

I. 서론

1. 2 차 세계대전 동안 일본군에 의해 운영된 성노예 제도를 통하여 피해자들에 대한 심각한 인권 침해가 자행되었는데, 이는 국제법적으로 일본국에 책임이 있는 것으로 간주되었다. 그러한 점은 무엇보다 UN 인권기구에 의해서 인정된 바 있다. 그러나 일본군 ‘위안부’ 피해자들이 일본 법정에서 일본국을 상대로 제기한 법적 구제 절차는 전반적으로 실패했고 결국 마지막으로 대한민국 법원에 소송을 제기하였는데, 그곳에서 국가면제론이라는 벽을 마주하게 되었다. 그 사례가 바로 현재 항소제기되어 재판 중에 있는 서울중앙지방법원 민사 15 부의 2021 년 4 월 판결(2016 가합 580239)이다.

2. 국가면제론에 기반한 논쟁은 다른 국제법 규정 및 법리와 관련된다. 대한민국 헌법(제 6 조 제 1 항)은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있다. 위 헌법 규정에 따라, 대한민국 법원은 일본군 ‘위안부’ 사건을 심리하면서 관련된 조약을 해석할 때 1969 년 조약법에 관한 비엔나협약 제 31 조 및 제 32 조를 따라야 한다.

3. 서울중앙지방법원 판결이 언급한 바와 같이 “일반적으로 승인된 국제법규에 따른 국가면제를 헌법상 재판청구권의 내재적인 한계”로 보려면, 국가면제의 적용 범위가 어디까지인지, 해당 법리가 당해 사건과 당사자들의 주장에 적용되는 것인지, 그리고 그러한 법리가 다른 국제법상 규칙과 어떻게 연관되어 있는지가 확인되어야 한다. 헌법은 국내 규범라는 점에서 그 자체가 국가면제 법리를 형성하지 않으며, 법원은 국제법적으로 인정된 범위와 맥락에서 국가면제 법리를 적용할 뿐이다.

II. 국제법상 국가면제권의 근거

4. 일본과 한국 사이에 국가면제에 관한 조약이 없다는 점에서 국제관습법과 관련된 논의는 더욱 중요하다. 1972년 유럽국가면책협약(ECSD)과 2004년 UN 관할권 면책협약(UNCIS) 모두 여기서는 적용되지 않는다.

5. 서울중앙지방법원은 “국가면제가 법적 구속력이 있는, 승인된 국제관습법”에 해당한다고 판시하였다. 서울중앙지방법원은 이어서 “국가의 실행이 ‘일반적인 관행’이 되기 위하여는 그러한 관행이 항상적이고 통일적일 것을 요하고, 여기에서 ‘통일적’이라는 것은 하나의 국가 차원뿐만 아니라 여러 국가간 차원에서도 통일되어야 한다¹⁾”고 보았다. 즉, 대한민국이 일본에 대하여 국제법상 국가면제를 인정하려면, 대한민국과 일본 사이에, 대한민국은 일본에 대하여 국가면제를 적용할 의무가 있고, 일본은 대한민국에 대하여 국가면제를 요구할 권리가 있는 국제관습법이 존재해야 한다는 결론에 이르게 된다. 위 판시 내용의 논리는 그 이상도, 그 이하도 아니다.

6. 서울중앙지방법원은 나아가, “개별 국가의 실행에 의하여 형성된 일반적인 관행이 법적 확신을 얻어 국제 관습법으로 성립하면, 그러한 관행에 동의하지 아니하는 국가라 하더라도 이미 성립된 국제 관습법에 구속된다²⁾”라고 실시하였다. 국제법적으로 개별 국가가 국제법 내용에 동의하지 않더라도 국제법에 구속된다는 점에는 아무런 논쟁의 여지가 없다. 서울중앙지방법원은 본말이 전도된 얘기를 하고 있는 것으로 보인다. 현실에서 일반적인 관행이란 상당한 수의 국가가 그것에 반대되는 말이나 행동을 하지 않은 경우에만 일반적인 관행으로 인정된다. 그리고 그러한 일반적인 관행은 관습법의 출현으로 이어지고, 관습법은 그에 반

1) 제1심 법원 판결, III.1.나.(2)항

2) 제1심 법원 판결, III.1.나.(4)항; 서울중앙지방법원은 판결문 뒷부분에서 국제 관습법에 동의하지 아니한다는 사정만으로 법정지국에 대한 국제관습법의 규범적 구속력이 상실된다고 볼 수 없다고 판시하기도 하였다.

대하지 않는 국가들 사이에서 구속력을 발생하게 된다. 원칙적으로 특정 주제에 관한 일반적인 국가의 관행이 있더라도, 다른 국가에서 그러한 관행을 일관되고 분명하게 반대한다면 해당 국가는 관습법의 적용에서 벗어날 수 있다[이른바 집요한 반대자 규칙(persistent objection rule)으로 불린다]. 쉽게 말하자면, 특정 국가의 의사에 반해서 관습법을 적용시키거나, 다수 국가가 소수 국가에 대해 관습법의 적용을 강요할 수는 없다. 그러한 규칙의 유일한 예외는 국제법상 강행규범에 의해서만 가능하지만, 국가면제는 국제법상 강행규범으로 간주된 적이 없다.

7. 따라서 핵심 질문은, 국제법에 일본 국가가 당사자인 사건에 대해 한국 법원의 판결을 금지하는 일반 관습법이 실제로 존재하느냐는 것이다. 어떠한 내용이 포함된 국제법 규칙이 존재한다고 주장하는 사람은 그러한 명제를 입증할 수 있는 증거도 함께 제시해야 한다. 입증책임은 국가면제의 일반 원칙이 존재하며 그것이 대한민국으로 하여금 나아가 판결하는 것을 금지한다고 주장하는 측에게 있다. 따라서, 이 사건에서 증명책임은 피고에게 있다고 보아야 한다.

8. 국가면제가 관습법의 일부라는 주장에 대해서도 그에 관한 견해는 엇갈린다. 일부 연구자들은 국가면제에 대한 관습법이 확립되었고 일관된 국가 관행에 의해 지지되고 있다고 주장한다.³⁾ 그러나 다른 연구자들은 일반 원칙으로서의 국가면제 법리를 위태롭게 하는 비(非)일관된 실행사례의 존재를 주장한다.⁴⁾ 또한 이렇

3) RY Jennings & Y Watts (ed.), *Oppenheim's International Law* (1992), 342-343. 그러나 그들은 관행을 형성하는 국가의 결정들이 세부적인 측면과 심지어는 내용적 측면에서도 매우 다양하다는 점을 인정한다, id. 342.

4) DP O'Connell, *International Law* (1970), 846. 관행의 일관성과 지속성이 부족하다는 점은 여기에서도 강조되어 있다: Higgins, *Problems and Process* (1994), 81. 또한 이 문제가 국제법에 의하여 진정으로 규제될 수 있는 것인지, 나아가 국가가 법원들의 관할권 판단에 의해 국제적 책임을 부담하게 된다고 볼 수 있는지에 대해서 의구심을 품는 견해도 있다: H Lauterpacht (ed.), *Oppenheim's International Law, volume 1*, (1955), 274. 비슷한 입장으로는 이 문서도 참조할 수 있다: Sir Arthur Watts, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, RdC 247, 1994, 36, 53

게 주장되기도 한다.

