효성·강제가능성을 법의 개념적 요소로 삼는다. 법적 안정성과 언어적 명확성을 위해 법과 도덕은 분리된 것으로 보아 법과 도덕의 개념필연적 연관관계를 부정한다.⁶⁾ 이들은 ‘있는 법’에만 관심을 두고

4) 샌드라 하딩

5) 하프트 69-74면, 박98면

‘있어야 할 법’에 대한 논의를 법개념론에서 다루지 않는다. 법질서의 실질적 정당성을 개념요소에서 제외하는 실증주의적 태도는 법실증주의 진영에서조차 비판을 받았고, 오늘날 기존의 엄격한 법실증주의를 고집하는 사람은 거의 없다.

반면, 조문화된 규칙에 포함된 원리와 그 배후에 있는 원리까지를 포함하는 자연법론자들의 법은 광의의 개념이다. 이들은 법이란 무엇인가라는 개념에 관한 물음을 법이란 무엇이어야 하는가라는 이념, 특히, 정의(正義)에 관한 물음과 연관시킬 뿐만 아니라, 현실에서 만족스러운 법적 해결책을 찾기 위해 법효력과도 연관시킨다. 따라서 법실증주의가 법개념의 요소로 삼는 규범의 합법칙성·제정성과 사회적 실효성·강제가능성 이외에 규범의 내용적 정당성·실질적 정당성까지도 법형성의 주된 요소로 삼는 자연법론자들은 만약 법의 내용이 너무나도 부당하면 효력이 없고 효력이 없으면 법이 아니라고 본다.

(2) 규범의 내용적 정당성·실질적 정당성: 정의(正義)의 요청

히틀러의 법오용을 직접 목격한 독일의 법학자 라트브루흐는 입법자도 불법을 제정할 수 있다는 점을 깨닫고 “법이 법적 안정성의 이름으로 정의에 반하는 정도가 참을 수 없는 정도에 이를 때” 그 법은 법이 아니라고 하였다. 법이 법인 것은 권한 있는 당국에 의해 절차에 맞게 제정되어서 대다수의 사회구성원들에게 관철되고 있다는 것만으로는 부족하고 내용적 정당성·실질적 정당성을 갖추어야 비로소 법일 수 있다. 이는 ‘라트브루흐의 공식’ 또는 ‘불법논변’이라고 불린다. 라트브루흐의 불법논변에 따라 가령, 유가증권반환청구소송에서 독일의 연방법원과 연방헌법재판소는 형식적으로 법률이라는 옷을 걸친 나치시대의 법(‘법률적 불법’)에 대해 무효임을 선언하였다.

유가증권반환청구소송의 사건 개요는 다음과 같다. 나치치하에서 유태인으로서 독일국적을 가지고 있었던 원고는 1939년에 스위스로 이민을 한 후, 1941년 11월 25일에 제국시민법에 관한 제11명령 제2조, 제3조에 따라 독일국적을 상실함과 동시에 재산도 몰수당했다. 그러나 은행에 예치되어 있었던 원고의 유가증권은 나치멸망 이후에도 여전히 원고명으로 남아 있었다. 전후에 거주지를 독일로 다시 옮긴 원고는 은행에게 원고의 유가증권을 돌려달라고 요구하지만 은행은 이를 거부하였다. 이에 원고는 은행을 상대로 독일연방법원에 유가증권반환청구소송을 청구하였다. 독일연방법원은 형식적으로 법률이라는 옷을 입은 몰수에 대해 법으로서의 성격을 부인하였다. 피고인 은행이 판결에 불복하고 연방헌법재판소에 심판을 청구하자, 연방헌법재판소 역시 독일연방법원과 같은 취지의 판단을 내렸다. 연방헌법재판소는 “법과 정의는 입법자가 마음대로 할 수 있는 것이 아니다. 헌법초안자가 모든 것을 그의 의사대로 정할 수 있다는 생각은 불가치적 법실증주의 정신 상태로 다시 회귀한다는 것을 뜻한다.”면서 나치시대의 법령에 대하여 법관이 법으로서의 효력을 박탈할 수 있다고 하였다. 법관이 그 법령을 적용하거나 그 법적 효과를 인정하는 경우에 그것이 명확하게 정의의 기본권리에 반한다면 법 대신에 불법을 선언할 가능성을 인정한 것이다. 또한 법의 근본원리들을 명백하게 위반한 법률적 불법은 그것이 적용되고 복종된다고 하여도 법이 되는 것이 아님을 천명한 것이다.

