

의견서

백범석 (경희대학교 교수, 법학박사)

저는 현재 경희대학교 국제대학에 재직 중이고, 그 동안 국가인권위원회 국제인권전문위원(2014-2017), 대한변호사협회 국제인권특별위원회 위원(2015-2017), 국방부 군인권자문위원(2018), 인권법학회 연구이사(2015-2016), 대한국제법학회 연구이사(2019), 통일부 북한인권조사자문위원(2017-2020), 한국인권재단 감사(2015-현)를 역임하는 등 국제공법 특히 국제인권법 분야에서 지속적으로 연구와 활동을 해왔습니다. 이러한 경험을 바탕으로 본인은 이 사건 원고들의 소송대리인으로부터 부탁 받은 주권면제법리가 이 사건에서 반드시 적용되어야 하는지 여부에 대한 의견을 국제인권법상 피해자 권리 기본원칙을 기반으로 피해자 인권 보장을 위한 국제법적 논의가 오늘날 어디까지 진행되어 왔는지를 반영하여 아래와 같이 진술합니다.

1. 주권면제론

이 사건에 관하여 원고들의 소송대리인은 유엔 주권면제 협약의 내용 및 각국의 주권면제 관련 국내입법 원문과 번역본을 기재출하였으며, 동시에 관련 주요 국제사법재판소 판결(2012년 관할권 면제에 관한 독일-이탈리아 사건) 및 동 국제사법재판소 판결 이행에 관한 2014년 이탈리아 헌법재판소 결정 내용을 준비서면을 통해 상세히 기술하였기에, 본 의견서에서는 가급적 같은 내용을 반복 서술하지 않고 주요 쟁점을 중심으로 의견을 개진하고자 합니다.

1.1. 주권면제론의 등장

일국은 타국 법원의 재판권으로부터 면제를 향유한다는 것이 주권면제론입니다. 1648년 웨스트팔리아 조약 체결 이후 근대 주권국가가 탄생하면서 등장하였는데 주로 자국을 방문하는 외국의 주권자(당시 군주)를 보호하기 위한 필요에서 기인하였습니다.¹ 이후 주권자의 인격이 국가 및 국가기관의 인격으로 전환되자 주권면제라는 개념은 외국이라는 국가 자체의 법적 실체를 보호하기 위해 국내법원에서 외국 및 그 외국의 국가재산은 법정지국의 재판권(사법관할권) 및 강제집행(집행관할권)으로부터 공히 면제된다는 국가면제라는 개념과 혼용되어 오늘날까지 사용되고 있습니다. 이러한 주권면제론은 각국의 실행을 통해 확립된 국제관습법상의 법리입니다. 여기서 국제관습법이라 함은 국제계약의 문제가 아니며 모든 국가는 외국에 대해 이를 인정할 법적 의무가 있음을 의미합니다.

1.2. 제한적 주권면제론으로의 전환

주권면제론을 적용해온 다수의 국가실행을 보면 전통적인 절대적 주권면제론은 19세기 말부터 제한적 주권면제론으로 점차 변화하는 모습을 보이고 있습니다.² 자유

¹ 대등한 자는 다른 대등한 자에 대하여 통치권을 가지지 않는다 (*par in parem non habet imperium*)는 표현은 이러한 주권면제론의 등장배경을 분명히 보여준다고 할 수 있습니다. 한편 외교적 면제와 주권면제는 그 발전의 역사, 인정근거, 규칙의 내용 및 예외의 측면에 있어 별개의 제도로써 존재해 왔습니다. 외교적 면제는 기능적 필요성에 입각하여 인정된 반면 국가 면제는 주권평등, 독립, 명예와 존엄성 존중에 근거하여 국가의 주권은 타국의 주권에 복속되어서는 안된다는 사상에 근거하여 인정되어 왔기 때문입니다.

² 주권면제의 예외 내지 제한적 주권면제가 인정되는 상황에 대한 논의는 크게 3가지로 나누어 지는데 1) 국가가 주권면제를 포기한 경우, 2) 국가가 상업적 활동에 종사하는 경우, 3) 국가가 비상업적 불법행위에 관여하는 경우가 이에 해당합니다.

무역정책이 보호주의로 바뀌고 경제부분에 대한 정부의 관여가 증가하면서 순수한 국가의 권력적 작용이 아닌 (예를 들어 시장에서의 상거래 계약을 일국가가 타국의 사인과 체결하는 등) 국가차원의 사경제적 활동이 증가하게 되었습니다. 자연히 이러한 상행위와 관련하여 일국 정부가 타국법원에 제소되는 현상도 많아졌습니다. 그 결과 국가가 단순히 영리를 추구할 목적으로 활동했을 때에도 주권면제를 그대로 인정해야 하는지 여부가 문제가 되었습니다. 절대적 주권면제를 향유한다고 할 경우 외국과 거래하는 사인은 매우 불리한 입장에 놓이기 때문입니다. 이러한 불리한 입장을 시정하고 자국민에게 구제의 기회를 부여하기 위해 제한적 주권면제론을 적용하는 국가들이 점차 늘게 되었고, 오늘날 대다수 국가에서 제한적 주권면제론에 입각한 국가실행을 볼 수 있습니다.

우선 입법적으로 제한적 주권면제론을 인정한 나라가 1970년대 이후 증가하였습니다. 미국이 최초로 1976년 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act: FSIA)³을 제정한 것을 시작으로 1978년 영국 국가면제법, 1979년 싱가포르 국가면제법, 1981년 파키스탄 국가면제령, 남아공 외국주권면제법, 1982년 캐나다 국가면제법, 1985년 호주 외국국가면제법 등을 제정한바 있습니다. 일본도 2009년 외국 등

³ 1812년 마샬 미연방대법원장은 주권면제이론을 명백히 한 the Schooner Exchange 호 사건에서 주권면제는 주권의 완전한 평등 및 절대적인 독립을 의미하기에 타국의 관할권에 예외로 인정되어야 한다고 보면서도 동시에 외국에 부여된 면제는 일종의 예양(grace and comity)을 위해 행하는 것이기에 절대적인 국제법상의 원칙이라기 보다는 국가가 스스로 관할권 행사를 자제하거나 포기함으로써 생기는 것으로 이해하였습니다. 그리고 이러한 사법부의 시각이 결국 외국주권면제법을 입법하는 토대가 되었습니다. 같은 맥락에서 미국의 경우 주권면제 관련 사건에서 주로 자국 법원의 기존 판례들을 인용하지 타국의 국가실행을 적극적으로 살펴보지 않은 판결들이 많은데 이 역시도 주권면제론을 일관되고 통일된 국제규범으로 보지 않기 때문이라 생각됩니다.

에 대한 일본의 민사재판권에 관한 법률을 제정 시행 중에 있습니다. 해당 국가들은 국내 입법을 통해 국내 법원이 외국 및 외국재산에 대해 재판관할권과 강제집행을 행사할 수 있는 범위를 정함으로써 제한적 주권면제론을 적용하고 있습니다. 그러나 이렇게 입법론적으로 해결한 국가는 십여 국에 불과하고, 대다수 국가들은 국내 사법판례를 통해 이를 수용해 왔습니다. 19세기말 이탈리아, 벨기에 등을 시작으로 20세기 전반에는 유럽의 대부분 국가에서 제한적 주권면제론이 나타났는데 이들 대륙법계 국가는 공히 국내 입법 대신 수많은 사법판례를 통해 주권면제론을 적용해 왔습니다. 그리고 이러한 국가실행을 통해 오늘날에는 어느 정도 공통된 내용의 제한적 주권면제론이 나타나고 있습니다.

이와 같이 주권면제론은 국가관할권 원칙에 대한 예외에 해당하는 이론으로 국제법상 우월적인 지위를 가진 확고한 불변의 원칙으로 받아들이기 보다는, 국가실행을 통해 발전 및 변화해 왔음을 알 수 있습니다. 제한적 주권면제 인정여부는 국가의 재량 사항이었으며, 타국의 상업적 활동에 대해 일국이 절대적 주권면제를 인정한다하여 이를 국제법 위반으로 볼 것도 아닙니다. 결국 제한적 주권면제론으로의 발전 과정은 주권면제론이 가지는 관습법적 성격(customary nature)을 분명히 보여주고 있습니다.

1.3. 유엔 주권면제 협약 채택

1970년대 이후 일부 국가들이 입법론적으로 주권면제론을 적용해 나가고 특히 유럽에서는 1972년 주권면제에 관한 유럽협약을 채택하는 등 지속적인 변화와 발전이 있어 왔지만, 제한적 주권면제론을 적용함에 있어 기준, 범위 및 내용, 조건 등은 국가 간에 상당한 차이가 있어 왔습니다. 이러한 국가간 이행 간극을 어떻게 극복

할 것인가에 대한 유엔차원의 검토 필요성이 제기되었고 국제법위원회(International Law Commission: 이하 ILC)는 1979년부터 성문화 연구주제로 주권면제를 포함시키게 됩니다. 이후 무려 20여년간 조약화 작업을 진행한 ILC는 마침내 협약 초안을 마련하게 되었고, 2004년 12월 UN총회는 ‘국가 및 그 재산의 관할권면제에 관한 유엔 협약(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: 이하 유엔 주권면제협약)을 채택하였습니다. 해당 조약은 현재까지 28개국이 서명, 비준 또는 가입을 하였지만 30개국 비준 요건을 맞추지 못하여 아직까지 발효되지는 않고 있습니다. 참고로 유럽인권재판소는 2011년 Sabeh El Leil v. France 사건 등에서 유엔 주권면제협약이 국제관습법을 반영하고 있다고 판시한 바 있습니다.⁴

특히 신체적 상해 및 재산상 손해에 관한 제12조는 본 사안과 관련하여 주목할 필요가 있는데, 상거래로부터 발생하는 불법행위를 제외한 비상업적 불법행위(non-commercial tort)와 관련한 배상을 구하는 소송에서 외국에 대하여 법정지국 법원은 재판권을 예외적으로 행사할 수 있다고 해석할 수 있기 때문입니다. 여기서 비상업적 불법행위란 외국의 사법적이거나 비주권적인 활동에만 국한되는 것이 아니라 오히려 외국의 공적인 활동도 포함하고 있다고 볼 수 있습니다. 협약 주석에서는 제12조가 주로 보험에 들 수 있는 위험에 관련된다고 적시하지만,⁵ 오늘날에는

⁴ European Court of Human Rights, the Case of Sabeh El Leil v. France, Judgment (Application no.34869/05) (29 June 2011), *paras.*54-58.

