

이탈리아 헌법재판소 2014.10.22. 판결<sup>1</sup>

2014 판결 제 238 호  
이탈리아공화국  
이탈리아 인민의 이름으로  
헌법재판소

구성 :

재판장 Giuseppe TESAURO; 재판관 : Sabino CASSESE, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Sergio MATTARELLA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO,

아래와 같이 선고한다.

판 결

피렌체 지방법원이 2014.1.21. 결정 제 84 호, 85 호, 113 호에 의해 제기하여, 이탈리아공화국 관보 2014 제 1 집 제 23, 제 29 호에서 공시된 1957.8.17. 법률 제 848 호 (1945.6.26.에 샌프란시스코에서 서명된 UN 헌장의 집행) 제 1 조, 2013.1.14. 법률 제 5 호(2004.12.2. 뉴욕에서 서명된 UN 국가면제협약에 대한 이탈리아의 가입 및 국내법 개정 조문) 제 1 조(정확하게는 제 3 조)의 위헌 여부에 관한 사건.

S.F., A.M. 등, B.D.의 출두 및 이탈리아공화국 수상의 참가하에 2014.9.23. 구두변론에서 보고담당 Giuseppe Tesauro 재판관, S.F., A.M. 등, B.D. 대리인 Joachim Lau 씨 및 Diana Racucci 사법장관의 진술을 청취했다.

사실에 관한 이유

1. 2014.1.21., 같은 내용인 3 건의 결정 (2014 결정 제 84 호, 85 호, 113 호)에 의해 피렌체 법원은 다음 3 가지 사항에 대해 위헌심판을 제청했다.<sup>2</sup>

---

아래의 각주는 모두 역주

<sup>1</sup> 다음 이탈리아 헌법재판소 사이트에 게재된 영문 텍스트에서 번역

[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/S238\\_2013\\_en.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf)

<sup>2</sup> 이 사건은 피렌체 법원에 제기된 독일에 대한 배상 청구 소송에서 피고가 이탈리아 국내법원의 관할권을 부정하는 주장을 했기 때문에 원고들이 그 근거가 되는 조항의 위헌성을 주장하고 이를 받아들인 법원이 헌법재판소에 이송(한국법의 용어로는 “위헌심판 제청”)을 한 것이다.

1) “헌법 제 10 조 제 1 항<sup>3</sup>의 효과에 의한 편입으로 우리나라 법질서에 창설된 규범”, 즉 국제사법재판소(ICJ) 2012.2.3 판결에 의해 인정된 국제관습. 다만, 제 3 제국에 의해 적어도 일부가 법정지국 영역내에서 주권행위로서 행해진 전쟁범죄로 인한 손해에 관한 배상청구 소송에 대해 민사법원의 관할권을 부정하는 한에서.

2) 1957.8.17. 법률 제 848 호 (1945.6.16. 샌프란시스코에서 서명된 UN헌장의 집행) 제 1 조. 다만, 제 3 제국에 의해 적어도 일부가 이탈리아 영역내에서 주권행위로서 행해진 인도에 대한 범죄로 인한 손해에 관한 배상청구 소송의 심리에 대해 국내 법관에게 ICJ판결에 따를 것을 의무화하는 UN헌장 제 94 조<sup>4</sup>의 수용을 통해 관할권 부정을 이탈리아 법원에 강제하는 한에서.

3) 2013.1.14. 법률 제 5 호 (2004.12.2. 뉴욕에서 서명된 UN국가면제협약에 대한 이탈리아의 가입 및 국내법 개정을 위한 법률) 제 1 조 (정확하게는 제 3 조). 다만 헌법 제 2 조<sup>5</sup> 및 제 24 조<sup>6</sup>와의 관계에서 ICJ 판결이 제 3 제국에 의해 이탈리아 영역내에서 주권행위로서 행해진 인도에 대한 범죄로 인한 손해에 관한 배상소송의 심리 관할권을 거부하는 이탈리아 법원의 의무를 창설하는 경우에도 국내 법관에게 판결에 대한 종속을 강제하는 한에서.

이들 규범은 헌법 제 2 조 및 제 24 조와의 관계에서 의문을 제기되었다. 이들은(사법보호의 의무를 지는) 이탈리아 국가 영역내에서 행해진 타국의 주권

---

<sup>3</sup>이탈리아헌법 제 10 조 ①

이탈리아 법제도는 일반적으로 승인된 국제법 원칙에 따른다.

<sup>4</sup>유엔 헌장 제 94 조

1. 국제연합의 각 회원국은 자국이 당사자가 되는 어떤 사건에 있어서도 국제사법재판소의 결정에 따를 것을 약속한다.  
2. 사건의 당사자가 재판소가 내린 판결에 따라 자국이 부담하는 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 타방의 당사자는 안전보장이사회에 제소할 수 있다. 안전보장이사회는 필요하다고 인정하는 경우 판결을 집행하기 위하여 권고하거나 취하여야 할 조치를 결정할 수 있다.

<sup>5</sup>이탈리아헌법 제 2 조

공화국은 개인으로서, 및 인간의 개성이 발현되는 사회 집단에서, 인간의 불가침의 권리를 인정하고, 지킨다. 공화국은 정치적, 경제적 및 사회 연대적인 기본적 의무가 이행 될 것을 기대한다.

<sup>6</sup>이탈리아헌법 제 24 조

어느 누구도 자기의 민법, 행정법상의 권리를 보호하기 위해 법원에 소를 제기할 수 있다. 변호는 사법 절차의 모든 심급과 단계에서 불가침의 권리이다. 빈곤자에게는 모든 법원에서 소의 제기와 방어의 적절한 수단이 보장된다. 사법 과오에 대한 보상의 조건과 방법은 법률에 의해 정한다

권력 행사에 의한 전쟁범죄와 인도에 대한 범죄의 피해자가 입은 중대한 인권 침해 사건의 사법 심사와 손해 배상을 배제하는 점에서 헌법 24 조에 규정된 사법보호의 절대적인 보장 원칙과 저촉된다고 지적됐다. 사법보호의 절대적인 보장 원칙은 이탈리아 헌법질서의 최고 원칙이며, 일반적으로 승인된 국제법 규범의 헌법 10 조 1 항에 따른 국내법 편입, 및 헌법 11 조<sup>7</sup>에 규정된 목적을 촉진하는 국제기구를 설립하는 조약에 포함된 규범, 또는 그러한 기관에서 유래하는 규범의 편입의 한계를 긋는다.

1.1 제청 판사는 다음과 같이 진술했다.

제 1 의 사건은 F.S. 씨가 제 2 차세계대전 중에 입은 손해에 대해 독일에 배상을 청구하는 사건이다. F.S. 씨는 1944.6.8. 이탈리아 영토에서 독일군에 의해 납치되어 Mauthausen 로 이송되었다. F.S.씨는 필설로 다할 수 없는 고난 끝에 1945.6.25.에 드디어 해방되었다.

제 2 의 사건은 L.C. 씨가 제 2 차세계대전 중에 입은 손해에 대해 L.C. 씨의 정당한 상속인들이 독일에 배상을 청구하는 사건이다. L.C. 씨는 1943.9.8. 이탈리아 영토에서 독일군에 의해 납치되고 노예 노동자로서 독일로 이송되었다. L.C. 씨는 독일 Thuringia 주 Kahla 강제수용소에서 살해되어 국제적십자사에 따르면 노예화된 다른 6000 명의 수용자와 함께 공동 묘지에 매장되었다.

제 3 의 사건은 D.B. 씨가 제 2 차세계대전 중에 입은 손해에 대해 독일에 배상을 청구하는 사건이다. D.B. 씨는 1944.9.9. 이탈리아 영역내에서 독일군으로 납치됐다. 그는 입원하고 있던 Verona 에서 붙잡혀 노예 노동자로서 이송되었다. 그는 Buchenwald 강제수용소 분소인 Zeitz 강제수용소에 수용되어, 이어 Hartmannsdorf Stammlager IVF 강제수용소, 그후 Grabschutz 로 이송되어, 그곳에서 종전을 맞이하여 연합군에 의해 해방되었다.

제청 판사에 따르면 독일은 이들 사건에 출두하여 이탈리아 사법기관에는 관할권이 없다고 주장했다. 독일은 ICJ 2012.2.3 판결에 따라 이 사건의 본안 심리 절차를 수리하지 않도록 요구했다. 그래서 제청 판사는 법원에 관할 거부를 요구하는 규범의 합헌성에 대해 위 제청을 했다.

1.2 피렌체 법원은 일반적으로 승인된 국제법 규범을 수용하는 이탈리아 법질서가 그것이 외국 국가에 의해 이탈리아 영토에서 행해진 기본권을

---

<sup>7</sup> 이탈리아헌법 제 11 조

이탈리아는 타국민의 자유를 침해할 수단으로서, 및 국제 분쟁을 해결할 방법으로서의 전쟁을 부인한다. 이탈리아는 타국과 평등한 조건 아래에서, 국가간의 평화와 정의를 확보하는 세계질서에 필요한 주권 제한에 동의한다. 이탈리아는 그러한 목적을 가지는 국제기관을 추진하고 조성한다.

침해하는 전쟁범죄와 인도에 대한 범죄가 주권 행사였다고 하더라도 이들로 인한 손해에 대한 소송의 심리 거부를 국제범죄가 행해진 국가의 국내 법원에 요구하고 있는지 여부가 이 사건의 주요 쟁점이라고 지적했다.

제청 판사는 이 소송의 주제가 된 행위의 본질은 국제범죄를 구성하는 것이며, 기본권 침해는 유례가 없는 정도라고 지적했다. 그는 또 ICJ 판결 이전에는 국제법이 승인하는 외국 국가의 민사 소송에서의 면제는 절대적인 성격이 아닌 것을 파기원이 인정하고 있었다고 지적했다. 실제로 파기원은 국가가 주권을 행사한 경우에도 문제가 된 행위가 인도에 대한 범죄를 구성하는 국제범죄로 간주되는 한 면제를 제한할 수 있다고 판시한 적이 있다(2004 판결 제 5044 호, 2008 판결 제 14202 호).

