

# 브라질 연방 최고재판소 판결(가역) (상그릴라호 사건)

2021.8.23 선고 9.24 공시

## 번역자 해제

### 판결 개요

이 사건은 1943 독일 잠수함에 의해 격침되어 승무원 10명 모두 사망한 어선 상그릴라호의 피해자 유족이 독일연방공화국을 상대로 손해배상을 청구한 소송이다. 1심 이래의 각 법원은 독일연방공화국의 국가면제를 인정하고 원고들의 청구를 각하해 왔지만, 2021.8 (공시는 9월), 연방최고재판소(STF)<sup>1)</sup>은 6대5의 다수로 전쟁 범죄나 국제법상의 인권을 침해하는 행위에 대해서는 국가면제를 허용할 수 없다고 판단했다. 향후 원심에서 본안(손해배상의 여부)에 대해 심리를 하게 된다.

2021.1.8 서울중앙지방법원 판결은 일본의 주권면제를 부인하고 일본군 '위안부' 피해자 원고들에 대한 배상을 명했다. 한편 4.21 같은 법원의 제2차 소송 판결에서는 일본의 주권면제를 인정하고 피해자들의 청구를 각하했다. 1.8 판결에 대해 일본 정부는 '국제법상 있을 수 없는 판단' 등으로 비난해 일부 야당 지도자도 이에 동조했다. 하지만 인권과 주권면제의 논쟁은 바다 건너 라틴 아메리카에 이르러 다시 인권 예외로 주권면제를 배제하는 국내 판례가 나타난 것이다. 일본 정부의 허망 선전에도 불구하고 인권 예외를 인정하는 새로운 국제법의 흐름은 반대론과 서로 다투면서 꾸준히 전진하고 있다.

### 이 사건의 경위

판결에서 단편적으로 나타나는 사실관계를 정리하면 다음과 같다.

오랫동안 상그릴라호의 실종 원인은 알려지지 않았지만, 역사가의 노력으로 독일 잠수함의 공격에 의한 것으로 밝혀졌고, 2001, 해사법원이 드디어 이 사실을 인정했다. 피해자 유족들은 손해배상을 청구하여 2008 리오데자네이루 지방법원에 독일연방공화국을 제소했다. 그 후, 지법판결(국가면제에 의해 각하)→보통상소(항소)→사법고등법원(STJ)<sup>2)</sup> 단독심 판결(기각)→항고→STJ합의부 결정(각하)→이의신청<sup>3)</sup>→각하→특별상고신청<sup>4)</sup>→STJ 부소장에 의한 각하→항고부대 특별상고<sup>5)</sup>→연방최고재판소(STF) 전원합의체가 '일반적 영향력' 인정<sup>6)</sup> 이라는 경과를 거쳐 이 판결에 이르렀다.

### 판결 형식

STF의 합의는 공개되어 있어 전문 TV 채널로 시청할 수 있다고 한다<sup>7)</sup>. 판결의 형식도

- 1) 연방최고재판소(STF)은 위헌심사권을 독점하는 사법기관. 독일이나 한국의 헌법재판소에 가깝다.
- 2) 사법고등법원(STJ)은 통상 소송의 최종심. 일본의 최고재판소, 한국의 대법원에 해당한다.
- 3) 일본의 최고재판소 판결에 대한 정정신청과 같이 판결 확정을 늦추기 위해 제기하는 절차인 것 같다.
- 4) 판결을 선고한 법원에 대하여 그 판결의 합헌성을 확인하기 위해 STF에 회부할 것을 요구하는 신청.
- 5) 원 법원이 STF 회부를 거부했을 경우에, 회부를 요구한 당사자가 직접 STF에 심리를 요구하는 수속.
- 6) STF의 심리는 일반적 영향력을 가진 헌법 문제에 대해서만 이루어진다. 이 결정에 의해 STF에서의 심리가 실질적으로 개시되게 되었다.
- 7) 나가이 야스유키 법률사무소 사이트에 의함

일본이나 한국의 판결과는 전혀 다르다. 법원 문서로서의 판결은 최초의 2페이지뿐이며, 나머지는 합의 의사록과 같은 형식으로 되어 있다. 이 사건의 주임인 '보고판사' Edson Fachin 판사의 의견(5명의 판사가 찬동해, 다수 의견이 되었다)과, 이에 반대하는 5명의 판사 중 3명의 의견이 합의에서 발표된 순서로 게재되어 있다.

#### 이 번역에 관하여

판결의 포르투갈어 원본은 연방최고재판소 사이트에서 공개되고 있다<sup>8)</sup>. 현재로는 영문 텍스트는 공개되어 있지 않다.

이 번역은 포르투갈어 원본을 번역 소프트로 영역하고, 그것을 이 판결에 관한 영문 기사<sup>9)</sup>나 브라질 법제도에 관한 일본어 문헌이나 사이트<sup>10)</sup>를 참조하면서 수작업으로 일본어로 번역하고 그것을 다시 한국어로 번역한 것이다. 기계 번역 특유의 오역은 대부분 배제할 수 있었다고 생각하고 있지만, 말할 것도 없이 완벽한 것은 아니고, 적당한 전문가에 의한 번역이 나타날 때까지의 '가역'인 것을 이해하신 후 이용해 주셨으면 한다.

또한, 일본어, 한국어 독자의 가독성을 위해, 포르투갈어 이해자가 아니면 이용할 수 없는 문헌 타이틀이나, 각 단락의 시작 부분에 기재되어 있는 단어의 나열에 의한 요약(해시 태그와 같은 것)은 생략하고 기울임 꼴의 표제를 추가했다. 그 외는 거의 전역이다.

#### 브라질 연방 공화국 헌법 (1988)

이 판결에는 브라질연방공화국 헌법 조문이 많이 인용되고 있다. 이 헌법에는 국제협력사업단이 발행한 일본어 번역 (스즈키 노부오 번역)이 공개되어 있다<sup>11)</sup>.

편의를 위하여 이 판결에 인용된 조문을 아래에 전기한다(항 번호를 로마 숫자에서 아라비아 숫자로 변경).

제1조 제주(諸州), 제시 및 연방직할구의 불가분의 결합으로 구성되는 브라질연방공화국은 민주적 법치국으로 설립되어 아래를 근본으로 한다.

3 인간의 존엄.

제2조 연방의 권력은 독립하고 서로 조화된 입법, 행정 및 사법의 제권력으로 이루어진다.

제3조 브라질연방공화국의 기본목적은 아래와 같이 정한다.

4. 출신, 인종, 성별, 피부색, 연령에 관한 편견, 기타 어떠한 형태의 차별도 없고, 모든 사람의 복지를 추진한다.

---

<http://www.nagaiyasuyuki.com/2018/01/17/justicavrasileira/>

8) <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757448754>

9) <https://www.ejiltalk.org/the-immunity-saga-reaches-latin-america-the-changri-la-case/>

<https://www.ibdmar.org/2021/09/case-of-fishing-boat-torpedoed-by-nazi-submarine-immunity-from-germany-jurisdiction-is-removed-by-supreme-federal-court/> 등

10) 각종 문헌·사이트를 참조했지만, 특히 前田美千代 「ブラジルの簡易裁判所と消費者被害の救済」의 각 주에는 브라질의 재판 제도에 대해 유익한 해설이 있다. (아래에서 다운로드 가능)  
[https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara\\_id=AN00224504-20180228-0123](https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180228-0123)

11) [https://openjicareport.jica.go.jp/470/470/470\\_703\\_10764017.html](https://openjicareport.jica.go.jp/470/470/470_703_10764017.html)

제4조·브라질연방공화국은 국제관계에 있어서 아래의 원칙의 지배하에 있는 것으로 한다.

- 2 인권의 존중.
- 4 내정 불간섭.
- 5 국가 간의 평등.

제5조 모든 사람은 법 앞에 평등하며 어떠한 성질의 차별도 갖지 아니하고 국내에 거주하는 브라질인 및 외국인에 대하여는 아래의 규정에 따라 생명, 자유, 평등, 안전 및 소유권의 불가침이 보장된다.

- 2. 어떤 사람도 법에 근거하지 않고 어떤 일을 하거나 하지 않는 것을 강제받지 아니한다.
- 35. 법은 권리의 훼손 또는 권리에 대한 위협을 법원이 심리하는 것을 금지할 수 없다.
- 54. 누구나 정규 법절차에 의한 것이 아니면 자유 또는 재산을 박탈당하는 일은 없는 것으로 한다.
- 55 사법 또는 행정소송의 당사자 및 일반피고에 대하여는 응소 및 충분한 변호가 변호에 고유한 수단과 상소에 의해 보장된다.

제102조 헌법 옹호의 임무는 주로 연방최고재판소에 속하며 아래와 같은 사항을 할 수 있다.

- 3. 상고 대상이 된 결정이 아래의 각 호에 해당할 때, 특별상고에 의해 유일 또는 중심으로서 결정된 이유를 심판한다.
  - a) 이 헌법의 규정에 위배된다.

제105조 고등사법법원에는 아래와 같은 권한이 속한다.

- 2 보통 상소에 있어서 아래와 같은 재판을 실시한다.
  - c) 외국 국가 또는 국제조직이 일방 당사자이고, 시 또는 국내에 거주하는 자가 반대 당사자인 소인

제109조 연방재판소판사에는 아래와 같은 소송을 하여 재판할 권한이 속한다.

- 2. 외국 또는 국제조직과 시 또는 브라질에 거주하는 자 사이의 소인.
- 3 연방과 외국 또는 국제조직간의 조약 또는 계약에 근거한 소인.

제114조: 노동법원은 외국의 공법단체 및 시, 연방직할구, 주 및 연방의 직접, 관철 행정단체를 포함한 노동자와 사용자 사이의 개인 또는 단체의 쟁송, 또한 법률에 따라, 노동관계에서 파생되는 기타 분쟁, 그리고 집단적인 것을 포함하여 그 판결 자신의 이행에 기인하는 소송을 조정하고 재판할 권한을 가진다. (...)

제125조 주는 이 헌법에 정한 원칙에 따라 자신의 법원을 조직한다.

- 2. 주헌법 앞에 주 및 시의 법률 또는 규범적 명령의 위헌을 나타내는 제도는 주에 속한다. 다만, 행위의 적법성을 인정하는 권한을 유일한 기관에 부여하는 것은 금지한다.

제133조 변호사는 사법행정에 불가결한 것이며, 그 직업실행에 있어서의 행위 및 의사표시는 법률의 범위 내에서 불가침으로 한다.

## 판 결

2021. 8. 23. 전원합의체

항고부대(抗告付帶) 특별상고 954.858 리오데자네이루

보고판사 : Edson Fachin 판사

원고 : Karla Christina Azeredo Venancio da Costa 외

변호사: Luiz Roberto Leven Siano

피고 : 독일연방공화국

변호사: 비선임

법정 조언자(amicus curiae) : 연방공화국(연방사법장관)

1. 이 사건의 쟁점은 주권국가가 행한 주권행위가 헌법 제4조 제2항 및 제5항의 규정에 의한 자연인의 국제적인 보호에 대한 중대한 위반인 경우에 관할권 면제의 규칙이 무효로 되는가는 이 최고재판소에서 전례가 없는 논쟁이다.

2. 브라질법에 있어서는 관할권 면제는 관습법에 의해 규율되고 있다. 연방최고재판소 판례는 업무관리행위와 주권행위의 구별을 인정하고 전자는 사법의 확인 대상이 되지만 외교관계에 관한 비엔나 조약에 비추어 강제집행에서는 면제된다.

3. 뉘른베르크 국제군사재판소 헌장 제6조 b는 전쟁의 법과 관습에 대한 위반을 '전쟁범죄'로 인정하고 있으며, 공해상을 포함한 민간인 살해도 그 중 하나이다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 규약 제6조에는 생명의 권리에 대한 침해가 포함되어 있다. 이처럼 전쟁시에 국가 영토 내에서 민간인에 대해 행해지는 행위는 비록 그것이 주권행위라고 해도 위법, 불법이다.

4. 국가면제 규칙의 절대성은 국제법의 과제에 있어서의 의문점으로서 뿌리깊게 남아 있는 문제이며, 불법적인 군사행위의 경우에 면제를 부정하거나 완화하거나 하는 비교법이나 국내법원의 보고가 있다 .

5. 한편 국제사법재판소(ICJ)는 국가면제사건(독일 대 이탈리아) 판결에서 고전적인 이론을 지지하고 주권행위에 대해 그 절대적인 성질을 재확인했다. 하지만 이 판결은 재판소규정 제59조에 따라 대세효와 구속력이 없고 포괄적인 배상이 이루어진 것을 전제로 하고 있는 점에서 독특한 것이었다.

6. 국가면제는 인권 침해 피해자와 그 가족이 가해자의 책임을 추궁할 가능성을 부정함으로써 연방헌법 제5조 제35항, 세계인권선언 제8조 및 제10조, 국제인권 규약(자유권 규약) 제1조에서 보장된 사법 접근의 권리를 방해한다.

7. 브라질국가의 국제관계를 지배하는 원칙으로서 인권에 우위성을 부여하는 헌법상의 규정(제4조 제2항)에 비추어 인권은 우선되어야 한다. 생명, 진실, 사법 접근을 위해, 그러한 사건은 관할권 면제를 부정된다.

8. 법정지 국의 영역 내에서 인권을 침해하며 행해진 불법행위의 경우에 국가의 관할권 면제를 상대화하는 것이 가능하다.

9. 일반적 영향력 체계의 주제 944 '외국이 인권을 침해하며 행한 불법행위는 국가면제를 누리지 않는다'라는 법적 테제의 확립.

10. 항고부대 특별상고를 인용한다.

## 판 결

위와 같이 연방최고재판소의 판사들은 Luiz Fux 판사의 지휘하에 재판의사록 및 사건기록에 근거하여 절차를 보고하여, 논의하고, 일반적 영향력의 주제 944의 문제를 검토한 결과, 2021.8.13부터 20까지의 가상 전원합의에 있어서 다수결로 보고판사의 의견에 따라 아래와 같이 합의했다.

특별상고를 인정하고 독일연방공화국의 관할권 면제를 부인한다. 본안을 해결하지 않고 사건을 각하한 원판결을 취소하고 '외국이 인권을 침해하며 행한 불법행위는 관할권 면제를 누리지 않는다'는 테제를 확립한다.

한편, Gilmar Mendes 판사, Alexandre de Moraes 판사, Nunes Marques 판사, Luiz Fux 판사(장관), 지난 합의에서 투표한 Marco Aurélio 판사가 반대했다.

브라질리아, 2021. 8. 23.

보고판사 Edson Fachin

디지털 서명된 서면

## 보 고 서

Edson Fachin(보고판사): 이 사건은 아래에 전기하는 연방고등사법법원(STJ) 제4부의 판결에 대하여 제기된 특별상고를 각하한 원결정에 대한 항고이다.

1. 관할권 면제의 상대화는 이 법원의 승인하는 바이지만, 이는 민사, 상사, 노동에 관하는 경우만이며, 이 사건과 같이 주권의 행사에 관련되는 경우에는 면제는 유효하다 .

2. 연방고등사법법원(STJ)의 판례에서는 전쟁행위는 주권행위의 표현이기 때문에 독일연방공화국의 책임을 묻지 못한다고 되어 있다.

(판례: 2012.9.24판결 보고판사 Maria Isabel Gallotti, 2009.9.8판결 보고판사 João Otávio de Noronha, 2008.5.19판결 보고판사 Fernando Gonçalves)

3. 항고를 각하한다. (연방고등사법법원 제4부 2014.2.10결정 보고판사 Marco Buzzi).

이 사건은 Deocleciano Pereira da Costa의 손자 또는 손자의 과부가 독일연방공화국을 상대로 제기한 재산적·정신적 손해배상청구소송이 발단이다.

제2차세계대전 중인 1943.7, Cabo Frio 해안 부근의 브라질 영해 내에서 Hans Werner Kraus가 지휘하는 나치 잠수함 U-199가 어선 상그릴라호를 공격한 것에 의한 그의 사망에 대해 배상을 요구하는 것이다.

리오데자네이루의 제14관구 연방지방법원의 판사는 피고를 소환하지 않은 채 관할권을 부정하고, 본안을 해결하지 않고 사건 종결 결정을 했다.

공화국 헌법 제105조 제2항 c에 근거한 보통상소가 제기되었지만, Marco Buzzi 판사는 연방고등사법법원(STJ) 판례에 근거하여 법원이 피고의 전쟁행위의 책임을 묻지 못한다고 판단하고 상소를 기각했다.

특별상고심에 있어서 헌법 제1조 제3항, 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항, 제5항, 제5조 제2항, 제35항, 제54항 및 제133조 위반이 지적되었다.

상고인은 다음과 같이 주장했다.

a) 독일이 국제조약에 의하여 나치 시대의 전쟁범죄나 인도에 대한 죄가 행해진 장소의 관할권에 따른다고 표명한 것을 고려하면 원판결은 헌법 제5조 제35항을 위반한다.

b) 국제법원이 이미 심판하여 비난한 전쟁범죄나 인도에 대한 죄의 실행은 정당한 주권행위가 아님을 고려하면 원판결은 헌법 제5조 제35항, 제1조 제3항, 제3조 제4항, 제4조 제2항을 위반한다.

c) 관할권 면제에 의한 소송의 종결에 관한 규범적인 규정이 없는 것, 관습규칙은 이미 유럽조약에조차 추월당한 것, 헌법이 제109조 제3항에서 외국이 브라질의 관할권에 따른 절차의 당사자가 될 가능성을 규정하고 있는 것을 포함하여 피고에 적용되는 것을 고려하면 원판결은 헌법 제5조 제2항 및 제109조 제2항을 위반한다.

d) 브라질의 국제관계에 있어서 인권이 우선되어 있으므로, 인권에 반하는 행

위에 대한 관할권 면제가 존재할 여지가 없는 것을 고려하면, 원판결은 헌법 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항, 제5항을 위반한다.

e) 헌법이 변호사의 불가결성과 법의 적정절차의 존중을 정하고 있는 이상, 외교관에 의한 공식적인 방어가 없는 채 기록상 사법권의 면제를 주장할 가능성이 있다고 하여 직권으로 관할권 면제를 인정한 원판결과 같은 판결은 존재할 여지가 없고, 원판결은 헌법 제133조, 제5조 제54항을 위반한다.

연방고등사법법원(STJ) 부소장은 헌법 위반이 있었다고 해도 간접적인 것일 뿐이라고 해서 특별상고를 각하했다.

이에 상소인은 특별상고의 인용성의 존재를 전제로, 그 이유를 반복해서 특별상고를 제기했다.

연방최고재판소(STF) 전원합의체는 이번 논쟁의 일반적 영향력을 다음과 같이 인정했다.

1. 국제적인 인권을 침해하는 주권행위에 관한 외국 국가의 관할권 면제의 범위는 일반적 영향력 체계에 제출할 만한 헌법 문제이다.
2. 이 논쟁은 외국의 주권국가에 관여하는 분쟁을 브라질 사법기관이 절차를 진행시키고 판결하는 것의 실행 가능성을 정의하는 데 있다.
3. 일반적 영향력의 예비적 승인 (2017.5.11 결정 보고판사 Edson Fachin)

피고 독일연방공화국에는 이 결정 및 이 사건에 관한 절차의 정지가 통지되었다. 브라질 공화국 법무부는 다음과 같은 의견을 진술했다.

1. 제안된 일반적 영향력의 테제(주제 944)  
'전쟁 상황에서 주권 행사로서 실행되며 배상이 가능한 결과가 발생한 경우, 국제법상의 인권을 침해하는 것이라고 하더라도 주권행위에 관한 외국의 관할권 면제는 절대적이다.'
2. 제2차세계대전 중에 브라질 영내에서 독일 잠수함의 공격에 의해 침몰한 어선의 희생자 유족이 입은 손해에 대해 독일연방공화국에 배상을 명하기 위하여 원판결을 뒤집는 것을 목적으로 헌법 제102조 제3항 a에 따라 제1조 제3항, 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항, 제5항, 제5조 제2항, 제35항, 제54항 및 제133조 위반을 주장하여 특별상고가 제기되었다.
- 3 관할권 면제의 예외는 주권국가에 행한 행위가 업무관리행위이며, 분쟁의 대상이 순수한 민사, 상업 또는 노동관계에 관한 경우에만 인정된다.
- 4 주권국가의 관할권 면제는 절대적인 것이며, 주권행위로 간주되는 전쟁시의 무력 공격의 경우에는 예외를 인정하지 않는다. 국제사법재판소의 판례가 있다(국가면제사건 독일 대 이탈리아: 그리스 참가).
- 5 브라질이 가맹하고 있는 유엔의 사법기관인 국제사법재판소의 판례를 연방최고재판소가 사건 해결의 근거로 하고, 일반적 영향력 체계의 테제를 확립하는 것은 국제법과 국내법의 조화라는 관점에 일치한다.
- 6 과거의 무력 분쟁에 있어서 행해진 행위에 대한 배상청구소송에서 주권국가의 관할권 면제를 부정하면 무수한 개인적인 손해배상청구를 사후적으로 발생

시킬 가능성이 있다. 이는 오랫동안의 정치적 해결책을 무력화시키고, 무력 분쟁에 참여한 모든 국가에 예측할 수 없는 결과를 초래하고, 평화적 공존에 현저한 악영향을 미칠 위험이 있다.

