

국제 사법 재판소(ICJ) 국가면제(독일 대 이탈리아)사건 판결  
가야 특임 재판관 반대 의견  
2012년 2월 3일

1. 재판소 판결(다수의견)은 외국이 법정지 국가에서 자행한 불법행위에 대한 특정의 보상 청구에는 국가면제가 적용되지 않는다는 견해를 받아들였다. 하지만 재판소는 다음과 같이 판시했다.

"관습국제법은 무력분쟁 수행 과정에서 국가의 군대 기타 국가 기관이 손해를 초래하는 행위를 타국의 영역에서 했다고해서 제소된 국가에 대해서 면제를 인정하는 것을 지금도 요구하고 있다고 본다."(제 78 항)

이 점이 이른바 "불법행위 예외"의 이 사건에 대한 적용을 부정하는 분수령이다. 이렇게 해서 재판소는 제 2 차 세계 대전 중 이탈리아에서의 독일의 불법행위에 대해서 이탈리아 법원이 관할권을 주장한 것은 국제적 의무에 위배된다고 결론지었다.

재판소(다수의견)의 논리는 탄탄하고 관계하는 국가실행의 광범위한 조사도 수행했다. 그러나, "불법행위 예외"의 사정거리에 대해서는 추가 분석이 필요하고 몇몇 판례에 따르면 이 분야의 법은 "발전"과정에 있다.

2."불법행위 예외"는 다음과 같이 유엔국가면제조약 제 12 조로 채용되어 있다.

"어느 국가도 인간의 사망 혹은 신체 상해 또는 유체재산 손상 혹은 멸실이 자국의 책임으로 돌아가는 작위 또는 부작위에 의해 생긴 경우 해당 작위 또는 부작위의 전부 또는 일부가 타국 영역 내에서 행해지고 해당 작위 또는 부작위를 행한 자가 해당 작위 또는 부작위를 한 시점에서 해당 타국 영역 내에 소재할 때에는 해당인의 사망 혹은 신체 상해 또는 유체재산 손상 혹은 멸실에 대한 금전 보상에 관한 재판 절차에 있어서 이에 대한 관할권을 가지는 해당 타국 법원의 재판권에서 면제를 원용할 수 없다. 다만, 관련국 간에서 특별한 합의를 하는 경우에는 그러하지 아니하다."

이 법전화 조약은 2004년 유엔 총회에서 채택되어 현재 13 개국이 비준하고 아직 미발효이다. 어쨌든, 그 조문의 전부가 일반 국제법 규칙과 일치한다고는 보기 어렵다. 한편으로 그 조문 중 상당수가 완전히 혁신적인 것이라고 볼 수도 없다. 이는 후술의 여러 국가의 국내 입법과 이들에 선행한 1972년 유럽국가면제조약 제 11조라는 전례가 존재하는 제 12조에 특히 해당된다.

이 유럽국가면제조약 제 11 조의 내용은 다음과 같다.

"체약국은 인간의 상해나 유체물 훼손이 법정지 국가의 영내에서 발생하며 그 발생시에 상해나 훼손 행위자가 법정지 국가 영내에 존재했을 경우에는 상해 또는 훼손에 대한 보상 절차에 있어서 다른 체약국 법원의 관할권에서 면제를 주장할 수 없다."

앞으로 유럽국가면제조약에 대해서 많이 언급하지 않을 것이다. 왜냐하면 이 조약은 국가면제에 관한 일반 국제법 규칙의 존재 확인이란 목적을 위해서는 분명히 한정적인 의미밖에 가지지 않기 때문이다. 이 조약은 한정된 지리적 지역의 8 개국 (오스트리아, 벨기에, 키프로스, 독일, 룩셈부르크, 네덜란드, 스위스, 영국)의 비준밖에 얻지 못하고 있다. 이는 일반적 규칙 선언을 시도한 것이 아니라 체약국의 다른 체약국의 관할권에서의 면제만을 규정한 것이다.

3. "불법행위 예외"는 9 개국이 제정된 국가면제에 관한 국내법에도 규정되고 있다. 이러한 국내법에 "불법행위 예외"를 포함하지 않은 국가는 1 국(파키스탄)뿐이다.

