

재판할 권능과 재판할 의무 사이에서

- 서울중앙지방법원의 2021년도 일본군 위안부 판결들을 중심으로 살피는 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계 -

이 승 호*

■ 차례

I. 글을 시작하며

IV. 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제:
주요 학설과 판례

II. 서울중앙지방법원의 일본군 위안부 판결들의
소개

V. 1월·4월 판결에 대한 학설의 적용 및 검토

III. 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제:
한국 판례의 입장

VI. 글을 마치며

* 서울대학교 법학전문대학원 법학전문석사과정.

I. 글을 시작하며

올해 1월과 4월 하나의 법원에서 같은 사안에 관해 정반대의 결론을 내린 두 개의 판결이 선고되었다. 일본군 위안부 피해자들이 일본을 상대로 제기한 손해배상 청구의 소에 대해 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결(이하 “1월 판결”)은 한국에 재판권이 있다고 판단해 본안심리를 거쳐 원고청구를 인용했다. 반면 같은 법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결(이하 “4월 판결”)은 한국에 재판권이 없다고 판단해 소를 각하했다. 두 판결 모두 한일관계와 대일외교에 관한 정치담론의 쟁점으로 떠오르며 사회적으로 큰 파장을 촉발했다.

1월 판결은 일본 정부가 무대응 정책을 견지해 판결이 확정되었다. 그러나 이어진 집행결정 단계에서 서울중앙지방법원 민사34부와 민사51단독이 각각 강제집행 가부에 대해 상충하는 판단을 내려 사건의 향후 전개가 불투명한 상태다.¹⁾ 한편, 4월 판결에 대해서는 원고들이 항소해 항소심의 심리가 진행 중이다. 항소법원이 원심을 파기하고 1월 판결과 유사한 결론을 내리면 강제집행 단계에서의 불확실성이 반복되는 것을 배제할 수 없다. 반면 항소법원이 항소를 기각하면 원고들이 상고할 가능성이 높아 보인다. 이 경우 대법원이 전원합의체를 열어 재판권 면제에 관한 기존 판례법리를 재검토할 가능성도 열려 있다. 상소법원이 어떤 결론을 내리든 그 파장은 서울중앙지방법원의 두 판결만큼이나 클 것이다.

1월·4월 판결의 핵심 쟁점은 일본제국의 중일전쟁 및 태평양전쟁 시기 위안부제도 운영행위에 대해 재판권 면제를 인정할 것인지 여부다. 두 판결에서 문제되는 일본제국의 행위는 전시(戰時)에 전쟁수행정책의 일환으로 이루어진 정부활동으로 성질상 주권적 활동과 밀접하다. 동시에, 이는 원고들의 인권을 중대하게 침해하는 행위로서 국제법상 강행규범을 위반한 불법행위다. 대법원은 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결에서 주권적 행위에 대해 재판권 면제를 인정하는 것이 관습국제법의 원칙이라고 했으나, 강행규범을 위반한 주권적 행위에 대해서도 재판권 면제가 인정되는지에 관해서는 명시적 판단을 내린 적이 없다. 따라서 1월·4월 판결은 대법원의 명확한 지침이 부재한 영역에서 선고된 판결들이다.

이러한 판례법의 공백 상태가 마냥 지속될 수는 없다. 일본군 위안부 문제와 관련한 서울중앙지방법원의 판결과 결정들이 서로 상충하는 결론을 내리는 현상이 반복되고 있는 작금의 상황에서 법원 스스로가 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 대해 명확한 해석론을 마련하는 것이 시급하다. 4월 판결의 항소심, 그리고 궁극적으로 대법원은 강행규범과 재판권 면제 규범이 어떤 관계에 있고 서로 긴장관계에 놓일 경우 각 규범을 어떻게 해석해야 하는지를 정리해야 한다. 본고는 이러한 문제의식에서 출발한다.

1) 서울중앙지방법원 2021. 3. 29.자 국고의상대방에대한추심결정(민사34부) 및 서울중앙지방법원 2021. 6. 9.자 2021카명391 결정. 전자는 1월 판결에 기한 소송비용 추심이 강제집행으로부터의 면제에 관한 국제법 원칙에 부합하지 않아 권리남용으로서 위법하다고 하고, 후자는 강행규범을 위반하면 위반당사국에게 주어진 특권이 몰수되는 점 등을 이유로 강제집행이 적법하다고 한다.

본고에서는 강행규범과 재판권 면제 규범에 관한 주요 학설과 그에 대응하는 국제재판소·외국법원 판례를 정리하고 비판적으로 검토한 후, 각 학설을 서울중앙지방법원의 1월 판결과 4월 판결에 적용해 두 판결을 비교·검토하고 법원의 향후 해석론에 대한 제언을 하려 한다. 아래에서는 먼저 1월·4월 판결을 소개하고 두 판결에서 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계가 어떻게 문제되는지 살핀다(Ⅲ). 그 다음 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 관한 한국 판례의 입장을 살핀 후(Ⅳ) 이에 관한 학설과 주요 외국 판례를 ① 규범서열 이론, ② 집단이익 이론, 그리고 ③ 법익균형 이론으로 분류해 각각의 함의와 한계를 분석한다(Ⅴ). 마지막으로, 위 학설을 1월·4월 판결에 적용해 두 판결을 각 학설의 관점에서 분석하고 비판적으로 검토해 각각의 문제점을 지적한 다음, 향후 법원이 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 관해 심사할 때 고려해야 할 사항을 제언한다(Ⅵ).

Ⅱ. 서울중앙지방법원의 일본군 위안부 판결들의 소개

1. 공통된 사실관계와 쟁점

1월 판결²⁾과 4월 판결³⁾의 원고들은 일본군 위안부 피해자들이다. 구일본제국은 중일전쟁과 태평양전쟁을 수행하는 과정에서 장병들에게 성적 쾌락을 제공할 목적으로 전선 전역에서 군위안소를 운영했고 원고들을 포함한 한반도 출신 여성 다수가 일본제국 정부의 기획 아래 위안부로 차출되었다. 이 중 상당수는 군경의 납치·위계 등 불법적 방법으로 차출되어 성노예 활동을 강요받았다.⁴⁾ 원고들은 일본제국의 위안부제도 운영행위로 인해 육체적·정신적 피해를 입었음을 청구원인으로 하여 그 후신인 일본국을 상대로 손해배상을 청구했다. 일본국(이하 “일본”)은 두 사건 모두에서 자신이 법적 책임을 지지 않으며, 관습국제법에 따라 대한민국(이하 “한국”)이 일본을 상대로 재판권을 행사할 수 없다고 주장하며 변론 참여를 거부했다. 이에 두 재판부는 소송자료를 공시송달해 변론기일을 연 후 변론을 종결했다.

두 판결의 핵심 쟁점은 일본이 재판권 면제를 향유하는지 여부다.⁵⁾ 국제법상 의

2) 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결 (이하 “1월 판결”로 지칭한다).

3) 서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결 (이하 “4월 판결”로 지칭한다).

4) 일본제국 정부의 주도 아래 이루어졌던 위안부제도 운영과 관련한 사실관계를 소개하는 자료로는 요시미 요시아키 (이규태 역), **일본군 군대위안부** (소화, 1998), pp. 26-27; 양현아, “2015년 한일 외교장관의 ‘위안부’ 문제 합의에서 피해자는 어디 있었(었)나?: 그 내용과 절차,” **민주법학** 제60호 (2016), pp. 18-19; 박정애, “피해실태를 통해 본 일본군 위안부의 개념과 범주 시론,” **사학연구** 제120호 (2015), p. 173 참조.

5) 국제법학자들은 일반적으로 State(Sovereign) Immunity를 ‘국가(주권)면제’로 번역한다. 정인섭, **신국제법강의** (박영사, 2020), p. 238. 그러나 민사소송법학자들은 대체로 ‘재판권 면제’로 번역하고 대법원·헌법재판소도 ‘재판권 면제’를 사용한다. 전원열, **민사소송법강의** (박영사, 2020), pp. 95-98; 호문혁, **민사소송법** (법문사, 2020), pp. 173-174; 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결; 헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2016헌바388 결정. 이러한 차이는 국제법학에 영향이 큰 영미법에서는 재판권과 국제재판관할을 명확히 구분하지 않고 ‘(adjudicatory) jurisdiction’이라는 용어를 사용하는데 반해 한국 민사소송법은 ‘재판으로 법적 쟁송을 해결할 수 있는 국가권력’인 재판권과, 재판권의 행사가능성을 전제로 국제적 쟁송을 재판할 법원을 정하는 국제재판관할을 구분하기 때문에 발생한다. 석광현, **국제민사소송법: 국제사법(절차편)** (박영사, 2012), pp.

국의 주권적 행위에 대해서는 법정지국이 재판권을 행사할 수 없다는 원칙이 일반적으로 수용되고 있는데, 일본제국의 위안부제도 운영행위도 주권적 행위로서 재판권 면제의 향유대상인지 여부가 다투어졌다. 1월·4월 판결 모두 재판권 면제가 관습국제법에 의해 내용이 정해진 후 헌법 제6조 제1항을 매개로 국내 재판규범으로 적용됨을 전제로, ① 관습국제법이 인정하는 재판권 면제 규범의 내용이 무엇이고 ② 본 사안에 관습국제법을 적용하는 것이 적법한지 여부를 심사했다. 두 판결 모두 관습국제법상 일본제국의 행위는 주권적 행위로서 재판권 면제의 대상이라는 점에는 동의했다. 그러나 1월 판결은 그러한 내용의 관습국제법을 사안에 적용하는 것이 부적법하다고 보아 국제재판관할권 및 본안심리로 나아가 원고청구를 인용한 반면, 4월 판결은 관습국제법을 적용하는 것이 적법하다고 보아 소를 각하했다.

2. 1월·4월 판결의 쟁점 분석

(1) 쟁점 ①: 재판권 면제에 관한 관습국제법의 내용

1월, 4월 판결 모두 관습국제법이 취하는 ‘제한적 면제론’에 따를 때 외국의 주권적 행위에 대해서는 행위의 적법성과 무관하게 재판권 면제가 인정되는 것으로 해석한다.⁶⁾ 이때 주권적 행위와 사법(私法)적 행위를 구분하는 기준에 관하여는 두 판결 모두 명시적으로 논하지 않으나, 두 판결은 ‘행위성질설’에 가까운 견해를 취한다.⁷⁾ 원고들도 위안부제도가 일본제국 정부의 주도 아래 전시에 조직적·계획적으로 운영되었다고 주장했기에,⁸⁾ 문제된 행위가 주권적 성질의 행위에 해당한다는 점에는 사실상 이견이 없었다. 따라서 두 판결은 관습국제법을 그대로 적용하면 일본에 대해 재판권 면제를 인정해야 한다는 것을 공통으로 전제한다.

33-34; 전원열, 위의 책, pp. 95-98 참조. 이에 대해 ① 국제법상 ‘관할권’이 보편적으로 상용되고, ② 대외적으로 주권면제는 국가의 국제법상 관할권으로부터의 면제를 의미하며, ③ ‘재판권’은 jurisdiction이 법정지국의 집행·행정권까지 포괄하는 점을 충분히 반영하지 못한다는 지적이 있다. 정인섭, 위의 책, p. 241; 최태현, “국제법상 ‘면제’ 제도의 기본적 쟁점에 대한 분석,” **국제법평론** 제29호 (2009), p. 11. 그러나 ① 대법원이 ‘재판권 면제’를 사용하고 있으며, ② 주권면제는 법정지국의 국제재판관할을 전제하지 않아 재판권에 적절한 체계상 지위를 부여할 필요가 있는 점에서 ‘재판권 면제’가 타당한 용어 사용례다. 석광현, 위의 책, p. 34.

6) 두 판결은 공통적으로 국제사법재판소(ICJ)의 *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99에 가장 높은 비중을 할애해 관습국제법을 분석한다. 1월 판결, pp. 25-26; 4월 판결, pp. 27-29. 해당 판결은 ① 무력분쟁 상황에서 국가가 무장병력을 이용해 개인의 생명·재산을 침해하는 것은 주권적 행위이고(para. 60), ② 주권적 성질의 불법행위가 법정지국 영역 내에서 행해진 경우에도 재판권 면제를 인정하는 것이 관습국제법이며(para. 77), ③ 재판권 면제는 절차적 사항이므로 행위의 위법성 등 실체적 요건에 영향을 받지 않는다고 한다(para. 58, 93, 100).

7) 1월 판결, pp. 22-23; 4월 판결, pp. 37-39. 주권적 행위와 사법적 행위의 구분기준에 관해서는 주권적 성격을 갖는 목적을 위해 행해진 행위(군용장비의 매수 등)를 주권적 행위로 파악하는 ‘행위목적설’과, 행위의 목적과 상관없이 행위 자체가 주권적 성질을 갖는 경우(전시의 군사활동 등)에 한해 주권적 행위로 인정하는 ‘행위성질설’이 대립한다. 정인섭, *supra* note 5, pp. 254-255. 유엔 국가면제협약 제2조 제2항은 행위성질설을 원칙으로 하면서 행위목적설을 고려할 특별한 사정이 있는 때에 목적도 고려하는 절충적 입장을 취한다. UN General Assembly, *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2 December 2004, A/RES/59/38, art. 2.

8) 1월 판결, pp. 20-21; 4월 판결, pp. 31-32.

(2) 쟁점 ②: 관습국제법 적용의 적법성

가. 1월 판결

1월 판결은 재판권 면제에 관한 관습국제법을 사안에 적용하는 것이 부적법하다고 판단해 사안에서 관습국제법의 효력을 부인한다. ① 재판청구권은 기본권 보장을 위한 실효적 권리이므로 충분히 보장받아야 한다.⁹⁾ ② 절차법(재판권 면제 규범)의 불충분으로 인해 실제법상 권리나 질서(원고들의 손해배상청구권)가 형해화되거나 왜곡되어서는 안 된다.¹⁰⁾ ③ 재판권 면제 이론은 변동하고 있으므로 재판권 면제의 예외사유를 이전보다 넓게 인정하는 것이 국제법·비교법적 추세에 역행하지 않는다.¹¹⁾ ④ 태평양전쟁 당시 한반도는 전장이 아니었으므로 ‘무력분쟁 수행 중’의 군대의 활동에 관해 *Jurisdictional Immunities* 판결과 사실관계를 달리한다.¹²⁾ ⑤ 국제법상 절대규범(국제 강행규범)은 하위규범에 의해 위반될 수 없으며, 일본제국의 위안부제도 운영행위는 강행규범을 위반한다.¹³⁾ ⑥ 사회적 관행이 관습법으로 인정되려면 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 반하지 않아야 한다. 재판권 면제에 관한 관습국제법을 인도에 반하는 중대한 불법행위에 대해서까지 인정하는 것은 법질서에 반한다.¹⁴⁾

나. 4월 판결

4월 판결은 관습국제법을 사안에 적용하는 것이 원고들의 재판청구권을 침해하지 않아 적법하다고 판단한다. ① 외국의 주권적 행위에 대해 재판권 면제를 인정하는 것은 헌법상 국제법 존중주의를 추구하기 위한 것으로 목적의 정당성이 인정된다.¹⁵⁾ ② 외국의 주권적 행위에 대한 재판권 면제는 국제법 질서를 존중하기 위해 목적과 수단의 관계가 합리적이고 차별없이 적용되어 수단의 적정성이 인정된다.¹⁶⁾

③ 침해의 최소성에 관하여, (i) 헌법 제27조 제1항은 ‘법률에 의한 재판’을 받을 권리를 정하는데 ‘법률’에는 헌법 제6조 제1항에 따라 관습국제법도 포함되므로 재판청구권에는 관습국제법에 따른 제약이 내재한다. 재판청구권은 모든 사건에 대해 본안에 관한 판단을 받을 권리를 의미하지 않으며, 외국의 주권적 행위에 대

9) 1월 판결, pp. 27-28.

10) *Id.* p. 28.

