

2019년 신진학자학술대회 국제법의 새로운 쟁점

2019년 3월 23일(토) 13:00~18:00
중앙대학교 법학관 대강당(207호) 및 모의법정(208호)

공동주최



대한국제법학회



중앙대학교 법학연구원

2019년 신진학자학술대회

국제법의 새로운 쟁점

| 일시 | 2019년 3월 23일(토) 13:00~18:00

| 장소 | 중앙대학교 법학관 대강당(207호) 및 모의법정(208호)

※ 제2부(대강당)와 제3부(모의법정)는 동시에 진행됩니다.

※ 학술대회 폐회 후에는 저녁 만찬이 준비되어 있습니다.

※ 학술대회 일정은 당일 사정에 따라 변동될 수 있습니다.

13:00~13:30	등록
13:30~13:40	개회사 이성덕 대한국제법학회 회장 중앙대학교 법학연구원 원장
13:40~13:50	사진촬영 및 장내정리

제1부 4차 산업혁명시대의 신기술과 국제법

🗣️ 사회 제성호 (중앙대학교 교수)

13:50~15:10	제1발표 자율무기체계의 국제법적 허용성과 규제방안 발표 박문언 (한국국방연구원 현역연구위원) 토론 이용호 (영남대학교 교수)
	제2발표 자율무기시스템(AWS)에 대한 국제법적 규제 : 새로운 협약도입의 필요성을 중심으로 발표 김자희 (변호사, 광주서구의회 전문위원) 토론 김성원 (원광대학교 교수)
15:10~15:30	휴식

제2부 국제투자법 · 국제경제법의 새로운 쟁점

사회 성재호 (성균관대학교 교수)

15:30~17:30	제1발표 TBT협정과 국제표준의 정의에 대하여 : 연혁적 고찰을 중심으로 발표 김경우 (연세대학교 SSK기후변화와 국제법연구센터 연구교수) 토론 최원목 (이화여대 교수)
	제2발표 공기업의 행위에 따른 국제투자중재 인적관할권 성립 문제 : 중재 피신청인을 중심으로 발표 장석영 (고려대학교 스페인라틴아메리카연구소 연구교수) 토론 김대원 (서울시립대 교수)
	제3발표 Linking the International Investment Law Standard of Fair and Equitable Treatment to Climate Change-related Measures 발표 Odilov Parviz (연세대학교 법학박사) 토론 이길원 (충남대학교 교수)

제3부 국제인권법 · 국제해양법의 새로운 쟁점

사회 홍성필 (연세대학교 교수)

15:30~17:30	제1발표 국제법상 외국인 추방의 한계 발표 이재강 (헌법재판소 헌법연구관) 토론 황필규 (변호사 공익인권법재단 공감)
	제2발표 식량권과 특허권의 충돌에 대한 해결방안 연구 발표 이인혜 (한국지식재산연구원 선임연구원) 토론 오승진 (단국대학교 교수)
	제3발표 북극해에 대한 국제법규범체계의 실효성 확보방안에 대한 검토 발표 김민경 (고려대학교 박사) 토론 서원상 (극지연구소 책임연구원)
17:30~18:00	종합토론

인사말

존경하는 학회원 여러분,

긴 겨울이 지나가고 꽃소식과 함께 만물이 소생하는 봄이 오는가 하더니, 3월이 시작하면서 꽃샘추위와 미세먼지로 가득 찬 날들이 며칠째 계속되어 걱정이 많습니다. 순조롭지 않은 날들 가운데서도 모두들 평안하시기를 바랍니다.

우리 학회가 가장 사랑할 만한 2019년도 첫 번째 학술대회를 정성들여 준비하여 오늘 개최합니다. 매년 3월에 개최하는 신진학자 학술대회는 우리 학회의 오랜 전통으로 최근에 경향 각지에서 박사학위를 취득한 年富力強하면서도 신진기예를 갖춘 학자들이 자신이 제출한 박사학위논문의 일부를 학회원들 모두에게 소개하는 행사입니다. 신진학자 학술대회의 발표 논문들은 우리 국제법학계의 최근 연구동향 및 연구수준과 우리 국제법학계의 미래를 예측하게 해주는 가늠자 역할을 한다고 생각합니다.

2019년도 신진학자 학술대회는 “국제법의 새로운 쟁점”이라는 대주제하에서 모두 여덟 분의 발표논문으로 구성되어 있습니다. 전체세션에서는 박문언 박사와 김자희 박사께서 자율무기체제와 관련한 국제법적 문제에 대하여 발표를 해주실 것입니다. 제4차 산업혁명 시대가 도래 하면서 군사 분야에 도입된 기술들로 인한 새로운 법적 규율에 대하여 논의할 것으로 생각됩니다. 제2세션에서는 김경우 박사, 장석영 박사, Odilov Parviz 박사께서 TBT협정 관련 법적 문제, 국제투자중재와 관련한 문제 및 기후 변화 관련 조치와 연계된 법률문제, 즉 넓게 보면 국제경제법 및 국제투자법 문제에 대하여 새로운 논의거리를 제공할 것으로 예상됩니다. 마지막으로 제3세션에서는 이재강 박사, 이인혜 박사, 김민경 박사께서 외국인 추방과 관련한 국제법적 문제, 식량권과 관련한 국제법적 문제, 북극해와 관련한 국제해양법 문제 등에 대하여 논의할 것입니다. 오늘 학술대회에서는 전통적인 국제법 문제에서 오늘날 새로이 논의되는 문제까지 광범위하게 다룰 것으로 예상됩니다. 오늘의 발표와 토론을 바탕으로 더욱더 진전된 연구가 이루어져 우리나라 국제법 학계가 여러 신진학자들에 의하여 깊이와 넓이 양면에서 더욱더 깊어지고 넓어져서 크게 발전할 수 있기를 기대합니다.

오늘 참석하신 모든 분들, 특히 발표자, 사회자, 토론자 분들께 깊이 감사드리면서 인사의 말씀에 갈음하겠습니다. 감사합니다.

대한국제법학회 회장 **이성덕** (중앙대학교 법학전문대학원 교수)

Contents 목 차

제 1 부 4차 산업혁명시대의 신기술과 국제법 | 사회 : 제성호(중앙대학교 교수)

- ☞ 제1발표
자율무기체계의 국제법적 허용성과 규제방안 9
 - 발표 박 문 언 (한국국방연구원 현역연구위원)
 - 토론 이 용 호 (영남대학교 교수)

- ☞ 제2발표
자율무기시스템(AWS)에 대한 국제법적 규제 : 새로운 협약도입의 필요성을 중심으로 35
 - 발표 김 자 희 (변호사, 광주서구의회 전문위원)
 - 토론 김 성 원 (원광대학교 교수)

제 2 부 국제투자법·국제경제법의 새로운 쟁점 | 사회 : 성재호(성균관대학교 교수)

- ☞ 제1발표
TBT협정과 국제표준의 정의에 대하여 : 연혁적 고찰을 중심으로 67
 - 발표 김 경 우 (연세대학교 SSK기후변화와 국제법연구센터 연구교수)
 - 토론 최 원 목 (이화여대 교수)

- ☞ 제2발표
공기업의 행위에 따른 국제투자중재 인적관할권 성립 문제 : 중재 피신청인을 중심으로 91
 - 발표 장 석 영 (고려대학교 스페인라틴아메리카연구소 연구교수)
 - 토론 김 대 원 (서울시립대 교수)

- ☞ 제3발표
Linking the International Investment law standard of Fair and Equitable Treatment to climate change-related measures 111
 - 발표 Odilov Parviz (연세대학교 법학박사)
 - 토론 이 재 민 (서울대학교 교수)



☞ 제1발표

국제법상 외국인 추방의 한계 135

- 발표 이 재 강 (헌법재판소 헌법연구관)
- 토론 황 필 규 (변호사 공익인권법재단 공감)

☞ 제2발표

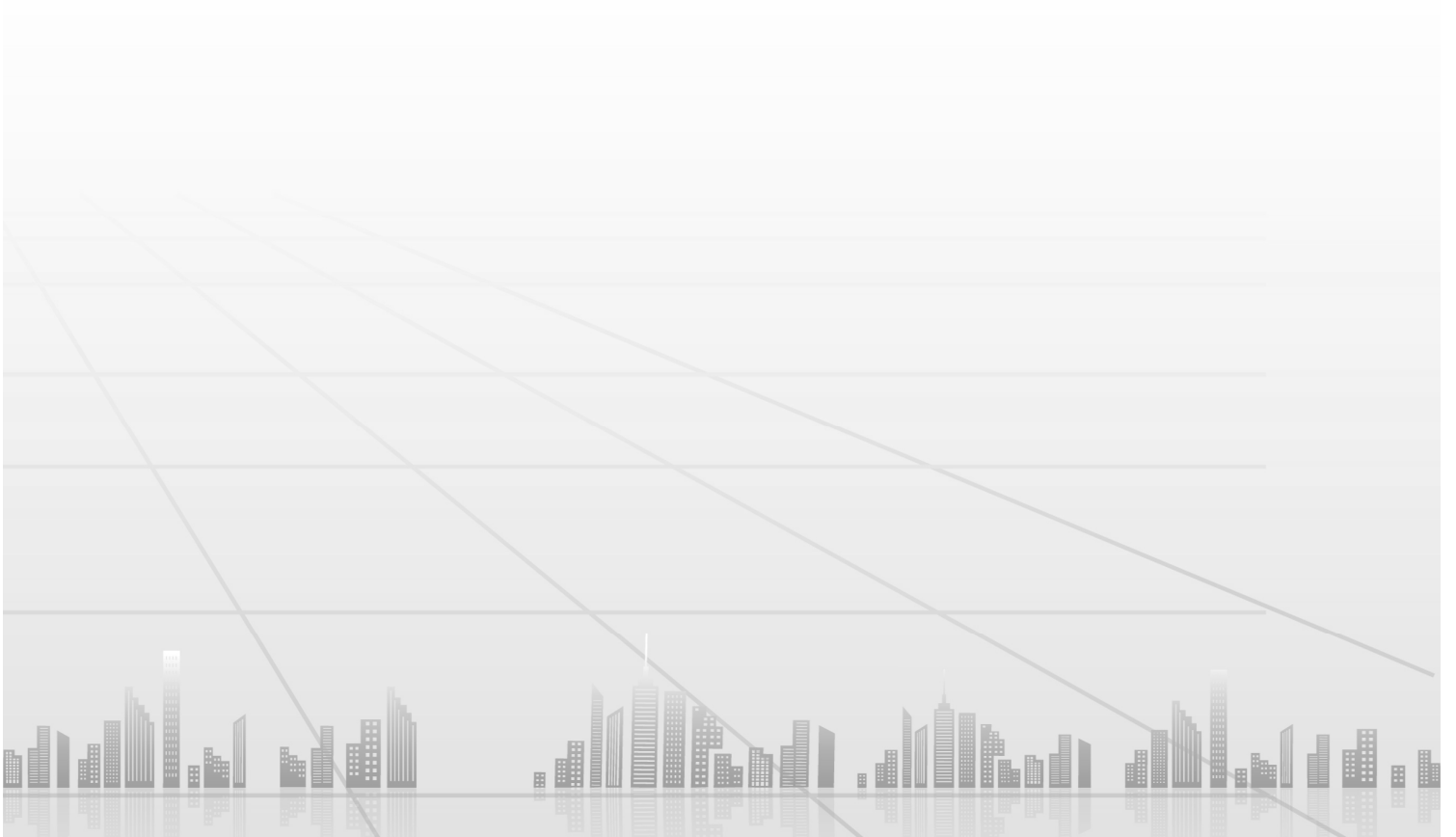
식량권과 특허권의 충돌에 대한 해결방안 연구 159

- 발표 이 인 혜 (한국지식재산연구원 선임연구원)
- 토론 오 승 진 (단국대학교 교수)

☞ 제3발표

북극해에 대한 국제법규범체계의 실효성 확보방안에 대한 검토 187

- 발표 김 민 경 (고려대학교 박사)
- 토론 서 원 상 (극지연구소 책임연구원)



제1부 제1발표

자율무기체계의 국제법적 허용성과 규제방안

- 발표 **박문언** (한국국방연구원 현역연구위원)
- 토론 **이용호** (영남대학교 교수)

자율무기체계의 국제법적 허용성과 규제방안

박 문 언*

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 자율무기체계의 개념과 범위
 - 1. 자율과 자동의 구분과 자율성의 단계
 - 2. 자율무기체계의 개념에 대한 다양한 입장과 문제점
 - 3. 자율무기체계의 개념 정립
- III. 자율무기체계의 국제법적 허용성과 허용범위
 - 1. 무기 자체로서의 적법성과 법적 책임의 문제
 - 2. 국제인도법상 구별성의 원칙 준수 가능성
 - 3. 국제인도법상 비례성의 원칙 준수 가능성
- IV. 자율무기체계 사용에 따른 로마규정상의 책임
 - 1. 로마규정 제28조의 책임 성립여부
 - 2. 로마규정 제25조의 책임 성립여부
- V. 결 론

I. 문제의 제기

국제법상 자율무기체계에 대한 확립된 개별 조약이나 국가 사이의 관행이 없는 상황에서, 과학기술의 발전이 무기체계로 이어져 인간의 조작 없이도 스스로 판단하고 작동하는 자율무기체계를 개발하고 실전에 배치하는 것에 대해 국제적인 논의가 활발하다. 기존의 국제법으로 이를 규율할 수 있는지, 아니

* 한국국방연구원 현역연구위원

면 이러한 자율무기체계 자체가 기존의 국제법에 위반되므로 사용이 금지되어야 하는지의 문제가 계속적으로 다루어지고 있다. 이 시점에서 우선적으로 결정되어야 하는 것은 과연 ‘자율무기체계’가 무엇인가 하는 것이다. 자율무기체계의 개념이 전제되어야 자율무기체계가 국제법상 적법한 무기체계인지, 어느 정도까지 개발이나 사용이 허용될 수 있는지, 범죄의 결과가 발생한 경우 관련자들이 어느 범위까지 처벌될 수 있는지 검토가 가능할 것이다. 따라서, 먼저 국제사회에서 논의되고 있는 자율무기체계의 개념부터 정리하고 나서 자율무기체계가 국제법적으로 허용될 수 있는 무기체계인지, 허용되더라도 어느 범위까지 허용될 수 있는지와 인간 관련자들의 민·형사상의 책임에 대해 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 자율무기체계의 개념과 범위

1. 자율과 자동의 구분과 자율성의 단계

자율무기체계를 논하기에 앞서 ‘자동’과 ‘자율’의 차이점을 구분할 필요가 있다. 일반적으로 ‘자율성(autonomy)’이라는 것은 자신에 의해 통제되는 가운데 자신의 행동에 대해 책임을 지는 것을 말한다. 인공지능을 장착한 로봇의 경우 장차 인간의 통제가 없어지고 로봇 자신에 의한 통제를 의미한다.¹⁾ 이와 대비되는 개념으로 ‘자동화(automation)’는 인간의 노동을 대신하는 기계적 또는 전기적 장치에 의해 자동적으로 기구, 절차, 시스템이 통제되는 것²⁾을 말한다. 이 논문에서 논의할 무기는 자동화된 무기가 아니고 자율성을 가지는 무기체계이다.

일반적으로 자율화 단계와 관련하여 Thomas Sheridan은 인간이 모든 것을 행하는 1단계부터 컴퓨터가 인간을 완전하게 무시하고 모든 것을 결정하여 자율적으로 행동하는 10단계까지 범주형 선형축도로 자율화의 단계를 구분하였다.³⁾ Eric Scholes은 자율화의 단계를 인간행동 결정의 모델인 OODA loop⁴⁾의 개념을 접목하여 11단계로 구분하였다.⁵⁾ 한 사람의 조종사가 다수의 무인기나 무인체계를 조종할

1) Noorman, Merel, and Deborah G. Johnson. “Negotiating Autonomy and Responsibility in Military Robots.” *16 ETHICS & IT TECH*, pp. 51~52.

2) “Automation.” *Merriam-Webster Online Dictionary*, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/automation> (최종방문 2019. 1. 20.).

3) Parasuraman, Raja, et al. “A Model for Types and Levels of Human Interaction with Automation.” *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics -Part A: Systems and Humans*, Vol. 30, No. 3, 2000, p. 287; Sheridan, Thomas B., and William L. Verplank. “Human and Computer Control of Undersea Teleoperators: Technical Report.” Massachusetts Institute of Technology, 1978, pp. 8-17~19 (1단계는 컴퓨터는 지원하지 않고 인간이 모든 것을 하는 단계, 5단계는 인간이 승인하면 컴퓨터가 자신의 제안을 실행하는 단계, 9단계는 컴퓨터가 인간에게 통보를 해야겠다고 판단을 한 경우에만 인간에게 통보하는 단계, 10단계는 컴퓨터가 인간을 무시하고 완전하게 자율적으로 행동하는 단계이다).

4) Coram, Robert. Boyd; *The Fighter Pilot Who Changed the Art of War*, Backbay Books, 2002, pp. 334~335, 344 [John Boyd는 인간의 결정과정을 4단계로 나누어 설명하였는데, 관찰(observe), 판단(orient), 결정(decide), 행동(act)이 그것이다].

5) Sholes, E. “Evolution of a UAV Autonomy Classification Taxonomy.” IEEE Aerospace Conference, Big Sky, MT, USA,

수도 있다는 것을 전제로 하고 있다.⁶⁾ NATO의 산업조연자 그룹은 자율화를 4단계로⁷⁾, Peter Singer는 5단계로⁸⁾ 구분하였다. Peter Singer는 인간의 통제권 보유문제도 하나의 고려 요소이지만 로봇이 세상과 어떻게 관계를 맺는가, 로봇이 세상에 관해 나름대로의 모델을 세우고 이 모델을 이용해 세상 속에서 자체적으로 작동될 수 있는지를 중요하게 바라보았다.⁹⁾ 뒤에서 구체적으로 살펴겠지만 실질적으로 자율무기체계 해당 여부를 판단함에 있어, 자율화 단계가 중요한 것이 아니다. 미국 국방성의 Defense Science Board Task Force도 기계 자체의 자율단계보다 인간과의 상호 협력관계를 통해 기능적 자율성이 어느 정도인지 검토하는 것이 보다 타당하다고 보았다.¹⁰⁾ 참고로 이 논문에서 검토하는 것은 개별적인 무기가 아니고 미사일 시스템에 있어 미사일 발사체나 탄두와 같은 물리적 하드웨어나 전자적, 기계적 또는 컴퓨터 시스템의 구성품 및 이를 운영하는 소프트웨어를 포함하는 전체¹¹⁾로서의 무기체계임을 언급하고자 한다.

2. 자율무기체계의 개념에 대한 다양한 입장과 문제점

1) 자율무기체계에 대한 국제적 논의

Philip Alston이 2010년 유엔총회에 제출한 보고서¹²⁾를 통해 살상로봇 기술의 문제점을 제기한 이후, 2013년 유엔총회의 특별보고자인 Christof Heyns는 자율무기체계의 개념을 정의하였다. 인간 운영자에 의한 더 이상의 개입 없이 작동된 이후 독자적으로 표적 선정이나 공격을 실행할 수 있는 자율살상로봇(Lethal Autonomous Robotics)이나 로봇무기체계(Robotic Weapon Systems)를 언급하였다. 자율무기체계에 있어 중요한 요소는 표적 선정과 살상무기의 공격에 있어 로봇의 자율성이라고 하였다.¹³⁾ 국제적십자위원회(ICRC)나 인권감시기구(Human Rights Watch) 등을 포함한 수많은 비국가단체와

2007, p. 3.

6) *Ibid*, p. 12 (Pioneer는 0단계, Predator는 1단계, Global Hawk는 2단계로 보고 있다).

7) William, Andrew P. "Definition Autonomous in Systems: Challenges and Solutions." *Autonomous systems: Issues for Defence Policymakers*, edited by Andrew P. William, et al., NATO Headquarters Supreme Allied Commander Transformation. pp. 40~52 [원격조정 시스템(remotely controlled system), 자동화된 단계(automated system), 학습능력이 없는 자율화 단계(autonomous non-learning system), 스스로 학습하는 자율체계(autonomous self-learning system)로 구분하였다].

8) Singer, Peter Warren. *Wired for War: The Robotics Revolution and Conflict the 21st century*. Penguin Press, 2009, p. 74 [로봇무인항공기에 있어 자율성의 정도를 인간지원(human-assisted), 인간위임(human-delegation), 인간감독(human-supervised), 혼합주도(mixed-initiative), 완전자율(fully autonomous)의 개념으로 구분하였다].

9) *Ibid*.

10) DoD Defense Science Board. "The Role of Autonomy in DoD Systems." Task Force Report, July 2012, p. 54.

11) 「국방전력발전업무훈령」에서는 주어진 임무유형과 운용형태를 수행하거나 지원할 수 있는 품목, 결합체, 숙련도, 그리고 기술이 합쳐진 구성체를 말한다고 규정하고 있다([별표 1] 용어의 정의, 238. 체계).

12) Alston, Philip. "Interim Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions." UN Doc. A/65/321, 2010.

13) Heyns, Christof. "Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions." Report on Lethal Autonomous Robots, Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/23/47, 9 Apr. 2013, pp. 7~8.

학자들이 자율살상무기체계에 대한 개념을 제시하였다. 이하에서는 특정재래식무기금지협약¹⁴⁾기구에서 개별국가들이 제시한 내용을 중심으로 필자의 개념을 정리하였다.

2) 자율무기체계의 국가별 개념

미국 국방부훈령(DoDD 3000.09)은 정의규정에서 자율무기체계란 “일단 작동된 이후 더 이상 인간 운영자의 개입 없이 표적을 선정하고 공격할 수 있는 무기체계”를 의미한다고 명시하고 있다. 이러한 자율무기체계는 인간에 의해 작동의 중단이 인정되는 인간감독 자율무기체계(human-supervised autonomous weapon systems)를 포함한다.¹⁵⁾ 반면 일단 작동되었다 하면 오로지 인간 운영자에 의해 선정된 개별적 표적이나 특별한 표적 집단을 공격하는 무기체계인 반자율무기체계(semi-autonomous weapon systems)를 제외하고 있다. 네덜란드는 자율무기체계의 개념과 관련하여 일단 발사된 이상 무기가 인간에 의해 중지될 수 없다는 인식하에 개념을 규정하고 있다. 무기가 발사된 이후, 사전에 설정한 표적의 범주와 일치하는 목표(targets matching certain predefined criteria)를 인간의 개입 없이 선정(select)하고 교전(engage)하는 무기를 자율무기체계라고 본다.¹⁶⁾ 미국의 자율무기체계 개념과 달리 인간이 무기의 사용을 중지할 수 있는 인간감독 자율무기체계에 해당하는지 여부는 자율무기체계의 개념에서 별도로 논의하지 않고 있다. 스위스는 자율무기체계 개념과 관련 있는 긍정적 요소(via positiva)로 표적처리 절차에서 핵심적인 기능과 기계와 인간의 관계 및 책임의 문제를 언급하였다. 부정적 요소(via negativa)로 무기체계의 살상성(lethality)은 전제조건이 아니고, 자율성 또한 관련된 용어이기는 하지만 자율성의 정도가 자율무기체계를 특징짓는 것은 아니라고 하였다.¹⁷⁾ 작동된 이후의 중단 문제도 자율무기체계가 작동하는 당시에 어떤 기능을 하는지와 관계가 없으므로 전제 개념에 해당하지 않는다고 하였다. 특히 자기학습능력과 관련하여 그러한 단계에 이르지 못한 무기체계도 자율적으로 관련 임무를 이행할 수 있는 경우가 있어 개념적 요소가 아니라고 보았다.¹⁸⁾

러시아는 자율무기체계는 군사적 임무를 수행하거나 지원하기 위해 인간 운영자에 의해 원격으로 조정되거나 자율적으로 운행 또는 양자의 방식이 혼합된 경우로 탄약(munition)을 제외한 무인의 기술적 장비를 의미한다고 보고 있다.¹⁹⁾ 영국은 자율무기는 높은 수준의 의도와 목표를 이해할 수 있는 시스템으로 인간의 감독이나 통제 없이 환경을 이해하거나 인지하여 수많은 대안들 중에서 행동해야 할 방

14) 정식명칭은 The Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons인데 이하에서 “CCW”라 한다.

15) DoDD 3000.09, Autonomy in Weapon Systems, Glossary, Part II Definition, Autonomous Weapon System, p. 13.

16) Netherlands. “Examination of Various Dimensions of Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems in the Context of the Objectives and Purposes of the Convention.” 2017, CCW/GGE. 1/2017/WP. 2, para. 5.

17) *Ibid*, p. 4.

18) *Ibid*, p. 5.

19) Russian Federation. “Russia's Approaches to the Elaboration of a Working Definition and Basic Functions of Lethal Autonomous Weapons Systems in the Context of the Purposes and Objectives of the Convention.” CCW/GGE. 1/2018/WP. 6, Apr. 2018, p. 2, para. 2, (a).

향을 결정할 수 있는 것을 말한다고 하였다.²⁰⁾ 프랑스는 자율살상무기체계를 완전자율체계(fully autonomous system)라고 하면서 현재에 이러한 무기체계가 존재하지 않는다고 보고 있다. 군 지휘부의 지휘통제나 통신이 완전하게 차단되어 전체적으로 인간감독이 부재하는 무기체계를 자율살상무기체계라고 말한다.²¹⁾ 중국은 자율무기체계의 개념에 대해 ① 인간에 대한 살상력을 가지고, ② 임무 수행 전체 과정에 있어 인간의 개입이나 통제가 존재하지 않으며, ③ 작동된 이상 인간이 종료시킬 수 없어야 한다고 하였다. 이와 더불어 ④ 조건이나 시나리오, 표적에 상관없이 무차별적인 살상을 발생시키고 ⑤ 외부 환경과의 상호작용을 통해 자율적인 학습을 함으로써 자신의 기능과 능력을 확대할 수 있는 발전성(evolution)이 있어야 한다고 주장하였다.²²⁾ 이러한 중국의 자율살상무기체계 개념은 완전자율살상무기체계를 의미하는 것으로 킬러로봇처럼 그 개념적 범위가 상당히 축소되어 있다.