하지만 제청 판사는 파기원이 ICJ 2012.2.3 판결 후 판례를 변경했다고 지적했다. 이 판결에서 ICJ 는 가령 외국 국가가 국제인권법에 대한 중대한 위반에 과해서 피소되더라도 "국제관습법은 무력 분쟁 수행 과정에서 국가의 군대 기타 국가 기관이 손해를 초래하는 행위를 타국 영역에서 실행했다고 해서 피소된 국가에 대한 손해 배상 소송에서 면제를 인정하는 것을 현재도 요구하고 있다"고 판시했다. 파기원은 ICJ 판결에 따라 "파기원이 2004. 판결 5044 호에서 판시한 법리는 아직 고립되어 있어서 ICJ 로 대표되는 국제사회에 받아들이지 않고 있다. 따라서 그 법리는 ... 더 이상 적용 할 수 없 "어서 이탈리아 법원은 관할권이 없다고 판시했다. (2012 판결 32139 호, 2013.판결 4284 호).

국회도 같은 취지로 제 3 제국에 의한 전쟁범죄에 대한 이탈리아 법원의 관할권을 계류중인 절차를 포함해서 명문(제 3 조)으로 부정하는 2013.1.14. 법률 제 5 호 (2004.12.2. 뉴욕에서 서명된 UN 국가면제협약에 대한 이탈리아 가입 및 국내법 개정을 위한 법률)을 가결했다.

피렌체 법원의 지적에 따르면 ICJ는 불법행위로 피소된 국가의 주권 원칙과 기본권의 충돌에 대해서는 검토할 필요가 없다고 단언했다. ICJ는 실제적 강행규범과 형식적 또는 절차적 성격을 가진다고 생각되는 면제규칙 같은 규범은 다른 차원에서 작용하는 이상 그 사이에 저촉이 없다고 판시했다. 그래서 제청 판사는 ICJ가 절대적이고 독점적 권한을 가지기 때문에 이탈리아 법원은 강행규범의 명령적이고 일탈을 용납하지 않는 성질에 대해서 해석할 수는 없지만 한편으로 중대한 인권 침해 피해자를 희생하면서 국가에 무차별한 면제를 주는 것이 이탈리아 헌법과 그 보충적 법원(法源) (초국가적인 법원을 포함)에 적합할지 여부를 판단하는 이탈리아 법원의 권한이 부정될 리가 없다고 주장했다. 환언하면 이탈리아 국내법에 대한 (헌법 10 조, 11 조, 117 조<sup>8</sup>에

---

<sup>8</sup> 이탈리아 헌법 제 117 조

입법권은 헌법 및 EU 법 및 국제적인 의무의 범위 내에서 국가와 주에 귀속한다.

의한)외부 법질서 수용에는 일정한 한계가 존재하느냐는, 그 사건에서 독일 연방공화국이 제기한 본안 전의 항변에 영향을 미치는 중요한 문제에 대해서 이탈리아 법원은 심사할 권한을 갖는다는 것이다.

제청 판사는 특히 EU 국가에서는 헌법 및 유럽연합기본권헌장 발효 이전부터 존재한 국제관습에 의거하는 국가면제에 의해 전쟁범죄와 인도에 대한 범죄에 의한 불가침의 인권 침해의 사법보호를 멋대로 거부하는 것이 오늘날에도 허용되는지 의심해야 한다고 주장했다.

ICJ 는 이 상황이 침해된 권리의 사법보호에 대한 현실적이고 불가역적인 침해를 초래하는 것을 스스로 인식하면서도 실제적인 강행규범에 대한 위반(전쟁범죄와 인도에 대한 범죄의 광범위한 실행에 의한 기본권 침해)은 절차적 성질인 국가면제의 국제법규범과 저촉되지 않는 것으로 간주했다. 이를 바탕으로 주권 행사라고해도 국제범죄를 저지른 법정지국 이외의 국가에 대해 사법보호가 발동된 경우 면제와의 관계에 있어서 국가 주권 평등 원칙에 따라 기본권에 대한 사법보호를 희생하는 것을 국내법의 범위에서 정당화할 수 있는지는 문제를 피렌체 법원은 제기했다.

이 문제에 대해서 아무런 결정권도 인정하지 않는 ICJ 판결에 따르면 국내 법원에는 제 3 제국이 점령한 이탈리아 영역 내에서 행한 범죄 행위가 국제법상 주권행위인지 여부를 판단할 권한이 없는 것을 제청 판사는 인정하고 있다. 하지만 제청 판사는 국가면제의 절대적 성격도 피해자 개인이 사법 심사와 구제(문제의 사건에서는 양측 모두 독일 법제도 밑에서 거부되었다)를 받는 모든 가능성을 부인할 수 없다고 주장한다.

헌법재판소는 초기 판례(1979 제 48 호) 부터 헌법 제 10 조 제 1 항에 의해 이탈리아 법질서에 편입되는 일반적으로 승인된 국제법 규범과 이탈리아 법질서의 기본적 원칙이 저촉되는 경우 후자가 우선되어야 한다고 판시해온 것을 피렌체 법원은 지적했다. 제청 판사의 지적과 같이, 그 후의 판결(2001 판결 제 73 호)에서 이 재판소는 "일반적으로 승인된 국제법 규범과 국제조약에 대한 이탈리아 법질서의 개방은 그 주체성 유지의 필요에 의해, 무엇보다 헌법에 규정된 가치에 의해서 제한된다"라는 원칙을 재확인했다.

그래서 이탈리아 법질서가 헌법 10 조 제 1 항에 의해 수용하는 일반적으로 승인된 국제법 규범, 헌법 11 조에 규정된 목적을 촉진하는 국제기관을 설립하는 조약에 포함되는 규범 및 이들 기관에 유래하는 규범의 도입은 헌법질서의 기본원칙과 불가침의 인권에 의해 그어진 한계에 따라야 한다고 제청 판사는 주장한다.

헌법 24 조의 원칙은 "민주주의의 원칙 자체 및 모든 분쟁에 있어서 모든 사람에게 대해서도 언제나 법관과 판결의 이용을 보장할 의무와 본질적으로

연결되"(1982 판결 제 18 호)기 때문에 이탈리아 헌법질서의 최고 원칙의 하나라고 할 수 있는 데에 비추어 제청 판사는 면제의 관습 규범의 합헌성에 의문을 제기했다. 제청 판사에 따르면 ICJ가 정의한 해당 관습 국제법은 법정지 국가의 영역 내의 인도에 대한 죄의 결과 기본권이 침해된 경우, 가령 그 범죄가 외국의 주권 행사로 행해졌다고 해도 사법보호의 절대적 보장이라는 최고 원칙에 우월할 수 없다.

요컨대 제청 판사에 의하면, 이탈리아 법원은 ICJ 판결에 따를 수 없고, 그래서 그 재판권을 거부한다. 이탈리아 법원은 수십년에 걸쳐 해법을 찾지 못했던 여러 국가의 정치적 조직 간의 역학에 개인의 보호를 맡길 수 없다. 만일 제3 제국의 사악한 행위에 대한 사법 재정과 배상이 거부된다면 실효적 구제의 권리는 회복 불가능하게 희생될 것이다.

또한 제청 판사는 헌법재판소 2009 제 311 호 판결의 취지에서 보아도 합헌성에 의문을 제기할 수밖에 없다고 했다. 이 판결에서 이 재판소는 국제법과 헌법이 저촉되는 경우에는 "국제규범의 반영은 기능하지 않고, 따라서 그 국제규범은 헌법 117 조 제 1 항의 바로미터를 구성하지 않고 ", 그래서"외부 규범 자체의 적법성에 대해서 아무런 효과를 미치지 않고 실시법이 위헌이 된다(2007 판결 제 348 호 및 349 호)"라고 판단했다.

위 관점에서 피렌체 법원은 이 재판소에 위헌심판을 제청했다. 이탈리아 헌법 발효 전에 형성되어, 국제관습에 따른다고 하는 헌법 제 10 조 제 1 항의 효과에 의해 수용된, 전쟁범죄로 인한 손해에 관한 소송에 있어서 불법 행위의 적어도 일부가 영역 내에서 해로운 결과를 미친 국가의 관할권을 부정하는 국내 규범의 합헌성에 대한 의문은 분명히 이유가 없다고는 할 수 없다고 피렌체 법원은 생각하고 있다.

제청 판사는 이어 "각 국제연합 회원국은 자국이 당사자가 되는 어떤 사건에 있어서도 국제사법재판소의 결정에 따를 것을 약속한다."라고 규정하는 UN 헌장 제 94 조는 헌법 규범(제 11 조)의 효과에 의해서가 아니라 준 헌법적 성격인 비준법을 통해 국내 법질서에 편입된 것을 지적했다. 그러므로 해당 국내 법질서에 대한 구속력은 헌법과 양립하는 범위에만 미친다.

그래서 제청 판사는 1957.8.17. 법률 제 848 호에 대해서도 이가 UN 헌장(특히 제 94 조)와 아울러 2012.2.3. 판결을 포함한 ICJ 판결에 대한 복종을 모든 국가 기관에 요구하는 범위에서 합헌성에 의문을 제기한다.

같은 이유로 제청 판사는 제 3 제국이 이탈리아 영역내에서 주권행위로서 행한 범죄의 손해배상 소송의 심리에 대해 이탈리아 법원의 관할권을 부인한 ICJ 판결에 따를것을 국내 판사에 강제하는 2013.1.14. 법률 제 5 호 제 3 조에 대해서도 의문을 제기했다.

마지막으로 피렌체 법원은 의문을 제기된 각 조항 중 하나 만이 적용되더라도

관할권 행사를 배제할 수 있으므로 이들은 본안 판결과의 관계에서 독립하고 있다고 주장했다.

2. 수상은 사법장관이 대리해서 이 소송에 참가했다. 수상은 제청에는 이유가 없어 승인할 수 없다는 선언을 요구했다.