⁵ 보험회사가 주권면제를 앞세워 신체적 침해를 입은 개인에 대한 책임을 회피하는 것은 더 이상 용납될 수 없다는 취지로 제12조는 처음에는 자동차 사고에서의 보험에 들 수 있는 손해를 다루기 위해 고안되었습니다. ILC, Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their

공갈, 폭행, 정치적 암살을 위시한 살인과 같은 고의적인 신체 손상에도 폭넓게 적용될 수 있다는 학계의 주장이 지속적으로 제기되고 있습니다. ILC는 초안 성문 과정에서 고문 등 국제법상의 강행규범을 위반한 심각한 인권침해에 관한 소송에서 주권면제의 문제가 오늘날 중시되고 있음을 인정하면서도 해당 협약에 인권규범 등 국제법상의 강행규범에 위반하는 행위에 대한 주권면제 불인정을 명확히 성문화하여 협약에 포함시키는 것은 시기상조라고 보았습니다. 다만, 이후 새로운 과제로 추후 다룰 수 있다고 여지를 남긴 바 있습니다.⁶

1.4. 비상업적 불법행위와 주권면제

1970년 오스트리아 최고법원의 Holubeck case 판결은 외국의 불법행위에 대하여 직접 관할권을 행사한 첫 사례로 자주 언급되고 있습니다. 오스트리아인 차량이 미 대사관의 우편수송차량에 의해 파손되어 손해배상 소송이 제기된 사건으로 동 법원은 관할권을 인정하면서, 교통사고 피해자를 돕고 보험회사가 주권면제를 이유로 배상책임을 피하고자 하는 것을 막기 위한 것이라고 밝힌 바 있습니다. 이후에도 비상업적 불법행위와 관련한 주권면제 사건은 여러 국가에서 일관되진 않지만 지속적으로 제기되었음을 확인할 수 있습니다. 대부분 법정지국 내 피해자 개인으로 하여금 구제받을 수 있는 방안의 하나로 소송을 제기할 수 있도록 한 것이었습니다. 예를 들어 외국정부관리가 타국에서 고문, 살인, 상해, 손괴 또는 정치적 암살 등의

Property, with commentaries (1991), Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II (Part Two).

⁶ UN General Assembly, Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property: Report of the Chairman of the Working Group, A/C.6/54/L.12 (12 Nov. 1999), para. 47.

불법행위를 저질러 법정지국의 법익을 침해하는 경우 피해자가 주권면제를 이유로 소송을 제기할 수 없다면 결국 타국 국내법원은 이러한 불법행위와 범죄를 방조 조장하는 결과를 초래할 수 있기 때문입니다. 이러한 비상업적 불법행위의 주권면제 예외 적용은 앞서 언급한 미국 등에서 주로 주권면제관련 국내법 개정을 통해 제한적이거나 이루어져 왔습니다.⁷ 물론 이와 같이 국내법에 의거 외국정부의 불법행위에 대하여 관할권 있음을 주장하는 것은 일견 국제법의 핵심 가치 중 하나인 주권 존중원칙에 위반하는 것으로 보입니다. 그러나 국가실행을 볼 때, 점차 다른 국가들도 비상업적 불법행위에 대하여 특정 요건 하에서는 관할권을 행사할 지 여부를 고려하는 것이 이미 하나의 추세가 되고 있으며 오늘날에는 더 많은 국가들이 이를 인용할 수 있는 현상에 이르렀다는 주장이 심심찮게 나오고 있는 것이 사실입니다.

1.5. 강행규범과 주권면제

강행규범과 주권면제 간의 관계를 논함에 있어 지금까지 국제사법재판소와 대다수의 외국 국내법원은 주권면제의 예외를 인정하지 않은 것이 사실입니다. 공히 국제법의 정태적 측면, 즉 현재 국제법의 모습을 반영하여 크게 세가지 이유에서 주권면제를 인정해 왔습니다.

첫째, 어떠한 심각한 인권침해가 강행규범 위반인지 여부를 판단하는 것과 절차법

⁷ 미국은 외국주권면제법상 외국국가에 대하여 재판권이 성립하는 주권면제의 예외사유를 제1605조부터 제1607조까지 규정하고 있는데, 주된 요소 중 하나가 바로 테러리즘 예외조항으로도 불리는 1996년 추가된 제1605A조입니다. 동 조항은 주권면제의 예외로 “외국국가 등에 의해 자행된 고문, 비사법적 살인, 항공기 납치, 인질납치 등의 행위”를 제시하고 있습니다. 다만 이러한 테러리즘 예외조항은 모든 국가에 적용된다고 규정하지 않고 미국 정부에 의해 테러지원국으로 지정된 일부 국가들에 국한하고 있습니다.

상의 주권면제로부터 예외가 되는지 여부는 분리하여 보아야 한다는 입장입니다. 즉 강행규범 위반여부와 관계없이 위반행위가 국가의 주권적 행위라면 주권면제를 인정해야 한다는 것입니다. 그러나 일련의 반대의견을 보면 일단 강행규범으로 인정된다면 주권면제라는 소송상의 조각사유는 적용되지 말아야 한다고 주장합니다. 강행규범은 어떠한 국제법보다도 상위 규범이며 이에 반하는 국제규범은 무효가 되기 때문입니다. 다시 말해 국가가 강행규범을 위반하는 것은 국가공동체 전체의 집단적 의지를 위반한 것으로 이러한 경우에는 국가가 면제를 향유할 주권적 행위를 하는 것으로 보아서는 아니된다는 입장입니다.

둘째 피해자의 재판을 받을 권리와 주권면제원칙 간의 충돌여부를 판단하면서 국제법의 현 발전단계를 고려할 때 주권면제가 부여된다는 입장입니다. 예를 들어 자주 인용되는 영국의 1997년 Al-Adsani v. Kuwait 사건의 경우 심각한 인권침해를 이유로 손해배상을 위한 민사소송이 제기된 사안이지만 영국법원은 주권면제를 부여하는 판결을 내렸습니다. 영국법원의 재판거부에 대해 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제6조 제1항상의 재판을 받을 권리는 주권면제에 관한 조약 및 국제관습법에 위반되지 않는 범위 내에서 인정받는 것이라고 판단하였습니다.⁸ 결국 2000년대 초 까지도 유럽인권재판소는 외국에서 행해진 고문행위와 같은 경우 주권면제를 부여하지 않을 정도로 국제법이 발전하여 온 것은 아니라고 본 것입니다.

셋째, 주권면제에 관한 국내입법에 근거하여 해당 법이 인정하는 경우에 한하여만 주권면제에 대한 예외를 인정하는 입장입니다. 미국의 경우 주로 외국주권면제법에

⁸ European Court of Human Rights, Judgment - the Case of Al-Adsani v. The United Kingdom (Application no.35763/97) (21 November 2001).

근거하여 판단하고 있는데, 예를 들어 1997년 Doe v. Unocal 사건에서 법원은 미얀마 국가기관의 인권침해 행위는 상업적 활동에 속한다고 볼 수 없으며 동시에 외국 주권면제법상 언급된 미국영토상의 직접적 효과도 발생하지 않는다고 하면서 주권면제의 예외를 부인한 바 있습니다.⁹ 캐나다 법원도 예를 들어 Bouzari v. Iran 사건에서 법정지 영역 외에서 발생한 신체 상해 등의 불법행위에 대하여서는 주권면제의 예외가 적용되지 않으며, 가사 그것이 강행규범에 반하는 행위라 할지라도 그러한 강행규범에 반하는 행위에 대하여 캐나다 국가면제법이 주권면제의 예외로 규정하고 있지 않는 한 면제는 인정되어야 한다고 판단한 바 있습니다.¹⁰ 이와 같이 국제법과 국내법의 관계에 관해 이원론을 채택한 국가들의 경우 그 특성상 국내법에 따른 판단에 우선할 수 밖에 없는데, 국내법 제정 이후 국제법이 다른 방향으로 발달한다면 이에 대응할 수 없다는 비판이 제기되기도 합니다.

반대로 강행규범 위반의 경우 주권면제의 예외를 인정한 판결을 내린 국가도 있음은 주지의 사실입니다. 이는 국제법의 정태적 모습이 아닌 점진적 발전방향을 고려하여 판결에 반영한 것으로 보여집니다. 우선 그리스 법원은 1972년 주권면제에 관한 유럽협약 제11조에 근거하여 제한적 주권면제이론상의 주권적 행위와 상업적 행위 어디에 해당하는가를 불문하고 불법행위의 범위를 확대 해석하여 주권 면제를 부정한 바 있습니다.¹¹ 이탈리아 법원 역시 유명한 Ferrini 사건 등에서 심각한 인

⁹ The US District Court for the Central District of California, John Doe I et al. v. UNOCAL Corp. et al., Judgment 963 F.Supp. 880 (25 March 1997).

¹⁰ Ontario Superior Court of Justice, Bouzari v. Islamic Republic of Iran, Judgment O.J. No. 1624 (1 May 2002).