앞에서 본바와 같이 자율무기체계의 개념은 국가별로 동일하지가 않다. CCW 정부전문가그룹회의(Group of Government Experts: GGE) 회의에서 자율살상무기체계와 자율무기체계라는 용어가 혼용되어 사용되었는데, 양자의 개념이 상호 교환 가능하다는 전제하에서 각 국가별 자율무기체계의 범위를 도식화하면 [그림 1]과 같다.

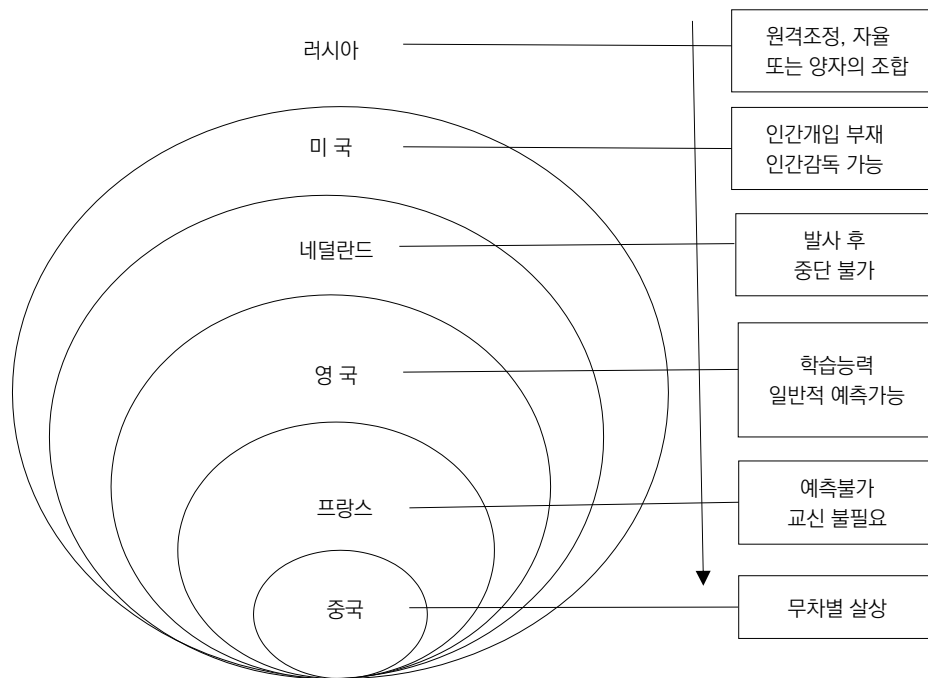


그림 29 국가별 자율무기체계의 범위 도식화

20) UK, Ministry of Defence. *Joint Doctrine Publication 0-01. 1: UK Supplement to the NATO Terminology Database*. 2018, p. A-2.

21) France. "Characterization of a LAWS." Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems." 11~15 Apr. 2016.

22) China. "Position Paper." CCW/GGE. 1/2018/WP. 7, para. 3.

3) 자율무기체계 개념의 문제점

자율무기체계에 있어 고려할 요소는 모든 자율무기체계는 처음 배치 후 작동이 인간에 의해 이루어진다. 작동 후 자율성을 가지고 있다 하더라도 인간이 수동, 반자동, 자동, 긴급모드 등의 여러 형태 중 어떤 모드로 운영하느냐에 따라 자율무기체계가 될 수도 있고 아닐 수도 있는 문제점을 가지고 있다.²³⁾ 반자율무기체계에 있어서도 인간이 공격에 대한 적극적인 개입이 사실상 어려워 문제되는 경우가 발생한다.²⁴⁾ 자율무기체계의 판단이 나노초 단위로 이루어지는 반면 인간은 컴퓨터와 같이 시간적으로 이러한 판단을 전혀 할 수 없을 것이다.²⁵⁾ 이 과정에서 인간 운영자는 무기체계의 결정에 대해 형식적인 승인만을 하는 거수기에 불과할 수도 있는 상황이 존재한다면, 이는 자율무기체계와 전혀 다를 바가 없어지는 것이다.²⁶⁾

3. 자율무기체계의 개념 정립

무기체계의 공격이 외부조건에 대한 자동적인 선택이 아니고 무기체계 자체가 인간의 개입 없이 자체 판단에 의해 인간이 선정한 목표물을 공격을 한다면 이를 자율무기체계로 보아야 한다. 그렇다면 표적 선정의 일반성으로 인해 표적 선정에 있어 무기체계 자체의 자율성이 있는지 여부에 대해서 굳이 따질 필요도 없어질 것이다. 다만 자율무기체계 개념에 있어 고려해야 할 사항은 교전에 있어 인간이 개입하지 않는다는 것이 자율무기체계로 인정되기 위한 최소한의 개념요소라는 것이다. 표적 처리 절차에 있어 교전 이외의 다른 부분에 있어서는 자율성을 가지지만 교전에 있어 자율성을 가지지 않는다면 이것은 자율무기체계가 아니다. 반대로 다른 부분은 자율성을 가지지 않고 인간개입이 이루어져도 교전 기능에 있어 자율성이 인정된다면 이것은 자율무기체계이다. 그리고 고도의 자율성으로 인해 자기학습 능력을 가지고, 지휘부와의 교신이 불필요하며, 예측이 불가능한 무기체계도 교전에 있어 자율성을 가진다면 아래 [그림 2]에서 보는 완전자율무기체계인지의 여부는 별론으로 하더라도 자율무기체계에는 당연히 해당한다고 할 것이다.

23) Scharre, Paul. *Army of None: Autonomous Weapons and the Future of War*, W. W. Norton & Company, 2018, pp. 163~164 (이시스 체계는 수동, 반자동, 자동 SM, Auto-Special로 나눌 수 있는데, 반자동은 일부 교전 기능이 자율성을 가지지만 발사 권한이 인간에 부여되어 있다. 자동 SM은 교전 기능이 자율화되어 있지만 인간이 발사 전에 권한을 가진다. Auto-Special 모드에서는 이시스체계가 자율적으로 발사를 하며 인간은 단지 교전을 중지시키기 위해 개입할 수 있을 뿐이다. 각각의 모드는 위협에 따라 혼합적으로 상황에 맞게 사용될 수도 있다).

24) Docherty, Bonnie. "Losing Humanity, The Case against Killer Robots." *Human Rights Watch*, 2012, p. 12.

25) Heyns, *supra* note 13, para. 41,

26) Crotoft, Rebecca. "The Killer Robots Are Here: Legal and Policy Implications." *Cardozo Law Review*, Vol. 36, 2015, p. 1859.

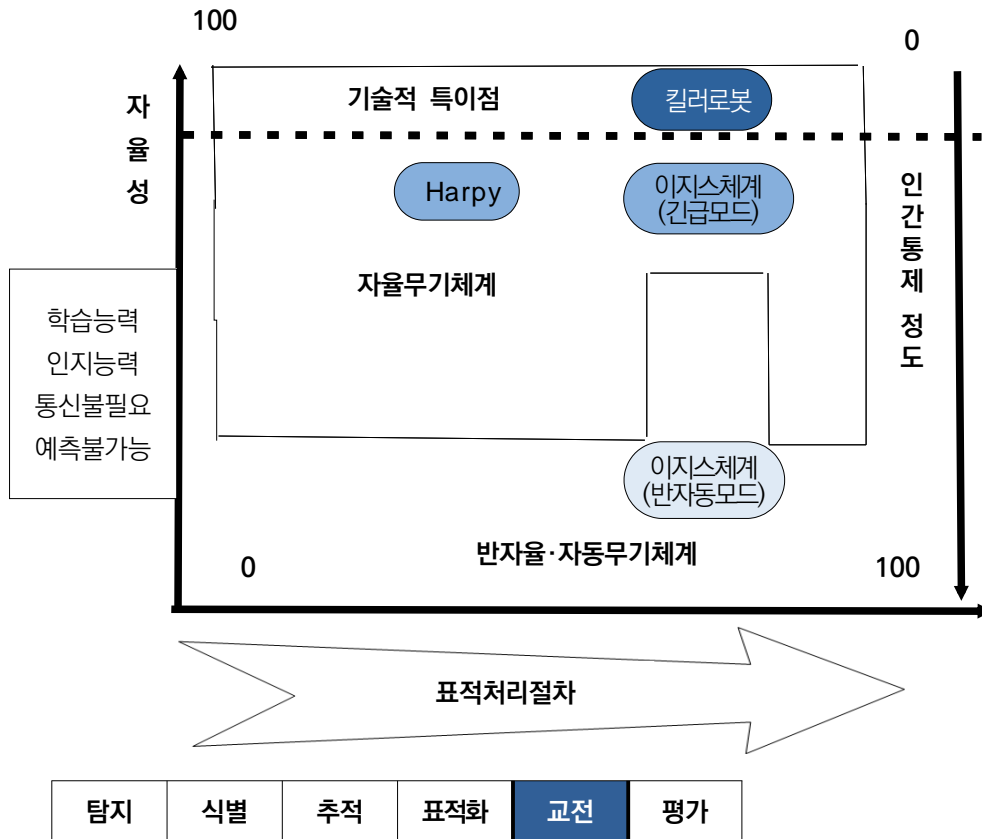


그림 2. 자율무기체계의 종합적 개념 도표

Ⅲ. 자율무기체계의 국제법적 허용성과 허용범위

1. 무기 자체로서의 적법성과 법적 책임의 문제

1) 무기 자체로서의 적법성 문제

무기의 사용 제한은 무기 그 자체가 불법적인 경우와 무기의 사용이 불법적인 경우로 나눌 수 있다.²⁷⁾ 제네바협약 제1추가의정서 제35조 제2항은 무기 자체의 성질상 과도한 상해나 불필요한 고통을 유발하는 무기, 발사체 및 전쟁 수단과 물질의 사용을 금지하였다.²⁸⁾ 이와 더불어 제51조에서는 민간주민에

27) Mezler, Nils. "Legal Implications of Lethal Autonomous Weapons Systems."

[https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/1145C5CF9CDC17BDC1257CD8005DF1E3/\\$file/Melzer_LA_WS_IHL.pdf](https://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/1145C5CF9CDC17BDC1257CD8005DF1E3/$file/Melzer_LA_WS_IHL.pdf) (2019. 1. 7. 최종방문).

28) Department of Defense, *Law of War Manual*, Office of General Counsel, 2016, p. 359 (이러한 원칙은 인도주의에 기인하는 것으로 군사적 필요성에 의해 정당화되는 범위를 넘어서서 피해자들에게 상해와 고통을 가해서는 안 된다는 것을 의미한다).

대한 무차별적 공격을 금지하고 있다. 성질상 무차별적인 살상효과를 야기하는 무기는 국제법상의 비례성 또는 구별성의 원칙에 부합할 수 없기 때문에 원칙적으로 사용이 금지된다.²⁹⁾ 「과도한 상해 또는 무차별적 효과를 초래할 수 있는 특정재래식무기금지협약」은 개별의정서에서 구체적으로 사용이 금지되는 무기를 규정하고 있다.³⁰⁾ ICRC는 공격에 있어 정확성을 가지는 동시에 남용되어 민간인에게 피해를 유발할 수 있는 무기는 그 자체로 금지되는 무기가 아니고 사용되는 수단이나 방법에 의해 제한이 된다고 하였다.³¹⁾ 2017년 CCW 회의에서 미국은 무기의 작동에 있어 자율성이 인정된다고 해서 그 자체로 위법한 것은 아니라고 하였다.³²⁾ 특히 전쟁법은 자율무기체계가 적법한 결정을 하는 것을 요구하는 것이 아니고 단지 이러한 무기가 국제법에 일치되게 사용되어질 것을 요구한다고 하였다.³³⁾ 자율무기체계는 하드웨어인 무기와 이를 운영하는 소프트웨어가 복합적으로 연동하여 작동하는 무기체계이다. 원칙적으로 국제법상 금지되는 무기를 탑재하지 않는다면 사용이 금지되는 무기라고 볼 수 없다.³⁴⁾ 이 논문에서 검토하는 자율무기체계는 국제인도법이나 교전규칙, 심지어는 인간의 윤리원칙³⁵⁾ 까지도 입력된 사전 프로그램에 따라 적법하게 공격을 실행하는 무기체계이다. 경우에 따라 자체의 인지능력과 학습능력을 통해 더욱 철저하게 국제인도법을 준수할 수도 있다는 점을 고려할 때, 킬러로봇과 같이 무차별적인 살상을 행하는 무기체계는 아니라고 할 것이다.³⁶⁾

다만, 국제법상 사용이 금지되지 않은 무기를 탑재하였지만 애초 인간의 의도와 달리 무기체계의 자율성으로 인해 무차별적으로 인간을 살상하는 킬러로봇이 된다면 이는 불법적인 사용으로 인해 금지되어야 할 것이다.³⁷⁾ 즉, 자율무기체계가 그 자체로 위법한 무기가 아니고 자율성으로 인해 국제인도법을

29) John, Finn. "Japan's Balloon Bombs Could Have Done a lot more Damage." 21 Aug. 2016, <https://offbeatoregon.com/1608cT.balloon-bombs.405.html> (2019. 1. 20. 최종방문)(제2차 세계대전 당시 일본은 2년여에 걸친 연구 끝에 1944년 11월 3일 폭탄을 싣고 태평양을 건너 미국으로 이동하여 일정한 시간에 미국 도시나 농장에 폭탄을 투하하는 열기구류 9000여개 정도 날려 보냈는데 이는 명백한 무차별적 무리라 할 것이다).

30) 제1의정서는 탐지 불능의 파편 발생 무기, 제2의정서는 지뢰, 부비트랩 및 기타 장치, 제3의정서는 소이성 무기, 제4의정서는 실명무기, 제5의정서는 전쟁잔류폭발물에 대하여 규정하고 있다. 대인지뢰(anti-personal mine)와 집속탄(cluster munition)에 대해서는 별도의 국제조약이 존재한다.

31) Sandoz, Yves, et al. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, 1987. para. 1402.

32) United States, "Autonomy in Weapon Systems: Submitted by the United States of America." 10 Nov. 2017, CCW/GGE. 1/2017/WP. 6, paras. 4, 6,

33) *Ibid*, paras. 12~14 [이것을 위해서 인간과 기계 사이의 상호 연락이 중요한데 잘 교육된 사용자, 시스템 상태의 지속적인 정보 확인(traceable feedback), 교육된 사용자에게 시스템 기능의 작동이나 정지에 대한 분명한 절차의 제공이 필요하다고 하였다].

34) United State, *supra* note 32, para. 6 (미국도 무기의 운영을 지원하는 자율성은 그 자체로 불법한 것이 아니라고 하였다).

35) Beard, Jack M. "Autonomous Weapons and Human Responsibility." *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 45, 2014, p. 640 (무기 자체의 위법성을 판단하는 핵심적인 문제는 윤리적 인간 대리인의 존재여부가 아니고 국제인도법 준수 여부에 따라 결정하여야 한다).

36) Schmitt, Michael N. "Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics." *Harvard National Security Journal Features*, 2013, pp. 8~9.

37) Sparrow, Robert. "Robots and Respect: Assessing the Case Against Autonomous Weapon Systems." *Ethics & International Affairs*, 30, No. 1, 2016, p. 110 (적에 대한 인간적인 존중의 원칙을 위반하는 것으로 'mala in se' 라고 주장한다); Wallach, Wendell. "Terminating the Terminator: What to Do about Autonomous Weapons." *Science Progress*, 29

위반할 소지가 있기 때문에 문제가 제기되는 것이다.³⁸⁾ 자율무기체계의 사용이 불법적인지 여부는 확정적이지 않고 인간통제와 개입의 정도, 공격의 효과, 공격 중단체계의 유효성, 표적에 대한 공격 등 핵심적인 기능에 있어서 자율성 수준에 따라 달라진다고 할 것이다.³⁹⁾ 이는 자율무기체계 운용에 있어 불법적으로 사용될 가능성이 있는 경우로 자율무기체계 자체의 불법성과 다른 문제이다.

무기의 적법성과 무기 사용과 관련된 사람들의 법적 책임문제는 일정 부분 관련이 있지만 반드시 동일한 것은 아니다. 특히 형사책임의 문제는 죄형법정주의의 원칙을 통해 엄격하게 해석하여야 하는 것이다. 관련자들의 책임이 무기의 적법성 요건이라면 무기 사용으로 인해 위법한 결과가 발생한 경우 관련자들은 모두 처벌되어야 한다는 결론에 이른다. 이는 형사책임의 대원칙인 죄형법정주의에 위반되는 것이고 국내법상의 헌법원칙에도 반한다고 할 것이다. 무기의 사용으로 인한 결과에 대해 관련자들이 법적 책임을 져야하는 것이 무기의 적법성 요건은 아니다. 하지만 윤리적으로나 도덕적으로 자율무기체계에 대한 일반인의 감정적 저항이 있을 수 있다. 더욱이 자율무기체계와 인간의 상호 협조를 통해 국제인도법 위반 여지를 최소화하고, 관련자에게 잘못이 있는 경우 처벌될 수 있다는 의식을 확립할 필요가 있다. 다음에서 살필 인간통제의 문제는 자율무기체계 사용에 있어 인간의 책임문제를 명확히 하고자 하는 방법 중의 하나일 것이다.⁴⁰⁾

2. 국제인도법상 구별성의 원칙 준수 가능성

1) 사전예방의 원칙 준수가능성

자율무기체계에 있어 사전예방의 원칙⁴¹⁾은 인간통제와 밀접한 관련성을 가지고 있다. 이러한 사전예방 조치는 공격을 계획하는 단계뿐만 아니라 공격에 임박한 경우 및 군사작전을 수행하는 전 과정에 걸쳐 이행되어야 한다.⁴²⁾ ‘의미 있는 인간통제’의 개념과 관련해서도 많은 주장들이 있다. 의미 있는 인

Jan. 2013 (인간이 아닌 기계 자체는 구별이나 비례성의 원칙을 기본적으로 준수할 수 없다고 주장한다).

38) Dunlap, Charles J. Jr. “Accountability and Autonomous Weapons: Much Ado about Nothing?” *Temple International & Comparative Law Journal*, 2016, p. 66 (적법한 무기가 위법한 방법으로 사용될 수 있더라도 그러한 이유만으로 사용의 금지가 인정되지는 않는다).

39) Ulgen, Ozlem. “Definition and Regulation of LAWS.” School of Law, Birmingham City University, Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, Geneva, 9~13 April 2018, para 32.

40) Chengeta, Thompson. “Defining the Emerging Notion of Meaningful Human Control in Weapon Systems.” 49 *N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.* p. 864.

41) 제네바협약 제1추가의정서 제57조는 공격을 계획하거나 결정 또는 군사작전 수행에 있어 민간주민, 민간인 및 민간물자가 위해를 받지 않도록 하기 위해 실행 가능한(feasible) 모든 예방 조치를 취할 것을 규정하고 있다.

42) Boivin, Alexandra. “The Legal Regime Applicable to Targeting Military Objectives in the Context of Contemporary Warfare.” *University Centre for International Humanitarian Law, Research Paper Series No. 2, 2006, p. 35* (제1추가의정서에 의할 때 공격을 계획할 단계부터 군사목표물을 확인하거나 공격 수단 및 방법을 선택할 때와 공격 직전 및 작전수행 중인 시기만을 규정하고 있더라도 예방조치가 그 밖의 다른 시기에 적용되지 않는 것은 아니라고 할 것이다).

간통제가 인정된다는 것은 자율무기체계의 사용으로 인한 피해를 최소화할 수 있다는 것으로 사전예방 원칙의 다른 측면으로 이해될 수 있을 것이다.⁴³⁾ 결국 사전예방의 원칙은 자율무기체계와 관련하여 크게 3가지 의미를 가진다. 첫째, 국제법 위반의 문제가 발생할 확률이 있다면 언제나 인간이 개입할 수 있도록 자율무기체계를 설계하는 것이다. 둘째, 인간보다 빠른 판단능력을 가진 자율무기체계에 대해 인간이 통제를 할 수 없는 상황을 최소화하는 것이다. 셋째, 자율무기체계의 사용으로 국제법 위반의 결과가 발생한 경우 그 원인을 철저히 분석하고 그 문제점을 확실하게 고쳐나가는 것이다.⁴⁴⁾ 이러한 사전예방은 프로그램 설계단계에서의 조치, 해킹이나 사이버 공격 등의 문제 발생 시 인간통보, 통신이 두절된 경우의 활동 범위 제한, 철저한 시험평가와 사용자 교육, 사용 무기의 제한이나 사전 경고 등을 통해 현재의 자율무기체계에서도 충분히 준수될 가능성이 있다.

최근 국제사회에서 투명성(transparency)을 증대시키기 위한 노력으로 국가 간 상호 정보의 공유나 법적 검토(legal review)의 중요성을 강조하고 있다. 정보의 공유와 관련하여 츠웨인 원칙(Tschwane Principle)⁴⁵⁾ 제9조는 국가안보와 관련된 정보의 비공개를 인정하고 있다. 하지만 제31조에서 안보분야를 감시하기 위한 국내의 독립적인 조직을 설립하여 감독에 필요한 무제한적인 정보접근권을 부여할 것을 규정하고 있다. 기본적으로 유엔이나 협약 자체의 기구에 의한 조사를 인정하는 것이 타당하다. 그러나 국가 사이의 합의가 이루어지지 않는 경우 협약 당사국이 자국법에 의해 엄밀한 조사를 실시하고 국가안보에 위협이 되지 않는 한도에서 관련 절차나 결과를 공개하도록 할 필요성이 있다고 할 것이다.

2) 적대행위에 가담한 민간인의 구별

단순한 물체의 구분에 있어서 최첨단의 외부 인식장비나 지상 15cm의 물체도 정확하게 구분해 내는 위성⁴⁶⁾의 지원을 받는 자율무기체계라면, 인간보다 우월한 관측 능력으로 전투원과 민간인을 명확하게 구분해 낼 것이다. 그뿐만 아니라 자율무기체계는 시각적 정보뿐만 아니라 목소리나 생체인식 정보 등을 구체적으로 추가하고 비교함으로써 외형상 비슷한 쌍둥이 형제의 경우에도 인간보다 좀 더 구별성의 원칙을 철저히 준수해 나갈 수 있는 것이다.⁴⁷⁾

43) Sharkey, Noel. "Towards a Principle for the Human Supervisory Control of Robot Weapons." *Politica & Societa*, 2014, p. 305 (인간통제를 직접적으로 사전예방 조치라고 주장하지는 않았지만 자율성으로 인해 발생할 수 있는 문제에 대응하는 사전예방 조치임을 언급하였다).

44) Chengeta, *supra* note 40, pp. 883~888.

45) The Global Principles on National Security and the Right to Information(Tshwane principle), <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security-10232013.pdf> (2019. 1. 20. 최종방문)(2년 동안 22개 단체와 70여개 국가의 500명 전문가들의 자문을 걸쳐 작성된 국가안보와 알권리에 대한 원칙으로 남아프리카공화국 츠웨인에서 2013년 6월 12일 채택되었다).

46) "Enhanced Imagery System/Improved Crystal/Advanced KH-11." https://janes.his.com/Janes/Display/jsd_0092-jsd (2018. 9. 23. 최종방문).

47) Schmitt, *supra* note 36, p. 11.

하지만 적대행위에 직접적으로 가담하는 민간인이나 이중용도 시설의 구분문제는 여러 가지 정보의 단순한 조합으로 판단을 내릴 수 있는 것이 아니다. 구체적 상황에 따라 무력 행사자의 의도나 무력 행사로 인한 결과의 관련성을 법적으로 또는 개념적으로 판단해야 하는 문제가 선결되어야 한다. 군사 물자의 계획, 생산, 운송 등과 관련된 일반적인 전쟁지원 행위 또는 정보, 군수, 공병, 통신의 전투지원 행위와 행정, 기술, 군수지원과 같은 전투근무 지원행위가 모두 직접적 적대행위에 포함되는지 견해가 대립한다.⁴⁸⁾ 민간인이 지속적으로 적대행위에 가담하는 것이 아니고 일시적으로 적대행위에 가담했다가 다시 원래의 생활로 돌아가서 자신의 삶을 계속하는 패턴이 반복되는 경우도 국제인도법상 소위 “회전문 이론(revolving door)”의 적용과 관련하여 문제된다. 그리고 자발적으로 충돌당사국 일방의 군사적 목적물을 보호하기 위해 의도적으로 군사지역에 위치한 민간인의 경우도 견해가 대립한다.⁴⁹⁾ 또한 의료시설이나 민간인 보호시설에서 국제법을 위반하여 환자나 민간인에게 무력을 행사하는 경우⁵⁰⁾ 이에 대한 정당방위로써 무력의 행사가 문제될 수도 있다. 민간인들과 군 모두에 사용되는 이중용도 물건(dual use object)의 경우도 동일한 문제가 발생한다. 실제로 전력을 생산하는 발전소나 통신시설이 그 대표적인 것이다.⁵¹⁾ 민간시설이 군사적 용도로 전용되고 있다는 사실은 외부적으로 명확하게 나타나지 않는 경우가 많을 것이고 여러 가지 정보나 감시 결과를 종합한 후가 아니면 판단하기 어렵다. 특히 시설의 일부는 군사적 용도로 사용되고 있지만 나머지 대부분이 민간인을 위해 사용되고 있는 경우, 자율무기체계의 탁월한 감시 장비를 활용하더라도 현장에서 곧 바로 확인될 수 있는 것이 아니다.