6) 박은정 104면

또한 구동독 국경수비대가 베를린 장벽을 넘어오는 망명자를 동독국경법 제27조에 따라 발포하여 사살한 형사사건에 대하여 독일 연방법원이 내린 판단 또한 위안부 문제를 해결하는 데 시사하는 바가 크다. 독일 연방법원은 불법논변에 따라 그 당시 국경법의 효력을 박탈하고 그 결과 형법상 불법으로 판단하였다. 연방법원은 행위시에 존재하는 정당화사유는 오직 정의와 인간성의 근본사상을 명백히 아주 거역한 경우에 보다 상위에 놓인 법에 반한다는 이유로 배척될 수 있다고 하였다. 다시 말해, 장벽수비대의 발포행위가 정당화되려면 그 발포행위가 그에게 부과된 마지막 한계, 즉 모든 민족에 공통된, 인간의 가치와 존엄에 연관된 법적 확신들을 손상시킬 만큼 중한 것이어야 한다는 것이다.

이에 대하여 실증주의 법개념을 고수하는 사람들은 구동독 국경수비대에 대한 연방법원의 판결이 행위당시에 가벌성의 요건이 존재해야 한다는 소급효 금지원칙에 반한다고 비난한다.⁷⁾ 이러한 비난에 대하여 죄형법정주의 원칙을 어떻게 이해하느냐에 따라 다르다. 무엇이 극심한 불법인가가 명확히 인식될 수 있다면 그 규범은 이미 행위시에서도 법이 아닌 것이며 따라서 불법국가에서였다면 능히 있게 되었을 가벌성은 배제된다. 따라서 사후적으로 소급해서 법률 상태에 변동이 온 것이 아니라, 행위시에 법적 상태가 무엇이었는지를 다만 확정하는 것 뿐이라고 반박한다.⁸⁾

그 밖에 불법논변에 대한 비난은 다음과 같다. 법률적 불법이라는 표현 자체가 불명확하고 사람들에게 혼란을 준다. 법개념에 도덕을 결부시켜 법을 무효라고 하고 복종할 필요가 없다고 하는 것은 법적 안정성을 해치고 심할 경우 무정부상태의 위험을 야기할 수 있다. 법관이 입법자의 결정내용에 대항하는 것은 삼권분립과 민주주의 원리를 해친다. 불법적 법률이 초래한 제반 문제들은 소급입법을 통해 해결할 수 있다.

이러한 비난들에 대한 반박은 다음과 같다. 법개념의 언어적 불명확성과 함께 혼란을 야기시킨다는 것은 법개념논의를 분석적·개념적 차원에 한정시킨 결과다. 불법논변의 법개념은 법과 도덕 사이에 극심한 모순이 존재하는 경우 법관에게 참다운 법실천에의 용기를 부여할 수 있는 법개념이다. 실질적 정의를 위해서 법정안정성을 손상시킬 수 있다. 불법에 대한 인류의 보편인식은 엄연히 존재한다. 헌법재판소의 임무는 입법자가 국민의 기본권을 최대한 존중하도록 통제하는 것이다. 입법자들이 소급입법을 제정하지 않으면 속수무책이다.⁹⁾

IV. 일본군 위안부 문제

<p>옆집 아저씨가 아빠를 죽이고 우리 집을 부수고 들어왔다. “이제부터 내가 너희 집 주인이다. 내가 너의 아버지다.” 동네 사람들은 옆집 아저씨가 우리 집을 자기 집이라고 해도</p>
--

7) 김영환 50면

8) 박은정 113면

9) 박은정 110-113면

가만히 있었다. “이제부터 내 아들들을 위로해 주라”라고 옆집 아저씨가 내게 말했다. 옆집 아들들이 나를 끌고 가서 강제로 성관계를 맺으려고 했다. 내 오빠들도 옆집 아저씨의 눈치를 보면서 나더러 옆집 아들에게 잘 하라고 했다. 내 오빠를 원망해야 하는가? 나는 어떻게 해야 하나? 옆집 아저씨는 나와 내 오빠들에게 옆집 아들들을 위해 성적으로 즐겁게 해주면 배불리 먹게 해준다고 했다. 나는 무섭기도 했지만 배고파서 그렇게 했다.