국내 입법은 국가실행의 중요한 요소이다. 국제법 규칙의 대상이 사법 당국의 행위인 경우에는 법원의 사법실행도 똑 같다. 사법 당국이 자국 입법자의 요구에서 벗어나는 것은 예외적인 상황에 한정될 것이다. 내가 아는 한 "불법행위 예외"를 포함한 국내법을 제정한 국가의 어떤 법원도 국내법과 일반 국제법의 양립에 대한 의문을 제기한 적이 없다.

대부분의 국가는 국가면제에 관한 국내법을 제정하지 않고 일반 국제법을 직접 적용하고 있기 때문에 문제의 국가 수는 언뜻 보기에 국가의 일반적인 대응을 대표하기에는 부족한 것처럼 보일 수도 있다. 하지만 10 개국의 30 년 이상에 걸친 입법실행을 일반 국제법의 현재 상황을 확인할 목적을 위해서는 의미가 없다고 보기 어렵다. 이들 국가에 채용된 기준은 모든 국가가 따르는 것을 요구하는 표준을 성문화하려 한 것이 아니다. 특정 문제에 대해서 여러 국가의 국내법은 일반 국제법의 국가면제보다 넓은 범위에서 면제를 인정하고 있다. 이는 국가면제를 일반 국제법보다 제한하는 경우와 달리 완전히 적법이다. "불법행위 예외"를 주장하는 경우, 국가는 이 예외를 적용하며 적법하게 재판권을 실행하는 권한이 있음을 의심하지 않는다. 만일 그 견해가 일반 국제법상 근거가 없다고 간주된다면 모든 국가는 "불법행위 예외"를 적용하면 국제 책임을 지게 된다. 또 이 같은 국내법은 잘 알고 있어 많은 국가가 영향을 받게 되므로 다른 국가 측에서 국제적 차원에서 어떠한 형태의 저항이 있을 것이다. 여러 국가의 침묵을 "불법행위 예외" 적용의 적법성에 대한 암묵의 비판이라고 해석할 수 없다.

4."불법행위 예외"를 포함한 국가면제에 관한 국내법을 제정한 9 개국에 있어서 이 예외의 내용은 유사하다. 아래에 관련 조문의 문언을 연대순으로 인용한다.

1976 년 미국 국가면제법 1605 조(a)에 따르면,

"(a)외국은(다음)어느 경우에도 미국 또는 각주 법원의 재판권에서 면제되지 않는다.……

(5)위(2)항이 적용되지 않는 경우이며, 미국에서 발생한 외국 또는 관리 혹은 피고용자가 그 권한 내에서 행한 불법한 작위 또는 부작위에 의한 인간의 사상 또는 재산 손해 또는 멸실에 관해서 그 외국에 대한 금전 배상 청구가 이루어진 경우. 단 다음에 정하는 경우에는 이는 적용되지 않는다.

(A)재량권이 남용되었는지 여부를 불문하고 재량권 행사 또는 불행사에 근거한 모든 청구

(B)고의에 의한 형사 소추, 절차의 남용, 문서에 의한 명예 훼손, 구두에 의한 명예 훼손, 허위, 사기, 계약상의 권리에 대한 방해"

영국 국가면제법(1978) 제 5 절은 다음과 같다.

"외국은 연합왕국 내에서의 작위 또는 부작위로(a)사망 또는 인간의 상해 또는 (b)유체재산에 대한 손해 또는 멸실에 관한 어떤 소송 절차에서 법원의 재판권에서 면제되지 않는다."

싱가포르 국가면제법 제 7 절은 "연합왕국"을 "싱가포르"으로 옮겼을 뿐, 위의 영국 국가면제법과 같은 문언이다.

남아프리카 외국면제법 제 6 절은 다음과 같이 규정한다.

"외국은 공화국 내에서의 작위 또는 부작위로 (a)인간의 사망 또는 상해 또는 (b)유체재산에 대한 손해 또는 멸실에 관한 소송 절차에서 공화국 법원에 있어서 재판권에서 면제되지 않는다."

호주 외국면제법(1985) 제 13 절에 따르면,

"외국은 호주 내에서 행해진 작위 또는 부작위로 (a)사망 또는 인간의 상해 또는 (b)유체재산에 대한 손해 또는 멸실에 관한 소송 절차에 한해서 소송 절차에서

면제되지 않는다."

