

국가면제 (독 대 이) 사건 국제사법재판소 (ICJ)

2012.2.3 판결

다수의견	2
유스흐 재판관 (소말리아) 반대의견	5 2
칸사두 트린다지 재판관 (브라질) 반대의견	6 7
가야 특임재판관 (이탈리아) 반대의견	1 5 1
코로마 재판관 (시에라리온) 개별의견	1 6 3
벤누나 재판관 (모로코) 개별의견	1 6 6
키스 재판관 (뉴질랜드) 개별의견	1 7 2

국제 사법 재판소
국가면제 사건
(독일 대 이탈리아 ; 그리스 소송 참가)
2012년 2월 3일

차례

	항
소송 경위	1-19
I 역사적 및 사실적 배경	20-36
1. 1947년 평화 조약	22
2. 1953년 연방 보상 법	23
3. 1961년 협정	24-25
4. "기억, 책임, 미래"재단 설립 법	26
5. 이탈리아 법원에서의 소송 절차	27-36
A. 이탈리아 국민에 관한 사건	27-29
B. 그리스 국민에 관한 사건	30-36
II. 분쟁의 내용과 재판소의 관할권	37-51
III. 이탈리아인 원고들에 의한 절차에서 독일의 국가면제에 관하여 주장된 위반	52-108
1. 재판소에 제기된 쟁점	52-61
2. 이탈리아 제 1의 주장. 영역내 불법행위 예외	62-79
3. 이탈리아 제 2의 주장 : 이탈리아 법원에서의 주장 내용과 청구가 이루어진 상황	80-106
A. 위반의 중대성	81-91
B. 강행규범과 국가면제의 관계	92-97
C. "마지막 수단"의 주장	98-104
D. 이탈리아가 주장하는 "사정의 복합적 효과"	105-106
4. 결론	107-108
IV. 이탈리아 영역내에 존재하는 독일 재산에 대해 이루어진 강제 조치	109-120
V. 독일에 대한 민사 청구를 인용한 그리스 법원 판결의 이탈리아에서의 집행을 승인한 이탈리아 법원 판결	121-133
VI. 독일의 최종 신청과 구제 조치 요청	134-138
주문	139
판 결	

오와다 소장, 톰카 부소장, 코로마 재판관, 심마 재판관, 아부라무 재판관, 키스 재판관, 세폴베다 아모르 재판관, 베스나 재판관, 스코트니코후 재판관, 칸서드 트링다테 재판관, 유스흐 재판관, 그린우드 재판관, 슈에 재판관, 도너휴 재판관, 가야 특임재판관, 쿠우브를 재판소 서기

당사국 및 참가국 대리인(생략)

상기와 같이 구성된 재판소는,
합의한 결과,
다음과 같이 판결한다.

1. 2008.12.23,독일연방공화국 (이하"독일"이라고 함)은 이탈리아공화국 (이하"이탈리아"라고 함)의 "독일이 국제법상 누리는 국가면제를 존중하지 않는 "재판 실행에 의한 "국제법상의 의무 위반"에 대한 분쟁에 관해서 이탈리아에 대한 절차 개시 청구를 재판소 서기에게 제출했다. 독일은 청구 중에서 재판소 관할권의 근거로 1957.4.29 "분쟁의 평화적 해결에 관한 유럽조약" 제 1 조를 원용했다.

2. 재판소 규정 제 40 조 제 2 항에 따라 재판소 서기는 즉각 청구를 이탈리아 정부에 통보하고, 동조 제 3 항에 따라 이 재판소에서 재판을 받을 수 있는 모든 국가에 청구에 관해서 통보하였다.

3. 이 재판소 재판관 자리에 이탈리아 국적의 재판관이 없었기 때문에 이탈리아는 재판소 규정 제 31 조 제 2 항에 따라 이 사건에 참석하는 특별 선임 재판관을 선정할 권리를 행사해서, 조르시오 가야(Giorgio Gaja) 씨를 선정했다.

4. 2009.4.29 명령으로 재판소는 독일의 소답서면(訴答書面) 제출 기일을 2009.6.23, 이탈리아의 답변서 제출 기일을 2009.12.23 로 정했다. 이들 서면은 기일 내에 지체 없이 제출됐다. 이탈리아의 답변서에는 "독일군에 의한 국제인도법에 대한 중대한 위반에 의해 이탈리아인 피해자들에게 지급해야 하는 배상금에 관한 "반소(反訴)청구가 포함되어 있었다.

5. 2010.7. 6 명령으로 재판소는 이탈리아가 제출한 반소청구는 재판소 규칙 제 80 조 제 1 항에 비추어 수리할 수 없다고 결정했다. 같은 명령으로 재판소는 독일에 대해 항변서 제출, 이탈리아에 대해 재항변서 제출을

허용하면서 이들 서면 제출 기일을 2010.10.14 과 2011.1.14 로 정했다.
이들 서면은 기일 내에 지체 없이 제출됐다.

6. 2011.1.13, 헬레닉 공화국(이하"그리스"라고 함)는 재판소 규정 제 62 조에 근거한 소송 참가 허가 청구를 재판소 서기에게 제출했다. 청구 중에서 그리스는 "이 사건의 당사자가 되는 것을 요구하는 것이 아니다"고 표명했다.

7. 재판소 서기는 재판소 규칙 제 83 조 제 1 항에 따라 2011.1.13 서한에 의해 소송참가허가청구 등본을 독일 정부와 이탈리아 정부에 보내고, 청구에 대한 의견서 제출 기일을 2011.4.1 로 통보했다. 재판소 서기는 동조 제 2 항에 따라 청구 등본을 유엔 사무총장에게 송부했다.

8. 독일과 이탈리아는 그리스의 소송참가허가청구에 대한 의견서를 소정의 기일 내에 제출했다. 재판소 서기는 각 당사자의 의견서를 반대 당사자에게 송부하고, 양 당사자의 의견서를 그리스에 송부했다.

9. 재판소 규칙 제 84 조 제 2 항 및 양 당사자가 이의를 제출하지 않았던 사실에 비추어 재판소는 그리스의 소송 참가 허가 승인 여부에 대해서 변론을 할 필요가 없다고 판단했다. 단, 재판소는 그리스에 양 당사자의 의견에 대한 의견을 제출하는 기회를 주어야하고, 양 당사자에는 추가 의견서 제출을 인정해야 한다고 판단했다. 재판소는 그리스의 의견서 제출 기일을 2011.5.6, 이에 대한 양 당사자의 추가 의견서 제출 기일을 2011.6.6 로 정했다. 그리스의 의견서와 양 당사자의 추가 의견서는 소정의 기일 내에 제출됐다. 재판소 서기는 그리스 의견서 등본을 양 당사자에, 양 당사자의 추가 의견서 등본을 그리스에 지체 없이 송부했다.

10. 2011.7.4 명령으로 재판소는 이탈리아 법원이 이탈리아 내에서의 집행을 인정한 그리스 법원 판결에 관련하는 범위로 그리스에 비 당사자로서 이 사건에 소송 참가하는 것을 허용했다. 재판소는 재판소 규칙 제 85 조 제 1 항에 따라 진술서와 의견서 제출 기일을, 그리스 진술서는 2011.8.5, 독일과 이탈리아의 의견서는 2011.9.5 로 지정했다.

11. 그리스 진술서와 독일 의견서는 지정된 기일 내에 지체 없이 제출됐다. 2011.9.1 자 서한으로 이탈리아 대리인은 이탈리아공화국은 현 단계에서는 그리스 진술서에 대한 의견을 밝히지 않지만 "구두 절차 속에서 필요가 있으면 진술서 중 특정 사항에 대해 언급하는 지위와 권리를 유보한다"고

표명했다. 재판소 서기는 그리스 진술서 등본을 지체 없이 양 당사자에 보내고 독일 의견서 등본을 이탈리아와 그리스에 송부했다.

12. 재판소 규칙 제 53 조 제 2 항에 따라 재판소는 당사자의 견해를 확인한 후 소답서면 및 부속서면 등본을 구두 절차를 시작할 때에 공개하기로 결정했다. 양 당사자 및 그리스와 협의한 후, 재판소는 소송 참가국 진술서와 이 진술서에 대한 독일 의견서도 같은 취급을 하는 것을 결정했다.

13. 공개 변론은 2011.9.12 부터 16 까지 진행됐으며, 재판소는 아래의 구두 변론과 반론을 청취했다.

독일에 대해서는

Ms Susanne Wasum-Rainer,

Mr. Christian Tomuschat,

Mr. Andrea Gattini,

Mr. Robert Kolb.

이탈리아에 대해서는

Mr. Giacomo Aiello,

Mr. Luigi Condorelli,

Mr. Salvatore Zappalà,

Mr. Paolo Palchetti,

Mr. Pierre-Marie Dupuy.

그리스에 대해서는

Mr. Stelios Perrakis,

Mr. Antonis Bredimas.

14. 변론에 있어서 재판관이 양 당사자와 참가국 그리스에 질문을 했고, 그들은 서면으로 회답했다. 양 당사자는 이들 서면에 대한 의견서를 제출했다.

15. 독일은 그 청구 중에서 다음과 같은 요청을 했다.

"독일은 재판소가 다음과 같이 판단하며 선고하는 것을 요청한다.

이탈리아공화국은

(1) 제 2 차세계대전중 1943.9.부터 1945.5 에 걸친 독일의 국제인도법 위반에 관한 독일연방공화국에 대한 민사 소송을 허용해서 독일연방공화국이 국제법상 누리는 국가면제를 존중하지 않고 국제법상의 의무를 위반했다.

(2) 정부의 비상업적 목적에 사용되는 독일 국유 재산인 Villa Vigoni 에

대해 강제 조치를 취해서 역시 독일의 국가면제를 침해했다.

(3) 상기 요청 (1) 과 유사한 사건에 대한 그리스 판결의 이탈리아에서의 집행을 승인해서 독일의 국가면제를 더 훼손했다.

따라서 독일연방공화국은 재판소가 다음 사항에 대해서 판단하며 선고하는 것을 요청한다.

(4) 이탈리아공화국은 국제적 책임을 진다.

(5) 이탈리아공화국은 스스로의 선택에 따라 독일의 국가면제를 침해하는 법원 기타 사법 기관의 결정을 무효화하기 위한 모든 조치를 강구하도록 보증해야 한다

(6) 이탈리아공화국은 이탈리아 법원이 장래에 있어서 위 요청 (1)에서 언급한 사건에 관해서 독일에 대한 법적 조치를 취하지 않도록 모든 조치를 강구해야 한다.

16. 서면 절차 과정에서 당사자들이 다음과 같은 신청을 했다.

독일 정부를 대표하며

소답서면과 항변서에서

"독일은 재판소가 다음과 같이 판단하며 선고하는 것을 요청한다.

이탈리아공화국은,

(1) 제 2 차세계대전중 1943.9.부터 1945.5.에 걸친 독일의 국제인도법 위반에 관한 독일연방공화국에 대한 민사 소송을 허용해서 독일 연방공화국이 국제법상 누리는 국가면제를 존중하지 않아서 국제법상의 의무를 위반했다.

(2) 정부의 비상업적 목적에 사용되는 독일 국유 재산인 Villa Vigoni 에 대한 강제 조치를 취하여 역시 독일의 국가면제를 침해했다.

(3) 위 요청 (1) 과 유사한 사건에 대한 그리스 판결의 이탈리아에서의 집행을 승인해서 독일의 국가면제를 더 훼손했다.

따라서 독일연방공화국은 재판소가 다음 사항에 대해서 판단하며 선고하는 것을 요청한다.

(4) 이탈리아공화국은 국제적 책임을 진다.

(5) 이탈리아공화국은 스스로의 선택에 따라 독일의 국가면제를 침해하는 법원 기타 사법 기관의 결정을 무효화하기 위한 모든 조치를 강구하도록 보증해야 한다

(6) 이탈리아공화국은 이탈리아 법원이 장래에 있어서 위 요청 (1)에서 언급한 사건에 관해서 독일에 대한 법적 조치를 취하지 않도록 모든 조치를 강구해야 한다."

이탈리아 정부를 대표하며 답변서와 재항변서에서
"(이탈리아의 답변서와 재항변서에서) 진술한 사실과 주장을 바탕으로
이들 신청에 대한 추가 및 수정의 권리를 유보하면서 재판소가 독일의
모든 청구를 기각하는 것을 요청한다."

17. 구두 절차에서 당사자들이 다음과 같은 신청을 했다.

독일 정부를 대표하며,

“독일은 재판소가 다음과 같이 판단하며 선고하는 것을 요청한다.

이탈리아공화국은

(1) 제 2 차세계대전중 1943.9.부터 1945.5 에 걸친 독일의 국제인도법
위반에 관한 독일연방공화국에 대한 민사 소송을 허용해서
독일연방공화국이 국제법상 누리는 국가면제를 존중하지 않아서
국제법상의 의무를 위반했다.

(2) 정부의 비상업적 목적에 사용되는 독일 국유 재산인 Villa Vigoni 에
대해 강제 조치를 취하여 역시 독일의 국가면제를 침해했다.

(3) 위 요청 (1) 과 유사한 사건에 대한 그리스 판결의 이탈리아에서의
집행을 승인해서 독일의 국가면제를 더 훼손했다.

따라서 독일연방공화국은 재판소가 다음 사항에 대해서 판단하며
선고하는 것을 요청한다.

(4) 이탈리아공화국은 국제적 책임을 진다.

(5) 이탈리아공화국은 스스로의 선택에 의하여 독일의 국가면제를
침해하는 법원 기타 사법 기관의 결정을 무효화하기 위한 모든 조치를
강구하도록 보증해야 한다

(6) 이탈리아공화국은 이탈리아 법원이 장래에 있어서 위 요청 (1)에서
언급한 사건에 관해서 독일에 대한 법적 조치를 취하지 않도록 모든
조치를 강구해야 한다.

이탈리아 정부를 대표하며

"서면과 구두 절차에서 진술한 이유로 이탈리아는 재판소가 원고의
청구에는 근거가 없다고 판단하는 것을 요청한다. 이 요청은 Villa
Vigoni 에 설정된 저당권 등기 말소를 이탈리아에 명하는 재판소의
어떠한 결정에 대해서도 이탈리아는 이의가 없는 것을 전제로 하는
것이다."

18. 재판소 규칙 85 조 1 항에 따라 제출된 진술서의 말미에서 그리스는
특히 다음과 같은 의견을 진술했다.

"국가면제에 대해서 국제 사법 재판소가 선고할 판결의 효과는 이탈리아의 법 질서, 그리고 틀림없이 그리스의 법 질서에 지극히 중대하다.

.....

게다가 인도법의 기본적 규칙에 대한 위반을 금지하는 국제법상의 강행규범에 직면한 경우의 국가면제 원칙의 효과에 대한 국제사법재판소의 판단은, 이 점에 대한 그리스의 법원의 지침이 될 것이다. 그러므로 개인이 그리스 법원에 제기하며 계류중 또는 장래의 사건에 대해 중대한 효과를 미칠 것이다."

19. 재판소 규칙 제 85 조 제 3 항에 의한 소송 참가의 내용에 대한 구두 의견의 말미에서 그리스는 특히 다음과 같은 의견을 진술했다.

"인도법의 기본적 규칙에 대한 위반을 금지하는 국제법상의 강행규범에 직면한 경우의 국가면제 원칙의 효과에 대한 국제사법재판소의 판단은 이 점에 대한 그리스 법원의 지침이 될 것이다. 그러므로 개인이 그리스 법원에 제기하며 계류중의 사건 또는 장래의 사건에 대해 중대한 효과를 미칠 것이다.

.....

국가면제에 대해서 국제사법재판소가 선고할 판결의 효과는 우선 이탈리아의 법질서, 그리고 확실히 그리스의 법질서에 지극히 중대하다."

I 역사적 사실적 배경

20. 재판소는 당사자 간에 대체로 다툼이 없는, 이 사건의 사실적·역사적 배경을 우선 간결하게 기재해두는 것이 유익하다고 생각한다.

21. 1940.6. 이탈리아는 독일의 동맹국으로서 제 2 차세계대전에 참전했다. 1943.9. 무솔리니를 권력에서 쫓아낸 후, 연합국에 항복해서 다음 달 독일에 선전 포고했다. 그러나 독일은 이탈리아 영토의 대부분을 점령하고 1943.10.부터 전쟁 종료까지 점령지 사람들에게 민간인 학살, 강제 노동을 의한 다수의 민간인 이송 등 많은 참혹 행위를 저질렀다. 게다가 독일군은 이탈리아 국내와 유럽 각지에서 수십만명의 이탈리아 군인을 생포했다. 이들 대부분의 포로(이하"이탈리아 군인 수용자"라고 함)는 전쟁 포로로서의 지위를 부정되어 독일과 독일 점령지에 강제 노동을 의해 이송됐다.

1 1947 년 평화 조약

22 제 2 차세계대전 후, 1947.2.10, 연합국은 특히 이탈리아와의 전쟁의 법적 경제적 결과를 조정하는 평화 조약을 이탈리아와 체결했다. 평화 조약 제 77 조는 다음과 같이 규정하고 있다.

"1 이 조약의 시행 후에는 독일에 있는 이탈리아 및 이탈리아 국민의 재산은 이제 적성재산(敵性財産)으로 취급되지 말고 그러한 취급에 의한 일체의 제한은 제거되어야 한다.

2 1943.9.3 후에 독일 군대 또는 관헌에 의한 강력 또는 강박으로 이탈리아 영역에서 독일에 운반된 이탈리아 및 이탈리아 국민의 알 수 있는 재산은 반환된다.

3 독일에 있는 이탈리아 재산 회복 및 반환은 독일을 점령 중인 국가들에 의해 결정되는 조치에 따라 이루어진다.

4 독일 및 점령국들의 이탈리아 및 이탈리아 국민의 이익을 위한 이들 및 기타의 어떤 규정을 해칠 것 없이 이탈리아는 1945.5.8 현재의 독일 및 독일 국민에 대한 일체의 미해결 청구권을 자국을 위해 및 이탈리아 국민을 위해 포기한다. 단, 1939.9.1 전에 합의된 계약 및 기타의 의무 및 그 시기에 취득된 권리에서 비롯된 것은 이를 제외한다. 이 포기는 전쟁 중에 체결된 협정에 관한 금전 채권, 정부 간의 일체의 청구권 및 전쟁 중에 생긴 손실 또는 손해에 대한 일체의 청구권을 포함하는 것으로 인정된다."

2. 1953 년 연방 보상법

23 1953 년, 독일연방공화국은 특정 범주의 나치즘 박해 피해자들에게 보상을 하기 위해 “국가사회주의자의 박해 피해자에 대한 연방보상법 (BEG)”을 제정했다. 연방보상법하에서 이탈리아 국민의 수 많은 청구는 청구자가 연방보상법의 정의하는 국가사회주의자의 박해 피해자로 간주되지 않거나 연방보상법의 요구하는 독일 내의 주소와 영주권을 갖지 않았기 때문에 허용되지 않았다. 연방보상법은 1965 년, 국적이나 비 독일 계 민족 구성원임을 이유로 박해 받은 사람들의 청구에 대응하기 위해서 개정됐지만 여전히 1953.10.1 시점에서의 난민 자격 보유를 수급 요건으로 하고 있었다. 연방보상법이 개정된 1965 년 이후에도 많은 이탈리아인 청구자는 1953.10.1 에 난민 자격을 보유하지 않았기 때문에 보상 적격자로 인정되지

않았다. 연방보상법의 제정 당초법 및 1965년 개정법의 명문 규정에 따라 외국 국적 피해자의 청구는 독일 법원에서 항상 각하됐다.

3 1961년 협정

24 1961.6.2, 독일연방공화국과 이탈리아 사이에 두가지 협정이 체결되었다. 1963.9.16에 발효한 첫번째 협정은 "특정 재산에 관한 경제 재정 문제 해결"에 관한 협정이다. 이 협정 제1조에서 독일은 이탈리아에 "경제적 성격의 미해결 문제"를 위해 배상금을 지급하는 것을 규정한 다음에, 제2조는 다음과 같이 규정한다.

(1) 이탈리아 정부는 1939.9.1에서 1945.5.8까지 생긴 권리나 사정에 근거한 이탈리아공화국 또는 이탈리아 자연인 및 법인의 독일연방공화국 또는 독일 자연인 및 법인에 대한 모든 미지급 청구가 해결된 것을 선언한다.

(2) 이탈리아 정부는 독일연방공화국 및 독일의 자연인·및 법인에 대한 상기 청구에 관련한 이탈리아의 자연인·및 법인에 의해 이뤄질 가능성이 있는 모든 재판 절차 기타 법적 조치에서의 면제를 보증한다.

25. 1963.7.31 발효된 두번째 협정은 "국가사회주의자의 박해 정책의 피해를 당한 이탈리아 국민에 대한 보상"에 관한 것이다. 이 협정의 효과로서 독일은 이들 정책에 피해를 당한 이탈리아 국민에게 보상금을 지급할 것을 약속했다. 이 협정 제1조에서 독일은 다음과 같은 취지로 이탈리아에 4000만 독일 마르크를 지급할 것에 동의했다.

"그 인종, 종교, 신조에 의해 국가사회주의자의 박해 정책의 희생으로 되어, 그 박해 정책의 결과 자유를 잃거나 건강을 침해당한 이탈리아 국민을 위해, 또는 이들의 박해로 인한 사망자 유족을 위해서"

이 협정 제3조는 다음과 같이 규정하고 있다.

"독일의 보상법에 의한 이탈리아 국민의 어떤 권리도 침해하지 않는 것을 조건으로 제1조에 의한 지급은 독일연방공화국과 이탈리아공화국 간의 이 조약에 규정된 모든 문제의 최종 해결이 된다."

4 "기억, 책임, 미래"재단 설립법

26. 2000.8.2 독일에서 강제 노동이나 "국가사회주의자 시대의 기타의 부정의"의 피해를 당한 개인을 위한 재단을 설립하는 "기억, 책임,

미래"재단 설립연방법(이하"2000 연방법"이라고 함)이 제정되었다. 재단은 2000 연방법에 의한 금전을 대상자에 직접 지급하지 않고 제네바의 국제 이주 기관을 포함한 "협력 조직"을 통해 지급한다. 2000 연방법은 보상 수급 자격에 일정한 제한을 두고 있다. 이 조항의 효과 중 하나는 강제 수용소 또는 그에 준하는 수용소에 수용된 사람을 제외하고는 전쟁 포로의 지위를 가졌던 사람을 보상 대상에서 제외하는 것이다. 법안에 기재된 이 조항의 공식 주석에 의하면, 그 이유는 전쟁 포로는 "국제법의 규칙에 따라 억류 당국에 의해 노동시켰을 가능성이 있"기 때문이다(재판소 서기 번역)(연방 의회 문서 14/3206 2000.4.13).앞에 본 바와 같이(제 21 항) 독일에서 전쟁 포로로서의 지위를 부정되어 있던 수천 명의 전 이탈리아 군인 수용자가 2000 연방법에 의한 보상을 청구했다. 2001년, 독일 당국은 국제법의 규칙에 따르면 독일은 이탈리아 군인 수용자들의 지위를 일방적으로 전쟁 포로에서 민간 근로자로 변경할 수 없었다는 해석을 채용했다. 그러므로, 독일 당국에 따르면, 이탈리아 군인 수용자들은 전쟁 포로의 지위를 잃은 적이 없고, 그 결과, 그들은 2000 연방법에 의한 지급 대상에서 제외된다고 한다. 이탈리아 군인 수용자들이 요구한 보상은 이 해석을 근거로 대다수가 기각되었다. 이에 대해 독일 법원에 이의를 제기해서 보상을 요구한 전 이탈리아 군인 수용자들의 시도는 성공하지 않았다. 독일 법원은 몇몇 판결로 해당 개인은 전쟁 포로이었으므로 2000 연방법에 의한 보상을 받을 자격이 없다고 판시했다. 2004.6.28, 독일 헌법 재판소의 재판부는 전쟁 포로를 보상에서 제외한 2000 연방법 제 11조 제 3항은 독일 헌법이 보장하는 법 앞의 평등을 위반하지 않고 국제 공법은 강제 노동에 대해서 보상을 받는 개인의 권리를 확립하지 않고 있다고 판시했다. 2004.12.20, 전 이탈리아 군인 수용자의 한 그룹이 유럽인권재판소에 독일을 제소했다. 2007.9.4, 같은 재판소의 재판부는 이 청구는 유럽인권조약 및 의정서의 조문에 비추어 "사항적 관할에 적합" 하지 않아서 인정할 수 없다고 판시했다(전국 귀환병 협회 외 275 명 대 독일 사건 2007.9.4 판결).

5. 이탈리아 법원에서의 소송 절차

A. 이탈리아 국민에 관한 사건

27. 1944.8.에 구속되어 독일에 끌려가 전쟁이 끝날 때까지 군수 공장에서 노동을 강요당한 이탈리아 국민 루이지·펠리니 (Luigi Ferrini) 씨가 1998.9.23, 이탈리아 아레초(Arezzo) 법원에서 독일연방공화국을 제소했다.

2000.11.3, 아레초 법원은 독일은 주권 국가로서 국가면제로 보호되어 있으므로 루이지·펠리니 씨의 청구는 허용되지 않는다고 판시했다. 피렌체(Firenze) 항소원은 2001.11.16 판결(2002.1.14 등록)에서 같은 이유로 원고의 항소를 기각했다. 2004.3.11, 이탈리아 파훼원(破毀院)은 제소된 행위가 국제 범죄일 경우에는 면제가 적용되지 않아서 루이지·펠리니 씨의 독일에 대한 손해 배상 청구에 대해서 이탈리아 법원은 관할권을 가진다고 판단했다(펠리니 대 독일연방공화국 사건 판결). 사건은 아레초 법원으로 환송되어, 2007.4.12 판결으로 이탈리아 법원은 이 사건에 대한 관할권을 가지고 있는데, 배상 청구는 시효로 인해 인정할 수 없다고 판시했다. 항소심인 피렌체 항소원은 2011.2.17 판결으로 아레초 법원 판결을 파기해서 루이지·펠리니 씨에 대한 배상금과 이탈리아 법원 소송 절차에서 발생한 소송 비용의 지급을 독일에 명령했다. 특히 피렌체 항소원은 국가면제는 절대적인 것이 아니라 국제법상의 범죄를 저질렀다고 해서 제소당한 국가가 원용할 수 없다고 판시했다.

28 이탈리아 파훼원 2004.3.11 펠리니 사건 판결에 이어, 2004. 4.13 에는 토리노(Torino) 법원에서 12 명의 원고가 독일에 대해 소송을 제기했다(조반니 만텔리 외(Giovanni Mantelli and Others)사건). 2004. 4.28, 샤쯔카(Sciacca) 법원에서 리베라토 마이에타(Liberato Maietta)가 독일에 대해 소송을 제기했다. 두 사건 모두 1943 년과 1945 년에 발생한 독일에 의한 이송 및 강제 노동에 관한 것이며, 독일은 관할권 부존재의 항고를 이탈리아 파훼원에 제출했다. 이탈리아 파훼원은 조반니 만텔리 외 사건 및 리베라토 마이에타 사건에 대해, 2008. 5.29, 두가지 결정으로 이탈리아 법원은 독일에 대한 청구에 대해서 관할권을 가진다고 인정했다. 현재 독일에 대한 다수의 유사한 청구가 이탈리아 법원에 계류 중이다.

29 이탈리아 파훼원은 독일군 헤르만 괴링(Hermann Göring)사단의 일원이며, 이탈리아 치비텔라(Civitella), 코르니아(Cornia), 산 판크라시오(San Pancrazio)에서의 1944. 6.29 학살에 참여했다며 소추된 막스 요제프 밀데(Max Josef Milde) 씨에 대한 소송에서 펠리니 판결의 논리를 다른 문맥에서 확인했다. 라 스페지아(La Spezia) 군사 법원은 밀데 씨에 대한 결석 판결에서 종신형을 선고하면서 밀데 씨와 독일에 대해, 소송 민사 참가인이자 학살 희생자 승계인들에게 연대해서 배상금을 지급하라고 명령했다(2006. 10.10 판결(2007. 2.2 등록)). 독일은 이 판결 중 독일 패소 부분에 대해 로마 군사 항소 법원에 항소했다. 2007. 12.18, 군사 항소 법원은 항소를 기각했다. 이탈리아 파훼원은 2008. 10.21 판결(2009. 1.13

등록) 중에서 독일의 관할권 부존재의 주장을 부정해서 국제법상의 범죄를 범한 경우, 국가면제를 적용해서는 안 된다는 펠리니 판결의 논리를 답습했다.

B. 그리스 국민에 관한 사건

30. 독일이 그리스를 점령했던 1944. 6.10, 독일군은 그리스 디스토모(Distomo) 마을에서 수 많은 민간인을 학살했다. 1995년에 학살 희생자의 친족들이 인명과 재산 손해에 대해 독일에 대한 소송을 제기했다. 그리스의 리바디아(Livadia) 일심 법원은 1997. 9.25, 독일에 대해 미선고 판결서를 송부해서 (법정에서의 선고는 1997.10.30), 학살 희생자들의 승계인들에 대한 손해 배상을 인용했다. 이 판결에 대한 독일의 상소는 2000. 5.4, 그리스 대법원에서 기각됐다. 그리스 민사 소송 법 제 923 조는 외국에 대한 판결의 집행에 대해서는 법무 장관의 허가를 요건으로 하고 있다. 디스토모 사건의 원고들은 허가청구를 했지만 허가를 받지 못 했다. 그 결과 독일에 대한 판결은 그리스에서는 집행되지 않았다.

31. 디스토모 사건의 원고들은 (독일이) 리바디아 일심 법원 1997.9.25 판결에 따르지 않고, (그리스가) 이 판결의 집행을 허가하지 않던 것은 유럽인권조약 제6조 제1항과 이 조약 제1의정서 제1조에 대한 위반이라고 해서 양국을 유럽인권재판소에 제소했다. 유럽인권재판소의 2002.12.12 판결은 국가면제 규칙에 언급하면서, 원고들의 청구는 인정할 수 없다고 판시했다(카로게로프루 외 대 독일(Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany)판결).

32. 그리스 원고들은 1997.9.25, 리바디아 일심법원에서 선고되어 2004.5.4 그리스 대법원에서 유지된 판결을 독일에서 집행하기 위한 절차를 독일 법원에 신청했다. 이에 독일 연방 대법원은 2003.6.26 판결로 그리스의 사법 판단은 독일의 국가면제의 권리를 침해하고 있으므로 독일의 법 질서 밑에서는 승인될 수 없다고 판시했다(그리스 시민들 대 독일연방공화국 사건).

33. 그래서 그리스 원고들은 디스토모 사건 그리스 법원 판결을 이탈리아에서 집행하려고 했다. 피렌체 항소원은 2005.5.2 판결(2005.5.5 등록)로 그리스 대법원 판결 중 소송 비용 지급 명령은 이탈리아에서 집행할 수 있다고 판시했다. 2007.2.6 결정(2007.3.22

등록)으로 피렌체 항소원은 위 결정에 대한 독일의 이의를 각하했다. 이탈리아 파쇄원은 2008.5.6 판결(2008.5.29 등록)으로 피렌체 항소원의 결정을 유지했다.

34. 손해 배상 지급에 대해서도 피렌체 항소원은 2006.6.13 결정(2006.6.16 등록)으로 1997.9.25 자 리바디어 일심법원 판결의 이탈리아에서의 집행을 승인했다. 2008.10.21 판결(2008.11.25 등록)으로 피렌체 항소원은 위 결정에 대한 독일 정부의 이의를 각하했다. 이탈리아 파쇄원은 2011.1.12 판결(2011.5.20 등록)으로 피렌체 항소원의 결정을 유지했다.

35. 2007.6.7, 그리스 원고들은 피렌체 항소원 2006.6.13 결정에 따라 이탈리아 토지 등기소 코모(Como) 지방 사무소에서 코모호 인근에 있는 독일 국유 재산인 Villa Vigoni 에 재판상의 저장권을 등기했다. 밀라노 지방 법무국은 2008.6.6 자 신청서 및 코모 법원에서 해당 저장권은 취소되어야 한다고 주장했다. 2010.4.28 정령 제 63 호, 2010.6.23 법률 제 98 호, 2011.12.29 정령 제 216 호로 국제사법재판소의 이 사건 판결까지 재판 상의 저장권의 효력이 정지됐다.

36. 1995 년에 디스토모 사건 소송이 시작된 것에 이어 독일에 대한 그리스 국민에 의한 또 하나의 소송이 그리스 법원에 제기됐다. 1944 년에 그리스 리도리키(Lidoriki) 마을에서 저질러진 독일군의 행위에 대해 배상을 요구한 마겔로스(Margellos) 사건이다. 2001 년, 그리스 대법원은 국가면제 규칙이 마겔로스사건에서 문제가 된 행위에 적용되는지의 여부에 대한 판단을 요구하며 이 사건을 그리스 헌법 제 100 조에 의한 "국제법의 규범이 일반적으로 승인된 것인지의 해결"에 대한 관할권을 가진 특별최고재판소로 이송했다. 특별최고재판소는 2002.9.17 결정으로 국제법의 현재 발전 단계에서는 독일은 국가면제를 누린다고 판단했다 (마겔로스 대 독일연방공화국 사건).

II. 분쟁의 내용과 재판소의 관할권

37. 독일이 재판소에 제기한 신청은 절차 전체를 통해 바뀌지 않았다.(15, 16, 17 항 참조).독일은 재판소에 이탈리아는 제 2 차세계대전 중의 독일에 의한 국제인도법 위반으로 인한 권리 침해에 대해 독일에 배상을 청구하는 민사 소송을 이탈리아 법원이 허용함으로써 독일이 국제법상 누리는

국가면제를 존중하지 않던 것, 이탈리아에 소재하는 독일 국유 재산인 Villa Vigoni 에 대해 강제적인 조치를 취한 것으로 역시 독일의 국가면제를 침해한 것, 이탈리아 법원의 위 사건과 유사한 사건에 대한 그리스 법원 판결의 이탈리아 내에서의 집행을 승인함으로써 독일의 국가면제를 더 침해한 것을 인정하도록 요청했다.

결론적으로 독일은 재판소에 이탈리아가 국제적 책임을 지는 것을 선언해서 이탈리아에 대해 복원을 위한 다양한 조치를 취하는 것을 명령하도록 요청했다.

38. 이탈리아는 독일의 주장은 이유가 없으므로 기각하는 것을 재판소에 요구하면서 Villa Vigoni 에 대해 이루어진 강제 조치에 대해서는 신청에서 제외하고, 조치를 종료시키는 명령이 나오도 이의가 없다고 했다.

답변서에서 이탈리아는 "독일군에 의한 국제인도법에 대한 중대한 위반에 의한 이탈리아인 피해자들에게 지급해야 하는 배상금에 관한" 반소 청구를 제출했다. 이 청구는 재판소의 관할권에 포함되지 않고, 그 결과 재판소 규칙 제 80 조 제 1 항에 의해 승인할 수 없다는 이유로 2010.7.6 재판소 명령에 의해 각하됐다(위 제 5 항 참조).

*

39. 재판소에 제기된 분쟁의 내용은 양 당사자가 제출한 주장에 의하여 결정된다. 이 사건에 대해서는 이미 재판소에 제출된 반소는 존재하지 않아서 이탈리아는 재판소에 "독일의 청구는 이유가 없다"는 선고만을 요구하기 때문에, 이것이 재판소에 해결을 요구한 분쟁의 내용을 결정하는 주장이다. 이들 주장에 대해서 재판소는 사건을 접수하는 관할권을 갖는지 여부를 판단해야 한다.

40. 이탈리아는 재판소의 관할권과 청구 수리 허용성에 대해 어떤 이의도 제기하지 않는다. 그러나 확립된 관례 법에 따르면 재판소는 " 관할권을 가지는 것을 반드시 확신해야 하며 필요가 있으면 이 문제를 직권으로 검토해야 한다"(국제 민간 항공 기구(ICAO)이사회 상소사건 (인도 대 파키스탄) 판결).

41. 독일의 청구는 "분쟁의 평화적 해결에 관한 유럽조약" 제 1 조에 따라 재판소에 회부된 관할권에 의거해서 제기됐다. 그 문언은 다음과 같다.

"체약국은 당사국 사이에 일어난, 특히 다음 사항에 관한 모든 국제법

분쟁을 국제사법재판소의 재판에 회부해야 한다.

(a) 조약의 해석

(b) 국제법에 관한 모든 분쟁

(c) 확정하면 국제적 의무 위반을 구성할 사실의 존재

(d) 국제적 의무 위반에 대한 보상 범위"

42. 이 조약 27 조(a)는 조약의 시간적 관할의 범위에 대해, "이 조약이 분쟁 당사국 사이에서 발효하기 이전의 사실 또는 상황에 관한 분쟁"에는 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 이 조약은 독일과 이탈리아 사이에서 1961.4.18 에 발효했다.

43. 독일이 재판소에 제출한 주장은, 청구시부터 지금까지 이 조약에 가맹하고 있는 양국 간의, 바로 위에 인용한 제 1 조에 포함되는 "국제 사법 분쟁"에 관한 것이다.

44. 위에 인용한 제 27 조가 규정하는 시간적 관할 제한은 독일의 청구에는 적용되지 않는다. 이들 청구가 언급하고 있는 분쟁은 "분쟁 당사국 사이에서 조약이 발효하기 전", 즉 1961.4.18 이전의 "사실이나 상황"에 관한 것이 아니다. 재판소에 제기된 분쟁을 일으킨 "사실이나 상황"은 독일이 요구한 국가면제를 부정하면서 독일이 소유하는 재산에 대하여 강제조치를 적용한 이탈리아의 사법적 판단이다. 이들 판단과 조치가 이루어진 것은 2004 년부터 2011 년 사이이므로 분쟁의 평화적 해결을 위한 유럽조약이 양 당사국 간에서 발효되기 훨씬 후이다. 재판 절차에서 제기된 분쟁의 내용은 독일군의 1943 년부터 1945 년에 걸친 행위로 인한 손해의 보상에 관한 것이다. 그러나 재판소에서의 독일의 주장은 이탈리아 법원 판결에서의 내용 처리에 대해서가 아니다. 독일의 주장은 오로지 그 재판 및 집행에서의 면제가 침해된 것에 관한 것이다. 이러한 관점에서 보면 분쟁은 틀림없이 양 당사자 사이에 조약이 발효되기 훨씬 후에 생긴 "사실이나 상황"에 관한 것이다. 그래서 독일이 재판소에 제소한 분쟁의 전부 또는 일부가 위 제 27 조의 시간 관할 범위 내에 있는 것에 대해서, 이탈리아는 정당하게도 이의를 내지 않았다. 따라서 재판소는 이 분쟁을 다루는 관할권을 가진다.

45. 위 분석에 대해 이의가 없던 양 당사자는, 한편으로 독일이 1943 년부터 1945 년에 걸쳐 저지른 범죄의 이탈리아인 및 그리스인 피해자에 대한 배상 의무가 불이행이라는 주장과 관련해서 이탈리아가 제창한 몇가지 주장이라는 전혀 다른 문맥에서 재판소의 관할권 범위에 대해 다투었다.

이탈리아에 따르면 중대한 국제인도법 위반 피해자에 대한 배상의무를 이행하지 않고 배상을 청구하는 효과적인 방법을 피해자들에게 제시하지도 않은 국가는 피해자들의 국적 국가의 법원에서 국가면제를 누리는 권리를 박탈되기 때문에, 독일의 피해자들에 대한 배상 의무의 이행과 이들 피해자가 제소한 외국 법원에서 독일이 누릴 수 있는 국가면제에는 관련이 있다는 것이다.

46. 독일은, 이런 주장은 1961.4.18 이전의 사실에 대한 배상 청구 문제에 관한 것이어서 재판소는 판단할 수 없다고 주장했다. 독일에 따르면 "이탈리아와 독일 사이에, 분쟁의 평화적 해결을 위한 유럽조약이 발효한 날 이전에 발생한 사실은 분명히 재판소의 관할권외이다" 그리고 "배상 청구는 이 사건 분쟁 내용의 범위내가 아니어서 이 수속의 일부를 구성하지 않는다". 독일의 주장은 독일의 전쟁 범죄 및 인도에 반하는 죄(38 항 참조)의 이탈리아인 피해자에 대한 배상 의무에 독일이 위반한 것을 인정하도록 재판소에 요구한 이탈리아 반소청구를 기각한 재판소 명령에 논거를 두고 있다. 독일은 배상 청구 문제는 1943년부터 1945년에 걸쳐 행해진 행위의 직접적인 결과이기 때문에, 위 각하는 분쟁의 평화적 해결을 위한 유럽조약 제 27 조의 시간 관할 제한에 의하여 재판소의 관할 외라는 사실에 따른 것이라고 지적했다

47. 이탈리아는 이 이의에 대해, 2010.7.6 명령은 이 사건에 있어서 이탈리아가 반소청구를 추구하는 것을 막는 것은 사실이지만, 한편으로 반소청구의 근거가 된 주장을 독일의 청구에 대한 항변으로 주장하는 것을 막는 것이 아니라고 반박했다. 즉, 이탈리아의 견해에 따르면 적절한 배상이 없었다는 문제는 국가면제 문제 해결에 있어서 매우 중요하며, 그래서 그것에 대해서 부수적으로 판단할 권한을 재판소가 가지는 것은 분명하다는 것이다.

48. 이탈리아의 반소청구를 각하한 후 독일의 범죄로 인한 이탈리아인 피해자에게 배상할 의무를 독일이 지는지, 독일은 모든 피해자에 대하여 그 의무를 다했는지 아니면 일부에 대해서만 다했는지는 문제에 대한 판단을 요구하는 어떤 신청도 재판소에는 제기되지 않는 것을 재판소는 유의한다. 그러므로 재판소는 이들 문제에 대해서 판단하는 것을 요구되지 않는다.

49. 그러나 이탈리아는 독일의 국가면제를 침해하지 않았다는 주장의 근거로, 독일이 배상 의무를 완전히 다하지 않고 있다는 사실에 의해 독일은

피해자들이 제기한 민사 소송에 있어서 이탈리아 법원에서 국가면제를 누리는 권리를 박탈당했다고 주장한다.

50 이탈리아가 주장하는 바와 같이, 국가가 저야 한다고 주장된 배상 책임을 완전히 다하지 않고 있다는 사실이 외국 법원에서 누리는 국가면제의 존재 여부나 범위에 대해 법적 효과를 미칠 가능성이 있는지 재판소는 판단해야 한다. 이 문제는 이 사건에 있어서 국가면제에 대해 적용할 수 있는 관습국제법을 정하기 위해 재판소가 판단할 법의 하나이다.

만일 위 문제에 긍정적으로 답한다면 제 2 의 문제는 이 사건의 특정 상황에서 특히 독일의 배상 문제에 대한 대처를 고려한 경우에, 이탈리아 법원이 독일의 국가면제를 부정하는 충분한 이유가 있느냐는 것이다. 제 1 의 문제에 응답하기 전에 재판소가 제 2 의 문제에 대해서 답변할 관할권을 가지는 것을 확인할 필요는 없다.

현 단계에서는 관할권의 존재 여부와 범위에 대한 기타 문제는 제기되고 있지 않다고 재판소는 생각한다.

*

51. 재판소는 우선 독일 최초의 신청에서 제기된 문제, 즉 다양한 이탈리아인 원고에 의해서 제기된 소송에서 독일에 대한 재판권을 행사해서 이탈리아 법원이 독일에 국가면제를 주는 의무를 위반했는지는 문제를 검토한다. 재판소는 다음에 제IV 절에서 Villa Vigoni 에 대해 이루어진 강제 조치에 대해, 이어 V 절에서는 그리스 판결이 이탈리아에서 집행 가능하는 것을 선언한 이탈리아 법원의 결정에 대해 검토한다.

III. 이탈리아인 원고들에 의한 절차에 있어서 독일의 국가면제에 관하여 주장된 위반

1. 재판소에 계류하는 쟁점

52. 재판소는 이탈리아 법원의 절차는 독일 군대 및 기타 독일 기관에 의해 자행된 행위에서 비롯되고 있다는 인식에서 출발한다. 독일은 "특히 학살에 있어서 또는 전 이탈리아 군인 수용자에 관해서 이탈리아의 남녀에게 준 필설로 다할 수 없는 고통"을 전면 승인해서(독일 이탈리아 공동 선언, 트리에스테(Trieste), 2008.11.18), 그들 행위가 불법임을 받아들이고, 이

재판소에서도 독일은 "이 점에 대한 책임을 완전히 인식" 하고 있다고 했다. 재판소는 문제의 행위는 "인도의 기본적 고려"(코르프(Corfu)해협 사건(영국 대 알바니아)본안 판결, 니카라과 사건(니카라과 대 미국)본안 판결)에 대한 완전한 무시의 표현이라고 평가할 수 밖에 없다고 생각한다. 사건의 제 1의 유형은 1944.6.29 치비텔라(Civitella), 코르니어(Cornia), 산판크라지오(San Pancrazio)에서 독일군의 "헤르만 괴링(Hermann Göring)" 사단 구성원이, 며칠 전에 레지스탕스 병사들이 4 명의 독일 병사를 살해한 뒤 인질로 잡은 203 명의 민간인을 학살한 예로 제시된 점령지에서 보복 수단의 하나로 저질러진 민간인 대규모 살해에 관한 것이다.(막스 조지프 밀데(Max Josef Milde) 사건 라스페지어(La Spezia) 군사 법원 2006.10.10 판결(2007.2.2 등록).

제 2의 유형은 독일의 사실상의 노예 노동자로서 이탈리아에서 이송된 루이지·펠리니 씨 같은 민간인에 관한 것이다. 제 3의 유형은 전쟁 포로로서의 지위와 그 지위에 따라 누려야 할 보호를 거부되어, 강제 노동자와 비슷한 취급을 받은 이탈리아 군인들에 관한 것이다. 재판소는 이 행위가 1943년~1945년에 대해서 적용 가능한 무력분쟁에 관한 국제법에 대한 중대 위반이라는 것은 의심할 여지가 없다고 생각한다. 1945.8.8 뉘른베르크에서 조인된 국제 군사 재판소 헌장 제 6 조(b)은 전쟁 범죄로 "점령지 소속 혹은 점령지 내의 민간인 살해, 학대, 혹은 노예 노동 또는 그 외의 목적을 위한 추방"과 함께 "전쟁 포로에 대한 살해 또는 학대"를 들고 있었다. 이 헌장 제 6 조(c)는 인도에 반하는 죄로 "전쟁 전 또는 전쟁 중에 민간인에 대해서 저질러진 모든 살인, 섬멸, 노예화, 추방 및 기타의 비인도적 행위"를 열거했다. 이탈리아에서의 민간인 인질 살해는 제 2차세계대전 직후의 재판에서 많은 전쟁 범죄 피고인들이 유죄 선고를 받은 공소 사실의 하나였다(예를 들면, Von Mackensen and Maelzer 사건(1946), Kesselring 사건(1947), Kappler 사건(1948)). 뉘른베르크 헌장의 원칙은 1946.12.11 유엔 총회 결의 95(I)에 의해 승인됐다.

53. 하지만 이들 행위가 위법인지에 대해서는 다툼이 없어서 재판소는 판단을 요구되어 있지 않는다. 재판소에 요구된 문제는 이들 행위에서 발생한 배상 청구에 관한 절차에서 이탈리아 법원은 독일에 국가면제를 주는 의무를 지어 있었는지의 여부이다. 이에 관련해서 재판소는 당사자 사이에 적용 법에 대해서 상당한 정도의 합의가 존재하는 것을 유의한다. 특히 양 당사자는 면제는 단순한 예양 문제가 아니라 국제법에 의해 결정되는 일이라는 것에 동의하고 있다.

54. 독일과 이탈리아 사이에서는 모든 면제 향수는 조약이 아니라 관습 국제법에 유래한다. 독일은 1972.5.16 유럽국가면제조약 (이하 "유럽조약" 이라고 함) 8 참가국 중의 하나이지만, 이탈리아는 참가국이 아니므로 이 조약은 이탈리아를 구속할 수 없다. 하여튼 미발효이지만, 2004.12.2 에 채택된 유엔국가면제조약 (이하"유엔조약"라고 함)에는 양국 모두 참가 하지 않고 있다. 2012.1.1 현재 유엔조약은 28 개국이 서명해서 13 개국의 비준, 수락, 승인, 가입서면을 얻고 있다. 이 조약 제 30 조는 이 조약은 30 번째 서명이 맡겨진 날로부터 30 일 후에 발효한다고 규정한다. 독일도 이탈리아도 이 조약에 서명하지 않고 있다.

55, 그래서 재판소는 재판소 규정 제 38 조(1)(b)로, 국가에 면제를 주는 "법으로서 인정된 일반 관행의 증거로서의 국제 관습"의 존재 여부, 만일 존재한다면 그 면제의 사정거리와 범위를 판단해야 한다. 그러기 위해서는 재판소는 관습국제법 규칙을 확인하기 위해 거듭 선언된 기준을 적용해야 한다. 특히 북해 대륙붕 사건에서 재판소는 관습국제법이 존재하기 위해서는 "일반 관행"과 함께"법적 확신"이 필요하다고 밝혔다(북해 대륙붕 사건 (독일연방공화국 대 덴마크, 독일연방공화국 대 네덜란드)판결). 게다가 재판소는 다음과 같이 판시했다.

"다자 조약이 관습, 또는 실제로는 발달 중인 관습을 기록하여, 이에 유래하는 규칙을 정의하는 것에 큰 역할을 다할 수 있더라도, 물론 관습국제 법의 실질은 무엇보다 현실의 실행과 국가의 법적 확신 속에서 발견되는 것은 분명하다."(대륙붕 사건(리비아 아랍 Jamahiriya 대 몰타)판결).

이러한 문맥에 따르면 특히 중요한 국가 실행은, 외국에 면제를 부여할지 여부에 대한 국내 법원 판결, 면제에 관한 국내법을 제정한 국가의 법령, 국가가 외국 법원에 제기한 면제의 요구와 국가의 진술, 국제법 위원회의 이 문제에 대한 광범위한 연구와 유엔조약에 채용된 문언 속에서 발견될 것이다. 이 문맥에서 법적 확신은, 특히 면제의 권리를 국제법으로 부여되었다고 해서 타국 법원에서 면제를 요구하는 국가의 주장, 국제법상의 의무로서 면제를 부여하는 국가에 의한 승인, 그리고 역설적으로, 외국에 대해 재판권을 행사하는 국가의 주장 속에 반영된다. 국가는 때로는 국제법의 요구보다 광범위한 면제를 주는 것이 있지만, 현재의 목적을 위해서는 그러한 사안에서의 면제 부여는 필수 요건인 법적 확신을 따르지

않다는 점에서 재판소는 현재로서는 이 문제를 고려하지 않는다.

56. 국가면제의 기원과 국가면제의 기초를 구성하는 원칙에 대해서 과거에 많은 논란이 있었지만, 국제법 위원회는 1980 년에 국가면제 규칙은 "현재의 국가 실행에 깊숙이 자리 잡은 관습국제법의 일반 원칙으로 채용" 되어 왔다고 결론지었다(국제법 위원회 연보 1980). 이 결론은 국가 실행에 관한 광범위한 조사에 근거하고 있어 이 재판소의 견해에 따르면 국내 입법의 기록, 사법 판단, 면제의 권리의 주장, 그리고 유엔조약 작성 과정에서의 여러 국가의 의견에 의해 뒷받침되어 있다. 그들은 자국을 위한 면제 요구인지 타국을 위한 면제 부여인지를 불문하고, 국가는 국제법에 의한 면제의 권리를 가지며 이에 대응한 의무로서 타국에 대한 국가면제를 존중하여 부여해야 한다는 것을 전제로 일반적으로 행동하고 있는 것을 나타내고 있다.

57. 재판소는 국가면제 규칙은 국제법과 국제 관계에 중요한 자리를 차지하고 있다고 생각한다. 그것은 유엔 헌장 제 2 조 제 1 항이 천명해서 국제법 질서의 기본적인 원칙의 하나인 국가의 주권 평등 원칙에 유래한다. 이 원칙은 모든 국가는 그 영역에서 주권을 갖는다는 원칙, 그 주권에 의해 영역 내의 사건이나 인간에 대한 관할권이 생긴다는 것과 아울러 고찰되어야 한다. 국가면제에서의 제외는 주권 평등 원칙에서의 일탈을 의미한다. 한편으로 국가면제는 영역 주권의 원칙과 이에서 생기는 관할권에서의 일탈이 될 가능성이 있다.

58. 양 당사자 사이에는 관습국제법의 일부인 국가면제의 유효성과 중요성에 대해서 폭넓은 합의가 있다. 그러나 국가면제의 범위와 정도를 결정하기 위해 적용하는 법은 1943 년부터 1945 년, 즉 이탈리아 법원의 절차의 원인이 된 사건 발생 당시의 법인지(독일의 주장), 절차 자체의 시작 당시의 법인지(이탈리아의 주장)에 대해서는 당사자 사이에 다툼이 있다. 재판소는 국제법 위원회의 국제 위법 행위에 대한 국가 책임 조약 초안 제 13 조가 가리키는 원칙에 따라, 행위와 국제법의 적합성은 행위 발생 당시에 발효하던 법에 의해서만 결정할 수 있다고 생각한다. 그 문맥에 있어서, 문제가 된 독일의 행위와 이탈리아의 행위를 구별하는 것이 중요하다. 문제가 된 독일의 행위는 제 52 항의 기재와 같이, 1943 년부터 1945 년에 이루어졌으므로 이에 적용되는 법은 당시의 국제법이다. 문제가 된 이탈리아의 행위는 이탈리아 법원의 국가면제 부정과 재판권 행사인데, 이탈리아 법원에서 절차가 시작하기 전에는 이루어지지 않았다. 재판소에

제기된 청구는 이탈리아 법원의 행위에 관한 것이어서 재판소가 적용할 법은 그 절차 당시에 유효하던 국제법이다. 게다가 재판소는(국제법에 의한 외무장관 개인의 면제의 문맥에서)면제의 법은 본질적으로 절차적 성격이라고 판시한 바 있다(2001.4.1 의 구속 영장 사건(콩고 민주 공화국 대 벨기에)판결). 이는 특정 행위에 대한 재판권 행사를 규제하는 법이어서 그 행위가 적법인지 불법인지를 판단하는 실체법과 전혀 다르다. 이러한 이유로 재판소는 1943 년부터 1945 년에 존재한 법이 아니라 이탈리아에서의 절차 당시에 존재한 국가면제의 법을 검토해서 적용해야 한다고 생각한다.

59. 양 당사자는 국가면제 규칙의 사정거리와 범위에 대해서도 맞서고 있다. 이 문맥에서 재판소는 많은 국가(독일과 이탈리아를 포함)가 국가면제를 요구하는 경우에도 타국에 주는 경우에도, 국가면제의 제한에 관해 업무 관리 행위와 주권 행위를 구별하고 있는 일에 유의한다. 그런 어프로치는 유엔조약과 유럽조약에서도 채용되고 있다(미주기구에서의 범미 법률 위원회에 의한 1983 미주 국가면제조약 초안도 참조).

60. 재판소는 국제법이 업무 관리 행위에 대해서 국가면제 문제를 어떻게 다루고 있는냐는 문제의 처리를 요구되고 있지 않는다. 이탈리아 법원의 절차의 주제인 독일군 및 기타 국가 기관에 의한 행위는 분명히 주권 행위이다. 재판소는 이탈리아가 재판관의 질문에 답해서, 이들 행위는 불법이지만 주권 행위로 간주된다고 인정한 것을 유의한다.

재판소는 "주권 행위" "업무 관리 행위"라는 용어는 해당 행위가 적법하다는 의미를 포함하는 것이 아니라 문제의 행위를 평가하기 위해서 참조하는 법이 주권 행사를 통제하는 법(주권 법)인지, 아니면 사적, 상업적 활동 같은 국가의 비 주권 활동에 관한 법(업무 관리 법)인지를 가리키는 것이라고 생각한다. 이 구별은 국가가 어떤 행위에 대해서 외국 법원에서 국가면제를 누릴 수 있는지를 결정하는 범위에서 중요하며, 그것은 재판권이 실행되기 전에 적용되어야 한다. 이에 반해, 행위 자체가 적법인지 불법인지는 재판권 실행에 의해서만 판단되는 사항이다. 이 사건은 해당 행위의 위법성을 절차의 모든 단계에서 독일이 인정하고 있다는 특이한 사안이지만, 재판소는 이 사실은 이들 행위가 주권 행위라는 성격을 변경하는 것이 아니라고 생각한다.

61. 국가는 일반적으로 주권 행위에 대해서는 면제를 누린다는 것은, 당사자 사이에 다툼이 없고, 유엔, 유럽 그리고 미주 조약 초안, 이 문제에 대한

국내법을 제정한 국가의 법령, 국내법원의 법리로서 채용된 접근 방식이다. 그 속에서도 재판소는 이 절차에 의해서 제기된 문제, 즉 국가의 군대(및 군대와 협력하는 국가의 기타 기관)에 의한 무력분쟁 수행 과정에서의 행위에 대해서 면제가 적용되는지는 문제에 접근해야 한다. 독일은 주권 행위에 대해서 국가가 누리는 면제에는 중요한 제한이 없어서 면제가 적용된다고 주장한다. 이탈리아는 재판소에 제출한 서면에서 이탈리아 법원에서 독일은 두가지 이유로 면제를 누릴 수 없다고 주장한다. 첫째 이유는 주권 행위에 관한 면제는 법정지 국내에서 인간의 사상과 재물의 훼손을 초래한 불법행위에는 미치지 않는다는 것이며, 두번째 이유는 어디에서 문제의 행위가 이루어졌는지에 상관 없이 이들 행위는 다른 어떤 구제 수단도 존재하지 않고, 국제법의 절대적인 성격의 법에 대한 가장 심각한 위반이므로 독일은 면제를 누릴 수 없다는 것이다. 재판소는 다음에 이탈리아의 각 주장을 검토한다.

2. 이탈리아 제 1의 주장:영역내 불법행위 예외

62. 이탈리아 제일의 주장의 핵심은, 법정지 국내에서 인간의 사상 및 재산 손해를 초래한 불법행위에 대해서는 그 행위가 주권 행위라고 해도 국가는 면제를 누릴 수 없다는 지점까지 관습국제법이 발전했다는 데 있다. 이탈리아는 이 주장이 이탈리아에서 행해진 행위에 대해서 이탈리아 법원에 제기된 청구에 대해서만 적용되고, 이탈리아 영역외에서 구속되어 독일을 포함한 이탈리아 영토외에 강제 노동자로 이송된 이탈리아 군인 수용자들의 경우에는 적용되지 않는 것을 인정하고 있다. 위 주장의 근거로 이탈리아는 유럽조약 제 11 조, 유엔조약 제 12 조가 채용됐다는 사실, 그리고 오로지 국가면제를 다루는 국내법을 제정한 10 개국 중(파키스탄을 제외한) 9 개국이 위 양 조약과 유사한 조항을 채용한 사실을 지적한다. 이탈리아는 유럽조약에는 이 조약은 외국 군대의 행위에는 적용되지 않는다는 취지의 조항(제 31 조)이 있는 것을 인정하지만 이 조항은 영역의 주권 국가의 동의 하에 주둔하는 군대의 지위를 규제하는 문서와 조약의 충돌을 회피하는 것을 주요 목적으로 하는 유보 조항에 불과하므로, 국가가 외국에서의 군대 행동에 대해 면제를 누린다는 취지가 아니라고 주장한다. 이탈리아는 유엔조약 체결 과정에서 이 조약이 군대의 행동에 적용되지 않는 것을 시사하는 진술(후기 69 항에서 설명)의 중요성을 부정한다. 이탈리아는 두가지 국내법(영국과 싱가포르)이 외국 군대에 적용되지 않는 것을 인정하지만 외국 군대에 의한 불법행위에 대한 재판권을 행사하는 기타 7 개국(아르헨티나, 호주, 캐나다, 이스라엘, 일본, 남아공, 미국)에 이르는

중요한 국가 실행이 존재한다고 주장한다.

