

보이오티아현 대 독일 연방공화국  
(디스토모 학살 사건)  
(Case No 11/2000)  
그리스 대법원  
2000.5.4.

(International Law Reports 129 게재 영어 역을 번역했다. 이 책에 따르면 주문은 "이 사건 상고를 기각한다. 그리스법원은 이 사건에 대한 관할권을 가진다", 7 대 4 의 다수에 의한 판결이다. 다음은 판결 본문중 영역된 관계 부분이며, 전체가 아니다. 이 책에서 제시된 판결 요지에 따르면, 다수 의견의 영어 번역 부분 후에 "강행규범에 위반하는 전쟁 범죄를 행한 국가는 면제의 권리를 묵시적으로 포기했다"라는 원심 판결을 승인하는 기술이 있는 것으로 보인다.)

이유 (관계 부분)

이 사건 상고는 독일이 레바디아 제 1 심 법원 합의체 판결 No.137 / 1997 에 대해 민사 소송법 제 559 조에 따라 제기한 것이다.

헤이그 국제사법재판소규정 (1946) 제 38 조 1 항에 따르면, 국제법의 법원(法源) 중 하나는 법률로서 인정된 일반 관행의 증거로서의 국제관습이다. 따라서 어느 국제관습이 존재한다고 하기 위해서는 두 가지 요소가 필요하다. (a) "상시적이고 통일적인 실행이라는 현실적인 외부 요소" 와 (b) "이 실행이 구체적인 법적 의무나 권리와 일치한다는 확신 (opinion juris sive necessitatis)이라는 심리적 요소"이다.

따라서 국가가 그 관계에 있어서 긍정적이든 부정적이든 국제법상의 법적 의무임을 확신하면서 어떤 실행을 할 때, 그들은 관습을 만들어 낸다. 대상이 되는 문제의 특성상 더 밀접한 관계에 있는 국가가 국제관습의 형성에 더 큰 영향력을 행사하게 된다. 실행의 지속 기간은 적용의 일관성과 관습규칙의 가치 확인을 나타낼 것이므로, 관습규칙의 형성을 위해 장기간의 실행이 필요하지 않은 경우를 제외하고는 국가 실행의 가치를 판단할 때 시간의 요소도 고려해야 한다. 우선, 헌법 제 28 조 제 1 항에 따라 이에 반하는 모든 법률 규정에 우월하고, 그리스법의 중요한 부분을 구성하는 국제법 규칙으로 일반적으로 받아들여진 관습의 존재를 확인하는 것이 기본적으로 중요하다. 관습을 확정하기 위한 증거 내용에 대해서는 1951, 유엔 국제법위원회가 국제 및 국내 법원의 판결, 외교 문서, 국가 법률 고문의 의견, 국제 조약 및 국내법, 국제 기관의 관행 등을 포함한 참고 목록을 작성했다. 국제법 규칙의 존재와 내용의 결정에 기여하는 국제 재판소와 국내 법원의 사법 판단과 함께 이미 유효한 관습적 규칙을 구체화하거나 그런 규칙을 창출하는 조약의 성문화에도

주목하고 있다. 마지막으로 법학, 특히 각국의 저명한 국제 법학자의 학설 (국제사법재판소규정 제 38 조 (l) (d))은 법의 규칙을 결정하기 위한 보조적인 수단이 된다.

법정지국(法廷地國) 법원의 국제 관할권에 외국이 따르지 않는 것을 의미하는 외국의 치외법권 또는 국가면제는 관습국제법의 규칙이다. 따라서 헌법 제 28 조 제 1 항에서 말하는 일반적으로 받아들여진 국제 공법의 규칙으로서 그리스법의 중요한 부분을 구성하면서 어떠한 반대 조항에도 우선한다.

현대의 해석으로는 국가면제 제도는 국가의 주권, 독립, 평등에서 도출되며 그 목적은 국제 관계의 혼란 회피에 있다. 현재의 국제법 사회에서는 외국의 면제는 외국의 모든 행위를 대상으로 하는 (절대면제주의) 것이 아니라 제삼자에 대한 주권 행사를 구성하는 행위 (acta jure imperii)만을 대상으로 하는 것이 인정되고 있다. 그것은 외국 국가가 사법(私法) 관계의 틀 안에서 재정적으로 하는 행위 (acta jure gestionis)에는 적용되지 않는다 (상대 또는 제한 면제주의). 주권행위 (jure imperii)와 업무관리 행위 (jure gestionis)의 구별은 법정지국의 법에 따라 결정되어 구별 기준은 외국의 행위의 성질, 즉 행위 자체에 주권 권력의 행사를 필연적으로 동반되는지 여부이다.

