

서울중앙지방법원 2016가합580239 판결 선고 자료

2021. 4. 21. 10:00

서울중앙지방법원 제15민사부

아래 내용은 판결 선고시 재판부의 판결 이유를 설명하기 위한 목적에서 작성된 것으로서, 실제 판결문과는 구체적인 표현, 판단 순서 등이 다를 수 있습니다. 이 자료는 판결 내용 중 일부를 구성하지도 아니하고, 단지 참고용으로만 사용되어야 하며, 자세한 판결 이유는 판결문을 참고하기 바랍니다.

1. 사안의 개요

가. 원고들의 청구와 이 사건의 진행 경과

(1) 원고들의 청구 내용과 이 사건의 쟁점

- 故 광○○ 등 위안부 피해자 16인(이하 '이 사건 피해자들')의 일부 본인과 사망한 경우 그 상속인 등 20인이 피고 일본국을 상대로 하여, 피고가 1930년대 후반부터 1940년대 초반까지 국내에서 이 사건 피해자들을 기망·협박·납치 등 위법한 방법으로 위안부로 차출하여, 중국, 일본, 대만 또는 필리핀 등 일본군 점령지역 내에 설치된 위안소에 배치하여 강제로 일본 군인들과 성관계를 갖도록 한 것에 관하여, 민사상 불법행위로 인한 손해배상을 청구하는 사건임
- 피고에 대한 국가 면제 인정 여부가 선결적인 쟁점이 되고, 피고에 대한 국가 면제 여부는 피고에 대한 대한민국 법원의 대인적 재판권의 문제로서 소송요건임 ➡ 만약 피고에 대하여 국가 면제가 인정되면 이 사건 소는 부적법하게 됨

(2) 사건의 진행 경과

- 법원은 피고에 대한 소장부분의 송달을 「민사·상사의 재판상 및 재판외 문서의 해외

송달에 관한 헤이그협약」에 따라 중앙당국에 의한 송달방법과 외교경로에 따른 송달 방법에 의한 송달을 시도하였으나 피고가 이를 거부함 ➡ 민사소송법 제194조 제1항에 의하여 공시송달에 의한 방법으로 소송이 진행됨

- 당초 이 사건은 2020. 11. 11. 변론을 종결하고, 2021. 1. 15. 선고 예정이었으나, 국가면제와 관련하여 추가적인 심리가 필요한 사항이 발견되어, 2021. 1. 11. 변론을 재개하고, 2021. 2. 19. 서면으로 추가로 심리가 필요한 사항에 관하여 석명준비명령을 하였음
- 2021. 3. 24. 제8회 변론기일에서 석명준비명령에 대한 원고 측의 주장을 포함한 변론을 듣고, 변론을 종결하였음
- 이 사건 심리 과정에서, 원고 측의 신청에 따라 국내외 전문가들의 의견서가 제출되었고, 국제법 전문가 증인 백범석에 대한 증인 신문이 이루어졌음.
- 법원은 여성가족부와 외교부에 대한 사실조회를 통하여 화해치유재단의 사업 진행 내용, 그 청산 이후 일본과의 협의 진행 내용, UN 국가면제협약 가입 등에 관한 입장 등 이 사건 심리에 필요한 사실관계를 심리하였으며, 이 사건의 법률적 쟁점과 관련된 외국의 법률과 판례를 가능한 범위 내에서 폭넓게 검토하였음

나. 국가 면제에 관한 원고들의 주장 요지

대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결

“국제 관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다.”(이러한 법리를 제한적 면제론이라 함)

원고들은, 제한적 면제론, 즉 외국의 비주권적 행위에 대하여는 국가 면제를 인정하지 아니하고, 주권적 행위에 대하여는 국가 면제를 인정하는 법리를 전제로, 이러한 국가 면제에 관한 국제 관습법임을 전제로 다음과 같은 이유에서 피고에 대하여 국가 면제가 인정되어서는 안된다고 주장함

- ① 주권적 행위에 해당하지 아니한다는 주장
 - 피고의 행위는 강행규범을 위반한 반인도적인 행위로서 ‘국가의 주권적 행위’라고 불

수 없고,

- 피고 법원의 판결에 의하면, 피고의 행위는 적어도 피고와 위안소 경영에 관하여 계약을 체결한 민간업자의 공동불법행위에 해당한다는 것이어서, 이는 상업적 행위로서 주권적 행위가 아니므로, 피고에 대하여 국가 면제가 인정될 수 없음

○ ② 제한적 면제론에 입각한 국제 관습법을 이 사건에 적용한 결과 이 사건 소를 각하여 원고들에 대한 권리구제를 거부하는 것은 원고들의 재판청구권과 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 것으로서 대한민국의 헌법질서에 부합하지 아니하므로 이러한 국제 관습법이 이 사건의 재판규범이 될 수 없다고 주장하면서 그 근거로,

- 국제 관습법이 이 사건에 적용될 재판규범이 되기 위하여는 대한민국 헌법 질서에 부합하여야 하는데, 위안부 피해자들이 일본과 미국 법원에서 피고를 상대로 제기한 소송은 모두 패소 확정되어, 대한민국 법원에 소 제기가 원고들에 대한 최후의 권리구제수단이 됨 ➡ 이 사건에 관하여 피고에 대하여 국가 면제를 인정하여 원고들의 이 사건 소를 각하하는 것은 원고들에 대한 최후의 권리 구제 수단을 거부하는 결과가 됨

- 2015. 12. 28. 한·일 합의는 대한민국과 피고 사이의 공식적인 조약이 아닌 정치적 합의에 불과할 뿐만 아니라 피해자들의 의사를 제대로 반영하지 못하는 등 중대한 실체적, 절차적 하자가 있으므로 외교적 보호권 행사에 있어서 재량권을 일탈·남용한 것임. 따라서 그에 따라 설립된 화해·치유재단의 현금 지원사업도 원고들에 대한 대체적 권리구제수단이 될 수 없다는 것을 들고 있음