63. 독일은 유럽조약 제 11 조 및 유엔조약 제 12 조가 주권 행위에 대해서 국가면제를 부정하는 취지라면 이들 조항은 관습국제법을 반영하지 않는다고 주장한다. 또, 위 어느 조항도 군대에 적용하는 것을 예정하지 않으므로 어쨌든 이 사건에 대해서는 중요하지 않다고 주장한다. 독일은 또 이탈리아의 여러 사건과 그리스에서의 디스토모 사건을 제외하면 어떤 국가의 법원도 무력분쟁 시의 군대의 행위에 대해서 국가가 국가면제를 누릴 수 없다고 판시한 적이 없으며, 반대로 여러 나라 법원에서는 비슷한 사건에 대해서 피고 국가가 국가면제를 누린다는 이유로 분명히 관할권을 부인했다는 사실을 지적했다.

*

64. 재판소는 국가면제는 법정지 국가의 영역 내에서 인간의 사상과 재산 손실을 초래한 행위에 대한 민사 소송에는 적용되지 않는다는, 교통 사고나 기타 "보험 사고"에서 비롯된 견해에 대해서 먼저 검토한다. 그런 사건에 대해서 몇몇 국내법원이 인정한 국가면제 제한은 업무 관리 행위에 한정된 것으로 취급되어 왔다(예를 들면 오스트리아 대법원 홀벡(Holubek) 대 미국정부 사건 판결 참조). 그러나 재판소는 국가면제에 대한 "영역내 불법행위 예외"를 규정하는 국내법 중에 주권 행위와 업무 관리 행위를 명확히 구별한 사례가 존재하지 않는 것에 유의한다. 캐나다 대법원은 캐나다 국내법에 따른 예외 규정이 그러한 구별에 따른다는 견해를 분명히 부인했다(슈라이바(Schreiber) 대 독일연방공화국 및 캐나다 사법 장관 사건(2002)). 유럽조약 제 11 조와 유엔조약 제 12 조에서도 그러한 구별은 채택되지 않았다. 나중에 유엔조약 12 조가 된 초안에 대한 국제법 위원회 주석은 이는 의도적인 선택이며, 해당 조항의 적용은 업무 관리 행위에 한정되는 것이 아니라고 했다(국제법 위원회 연보 1991). 하지만 제 12 조가 주권 행위에 적용되는 것이라면, 이는 관습국제법을 반영하는 것이 아니라고 시사한 것은 독일만이 아니다. 나중에 제 12 조가 된 국제법 위원회 초안에 대한 비판에서 1990 년에 중국은 "이 조문은 주권 행위와 사법(私法) 행위의 구별을 두지 않은 점에서 제한 면제 주의를 앞섰다"고 평가했다. 또 미국은 2004 년에 유엔조약 초안에 대한 논평에서 주권 행위와 업무 관리 행위의 구별을 배려하지 않는 관할권의 확장은 "현재의 국제법의 원칙과 맞지 않을 것이"어서 제 12 조는 "주권 행위와 업무 관리 행위라는 전통적인 구별과 모순 없이 해석·적용되어야 한다"고 했다.

65. 재판소는 이 사건에 있어서 주권 행위에 적용 가능한 국가면제"영역내 불법행위 예외"가 관습국제법으로서 존재하느냐는 문제를 일반적으로 해결하는 필요는 없다고 본다. 재판소에 제기된 쟁점은 법정지 국가의 영역에서 외국 군대 또는 그것과 협동하는 기타 국가 기관에 의한 무력분쟁 수행 과정에서 이루어진 행위에 한정되어 있기 때문이다.

66. 재판소는 우선 유럽조약 제 11 조와 유엔조약 제 12 조의 채택이 앞에 본 바와 같은 유형의 행위에 대해서 국가는 이제 국가면제를 누리지 않는다는 이탈리아의 주장에 무언가의 근거를 줄것인지를 검토한다. 이미 재판소가 설명한 바와 같이 (위 제 54 항), 어떤 조약도 이 사건 당사자 사이에서 효력을 가지지 않는다. 그래서 이들 조약의 조항은 이들 조항과 그 채택 및 시행 과정에서 관습국제법의 내용을 규명한다는 한도내에에서만 이 사건과 관련한다.

67. 유럽조약 제 11 조는 영역내 불법행위 예외를 폭넓은 표현으로 선언하고 있다.

"체약국은 인간에 대한 침해 또는 유체 재산에 대한 손해의 구제 절차에서 상해 또는 손해를 초래한 사실이 법정지 국가의 영역내에서 발생해서 상해 또는 손해의 가해자가 이들 사실이 발생했을 때 해당 영역 내에 존재했을 경우에는 다른 체약국 법원의 관할권에서의 면제를 주장할 수 없다."

그런데, 이 조항은 다음과 같은 제 31 조에 비추어 읽어야 한다.

"이 조약의 어떤 조항도 체약국 군대가 다른 체약국 영역내에 있는 경우에 있어서 군대 또는 그것에 관련한 어떠한 작위 부작위에 대해 체약국이 누리는 면제 또는 특권에 대해 영향을 미치지 않는다."

제 31 조의 목적의 하나가 이 조약과 주둔 군대의 지위에 관한 각종 협정과의 관계라고 하더라도 제 31 조의 문언은 그것에 국한되지 않고 이들 군대가 체약국과의 합의에 의해 주둔하고 있는지, 그 행위가 평시에 행해졌는지, 무력분쟁시에 행해졌는지에 상관 없이 외국 군대의 행위에 관한 모든 소송을 조약의 범위에서 제외하고 있다. 협의 절차를 위해 작성된 상세한 주석을 포함한 설명 보고서는 제 31 조에 대해 다음과 같이 설명한다.

"조약은 무력분쟁 시 발생하는 사태를 통제하려는 것도 아니고, 동맹국 사이의 주둔군 문제 해결에 원용될 수도 없다. 통상 이러한 문제들은 특별 협정에 의해 처리된다."(제 33 조 참조).

.....

[제 31 조]조약이 이들 문제에 영향을 준다고 해석되어서는 안 된다.(제 116 항)

68. 재판소는 이 조약 제 31 조는 "유보 조항"으로서의 효력을 가지고, 그 결과 군대의 행위에 대한 국가면제는 완전히 조약의 적용 범위 외에 있어서, 관습국제법에 의하여 판단되어야 한다는 일에 대해서 이탈리아에 동의한다. 하지만 결론적으로는 이 조약에 제 11 조의 "영역내 불법행위 예외"가 포함되는 것은 국가는 군대에 의한 불법행위에 대해 면제를 누릴 수 없다는 주장의 근거가 될 수 없다. 설명 보고서가 말한 대로 이 조약 제 31 조의 효과는 이 조약은 이 문제에 어떠한 영향도 주지 않는다는 것이다. 다음 각국의 재판 사례는 제 31 조는 군대의 불법행위에 대한 국가면제는 제 11 조의 영향을 받지 않는다는 취지라고 결론지었다.

벨기에(2000.2.18 겐트 제일심 법원 봇텔벨게 대 독일국 (Botelberghe v. German State,) 사건 판결),아일랜드(1995.12.15 대법원 맏켈히니 대 윌리엄스 (McElhinney v. Williams)사건 판결), 슬로베니아 (헌법재판소 caseNo. Up-13/99), 그리스 (마겔로스 대 독일연방공화국(Margellos v. Federal Republic of Germany) 사건), 폴란드(폴란드 대법원 나토니에우스키 대 독일연방공화국(Natoniewski v. Federal Republic of Germany)사건).

69. 유엔조약 제 12 조는 다음과 같이 규정한다.

"어느 국가도 인간의 사망 혹은 신체의 상해 또는 유체 재산의 손상 혹은 멸실이 자국의 책임으로 돌아가는 작위 또는 부작위로 인해 생긴 경우, 해당 작위 또는 부작위의 전부 또는 일부가 타국 영역 내에서 행해지고, 해당 행위 또는 부작위를 행한 사람이 해당 행위 또는 부작위를 한 시점에서 해당 타국의 영역 내에 소재했던 경우에는 인간의 사망 혹은 신체의 상해 또는 유체 재산의 손상 혹은 멸실에 대한 금전적인 보상에 관한 재판 절차에 있어서, 그것에 대해 관할권을 가지는 해당 타국 법원의 재판권에서의 면제를 원용할 수 없다. 다만, 관련국 간에서 특별한 합의를 하는 경우에는 그러하지 아니하다."

유럽조약과 달리 유엔조약에는 그 적용 범위에서 군대의 행위를 제외하는 조항은 존재하지 않는다. 하지만 국제법 위원회의 제 12 조에 대한 주석은 이

조항은 "군사 분쟁에 관한 상황"에는 적용되지 않는다고 한다(국제법 위원회 연보 1991). 게다가 유엔 총회 제 6 위원회의 국가면제 협정 특별 위원회 보고에서 특별 위원회 의장은 "조약 초안은 군사 활동을 커버하지 않는다는 일반적 이해를 바탕으로 준비해 왔다."고 성명하였다.

어떤 국가도 이 해석에 의문을 제출하지 않았다. 게다가 현재까지 조약을 비준한 국가 중 2 개국인 노르웨이와 스웨덴이 "조약이 국제인도법이 말하는 무력분쟁이나, 국가의 군대가 공무로서 수행하는 활동을 포함한 군사 활동에는 적용되지 않는다"는 이해를 같은 취지의 문구로 선언한 것을 재판소는 유의한다. 이들 각종 증거에 비추어 재판소는 조약 제 12 조의 존재는 무력분쟁의 상황에 법정지 국가의 영역에서 타국 군대와 협동 기관에 의한 인간의 사망 혹은 신체의 상해 또는 유체 재산의 손상을 일으킨 행위에 관한 배상 절차에 대해서는 관습국제법은 국가면제를 거부하고 있다는 주장의 어떤 근거가 될 수 없다고 결론 짓는다.

70. 국내법 형식에 의한 국가 실행에 대해서 검토하면, 오로지 국가면제를 주제로 하는 법률을 제정한 국가로서 양 당사자가 언급한 10 개국 중 9 개국이 법정지 국가에서의 사망 상해 또는 재산 손해에 관한 배상에 대해서 국가는 면제를 누릴 수 없다는 효과를 가진 조항을 채용하고 있는 것을 재판소는 유의한다. (1976 미국 외국국가면제법, 1978 영국 국가면제법, 1981 남아프리카 외국면제법, 1985 캐나다 국가면제법, 1985 호주 외국면제법, 1985 싱가포르 국가면제법, 1995 아르헨티나 법원에서의 외국 면제에 관한 법률, 2008 이스라엘 외국면제법, 2009 일본 대외국민사재판권법). 파키스탄 국가면제법(1981)만이 유사한 조항을 포함하지 않는다.

71. 이들 중 2 개 법령(영국 국가면제법, 싱가포르 국가면제법)은 외국 군대의 행위에 관한 소송을 적용에서 제외하고 있다. 이에 대응하는 캐나다, 호주, 이스라엘의 조항에서는 주둔국의 동의를 얻어 주둔한 군대에 의한 행위 또는 주둔군에 관한 법령에 의해서 정해진 일에 대해서만 제외하고 있다. 남아프리카, 아르헨티나, 일본 법령에는 제외 조항이 존재하지 않는다. 단, 일본 법령(제 3 조)은 "이 법률의 규정은 조약 또는 확립된 국제법규에 따라 외국 등이 향유하는 특권 또는 면제에 영향을 미치지 않는다"고 규정한다.

1976.미국 외국 국가면제법에는 외국 군대의 행위에 관한 청구에 대한 특별 조항은 별로 없지만 "미국 내에서 발생한 외국의 불법인 작위·부작위에 의한 인간의 사상 또는 재산적 손해에 관한 그 외국에 대한 금전 배상" 청구에

대해서는 면제를 인정하지 않는다는 조항(1605(a) (5))은 "재량권이 남용되었는지 여부를 불문하고 재량권 행사 또는 불행사에 의한 모든 청구" (1605(a)(5)(A)에는 적용되지 않는다. 타국의 입법례가 없는 이 조항의 해석으로 미국 법원은 미국 내에서 암살에 관여한 외국의 에이전트는 면제를 누릴 수 없다고 판시했다(미국 컬럼비아 지방 법원, 1980 레테리엘 대 칠레 공화국(Letelier v. Republic of Chile) 사건 판결). 하지만, 이 재판소는 미국 법원이 이 조항을 무력분쟁 과정에서 외국 군대 및 협동하는 기관에 의한 행위에 적용하도록 요구된 사례를 모른다.

실제로 국내법에 군대의 행동에 대한 일반적 제외를 규정하지 않는 7 개국 중, 이 법을 무력분쟁 과정에서 외국 군대나 협동 기관의 행위에 적용하는 것을 법원이 요구된 국가는 존재하지 않는다.

72. 재판소는 다음에 군대의 행위에 관련된 국가면제에 대한 국내 법원 판결 형식의 국가 실행을 살펴본다. 외국의 영역에 그 동의를 얻어 주둔 또는 방문한 군대가 불법행위에 관여했다며 제소된 절차에서 국가가 면제를 누리는지에 대해서는 많은 사건에 있어서 국내 법원이 검토해왔다. 1934.1.이집트 법원 결정(Bassionni Amrane 대 John 사건), 1957.벨기에 브뤼셀 항소 법원 판결(S.A. Eau, gaz, électricité et applications 대 Office d'aide mutuelle), 그리고 1957. 독일 슈레스비히 항소 법원 판결(영국 면제 사건)은 국내 법원이 외국 군대의 행위는 주권 행위임으로서 면제를 부여한 초기의 예이다. 그 후 여러 나라 법원이 군함에 의한 손해에 대해서 국가는 면제된다고 판시했다(2001 네덜란드 대법원 미국 대 에무스하벤 항만국 사건, 1999.9.3 프랑스 엑상프로방스 항소 법원 제 2 재판부 알리안츠 보험 대 미국 사건 판결, 2000 이탈리아 파헤원 토렌트 대 미국 사건 판결(군사 훈련에 의한 손해)). 영국 법원은 외국 군대의 영국 영역 내에서의 행위에 의한 불법행위 소송에서 해당 행위가 주권 행위인 경우에는 관습국제법은 면제를 요구하고 있다고 판시했다(1995 항소원 리토렐 대 미국(No. 2)사건, 2000 귀족원 네덜란드 대 런펜울프 사건). 아일랜드 대법원은 법정지 국가의 영역에 있는 외국 군대 구성원들의 주권 행위에 대해서는 법정지 국가의 허가가 없는 경우에도 국제법은 외국 정부에 면제를 주는 것을 요구하고 있다고 판시했다(1995 맛켈히니 대 윌리엄스 사건).이후 유럽인권재판소 대법정은 이 판단은 국제법의 폭넓게 지지된 견해를 반영한 것이므로 면제의 향수는 유럽인권조약과 모순한다고 볼 수 없다고 판시했다(2001.11.21 맛켈히니 대 아일랜드 사건 판결). 이 사건에서 제기된 특유의 쟁점에 직결하는 것이 아니지만 기타 어떤 국가 법원에서도 부정한 적이 없다고 볼 수 있는 이들 사법 판단은 국가는 외국의 영역에서 군대가

행해진 주권 행위에 대해서는 면제를 누리는 것을 시사하고 있다.

73. 그렇지만 이 사건의 목적을 위해 가장 적절한 국가 실행은 무력분쟁 시에 군대가 실행했다고 주장되는 행위에 관한 절차에 있어서 국가가 면제를 누리는지에 관한 국내 법원의 판단 속에서 볼 수 있다고 재판소는 생각한다. 이들 모든 사건의 사실 관계는 제 2 차세계대전중의 사건에 관한 것이며 이탈리아 법원에 제기된 사건과 매우 유사점이 많다. 이 문맥에서 프랑스 파해원은 제 2 차세계대전중 점령하 프랑스에서 이송된 원고가 제기한 사건에 대해서 독일에 일관해서 면제를 주었다(2003.12.16 브슈롱 사건, 2004.6.2 X 사건, 2006.1.3 그로스 사건). 재판소는 또 유럽인권재판소가, 프랑스 파해원은 2006 년 판결에 이르는 절차에서 국제법에 근거하여 면제를 부여한 것이므로, 프랑스가 유럽 인권 조약을 위반한 것이 아니라고 판시한 것을 유의한다(2006.6.16 그로스 대 프랑스 사건 결정).

74. 슬로베니아와 폴란드의 최상급 법원도 제 2 차세계대전중에 국내에서 행해진 독일군의 불법행위에 대해 독일에 면제를 인정했다. 2001 년, 슬로베니아 헌법 재판소는, 독일의 점령 당시 독일에 이송된 원고가, 슬로베니아 대법원이 자의적으로 독일의 면제를 인정했다고 주장한 소송에서 독일은 면제를 누린다고 판시했다(2001.3.8 판결). 폴란드 대법원은 2010.10.29 나토니에우스키(Natoniewski) 대 독일연방공화국 사건 판결에서, 1944 년에 독일군이 점령했던 폴란드의 마을을 태우고 수백명의 주민을 학살했을 때 부상한 원고에 의한 소송에 대해서 독일은 면제를 누린다고 판시했다. 이 법원은 펠리니 사건, 디스토모 사건, 마겔로스 사건의 판단, 유럽조약과 유엔조약의 조항, 기타 문서를 광범위하게 검토한 뒤 무력분쟁 과정에서 군대의 행위에 기인한다고 주장되는 손해 배상에 대해서 국가는 아직도 면제를 누린다고 결론진 것이다. 벨기에 (2000.2.18 겐트 제 1 심 법원 봇텔벨게(Botelberghe) 대 독일 사건 판결), 세르비아 (2001.11.1 레스코바츠 일심법원 판결), 브라질 (2008.7.9 리오데 자네이로 연방 법원 배럿(Barreto) 대 독일연방공화국 사건 판결 ; 브라질 영해 내에서의 독일 잠수함에 의한 브라질 어선 침몰에 관한 소송에 대해서 독일의 면제를 인정)의 하급심도 이들 국가의 영역 또는 영해에서의 전쟁 행위에 대해서 독일은 면제된다고 판단했다.

75. 마지막으로 독일 법원도 군대의 행위에 대해서는 그 행위가 법정지 국가에서 행해진 경우도 영역내 불법행위 예외는 국제법에 따른 국가면제 향수를 방해할 수 없다고 결론진 것을 재판소는 유의한다.(2003.6.26 연방

대법원 그리스 시민 대 독일연방공화국 사건 판결 ;독일의 면제 향수를 침해한다고 해서 디스토모 사건 그리스 판결의 독일에서의 집행을 부정).

76. 이 사건의 주제인 이탈리아 여러 판결들을 제외하고는 이탈리아의 주장을 뒷받침하는 사법 실행이 존재하는 유일한 국가는 그리스이다. 그리스 대법원 디스토모 사건 2000 년 판결은, 그것이 무력분쟁 시의 군대의 행위에는 적용되지 않는 것에 전혀 언급하지 않고 영역내 불법행위 예외에 대해서 광범위한 논의를 벌이고 있다. 하지만 그리스 특별최고재판소는 마겔로스 대 독일연방공화국 사건 판결에서 디스토모 사건의 대법원의 논리를 부정해서 독일은 면제를 누린다고 판단했다. 특히 특별최고재판소는 영역내 불법행위 예외는 무력분쟁 수행에 있어서의 국가 군대의 행위에는 적용되지 않는다고 판단했다. 이 판결은 디스토모 사건의 결론을 변경하는 것이 아니지만, 앞으로 외국 군대의 그리스에서의 행위가 원인이라고 주장된 배상 절차에서의 면제 여부라는 같은 쟁점을 다루는 그리스의 법원 기타 기관은 마겔로스 판결 이후 관습국제법이 변화했다고 판단하지 않는 한 특별최고재판소 마겔로스 사건 판례에 구속되게 된다고, 그리스는 이 재판소에 설명했다. 마겔로스 판결 이후, 제 2 차 대전 중 독일군의 행위로 인한 손해임을 주장해서 독일에 배상 청구한 절차에서 면제를 거부한 그리스 법원은 존재하지 않고 대법원도 2009 년 결정에서 방론이지만 마겔로스 사건의 논리를 승인했다고 독일은 지적했다.마겔로스 판결과 2009 년 사건 방론, 디스토모 판결의 집행을 그리스 자신의 국내에서 허가하지 않던 그리스 정부의 결정, 유럽인권재판소의 카로게로폴 외 대 그리스·독일 사건(2002.12.12 결정)에서 위 결정을 옹호한 것을 감안하면 그리스의 국가 실행은 전체적으로 보면 이탈리아의 주장을 뒷받침하는 것이 아니라 오히려 부정하는 것이라고 재판소는 결론짓는다

77. 이 재판소의 의견에 따르면, 주권 행위에 대한 국가면제는 해당 행위가 법정지 국가에서 이루어졌다고 해도 무력분쟁 수행에 있어서 군대나 기타 국가 기관에 의한 인간의 사상 및 재산 손해를 초래하는 행위에 대한 민사 소송에 계속 적용된다는 주장을 사법 판단 형식의 국가 실행은 지지하고 있다. 관습국제법이 면제를 요구하고 있다고 생각하는 것을 밝히는 여러 국가의 주장과 많은 국내 법원의 판단에 나타낸 듯이, 그 실행에는 법적 확신이 따르고 있다. 반대의 사법 판단이 거의 존재하지 않는 것, 현재까지 재판소가 아는 범위에서는 국제법 위원회의 국가면제에 관한 작업이나 유엔조약의 채택 과정에서 관습국제법은 그런 경우에 대해서 면제를 요구하지 않는다는 의견이 각국에서 나오지 않았다는 것도 중요하다.

78. 위에 비추어 재판소는, 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. 이 결론은 재판소가 언급한 유럽인권재판소 판결로 인정 받았다.(72, 73,76 항 참조).

79. 그러므로 이 재판소는 이 사건에 있어서 이탈리아의 주장과 달리 독일에 대한 면제를 거부한 이탈리아 법원의 결정은 영역내 불법행위 예외에 의해 정당화할 수 없다고 결론짓는다.

3. 이탈리아 제 2 의 주장 : 이탈리아 법원에서의 주장 내용과 청구가 이루어진 상황

80. 그 제 1 의 주장과 달리 이탈리아 법원에 제소된 모든 청구에 적용되는 이탈리아 제 2 의 주장은, 면제 거부는 이탈리아 법원에 제기된 청구의 내용과 그 청구가 이루어진 상황의 특별한 성격에 따라 정당화된다는 것이다. 이 청구에는 3 개의 요소가 있다. 첫째, 이탈리아는 이들 청구의 원인이 된 행위는 무력분쟁 수행에 적용되는 국제법 원리에 대한 심각한 위반이며 전쟁 범죄와 인도에 반하는 죄를 구성한다고 주장한다. 둘째, 이탈리아는 침해된 국제법 규칙은 강행규범이라고 주장한다. 셋째, 이탈리아는 원고들은 다른 모든 형식의 보상 수단을 거부되면서, 이탈리아 법원의 관할권 행사는 마지막 수단으로 필요하다고 주장한다. 이탈리아가 구두 절차에서 이탈리아 법원은 이들 3 개 요소의 효과를 합쳐서 국가면제를 거부했다고 주장한 것은 인식하지만 재판소는 다음에 이들 각 요소에 대해 검토한다.

A. 위반의 중대성

81. 첫째 요소는 국제법은 그 국가가 무력분쟁법 (지금은 국제인도법이라는 용어가 통상 사용되지만 1943 년부터 1945 년에는 그 용어를 사용하지 않았다)에 대한 중대한 위반을 한 경우에는 국제법은 그 국가에 국가면제를 주지 않거나 적어도 그 면제의 권리를 제한한다는 명제에 의거하고 있다. 이 사건에 있어서 재판소는 이탈리아 법원의 절차로 제기된 독일의 군대 기타 독일 기관의 행위는 무력분쟁법에 대한 중대한 위반이며 국제법상 범죄가 될 것임을 이미 밝혔다(위 52 항 참조). 문제는 그 사실이 독일의 국가면제

향수를 박탈하는 효력을 갖는지에 있다.

82. 그런데, 재판소는 우선 면제의 유효성이 어느 정도 불법행위의 중대성에 걸리고 있다는 주장은 논리적 문제가 있는 것을 검토해야 한다. 재판권에서의 면제는 단순히 불리한 판결에서의 면제에 그치지 않고 소송 절차에 따르는 의무에서의 면제이다. 그러므로 그것은 필연적으로 예비적 성격을 가진다. 그 결과 국내 법원은 제기된 본안에 대해서 조사하기 전, 사실을 확정하기 전에 외국이 국제법에 의한 면제를 누릴지 여부의 판단을 요구된다. 만일 면제 여부가 그 국가가 실제로 중대한 국제 인권법 또는 무력분쟁법을 위반한 것에 영향을 받는다고 하면 국내 법원은 관할권의 유무를 판단하기 위해서, 본안에 대해서 조사를 해야 하게 된다. 한편으로 한 국가에서 면제를 박탈하기 위해서는 그 국가가 그런 불법행위를 했다는 단순한 신고만으로 충분하다고 하면, 면제는 사실상 청구의 기교적 구성에 의해서 용이하게 부정되게 된다.

83. 하지만 재판소는 그럼에도 불구하고, 인도법 또는 무력분쟁법에 대한 중대한 위반의 경우에는 국가는 면제를 누릴 수 없다는 지점까지 관습국제법이 발전했는지 검토해야 한다. 이 사건의 주제가 되고 있는 이탈리아 법원의 판단을 제외하고는 그런 경우에 국가는 해당 향수를 박탈된다는 주장을 뒷받침한다고 볼 수 있는 국가 실행은 거의 존재하지 않는다. 그리스 대법원이 디스토모 사건에서 그런 논법을 채용했지만 특별최고재판소는 2 년후에 마젤로스 사건에서 그것을 부인했다. 이 재판소가 위 제 76 항에서 지적했듯이 그리스 법에 의하면 후속 사건의 법원은 2002 년 이후 관습국제법이 변화했다고 판단하지 않는 한 마젤로스 사건의 판례에 구속되어서, 그 후 관습국제법이 변화했다고 판단한 법원은 존재하지 않는다. 이 재판소는 영역내 불법행위 예외와 마찬가지로 그리스의 실행은 전체적으로 보면 이탈리아가 제출된 견해가 관습국제법의 일부가 된 것을 부정하는 주장을 뒷받침하는 것이라고 생각한다.

84. 게다가 문제가 된 행위의 중대성이나 위반했다는 규칙의 절대적 성격이 관습국제법상 국가의 국가면제 향수에 영향을 미친다고 보지 않는 것을 나타내는 기타 국가들의 많은 국가 실행이 있다.

85. 그 실행은 국내 법원 판결에 특히 현저하다. 국제 인권법에 대한 중대한 위반 또는 인도에 대한 범죄 또는 전쟁 범죄로 제소된 경우에는 국제법은 국가면제를 요구하고 있지 않는다는 취지의 주장은 캐나다(2004 온 탈리오

항소법원 보우자리 대 이란 이슬람 공화국 사건;고문에 대한 소송), 프랑스 (브슈롱 사건에 관한 2002.9.9 파리 항소원 및 2003.12.16 파퓌원 판결, 2004.6.2 파퓌원 판결(X 사건),2006.1.3 파퓌원 판결(그로스 사건);인도에 반하는 죄에 대한 소송),슬로베니아 (슬로베니아 헌법 재판소;전쟁 범죄와 인도에 반하는 죄에 대한 소송),뉴질랜드 (2007 대법원 환 대 장 사건 판결; 고문에 대한 소송),폴란드 (2010 나토니에프스키 사건 대법원 판결;전쟁 범죄와 인도에 반하는 죄에 대한 소송),영국 (2007 귀족원 존스 대 사우디아라비아 사건 판결)의 각 법원에서 부인됐다.

86. 재판소는 재판관의 질문에 대해 이탈리아 자신이 이탈리아 사건의 이 측면에 대한 불확실성에 대해 진술한 것을 유의한다. 이탈리아는 다음과 같이 진술했다.

"이탈리아는 전쟁 범죄와 인도에 반하는 죄는 주권행위로 볼 수 없어서 국가가 방어를 위해 국가면제를 원용할 수 없다는 견해를 인식하고 있는데-- 이탈리아는 이 분야에서 국가면제의 법은 변화의 과정에 있는 것을 인식하고 있지만 현 단계에서 이 과정이 새로운 일반적인 면제 예외, 즉 국제 범죄에서 발생한 배상에 대한 모든 소송에 대해서 면제를 부정하는 규칙에 결실되는지의 여부는 불분명하다는 것도 인식하고 있다."

유사한 불확실성은 망텔리 대 마이에타(Mantelli and Maietta) 사건의 이탈리아 파퓌원 명령에 있어서도 현저하다(2008.5.29 명령).

87. 재판소는 펠리니 사건 이탈리아 파퓌원 판결에서 근거로서 거론되고 있음에도 불구하고 2000 년 피노체트 사건(3) 영국 판결은 이 사건과 관련성이 없다고 생각한다. 피노체트 사건은 전 국가원수의 타국에서의 형사 소송에 있어서의 면제에 관한 것이며, 손해에 대한 책임을 결정하기 위한 절차에서의 국가 자체의 면제에 관한 것이 아니다. 전자의 유형인 정부 고관의 면제와 후자의 국가면제의 구별에 대해서는 피노체트 사건에서 몇명의 재판관이 강조하고 있다(해턴 경 pp.254,264, 밀레 경 pp. 278, 필립스 경 pp. 280-281). 귀족원은 나중에 2007 년 존스 대 사우디아라비아 사건에서 이 구별을 더욱 명확히 설명하고 빙햄 경은 형사 소송과 민사 소송의 구별을 피노체트 사건의 "판단의 근본"이라고 했다(para.32). 게다가 피노체트 사건 판결의 논리는 1984 유엔 고문방지조약의 특정 문언에 의거했는데 그 조약은 이 사건과는 관계가 없다.

88. 국내법에 관해서 이탈리아는 미국의 외국국가면제법 (1996 년 제정) 개정에 언급했다. 이 개정은 특정 행위(예를 들면 고문, 초 범규적 살해)가 미국 정부에 의해 "테러 지원국으로 지정"된 국가에 의해 이루어졌다고 해서 제소된 경우, 면제를 부여하지 않기로 한다는 것이다. 재판소는 이 개정이 타국의 입법에 유례 없다는 것에 유의한다. 국가면제에 관한 국내법을 제정한 국가 중에서 문제가 된 행위의 중대성에 따라 면제를 제한한다는 조항을 가지는 국가는 없다.

89. 더욱 유의해야 하는 것은, 유럽조약, 유엔조약 그리고 미주조약 초안에서는 위반의 중대성이나 침해된 규칙의 절대적인 성격을 근거로 국가면제를 제한하는 규정이 없다는 점이다. 유엔조약에 이런 조항이 존재하지 않는 것은 특히 중요하다. 왜냐하면 조약 초안의 검토 과정에서 이런 조항의 필요성에 대해서 문제가 제기되었기 때문이다. 1999 년 국제법 위원회는 유엔 총회 제 6 위원회에서 지적된 국가면제에 대한 몇가지 문제에 관한 국가 실행의 발전에 대해 검토하기 위한 워킹 그룹을 창설했다. 워킹 그룹은 그 보고서 부록에서 추가 사항으로서 "강행규범의 성격을 가진 인권 규범에 대한 국가에 의한 위반을 원인으로 한 인간의 사상의 경우"에 관한 청구에 대한 국가 실행의 발전에 언급하며 이 문제는 무시하지 말아야 하지만, 국제법 위원회의 조문안을 정정하는 것은 장려하지 않다고 했다(국제법 위원회 연보 1999). 그 후 이 문제는 유엔 총회 제 6 위원회가 창설한 워킹 그룹에 의해 검토되어, 1999 년에 이 문제는 "아직 워킹 그룹이 성문화 작업을 할 만한 정도로 익지 않"아서 거론하지 않는 것으로 결정했다고 보고되었고, 만약 어떠한 조치가 필요하다면 어떤 행동 방침을 취하는지에 대해 결정하는 것은 제 6 위원회에 맡겼다고 되었다. 이에 이은 제 6 위원회의 논의 과정에서 강행규범 위반에 의한 면제 제한을 조약에 도입해야 한다고 제안한 국가는 없었다. 이 역사는 유엔조약이 2004 년에 채택됐을 때 국가들은 관습국제법이 지금 이탈리아가 주장하는 듯한 형태로 국가면제를 제한하고 있다고 생각하지 않았다는 것을 나타내고 있다고 재판소는 생각한다.

90. 유럽인권재판소는 국제인도법 또는 인권법에 대한 중대한 침해에 관한 경우에는 국가는 면제를 누릴 수 없다는 주장을 받아들이지 않았다. 2001 년, 같은 재판소 대법정은 9 대 8 의 근소한 차로 다음과 같이 결론지었다.

"국제법에 있어서의 고문 방지의 특별한 성격에도 불구하고 재판소는

제출된 국제 문서, 재판 사례 또는 기타 자료 중에서 국제법의 문제로서 국가는 고문 행위에 대해서 제기된 외국의 민사 소송에서 면제를 누릴 수 없다고 결론지을 확고한 근거를 찾지 못했다."(알 아도사니 대 영국 사건)

다음 해 카로게로프루 외 대 그리스·독일 사건에 있어서 유럽인권재판소는 디스토모 판결의 집행에 대해서 그리스 정부가 허가를 거부한 것에 관한 청구를 기각해서 다음과 같이 판시했다.

"재판소는, 국가는 외국에서 제기된 반인도적 범죄에 대한 배상을 청구하는 민사 청구에 관하여 면제를 누릴 수 없다는 명제의 국제법에서의 수용이 확립되었다고 인정하지 않는다."(2002.12.12 판결)

91. 재판소는 현존하는 관습국제법하에서는, 국가는 국제 인권법 또는 무력분쟁법에 대한 중대한 위반이 있었다고 해서 제소당했다는 이유로 면제를 박탈되는 것은 없다고 결론한다. 그렇게 결론하면서, 이 재판소는 이것은 외국 법원의 재판권에서의 국가 그 자체의 면제에 관한 것에 불과하고 면제가 국가의 고관에 대한 형사 소송에서 적용되는지, 적용된다고 하면 어떤 범위인지에 관한 문제는 이 사건의 쟁점이 아니라는 것을 강조해야 한다.

B. 강행규범과 국가면제 규칙의 관계

92. 재판소는 이어서 독일이 1943 년부터 1945 년까지 위반한 강행규범 규칙을 강조하는 이탈리아의 주장의 제 2 의 요소를 검토한다. 이 주장은 무력분쟁법의 일부를 이루는 강행규범 규칙과 독일에 대한 국가면제 부여는 저촉된다는 것을 전제로 한다. 이에 따르면 강행규범은, 조약상의 국제법 규칙인지 관습국제법상의 국제법 규칙인지를 불문하고 강행규범에 모순되는 국제법 규칙에 반드시 우선한다. 그리고 어느 국가가 타국 법원에서 면제를 누리는 규칙은 강행규범이 아니기 때문에, 면제 규칙은 강행규범에 길을 양보하지 않으면 안 된다는 것이다.

93. 그러므로 이 주장은 국가가 외국에 대해 면제를 부여하는 것을 요구하는 관습법과 강행규범 사이의 저촉이 존재하는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 재판소의 견해로는 그런 저촉은 존재하지 않는다.

점령지에서의 민간인 학살, 노예 노동을 위한 민간인 이송, 노예 노동을 위한 전쟁 포로의 이송을 금지하는 무력분쟁법이 강행규범이라고 가정하더라도 이들 규칙과 국가면제에는 저축은 존재하지 않는다. 양자의 규칙은 다른 사항에 관한 것이다. 국가면제 규칙은 절차적 성격이며, 그 효력은 어느 국가의 법원이 다른 국가에 대해 재판권을 행사할 수 있는지를 결정하는 것에 한정된다. 이 규칙은 절차의 원인이 된 행위가 적법인지 불법인지의 문제와 상관 없다. 이것이(재판소가 위 58 항에서 설명한 듯이) 현재의 국가면제 법이 1943 년부터 1945 년에 일어난 사건에 관한 절차에 적용되더라도, 문제의 적법성과 책임의 판단에 대해서 법은 소급 적용되지 않는다는 원칙에 위배되지 않는 이유이다. 같은 이유로, 관습국제법에 의해 외국에 면제를 인정하는 것은 강행규범 위반에 의해 창출된 상황을 적법하다고 인정하거나 그 상황의 유지에 지원과 원조를 하는 것을 의미하는 것이 아니므로 국제법 위원회의 국가 책임 조약 초안 제 41 조의 원칙에 모순되지 않는다.

94. 이 사건에서 학살, 이송, 노예 노동 금지 규칙에 대한 위반은 1943 년부터 1945 에 걸쳐 일어났다. 이들 행위의 위법성은 모든 관계자가 공공연히 인정하고 있다. 이들 위반을 원인으로 하는 청구에 대해서 이탈리아 법원이 재판권을 갖는지 여부를 결정하기 위한 국가면제 규칙의 적용은 침해된 규칙과는 어떤 저축도 생길 수 없다. 또 원래의 불법행위보다 불법행위를 한 국가의 배상 의무에 초점을 맞추으로써 증강되는 주장도 아니다. 배상 의무는 그것을 실현시키는 규칙과는 독립적으로 존재하는 규칙이다. 국가면제는 후자에만 관련된다. 외국에 면제를 부여하겠다는 결정은, 그것이 원래의 불법행위를 금지하는 규칙에 저축하지 않는 것과 마찬가지로 손해 배상 의무와 저축되지 않는다. 더구나 대부분의 평화 조약이나 전후 청산은 배상 지급을 요구하지 않다는 해결이나 일시불 지급 또는 상쇄의 이용을 채용했다는 한세기에 걸친 실행의 배경에 반하며 모든 개인 피해자에게 완전한 대가의 지급을 요구하는 규칙이 국제 사회에서 하나도 일탈을 허용하지 않는 규칙으로서 받아들여져서, 국제법에 포함되었다고 보기는 어렵다.

95. 재판소는, 강행규범 이외의 모든 규칙은, 적용되면 강행규범의 집행을 방해할 가능성이 있을 경우에는, 직접적인 저축이 없어도 적용되지 말아야 한다는 주장에는 이유가 없다고 생각한다. 강행규범은 일탈을 용서하지 않는 규칙이지만 재판권의 범위, 정도, 그리고 언제 행사할 수 있는지를 결정하는 규칙은 강행규범을 포함한 실제 규범에서의 일탈이 아니다. 또, 이들 규칙의

수정을 요구하거나 적용을 배제하는 효력이 강행규범 개념에 내재하는 것도 아니다. 재판소는 원래 이용할 수 있는 강행규범을 이용할 수 없게 하는 결과가 될 가능성이 있음에도 불구하고 이 접근법을 2 가지 사건에서 채용했다. 군사 활동 사건에서 재판소는 강행규범의 성격을 가진 규칙이 재판소에 본래 가지지 않는 관할권을 주는 것은 없다고 판단했다(콩고 영토에서의 군사 활동 사건(콩고 민주 공화국 대 르완다)판결). 구속 영장 사건에서 재판소는 표현으로는 강행규범 개념을 언급하지는 않았지만 외교부 장관이 의심할 여지 없이 강행규범의 성격을 가진 규칙을 위반한 혐의를 받았다는 것은 콩고 민주 공화국에서 그를 대신해서 면제를 요구하는 관습국제법의 특권을 박탈하는 것은 아니라고 판단했다.(2000.4.11 체포 영장 사건(콩고 민주 공화국 대 벨기에)판결). 재판소는 타국의 절차에서의 국가면제에 관한 관습국제법의 적용에 대해서도 같은 논리가 해당한다고 생각한다.

96. 게다가 강행규범의 효과가 국가면제 법을 배제한다는 주장은 아래의 국내 법원에서 부인되어 왔다. 영국(귀족원 존스 대 사우디 아라비아 사건 판결),캐나다(온타리오 주 항소 법원 보우자리 대 이란 이슬람 공화국 사건 판결),폴란드(대법원 나토니에우스키사건 판결), 슬로베니아(슬로베니아 헌법 재판소 No. Up-13/99),뉴질랜드(대법원 환 대 장 사건 판결),그리스(특별최고재판소 마젤로스 사건 판결). 또, 유럽인권재판소도 알 아도사니 대 영국 사건과 카로게로폴 외 대 그리스 및 독일 사건(위 90 항에서 논함)에서 상세한 검토 끝에 이렇게 판단했다. 또한 재판소는 프랑스 파헤원 2011.3.9 리유니온 항공 대 리비아 아랍 Jamahiriya 국(La Réunion aérienne v. Libyan Arab Jamahiriya) 사건 판결이 위와 다른 결론을 뒷받침하는 것이라고는 생각하지 않는다. 파헤원은 이 판결에서, 가령 강행규범이 국가면제에 대한 적법한 제한을 구성한다고 해도 그런 제한은 이 사건의 사실에 대해서는 정당화될 수 없다고 했을 뿐이다. 그러므로 이 사건의 주제인 이탈리아 법원 판결은 이탈리아 제 2 의 주장 중 이부분의 이론을 받아들인 유일한 국내 법원 판단이라고 할 수 있다. 게다가 위 70 항, 71 항에서 검토한 국가면제에 관한 국내법 중에, 강행규범 위반으로 제소된 경우에 면제를 제한하는 것은 존재하지 않는다.

97. 그러므로 재판소는 만일 이탈리아 법원의 절차에 강행법규 위반이 관계했다고 하더라도 국가면제에 관한 관습국제법의 적용은 이에 영향을 받지 않는다고 결론짓는다.

C."마지막 수단"의 주장

98. 이탈리아의 주장의 제 3 의 요소는, 다양한 피해자들이 배상을 확보하기 위하여 이탈리아의 절차 속에서 이루어진 모든 시도가 실패로 끝났기 때문에, 독일이 누린 면제를 거부한 이탈리아 법원의 판단은 정당화된다는 것이다. 이에 독일은 제 2 차세계대전 직후 독일은 복잡한 일련의 국제 협정에 따른 배상을 위해서 막대한 경제 기타의 희생을 치렀으나, 당시의 경제적 현실을 반영해서, 어느 연합국도 그 국민이 입은 손해에 대한 완전한 배상을 받지 못했다고 반박한다. 또한 독일은 1961 년의 2 가지 합의에 따른 이탈리아에 대한 지급, 보다 최근에서는 독일에 강제 노동력으로 불법으로 이송된 다양한 이탈리아인에 대한 2000 연방법에 의한 지급이 실행된 것을 지적한다. 이탈리아는, 그럼에도 불구하고 수 많은 이탈리아인 피해자가 전혀 배상을 받지 못하고 남아 있다고 주장한다.

*

99. 재판소는 독일이 전쟁 범죄와 인도에 반하는 죄의 이탈리아인 피해자들에 대한 보상 조치를 확립하기 위해 중요한 대책을 쏟아 온 것에 유의한다. 하지만 독일은 전쟁 포로는 강제 노동자로서의 보상 대상이 아닌 것을 이유로 그 국가 보상 계획에서 대부분의 이탈리아 군인 수용자들의 청구를 제외하기로 결정했다(위 26 항 참조). 압도적 다수의 이탈리아 군인 수용자들은 실제로는 나치스 당국으로부터 전쟁 포로로서의 대우를 거부당했다. 그런 역사에도 불구하고 2001 년에 독일 정부는 이들 수용자들은 법적으로 전쟁 포로 지위를 가지고 있었기 때문에 보상을 받을 자격이 없다고 결정했다. 재판소는 독일이 당시 전쟁 포로 지위의 승인을 거부하고 전쟁 포로에 보장된 법적 보호를 부인했음에도 불구하고 피해자들이 그 지위를 가지고 있던 것을 이유로 보상을 부정한 것은 놀랄 만한 것이고 유감스럽다고 생각한다.

100. 게다가 정부 고관의 형사 절차에서의 면제라는 다른 문맥에 있어서이지만, 재판소가 이미 판시한 듯이, 면제가 특정 사건에 대한 재판권 행사를 막는다는 사실은 실제 국제법의 적용 가능성에 영향을 주지 않는다(2001.4.11 체포 영장 사건(콩고 민주 공화국 대 벨기에)판결, 형사 사법 공조에 관한 특정 문제 사건(Djibouti 대 프랑스)판결도 참조). 이 문맥에서 재판소는 국가가 다른 구가의 법원에서 면제를 누리는 것은 그 국가가 국제적 책임과 배상 의무를 지느냐는 문제와는 전혀 다른 문제라는 것을

지적한다.

101. 그럼에도 불구하고 재판소는 이탈리아인 피해자에 대한 독일의 보상 대책의 결합이 독일에서 재판권 면제를 배앗는 권한을 이탈리아 법원에 부여한다는 이탈리아의 주장을 받아들일 수 없다. 재판소는 국가면제의 향수는 보상을 확보하기 위한 유효한 대체 수단의 존재에 달려 있다는 관습국제법을 도출할 수 있는 국가 실행을 찾을 수 없다. 이 문제에 관한 국내법 중에도, 면제의 항변에 대한 국내 법원의 판단 중에도, 면제 향수가 그러한 전제 조건에 달린다는 어떤 증거도 없다. 유럽조약에도 유엔 조약에도 그런 조건은 포함되지 않는다.

102. 게다가 그러한 조건이 존재한다고 가정하면, 특히 이 사건과 같이 청구가 광범위한 정부 간 협상의 주제가 된 경우에는 그 적용은 극히 실행이 어려운 것을 재판소는 간과할 수 없다. 이탈리아의 주장에 따르면, 그러한 협상이 진행하고 있으며 타결이 기대될 때에는 면제가 적용되지만 국제 합의의 기대가 사라졌다고 생각되는 시점에서 면제가 정지되게 될 것이다. 그러나 관련국 중 한 국가의 국내 법원은 언제 그 시점이 도래했는지를 판단하기에는 역부족이라고 해야 할 것이다. 게다가 이탈리아도 인정하듯이 전쟁 직후에는 자주 행해진 일괄 지불에 의한 해결이 이루어진 경우, 특정 원고가 아직 배상을 받을 자격을 가지고 있는지 여부는 해결의 상세한 내용과 자금 수령국(이 경우에는 법정지 국가)이 그것을 어떻게 배분했는지에 대한 법원의 조사에 걸리게 된다. 전쟁 직후에 보상 합의에 의한 자금을 수령한 국가가 그 자금을 국민인 피해자 개인에게 분배하지 않고 국가 경제와 사회 기반의 재건을 위해 사용하는 것을 선택한 경우, 개인이 금전의 분배를 받지 못했다는 사실이 왜 자금을 그들의 국적 국가에 지급한 국가에 대한 청구의 근거가 되는지 이해 곤란하다.

103, 그래서 재판소는 독일은 이 이유로 면제를 거부될 수 있다는 이탈리아의 주장을 인정하지 않는다.

104. 이 결론에 이르는 과정에서 재판소는 국제법에 의한 독일의 재판권에서의 면제가 관계하는 이탈리아 국민에 대한 법적 보상을 불가능하게 만드는 가능성이 있음을 인식하지 못한 것이 아니다. 하지만 이탈리아에서의 절차의 원인이 된 제 99 항에서 기술한 이탈리아 군인 수용자와 보상을 촉구하고 있는 기타 이탈리아 국민의 청구는 이 문제 해결의 견지에서 이루어지는 향후의 2 국가 교섭의 주제가 될 것이다.

D. 이탈리아가 주장하는 "사정의 복합적 효과"

105. 구두 절차 속에서 이탈리아 대리인은 이탈리아 법원의 독일에 대한 면제 거부가 정당화되는 것은 위반의 중요성과 위반된 규칙의 지위 및 대체적 구제 수단 부존재의 누적적 효과에 의한 것이기 때문에, 이탈리아의 제 2 의 주장의 3 가지 요소는 일체적으로 검토되지 않으면 안 된다고 주장했다.

106. 재판소는 이미 이탈리아의 제 2 의 주장의 3 가지 요소 모두가 그 자체로서는 이탈리아 법원의 행위를 정당화하는 것이 아니라고 판단했다. 이들이 복합하면 그런 효과가 생긴다는 주장은 설득적이지 않다. 국가 실행을 검토하더라도 이들 요소 중 두가지 또는 세가지의 동시 존재에 의해 본래 향수해야 한 피고 국가의 국가면제에 대한 거부를 정당화한 것은 존재하지 않는다.

사정의 복합적 효과의 주장이, 국내 법원은 한편으로 재판권을 실행하는 것을 정당화할 가능성이 있는 각종의 사정, 한편으로 면제를 지키는 것에 따른 이익이라는 다른 요소를 비교 형량해야 한다는 뜻이라면, 그런 접근법은 국가면제의 본질에서 보고 찬동할 수 없다. 이 판결의 제 56 항에서 설명한듯이 국가면제의 근거인 국제법에 따르면 이는 외국의 권리이다. 게다가 제 82 항에서 설명한듯이 국내 법원은 면제에 관한 문제를 본안을 검토하기 전에 수속의 첫머리에서 판단해야 한다. 그러므로, 면제가 요구된 국내 법원에 계류하는 각 사건 특유의 사정에 대한 비교 형량의 결과에 국가면제 여부를 의거시킬 수 없다.

4. 결론

107. 그러므로 재판소는 이 재판소가 관습국제법에 의해 누린다고 판단한 국가면제를 이탈리아 법원이 부정한 행위는 이탈리아가 독일에 대해서 지은 의무의 위반한 것이라고 판단한다.

108, 그래서 당사자 간에서 상당히 자세하게 다룬 몇가지 논점에 대해서는 재판소는 판단할 필요가 없다. 특히 국제법은 무력분쟁법 위반 피해자인 개인에게 직접 보상을 청구할 권리를 주고 있다는 이탈리아 주장의 여부에 대해 재판소는 판단할 필요가 없다. 또 평화 조약 제 77 조 제 4 항 및 1960 년 협정의 조항은 이탈리아에서의 절차의 주제에 대한 구속력 있는

청구권 포기 조항이라는 독일의 주장의 여부에 대해서도 판단할 필요가 없다. 이는 물론 이들은 중요한 문제가 아니라는 취지가 아니라 이 사건에 관한 한 판단의 범위에 포함되지 않는다는 것에 불과하다. 독일은 제 2 차세계대전 중의 전쟁 범죄와 인도에 반하는 죄에 대해서 이탈리아와 이탈리아 국민 개인에 대해 아직 책임을 지고 있는지는 문제는 독일의 면제 향수에 영향을 미치지 않는다. 마찬가지로 면제 문제에 대한 재판소의 판단은 독일이 책임을 지고 있는지의 여부에 영향을 미치지 않는다.

IV. 이탈리아 영역 내에 존재하는 독일 재산에 대해 이루어진 강제 조치

109. 그리스 리바디아(Livadia) 일심 법원 판결로 독일에 대한 배상 청구를 인정된 그리스인 원고들은 이 판결의 이탈리아에서의 집행을 승인한 피렌체 항소원 2006.6.13 판결에 근거하여 2007.6.7 코모 지방 토지 등기소에서 코모 호 인근에 있는 독일 국유 재산인 Villa Vigoni 에 대해서 재판상의 저당권을 설정했다.(위 제 35 항)

110. 독일은 재판소에서 그러한 강제 조치는 국제법에 의해 누리는 강제 집행에서의 면제를 위반된다고 주장했다. 이탈리아는 그 조치를 정당화하지 않았다. 반대로 이탈리아는 재판소에서 이탈리아는 " Villa Vigoni 에 설정된 저당권 등기의 말소를 이탈리아에 명하는 재판소의 어떤 결정에 대해서도 이의가 없다"고 표명했다.

111. 2010.4.28 정령 제 63 호, 2010.6.23 법률 제 98 호, 2011.12.29 정령 제 216 호로 해당 저당권은 이 재판소에 이 사건이 계류 중인 것을 감안하여 효력이 정지됐다. 하지만 그것은 취소되지 않았다.

112. 재판소는 위와 같이 저당권의 효력이 정지되어 해당 강제 조치의 국제적 합법성에 대한 이탈리아의 주장과 입증이 존재하지 않음에도 불구하고, 당사자 간의 이 문제에 관한 분쟁은 지금도 존재하며, 이 주제는 소멸하지 않고 있다고 생각한다. 이탈리아는 Villa Vigoni 에 대한 재판상의 저당권은 이탈리아의 국제 의무를 위반하는 조치임을 공식 인정한 것이 아니다. 또 앞에 본 바와 같이, 조치의 효력을 상실시킨 것도 아니고 단지 그것을 정지했을 뿐이다. 이탈리아는 재판소에서 대리인을 통해 이탈리아 법원의 독일에 대한 결정은 법률에 의해 이 재판소의 결정까지 정지되어, 저당권에 의한 집행은 "이탈리아는 독일의 호소하는 부당 행위를 하고 있지 않다고 재판소가 결정한 경우에만 이루어진다"고 진술했다. 그것은 Villa

Vigoni 에 대한 저당권은 이 재판소가 그것은 국제법을 위반되지 않는다고 결론했을 경우 다시 활성화하는 것을 의미한다. 재판소에 그런 결론을 요구하지 않는 채 이탈리아는 그것을 배제하지 않고 적절한 조치도 즉각 취하지 않아서 재판소의 판단을 기다리고 있는 것이다. 즉, Villa Vigoni 에 대해 이루어진 강제 조치를 둘러싼 분쟁에 관한 독일 제 2 의 신청에 대해서 양 당사자가 판단을 요구하고 있기 때문에, 재판소는 판단해야 한다.

113. 이 점에 대한 신청에 충분한 이유가 있는지 여부를 검토하기 전에 재판소는 외국의 영역에 있는 자국 재산에 대한 집행에서의 면제는 같은 국가가 외국 법원에서 국가면제를 누리는 문제와는 다른 수준의 문제라는 것을 밝혀놓는다. 가령 한 국가가 국가면제를 요구할 수 없는 상황에서 적법하게 판결을 선고받았다고 해도 그것만으로는 그 판결을 받은 국가가 법정지 국가 또는 해당 판결의 유효성을 인정하는 다른 국가에서의 강제 조치에 따라야 한다고 할 수 없다. 마찬가지로 외국 법원에서의 국가면제 포기는 그 자체로는 그 국가가 외국에 소재하는 소유 재산에 대한 집행 면제를 포기한 것을 의미하지 않는다. 집행 면제를 규제하는 관습국제법 규칙과 국가면제(엄밀히 말하면 외국의 재판권에 불복하는 국가의 권리)를 규제하는 관습국제법 규칙은 다른 것이며, 따로 적용되어야 한다.

114. 전항의 취지는 이 사건에 있어서 재판소는 독일에 대한 금전 배상을 인정한 그리스 판결의 집행을 위해 Villa Vigoni 에 대한 강제 조치로 설정된 저당권이 독일의 집행 면제에 위배되는지의 여부의 판단을 할 때, 그리스 판결 자체의 국가면제 위반 여부를 판단할 필요가 없다는 것을 의미한다. 마찬가지로, 이 사건의 강제 조치가 집행 면제에 적용되는 규칙에 비추어 국제법상 적법인지의 문제는 그리스 판결의 이탈리아 영역 내에서의 집행을 승인한 이탈리아 법원의 판단이 국가면제에 적용되는 규칙에 비추어 국제법상 적법인지의 문제와는 다른 문제이며 별도로 검토되어야 한다. 후자의 문제는 독일에서 그 제 3 의 신청의 주제로 재판소에 제출된 것이어서(제 17 항 참조) 이 판결에서는 나중에 검토할 것이다.

115. 독일은 여기서 문제가 되는 논점에 대한 자신의 주장을 뒷받침하기 위해 유엔조약 제 19 조에 규정된 규칙을 인용했다. 이 조약은 발효되지 않지만 독일의 견해에 따르면 집행 면제 문제에 대한 일반 국제법하에 존재하는 규칙을 성문화된 것이다. 그래서 그 문언은 그 문제에 관한 관습법을 반영하고 있어서 구속력이 있다고 한다.

116. "판결 후의 강제적인 조치에서의 면제"라는 제목의 제 19 조는 다음과 같다.

"어떤 국가의 재산에 대한 판결 후의 어떠한 강제적인 조치(차압, 강제 집행 등)도 다른 국가 법원의 재판 절차와 관련해서 이루어져서는 안 된다. 단, 다음의 경우에는 그러하지 아니하다.

(a) 해당 국가가 다음 중 하나의 방법으로 그런 강제적인 조치를 취하는 것에 대해서 명시적으로 동의한 경우

(i) 국제적 합의

(ii) 중재 합의 또는 서면 계약

(iii) 법원에서 하는 선언 또는 당사자 간에 분쟁이 생긴 후에 발표된 서면에 의한 통지

(b) 해당 국가가 해당 재판 절차의 목적인 청구를 충족시키기 위해서 재산을 할당 또는 특정한 경우

(c) 해당 재산이 정부의 비상업적 목적 이외의 목적으로 해당 국가에 의해 특정적으로 사용하거나 그러한 사용이 예정되면서 법정지 국가의 영역 내에 있는 것이 입증된 경우. 단, 그런 강제적인 조치에 대해서는 재판 절차의 대상으로 된 단체와 관계를 가진 재산에 대해서만 취할 수 있다."

117. 유엔조약의 책정에 있어서 이들 조항은 오랫동안 어려운 논란을 일으켰다. 재판소는 이 사건의 목적을 위해서는 제 19 조의 모든 내용이 현재의 관습국제법을 반영하고 있는지를 판단할 필요는 없다고 생각한다.

118. 실제로는 재판소로서는 외국 소유의 재산에 대한 어떠한 강제 조치도 그것이 실행되기 전에 충족해야 할 다음의 조건 중 적어도 한가지 조건이 충족된 것을 확인하면 충분하다. 그것은 해당 재산이 정부의 비상업적 목적 이외의 활동에 사용하거나 해당 재산을 소유하는 국가가 강제 조치의 실행에 명시적으로 동의하거나 해당 국가가 해당 재산을 법적 청구를 충족시키기 위해서 할당한 것이다. (이 확립된 실행의 예로서 다음 재판례가 있다. 1977.12.14 독일 헌법 재판소 판결, 1986.4.30 스위스 연방 재판소 판결(스페인 왕국-X 회사 사건), 1984.4.12 영국 귀족원 판결(알컴 주식 회사 대 콜롬비아 공화국 사건), 1992.7.1 스페인 헌법 재판소 판결(에벗 대 남아프리카 공화국 사건).

119. 이 사건에 있어서 해당 강제 조치의 대상이 된 재산은 정부의 완전히

비상업적 목적, 그래서 독일의 주권 기능에 속하는 목적을 위해 사용되고 있음이 분명하다. 실제로 Villa Vigoni 는 독일과 이탈리아의 문화 교류의 촉진을 목적으로 하는 문화 센터의 소재지이다. 이 문화 센터는 1986.4.21 교환 문서 형태로 이루어진 양 정부 간 합의에 의해 조직·운영되고 있다. 이 재판소에서 이탈리아는 해당 기관을 "연구·문화 교육 분야에서의 이탈리아와 독일의 협력을 위한 우수한 센터"라고 표현하면서 이탈리아는 "그 독특한 양국의 운영 구조"에 직접 관여해 온 것을 인정하고 있다. 독일은 해당 저당권 설정 같은 강제 조치의 행사에 대해서 어떤 방법에 의해서도 명시적으로 동의한 적이 없고 Villa Vigoni 를 독일에 대한 법적 청구를 충족시키기 위해 할당한 것도 없다.

120. 이런 사정하에서 이 재판소는 Villa Vigoni 에 대한 재판상의 저당권 등기는 독일에 대한 면제를 존중해야 하는 이탈리아의 의무를 위반되는 것을 인정한다.