또한 유럽 평의회는 틀 안에서 외국 국가에 대한 면제를 더욱 제한하려는 국제적인 경향은 '국가 면제에 관한 유럽 협약' 체결 (1972.5.16. 바젤)로 이어졌다. 이 조약은 유럽의 국제관습법을 성문화한 것으로, 영국, 독일, 오스트리아, 벨기에, 키프로스, 룩셈부르크, 네덜란드, 스웨덴의 유럽 평의회 회원국 8 개국이 비준하고 있다.

오늘까지 다른 유럽 국가들이 이 협약을 비준하지 않고 있는 것은 반드시 그 기본 원칙에 대한 부동의의 의미를 의미한다고는 할 수 없다. 유럽 국가들은 전반적으로 제한적 면제주의 원칙을 받아들여 관습적으로 적용하고 있으며, 실제로 이러한 국가들에는 이탈리아, 프랑스, 그리스처럼, 이 원칙을 먼저 적용한 국가들도 포함되어 있기 때문이다.

이 성문화 협약 제 11 조에 따르면 체약국은 사람 또는 재산에 대한 불법행위 (고의, 과실을 묻지 않고 신체적 상해, 살인, 재산 파괴, 방화 등)로 인한 손해를 배상할 민사 책임에 대해 그 불법행위가 당사국의 주권행위인지 업무관리 행위인지를 불문하고 다른 체약국 법원의 관할권에서 면제를 주장할 수 없다.

외국 국가의 불법행위 책임이 성립하기 위한 또 하나의 요건은 법정지국과의 관련성의 존재이다. 특히 (a) 작위 또는 부작위가 법정지국의 영역에서 발생하고 (b)

작위 또는 부작위의 주체가 사실 발생시에 그 영역에 존재하고 있던 것이 모두 입증되어야 한다.

또한 1972 유럽 협약은 영역성 원칙을 표현하는 위 조건 (법정지국의 영역 내에서의 불법행위 실행과 그 실행시에 주체가 그 영역에 존재하고 있던 것)을 충족한 경우에 외국 국가에 대한 불법행위 책임에 관한 청구에 있어서 면제를 부정하는 입법을 한 많은 국가에 영향을 주었다. 이러한 면제 예외는 미국 (1976. 외국주권면제법 (FSIA) 제 1605 조 (a) (5)), 영국 (1978. 주권면제법 (SIA) 제 5 조), 캐나다 (1982. SIA 제 6 조), 호주 (1985. FSIA 제 13 조), 남아프리카 공화국 (1981. FSIA 제 6 조), 싱가포르 (1979. SIA 제 7 조) 의 법률에 규정되어 있다. 또한 미국, 캐나다, 브라질, 이집트, 영국, 독일, 프랑스, 이탈리아, 그리스, 소련, 중국, 인도, 일본 등 34 개 회원국 대표로 구성된 유엔 국제법위원회 (ILC)는 1978.에 시작한 "국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 조문 초안"의 최종 버전을 1991.에 총회 채택을 위해 제출했다. 국가면제에 관한 국제 사회의 의견을 반영하고 유럽국가면제조약에 포함된 원칙에도 영향을 받고 있는 이 중요한 문서는 제 12 조에서 더 넓고 철저한 표현으로 "작위 또는 부작위의 전부 또는 일부가 다른 나라 (법정지국)의 영역에서 행해져 작위 또는 부작위의 주체가 작위 또는 부작위의 시점에서 그 영역에 존재하고 있었다"고 위 요건과 똑 같은 요건 하에서 외국 국가의 불법행위책임에 대한 면제 예외를 규정하고 있다.