○ ③ 상호주의 원칙에 따라 피고에게 국가 면제가 인정되어서는 안된다는 주장

- 피고는 「외국에 대한 민사재판권에 관한 법률」(外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律)을 제정하였는데, 제10조는, 사망 또는 상해 등 인신 손해를 초래한 외국 등의 행위 전부 또는 일부가 일본 영토 내에서 이루어진 경우 그 손해배상청구 소송에 관하여 외국에 국가 면제를 인정하지 아니하도록 정하고 있으므로, 만약 대한민국이 피고 영토 내에서 불법행위를 하였다면 대한민국은 일본 법률에 따라 피고 법원으로부터 국가 면제를 인정받을 수 없을 것이므로, 그 반대의 경우에 해당하는 이 사건에서 피고에 대하여 국가 면제를 인정하는 것은 국제법상 '상호주의 원칙'에 위반되는 것이어서 허용되어서는 아니됨

다. 이 사건의 쟁점과 판단 순서

○ 대한민국은, 외국을 상대로 한 민사재판권을 행사할 수 있는 범위에 관하여 법률을

제정한 바 없고, 대한민국과 피고 사이에 상호간의 민사재판권 인정 여부에 관한 조약을 체결한 바도 없음 ➡ 이 사건에서 피고에 대한 국가 면제 인정 여부는 오로지 '국제 관습법'에 따라 판단되어야 함

- 원고들은 제8회 변론기일에서 국제 관습법 변경을 전제로 한 주장을 하는 것은 아니라고 진술하였으나, 국가 면제 인정 여부는 소송요건으로서 직권조사사항이고, 그 판단을 위한 근거로서의 국제 관습법도 국내 법률과 동일한 효력을 갖는 '규범'이어서, 법원이 당사자들의 주장에 구속되지 아니하고, 그 권한에 따라 '합리적이라고 판단하는 방법'에 의하여 국제 관습법의 내용을 조사하여야 함
- 따라서 원고들이 국가 면제에 관한 국제 관습법 변경을 전제로 한 주장을 명시적으로 하지 아니한다 하더라도, 현재 국가 면제에 관한 국제 관습법이 어떠한지를 살피는 것은 이 사건에서 원고들 주장의 당부를 판단하기 위한 전제로서의 의미도 있음

2. 판단

가. 국가 면제에 관한 현 시점의 국제 관습법

- 이 사건에서 원고들이 주장하는 피고의 불법행위 중, 위안부 차출행위는 대한민국 영토 내에서 이루어졌고, 위안소에서 위안부로 피고 소속 군인들과 그 의사에 반하여 성관계를 갖도록 한 것은 국제 인권법 등에 위반되는 행위로서 이 사건 피해자들에 대한 심각한 인권 침해가 됨
- 국가 면제의 범위와 관련되어 논의되는 쟁점 중에서, '법정지국 영토내 불법행위'에 관하여 국가 면제가 인정되는지, 강행법규 위반으로 인한 인권 침해 행위에 대하여 국가 면제가 인정되는지가 문제됨
- 이러한 쟁점에 대한 판단의 전제로서 먼저 국가 면제에 관한 ICJ 판결과 대한민국 대법원의 국가 면제에 관한 판례를 살핌.

(1) ICJ 판결 - Germany v. Italy¹⁾

- 사건의 개요
- 이탈리아 법원의 페리니 판결 ➡ 이탈리아 국적의 Luigi Ferrini는 1944. 8. 4. 독일군에 체포되어 독일의 군수공장에서 1945. 4. 20.까지 강제노역을 하였음을 들어, 이탈리

1) Jurisdictional Immunities of the State(Germany v. Italy : Greece intervening), Judgment, I.C.J. Rep. 2012, 99.

아 법원에 독일을 상대로 손해배상청구 소송 제기 ➡ 이탈리아 법원은 강행규범을 위반하는 국제범죄에 해당하는 국가의 행위에는 국가 면제를 적용할 수 없다고 보아 독일의 국가 면제 주장을 배척하고 원고 승소 판결

- 그리스 법원의 디스토모 판결 ➡ 제2차 세계대전 중 독일군의 민간인 살해 등 행위에 관하여 그 유족이 그리스 법원에 독일을 상대로 손해배상청구 소송 제기 ➡ 그리스 법원은 국제법상 강행규범에 위반한 불법행위는 주권적 행위로 볼 수 없고, 독일은 강행규범에 위반함으로써 묵시적으로 국가 면제를 포기하였다는 이유를 들어 독일의 국가 면제를 인정하지 아니하고 원고 승소 판결
- 디스토모 판결의 원고는, 이탈리아 법원에 이탈리아 영토 내에 위치한 독일 정부 소유 재산(Villa Vigoni)에 대한 강제집행 승인신청을 하였고, 이탈리아 법원은 이를 승인함
- 독일은 2008. 12. 23. 이탈리아 법원이 페리니 판결을 선고하고, 그리스 법원의 디스토모 판결에 기한 강제집행을 승인함으로써, 국가 면제에 관한 국제법을 위반하였다고 주장하며 이탈리아를 국제사법재판소에 제소하였음
- 이에 대하여 이탈리아는 독일군의 행위가 국가의 주권적 행위에 해당한다고 하더라도, ① 법정지국 영토 내에서 발생한 살인, 상해 또는 재산상 손해와 같은 불법행위에 대하여는 국가 면제를 원용할 수 없고, ② 인권에 관한 국제 조약 등 강행법규를 심각하게 위반한 행위에 대하여는 국가 면제를 주장할 수 없으며, ③ 원고들에게 다른 권리구제수단이 없어서, 독일을 상대로 이탈리아 법원에 손해배상청구 소송을 제기하는 것이 원고들의 최후의 권리구제수단이 되므로 독일에 대하여 국가 면제가 인정되어서는 아니된다고 주장하였음
- ICJ 판결의 다수의견
- ICJ는 2012. 2. 3. 재판관 15인 중 12:3의 다수의견으로 이탈리아의 주장을 모두 배척하고, 독일에 대한 국가 면제가 인정되어야 한다고 판단함
 - 이탈리아가 주장하는 ‘무력 분쟁 과정에 법정지국의 영토 내에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위’, ‘강행법규 위반으로 인한 심각한 인권 침해 행위’에 관하여 국가 면제를 부정하는 것이 각국의 입법 판결 등에 의하여 일반적인 관행에 이를 정도로 뒷받침된다고 볼 수 없고, 오히려 대다수 국가의 법원은 이러한 사안에 대하여도 국가 면제를 인정하고 있음