딥러닝 기술이 발전되고 있음에도 불구하고 행동인식에 있어 유사한 행동이지만 전혀 다른 의미의 행위가 되는 문제, 행동 양태에 대한 정의가 불분명한 문제 등으로 인해 인간의 행동을 완전하게 해석하는 것은 조금 더 시간이 걸릴 것으로 보인다. 특히 이러한 부분은 현재 국제인도법의 해석에 있어서도 국가나 국제단체별로 그 해석이 다를 뿐만 아니라 국제법원의 판례 또한 명확하게 정립되지 않았다. 만약 기술적으로 사전 평가를 통해 이러한 문제점의 해결이 입증되지 못한다면 명확하게 민간인이 직접 적대행위에 가담하는 상황이나 목표물이 민간시설물이 아닌 경우, 또는 이중용도의 시설이라도 명

48) Melzer, Nils. “Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law.” *ICRC*, 2009. p. 46 (계속적 전투 기능이 없어 적대행위로 볼 수 없다고 하였다); Schaack, Beth Van. “The Killing of Osama Bin Laden & Anwar Al-Aulaqi: Uncharted Legal Territory.” *Santa Clara Law Digital Commons*, 2012, p. 37, <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/166> (2019. 1. 20. 최종방문)(무장조직의 구성원인지를 여부를 중요시 하였다)

49) *Law of War Manual*, *supra* note 28, p. 270 (이는 명백하게 적의 군사시설이나 목적물을 방어하는 것과 동일한 결과를 낳는다면 직접적으로 적대행위에 가담한 것으로 보아야 한다고 보고 있다); CJCSI 3160.01A, No-Strike and the Collateral Damage Estimation Methodology, Appendix A D-A-9. cf, Melzer, *supra* note 48. p. 56 (군사지역에 위치한 그 자체만으로는 무기를 사용하여 상대국에 대해 무력을 행사한 것으로 볼 수 없어 공격의 대상이 되어서는 안 되지만 단지 민간인과 동일하게 공격으로 인한 부수적 피해를 고려하여 비례성의 원칙에 위배되지 않는 경우에만 공격이 가능하다),

50) “MSF(Médecins Sans Frontière, Doctor without Border) Condemns Kabul Hospital Attack.” *doctorswithoutborders*, 8 Mar. 2017, <https://www.doctorswithoutborders.org/what-we-do/news-stories/news/msf-condemns-kabul-hospital-attack> (2019. 1. 17. 최종방문).

51) *Law of War Manual*, *supra* note 28, p. 209.

확하게 군사시설물로 사용되는 경우에 한정해서 자율무기체계가 운영되도록 해야 할 것이다.⁵²⁾

3. 국제인도법상 비례성의 원칙 준수 가능성

1) 군사적 이익과 부수적 피해의 산정 문제

무력충돌에서 무력의 행사가 인정되는 것은 기본적으로 군사적 필요성이 있어야 한다. 이러한 군사적 필요성을 판단하는 핵심개념은 군사적 이익의 존부에 따라 판단될 것이다. 군사적 이익은 단순히 가정적이거나 추정적인 것이 아니고 구체적으로 인식할 수 있는 이익을 의미한다.⁵³⁾ 군사적 이익을 판단함에 있어 그 판단기준이 공격을 실시하는 구체적 작전상황에서의 군사적 이익인지, 그 작전상황에 한정해서 판단해서는 안 되고 광범위한 지역을 포함한 전술(tactics)⁵⁴⁾적인 범위까지 고려해야 하는지, 아니면 전체 전쟁을 종합적으로 고려하는 전략(strategy)⁵⁵⁾적 범위까지 고려해야 하는지 견해가 대립한다. 자율무기체계가 군사적 이익을 개별 공격별로 평가를 하게 된다면 공격목표에 대한 공격으로 인해 발생하는 부수적 피해와 이로 인해 얻게 되는 군사적 이익만을 단순 비교하는 방법으로 비례성 원칙의 검토가 가능해진다. 즉 공격으로 인한 넓은 주변 지역의 적군에 대한 영향, 전구(戰區, Theater) 전체에 미치는 영향을 고려하지 않고 공격을 실시하는 그 시점에서 오로지 직접적 공격대상의 파괴나 무력화로 인한 군사적 이익만을 고려할 수 있다. 이것은 군사적 이익의 범위를 최대한 좁게 인정⁵⁶⁾함으로써 이로 인해 발생할 수 있는 부수적 피해도 최소화할 수 있는 방안이 될 것이다.

부수적 피해는 인구밀도, 건물의 특성, 엄폐물의 존재여부, 무기의 종류, 크기, 정확성 등에 따라 어느 정도 객관적인 피해를 산정할 수 있다.⁵⁷⁾ 피해의 범위에 있어 민간시설의 기능적 상실이나 환경적 파괴, 인명살상뿐만 아니라 질병을 포함한 외상 후 스트레스장애(Post Traumatic Stress Disorder: PTSD)까지 정신적 상해에 포함된다는 견해도 있다.⁵⁸⁾ 공격 전후의 즉시적인 위협,⁵⁹⁾ 장기간의 피해,⁶⁰⁾ 같은

52) Wagner, Markus. "The Dehumanization of International Humanitarian Law: Legal, Ethical, and Political Implications of Autonomous Weapon Systems." *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2014, p. 1392; Schmitt, Michael N., and Jeffrey S. Thurnher. "Out of Loop: Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict." *Harvard National Security Journal*, Vol. 4, 2013, p. 246.

53) 제1의정서 제51조 제5항 제2호는 "우발적인 민간인 생명의 손실, 민간인에 대한 상해, 민간물자에 대한 손상 또는 그 복합적 결과를 야기할 우려가 있는 공격으로서 소기의 구체적이고 직접적인(concrete and direct) 군사적 이익에 비하여 과도한 공격"을 무차별적인 것으로 보고 금지하고 있다.

54) 육군본부. 『군사용어, 야전교범 1-1』. 2017, p. 138 (전투 시 부대 또는 전투력의 운용을 말하는데 이는 용병술 체계상의 전술을 뜻하는 것이 아니라 제대의 규모와 수준에 관계없이 사용하는 일반적인 의미로써 작전술을 적용하는 제대에서 사용된다).

55) *Ibid*, p. 136 (목표를 달성하거나 도달하기 위한 최적의 방법이나 책략으로 군사적 영역뿐만 아니라 비군사적 영역으로까지 확대되어 사용된다).

56) Kalmanovitz, Pablo. "Judgement, Liability and the Risks of Riskless Warfare." *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, edited by Nehal Bhuta, Cambridge University Press, 2016, p. 151.

57) CJCSI 3160.01A, Appendix D, Enclosure D, CDE Level 5 Population Density Table and CE Worksheet, D-D-1.

58) "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts." *ICRC of the 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent*, Geneva, 2015, p. 41; Droege, Cordula, and Marie-Louise Tougas. "The Protection of the Natural Environment in Armed Conflict—Existing Rules and Need for Further Legal Protection."

시간척도가 적용되는 한 장기간의 피해⁶¹⁾를 인정하는 입장이 존재한다. 다만, 그 기준은 합리적인 일반인의 입장에서 가용한 모든 정보를 바탕으로 판단한 결과를 기초로 할 수밖에 없다.

2) 양자의 비교형량의 가능성

현재의 기술에서 또는 장차 발전할 과학기술 수준을 고려할 때 인간의 피해를 최소화하면서 비례성의 원칙을 적용할 수 있는 기준을 제시하는 것이 더욱 중요하다. 군사적 이익은 개별 공격으로 인해 아군이 얻게 되는 작전상의 구체적 이익으로 한정할 필요가 있다. 즉, 공격으로 인해 군사시설이나 적군 무기의 파괴가 예상되는 경우 시설이나 무기의 파괴의 정도, 적군의 살상결과가 그것이다. 이러한 경우 예상되는 부수적 피해 또한 민간시설의 파괴와 민간인의 살상이 될 것이다. 산술적으로 비교형량이 가능한 것은 군사시설의 파괴와 민간시설의 파괴의 결과가 발생하는 경우일 것이다. 반면 구체적인 군사적 이익이 적군의 사상자 발생이고 이로 인해 민간인 사상자가 발생한 경우는 산술적으로 비교형량이 가능하나 불합리하다고 할 것이다. 상황에 따라서는 수천 명의 적군보다 이들을 지휘하는 한명의 지휘관을 사살하는 것이 더 효과적인 경우도 있을 수 있다. 전쟁에 있어 무력의 사용으로 인한 피해를 최소화하기 위해 제거해야 할 적군은 그 중요도에 있어 차이가 있을 수밖에 없다. 국제인도법은 적군 지휘관을 사살하기 위해 부수적으로 수십 명의 민간인 희생자가 발생하더라도 이를 인정하는 경우가 있을 수 있다.⁶²⁾ 그러나 세계인권선언 제3조와 같이 모든 사람은 생명, 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 인간의 생명은 누구든지 모두 소중하고 어떤 사람의 생명이 다른 사람의 생명보다 더 가치가 있거나 더 소중하다고 할 수 없는 것이다.⁶³⁾ 그렇다면 사람의 생명에 대한 비교는 합리적이지 않으므로 자율무기체계가 양자를 비교하도록 해서는 안 된다.

구체적이고 군사적 이익이 물리적으로나 경제적으로 환산이 가능한 군사시설이나 무기의 파괴인 반면, 공격으로 인해 발생하는 부수적 피해가 민간인의 살상과 같은 경우도 문제이다. 이러한 경우 자율무

Nordic Journal of International Law, Vol. 82, No. 1, 2013, p. 30; Liebllich, Eliav. "Beyond Life and Limb: Exploring Incidental Mental Harm Under International Humanitarian Law." *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies*, edited by Derek Jinks, Asser Press, 2014, p. 203; Law of War, *supra* note 28, pp. 261~262.

59) Greenwood, Christopher. "Legal Issues Regarding Explosive Remnants of War, Working Paper submitted to the CCW Group of Governmental Experts." CCW/GGE/I/WP. 10, 22 May 2002, para. 23.

60) Robinson, Isabel, and Ellen Nohle. "Proportionality and Precautions in Attack: the Reverberating Effects of Using Explosive Weapons in Populated Areas." *International Law Review of the Red Cross* 98(1), 2016, pp. 126~127 (브라질, 체첸, 노르웨이, 스웨덴, 스위스, 아일랜드 등 많은 국가들은 장기간에 걸친 영향은 비례성과 사전예방조치의 원칙에 있어 중요한 고려 사항이라고 보았다).

61) Rogers, A. P. V. *Law on the Battlefield*. 3rd ed., Manchester University Press, 2012, p. 26 (인도주의와 군사적 필요성이 동시에 고려된다면 공격으로 인한 피해가 단기적이든 장기적이든 군사적 필요성과 같은 시간척도가 적용되는 한 비례성 원칙에 위반되지 않는다고 하였다).

62) *Prosecutor v Gotovina, Čermak and Markač*, IT-06-90-T, Trial Chamber I, 15 Apr. 2011, para. 1899.

63) Supreme Court of Israel, *Public Committee against Torture in Israel v. Government of Israel*, Case No. HCJ 769/02, 13 Dec. 2006, para. 46.

기체계가 양자를 비교형량 하는 것은 현실적으로 어렵다고 할 것이다. 반대로 아군의 공격으로 적군이 살상되었지만 부수적으로 민간시설의 피해가 발생한 경우 인간의 생명을 경제적 가치로 환산한다는 것은 불가능하므로 이 경우도 비교형량을 통한 비례의 원칙이 적용 가능한지 문제된다. 원칙적으로 인간의 생명은 고귀하고 그 누구도 타인의 생명권을 침해해서는 안 되지만, 무력충돌이라는 예외적 상황에서 전투원 상호간에 상대방에 대한 생명권 침해를 국제인도법은 적법하게 인정하고 있는 것이다. 그렇다면 공격으로 인해 적군이 살상되는 경우로서 민간인이 사망하지 않고 오직 민간인 시설에 대해서만 피해가 발생한다면 자율무기체계에도 비례의 원칙을 적용할 수 있을 것이다. 다만 소수의 적군을 살상하기 위해 부수적으로 광범위한 민간시설이 파괴된다면 이는 비례의 원칙에 위반되고 과도한 부수적 침해가 발생한다고 볼 수 있다. 반대로 알카에다의 지도자 빈 라덴의 사레처럼 소수의 적군을 살상하는 효과가 무력충돌을 종료할 수 있는 가능성을 가진다면 다소 큰 규모의 민간시설을 파괴하더라도 비례성이 인정될 수 있다.

결론적으로 민간인에 대한 인적, 물적 피해가 없이 오직 적군이나 적의 군사시설을 파괴하는 경우는 군이 비례의 원칙을 적용할 필요도 없이 적법한 공격이 될 것이다. 하지만 산술적인 비교형량이 어렵거나 부적절한 경우는 자율무기체계가 자신의 판단에 의해 비례성의 원칙을 결정해서는 안 될 것이다. 이와 더불어 인명살상과 시설물의 피해가 복합적으로 발생하는 경우가 전쟁 상황에서는 더욱 일반적이라고 할 것이다. 이 경우도 앞에서 논의된 내용이 그대로 적용되어야 한다. 공격으로 인해 군사시설의 파괴와 적군 살상의 결과가 동시에 발생하고 이로 인해 민간시설의 파괴만 이루어지는 경우는, 살상되는 적군의 수가 많거나 살상 대상이 중요 지휘관인 경우로써 민간 시설에 대한 피해가 지나친 경우가 아니라면 제한적으로 비례의 원칙이 적용될 수는 있다. 이러한 내용을 간략하게 정리하면 [표 1]과 같다.

표 1. 비례성 원칙의 적용범위

		예상되는 부수적 피해의 유형			
		민간피해 없음	민간시설의 파괴	민간인 살상	양자 모두
군사적 이익의 유형	군사시설 (무기)파괴	적법한 공격	비례원칙 적용 가능	비례원칙 적용 불가	비례원칙 적용 불가
	적군 살상	적법한 공격	제한적 적용 가능	비례원칙 적용 부적절	비례원칙 적용 부적절
	양자 모두	적법한 공격	제한적 적용 가능	비례원칙 적용 부적절	비례원칙 적용 부적절

미군에서 부수적 피해평가방법(Collateral Damage Estimation Methodology: CDEM)⁶⁴⁾을 사용하고 있음에도 불구하고 아프간, 이라크, 시리아 등에서 실시된 많은 공중폭격은 군사적 이익에 비해 과도한 민간인의 피해를 지속적으로 발생시키고 있다.⁶⁵⁾ 자율무기체계의 비례성 판단이 제한되는 것은 사실이지만, 판단이 제한된다는 것이 자율무기체계가 비례성 원칙을 전혀 준수할 수 없다는 것은 아니다. 인간도 무력충돌 상황에서 완전한 판단을 할 수 없듯이⁶⁶⁾ 자율무기체계도 인간이 설계한 영역과 자신이 확보한 정보의 범위 내에서만 비례성을 판단할 수 있다. 그 기준이 합리적인 인간이나 당시 최선의 기술적 수준에 이르지 못했느냐의 문제는 관련자들의 책임문제로 다루면 되는 것이다.

IV. 자율무기체계 사용에 따른 로마규정상의 책임

자율무기체계의 사용으로 인한 법적 책임의 문제는 민·형사상의 문제뿐만 아니라 행정상의 책임도 문제될 수 있다. Docherty는 면책조항으로 피해자에 대한 배상이 어려운 점을 자율무기체계에 있어 민사책임 흠결의 원인으로 주장하고 있다.⁶⁷⁾ 미국의 연방불법행위청구법(Federal Tort Claims Act)⁶⁸⁾, 외국인청구법(Foreign Claims Act)⁶⁹⁾, 외국인 불법행위법(Alien Tort Statute)⁷⁰⁾이 전투행위나 외국에서의 행위에 대해 면책규정을 두거나 국가 간의 주둔군둔지위협정(SOFA)에 의해 자율무기체계의 사용으로 인한 배상 책임이 인정되지 않을 수 있다는 것이다. 하지만 면책조항으로 인한 문제는 자율무기 체계에 대해서만 발생하는 문제가 아니고, 다른 무기의 경우에도 전투행위로 인해 피해가 발생한 경우 동일하다고 할 것이다. 또한 주권면제의 문제도 국제법상 일반적으로 발생하는 문제로서 자율무기체계의 고유한 문제점으로 볼 수 없다.

형사책임과 관련하여 법인과 같이 전자인(electronic person)의 법인격을 인정하지 않는 한 아직까지 자율무기체계 자체에 대해 형사책임을 부과하는 것은 어렵다고 할 것이다. 그렇다면 자율무기체계의 사용으로 인한 법적 책임은 인간에게 귀속될 것이다. 국내법상의 형사책임은 미국, 영국, 우리나라 모두 과실범을 처벌하는 일반형법 또는 군형법 규정을 두고 있다. 하지만 국제법상 형사처벌 규정인

64) Chairman of the Joint Chiefs of Staff Instructions 3160.01, 12. Oct. 2012, NO-STRIKE and The Collateral Damage Estimation Methodology.

65) Engelhardt, Tom. “‘Collateral Damage’ Isn’t Collateral, It’s Central.” *huffingtonpost*, 27 June 2017, https://www.huffingtonpost.com/entry/collateral-damage-isnt-collateral-its-central_us_597a0ec6e4b0da64e87768e0 (2019. 1. 20. 최종방문).

66) Schmitt, *supra* note 36, p. 21.

67) Docherty, Bonnie. “Mind the Gap: The Lack of Accountability for Killer Robots.” *Human Rights Watch*, 2015, pp. 27~28.

68) 28 U.S.C. §2674.

69) 10 U.S.C. §2734.

70) 28 U.S.C. §1350 [미국이 가입한 조약이나 국제법(law of nations) 위반으로 인한 외국인의 손해배상 청구에 대해서 연방법원이 관할권을 가진다].

로마규정은 원칙적으로 고의범만 처벌하고 예외적으로 과실범을 처벌하고 있다. 로마규정에 의할 때 자율무기체계의 배치나 사용을 승인한 지휘관이나 이를 실제적으로 사용한 사용자가 로마규정에 의해 처벌할 수 있는지도 중요한 문제가 된다. 하지만, 로마규정 제28조의 책임 성립여부를 검토하기 위해 공격에 있어 자율성을 가지는 자율무기체계가 지휘관과 지휘체계를 가지는지, 지휘관의 실효적 통제가 인정될 수 있는지 문제된다. 특히 이러한 요건이 부정되는 경우 자율무기체계를 직접 사용하는 부하와 지휘관 사이에는 지휘관계가 인정될 수 있을 것인데, 이 경우에는 부하의 기본범죄 성립이 문제된다. 이하에서는 로마규정상 지휘관 책임을 중심으로 살펴본다.

1. 로마규정 제28조의 책임 성립여부

1) 지휘관계의 존재의 문제

자율무기체계는 동물과는 다른 특성을 가지고 있다.⁷¹⁾ 인간에 의해 어떻게 프로그램화되고 설계되는지에 따라 인간과 동일하게, 경우에 따라서는 인간 부하보다 더 철저하게 국제인도법을 준수하면서 인간의 대리인으로서 임무를 수행할 수 있다.⁷²⁾ ‘군대’의 의미는 지휘관의 지시에 따라 국제인도법을 준수하면서 무력을 행사할 수 있는 기능적 임무수행 여부에 따라 결정될 수도 있다.⁷³⁾ 자율무기체계에게 부여된 임무에 대해서는 인간 지휘관과 사이에 지휘관계가 인정된다고 볼 수도 있을 것이다. 하지만, 형사처벌에 관련된 규정은 죄형법정주의 원칙에 따라 엄격하게 해석되어야 하므로, 로마규정상 조문을 통해 지휘관계가 인정될 수 있는지 검토해야 한다.

과학기술이 발달함에 따라 Arkin이 주장하는 바와 같이 실질적인 인간의 대리인 또는 대행자로서 임무를 수행하는 경우 지휘관계를 인정할 필요성은 있다. 자율무기체계를 반대하는 Heyns이나 Docherty도 지휘관과 부하의 관계를 자율무기체계에 유추적용하는 것을 반대하지는 않는다.⁷⁴⁾ 자율무기체제로 인한 불필요한 피해를 최소화하기 위해서 지휘관 책임을 가능하면 넓게 인정할 수 있다. 이 경우 자율무기체계를 사용하고자 하는 지휘관에게 형사책임이 부과될 수 있다는⁷⁵⁾ 주의를 줌으로

71) Crotoft, Rebecca. “Autonomous Weapon Systems and the Limits of Analogy.” *Harvard National Security Journal*, Vol. 9, 2018, p. 22 (아동이나 동물은 전장에 투입된다면 자율성을 가지기는 하지만 강요나 속임을 당한다. 반면 자율무기체계는 자율성을 보유하고 있기는 하지만 사전에 프로그램을 통해서나 실시간 통제가 가능하다고 주장한다. 아동이나 동물과 자율무기체계를 유사한 것으로 보고 동일하게 적용할 수 없다고 한다).

72) Arkin, Ronald, et al. “Moral Decision-Making in Autonomous Systems: Enforcement, Moral Emotions, Dignity, Trust and Deception.” *Georgia Institute of Technology*, p. 18.

73) Oblin, Jens David. “The Combatant’s Stance: Autonomous Weapons on the Battlefield International Law Studies.” *U.S. Naval War College*, Vol. 92, 2016, pp. 16, 29 (합리적인 교전자인지 여부는 외형적인 모습이 아니고 적군이 보았을 때 전투 원으로서 기능을 수행하고 있는지가 중요하다고 하였다. 또한 자율무기체계가 도덕적 책임을 질 수 있는 인간의 대리인으로 자격이 있는지 여부와 관계없이 자율무기체계를 배치한 지휘관에 대해 형사책임이 인정될 수 있다고 보고 있다).

74) Heyns, *supra* note 13, para. 78 (로봇에게 지휘관계가 유추적용될 수 있지만 지휘관이 자율무기체계의 프로그램의 복잡성을 잘 이해할 수 있어야만 지휘관 책임이 인정될 수 있는데, 현실적으로 그렇지 못하다고 주장한다); Docherty *supra* note 5, p. 20.

써 사용 자체를 엄격하게 통제하는 것이 정책적으로 유용한 수단이 될 수도 있을 것이다.⁷⁶⁾

그렇지만 로마규정 제22조 제2항은 죄형법정주의 원칙을 명시하면서 범죄의 정의는 엄격하게 해석되어야 하고 유추에 의해 확장되어서는 안 된다고 규정하고 있다.⁷⁷⁾ 또한 범죄의 정의가 분명하지 않은 경우 그 정의는 기소 또는 유죄판결을 받는 자에게 유리하게 해석되어야 한다고 명시하고 있다. Lubanga 사건에서 ICC는 로마규정 제8조 제2항 제2호 제26목에 규정된 ‘국가의 군대(national armed forces)’라는 요건을 해석함에 있어 국가의 정식 군대가 아닌 반군(rebel forces)도 포함될 수 있다고 해석함으로써 많은 비판에 직면했었다.⁷⁸⁾ 유추(類推, analogie)라 함은 “일정한 사항을 직접 규정하고 있는 법규가 없는 경우에 그 사항과 가장 유사한 사항을 규정하고 있는 법규를 그 사항에 적용하는 것”이다.⁷⁹⁾ 조약법에 관한 비엔나협약 제32조 제2항에 의할 때도 명백하게 불합하거나 비이성적인 결과가 도출되는 경우 보충적 해석을 인정하고 있다.⁸⁰⁾

로마규정 협의과정에서 인간 이외의 지휘관계에 대한 언급은 없었다. 제2차 세계대전 이후 야마시타 판결부터 지휘관 책임을 검토함에 있어 언제나 인간인 부하의 범죄만 문제되었지 인간 부하 이외의 다른 존재가 문제된 사례는 없었다. 현행 로마규정의 문언해석에 의할 때 지휘관계에서의 부하는 인간으로 한정되는 것이 타당하다. 더욱이 로마규정은 마지막 채택 시까지 국가 사이에 범죄성립 요건을 두고 논쟁이 계속된 사정을 감안하여야 한다.⁸¹⁾ 기술의 발전에 따라 예측하지 못했던 상황을 로마규정 당사국의 합의 없이 추가하는 것은 당사국의 선택권을 침해하는 것이다. 장래의 입법을 통해 자율무기체계에 대해 지휘관계를 인정하는 것은⁸²⁾ 별론으로 하더라도, 현재의 “군대”를 해석함에 있어 자율무기체계를 포함시키는 것은 유추해석에 해당하여 인정되지 않는다고 할 것이다.

다만, 무력충돌 상황에서 지휘관이 동물을 총기와 같이 도구로 직접 사용하는 경우는 거의 없다. 지휘

75) Netherlands. “Examination of Various Dimensions of Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems, in the Context of the Objectives and Purposes of the Convention.” Nov. 2017, CCW/GGE. 1/2017/WP. 2, para. 17 (지휘관계에 대한 구체적 언급 없이 인간통제가 인정되는 이상 지휘관이나 부하의 책임이 그대로 인정된다고 주장한다); ICRC. “Views of the International Committee of the Red Cross on Autonomous Weapon System.” CCW Meeting of Expert on Lethal Autonomous Weapons Systems, 11 Apr. 2016, p. 5 (지휘관계에 대한 언급 없이 무모하게 자율무기체계를 배치한 지휘관에 대해 책임을 지을 수 있다고 주장한다).

76) 행위론의 측면에서 인공지능의 작동의 결과를 형법상의 ‘행위’로 보지 않는다면 이러한 논의조차도 할 수 없을 것이다. 이하에서는 인과적 행위론이나 목적적 행위론에 따라 자율무기체계의 작동으로 인한 범죄발생을 형법상의 ‘행위’임을 전제로 검토한다.

77) Switzerland. “A “Compliance-Based” Approach to Autonomous Weapon Systems.” Nov. 2017, p. 5, CCW/GGE. 1/2017/WP. 9 [자율무기체계의 사용으로 인한 지휘관의 책임은 현재로서는 지휘관의 직접적인 책임이고 지휘관계가 존재하지 않아 로마규정상의 지휘관 책임규정이 적용되지 않지만 장래 자율무기체계에 대한 인간의 지속적인 위임이 증가하는 것을 고려하면 이 규정을 준용하여 장래입법(*de lege ferenda*)으로 지휘관 책임을 인정해야 한다고 주장한다].

78) Lubanga, PTC I, Decision on the Confirmation of Charges (ICC-01/04-01/06), 29 Jan. 2007, para. 285.

79) 박재운 외. 『주석 형법, 형법총칙(1)』. 제4판, 한국사법행정학회, 2011, p. 61.

80) Hollis, Duncan B. *The Oxford Guide to Treaties*. Oxford University Press, 2012, p. 489.

81) Schabas, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*, 4th ed., Cambridge University Press, 2011, p. 22.

82) Switzerland, “A “Compliance-Based” Approach to Autonomous Weapon Systems.” Nov. 2017, CCW/GGE. 1/2017/WP. 9, para. 23.