V. 독일에 대한 민사 청구를 인용한 그리스 법원 판결의
이탈리아에서의 집행을 승인한 이탈리아 법원 결정

121. 독일은 제 3 의 신청에 있어서, 디스토모 마을 학살 사건에 관한 소송에서 그리스 법원이 선고한 판결의 이탈리아에서의 집행을 승인한 이탈리아 법원의 결정에 의해서도 독일의 국가면제가 침해됐다고 주장한다. 1944.6 에 그리스 마을에서 일어난 독일군에 의한 학살 사건의 피해자 승계인이 1995 년, 그리스 법원에 독일에 대한 손해 배상 소송을 제기했다. 지역 관할을 가진 리바디아 일심 법원은 1997.9.25 판결에서 원고들에 대한 배상금 지급을 독일에 대해 명령했다. 판결에 대한 독일의 상소는 2000.5.4, 일심 법원 판결의 최종심인 그리스 대법원 판결로 기각되면서 동시에 독일에 대해서 상소심에서의 소송 비용의 지급이 명령되었다. 일심 법원과 대법원에서 승소한 원고들은 그리스와 독일에서 집행하지 못했기 때문에(위 30,32 항 참조), 그 판결의 이탈리아에서의 집행 승인을 요구해서 이탈리아 법원에 신청했다. 피렌체 항소원은 리바디아 일심 법원에서 인정된 금전 배상에 대해서는 2006.6.13 결정으로 이를 승인해서, 독일의 이의 신청을 거쳐서 2008.10.21 결정으로 승인을 확인하고, 그리스 대법원에서 인정된 소송 비용에 대해서는 2005.5.2 결정으로 승인해서, 독일에 의한 이의 신청을 거쳐서 2007.2.6 에 승인을 확인했다. 후자의 결정은 2008.5.6 이탈리아 파회원으로 유지됐다. 독일은 리바디아 일심 법원 판결을 승인한 결정에 대해서도 이탈리아 파회원에 상소했으나 파회원은 2011.1.12 상소를

기각했다.

122. 독일은 이탈리아에서 1943년부터 1945에 걸쳐 행해진 전쟁 범죄에 대한 이탈리아 재판과의 관계에서 독일이 원용한 것과 같은 이유로 그리스 대법원의 판결은 그 자체가 독일의 국가면제를 침해하면서 선고됐기 때문에 리바디아 법원과 그리스 대법원 판결의 집행을 승인한 피렌체 법원의 결정은 독일의 국가면제를 침해한다고 주장한다.

123. 이에 이탈리아는 이 판결 제III 절에서 제기되고 논의된 것과 같은 이유로 그리스 법원 판결에도 그 판결의 이탈리아에서의 집행을 승인한 이탈리아 법원 판결에도 독일의 국가면제에 대한 침해는 없다고 주장했다.

124. 우선 유의해야 하는 것은 독일 제 3의 신청에 의한 주장은 전에 제기되면서 위 제IV절(109항에서 120항)에서 논의된 주장과는 완전히 분리 구별된다는 것이다. 재판소가 여기서 검토하려고 하는 것은 Villa Vigoni에 대한 재판상의 저장권 같은 강제 조치가 독일의 집행 면제를 침해하느냐는 문제에 대해서가 아니라 그리스에서 인정된 금전 배상의 이탈리아에서의 집행을 승인한 이탈리아 판결, 또는 그 결과로서의 강제 조치가 원고의 재판권에서의 면제를 침해했는지 여부이다. Villa Vigoni에 대한 강제 조치는 오로지 리바디아의 그리스 법원 판결의 집행을 승인한 피렌체 항소원 판결에 의해 할 수 있었어, 이들 두 측면에는 관련이 있지만, 그럼에도 불구하고 두 문제는 뚜렷하게 구별된다. 위 부분에서 논의된 것은 집행의 면제에 관한 문제이자 재판소가 여기서 논하려고 하는 것은 재판권에서의 면제이다. 전에 설명한듯이 두가지 형태의 면제는 다른 규칙에 의해 규제된다.

125. 재판소는 여기서 외국에 대해 제기된 청구의 본안 판결이 아니라 외국 법원이 다른 국가에 대해 선고한 판결의 법정지 국가 영역 내에서의 집행 승인 청구에 대해서, 재판권 면제 문제를 어떻게 생각하는지에 대해서 설명한다. 이런 경우 법원이 요구된 것은 면제를 주장하는 외국에 대한 직접적인 판결이 아니라 피고 국가의 재판권 면제를 규제하는 규칙을 이미 검토·적용했다고 보이는 다른 국가의 법원이 선고한 판결의 집행 승인이라는 사실에서 어려움이 생긴다.

126. 이 사건에서, 양 당사자는, 이런 상황에서는 승인 청구를 받은 법원이 다른 국가의 국가면제를 존중했는지 여부는 오로지 제삼국에 대한 본안

판결을 선고한 외국 재판소에 의해서 면제가 존중되었는지 여부에 달린다는 기준으로 주장하고 있다. 즉, 양 당사자는 피렌체 항소원이 리바디아 법원과 그리스 대법원 판결의 집행을 승인함으로써 독일의 국가면제를 침해했는지 여부는 그리스의 절차에서 항변으로 독일이 주장한 국가면제에 이들 판결 자체가 위반했는지 여부에 의존한다고 문제를 설정하고 있다.

127. 국내 법원이 외국판결에 승인을 주기 전에 그 판결이 피고의 국가면제를 침해하면서 선고된 것인지를 확인하는 것에는 아무 지장도 없다. 하지만 이 재판소는 이 사건의 목적을 위해서는 전혀 다른 관점에서 이 문제에 접근해야 한다고 생각한다. 이 재판소의 견해에 따르면 피렌체 항소원이 독일의 국가면제를 위반되었는지 여부를 판단하기 위해서는 그리스 법원의 결정 자체가 면제를 침해했느냐는 문제에 대해 판단할 필요는 없을 뿐만 아니라 판단할 수 없다. 그것은 이 사건의 당사자가 아닌 그리스 국가의 권리·의무에 대해서 판단하는 것이기 때문이다(1943 로마에서 이송된 화폐 용금 사건(이탈리아 대 프랑스, 영국, 미국), 동티모르 사건(포르투갈 대 호주)판결 참조). 재판소의 관점에 따르면 이 사건의 목적을 위해 중요한 문제는 이탈리아 법원 자체가 승인을 인용했을 때에 독일의 국가면제를 존중했는지의 여부이고, 승인 대상이 된 판결을 선고한 그리스 법원이 독일의 국가면제를 존중했는지 여부가 아니다. 이런 상황에서는 위의 두 문제에 대한 응답이 같은 필요는 없다. 이 재판소가 여기서 검토해야 하는 것은 첫째 문제뿐이다.

128. 어느 법원에 대해 이 사건과 같이 제삼국에 대한 외국 판결의 승인을 청구된 경우, 그 법원은 해당 제삼국에 관한 재판권 행사를 요구되어 있다. 승인 신청 절차의 목적은 본안 분쟁에 대한 판단이 아니라 이미 존재하는 판결의, 선고한 법원의 국가 이외의 영역에서의 집행을 가능하게 하는 선고에 불과하다. 그래서 이미 판결이 선고된 사건의 실질에 대해 모든 측면에서 재검토하는 것은 그 법원의 임무가 아니다. 그럼에도 불구하고 승인 여부 결정으로 승인 법원은 외국 판결에 대해서 법정지 국가에서 본안에 대해 선고된 판결과 같은 효과를 주는 결과가 되는 재판권을 행사한다는 사실은 남는다. 그러므로 그 법원에 제기된 절차는 외국 판결의 대상이 된 제삼국에 대해서 행사한 것으로 간주되어야 한다.

129. 이에 재판소는 유엔조약 제 6 조 제 2 항의 다음의 문언에 유의한다.

"한 국가의 법원에서의 재판 절차는 다음의 경우에는 다른 국가에

대해서 시작된 것으로 본다.

(a) 해당 외국이 해당 재판 절차의 당사자로서 지정되는 경우

(b) 해당 외국이 해당 재판 절차의 당사자로서 지정되지 않았지만 해당 재판 절차가 실제로는 해당 외국의 재산, 권리 이익 또는 활동에 영향을 미칠 경우"

이 문언을 승인 절차에 적용하면 이러한 절차는 외국 판결의 대상이 된 국가를 향한 것으로 간주해야 하는 것을 의미한다. 실제로 그것이(인정되지 못했지만) 피렌체 항소원의 승인 결정에 이의 신청을 하거나 승인 판결에 대해서 이탈리아 파휘원에 상소할 자격을 독일에게 주어진 이유이다.

130. 따라서 제삼국에 대한 외국 판결의 승인 신청을 접수한 법원은 그 외국 판결이 판단한 사건의 특성을 고려하여 승인 신청이 계류되는 국가의 법원에서 피고 국가가 국가면제를 누릴 수 있는지 여부를 스스로 검증해야 한다. 즉, 외국 판결의 주체가 된 것과 같은 본안 분쟁이 그 법원 자체에 제기된 경우 피고 국가에 국가면제를 주어야 하는 국제법상의 의무가 있는지 여부를, 그 법원은 스스로 검증해야 한다.(2010 캐나다 대법원 쿠웨이트 항공 대 이라크 사건 판결, 2011 영국 대법원 NML 캐피탈 주식회사 대 아르헨티나 공화국사건 판결 참조).

131. 그래서 이 논리에 비추면 독일에 대해서 선고된 그리스 판결의 이탈리아에서의 집행을 승인한 이탈리아 법원은 독일의 면제를 침해한 것이다. 이 판결 제III 절에서 판시한 이유로, 집행의 승인 대상이 된 그리스 판결 (즉 디스토모 사건)의 주체와 같은 본안 소송이 가령 이탈리아 법원에 제기된 경우, 이탈리아 법원은 독일에 면제를 주는 의무를 지고 있었다. 그래서 이탈리아 법원은 독일의 국가면제를 위반되지 않고 그리스 판결을 승인하는 것이 불가능하였다.

132. 이러한 판단을 할 때, 그리스 법원 자체가 독일의 면제를 침해했느냐는 문제에 대해서 판단할 필요는 없다. 그 문제는 이 재판소에 제기되지 않고 게다가 앞에서 설명한 이유로 판단할 수 없다. 예를 들면 피고 국가가 본안 구두 변론에서 면제를 포기한 경우처럼, 본안에 대해서 선고된 판결이 피고 국가의 국가면제를 위반하지 않지만 타국에서 제기된 승인 절차는 피고의 면제로 막힌다는 것은 어떤 상황하에서는 충분히 일어날 수 있는 것임을 이 재판소는 일반적 표현으로만 지적한다. 그것이 두가지 문제점이 다른 문제라는 것, 및 이 재판소가 그리스 법원 판결의 적법성에 대해 판단하지

않는 것의 이유이다.

133. 그러므로 재판소는 피렌체 항소원의 위 판결은 이탈리아가 독일의 국가면제를 존중할 의무를 위반된 것으로 결론한다.

VI. 독일의 최종 신청과 구제 조치 요청

134. 구두 절차의 말미의 최종 신청에서 독일은 이 재판소에 6 건의 요청을 했다. 그 중 전반의 3 건은 선언적 판결, 나머지 3 건은 이미 행해진 위반에 대한 원상회복을 요구하는 것이다(위 제 17 항 참조). 재판소는 이들 요청에 대해 주문에 있어서 판단하도록 요구되어 있다.

135. 위 제Ⅲ절 제Ⅳ절 제Ⅴ절에서 판시한 이유로 재판소는 이탈리아가 1943년부터 1945년에 걸친 독일의 국제인도법 위반에 기인한 민사 청구를 허용함으로써 독일이 국제법상 누리는 국가면제를 위반했다는 선언, Villa Vigoni에 대한 집행 조치를 취함으로써 독일에 대한 국가면제를 위반되어서, 위와 유사한 사건에 대한 그리스 판결을 승인함으로써 독일의 면제를 침해한 것을 인정하는 선언을 요구하는 독일의 전반 3 건의 요청을 인용한다.

136. 독일은 제 4의 신청에서 이탈리아가 국제적 책임을 진다고 판단하면서 이를 선언하는 것을 재판소에 요청했다.

이탈리아의 국제법상 법적 의무에 대한 위반은, 일반 국제법의 효과로서 불법행위로 인한 손해의 완전한 회복의 의무에 대한 이탈리아의 국제적 책임이 수반되는 것은 틀림 없다. 이 사건의 회복 의무의 개요는 나중에 독일 제 5 제 6의 신청과 함께 검토한다. 이들에 대한 재판소의 판단은 주문에서 판시될 것이다. 한편, 특정 의무를 위반했다는 인정으로 책임은 당연히 추정되기 때문에 주문에서 이탈리아가 국제적 책임을 진다고 선언하는 것은 완전히 과잉되며 재판소는 필요성을 인정하지 않는다.

137. 제 5의 신청에서, 독일은 이탈리아가 스스로의 선택으로, 그 법원 기타 사법 기관에 의한 독일의 국가면제를 침해하는 모든 결정을 무효로 하는 것을 보장하는 모든 수단을 취하도록 명령하는 것을 재판소에 요청했다. 이는 관련하는 모든 결정은 효력을 상실해야 한다는 뜻으로 이해된다.

국제 위법 행위의 책임에 관한 일반 국제법에 따르면, 국제법 위원회의 국제 위법 행위에 대한 국가 책임 조약 초안 제 30 조에 표현되고 있듯이, 국제

위법 행위에 대해 책임 있는 국가는, 위법 행위가 계속되어 있는 경우에는 그 행위를 정지하는 의무를 진다. 그 후, 해당 행위가 종료했다고 해도, 원상 회복이 물리적으로 불가능하지 않은 경우, 및 금전 배상 대신 원상 회복을 하는 것으로 얻을 이익과 원상회복을 위한 부담이 균형성을 잃지 않는 경우에는, 불법행위가 이루어지기 전에 존재한 상태를 재구축하는 의무에 의한 국가 책임을 진다. 이 규칙은 국제법 위원회 초안 제 35 조에 반영되고 있다.

그러므로, 재판소는 독일 제 5 의 신청을 인용해야 한다. 독일의 국가면제를 침해하는 판결 및 조치 중 아직도 효력을 가지는 것의 효력을 소멸시켜야 하고, 이들 판결과 조치로 만들어진 효과는 취소되어야 하며, 그렇게 해서 불법행위 전에 존재한 상태를 재구축해야 한다. 이 사건에서 원상 회복이 물리적으로 불가능하거나 원상 회복이 금전 배상 대신 원상 회복을 하는 것에서 얻는 이익에 대해서 균형성을 해치는 부담을 이탈리아에 지게 된다는 것은 주장 입증되지 않았다. 특히 위반의 일부가 사법 기관에 의해 이루어졌으며 해당 사법적 판단의 일부가 이탈리아 국내법에서 최종적인 것임은 이탈리아에 부과된 원상회복 의무를 해제하는 것은 아니다. 한편으로, 피고에는 요구된 결과를 구현하는 데 적합하다고 생각되는 수단을 선택할 권리가 있다. 그러므로 피고에게는 적절한 입법 또는 비슷한 효과를 갖는 다른 수단을 선택해서 이 결과를 실현할 의무가 있다

138. 마지막으로 독일은 제 6 의 신청에서, 장래 이탈리아 법원이 제 1 의 신청에 기재된 사건(즉 독일의 1943 년부터 1945 년의 국제인도법 위반)에 대해 독일에 대한 법적 조치를 취하지 않는 것을 보장하는 모든 수단을 취하는 것을 이탈리아에 명령하도록 요구했다.

재판소가 종전 판례에서 판시한 듯 (특히 코스타리카와 니카라과 항행 기타의 권리에 관한 분쟁 사건 판결 참조) 국가의 선의가 추정되는 만큼 일반적인 판단으로서, 그 행위가 불법인 것을 이 재판소에 선언된 국가가 그런 행위를 앞으로 반복하는 것을 뒷받침하는 이유는 없다. 그러므로 재판소가 국제 불법행위 책임국에 대해, 피해국에 대한 재발 방지의 보장 약속과 불법행위의 재발을 방지하는 특별 조치를 취하는 것을 명하는 것은, 해당 사건의 구체적 사정에 비추어 그것이 정당화되는 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에 한정된다.

이 사건에 대해서는 재판소가 그런 사정이 있다고 믿는 어떤 이유도 없다. 그래서 독일의 마지막 주장은 인용하지 않는다.

139. 이들 이유로

재판소는

(1)12 대 3 로

이탈리아공화국은 독일의 1943 년부터 1945 년에 걸친 국제인도법 위반에 대해서 이탈리아에서 제소된 민사 청구를 허용함으로써 독일연방공화국이 국제법상 누리는 면제를 존중할 의무를 위반한 것을 인정한다.

찬성:오와다 소장, 톱카 부소장, 코로마 재판관, 심마 재판관, 아부라무 재판관, 키스 재판관, 세폴베다 아모르 재판관, 베스나 재판관, 스코트니코후 재판관, 그린우드 재판관, 슈에 재판관, 도너휴 재판관

반대:칸서드 트링다데 재판관, 유스흐 재판관, 가야 특임 재판관

(2)14 대 1 로

이탈리아공화국은 Villa Vigoni 에 대해 강제 조치를 취함으로써 독일연방공화국이 국제법상 누리는 면제를 존중할 의무를 위반한 것을 인정한다.

찬성:오와다 소장, 톱카 부소장, 코로마 재판관, 심마 재판관, 아부라무 재판관, 키스 재판관, 세폴베다 아모르 재판관, 베스나 재판관, 스코트니코후 재판관, 유스흐 재판관, 그린우드 재판관, 슈에 재판관, 도너휴 재판관, 가야 특임 재판관

반대:칸서드 트링다데 재판관

(3)14 대 1 로

이탈리아공화국은 독일의 1943 년부터 1945 년에 걸친 국제인도법 위반에 대한 그리스 판결의 이탈리아에서의 효력을 승인함으로써 독일연방공화국이 국제법상 누리는 면제를 존중할 의무를 위반한 것을 인정한다.

찬성:오와다 소장, 톱카 부소장, 코로마 재판관, 심마 재판관, 아부라무 재판관, 키스 재판관, 세폴베다 아모르 재판관, 베스나 재판관, 스코트니코후 재판관, 유스흐 재판관, 그린우드 재판관, 슈에 재판관, 도너휴 재판관, 가야 특임 재판관

반대:칸서드 트링다데 재판관

(4)14 대 1 로

이탈리아공화국은 적절한 입법 또는 그 선택에 의한 기타 수단으로 독일연방공화국이 국제법상 누리는 면제를 침해한 법원 기타 사법 기관에 의한 결정의 효력 취소를 보장해야 한다.

찬성:오와다 소장, 톱카 부소장, 코로마 재판관, 심마 재판관, 아부라무 재판관, 키스 재판관, 세폴베다 아모르 재판관, 베스나 재판관,

스코트니코후 재판관, 유스흐 재판관, 그린우드 재판관, 슈에 재판관, 도너휴 재판관, 가야 특임 재판관

반대 칸서드 트링다데 재판관

(5)전원 일치로

독일연방공화국에 의한 기타 신청을 기각한다.

2012.2.3 헤이그 평화 궁에서, 프랑스어를 정문으로, 프랑스어와 영어로 4 부를 작성하여, 1 부는 재판소 기록 보관소에 두고, 나머지는 독일연방공화국 정부, 이탈리아공화국 정부 및 그리스 공화국 정부에 각각 송부했다.

(서명)소장 오와다 히사시

(서명)재판소 서기 필립 쿠우브를

콜로마 재판관, 키스 재판관 및 베스나 재판관은 재판소의 판결에 개별 의견을 첨부한다. 칸서드 트링다데 재판관 및 유스흐 재판관은 재판소의 판결에 반대 의견을 첨부한다.

가야 특임 재판관은 재판소의 판결에 반대 의견을 첨부한다.

국가면제 (독일 대 이탈리아) 사건 국제사법재판소(ICJ) 판결

유스흐 재판관 반대의견

(요지)

이 사건의 중요 문제는 이탈리아 법원이 독일의 국가면제를 침해했는지에 있다 — 이탈리아 법원은 다른 구제 수단이 없는 인도법에 대한 심각한 위반에 대한 보상청구에 대해서 독일의 국가면제를 부정했다 — 다수의견은 이 핵심 쟁점을 적절하게 다루지 못했다 — 다수의견은 그 대신에 무력분쟁 시에 군대에 의해 행해진 주권 행위에 대한 국가면제의 범위 및 강행규범의 효력에 초점을 맞추었다 — 다수의견의 분석은 다른 구제 수단이 없는 나치스 만행 피해자의 현실 생활 상황에 적절히 대응하는 것이라고 할 수 없다 — 국가면제는 다른 구제 수단이 이용할 수 없는 경우에 장벽으로 이용해서는 안 된다 — 이탈리아 국내 법원에서의 소송은 보상을 받기 위한 마지막 수단이었다 — 국가면제는 국제법에 있어서 불변의 가치가 아니다 — 국제법 체계가 국가 중심 모델에서 개인의 권리를 보호하는 모델로 이행한 것을 반영해서 국가면제의 범위는 지난 세기를 통해서 좁혀지고 왔다 — 그것은 스위스 치즈처럼 구멍 투성이다 — 국가면제의 국가 실행은 그 범위와 사정거리에 대해서 큰 차이점이 있다 — 관습법의 불확실성은 다양한 사법적 판단에 대한 형식적인 조사에 의해서는 해결될 수 없다 — 관습국제법은 상대 다수의 문제가 아니다 — 각 사건의 사정이나 성격, 그 배경 사실이 검토되어야 한다 — 인권과 인도법의 기초가 되는 일반 원칙도 해석의 수단이 되어야 한다 — 국가면제의 기능과 기본적 인권과 인도법 현실화의 균형도 형량해야 한다 — 관습법이 불완전하고 불안정한 경우에는 국가면제를 인정 하는 것에 대한 형평성과 적법성을 검토해야 한다 — 국가면제법의 발전은 자주 국내 법원의 고립된 판결에서 시작되어, 서서히 주류가 된다 — 국내 법원의 관할권 주장은 국가면제에 대한 새로운 예외를 현실화 시킨다 — 국내 법원은 모든 국제인도법 또는 인권 침해에 대한 보상청구에 대해서 국가면제를 부정할 수는 없다 — 다른 구제 수단이 없다는 예외적인 상황하에서 국가면제의 부당한 적용을 배제하고 관할권을 주장하는 것은 국제인도법의 보다 엄격한 준수에 기여한다.

I. 서론

1. 나는 유감스럽게도 재판소 다수의견의 "이탈리아공화국은 독일의 1943 년부터 1945 년에 걸친 국제인도법 위반에 대해서 이탈리아에서 제소된 민사 청구를 허용해서 독일연방공화국이 국제법상 누리는 면제를 존중하는 의무를 위반했다"는 인정에

동의할 수 없다.

2. 나는 이 인정을 도출한 논리와 이유에 대해서도 반대한다.

3. 나의 반대는 주로 이 사건이 다른 분쟁의 핵심 쟁점에 대한 불충분한 방법에 관한 것이다. 그것은 이 사건 분쟁에 있어서의 국가면제 부정과 밀접히 관련된 국제인도법 위반에 대한 보상 의무에 관한 충분한 검토의 결여, 국제법상 국가면제의 사정거리와 범위 및 그 제한에 대한 다수의견의 이유 설정과 결론, 그리고 특히 국가면제의 분야에서 관습국제법의 발견과 발전에 관한 국내 법원의 역할에 대해 다수의견이 채용한 접근 방법이다.

나는 이러한 점에 대해서 의견을 개진하다.

II. 재판소에 제기된 핵심 쟁점

4. 중대한 인권과 인도법 위반 사건에 대한 국내 법원에서의 국가면제에 대해서는 최근 학계에서 폭넓게 논의되면서 다양한 사법기관에서 맞서는 사법 판단이 나오고 있다. 하지만 이 재판소에서의 핵심 쟁점은 보다 한정된 좁은 사정거리의 것이다. 그것은 1943년부터 1945년에 걸친 제 3 제국의 행위에 기인하는 보상청구 소송에서 독일의 국가면제를 부정한 이탈리아 법원의 결정에 관한 것이다.

5. 이탈리아 법원에 제기된 청구는 특정 유형에 속하는 피해자에 의한 것이다. 그들은 독일이 보상을 게을리고 피해 보상을 위한 다른 수단에서도 배제하고 있다고 주장한다 (이들 유형의 내용에 대해서는 판결 제 52 항 참조). 그러므로 재판소는 다른 구제 수단이 없는 상황에서의 나치스 범죄 피해자 보상·배상 청구에 대해서 이탈리아 법원이 독일에 국가면제 부여를 거부한 것이 국제적 불법행위를 구성하느냐는 문제에 대해서 판단해야 했다. 다수의견은 이에 대해 불법행위를 구성한다고 답했고, 나는 그것에 반대한다. 그리고 다수의견이 이 결론을 도출하기 위해 채용한 어프로치에도 동의할 수 없다.

6. 다수의견은, 독일도 인정하고 있는 제 3 제국의 불법행위의 그들 유형의 피해자에 대해 독일이 보상을 게을리고 있는 것이, 이탈리아 법원에서의 독일의 국가면제 존재 여부와 범위에 대해 법적 효과를 미칠 가능성이 있는지, 그 결과, 이 사건의 특정 상황하에서 독일의 면제를 부정한 이탈리아 법원이 법적으로 정당화되는지를 판단하는 관할권을 가지고 있는 것을 인정했다 (판결 제 50 항). 그럼에도 불구하고 다수의견은 본안에 대한 고찰 과정에서 그 검토 대상을 거의 완전히 "무력분쟁 수행 과정에서 국가의 군대의 행위에 대해서 면제가 적용되는지"는 문제로 한정했다(판결 제 61 항).

7. 나의 생각으로는 이 핵심 쟁점의 설정은, 다른 구제 수단이 없어서 이탈리아 법원에 청구할 수밖에 없었던 나치스 만행 피해자들의 현실 생활 상황에 비해서 너무 추상적·형식적이다. 재판소에 제기된 분쟁은 무력분쟁하의 국가 군대에 의한 불법행위에 대한 일반적인 면제 적용 가능성이 아니다. 이는 학술 논문이나 학자의 논의에 맡겨야 할 매우 광범위한 주제이다. 이 분쟁은 제 3 제국이 저지르고 독일도 인정한 범죄에 대한 실효적 보상을 받지 못한 특정 유형의 이탈리아인 피해자들에게 보상청구의 대체 수단을 제공하기 위해서 독일의 국가면제를 부정한 이탈리아 법원의 결정에 대한 것이다.

8. 이탈리아는 서면에 있어서도(이탈리아 답변서 87-122 페이지, 이탈리아 재항변서 11-26 페이지), 구두 절차에서도(CR 2011/18 제 11 항, CR 2011/21 제 4-12 항, CR 2011/21 17 장 제 1-37 항), 이점을 거듭 강조했다. 독일도 그것에 대해 많은 반박을 했다(CR 2011/17 14-42 항, CR 2011/20 30 페이지 11-36 항). 그러므로 재판소는 이 점에 적절하게 초점을 맞춰야 했다.

9. 안타깝게도 다수의견의 외 어프로치의 결과, 보상을 받지 못하는 것과, 이탈리아 법원의 면제 부정에 의한 대체 보상 수단 제공과의 관계가 가지는 이 사건 분쟁에 있어서의 중요성은 판결에서 완전히 무시되거나 사실상 간과되었다. 유일한 예외는, 특정 유형의 희생자들에게 보상이 없는 것에 대해서 이탈리아가 제기한 "마지막 수단"의 주장을 다룬 짧은 부분(판결 제 98~104 항) 만이다.

10. 그 부분에서 다수의견은 "독일은 당시 전쟁 포로 지위의 승인을 거부해서 전쟁 포로로서 보장되는 법적 보호를 부인했음에도 불구하고 피해자들이 그 지위를 가지고 있었던 것을 이유로 이 유형의 피해자들에 대한 보상을 부정하기로 결정했다"(제 99 항)고 유의했다. 하지만 이렇게 보상을 게을리고 있는 것과 다른 구제 수단이 없는 것이 국제법상 법정지 국가의 법원에서 독일에 국가면제를 부여할지 여부의 판단에 대해서 미칠 수 있는 영향력을 검토하기 대신에, 다수의견은 "재판소는 독일이 보상을 부정한 것은 놀라운 것이며...유감스럽다고 생각"한다고 말하는 데 그쳤다. 하지만, 국가 간의 분쟁은 국제적인 재정 기관, 그 속에서도 유엔의 주요 사법기관에, 놀라움과 유감의 표명을 받기 위해서가 아니라 국제법에 기초한 적절한 해결을 위해 신청된 것을 다시 생각해 봐야 한다.

11. 한편 나는 "재판소는 국제법에 의한 독일의 재판권에서의 면제가 관계하는 이탈리아 국민에 대한 법적 보상을 불가능하게 만드는 가능성이 있음을 인식하지 못한 것이 아니다"(판결 제 104 항)는 다수의견의 기술에 동의한다. 하지만 나의 생각으로는

재판소는 이 기술에서, 특히 이탈리아 법원 결정의 적법 또는 불법에 대해서, 이 특정 문맥에서의 무언가의 법적 결론을 끌어냈어야 했다. 그 대신 다수의견은 이탈리아 군인 수용자 및 기타 이탈리아 국민의 청구가 "이 문제 해결의 견지에서 이루어질 향후의 2 국간 교섭의 주제가 될 것이다."고 진술을 이어져서, 법적 결정을 요구해서 신청된 분쟁의 핵심 쟁점의 일부에 대해서 재판소 자체의 법적 결정보다 외교적 접근을 제창한 것이다.

III. 국제인도법 위반에 대한 배상 의무

12. 제 3 제국에 의한 국제인도법 위반에 대한 배상을 게을리고 있는 것과 이탈리아 법원의 국가면제 거부의 직접적인 관계에 대해서 다수의견은 양자의 긴밀한 관계를 인식하고 있었음에도 불구하고 일반론으로 조차 배상 책임 의무에 대해서 검토할 필요성을 돌보지 않았던 것도 유감스럽다.

13. 1907 년 헤이그 제 4 조약 제 3 조는 인도법 위반의 결과로서 발생한 손해 배상 의무를 다음과 같이 규정하고 있다.

"전기 규칙의 조항을 위반한 분쟁 당사자는 필요한 경우에는 배상을 할 책임을 진다. 분쟁 당사자는 자국 군대에 속하는 자가 행한 모든 행위에 대해서 책임을 진다."

14. 같은조항은 1949 년 제네바 조약 제 1 추가 의정서(1977)(이하 "제 1 추가 의정서"라고 함) 제 91 조에도 볼 수 있다. 이들 조항은 배상의 대상이 개인인지 국가인지에 대해서 명시하지 않고 있다. 그러나 그것들은 인도법 위반에 대한 배상·보상의 국제법상 의무의 존재를 명확히 인정하고 있다고 할 수 있다.

15. 인도법 위반의 결과로서 발생한 손해 배상을 개인의 원고가 청구하게 된 것은 겨우 최근 약 20 년이다. 그러한 예에는 노예 노동자, 위안부, 고문 피해자를 포함한 제 2 차세계대전 중의 국제인도법 위반 피해자들이 1990 년대에 일본 법원에 제기한 소송, 이미 독일에 의해 해결되었지만 독일에 대한 홀로코스트 배상 운동이 "노동 노예"를 위해 미국 법원에 제기한 소송, 나치스 군대에 의한 학살 사건 피해자 친척들이 독일에 배상을 청구해서 1995 년에 그리스 법원에 제소한 디스토모 사건소송, 1944.8.에 체포되어 독일에 이송 억류되어서 전쟁이 끝날 때까지 군수 공장에서 노동을 강제된 이탈리아 국민 루이지·펠리니 씨가 독일에 대해서 이탈리아 법원에 제소한 소송이 포함되고 있다.

16. 역사적으로 그런 위반에 대한 배상은 오랫동안 국가 수준의 평화 조약이나 화해 협정에 의해 처리되어 온 것은 틀림 없다. 요즘은 유엔 안보 이사회로 설립된 이라크

보상 위원회와 양자 합의로 설립된 에리트레아, 에티오피아 청구권 위원회 같은 새로운 제도도 이용되고 있다. 하지만 이는 개인이 그러한 제도의 최종적인 수익자가 되는 것을 과거도 현재도 예정되지 않는다는 것이나, 개인에게는 배상을 청구할 권리가 없다는 것을 의미하지 않는다. 이는 위반 피해자들에게 분배하기 위해서 피해자의 국적 국가가 함께 금액을 수령한다는 것을 의미할 뿐이다. 그런 협정은 무수한 민사 소송 제기의 회피, 평화 조약 체결 지연, 구 교전국의 관계 정상화 등 정치적 또는 실제적 목적을 위해 이용되어 왔다.

17. 여기서 문제가 되는 것은 국가책임이다. 무력분쟁 시에 국가의 관헌이 범죄를 자행한 경우, 그 국가는 관헌의 불법행위 책임을 지어서 피해자에게 보상해야 한다. 그런 보상은 대부분의 경우 국가 간의 제도나 위반의 책임국에 의한 특별 기금을 통해서 이루어진다. 하지만 국가책임의 법은 국가의 위법행위의 결과로서 개인에게 권리가 생길 가능성을 배제하지 않는다. 실제로 국제법 위원회의 국가책임 조문 초안 제 33 조 2 항은 다음과 같이 규정하고 있다.

"이 부분은 국가의 국제책임에 위해 개인 또는 국가외의 다체에 대해서 직접적으로 부여된 어떠한 권리도 손상시키지 않는다."

18. 게다가 국제법 위원회 주석은, 국가 책임에 관한 국제법 규칙에 의해 개인이 권리 보유자가 될 경우가 있다고 분명히 말하고 있다. 나의 생각으로는, 이는 인권 조약 뿐만 아니라 인도법 조약에도 해당된다. 특히 최근의 인권과 인도법 분야에서의 국제법의 발전에 비추어 해석하면 헤이그 제 4 조약 제 3 조 및 추가 의정서 제 91 조는 그런 규칙의 좋은 예이다. 국제 적십자 위원회의 추가 의정서 제 91 조에 대한 주석은 이 발전을 인정하고 있다.

"배상을 받을 자격을 가지는 것은 통상은 분쟁 당사국 또는 그 국민이고, 중립 규칙 위반 또는 분쟁 당사국의 영역 내에서의 중립 국민에 대한 불법행위 같은 예외적인 경우에는 중립국도 대상이 된다. 하지만 1945 년이후 개인에 의한 권리 행사를 승인하는 경향이 나타났다."

19. 그러므로 헤이그 제 4 조약 제 3 조 및 제 1 추가 의정서 제 91 조는 평화 조약 기타 합의를 통해서 2 국간 제도를 설립하는 국가 실행이나 피해국에 의한 배상 문제 처리에는 매우 긴 기간이 필요하다는 사실에도 불구하고, 개인이 국제인도법 위반으로 야기된 손해 배상을 청구할 권리를 배제하지 않는다.

20. 하지만 외국이 책임을 인정하고 있음에도 불구하고 구제의 범위에 포함되지 않고 결과적으로 위반에 대한 배상을 받을 권리의 향유자가 될 가능성을 빼앗긴 국제인도법 위반 피해자의 경우는 어떻게 되느냐는 문제가 제기된다. 특히 그 국내 법원에 소송을

제기하는 것이 피해자들에게 이용 가능한 유일한 구제 수단인 경우에 피고 국가가 배상 의무의 장벽으로 국가면제를 이용하는 것이 허용되는가? 나의 생각으로는 이것이 재판소가 이 사건에 있어서 검토해야 하는 근본 문제이다.

IV. 국가면제의 사정거리 평가와 보상청구의 저축 가능성

21. 나는 국제법상의 국가면제의 사정거리, 범위, 예외, 적용에 관한 설득적이라고 할 수 없는 다수의견의 어프로치와 이유에도 동의할 수 없다. 법학자의 일부는 국가면제는 영역 주권과 관할권 원칙의 예외에 불과하다고 생각하고 있지만 (예를 들어 R 히긴스 "국가면제법의 미해결 측면" 참조) 실제로는 국가면제는 단순한 예양(禮讓) 문제가 아니라 관습국제법 규칙이다. 다만 그 적용 범위는 국가 중심 법 제도에서 국가에 대한 개인의 권리도 보호하는 제도에 국제법이 진화한 것을 반영해서 지난 세기를 통해서 축소되어 왔다.

22. 국가면제 적용 범위 축소는 국내 법원 판결에 견인되어, 국가나 국유 기업과의 거래에 종사하는 개인의 권리에 대한 인식의 발전에 도움을 받아 왔다. 실제로 국가에 대한 개인과 법인의 권리를 보호할 목적으로, 제한 면제 주의는 이미 19 세기에 국내 법원에 도입되었다. 마찬가지로 국가에 대한 개인의 권리를 보호하기 위해서, 영역내 불법행위 예외를 생각해냈다.

23, 그래서 국가면제는 국가 간의 조화와 우호 관계를 유지하기 위해서 중요하지만, 그 적용 범위가 모든 상황에서 분명하고 일관성과 안정성을 구비한 법의 규칙이라고 할 수 없다. 국가 실행에서의 면제의 사정거리와 범위에 대한 해석과 적용에는 특히 각국 법원 판단에 있어서 매우 많은 차이점이 있다. 그러므로, 면제 적용에 관한 상반된 국내 판결이 계속 존재함에도 불구하고 몇몇 면제 예외를 관습국제법의 일부라고 평가하는 것은 이것과 다른 국내 판결을 근거로 다른 예외를 관습국제법의 부존재의 증명으로 해석하는 것과 마찬가지로 별로 설득력이 없다. 이는 특히 양측 모두 원용하는 판례 수가 한정되어 있는 경우에는 체리 피킹(자기 주장에 편리한 사례만을 뽑아서 입론하다 궤변)의 인상을 받는다.

24. 예를 들면 몇몇 국내 법원 판결(판결 73-74 항 참조)이

"주권 행위에 대한 국가면제는, 해당 행위가 법정지 국가에서 이뤄진다고 해도 무력분쟁의 수행에 있어서 군대 기타 국가 기관에 의한 인간의 사상 및 재산 손해를 초래하는 행위인 경우에는, 계속해서 민사 소송에 적용된다 "(판결 77 항).

는 주장을 지지하는 국가 실행에 근거한 관습국제법의 존재를 실증하는 역할을 할지 의문이다. 마찬가지로 이탈리아-그리스의 대법원 판결에 반대하는 판결에 더욱 비중을

둔 이유도 의문이다(27-36 항).관습국제법은 상대 다수의 문제인가?

상반된 재판 사례나 국가 실행의 존재에 비추어 이 분야의 관습국제법은 아직도 불완전하고 불안정하다는 것을 인정하는 게 더 적절하지 않았을까?

25. 행위의 성질로 특정한 예외가 적용되는 행위를 분류한다는 실제적인 목적에 자주 이용되는 업무관리 행위와 주권 행위라는 전통적인 구별조차, 특정 행위가 어느 쪽에 속하는지는 여러 국가와 국내 법원에서 아직도 논쟁의 대상이며 일정한 형태로 보편적으로 적용된다고 볼 수 없는 것을 생각해보아야 한다. 게다가 구별의 기초를 이루는 개념, 즉 상업 거래의 정의도 애매하다. 현재로는 국가면제에 대한 예외와 제한은 계속해서 발전 과정에 있다.

26. 사실, 국가면제는 스위스 치즈처럼 구멍 투성이다. 따라서,국제법의 관습이 국가의 실행과 법적 확신 속에서 발견되는 것이라고 하면, 현재의 실행의 특징이 맞서는 국내 법원 판결의 해석과 적용에 있다는 것은, 특히 인권과 국제인도법의 분야에 있어서, 국가면제의 사정거리와 범위가 국제 관습의 아직도 불확실, 불안정하고, 윤곽이 불분명한 분야임을 분명히 증명하고 있다.

27. 나의 생각으로는, 무력분쟁 시의 인권과 인도법 위반(또는 그 위반에 대한 배상의 결여)에 관한 아직 적고 서로 모순되는 국내 법원 판결을 형식적으로 조사하거나 면제를 적용 또는 부적용하기 위해 세거나 하는 것을 통해서는 이들 불확실성은 적절하게 해결되지 않는다. 그런 방법은 별로 유익한 결과를 낳지도 않고 이 분야의 법의 해명에 공헌할 수도 없다. 게다가 재판권에서의 면제는 추상적 방법으로 해석하거나 고립되어 적용하지 말아야 한다. 각 사건의 특징과 사연, 기초가 된 사실이 모두 고려되어야 한다. 이 사건은 책임국이 스스로 인정하는 위법 행위에 대한, 이용할 수 있는 구제 수단이 따로 없는 상황에서의 배상 청구이다. 이것이 다수의견도 인정하듯(제 60 항), 이 사건이 특이한 것의 이유이다.

28. 법정지 국가가 영역내에서 보장 의무를 지고, 그 현실화가 국제 사회의 기본적인 가치관을 반영하는 인권과 인도법에 의한 기본적 권리를 둘러싼 분쟁에서 국가면제가 문제된 경우, 현대의 국제법하에서는 "국제 사회에 모두 가치 있는 두 기능 사이의 균형이 달성되지 않으면 안 된다" (2000.4.11 체포영장 사건(콩고 민주 공화국 대 벨기에)판결, 히긴스, 크이만, 바겐솔 재판관 공동개별의견) 고 생각하는 것이 더 적절하다. 오늘의 세계에서 국가면제를 재판을 받을 권리와 효과적인 구제를 막기 위해 이용하는 것은 면제의 남용이라는 평가를 받을 것이다.

29. 그런 균형이 국가면제의 본질적 기능 및 목적과, 기본적 인권과 인도법 원칙의 보장 및 현실화 사이에 요구되어야 한다. 유럽인권재판소(ECHR)는 웨이트와 케네디 대 독일 사건 및 Beer and Regan 대 독일 사건에서 면제 향수 (국제 기관의 경우)와 재판을 받을 권리 및 실효적인 구제 수단의 권리의 균형의 필요성을 인정해서 다음과 같이 강조했다.

"독일의 재판관에서의 면제를 ESA(유럽 우주 기구)에 부여하는 것이 유럽인권조약하에서 허용되는지를 이 재판소가 결정하기 위한 중요한 요소는 유럽인권조약상의 권리를 실효적으로 보호하기 위한 합리적인 대체 수단을 신청인이 이용 할 수 있는지의 여부이다."

30. 나의 생각으로는, 이 사건에서 이탈리아 법원이 국제법상 국가면제를 부여해야 했는지 여부를 검토하기 위해서는, 이탈리아 법원에 제기된 청구에 특유한 사정과 직접 관련하는, 인권과 인도법의 기초를 구성하는 원칙의 적용, 실효적 구제의 권리 같은 기본권 구체화, 인도법 위반의 결과로 발생한 손해에 대한 배상을 받을 권리, 재판 거부에서의 보호를 검토 대상에서 제외할 수는 없다. 또 이탈리아 법원에 계류된 사건에서 문제가 된 국가면제의 법은, 현대 국제법의 상황에서의 이들 권리의 현실화에 저촉되는 방법으로 해석되어서는 안 된다. 더욱 중요한 것은 적절한 보상이 이뤄지지 않은 인권과 인도법 위반 사건처럼, 국가면제 규칙이나 그 예외가 다 같이 불확실, 불안정한 경우에는 이들 원칙과 면제 부여의 목적에 대한 균형과 정당성의 평가를 바탕으로 판단해야 한다는 것이다.

31. 그런 원칙은 유엔 총회가 선언한 "국제인권법 및 국제인도법에 대한 중대한 위반의 피해자가 구제 및 배상을 받을 권리에 관한 기본 원칙과 지침"에 포함되고있다 (2005. 12.16 결의).이에 따르면

"11. 국제인권법에 대한 중대한 위반과 국제인도법에 대한 심각한 위반에 의한 손해의 구제책에는 국제법에 의해서 인정된 다음과 같은 피해자의 권리가 포함된다.

- (a)평등하고 실효적인 재판 이용
- (b)적정, 효과적, 신속한 피해 보상
- (c)위반과 보상 수단에 관한 정보에 대한 접근".

유엔 기본 원칙은 또, 다음과 같이 규정한다.

"12. 국제인도법에 대한 중대한 위반 피해자는. . . 국제법에 의해 인정된 실효적인 사법 구제를 평등하게 이용할 권리를 가져야 한다."

32. 유엔 총회 결의 조항 해설 속에서 유엔 특별 보고관 데오·반·보벤(Theo van Boven)은 다음과 같이 언급했다.

"당초부터 이 원칙과 지침은 국가책임법에 기초를 두고 있었다. . . 그러나 일부 정부는 국가책임법 조항은 국가 간 관계를 염두에 두고 작성된 것이므로 국가와 개인 사이의 관계에 적용되는 것이 아니라고 주장했다. 이 주장은 널리 승인된 수 많은 인권 조약에 의해 인권이 국제법의 불가결이고 활동적인 일부가 됐다는 제 2 차세계대전 이후의 역사적인 발전을 무시하는 것이라고 비판되었다. 또 그것은 정부의 불법행위에 대한 구제 수단을 구비하는 의무가 매우 넓게 인정되어, 인권 침해, 더욱 강한 이유로 중대한 인권 침해에 대한 실효적 구제의 권리가 관습국제법의 일익을 형성한다고 여겨지게 된 것을 무시하는 것이라고도 했다."

33. 마찬가지로 유엔 다플(Darfur) 위원회 보고서는 다음과 같이 말하고 있다.

"현재로는, 인권에 대한 중대한 침해가 이뤄지고 그것이 국제 범죄를 구성하기도 하는 경우, 관습국제법은 그 침해를 저지른 개인의 범죄 책임을 규정할 뿐만 아니라 그 범죄자의 국적 국가, 또는 그 범죄자가 법률상 또는 사실상의 기관으로서 행동한 국가의 손해 보상(배상을 포함)의무도 부과하고 있다"

34. 판결 제 52 항에 기재된 나치스 체제에 의한 불법행위 이탈리아인 피해자의 3 가지 유형 중에서, 다수의견은 특히 실제로는 나치스 당국에 의해 전쟁포로로서의 대우를 거부당했음에도 불구하고 전쟁포로는 강제 노동에 대한 배상 대상이 아니라고 해서, 독일에 의해서 보상 대상에서 제외된 이탈리아 군인 수용자들의 고난을 강조한다. 적어도 이 유형의 피해자는 국가 간 합의와 독일 국내 입법 같은 구조를 통해서 독일에서 배상을 받을 가능성이 없다고 판단되기 때문에, 나의 생각으로는 다수의견은 이탈리아 법원이 독일에 면제를 인정하면 이탈리아 군인 수용자들의 보상청구권, 재판을 받을 권리, 피해에 대한 실효적인 구제의 권리를 침해하게 되는 것 아니냐는 것을 검토해야 했다.

35. 국가면제는 국제법에서 불변의 가치가 아니다. 그 국제 사회의 발전에 대한 적응성과 유연성은 지난 세기를 통해서 서서히 창설된 많은 예외에 의해 증명됐다. 그 대부분은 국가와 상업적 거래를 한 개인, 또는 국가 당국의 불법행위의 희생자인 개인의 국가에 대한 권리 보호의 규범적 중요성의 증대를 반영한 것이었다. 이는 국가 간 관계의 안정, 국가에 관한 소송 관할권의 질서 있는 분배와 실행을 위한 국가면제의 중요성이 약해졌다는 것이 아니다. 국가면제는 예외의 증가에도 불구하고 계속해서 그런 기능을 다하고 있다.

36. 국가면제법의 법과 예외가 아직 불확실 혹은 불안정한 국가의 국내 법원에 제기된 국제 범죄에 기인하는 청구 사건의 국가면제 허용 여부를 판단하기 위해서는, 제기된 청구의 성질에 관해 적절히 평가할 뿐만 아니라, 그 판단이 국제 사회가 같은 중요성을

인정하는 다른 규범적 가치에 미치는 영향에 대해서 평가하는 것이 요구된다. 실제로 외국의 권리로서의 면제 여부에 대한 판단을 하기 전에, 면제 예외 적용 여부를 판단하기 위해서, 사건의 바탕을 이루는 사실의 조사를 진행해야 하는 것은 국내 법원의 판결에서 널리 인정되고 있는(예를 들면, 하노버 노동 재판소 Conrades 대 영국(1981)영국 항소원 Farouk Abdul Aziz 대 예멘(2005)캐나다 대법원 쿠웨이트 항공 대 이라크(2010)참조). 이 문맥에서 프랑스 파기원은 브슈롱 사건 판결에서 다음과 같이 판시했다.

"관습법에 의한 외국의 국가면제는 상대적인 것일 뿐 몇가지 예외를 인정한다. 그러므로 국가면제를 주장된 법원은 주장에 이유가 있는지 여부를 판단하기 위해서, 그 주장의 유효성을 본안 사건에 비추어 검토해야 한다."

37, 그래서 국가면제의 예비적인 성격은, 국가면제가 주장된 행위에 대한 적절한 법적 평가에 의해 면제가 주장되고 있는지의 검토, 필요한 경우에는 관할권 여부를 검토하기 위해서 사건의 기초를 구성하는 맞서는 요소를 비교 형량하는 것에 대해서 국내 법원(이 사건의 경우 이탈리아 법원)을 배제하지 않는다.

38. 이 사건의 독일 주장의 핵심은 다음과 같이 주권 행위에 대해서 국가가 누리는 국가면제에는 중요한 제한은 존재하지 않는다는 인식에 있다.

"무력분쟁시의 군대에 의한 인도법 위반에 대해서 국가면제를 제한하는 법적 확신이 뒷받침된 일반적 국가 실행은 존재하지 않는다."(독일 소답서면 제 55 항)

독일에 따르면

"전쟁 피해에 관한 청구 해결의 국가 실행은 매우 일관되어, 그런 요구는 통상 관련국 간의 국제 조약에 의해서 해결된다. 특히 제 2 차세계대전의 결과 생긴 모든 청구는 이 전통적인 방법에 따랐다."(동)

39. 한편 이탈리아는 다음과 같이 주장했다.

"1961 년 협정에 의해 독일이 인정하고 그 후 편무적 조치로 재확인한 제 2 차세계대전 말기 독일 당국에 의한 국제인도법 위반에 대해서 수 많은 이탈리아인 피해자에 대한 적절하고 실효적인 보상을 독일이 계속 거부하고 있는 것을 검토할 필요가 있다."(이탈리아 답변서 제 6,15 항)

이탈리아 측의 견해에 따르면

"국제법의 모든 중요한 규칙 위반에 대해서, 이와 같은 과립치한 장기 보상 거부에 직면한 이탈리아 판사들은 국가면제 원칙의 적용으로 피해자들의 청구를 쉽게 기각할 수 없었다. 분명히, 판사들은 보상이 전혀 이뤄지지 않는 중대 범죄에 단순한 절차법의 원칙을 적용함으로써 전형적인 재판 거부 상황을 만들어 낼지도 모른다고 느끼고 있었다. 이탈리아 법원이 국가면제를 인정한다면 피해자 수천명의 모든 보상 요구를

완전히 막게 된다. 이들 청구가 목적을 달성하는 모든 가능성을 실효적으로 거부하게 된다. 반대로 그들은 독일에 대한 국가면제 부정에 면밀한 이유를 부여하고 본안에서 청구가 현실화하는지 여부를 확인했다.(제 6,16 항)

40. 인도법 위반에 기인하는 보상과 국가면제의 충돌 가능성의 문제는 최근 국제법 학회의 보고와 결의로 취급되었다. 2009 년이 학회 나폴리 회의를 위한 "개인의 기본권과 국가 재판권에서의 면제"라는 제목의 보고서 도입부에서 보고자인 레이디 폭스는 다음과 같이 말했다.

"국가면제에 대해서 더욱 어려운 문제가 생긴다. 즉, 관련 개인은 일반적으로 국내 법원에서의 형사 소추의 대상이 되는데, 그 행위를 명한 국가들이 그런 범죄의 결과에 대한 보상청구 민사 소송에서 국가면제에 의해서 지켜지는 것은 불합리이며 도덕적으로 정당화할 수 없다는 것이다."

41. 레이디 폭스 보고에 대한 결의 중에서 학회는 "국가와 그 관현의 재판권에서의 면제와 국제 범죄에 기인하는 배상 청구의 잠재적인 저촉"을 과제의 하나로서 검토해서 재판소에 제기된 분쟁의 쟁점과 관련하는 두가지 견해를 공표했다. 첫째로, 결의는 전문에서 "국내 법원에서의 국가면제 부정은 국제 범죄에 대한 실효적 보상의 실현을 위한 하나의 방법이다."고 인정했다. 둘째로, 결의는 원칙에 관한 제 2 조 제 2 항에서 "국가면제는 이 결의가 인정한 범죄 피해자에 대한 적절한 보상의 걸림돌이 되면 안 된다."고 표명했다.(228-230 페이지)

42. 이들 의견 표명은 제 2 차세계대전 중 제 3 제국에 의한 잔혹 행위의 이탈리아인 피해자처럼 다른 구제 수단을 이용할 수 없다는, 무력분쟁 시의 불법행위에 기인하는 보상청구 중에서도 특히 예외적인 상황에 있는 것과 국가면제의 관계에 대한 국제법의 현 단계의 상황을 반영한 것으로 생각한다. 나의 생각으로는 이 성명은 외국의 관현에 의한 불법행위에 대한 손해 배상이 국내 법원에 제기된 경우에는 항상 국가면제를 부정해야 한다는 것이 아니다. 다만 범죄 피해자에 대한 적절하고 실효적인 보상의 필요성을 지적해서 다른 구제 수단이 이용할 수 없다는 예외적인 상황에서 국가면제가 보상의 장애물이 되지 말아야 한다고 한 것이다. 이는 피해자에게 다른 구제 수단이 없다는 특별한 상황에 한정된 매우 극한된 면제 예외이다. 이들이 이 사건에 어떻게 적용되느냐는 문제는 후기제 49-54 항에서 논할 것이다.

V. 국내 법원, 국가면제, 법정지 국가에서의 국제인도법 위반에 대한 보상청구권

43. 국가면제에 관한 법은 역사적으로 국내 법원 판결을 통해 발전했다. 국가면제의 성질 및 범위를 가장 자주 결정해서 발전시킨 것은 어느 시대에도 그러한 국내 법원이었다. 업무관리 행위와 주권 행위의 구별이나 기타의 국가면제에 대한 제한이나

예외도 국내 법원에 의해 만들어졌다. 그렇게 변화가 많은 환경에서는, 특정 상황에서의 법 해석과 적용에 관한 견해 불일치나 충돌이 반드시 생긴다. 그러므로 이들 예외와 제한의 많은 측면이 불안정한 채 있는 것은 놀라운 일이 아니다.

44. 이탈리아 법원 판결과 그리스 디스토모 사건 판결은 영역내 불법행위 예외, 고용 예외, 지적 재산권 예외와 같은 국가면제의 많은 예외를 형성해온 국내 법원 판결에 의한 폭넓은 발전 과정의 일부로 볼 수 있다. 처음에 한두 국내 법원이 인정해서, 판결 당시의 관습국제법에 국가면제의 사정거리와 범위에 대한 불안정한 성격을 부여했을 때, 이들 예외는 국제법 위반으로 볼 수 밖에 없었던 것이 아니냐는 것을 당연히 물어봐야 한다.

45. 이 관계에서 특히 흥미로운 것은 영역내 불법행위 예외를 먼저 인정한 판결의 하나인 오스트리아 대법원 1961년 홀벳크 대 미국정부 사건 판결에 대해서 다수의견이 긍정적으로 언급한 것이다. 현재는 널리 적용되며 국가면제에 관한 모든 현행 조약 속에 성문화된 이 중요한 예외의 운명을 상기하면, 오스트리아 판결은 60년대 중반에는 국제 사법기관이 국가면제 위반으로 삼고 있었다. 폭넓은 법적 확신과 국가 실행을 획득하는 초기 단계에서 하마터면 그 싹을 꺾어질 뻔했다.

46. 데닝구 경은 업무관리 행위 예외에 대해 다음과 같이 말했다.

"변화가 일어날 때는 항상 누군가가 언젠가 처음의 움직임을 일으키지 않으면 안 된다. 한 국가가 독자적으로 최초의 변화를 시작하고 다른 국가가 추종한다. 처음에는 한 방울, 이윽고 흐름에 되고 마지막은 홍수가 나다."(부로마 "국가면제와 인권 침해" 1997에서 인용)

47. 특정 국제법의 규칙은 법정(국가면제의 경우 국내 법정)이 그 지위를 밝히고 법적 성격을 확립할 때까지 회색 지대에 남아서 그 존재에 대해서 법학계에서 논의된다. 이는 국가면제의 예외와 제한에 대해서도 거듭된 것이다. 실제로, 국가면제의 예외와 제한은 외교 협상 회의의 결정, 국제적 사법·중재 기관의 선언을 통해서 발전해온 게 아니라 대부분의 경우 점차 주류가되는, 하나의, 때로는 고립된 국내 법원 판결을 통해서 발전한 것이다.

48. 그러므로 국가면제의 분야에서는 그 판단이 처음에는 다른 법원과 공유되지 못했고, 관심을 받지 못했고, 기존 국가 실행과 일치하지 않아도, 그러한 국내 법원이 법 발전 기능을 담당할 것을 배제하는 필요는 없다. 국가면제의 제한이나 예외의 일부에 대해서 처음 정식화한 특정 판결에 대한 언급을 통해서 다수의견 자신이 장래의 국가면제법의 발전을 위한 국내 법원의 능력을 인정하고 있는듯이 보인다.

49. 국제법 학회에 대한 "국내 판사의 활동과 그 국가의 국제 관계"라는 제목의 보고서 가운데 베네딕트·콘포티(Benedetto Conforti) 교수는 다음과 같이 말했다.

"결의안 제 4-7 조에서 국내 법원의 독립은 국제법의 다양한 원천과의 관계에서 고찰된다. 우선 관습법에 대해서 말하면 국내 법원이 관습법의 적용을 요구되었을 경우, 그 판단에 대해 완전히 독립되어 있는 것은 의심의 여지가 없게 보인다. 하지만 이들 판단에는 다소 문제가 될 수 있는 두가지 측면이 있다. 첫째는 법원의 관습법 형성 및 수정에 대한 관여이다. 첫째 측면에 관한 한, 국내 판례의 주요 동향을 감안하면, 법원은 관습법이 정의와 공평의 요청에 합치하는지를 검토해서, 안 맞을 경우에는 그 결론이 형성 단계에 있는 불완전한 것이라고 하더라도, 국가 실행에 근거가 있는 경우에는 적용을 거부할 수 있다고 할 수 있다."

그는 다음과 같이 덧붙였다.

"이 점에 대한 결론으로서 관습법의 소멸 또는 새로운 관습법 형성이 아직 불완전한 것이라고 하더라도 국제적 또는 국내적 실행에 기초한 것이라면 판사는 기존 관습국제법의 적용을 거부하거나, 법적 확신의 존재를 확인할 수 있는 경우에는 그 일부 또는 전부를 수정할 수 있다고 할 수 있다."(가보고서 제 2 부 사법의 독립과 국제법의원천 386-387 페이지)

50. 국가면제 규칙과 국가의 관헌에 의한 범죄에 대해서 개인이 보상을 받을 자격은 모두 변화의 과정에 있다. 국제법 학회는 위의 나폴리 결의 소에서, "국가 및 관헌의 국가면제와 국제 범죄에 대한 보상청구의 내재적 저축"에 언급한 부분에서 그것을 인정했다. 그런 저축은 과거에는 존재하지 않았다. 그것은 최근 생긴 것이다. 그것은, 국가면제는 범죄 피해자에게 해야 할 보상을 면하기 위한 장벽으로 이용해서는 안 된다는, 국제 사회에서 널리 지지된 견해(일종의 법적 확신)의 결과이다. 나의 생각으로는 이것이 이탈리아 파기원이 펠리니 사건과 이은 사건을 다룬 상황이다.

51. 나의 생각으로는 책임국도 인정하고 있는 무력분쟁법에 대한 심각한 위반에 대해 보상을 게을리고 있는 경우의 국내 법원의 관할권 주장은, 특히 다른 구제 수단이 없는 경우에는 외국의 독립과 주권을 훼손하는 것이 아니다. 그것은, 피해자가 보상을 받기 위한 다른 수단이 없는 상황에서, 인권과 인도법 및 이들의 권리의 구체화를 보장하려는 폭넓게 지지된 법적 확신을 토대로 한 국가면제의 새로운 예외의 구체화에 기여하는 데 불과하다.

52. 전쟁 범죄나 인도에 반하는 죄에 대한 보상을 게을리고 있는 것은, 특히 다른 구제 수단이 없는 경우에는 국내 법원에서 국가면제 부정으로 이어진다는 인식은, 국가면제의 사정거리를 더욱 줄이지기보다는 국제 사회가 부여한 인권과 인도법의

보장의 규범적 중요성의 증대와 인류에 대한 실효적인 구제를 현실화할 권리를 조화시키는 것이다. 이는 국가에 의한 인도법에 대한 무관심을 억제하는 효과도 가질 것이다.