“이처럼 상반된 국가간 실행사례의 존재를 고려할 때 외국 국가에 대한 국가면제론을 ‘국제관습법’ 이라고 하는 것은 이제 더 이상 불가능하다. 면제론은, 사실상 각 국가내 법률의 하위 항목에 지나지 않는 것이 되어버렸다. 특히나 면제가 배제되어야 하는 상황에 관한 제한적 면제론에 대해서는 국가 간 이견이 존재한다.” 5)

이러한 접근은 국가면제를 둘러싼 법적 맥락을 정확하게 지적하고 있으며, 이에 따른 적절한 결론을 도출하고 있다. 국가면제가 국제관습법에 의해 규율된다고 국제법원이나 국내법원이 주장하거나 그와 같이 판단하는 경우, 그들은 구체적인 증거 없이 명목상의 주장으로 보이는 다소 형식적인 방식을 취한다. 이는 다음과 같은 사례에서 잘 나타난다:

◆ 유럽인권재판소는 Al-Adsani v. UK 사건에서 이 문제에 대해 논의를 하지 않은 채 오로지 단 한 문장만으로 영국의 쿠웨이트에 대한 면책권 부여가 “국가 면책권에 관한 일반적으로 승인된 국제법 규정“에 따른 것이라는 주장만 제시했을 뿐 증거는 물론 논의도 전혀 하지 않았다⁶⁾. 유럽인권재판소는 이러한 규칙이 어떻게 “일반적으로 인정된“ 성격을 갖게 되었는지 설명하거나 이 논지를 뒷받침할 증거를 제시하지 않았다. 마찬가지로 ICJ도 독일 v 이탈리아 사건에서 국가의 실행에 대한 검토도 하지 않고 이탈리아가 인정(concession)했다는 점을 근거로 국가면제의 일반법칙이 존재한다는 점을 추론했다.⁷⁾ 이탈리아는 자신의 이익에 반하여 이 점을 인정했고, 이는 이탈리아가 본 사건에서 패소하게 된 이유 중 하나였다.

5) R Garnett, Should the Sovereign Immunity be Abolished? 20 Australian YBIL (1999), 175

6) Al-Adsani v. UK, 단락 56

7) Jurisdictional Immunities (Germany v. Italy), ICJ Reports 2012, 122

◆ 일부 국내 법원은 국가면제가 국제관습법의 일부라는 점을 부인한다. 미국 연방대법원은 *Altmann v. Austria* 사건에서 국가면제는 국제예양(comity)의 문제일 뿐 관습법이 아니라고 판시했다.⁸⁾ *Noriega*, 그리고 *Lafontant v. Aristide* 사건에서도, 미국 법원은 ‘국가면제는 미국이 부여하는 특권(privilege)으로서 어느 청구인에게 부여하지 않을 수도 있다’ 라고 했다.⁹⁾ 따라서 미국법원은 국제관습법에 의해 외국 국가나 그 소속 공무원들에 대해 면제권을 부여해야 할 의무가 있다는 점을 인정하지 않으며, 그들은 자신이 제정한 국내법(1976년 국가면제법)에 의해서만 국가면제를 부여할 수 있는 것으로 본다. 이와 반대로, 대한민국은 미국이 자국 법률을 통해 자국 법원을 제한하는 것과 같은 국가면제에 관한 법률을 가지고 있지 않다.

◆ 영국 상원은 *Congreso* 사건에서 국제관습법이 국가면제를 유지하는 근거가 된다는 점을 부인했다. 상원은 여러 국가들이 국가면제에 대한 자국 법률을 채택했고 이것은 각국의 실행사례를 구성한다고 보았다. 그러나 상원은 “만약 한 국가가 어떠한 제한을 두는 입법을 시행한다고 하더라도, 그것은 그 입법이 채택한 제한이 국가들에게 일반적으로 승인된 기준이라는 점에 대한 증거가 되지 않는다. 그러한 법률에서 채택된 특정한 제한 규정은 - 그 법이 무엇인지에 관한 충분한 자료가 없고 일반적인 국제법이라는 것이 불확실한 경우에는 - 일반적인 국제법과 일치하지 않거나 또는 일치하지 않는다고 추정될 수 있다.” 라고 결론지었다.¹⁰⁾ 비슷하게, *Denning* 법관은 *Trendtex*에서 “국가들 사이에는 국가면제론에 대해 동의할 수 있는 최소한의 합의도 존재하지 않는다. 각국의 법원들이 이를 적용하

8) *United States, Supreme Court, Austria and Austrian Gallery v. Altmann*, 7 June 2004, 541 US 677 (2004)

9) 뉴욕 동부지방법원, *Lafontant v. Aristide*, 1994년 1월 27일, 844 F.Supp. 128 (E.D.N.Y. 1994), 103 ILR 581. 또한 미국은 외국 국가의 대리인(공무원)에 대한 그 국가가 면제될 수 있다는 견해에 구속받지 않고 있다는 점과 관련하여서는: *United States, District Court for the Southern District of Florida, United States v. Noriega*, 1992년 12월 8일, 808 F.Supp 791 (S.D. Fla. 1992), 99 ILR 143, 162- 3.

10) *I Congreso (HL)*, I AC 1983, 260-261 (per Lord Wilberforce)

는 방식은 제각기 다르다. 어떠한 국가는 절대적 면제를 부여한다. 다른 국가는 제한적으로 면제를 인정하고, 그것을 제한하는 정도도 각기 다르다. 이에 관해서는 그 어떠한 합의도 존재하지 않는다.” 라고 하였다.¹¹⁾ 아일랜드 대법원도 McElhinney 사건에서 국가면제가 국제관습법의 일부라는 점을 부인했다.¹²⁾

◆ 국가면제에 관한 국제관습법은 심지어 주권적 행위에 대해서도 일관되게 확립되어 있지 않다. 예컨대, 제한적 면제론에서 수용은 주권적 행위임이 명백하다; 그러나 1976년 미국 국가면제법이 외국 국가를 상대로 수용에 대해 재판하는 것을 허용하고 있다는 점은 분명하다. 최근 영국 사례를 보더라도, 1978년 영국의 국가면제법은 자국 법원에서 영토내 발생한 불법행위는 그것이 설령 주권적 행위가 되는 경우에도 이에 대해 재판할 수 있다고 보았다.¹³⁾ 그렇다면 결국 영국과 미국이 국제법을 위반한 것이거나, 영국과 미국 의회가 이와 다른 입법을 하도록 하는 국제법의 일반원칙이라는 것이 존재하지 않는다고 결론지을 수 밖에 없다. 필자는 후자가 맞다고 생각한다.

◆ 국가 실행의 반대 스펙트럼에 있는 중국은 여전히 절대적 면제론을 확고히 유지하고 있다.

따라서, 이처럼 추정된 규칙에 대한 국가간 많은 이견이 있는 상황에서, 일반적인 국제법상 확고히 존재하는 국제관습법이 어떻게 존재할 수 있는 것인지 알 수가 없다. 오히려, 절대적 면제론이 제한적 면제론으로 대체된 이후에 국제법은 “대체적 규칙을 정하지 못했다” 고 보는 것이 보다 합리적인 결론이다.¹⁴⁾

11) 항소심 민사부, (법관 Denning MR에 의한) *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, [1977] 1 QB 529 at 552-553

12) *McElhinney*, 아일랜드 대법원, 1995년 12월 15일 선고, 104 ILR 691, at 701

13) *Al-Masarir v. Saudi Arabia*, [2022] 유럽인권재판소 2199 (QB), 2022년 8월 19일 결정

14) *Karagiannakis, State Immunity and Fundamental Human Rights*, 11 *Leiden Journal of International Law*, 1998, 13

9. 결론적으로, 대한민국은 이 사건에서 일본국에게 국가면제를 부여해야 할 그 어떠한 국제법상 의무가 없다는 결론에 이른다. 또한 대한민국이 어떠한 국가에 대해서도 국내 법원에서 일본에 대해 면제권을 부여하겠다고 일방적으로 진술하거나 확인하였다고 볼 만한 증거도 없다(앞서 언급했듯이, 독일 v. 이탈리아 사건에서 이탈리아의 인정이 있었던 것과 다름). 그렇다면 결론은 대한민국은 일본에 대해 국내 법원에서 '위안부' 여성들의 청구에 대해 재판을 하지 말아야 할 그 어떠한 국제법적 의무도 가지지 않는다는 것이다.

III. 일반적인 국가면제와 그 예외에 관한 논의

10. 학계와 법실무계에서는 국내 법원에서 외국 국가에 대해 면제를 부여하는 일반규칙이 있고, 특정 유형 또는 범주의 사건들(예: 상행위, 고용상 분쟁, 국제범죄, 인권문제)에서 이를 배제할 수 있거나 배제하는 것이 바람직한 예외가 있다고 말하는 경향이 있다. 이 논리에 의해, 국내법원에서 인권 또는 전쟁범죄에 대해 소를 제기하기 위해서는 그 청구인이 일반적으로 인정되는 국가면제론에서 배제되는 예외적 범주의 존재를 밝혀야 한다는 주장이 자주 이루어진다.