¹¹ Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, Case No. 11/2000, International Law

권 침해에 해당하는 국제범죄는 보편적 민사관할권이 인정되기에 이러한 범죄행위가 가해 국가에 의하여 법정지국에서 이루어졌다면 주권면제론에 의한 관할권 면제가 허용되지 않는다고 판단하였습니다. 이는 오늘날 국제인권법 및 국제형사법에 의하여 보호되는 침해 불가능한 인간의 권리는 기존의 주권면제에 관한 조약이나 국제관습법보다 우위에 있다는 입장에 기인한 것으로 보입니다.¹²

1.6. 2012년 국제사법재판소 판결: 관할권 면제에 관한 독일-이탈리아 사건

2012년 국제사법재판소 판결에서 재판소는 국제인권법이나 무력충돌에 관한 국제규범을 심각하게 위반한 경우 주권면제를 부정하는 국제관습법이 성립하였는지에 대해 이탈리아 국내법원의 경우를 제외하고는 그와 같은 국가실행을 찾아볼 수 없다고 적시하면서 동시에 캐나다, 프랑스, 슬로베니아, 뉴질랜드, 폴란드, 영국이 주권면제를 인정한 판례를 제시한 바 있습니다. 주권면제 관련 국내입법의 경우에도 미국의 1996년도 테러지원국에 관한 외국주권면제법 개정이 유일한 예로 그 외에는 면제를 배제하는 국내입법을 가지고 있지 않다고 판단하였습니다. 유엔 주권면제 협약, 주권면제에 관한 유럽협약 등도 강행규범적 성질을 갖는 규범의 심각한 위반행위에 대하여 주권면제를 배제하는 규정을 가지고 있지 않다고 지적하면서 결국 2012년 판결 당시 국제인권법이나 국제인도법을 심각하게 위반한 경우 주권면제를 부정하는 새로운 국제관습법이 성립하였다고 판단하는 것은 곤란하다고 판시한 것

Reports (ILR), Vol. 129; Maria Gavouneli and Ilias Bantekas, "Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany. Case No. 11/2000," The American Journal of International Law, Vol. 95, No. 1 (2001) 참조.

¹² 그렇다면 과연 국제인권법을 포함한 국제법은 오늘날 어떠한 방향성을 가지고 발전해 왔는지를 살펴볼 필요가 있을 터인데 이는 제3절에서 주로 논의하고자 합니다.

입니다. 또한 제2차 세계대전 당시 독일의 행위가 강행규범에 반하는 것이기는 하나 그것이 주권면제규범과 직접 충돌하는 것은 아니라고 판단하면서 양 규범은 서로 다른 문제를 규율하는 규범이라고 보았습니다. 마지막으로 피해자에 대한 최후의 구제책이라는 이탈리아 측 주장에 대해서는 설사 독일의 배상규정의 흠결로 이탈리아인 피해자에 대한 구제책이 불완전할지라도 이 것이 국가 관할권 면제를 박탈할 사유가 될 수 없으며, 구제를 확보할 수 있는 실효적 대체수단이 존재하는가 하는 문제는 관할권 면제 인정여부에 관한 문제에 영향을 주지 않는다고 판단하였습니다. 해당 문제는 국가 간의 포괄적인 배상에 의하여 해결할 수도 있는 것이라고 지적한 것입니다.

이러한 다수의견에 대한 반대의견을 보면 우선 브라질 국적의 Cancado Trindade 재판관은 주권면제는 권리(rights)가 아니라 특권(privilege)으로서 만약 그것이 명백한 부정의를 야기하는 경우에는 이를 인정할 수 없다고 주장하였습니다. 법실증주의 방법론에 근거한 다수의견은 국제법의 화석화를 야기하게 되고 결과적으로 국제법의 지속적인 발전을 저해할 수밖에 없다고 보았기 때문입니다. 강행규범과 주권면제와의 관계를 절차법과 실체법의 구분에 의하여 양자 간의 충돌이 형식적으로 부재한다는 논거로 해결하려고 하는 방식은 받아들일 수 없다는 것입니다. 결국 주권면제가 표상하는 법적 절차는 그것 자체가 목적이 될 수 없고 정의를 실현하는 수단이 되어야 한다고 강조하면서, 다수의견에 근거한 판결은 피해를 입은 당사자 뿐만 아니라 현대 국제법의 발전에도 치명적인 결과를 가져온다고 강하게 비판하였습니다.

소말리아 국적의 Abdulqawi Yusuf 재판관은 반대의견에서 주권면제는 사실상 스위

스 치즈처럼 구멍이 많은 것으로 서로 모순되는 국가실행이 있음에 비추어 볼 때 모든 상황을 명확히 규율하는 확립된 (침해 불가능한 가치로서) 국제관습법이 아니라고 보았습니다. 즉 주권면제 인정여부는 개별 사건의 특징, 상황 및 그에 내재하는 요소들을 충분히 고려하여 결정하여야 하며, 특히 해당 사안의 경우 주권면제를 인정하게 되면 대체적인 구제방법을 피해자가 가지고 있지 않은 점을 충분히 고려해야 한다고 보았습니다. 더 나아가 심각한 인권침해에 대하여 실효적인 구제를 받을 권리아말로 국제관습법의 일부분으로 오늘날 인정되어야 한다고 주장하였습니다. 이에 국제공동체가 존중하고 추구하는 있는 현대 국제법의 가치와 전통적인 주권면제가 추구하는 가치 사이의 균형을 찾아야 할 필요성이 있음을 지적하면서, 주권면제와 개인의 배상청구권과 관련한 국제법은 변화의 과정 중에 있다고 보았습니다. 이러한 변화의 방향은 국제인권법 및 국제인도법에 대하여 국제사회가 증대되는 규범적 가치를 지속적으로 부여하고 있고, 결국 국가를 향하여 개인이 실효적인 구제를 받을 권리를 실현하도록 한 현대 국제인권법상 피해자 중심주의를 반영한 것으로 이해할 수 있습니다.

간략히 살펴본 2012년 국제사법재판소의 판결은 궁극적으로 국가주권 존중이라는 국가 중심의 국제법 원칙을 준수한 것으로 이해할 수 있습니다. 그러나 과연 주권면제와 관련하여 예외 없는 국제관습법이 확립되었다고 할 수 있는지, 더욱이 일부 서구 국가들의 실행을 통해서 내용을 확정하고 적용하는 것이 적절한지에 대해서 의문입니다. 오늘날 강행규범의 내용과 범위가 여전히 불명확한 것처럼 주권면제 역시 그 내용과 범위가 확정적이지 않다고 보는 것이 맞지 않나 생각되기 때문입니다.

개별 국가의 국내법원은 국제법을 적용함에 있어 자국의 입장을 반영하여 국제법의 내용과 적용 범위에 대하여 판단할 수 있는 권한이 있습니다. 양심적 병역거부에 관한 일련의 기존 국내 법원 판결을 고려하면 쉽게 이해할 수 있습니다. 마찬가지로 이탈리아 법원이 판단하는 주권면제와 관련한 국제관습법은 강행규범을 위반하는 행위에 대하여는 면제를 인정하지 않는 내용을 포함한 것으로 볼 수 있습니다. 실제 많은 국가들이 제한적 주권면제론을 취하지만 구체적으로 어떠한 행위가 주권면제를 인정받는지에 대해서는 입장 차이가 있음은 이미 본 의견서를 통해 강조한 바 이기도 합니다. 국가 간의 상호주의를 적용할 수 있는 사안과 국제공동체 전체를 향한 다자적 의무 내지 대세적 의무를 구분한다면 강행규범과 같은 특수한 국제규범위반은 후자에 해당할 것인데, 주권면제는 국제관습법에 해당한다고 이해하지만 이를 강행규범으로 받아들이지는 않는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있습니다.

문제는 2012년 국제사법재판소의 판결로 인해 국제법상 주권면제로 봉쇄된 피해자의 구제를 실현할 만한 다른 형태의 분쟁해결방식이 남아 있지 않고 피해자들의 배상 문제는 미해결인 채로 남게 만들었다는 점입니다. 그리고 2014년 이탈리아 헌법재판소 결정은 이러한 측면에 주목하였다고 생각합니다. 물론 여전히 이탈리아 헌법재판소의 해당 결정에 대해 많은 국제법 전문가들은 주권면제 예외를 허용하는 새로운 국제관습법의 형성을 의미하는 것은 아직 시기상조라고 보는 것이 사실입니다. 다수의 국가 간의 정치적 합의를 통해 국제범죄의 경우 피해자 손해배상에 대한 주권면제의 예외를 인정하는 새로운 국제조약 내지 협약을 채택하지 않는 한 이러한 국가실행은 현행 국제법의 모습을 반영하지 않는다는 것입니다. 그러나 국제관습법의 형성 과정을 보면 이러한 법실증주의에 입각한 비판은 타당하지 않다고

생각합니다. 이에 대해서는 다음 절에서 상세히 다루도록 하겠습니다.

1.7. 소결

지금까지 살펴본 바와 같이 오늘날 국내 입법 및 법원판결 등과 같은 국가실행을 통해 발전 및 변화해 온 주권면제론이 국제관습법이라는 점은 분명합니다. 다만 이미 19세기 초부터 대다수 국가들은 제한적 주권면제론을 적용해 오면서 주권면제의 예외를 인정해 왔다는 점도 부인할 수 없습니다.

주권평등의 원칙과 국제분쟁회피라는 목적 하에 관할권 면제가 국제관습법으로 형성되었다는 점을 고려하면 현행 국제법상 강행규범 위반에 대한 주권면제의 예외를 인정하기 어렵다는 주장이 여전히 다수를 이루는 점 또한 사실입니다. 하지만 주권면제 적용에 관한 상반된 여러 국가실행이 상존함에도 불구하고 몇몇 면제 예외를 새로운 국제관습법의 일부라고 평가하는 것도, 반대로 면제를 인정한 판결을 근거로 국제관습법의 부존재를 증명하는 것도 공히 설득력이 없어 보입니다. 양측 주장 모두 원용하는 판례 수가 한정되어 있어 자기주장에 편리한 사례만을 뽑아서 주장한다는 인상을 받게 되기 때문입니다. 과연 국제관습법은 상대 다수의 문제일까요? 상반된 재판 사례나 국가 실행의 존재한다면 적어도 기존의 국제관습법이 아직도 불완전하고 불안정하다는 것은 인정할 수 있지 않을까요? 예를 들어 제한적 주권면제론의 기초를 이루는 개념, 즉 상업적 행위의 정의와 범위도 여전히 명확치 않습니다. 이는 앞서 강조한 바와 같이 현재 주권면제에 대한 예외와 제한은 계속해서 발전 과정에 있다는 것을 의미합니다.

