

ICJ 판결의 국내법적 역할에 관한 고찰

- ICJ 국가면제 판결을 중심으로 -

수원지방법원·수원가정법원 평택지원 판사 육 은 령

*논문접수 : 2026. 7. 20. *심사개시 : 2026. 7. 22. *게재확정 : 2026. 8. 7.

〈목 차〉

I. 서론	III. ICJ 판결을 활용한 대한민국 법원 판결에 관한 분석
1. 연구의 배경	1. 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결
2. 연구의 대상 및 방법	2. 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결
II. 국가면제 및 ICJ 국가면제 판결	3. 서울고등법원 2023. 11. 23. 선고 2021나2017165 판결(원심판결: 서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결)
1. 국가면제의 의의	4. 소결
2. 국가면제에 관한 국제법 이론	IV. 결론
3. 국가면제에 관한 국제협약 및 각국의 입법 동향 등	참고문헌
4. ICJ 국가면제 판결	
5. 국가면제에 관한 대한민국 법원 및 헌법재판소의 기존 입장	

I. 서론

1. 연구의 배경

국제사법재판소(International Court of Justice, ICJ)는 국제연합의 주요 사법기관으로¹⁾ 판

* 수원지방법원·수원가정법원 평택지원 판사

1) 유엔 헌장(Charter of the United Nations)

제92조

결(judgment)을 내리거나 권고적 의견(advisory opinion)을 제공할 수 있다. ICJ의 결정은 당사자 간의 그 특정 사건과 관련된 경우를 제외하고는 구속력이 없지만,²⁾ 국제관습법의 존재 및 내용을 확인하고 국제법 규범을 해석·적용하는 과정에서 권위 있는 법적 판단자료 중 하나로 평가되고 있고,³⁾ 실제로 각국의 국내법원 역시 국제법적 쟁점이 문제되는 사건에서 ICJ 판결을 중요한 참고자료로 활용하고 있다.⁴⁾ 특히 국제인권법과 국제형사법의 발전, 국제 강행규범(*jus cogens*)의 확대, 국가책임 및 국가면제 이론의 변화 등으로 인하여 국내법원이 국제법 문제를 직접 판단하여야 하는 사례가 증가하면서 ICJ 판결의 국내법적 수용 방식에 대한 관심도 커지고 있다. 이에 따라 국가면제, 외교적 보호권, 전쟁배상, 국제인권 침해 등에 대한 국가책임과 같은 문제에서 국내법원이 어떠한 국제법적 판단기준을 채택하는지가 중요한 의미를 가지게 되었다.

현재까지 대한민국이 ICJ 판결의 당사자가 된 사안은 없다. 그런데 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가지고(대한민국헌법 제6조 제1항), 대한민국헌법 제6조 제1항 소정의 “일반적으로 승인된 국제법규”는 일반적으로 ‘국제관습법’을 의미한다고 해석된다.⁵⁾ ICJ는 자신에게 회부된 분쟁에 대해 국제법에 따라 결정하는 것을 임무로 하며, “법으로 수락된 일반관행의 증거로서의 국제관습

국제사법재판소는 국제연합의 주요 사법기관이다(The International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations). 재판소는 부속된 규정에 따라 임무를 수행하고, 이 규정은 「상설국제사법재판소규정」에 기초하며, 이 헌장의 불가분의 일부를 이룬다(It shall function in accordance with the annexed Statute, which is based upon the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter).

2) 국제사법재판소규정(Statute of the International Court of Justice)

제59조

재판소의 결정은 당사자 간의 그 특정 사건과 관련된 경우를 제외하고는 구속력이 없다(The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case).

- 3) International Law Commission (ILC), Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries (2018), Conclusion 13, para. 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.”
- 4) Carsten Hoppe, “Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights,” 18 European Journal of International Law (2007), pp. 317-336, at 331-332.
- 5) 노기호, 조약과 일반적으로 승인된 국제법규의 법적 효력 - 헌법재판소와 대법원의 해석을 중심으로 -, 법과 정책연구 제22집 제4호(2022. 12.), 61면.

(international custom, as evidence of a general practice accepted as law)”을 적용하므로[국제사법재판소규정 제38조 제1항6) (b)], 대한민국 법원 역시 국제법적 쟁점이 포함된 사건을 심리하는 과정에서 국제관습법의 존재 및 내용을 확정하면서 ICJ 판결을 그 근거자료로 삼을 수 있고, 실제로 최근 ICJ 판결을 활용한 판결들이 확인되고 있다. 특히 일제강점기 강제동원 피해자 사건과 일본군 위안부 피해자 사건에서 국가면제와 개인의 배상청구권의 존부라는 국제법적 쟁점이 문제되었고, 법원은 이를 판단하는 과정에서 ICJ의 「독일 대 이탈리아 국가면제 사건(Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy: Greece intervening)」 판결(이하 ‘ICJ 국가면제 판결’이라 한다)을 비롯한 국제법적 논의를 검토하였다.

ICJ 판결의 국내법적 역할에 관한 기존 논의는 개별 사건의 쟁점과 국제법적 논의를 연계하여 검토하는데 중점을 둔 것으로 보이고, 대한민국 법원이 실제로 ICJ 판결을 활용한 판결례들을 종합적으로 비교·분석하여 대한민국 법원이 ICJ 판결을 어떠한 법적 지위에서 활용하고 있는지, 그것이 법적 판단의 직접적인 근거인지, 국제관습법 확인의 자료인지, 또는 단순한 비교법적 참고자료인지 등에 관한 체계적 분석은 충분히 이루어지지 않았다.

이에 본 연구는 ICJ 판결을 활용한 대한민국 법원 판결을 종합적·체계적으로 비교·분석함으로써 국내법원이 ICJ 판결을 활용하는 방식과 그 법적 의미를 규명하고, 특히 국가면제라는 국제법상 핵심 쟁점을 중심으로 ICJ 판결이 국내 재판에서 어떠한 역할을 수행하는지를 검토하고자 한다. 나아가 본 연구는 국제 강행규범 위반행위에 대한 국가면제 인

6) 국제사법재판소규정

제38조

1. 재판소는 자신에게 회부된 분쟁에 대해 국제법에 따라 결정하는 것을 임무로 하며, 다음을 적용한다 (The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:).
 - 가. 분쟁국이 명시적으로 인정하는 규칙을 확립하고 있는 일반적인 또는 특별한 국제협약(international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;)
 - 나. 법으로 수락된 일반관행의 증거로서의 국제관습(international custom, as evidence of a general practice accepted as law;)
 - 다. 문명국이 인정하는 법의 일반원칙(the general principles of law recognized by civilized nations;)
 - 라. 제59조의 규정을 따른다는 조건으로, 법칙 결정의 보조수단으로서의 사법판결과 각국의 가장 우수한 학자의 학설(subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.)

정 여부라는 현대 국제법의 중요한 쟁점에 관하여 대한민국 법원의 입장이 국제법 질서의 발전에 어떠한 함의를 가지는지 검토하는 데에도 의의가 있다.

2. 연구의 대상 및 방법

본 연구는 대한민국 법원 사법정보공개포털 종합법률정보 등 검색시스템에 ‘ICJ’ 등의 키워드를 입력하여 검색된 판결들 중 ICJ 판결을 법적 판단자료로 삼은 것이 아니라 범죄 사실 및 인정사실 등에 언급한 데 불과한 판결들 및 ICJ 판결이 아니라 ICJ 보고를 언급한 난민불인정결정취소 등 판결들을 제외한 후 확인된 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다 61381 전원합의체 판결, 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결, 서울고등법원 2023. 11. 23. 선고 2021나2017165 판결을 중심으로 연구를 진행하였다.

본 연구는 우선 국가면제에 관한 국제협약 및 각국의 입법 동향, ICJ 국가면제 판결 등을 분석하여 현행 국제법의 내용을 정리한다. 다음으로 ICJ 판결을 활용한 대한민국 판결을 종합적·체계적으로 비교·분석하여 ICJ 판결의 국내법적 역할을 검토한다.

II. 국가면제 및 ICJ 국가면제 판결

1. 국가면제의 의의

국가면제(state immunity, ‘주권면제’, ‘관할권면제’ 또는 ‘재판권면제’라고도 한다, 이하 ‘국가면제’라 한다)란, 국내법원이 외국국가에 대한 소송에 관하여 재판(관할)권(jurisdiction)⁷⁾을 갖지 않고, 국가는 그의 행위와 재산에 관하여 외국의 재판권에 강제되지 아니한다는 원칙으로 국제관습법의 일반원칙으로 설명되고 있다. 국가면제는 주권을 가진 모든 국가들이 서로 평등하여 독립적이고, ‘대등한 자는 다른 대등한 자에 대해 지배권을 갖지 못한다(*par in parem non habet imperium*).’는 주권평등의 원칙에 근거한다.⁸⁾

7) 국내 민사소송법상 ‘재판권’과 ‘관할권’은 구분되고, 이러한 구분을 따른 때 국가면제는 일차적으로 국내 법원에서의 재판권 면제를 의미한다. 그러나 ‘재판권’으로 번역할 경우 상법 및 행정당국에 의하여 행사되는 집행 및 행정권까지를 포함하는 국가면제의 범위를 충분히 나타내지 못한다는 우려가 있다[임예준, 국가면제에서 ‘국가’의 의미에 관한 소고 - 북한을 상대로 한 소송에의 함의 -, 국제법평론 2023-II(통권 제 65호), 1, 2면 각주 1)]. 이하에서는 ‘재판(관할)권’이라고 하되, 협약, 법령, 판결 등에서 다른 표현을 사용하는 경우 그 표현에 따른다.