11) *Id.*

12) *Id.* pp. 28-29. 이는 재판부가 *Jurisdictional Immunities* 판결을 중시함을 방증한다.

13) *Id.* p. 29, 31. 재판부는 그러한 원칙의 근거로 ‘조약법에 관한 비엔나 협약’ 제53조를 드는 한편, 강행규범의 예시를 ‘국제위법행위에 대한 국가책임 협약 초안’의 해설서에 근거해 찾는다. United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331; International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, Supplement No. 10 (A/56/10).

14) *Id.* pp. 29-31. 재판부는 그 이유로 ① 인도에 반하는 중범죄를 방지하려는 여러 국제협약에 위반되는 점, ② 피해자들의 헌법상 재판청구권을 박탈하는 점, ③ 헌법을 최상위 규범으로 하는 법질서 전체의 이념에 부합하지 않는 점, 그리고 ④ 이 사건 소송은 원고들에게 허용된 사실상 최후의 권리구제 수단인 점을 든다.

15) 4월 판결, p. 61.

16) *Id.*

해 재판권 면제를 인정한 대법원 판례가 존재한다.¹⁷⁾ (ii) 국가가 자국민의 피해에 대해 외교적 보호권을 행사하는 것에는 광범위한 재량이 인정되고 다만 상당한 피해가 발생했거나 피해자들이 특정한 요구를 하는 경우에는 ‘유엔 외교보호초안’ 제19조 제a,b항에 따라 재량권이 제한될 수 있다.¹⁸⁾ 2015년 12월 28일의 한일 외교장관 합의로 설립된 ‘재단법인 화해치유재단’을 통해 생존 위안부 피해자 상당수가 현금지원을 받았고, 협상과정에서 피해자 단체의 의견을 수렴했다.¹⁹⁾ 이러한 대체적 권리구제수단이 존재한다는 사정은 재판권 면제 여부를 판단할 때 고려되어야 하고, 재단의 설립허가가 취소되었더라도 위 합의가 유효하게 존속해 재단 잔여재산을 한국 정부가 관리하는 한 대체적 권리구제수단도 계속 존재한다.²⁰⁾

④ 법익균형성과 관련하여, (i) 제2차 세계대전 중 발생한 손해에 관해 주요국 법원이 내린 판결도 주권적 행위임을 이유로 재판권 면제를 인정하고, 대법원도 주권적 행위에 대해서는 재판권 면제를 원칙적으로 인정하며, 외교관계에의 영향을 고려할 때 재판권 면제를 통해 증진하려는 공익은 중요하다.²¹⁾ (ii) ‘강행법규’와 ‘심각한 인권 침해’ 등은 요건이 불명확하므로, 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 부인하는 것은 법적용에 불확실성을 초래한다. 사안에서 재판권 면제를 인정할지 여부는 한국의 외교정책과 국익에 잠재적 영향을 미칠 수 있는 사안이므로, 대한민국의 국익에 미칠 유불리를 냉정하게 고려해 기본적으로 행정부와 입법부의 정책 결정이 선행되어야 할 사항이다.²²⁾

(3) 1월·4월 판결에서 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 관한 문제

국제법상 강행규범(*jus cogens*)과 재판권 면제 규범 간 관계를 정립하는 문제는 1월·4월 판결의 핵심 쟁점이다. 1월 판결은 일본제국의 위안부제도 운영행위가 강행규범을 위반한 주권적 행위(이하 “강행규범 위반행위”)에 해당한다고 명시한 후,²³⁾ 하위규범은 강행규범을 위반할 수 없다는 논리를 적용해 재판권 면제를 부인해야 한다고 한다.²⁴⁾ 반면 4월 판결은 ① 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를

17) *Id.* pp. 62-63. 대법원 2017. 11. 14. 선고 2016다264174 판결, 대법원 2018. 10. 11.자 2018다245528 판결, 대법원 2019. 4. 5.자 2018다301541 판결.

18) *Id.* pp. 63-65. 2006 Draft Articles on Diplomatic Protection, UN Doc. A/RES/61/35 (2006), 61 UN GAOR Supp. (No. 49) at 505, Supp. No 10 (A/61/10), art. 19.

19) 합의문 전문은 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2016헌마253 결정, 판례집 31-2하, pp. 214-216 참조.

20) 4월 판결, pp. 65-71.

21) *Id.* pp. 71-74.

22) *Id.* pp. 75-77.

23) 1월 판결, p. 31. “국가면제 이론은 [...] 절대규범(국제 강행규범)을 위반하여 타국의 개인에게 큰 손해를 입힌 국가가 국가면제 이론 뒤에 숨어서 배상과 보상을 회피할 수 있도록 기회를 주기 위하여 형성된 것은 아닐 것이므로 이러한 경우 국가면제에 관한 국제관습법의 해석에는 예외를 허용해야 함이 상당하다.”

24) *Id.* p. 29. “[...] 하위규범은 절대규범을 이탈하면 아니 된다고 할 것이다.” 1월 판결은 “무력 충돌 시 국제인도법의 기본원칙”이 강행규범에 해당한다고 하는데(p. 29), 후에 일본제국의 위안부제도 운영행위가 “인도에 반하는 중범죄”에 해당한다고 하는 점에서 당해 행위가 이에 위반한다는 취지로 실시한 것으로 해석된다(p. 30).

부인하는 국가실행이 일반적으로 존재한다고 볼 수 없어 기존 관습국제법이 변경되었다고 볼 수 없는 점,²⁵⁾ ② 일반적 관행과 법적 확신에 의해 뒷받침되지 않은 새로운 해석론을 관습국제법에 적용하는 것은 지양해야 하는 점,²⁶⁾ ③ 강행규범 위반행위라고 하여 주권적 행위의 성격이 부정되지 않는 점,²⁷⁾ ④ ‘강행법규’와 ‘심각한 인권 침해’ 등의 불명확성으로 인해 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 부인하는 것이 오히려 불확실성을 초래해 국민을 위한 한국의 외교적 조치를 저해할 수 있는 점을 근거로 재판권 면제를 주장한다.²⁸⁾

1월 판결과 4월 판결은 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계 외에 국제법 존중주의의 의미나 사법부와 행정부·입법부의 관계정립에 대해서도 차이를 보인다. 그러나 재판권 면제를 어떻게 강행규범의 맥락에서 이해할 것인지의 문제는 두 판결의 결론과 논리의 차이를 유발한 핵심 쟁점 중 하나다. 이 점에서 두 판결을 종합적으로 이해하고 지난 20여 년간 한일관계의 중요 쟁점으로 부상해온 일본군 위안부 관련 소송의 쟁점을 정확하게 파악하려면 ‘강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 인정하는 것이 타당한가?’에 대한 답변이 선행되어야 한다.

III. 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제: 한국 판례의 입장

1. 국제법에서 강행규범의 개념

국제법상 강행규범(*jus cogens*)은 관습에 의해 형성된 규범 중 특수한 법적 효력을 부여받은 것으로, 다른 모든 규범과의 관계에서 우월한 형식적 지위를 갖는 규범이다.²⁹⁾ 강행규범을 인정한다고 하여 국제법의 모든 규범들을 포괄하는 단일한 서열관계가 존재한다고 봐야 할 필연적 이유는 없으나, 강행규범성을 갖는 규범들은 다른 모든 임의규범(*jus dispositivum*)과의 관계에서 상위의 규범적 효력을 갖는다.³⁰⁾ 강행규범의 개념은 1960년대 후반부터 제기되어 개발도상국을 중심으로 논의가 진전된 후 ‘조약법에 관한 비엔나협약’ 제53조와 제64조에 명시되며 국제법의 주요개념으로 정착했다.³¹⁾ 일반적 해석에 따르면 국가는 조약 혹은 관습국제법상의

25) 4월 판결, pp. 51-56.

26) *Id.* p. 75.

27) *Id.* p. 58. “[...] 국가 면제가 인정되는 ‘주권적 행위’ (acta jure imperii)는 비권력적·私法的 행위에 상대되는 개념으로서, [...] 법적·윤리적 당위를 전제로 한 개념이라고 보기는 어려우므로 [...] 공권력의 행사가 잔혹한 방식으로 이루어졌다면 그러한 행위는 위법한 ‘공권력 행사’ 또는 위법한 ‘주권 행사’가 될 뿐이지 그러한 행위의 주권적 행위로서의 성격 자체를 상실한다고 볼 수는 없다.”

28) *Id.* pp. 75-77.

29) Paolo Gaeta, Jorge E. Viñuales & Salvatore Zappalà, *Cassese's International Law* (3rd ed.) (Oxford University Press, 2020), p. 233.

30) *Id.*

31) *Vienna Convention on the Law of Treaties*, art. 53, 64. 유엔국제법위원회(ILC)는 비엔나협약 제53조의 ‘derogation’을 일반국제법의 규칙으로부터 이탈하기로 하는 합의를 체결하는 것으로 해석한다. International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission 1966*, Vol. 2, pp. 247-249; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th ed.) (Oxford University Press, 2019), p. 581.

입의규범적 규칙에 의해 강행규범으로부터 이탈할 수 없고, 이를 위반한 조약과 관습법적 규칙은 효력이 없다.³²⁾

유엔국제법위원회(ILC)의 ‘국가책임초안’은 제26조에서 강행규범의 개념을 인정하고, 제41조에서 국가들에게 국제법의 강행규범상 의무에 대한 국가의 중대한 위반을 합법적 수단을 통해 종료시키도록 협력할 의무를 부과한다.³³⁾ ‘국가책임초안’ 주석은 다수의 국내외 판례가 조약법 이외의 맥락에서도 강행규범의 존재를 인정해왔다고 한다.³⁴⁾ ILC는 강행규범으로 인정되는 것으로 무력사용 금지, 제노사이드 금지, 노예제 금지, 반인륜적 범죄의 금지, 고문 금지 등을 제시한다.³⁵⁾ ICJ도 *Armed Activities(DRC/Rwanda)* 판결과 *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* 판결에서 강행규범의 존재를 인정한다.³⁶⁾

1월·4월 판결에서 다투어진 일본제국의 위안부제도 운영행위가 강행규범을 위반했는지에 관해서는 다양한 견해가 존재한다. 일본제국의 행위가 강행규범 위반행위를 구성한다고 보는 견해도 있으나,³⁷⁾ 강행규범에 대한 명시적 판단 없이 일본제국의 행위가 “중대한 인권침해행위”를 구성한다고 설명하는 견해도 있다.³⁸⁾ 나아가 강행규범의 개념은 제2차 세계대전 이후 형성되었으므로 이를 일본제국의 행위에 소급적용할 수 없고 “중대한 불법행위”로 개념화해야 한다는 견해도 있다.³⁹⁾

강행규범과 재판권 면제의 관계에 관한 외국에서의 논의는 후술하듯 주로 제2차 세계대전 당시 독일의 민간인 대상 전쟁범죄와 권위주의 국가들에서의 민간인 대상 고문행위를 중심으로 발전해왔다. 전시 위안소 운영행위가 중대한 불법행위를 넘어 강행규범 위반행위를 구성하는지에 관해 명시적으로 판단하는 외국 판례가 존재하

32) International Law Commission, *Peremptory Norms of General International Law (jus cogens): Text of the Draft Conclusions and Draft Annex Provisionally Adopted by the Drafting Committee on First Reading*, 2019 ILC Report A/CN.4/L.936 (May 29, 2019), Draft Conclusion 10, 14.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>.

Gaeta, Viñuales & Zappalà, *supra* note 29, p. 237.

33) International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, art. 26.

34) *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, p.85, art.26 para. (5). ILC가 그 근거로 인용하는 판례는 다음과 같다: *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Judgment, 10 December 1998, paras. 153-155; *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (no. 3)* [2000] 1 AC 147, p. 57, 205, 242, 264; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 79.

35) Crawford, *supra* note 31, p. 581.

36) *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, para. 64; *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 99.

37) 도시환, “일본군 ‘위안부’ 문제의 현황과 국제인권법적 재조명,” **국제법학회논총** 제53권 제3호 (2008), pp. 53-54; 이영진, “외국국가의 재판권면제에 관한 연구-일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구소송과 관련하여,” **미국헌법연구** 제25권 제3호 (2014), p. 398, 402는 “심각한 국제법 위반이나 국제적 강행규범 위반,” “위안부 문제 등 국제 강행규범 위반의 문제”라고 표현한다.

38) 박선아, “중대한 인권침해와 국가면제의 예외,” **한양법학** 제28권 제4호 (2017), pp. 169-172.

39) 주진열, “외국을 피고로 한 민사재판에서 관할권 면제와 국제법상 강행규범 문제: 위안부 피해자 손해배상청구 사건에 대한 시사점,” **서울국제법연구** 제26권 제2호 (2019), pp. 314-317.

지 않는 사실이 일본제국의 위안부제도 운영행위가 “강행규범 위반행위”에 해당 하는지 여부에 관한 견해가 통일되지 않은데 영향을 미친 것으로 보인다.

그러나 ① 1월·4월 판결에서 확정된 사실관계로 한정할 때 원고들이 청구원인에서 주장하는 사실관계는 일본제국 정부가 적극적으로 관여해 위안부를 차출하고 전선으로 송환한 후 성행위를 강요한 행위를 중심으로 구성되어 있는 점,⁴⁰⁾ ② 일본제국 정부의 기획에 따라 조직적으로 이루어진 위 행위는 ILC가 강행규범으로 지정한 ‘노예제 금지원칙’과 ‘전시 반인륜범죄 금지원칙’에 준하는 위법성을 갖는다는 점, 그리고 ③ 인권침해와 재판권 면제의 관계에 관한 국제법학계의 논의가 ‘강행규범과 재판권 면제 규범의 관계’에 관한 연구를 중심으로 형성되어 외국의 학설과 판례를 참조하려면 강행규범의 맥락에서 이를 살피는 것이 유용한 점을 고려할 때 1월·4월 판결에서 문제된 일본제국의 행위를 ‘강행규범 위반행위’로 이해하는 것이 타당하다고 생각된다. 따라서 일본제국의 위안부제도 운영행위가 강행규범 위반행위를 구성한다는 것을 전제로 논의를 전개한다.

2. 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 관한 한국 판례의 입장

(1) 재판권 면제에 관한 판례 입장의 경과

관련 법률과 조약의 부재에 따라 한국에서는 재판권 면제 법리가 판례법리에 의해 규율되고 있다. 재판권 면제에 관한 판례 입장은 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결(이하 “전원합의체 판결”)을 중심으로 형성되어 있다.⁴¹⁾ 전원합의체 판결은 “국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙”이라고 한다. 한편, 국가의 사법(私法)적 행위에 대해서는 재판권 면제가 인정되지 않는 것이 ‘국제법’이나 ‘국제관례’에 의한 원칙이라고 한다. 재판권 면제의 근거를 ‘국제관례’에서 찾는 태도는 대법원 1975. 5. 23.자 74마281 결정에서도 발견된다. 당해 결정은 “본래 국가는 국제관례상 외국의 재판권에 복종하지 않게 되어 있다”고 한다.⁴²⁾ 대법원이 ‘국제관습법,’ ‘국제법,’ ‘국제관례’의 용어를 혼용하는 것에 대해서는 비판이 제기된다. 국제법상 ‘국제관례’의 개념이 모호하고, 헌법 제103조가 지칭하는 재판규범으로서의 “법률”과 헌법 제6조 제1항이 지칭하는 “조약” 또는 “일반적으로 승인된 국제법규”에 해당하지 않으므로,⁴³⁾ 대법원이 재판권 면제의 근거를 관습국제법에서 도출

40) 1월 판결, pp. 4-12; 4월 판결, pp. 6-7; *supra* note 4도 참조.

41) 헌법재판소도 재판권 면제에 관해 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결을 적용해 판단하고 있다. 헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2016헌바388 결정 참조.

42) 대법원 1975. 5. 23.자 74마281 결정은 외국의 모든 행위에 대해 재판권 면제가 원칙적으로 인정된다는 ‘절대적 면제론’을 취한 것으로 해석된다. 판례 입장은 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결을 계기로 외국의 사법(私法)적 행위에 대해서는 재판권 면제를 제한적으로 인정하는 ‘제한적 면제론’으로 변경된다.