제 12 조에 첨부된 특별 보고관 해석 코멘트에서는 이 규정은 영역성 원칙에 기초하고 있으며, 그 행위가 주권행위였는지 업무관리행위였는지를 불문하고 외국 국가의 기관 또는 대리인이 법정지국 영역내에서 사람에게 대해 고의 또는 과실에 의하여 행한 불법행위 (정치적 암살까지 포함)에 관한 것이라는 것을 밝히고 있다. 국제법위원회의 위 초안과 같은 취지의 것으로 국제법연구소가 작성한 결의 (역시 1991)이 있다. 이 결의는 법정지국의 영토 관할권 내에서의 외국 국가와 그 대리인의 불법행위로 인한 사망 또는 신체 상해 또는 재산 상실이나 손해에 대한 손해배상청구 절차에 대해서는 법정지의 기관이 관할권을 가지는 것을 인정하고 있다 (제 2 조 2 항 (e)).

게다가 미국을 비롯한 많은 국가의 국내 법원은 법정지국의 영역에서 실행된 주권 행위에 해당하는 불법행위이며, 그 실행시에 실행 주체가 당해 국가의 영역에 존재했던 경우에는 사인(私人)이 외국 국가에 대해 제기하는 손해배상청구소송에 대해 법정지국의 관할권을 인정하는 판결을 내리고 있다. 예를 들어, 다음과 같은 사건을 들 수 있다: *Letelier v. Republic of Chile* (488 F Supp 665 (1980))는 당시 칠레 정부가 명령하고 그 기관이 실행한 미국 내에서의 폭탄 공격에 의한 전 칠레 대사 Orlando Letelier 암살, 즉 인권과 국제법 원칙에 위배하며 행해진 주권행위에 관한 사건에 대해 미국 법원의

관할권을 인정했다. 마찬가지로 Liu v. Republic of China (642 F Supp 297 (1986))에서는 국가주권의 행사로서 활동해온 중국의 대리인에 의해 대만 반정부 활동가 Henry Liu 가 미국 영역 내에서 (총격에 의해) 처형된 일에 관한 소송에서 미국 법원의 관할권을 인정했다.

국제법에 관한 많은 저명한 저술가들도 이 면제예외를 채용하고 있다. 이러한 사실로 국제 사회의 국가들의 일반적인 국가 실행이 법으로 수용되고, 헌법 제 28 조 제 1 항에 따라 최상급의 법으로서 국내법의 중요한 부분을 구성하는 국제 관례가 형성된 것이 증명된다. 이 규칙은 법정지국의 영역 내에서, 불법행위를 실행했을 때 해당 영역 내에 존재했던 외국 기관이 사람이나 재산에 대하여 행한 불법행위에 관한 손해배상청구에 대해, 비록 그것이 주권행위 ( acta jure imperii)에 기인하는 것이라고 하더라도 면제 원칙의 예외로서 국내 법원이 국제 재판 관할권을 행사할 수 있다는 것이다.

(이 법원의 다수 의견은) 군사 행동에 기인한 손해배상청구에 대해서는 국가면제를 배제할 수 없다고 생각하고 있다. 보통의 경우에는 민간인의 피해가 일반적으로 피할 수 없는 국가간 분쟁인 무력분쟁 상황에서 결과적으로 발생한 손해에 대한 배상청구는 전쟁이 끝난 후에 국가 간 합의에 의해 처리되는 것이다. 하지만 보상을 요구되고 있는 범죄 (특히 인도에 대한 범죄)가 시민 일반을 대상으로 한 것이 아니라 군사 작전에 직접적으로도 간접적으로도 관계하지 않은 특정 장소의 특정 개인을 대상으로 한 경우에는 면제 규칙의 예외가 적용되어야 한다. 특히 무력분쟁 과정에서 발생한 군사 점령의 경우, 1907 헤이그 제 4 협약에 부속된 '육전의 법률 및 관습에 관한 규칙' 제 43 조는 (법률적) 주권 이전(移轉)은 없고 피점령국가에서 시행되어 점령군이 존중해야 할 법률도 보통 폐지되지 않는 것을 확인하고 있다.

게다가 누구도 타인의 행위로 인하여 처벌되어서는 안된다는 문명국가에서 일반적으로 받아들여지고 있는 원칙에 어떠한 의미에서도 위반하면서 레지스탕스 그룹에 의한 방해 행위에 대한 보복으로 특정 또는 제한된 수의 전혀 무관계이자 무고한 시민에 대해, 이러한 점령군의 기관에 의한 주권 권력의 남용에 의하여 행하여진 범죄 행위는 치외법권 (국가면제)의 대상이 되지 않는다 (어떤 행위를 이유로 그 책임 없는 피점령국 주민들에게 금전적 또는 기타의 일반적인 형벌을 부과해서는 안된다고 규정하고 있는 위 규칙 제 50 조도 참조).