7 특별상고의 기각을 요구한다.

연방 사법장관도 같은 의견을 표명하고, *amicus curiae*(법정 조연자)로서 참가가 인정되었다. 이상이 보고이다.

## EDSON FACHIN 판사의 의견 (다수 의견)

### 2021.3.1. 전원합의체

일반적 영향력을 인정하는 투표시에 언급한 바와 같이, 이 논쟁은 브라질 영내에서 행해진 국제법상의 인권을 침해하는 주권행위에 대한 외국 국가의 관할권 면제의 범위에 관한 것이다.

즉 헌법 제4조 제5항에 규정하는 국가의 법적 평등의 관점에서 주권국가를 타국의 사법 절차에 의한 분쟁해결에 맡길 가능성을 정의하는 문제이다.

#### a) 브라질법에서의 외국 국가의 관할권 면제에 대하여

브라질은 유엔국가면제조약이나 유사한 조약에 가입하지 않았기 때문에 이 문제는 관습법으로 규율된다.

어쨌든, 독일도 조약에 가입하지 않았으며, 이 규칙은 관습적인 것인지 여부에 상관없이 헌법에 적합한 것이어야 한다.

이 점에서 1988 연방공화국헌법의 등장은 연방최고재판소(STF)의 판례법을 변경하는 획기적인 사건이며, 주권국가의 행위를 업무관리행위와 주권행위로 구분하고, 전자는 브라질 법원의 관할권의 대상으로 하기로 되었다. 여기서는 Sydney Sanches 판사가 보고해 리딩 케이스가 된 이른바 Genny de Oliveira 사건 판결의 요지를 소개한다.

원칙적으로 1988 연방헌법(제114조)의 시행 후에 제소된 경우에는 노동법원이 심리하고 판단하여야 한다. 하지만 이 사건은 연방헌법 제125조 제2항과 헌법 경과조치법 제27조 제10항, C.E.N1/69에 비추어 연방법원이 계속 관할한다. 제1심 연방판사에 의해 인정된 국가면제를 부정하기 위하여 연방최고재판소가 인정하고 선고하는 통상적인 환송은 이 사건의 판결에 있어서도 권리로서 인정되어야 한다. (전원합의체 1989.5.31 판결, 보고판사 Sydney Sanches)

같은 취지의 판결로서 제2부 2003.2.14. 판결 보고판사 Celso de Mello 의 요지를 소개한다.

학설과 연방최고재판소(STF) 판례에 따르면 노동소송에 대해서는 외국 국가는 브라질 사법기관의 관할권에서 면제되지 않는다. 브라질 국내에 거주하는 근로자에게 받아들이기 어려운 불이익을 초래하는 외국의 부당한 이익을 정당화하기 위해 외교적 특권을 노동소송에서 원용할 수 없다. 그러한 관행은 윤리적, 법적으로 비난되어야 할 일탈을 조장하는 것이며, 성실의 원칙과 상반되어 국제법의 원리와 상반된다. 강제집행에서의 면제에 유래한 특권은 외국 국가에 대해 제기된 확인적 절차에서 브라질 법원이 관할권을 행사하는 것을 방해하는 것은 아니다. 관할권 면제와 집행 면제는 법적으로 명백한 독립적인 카테고리를 구성하고 있다. 왜냐하면 이들은 서로 밀접하게 관련되어 있지만 독립된 별개의 현실을 해석하고

있기 때문이며, 이는 개념적인 수준에서도 국제관계 그 자체의 발전에 있어서도 인정되고 있다. 집행면제의 특권에 의해 재판에서 인정된 청구권을 실제로 실현하는 것이 최종적으로 법적으로 불가능하게 되었다고 해도, 그것만으로는 특히 노동관계의 소송을 다루는 경우에 브라질 법원이 외국에 대해 확인적인 절차를 수행하는 것을 방해하기에는 부족하다.

이와 같이 근대국가의 형성까지 거슬러 올라가고 대등한 자에 의한 대등한 자의 심판을 금지해 온 '동등한 것은 동등한 것에 재판권을 가지지 않는다' (Par in Parem non habet jurisdictionem) 라는 법언(法諺)은 극복되어, 현대에 어울리는 전세계적인 이해 밑에서 주권 행위와 업무관리행위를 구별하고, 주권에 직접 유래하는 행위에만 면제를 부여함으로써 면제가 상대화되기 시작한 것이다 .

어쨌든 외교 관계에 관한 비엔나 조약에 비추어 강제 집행의 면제는 외국 영토에서 주권 국가의 모든 행위에 있어서 절대적인 것으로서 유지되어 있다. 전원합의체 2006.11.24 판결 보고판사 Sepúlveda Pertence (연방정부가 대한민국에 대해 제기한 세무집행)의 요지를 소개한다.

최고재판소의 판례에서는, 포기되지 않는 한 강제집행의 관할권에 대한 외국 국가의 면제는 절대적이다 : 다수결에 의한 결정. (판례; 2003.5.9 판결 보고판사 Veloso, 1998.10.23 판결 및 2002.10.31 판결 보고판사 Ilmar Galvão, 1999.12.10 판결 보고판사 Jobim, 2003.3.1)

## b) 이 사건의 특징 : 행위의 불법성과 인권에 대한 침해 행위

하지만 이 사건의 특징은 헌법 제4조 제5항에 따른 국제사회에서 국가간의 법적 평등, 특히 1988 공화국헌법 제4조 제2항에 규정되어 있는 국제관계에서 인권의 우월성에 비추어 브라질 영역에서 자연인의 국제적 보호에 대한 중대한 침해인 경우에는 주권국가에 의한 주권행위에 대해 국가면제규칙을 무효로 해야 하는지 여부라는 연방최고재판소에서는 새로운 쟁점이다.

지금까지의 상소심에서는 이 헌법 문제의 본안을 검토하지 않고, 인용성의 요건만을 검토해 왔다. (제2부 2014.6.3 판결 보고판사 Ricardo Lewandowski, 제1부 2015.8.4 판결 보고판사 Luiz Fux)

독일연방공화국의 책임에 관한 주장을 뒷받침하는 사실에 관하여, 소장 기재에 따르면 원고들은 제2차세계대전중인 1943.7, Cabo Frio 해안 부근의 브라질 영해에서 Hans Werner Kraus 가 지휘한 나치의 잠수함 U-199에 의한 어선 상그릴라호에 대한 공격으로 사망한 Deocleciano Pereira da Costa 의 손자 또는 손자의 과부라고 한다.

해사법원은 당초 사건번호 812/1944로 어선 실종의 단정적인 원인에 대해 결론을 내리지 않는 채 판결을 내렸다. 하지만 새로운 정보원, 특히 잠수함 U-199 승무원의 진술이 Cabo Frio 해사역사박물관 Elisio Gomes Filho 관장의 서한에 의해 초래되었기 때문에, 법원은 조사를 재개하여 판결 수정을 결정하고, 현재는 다음과 같은 것으로 되어 있다.

'...a) 사고/사실의 성격과 정도에 관하여: 어선 침몰로 인한 선박의 완전한 손실과 승무원 10명( José da Costa Marques, Deocleciano Pereira da Costa, Otávio Vicente Martins, Ildefonso Alves da Silva, Manoel Gonçalves Marques, Manoel Francisco dos Santos Júnior, Otávio Alcântara, Zacarias da Costa Marques, Apúlio Vieira de Aguiar, Joaquim Mata de Navarra) 전원의 사망. 적절한 조치를 취하기 위해, 이 결정의 내용을 항만·해안국 및 해군 문서국에 통지하는 것.

b) 결정적 원인에 대해: 제2차세계대전 중 독일 잠수함 U-199에 의한 공격.

c) 결정 사항: 법률 2180/54 제14조 a에 따라 다음 선박 사고가 발생했다고 판단한다.

-독일 잠수함 U-199가 의도적인 행위(전쟁행위)로 어선 상그릴라호를 침몰시켰다.

d) 예방 및 안전 대책: xxx;

e) 보상금의 제안: 법률 제2180/54호 제16조 g에 따라 역사가 Elisio Gomes Filho에게는 그 유익한 실적을 기리며, 희생자의 직계 친족인 Hércules da Costa Marques, Iva Soares da Costa, Maria de Lourdes Aguiar da Cruz, Etelvina Sobral da Costa 에게는 브라질 정부에 희생자를 추도하기 위한 보상금 지급을 제안한다. 2001. 7. 31.'

이 결정이 말한 바와 같이, 또는 주지하는 바와 같이, 브라질은 1942. 8. 잠수함 U-507에 의해 5척의 배와 1척의 소형 범선이 가라앉은 결과, 제2차세계대전에 참전하여, 1942. 8. 31 정령 제10,358호에 의해 전쟁 상태가 선언되었다.

이렇게 해서 상그릴라호가 가라앉은 1943.7, 브라질은 정식으로 제2차세계대전에 참가하고 있었다.

독일연방공화국이 브라질 사법권에 복종할 가능성에 대해 즉시 부정적인 반응을 보이는 것은 그것이 분명히 주권행위이기 때문이다.

하지만 이 결론에는 검토해야 할 많은 과제가 있다.

주권행위를 이유로 하는 주권국가의 국가면제는 위와 같이 관습법에 근거한 것이다. 이는 국제법에서 높은 지위를 차지하고 있지만 반드시 우선되어야 하는 것은 아니다.

제2차세계대전 중에 독일이 행한 이러한 행위는 비록 전쟁이라는 상황에서도 불법한 행위이다. 보통상소№60 연방고등사법법원(STJ)의 재판에서, Luis Felipe Salomão 판사는 투표로 패배는 했지만 다음과 같이 고찰하고 있다.

'사실은 제2차세계대전 중 1943에 발생한 것임에 유의해야 한다. 따라서, 무력분쟁을 규제하는 규칙이나 국제관습, 즉 국제인도법의 대상이다. Francisco Rezek 교수가 가르치는 바와 같이, 그 시기에 비전투원의 보호를 특히 중시한 1943에 제정된 체제는 1907의 헤이그 조약에 의해 이미 실시되고 있었다.

"하지만 헤이그법에는 유엔의 평화주의적 이상에 반하는 무력분쟁의 틀 안에서 교전국에 대해 행동의 자유를 제한하는 오늘날에도 유용한 규범이 남아 있다. 이 규범은 다음 세 가지 기본 원칙으로 나눌 수 있다. (a) 인적 제한(비전투원은

공격이나 의도적인 손해를 면할 수 있음), (b) 장소의 제한(공격 가능한 장소는 그 전체 또는 부분적인 파괴가 실행자에게 명확한 군사적 이익이 되는 군사 목표를 구성하는 것에 한정된다), (c) 조건의 제한(적의 전투원에게 과도한 고통을 줄 수 있는 무기 및 방법은 금지된다)“

같은 의미에서 Hildebrando Accioly의 저작은 다음과 같이 말하고 있다.

"적지에서의 평화적 주민의 존재와 자유는 존중되어야 한다. 그러므로 분쟁에 참가하지 않고 무해한 것을 나타내는 주민은 어떠한 자의적인 행동의 대상으로 해서는 안 된다. 1899과 1907의 헤이그 규칙 제46조는 1874 브뤼셀 선언의 같은 규정을 재현한 것인데, 더욱 다음과 같이 규정하고 있다. <가족의 명예와 권리, 개인의 삶과 사유재산, 그리고 종교상의 관습과 제사의 실천은 존중되어야 한다. 사유재산을 몰수할 수 없다>"

이와 같이 독일 잠수함 승무원에 의한 비전투원 브라질인 살해는 당시 이미 국제인도법의 일반 원칙을 위반했던 것이다.

또한 Celso de Albuquerque Mello가 가르치는 바와 같이 해상 분쟁에서 어선 보호를 목적으로 한 특별한 인권 기준에 대한 위반도 확인되어 있다.

"어선, 우편선, 과학·종교·자선사업에 종사하는 선박, 병원선, <근해해운>에 종사하는 선박, 통행허가를 받은 선박 등 포획권의 대상이 되지 않는 선박이 있다. 어선의 면제는 16세기에 거슬러 올라간다. 포획권의 행사에 관한 특정한 제한에 관한 헤이그 조약(1907)에서는 적대행위에 참가하지 않는 것을 조건으로 <해안 어선>에만 이 면제를 주고 있다. 이 제한은 법이 획일적이 아닌 것에 유래한다. (중략) 적의 포획물 파괴에 대해서는, 선박은 <사전의 통지 없이 공격해 가라앉히거나 파괴하거나 할 수 없고, 승무원은 안전하게 이동시켜야 한다>, <선박의 서류는 보호되어야 한다>고 규정되어 있다.(...)"

이와 같이 소장에서 언급된 사실이 확인되면 무력분쟁을 규제하는 규범을 위반하고 인권을 규제하는 원칙을 무시하는 국제적인 불법행위를 구성할 가능성이 있으며, 피고국가는 그 행위의 결과를 모면하기 위해 국가면제에 보호를 요구할 수 없다. (강조는 인용자).'

뉘른베르크 국제군사법원 헌장 자체도 제6조 b에서 공해상의 민간인 살해를 포함한 전쟁의 법과 관습에 대한 위반을 '전쟁범죄'로 인정하고 있다.

이는 환언하면 시민적 및 정치적 권리에 관한 규약의 제6조가 다음과 같이 규정하는 생명에 대한 인간의 권리를 침해하는 행위이다.

'생명에 대한 권리는 인간에게 고유한 것이다. 이 권리는 법에 의해 보호된다. 아무도 그 생명을 자의적으로 빼앗기지 않는다.'

### c) 인권을 침해하는 불법행위에 대한 국가 면제

행위의 불법성이 확인된 이상 국가면제에 대해 검토해야 한다. 독일 자신도 이미 면제를 포기한 조약을 지지하고 있는 것처럼, 이는 절대적인 규칙이 아니다.

앞서 언급했듯이 유엔 국제법위원회는 이 문제에 관한 규칙을 정리하기 위해 이미 조약을 기초하고 있으며 2005에 서명이 시작된 1991'국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 조문안'은 제12조에서 '불법행위가 행해진 장소의 법률(*lex loci delicti commissi*)이 우선한다'고 명시하고 있다.

#### '제 12 조 인적 피해 및 재산상의 손해

관계국들간에 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 배상에 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.'

위 규정의 프로젝트를 담당한 그룹의 코멘트는 다음과 같다.

'(8) 이 예외의 대상으로 되는 경우의 전제와 관할권 행사의 근거는 영토성이다. 불법행위가 행해진 장소의 법률(*lex loci delicti commissi*)에 따른다고 하는 원칙은 고의 또는 해의까지 있는지, 또한 우발적, 게으름, 부주의, 무모, 경솔 등과 같은 작위 또는 불작위의 동기와 상관없이, 또한 활동의 성질에도 전혀 상관없이 주권행위인지 업무관리행위인지를 불문하고 영토와의 현실적인 관련성을 요구한다. 이 특징은 공무 또는 군무중의 자동차 사고에 관한 일부 국가의 판례법으로 유지되고 있다. 주권행위에 대해서는 면제가 유지되고 업무관리행위에 대해서는 면제가 거부되어 왔지만, 제12조에서 제안되어 있는 예외는 관계국간의 합의가 없는 한 그러한 구별을 하지 않는다'

(UN: Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentaries 1991,2005,p.34.2019.8.16.

현재 아래에서 열람 가능.

[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4\\_1\\_1991.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf))

미발효이며 전쟁의 경우에 적용되는지 여부에 대한 다툼이 있지만 주권행위에 대한 면제의 절대적인 성질은 이 조건 하에서 무효로 된다.

이 사건의 사실 발생 장소는 해사법원의 판결에서 언급한 바와 같이 브라질 영해이다.

'어선이 실종된 시기에 브라질 연안에서 격렬한 전쟁이 벌어지고 있던 것은 확실히 증명되고 있다. 그 증거로 브라질 관할 내 해역에 10척 이상의 독일 잠수함이 있었어, 자신의 위치를 알려지지 않도록, 비록 무해한 어선이라도 눈앞에 나

타난 것은 모두 가라앉히는 것을 주저하지 않았다.

또한 U-199는 1943.7. 리오데자네이루 해안에서 작전 행동을 하고 있었으며, 3일 밤에는 리오데자네이루 근처에 있던 미국 공군 VP-74 비행대의 PBM 마리너기에 발견된 것도 증명되어 있다. 잠수함의 전쟁 일지에는 미군기의 추락을 일으킨 이 에피소드 이후 서방으로 이동한 것이 기재되어 있으며, 이는 Cabo Frio의 북해안 부근의 해안에 접근한 것을 의미하며, 거기에 바로 상그릴라호가 항해하고 있었다.

이와 같이, 상그릴라호를 가라앉힌 것이 U-199인 것을 최초로 나타내는 것은 위도와 경도를 포함한 양쪽의 루트와 침몰의 일시의 일치이다.'

따라서, 이 조건 하에서는 면제는 인정되지 않는다.

마찬가지로 독일을 포함한 유럽경제공동체 국가들은 1972에 '국가면제에 관한 유럽조약'을 체결했으며, 제11조에서 '체약국은 소송이 법정지 국 영역 내에서 발생한 사람의 상해에 기인하고, 동시에 상해 또는 손해의 가해자가 사실 발생시에 그 영역 내에 존재하고 있었을 경우에는, 다른 체약국에서 관할권 면제를 주장할 수 없다'라고 규정했다.

이 흐름을 받아 미국에서는 1976에 미국 외국 국가면제법이 제정되어 '미국 내에서의 사망이나 인신상해, 재산의 손상이나 상실을 일으키는 부정한 행위 또는 부작위에 대한 책임을 면하기 위해서는 면제를 이용할 수 없다'고 규정하는 제1.605조 제5항을 포함하여 미국법전 제1.602조 내지 제1.611조에 통합되어 있다.

한편 영국은 1978의 영국 국가면제법(State Immunity Act) 제5절에서 '영국 내에서의 행위 또는 부작위로 인한 사망, 인신상해, 유형재산의 손해 또는 손실의 경우에는 국가는 면제를 누리지 않는다'고 정하고 있다.

마찬가지로 호주는 1985 호주 외국면제법(Foreign States Immunities Act) 제13절에서 '호주에서 행해진 작위 또는 부작위로 인한 사람의 사망 또는 신체 상해, 물질적 재산의 손해 또는 손실을 다루는 소송에서 외국 국가는 면제되지 않는다'고 정하고 있다.

그리고 1995, 아르헨티나는 주권면제에 관한 법률 제2조 e에서 '외국은 자국의 영토 내에서 행해진 범죄 또는 준범죄로 인한 손해 및 손실에 대해 제소된 경우 주권면제를 행사할 수 없다'고 규정했다.

사법 분야에서는 우선 2004. 3. 이탈리아 남성이 독일에 강제 연행되어 강제 노동을 강요된 '페리니 사건', 2008에는 203명의 민간인이 독일군 병사에게 살해된 '치비텔라(Civitella) 학살'이라고 불리는 사건으로 이탈리아 법원은 강행법규(ius cogens) 위반이 있을 경우 면제가 우선되어서는 안 된다고 판단했다.

국제사법재판소에 회부되었을 때 이탈리아가 주장한 것처럼 이러한 경우에는 2개의 이론이 생각된다. 첫째는 강행법규(ius cogens) 위반은 주권행위로 간주되지 않는다는 주장, 둘째는 강행법규(ius cogens) 위반의 경우에는 그 규범의 계층적 우위성 때문에 국가는 관할권 면제의 권리가 없다는 것이다.

'이러한 이론의 기초에는 두 가지 견해가 있다. 첫째는 국제법의 강행규범에 대한 위반은 주권행위로 간주되지 않는다는 것이다. 이 견해는 1989 이후 Belsky 교수, Roth-Arriaza 교수 Merva 교수에 의해 "국가가 위반해서는 안 되는 규칙(즉 강행법규(ius cogens))의 체계가 존재한다는 것은 국가가 그러한 규칙을 위반

하여 행동한 경우, 그 행위는 주권행위로 인정되지 않는다는 것을 의미한다. 국가의 행위가 주권행위로 인정되지 않으면, 국가는 더 이상 국가면제의 항변을 행사할 권리가 없어진다”고 설명되었다.