11. 위와 같은 주장을 전제로 하여 서울중앙지방법원은 “국가 면제의 새로운 예외가 인정되었음이 개별 국가의 입법 또는 판결 등 국가 실행에 의하여 ‘일반적인 관행’에 이를 정도로 뒷받침되어야 하고, 이에 대한 ‘법적 확신’이 수반된다는 사정까지 인정되어야 한다.”는 점을 들었다.¹⁵⁾

12. 서울중앙지방법원의 위와 같은 주장은, 2012년 ICJ 판결(독일 v. 이탈리아 사건)과 마찬가지로 기이한 결론에 도달하게 되는데, 이는 국가면제라는 일반적 법

15) 제1심 법원 판결, III. 1. 나.; 서울중앙지방법원은 또한 “기존의 국제 관습법에서 인정되지 아니한 새로운 예외의 창설 문제는 신중하게 접근해야 한다.”라고 하였다.

리의 예외가 인정되기 위해서는 매우 구체적이고 확고한 증거에 의해 증명되어야 하는 반면, 국가면제라는 일반적 법리는 실제로 그러한 법리가 존재하여 대한민국과 같은 국가를 구속하는지에 대해서는 그 근거가 연구되거나 평가가 이루어질 필요도 없이 곧바로 인정된다는 것이다. 이러한 태도는 원고를 매우 불리한 입지에 두게 되는데, 존재하지도 않는 일반 규칙이 존재한다는 전제하에 그 예외를 입증하도록 요구받는 것이다. 어떠한 규칙이 존재한다는 것을 입증하지도 못하는 상황에서, 그러한 규칙에 대한 예외가 존재한다고 입증하는 것은 불가능하다. (위에서 살펴본 바와 같이, 전쟁범죄 또는 인권침해에 관해 국가면제를 인정한 모든 국내 및 국제법원의 판례들은 국가면제라는 일반법리가 실제 존재하는지 여부에 대해 판단하지 않았고 이와 관련된 증거가 있는지를 검토하지 않았다.)

13. 국제법은 국가면제의 일반적인 법규(general rule)에 대한 예외의 존재를 입증하도록 요구하지 않는다(이하 살펴보는 바와 같이 가장 널리 인정된 국제적 평가 기준(test)은 각 국가의 행위가 국가 주권 및 공적 권한의 행사에 해당하는지 여부를 평가하지, 국가면제의 일반적인 규칙의 예외로 국가면제가 배제(remit)되는 경우인지 여부를 평가하지 않는다). 국제사회에서 극소수의 국가들(영국, 미국, 호주, 캐나다 등 대체로 영미법계)이 국가면제에 관한 국내법으로 원칙-예외 기준(rule-exception test)을 형성했는데, 그 기준은 일반적 국가 관행을 대표하는 것이라고 볼 수 없다. 그 기준은 가입이 미달되거나(8개국만 당사국인 국가면제에 관한 유럽 협약), 발효 자체가 되지 않은(2004 유엔국가면제협약) 국제 협약에서도 채택되었다. 한국은 국가면제법이 없고 관련 협약의 당사국도 아니다. 따라서, 일반적인 국제법에서 '위안부'의 청구를 평가함에 있어, 국가면제의 일반적인 법규에 대한 특별한 예외가 인정되는지 여부에 따라 국가면제가 배제되는지를 평가해야 할 의무는 없다.

IV. 국가의 주권(jure imperii) 행위와 비주권(jure gestionis) 행위

14. 제1심 법원은 “제한적 면제론이 헌법 제6조 제1항이 정한 ‘일반적으로 승인된 국제법규’에 해당한다”고 판시했다. (동등한 자는 다른 동등한 자에 대해 권위가 없다는 의미의 라틴어 격언 *par in parem non habet imperium*에서 표현된 바와 같은) 과거의 절대적 면제론이 더 이상 국제법의 일부가 아니라는 것은 흔히 알려진 바와 같다. 그럼에도 불구하고, 제1심 법원은 “각 국가는 독립적으로 주권을 가질 뿐만 아니라 각국의 주권은 평등하므로, 어느 한 국가가 동등한 주권을 가진 다른 국가에 대하여 재판권을 행사할 수 없다”라는 전제에서 국가 면제의 근거를 찾았다.¹⁶⁾ 그러나 한국 사법부가 과거의 이제는 폐기된 절대적 면제론을 고수하고자 하지 않는 한, 제1심 법원의 위 주장과 달리, 현재 국제법상 실현가능한 국가면제론은 국가가 다른 국가에 대해 관할권을 행사할 수 있는 상당수의 사례들을 가능케 한다는 점에는 이견이 없다.¹⁷⁾ 단순히 말하자면, 국가면제의 문제에 있어 법정지와 국가의 평등은 없다. 이는 일반적으로 알려진 제한적 면제론으로 인한 것이다.

15. 이 문제를 다루는 핵심적인 기준은, 일본의 ‘위안부’에 대한 행위가 일본의 주권 행사였는지 여부이다. 즉, 일본이 ‘위안부’에 대한 행위를 할 때 그 주권적 권위를 행사하였는지, 즉, 국가로서 보유하고 있지만 사인에게는 없는 주권적 권위를 사용함으로써, 오직 국가만 할 수 있는 행위를 했는지 여부가 문제된다.

16. 제한적 면제론에 의하면, 피고 국가와 그 관리들은 그 행위가 정부의 권한을

16) 제1심 법원 판결, III. 1. 가 부분

17) 제1심 법원의 국가의 평등에 관한 위 문장은 다음의 구체적인 문장과도 모순된다: “대한민국의 판례는 대법원 1975. 5. 23.자 74마281 결정에서 절대적 국가면제를 인정한 이래, 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결에 이르러서, 비주권적 행위에 대하여만 국가면제를 인정하지 아니하는 것으로 변경한 이래, 외국의 주권적 행위에 대하여는 그러한 행위가 대한민국 영토 내에서 이루어졌다 하더라도 국가면제를 인정(했다)”

행사하는 과정에서 이루어졌음을 입증해야 한다. 국내 소송에서 책임을 묻는 행위는 본질적으로 국가가 권한을 행사한 것이어야 한다. 즉, 국가만이 행사할 수 있어야 하고, 국가 권한이 이용된 행위여야 한다. 그 권한은 국가 기관들이 항상 보유하는 것으로서, 사적 개인이나 법인이 소유할 수 없다. 이는 민사 사건과 형사 사건에서 동일하게 적용된다. 어떤 행위가 한 유형의 법적 절차에서는 주권적 행위이면서, 다른 유형의 법적 절차에서는 사적 행위가 될 수는 없기 때문이다. 또한, 국가면제의 범위는 해당 소송의 피고가 국가이든 그 관료이든 동일하다. 개별 국가의 공무원은 전체 국가가 면제를 누릴 수 있는(또는 누릴 수 없는) 행위에 대해 면제를 누릴(또는 누리지 못할) 것이기 때문이다. 국가면제가 국가에 인정된다면, 그 관료들에게도 인정될 것이고, 반대의 경우, 부정될 것이다.