이처럼 주권평등의 원칙을 반영하고 있는 국가면제의 법리는 19세기 이래 각국 법원의 실행을 통해 성립하고 발전하였고,⁹⁾ 국가면제의 기본내용은 국제관습법에 해당하지만, 실제 면제가 국내법원의 소송절차에서 판단됨을 고려할 때 구체적인 내용은 각국의 국내법이나 사법 관행에 영향을 받는다.¹⁰⁾

그리고 이러한 국가면제의 법리는 점차 그 인정범위가 제한되는 방향으로 나아가고 있다. 그리하여 이제는 국가의 인권 침해행위, 특히 강행규범 위반행위에 대해서 국가면제의 예외가 인정되는지 여부가 새로운 문제로 등장하였다.¹¹⁾

2. 국가면제에 관한 국제법 이론

가. 국가면제에 관한 전통적 국제법 이론

1648년 웨스트팔리아(Westphalia) 평화조약이 체결되고 중앙집권적인 근대 국가가 탄생하면서 주권의 개념이 새롭게 정립되었는데, 국내적으로는 최고 권력의 의미를 나타내었고, 국제적으로는 평등과 독립의 의미로 사용되었다. 더 나아가 국가의 모든 행위는 권력적, 주권적 행위로 여겨졌고, 외국에 존재하는 국가 소유의 재산은 국가의 주권적 행위와 관련된 것으로 간주되었다. 이 시기에 국가면제는 외국의 군주 또는 국왕에게 존중을 표하고 상호간에 동등한 대우를 요구하는 의미에서 시작되었다. 19세기 초 미국 연방법원은 ‘The Schooner Exchange v. McFaddon’ 사건에서 “일국의 군주는 그 어떤 면에서도 다른 군주에게 복종하지 않는다.”고 판시하여 절대적 국가면제이론(absolute theory of state immunity)을 최초로 언급하였다.¹²⁾

나. 제한적(상대적) 국가면제이론의 대두

국가면제 개념은 19세기 말부터 서서히 제한되면서 다수의 국가에서는 상업적·사법적

8) 김선화, 한국 법원의 국가면제 판결에 대한 비판적 분석, 법과사회 72호(2023년 2월), 111면.

9) 임예준, 전계논문, 2면.

10) 정인섭, 신국제법강의(제13판), 박영사(2023), 239면.

11) 장석영, 국가면제의 예외에 관한 연구- ICJ 국가관할권면제사건에 대한 비판적 고찰을 중심으로 -, (2012년), 1, 2면.

12) 장석영, 전계논문, 7면.

(私法的) 행위 등에 대하여는 국가면제가 적용되지 않는다는 내용의 국제협약에 가입하거나 국내법을 마련하고 있다.¹³⁾

제한적 국가면제이론(restrictive theory of state immunity)은 국가의 행위를 주권적, 권력적, 공적 행위(*acta jure imperii*)와 상업적, 비권력적, 사적 행위(*acta jure gestionis*)로 구분하여 후자에 대해서는 국가면제를 부인하는 이론이다. 국가가 사적인 자격에서 참여하는 경제활동에 대하여 외국의 법원이 재판(관할)권을 행사하는 것은 주권의 침해로 여겨지지 않았기 때문에 국가들의 큰 동요 없이 이러한 제한적 국가면제이론이 확산되기 시작하였다.¹⁴⁾

국가의 사적 행위에 대해서 국가면제의 예외를 인정하여야 한다는 판결이 처음 등장한 것은 1857년 벨기에 법원에서였다. 그리고 이탈리아와 영국 등 일부 서유럽 국가에서 제한적 국가면제의 개념이 적용되기 시작하였고,¹⁵⁾ 프랑스와 독일 등 유럽의 대륙법계 국가들이 벨기에와 이탈리아 국내 법원의 판결에 자극받아 20세기 초반부터 제한적 국가면제 이론을 받아들였으며, 미국과 영국 등 영미법계 국가들도 1970년대에 국가면제에 관한 국내법을 제정하면서 제한적 국가면제이론을 확고히 수용하였다.¹⁶⁾

여기에 반인륜적·반인권적 범죄행위에 대한 소송이 제기되는 경우 국가면제를 인정하여서는 아니 된다는 학설도 제기되기 시작하였고, 아래 제3항에서 상세히 살펴보는 바와 같이 국가면제에 관한 국제협약이나 각국의 입법 일부에 이러한 내용이 포함되기 시작하였다.

3. 국가면제에 관한 국제협약 및 각국의 입법 동향 등

가. 국가면제에 관한 국제협약

(1) 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 국제연합 협약

UN 국제법 위원회(International Law Commission, 이하 'ILC'라 한다)는 1978년경부터 위

13) 김석현, 국가면제의 기준 - 면제의 제한과 관련하여, 국제법평론 통권 제29호(2009-1), 35면 이하

14) 장석영, 전제논문, 9, 10면.

15) 장석영, 전제논문, 10면.

16) 김석현, 전제논문, 36면.

협약에 관한 초안 작성 작업을 시작하였고, 2004. 12. 2. UN 총회에서 「국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 국제연합 협약(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 이하 ‘UN 국가면제협약’이라 한다)」이 채택되었다.

UN 국가면제협약의 주요 내용은 국가가 그 스스로 또는 그 재산과 관련하여 다른 국가 법원의 관할권으로부터 면제를 향유한다는 원칙을 확인하고(제5조¹⁷⁾), 이를 실효적으로 보장하기 위하여 각 국가는 다른 국가에 대한 재판절차에서 재판관할권의 행사를 자제하고 자국 법원이 직권으로 해당 국가의 면제가 존중되도록 하여야 하며(제6조¹⁸⁾), 다른 국가의 영토에서 그 국가에 귀속되는 작위 또는 부작위로 인하여 사람의 사망 또는 신체상 손해나 유형재산의 손상 또는 멸실이 발생하고 그 행위자가 당시 해당 영토에 현존한 경우 그로 인한 금전적 배상을 청구하는 재판절차에 대해서는 국가가 재판관할권의 면제를 원용할 수 없도록 하는 예외를 인정하는 것이다(제12조¹⁹⁾).

17) UN 국가면제협약

제5조 (국가면제)

국가는 자신과 그 재산에 관하여 이 협약에서 정하는 바에 따라 다른 국가 법원의 재판관할권으로부터 면제된다.(A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention).

18) UN 국가면제협약

제6조 (국가면제를 인정하는 방법)

국가는 다른 국가에 대한 법원의 소송 절차에서 관할권 행사를 자제함으로써 제5조에 따른 국가 면제의 효력을 부여해야 하며, 이를 위해 해당 국가의 법원이 제5조에 따른 다른 국가의 면제를 스스로 결정하도록 보장하여야 한다(A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to this end shall ensure that its courts determine on their own initiative that the immunity of that other State under article 5 is respected).

19) UN 국가면제협약

제12조 (인적 피해 및 재산상의 손해)

관계국들 간에 별도의 합의가 없는 한, 국가는 타국의 권한 있는 법정에서 자국에게 귀속되는 것으로 주장되는 작위 또는 부작위로 인한 사망 기타 인적 피해 또는 유형의 재산상의 피해에 대한 금전적 보상에 관한 소송에 있어서 관할권 면제를 원용할 수 없다. 단, 이는 그 작위 또는 부작위가 전체적으로 또는 부분적으로 그 타국의 영토상에서 발생하였으며 그 작위 또는 부작위의 주체가 그 작위 또는 부작위의 발생 당시에 그 영토상에 있는 경우에 한한다(Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission).

한편 위 협약 제30조 제1항²⁰⁾은, 위 협약은 30번째 비준국의 협약 비준 의사가 접수된 날로부터 30일째 되는 날 효력이 발생한다고 정하고 있는데, 2026. 7. 현재까지 위 협약에는 28개국이 서명하였고 25개국이 비준하였다.²¹⁾

(2) 국가면제에 관한 유럽협약

「국가면제에 관한 유럽협약(European Convention on State Immunity)」은 1972. 5. 16. 제정되어 1976. 6. 11. 발효되었는데, 그 주요 내용은 사람의 신체에 대한 손해 또는 유형재산에 대한 손해의 배상을 구하는 소송에서 손해를 발생시킨 사실이 법정지국의 영역에서 발생하고 그 행위자가 당시 그 영역에 현존한 경우에는 체약국이 재판 관할권으로부터의 면제를 주장할 수 없도록 하는 한편(제11조²²⁾), 체약국의 군대가 다른 체약국의 영역에 있을 때 그 군대에 의하여 행하여지거나 행하여지지 아니한 행위 또는 그 군대와 관련하여 행하여지거나 행하여지지 아니한 행위에 관하여 해당 체약국이 향유하는 면제 또는 특권에는 협약의 규정이 영향을 미치지 않도록 하는 것이다(제31조²³⁾).

국가면제에 관한 유럽협약에 관하여는 오스트리아가 1974. 7. 10. 최초로 비준서를 기탁

20) UN 국가면제협약

제30조 (발효)

1. 본 협약은 국제연합 사무총장에게 30번째의 비준, 수락, 승인 또는 가입 서류가 기탁된 날로부터 30일째 되는 날에 발효한다(The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession with the Secretary-General of the United Nations).

21) United Nations, 「United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property」, United Nations Treaty Collection, No. III-13(최종방문일: 2026. 7. 20.).

22) European Convention on State Immunity

Article 11

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.

23) European Convention on State Immunity

Article 31

Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State.

한 이후 총 8개국이 비준하였고, 1990. 5. 15. 독일의 비준서 기탁을 마지막으로 현재까지 추가적인 비준은 이루어지지 않고 있다.²⁴⁾

나. 국가면제에 관한 개별 국가의 입법 현황

(1) 미국의 「외국주권면제법」

1976년 제정된 미국의 「외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act of 1976, 이하 ‘FSIA’라 한다)」 제1605조는 외국이 미국 연방법원 또는 주법원의 재판 관할권으로부터 면제되지 아니하는 일반적 예외를 규정하면서, 외국이 재판관할권의 면제를 명시적 또는 묵시적으로 포기한 경우, 외국의 상업적 활동에 기초한 소송, 국제법 위반으로 취득한 재산 또는 미국 내 부동산 등에 관한 권리가 문제되는 경우, 미국에서 발생한 신체상 손해·사망 또는 재산의 손상·멸실에 관하여 외국 또는 그 공무원·직원이 직무 또는 고용의 범위 내에서 행한 불법행위 또는 부작위로 인하여 금전적 배상을 청구하는 경우 및 일정한 중재합의·중재판정에 관한 소송 등의 경우에는 외국이 재판관할권의 면제를 향유하지 아니한다고 규정하고 있다.²⁵⁾

(2) 영국의 「국가면제법」

1978년 제정된 영국의 「국가면제법(State Immunity Act 1978)」 제1조²⁶⁾는 외국국가가 원칙적으로 영국 법원의 재판관할권으로부터 면제되고, 법원이 해당 국가의 출석 여부와 관

24) 위 협약의 비준국은 오스트리아, 벨기에, 사이프러스, 독일, 룩셈베르크, 네덜란드, 스위스, 영국이고, 포르투갈은 1979. 5. 10. 서명하였으나 아직 비준서를 기탁하지 않았다[Council of Europe, European Convention on State Immunity (ETS No. 074), Chart of Signatures and Ratifications, Treaty Office, available at Council of Europe Treaty Office, ETS No. 074 (최종방문일: 2026. 7. 20.)].

25) Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S.C. § 1605(a) (2026), “A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case—”, followed by paragraphs (1)–(6), available at U.S. Code, Title 28, § 1605

26) State Immunity Act 1978

Immunity from jurisdiction

1 General immunity from jurisdiction.

(1) A State is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions of this Part of this Act.

(2) A court shall give effect to the immunity conferred by this section even though the State does not appear in the proceedings in question.

계없이 그 면제를 적용하도록 규정하는 한편, 제16조 제2항²⁷⁾에서는 영국에 주둔하거나 체류 중인 외국 군대에 의하여 행하여진 행위 또는 외국 군대와 관련하여 행하여진 행위에 관한 소송절차에 대해서는 동법 제1부를 적용하지 아니하고 「방문군법(Visiting Forces Act 1952)」에 따르도록 규정하고 있다.

(3) 일본의 「외국 등에 대한 우리나라의 민사재판권에 관한 법률」

2009년 제정된 일본 「외국 등에 대한 우리나라의 민사재판권에 관한 법률(外國等に對する我が國の民事裁判權に關する法律)」은 제3조²⁸⁾에서 동법의 규정이 조약 또는 확립된 국제법규에 따라 외국 등이 향유하는 특권 또는 면역에 영향을 미치지 아니하도록 규정하는 한편, 제10조²⁹⁾에서는 외국 등은 사람의 사망, 상해 또는 유체물의 멸실 또는 훼손이 해당 외국 등이 책임을 져야 하는 것으로 주장되는 행위에 의하여 발생한 경우, 해당 행위의 전부 또는 일부가 일본 내에서 이루어지고, 해당 행위를 한 자가 그 행위 시에 일본 내에 소재하고 있던 경우에는, 이로 인하여 발생한 손해 또는 손실의 금전에 의한 전보에 관한 재판 절차에 대해 재판권으로부터 면제되지 아니하도록 규정하고 있다.

(4) 중국의 「중화인민공화국외국국가면제법」

2023년 제정된 중국의 「중화인민공화국외국국가면제법(中華人民共和國外國國家豁免法)」

27) State Immunity Act 1978

16 Excluded matters.

(2) This Part of this Act does not apply to proceedings relating to anything done by or in relation to the armed forces of a State while present in the United Kingdom and, in particular, has effect subject to the Visiting Forces Act 1952.

28) 外国等に対する我が國の民事裁判權に關する法律

(條約等に基づく特權又は免除との關係)

第三條 この法律の規定は、條約又は確立された國際法規に基づき外國等が享有する特權又は免除に影響を及ぼすものではない。

29) 外国等に対する我が國の民事裁判權に關する法律

(人の死傷又は有体物の滅失等)

第十條 外國等は、人の死亡若しくは傷害又は有体物の滅失若しくは毀損が、当該外國等が責任を負うべきものと主張される行為によって生じた場合において、当該行為の全部又は一部が日本国内で行われ、かつ、当該行為をした者が当該行為の時に日本国内に所在していたときは、これによって生じた損害又は損失の金銭によるてん補に關する裁判手續について、裁判權から免除されない。

은 제3조³⁰⁾에서 외국국가 및 그 재산이 원칙적으로 중국 법원의 재판관할권으로부터 면제됨을 규정하면서도 동법에 별도의 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하도록 하는 한편, 제9조³¹⁾에서는 외국국가가 중국 영토 내에서 행한 관련 행위로 사람의 상해·사망 또는 동산·부동산의 손실이 발생하여 이에 대한 손해배상을 청구하는 소송에서는 해당 외국국가의 재판관할권 면제를 인정하지 아니하도록 규정하고 있다.

다. 테러행위 예외에 관한 각국의 입법 및 이에 관한 국제법적 해석

(1) 테러행위 예외에 관한 최근 동향

앞서 본 바와 같이, 국가면제에 관한 국제법적 논의는 전통적으로 국가의 주권적 행위에 대한 재판관할권 면제를 인정하면서도, 상업적·사법적 성격을 가지는 행위에 대하여는 그 적용을 제한하는 방향으로 발전하여 왔다. 최근에는 테러행위와 같이 중대한 국제법 위반을 이유로 외국의 국가면제를 배제할 수 있는지 여부가 새로운 쟁점으로 제기되고 있다. 특히 일부 국가에서는 테러행위 또는 테러지원행위에 대하여 외국의 국가면제를 배제하는 예외를 국내법에 명시적으로 도입하고 있어, 국가면제에 관한 일반적인 국제법 원칙과 이러한 국내 입법 사이의 관계가 문제된다. 이러한 테러행위 예외(Terrorism Exception)가 국제관습법상 인정되는지, 또는 국제관습법상 국가면제 원칙에 반하여 허용될 수 있는지에 대해서는 아직 국제적으로 확립된 견해가 존재하지 않는다.

(2) 테러행위 예외에 관한 각국의 입법

미국은 1996년 「테러방지 및 효과적 사형법(Antiterrorism and Effective Death Penalty Act)」에 따라 FSIA 제1605조 (a)(7)에 테러행위 예외를 도입하였고, 2008년에는 기존의 §1605(a)(7)을 폐지하고 새로운 §1605A를 신설하였다. 현행 §1605A는 고문, 초법적 살해, 항공기 사보타주, 인질납치 또는 이에 대한 물질적 지원 등으로 인하여 발생한 신체적 손해 또는 사망에 관한 청구에 대하여 일정한 요건 하에 외국의 국가면제를 배제하고 있다.³²⁾

30) 中华人民共和国外国国家豁免法

第三条 外国国家及其财产在中华人民共和国的法院享有管辖豁免，本法另有规定的除外[°]

31) 中华人民共和国外国国家豁免法

第九条 对于外国国家在中华人民共和国领域内的相关行为造成人身伤害、死亡或者造成动产、不动产损失引起的赔偿诉讼，该外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免[°]

캐나다 역시 2012년 「국가면제법(State Immunity Act)」을 개정하여, 정부가 테러지원국으로 지정한 외국에 대하여 테러지원과 관련된 소송에서 국가면제를 인정하지 않는 제6.1조를 신설하였다.³³⁾

최근에는 호주도 2025년 「Foreign States Immunities Act 1985」를 개정하여 국가테러(state terrorism)에 관한 별도의 제13A³⁴⁾조를 신설함으로써 해당 절차에 대하여 외국의 국가면제를 배제하는 규정을 도입하였다.³⁵⁾

(3) 국내법상 테러행위 예외에 관한 국제법적 해석

이러한 국내법상 테러행위 예외가 국제관습법과 양립할 수 있는지에 대해서는 견해가 나뉘는 것으로 보인다.

우선, 국내법상 테러행위 예외가 국제관습법에 합치하지 아니한다는 견해는 테러행위에 대한 국가면제 예외를 입법화한 국가는 소수에 불과하고 아직 법적 확신(*opinio juris*)에 의해 뒷받침되는 국제관습법으로 성립되었다고 보기 어렵다는 점을 근거로 한다. 대표적으로 ICJ 국가면제 판결은 미국의 FSIA §1605A에 관하여 ‘다른 국가들의 입법에서 대응하는 사례를 찾을 수 없다(The Court notes that this amendment has no counterpart in the legislation of other States).’고 하면서, 당시 국제관습법상 국가면제에 대한 그러한 예외가 존재하지 않는다고 보았다.’³⁶⁾

32) Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S.C. § 1605A(a)(1).

33) State Immunity Act(R.S.C. 1985, c. S-18)

Death and property damage

6 A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to

(a) any death or personal or bodily injury, or

(b) any damage to or loss of property

that occurs in Canada.

34) Foreign States Immunities Act 1985 (Cth), s. 13(a) (Australia).

13 Personal injury and damage to property

A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns:

(a) the death of, or personal injury to, a person; or

(b) loss of or damage to tangible property;

caused by an act or omission done or omitted to be done in Australia.

35) Foreign States Immunities Act 1985 (Cth) ss 13A and 33A, as amended by Foreign States Immunities Amendment Act 2025 (Cth).

반면 제한적 국가면제 이론에 기초하여 테러행위에 대한 면제 배제의 예외를 정당화할 수 있다는 견해도 제시되고 있다. 이 견해에 따르면 제한적 국가면제론에서 국가면제는 국가의 주권적 행위(*acta jure imperii*)에 대해서만 인정되는 것인데, 테러 및 테러지원은 사인도 수행할 수 있는 행위라는 점에서 비주권적 행위(*acta jure gestionis*)로 볼 수 있고, 설령 이를 주권적 행위로 보더라도 테러행위에 대하여 국가면제를 인정하는 일반적·일관된 국가관행과 법적 확신(*opinio juris*)이 존재하지 않는 이상 국가면제가 국제관습법상 요구된다고 볼 수 없다고 한다.³⁷⁾

이와 같은 견해 대립은 현재 ICJ에 계류 중인 「이란 대 캐나다 국가면제의 침해 주장 사건(Alleged Violations of State Immunities, Islamic Republic of Iran v. Canada)」에서도 핵심 쟁점으로 다루어지고 있다. 이란은 2023. 6. 27. 캐나다를 상대로 ICJ에 제소하면서, 캐나다가 「국가면제법」 제6.1조 등을 통하여 테러지원국으로 지정된 이란에 대한 재판관할권 면제를 배제하고 이란에 대한 외국 판결의 승인·집행을 허용한 것이 국제관습법상 국가면제에 관한 의무를 위반한다고 주장하면서, 국제관습법상 이른바 ‘테러행위 예외(terrorist exception)’가 존재하지 않고, ICJ 국가면제 판결에서 확인된 국가면제 원칙이 테러행위에도 적용된다는 입장을 취하고 있다.³⁸⁾ 이에 대한 캐나다의 답변서(Counter-Memorial)는 공식적으로 확인되지 않지만, 캐나다의 입법을 옹호하는 견해에서는 테러행위가 비주권적 행위라는 점 및 테러행위에 대한 국가면제를 인정하는 일반적·일관된 국가관행이 존재하지 않는다는 점을 근거로 캐나다의 테러행위 예외에 관한 입법이 국제관습법에 위반되지 않는다고 주장한다.³⁹⁾ 따라서 향후 이 사건에서 ICJ가 어떠한 판단을 내릴지는 국내법상 테러행위 예외가 국제관습법상 허용되는지 여부, 나아가 강행규범과 국가면제 간 관계에 관한 국제법적 기준을 구체화하는 중요한 계기가 될 것으로 보인다.

