국제사법재판소(ICJ) 국가면제(독일 대 이탈리아)사건 판결
키스 재판관 개별 의견
2012 년 2 월 3 일

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 우호관계 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 있을가? 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 성질의 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 부정이 도출된다. 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 판례를 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. (묵시의) 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 묵시의 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 명제의 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 된지 않는다는 것이다. 면제는 위의 두 가지 이유에 부동산의 취득은 특권 포기를 의미한다는 제 3 의 이유를 합친 3 개 중 한 가지 이유에 의해서만 부정된다."

7. 두 단락 중 첫번째 단락은 외국의 실체적 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. 국제법학술원는 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 포함되고 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 해결되야 하는가?

12. 이탈리아가 제시한 하나의 해답은 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 상해와 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 법원칙으로서의 효력을 거의 잃었다."(1932 미국 국제법 잡지 증간 26 p527- 528;이 문헌은 필립 제삿프(Philip C. Jessup) 교수를 보고자로 하는 그룹에 의해서 작성됐다.)

그러므로 이 초안에은 국가면제에 대한 많은 예외가 규정되었다. 20 년 후, 허쉬 로터팩트(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 다뤄졌다 (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 스챠릭글(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 핸킨(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 보증은 없다. 대부분의 경우, 사적 당사자는 그 청구의 완전한 『가치』의 회복을 확신할 수 없었다."(1996 외교 문제와 미국 헌법 제2판 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 세월에 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