53. 이탈리아인 피해자의 청구를 둘러싼 예외적인 상황에서 "면제가 특정 사건에 대해서 재판권 행사를 막는다는 사실은, 실제 국제법의 적용 가능성에 영향을 주지 않는다" (판결제 100 항)고 하는 것만으로 충분하다고는 하기 어렵다. 이 문맥에서, 그런 사건에서 면제가 인정된 경우 피고 국가는 스스로 인정하는 위반 피해자에게 대체 구제책을 마련할 의무를 지는지는 의문이 제기된다. 이는 절차 중 또는 판결에서 응답이 제시되어야 했던 중요한 의문이다. 게다가 청구를 실현시킬 수 있는 보상 수단과 구제 수단을 갖추지 않는 책임이라는 것이 피해자의 도움이 될지 의문이다.

54. 위의 주장은 국제인도법 또는 인권 침해에 대한 보상청구가 있으면 반드시 침해 행위가 이뤄진 국가의 국내 법원이 침해 책임국에 대해 국가면제를 부정할 자격이 있다는 것을 의미하지 않는다. 그렇다면, 무수한 소송이 법정지국 법원과 책임국 정부 기구를 메우는 결과가 될 가능성이 있다. 게다가 위 같은 전통적인 국가간 협정이나 보상 구조 외에 유엔 안보 이사회 결의 687 에 의해 설립된 이라크를 위한 유엔 배상위원회(1991), 2000.12.12 합의로 설립된 에리트레아 에티오피아 청구권 위원회 같은 국제법 위반 피해 보상을 가능하게 하는 새로운 실행이 최근 국제적인 수준으로 발전하고 있다.

55. 그런 위원회에 회부된 개인의 청구는 각국에 의해 실현되어야 하지만, 가장 중요한 문제는 그러한 보상청구를 대상으로 하는 구제 수단을 이용 가능한 것, 보상을 위한 실효적 수단을 얻을 수 있는 것에 있다. 나의 생각으로는, 이탈리아의 경우처럼 국가간 배상 계획에 의해서도 기타 국제 기구에 의해서도 책임국의 입법에 의해서도 커버되지 않고, 해당 피해자들이 말자자면 제도 사이에 미끄러져 떨어진 특정 유형 피해자를 위한 보상에서만, 법정지 국가의 법원은 재판 거부를 피하기 위해, 중대한 인도법 위반 피해자들에게 대체하는 최종적인 보상 수단과 실효적인 구제 수단을 제공할 자격이 주어진다. 국제법 학회가 나폴리 결의에서 언급한 "내재적인 저축"은 이러한 예외적 상황에서는 국제인도법의 중대한 위반 피해자들의 이익이 되도록 해결되지 않으면 안 된다.

VI. 맺는 말

56. 이 사건 분쟁의 핵심 쟁점은 인권 또는 인도법에 대한 위반이라고 해서 제소된

경우에 항상 국가면제가 제한되어야 한다는, 국가면제에 대한 일반적인 인권 또는 인도법 예외가 아니다. 핵심 쟁점은 국가면제가 국제 범죄의 피해자의 실효적인 구제를 막고, 다른 구제 수단이 없다는 예외적인 상황에서 그런 국가면제가 국내 법원에서 허용되는지 여부이다. 다시 말하면 보상을 위한 다른 구제 수단이 없는 경우에 국가면제가 국내 법원에서 피해자 보상 의무를 회피하기 위한 장벽으로 이용되어서도 좋은지는 것이다.

57. 그런 경우에는 위(49-54 항)에 시사한듯이 극히 한정된 범위로 국가면제를 부정함으로써 인도법은 보다 잘 적용되고, 인권을 바탕으로 하는 국제 사회의 가치도 전체적으로 잘 보장된다고 생각한다.

58. 유엔의 주요 사법기관으로서, 재판소는 특히 법이 불확정 또는 불안정한 경우에 국제법의 규칙을 명확화하거나 지침을 제공한다는 중요한 역할을 가지고 있지만, 이 사건은 이를 다하는 귀중한 기회이다. 재판소는 그런 의미에서 피해자에게 다른 보상 수단이 없는 상황에서 국가면제에 대한 한정적이고 실행 가능한 예외를 이미 발전하고 있는 법으로 밝힐 수 있었을지 모른다. 이러한 예외는, 인권과 인도법의 보장에 대해서 국제 사회가 주는 규범적 중요성의 증대 및 국가면제의 부당한 적용을 배제함으로써, 국제 범죄 피해자의 실효적인 구제를 받을 권리의 현실화와 국가면제의 조화를 가져왔는지도 모른다.

59. 보상이 실행되지 않고, 책임국은 인도법에 대한 심각한 위반에 대한 관여를 인정하고 있고, 피해자에게는 구제 수단이 주어지지 않는다는 예외적인 상황에서, 국내 법원의 관할권 주장은 나의 생각으로는 국가 관계의 조화를 교란시키는 것이 아니라 국제 인권 및 인도법의 보다 엄격한 준수에 기여할 것이다.

국제사법재판소(ICJ) 국가면제(독일 대 이탈리아) 사건 판결
 칸사두 트린다지 재판관 반대 의견
 2012년 2월 3일

차례

	항
I. 서문	1-6
II. 본안 전의 쟁점 : 국가면제에 관한 시제법(時際法) 문제	7-17
III. 국가면제와 전후보상 청구 : 이 사건에서의 필연적인 관계	18-23
IV. 이 사건에서의 독일의 국가 책임 승인	24-31
V. 인간의 기본적 가치 : 잃어버린 학살 발전의 재발견	32-40
VI. 국제법학회의 연구 성과	41-52
VII. 국제인도법과 인권에 대한 중대한 위반의 한계치	53-62
VIII. 재판소에서 주장된 재판을 받을 권리에 관한 청구권 포기 문제	63-68
IX. 국제법에 대한 중대한 위반 피해자 개인의 권리에 대한 국가 간 포기의 불승인	69-72
X. 양 당사자의 재판을 받을 권리에 대한 입장	73-79
XI. 재판관의 질문에 대한 양 당사자 및 그리스의 설명	80-96
1. 양 당사자 및 그리스에 대한 질문	80
2. 제 1 차 응답	81-91
(a) 독일과 이탈리아의 응답	82-89
(b) 그리스의 응답	90-91
3. 제 2 차 응답	92-96
(a) 독일의 의견	93
(b) 이탈리아의 의견	94-96
XII. 제 2 차 세계 대전 당시의 강제 노동 금지	97-120
1. 규범적인 금지	97-101
2. 금지에 대한 재판상의 승인	102-113
3. 성문화 작업에서의 금지	114-116
4. 국제 범죄와 강행규범에 의한 금지	117-120
XIII 강행규범과 국가면제 부정에 대한 양 당사자와 참가국의 구두 변론에서의 주장	121-129
XIV. 국가면제와 재판을 받을 권리	130-155
1. 유럽인권법원 판례에 널리 존재하는 긴장관계	130-142
(a) 엘 아도사니(Al Adsani) 사건(2001)	130-134
(b) 맏켈히니(McElhinney)사건(2001)	135-138

(c) 포가티(Fogarty) 사건(2001)	139-140
(d) 칼로게로폴루(Kalogeropoulou)사건(2002)	141-142
2. 국내 판례에 널리 존재하는 긴장관계	143-148
3. 법의 지배 시대의 국내·국제 차원의 긴장관계	149-155
XV. 주권행위와 업무관리행위에 관한 당사자 간의 논쟁	156-160
XVI. 개인과 국가면제 : 고집스러운 국가 중심 사고의 단견	161-171
XVII. 재판의 필요성에 대한 국가 중심 사고의 왜곡된 견해	172-176
XVIII. 개인과 국가면제 : 고집스러운 국가 중심 사고의 극복	177-183
XIX. 국가 범죄에 국가면제는 없다	184-198
1. 무방비 상태의 민간인 학살	185-191
(a)디스토모 학살 사건	185-188
(b)치비텃라 학살 사건	189-191
2. 군수 산업에서의 강제 노동과 이를 위한 이송	192-198
XX. 개인의 재판을 받을 권리의 보급 : 양 당사자의 고이불 (Goibururu) 사건 (미주인권법원 2006)에 대한 언급	199-213
XXI. 개인의 재판을 받을 권리 : 강행규범에 대한 판례법의 진화	214-220
XXII. 무법을 넘어 : 개인 피해자의 법을 위한 권리	221-226
XXIII. 소멸될 수 없는 조리의 우월성을 향해서	227-239
XXIV. 인권과 국제인도법의 중대한 위반 피해자 개인의 보상 청구권	240-281
1. 피해자 개인에게 보상하는 국가의 의무	240-257
2. 이 사건 피해자의 유형	258-260
3. "기억, 책임, 미래"기금(2000)의 법적 틀	261-267
4. 양 당사자 주장의 검토	268-281
XXV. 인권과 국제인도법에 대한 중대한 위반 피해자 개인에 대한 보상의 필요성	282-287
1. 보상의 한 형태로서의 재판 현실화	282-284
2. 중대한 위반에 대한 법의 반작용으로서의 보상	285-287
XXVI. 강행규범의 우월성 : 그 해체의 시도에 대한 반박	288-299
XXVII. 요약 : 결론적 고찰	300-316

I. 서문

1. 나는 국가면제(독일 대 이탈리아, 그리스 소송 참가)사건에 대해서 재판소가 오늘(2012.2.3.) 선고한 판결의 다수 의견에 유감스럽게도 찬동할 수 없다. 나의 반대 의견은 다수 의견이 채용한 방법론, 실행된 어프로치, 본질적인 쟁점에 관한 모든 논리, 그리고 판결의 결론에 걸친 판결 전체에 대한 것이다. 나는 이 사건의 절차 과정에서

독일, 이탈리아, 그리스가 제기한 쟁점이 극히 중요하다고 생각하고 있으므로 이 쟁점에 대한 분쟁의 해결은 내가 생각하는 재판 현실화라는 책무와 불가분임을 염두에 두면서, 나의 반대 의견의 기초에 대한 기록을 남기려고 한다.

2. 그래서 나는 재판소가 막 선고한 판결이 다룬 모든 문제에 대한 나의 전면적인 반대 의견의 근거를 세심하고 바로 정의를 실현한다는 최종 목표를 위한 국제적 사법 기관의 작업에 대한 경의와 열의를 담고 개진하다. 이 취지에서 나는 제기된 쟁점의 해명과 국제법의 진보와 발전에 기여하기를 기대하면서 재판소에 제기된 이 사건 판결의 대상이 된 분쟁에 관한 모든 측면, 특히 인권과 국제인도법에 대한 중대한 침해들 기초 사실로 하는 개별 사건, 인도의 기본적인 중요성에 기초를 두는 사건에 대한 이 재판소의 판례에 대해서 설명할 것이다.

3. 우선 본안 전의 쟁점으로 나는 시간을 초월해서 펼쳐진 국가면제에 관한 고찰에 대해서 언급한 다음에 본안에 관해서 첫째로 이 사건에서(내 생각에는)필연적인 국가면제와 전후보상 청구의 관계, 둘째로 이 사건에 있어서의 독일의 국가 책임 승인에 대한 나의 고찰의 출발점에 관해서 진술한다. 그 다음에 나는 인간의 근원적 가치를 승인하는, 오늘날에는 잊혀진 학설상의 몇가지 발전을 다시 발굴해서 이 문제의 주제와 관련한 국제법 연구 기관의 학문적 연구를 회고한다. 또한 나는 인권과 국제인도법 침해의 중대성의 한계치에 언급할 것이다.

4. 다음에 나는 이 재판소에서 주장된 재판을 받을 권리에 관한 청구 포기 문제에 대한 고찰과 국제법의 중대한 위반 피해자 개인의 권리를 국가 간에서 포기하는 것은 인정할 수 없다는 입장에 대해서 논술한다. 거기서 나는 재판을 받을 권리에 대한 양 당사자의 주장을 재확인할 것이다. 다음에 2011. 9.16. 재판소에서의 구두 변론에서의 내 질문에 대한 회답 속에서 당사국인 독일, 이탈리아, 참가국인 그리스가 밝힌 설명에 대해 검토한다.

5. 다음에 제 2 차 세계 대전 시대의 강제 노동 금지와 강행규범에 의한 금지 및 국가면제 부정에 대해서 고찰한다. 또한 국제 판례에 있어서의 국가면제와 재판을 받을 권리의 긴장에 대한 검토와 이 사건의 당사자 간의 주권행위와 업무관리행위에 대한 논쟁에 대한 평가에 대해서 진술한다. 또한 나는 개인과 국가면제에 초점을 맞춰서 고찰하면서, 고집스러운 국가 중심 사고의 단견을 지적해서 특히 재판의 절실한 필요성이 있는 경우에 국가 중심 사고에 의한 왜곡을 극복할 필요성을 강조할 것이다. 이는 강행규범 분야에서의 개인의 재판을 받을 권리의 보급으로 국가 범죄에는 국가면제가 존재하지 않는다는 나의 입장을 뒷받침할 것이다.

6. 이어 나는 피해자 개인의 법에 대한 권리에 관해서 서술해서, 결코 사라지지 않는 조리의 우월성을 입증한다. 나의 논술의 다음 부분은 오로지 인권과 국제인도법의 중대한 위반 피해자인 개인의 보상 청구권과 그러한 피해자에게 보상할 국가의 필수적인 의무에 충당된다. 그리고 마지막으로 강행규범의 우월성 지지에 대해서 진술하면서 강행규범 해체의 시도에 반박한다.

내가 결론적 고찰을 제시하기 위한 논리의 줄거리는 거기서 완성할 것이다

II. 본안 전의 쟁점 : 국가면제에 관한 시제법(時際法) 문제

7. 국가면제 적용 문제에 대해서 고찰하기 위한 불가피한 전제로서 시제법의 문제를 검토해야 한다. 이 문제는 이 사건에 있어서 국가면제 적용 여부는 면제가 요구된 행위의 실행 시(1940년대)를 기준으로 판단하는지, 현재의 분쟁이 재판소에 계류했을 때를 기준으로 판단하는지는 본안 전의 다툼을 독일 이탈리아 사이에 일으켰다.

8. 독일은 이에 대해서 독일군이 이탈리아에 주둔한 1943.부터 1945.에는 "절대면제주의는 다툼의 여지가 없었다", 그리고 오늘조차 "정부의 주권행위에 대한 절대 면제는 일반적으로 인정되는 관습법이다" 고 주장한다. 독일은 또한, 이 주의에서 이탈하거나 국가면제에 대한 소급 효력을 가진 새로운 예외의 창조는 국제법의 일반 원칙을 위반하게 될 것이라고 주장한다.

9. 한편 이탈리아는 이 사건에서 문제가 된 2004. 이후에 이탈리아 법원이 독일에 대한 소송 관할권을 인정한 행위는 국가면제에 대한 오늘의 이해를 올바르게 적용한 것이라고 주장한다. 이탈리아는 국가면제는 절차상의 규칙이어서 법원에 소송이 계류됐을 때에 효력이 있었던 법에 의하여 판단되어야 한다고 주장한다. 이탈리아는 또 여러 국가의 법원은 일반적으로 "원래의 불법 행위시가 아니라 소송 제기시"에 존재한 법을 적용해왔다고 주장한다.

10. 국가면제 적용 여부에 대한 시제법의 문제의 검토에서 두 가지 문제가 제기된다. 즉 첫째는 이 수십년에 국가면제에 관한 법이 변천 또는 발전했는지는 문제이며, 둘째는 이 사건에 있어서 법원에 분쟁이 계류된 시점인 오늘의 이해에 의한 국가면제를 적용해야 하는지는 문제이다. 첫째 문제에 대해서는 국가면제에 관한 법은 정지하고 있었던 것이 아니라 분명히 발전·진화해 왔다. 국제인권법, 현대 국제형사법, 국제인도법의 발전이 국가면제 법의 진화에 영향을 미치지 않았을 리가 없다.

11. 둘째 문제에 대해서는 법원에 분쟁이 계류했을 때의 국가면제에 초점을 맞춰야

하는 경우가 있다. 하여튼, 이탈리아 법원이 2004. 이후에 국가면제를 부정하면서 피해자 개인에게 손해 배상을 인정한 판결에 대해서 제2차 세계 대전중의 해석에 따라 문제를 고찰하는 것은 아무런 의미도 없다. 국제법의 성립과 발달 및 그 해석과 적용은 시제법의 문제와 분리할 수 없다. 시제법의 문제는 팔마스 섬(Island of Palmas) 사건의 1928.4.4. 중재 재정(네덜란드 대 미국)에서 부각되었다. 이 가운데 중재재판관 맥스 후버(Max Huber)는 다음과 같이 말했다.

"특정 사건에 있어서 계류한 시점에서 다른 법체계가 존재하는 경우 어느 법을 적용해야 하느냐는 문제(이른바 시제법)에 대해서는 권리의 창조와 권리의 존재를 구별해야 한다. 권리의 창조 행위를 권리 발생 시에 유효하던 법에 따르게 한 원칙과 같은 원칙이 권리의 존재, 환언하면 그 존속에 대해서는 진화한 법의 요구 조건에 따르는 것을 요구한다."

12. 이전에는 존재한다고 오인됐던 "불변의" 규칙은 국제법에는 존재하지 않는 것이 현재는 명확히 인식되고 있다. 국제법학회는 그 로마 회의(1973)과 비스바덴 회의(1975)에서 "시제법" 문제를 다루었다. 거기에서는 주어진 어떤 상황도 현재에 존재하고 마침내 발전해나가는 법 규칙에 비추어 이해해야 한다는 기본 명제에 대해서 일반적 승인이 이루어졌다. 잠재적 긴장관계에 대한 의식이 1975. 비스바덴의 학회의 신중한 결의에 반영되고 있다.

13. 시간의 경과가 국제법 규칙의 성립과 발전에 미치는 충격 또는 영향은 법 외부의 현상이 아니다. 실증주의,주의주의에 의한 국제법의 개념은 우리 학설의 기초를 이루고 있는 국제법원칙을 왜소화하는(예를 들어 국가 실행에 대한) 관찰방식을 강조하면서, 시간에 대한 법의 독립의 수립을 (쓸데없이) 시도한다는 주장을 키웠다.

14. 개념적인 분야에서, 예를 들면 국제법 규범의 내용 및 효과와 새로운 기간에 발생한 사회 변화의 관계를 고려하면서 시제법의 양상이 연구되게 되었다. 이에 관해서 참조해야 하는 사례는 나미비아 사건의 권고적 의견(1971)의 유명한 방론 속에 있다. 그 속에서 위임 통치 제도(위임 통치 하의 영역)는 "정지" 하고 있었던 것이 아니라 "분명한 진화"를 이루어졌던 것을 인정해서, 재판소가 이에 대해서 해석하는 경우에는 그 후 50 년간에 일어난 변화와 그 기간의 국제법의 큰 진화의 집적에 대한 고려를 게을리해서는 안 된다고 덧붙였다. 재판소의 말에 따르면 "국제 문서는 해석시의 모든 법체계의 틀 안에서 해석·적용되어야 한다."

15. 이 사건에 있어서는 2010.7.6. 재판소 명령이 이탈리아의 반소 청구를 "승인하기 어렵다"고해서 각하한 후에도 대단히 유감스럽게도 계속해서 국가면제를 보상 청구에서

분리하려고 한 사실이 있다. 분쟁 당사자인 독일과 이탈리아 자신은 구두 절차와 서면 절차에서 국가면제 문제와 전후보상 문제의 사실적 배경을 관련 지어 있었다. 나의 생각으로는 사실 관계 (원인 사실을 포함) 이외의 문맥에서 국가면제의 무효를 생각할 수 없는 것은 피하기 어려운 것으로 보인다. 이 사건 절차가 분명히 밝혀진 듯이, 두 요소는 불가분이다. 나는 이 반대 의견을 통해서 이 원점으로 돌아가려고 한다.

16. 나의 생각으로는 분쟁의 원인이 된 사실을 단순히 군수 산업에서의 강제 노동은 과거 (제 2 차 세계 대전중)에는 금지되지 않았다는가, 강행규범은 당시에는 존재하지 않았다는가, 인간의 고유의 권리는 인정되어 있지 않다고 주장하기 위해 원용하면서 동시에 국가면제의 방패 뒤에 숨는 것은 허용될 수 없다. 그것은 나에게서는 전혀 이해할 수 없는 것이고, 불처벌과 분명한 부정의에 이끌어가는 것이다. 이는 국제법에 위배되는 것이다. 이는 과거에 받아들이지 못한 것처럼 오늘도 받아들이지 못한다. 이는 과거에서도 현재에서도 국제법의 기초에 있는 조리에 반한다.

17. 같은 계속한 상황 속에서, 시간의 경과와 법의 진화를 특정 사실과의 관계에서만 받아드리고, 다른 사실과의 관계에서는 받아들이지 않고, 오로지 소송에 있어서 한쪽 이익에 이바지하기 위해서 시제법에 대해서 고려할 수 없다. 오늘에는 국가면제와 전후보상 청구의 상호 관계에 대한 깊은 인식이 있어, 이는 재확인되고 있다. 이 상호 관계를 그 근거를 제시하는 것도 없는 독단적인 입장에서 버릴 수 없다. 과거에 저지른 잔혹 행위에 대한 법적 결과에서 벗어나기 위해서 고정된 도그마의 뒤에 숨을 수 없다. 잔혹 행위를 끝내고, 그것이 세계 어디에서도 다시 일어나지 않도록 하기 위한 끝없는 투쟁 속에서, 법의 진화가 고려되어야 한다.

III. 국가면제와 전후보상 청구 : 이 사건에서의 필연적인 관계

18. 이탈리아 반소 청구를 즉시 각하한 2010.7.6.재판소 명령 이후에도 양 당사자 (독일과 이탈리아)가 당사자 간의 분쟁의 배후에 있는 사실과 역사적 배경에 관해서 계속해서 언급한 것을 간과해서는 안 된다. 특히 주목해야 하는 것은 2010.7.6. 재판소 명령 후에도 양 당사자, 특히 독일이 이 사건의 사실적 역사적 배경에 대해서 언급한 것이다. 특히 독일은 서면 및 구두 수속의 일부를 오로지 보상 문제를 위해 소비했다.

19. 사실, 이탈리아 반소 청구에 대한 2010.7.6. 재판소 명령 후, 독일은(2010.10.5.) 항변서를 제출했는데, 그 제 3 부 제 12~34 항은 "이탈리아와 이탈리아 민간인에 대한 보상"에 충당되어 있었다. 보상 문제와 이 사건 사실 관계에 대해서, 예를 들면 항변서 제 13 항에서는 이탈리아는전후보상의 틀에 참여하면서 상당액의 보상금을 독일로부터 받았다고 주장한다. 또한 항변서 제 34 항에서 독일은 집단적인 보상을 비롯한 다양한

보상 시스템을 통해서 완전히 만족할 만한 방법으로 보상 의무를 다했다고 주장한다.

20. 양 당사자의 주장은 구두 절차에 있어서도 마찬가지이다. 이탈리아 보좌인은 이에 대해서 다음과 같이 진술했다.

"재판소에서의 이 일주일간의 변론에서, 대부분의 논의와 발언은 이 보상 문제에 초점을 맞추며 독일 측의 각 보좌인은 이 문제에 대한 의무 위반이 없었다는 것을 역설하는 데 모든 힘을 썼음에도 불구하고 독일 측 대리인이 이 판에 와서 보상 문제는 이 사건의 일부를 구성하지 않는다고 주장하는 것은 놀랄 일이 아닐까?"

21. 독일은 구두 절차 제 2 차 변론에서 "이 사건은 제 2 차 대전 중의 국제인도법 위반이나 보상 문제를 대상으로 하는 것이 아니다"고 했지만 독일 대리인은 "독일의 전쟁 범죄 피해자는 아무런 보상도 받지 못한 채 의도적으로 방치됐다는 이탈리아와 그리스의 친구들에 의해서 만들어진 모든 잘못된 인상을 일소" 하고 싶다고 진술했다. 그녀는 그 후 제 2 차 세계 대전 후에 마련된 보상의 구조를 설명해서 다음과 같이 진술했다.

"— 1960 년대 초에 독일연방공화국은 인종적 종교적 박해 희생자를 위해 그리스에 1 억 1500 만 독일 마르크를 지급했다. 소답서면(訴答書面)에서 언급했듯이 독일 역시 이탈리아와 두 가지 조약을 체결해서 그에 따라 8000 만 독일 마르크를 이탈리아에 일괄금으로 지급했다.

— 약 3400 명의 이탈리아 민간인이 "기억, 책임, 미래"기금에서 강제 노동의 보상을 받았다. 이탈리아인 개인에게 기금으로부터 지급된 합계액은 200 만유로에 가깝다.

— 게다가 약 1000 명의 이탈리아 군인 수용자가 기금에서 강제 노동에 대한 보상을 받았다.

— 또한, 다수의 이탈리아와 그리스의 개인이 독일의 전후보상 법에 의한 보상을 받았다."

22. 독일 보좌인의 주장에 대해서는 독일이 전체적으로는 보상을 게으르고 있다는 이탈리아의 입장이 어떤 점에서 "국가 사회가 발안한 보상 체계 전체에 대한 설명을 요구"하고 있는지는 의문이 제기된다. 독일의 주장은 "독일에 대해서 선전을 포고하던 국가 사회가 발안해서 독일의 항복의 몇달 후에 포츠담에서 발표된" 보상 체계 설립의 설명으로 이어지고 있다. 그리고 독일 보좌인은 "정치적, 역사적, 법적 문맥에서 포기 조항을 일종의 우발적인 것이거나, 국제 책임 체제에 적합하지 않는 일탈한 조항으로

간주해서는 안 된다"고 주장했다.

23. 이 점의 결론으로서 우리는 이 사건의 원인이 된 역사적 배경 등의 사실 관계에서 추상적 원칙을 이끌어 내지 못한다고 할 수 있다. 국가면제는 허공 속에서 검토할 수 없고, 사건의 원인이 된 사실과 필연적으로 관련된다. 이것이 바로 매우 유감스럽게도 이탈리아 반소 청구를 기각한 2010.7.6. 재판소 명령에 대한 나의 반대 의견으로 주장한 것이다. 그 명령 직후에 여전히 양 당사자(독일과 이탈리아) 자신이 국가면제 문제에 대한 그들의(서면 및 구두의) 주장을 전후보상 청구의 사실적 배경과 연관 지어 있었던 것이다. 국가면제와 사실적 배경은 필연적으로 상호 관련할 수 밖에 없던 것이다.

IV. 이 사건에서의 독일 국가 책임의 승인

24. 특정 사건에 있어서의 국가면제의 주장과 전후보상의 필연적인 상호 관련성을 확인한 다음에 나는 이 사건의 사실적인 원인이 된 불법 행위에 대한 독일의 국가 책임의 승인에 대해서 검토한다. 이는 원고 국가가 사건의 원인이 된 사실적 배경을 형성하는 가해 행위에 대한 자신의 책임을 인정하고 있다는, 헤이그 재판소의 국가 간 소송에 있어서 매우 드물고 전례 없는 이 사건의 특이성을 밝히는 것에 이어진다.

25. 이 사건 절차의 서면 및 구두 단계에서, 독일은 기특하게도 이 사실적인 원인이 된 불법 행위, 즉 제 2 차 세계 대전 중에 제 3 제국이 저지른 범죄에 대한 국가 책임을 되풀이 자인했다. 예를 들어 독일은 소답서면에서 다음과 같이 진술했다.

"분쟁의 역사적 맥락은 한편으로 독일 군대가 자행한 불법 행위, 다른 한편으로 전후 독일이 위 불법 행위에 의해 지게 된 국제 책임을 다하기 위해 국가간 차원에서 실행한 시책에 관해서 적어도 대략을 설명하지 않으면 완전히 이해되지 않는다. ...나치스 독재 종료 후에 출현한 민주 독일은 1943.9.8. 내지 9.부터 이탈리아 해방까지의 기간에 독일군이 저지른 극히 중대한 국제인도법 위반에 대해 일관해서 깊은 유감을 표명해왔다."

26. 독일은 또한, "침략 전쟁의 야만적인 전략의 희생자"가 된 이탈리아 시민들을 기억하기 위해서 수많은 기회에 스스로 해운 "상징적 행위"에 대해서 언급했다. 그리고 장래적으로도 그런 행위를 할 준비가 있다고 진술했다. 독일은 특히 트리에스테 근교의 추모 시설 "리지에라 디 산 샷바"("Risiera di San Sabba" 제 2 차 세계 대전 중 독일 점령기에 강제 수용소로 사용된 시설)에서 열린 2008. 행사에 언급했다. 거기서 독일은 "특히 학살에 있어서 또는 전 이탈리아 군인 수용자에 관해서, 이탈리아인 남녀에 입힌

필설로 다할 수 없는 고통"에 대해서 전면적으로 인정한 것이다.

27. 트리에스테 근교의 추모 시설에서 열린 기념식 기간(2008.11.18.)에 열린 독일 이탈리아 당국 회의의 결론의 하나는 독일 이탈리아 역사학자 공동 위원회 설립의 결정이었다.

"양국이 전체주의 체제의 지배하에 있었던 시대, 특히 제 3 제국에 의해 강제 노동자 (군인 수용자)로서 학대된 이탈리아 군인들을 포함한 전쟁 범죄 피해자에 주목한, 양국의 공동된 역사 연구의 위탁을 받아, 양국에서 5 명씩의 고명한 학자로 구성된 제 1 회 공동 위원회가 2009.3.28. 독일과 이탈리아 문화적 만남을 위한 탁월한 센터인 Villa Vigoni 에서 개최되었다."

28. 독일은 또한, "지극히 심각한 위반 또는 범죄가 이탈리아에서 점령군에 의해 실행된 것에 대해 이의를 제기하지 않는다"고 진술했다. 또, "제 3 제국의 군대에 의한 불법 행위는 1943.부터 1945.에 행해졌다. 이후 원래의 피해에다 새로운 가해가 부과되어 있지 않다." 고 진술했다. 그 항변서에서 독일은 다시 "독일 점령군이 전쟁 법에 대한 지극히 심각한 위반을 저지른 제 2 차 세계 대전 중의 무시무시한 사건(다만 재판소에 제기된 국가면제 문제와는 분리하도록 요청한다)" 고 언급했다.

29. 마찬가지로 2011.9.12., 재판소의 공개 구두 절차에서 독일 보좌인은 다음과 같이 진술했다.

"나치스 독재 종료 후에 출현한 민주 독일은 독일군이 저지른 극히 중대한 국제인도법 위반에 대해 일관해서 깊은 유감을 표명하고 1943.9.부터 1945.5. 이탈리아 해방까지의 기간에 이탈리아 사람들에게 고통을 입힌 것을 완전히 인정한다. 이에 따라 독일 정부는 이탈리아 정부의 협력 하에 피해자와 그 가족에게 손을 내밀기 위한 수많은 행동을 해왔다...."

가장 무서운 범죄는 독일에 의해 제 2 차 세계 대전 중에 자행되었다. 독일은 이에 대한 책임을 완전히 인식하고 있다. 이들 범죄는 독일이 전쟁 종료 후 설립해서 실행한 경제적, 정치적, 기타 보상 및 배상을 위한 기관이나 시스템이 특이한 것과 마찬가지로 특이하다. 우리는 역사를 다시 시작할 수는 없다. 만일 피해자와 피해자의 후손들이 그 시스템이 불만족스럽게 느낀다면 우리는 극히 유감스럽다."

30. 얼마 후, 재판소의 2011.11.15. 공개 법정에서 독일 보좌인은 다음과 같이 반복했다.

"국가면제에 관한 복잡한 법적 성격인 이러한 절차에서는 독일이 모든 책임을 인정하고 있는 전쟁 중의 무서운 사건의 인간적 측면을 공정하게 평가하는 것은 불가능한 것을 우리는 잘 이해하고 있다. 나는 이 기회에 법정 안에 만이 아닌 우리의 피해자에 대한 매우 깊은 경의를 강조하고 싶다."

독일은 또한 특히 1944.6.10.에 실행된 그리스 디스토모 학살에 대한 책임을 인정했다(후기 188 항 참조).

31. 디스토모 학살은 결코 고립된 잔혹 행위가 아니다. 당시 점령하 그리스에서는 조직적인 억압과 극도의 폭력이라는 유형의 다른 학살도 발생하고 있었다. 이 재판소에서 독일 측이 국가 책임을 인정한 위 진술은 칭찬 받아야 하는 것이지만, 전후보상 청구와 필연적으로 연관된 국가면제의 청구에 관한 이 사건의 사실적 배경을 추상화하는 것이 불가능하다는 것을 다시 나타내고 있다.

V. 인간의 기본적 가치 : 잃어버린 학살 발전의 재발견

32. 법학설(예를 들면 "가장 우수한 여러나라 국제법 학자의 학설")은 국제법의 정식 "법원(法源)"으로서 재판소 규정 제 38 조(1)(d)에 "관례"과 함께 열거되고 있다. 그래서 이를 국가면제에 관한 이 사건 중에서 제기된 기본적 문제의 고찰에서 배제하면서 오로지 국가면제 절차 문제(국제, 국내)의 판례법만을 참조할 수는 없다. 근본에 있는 인간의 가치를 살린 가장 명석한 국제법적 사고에도 초점을 맞춰야 한다. 그래서 나는 이 사건을 고찰하는 데 특히 중요하다고 생각되는 몇몇 저작을 검토한다.

33. 내가 여기서 언급하는 저작은 망라적이 아니라 선택적이다. 과거로부터 배우는 것을 잊고 있는 것처럼 보이는 특히 활동적인 법률 전문가에 있어서, 인간의 가치의 고찰을 통한 특별한 소송 전략을 추구할 때, 이 시대에 잊혀진 채 있으면 안 되는 몇가지 사색을 고를 것이다. 즉, 두 차례 세계 대전을 겪고 살아온 세대에 속하는, 두 가지 대전 사이의 고난의 시대와 제 2 차 세계 대전의 공포 속에서 국제법에 헌신한 지금은 잊혀진 듯한 다음의 3 명의 탁월한 법률가의 사상에 초점을 맞춘다.

알베르트 두·라·브라델 (Albert de La Pradelle(1871-1955) 1920.에 나중에 작은 변경을 거쳐서 ICJ 규정이 된 구 국제 상설 재판소 (상설국제사법재판소) 규정을 기안한 법률가 자문 위원회의 전 멤버.

맥스 후버(Max Huber(1874-1960)) 상설국제사법재판소 전 재판관.

알레한드로 알바레지(Alejandro Alvarez(1868-1960)) ICJ 전 재판관.

34. 독일에서 나치즘이 융성했던 무렵, 다른 곳에서, 그리고 다름이 아니라 국제법

사상의 영역에서 인도주의가 자랐다. 1932.11.부터 1933.5. 파리에서 열린 계몽적인 강의를 알베르트·드·라·브라텔는 다음과 같이 말했다. 국제법은 국가 간 관계에 우월해서 인류를 보호하기 위해서 국가 간 관계를 통제한다. 그것은 바로 "인간 사회의 법"이다. 국제법은 각기 소송에 있어서 인간 개인의 권리 존중과 인간에 대한 국가의 의무 이행을 보장하려고 한다. 국제법은 인간으로부터 만들어지고 인간에 의해 인간을 위해 존재한다.

35. 국제법하에선 국가는 그 구성원인 인간에게 스스로 운명의 주인임을 허용해야 한다. 진정한 "인류의 법"의 틀 속에서는 자연법에서 발생한 법의(그리고 국제법의) 일반 원칙이 중요하고 지도적인 역할을 한다. 단순한 국가 중심 사고는 위험하다고 그는 경고한다. 그의 말에 따르면

"국제법은 국가 간 상호의 권리와 의무에 의해서 성립되고 있다는 개념은 꺼림칙하고 위험이다. 판단 과정에서 그런 개념을 배제해야 한다...그것은 국제법의 형성과 발전에 대해서 주권에 대한 새로운 표현에서 비롯된 국가들의 각각의 권리만을 국가들로 하여금 중시시키는 절박한 위험을 일으킨다."

그의 견해 중에서 주목할 만한 것은 법적 양심에서 발생한 이들 일반 원칙과 개인의 인권을 존중하는 "인류의 발전"에 의거하고 있는 것이다.

36. 한편, 맥스 후버는 만년에 집필하고 그의 삶의 끝 가까이에 출판된 저서 속에서 인류의 법으로서의 국제법의 전 영역에 있어서 "국익"에 우월한 "상위 가치"의 중요성에 주의를 환기했다. 그는 당시(1954. 집필)에서 뒤 돌아보아서 다음과 같이 고찰한다.

"현재를 1914.과 비교하면 분명히 법의 가치가 약해지고 있으며 법이 부과하고 있는 제한에 대한 본능적인 존중이 감퇴하고 있다. 이것은 틀림없이 국가의 법 체계의 내부의 손상의 결과이다. 인간과 생명의 가치 저하, 널리 만연한 법적 양심의 저하. 이들은 대부분의 인류가 큰 저항 없이 전쟁법의 가치 저하를 수용한 이유를 설명하고 있다."

37. 후버에 의해 자연법 사상의 견지에서 주창되고 지지된 국제법은 인간 개인을 보호하려고 하는 것이다. 현대의 국제인도법(예를 들면 제네바 4 조약으로 구체화된 것)은 궁극적으로는 국적의 구별 없이 개인의 보호를 의미하는 것이며, 인류에 중점을 둔 것이었다고 그는 말했다. 그는 몇몇 국제법철학자에 의해 고안된 궁극적인 이상인 세계 공동체에 대해 언급하고 있다.

38. 또, 알레한드로 알바레지는 죽음의 전년에(당초는 파리에서) 출판된 저서 "사람들의 현실 생활에 관련된 새로운 국제법"(1959)에서 국제법의 기초를 규명하고 제 2 차 세계 대전 후의 "사회적 대변동" 후에 그 일반적 원칙에서, 또 "국제적 법적 양심"에서 발생한 인도에 대한 범죄에 관한 교훈에 대해 말했다.

또한 알레한드로 알바레지는 죽음의 전년에 (당초는 파리에서) 출판 한 저서 "사람들의 실제 생활에 관련된 새로운 국제법"(1959)으로 제 2 차 세계 대전 이후의 "사회적 지각 변동"후에 국제적 법적 양심에서 발생한 일반 원칙이자 인도에 대한 범죄에 관한 교훈인 국제법의 기초를 해명했다. 그에 따르면 이 국제법의 일반 원칙도 법적 양심에 유래해서, 새로운 시대에 재확인해야 하는 것이다.

39. 이들은 1899. 및 1907. 만국 평화 회의의 역사적 예증으로서 더욱 중요하다. 알레한드로 알바레지는 더 전진시켜서, 그것은 국제법 발전의 "역동성"의 결과라고 말했다.

"이 법에 대해서 "현행 법"과 "있어야 할 법"의 전통적 구별은 하기 어렵다. 형성된 국제법의 결에는 항상 형성 과정에 있는 국제법이 존재한다."

40. 인간의 기본적 가치에 중점을 둔 학설 발전에 대한 이 간결한 검토는 20 세기의 두 차례 세계 대전의 공포의 증인인 세대의 가장 탁월한 법률가들은 이 분야에서 국가 위주의 어프로치를 추구하는 것이 전혀 없었다는 것을 밝혔다. 반대로 그들은 개인을 중시하는 전혀 다른 어프로치를 진행했다. 나의 생각에서는 지금도 마찬가지로 있어야 하지만, 그들은 국제법의 역사적 기원에 충실했다. 한 분야가 제 2 차 세계 대전의 공포를 회피하기 위해서 무슨 소용도 없었던 국가 위주 사고방식으로 강하게 특징지어 있다고 하더라도, 예를 들면 국가면제에 대해서는 오늘날에는 인간의 근본적인 가치에 비추어 재검토되어야 한다. 국가면제는 결국 혜택이며, 인간의 근본적인 가치에 비추어 오늘의 국제법 발전과 무관한 추상적 존재일 수는 없다.

VI. 국제법학회의 연구 성과

41. 이 관계에서 국제법 분야 학회의 연구 성과를 원용할 수 있다. 이 사건의 핵심 쟁점인 국가면제 문제는 다음 세대의 법학자나 국제법학술원(IDI) 및 국제법협회(ILA) 같은 학회의 관심거리가 됐다. 국제법학술원은 19 세기 말의 초창기부터 현재까지 이 주제에 관여해 왔다. 우선 1891. 학술원 함부르크 회의에서 "국가 또는 국가 원수에 대한 재판에서의 법원 관할권에 관한 국제 규정 초안" (기초 위원회 및 L. von Bar, J. Westlake, A. Hartmann 에 의함) 제 4 조(6)는 다음과 같이 규정했다.

"외국에 대해서 인정되는 유일한 소송은...

— 영역 내에서 행해진 불법 행위 또는 준 불법 행위에 대한 손해 배상 소송이다."

42. 반세기 이상 후인 1954., 학술원 엑상 프로방스 (Aix-en-Provence)회의 "외국 국가의 재판권과 강제 집행의 면제"의 결론(보고자 E. Lémonon) 제 3 조는 다음과 같이 말했다.

"국내 법원은 외국이나 외국 법인에 대해 분쟁이 공공 기관의 행위에 관한 것이 아니면 제 1 조에 비추어 항상 소송을 허용할 수 있다. 행위가 공공 기관에 의한 것인지 여부의 판단은 법정지법에 의한다."

43. 1991. 학술원 바젤(Basel) 회의에서 재판권과 강제 집행에 대한 국가면제에 관한 현대적 문제의 결론(보고자 I.브라운리)는 (국가면제에 관한 법정지 국가 법원의 권한을 나타내는 기준으로) 제 2 조(2)(e)에서 다음과 같이 말했다.

"그 국가와 합의가 없는 경우, 당사자인 외국의 국가면제 요구에도 불구하고 법정지 국가의 관계 기관이 청구의 내용을 판단할 수 있는 권한의 기준으로 다음을 들 수 있다....

— 법정지 국가 기관은 법정지국의 국내 관할 내에서의 외국 또는 그 관현에 의한 행위에 기인하는 사람의 사망 또는 부상, 실체적 재산의 멸실 또는 손상에 관한 소송에 대해서 권한을 갖는다."

44. 10 년 후, 2001. 밴쿠버 회의에서 국제법에 있어서의 원수와 정부 수장의 재판 및 집행에서의 면제에 관한 국제법학술원 결의 (보고자 J. 버호벤)는 제 3 조에서 다음과 같이 밝혔다.

"민사 및 관리 행위에 대해서 국가 원수는 그 공적 직무의 실행을 위한 행위에 관한 소송을 제외하고는 외국 법원에서 어떤 면제도 누릴 수 없다. 공적 직무의 실행을 위한 행위에 관한 소송에서도 국가 원수는 반소에 대해서 면제를 누릴 수 없다. 그러나 국가원수가 법정지 국내에서 공적 직무에 종사하고 있는 경우에는 법원 관할은 미치지 않는다."

45. 4 년 후인 2005. 국제법학술원 크라쿠프 회의에서 "학살, 인도에 대한 범죄, 전쟁 범죄에 대한 국제 형사 소송"의 결론에서(보고자 C. Tomuschat), 다음의 견해가 밝혀졌다(제 3 조(a)).

"법적 합의가 존재하지 않는 경우, 보편적 관할권은 다음 조건으로 행사되어야 한다.

— 국제적, 국내적 무력분쟁에 있어서의 학살, 인도에 대한 범죄, 전쟁 피해자 보호를 위한 1949. 제네바 조약에 대한 중대한 위반, 기타 국제인도법에 대한 중대한 위반과 같은 국제법으로 규정된 국제 범죄에는 보편적 관할권이 행사된다."

46. 마지막으로 학술원 2008. 나폴리 회의에서 채택한 "국제 범죄 사건에 있어서 국가와 국가를 대표해서 행동한 개인의 국가면제에 관한 결의"(보고자 레디 폭스)는 다음과 같이 밝혔다(제 2 조 (3) (4)).

"—국가에는 조약과 관습국제법에 의해 국제 범죄를 방지하고 억압할 의무가 있다. 국가면제는 범죄 피해자에 대해서 이 결의가 인정한 적절한 보상의 장애가 되어서는 안 된다. ...국가는 그 관현이 국제 범죄에 관여했다고 호소된 경우에는 국가면제의 포기를 검토해야 한다."

47. 또한, 같은 학술원 2009. 나폴리 결의는 다음과 같이 명확하게 덧붙였다. (제 3 조(1)(3)(a)(b))

"— 국제 범죄에 적용되는 국제법에 의한 개인의 면제 외에는 국가면제는 인정되지 않는다

— 위 조항은 다음 각호에 영향을 미치지 않는다.

— 전항에서 언급한 개인의 국제법상 책임

— 국제 범죄를 구성하는 모든 개인 행위의 국가에 대한 귀속."

이 결의 제 4 조는 위 조항은 "국가 관현에 의한 국제 범죄에 대해서 외국의 국내 법원에 제기된 민사 소송에 있어서 어떤 경우에 국가가 국가면제를 향유하느냐는 문제에 영향을 미치지 않는다"고 했다.

48. 위에 의해 다음의 사실이 밝혀진다.

당초, 국제법학술원은 국가면제에 관해서, 정적이고 불변한 것이 아니라 현제도 발전 과정에 있고 할계와 예외를 수반하는 것임을 밝혔다(1891.함부르크 회의, 1954.엑상프로방스 회의, 1991.바젤 회의). 이어서 국가원수의 면제에 관해서도 같은 이해를 할 수 있다고 했다(2001.밴쿠버 회의). 또한 최근(2005. 크라쿠프 회의)에서는 국제 범죄(인권과 국제인도법에 대한 중대한 침해)에 대한 보편적 관할권을 지지했다. 그리고 이 문제에 대한 가장 최근의 언급 (2009. 나폴리 회의)에서는 국제 범죄에는

국가면제가 적용되지 않는다고 명백히 지적했다(제III조(1)). 이 결의는 찬성 43 반대 0 기권 14 로 채택됐다.

49. 2009. 나폴리 결의 채택에 앞서서 행해진 학회 토론에서 특히 다음 의견이 표명되었다.

(a) 국가가 계획 및 준비하고 국가책임을 수반하는 범죄에 대해서는 불처벌을 피하기 위해 국내·국제를 불문하고 모든 재판권에 대한 장벽이 배제된다(A. A. Cançado Trindade 말).

(b) 국가면제는 형사 처벌 면제로 이해되어서는 안 된다(G. Abi-Saab 발언)

(c) 피해자가 구제를 받지 못하는 채 방치되는 것을 피할 필요가 강조되어야 한다(G. Burdeau 발언)

(d) 그러한 진보적인 어프로치를 채용할 필요가 있다(R. Lee 발언).

50. 또 하나의 학회인 국제법협회(ILA)도 이 문제를 강조했다. "중대한 인권 침해에 대한 보편적 관할권의 실행" 최종 보고서(2000.런던 회의)에서 국제법협회의 "국제법과 실행" 위원회는 "국제법에 의해 범죄로서 평가되는 국제인도법과 국제 인권에 대한 중대한 위반이며, 특히 그 중대성이 보편적 관할권에 따르는 것을 통한 특별한 대응을 할 만한 것"의 약어로 "중대한 인권 침해(gross human right offences)"란 용어를 채용했다. 국제법협회 위원회의 "결론과 권장"(No.4)의 하나는 다음과 같다.

"중대한 인권 침해는 보편적 관할권에서 면제되지 않는 원칙은 범죄가 공적 입장으로 자행된 경우에도 적용되어야 한다."

51. 10 년 후,"무력분쟁 피해자를 위한 보상"에 대한 보고서(2010 국제법협회 헤이그 회의)에서 무력분쟁 피해자에 대한 보상(실질 문제)위원회는 "무력분쟁 피해자를 위한 보상에 대한 국제법원칙에 대한 선언"초안 제 6 조 주석 중에서 보상의무는(상설국제사법재판소가 1928. 호르쵸(Chorzow) 공장 사건에서 판시했듯이) 헤이그 제 4 조약 제 91 조, 1949. 제네바 4 조약의 1977. 추가 의정서 제 91 조의 "국가책임의 일반 원칙에 유래한다."고 했다. 그리고 국제법협회 위원회는 다음과 같이 덧붙였다.

"개인의 청구는 전통적으로 기각돼왔지만, 학계의 지배적 견해는 국제인권법뿐만 아니라 국제인도법에 있어서도 점점 개인의 보상 청구권을 인정하고 있다. 국가의 실행에 대해서도 같은 변화가 인정된다."

52. 결론적으로 말하면, 국제법학회의 업적을 포함한 현대의 국제법 학설에서는

국가면제와 재판권을 받을 권리 사이의 긴장관계를, 특히 국제 범죄의 경우에는, 후자를 중시하는 형태로 서서히 적절히 해소하고 있다. 이는 재판의 절실한 필요성, 그리고 국제 범죄를 저지른 경우의 불처벌을 회피해서 장래에 있어서의 재발 방지를 보장하는 것에 대한 학설의 관심을 나타내고 있다. 범죄적인 국가 정책과 그 결과로서 일어나는 국가의 잔혹 행위는 국가면제의 방패로 숨길 수 없다는 것이 오늘날에는 일반적으로 인정되어 있다.

VII. 인권과 국제인도법에 대한 중대한 침해의 한계치

53. 다음에 전문가의 저작 속에서는 현재까지 충분히 발전하지 못했던 측면, 즉 피해자 개인에 대한 보상을 위해 재판권의 모든 장애를 배제하는 인권과 국제인도법에 대한 침해의 중대성의 한계치에 대해서 고찰한다. 이 관계에서 개인뿐만 아니라 국가의 국제 범죄에 대한 책임 확정의 실현 가능성을 논증하는 노력이 학문적 차원에서 계속돼왔다. 이는 국제 범죄의 국가 책임이 일반 국제법 속에서 밝혀지고 있는 것을 시사하고 있다. 두말할 것 없이 내가 제창하고 있는 인류 및 개인을 위한 국제법이라는 현대적인 시각에서 보면 국가 범죄의 실행이 모든 피해자 개인에 대한 보상의 결정이란 결과를 수반하는 것이 더욱 분명하다.

54. 이 논리 속에서는 피해자에 대한 보상과 재판권에 대한 모든 장애의 제거라는 불가피한 법적 결과를 발생시키는 데 필요한 인권 침해의 중대성의 한계치를 고찰하는 것이 중요하다. 오늘, 모든 대규모 잔혹 행위를, 누가 저지른지에 상관 없이 중대성의 한계치에 비추어 고찰하는 것은 매우 중요하다. 이는 명백한 것처럼 생각되지만 안타깝게도 국가를 모든 종류의 책임에서 면제하는 실행이 계속하고 있다. 이따금씩 인권 침해의 중대성의 한계치를 해석하는 시도가 이루어졌다. 이 관심은 아직 확고한 결론에 이르고 있지 않지만, 때로는, 예를 들면 유엔 국제법 위원회(ILC)의 작업 속에서 나타났다.

55. 유엔 국제법 위원회는 1976.에 국가 책임 조약 초안 검토(보고자 Roberto Ago)속에서 (유엔 헌장과 같은) "인류의 양심에 깊이 뿌리 내리고", "국제 사회의 법질서"의 기초를 구성하는 근본 원칙을 위반하고 "다른 것보다 심각하"고 "국제 범죄"를 구성하는 국제적 불법 행위가 존재하는 것을 인정했다. 그런 "예외적으로 심각한 잘못"을 확인할 필요를 인정하는 가운데 같은 위원회는 " 제 2 차 세계 대전 중의 미증유의 참사의 무서운 기억"을 1976.에 여전히 상기했다.

"나치스 체제에 의해 행해진 인간에 대한 계획적 학살이 남긴 공포의 감각, 그리고 인간의 생명과 존엄에 대한 매우 잔인한 공격에 대해서 느낀 분노는 국내법만이

아니라, 그 위에 사람들의 근본적인 권리와 개인이 보호되고 존중되는 데 보장을 강제적으로 명령하는 국제 사회의 법의 필요성을 가리켰다."

56. 10 년 후, "인류 형법전" 초안 유엔 국제법 위원회 보고자(도우도우 · 티암)는 제 5 보고서(1987)에서 비슷한 관점에서 문제의 위반은 "인류 사회의 기초 그 자체에 영향을 미치는 범죄"라고 주장했다. 이어서 1989.에 이 보고자는 국제인도법에 관한 제네바 4 조약(1949) 및 제 1 추가 의정서(1977)에 편입된 "중대한 위반" 개념에 주의를 환기했다. 더 10 년 후, 유엔 국제법 위원회는 위 초안 제 7 조의 주석에서(1996 보고서), 다음과 같이 말했다.

"특히 국제법의 가장 기본적인 규칙을 위반하며 국제 평화와 안전을 위협하는 흉악한 범죄가 인류의 양심에 충격을 준 이후 몇가지 점에서 법전의 정하는 범죄에 가장 책임이 있는 자가 국가 주권을 원용해서, 그들의 지위의 효능인 면제의 배후에 숨는 것을 허용하는 것은 모순이다."

57. 국제법에 대한 중대한 위반의 개념은 2001. 국가 책임 조문 초안에서 다시 모습을 드러내고 유엔 국제법 위원회에 의해 채용됐다. 제 40 조는 "일반 국제법의 강행규범"에 의해 생기는 의무의 "이행에 책임 있는 국가에 의한 현저한 또는 조직적인 불이행"으로 정의했다. 제 41 조는 다시 "중대한 위반"에 언급한다. 이들 조항의 주석은 문제가 된 위반의 "조직적, 대규모, 언어도단인 성질"을 강조한다. 이들 위반에서 국가 책임이 생기고 이는 국제적인 개인의 범죄 책임을 지우지 않는다. 중대한 위반에 대한 국가 책임은 일반 국제법에 내재한다. 오늘날의 국제인권법과 국제형사법의 발전이 가리키는 듯 국가와 개인의 책임은 서로 보완된다.

58. 게다가 인권에 대한 중대한 침해의 경우에는 관련국들은 타국이 아니라 궁극적으로는 개인 및 인류에 대한 중대한 위해에 대해서 책임을 진다. 유엔 국제법 위원회 자신도 막 채용한 조항에 대한 주석을 기재한 2001. 최종 보고서에서 그것을 인정하고 있다. 유엔 국제법 위원회는 다음과 같이 말한다.

"인권 보장 조약의 의무 위반에 대한 국가 책임은 모든 조약 당사국들에 대해서 지게 되지만, 관계하는 개인은 최종 수혜자라고 간주돼야 하며 그 의미에서 중요한 권리 보유자이다."

59. 요컨대, 보상을 받을 권리의 보유자는 피해자 개인이다. 국제인도법과 인권에 대한 중대한 침해의 실행에 있어서 실행자 개인이 국가의 이름밑에 자행한 범죄는 불가피적으로 국가 자체의 책임에 의한 범죄로 이어진다. 결국, 전쟁 범죄, 평화에 대한

범죄, 인도에 대한 범죄는 계획적·조직적 방법으로 행해지고 공동 범죄임을 들어나는 것이다. 그것들은 국가의 힘에 의존하는 그야말로 국가 범죄이다. 그러므로 국가의 국제적 책임과 개인의 국제 범죄 책임은 그들이 상호 보완적이었던 것과 마찬가지로 상호 보완적이다.

60. 규범적 차원에 있어서, 개인의 기본적 권리에 대한 중대한 침해의 문제는 현재까지 충분한 발전을 이루어지지 못했지만, 반복해서 쟁점화되었다. 예를 들면, 제네바 국제인도법 4조약(1949) 제1 추가의정서 채택(1977., 제 85조) 직후처럼 그것이 특별한 주목을 받은 역사적 순간이 있었다. 1949. 제네바 4 조약에 기재된 중대한 위반(제 1 조약 제 49-50 조, 제 2 조약 제 50-51 조, 제 3 조약 제 129-130 조, 제 4 조약 제 146-147 조)은 오늘날에는 관습국제법의 일부를 구성한다고 생각되고 있다.

61. 법학 차원에서는 중대한 인권 침해의 한계치는, 요즘에 와서 주목을 받기 시작하고, 국제형사법의 새로운 판례법의 틀 안에서 고찰되고 있다. 그것은 국제인권법 분야에서의 법 해석 속에서 특히 잘 발전했다. 하나의 예는 인간 및 인민의 권리에 관한 아프리카 위원회에 의한 콩고민주공화국 대 부룬디, 르완다, 우간다 사건(2003)의 처리이다. 지난 10 년간에 이 관계에서 사법 기관에 의해서 이루어진 가장 유명한 발전은 학살에 관한 미주인권법원에 의한 위의 일련의 결정이었다.

62. 이 관계에 관한 미주인권법원 판결로서 특히 다음 사건들을 참조해야 한다.

플란 데 산체스 (Plan de Sánchez) 학살 대 과테말라 (2004.4.29), 마피리판 (Mapiripan)의 학살 대 콜롬비아 (2005.9.15.), 이투앙고 (Ituango)의 학살 대 콜롬비아 (2006.7.1.), 고이불(Goiburú) 대 파라과이 (2006.9.22.,후기), 알모나시드·아레자노 (Almonacid Arellano) 대 칠레(2006.9.26.), 카스트로·카스트로 교도소(the Prison of Castro-Castro) 대 페루(2006.11.25.), 라·칸트타(La Cantuta) 대 페루(2006.11.29.). 국제인권법과 국제형사법 사이에는 공통점을 찾는 여지가 있다. 또 하나의 공통점은 국제 인권법원과 국제 형사 재판소의 절차에 대한 피해자 자신의 참가 (그들의 법적 당사자 적격)에 찾을 수 있다.

VIII. 재판소에서 조장된 재판을 받을 권리에 관한 권리 포기 문제

63.(보상 청구를 위한)재판을 받을 권리 포기에 대해서는 이 재판소의 구두 절차에서 당사자 (독일 · 이탈리아) 및 참가국(그리스) 사이에서 논쟁이 생겼다. 독일은 개인의 보상 청구권에 관한 이탈리아의 주장에 대해서 외국의 국가면제의 존중은 재판을 받을 권리에 대한 적법적인 제한이라고 주장했다. 또 실제의 위반이 끝난 후에 금전 배상을 포기하는 것을 금지하는 어떤 규칙도 존재하지 않는다고 주장했다. 독일은 또한, 만일

이탈리아의 주장이 인정된다면 독일과 연합군의 전쟁 법에 대한 위반에 관해서 독일을 원고 및 피고로 하는 엄청난 수의 소송이 제기되면서 제 2 차 세계 대전 이후 만들어진 모든 보상 계획의 구조가 붕괴할 가능성이 있다고 주장했다. 독일은 마지막으로 설립된 보상 시스템은 포괄적이고 피해국과 독일의 이익의 조화를 도모하는 것이라고 주장했다.

64. 이탈리아는 1947. 평화 조약 청구권 포기 조항은 국제인도법 위반을 포함하지 않는다고 반박했다. 이탈리아는 국제인도법의 중대한 위반에 대한 보상 청구는 1947. 평화 조약 제 77 조(4)의 사정 거리 밖에 있어 이탈리아는 포기하지 않았다는 입장을 거듭 밝혔다. 또한, 국제인도법 위반에 대한 보상 청구권은 포기하지 않는다는 것이 1947. 조약의 해당 조항의 유일한 해석이라고 주장하고, 만일 독일에 대한 그러한 모든 청구를 포기하는 취지라면 그것은 독일이 저지른 모든 전쟁 범죄를 면책하게 되어, 제네바 조약 체제에서는 허용되지 않고 불법이라고 주장했다.

65. 이탈리아는 특히 이탈리아 군인 수용자들의 보상 청구권에 대해, 그들은 나치스에 의해 전쟁 포로 지위를 박탈당하고, 강제 노동자로서 일했음에도 불구하고 전쟁 포로였다는 이유로 "기억, 책임, 미래"기금이 제공하는 보상 제도에서 제외된다는 모순된 취급을 받은 것에 대해 언급했다. 이탈리아는 더욱 다음과 같이 주장했다. 포기했다는 당시(1947. 평화 조약 및 1961. 협정)그것은 범죄로서 확립되어 있지 않았기 때문에, 학살 피해자의 청구가 포기됐다고 볼 수 없다. 게다가 그런 포기의 승인은 그러한 범죄의 실행자는 형사 책임을 지지만 민사 책임을 지지 않는다는 상식에 어긋난 상황을 만들어 내게 된다. 그런 결과는 형사 책임은 민사 책임을 수반한다는 점을 인정하는 현대의 모든 국제형사법의 발전과 어울리지 않는다.