캐나다 국가면제법 제 6 절은 다음과 같다.

"외국은 캐나다 내에서 발생한(a)모든 사망 또는 인간의 신체의 상해 또는 (b)모든 재산에 대한 손해 또는 멸실에 관한 모든 소송 절차에 있어서 법원의 재판권에서 면제되지 않는다."

아르헨티나 외국재판권면제법 24,488 제 2 조는 다음과 같이 규정한다.

"다음의 경우에는 외국은 재판권 면제를 원용할 수 없다 ... (e)외국이 아르헨티나 내에서 실행한 범죄 또는 위반에 의한 멸실 또는 손해에 대해서 청구를 받을 경우"

이스라엘 외국면제법 5769-2008 제 5 절에 따르면

"외국은 이스라엘 내에서 실행된 불법행위로 인한 인간의 상해 또는 유체재산 손해에 대한 손해 배상 소송에 대해서 재판권에서 면제를 얻을 수 없다."

마지막으로 일본 대외국민사재판권법 제 10 조는 다음과 같이 규정한다.

"외국 등은 인간의 사망 혹은 상해 또는 유체물의 멸실 또는 훼손이 해당 외국 등이 책임 질 것이라고 주장되는 행위에 의해서 생긴 경우 해당 행위의 전부 또는 일부가 일본 국내에서 행해지며 해당 행위를 한 자가 해당 행위 때에 일본 내에 소재하고 있었을 경우에는, 이에 의해서 생긴 손해 또는 손실의 금전 보상에 관한 재판 수속에 대해서 재판권에서 면제되지 않는다."

표현은 다르지만 이들 모든 조문은 법정지 국가 내에서 발생하고 사망이나 인간의 상해 또는 유체재산 손해를 끼친 외국의 모든 작위 또는 부작위를 커버하는 일반적 선언을 포함하고 있다.

5. 위에서 인용한 어떤 입법 사례도 외국의 작위 또는 부작위가 외국의 주권 행사로서 행해진 주권행위인 경우에 "불법행위 예외"의 적용을 제한하지 않고 있다.

수정되지 않는 채 후에 2004 년 유엔 조약 제 12 조가 된 제 12 조 초안에 관한 국제법 위원회(ILC)의 주석은 다음과 같이 말한다. "제 12 조가 예정하는 손해의 분야는 주로 교통사고에 의한 우발적인 인간의 사망 혹은 신체 상해 또는 유체재산 손해에 관한 것이"지만, "제 12 조의 사정거리는 협박 폭행 같은 고의적 신체 상해, 재산의 고의 손상,

방화 또는 정치적 암살을 포함한 살인에 이르는 넓이를 가지고 있다." "‘몇몇 국가의 관례’는 주권행위와 업무관리행위의 구별을 유지하고 있는데, 제 12조에 의한 ‘불법행위 예외’는 그러한 구별을 설정하고 있지 않다". 이 주석은 이어서 다음과 같이 말한다.

"불법행위지는 작위 또는 불작위의 동기, 고의 또는 해의에 의한 것인지 우발적, 태만, 부주의, 무모, 경솔에 의한 것인지, 그리고 행위의 성질이 주권행위인지 업무관리행위인지에 전혀 상관 없이 본질적인 지역적 결합 관계를 제공한다."

유엔조약 조문과 그 준비 작업 중에는, 외국의 행위가 주권행위인 경우에 "불법행위 예외"가 적용되지 않는 것을 시사하는 것은 존재하지 않는다.

이탈리아 과기원은 펠리니 사건에서 ILC 주석을 근거로 다음과 같이 말했다.

(ILC 초안 제 12 조에 따르면) "주권행위로서 행해진 행위와 업무관리행위로서 행해진 행위의 구별은 ‘인간의 신체의 완전성에 대한 공격’과 ‘신체적’ 특성의 멸실이나 손상에 기인한 손해 배상에 대해서는 관련성이 없다."(2004. 3.11. No. 5044 판결)

캐나다 대법원은 슈라이버(Schreiber) 대 독일연방공화국 및 캐나다 법무장관 사건(2002)에서 "불법행위 예외"가 주권행위에도 적용되는 것을 지지하고, 만약 이에 대해서 적용을 인정하지 않는다면 "기본적 권리의 최악의 침해 피해자로부터 국내 법원에서의 구제의 가능성을 빼앗게 된다"고 했다.