17. 그러나 가장 중요한 것은, 제한적 면제론이 단순히 국가가 문제된 국제 위법 행위에 관여했다는 사실 뿐만 아니라, 국가로서 고유하게 사용할 수 있는 주권적 권위를 사용한다는 것에 관한 것이란 점이다. 위 문제를 설명하자면, Jones 대 사우디 아라비아 사건에서 영국 대법원은 2001년 ILC 국가책임조항 제4조와 제7조에 의거하여 사우디 아라비아와 그 관리들이 기소된 고문 행위가 사우디 아라비아에 귀속되고, 사우디 아라비아의 국제법적 책임을 발생시킨다고 인정했다.¹⁸⁾ 영국 대법원은 사우디 아라비아가 고문에 개입했다는 사실만을 확인했다. 그러나 영국 대법원은 더 해야 할 조치를 하지 않았다. 즉, 사우디 아라비아가 고문에 관여한 것 이상으로, 그 관리들과 함께 그 주권적 능력에 따라, 주권적 권위를 행사하였는지 여부를 확인하지 않았다. 단순히 국가의 개입에 초점을 맞춘다면, 국가가 하는 모든 일, 예를 들어 임금체불, 계약 대금 미지급, 중재 판정의 미준수, 부당해고 등 개인이 할 수 있는 모든 일이 국가면제가 적용되는 활동에 해당하게 된다. 그 경우 제한적 면제론은 국가의 개입이 인정되자마자 면제를 인정받을 수 있었던, 현재는 폐기된 과거의 절대적 면제론으로 퇴보할 것이다. 제한적 면제론

18) Jones v. Saudi Arabia, 2006 UKHL 26, 단락 12-13(Bingham 대법관)

은 그런 식으로 작동하지 않는다. 제한적 면제론은 국가 책임법처럼 그 범위가 확장되지 않는다. 국가가 어떤 행위에 대해 책임을 지지만 면제를 인정받지 못하는 많은 영역이 있으며, 이것이 제한적 면제론의 핵심 전제이다. 즉, 법원은 두 가지 질문을 해야한다. : (1) 국가가 관련 행위에 관여 했는가, (2) 국가는 그 행위에 공적 권한을 사용했는가? 해당 행위는 국가가 보유하고 있지만, 사적 주체는 가지지 못한 국가의 공권력, 즉 개인이나 법인이 아닌, 국가 당국과 그 관리들에 의해서만 행해질 수 있는 것과 밀접한 관련이 있는가? 대법원은 첫 번째 질문만 했을 뿐, 두 번째 질문은 다루지 않았다; 사우디 국가와 그 관리들이 고문에 연루되어 있음을 인정했다; 그러나 오직 국가와 그 관리들만이 고문을 저지를 수 있다는 것, 즉 누군가를 고문하기 위해서는 국가나 그 관리들이 되어야 하는지는 판단하지 않았다.

18. 주권 행위(jure imperii)와 사적 행위는 국가의 행위의 목적에 따라 구별하는 것이 아니다. 예를 들어, 일본이 일본군의 전쟁의 필요에 의해 ‘위안부’를 모집했다고 해서, 일본군의 군화나 정부 부처에서 문구를 구입하는 것보다 더 주권적인 행위라고 할 수 없다. 두 가지 유형의 행위를 구별하는 것은 그 행위의 성격과 국가의 주권적 권위와의 연관성에 달려 있다. 그 예는 다음과 같다.

- ◆ 법률의 제정;
- ◆ 해당 국가의 자국 통화 또는 외화 사용의 규제;
- ◆ 경찰 수사에 필요한 서류의 취급;
- ◆ 특정 상품 또는 서비스의 거래 규제;
- ◆ 법원 결정, 구속 영장을 발부하거나 재판에 증인을 소환하는 행위;
- ◆ 재산의 몰수.¹⁹⁾

위의 목록 외에도 다른 예를 찾을 수 있을 것이다. 위 주권(jure imperii)행위를

19) 수용 및 관습법에 관한 위 8. 단락 참조.

전부 통합하는 요소는, 오직 국가만 할 수 있는 행위라는 것이다. 대조적으로, ‘위안부’의 모집과 인권 침해 행위를 하는 주체는 국가일 필요가 없다. 이는 단지 권력과 자원의 문제일 뿐이며 그 권력과 자원을 소유한 모든 사람(예: 개인, 반군 또는 기업)도 그 행위를 할 수 있다.

19. 독일 헌법재판소는 이란 사건에서 제한적 면제에 대한 사법적 승인(judicial endorsement)을 했는데, 주권적 행위와 비주권적 행위의 구별은 “국가가 상업적으로 행위를 하였는지 여부”에 있지 않고, “국가의 상업적 행위들은 본질에 있어서 국가의 비주권적 행위와 다르지 않다”고 하였다. 중요한 것은 국가가 주권적 행위를 하였는지 또는 어떠한 사적 개인이 할 수 있는 방식으로 행동했는지 여부 등 내재된 동기와 방식이 아닌 행위의 본질이었다.²⁰⁾ 앞서 오스트리아 대법원은 Holubek 사건에서 국가 기관이 행하는 행위가 “사적 개인들이 할 수 있는” 행위에 해당한다면, 국가면제를 적용해서는 안 된다고 밝혔었다.²¹⁾

20. 이러한 접근은 이후 Trendtex²²⁾와 Congreso 사건에서 영국 상원에 의해 보다 포괄적으로 채택되었다. 영국 상원은 후자의 경우 국가의 행위가 주권적 행위 아니며, 비록 상당히 정치적인 맥락과 관련이 있더라도 법 집행 기관이나 정부의 일원이 아닌 개인에 의해 수행될 수 있는 행위라면 국가면제를 얻지 못한다고 판단했다.²³⁾ 미국 사법부도 비슷한 입장을 밝혔다. Victory Transport 사건에서 제2순회 항소법원은 “주권자의 면책특권은 법원의 정상적인 관할권 행사를 배제하는 것이고, ... 엄격한 의미의 정치적 행위 또는 공적 행위 중 하나에 해당되는 경우 등 오직 명확한 경우에만 국가면제가 주어져야 한다”라고 명확히 판단했다.²⁴⁾ 정치 또는 정치와 비슷한 맥락에서 어떤 행위가 이루어졌다는 것만으로 그

20) Empire of Iran, Bundesverfassungsgericht, 1963년 4월 30일, 45 ILR 57 80

21) Holubek v. US, Austrian Supreme Court, (1961) 40 ILR 73

22) Trendtex Trading v. Bank of Nigeria, [1977] 1 QB, 529 552-553

23) I Congreso del Partido (HL), [1983] I AC, 268

행위의 성격을 특정 지을 수 없다. 일본이 ‘위안부’를 대했던 방식이 “엄격한 의미의 정치적 행위나 공적 행위”와 관련되어 있다고 보기도 어렵다. 강간과 성범죄는 국가 권위나 정책의 고유한 요소가 될 수 없다. 그것은 정치적 목표를 추구하기 위해 이루어질 수도 있지만, 이 점은 모든 관리행위 - 계약 위반, 직원에 대한 임금체불, 부당해고 기타 사적인 행동 - 에 있어서 똑같다. 즉, 제한적 면제론에서 중요한 것은 국가의 실제 행위의 성격일 뿐, 그러한 행위가 행해지는 맥락이나 목적이 아니다.²⁵⁾

21. 영국 법원은 Lampen-Wolfe, Littrell 사건²⁶⁾에서 외국 군대의 행위와 관련하여 Congreso 사건의 접근 방식에 따라 제한적 면제론을 적용하였는바, 국가면제의 적용 여부를 판단함에 있어 단순히 군대에 의해 행해졌다는 점이 아니라, 근본적인 맥락에서 해당 행위의 성격에 초점을 맞췄다. 영국 법원은 Kuwait Air Co 사건에서도 Congreso 사건의 접근 방식을 주의 깊게 적용하였는데, 해당 사건에서는 외국의 공적 기관이 수행한 일련의 행위에 대하여 공권력 기준(governmental authority test)이 적용되었다.²⁷⁾

22. 법원은 인권과 전쟁 범죄의 문제를 다룰 때에 위와 같은 접근방식을 광범위하게 채택하였다. 미국 항소법원은 Marcos 사건에서 국가 원수에 의해 직접 수행되거나, 지시 또는 묵인 하에 이루어진 고문, 살인 및 강제 실종(disappearance)과

24) Victory Transport Inc. v. Comisaria General, 336 F.2d 354 (1964), 문단 10

25) 위 Congreso 사건에서 Wilberforce 법관은 ‘전체 맥락’이라는 단어를 사용하긴 했지만, 이 또한 행위의 성질이 주권 행위인지 사적 행위인지를 결정하기 위한 하나의 도구일 뿐이었다. Congreso, 267(첫 번째 전체 단락). 268쪽에서 그는 “증거에 따르면, Playa Larga와 관련하여 쿠바 공화국이 한 모든 것은 배의 소유자가 할 수 있는 일이었다: 그것은 주권을 행사하지 않았고, 행사할 필요가 없었다. 쿠바 공화국은 Mambisa를 통해 선박의 모든 소유자가 하는 것처럼 운영자들을 관리하는 역할을 했다.”라고 주장했다. 따라서 일부 단어만으로 적용 가능한 기준(test)이 변경되지 않는다.