그러던 어느 날, 앞집 아저씨가 옆집 아저씨를 우리 집에서 내쫓았다. 큰 오빠가 옆집 아저씨에게 잘못을 사과하라고 요구했다. 옆집 아저씨는 자기는 법적으로 사과할 의무가 없지만 돈을 얼마 줄테니 받으라고 했다. 큰 오빠도, 옆집 아저씨도 내가 옆집 아들들을 위해 밤낮으로 성접대한 것에 대해 아무 말도 하지 않았다. 오히려 조카들이 내 편을 들어 주었다. 그런데 옆집 아저씨 집에서 일하던 여자아이가 말한다. “옆집 아저씨가 도의적으로 돈 줬다. 실질적으로 너에게 배상한 거다.” 그 여자 아이는 내가 옆집 아들들을 위해 성접대한 것은 내 오빠의 잘못이지 옆집 아저씨의 잘못이 아니란다.

1. 제국의 위안부의 주장 요약

박유하의 주장내용을 간략히 정리하면 다음과 같다. 첫째, 위안부 문제는 일본군이 아니라 중간의 한국인 업자들 때문에 발생하였다. 둘째, 당시 한국 여성들은 자발적으로 위안부가 된 것이고 어린 소녀가 아니었다. 셋째, 일본 정부는 법적으로 배상책임이 없다. 냉전종식 후 이미 위안부에게 보상하였다. 넷째, 보상을 하면서 더 이상 위안부 문제를 거론하지 않겠다고 양국이 입장정리를 했는데도, 한국이 정대협的主장에 따라 계속해서 위안부를 문제 삼는다면 일본 내 반한 감정만 부추겨 양국관계를 악화시킬 것이다.

그런데 박유하는 제국의 위안부에서 자신의 주장을 제시할 때 ‘모든 것이 그런 것은 아니다’와 같은 ‘설령 ~했다하더라도,’ ‘~하지 않는다면,’ ‘~가 아닌 한’과 같은 표현을 함으로써 논리의 흐름을 거스르고 있다. 그녀가 존재하지 않는 것으로 가정하려는 바로 그것이 위안부 문제의 뜨거운 감자임에도 불구하고, 그녀는 이와 같은 표현을 통해 독자로 하여금 중요한 사항을 간과하게끔 유도한다. 가령, “모든 사례가 그렇지 않다. 게다가 동원이 ‘인신매매’를 통해 이루어진다는 것을 군이 알고도 지지한 것이 아닌 한, 설사 방관했다 하더라도 그 목인이 의식적으로 이루어진 것이 아닌 한, ‘강제연행’이나 ‘인신매매’의 주체를 ‘일본군’으로 상정하는 것은 무리가 있다.”¹⁰⁾ 또한 박유하는 ‘술은 마셨지만 음주운전은 아니다’는 식의 서술을 함으로써 논지를 흐리곤 한다. 가령, “무엇보다도 한국 정부의 당시의 요청은 식민지배에 대한 배상이 아니었다.¹¹⁾ … 식민지배에 대한 사죄라는 명확한 의식은 없었지만, 일본이 ‘개인의 피해’에 대한 보상을 한 것만은 분명하다. … 식민지배 문제는 한일협정 때 논의되지 않았거나 최종적으로 빠진 것으로 보이지만, 한일협정 때 보상금이 그런 경우까지 상정하고 전달된 금액이었다는 것은 분명한 사실이다.”¹²⁾ “한일협정 당시 일본에게 ‘식민지배’에 대한 책임의식이 없었던 것은 분명하다. 그러나 당시의 개인청구권 소멸 책임이 한국 정부에게 있었다면 일본에게 ‘법적 책임’을 지도록 요구하기는 어렵다. … 국가에 의한 ‘정신적 피해’를 보상하는 법, 제국의 식민지배에 대한 보상을 할 수 있도록 하는 법이 당시 존재하지 않았던 이상 ‘법적 보