- 최후 수단 주장에 관하여, 외국을 상대로 자국 법원에 소송을 제기하는 것이 '최후 수단'인지 여부가 외국에 대한 국가 면제 인정 여부의 기준이 될 수 없다는 이유를 들어 이탈리아의 주장을 배척하면서, 피해자로서는 이탈리아 정부의 독일 정부와 외교적 협상에 의하여 권리 구제를 기대할 수 있을 것이라는 판단을 덧붙였음

(2) 대한민국 대법원의 판결

- 대법원 1975. 5. 23.자 **74마281 결정** : “국가는 국제관례상 외국의 재판권에 복종하지 않게 되어 있으므로 특히 조약에 의하여 예외로 된 경우나 스스로 외교상의 특권을 포기하는 경우를 제외하고는 외국 국가를 피고로 하여 우리나라가 재판권을 행사할 수 없[다]”고 판단함 : 절대적 면제론(외국의 행위가 주권적 행위인지, 비주권적 행위인지를 묻지 아니하고 국가 면제를 인정)
- 대법원 1998. 12. 17. 선고 **97다39216 전원합의체 판결**²⁾ : 국제 관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다 … 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다”고 판단함 ➡ **외국의 비주권적(사법적) 행위에 대한 국가 면제 부정**
- 대법원 2017. 11. 14. 선고 **2016다264174 판결** : **외국의 주권적 행위에 대한 국가 면제 인정**(미군정청의 군정법령 제정 행위는 미국의 주권적 행위로서 이에 대한 우리나라 법원의 재판권이 존재하지 아니한다고 보아, 미국을 상대로 위 군정법령의 시행으로 인한 재산상 손해배상을 청구한 소를 각하한 원심의 판단을 수긍함) ➡ **대법원 2018. 10. 11.자 2018다245528 판결, 대법원 2019. 4. 5.자 2018다301541 판결도 동일함**

(3) 무력 분쟁 중 영토내 불법행위 해당 여부

- 이 사건 ICJ 판결의 다수의견은, **‘법정지국의 영토 내에서 무력 분쟁 과정에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위’**에 대하여는 여전히 국가 면제가 인정된다고 판단하였음
- 이 사건에서 문제된 피고의 행위 중 위안부 차출행위 부분은, 피고의 불법적인 식민 지배로 일시 피고가 지배하였던 대한민국 영토 내에서, 피고의 중·일전쟁 및 태평양

2) 미국 국방부 산하기관에서 근무하다가 해고된 원고가 미국을 상대로 해고 무효확인과 복직시까지 임금 지급을 구한 사안임

전쟁 등 무력 분쟁 시기에, 병력의 전투력 보존 등을 위한 군사적 목적에서, 피고 군대의 요청에 따른 총독부, 경찰 등 군대와 협력하는 기관에 의하여 이루어진 행위임
➡ 문언상 다수의견 법리의 요건을 충족함

- 원고들은 당시 대한민국은 피고의 교전 상대국이 아니었고, 한반도는 전선에서 제외되어 무력 분쟁이 현실적으로 이루어지지 아니하였으므로 위 법리가 적용될 수 없다고 주장함
- 그러나 ICJ 판결 다수의견이 위와 같은 행위에 관하여 국가 면제를 인정한 취지는, 단순히 무력 분쟁 과정에서 예측 불가능한 손해가 예정되어 있기 때문만이 아니라, ① 무력 분쟁은 주권 행사로서의 성격이 매우 강한 행위로서, 국가 면제의 인정 근거 중 주권 존중의 요청이 가장 강한 영역이고, ② 무력 분쟁이 발생하면, 평시 국제법이 아니라 전시 국제법이 적용되기 때문임
- 그러한 전시 국제법으로는 헤이그 육전협약, 제네바 협약 등이 있는데, 헤이그 육전협약 제3조는 “부속서상의 의무를 위반한 교전 당사자는 손해를 배상하여야 한다. 교전 당사자는 개별전투원의 모든 행위에 대하여 책임을 부담한다”고 규정하고 있으나 이는 개인의 청구권을 인정하는 취지가 아니고,³⁾ 유럽 국가면제협약에 대한 Explanatory Report에 의하면 군대의 행위에 관하여 국가 면제를 인정하는 이유는 이로 인한 문제는 별도의 협약에 의하여 해결되기 때문이라고 밝히고 있음 ➡ 전시 국제법의 취지는 무력 분쟁 중 가해국가의 손해배상책임의 문제도 개별적인 소송이 아닌 관련국 사이의 일괄 협정에 의하여 해결될 것을 전제한 것이고, 위 ICJ 판결 다수의견에서 국가 면제를 인정한 취지도 개별적인 소송이 아니라 관련 국가들 사이의 별도의 협정에 의하여 해결될 것을 전제한 것으로 봄이 타당함
- 그리고 위 협약의 규정에 의하면, 위 협약상 보호되는 민간인의 범위가 반드시 교전 상대국의 국민 또는 현실적으로 무력 분쟁이 이루어지는 곳의 거주자로 제한되지도 아니함(원고들도 피고 행위의 위법성에 관한 근거 중 하나로 전시 국제법인 헤이그 육전협약 위반을 주장하고 있음)
- 결국 ICJ 다수의견이 말하는 ‘법정지국의 영토 내에서 무력 분쟁 과정에서 외국의 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관에 의하여 이루어진 행위’ 해당 여부는, 그 당

3) Argentine Rep. v. Amerada Hess, 488 U.S. 428, 442(1989); Hugo Princz v. Germany 26 F.3d 1166, 1175(D.C.Cir. 1994).