26) Holland v. Lampen-Wolfe, [2000] 3 All ER, 845-846; Littrell v. USA, [1995] 1 WLR 182

27) Kuwait Air Co., 항소법원, [1995] WLR 1147, 1162-1163 (Goff 법관 참조)

관련하여 설사 국가기관에 의해 체계적으로 이루어졌다고 하더라도 국가면제를 적용하지 않았다. 국가 원수를 포함하여 어떠한 공무원도 이러한 행위를 국가의 기능이라고 주장할 수 없기 때문이다. 이러한 행위들은 국제법 위반일 뿐 아니라 독재자의 강간 행위와 마찬가지로 사법적 판단이 가능하고(adjudicable) 구제가 가능하다(redressable).²⁸⁾ Pinochet 사건에서도 영국 대법원은 같은 입장을 견지했다. Browne-Wilkinson 법관은 그 판결 서문(leading speech)에서 고문이 국가 원수나 다른 국가 공무원의 공식적인 기능의 일부가 될 수 없다고 강조했다는데, 그렇지 않으면 고문이 자행된 국가 이외에서는 고문이 기소될 수 없고, 이 경우 고문에 대한 보편적 관할 체계가 붕괴될 것이기 때문이라고 하였다.²⁹⁾ 암스테르담 항소법원은 또한 Bouterse 사건에서 ‘매우 심각한 (인권) 침해행위는 국가 원수의 공적 업무 중 하나로 간주될 수 없다’고 판결했다.³⁰⁾ 미국 제4순회항소법원도 Samantar 사건에서 ‘이번 사건은 고문, 초법적 살인, 정치적, 인종적으로 차별받는(disfavored) 집단의 임의적인 장기 투옥 등 강행규범을 위반한 행위를 포함하기에, Samantar는 영미법상 국가면제를 향유할 수 없다’고 판단했다.³¹⁾ Siderman de Blake 사건에 대한 미국의 판결 또한 “국제법은 강행규범 위반 행위를 주권적 행위로 인정하지 않는다”고 확인했다.³²⁾ 피노체트 사건의 필립스 법관은 “만약 피노체트 상원의원이 스페인의 주장대로 행동했다면, 그의 모든 행동은 국제법의 규범을 위반한 것이다. 그는 그 정책(campaign)의 일부를 구성한

28) 미국 제9회순회항소법원, *Hilao v. Estate of Marcos*, Docket No. 95-15779, 1996년 12월 17일, 103 F.3d 767 (9th Cir. 1996), 104 ILR 122, 122-5.

29) 영국 대법원, *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex p Pinochet Ugarte* (No 3), 사건 번호 17, 1999년 3월 24일, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147 at 205 (Browne-Wilkinson 법관 참조).

30) 네덜란드 항소법원(암스테르담), *Re: Bouterse (Desire)*, 사건 번호 R 97/163/12 Sv - R 97/176/12 Sv, 2000년 11월 20일, (2001) 32 NYIL 276, para 4.2.

31) *United States, 제4회순회항소법원 Yousuf and others v. Samantar*, 사건 번호 11-1479, 2012년 11월 2일, 699 F3d 763 (4th Cir 2012), 23.

32) *Siderman de Blake v. Argentina*, 제9회순회항소법원, 965 F.2d 699 (1992), 1992년 5월 22일 (이 사건에서는 FSIA의 본문이 적용되었지만, 한국의 경우 국가면제법이 없다).

범죄의 기소에 대해 면책이 적용될 수 없다” 라고 결론지었다.³³⁾ 따라서 대체로 다양한 법원(jurisdictions)이 제한적 면제론을 적용함에 있어 균일한 경향을 나타냈다. 기본적인 본질은 누구나 수행할 수 있는 행위는 고유한 국가 권한에 의한 행위(jure imperii)가 아니라는 것이다.

23. ICJ 판결 이전의 Arrest Warrant 사건에서 Higgins, Koojmans, Burgenthal 판사들은 공동 별개 의견에서 ‘중대한 국제범죄는 정상적인 국가 기능이나 (개인과는 대조적으로) 국가만이 수행할 수 있는 기능이 아니기 때문에 공적인 행위로 간주할 수 없다. 이러한 견해는 국가와 관련된 동기가 공권적 행위를 구성하는 요인을 결정하는 적절한 기준이 아니라는 인식이 증가함에 따라 강조되고 있다.’ 라고 결론 내렸다.³⁴⁾ 이 모든 사건에서 국가의 자원 또는 역량의 사용, 맥락, 동기가 아니라 행위의 본질적 성격이 필수적인 성립요건이다.³⁵⁾

V. 관할권 면제 사건에서의 ICJ 판결(2012)

24. 2012년의 관할권 면제 사건은 현재 한국 소송과 관련된 두 가지 쟁점, 즉 무력충돌 상황과 강행규범 문제를 다루었다.

무력분쟁상황

33) [2000] 1 AC 147 at 290 (Lord Phillips 참조)

34) 2000년 4월 11일의 구속영장에 관한 사건 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) (Higgins, Kooijmans and Buergenthal 판사의 공동 별개의견) [2002] ICJ Rep 63, 85 문단

35) 영국(Prince Nasser), 벨기에, 네덜란드 법원의 동일한 관행도 참조; C. Escobar Hernández, ‘Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Concepción Escobar Hernández, 특별보고관’, UN Doc. A/CN.4/686, 2015년 5월 29일, 56-58 문단

25. 서울중앙지방법원은 “무력 분쟁이 발생하게 되면, 관련 국가들에 대한 국제법적 규율에 있어서 평시 국제법이 아니라 ‘전시 국제법’이 적용되므로, 무력 분쟁 과정에서 발생한 인신 손해를 포함한 손해배상의 문제도 전시 국제법에 의하여 규율되어야” 한다고 실시하였다.³⁶⁾ 서울중앙지방법원은 무력분쟁 상황과 관련하여 “무력 분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 관한 이 사건 ICJ 판결 다수의견의 취지에 비추어 이 사건에 관하여 본다.” 고 판시하였다. 하지만 ICJ가 독일이 군의 무력행사에 대해 면제를 받는다는 결정을 할 때 사용한 증거들은 무엇인가? ICJ 판결 67항 이후의 논거를 읽어보면, ICJ는 1972년 국가면제에 관한 유럽협약 제31조를 근거로 사용했다. 이는 당사국이 8개에 불과한 것으로 이 문제에 관한 국제법에 대한 일반적인 설명이라기에는 부족하다. 그리고 독일은 당사국이지만, 이탈리아는 당사국이 아니므로 이탈리아가 독일에 사법면제를 부여할지를 결정하는 데에 유효한 기준이 될 수 없다. 또한, ICJ는 단 7개 국가의 법원 결정이라는 제한된 국가 관행에 기초하여 이 문제를 다루었는데 이는 국제사회의 규모를 생각할 때에 매우 소수에 불과하다. 즉, 7개 국가의 국가관행이 이 문제에 관한 국제관습법의 일반 규칙을 설명하기에 불충분하다는 것은 매우 명백하다. 또한, 군의 무력행사에 대한 추정된 규칙과 제한적 면제론은 근본적인 차이점이 있다. 전자는 행위의 주체에 초점을 맞춘 것이고, 후자는 행위의 구체적인 성질에 중점을 둔다. ICJ는 독일의 행위의 구체적 성질이 아니라 그 행위의 주체에 초점을 맞추었다. ICJ가 Littrell(위 참조)이라고 칭한 판결을 포함한 몇 영국 판결은 군대 및 군사 기지 관리 활동에 관한 것으로, (원, 피고 모두) 오직 군의 피고용인들만이 연루된 것이었는데, 그 행위가 군대에 의한 것이었는지 뿐만 아니라, 더불어 문제된 행위가 주권적 행위라고 할 수 있는지를 결정해야 했다. 그러나 어쨌든 군의 행위에 관한 구체적인 사법 관행이라는 것은 그 수가 매우 적으므로, 이 특정 주제에 관한 국제법의 규칙을 추론할 물적 기초를 제공하기에 부족하다.