아일랜드 대법원 마켈히니 대 윌리엄스 사건에서는 다른 견해가 제시되었다. 해밀턴 재판장은 영국 병사의 불법행위가 법정지 국가에서 이뤄진다고 해도, "그런 작위 또는 부작위가 주권행위로서 행한 경우에는" "외국에 국가면제가 주어져야 한다"고 밝혔다. 아일랜드는 국가면제에 관한 국내법을 제정하지 않으며, 유럽국가면제조약에도 가입하지 않고 있다. 후에 마켈히니 씨가 유럽인권법원에 아일랜드를 제소했다. 이 법원은 "불법행위 예외"는 "국제법과 비교법의 추세에 맞고 있다"라고 하면서도 다음과 같이 판시했다.

"이 추세는 원래 외국 영토에서의 군대 활동 같은 국가 관계와 안전 보장에 영향을 미치는 민감한 문제를 수반하는 본질적으로 국가 주권의 핵심 문제에 관한 것이 아니라 통상의 교통사고 같은 『보험 사고』에 의한 인간의 상해에 관한 것이다. 이러한 주권행위에 기인한 손해 배상 소송에 대해서 국가면제를 지지한 것이 아일랜드 뿐이며, 국가면제를 부여했다고 해도 이로써 아일랜드가 일반적으로 받아들여지고 있는 어떤 국제 표준을 일탈했다고는 결코 할 수 없다."

마켈히니 대 아일랜드 사건에 관해서 유럽인권법원에서 문제가 된 것은 영국에 국가면제를 주는 의무가 피고 국가에 있었는지는 문제가 아니라 아일랜드가 원고의 재판 이용을 거부함으로써 유럽인권조약 제 6 조의 의무를 위반했느냐는 문제임에 주의해야 한다. 같은 법원은 "불법행위 예외"를 적용하도록 요구하고 있다는 견해에는 동의하지 않았다. 이 법원은 국가면제에 관한 "국제법 발전의 현 단계를 고려하면" 아일랜드가 재판권을 실행할 의무를 위반했다고 할 수 없다고 판시했다. 하지만 만약 아일랜드가 소송을 허용한 경우에 국가면제에 관한 국제법을 위반하게 되었느냐는 점에는 언급하지 않았다.

6. 유럽국가면제조약에는 조약의 적용 범위를 제한하는 각종의 조항이 존재한다. 이 사건과 관련된 제 31 조는 다음과 같이 규정하고 있다.

"이 조약은 다른 체약국 영역 내에서 군대가 행한 모든 작위 또는 부작위 등에 대해서 체약국이 누리는 어떤 면제나 혜택에도 영향을 주지 않는다."

ILC 조문 초안에는 유사한 조항은 존재하지 않았다. 하지만 제 12 조 초안의 주석은 이 조항은 "군사 분쟁에 관한 상황에서는 적용"되지 않는다고 했다. 단, 아무런 설명도 제 12 조 초안이 적용되지 않는 결과 발생하는 사태에 관한 지적도 없었다. 특히 "군사 분쟁에 관한 상황"은 유엔조약의 사정거리 밖에 있다고 여겨져 있는지, 아니면 조약에 규정되는 다른 조항이 적용되게 되는지 분명치 않았다.

ILC 주석에서 시사된 적용 제외는 유엔조약의 조문에도 조약에 첨부된 해석에도 찾아볼 수 없다. 또 이 조약의 채택을 권장한 특별 위원회의 유엔총회에 대한 보고도 이 문제에 언급하지 않았다. 하지만 이 보고서를 유엔총회 제 6 위원회에 소개했을 때 특별 위원회 의장인 게르하르트 헤프너 씨는 다음과 같이 말했다. "제기된 문제 중의 하나는 군사활동은 조약에 커버되느냐는 것이었다. 항상 커버하지 않는다는 일반적 이해가 우세했다." 그는 또한 ILC 주석에 의해서 시사된 "군사활동"보다 좁은 개념인 "군사 분쟁에 관한 상황"의 제외를 언급했다. 특별 위원회 의장은 이 문제는 유엔조약에 의해 통제되지 않는다는 의견을 표명했다. 그러나 이 견해의 법적 의미는 전혀 분명치 않다. 이 조약을 채택한 유엔총회 결의 59/38 은 그 전문의 말미에서 이렇게 말했다. "특별 위원회 보고 소개에서의 특별 위원회 의장 견해를 고려하면서". 이 구절의 의미도 전혀 분명치 않다.