시 법정지국이 외국과 실제로 교전을 한 교전 상대국인지 또는 피해자가 현실적인 교전이 이루어지는 지역에 거주하였는지가 아니라, 위 협약 등 전시 국제법이 손해배상 등의 문제가 개별적인 소송이 아니라 관련국가 간의 일괄 협정에 따라 해결되어야 한다는 취지를 전제로, 전시 국제법의 보호대상이 되는지 여부에 따라 결정되어야 함

➡ 만약 전시 국제법의 보호대상에서 제외되지 아니한다면, 가해국의 행위로 인한 그들의 손해도 개별적인 소송이 아니라 국가간 협정에 의하여 해결되어야 함

- 원고들도 피고 국민이 아닌 이상, 전시 국제법이 보호하는 민간인의 범위에서 제외된다고 볼 수 없음

☞ 따라서 이와 다른 전제에 선 원고들의 주장은 이유 없고, 이 사건도 이 사건 ICJ 판결 다수의견의 법리가 제시한 요건을 충족한다고 봄이 타당함

(4) 법정지국 영토내 불법행위에 해당하면 주권적 행위라 하더라도 국가 면제가 부정되는 것으로 국제 관습법이 변경되었는지 여부

- 국제 관습법의 성립요건은 개별 국가들의 실행에 의한 일반적인 관행의 존재와 법적 확신임⁴⁾
- 외국의 주권적 행위에 대하여는 국가 면제가 인정된다는 제한적 면제론에서, 그 중 '법정지국 영토 내에서 이루어진 불법행위'에 대하여는 국가 면제가 인정되지 않는다는 것은 기존의 국제 관습법에서 인정되지 아니하던 새로운 예외가 성립하였다는 것을 의미하는데, 이는 논리적으로 그 범위에서 기존의 국제 관습법이 「폐지」되고 새로운 예외에 관한 국제 관습법이 「성립」하였음을 의미함 ➡ 이를 위하여는 기존의 국가 실행을 대체하는 새로운 예외에 관한 국가 실행에 관한 일반적인 관행의 존재와 법적 확신이 필요함
- 법정지국 영토 내 불법행위에 관하여 국가 면제가 인정되지 아니한다는 내용의 조약 또는 개별국가의 입법으로는, UN 국가면제협약 제12조, 유럽 국가면제협약 제11조, 미국 FSIA §1605 (a)(5), 일본 법률 제10조, 영국 SIA 제5조 등이 있음
- 그러나 UN 국가면제협약은 이 사건 변론종결일 현재 비준국이 22개국이어서 아직 발효되지 아니하였고, 국제 조약을 비준하거나 개별 입법을 한 국가의 수도 전체 UN

4) Statute of the International Court of Justice 제38조 제1항 b는 '규범으로 받아들여진 일반적인 실행의 증거로서 국제 관습'(international custom, as evidence of a general practice accepted as law)을 국제법의 법원(法源) 중 하나로 정하고 있음

회원국 중 19% 정도에 불과함 ➡ 이를 두고 '일반적인 관행이 존재한다거나 법적 확신이 부여되었다'고 보기는 어려움

- 그리고 이러한 조약과 개별 입법도 법정지국 영토 내 불법행위에 대하여 국가 면제가 부정되기 위한 요건이 상이하고, 외국의 주권적 행위 중 국가 면제가 인정되지 아니하는 범위에 대한 입법 내용도 상이함

(5) 강행법규 위반 행위에 해당하면 주권적 행위라 하더라도 국가 면제가 부정되는 것으로 국제 관습법이 변경되었는지 여부

- 앞서 본 법정지국 영토 내 불법행위에 관한 각 조약과 개별 입법은 위반행위의 내용이나 피해의 정도에 따라 국가 면제 여부를 달리 취급하지 아니함
- 이 사건 ICJ 판결도 강행법규 위반 행위에 대하여 국가 면제가 부정된다는 일반적인 관행이 존재하지 아니한다고 판단하였고, 이탈리아 법원을 제외하면 다른 국가의 판결은 이러한 사유를 들어 국가 면제를 인정하고 있지도 아니함

(6) 소결론

- 앞서 본 바와 같이, '법정지국 영토 내 불법행위' 또는 '강행법규 위반 행위'에 해당하면, 그 행위가 주권적 행위라 하더라도 국가 면제가 인정되지 않는 것으로 국제 관습법이 변경되었다고 볼 수 없으므로, 현 시점의 국가 면제에 관한 국제 관습법은 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결에서 확인한 바와 같이, 외국의 비주권적 행위에 대하여는 국가 면제를 인정하지 아니하고, 주권적 행위에 대하여는 국가 면제를 인정하는 제한적 면제론임

나. 피고의 행위가 주권적 행위가 아니라는 주장에 관하여

- 원고들은, 피고의 행위는 강행법규를 위반하여 중대한 인권 침해를 초래한 것으로서 '주권적 행위'로 볼 수 없다고 주장하나, 주권적 행위는 권력적·공법적인 행위로서 비권력적·私法的 행위(acta jure gestionis)에 상대되는 개념으로, 주권 행사는 개념적으로 법적·윤리적 당위를 전제하지 아니함
- 따라서 어느 국가의 주권 행사가 강행법규에 위반했다면, 그 행위는 위법한 주권 행사가 될 뿐이지, 그 행위의 주권적 행위로서의 성격을 상실하는 것은 아님
- 원고들은 나아가 피고의 행위가 상업적 행위로서 주권적 행위에 해당하지 않는다고도 주장하나, 피고의 행위는 피고 군대의 요청에 따라 당시 한반도를 관할한 조선 총독부가 행정조직을 이용하여 이 사건 피해자들을 차출하여, 피고 군대가 주둔한 지역의