같은 맥락에서 국제인권법과 국제인도법의 분야에 있어서 주권면제의 적용범위와

예외에 관한 국제관습은 현재 불확실하고 불분명해 보입니다. 물론 국제법상 보편적인 민사재판관할권을 인정하여 중대한 인권침해를 주권면제의 예외로 인정하는 조약이나 국제관습법은 확립되지 않았지만, 적어도 국제법을 완고한 국가 중심 사고에서 해방시켜서 인권 보장을 위한 국제법으로 전환해야 한다는 맥락 하에 다양한 논의들이 제기되고 있으며 이를 반영하는 국가실행이 나오고 있음은 주목해야 합니다. 2012년 관할권 면제에 관한 독일-이탈리아 사건의 핵심도 다른 구제 수단이 없어서 이탈리아 법원에 청구할 수밖에 없었던 피해자들의 현실적 상황인데 이에 대한 고려는 판결문에 담겨 있지 않습니다. 왜 피해자가 보상을 받지 못하는지, 주권면제 부정에 의해 대체 배상수단 제공이 가능한지 등의 쟁점들은 판결에서 완전히 무시되거나 사실상 간과되었다는 것입니다. 특히 특정 유형의 희생자들에게 보상이 없었기에 마지막 수단(last resort)으로 제기되었다는 주장에 대해 다수의견은 독일이 보상을 부정한 것을 유감스럽게 생각한다고 말하는데 그쳤는데, 법에 기초한 적절한 구제책을 제공하기 위해 존재해야 하는 것이 사법기관이라는 점을 생각하면 해당 판결은 아쉬운 점이 매우 많습니다.¹³

¹³ 만일 국가가 국제위법행위로 직접 또는 간접적으로 개인에게 배상책임을 부담한다면 이는 다양한 방법으로 이행될 수 있습니다. 물론 일반적으로 국제인권법의 위반은 그 피해자가 대부분 자국민인 경우가 많지만 피해자가 자국민이 아닌 경우에는 피해자의 본국이 우선 가해국을 상대로 외교적 보호 또는 평화조약의 규정을 통해 배상을 요구하는 전통적인 방법이 있습니다. 피해자는 기설립된 지역인권재판소 및 인권조약기구를 통하여 위반사실의 확인 및 적절한 배상에 관한 판결이나 권고 등을 받을 수도 있습니다. 마지막으로 피해자는 자국 또는 가해국의 국내법원에서 가해자나 가해국을 상대로 손해배상소송을 제기할 수 있습니다. 이 경우에 대체적으로는 주권면제 등의 법적 장애를 회피할 수 있다는 점에서 가해국의 국내법원을 이용할 수 있으나 가해국의 국내법원이 대체적으로 권리구제에 소극적인 점을 고려한다면 불가피하게 피해자의 본국에서 가해자나 가해국을 상대로 소송을 제기할 수도 있습니다. 그 외 대안적 방안으로 위원회 구성을 통한 배상(에르트리아-에디오피아

2. 국제관습법

주권면제법리가 본 사건에서 반드시 적용되어야 한다는 주장은 주권면제론이 확립된 국제관습법이라는 것을 근거로 합니다. 그렇다면 과연 국제관습법이라 함은 무엇을 의미하는지 검토해 볼 필요가 있습니다. 제1절에서 살펴본 바와 같이 주권면제 적용 여부에 대한 국가실행을 보면, 적어도 심각한 인권침해와 같은 국제인권법 및 국제인도법 위반 행위의 경우 면제 예외를 허용하지 않는 국제관습은 오늘날 여전히 불완전하고 불안정한 것이라고 판단되기 때문입니다.

2.1. 국제관습법의 중요성

국제법에서 국제관습법은 매우 중요한 요소입니다. 국제사법재판소 규정 제38조1항에서 규정하고 있듯이 조약과 함께 국제법의 주요 법원 중 하나임은 주지의 사실입니다. 특히 국제관습법은 19세기부터 20세기까지 폭발적으로 국제조약들이 증가하면서 국가책임, 관할권, 주권면제, 무력사용 그리고 조약의 해석에 있어 중요한 역할을 해 왔습니다.¹⁴ 한편 국제관습법은 많은 국가들이 국내적으로 직접적용 가능한 규범으로 (적어도 원칙상으로는) 받아들이고 있습니다.¹⁵ 국제법의 내재화 측면에서 본다면 다양한 역사적 사회적 문화적 배경을 가진 국가들이 일관된 국제관습법을 적용해야 함을 의미하는 것이기도 합니다. 이에 오늘날 일부 비판적인 국제법학자

청구권위원회, 이라크의 쿠웨이트 침공에 관한 유엔보상위원회 등), 국제형사재판소를 통한 배상(로마규정 제75조2항) 등이 있어왔습니다.

¹⁴ 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 및 WTO 부속서2 분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해 제3조 제2항 등도 이러한 점을 분명히 밝히고 있습니다.

¹⁵ 예를 들어 우리 헌법 제6조 1항상의 국내법과 같은 효력을 가지는 “일반적으로 승인된 국제법규”는 적어도 국내 국제법학자들은 공히 국제관습법을 의미하는 것으로 보고 있습니다.

들은 국내법원에서의 국제관습법의 적용은 특정 강대국의 행위를 강제하는 요소로 작용할 수 있다는 우려의 목소리를 내기도 하였습니다.¹⁶ 마지막으로 90년대 냉전이 후 국제재판소가 오늘날 폭발적으로 증가하면서, 재판소가 적극적으로 국제관습법을 인용하거나 확인하는 경향이 증가하고 있습니다. 참고로 과거 구 소비에트연방은 국제관습법을 국제법상 법원으로 받아들이는데 회의적인 입장이었고, 적어도 묵시적 동의가 필요함을 강조해 왔던 점은 주목할 만합니다.¹⁷

결국 오늘날 국제관습법이 가지는 중요성을 고려한다면 관습법에 대한 명확한 이해와 원칙이 필요하고 이는 국제관습법이 어떻게 형성되는지 그리고 이를 결정하는 증거 요소들은 무엇인지를 파악하는 것이 무엇보다 중요한 작업이 되었습니다.

2.2. 국제관습법의 형성과 증거

국제법위원회(ILC)는 2012년 국제관습법의 형성과 증거(Formation and evidence of customary international law)라는 제목의 작업주제를 채택하였고, 다음해 국제관습법의 확인(Identification of Customary International Law)으로 주제 제목을 변경하여 작업을 진행하게 됩니다. 그리고 최종적으로 16개의 결론 초안으로 구성된 제2회독 국제관습법 확인에 관한 결론 초안과 관련 주석을 2018년 최종적으로

¹⁶ Curtis A. Bradley, Jack L. Goldsmith & David H. Moore, "Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie," Harvard Law Review, Vol.120 (2007); Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, "A Theory of Customary International Law," University of Chicago Law Review Vol.66 (1999); Eric A. Posner & Jack L. Goldsmith, "Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law", Virginia Journal of International Law Vol.40 (2000) 등 참조.

¹⁷ G. I. Tunkin, Theory of International Law (William E. Butler trans., 1974) 참조.

채택하여 유엔총회에 보고함으로써 작업을 종결하였습니다.¹⁸

몇 가지 주요 내용들을 간략하게 살펴보면 우선 결론2¹⁹에서는 국제관습법의 규칙의 존재와 내용을 결정하기 위해서는, 법으로 수락(법적 확신)된 일반 관행이 존재하는지를 확인하는 것이 필요함을 명확히 합니다.²⁰ 다음으로 결론5에서는 국가실행은 국가의 행정, 입법, 사법 또는 여타 기능의 행사를 통해 국가의 행위로 구성된다고 규정합니다. 다만 결론6에서 국가 실행의 다양한 형태 상호간에는 미리 결정된 서열은 존재하지 않는다고 보았습니다. 한편 결론9에서 법적 확신의 경우에는 국가 실행이 법적 권리 또는 의무라는 의식을 갖고 행해져야 한다는 것을 의미한다고 보았습니다. 특히 결론10에서 국가의 부작위에 대해서도 법적 확신의 증거로서 사용될 수 있다고 판단한 점은 주목할 만합니다. 또한 국제법위원회는 국제기구의 결의와 국내법원의 판결이 국제관습법 형성에 가지는 의미에 대해서도 각각 결론 12 그리고 13에서 규정하고 있습니다.²¹

¹⁸ ILC, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries (2018), UN Doc. A/73/10.

¹⁹ 원문은 다음과 같습니다. Conclusion 2: Two constituent elements

To determine the existence and content of a rule of customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice that is accepted as law (*opinio juris*).

²⁰ ICJ, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), Judgement, ICJ Reports (1985) 참조.

²¹ 결론13의 원문은 다음과 같습니다. Conclusion 13: Decisions of courts and tribunals

1. Decisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, concerning the existence and content of rules of customary international law are a subsidiary means for the determination of such rules.

2. Regard may be had, as appropriate, to decisions of national courts concerning the existence and content of rules of customary international law, as a subsidiary means for the

해당 작업이 ILC를 통해 진행되면서 다양한 논의들이 국제관습법의 확인에 관해 있어왔는데 주된 쟁점은 일반적인 국가실행에 대한 대표성의 문제에 있었습니다. 간단히 말해 일반적인 관행은 특정 국가, 특히 서구 국가들 및 일부 비서구 강대국들의 국가실행이 반영되었을 뿐, 아시아, 아프리카, 중동을 포함한 많은 제3세계국가들의 실행이 포함되지 않았다는 것입니다. 제3세계 국가들의 국가실행이 실제 국제사회에 제대로 소개되지 않고, 국제법학자들에 의한 이들 국가들의 국가실행에 관한 연구물들이 제대로 생산되지 않으면서 결국 국제관습법의 결정은 서구 국가들의 국가 실행과 서구 법학자들의 저작물들을 통해 주로 이루어지게 되었다는 비민주적인 국제사회의 구조적인 문제점을 제시하고 있습니다.²² 결국 이론상으로는 국제관습법의 형성은 모든 국가들의 일반적인 관행을 통해 이루어져야 하나 실제로는 국제관습법 형성에 일부 특정 (서구) 국가들만 기여하게 된다는 것입니다. 겉으로는 주권존중의 원칙을 근본으로 하는 국제법 체제하에서도 국제관습법 형성에 대해 규범 제정자(Norm Maker)가 따로 있고, 대다수 국가들은 규범 준수자(Norm taker)의 역할만 맡게 됩니다. 분명한 입법주체가 존재하는 조약의 경우 국가 간의 명시적 동의에 의한 것으로 볼 수 있는 반면, 국제관습법 담론 안에서는 입법주체라는 개념이 흐릿하고 관습법 형성에는 필연적으로 불명확성이 드리워져 있게 됩니다.

determination of such rules.