66. 그리스는 1907. 헤이그 제 4 조약 제 3 조, 1977. 제 1 추가 의정서 제 91 조, 국제 적십자 위원회 국제인도법성문화규칙 150(관습국제법으로서. 후기 참조), 국제법위원회 국가책임조문 제 33 조(2) 및 국가 실행을 근거로 국제인도법의 중대한 위반에 대한 개인의 보상 청구권의 존재를 그리스 법원은 승인했다고 주장했다. 그리스가 특히 강조한 것은 이 점이고(후기 147 항 참조), 세심한 주의가 필요하다.

67. 실제로, 이 사건 절차의 초기 단계인 2010.7.6.(이탈리아의 반소 청구를 기각한) 재판소 명령에 대한 나의 반대 의견에서, 나는 이 점을 검토해야 한다고 생각했다. 1907. 헤이그 육전 조약 제 3 조는 부속서의 조항을 위반한 교전국은 그 군대의 구성원이 한 모든 행위에 대한 책임을 지고 배상 의무를 진다고 규정한다. 이 조항의 초안(독일 대표의 제안에 의하여 작성)은 보상 대상은 위반 피해자 개인이라는 견해를 지지하고 있었다.

68. 70 년 후, 이 조항은 1949. 국제인도법에 관한 제네바 조약 제 1 추가의정서 제 91 조에 의해서 개정되었다. 1907. 조항에 대한 위반에 관한 국가 책임 승인과 그에 따라 국가가 피해자 개인에 대해 보상 의무를 진다는 것에 대해서(1907.에도 1977.에도) 반대 의견이나 논의는 없었다. 이에 대해서, 위 2010.7.6.재판소 명령 반대 의견 속에서 나는 다음과 같이 말했다.

"역사적인 제 2 회 헤이그 평화 회의에서 참가국들은 무력분쟁의(이전의 국가 실행처럼 패전국만이 승자를 위해 하는 것이 아니라) 모든 참가국에 대해 보상을 의무화하는 일반적 의무를 기재하는 것을 결정했다. 이것은 독일의 제안을 바탕으로 이루어져서, 헤이그 육전 조약 제 3 조에 결실했다. 그것은 오로지 국제인도법 위반에 대한 보상 제도 실행만을 다룬 첫 조항이다. 독일의 제안에 힘을 얻어 1907. 헤이그 육전 조약 제 3 조는 국가보다 인간 개인에게 권리를 수여할 의도를 밝혔다.

1907. 제 2 회 헤이그 평화 회의의 이 유산은 현대를 위해 계획된 것이다. 제 2 차 세계 대전 중(1943.부터 1945. 시기)에 강제노동을 위해 이송된 사람들의 손해에 대한 시간의 경과를 보상 받기 위한 피해자의 장기에 걸친 노력과 함께 전문가의 저작에서 지적되어 왔다. ...이들 피해자는 비인도적이며 굴욕적인 대우를 견뎌야 했으며 그 후 불처벌 무보상, 분명한 부정의 속에서 이루어지지 않는 삶을 마쳤다. 인류의 정의의 시간은 인간의 시간과 분명히 다르다." (국가면제(독대 이), 반소 청구 사건, 2010.7.6. 명령, 116-118 항).

IX. 국제법의 중대한 위반 피해자 개인의 권리의 국가 간 포기의 불승인

69. 그러므로 개인의 재판을 받을 권리의 중요성은 의문의 여지가 없다. 이들 중대 위반 사건에서는 개인 피해자는 국가의 중개 없이 스스로 직접 국가 책임을 원용할 수 있다. 그들은 그것을 국내법에 의한 경우와 마찬가지로, 오늘 유엔이 상정하고 있는 법의 지배에 따라 국내 차원에서 국제 차원에서도 할 수 있다. 전통적인 "통치 행위" 이론은 국가에 의한 인권과 국제인도법의 중대한 위반에 대해서는 아무 소용도 없다.

70. 이런 사정에 있어서는 우선되어야 할 것은 보상 청구를 위해 재판을 이용하는 피해자 개인의 권리이다. 요컨대 1907. 헤이그 육전 조약 제 3 조와 1977. 제 1 추가의정서 제 91 조는 중대한 위반 피해자들에게 국제적 차원에서 보상을 받을 권리를 수여하고 있는 것이다. 그리고 책임국은 그들에게 반드시 그러한 보상을 해야 한다. 최근 국제인권법의 분야에서 이런 취지의 많은 실행이 발전해서 고유의 권리를 주장하는

개인을 소속 국가에서 해방하는 요소의 하나가 됐다.

71. 역시, 국가면제에 관한 이 사건 2010.7.6. 재판소 명령에 대한 나의 반대 의견에서, 나는 국가는 자신을 위해 청구권을 포기할 수 있지만 국제법의 중대한 위반 피해자 개인의 권리를 포기할 수 없다는 나의 기본적 입장을 밝혔다. 인권 및 국제인도법의 중대한 위반 피해자의 청구권은 소속 국가의 포기, 관련국 간의 포기를 허용하지 않는다 (114-115 항). 그런 취지의 포기라고 주장되는 것은 그 모든 법적 효과를 박탈되어야 한다(151,153 항). 나는 이 반대 의견에서 더욱 다음과 같이 말했다.

"나의 이해에 따르면 어떤 경우에도 개인의 고유 권리에 대한 국가의 포기는 국제 공서에 어긋나며, 어떤 법적 효과도 부정되어야 한다. 그런 것은 제 2 차 세계 대전중이나 1947. 평화 조약 때에는 인식되지 않았다는, 기존 권력에 아첨한 낡은 실증주의자를 연상시키는 생각은 나의 견해에 따르면 근거가 없다. 국가는 아무런 처벌도 받지 않고 조직적인 집단 살해, 학대, 노예화, 이송, 강제 노동 등 인간성에 대한 범죄를 저지르고 그 후 다른 국가와의 협상에 의해 청구권 포기 조항의 장벽에 숨어 모든 청구를 상대국과의 평화 조약으로 해결하려고 하는 가능성이 있는 것이 인정된다.

이 문제의 중요성은 제 3 제국 시대나 그 이전에도, 나의 견해에 의하면 모든 법의 궁극적 원천인 인간의 양심, 보편적인 법적 양심에 깊이 새겨져 있었다. 강제 노동은 독일 제 3 제국 시대에는 금지되지 않았다는 생각은 낡은 실증주의자의 독단에 의해서도 성립되지 않는다. 이는 무력분쟁 시에서도 평화 시에 있어서도 성립되지 않는다. 과거의 개인 학대에 대한 부인과 비난이 국제인도법 분야뿐만 아니라 (ILO 조약에 따른) 노동 관계 기준에서도 밝혀지고, 점진적인 제한이 그것을 금지로 이끌고 있다. 나의 인식에서는 이러한 모든 요인이 발생하기 전에...과거의 중대 위반이 양심의 부담이 되어 있었기 때문에, 노예화와 강제 노동은 인간의 양심에 의하여 금지됐다."(124-125 항)

72. 여기서 고집스러운 국가 중심 사고를 다시 넘어 가야 한다. 이 사건 2010.7.6. 재판소 명령에 대한 반대 의견 중에서 나의 국제법에 관한 생각이 다수 의견의 그것과는 전혀 다르다는 것을 지적했다.

" 고집스러운 국가 중심 사고를 넘어 가서 권리의 궁극적 보유자인 인간에게 손을 내밀자. 그들을 압박하지 말고 보호해야 하는 국가가 인간의 권리의 심각한 침해에 대한 보상 청구를 포기하고 있다.

국가는 원한다면 국가 자신의 권리를 포기할 수 있다. 하지만 국가는 권리에

중대한 침해에 대한 보상 청구권을 포기할 수는 없다. 그것은 개인의 고유 권리이며 국가의 권리가 아니기 때문이다. 이에 관한 포기라고 하는 어떤 행위도 국제 공서에 반하는 것은 강행규범에 대한 위반이 된다. 이 넓은 시야와 높은 가치 기준은 이른바 국가의 법(국제법, 만민법) “창시자”들의 견해와 내가 현대 국제법 사상 중 가장 명석한 것으로 여기는 경향과 일치한다.

국제법질서를 인간의 고통과 망각될 운명에 있는 무고들의 침묵 위에 세워서 유지할 수는 없다. 20 세기의 두 차례 세계 대전(1916.부터 1918. 및 1943.부터 1945. 기간) 동안 강제 노동을 위한 민간인 집단 이송이 이루어졌을 때, 그것은 전쟁 범죄, 인도에 대한 범죄를 형성하게 되는 위법 행위이자 인권과 국제인도법에 대한 중대한 침해인 잔혹 행위임을 이미 누구나 알고 있었다. 결국, 양심 위에서는 의사가 명백한 부정을 제거하기 위한 궁극적인 힘의 원천으로서 법을 발전시키는 것이다."(177-179 항)

X. 재판받을 권리에 대한 분쟁 당사자의 입장

73. 독일과 이탈리아는 재판받을 권리에 대해서 근본적으로 맞서는 이해를 하고 있다. 모두 재판받을 권리는 실효적인 구제와 공정한 재판이라는 (보충적인) 2 가지 구성 요소를 포함한 기본적 권리이라는 것에 대해 동의하고 있다. 하지만 문제가 된 케이스에 대해, 그 범위와 실행 결과에 대해서 다툼이 있다. 독일은 재판받을 권리에 따른 의무의 범위는 국민과 외국인에게 차별과 방해 없이 재판을 이용하는 기회를 보장하는 것에 한정되고 실효적인 구제와 공정한 재판 보장에 대해서도 마찬가지라고 주장한다. 이에 이탈리아는 재판받을 권리는 청구자 측을 충족시킬 의무를 부과하는 것이라고 이해한다. 이탈리아는 재판받을 권리의 범위를 사건의 결과에까지 확장해서 외국 국가에 대한 경우도 피해자 측이 이용할 수 있는 다른 실효적인 구제 수단이 없는 경우에는 재판 거부를 회피하기 위해서 국내 법원은 국가면제를 부정해야 한다고 주장한다.

74. 독일은 재판받을 권리를 매우 좁게 해석해서 법정지국의 사법 기관을 차별 없이 완전한 절차상의 권리를 가지고 이용하는 것밖에는 없다고 주장한다. 이 의미에서 그리스 시민이 똑같은 기회를 주어진 것과 마찬가지로 이탈리아 시민도 독일 법의 의하며 독일연방헌법재판소에 이르기까지의 사법 구제를 완전히 이용할 수 있었다고 한다. 게다가 독일은 "원고는 그들이 주장할 수 있는 진정한 법적 청구권을 가지고 있는가"라는 문제로, 재판받을 권리와 실효적인 구제를 받을 권리를 구별한다.

75. 독일은 다음과 같이 주장한다.

전쟁 범죄 기타 국제인도법 위반에서 개인의 보상 청구권이 생기지 않아서 (당연한 결과로) 소송의 권리도 없다. 마찬가지로 1947. 평화 조약과 1961. 협정은 전쟁에 의한 이탈리아 국민의 손해에 대해서 국가 간의 보상 제도를 창설한 것이며 그것을 소급적으로 변경할 수는 없다. 1907. 헤이그 육전 조약 제 3 장의 일반적인 해석에 따르면 이 조항은 개인의 보상 청구권을 창설한 것이 아니다. 그런 개인의 권리에 언급한 무력분쟁 피해자 보상에 관한 2005. 유엔 총회 결의 60/147 과 2010. IIA 보고서 초안은 현존하는 관습법과 조약상의 규칙에 의거한 것이 아니라 새로운 규칙의 도입의 제안에 불과하다. 그러므로 이들 사건에 대한 독일 법원의 결정은 재판 거부가 아니라 이탈리아 국민이 그들이 주장하는 실체적 권리를 가지고 있지 않는 것을 인정했을 뿐이다.

76. 독일은 이어서 주장한다.

만일 그러한 소송의 권리와 보상 청구권이 인정된다고 해도 독일은 이를 침해한 적이 없다. 모든 원고는 독일의 사법 제도의 모든 수준에서 완전한 이용을 인정되며 이탈리아 시민과 그리스 시민으로부터 절차상의 권리가 침해됐다는 주장이 제기된 일은 없으며 국적에 의한 어떠한 차별도 존재하지 않는다. 만일 재판을 받을 권리가 (가해 국가로 지목된) 국가의 법원에서 청구가 인정되지 않았던 개인이 외국 법원에서 (그리고 경우에 따라 동시에 또는 연속적으로 복수 국가 법원에서) 가해국에 대해 소송을 제기하는 것을 허용하는 것으로 해석된다면 심한 "법원 사냥"이 일어날 가능성이 있다.

77. 이탈리아는 개인의 보상 청구권과, 같은 이유에 의한 전쟁 피해에 대한 소송 제기의 권리는 존재한다고 매우 분명히 주장한다. 이탈리아는 다음과 같이 주장했다.

이 개인의 보상 청구권은 제 1 차 세계 대전 후의 베르사유 조약 (제 304 조)과 혼합 중재 재판소의 창설에 기원을 찾을 수 있다. 다만, 이 방식은 제 2 차 대전 후에는 채용되지 않았다. 그러나 국제적인 대체 절차 외에 국내 구제 수단의 이용도 방해받아서 안 된다. 실제로 이탈리아 법원은 평화 조약이나 보상을 위한 국가 간 제도가 제공되어 있음에도 불구하고 이탈리아에 대한 소송을 허용하고 있다.

이탈리아는 이어 재판을 받을 권리에 대한 지역적 및 세계적인 인권 보장 기관의 이해와 미주인권법원의 판결 (고이불 사건, 후기 제 XVII 절)에 근거해서 침해된 실체적 권리가 절대적인 것이라면 재판을 받을 권리도 절대적 권리라고 주장했다.

78. 이탈리아는 재판을 받을 권리는 "가지고 있는 권리의 향수 거부"인 재판거부에서의 보호 의무를 수반한다고 주장한다. 예를 들어 펠리니 씨를 비롯한 사람들이 독일 법원과 행정 기관에서 청구를 인정 받지 않았을 때 유일한 법적 수단으로서 이탈리아 법원에서 독일을 제소한 것이다. 이러한 사안에 대해서 이탈리아 법원이 독일 국가의

국가면제를 부정하는 것은 피해자가 다른 모든 보상 수단을 빼앗긴 상황에 있어서 피해자의 재판을 받을 권리의 실효적인 행사를 위해 필요하다.

79. 독일과 이탈리아는 재판을 받을 권리에 대해서 기본적으로 맞서는 입장을 유지했다. 이 문제에 대해서 보다 상세하게 말하고 평가하기 전에 (XII 참조) 재판소의 구두 절차에서의 질문에 답한 양 당사자와 참가국 그리스의 설명을 다음에 검토하는 것이 적당하다고 생각한다. 그런 설명을 검토한 다음, 논리적 순서대로 이 사건의 그 외의 측면을 검토하기로 한다.

XI. 재판관의 질문에 대한 양 당사자 및 그리스의 설명

1. 양 당사자 및 그리스에 대한 질문

80. 2011.9.16. 구두 수속을 마치기 전에 나는 당사자인 독일과 이탈리아 그리고 참가국 그리스에 각자가 재판소에 제출한 주장에 대한 설명을 요구하기 위해 몇가지 질문을 할 필요가 있다고 생각했다. 그 때 내가 한 질문은 다음과 같다.

"재판소의 언어적 형평성을 위해 나는 다른 법정 언어로 질문한다.

독일, 이탈리아, 그리스에 3 가지 질문을 한다.

재판소의 변론의 주장이나 양 당사자의 견해에서 1961. 독일과 이탈리아의 협정과 1947. 평화 조약 제 77 조(4)의 청구권 포기 조항의 정확한 사정거리를 어떻게 생각하고 있느냐? 보상 문제는 오늘은 완전히 종료한 것으로 봐도 되는가? 또한, 몇가지 문제가 오늘도 미해결로 남아 있을까?

나의 독일과 이탈리아에 대한 제 2 의 질문은 다음과 같다.

영역내 불법 행위 예외는 업무관행행위에만 적용되는가? 아니면 주권행위도 영역내 불법 행위 예외의 대상으로 생각하는가? 왜 전쟁 범죄를 주권행위로 생각하고 있을까?

나의 독일과 이탈리아에 대한 제 3 의 질문은 다음과 같다.

피고가 언급한 특정 원고들은 보상을 실효적으로 받았을까? 만일 그렇지 않다면, 그들은 국내 소송 이외의 방법으로 그 권리를 인정 받거나 실효적으로 보상을 받을 수 있을까? 인권과 국제인도법의 중대한 위반에 대한 보상 제도는 아직도 국가 간 차원에 국한된다고 생각할 수 있을까? 보상을 청구할 권리는 넓은 의미에서 재판을 받을 권리와 관계가 있는가? 그리고 그러한 재판을 받을 권리와 강행규범에는 어떤 관계가 있는가?

마지막으로 그리스에 대한 나의 질문은 다음과 같다.

그리스의 법 제도에서 말게로스 사건에 관한 그리스 특별최고재판소 판결은 디스토모 사건에 관한 그리스 최고재판소 판결에 어떤 법적 효과를 미치는가? 디스토모 학살 사건에 관한 그리스 최고재판소 판결은 그리스의 법 제도의 안팎에서 지금도 집행을 정지되어 있을까?"

2. 제 1 차 응답

81. 확인을 위해 2011.9.16. 재판소 구두 절차 말미에서 내가 한 질문에 대한 독일, 이탈리아, 그리스의 답변을 요약한다. 우선 분쟁 당사자인 독일과 이탈리아의 응답, 다음에 참가국인 그리스의 응답을 요약한다.

(a)독일과 이탈리아의 응답

82. 양 당사자에 대한 나의 제 1 의 질문에 대해, 독일은 2010.7.6. 재판소 명령(특히 27-28 항 참조)은 1947. 평화 조약 및 1961. 두 가지 협정과 이 사건은 관련성이 있는 것을 인정했다고 주장했다. 독일은 제 2 차 세계 대전에 관한 보상이 미해결인지의 여부는 이 사건의 주제가 아니라는 입장을 거듭 주장했다. 이에 이탈리아는 1961. 협정은 1947. 평화 조약 청구권 포기 조항의 범위에 대해서 당사자 간에 의견 대립이 존재한 것의 결과이며 독일은 그 문제 때문에 몇가지 조치를 취할 수밖에 없었다고 반박했다. 그리고 협정은 한편으로는 미해결의 경제 문제의 보상 수단이며 ("청산 협정"), 한편으로는 박해 피해자에 대한 배상 수단이었다("배상 협정")고 주장했다.

83. 이탈리아는 이어서 다음과 같이 진술했다.

청산 협정은 이탈리아가 청구권 포기 조항에 대한 독일의 해석을 받아들이지 않았음을 나타내는 결정적인 증거이며, 배상 협정은 차별적인 이유의 표적이 된 특정 유형의 피해자를 대상으로 한 것이다. 1961. 협정은 미해결의 경제 문제와 박해 피해자 보상에만 관한 것이다. 이들 협정은 청구권 포기 조항을 포함하지만, 이들은 "협정의 내용이 된 사항에 관한 것일 뿐 전쟁 범죄에 대한 보상 청구으로까지 확장되는 것은 아니다".이탈리아는 1947. 평화 조약 제 77 조(4)의 청구권 포기 조항에 대해서도 이 조항은 국제인도법에 대한 중대한 위반에 기인하는 보상 청구에는 적용되지 않는다는 입장을 거듭 주장했다.

84. 양 당사자에 대한 나의 제 2 의 질문에 대해, 독일은 다음과 같이 답했다.

영역내 불법 행위 예외는 군대의 행위와 이 사건에서 문제가 되고 있는 무력분쟁 시의

행위에는 적용되지 않는다. 또, 국가의 행위는 행위의 성질에 따라 분류되는 것이며 그 행위의 적법성과는 관계가 없다. 이 의미에서 주권행위가 국제법에 대한 중대한 위반이 될 가능성이 있어서 국제법에는 국가 책임과 국가 범죄 책임에 의해 국가면제를 박탈하거나 제한하지 않는다는 확고한 규칙이 있다.

85. 한편 이탈리아는 다음과 같이 답했다.

보상 문제는 미해결이고, 이 분쟁에서 언급된 유형을 포함한 여러 종류의 유형의 피해자가 보상 자격을 인정되지 않는 채 방치되어 있다. 영역내 불법 행위 예외는 업무관리행위에도 주권행위에도 적용되면서 이것이 적용되는 주권행위에 대해서 국가면제를 주는 의무는 존재하지 않는다. "영역내 불법 행위 예외가 미치지 못한다는 결론을 요구하는 고유의 성질이 주권행위 속에 존재하는 것이 아니다. 영역내 불법 행위 예외는 법정지 국가에서 이뤄진 불법 행위에 대한 법정지 국가의 지배권과 관할권의 요구에 따라 정당화될 것이다." 그러므로 이런 정당화 사유에 따르면 영역내 불법 행위 예외는 주권행위인지 업무관리행위인지를 불문하고 법정지 국가 내에서 행해진 외국의 모든 행위에 적용된다.

86. 이탈리아는 이어 인도에 대한 범죄, 전쟁 범죄는 주권행위이라고 할 수 없기 때문에 국가는 방어를 위해 국가면제를 원용할 수 없다는 견해를 인식하고 있는데 국가면제 법의 이 분야는 변화 과정에 있는 것을 인정했다. 또 이탈리아 법원에 제기된 사건의 특이하고 특유의 사정 밑에서 이 재판소에 제기된 이 사건은 영역내 불법 행위 예외 및 국가면제와 절대적 규범의 실효적인 시행 사이의 양립하기 어려운 저축의 존재라는 다른 논점을 기초로 하는 것이며 이들 논점은 이탈리아가 독일에 면제를 주는 의무가 없다는 입장을 지지하는 것이라고 주장했다.

87. 나의 양 당사자에 대한 제 3 의 질문에 대해, 독일은 다시 2010.7.6. 재판소 명령에 언급하며 제 2 차 세계 대전에 관한 보상 문제는 미해결인지는 문제는 이 사건의 주제가 아니라고 주장했다. 독일은 제 2 차 세계 대전의 보상 체제는 고전적인 국가 간 및 포괄적인 제도에 의한 것으로 생각하고 있다. 독일은 이어 독일에 대하여 청구하려고 하는 피해자는 유럽인권조약 제 6 조(1)의 재판을 받을 권리 보장에 따라 독일 법원에서 소송을 제기할 수 있다고 주장했다.

88. 한편, 이탈리아는 다음과 같이 답했다.

이 사건 분쟁의 기초를 구성하는 사건에서 언급된 유형의 피해자 중에서 보상을 받은 사람은 없다. 10 년에 걸쳐 보상을 얻으려고 시도한 사람들은 아무런 성과도 이루어질 수 없었음에도 불구하고 보상 제도가 마련되지 않아 몇가지 유형의 피해자들은 보상을 청구하지 못하고 있다. 독일 측에는 그러한 유형의 피해자들에게 보상하기 위한 협정을

성립시키는 뜻이 없게 보인다. 이들 유형의 피해자가 보상을 받으려면 국내 법원에서의 소송 이외의 수단은 존재하지 않는다. 예를 들면 "이탈리아 군인 수용자" 에 보상을 하기 위한 협정 체결에 대한 독일 당국의 강한 거부감을 감안하면 국내 재판관이 국가면제를 부정하지 않았다면 전쟁 범죄 희생자가 보상을 얻기 위한 다른 방법은 존재하지 않았다.

89. 이어 이탈리아는 다음과 같이 진술했다.

인권과 국제인도법의 중대한 위반에 대한 보상 제도는 국가 간 차원에 한정되는 것이 아니라 피해자 개인은 국내 법원에서 청구할 수 있다. 그리고 국내 법원에 제소하는 것이 어떠한 보상을 얻기 위해 이용할 수 있는 유일하고 마지막 수단을 의미하는 경우에는 국가면제의 부정은 정당화된다. "특정 사정 밑에서는 외국에 대한 국가면제 부여에 의한 재판 거부는 실효적 보상 거부를 의미하는 가능성이 있다". 또, 강행규범 개념은 근본적인 규칙의 영역에 한정되는 것이 아니라, 그런 성격을 가진 규범이 명하는 의무에 대한 중대한 위반 사례에 있어서 이용할 수 있는 구제 수단에 관한 것이기도 하다. 개인의 재판 이용을 가로막는 규칙과 강행규범의 실효적인 시행 사이에 저축이 존재하고 강행규범의 실효적인 시행을 위한 다른 수단이 없는 경우에는 "강행규범을 우선해서 국가면제를 부정하면서 피해자 개인의 재판에 이용을 허용해야 한다".

(b)그리스의 응답

90. 내가 아는 한 헤이그 재판소 역사상 처음으로, 비당사자인 참가국에 대해 행한 내 질문에 그리스는 다음과 같이 답했다.

특별최고재판소는 최고재판소로 자리 매김할 것도, 그리스의 사법 체계를 구성하는 법원도 아니라 그리스의 독특한 법적 지위에 있는 것이다. 또 특별최고재판소는 독립된 비상설 기관이며, 그리스 사법 기관의 계층 관계 속에 자리 잡지 않는다. 그리고 "오늘 국제법의 발전 속에서" 관습국제법을 발견하거나 정의하는 것이 특별최고재판소 기능의 하나이다. 이 기능 분야에서는 그 판결은 한정된 효력밖에 없어서 특별최고재판소에 그 문제를 제기한 법원만 구속한다. 특별최고재판소 판결에는 대세적 기판력이 없다. 그것은 통상의 법원이나 특별최고재판소가 나중에 관습법이 존재한다는 설에 어떠한 변화가 있었는지 여부를 판단하기 위한 것이다.

91. 그리스는 또 다음과 같이 진술했다.

특별최고재판소 판결은 항상 "이 시대의 국제법의 발전 단계와 그것이 일반적으로 수용하고 있는 규칙" 에서 나타나는 법적 확신에 대한 고찰을 반영하고 있다. 말게로스 사건 판결은, 이 판결에 우선해서 다른 사건으로 여겨져 있는 디스토모 학살 사건

최고재판소 판결의 법률적 의미에 아무런 영향도 미치지 않는다. 이런 의미에서 최고재판소 판결은 "최종적이자 취소 불능이고 집행은 정지되고 있지만 그리스의 법질서 안에서 효력이 있고 법적 효과를 가지고 있다". 법무 장관이 최고재판소 판결의 집행을 승인하지 않던 것은 판결이 "의미를 잃거나 집행이 불가능하거나" 한다는 것을 의미하지 않는다. 디스토모 판결은 "현재도 유효하다".

3. 제 2 차 응답

92. 재판소의 구두 절차에서의 내 질문에 대한 응답에 대해서 각 당사자가 의견을 진술하는 것이 적당하다고 생각되었다. 이들 의견이 각 당사자의 제 2 차 답변이다. 이들에 대해서도 마찬가지로 재판소에 있어서의 국가면제에 관한 이 사건의 양 당사자의 입장 차이를 분명히 하기 위해서 재확인하면서 요약한다.

(a)독일의 의견

93. 독일은 나의 질문에 대한 그리스의 응답에 대해서만 의견을 진술했다. 독일은 우선 그리스 헌법 제 100 조(1)과 그리스 특별최고재판소에 관한 그리스 법 No. 345/1976 제 54 조(1)에 언급하며 특별최고재판소의 결정은 후자의 조항에 따른 것이라고 진술했다. 이를 토대로 독일은 2002. 말게로스 사건 판결 이후 "제 2 차 세계 대전 중의 주권행위에 대해서 독일의 국가면제를 부정한 그리스 법원은 존재하지 않고 디스토모 사건 판결을 집행하는 조치도 이뤄지지 않고 있다"고 진술했다. 독일은 또 특별최고재판소의 법리를 답습한 그리스 최고재판소의 2 건의 판결(2007. 및 2009.)에 따르면 "국제인도법에 대한 중대한 위반에 대한 호소가 사건의 내용이라고 하더라도 국가면제 규칙은 영향을 받지 않는다."고 진술했다.

(b)이탈리아의 의견

94. 한편 이탈리아는 나의 제 1 의 질문에 대한 독일 응답의 일부에 대해서 다음과 같이 의견을 진술했다.

독일의 주장과 달리 2010.7.6. 재판소 명령에서 독일이 인용한 부분의 결론은 이탈리아의 반소 청구의 허용성의 문제에 엄밀히 한정된 것이며, 독일의 주된 청구에서 제기된 문제의 해결에 영향을 미치는 것이 아니었다. 독일의 주된 청구에 대한 본안에 있어서의 이탈리아의 주장, 특히 전쟁 범죄에 대한 보상 의무가 국가면제에 특별한 영향을 준다는 주장을 재판소는 계속 검토해야 한다.

95. 나의 제 3 의 질문에 대한 독일 응답에 대해서 이탈리아는 다음과 같이 의견을

진술했다.

제 2 차 세계 대전에 관해서 창설된 보상 제도는 "포괄적"인 것이라고 독일은 설명하지만, 서면 및 구두에 의한 주장을 통해서 전쟁 범죄의 이탈리아인 피해자에 대한 보상은 "부분적"인 것이라고 독일 자신이 인정하고 있다. 1961. 협정은 박해 피해자에 관한 것이었다. 이런 보상 제도를 "포괄적"이라고 특징 짓는 것은 특히 전쟁 범죄의 이탈리아인 피해자에 대해서는 적절하지 않다. 또 독일의 주장은 엄청난 수의 이탈리아인 전쟁 범죄 피해자에 아무런 보상도 이루어지지 않는 것을 밝혀졌다.

96. 이탈리아는 마지막으로 이탈리아는 1943.9.8.까지 독일의 동맹국이었기 때문에 전쟁 범죄의 이탈리아인 피해자는 보상을 받을 수 없다는 독일의 주장에 반박했다.

"그것은 개전 법규 위반에 대한 책임 제도와 국제 전시법 조항을 위반한 결과의 혼동, 특히 국제인도법의 중대한 위반에 대한 특별한 책임 제도에 대한 무지에 의한 잘못이다."

나의 제 3 의 질문에 대해서도 이탈리아는 다음과 같이 주장했다.

"이탈리아인 피해자가 독일 법원에 제소한 것은 그들이 보상을 얻기 위한 실효적인 법적 수단을 주어진 것을 뜻하지 않는다." 독일법은 이탈리아인 피해자 보상에 대해서 많은 "부당하게 제한적인 요건"을 부과했다.

XII. 제 2 차 세계 대전 당시의 강제 노동 금지

1. 규범적 금지

97. 제 2 차 세계 대전 당시 강제 노동에 대한 법적 규제는 1932.에 발효된 1930. 강제 노동에 관한 ILO29 호 조약에 따른 것이었다. 이 조약은 강제 노동 전면 금지를 최종 목표로 하면서 강제 노동에 대한 다양한 제한과 금지를 규정했다. 예를 들면 전쟁 포로를 어떤 방법에 의해서도 작전 행동에 관련하는 노동(무기 및 탄약 제조 운반)과 불건강 또는 위험한 노동에 종사시켜서는 안 된다고 명백히 규정했다(31-32 조). 위반이 일어난 경우, 노동자에는 이의신청의 권리가 있고 징벌 수단으로 가중 노동을 부과해서는 안 된다고 규정되어 있었다(31 조).

98. 세월이 지나면서 강제 노동을 포함한 다른 상황이 강요되었지만, 위압이나 형벌의 위협에 의한 노동이란 의미에서의 강제 노동(제 2 조(1))은, 위 조약 이후 비난되면서 분명히 금지되어 왔다. 이 조약을 받고, 일반적인 수용에 현실적으로 대응하기 위해서 1957. 강제 노동 폐지 조약이 채택되었다. 내가 이전에 이 사건 2010.7.6. 반대

의견(130-132 항)에서 주장했듯이 이들 조약의 기초를 이루는 강제 노동 폐지를 목표로 하는 일반 국제법상 원칙은 오늘날에는 강행규범 영역에 속한다.

99. 게다가 국제인도법의 분야에서 1907. 헤이그 육전 조약과 1929. 제네바 전쟁 포로 조약은 제 2 차 세계 대전 중에 무력분쟁시의 전쟁 포로와 민간인의 대우를 규제했다. 1929. 제네바 조약은 전쟁 포로에 대해서, 불건강 또는 위험한 강제 노동 금지를 추가했다(28-34 조). 이 시대의 강제 노동 금지에 관한 것으로 1926. 제네바 노예 조약이 있다. 이 조약은 "강제 노동이 노예 유사 상태로 심화되는 것을 방지하기 위한 모든 조치를 취"하는 국가의 의무를 명확히 부과했다(제 5 조).

100. 위 1907. 헤이그 육전 조약은 육전에서의 법규 및 관례에 관한 규제로서 점령지 주민에 대한 강제 노동에 관해서 "그 본국에 대한 작전 행동" 참가 강제 금지를 덧붙였다(제 52 조). 독일은 1907.10.18.에 이 조약에 서명하고 1909.11. 27.에 비준했다. 그런데, 독일은 강제 노동에 관한 1930. ILO29 호 조약을 1956. 6.13.에야 비준한 것을 주목해야 한다. 어쨌든, 만일 이 늦은 비준에 따라, 1956. 중반까지는 이 조약에 따른 재판권에서 벗어나더라도 나치스 독일의 책임이 없어질 수 없다. 이미 제 2 차 세계 대전 당시 누구도 강제 노동의 부당성을 굳이 부정하지 않았을 것이다.

101. 나치스 독일이 창설한 강제 노동 제도는 점령 지역 주민의 일부를 중노동을 강제하기 위해 지배하면서 사인(私人)에 의해 짓밟힌 노예와 유사한 처지에 영속적으로 둔다는 것이며, "노예화"와 같은 뜻이라고 할 수 있다. 강제 노동자를 피폐시켜서 사망시키는 것이 독일 당국의 방침이었다. 때로는 일할 수 없게 된 강제노동자를 적극적으로 살해하기도 했다. 그런 상황은 그들의 방침이 "노예화"의 정의에 해당하는 것을 나타나고 있다.

2. 금지에 대한 사법적 승인

102. 그러한 나치스 독일의 국가 정책은 제 2 차 세계 대전 직후 뉘른베르크 국제 군사 재판의 심리와 판단에 영향을 주었다. 1945. 뉘른베르크 재판 헌장은 전쟁 범죄의 일종으로 "점령지 소속 혹은 점령지 내의 민간인의……노예 노동 혹은 기타의 목적을 위한 추방"(제 6 조(b))을 들면서 반인도적 범죄의 일종으로 "전쟁 이전 또는 전시 중에 모든 민간인에 대해서 행해진……노예화, 추방 및 기타의 비인도적 행위" (제 6 조(c))을 들었다. 위와 같이 강제 노동과 노예화 금지는 일반 국제법, ILO 의 국제 문서, 국제인도법 속에서 이미 확립되어 있었다.

103. 이는 뉘른베르크 재판의 심리를 통해서 사법적으로도 승인되었다. 구체적으로는

제 2 차 세계 대전 중의 노예 노동 문제는 뉘른베르크 재판에서 주된 전쟁 범죄의 케이스로서 심리되고 (1946.10.1.판결) 같은 재판소 헌장 제 6 조(b)의 "전쟁 범죄 즉 점령지 소속 혹은 점령지 내의 민간인의……학대, 노예 노동 혹은 기타의 목적을 위한 추방"라는 규정이 적용됐다. 재판소는 또 "점령지 주민의 강제 노동에 관한 법은 1907. 헤이그 육전 조약 제 52 조에 찾을 수 있다"고 지적했다.

104. 이에 뉘른베르크 재판소는 "독일 점령 당국의 정책은 1907. 헤이그 육전 조약의 규정에 대한 현저한 위반이었다"고 결론지었다. 그리고 "이 정책은 1941.11.9. 히틀러 연설의 말에서 발상된 것으로 보인다", "독일 점령 당국은 점령지 주민의 대부분을 독일의 전쟁 수행을 위해 노동시키고, 적어도 500 만명을 독일로 이송하며 공업과 농업에 종사시켰다", 또 "점령된 국가들의 주민은 독일의 전쟁 경제를 지탱하기 위해서 점령지 내에서 징용되어 노동에 시달렸다", " 많은 경우에는 그들은 독일의 요새나 군사 시설에서 노동에 시달렸다 "고 판시했다.

105. 뉘른베르크 재판소가 인용한 히틀러의 말에 비추어, 제 2 차 세계 대전 중 독일 군수 공업에 있어서의 점령지 주민의 광범위한 강제 노동은 나치스 독일의 국가 정책이었음에 의심의 여지가 없다. 그런 국가 정책은 조약 및 관습법 양면에서 국제법에 대한 중대한 위반이었다.

106. 구체적으로는 노동자들에게 독일에서의 노동에 지원을 권유하는 맹렬한 선전 캠페인이 벌어지고 독일에 가는 것을 거부한 노동자와 가족을 경찰이 위박하는 경우도 있었다고, 뉘른베르크 재판부는 판시했다. 같은 재판소에 제출된 증거는 노동자는 독일의 감시 밑에서 수송되고 자주 적절한 식량, 난방, 의류, 위생 설비도 주어지지 않고 열차를 가득 채우고, 독일에서의 노동자의 대우가 항상 잔인하고 조야한 것이었음을 나타냈다. 또, 많은 전쟁 포로는 1929. 제네바 조약 제 31 조를 위반하면서 작전 행동에 관련된 노동에 직접 투입되었다고 인정했다.

107. 뉘른베르크 재판소는 재판소가 적용한 관습적 규칙에 대해서 다음과 같이 판시했다.

"헌장 제 6 조는 다음과 같이 규정한다

(b)전쟁 범죄. 즉 전쟁의 법규 또는 관습에 대한 위반. 이 위반은 점령지 소속 혹은 점령지 내의 민간인 살해, 학대, 혹은 노예 노동 혹은 기타의 목적을 위한 추방, 포로 혹은 해상에서의 인민 살해 또는 학대, 인질 살해, 공사(公私)의 재산 약탈, 도시나 마을의 자의적 파괴 또는 군사적 필요에 따른 정당화될 수 없는 황폐화를 포함한다. 단지 이들에 한정되지 않는다.

(c)인도에 대한 범죄. 즉 전쟁 이전 또는 전시 중에 모든 민간인에 대해서 행해진 살인, 섬멸, 노예화, 추방 및 기타의 비인도적 행위, 또는 범행지의 국내 법 위반인지 여부를 막론하고 이 재판소 관할에 속하는 범죄의 수행으로서 혹은 이와 관련해서 행해진 정치적, 인종적 혹은 종교적 이유에 의한 박해 행위.

재판소는 뉘른베르크 헌장에 의해서 주어진 전쟁 범죄와 인도에 대한 범죄의 정의에 당연히 구속된다. 하지만 이미 지적했듯이 전쟁 범죄에 대해서는 뉘른베르크 헌장 제 6 조(b)가 정의하는 범죄는 이미 국제법상 범죄로 인정되던 것이다. 그것들은 1907. 헤이그 육전 조약 제 46, 50, 52, 56 조 및 1929. 제네바 조약 제 2, 3, 4, 46, 51 에 규정되어 있었다. 이들 조항에 대한 위반이 그것을 실행한 개인을 처벌해야하는 범죄를 구성한다는 법리가 확립되고 있으며 항변을 인정할 여지가 없다."

108. 뉘른베르크 재판소는 이어 1907. 헤이그 육전 조약에 규정된 규칙은 1939.까지 모든 "문명국"에 의해 인정 되어, 뉘른베르크 헌장 제 6 조(b)에 의해 전쟁법규 및 관습으로 성문화되었다고 여겨지게 되었다고 인정했다. 인도에 대한 범죄에 대해 뉘른베르크 재판소는 "테러 정책은 의심할 여지 없이 넓은 범위에서 실행되고, 대부분의 경우 조직적, 계통적이고" "1939. 전쟁 이전에 박해, 억압 정책과 정부에 적대한다고 간주된 독일 시민에 대한 학살"이 "전혀 용서 없이 실행" 됐다고 인정했다. 같은 재판소는 "1939. 개전 시부터 넓은 범위에서 전쟁 범죄가 행해지고, 이는 인도에 대한 범죄에 해당하는 것이었다." "이들 범죄는 침략 전쟁의 수행 또는 이와 관련하여 실행되어, 그러므로 인도에 대한 범죄를 구성한다"고 결론지었다.

109. 극동 군사 재판소(도쿄 재판)에서도 1948.11.12. 판결은 징집 방법이나 수용 시설 감금 등 강제 노동 이용에 대해서 관심을 표명했다. 또, "징용공과 전쟁 포로나 민간인 수감자 사이에는" 거의 구별이 없어서 모두 "노예 노동자"라고 할 수 있는 것이라고 판시했다.

110. 현대에서는 유럽인권법원은 제 2 차 세계 대전 생존자가 제소한 코노노후 대 라트비아 사건(2008~2010)에 있어서 민간인에 대한 지배와 학대가 제 2 차 세계 대전의 오래 전부터 이미 금지되어 있었다는 것을 판단하기 위해서는 제 1,2 헤이그 평화 회의(1899. 및 1907.)부터 제 2 차 세계 대전 후(뉘른베르크 재판, 도쿄 재판, 1949. 제네바 회의)에 이르는 국제인도법의 발전에 대한 검토할 것이 적절하다고 지적했다(2008. 7. 24.판결).

111. 같은 논리로 유럽인권법원은 코노노후 대 라트비아 사건 최종 판결(2010.5.17.

대법정)에서 마을 사람들(비 전투원)에 대한 "학대와 살상"은 1907. 헤이그 조약 당시 이미 "전쟁 범죄"를 구성한 것을 확인하기 위해서는 19 세기의 법제도에서 제 2 차 세계 대전 후까지의 국제인도법의 발전을 더 깊이 검토하는 것이 적절하다고 지적했다. 같은 법원은 특히 다음과 같이 판시했다.

"전쟁 범죄의 개념은 몇세기나 거슬러 올라갈 수 있는데 19 세기 중엽은 전쟁 범죄를 구성하는 개인이 범죄 책임을 져야 할 행위에 대한 확고한 법제화가 이루어진 시기였다. 1907. 헤이그 육전 조약 및 규칙은 1863. 리버법전(Lieber Code) (1880 옥스퍼드 제요)와, 특히 1874. 브뤼셀 선언에 촉발됐다. 1907. 헤이그 육전 조약 및 규칙은 전쟁의 법규와 관례의 선언으로 초기의 법제 속에서 가장 영향력을 갖는 것이었다. 이들은 특히 중요한 개념(전투원, 민간인 대량 징용, 전투 능력 상실자)을 정의해서, 전쟁 법규 관례에 대한 위반을 상세히 열거하고, 마르텐스 조항 (Martens clause)을 통해서 1907. 헤이그 육전 조약 및 규칙의 특정 조항으로 커버되지 않는 경우에 주민과 교전 국민을 일반적으로 보호했다. 이 점에 대해서 군대에 대해서 항상 훈령을 내리고 군대가 이들 규칙을 위반한 경우에 배상하는 책임은 국가에 있었다."

112. 같은 법원은 "헤이그"과 "제네바"의 국제인도법을 재검토한 다음에 19 세기 후반부터 20 세기 전반에 걸쳐 "후자가 전자를 보충했다"고 했다. 이어 뉘른베르크 재판 현장이 "전쟁 범죄의 비 망라적인 정의"를 제공하고 그 판결은 1907. 헤이그 육전 조약 및 규칙에 규정된 인도적 규칙이 "전쟁 법규·관례의 선언"이며, 그러한 조항에 대한 위반은 위반한 개인을 처벌할 만한 범죄를 구성하는 것'이 1939.까지 서서히 인정되게 됐다는 것을 인정했다고 했다.(207 항).

113. 그리고 같은 법원은 "국제법과 국내법(국제 규범에서 이입된 것을 포함)은 국내 형사 민사 책임 추궁의 기초가 되었다"고 했다(208 항).

위의 고찰에 따르면 요컨대 제 2 차 세계 대전의 오래 전부터(강제 노동 같은) 민간인 학대는 위법이며, 전쟁 범죄이며, 국가와 개인이 그 책임을 지는 것이 사법적으로 인정되던 것은 분명하다.

3. 성문화 작업에서의 금지

114. 노예제의 일종으로서의 강제 노동 금지는 당장 달성할 것이 아니라 그것을 근절하기 위한 오랜 시간이 필요하고 오늘날에도 아직도 잔존하고 있다는 사실을 염두에 두어야 한다. 노예 노동으로서의 강제 노동에 대한 투쟁은 계속 주목을 받고 있다. 이 관계에서 예를 들면 벨지일(J.H.W Verzijl)은 1958., 비난을 받아야 하는

과거의 학대나 치욕에 대처하려는 어떤 시도도 "비교적 최근"의 것임을 "인정하지 않으면 안 되는 것은 충격적"이라고 지적했다. 그러므로

"공식적인 노예 제도 금지는 몰래 또는 공공연히 농노제(農奴制)가 횡행하고 있었던 19 세기를 통하여 조금씩 마지못해서 이루어진 것에 불과하다는 굴욕적인 역사적 증거를 인식하면 1956.에 노예 제도, 노예 무역, 과거에서 살아남아 아직도 존재하는 악덕인 노예 유사 제도와 관습을 금지하는 조약 체결은 여전히 필요하다고 할 수 있다."

115. 유엔 국제법 위원회(ILC)은 같은 위원회와 국제 연합의 초창기에서 뉘른베르크 재판 헌장과 판결(1950)에서 인정된 국제법원칙을 정식화했는데 그 중 "전쟁 범죄"에는 "점령지 주민에 대한 노예 노동 기타의 목적을 위한 추방"이 포함되어 (원칙 VI(b)), "인도에 대한 범죄"에는 "모든 민간인에 대해서 행해진 노예화, 추방, 기타의 비인도적 행위"가 포함되어 있었다(원칙 VI(c)). 1950.에 정식화된 이들 원칙은 이미 오랜 동안 세계의 사법적 양심 속에 깊이 새겨지고 있었다. 이들 범죄도 마찬가지로 이미 오랜 동안 금지되고 있었다.

116. 노예 제도의 일종으로서의 강제 노동 금지를 성문화하려는 노력은 20 세기 중엽의 유엔 국제법위원회에 의한 것만이 아니라 몇년 전 국제적십자위원회(ICRC)에 의해서도 행해졌다. 국제적십자위원회가 국제 관습 인도법이란 제목으로 2005.에 출판한 연구 결과에 따르면, 무보수 및 학대적인 강제 노동이 금지되며 이 연구는 그러한 강제 노동 금지는 "국제, 비 국제적 무력분쟁에 적용되는 국제법 규범"의 지위에 도달했다고 주장한다.

4. 국제 범죄와 강행규범에 의한 금지

117. 제2차 세계 대전 이전에 노예 노동의 일종으로서의 강제 노동은 이미 국제법으로 금지되어 있었다. 제 2 차 세계 대전의 오래 전에, 제 1 차 세계 대전보다 전에 그 부당성은 널리 인정되고 있었다. 오늘날에도 계속되고 있듯이 평화시 및 무력분쟁 시를 막론하고 불법 행위가 계속되고 있는 것은 그 문제에서 법이 없는 것을 뜻하지 않는다. 위반이 이뤄졌다고 하더라도 국제법에 의한 금지가 존재를 그만둘 수가 없다. 그 반대로 그런 위반을 행한 자가 책임을 지게 된다.

118. 이미 20 세기 초, 1907. 헤이그 육전 조약 전문은 이 조약에 채용된 조항에 포함되지 않는 경우에도 "인도의 법칙"과 "공공 양심의 요구"의 지배를 받는다는, 마루텐스 조항을 채용했다. 군수 공업에 있어서의 강제, 노예 노동에서의 관습국제법에

의한 보호 범위 밖에 누구도 방치되어서는 안 된다는 것에 대해서 정당한 배려가 이루어졌다. 그런 보호는 제 3 제국의 불길한 악몽과 공포의 오래 전부터 국제법에 의해 인류에게 주어지고 있었다.

119. 이런 생각에서, 이 사건의 2010.7.6. 재판소 명령에 대한 나의 반대 의견으로(144-146 항),(여기서 언급할 필요는 없는데, 이 사건의 당사자 자신의 제기를 고려해서) 나는 군수 공업의 강제·노예 노동의 절대적 금지의 강행규범의 발생에 대해서 주의를 환기했다. 이에 대해서, 나는 다음과 같이 주장했다.

"실제로 우리는 제 2 회 헤이그 평화 회의(1907)보다 이전의 제 1 회 헤이그 평화 회의(1899)의 시대까지 거슬러 올라갈 수 있다.…… 제 1 회 헤이그 평화 회의의 시대인 19 세기 말 이전에 국가는 개인에 대한 학대(예를 들어 강제 노동을 위한 민간인 이송)에 관해서 불법 행위 책임을 지게 되는 경우가 있다는 생각이 존재했다. 이는 다음 시대의 전쟁 범죄와 인도에 대한 죄에 대한 국가 관료 개인의 형사 책임을 예고하는 것이었다.

인류의 양심의 점진적인 각성은 만민법(국제 관습법)상의 범죄에서 뉘른베르크의 유산으로서의 국제인도법 위반 (전쟁 범죄와 인도에 대한 범죄의 형태로), 그리고 국제인도법에 대한 중대 위반(1949. 국제인도법에 관한 제네바 4 조약 및 1977. 제 1 추가 의정서)으로 개념의 진화를 실현했다. 마찬가지로 인류 양심의 점진적인 각성에 의하여 인류는 보호 대상임을 그만두고 권리의 주체로 여겨지게 되면서, 기본적인 생명의 권리를 시작으로, 존엄성 있는 생활의 권리의 주체가 되었다.

인류는 평화시뿐만 아니라 무력분쟁 시에도 모든 환경하에 있어서 권리 주체로 인정 받았다. 평화시에 대해서는 1948. 세계 인권 선언의 오래 전인 2 차례 대전 사이의 시대, 국제 연맹에 의한 소수자 보호 제도와 위임 통치 제도의 선구적인 실험은 국제법(진화한 만민법)에서 직접 생긴 권리를 주장하기 위해서 국제적 절차에 직접 참여할 자격을 개인에게 주었다(각각, 소수자 위원회, 위임 통치 위원회). 무력분쟁시에 대해서는 똑같이 1907.부터의 제 2 회 헤이그 평화 회의 이후 인류는 전후보상 청구의 자격을 인정되었다."(144-146 항)

120. 그런 전후보상 청구의 권리가 제2차 대전 종료의 오래 전부터 인정되고 있었다면 국가가 다른 국가와의 합의에 의해서 포기할 수 없을 것이다. 이는 자의적인 구속, 추방과 군수 산업에서의 강제 노동에 의한 학대와 엄청난 인적 손해의 희생이 된 인간의 고유한 권리에 대해서도 마찬가지이다. 나는 이 점에 대해서 이미 이 반대 의견 속에서 고찰했다(위 제VII절 참조). 나는 다음에 양 당사자와 참가국의 강행규범과 면제

부정에 대한 구두의 주장, 그리고 개인의 재판을 받을 권리를 위한 국가면제 부정 문제에 대해서 다루는 것이 논리의 흐름으로서 적당하다고 생각한다.

XIII. 강행규범과 면제 부정에 대한 당사국 및 참가국의 구두에 의한 주장

121. 독일은 이 사건에서 강행규범과 국가면제에 대해 문제가 된 것은 국제법의 근본 원칙이며, (위반의 결과 같은) 부차적인 규칙이 아니라고 주장했다. 또, 일반 국제법에서는 두 가지의 규칙 사이에 저촉이란 것이 존재하지 않아서 어떤 규칙이 다른 규칙의 실행을 위해서 완화되느냐는 문제가 있을 뿐이고, 이 사건에 있어서는 어떤 형태로든 국가면제 원칙이 완화되어 왔다는 것을 국가의 실행은 나타내지 않는다고 주장했다.

122. 한편 이탈리아는 강행규범에는 국가 책임의 영역과 국제법 위반의 방지에 대해 영향력이 있다고 주장한다. 이탈리아의 입장에 따르면 특별한 경우에 강행규범의 실시를 위해서 국가면제를 부정할 권리가 생긴다. 그러므로 이 같은 강행규범 위반의 경우에 있어서 국가면제를 부인해서 독일에 의한 계속적인 위반을 끝낸 이탈리아 파기원 결정은 정당하다.

123. 그리스는 다음과 같이 주장했다.

그리스 법원에 따르면 절대적인 성격을 부여된 규칙이 침해된 경우에는 국가면제는 인정할 수 없다. 실체법(강행규범)과 절차법(국가면제)을 구별하려는 시도는 법적 가치가 없다. 절차법이 실체법인 강행규범에 우선할 수 없다. 우선한다고 하면 절대적인 규범에 대한 중대한 위반을 저지른 국가를 면책하는 결과가 되기 때문이다. 게다가 그런 구별은 국제적인 법률 문서에서 인정된 실효적 구제의 권리를 저해한다. 그러므로 이 같은 규칙을 적용하기 위한 (국가면제에 저해되지 않고) 재판을 받을 실효적 권리가 인정되어야 한다.

124. 독일은 다음과 같이 반박했다.

국가면제를 부정하는 결정은 모든 평화 조약이 보상을 청구하는 민사 소송(이탈리아 자신이 그런 소송의 대상이 될 수도 있다)으로 훼손될 가능성이 있고 평화 협정이나 "합의는 지켜져야 한다"는 원칙 자체를 불안정하게 만든다. 또, 공공의 이익은 개인의 이익에 의해서 훼손되지 말아야 하며, 인권은 국제 사회의 구조를 위태롭게 하는 경우에는 인정되지 말아야 한다.

125. 이탈리아는 이에 다시 반박했다.

재판소가 요구되고 있는 것은 이 사건을 특이하게 만든 특수한 사실 관계를 기초로 한

이탈리아 법원 판단의 합법성에 대한 심사이기 때문에, 독일이 주장한 것처럼 법원 결정이 국제적 사법 제도 전체에 파멸적인 결과를 초래한다고 볼 수 없다. 또, 이탈리아의 주장은 개인이 가해 국가의 법원에서 목적을 달성하지 못한 경우에만 자국 법원에서 재판을 받을 권리를 갖는다는 것이며, "보충성의 원칙"에 가깝다.

126. 디스토모 학살에 관한 그리스 최고재판소 판결에 대해서 그리스는 그리스 법원의 절차와 판단에 대하여 자세히 설명해서 다음과 같이 주장했다.

그리스 특별최고재판소는 "헌법 재판소"가 아니라 법률의 합헌성에 관한 한정적인 상황에서만 그런 역할을 하는 것이며, 다른 국가의 예처럼 그 판단이 국내법질서 속에서 우선권을 갖는 것이 아니다. 그래서 그리스의 법질서 속에서의 판결의 효력에는 약간의 의문이 제기되는데 그리스 최고재판소 디스토모 학살 사건 판결이 번복됐다고 간주될 수는 없다.

127. 이에 관해서 독일은 다음과 같이 주장했다.

그리스의 주장에도 불구하고 말게로스 사건 특별최고재판소 결정 이후에는 그 판결이 구속력 있는 판례가 되고, 그리스의 법질서는 주권행위에 대한 국가면제에 대해서 어떤 제한도 인정하지 않는 것은 사실이다. 또, 이탈리아 법원이 디스토모 사건 그리스 판결의 효력을 인정하면서 집행한 결과 독일의 국가면제를 침해했다. 이에 대해서, Villa Vigoni 에 대한 재판상 저당권의 위법성을 이탈리아 대리인이 받아들인 것 및 그 상황을 회복하는 이탈리아의 의사를 유의한다.

128. 이에 대해 이탈리아는 다음과 같이 주장했다.

디스토모 학살 판결의 집행은 독일이 주장하고 있는 것과 같은 펠리니 판결이 야기된 "법정 사냥"의 결과가 아니고, 외국 판결의 승인 절차에는 국가면제를 인정해야 한다는 원칙은 존재하지 않는다. 그리스 법원이 펠리니 사건과 유사한 상황에서 같은 이유로 독일의 면제를 인정하지 않았을 이상, 이탈리아는 독일에 면제를 부여할 의무가 없다.

129. 나의 이해에 따르면 국제법질서를 위태롭게 하거나 불안정하게 만드는 것은 재판을 추구하는 과정에서의 보상청구 민사 소송이 아니라, 국제 범죄이다. 나의 인식에서는 국제법질서를 귀찮게 하는 것은 그러한 국제 범죄를 범행자 불처벌로 은폐하는 것이고, 피해자의 재판 추구가 아니다. 국가가 자국민의 일부나 타국민을 살해한다는 범죄적 정책을 추구한 경우, 그 국가가 그 후 국가면제의 배후에 가려지는 것은 허용되지 않는다. 국가면제는 그런 목적을 위해 이용해서는 안 된다. 국제 범죄를 구성하는 인권과 국제인도법의 중대한 위반은 주권행위일 수 없다. 그것들은 반 법률적 행위이며 쉽게 지워 버리거나 국가면제에 의해서 망각되어서는 안 된다. 이는 재판의 이용을 방해해서 불처벌을 초래한다. 이는 강행규범에 대한 침해는 국가면제의 요구를

배제해서 재판을 실행하게 된다는 바람직한 모습의 대적점이다.

XIV. 국가면제와 재판을 받을 권리

1. 유럽인권법원 관례에 있어서의 광범위한 긴장관계

(a) 엘 아도사니 사건(2001)

130. 재판을 받을 권리와 국가면제 사이의 긴장관계는 유럽인권법원(ECHR)의 근년의 사례 속에 존재한다. 리딩케이스인 엘 아도사니 대 영국(*Al-Adsani v. U.K.*) 사건(2001)은 영국·쿠웨이트 이중 국적자인 원고가 쿠웨이트에서 당국으로 억류됐을 때 받은 고문에 대한 민사 소송에 대해서 영국 법원이 쿠웨이트에 국가면제를 인정, 원고의 재판을 받을 권리를 보호하지 않았던 것은 유럽인권조약 제 6 조 및 제 13 조를 위반된다며 영국을 제소한 사건이다.

131. 2001.11.21. 판결에서 유럽인권법원(대법정)은 고문 금지는 국제법상 강행규범의 지위에 있음을 인정했지만 국가가 "고문 행위에 대해서 제기된 민사 소송에 있어서 법정지국에서 이미 국가면제를 누리지 못한다"고 결론질 만한 확고한 근거를 찾지 못했다고 판시했다. 유럽인권법원(대법정)의 결정은 찬반 9-8 으로 이루어졌다. 다수 의견의 논리의 결함은 Rozakis, Caflisch 두 재판관들에게 Wildhaber, Costa, Cabral Barreto, Vajić 각 재판관이 동조한 공동 반대 의견에 잘 정리되고 있다. 그들은 강행규범과 국제법의 기타 규칙이 저촉할 경우 전자가 우선해서 절대적 규칙의 내용에 모순되는 규칙은 법적 효력을 가지지 않는다는 올바른 결론을 내렸다.

132. 나의 이해에 따르면 반대 의견 재판관들은 다수 의견의 논리의 문제점의 핵심을 지적하고 있다. 다수 의견과 달리 그들은 고문 금지가 강행규범이라는 판단에서 올바른 결론을 끌어냈다. 즉, 국가는 고문에 대한 배상을 요구하는 외국 법원의 민사 소송을 무효화해서 스스로의 행위의 귀결에서 벗어나기 위해 국가면제 규칙의 배후에 숨지 못한다는 것이다. 반대 의견은 다수 의견이 그은 형사 민사 절차의 구별은 강행규범의 작용에 있어서 그만큼 본질적인 것이 아니라고 주장했다. 실제로 문제의 절차가 형사 소송인지 민사 소송인지는 중요하지 않다. 본질적인 문제는 강행규범 위반이 있어서 어떤 사법적 장에도 "관계하는 국제법 규칙의 상호 작용에 의해" 해제되지 않으면 안 된다는 것이다.