10) 254면

11) 232면

12) 236면

상'을 요구할 수 없다는 것은 어쩔 수 없는 일이기도 하다.··· 이름은 '도의적 보상'이었지만, 1965년의 조약 때 일본으로부터 받는 보상금을 뒤늦게 전달한 것이니 실질적으로는 '법적 책임'을 완수한 셈이다. **셈에** 무엇보다도 소송자들이 소송을 낸 근거는 위안부들이 '강제노동'과 '인신매매'를 당한 것이었다. 그것이 당시의 국제법을 어긴 것이었다는 것이 '배상'요구의 근거였는데, 당시의 법을 실제로 어긴 직접적 주체는 일본국이 아닌 업자였다. 그런 의미에서는 소송자들의 '법적 책임'과 '배상요구' 자체에 이미 무리가 있었다.”¹³⁾

아래에서는 박유하의 네 가지 주장에 대하여 법적인 측면에서 순서대로 고찰하도록 한다.

2. 위안부의 자발성과 한국인 업주

박유하는 일본군이 한국 여성을 강제로 연행하거나 인신매매하였다는 주장에 대하여 한국의 위안부 여성들은 그들의 자유로운 선택에 의해 위안부가 된 것이라고 반박한다. 그런데 위안부 사례를 보면 경제적인 이유로 사회적 지위가 열악한 식민지 한국 여성들이 금품을 대가로 일본군의 위안부가 된 것이고, 설령 박유하가 주장하듯이 위안부 문제는 일본군이라 아니라 한국인 업주들의 잘못이라 하더라도 위안부가 된 이후 여성들은 이를 알선하는 포주 내지 업자들의 강압에 의해 일본군과 성관계를 맺도록 사실상 강요당했다. 따라서 박유하가 주장하듯이 한국 여성이 자발적으로 위안부가 된 것처럼 보인다 하더라도, 이것을 위안부의 자유로운 의사에 기한 것으로 보기 어렵다. **중간위** 한국인 업자에 대한 문제성을 제기한 박유하의 주장은 오히려 이것을 반증한다.

위안부와 업주의 역학관계는 마치 성매매와 포주·알선업자의 그것과 유사하다. 사회경제적으로 취약한 여성 결구

일본군이 어린 한국 소녀들을 강제로 연행하거나 인신매매하여 위안부가 되게 한 것이 아니라, 성인 여성이 자발적으로 위안부가 된 것이고 이에 대한 책임은 일본군이 아니라 중간의 한국 업주라는 박유하의 주장을 받아들인다 하더라도 식민지배와 전쟁이라는 구조적 제약을 고려하여 위안부 여성의 자발성을 엄격하게 해석해야 할 것이다. 일본군의 책임 문제는 실증주의와 연결하여 아래에서 살펴보기로 한다.

3. 제국의 위안부의 법개념

“물론 한국이 주장한 ‘새로운 틀’은 논리적으로는 정당한 요구였다. 그러나 식민지 시대엔 조선은 ‘일본’의 한 부분이 되어 있었고, ‘일본 국민’이 되어 있었다. 그리고 당시엔 국민이 국가에 의해 피해를 입을 경우에 보상을 청구할 수 있는 ‘법’이 존재하지 않았다. 그런 상황에서〔물론 식민지배에 관해서도 마찬가지다〕 어디까지나 피해국(‘다른 나라’)으로서 받기를 원했던 한국의 주장은 윤리적으로는 옳지만 ‘법적’ 배상을 요구할 수 있는 ‘법’이 없었다는 점이 문제로 남는다.

즉 일본 측에서 보자면, 받는 사람이 이미 ‘다른 나라 국민’이라면 왜 보상을 해야 하는지가 문제된다. 말하자면 식민지배가 이 시기에 ‘불법’으로 간주되지 않았다는 것이 문제의 핵심이다. 실제로 미국과 영국이 당시 한국 병합을 승인한 것은 그것이 당시에 통용되는 법으로서의 ‘조약’이라는 형식을 갖춘 것이었기 때문이다. 그런 한 일본으로서는 그것이 ‘불법’이 아니게 되는 것이다.”¹⁶⁾

박유하는 “법적으로” 일본의 배상책임이 없다고 주장한다. 박유하의 주장에서 “‘법’이 없었다”의 ‘법’이라든지 “‘불법’으로 간주되지 않았다”의 ‘불법’은 엄격한 법실증주의 법개념을 전제로 하고 있다. 법실증주의에 따르면, 법이라는 이름으로 제정된 것은 비록 내용의 정당성이 없더라도 강제성을 가지며, 확정적 명령으로서의 성격을 갖는다. 앞에서 살펴보았듯이 법은 정의를 지향해야 한다. 법이기 때문에 정의로운 것이 아니다. 입법자가 부정의한 법을 제정할 수 있음을 인정해야한다. 부정의한 법은 이미 법이 아니고, 법이 아니기 때문에 효력이 없다.