43) 헌법 제6조 제1항의 “일반적으로 승인된 국제법규”가 관습국제법만을 의미하는 것인지에 관하여는 의견이 대립한다. 관습국제법에 더해 국제사회에서 일반적으로 규범성이 인정되는 조약도 이에 포함된다는 견해가 있고 헌법재판소도 유사한 입장을 취하나(헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12·2009헌바103(병합) 결정, 판례집 23-2상, p. 156), 조약은 원칙적으로 당사국에 대해서만 효력이 미치고 헌법 제6조 제1항이 “헌법에 의해 체결·공포된 조약”의 국내적 효력에 관해 별도로

해 관습국제법을 직접 적용한다고 해석하는 것이 유력하다.⁴⁴⁾

전원합의체 판결은 ‘제한적 면제론’을 취한다.⁴⁵⁾ 외국의 행위를 주권적 행위와 사법(私法)적 행위로 구분한 후, 전자에 대해서만 재판권 면제를 인정하는 것을 원칙으로 본다. 다만 “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 특별한 사정”이 있는 경우 사법적 행위일지라도 재판권 면제를 인정한다고 하여 일부 사법적 행위에 대해 재판권 면제를 인정할 여지를 열어둔다.⁴⁶⁾ 즉, 국가행위를 ① 주권적 행위, ② 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있는 사법적 행위, ③ 주권적 활동에 속하지 않고 이와 밀접한 관련도 없는 사법적 행위로 구분한다.⁴⁷⁾

전원합의체 판결은 주권적 행위와 사법적 행위를 구분하는 기준을 명시하지 않는다.⁴⁸⁾ 그러나 이후 판례는 “임무 및 활동 내용, 원고의 지위 및 담당업무의 내용, 피고의 주권적 활동과 원고의 업무의 관련성 정도 등”을 종합해 주권적 행위 여부를 판단한다.⁴⁹⁾ 이 점에서 행위목적설과 행위성질설 중 택일하는 대신 사안별로 구체적 제반사정을 분석해 주권적 행위인지 판단하는 입장을 취하고 있다.⁵⁰⁾

전원합의체 판결은 관습국제법상 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 “원칙”이라고 하여 예외의 존재가능성을 배제하지 않는다. 그러나 그러한 예외가 인정될 수 있는 구체적 사정을 열거하지 않고, 사법적 행위가 예외적으로 재판권 면제를 향유하기 위한 요건으로 ‘주권적 활동’과의 연관성

로 규율하고 있는 점에서 “일반적으로 승인된 국제법규”를 관습국제법으로 해석하는 것이 타당하다. 정인섭, “헌법 제6조 제1항상 ‘일반적으로 승인된 국제법규’의 국내 적용 실행,” **서울국제법연구** 제23권 제1호 (2016), pp. 52-55, 71.

44) 석광현 교수는 전원합의체 판결이 관습국제법의 원칙이라고 판시한 것은 “국가의 주권적 행위가 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 점”에만 한정된다고 해석하는 것도 가능하다고 한다. 석광현, *supra* note 5, p. 41 각주 42번. 대법원의 용어사용에 관한 비판으로는 김태천, “외국국가의 재판권면제-그 법적 근거와 범위에 관하여 (대상판결 : 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결),” **저스티스** 제34권 제3호 (2001), 283면 참조. 한편, 정인섭·정서용·이재민 교수는 대법원이 재판권 면제의 근거를 오직 관습국제법에서만 찾는 것으로 해석한다. 정인섭·정서용·이재민, **신국제법판례 120선** (박영사, 2020), p. 145.

45) 정인섭·정서용·이재민, *Id.* p. 145.

46) 대법원이 외국의 행위의 성질을 포함한 제반사정을 종합적으로 고려해 재판권 면제의 인정 여부를 판단해야 한다는 취지로 판시했다는 견해로는 석광현, *supra* note 5, pp. 49-50. 석광현 교수는 전원합의체 판결이 사법적 행위가 주권적 활동에 속할 수 있음을 인정해 양자의 개념적 구분을 관철하지 않으며, 이 점에서 국제법학에서 통상적으로 상용되는 제한적 면제론과 다르다고 본다.

47) 다만 주권적 활동과 밀접한 관련이 있는 사법적 행위를 현실적으로 상정하기는 어렵다. 따라서 대법원이 실질적으로 주권적 행위와 사법적 행위의 이분설을 기준으로 재판권 면제를 규율하겠다는 입장을 취한 것으로 해석하는 것이 타당하다. *Id.* p. 50.

48) 주권적 행위와 사법적 행위의 구분기준에 관한 행위목적설과 행위성질설의 대립에 관하여는 *supra* note 7 참조.

49) 서울고등법원 2004. 7. 14. 선고 2003나80293 판결, 서울고등법원 2012. 11. 2. 선고 2012나2196 판결, 광주고등법원 2012. 11. 15. 선고 (전주)2011나1311 판결, 대구지방법원 2012. 11. 23. 선고 2010가합13392 판결, 서울서부지방법원 2013. 1. 24. 선고 2011가합8225 판결 참조.

50) 일례로 부산지방법원 2015. 1. 29. 선고 2014가합45990 판결은 “미합중국의 이 사건 군정법령 제정 행위는 그 목적과 성질에 비추어 볼 때 국가의 주권적 행위(*acta jure imperii*)라고 할 것이다.” (밀줄 저자)라고 한다.

을 요구해 주권적 권한과 밀접한 행위에 대해서는 재판권 면제를 폭넓게 인정하는 태도를 취한다. 이 점에서 전원합의체 판결의 문언만으로는 주권적 행위에 대해 재판권을 행사할 수 있는 예외적 사유가 무엇인지 분명하게 알 수 없다.

(2) 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 관한 판례 입장

전원합의체 판결 이후 법원에서 다루어진 재판권 면제 사안은 대부분 외국의 행위가 주권적 행위 혹은 주권적 활동과 밀접한 사법적 행위에 해당하는지 여부에 관한 분쟁들이다.⁵¹⁾ 외국의 주권적 행위가 중대한 불법행위나 강행규범 위반행위에 해당하면 재판권 면제를 부인할 것인지를 직접 실시하는 대법원 판결은 없다.

대법원 2017. 11. 14. 선고 2016다264174 판결은 미군정청의 법령제정행위의 위법성이 청구원인이 된 사안으로 불법행위에 대한 재판권 면제의 문제를 심사한다.⁵²⁾ 제1심 판결은 “이 사건 군정법령 제정 행위가 [...] 국제법을 위반하였다는 사정만으로 외국이 향유하는 주권면제가 당연히 배제된다는 국제관습법이 형성되었다고 보기 어렵고 [...]” 라고 판시한다.⁵³⁾ 다만 각주에서 “다만 [...] 국제법상 강행규범(*jus cogens*)을 위반한 경우에 주권면제가 배제될 수 있다는 견해가 존재하기는 하나, [...] 강행규범에 위반되는 것이라고 인정하기도 부족하다” (각주 7번)라고 실시해 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제가 부인될 가능성을 배제하지 않는다. 그러나 이는 제1심 판결의 방론에 불과하고, 상소심 판결 모두 강행규범에 관한 분석 없이 제1심 판결의 재판권 면제에 대한 판단을 유지한다.⁵⁴⁾ 상고심은 대법원 2017. 11. 14. 선고 2016다264174 판결은 항소심의 판단 중 “[...] 이 사건 군정법령 제정행위는 국가의 주권적 행위로서 [...] 법원의 재판권이 존재하지 아니한다” 는 부분만 인용해 재판권 면제를 부인한다. 항소심과 상소심 사이에 원고가 제기한 위헌소원에 대한 헌법재판소 결정도 재판권에 관해 같은 결론을 내린다.⁵⁵⁾

전원합의체 판결이 외국의 주권적 활동과 밀접한 활동에 대해 행위성질설보다 포괄적으로 보호한다는 점에 주목하면, 강행규범 위반행위에 대해서도 재판권 면제를 인정하는 입장에 가깝다고 해석하는 것도 가능하다. 그러나 전원합의체 판결이 외국의 주권적 행위에 대한 재판권 면제에 대한 예외의 존재를 배제하지 않는 점에 주목하면, 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 부인하는 것이 전원합의체 판결과 충돌하지 않는다고 볼 여지도 있다. 대법원의 입장이 불명확해 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 관한 명확한 지침이 부재한다. 이로 인해 개별 재판부별

51) *supra* note 49의 판결 중 서울고등법원 2012. 11. 2. 선고 2012나2196 판결, 광주고등법원 2012. 11. 15. 선고 (전주)2011나1311 판결, 대구지방법원 2012. 11. 23. 선고 2010가합13392 판결은 주한미군과의 고용관계와 관련한 분쟁이 문제된 사안이고, 서울서부지방법원 2013. 1. 24. 선고 2011가합8225 판결은 주한미군과의 물품 납품 및 설치계약에 따른 분쟁이 문제된 사안이다.

52) 원고는 자연인·법인이 소유 또는 점유하고 있는 일본은행권과 대만은행권을 금융기관에 예치할 것을 명하고 예입 후 인출 및 거래를 금지하는 내용의 미군정청 법령 제57호가 원고의 부(父)의 재산권을 위법하게 침해한 등의 불법행위에 해당한다고 주장했다.

53) 부산지방법원 2015. 1. 29. 선고 2014가합45990 판결.

54) 이 사건의 항소심 판결은 부산고등법원 2016. 10. 13. 선고 2015나51555 판결.

55) 헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2016헌바388 결정.

로 상이한 판단을 도출할 수밖에 없는 상황이 초래되고 있으며, 1월·4월 판결이 이를 단적으로 보여준다.

IV. 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제: 주요 학설과 판례

1. 규범서열 이론

(1) 규범서열 이론의 전제

강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 부인하는 학설 중 가장 활발히 인용되는 이론은 규범서열 이론(normative hierarchy theory)이다. 규범서열 이론은 국제법의 체계에서 상위의 서열의 규범은 하위 규범과의 관계에서 우월한 효력을 갖는다고 전제한다.⁵⁶⁾ 강행규범은 그로부터의 이탈이 허용되지 않는 최상위 규범이므로, 강행규범과 충돌하는 임의규범은 충돌의 범위 내에서 무효가 된다고 본다.⁵⁷⁾ 재판권 면제는 국제법의 기본원리로 인정되는 주권평등원칙과 관련되는 점에서 재판권 면제 규범과 강행규범 사이의 서열이 불분명하다는 문제가 있으나 재판권 면제가 주권평등원칙으로부터 당연히 도출되는 것은 아니므로, 주권평등원칙의 높은 규범적 서열에도 불구하고 재판권 면제 규범이 강행규범은 아니라고 한다.⁵⁸⁾

규범서열 이론은 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제의 부인을 정당화하는 논리전개방식에 따라 크게 ① 승인배제 논변(non-recognition argument)과 ② 묵시적 포기 논변(implied waiver argument)으로 구분된다.

(2) 승인배제 논변

가. 승인배제 논변의 소개

승인배제 논변(non-recognition argument)은 강행규범 위반행위에 대한 ‘승인’의 개념을 매개로 재판권 면제 규범과 강행규범 간 충돌을 개념화한다. 그 대표적 지지자인 Orakhelashvili 교수는 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 인정하는 것이 강행규범 위반행위로 인해 발생한 위법한 상황을 승인해 그것이 지속될 수 있

56) Gaeta, Viñuales & Zappalà, *supra* note 29, p. 232.

57) 규범서열 이론을 바탕으로 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 부인하는 주요 견해는 다음과 같다: Alexander Orakhelashvili, “State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong,” *European Journal of International Law* Vol. 18 No. 5 (2007), p. 964; Magdalini Karagiannakis, “State Immunity and Fundamental Human Rights,” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 11 No. 1 (1998), p. 20; Sévrine Knuchel, “State Immunity and the Promise of *Jus Cogens*,” *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 9 No. 2 (2011), p. 159; François Larocque, “Torture, Jurisdiction and Immunity: Theories and Practices in Search of One Another,” in Alexander Orakhelashvili eds. *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law* (Edward Elgar Publishing, 2015), p. 467. 규범서열 이론을 적용하는 판례로는 *Al-Adsani v. The United Kingdom*, 35763/97, Council of Europe: European Court of Human Rights, Judgment, 21 November 2001, Joint Dissenting Opinion of Judges Rozakis and Caflisch Joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić, para. 1; *Arrest Warrant*, Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh, para. 7.

58) Karagiannakis, *Id.* p. 20.

도록 지원하는 것과 같다고 본다. ① 강행규범은 이탈이 허용되지 않는 규범이므로, 모든 국가는 강행규범 위반행위에 대한 승인을 내포하는 행위나 태도를 취해서는 안 되며, 강행규범 위반행위로 발생한 상황을 공고화하는데 협조해서는 안 된다.⁵⁹⁾ ② 이는 어떠한 국가도 강행규범 위반에 의해 발생한 상황을 합법적인 것으로 승인해서는 안 된다는 ‘국가책임초안’ 제41조 제2항에 반영되어 있다.⁶⁰⁾ 제41조가 규정하는 관습국제법상 의무는 단순한 ‘사실의 승인’에 관한 것이 아니라, ‘사실의 정당화’에 관한 것이며, 국가들은 강행규범 위반으로 인해 발생한 상황의 적법성을 승인함으로써 그것이 공고화하는데 일조하지 않아야 한다.⁶¹⁾ ③ 법정지국이 그러한 행위에 대해 재판권 면제를 인정함으로써 그 위법성을 다룰 통로가 실질적으로 차단되고 위반당사국이 책임을 회피하는 결과를 초래하면, 위반된 강행규범은 그 작동 권능을 사실상 거부당한다. 이는 법정지국이 위반행위를 승인하고 위반당사국이 위반의 결과를 공고화할 수 있도록 협조하는 것과 같아진다.⁶²⁾ ④ 또한 영국 법원의 *Jones*와 *Pinochet(no.3)* 판결은 고문행위에 대한 형사적 책임에 관해 전직 국가원수의 재판권 면제를 부인한다.⁶³⁾ 그러나 국제법에서는 민사-형사 규범이 구분되지 않고, 규범 간 충돌과 특정 규범으로부터의 이탈의 금지만이 문제될 따름이다. 형사사건에서 강행규범이 재판권 면제 규범에 우선한다면, 민사사건에서 동일한 절차적 효과를 가져야 한다.⁶⁴⁾

유고국제형사재판소(ICTY)의 *Furundžija* 판결은 고문금지가 강행규범이라고 한 다음, 고문의 피해자는 제3국 법원에서 그에 대한 손해배상소송을 제기할 수 있으며, 강행규범은 이탈이 금지되므로 일국의 강행규범 위반행위를 인가(authorize)하는 제3국의 사법(司法)행위는 부적법하다고 한다.⁶⁵⁾ 이는 강행규범 위반행위의 피해자가 제3국에서 민사소송을 제기하는 경우, 그에 대한 재판권 면제를 인정하는 법정지국의 행위가 강행규범 위반행위를 사실상 인가하는 결과를 초래하면 그러한 재판권 면제는 부적법하다는 취지로 해석할 수 있어 승인배제 논변과 논리를 같이 한다.⁶⁶⁾

Jurisdictional Immunities 판결에 대한 Gaja 판사의 반대의견도 강행규범의 우월한 효력 관철을 중시한다. 강행규범의 우월한 규범적 효력으로 인해 강행규범을 위반한 때에는 임의규범을 위반한 때에 비해 위반당사국에 더 엄격한 법적 효과가 발생할 수 있고, 재판권 면제의 제한이 그 중 하나가 될 수 있다고 한다.⁶⁷⁾ 또한 각국이

59) Orakhelashvili, *supra* note 57, p. 964.

60) *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, art. 41, 40.

61) Crawford, *supra* note 31, pp. 585-586; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, paras. 157-159 참조.