36) ICJ 국가면제 판결, p. 99, paras. 88-89, 92-97.

37) William S. Dodge, Why Canada's Terrorism Exception Does Not Violate International Law, *Canadian Yearbook of International Law*(2025), pp. 1-18, at 1-2, 10, 18.

38) Alleged Violations of State Immunities (Islamic Republic of Iran v. Canada), Application Instituting Proceedings, para. 22.

39) Dodge, *supra* note 37. pp. 9-10, 14-17.

4. ICJ 국가면제 판결

가. 이탈리아 법원의 페리니 판결

1944. 8. 독일군에 의해 체포되어 독일로 이송된 후 군수산업에 강제노역으로 동원되었던 이탈리아인 루이지 페리니(Luigi Ferrini)는 1998. 9. 이탈리아 아레초(Arezzo) 지방법원에 독일 연방공화국을 상대로 손해배상을 청구하였다. 이에 대해 제1심 및 항소심 법원은 독일군의 행위가 독일의 주권적 행위(*acta jure imperii*)에 해당한다는 이유로 독일의 국가면제를 인정하여 청구를 배척하였다. 그러나 이탈리아 대법원은 해당 행위가 강행규범(*jus cogens*)에 반하는 중대한 국제범죄에 해당한다는 점을 근거로, 그 행위가 주권적 행위의 성격을 갖는 경우에도 국가면제를 인정할 수 없다고 판단하여 원심판결을 파기하였다.⁴⁰⁾

나. 독일의 ICJ 제소

독일은 2008. 12. 23. ‘이탈리아 법원이 독일에 대한 국가면제의 적용을 부정하여 국제관습법상의 의무를 위반하였고, 독일의 국가재산에 대한 강제조치로 독일의 국가면제 특권을 침해하였으며, 그리스의 판결을 이탈리아에서 집행하도록 하여 독일의 국가면제 권리를 더욱 훼손하였다’고 주장하며 이탈리아를 ICJ에 제소하였다. 독일은 이탈리아의 국제법 위반을 확인하여 독일이 향유하는 국가면제를 침해한 결정을 무효로 하고, 향후 유사한 사건에서 국가면제가 부정되지 않도록 하는 조치를 강구해 줄 것을 요청하였다.⁴¹⁾

다. ICJ의 판단

이에 대하여 ICJ는 2012. 2. 3. 독일과 이탈리아 사이의 분쟁에는 국가면제에 관한 유럽 협약과 UN 국가면제협약이 직접 적용되지 않으므로, 국제관습법에 따라 이탈리아 법원의 재판(관할)권 행사 가능 여부를 판단하여야 한다고 보았다. 나아가 ICJ는 국가면제는 UN 헌장 제2조 제1항이 선언한 국가주권평등원칙에서 비롯된 것으로서, 오늘날 국가실행에 확고히 정착된 국제관습법상의 일반원칙이라고 판시하였다.⁴²⁾ ICJ는 제2차 세계대전에서

40) Pasquale De Sena and Francesca De Vittor, State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case, *The European Journal of International Law* Vol. 16 no.1, 93.

41) 이창위, ICJ의 국가관할권 면제 사건과 이탈리아의 주장 및 후속 조치, *고려법학* 제112호(2024년 3월), 296면.

독일이 저지른 행위의 불법성 여부가 아니라, 독일에 대한 이탈리아 법원의 국가면제 인정 여부가 쟁점이라고 강조하면서, 판결 당시 국제관습법 하에서 국가가 국제인권법이나 무력분쟁법에 대한 심각한 위반을 이유로 제소하였다고 하여 면책특권을 박탈당하지는 않는다고 판시하였다.⁴³⁾

구체적으로 ICJ는 이 사건의 쟁점을 무력분쟁 과정에서 법정지국의 영토 내에서 외국 군대 또는 그와 협력하는 외국의 국가기관이 행한 불법행위에 대하여 국가면제가 인정되는지 여부로 보았다. 이에 대하여 ICJ는 이탈리아가 원용한 개별 국가의 입법례 및 판결례만으로는 무력분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 대하여 국가면제를 부인하는 일반적이고 일관된 국가관행이 형성되었다고 보기 어렵다고 판단하였다. 오히려 다수 국가의 법원은 이러한 경우에도 국가면제를 인정하고 있다는 점을 근거로, 무력분쟁 중 법정지국 영토 내 불법행위에 대해서도 독일의 국가면제는 유지된다고 보아 이탈리아의 주장을 배척하였다.⁴⁴⁾

또한 ICJ는 강행규범 위반으로 인한 중대한 인권침해 여부는 본안심리를 거쳐 판단되어야 할 실체법적 문제인 반면, 국가면제는 본안심리에 앞서 판단되는 절차법적·선결적 문제라는 점을 강조하였다. 따라서 강행규범 위반이 주장된다는 사정만으로 국가면제가 배제된다고 볼 수는 없다고 판단하였다. 대부분의 국가 법원은 강행규범 위반을 이유로 국가면제를 부정하지 않고 있다는 점에 비추어, 강행규범 위반을 국가면제의 예외로 인정하는 국제관습법은 아직 성립하였다고 볼 수 없다고 판단하고 이탈리아의 주장을 받아들이지 않았다.⁴⁵⁾

5. 국가면제에 관한 대한민국 법원 및 헌법재판소의 기존 입장

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

원고가 미합중국 산하의 비세출자금기관인 ‘육군 및 공군 교역처’(The United States Army and Air Force Exchange Service)에 고용되어 미군 2사단 소재 캠프 케이시(Camp Casey)

42) Jurisdictional Immunities of the State Case, paras. 52-57.

43) Jurisdictional Immunities of the State Case, paras. 1-10.

44) Jurisdictional Immunities of the State Case, paras. 64-79.

45) Jurisdictional Immunities of the State Case, paras. 83, 93-97.

에서 근무하다가 1992. 11. 8. 정당한 이유 없이 해고되었다고 주장하면서 미합중국을 피고로 하여 위 해고의 무효확인과 위 해고된 날로부터 원고를 복직시킬 때까지의 임금의 지급을 구한 사안에서, 대법원은 “국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 따라서 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 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 할 것이다.”라고 판시하며 대법원 1975. 5. 23. 자 74마281 결정을 변경하였고, “원고가 근무한 미합중국 산하 기관인 ‘육군 및 공군 교역처’의 임무 및 활동 내용, 원고의 지위 및 담당업무의 내용, 미합중국의 주권적 활동과 원고의 업무의 관련성 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 이 사건 고용계약 및 해고행위의 법적 성질 및 주권적 활동과의 관련성 등을 살펴 본 다음에 이를 바탕으로 이 사건 고용계약 및 해고행위에 대하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있는지 여부를 판단하였어야 할 것”이라며 원심판결을 파기 환송하였다.⁴⁶⁾

46) 그 후 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다16766 판결은 대한민국에 거주하면서 주한미군사령부에서 근무하는 갑의 채권자 을이 우리나라 법원에서 제3채무자를 미합중국으로 하여 갑이 미합중국에 대하여 가지는 퇴직금과 임금 등에 대하여 채권압류 및 추심명령을 받은 후 추심금의 지급을 구한 사안에서, 우리나라 법원이 외국을 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령을 발령할 재판권을 가지는지 여부에 관하여 “제3채무자를 외국으로 하는 채권압류 및 추심명령에 대한 재판권 행사는 외국을 피고로 하는 판결절차의 재판권 행사보다 더욱 신중히 행사될 것이 요구된다. 더구나 채권압류 및 추심명령이 제3채무자에 대한 집행권원이 아니라 집행채권자의 채무자에 대한 집행권원만으로 일방적으로 발령되는 것인 점을 고려하면 더욱 그러하다. 따라서 피압류채권이 외국의 사법적 행위를 원인으로 하여 발생한 것이고 그 사법적 행위에 대하여 해당 국가를 피고로 하여 우리나라 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 하더라도, 피압류채권의 당사자가 아닌 집행채권자가 해당 국가를 제3채무자로 한 압류 및 추심명령을 신청하는 경우, 우리나라 법원은, 해당 국가가 국제협약, 중재합의, 서면계약, 법정에서 진술 등의 방법으로 사법적 행위로 부담하는 국가의 채무에 대하여 압류 기타 우리나라 법원에 의하여 명하여지는 강제집행의 대상이 될 수 있다는 점에 대하여 명시적으로 동의하였거나, 우리나라 내에 그 채무의 지급을 위한 재산을 따로 할당해 두는 등 우리나라 법원의 압류 등 강제조치에 대하여 재판권 면제 주장을 포기한 것으로 볼 수 있는 경우 등에 한하여 해당 국가를 제3채무자로 하는 채권압류 및 추심명령을 발령할 재판권을 가진다고 볼 것이다. 그리고 이와 같이 우리나라 법원이 외국을 제3채무자로 하는 추심명령에 대하여 재판권을 행사할 수 있는 경우에는 그 추심명령에 기하여 외국을 피고로 하는 추심금 소송에 대하여도 역시 재판권을 행사할 수 있다고 할 것이고, 반면 추심명령에 대한 재판권이 인정되지 않는 경우에는 추심금 소송에 대한 재판권 역시 인정되지 않는다고 보아야 한다.”고 판단하였다.

나. 헌법재판소 2017. 5. 25. 자 2016헌바388 전원재판부 결정

헌법재판소는 제2차 세계대전 직후 남한 내 일본화폐 등을 금융기관에 예입하도록 한 미군정법령 제57조가 위헌임을 전제로 한 미합중국에 대한 손해배상 등 청구소송에서 미합중국 소속 미군정청이 이 사건 법령을 제정한 행위는, 제2차 세계대전 직후 일본은행권을 기초로 한 구 화폐질서를 폐지하고 북위 38도선 이남의 한반도 일대에서 새로운 화폐질서를 형성한다는 목적으로 행한 고도의 공권적 행위로서, 국제관습법상 재판권이 면제되는 주권적 행위에 해당하므로, 미군정법령 제57조가 위헌임을 근거로 한 미합중국에 대한 손해배상 또는 부당이득반환 청구는 그 자체로 부적법하다고 판단하였다(헌법재판소 2017. 5. 25. 자 2016헌바388 전원재판부 결정 참조).