이 견해는 *Princz v. Federal Republic of Germany* 사건에서 콜롬비아 특별구 미국 연방지방법원이 처음으로 적용한 것이다. 이 법원은 "연방국가면제법(즉 면제)은 이전에 무법 국가가 행한 다툼의 여지 없는 만행에 관련된 청구의 경우에는 아무런 역할도 하지 않는다"고 하며 "미국 시민의 시민권 및 인권을 존중하지 않는 국가는 그 시민에 의한 권리행사의 시도를 미국법을 행사하여 방해할 수 없다"라고 판시했다(...).

4.72 둘째의 견해는 강행법규(*ius cogens*)의 위반에 책임을 지는 국가는 그 규범의 계층적 우월성 때문에 더 이상 국가면제를 누리지 않는다는 것이다. 이 학설을 지지한 것은 알-아드사니 대 영국 사건의 8대 9의 소수 의견의 판사들이며, 이 소수 의견에는 국제법 학자인 법원 멤버가 대부분 포함되어 있던 것이 중요하다. 반대 의견에서, Rozakis, Cafilisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto, Vajić 판사는 "따라서 고문 금지가 강행법규(*ius cogens*)임을 받아들이는 것은 그것을 위반한 것으로 여겨지는 국가가 그 행위의 불법성의 결과를 모면하기 위해 계층적으로 하위 규칙(이 경우 국가면제에 관한 규칙)을 원용할 수 없다는 것을 의미한다... 고문 금지에 관한 강행법규(*ius cogens*) 규칙과 국가 면제규칙의 상호작용으로 국가면제라는 절차적 장벽은 자동적으로 해제된다. 왜냐하면 이들 규칙은 계층적으로 상위 규칙과 대립하므로 어떠한 법적 효과도 발생하지 않기 때문이다." 라고 말하고 있다. '국제사법재판소 국가면제사건 (독일 대 이탈리아). 이탈리아 답변서. 2009.12.22 65-67 페이지, 2009.12.22.현재 아래에서 열람 가능. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/16017.pdf>)

따라서 주권행위가 존재하지 않고, 또한 주권행위로 인한 면제는 브라질 헌법이 규정하는 인권의 우위성에 길을 양보하여야 한다.

이탈리아 사례 이외에도 독일 점령 피해를 입은 지역인 디스토모의 사례에서는 피해자와 그 친족을 대표하는 지방정부가 그리스 법원에서 독일에 대한 손해배상소송을 제기하고 승소한 것처럼 국내 법원이 군사적 불법행위의 경우에 면제를 인정하지 않았다는 보고가 있다.

그리스 법원의 견해에 의하면 강행법규(*ius cogens*) 위반이라는 상황에서는 국가면제에 의한 보호는 실효하고, 이러한 행위는 국가주권의 행사로 간주되지 않는다.

하지만 유럽 법원의 결정(Voiotia현 대 독일연방공화국)에 의해 인용 판결을 집행할 수 없게 되었다.

한편, 미국의 *Letelier* 대 칠레 공화국 사건은 법정지 국의 영역 내에서 그 영역 내에 존재하는 자가 행한 위반행위에 대해서는 비록 그 행위가 주권행위에 속하는 것이라고 해도 국가면제의 향유를 제한하는 판례이다. 주미 칠레 대사는 칠레 정부에 귀책되는 행위에 의해 살해되었고, 칠레 정부는 유족이 청구한 배상금을 지급하도록 명령받았다.

미국 대법원에서는 2 건의 사건이 현재도 계류 중이다. 제2차세계대전 중 발생한 수용에 관한 헝가리 공화국 대 *Simon*, 독일연방공화국 대 *Philipp* 의 2 건은 콜롬비아 특별구 항소법원이 관할권 면제를 각하했다.

이미 한국 대법원이 일본이 한국의 노예노동을 이용했던 것에 대해 배상을 명한 것과 마

찬가지로 최근에는 서울중앙지방법원이 일본에 의한 점령시대에 성적 착취를 받은 한국인 여성('위안부'라고 불림) 피해자에 대해 일본에 배상을 명하는 판결을 내렸다. 판결은 이는 인도에 대한 죄이며 국가간 협정으로 피해자가 직접 보상을 받지 않고 있는 강행법규(ius cogens) 위반이므로 면제는 '모든 사람은 헌법 또는 법률에 의해 주어진 기본적인 권리를 침해하는 행위에 대하여 권한을 가진 국내법원에 의한 효과적인 구제를 받을 권리를 가진다.'라고 규정하는 세계인권선언 제8조를 위반한다고 판단하였다.

이와 같이 이 문제는 여전히 국제법의 과제로 되어 있다.

브라질에서는 이미 보고된 사건과 다른 사건도 연방고등사법법원(STJ)에 계류되어 있고 적어도 외국의 소환을 결정했다. 여기서는 브라질 시민권을 취득한 프랑스 시민이 제2차세계대전 중 프랑스 점령 시에 유대인인 자신과 그 가족이 입은 손해에 대한 배상을 청구하여 독일연방공화국을 제소한 보통상소 No. 64/SP 사건(보고판사 Nancy Andrighi)을 소개한다. 판결문은 다음과 같다.

...소장에 기재된 범죄를 소추할 경우에 브라질 사법권에 이해관계가 있다. 첫째, 외국의 외교 대표부가 브라질에 있어서기관의 존재하는 것은 민사소송법 제88조 제1항을 적용할 수 있게 한다. 둘째로 인간의 존엄 존중은 브라질 연방공화국의 기본적인 헌법 원리이다. 이 원리는 헌법의 조문 전체에 침투하고 있다. 특히 국제적으로는 인권의 우선, 민족 자결, 테러리즘과 인종주의의 부인을 국가의 공약으로 표명하고 있다. 그러므로 나치 시대에 독일이 행한 심각한 인종주의나 우생사상에 의한 행위가 나중에 시민권을 취득했다고는 해도 브라질인을 향한 경우에 이를 억제하는 것은 브라질 연방공화국과 이해관계가 있고 여기서 제소할 수 있다.

- 관할권 면제는 외국을 상대로 제기된 소송에 자동적으로 적용되어야 하는 규칙이 아니다. 그것은 그 국가가 행사하여도 하지 않아도 되는 권리이다. 따라서 이 소송을 종결시킬 이유는 없다. 외국정부가 원한다면 브라질 사법권의 대상이 되지 않는 이익을 주장하고 그 전제 행위가 이 면제규칙의 발동을 인정해야 하는 주권행위의 실행인지 여부를 밝히기 위해 외국 국가의 소환이 정당화된다.

보통상소를 인용한다.(제3부 2008.5.13판결 보고판사 Nancy Andrighi)

유사한 사례로 연방고등사법법원(STJ)은 João Goulart 전 대통령의 유족이 제기한 손해배상청구소송에서 미국이 그의 실각에 관여한 것을 이유로 미국 소환을 명했다.

I. 일단 상황이 민사소송법 제88조 제1항 및 보항에 해당하는 경우에는 피고가 인정된 관할권 면제를 자발적으로 포기하는 것을 조건으로 외국 국가가 주권행위에 의해 브라질 영역 내에서 국민에게 준 것으로 여겨지는 도덕적 및 물질적 손해에 대한 배상 소송에 대해 브라질의 관할권이 미칠 수 있다.

II. 이 사건의 경우 정치헌장(Carta Política) 제109조 제2항의 문언에 근거하여 외국 국가가 그 특권을 포기하고 브라질 연방사법기관에 제소될 것을 희망하는 것을 표명할 기회를 처음에 주지 않고, 단독 판사에 의해 행해진 즉시 종결 결정은 상조이다.

III. 연방고등사법법원(STJ)의 판례.

IV. 보통상소를 일부 인용하고 위 목적을 위하여 사건을 제1심 법원에 환송한다.(제3부 2008.8.21 판결)

어느 사건도 분명히 위 이탈리아 사건에 관한 국제사법재판소 판결을 무시할 수 없어 면제를 긍정하고 있다. Valério Mazzuoli는 이 문제의 현상과 이를 향한 비판을 잘 정리하고 있다.

'2012.2.3, 국제사법재판소(ICJ)는 국가면제사건(독일 대 이탈리아, 그리스 참가)의 판결에서 어떤 국가의 다른 국가에서의 관할권 면제에 관한 입장을 결정적으로 확립했다. 재판소는 국가가 타국의 영역 내에서 향유하는 면제는 그 국가가 주권행위로서 행한 행위에 기인하는 것에 관해서는 절대적이며 (비록 인권보장의 깃발 아래에서도) 어떠한 예외도 인정되지 않는다고 하였다. 이 사건에서 재판소는 독일 제국이 저지른 범죄의 희생자인 이탈리아인에게 보상을 하는 목적을 위해서라도 이탈리아는 자국의 영토 내에 있는 독일 재산에 대한 강제 집행 조치(압류, 가압류 등)을 진행할 수 없다고 판시했다. ICJ는 Cançado Trindade 판사의 단 1표의 반대를 꺾고 주권행위를 다루는 경우에 외국이 타국의 영토 내에서 향유해야 할 강고한 보호에 예외를 마련하지 않는 고전적인 면제 이론을 지지했다. 또 재판소는 나치 제국이 행한 행위가 인권이나 강행규범(ius cogens)의 중대한 침해할 수반한 것이었다고 가정하더라도 면제에 관한 관습 국제 규칙의 적용은 그대로 유지된다고 했다. 이와 같이 이 ICJ 판결에 의하면 전통적인 면제 이론은 변경되지 않고 국가는 인권 문제조차 극복할 수 없는 "방패"를 계속해서 제공되게 된다. 따라서 ICJ는 국가면제 분야에서 (향후) 외국이 행한 주권행위에 대해 국내 법원이 외국에 배상을 명하는 판결을 내리는 것을 방해하는 보수적인 견해에 따라 있다고 할 수 있다. 하지만 국가의 기능은 그 영토에 사는 모든 사람들을 위해 행동하는 것에 있어 제노사이드, 평화에 대한 죄, 인도에 대한 죄 등 시민의 권리를 침해하는 행위를 하는 것이 아니기 때문에, (ICJ의 판단과는 반대로) 인권을 침해하는 국가의 행위가 바로 주권행위라고 이해할 수 없다고 하는 비판이 벌어질 것이다. 따라서 이러한 성질의 행위는 타국의 법제도로부터 국가를 면제한다는 것을 목적으로 하는 주권행위의 틀에 넣을 수 없다.

... 하지만 장기간에 걸쳐 "대등한 자는 대등한 자에 대해 지배권을 가지지 않는다"의 법언이 국가 면제 이론의 기초가 되어 있던 것이 사실이라면, 절대적 국가 면제(왕은 무류하다)의 명제가 최근, 특히 1970대부터 현저하게 상대화되어, 신용을 실추하거나 평화적으로 받아들여지는 일이 없어진 것도 마찬가지로 사실이다. 이는 국가와 개인 사이의 관계, 특히 상업 분야에서의 관계가 증가했기 때문에 발생했다....

Recueil des Cours에 게재된 이 문제에 관한 권위 있는 연구 속에서 외국 국가에 관할권 면제를 인정할 것을 의무화하는 조약상이나 관습상의 규칙은 존재하지 않는다고 결론짓고, 관습, 독립, 국가간의 법적 평등에 의거하며 이러한 면제를 유지하는 사람들을 비판한 Jean-Flavien Lalive 조차도, 예를 들어 내정상의 행위(외국인의 국가 영토에서의 추방이나 체재 거부 등), 입법 행위(국적이거나 시민권에 관한 법률 등), 국가의 육해공군의 행위, 외교활동에 관한 일, 해외에서

계약한 공채에 관한 것과 같은 외국 국가의 관할권에 대해 진정으로 면제되는 국가의 행위가 있음을 인정하고 있다.'

#### 법무부가 지적한 비판

'이 판결은 국제적인 학설에서 격렬한 비판을 받고 있다. (제시된 비판의 개요는 아래를 참조): [BORNKAMM, Christoph. of Justice in Jurisdictional Immunities of the State. In German Law Journal, v. 13, n. 6, 2012, p. 773-782. CONFORTI, Benedetto. The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: a missed opportunity. In The Italian Yearbook of International Law, v. XXI (2011), 2012, p. 135-142. ESPÓSITO, Carlos. Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: 'a conflict does exist' . In The Italian Yearbook of International Law, v. XXI, 2012, p. 161-174. DE SENA, Pasquale; DE VITTOR Francesca. State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case. The European Journal of International Law, v.16, n.1, 2005, p. 89-112. PAVONI, Ricardo. An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State. In The Italian Yearbook of International Law, v. XXI (2011), 2012, pp. 143-159. TRAPP, Kimberley Natasha; MILLS Alex. Smooth Runs the Water where the Brook is Deep: The Obscured Complexities Germany v. Italy. In Cambridge Journal of International and Comparative Law 1,2002, pp. 153- 168.]

그 비판은 재판소는 국가면제의 긴급 예외라는 견해를 부정함으로써 국가면제와 강행법규(ius cogens) 위반에 관한 성가신 대립에 정면으로 맞서는 것을 피했다고 주장한다.

비판에 의하면 ICJ는 보수적이고 형식주의적인 자세를 선택하고 그 결정이 피해를 입은 개인의 이익에 미치는 영향을 고려하지 않고 무엇보다 국가주권의 제한과 국제법의 대상으로서의 개인의 출현에 따라 일어나고 있는 면제의 점진적인 저하를 무시하고 있다고 한다.'

그리고 그것은 Carmen Tiburcio의 말처럼 국가의 이론에도 반영되어 있다.

'인권침해라는 카테고리에 범정지 국에서의 불법행위 예외와는 다른 새로운 면제특권의 예외를 찾아내려는 노력은 유감스럽게도 지금까지는 헛수고로 끝난 상태이다. 지극히 중대한 범죄에 직면했을 때, 주권행위라고 특징짓는 것에 의문이 제기되지 않는다'

어쨌든 국제사법재판소 판결은 그 규정 제59조에 '재판소의 판결은 소송당사자에 대해서만, 또 문제로 되어 있는 사건에 대해서만 구속력을 가진다'고 규정되어 있고 대체적 의무와

구속력을 가지는 것은 아니다. 같은 규정 제38조에 의하면 판결은 법칙 결정의 보조수단으로 여겨져 있다. 따라서 새로운 길은 아직 열려 있다.

게다가 국제사법재판소는 이탈리아가 배상금을 받은 사실을 전체적인 구제 조치로 간주하고 있으며, 이 사건과는 중요한 차이가 있다.

'...1963.7.31에 발효한 제2의 협정은 "국가사회주의자의 박해 정책으로 피해를 입은 이탈리아 국민에 대한 보상"에 관한 것이다. 이 협정의 효과로서 독일은 이러한 정책에 의해 피해를 입은 이탈리아 국민에게 보상금을 지급할 것을 약속했다. 이 협정 제3조는 아래와 같이 규정하고 있다. "독일의 보상법에 의한 이탈리아 국민의 어떠한 권리도 침해하지 아니하는 것을 조건으로 제1조에 따른 지급은 독일연방공화국과 이탈리아공화국 간의 이 협약에 규정된 모든 문제의 최종적인 해결이 된다."'(2019.8.현재, 아래에서 열람할 수 있다.

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20100706-ORD-01-00-EN.pdf,p.8.>)

브라질 영해 내에서 독일이 행한 행위에 대해서는 그러한 보상은 없었다.

그러므로 인권을 침해하여 법정지 국 영역 내에서 벌어진 불법행위의 경우, 국가의 사법권에 대한 면제를 상대화하는 것은 여전히 가능하다고 생각한다.

#### d) 인권을 침해하는 불법행위에 대한 국가면제의 제외

앞에서 본 사실은 60년 가까이 해명되지 않았고, 예민한 역사가 Elisio Gomes Filho가 자료를 맞대고 처음으로 해명할 수 있던 것이다. 목숨을 빼앗긴 피해자의 가족은 사랑하는 사람과 그 사람이 제공해 준 삶의 양식을 빼앗겼을 뿐만 아니라 응답을, 진실을 아는 권리를 빼앗긴 것이다.

이것도 침해당한 인권 중 하나이다. 1993 정령 제849호에 따라 국내법화된 무력분쟁의 희생자 보호에 관한 제네바 조약 제1 추가의정서 제32조는 일반적으로 '가족이 그 구성원의 운명을 아는 권리'를 들고 있다. 따라서 이는 인권이며 헌법상의 우선권(연방헌법 제4조 제2항)을 가지며, 관할권을 부정할 수 없다.

그리고 전쟁을 모르는 근면한 일반 시민인 어부들이 무차별하게 희생되었다는 진상이 드러났을 때, 그들은 가해자의 책임을 묻기 위해 아무것도 할 수 없는 것일까.

이 권리를 부정하거나 피해자에게 외국에서의 재판을 요구하는 것은 아간벤의 말을 빌리면 피해자를 애노미, 무권리, '예외상태'에 머물게 된다.

'실제로 예외상태는 법질서의 외부도 내부도 아니고, 그 정의의 문제는 내부와 외부가 배제되는 것이 아니라 불확정한 임계치, 혹은 무관심의 영역에 관련되는 것이다. 규범의 정지는 폐지를 의미하는 것이 아니며, 그에 의해 만들어진 무질서의 영역은 법질서와의 관계가 없는(적어도 없는 것처럼 보이는) 것은 아니다.'

이 사건에 있어서 국가면제는 법 자체 속에 법의 무관심 영역을 만들어 내는 것이다. 독일 대 이탈리아 사건에서 Cançado Trindade 판사의 반대 의견의 이유 중 하나가 바로 사

법 접근이며 독일의 '법정 사냥'이라는 주장과 대치하는 것이었다.

'128. 이에 대해 이탈리아는 다음과 같이 주장했다.

디스토모 학살 판결의 집행은 독일이 주장하고 있는 것과 같은 펠리니 판결이 야기된 "법정 사냥"의 결과가 아니고, 외국 판결의 승인 절차에는 국가면제를 인정해야 한다는 원칙은 존재하지 않는다. 그리스 법원이 펠리니 사건과 유사한 상황에서 같은 이유로 독일의 면제를 인정하지 않았을 이상, 이탈리아는 독일에 면제를 부여할 의무가 없다.

129. 나의 이해에 따르면 국제법질서를 위태롭게 하거나 불안정하게 만드는 것은 재판을 추구하는 과정에서의 보상청구 민사 소송이 아니라, 국제 범죄이다. 나의 인식에서는 국제법질서를 귀찮게 하는 것은 그러한 국제 범죄를 범행자 불처벌로 은폐하는 것이고, 피해자의 재판 추구가 아니다. 국가가 자국민의 일부나 타국민을 살해한단 범죄적 정책을 추구한 경우, 그 국가가 그 후 국가면제의 배후에 가려지는 것은 허용되지 않는다. 국가면제는 그런 목적을 위해 이용되서는 안 된다. 국제 범죄를 구성하는 인권과 국제인도법의 중대한 위반은 주권행위일 수 없다. 그것들은 반 법률적 행위이며 쉽게 지워 버리거나 국가면제에 의해서 망각되어서는 안된다. 이는 재판의 이용을 방해해서 불처벌을 초래한다. 이는 강행규범에 대한 침해는 국가면제의 요구를 배제해서 재판을 실행하게 된다는 바람직한 모습의 대척점이다.'(2001.4.22.현재,아래로 열람 가능.

<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf>)

그리고 Mauro Capelleti의 가르침에 따르면 헌법 제5조 제35항에 규정된 기본적 권리이며, 인권 분야에서는 세계인권선언 제8조 및 제10조, 시민적 및 정치적 권리에 관한 규약 제14조에 규정된 사법 접근을 저해할 수 있는 제한에는 여러 종류가 있는 것으로 알려져 있다. 외국과의 분쟁에서의 이러한 제한에 대해 Carmen Tiburcio 의 적절한 고찰을 소개한다.

'한편, 사법 접근을 방해하는 주된 장애는 원칙적으로 법제도에 의해 확립된 규범에서 발생하는 것이 아니다. 사실은 사법 접근에 대한 제한은 특히 가난한 사람들에게는 법적이라고 하기 보다는 경제적, 문화적, 지리적, 시간적, 관료적 사실을 포함한 사실상의 것이다. 따라서 법원이 지리적으로 문화적으로 비싸고 먼 사법 기관을 찾는 것을 강요하는 것은 실질적인 의미에서 사법 접근에 대한 침해가 될 수 있다. 사법에 대한 단순한 형식적인 접근을 확보하는 것은 시작에 지나지 않는다. 사법 접근은 그것만으로는 거의 아무런 의미도 없다.(...)