노르웨이와 스웨덴은 유엔조약을 비준하면서 이 조약은 "군사활동"에는 적용되지 않는다는 이해를 선언했다. 이들 2 개국은 헤프너 씨의 "군사활동"은 유엔조약에 커버되지 않는다는 견해를 공유한 것이다. 이들의 해석 선언은 "군사활동"은

유엔조약에 의해서 통제되지 않는다는 견해를 지지하지만 모든 당사국을 구속하는 해석을 제공하는 것이 아니다.

7. 위 제 3 항에서 언급한 입법례 속에 "군사 분쟁에 관한 상황"이나 "군사활동"에 관한 청구를 일반적으로 제외한 것은 없다. 단, 이들에 관한 몇몇의 조문이 존재한다. 영국 국가면제법(1978) 제 16 조(2)는 다음과 같이 규정하고 있다.

"이 법의 이 부분은 영국에 존재하는 국가의 군대의 행위에 관한 소송 절차, 특히 주둔 군법(1952)의 적용을 받을 것에는 적용되지 않는다."

싱가포르 국가면제법 제 19 조(2)(a)에도 유사한 조항이 있다. 이들 조항은 법정지 국가와 합의해서 그 영역에 주둔하는 국가의 군대에 대한 청구에 관한 것으로 보인다. 이스라엘 외국면제법 제 22 절은 이 점에 대해서 더욱 명확히 규정하고 있다.

"이 법의 조항에 불구하고 이스라엘국과 해당 외국의 협정에 의해 그 지위가 정해진 외국 군대의 모든 작위 또는 부작위를 원인으로 하는 법적 절차는 그 협정에 의해서 통제된다."

호주 외국면제법(1985) 제 6 절도 "1963 년 방위(주둔군)법"에 의한 면제나 혜택을 제외하고 캐나다 국가면제법 제 16 절은 법정지 국가의 합의에 의해 주둔하는 군대에 대해서만 "주둔군법"에 언급하고 있다

어느 조항도 "불법행위 예외"에 특별히 관심을 기울이지 않는다. 이들은 모두 외국의 면제에 관한 보다 일반적인 조항이다. 어쨌든 이들 문언은 제외 조항의 적용이 없는 군사활동에 관한 청구는 법률에 규정된 "불법행위 예외"를 포함한 면제 규칙의 적용 범위내에 있음을 시사한다.

8. 여러 국가의 국내 법원이 제 2 차 세계대전 중의 군사활동에 관한 독일의 국가면제에 대해 검토했다.

이탈리아 파기원은 펠리니 사건에서 이탈리아 국민을 독일로 이송해서 강제 노동에 종사시킨 불법행위가 "사법 절차가 제기된 국가에서 시작되었다"는 사실에 중점을 둔면서 국가면제를 부인했다. (2004.3.11.5044 판결). 그 후 몇건 판결에서 같은 법원은 "불법행위가 역시 이탈리아에서 행해졌다는 시각에서 "국가면제를 부인했다(예를 들면 2008.5 월.29. 14209 명령).

프랑스 파기원은 반대로 브슈롱 사건(2003.12.16. 02-45961 판결)과 그로스 사건(2006. 1. 3. 04-47504 판결)에서 독일의 면제를 인정했다. 두 사건 모두 독일로 이송되고 강제 노동에 시달린 프랑스 민간인에 관한 것이다. 파기원은 주권행위임을 논거로 하며, "불법행위 예외"의 적용 가능성에 대해서는 검토하지 않았다.

이 문제에 관한 그리스 법원의 판단은 엇갈렸다. 그리스 최고재판소는 디스토모 사건(2000.5.4. 판결)에서 다음과 같이 판시했다.