²² Anthony Carty, Doctrine Versus State Practice, in The Oxford Handbook of the History of International Law (Bardo Fassbender & Anne Peters eds., 2012); International Law Association(ILA), Final Report of Commission on Formation of Customary (General) International Law: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (London Conference, 2000) 참조.

실제로 앞서 제1절에서 살펴본 바와 같이 심각한 인권침해 행위의 경우 주권면제의 예외 여부를 판단함에 있어 국제사법재판소와 개별 국가의 국내 법원은 판결문에서 미국, 영국, 프랑스, 이탈리아, 그리스 판례 등을 인용하지만 그 외 다른 제3세계 국가에서의 판결 내지 국가실행들은 쉽게 알 수도 없고 사실상 접근이 용이하지도 않습니다. 같은 맥락에서 제3세계 국가의 부작위 내지 침묵을 과연 주권면제의 묵시적 동의로 볼 수 있는지에 대해서는 신중한 접근이 요구된다고 할 것입니다. 더 나아가 오늘날 국제관습법 형성에 있어서 일반적인 국가실행과 법적 확신 중 어디에 더 무게를 두어야 하는가에 대한 문제도 고려하지 않을 수 없습니다.

2.3. 현대 국제관습법

일부 국제법학자들은 전통적인 국제관습법과 현대 국제관습법으로 국제관습법을 구분하면서 후자의 경우 법적 확신에 상대적으로 더 무게를 두어야 한다고 주장합니다.²³ 국제법의 파편화 현상과 함께, 오늘날 국제관습법은 국제인권법, 국제인도법, 국제형사법, 그리고 국제환경법 분야에서 해당 분야가 추구해 나가는 발전방향에 반하는 형태로 또는 기존의 체제를 유지하는데 유용하게 활용되어 왔습니다. 그러나 현대 국제관습법을 주장하는 이들은 기존의 이론에 반해 설사 국가실행이 없더라도 국제관습법이 형성될 수 있다고 주장하고 있습니다.

법실증주의의 관점에서 법적 안정성과 정당성(legal stability and legitimacy)을 중시하는 입장에서는 현대 국제관습법이라는 표현 자체에 거부감을 가지고 있고, 이

²³ B. S. Chimni, Customary International Law: A Third World Perspective, American Journal of International Law Vol.112 (2018).

러한 개념을 비판적으로 바라볼 수밖에 없습니다. 국제재판소와 학자들이 국제관습법과 관련하여 ‘확인한다’라는 동사를 주로 사용하는 것 자체가 이러한 전통적인 국제법관에 따른 국제관습법의 과거지향적 특징에서 기인한 것으로 보여집니다. 본질상 오랜 시간에 걸쳐 형성된 공동체의 행위방식을 반영하는 관습은 필연적으로 과거회고적이고 보수적이 성격을 띠 수밖에 없기 때문입니다. 그러나 이러한 특성은 시시각각 빠르게 변화해 가는 오늘날 사회상을 유연하고 신속하게 반영하여 발전, 진화해 갈 수 없다는 측면에서는 단점으로 작용할 수밖에 없습니다. 다시 말해 최근 COVID-19와 같은 초국경적 감염병, 신속한 기술발전, 사람과 물자 및 정보의 대량 이동, 기후변화, 대규모 인권침해 국제범죄 및 테러리즘 등으로 유발되는 현대 사회가 필요로 하는 새로운 규범 형성 또는 기존 규범의 변경에 대한 장애 요인으로 국제관습법이 작용할 위험이 크다는 것입니다. 따라서 현대 국제관습법을 주장하는 이들은 회고적 성격의 국가실행과 법적 확신의 굴레에서 벗어나 미래 국제사회가 필요로 하는 가치로부터 연역되는 규범을 국제관습법으로 확인, 제정 또는 선언할 수 있어야 한다고 봅니다. 그러한 가치는 일련의 국제기구 결의 및 선언, 시민사회를 포함한 다양한 이해당사자들의 활동과 학술적 담론 등을 포함하며, 결국 미래 지향적인 성격의 증거들이 법적 확신의 핵심 구성요소로 수렴, 포섭될 수 있다는 것입니다.

실제로 1990년대 구유고국제형사재판소와 르완다 국제형사재판소, 이후 2002년 상설재판소로 국제형사재판소가 설립되면서 국제재판관들은 당시 미발달의 국제형사법을 발전시키고 확장하는 도구로 현대 국제관습법 개념을 판례를 통해 적극적으로

사용하였습니다.²⁴ 1948년 채택된 세계인권선언을 시발점으로 삼는 국제인권법의 경우도 이미 모든 국가를 구속하는 법이라는 믿음 내지 국가실행에 근거했다기 보다는 향후 모든 국가들을 구속해야 할 법이라는 미래 지향적인 성격의 법적 확신에 기반을 두고 형성, 발전되었다고 봄이 바람직합니다. 일례로 오늘날 수많은 국가에서 국제인권법상 고문금지 규범에 반하는 고문행위가 자행되고 있습니다. 그러나 이러한 국가실행이 있음에도 불구하고 고문금지 규범의 국제관습법적 위상은 흔들리지 않고 있습니다. 인권이라는 이름으로, 인도주의란 명목 하에, 지구촌 환경 보호를 위해서, 또는 전지구적 공동의 선(global common good)을 위해 등등 이러한 현대 국제관습법론의 주장에는 어찌 보면 도덕적인 요소들이 법적 확신에 투영되고 있다고도 볼 수 있습니다. 국내법과 달리 입법기관이 없는 국제법이 가지는 특성과 본질을 고려할 때, 시간이 지나면서 이러한 역동적이고 미래지향적인 법적 확신 개념을 포함한 국제관습법의 형성을 통해서만이 국제법도 변화 발전할 수 있다고 생각합니다.

2.4. 국가중심의 전통 국제법질서와 피해자의 권리 구제

지금까지 간략히 살펴본 국제관습법에 대한 학술적 이론들을 국제공법상 피해자의 권리 구제 체제에 투영시켜 보고자 합니다. 국제법상 국제위법행위가 있고, 이러한 행위에 귀속되는 국가는 국가책임을 부담하게 됩니다. 전통적인 국제법 하에서 권리의 주체는 오로지 국가이고 개인은 권리의 주체로 인정되지 않습니다. 따라서 일국이 국제법을 중대하게 위반하여 개인에게 손해를 가한 경우에도 피해자는 국제법

²⁴ Curtis A. Bradley (ed.), Custom's Future: International Law in a Changing World (Cambridge: Cambridge University Press, 2016) 참조.

에 기초하여 직접 가해국을 상대로 배상청구를 할 수 없습니다. 요컨대 현 국제공법 체제 내에서 개인이 국제법의 중대한 위반의 피해자로서 타국을 상대로 구제를 요청할 수 있는 수단은 매우 제한적입니다. ILC 국가책임초안 제34조는 국제위법행위로 인한 피해에 대한 배상으로 원상회복, 금전배상, 만족을 규정하고 있는데, 이는 가해국이 피해국에 대하여 국제법상 책임을 이행하는 수단을 의미하는 것으로 개인에 대한 배상의 원칙을 규정한 것은 아닙니다. 다시 말해 일반 국제공법 차원의 제도들은 국가 중심의 전통국제법적 관점에서 크게 벗어나지 못하고 있습니다.²⁵ 국가책임 초안에 관한 국제법위원회의 주석을 보면 개인을 실체적 권리의 주체로 하는 국제인권법을 포함하여 국제법 전 영역을 적용 대상으로 한다는 점에서 고무적이지만, 국가책임의 추궁 주체로 유일하게 국가만을 다루고 있다는 한계를 노정하고 있고, 이는 자신의 국적국을 통한 구제방법 이외에는 타국을 향한 구제수단이 국제법상 극히 제한적임을 극명히 보여줍니다.²⁶ 즉 국제법의 다양한 분야의 발전에 비해 여전히 국가책임에 대한 실제적 논의는 국가중심의 전통국제법적 사고에 갇혀 있다는 비판은 여전히 유효한 것 같습니다.

일반적으로 타국으로부터 피해를 받은 개인의 권리 보호를 위한 구제책으로서 자국민을 대표하여 국가가 행사하는 외교적 보호권은 중요한 역할을 할 수 있습니다. 그러나 다른 국가가 자국민에게 피해를 입힌 것은 그 개인들의 국적국에 간접적으로 피해를 입힌 것이라는 바텔의 의제는 수세기동안 외교적 보호의 기초가 되어 왔

²⁵ Edith Brown Weiss, "Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century", *American Journal of International Law*, vol.96 (2002)

²⁶ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (2002)

고, 결국 외교적 보호권의 행사 역시 국적국의 재량에 속한다는 것이 지금까지의 일반적인 전통국제법상의 해석입니다. 이는 국제사법재판소의 Barcelona Traction 사건에서도 확인되었는데 재판소는 국제법상 국가는 외교적 보호권을 어떠한 수단으로, 어느 정도까지 행사하며, 언제 중단할 것인지를 결정할 재량적 권한을 보유하고 심지어 해당 사안과 무관한 정치적 고려에 따라 외교적 보호권을 행사할 수 있다고 보았습니다.²⁷ 그러나 이러한 외교적 보호권에 관한 전통적인 견해는 국제법 규범들간의 불일치를 야기할 수 있습니다. 오늘날에는 다수의 국제인권 조약들은 국가의 위법행위에 피해를 입은 개인에게 배상을 포함한 적절한 구제조치를 취할 것을 규정함으로써 국가 대 국가가 아닌 가해국 대 피해자 개인의 관계를 다루어 왔습니다. 하지만 외교적 보호권의 주목적이 국제위법행위로 인한 피해 국민의 보호에 있음에도 불구하고, 여전히 외교적 보호권의 행사에 관한 모든 사항은 국적국의 재량에 일임되어 있다는 견해에는 변함이 없습니다. 실례로 제2차 세계대전 종전 이후 연합국은 일괄타결방식을 통해 외교적 보호권을 행사하였습니다. 문제는 일괄타결방식을 채택하여 협정을 체결하는 것은 국가이지만 그에 의하여 영향을 받는 것은 개인의 권리라는 점입니다. 이에 대해 ILA는 2006년 최종보고서를 통해 기본적으로 개별 국내입법이 없는 한 개인의 권리를 처분하고 일괄타결협정을 통해 수령한 자금의 배분 역시 국가가 전속적인 재량권을 가지는 것이 현 실정 국제법의 내용이라고 밝힌 바 있습니다. ILC는 2006년 작업을 종료한 외교적 보호 초안을 통해 이러한 모순을 해소할 기회가 있었고, 실제로 외교적 보호에 관한 특별보고관

²⁷ Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (New Application: 1962)(Belgium v. Spain) Judgment, ICJ Reports (1970).