첫째로, 사법장관은 제기된 제청은 헌법 제청 이전에 형성된 면제의 관습법에 대한 위헌 심사가 포함되기 때문에 인정할 수 없다고 주장했다. 사법장관에 따르면 국제관습법에 관한 위헌 심사는 헌법 발효 후 형성된 관습법에 한정된다고 일관되게 판시해온 헌법재판소의 판례에 비추어, 이 규범은 위헌 심사의 대상이 될 수 없다 (이 주장을 뒷받침하는 판례로서 1979 판결 제 48 호, 1992 제 471 호, 1996 제 15 호를 적시했다).

둘째로 수상은 관할권 문제는 논리적으로 사건 본안 앞에 심사할 필요가 있다고 주장했다. 이에 따르면, 실제적인 강행규범 위반 행위로 인한 손해 배상 청구이라는 것 만을 근거로 영영국가의 관할권이 성립한다고 하면 "절차적 심사와 실제적 심사의 논리적 우선성에 대한 받아들이지 못하는 역전" 을 초래한다.

본안에 대해서 사법장관은 헌법 제 10 조 제 1 항은 일반적으로 승인된 국제법 규범을 수용하면서 이에 헌법적 법률의 지위를 주는 것을 헌법재판소가 인정한 사실이 있다고 주장했다. 이 주장에 따르면, 헌법 제 24 조에 의해 보장되는 사법보호의 권리와 국가면제의 저촉에 대해 이 재판소는 특별법 원칙의 적용, 즉 법정지국이 외국에 면제를 부여하는 필요의 이익을 우선하면서 헌법 제 24 조에 규정된 원칙이 제한되는 것을 인정해서 해결해왔다. 항변이 외국의 면제를 존중할 필요성의 관점에서 볼 때 합리적인 범위 내라면 문제 조항의 위헌 여부에 대한 의문은 근거가 없다는 것이다.

사법장관은 이어, 외국의 면제를 존중하는 의무는 특히 가맹국에 ICJ 판결에 따를 것을 강제하는 (1957 법률 제 848 호에 의해 이탈리아 법질서에 편입 된) UN 헌장 제 94 조, 이를 보완하는 2013 법률 제 5 호와 같은, 이 사건에서 문제가 된 다른 조항에 의해 확인된다고 주장했다. 헌법 제 11 조는 UN 헌장 아래에서 이탈리아가 따라야 하는 ICJ 판결에 의해 정의된 국제관습법을 존중하는 것을 의무화하고 있기 때문에 국제관습법 및 (UN 헌장 제 94 조에 따라) ICJ 판결에 따라야 하는 이탈리아의 의무는 헌법 제 11 조에 의해 확인된다고 사법장관은 주장한다.

3. 3 개 사건 (결정 84 호, 85 호, 2014 113 호)의 본안 원고들은 모두 구두 변론에 의한 재판을 요구하면서 헌법재판소가 피렌체 법원의 제청을 받아들여야 한다고 주장했다.

3.1. 우선 본안 원고 측은 손해배상 청구소송은 독일과 연합국의 합의에 따른 유예 기간<sup>9</sup> 때문에 67년 뒤에야 겨우 제소된 것을 지적했다. 이탈리아도 평화조약 18조<sup>10</sup>의 효력에 의해 유예 기간을 존중하는 의무가 있었다. 또한 유예기간 종료 후 배상 청구는 독일에 의해 계속해서 거부되고 제3제국과 그 정부가 행한 범죄에 대한 기타 모든 형태의 보상도 거부되었다고 본안 원고 측은 주장했다.

피렌체 법원이 제기한 문제에 대해 본안 원고 측은 몇 가지 예비적 주장을 했다. 본안 원고 측은 1945.6.26. 샌프란시스코에서 국제사회의 국가들은 심각한 인권 침해에 대응해서 인종, 성별, 언어, 종교를 불문하고 인권과 기본적 자유에 대한 존중을 기약했다고 지적했다 (UN헌장 제1조 제3항<sup>11</sup>, 제55조(c)<sup>12</sup>). 이들 권리 중에는 나중에(2005.12.16. UN총회 60/147 결의 "국제인권법과 국제인도법에 대한 중대한 위반의 피해자가 구제 및 배상을 받을 권리에 관한 기본원칙과 가이드라인"<sup>13</sup>) 인권 보호의 국제 제도의 기초가 된 재판을 받을

<sup>9</sup> 1953년 런던 부채 협정 (Agreement on German External Debts) 제5조(2)

제2차세계대전 중 독일과 전쟁 상태에 있던 국가 또는 동대전 중 독일에 점령된 국가 및 그 국민의, 이 대전으로 인해 발생한 독일 및 그 기관에 대한, 독일의 점령으로 인한 손해, 점령 기간 중에 취득한 어음 채권 및 제국 신용 기금 (Reichskreditkassen)에 대한 청구권을 포함한 청구권의 해결은 배상이 최종적으로 해결될 때까지 연기된다

<sup>10</sup> 1947 이탈리아 평화조약 제18조

이탈리아는 루마니아, 불가리아, 헝가리, 및 핀란드와의 평화 조약, 및 평화 회복을 위해 오스트리아, 독일, 및 일본에 관해 동맹국 및 연합국에 의해 체결된, 또는 앞으로 체결될 기타 협정 또는 결정의 완전한 효력을 승인한다.

<sup>11</sup> UN헌장 제1조

국제연합의 목적은 다음과 같다.

③ 경제적·사회적·문화적 또는 인도적 성격의 국제문제를 해결하고 또한 인종·성별·언어 또는 종교에 따른 차별없이 모든 사람의 인권 및 기본적 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려함에 있어 국제적 협력을 달성한다.

<sup>12</sup> UN헌장 제55조

사람의 평등권 및 자결원칙의 존중에 기초한 국가간의 평화롭고 우호적인 관계에 필요한 안정과 복지의 조건을 창조하기 위하여, 국제연합은 다음을 촉진한다.

c 인종·성별·언어 또는 종교에 관한 차별이 없는 모든 사람을 위한 인권 및 기본적 자유의 보편적 존중과 준수

<sup>13</sup> 국제인권법 및 국제인도법에 대한 중대한 위반의 피해자가 구제 및 배상을 받을 권리에 대한 기본원칙과 가이드라인 (UN총회 2005.12.16.결의)

11. 국제인권법에 대한 중대한 위반과 국제인도법에 대한 심각한 위반에 의한 손해의 구제책에는, 국제법에 의해 인정된 다음 피해자의 권리가 포함된다.

(a) 평등하고 실용적인 재판의 이용  
(b) 적정, 효과적, 신속한 피해 보상  
(c) 위반과 보상수단에 관한 정보에 대한 액세스

12. 국제인도법에 대한 중대한 위반의 피해자는 ...국제법 아래에서 인정된 실용적인 사법보호를 평등하게 이용할 권리를 가져야 한다.

권리(1966.12.19., 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제 14 조<sup>14</sup>)가 있다. 따라서 인권보장과 (국가의 재판 면제와 관련한 문제인) 내정 불간섭 원칙의 충돌을 기본권의 희생을 바탕으로 해결해서는 안된다.

따라서, 2013 법률 제 5 호는 헌법 제 24 조를 위반할 뿐만 아니라, 해당 사안에 대한 관할권을 가진 법원에 액세스할 권리를 포함한 기본권을 보장하는 국제법에도 저촉되는 것으로서 위헌이라고 본안 원고 측은 주장한다.

그래서 본안 원고 측은 ICJ 가 권한을 일탈했다는 비난을 피하기 위해서도 피렌체 법원의 제청을 헌법재판소가 받아들일 것을 요구했다.

또한 본안 원고 측은 현행 국제법상 이탈리아 법원은 관할권을 가진다고 주장했다. 따라서 해당 조항이 제 2 차세계대전 중 독일 군대가 행한 인도에 대한 범죄에 관한 손해 배상 소송에 대해 이탈리아 법원의 관할권을 배제하는 헌법 제 10 조 및 제 117 조에 저촉한다. 또한 사적 당사자가 민사·행정 법상의 권리를 보호하기 위해 법원에 제소할 것에 영향을 미치는 한, 관습 국제법에도 저촉된다.

위에 비추어 본안 소송 당사자들 대리인은 헌법재판소가 2013 법률 제 5 호는 헌법 24 조, 11 조 및 117 조를 위반하여 위헌이라는 것을 선언하면서 (이를 통해 2012.2.3.ICJ 판결의 모든 간접적인 효과도 배제하여) 이탈리아 법원의 관할권을 인정하는 것을 요구했다.

[생략]<sup>15</sup>

4. 구두 변론에서 당사자 및 수상은 각각의 문서에 포함된 주장을 재판소가 지지하도록 요구했다.

## 법률에 관한 이유

1. 피렌체 법원은 독일에 대한 3 건의 소송에서 법원의 관할권 부정을 요구한

---

<sup>14</sup> 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제 14 조 1

모든 사람은 재판에 있어서 평등하다. 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄의 결정 또는 민사상의 권리 및 의무의 다툼에 관한 결정을 위하여 법률에 의하여 설치된 권한있는 독립적이고 공평한 법원에 의한 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다. 보도기관 및 공중에 대하여서는, 민주 사회에 있어서 도덕, 공공질서 또는 국가안보를 이유로 하거나 또는 당사자들의 사생활의 이익을 위하여 필요한 경우, 또는 공개가 사법상 이익을 해할 특별한 사정이 있는 경우 법원의 견해로 엄격히 필요하다고 판단되는 한도에서, 재판의 전부 또는 일부를 공개하지 않을 수 있다. 다만, 형사소송 기타 소송에서 선고되는 판결은 미성년자의 이익을 위하여 필요한 경우 또는 당해 철자가 혼인관계의 분쟁이나 아동의 후견문제에 관한 경우를 제외하고는 공개된다.

<sup>15</sup> 이탈리아헌법 재판소 사이트에 게시된 영어 번역 판결문에서 생략되어 있다.

피고 주장의 근거인 특정 조항의 합헌성에 의문을 제기했다. 이들 소송은 제 2 차세계대전 중 독일군에 의해 잡혀 노예 노동을 위해 독일 강제수용소로 이송된 3 명의 이탈리아 시민이 손해배상을 요구해서 제기했다.구체적으로는 피렌체 법원은 다음 사항의 합헌성에 대해 의문을 제기했다.