(관습 국제법 규칙은)"법정지 국가의 영역에서, 당시 법정지 국가의 영역에 존재한 외국 기관으로 자행된 인간 또는 재산에 대한 불법행위에 관한 손해 배상 청구에 대해서 그 손해가 주권행위의 결과라고 해도 국내 법원이 국가면제의 예외로 해서 국제 재판권을 행사할 수 있는 것을 요구하고 있다".

이 판결의 다수의견은 이는 "보상이 청구된 공격(특히 인도에 대한 범죄)이 일반적으로 민간인을 표적으로 삼는 것은 아니지만, 특정 장소에서 직접적으로도 간접적으로도 군사활동에 관여하고 있지 않는 특정 개인을 표적으로 삼는 경우에는", "무력분쟁 시의 군사활동에 의한 손해"에도 적용될 것이라는 견해를 지지했다.

한편으로 2 년 후의 말게로스 사건에서 그리스 특별최고재판소는 (6-5 의 평결로) "불법행위 예외"는 외국 군대의 활동에는 적용할 수 없다는, 거의 정반대의 결론을 내렸다(2002.9.17. 판결).

"국제법의 현재 발전 단계에서는 전시인지 평시인지, 또 어떤 형태인지를 불문하고 법정지 국가의 영역 내에서 피고 국가의 군대가 행한 불법행위에 대한 보상 청구에 대해서 국가면제의 예외로 하면서, 한 국가의 법원에서 다른 국가에 대한 사법 절차를 허용하는 일반적으로 승인할 수 있는 규칙은 존재하지 않는다."

폴란드 대법원은 나트니에호스키 사건(2010.10.29. 판결)에서 유사한 어프로치를 채용했다. 이 법원은 다음과 같이 결론지었다.

"법정지 국가의 영역에서 군사활동의 범주에 속하는 불법행위에 의해서 생긴 인권 침해에 대한 보상에 관한 건에서 국가면제의 예외를 인정하는 충분한 근거는 없다."

법정지 국가 영역에서의 군사활동에 대해서 외국에 국가면제를 인정한 기타의 판결에 대해서는 제 11 항에서 언급할 것이다.

9."불법행위 예외"에 관한 국가실행의 일반적 분석 및 특히 군사활동에 의한 피해자에 관한 분석은 국가 당국이 다양한 어프로치를 채용하고 있는 것을 나타내고 있다. 즉,"견해와 관례에는 회색 지대가 있어서 입법례도 지금까지는 다양하다"라는 ILC 견해에 따라 국가면제 문제를 검토할 수 있다. 이"회색 지대"에서는 국가는 일반 국제법의 요구로부터 벗어날 것도 없이 다양한 입장을 취할 수 있다.

군사활동에 관해서 시사되는 "불법행위 예외"의 제한의 이론적 근거는 분명치 않다. 원래 ILC 의 국제 위법 행위에 관한 국가 책임 조문 제 4 조에 규정된 것처럼 국가 기관의 행위는 두루 국가에 귀속될 것이다. 왜 같은 국가의 군대와 다른 기관이 구별돼야 하는가? 더구나 법정지 국가가 그 영역에 외국 군대가 주둔하는 것에 동의하고 있는 경우에는 특별하고 우호적인 면제 제도의 존재는 이해할 수 있다. 통상, 관련국들의 협정에 의한 그런 제도가 마련되고 있을 것이다. 하지만 적국이 법정지 국가의 영역에서 자행한 행위에 대해서 재판권 행사라는 영역 국가의 주권 국가로서의 권리에 우선하는 우호적인 제도가 존재해야 하느냐는 문제는 더욱 이해 곤란하다.

군사활동은 대규모 손해를 가져올 수 있다는 사실은 법적 보상을 요구하는 많은 잠재적인 원고를 거부하는 이유로 타당하지 않다. 실제로는 이러한 구제 방법은 실효적이 아닐지 모르지만, 국가면제 적용은 외국에 청구하는 원고들이 얻을 가능성이 있는 승소 판결의 집행의 어려움을 더욱 일반적으로 주게 된다.