이 법원은 피고국가가 결석한 원심 절차에 있어서 다음과 같은 사실이 인정된 것으로 본다. 독일은 전선에서 연합군의 성공이 그리스 해방군의 저항을 조장한다고 생각해서, 이들 전투 부대의 사기 저하와 약체화를 위해 집단 '소탕'작전이나 무고한

사람들의 처형을 수반하는 조직적인 테러를 시작했다. 그래서 1944.6.10. 게슈타포와 리바디아 친위대 소속 독일군은 20 명의 군인에게 그리스 풍의 의상을 입혀 2 대의 차량으로 아라호바에 향해서 다른 독일군 차량도 그 뒤를 이었다. 그들은 가는 길에서 만난 그리스 사람을 모조리 쏘아 죽였다. 그들은 정오에 디스토모 마을에 도착해서 파괴 활동을 시작했다. 그 후 그들은 스티리 마을로 향했다. 하지만 그 길에서 변장한 독일군은 그리스 레지스탕스의 매복 공격을 당하고 18 명의 독일 병사와 1 명의 그리스인 운전자가 살해되었다.

그 후 독일군은 복수를 위해 디스토모 마을로 돌아 외출 금지령을 내렸다. 그리고 마을을 포위하여 출구에 경비병을 배치하고 인류가 수세기에 걸쳐 경험한 적이 없을 만큼의 잔학 무도한 집단 학살을 시작했다. 고급 장교, 하급 장교, 병사들이 잡았던 12 명의 인질을 처형한 후 그룹으로 나누어 집마다 돌며 디스토모 마을의 불쌍한 주민들을 짐승처럼 덮쳐 강간하고 학살했다. 노인, 청년, 여성, 소년, 소녀 그리고 유아까지도 그들의 피의 광란의 희생이 되었다. 피고국의 전신인 제 3 제국의 기관에 의한 이 미친 복수의 피해자 총수 중 201 명이 원고들의 가족 (부모, 자식, 형제 자매, 할아버지, 할머니, 의형제 의의 자매)의 일원으로서 특정되어 있으며, 그들은 다른 청구와 함께 위 상황에서 친족을 잃은 것에 의해 입은 정신적 손해에 대한 배상을 청구하고 있다.

이러한 범죄 (동시에 인도에 대한 죄를 구성하는 살인)는 특정 장소에 사는 비교적 제한된 수의 특정 사람들에 대해서 행해져, 그 사람들은 지역 주민들을 공포에 몰아넣는 작전에 참가했던 변장 독일군을 저항 운동의 과정에서 살해한 레지스탕스 그룹과는 전혀 관계가 없었다 (고 이 법원 다수 의견은 판단한다). 이러한 잔인한 학살은 객관적으로 보면 어떠한 의미에서도 군사 점령의 유지와 저항 행동의 억제에 필요하지 않고, 법정지국의 영역에서 제 3 제국의 기관에 의해 주권 행사를 넘어 이루어진 것이다. 피고국가 기관이 이러한 범죄의 실행에 관여하고 있었기 때문에 이에 대한 손해배상 및 금전적 보상 청구는 전술한 바와 같이 법적 효력을 획득한 국제관습법의 규범에 따라 면제 특권의 예외로서 원심의 국제관할권에 포함된다.

문제가 된 행위가 피고국가 기관에 의해 강행법규(jus cogens) (1907. 제 4 차 헤이그 협약에 포함된 전쟁의 법률 및 관례에 관한 규칙 제 46 조)에 위배하면서 행해진 것이므로, 주권행위로서의 성격을 가지고 있지 않아서, 피고국가는 면제의 권리를 묵시적으로 포기했으므로 이를 원용할 수 없다는 다른 근거에 기초했지만 결론적으로는 원심은 원고가 제기한 손해배상 및 금전적 보상에 관한 청구에 대해 국제 재판 관할권을 가진다고 결정하는 권한을 가지고 있었다. 따라서 원심은 국제 재판권의 유무 문제에 대한 결론으로서 국제 재판권 결여의 주장은 인정할 수

없다고 올바르게 판단했다.