관의 지시에 의해 부하가 동물을 전장에서 활용하게 될 것이고, 이는 결국 인간 부하에 의한 동물의 사용과 이에 대한 지휘관 책임은 그대로 인정될 수밖에 없다.⁸³⁾ 이러한 문제는 자율무기체계에서도 그대로 적용될 수 있다. 비록 자율무기체계에게 지휘관계가 인정되지 않더라도 자율무기체계를 사용한 부하와 그 지휘관 사이의 지휘관계는 인정될 수 있기 때문이다.⁸⁴⁾

2) 기본범죄 성립의 문제

이제까지 국제법원의 판례에서 부하가 저지른 기본범죄가 부하의 과실로 인해 발생하여 직접적으로 문제가 된 사례는 없었다. 제28조는 군 지휘관이 자신의 실효적인 지휘와 통제하에 있는 ‘군대가 범한 재판소 관할 범죄’에 대해 그 군대를 적절하게 통제하지 못한 결과로서의 형사책임을 진다고 규정하고 있다. 국제형사재판소의 관할범죄는 지휘관 책임을 제외하고는 거의 대부분 고의범죄를 규정하고 있다. 그렇다면 부하의 범죄가 과실로 발생한 경우 ‘재판소 관할 범죄’에 해당하지 않는지 문제된다.⁸⁵⁾

로마규정 제25조 제3항 제1호는 “다른 사람이 형사책임이 있는지 여부와 관계없이” 다른 사람을 통해 재판소의 관할범죄에 대해 범죄를 행한 경우 처벌을 받는다고 규정하고 있다. 이는 우리 형법 제34조의 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 이용한 간접정범의 개념과 유사한 것이다. 또한 제6호의 경우도 범죄 결과가 발생하지 않은 미수범에 대해서도 처벌을 인정하고 있다.⁸⁶⁾ 하지만, 로마규정 제32조는 사실의 착오로서 범죄성립에 요구되는 주관적 요소를 흠결시키는 경우 형사책임 조각사유로 규정하고 있다. 민간인을 군인으로 오인하여 총격을 가하거나 민간시설을 군사 지휘소로 오인하여 폭격한 경우 범죄의 객관적 요소를 인식하지 못한 사실의 착오로서 주관적 요소가 조각되어 처벌되지 않는다. 따라서 부하의 행위가 로마규정에 의해 처벌되지 않음에도 불구하고 제25조 제3항 제1호 규정에 의해 처벌될 수 있어, 이 경우에도 지휘관 책임(제28조)이 인정될 수 있다는 주장이 가능하다.

하지만 로마규정 제5조는 재판소의 물적 관할을 국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄에 한정하고, 집단살해, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄를 관할범죄로 규정하고 있다. 범죄의 성립과 범죄의 관할을 판단할 때 범죄구성요건에 해당하지 않는 행위는 죄형법정주의 원칙에 의해 범죄를 구성하지 않는다. 범죄를 구성하지 않는다면 법원이 재판관할권을 가질 수 없는 것은 너무도 당연한 것이다. 로마규정 제28조는 “재판소의 관할범죄에 대해 이 규정에 따른 형사책임의 다른 근거에 추가하여” 라고 규정하면서 제25조와의 관계에 있어 추가적 처벌규정임을 명시하고 있다. 제25조와 별도로 제28조의 요건에 해당할 경우 처벌할 수 있다는 것뿐이지, 제25조의 간접정범의 형태로 기본범죄가 성립하

83) Bonafé, Beatrice I. “Command Responsibility.” *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, edited by Antonio Cassese, Oxford University Press, 2009, p. 271; Beard, *supra* note 35, p. 656 (물론 지휘관에게 과실조차 없는 경우 민사책임으로서 무과실책임이 고려될 수 있지만, 형사상 무과실 책임은 인정될 수 없다).

84) Advisory Council on International Affairs. “Autonomous Weapon Systems: The Need for Meaningful Human Control.” No 97 AIV, No. 26 CAVV, Oct. 2015, p. 30.

85) 구성요건요소에서 과실적 요소를 규정하고 있는 경우는 기본범죄가 성립되고 지휘관 책임이 문제될 수 있다.

86) *Ntaganda*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-02/06, 9 June 2014, para. 175.

지 않았음에도 제28조 지휘관 책임이 인정되는 것은 아니라고 할 것이다. 즉 제28조의 범죄성립 요건을 검토할 때 제25조의 간접정범 규정을 통해 부하가 과실인 경우까지 지휘관 책임을 인정하는 것으로 해석할 수는 없는 것이다. 제28조는 부하로 인해 범죄의 결과가 발생하였으나 과실로 이를 예방하지 못한 지휘관을 처벌하고자 하는 것이 해당 조항의 취지라 할 것이다.

물론 부하에게 과실이 있어 부하를 처벌할 수는 없지만 전쟁범죄에 해당하는 중대한 결과가 발생했다면 지휘관이 이에 대해 책임을 지는 것이 필요하다.⁸⁷⁾ 자율무기체계의 개발이나 사용을 보다 신중하게 하고 인간의 통제를 강화시킨다는 차원에서 객관적인 범죄의 결과가 발생했다면, 부하의 고의나 과실여부에 상관없이 지휘관에게 범죄결과에 대한 인식이 있었던 경우, 지휘관 책임을 인정하는 것이 타당하다. 하지만 이것은 제28조의 지휘관 책임이 아니라 제25조의 개인의 형사책임이 인정될 수 있는지 여부에 따라 결정되어야 할 것이다. 자율무기체계의 배치나 사용을 승인한 지휘관의 제25조에 의한 처벌 가능성은 별도로 검토한다.

3) 지휘관의 실효적 통제 가능성 문제

자율무기체계는 선정된 표적을 독자적 판단에 따라 공격하므로 인간의 개입이나 통제가 인정되지 않아 지휘관의 실효적 통제가 이루어지지 않는다고 볼 수도 있다. 자율무기체계가 인간보다 월등한 정보처리 및 판단능력을 가지고 있을 뿐만 아니라 통신의 두절, 프로그램 에러, 기계적 오작동 등이 공격을 취소할 수 없게 할 수도 있기 때문이다.⁸⁸⁾ 국제법원 관례에서 실효적 통제의 요소로 보는 것은 공식적인 지위, 명령 발령권, 발령된 지시에 따르게 할 능력이나 진급, 징계, 보직과 관련 인사권, 작전 지역으로의 부대 이동권한 등을 예시하고 있다.⁸⁹⁾ Nicaragua 사건에서는 Contra 반군의 미군에 대한 의존도와 미국이 자신의 이익을 위해 반군에게 통제권을 행사하였는지 여부에 대해 검토하였다.⁹⁰⁾ Bosnian Genocide 사건에서는 유고연방공화국(FRY)의 집단살해죄와 관련된 효과적인 지시, 명령이나 실효적인 통제를 기준으로 삼았다.⁹¹⁾ Dannenbaum은 실효적 통제의 의미를 불법행위를 예방하기 위한 능력으로 개념화하였는데, Dutch Battalion 사건⁹²⁾에 영향을 미쳤다.⁹³⁾

87) Robinson, Darryl. "A Justification of Command Responsibility." *Criminal Law Forum*, Vol. 28, 2017, p. 658 (참여책임설의 입장에서 부하의 주관적 요소에 대한 것은 아니고 지휘관의 주관적 요소에 대한 설명이기는 하지만, 범죄로 인한 중대한 사회적 비용이나 위험성을 고려할 때 유책의 요소가 일부 흠결되었다라도 처벌할 수 있다는 입장을 제시하였다).

88) Docherty, *supra* note 67, p. 24.

89) *Bemba*, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, para. 417.

90) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 14, 62.

91) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, 205.

92) *Supreme Court of the Netherlands, Case No: 12/03324, 6 Sept. 2013, The State of the Netherlands v. Hasan Nuhanović*, para. 3.5.3 [Hasan Nuhanović는 유엔 군 감시단(United Nations Military Observers)의 통역사였는데, 네덜란드 부대주둔지로 도피한 부모와 동생이 네덜란드 군에 의해 강제퇴거된 후 보스니아계-세르비아 군대의 공격을 받고 사망한 사건이다. 이에 Nuhanović는 그의 가족을 보호하지 않고 강제 퇴거시킨 네덜란드 군대의 행위는 위법하며 가족의 사망에 대하여 네덜란드 정

자율무기체계가 선정된 표적의 공격에 있어 자율성을 가지긴 하지만 이 논문에서 검토하는 자율무기체계는 기본적으로 인간의 지속적인 감독이 가능하고 오작동이나 임무의 실패가 예상되는 경우 인간이 자율무기체계의 작동을 중단할 수 있다. 물론 자율무기체계가 기계인 이상 통신두절, 해킹이나 오작동의 위험이 전혀 없는 것은 아니다. 그러나 이러한 사유로 인해 실효적 통제가 행사되지 못하는 것은 아주 예외적인 경우의 문제이다. 이는 모든 무기체계에도 동일하게 발생하므로 자율무기체계에 대해서만 실효적인 통제가 없다고 보는 것은 타당하지 않다. 자율무기체계가 일정 기능에 있어 자율성이 있다는 것 이외에 계속적으로 민간인의 피해와 범죄결과를 예방하기 위한 인간의 감독이 지속적으로 이루어지고 있으므로 실효적 통제가 없다고 할 수 없다. 다만, 기술적 특이성을 넘은 완전자율무기체계의 경우는 인간이 실질적으로 통제할 수 있는 방법이 줄어들고 실효적 통제가능성이 낮아진다고 할 것이다.

2. 로마규정 제25조의 책임 성립여부

1) 로마규정상의 과실범죄

원칙적으로 로마규정 제30조는 “달리 규정이 없는 한(unless otherwise provided)” 범죄에 대한 의도와 인식을 가지고 범죄의 객관적 요소를 범한 경우에만 형사책임을 진다고 규정하고 있다. 하지만 로마규정 제9조는, 재판소가 제6조, 제7조, 제8조를 해석하고 적용하는 데 있어 범죄구성요건이 이를 보조하도록 하고 있다. 또한 재판소가 범죄구성요건을 적용법규로서 이를 적용한다고 명시하고 있다(제21조). 범죄구성요건에 관한 ICC 회의문서는 각주의 구체적 설명에서 금지된 성격은 불법성을 나타내는 것으로, 주관적 요소는 해석에 있어 제30조와 제32조(사실의 착오 또는 법률의 착오)의 상호작용을 인정한다고 규정함으로써 과실적 요소를 완전히 배제하지 않았다. 그리고 로마규정은 군사적 필요에 의해 정당화되지 아니하며 불법적이고 무분별(wantonly)⁹⁴⁾하게 수행된 재산의 광범위한 파괴를 처벌함에 있어, 다른 조항의 “고의적인(willfully나 intentionally)” 용어와 달리 ‘무분별하게’란 용어를 사용하고 있어 과실적 요소를 인정하고 있는 것으로 보인다.⁹⁵⁾

집단살해죄의 유형으로 아동의 강제이주 또는 전쟁범죄의 유형으로 적의 것발이나 군사표식을 부적

부는 책임이 있음을 주장하면서 2006년 5월 8일 헤이그 지방법원에 손해배상청구를 제기하였다. 네덜란드 대법원은 원고의 가족을 퇴거시킴으로서 생명에 위험이 발생할 수 있음을 알고도 이러한 행위를 결정했다면 네덜란드 군이 그러한 행위에 대한 실효적 통제가 있다고 보았다.

93) Crawford, James. *State Responsibility*. Cambridge University Press, 2014, p. 206.

94) “wantonness.” *The Law Dictionary*, <https://thelawdictionary.org/wantonness/> (2019. 1. 20. 최종방문)(Black Law Dictionary는 ‘wantonness’의 개념을 설명함에 있어 “a reckless or malicious and intentional disregard of the property, rights, or safety of others”라고 하여 의도적인 요소 이외에도 일반적인 과실보다는 의식적 요소가 높은 무모한 행동을 포함시키고 있다).

95) Article 8 (2) (a) (iv), War Crime of Destruction and Appropriation of Property, United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, 15 June~17 July 1998, Official Records Volume III (United Nations, 2002), A/CONF.183/13(Vol. III), pp. 15, 96, 205, 213, 233.

절하게 이용하는 경우도 과실적인 요소가 인정될 수 있지만 자율무기체계에서는 크게 문제가 되지 않는다. 오히려 군사적 필요에 의해 정당화되지 않은 무분별한 공격이 주로 문제가 될 것이다. 이 경우 무분별하게 수행된 재산의 광범위한 파괴에 대해서는 지휘관이나 사용자에게 결과에 대한 의도적 요소가 약하더라도 결과를 인식할 수 있었던 경우 처벌할 수도 있을 것이다. 국제법상 보호받는 사람을 자율무기체계가 살상을 한 경우 지휘관이나 사용자가 자율무기체계에 있어 이러한 지위에 대한 착오가 있을 수 있다는 것을 알 수 있었던 경우도 처벌이 고려되어야 할 것이다. 하지만 자율무기체계가 인간을 살상하게 되는 경우 위에서 언급한 상황에는 해당하지 않을 것이다. 따라서 민간인 살상의 결과가 발생할 수 있는 경우를 위주로 살펴본다.

2) 로마규정상의 범죄유형과 자율무기체계의 적용

자율무기체계에 있어 로마규정 제28조에 의한 지휘관 책임과 별도로 제25조에 의한 지휘관 개인책임을 인정되는지 검토가 필요하다. 자율무기체계의 조달이나 배치를 지시한 지휘관에 대해 지휘관 책임을 적용할 수 있다는 의견이 주장된다.⁹⁶⁾ 특히 Oblin은 자율무기체계가 전투원으로서 기능을 수행하는 경우 지휘관은 간접적인 형태에 의해 범죄를 저지른 것과 동일한 것이므로 과실이 있는 경우 공동집단범죄(Joint Criminal Enterprise: JCE) III유형⁹⁷⁾에 의해 책임을 질 수 있다고 주장한다.⁹⁸⁾ 다만 지휘관계의 존부에 대해서는 별도로 검토하지 않고, 자율무기체계를 배치한 것만으로는 민간인에 대한 고의적인 전쟁범죄와 동일하다고 볼 수 없어 그 책임을 경감할 필요성이 있다고 주장한다.⁹⁹⁾ 지휘관이 자율무기체계를 사용하여 민간인 살상의 결과가 발생한 경우의 지휘관 책임의 가능유형은 그림 3과 같다.

96) Toscano, Christopher P. "Friend of Humans: An Argument for Developing Autonomous Weapon Systems." *Journal of National Security Law & Policy*, 2015, pp. 235~236; ICRC, "Views of the International Committee of the Red Cross on Autonomous Weapon System." CCW Meeting of Expert on Lethal Autonomous Weapons Systems, 11 Apr. 2016, p. 5; Schmitt and Thurnher, *supra* note 52, pp. 277~278; Corn, Geoffrey S. "Autonomous Weapon Systems: Managing the Inevitability of Taking the Man Out of the Loop." p. 21, ; McFarland, Tim, and Tim McCormack. "Mind the Gap: Can Develops of Autonomous Weapons Systems Be Liable for War Crimes?" *International Law Studies, U.S. Naval War College*, Vol. 90, 2014, p. 385; Lewis, John. "The Case for Regulating Fully Autonomous Weapons." *The Yale Law Journal*, Vol. 124, 2015, p. 1324.

97) ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić* (IT-94-1-A), Appeals Chamber Judgement 15 July 1999, paras 196~204(제1유형은 공동계획에 대한 고의가 존재하는 경우로서 다수인이 범죄를 범할 것을 합의한 후 공동계획에 따라 범죄를 실행하는 것이고, 제2유형은 공동계획은 없지만 구성된 다수가 국제범죄에 함께 참여하는 집단수용소에서의 학살과 같은 경우로서 범죄의 고의는 조직 내에서의 지위와 부여된 임무 등에서 추론된다. 제3유형은 공동실행사 중 일부가 당초 공동계획의 범위를 넘어선 행위를 하는 경우이다).

98) Oblin, *supra* note 73, p. 23.

99) *Ibid*, pp. 27~28 (그 외 지휘관 책임을 인정하지 않는 방법, 국제법상 처벌규정의 불명확한 부분을 해소하기 위해 과실에 의한 전쟁범죄의 처벌규정을 마련하는 방법을 다른 대안으로 제시하고 있다).

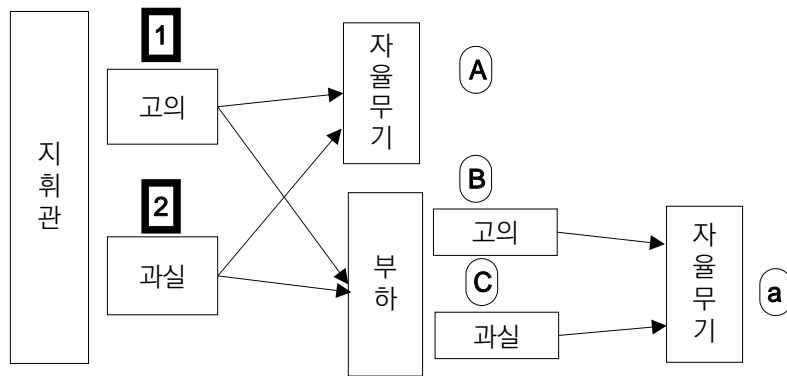


그림 31 자율무기체계에 있어 지휘관 책임의 가능 유형

먼저 앞서 살펴본 바와 같이 자율무기체계의 사용으로 인한 범죄결과에 대해서는 로마규정 제28조의 지휘관 책임이 부정된다. 지휘관이 고의를 갖고 직접 자율무기체계를 사용하여 전쟁범죄를 저질렀다면(1-A) 지휘관은 발생범죄의 정범으로 책임이 인정된다. 지휘관과 부하 모두 고의인 경우(1-B-a)도 지휘관과 부하 모두 정범으로 처벌될 것이다. 또한 범죄결과 발생에 대해 부하는 고의이지만 지휘관이 과실인 경우(2-B-a)는 로마규정 제28조의 전형적인 지휘관 책임의 형태이다. 다만 지휘관이 고의이고 부하가 과실인 경우(1-C-a)는 부하의 기본범죄가 성립하지 않아 제28조 책임은 부정되지만 제25조에 의해 간접정범으로 처벌될 수 있다.¹⁰⁰⁾ 지휘관과 부하가 모두 과실인 경우(2-C-a) 기본범죄가 과실범을 처벌하지 않는 한 지휘관과 부하 모두 처벌되지 않는다. 다만 기본범죄가 고의만 처벌하는 범죄의 경우라도 지휘관이 자율무기체계를 사용함에 있어 과실로 범죄의 결과가 발생한 경우(2-A) 로마규정 제25조의 일반적 개인책임이 인정될 수 있는지 추가적으로 검토할 수는 있을 것이다.

자율무기체계의 사용으로 인한 개인책임을 인정하는 견해는 현재의 로마규정과 국제법원의 판례에 의할 때 적용상 문제점이 있다. Oblin은 무모함이나 미필적 고의를 주관적 구성요건으로 포섭하기 위해 ICRC 주석서의 내용을 인용했다. 그러나 ICC의 판례에 의할 때 *dolus eventualis*는 로마규정 제30조의 주관적 구성요건에서 제외되었다.¹⁰¹⁾ George Lucas의 주장도 자율무기체계로 인한 문제점을 해결하기 위한 하나의 방안으로 과실에 의한 범죄 발생에 대해서도 입법론적으로 지휘관 책임을 인정하자는 입장이다.¹⁰²⁾ 하지만 현행 국제법에 의할 때 당연히 과실에 의한 전쟁범죄가 인정된다는 것은 아니다. 결론적으로 국제법상의 형사책임도 죄형법정주의에 따라 엄격하게 적용되어야 한다. 무분별하게 수행된 재산의 광범위한 파괴와 같은 경우를 제외하고, 로마규정 제25조의 개인책임은 주관적 구

100) 범죄구성요건에서 행위자의 과실을 처벌하는 경우로 군사적 필요에 의해 정당화되지 아니하며 불법적이고 무분별(wantonly)하게 수행된 재산의 광범위한 파괴의 상황이라면 제28조의 지휘관 책임도 인정될 여지도 있다고 할 것이다.

101) *Bemba, supra note 89, paras. 357~360* (우리 형법이 미필적 고의를 고의의 하나로 보고 있는 것과 다르게, 전심재판부는 의욕적 요소가 낮더라도 결과 발생을 확실히 알고 있었던 경우까지는 *dolus directus in the second degree*로 로마규정 제30조의 범위로 포함하지만 이 보다 인식적 요소가 낮은 '*dolus eventualis*'나 '*reckless*'는 이에 포함되지 않는다고 하였다).

102) Lucas, George R. Jr. "Legal and Ethical Precepts Governing Emerging Military Technology: Research and Use." *Utah Law Review*, 2013, p. 1281.

성요건 요소로서 범죄결과에 대한 인식이 있어야 한다. 장차 국가들의 합의에 의해 자율무기체계를 사용하다가 지휘관이나 관련자의 과실로 범죄의 결과가 발생한 경우, 이를 처벌하는 범죄유형을 확대하는 국제협약이 마련되어야 한다. 그렇지만 현재 상황에서는 범죄구성요건에서 과실적 요소를 규정하지 않는 범죄의 경우 로마규정 제25조에 의해 지휘관이나 관련자의 과실을 처벌하는 것은 어렵다고 할 것이다.

다만 제25조의 책임에 있어 인식의 범위를 Lubanga 사건의 전심재판부와 같이 미필적 고의(dolus eventualis)까지 인정하면 지휘관의 개인책임이 확대될 여지는 있다. 물론 주관적 구성요건 요소를 판단함에 있어 자율무기체계에 대해서만 예외적으로 결과발생의 가능성을 인식하고 이를 용인한 경우까지 고의의 범위를 확대하는 것은 통일적인 법해석을 위해서 타당하지 않다. 따라서 자율무기체계뿐만 아니라 자동화된 모든 무기에 의한 피해 발생의 우려가 커지고 있는 상황에서 미필적 고의에 대한 근본적인 재검토가 필요하다. 만약 지휘관이 자율무기체계의 배치나 사용을 승인함에 있어, 사고의 발생에 대해 통상적인 경과에 따른 확실한 결과 발생을 인식한 것은 아니지만 발생 가능성에 대해 충분한 위험의 인식이 있었음에도, 결과의 발생 가능성을 무시하고 의도적 그 결과를 감수하는 경우가 문제된다. 이러한 사항은 무력충돌 상황에서 실제로 자주 발생할 수 있으므로 미필적 고의까지 고의의 범위를 확대할 필요가 있다.

V. 결 론

자율무기체계는 기본적으로 정밀성이나 구별 및 전투능력에 있어 인간보다 뛰어나고 감정에 치우치지 않으며 인간 중심의 임무수행이 가능한 장점이 있다. 하지만 자율무기체계는 기본적으로 기계이기 때문에 기계적 오류를 완전히 배제할 수 없으며, 해킹이나 사이버 공격으로 인해 문제를 발생시킬 부정적 측면도 있다. 그렇다고 해서 자율무기체계가 국제인도법상 그 자체로 위법한 무기는 아니기 때문에 구체적 사용에 있어 국제인도법을 위반하는지 여부를 확인하여야 한다. 자율무기체계의 적법성을 판단하는 가장 핵심적인 요소는 국제인도법상 사전예방, 구별성, 비례성의 원칙을 준수할 수 있는가의 문제일 것이다. 특히, 구별성이나 비례성의 원칙과 관련해서 현재의 과학기술로는 한계사항이 존재한다. 구별성의 원칙과 관련하여 직접 적대행위에 가담한 민간인, 단속적으로 무력을 행사하는 민간인, 자발적으로 인간방패로 참여하는 민간인, 정당방위로써 무력을 사용하는 민간인, 이중용도의 민간시설물 등의 구별은 사실적 문제와 더불어 법적이고 개념적 문제를 포함하고 있어 자율무기체계에 곤란한 상황을 발생시킬 수 있다. 비례성의 원칙을 적용함에 있어서도 군사적 이익의 범위는 개별적 공격에 있어서 적극적 손해로 한정하여야 한다. 부수적 피해로 민간인의 살상효과가 발생하는 경우는 자율무기체계가 아닌 인간 운영자에 의해 판단되도록 해야 할 것이다. 부수적 피해의 산정에 있어서 미군의

부수적 피해평가방법이 참고가 될 수는 있지만 군사적 이익과의 비교형량을 위해 산술적인 평가가 가능하도록 시스템을 발전시켜야 할 것이다.

자율무기체계의 사용으로 인한 인간 관련자의 처벌문제는 죄형법정주의에 의해 판단할 문제이지 자율무기체계의 적법성을 판단하는 근거는 아니다. 국제법상 전쟁범죄 중에 과실범죄를 처벌하는 대표적인 규정은 로마규정 제28조로 자율무기체계의 사용으로 인한 범죄결과 발생을 알거나 알 수 있었던 경우 지휘관 책임이 인정될 수 있을 것이다. 그렇지만 로마규정 제28조의 지휘관 책임의 성립과 관련하여 자율무기체계에 대해서 인간의 대리인으로서 지휘관계를 인정하는 것은 현재 로마규정의 해석으로는 불가능하다. 다만, 지휘관과 자율무기체계 사이의 지휘관계는 부정되더라도 지휘관과 자율무기체계를 사용하는 부하 사이에 지휘관계가 인정되는 경우 기본범죄 성립의 문제가 발생한다. 부하에게 오로지 과실만 있고 민간시설의 무분별한 파괴와 같이 기본범죄가 과실범을 인정하는 경우가 아니라면 이 또한 지휘관 책임은 성립되지 않을 것이다. 로마규정 제25조에 의한 책임도 범죄구성요건에서 과실적 요소를 인정하지 않는 경우라면, 지휘관의 범죄에 대한 고의가 인정되지 않는 경우 성립되지 않는다.