62) Orakhelashvili, *supra* note 57, p. 967, 970; Alexander Orakhelashvili, “State Immunity from Jurisdiction between Law, Comity and Ideology,” in Orakhelashvili eds., *supra* note 57, pp. 180-181.

63) *Jones v. Saudi Arabia* [2006] UKHL 26, para. 89; *Pinochet (no. 3)*, *supra* note 34, p. 57, 205, 242, 264.

64) Orakhelashvili, *supra* note 57, p. 970 ; Orakhelashvili, *supra* note 62, p. 180; Larocque, *supra* note 57, p. 464.

65) *Prosecutor v. Furundžija*, *supra* note 34, para. 155.

66) Orakhelashvili, *supra* note 57, pp. 967-968.

국내입법으로 법정지국 내 불법행위에 관한 재판권 면제의 불법행위 예외를 두고 있는데 법정지국 외에서 발생했다는 이유로 위법성이 훨씬 중한 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 인정하는 것은 이례적(extraordinary)이라고 한다.⁶⁸⁾

나. 승인배제 논변에 대한 비판 ①: 절차법-실체법 이분설

승인배제 논변에 대한 유력한 비판은 강행규범은 실체적 법률관계의 영역을 규율하는 규범인데 반해 재판권 면제 규범은 절차적 법률관계의 영역을 규율하는 규범이므로 양 규범이 작용하는 국면이 상이해 서로 충돌하지 않는다는 견해다.⁶⁹⁾ ① 외국의 행위가 강행규범을 위반하는지 여부를 심리한 후 강행규범 위반시 어떠한 제재를 부과할지 정하는 것은 본안단계에서의 판단이다.⁷⁰⁾ ② 법정지국의 재판권이 전제되어야 법정지국의 사법당국이 본안심리로 나아갈 수 있으므로, 재판권에 대한 판단은 다투어지는 행위의 실체적 성격을 심리하는 것에 선행한다. 따라서 재판권 면제 여부를 판단하는 단계에서는 문제된 행위의 위법성을 고려해서는 안 된다.⁷¹⁾ ③ 재판권 면제는 법정지국이 특정 사안에 대해 재판권을 행사하는 것이 적절한지를 규율하는 규범에 불과하다. 재판권 면제를 인정한다고 하여 법정지국이 외국의 위법행위를 승인하는 것이 아니며, 외국의 국제법적 책임도 소멸하지 않는다. 재판권 면제를 인정하는 것은 분쟁해결의 방법과 수단을 법정지국 법원 이외의 곳으로 변경시키는 효과를 발생시키는 것에 불과하다.⁷²⁾

ICJ의 *Jurisdictional Immunities* 판결은 재판권 면제는 절차의 문제이므로 국가의 특정 행위가 위법하다고 인정하면서 그 국가가 제3국의 재판권으로부터 면제를 향유한다고 판단하는 것이 모순되지 않는다고 한다. 절차법은 어느 국가의 법원이 분쟁의 법정으로 기능할 것인지를 결정하는 규범에 불과하고 문제된 행위의 실체적 쟁점에 관한 규범이 아니기 때문이다.⁷³⁾ *Arrest Warrant* 판결도 외무장관의 재판권 면제에 관해 실체법과 절차법은 서로 다른 층위에서 기능하므로, 재판권 면제의 인정여부는 문제된 행위의 위법성의 정도에 좌우되어서는 안 된다고 판시한다.⁷⁴⁾

영국 법원은 *Jones* 판결에서 재판권 면제 규범은 영국법원의 재판권의 한계를 설정하는 기능을 하는 것에 불과해 강행규범 위반에 대한 책임을 추궁하는 실체법적 쟁점과 재판권 면제 여부를 결정하는 절차법적 쟁점은 구분된다고 실시한다.⁷⁵⁾

67) *Jurisdictional Immunities*, Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Gaja, para. 10. Gaja 판사는 ‘국가 책임초안’ 제41조 제3항이 “further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law” 라고 규정한 것에 주목한다.

68) *Id.* para. 11.

69) Hazel Fox, *The Law of State Immunity* (1st ed.) (Oxford University Press, 2004), p. 525.

70) *Id.*

71) *Id.*

72) *Id.*; Andrea Gattini, “War Crimes and State Immunity in the *Ferrini* Decision,” *Journal of International Crime and Justice*, Vol. 3 No. 1 (2005), pp. 236-237.

73) *Jurisdictional Immunities*, para. 58, 93, 100.

74) *Arrest Warrant*, para. 60 해당 판결은 국가원수의 재판권 면제에 관한 사안이라는 점에서 국가의 재판권 면제에 관한 1월·4월 판결의 사안과 차이가 있으나, 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계를 절차법-실체법 이분설에 근거해 논의하는 점에서 국가의 재판권 면제에도 유효하게 적용된다.

Hoffmann 판사는 강행규범과 재판권 면제 규범 사이에 충돌이 발생하려면 위반된 강행규범 그 자체가 법정지국에 강행규범 위반행위에 대해 재판권을 행사할 의무를 부과하는 절차적 규칙을 창설해야 한다고 한다.⁷⁶⁾ 그러나 사안에서 문제된 강행규범인 고문금지 원칙에 대해서는 그러한 규칙이 부재한다고 본다. ① 고문금지 원칙으로부터 그 위반행위에 대한 재판권 행사의무를 부과하는 절차적 규칙이 개념상 당연히 도출되지는 않는다.⁷⁷⁾ ② ‘유엔고문방지협약’ 과 ‘유엔국가면제협약’ 도 그러한 규칙을 명시하거나 암시하지 않는다.⁷⁸⁾ ③ ICJ는 *Arrest Warrant* 판결에서 강행규범의 존재로부터 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 부인해야 한다는 규칙이 도출되지 않음을 확인했다. *Pinochet(no.3)* 판결은 “이미 퇴임한” 국가원수에 대해서만 예외적으로 재임 중 고문 가담행위에 대해 재판권 면제가 부인된다고 할 뿐이다. *Furundžija* 판결에서 민사소송을 통한 구제가능성을 언급한 부분은 재판권 면제에 관한 것이 아니라 재판할 권한을 가진 국제·국내 주체가 존재하고 원고가 적법한 소권을 가짐을 전제하는 것이다.⁷⁹⁾ 고문방지위원회는 캐나다에 대해 모든 고문 피해자들이 민사소송을 통해 보상받을 수 있는 방안을 마련하라고 권고했으나, 이에 법적인 구속력이 없다.⁸⁰⁾ ④ 고문행위에 대한 재판권 면제 인정여부가 쟁점이 된 미국의 *Siderman* 판결은 재판권 면제를 인정하고, 캐나다 법원도 *Bouzari* 판결에서 고문행위에 대해 재판권 면제를 부인하는 국가실행의 존재를 부인한다.⁸¹⁾ 그리스의 *Voiotia* 판결과 이탈리아의 *Ferrini* 판결은 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 부인해야 한다고 실시하나,⁸²⁾ *Voiotia* 판결의 논거에 대해서는 지지가 부재하고, *Ferrini* 판결은 국제법상 인정되지 않는 새로운 법리를 전개할 따름이다.⁸³⁾

75) *Jones v. Saudi Arabia*, para. 24, 44.

76) *Id.* para 45.

77) *Id.* para. 45.

78) *Id.* para. 46-47; *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85; *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, art. 5, 12.

79) *Id.* paras. 53-54; *Prosecutor v. Furundžija*, para. 155.

80) *Id.* paras. 56-57; United Nations Committee Against Torture, *UN Committee Against Torture: Conclusions and Recommendations*, Canada (July 7, 2005), CAT/C/CR/34/CAN, C.4.(g)., D.5.(f).

81) *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th cir. 1992), p. 699 ; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* [2004] OJ No. 2800 Docket No. C38295, pp. 694-696.

82) *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Case No. 11/2000, Areios Pagos (Hellenic Supreme Court), May 4, 2000, Maria Gavouneli and Ilias Bantekas, “*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Case No. 11/2000, Areios Pagos (Hellenic Supreme Court), May 4, 2000,” *American Journal of International Law*, Vol. 95 No. 1 (2001), pp. 198-204에서 영문으로 번역 및 요약; *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Corte di Cassazione (Sezioni Unite), Judgment No 5044 of Nov. 6, 2003, registered Mar. 11, 2004, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 87, p. 546, Andrea Bianchi, “*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Italian Court of Cassation, March 11, 2004,” *American Journal of International Law*, Vol. 99 No. 1 (2005), pp. 242-248에서 영문으로 번역 및 요약.

83) *Jones v. Saudi Arabia*, paras. 62-63.

다. 절차법-실체법 이분설에 대한 반박

절차법-실체법 이분설은 국제법이 절차를 규율하는 규범과 실체를 규율하는 규범을 명확히 구분하지 않는다는 점에서 한계가 있다. 관습국제법은 국가들의 합의와 실행을 통해 형성되는데, 국가들은 절차적 규범과 실체적 규범을 구분해 별개의 규범적 성격을 부여하지 않는다.⁸⁴⁾ 재판권 면제를 이유로 강행규범 위반행위에 대한 법적 책임의 추구를 차단한다면, 그 사안의 범위에서는 법정지국이 해당 강행규범의 효력을 부인하는 것과 같다.⁸⁵⁾ 강행규범 위반의 실체적 효과를 해소 또는 유지하는 것은 실체법적 쟁점이지만, 그 자체가 절차적 규범에 상당부분 의존한다.

일례로 미국 연방대법원은 *Verlinden*과 *Altmann* 판결에서 미국의 재판권 면제 법률인 ‘외국주권면제법’ (FSIA)이 단순히 연방법원에의 접근을 규율하는 데 국한되지 않고 외국이 미국 법원에서 책임을 추궁당할 수 있는 행위의 유형을 관장하며, 따라서 연방 실체법의 측면에서 재판권 면제의 기준을 성문화한다고 평가한다.⁸⁶⁾ 특히 *Altmann* 판결은 FSIA의 소급적용과 관련해 이전에 관할이 존재하지 않던 영역에 관할을 창설하는 법률은 당사자들의 실체적 권리에 영향을 미친다고 한다.⁸⁷⁾

한국 대법원은 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결에서 절차법이 불충분해 실체법상의 권리나 질서가 침해되거나 왜곡되어서는 안 된다고 한바 있다.⁸⁸⁾ 이는 국내법적 쟁점인 민사상 소멸시효 중단에 있어 재판상 청구가 있다는 점에 대하여만 확인을 구하는 형태의 ‘새로운 방식의 확인소송’의 적법성을 인정한 판례여서 그 설시를 국제법상 쟁점에까지 확장할 수 있는지는 불명확하다. 그러나 대법원이 국내 민사법에 관해서만큼은 절차법의 해석·적용이 실체법적 법률관계에 직간접적 영향을 준다고 인정한다는 점에서 의의가 있다. *Altmann* 판결도 국내법적 차원에서의 절차법과 실체법의 관계에 관한 *Hughes Aircraft* 판결을 기초로 FSIA에 실체법적 성격이 존재한다는 주장을 전개한다.⁸⁹⁾

강행규범의 목적은 단순히 특정 행위의 실체법적 사항을 규제하는데 국한되지 않고, 그것을 위반하는 행위의 법적 효과(legal consequences)를 규제하는 것까지 포함한다. 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제를 인정함으로써 위반당사국이 책임에서 회피하고 위반행위의 법적 효과를 제거하기가 어려워진다면, 강행규범이 의도하는 법적 효과가 임의규범인 재판권 면제 규범에 의해 대체되는 상황이 발생한다.⁹⁰⁾

84) Orakhelashvili, *supra* note 57, p. 968; Larocque, *supra* note 57, pp. 463-464.

85) Orakhelashvili, *supra* note 57, pp. 968-969.

86) *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480 (1983), pp. 496-497; *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677 (2004), p. 692. FSIA 전문은 28 US Code § 1602- § 1611 참조.

87) *Republic of Austria v. Altmann*, p. 693은 그 근거로 국내법적 차원에서의 절차법과 실체법의 관계에 관해 실시한 *Hughes Aircraft* 판결을 인용한다. *Hughes Aircraft v. United States ex rel. Schumer*, 520 U.S. 939 (1997), p. 951.

88) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결. 1월 판결이 이 판결을 직접 인용한다.

89) *supra* note 88.

90) Orakhelashvili, *supra* note 57, pp. 969-970; Orakhelashvili, *supra* note 62, p. 179.

라. 승인배제 논변에 대한 비판 ②: 규범충돌 부재설

강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제를 인정하는 경우 강행규범과 재판권 면제 규범 사이에 충돌이 발생하지 않는다고 보는 학설이 미국에서 제기된다. Caplan은 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제가 쟁점이 되는 사안에서는 강행규범과 재판권 면제 규범이 충돌하는 것이 아니라, 강행규범과 ‘재판권을 자유롭게 행사할 법정지국의 권리’ 사이에서 규범의 충돌이 발생한다고 한다.⁹¹⁾ 이때 두 규범 사이의 서열관계가 불분명해 규범서열 이론에 근거한 해결이 부적절하다고 본다.⁹²⁾

Caplan은 재판권 면제가 국제법의 기본원칙이 아니라고 한다. ① 주권평등원칙은 국제법의 기본원칙이지만, 단지 국가들이 동일한 권리향유능력을 가짐을 의미할 뿐, 국가들이 모든 상황에서 서로 대등해야 함을 의미하지 않는다.⁹³⁾ ② 국가의 주권적 권한은 통상 영역 내에서 행사되므로, 국가가 다른 국가와 대등하게 주권적 권리를 향유할 수 있는 능력은 영역 밖에서는 현저히 약화된다. 약화되는 권리에는 재판권 면제를 향유할 권리도 포함된다.⁹⁴⁾ ③ 타국이 재판권을 행사하는 범위에서 일국의 권리향유능력은 그만큼 약화되므로 주권평등원칙으로부터 재판권 면제가 곧바로 도출되지는 않는다. 따라서 재판권 면제 규범은 국제법의 기본원칙이 아니다.⁹⁵⁾

이를 전제로, Caplan은 국가 간 우호적 관계를 촉진하는데 기여하지 않는 행위에 대한 재판권 면제 인정여부는 관습국제법에 의해 규율되지 않는다고 한다. ① 국제법상 법정지국은 모든 사안에 대해 재판권을 행사할 수 있음이 원칙이고, 재판권 면제는 어디까지나 예외에 불과하다. 국가들이 실행을 통해 그러한 예외를 인정하는 이유는 원만한 국제관계를 통해 상호이익을 도모하기 위함이다.⁹⁶⁾ ② 따라서 재판권 면제에 관한 관습국제법은 법정지국과 피고국의 상호이익에 부합하는 범위 내의 행위에 대해서만 재판권 면제를 인정한다. 이에 해당하지 않는 강행규범 위반행위에 대해서는 재판권 면제를 인정하는 관습국제법이 부재한다.⁹⁷⁾ ③ 결국 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 인정할지 여부는 국내법 또는 조약에 의해 규율되며, 국내법이나 판례에 의해 그러한 행위에 대해 재판권 면제를 인정하는 경우에는 법정지국의 재판권 행사의 자유가 강행규범과 충돌하는 것이다.⁹⁸⁾ ④ 현행 국제법상 재판권을 자유롭게 행사할 권리는 강행규범이 보호하는 법익에 준하는 보호를 받고 있다. 이로 인해 강행규범과 재판권을 자유롭게 행사할 권리 사이에 명확한 위계가 존재한다고 보기 어렵다. 이는 자칫 ‘강행규범 간의 위계 정립’이라는 복잡한 문제를 야기할 수 있어 규범서열 이론의 적용에 신중해야 한다.⁹⁹⁾

91) Lee M. Caplan, “State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory,” *American Journal of International Law*, Vol. 97 No. 4 (2003), p. 771.

92) *Id.* p. 774.

93) *Id.* pp. 751-752.

94) *Id.* p. 752.

95) *Id.* p. 753.

96) *Id.* pp. 754-755.

97) *Id.* pp. 757-760.

98) *Id.* p. 771.

99) *Id.* pp. 773-774.