따라서 (이 법원 다수 의견은) 그리스법원의 국제 재판 관할권에 대한 절차 규정 (민사소송법 제 3 조 및 제 4 조) 위반을 주장하는 한 상고 이유는 기각되어야 한다고 결론 짓는다. 특히 원심이 국제관습법에 따른 외국의 면제 예외를 잘못 인정했다는 상고 이유 제 1의 주장은 지지할 수 없고, 상고를 기각한다 .....

## 반대의견

[소수의견인 5명 판사 (Matthias 재판장, Kromydas, Rigos, Bakas, Vardavakis 판사) 는, 다음 점에 대해 반대하였다]

1972 에 체결된 유럽국가면제협약은 그 모든 조항이 과거에 형성된 국제관습법을 성문화한 것은 아니다. 법정지국의 영역에 존재하는 주체가 법정지국의 영역에서 행한 불법행위에 대해 그 불법행위가 주권행위 (jure imperii)의 결과인 경우의 치외법권 (국가면제)의 예외는 일반적으로 받아들여진 관습국제법 규칙에 대응하고 있지 않다. 게다가 현재까지 이 협약을 비준한 국가는 8 개국에 불과하며 이러한 예외를 규정한 국제 조약은 유례를 찾아 볼 수 없다. 위 앵글로색슨 국가들이 자국 법원에서 타국의 면제를 제한하는 예외를 국내법으로 제정하고 있다는 사실은 국제 관례를 추론하는 데 아무런 의미도 가지지 않는다. 왜냐하면 이러한 조문은 국제법질서의 일부를 형성하고 있는 것이 아니라, 국내 법원의 관할권에 대해 일방적으로 제정된 국내법에 불과하고, 2 국간에서 제정된 것이 아니기 때문이다. 따라서 다수의견이 인용한 미국 법원의 두 가지 판결은 국제법의 규범이 아니라 미국의 국내법을 적용하고 있는 것에 지나지 않고, 국제관습의 존재를 증명하는 것은 아니다.

게다가 유엔 국제법위원회가 1978 에 작성을 시작해서 1991 총회에 제출한 초안 (국가 및 그 재산의 관할권 면제 조약 초안)은 국제법 협회의 초안과 마찬가지로 현재도 단순한 초안에 그치고 있다. 이들 문서는 법정지국의 영역에서 행해진 주권행위인 불법행위에 대한 국가면제의 예외를 인정하는 관습규범이 존재하지 않는 것을 증명하고 있다. 이들 초안 문서가 합의에 이르지 못하고 구속력 있는 조문으로 할 수 없었던 것은 여기에서 문제가 되고 있는 면제 예외에 대해 이들 문서에 포함된 규칙이 국제관습법의 일반적으로 받아들여진 규칙이 되어 있지 않는 것을 증명하고 있다. 또한 1983 에 미주 법률위원회가 작성한 '미주 국가의 주권면제에 관한 조문 초안'에서는 법정지국의 영역에서 행해진 불법행위의 예외는 상업활동의 범위 내에서 행해진 불법행위에 한정되어 주권행위로 행해진 불법행위에는 미치지 않는다고 되어 있다 (제 5 조(1) 및 제 6 조(e)). 또한 주권행위인 불법행위에 대해 외국 국가의 면제를 인정하고 있는 영국 법원의 법리도 중요하다 (1983 Congreso del Partido 사건, 1995

쿠웨이트 항공 v 이라크 항공 사건, 보다 일반적인 논의 내용은 Sir Ian Sinclair 저 Académie de Droit International, Recueil des Cours 1980 II, volume 167, pp.141 이하 참조)

[소수의견인 4명 판사 (Matthias 재판장, Rigos, Bakas, Vardavakis 판사) 는, 다음 점에 대해 반대하였다]