앞으로 자율무기체계의 사용으로 인한 무고한 인명의 피해를 막기 위해 자율무기체계 사용자의 형사책임을 강화하는 국제적 합의가 도출되어야 한다. 또한 의미 있는 인간통제가 이루어 질 수 있도록 자율무기체계 관련 기술정보와 문제점을 명확하게 공유하는 투명성을 증진시키는 방안에 집중해야 할 것이다. 추가적으로 자율무기체계의 사용으로 인한 피해에 대해서는 무과실 책임을 인정하거나 피해자들에게 사회·경제적 지원을 확대하는 방향으로 국제적 논의가 진행되어야 할 것이다.

제1부 제2발표

자율무기시스템(AWS)에 대한 국제법적 규제
: 새로운 협약도입의 필요성을 중심으로

- 발표 김 자 회 (변호사, 광주서구의회 전문위원)
- 토론 김 성 원 (원광대학교 교수)

자율무기시스템(AWS)에 대한 국제법적 규제 : 새로운 협약도입의 필요성을 중심으로

김 자 회*

목 차

- I. 서론
- II. 자율무기시스템의 내용
 - 1. 정의
 - 2. 특성
 - 3. 자율무기시스템의 현황
 - 4. 문제점
- III. 자율무기시스템에 대한 규제 및 새로운 협약도입
 - 1. 기존 국제법상 규정의 적용가능성
 - 2. 새로운 협약도입
- IV. 결론

I. 서론

자율무기시스템(Autonomous Weapon Systems : AWS)은 고도의 자율기술(自律技術, autonomous technology)과 무기시스템이 결합한 것으로, 인간의 개입없이 스스로 목표물을 선택하고 공격할 수 있는 능력을 보유한 시스템이다. 자율무기시스템은 기존의 재래식 무기들보다 훨씬 강력할 것으로 예상되고 있으며, 핵무기에 이어 제3차 군사혁명으로 묘사되기도 한다. 전쟁에서의 비용을 절감하고 인력을 대체하는 등의 막강한 군사상 이점은 국가가 위 시스템을 사용하게 하는 강력한 동기를 제공한다. 미국, 영국 등을 비롯한 많은 국가들이 암암리에 위 시스템 개발에 뛰어들고 있는 가운데, 인공지능을 기반으로 한 자율기술의 무한한 발전은 전쟁에서 위 시스템을 접할 날이 머지않았음을 예고한다.

* 변호사, 광주서구의회 전문위원

고도로 자율적인 무기시스템의 배치는 다른 국가의 군사적 목적에 대한 우발적인 공격이나 충돌로 이어질 수 있다. 그러한 자율무기시스템이 상대편 군대나 전투원의 행위를 적군의 행위로 인식하고 공격을 가하는 경우, 국가 간의 갈등을 증폭시키거나 전쟁을 야기하는 계기로 작용할 것이다. 자율무기시스템이 일단 개발되어 사용되면, 무력충돌은 과거의 그 어느 때보다 큰 규모로, 그리고 인간이 이해할 수 있는 것보다 빠른 시간에 일어나게 될 것이다.

그러므로 현 상황을 파악하고, 자율무기시스템의 개발 및 사용 등에 관한 적절한 규제를 마련하는 것이 중요하다. 조만간 자율무기시스템으로 인하여 발생할 새로운 위기와 위협을 감안할 때, 이제 그에 대한 태도를 명확히 할 필요가 있다. 새로운 무기시스템에 대한 두려움과 무지에 편협되어 위 시스템에 대한 절대적 반대를 주장하는 것은 옳지 못하지만, 그럼에도 위 시스템이 야기할 위험 등을 고려하여 좀 더 신중하고 조심스럽게 접근해야 할 것이다. 위 시스템에 대한 국제적 규제가 필요하다고 생각되며, 그러한 규제 마련은 위 시스템이 본격적으로 개발·사용되기 전에 이루어져야 할 것이다.

본 논문은 인류에게 위협을 초래할 수 있는 위험한 무기인 자율무기시스템에 대한 규제와 관련하여, 위 시스템에 대한 기존 국제법이 어떻게 적용될 수 있을지를 고찰하고자 하였다. 구체적으로 국제인도법(IHL)의 맥락에서 미래의 잠재적인 자율무기시스템의 개발과 사용을 통제하기 위한 기존 조약 및 협정 등의 내용을 고찰하고 있다.

안타깝게도 자율무기시스템에 대하여 구별·비례성의 원칙 등 국제인도법 상의 의무들을 적용하고 충족하는 것은 어려울 수 있다. 종래의 국제인도법상의 이러한 규칙들이 자율무기시스템에 적용되는지, 현재 자율무기시스템을 개발하는 모든 국가에 적용되는지는 분명하지 않다. 자율무기시스템이 국제법상 규칙을 위반하는지 여부를 판단하기에 충분한 정보는 아직 밝혀진 바가 없다. 더 나아가 자율무기시스템의 국제법 위반행위에 대한 책임설계상의 문제도 해결되지 않고 있다.

기존의 국제법상 자율무기시스템에 적용 가능한 규칙들을 제시할 수 있다고 할지라도 적용가능성이나 해석에 있어 여러 선례가 축적되지 않는 한 갈등이 지속적으로 제기될 것이다. 이러한 불확실성은 자율무기시스템에 관한 새로운 협약 및 대안적 규제방안의 필요성을 제기한다.

이에 필자는 기존의 국제법 체계만으로는 위 시스템을 규제하기에는 한계가 있다고 보고, 위 시스템을 수용할 수 있는 적절한 법적체계로서의 다자간 협약의 방안이 형성되어야 한다고 보았으며, 그 구체적인 협약안을 제시하고자 하였다.

II. 자율무기시스템의 내용

1. 정의

무기의 사전상 의미는 '전투에서 가해력(加害力)을 행사하기 위해서 사용되는 기구와 군사작전에

직·간접으로 쓰이는 장치·기구류의 총칭'으로써,¹⁾ 무력충돌의 과정에서 사용될 것으로 예견되는 자율무기시스템 역시 가해력을 가진 무기의 일종으로 볼 수 있다. 다만 자율무기시스템이 구체적으로 무엇인지에 대하여는 일치된 정의는 존재하지 않는다. 국가별로 조금씩 다르게 그 개념을 설정하고 있으며, 학자들의 견해도 약간씩 상이하다.

자율무기시스템 개발에 가장 앞서 있는 미국은 '인간의 개입이나 통제 없이 군사목표물을 선별, 공격할 수 있는 무기시스템으로, 인간이 시스템의 작동을 취소, 번복할 수 있도록 설계되어 있는 시스템'으로 정의하고 있으며,²⁾ 영국은 '보다 높은 수준의 의도를 이해할 수 있고, 그러한 이해에 기초하여 적절한 조치를 취할 수 있는 시스템으로서 인간의 감시와 통제 없이 여러 대안들로부터 행동의 방향을 결정할 수 있는 시스템'으로 정의하고 있다.³⁾ 네덜란드에 의하면 '인간의 개입없이 특정하게 사전정의된 기준에 부합하는 목표물을 선별, 공격하는 무기'로서, 그러한 무기의 배치는 '인간의 결정'에 의하나 자율무기시스템이 일단 공격을 개시하면 인간의 개입에 의하여는 공격이 중단될 수 없다고 한다.⁴⁾ 프랑스에 의하면, 자율무기시스템은 완전한 자율시스템(fully autonomous system)으로, 인간의 통제가 완전히 배제된 상태에서 목표물을 독립적으로 선별하여 치사성 도구(예컨대 탄환, 미사일, 폭탄 등)로 공격할 수 있는 시스템이라고 한다.⁵⁾

학자들의 견해도 다양하나 주요한 저서에서 인용되는 입장은 다음과 같다. Heyns에 의하면, 일단 활성화되면 인간의 개입없이 목표물을 선별, 공격할 수 있는 무기시스템으로서, 시스템의 핵심적 요소는 로봇이 자율적으로 '선택'할 수 있는 기능이라고 한다.⁶⁾ Noel Sharkey 교수에 의하면, 추가적인 인간의 개입 없이 감지기(sensor)를 통하여 정보를 수신하고, 목표를 선택하고 공격할 수 있는 기능을 가진 시스템으로 보고 있다.⁷⁾

1) 두산백과. '무기', <http://www.doopedia.co.kr>

2) United States Department of Defense, Directive Number 3000.09, November 21, 2012, pp. 13~14 ; America, Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, CCW/GGE.1/2017/WP.7 (November 10, 2017), para. 12. (b)).

3) United Kingdom Ministry of Defence, *Joint Doctrine Note 2/11: The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems*, 2011, p. 13 ; United Kingdom Ministry of Defense, *Joint Doctrine Publication 0-30.2 : Unmanned Aircraft Systems*, 2017. 8, p. 13.

4) Netherlands, Examination of Various Dimensions of Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems, in the Context of the Objectives and Purposes of the Convention, CCW/GGE.1/2017/WP.2 (October 9, 2017), para 5.

5) France, Characterization of a LAWS, Convention on Certain Conventional Weapons (CCW), Meeting of experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS) Geneva (April 11-15, 2016) [NON PAPER] pp. 1~2 ; France and Germany, Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, CCW/GGE.1/2017/WP.4 (November 7, 2017), p. 2.

6) Christof Heyns, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial summary or arbitrary executions, United Nations Human Rights Council, A/HRC/23/47, 2013, pp. 7~8.

7) Noel Sharkey, "Automating Warfare: Lessons Learned from the Drones". *Journal of Law, Information & Science* 21(2), 2012, p. 2 ; Jürgen Altmann, Peter Asaro, Noel Sharkey, Robert Sparrow, "Armed military robots: editorial", *Ethics and Information Technology*, Vol. 15, Issue 2, June 2013, pp. 73 - 76 ; Nicholas Marsh, "Defining the Scope of Autonomy : Issues for the Campaign to Stop Killer Robots," *Peace Research Institute Oslo (PRIO)*, 2014, p. 2.

국제단체인 국제적십자위원회(ICRC)에 의하면, ‘중요 기능을 자율적으로 수행하는 모든 무기 시스템으로, 인간이 개입하지 않고 목표물 선별(또는 탐색, 탐지, 추적, 선택) 및 공격(또는 무력 사용, 무력화, 손상, 파괴)을 할 수 있는 무기시스템’을 의미한다.⁸⁾

이를 종합해 보면 자율무기시스템은 자율기술이 탑재된 무기시스템으로써, 인간의 개입없이 스스로 또는 독립적으로 목표물을 선택하고 공격하는 데 무기시스템을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 자율무기 시스템은 자율적 판단과 공격기능을 보유하고 있으므로, 인간이 전면적으로 개입하여 통제하거나 오로지 인간의 명령에 의하여 목표물을 선별하거나 공격하는 시스템은 자율무기시스템에 포함되지 않는다.⁹⁾

자율무기시스템은 다양한 단계로 분류될 것이나 크게 세 부분으로 나눌 수 있을 것이다. a) 시스템 자체가 자율성을 갖추고 있음에도, 임무 수행의 매 단계마다 인간이 개입하고 통제하거나 일정 단계에서 인간이 감시, 통제하는 시스템인 ‘반(半)자율형(semi-autonomous)’ 또는 ‘인간주도형(human in the loop),’ b) 인간의 개입 없이 시스템 스스로 작동할 수 있지만 오작동이나 장애 등 잘못된 상황이 발생하거나 의도하지 않은 결과가 야기될 경우를 대비하여 인간이 개입하여 감독할 수 있도록 하는 ‘인간 감독형(human-supervised autonomous, or, human on the loop),’ c) 시스템이 독자적으로 판단하고 작동하며, 인간이 이에 대하여 전혀 개입하지 않는 상태인 ‘완전 자율형(fully autonomous, or, human out of the loop)’으로 분류할 수 있다.¹⁰⁾

2. 특성

자율무기시스템의 특성은 크게 자율성(autonomy), 자가학습(self-learning), 예측불가능성(unpredictability)을 들 수 있다.¹¹⁾

자율성(autonomy)은 시스템에게 부여된 업무나 기능을 스스로 또는 독립적으로 이행하는 것을 의미한다.¹²⁾ 인간의 개입이나 제어없이 독립적으로 정보를 수집하고, 분석하고, 습득하고, 이를 토대로 판단하여 행동하는 특성이다.¹³⁾ 자율성은 미리 정의되었거나 한정된 제반조건에 따라 업무를 수행하

8) UNIDIR, “The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies: Concerns, Characteristics and Definitional Approaches”, *UNIDIR Resources* No. 6, 2017, p. 26.

9) IT World, “인공 지능이 전쟁에 쓰인다면? 자율 살상 로봇 개발, 멈출 수 있는가”, <http://www.itworld.co.kr/news/106160#csidxf99809b63bc7ee7af1d5f4bc2e35e47>

10) UNIDIR, “The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies : Considering how Meaningful Human Control might move the discussion forward”, *UNIDIR Resources* No. 2 2014, p. 8.

11) 김자희, 『자율무기시스템(AWS)에 대한 국제법적 규제 - 새로운 협약도입을 중심으로』, 박사학위논문, 전남대학교, 2018. 8, 9면 이하 참조.

12) Paul Scharre, “The Opportunity and Challenge of Autonomous Systems,” In *NATO Allied Command Transformation, Autonomous Systems: Issues for Defence Policy Makers*, edited by Andrew P. Williams & Paul D. Scharre (Norfolk(U.S) : Capability Engineering and Innovation Division, 2015), p. 8.

13) Dustin A. Lewis, Gabriella Blum, and Naz K. Modirzadeh, *War-Algorithm Accountability*, Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict (Autust 2016), p. 21 참조.

지만, 그에 따라 나타나는 도출물이나 결과는 사전조건에 반드시 부합하거나 미리 결정되지 않으며 때로는 환경 변화에 따라 달라질 수 있다.¹⁴⁾ 자율성을 가진 시스템은 정형화되거나 예측가능한 환경 뿐만 아니라 정형화되지 않은 유동적 환경에서도 임무를 수행할 수 있도록 설계된다.¹⁵⁾ 이러한 자율성은 무기시스템이 무력충돌과 같은 급박하고 혼란스러운 상황에서 작동할 때 또는 다른 시스템과 상호 작용을 할 때 그 결과를 예측하기 어렵게 한다.¹⁶⁾

자가학습(self-learning)은 스스로 학습하는 특성으로써 보통 적응(adaptation)을 수반하며 외부 정보의 분석 등을 통하여 시스템의 상태를 계속적으로 변환하거나 향상시키는 특성과 관련된다. 자율성과는 연계되는 특성으로 정형화된 또는 사전에 시뮬레이션 상황을 통하여 얻은 학습 뿐만 아니라 정형화되지 않은 상황에서 얻은 직접 경험을 통한 학습능력을 포함한다.¹⁷⁾ 자가학습은 인간의 통제 내에서 인간이 내리는 지시나 명령에 근거하여 모든 정보를 수집, 분석하고 주어진 임무를 수행하나, 스스로 인간의 통제가 없이도 스스로 정보를 수집, 분석하고 그 내용을 학습 저장하는 면도 아울러 갖고 있다. 자가학습은 사람이 예상하지 못하는 결과물 도출로 연결될 수도 있고, 항상 최초설계자가 원하는 방식의 결과물을 도출하는 것은 아니어서 일정한 인간의 통제가 필요하다.

다른 자율시스템과는 다른 자율무기시스템이 갖는 또하나의 특성은 치사성(致命性, lethality)이라고 할 수 있다. 특정재래식무기금지협약(CCW) 회의에서 논의되는 내용들은 치사성 자율무기시스템(Lethal Autonomous Weapon Systems : LAWS)에 관한 것으로, 이는 자율무기시스템 자체가 치사성을 가진 것임을 전제로 한다.¹⁸⁾ 자율무기시스템은 제3차 군사혁명으로까지 일컬어지면서 그 시스템이 가진 치사성이 과거의 어떤 무기보다 강력한 것으로 여겨지고 있으며 핵무기보다 더 위험한 것으로 예측되기도 하므로, 치사성을 하나의 특성으로 볼 수 있다고 생각된다.

자율무기시스템을 비롯한 모든 자율시스템에서 가장 문제가 되는 부분은 예측불가능성(unpredictability)이다. 예측불가능성은 명령이나 지시에 따른 결과가 어떻게 도출될지 예측하기 어려움을 의미한다.¹⁹⁾ 예측불가능성은 미래의 일정한 시점에서 사전에 의도한 방식이나 예측한 결과로 진

14) Andrew P. Williams, "Defining autonomy in systems: challenges and solutions," In *NATO Allied Command Transformation, Autonomous Systems: Issues for Defence Policy Makers*, edited by Andrew P. Williams, and Paul D. Scharre, Norfolk(U.S.) : Capability Engineering and Innovation Division, 2015, p. 38 ; David A. Mindell, *Our Robots, Ourselves, Robotics and the Myths of Autonomy* (New York: Viking, 2015), p. 12 ; Christof Heyns, *supra* note 6, p. 8, p. 39 ; UK Joint Note 2/11, *supra* note 3, p. 13. para. 205 ; UK Joint Doctrine 2017, *supra* note 3, p. 13 ; 김자희, 박사학위논문, 10면. 자율성과 자동성을 구분하는 것과 관련하여서는, Christian Alwardt and Martin Krüger, "Autonomy of Weapon Systems," *IFAR Food for Thought Paper* (February 2016), pp. 3-6 참조.

15) Peter Asaro, "On banning autonomous weapon systems : human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making," *International Review of the Red Cross* (2013), p. 690 ; Christof Heyns, *supra* note 6, p. 8.

16) Gwendelynn Bills, "LAWS(Lethal Autonomous Weapons Systems) unto Themselves: Controlling the Development and Use of Lethal Autonomous Weapons Systems", *George Washington Law Review*, Vol. 83, No. 1 (December 2014), p. 198 ; Christof Heyns, *supra* note 6, p. 8 ; 김자희, 박사학위논문, 10~11면.

17) 김자희, 박사학위논문, 12면.

18) 김자희, 박사학위논문, 13면.

19) Neil Davison, "A legal perspective: Autonomous weapon systems under international humanitarian law," *UNODA*

행할 것임이 확률적으로 높지 않음을 의미한다.²⁰⁾ 자율성의 수준이 높아지고 시스템 스스로의 판단능력이 고도화될수록, 환경의 변화가 유동적이고 다른 시스템과의 상호작용이 증대할수록, 결과를 도출하는데 고려되는 변수가 많아질수록, 자율무기시스템의 예측불가능성은 높아지게 될 것이다.²¹⁾

3. 자율무기시스템의 현황²²⁾

자율무기시스템에 대한 정확한 정보는 얻기가 사실상 어렵다. 다만 국제기구 보고서 등을 통하여 그 대략적인 측면을 짐작해 볼 수 있을 것이다.²³⁾

대표적으로 거론되는 것 중의 하나는 미국의 팰랭스(Phalanx)이다. 팰랭스는 근접방어무기시스템(Close-in Weapon System)으로써 대함 미사일 및 무인항공기 등 대 공중전 위협을 스스로 탐지, 추적하고 공격할 수 있는 기능을 보유하고 있다. 군사목표물이 레이더에 포착되면 가장 가까운 목표부터 추적, 조준하여 포를 발사하며, 목표물의 방향을 측정, 계산하여 포의 방향을 조절하기도 한다. 목표물을 격추시키거나 파괴시키면 다시 다른 목표물을 탐지하여 이 작업을 계속적으로 반복한다.

네덜란드의 골키퍼(Goalkeeper) 역시 팰랭스와 같은 근접방어무기시스템인데, 팰랭스보다는 더 먼 거리에서 안전하게 요격이 가능한 시스템으로 알려져 있다. 팰랭스가 레이더를 주로 사용하여 군사목표물을 추적한다면, 골키퍼는 레이더 외에 전자광학장비를 탑재하여 전자전 상황을 보다 잘 대비할 수 있도록 설계되어 있다. 팰랭스가 하나의 군사목표물을 공격하고 그 다음 목표물을 추적하는 방식이라면 골키퍼는 여러 목표물이 최적의 위치로 올 때에 동시에 공격할 수 있는 기능을 보유하고 있다.

러시아의 카쉬탄 역시 적국의 대함미사일이나 전투기를 방어하기 위한 것으로, 날아오는 군사목표물(미사일 등)을 기관포로 추적, 격추시키는 기능을 보유하고 있다.²⁴⁾ 기관포와 대공미사일을 모두 구

Occasional Papers, No. 30 (January 31, 2018), p. 10.; ICRC, *Autonomous Weapon Systems: Implications of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons*, Expert meeting, Versoix, Switzerland (March 2016), p. 9 참조; 김자희, 박사학위논문, 13면.

20) UNIDIR(2017), *supra* note 8, p. 12.

21) 예측불가능성은 시스템의 법적 책임 및 책임에 대한 귀속여부와 관련하여 종종 문제로 거론된다. 다만 예측불가능성이 시스템의 부정확성을 의미하는 것은 아니다. 예측불가능성은 결과에 대한 예견가능성의 문제일 뿐 시스템 자체가 오류가 있거나 정확·정밀하지 않다는 것을 의미하지는 않는다.

22) 보다 자세한 내용은 Christof Heyns, *supra* note 6, pp. 8~9; ICRC, “Autonomous Weapon Systems: Implications of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons,” Expert meeting, Versoix, Switzerland, 15~16 March 2016, pp. 72~76; 김자희, 박사학위논문, pp. 20~26; 『중앙일보』, “인공지능과 미래전장 (3) - AI 지상군과 해군”, 2016. 11. 8 참조; 김경택, “美, 키 188cm 인간형 킬러 로봇 ‘아틀라스’ 개발 중 - AI 킬러로봇 논란… 세계 각국 개발 어디까지”, 『국민일보』 (2018. 4. 6); 이별찬, “곧 나올 살인 로봇에 生死 말걸 건가 - G7, 인간 보호 ‘AI 8원칙’ 만들기로”, 2016. 4. 13; 장길수, “러시아, ‘킬러 로봇’ 군사 훈련 조만간 실시 - ‘플랫폼 M’ 현장투입 훈련 계획 중”, 『로봇신문』; 최상현, “알파고 핵잠수함에서 혈관침투 나노로봇까지 - 中, 살인 AI 개발”, 『조선일보』 (2018. 11. 8); 『연합뉴스』, “이스라엘, 자율주행 군용차량 실전배치-로봇 부대 가시화”, 2016. 8. 24; 김민수, “티미네이터 개발·킬러로봇 배치…전투머신 쏟아진다”, 『CBS노컷뉴스』 (2016. 6. 28); 유용원, “전쟁용 로봇 및 무인 정찰기” 유용원의 군사세계, 2006. 3. 29, http://bemil.chosun.com/nbrd/bbs/view.html?b_bbs_id=10040&num=29126 참조.

23) 김자희, “치사성 자율무기시스템에 대한 적법성 검토 - 제네바협약 제1추가의정서 제36조의 검토의무를 중심으로”, 『인도법 논총』 (2018. 12) 7~8면; 김자희, 박사학위논문, 20~25면 참조.

24) 유용원의 군사세계, 강력한 러시아 근접 대공 방어(CIWS) 시스템- 3M-87 카쉬탄(Kashtan)

축한 복합형 근접방어무기시스템으로써, 러시아 거의 모든 항공모함에 배치되어 있다.

이스라엘의 하피(Harpy)는 전투용 자폭 무인기의 형태를 띠고 있으며, 스스로 레이더파를 역추적하고 자폭하여 적의 방공망을 무력화시키는 기능을 갖고 있다. 적이 중간에 레이더를 끄거나 정지하는 경우에도 지속적으로 공중에서 맴돌다가 적의 레이더 전파를 발견하면 다시 공격하도록 설계되어 있는 자율무기시스템의 일종이다.

우리나라 역시 대표적인 군사무기 개발국가 중의 하나로 알려져 있는데, 최근 개발한 해성은 아음속 대함 미사일으로써, 총무공 이순신급 구축함 등에 탑재할 의도로 만들어졌다. 적 군함을 격추하기 위하여 미사일이 비행하면서 변침점(Waypoint)을 통해 아군의 함정과 섬들을 피하도록 설계되었고, 여러 탐색기나 항법장치 등을 탑재하는 등 정밀유도 알고리즘이 적용되어 명중률이 상당히 높은 것으로 알려져 있다.

그 외 영국 타라니스 제트 추진 전투 드론(Taranis jet-propelled combat drone prototype)독일의 맨티스(MANTIS), 프랑스·스웨덴의 보누스(BONUS 155mm projectile) 등을 들 수 있다. 그 밖에 중국, 일본 등 여러 국가들이 자율무기시스템을 개발 중에 있는 것으로 보인다. 이는 핵무기와 같이 구체적인 제재가 존재하지 않기 때문으로 생각된다.

4. 문제점

1) 위험성 및 인권에 대한 위협

자율무기시스템(AWS)의 자율적 공격능력은 우려의 대상이 된다.²⁵⁾ 자율무기시스템은 예상보다 훨씬 다양하고 많은 방식과 형태로 나타날 수 있고 기존의 무기와 얼마든지 결합할 가능성이 높을 뿐만 아니라 인간의 개입이 최소화된 상태에서도 스스로 판단하여 작동하도록 설계될 것이므로, 이제까지의 모든 무기시스템 개발에서의 새로운 혁명을 가져올 것으로 예상되고 있다.²⁶⁾ 자율무기시스템이 지

25) 최보식, “인공지능 스스로 공격과 전쟁 결정하면…核무기보다 인류에게 더 위협,” 『조선일보』 (2018. 7. 2) http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2018/07/01/2018070101387.html ; Human Rights Watch, “Losing Humanity: The Case Against Killer Robots – summary.” November 19, 2012. <http://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots> ; Vincent Boulanin, “Implementing Article 36 – Weapon Reviews In The Light Of Increasing Autonomy In Weapon Systems,” SIPRI(Stockholm International Peace Research Institute) Insights on Peace and Security, November 2015, p. 12 ; Paul Scharre, “Autonomous Weapons and Operational Risk,” Center for a New American Security (February 29, 2016) ; John Markoff, “Report Cites Dangers of Autonomous Weapons,” The New York Times, February 28, 2016 참조.