III. ICJ 판결을 활용한 대한민국 법원 판결에 관한 분석

1. 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결

가. 주요 쟁점

대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결(이하 ‘2013다61381 전원합의체 판결’이라 한다)은 일제강점기에 강제동원되어 기간 군수사업체인 일본제철 주식회사에서 강제노동에 종사한 일제 강제동원 피해자들(이하 본 항에서 ‘피해자들’이라 한다)이 위 회사가 해산된 후 새로이 설립된 신일철주금 주식회사(이하 ‘신일철주금’이라 한다)를 상대로 위자료 지급을 구한 사안으로, 피해자들의 손해배상청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(이하 ‘청구권협정’이라 한다)의 적용대상에 포함되는지 여부가 쟁점이 되었다.

나. 판결 요지

가) 다수의견은 일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 일본 기업의 반인도적인 불법행위를 전제로 하는 강제동원 피해자의 일본 기업에 대한 위자료청구권(이하 ‘강제동원 위자료청구권’이라 한다)인 점, 청구권협정(조약 제172호)의 체결 경과와 전후 사정들에 의하면, 청구권협정은 일본의 불법적 식민지배에 대한

배상을 청구하기 위한 협상이 아니라 기본적으로 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국 간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것이었다고 보이는 점, 청구권협정 제1조에 따라 일본 정부가 대한민국 정부에 지급한 경제협력자금이 제2조에 의한 권리문제의 해결과 법적인 대가관계가 있다고 볼 수 있는지도 분명하지 아니한 점, 청구권협정의 협상 과정에서 일본 정부는 식민지배의 불법성을 인정하지 않은 채 강제동원 피해의 법적 배상을 원천적으로 부인하였고, 이에 따라 한일 양국의 정부는 일제의 한반도 지배의 성격에 관하여 합의에 이르지 못하였는데, 이러한 상황에서 강제동원 위자료청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되었다고 보기는 어려운 점 등에 비추어, 피해자들이 주장하는 신일철주금에 대한 손해배상청구권은 청구권협정의 적용대상에 포함되지 않는다고 판단하였다.

나) 이에 대하여 2가지의 별개의견⁴⁷⁾ 및 1가지 반대의견⁴⁸⁾이 있었는데, 그 중 두 번째 별개의견은 청구권협정 및 그에 관한 양해문서 등의 문언, 청구권협정의 체결 경위나 체결 당시 추단되는 당사자의 의사, 청구권협정의 체결에 따른 후속 조치 등의 여러 사실들을 종합하여 보면, 강제동원 피해자의 손해배상청구권은 청구권협정의 적용대상에 포함된다고 봄이 타당하다고 하면서도, 청구권협정에는 개인청구권 소멸에 관하여 한일 양국 정부의 의사합치가 있었다고 볼 만큼 충분하고 명확한 근거가 없는 점 등에 비추어 갑 등의 개인청구권 자체는 청구권협정으로 당연히 소멸한다고 볼 수 없고, 청구권협정으로 그 청구권에 관한 대한민국의 외교적 보호권만이 포기된 것에 불과하다고 보아, 피해자들이

47) 첫 번째 별개의견은 이미 환송판결은 ‘피해자들의 손해배상청구권은 청구권협정의 적용대상에 포함되지 아니하고, 설령 포함된다 하더라도 그 개인청구권 자체는 청구권협정만으로 당연히 소멸하지 아니하고 다만 청구권협정으로 그 청구권에 관한 대한민국의 외교적 보호권이 포기되었을 뿐이다’라고 판시하였고, 환송 후 원심도 이를 그대로 따랐는데, 상고심으로부터 사건을 환송받은 법원은 그 사건을 재판할 때에 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 기속된다. 이러한 환송판결의 기속력은 재상고심에도 미치는 것이 원칙이라는 이유로 다수의견과 결론을 같이하였다.

48) 반대의견은 청구권협정 제2조는 대한민국 국민과 일본 국민의 상대방 국가 및 그 국민에 대한 청구권까지 대상으로 하고 있음이 분명하므로 청구권협정을 국민 개인의 청구권과는 관계없이 양 체결국이 서로에 대한 외교적 보호권만을 포기하는 내용의 조약이라고 해석하기 어렵고, 청구권협정 제2조에서 규정하고 있는 ‘완전하고도 최종적인 해결’이나 ‘어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다’라는 문언의 의미는 개인청구권의 완전한 소멸까지는 아니더라도 ‘대한민국 국민이 일본이나 일본 국민을 상대로 소로써 권리를 행사하는 것은 제한된다’는 뜻으로 해석하는 것이 타당하므로, 대한민국 국민이 일본 또는 일본 국민에 대하여 가지는 개인청구권은 청구권협정에 의하여 바로 소멸되거나 포기되었다고 할 수는 없지만 소송으로 이를 행사하는 것은 제한되게 되었으므로, 갑 등이 일본 국민인 신일철주금을 상대로 국내에서 강제동원으로 인한 손해배상청구권을 소로써 행사하는 것 역시 제한된다고 보는 것이 옳다고 판단하였다.

여전히 대한민국에서 신일철주금을 상대로 소로써 권리를 행사할 수 있다고 판단하였다.

다. ICJ 판결 관련 부분

2013다61381 전원합의체 판결의 두 번째 별개의견은 ‘원고들의 개인청구권 자체는 청구권협정만으로 당연히 소멸한다고 볼 수 없고, 다만 청구권협정으로 그 청구권에 관한 대한민국의 외교적 보호권이 포기됨으로써 일본의 국내 조치로 해당 청구권이 일본 내에서 소멸하여도 대한민국이 이를 외교적으로 보호할 수단을 상실하게 될 뿐이다.’라는 환송 후 원심의 판단을 수긍할 수 있는 이유 중 하나로 국제사법재판소(ICJ)가 2012. 2. 3. 선고한 독일 대 이탈리아 주권면제 사건을 언급하며 위 사건에서 문제된 각 협정은 위 대법원 판결의 사건에서 쟁점이 된 청구권협정과 차이가 있어 위 ICJ 판결을 그대로 적용될 수 없다는 취지로 판단하였다.

구체적으로 두 번째 별개의견은 “일괄처리협정의 효력 및 해석과 관련하여 국제사법재판소(ICJ)가 2012. 2. 3. 선고한 독일 대 이탈리아 주권면제 사건(Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy: Greece intervening)이 국제법적인 관점에서 논의되고 있다. 그러나 다른 많은 쟁점은 차치하더라도, 1961. 6. 2. 이탈리아와 서독 사이에 체결된 「특정 재산 관련, 경제적·재정적 문제의 해결에 관한 협정(Treaty on the Settlement of certain property-related, economic and financial questions)」 및 「나치의 박해를 받은 이탈리아 국민들에 대한 보상에 관한 협정(Agreement on Compensation for Italian Nationals Subjected to National-Socialist Measures of Persecution)」이 체결된 경위, 그 내용이나 문언이 청구권협정의 그것과 같지 아니하므로 청구권협정을 이탈리아와 서독 사이의 위 조약과 단순 비교하는 것은 타당하지 아니하다.”고 판시하였다.

라. 평가 및 분석

2013다61381 전원합의체 판결은 ICJ 판결을 본격적으로 법적 판단의 이유 또는 근거로 삼았다기보다는 관련 쟁점이 포함된 ICJ 국가면제 판결이 일괄처리협정의 효력 및 해석과 관련하여 국제법적 관점에서 논의되고 있으나, 이를 청구권협정이 문제되는 당해 사건에 그대로 적용되기 어렵다는 이유를 들어 ICJ 국가면제 판결과는 다른 결론을 내린 환송 후 원심 판단을 수긍하는 과정에서 언급한 데 불과하다.

2. 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결

가. 주요 쟁점

서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결(이하 ‘2016가합505092 판결’이라 한다)⁴⁹⁾은 위안부 동원 피해자들(이하 본 항에서 ‘피해자들’이라 한다)의 일본국을 상대로 한 손해배상 소송에서 재판권 유무(국가면제의 적용 여부)에 관하여, 일본제국이 제2차 세계대전 중 침략전쟁 수행을 위하여 ‘위안부’ 제도를 마련하여 운영하고, ‘위안부’가 필요해지자 당시 식민지로 점령 중이었던 한반도에 거주하던 원고 등을 유괴하거나 납치하여 한반도 밖으로 강제 이동시킨 후 위안소에 감금한 채로 상시적 폭력, 고문, 성폭행에 노출시키며, 그 과정에서 피해자들에게 제대로 된 임금이나 수당을 지급하지 않은 일련의 행위(이하 ‘이 사건 행위’라 한다)는 재판권이 면제되지 않는 사법적(私法的) 행위라고 보기는 어렵고 주권적 행위라고 봄이 상당하다고 판단한 후, 주권적 행위에 대한 재판권 유무에 관하여 판단하였다.

나. 판결 요지

2016가합505092 판결은 대한민국 성문법에 의하여 국가면제의 예외 사유를 정하지 아니하였고, 대한민국이 유효하게 비준한 국제조약이나 피고와 사이에 체결한 조약이 없는 이상 일본제국의 주권적 행위에 대하여 대한민국 법원에 재판권이 존재하는지 여부는 국제관습법에 의하여 판단할 수밖에 없다고 전제한 뒤, 국제관습법과 관련하여 국가면제에 관한 국제협약 및 각 국의 입법 동향 등을 정리하고, 이에 기초하여 재판권 유무에 관하여 판단하였다.

결론적으로 2016가합505092 판결은 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라는 국가면제의 국제관습법이 존재함을 인정하면서도, 위 국제관습법에 의하더라도 국가의 모든 행위에 대하여 재판권이 면제되므로 주권을 가진 국가라면 예외 없이 타국의 재판권의 행사에서 면제되어야 한다고 볼 수는 없고, 일정한 경우에는 그 예외가 인정되어야 한다고 판단하였다. 구체적으로 이 사건 행위는 당시 일본제국에 의하여 계획적, 조직적으로 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위로서 국제 강행규범을

49) 2016가합505092 판결은 2021. 1. 23. 확정되었다.