10."불법행위 예외"를 적용해서 국가면제를 제한하는 것을 정당화하기 위한 요소의 하나가 외국에 대한 보상 청구의 원인이 된 의무 위반의 의무의 성질이다. 이는 오로지 국내법상의 의무인 것도 있지만 국제법상의 의무 위반의 경우도 있다. 후자의 경우 적어도 민간인 학살의 경우에는 강행규범상의 의무 위반이다.

실제로 문제가 되는 것은 강행규범 위반의 방지나 중단을 위한 재판권 실행이 아니라 문제의 위반에 따른 손해 보상을 위한 사법 구제이다. 강행규범 위반에 대한 보상 의무도 강행규범에 포함된다고는 보기 어렵다.

그러므로 예를 들면 1949. 제네바 조약 제 1 추가 의정서 제 91 조는 "조약 또는 이 의정서의 조항을 위반한 분쟁 당사자는 필요한 경우에는 보상 의무를 진다"고 규정하고, 국제 적십자 위원회의 주석에는 "평화 조약의 결과, 각 당사국은 원칙적으로 일반적인 전쟁 피해에 관한 문제와 개전 책임에 대해서 적절하다고 생각하는 방법으로 처리할 수 있다." 라고 기재되어 있다. (1949.8.12. 제네바 제 12 조약 제 8 추가 의정서(1977.6.8.)주석)

보상 의무 자체를 강행규범상의 의무로 보는 것은 어렵다고 하더라도 주장된 위반이 강행규범에 대한 위반이라는 사실은 결론에 영향을 미친다. 국제법 위원회의 국가 책임 조문 초안 제 41 조는 통상의 위법 행위에 따른 것 외에 일반 국제법의 강행규범상의 의무에 대한 국가의 중대한 침해에 대한 몇가지 효과를 열거하고 있다.

제 1,2 항은 몇몇 특별한 효과를 열거하고 제 3 항은 "이 장이 적용할 의무에 대한 위반에 국제법상 필연적으로 수반하는 효과"에 대해서 규정한다. 조문의 문언이나 그 주석에서는 국가면제에 언급되지 않지만 면제의 제한은 보상 의무 준수의 효력을 강화하기 위한 적절한 효과가 있다고 봐야 한다. 이는 법정지 국가의 영역 내에서 외국의 군사활동에 의한 손해의 "회색 지대"에 국가가 재판권 행사하는 일의 적법성에 관한 의문 해소에 기여한다. 환언하면, 만일 법정지 국가에서 군사활동에 의한 손해에 관한 일반적 청구에 면제가 적용되더라도 그것은 같은 지역에서의 민간인 학살과 고문까지 확장될 수 없다.

11. 위반의 성질에 따라서는 외국에 의한 손해가 어디에서 발생했는지를 불문하고 외국에 대한 국가면제를 제한할 수 있다는 추론은 더욱 받아들이기 어렵다.

이 추론은 유럽인권법원의 엘 아도사니 대 영국 사건의 소수 의견, 이탈리아 파기원 펠리니 사건(2004.3.11. 판결)을 비롯한 많은 사건, 미르데 사건(2009.1.1. 판결)에서 시사되었다. 또 프랑스 파기원 리유니언 항공 대 리비아 아랍 자마히리야국 사건 판결(2011.3.9.)은 외국의 적극적인 관여가 있는 경우에는 강행규범상의 의무 위반에 대한 보상 청구에는 면제 제한이 있는 것을 지적했다.

유럽국가면제조약과 유엔국가면제조약은 위 추론을 지지하지 않는다. 왜냐하면 외국에 의해 침해된 의무의 성질에 따른 면제 예외를 채용하지 않았기 때문이다.

1999 년, 해프너 씨가 주도한 국제법 위원회의 워킹 그룹은 "강행규범의 성격을 가진 인권 규범에 대한 국가의 위반 행위의 결과로서의 인간 사상 사건"에 관한 청구에 대해서 국가면제를 거부하는 것은, 워킹 그룹이 유엔 총회에 대해서 "무시해서는 안 된다"고 솔선해서 제안한 "최근의 발전"이라고 평가했다. 유엔총회 워킹 그룹 의장(역시 해프너 씨) 보고는 "이 문제를 이번 검토 과제에 포함되는 것은 현명하다고" 할 수 없다고 했다. 하지만, 이를 제안된 예외에 대한 전면 거부로 볼 수 없다.