존 두가가 제출한 첫 보고서는 강행규범 위반의 상황에서는 국적국에 자국민을 대신하여 외교적 보호권을 행사할 의무를 부과하는 조항을 포함하고 있었습니다. 하지만 더 많은 국가관행과 법적확신이 필요하다는 당시 위원회의 일반적 견해에 따라, 이 조문안은 철회되었습니다.²⁸ 외교적 보호초안 제19조는 권고적 실행(Recommended Practice)라는 다소 특이한 표제 하에 가능한 피해를 입은 개인의 입장에서 요구하는 외교적 보호의 행사와 배상이 무엇인지를 국가는 참작하여야 한다고 규정하고 있습니다. ILC는 주석을 통해 본 조항이 국가관행을 반영한다거나 국제관습법의 지위를 가지고 있다고 보기는 어렵다고 하면서도 국가가 외교적 보호권을 행사함에 있어 향후 고려해야 할 권고 사항임을 강조하고 있습니다.

다시 정리하자면 국가책임규정 초안과 외교적 보호초안 공히 국가가 유일한 국제법상 주체였던 전통 국제법적 질서 하에서 국가간 위법행위 발생 시 국가 대 국가 차원에서 일국이 타국에 대하여 언제 그리고 어떠한 법적 책임을 지는지에 대한 2차 규범을 조문화하는데 초점을 두어 국가책임 추궁 주체로서 개인을 다루지 않았습니다. 이는 개인이나 비국가행위자에게 국제법상 실체적 권리뿐 아니라 절차적 권리도 보장해 나가고 있는 인권, 환경, 외국인 투자 관련 국제법 분야의 발전상을 충분히 반영하지 못하는 것이라 볼 수 있습니다. 관련하여, 외교적 보호 초안 작업의 특별보고관이었던 존 두가의 견해는 진지하게 검토해 볼만합니다.

“국가가 원할 때, 그리고 국가가 원하는지 여부에 따라, 국민을 보호할 국가의 권리라는 것은 현대 국제법과 동떨어진 것이다. 인권조약의 당사국이 관할권 내 모든

²⁸ John Dugard, “Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission”, Australian Yearbook of International Law, vol.24 (2005).

사람에게 협약상 권리의 침해에 대한 실효성 있는 보호를 보장하고 더 나아가 적절한 구제수단을 제공해야 할 것이 요구된다면, 자국민이 외국에서 가장 기본적인 인권을 심각하게 침해당했을 때, 국적국은 해당 국민을 보호해야 할 의무가 있음은 당연하다. 이는 강행규범의 중대한 위반의 경우에 특히 그러하다.”²⁹

이미 우리나라 헌법재판소는 이러한 관점을 반영한 판결을 내린 바 있습니다. 2011년 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인 사건에서 앞서 언급한 외교적 보호초안 제19조를 적극적으로 해석하여 피해자의 입장을 고려하였습니다. 그리고 해당 조문을 기초로 하여 분쟁해결절차로 나아갈 의무를 인정한 바 있습니다.³⁰

2.5. 소결

국제법의 해석 및 적용에 있어 국내 법원과 국제법학자들은 상당히 보수적인 입장을 취해왔던 것이 사실입니다. 그러나 국제법의 파편화 현상과 함께, 다양한 분야에

²⁹ Ibid.

³⁰ 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정. 해당 결정 전문은 다음과 같습니다.

(다) 기본권의 구제가능성: ... 2006년 유엔 국제법위원회에 의해 채택되고 총회에 제출된 ‘외교적 보호에 관한 조문 초안’의 제19조에서도, 외교적 보호를 행사할 권리를 가진 국가는 중대한 피해가 발생했을 경우에 특히 외교적 보호의 행사가능성을 적절히 고려하여야 하고, 가능한 모든 경우에 있어서, 외교적 보호에의 호소 및 청구될 배상에 관한 피해자들의 견해를 고려해야 함을 권고적 관행으로 명시하고 있다. 그런데 청구인들은 이 사건 심판청구를 통하여 피청구인의 작위의무의 이행을 구하고 있으므로 피해자들인 청구인들의 의사는 명확하다 할 것이고, 앞서 살펴 본 이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 여성들에 대한 유례 없는 인권침해에 경악하면서 일본에 대하여 공식적 사실인정과 사죄, 배상을 촉구하고 있는 일련의 국내외적인 움직임을 종합해 볼 때, 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차로 나아갈 경우 일본국에 의한 배상이 이루어질 가능성을 미리 배제하여서는 아니된다.

서 지속적으로 변화 발전해 가고 있는 국제규범들을 해석하거나 또는 관련 국제법 원칙들이 반영된 국제관습법의 존재를 확인함에 있어 그 적용 당시의 구체적인 상황과 맥락이 적극적으로 고려될 필요가 있다고 생각합니다. 오늘날 국제법은 과거 예상하지 못했던 다양한 분야로 국제화(internationalization)되어 가고 있고, 이러한 변화는 앞서 살펴본 국가 중심의 전통적 국제법 하의 국가책임 및 외교적 보호에 대한 국제관행에도 상당한 영향을 주면서 새로운 미래의 국제관습법을 점진적으로 형성해 나가 것을 요청받고 있기 때문입니다. 외교적 보호권에 관한 우리나라 헌법재판소의 2011년 판결 역시 그러한 예 중 하나가 될 것입니다.

이미 살펴본 바와 같이 주권면제론의 경우에도 각국의 실행을 보면 국제인권법적 요소가 고려되어야 한다는 주장들과 이를 위한 노력이 지속적으로 제기되고 있습니다. 국제법상 실체법과 절차법의 적용 영역이 각기 다르다고 하더라도 제한적 주권면제의 실행이 국제인권법의 발달과 국제법의 인권 중심적 변화 가운데에서 언제까지나 예외일 수는 없습니다.

개별 국가들의 실행은 부득이 특정 상황에서의 법 해석과 적용에 관한 해석의 불일치나 충돌을 종종 야기하고, 이는 국제법이 가지는 기본적인 법적 성격을 이해한다면 극히 자연스러운 일일 수 있습니다. 더구나 주권면제의 예외와 제한은 외교 협상 회의의 결정, 국제적 사법·중재 기관의 선언을 통해서 발전해 왔다가 보다는 대부분의 경우 개별 국가의 국내 입법과 법원 판결을 통해 변화하고 형성되어 왔습니다. 어쩌면 하나의, 때로는 고립된 국내 법원 판결을 통해서 점차 국제사회의 주류로 발전해 나갈 수도 있다는 것입니다.

국제인권법 또는 국제인도법의 중대한 위반을 이유로 제소된 경우 항상 주권면제의

예외가 인정되어야 한다는 국제관습법이 현재 존재하지 않지만, 반대로 같은 경우 반드시 주권면제가 인정되어야 하는 국제관습이 있는지 역시도 불명확하고 불완전한 것이 사실입니다. 그러나 이러한 논의가 주된 쟁점이 되어서는 안됩니다.

핵심은 만약 국제범죄 피해자의 실효적인 구제를 막고, 다른 구제 수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서는 최소한 피해자의 사법에 접근할 권리(Right to Justice) 내지 자국 법원에서 재판을 받을 권리가 오늘날 국제관습법으로 확인되고 보장받을 수 있는지 여부라고 생각합니다. 이러한 국제법상의 피해자의 권리가 확립된 국제관습법으로서 존재한다면 기존의 불완전한 주권면제에 관한 국제관습법은 그 적용에 있어 예외를 인정함이 바람직하기 때문입니다. 이러한 측면에서 보면, 주권면제 원칙을 옹호하면서 심각한 인권침해의 피해자들에 의한 재판청구권을 배척 하였던 국제사법재판소 판결의 수용을 이탈리아 헌법재판소가 재판을 받을 권리를 침해하는 것으로 위헌이라고 판시한 것은 유의미하다고 볼 수 있습니다.

유엔총회는 이미 2005년 “국제인권법의 중대한 위반행위와 국제인도법의 심각한 위반행위의 피해자 구제와 배상에 대한 권리에 관한 기본원칙과 가이드라인”(이하 피해자 권리 기본원칙)을 채택한 바 있습니다. 해당 원칙은 기본적으로 첫째, 평등하고 유효한 사법에 접근할 권리 (재판을 받을 권리 및 가해자 처벌 문제를 포함) 둘째, 손해에 대한 충분하고 유효하며 신속한 배상을 받을 권리, 그리고 마지막으로 셋째 진실을 알 권리(배상 제도에 관한 정보 접근 뿐만 아니라 진상규명, 기록과 추모 포함)를 피해자의 기본적인 권리로 적시하고 있습니다. 이하에서는 절을 바꾸어 이러한 국제인권법상의 피해자의 권리가 실효성 있는 국제규범(국제관습법 포함)인지 여부를 국제인권법의 발전 과정을 통해 살펴보려고 합니다.