하지만 경우에 따라서는 한편으로는 국가 행위에 대한 책임을 묻는 것이 불가능하게 되고, 다른 한편으로는 현지의 사법이 실제로 이용할 수 있는 유일한 수단인 경우에는 면제는 사실상 상대방에 대한 사법의 부정을 의미하게 된다. 이는 원고가 무자력 기타의 이유로 외국 사법에 접근이 불가능한 상황인 경우에는 면제 승인이 사실상 사법 부정으로 이어질 수 있음을 의미한다.'

그러므로 Cançado Trindade에 따르면 이미 국가주권이 아니라 인간이 지배적인 국제 관계에서 새로운 패러다임을 위한 명확한 규범적 선택지를 보여주는 헌법 제4조 제5항에 정해져 있는 것 처럼, 생명, 진실, 사법 접근과 같은 인권이 우선되어야 한다.

'코소보 독립선언에 관한 ICJ 의견서(2010.7.22자)의 이유부 의견에서, 우리는 특히 유엔법의 틀에서의 국제법 원칙의 관련성, 및 국가의 인간적 목적과의 관련성을 정확하게 지적할 기회가 있었는데, 이는 현대 국제법에서 전통적인 절대적 국가간 패러다임의 극복으로 이어진다. 국가는 역사적으로 인간을 위해 만들어진 것이라는 것을 잊지 말아야 한다. 현대의 새로운 국제법(jus gentium)은 국가가 아니라 국제사회 전체의 요구를 염두에 둔 개인을 중심으로 한 것이다.' (Cançado Trindade '현대 국제법의 원칙'제2판, 2017, p.450.)

그러므로 나는, (불성공이었다고는 해도), 전술의 독일 대 이탈리아 그리스 참가 사건을 판단할 때의 그의 견해를 지지한 것이다.

'179. 어떤 국가도 인간을 노예화하거나 멸종하기 위해서 주권을 발동하다가 국가면제의 방패에 숨어 그 법적 결과를 면할 수 없었고 앞으로도 용납될 수 없다. 인권과 국제인도법, 전쟁 범죄와 인도에 대한 범죄에 대해서는 면제는 존재하지 않는다. 면제는 그런 부정을 위한 것이라고는 결코 여겨지지 않았다. 책임에 대해 고집스러운 국가 중심 사고의 추구를 주장하는 것이 명백한 부정을 이끌었다. 국가면제에 관한 독일과 이탈리아의 이 사건이 그 사실을 웅변으로 증언하고 있다.

180. 개인은 바로 국제법의(단순한 "관계자"가 아니라) 주체이다. 법학설이 이 일을 잇을 때마다 비극적인 결말이 발생했다. 개인은 국제법(만민법)에서 직접 도출되는 권리의 보유자이자 의무의 부담자이다. 지난 수십년의 국제인권법, 국제인도법, 국제 난민 법, 그리고 국제형사법의 발전의 수렴은 이 일의 명백한 증거를 제공하고 있다.

181. 국가 간의 관계 밖에는 염두에 두지 않는 국가 중심 사고의 단견과 함께 유행한 국가면제 이론은 국제법(만민법)에서의 개인의 지위를 부당하게 과소평가해서 무책임하게 경시했다. 주권행위와 업무관리행위의 구별은 이 사건과 같은 사건에 대해서 아무 소용도 없다. 국제 범죄는 국가의 행위도 "사적 행위"도 아니다. 누가 저질렀음에 상관 없이 범죄는 범죄이다.' (강조 부가)(2019. 8. 22 현재, 아래에서 열람 가능.

<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf>).

'범죄는 범죄이다.' 따라서 인권을 침해하는 행위 앞에서는 면제는 굴복해야 한다. 지금까지 보았듯이 면제는 절대적인 규칙이 아니다.

따라서 나의 견해에 의하면 이 재판소는 국제관계에서 브라질국가를 지배하는 원칙으로서

인권에 우위성을 부여하는 헌법상의 규정(제4조 제2항)을 실효성 있는 것으로 하기 위하여, 이 사건의 관할권 면제를 부정해야 한다.

이상의 점에 의해, 독일연방공화국의 관할권 면제를 부인하고, 본안을 해결하지 않고 이 사건을 각하한 판결을 취소하기 위해 특별상고를 인정하는 것이다.

나는 '외국이 인권을 침해하며 행한 불법행위는 관할권 면제를 누릴 수 없다'는 태제를 정했다.

이상이 나의 의견이다.

## *Gilmar Mendes 판사의 반대 의견*

### 2021.3.1 전원합의

이미 보고자가 강조하고 있듯이, 이 사건은 국제적인 인권을 침해했다고 하는 주권행위에 관하여 외국 국가의 관할권 면제의 범위를 둘러싼 판결에 대한 항고부대 특별상고이다.

연방고등사법법원(STJ) 제4부는 판결로 이 문제를 다음과 같이 판단했다.

'1 관할권 면제의 상대화는 이 법원도 승인하고 있지만, 그것은 민사, 상업 또는 노동관계와 관하는 경우만이며, 이 사건과 같이 주권행위를 다루는 경우에는 면제는 여전히 유효이다.

2 연방고등사법법원(STJ)의 법리는 전쟁행위는 주권행위의 표현이라는 것에 비추어 독일연방공화국에 책임을 묻지 못하는 것으로 되어왔다. 판례: 2012.9.24. 판결(보고판사 Maria Isabel Gallotti), 2009.9.8판결(보고판사 João Otávio de Noronha), 2008.5.19판결(보고판사 Fernando Gonçalves).

3. 항고를 각하한다'(강조부가)

이의신청이 제기되었지만 가하됐다.

원래 이 소송은 '제2차세계대전 중 1943.7. 브라질 영해 내 Cabo Frio 해안 부근에서 Hans Werner Kraus가 지휘한 나치 잠수함 U-199의 어선 상그릴라호에 대한 공격'에 의한 사망을 이유로 하는 Deocleciano Pereira da Costa의 손자 또는 손자의 과부를 원고로 하는 독일연방공화국에 대한 물적·정신적 손해배상청구소송이다.

리오데자네이루의 제14관구 연방지방법원은 피고 독일연방공화국이 누리는 관할권 면제를 이유로 본안을 해결하지 않는 채 이 사건을 각하했다.

연방헌법 제105조 2항 c에 근거한 보통상소가 제기되었으나 보고판사 Marco Buzzi는 연방고등사법법원(STJ)의 판례에 근거하여 피고에 전쟁행위의 책임을 소송 절차로 묻는 것 불가능하다고 해서 이 청구를 각하했다.

항고가 제기되어, 외 연방고등사법법원(STJ) 제4부 판결로 원판결이 승인되었다.

특별상고에서는 이 사건의 일반적 영향력의 논점을 지적한 다음 공화국 헌법 제1조 제3항, 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항, 제5항, 제5조 제2항, 제35항 및 제54항, 제133조의 위반에 대하여 아래와 같이 주장하였다.

(a) 독일이 나치 정권하에서 전쟁범죄와 인도에 대한 죄가 행해진 곳의 관할에 따른 것을 국제조약을 통해 명시적으로 표명한 것을 고려하면 원판결은 헌법 제5조 제35항을 위반한다.

b) 국제법원이 이미 심판하고 비난한 전쟁범죄나 인도에 대한 죄의 실행은 주권행위라고 할 수 없는 것을 고려하면 헌법 제5조 제35항, 제1조 제3항, 제3조 제4항, 제4조 제2항을 위반한다.

c) 국내 재판권이 존재하고 피고의 관할권 면제의 주장에 의해 그것을 배제하는 규정이 법제도에 존재하지 않는 것을 고려하고, 또한 상호주의에 관해서는 법정지 국의 행위에 대해서는 전쟁범죄나 인도에 대한 죄가 아닌 경우에도 피고

자신이 관할권 면제를 적용하지 않는 이상 관할권 면제는 적용할 수 없으므로 헌법 제5조 제2항 및 제109조 제2항을 위반한다.

d) 브라질의 국제관계에서 인권이 우선함으로써 인권에 반하는 행위에 대한 관할권 면제가 있을 수 없는 것을 고려하면 헌법 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항, 제5항을 위반한다.

e) 원판결은 외교관이 공식적인 변론을 하지 않는 채, 기록상 관할권 면제를 주장할 가능성이 있는 것을 근거로 하고 있지만, 헌법이 변호사의 불가결성과 법의 적정절차의 존중을 정하고 있는 이상 원판결과 같은 직권에 의한 관할권 면제의 판결은 있을 수 없으며 헌법 133조 및 제5조 제54항을 위반한다. '

주 브라질 외교 단장을 소환했지만, 독일연방공화국은 답변서를 제출하지 않았다.

2017.5.12, 이 재판소는 델락 다음과 같은 결정으로 이 문제의 일반적 영향력(주제 944)을 인정했다.

'1 개인의 국제적 권리를 침해하는 주권행위에 관한 외국 국가의 관할권 면제의 범위는 일반적 영향력 체계에 제출할 만한 헌법 문제이다.

2. 이 논쟁은 외국의 주권국가에 관여하는 분쟁을 브라질 사법기관이 심리하고 심판할 수 있는지를 정의하는 데 있다.

3. 일반적 영향력을 위한 예비적 신청을 인정한다.'

공화국 사법장관은 대략 다음과 같은 의견으로 특별상고 각하를 요구했다.

'1. 제안된 일반적 영향력의 테제(주제 944);전쟁 상황에서 주권 행사로서 실행되며 배상이 가능한 결과가 발생한 경우, 국제법상의 인권을 침해하는 것이라고 하더라도 주권행위에 관한 외국의 관할권 면제는 절대적이다.'

2. 제2차세계대전 중에 브라질 영내에서 독일 잠수함의 공격에 의해 침몰한 어선의 희생자 유족이 입은 손해에 대해 독일연방공화국에 배상을 명하기 위하여 원판결을 뒤집는 것을 목적으로 헌법 제102조 제3항 a에 따라 제1조 제3항, 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항, 제5항, 제5조 제2항, 제35항, 제54항 및 제133조 위반을 주장하여 특별상고가 제기되었다.

3 관할권 면제의 예외는 주권국가에 행한 행위가 업무관리행위이며, 분쟁의 대상이 순수한 민사, 상업 또는 노동관계에 관한 경우에만 인정된다.

4 주권국가의 관할권 면제는 절대적인 것이며, 주권행위로 간주되는 전쟁시의 무력 공격의 경우에는 예외를 인정하지 않는다. 국제사법재판소의 판례가 있다(국가면제사건 독일 대 이탈리아: 그리스 참가).

5 브라질이 가맹하고 있는 유엔의 사법기관인 국제사법재판소의 판례를 연방 최고재판소가 사건 해결의 근거로 하고, 일반적 영향력 체계의 테제를 확립하는 것은 국제법과 국내법의 조화라는 관점에 일치한다.

6 과거의 무력 분쟁에 있어서 행해진 행위에 대한 배상청구소송에서 주권국가의 관할권 면제를 부정하면 무수한 개인적인 손해배상청구를 사후적으로 발생시킬 가능성이 있다. 이는 오랫동안의 정치적 해결책을 무력화시키고, 무력 분쟁

에 관여한 모든 국가에 예측할 수 없는 결과를 초래하고, 평화적 공존에 현저한 악영향을 미칠 위험이 있다.

7 특별상고의 기각을 요구한다.

'(강조 부가)

연방 정부는 amicus curiae로 절차에 참가할 것을 요구하고 보고자는 이를 인정했다.

요컨대, 특별상고의 근거는 독일이 국제조약을 통해 나치 시대에 전쟁범죄나 인도에 대한 죄가 행해진 장소의 관할권에 복종하는 것을 명시한 것을 이유로 헌법 제5조 제35항 위반을 주장하는 바에 있다. 따라서 상소인들은 '이 결정은 제1조 제3항, 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항, 제5항, 제5조 제2항, 제35항, 제54항 및 제133조를 위반하고 있다'고 주장한다.

그러므로 그것은 주제 944의 '개인의 국제적 인권을 침해하는 주권행위에 관한 외국 국가의 관할권 면제의 범위'에서 논의된다.

여기서 상소인의 주장을 검토하기로 한다.

## 2) 외국의 관할권 및/또는 집행 면제 외교관계에 관한 비엔나 협약 및 기타 국제기준

관할권 및/또는 집행 면제는 뮌스터(1648.1.30)와 오스나브뤼크(1648.10.24) 피레네(1659.11.7)에서 체결되며 유럽 국가 간에서 행해진 30년 전쟁을 종결시킨 웨스트파리아 조약에 의해 국가의 주권을 상호 승인한 결과 처음으로 생긴 국제공법의 구조이며, 비엔나 회의(1815)와 베르사유 조약(1919)에 의해 강화되었다.

이 면제는 한 국가가 다른 국가의 주권을 인정할 경우 후자는 전자의 주권에서 생긴 판결을 따르는 것을 강요되지 않는다는 전제에 기초한다. 왜냐하면 원칙적으로 관할권에 구속되는 것은 이론적으로는 자신의 주권을 상대화하는 것과 같기 때문이다.

이러한 국가 관할권에 대해 외국에 종속을 강제하는 것은 국제 무대에서 브라질을 지배하는 원칙 중 하나를 손상시킬 수 있다는 것을 잊지 말아야 한다.

'제4조·브라질연방공화국은 국제관계에 있어서 다음 원칙의 지배하에 있는 것으로 한다.

I: 국가의 독립.

II: 인권 존중.

III: 여러 민족의 자결.

IV: 내정 불간섭.

V: 국가 간의 평등.

VI: 평화 옹호.

VII: 분쟁의 평화적 해결.

VIII: 테러리즘과 인종주의의 배제.

IX: 인류의 진보를 위한 제국민의 협력'(강조 부가)

이와 같이, 브라질이 국가의 독립과 인권의 존중에 더하여 국가간의 평등과 평화 옹호의

원칙을 채용하고 있는 이상, 원칙적으로 외국 국가를 그 관할권에 종속시키려고 하는 것은 이 같은 원칙과 대립하게 된다. 이는 관할권과 집행에 대한 면제의 고전적인 개념이다.

하지만 시간이 지남에 따라 외국 국가의 대표가 어떤 주권 국가에서 현지 규칙을 의도적으로 반복 준수하지 않는 경우에는 이 역사적 해석은 불합리, 불공정, 남용적인 결과를 초래한다는 것이 분명하게 되었다.

국제법의 맥락에서 외국 국가의 관할권 면제는 주권이 본질적인 요소를 이루는 주권행위와 일반적인 개인과 같이 이용가능한 이익의 관리자인 국가의 역할에 관한 행위이며 면제가 상대화되는 업무관리행위로 구별된다.

거기에서 주권행위(jus imperii)와 업무관리행위(jus gestionis)의 구별을 고려하여, 절대 면제(확인과 판결의 단계에 해당)와 상대면제(오로지 집행 단계)를 구별하게 되었다.

후자(상대적 면제)는 관리행위를 수반하는 경우, 현재는 확인의 사법단계(종전의 확인 소송)에서 채용되고 있는 것으로, 1961 비엔나 조약의 결과로서 강제집행의 면제는 유지되고 있다. 앞으로 말하는 바와 같이 이 조약에서는 명시적으로 규정되어 있는 경우를 제외하고는 판결의 실행 또는 채무명의의 집행 단계에서 면제의 포기가 필요하다.

한편, 주권행위에 관해서는 재판권이나 집행권에 대한 면제를 인정하는 세계적인 경향이 있으며, 어떠한 법적 조치에도 다른 주권국가의 관할권에 따른다는 명시적인 면제 포기가 필요하다.

후자의 경우 주권국가를 제소하고자 하는 개인은 주권국가의 관할구역에서 제소하여 현지 사법기관에 따라야 한다.

공적기관(브라질의 경우 집행관)이 외국 국가의 자산을 제한하는 조치의 실행을 결정하는 것은 적어도 미묘한 국제 사건으로 보인다는 사정을 고려하면 집행 면제도 포기 가능하며, 임의 제출을 하도록 국가에 통지할 수 있는 것에 유의해야 한다.

브라질이 1965.6.8자 정령 56,435호에 따라 국내법화한 1961 외교관계에 관한 비엔나 협약은 다음과 같이 규정하고 있다.

#### '제22조

1. 공관지역은 불가침이다. 접수국의 관헌은 공관장의 동의없이 공관지역에 들어가지 못한다.
2. 접수국은 어떠한 침입이나 손해에 대하여도 공관지역을 보호하며, 공관의 안녕을 교란시키거나 품위의 손상을 방지하기 위하여 모든 적절한 조치를 취할 특별한 의무를 가진다.
3. 공관지역과 동 지역내에 있는 비품류 및 기타 재산과 공관의 수송수단은 수색, 징발, 차압 또는 강제집행으로부터 면제된다.

#### 제23조

1. 파견국 및 공관장은 특정 용역의 제공에 대한 지불의 성격을 가진 것을 제외하고는, 소유 또는 임차여하를 불문하고 공관지역에 대한 국가, 지방 또는 지방자치단체의 모든 조세와 부과금으로부터 면제된다.
2. 본조에 규정된 조세의 면제는, 파견국 또는 공관장과 계약을 체결하는 자가 접수국의 법률에 따라 납부하여야 하는 조세나 부과금에는 적용되지 아니한다.(...)

### 제32조

1. 파견국은 외교관 및 제37조의 규정에 근거하여 면제를 누리는 자에 대한 재판권으로부터의 면제를 포기할 수 있다.

2. 포기는 항상 명시적으로 행해야 한다.

3. 외교관 또는 제37조의 규정에 근거하여 재판권으로부터의 면제를 누리는 자가 호소를 제기한 경우에는 본소와 직접 관련된 반소에 대하여 재판권으로부터의 면제를 원용할 수 없다.

4. 민사 또는 행정소송에 관한 재판관할권으로부터의 면제의 포기는 동 판결의 집행에 관한 면제의 포기를 의미하는 것으로 간주되지 아니한다. 판결의 집행으로부터의 면제를 포기하기 위하여서는 별도의 포기를 필요로 한다.'

국제적인 수준에서는 다음 문서의 존재에 유의하는 것이 중요하다. 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 국제조약(최소 30국의 서명에 닿지 않고 미발효), 국가면제에 관한 유럽조약(1972 바젤조약), 미국 외국 국가면제법(미국법 1976), 영국국가면제법(영국법 1978), 싱가포르 국가면제법(싱가포르법 1979), 남아프리카 외국 국가면제법(남아프리카법 1981), 파키스탄 국가면제조례(파키스탄법 1981), 캐나다 법원에서 국가면제를 규정하는 법률(캐나다법 1982), 호주 외국 국가면제법(호주법 1985), 아르헨티나 법원에서의 외국 국가면제법 (아르헨티나법 1995).

국제적 중요성으로 인해 2005. 1. 뉴욕에서 체결된 '국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 국제조약'(유엔국제법위원회가 작성한 문서)도 언급되어야 한다.

'국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 국제연합 협약(2004)

본 협약의 당사국들은,

국가 및 그 재산의 재판관할권 면제가 국제관습법의 원칙으로 일반적으로 수락되었음을 고려하고,

국제연합 헌장에 구현된 국제법의 원칙들을 감안하고, 국가 및 그 재산의 재판관할권 면제에 관한 국제협약이 특히 국가들과 자연인 또는 법인간의 관계에 있어서 법의 지배와 법적 명확성을 증진하며 또한 국제법의 편찬 및 발전과 이 분야에서 의 실행의 조화에 기여할 것임을 확신하며,

국가 및 그 재산의 재판관할권 면제에 관한 국가실행의 발전을 고려하고, 본 협약의 규정들에 의하여 규율되지 않는 사항들은 국제관습법의 규칙들에 의하여 계속 규제됨을 인정하면서,

다음과 같이 합의하였다.

### 제 1 부 서칙(序則)

#### 제 1 조 본 협약의 적용범위

본 협약은 국가 및 그 재산의 타국 법정으로부터의 관할권 면제에 대해 적용된다.

#### 제 2 조 용어의 사용

1. 본 협약의 목적상,

(a) "법정"이라 함은 그 명칭이 무엇이든 간에 사법적 기능의 수행을 위

임받은 모든 국가기관을 의미한다.

(b) "국가"라 함은,

(i) 국가 및 각종 정부기관,

(ii) 연방국가의 구성단위 또는 국가의 주권적 권위의 행사를 위임받아 그 자격으로 행동하는 국가의 정치적 하부조직,

(iii) 국가의 주권적 권위의 행사를 위임받아 실제로 이를 수행하는 국가의 기관 또는 조직 및 기타 주체, 그리고

(iv) 직무상으로 행동하는 국가의 대리인을 의미한다.