위안소에 배치시켜 성관계를 강요했다는 것이어서, 이러한 행위는 공권력의 행사로서 주권적 행위이지, 이를 상업적 행위로 볼 수는 없음

☞ 주권적 행위에 해당하지 아니한다는 원고들 주장 이유 없음

다. 제한적 면제론에 입각한 국제 관습법을 적용하여 피고에게 국가 면제를 인정하는 것은 대한민국 헌법질서에 반하므로 허용되어서는 안된다는 주장에 관하여

(1) 관련법리

- 헌법 전문과 헌법 제6조 제1항에 의하면, 우리 헌법은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규를 국내법과 마찬가지로 준수하고 성실히 이행함으로써 국제질서를 존중하여 항구적 세계평화와 인류공영에 이바지함을 기본이념의 하나로 정하고 있음(헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2010헌마606 결정)
- 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 하여 법률에 의한 재판과 법관에 의한 재판을 받을 권리를 보장하고 있음. 재판청구권과 같은 절차적 기본권은 원칙적으로 제도적 보장 성격이 강하기 때문에, 자유권적 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정됨(헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2003헌가7 결정 등)

(2) 판단

- 이 사건에 관하여 국가 면제에 관한 국제 관습법을 적용하면, 피고의 주권적 행위에 대한 손해배상청구를 하는 이 사건 소송에서 피고에게 국가 면제가 인정되어야 하고, 이로 인하여 원고가 대한민국 법원에의 제소를 통한 권리 구제가 어려워지게 됨
- 이 부분 원고들 주장 당부의 문제는, 기본적으로 피고에 대하여 국가 면제를 인정함으로써 인하여 침해되는 원고들의 사익과 이를 통하여 증진되는 공익 사이의 형량 문제임
- 목적의 정당성
- 외국의 주권적 행위에 대하여 국가 면제를 인정하는 것은 헌법 전문, 제6조 제1항이 정한 국제법 존중주의 및 국제 평화주의라는 헌법상 가치를 구현하기 위한 것이므로, 목적의 정당성이 인정됨
- 수단의 적정성
- 입법재량이 부여된 경우, 입법목적 달성을 위한 수단으로서 현저하게 불합리하고 불공정한 수단의 선택은 피하여야 함

- 국가 면제는, 외국의 주권적 행위에 대하여는 법정지국의 재판권 자체를 부정하여 외국의 응소 부담 자체를 면제해 주는 것임 ➡ 앞서 본 목적과 수단의 관계에 비추어 현저하게 불합리하다고 볼 수 없음
- 또한 외국의 주권적 행위에 해당하는 이상, 어느 국가인지, 문제된 행위가 무엇인지를 묻지 아니하고 일률적으로 재판권을 부정하도록 하고 있으므로, 그 수단이 불공정한 수단에 해당한다고 보기도 어려우므로, 수단의 적정성도 인정됨

○ 침해의 최소성

(가) 헌법상 재판청구권은 법률에 의하여 그 내용과 범위가 정해지는 권리로서 당연히 본안 판단을 받을 수 있는 권리를 의미하지 아니하므로, 법률과 동일한 효력을 갖는 국제 관습법에 따른 내재적 제약이 전제된 권리로 보아야 함

- 재판청구권은 법률에 따라 그 내용과 범위가 정해지는 절차적 권리이므로, 법률과 동일한 효력을 갖는 '일반적으로 승인된 국제 법규'로서 국제 관습법에 의한 제한이 내재적으로 전제된 권리이고, 재판청구권이 반드시 모든 사건에 대하여 본안 판단을 받을 수 있는 권리라고 볼 수도 없음
- 이러한 국제 관습법을 그대로 적용한 결과 소가 부적법해졌다 하여 이를 두고 재판청구권의 침해라고 볼 수 없음

(나) 피고에게 국가 면제가 인정된 결과 이 사건 피해자들이 대한민국 법원에 제소를 하여 권리 구제를 받는 것이 어렵다 하더라도, 대한민국의 '외교적 보호권' 행사로 볼 수 있는 2015. 12. 28. 한.일 합의에 의하여 이 사건 피해자들에 대한 '대체적인 권리구제수단'이 객관적으로 존재함

- '외교적 보호권'이란, 어느 국가가 외국인의 신체 혹은 재산에 대하여 위법행위를 저지른 경우, 그에 대하여 피해자의 국적 국가가 가해국가를 상대로 그 피해의 구제를 위하여 외교적으로 행사할 수 있는 국가의 권리를 의미함
 - 전통적인 국제법 이론에 따르면, 외국의 위법한 행위로부터 피해를 입은 개인이 직접 가해국가를 상대로 국제 재판소에 제소하는 등의 절차를 통하여 구제를 받을 수 없기 때문에, 피해를 입은 개인의 국적국가가 일정한 요건 하에 가해국가를 상대로 자국민 보호를 위한 조치를 취할 수 있도록 한 외교적 보호권 제도는 개인의 권리 보호라는 측면에서 중요한 기능을 수행함
 - 외교적 보호권 행사의 내용과 방식의 선택에 관하여 국가에게는 광범위한 재량이 허

용됨

- 외교적 보호권 행사에 관한 가이드라인으로서의 UN 외교보호초안(United Nations Draft articles on Diplomatic Protection)

외교적 보호권은, **피해자의 국적 국가가 행사할 수 있고**(제3조 제1항), 외교적 보호권은 피해를 입은 **개인이 가해국가의 사법기관 등을 통한 모든 권리구제절차를 마친 이후에 행사할 수 있으며**(제14조 제1, 2항), 특히 심각한 피해가 발생한 경우에 있어서, 국가는 외교적 보호권 행사 가능성에 관하여 충분한 고려를 하여야 하고, **외교적 보호권을 행사하는 국가는, 가능한 모든 경우에 있어서, 외교적 보호권 행사를 요청하는 피해자들의 견해를 고려하여야 하며**, 가해국가로부터 배상 또는 보상을 받게 되면, 합리적인 공제 범위를 제외한 나머지를 피해자에게 전달하여야 한다고 정하고 있음(제19조)