3. 국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근

3.1. 현대 국제인권법의 특징

오늘날은 인권의 시대라 하여도 과언이 아니며, 세계인권선언이 채택된 1948년 이래로 국제인권법은 그 적용 분야를 넓혀왔고, 이에 발맞추어 다양한 인권 분야를 규율 하는 국제조약들의 숫자도 증가해 왔습니다. 이와 같이 유엔을 중심으로 국제사회는 지난 70여 년간 다양한 분야의 인권개념을 법제화하는 인권의 국제화를 위해 노력해 왔고 이는 현재도 진행형이지만, 1990년대 이후로는 개별국가들이 국제인권규범을 어떻게 이행해 나가는가 하는 인권의 내재화에 더욱 많은 관심을 가져오고 있습니다. 그리고 이러한 인권의 국제화 및 내재화 과정을 통해 주권개념에 관한 이해도 점진적으로 변화해 왔습니다. 적어도 국제인권법상 타국으로부터 간섭을 받지 않을 국가의 권리로서의 주권이라는 개념은 점차적으로 개별 국가의 국민들의 기본권 역시 보장해야 한다는 국가의 의무로서의 주권으로 그 개념 범위를 확장 발전시켜 왔습니다. 결국 인권과 주권의 관계는 오늘날 상호보완적인 것으로 이해되어야 한다고 봅니다. 인권의 보호와 증진이 동시에 주권의 존중을 의미할 수 있기 때문입니다. 다시 말해 개별 국가는 인권의 가해자로서가 아닌 자국 국민의 인권을 보호할 보장자로서 인식되어야 하며, 같은 맥락에서 주권의 존중은 기본적인 인권의 보호를 통해 실현될 수 있다는 것입니다. 한편 오늘날 유엔 인권메커니즘의 발전 과정은 제2차 세계대전 이후 그 외연을 넓혀 온 국제인권법과 국제형사법과의 상호보완적 관계를 극명하게 보여주기도 합니다. 즉 심각한 인권침해 문제가 있는 국가의 경우에는 비록 특별히 무력충돌이 발생하지 않은 상황일지라도, 유엔이 직접 개입할 수 있으며, 인권침해의 가해자에 대한 불처벌(impunity) 관행을

국제사회가 더 이상 용인하지 않을 것임을 밝히고 있습니다. 인권규범의 국제화와 이에 따른 주권개념의 축소 내지 변화, 보호책임 원칙의 등장과 국제형사재판소의 설립 그리고 심각한 인권침해 행위에 대한 개인의 형사책임 추궁 등으로 이어지는 1990년대 이후의 국제인권법 및 국제형사법의 발전 과정은 양 규범들이 얼마나 상호 유기적이며 밀접한지를 보여주고 있습니다.

3.2. 국제인권법상 피해자의 권리

“잘못된 것을 바로잡는 것은 모든 법체계에서 인정되고 적용되는 법의 일반원칙이자 관습법규를 구성하는 기본적인 법적 원칙”이다.³¹ 이러한 일반원칙은 제2차 세계대전 이후 개인의 권리를 확인하고 이를 보호해야 할 국가의 의무를 정하는 국제인권법의 발전과 함께, 인권침해에 대해 구제를 받을 피해자의 권리와 이를 보장해야 할 국가의 의무로 확장되었고, 그러한 규범적 근거를 유엔 및 지역기구에서 채택된 인권조약과 선언에서 찾을 수 있습니다. 세계인권선언 제8조는 ‘모든 사람은 헌법 또는 법률이 부여한 기본적 권리를 침해하는 행위에 대하여 권한 있는 국내법정에서 실효성 있는 구제를 받을 권리를 가진다’고 하여 이후 채택되는 당사국에 법적 구속력 있는 국제인권조약상 ‘실효성 있는 구제를 받을 권리’의 인권적 기초를 제공하였습니다. 유럽인권협약 제13조도 ‘실효적 구제를 받을 권리’를 규정하고 있습니다. 특히 ‘공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도’라는 문구를 포함하여, 인권침해의 행위 주체가 공권력이라 하더라도 책임을 면할 수 없음을 분명히 하였고 이는 국가 중심의 전통적인 국제법질서에 새로운 관점과 규범을 제기하는

³¹ M. Cherif Bassiouni, “International Recognition of Victim’s Rights”, Human Rights Law Review Vol.6 no.2 (2006).

국제인권법의 특징을 보여준다고 할 수 있습니다. 또한 미주인권협약은 명시적으로 인권침해 피해 배상(reparation)에 대한 국제법 일반의 기본원칙을 구체적으로 재확인하였고, 이후 인권침해 피해자의 구제에 대한 권리 개념의 발전에 중요한 영향을 미쳤다고 평가받고 있습니다.³² 아프리카의 경우 1998년 채택된 아프리카 인권법원 의정서에서 ①인권침해가 인정될 때, 공정한 배상금의 지급 또는 (다른 형태의) 배상(reparation) 등 적절한 구제 명령을 내려야 하며, ②회복할 수 없는 피해를 막기 위해 필요한 경우 임시조치를 취해야 한다는 내용의 규정(제27조)을 담고 있습니다.

자유권규약 제2조 제3항과 인종차별철폐협약 제6조 역시 피해자가 ‘공정하고 적절한 배상 또는 만족’을 ‘법원에 청구할 권리’를 명시적으로 보장하고 있습니다. 고문방지협약은 피해자의 구제에 대한 권리를 ‘재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리’(제14조)임을 확인하여, 피해에 대한 배상(reparation)이 금전적 배상(compensation)뿐 아니라 재활 등 피해 회복에 필요한 다른 조치까지 포함하는 것으로 열어 놓고 있습니다. 가장 최근에 채택된 2006년 강제실종방지협약은 지난 반세기 동안의 인권운동과 유엔 및 지역 차원의 인권 침해 구제에 대한 경험을 토대로, 피해자의 권리를 가장 포괄적으로 조문화 하였는데 이후 살펴볼 2005년 유엔 피해자 권리 기본원칙을 반영하였다고 보는 것이 일반적입니다.

³² I. Bottiglierio, “Evolution of the Victims’ Right to Redress through International Human Rights Law, Jurisprudence and Standards”, in Redress for Victims of Crimes Under International Law (2004) p.136.

인권조약기구 및 지역인권법원의 실행을 보더라도 이러한 피해자의 권리가 구체화된 측면을 확인해 볼 수 있습니다. 특히 자유권위원회, 미주인권법원, 유럽인권법원의 구제에 대한 판례, 결정례, 해석지침을 검토해 보면, ①국제인권법상 실효성 있는 구제에 대한 권리가 단지 표제에 불과한 것이 아니라 당사국에 구체적인 의무를 부과하며, ②실효성 있는 구제는 인권침해 사건의 성격에 따라, 금전적 배상 이외에도, 사건에 대한 철저한 수사, 기소, 가해자의 처벌, 그 절차에 대해 피해자가 알 수 있도록 하는 것, 원상회복, 재할, 인간존엄의 회복을 위한 만족, 재발방지 보장을 위한 조치들을 요구하는 것으로 해석하는 것이 국제인권법상 피해자의 구제에 대한 권리의 현재임을 알 수 있습니다.

3.3. 유엔 피해자 권리 기본원칙

2005년 12월 유엔총회에서 만장일치로 채택된 피해자 권리 기본원칙은 그 전문에서 국제법상의 새로운 권리와 의무를 창출하는 것이 아니라, 국제인권법과 국제인도법상 이미 인정되고 있는 피해자의 권리를 확인하고, 이에 대한 국가의 법적 의무를 이행할 수 있는 절차와 방법들을 한데 모은 것으로 이 문서의 법적 성격을 설명하고 있습니다. 이러한 인권침해 피해자의 권리에 관한 논의는 유엔인권소위에서 1989년 처음 다루어지기 시작하였는데 이는 식민주의를 벗어나 독립한 국가뿐만 아니라 냉전 시기를 지나 권위주의정권으로부터 민주정부로 전환한 동유럽 및 라틴아메리카국가들이 80년대 말과 90년대 초 대거 등장하면서, 정치적 격변을 겪은 전환기 사회에서 과거 국가에 의해 발생한 심각한 인권침해 행위와 피해자 개인의 배상 문제를 어떻게 다룰 것인가 하는 실천적 과제가 국제사회의 전면에 대두된 것과도 무관하지 않습니다. 이후 유엔인권위원회는 인권침해 피해자를 위한 배상에 대한

연구를 본격적으로 시작하였고,³³ 마침내 20년 가까운 논의와 연구를 거쳐 피해자 권리 기본원칙이 채택됩니다.³⁴

본 원칙은 피해자의 권리를 ①사법에 대한 권리, ②배상(reparation)에 대한 권리, ③진실에 대한 권리로 크게 분류하고, 각 권리 아래 보다 상세한 권리 목록을 제시하고 있습니다. ‘평등하고 효과적인 사법에 대한 접근’을 표제로 하는 사법에 대한 권리는 제12조에서 규정하고 있듯이 실효성 있는 사법적 구제에 대해 평등하게 접근할 수 있는 권리를 기본으로 하되, 행정적 구제, 국내법에 근거한 다른 장치와 절차들에 대한 접근을 포함합니다. 개별적으로 권리구제 절차에 대해 접근할 수 있도록 보장하는 것 이외에도, 동 원칙은 국가들이 집단적 배상 청구를 할 수 있는 절차를 개발해야 한다고 제시하고 있습니다. 앞에서 보았듯이 유엔인권기구와 지역인권법원은 피해자의 배상에 대한 권리를 배상금 지급을 넘어, 인권침해로 입은 피해를 실질적으로 회복하고 상황을 시정하는 데 필요한 조치들을 포함하는 권리로 실제 해석해 왔습니다. 피해자 권리 기본원칙 역시 이러한 법리의 발전에 기초하여, 배상에 대한 권리가 충족되기 위해서는 피해자에게 각 사건 피해의 중대성과 각 사건의 상황을 감안하여 ①원상회복(restitution), ②금전적 배상(compensation), ③재

³³ UN, Commission on Human Rights, Study Concerning the Rights to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, Final Report Submitted by Mr. Theo Van Boven, Special Rapporteur, (1993) UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8.

