

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. 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), 코르니아(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 6조(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 6조(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 적용되는냐는 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: 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 "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" 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 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 " 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 엑상프로반스 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 부정확적이라고 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 과핵원은 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 과핵원은 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 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 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 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 불법행위 예외에 의해 정당화할 수 없다고 결론짓는다.

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

80. 그 제 1의 주장과 달리 이탈리아 법원에 제소된 모든 청구에 적용되는 이탈리아 제 2의 주장은, 면제 거부는 이탈리아 법원에 제기된 청구의 내용과 그 청구가 이루어진 상황의 특별한 성격에 따라 정당화된다는 것이다. 이 청구에는 3개의 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 3개 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 1943년부터 1945년에는 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 마겔로스 사건에서 그것을 부인했다. 이 재판소가 위 제 76 항에서 지적했듯이 그리스 법에 의하면 후속 사건의 법원은 2002 년 이후 관습국제법이 변화했다고 판단하지 않는 한 마겔로스 사건의 판례에 구속되어서, 그 후 관습국제법이 변화했다고 판단한 법원은 존재하지 않는다. 이 재판소는 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 파훼원 판결(X 사건), 2006.1.3 파훼원 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 파훼원 명령에 있어서도 현저하다(2008.5.29 명령).

87. 재판소는 펠리니 사건 이탈리아 파훼원 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, 밀래 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 관련해서 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 저촉은 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 저촉도 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 저촉하지 않는 것과 마찬가지로 손해 배상 의무와 저촉되지 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 저촉이 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 간 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 제III절에서 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, 톰카 부소장, 코로마 재판관, 심마 재판관, 아부라무 재판관, 키스 재판관, 세플베다 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, 톰카 부소장, 코로마 재판관, 심마 재판관, 아부라무 재판관, 키스 재판관, 세플베다 아모르 재판관, 베스나 재판관, 스코트니코후 재판관, 유스흐 재판관, 그린우드 재판관, 슈에 재판관, 도너휴 재판관, 가야 특임 재판관

반대:칸서드 트링다데 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, 톰카 부소장, 코로마 재판관, 심마 재판관, 아부라무 재판관, 키스 재판관, 세플베다 아모르 재판관, 베스나 재판관, 스코트니코후 재판관, 유스흐 재판관, 그린우드 재판관, 슈에 재판관, 도너휴 재판관, 가야 특임 재판관

반대:칸서드 트링다데 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, 톰카 부소장, 코로마 재판관, 심마 재판관, 아부라무 재판관, 키스 재판관, 세플베다 아모르 재판관, 베스나 재판관, 스코트니코후 재판관, 유스흐 재판관, 그린우드 재판관, 슈에 재판관, 도너휴 재판관, 가야 특임 재판관

반대:칸서드 트링다데 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 베즈나 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.

[→ HOME](#)