국제법 위원회의 워킹 그룹이 국가면제 제한 판단을 한 것은 모두 미국의 1996 년 반 테러 효과적 사형법에 따른 2 건의 판단만이라는 것에 주목해야 한다. 이는 고문, 초법적 살인, 기타의 행위가 국무장관이 테러 지원국으로 지정한 외국에 의해 이뤄지며, 원고 또는 피해자가 미국인인 경우에는 그 행위가 어디서 이뤄졌는지를 불문하고 그 손해 배상 소송에 대해서 외국의 국가면제를 제한하기 위해서 외국국가면제법을

수정한 것이다. 미국 법이 요구하는 것은 이러한 상황 뿐이며, 청구 원인이 된 의무의 국제법상의 성질을 바탕으로 하는 면제 예외의 존재에 대해서 언급하지 않았다.

더욱 중요한 것은 위 제 3 항에서 언급한 국내법 속에 그런 예외에 언급한 것이 존재하지 않는다는 점이다.

이 문제는 유럽인권법원 엘 아도사니 대 영국 사건에서 철저히 논의되었다. 9 대 8 의 평결의 다수의견은 다음과 같이 판시했다.

"국가가 법정지 밖에서 행한 것으로 알려진 고문에 대한 손해 배상 민사 소송에서 국가면제를 누리지 못한다는 주장이 국제법에 수용됐다는 확증을 찾지"(못 했다).

온타리오 항소 법원도 보우자리 대 이란 이슬람 공화국 사건(2004.6.30.판결)에서 불법행위가 발생한 곳에 따른 구별을 강조했다. 캐나다법에 따른 "불법행위 예외"의 적용 가능성을 암시적으로 인정하면서 "법정지 밖에서 행한 고문 행위에 대해서 국가면제가 인정된다는 관습국제법 원칙을 반영한 실행"이라고 했다.

슬로베니아 헌법 재판소(2001.3 월.8.판결)는 다음과 같이 판시했다.

"인권 보호 분야에서의 강행규범 위반의 경우에 국가 행위가 주권행위인 것의 효과로서 외국 국가에 대한 소송을 슬로베니아 법원에 허용하는" "추세"는 있지만 "관습국제법 규칙"은 존재하지 않는다.

같은 법원은 위 사건에서 뒤에 슬로베니아 영토로 된 지역에서 실행된 행위에 대해 판시하고 있는 것이다.

디스토모 사건의 그리스 본안 판결의 집행 청구를 받은 독일연방법원 2003.6.26. 판결도 유사한 어프로치를 채용했다.

영국 귀족원 존스 대 사우디 아라비아 사건(2007)은 강행규범의 의무 위반에 관한 청구에 대한 국가면제 예외의 존재를 완전히 부정했다. 이는 법정지 밖에서 행한 고문 행위에 대한 청구에 관한 판결이다.

이들 실행의 모든 요소에 대한 검토는, 청구의 원인이 된 의무 위반의 성질이 국제법의 강행규범 위반인 경우에는, 이 위반에 대한 보상 청구 사건에 있어서 불법행위지가 어디인지를 불문하고 외국에 대해 재판권을 행사할 수 있게 된다는 견해에 대한 명백한 증거를 제공하는 것이 아니라는 결론에 이른다. 한편으로 이 실행에서, 침해된 의무의 성질이 "불법행위 예외"의 적용 가능성에 대해 부정적 효과를 미친다고 추론할 수도 없다. 만일 침해된 의무가 경미한 경우에는 "불법행위 예외"에 근거한 소송이

허용되고 강행규범에 따른 의무 위반에 대한 청구의 경우에는 "불법행위 예외"가 적용되지 않는다고 하면 그건 이상하다고 할 수밖에 없다.

12. 위 기준의 적용은 독일이 소장에서 언급한 이탈리아 법원의 다양한 판결의 개별적인 사실 관계에 대한 더욱 상세한 검토를 재판소에 요구할 것이다. 그것은 적어도 이탈리아 법원의 특정의 판결에 대해서, 재판권의 실행은 일반 국제법상의 의무 위반이라고 볼 수 없다는 결론에 재판소를 이끌게 된다.

(서명)조르쥬 가야