³⁴ UN GA, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, (16 Dec. 2005) UN Doc. A/60/509/Add.1, in (Mar. 2006) A/RES/69/147.

활(rehabilitation), ④만족(satisfaction), ⑤재발방지 보장(guarantee of non-repetition)과 같은 완전하고 실효성 있는 배상을 위한 조치가 제공되어야 한다고 제시하고 있습니다.

이와 같이 피해자 권리 기본원칙은 주요 국제인권조약에 규범적 근거를 가진 ‘실효성 있는 구제에 대한 피해자의 권리’와 관련된 법리의 발전을 반영하여 집대성한 문서로서 큰 의의를 가집니다. 동 원칙이 피해자의 구제권에 관한 실정 국제법원칙을 확인하여 shall, 그리고 right, obligation, 또는 duty라는 용어를 사용하여 표현하고 있는 권리와 의무는 여러 인권 조약과 국제인권문서에 흩어져 있고 국제재판소, 지역인권법원 및 국내 법원의 판결 등을 통해 산발적이고 비체계적으로 확인되어 온 피해자의 구제권을 단순히 한 곳에 모아 놓은 것에 그치지 않으며, 피해자를 중심에 놓고 기존의 주요 인권 조약과 인권 문서에 담긴 피해자의 구제권의 실체적 내용을 체계적으로 정리하여 구체화하고 있습니다. 즉 피해자 권리 기본원칙은 유엔 총회의 결의로 채택된 문서라는 형식적인 이유 때문에 무시될 수 없으며 오늘날 국제관습법으로 전화(轉化)되었다고 봄이 상당합니다.

3.4. 소결

지금까지 살펴본 바와 같이 주요 국제인권조약들은 인권침해 피해에 대해 실효성 있는 구제를 받을 권리를 독립적인 인권으로 인정하고 있습니다. 자유권규약 제2조 제3항의 ‘실효성 있는 구제에 대한 권리’는 의무이탈이 불가능한 권리라는 것이 자유권위원회의 해석이기도 합니다.³⁵

³⁵ Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc.

국제인권법상 피해자의 권리는 실효성 있는 구제를 제공해야 할 작위의 의무와 실효성 있는 구제에 대한 피해자의 권리 실현을 저해하지 않아야 할 부작위 의무, 두 가지 모두를 국가의 의무로서 요구하고 있습니다. 일차적인 인권침해로 국제인권법을 위반한 국가가 그 피해에 대해 피해자 권리 기본원칙에 기반해 실효성 있는 구제 제공의 의무를 다해야 함은 기본입니다. 그렇다면, 다른 국가에는 아무런 의무도 부과하지 않는 것인가란 질문이 제기될 수 있을 텐데, 일차적인 인권침해 가해국이 아니라 하더라도, 어떠한 국가든지 자국 관할권 내에 있는 피해자들의 실효성 있는 구제에 대한 권리를 존중해야 할 의무가 있다고 해석됩니다. 나아가, 자국 관할권 내에 있는 피해자들이 효과적 구제를 받지 못 한 채 인권침해로 인한 피해로 계속 고통을 받고 있다면, 피해자의 사법에 대한 권리, 배상에 대한 권리, 진실에 대한 권리를 존중, 보장받을 수 있도록 지원해야 할 적극적 의무도 지게 된다고 볼 수 있습니다.

사법, 배상, 진실에 대한 권리가 실현되고 피해자의 존엄이 회복되지 않는 한, 인권 침해는 과거사가 아닌 현재진행형의 사건이 된다는 관점에서 국가와 국제사회의 책임을 다시 상기해야 할 것이라 생각합니다. 즉 오늘날 국제인권법은 심각한 인권침해 행위에 대해 인도적 도의적 대응 및 정치적 고려에 따른 판단이 아닌 국제 인권적 시각에 기반을 둔 법적 구제를 요구할 수 있어야 한다고 규정하며, 동시에 국가를 향해 이를 보장할 의무가 있음을 천명하고 있습니다. 특히 인권침해 행위가 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄, 또는 제노사이드에 해당한다면 더욱 그러할 것입니다.

CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para.13.

앞서 제2절에서 살펴보았듯이 국가책임은 여전히 국가에 의해 다른 국가의 책임을 추궁하고 시정하는 제도로 기능해 왔고, 외교적 보호권의 행사는 국가의 전속적 재량권으로 보는 것이 전통국제법상 통용되는 해석임은 맞습니다. 그러나 세계인권선언 채택 이후 그 어떤 국제법 영역보다도 끊임없이 그리고 활발히 발전되어 온 국제인권법의 발달과정과 현재 국제인권법의 지위를 고려한다면 적어도 심각한 인권침해 행위에 대해서는 국가 대 국가의 문제를 벗어나 보편적 국제인권문제라는 인식하에, 실효성 있는 피해자의 권리 구제가 보장될 수 있도록 할 의무가 개별 국가에 있습니다. 피해자 권리 기본원칙을 통해서 알 수 있듯이 피해자 중심의 권리보장체제는 추상적 개념이 아닌 매우 구체적 내용을 가지고 있는 국제인권법상 국제관습법으로 확립되어온 원칙입니다. 국가가 인권침해 피해자와의 만남을 통해 그들의 이야기를 듣고 원하는 바를 이해한다는 절차적 정당성만을 의미하는 것이 아니라는 것입니다.

4. 결론

주권면제론은 각국의 실행을 통해 확립된 국제관습법상의 법리입니다. 그러나 동시에 주권면제론은 국제법상 불변의 확고한 원칙으로 받아들여지기 보다는, 개별 국가의 국가실행을 통해 발전 및 변화해 왔음을 알 수 있습니다. 특히 제한적 주권면제론으로의 발전 과정은 주권면제론이 가지는 관습법적 성격을 분명히 보여주고 있습니다.

한편 국제인권법이나 국제인도법을 심각하게 위반한 경우 주권면제와의 관계를 논함에 있어 지금까지 국제사법재판소와 대다수 국가의 국내 법원은 주권면제의 예외를 인정하지 않은 것이 사실입니다. 이는 주로 국제법의 정태적 측면, 즉 현 국제법

상황을 반영하여 주권면제를 인정해 온 것으로 보입니다. 즉 국가주권 존중이라는 국가 중심의 국제법 원칙을 준수한 것으로 이해할 수 있습니다. 그러나 주권면제 적용에 관한 상반된 국가실행이 상존함에도 불구하고 몇몇 면제 예외를 새로운 국제관습법의 일부라고 주장하는 것만큼이나 반대로 면제를 인정한 판결을 근거로 국제관습법의 명확한 부존재를 증명하는 것도 공히 설득력이 없어 보입니다. 오늘날 강행규범의 내용과 범위가 여전히 불명확한 것처럼 주권면제의 국가실행을 보면 그 내용과 범위 역시 확정적이지 않다고 보는 것이 맞지 않나 생각되기 때문입니다.

유엔 국제법위원회가 최근 제출한 국제관습법 확인에 관한 결론초안은 그 성안 과정을 통해 1)일반적인 국가실행에 대한 대표성의 문제, 즉 국제관습법 형성에 대해 규범 제정자(Norm Maker)가 따로 있고, 대다수 국가들은 규범 준수자(Norm taker)의 역할만 맡게 된다는 비민주적인 국제사회의 구조에 대한 비판부터 2)법적 확신의 개념의 재구성 문제, 즉 회고적 성격의 국가실행과 법적 확신의 굴레에서 벗어나 역동적이고 미래지향적인 법적 확신 개념을 통한 국제관습법 형성만이 현대 국제법체계를 변화 발전시킬 수 있다는 주장까지 정치한 논의들을 낳았습니다. 이는 피해자의 권리 구제에 매우 제한적인 국가중심의 전통 국제법질서 하에서 현대 국제인권법적 요소를 반영한 새로운 국제관습법의 형성 필요성과도 맥을 같이 합니다.

이미 주요 국제인권조약들은 인권침해 피해에 대해 실효성 있는 구제를 받을 권리를 독립적인 인권으로 인정하고 있습니다. 더 나아가 2005년 채택된 유엔 피해자 권리 기본원칙은 이러한 피해자의 구제권에 관한 실정 국제법원칙을 확인하는 것에 그치지 않고, 피해자를 중심에 놓고 기존의 주요 인권 조약과 인권 문서에 담긴 피해자의 구제권의 실제적 내용을 체계적으로 정리하여 구체화하였습니다. 유엔 피해

자 권리 기본원칙은 오늘날 추상적 개념이 아닌 매우 구체적 내용을 가지고 국가 실행과 법적 확신을 통해 국제관습법으로 전화(轉化)되었다고 생각합니다.

많은 국가들이 제한적 주권면제론을 취하지만 구체적으로 어떠한 행위가 주권면제를 인정받는지에 대해서는 입장 차이가 있음은 이미 본 의견서를 통해 강조한 바입니다. 같은 맥락에서 국제인권법과 국제인도법의 분야에 있어서 주권면제의 적용범위와 예외에 관한 국제관습은 현재 불확실하고 불분명해 보입니다. 그런 반면, 적어도 심각한 인권침해 피해자의 실효적인 구제를 막고, 다른 구제 수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서만큼은 최소한 피해자의 사법에 접근할 권리(Right to Justice) 내지 자국 법원에서 재판을 받을 권리가 오늘날 국제관습법으로 확인되고 보장받을 수 있다고 생각합니다. 따라서 이와 같이 국제법상의 피해자의 권리가 확립된 국제관습법으로서 존재한다면 기존의 불완전한 주권면제에 관한 국제관습법은 그 적용에 있어 예외를 인정함이 바람직하다고 믿습니다.

모쪼록 심각한 인권침해 피해자인 청구인들이 이 사건 소송을 통해 피고 일본국의 일본군 '위안부'에 대한 진실과 법적 책임을 명징하게 밝힐 수 있는 기회가 열릴 수 있기를 간절히 바랍니다. 이번 사건에서 국민들의 법적 권리를 구제한다는 법원의 존재이유에 합당한 위대한 결정을 내려줄 것으로 굳게 믿습니다.

감사합니다.

2020.07.

위 의견진술인

백 범 석 