26) 한재권, “군사로봇의 명과 암,” 『로봇신문』 (2014. 6. 15). <http://www.irobotnews.com/news/articleView.html?idxno=2772> ; Christof Heyns, *supra* note 6, p. 5 ; Vincent Boulanin(2015), *supra* note 25, p. 12 ; Paul Scharre(2016), *supra* note 25 ; Human Rights Watch, *supra* note 25 ; Peter Asaro, “Why the world needs to regulate autonomous weapons, and soon,” *Bulletin of the Atomic Scientists*, April 27, 2018, https://thebulletin.org/landing_article/why-the-world-needs-to-regulate-autonomous-weapons-and-soon/ ; Meghan Han, “Lethal Autonomous Weapons & Info-Wars: A Scientist’s Warning,” *SynchedReview*, July 7, 2017, <https://medium.com/synchedreview/lethal-auto-nomous-weapons-info-wars-a-scientists-warning-cc95798bc302> ; Stuart Russell and Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*(3rd edition). New Jersey:Prentice Hall, 2009참조.

상이 아닌 지하, 수중, 우주공간 기타 전파방해지역 등 관측이 어려운 폐쇄된 지역에서 사용되는 경우에는 그 치사성이 훨씬 더 커질 것이다.²⁷⁾

자율무기시스템의 개발은 인류의 생존에 위협적인 요소가 된다. 시스템의 자율성이 커지면 커질수록 시스템은 스스로, 인간의 개입없이도 공격목표물을 탐지하고 선별하여 공격하는 임무를 수행할 수 있게 될 것이다. 공격결정이 자율무기시스템에 위임된다는 것은 생명박탈 여부에 대한 결정권이 시스템에 위임됨을 의미한다.²⁸⁾

생명박탈여부를 사람이 아닌 시스템에게 맡기는 것이 과연 윤리적으로 타당한가의 문제는 논외로 하더라도, 실제적인 문제로 시스템의 낮은 판단능력이나 오류·오작동으로 인한 잘못된 판단이 도출되고 이러한 잘못된 판단이 시스템의 강력한 치사성과 결합되거나 다른 시스템과 상호작용함으로써 더 큰 오류를 낳을 수 있다는 점이 문제될 것이다. 극한의 무력충돌의 상황에서, 인간의 개입이 최소화된 자율무기시스템의 독립적인 판단 및 공격결정은 국제적 분열을 더 가속화할 뿐 아니라, 국제 안보체계를 약화시키고 국제사회가 범으로서 보호하려는 인간존엄성, 민간인 보호 등에 특히 큰 위험을 초래할 수 있다.²⁹⁾

물론 자율무기시스템은 인간과 달리 보다 합리적 결정을 할 수 있고,³⁰⁾ 시스템 스스로 자신을 보호할 필요가 없으므로 필요시 적절하게 자기를 희생함으로써 주어진 임무를 수행할 수 있다는 점에서 인권을 보다 잘 수행할 여지도 갖고 있다.³¹⁾ 그러나 한편으로 자율무기시스템은 감정을 가지고 있지 않으므로 인간과 같은 심리적 갈등을 겪지 않고 목표물의 생명을 빼앗는 것에도 주저하지 않는다.³²⁾ 군 지휘관들은 최종 공격허가만 하거나 그마저도 핵심적인 사항에 대하여 자율무기시스템에 위임함으로써, 인간으로서 느끼는 심리적 부담감에서 벗어남과 동시에 보다 용이하게 생명 살상 및 군사상 목적을 달성할 수 있게 될 것이다.³³⁾ 이는 결과적으로 인권에 역행하는 결과를 야기한다.³⁴⁾

자율기술이 고도화될수록 시스템의 복잡성은 증가한다. 시스템의 복잡성은 시스템의 오류나 오작동 발생을 감지하기 어렵게 하거나 원인분석을 모호하게 만들 수 있다. 시스템에 목표물 선정 및 공격결정을 위임해 버림으로써 운영자의 권한이 축소될수록, 중요한 사항을 수정하지 못하게 될 것이다.³⁵⁾ 만일

27) 김자희 외, “자율 로봇의 잠재적 무기화에 대한 소고 - 개념정립을 통한 규제를 중심으로,” 『입법과 정책』 제9권 제3호, 국회 입법조사처 (2017, 12), 138면.

28) 김자희, 박사학위논문, 62면.

29) Nils Melzer, *Human rights implications of the usage of drones and unmanned robots in warfare*. European Parliament, 2013, p. 4 ; UNIDIR, *The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies: Considering Ethics and Social Values*, UNIDIR Resources No. 3 (2015), p. 3 ; Christof Heyns, *supra* note 6, p.6, p.17참조.

30) Ronald Arkin, “Lethal Autonomous Systems and the Plight of the Non-combatant,” *AISB Quarterly*, No 137, July 2013, p. 3 ; Peter Asaro(2013), *supra* note 15, p. 703.

31) Ronald Arkin, “The Case for Ethical Autonomy in Unmanned Systems”, *Journal of Military Ethics*, Vol. 9, Issue 4 (Dec, 16, 2010), pp. 332 – 341 ; Ronald Arkin(2013), *supra* note 30, p. 3 ;

32) 김자희, 박사학위논문, 63면.

33) Christof Heyns, *supra* note 6, p. 11 참조.

34) 김자희, 박사학위논문, 63면.

35) 김자희, 박사학위논문, 65면.

그러한 오류가 잠재되어 있거나 증폭되어 무력충돌에서의 예기치 않은 사고로 이어진다면, 예상밖의 더 큰 위험을 초래할 수 있다.

한편으로 자율무기시스템은 다른 무기보다 정밀도나 정확성이 높기 때문에 오히려 과거의 어떤 무기보다 인명손실을 최소화할 수 있다고 보기도 한다.³⁶⁾ 그러나 자율무기시스템이 반드시 인명손실을 최소화한다고 단정할 수 있는 것은 아니다.³⁷⁾ 앞서 살펴본 바와 같이 자율무기시스템의 특성 중 하나가 치차성임을 감안하면 각 전투에서의 사상자 수는 적을지라도 전체적으로 보면 사상자 수가 클 것이다.³⁸⁾ 단기간으로는 손실이 적지만 전쟁의 규모가 커지고 확대될수록 그 비용은 극대화되고, 전체적인 인명손실이나 그로 인하여 치러야 할 사회전반적 비용이 매우 클 것이며, 그러한 비용이 국제사회 전반으로 확장되면서 다시금 자국으로 환원될 것이다.³⁹⁾ 위 시스템의 특성중 하나인 정밀성과 정확성 향상으로 인하여 결과적 측면에서의 효율성이 클 수 있지만, 바로 그 점으로 인하여 인권에 역행하는 결과가 발생할 수 있다.⁴⁰⁾

2) 적법성 문제

제네바협약 제1추가의정서는 국가가 새로운 무기를 개발하거나 획득하기 전에 그러한 무기의 사용이 국제법상의 원칙에 위배되는지를 결정할 의무를 부여하고 있다, 의정서 제36조에 의하면 “신무기, 전투수단 또는 방법의 연구·개발·획득 및 채택에 있어서 계약당사국은 동 무기 및 전투수단의 사용(운용)이 본 의정서 및 계약당사국에 적용 가능한 국제법의 다른 규칙에 의하여 금지되는지의 여부를 결정할 의무가 있다.”⁴¹⁾ 적법성 검토의무는 국제관습법으로서⁴²⁾ 각 국가는 자율무기시스템과 같은 새로운 무기에 관련하여, 국제법상 금지되는지를 검토하기 위하여 내부 절차를 수립할 의무를 진다.⁴³⁾

그런데 적법성 검토의무가 무기로서의 사용이나 운용에만 한정시킨 것인지, 모든 가능한 용도로까지 확대할 것인지에 대하여는 명확하지 않다.⁴⁴⁾ 또한 자율무기시스템이 치사적인지 비치사적인지, 공

36) 그러한 주장을 소개한 것으로는 Peter Asaro(2013), *supra* note 15, p. 702 ; 한희원, “인공지능(AI) 치명적자율무기(LAWS)의 법적·윤리적 쟁점에 대한 기초연구,” 『중앙법학』 20(1) (2018. 3), 333면 참조.

37) Christof Heyns, *supra* note 6, p. 12 참조.

38) *Ibid.*

39) 김자희, 박사학위논문, 65~66면.

40) 김자희, 박사학위논문, 66면.

41) 이러한 관련 규칙에는 무기, 전투수단 및 방법에 적용되는 국제인도법상 일반적 규칙과 그 밖의 국제법이 포함된다(ICRC, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977* (Geneva, January 2006), pp. 10-11.

42) Duncan Blake and Joseph S. Imburgia, “Bloodless weapons? The need to conduct legal reviews of certain capabilities and the implications of defining them as weapons,” *Air Force Law Review*, Vol. 66 (2010), pp. 163~164 ; ICRC(2006), *supra* note 41, p. 4.

43) Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann eds., *Commentary On The Additional Protocols Of 8 June 1977 To The Geneva Conventions Of 12 August 1949*, (ICRC, 1987), p. 424.

44) 모든 가능한(all possible) 용도를 평가해서는 안 된다는 견해에 대하여는 Duncan Blake and Joseph S. Imburgia, *supra* note 42, p. 168.

격목표물이 사람인지 물건인지에 관계없이 적용되는 것인지에 대하여도 불분명하다. 제네바협약 제1 추가의정서 상의 적법성 검토의무가 국제관습법적 지위에 있다고 할지라도 그 범위에 대하여는 명확하지 않은 상황이라면, 자율무기시스템에 대한 적법성 검토 여부는 사실상 이루어지기 어려울 수 있다.

제네바협약 제1추가의정서 제36조상의 신무기 적법성 검토의무를 기본 전제로 하더라도 자율무기시스템이 국제법상 부합하는 지 여부는 별도로 살펴볼 사항이다. 자율무기시스템 국제적 무력충돌이나 전투에서의 이러한 무기시스템 사용이 적법한 자율무기시스템 중 인간의 통제가 배제되거나 시스템의 자율성에 미치는 인간의 영향력이 매우 미미한 수준인 시스템의 경우(완전 자율무기시스템)에도, 전통적인 법적 기준이 그대로 적용될 수 있을 것이라고 확인하기는 어렵다. 자율무기시스템의 적법성 문제는 기존의 국제법 적용가능성에 대한 논의로 확장되며, 기존의 법체제가 이러한 새로운 기술을 포섭하거나 규제하는 데 적절한가라는 문제로 연결된다.⁴⁵⁾ 자율무기시스템의 자율성은 그 수준이 높아 질수록 국제인도법(IHL) 상 구별, 비례성의 규칙을 준수하기 어려울 수 있고, 인도의 원칙 및 공공양심의 명령을 위반할 여지가 높으며, 전쟁으로부터 민간인을 보호하지 못할 수 있는 것이다.⁴⁶⁾

3) 책임상 문제

자율무기시스템은 책임 설계상의 문제를 제기한다. 책임의 문제는 두가지 부분에서 문제되는 데 하나는 시스템 자체의 책임과 시스템 운용에 대한 책임이다.

자율무기시스템과 관련하여 책임이 문제되는 이유는 시스템 자체가 가진 자율성 때문이다. 자율무기시스템은 스스로 판단하여 공격하는 능력을 가지고 있기 때문에 인간과 유사한 판단능력과 실행능력을 갖추고 있다. 인간의 개입없이 스스로의 판단으로 임무를 실행하였는데 그것이 국제법에 위배된다면 그 책임은 시스템에게 돌릴 수 있는가의 문제가 제기될 수 있다.

법의 실효성은 범죄를 저지르는 주체에 대하여 어떻게 그 책임을 추궁하여 처벌할 수 있는가와 연관된다.⁴⁷⁾ 형사상 책임에 관한 전통적 시각에 의하면, 범죄는 어떠한 물건이나 기계가 아니라 인간에 의해 범하여 진다. 사람만이 형사상 책임의 귀속주체가 될 수 있다고 한다면 자율무기시스템이 인간의 개입없이 스스로 판단하여 실행한 국제법 위반행위는 처벌할 수 없게 된다. 자율무기시스템이 과연 범죄의도를 가진다고 볼 수 있는지, 자율무기시스템을 인간과 같이 체포하거나 기소의 대상으로 삼을 수 있는지는, 설령 자율무기시스템에 인간과 같은 책임상 지위를 인정한다고 할지라도⁴⁸⁾ 그 범죄의 입증

45) Nils Melzer, *supra* note 29, p. 4 ; 김자희 박사학위논문, 34면.

46) Nils Melzer, *supra* note 29, p. 4 ; 김자희 박사학위논문, 34면.

47) 유고슬라비아 전범재판소 규정(Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, September 2009) 제6조는 관할권을 자연인으로 제한하고 있다.

48) 이와 관련하여 자율성을 가진 시스템에게 법인격을 부여하려는 논의가 있지만 이러한 논의가 무기시스템에까지 포함한 것으로는 보기 어렵다(관련논의에 대하여는, 김자희 외, “지능형 자율로봇에 대한 전자적 인격 부여 : EU 결의안을 중심으로”, 『법조』 제66권 제4호 (2017. 8) ; 계승균, “법규범에서의 인공지능의 주체성 여부”, 『법조』 제66권 제4호 (2017. 8) ; 김진우, “지능형 로봇에 대한 사법적 규율-유럽연합의 입법권고를 계기로 하여”, 『법조』 제66권 제3호 (2017. 6) 참조).

이나 처벌 등이 불가능할 수 있음을 암시한다.⁴⁹⁾

자율무기시스템의 국제법 위반행위에 대하여 이러한 시스템을 설계하거나 개발한 자 또는 사용자에게 직접책임을 부여할 수 있는지도 문제된다. 자율무기시스템의 설계자·개발자 또는 사용자에게 책임을 부여해야 한다는 견해와⁵⁰⁾ 사용자 등에게 책임을 부여함이 가능하지 않다는 견해가 있지만,⁵¹⁾ 전자에 의하더라도 그 입증의 문제가 남는다.⁵²⁾

누군가가 명백한 범죄의도를 가지거나 국제법에 반하는 행위를 하려는 의도를 가지고 시스템을 설계하였거나 사전명령을 하였고 그로 인하여 범죄가 발생하였다면 그 사용자 등에게 자율무기시스템으로 인한 국제법 위반행위에 대하여 직접적 책임을 귀속시킬 수 있을 것이나,⁵³⁾ 설계와 실행행위 사이에 간격이 크거나 사용자 등이 의도하지 않은 변수로 인하여 범죄의 발생이 확대되거나 사용자 등의 불분명한 명령을 수행하는 과정에서 자율무기시스템의 독립적 판단으로 범죄행위가 발생하는 상황과 같은 경우에는 책임 귀속이 쉽지 않다. 자율무기시스템과 관련된 작업에 대한 법적, 기술적, 물리적 통제가 분산되어 있어 특정 범인의 범죄의도와 결과발생인식을 증명하는 것이 어려운 점과, 결과발생을 범죄행위로 귀속시키는 과정에서 범인이 사실오인을 들어 형사책임을 부인할 가능성이 높다는 점 등을 감안하여 볼 때,⁵⁴⁾ 기존의 형법 체계만으로는 자율무기시스템의 위법행위에 대하여 형사상 직접책임을 묻는 것은 가능하지 않고, 실무적으로는 범리상·입증상 어려움을 야기할 것이다.⁵⁵⁾

또한 이 시스템의 사용으로 인하여 지휘자 등에게 지휘책임(Command responsibility)⁵⁶⁾을 물을 수 있는지도 문제된다. 지휘책임의 원칙은 여러 국제 협약에서 다양하게 표출되어 있는 것으로 관습화된 국제법으로 보아야 하지만, 실무상 명확한 규정이 없는 상황에서 지휘책임이 자율무기시스템에 적용된다고 단정하기는 어렵다.

일반적으로 지휘책임을 인정하기 위하여는 i) 상급자와 하급자 관계가 존재해야 하고, ii) 상급자가 하급자의 범죄 행위를 인지하고 있어야 하며, iii) 상급자가 이를 예방하거나 사후적으로 제재하는 데 필요, 적절한 조치를 취하지 아니할(했) 것을 요하는데,⁵⁷⁾ 자율무기시스템에 하급자로서의 지위를

49) 자율무기시스템의 작동을 중단시키거나 폐기한다고 할지라도, 인간을 감옥에 보내는 것이나 사형을 집행하는 것과 동일하게 볼 수는 없을 것이다(김자회, 박사학위논문, 41면).

50) Government of Netherlands, Government Response to AIV/CAVV Advisory Report No. 97, Autonomous Weapon Systems: The Need for Meaningful Human Control, 2016, <http://aiv-advice.nl/8gr#government-responses> 참조.

51) Christof Heyns, *supra* note 6, p. 15.

52) Christof Heyns, *supra* note 6, p. 15 ; Tim McFarland and Tim McCormack, “Mind the Gap: Can Developers of Autonomous Weapons Systems Be Liable for War Crimes?,” *International Law Study*. Vol. 90 (2014), p. 375 참조.

53) Human Rights Watch, “Mind the Gap The Lack of Accountability for Killer Robots,” *International Human Rights Clinic* (April 2015), p. 20 ; Netherlands of GGE 2017, *supra* note 4, para 17 참조.

54) Dustin A. Lewis *et al.*, *supra* note 13, pp. 77~78 참조.

55) 김자회, 박사학위논문, 42~43면.

56) 지휘책임은 자율무기시스템을 사용하여 범죄를 저지른 하급자의 행위를 사전에 예방하거나 벌하지 않은 등 하급자의 범죄 행위를 방지하거나 처벌하는 데 필요하고 합리적인 조치를 취하지 않을 때 부여되는 책임을 의미한다(김영석, 『국제인도법』, 서울 : 박영사, 2012, 256면 ; Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Portland Oregon: Oxford, 2008, pp. 179~186).

부여할 수 있는가가 문제된다. 또한 자율무기시스템의 자율성이 고도로 높아질수록 상급자인 지휘관의 실질적인 개입의 정도가 낮아질 것인데, 기존의 해석에 의하면 상급자가 범죄행위를 인지하였는지를 밝혀내는 것이 불가능할 수 있다.⁵⁸⁾ 지휘관이 국제법 위반행위를 인지하였다고 할지라도, 지휘관의 이를 통제하려는 시도가 있었다는 사실만으로 지휘관의 책임을 면제할 것인지, 통제 시도가 있었지만 시스템에 전혀 효과를 발휘하지 못한 경우에도 실질적 통제를 발휘한 것으로 볼 것인지, 즉 어느 정도를 실질적인 통제로 볼 것인지도 명확하지 않기 때문에, 지휘관에게 책임을 지울 수 없는 공백이 생겨나게 될 것이다.⁵⁹⁾

다만 자율무기시스템에 대한 형사적 책임이 적용될 수 있는가의 문제는 이와 관련된 구체적이고 명확한 규정을 통한 규제가 마련된다면 그 해석의 구체화를 통하여 어느정도의 책임의 부재를 해결할 수 있다고 생각된다.

Ⅲ. 자율무기시스템에 대한 규제 및 새로운 협약도입

1. 기존 국제법상 규정의 적용가능성

자율무기시스템에 대하여는 국제인도법(International Humanitarian Law)의 적용가능성을 살펴볼 필요가 있다.⁶⁰⁾

앞에서 살펴본 바와 같이 제네바협정 제1추가의정서 제36조에서는 국가에 대하여 신무기 등의 연구·개발·획득 및 채택에 있어서 그 무기의 사용이 국제법상 금지되는지의 여부를 결정할 의무가 있으므로,⁶¹⁾ 국가는 자율무기시스템을 새로운 무기로서 도입하는 경우 그것의 사용이 해당 국가를 구속하는 다른 조약들 또는 국제관습법에 부합하는지를 검토할 의무를 진다. 이는 새로운 무기가 그 자체로 불법한 무기인지, 인간이 무기를 사용함에 있어 차별적인 방법으로, 비례성에 입각하여 사용할 수 있는지와 연관된다.⁶²⁾ 그 밖에 각 국가는 ‘마르텐스 조항(Martens Clause)’에 입각하여 새로운 무기등이 ‘공공의 양심’이나 ‘인도의 원칙’을 위반하는 성격의 것인지 검토하여야 한다.⁶³⁾

57) Christine Bishai, “Superior Responsibility, Inferior Sentencing: Sentencing Practice at the International Criminal Tribunals,” *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 11, 2013., p. 86 ; William J. Fenrick, *The Prosecution of International Crimes in Relation to the Conduct of Military Operations*, in *The Handbook of the International Law of Military Operations*, edited by Terry Gill & Dieter Fleck (Oxford University Press, 2015), p. 533ff.

58) Human Rights Watch(2015), *supra* note 53, p. 22.

59) 김자희, 박사학위논문, 46면.

60) 그 밖에 국가책임법, 무기거래규제, 국제인권법, 해양법, 우주법 등 적용가능성에 대하여는 김자희, 박사학위논문, 106~134면 참조. 여기에서는 지면 관계상 국제인도법상 자율무기시스템에 대한 연구·개발·배치·사용 등에 가장 밀접한 관련이 있는 적법성 검토에 대하여만 기술하였음을 밝혀둔다.

61) 본 논문 II장 참조.

62) 김자희(2018), 18면.

1) 과도하고 불필요한 고통을 야기하는 무기의 금지

매우 과도한 상해(superfluous injury)나 불필요한 고통(unnecessary suffering)을 야기하는 무기는 금지된다.⁶⁴⁾ 국제사회는 협정이나 선언을 통하여 과도하고 불필요한 고통을 야기하는 무기의 사용을 금하여 왔으며,⁶⁵⁾ 국가들에게 이러한 무기 사용을 금함은 국가가 무기를 사용함에 있어서 무제한적으로 선택할 수 있는 자유를 갖지 않음을 의미한다.⁶⁶⁾ 과도하고 불필요한 고통을 야기하는 무기에 대한 금지는 국제관습법의 지위를 확보하였다고 볼 수 있으므로,⁶⁷⁾ 불법한 무기를 금하는 조약이나 협정에 가입하지 않은 국가일지라도 이를 사용하는 것은 허용되지 않는다.

다만 불필요한 고통에 대한 명확한 정의규정이 없기 때문에⁶⁸⁾ 협정에서 금지하기로 규정한 무기들 외에 어떠한 무기가 이에 해당하는지에 대하여는 해석이 필요하고, 국가간에 이견이 발생할 수 밖에 없다. 특히 자율무기시스템이 이러한 불법무기에 포함되는가에 대하여는 의견이 일치하지 않는다. 자율무기시스템은 과도하거나 불필요한 고통을 야기하는 무기로서 그러한 시스템의 사용은 불법이라고 주장하는 견해가 있지만⁶⁹⁾ 국제인도법을 비롯한 기존의 국제법은 무기시스템에서의 자율기술의 증가

63) 제네바협약 제1추가의정서 제1조 제2항(본 의정서 또는 다른 국제협정의 적용을 받지 아니하는 경우에는 민간인 및 전투원은 확립된 관습, 인도원칙 및 공공양심의 명령으로부터 연원하는 국제법원칙의 보호와 권한하에 놓인다) 참조.

64) 제네바협약 제1추가의정서 제35조

65) 1868년 성 페테르부르크 선언(St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight, Nov. 29 Dec. 11, 1868, <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/130?OpenDocument>), 1899년 확장탄에 관한 헤이그선언(Declaration (IV,3) concerning Expanding Bullets. The Hague, 29 July 1899. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/f1f1fb8410212aebc125641e0036317c>), 1925년 생물무기에 대한 제네바의정서(Geneva Protocol on Chemical weapons, 1925), 특정재래식무기금지협약(CCW) 소이(燒夷) 무기의 사용금지 또는 제한에 관한 제3의정서 (Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons), 전쟁잔류폭발물에 관한 제5의정서 (Protocol on Explosive Remnants of War), 자동 해저 접촉 기뢰 부설에 관한 헤이그 협약 (Hague Convention on the Laying of Automatic Submarine Contact Mines, 1907) 세균무기 (생물무기) 및 독소무기의 개발, 생산 및 비축의 금지와 그 폐기에 관한 협약(Convention on the Prohibition of the Development, Production, and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, 1972), 환경변경기술의 군사적 또는 기타 적대적 사용의 금지에 관한 협약(The Convention on the Prohibition of Military or any other Hostile Use of Environmental Modification Techniques, 1977), 화학무기의 개발, 생산, 비축, 사용금지 및 폐기에 관한 협약(Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, 1993), 대인지뢰의 사용, 비축, 생산, 이전 및 폐기에 관한 협약(Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction, 1997), 집속탄 사용금지 협약(Convention on Cluster Munitions, 2008) 참조.

66) International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. 226 (July 8), para. 78 ; 김자희, 박사학위논문, pp. 77~78.

67) Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law - Volume I : Rules*, (ICRC, 2009), p. 193 ; Gwendelynn Bills, *supra* note 16, p. 191 ; William H. Boothby, *Weapons And The Law Of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2009, p. 58 ; International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. 226 (July 8), para. 78.

68) Robin M. Coupland, "Towards a Determination of Which Weapons Cause 'Superfluous Injury or Unnecessary Suffering'", *Medicine & Global Survival*, January 1998; Vol. 5, No. 1, p. 27.

69) Human Rights Watch, *supra* note 25 ; Merel Ekelhof and Miriam Struyk, *Deadly Decisions : 8 Objections To Killer Robots*, (Godebaldkwartier, Netherland : PAX, 2014), pp. 11~15, <http://www.paxvoorvrede.nl/media/files/deadlydecisionsweb.pdf> ; Bonnie Docherty, "The Trouble with Killer Robots," *Foreign Policy* (November 19, 2012),

를 제한하지 않는다는 점을 고려하면,⁷⁰⁾ 자율무기시스템을 불법적 무기로 보기에는 어려움이 많다.⁷¹⁾ 자율무기시스템은 이전의 무기들보다 강력한 성능과 파괴력을 지닐 것이나, 인간에게 과도하거나 불필요한 고통만을 야기하도록 설계되는 것이라고 볼 수는 없기 때문에 불법무기로 보기에는 한계가 있다.⁷²⁾

2) 무기의 사용방법의 제한

국제인도법상 국가는 무차별적으로 공격을 하여서는 안되며, 군사상 필요성을 넘어 과도한 피해를 야기하는 공격을 삼가야 한다.[₩]

(1) 무차별적 공격의 제한

각 국가는 구별(distinction)의 원칙을 준수할 의무를 진다. 구별의 원칙상 각 국가는 무력충돌의 상황에서 민간인과 전투원을 구별하여 군사목표물에 대하여 공격하여야 한다.⁷³⁾ 군사목표물은 합법적인 목표물이어야 함이 원칙이며 무기의 효과를 통제할 수 있어야 한다.⁷⁴⁾ 국가는 민간인(민간물자 포함)을 공격하여서는 안되므로, 일정한 군사적 목표물을 목표로 하지 않은 무기사용은 무차별적 공격으로서 금지된다.⁷⁵⁾ 무력충돌시 목표물이 군사상 목표물인지 여부가 불분명한 경우 공격은 제한되어야 할 것이다.⁷⁶⁾

자율무기시스템에 대한 구별의 원칙의 적용가능성과 관하여는, 시스템을 운영하는 인간에 대한 적용여부와 시스템 그 자체에 대한 적용여부가 혼합되어 논의된다.