(c) "상업적 거래"라 함은,

(i) 상품의 판매 또는 용역의 공급을 위한 모든 상업적 계약 및 거래;

(ii) 차관 및 기타 금전적 성격의 거래를 위한 모든 계약(이는 그러한 차관 및 거래에 관한 보증 또는 배상의 채무를 포함한다.);

(iii) 기타 상업적, 산업상의, 무역상의 또는 직업적 성격의 계약 및 거래(단, 사람의 고용을 위한 계약은 제외함)를 의미한다.

2. 계약 또는 거래가 제1항(c)에서 언급한 "상업적 거래"인가의 여부를 결정함에 있어서 그 계약 및 거래의 성격이 우선적으로 고려되어야 한다. 그러나, 그러한 계약 또는 거래의 당사자들이 그같이 합의하거나 또는 법정지 국의 실행 상 그 계약 또는 거래의 목적이 그 비상업적 성격을 결정하는 데 관련이 있는 경우에는 그 목적도 아울러 고려되어야 한다.

3. 본 협약에서의 용어의 사용에 관한 제1항 및 제2항의 규정은 다른 국제문서 또는 여하한 국가의 국내법에서의 이들 용어의 사용 또는 그 부여된 의미들을 저해하지 아니한다.

#### 제 3 조 본 협약에 의해 영향 받지 않는 특권 및 면제

1. 본 협약은 국가가 다음 사람들의 직무수행과 관련하여 국제법상 향유하는 특권과 면제를 저해하지 아니한다.

(a) 외교사절, 영사, 특별사절, 국제기구주재 사절, 국제기구 기관 또는 국제회의에 파견된 대표, 그리고

(b) 이들의 수행인들.

2. 마찬가지로 본 협약은 국제법상 국가원수들에게 부여된 인적 특권과 면제를 저해하지 아니한다.

3. 본 협약은 국가에 의하여 소유되거나 운영되는 항공기 또는 우주물체와 관련하여 국제법에 의하여 국가가 향유하는 면제를 저해하지 않는다.

#### 제 4 조 본 협약의 불소급

본 협약은 본 협약이 관계국들에 대하여 발효되기 이전에 그 국가를 상대로 제기된 소송에 있어서 야기되는 국가 및 그 재산의 관할권 면제와 관련된 여하한 문제에 대해서도 적용되지 아니한다. 단, 이는 본 협약에서 언급된 규칙으로서 본 협약과는 관계없이 국제법상 국가 및 그 재산의 관할권 면제를 규율하는 여하한 규칙들의 적용도 방해하지 않는다.

### 제 2 부 일반원칙

## 제 5 조 국가면제

국가는 본 협약의 규정에 따르는 것을 조건으로 그 스스로 또는 그 재산과 관련하여 타국 법정의 관할권으로부터 면제를 향유한다.

### 제 6 조 국가면제를 인정하는 방법

1. 국가는 타국을 상대로 자국 법정에 제기된 소송에서 관할권 행사를 삼감으로써 제5조에 규정된 국가면제를 인정하여야 하며, 이를 위해 자국 법정이 자발적으로 제5조에 규정된 타국의 면제를 존중하도록 확보해야 한다.

2. 다음의 경우 국가의 법정에 제기된 소송은 타국을 상대로 제기된 것으로 간주한다.

(a) 타국이 소송의 당사자로 거명된 경우, 또는

(b) 타국이 소송의 당사자로 거명되지 않았으나 실제에 있어서 그 소송이 그 타국의 재산, 권리, 이익 또는 활동에 영향을 줄 목적을 가지는 경우.

### 제 7 조 관할권 행사에 대한 명시적 동의

1. 국가는 어떠한 사항 또는 사건과 관련하여 타국의 법정이 관할권을 행사하는 데에 다음과 같은 방법을 통해 명시적으로 동의한 경우, 그 사항 또는 사건과 관련하여 타국의 법정에 제기된 소송에서 관할권 면제를 원용할 수 없다.

(a) 국제협정,

(b) 서면상의 계약,

(c) 특정 소송에서 법정에서의 선언 또는 서면상의 통고

2. 타국 법의 적용에 대한 국가의 동의는 그 타국 법정에 의한 관할권 행사에 대한 동의로 간주될 수 없다.

### 제 8 조 법정에서의 소송 참가의 효과

1. 국가는 다음의 경우 타국 법정에서의 소송에 있어서 관할권 면제를 주장할 수 없다.

(a) 그 국가 스스로 소를 제기한 경우, 또는

(b) 그 국가 스스로 소송에 참가하거나 본안과 관련하여 여타의 행동을 취한 경우. 그러나, 국가가 그러한 행동을 취할 때까지 면제의 주장의 근거가 될 수 있는 사실들을 근거로 면제를 주장할 수 있다. 단, 이는 그 같은 면제의 주장이 가능한 한 최단시일내에 이루어지는 경우에 한한다.

2. 국가는 오로지 다음의 목적을 위하여 소송에 참가하거나 여타의 행동을 취한 경우, 타국 법정의 관할권 행사에 동의한 것으로 간주될 수 없다.

(a) 면제를 주장하거나,

(b) 소송에서 문제되는 재산과 관련한 권리 또는 이익을 주장하는 것.

3. 국가의 대리인이 타국의 법정에 증인으로서 출석하는 경우, 이는 전자의 국가가 그 법정의 관할권 행사에 동의하는 것으로 해석될 수 없다.

4. 국가가 타국 법정에서의 소송에 출석하지 않는 경우, 이는 전자의 국가가 그 법정의 관할권 행사에 동의하는 것으로 해석될 수 없다.

(...)

## 제 3 부 국가면제가 원용될 수 없는 소송

### 제 10 조 상업적 거래

1. 국가가 외국의 자연인 또는 법인과의 상업적 거래에 참가하고 있고 적용

가능한 국제사법의 원칙에 의해 그 상업적 거래에 관련된 분쟁이 타국 법정의 관할권에 속하는 경우, 그 국가는 그 상업적 거래로부터 제기되는 소송에서 그 관할권으로부터의 면제를 주장할 수 없다.

2. 제1항은 다음의 경우에는 적용되지 아니한다.

- (a) 국가간의 상업적 거래의 경우, 또는
- (b) 그 상업적 거래의 당사자들이 명시적으로 별도의 합의를 하는 경우.

3. 국영기업 또는 국가에 의해 설립되어 독립된 법인격을 가지며 다음의 능력이 있는 주체가 그 스스로 참가하고 있는 상업적 거래에 연루되는 경우, 그 국가가 향유하는 재판관할권의 면제는 영향받지 않는다.

(a) 원고 또는 피고 자격, 그리고

(b) 국가가 그 운영 또는 관리를 허가한 재산을 포함한 재산의 취득, 소유 및 처분의 능력.

#### 제 11 조 고용 계약

1. 관계국들간에 별도의 합의가 없는 경우, 국가는 타국의 영토상에서 전체적으로 또는 부분적으로 수행되었거나 또는 수행될 사업을 위해 그 국가와 개인 간에 체결된 고용계약과 관련된 소송에 있어서 권한 있는 그 타국의 법정에서 관할권 면제를 주장할 수 없다.

2. 제1항은 다음과 같은 경우에 적용되지 아니한다.

(a) 피고용자가 공권력행사에 있어 특별한 기능의 수행을 위하여 고용된 경우,

(b) 피고용자가 다음에 해당되는 경우,

(i) 1961 외교관계에 관한 비엔나협약에서 정의된 외교관,

(ii) 1963 외교관계에 관한 비엔나협약에서 정의된 영사관,

(iii) 국제기구에 파견된 상주사절 또는 특별사절의 외교직원이거나, 또는 국제회의에서 국가를 대표하기 위하여 고용된 자,

(iv) 기타 외교면제를 향유하는 사람

(c) 소송의 대상이 개인의 채용, 고용의 갱신 또는 복직에 관련된 경우,

(d) 소송의 대상이 개인의 해고 또는 고용의 종료이며, 고용국의 국가원수, 정부수반, 또는 외무부장관에 의하여 그러한 소송이 그 국가의 안보상의 이익과 관련된 것임이 확인되는 경우,

(e) 피고용자가 소송 개시 당시 고용국의 국민이면서 법정지 국에 상주소를 갖지 않고 있는 경우,

(f) 고용국과 피고용자가 서면상으로 달리 합의한 경우, 이는 소송의 대상을 이유로 법정지 국의 법정에 대하여 배타적 관할권을 부여하는 공공정책의 고려에 따를 것을 조건으로 한다.

#### 제 12 조 인적 피해 및 재산상의 손해

관계국들간에 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 배상에 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.

#### 제 13 조 재산의 소유, 점유 및 사용

관계국들간에 별도의 합의가 없는 한, 국가는 타국의 권한 있는 법정에서 다음 사안들에 대한 결정과 관계된 소송에 있어서 관할권 면제를 원용할 수 없다.

(a) 법정지 국에 소재하는 부동산에 대한 국가의 여하한 권리 또는 이익, 그 소유 또는 사용, 혹은 그러한 이익 또는 그 소유 또는 사용으로부터 발생하는 국가의 여하한 의무,

(b) 상속, 증여 또는 무주물 정부귀속(bona vacantia)으로서 취득한 동산 또는 부동산에 대한 국가의 여하한 권리 또는 이익,

(c) 신탁재산, 파산자의 재산, 해산기업의 재산등과 같은 재산의 관리에 대한 국가의 여하한 권리 또는 이익.

(...)

#### 제 16 조 국가에 의해 소유 또는 운영되는 선박

1. 관계국들간에 별도의 합의가 없는 한, 선박을 소유하거나 운영하는 국가는 그 선박의 운영과 관련된 소송에 있어서 그 소송원인의 발생시 선박이 비상업적 공무 목적 이외의 용도로 사용된 경우, 타국의 권한있는 법정에서 관할권 면제를 원용할 수 없다.

2. 제1항은 군함 및 해군보조함들에 대해서는 적용되지 않으며, 국가에 의해 소유 또는 운영되고 당분간 오로지 비상업적 공무를 위해 사용되는 기타 선박들에 대해 적용되지 않는다.

3. 관계국간에 별도의 합의가 없는 한, 국가는 자국에 의해 소유되거나 운영되는 선박에 의한 화물운송과 관련된 소송에 있어 그 소송원인의 발생시 그 선박이 비상업적 공무 목적 이외의 용도로 사용된 경우, 타국의 권한있는 법정에서 관할권 면제를 원용할 수 없다.

4. 제3항은 제2항에 언급된 선박에 의해 수송되는 여하한 화물에 대해서도 적용되지 않으며, 국가에 의해 소유되거나 또는 오로지 비상업적 공무 목적을 위해 사용되거나 그 같이 의도된 여하한 화물에 대해서도 적용되지 않는다.

5. 국가는 사유의 선박 및 화물 그리고 그 소유주들이 향유하는 모든 방어수단, 시효 및 책임의 한계를 주장할 수 있다.

6. 소송에서 국가에 의하여 소유되거나 운영되는 선박 또는 국가소유 화물의 비상업적 공무 성격과 관련하여 문제가 제기되는 경우, 해당국가의 외교대표 또는 기타 권한있는 당국에 의해 서명되고 그 법정에서 제출된 증명서가 그 선박 또는 화물의 성격에 대한 증거로 인정된다.

(...)

### 제 5 부 잡 칙

#### 제 22 조 소송서류의 송달

1. 소환장 또는 기타 국가를 상대로 하는 소송서류의 송달은 다음과 같이 이루어진다.

(a) 법정지 국과 관계국을 구속하는 현행의 국제협약에 따라, 또는

(b) 법정지 국의 법에 반하지 않는 범위 내에서, 청구인과 관계국간에 체

결된 송달 관련 특별협정에 따라, 또는

(c) 그러한 협약 또는 특별협정이 존재하지 않는 경우,

(i) 외교경로를 통해 관계국 외무장관에게 송부되거나,

(ii) 법정지 국의 법에 반하지 않는 범위 내에서, 해당국가에 의해 수락되는 기타의 방법에 의해.

2. 제1항 (c) (i)에 언급된 소송서류의 송달은 외무장관에 의해 서류가 수령됨으로써 완료된 것으로 간주한다.

3. 이들 서류에는 필요한 경우 관계국의 공식 언어 또는 공식 언어가 복수일 경우 이 중 하나로 된 번역본이 첨부되어야 한다.

4. 자국을 상대로 제기된 소의 본안절차에 출두하는 여하한 국가도 이 이후부터는 소송서류의 송달이 제1항과 제3항의 규정에 반하여 이루어졌음을 주장할 수 없다.

#### 제 23 조 결 석 판 결

1. 결석판결은 법정이 다음 사항들을 확인한 경우가 아니면 국가에 대해 부여될 수 없다.

(a) 제20조 제1항 및 제3항에서 언급된 요건이 충족되었다는 것.

(b) 제20조 제1항 및 제2항에 따라 소환장 기타 소송서류가 송달되었거나 그같이 간주되는 날로부터 4개월 이상이 경과되었다는 것.

(c) 본 협약이 관할권 행사를 배제하지 않는다는 것.

2. 국가를 상대로 부여되는 모든 결석판결의 사본은 필요한 경우 관계국의 공식언어 또는 공식언어가 복수일 경우 이 중 하나로 된 번역본과 함께 제22조 제1항에 규정된 방법들 중 하나를 통하여 그리고 동항의 규정에 따라 그 국가에 송부되어야 한다.

3. 결석판결의 파기를 신청하기 위한 기한은 판결의 사본이 관계국에 의해 수령되었거나 그같이 간주되는 날로부터 4개월 이내로 할 수 없다.

#### 제 24 조 법정절차중의 특권 및 면제

1. 국가가 특정의 행위를 하거나 삼가도록 또는 소송목적상 서류를 작성하거나 정보를 공개하도록 지시하는 타국의 법정의 명령을 이행하지 않았거나 이를 거부하는 경우, 이는 해당 사건의 본안과 관련하여 그러한 행위로부터 나올 수 있는 결과 이외에 여하한 다른 결과도 발생시키지 않는다. 특히, 그러한 불이행 또는 거부를 이유로 국가에 대해 여하한 벌금 또는 처벌도 부과될 수 없다.

2. 국가는 타국 법정에서 스스로가 피고로 되는 여하한 소송에서도 소송비용 또는 경비의 지불을 보장하기 위해 그 명칭 여하를 막론하고 여하한 담보, 보증금 또는 공탁의 제공도 요구받지 아니한다.

#### 제 6 부 최 종 조 항

##### 제 25 조 부 속 서

본 협약의 부속서는 협약과 불가분의 일체를 구성한다.

##### 제 26 조 타 국제협정

본 협약의 여하한 부분도 당사국들이 본 협약에서 다루어지는 사항과 관련하여, 그들 스스로가 당사자로 되어 있는 현행 국제협정들에 의하여 가지는 권리와

의무에 대하여 영향을 주지 않는다.

#### 제 27 조 분쟁 해결

1. 당사국들은 본 협약의 해석 또는 적용과 관련된 분쟁들을 교섭에 의하여 해결하도록 노력하여야 한다.

2. 본 협약의 해석 또는 적용과 관련된 둘 또는 그 이상의 당사국들간의 분쟁으로서 교섭에 의하여 6개월 이내에 해결될 수 없는 여하한 분쟁도 이들 당사국 중 여하한 국가의 요청에 의해서도 중재재판에 부탁되어야 한다. 중재재판 요청일로부터 6개월이 경과한 후에도 이들 당사국들이 중재재판의 구성에 대하여 합의하지 못하는 경우, 이들 당사국 중 여하한 국가도 국제사법재판소 규정에 따른 재판신청에 의하여 그 분쟁을 동 재판소에 부탁할 수 있다.

3. 각 당사국은 본 협약의 서명, 비준, 수락 또는 승인, 또는 가입시에 제2항에 구속받지 않음을 선언할 수 있다. 그러한 선언을 한 여하한 당사국과의 관계에서도 다른 당사국들은 제2항에 구속받지 않는다.

4. 제3항에 따라 선언을 한 여하한 당사국도 언제든지 국제연합 사무총장에게 통고함으로써 그 선언을 철회할 수 있다.

#### 제 28 조 서명

본 협약은 모든 국가들의 서명을 위하여 2007. 1. 17까지 뉴욕의 국제연합 본부에서 개방된다.

#### 제 29 조 비준, 수락, 승인 또는 가입

1. 본 협약은 비준, 수락 또는 승인되어야 한다.
2. 본 협약은 여하한 국가의 가입을 위해서도 개방된다.
3. 비준, 수락, 승인 또는 가입의 문서는 국제연합사무총장에게 기탁되어야 한다.

#### 제 30 조 발효

1. 본 협약은 국제연합 사무총장에게 30번째의 비준, 수락, 승인 또는 가입서류가 기탁된 날로부터 30일째 되는 날에 발효한다.

2. 30번째의 비준, 수락, 인준 또는 가입 서류가 기탁된 후 본 협약을 비준, 수락, 승인 또는 가입하는 각국에 대하여, 본 협약은 그러한 국가가 비준, 수락, 승인 또는 가입 서류를 제출한 후 30일째 되는 날에 발효한다.

(...)

#### 제 33 조 정본

본 협약의 아랍어, 중국어, 영어, 불어, 러시아어 및 스페인어 본들은 동등하게 정본이다. 이상의 증거로서, 아래 서명자들은 각각 그들의 정부로부터 정당하게 권한을 위임받아 2005. 1. 17. 뉴욕의 국제연합본부에서 서명을 위하여 개방된 본 협약에 서명하였다.

#### 협약에 대한 부속서

본 협약의 일부 규정에 관한 양해

본 부속서는 관련 규정들에 관한 이해를 명확히 하는 목적을 가진다.

제10조와 관련하여,

제10조의 “면제”라는 용어는 본 협약 전체의 문맥 속에서 이해되어야 한다.

제10조 3항은 “법인의 진상 규명” 문제, 국가적 단체가 청구의 만족을 피하기 위하여 그 재정상황을 의도적으로 은폐하였거나 또는 사후에 그 자산을 감소시킨 상황과 관련된 문제들 또는 기타 관련된 사항들을 선결하지 않는다.

제11조와 관련하여,

제11조 제2항 (d)의 고용국의 “안전상의 이익” 이라고 언급한 것은 무엇보다도 국가안보 및 외교사절과 영사관들의 안전을 가리키는 것으로 의도되었다. 1961 외교관계에 관한 비엔나협약 제41조와 1963 영사관계에 관한 비엔나협약 제55조에 따라, 이들 조항에서 언급된 모든 사람들은 접수국의 노동법을 포함한 법규들을 준수할 의무를 가진다. 동시에, 1961 외교관계에 관한 비엔나협약 제38조 및 1963 영사관계에 관한 비엔나협약 제71조에 따라, 접수국은 사절 및 영사관의 직무 수행에 대하여 부당하게 간섭하지 않는 방법으로 관할권을 행사하여야 한다.

제13조 및 제14조와 관련하여,

“결정”이라는 표현은 보호되는 권리들의 존재의 확인 또는 입증뿐만 아니라 그러한 권리들의 내용, 범위 및 정도를 포함한 그 실체의 평가 또는 산정을 가리키기 위하여 사용된다.

제17조와 관련하여,

“상업적 거래”라는 표현은 투자 문제들도 포함한다.

제19조와 관련하여,

(c)의 “단체”라 함은 독립된 법인격으로서의 국가, 연방국가의 구성요소, 국가의 하부조직, 독립된 법인격을 향유하는 국가 또는 다른 단체의 기관 또는 조직을 가리킨다.

(c)의 “단체와 관련을 가지는 재산”이라는 말은 소유권 또는 재산권보다 넓은 의미로 이해되어야 한다.

제19조는 “법인의 실제 규명” 문제, 국가적 단체가 청구의 만족을 피하기 위하여 그 재정상황을 의도적으로 은폐하였거나 또는 사후에 그 자산을 감소시킨 상황과 관련된 문제들 또는 기타 관련된 사항들을 선결하지 않는다.

(2021. 2. 22. 현재 아래에서 열람 가능:

<https://files.dre.pt/1s/2006/06/117a00/43444363.pdf>)

유엔 웹사이트의 정보에 의하면, 이 조약은 (서명국이 30에 달지 않고, 28에 머물고 있기 때문에) 미발효이며, 브라질이나 독일도 서명이나 비준을 하고 있지 않는 것을 반복해 둔다. (2021. 2. 22. 현재 아래에서 확인할 수 있다.