36) 제1심 법원 판결, III.2. 나.(2)

일반 국제법의 강행규범(Jus Cogens)

26. 강행규범은 국가면제와 관련이 없다는 주장도 있었다. 예를 들어, 독일 v. 이탈리아 사건에서 ICJ는 국가가 일반 국제법의 강행 규범을 위반하는 경우에는 면제권이 부여되어서는 안 된다는 주장을 부인했다. ICJ는 한 국가의 행위와 관련된 실체법적 강행 규범과, 국내 법원이 그 국가의 행위를 심판하는 과정에 대한 절차적 규범의 성격을 띠는 것에 불과한 국가면제는 서로 충돌하는 것이 아니라고 보았다. 그럼에도 불구하고 같은 ICJ는 동일한 사례에서 같은 면제론을 실체적 규범으로 사용하여 독일이 이탈리아를 상대로 소를 제기하는 청구 원인을 구성하도록 했고, ICJ는 이를 통해 이탈리아가 독일과의 관계에서 그러한 규칙을 위반하였다고 판단할 수 있었다. 한편, 강행규범의 다른 규범에 대한 우월적 효력에 마주하자 면제론은 설명되지 않는 이유로 부자연스러운 변이를 거쳐 절차적 규범이 되어 버렸다. 그리고 이것은 ICJ의 논리에 심각한 결함이 있음을 의미한다.

27. 위에서 보았듯이 국내 법원, 특히 영국과 미국의 법원은 한 국가의 행위가 강행 규범을 위반하는 경우 그러한 국가 행위는 국가의 주권 또는 공적 행위에 해당하지 않으므로 국가면제를 받지 못한다고 판결했다. 이러한 판결을 살펴보면, 강행규범이 제한적 면제론의 범위를 형성하는 부가적인 효과(added value)가 있다는 사실을 알 수 있다.³⁷⁾ 이러한 부가적 효과는 강행규범의 가장 기본적이고 중요한 원칙 즉 불가침성(non-derogability)에 부합한다. 1969년 비엔나 협약의 제53조는 강행 규범(jus cogens)을 어떠한 위반(derogation)도 허용되지 않는 규범으로 정의한다. 강행규범과 국가면제 간의 관계에서 가장 중요한 질문은 후자를 인정하는 것이 전자를 훼손하는 것으로 이어질 수 있는 것인지 여부이다.

37) 문단 21 참조

28. 위와 같은 이유로, 법원은 강행규범 위반 행위에 대하여 면제에 관한 일반 규칙을 적용하는 데에 예외가 있을 수 있는가를 물을 것이 아니라, 대신에 대한민국이 일본에 면제를 부여한 것이 ‘위안부’의 권리(고문과 잔혹한 대우를 받지 않을 권리, 신체의 완전성에 대한 권리)를 보호하는 강행규범을 위반하는지를 물어야 할 것이다. ICJ는 또한 강행규범을 위반한 국가에 대해 면제를 인정하는 것이 강행규범을 위반하는 것은 아니라고 주장했다. 영국 상원에서 결정된 Jones v. 사우디 아라비아 사건에서 호프만 법관은 “영국은 [사우디 아라비아] 왕국에 대한 국가면제를 인정함으로써 고문을 조장하는 것이 아니다. 영국이 고문을 정당화하는 것도 아니다.”라고 강조했다. 그러나 위 주장은 공허했다. 영국 상원의 입장은 사우디 아라비아의 고문 피해자가 영국에서 어떠한 구제도 받을 수 없다는 법적 입장의 확고함과 타당성을 장래적으로 승인했다. 그것은 과거에 자행된 단 한 번의 고문 행위에 관한 것이 아니라 영국과 사우디 아라비아 간의 양자 관계에서 지속되는 법적 규범(legal formulation)에 관한 것이다: 사우디 아라비아의 고문 피해자는 영국 법원에 접근하거나 구제를 받을 수 없으므로 고문 금지는 더 이상 이 두 국가 간의 관계에 적용할 수 있는 법적 규범이 아니다. 다시 말해서 고문의 절대 금지가 영국과 사우디 아라비아 및 기타 모든 국가에 일반적으로 구속력이 있다고 하더라도, 영국과 사우디 양자 관계에서는 그 법적 효력이 부인된다. 즉, 면제를 주장한 사우디, 그리고 이를 승인한 영국의 양국의 상호 승인을 통해 과거 및 향후 모든 사례에서 고문 금지의 강행성이 훼손된 것이다. 따라서 사우디 아라비아는 앞으로 영국 또는 제3국 시민을 고문하더라도 어떠한 법적 효과를 받지 않을 것이고, 이를 통해 사우디 아라비아와 영국 간의 양자 관계에서는 고문 금지의 강행성이 작동하지 않을 것이라고 여길 수 있다.

29. 서울중앙지방법원에 따르면 독일 v. 이탈리아에 대한 ICJ의 판결은 “최근에 이루어진 판결로서 현재까지 각국의 입법 및 판결 등 국가 면제에 관한 국제 관습법을 충분히 반영하고 있다”³⁸⁾는 것이지만, 이는 명백한 과장이다. 위 결정의

결론들은 이후 관행으로 반복적으로 반복되어 왔기 때문이다.

◆ 이탈리아 헌법재판소는 2014년 이탈리아가 ICJ의 결정을 따를 의무가 없다고 판결했다.³⁹⁾ 스위스 연방 재판소는 강행 규범이 국가면제보다 우선한다고 판결했다. 미국 제4순회항소법원 또한 Samantha 사건에서 다음과 같이 확인했다. “이번 사건은 고문, 초법적 살인, 정치적, 인종적으로 차별받는(disfavored) 집단의 임의적인 장기 투옥 등 강행규범을 위반한 행위를 포함하기에, Samantar는 국제공법을 포함하는(incorporates) 영미법상의 국가면제를 향유할 수 없다.”⁴⁰⁾라고 결론을 지었다. 가장 최근에는 브라질 대법원도 ICJ의 판결을 번복했다. 이러한 결과는 2021년 1월 서울중앙지방법원에서 내린 결론과 유사하다.

◆ 유사하게, UN 국제법 위원회(ILC)는 국가면제가 강행 규범과 규범적 충돌을 일으키지 않는 절차적 규범에 근거한다는 ICJ의 결정을 거부했다. 특별보고관 Dire Tladi는 다섯 번째 보고서에서 “위원회가 이 문제에 대해 침묵을 지킨다면, 위원회의 침묵은 강행규범 위반에 대해 국가면제 법리의 예외는 없다는 증거로 해석될 수 있다. 그렇기 때문에 “without prejudice 조항” (번역 : 해당 문언이 강행규범의 효과에 영향을 미치지 않는다는 조항이 가장 적절한 해결책이 될 수 있다”고 제안했다(A/CN.4/SR.3425, 16쪽). 위원회의 위원 34명 중 극소수만이 ICJ의 결론을 지지했다(위원회의 Murphy, Nolte, Wood 및 Zagaynov 위원을 포함한 소수). 결과적으로, 위원회는 결론 22를 채택했다. 이는 “초안의 결론은 구체적인 일반국제법의 강행규범(jus cogens)의 국제법적 효력에 영향을 미치지 않는다(without prejudice)”고 하고 있다. 결론 22에 대한 주석(4항)은 고문 및 전쟁 범죄 금지와 같은 특정 강행 규범 위반에 대해서는 외국 법원에서의 소송에서 국가면제의 제

38) 제1심 법원 판결, III.2. 나.(1)

39) Nezzar. 2015년 7월 25일 판결(사건번호 BB 2011.140.) 문단 5.3.4 및 5.4.3.

40) Bashe Abdi Yousut v. Samantar.

No 11-1478. 2012년 11월 2일. “23.” 참조.