위반한 것이며, 당시 일본제국에 의하여 불법점령 중이었던 한반도 내에서 우리 국민인 원고인 피해자들에 대하여 자행된 것으로서, 비록 이 사건 행위가 국가의 주권적 행위라고 할지라도 국가면제를 적용할 수 없고, 예외적으로 대한민국 법원에 피고인 일본국에 대한 재판권이 있다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

다. ICJ 판결 관련 부분

(1) 2016가합505092 판결은 국제관습법과 관련하여 국가면제에 관한 국제협약 및 각국의 입법 동향 등을 정리하면서 ICJ 국가면제 판결의 배경, 판단 내용, 이탈리아 헌법재판소의 후속조치에 관하여 ICJ 국가면제 판결에 관하여 비교적 상세히 실시하였다.

(2) 2016가합505092 판결에 따르면, ICJ는 2012. 2. 3. 독일과 이탈리아 사이에서는 유럽협약과 유엔협약이 적용되지 아니하므로 국제관습법에 의하여 이탈리아에게 독일에 대한 재판권이 있는지 여부를 판단하여야 할 것임을 전제로, ‘국가면제는 UN헌장 제2조 제1항⁵⁰⁾이 천명하여 국제법 질서의 기본적인 원칙의 하나인 국가의 주권평등원칙에서 유래한 것으로서 현재의 국가실행에 깊숙이 자리 잡은 국제관습법의 일반원칙으로 채용되었다고 보았다. 즉, ICJ는 국가면제에 관한 국제관습법은 무력충돌 상황에서 국가의 무장병력 및 관련 기관에 의한 개인의 생명, 건강, 재산 침해에 관한 민사소송절차에서도 적용되므로, 독일에 대한 재판권의 면제를 부인한 이탈리아 법원의 결정은 정당화될 수 없다고 하였다. 또한 ICJ는 국가면제 원칙은 절차적인 요건으로서 국제인권법이나 무력충돌에 관한 법 위반사실이 중요하다는 실체적 주장에 의하여 면제를 박탈할 수는 없다고 하였으며, 한 국가가 다른 국가로부터 재판을 면제받을 권리는 그 국가가 국제적인 책임을 지는 지 여부 및 배상의무가 있는지 여부와 분리되는 문제로서 국가면제가 배상의 확보를 위한 대안이 존재하는지 여부에 따라 결정된다고 할 수 없다고 판단하였다.

50) 유엔 헌장(Charter of the United Nations)

제2조

국제연합과 그 회원국은 제1조에 명시된 목적을 추구함에 있어서 다음의 원칙에 따라 행동한다(The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles).

1. 국제연합은 모든 회원국의 주권평등 원칙에 기초한다(The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members).

(3) 2016가합505092 판결은 여러 가지 이유를 종합하여 예외적으로 대한민국 법원에 피고 일본국에 대한 재판권이 있다고 판단하였는데, 그 중 ICJ 국가면제 판결의 논리를 반박하거나 이와 배치되는 부분은 아래와 같다.

(가) 우선, 국가면제는 실체 판단에 들어가기 이전에 재판권이 있는지 여부에 관한 판단에서 적용되는 이론으로서 절차적 요건에 관한 것이기는 하지만, 절차법은 실체법질을 구현하는 수단으로서 의미를 갖기 때문에 실체법상의 권리와 상태를 가장 잘 구현하도록 구축되고 해석되어야 한다.

(나) 국가면제 이론은 항구적이고 고정적인 가치가 아니고, 국제질서의 변동에 따라서 계속하여 수정되고 있다. 이는 유럽협약, UN 국가면제협약 등 국제협약에서 절대적 국가면제 이론에서 벗어나 일정한 경우 국가에 대한 재판권을 면제하지 아니하고 있고, 미국의 「외국주권면제법」, 영국의 「국가면제법」, 일본의 「외국 등에 대한 우리나라의 민사재판권에 관한 법률」 등 여러 국가의 국내법에서 국가면제가 인정되지 않는 예외사유를 정하고 있는 것⁵¹⁾에 비추어 보아도 그러하다. 이러한 변천은 국제법 체계가 개인의 권리를 보호하는 방향으로 이행한 것을 반영하는 것으로 보인다.

(다) 국가면제 이론에서는 ‘무력분쟁(전쟁) 수행 중’에는 예측불가능한 손해 발생이 예정되어 있으므로 이때에 행하여진 행위에 대하여는 재판권이 면제되어야 한다고 보고 있으나, 태평양전쟁의 전선은 중국, 동남아시아, 남양군도 등이었고 당시 한반도는 전쟁의 장소가 아니었다. 따라서 일본제국이 ‘위안부’ 동원을 위하여 원고 등을 기망, 납치, 유괴한 행위는 ‘무력분쟁 수행 과정 중’에 발생한 것이라고 보기도 어렵다.

(라) 1969년 체결된 ‘조약법에 관한 비엔나협약’ 제53조는 ‘일반 국제법의 절대규범은 그 이탈이 허용되지 아니하며, 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로, 전체로서의 국제공동사회가 수락하여 인정하는 규범’이라고 규정하고 있고, 위와 같은 국제사회의 합의에 비추어 보면 국제법규에도 상위규범인 ‘절대규범’과 하위규범 사이에 구별이 있으며, 하위규범은 절대규범을 이탈하면 아니 된다고 할 것이다. 이때 절대규범의 예로서 ILC의 2001년 ‘국제위법행위에 대한 국가책임 협약 초안(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)’ 해설에

51) 이에 관하여는 앞서 제Ⅱ의 3. 가.항 및 나.항에서 상세히 살펴보았다.

서 거시한 침략금지, 노예제 및 노예무역 금지, 제노사이드(genocide, 집단학살) 금지, 인종 차별 및 인종분리 금지, 고문금지, 무력충돌 시 국제인도법의 기본원칙, 민족자결권 등을 들 수 있겠다.

(마) 국가면제 이론은 주권국가를 존중하고 함부로 타국의 재판권에 복종하지 않도록 하는 의미를 가지는 것이지, 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.

라. 평가 및 분석

2016가합505092 판결에서는 2013다61381 전원합의체 판결의 두 번째 별개의견과 달리, ICJ 판결이 단순히 언급된 데 불과한 것이 아니라, 재판권 유무의 판단을 위한 기준으로서의 국제관습법을 파악하기 위한 자료 중 하나로 보았다는 점에서 의미가 있다. 즉, 국가면제에 관한 국제협약인 국가면제에 관한 유럽협약, UN 국가면제협약 및 미국의 「외국주권 면제법」, 영국의 「국가면제법」, 일본의 「외국 등에 대한 우리나라의 민사재판권에 관한 법률」, 싱가포르의 「국가면제법」 등 여러 국가의 국내법과 함께 국제관습법을 파악하기 위한 자료로 제시되었다.

나아가 2016가합505092 판결은 예외적으로 재판권을 인정하기 위한 논리적 전개과정에서 ICJ 국가면제 판결의 논리에 대한 구체적 반박도 포함되었다. ICJ 국가면제 판결은 국가면제 원칙은 절차적인 요건으로서 국제인권법이나 무력충돌에 관한 법 위반사실이 중요하다든 실체적 주장에 의하여 면제를 박탈할 수는 없다고 하면서, 한 국가가 다른 국가로부터 재판을 면제받을 권리는 그 국가가 국제적인 책임을 지는지 여부 및 배상의무가 있는지 여부와 분리되는 문제로서 국가면제가 배상의 확보를 위한 대안이 존재하는지 여부에 따라 결정된다고 할 수 없다고 판단하였는데, 2016가합505092 판결은 ‘절차법은 실체법질서를 구현하는 수단으로서 의미를 갖기 때문에 실체법상의 권리와 상태를 가장 잘 구현하도록 구축되고 해석되어야 한다’고 하면서 위 논리를 반박하였다.

이와 같은 2016가합505092 판결의 논리는 아래 제3.항에서 살펴보는 서울고등법원 2023. 11. 23. 선고 2021나2017165 판결의 기초가 된 것으로 보인다.

3. 서울고등법원 2023. 11. 23. 선고 2021나2017165 판결(원심판결: 서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결)

가. 주요 쟁점

서울고등법원 2023. 11. 23. 선고 2021나2017165 판결(이하 ‘2021나2017165 판결’이라 한다)⁵²⁾은 2016가합505092 판결과 마찬가지로 위안부 동원 피해자들이 일본국을 상대로 손해배상의 소를 제기한 사건으로, 대한민국은 법원의 외국국가를 상대로 한 민사 재판권 행사에 있어서 국가면제의 범위에 관한 법률을 제정한 바 없고, 또한 대한민국과 피고 사이에 상호간의 민사 재판권 인정 여부에 관한 조약도 체결된 바 없다고 전제한 후 피고인 일본국에 대한 국가면제 인정 여부는 법원(法源)으로서 기능을 수행하는 ‘국제관습법’⁵³⁾에 따라 판단되어야 한다고 하면서, 이러한 국제관습법이 성립하기 위하여는 일반적으로 국가의 일반 관행의 존재(*general practice of states*)와 법적 확신(*opinio juris*)이 요구된다고 해석되고, 국가의 ‘일반적인 관행’의 존부를 판단함에 있어서 고려될 ‘국가 실행’의 내용에 관하여는 개별 국가의 입법, 판결 또는 행정적 조치, 국제기구의 결의 내용 등이 고려될 수 있고, 국제기구의 결의 내용 중 하나로 ICJ 국가면제 판결을 실시하였다.

나. 판결 요지

2021나2017165 판결은 법정지국 영토 내에서 그 법정지국 국민에 대하여 발생한 불법행위에 대하여는 그 행위가 주권적 행위인지 여부를 묻지 않고 국가면제를 인정하지 않는 내용의 국제관습법이 현재 존재한다고 인정하고, 이를 기초로 피고인 일본국에게 국가면제가 인정된다고 볼 수 없으므로, 결국 대한민국 법원에 피고에 대한 재판권이 있다고 판단하였다.