전자의 경우 위 구별의 원칙이 국제관습법인가와 관련된다. 인간에 대한 존중과 인도에 대한 기본적인 고려를 반영한 국제관습법으로 볼 수 있으므로⁷⁷⁾ 모든 국가는 위 원칙이 구체적으로 규정된 협정에

http://www.foreignpolicy.com/articles/2012/11/19/the_trouble_with_iller_robots.

70) U.S. Department of Defense, *Law of War Manual*, June 2015, (Updated Dec. 2016) p. 353, “Autonomy in Weapon Systems. The law of war does not prohibit the use of autonomy in weapon systems. DoD has developed policy on the use of autonomy in weapon systems”(para. 6.5.9), “No Law of War Prohibition on the Use of Autonomy in Weapon Systems. The law of war does not specifically prohibit or restrict the use of autonomy to aid in the operation of weapons”(para. 6.5.9.2)

71) Michael N. Schmitt, “Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law : A Reply to the Critics,” *Harvard National Security Journal Features*, 2013, p. 14. p. 35 ; Vik Kanwar, “Post-Human Humanitarian Law : The Law Of War In The Age Of Robotic Weapons,” *Harvard Journal of National Security*, Vol. 2 (2011), p. 10.

72) Gwendelynn Bills, *supra* note 16, p. 193.

73) 제네바협약 제1추가의정서 제48조, 제51조 제2항 및 제4항, 제52조 제1항 및 제3항 참조 ; 김영석, 앞의 저서, p. 30 ; Robert Kolb and Richard Hyde, *supra* note 56, p. 46, p. 130 참조.

74) Dustin A. Lewis *et al.*, *supra* note 13, p. 104.

75) “4. Indiscriminate attacks are prohibited. Indiscriminate attacks are:... (b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective”(제네바협약 제1추가의정서 제51조 제4항)

76) 김자회(2018. 12), 21면 ; Christof Heyns, *supra* note 6, p. 13.

77) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 1996 I.C.J. 226 (July 8), para. 79 ; 김자회, 박사학위논문(2018), p. 88 참조.

가입·비준하였는지 여부에 관계없이 준수할 의무를 진다고 보는 견해가 있으나,⁷⁸⁾ 자율무기시스템과 같은 새로운 무기에 구별의 원칙이 적용가능한가에 대한 의문을 제기하는 견해도 있다.⁷⁹⁾

자율무기시스템 그 자체가 구별의 원칙을 준수할 수 있는지에 대하여도 견해가 대립한다. 자율무기시스템이 인간과 같은 구별의 능력을 가질 수 있는가에 대하여 부정적으로 보는 견해와⁸⁰⁾ 기술의 발전에 따라 성능이 높아지면서 인간보다 정확하게 구별하여 공격할 것이라는 견해가 대립한다.⁸¹⁾ 기술적으로 자율무기시스템이 구별의 능력을 갖추었는지에 대하여는 증명된 바 없지만, 무차별적인 공격이 예견되는 상황에서 위 시스템을 사용하는 것이라면 이는 국제인도법상 위법이 될 것이다.⁸²⁾

국제인도법상 구별의 원칙이 자율무기시스템에 대하여 적용되는지에 대하여는 이견이 있고 국가간에 명시적 합의가 이루어지지 않아 자율무기시스템의 개발 및 사용 등을 완전히 규제한다고 보기에는 한계가 있다.⁸³⁾ 자율무기시스템의 자율적·독립적 공격기능과 치사성을 고려할 때 구별의 원칙은 공격시 적용되도록 하여야 할 것이나, 이를 위하여는 명시적 규정에 대한 비준 내지 국가간의 합의가 전제되어야 할 것이다.⁸⁴⁾

(2) 과도하게 불균형적인 공격의 제한

비례(proportionality)의 원칙상 과도하게 불균형적인 공격은 제한된다. 무력충돌의 특성상 민간인(민간물자 포함)에 대한 피해 자체를 부인할 수는 없을 것이다. 다만 공격에 감행함에 있어서는 공격을 하려는 군사적 필요성이 민간인에게 끼치는 피해보다 커야 한다.⁸⁵⁾

완전한 자율무기시스템 또는 자율성이 고도화된 시스템의 경우, 시스템 스스로 비례의 원칙 여부를 결정할 수 있는가에 대하여 이견이 존재한다. 비례의 원칙 준수는 해석능력과 판단능력을 요하는 것으로

78) Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *supra* note 67, p. 186; William H. Boothby, *supra* note 67, p. 82; Christof Heyns, *supra* note 6, p. 13; Dustin A. Lewis, *et al.*, *supra* note 13, p. 104 참조.

79) Gwendelynn Bills, *supra* note 16, p. 192 참조.

80) 이장희, “신무기기술의 사용과 국제인도법의 적용 문제,” 『인도법논총』 제33호, 대한적십자사 인도법연구소 (2013. 12), 50면; Human Rights Watch and International Human Rights Clinic, Harvard Law School (HRW and IHRC), “Advancing the Debate on Killer Robots: 12 Key Arguments for a Preemptive Ban on Fully Autonomous Weapons,” Human Rights Watch (May 2014), <https://www.hrw.org/news/2014/05/13/advancing-debate-killer-robots> 참조; Christof Heyns, *supra* note 6, p. 13; Human Rights Watch, *supra* note 5; Armin Krishnan, *Killer Robots: Legality And Ethicality Of Autonomous Weapons*, Farnham(UK): Ashgate Publishing, 2009, p. 99.

81) Ronald Arkin(2010), *supra* note 31, pp. 46~47 참조. 인간이 구별하는 능력에서 반드시 기계보다 우월한 것은 아님을 전제로 한다.

82) 김자희(2018.12), 22면.

83) 김자희, 박사학위논문, 90면

84) 김자희, 박사학위논문, 89면.

85) 제네바협약 제1추가의정서 제51조 제5항 (b), 제57조 제2항 (a) (iii). Gary E. Marchant, Braden Allenby, Ronald Arkin·Edward T. Barrett·Jason Borenstein, Lyn M. Gaudet·Orde Kittrie, Patrick Lin·George R. Lucas, Richard O’Meara, and Jared Silberman, “International Governance of Autonomous Military Robots,” *Columbia Science and Technology Law Review* 12 (2011), p. 296; Department of the Army Field Manual 27-10, *The Law of Land Warfare* (July 18, 1956 with Change 1, July 15, 1976), para. 41; Robert Kolb and Richard Hyde, *supra* note 56, p. 48, p. 132; Gwendelynn Bills, *supra* note 16, p. 194 참조.

로, 공격 시점에 일정한 군사목표물을 공격할 군사적 필요성과 같은 요인과 피해의 양, 자율무기시스템의 기능, 작동환경 등 제반여건이 모두 고려될 것이다.⁸⁶⁾ 민간인 피해의 발생여부나 발생범위를 예견하는 것은 기술의 개발에 따라 가능할 수 있고, 인간보다 더 정확히 예측할 수도 있다. 그러나 군사적 필요성이나 목적, 이익은 판단이나 해석상의 문제와 결부된다. 자율무기시스템은 인간과 같은 통찰력을 가질 수 없으므로⁸⁷⁾ 인간의 판단능력을 로봇에 복제하는 것은 가능하지 않다는 주장과⁸⁸⁾ 군사적 필요성을 측정하는 도구를 개발하는 것이 최소한 이론상으로는 가능하다는 견해가 제시되고 있다.⁸⁹⁾

무엇보다 기존의 규정만으로 자율무기시스템에 비례성의 원칙이 적용되는지 여부가 불분명하다. 비례성의 원칙이 국제관습법의 지위에 있다고 볼 경우,⁹⁰⁾ 국가는 자율무기시스템을 사용함에 있어 다른 무기와 마찬가지로 비례성 원칙을 준수하여야 할 것이나, 국가들의 개발속도를 감안하면 이에 동조할 국가가 많을 것으로 예상되지 않는다. 시스템이 적법한 군사 목표에 대한 공격 과정에서 사람이나 물체에 발생할 것으로 예상되는 모든 위해를 고려함으로써 비례성의 원칙을 준수할 수 있다고 할지라도, 비례성의 원칙이 인간과 동일한 기준으로 시스템에 적용되는지는 여전히 불분명하다.⁹¹⁾ 기존의 비례성의 원칙 역시 자율무기시스템의 개발과 사용을 규제하기에는 한계가 있다고 할 것이다.⁹²⁾

3) 인도의 원칙과 공공양심의 명령

제네바협약 및 다른 국제 협약이 다루지 않은 경우, 민간인과 전투원은 확립된 관행으로부터, 또한 인도의 원칙과 공공양심의 명령으로부터 비롯된 국제법원칙의 보호 아래에 놓인다.⁹³⁾ 이러한 마르텐스 조항에 기하여 국가는 새로운 무기를 개발, 사용함에 있어서 인도의 원칙과 공공양심의 명령을 준수할 의무를 진다. 새로운 무기로서의 자율무기시스템의 사용과 관련하여, 특정한 협약이나 조약에 가입·비준하지 않았다고 할지라도 국가는 마르텐스 조항에 기하여 적법성 검토를 할 의무를 지게 된다.⁹⁴⁾ 자율무기시스템의 개발, 사용등이 인도의 원칙이나 공공양심의 명령에 반하는 것으로 판단된다면, 그러한 개발이나 사용은 허용될 수 없을 것이다. 다만 마르텐스 조항은 개괄적이고 상징적으로 규정되어 있어 인도의 원칙과 공공양심이 무엇인지에 대하여는 여전히 해석에 맡겨져 있으므로, 이 조항만을 가지고 자율무기시스템의 불법여부를 확인하거나 검증하기란 현실적으로 어렵다고 생각된다.⁹⁵⁾

86) 김자희(2018. 12), 23면.

87) Human Rights Watch, *supra* note 25.

88) Human Rights Watch, *supra* note 25 ; Peter Asaro(2013), *supra* note 15, p. 691 참조.

89) Michael N. Schmitt, *supra* note 71, p. 20 ; Ronald Arkin(2013), *supra* note 30, p. 1ff.

90) Dustin A. Lewis, *et al.*, *supra* note 13, p. 105 참조.

91) 김자희, 박사학위논문, 94면.

92) 위의 논문.

93) 제네바협약 제1추가의정서 제1조 ; 박현진, “제네바협약 추가의정서 40년과 민간인 보호의 실효성,” 『인도법논총』 제37호, 대한적십자사 인도법연구소 (2017. 12) p. 47 참조.

94) ICRC(2006), *supra* note 41, p. 17 참조.

95) 이준정, “인간과 로봇이 공생하는 사회, 어떤 로봇법이 필요한가?,” 2017. 12. 26, <http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=n>

2. 새로운 협약도입⁹⁶⁾

자율무기시스템은 기존의 재래식 무기와는 달리 모든 무기에 결합될 수 있는 특성을 가지고 있는 것으로 핵무기나 화학무기와 같이 독립된, 새로운 형식의, 매우 위험한 무기라 할 것이다.⁹⁷⁾ 재래식 무기의 한 부분으로 보아 그 규제를 논의함은 자율무기시스템의 범위를 좁힐 우려가 있기 때문에 관련 조약은 화학무기금지협약이나 핵무기금지협약과 같이 새로운 형태의 협약을 고안함이 요청된다.⁹⁸⁾ 다만 무기의 한 부분으로서 기존의 협약 내용을 일부 차용하거나 보다 구체화함이 바람직하다고 생각된다.

협약 초안에는 자율무기시스템에 적용될 일반적 원칙과 협약상 자율무기시스템의 정의(개념) 및 협약의 적용범위 등이 마련될 수 있을 것이다. 일반적 원칙으로 마르텐스 조항이 적용되도록 규정함으로써 협약에서 예정하지 못한 상황이 발생하더라도 국가가 국제법의 질서를 준수할 수 있도록 규정함이 바람직하다.

민간인 보호, 자율무기시스템의 사용방법, 책임, 국가의 의무 등도 포함하여야 할 것이며, 자율무기시스템의 사용방법과 관련하여서는 연구·개발·배치 등 단계에서부터 무기의 적법성을 검토하도록 규정함이 바람직하다. 사용방법에 대한 제한으로는 구별의 원칙, 비례의 원칙 등을 명문화함이 요청된다.

민간인 보호에 대하여는 민간인을 정의함으로써 보호되는 민간인을 보다 구체화함이 바람직하다. 민간인인지를 판단하기 어려운 경우 민간인으로 간주하도록 규정해야 할 것이다. 또한 민간인에 대하여 보복공격할 수 없도록 함으로써 민간인 보호에 충실을 기하여야 한다.

책임과 관련하여 형사상책임, 지휘책임, 구제, 보상 등이 마련될 수 있을 것이다. 지휘책임과 관련하여, 이 논문에서는 지휘책임을 구성하는 요소로서 ‘자율무기시스템에 대한 충분한 지식’을 기존 요소보다 더 추가하였으나 국가 간의 관련논의를 통하여 더 보장되거나 구체화될 수 있을 것이다.

국가의 의무로는 자율무기시스템에 관한 국내법 제정, 자율무기시스템에 대한 정보제공이나 보고서 제출의 의무화, 무기등록 등에 관한 사항을 마련할 수 있다. 또한 자율무기시스템의 특성인 자율성을 고려할 때 인간의 통제를 벗어날 수 있는 위급 상황시에는 전원을 차단하거나 무력(無力)화시키는 등의 조치를 취할 수 있도록 규정함이 바람직하다. 협약시행에 관하여는 협약의 잠재적 적용이나 협약의 개시 및 종료에 관한 내용 등이 규정될 수 있을 것이다.

이러한 내용을 바탕으로 대략적인 협약초안을 구상해 보면 다음과 같을 것이다.

ovelles&logNo=221171131381&parentCategoryNo=&categoryNo=6&viewDate=&isShowPopularPosts=false&from=post
View : 김자희, 박사학위논문(2018), p. 18; 김자희(2018. 12), 24~25면.

96) 김자희, 박사학위논문, 135~181면.

97) 김자희, 박사학위논문, 135면.

98) 김자희, 박사학위논문, 135~136면.

제1조 정의

자율무기시스템은 핵심적 기능에 있어서 상당한 자율성을 가진, 인간의 개입 없이 목표물을 탐색, 확인, 추적 또는 선택하고 공격할 수 있는 모든 무기시스템으로서, 유인 또는 무인장치, 장치를 구성하는 탄환, 하위 군수품을 포함한다.

Article 1. Definition

Autonomous Weapon Systems are all weapon systems that can search for or detect, identify, track, select and attack targets without human intervention, with significant autonomy in the critical functions, including manned or unmanned system, munitions, sub-munitions or subcomponents of them.

제2조 일반원칙

1. 계약당사국은 모든 경우에 있어서 본 협약을 존중할 것을 약정한다.
2. 본 협약 또는 다른 국제협약의 적용을 받지 아니하는 경우 민간인 및 전투원은 확립된 관습, 인도의 원칙 및 공공양심의 명령으로부터 연원하는 국제법 원칙의 보호와 권위 아래에 놓인다.

Article 2. General principles

1. Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for this Convention in all circumstances.
2. In cases not covered by this Convention or by other international agreements, civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience.

제3조 적용범위

1. 이 조의 규정 및 그 이행을 위한 세부절차는, 이 협약 상 금지되지 아니하는 경우를 제외하고 계약당사국이 보유 또는 점유하거나 당사국의 관할 또는 통제하의 장소에 있는 모든 자율무기시스템에 적용된다.
2. 제1항에서의 ‘이 협약상 금지되지 아니하는 경우’란 다음을 목적으로 사용하는 경우를 의미한다.
 - 가. 산업, 농업, 연구 또는 그 밖의 평화적 목적
 - 나. 보호의 목적, 즉 자율무기시스템으로부터의 보호와 직접적으로 관련된 목적
 - 다. 자율무기시스템의 사용과 연관되지 아니하고 또한 전투수단으로서 이에 의존하지 아니하는 군사적 목적

Article 3. Criteria

1. The provisions of this Article and the detailed procedures for its implementation shall apply to any and all Autonomous Weapon Systems owned or possessed by a Contracting Party, or that are located in any place under its jurisdiction or control except using the weapons systems for the purposes not prohibited under this Convention
2. “Purposes Not Prohibited Under this Convention” means:
 - (a) Industrial, agricultural, research or other peaceful purposes;
 - (b) Protective purposes, namely those purposes directly related to protection against Autonomous Weapon Systems; or
 - (c) Military purposes not connected with the use of Autonomous Weapon Systems and not dependent on the use of them as a method of warfare.

제4조 민간인의 정의

민간인이라 함은 군대의 구성원, 전투원 및 전쟁포로의 어느 부류에도 속하지 아니하는 모든 사람으로서, 어떤 사람이 민간인 인지 여부가 의심스러운 경우에는 동인은 민간인으로 간주된다.

Article 4. Definition of civilians and civilian objects

Civilians are persons who do not belong to one of armed forces, combatants and prisoners of war. In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian.

제5조 민간인 보호 등

민간인 및 민간물자는 군사 작전시 발생하는 위협으로부터 일반적 보호를 향유한다. 이러한 보호를 유효하게 하기 위하여 본 협약상의 규칙들이 기타 적용 가능한 국제법의 제규칙들과 함께 모든 상황에 있어서 준수되어야 한다.

Article 5. Protection of the Civilians

The civilian population, individual civilians and civilian objects shall enjoy general protection against dangers arising from military operations. To give effect to this protection, the rules under this convention, which are additional to other applicable rules of international law, shall be observed in all circumstances.

제6조 민간인 및 민간물자에 대한 공격 금지

모든 상황에서 범법행위 또는 보복의 방법에 의하여, 민간인을 상대로 하여 자율무기시스템을 사용하여 공격하는 것은 금지된다.

Article 6. Prohibition of direct Autonomous Weapon Systems against the Civilians and Civilian objects

It is prohibited in all circumstances to direct Autonomous Weapons Systems either in offence or by way of reprisals, against the civilian population as such or against individual civilians and against civilian objects.

제7조 적법성 검토

1. 계약당사국은 전투의 수단 및 방법으로서 자율무기시스템을 연구·개발·획득·보유 및 채택하는 경우, 자율무기시스템의 운용 또는 보유가 본 협약 및 계약당사국에 적용 가능한 국제법의 다른 규칙에 의하여 금지되는지의 여부를 결정하여야 한다.
2. 각 계약당사국은 제1항상 의무를 효과적으로 이행하기 위한 적절한 조치를 도입하여야 한다.

Article 7. Review of Autonomous Weapon Systems

1. When Autonomous Weapon Systems are or will be studied, developed, acquired or adopted, as means or method of warfare, a Contracting Party is under an obligation to determine whether its employment or possession would, in some or all circumstances, be prohibited by this Convention or by any other rule of international law applicable to Contracting Parties.
2. Each Contracting Party shall take appropriate measures to effectively implement the obligation under paragraph 1 of this article.

제8조. 무차별공격의 금지

1. 무차별공격은 금지된다. 무차별공격이라 함은,
 - 가. 특정한 군사목표물을 목표로 하지 아니하는 공격
 - 나. 특정한 군사목표물을 목표로 할 수 없는 전투의 방법 또는 수단을 사용하는 공격
 - 다. 공격의 효과(영향)를 제한할 수 없는 전투의 방법 또는 수단을 사용함으로써 그 결과 각 개별적 경우 군사목표물과 민간인 또는 민간물자를 구별없이 무차별적으로 타격하는 공격

2. 도시, 읍, 촌락 또는 민간인이나 민간물자가 집결되어 있는 기타 지역 내에 다수의 명확하게 분리되고 구별되는 군사목표물이 있는 경우 그 지역 전체를 단일한 군사목표물로 취급하는 모든 방법 또는 수단에 의한 공격은 무차별적인 공격으로 간주된다.

Article 8. Prohibition of Indiscriminate attacks

1. Indiscriminate attacks are prohibited. Indiscriminate attacks are:
- (a) those which are not directed at a specific military objective;
 - (b) those which employ a method or means of combat which cannot be directed at a specific military objective;
 - or
 - (c) those which employ a method or means of combat the effects of which cannot be limited as required by this Protocol; and consequently, in each such case, are of a nature to strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction.
2. Attacks by bombardment by any methods or means which treats as a single military objective a number of clearly separated and distinct military objectives located in a city, town, village or other area containing a similar concentration of civilians or civilian objects are to be considered as indiscriminate.

제9조 비례

민간인 생명의 우발적 손실, 민간인에 대한 상해, 민간물자에 대한 손상, 또는 그 복합적 결과를 야기할 우려가 있는 공격으로서, 구체적이고 직접적인 군사적 이익과 비교하여 볼 때 매우 과도한 공격인 경우, 자율무기시스템이 그 공격개시에 사용되어서는 아니된다.

Article 9. Proportionality

Autonomous weapons systems shall neither be used in nor initiate an attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.

제10조 공격에 있어서의 사전주의조치

1. 군사작전 수행에 있어 민간주민, 민간인 및 민간물자가 피해를 받지 아니하도록 하기 위하여 부당한 보호조치가 취하여야 한다.
2. 민간인 생명의 우발적인 손실, 민간인에 대한 상해 및 민간물자에 대한 손상을 피하고 어떠한 경우에도 그것을 최소화하기 위하여 공격의 수단 및 방법의 선택에 있어서 실행가능한 모든 사전주의조치를 취하여야 한다.
3. 민간인 생명의 우발적인 손실, 민간인에 대한 상해, 민간물자에 대한 손상 또는 그 복합적 결과를 야기할 우려가 있는 공격이거나 또는 구체적이고 직접적인 군사적 이익과 비교하여 볼 때 매우 과도한 공격은 피하여야 한다.
4. 군사목표물을 목표로 한 것이 아니거나 특별한 보호를 받는 것을 목표로 함이 분명한 경우 및 공격이 민간인 생명의 우발적인 손실·민간인에 대한 상해·민간물자에 대한 손상 또는 그것들의 결합을 야기할 우려가 있거나 또는 구체적이고 직접적인 군사적 이익과 비교하여 매우 과도한 것으로 될 것이 분명한 경우에는 그 공격은 취소 또는 중지되어야 한다.
5. 상황이 허용되는 한, 민간주민에게 영향을 미칠 공격에 관하여 유효한 사전경고가 주어져야 한다.

Article 10. Precautions in attack

1. In the conduct of military operations, constant care shall be taken to spare the civilian population, civilians

and civilian objects.

2. With respect to attacks, those who plan or decide upon an attack shall take all feasible precautions in the choice of means and methods of attack with a view to avoiding, and in any event to minimizing, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects.
3. With respect to attacks, those who plan or decide upon an attack shall refrain from deciding to launch any attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.
4. An attack shall be cancelled or suspended if it becomes apparent that the objective is not a military one or is subject to special protection or that the attack may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.
5. Effective advance warning shall be given of attacks which may affect the civilian population, unless circumstances do not permit.

제11조 책임에 관한 적절한 조치

계약당사국들은 자국 영토 내에서 자율무기시스템의 결함으로 인한 손해 및 인명 손실에 대한 제조물 책임 제도를 보호하기 위해 모든 가능한 적절한 조치를 취하여야 한다.

Article 11 - Appropriate Measures

Contracting Parties shall take all possible appropriate measures to secure within their territories a products liability regime for damages and loss of life resulting from defects in Autonomous Weapons Systems.

제12조 지휘관 및 기타 상급자의 책임

1. 다음과 같은 경우, 군지휘관 또는 사실상 군지휘관으로서 행동하는 자는, 자신의 실효적인 명령과 통제하에 있거나 경우에 따라 자신의 실효적인 권위와 통제하에 있는, 군대 또는 하급자가 자율무기시스템을 이용하여 범한 범죄에 대하여 그 군대 또는 하급자를 적절하게 통제하지 못한 결과로서의 형사책임을 진다.

- (1) 군지휘관 또는 사실상 군지휘관으로서 행동하는 자가 군대 또는 하급자가 자율무기시스템을 이용하여 그러한 범죄를 범하고 있거나 또는 범하려 한다는 사실을 알았거나 또는 당시 정황상 알았어야 하고,
- (2) 군지휘관 또는 사실상 군지휘관으로서 역할을 하는 자가 그들의 범행을 방지하거나 억제하기 위하여 또는 그 사함을 수사 및 기소의 목적으로 권한있는 당국에 회부하기 위하여 자신의 권한 내의 모든 필요하고 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우.

. 다음과 같은 경우, 자율무기시스템에 대하여 충분한 지식을 가지고 있는 군지휘관 또는 사실상 군지휘관으로서 행동하는 자는, 자신의 실효적인 지휘와 통제하에 있거나 또는 경우에 따라서는 실효적인 권위와 통제하에 있는, 자율무기시스템이 자율적으로 한 행위에 대하여 그 시스템을 적절하게 통제하지 못한 결과로서의 형사책임을 진다.

- (1) 상급자가 자율무기시스템이 그러한 범죄 관련 행위를 하려 함을 상급자가 알았거나 또는 이를 명백히 보여주는 정보를 무시하였고,
- (2) 범죄가 자율무기시스템의 실효적인 책임과 통제 범위 내의 활동과 관련된 것이며,
- (3) 상급자가 하급자의 범행을 방지하거나 억제하기 위하여 자신의 권한 내의 모든 필요하고 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우.