마. 규범충돌 부재설에 대한 반박

관습국제법이 재판권 면제를 인정하는 범위를 “국가 간 상호이익을 증진하는 행위”로 국한해 좁게 해석하는 것은 재판권 면제 규범이 국내법률에 의해 대부분 규율되는 미국과 일부 영미법계 국가의 상황에 경도되어 있다. 한국·독일·프랑스·이탈리아·일본을 포함한 주요 대륙법계 국가들은 재판권 면제에 관한 관습국제법의 규율범위를 더 넓게 인정한다.¹⁰⁰⁾

구체적으로, ① Caplan은 강행규범 위반행위는 재판권 면제에 관한 관습국제법에 의해 규율되지 않는다는 주장을 사실상 미국 연방대법원의 *Schooner Exchange* 판결에만 의존하여 도출하고 있다.¹⁰¹⁾ ② 그리고 Caplan은 ICJ의 *Arrest Warrant* 판결이 *Schooner Exchange* 판결과 같은 취지의 입장을 실시한다고 하여 ICJ가 자신의 견해를 지지한다고 주장하는데, Caplan이 *Arrest Warrant* 판결에서 인용하는 부분은 외무장관의 재판권 면제를 인정하는 관습국제법이 외무장관의 직무상 기능을 보호하기 위한 목적을 갖는다고 한다.¹⁰²⁾ 그러나 이러한 실시만을 근거로 ICJ가 국가 간 상호이익을 증진하는 행위에 대해서만 관습국제법이 재판권 면제를 인정하는 것으로 해석했다고 보기는 어렵다. ③ 나아가 재판권 면제의 문제를 직접 판단한 *Jurisdictional Immunities* 판결은 재판권 면제가 관습국제법에 의해 일반적으로 규율된다는 점을 명시하고, 관습국제법은 주권적 행위에 대해 일반적으로 재판권 면제를 인정한다고 하여 Caplan과 견해를 달리한다.¹⁰³⁾ 따라서 Caplan의 견해는 재판권 면제에 관한 관습국제법의 규율범위를 합리적 이유 없이 협소하게 해석한다.

(3) 묵시적 포기 논변

가. 묵시적 포기 논변의 소개

묵시적 포기 논변(implied waiver argument)은 국가가 강행규범을 위반하는 경우 이는 주권적 지위에서 행하는 행위가 아니므로 주권으로부터 파생하는 법적 보호를 받을 수 없고, 따라서 위반당사국은 위반시 재판권 면제를 향유할 권리를 묵시적으로 포기한 것으로 해석한다.¹⁰⁴⁾ 강행규범은 이탈이 허용되지 않는 최상위 규범이므로 국가들의 주권적 권한의 행사를 절대적으로 제한한다.¹⁰⁵⁾ 따라서 강행규범을 위

100) 독일 판례의 입장은 BVerfGE Vol. 16, 2 BvM 1/62 (1964), p. 27, Elihu Lauterpacht eds., *International Law Reports*, Vol. 45, pp. 79-80에서 영문으로 번역; 프랑스 판례의 입장은 Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 février 1969, Publié au bulletin, No. 86,

<<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006979300>>; 이탈리아 판례의 입장은 *Campione v. Peti-Nitrogenmuvek NV and Hungarian Republic*, Corte di Cassazione, Nov. 14, 1972, Elihu Lauterpacht eds. *International Law Reports*, Vol. 65, p. 292에서 영문으로 번역; 일본의 법적 규율은 ‘外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律’ 제4조, 제8조 참조 (일본은 민사재판권 면제에 관한 일반법률을 2009년에 제정해 시행하고 있다).

101) *Id.* pp. 757-758; *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).

102) *Arrest Warrant*, paras. 53-54; *Id.* p. 759.

103) *Jurisdictional Immunities*, paras. 56-57, 77.

104) Knuchel, *supra* note 57, p.166; Karagiannakis, *supra* note 57, p. 20; 서울중앙지방법원 2021. 6. 9. 자 2021카명391 결정도 “강행규범을 위반하는 경우, 그 국가는 국제공동체 스스로가 정해놓은 경계를 벗어난 것이므로 그 국가에 주어진 특권은 몰수됨이 마땅” 하다고 한다 (p. 4).

105) Adam C. Belsky, Mark Merva & Naomi Roht-Arriaza, “Implied Waiver under the FSIA: A

반한 국가의 행위는 주권적 지위에서의 행위로 인정될 수 없다.¹⁰⁶⁾ 이로 인해 국제 공동체가 강행규범을 승인할 때 개별 국가들은 강행규범 위반시 재판권 면제를 향유할 권리를 포기하기로 묵시적으로 동의하는 것으로 본다.¹⁰⁷⁾

묵시적 포기 논변은 특히 미국에서 활발하게 논의되어 왔다. 이는 FSIA 제1605조 제a항 제1호가 외국이 재판권 면제를 향유할 권리를 묵시적으로 포기하는 경우에 미국 법원의 재판권 행사가 가능하다고 규정하기 때문이다.¹⁰⁸⁾ Belsky, Merva, Roht-Arriaza가 FSIA 제1605조 제a항 제1호의 해석론으로 묵시적 포기 논변을 제안한 이래, 홀로코스트 피해자들의 손해배상청구,¹⁰⁹⁾ 외국정부에 의한 고문 피해자들의 손해배상청구,¹¹⁰⁾ 테러 피해자들의 손해배상청구¹¹¹⁾ 등과 관련해 묵시적 포기 논변이 다뤄진 사안이 다수 존재한다. 특히 *Princz* 판결에 대한 Wald 판사의 반대 의견이 묵시적 포기 논변을 수용한다. Wald 판사는 강행규범 위반행위는 재판권 면제를 향유하는 주권적 지위에서의 행위가 아니라고 한다.¹¹²⁾ 국제법과 국내법이 충돌할 여지가 있는 경우 국내법을 국제법과 최대한 조화시키는 방향으로 해석해야 하므로,¹¹³⁾ 강행규범 위반행위에 대한 손해배상청구소송이 제기된 경우 위반당사국이 FSIA 제1605조 제a항 제1호에 따라 재판권 면제를 향유할 권리를 묵시적으로 포기한 것으로 해석해 FSIA가 국제법과 충돌할 소지를 최소화해야 한다고 한다.¹¹⁴⁾ 미국 외에서는 그리스 법원의 *Voiotia* 판결이 묵시적 포기 논변을 채택한다.¹¹⁵⁾

Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law,” *California Law Review*, Vol. 77 No. 2 (1989), p. 386.

106) *Id.* p. 377.

107) *Id.* p. 394; *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*. Elihu Lauterpacht and Christopher J. Greenwood eds., *International Law Reports*, Vol. 129 (2007), p. 521에서 영문으로 번역한 부분 참조.

108) Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S. Code § 1605(a)(1).

109) *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (DC cir. 1994).

110) *Siderman de Blake v. Republic of Argentina; Sampson v. Federal Republic of Germany*, 250 F.3d 1145 (7th cir. 2001).

111) *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F.3d 239 (2d cir. 1996).

112) *Princz v. Federal Republic of Germany*, pp. 1182-1183.

113) Wald 판사는 국내법을 국제법과 조화되는 방향으로 해석해야 한다는 원칙을 *Alexander Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804), p. 118에서 도출한다.

114) *Princz v. Federal Republic of Germany*, p. 1183.

115) *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Gavouneli and Bantekas, *supra* note 82, p. 200에서 영문으로 번역 및 요약한 부분 참조. 그러나 후속적으로 제기된 유사한 사실관계의 소송에 대해 그리스 특별대법원은 현행 국제법이 외국 군대의 활동으로 인해 발생한 피해에 대해서는 그것이 강행규범 위반행위에 해당해도 재판권 면제를 인정한다고 판시해 *Voioita* 판결을 반복했다. *Federal Republic of Germany v. Margellos and 18 other natural and legal persons (intervening)*, Case No 6/2002, Anotato Eidiko Dikastirio (Hellenic Special Supreme Court), Sept. 17, 2002, paras. 14-15, Maria Gavouneli, “*Germany v Margellos and 18 other natural and legal persons (intervening)*, Petition for Cassation, Case No 6/2002, September 17, 2002, Greece; Special Supreme Court,” *Oxford Reports on International Law*,

<<https://opil.ouplaw.com/oxlaw/entryview/viewoxlawoxchap/10.1093S002flaw:ildcS002f87gr02.case.1S002flaw-ildc-87gr02>> 에서 영문으로 번역.

나. 묵시적 포기 논변에 대한 비판

묵시적 포기 논변은 강행규범 위반행위는 주권적 행위가 아니라고 전제하는데, 행위의 성질 혹은 목적과 행위의 위법성은 상이한 층위를 규율하는 분류기준이라는 점에서 전제의 타당성이 비판받는다. 행위의 위법성이 중대하거나 그것이 국가 고유의 권한을 남용한 것이라고 해서 그 행위의 성질 혹은 목적이 주권적 활동과 밀접한지 여부가 영향을 받는다고 보기는 어렵다.¹¹⁶⁾

나아가 묵시적 포기 논변은 권리자의 포기의사가 불분명한 상황에서 권리의 포기를 의제하므로 추상적 기준에 의해 국가의 권리를 박탈한다는 문제가 있다. 재판권 면제가 국제관계의 안정성에 있어 중요한 기능을 수행한다는 점을 고려할 때 재판권 면제를 향유할 권리의 포기는 가급적 엄격한 요건에 의해 인정해야 한다. 그러나 묵시적 포기 논변은 재판절차와 무관한 요소인 ‘강행규범 위반행위의 존재’로부터 ‘재판권 면제를 향유할 권리의 포기의사’를 도출한다. 문제된 행위의 위법성이 중대해도 국가가 소송절차와 무관한 특정한 행위를 하는 것만으로 재판권의 면제를 향유할 권리를 포기하려는 의사를 표시했다고 보기는 어렵다.

특히 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제가 다투어지는 많은 사안에서 위반당사국이 법정 안팎에서 자신이 재판권 면제를 향유한다는 사실을 적극 주장하는 경우가 빈번하다는 점에서 묵시적 포기 논변은 경험적 관찰과도 부합하지 않는다.¹¹⁷⁾ 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 부인하는 이탈리아 과거의 *Ferrini* 판결도 재판권 면제를 향유할 권리의 포기는 추상적 차원에서 인식될 수 없고 권리의 포기를 객관적으로 인정할 수 있는 구체적 행위로서 제기되어야 한다고 해 묵시적 포기 논변을 배척한다.¹¹⁸⁾

미국에서도 판례는 일관적으로 묵시적 포기 논변을 배척해왔다. 제7연방항소법원의 *Frolova* 판결은 FSIA 입법보고서에서 그동안 각급 법원이 재판권 면제의 묵시적 포기를 인정한 사례로 ① 외국이 타국에서의 중재에 동의한 경우, ② 외국이 특정 제3국의 법이 계약의 준거법이 되는 것으로 합의한 경우, 그리고 ③ 외국이 특정 소송에서 재판권 면제의 주장을 원용하지 않고 답변서를 제출한 경우를 열거하고 강행규범 위반행위에 관해서는 언급하지 않는 점과,¹¹⁹⁾ FSIA가 시행된 후 법원들이 위 세 가지 사례 외에 재판권 면제의 묵시적 포기를 인정한 경우가 거의 없다는 점

116) Caplan, *supra* note 91, p. 775; *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349 (1993), pp. 361-363도 같은 취지로 경찰력의 남용이 위법하다고 해서 그것이 주권적 성질의 행위임이 부정되지 않는다고 한다.

117) Pasquale De Sena and Francesca De Vittor, “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case,” *European Journal of International Law*, Vol. 16 No. 1 (2005), p. 102. 1월·4월 판결의 소송과정에서 일본도 마찬가지로의 태도를 취했다.

118) *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Corte di Cassazione (Sezioni Unite), Judgment No 5044 of Nov. 6, 2003, registered Mar. 11, 2004, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 87, p. 546, Bianchi, *supra* note 82, p. 243에서 영문으로 번역 및 요약. *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, para. 8.2.는 “a waiver cannot [...] be envisaged in the abstract, but only encountered in the concrete.” 라고 한다. *Id.* pp. 101-102에서 영문으로 번역.

119) United States House of Representatives, *House of Representatives Report No. 1487*, 94th Congress, 2nd Session, p. 18, reprinted in *1976 United States Code Congressional and Administrative News*, p. 6617.

을 지적해 묵시적 포기 논변을 배척한다.¹²⁰⁾ *Princz* 판결도 FSIA에 따른 재판권 면제의 묵시적 포기가 인정되기 위해서는 외국 정부가 소 제기 이전 또는 이후의 특정 시점에 소송절차에의 참여를 수용하겠다는 의사를 표시한 것으로 인정되어야 하며, 중대한 불법행위를 범했다는 사실만으로 그러한 의사표시의 존재를 인정할 수 없다고 한다.¹²¹⁾ 여기에 더해 제2연방항소법원의 *Smith* 판결은 ① 의회가 FSIA에 대한 테러 예외조항을 신설하며 그 적용요건을 엄격하게 한정함으로써 미루어 강행규범 위반행위를 포함한 모든 종류의 중대한 불법행위에 대해 일반적으로 재판권 면제를 부인하려는 의도가 없다는 사실을 간접적으로 표명했으며,¹²²⁾ ② 재판권 면제의 묵시적 포기를 인정하기 위해서는 피고인 외국의 의사표시나 행동이 소송과정과 밀접한 관련을 가져야 한다고 한다.¹²³⁾ 제7연방항소법원의 *Sampson* 판결은 강행규범이 의회로 하여금 관할을 창설할 의무를 부과하지 않아 강행규범 위반행위에 대한 재판권 행사 여부에 관해서는 국제법이 침묵하므로 *Princz* 판결의 Wald 판사가 주장한 국내법과 국제법의 조화로운 해석 원칙이 적용되지 않고,¹²⁴⁾ 강행규범은 계속 진화하는 개념으로 그 내용을 확정할 수 없는 만큼 의회가 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제의 묵시적 포기를 인정하기로 의도했다고 해석하기 어렵다고 한다.¹²⁵⁾ 종합적으로, 미국 항소심 판례들은 소송절차와 밀접하게 연결된 것으로서 재판권 행사의 승인을 인정할 수 있는 정도의 객관적이고 구체적인 언동이 있는 경우에만 재판권 면제의 묵시적 포기를 인정한다.¹²⁶⁾

2. 집단이익 이론

(1) 집단이익 이론의 소개

집단이익 이론(collective benefit theory)은 소에서 다투어지는 외국의 행위가 법정지국의 핵심이익을 침해하는지 여부에 따라 재판권 면제의 인정 여부를 결정해야 한다고 한다. 이는 Caplan이 주장하는 견해로, 관습국제법이 국가간 상호이익의 증진을 목적으로 하는 범위 내에서만 재판권 면제를 인정한다는 관점에 근거한다.¹²⁷⁾

Caplan은 중대한 인권침해 행위 등은 법정지국과 외국 간 상호이익 증진을 목적

120) *Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, 761 F.2d 370 (7th cir. 1985), p. 377.

121) “In sum, an implied waiver depends upon the foreign government’s having at some point indicated its amenability to suit.” *Princz v. Federal Republic of Germany*, p. 1174.

122) *Smith v. Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya*, p. 244. ‘Anti-terrorism and Effective Death Penalty Act’에 따라 신설된 FSIA 1605A조는 국무부가 테러후원국으로 지정한 국가가 고문, 사법 외적 살인, 항공기 사보타주, 납치, 또는 그러한 행위에 대한 물질적 지원 또는 자원제공을 하여 개인에게 상해 또는 사망의 손해가 발생한 경우, 그에 대한 손해배상청구의 소에서 피해자 또는 원고가 미국민, 미군 소속 관원, 미국정부의 피용인 또는 미국정부가 당사자인 계약의 이행자인 경우 해당 국가의 재판권 면제를 부인한다.

123) *Id.* pp. 245-246.

124) *Sampson v. Federal Republic of Germany*, p. 1152.