한을 요구할 수 있다고 설명한다. 따라서 ILC는 ICJ 판결이나 실체 규범과 절차 규범 사이의 잘못된 구분에 따르기를 분명히 거부했다. 유엔 제6차 위원회에서 ICJ 판결을 분명히 옹호한 것은 영국과 일본 두 나라뿐이었다.

관할권 면제 판결의 전반적 평가

30. 관할권 면제에 관한 ICJ 판결은, 외국의 테러활동에 대해 미국 법원의 재판을 허용한 미국 법률을 인정하지 않았다. 미국과 캐나다는 ICJ 판결이 내놓은 법적 입장에 부합하지 않는 법률을 최근 몇 년 동안 제정해 왔다.⁴¹⁾ 2012년 ICJ의 판결 후 10년이 흘렀는데, 전체적으로 평가했을 때, 이 결정은 일부 보수적인 국제 변호사들이 기대했던 일반적인 권위의 일부조차 얻지 못했다고 할 것이다. 어쨌든 ICJ의 결정은 (그것이 옳은 결정이라고 하더라도) 해당 분쟁의 당사국(이 경우 독일 및 이탈리아)에만 구속력이 있다. 이러한 결정은 한국과 같은 비당사국에 대해 효력을 미치지 않거나 비당사국에게 의무를 부여하지 않는다(ICJ 규정 59조). 따라서 2012년 ICJ의 결정은 국제법을 나타내지 못하고, 국제사회의 지지도 얻지 못했다. 서울중앙지방법원은 ICJ의 결정을 따르고 그 결과를 승인함으로써 오류를 범했다.

VI. 국가면제와 개인의 사법접근권(access to justice)

31. 개인의 사법접근권은 다양한 국제기구에 의해 보장되는데, 일본과 대한민국이 모두 당사국인 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조에서도 이를 보장하고 있다. 해당 규약의 해석과 적용을 책임지는 인권이사회는 사법접근권이 제14조에 명시적으로 언급되어 있지 않더라도, 굉장히 중요한 권리라고

41) 캐나다 국가면제법의 수정조항 참조(R.S.C. 1985, c. S-18) 2012년 3월 13일 : 미국의 여러 수정 조항에 대하여는 Bettauer, (2009) 13 ASIL Insight; Daugirdas & Mortenson, 111 AJIL (2017), 155. 참조

해석하였다.

32. Bahamonde v. Equatorial Guinea 사건에서, 유엔 자유권규약위원회는 “법원 앞의 평등은 법원에 직접적으로 접근할 수 있는 권리를 포함하는 개념이다. 법원 접근권이 제한된다는 것은 제14조 제1항 위반에 해당한다”⁴²⁾고 명시한 바 있다. 동일한 해석은 소송비용을 감당할 수 없었던 개인에 관한 Currie v. Jamaica와 같은 유사 사건에서도 재확인된 바 있는데, 이사회는 소송비용을 감당할 수 있는지 여부와 상관없이 사법접근권이 보장되어야 한다고 확인하였다.⁴³⁾

33. Mahuika v New Zealand 사건에서 국가 측은 “법률에 의해 재판청구권과 관할이 인정되지 않는 한 규약 제14조가 보장하는 재판청구권을 인정할 수 없다. 규약 제14조는 오히려 사법 행정을 보장하기 위한 절차적 기준을 정한 것일 뿐이다”⁴⁴⁾라고 주장했다. 그러나 유엔 인권이사회는 이에 대해 “규약 제14조(1)은 법원에서의 소송에 관한 권리 및 의무를 확정하기 위한 사법접근권도 포함한다. 국가 측에서 특정 사건에 대해 권리 및 의무를 확정할 관할법원을 제공하지 못한다면 이 역시 규약 제14조 제1항에 위반할 수 있다”⁴⁵⁾고 의견을 표명한 바 있다.

34. 위와 같은 내용을 종합한 결론은 다음과 같다: 일본과 한국은 일본군 ‘위안부’ 피해자들이 대한민국 법원에 소를 제기할 권리가 있다는 사실을 인정해야 할 의무가 있다; 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조는 (국가면제가 관습법으로 존재하지 않지만, 설사 관습법으로서 존재한다고 하더라도) 국가면제의 관습법에 우선하는 조약 조항이다; 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약은

42) Bahamonde v. Equatorial Guinea, Communication No. 468/1991, 1993년 11월 10일, 문단 9.4

43) Currie v. Jamaica, Communication No. 377/1989, 1994년 3월 31일

44) Mahuika v. New Zealand, Communication No. 547/1993, 27 October 2000, 문단 7.7

45) 같은 문서, 문단 9.11

일본과 한국 사이의 양자간 조약(아래에서 살펴본다) 이후에 발효되었으므로, 양국 간의 조약에서 추론될 수 있는 포기(waiver)를 모두 무효화시킬 수 있다(그러나 아래에서 설명하겠지만, 양국간 조약에서는 포기가 추론되지 않는다). 나중에 발효된 법은 그 이전의 법에 우선한다(신법은 구법에 우선한다, *lex posterior derogat legi priori*). 이것은 대한민국이 ‘위안부’와 관련해 어떤 포기하였더라도, 이는 오직 국가의 권리 포기뿐만 아니라 피해자들 개인의 권리 포기와는 무관한 이유(아래에서 전체 이유들을 개괄하도록 한다) 중 하나에 해당한다.

VII. ‘위안부’ 소송과 포기 조약의 문제

35. 제2차 세계대전 이후, 일본의 전시 행동에 관한 책임을 다루기 위한 협정이 체결되었다. 대한민국은 1951년 샌프란시스코 조약의 당사국이 아니었다. 1965년 한일청구권협정 제2조 제1항은 “양 체약국은 양 체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951년 9월 8일에 샌프란시스코에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다”고 규정하였다.

36. 이러한 포기의 범위는 아래와 같은 사항을 참고하여 명확히 해석되어야 한다:

- ◆ 첫째, 한 국가의 다른 국가에 대한 권리의 포기를 주변 상황으로부터 추정하거나 추론해서는 안 된다는 것이 국제법상 보편적인 해석이다; 대신 권리의 포기는 그 포기가 언급된 문서나 진술을 통해서 엄격하게 뒷받침되어야 한다. 국가는 권리를 포기했다는 증거라고 주장된 문서나 발언의 문언과 단어에 의해 의심 없이 확실하게 뒷받침될 경우에만 청구권을 포기했다고 볼 수 있다. NAFTA 재판소가 폐기물 관리(waste management)와 관련하여 NAFTA 제1121조에 따른 포기 문제

에서 강조한 바와 같이, “모든 포기는 명확하고 명시적이며 단정적이어야 하고, 그 의미가 조금이라도 의심스러운 경우 그 표현에서 포기를 추론하는 것은 부적절하다.”⁴⁶⁾ Barcelona Traction 사건에서 ICJ는 국가가 소송 절차를 중단했으므로 그 사건에 관련된 청구권을 포기한 것이라는 주장을 기각했다.⁴⁷⁾

◆ 둘째, 국가는 그 자신의 권리, 즉 국가로서 스스로 가지는 권리만을 포기할 수 있다. 개별 일본군 ‘위안부’ 피해자들이 일본 정부로부터 배상받을 권리는 그 피해자들의 개인적 권리로 정황상 피해자들의 국적 국가인 대한민국 정부에 의해 유지되고, 부당한 행위를 한 일본 정부와 협상될 수 있다. 그렇게 함으로써 대한민국은 국가로서 스스로의 권리를 주장하는 것이 아니라 오히려 피해자의 권리를 개인적인 권리로 보호하기 위해 국가의 외교적 능력을 사용하는 것이다. 따라서, 관련 협정의 문언이 대한민국 정부의 포기를 의미한다고 하더라도, 그러한 포기는 국가로서의 대한민국 정부의 권리 만에 미칠 것이다. 이는 일본에 대한 대한민국 자신의 청구나, 일본 정부와의 협상에서 이 문제를 제기할 대한민국 정부의 권리를 의미하고, 개별 피해자의 구제에 대한 권리는 포함하지 않는다.

