

## 국가면제 (독일 대 이탈리아) 사건 국제사법재판소(ICJ) 판결

### 유스흐 재판관 반대의견

(요지)

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

### I. 서론

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

동의할 수 없다.

2. 나는 이 인정을 도출한 논리와 이유에 대해서도 반대한다.

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

나는 이러한 점에 대해서 의견을 개진하다.

## II. 재판소에 제기된 핵심 쟁점

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. 국제인도법 위반에 대한 배상 의무

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### IV. 국가면제의 사정거리 평가와 보상청구의 저축 가능성

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

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

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

24. 예를 들면 몇몇 국내 법원 판결(판결 73-74 항 참조)이

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

유엔 기본 원칙은 또, 다음과 같이 규정한다.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

독일에 따르면

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

39. 한편 이탈리아는 다음과 같이 주장했다.

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

이탈리아 측의 견해에 따르면

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

46. 데닌구 경은 업무관리 행위 예외에 대해 다음과 같이 말했다.

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

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

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

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

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

그는 다음과 같이 덧붙였다.

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

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

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

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

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

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

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

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

## VI. 맺는 말

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

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

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

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

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