1) "헌법 제 10 조 제 1 항의 효력에 의해 수용하여 우리나라 법질서 중에 편입된" 국제사법재판소(ICJ) 2012.2.3. 독일 대 이탈리아 사건 판결의 해석에 의거한, 외국의 민사 재판에서의 국가면제에 관한 국제관습법. 단, 제 3 제국에 의해 1943 부터 1945 까지 기간에 이탈리아 시민에 대해 이탈리아와 독일에서 행해진 불가침의 인권을 침해하는 전쟁범죄와 인도에 대한 범죄가 주권행위로서 민사 법원의 관할권에서 제외된다고 간주하는 범위 내에서.

2) UN 헌장 적용법 (1957.8.17.법률 제 848 호 "1945.6.16.에 샌프란시스코에서 서명된 UN 헌장의 집행") 제 1 조. 단 ICJ 판결이 이탈리아 영역 내에서 제 3 제국이 주권행위로 행한 인도에 대한 범죄에 대한 손해 배상 소송의 심리 관할권을 부정하는 이탈리아 법원의 의무를 창설한 경우에도 국내 판사에 ICJ 판결에 대한 종속을 의무화하는 범위에서.

3) 국내 판사에게 ICJ 판결에 대한 종속, 즉 외국의 주권행위에 관한 미래의 사건에 대해 그 행위가 1943 부터 1945 까지 기간에 제 3 제국 군대에 의해 이탈리아와 독일에서 행해진 전쟁범죄와 인도에 대한 범죄와 같은 국제인도법과 기본권에 대한 중대한 침해에 대해서도 관할권을 부정할 것을 국내 판사에게 강제하고 면제를 인정하지 않았던 확정 판결의 정정을 허용하는 것을 강제하는 2013.1.14. 법률 제 5 호 (2004.12.2. 뉴욕에서 체결된 UN 국가면제협약에 대한 이탈리아의 가입 및 국내법 개정 조문) 제 1 조 (정확하게는 제 3 조).

이들 규범은 헌법 제 2 조 및 제 24 조와의 관계에서 문제가 된다.

이들 규범은 타국의 주권 권력의 행사 (주권행위)에 의한 전쟁범죄와 인도에 대한 범죄의 피해자가 입은 중대한 인권 침해에 대한 손해 배상 소송의 사법 심사를 배제하는 것이므로 헌법 제 24 조가 규정하는 사법보호의 절대적 보장과 저촉된다고 한다. 사법보호의 절대적 보장 원칙은 이탈리아 헌법질서의 최고 원칙이며, 헌법 제 10 조 제 1 항에 따라 일반적으로 승인된 국제법 규범의 국내법 질서에 대한 편입을 제한하고 헌법 제 11 조가 정한 목적을 추진하는 국제기관을 설립하는 조약에 포함되거나 그러한 기관에서 유래하는 규범 및 그 적용법에 관한 한계를 긋는다.

제청 판사는 ICJ 가 2012.2.3 판결에서 주권행위로 간주되는 어떠한 행위에 대해서도 타국의 민사 재판에서 면제를 받는다는 국제관습법 규범이 지금도 존재한다는 견해를 나타낸 것에 주목한다. 따라서 ICJ 는 전쟁범죄 또는 인도에 대한 범죄에 의한 기본권 침해인 것을 당해 사건에서 명확하게 인정된 1943 부터 1945 까지의 이탈리아에서 행해진 제 3 제국 군대에 의한 추방, 노예 노동 학살 사건에 대한 주권행위를 예외로 하는 구성을 배제했다. ICJ 는 다른 차원에서 작용된다는 이유로 실제적인 강행규범(국제인권법)과 절차 규범(타국 관할권에서의 국가면제) 사이의 저촉의 존재조차 부정했다. 하지만 피렌체 법원은 ICJ 가 국제법 해석에 대한 "절대적이고 독점적인 권한"을 가지고 있음을 인정하면서 국제관습법에 대응하는 국내법과 관련된 적용법의 합헌성에 의문을 제기했다. 이들은 불가침의 권리에 대한 사법보호의 권리를 포함한 기본원칙과 헌법적 보장에 의해 제한되기 때문이다.

제청 판사는 "만일 ICJ 판결처럼 국가면제에 절대적인 성질이 주어진다면, 피해자 개인은 독일의 법제도 아래에서도 부정된 사법 심사와 구제의 모든 가능성을 부정되는" 것을 무시할 수 없다고 지적했다 (2014 제청결정 제 84 호 7 페이지, 제 85 호 7 페이지, 제 113 호 7 페이지). 따라서 제청 판사는 UN 헌장 적용법 (1957 법률 제 848 호 제 1 조) 및 뉴욕 협약 가입법 (2013 법률 제 5 호 제 3 조)에 포함된 조항의 위헌 여부에 대해, 이들이 위 관습국제규범과 같이 ICJ 판결에 따라 그 관할권을 부정하는 것을 판사에게 요구하는 한도에서 유사한 우려를 표명했다.

마지막으로 피렌체 법원은 문제의 조항은 그 중 하나가 개별적으로 적용 되더라도 관할권을 배제할 수 있기 때문에, 본안 판결과의 관련에 있어서 독립하고 있다고 지적했다.

또한 제청 판사는 제기된 문제는 손해 배상 청구를 심리할 관할권에 한정되고 집행행위의 문제를 포함하지 않는다고 했다.

3 건의 사건은 모두 청구과 주장이 똑같기 때문에, 이들은 병합해서 심리, 결정되어야 한다.

2. 먼저 피렌체 법원이 제기한 제청에 대한 이 재판소의 심사 권한에 관한 본안 전 항변에 대해 검토해야 한다.

2.1 제 1 의 항변으로, 이 사건의 재판권 면제는 일반적으로 승인된 국제관습법 규범에 관한 것이며, 이 규범은 이탈리아 헌법 발효 전에 형성되었기 때문에 위헌 심사의 대상이 될 수 없다고 사법장관은 주장했다. 이 재판소가 1979. 판결 제 48 호 (사실에 대한 이유 제 2 항 참조)에서 국제관습법에 대한 위헌 심사는 헌법 발효 후 형성된 규범에 대해서만 허용된다고 판시했다고 하는

것이다.

하지만 이 항변에는 이유가 없다.

사실은, 사법장관이 지적한 사건에서 이 재판소는 분명히 바로 "국가의 상호 관계에서 수세기에 걸친 관습"인 외교관 면제의 국제관습법에 대한 위헌 여부를 심사했다. 이 재판소는 다음과 같이 판시했다. "제청 판사가 제기한 바와 같이 1967 법률 제 804 호에 포함된 비엔나 협약 제 31 조 제 1 항 및 제 3 항에 관한 집행 명령이 형식적으로 정당하게 보이는 것은 그저 관계 부분에서의 협약 조항이 일반 국제법 규범의 선언에 불과하기 때문이다. 따라서 문제의 법적 근거는 그 규범과의 관계에서 판단해야 하며, 이 사건의 사실상의 주제는 국제관습을 수용하기 위한 국내 법규범과 위 헌법 원칙의 적합성에 관한 것이다"(법적 이유 제 3 항).

그리고 이어지는 부분에서 이 재판소는 다음과 같이 덧붙였다 .

"어쨌든, 보다 일반적으로 말하면, 헌법 제 10 조에 의한 자동 수용 작용은 국민 주권과 헌법의 엄밀성 위에 창설된 것이기 때문에 헌법 발효 후에 존재하게 된 일반적으로 승인된 국제법 규범에 관해서는 우리나라의 헌법질서의 기본원칙에 대한 위반을 허용할 수 없다는 점을 유의해야 한다 "(법적 이유 제 3 항).

1979 판결 제 48 호에 대한 사법장관의 해석의 당부를 떠나서, 이 재판소는 1956 판결 제 1 호에서 명확히 논급한 것을 특히 확인해 두고 싶다.

" '위헌'이라는 새로운 관념은 헌법 후의 법에 관한 것이며, 선행하는 법에 관한 것이 아니라는 전제는 받아들일 수 없다. 문언 해석상, 헌법 134 조 <sup>16</sup>와 1948.2.9. 헌법적 법률 제 1 호는 법률의 위헌 여부 문제를 아무런 구별없이 규정하고 있다. 논리적 해석상, 일반 법률이 헌법적 법률에 선행했는지 후속했는지에 상관없이 일반 법률과 헌법적 법률의 관계 및 각각의 법원(法源) 계층에서의 지위가 불변인 것은 부정할 수 없다. "

따라서 합헌성 통제는 공화국 헌법에 선행하는 법률 및 후속하는 법률 모두에 적용된다는 1956 판결 제 1 호가 판시한 원칙은 헌법 제 10 조 제 1 항에 따라 자동적으로 수용되는 일반적으로 승인된 국제법 규범에도, 그 형성이 헌법의 전후인지를 불문하고 적용된다는 것을 오늘 확인되어야 한다. 마찬가지로 헌법 제 10 조 제 1 항에 따라 수용 대상이 되는 국제관습법 규범은 헌법 제 134 조가 구체적인 가능성을 명시적으로 규정하고 있지 않다는 이유만으로 위헌 심사에서 제외될 수 없다. 그 조항에 따르면 입법 과정 이외의 방법으로 성립하면서 정식 (일반 및 헌법적) 법률과 똑같은 법적 효과를 가지는 모든 법, 규칙, 규범 (위 관습국제법규범을 포함)은 집중적 위헌 심사에 따른다. 법률

---

<sup>16</sup> 이탈리아헌법 제 134 조

헌법재판소는 다음 사항에 대하여 결정한다.

국가 및 주의 법률 및 법률과 같은 효력을 가지는 법령의 합헌성에 관한 분쟁. (이하 생략)

아래의 계층에 위치하며 법률과 같은 법적 효력을 갖지 않는 규칙 만이 이 재판소의 심사에서 제외된다. 즉, 논리적 및 체계적인 관점에서 볼 때 국제관습의 위헌 심사를 배제하거나 헌법 후에 형성된 관습에 심사를 한정할 이유가 없다. 헌법 후에 형성된 관습은 헌법 이전에 형성된 관습과 똑같은 법적 효력을 가져서 양자 모두 헌법질서의 판단 기준, 즉 기본원칙과 불가침의 인권에 의해 제한된다.