133. 마찬가지로 Loucaides 재판관은 그 반대 의견 속에서 고문 금지가 정말로 강행규범임을 받아들이는 이상 고문 행위의 책임을 대상으로 하는 절차에 대하여 어떤

면제도 인정되지 않는다는 결론이 된다고 했다. 재판소 다수 의견이 고문 금지는 강행규범이라는 인정에서 엘 아도사니 사건의 상황에서는 국가면제를 부정하는 효과를 갖는다는, 적절한 결론을 이끌어 낼 수 없었던 것은 대단히 유감스럽다. 하지만 재판소 다수 의견은 적어도 국가면제의 관습법으로서의 성격과 그것이 과도기적 상태에 있는 것, (국가가 주권행위를 하는 경우에도) 국가면제가 제한되는 가능성을 인정해서 장래의 올바른 방향의 발전의 길을 닫지 않았다.

134. 이 사건에서 이탈리아 법원은 강행규범의 지위를 가진 규범에 대한 위반이 민사 소송에 있어서 국가면제에 미치는 효과에 대해서 필요한 법적 결론을 제대로 이끌어 냈다. 이 사건은 절대적 규범에 대한 위반이 행해지고 이들 위반에 대한 독일의 책임에 대해서는 다툼이 없다는 사실이 기초가 되어 있다. 따라서 유럽인권법원의 엘 아도사니 사건 반대 의견의 논리에 따르면, 독일은 외국(이탈리아)법원의 강행규범 위반에 대한 보상을 요구하는 절차에서 국가면제 규칙의 배후에 숨겨질 수 없다는 결론이 될 것이다. 이에 관해서 엘 아도사니 사건은 문제가된 행위가 실행한 곳이 법정지 국가가 아닌 (쿠웨이트에서 실행) 것과 달리 이탈리아 법원에 계류된 청구에 관련하는 범죄 중 몇몇은 그 전부 또는 일부가 이탈리아 자신의 영역에서 실행되었다는 것을 간과할 수 없다.

(b) 맷켈히니 (McElhinney)사건(2001)

135. 맷켈히니 대 아일랜드 사건(2001)은 원고를 저격한 영국 병사와 북 아일랜드 국무장관에 대해서 아일랜드에서 제기된 손해 배상 소송에 관한 사건이다. 국내 법원은 영국이 주장한 국가면제를 근거로 원고의 청구를 기각했다. 유럽인권법원(대법정)은 2001.11.21. 판결에서 법정지 국가 영역에서의 작위·부작위에 의한 인간 상해에 대해서 "국제법과 비교 법의 추세는 국가면제 제한으로 향하고 있"는 것처럼 보이지만 그 실행은 "보편적이라고 할 수 없다"고 판시해서 12-5의 평결로 아일랜드 법원의 판단은 개인의 재판을 받을 권리에 대한 적절한 제한의 범위를 넘지 않았다고 인정했다.

136. 다수 의견에 반대하는 5 명의 재판관 중 2 명(Rozakis, Loucaides)은 그들의 개별 반대 의견에서 다수 의견의 판단은 국제법의 발전을 고려하지 않고 재판을 받을 권리를 부당하게 제한하고, 이 권리의 본질을 현저히 훼손하고 있다고 주장했다. Loucaides 재판관은 이어 다음과 같이 주장했다.

"국제법에 있어서 국가면제는 개인의 권리가 사실상 존재하지 않고 국가가 사법 절차의 남용으로 인한 괴롭힘에 대한 방어를 더 필요로 했던 시대에 발생했다. 현대에서는 국가면제의 원칙은 점점 제한되면서, 개인의 입장 강화라는 인권 분야

발전의 견지에서 적용이 제한되는 추세이다."

137. 다른 3 명의 반대파 재판관(Caflisch, Cabral Barreto, Vajić)는 그 공동 반대 의견에서 유엔국가면제조약 제 12 조 밑에서는 "외국 관리의 행위에 대한 손해 배상 소송에 대해서 국가가 그 외국에 국가면제를 부여하는 국제적 의무"는 이미 존재하지 않는다고 하며 역시(이 사건에 있어서 부당하게 제한된) 유럽인권조약 제 6 조(1)에 의한 재판을 받을 권리의 우선을 지지했다. 그들은 이어 다음과 같이 주장했다.

"국가면제 원칙은 오래 전부터 국가를 법원의 관할권에서 면제하는 포괄적 규칙이 아니었다.

재판권(및 집행권)에 대한 절대면제주의는 국가 거래의 출현으로 20 세기의 첫 25 년간에 흔들리기 시작했다.

절대면제주의에 대한 예외는, 우선 대륙법 국가, 한참 후에 영미법 국가의 국내 법과 법원에서 서서히 인정되어 갔다.

문제의 예외, 특히 영역내 불법 행위 예외는 국제법에 스며들어갔다."

138. 이 사건에선 이탈리아가 주장하듯이 원고들은 독일 법원에서 소송을 제기했지만 성과를 거두지 못 했다. 그래서 북 아일랜드에서 소송을 제기할 수 있었던 닛켈하니 사건의 원고에 대한 유럽인권법원의 논리는 이탈리아 법원에 제기하기 전에 다른 방법을 추구한 이 사건의 사정 밑에서는 그대로 적용되지 않는다. 이 사건에서는 실효적으로 권리를 지키기 위한 합리적인 다른 수단이 존재하지 않았다.

(c)포가티(Fogarty) 사건(2001)

139. 포가티-영국 사건(2001.11.21.판결)은 고용 분쟁에 관한 사건이다(재 런던 미국 대사관 직원의 부당 대우와 차별에 대한 소송). 유럽인권법원은 이 사건에서 국제법과 각국의 법은 고용 관계 분쟁에서 국가면제를 제한하는 방향에 있다고 인정했다. 또 유엔 국제법 위원회가 절차의 내용이 재외 공관을 포함한 직원 채용인 경우에는 국가면제 적용 제외를 의도하지 않던 것을 법원은 유의했다.

140. 유럽인권법원은 외국 대사관의 고용에 관한 국가 실행은 일정하지 않는다고 결론지었다. 유럽인권법원은 재판을 받을 권리에 적용되는 제한은 "재판을 받을 권리의 본질 자체를 침해하는 방법이나 범위에서 개인에 남겨진 구제 수단을 제한 제약하는 것이어서는 안 된다"고 밝혔지만 결론적으로는 위 각 사건과 같은 판단을 내렸다. 하지만 이 국가면제 사건에서는 이탈리아가 주장하는 것처럼 "전쟁 피해자가 보상을 얻기 위한 다른 수단이 남아 있지 않다".

(d) 카로게로프루 (Kalogeropoulou)사건(2002)

141. 마지막으로 중요한 사건으로서 디스토모 사건 피해자의 유족이 제기한 카로게로프루 사건(2002)이 있다. 원고들은 유럽인권조약 제 6 조 및 같은 조약 제 1 추가 의정서 제 1 조에 의해 제소했다. 유럽인권법원 재판부는 이 사건을 기각했지만(2002.12.12.판결), 이 사건은 엘 아도사니 사건과 달리 법정지 국가(즉 그리스)에서 저지른 반인도 범죄에 관한 것이었다. 법원 재판부의 결정은 재판을 받을 권리는(목적에 비례한)제한에 따르는 것을 전제로 한다. 하지만 나의 이해에 따르면 그런 제한은 재판을 받을 권리의 본질에 대한 침해를 피할 수 없는 것이다.

142. 법원 재판부의 결론은 재판을 받을 권리에 대한 몇가지 제한은 공정한 재판에 내재하는 것으로 간주되어야 하며 그것에 국가면제도 포함된다는 것이다. 다만 재판부는 "이는 장래에 있어서의 관습국제법의 발전을 배제하는 것이 아니다"고 덧붙였다. 이 판시는 장래의 발전에 "문을 여는"것에 대해서 분명히 표현하지 않은 엘 아도사니 사건이나 맛켈히니 사건 판결을 약간 전진시킨 것으로 생각된다. 이렇게 장래의 발전에 "문을 여는"것은 유럽인권법원의 판단으로서 충분한 것이라고는 도저히 할 수 없다고 하더라도 적어도 이 사건으로 문제가 되고 있는 법이 10 년 전(2002.)에 이미 변화 과정에 있었다는 것을 추측할 수 있다.

2. 국내 판례에 널리 존재하는 긴장관계

143. 국내 법원의 판례에도 널리 존재하는 위 긴장관계는 재판소의 구두 절차에 있어서 특히 펠리니 사건 이탈리아 파기원 판결(2004)에 대한 각각의 관점에서 당사자의 관심의 대상이었다. 독일은 이탈리아 파기원은 입법자를 대신하여 국가 실행에서도 타국의 사법적 판단에서도 아직 국제적 지지를 받지 못하는 새로운 법을 도입했다고 주장했다. 그리고 국내 법원의 실행은 국제 범죄의 경우도 국가면제가 허용되는 것을 나타내고 있다고 했다. 독일은 그런 시각에서 이탈리아 파기원 펠리니 사건 판결은 국가 실행 가운데 고립된 판단이며, 주권행위에 대한 국가면제는 지금도 확고한 국제법 규칙이라는 결론을 내렸다.

144. 이에 이탈리아는 펠리니 사건 판결은 국가면제 규칙을 침해하는 것이 아니고, 국가면제 규칙은 기본적으로 유지되고 있지만 국제 사회의 기본적인 의무와의 조화를 위해 재평가되어, 주권행위에 대한 국가면제는 영역내 불법 행위 예외 같은 예외의 대상이 되어서, 절대적인 것으로 볼 수 없다고 주장했다. 그 견해에 따르면 외국의 면제를 주는지 여부를 판단하기 위해서 외국의 행위를 분류·정의하는 것은 국내 법원의

임무이다. 그리고 펠리니 사건에서 이탈리아 파기원은 위반의 희생자에게 재판권을 받을 실효적 권리를 보장했는데 그것에는 두 가지 구성 요소가 있다. 즉, 공정한 재판의 권리와 보상의 권리이다. 독일 법원에 따르면 펠리니 등 피해자들은 독일법으로 보상의 권리를 인정되지 않았기 때문에 이탈리아 법원에 의존할 수밖에 없고 따라서 이탈리아 파기원은 국가면제 원칙을 이 사건에 적용하는 국제법과 일관성을 유지하기 위해서 수정한 것이다.

145. 펠리니 사건 이탈리아 파기원 판결(2004)은 양 당사자(독일, 이탈리아)와 참가국(그리스)이 이 사건의 심리 과정에서 원용한 관계 판결 중 하나에 불과하다. 심리 과정에서 양 당사자와 참가국은 국내 법원 기타의 판결을 쟁점에 관한 주장을 입증하기 위해 원용했다. 국가면제에 관한 국내 법원 실행에 한해도 예컨대 독일은 그 주장을 입증하기 위해서, 이스라엘의 텔아비브 지방 법원의 최근의 즉결 판결, 리우 데 자네이루 연방법원 판결, 폴란드 대법원 판결에 언급했다.

146. 한편 이탈리아는 독일의 주장에 대해 "국내 법원은 강행규범 위반에 기인한 청구에 직면한 경우, 불법 행위를 한 국가의 국가면제 향유 문제에 대해서 다양한 견해를 표명해왔다."고 반박했다. 이 견해의 근거로 이탈리아는 위의 디스토모 학살 사건 그리스 최고재판소 판결, 펠리니 사건 이탈리아 파기원 판결과 이탈리아의 견해에 따르면 "이런 종류의 사건에서 주권행위에 대한 국가면제 원칙이 제한을 받는 것을 인정하는 방향에 있는", 퀘벡 대법원 및 프랑스 파기원의 최근의 2 건의 판결을 원용했다.

147. 한편 그리스는 "그리스 법원 입장에서의 근본적인 주장은 인도법에 대한 중대한 위반의 경우 개인 보상 청구권을 인정하는 것을 기본으로 하고 있다"고 지적했다. 그리스는 이어 다음과 같이 주장했다.

"인도법 규칙 위반에 대한 개인 보상 의무는 1907. 헤이그 육전 조약 제 3 조에서 도출된다.....그것은 제 3 조의 문언이 개인을 제외하지 않은 것으로 밝혀진다. 이 취지의 주장은 제 2 회 헤이그 평화 회의 준비 작업에 의해서도 뒷받침된다."

그리스는 또 불법 행위를 한 국가의 보상 의무는 국제법에 있어서 확립되고 있다고 주장한다. 인권 및 국제인도법 조약은 조약 위반 피해자 개인을 위해 국가의 보상 의무를 규정하는 특별 조항을 채용하고 있다.

148. 재판소에서의 주장에서 포착되는 전체상은 국가면제와 재판권을 받을 권리에 대해서 국내 법원 판례에 있어서 일어난 긴장관계를 밝히고 있다. 그래서 재판소는

국내 법원의 실행만을 근거로 그 논리를 구성하는 것은 어렵다. 재판소는 재판소 헌장 제 38 조에 열거된 것과 같은 현대의 국제법의 다른 징표(국제법의 정식 "법원(法源)")에 의거하면서, 과거에 그랬듯이 그것을 넘어가야 한다. 이야 말로 이 사건과 같은 논란이 있는 사건을 "유엔의 주요 사법 기관"(유엔 헌장 제 92 조)으로서 적절하게 해결할 유일한 방법이다.

3. 법의 지배 시대에 있어서의 국내·국제 차원의 긴장관계

149. 현재의 국내·국제 차원의 법의 지배 시대의 위 긴장 관계를 염두에 두면 이는 더 설득적이다. 이 개념(본질적으로는 국내 차원의 법의 지배)의 기원은 대륙법 국가에서도 영미법 국가에서도 18 세기 말까지 거슬러 올라갈 수 있다. 그리고 이는 19 세기를 통해서 점차 구체화됐다. 그것은 특히 20 세기에, 일련의 기본적인 원칙과 가치와 그 기초가 되는 권력 제한의 필요성이라는 사상에 적응하게 됐다. 이런 원칙의 하나가 법 앞에 평등이다

150. 법의 지배 개념은, 선견성이 없고 기성 권력 추종을 특징으로 하는 법실증주의를 벗고 자연법학과의 법 사상에 따라 국내외에 있어서의 "목적로서의" 정의 사상에 접근했다. 후자의 영역에서는 국가에 우선해서 인권 보장에 주의가 집중된다. 법의 지배 개념이 근년에 있어서 국제 조약법 분야에서도 존재감을 과시하며 그 안에 수용되고 있는 것은 놀랄 일이 아니다.

151. 오늘 우리는(현대의 국제재판소 창설과 병립에 의해 증명되는) 국제 사법권 확대, 국제적 차원에서의 재판 이용 확대, 사법에 의한 해결해야 하는 사건의 증대를 수반하는 국제법질서 자체의 사법화를 우리 세대의 일반적 현상으로 목격하고 있다. 국내·국제 차원에서의 법의 지배란 주제는 최근 (2006. 이후) 유엔 총회 자신의 주제가 되어서 현재에 이르기까지 그곳에서 더욱 주목되고 있는 것도 놀랄 일이 아니다.

152. 나는 이 발전에 대해서 형사 소추 또는 인도 의무 사건(벨기에-세네갈) 가보전 조치 2009.5.28. 결정 반대 의견에 있어서 주의를 환기했다. 유엔 총회에서의 이 발전의 충격은 2000. 유엔 밀레니엄 선언과 밀레니엄 개발 목표의 실행에 대한 2005. 경과 보고에서 나타났다. 그리고 궁극적 또는 넓은 의미에서 개인의 인권에 관한 핵심이 되는 다자조약이 주목되었다.

153. 2005.에 채택된 유엔 정상 회의 성과 문서는 국내·국제 차원에서의 법의 지배에 대한 지지와 실행 필요성을 인정했다. 이 주목할 만한 실행의 특징을 열거하면 제 1 에 다자조약에 초점을 맞춘 것, 제 2 에 법의 지배의 우월성을 위한 조사, 제 3 에 국내·국제

양면에서의 우월성 주장, 제 4 에 그 단순히 국제적인 외모의 극복이다.

154. 나의 견해에 따르면 이는 현대 국제법의 다른 영역에 파급했다. 국가면제 만을 보아도 예컨대 1972. 유럽 국가면제 조약(제 11 조), 2004. 유엔 국가면제 조약(제 12 조)이 개인의 신체 상해(배상)을 예외로 인정했다. 즉, 두 조약 모두 그 주제는 단순히 국가 간 관계에 한정될 것이 아님을 승인한 것이다.

155. 이는 실제로는 그것을 넘어 국가가 각국 관할권 밑에서 인간을 다루는 방법도 포함하는 것이었다. 국가면제는 국가 범죄를 실행한 국가들을 배후에 숨기기 위해서 고안된 것이 아니다. 이 점을 논하기 전에 나는 다음에 주권행위와 업무관리행위라는 낯은 이분법 (이 사건에서 검토했듯이) 및 국가면제에서의 개인의 취급, 고집수려운 국가 중심 사고의 선견성 결여와 그 극복에 관해서 논하기로 한다.

XV. 주권행위와 업무관리행위에 관한 당사자 간의 논쟁

156. 이 사건에서는 당사자는 국가면제 적용을 위해, 더욱 넓은 의미에서는 절대면제주의에서 제한면제주의로의 발전 문제를 위해 주권행위와 업무관리행위의 구별에 대해서 방향이 다른 견해를 제창했다. 독일은 다음과 같이 주장했다.

독일이 이탈리아 영토에 있었던 1943.~1945. 시대에는 "절대면제주의는 의문의 여지가 없었다" "1952.에 일반적 합의를 바탕으로 기본적인 회전을 가져온" 것은 미국의 데이트 서한이다. 그후 "재판 실행은 주권행위와 업무관리행위의 두 가지 유형으로 구별되었다".

157. 한편 이탈리아는, 당초의 재판 실행은 오로지 주권행위와 업무관리행위의 구별에 따랐지만 "최근에 들어 여러 국가의 법과 실행은" "주권행위에 속하는 몇가지 행위에 대해서도 국가면제 예외"로 하는 것을 지지하게 됐다고 주장했다. 또 절대면제주의에서 제한면제주의로의 발전의 기원은 국내 법원의 계속적인 판결에 있다고 주장했다. 그리고 그리스는 2011.8.4. "진술서"에서 이 견해를 되풀이했다. 또, 이탈리아는 벨기에 판례법이 사적 행위를 면제의 예외로 하는 발전의 선구자이며 이탈리아 판례법은 19 세기 이후 "정치적 실체로서 독립한 권력을 실행하는 국가는 국가면제를 누리고 법인으로서의 국가는 국가면제를 누리지 않는다는 구분을 일관해서 해왔다 "고 주장했다.

158. 이탈리아는 이어서 다음과 같이 주장했다.

"벨기에와 이탈리아의 판례법은 오랜 동안 고립된 채 있었던 것이 아니라" 19 세기 말부터 법학설에서도 같은 호응을 얻었다. 주권행위와 업무관리행위의 구별의 터닝

포인트는 독일이 주장하는 1952. 미국의 데이트 서한이 아니라 "제2차 세계 대전 오래 전의 여러 법원의 국가면제 거부는 외국의 주권이나 존엄을 훼손하는 것으로 생각되지 않았다". 그리고 "제한면제의 발전은 개인 보호의 필요성에 의한 것이다". "국가면제의 예외는 업무관리행위에 한정되지 않는다".

159. 재판소의 구두 절차 과정에서 2004. 유엔국가면제조약 제 12 조에 따른 인적 손해 배상 예외(영역내 불법 행위 예외)에 대해서 독일은 이 조항은 관습법을 성문화한 것이 아니고 군대의 행위에는 적용되지 않고 국제적인 국가 실행은 모든 국가면제 예외에서 군대의 행위를 제외하고 있다고 주장했다. 이에 이탈리아는 영역내 불법 행위 예외는 이 사건처럼 불법 행위의 전부 또는 일부가 법정지국가에서 행해진 경우에는 국가면제를 부정하는 것이고 유엔국가면제조약 제 12 조도 주권행위와 업무관리행위에 아무런 구별도 두지 않는다고 주장했다. 그리고 독일군이 이탈리아에서 행한 특정의 불법 행위는 단순한 불법 행위가 아니라 강행규범에 대한 중대한 위반이며 구제의 실현과 재판의 이용을 위해 영역내 불법 행위 예외를 인정하는 추세와 절대 규범에 대한 위반의 경우에는 면제를 부정하려는 경향이 서로 어울려서, 이탈리아에는 이들 행위에 대해서 독일에 면제를 주는 의무가 없었다고 주장했다.

160. 당사자 간의 이 논쟁은 국가 간 관계의 틀에 얽매이고 있다. 강행규범을 유일한 예외라고 주장하는 것도 포함하고, 그것은 전통적인 국제법의 어휘 체계로부터 자유롭지 못하다. 서로 전혀 다른 해석에 의한 것이라고 해도 당사자가 논급한 법의 발전은 엄격한 국가 중심 사고를 넘어선 더 큰 틀 속에서야 진가가 인정되는 것이다. 쟁점에 대해서 더 나은 이해에 도달하기 위해서 나는 다음에 이 점에 대해서 주의를 환기하려고 생각한다.

XVI. 개인과 국가면제:선견지명이 없는 고집스러운 국가 중심 사고

161. 이를 위해 적절한 출발점은 국제법질서에 대한 국가 중심 사고의 왜곡을 확인하고 국가의 역할에 대한 신화를 자각하는 것이다. 제 2 차 세계 대전의 공포와 유럽 관계의 이성적 사고의 붕괴 속에서 박학의 사상가 에른스트·카시러(Ernst Cassirer,1874-1945)는 그 붕괴 속에서 수행된 신화의 역할을 연구했다. 그는 죽음의 직전에 대부분의 사람들이 믿는 것과는 달리 문명은 전혀 견고한 것이 아니라 그 밑에 과격한 폭력과 학살의 응수, 역사를 통한 포학을 바른, 벗겨지기 쉬운 도장면에 불과하다고 결론을 내렸다. 카시러는 20 세기 국가의 신화에 초점을 맞추고 마키아벨리즘(윤리적 사고에 대한 거부 또는 무관심), 홉스 사상 (피지배자가 지배자에 종속하는, 양자의 영속적인 관계), 헤겔 주의 (자기 보존하는 최고의 역사적 실재로서의 국가, 그 이익은 어떤 윤리적 사고와 상관 없이 모든 것에 우월함)의 계보가 악영향을

미치고 있는 것을 확인했다.

162. E. 카시라는 이어 "정치적 신화"를 포함한 신화, 특히 20 세기에 과격한 폭력과 전체주의로 이끈 신화에 조심해야 한다고 경고했다. 또 하나의 박식한 사상가이자 역사가인 아놀드 토인비도 이 문제에 대해서 비슷한 견해를 제시했다. 1948.에 출판된 통찰력에 가득 찬 평론에서 토인비는 ("상황이 아니라 동향으로서의") 문명이란 용어로 이해되고 있는 실제의 원리에 의문을 제기해서 이는 사회적·윤리적 차원에서 참으로 어쭙지 않은 진보에 불과하다고 특징 지었다. 그 얇은 지층 아래에 그의 시대의 통제 불가능한 과격 폭력으로 나타나는 야만이 불행하게도 지속하고 있었다고 그는 말했다.

163. 인간을 배제한 국가 중심 사고는 점차 국제법 사상에 침입하고 제 2 차 세계 대전의 공포와 20 세기부터 21 세기 초까지 연속한 잔혹 행위로 대표되는 비참한 결과를 초래했다. 예컨대 "주권"이라는 용어에는 오랜 귀찮은 역사가 있다. 장 보댕(Jean Bodin, 1530~1596)나 에머리히 드 바텔(Emmerich de Vattel 1714~1767)의 시대부터 현대까지, 부당하고 부주의하게 국제 관계에서 국내 관계에 전용된 국가 주권의 이름으로 수백만 명의 인간이 희생이 됐다. 용어의 오용은 국제법 사상에 영향을 주어서 다양한 목적으로 윤리적 배려도 없이 국제적 사건의 진행에 영향을 주려고 했다.

164. 이윽고 국가 간 관계 분야에서는 할 수 있는 것에는 한계가 있는 것이 인식되었다. 국제법의 용어는 국가 평등 원칙의 창설과 승인에 사용되기 시작했는데, 다시 본질적으로 국가 중심주의적 시각과 논리에 따른 (대내적 및 대외적)주권의 틀 속에서였다. 당시 융성했던 우에스토화리아 패러다임을 연상시키는 난해한 전문 용어(jargon)와 만난 것은 이 애매한 국제적 견해에 의한 주권 개념이었다. 이렇게 해서 국가면제라는 용어가 태어났다.

165. 실제로 "면제(immunity)"(라틴어 immunis 에서 파생된 immunitas 가 어원)는 18 세기 중반 이후, 과세, 요금, 의무의 부담에서 면제된 지위를 뜻하는 용어로 사용됐다. 19 세기 말까지 면제(immunity)는 (국회 의원과 외교관에 관한 것으로서) 헌법과 국제법의 어휘에 도입되었다. 형법에서는 "불처벌의 근거"에 관한 말이 됐다. 국제법에 있어서는 주권 국가의 "혜택"에 관한 용어로서 사용되기 시작했다.

166. 어떤 경우에도 "면제(immunity)"라는 용어는 항상 완전히 예외적인 것, 재판권이나 집행권에서의 면제를 의미했다. 이는 결코 "원칙"이나 일반적으로 적용되는 규범이 아니었다. 이는 그 효과에 따라, 국제 범죄를, 하물며 국제인도법과 인권에 대한 중대한 위반이나 잔혹 행위를 재판권에서 제외하거나 쉬쉬하기 위한 것이 아니었다.

이는 결코 그런 잔혹 행위나 중대한 위반에 대한 피해 보상을 배제하기 위한 것도 아니었다. 그렇지 않다고 주장하는 것은 논점을 회피할 뿐만 아니라 "면제"이란 용어에 대한 심각한 왜곡을 초래한다.

167. 국가면제 이론은 각국의 재판권에 있어서 국가가 개인의 처우에 거의 관심을 주지 않았던 시대와 환경에서 창설됐다. 근시안적인 국가 중심 사고에 따라, 19 세기 말까지 큰 역할을 한 이탈리아와 벨기에의 법원과 무역 선진국의 국내 법원에서 주권행위와 업무관리행위의 구별이 서서히 확산됐다. 그리고 국가면제는 그 후 전자의 이른바 주권행위에만 적용되게 되었다.

168. 당시 이 발전의 기여자들은 국제 범죄를 염두에 두지 않았다. 관심은 주로 상업 거래에 향하면서 국가가 사적 존재로 활동한 경우에 면제 적용이 제외됐다. 40 년 전(1972)에 바세루에서 채택되어 1976. 발효된 유럽국가면제조약 같은 국가면제조약의 기안을 포함한 입법 활동에 있어서 이 구별은 적어도 절대면제주의의 관념을 종식시켰다. 아메리카 대륙에서 미주기구의 범미 법률위원회는 똑같이 국가면제 제한을 향해서 진행 중인 발전을 받아들인 미주국가면제조약 초안을 1983.에 결정했다.

169. 그런 발전은 국가의 통상 관계를 국가면제에서 제외함으로써 초래되었다. 범미 법률위원회는 주권행위와 업무관리행위의 고전적인 구별의 "고집서러움"에 의문을 제기하며 그런 전통적인 구별의 규정을 거부했다. 어쨌든 절대면제주의에서 의식적으로 벗어났다. 현대 국제법의 어휘에 제한면제주의가 도입된 것에는 변함이 없으나 그 기초가 된 주된 관심과 동기는 영업 거래였다. 요컨대 통상 관계와 거래를 국가면제에서 배제한 것이다.

170. 허쉬 라우터파흐트(Hersch Lauterpacht)는 1951.에 국가면제에 대한 날카로운 비평 속에서 스스로의 이익을 옹호하기 위해서 개인의 법적 구제를 거부하는 주권 국가의 특전에 이의를 제기했다. 그에 따르면 절대면제주의는 부정의를 초래하고 주권행위와 업무관리행위의 구별에 의한 제한면제주의는 국제법의 발전의 기초와 방향을 제공하지 않기 때문에 역시 해결로 되지 않는다. 국가면제의 개념은 홉스 주의 국가관의 표명이며, "전제 주의자"의 것이다. 그것은 원칙이 아니라 점진적인 "국가에 있어서의 법의 지배에 향한 일반적 진보"속에서 재평가되어야 하는 "예외"이다. 결국 국가가 "정당한 청구를 거절하기 위해 국가면제의 방패로 스스로를 보호할" 때마다 발생하는 "부정의에 대한 관용"을 이제 그만두어야 한다.

171. 이는 우리가 주권행위와 업무관리행위의 구별을 정식화하는 동기가 된 한정적인 역사적 문맥, 즉 거래와 통상과 무역관계에서 벗어나면 더 뚜렷이 보인다. 우리가

각국의 재판권에서의 개인의 취급이라는 넓은 분야의 시각에 서면, 전통적인 구별은 불충분하고 부적당한 것을 이해할 수 있게 된다. 과거의 고집스럽고 위험한 국가 중심 사고를 완전히 극복해 나가야 한다.

XVII. 재판의 필요성에 대한 국가 중심주의의 왜곡된 견해

172. 국제법 분야에서의 근대적인 국가 이론으로서의 국가 의인화(擬人化)는 18 세기 중엽에 머리히 드 바텔의 저작(국제법, 즉 국가 및 주권자의 행위와 사무에 적용되는 자연법의 제 원칙, 1758)으로 시작되어 그 시대의 국제 사법 실행에 큰 영향을 미쳤다. 국가의 의인화와 주권의 강조는 국제법은 국가 간 관계에만 적용된다는 생각(만민법이 아니라 국가간법)을 이끌었다. 이는 국제법의 대상으로 국가만을 인정하는 환원 주의적 견지의 국제법질서로 돌아가게 된다.

173. 이 국가 중심주의에 의한 곡해의 결과, 20 세기 중반에 널리 인식된 것처럼, 인류에게 재앙을 가져오는 것이 증명됐다. 국가 중심주의의 열광의 전성기에는 개인은 부차적인 존재로 격하되었다. 예를 들어, 프로이센 국가의 옹호자였던 G. W. F. 헤겔(1770-1831)에게는 개인은 국가에 완전히 포섭되는 존재였다. 사회 자체도 똑같이 국가에 종속했다. 국가는 자기 완결하고 자유는 국가 자신만이 누리는 것이었다. 헤겔은 독재적이고 절대적 주권 국가를 지지해서 정당화했다. 그에게는 국가는 사회보다 강력하고 개인은 주권 국가를 통해서만 그들의 이익을 추구할 수 있었다.

174. 19 세기 후반 이후 법실증주의는 국가를 완전히 의인화해서 국가에 "그 자체의 의사"를 부여했다. 그리고 국가가 뒤늦게 인정한 개인의 권리를 축소했다. (주의주의(主意主義)적 실증주의에 의한) 국가의 "의사" 설은 국제법의 주요 기준으로 창설되어 개인과 인간의 제소권을 부인했다. 이는 국제 사회에 대한 올바른 이해를 어렵게 만들고 국제법의 범위를 주권 국가만의 국가 간 법으로 엄격히 한정해서 국제법 자체를 훼손하는 것이었다. 실제로 국제법질서가 국제법(만민법)의 창시자 밑을 떠났을 때 인류에 대한 잔혹 행위가 계속적으로 행해졌다.

175. 전쟁 범죄와 인도에 대한 범죄라는 지속적인 잔혹 행위는 전능한 국가의 신화의 한가운데에서 발생하고 사회 환경까지 이를 위해 동원됐다. 제 1 차 세계 대전 발발 이후에 점차 구체화한 국가의 범죄적 정책은 "기술적 합리성"과 "관료적 조직"에 의거했다. 실제로, 후술의 자의적인 범죄에서 개인은 점점 약하고 무방비로 되어 갔다. 국가 범죄 피해자와 유족뿐만 아니라 사회 환경 전체에게 재판이 절실히 필요하다는 것이 이윽고 밝혀졌다. 그렇지 않으면 계속하는 국가 범죄로 인해 개인은 부정되고 멸종되고 인생은 견디기 어려운 것이 될 것이다.

176. "국가의 주권 행위"로 간주되는 행위에 대한 개인의 소송을 무효화하는 국가면제의 실행이 구체화하고 가장 발전한 것은 국가 중심주의의 단견이 유행했던 시절이었다. 그러나 국가의 "의사"에 대한 개인의 복종의 이론은 모든 사람을 납득시키는 것이 아니고, 이윽고 보다 명쾌한 학설에 의한 공공연한 도전을 받게 됐다. 국가의 무책임과 전능을 이끄는 절대적인 국가 주권의 사상은 인간에 대한 국가(또는 그 이름)에 의한 지속적인 잔혹 행위를 방지하지 못하고 세월을 거치면서 전혀 이유가 없는 것으로 밝혀졌다. 국가는 업무관리행위인지 주권행위인지를 불문하고, 또 그 모든 과실에 대해서도 책임을 지는 것이 오늘날에는 인정 받고 있다. 그러므로 인권에 대한 중대한 침해의 경우 그 인권을 지키기 위한 국제 사법 기관에서 개인의 직접 청구는 자국에 대한 것을 포함해서 완전히 정당화된다.

XVIII. 개인과 국가면제: 고집스러운 국가 중심 사고의 극복

177. 이 사건에서 우리는 과거의 전통적인 이론을 이끌던 것과는 전혀 다른 사실을 다루고 있다. 우리는 국제 범죄(인권과 국제인도법에 대한 중대한 위반)에 대한 국가면제 적용, 피해자 개인의 일반 국제법하에서의 보상 청구권을 실현하기 위한 재판권을 받을 권리라는 문제를 다루고 있다. 이 사건을 고찰하기 위해서 적절한 주권행위와 업무관리행위의 구별 기준은 무엇인가? 아무것도 없다.

178. 전쟁 범죄와 인도에 대한 범죄는 업무관리행위나 기타 "사적 행위"로 볼 수 없다. 이들은 범죄이다. 이들은 주권행위라고 볼 수도 없다. 이들은 중대한 범죄(delicta)이다. 주권행위와 업무관리행위, 국가의 주권적 또는 공식적 행위와 사적 성격의 행위의 구별은 국가의 국가면제에 관한 이 사건을 고찰하기 위해서는 완전히 부적절한 전통적 이론의 유물이다. 그런 전통적 이론은 국가 중심 사고의 단견으로 개인이 국제법(만민법)의 주체임을 승인했던 국제법의 창시자들의 가르침을 망각했다.

179. 어떤 국가도 인간을 노예화하거나 멸종하기 위해서 주권을 발동하다가 국가면제의 방패에 숨어 그 법적 결과를 면할 수 없었고 앞으로도 용납될 수 없다. 인권과 국제인도법, 전쟁 범죄와 인도에 대한 범죄에 대해서는 면제는 존재하지 않는다. 면제는 그런 부정을 위한 것이라고는 결코 여겨지지 않았다. 책임에 대해 고집스러운 국가 중심 사고의 추구를 주장하는 것이 명백한 부정을 이끌었다. 국가면제에 관한 독일과 이탈리아의 이 사건이 그 사실을 웅변으로 증언하고 있다.

180. 개인은 바로 국제법의(단순한 "관계자"가 아니라) 주체이다. 법학설이 이 일을 잊을 때마다 비극적인 결말이 발생했다. 개인은 국제법(만민법)에서 직접 도출되는

권리의 보유자이자 의무의 부담자이다. 지난 수십년의 국제인권법, 국제인도법, 국제난민 법, 그리고 국제형사법의 발전의 수렴은 이 일의 명백한 증거를 제공하고 있다.

181. 국가 간의 관계 밖에는 염두에 두지 않는 국가 중심 사고의 단견과 함께 유행한 국가면제 이론은 국제법(만민법)에서의 개인의 지위를 부당하게 과소평가해서 무책임하게 경시했다. 주권행위와 업무관리행위의 구별은 이 사건과 같은 사건에 대해서 아무 소용도 없다. 국제 범죄는 국가의 행위도 "사적 행위"도 아니다. 누가 저질렀음에 상관 없이 범죄는 범죄이다.

182. 전쟁 범죄와 인도에 대한 범죄는 국가에 의한 언어의 악용, 물자 공급, 국가의 조직, 국가 정책의 실행 등 (잔혹성을 동반한) 국가의 이른바 "정보"를 이용하면서 개인에 의해 실행된 것을 역사는 나타내고 있다. 그래서 그런 범죄에 대한 개인과 국가의 책임은 한쪽이 다른 한쪽을 배제하는 관계가 아니다. 그런 범죄에 대해서 국가면제를 적용할 여지가 없다.

183. 그런 범죄의 실행자는 개인도 국가도 이들 불법 행위나 강행규범 위반의 법적 결과를 국가면제 적용으로 피할 수 없다. 오늘날의 국제법 이론은 각국 법정에서의 국가의 개인에 대한 의무를 마침내 승인하려 하고 있다. 이것이 우리 재판소에 있어서의 이 사건의 판단에서 가장 배려해야 할 점이다.

XIX. 국가 범죄에는 국가면제가 존재하지 않는다

184. 다음에 국가 범죄(*delicta imperii*), 강행규범 위반인 국제 범죄에 대한 국가면제의 부존재 또는 불승인이라는 논점을 고찰한다. 그런 국가 범죄 가운데 특정 사건의 절차 과정에서 자주 거론되는 두 가지 사례에 언급한다. 그것은 제 2 차 세계 대전 중에 발생한 무방비 상태의 민간인 학살(특히 그 구체적인 예로서 그리스 디스토모 학살 사건, 이탈리아 치비벳라 학살 사건), 군수 산업의 강제 노동에 종사시키기 위한 이송이다. 우리 재판소에서의 국가면제의 주장의 사실적 원인인 이와 같은 국가 범죄는 제 2 차 세계 대전 중 그리스와 독일뿐만 아니라 다른 점령하의 국가에서도 몇건의 비슷한 사건을 일으킨 과격 폭력으로 실행됐다.

1. 무방비 상태의 민간인 학살

(a) 디스토모 학살 사건

185. 이 사건의 초기 단계(그리스 참가 신청에 관한 2011.7.4. 재판소 결정)의 나의

개별 의견에서 나는 이 사건에서 문제가 된 218 명의 마을 사람(남녀노소)이 나치스 군대에 학살된 디스토모 학살 사건(1944.7.10.)에 언급했다. 그 개별 의견 속에서 나는 하나의 역사적 기록을 인용했다(제 29 항).

186. 학살 직후 그리스 디스토모 마을의 참상과 황폐를 포함한 또 하나의 역사적 기록이 존재한다. 이는 학살 직후 구호를 위해서 마을에 도착한 당시의 국제 적십자 위원회 그리스 사절 단장 스투레 리넬(Sture Linnér)의 회고이다. 다음에 인용하는 기록은 디스토모 마을과 거기에 가는 과정에서 본 희생자의 시체를 통해서 나치스 군대의 잔혹성을 그리고 있다.

"새벽 디스토모에 향하는 중앙 도로에서 우리는 매우 긴 시간을 들여서 많은 방해물을 넘어 파괴된 도로를 전진했다. 길가에서 우리가 다가오는 소리를 듣고 독수리가 낮은 높이에서 천천히 외롭게 날아올랐다. 수백미터의 도로변의 모든 나무에 총검으로 박힌 시신이 매달렸고 그 중 몇몇은 아직 살아 있었다. 그들은 나치스 친위대의 분대를 공격한 빨치산을 원조한 혐의로 이런 방법으로 처벌된 사람들이었다. 견디기 어려운 악취가 났다.

마을 집들의 잿더미 속에서 아직 불꽃이 타오르고 있었다. 노인에서 아이까지 모든 나이의 수백명의 사람들이 땅바닥에 쓰러지고 있었다. 나치스는 많은 여성들의 자궁을 찢어, 유방을 도려냈다. 다른 사람들은 자신의 장으로 목을 졸린 뒤 목에 장이 결박된 채 쓰러지고 있었다. 아무도 살아남지 않은 것처럼 보였다. 하지만! 마을 변두리에 한 노인이! 그는 기적적으로 학살에서 살아남았다. 그는 공포에 휩싸여, 허공을 바라보며 그 말은 이해 불가능하였다. 우리는 참극의 현장에서 차를 내리고 그리스어로 외쳤다. 『적십자! 적십자! 도와 주러왔다!』."

187. 리바디아 1 심 법원 판결(비오티아현 대 독일연방공화국 사건, 1997)과 그리스 최고재판소(2001, 독일의 상소)에서의 디스토모 학살 사건에 대한 사법 판단에는 그것이 이유의 전부인지 여부에 상관 없이 하나의 공통점이 있다. 이는 법정지 국가의 영역 (예컨대 디스토모 학살 사건에서는 그리스)에서 행해진 제 3 제국 (또는 그 군대)의 행위는 주권행위가 아니라 강행규범 위반 (1907 헤이그 육전 조약에 첨부된 육전 법 및 관습 규칙에 따른 의무 위반)이고, 그러므로 국가면제를 적용하는 어떤 가능성도 배제된다는 것이다.

188. 게다가 이 재판소에 있어서 이 사건의 절차 과정에서 칭찬해야 할 일인데, 독일 대리인은 디스토모 학살에 대한 국가 책임을 독일의 성숙의 증거로서 자진해서 인정한 것을 간과해서는 안 된다. 독일 대리인은 이 재판소 구두 변론에서 이러한 취지에서

독일에 대한 청구의 토대가 된 사실을 회고한 후 국가면제에 대해서 싸우는 일은 별론이고 디스토모 학살 사건에 관한 "리바디아 법원의 판결을 존중하면서" 다음과 같이 진술했다.

"이것이 언어도단의 범죄임을 재차 강조하고 싶다. 우리 독일 대리인은 독일 이름으로 디스토모에서 벌어진 일에 대해서 깊은 회한의 정을 표명한다. 여성, 어린이, 노인을 살해함으로써 얼마나 군대가 모든 법과 인도의 한계를 넘어 버렸을지 우리 자신도 이해할 수 없다."

(b)치비텃라 학살 사건

189. 또 하나의 학살은 1944.6.29. 이탈리아 (아레초 근교) 치비텃라 마을에서 나치스 군대에 의해서 같은 과격 폭력으로 이루어진 203 명의 민간인 살해이다. 사건은 2004. 펠리니 사건의 수년 후에 이탈리아 파기원에 계류했다. 그리고 2008. 5.29. 파기원은 국가면제는 강행규범 위반을 구성하는 국제 범죄 (인권과 국제인도법에 대한 중대한 위반)에 관한 사건에는 적용하지 않는다는 펠리니 사건의 입장을 지지하는 12 건의 동문의 결정을 내렸다.

190. 잠시 후,2009.1.13., 이탈리아 파기원은 치비텃라 학살 사건에 대해서 다시 그 입장을 확인했다 (2008.10.21. 판결). 그것은 전 독일 국방군의 구성원이자 1944.6.29. 헤르만 괴팅 전차 사단이 실행한 학살에 참가한 나치스 장교 밀데(Milde)에 대한 형사 절차에서였다. 파기원은 치비텃라 학살은 국제 범죄라고 인정하면서 민사 소송의 국가면제를 부정, 피해자 및 유족의 독일연방공화국과 밀데 (연대 채무자로서)에 대한 보상 청구를 인용했다.

191. 펠리니 사건 판결을 해석 지침으로 하는 이탈리아 파기원 판결의 핵심은 반인륜 범죄를 조장하는 범죄적 정책을 수행한 국가의 사건에서는 국가면제를 거부한다는 것이다. 파기원의 판결은 인권에 대한 중대한 침해 사건에서는 국가는 국가면제를 이용할 수 없다는 의미에서 분명히 가치 중시적이었다. 그런 상황에서 피해자 개인의 보상 청구권이 중요시되었다.

2. 군수 산업에서의 강제 노동과 이를 위한 이송

192. 민간인에 대한 인간 이하의 대우에 의한 학대, 전쟁 산업에서의 강제 노동, 이를 위한 이송에 대한 국제인도법 분야에서의 오랜 금지에 대해서는 이미 주의를 환기했다. 이미 지적했듯이 이 금지는 규범적 차원에서 밝혀지면서 국제법의 법전화 작업에서

채용되었다. 그것은 (국제인권법 분야에서) 잔혹, 비인도적, 열악한 처우로 간주되면서 강행규범의 범주에 포함된다.

193. 이 같은 국제 범죄는 얼마 되지 않고 뉘른베르크와 도쿄의 선구적인 재판 같은 국제 형사 재판소뿐만 아니라 최근의 유럽인권법원 코노노후-라트비아(Kononov v. Latvia) 사건 (2008-2010) 판결처럼 국제 인권 법원에서도 사법적으로 인정 받았다. 이런 범죄는 누가 실행했는지에 상관 없이, 주권행위도 업무관리행위도 아니고, 국가 및 개인 쌍방에 책임을 생긴다.

194. 오늘까지 역사가에 의해서 별로 연구되지 않지만 제 2 차 세계 대전 과정에서 나치스 독일은 (멸종)강제 수용소와 병행하여 강제 노동 수용소의 체계를 설립했다. 그들은 점령국에서의 강제 노동 수용자를 수탈하려 했다. 엄청난 숫자의 이런 종류의 수용소가 존재하고 사기업이 그 부지 내에 개설한 것도 있었다. 이 "민영화" 제도로 강제 노동 수용자는 무보수, 인간 이하의 생활 또는 생존 환경으로 수탈되었다.

195. 이런 고난을 겪었던 것은 나치스 독일의 사기업에서 노동시키기 위해 점령국에서 이송된 수용 민간인과 전쟁 포로였다. 그곳에서 그들은 비인간적인 노동 환경에서 무기 생산을 위한 강제 노동에 종사했다. 그들은 이른바 총력전 속에서의 멸종 작전에 있어서 적에 대한 계획적인 파괴와 학살의 실행을 목적으로 하는 거대한 생산 기업의 일부가 되었다. 강제 노동자가 된 민간인과 전쟁 포로는 모두 이 기업 안에서 비인간화 과정에 포섭됐다.

196. 오늘까지 충분히 연구되지 않던 제 2 차 세계 대전 중의 강제 노동 제도는 속임, 왜곡, 허위로 표현되어 왔다. 약간의 역사적 기록에 따르면 노동자들은 항상 협박되고, 강제 노동자는 나치스의 전쟁 산업의 노예로 전락했다. 1943. 이후 강제 노동자는 나치스 독일의 전쟁 수행의 생명선이 되었다. 노예 노동자는 강제와 지배 밑에서 박해자의 전쟁 산업에 참가함으로써 살아남으려고 했다. 점령 국가에서의 강제 노동은 제 3 제국이 세운 전쟁 경제를 지탱하는 장기 계획 밑에서 실행됐다.

197. 제 2 차 세계 대전 중 피점령국의 민간인은 독일의 군수 산업에서 노예 노동에 종사하고, 이를 위해 이송됐다. 이 사건이 밝힌듯이 민간인뿐만 아니라 이탈리아군의 구성원도 전쟁 포로의 지위 (그리고 그 지위에 의한 보호)를 거부·박탈되어 독일 군수 산업에서 강제 노동자로서 마찬가지로 사역되었다. 대단한 잔혹성으로 실행된 이들 범죄는 당연히 피점령국에서 분노를 일으키고 독일과 싸우는 조직적 저항 운동을 발생시켰다.

198. 1944. 가을까지 770 만명의 외국인 노동자가 독일에 있었다고 추측된다. "노예 노동"과 "강제 노동"은 독일 보상법에서 구별되어 왔다.

"[노예 노동] 수용소 (독일 보상법에 의해 규정) 또는 게토 기타 수용 시설에서 독일 기금이 인정한 고난에 비슷한 환경 아래에서의 강제에 의한 노동.

[강제 노동] 독일 제국의 영역 및 오스트리아 이외의 독일 점령지에 감금에 준하여 또는 매우 열악한 생활 환경하에서 겪은 노동("노예 노동"을 제외). 또는 오스트리아 영역외에서 국가사회주의자의 "노동을 통한 멸종" 정책의 계획하에서 실행된 강제적인 노동."

XX. 개인의 재판을 받을 권리의 보급:

양 당사자에 의한 고이불(GOIBURÚ) 사건(미주인권법원 2006)의 원용

199. 위를 종합하면 나의 견해에 따르면 역사(국제법사를 포함)에 배우는 능력이 결여되어 있다고 생각되는 우익 국가 지상 주의자들이 아직도 주장하는 듯한 국가면제에는 제한이 없다는 견해는 완전히 잘못이다. 인도에 대한 범죄에는 국가면제는 없다. 국제 범죄, 국가 범죄의 경우에 제한이 없는 것은 중대한 위반에 대한 보상을 청구하는 인간 고유의 권리를 포함한 개인의 재판을 받을 권리이다. 이 권리 없이는 국내·국제를 통하여 신뢰할 만한 법 제도는 존재하지 않는다.

200. 수십년 전 "인류라는 뒤틀린 판자에서 끈은 것이 만들어진 적은 한번도 없다"라는 칸트의 잠언을 바탕으로 이사야 벌린(Isaiah Berlin)은 "국가의 첫째 의무는 과도한 고난을 방지하는 것이다", 사람들에게 독단 주의자들의 "제대로 된 제복"을 강요하는 것은 "거의 항상 비 인도로의 길이다.", 20 세기의 공전의 잔혹 행위는 "고도의 과학 지식과 기술"과 함께 지배, 모욕, "타인에 대한 무자비한 파괴"도 실현되어 버릴 수 있음을 나타내고 있다고 말했다.

201. 단순한 재난과 구별되는 비극은 "회피할 수 있는 인위적 과오"에 의한 것이며, 과멸적 결과를 수반하기도 한다. 벌린은 마지막으로 우리는 항상 "객관적"인 정의의 이상과 인간을 "결과를 위한 수단"으로 취급하는 것을 금지하는 자연법 사상의 보편적 원칙에 되돌아가야 한다고 결론지었다. 이에 관해, 20 세기의 또 다른 위대한 사상가 시몬 베유(Simone Weil)는 그 계몽적인 평론(1934, 이후 각국에서 다른 형식으로 출판됨) 속에서 다음과 같이 말했다. 호메로스의 이리아스 시대부터 현대에 이르기까지 인류에 대한 전쟁의 영향은 항상 인류의 "본질적인 악", 즉"목적에 대한 수단의 종속"을 밝혀왔다. 권력의 추구가 목적이 되면서 인간의 생명이 희생으로 제공되는 수단으로

된다.

202. 호메로스의 이리아스 시대부터 현대에 이르기까지 권력 투쟁의 불합리한 요구로 인해 무엇이 진정으로 중요하는지를 생각하는 여유가 없었다. 개인은 "맹목의 집단으로서 방치되어", "자신의 생각에 따라 행동하"지 못하고 생각조차 못 했다. 정신을 파괴하고 무의식을 만들어내는 "사회적 기계"로 모든 개인이 "무력"으로 된 이상 "억압자와 피억압자"라는 용어와 구별은 거의 의미를 잃었다. 모든 사람들은 정신의 필요성에 전혀 관심이 없고 "인간의 기치에 상응하는 것은 아무것도 없는" 세계에서 비인도의 고통 속에서 생활(이라기보다는 생존)을 시작했다.

203. 개인의 재판을 받을 권리의 보급은 계층화된 국제 기구의 견지에서 보더라도 국제사법재판소에서 의심되는 것이 없었다. 이에 대해서 형사 소추 또는 범인 인도 의무에 관한 문제의 사건(벨기에 대 세네갈)에서의 내 반대 의견에서 나는 다음과 같은 견해가 적절하다고 생각했다.

"규범 앞에 사실이 제시된 경우, 규범은 지상(至上)의 가치에 알맞게 배려하면서 통제하려는 새로운 상황에 적응할 필요가 있다. 이 재판소에서 현재 조문상의 규정에 따라 국가가 제소권을 독점하고 있지만 이는 국가의 권리와 개인의 권리 보호가 양립되지 못하는 것을 의미하지 않는다. 소송에 의해 보호를 받는 권리의 최종 수익자는 거주국과 함께 개인인 것이 드물지 않다. 반대로 이 재판소에서의 국가의 주장 속의 요구 자체가 개인의 기본적 인권 보호를 위해 국제인권법과 국제인도법의 원칙과 규범을 원용함으로써 과거의 고집스러운 국가 중심 사고를 넘어가고 있다. 현재로서는 실질적 또는 실체적인 법에 관해서 이 재판소의 소송의 국가 간 구조는 그런 원칙과 국제인권법과 국제인도법의 규범에 대한 주장과 입증의 넘기 어려운 장애가 되고 있지 않는다."(2009. 5.28. 잠정 명령)

204. 게다가 엇그제의 국제 노동 기구의 국제 농업 개발 기금에 대한 이 재판소 2867 호 권고 의견의 내 개별 의견에서 나는 이 점에 관해서 상세히 기술했다. 나는 (유엔의 주요 사법 기관의 임무임을 염두에 두고) 이틀 전에 권고 의견의 내 개별 의견에서 말한 비판적 의견을 여기서 반복하지 않을 것이다. 그래서 이 반대 의견의 목적에 한정해서 이들 의견을 여기에 기재한다.

205. 이 사건에서 독일도 이탈리아도 미주인권법원 2006.9.22. 고이불 대 파라과이 판결에 언급했다. 이탈리아는 처음에 답변서에서 재판을 받을 권리는 "인권 보장 체제 속에서 권리가 실질적으로 보장되기 위한 불가결의 보완물로 여겨지고 있다"라는 주장의 근거로 미주인권법원의 이 2006.9.22. 판결을 인용했다. 이탈리아는 이어서

"그러므로 미주인권법원이 침해된 실체적 권리가 강행규범에 의하여 보장된 것일 경우에 재판을 받을 권리는 국제법의 절대적인 규범이라고 한 것은 놀랄 일이 아니다."고 주장했다.

206. 한편 독일은 제 1 회 구두 절차에서 이에 관한 이탈리아의 주장에 회답해서 미주인권법원의 고이불 사건 판결에 언급했다. 독일은 우선 고이불 사건의 견해는 (미주인권법원의 다른 일련의 사건과 함께) "전쟁 피해에 관한 것이 아니다"고 진술했다. 독일은 또한, 그 사건은 불법 행위를 한 국가에서 재판을 받을 권리에 관한 것이며, 국가면제에 관한 것이 아니라고 주장했다.

207. 고이불 사건은 1970 년대의 독재 정권 시절에 남미 남부의 국가들이 공동으로 억압적 범죄 정책을 추구하기 위해 이른바 "첩보 활동"에 대한 국가 간 차원의 협력 관계를 형성한 "콘도르 작전"에 관한 것이다. 이는 사람들에게 대한 불법 또는 자의적 억류, 납치, 고문, 학살 또는 초법적 처형, 강제 실종으로 인한 각국의 국민 중의 표적으로 된 부분의 근절, 국경을 넘은 "반 폭동" 작전의 실행이었다. 국가의 최고 수준에 의해 계획된 "콘도르 작전"은 그 작전의 은폐도 보증하고 실행범인 공무원의 면책과 절대적인 불처벌을 수반했다.

208. 미주인권법원에서 해당 사건에서 피고 국가는 칭찬해야 할 절차적 협조 정신에서 중대한 위법이 행해진 당시의 범죄적인 국가 정책의 존재에 의한 스스로의 국제적 책임을 인정했다. 비슷한 중대한 국가 범죄는 아시아에서도 1970.대에 실행되며, 그 30 년 전에는 유럽에서, 그리고 20 년 후에 다시 유럽과 아프리카에서 실행되었다. 반복해서, 다음 세대가 세계의 다른 지역에서 (이런 국제법 이론이 주장되었는지 여부에 상관 없이) 국가 범죄를 목격했다

209. 미주인권법원은 2006.9.22. 고이불 사건 판결에서 인권에 대한 중대한 침해가 이뤄진 것을 인정해서 그것에 대응하는 보상을 적절하게 명령했다.

미주인권법원은 방론에서 다음과 같이 판시했다.

국가는 그 법령, 제도, 권력에 의해서 "범죄 행위로부터 보호를 보장하는 수단"을 기능시켜야 하지만 이 사건에 있어서는 국가 권력은 보장되어야 할 권리 침해의 수단이 되었다. 그리고, 더욱이 나쁜 일로, 국가가 스스로 "실행된 범죄의 주요 요소"를 구성하면서 "분명한 "국가 테러" 상황"을 만들었다. 그런 침해는 "국가 간 협력"에 의해 실행된 것이다.

210. 고이불 사건에 대한 나의 개별 의견에서, 나는 특히 (오늘까지 국제법 이론에 있어서 충분히 취급되지 않던) 인권에 관한 국제법과 국제형사법 사이의 유사성과

보완성의 구명에 힘썼다. 즉 (a)개인의 국제법에서의 (적극, 소극의)성격, (b)국가와 개인의 국제 책임의 보완성, (c)인도에 대한 범죄의 개념화, (d)(중대한 인권 침해의)재발 방지의 보장, 그리고,(e)국제인권법과 국제형사법의 협동에 의한 배상 재판이다.

211. "콘도르 작전"은 과거의 일이지만 그 상처는 지금도 치유되지 않고, 아마도 앞으로도 치유되지 않을 것이다. 그것이 행해진 국가들은 각각의 방식으로 지금도 과거와 씨름하고 있다. 그런데 몇가지 사건과 동종 사태가 국제 재판(미주인권법원)으로 제기됐으나 국제 재판의 전진이 거기에서 일어난 국제법 사상의 강한 전통 있는 지역이므로 어느 국가도 이들 범죄에 대해서 굳이 국가면제를 주장하지 않았다. 역사적으로 고찰하면 기본적 인권 보장을 위한 적법한 국내 법원의 실효적 구제의 권리에 관한 1948. 세계 인권 선언 제 8 조는 그 조약의 준비 작업이 나타내는 대로 라틴 아메리카에서 시작되며 세계 인권 선언에 대한 라틴 아메리카의 기여가 됐다.

212. 실제로 가장 중대한 사건에 대한 국가면제 적용은 피해자(와 그 친족)의 입장만 아니라 사회 환경 전체로 보더라도 사법의 희화화(戲畫化) 및 잘못을 초래한다. 국가면제 적용은 쟁점이 된 불법 행위의 중대성을 추상화하고 모든 피해자(직접·간접의 피해자인 친족을 포함)에 대한 재판 거부가 된다. 게다가 그것은 국가 정책의 수행으로 실행된 잔혹 행위로 인한 손해에 상응하는 법질서의 반작용을 부당하게 방해한다.

213. 나의 이해에 따르면 인권과 국제인도법에 대한 특정의 중대 위반의 사실 인정은 재판의 필요적 현실화를 위해 재판권에 대한 모든 장애를 제거하는 중요한 기준이 된다. 요약하면 이 점에 대한 결론은 (a)극히 중대한 국가 범죄 같은 경우 국가면제는 배제되고 (b)인권과 국제인도법에 대한 중대한 침해는 피해자에 대한 보상 의무를 불가피하게 생긴다.

XXI. 개인의 재판을 받을 권리 ; 강행규범에 관한 판례의 전개

214. 유럽인권법원은 미주인권법원과 달리 재판을 받을 권리나 공평한 재판 같은 기본적인 권리(유럽인권조약 제 6 조(1), 제 13 조)에 대해서, 허용되는 내재적 제약을 받을 것으로 이해해왔다. 예를 들어 그 확립한 판례에서 허용되는 제약의 기준, 즉 정당한 목적, 목적과 제약의 비례, 권리의 본질에 대한 불침해를 설정했다(1985.5.28. Ashingdane v. United Kingdom, 1999. 2.18. Waite and Kennedy v. Germany, 2001.5.10. T. P. and K. M. v. United Kingdom, 2001.5.10. Z. and Others v. United Kingdom, 2003.1.30. Cordova v. Italy, 2003.7.15. Ernst v. Belgium 각 사건 판결).

215. 이 유연성은 유럽인권법원(대법정)의 국가면제에 관한 사건의 다수 의견의 도움이 되었다(위 제XIII절). 유럽인권법원이 재판권을 받을 권리 같은 기본적 권리에 대해서 이런 부적절한 해석을 처음 적용한 앓싱댄(Ashingdane) 사건은 복수 피해자에 대한 중대한 인권 침해에 관한 사건이 아니었다는 것을 간과해서는 안 된다. 이 사건은 한 사람의 피해자에 관한 유럽인권조약 제 5 조(1), (4) 및 제 6 조(1) 위반으로 제소되고, 후자에 대해서는 법원이 위반을 인정하지 않던 사건이다. 요컨대 나의 견해에 따르면 기본적 권리는 허용할 수 있는 "내재적" 제약에서 해석되지 말아야 한다.