125) *Id.* p. 1155.

126) 일본군 위안부 피해자들이 일본을 상대로 손해배상청구의 소를 제기하여 선고된 DC연방항소법원의 2003년 황금주 판결도 원고측 주장 중 하나였던 묵시적 포기 논변을 *Princz* 판결의 설시를 인용해 배척한다. *Hwang Geum Joo et al. v. Japan*, 332 F.3d 679 (DC cir. 2003), pp. 686-687.

127) Caplan, *supra* note 91, p. 777.

으로 하지 않아 관습국제법의 규율범위에서 제외되므로 이에 대한 재판권 면제 인정여부는 각국의 국내법 및 법원실행에 의해 규율된다고 본다. 이때 관습국제법이 재판권 면제를 인정하는 취지가 국가 간 상호이익을 증진하는 것임을 고려할 때, 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제 또한 국가들의 집단적 이익에 부합하는 행위인지 여부에 따라 다르게 판단해야 한다고 한다.¹²⁸⁾ 외국의 행위가 주권적 행위인지 사법적 행위인지 여부와 무관하게, 법정지국의 핵심이익을 침해하면 이는 법정지국과 피고국 간 상호이익을 증진시키지 않는 것을 넘어 법정지국의 중요한 이익을 훼손하므로, 이에 대해서는 재판권 면제를 부인한다.¹²⁹⁾ 따라서 법정지국의 의회 또는 법원은 자국의 핵심이익이 무엇이고, 법정지국과 타국과의 관계에서 집단적 이익을 어떻게 보호할 것인지를 고려해 관습국제법이 규율하지 않는 영역에 대해 재판권 면제 규범을 형성할 수 있다고 주장한다.¹³⁰⁾

(2) 집단이익 이론에 대한 비판

집단이익 이론의 한계는 승인배제 논변에 대한 Caplan의 비판이 갖는 한계와 맞닿아 있다. 위에서 살폈듯, 재판권 면제에 관한 관습국제법이 국가 간 상호이익을 증진하는 행위에 대해서만 적용된다는 견해는 미국의 상황에 경도되어 있다. 나아가 법정지국의 ‘핵심이익’이 무엇을 의미하며, 특정한 이익이 주어진 상황에서 핵심이익에 해당하는지 여부를 어떤 기준으로 판단할지 모호한데, Caplan은 이를 구체적으로 설명하지 않는다. 그는 단지 민주국가에서는 국민의 복리를 보장하는 것이 국가의 핵심이익에 해당하므로 미국이 FSIA에 대해 테러 예외조항을 신설한 것은 집단이익 이론의 설명과 부합하고, 민간인을 악의적으로 사살하는 것은 그리스의 핵심이익을 침해하므로 *Voiotia* 판결이 재판권 면제를 부인한 것도 집단이익 이론의 설명과 부합한다고 주장하는데 그친다.¹³¹⁾

3. 법익균형 이론

(1) 법익균형 이론의 소개

법익균형 이론(balance of interest theory)은 강행규범이 보호하려는 법익과 재판권 면제 규범이 보호하려는 법익 사이에 균형을 도모하는 한편, 특정 법익의 몰각을 초래하는 법적용을 지양하는 해석론을 총칭한다. 강행규범과 재판권 면제 규범 모두 고유한 기능을 추구하고 독자적 법익을 보호하므로 어느 한 규범이 다른 규범에 필연적으로 우선시되지는 않는다고 전제한다.¹³²⁾ 따라서 구체적 사실관계 속에서 법익들을 비교형량하여 개별 사안별로 법익의 조화를 추구하는 방식으로 재판권 면제의 인정여부를 판단하려 한다. 법익균형 이론을 적용하는 대표적 사례로는, 강행

128) *Id.* pp. 777-778, 780.

129) *Id.* pp. 778-779.

130) *Id.* p. 780.

131) *Id.* pp. 778-779, 780.

132) *Arrest Warrant*, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Koojimens and Buergenthal, para. 75; *Jurisdictional Immunities*, Dissenting Opinion of Judge Yusuf, paras. 28-29.

규범을 위반한 당사국을 상대로 민사소송을 제기할 통로를 차단하면 외교적 보호권 행사의 재량적 성질 등으로 인해 피해자가 위반당사국의 책임회피에 따른 위험을 일방적으로 부담하게 될 가능성이 높다는 점에 주목하는 견해를 들 수 있다.¹³³⁾

ICJ의 *Arrest Warrant* 판결에 대한 Higgins, Koojimans, Buergenthal 판사의 별개의견이 법익균형 이론의 접근법을 대표적으로 드러낸다. 별개의견은 다음과 같이 논리를 전개한다. ① 강행규범은 중대한 범죄를 저지른 자들이 처벌을 피하지 않도록 보장하는 인류공동체의 이익을 보호하는 반면, 재판권 면제 규범은 국가들이 타국의 과도한 재판권 행사로 인한 부당한 간섭을 받지 않고 자유롭게 행동할 자유를 보호한다.¹³⁴⁾ ② 이들 두 법익 모두 국제공동체가 중시하는 이익을 반영하므로 두 법익 사이에서 균형을 추구해야 하며, 어떤 종류의 재판권 행사가 정당한 것으로 인정되는지 여부와 재판권 면제 규범의 내용이 무엇인지는 지속적으로 진화한다.¹³⁵⁾ ③ 국가의 행위가 강행규범을 위반하고 그러한 행위에 대해 재판권 면제를 인정함으로써 결과적으로 그 국가가 면책되는 결과가 초래될 때, 그러한 결과의 초래 자체만으로 재판권 면제를 원용할 권리가 부인되는 것은 아니다.¹³⁶⁾ ④ 그러나 국제공동체가 강행규범 위반행위를 강력히 규탄하는 점에 비추어 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 인정할지 여부를 심사할 때는 그렇지 않은 경우보다 신중해야 한다.¹³⁷⁾ 재판권 면제를 인정함으로써 인해 강행규범 위반행위에 대한 책임을 추궁할 방법이 소진되는 결과가 초래되는 때에는 그러한 사정이 충분히 고려되어야 한다.¹³⁸⁾

Jurisdictional Immunities 판결에 대한 Yusuf 판사의 반대의견도 유사한 논리를 전개한다. ① 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제 여부를 심사할 때는 인권과 국제인도법에 따라 개인에게 부여되는 효과적 구제수단에 대한 권리, 국제인도법 위반행위로 인해 발생한 피해에 대해 배상받을 권리, 재판거부로부터 보호받을 권리 등이 고려되어야 한다.¹³⁹⁾ ② 재판권 면제 규범은 그러한 권리의 실현과 충돌하는 방식으로 해석되어서는 안 되며, 특히 강행규범 위반행위의 피해자에 대한 적절한 배상이 이루어지지 않은 경우와 같이 재판권 면제에 관한 규칙이 명확히 확립되지 않은 사안에서는 인권과 국제인도법에 의지해 재판권 면제의 인정 여부가 비례성과 정당성을 갖추었는지를 판단해야 한다.¹⁴⁰⁾ ③ 따라서 재판권 면제를 인정하는 것이

133) 황명준, “국제법 위반의 중대성에 따른 주권면제 부인 가능성,” *국제법평론* 제51호 (2018), pp. 212-215.

134) *Arrest Warrant*, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Koojimans and Buergenthal, para. 75, 77.

135) *Id.* para. 75. “A balance therefore must be struck between two sets of functions which are both valued by the international community. Reflecting these concerns, what is regarded as a permissible jurisdiction and what is regarded as the law on immunity are in constant evolution. The weights on the two scales are not set for all perpetuity.”

136) *Id.* para. 79.

137) *Id.*

138) *Id.* para. 78은 재판권 면제를 인정할 경우 외무장관에 대한 법적 책임을 추궁할 마땅한 수단이 존재하지 않는 점에서 다수의견이 재판권 면제를 인정한다고 하여 외무장관이 법적 책임으로부터 면책되는 것은 아니라는 취지로 실시한 부분(*Arrest Warrant*, para. 60, 61)을 비판한다.

139) *Jurisdictional Immunities*, Dissenting Opinion of Judge Yusuf, paras. 28-29.

140) *Id.* para. 30.

원고의 위 권리의 실현을 훼손하는지 여부를 살펴야 한다.¹⁴¹⁾ 이를 위해 재판권 심사 단계에서도 청구의 성질 및 재판권 면제의 인정으로 인해 국제공동체가 중시하는 다른 규범적 가치들에 미치게 될 영향에 대한 맥락적 평가(contextual assessment)가 요구된다.¹⁴²⁾ Yusuf 판사가 인용하는 프랑스 파기원의 *Bucheron* 판결도 재판권 면제의 인정여부는 사건의 본안에 비추어 판단할 필요가 있다고 하여 사안과 관련한 법익의 종합적 평가를 요구하는 취지로 실시한다.¹⁴³⁾

한편, *Jurisdictional Immunities* 판결의 다수의견을 법익균형 이론의 관점에서 설명하는 견해도 존재한다. 이에 따르면 ICJ가 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 부인할 경우 초래될 수 있는 국제 법질서의 불안정성과 국내법원에 대한 국제적 통제의 약화 등을 의식해 상대적으로 보수적인 입장을 견지했다고 해석한다.¹⁴⁴⁾

법익균형 이론을 택하는 대표적인 국내 판결로는 이탈리아 파기원의 *Ferrini* 판결이 꼽힌다. 파기원은 국제법의 각 규범은 서로를 완성하고 통합하며 그 적용에 있어 서로에게 영향을 미치기 때문에 국제법의 규범을 해석할 때는 다른 규범과의 상호관계를 고려해야 한다고 한다.¹⁴⁵⁾ 강행규범과 같이 체계 내에서 상위 서열을 갖는 규범을 우선시하기 위해서는 그보다 하위 규범인 재판권 면제 규범에 예외를 인정할 필요가 있다고 본다. 재판권 면제를 인정함으로써 강행규범이 훼손되는 때에는 국제공동체에 필수적인 가치들의 보호가 방해받을 수 있기 때문이다.¹⁴⁶⁾ *Ferrini* 판결은 강행규범의 상위 서열을 전제로 재판권 면제의 예외를 도출하는 점에서 규범서열 이론과 연결되는 측면이 있다. 그러나 *Ferrini* 판결에서 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 부인하는 이유는 기존의 재판권 면제 규범을 관철하는 것이 국제공동체가 보호하려는 실체적 가치의 실현을 좌절시킬 수 있기 때문이지, 규범의 서열을 엄격하게 관철하려는 목적 때문이 아니다.¹⁴⁷⁾ *Ferrini* 판결은 재판권 면제 규범과 강행규범 간 실체적 법익형량을 통해 규범 적용에서의 우열을 정한다.

141) *Id.* para. 34.

142) *Id.* para. 36, 37.

143) Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 16 décembre 2003, 02-45.961, Publié au bulletin, No. 258, p. 206, <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007047249>>. “[...] qu’il en résulte que la juridiction devant laquelle elle est invoquée est dans la nécessité d’en apprécier le bien-fondé au regard du fond du litige pour décider s’il y a lieu d’accueillir ou non cette fin de non-recevoir d’une nature particulière [...]”

144) Gaeta, Vinuales & Zappalà, *supra* note 29, p. 128. 같은 책 p. 129은 *Jurisdictional Immunities* 판결에 뒤이어 선고된 이탈리아 헌법재판소 결정(Corte Costituzionale Sentenza N.238 Anno 2014)이 ICJ 판결의 준수가 자국 내에서 나치 독일에 의해 자행된 중대하게 위법한 주권적 행위에 대해 이탈리아의 재판권을 부인하는 한도에서는 위헌이라고 선고한 것을 예로 들며 ICJ 판결이 오히려 결과적으로 사법적 일방주의를 야기한다는 점에서 마찬가지로 법익균형의 관점에 기초한 비판을 제기한다. 이탈리아 헌법재판소 결정에 대한 소개는 황명준, “주권면제의 극복방안에 관한 최신 논의: 이탈리아 헌법재판소 No.238 결정과 후속논의를 중심으로,” *서울국제법연구* 제25권 제1호 (2018), pp. 10-15 참조.

145) “would hinder the protection of values whose safeguard is to be considered [...] essential to the whole international community.” *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, para. 9.2., De Sina and De Vittor, *supra* note 117, p. 102에서 영문으로 번역.

146) *Id.*

147) *Id.* pp. 102-103.

(2) 법익균형 이론에 대한 비판

법익균형 이론은 재판권 면제 규범과 강행규범 사이에 충돌이 발생하는 경우 전체적 사실관계를 종합적으로 고려한 이익형량을 하라는 방법론을 제안하지만, 명확한 결론은 제시하지 않는다는 한계가 있다. 이 때문에 법익균형 이론을 취할 경우 유사한 사실관계에 대해서도 재판부별로 상이한 결론이 도출될 수 있다. 주권존중에 따른 법익과 인권보호에 따른 법익은 추상적이고 상호관계도 모호해 둘 사이에서 객관적 비교형량을 하기가 어렵다. 따라서 주어진 상황과 이를 해석하는 재판부의 관점에 따라 법익형량이 상이하게 이루어질 위험이 있다. 자칫 재판관 개인의 정책적 선호에 따라 결론이 좌우될 수 있다. 이에 관해 *Jurisdictional Immunities* 판결은 피해자들에 대한 적절한 배상 또는 피해회복의 가능성 등을 재판권 면제 인정 여부에 있어 중요하게 고려하면 자칫 정부 간 협의가 순조롭게 진행될 것으로 예견되면 재판권 면제를 인정하게 되는 반면, 협의가 순조롭게 진행되지 못할 것으로 예견되면 재판권 면제를 부인하게 되는 결론에 이를 수 있다고 지적한다.¹⁴⁸⁾

또한 법익균형 이론은 특정한 법익의 의미에 대해 각 재판부마다 상이한 관점을 갖고 있으면 일관된 결론을 도출할 수 없다는 문제도 있다. 일례로 *Jurisdictional Immunities* 판결의 다수의견은 피해자의 국적국과 가해국이 일괄보상 협정을 체결한 후 피해자의 국적국이 보상금을 피해자들에게 지급하지 않고 경제재건 등에 사용했다고 하더라도 그러한 사정만으로는 피해자들이 위반당사국에 직접 손해배상을 청구할 근거가 되기 어렵다고 한다.¹⁴⁹⁾ 이는 Yusuf 판사가 법익형량 과정에서 피해자들의 개인적 차원에서의 권리실현을 중시하는 것과 대비된다.¹⁵⁰⁾ 다수의견과 Yusuf 판사의 견해 차이는 법익형량에 따른 판단은 특정한 법익을 실현하는 것이 무엇을 의미하는지에 대한 판단주체의 주관적 견해, 예컨대 무엇이 적절한 피해회복에 해당하는지 여부에 관한 주관적 기준의 차이에 좌우될 수 있음을 보여준다.

유사한 문제는 *Al-Adsani* 판결에 대한 Pellonpää 판사의 보충의견에서도 드러난다. Pellonpää 판사는 규범서열 이론을 취할 경우 강행규범 위반행위에 대해서는 강제집행으로부터의 면제도 부인해야 한다는 결론에 이르게 되며, 이는 국제협력을 훼손할 수 있고 국제협력의 저해는 결과적으로 고문금지 규범의 확립을 위한 국제협력에 악영향을 끼칠 수 있다는 점을 주요 논거로 하여 규범서열 이론을 비판한다.¹⁵¹⁾ Pellonpää 판사의 위 설시는 국제협력에 따른 법익과 재판권 행사에 따른 법익을 비교했을 때 전자의 보호필요성이 더 크다는 것을 전제한다. 그러나 Pellonpää 판사는 왜 전자가 후자보다 우선시되어야 하는지, 두 법익을 비교할 때 적용하는

148) *Jurisdictional Immunities*, para. 102.

149) *Id.*

150) *Jurisdictional Immunities*, Dissenting Opinion of Judge Yusuf, paras. 30-33.