따라서 수상 측이 제기한 제 1 의 항변은 이유가 없다.

2.2 제 2 의 항변은 주권행위로 간주되는 행위에 관한 국가면제의 국제관습에 대한 검토를 근거로 관할권 흠결을 판단할 수 없다는 전제에 입각하는 것이다. 그렇지 않으면 "절차 심리와 실체 심리의 논리적 우선 순위 관계에 대한 반이들일 수 없는 역전"을 초래한다고 한다.

관할권에 대한 이의는 당사자들이 주장하는 청구 내용의 심사를 필연적으로 요구하기 때문에 이 항변도 이유가 없다.

2.3. 추가적인 헌법상의 파라미터를 원용하면서 각 사건의 주제를 확장하려고 하는 당사자의 주장도 승인하기 어려운 것도 미리 재확인해둘 필요가 있다.

부수적 위헌 심사의 주제는 제청 결정에 기재된 조항 및 파라미터로 구성된다(2014 판결 제 32 호 및 2011. 판결 제 271 호, 2009 판결 56 호). 따라서 헌법 제 117 조 제 1 항 및 같은 법 117 조 자체에서 원용된 국제관습법에 대해 (이 사건에서 법원에 출두한) 본안 소송 원고들이 제기한 위헌 여부에 대한 의문은 고려할 수 없다 .

2.4. 마지막으로, 3 건 제청서의 주문은 2013 법률 제 5 호 제 1 조를 대상 조문으로 적시하고 있지만, 원고들의 관심은 2004.12.2. UN 국가면제협약 가입을 인정하는 제 1 조가 아니라 2012.2.3 판결에서 ICJ 가 선언한 결정을 통상적인 수용 절차에 따라 반영하는 한에 있어서의 같은 법 제 3 조인 것이 3 건 제청의 전 취지에 비추어 분명하다고 지적해 둔다. 따라서 2013. 법률 제 5 호 제 1 조가 아니라 같은 법 제 3 조가 위헌 심사의 주제이다. 이는 제청 원인과 제청의 문맥을 염두에 두고 쟁점이 되는 조문을 포함한 분쟁의 주제가 특정되어야 한다는 일관된 헌법 판례 (2012 판결 제 258 호, 2011 제 181 호, 2011 재판소 결정 제 181 호 등 다수)에 부합한다.

3. 이 사건에서 "헌법 제 10 조 제 1 항의 효과에 따라 수용되어 우리나라 법질서에 편입된" 외국 민사 재판에서의 국가면제에 관한 국제관습법의 합헌성에 대한 의문은 다음 의미에 있어서 이유가 없다.

3.1. 우선 제청 판사가 이 재판소에 제기한 주제에서 외국의 민사 재판에서의 국가면제에 관한 국제관습법 규범에 대한 ICJ 해석의 평가를 제외한 점에 유의해야 한다. 이 재판소는 그러한 통제를 전혀 할 수 없다. 국제관습은 이탈리아 법질서의 외부에 존재한다. 그리고 헌법 제 10 조 제 1 항의 효과로 정부 또는 법원이 이를 적용할 때 협조의 원칙을 존중해서 원래의 법질서인 국제법질서 속에서 주어진 해석에 따라야 한다. 이 사건에서 당해 규범은 독일에 대한 소송에서 이탈리아 법원의 관할권을 둘러싼 독일과 이탈리아의 분쟁을 해결한다는 관점에서 ICJ에 의해 명확히 해석되었다.

ICJ는 2012.2.3 판결에서 기본권을 침해하는 전쟁범죄 및 인도에 대한 범죄 사건에서의 주권행위는 외국 민사재판에서의 면제 규범에서 제외된다고 추론할만한 국제적 국가실행은 아직 존재하지 않는다고 판시했다. 이러한 범죄의 실행은 ICJ에 의해 인정되고, 독일도 스스로 인정했다.

ICJ는 이탈리아 법원의 관할권 부정은 외국에 의한 범죄의 결과 손해를 입은 개인의 기본권에 대한 희생을 수반하는 것도 명백히 인정했다 (같은 판결 제 144 항, 제 104 항 참조). 위 범죄 피해자에 대한 다른 법적 구제의 존재를 부정한 독일 대리인도 이를 인정했다 (2010. 10. 5. 독일 답변서 11 페이지 제 34 항). 새로운 협상을 시작하는 것이 국제법상의 분쟁을 해결하기 위한 유일 가능한 수단이라고 ICJ는 지적했다.

국제법 차원에서는 주권행위로 간주되는 행위에 대한 외국 민사 재판권에서의 국가면제에 관한 관습법에 대한 ICJ의 해석권은 특권적이며, 이 재판소를 포함한 각국 정부 및 사법 기관이 거듭 심사할 것은 허용되지 않는다고 인정해야 한다. 이 원칙은 유럽인권조약의 해석에 관한 유럽인권재판소 2007. 제 348 호 및 제 349 호 판결에서 명시적으로 선언되었다.

실제로 제청 판사는 주권행위로 간주되는 행위에 대한 면제의 국제규범에 관한 ICJ의 해석에는 의문을 제기하지 않았다. 그는 이 규범의 적용 범위는 ICJ에 의해 명확히 정의되었다고 (우려를 표하면서) 밝혔다. 또한 그는 독일에 귀속되는 행위가 불법이라는 데에는 다툼이 없고, 이가 기본권을 침해하는 전쟁범죄 및 인도에 대한 범죄라는 것을 독일 자신과 ICJ가 인정했지만, 그럼에도 불구하고 이 문제는 본안 소송의 내용이며, 따라서 이 재판소에 제기된 주제에 포함되지 않는다고 지적했다.

하지만 다른 문제, 즉 국제법 질서에 의한 해석에 따라 국내법에 수용·적용된 국제법 규범 (이는 헌법 제 10 조 제 1 항에 따라 계층적으로 헌법과 같은 지위에 있다)과 헌법의 규범과 원칙 사이의 저촉은 그 저촉이 해석에 따라 해소되지 않는 한 심사·해결되지 않으면 안되는 것이 분명하다.

이는 기본권 보장의 원칙을 포함한 국가 헌법질서의 본질적 원칙에 대한 제한에

관한 사안이다. 그런 상황에서 국내 법질서의 기본원칙의 불가침성을 옹호하고 적어도 그 희생을 최소화하기 위해 위헌 심사를 실시하는 것은 국내 법원이며, 이 사건의 경우에는 오로지 이 재판소이다.

그리고 이는 바로 위 합헌성 문제의 제기에 있어서 피렌체 법원이 이 재판소에 제기한 주제이다. 피렌체 법원은 ICJ의 해석에 의거한 외국 민사 관할권에서의 국가면제에 관한 국제규범과 우리나라의 헌법질서의 기본원칙, 즉 재판을 받을 권리 (제 24 조)와 기본권 보장의 원칙 (제 2 조)과의 적합성 심사를 요구했다. 문제의 경우처럼 두 규범 모두 헌법적 지위를 갖고 있어도 헌법 적합성을 심사하는 것은 완전히 가능하다. 왜냐하면 형량은 "이 재판소가 그 권한 내의 모든 사안에서 행사를 요구되는 정상적인 임무 중의 하나"(2011 판결 제 236 호)이기 때문이다.

3.2 이 재판소가 반복해서 판시한 바와 같이, 헌법질서의 기본원칙과 불가침의 기본권은 의심할 여지 없이 "헌법 제 10 조 제 1 항에 따라 이탈리아 법질서가 수용하는 일반적으로 승인된 국제법 규범 편입의 한계" (1979 판결 제 48 호, 2011 판결 제 73 호), EU법 도입의 "대항 한계 (controlimiti)" (1973 판결 제 183 호, 1984 제 170 호, 1989 제 232 호, 1991 제 168 호, 2007 제 284 호 등 다수), 라테라노 조약과 정교 조약의 집행법 제정의 한계 (1982 판결 제 18 호, 1971 제 32 호, 제 31 호 및 제 30 호) 를 긋는다. 다시 말해 이들은 헌법질서의 특별한 기본 요소이다. 그러므로 이들은 헌법 개정의 대상이 될 수 없다 (헌법 138 조<sup>17</sup> 및 139 조<sup>18</sup>, 1988 판결 제 1146 호).

집중적 위헌심사제 아래에서는 국제관습법에 관한 위헌심사도 분명히 다른 어떤 법원도 아니라 헌법재판소에만 속하는 권한이다. 사실은 이 재판소의 권한은 국가의 헌법질서의 기본원칙과 불가침의 인권보장 원칙을 분명히 포함한 헌법적법과 문제가 된 규범의 헌법 부적합성에 의해 그 범위가 결정된다. 이 적합성 심사는 헌법재판관 만의 권한이다. 가장 초기의 판례에서 "법에 대한 위헌 선언은 헌법 제 136 조<sup>19</sup>에 따라 헌법재판소 만이 할 수 있다"(1956 판결 제 1 호) 고 판시한 바와 같이 집중위헌심사제 아래에서는 다른 해결 방법은 모두 헌법으로 이 재판소가 수여된 권한에 반하는 것이다.

---

<sup>17</sup>이탈리아헌법 제 138 조

헌법개정법 및 기타 헌법적 법률은 각 의원에 의해 적어도 3 개월 간격을 두고 2 차 심의한 후에 채택되어, 각 의원의 2 차 투표에서 절대 다수로 가결된다. (이하 생략)

<sup>18</sup>이탈리아헌법 제 139 조

공화제는 헌법 개정의 대상이 될 수 없다.

<sup>19</sup>이탈리아헌법 제 136 조

재판소가 법률 또는 법률의 효력을 가지는 법령의 위헌을 선고한 경우에는 당해 법률은 판결 공포 다음날에 효력을 잃는다. (이하 생략)

게다가, 이 재판소는 최근 헌법질서와 인권보장의 기본원칙과의 적합성을 심사하는 독점적 권한을 가지고 있는 것을 재확인했다 (2007 판결 제 284 호). 또한 바로 재판을 받을 권리 (헌법 제 24 조)에 대해서, 이 재판소는 기본권의 존중과 일탈할 수 없는 원칙의 이행은 헌법재판소에 주어진 보장 기능에 의해 보호된다고 판시했다 (2014 판결 제 120 호).