216. 한편, 대서양의 반대 측에서는 미주인권법원은 그 "제약"에 대해서가 아니라 재판권을 받을 기본적 권리 자체의 본질에 대해서 훨씬 강하게 초점을 맞추어 왔다. 이곳에서는 현재에 이르기까지 국가면제를 지지한 적이 없다. 유럽인권법원은 체약국에 "재량의 여지"를 인정해 왔지만 미주인권법원은 (적어도 나의 재임 중에는) 인정하지 않았다. 그 결과, 미주인권법원은 재판권을 받을 권리 (미주 인권 협약 제 8 조 및 제 25 조)를 "제약"을 생각할 여지가 거의 없는 진정으로 기본적인 권리로서 해석했다. 주요한 관심은 그것을 어떻게 보장할지에 있었다.

217. 인권에 대한 중대한 침해 사건에 대한 미주인권법원의 판단은 재판권을 받을 권리의 근원적 성격을 강조하는 법률학을 발전시켰다. 이 권리는 국가 범죄에 대해서 불가결하다고 생각된다. 그것은 바로 권리를 위한 권리, 어떤 상황에서도 사법상의 보호의 불가침(미주인권조약 제 8 조, 제 25 조)을 보장하고 개인의 근원적 권리를 실효적으로 보호하는 법질서에 대한 권리이다. 요컨대 그것은 미주인권법원이 고이블 대 파라과이 사건(2006.9.22.) 및 La Cantuta v. Peru 사건(2006.11.29.)에서 인정한 것처럼 강행규범 범주에 속하는 것이다.

218. 재판권을 받을 권리가 허용 가능한 내재적인 "제약"이 아니라 이 권리의 본질에 초점을 맞추어서 유럽인권조약(제 6 조(1) 및 제 13 조)의 해당 조문에 의거한 해석을 발전시켰다면, 유럽인권법원의 다수 의견도 위와 유사한 결론에 도달했을 것이다. 만약 그랬다면(그렇게 해야 했지만), 재판소의 다수 의견은 이런 형태(제XIII절 참조)로 국가면제를 지지하지 않았을 것이다. 나의 견해에 따르면 유럽인권조약 제 6 조 및 제 13 조는 다수 의견과 전혀 다른 방향을 가리키고 있으며 미주인권조약 제 8 조 및 제 25 조와 마찬가지로 국가면제로 "제한" 되는 것이 아니다.

219. 그렇지 않으면 국가는 (학살, 강제 노동 동원 같은) 인권에 대한 중대한 침해를 하다가 국가면제에 의해서 그 책임에서 벗어난다는 무법적인 행동이 가능하게 된다. 반대로 해당 국가는 유럽인권조약 제 6 조 및 제 13 조에 따라 어떤 경우에도 공정한 재판과 적정 수속의 보장에 의한 실효적(국내적)인 구제를 하는 의무를 진다. 이것이

유럽인권조약 전문의 언급하는 법의 지배에 적합한 것이다. 여기에는 국가면제 혜택이 존재할 여지가 없다. 재판받을 권리가 존재하지 않으면 사법 제도는 존재할 수 없다. 재판받을 권리 보호는 절대적이고, 국가면제로 "제약"을 받지 않는다. 이는 강행규범에 속하는 것이다.

220. 인권을 침해하는 유해한 행위가 공적(주권행위)인지, 국가의 필요에 의한 사적(업무관리행위)인지, 또는 그 전부가 법정지 국내에서 실행되었는지 아니었는지(강제 노동을 위한 이송은 국경을 넘은 범죄이다)는 중요하지 않다. 개념의 빈곤에 있어서 이채를 띠고 있는 이 전통적인 용어는 우리가 여기서 다루려고 하는 문제, 즉 국제인도법과 인권에 대한 중대한 침해에 대한 재판 실현의 불가결성과 전혀 조화하지 않는다. 국가면제는 개인의 기본적 권리에 중대한 침해에 대한 보상의 분야에는 존재할 수 없다.

XXII. 무법상태를 넘어 : 피해자 개인의 권리를 위한 권리

221. 넓은 의미의 재판받을 권리는 실효적인 구제의 수단으로서의 형식적인 재판의 이용(소송을 제기할 권리)에 그치지 않고 적정 수속의 보장(무기대응, 공평한 절차)에서(재판상의 배상으로서의) 판결, 그리고 그 확실한 집행, 배상금 지급까지 포함된다. 재판의 실현은 그 자체가 피해자가 만족을 얻기 위한 보장의 일종이다. 이처럼 억압의 피해자는 그들의 권리를 정당하게 주장할 권리(권리를 위한 권리)를 갖는 것이다.

222. 이 점에 대해서는 다른 기회에 이미 논했고, 여기에서는 반대 의견의 논리 과정에서 언급한 것에 불과하므로 더 이상 상세히 논할 생각은 없다. 단 미주인권법원은 몇몇의 판례에서 실효적인 구제와 적정 수속 보장의 조문(미주인권조약 제 8 장 및 제 25 조)을 적절히 관련 지어 왔지만, 유럽인권법원은 겨우 *Kudla v. Poland* 사건(2000.10.18.판결)이후의 10 년간, 유럽인권조약 제 6 조(1)과 제 13 조를 관련짓는 접근 방법을 채용하게 된다는 것을 지적하고 싶다. 이는 두 가지 조문이 개인 보호에 이롭게 하기 위하여 서로 보강할 것을 재확인한 것이다. 두 가지 국제 인권 법원의 넓은 의미의 재판받을 권리에 관한 법률 구성은 오늘에 이르러 일치하고 있다.

223. 이미 지적한 개인의 보상 청구권은 그 구성 요소의 하나이다. *Hornsby v. Greece* 사건 (1997.3.19.판결)에서 유럽인권법원은 소송을 제기할 권리와 절차 보장 권리에 언급한 후, 만일 사법 제도가 최종적인 구속력을 갖는 판결을 허용하지 않는다면 재판받을 권리는 공허하게 될 것이라고 판시했다. 유럽인권법원의 견해에 따르면 확실히 집행되지 않는 판결은 당사국이 유럽인권조약을 비준했을 때 존중하겠다고 서약한 법의 지배와 어울리지 않는 상황을 낳게 된다.

224. 재판을 받을 권리를 강행규범 범주에 들여온 법률 구성은 나의 시각으로 보면 인도주의를 기초로 하는 오늘날 국제법의 발전을 지탱하는 것이다. 이 시각으로는 2004. 유엔 국가면제조약이 강행규범 문제를 완전히 무시한 것은 극히 유감이었다. 그 조약 준비 작업에서 그 문제를 올바르게 도입하는 기회가 있었음에도 불구하고 단순히 그렇지 않기로 한 것이다. 그 기초자들은(이 사건 판결(제 89 항)에서 재판소가 재확인하고 있듯이), 1999.에 국제법 위원회의 워킹 그룹이 이를 회피하고, 유엔 총회 제 6 위원회의 워킹 그룹이 이 문제는 성문화할 만큼 "익지 않고 있다"고 주장하며 이 문제를 제외한 것이다.

225. 이는 전혀 타당하지 않다. 그때까지 미주인권법원과 특설된 구 유고슬라비아 국제형사재판소(ICTY)라는 현재까지의 발전에 가장 기여한 현대의 두 가지 국제법원이 이미 강행규범의 확장된 내실 위에 법률 구성을 기능시키고 있었다. 게다가 도입해야 하는 현대 국제법의 징후가 있었음에도 불구하고 받아들이지 못 했다. 미발효인 2004. 유엔 조약은 인권과 국제인도법에 대한 중대한 침해의 경우의 국가면제 문제를 받아들이지 않은 것에 관해서 엄하게 비판을 받아 왔다.

226. 그 기초자들은 문제를 인식하고 있었지만 국제법 위원회와 총회 제 6 위원회의 워킹 그룹은 문제는 채용할 만큼 "익지 않고 있다"고 판단해서, 조약안의 결정과 승인을 위한 안이한 길을 선택하여, 이 재판소에 계류되어 있는 국가면제 사건이 예증한 것 처럼 문제를 미해결인 채 불안정한 상태로 방치했다. 설상가상으로, 엘 아도사니 사건(전기)의 유럽인권법원(대법정)의 다수 의견이 그 악명 높은 2001. 판결을 이끌기 위해서, 2004. 유엔 조약 준비작업에서의 기초자들의 태만을 이용하고, 다시 10 년 후, 오늘 선고된 판결 중에서 이 재판소 다수 의견이 같은 것을 하고 있다(89-90 항). 나는 이로 인해 현대 국제법이 "동결" 되는 것을 전혀 받아들이지 못한다. 그래서 나는 이 반대 의견을 작성해서 제출하기로 한 것이다.

XXIII. 소멸하지 않는 조리의 우월을 위해

227. 인권과 국제인도법에 대한 중대한 침해는 강행규범 위반으로서 무거운 국가 책임을 과하며 피해자에게는 보상 청구권이 생긴다. 이야말로 (각국의 각종 법 체계의) 법개념의 기초를 이루는 공정의 이상 (자연법의 조리에 적합)에 따르는 것이다. 다음 논점으로 넘어가기 전에 반대 의견의 이 단계에서 묻는 것이 적당한 약간의 의문을 제기하고 싶다. 인류는 언제 과거의 고통을 배우고, 언제 이 기초 사실 같은 전 세대의 무서운 고통에서 배우는가? 내가 보기에는 지금까지 배우지 않았으므로 앞으로도 배우지 않을 것이다.

228. 언제 같은 인간의 인간성을 빼앗는 것을 그만둘까? 오늘까지 그만둔 적이 없으므로 아마 그만두지 않을 것이다. 언제 평화와 정의 밑에서 살기 위해 필요한 지상의 가치(타자를 해치지 말라)를 그들의 법에 반영하는 것일까? 아직도 그것을 하지 않기 때문에 아마 결코 하지 않을 것이다. 십중팔구, 그들은 악에 따다서 악과 함께 살아갈 것이다. 하지만 이 움직이기 어려운 한계 속에서 조리의 우월을 위한 노력도 결코 사라지지 않는 것으로 보인다. 시시포스(Sisyphus)의 신화처럼 끝나지 않고 영원히 정의를 추구하는 일 속에서 언제나 희망이 존재하는 것을 시사하는 것처럼.

229, 그래서 잠재하는 악의 문제가 인류의 사상사에서의 계속해서 주요 관심 중 하나였던 것은 놀랄 일이 아니다. 제 2 차 세계 대전 직후, 세르티랑즈(Sertillanges)가 학자, 신학자, 작가를 위해 말한 적절한 경고는 명확하고 완전히 만족할 수 있는 회답을 발견하지는 못했지만, 이 문제에 그들의 관심을 끌었다. 그의 말에 따르면 "모든 영혼, 모든 집단, 그리고 모든 문명은 악을 두려워한다. 악의 문제는 모든 사람의 운명, 인류의 장래에 의문을 던진다."

230 주민에 대한 제 3 제국의 계획적 범죄적 국가 정책의 결과는 그 암흑 시대를 살던 여러 사람에게 의해 표현되어 왔다. 예컨대 클라우스 만(Klaus Mann) 같은 감수성이 강한 작자에 의한 1930.대의 역사 소설은 스스로 나치즘에 합류한 지식인들을 비판하여 ("메피스토"1936. 출판), 박해를 피해서 망명한 사람들을 그리는 드라마 ("화산"1939. 출판)에는 (이미 폭발하고 있는 화산처럼) 얼마 되지 않고 현실로 나타나면서 점령지에서 강제 노동자를 포함한 수백만의 사람을 희생로 하는 사회의 과국의 예감이 가득 차고 있다.

231. 실제로 20 세기를 통해서 (제도 자체에는 도덕적 양심이 존재하지 않기 때문에) 국가의 이름으로 말하고 행동하는 사람들에 의해서 범죄적 정책을 추구하는 여러 국가가 존재하고 수백만명의 인간을 희생로 하고 다양한 국제인도법과 인권에 대한 중대한 침해에 따른 책임을 지게 되었다. 이 사실은 오늘날에는 역사가에 의해 충분히 기록되고 있다. 앞으로 법률가로서 발전시켜야 하는 것은, 수십년 동안 가끔 고립된 식견 있는 연구의 대상이 된, 저지른 범죄에 대한 (관료뿐만 아니라)국가 자신의 책임이다.

232.(여러 사료와 생존 피해자 증언이 말하는) 이들 잔혹 행위의 결과로서 발생한 인간의 고통은 상상을 넘어 헤아리기 어렵고 단지 충격적이다. 게다가 특히 중대한 위반에 의해 권리를 침해당한 피해자가 사법 절차를 이용할 수 없는 경우, 고통은 더욱고 투영된다. 내 자신의 경험에 따르면 학살 사건에 관한 (미주인권법원의) 국제

재판에서 피해에서 오래 경과한 뒤에도 생존 피해자(또는 그 승계인)가 그들의 고통의 사법적 확인을 요구한 것이 몇번이나 있었다. 안이한 상상과는 달리, 분명한 부정의에 직면한 경우, 특히 사망자와 생자의 관계를 심화시키는 문화 속에서는, 인간의 고통은 시간의 경과에 의해 반드시 사라질 것이 아니다. 부정의가 지속되는 경우에는 인간의 고통은 세대를 넘어 투영할지도 모른다.

233. 독일의 명석한 사상가 막스 셸러(Max Scheler, 1874-1928)가 사후에 출판된 평론("고통의 의미" 1951)에서 모든 인간의 고통은 의미가 있고 의미가 깊을수록 그 원인을 거스르는 것이 곤란하게 된다는 그의 신념을 표명했다. 그리고 독일의 박학의 철학자 카를 야스퍼스(Karl Jaspers, 1883-1969)는 제 2 차 세계 대전 후에 쓴 그의 사려 깊은 저작의 하나(1953.에 출판된 평론)속에서 이성은 "자유에서 발생하는""결단에 의해서만" 존재하고, 존재 그 자체와 분리할 수 없다. 우리는 우리의 통제를 벗어난 사물이 하는 대로 존재하고 있는 것을 알고 있지만 "이성은 이성 자체의 강인함 위에서만 존재할 수 있다"고 말했다.

234. 머지않아 그의 저서 "역사의 기원과 목표(1954)"에서 카를 야스퍼스는 그의 신념을 다음과 같이 밝혔다.,

"자연법이 국제법의 기초이고, 세계 질서 속에서, 개인이 실효적인 재판에 의지하는 것을 허용함으로써 국가에 의한 학대에서 개인을 보호하기 위해, 인류의 주권의 이름으로 활동하는 법정이 자연법 위에 만들어질 것이다. 전체주의 국가와 총력전은 자연법과 대립한다. 왜냐하면 그것들에 있어서는 인생의 수단과 전체가 최종 목표가 되고 있을 뿐만 아니라 수단의 절대적 가치를 선언함으로써 집단의 의의 및 인권을 파괴하기 때문이다. 자연법은 이 세상의 인간 상황의 모든 면을 대변하면서 생활 형편에 질서를 주는 일에 전념한다."

235. 그는 하이델베르크 대학에서 전쟁 직후인 1945~1946 겨울에 강의한 내용을 바탕으로 1946.에 출판하여 그 후 거센 비판을 견디며 재간돼온 계몽적인 평론("전쟁의 죄를 묻는다")에서, 발생한 문제에 대한 참여의 정도에 따라서 개인의 책임의 등급을 정하기 위해 형법상의 죄, 정치상의 죄, 도덕상의 죄, 형이상적인 죄를 구별했다. 이 장편 평론 중 "독일인으로서 죄의 구별"을 다루는 장에서 그는 국가 주권을 이유로 하는 변명을 배척하면서 제 2 차 세계 대전에 관해서 다음과 같이 역설했다.

"이번에는 독일이 이 전쟁을 계획해서 준비하고 상대방의 어떤 도발 없이 시작한 것을 의심할 여지가 없다. 1914.과는 전혀 다르다. 독일은 국제법을 위반하고 사람들의 멸종 기타 비인도적 결과를 초래하는 엄청난 숫자의 행위를 실행했다."

236. 그리고 그는 "정치적 주권 영역에 범죄라는 것이 있을 리가 없다"는 의문에 대해서, 그것은 "유럽의 정치 생활의 전통에서 비롯된 습관적 사고"라고 간주했다. 그는 다시 말했다.

"원수는 인간이며 그 행동에 대해서 책임을 진다. 국가의 행위는 인간의 행위이기도 한다. 인간에게는 개인으로서 책임이 있으며 그 책임을 져야 한다. 인도와 인권 그리고 자연법의 의미에 있어서...범죄를 규정하는 법은 이미 존재한다."

실제로 이 재판소에 있어서 이 사건의 심리를 통해서 독일은 이 사건의 기초가 된 사실에 대해서 국가 책임을 인정했다(예를 들면 24-31 항).

237. 게다가 과거 수십년 간에 독일은 각각의 경우와 사정에 따라 보상을 지급해왔다. 게다가 예를 들면 I. 칸트(1724-1804)과 J. W. 괴테(1749-1832) 같은 세계적인 사상가나 작가의 모국인 독일은 유명한 1970.12.7. 빌리 브란트 전 총리의 폴란드 바르샤바에서의 조용한 사과 같은 공적인 사과를 포함해서, 회한의 표명을 거듭 해왔다. 그렇다면 독일은 이 사건을 이 재판소에 제기하기 대신에 왜 오늘에 이르기까지 보상을 받지 못하는 생존하는 이탈리아 군인 수용자에게 보상을 지급하지 않았을지 의문이다.

238. 내 생각에 따르면 이 재판소 본안 판결에서, 언제까지나 미해결인 이탈리아 군인 수용자들의 상황에 대해, "놀라움"과 "유감"의 표명에 그치지 않은 것은 가능하며 그렇게 해야 했다. 실제로 국제인도법과 인권에 대한 중대한 위반 사실의 추상 개념을 만들려는 시도나, 그것을 "불법 행위"의 일종에 흡수하려는 시도는 눈가림에 의해 햇빛을 막으려는 것과 비슷하다. 국가면제 분야에서 조차 재판을 받을 권리와 국제 책임에 초점을 맞춘 국제법과 인권의 출현으로 이들 중대 위반 사건에서의 면제를 제한 또는 배제한다는 의미의 변화가 진행되고 있는 것이 인정되어 왔다.

239. 오늘, 피해자에 의해 보상 청구된 국제 범죄 사건에서 국가면제 부정을 지지하는 방향의 의견이 커지고 있다. 실제로 무역 관계나 개인에 대한 손해 배상(예를 들면 교통 사고)의 영역에서 국가면제 부정을 인정하면서 동시에 국가의 범죄적 정책 추구에 의한 인권과 국제인도법에 대한 중대한 위반에 대해서는 국가를 국가면제로 보호하자고 주장하는 것은 나의 이해에 따르면 법적 부조리이다.

XXIV. 인권과 국제인도법에 대한 중대한 위반의 피해자인 개인의 보상 청구권

1. 피해자 개인에 대해 보상하는 국가의 의무

240. 벌써 1927-1928.에 상설국제사법재판소는 다음과 같이 국제법의 근본 원칙을 반영한 관습국제법의 규범에 명백한 법적 승인을 줬다.

"약정에 대한 위반으로 적절한 형태의 보상 의무가 생긴다. 그러므로 보상은 조약 불이행의 필연적 대가이다"(호르쵸 공장사건 (Chorzow Factory Case) 판결 제 8)

상설국제사법재판소는 이어서 그런 보상은 "될 수 있는 한 위법 행위의 결과를 제거해서 모든 개연성에 있어서 그 행위가 일어나지 않았다면 존재한 상태를 회복하는 것이다." 고 판시했다.(호르쵸 공장 사건 본안 판결 제 13)

241 이미 말했듯이 이 사건에서 독일은 기초 사실인 인권과 국제인도법에 대한 중대한 침해에 대한 국가 책임을 스스로 인정하고 있다(위 제III절 참조). 국가의 보상 책임은 그 중대한 침해의 "필연적 대가"로서 불가피적으로 발생한다. 게다가 구 상설국제사법재판소의 확립된 판례는 이미 두 차례 대전 사이의 시대에 그 의무는 모든 면(예를 들면, 범위, 형태, 수익자)에 있어서 국제법에 의하여 결정되고 책임국의 국내 법의 적용, 해석, 시행 곤란 등의 이유로 수정 또는 해제되어서는 안 된다고 판시했다 (단지히(Danzig)법원의 관할권에 관한 권고적 의견(1928), 그리스·불가리아 "공동체"에 관한 권고적 의견(1930), 상부 사보이(savoy)와 젝스(Gex)의 자유 지대 사건 판결(1932), 단지히 영역에서의 폴란드 국민 및 기타 폴란드 출신 또는 언어의 사람의 대우에 관한 권고적 의견(1932)).

242. 인권과 국제인도법에 대한 중대한 위반의 피해자인 개인의 보상 청구권에 대해서는 이 사건에 있어서 이 재판소에서 많은 논의를 다했다. 이에 대해서 독일은 일반 국제법하에서는 개인에게 보상 청구권이 없고" 특히 "전쟁 피해에 대한" 보상 청구권은 존재하지 않는다고 주장했다. 그 견해에 따르면 "1907. 헤이그 육전 조약 제 3 조도 1949. 국제인도법에 관한 제네바 4 조약의 제 1 추가 의정서(1977)도 이들 조약의 기본 구조에 따르는 한, 국가 간의 국가 책임을 규정한 것이며, 개인에 대해서 어떠한 직접적인 효과를 미치는 것은 있을 수 없다." 특히 개인이 법원에 제소하는 권리를 인정받을 수 있는지는 문제에 대해서 독일은 다음과 같이 주장했다.

" 많은 제약이 있는 재판을 받을 권리와 해석론으로서도 존재하지 않는 전쟁 범죄의 결과로서 주장되는 제소권이라는 두 가지의 다른 개념의 부당한 혼합이 힘을 합쳐서 최고규칙인 강행규범을 창출한다는 해석은 무리가 있다."

243. 한편 이탈리아는 "불공평한 혜택에서 개인의 권리를 보호하고 개인의 재판을 받을 권리와 손해 배상 청구권을 승인한다"는 목표는 "면제 규칙과 예외가 더욱 발전하는 데 영향을 미쳤다"고 반박하며서 다음과 같이 주장했다.

"강행규범으로 인정된 개인의 존엄의 가장 근본적인 원리에 대한 중대한 침해에 대한 보상을 촉구하는 개인의 소송에 대해서, 국가면제를 제한하는 것은 합리적이고 공평한 해결책이라고 볼 수 있다."

그리고 "국제법질서의 근본 규칙에 대한 위반 피해자들이 국내 법원에서의 소송 이외의 모든 보상 수단을 빼앗기고 있는 경우 국가면제에 의한 절차적 항변이 그런 피해자들의 유일한 이용 가능한 구제 수단을 박탈하기 위해 이용되지 말아야 한다."고 주장했다.

244. 한편 그리스도 이에 대해서 "그리스 법원의 근본적 주장은 인도법에 대한 중대한 위반에 관한 개인 보상 청구권을 승인하는 것에 근거를 두고 있다"고 주장했다. 그리스는 이어 다음과 같이 주장했다.

"조문에 명문으로 규정된 것이 아니고 개인은 국가 간 조약을 매개로 할 필요가 있다고 하더라도 인도법 위반에 대해서 개인에 보상하는 국가의 의무는 1907. 헤이그 육전 조약 제 3 조에서 도출된다. 이는 개인이 제 3 조의 문언에서 제외되지 않은 것에서 나타나고 있다. 이 취지의 주장은 이미 제 2 회 헤이그 평화 회의에서의 조약 준비 작업에서 나타나고 있었다."

245. 개인의 보상 청구권은 이 문제에 관한 (유럽, 미주 같은) 국제인권법원의 많은 판례에 의해 확립된 국제인권법이다. 게다가 국제공법은 전통적으로 국가 간 평화 조약에 포섭된다고 여겨지던 전쟁 피해자 개인의 보상 청구에 대해서 발전 과정에 있다. 19 세기 이후 그러한 고전적인 생각을 개인의 청구에 대한 "일반 법원"의 판단의 새로운 흐름으로 재구축하려는 시도가 이어졌다. 어쨌든, 국제인도법 위반의 궁극적인 피해자는 국가가 아니라 개인이다.

246. 제 2 차 세계 대전 중(1943-1945) 독일의 군수 산업에서 노동을 강제된 개인, 또는 1944. 그리스의 디스토모 학살과 이탈리아 치비벳라 학살 피해자 유족, 또는 기타 국가의 잔혹 행위의 피해자는 이에 대한 보상 청구권의 보유자(그리고 수급권자)이다. 피해자는 오늘 일반적으로 승인된 보상 청구권을 포함한 권리의 진정한 주체이다. 오늘날에는 국제인도법의 분야에서도 그 예증이 있다. 이 관계에서

국제적십자위원회(ICRC)의 관습 국제인도법 규칙에 관한 연구를 들 수 있다. 규칙 150 은 다음과 같이 규정한다. "국제인도법 위반에 대한 국가 책임은 이에 의한 상실이나 부상에 대한 완전한 보상임을 요한다". 특히 "개인의 직접적인 보상 청구"의 문제에 대해서 규칙 150 은 "국제인도법 위반 피해자 개인의 책임국에 대한 직접적인 보상 청구를 지지하는 추세가 커지고 있다"고 했다.

247. 게다가 2004. 유엔 사무 총장에 대한 다르푸르 국제 조사 위원회 보고서는 인권과 국제인도법 위반을 단정한 뒤 "그것은 실행자 개인의 형사 책임뿐만 아니라 그 이름으로 실행자가 행동한 국가(또는 국가 유사 조직)의 국제 책임을 일으킨다", 그리고 그러한 국제 책임은 "국가(또는 국가 유사 조직)가 피해자에게 보상을 지급해야 하는" 것을 요구한다고 했다.

248. 2004. 보고는 국가 책임 분야에서의 국제인권법의 영향을 지적한 뒤 오늘 "국가에 대해서 만이 아니라 개인에 대해서도 국가 책임에 따른 보상을 한다는 강한 추세"가 있다고 주장했다. 위 다르푸르 위원회는 인권에 관한 국제법의 영향하에서 다음과 같이 결론지었다.

"중대한 인권 침해가 이루어지고 이것이 국제 범죄를 구성할 경우에는 항상 위반을 실행한 개인의 형사 책임뿐만 아니라 실행자의 국적 국가 또는 실행자가 법률상 또는 사실상의 기관으로서 행동한 국가에 손해에 대한 구제(보상을 포함) 의무가 부과된다는 명제는 오늘날에는 당연한 일이다."

249. 에티오피아 에리트레아 청구권 위원회의 법적 제도도 참조할 만한 것이다. 위원회의 성립 근거가 된 에리트레아국과 에티오피아 연방민주공화국 정부 간의 2000.12.12. 협정 제 5 조(1)에 따르면

"한쪽 정부의 다른 쪽에 대한, 또는 한쪽 국민에 의한 다른 쪽 정부 또는 다른 쪽이 소유하거나 지배하는 물건에 대한 상해나 손해에 관한 모든 청구에 대해서 구속력 있는 재정으로 결정하다".

게다가 2010. 국제법협회(ILA) 국제무력분쟁 피해자에 대한 보상(실질 문제) 국제위원회는 무력분쟁 피해자 보상에 대한 국제법원칙에 관한 선언(실체 문제) 초안에 있어서 보상 청구권(제 6 조)에 언급하며 국제인권법에서 개인의 중요한 위치를 인정하면서 무력분쟁에 적용되는 국제법 규칙에서 개인을 약한 입장에 두는 이유는 없다고 했다.

250. 마찬가지로 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반 피해자 구제와 보상의 권리에 대한 2005. 기본 원칙과 지침은 제 15 조에 피해자에게 보상하는 국가의 의무를 명기했다.

"그 국내법과 국제법상의 의무에 의해 국가는 그 국가에 귀책되어 국제인권법에 대한 중대한 위반과 국제인도법에 대한 심각한 위반을 구성하는 행위나 해태의 피해자에게 보상해야 한다."

이들 최근의 모든 발전은 고집스럽고 전통적인 국가 중심 사고를 넘어서 인권과 국제인도법의 중대한 위반 피해자인 개인의 보상 청구권을 확립했다.

251. 국가면제 분야가 최근의 그러한 눈부신 발전에서 남겨지고 있다면 기묘하고 초현실적이다. 그런 중대한 위반에 따른 보상의 권리 보유자는 상한 피해자 개인이다. 내가 이 사건의 2010.7.6. 재판소 명령(이탈리아 반소 각하)에 대한 반대 의견(제 178 항)에서 주장했듯이 국가는 스스로에 속하지 않는 권리를 포기할 수는 없다. 인간으로부터 그 보상 청구권을 빼앗기 위해서 국제인권법과 국제인도법 같은 국제법 분야에서의 눈부신 발전을 외면할 수는 없다. 그것은 분명한 부정을 초래하게 된다.

252. 나는 인권과 국제인도법의 중대한 침해에 대한 보상 제도는 전쟁 범죄와 인도에 대한 범죄의 결과 손해를 받은 개인의 손실로 국가 간 차원에 한정된다는 주장은 명백히 근거가 없다고 생각한다. 결국 그 개인은 그 결과 그들에게 손해를 끼친 중대한 국제법 위반에 대해서 보상을 받을 권리 보유자이다. 보상 제도는 오로지 국가 간에 속하는 것이라는 해석은 이제 국제법질서에서의 개인의 지위에 대한 완전한 오해라고 할 수 있다. 나의 생각으로는 "개인은 국가에 우선하는 자신의 권리의 승인으로 국가에서 해방되었다". 그러므로 인권과 국제인권법의 중대한 침해에 대한 보상 제도가 국가 간 차원에 한정되면서 개인은 아무런 보상도 없이 뒤에 남겨질 것은 있을 수 없다.

253. 국내 법원은 피해자가 인권과 국제인도법의 중대한 위반에 대한 보상을 얻는 유일한 수단이 아니라는 것을 염두에 두어야 한다. 실제로 개인이 보상을 얻기 위한 다른 수단으로서 국제법정이 있다. 이들 중에는 유엔 안보 이사회 및 평화 조약 또는 국가나 법인이 설립한 혼합 법정, 위원회 및 준사법기관이나 "미해결의 청구"를 위한 중재가 있다. 그러므로 국내 법원은 사건의 성격에 따라서는 피해자의 하나의 구제 수단이 되지만 이는 유일한 것이 아니다. 오늘날 국제법에서는 국내 법원과 국제 재판소는 여러 분야에서 더욱 긴밀히 접촉하게 되고 있다.

254. 예를 들어, 개인의 권리 보호라는 국내 공법과 국제법이 교차하는 장면에서 국가의 의무로서 실효적인 국내 구제가 시도되는 것이 그 하나의 예이다. 지역 통합법 분야에서 선결 재정 절차(예를 들면 EC 조약 제 234 조에 따른 것)는 같은 효과를 갖는 또 하나의 예를 제시하고 있다. 국제형사법의 보완성 원칙도 더 하나의 예이다. 그리고 다수의 예증은 궁극적인 법의 통합을 밝히고 있다. 사실 궁극적인 문제는 국내·국제 차원에서의 재판 실현이다. 결국 국제 범죄는 누가 실행하더라도 주권행위가 아니라 범죄이다. 그것은 피해자에 대한 보상을 요구되는 인권과 국제인도법의 중대한 위반이다. 국가면제의 주장은 피해자 개인에게 보상을 할 국가의 의무와 양립할 수 없다.

255. 실제로 오늘날에는 미주인권법원도 유럽인권법원도 인정하고 있는 개인의 광의의 재판을 받을 권리의 구성 요소로서의 (국가 의무에 대응하는) 개인 보상 청구권의 승인은 국가면제에 관한 이 사건의 기초 사실 같은 인권과 국제인권법에 대한 중대한 위반의 경우에는 더욱 설득적이다. 국가면제를 법적 진공 상태 속에서 고찰할 수 없다. 이 사건의 당초 서면 절차에서 구두 절차 종료에 이르기까지 당사자 간의 주요한 대립의 분기점은 바로 인권과 국제인도법의 중대한 위반 피해자에게 보상하는 국가의 의무와 국가면제의 대치였다.

256. 소답서면에서 명확히 설명된 독일의 명제는 다음과 같다.

"이탈리아는 사적 당사자가 법정지 국가의 법원에서 외국을 제소하는 것을 금지하고 있는 국가면제의 원칙에 구속된다".

독일의 견해에 따르면,

"이탈리아에는 독일이 그 원칙에 의해 누리는 국가면제를 무시하는 어떤 정당화 사유도 없다".

한편으로 답변서에서 설명되고 있는 이탈리아의 명제는 다음과 같다.

"근본적인 규칙에 대한 중대한 위반을 저지른 국가는 가령 그 행위가 주권행위였다고 하더라도 그 불법 행위에 대해서 국가면제를 원용할 자격이 있다고 볼 수 없다. 만일 국가면제가 인정된다면, 국가면제는 피해자에 대한 절대적인 재판거부와 국가 불처벌을 의미하게 된다".

이탈리아의 견해에 따르면,

"국제법질서가 한편으로 그 가치를 감쇄하는 것을 허락하지 않고 그것에 대한 위반을 용서하지 않는 근본적인 실체 규칙을 확립하면서 한편으로 면제가 실질적으로 불처벌을 의미하는 상황에서 그런 근본적인 규칙 위반의 입안자에게 면제를 주는 것은 있을 리가 없다."

257. 인권과 국제인도법의 중대한 위반 피해자 개인에 대한 국가의 보상 의무라는 문제의 고찰은 결코 피할 수 없다. 이는 관습국제법과 법의 근본적인 일반 원칙에 의한 국가의 의무이다. 그렇다면 다음에 이탈리아가 주장하는 제 2 차 세계 대전 중에 행해진 중대한 위반 피해자에 대한 보상 의무를 책임국이 수행했는지 여부를 검토해야 한다. 따라서 다음 문제가 순차적으로 검토될 것이다. 첫째로 이 사건의 피해자의 유형, 둘째로 "기억, 책임, 미래"기금(2000)의 법적 체계, 셋째로 양 당사자의 주장에 대한 평가이다.

2. 이 사건 피해자의 유형

258. 이탈리아에 따르면 위의 위반에 대해서 보상을 수급할 권리가 있는 3 가지 유형의 피해자가 존재한다. 즉,

- (i) 수용되고 전쟁 포로로서의 지위를 부정되면서 강제 노동을 위해 이송된 군인들(이른바 "이탈리아 군인 수용자")
- (ii) 구금되고 수용소로 이송되며 강제 노동에 종사한 민간인
- (iii) 자유의 전사에 대한 공포와 보복 전략의 일부로서 학살된 민간인

259. 이탈리아는 "그들 중에는 오늘까지 보상을 받은 사람은 전혀 혹은 거의 없다"고 주장했다. 이탈리아는 또 구금되고 강제 노동을 위해 수용소로 이송된(ii)의 유형에 속하는 펠리니 씨에 대해서 특히 언급했다. 그는 이미 1998.에 아레초 법원에 소송을 제기했는데 그도 독일 당국에 보상 지급을 요구하고 있었다. 그러나 펠리니 씨는 2000.8.2. 법률 ("기억, 책임, 미래"기금법)에 의한 보상 청구를 제출하지 않기로 했다. "왜냐하면 그는 기금법 제 11 절 1 항에 규정하는 "다른 장소에 감금"된 사람이 아니고 기금의 지침에 규정된 요건에 적합하다고 증명할 위치에 있지 않았기 때문이다."

260. 이탈리아는 이어서 다음과 같이 진술했다.

"2001. 펠리니 씨는 다른 원고들과 함께 기금법 10 절 제 1,11 항, 제 3 항과 제 16 항, 제 1 항과 제 2 항에 대해서, 연방헌법재판소에 위헌 심사를 신청했다" 그리고 "이 신청은 연방헌법재판소에 의해 기각됐다." 이런 배경 사실을 염두에 두고 다음에 2000.에

설립된 "기억, 책임, 미래"기금의 법적 틀을 검토하기로 한다.

3."기억, 책임, 미래"기금(2000)의 법적 틀

261. 1999.부터 2000.까지 독일은 제 2 차 세계 대전 중의 교전 상대국인 상당수 국가와 전쟁 중 독일 기업 및 공공 부문에서 강제 노동에 종사한 개인에 대한 보상에 관해서 외교 협상을 벌였다. 이탈리아에 따르면 이 협상은 미국 법원에서 전 강제 노동자들이 독일 기업에 대해서 제기한 소송이 계기이며, 그런 배경에 대해서 독일과 미국은 전 강제 노동자의 청구에 대응하는 제도의 창설을 예정하기로 합의했다.

262. 그런 합의에 의해 2000.8.2. 독일 연방법이 제정되어 "기억, 책임, 미래" 기금이 창설됐다. 기금의 목적은 강제 노동 "및 국가사회주의자 시대의 기타 부정의"(기금법 제 2 조(1))의 피해자 개인을 위한 자금을 형성하는 것이었다. 기금은 기금법에 규정된 개인에게 직접 보상금을 주지 않고, 합계액을 수령한 이른바 "협력 조직"이 지급하기로 되어 있었다.(기금법 제 9 조)

263. 기금법 제 11 조는 보상 수급 자격 요건을 다음과 같이 정의하고 있다.

(a)"강제 수용소 또한 기타 교도소, 수용소, 이에 준하는 환경의 갇히어 구금되며 강제 노동에 종사한 자"(제 11 조(1)),

(b)"모국에서 (1937 국경에 의한) 독일 또는 독일의 점령 지역으로 추방되어 기업 또는 공공 부문에서 강제 노동에 종사하고...구금되거나 특히 열악한 생활 환경에 놓인 자"(제 11 조(2)),

그리고(c)은 전쟁 포로의 지위에 있던 사람은 이 법에 의한 수급 또는 수익의 자격이 없다고 명문으로 규정하고(제 11 조(3)), 이 사건에 있어서 중요하다.

264. 그러므로 기금법이 특히 다른 독일의 보상 제도에서 남겨진 유형의 피해자를 구제하려는 것임에도 불구하고 기금법 제 11 조(3)는 "수급 자격은 전쟁 포로 지위에 의한 것이 있을 수 없다"고 하며 전쟁 포로를 명문으로 제외했다. 이 조항의 사정거리에 대해서 기금법 공식 주석이 다음과 같이 지적하고 있다.

‘연방정부는 제외 이유를 다음과 같이 설명했다. “국제법 규칙은 전쟁 포로를 노동시키는 것을 수용 당국에 허용하고 있기 때문에 강제 노동에 종사한 전쟁 포로에는 수급 자격이 주어지지 않는다.” 그러나 전쟁 포로가 석방된 후에 “민간인 노동자”로 된 경우에는 다른 요건을 충족하면 기금법에 의한 수급 자격이 주어진다.”

다만 연방 재무부와의 합의에 의해 2001.8.에 작성된 "가이드 라인"에서는 기금 이사회는 "강제 수용소에 수용됐던 전쟁 포로"는 "특히 국가사회주의자의 이데올로기에 의한 차별과 학대를 받고 강제 수용소 수용은 일반적인 전시 중의 처지라고 할 수 없기 때문에" 기금법에 의한 수익자에서 제외되지 않는다고 해서 제외 범위를 한정했다.

265. 이러한 배경에 관해서, 기금법 밑에서의 "이탈리아 군인 수용자" 수급 자격 문제에 관한 전문가(Christian Tomuschat) 의견을 간과할 수는 없다. 이 전문가 의견은 독일은 원래 전쟁 포로 지위가 주어져야 할 사람들을 강제 노동자로 다루었지만 그들의 실제 지위는 전쟁 포로였다고 독일 정부에 조언했다. 이 전문가 의견에 따르면 "이탈리아 군인 수용자들은 " 제 3 제국의 대규모 침해도 불구하고 제 2 차 세계 대전 종료 후 그들의 최종적인 해방에 이르기까지 국제법에 의한 전쟁 포로 지위를 유지하고 있었다. 그래서 기금법 제 11 조(3) 제외 조항은 원칙적으로 그들에게 적용할 수 있다".

266. 이처럼 이 전문가 의견은 군인 수용자의 (이에 부수하는 권리와 함께) 실제로는 거부당한 법률상의 지위를 사실상의 대우에 우선시켰다. 위 전문가 의견의 조언에 기초하여 많은 피해자는 기금법 제 11 조(3)의 예외 규정에 포함되게 되어 보상 제도에서 제외됐다. 이런 배경에 대해서 이탈리아는 2000. 이후 "수천명의 이탈리아 군인 수용자와 강제 노동에 종사한 이탈리아 민간인이" 기금법에 따라 "보상 신청을 했"지만 그 신청은 "거의 모두 거절당했다." 고 해서 다음과 같이 주장했다.

‘2003. 독일의 행정 법원은 몇몇 “이탈리아 군인 수용자”에 의한 소송을 기각했다. 이탈리아 법원에 계류된 사건은 펠리니 사건을 유일한 예외로서 2004. 이후에 제소됐다. 그때는 이탈리아 강제 노동자는 독일 당국으로부터 보상을 받을 가능성이 없는 것이 명백하였다.”

267. 나의 이해에 따르면 "이탈리아 군인 수용자"가 그들이 실제로는 거부된 지위를 이유로 보상 수급에서 제외된 것은 유감이다. 이 사람들의 전쟁 포로 대우를 받는 국제법상의 권리를 부정한 것은 바로 나치스 독일에 의한 많은 위반의 하나이다. 이 위반에 그거하여 보상 거부라는 또 하나의 위반을 하는 것은 이탈리아의 지적처럼 "카프카식 법의 블랙 홀"이며, 이중의 부정을 만들어 내는 것이다.

4. 양 당사자의 주장에 대한 검토

268. 다음에 이탈리아가 언급한 피해자 보상 문제에 대해서 양 당사자가 이 사건의

절차에 있어서 서면 및 구두로 주장한 내용을 검토한다. 독일의 제출한 주장과 증거는 어느 특정의 피해자가 실제로 보상을 받았는지에 대해서 일반적으로 밝히지 않았다. 독일은 "여기는 1945. 이후 연합국이 독일에서 받은 모든 보상에 대한 완전한 대차 대조표를 분명히 할 장소가 아니다"고하며, 1945. 이후에 지급한 보상의 완전한 계산을 제출하지 않았지만 독일과 이탈리아의 1961. 두 가지 협정에 의하여 "상당한 금액이 이탈리아에 지급됐다", 또 평화 조약 청구권 포기 조항에도 불구하고 "공평의 관점에서" 이탈리아에 지급했다고 진술했다.

269. 독일은 이어 구두 주장 속에서 "이탈리아 군인 수용자"는 기금법의 해석에 의해 보상을 받지 않았음을 다음과 같이 분명히 인정했다.

"이탈리아는 독일이 2000. "기억, 책임, 미래" 기금법을 제정한 후에 처음으로 그 법의 인적 적용 범위에서 이탈리아 군인 수용자가 제외된 것에 불만을 제기했다. 이 그룹의 사람들은 전쟁 포로로 그 시기에 뒤떨어진 보상 제도의 목적에 포함되지 않았다."

270. 한편 이탈리아는 서면에 의한 주장 속에서, 1961. 독일과 이탈리아의 두 가지 협정은 "매우 많은 피해자를 커버하지 않고", "아직도 적절한 보상을 받지 못하고 있다"고 진술했다. 이탈리아는 독일이 과거 수십년 사이에 전쟁의 잔혹 행위 피해자의 보상 청구에 대응하기 위해 많은 수단을 창설해서 실행한 것을 인정하고 두 가지의 중요한 입법(1953. 연방 보상법, 2000.8.2. 기금법)이 제정된 것에도 언급했지만, 모두 이탈리아인 피해자가 보상을 얻기 위한 실효적인 법적 수단을 제공하지 않았다고 진술했다.

이에 대해서 이탈리아는 1953. 연방 보상법은 외국인을 일반적으로 보상에서 배제했다고 해서, 기금법에 대해서는 다음과 같이 주장했다.

"13 만명 이상의 이탈리아 강제 노역자가 2000.8.2.법에 의한 보상 신청을 했지만 대다수(12 만 7000 건 이상)의 신청이 법의 지나치게 엄격한 보상 요건에 의해서 기각됐다."

271. 이탈리아는 또 다음과 같이 주장했다.

"독일이 지금까지 창설한 제도 (관련 협정에 의한 것과 일방적 행위에 의한 것을 포함)는 특히 이들 제도가 이탈리아 군인 수용자와 제 2 차 세계 대전 마지막 몇달에 독일 군대에 의해서 실행된 학살 피해자와 같은 몇가지 유형의 피해자를 커버하지 않는다는 이유로 불충분하다는 것이 입증됐다."

한편 독일은 특정의 피해자에 대해서는 언급하지 않고 그 대신에 "모든 관계국과 모든 전쟁 피해를 포괄하는 광범위한 계획 밑에" "보상이 이루어졌다"고 일반론만을 주장했다.

272. 독일은 이탈리아와 그리스를 위해 일괄 지급이 이루어진 것에 대해서도 언급하며 '약 3400 명의 이탈리아 민간인이 "기억, 책임, 미래" 기금으로 강제 노동에 대한 보상을 받아' '약 1000 명의 이탈리아 군인 수용자가 기금 제도로 강제 노동에 대한 보상을 받았다'고 주장했다. 독일은 후자 그룹에 대해서, 독일은 "2000.에 전 강제 노동자에게 위로금을 지급하기로 했다"고 했지만, "전쟁 포로는 이 특별한 구상에 포함되지 않고" "인종적, 사상적 박해도 받은 군인 수용자만 지급 대상이 되었다"고 인정했다.

273. 위 주장에 이어 독일은 모든 "이탈리아 군인 수용자"가 보상을 받은 것이 아니라 "인종적, 사상적 박해"도 받은 사람만이 대상이 됐다고 진술했다. 이에 이탈리아는 이 사건 분쟁의 기초가 된 문제는 그런 후자의 피해자에 관한 것이 아니라 "독일도 간접적으로 인정하듯이 아직도 보상을 받지 못하는 수만명의 이탈리아인 피해자에 대한 전쟁 범죄에 의한 보상 의무"에 관한 것이라고 반박했다. 이탈리아는 "기타 피해자, 즉 대다수의 피해자를 대표하는, 박해 피해자가 아닌 피해자는 전혀 보상을 받지 않고 있다는 사실을 명백하고 완전히 인식할 수 있다"고 결론지었다.

274. 이미 지적했듯이 이 재판소의 2011.9.16. 구두 변론의 마지막으로 내가 양 당사자에 한 질문 중 하나는 바로 이 사실을 밝히려는 것이었다. "피고가 언급한 특정 이탈리아인 피해자는 실효적인 보상을 받았을까?" 혹시 받고 있지 않는다면 "그들에게는 그 권리가 주어졌을까? 그리고 국내 법원 외의 어떠한 방법으로 실효적으로 보상을 받을 수 있을까?". 양 당사자의 이 질문에 대한 답변은 쟁점에 대한 각각의 입장을 나타내는 것이었다.

275. 독일은 2010.7.6. 재판소 명령(반소 청구)에 언급하거나 "제 2 차 세계 대전에 관한 보상이 아직도 청구 가능한지 여부는 이 사건의 내용이 아니다"며 이 질문을 피하려고 했다. 독일은 제 2 차 세계 대전에 대한 보상 제도는 고전적인 국가 간 포괄적 제도이고 독일에 대한 청구권을 가진다고 생각하는 피해자들은 독일 법원에 제소할 수 있다고 단언했다. 독일은 이들 특정 피해자가 보상을 받았느냐는, 사실에 관한 질문에 초점을 맞추지 않고 2010.7.6. 재판소 명령(반소 청구)에 애매하게 의거하면서 이 질문을 피하는 모양을 보였다.

276. 한편 이탈리아는 이 질문에 대해 "이 분쟁의 기초 사실을 이룬 사건에서 언급된 유형의 피해자는 누구도 보상을 받지 못하고 있다"고 분명히 답했다. 게다가 수십년에 걸친 보상 청구의 시도가 전혀 성과를 거두지 못했음에도 불구하고 어떤 제도도 마련되지 않은 것을 보면 몇가지 유형의 피해자는 보상을 청구하기가 불가능하다고 진술했다. 더욱이 이탈리아는 이런 유형의 피해자에 대한 보상을 목적으로 하는 협정 체결을 독일 측이 강하게 혐오하고 있다고 주장했다. 또 이탈리아 군인 수용자에 대한 보상 문제는, 기금에 의한 보상 가능성에 관한 논의 속에서 주 베를린 이탈리아 대사에 의해 제기된 적이 있다고 진술했다.

277. 이탈리아는 또 이들 유형의 피해자들이 보상을 얻기 위해서는 국내 법원에서의 소송 이외의 수단은 존재하지 않는다고 주장했다. 그리고 만약 국내 법원의 법관이 국가면제를 부정하지 않았다면 전쟁 범죄 피해자가 보상을 받기 위한 다른 수단은 남아 있지 않았다고 진술했다. 나의 질문에 대한 독일의 서면에 의한 응답에 대한 논평에서 이탈리아는 이어 독일의 주장은 엄청난 수의 이탈리아인 전쟁 범죄 피해자에게 보상이 이뤄지지 않고 그 보상 거부는 1947. 평화조약 제 77 조의 청구권 포기 조항에 따라 보상 의무를 면했다는 주장에 근거를 두고 있음을 밝혔다고 주장했다. 독일은 이탈리아의 "이 분쟁의 기초 사실을 이룬 사건에서 언급된 유형의 피해자는 누구도 보상을 받지 못하고 있다"는 분명한 주장을 다루지 않았다. 나의 질문에 대한 이탈리아의 응답에 대한 논평에서 독일은 이 주장에 반박하고 오해를 푸는 기회가 있었다. 그럼에도 불구하고 독일은 이 강력한 주장에 대해서 침묵을 지킨 것을 간과해서는 안 된다.

278. 이미 말한 듯이 보상이 이뤄졌는지 여부는 재판소 기록에 비추어 평가되어야 한다. 양 당사자는 서면 및 구두 절차에서 이 문제를 밝히는 충분한 기회가 주어졌다. 나는 그들에게 간단한 사실에 관한 질문에 명확히 대답하도록 요구했다. 이탈리아는 이에 답했다. 독일은 2010.7.6. 재판소 명령(반소 청구)의 효과에 따라 보상 문제는 이 분쟁에서 제외됐다고 주장해서, 이 질문을 회피했다. 이는 전혀 설득력 없는. 혹시 나의 질문에 분명히 답했다면 재판소가 이 사실에 관한 문제를 밝히는 데 도움이 되었을 것이다. 그러므로 당사자가 제출한 증거 및 주장 근거에서 보면 이탈리아의 최근의 판례에서 언급된 특정 피해자들은 실제로 보상을 받지 않고 있다고 볼 수 있다.

279. 이 문제의 결론으로서, 재판소 기록은 이탈리아가 이 소송에서 이탈리아의 최근의 판례가 언급된 어떤 피해자도 보상을 받지 않고 있다고 거듭 주장한 것을 나타내고 있다. 이는 이탈리아로서 이 사건의 기초를 이루는 기본적 주장이다. 독일은 그 서면과 구두 주장, 나의 양 당사자에 대한 질문에서 이를 반박하는 충분한 기회가 있었다. 독일은 이들 특정 피해자에게 보상을 했다는 증거를 제출하지 않고 그 대신에 지급에

대한 일반적인 언급에 그쳤고 그저 "이탈리아 군인 수용자"는 "기억, 책임, 미래"기금의 구상 범위 외에 있는 것을 인정했다.

280. 요컨대 이미 말했듯이 전문가(C. Tomuschat)의 의견을 근거로 독일은 강제 노동자로 사역한 이탈리아인 전쟁 포로("이탈리아 군인 수용자")에 대해 기금에 의한 보상을 하지 않았다. 독일은 그 피해자의 처우에 대해서 그들에게 이중의 부정을 들 지우는 해석을 채용했다. 첫째로 그들이 전쟁 포로로서의 권리에 따른 이익을 얻을 수 있을 때에 그 지위를 부정하고 둘째로 지금 그들이 피해를 입은 국제인도법 위반(전쟁 포로 지위를 부정했다는 위반을 포함)에 대한 보상을 청구하자 그들은 전쟁 포로로 취급되는 것이다.

281. 그들이 전쟁 포로로 간주된 것이 너무 늦은 것은 (그나마 나쁜 일에 보상을 거부하는 것은) 유감이다. 그들은 제 2 차 세계 대전 중과 그 직후(그 보호를 위해) 전쟁 포로로 간주돼야 했지만 그들은 그렇게 간주되지 않았다. 이는 다툼이 없는 참혹한 사실이다. 그러므로 재판소 기록에 따르면 나치스 독일의 인권과 국제인도법에 대한 중대한 위반의 대부분의 피해자는 실제로 보상을 받지 않는 채 방치되고 있다고 최종적으로 결론할 수 있다.

XXV. 인권과 국제인도법의 중대한 위반 피해자 개인에 대한 보상의 필요성

1. 보상의 한 형태로서의 재판 실현

282. 나의 이해에 따르면 이 사건에서 문제가 된 인권과 국제인도법의 중대한 위반 피해자 개인에 대한 보상은 필수 과제이다. 피해자 개인의 보상을 받을 권리는 그들이 피해를 입은 인권과 국제인도법의 중대한 위반과 가리기 어렵게 연결되어 있다. 국가면제에 관한 이 사건에서도 보상과 국가면제에 대한 당사자의 주장은 완전히 불가분이며 이탈리아 반소 청구를 즉각각하한 2010.7.6. 재판소 명령의 방법에 의해서도 전혀 분리할 수 없다. 그 결정(나의 반대 의견이 있음)은 구두 변론을 거치지 않고 논점 선취의 허위 논법을 내용으로 하는 간결한 두 단락(28 과 29)에 의거해서 이루어졌다.

283. 내가 이미 이 반대 의견(위 18-23 항)에서 지적했듯이 양 당사자인 독일과 이탈리아는 국가면제에 관한 맞선 의견을 전개하기 위해서 이 사건의 사실적 및 역사적 배경에 대해서 계속해서 언급했다. 이 사건의 사정에서 국가면제와 전후보상의 주장이 동전의 앞뒷면처럼 불가분인 것은 놀랄 일이 아니다. 이는 내가 이 사건에서 거둔 많은 교훈 중의 하나이다. 그 사실적 배경은 국가가 법률 위에 서고자 할 때에는

반드시 인권과 국제인도법의 중대한 위반을 포함한 인간에 대한 학대가 이루어진 것을 나타내고 있다.

284. 법의 지배는 어떤 국가도 법 위에 설 수 없다는 국가 권력에 대한 법에 의한 제한을 포함하고 있다. 법의 지배는 자연법 사상에 유래하는 특정의 근원적 가치를 지키고 보장하려고 한다. 이 가치가 잊혀지면 꼭 억압을 위한 국가 기관이 조직되어 인권과 국제인도법과 법 작용에 대한 조직적이고 중대한 위반이 행해지게 된다. 그리고 불처벌을 끝내는 재판의 현실화는 나의 생각에 따르면 그 자체가 피해자에 대한 보상(만족)의 중요한 한 형태를 이룬다.

2. 중대한 위반에 대한 법의 반작용으로의 보상

285. 그것은 인간을 희생로 하는 과격 폭력에 대한 법의 반작용과 매우 유사하다. 우리는 여기서 강행규범 분야에 대한 논의를 시작하고 있다. 법은 자연법 규범에 따라 인간 관계를 조정하고 인간의 고통을 완화하기 위해, 거친 권력에 대한 우월을 주장하는 반작용을 작동시킨다. 이를 위해서는 재판의 실행과 피해 보상이 필수적이다. 이탈리아의 법철학자 산티 로마노(Santi Romano)는 그 저서 "법질서"(1918)에서 제재는 어떤 법 규범으로써 규정되는 것이 아니라 법질서 전체에 내재하며 거기에 존재하는 모든 권리의 "실효적 보장"으로서 기능하는 것에 규정된다고 주장했다. 인간을 희생로 하는 과격 폭력 행위가 이뤄질 경우 기본적 권리 침해에는 피해자 보상(만족)을 실현하는 재판이 가장 중요한 것을 보장하는 (국내 및 국제) 법질서의 반작용이 내재한다.

286. 나는 10 년 전에 다른 국제 법원(미주인권법원)의 판결에서 바로 이 점에 대해서 논할 기회가 있었다. 그 때 나는 궁극적으로는 인간의 양심에서 발생하며 그에 의해 활동하는 법이 배상 (어원은 라틴어 reparare(다시 배열하다))을 지급시키는 것을 지적했다. 그리고 이 법은 침해 행위가 재발하지 않도록 개입하는 것이다. 배상은 이미 실행된 인권 침해를 끝내는 것이 아니다. 그러나 그것은 (불처벌이나 망각이라는 사회 환경과는 달리) 적어도 이미 발생한 고통의 증폭을 막을 수 있다.

287. 내가 그 기회에 다음과 같이 말한 대로, 이 견해에 따르면 배상에는 두 가지 의미가 있다.

"이는 권리를 침해된 피해자와 그 유족에게 (배상의 한 형태로서의) 만족을 주고 동시에 그러한 침해에 의한 파괴된 법질서 (인간의 고유 권리의 완전한 존중 위에 세워진 법질서)를 재건하다. 그러므로 재건된 법질서가 침해 행위가 재발하지

않도록 보장을 요구 한다...배상은 법질서를 재건하면서 살아남은 피해자의 인생을 다시 일으킨다. 하지만 이는 그들의 나날의 생활에 불가피하게 수반되는 고통을 제거할 수 없다. 손실은 이런 의미에서 전혀 돌이킬 수 없다. 그래도 배상은 정의를 회복할 책임을 지는 자의 불가피한 의무이다. 인간의 양심 및 법 자체가 위대한 발전을 이룬 시대에는 재판 현실화는 지배자의 방해 행위나 억압적인 법의 제정 등 모든 장애에 우선하고 중대한 인권 침해가 시효에 의해서도 소멸하지 않는 절대적인 것을 밝힐 것임은 의심의 여지가 없다. 배상은 이 같은 인간에 대한 처우에서의 위반, 공권력을 가진 책임자의 불처벌, 사회의 무관심과 망각 같은 다양한 형태로 드러나는 인간의 잔혹 행위에 대한 법적 반작용이다.

파괴된 법질서(그 근본에 있는 것은 명백히 인권의 존중이다)의 반작용은 궁극적으로는 인간의 연대 정신으로 움직인다...재판 현실화의 틀 속에서 피해자(또는 그 유족)의 만족과 침해 행위 재발 방지의 보장을 포함한 것으로 이해되는 배상은 부인할 수 없는 중요성이 인정된다. 무관심과 망각의 거부와 위반 재발 방지의 보장은 우리가 사는 가치 기준이 결여된 폭력적인 사회에서의 피해를 받은 자와 받을 수 있는 자의 연대 연쇄의 장후이다. 이는 궁극적으로는 살아남은 자와 죽은 희생자를 잇는 연대 연쇄의 강력한 표현이다."

XXVI. 강행규범의 우월 : 그 해체의 시도에 대한 반박

288. 마지막 논점으로 넘어가자. 이 반대 의견에서는, 국가면제의 요구가 문제가 될 때마다 강행규범에 대한 모호한 자세에 강력히 반대해왔다(제 224-227 항). 실제로 국가면제에 관한 이 사건에 대해서 재판소의 다수 의견과 내 입장 사이에는 많은 점(방법론, 채용되고 추구된 어프로치, 결론)에 대해서 깊은 갈등이 있는 것 같다. 이 반대 의견을 이 사건 판결이 논급하고 있는 쟁점에 대해서 내 입장의 근본에 있고, 특히 중요한 하나의 점으로 압축한다면, 그것은 국제법에 있어서의 강행규범 강화와 우월성이다. 실제로 강행규범의 우월성이 없으면 국제법에는 암담한 미래가 기다리고 있을 것이다. 그것은 보다 나은 미래에 대한 희망이 사라지는 것이고, 나는 받아들일 수 없다.