- 2015. 12. 28. 한·일 합의는 외교적 보호권 행사의 일반적인 요건을 갖추었고, 위 합의는 위안부 피해자들의 피해 회복을 위한 피고 정부 차원의 조치를 내용으로 하고 있으므로 이들에 대한 대체적 권리구제수단을 마련하기 위한 것으로 보아야 함
- 이 사건 피해자들은 대한민국 국민이고, 이들이 피고 소속 법원을 통한 소송 제기 등 권리구제절차를 마친 이후 대한민국은 피고와 외교적 교섭을 통하여 위 합의에 이르게 되었음 ➡ 외교적 보호권 행사의 일반적 요건 갖추
- 위 합의는 위안부 피해자들에 대한 피고 정부 차원의 사죄와 반성의 내용이 담겨 있고, 피해자들의 피해 회복을 위하여 피고 정부가 자금을 출연하여 재단을 설립하고 그 재단이 피해 회복을 위한 구체적인 사업을 하도록 정하고 있음 ➡ 피고 정부 차원의 권리구제로 볼 수 있음
- 위 합의에 따라 설립된 화해치유재단의 현금 지원사업의 결과, 피고의 자금 출연이 이루어진 2016. 9. 1.경부터 현재까지 생존 피해자 35명, 사망 피해자 64명에 대하여 현금 지급이 이루어졌음
- 위 재단의 현금지원사업이 이루어진 기간 중 연도별 생존 피해자의 수는 40명(2016. 12. 31. 기준)⁵⁾에서 25명[화해치유재단 설립허가 취소 시점(2019. 1. 21.) 무렵인 2018. 12. 31. 기준] 사이인 점을 고려하면, 생존 위안부 피해자들 중 상당수가 위 재단으로부터 현금을 수령하였다고 봄이 합리적이고, 사망 피해자를 포함한 전체 피해자 240명(2021. 2. 21. 기준 생존 피해자 15명, 사망 피해자 225명)을 기준으로 보더라도 그 중 41.3%(99/240) 정도에 대한 현금 지원이 이루어졌음

5) 피고 정부의 자금 출연 이전인 2015. 12. 31. 기준으로 하면 46명임.



- 위 합의에서 피고의 책임의 성격을 명확히 규명하지 못하였고, 최종 합의안에 관하여 위안부 피해자들의 의견을 수렴하지 아니하는 등 그 내용과 절차에 있어서 일부 문제점이 있음. 그러나 피해자의 국적 국가에게는 외교적 보호권 행사의 구체적인 방식의 선택에 관하여 광범위한 재량이 인정되는데, 아래와 같은 사정을 고려하면, 그러한 문제점이 있다는 사정만으로 위 합의가 외교적 보호권 행사에 관한 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수는 없음
 - ㉠ 외국과의 외교적 협상은 상대방이 있는 것이어서, 상대 외국이 동의하지 아니하는 이상 당연히 대한민국의 입장이 최종 합의안에 반영될 수 없음
 - ㉡ 실제로 대한민국은 피고와의 협상 과정에서 피고가 출연하는 금원의 성격이 법적 손해배상책임이라는 취지의 주장을 하였으나, 피고와의 이견으로 인하여 협상에 어려움을 겪었고, 당시 대한민국은 생존 위안부 피해자의 수와 그들의 연령 등을 고려하여 당초 입장을 수정하더라도 조속한 시일 내에 위안부 피해자들의 피해 회복을 위한 실질적 조치를 마련하려고 하였던 것으로 보임
 - ㉢ 위안부 TF 결과에 의하면 위 합의 과정에서 대한민국은 피해자 또는 비록 최종 합의안에 대한 피해자들의 동의를 얻지 아니하였으나, 그 협상 과정에서 피해자 또는 피해자 단체의 의견을 수렴하는 절차를 거쳤음
 - ㉣ 위 합의에 따라 화해치유재단의 현금 지원사업이 진행되어 생존 위안부 피해자들 중 상당수가 이를 수령하였으므로 위 합의가 위안부 피해자들의 의사에 명백히 반하는 것으로 단정하기 어려움
- 2015. 12. 28. 한·일 합의는 정식 조약이 아니라 ‘정치적 합의’로서 위 합의에 의하여 이 사건 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권의 존부와 범위가 종국적으로 확정되

거나 처분되는 등의 실체법적인 효과가 발생하였다고 볼 수는 없음 ➡ 그러나 위 합의가 그 내용상·절차상 하자로 인하여 그 효력이 부정된다고 보기 어렵고, 위 합의에 따른 급부가 생존 위안부 피해자들 중 상당수에게 현실적으로 이루어졌음 ➡ 위 합의의 '정치적 합의'라 하더라도, 당시 대통령 박근혜와 피고 총리대신 아베 신조의 개인적 합의가 아니라 국가 간의 합의임 ➡ 위 합의와 이에 따른 후속 조치에 의하여 이 사건 피해자들을 포함한 위안부 피해자들을 위한 대체적인 권리구제수단이 마련되었다는 것 자체를 부정하기는 어려움

○ 위 합의는 현재도 대한민국과 피고와 사이에 유효하게 존속하고 있음

- 2015. 12. 28. 한·일 합의 이후 대한민국 행정부는, '위 합의가 국제 사회의 보편적 원칙에 위배되는 등 절차적·내용적 중대한 흠결이 있어서 위 합의로는 위안부 피해자 문제가 해결될 수 없다'는 입장을 밝혔고, 위 합의에 따라 설립된 화해·치유재단에 대한 설립허가를 취소하였으므로, 위 합의의 효력을 부정하는 듯한 태도를 취한 바 있음
- 그러나 주무부처인 외교부장관은 위 합의가 대한민국과 피고 사이의 공식적인 합의임을 인정하고 재협상 요구를 하지 아니할 의사를 밝혔고 이러한 태도는 현재까지도 그대로 유지되고 있다고 보임
- 화해치유재단의 설립허가 취소 이후에도 그 잔여 재산을 피고에게 반환하는 등 위 합의 파기를 전제로 한 후속 조치가 이루어지지지도 아니하였음
- 여성가족부장관의 위 재단에 대한 설립허가 취소 사유는 "재단이 정관상 목적사업을 전혀 수행하고 있지 못하고 있다"이나, 이는 어디까지나 위 재단이 대한민국 내에서 위 재단이 더 이상 활동할 수 없다는 의미에 국한될 뿐이고, 위 재단 설립의 기초가 된 2015. 12. 28. 한·일 합의의 효력을 비롯하여 피고와의 대외적인 관계에 관한 것으로 보기는 어려움