3.3 외국의 민사 재판에서의 국가면제에 관한 국제관습법은 처음에는 모든 국가 행위에 이르는 절대적인 것이었다. 그 후 20 세기 전반에 많은 국가에서 국내 판례의 효과에 의해 진보적 발전을 달성하고 (알기 쉬운 표현으로 말하면) 업무관리행위가 적절한 한계로서 정의되었다. 그리고 주지하는 바와 같이 면제규정에 대한 이 한계의 적용은 주로 이탈리아 법원과 벨기에 법원에 의한 이른바 "이탈리아 벨기에 이론"으로 점차 확립되었다 (이탈리아 판례로서 피렌체 법원 1906. 6. 8. 판결 ; Rivista di Diritto Internazionale 1907. 379 페이지, 파기원 1926. 3. 13. 판결; 동 1926 250 페이지, 나폴리 항소 법원 1926. 7. 16. 판결; 동 1927 104 페이지, 밀라노 항소 법원 1932. 1. 23. 판결; 동 1932 549 페이지, 파기원 1933. 1. 18. 판결; 동 1933 241 페이지 등 다수. 벨기에 판례로서 파기원 1903. 6. 11. 판결; Journal de Droit International Privé 1904 136 페이지, 브뤼셀 항소 법원 1920. 6. 24. 판결; Pasicrisie Belge 1922 II122 페이지, 브뤼셀 항소 법원 1933. 5. 24. 판결; Journal de Droit International 1933 1034 페이지 등 다수.).

즉, 국내 판사들은 외국의 민사 재판에서의 면제는 주권행위로 간주되는 행위만이 누릴 수 있도록 국제관습법의 범위를 한정된 것이다. 그 주된 목적은, 적어도 국가가 사인(私人)으로서 행위를 하는 경우에는 사인인 상대방의 권리를 불공정하게 제한하는 일이 없도록 면제 향수를 배제하는 데에 있다.

이러한 국제규범의 내용의 진보적 재정의 과정이 국제사회에서 오랫동안 수행되어 왔다 (1992 판결 제 329 호). 위 진화가 국내 판례에 의하여 시작된 것이 매우 중요하다. 즉 국내 법원은 국제관습법과 그 진화를 밝히기 위한 국가 실행의 확인은 국제기구에 맡기는 한편, 자신의 권한을 행사하는 능력을 늘리고 있는 것이다.

이탈리아 법질서에서는 (그 아래에서는 권리의 승인은 제한된 보증 밖에 받을 수 없는) 연성 헌법 아래에서 일반 판사에 의해 그러한 권리 보호를 위한 면제 제한이 이루어진 덕분에 (경성 헌법에 의해 보장된 인권보장과 권력에 대한 일관된 제한 위에 성립된) 공화국 헌법질서 하에서 유사한 통제의 실행 권한은 필연적으로 이 재판소에 귀속되게 된다. 이는 기본원칙을 비롯한 헌법 존중의 보장을 위해, 따라서 타국의 민사 재판에서의 국가면제에 관한 국제규범과 그 원칙과의 적합성 심사를 위해 이 재판소에 독점적으로 귀속된다. 그 결과 이

규범의 국내법에 관한 적용 범위는 더욱 제한된다.

하지만 이는 동시에 국제법 자신의 바람직한 (많은 사람들이 원하는) 발전에 공헌할 수 있다.

3.4 게다가, 국제법 질서 속에서 해석된 외국의 관할권면제에 관한 국제관습법이 기본원칙과 불가침의 인권에 저촉하지 않는 채 헌법질서에 편입될 수 있는지를 확인하는 것을 이 재판소에 요구하는 헌법 제 10 조 제 1 항에 비추어 이러한 통제는 필수적이다. 만일 저촉이 존재한다면 "국제규범의 반영은 기능하지 않는다"(2009 판결 제 311 호). 따라서 국제규범의 편입과 적용은 이가 불가침의 원칙과 권리에 저촉하는 한 필연적으로 배제된다.

이것이 바로 이 사건에서 발생한 상황이다.

이 재판소는 헌법 24 조에 의해 보장된 권리를 보호하기 위해 법정에 출두해서 변호를 받을 권리, 즉 재판을 받을 권리가 헌법질서의 기본원칙에 포함된다고 반복 밝혔다. 이는 해당 권리가 기본권을 보호하기 위해 원용될 경우에 특히 들어맞는다.

이 사건에서 제청 판사는 이 재판소가 요구되고 있는 위헌 심사에 있어서 헌법 제 2 조와 제 24 조는 떼려야 뗄 수 없는 관계에 있다고 적절하게 지적했다. 제 2 조는 (이 사건에서 특히 중요한) 인간의 존엄성을 포함한 불가침의 기본권 보호 수단인 헌법 헌장의 기본원칙의 본질 조항이다. 제 24 조도 개인이 그 불가침의 권리를 보호하기 위해 재판을 받을 권리를 보장함으로써 인간의 존엄성을 보호하는 수단이다.

두가지 조항은 실체법과 절차법이라는 다른 분야에 속하지만 외국의 민사 재판에서의 국가면제에 관한 규범의 헌법 적합성 문제에 대해 공통의 관련성을 가지고 있다. 만일 실효적인 보호를 위해 법원에 제소할 수 없다고 하면 얼마만큼의 권리가 살아남을 수 있을까.

이미 EC에 관한 1965 판결 제 98 호에서 이 재판소는 실효적 사법보호의 권리는 "헌법 제 2 조가 보장하는 불가침의 인권의 하나이다. 이는 유럽인권협약 제 6 조<sup>20</sup>에서 이 원칙에 주어진 배려를 보면 분명하다." (법적 이유 제 2 항) 고 판시했다. 더 최근에는 이 재판소는 사법보호의 권리에 대해 "모든 분쟁에서

<sup>20</sup>유럽인권협약 제 6 조 (공정한 재판을 받을 권리)

1 모든 사람은 민사상의 권리와 의무의 결정 또는 형사상의 죄의 결정을 위해, 법률에 의해 설치된, 독립적이며 공평한 법원에 의한 타당한 기간 내에 공정한 공개 심리를 받을 권리를 가진다. 판결은 공개적으로 선고된다. 다만 보도기관 및 공중에 대해서는 민주사회의 도덕, 공공 질서 또는 국가안보를 위해, 또는 미성년자의 이익 또는 당사자의 사생활 보호를 위해 필요한 경우 또는 공개가 사법상 이익을 해할 수 있는 특별한 사정에 있어서 법원의 견해로 엄격히 필요하다고 판단되는 한도에서 재판의 전부 또는 일부를 공개하지 않을 수 있다.

모든 사람에게 꼭 판사와 판결을 보장할 의무 및 민주주의의 원칙 자체와 본질적으로 결합된 우리나라 헌법질서의 최고원칙의 하나 "라고 명확하게 정의했다 (1982 판결 제 18 호, 1996 판결 제 82 호).

이 재판소는 기본권에 대한 사법보호의 실효성의 관점에서 "권리의 승인은 이를 사법절차 속에서 법원에 제소하는 권능의 승인과 밀접히 결합되어 있다. 따라서 인권을 보호하기 위해 법적 구제를 요구하는 것은 헌법 제 24 조 및 제 113 조<sup>21</sup>에 의해 보호되는 권리 그 자체이다. 이 권리는 본질적으로 불가침이며, 법의 지배에 입각한 민주주의 국가에 특유한 것이다" 라고도 했다 (1999 판결 제 26 호, 2014 판결 제 120 호, 2004 판결 제 386 호, 2003 판결 제 29 호). 게다가 재판을 받을 권리 및 불가침의 권리를 보장하기 위한 실효적인 사법보호의 권리가 현대 민주주의 법문화의 가장 중요한 원칙의 하나인 것은 거의 의심할 여지가 없다.

그럼에도 불구하고 바로 국제법으로 도출되는 재판권에서의 국가면제에 관한 사건에서 이 재판소는 외국이 관련된 사건에서는 사법보호의 기본적 권리가 헌법 제 10 조에 따라 정해진 한계를 넘어 제한될 수 있다고 인정해왔다. 하지만 이 제한은 헌법질서의 "최고 원칙"의 하나인 헌법 제 24 조의 원칙에 우월할 수 있는 공익상의 이유로 정당화되어야 한다 (1982 판결 제 18 호). 게다가, 그 한계를 정하는 조항은 구체적인 사례에서 공공의 이익에 대해 엄격한 심사에 의해 보장되어야 한다 (1992 판결 제 329 호).

이 사건에서는 ICJ 가 범위를 확장한 국가면제의 국제관습법은 인도에 대한 범죄와 기본권에 대한 심각한 침해 피해자들이 제기한 손해 배상 소송을 심리하는 국내 법원의 관할권을 부정하는 범위 내에서 사법보호의 권리가 절대적으로 희생되어 있다. 이는 외교 수단이 문제해결의 유일한 적당한 방법이며 국제적인 차원의 새로운 협상에 맡긴다고 하는 ICJ 자신이 인정하는 바이다 (2012.2.3 판결 제 102 항).

게다가 심각한 범죄에 의해 침해된 기본권에 대한 사법보호의 권리 (헌법 제 2 조, 제 24 조)의 희생을 정당화할 수 있는 우월적인 공공 이익을 헌법질서에서 찾아볼 수 없다.

법적 관점에서 보아도 논리적 관점에서 보아도 외국 재판권에서의 면제는 단순히 형식적인 경우가 아니라 실질적으로 외국의 주권 기능에 관련된 경우, 즉 정치 권력의 행사를 동반하는 경우에 만 주장할 수 있으며, 헌법으로 보장된

---

<sup>21</sup> 이탈리아헌법 제 113 조

공공적인 행정 행위에 대해서는 꼭 통상 또는 행정 법원에서 권리와 정당한 이익에 대한 사법 보호가 인정된다.

위의 사법보호를 배제하거나 특정한 청구 수단이나 특정 유형의 행위에 한정하는 것은 허용되지 않는다. 법률은, 법률이 정하는 경우에, 법률의 효과에 의해 공공적인 행정 행위를 취소할 수 있는 사법 기관을 정한다.