다. ICJ 판결 관련 부분

앞서 본 바와 같이 2021나2017165 판결은 재판권 유무를 판단하는 기준으로서의 ‘국제

52) 2021나2017165 판결은 2023. 12. 9. 확정되었다.

53) 국제사법재판소규정 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 있다.

관습법'의 요건인 '국가의 일반 관행의 존재' 여부를 판단하기 위한 자료 중 하나로 ICJ 국가면제 판결을 든 후 당해 사안과 관련하여 국제관습법의 내용을 가장 소극적으로 파악하여 보더라도, 적어도 법정지국 영토 내에서 법정지국 국민에게 자행된 불법행위의 경우에는 그 행위가 주권적 행위로 평가되는지 여부를 묻지 않고 국가면제를 인정하지 않는 것이 현재의 유효한 국제 관습법이라고 봄이 타당하다고 하면서 ICJ 국가면제 판결에 관하여 아래와 같이 실시하였다.

ICJ 국가면제 판결은 이탈리아가 '독일의 행위가 법정지국 영토 내 불법행위에 해당하므로 독일에 대한 국가면제가 부정되어야 한다'는 주장에 관하여 '무력 분쟁 수행 중(in the course of conducting an armed conflict) 법정지국 영토 내 불법행위'에 관한 국가면제의 인정 여부로 국한한 후, '무력 분쟁 수행 중 법정지국 영토 내 불법행위'에 관하여는 국가면제를 인정하여야 한다고 판단한 것인바, '무력 분쟁(armed conflict)'이란 대표적으로 전쟁과 같이 실제하는 국가 등 복수의 무장세력에 의한 무력 개입이 가해지는 상태를 의미한다고 할 것인데, 당해 사건의 경우 당시 피고의 전선은 중국, 동남아시아, 남양군도 등에 형성되어 있었고, 한반도는 이미 전쟁 등 '무력 분쟁'이 이루어지는 장소가 아니었으며, 더욱이 국가면제 법리가 처음 절대적 면제론에서 제한적 면제론으로 축소되었고, 그 이후 자국 영토 내의 불법행위에 관하여 국가면제를 부정하는 다수의 국가 실행들이 최근까지 계속하여 이루어지고 있는 등 국가면제와 관련된 국제법 체계가 위와 같은 영역에서는 이미 개인의 재판청구권을 보호하는 방향으로 이행되고 있는 국가면제 관련 국제관습법의 변천 흐름과 그 방향을 더하여 보면, '무력 분쟁'을 위에서 본 문언적 의미보다 의도적으로 넓게 해석하여야 할 당위도 찾을 수 없다. 따라서 당해 사건에서 문제되는 피고의 '위안부' 동원을 위하여 위안부 피해자들을 기망, 납치, 유괴한 행위는 ICJ 국가면제 판결에서 논의의 전제로 삼고 있는 '무력 분쟁 수행 중'에 발생한 것이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

라. 평가 및 분석

2021나2017165 판결은 2016가합505092 판결과 마찬가지로 재판권 유무를 판단함에 있어 국가면제 인정 여부에 관한 국제관습법을 확정하는 자료 중 하나로 ICJ 국가면제 판결을 들고 있다.

다만, 2016가합505092 판결의 경우 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라는 국가면제의 국제관습법이 존재를 인정하면서도, 그 원칙의 예외가 있고, 당해 사건의 경우 당시 일본제국에 의하여 계획적, 조직적으로 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위로서 국제 강행규범을 위반한 것이고, 당시 일본제국에 의하여 불법점령 중이었던 한반도 내에서 우리 국민인 원고인 피해자들에 대하여 자행된 것으로서 그 예외에 해당한다고 판단한 반면, 2021나2017165 판결은 법정지국 영토 내에서 그 법정지국 국민에 대하여 발생한 불법행위에 대하여는 그 행위가 주권적 행위인지 여부를 묻지 않고 국가면제를 인정하지 않는 내용의 국제관습법이 현재 존재한다고 인정하여 법정지국 영토 내에서 그 법정지국 국민에 대하여 발생한 불법행위에 대하여는 국가면제가 인정되지 않는다고 판단하였다. 양자는 대한민국 법원에 일본국에 대한 재판권을 인정하였다는 점에서 그 결론은 같으나, 전자의 경우 문제된 행위를 사법적 행위가 아닌 주권적 행위로 보고 국제관습법에 의하면 원칙적으로 주권적 행위에 대하여 국가면제가 인정되는 것이 원칙이나, 당해 사건의 경우 예외적으로 재판권이 있다고 인정한 것인데, 후자의 경우 당해 사건과 같이 법정지국 영토 내에서 그 법정지국 국민에 대하여 발생한 불법행위에 대하여는 사법적 행위인지, 아니면 주권적 행위인지를 불문하고 국가면제를 인정하지 않는 국제관습법이 존재한다고 인정하여 문제된 행위가 주권적 행위인지 여부를 판단하였는지 여부 및 확정된 국제관습법의 내용에 있어 차이가 있다. 요컨대, 2016가합505092 판결은 주권적 행위라고 하더라도 국제 강행규범 위반한 경우 국가면제 원칙의 예외가 인정된다고 본 반면, 2021나2017165 판결은 법정지국 영토 내에서 법정지국 국민에게 발생한 불법행위에 대해서는 그 행위의 주권적 성격 여부와 관계없이 일률적으로 국가면제를 부정하는 국제관습법이 존재한다고 판단한 것이다.

4. 소결

이처럼 대한민국 법원이 ICJ 판결을 활용한 판결들은 3개⁵⁴⁾ 정도로 확인되고, 그 중 2013다61381 전원합의체 판결은 ICJ 판결을 본격적으로 법적 판단자료로 삼았다기보다는 쟁점과 직접 관련이 없는 협정의 효력 및 해석과 관련하여 국제법적 관점에서 논의되고 있다는 정도로 언급한 데 불과하므로, 실질적으로 그 구체적 판단에 있어 ICJ 판결을 법적

54) 각 판결의 1심 또는 원심 판결에서 ICJ 판결이 언급된 경우 이를 1개의 판결로 본다.

판단자료로 삼은 판결은 2건 정도로 보인다.

위 2건의 판결 모두 재판권 유무와 관련하여 ICJ 판결을 법적 판단자료로 삼았고, 법적 판단자료로 삼은 ICJ 판결이 ICJ 국가면제 판결이라는 점에서 공통점을 가진다. 다만, 그 구체적 내용은 위 제3의 라.항에서 보는 바와 같은 차이가 있다.

이를 표로 정리하면 아래와 같다.

	2013다61381 전원합의체 판결	2016가합505092 판결	2021나2017165 판결
ICJ 판결의 역할	본격적인 법적 판단의 이유나 근거로 사용한 것은 아님	국제관습법의 존재 및 내용을 파악하기 위한 자료로 활용	국제관습법의 존재 및 내용을 파악하기 위한 자료로 활용
국제관습법의 존재 및 내용		국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙	법정지국 영토 내에서 그 법정지국 국민에 대하여 발생한 불법행위에 대하여는 국가면제를 인정하지 않음
위안부 동원 행위의 법적 성격		주권적 행위에 해당	주권적 행위인지 불문
국가면제 부인의 근거		국제 강행규범을 위반한 반인도적 범죄행위로서 예외적으로 국가면제가 인정되지 않음	법정지국 영토 내에서 그 법정지국 국민에 대하여 발생한 불법행위이므로 국가면제가 인정되지 않음

앞서 본 바와 같이 2016가합505092 판결 및 2021나2017165 판결 선고 전 우리 대법원 및 헌법재판소는 국가면제에 관하여 국가의 행위를 주권적 행위와 사법적 행위로 나누어 후자에 대하여는 원칙적으로 국가면제가 인정되지 않는다는 입장을 밝혀 왔다. 이는 초기 제한적 국가면제이론의 기본적인 입장과 일치한다. 그런데 2016가합505092 판결 및 2021나2017165 판결은 이에서 나아가, 국제 강행규범을 위반한 반인도적 행위에 대하여 국가면제가 인정되는지 여부를 판단함으로써 국제관습법상 어떠한 범위에서 국가면제가 인정되지 아니하는지에 관하여 보다 구체적인 기준을 제시하였다는 점에서 의미가 있다.

ICJ 국가면제 판결이 이탈리아의 주장을 배척한 근거는 결국 그 주장이 개별 국가들의 입법 또는 판결례 등에 의하여 일반적인 관행에 이를 정도로 뒷받침되지 아니한다거나 위 반행위의 내용과 정도에 따라 국가면제를 부인하는 개별 국가의 판결이 소수라는 점이다. 그런데 앞서 본 바와 같이 국제협약 및 각국 입법 일부에 반인륜적·반인권적 범죄행위에

대하여 국가면제가 인정되지 않는다는 취지의 내용이 포함되기 시작하였다. ICJ 국가면제 판결이 위와 같은 결론에 이른 근거를 고려할 때 이와 같은 국가면제 이론의 변화는 추후 ICJ 판결에도 반영되어 이란 대 캐나다 국가면제의 침해 주장 사건 등에서 ICJ의 판단이 변경될 가능성이 있다. 그리고 2016가합505092 판결 및 2021나2017165 판결은 이와 같은 국가면제이론의 변화의 흐름에 부합하면서도 향후 ICJ 판결의 변화를 이끌 수 있는 또 하나의 근거가 될 수도 있을 것으로 보인다.

IV. 결론

본 연구는 ICJ 판결을 활용한 대한민국 판결을 종합적·체계적으로 비교·분석하여 ICJ 국가면제 판결을 중심으로 ICJ 판결의 국내법적 역할을 분석하였다. 연구 결과, 대한민국 법원에서 ICJ 판결을 활용한 사례는 많지 않으나, 국가면제와 같은 국제법적 쟁점이 직접 문제된 사건에서는 ICJ 판결이 중요한 법적 참고자료로 기능하고 있음을 확인할 수 있었다.

우선 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결은 ICJ 국가면제 판결을 직접적인 판단 근거로 활용하였다기보다는 별개의견에서 청구권협정의 해석과 관련된 국제법적 논의를 소개하는 과정에서 언급한 것으로 평가된다. 반면 2016가합505092 판결 및 2021나2017165 판결은 ICJ 국가면제 판결을 국가면제에 관한 국제관습법의 내용을 확인하기 위한 핵심 자료 중 하나로 활용하였다. 특히 두 판결은 모두 국가면제가 국제관습법상 인정되는 제도라는 점은 수긍하면서도, 일본군 위안부 피해자들에 대한 반인도적 불법행위에 관하여는 대한민국 법원의 재판권을 인정하였다.