(다) 재판청구권의 절차적 기본권으로서의 성격과 대체적 권리구제수단의 존재를 고려하면 침해 최소성의 원칙도 충족한다고 볼 수 있음

(3) 법익의 균형성

(가) 외국의 주권적 행위에 대하여 국가 면제를 인정하는 것은 헌법 전문과 제6조가 천명한 국제법 존중원칙이라는 또다른 헌법상 가치를 구현하기 위한 것이므로, 침해되는 이익과 증진되는 공익 사이의 균형을 상실했다고 볼 수 없음

○ 국제 관습법에 따라 외국의 주권적 행위에 대하여 국가 면제를 인정하는 것은 '일반

적으로 승인된 국제 법규'에 대하여 국내 법률과 동일한 효력을 부여한 헌법 제6조가 정한 국제법 존중주의를 구현하기 위함임 ➡ 이와 달리 국내 법질서에 부합하지 아니한다는 이유로 국제 관습법의 적용을 거부하는 것은 헌법이 정한 국제법 존중주의에 부합하지 아니함

○ 피고에 대하여 국가 면제를 인정하지 아니하는 것은 대법원 판례는 물론, 대한민국의 입법부·행정부가 취해온 태도에도 부합하지 아니하고, 국제 사회의 일반적인 흐름에도 부합하지 아니함

- 대한민국은 제한적 면제론의 법리를 그대로 받아들여 현재에 이르고 있고, 국제 관습법에서 인정되지 아니하는 예외 확대에 소극적인 태도를 취하였음

▶ 대법원은 97다39216 전원합의체 판결 이후 비주권적 행위에 대하여는 국가 면제를 인정하지 아니하고, 주권적 행위에 대하여는 국가 면제를 인정하는 태도를 현재까지 그대로 유지하고 있음.

▶ 대한민국 입법부는 UN 국가면제협약에 대한 비준 동의를 하거나 미국, 일본 등과 같은 국가 면제의 범위를 제한하는 입법을 하지 아니하였음.

▶ 대한민국 행정부도 UN 국가면제협약에 관하여 원론적인 입장만 표명하고 있음 (이 법원의 외교부에 대한 사실조회 결과)

- 제2차 세계대전 중 발생한 손해에 대하여 자국 법원에 독일을 상대로 손해배상청구 소송을 제기한 사건에서 이탈리아와 그리스를 제외한 프랑스, 슬로베니아, 폴란드, 벨기에 및 브라질 법원은 모두 독일에 국가 면제를 인정하였고, 그리스 법원도 이후 특별최고법원의 판결을 통하여 당초의 입장을 번복하였음

○ 국가 면제에 관한 현재 국제 관습법과 달리 피고에 대하여 국가 면제를 부정하게 되면, 판결 선고 및 그 이후의 강제집행 과정에서 피고와의 외교관계 충돌이 불가피함

- 일단 판결이 확정되면, 그 강제집행의 시기와 범위는 원고들의 의사에 의하여 결정되고, 대한민국이 개입할 수 있는 여지가 제한적임

- 실제로 그리스 법원의 디스토모 판결이 확정된 이후 그 강제집행은 그리스가 아니라 이탈리아 내에 있는 독일의 재산에 대하여 이루어졌고, 이를 둘러싼 분쟁이 이 사건 ICJ 판결에 이르게 되었고, 종국적으로 ICJ에 의하여 그 정당성도 부정되었음

- 디스토모 판결과 이에 대한 이탈리아 법원의 승인에 따라 강제집행의 대상이 된 독일의 재산은 독일과 이탈리아 사이의 '문화 교류'를 위한 시설이었음

(나) 설령 원고들에 대한 권리 구제의 필요성 등 국가 면제의 예외를 인정하여야 할 현실적인 필요성이 있다 하더라도, 기존의 국제 관습법에서 인정되지 아니한 새로운 예외의 창

설 문제는 신중하게 접근해야 함

- 국가 면제에 관한 국제 관습법 자체 또는 이를 이 사건에 적용한 결과가 대한민국 헌법 질서에 부합하지 않는다는 이유로 이러한 국제 관습법이 재판규범이 되어서는 안 된다는 원고들의 주장은, 실질적으로 법률과 동일한 효력을 갖는 ‘일반적으로 승인된 국제 법규’인 국제 관습법의 효력을 부정하는 것임
 - 헌법 제107조는 법령의 규범통제 권한을, ‘법률’에 대하여는 헌법재판소에(제1항), 명령·규칙에 대하여는 최종적으로 대법원에(제2항) 나누어 부여하고 있음
 - 일반적으로 승인된 국제 법규로서의 국제 관습법이 성문법에 대하여 보충적인 효력만을 갖는 민법상 관습법과 동일한 효력을 갖는다고 보기 어려움 ➡ 법원에 당연히 국제 관습법 중 일부의 효력을 부정할 수 있는 권한이 있다고 단정하기 어려움
- 국제 사회에서 ‘일반적인 관행의 존재’와 ‘법적 확신’에 의하여 성립하는 국제 관습법에 대하여 당연히 법원의 합헌적 해석에 의하여 그 효력을 일부 제한할 수 있다는 법리가 확립되었다고 볼 수 없음. 오히려 외국의 주권적 행위에 해당하면, 별도의 형량과정을 거치지 아니하고 국가 면제를 인정하는 대법원 판례의 태도에 부합하지 아니함
- 설령 원고들의 주장과 같이 피고가 ‘강행법규’를 위반하여 이 사건 피해자들에게 ‘심각한 인권침해’를 초래하였음을 근거로 국가 면제의 새로운 예외를 법원의 해석에 의하여 창설하는 것은, 그 요건이 갖는 포괄성과 불명확성으로 인하여 향후 국가 면제가 인정되는 범위에 관하여 상당한 정도의 불확실성을 초래할 수밖에 없음 ➡ 위안부 피해자에 대한 피고와의 관계에서만 이러한 법리가 적용될 것이라 단정할 수 없음
- 기존의 제한적 면제론보다 국가 면제의 예외를 확대하는 것은 ‘대한민국의 외교 정책과 국익’에 잠재적인 영향을 미칠 수 있는 사안임 ➡ 새로운 예외 인정 여부, 만약 인정한다면 어느 범위에서 인정할 것인지는 전적으로 대한민국의 국익에 미칠 有·不利를 냉정하게 고려하여 세밀하게 정해야 할 사항으로서 기본적으로 행정부와 입법부의 정책 결정이 선행되어야 할 사항으로 봄이 타당하고, 이러한 의사결정이 없는 상황에서 법원이 추상적인 기준만을 제시하며 예외를 인정하는 것은 적절치 아니함