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=III-13&chapter=3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en))

하지만 가령 브라질이 서명하더라도 제16조의 제2항과 제4항의 해석에서 군함에 의한 행위의 경우에는 외국의 관할권 면제를 보호할 필요성이 도출된다.

독일이 서명·비준한 '국가면제에 관한 유럽조약'(1972 바젤조약)에서도 업무관리행위에 대한 상대적인 관할권 면제(강제집행에 대해서만 면제)와 주권행위에 대한 절대면제가 아래와 같은 문언으로 규정되어 있다.

### '제23조

체약국의 재산에 대하여는 다른 체약국의 영역에서 어떠한 강제조치 또는 예방조치도 취하여서는 아니된다. 다만, 당해 체약국이 어느 한 사건에 있어서 서면으로 명문으로 이에 동의한 경우에는 이 동의의 범위 내에서는 그러하지 아니하다.

(...)

### 제5장 일반 규정

#### 제27조

1. 이 협약의 적용상 '체약국'이라는 표현은 체약국 중 어느 하나의 법인이며 체약국과 다른 법인격을 가지고 동시에 능동적 및 수동적인 소송능력을 가지는 것은 당해 법인이 공적직무를 위탁받은 경우에도 이를 포함하지 않는다.

2. 제1항에 규정하는 어느 법인에 대해서는 사인에 대한 것과 같은 방법으로 다른 체약국의 법원에서 소송을 제기할 수 있다. 다만, 법원은 당해 법인이 주권적 권위의 행사로서 행한 행위에 대해서는 소송을 수리할 수 없다.'

사실, 소수 국가에서 특히 강행법규(ius cogens)에 근거한 민간인의 생명과 신체의 완전성에 대한 권리와 같은 절대적인 인권을 침해하는 행위 등 일부 국가행위를 관할권 면제규칙의 범위에서 제외하려고 하는 시도가 있다.

하지만 이러한 시도는 방금 시작된 것이고 나아가 브라질이 합의한 일부 국제 협약을 위반하면 처벌을 받는 조건 하에서 국제 관습법의 일부로서 받아들여진 일반적으로 준수해야 할 관행을 구성하는 것이 되어 있지 않는다.

법무부가 의견서에서 인용한 국제사법재판소 판례(국가면제사건(독일 대 이탈리아; 그리스 참가))는 바로 이 선을 따른 것이다.

'2012, 브라질이 가맹한 유엔의 주요 사법기관인 국제사법재판소(ICJ)는 제2차세계대전 중에 독일군이 이탈리아령 내에서 행한 국제인도법 위반을 문제로 하는 "국가면제사건 (독일 대 이탈리아 : 그리스 참가)"의 판결을 내렸다. 그 위반에는 독일과 그 점령하에 있던 지역에서의 민간인 학살이나 민간인이나 군인의 강제 연행과 강제 노동 등이 포함되어 있다.

독일 대 이탈리아 사건이라고 불리는 이 사건은 1944.8.에 구금되어 독일로 강제 이송되어 전쟁 종료까지 감금되며 군수산업에서 강제적으로 노동한 이탈리아인 Luigi Ferrini가 배상을 청구한 것에 비롯되었다.

Ferrini가 독일을 제소한 것은 이탈리아 영내, 정확히 말하면 아레초 법원이었는데, 이 법원이 처음으로 외국 국가의 면제와 기본적 인권에 관한 기준의 관계를 검토했다. Ferrini의 청구는 처음에는 독일의 관할권 면제를 이유로 각하되었지만, 이탈리아의 대법원인 파기원에 상고되었다.

2004.3.11 판결에서, Ferrini가 독일을 상대로 제기한 배상청구에 대해 파기원은 국제범죄를 구성하는 행위가 문제로 되는 경우에는 국가면제는 적용되지 않는다는 이유로 이탈리아 법원의 관할권을 인정했다.

2011.2.에 피렌체 법원이 내린 판결도 마찬가지로 관할권 면제에 관한 규칙은 절대적인 것이 아니며 국제법상의 범죄에 해당하는 행위의 경우 국가가 원용

할 수 없기 때문에 독일은 Ferrini에 대한 보상을 해야 한다고 했다.

Ferrini 사건을 받고 비슷한 상황에 있는 개인이 이탈리아에서 여러 손해배상청구소송을 제기하고 전시 중에 이탈리아나 그리스 시민에 대해 행해진 위반행위에 대해 독일에 배상을 명하는 판결이 잇따라 내려졌다.

그리스가 ICJ의 소송(독일 대 이탈리아)에 참가한 것은, 위와 같이 독일군이 그리스 디스토모 마을에서 저지른 학살이 원인이다. 희생자는 그리스 법원에서 독일에 대해 배상을 청구하고 이후 유럽인권법원과 독일 법원에도 제소했다.

이러한 시도가 성공하지 못했기 때문에 그리스 원고들은 그들의 권리를 인정한 그리스 법원 판결을 이탈리아 법원에서 집행하려고 했다.

2008.12.23, 독일은 관할권 면제를 확보하고 패소판결 집행을 방해하기 위해 국제사법재판소에 제소했다. 독일은 관할권 면제의 부정은 국가간 평화공존에 공헌하는 국제공법의 기본 원칙을 위반하고 있다고 주장했다. 또한 독일은 이탈리아가 보상을 받을 권리를 포기했다고도 주장했다.

ICJ는 그리스의 비당사자로서의 참가를 받아들여 ICJ의 관할권을 인정한 후 이탈리아가 자국 법원에 제기된 소송을 인정하고 독일의 소유자산에 대한 압류를 인정하고 같은 이유로 그리스 법원 판결을 이탈리아에서 집행한 것은 국제법에 있어서 독일의 면제에 대한 침해라고 다수의견으로 판단했다.

독일 대 이탈리아 사건의 중심적인 쟁점은 인권과 국제인도법의 중대한 침해로 구체화된 강행법규(ius cogens)와 독일에 면제를 주는 관습규범 사이에 일어날 수 있는 충돌을 둘러싼 것이며, 이 사건 특별상고의 쟁점과 유사했다.

이탈리아는 반소 속에서, 요컨대, 관할권 면제는 국제공법의 관습적인 규칙에 지나지 않고, 한편으로 강제노동 금지는 기본적 인권의 최중요 사항의 하나로 여겨지므로 강행법규(ius cogens)의 성격을 가진다고 주장했다. 그 견해에 의하면 ICJ는 독일의 행위에 의해 피해를 입은 이탈리아인의 권리가 관할권 면제의 권리에 우선하는 것을 보증해야 한다.

한편 ICJ는 국가면제에 관한 규칙은 관할권 행사에 관한 절차적인 성질의 것이며, 한편으로 독일이 위반한 강행법규(ius cogens)의 지위를 가지는 국제인도법의 규범(살인, 이송, 노예 노동의 금지)는 실체적인 성질의 것이므로, 양자의 충돌은 존재하지 않는다고 했다(§93).

판결에 따르면

'93. 그러므로 이 주장은 국가가 외국에 대해 면제를 부여하는 것을 요구하는 관습법과 강행규범 사이의 저촉이 존재하는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 재판소의 견해로는 그런 저촉은 존재하지 않는다. 점령지에서의 민간인 학살, 노예 노동을 위한 민간인 이송, 노예 노동을 위한 전쟁 포로의 이송을 금지하는 무력분쟁법이 강행규범이라고 가정하더라도 이들 규칙과 국가면제에는 저촉은 존재하지 않는다. 양자의 규칙은 다른 사항에 관한 것이다. 국가면제 규칙은 절차적 성격이며, 그 효력은 어느 국가의 법원이 다른 국가에 대해 재판권을 행사할 수 있는지를 결정하는 것에 한정된다. 이 규칙은 절차의 원인이 된 행위가 적법인지 불법인지의 문제와 상관 없다. 이것이(재판소가 위 58항에서 설명한 듯이) 현재의 국가면제 법이 1943년부터 1945년에 일어

난 사건에 관한 절차에 적용되더라도, 문제의 적법성과 책임의 판단에 대해서 법은 소급 적용되지 않는다는 원칙에 위배되지 않는 이유이다. 같은 이유로, 관습국제법에 의해 외국에 면제를 인정하는 것은 강행규범 위반에 의해 창출된 상황을 적법하다고 인정하거나 그 상황의 유지에 지원과 원조를 하는 것을 의미하는 것이 아니므로 국제법 위원회의 국가 책임 조약 초안 제41조의 원칙에 모순되지 않는다.'(국제사법재판소 국가면제사건(독일 대 이탈리아). 아래에서 열람할 수 있다.

<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>)

이와 같이 관할권 면제에 관한 규칙을 절차적인 규칙으로 인정함으로써 ICJ는 인권침해의 가능성에 대한 논의에 들어갈 수 없게 되었다.

(...)

국제법이 공동체의 이익을 보호하는 기준은 전체적으로 국내사회의 이익도 보호한다. 따라서 국제법의 개념, 제도, 결정을 특정 상황에서 국내 과제에 대처하기 위한 패러다임으로 채용하는 것을 가로막는 설득적인 이유는 없고 오히려 이 수단은 장려되어야 한다.

그러므로 법무장관은 브라질이 가맹하고 있는 유엔의 사법기관인 국제사법재판소의 판결을 사건의 결론과 그 후의 연방최고재판소에 의한 테제 확립의 근거로 원용한다.

(...)

게다가 이 사건과 같은 상황에서 재판권 면제가 해제된 경우 과거의 무력분쟁은 사후적으로 다수의 개인에 의한 손해배상청구를 유발하여 지금까지 채용되어 온 정치적 해결책을 무효화된다. 그 결과, 평화적 공존이 현저하게 악화될 위험이 있고, 무력분쟁에 관여한 적이 있는 모든 국가에 있어서 예견할 수 없는 결과가 될 것이다. '

이 소송에서 논의되고 있는 독일이 행한 행위의 성질에 대해서는 1949.8.에 유엔에서 작성된 제네바 조약을 1957.5.14에 브라질이 비준하고, 1957.8.21의 정령 42,121호에 의해 국내법화된 것을 지적하는 것이 중요하며, 그 문언은 다음과 같다.

#### '학대와 침해 억제제

##### 49조

체약국은 다음 조에 정의하는 이 조약에 대한 중대한 위반행위의 하나를 행하거나 행할 것을 명한 자에 대한 유효한 형벌을 정하기 위하여 필요한 입법을 하는 것을 약속한다.

각 체약국은 상기의 중대한 위반행위를 행하거나 행할 것을 명한 의심이 있는 자를 수사할 의무를 지는 것으로 하고, 또한 그 자의 국적의 여하를 불문하고 자국 법원에 대하여 공소를 제기해야 한다. 또한 각 체약국은 원할 경우에는 자국 법령의 규정에 따라 그 자를 다른 관계 체약국에 재판을 위하여 인도할 수 있다. 다만, 상기 관계 체약국이 사건에 대해 일단 충분한 증거를 제시한 경우에 한정된

다.

각 계약국은 이 조약의 규정을 위반하는 행위로 다음 조에 정의하는 중대한 위반행위 이외의 것을 방지하기 위해 필요한 조치를 취하여야 한다.

피고인은 모든 경우에 있어서, 포로의 대우에 관한 1949.8.12 제네바 조약 제105조 이하에 정하는 바보다 불리하지 않은 정당한 재판 및 방어의 보장을 향유한다.

#### 제50조

전조의 중대한 위반행위란 이 협약이 보호하는 인간 또는 물건에 대하여 행해지는 다음의 행위, 즉 살인, 고문 또는 비인도적 대우(생물학적 실험을 포함함), 신체 또는 건강에 대해 고의로 심한 고통을 주거나 심각한 상해를 가하는 것 또는 군사적인 필요에 의해 정당화되지 않는 불법적이고 자의적인 재산의 광범위한 파괴 또는 징발을 하는 것을 말한다.

#### 제51조

계약국은 전조의 위반행위에 관하여 자국이 저야 할 책임을 모면하거나 다른 계약국으로 하여금 그 국가가 저야 할 책임을 모면시켜서는 아니 된다.'

한편 제네바 조약의 제1·제2의정서는 1977.6.10에 개최된 '무력분쟁에 적용되는 국제인도법의 재확인 및 발전에 관한 외교회의'에서 채택된 것이다.

#### '제49조

##### 공격의 정의 및 적용범위

1 '공격'이란, 공세로서인지 방어로써인지를 불문하고, 적에 대한 폭력 행위를 말한다.

2 이 의정서의 공격에 관한 규정은, 어느 지역(분쟁 당사자에 속하는 영역이지만 적대하는 분쟁 당사자의 지배하에 있는 지역을 포함함)에서 행해지느냐에 상관없이, 모든 공격에 대해서 적용한다 .

3 이 부의 규정은, 육상의 문민인 주민, 개별 문민 또는 민용물에 영향을 미치는 육전, 공전 또는 해전에 대해 적용하는 것으로 하고, 또한 육상의 목표에 대해 바다 또는 하늘로부터 행해지는 모든 공격에 대해서도 적용한다. 다만, 이 부의 규정은 해상 또는 공중의 무력분쟁시에 적용되는 국제법의 여러 규칙에 영향을 미치지 않는다.

4 이 부의 규정은, 제4조약, 특히 그 제2편 및 계약국을 구속하는 다른 국제협정에 포함되는 인도적 보호에 관한 제규칙 및 육상, 해상 또는 공중의 문민 및 민용물을 적대 행위의 영향으로부터 보호하는 것에 관한 다른 국제법의 여러 규칙에 추가된다.

(...)

#### 제51조

##### 문민인 주민의 보호

1. 문민인 주민 및 개별 문민은 군사행동으로 인한 위험에 대하여 일반적 보호를 받는다. 이 보호를 실효적으로 하기 위해, 적용되는 다른 국제법의 여러 규칙에 추가되는 2에서 8까지에 정하는 규칙은 모든 경우에 있어서 준수된다.

2. 문민인 주민 그 자체 및 개별 문민은 공격 대상으로 해서는 안 된다. 문민인 주민들 사이에 공포를 퍼뜨리는 것을 주된 목적으로 하는 폭력행위 또는 폭력에 의한 위협은 금지한다.

3. 문민은 적대행위에 직접 참여하지 않는 한 이 부의 규정에 의하여 주어진 보호를 받는다.

4 무차별한 공격은 금지한다. 무차별한 공격이란, 다음 공격으로, 각각의 경우에 있어서, 군사 목표와 문민 또는 민용물을 구별하지 않고 이들에게 타격을 주는 성질을 가지는 것을 말한다.

(a) 특정 군사 목표만을 대상으로 하지 않는 공격

(b) 특정 군사 목표만을 대상으로 할 수 없는 전투 방법 및 수단을 이용한 공격

(c) 이 의정서에서 정하는 한도를 넘는 영향을 미치는 전투 방법 및 수단을 이용한 공격

5 특히, 다음 공격은 무차별한 것으로 인정된다.

(a) 도시, 마을 기타 문민 또는 민용물이 집중되어 있는 지역에 위치한 다수의 군사목표로서 서로 명확하게 분리된 별개의 것을 단일의 군사목표로 간주하는 방법 및 수단을 사용하는 포격 또는 폭격에 의한 공격

(b) 예상되는 구체적이고 직접적인 군사적 이익과 비교해서, 말려드는 문민의 사망, 문민의 상해, 민용물의 손상 또는 이들의 복합한 사태를 과도하게 일으킬 것으로 예상되는 공격

6. 보복 수단으로서 문민인 주민 또는 개별 문민을 공격하는 것은 금지한다.

(...)

#### 제91조

##### 책임

여러 조약 또는 이 의정서를 위반한 분쟁 당사자는 필요한 경우에는 배상을 할 책임을 진다. 분쟁 당사자는 자국 군대에 속하는 자가 행한 모든 행위에 대해 책임을 진다.(강조 부가)

따라서 민간상업선박에 대한 폭격과 같은 민간인을 공격하는 군대의 행위는 명시적으로 금지되어 있어, 거기에 그치지 않고 제91조에 규정된 바와 같이 책임 있는 국가의 배상책임이 발생한다.

하지만 국제 수준에서 관련성이 있음에도 불구하고 이들 법률 문서는 모두 이 사건에서 문제가 되고 있는 사실(1943.7.) 이후(1949 조약 및 1977 의정서)의 것이어서 소급 적용할 수 없기 때문에, 유감스럽게도 이 사건에 적용할 수 없다.

어떠한 조약이나 관습규칙 위반도 이론적으로는 주권국가간의 국제분쟁을 일으키는 것이며, 국제적인 주권을 행사하지 않는 이 재판소가 그것을 일으키거나 해결할 수 없다는 것을 명기해야 한다. (전원합의체 2011.10.5 판결, 보고판사 Luiz Fux)

이 관계에서 제2차세계대전 중에 여성을 일본 군인을 위한 성노예로 했다고 해서 일본에 배상을 명한 최근의 한국법원 판결에 관한 올해 1. 8자 상파울루지 Folha de São Paulo 게재 기사를 소개한다.

'한국 법원이 금요일(8일)에 내린 판결은 제2차세계대전 중에 강제적으로 성노예로서 일한 12명의 여성에 대한 배상을 일본에 명령했다. 이 전례가 없는 판결은 일본 정부의 비판을 초래하고 양국 간의 외교적 긴장을 재연할 우려가 있다.

한국 연합뉴스에 따르면 서울중앙지방법원은 일본에 피해자 또는 그 가족에게 1인당 1억원(49만 달러)의 배상금을 지급하라고 명령했다.

(...)

판결은 일본이 "위안부" 제도에 책임이 있던 것도 강조했다. 이 용어는 일본 당국이 제2차세계대전 중에 군 위안소에서 매춘을 강요당한 20만명 이상의 소녀와 여성을 가리키고 사용하고 있던 것이다.

(...)

일본은 1910부터 1945에 걸쳐 한국을 군사적으로 점령하고 식민지화했다.

(...)

일본에 달려 있다고 하면 보상도 역사적 배상도 있을 수 없다. 스가 요시히데 총리는 서울이 "이 행동을 포기해야 한다", "위안부 문제는 이미 완전하고 결정적으로 해결되었다", "우리는 이 결정을 결코 받아들이지 않는다"고 말했다.

일본의 다른 정부 관계자도 한국 법원의 판결을 비난했다. 가토 카츠노부 관방장관은 판결을 '수락할 수 없다'며 서울에 '적절한 조치'를 취하도록 요구했지만 일본은 판결에 항소하지 않는다고 발표했다. '

게다가 브라질연방공화국이 어떠한 관습 규칙을 따르지 않을 경우 국가 원수를 통해 국제적인 수준에서 많은 결과에 대한 책임을 져야 하며, 사법은 이에 관하여 어떠한 권한도 갖고 있지 않다.

### 3) 외국의 관할권 및/또는 집행에 관한 연방최고재판소(STF) 판례

나는 이 문제에 관한 연방최고재판소의 판례는 절대적 면제(확인 단계와 판결 준수)와 상대적 면제(주로 집행 단계)의 구별과 주권행위와 업무관리행위의 구분을 고려하면, 문제를 이해하기 위해 중요하다고 생각한다.

이 재판소는 집행과정(판결준수의 현단계)이나 주권행위(판결준수와 판결의 집행 또는 준수단계)를 다룰 때 외국 국가의 면제는 포기되지 않는 한 절대적이라는 취지의 이해를 굳어왔다.

노동, 민사, 상업의 각 영역에 관한 문제(업무관리행위)의 확인 단계에서의 절대적인 면제의 부재는 주목할 만하다. 전형적인 판결을 인용한다.

'- 노동분쟁에 대한 외국의 관할권 면제는 그 성격상 상대적인 것일 뿐, 그 결과 브라질 판사나 법원이 그러한 논쟁을 심리하고 그에 대해 고유한 관할권을 행사하는 일을 방해하지 않는다.

- 국제법과 비교법의 수준에서 제시된 새로운 규범적 틀은 (거기에서 생긴 실정법 체계의 현실을 고려하면) 주권국가의 상대적 관할권 면제의 이론을 구축할

수 있게 하고, 소송 제기의 원인이 된 행위에 대해 이 특정한 목적을 위해 고안된 성질을 고려하여 외국 국가가 완전히 사적 문제로 행동하고 주권행위가 행해지는 영역과는 다른 영역에 개입한 경우에는 예외적으로 관할권 면제의 제도적 특권은 효력을 잃는다. 학설. 비교법. 연방 최고재판소(STF) 판례.

한정적 또는 제한적 면제 이론은 외국 국가의 관할권 면제라는 우선적인 기본원칙과 접수국(이 경우는 브라질)에 대해 자국을 대표하여 보다 사적인 행위를 한 외교관의 불법 행위의 결과로서 입을 가능성이 있는 개인의 정당한 손해배상 청구권을 법정지 국의 법원의 판결에 의해 실효적인 것으로 하는 필요성을 조화시키는 법적 해결책의 제도화를 목적으로 하고 있다.