Article 12. Responsibility of commanders and other superiors

1. A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes committed by forces or subordinates under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:
 - (a) at the time, should have known that the forces or subordinates were committing or about to commit such crimes by using Autonomous Weapon Systems; and
 - (b) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.
2. Where a military commander or person effectively acting as a military commander shall know fully about autonomous weapon systems, he or she shall be criminally responsible for crimes committed by Autonomous Weapon System without any intervention under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such systems, where:
 - (a) The superior either knew, or disregarded information which clearly indicated, that such crimes were committed or about to be committed by the systems;
 - (b) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and
 - (c) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission.

제13조 자율무기시스템 관련 사항의 제출

각 계약당사국은 이 협약이 자국에 대하여 발효한 후 상당한 기일 내에 자율무기시스템의 소유 또는 점유 여부 또는 자국의 관할 또는 통제하에 있는 장소에 자율무기시스템이 소재하는지 여부가 수록된 보고서를 기구에 제출한다.

Article 13. Submission of information on Autonomous Weapon Systems

When this Convention enters into force for it, in resonable time, each Contracting Party shall submit to the Organization some reports containing whether it owns or possesses any Autonomous Weapon weapons, or whether there are any Autonomous Weapon Systems located in any place under its jurisdiction or control, with respect to Autonomous Weapon Systems.

제14조 정보기록 및 제공

1. 자율무기시스템에 대한 정보는 기술부록의 조항(별도로 정함)에 따라 기록되어야 한다. 이러한 모든 기록은 분쟁 당사국들에 의해 유지되어야 하며, 당사국들은 자국의 통제지역 내의 자율무기시스템의 효과로부터 민간인을 보호하기 위하여 실질적인 적대 행위의 종료 직후 지체없이 이러한 정보의 사용을 포함한 모든 필요하고도 적절한 조치를 취한다.
2. 분쟁 당사국들은 다른 분쟁 당사국 및 유엔 사무총장에게 더 이상 자국의 통제를 받지 않는 지역에 자국이 설치한 자율무기시스템에 관하여 보유하고 있는 정보를 가능한 한 모두 제공해야 한다. 다만, 한 분쟁 당사국의 병력이 다른 분쟁 상대국의 영토 내에 위치하고 있을 경우, 호혜주의에 입각하여, 안보 이익상 보류가 필요한 범위 내에서 각 분쟁당사국은 어느 한 분쟁당사국이 상대국의 영토 내에서 완전히 철수할 때까지 사무총장 및 상대국에게 그러한 정보의 제공을 보류할 수 있다.

Article 14. Recording and use of information on Autonomous Weapon Systems

1. All information concerning Autonomous Weapon Systems shall be recorded in accordance with the provisions of the Technical Annex. All such records shall be retained by the parties to a conflict, who shall, without delay after the cessation of active hostilities, take all necessary and appropriate measures, including the use of such information, to protect civilians from the effects of Autonomous Weapon Systems in areas under their control.
2. The parties to a conflict shall also make available to the other party or parties to the conflict and to the Secretary-General of the United Nations all such information in their possession concerning Autonomous Weapon Systems laid by them in areas no longer under their control as possible as they can ; provided, however, subject to reciprocity, where the forces of a party to a conflict are in the territory of an adverse party, either party may withhold such information from the Secretary-General and the other party, to the extent that security interests require such withholding, until neither party is in the territory of the other.

제15조 자율무기시스템에 대한 검증

1. 자율무기시스템이 배치된 모든 장소는 현장사찰에 의한 감시를 통한 체계적 검증을 받는다.
2. 각 계약당사국은 자율무기시스템에 대한 정보 제공 후 그 내용이 현장 사찰을 통하여 체계적으로 검증되도록 자율무기시스템에 대한 접근을 허용한다. 이후에 각 계약당사국은 자율무기시스템 중 어느 것도 이동시키지 아니한다.
3. 검증에 관한 자세한 세부 절차는 검증부속서에 규정할 수 있다.

Article 15. Verification on Autonomous Weapon Systems

1. All positions at which Autonomous Weapon Systems are located shall be subject to systematic verification through on site inspection and monitoring
2. Each Contracting Party shall, immediately after all information of Autonomous Weapon Systems has been submitted, provide access to Autonomous Weapon Systems for the purpose of systematic on site verification. Each Contracting Party shall not remove any of these Autonomous Weapon Systems.
3. Detailed procedures for the implementation of this Article are set forth in the Verification Annex.

제16조 운용(사용)에 대한 제한

군사적 목적이 종료되거나 인간의 통제를 벗어나는 경우, 효과적인 자동파괴 혹은 자동불능화 장치 또는 전원을 차단하거나 기능하지 못하도록 하는 장치가 장착되어 있지 않는 한 사용이 허용되지 아니한다.

Article 16. Restrictions on the use of Autonomous Weapon Systems

It is prohibited to use Autonomous Weapon Systems unless they are equipped with an effective self-destruction, an self-neutralization mechanism or a device disconnecting the power or disabling them, when they no longer serve the military purpose for which they were placed in position, or when they are out of human control.

제17조 관련 법조항의 제정⁹⁹⁾

계약당사국은 모든 자율무기시스템에 대해 이러한 준수를 의무화하기 위해 국가 법률이나 규정에 필요한 모든 법조항을 제정해야 한다. 당사국은 이러한 적용 법률이나 법규를 위반한 경우에는 엄중한 처벌을 받을 수 있도록 해야 하며, 해당 법률이나 규정에 따라 권위 있는 기관에 관련 사건을 제기(제소)하여야 한다.

99) Gwendelynn Bills, *supra* note 16, p. 203에 제시된 초안 규정 참조.

Article 17. Necessary provisions

Each Contracting Party shall establish all necessary provisions in its national laws or regulations to make such compliance mandatory for any Autonomous Weapon Systems. Each Contracting Party shall make any violation of such applicable laws or regulations punishable by severe penalties and shall submit the case to its competent authorities in accordance with its laws or regulations.

제18조 적절한 조치

체약당사국은 자국 영토 내에서 자율무기시스템으로부터 비롯된 결함으로 인한 손해 및 인명 손실에 대한 제조물 책임 제도를 확보하기 위해 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

Article 18. Appropriate measures

Contracting Parties shall take all appropriate measures to secure within their territories a products liability regime for damages and loss of life resulting from defects in lethal autonomous weapons systems.

제19조 잠정적용

1. 0000년 00월 00일에 본 협약이 발효하지 아니하는 경우, 본 협약은 발효할 때까지 다음 국가와 실체에 대하여 잠정적으로 적용된다.
 - 1) 국제연합 총회에서 본 협약 채택에 찬성한 국가. 다만, 0000년 00월 00일 이전에 본 협약을 잠정적용하지 아니하겠다는 의사 또는 추후 서명이나 서면통고에 의하여서만 그러한 잠정적용에 동의하겠다는 의사를 수탁자에게 서면으로 통고한 국가는 제외한다.
 - 2) 본 협약 서명국 및 실체. 다만 서명 시 본 협약을 잠정적용하지 아니하겠다는 의사를 수탁자에게 서면으로 통고한 국가나 실체는 제외한다.
 - 3) 수탁자에게 서면통고로써 잠정적용에 동의한 국가나 실체
 - 4) 본 협약 가입국
2. 그러한 모든 국가와 실체는 0000년 00월 00일부터, 그 후에는 서명일, 동의 통고일이나 가입일부터 자국의 국내법령에 따라 본 협약을 잠정적으로 적용한다.
3. 잠정적용은 본 협약 발효일에 종료한다.

Article 19. Provisional application

1. If on Date Month Year this Agreement has not entered into force, it shall be applied provisionally pending its entry into force by:
 - (a) States which have consented to its adoption in the General Assembly of the United Nations, except any such State which before Date Month Year notifies the depositary in writing either that it will not so apply this Agreement or that it will consent to such application only upon subsequent signature or notification in writing;
 - (b) States and entities which sign this Agreement, except any such State or entity which notifies the depositary in writing at the time of signature that it will not so apply this Agreement;
 - (c) States and entities which consent to its provisional application by so notifying the depositary in writing;
 - (d) States which accede to this Agreement.
2. All such States and entities shall apply this Agreement provisionally in accordance with their national or internal laws and regulations, with effect from Date Month Year or the date of signature, notification of consent or accession, if later.
3. Provisional application shall terminate upon the date of entry into force of this Agreement.

IV. 결론⁹⁹⁾

자율무기시스템으로 인하여 발생할 새로운 위기와 위협을 감안할 때, 이제 그에 대한 태도를 명확히 할 필요가 있다. 위 시스템이 야기할 위협 등을 고려하여 좀 더 신중하고 조심스럽게 접근해야 할 것이나¹⁰⁰⁾ 위 시스템에 대한 국제적 규제가 필요하다고 생각되며, 그러한 규제 마련은 위 시스템이 본격적으로 개발·사용되기 전에 이루어져야 할 것이다.

현행 국제인도법상 구별의 원칙이나 비례의 원칙 등이 준수되어야 하고, 무기를 연구·개발하는 단계에서부터 무기의 적법성 검토를 거치도록 하고 있다. 그러나 이러한 국제인도법상 원칙들을 자율무기시스템에 적용되는가는 명확하지 않다. 기존의 국제법상 자율무기시스템에 적용 가능한 규칙들을 제시할 수 있다고 할지라도 적용가능성이나 해석에 있어 여러 선례가 축적되지 않는한 갈등이 지속적으로 제기될 것이다. 이러한 점은 자율무기시스템에 관한 새로운 협약 및 대안적 규제방안의 필요성을 제기한다.

자율무기시스템에 대한 새로운 협약은 기존의 재래식 무기에 대한 제한 조약인 특정재래식무기금지협약(CCW)의 의정서의 형태로 채택될 수도 있지만, 재래식 무기의 한 부분으로 좁혀서 해석하기 보다는 새로운 무기의 형태로서 독자적인 협정을 채택함이 바람직하다고 생각한다. 다자간 협약의 내용은 규제대상이 되는 자율무기시스템을 명확히 정의하고 이에 대한 지배적인 법적 원칙을 정하면서, 위 시스템을 개발·운용하고자 하는 국가에게 일정한 의무와 책임을 부과하는 것이어야 할 것이다. 기존의 국제법상 적용가능한 원칙이 불분명한 점을 우선적으로 해결하면서 아울러 많은 국가의 동참을 유도하기 위하여, 현재의 국제법을 명확하게 구체화하는 조항을 포함하면서, 기존의 널리 비준된 조약의 조항을 연장하거나 확장하는 형태가 고려될 수 있을 것이다.

세부적으로는 인도의 원칙 및 공공양심의 명령이 자율무기시스템에 적용됨을 천명함과 동시에 규제 대상이 되는 자율무기시스템의 개념을 명확히 정립하고 기존의 국제인도법상 원칙인 구별, 비례의 원칙 외 민간인 보호, 지휘관 책임에 관한 사항 등이 규정될 수 있을 것이다.

과거 실명 레이저 무기를 사전에 막았던 노력이 수많은 군인이 돌이킬 수 없는 상해를 입을 위협에서 벗어나도록 한 사실과, 화학무기금지협약이 화학 무기 재고를 90% 이상 폐기한 사실 및 핵무기금지조약이 인류로 하여금 비핵화라는 목표에 성큼 다가서게 하였다는 사실은, 다자간 협정의 체결이 보다 많은 국가를 협상의 테이블로 인도하며 합의의 과정에서 국가간의 이해를 조정하고 보다 바람직한 행동으로 이끄는 이정표가 될 것임을 추측케 한다.

자율무기시스템은 앞으로 많은 부분에서 문제될 것이고 예상을 넘는 상황을 초래하며 인류의 생명을 위협할 것이다. 자율무기시스템에 관한 국제법 적용을 고찰하고 문제가 되는 상황에서 가장 최선의 방향으로 해석해야 할 의무가, 그리고 인간을 보호하기 위한 목적 하에서 가장 나은 선택을 하여야 할 의무가 지금 국제사회 앞에 놓여져 있다.

99) 김자희, 박사학위논문, 182~184면.

100) Ronald Arkin(2013), *supra* note 30, p. 5.

참고문헌 

국내문헌

- 계승균, “법규범에서의 인공지능의 주체성 여부”, 『법조』 제66권 제4호, 2017. 8.
- 김민수. “터미네이터 개발·킬러로봇 배치…전투머신 쏟아진다”, 『CBS노컷뉴스』, 2016. 6. 28.
- 김자회·주성구·장신. “지능형 자율로봇에 대한 전자적 인격 부여 : EU 결의안을 중심으로.” 『법조』 제66권 제4호 통권 제724호, 법조협회, 2017. 8.
- 김자회·장신·주성구. “자율 로봇의 잠재적 무기화에 대한 소고 - 개념정립을 통한 규제를 중심으로.” 『입법과 정책』 제9권 제3호, 국회입법조사처, 2017. 12.
- 김자회. 『자율무기시스템(AWS)에 대한 국제법적 규제 - 새로운 협약도입을 중심으로』. 박사학위논문, 전남대학교, 2018. 8.
- 김자회, “치사성 자율무기시스템에 대한 적법성 검토 - 제네바협약 제1추가의정서 제36조의 검토의무를 중심으로,” 『인도법논총』 2018. 12.
- 김진우, “지능형 로봇에 대한 사법적 규율-유럽연합의 입법권고를 계기로 하여,” 『법조』 제66권제3호, 2017.6.
- 박현진. “제네바협약 추가의정서 40년과 민간인 보호의 실효성.” 『인도법논총』 제37호, 대한적십자사 인도법연구소, 2017. 12.
- 연합뉴스. “이스라엘, 자율주행 군용차량 실전배치-로봇 부대 가시화”, 2016. 8. 24.
- 이장희, “신무기기술의 사용과 국제인도법의 적용 문제,” 『인도법논총』 제33호, 대한적십자사 인도법연구소 (2013. 12)
- 중앙일보. “인공지능과 미래전장 (3) - AI 지상군과 해군”, 2016. 11. 8.
- 최상현. “알파고 핵잠수함에서 혈관침투 나노로봇까지 - 中, 살인 AI 개발”, 『조선일보』, 2018. 11. 8.
- 한재권, “군사로봇의 명과 암,” 『로봇신문』, 2014. 6. 15. 한희원. “인공지능(AI) 치명적자율무기(LAWS)의 법적·윤리적 쟁점에 대한 기초연구.” 『중앙법학』 20(1), 2018. 3.

외국문헌

- Andrew P. Williams. “Defining autonomy in systems: challenges and solutions.” In *NATO Allied Command Transformation, Autonomous Systems: Issues for Defence Policy Makers*, edited by Andrew P. Williams, and Paul D. Scharre. Norfolk(U.S) : Capability Engineering and Innovation Division, 2015.
- Armin Krishnan. *Killer Robots : Legality And Ethicality Of Autonomous Weapons*. Farnham(UK) : Ashgate Publishing, 2009.
- Christian Alwardt and Martin Krüger. “Autonomy of Weapon Systems.” *IFAR Food for Thought Paper*, February 2016.
- Christine Bishai. “Superior Responsibility, Inferior Sentencing: Sentencing Practice at the International Criminal Tribunals.” *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 11, 2013.

- Christof Heyns. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial summary or arbitrary executions. United Nations General Assembly Human Rights Council, A/HRC/23/47, April 9, 2013.
- Duncan Blake and Joseph S. Imburgia. “Bloodless weapons? The need to conduct legal reviews of certain capabilities and the implications of defining them as weapons.” *Air Force Law Review*, Vol. 66, 2010.
- Dustin A. Lewis, Gabriella Blum, and Naz K. Modirzadeh. *War-Algorithm Accountability*. Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict, August 2016.
- France. Characterization of a LAWS, Convention on Certain Conventional Weapons (CCW), Meeting of experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS) Geneva, April 11-15, 2016.
- France and Germany. Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, CCW/GGE.1/2017/WP.4, November 7, 2017.
- Gwendelynn Bills. “LAWS unto Themselves: Controlling the Development and Use of Lethal Autonomous Weapons Systems.” *George Washington Law Review*, Vol. 83, No. 1, December 2014.
- Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, CCW/GGE.1/2017/WP.10, November 13, 2017.
- Human Rights Watch. “Losing Humanity: The Case Against Killer Robots – summary.” November 19, 2012. <http://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>
- _____. “Mind the Gap The Lack of Accountability for Killer Robots,” International Human Rights Clinic, April 2015.
- Human Rights Watch and International Human Rights Clinic, Harvard Law School (HRW and IHRC). “Advancing the Debate on Killer Robots: 12 Key Arguments for a Preemptive Ban on Fully Autonomous Weapons.” Human Rights Watch (May 2014), <https://www.hrw.org/news/2014/05/13/advancing-debate-killer-robots>
- ICRC. *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, Geneva, January 2006.
- _____. Autonomous Weapon Systems: Implications of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons, Expert meeting, Versoix, Switzerland, March 2016.
- _____. “Autonomous Weapon Systems: Implications of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons,” Expert meeting, Versoix, Switzerland, 15~16 March 2016.
- Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck. *Customary International Humanitarian Law - Volume I : Rules*. ICRC, 2009.
- John Markoff. “Report Cites Dangers of Autonomous Weapons.” *The New York Times*, February 28, 2016.
- Jürgen Altmann, Peter Asaro, Noel Sharkey and Robert Sparrow. “Armed military robots: editorial.” *Ethics and Information Technology*, Vol. 15, Issue 2, June 2013
- Meghan Han. “Lethal Autonomous Weapons & Info-Wars: A Scientist’s Warning.” *SyncedReview*, July 7, 2017.
- Michael N. Schmitt. “Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law : A Reply to the Critics.” *Harvard National Security Journal Features*, 2013.

- Netherlands. Examination of Various Dimensions of Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems, in the Context of the Objectives and Purposes of the Convention. CCW/GGE.1/2017/WP.2, October 9, 2017.
- Neil Davison. “A legal perspective: Autonomous weapon systems under international humanitarian law.” *UNODA Occasional Papers*, No. 30, January 31, 2018.
- Nicholas Marsh. “Defining the Scope of Autonomy : Issues for the Campaign to Stop Killer Robots.” *Peace Research Institute Oslo (PRIO)*, 2014
- Nils Melzer. *Human rights implications of the usage of drones and unmanned robots in warfare*. European Parliament, 2013.
- Noel Sharkey. “Automating Warfare: Lessons Learned from the Drones.” *Journal of Law, Information & Science* 21(2), 2012.
- Paul Scharre. “Autonomous Weapons and Operational Risk.” Center for a New American Security, February 29, 2016.
- _____. “The Opportunity and Challenge of Autonomous Systems.” In *NATO Allied Command Transformation, Autonomous Systems: Issues for Defence Policy Makers*, edited by Andrew P. Williams, and Paul D. Scharre. Norfolk(U.S) : Capability Engineering and Innovation Division, 2015.
- Peter Asaro. “On banning autonomous weapon systems : human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making.” *International Review of the Red Cross*, 2013.
- _____. “Why the world needs to regulate autonomous weapons, and soon.” *Bulletin of the Atomic Scientists*, April 27, 2018,
- Robert Kolb and Richard Hyde. *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*. Portland Oregon: Oxford, 2008.
- Robin M. Coupland. “Towards a Determination of Which Weapons Cause ‘Superfluous Injury or Unnecessary Suffering’.” *Medicine & Global Survival*, January 1998; Vol. 5, No. 1.
- Ronald Arkin. “Lethal Autonomous Systems and the Plight of the Non-combatant.” *AISB Quarterly*, No 137, July 2013.
- _____. “The Case for Ethical Autonomy in Unmanned Systems.” *Journal of Military Ethics*, Vol. 9, Issue 4, November 16, 2010.
- Stuart Russell and Peter Norvig. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*(3rd edition). New Jersey : Prentice Hall, 2009.
- Tim McFarland and Tim McCormack. “Mind the Gap: Can Developers of Autonomous Weapons Systems Be Liable for War Crimes?.” *International Law Study*. Vol. 90, 2014.
- UNIDIR. “The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies : Considering how Meaningful Human Control might move the discussion forward.” *UNIDIR Resources* No. 2 2014
- _____. The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies: Considering Ethics and Social Values. UNIDIR Resources No. 3, 2015.
- _____. *The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies: Concerns, Characteristics and*

- Definitional Approaches*. UNIDIR Resources No. 6, 2017.
- United Kingdom Ministry of Defence. *Joint Doctrine Note 2/11: The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems*. 2011.
- _____. *Joint Doctrine Publication 0-30.2 : Unmanned Aircraft Systems*. August 2017.
- United States Department of Defense. DIRECTIVE NUMBER 3000.09. November 21, 2012.
- _____. *Law of War Manual*. June 2015, Updated, December 2016.
- Vincent Boulanin. “Implementing Article 36 – Weapon Reviews In The Light Of Increasing Autonomy In Weapon Systems,” SIPRI(Stockholm International Peace Research Institute) Insights on Peace and Security, November 2015.
- Vik Kanwar. “Post-Human Humanitarian Law : The Law Of War In The Age Of Robotic Weapons.” *Harvard Journal of National Security*, Vol. 2, 2011.
- Yves Sandoz. Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann eds., *Commentary On The Additional Protocols Of 8 June 1977 To The Geneva Conventions Of 12 August 1949*. ICRC, 1987.
- William H. Boothby. *Weapons And The Law Of Armed Conflict*. Oxford University Press, 2009.
- William J. Fenrick. The Prosecution of International Crimes in Relation to the Conduct of Military Operations. In *The Handbook of the International Law of Military Operations*, edited by Terry Gill & Dieter Fleck, Oxford University Press, 2015.

제2부 제1발표

TBT협정과 국제표준의 정의에 대하여
: 연혁적 고찰을 중심으로

- 발표 **김 경 우** (연세대학교 SSK기후변화와 국제법연구센터 연구교수)
- 토론 **최 원 목** (이화여대 교수)

TBT협정과 국제표준의 정의에 대하여 : 연혁적 고찰을 중심으로*

김 경 우**

목 차

- I. 서론
- II. 국제표준의 정의에 대하여
- III. ECE/ISO 정의의 적용가능성
- IV. 국제표준 정의의 삭제에 대한 논의
- V. 국제표준 정의의 삭제
- VI. 결론

I. 서론

GATT 출범과 함께 초기 GATT의 주된 목적은 국제무역에서의 관세장벽을 낮추는데 있었다. 그러나 GATT는 관세인하 이외의 비무역장벽에 대해서는 효과적으로 대처하지 못하였고, 케네디라운드를 지나 도쿄라운드에 와서 비로소 비무역장벽에 대해서 본격적으로 다루는 장을 마련하기 시작하였다. 도쿄라운드 Standards Code로 불리는 협정은 GATT 체결국 모두를 구속하지 않고 협정국만 구속하는 한계를 가지고 있었지만 국가마다 다른 표준으로 생길 수 있는 비무역장벽에 대하여 상당한 진전을 마련한 계기가 되었다. 이후 우루과이 라운드에서 TBT 협정에 대한 합의가 이루어 졌으며, WTO 출범과 함께 모든 가입국을 구속하는 협정으로 오늘날까지 이르고 있다.

* 본 논문은 일본 요코하마국립대학교 국제사회과학연구과 박사학위논문 “WTO協定における国際標準に関する研究－TBT協定第2.4条及び第2.5条の解釈を中心に(Study of International Standards in the WTO Agreement-Focusing on the Interpretation of Article 2.4 and Article 2.5 of the TBT Agreement)”의 일부를 수정가필한 것임을 밝힌다.

** 연세대학교 SSK기후변화와 국제법연구센터 연구교수

TBT협정은 제2.4조에서 국제표준에 대한 규정을 두고 있으며, 무역에 대한 불필요한 장애를 없애기 위하여 관련 국제표준에 기초할 것을 명문화하고 있다. TBT협정 자체는 국제표준이 무엇을 의미하는 것인가에 대해서 정의 규정을 두고 있지 않으며, 부속서에서 ISO/IEC Guide 2에서 국제표준에 대한 정의를 두고 있다. WTO협정의 여러 협정문에서 국제표준이라는 용어에 대하여 정의하고 있는 협정은 SPS협정과 선적전검사협정(PSI협정)이 유일하다.

국제표준 연구의 출발점은 TBT협정 제2.4조라고 할 수 있다. TBT협정 제2.4는 “기술규정이 요구되고 관련 국제표준이 존재하거나 그 완성이 임박한 경우”(Where technical regulations are required and relevant international standards exist or their completion is imminent)라는 표현으로 시작한다. 즉, 국제표준이 존재하는지 여부가 가장 먼저 판단해야 할 단계이며, 이를 위해서는 국제표준의 정의에 비추어 국제표준의 존재를 특정하여야 한다. 따라서 국제표준의 정의 문제는 국제표준 연구의 출발점이라고 해도 과언이 아니다. EC-Sardines 사건과 US-Tuna II (Mexico) 사건은 국제표준의 정의에 대하여 서로 다른 접근을 하고 있으며, TBT협정 제2.4조 및 제2.5조의 해석을 위해서는 제일 먼저 국제표준이 무엇인가에 대한 논의, 즉 국제표준의 정의에 대하여 명확히 할 필요가 있을 것이다.

이하에서는 TBT협정의 국제표준의 정의에 대하여 연혁적으로 어떠한 변화를 거쳐 현재의 모습으로 진화되어 왔는가를 고찰한다. 이를 통하여 TBT협정에서 국제표준을 어떻게 정의하고 분석할 것인가에 대한 시사점을 도출하고자 한다.¹⁾ 먼저 제II장에서 국제표준에 대한 정의가 등장하게 되는 배경 및 정의의 변천과정을 정리하고, 제III장에서 국제표준에 ECE/ISO 정의를 적용하는 것에 대하여 검토한다. 제IV장에서 국제표준 정의의 삭제에 대한 논의를 검토하고 제V장에서는 실질적으로 국제표준 정의에 삭제되는 과정과 그 의미를 고찰한다.

1) 국제표준에 대한 협상배경이나 연혁에 대하여 역사적 맥락에서 분석한 자료는 국내외를 막론하고 거의 찾아보기 어렵지만, 도쿄 라운드와 협상과정을 고찰한 Winham의 *International Trade and the Tokyo Round Negotiation*, Glick의 *Multilateral Trade Negotiations: World Trade After the Tokyo Round*는 케네디라운드 이후의 Standard Code에 대한 협상연혁을 통해 간략하게 국제표준에 대한 내용을 파악할 수 있다. