

국제 사법 재판소(ICJ) 국가면제(독일 대 이탈리아)사건 판결

벤누나 재판관 개별의견

2012년 2월 3일

1. 나는 독일과의 분쟁 과정에서 이탈리아가 독일의 국가면제를 침해했다는 판결 주문(판결 제 139 항(1))에는 동의하지만 재판소가 채용한 어프로치와 이유의 논리를 지지할 수 없다.

2. 주지하는 바와 같이 세계화의 조류 속에서의 우호 관계라는 최신 동향에도 불구하고 국가면제 원칙의 사정거리에 대한 국가의 견해는 대립하고 갈등이 깊어지고 있다.

3. 과거에는 주권 국가의 절대성을 바탕으로, 어떤 국가도 모든 상황에서 다른 국가의 재판에서 면제를 요구할 수 있다고 하는 절대면제주의가 타당하다고 여겨졌다.

4. 하지만 대부분의 국가는 국제적인 행위 주체의 다양화나 국제법의 발전으로 야기된 주권 개념의 현저한 변화에 적응해서 국가면제에 대한 입장을 상대화시켰다. 이는 요컨대 국가면제에서 사적·상업적 행위(업무관리행위)를 제외해서 주권행위에만 제한하는 것이었다. 그러나 그 두 가지 유형의 구별은 항상 쉽지는 않다. 또 국내법에 관해서는 재판소의 지적처럼(판결 71 항) 수가 적고 내용도 일관되지 않는다. 각국의 관례에 대해서도 마찬가지이다. 이들은 국가면제의 법이 모든 종류의 사물을 포함한 기치에 불과하다는 인상을 준다.

5. 실제로 각국은 국가면제를 규제하는 국제법에 상관 없이 자국의 국내 법원이 외국의 특정 행위를 심판하는 것을 허용하는 국내법을 제정했다. 예를 들면 미국은 미국 정부에 의해 "테러 지원국"으로 지정된 외국에 대한 손해 배상 민사 소송을 국내 법원이 수행할 수 있도록 1996년에 국내법(외국국가면제법(1976)1605A)을 개정했다. 그 결과, 법학자들은 국가면제의 관습법에 비추어 이 분야의 국가 입법권의 한계에 의문을 제기하게 됐다.

6. 1972년 유럽국가면제조약(제 11 조)과 2004년 유엔국가면제조약(제 12 조)이 주권행위와 업무관리행위를 구별하지 않는 "불법 행위 예외"를 도입한 것으로 상황은 더욱 복잡해졌다. 이 예외는 행위의 목적을 가리지 않고 법정지 국내의 인간과 재물의 손해를 커버하려는 것이었다.

7. 게다가 오늘날에는 주권 행사와 국가 책임은 가리기 어렵게 연결되어 있다. 국가는

보호 의무를 지는 자국민에 대해서 뿐만 아니라 그 영역 외에서 다른 국가의 국민에게 손해를 주는 행위에 대해서도 책임을 진다.

8. 주권 행사와 책임이 불가분하다는 것은 국가가 책임을 지는 것을 조건으로 외국 법원에서 주권 평등 원칙에 따라 국가면제의 주장을 정당화할 수 있다는 것이기도 하다. 다시 말하면 법원에서의 면제 향수는 국가 책임으로부터의 해방을 뜻하지 않는다. 이는 국가 책임에 대한 심리를 다른 외교적 수단 또는 사법 기관에 맡기는 것에 불과하다. 주권 평등은 국제적 합법성의 존중에 관한 평등을 동반해야 의미가 있다.

9. 이 사건처럼 국제 범죄와의 관계에서 제기된 경우에는 국가면제 문제는 그것이 단순한 절차 문제라고 지적하는 것만으로는 피할 수 없는 근원적인 윤리적 법률적 문제를 국제 사회 전체에 불러일으키는 것이 강조돼야 한다.

10. 게다가 재판소도 주목하는 바와 같이 독일은 "특히 학살에 있어서 또는 전 이탈리아 군인 수용자에 관해서 이탈리아의 남녀에게 준 필살로 다할 수 없는 고통"이라고 해서 책임을 져야 할 불법 행위가 있었음을 인정했다(판결 52 항). 하지만 재판소는 "독일이 당시 승인을 거부한 지위를 가지고 있던 것을 이유로 특정 유형의 피해자들에게 보상을 거부한 것은 놀랄 만한 것이고 유감스럽다고 생각한다."라는 견해를 나타내는 데 그쳤다(99 항).

11. 나의 생각에 따르면 원칙에 관한 문제로서도 이 사건의 결론으로서도 재판소는 이 문제를 거기에 방치한 채로 해서는 안 되었다. 우선 원칙에 대해서는 재판소는 이미 "국가면제를 이유로 그 국가 기관에 대한 사법 절차를 진행하지 말라고 외국 법원에 통보한 국가는 그 기관이 수행한 모든 문제가 된 국제 위법 행위의 책임을 진다"고 밝혔다(2008.6.4. 형사 사법 공조에 관한 특정 문제 사건(지부티 대 프랑스)판결). 이 사건에서는 독일은 그 기관이 수행하고 국가에 귀속하는 범죄 행위에 대해서 국가로서 국가면제를 원용했다. 그래서 이들 행위의 책임을 져야 한다.

12. 국제법학회가 2009 년 나폴리 회의에서 채택한 "국제 범죄 사건에서 국가 및 국가를 대표해서 활동하는 개인의 국가면제"에 관한 결의는 국가면제는 국제법 규칙을 회피하는 것이 아니라 각국의 사법권의 실행에 있어서 법원이 주권 평등을 고려할 수 있게 한 것이라고 표현한 "제 원칙"이라는 조항(제 2 조)을 포함한다.

"국가면제는 관할권의 적절한 배분과 실행을 보증하기 위해서 관계국의 사법 절차에서 주권 평등의 존중과 국가를 대표해서 활동하는 개인의 기능의 효율화를 위해 국제법에 근거해서 주어진다."

13. 이 사건에서는 루이지·펠리니 씨 등 전 이탈리아 군인 수용자를 비롯한 문제가 된 유형의 피해자들에 대한 행위의 위법성을 인정하고 있는 독일은 원칙적으로 이들 행위의 책임을 져야 하고 그저 법정지 국내 법원에서 면제를 누릴 수 있는 상황이 있는 것에 불과하다고 재판소는 말했어야 했다.

14. 게다가 책임의 원칙에서 도출되는 결론에 대해서 재판소는 다음과 같이 말했다.

"이탈리아에서의 절차의 근거가 된...이탈리아 군인 수용자와 기타 보상 미제를 호소하는 이탈리아 국민의 청구는 향후 이 문제 해결을 위해 열리는 2 국간 교섭의 주제로 될 것이다"(판결 제 104 항).

나의 생각으로는 이를 단순히 협상의 주제자 되는 가능성이 있다고 보는 것이 아니라, 독일은 그 국제 책임을 지고 제2차 대전 후 독일이 채택한 기준에 대해 이에서 제외된 유형의 피해자를 포함시키기 위한 수정에 대해서 이탈리아와 협의해야 한다.

15. 그러므로 국가가 법정지 국가의 법원에서의 국가면제 이익을 상실하는 것은 위법 행위의 입안자로 추정되는 국가가 어떤 형태의 책임도 거부하는 예외적인 상황에서 뿐이다. 문제의 국가가 자신이 의거한 법의 근원적인 원칙에 따르는 것을 거부하는 경우에는 자국에서 재판을 받는 개인의 권리가 우선된다.

16. 나의 생각으로는 이러한 예외적 상황을 국내 및 국제 법원이 놓칠 리가 없다. 만일 놓치면 국제법 질서의 근원을 허물게 할 가능성이 있는 악용에 길을 열게 될 수 있다.

17. 로절린 히긴스의 다음 말처럼 법관은 항상 법과 정의에 궁극적인 우선권이 주어지도록 세심한 주의를 기울여야 한다.

"관할권에 관한 표준 규칙의 예외(국가면제)는 국제법이 요구하는 경우, 즉 그것이 정의 및 당사자 간의 공평한 방어와 조화하는 경우에만 인정되어야 한다. 그것은 '권리로서' 주는 것은 아니다."("국가면제 법의 미해결 측면"1982)

18. 국제사법재판소는 국가의 주권과, 그러한 주권 속에서 기능하는 정의와 공평에 같은 비중을 두려고 하는 지난 수십년의 국가면제를 통제하는 법제도의 발전을 가능하게 만든 어프로치에 추종해야 했다. 주권에 대한 우에스토화리아 개념은 희미해지고 개인이 국제법 제도의 중심적 위치를 점차 차지하고 있다.