사법적 분쟁의 원인이 된 사실이 (주권행위 특유의 영역과는 필연적으로 다르지만) 외국 국가의 완전한 사적 행위에 의해 생긴 경우에 브라질 국민 또는 국내에 거주하고 있는 사람에게 노동, 상거래, 비즈니스, 민사의 문제에 지나지 않는 문제에 대해 외국 법원에서 소송을 하는 부담을 부과하는 것은 바람직하지 않다.

미국 및 상대 또는 제한 면제주의

향소인 미국은 외국 국가가 본질적으로 사적 영역에 개입하는 문제에 대해서는 고전적인 절대면제 이론을 이미 부정하고 있다. 미국은 Schooner Exchange v. McFaddon 사건(1812)에서 대법원이 채용한 이론에 반영된 교조적인 입장을 포기하고, 1950대 초반에 외교적 성질을 가진 전형적인 일방적 선언 속에서 테이트 서한에 제시된 전제에 근거해, "어떤 경우에는, 이러한 면제는 더 이상 인정되어서는 안된다"라고 하는 결론에 이르고 있었다. 미국 의회는 최근 이 가이드라인을 제도화하고, 외국국가면제법(1976)에서 관할권의 상대적 면제라는 테제를 명기하며 사적인 성질에 불과한 문제에 대해서는 이를 우선시켜 있다'. (제1부 1996.3.29 판결 보고판사 Celso de Mello 강조 부가)

위 판결에 나타난 바와 같이 외국이 명시적으로 포기한 경우에도 면제의 해제는 가능하다. 이러한 견해에 기초하여 아래의 판례를 강조해 둔다.

전원합의체 2006.11.24판결 보고판사 Sepulveda Pertence, 제1부 2015.11.24판결 보고판사 Edson Fachin

같은 의미에서

'- 외교특권은 노동소송에서 브라질 국내에 거주하는 근로자에게 받아들이기 어려운 불이익을 초래하는 외국의 부당한 이익을 지원하기 위해 행사할 수 없다. 이 관행은 선의의 원칙과 대립하고 국제법의 중요한 원칙과 맞지 않는 비난되어야 할 윤리적·법적 일탈을 조장하는 것이다.

집행 면제를 초래하는 특권은 외국 국가에 대해 제기된 확인적 절차에서 브라질 법원이 관할권을 행사하는 것을 방해하는 것은 아니다.

- 관할권 면제와 집행 면제는 법적으로 명백한 독립적인 범주를 구성한다. 왜냐하면 이들은 서로 밀접하게 관련되어 있지만 독립된 별개의 현실을 표현한 것이기 때문이며, 이는 개념적인 수준에서도 국제 관계 그 자체의 발전에 있어서

도 인식되고 있다. 집행면제의 특권에 의해 배상을 명하는 판결을 실제로 실현하는 것이 최종적으로 법적으로 불가능해진다고 해도, 그것만으로는, 특히 노동소송을 다룰 경우에 브라질 법원이 외국에 대해 확인적인 절차를 하는 것을 방해하기에는 충분하지 않다. 학설. 판례 . (제2부 2003.2.14 판결 보고판사 Celso de Melo 강조 부가)

'연방재무부가 실시한 외국에 대한 세무 집행. 관할권 면제.

관할권 면제는 분쟁이 브라질 국가와 외국 국가 사이의 것이며, 특히 집행의 경우에는 국제법 및 비교법에 의해 제시된 새로운 규범적 틀에 비추어도 변경되지 않았다. 법원이 승인한 방향성. 항고를 각하한다. (전원합의체 2002.10.31 판결 보고판사 Ilmar Galvão)

'관할권 면제. 연방이 한국에 대해 실시한 세무집행. 최고재판소 판례에서는 포기되지 않는 한 외국 국가의 강제집행 관할권에 대한 면제는 절대적이다. 다수결에 의한 결정. 판례; 2003.5.9 판결 보고판사 Ilmar Galvão, 2002.10.31 판결 보고판사 Jobim, 1999.12.10 판결 보고판사 Gilmar Mendes, 전원합의체 2006.11.24 판결 보고판사

'원심소송 2. 외국 국가에 대한 세무집행. 관할권 면제. 판례. 특별상고를 기각.'(전원합의체 2007.8.17.판결 보고판사 Gilmar Mendes)

'1. 연방최고재판소의 판례법은 1961과 1963의 비엔나 조약에 따라, 명시적으로 포기되지 않는 한 세무집행절차에 대한 외국 국가의 절대적인 면제를 인정한다는 취지로 굳어져 있다.

2. 판례.

3-항고를 기각한다.'(제1부 2015.11.24 판결 보고판사 Edson Fachin)

반대의 의견을 존중하면서도, 나는 이 사건과 같은 주권행위의 경우에 절대면제를 인정해 온 우리나라 법리의 완전성을 유지함과 동시에 국제사회의 다수 의견을 반영하지 않으면 국제적인 외교사건을 일으키게 된다고 생각한다.

#### 4) 투표

외 관점에서, 나는 주권행위에 속하는 행위를 다룰 때 외국 국가의 절대적인 관할권 면제를 인정하기 위해 연방고등사법법원(STJ)의 판결을 지지하고 특별상고의 기각에 찬성하는 것을 보고판사에 요구한다.

## MARCO AURÉLIO 판사의 반대 의견

가상 전원합의로 심리했을 때, 나는 큰 쟁점은 없다고 말해, 이 문제의 일반적 영향력은 존재하지 않는다고 판단했다. 나는 최고재판소의 절차와 재판의 관점에서 이 특별상고가 부적절하다고 확신한다. 하지만 집단 중에서는 만일의 경우, 즉 고명한 다수파가 이 이해에 반론할 가능성을 고려할 필요가 있다.

이 점에 대해서는, 각하되었지만 사건의 파라미터에 주의해야 한다. 이 사건은 연방고등사법법원(STJ) 제4부의 결정에 대하여 연방헌법 제102조 제3항 a에 근거하여 제출된 상소이지만 그 결정은 그 뒤에 오는 특별상고의 부정을 시사하고 있다. 그 선고의 개요이다.

'1. 관할권 면제의 상대화는 이 법원이 승인하는 바이지만, 그것은 민사, 상사, 노동에 관하는 경우만이며, 이 사건과 같이 주권행위에 관한 경우에는 면제는 유효하다.

2. 연방고등사법법원(STJ)의 판례에서는 전쟁행위는 주권행위의 표현이기 때문에 독일연방공화국의 책임을 묻지 못한다고 되어 있다.(판례: 2012.9.24.판결 보고판사 Maria Isabel Gallotti, 2009.9.8.판결 보고판사 João Otávio de Noronha, 2008.5.19.판결 보고판사 Fernando Gonçalves).

3. 항고를 각하한다.'

(2014.2.10 선고 연방고등사법법원(STJ) 제4부, 보고판사 Marco Buzzi).

문제로 되어 있는 것은 브라질 영내에서 행해진 인권침해를 수반하는 주권행위에 관한 외국 국가의 관할권 면제의 범위이다.

최고재판소는 수십년 동안 브라질을 구속하는 규범적 문서가 존재하지 않는 것을 고려하여 국제법의 관습을 반영하여 외국 국가의 면제 규정에 대한 어떠한 예외도 배제한다는 취지의 이해를 확립해왔다.

1989.2.23 제9,696호 민사상소 사건 판결(Genny de Oliveira 사건)에서 전원합의체는 노동소송에 있어서 외국 국가의 관할권 면제가 존재하지 않는 것을 확인하고 견해를 변경했다. 사인으로서 행동하는 것(업무관리행위)과 주권적 존재로서 공권력을 행사하는 것(주권행위)과는 구별되었다. 판결의 개요는 다음과 같다.

'노동사건에 있어서는 외국의 국가면제는 부정된다. 원칙적으로 1988 연방헌법 (제114조) 시행 후에 제소된 경우에는 노동법원이 심리하여 판단하여야 한다. 하지만 이 경우 연방헌법 제125조 제2항과 헌법경과조치법 제27조 제10항, ECN 1/69에 비추어 연방법원이 계속 관할한다. 제1심의 연방판사가 인정한 국가면제를 부정하기 위해 연방최고재판소가 인정하고 선고하는 통상적인 환송은 이 사건의 판결에 있어서도 권리로서 인정되어야 한다'(전원합의체 1989.5.31 판결 보고판사 Sydney Sanches).

업무관리행위는 면제의 예외로 되지만 주권행위 분야에서는 여전히 면제가 절대적인 것이라는 확고한 판례법이 있음에도 불구하고 이 사건에서는 인권침해로 인정되는 경우 관할권 면

제에서 제외할 가능성에 대해 의견이 표명되고 있다.

국제법에서는 국제사법재판소(ICJ)의 판례로서 제2차세계대전 중에 독일군이 이탈리아 영내에서 저지른 국제인도법 위반을 다룬 'Ferrini 사건'(2012)이 있다.

이 소송은 Luigi Ferrini 의 독일 국가에 대한 손해배상청구를 심리한 이탈리아 대법원의 관할권에 대한 판결에 관한 것이다. 이 소송은 이탈리아 정부가 국제 적으로 인정된 면제를 위반했다는 이유로 헤이그의 국제사법재판소에 제소됐다.

ICJ는 전쟁 중에 저지른 국제인도법 위반에 근거한 소송을 국내 법원에서 심리하는 것을 이탈리아 국가가 인정함으로써 독일의 면제를 침해했다고 압도적 다수로 결론지었다. ICJ는 중대한 인권침해의 경우라도 어떤 국가가 다른 국가의 법원에서 심판되지 않아야 한다고 인정했다.

ICJ가 채택한 어프로치에 대해 법무부는 특별상고를 기각해야 한다는 의견에서 독일 법학자 Christian Tomuschat의 가르침을 언급했다.

'중대한 인권침해의 경우에 국가면제를 부정하는 근거는 주로 감정적인 이유에 있고, 그것은 완전히 이해할 수 있지만 일반적으로 국가책임 체제를 시야에 넣지 않는다. 새로운 바퀴를 발명하기 전에 오래된 바퀴의 기능을 신중하게 고려해야 한다. 국제인도법의 비준수에 기인하는 큰 부정의, 특히 전쟁손해의 경우에 손해를 해결하기 위한 전통적인 메카니즘에는 확실히 단점이나 결함이 없는 것은 아니다. 하지만 그 구조를 개별 소송에 의한 조정 불가능한 혼란으로 대체하는 것은 최악의 해결책이다. (...)

최고재판소는 업무관리행위에 관할권 면제 예외를 유보하고 있지만 전쟁 중의 인권침해에 관한 것이라고 하더라도 주권행위에 대해 법원이 확립한 법리를 상대화하려는 시도는 논리적으로 보면 실행 불가능하다. Jacob Bazarian의 가르침을 참고로 하면, '논리적인 법이나 원칙이 존중되지 않을 때, 사고는 그 정확성, 일관성, 영향의 중대성을 잃고, 지리멸렬하고 모순된 것이 된다.' 그러므로 1920대에 브라질로 이주한 터키인 학자는 아리스토텔레스 이래 확립되어 온 형식 논리 원칙에 의존하는 것의 중요성을 지적하고 있다. 즉, 동일성의 원칙-모든 것은 그 자체와 동일하다는 것을 밝힌다('A는 A이다')-비모순의 원칙-어떤 것은 그 자체인 것과 동시에 그 자체가 아니라는 것은 있을 수 없다 ('A는 비 A가 아니다') -제3 배제의 원칙-어떤 것은 있는지 없는지의 어느 쪽이고 중간의 여지는 없다('A는 B인가, A는 B가 아닌가').

주권행위라는 것을 고려한 절대적인 면제가 있는지 없는지 이다. 제3의 그룹 (그 중에는 국가 책임을 주장하는 특별한 범주를 구성한다는 이유로 인권 침해를 의미하는 행위가 포함되어 있음)의 존재를 고려하는 것은 부적절하다.

특별상고를 기각하기 위해 보고판사에 반대한다.

'전쟁 중에 행해진 주권행위로 간주되는 행위에 대한 외국 국가의 관할권 면제는 비록 인권침해가 문제가 되어 있어도 절대적인 것이다'라는 테제를 정해야 한다.

## 전원합의체

### 회의록에서 발췌

결정. 독일연방공화국의 관할권 면제를 부인하고, 본안을 해결하지 않고 이 사건을 각하한 판결을 취소하기 위한 특별상고를 인정하는 Edson Fachin 판사(보고자)의 투표 후, Rosa Weber, Dias Toffoli, Carmen Lúcia 의 각 판사가 참가하여 '인권을 침해하고 외국이 행한 불법행위는 관할권 면제를 누리지 않는다'라는 테제(일반적 영향력의 주제 944)를 제안했다. 주권행위에 속하는 행위의 경우 외국에 절대적인 관할권 면제를 인정한 연방고등사법법원(STJ) 판결을 지지하고 특별상고의 기각을 주장하는 Gilmar Mendes 판사의 투표, 상고를 기각하고 '전쟁 중에 행해진 주권행위로 간주되는 행위에 대한 외국 국가의 관할권 면제는 비록 인권침해가 문제로 되어도 절대적인 것이다.'라는 테제를 제안하는 Marco Aurélio 판사의 투표 후, Alexandre de Moraes 판사는 사건 기록에 대한 액세스를 요청했다. 2021.2.19부터 2021.2.26까지의 가상 전원합의.

구성. Luiz Fux (장관), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
전원합의체 최고 고문

## ALEXANDRE DE MORAES 판사의 반대 의견

전원합의 2021.8.23

장관각하, 우리는 아래와 같은 일반적 영향력의 주제 944를 검토해 왔다.

'인간의 국제적 권리를 침해하는 주권행위에 관한 외국 국가의 관할권 면제의 범위'

이 소송은 특별상고를 각하한 결정에 대한 연방헌법 제1조 제3항, 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항, 제5항, 제5조 제2항, 제35항, 제54항 및 제133조에 따른 상소이며 인간의 국제적 권리를 침해하는 주권행위에 관한 외국 국가의 관할권 면제의 범위를 둘러싸는 것이다.

이 사건은 Deocleciano Pereira da Costa의 상속인(손자 및 사망한 손자의 배우자)이 독일연방공화국을 상대로 제기한 통상의 손해배상청구소송이다.

원고는 그들의 조부인 Deocleciano Pereira da Costa가 제2차세계대전 중 1943.7, 브라질 영해내의 Cabo Frio 앞바다에서 나치의 잠수함 'U-199'로부터 '비겁한 어뢰 공격'을 받은 어선 샹그릴라호의 10명 승무원 중 한 명이었음을 해사법원이 812/43 사건의 상소심에서 2001.4.9 판결로 인정했다고 주장한다.

이들은 당초 해사법원이 이 선박은 '예견할 수 없는 상황'의 결과 '실종'했다고 간주했기 때문에 소송이 각하되어 승무원의 자손은 무슨 일이 있었는지 유효한 대답을 얻을 수 없는 채 무력한 상태로 놓여 있었다고 했다.

2001, 해군 특별검찰관 사무소에 자극된 Cabo Frio 해양역사박물관 관장에 의한 조사 결과 제2차세계대전 중에 '샹그릴라호'라는 배가 독일 잠수함 'U-199'에 의해 어뢰 공격을 받은 것을 해사법원이 인정했다.

이 상황에서 원고들은 '피고는 국제적인 인권보호의 핵심에 의해 비난되어 있는 방식으로 샹그릴라호 승무원의 생명을 침해하고 원고들을 불행, 불안, 고통에 드러냈기 때문에 정당한 비난을 받을 만하다. 따라서 원고들은 피해자의 가족에 대한 물질·정신적 손해배상의 권리를 보증하는 민법 제186조, 제927조, 제948조 I 및 제2항에 따라 브라질의 관할에서 피고를 적절히 제소하고 배상 판결을 받을 권리가 있다. 어선을 폭력적으로 공격하여 침몰시키고, 승무원에게 방어의 기회를 주지 않는 채 살해한 것의 비겁함과 비인도성은 의심의 여지가 없다(...)'라는 이유로 연방헌법 제1조 제3항에 따라 브라질 연방공화국의 기반인 인간의 존엄을 침해했다고 주장한다.

원고들은 또한 다음과 같이 주장했다. (a) 이 소송에서 주장되어 있는 기본적 인권은 제한의 대상이 아니다. (b) 피고에 관할권 면제를 적용하는 법적 규정은 없다. (c) 특히 피고가 가맹하고 있는 유럽국가면제조약 제11조에 규정된 바와 같이 국제적인 조류에 있어서 사망 또는 인신상해를 초래하는 행위에 대해서는 관할권 면제의 적용에 제한적인 경향이 있다. (d) 인권을 침해하는 행위에 대한 관할권 면제는 없다(연방헌법 제4조 제4항 제5항에 대한 제4조 제2항의 우월성). (e) 법률상의 빈곤층에 속하는 원고가 가해국에서 손해배상청구소송을 제기하기 위한 경제적 조건을 갖추지 못한 경우에는 관할권 면제가 배제되며, 그 결과 면제규칙의 발생은 관할권 규정의 부정을 의미하게 된다.

마지막으로 원고들은 도덕적 손해에 대한 보상으로 100만 레알(나중에 적어도 500만 레

알로 증액) 및 사건 발생일 이후의 이자 및 통화수정액을 청구했다.

1심은 법률부조는 인정하고, '청구된 보상은 전쟁기간 중에 행해진 군사행동에 기인하는 것으로, 이는 브라질 사법의 대상이 되지 않는 주권행위를 구성하는 것'을 고려하여 민사소송법 제267조 제6항에 따라 본안 심리를 하지 않고 청구를 각하하여 사건을 종결하였다.

이 판결에 대해 원고들은 연방헌법 제105조 제2항 c에 근거한 보통상소를 제기하고 그 속에서 당초의 주장을 보강했다. 그 요지는 다음과 같다.

(a) 피고의 관할권 면제는 민사소송법 제301조와 제36조 및 연방헌법 제133조, 제5조 제54항의 규정을 준수한 유효한 소환 후에 정당하게 구성된 변호사가 제출하는 방어로서 행사되어야 할 문제임을 고려하면 이를 직권으로 인정한 판결은 무효이다.

(b) 독일연방공화국은 나치 정권하에서 전쟁 범죄가 행해진 장소의 관할권에 복종하는 것을 명시하고 있던(1943.10. 모스크바 회의, 1945.6.5 독일공화국의 연합군에 대한 항복선언, 뉘른베르크 법정을 설치한 1945.8.8 런던 협정) 이상, 피고가 브라질 관할권에 복종하는 것을 부정한 원판결은 연방헌법 제5조 제35항을 위반한다.

(c) 이 사건에서 논의되고 있는 피고의 행위(브라질 영해내에서의 민간인 살해)는 이미 전쟁범죄 및 인도에 대한 죄로서 명확하게 정의되어 있으며, 관할권을 포함한 어떠한 면제의 대상이 되지 않는 것을 고려하면, 정당한 주권행위로서의 관할권 면제는 부정되어야 한다. 즉 원판결은 헌법 제5조 제35항, 제1조 제1항, 제3항, 제3조 제4항, 제4조 제2항과 완전히 대립하고 있다.

(d) 다음 점을 고려하면 관할권 면제는 이 사건에는 적용되지 아니한다. I) 국내법제도에 규범적인 규정이 존재하지 않는다. II) 민사소송법 제88조 제3항 및 연방헌법 제109조 제2항에 따라 브라질의 관할권이 미친다. III) 국제사회 및 국내 판례에서 관할권 면제는 절대적인 것이 아니라 상대적인 것이라는 의미에서 관할권 면제의 원칙이 진화하고 있다. IV) 인권과 인간의 존엄에 초점을 맞추어 국가 주권을 상대화하는 국제법의 진화. V) 인간의 존엄은 개인에 대한 보장일 뿐만 아니라 브라질 연방공화국의 기초이며, 브라질 법제도 전체가 그 위에 구축되어야 한다.

반론 제출이 적법하게 요구되었지만 피고는 응하지 않았다.

연방고등사법법원(STJ)의 고명한 판사인 Marco Buzzi는 2014.8.27, 단독심 판결로 민사소송법 제557조 본문에 근거하여 보통상소를 각하했다. 그 이유는 다음과 같다.

(I) '관할권 면제의 상대화는 이 법원도 승인하고 있지만, 민사, 상업 또는 노동관계에 관한 경우만이며, 이 사건과 같이 주권행위를 다루는 경우에는 면제는 여전히 유효하다'

(II) '연방고등사법법원(STJ)의 법리에서는 전쟁행위는 주권행위의 표현이라는 것에 비추어 독일연방공화국에 책임을 물을 수 없는 것으로 해왔다.'