(ㄸ) 이 사건에서 피고에게 국가 면제를 인정하는 것은, 이미 대한민국과 피고 사이에 이루어진 외교적 합의의 효력을 존중하고, 추가적인 외교적 교섭을 원활하게 하기 위함이지, 일방적으로 원고들에게 불의한 결과를 강요하기 위한 것이 아님

- 국가 면제의 취지에는, 국내 법원이 외국을 소송상 일방 당사자로 취급하였을 경우 초래될 수 있는 외교적 충돌과 혼란을 방지하고 외교적 교섭에 의한 해결을 원활하게 하기 위한 것으로서, 이 사건과 같이 외교적 교섭에 의한 대체적 권리구제수단이 존재하는 경우에만 인정되는 것이 아님
- 실제로 이 사건 ICJ 판결 다수의견은, 독일과 이탈리아 사이에 피해자의 피해 회복을 위한 외교적 협상이 이루어지지 아니하였음에도, 독일에 대한 국가 면제를 인정하면서, 피해자의 피해 구제는 이탈리아와 독일사이의 외교적 교섭에 의한 권리 구제를 기대할 수 있다는 판단을 덧붙인 바 있음
- 그런데 이 사건에서 대한민국과 피고의 외교적 교섭의 결과인 2015. 12. 28. 한·일 합의가 현재에도 유효하게 존속하고 있고, 그 합의에서 정한 급부가 화해치유재단에 의하여 위안부 피해자들에게 상당 부분 현실적으로 이루어진 상황에서, 그 합의의 상대방인 피고에 대하여 국가 면제에 관한 국제 관습법이 대한민국 국내법과 부합하지 아니한다는 이유만을 들어 국가 면제를 부정하는 것이 타당하다고 보기 어려움
- ☞ 피고에 대한 국가 면제를 인정하는 것은 헌법 전문과 제6조 제1항이 정한 국제법 존중주의와 국제 평화주의를 구현하기 위한 것으로서 침해되는 사익과 증진되는 공익 사이의 균형성을 상실했다고 보기 어려움

(라) 결론적으로 대법원 97다39216 전원합의체 판결이 확인한 제한적 면제론에 입각한 국제 관습법 그 자체가 헌법에 위반된다고 볼 수 없고, 이를 이 사건에 적용하여 피고에게 국가 면제를 인정하는 것이 헌법에 위반된다고 보기도 어려움 ➡ 이 부분 원고들 주장 받아들이지 아니함

라. 상호주의에 따라 피고에 대한 국가 면제가 인정되어서는 아니된다는 주장에 관하여

- 일본 법률 제10조는 피고 영토 내 불법행위로 인한 인신 손해 등에 대한 손해배상청구에 관하여 외국에 대한 국가 면제를 인정하지 아니하는 규정을 두고 있음은 인정됨
- 그러나 국가 면제에 관한 상호주의 적용이 국제 사회에서 확립된 관행이라고 보기는 어려움
- 그리고 국제 관습법은 국제 사회에서 어떠한 관행이 일반적인 관행으로 자리잡아 법적 확신에 의하여 뒷받침될 때 이에 동의하지 아니하는 국가에 대하여도 구속력을 갖는 것으로서, 일부 국가가 이에 동의하지 아니한다는 사정만으로 당연히 그 규범적

구속력을 상실하지 아니하므로, 구체적인 사건에서 문제된 상대 외국이 그러한 국제 관습법에 동의하지 아니하는 국가라는 사정만으로 법정지국에 대한 국제 관습법의 구속력이 상실된다거나 또는 국제 관습법과는 다른 상대 외국의 법률에 따라 국가 면제를 인정하여야 한다고 볼 수도 없음

☞ 이 부분 원고들의 주장도 받아들이기 어려움

3. 결론과 이 사건의 주문

- 현 시점에서 유효한 국가 면제에 관한 국제 관습법과 이에 관한 대법원 판례의 법리에 따르면, 外國인 피고를 상대로 그 주권적 행위에 대하여 손해배상청구를 하는 것은 허용될 수 없음
- 이 법원으로서 이 사건에서 대한민국 법원이 피고에 대한 재판권을 갖는지 여부에 관하여, 대한민국 헌법과 법률 또는 이와 동일한 효력을 갖는 국제 관습법에 따라 판단할 수밖에 없으므로, 앞서 본 바와 같이 현재의 규범에 의하면 外國인 피고를 상대로 그 주권적 행위에 대하여 손해배상청구를 하는 것은 허용될 수 없고, 이러한 결과가 대한민국 헌법에 반한다고 보기도 어려움
- 주문

1. 이 사건 소를 각하한다.
2. 소송비용은 원고들이 부담한다.

끝.