19. 그 발전의 일부는 국제법 위원회의 성문화 작업과 유엔국가면제조약 (2004.12.2. 유엔총회 결의 59/38 에서 채택)을 반영한 것이었다. 그러나 그 발전은 이미 끝난 것은 아니다. 그것이 재판소가 제기된 사건을 심리할 때 논의된 개념과 규범을 재평가하면서 필요가 있으면 해석에 관해서 새롭게 출현한 경향과 그 사정거리에 대해서 지적하는 이유다.

20. 재판소는 국가면제 향수는 국가 책임에 영향을 주지 않는다고 분명히 인정했지만 (판결 제 100 항), 거기에서 분명한 결론을 도출하지 못 했다. 예를 들면 재판소는 그 책임을 완전히 부정하는 국가는 국가면제를 요구하는 권리를 잃을 것이라고 부언할 수 있었을 것이다.

21. 국가면제 요구에는 의무가 따른다. 즉 국가는 적절한 방법으로 국제 책임을 다해야 한다. 그리고 무력 분쟁에 관해서는 이러한 방법에 국가 간 협상이 포함된다고 나는 생각하지만 그 협상은 문제의 모든 상황을 커버하는 것을 조건으로 운영되어야 한다.

22. 이 사건에는 특별한 외관적인 특징이 있다. 독일은 문제의 불법 행위 책임을 이탈리아 법원에서 인정했다. 그리고 이들 행위의 전부 또는 일부가 이탈리아령 내에서 이뤄졌다. 그러나 독일이 국가면제를 요구하고 이에 관한 의무에 이탈리아가 위반했다며 이 재판소에 제소했다. 또 이 사건에 관계된 개인 피해자들은 여러 소송을 제기하고 패소했다.

23. 그러나 그들 개인은 독일 법원과 유럽인권법원에서 승소할 것은 불가능했다거나 더 이상 독일에는 그들에게 대한 보상 의무가 존재하지 않는다고 판단할 수 없다. 그런 의무는 독일이 인정한 국제 불법 행위의 결과이며 국가 간 협상으로 해결할 수 있을 것이다. 그러므로 이는 양국 간의 미해결 문제이다.

24. 이런 종류의 위반에 관한 모든 분쟁 처리에 대해 국가면제를 부정할 예외 상황으로 간주해야 한다는 요구는 전혀 현실적이지 않다. 그것은 모든 무력 분쟁 피해자 개인에 의한 보상 청구 소송이라는 판도라의 상자를 여는 가능성이 있다.

25. 만일 독일이 그러한 해결의 길을 닫아, 그것이 열 기미도 없는 경우에는 같은 종류의 불법 행위에 대해서 외국 법원의 국가면제 부정이라는 문제가 다시 정당하게 제기될 수 있다고 나는 생각한다. 이처럼 재판소는 이탈리아가 독일의 국가면제를 존중할 의무를 위반했다고 판단하면서 어떤 의미에서도, 국제법상의 다른 근본 규범, 즉 국제 위법 행위에 대한 국가 책임 이행을 방해하려는 의도는 없었다.

26. 그래서 나는 제 2 차 세계 대전까지 거슬러 올라가는 문제인 것, 그 분쟁의 종료 이후 독일에 의해 이뤄진 노력, 이에 대한 국제 책임을 다하려고 하는 뜻에 비추어 위에서 언급한 국가면제 부정을 허용해야 할 예외적인 상황에 현재까지 이르지 않다고 생각되는 이 사건의 성질을 근거로 판결의 주문에 찬성 표를 던졌다.

27. 재판소는 판결 제 103 항에서 했던 것처럼, 국가 실행과 학설에 의한 지지가 없다는 구실로 이른바 "마지막 수단"의 주장을 기각할 수는 없다. 사실 "회부되는 분쟁을 국제법대로 재판하는 것을 임무"(재판소 규정 제 38 조) 로하는 재판소는 그 법적 상황 속에서 그 문제에 대한 규범을 해석 적용해야 한다. 다시 말하면 당사자를 구속하는 다른 법 규칙을 고려해야 한다. 결론적으로는 특히 국내 법원 예비 심사에서 불법 행위에 의한 국가 책임에 대한 보상 청구의 길이 막히고 있다고 생각되는 경우에 국가 책임을 통제하는 법의 효과를 고려하지 않고 국가면제 법을 어떻게 해석 적용하는지 이해 곤란하다.