한편, 박유하는 법이 없다고 항변한다. 법의 흠결, 입법의 불비를 주장하는 것이다. 그러나 원리들을 법개념의 구성요소로 보는 비실증주의 법개념에 따르면, 원리는 최선상태명령으로서 가장 높은 정도로 실현될 것을 명령하는 규범이다. 원리는 상호충돌의 경우 어느 하나가 반드시 무효가 되는 것이 아니라 그 비중 혹은 중요성의 차원에 따라 적용된다. 원리에 있어서는 ‘형량’이 요구된다. 사건의 구체적 상황 하에서 이 충돌하는 원리들의 우선관계가 확정됨으로써 비로소 해결된다. ¹⁷⁾ 이 경우 법이 없으니 처벌하지 못한다가 아니라 정의실현을 위한 최선의 상태를 찾아 형량하여 문제를 해결하는 것이다. 실증주의 법개념의 한계와 모순은 박유하의 주장에서 여실히 드러난다.

16) 235-236면

17) 박은정 113면.

원리들을 법개념의 구성요소로 보지 않는 실증주의 법개념론에 따르면, 원리들이 항상 충돌할 수 있기 때문에 원리를 형량한다고 하더라도 법이 없거나 그 내용이 모호한 경우에 생기는 불확정성을 제거할 수 없다. 그러나 한 원리가 다른 원리보다 우월하게 되는 조건은 논증가능하며 그러한 우월조건에 상응하는 원리는 법적 효과를 지니게 된다.¹⁸⁾ 논증가능성이야말로 여성주의 법학방법론이 역5 러

“문제는 한일협정에 ‘보상’의 법적 근거가 없었다는 데에 있다. ‘일본인’들에게는, 징병이나 징용은 ‘일본 국민’의 이름으로 간 것이었고 사후에 ‘무덤(비용)’이나 은급(연금)이 지급되었다. 19)… 무엇보다도 한국 정부의 당시의 요청은 식민지배에 대한 배상이 아니었다.²⁰⁾ … 식민지배에 대한 사죄라는 명확한 의식은 없었지만, 일본이 ‘개인의 피해’에 대한 보상을 한 것만은 분명하다. … 식민지배 문제는 한일협정 때 논의되지 않았거나 최종적으로 빠진 것으로 보이지만, 한일협정 때 보상금이 그런 경우까지 상정하고 전달된 금액이었다는 것은 분명한 사실이다.²¹⁾ … 한일협정 당시 일본에게 ‘식민지배’에 대한 책임의식이 없었던 것은 분명하다. 그러나 당시의 개인청구권 소멸 책임이 한국 정부에게 있었다면 일본에게 ‘법적 책임’을 지도록 요구하기는 어렵다. … 국가에 의한 ‘정신적 피해’를 보상하는 법, 제국의 식민지배에 대한 보상을 할 수 있도록 하는 법이 당시 존재하지 않았던 이상 ‘법적 보상’을 요구할 수 없다는 것은 어쩔 수 없는 일이기도 하다. … 이름은 ‘도의적 보상’이었지만, 1965년의 조약 때 일본으로부터 받는 보상금을 뒤늦게 전달한 것이니 실질적으로는 ‘법적 책임’을 완수한 셈이다. … 무엇보다도 소송자들이 소송을 낸 근거는 위안부들이 ‘강제노동’과 ‘인신매매’를 당한 것이었다. 그것이 당시의 국제법을 어긴 것이었다는 것이 ‘배상’요구의 근거였는데, 당시의 법을 실제로 어긴 직접적 주체는 일본국이 아닌 업자였다. 그런 의미에서는 소송자들의 ‘법적 책임’과 ‘배상요구’ 자체에 이미 무리가 있었다.”²²⁾

당사자의 국적이 다르다고 해서 법률적 불법의 효력이 바뀌는 것은 아니다. 법의 이름으로 독일 국적을 가진 유태인 원고가 독일 국적을 상실하면서 재산을 몰수당한 것 자체가 불법이고 법의 효력이 없다고 한 것처럼, 법의 이름으로 일본 국적의 한국인 위안부가 전시에 일본군을 위해 성관계를 맺은 것 자체가 불법이고 법의 효력이 없다.