289. 나는 현대의 국제법원인 미주인권법원에 최근 계류된 일련의 학살 사건에 관한 애처로운 국제 재판에 재판관으로 관여한 경험이 있고 그 속에서 인간이라는 것의 성질의 가장 어두운 측면을 접해왔다. 이미 이들 사건의 판결은 선고되고 현대 국제법(특히 국제인권법)의 역사에 속한다. 나는 그 체험의 기억을 편집했기 때문에 현재 및 미래 세대의 국제법 연구자는 내가 이들에서 얻은 교훈으로부터 얻는 바가 있을지도 모른다. 나는 이 반대 의견에서 이들 교훈을 회고할 생각은 없다. 단지 기본적인 인간의 가치에 대한 섬세한 배려 없이는 인권과 국제인도법에 대한 중대한

침해 같은 사건에 접근할 수 없다는 것만을 지적해두고 싶다. 법실증주의자의 고정관념에 반해서 법과 윤리는 가리기 어렵게 연결되어 있으며, 이는 국내·국제적 차원의 재판의 확실한 현실화를 위해 마음에 새겨야 한다.

290. "인도에 대한 초보적 배려"의 원용은 그런 고찰이 현실에 적용된 결과를 예상하고 대응하는 일관성 보장을 잃은 수사(修辭)이어서는 안 된다. 게다가 법적 신념에 대한 매우 좁은 시각을 유지하면서 그것을 전혀 고려하지 않는 지점까지 관습의 주관적 요소를 축소하며 법의 일반 원칙에서 추방해서는 안 된다. 이 사건에서(재판소의 서술에 따르면) "법정지 국가의 영역 내에서 외국 군대에 의해 행해진 행위"는 책임국인 독일 스스로가 이 소송의 모든 단계에서 인정하던 위법"행위"이다. 이들은 재판소가 되닌 것과 같은 주권행위가 아니다. 이들은 불법 행위이며, 실행한 국가와 개인의 책임을 생기는 국가 범죄, 잔혹 행위, 가장 중대한 국제 범죄이다. 내가 이미 말했듯이 주권행위와 업무관리행위의 전통적 구분은 이 사건과 같은 중대한 사건에서는 의미가 없다.

291. 주권 평등 원칙은 국가 관계에 대해서 적용되는 극히 기본적인 원칙이다. 이가 올바르게 고려됐다면 이들 잔혹 행위나 국제 범죄는 그때(1943~1945) 그 같은 방식으로 진행되지 않았을 것이다. 어쨌든, 이 사건은 국내 차원에서 실행된 국제 범죄에 관한 것이므로 이 원칙은 이 사건의 요점이 아니다. 나의 인식에서는 문제에 대해 중심이 되는 원칙은 인도의 원칙과 인간의 존엄성의 원칙이다. 내 견해로는, 국제 범죄에 대한 국가 책임과 그 불가분의 보완물인 피해자에게 보상을 할 책임국가의 의무 위에 국가면제를 부당하게 자리매김해서는 안 된다.

292. 이미 말했듯이 헤이그 재판소(상설국제사법재판소와 국제사법재판소)의 확립된 판례는 원칙적으로 국제법 위반과 그 결과를 해소하기 위한 보상 의무는 불가분 일체라는 해석을 지지하고 있다. 이 사건 판결처럼 마치 어두운 (제 2 차 세계 대전의 사회적 파국) 떡 구름에서 천둥이 불가분 일체의 것 위에 떨어지고 그것을 박살 내는 것과 같은 작용을 국가면제에 시켜서는 안 된다. 이미 말했듯이 국가면제는 권리가 아니라 특전 또는 혜택이다. 그것을 명백한 부정의를 초래하는 방법으로 유지해서는 안 된다.

293. 재판소의 다수 의견은 이 사건 같은 상황에서 국가면제를 유지하는 것을 정당화하기 위해 쟁점의 내용에 관한 국내 법원의 서로 맞선 판례와 모순되는 국내 입법례를 경험주의적으로 사례 조사했다. 이 조사는 사실에 대한 과잉한 관심과 가치의 망각이라는 법실증주의자의 독특한 방법론에 따른 것이다. 그리고 그 시각에 입각하더라도 국내 법원 판결 사례 조사는 내가 보기엔 국제 범죄의 경우에서

국가면제를 결정적으로 지지하는 것이 아니다.

294. 국내 입법에 대해서도 나의 시각으로는, 인권과 국제인도법 위반의 경우에 국가면제 부정을 소수의 입법례에 의해서 억제할 수는 없다. 이러한 실증주의적 조사는 국제법의 화석화를 초래하고 그 예상되는 진보적 발전이 아니라 고집스러운 낙후를 초래하게 된다. 그런 부당한 방법론은 법률가들 사이에 유행하고 있는 어떤 종류의 부적절하고 설득력 없는 개념화, 특히 "주요" 규칙과 "부차적" 규칙, "절차" 규칙과 "실체" 규칙, "행위" 의무와 "결과" 의무의 대립 같은 것과 일체가 되어 있다. 말, 말, 말...가치는 어디로 갔을까?

295. 그런 종류의 개념화에 의존하면 때로는 국가면제에 관한 이 사건처럼 분명한 부정의에 빠지는 일이 있다. 재판소는 다시 절차법(이 재판소의 구속 영장 사건(콩고 민주공화국 대 벨기에) 판결(2002)에 따르면 거기에 국가면제가 자리 매김)과 실체법의 대립에 의거했다. 나의 생각에 따르면 절차법과 실체법의 분리는 존재론적으로도 의무론적으로도 실행 불가능하다. 형식은 내용에 일치한다. 법절차는 그 자체로 완결되지 않는다. 그것은 재판의 실현 수단이다. 그리고 실체법의 적용은 최종적인 것이고 재판이 실행된 것을 의미한다.

296. 이 판결에서 다수 의견은 실체적인 ("점령지의 민간인 학살, 노예 노동을 위한 주민 이송, 노예 노동을 위한 전쟁 포로 이송"금지를 규정하는) "강행규범"과 절차적인 "국가면제 규칙" 사이에는 저축이 존재하지 않거나 또는 존재할 수 없다는 잘못된 가정에서 출발했다. 이 동의 반복적인 가정은 재판소를 이 사건과 같은 중대한 상황 밑에서도 국가면제를 유지하는 판단으로 이끌었다. 형식 주의자가 인식하지 못하고 하더라도 거기에는 본질적인 저축이 있다. 저축은 존재하고 재판소의 추론은 강행규범에서 그 효과와 법적 중요성을 박탈하는 이유 없는 해체로 이끌 것이다.

297. 이런 일이 일어난 것은 처음이 아니다. 예전에도 예를 들면 과거 10 년간, 이 판결에서 재판소가 인용한 구속 영장 사건 판결(2002), 콩고 영역에서의 무장 활동(콩고 민주 공화국 대 르완다)사건 판결(2006)이 있다. 이제 강행규범에 그것이 요구하고 받을 만한 주목을 해도 좋은 무렵이다. 이 사건과 같은 강행규범의 해체는 인권과 국제인도법의 중대한 위반 피해자인 개인뿐만 아니라 현대 국제법 자신에서도 손실이다. 요컨대 나의 생각에 따르면 민간인 학살과 노예 노동을 위한 민간인과 전쟁 포로의 이송 같은 국제 범죄에 대해서 국가면제의 특전과 혜택은 있을 수 없다. 강행규범에 의한 절대적 금지에 대한 중대한 침해에 국가면제는 있을 수 없다.

298. 국가면제를 개별화하거나 고립화하는 (허공 속에서 국가면제를 고찰하는)

시각에서 계속해서 고찰해서는 안 된다. 이는 현대 국제법 전체의 포괄적인 관점과 국가면제가 국제 사회에 다하는 역할에서 고찰해야 한다. 국제법은 이미 지적인 성 문화 과정 (예를 들면 2004 유엔국가면제조약 초안) 또는 사법 판단 차원 (예를 들면 2001 엘 아도사니 사건의 유럽인권법원(대법정)판결 다수 의견, 이 재판소에서의 이 사건)의 과거의 길고 계속한 태만으로 동결되는 것은 있을 수 없다. 이 사건의 재판소의 주장을 유추하면 “강행규범에는” 그 사정거리와 범위를 결정하는 규칙으로서 그 적용을 중단하거나 제한하는 “내재적 제약”이란 것이 존재하지 않고, 다만 오늘까지 이루어지지 않은 확신을 가진 실행을 요구하고 있다.

299. 재판소는 그 판단을 할 때에는 인권과 국제인도법의 중대한 위반에 의한 피해자의 심각한 손해에 무관심하거나 망각해서는 안 된다. 또 국가면제를 절대적 가치로 하는 부적절한 판단에 의하여 국가의 민감한 부분에 지나치게 배려해서는 안 된다. 전혀 반대로, 국가의 잔혹 행위의 피해자들을 아무런 보상 없이 방치해서는 안 된다. 국가면제는 이 사건의 지배적인 견해처럼 재판권에 대한 장애물로 기능시켜서는 안 된다. 그것은 재판을 현실화하는 길이 아니다. 재판을 실현하려면 광범위한 피해자에게 재판을 보장하고 그들에게 손해를 입힌 범죄에 대한 배상을 청구해서 획득할 권한을 준다는 최종 목표를 유지해야 한다. 강행규범은 국가면제의 특전과 혜택에 우선한다. 거기에서 도출되는 결론은 재판거부와 부처벌의 회피이다.

XXVII. 요약 : 결론적 고찰

300. 여기까지의 모든 고찰에 따르면 국가면제에 관한 이 사건 판결의 대상이 된 모든 논점에 대한 나의 입장과 재판소의 다수 의견이 완전히 반대인 것은 분명하다. 나의 반대 의견은 당사자(독일과 이탈리아) 및 참가국(그리스)이 이 재판소에서 행한 주장의 평가에만 입각하는 것이 아니라 오히려 모든 원칙의 문제와 근원적 가치에 중점을 두고 있다. 나는 국제 사법 기관의 성실한 작업 속에서 나의 근본적 입장을 이 사건의 반대 의견의 근거에 두어야 한다고 생각해 왔다. 나는 이 단계에서, 논점의 명확화와 상호 관계의 강조를 위해 내 반대 의견의 모든 논점을 요약해서 기재하는 것이 적당하다고 생각한다.

301. 제 1: 같은 계속된 상황 속에서 시간의 경과와 법의 진화를 특정 사실과의 관계에서만 수용하고, 다른 사실과의 관계에서는 수용하지 않고 다만 소송에 있어서의 자신의 이익에 이바지하기 위해서 시제법에 대해서 고려해서는 안 된다. 과거의 잔혹 행위 실행의 법적 결과에서 벗어나려면 정적 도그마의 뒤에 숨겨질 수 없다. 법의 진화를 고려해야 한다.

제 2: 마찬가지로 이 사건의 사실 관계를 추상화해서는 안 된다. 국가면제는 허공

속에서 고찰할 수 없다. 이는 분쟁의 원인이 된 여러 사실과 가리기 어렵게 결합된 문제이다. 사건의 사실적 배경을 이루는 가해 행위의 책임을 원고 국가가 재판소 절차의 모든 단계 (서면 및 구두 단계)를 통해서 스스로 인정하고 있다는 독특하고 전례 없는 이 사건과 같은 경우에는 위의 관계성의 승인에는 더 설득력이 있다.

302. 제 3: 20세기의 두 차례 세계 대전의 공포를 목격한 세대의 법학자에서, 국가 중심 사고에 전혀 얽매이지 않아서 인간의 근원적 가치와 개인을 중심으로 오늘날에도 타당하는 만민법의 역사적 기원에 대한 충실성을 유지한 학설의 발전이 시작됐다. 국가면제는 요컨대 특전 또는 혜택이다, 인간의 근원적 가치에 초점을 맞춘 오늘날 국제법의 진화와 무관한 추상적 존재일 수가 없다.

303. 제 4: 국제법학회의 연구 성과를 포함한 현대의 명석한 국제법 이론은 특히 국제 범죄의 경우에 대해 국가면제와 재판을 받을 권리 사이의 긴장을 적절하게 후자를 우선함으로써 점차 해소하고 있다. 이는 재판의 절실한 필요성, 그리고 국제 범죄가 행해진 경우의 불처벌을 회피하고 이들의 장래에 있어서의 재발 방지를 보장하는 것에 대한 학설의 관심을 나타내고 있다.

제 5: 한계치를 넘는 인권과 국제인도법에 대한 위반은 피해를 받은 개인의 배상 청구에서 재판권에 대한 모든 장애를 배제한다. 모든 집단적 잔혹 행위는 누가 저질렀는지에 상관 없이 오늘날에는 한계치를 넘는 중대한 것으로 여겨져 있는 것은 매우 중요하다. 범죄적인 국가 정책과 그에 이은 국가의 잔혹 행위의 실행은 국가면제의 방패에 가려져는 안 된다.

304. 제 6: 개인의 고유 권리에 대한 국가 간에 포기는 인정되지 않는다. 이들은 국제 공공 질서에 반하며 어떤 법적 효과도 박탈되어야 한다. 이는 인간의 양심, 세계 사법의 양심, 법의 궁극적 원천에 깊이 새겨지고 있다.

제 7: 제 2 차 세계 대전 전까지(노예 노동 형태의) 강제 노동을 위한 이송은 이미 국제법으로 금지되어 있었다. 제 2 차 세계 대전의 오래 전에 그 위법성은 규범적 차원(1907 헤이그 육전 조약과 1930 ILO 강제 노동 금지 조약)에서 널리 인정 받고 있었다. 성문화 작업 속에서도 그런 금지는 인정 받고 있었다. 게다가 그것은 사법적 승인도 받고 있었다.

제 8: 전후보상 청구의 권리도 마찬가지로 제 2 차 세계 대전의 오래 전부터(1907 헤이그 육전 조약부터) 인정되어왔다.

305. 제 9: 국제법질서를 불안하게 만들거나 위기에 빠뜨리거나 하는 것은 국제 범죄이며, 정의를 촉구하는 개인의 보상 청구 소송이 아니다. 국제법질서를 괴롭히는

것은 그런 국제 범죄를 쉬쉬하면서 실행자를 처벌하지 않는 것이고, 피해자가 재판을 요구하는 것이 아니다. 국가가 그 국민의 일부나 외국의 주민을 학살하는 범죄적 정책을 수행한 경우, 나중에 국가면제의 방패에 숨지 못하고, 국가면제는 그런 목적을 위한 것으로 간주되어서는 안 된다.

306. 제 10: 국제 범죄를 구성하는 인권과 국제인도법에 대한 중대한 침해는 반 법률적 행위, 강행규범 위반이며, 그것을 완전히 감추거나 국가면제에 의거해서 망각 속에 던질 수 없다.

제 11: 국가에 의해 실행된 국제 범죄는 업무관리행위도 주권행위도 아니다. 이들은 범죄, 국가 범죄이며 그에 대한 국가면제는 없다. 그런 전통적인 침식적인 구별은 의미가 없다.

307. 제 12: 그러므로 인권과 국제인도법에 대한 중대한 위반의 경우 개인이 국제사법기관에 그 권리를 증명하기 위해서 직접 제소하는 것은 자국에 대한 소송의 경우를 포함해서 완전히 정당화된다.

제 13: 개인은 바로 국제법의(단순한 "관계자"가 아니라) 주체이다. 그리고 법학설이 여기서 떠나면 항상 그 결과는 비극적이다. 개인은 국제법(만민법)에서 직접 생기는 권리 보유자이자 의무 부담자이다. 지난 수십년의 국제인권법, 국제인도법, 국제 난민 법, 그리고 국제형사법의 발전의 수렴은 이를 분명히 증명하고 있다.

308. 제 14: 국가면제를 포기할 수 없다는 것은 전혀 없다. 인도에 대한 범죄에 대해서는 국가면제는 없다. 국제 범죄(국가 범죄) 사건에서 포기할 수 없는 것은 인간 고유의 권리의 중대한 침해에 대한 보상 청구권을 포함한 개인의 재판을 받을 권리이다. 이 권리 없이 신뢰할 만한 법제도는 국제적으로도 국내적으로도 존재할 수 없다.

309. 제 15: 특히 인권과 국제인도법에 대한 중대 위반 사실의 인정은 재판 현실화의 필요성을 위해 재판권에 대한 어떤 장애도 제거하기 위한 가치 있는 기준이 된다.

제 16: 중대한 인권 침해의 침해 행위가 공적인 것인지, 국가의 묵인을 받는 사적인 것인지, 또 그것이 모두 법정지 국내에서 행했는지 (강제 노동을 위한 이송은 국경을 넘은 범죄이다)는 중요한 문제가 아니다. 국가면제는 개인의 기본적 권리 침해에 대한 보상의 분야에는 존재하지 않는다.

310. 제 17: 넓은 의미의 재판을 받을 권리는 실효적인 구제의 수단으로서 형식적으로 재판을 이용하는 것(제소의 권리)에 그치지 않고 적정 수속의 보장(무기대응, 공평한 절차), (급부 판결로서의)판결에 의한 집행, 배상금 지급까지 포함되는 것이다. 재판

현실화는 그 자체가 피해자에게 만족을 주는 보상의 한 형태이다. 이로써 억압의 피해자들은 정당하게 주장하는 법의 권리를 얻는 것이다.

311. 제 18: 국가면제 고유의 분야에서조차 국제인권법의 출현과 재판을 받을 권리와 국제 책임에 대한 관심의 고조에 의해서 중대한 침해 사건에서는 국가면제를 제한 또는 배제한다는 내용의 변용이 진행된 것이 인정되어왔다.

제 19: 인권과 국제인도법의 중대한 위반 피해자 개인에 대한 국가의 보상 의무는 관습국제법 및 근원적인 일반 법원칙에 따른 의무이다.

312. 제 20: 오늘날에는 피해자가 보상을 요구하고 있는 국제 범죄 사건에서는 국가면제를 부정하자는 의견이 유력하게 되었다. 실제로 상업 관계의 영역과 국내의 개인적 불법 행위(예를 들면 교통 사고)에 관해서는 국가면제의 배제를 인정하면서 한편으로 인권과 국제인도법에 대한 중대한 위반에 특징 지어지는 국가의(범죄적) 정책 추구에 따른 국제 범죄의 경우에는 국가를 국가면제로 보호하는 것을 주장하는 것은 법적 부조리이다.

313. 제 21: 넓은 의미의 재판을 받을 권리는 그 허용될 수 있는 내재적"제약"이 아니라 그것이 근원적 권리라는 본질에 초점을 맞추어 고찰되어야 한다.

제 22: 인권과 국제인도법의 중대한 침해는 강행규범에 대한 침해이기도 하고, 국가 책임과 피해자 보상 청구권이 생긴다. 이것이야말로 (각국의 각종 법 체계의) 법 개념의 기초를 이루는 공정의 이상 (자연법의 조리에 대한 적합)에 따르는 것이다.

314. 제 23: 인권과 국제인도법의 중대한 침해에 대한 보상 제도는 전쟁 범죄, 인도에 대한 범죄의 결과 손해를 입은 개인을 배제하고 국가 간 차원에 한정된다는 주장에는 근거가 없다. 이 사건 기록에 의하면 나치스 독일의 중대한 인권과 국제인도법 위반 피해자인 이탈리아 군인 수용자들은 실제로 오늘까지 보상을 받지 못하는 채 방치되고 있는 것이 분명하다.

제 24: 이들 국가의 잔혹 행위에 의한 개인 피해자가 어떤 형태의 보상에서도 남겨지는 것은 있어서는 안 된다. 국가면제는 이 사건과 같은 상황에서 이뤄진 것처럼 재판권의 장애물로 기능해서는 안 된다. 이는 재판 현실화를 방해하기 위한 것이 아니다. 재판의 추구는 모든 피해자에 재판을 보장하고 특히 그들에게 손해를 끼친 범죄에 대한 보상을 청구해서 획득하는 것을 가능하게 한다는 최종 목표를 유지하는 것이다.

315. 제 25: 강행규범에서 효과의 법적 중요성을 빼앗아간 "절차"규칙과 "실체"규칙의 저축에 관한 잘못된 고정관념과 형식주의자의 얕은 생각에 동조해서는 안 된다. 저축이 존재한다는 사실에는 변함이 없으며 이유 없는 해체의 시도에 저항해서 살아가는

강행규범에 우월성이 있다. 민간인 학살과 노예 노동에 종사시키기 위한 민간인과 전쟁 포로의 이송 같은 국제 범죄 사건에서 국가면제의 특전과 혜택은 있을 수 없다. 이들은 강행규범에 의한 절대적 금지에 대한 중대한 침해이므로 어떤 면제도 있을 수 없다.

316. 제 26: 강행규범은 국가면제의 특전과 혜택의 상위에 있고, 거기에서 모든 결론이 도출되고, 그 결과 재판 거부와 불처벌이 회피된다.

위의 모든 근거로 국제 범죄, 인권과 국제인도법에 대한 중대한 위반에는 국가면제는 적용되지 않는다는 것이 나의 확고한 입장이다.

나의 이해에 따르면 이것이 국제사법재판소가 이 사건 판결에서 판단해야 했던 내용이다.

(서명)안토니오 아우구스토 칸사두 트린다지.

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 "영역내 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, "영역내 불법행위 예외"의 사정거리에 대해서는 추가 분석이 필요하고 몇몇 판례에 따르면 이 분야의 법은 "발전"과정에 있다.

2."영역내 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 2004 년 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 12 조에 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. "영역내 불법행위 예외"는 9 개국이 제정된 국가면제에 관한 국내법에도 규정되고 있다. 이러한 국내법에 "영역내 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 "영역내 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. "영역내 불법행위 예외"를 주장하는 경우, 국가는 이 원칙을 적용하며 적법하게 재판권을 실행하는 권한이 있음을 의심하지 않는다. 만일 그 견해가 일반 국제법상 근거가 없다고 간주된다면 모든 국가는 "영역내 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 "영역내 불법행위 예외" 적용의

적법성에 대한 암묵의 비판이라고 해석할 수 없다.

4."영역내 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 "영역내 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 12 조에 의한 ‘영역내 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 "영역내 불법행위 예외"가 적용되지 않는 것을 시사하는 것은 존재하지 않는다. 이탈리아 파기원은 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 "영역내 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 "영역내 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 "영역내 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 해프너 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 해프너 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 "영역내 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 "영역내 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, "영역내 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) "영역내 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 나트니에흐스키 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."영역내 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 "영역내 불법행위 예외"의 제한의 이론적 근거는 분명치 않다. 원래 ILC의 국제 위법 행위에 관한 국가 책임 조문 제4조에 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."영역내 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 술회해서 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 "영역내 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 "영역내 불법행위 예외"의 적용 가능성에 대해 부정적 효과를 미친다고 추론할 수도 없다. 만일 침해된 의무가 경미한 경우에는 "영역내 불법행위 예외"에 근거한 소송이 허용되고 강행규범에 따른 의무 위반에 대한 청구의 경우에는 "영역내 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

국제 사법 재판소 (ICJ) 국가면제 (독일 대 이탈리아) 사건 판결

코로마 재판관 개별의견

2012 년 2 월 3 일

1. 나의 시각으로 보면 국가면제에 관한 국제법의 현 단계를 정확히 반영하는 재판소 판결에 나는 찬성표를 던졌다.

2. 재판소는 이탈리아가 독일의 국제인도법 위반에 대한 민사 소송을 허용함으로써 독일이 국제법상 향유하는 국가면제를 위반했다고 판단했다. 하지만 재판소 판결은 무력분쟁시의 고문 행위, 인도에 대한 범죄, 국제인도법 위반을 한 국가에 면죄부를 주는 것으로 해석해서는 안된다는 것을 강조해 두어야 한다. 그렇지 않고 재판소는 이 사건의 사실을 검토해서 독일이 행한 행위는 주권행위이며, 국가면제의 예외가 적용되지 않는다고 결론 지은 것이다. 따라서 독일은 이탈리아 법원의 소송에서 면제를 향유한다고 재판소는 판단한 것이다.

3. 독일은 그 군대가 제 2 차 세계 대전 중 이탈리아에서 행한 행위의 심각한 성격을 인정했다. 재판소는 이 판결 제 52 항에서 이를 인정했다. 하지만 재판소에 제기 된 사건은 제 2 차 세계 대전 중 독일 군대의 행위의 적법성이나 그러한 행위에 대한 독일의 국제 책임에 관한 것이 아니다. 이 사건의 쟁점은 독일이 무력분쟁 수행 과정의 군대의 행위에 대해 이탈리아 국내 법원에서 국가면제를 적법하게 향유하는지는 문제에 한정된다. 재판소는 국가면제 문제를 해결하기 위해 독일의 행위의 적법성이라는 논점에 대해 검토 할 필요가 없었다. 재판소의 이 사건에 대한 관할권은 국가면제 문제의 검토에만 완전히 한정된다. 독일의 행위에 관한 기타 문제의 검토는 관할권의 범위를 벗어나는 것이다. 독일이 불법행위를 행한 것에 대해 당사자 사이에 다툼이 없다는 것이나, 그 행위가 국제인도법에 대한 중대하고 심각한 위반이었다는 사실에 의해 재판소의 관할권이 변경되지 않는다. 독일이 관할권에 동의하거나 특정 행위에 대해 국가면제를 향유하지 않는다고 판단되지 않는 한, 이 재판소도 외국의 국내 법원도 독일의 행위의 적법성이나 그런 행위로 인한 보상 문제에 대해 심사하는 관할권이 없다.

4. 국가의 군대를 무력분쟁에 동원하는 결정은 전형적인 주권행위이기 때문에, 제 2 차 세계 대전 중 이탈리아에서의 독일 군대의 행위가 주권행위인 것은 분명하다. 국가의 군대가 국제 무력분쟁 수행을 위하여 하는 행위는 당연히 주권의 실행으로서의 행위이다. 그런 행위는 국가면제의 대상이 아니라는 견해는 국가면제의 개념에서 그 취지와 의의를 빼앗는 것이다. 국가면제 이론은 주권 보호와 주권 평등을 위해 발전했다. 국가면제는 동의가 없는 한 국가를 다른 국가의 관할권 실행에서

보호함으로써 그 목적을 달성한다. 이 이론은 국가 간 주권 평등을 유지하기 위해 국가를 그 주권 실행에 관한 행위에 대한 소송에서 일반적으로 면제한다.

5. 국가는 주권행위에 대해 일반적으로 국가면제를 향유한다는 원칙은 확립되어 있다. 문제는 이 일반 원칙에 대해 무력분쟁시와 점령 과정에서의 외국 영토에서의 군대에 의한 불법행위에 대해 국가면제를 부정하는 예외가 존재하는지의 여부이다. 법정지국 영내에서의 손해 배상에 관한 사건에 대해 법정지국가가 외국의 국가면제를 부정하는 것을 허용하는 예외가 존재한다는 주장이 있다. 이 예외는, 독일 군대에 의한 국제 불법행위의 성격을 띤 행위에 대해 국가면제를 거부하는 자격을 이탈리아에 준다고 한다.

6. 특정 유형의 불법행위에 대해 국가면제에 제한적인 예외를 인정하는 방향으로 국가면제의 법이 진화해온 것에 대해서는 다툼이 없다. 이 예외는 유엔국가면제조약 제 12 조에 성문화되었다. 이 조약은 아직 발효되지 않지만, 제 12 조는 현 단계의 국제 관습법을 반영하는 것으로 볼 수 있다. 동조는 법정지국의 영역에서 발생한 "국가에 의한 것으로 주장되는 작위 또는 부작위에 의한 인간의 사망 또는 부상 및 유체재산의 손해에 대한 금전 배상 절차에서는" 국가는 국가면제를 원용할 수 없다고 규정한다. 단, 이 조약의 조문에 관한 국제법위원회 주석은 제 12 조 기초자들의 의도는 주로 교통사고와 같은 상황에서 보험 회사가 국가면제의 배후에 숨어 부상한 개인에 대한 책임을 면하려고 하는 것을 방지하는 것에 있었다고 밝혔다. 또한 이 주석은 제 12 조는 무력분쟁에 관한 상황에 적용되지 않는다고 한다. 국제법위원회가 교통사고 같은 단발적인 보험 사고와 무력 충돌시의 군대에 의한 행동을 구별한 것은 이해할 수 있다. 후자의 경우에는 국가에 거의 무제한의 책임이 발생하는 데 비해 전자의 경우에는 불법행위 국가에 한정적인 책임밖에 생기지 않는다. 따라서 전자는 법정지국의 재판권으로 처리하는데 적합하며, 필연적으로 정치적 성격을 가진 후자의 경우에는 국가 간 해결을 추구 할 수 밖에 없기 때문이다.

7. 따라서 현재의 국제법하에서 국가는 무력분쟁시의 군대에 의한 주권행위에 대해 국가면제를 주어진다. 현행법의 적용이 재판소의 임무인 만큼, 오늘의 재판소 판결이 국가면제법의 지속적인 진화를 막을 수 없다. 20 세기를 통해 국가면제법은 국가면제를 누리는 장면을 현저히 제한하는 방향으로 크게 진화했다. 미래에서 국가면제의 예외가 계속해서 더욱 발전하는 것은 가능하다. 재판소는 오늘 존재하는 법을 적용할 뿐이다.

*

8. 나는 그리스의 주장을 검토하고 확인하는 것도 중요하다고 생각한다. 이 사건의 비당사자 참가국으로 그리스는 특히 "인도법에 대한 중대한 위반에 대한 개인 보상 청구권"을 강조한 진술서를 제출했다(제 34 항). 그리스는 국제인도법은 "국가에 대하여

직접 청구할 개인의 권리"를 주고 있다고 주장한다 (제 35 항). 그리스는 이 주장의 근거로 헤이그 육전조약(陸戰條約)(1907) 제 3 조, 1949.8.12. 제네바 조약 추가 의정서 (1977) 제 91 조 등을 들었다.

9. 그리스는 오늘날의 국제인도법은 개인을 인권 침해에 대한 보상의 최종 수혜자로 간주하고 있다고 정확하게 지적했다 (국제법위원회 국가책임조문초안 제 33 조 주 3 참조). 이는 국제법상 개인의 권리의 중요성 증대를 반영한 바로 환영되어야 하는 긍정적인 발전이다. 하지만 이는 국제법이 외국에 직접 청구할 법적 권리를 개인에게 부여하는 것을 의미하지 않는다. 헤이그 육전조약과 1977. 제 1 추가의정서는 그런 주장의 근거가 될 수 없다. 이 조약의 관련 조항은 단순히 국가는 조약의 조문을 위반한 경우에 "보상을 지불해야" 한다고 규정할 뿐이다. 이는 피해자 개인에게 직접 보상을 지불하는 것을 국가에 요구하는 취지가 아니다. 게다가, 전체의 맥락에서 읽어보면 이들 조약은 그런 방법에 의한 보상을 규정하고 있지 않다. 실제로 헤이그 조약이 체결된 1907년에는 개인의 권리가 오늘과 같은 범위에서 허용되지 않았기 때문에 개인에 대한 지불을 국가에 요구하는 것은 상상도 할 수 없는 일이었다.

*

10. 결론적으로, 독일 군대의 행위는 주권행위에 해당해서 국가면제의 원칙에 대한 예외가 적용되지 않기 때문에, 독일은 제 2 차 세계 대전 중 이탈리아에서 행한 군대의 행위에 대해 국가면제를 향유한다고 재판소는 옳게 판단했다. 하지만 이 판단은 양 당사자가 사건 심리 과정에서 밝혀진 문제 해결을 위해 협상하는 것을 방해하는 것은 아니다. 또한 이 사건의 사실적 역사적 맥락에서의 정의 달성을 위해 주권 국가의 유지와 국가 주권 평등을 적정하게 보호하는 국가면제의 현존하는 법을 폐지하도록 강요하는 것도 없다.

(서명) 압둘 G. 코로마

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 "영역내 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 이들 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.

국제사법재판소(ICJ) 국가면제(독일 대 이탈리아)사건 판결

키스 재판관 개별 의견

2012년 2월 3일

1. 나는 재판소가 도달한 결론과 그 이유의 많은 부분에 찬성한다. 내가 이 개별 의견을 마련한 것은 국제법 규칙이 어느 국가를 외국 법원의 관할권에서 면제하는지 여부는 국제법과 국제법 질서의 원칙에 얼마나 견고하게 따르고 있는지를 강조하기 위해서다. 그 강조는 이 사건 판결의 국가 실행에 관한 철저하고 설득적인 논의를 보충하는 것을 의도하는 것이다.

2. 법의 이 분야에서 기능하는 국제법의 기본 원칙은 유엔헌장 제 2 조 제 1 항에서 선언된 국가 주권 평등 원칙이다. 이 원칙을 정밀화하는 것으로서 1970.에 채택된 우호 관계 선언(총회 결의 2625(XXV)에서는 모든 국가는 평등한 권리와 의무를 가지고 법률적으로 평등하다고 했다. 당연히, 국가면제가 문제 되는 사건에서는 이 원칙과 이에서 발생하는 권리와 의무가 사건이 제기된 법정지국과 피고 또는 피고가 되려고 하는 외국의 두 국가에 적용된다. 가령 개인 또는 법인을 피고로 해서 제소된 경우에는 법원이 관할권을 갖는 사실 관계의 경우에 왜 피고가 외국일 경우에만 다른 취급을 해야 하는가? 한편 주권 평등과 외국의 독립 원칙은 국가면제를 지지한다. 평등한 한쪽은 다른 한쪽에 대해서 관할권을 행사할 수 없다.

3. 두 가지 명제는 어떻게 조화시킬 수 있을까? 해답은 대부분이 이 사건의 판결과 학술적 저작에서 검토된 국내 법원 판단, 조약과 법률의 개정, 외교 절차, 거기에 이르는 협상 과정, 기타 국가 실행 중에 발견된다. 이들 해답은 현재도 과거도 소송에서 문제가 된 행위의 성질에 특히 주의를 주고 왔다. 거칠게 말하자면 문제의 행위가 공적 성격의 행위, 즉 국가 주권의 실행으로 볼 만한 행위인지 아니면 사적 성격의 행위, 즉 국내법상 다른 사인(私人)의 행위와 구별할 수 없는 행위인지의 구별이다. 전자의 경우 외국 주권 존중의 필요성, 호혜주의 사상, 국제 관계의 리스크 가능성에 중점을 두고 국가면제가 긍정된다. 후자의 경우 외국의 행위와 개인 행위의 국내법상의 유사성과 (비국가인)소송 상대방의 권리 및 의무에서 국가면제 부정도 출된다. 이는 예를 들면 행위가 상업 또는 거래적 성격인 경우, 법정지 국가의 영역에서 행해진 국내법상 불법행위인 경우, 국내에 존재하는 재물에 관한 행위인 경우이다. 이들 요소에 근거한 해답은 시간이 흐르면서 국가면제를 제한하는 방향으로 변화해 왔고 앞으로도 틀림없이 그렇게 변화할 것이다. 이 사건에서 이탈리아는 그 국내 법원이 채용한 국가면제를 제한하는 입장을 옹호했다. 독일은 이에 반대하는 주장을 했다.

4. 이러한 문제는 200 년 전부터 나타나기 시작했다. 이를 논증하기 위해 나는 19 세기의 두 판결과 국제법학술원의 결의를 들어 본다. 많은 사례에서 이들을 선택한 것은 이들이 내가 지적해온 원칙 기타의 요소에 초점을 맞추고 있기 때문이다. 이들은 20 세기까지 절대 면제 주의를 고집했다고 여겨지는 것이 많은 영미법의 전통에 속하는 법률가들이 다른 계통의 법률가들과 마찬가지로 일찍부터 위 요소의 균형을 인식하고 있던 것을 나타내고 있다. 그리고 그들은 그 법에 대해서 국내 법원이 외국에 대해서 관할권을 행사할 수 있는 분야와 국가면제로 인해 그것을 행사할 수 없는 분야라는 유익한 분류를 했다. 나는 우리 재판소와 그 전임자들이 국내 법원 관례를 인용하는 것은 이례적인 것을 물론 인식하고 있다. 그러나 이 판결에 나타난 것처럼 우리 재판소는 적절하게도 이들 판결에 중요한 역할을 부여했다. 법의 이 분야에서는 국내 법원의 판단은 관련국의 반발의 유무에 상관 없이 많은 국가 실행의 실례를 제공하고 있다. 더구나 원칙에 논급한 이들 판결의 논리는 매우 가치가 있다.

5. 미국 대법원의 마셜 장관이 200 년 전에 한 말부터 시작한다. *Schooner Exchange v. McFaddo* 사건(1812)에서 그는 다음과 같이 말했다.

"법원 관할권은 국가가 독립된 주권 권력으로서 가진 관할권의 일부이다. 그 영역 내의 국가 관할권은 필연적으로 독점적이고 절대적이다. 그것은 스스로 부과한 것이 아니라면 어떤 제한에도 불복하다. 외부의 권력에 유래하는 어떤 제한도 그 제한의 크기로 주권을 축소시키고 제한의 원천이 된 권력에 같은 크기의 권력을 부여하게 된다."

그는 이어 영역국의 동의의 예로서 그가 언급한 몇가지 사례에 대해서 공통의 관행과 이 관행에서 생긴 공통의 의견으로 검증했다. 60 년 후, 영국의 법관인 로버트 필모어 경(Sir Robert Phillimore)은 이집트 총독에 의한 국가면제 요구를 거부했다. 그는 법원의 관할권에 대한 원수의 면제에 대해서 다음과 같이 고찰했다.

"이 특권의 기초가 되는 근거의 검토에서부터 시작하자. 일반 법 체계의 원칙에 따르면 국가 내에 있는 인간과 재산은 그 국가의 법원의 관할권에 속한다...외국 원수와 그 대리인은 그 신체 또는 재산에 관해서, 적어도 그 재산이 그의 지위의 존엄에 관한 것이며, 그의 공적 기능을 수행할 경우에는 이 원칙의 효과로부터 절대적으로 제외된다. 어떤 근거로 이 예외가 허용되는가? 이 예외는 그가 그 통치권에 의한 주권 국가를 대신해서 어떠한 절대적 권리를 가지고 있는 것에 의한 것이 아니다. 그에 대해서 그런 권리를 인정하는 일은 영토 주권의 권리와 양립되지 않는다. 진정한 근거는 외국 주권의 대표자를 자유와 존엄을 위해서 면책하고 소송 제기에 따른 어려운 상황의 가시화를 피하기 위해 국내 재판권의

예외를 보편적으로 승인하고 있는 독립국의 합의와 관습이다."(The Charkieh 호 사건(1873))

공통의 관습과 그것에서 생긴 공통의 의견에 대한 재판관들의 논급은 영역 국가의 동의는 픽션이라고 보게 된 것을 시사하고 있다. 법의 발전에 관한 나의 이해에 따르면 병립하는 주권의 조화는 동의에 근거를 두는 것을 그만두고 위와 같은 다른 요소, 특히 문제가 되는 행위의 성질에 치중하게 됐다. (목시의) 동의와 원칙이라는 요소의 조합은 영역 주권이 외국의 주권에 우선하는 경우에 논급한 두 판결 방론 부분에 나타난다.

6. 마셜 장관은 그가 전혀 다른 상황이라고 생각하는 사례를 고찰했다. 그것은 원수의 개인 재산에 관한 상황이다. 그는 원수가 외국에서 재산을 취득할 경우 "그 재산을 영역국의 관할권에 따르게 한다. 즉 그는 그 범위에서 원수로서의 지위를 버리고 사적인 개인으로 간주된다". 또한 주권 평등, 독립, 존엄이라는 요소는 후퇴하고 일반적으로는 외국의 목시의 동의와 위의 후퇴가 합쳐서 국가면제가 부정되는 것 처럼 보인다고 했다. 마찬가지로 로버트 필모어 경은 소송에서 문제가 된 선박이 "통상적인 무역을 위해 고용되어 상선단이라고 불리는 것에 속한"사실에 주목했다. 그는 다음과 같이 말했다.

"이 문제에 대한 국제법의 목적은 다른 경우와 마찬가지로 부정의를 실행하는 일도 정당한 요구의 집행을 가로막는 일도 아니고 정부 간 협상을 대신하는 것이다. 이들이 완만하고 모호하다는 문제가 있음에도 불구하고 재판의 통상의 이용이 외국 국가의 대표자의 존엄을 훼손하며 기능에 지장을 주는 경우에 소송에서 이러한 불편의 회피를 구체화하기 위해서는 국제법에 있어서는 개인의 존엄과 주권자의 편리성을 존중함으로써, 국내법에 있어서는 그 주제에 대한 재판을 수행함으로써 그 목적이 달성된다.

국가면제 일반 규칙에 대한 보편적으로 승인된 예외를 검증하면 이 면제의 진실성이 증명된다. 예를 들면 부동산에는 재판에서의 면제가 적용되지 않는 것이 인정되고 있다. 그 이유 중 하나는 이 같은 재산의 소유자는 재산을 보유하는 국가의 사법 제도를 수용하고 있으므로 면제의 허용에 따른 국가의 일반적 불이익이 다른 경우에 면제의 근거가 되는 이익에 우선한다는 것이다. 또 하나의 이유는 소송의 진행을 위해서 원수에게 출두를 요구할 필요가 없고 그런 개인 재산이 그의 직무의 정당한 집행의 필요 조건이 아니며 소송은 어떤 직무에 대해서도 방해가 되지 않는다는 것이다. 면제는 위의 두 가지 이유에 부동산의 취득은 특권 포기를 의미한다는 제 3의 이유를 합친 3개 중 한 가지 이유에 의해서만 부정된다."

7. 두 단락 중 첫번째 단락은 외국의 실제적 의무와 그것을 수행 또는 집행하기 위한 절차적 또는 제도적 방법에 중요한 초점을 맞춰서 어떤 경우에는 "정당한 요구"는 소송 절차에서 추구되고, 다른 경우에는 가능한 방법은 국가 간 협상이라고 했다. 권리와 절차에 관한 그 구별은 일반법, 특히 이 사건에 있어서 중요하다(판결 제 III(3)참조). 제 2 단락에서는 영역 주권이 우선되는 다른 예를 들어 그 결론에 이르는 이유를 말하고 있다.

8. 국제법학술원은 1891 년에 외국, 원수, 수장에 대한 소송에서의 법원 관할권에 관한 국제 규칙 초안에서 외국에 대한 법원의 관할권 행사가 허용되는 6 가지 상황을 망라적으로 열거했다. 그 중에는 법정지국령 내에서 행해진 불법행위 또는 준 불법행위로 인한 손해에 대한 소송이 포함되어 있다(제 4 조(6)). 이 규정의 직후에 다른 사항과 함께 주권 행위에 대한 소송의 금지가 규정되었다(제 5 조). 1 세기 후, 이 학술원이 이안 브라운리(Ian Brownlie)를 보고관으로 해서 채택한 재판권과 집행권에 관한 국가면제에 대한 결의("관할권 및 집행의 문제에 관한 국가면제의 현대적 과제(1991)")에서도 유사한 어프로치를 볼 수 있다. 법정지 국가의 법원 기타의 기관이 관할권을 가질 경우의 9 개의 판단 기준과 관할권을 가지지 않는 경우의 5 개의 판단 기준이 제세되었다. 전자 중에는 "법정지 국가의 국내 관할에서 실행된 외국의 행위에 의한 인간의 사상 또는 유체 재산의 상실 또는 손상"에 관한 소송이 포함되고 있다(제 2 조(2)(e)). 관할권을 부정하는 후자의 기준에는 (1)"분쟁 내용 사실과 피고 국가의 처리의 국제공법에서 본 정당성의 관계"(2)"법정지 국가 기관은 피고 국가의 방위 안보 정책의 내용과 실행에 대해서 심사할 권한을 가진다고 간주되어서는 안 된다"가 포함되어 있다(제 2 조(3)(d)).

9. 이 결의는 국제법 위원회가 2004 년 유엔 조약의 기초가 된 국가면제 초안을 완성한 불과 수주일 후에 채택됐다. 1991 년에 위원회는 입법, 행정 행위, 판례, 조약 기타 많은 선례를 포함한 국가 실행 조사를 바탕으로 1980 년 채택한 주석은 지금도 일반적으로 적용할 수 있다는 것을 재확인했다. "국가면제의 합리적 근거"이란 주석은 다음과 같이 말했다.

"국가면제의 원칙을 지지하는 가장 설득적인 논의는 국가의 관습과 실행 및 국가의 주권 독립, 평등, 존엄에 대한 표현으로 뒷받침된 국제법에서 찾아진다. 이들 모든 관념은 하나로 결합하면서 국가면제의 강고한 국제법적 기초를 이루고 있다. 국가면제는 주권에 유래한다. 두개의 대등한 당사자의 일방이 다른 한쪽에 대해서 주권 의사나 권위를 행사할 수는 없다."par in parem imperium non habet"(대등한 자는 대등한 자에게 통치권을 가지지 않는다)."(국제법 위원회 연보 1998 초안

제 6 조 주석 제 55 항, 1991 제 5 조 주석)

10. 이 문제에 관한 작업을 통해서 위원회는 19 세기 초에 나타난 "공"과 "사"라고 간결하게 표현되는 구별을 유지했다. 전자에서는 주권 평등·독립·호혜주의·존엄의 원칙, 국제 관계의 리스크, 필요한 경우에는 영역국의 영역 주권 포기에 대한 (묵시적) 동의가 우선된다. 후자에서는 그 국가의 법제도 속에서 외국은 실질적으로는 사인이며, 그 의사로 또는 당연히, 그 국가의 법과 사법 제도에 따른다. 쌍방의 구별은 현재는 유엔국가면제조약 제 3 부 "면제를 원용할 수 없는 재판 절차" 란 규정이 된 국제법 위원회의 8 개 조의 조항 초안으로 정해졌다. 초안의 4 개 조항에 포함된 "국가는 재판권 실행에 동의한 것으로 간주된다"라는 문언은 조약에서는 "국가는 재판권에서 면제를 원용할 수 없다"로 바뀌었다 (국제법 위원회 연보 1991, 제 10 조 주석). 외국의 묵시 또는 의제의 동의는 사라졌다. 영역 주권의 지지는 일반 법의 선언에 근거를 두게 됐다.

11. 원칙에 대한 이러한 고찰에 유의하면서 이탈리아 법원에 제기된 청구의 핵심이 되는 사실을 검토한다. 1943.9.부터 이탈리아가 해방되는 1945.5.까지 독일 군대는 이탈리아 사람들에게 필설로 다하기 어려운 고통을 주었다. 독일은 그 사실과 위법성을 인정해서 이들의 무서운 사건에 대한 전적인 책임을 받아들인다고 말했다. 이들 사실에 근거하며 이탈리아 법원은 독일에 대한 재판권을 실행할 수 있는가? 주권 평등 논쟁은 어떻게 해결되어야 하는가?

12. 이탈리아가 제시한 하나의 해답은 영역내 불법행위 예외이다. 이탈리아의 주장대로, 이 예외는 적어도 학설로는 오래 전부터 인정 받았다. 그리고 이 사건에서 문제가 된 행위는 국제법에서도, 상상할 수 있는 한의 국내법 제도에서도 명백히 불법이다. 그런데 그 예외는 어떤 범위에 미치는가? 국제법학술원의 1891.과 1991.의 결의는 영역적 요소, 즉 문제의 불법행위가 법정지 국가의 영역 또는 국내 관할권 안에서 행해지는 것을 요구하고 있다(외 제 8 항 참조). 같은 요소가 2004. 유엔조약 제 12 조에 더욱 상세히 규정되어 있다.

"어느 국가도 인간의 사망 혹은 신체의 상해 또는 유체 재산의 손상 혹은 멸실이 자국의 책임으로 돌아가는 작위 또는 부작위에 의해서 생긴 경우 해당 행위 또는 부작위의 전부 또는 일부가 다른 국가의 영역 내에서 행해지고 해당 행위 또는 부작위를 행한 자가 해당 행위 또는 부작위를 한 시점에서 해당 외국 영역 내에 소재할 때는 해당인의 사망 혹은 신체의 상해 또는 유체 재산의 손상 혹은 멸실에 대한 금전 보상에 관한 재판 절차에서 이에 대해 관할권을 가지는 해당 외국 법원의 재판권에서 면제를 원용할 수 없다. 다만, 관련국 간에 특별한 합의를 하는

경우에는 그러하지 아니하다."

13. 제 12 조와 국제법 위원회 주석에서 한결같이 강조되고 있는 것은 그 사적 성격과 나란히 재판 절차의 지역적 특성이다. 국내법상의 보상 청구권의 존재, 행위자가 행위시에 영역 내에 존재한 것, 행위의 일부 또는 전부가 영역 내에서 행해진 것을 요한다. 위원회에 따르면 면제 예외는 "관련국들이 불법행위지법에 따라야 하는 사건이나 상황에서만 적용된다". 국내 법원이 가장 편리가 좋고, 면제 부정의 규칙은 보험 회사(대부분의 손해와 손해는 보험으로 커버될 것이다)가 국가면제의 배후에 숨는 가능성을 방지할 수 있다. (국제법 위원회 연보 1991 제 12 조 주석). 제 12 조에 규정된 내용은 관습 국제법을 반영한 것으로 생각되며, 그 법적 근거는 다른 곳에서(이 사건에서는 이탈리아 밖에서) 행해진 위법 불법행위에는 분명히 적용되지 않는다.

14. 위원회는 정치적 암살(외국의 지시 또는 승인에 의한 것을 가리킨다고 생각된다)도 커버될 수 있다고 인정하고 있다. 그 행위가 어떤 의미에서 매우 공적 정치적 성격이라고 할 수 있음에도 불구하고 그런 효과가 미치는 것은 그것이 동시에 민사 책임과 국내 법원의 재판 절차의 원인이 되는 중대한 국내법 위반이기 때문이라고 이해할 수 있다. 마셜 장관이 말한 주권 국가 법원의 독점적 재판권이라는 출발점으로 돌아가면 그 국가의 법에 대한 위반에 대해서 주권 평등, 독립, 존엄, 호혜주의, 국제 관계에서의 리스크 가능성, 영역국의 묵시의 동의 등, 어느 이유에 의해서도 재판권 부정을 정당화할 수 없다고 생각할 수 있다.

15. 내 생각에 따르면 국가 간 무력 분쟁 과정에서 이뤄진 행위는 위와는 전혀 다른 종류의 문제이다. 이는 주권 국가의 외교, 안전, 방위 정책 수행에 관한 국제·국가 간 차원의 행위이며 학회 문헌(외 제 8 항 참조)에 돌아가면서 국제법에 의해서 평가되어야 한다. 이러한 행위는 원래 국내법에 의해 평가되는 행위가 아니지만 예를 들면 국내법이 개인이 개별적으로 책임을 지는 범죄 규정이나 선언 등 국제법 규정을 받아들이고 있는 경우에는 국내 형법을 위반할 가능성이 있고 이에 대해서 그들이 면제를 누린다고는 생각되지 않는다.

16. 국제법 위원회 주석은 제 12 조 초안은 "무력 분쟁에 관한 상황에는 적용되지 않는다"라고 분명히 밝혔다 (국제법 위원회 연보 1991 제 12 조 주석). 유엔 조약이 무력 분쟁이나 군대의 행위를 원인으로 하는 청구에는 적용되지 않는다고 규정하는 유럽 조약(1972 유럽 국가면제 조약 제 31 조) 처럼 규정하고 있었으면 더 명백했던 것이지만, 2004.10.25. 특별 위원회 의장이 실시한 조약 초안에 관한 위원회 보고에서 위원회의 입장을 다음과 같이 밝혔다."제기된 문제 중 하나는 군사 활동이 조약으로 커버되느냐는 것이었다. 일반적 이해로는 커버되지 않는다는 견해가 항상 우세했다".

노르웨이와 스웨덴은 조약의 비준에 있어서 유사한 이해를 진술했다. 나의 이해에서는 의장 성명이 전쟁 범죄의 제외를 의미하고 있는 것은 말할 필요도 없다.

17. 많은 국가의 국내법에서 처음에는 외국에 절대 면제를 인정하고, 나중에 이를 제한하게 된 것에서의 유추에 의해서도 외의 제외는 뒷받침된다. 국제법 위원회는 과거의 사정에 대해서 다음과 같이 밝혔다.

"여러 국가의 실행 속에 국가면제 원칙이 확립된 것은 19 세기의 일이다. 영국과 미국을 비롯한 영미법권에서는 외국은 영역 국가의 재판권에서 면제된다는 원칙은 국제 예양에 따른 것과는 전혀 별도로 각국 국가원수에 대한 전통적인 면제의 영향을 받고 넓은 범위에 이르고 있었다. 즉, 영국에서는 국가면제의 원칙은 『국왕은 자국 법정에서 소추되지 않는다』라는 격언으로 표현되는 영국 헌법적 관습의 직접적인 결과였다. 그러므로 국가 원수를 소추하는 것은 헌법적으로 불가능했다. 국왕에 대한 면제는 나중에 외국 원수에게도 적용이 확대되고 법의 발전의 다음 단계에서는 외국 국가에 달했다."(국제법 위원회 연보 1980)

그러나 1932.에는 광범위하게 조사하며 신중하게 준비된 외국에 대한 법원의 관할에 관한 조약 하버드 초안의 담당자들이 다음과 같이 말할 수 있게 되었다.

"(절대 면제 규칙에 대한) 예외는 근대 생활의 변화 발전에 따른 필요성에 의해서 모습을 드러냈다. 국내 법원에 사인이 제기한 소송에 국가가 따르는 것을 규정한 법률이 차례로 제정됐다. 국왕은 악을 이룰 수 없다는 영국의 낡은 원칙은 법 원칙으로서의 효력을 거의 잃었다."(1932 미국 국제법 잡지 중간 26 p527- 528;이 문헌은 필립 제삿프(Philip C. Jessup) 교수를 보고자로 하는 그룹에 의해서 작성됐다.)

그러므로 이 초안에는 국가면제에 대한 많은 예외가 규정되었다. 20 년 후, 허쉬 로터 팩트(Hersch Lauterpacht)교수는 최근 영미법권에서의 재판 절차에서의 국가면제 제한에 관한 입법의 변화와 관련된 국내법의 유사성을 강조했다("외국에 대한 국가면제 문제"(1951), 영국 국제법 연보 28 p220- 221, 233- 235). 이들 국내법의 대부분은 법의 지배 원칙, 국가와 국민의 법 앞에 평등, 국가와 개인의 소송 당사자로서 동등한 지위 등의 목적에 의한 것이었다. 이 초기의 견해에서 제기된 구별을 상기하면 이 새로운 입법은 민사 소송에 관해서 국가를 재판권에 따르게 되자는 취지임을 알 수 있다. 반대로 이들 입법은 국가의 방위나 더 넓은 목적의 국가 군대의 활동을 원인으로 하는 청구를 허용하는 것이 아니었다. 그런 문제는 군인 연금 등 귀환병의 사회 복귀를 위한 시책 같은 국가 차원의 일반 정책으로 다루졌다 (예를 들면, P.W.홋그(Hogg), P. J.

모나한(Monahan) 지음"국왕의 책임" 제 3 판 7(6)(b)참조. 사인의 행위와 비교를 강조하고 있는 것은 아니지만, 흥미롭게도 국제법 위원회의 초대 특별 보고자인 솜퐁 스차리쿨(Sompong Sucharitkul)은 1959.에 다음과 같이 밝혔다.

"국가면제 원칙은 19 세기 이탈리아 법원도 일반적으로 적용하고 있었다. 하지만 가장 초기에서는 이탈리아 법원은 국가의 이중 성격을 근거로 면제를 제한하는 견해를 채용하고 있었다. 이것은 주로 이탈리아에서는 원수 자신이 사인 자격으로 한 행위는 이탈리아 법원의 재판권에 따르고 있던 것에 의한다." (1959 국제법상의 국가면제와 무역 활동 p11).

18. 국제법 차원에서는 전 교전국에 대한 전쟁 피해와 손실에 관한 청구는 이 사건 1947. 및 1961. 협정에서 볼 수 있도록 국가 간 협상이나 협정에 의해서 처리된다(판결 22,24~25 항 참조). 이러한 협정은 고의 과실에 기인하는 것인지 여부를 불문하고 손실에 대한 청구를 사적 청구에 의해서가 아니라 총액으로서 대부분은 호혜적 기준에 의하여 처리된다. 그런 국제 실행은 대규모 무력 분쟁에 의한 광범위한 파괴와 황폐를 고려한 것이다. 그런 파괴와 전 교전국의 사회 경제 재건을 위한 절대적 필요성이라는, 그 실행 과정에서 고려된 관점에서 보면 이탈리아의 다음과 같은 주장은 적어도 내 이해로는 전혀 현실적이지 않다.

"(피해자의 국가와 위반에 책임 지는 국가의 양측)국가는 전쟁 피해를 협상하고 합의할 경우, (a)전쟁 범죄의 피해를 당한 (모든 개인이 아니면) 모든 유형의 피해자를 커버하는 것 (b)상징적인 것에 머무르지 않는 충분한 재정적 조치 (c)피해자에게 보상이 이뤄질 적절한 기구를 보증해야 한다. 그러므로 상대방이 일시금과 교환으로 모든 청구를 포기하는 것에 동의했다는 것만으로는 충분치 않다. 이 일시금이 충분하고 적절한 것, 피해자들에게 이를 분배하기 위해서 피해자를 특정하는 기준이 확립되고 있는 것이 필요하다"(이탈리아 답변서 제 5,26 항).

6 년간의 치열한 전쟁 후의 유럽에서 주장된 요구 (a)및(b)가 어떻게 만족할 수 있었을까? 실제로는 어떤 보상도 종종 국가의 일반적인 부흥 목적으로 사용되고, 이는 이해할 수 있는 것이다. 그리고 (c)는 법적으로도 현실적으로도 인정된 의무가 아니다.

19. 미국이 역사상 체결한 많은 화해 협정에 주로 논급한 루이스 헨킨(Louis Henkin) 교수는 다음과 같이 말했다.

"정부는 그러한 개인 청구를 정부 자신의 것으로 처리하며 국가적 재산 그리고

국제 협상의 재료 또는 『비장의 카드』로 다뤘다. 화해 협정은 원래 정부 간에서 이뤄지며, 상대국에 대한 개인 채권을 합치거나 반영하면서 한 가지 유형의 청구에 대한 양보는 다른 채권 또는 채권과 관계가 없는 더 큰 정치적 고려에 대한 상대국의 양보의 대가로 된다. 결과적으로 협정이 특별한 규정을 마련한 경우를 제외하고는 국제적인 화해 협정은 기초가 된 개인 채권을 일반적으로 소멸시키며 국내법에 근거한 모든 상환 청구도 종료시킨다.

많은 경우, 일괄 지불의 화해가 민간인이 다른 국익의 희생으로 되지 않는 최선의 『거래』이라는 보증을 없다. 대부분의 경우, 사적 당사자는 그 청구의 완전한 『가치』의 회복을 확신할 수 없었다."(1996 외교 문제와 미국 헌법 제 2 판 p300.)

최근 콜롬비아 특별구 연방 항소 법원은 이 구절의 앞부분을 인용,"더 큰 정치적 고려"에 관해서 일본과의 1951.평화조약에 관한 미국의 1952. 입장 표명을 인용했다.

"분명히 피해국과 그 국민의 청구에 상응하는 배상의 지불을 주장하면 일본 경제를 파괴하고 현재 소유하고 있을 수 있는 신용을 소비하고 국민의 자발성을 파괴하고 궁핍과 혼란을 조성하며 그 안에서 불만과 공산주의의 씨앗이 번성할 것이다."(Joo v.Japan(2005)

어려운 전후 현실과 전 적국과의 새로운 관계 수립의 필요성의 인식을 바탕으로 매우 긴 세월이 걸쳐서 확립된 이 관행은 이 사건 절차의 내용과 같은 경우에는 전 교전국은 동의 없이 외국 법원의 관할에 따르지 않는다는 결론을 강력히 지지하고 있다.

20. 마지막으로 이 판결은 1943.부터 1945.까지 이탈리아 시민을 상대로 한 극히 중대한 국제법 위반에 대한 독일의 책임을 어떤 의미에서도 부정하는 것이 아님을 강조하고 싶다. 독일은 실제로 그 대리인의 말로 "무서운 전시 중의 사건에 대한 전적인 책임을 받아들"였다. 하지만 그 책임과 그에 따른 의무는 이 재판소의 쟁점이 아니다. 쟁점은 그 사실을 원인으로 이탈리아 법원에 이탈리아 시민 개인이 제기한 소송에 있어서의 독일의 국가면제 요구뿐이다.

(서명)케니스 키스.

[→ HOME](#)