불가침의 권리에 대한 사법보호 원칙의 희생을 헌법 차원에서 정당화할 수 있다고 생각된다.

이 재판소가 반복 판시한 바와 같이 (헌법 제 11 조에 대해 2007 판결 제 284 호, 1991 제 168 호, 1989 제 232 호, 1984 제 170 호, 1973 제 183 호 헌법 제 10 조 제 1 항에 대해 2001 판결 제 73 호, 1996. 제 15 호, 1979 제 48 호. 또는 2007 판결 제 349 호), 기본원칙 및 헌법질서의 기본요소인 불가침의 인권 존중은 (그 실현을 위해 이탈리아 헌법 제 11 조의 효력에 의해 주권 제한에 동의한, 평화와 정의의 원칙에 의한 양호한 국제관계 유지라는 목표 달성의 관점에서 보아도), 이탈리아 법질서의 국제적 및 초국가적 질서에 대한 수용성(헌법 제 10 조 및 제 11 조)의 한계를 긋는다. 이는 인도에 대한 범죄로 인정된 추방, 노예 노동, 학살 등의 행위에 대하여 그 범죄 피해자의 불가침의 권리에 대한 사법적 보호를 국내법상 절대적인 희생로 하는 것을 정당화하는 가능성을 본질적으로 배제한다.

헌법 제 2 조 및 제 24 조에 따라 주어진 이탈리아 법원의 관할권에서 외국을 면제하는 것은 국가의 주권 기능을 보호한다. 이는 이 사건에서 ICJ 자신과 독일이 법정에서 인정했듯이 분명히 불가침의 인권을 침해하는 위법한 것이며 전형적인 정치 권력의 행사라고 할 수 없는 행위를 보호하지 않는다(위 3.1 항 참조). ICJ 판결이 인정한 바와 같이, 이러한 인권은 실효적인 구제수단을 빼앗기고 있다. ICJ는 "국제법에 의한 독일의 국가면제는 관계 이탈리아 국민의 법적 구제를 불가능하게 만들 수 있다"(제 104 항) 는 것을 인식하기 때문에 협상의 재개를 희망하고 있는 것이다.

따라서 인권을 중심으로 하는 제도의 관점에서 볼 때 현재부터 거슬러 올라가 보면 범죄인 행위 피해자의 기본권에 대한 사법보호를 헌법질서의 외부 법원(法源)에 대한 수용성을 강조해서 부정하는 것(판결 제 349 호, 제 347 호)은 헌법의 두 가지 최고원칙의 희생과 전혀 균형되지 않는다. 이들 원칙은 바로 이 사건처럼 국가 행위가 불가침의 인권을 침해하는 전쟁범죄와 인도에 대한 범죄로 간주되어 정치 권력의 적법한 행사의 범위에 포함되지 않는 경우에도 국가의 정치 권력의 행사에 간섭하지 않다는 목표를 추구하기 위해 희생으로 되었다.

마지막으로, 이탈리아 헌법에 의해 창설된 재판을 받을 권리는 모든 민주 제도와 마찬가지로 개인의 인권에 대한 실효적인 사법보호를 요구하고 있는 것을 주목해야 한다 (헌법 24 조에 따른 사법보호의 실효성에 대해서는 특히 최근의 2014 판결 제 182 호 및 2010 제 281 호, 2007 제 77 호 참조).

앞에 본 바와 같이, 이 재판소는 EU의 사법 통제 제도는 헌법 제 24 조에 의한 것과 같은 수준의 사법보호의 요청을 충족하고 있다고 인정한 적이 있다 (1965 판결 제 98 호). 하지만 이 재판소는 유럽사법재판소가 역시 나중에 권리를 인정

된 당사자에게 유리한 선결 재정의 효과를 지연시킨 조치에 대해 다른 평가를 내렸다. 결과적으로 선결 재정의 효력은 현저하게 가로막혀, 이 재판소의 재심사에 따르면 이탈리아 헌법에 의해 창설된 재판을 받을 권리의 요청을 침해 하면서 요청된 사법보호의 효과는 크게 떨어졌다 (1989 판결 제 232 호, 이는 이 문제에 관한 유럽사법재판소의 판례 변경을 도출했다).

UN 안전보장이사회의 조직인 제재위원회가 작성한 테러리스트 용의자 목록에 등재된 개인의 자산 동결을 위한 위원회 규정의 무효를 요구한 소송의 유럽사법재판소 판결을 상기할 것도 중요하다. 먼저 유럽사법재판소는 요컨대 EU 사법 기관에는 관할권이 없다는 일심 법원의 주장을 부인했다. 반대로 유럽사법재판소는 EU 의 사법 기관은 UN 안전보장이사회 결의를 실시하기 위한 EU 규칙을 포함한 모든 EU 법의 적법성 심사를 보장하여야 한다고 판시했다. 그리고 동 재판소는 국제합의에 의해 부과된 의무는 모든 EU 법은 기본권을 존중해야 한다는 원칙을 막을 수 없다고 판시했다.

그 결과, UN 에는 기본권에 대해 심사하는 적절한 제도가 존재하지 않기 때문에 실효적인 사법보호의 원칙을 침해하는 범위 내에서 이사회 규칙은 무효로 되었다 (유럽사법재판소 2008. 9. 3. 판결).

3.5 이 사건에서 ICJ 가 인정하고 독일도 그 법정에서 확인한 바와 같이 기본권의 실효적 사법보호가 불가능한 것은 ICJ 가 정의한 국제법과 헌법 제 2 조 및 제 24 조 사이에 분명한 모순을 야기한다.

외국의 민사 재판에서의 국가면제에 관한 국제법이 국제법과 기본권을 침해하는 주권행위로 간주되는 행위를 포함하고, 그런 중대한 침해를 원인으로 하는 손해 배상 소송까지 면제 대상에 포함된다고 하면 위의 모순에 의해 헌법 제 10 조 제 1 항에 따른 반영은 기능하지 않는다고 선언하는 것이 이 재판소의 의무이다.

그 결과, 국가의 관할권에서의 면제에 관한 법이 위 헌법 기본원칙과 저촉되는 한, 이는 이탈리아 법질서에 수용되지 않고, 거기서 어떠한 효력도 발생하지 않는다.

따라서 제청 판사가 제기한 "헌법 제 10 조 제 1 항의 효과에 의해 수용되어 우리나라 법질서에 편입된" 외국의 민사 재판에서의 국가면제에 관한 국제관습법에 대한 의문에는 이유가 없다. 헌법 제 10 조 제 1 항에 따라 우리나라 법질서가 수용하는 국제법은 인권을 침해하는 전쟁범죄와 인도에 대한 범죄로 인한 손해 배상 소송에 관한 민사 재판에 대한 국가면제의 규범은 포함되지 않는다. 따라서 이들 인권은 불가결한 실효적 사법보호에서 배제되지 않는다.

4. UN 헌장 적용을 위한 법률 (1957.8.17. 법률 제 848 호) 제 1 조의 위헌 여부 문제에 대해서는 다른 결론을 도출할 수 있다. 해당 조항은 이 사건처럼 ICJ 판결이 전쟁범죄와 인도에 대한 범죄와 같은 국제인도법과 기본권에 대한 중대한 위반을 구성하는 외국의 행위에 관한 사건에 대하여 관할권 부정을 이탈리아 법원에 강제하는 경우에도 "국제연합의 각 회원국은 자국이 당사자가 되는 어떤 사건에 있어서도 국제사법재판소의 결정에 따를 것을 약속한다"고 규정한 헌장 제 94 조의 집행을 요구하면서 국내법질서가 ICJ 판결에 따를 것을 요구하는 한, 헌법 제 2 조 및 제 24 조에 위반된다고 지적되어 있다.

4.1 아래의 범위에서 의문에는 이유가 있다.

1957 법률 제 848 호 제 1 조는 1945. 6. 26.에 샌프란시스코에서 서명된 국제평화와 안전 유지를 목표로 하는 UN 헌장의 "완전한 집행"을 규정한다. ICJ는 국제연합 조직의 주요 사법기관 (제 92 조)으로서 설립되어(제 7 조), 그 판단은 어떤 사건에 있어서도 당사자인 가맹국을 구속한다(제 94 조). 이 구속력은 (비준과 집행 명령을 인정하는) 적용특별법을 통해 국내 법질서에 효력을 미친다. 이는 국가 간의 평화와 정의의 확보를 목적으로 한 UN 등 국제기구를 지지하기 위해 이탈리아 국가가 합의한 주권 제한의 일레이지만(헌법 제 11 조), 헌법의 기본원리와 헌법으로 보장된 불가침의 권리 존중이라는 제한에 따른다 (2001 판결 제 73 호). 따라서 UN 헌장 제 94 조의 수용에 의해 부과된 ICJ 판결에 따를 의무는 이탈리아 영토에서 제 3 제국의 주권행위로서 행해진, 기본권을 침해하는 전쟁범죄 및 인도에 대한 범죄에 기인하는 손해 배상 소송의 심리에 대해 이탈리아 국가의 관할권을 부정하는 것을 강제하는 ICJ 판결을 포함되지 않는다.

어쨌든, UN 헌장적용법과 헌법 제 2 조 및 제 24 조의 저촉은 오로지 불가침의 인권을 침해하는 전쟁범죄와 인도에 대한 범죄에 해당하는 주권행위에 관한 소송이 외국 관할권에서의 면제에 대한 일반 국제법의 적용 대상에 포함된다고 해석하는 ICJ 판결에 관해서만 발생한다. 반복 지적한 바와 같이 기본권에 대한 사법보호는 "헌법질서의 최고원칙"의 하나이다. 따라서 해당 조항 (적용법 제 1 조)은 인도에 대한 범죄로 인한 손해에 대한 소송 심리에 대해 이탈리아 법원에 관할권을 부정하는 것을 강제하여 기본권의 사법보호를 노골적으로 침해하는 2012.2.3. ICJ 판결에 따를 것을 이탈리아 국가, 나아가서는 이탈리아 법원에 강제하는 한, 이 원칙을 위반한다.