다만, 두 판결의 논리 구조는 상당한 차이를 보인다. 2016가합505092 판결은 국가면제 원칙 자체는 인정하면서도 국제 강행규범 위반이라는 특별한 사정을 근거로 예외를 인정하였다. 이에 비하여 2021나2017165 판결은 보다 근본적으로 법정지국 영토 내에서 법정지국 국민에게 가해진 불법행위에 관하여는 국가면제가 적용되지 않는 국제관습법이 이미 형성되었다고 보았다. 이는 국가면제의 예외를 인정하는 차원을 넘어 국제관습법의 내용 자체를 새롭게 파악한 것으로 평가할 수 있다.

이러한 대한민국 법원의 접근은 ICJ 국가면제 판결의 결론과 배치된다. ICJ는 국가면제

를 국가주권평등 원칙에 기초한 절차적 제도로 이해하고, 강행규범 위반 여부는 국가면제 인정 여부와 별개의 문제라고 판단하였다. 또한 강행규범 위반을 이유로 국가면제를 부정하는 일반 국제관습법은 존재하지 않는다고 보았다. 반면 대한민국 법원은 국제인권 보호의 필요성, 국제법의 발전 방향, 국가면제 제도의 목적 등을 종합적으로 고려하여 ICJ의 해석을 그대로 수용하지 않았다.

이와 같은 현상은 국제법과 국내법의 관계에 관한 보다 근본적인 문제를 제기한다. ICJ 판결은 원칙적으로 당사자 간에만 구속력을 가지므로 대한민국 법원이 이를 반드시 따라야 할 의무는 없다. 그러나 ICJ는 국제관습법의 존재와 내용을 확인하는 데 있어 권위 있는 국제사법기관이므로 그 판단은 상당한 설득력을 가진다. 따라서 국내법원이 ICJ 판결과 다른 결론을 채택하는 경우에는 국제법적 근거를 엄밀하게 제시할 필요가 있는데, 이러한 측면에서 2016가합505092 판결 및 2021나2017165 판결은 상당히 상세한 논리전개를 통하여 ICJ 국제면제 판결과 다른 결론에 이르렀다는 점에서 그 의의가 크다.

한편 국제 강행규범 위반행위에 대한 국가면제 인정 여부는 현재 국제법상 완전히 정립된 문제가 아니다. ICJ 국가면제 판결 이후에도 이탈리아 헌법재판소는 헌법상 재판청구권 보호를 이유로 ICJ 판결의 국내적 적용을 제한하였고, 여러 국가에서 국제인권 침해와 국가면제의 관계를 둘러싼 논의가 계속되고 있다. 또한 국가면제에 관한 국제협약과 각국의 입법례 역시 점차 개인의 권리 보호를 강화하는 방향으로 발전하고 있다. 이러한 점을 고려하면 국가면제 이론은 2016가합505092 판결 및 2021나2017165 판결이 판시한 바와 같이 항구적이고 고정적인 가치가 아니고, 국제질서의 변동에 따라서 계속하여 수정되고 있는 국제법적 규범이라 할 것이다.

결국 대한민국 법원의 최근 판결들은 국내법원이 국제법의 수동적 수용자에 머무르지 않고 국제법 해석과 발전 과정에 적극적으로 참여하고 있음을 보여준다. 특히 2016가합505092 판결 및 2021나2017165 판결에서 나타난 법원의 접근은 국가주권 중심의 전통적 국제법 질서와 인간의 존엄 및 기본권 보호를 중시하는 현대 국제법 질서 사이의 조화를 모색하려는 시도로 평가할 수 있다.

참고문헌

1. 단행본

정인섭, 『신국제법강의』 제13판, 박영사, 2023.

2. 국내 논문

김석현, 「국가면제의 기준 - 면제의 제한과 관련하여」, 『국제법평론』 제29호, 2009.

김선화, 「한국 법원의 국가면제 판결에 대한 비판적 분석」, 『법과사회』 제72호, 2023.

김어진, 정구태, 「반인권범죄 가해국으로서 일본의 일본군 위안부 피해자들에 대한 불법행위책임 - 서울고등법원 2023. 11. 23. 선고 2021나2017165 판결(확정) -」, 『법학논총』 제31집 제3호, 2024. 12.

노기호, 「조약과 일반적으로 승인된 국제법규의 법적 효력 - 헌법재판소와 대법원의 해석을 중심으로 -」, 『법과 정책연구』 제22집 제4호, 2022.

송에스더, 「국가면제로 인한 재판청구권 제한 시 법원의 헌법판단」, 『고려법학』 제103호, 2021. 12.

신우정, 「국제적 강행규범의 시각에서 본 강제징용 청구권의 소권(小圈) 소멸 여부」, 『서울국제법연구』 제26권 제1호(통권 제50호), 2019.

장석영, 「국가면제의 예외에 관한 연구 - ICJ 국가관할권면제사건에 대한 비판적 고찰을 중심으로」, 2012.

이창위, 「강행규범과 국가면제의 경합: 위안부 판결과 ICJ 관할권 면제 사건의 법리」, 『법학논고』 제85집, 2024. 4.

이창위, 「ICJ의 국가관할권 면제 사건과 이탈리아의 주장 및 후속 조치」, 『고려법학』 제112호, 2024.

임예준, 「국가면제에서 ‘국가’의 의미에 관한 소고 - 북한을 상대로 한 소송에의 함의」, 『국제법평론』 제65호, 2023.

최지현, 「국제사법재판소의 권고적 의견에 관한 고찰」, 『안암법학』 제47권, 2015.

3. 해외 논문

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), pp. 89-112.

William S. Dodge, “Why Canada’s Terrorism Exception Does Not Violate International Law,” *Canadian Yearbook of International Law* (2025), pp. 1-18.

4. 외국 법령

State Immunity Act 1978 (United Kingdom).

Foreign Sovereign Immunities Act (United States).

外国等に対する我が国の民事裁判権に関する法律 (Japan).

中华人民共和国外国国家豁免法 (People’s Republic of China).

State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18 (Canada).

Foreign States Immunities Act 1985 (Cth), s. 13(a) (Australia).

5. 국제문서 및 조약

Charter of the United Nations.

Statute of the International Court of Justice.

Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).

European Convention on State Immunity (1972).

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004).

International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).

6. 국제 판례

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of 3 February 2012, I.C.J. Reports 2012.

Ferrini v. Federal Republic of Germany, Judgment of the Italian Court of Cassation, 11 March 2004.

Distomo Case, Judgment of the Greek Court of First Instance of Livadeia, 30 October 1997.

[국문초록]

ICJ 판결의 국내법적 역할에 관한 고찰

- ICJ 국가면제 판결을 중심으로 -

육은령

본 연구는 대한민국 법원이 국제사법재판소(International Court of Justice, ICJ) 판결을 어떠한 방식으로 법적 판단자료로 활용하고 있는지를 국가면제 문제를 중심으로 분석하였다. 이를 위해 ICJ 판결을 인용한 대한민국 법원의 판결을 대상으로 그 인용 방식과 법적 기능을 검토하였다.

연구 결과, 대한민국 법원에서 ICJ 판결은 비교법적 참고자료로 활용되는 경우뿐만 아니라, 국가면제에 관한 국제관습법의 존재와 내용을 확인하기 위한 중요한 법적 판단자료로 활용되고 있음이 확인되었다. 특히 국가면제가 문제된 사건에서 ICJ의 「독일 대 이탈리아 국가면제 사건」 판결은 국가면제에 관한 국제관습법을 확인하는 권위 있는 자료로 인용되었다. 다만 대한민국 법원은 ICJ 판결을 일률적으로 수용하지 않고, 일부 판결에서는 국제 강행규범 위반을 국가면제의 예외로 인정한 반면, 다른 판결에서는 법정지국 영토 내에서 법정지국 국민에게 발생한 불법행위에 대해서는 국가면제가 인정되지 않는 국제관습법이 형성되었다고 판단하였다.

나아가 본 연구는 국내 법원이 ICJ 판결을 법적 판단자료로 활용하는 과정에서 국제법의 발전 방향과 국제인권 보호의 가치를 고려하여 국제법을 해석·적용하는 사례가 있음을 밝혔다. 이는 국내 법원이 수동적으로 ICJ 판결의 결론을 따르는 데 그치지 아니하고, 이를 능동적으로 검토·분석하여 국제법의 해석 및 발전에 기여할 수 있음을 시사한다.

주제어: 국제사법재판소(ICJ), 국가면제, 재판권, 국제관습법, 독일 대 이탈리아 국가면제 사건, 국제 강행규범, ICJ 판결의 국내법적 역할

[Abstract]

A Study on the Domestic Legal Role of ICJ Decisions:

Focusing on the Jurisdictional Immunities of the
State(Germany v. Italy) Case

Eunyoung Youk

This study examines how Korean courts utilize judgments of the International Court of Justice (ICJ) as legal materials for judicial decision-making, focusing on issues of state immunity. To this end, it analyzes Korean court decisions that cite ICJ judgments, with particular attention to the manner of citation and the legal function of such judgments.

The study finds that ICJ judgments are used by Korean courts not only as comparative legal references but also as important legal materials for determining the existence and content of customary international law concerning state immunity. In particular, in cases involving state immunity, the ICJ judgment in Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy) has been cited as an authoritative source for determining customary international law on state immunity. Korean courts, however, have not uniformly followed the conclusions of ICJ judgments. In some cases, they have recognized violations of peremptory norms of international law as an exception to state immunity, while in others, they have determined that a rule of customary international law has developed under which state immunity does not apply to torts committed within the territory of the forum state against nationals of that state.

Furthermore, this study demonstrates that, in utilizing ICJ judgments as legal materials, Korean courts have in some cases interpreted and applied international law while taking into consideration developments in international law and the protection of human rights. This suggests that Korean courts may contribute to the interpretation and development of international law by actively examining and analyzing ICJ judgments rather than merely following their conclusions.

Keyword: International Court of Justice (ICJ), State Immunity, Jurisdiction, Customary International Law, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Jus Cogens, Korean Courts, Domestic Legal Role of ICJ Judgments