37. 대한민국 대법원은 2018년 강제동원 피해자들의 일본에 대한 청구권은 1965년 청구권협정에도 불구하고 포기되지 않았다고 판결했는데, 이는 이러한 권리들이 동의 없이는 포기(소멸)될 수 없는 개인의 권리이기 때문이다.⁴⁸⁾

38. 특히 일본군 ‘위안부’ 상황과 관련하여 다음과 같은 문제가 발생한다.

◆ 애초에, 1965년 청구권협정 체결 당시, 피해자들이 아직 공개적으로 목소리를

46) Waste Management (Award of 2 June 2000), 문단 18

47) Barcelona Traction (Belgium v. Spain), Preliminary Objections, Judgment of 24 July 1964, ICJ Reports 1964, 6 at 17-23

48) 대법원 2013다61381 판결 4. 나.(2)

내지 않았기 때문에 일본군 ‘위안부’의 쟁점은 공개적으로 알려지지 않았던 상황이었으며, 협정은 그 당시에 공개된 청구권에 대해서만 언급할 수 있었다. 1965년 협정 제2조 제1항의 “완전히 그리고 최종적으로 해결”이라는 단어의 사용은 그 당시에 알려진 청구들만이 해결될 수 있었다는 것을 입증한다. 1951년 강화조약 제14조(a)에 따른 청구권에 대한 제2조 제1항의 언급은 이러한 결론을 더욱 뒷받침한다. 주목할 점은, 1965년의 청구권협정이 1951년 조약 제14조(a)만을 지칭하는 것이지, “전쟁 수행 과정에서 일본 및 그 국민이 자행한 어떤 행동”에 관한 제14조(b)를 지칭하는 것은 아니라는 점이다. 따라서, 1951년 조약을 통해 연합국이 포기한 모든 청구권을 포기하는 것은 1965년 청구권 협정 당사국들의 의도가 아니었다고 봐야 한다. ‘위안부’에 대한 문제는 분명히 “전쟁 수행 과정에서 일본 및 그 국민이 자행한 어떤 행동”이었을 것이다. 그러나 제2조 제1항 1965년 청구권협정은 그러한 행위에 대해 언급하지 않는다.

◆ 둘째로, 당사국들이 1965년 청구권 협정으로 일본군 ‘위안부’의 청구권이 포기되었거나 소멸된 것으로 보았다면, 왜 당사국들은 2015년 한일합의를 통해 이 문제를 다시 다루는 수고를 했을까? 일본 정부는 1965년의 청구권 협정이 이 문제를 해결했다고 주장한다. 그런데 왜 2015년 합의의 협상과 체결에 나섰는가?

39. 일본과 한국의 일본군 ‘위안부’에 대한 2015년 12월 28일 합의는, 일본군 ‘위안부’ 문제에 대한 일본과 한국 사이의 구체적인 유일한 합의이다. 이 의견서는 2015년 12월 28일 합의로 한국 정부가 일본에 대한 ‘위안부’의 청구권을 포기한 것의 합헌성·합법성에 관한 문제를 다루지 않는다. 필자는 그 협정의 내용이 대한민국 정부의 일본군 ‘위안부’의 청구권 포기로 이어지는지에 대한 국제법 기준에만 초점을 맞추고 있다. 그런 점에서 두 가지 문제가 매우 중요하다.

40. 2015년 합의 1.2항은 “대한민국 정부가 前 위안부분들의 지원을 목적으로 하

는 재단을 설립하고, 이에 일본 정부 예산으로 자금을 일괄 거출하고, 일한 양국 정부가 협력하여 모든 前 위안부분들의 명예와 존엄의 회복 및 마음의 상처 치유를 위한 사업을 행하기로 함.” 이라고 되어 있다. 2.1항은 “대한민국 정부는 일본 정부의 표명과 이번 발표에 이르기까지의 조치를 평가하고, 일본 정부가 1(2)에서 표명한 조치를 착실히 실시한다는 것을 전제로 이번 발표를 통해 일본 정부와 함께 이 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결될 것임을 확인함.” 이라고 되어 있다.

41. 여기서 말하는 “최종적 해결”이란, 최대한으로 해석하더라도 한국 정부가 국가 대 국가 차원에서 외교적 보호를 통해 일본 정부에 이러한 문제를 계속 제기할 수 있는 능력과 관련된 것으로 보아야 한다. 이 “최종적 해결”은 한 국가와 다른 국가 사이에 문제가 될 수 있는 쟁점 또는 사안에 관한 종합적인 합의에 관한 것이지, 개별 피해자들이 일본을 상대로 제기한 구체적이고 특정한 사건의 청구에 관한 것이 아니다. 두 국가로서 일본과 한국 사이의 관계와 국내 법원에서 일본과 개별 청구인들 사이의 관계는 완전히 별개이다. 국제법적으로 한국 정부는 이 사건에서 개인의 권리를 협상할 권한이 없으며, 한국 정부가 그렇게 하겠다고 주장했다고 볼만한 증거도 없다. 2015년 합의의 본문에는 개인들에 의해 제기된 소에 대해 아무런 언급이 없다. 따라서 “(2015. 12. 28. 한일 합의로) 일본군 ‘위안부’ 피해자들의 법적 지위가 영향을 받는다고 볼 수 없”다는 취지의 헌법재판소 2019. 12. 27.자 2016헌마253 결정⁴⁹⁾은, 국제법에 비추어 보더라도 타당하다. 서울중앙지방법원이 2015년 협정을 법적 합의가 아니라 (의미를 알 수 없는) 정치적 합의라고 하면서도, 동시에 한·일 간에 효력이 있고 “유효하게 존속하고 있다”고 판단한 것은 다소 모호하고 혼란스럽다. 실제로 2015년 합의는 ‘위안부’ 주장에 법적 영향을 미치지 않는다.

49) 서울중앙지방법원은 이후 판결문에서 “위 합의에 의하여 이 사건 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권의 존부와 범위에 실제법적인 효과가 발생하였다고 볼 수는 없다.”고 밝혔다.

결론

42. 위와 같은 주장과 증거의 검토에 비추어 볼 때 다음과 같이 결론을 내리고자 한다.

- ◆ 한국 법원은 일본군 ‘위안부’ 문제와 관련하여 일본에 국제법상 국가면제를 인정할 의무가 없다. 협약에 따른 국제법이나 국제관습법 어떠한 것도 한국 법원에 그러한 의무를 부과하고 있지 않다.
- ◆ 일본의 국가면제를 배제하기 위해 국가면제의 일반 원칙에 대한 특별한 예외가 있는지 여부에 관한 논의는 일본군 ‘위안부’ 소송과 무관하다. 왜냐하면 그런 일반적인 국가면제의 원칙이 애초에 국제법에 존재하지 않기 때문이다.
- ◆ 일본이 제2차 세계 대전에서 ‘위안부’를 모집한 행위는 주권행위(jure imperii)가 아니었다. 성노예를 모집하거나 성노예로 삼기 위해 국가가 되거나 주권을 행사할 필요가 없다. 일본은 그러한 일을 하면서 어떠한 주권적 권력도 행사하지 않았다. 일본은 그저 필요한 물리력과 적절한 자원을 가진 사람이나 단체가 할 수 있는 그런 일을 했을 뿐이다.
- ◆ ICJ의 관할권 면제에 대한 결정은, 그 논증에 결함이 있으며 그 결론을 뒷받침할 충분한 증거를 제시하지 않았으며, 이후 국가 관행으로 반증되었고, 일본과 한국 사이의 양국 관계에 적용되기 적절하지 않다.
- ◆ 논증을 위해 굳이 살펴보자면, 설령 국가 면제에 관한 관습적인 국제법규가 있었다 하더라도, ICCPR(번 : 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약) 제14조와 강행규범 법리에 의해 일본군 ‘위안부’ 소송에서 국가면제는 인정될 수 없다.
- ◆ 한국과 일본 사이에 체결된 조약 중에서 일본군 ‘위안부’ 피해자들이 한국 법정에서 일본에 대한 손해배상청구권을 포기하였다고 볼 만한 조약은 찾아볼 수

없다.

알렉산더 오라켈라슈빌리

2022년 10월 14일, 버밍햄에서.

열람용

[→ HOME](#)