원고들은 항고를 제기하고, 그 속에서 피고 국가에 의한 정식 의사표시가 소송기록에 없

는 것으로 나타나도록 증인신문요청서의 유효한 송달이 이루어지지 않았을 것, 관할권 면제는 명시적으로 포기할 필요가 있는 것, 관할권 면제가 이 사건에는 적용되지 않는 것 등을 주장했다.

항고심에서 연방고등사법법원(STJ) 제4부는 원판결을 지지하고 항고를 각하했다. 이것에 대해서는 판결집 참조.

'1. 관할권 면제의 상대화는 이 법원도 승인하고 있지만, 그것은 민사, 상업 또는 노동관계에 관한 경우만이며, 이 사건과 같이 주권행위를 다루는 경우에는 면제는 여전히 유효하다.

2. 연방고등사법법원(STJ)의 법리에서는 전쟁행위는 주권행위의 표현이라는 것에 비추어 독일연방공화국에 책임을 물을 수 없는 것으로 해 왔다.

3. 항고를 각하한다.'

이의신청이 제기되어 연방고등사법법원(STJ)는 다음과 같이 각하했다.

'1. 이의신청은 민사소송법 제535조 제1호 및 제2호에 규정된 바와 같이 결정 또는 상소심 판결에 불명료, 모순, 생략 또는 심각한 오류가 있는 경우에만 가능하다.

2. 항고가 각하된 것은 전쟁행위는 주권행위의 표현이기 때문에 독일연방공화국에 그 책임을 물을 수 없다는 취지의 연방고등사법법원(STJ)의 확고한 판례에 근거한 것이다.(판례: 2012.9.24.판결 보고판사 Maria Isabel Gallotti, 2009.9.8. 판결 보고판사 João Otávio de Noronha, 2008.5.19.판결 보고판사 Fernando Gonçalves).

이와 같이 원결정의 내용에 관한 주장은 원결정의 이유와 관련성이 없는 데다 명백한 의도적 일탈로 해석되며, 그 주장은 이의신청으로서 부적절하다.

3. 이의신청을 각하한다. '

원고들은 연방헌법 제102조 제3항 a에 따라 특별상고를 제기했다. 그 속에서 원고는 소장과 보통상소에서 제시한 주장을 반복하여, 요컨대 연방고등사법법원(STJ)가 채용한 입장은 아래의 헌법규정을 위반한다고 주장했다.

'a) 독일이 국제조약에 의하여 나치 시대의 전쟁범죄나 인도에 대한 죄가 행해진 장소의 관할권에 따른다고 표명한 것을 고려하면 원판결은 헌법 제5조 제35항을 위반한다.

b) 국제법원이 이미 심판하여 비난한 전쟁범죄나 인도에 대한 죄의 실행은 정당한 주권행위가 아님을 고려하면 원판결은 헌법 제5조 제35항, 제1조 제3항, 제3조 제4항, 제4조 제2항을 위반한다.

c) 관할권 면제에 의한 소송의 종결에 관한 규범적인 규정이 없는 것, 관습규칙은 이미 유럽조약에조차 추월당한 것, 헌법이 제109조 제3항에서 외국이 브라질의 관할권에 따른 절차의 당사자가 될 가능성을 규정하고 있는 것을 포함하여

피고에 적용되는 것을 고려하면 원판결은 헌법 제5조 제2항 및 제109조 제2항을 위반한다.

d) 브라질의 국제관계에 있어서 인권이 우선되어 있으므로, 인권에 반하는 행위에 대한 관할권 면제가 존재할 여지가 없는 것을 고려하면, 원판결은 헌법 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항, 제5항을 위반한다.

e) 헌법이 변호사의 불가결성과 법의 적정절차의 존중을 정하고 있는 이상, 외교관에 의한 공식적인 방어가 없는 채 기록상 사법권의 면제를 주장할 가능성이 있다고 하여 직권으로 관할권 면제를 인정한 원판결과 같은 판결은 존재할 여지가 없고, 원판결은 헌법 제133조, 제5조 제54항을 위반한다.'

연방고등사법법원(STJ)의 고명한 부장관인 Laurita Vaz 판사는 이 연방고등사법법원(STJ) 판례를 인용하여 이 특별상고의 가부를 판단했다.

(a) 공화국 헌법 제5조 제35항 위반을 주장하는 특별상고를 판례(보고판사 Gilmar Mendes 일반적 영향력의 주제339)에서 확립된 입장에 근거하여 각하한다.

(b) 헌법 제5조 제54항 위반을 주장하는 특별상고를 연방최고재판소 판례(보고판사 Gilmar Mendes 일반적 영향력의 주제 660)에 근거하여 모두 각하한다.

(c) 상고 이유를 분석하기 위해서는 이 사건에 적용되는 헌법의 하위규정을 검토할 필요가 있으며, 연방헌법에 대한 위반의 혐의는 단순한 간접적 또는 반사적인 것에 그치므로 헌법 제1조 제3항, 제5조 제2항, 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항 및 제5항, 제109조 제2항, 제133조 위반을 주장하는 특별상고를 각하한다.

상고 이유로 상소인은 원결정에 반박하고 특별상고심에서 제시된 주장을 전면적으로 반복했다.

2017.5.12.자 결정으로 연방최고재판소는 주제 944를 설정하여 기록상 논의된 사항의 일반적 영향력을 인정했다. 결정 개요는 다음과 같다.

'1. 인간의 국제적 권리를 침해하는 주권행위에 관한 외국 국가의 관할권 면제의 범위는 일반적 영향력 체계에 제출할 만한 헌법 문제이다.

2. 이 논쟁은 외국의 주권국가에 관여하는 분쟁을 브라질 사법기관이 심리하고 재판하는 것의 실현 가능성을 정의하는 것이다.

3. 예비적으로 일반적 영향력을 인정한다.'

사건기록에서 논의된 문제의 일반적 영향력을 인식하고 탁월한 보고자인 Edson Fachin 판사는 민사소송법 제5절 제1035조에 따라 국내에서 진행중인 이 문제를 다루는 재판의 모든 절차를 중지하기로 결정했다.

공화국 법무부는 다음과 같은 의견서로 특별상고의 기각을 요구했다.

'1. 제안된 일반적 영향력의 테제(주제 944); 전쟁 상황에서 주권 행사로서 실행되며 배상이 가능한 결과가 발생한 경우, 국제법상의 인권을 침해하는 것이라

고 하더라도 주권행위에 관한 외국의 관할권 면제는 절대적이다.

2. 제2차세계대전 중에 브라질 영내에서 독일 잠수함의 공격에 의해 침몰한 어선의 희생자 유족이 입은 손해에 대해 독일연방공화국에 배상을 명하기 위하여 원판결을 뒤집는 것을 목적으로 헌법 제102조 제3항 a에 따라 제1조 제3항, 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항, 제5항, 제5조 제2항, 제35항, 제54항 및 제133조 위반을 주장하여 특별상고가 제기되었다.

3 관할권 면제의 예외는 주권국가가 행한 행위가 업무관리행위이며, 분쟁의 대상이 순수한 민사, 상업 또는 노동관계에 관한 경우에만 인정된다.

4 주권국가의 관할권 면제는 절대적인 것이며, 주권행위로 간주되는 전쟁시의 무력 공격의 경우에는 예외를 인정하지 않는다. 국제사법재판소의 판례가 있다(국가면제사건 독일 대 이탈리아: 그리스 참가).

5 브라질이 가맹하고 있는 유엔의 사법기관인 국제사법재판소의 판례를 연방 최고재판소가 사건 해결의 근거로 하고, 일반적 영향력 체계의 테제를 확립하는 것은 국제법과 국내법의 조화라는 관점에 일치한다.

6 과거의 무력 분쟁에 있어서 행해진 행위에 대한 배상청구소송에서 주권국가의 관할권 면제를 부정하면 무수한 개인적인 손해배상청구를 사후적으로 발생시킬 가능성이 있다. 이는 오랫동안의 정치적 해결책을 무력화시키고, 무력 분쟁에 참여한 모든 국가에 예측할 수 없는 결과를 초래하고, 평화적 공존에 현저한 악영향을 미칠 위험이 있다.

7 특별상고의 기각을 요구한다.’

문제와 관련성을 고려하여, 연방정부는 amicus curiae로 참가를 요구하고 영에 있는 보고판사 Edson Fachin가 알맞게 이것을 인정했다.

이상이 보고해야 할 사항이다.

장관 각하, 우리는 제2차세계대전 중에 브라질 영내에서 행해진 어선의 침몰과 원고의 조상을 포함한 모든 승무원의 사망을 초래한 행위에 관한 독일연방공화국의 관할권 면제의 여부를 연방헌법의 규정에 비추어 논의하고 있는 항고부대 특별상고를 심리하고 있다.

우선 특별법정의 고명한 부장판인 Laurita Vaz 판사는 헌법 제5조 제35항 및 제54항 위반을 주장하는 특별상고를 고명한 Girmar Mendes 판사가 보고하고 연방최고재판소가 확립한 주제 339와 660의 이해를 바탕으로 적절하게 각하했음을 강조하고 싶다.

그러므로 이 최고재판소의 분석은 남겨진 헌법 문제, 즉 헌법 제1조 제3항, 제5조 제2항, 제3조 제4항, 제4조 제2항, 제4항, 제5항, 제109조 제2항 및 제133조 위반의 문제에 한정되어야 한다고 이해하는데, 이들 조문을 전기하는 것을 용서해 주셨으면 한다.

제1조 제주(諸州), 제시 및 연방직할구의 불가분의 결합으로 구성되는 브라질 연방공화국은 민주적 법치국으로 설립되어 다음과 같은 것을 근거로 한다.

제3항 인간의 존엄.

제3조 브라질연방공화국의 기본적인 목적을 다음과 같이 정한다.

제4항 출신, 인종, 성별, 피부색, 연령에 관한 편견, 기타 어떠한 형태의

차별도 없이 모든 사람의 복지를 추진한다.

제4조·브라질연방공화국은 국제관계에 있어서 다음과 같은 원칙의 지배하에 있는 것으로 한다.

제2항 인권의 존중

제4항 내정불간섭

제5항 국가간의 평등

제5조 모든 사람은 법 앞에 평등하며 어떠한 성질의 차별도 갖지 아니하고 국내에 거주하는 브라질인 및 외국인에 대하여는 다음 규정에 있어서 생명, 자유, 평등, 안전 및 소유권의 불가침이 보장된다.

제2항 어떤 사람도 법에 의하지 않고 무언가를 하거나 하지 않는 것을 강제받지 아니한다.

제109조 연방법원판사에는 아래와 같은 소송을 하여 재판할 권한이 속한다.  
제2항 외국 또는 국제조직과 시 또는 브라질에 거주하는 자 사이의 소인.

제133조 변호사는 사법행정에 불가결한 것이며, 그 직업실행에 있어서의 행위 및 의사표시는 법률의 범위 내에서 불가침으로 한다.

역사적으로 보면, 1988 연방헌법 등장까지 이 최고재판소는 항상 관할권에 대한 외국의 절대면제를 인정하고 있었다.

하지만 단순한 업무관리행위에 대한 재판권의 면제를 상대화하고 그러한 보호는 주권행위에 대해서만 존재한다는 국제적인 경향에 따라 연방최고재판소는 ACi9696 판결에서 다음과 같은 취지에서 노동관계를 원인으로 하는 경우의 면제를 제외했다.

'노동사건에 있어서는 외국의 국가면제는 부정된다. 원칙적으로 1988 연방헌법(제114조)의 시행 후에 제소된 경우에는 노동법원이 심리하고 판단하여야 한다. 하지만 이 사건은 연방헌법 제125조 제2항과 헌법경과조치법 제27조 제10항, C.E.N1/69에 비추어 연방법원이 계속 관할한다. 제1심 연방판사에 의해 인정된 국가면제를 부정하기 위하여 연방최고재판소가 인정하고 선고하는 통상적인 환송은 이 사건의 판결에 있어서도 권리로서 인정되어야 한다.' (전원합의체 1989.5.31 판결, 보고판사 Sydney Sanches)

여기서 현명한 Francisco Rezek 판사의 의견을 강조하는 것이 중요하다.

'(...)전원합의체가 반복해서 언급해 온 낡고 강고한 국제 공법의 관습 규칙이 1970대에 존재하지 않게 되었다. 1972, 국가면제에관한유럽협약이 체결되었다(바젤, 1972.5.16.). 이 협약은 유사한 기원을 가진 여러 문서와 같이 궤변적인데, 아마도 독자는 면제될 것과 그렇지 않은 것, 즉 체약국이 주권행위의 영역에 있다고 이해된 것과 단순한 업무관리행위의 영역에 있다고 이해된 것의 사이에 그려

진 경계의 철학적 기초를 찾아내지 못할 것이다. ‘

따라서 위 판결과 같이 외국 국가가 국내 노동자와 맺은 고용계약과 같은 단순한 업무관리행위에 대해서는 이 최고재판소는 더 이상 외국에 관할권 면제를 인정하지 않는 것은 확실하다.

하지만 이 사건에서 싸워져 있는 전쟁행위를 포함한 주권행위에 대한 관할권 면제는 주권 국가 간의 국제균형을 위태롭게 하고 브라질과 피고 국가의 외교관계 안정을 직접적으로 위태롭게 한다는 폐해 밑에서 여전히 강고하다.

이 이해는 원판결이나 다른 판결에서도 연방고등사법법원(STJ)에 의해 충실히 지켜졌다.

또한 국제기관의 관할권에 대한 면제에 대해 이 최고재판소는 명시적인 포기에 의해서만 배제할 수 있다는 취지의 이해를 고정하고 있는 것도 강조해 둔다.

참고로, 일반적 영향력의 주제 947(보고판사 Luiz Fux)에서 확립된 테제를 참조한다.

‘브라질이 서명하고 브라질의 법질서에 통합된 조약으로 관할권 면제를 보증한 국제기관에 대해서는 그러한 면제를 명시적으로 포기한 경우를 제외하고는 재판으로 제소할 수 없다.’

실제로는 이 사건에서는 다른 문제(인권침해를 수반하는 전쟁 중의 주권행위에 대한 국가의 관할권 면제)를 다루고 있지만, 국제기관에는 명시적으로 포기하지 않는 한 관할권 면제가 보증되고 있다고 하면 논리적으로는 주권국가가 명시적으로 포기하지 않는 한 주권행위에 대한 관할권 면제의 특권을 누리는 것도 인정된다고 생각해야 한다.

상소인이 주장을 뒷받침하기 위해 제시한 각국의 판결에 대해서는 각국의 법원에 의해 내려진 이러한 판결은 주권행위에 대한 관할권 면제에 대한 이해가 상대화되어야 함을 인정하는 법적 근거를 밝히지 않았음을 강조하는 것이 중요하다.

이러한 판례는 고립된 사례이며, 그 중 일부는 나중에 재검토되었기 때문에 국제법 질서에 실효적인 새로운 합의가 이루어졌다고 결론을 내리기에 부족하다.

참고로, 상소인들이 제시한 판결에 대한 상세한 분석을 포함하여 이 최고재판소가 현재 논의하고 있는 문제를 다룬 Pedro Guimarães Vieira의 '국가 관할에서의 면제: 브라질 및 국제적인 국가 실행'이라는 논문의 발췌를, 그 명쾌함과 정확함 때문에 인용해 둔다.

‘국가의 관할권 면제는 국제사회가 경험해 온 규범의 진화를 통해 몇 가지 제한을 받아온 국제법의 관습규칙이다.

당초는 절대적인 것으로서 개발되었지만, 무력분쟁의 상황하에서 행해진 것과 같은 국가가 주권적 성격을 나타내는 행위, 즉 주권행위에만 적용되는 규칙으로 변화해 갔다. 그러므로 고용 계약이나 민사 계약 등 사인으로서의 국가 행위는 외국 국내 법정에서 심판하게 되었다.

그런데 일부 학설이나 판사는 국제관습법의 발전에 의하여 주권행위에 대해서도 (i) 소송이 제기된 국가의 영역 내에서 사망, 인신상해 또는 재산에 손해를 준 것, (ii) 유스코젠 규범을 위반한 것, (iii) 피해자가 입은 손해의 보상을 확보하기 위한 마지막 이용 가능한 수단으로서 국내 법정에서 소송을 제기한 것에 대해서는 관할권 면제를 요구할 수 없다고 한다.

관례적인 규칙의 출현이나 변경을 논증하기 위해서는 국내 법원의 실행에다가 법적 확신의 존재, 즉 법원이 그 점에 대한 규칙이 있다고 믿고 있기 때문에 특정한 입장을 채용하고 있다는 견해를 나타낼 필요가 있다. 하지만 이번 경우에는 이러한 요소 중 어느 하나도 아직 충분히 논증되지 않고 있다. (...)

유럽인권법원이 이미 여러 번 지적했듯이, 이 분야의 규범 진화를 보여주는 예는 있지만, 이 분야의 국가 실행은 이 변화가 이미 굳어졌음을 보여주기에 충분히 광범위하고 균일하지 않다고 결론을 내릴 수 있을 것이다. 하지만 단언은 할 수 없지만, 이 분야에서는 이 진화의 과정이 장래적으로 굳어지는 일은 없을지도 모른다.'

Cármén Tiburcio의 결론도 같은 취지이다.

'따라서 일부 예외를 제외하고는 주로 국제법원은 또한 국내 법원도 정도의 차이는 있지만 전쟁 발발 여부에 상관없이, 또한 법정지국에 머무를 허가가 필요한 상황인지 여부에도 상관없이 법정지 국내의 군대가 행한 행위는 현지 사법권에서 면제된다는 전통적인 방향성을 여전히 유지하고 있는 것을 알 수 있다. 즉 외국의 군대가 관여하는 행위에 대해 어떠한 상황에서도 현지 법원의 관할권을 인정하지 않는 경향이 있다.

따라서 외국 군대가 법정지국에서 행한 행위에 대해서는 원칙적으로 절대면제가 여전히 우세하다고 할 수 있다. (...)

또한 비록 전쟁이나 인권침해 상황 하에서 행해진 행위에 한정된다고 하더라도 주권행위를 행한 타국의 관할권 면제를 제외하는 가설을 사법이 세워져 테제를 작성한 경우, 그것은 바로 적극적 입법자로서 행동하는 일이며, 연방헌법 제2조의 규정에 직접 위반하는 것을 강조하고 싶다.

이상의 관점에서 나는 특별상고를 기각하고 일반적 영향력의 주제 944의 테제를 아래와 같이 제안한다.

'전쟁 상황에서 행해진 것을 포함하여 주권행위에 대한 외국의 관할권 면제는 명시적으로 포기되지 않는 한 절대적이다.'

이상이 나의 의견이다.

전원합의체

## 의사록에서 발췌

결정. 독일연방공화국의 관할권 면제를 부인하고, 본안을 해결하지 않고 이 사건을 각하한 판결을 취소하기 위한 특별상고를 인정하는 Edson Fachin 판사(보고자)의 투표 후, Rosa Weber, Dias Toffoli, Carmen Lúcia 의 각 판사가 참가하여 '인권을 침해하고 외국이 행한 불법행위는 관할권 면제를 누리지 않는다'라는 테제(일반적 영향력의 주제 944)를 제안했다. 주권행위에 속하는 행위의 경우 외국에 절대적인 관할권 면제를 인정한 연방고등사법법원(STJ) 판결을 지지하고 특별상고의 기각을 주장하는 Gilmar Mendes 판사의 투표, 상고를 기각하고 '전쟁 중에 행해진 주권행위로 간주되는 행위에 대한 외국 국가의 관할권 면제는 비록 인권침해가 문제로 되어도 절대적인 것이다.'라는 테제를 제안하는 Marco Aurélio 판사의 투표 후, Alexandre de Moraes 판사는 사건 기록에 대한 액세스를 요청했다. 2021.2.19부터 2021.2.26까지의 가상 전원합의.

결정. 재판소는 다수결로 보고판사의 의견에 따라 일반 영향력의 주제 944를 고려하여 특별상고를 인정하고 독일연방공화국의 관할권 면제를 부인하고 본안을 해결하지 않고 이 사건을 각하한 판결을 취소하고 '인권을 침해하며 외국이 행한 불법행위는 관할권 면제를 누리지 않는다'라는 테제를 확립했다. Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, Luiz Fux (장관) 및 지난 합의에서 투표한 Marco Aurélio의 각 판사가 반대했다. 전원합의체, 가상 합의 2021.08.13~2021.08.20

구성. Luiz Fux (장관), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

전원합의체최고 고문

[→ HOME](#)