151) *Al-Adsani*, Concurring Opinion of Judge Pellonpää Joined by Judge Sir Nicolas Bratza, p. 27. 비슷한 견해로는 Andreas Zimmermann, "Sovereign Immunity and Violations of International *Jus Cogens*- Some Critical Remarks," *Michigan Journal of International Law*, Vol. 16 No. 2 (1995), pp. 439-440.

비교의 기준은 무엇인지 등에 관해서는 상세하게 논하지 않는다. 만약 Pellonpää 판사가 국제협력 증진에 따른 이익보다 피해자의 권리구제에 더 높은 법익적 가치를 부여했다면 그 결론이 달라졌을 수 있는데, 법익균형 이론은 그러한 차이를 통제하는데 한계가 있다.

V. 1월·4월 판결에 대한 학설의 적용 및 검토

1. 1월 판결

1월 판결은 승인배제 논변과 법익균형 이론을 바탕으로 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 부인해야 한다고 논증한다. 먼저 승인배제 논변에 관하여, ① 1월 판결은 절차법이 실체법상의 권리와 상태를 가장 잘 구현하도록 구축되고 해석되어야 한다고 한다. 재판권 면제가 “절차적 요건에 관한 것”이라는 점을 인정하면서도, “절차법이 불충분하여 [...] 실체법상의 권리나 질서가 형해화되거나 왜곡되어서는 안 되는 것”이라고 한다.¹⁵²⁾ 재판권 면제를 인정함으로써 원고들의 손해배상청구권(실체법상의 권리)과 개인의 인권보호를 지향하는 법질서(실체법상의 질서)가 형해화되는 결과를 초래하는 해석론은 배척해야 한다는 것이다. 이는 강행규범 위반에 따른 법적 효과를 시정하는 방향으로 재판권 면제 규범을 해석함으로써 강행규범의 규범적 효력을 보전해야 한다고 보는 승인배제 논변과 취지를 같이 한다. ② 또한 1월 판결은 재판권 면제 규범이 강행규범을 위반한 국가가 “국가면제 이론 뒤에 숨어서 배상과 보상을 회피할 수 있도록 기회를 주기 위하여 형성된 것은 아닐 것”이라고 한다.¹⁵³⁾ 위반당사국이 법적 책임을 회피하면 행위로 인한 위법상태가 지속하므로, 이러한 설시는 피해자들의 구제를 사실상 좌절시킴으로써 강행규범 위반행위로 인해 발생한 상황을 공고화하는 해석론을 지양해야 한다는 취지로 이해할 수 있다.

법익균형 이론에 관하여, ① 1월 판결은 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 인정할 경우 “이로 인하여 인권을 유린당한 피해자들은 헌법에서 보장한 재판받을 권리를 박탈당하여 자신의 권리를 제대로 구제받지 못하는 결과를 초래하여 불합리”하다고 한다.¹⁵⁴⁾ 재판권 면제에 따른 “결과”로서의 권리구제의 좌절이 피해자들의 이익을 침해한다는 점을 강조하는 것은 법익형량의 사고를 전제한다. ② 나아가 1월 판결은 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 인정해 피해자들의 권리구제가 좌절되는 것이 “헌법을 최상위 규범으로 하는 법질서 전체의 이념에도 부합하지 아니”한다고 설시한다.¹⁵⁵⁾ 재판권 면제로 인해 특정한 실체적 가치가 침해된다는 점을 강조하는 점에서 이 또한 법익균형 이론과 가까운 설시로 보인다.

종합적으로 1월 판결은 승인배제 논변과 법익균형 이론을 기초로 강행규범 위반

152) 1월 판결, p. 28.

153) *Id.* p. 31.

154) *Id.* p. 30.

155) *Id.* p. 30.

행위에 대한 재판권 면제의 부인 필요성을 논증한다. 그러나 판결에서는 두 학설이 병렬적으로 제시되어 있어 재판부가 승인배제 논변(규범서열 이론)과 법익균형 이론 중 어느 학설을 우선적으로 적용하는지는 불분명하다.

2. 4월 판결

4월 판결은 법익균형 이론을 중심으로 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제 인정의 정당성을 논증한다. ① 4월 판결은 헌법의 국제법 존중주의가 “타국의 주권을 존중하여 국가 간의 선린관계를 증진하기 위한” 헌법상 “가치”라는 점을 지적한다.¹⁵⁶⁾ 가급적 국제법의 효력을 존중해야 하는 근거로서 주권존중과 우호적 국제관계에 따라 달성되는 법익을 제시하고 있다. ② 또한 4월 판결은 정부의 외교적 보호권 행사가 재량권을 일탈·남용했는지 여부를 판단함에 있어 2015년 한일 외교장관 합의에 따라 설립된 화해치유재단의 현금지원사업을 중요하게 고려한다.¹⁵⁷⁾ 현금지원사업에 따라 민사소송 외의 대체적 권리구제 수단이 존재하므로, 일본에 재판권 면제를 인정해도 구체적 타당성의 측면에서 불합리한 결과를 초래하지 않는다는 취지다. 이는 재판권 면제의 인정으로 인해 결과적으로 원고들의 법익에 구체적 침해가 발생하는지, 발생한다면 그 침해의 경중이 어떠한지, 그리고 그러한 침해를 향후 회복할 구체적 사정이 있는지 여부를 고려하는 판단이다. ③ 나아가 4월 판결은 강행규범이 갖는 개념상 추상성과 불명확성을 지적하는 한편, 일본에 대한 재판권 면제가 한국의 외교정책에 영향을 미칠 수 있는 사안임을 강조해 행정부와 입법부의 정책결정이 선행되어야 한다고 한다.¹⁵⁸⁾ 추상적 법논리보다 구체적 사실관계 하에서의 이익형량을 통해 재판권 면제의 인정여부를 결정해야 하며, 그러한 이익형량은 기본적으로 “정책결정”의 문제로서 사법부가 수행하기에는 적절하지 않다는 취지다. 이 부분 또한 한국의 외교정책 등을 고려해 구체적으로 대립하는 이익들 간에 비교형량을 하여 재판권 면제 여부를 결정해야 한다고 전제한다.

3. 1월·4월 판결의 검토

(1) 1월 판결

1월 판결은 법익균형 이론 외에 승인배제 논변을 고려한 설시도 포함하고 있으나, 그에 관한 서술이 미흡하다. 절차법의 부족으로 인해 실체법상 권리와 질서가 형해화 혹은 왜곡되어서는 안 된다고 주장하지만, 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 인정하는 것이 구체적으로 어떤 점에서 실체법상의 권리와 질서를 형해화하거나 왜곡하는지를 논하지 않고, 강행규범이 ‘이탈이 금지되는 규범’이라는 사실이 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제의 심사에 있어 어떤 함의가 있는지에 관해 설명하지 않는다. 승인배제 논변과 관련해 1월 판결은 국내법에서의 절차법-실체법 관계에 관한 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결의

156) 4월 판결, p. 61.

157) *Id.* pp. 65-71.

158) *Id.* pp. 75-77.

설시를 재판권 면제에 대해 직접 적용한다. 그러나 국내 민사법적 쟁점인 소멸시효의 중단에 관한 판례를 그와 성격이 상이한 국제법적 쟁점에 적용하는 것이 타당한지 여부를 논증하지 않는다는 문제가 있다.

나아가 1월 판결은 법익균형 이론의 적용에 있어 원고들의 재판청구권 실현과 관련한 법익만 소개하는데 그친다. 그와 대립되는 법익인 ① 국제관계의 안정과 ② 행정부·입법부의 외교정책상 재량권 확보에 따른 이익을 소개하고 양 법익을 동일선상에서 비교형량하지 않는다. 실질적인 법익형량이 부재한다는 점에서 법익균형 이론의 적절한 적용이라고 평가하기 어렵다. 1월 판결은 법익균형 이론을 지지하는 또 다른 근거로 국내관습법의 규범적 효력에 관한 판례인 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결을 제시하지만, 마찬가지로 국내법적 사안에 관한 판례를 국제법적 쟁점에 적용하는 것의 당부에 관한 논의가 생략되어 있다.

마지막으로, 1월 판결은 관습국제법과 관련한 쟁점을 심사하면서 강행규범 위반 행위에 대한 재판권 면제와 관련한 외국의 판례를 상세히 소개하지 않는다. 이 점에서 경험적 근거가 부족하다. 결과적으로 1월 판결은 충분하지 않은 논거를 바탕으로 기존의 판례입장으로부터 상당히 진일보한 법리를 도출하려 한다는 비판을 피하기 어렵다. 특히 그 대상이 경험적 근거가 중시되는 관습국제법이라는 점에서 비판의 여지가 크다.

(2) 4월 판결

4월 판결은 사실상 법익균형 이론만 적용하는 점에서 비판을 피하기 어렵다. 법익균형 이론에만 의존해 재판권 면제를 심사하려면 최소한 1월 판결이 법익형량에서 고려한 요소들을 포함해 가능한 한 많은 사실관계와 법익을 형량의 고려요소로 선정해야 했다. 그러나 4월 판결은 재판을 통한 권리구제에 따른 법익이나 소각하 판결 선고가 초래할 수 있는 법익침해에 대해서는 논의하지 않는다. 이 점에서 법익형량시 참고해야 할 중요한 요소들을 골고루 고려한다고 보기 어렵다.

나아가 4월 판결은 1월 판결의 견해가 널리 지지받는 견해에 근거한 것이 아님을 명시적으로 지적하면서도, 1월 판결의 중요한 논거 중 하나인 승인배제 논변에 관해 별다른 언급을 하지 않는다. 1월 판결을 비판하려면 1월 판결의 논거를 전체적으로 소개하고 그에 관한 반박을 제시해야 하는데, 4월 판결은 승인배제 논변에 관한 분석을 생략하는 점에서 1월 판결을 제대로 비판한다고 보기 어렵다.

4월 판결은 1월 판결과 비교해 더 많은 외국 입법례와 국제재판소·외국법원 판례를 분석하지만, 4월 판결이 상세하게 분석하는 판례도 결국 *Jurisdictional Immunities* 판결 정도로 제한된다. 나머지 판례들에 대한 소개는 상대적으로 미흡하다. 이 점에서 4월 판결도 판례를 충분히 분석하지 않는다.

4. 법원의 해석론에 관한 제언

강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 관한 학계와 국제재판소·외국법원 판례

에서의 논의가 다양한 이론적 맥락에서 이루어지고 있음에도 불구하고 1월·4월 판결은 제한된 이론적 틀만 적용해 사안을 살피고 있다. 두 판결 모두 법익균형 이론에 높은 비중을 부여해 논의를 전개한다. 1월 판결은 승인배제 논변도 검토하지만 그 분석의 깊이가 미흡하다. 학계와 국제재판소·외국법원 판례에서 가장 활발하게 논의되는 이론이 규범서열 이론인데도 두 판결은 규범서열 이론을 상세하게 분석하지 않는다. 법익균형 이론의 한계는 법익형량에서 고려할 요소를 선정하고 각 요소에 어느 정도의 가중치를 부여할지 결정하는 단계에서부터 판단주체의 주관적 선호가 투영된다는 것이다. 1월 판결과 4월 판결이 논증과정에서 법익균형 이론에 높은 비중을 부여하는 것은 자칫 재판권 면제 규범의 해석 및 적용을 재판부 자신의 정책적 선호에 상당부분 의존하게 만드는 결과를 초래할 수 있다. 이는 실제 1월·4월 판결의 결론이 갈린 중요한 원인에 해당한다.

따라서 4월 판결의 상소심은 두 가지 층위에서 1월·4월 판결의 문제점을 보완해야 한다. 첫째, 규범서열 이론의 적용 가능성을 더 상세하게 심사해야 한다. 규범서열 이론, 그 중에서도 승인배제 논변을 채택하는 것이 타당한지, 타당하지 않다면 왜 그러한지를 논리적으로 살펴야 한다. 특히 이 과정에서 승인배제 논변을 지지하거나 비판하는 근거가 되는 조약과 국제재판소·외국법원 판례를 승인배제 논변의 관점에서 소개하고 그 당부를 평가해야 한다. 승인배제 논변에 대한 유력한 비판인 절차법-실체법 이분설을 국내 민사판례인 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결을 적용하는 대신, 국제법에서의 절차법-실체법 관계에 관해 실시하는 *Jurisdictional Immunities, Jones*, 그리고 *Altmann* 판결을 참조할 필요가 있다.

둘째, 법익균형 이론이 재판부의 주관적 선호에 의존한 판단을 도출할 수 있다는 점을 인식하고, 법익형량시 법원이 따를 수 있는 나름의 객관적 기준을 설정해야 한다. 법익균형 이론을 적용한다면 어떤 법익들을 법익형량의 대상으로 선정할 것인지 정리해야 하고, 여러 법익을 형량할 때 각각의 법익이 대변하는 이익의 가중치를 어떻게 평가할 것인지 정리할 필요가 있다. 먼저, 어떤 경우에 국가적 법익을 제약하면서 개인적 법익을 보호해야 하는지가 제시되어야 한다. 예를 들어 권리구제 수단이 소진되었거나 문제된 행위가 특별히 중요한 실체적 가치를 침해한 때에는 개인적 법익의 보호를 우선하는 방향으로 법익형량을 하고, 반대로 주요국과의 민감한 외교현안이 관련된 경우에는 행정부·입법부의 재량권을 더 넓게 인정하는 등 국가적 법익을 우선하는 방향으로 법을 적용하기로 하는 등 법익형량의 일반적 방정식을 정리해서 제시하는 것이 바람직하다. 재판권 면제가 쟁점이 되는 사안은 외교적 의사결정과 밀접하게 관련될 수밖에 없다는 점에서 사법부와 행정부·입법부의 관계설정과 관련 권력분립의 쟁점이 이 과정에서 충분히 논의되어야 한다.

마지막으로, 규범서열 이론과 법익균형 이론 사이의 관계를 정리해야 한다. 규범서열 이론은 규범의 서열을 전제로 강행규범에 관한 재판권 면제의 부인을 일반적·연역적으로 도출하는 성격이 강하다. 반면 법익균형 이론은 구체적 사실관계에 속에서의 이익형량을 바탕으로 재판권 면제 여부를 결정한다는 점에서 두 이론은

적용의 논리와 층위가 상이하다. 따라서 상소심이 규범서열 이론과 법익균형 이론을 동시에 수용한다면, 두 학설 중 무엇을 우선적으로 적용할 것인지를 확정해야 한다. 일반적으로 규범서열 이론의 적용이 논리적으로 일관된 결론을 도출한다는 점에서 이 경우에는 승인배제 논변을 우선적으로 적용하는 것이 타당할 것이다. 같은 이유에서, 상소심이 4월 판결과 같이 법익균형 이론을 중점적으로 적용해 재판권 면제를 인정하더라도, 승인배제 논변과 묵시적 포기 논변의 당부를 선제적으로 분석하는 것이 타당하다. 결론과 상관없이 규범서열 논변에 관한 법원의 입장이 정리되어야 하고, 법익균형 이론만 적용해 결론을 도출하는 접근은 지양해야 한다.

VI. 글을 마치며

재판권의 한계를 정하는 것은 국가의 주권적 권능의 한계를 설정하는 것이다. 20세기 중반 이후 국제법은 국가의 주권적 권능에 대한 보호를 점차 줄여 개인의 권리와 이익을 두텁게 보호하는 추세로 발전해왔다. 이러한 추세가 진전되면 될수록 재판권 면제의 인정범위도 좁아질 수밖에 없다. 그러나 동시에 국제법은 서로 대등한 법적 지위를 향유하는 국가들 간의 상호존중을 핵심 가치로 하는 점에서 재판권 면제의 인정범위를 제한하는 데에도 분명한 한계가 존재한다. 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 인정할 것인지의 문제는 현대 국제법의 이런 양면적 성질이 서로 대립하고 긴장하는 지점에 위치한다. 특히 일본군 위안부 문제는 한일 간 민감한 현안이어서 긴장관계가 더욱 극명하게 드러난다.