기타의 어떠한 경우에도 UN 헌장 가입에 의해 부과된 ICJ 판결에 따를 의무를 포함한 모든 국제적 의무를 존중하는 이탈리아 국가의 약속이 유지되는 것은 물론이다.

우리나라 법질서의 조약 규범(UN 헌장 제 94 조) 수용에 대한 오직 이 사건의

목적에 위한 장애는 외부 규범 자체의 적법성에 영향을 미치지 않고, 따라서 위헌법 기본원칙을 위반하는 범위에서 적용특별법의 위헌을 선언하게 된다 (2009 판결 제 311 호).

이는 특히 "정교 조약 제 34 조 제 4,5 및 6 항에 관한 한에 있어서 1929. 5. 27. 법률 제 810 호 (1929. 2. 11.에 로마에서 교황청과 이탈리아가 서명한 조약, 4 건의 부속서, 정교 조약의 집행) 제 1 조 및 항소 법원이 미완성의 결혼에 대한 주교의 특면장을 민법 아래에서 실시해서 신분 기록부의 결혼 기록에 병기를 명령할 수 있다고 규정하는 한에 있어서 1929 법률 제 847 호 (1929.2.11. 혼인 문제에 대한 교황청과 이탈리아의 정교 협약 이행을 위한 규정) 제 17 조는 위헌"이라고 판시한 1982 판결 제 18 호에서 명확히 밝혀진 이 재판소 판례와 일치한다 (같은 취지의 판결로서 특히 1996 판결 제 223 호, 1987 판결 제 128 호, 1986 판결 제 210 호, 1985 판결 제 132 호).

1957 제 848 호 적용법의 나머지 부분은 두말할 나위 없이 완전히 유효하다. 따라서 1957 제 848 호 적용법 제 1 조는 이가 UN 헌장 제 94 조 집행에 관하여 불가침의 인권을 침해하는 전쟁범죄 및 인도에 대한 범죄를 실행한 국가에 대한 소송에 대해 이탈리아 법원에 관할권 부정을 요구하는 2012.2.3. ICJ 판결에 따를 것을 강제하는 한에서 위헌이라고 선언되어야 한다.

5. 마지막으로, 2013 법률 제 5 호 제 3 조의 위헌 여부에 대한 의문에 대해 검토해야 한다. 제청 판사는 그녀의 다른 의문을 뒷받침하기 위하여 제창된 것 (위 제 3 항 이하 참조)과 같은 논의에 따라 2013 법률 제 5 호 제 3 조가 해당 사건처럼 이탈리아 영역 내에서 제 3 제국에 의해 행해진 인도에 대한 범죄로 인한 손해에 관한 소송 심리의 관할권을 부정할 것을 요구하는 경우까지 국내 판사에게 ICJ 판결에 따를 것을 강제하는 한, 헌법 제 2 조 및 제 24 조와의 관계에서 합헌성에 의문이 있다고 주장했다. 제청 판사에 따르면, 해당 조항은 (사법보호의 의무를 지는) 이탈리아 국가의 영역에서 주권 행사로서 행해진 외국에 의한 전쟁범죄 및 인도에 대한 범죄의 피해자들이 입은 중대한 인권 침해로 인한 손해에 대하여 사법 심사와 보상을 배제하는 한 헌법 제 2 조와 제 24 조가 보장하는 불가침의 인권에 대한 사법보호의 권리에 저촉한다.

5.1. 그 의문에는 이유가 있다.

해당 조항은 2004.12.2. 뉴욕에서 체결된 UN 국가면제협약 가입과 완전한 집행을 승인하는 2013 법률 제 5 호 중에 있다. 30 번째 국가의 비준서 기탁 후 30 일 후에 발효되는 이 협약은 국가의 관할권 면제에 관한 일반적으로 승인된 국제관습법의 원칙을 조약에 편입하며 "특히 국가와 자연인 또는 법인 사이의 거래에 있어서 법의 지배 및 법적 확실성" (전문) 보장이라는 관점에서

국가면제가 적용되지 않는 경우를 열거해서 (예를 들면 상업 거래, 고용 계약, 인체 상해 또는 재산 훼손. 각 제 10 조, 11 조, 12 조) 면제의 범위를 명확히 하는 것을 목적으로 한다.

그래서 이탈리아 입법자는 그 모든 조항을 준수하기 위해 2013 법률 제 5 호를 통해 위 협약을 국내법질서에 편입했다.

위와 같이 제 1 조는 가맹 승인, 제 2 조는 집행 명령을 위해 규정되었다. 그 다음에 입법자는 아래와 같이 문제의 제 3 조를 규정했다.

"1. UN 헌장 제 94 조 제 1 항의 목적을 위해 ... ICJ 가 이탈리아를 당사자로하는 분쟁을 외국의 특정 행위가 민사 재판권에 따를 가능성을 배제하는 판결을 통해 해결한 경우, 유사한 행위에 관한 분쟁을 담당하는 판사는 이미 관할권 존재를 인정한 확정력 있는 중간 판결을 한 경우를 포함한 절차의 모든 단계에서, 그 관할권이 존재하지 않는 것을 직권으로 선언해야 한다.

2. 제 1 항의 ICJ 판결에 반하는 중국 판결은 ICJ 판결에 선행하는 경우에도 민사 소송법 제 395 조에 규정된 근거에 가해서 민사 관할권 결여를 이유로 수정을 위해 다룰 수 있다. 이 경우에는 민사 소송법 제 396 조가 적용되지 않는다. "

이는 요컨대 2012.2.3. ICJ 판결을 집행하기 위한 통상적인 적용 조항이다. 환언하면, 해당 조문은 특히 ICJ 가 외국의 특정 행위를 민사 재판권에서 제외 한 모든 판결에 따를 것을 이탈리아 국가에 강제한다. 이는 절차의 어떠한 단계에서도 관할권이 존재하지 않는 것을 직권으로 선언할 것을 판사에게 요구하고 ICJ 판결에 저촉되는 중국 판결에 대한 재심 이유를 추가한다.

국회 회의록은 이 조문이 ICJ 판결의 명확하고 즉각적인 존중을 보장하고 "헤이그 법원에 제기된 분쟁으로 인해 생긴 불행한 상황을 피하기 위해 "(2012.9.19. 외교 제 3 위원회 대의원 결의 제 5434 호), ICJ 2012.2.3 판결 직후에 제정된 것을 명확히 보여주고 있다.

그리고 이 조항은 2012.2.3 판결처럼 외국 군대가 법정지국의 영역에서 범한 경우에도 인권을 침해하는 전쟁범죄 및 인도에 대한 범죄로 간주되는 행위로 인한 손해 배상 소송의 민사 재판에서의 면제를 ICJ 가 지지한 사례를 제외하지 않는다.

이와 같이, 당해 법률은 UN 국가면제협약이 명시적으로 규정한 것에서 후퇴하고 있다. 이는 법정지국의 영역 내에서 군대의 행위로 인한 상해나 손해의 사건에 대해 협약 적용에서 분명히 제외하면서 면제규칙을 제한한다는 가맹시에 이탈리아 정부가 행한 해석 선언에서 확인할 수 있다 .

문제의 제 3 조에 따라 창설된 2012.2.3. ICJ 판결 (이는 침해된 기본권에 대해 다른 어떠한 법적 보상도 없이 이탈리아 국가의 영역 내에서 주권행위로서

행해진 인도에 대한 범죄로 인한 손해 배상 소송의 심리 관할권을 부정하는 것을 이탈리아 법원에 요구하고 있다)에 따라야 하는 이탈리아 판사의 의무는, 다른 문제의 합헌성과 관련하여 광범위하게 논증한 이유 (위 제 3,4 항 참조)에 의해 헌법 제 2 조 및 제 24 조가 보장하는 기본권의 사법보호와 대립한다. 위와 같이, 이탈리아 관할권에서 외국을 면제한 결과로 공화국 헌법 제 2 조 및 제 24 조에 규정된 이탈리아 법질서의 최고원칙의 하나인 기본권의 사법보호가 절대적으로 희생되는 것은 면제가 인권을 침해한 전쟁범죄와 인도에 대한 범죄로 간주되는 외국 국가 권력의 불법 행사를 보호하는 한 정당화 하여 수용할 수 없다.

따라서, 2013 법률 제 5 호 제 3 조는 위헌으로 선언되어야 한다.

6. 제청 판사의 관할권 선언은 판사가 심리를 담당하는 본안 절차에 선입견을 주는 것이 아니다.

원고에 의한 손해 배상의 청구도, 이 청구의 여부에 대한 사실적 및 법적 평가도, 이 재판소에 제기된 주제에 포함되지 않는다.

이러한 이유로  
헌법재판소는

1) 2013.1.14. 법률 제 5 호 제 3 조 (2004.12.2. 뉴욕에서 서명된 UN 국가면제협약에 대한 이탈리아 가입과 국내법 개정 조문)의 위헌을 선언하고 ,

2) UN 헌장 제 94 조의 집행에 관하여 오로지 전쟁범죄 및 인도에 대한 범죄를 구성하여 불가침의 인권을 침해하는 외국의 행위에 대해 이탈리아 법원의 관할권을 부정하는 것을 요구하는 2012.2.3. ICJ 판결에 따를 것을 이탈리아 판사에게 강제하는 한, 1957 법률 제 848 호 제 1 조 (1945.6.26.에 샌프란시스코에서 서명된 UN 헌장의 집행)의 위헌을 선언하고

3) 이유중에서 설명한 의미에 있어서, 위 지방 법원 결정으로 헌법 제 2 조 및 제 24 조와의 관계에서 제기된 외국의 민사 재판에서의 국가면제에 관한 국제관습법이 "헌법 제 10 조 제 1 항의 효과에 의해 수용하여 우리나라 법질서에 편입된" 규범의 합헌성에 대한 의문에는 이유가 없는 것을 선언한다.

따라서 2014.10.22., 헌법재판소의 소재지인 로마, 콘스루타 궁에서 선고한다.

재판장 기안 담당 재판관 Giuseppe TESAURO  
서기관 Gabriella Paola MELATTI

[→ HOME](#)