28. 모든 요소와 그 상호 보완적 성질을 고려함으로써 재판소는 국제 사법을 위한 국제법의 통일적 해석을 달성할 수 있다. 이 통일적 해석이라는 근본적인 기능이 재판을 요구하는 국제 범죄 피해자를 고려하지 않고 좁은 의미의 국가면제를 고립해서 고찰하는 좁은 형식적인 어프로치에 제한되는 것은 있을 수 없다. Vaughan Lowe 가 제창한 "접합 규범"이 국가면제법과 국가 책임법의 연결의 확립을 가능하게 만든다고 생각할 수 있다. 이는 재판소가 골프 해협 사건(영국 대 알바니아) 본안 판결에서 인권과 국제인도법의 접점으로서 "인도의 기본적 고려"에 언급했듯이 법의 일반 원칙에 의거함으로써 이뤄질지도 모른다.

29. 재판소는 사법 업무의 "기술적" 개념에 의거하면서 국내 법원은 국가면제에 대해서 "각 사건의 특유 사정을 고려하지 않고" 예비적 문제로서 결정한다고 했다 (판결 제 106 항). 하지만 이는 오해이다. 실제로는 국가면제 문제나 국가면제의 부정을 요구하는 원고의 주장에 대해서 결정하기 위해서 사건의 본안에 대해 심리해야 하는 일은 드물지 않다. 예를 들면 우리 재판소가 관할권에 대한 이의는 "오로지 예비적 성질"을 갖는 것이 아니라고 판단하기 위해서는 계류하는 사건의 본안에 대해서 심리하지 않으면 안 되는 것이다.

30. 또한, 이탈리아가 국민을 대신해서 외교 보호권을 행사해서 국민의 주장을 지지할 가능성이 있는 것도 잊어서는 안 된다. 이 재판소가 Ahmadou Sadio Diallo 사건(기니공화국 대 콩고민주공화국) 선결적 항변 판결(2007)에서 인정했듯이 이 제도는 국제적인 인권 보장의 마지막 수단을 의미한다.

31. 마지막으로 나는 이 재판소의 이유에 관한 논리가 관할권의 배분 방법의 요소인 국가면제는 궁극적으로 피해자에 의한 재판의 요구에 대한 장애물이 되는 경우에는 정당화될 수 없다는 현대 국제법 논의에 기초를 두지 않은 것을 유감스럽게 생각한다. 즉, 엄밀히 말하면 국가면제는 국가가 타고나는 주관적 권리가 아니라 각 사건의 성질이 허락하는 경우에는 외국의 재판을 받지 않아도 된다는 가능성에 불과하다.

32. 재판소가 판결(제 106 항)에서 시사한 것과 달리 국내 법원은 국가면제에 관한 법을 해석 적용하는 완전한 권한을 가진다. 그 권한이 예비 심사에서 행사될 경우 해당 사건의 상황이 외국의 국가면제를 누리는 허용 여부의 판단에 필요하다면 국내 법원이 해당 사건의 모든 사실에 대해서 심리하는 것은 무방하다.

33. 남은 문제는 학살과 인도에 대한 범죄 같은 국제 범죄 실행의 위에 세워진 조직적인 국가 정책에도 주권행위의 이름으로 국가면제가 허용되느냐는 문제이다. 이 문제는 다른 문제를 일으킨다. 즉, 통상의 국가 작용과 국제 범죄로 분류되는 작용을 구별하고, 그것을 국가면제 항수에서 배제할 권한을 누가 가지느냐는 문제이다. 한편, 이 사건처럼 범죄 행위가 국가에 의한 것임이 확정되고 인정된 경우 국가는 어떤 시점에서 최종적으로 외국 법원에서 재판을 받는 것을 회피하기 위해서 보상을 위한 적절한 회로를 열 것이 요구된다.

34. 이 사건은 한 국가에 대한 국가면제 제도는 그 국가가 자신의 국제법 위반을 자인하는 것과 밀접한 관련이 있음을 명백히 증명하고 있다. 관습 국제법의 분석에서 이 추세에 주목하고, 그 국제법 형성의 영향을 예상하는 것은 우리 재판소에 주어진 의무이다. 이 추세를 반영한 국내 법원의 판단이 별로 존재하지 않는 것은 재판소가 이 추세를 무시해야 하는 것을 의미하지 않는다.

35. 형사, 민사를 막론하고 확립된 뛰어난 사법 기관과 국제적 차원의 법의 지배는 국가의 이름으로 활동하는 지도자들의 국제 범죄와 그 방지에 관한 법의 절대적인 규범에 대한 침해를 억제하는 데 기여한다. 이러한 억제 기능이 국가와 그 대표자들에게 대한 국가면제에 대한 소극적인 어프로치에 의해서 손상되지 않도록 조심해야 한다.

(서명) 모하메드 벤누나.

[→ HOME](#)