유럽국가면제조약에 포함된 불법행위에 대한 국가면제 규칙의 예외에는 무력분쟁에 있어서 발생하는 불법행위는 포함되지 않는다. 1991. "국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 유엔 초안"에 포함되어 있는 해설에 따르면, 제 12 조에 대해 불법행위의 예외는 "무력분쟁을 수반하는 상황"에 기인하는 어떤 청구에도 적용되지 않는다. 이 표현은 매우 폭넓다. 단순히 전쟁중의 행동이나 사건을 가리키는 것이 아니라 모든 상황에서 모든 종류의 무력분쟁을 가리킨다. 공격의 가해자와 피해자, 분쟁의 종류와 그 결과, 군사 조직 간의 전투에 한정되었는지 민간인에게도 미쳤는지 등을 묻지 않는다. 이 폭넓은 표현이 정당화되는 것은, 주권 면제에 관한 국제 협약에 서명한 국가와 조약의 초안을 검토하고 있는 국가가 조직적인 군사분쟁으로 인한 손해배상청구뿐만 아니라 무력분쟁에서 발생하는 모든 손해배상청구에 대해서도 면제를 향유하고 싶다고 분명히 생각하고 있기 때문이다. ...이러한 분쟁은 피점령국에 의한 무력 저항과 무력에 의해 그 저항을 억압하려고 하는 점령국의 노력 등 다양한 형태의 다이내믹한 갈등의 표현이다. 무력분쟁을 무력분쟁의 개념에 포함되는 것과 포함되지 않는 것이라는 다른 단계로 나누려고 하는 시도는 인위적이고 현실에 대응하고 있지 않다. 따라서 소수 반대 의견에 의하면 국가 간의 일반적인 분쟁 상황에서 발생하는 모든 청구에 대하여 국가가 면제되는 것을 인정해야 한다. 이 해석은 최근 많은 전쟁과 그 속에서 행해진 많은 잔학 행위에도 불구하고 그에 대한 손해배상청구, 특히 면제 규정의 예외에 의거한 재판상의 손해배상청구가 세계 어디에서나 인정 받지 않고 있는 사실로도 뒷받침된다

[위 4 명의 소수 의견 판사는 다음과 같은 반대 의견을 채택했다]

위 모든 상황에서 디스토모 마을에서의 민간인 집단 살해는, 그것이 잔인하고 무서운 것이라고 하더라도 그리스 레지스탕스와 적의 군대 사이의 무력분쟁에 직접 관련되어 있었다. 실제로 다음 사항이 명확하게 인정된다.

- (a) 테러 행위와 '소탕'작전, 무고한 민간인 처형은 "전선에서 연합군의 승리는 그리스 해방군에 의한 저항의 심화로 이어질 것"이기 때문에 "레지스탕스의 사기를 꺾어, 그들의 전투 능력을 저하 시키기 위해 " 독일 점령군에 의해 이루어졌다.
- (b) 독일군은 위 목적을 달성하기 위해 만난 그리스 사람을 모조리 사살했다 ...이 활동은 군사분쟁의 일부를 구성하고 있었다.
- (c) 스티리 마을로 가는 길에서 독일군은 그리스 레지스탕스의 멤버에 의한 매복

공격을 받고 18 명의 독일 병사가 살해되었는데, 이는 분명히 같은 군사분쟁의 틀 안에서 것이었다.

d) 그 이후 독일군은 복수를 위해 디스토모 마을로 돌아가서 거기서 마을을 포위해서 집단 학살을 시작했다.

즉 이러한 집단 학살도 같은 무력분쟁의 일부를 구성하게 된다. 그것은 선행하는 18 명의 독일군인 살해와 시간적으로도 원인적으로도 연결되어 있어, 직전에 행해진 저항 행위에 대한 보복으로 행해졌기 때문이다. 물론, 그 보복은 불균형하고 잔인한 것이었지만, (점령에) 반대하는 사람들에 대한 집단적인 보복의 틀 안에서 이루어진 것이며, 분명히 무력분쟁의 범위 내이다. 게다가, 강행규범 침해가 국가면제의 묵시적인 포기를 구성한다는 확립된 관습규칙은 없으므로, 그런 국제규범의 침해에 의거해서 독일국가의 면제예외를 인정할 수도 없다. 그 결과, 반대 의견에 따르면, 독일 국가는 이 사건 청구에 관하여 치외법권 (국가면제)을 누리므로, 이 사건 청구는 그리스법원의 관할 대상 외이다. 따라서 상고는 인정되어야 하며 ... 원심 판결을 파기하고 청구를 기각했어야 했다 ....

[→ HOME](#)