박유하 식의 접근방법으로는 위안부 문제처럼 심히 정의롭지 못한 사건을 만족스럽게 해결하지 못한다. 왜냐하면 법이라는 이름으로 제정된 규범은 모두 정의롭고 법적 효력이 있다는 실증주의 법개념을 따르면 포섭을 통해 법적용을 할 때에서 전부 혹은 전무의 방식을 취하기 때문이다.²³⁾ 즉 명백히 부정의한 법임에도 불구하고 법이라는 옷을 입었다는 이유로 거부할 수 없고 그 적용 결과가 부정의함에도 불구하고 복종해야하기 때문이다.

따라서 설령 박유하의 주장을 받아들여 행위시에 정당화사유가 존재한다고 가정하더라도, 또는 일본군이 위안부를 강제동원하거나 인신매매를 한 적이 없고, 한국여성이 자발적으로 위안부가 된 것이라고 주장하더라도 일본군의 위안부 문제는 정의와 인간존엄이라는 근본사상에 명백히 반하기에 위안부에 관한 규범은 규범으로서 효력을 상실하는 것이고 위안부에게 초래된 피해에 대하여 일본은 책임을 져야 한다.

V. 나오는 말

이 글에서는 사건을 해결하기 위해서, 가령 위안부 문제를 해결하기 위해서 법을 어떻게 적용해야 하는지 혹은 어떻게 판단할 것인지, 논증 부담이든지 논증 구조 등을 다루지 않았다. 이에 앞서 아이리스 영과 박유하 둘 다 실증주의 법개념을 전제함으로 말미암아 비롯된 오류와 오해를 시정하고자 법학에서 다루고 있는 법개념론을 고찰하였다. 왜냐하면, 법의 적용과 판단의 근거가 되는 법이 무엇인지, 법의 개념적 요소를 무엇으로 보는지에 따라 법판단 내지 법적용의 결과는 판이하게 다르기 때문이다. 정의(正義)라는 법의 이념과 실정법 이면에 자리하는 법원리를 법개념의 요소로 수용할 때 논의의 새로운 지평이 열릴 것이다.

엄격한 형식에 매여 논리적 절차에 따라 법적 판단을 하는 경우에는 자유로운 논증의 여지가 없다. 비실증주의 법개념을 수용할 때에야 비로소 형식 논리학에 매도된 전통적인 법학방법론의 우를 벗어날 수 있다. 논증은 맥락에 의존적이다. 젠더 정의를 이념으로 하는 여성주의 법학방법론이 맥락을 강조하는 것도 이 때문이다. 개념들이 사물에 따라 만들어 질 뿐만 아니라 그 사물과의 경험이 개념들 이전에 존재하는, 규범과 사례가 서로 넘나드는 해석학적 순환을 통해 실질적인 결론이 도출되는 것은 개념정의의 확장을 통해 가능하다. 이를 수용한 법학방법론은 논증의 부담이 어디에 놓이는가를 결정하고 합리적인 논증구조를 제시할 수 있다. 관련하여 여성주의 법학방법론에 대한 논의는 추후 완결된 논문으로 선보이길 기대한다.

23) 법적용에 있어서 법실증주의 법개념에 따르면 포섭을 통해 어느 한 규칙이 적용되면 다른 규칙은 그 적용이 배제되는, 전부 아니면 전무의 방식을 취한다. 규칙이 서로 충돌하는 경우에도 어느 하나는 무효가 된다. 가령, 판매영업시간을 13:00시부터 금지한 주법과 19:00시까지 허용한 연방법이 충돌하는 경우 “연방법은 주법을 개폐한다”라는 규정에 따라 주법이 무효가 되고, 즉 주법의 적용이 배제되고 연방법의 적용된다.