규범서열 이론은 강행규범의 우월한 규범적 효력을 실질적으로 관철하는 것에 주목해 재판권 면제 규범을 해석한다. 한편, 집단이익 이론은 재판권 면제 규범이 국가 간 우호적 관계를 증진하는 기능을 충실히 수행해야 한다는 점을 강조한다. 법익균형 이론은 구체적 사안에서 재판권 면제를 인정함으로써 보호되는 법익과 부인함으로써 보호되는 법익을 비교형량해 개별 사안별로 타당한 결론을 이끌어내려 한다. 세 이론은 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계를 이해하는 상이한 관점을 대변하며, 각각 고유한 장점과 결함을 내재하고 있다.

한국이 재판권 면제에 관해 별도의 입법을 하지 않는 한 앞으로도 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제의 인정 여부는 판례법에 의해 규율될 것이다. 설령 입법이 이루어진다고 해도 소급적용의 제한으로 인해 일본군 위안부 문제는 여전히 판례법의 적용을 받을 가능성이 높다. 서울중앙지방법원의 1월·4월 판결은 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 관한 다양한 학설을 종합적으로 소개하지 않고 제기될 수 있는 논변들에 대한 충분한 검토 없이 결론을 내린다. 이 점에서 일본군 위안부 관련 소송들에 대한 만족스러운 사법적 해법을 제시한다고 보기 어렵다. 4월 판결의 항소심, 그리고 궁극적으로는 대법원이 두 판결의 한계를 인식하고 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 관한 판례이론을 체계적으로 정립해야 한다. 특히 규범서열 이론에 대해 면밀히 분석하는 것, 법익균형 이론의 적용시 하급심 법원들

이 참고할 일반적 기준을 제시하는 것, 그리고 규범서열 이론과 법익균형 이론의 관계를 정립하는 것이 시급하게 요구되는 과제다.

■ 참고문헌

1. 국내문헌

<단행본>

- 석광현, **국제민사소송법: 국제사법(절차편)** (박영사, 2012).
- 요시미 요시아키 (이규태 역), **일본군 군대위안부** (소화, 1998).
- 전원열, **민사소송법강의** (박영사, 2020).
- 정인섭, **신국제법강의** (박영사, 2020).
- 정인섭 · 정서용 · 이재민, **신국제법판례 120선** (박영사, 2020).
- 호문혁, **민사소송법** (법문사, 2020).

<논문>

- 김태천, “외국국가의 재판권면제-그 법적 근거와 범위에 관하여 (대상판결 : 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결),” **저스티스** 제34권 제3호 (2001).
- 도시환, “일본군 ‘위안부’ 문제의 현황과 국제인권법적 재조명,” **국제법학회논총** 제53권 제3호 (2008).
- 박선아, “중대한 인권침해와 국가면제의 예외,” **한양법학** 제28권 제4호 (2017).
- 박정애, “피해실태를 통해 본 일본군 위안부의 개념과 범주 시론,” **사학연구** 제120호 (2015).
- 양현아, “2015년 한일 외교장관의 ‘위안부’ 문제 합의에서 피해자는 어디 있었(었)나?: 그 내용과 절차,” **민주법학** 제60호 (2016).
- 이영진, “외국국가의 재판권면제에 관한 연구-일본군 위안부 피해자들의 손해배상청구소송과 관련하여,” **미국헌법연구** 제25권 제3호 (2014).
- 정인섭, “헌법 제6조 제1항상 ‘일반적으로 승인된 국제법규’의 국내 적용 실행,” **서울국제법연구** 제23권 제1호 (2016).
- 주진열, “외국을 피고로 한 민사재판에서 관할권 면제와 국제법상 강행규범 문제: 위안부 피해자 손해배상청구 사건에 대한 시사점,” **서울국제법연구** 제26권 제2호 (2019).
- 최태현, “국제법상 ‘면제’ 제도의 기본적 쟁점에 대한 분석,” **국제법평론** 제29호 (2009).
- 황명준, “국제법 위반의 중대성에 따른 주권면제 부인 가능성,” **국제법평론** 제51호 (2018).
- 황명준, “주권면제의 극복방안에 관한 최신 논의: 이탈리아 헌법재판소 No.238 결정과 후속논의를 중심으로,” **서울국제법연구** 제25권 제1호 (2018).

<판례>

- 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12·2009헌바103(병합) 결정.
- 헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2016헌바388 결정.
- 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2016헌마253 결정.
- 대법원 1975. 5. 23.자 74마281 결정.

- 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결.
- 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결.
- 대법원 2017. 11. 14. 선고 2016다264174 판결.
- 대법원 2018. 10. 11.자 2018다245528 판결.
- 대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결.
- 대법원 2019. 4. 5.자 2018다301541 판결.

- 서울고등법원 2004. 7. 14. 선고 2003나80293 판결.
- 서울고등법원 2012. 11. 2. 선고 2012나2196 판결.
- 부산고등법원 2016. 10. 13. 선고 2015나51555 판결.
- 광주고등법원 2012. 11. 15. 선고 (전주)2011나1311 판결.
- 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결.
- 서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결.
- 서울중앙지방법원 2021. 3. 29.자 국고의상대방에대한추심결정 (민사34부).
- 서울중앙지방법원 2021. 6. 9.자 2021카명391 결정.
- 서울서부지방법원 2013. 1. 24. 선고 2011가합8225 판결.
- 부산지방법원 2015. 1. 29. 선고 2014가합45990 판결.
- 대구지방법원 2012. 11. 23. 선고 2010가합13392 판결.

2. 국외문헌

<단행본>

- Crawford, James, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th ed.) (Oxford University Press, 2019).
- Fox, Hazel, *The Law of State Immunity* (1st ed.) (Oxford University Press, 2004).
- Gaeta, Paolo, Viñuales, Jorge E. & Zappalà, Salvatore, *Cassese's International Law* (3rd ed.) (Oxford University Press, 2020).
- Orakhelashvili, Alexander, eds. *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law* (Edward Elgar Publishing, 2015).

<논문>

- Belsky, Adam C., Merva, Mark & Roht-Arriaza, Naomi, "Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law," *California Law Review*, Vol. 77 No. 2 (1989).
- Bianchi, Andrea, "Ferrini v. Federal Republic of Germany, Italian Court of Cassation, March 11, 2004," *American Journal of International Law*, Vol. 99 No. 1 (2005).
- Caplan, Lee M., "State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory," *American Journal of International Law*, Vol. 97 No. 4 (2003).
- De Sena, Pasquale, and De Vittor, Francesca, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case," *European Journal of International*

Law, Vol. 16 No. 1 (2005).

- Gattini, Andrea “War Crimes and State Immunity in the *Ferrini* Decision,” *Journal of International Crime and Justice*, Vol. 3 No. 1 (2005).
- Gavouneli, Maria, and Bantekas, Ilias, “*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Case No. 11/2000, Areios Pagos (Hellenic Supreme Court), May 4, 2000,” *American Journal of International Law*, Vol. 95 No. 1 (2001).
- Karangianakis, Magdalini, “State Immunity and Fundamental Human Rights,” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 11 No. 1 (1998).
- Knuchel, Sévrine, “State Immunity and the Promise of *Jus Cogens*,” *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 9 No. 2 (2011).
- Larocque, François, “Torture, Jurisdiction and Immunity: Theories and Practices in Search of One Another,” in Alexander Orakhelashvili eds. *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law* (Edward Elgar Publishing, 2015).
- Orakhelashvili, Alexander, “State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong,” *European Journal of International Law* Vol. 18 No. 5 (2007).
- Orakhelashvili, Alexander, “State Immunity from Jurisdiction between Law, Comity and Ideology,” in Alexander Orakhelashvili eds. *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law* (Edward Elgar Publishing, 2015).
- Zimmermann, Andreas, “Sovereign Immunity and Violations of International *Jus Cogens*-Some Critical Remarks,” *Michigan Journal of International Law*, Vol. 16 No. 2 (1995).

<판례>

(1) 국제사법재판소 (ICJ)

- *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6.
- *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.
- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136.
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226.
- *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422.

(2) 유고국제형사재판소 (ICTY)

- *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Judgment, 10 December 1998.

(3) 유럽인권재판소 (ECtHR)

- *Al-Adsani v. The United Kingdom*, 35763/97, Council of Europe: European Court of Human Rights, Judgment, 21 November 2001.

(4) 미국

- *Alexander Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804).
- *Hughes Aircraft v. United States ex rel. Schumer*, 520 U.S. 939 (1997).
- *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U.S. 677 (2004).
- *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349 (1993).
- *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).
- *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480 (1983).

- *Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, 761 F.2d 370 (7th cir. 1985).
- *Hwang Geum Joo et al. v. Japan*, 332 F.3d 679 (DC cir. 2003).
- *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (DC cir. 1994).
- *Sampson v. Federal Republic of Germany*, 250 F.3d 1145 (7th cir. 2001).
- *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th cir. 1992).
- *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F.3d 239 (2d cir. 1996).

(5) 영국

- *Jones v. Saudi Arabia* [2006] UKHL 26.
- *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (no. 3)* [2000] 1 AC 147.

(6) 이탈리아

- *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Corte di Cassazione (Sezioni Unite), Judgment No 5044 of Nov. 6, 2003, registered Mar. 11, 2004.
- *Campione v. Peti-Nitrogenmuvек NV and Hungarian Republic*, Corte di Cassazione, Nov. 14, 1972.
- Corte Costituzionale Sentenza N.238 Anno 2014.

(7) 그리스

- *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Case No. 11/2000, Areios Pagos (Hellenic Supreme Court), May 4, 2000.
- *Federal Republic of Germany v. Margellos and 18 other natural and legal persons (intervening)*, Case No 6/2002, Anotato Eidiko Dikastirio (Hellenic Special Supreme Court), Sept. 17, 2002.

(8) 프랑스

- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 février 1969, Publié au bulletin, No. 86.
- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 16 décembre 2003, 02-45.961, Publié au bulletin, No. 258, p. 206.

(9) 독일

- BVerfGE Vol. 16, 2 BvM 1/62 (1964), p. 27.

(10) 캐나다

- *Bouzari v. Islamic Republic of Iran* [2004] OJ No. 2800 Docket No. C38295.

<기타자료>

- International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, Supplement No. 10 (A/56/10).
- International Law Commission, *Peremptory Norms of General International Law (jus cogens): Text of the Draft Conclusions and Draft Annex Provisionally Adopted by the Drafting Committee on First Reading*, 2019 ILC Report A/CN.4/L.936 (May 29, 2019).
- United Nations Committee Against Torture, *UN Committee Against Torture: Conclusions and Recommendations*, Canada (July 7, 2005), CAT/C/CR/34/CAN.
- United States House of Representatives, *House of Representatives Report No. 1487*, 94th Congress, 2nd Session, p. 18, reprinted in *1976 United States Code Congressional and Administrative News*.

최근 몇 년간 강제징용과 일본군 위안부 문제에 관한 법적 견해의 대립이 한일관계의 쟁점으로 부상하며 양국관계가 경색되었다. 이러한 상황 속에서 올해 1월과 4월 선고된 서울중앙지방법원의 두 판결이 한일관계의 새로운 쟁점으로 부각되고 있다. 일본군 위안부 피해자들이 일본을 상대로 제기한 손해배상청구의 소에 대해 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결은 한국에 재판권이 있다고 판단해 본안심리를 거쳐 원고청구를 인용했다. 반면 같은 법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결은 한국에 재판권이 없다고 판단해 소를 각하했다. 같은 사안을 심사한 두 판결이 재판권에 관해 서로 정반대의 결론을 도출하면서 적잖은 사회적 논쟁이 촉발되었고, 한일 간 잠재적 갈등요인으로 자리하게 되었다.

서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결과 서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결의 핵심 쟁점은 강행규범을 위반한 외국의 주권적 행위(“강행규범 위반행위”)에 대해 재판권을 인정할 것인지 여부다. 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결은 국가의 주권적 행위에 대해서는 재판권 면제를 인정하는 것이 관습국제법의 원칙이라고 실시했으나, 아직까지 대법원이 강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 관해 직접 판단을 내린 적은 없다. 따라서 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제의 인정여부는 여전히 국내적으로 법의 공백이 존재하는 영역으로 남아있다.

강행규범과 재판권 면제 규범의 관계에 관한 주요 학설로는 ① 규범서열 이론, ② 집단이익 이론, ③ 법익균형 이론이 있다. 규범서열 이론은 강행규범과 충돌하는 범위에서 하위규범인 재판권 면제 규범의 효력이 부인된다고 전제하며, 세부적으로 (1) 승인배제 논변과 (2) 묵시적 포기 논변으로 구분된다. 승인배제 논변은 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제의 인정이 강행규범 위반으로 인해 발생한 위법한 상황을 승인하는 결과를 초래하므로 재판권 면제를 부인해야 한다고 한다. 묵시적 포기 논변은 강행규범 위반행위는 주권적 행위로 인정되지 않으므로 강행규범을 위반하는 때에 국가는 타국으로부터 재판권 면제를 향유할 권리를 묵시적으로 포기한 것으로 해석한다. 한편, 집단이익 이론은 관습국제법이 재판권 면제를 인정하는 이유는 국가 상호 간 우호적 관계를 증진시키기 위함임을 근거로, 강행규범 위반행위와 같이 국가의 핵심적 이익을 침해하는 행위에 대해서는 재판권 면제를 부인해야 한다고 한다. 마지막으로, 법익균형 이론은 강행규범 위반행위에 대해 재판권 면제를 인정함으로써 인해 침해되는 법익이 증진되는 법익보다 현저히 커서 전자가 몰각될 우려가 있는 경우에는 재판권 면제를 부인해야 한다고 한다.

서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결은 승인배제 논변과 법익균형 이론을 기초로 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제의 부인 필요성을 논증한다. 반면 서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결은 법익균형 이론을 중심으로 강행규범 위반행위에 대한 재판권 면제 인정의 정당성을 논증한

다. 1월 판결은 ① 승인배제 논변에 관한 분석이 미흡하고, ② 법익균형 이론의 적용에 있어 원고들의 재판청구권 실현과 관련한 법익만 소개하고 그와 대립되는 법익을 소개하지 않는다. 마지막으로, ③ 1월 판결은 관련 외국 판례를 상세히 소개하지 않는다. 4월 판결은 ① 사실상 법익균형 이론만을 적용해 논리를 전개하는 점에서 한계가 있고, 재판을 통한 권리구제에 따른 법익이나 소각하판결 선고가 초래할 수 있는 법익침해에 대해 논의하지 않는 점에서 법익형량이 불완전하다. 나아가 ② 1월 판결을 비판하면서도 1월 판결의 중요한 논거인 승인배제 논변에 관해 별다른 언급을 하지 않는다. 마지막으로, ③ 4월 판결은 1월 판결과 비교해 더 많은 외국 입법례와 국제재판소·외국법원 판례를 분석하지만, 4월 판결이 상세하게 분석하는 판례도 *Jurisdictional Immunities* 판결 정도에 국한된다.

두 판결의 한계를 보완하기 위해 4월 판결의 상소심 재판부는 세 가지 사항을 고려해야 한다. ① 첫째, 규범서열 이론의 적용 가능성을 더 상세하게 심사해야 한다. 특히 승인배제 논변을 지지 혹은 비판하는 근거가 되는 조약과 국제재판소·외국법원 판례를 소개하고 평가해야 한다. ② 둘째, 법익균형 이론이 재판부의 주관적 선호에 의존할 수 있다는 점을 인식하고, 법익형량 시 법원이 따를 수 있는 나름의 객관적 기준을 설정해야 한다. ③ 마지막으로, 규범서열 이론과 법익균형 이론 사이의 관계를 정리해야 하며, 두 학설 중 무엇을 우선적으로 적용할 것인지를 확정해야 한다. 법익균형 이론만 적용해 결론을 도출하는 접근은 지양해야 한다.

주제어: 재판권 면제, 국가면제, 주권면제, 강행규범, 관습국제법, 관습국제법의 국내적 적용, 재판청구권, 일본군 위안부, 한일관계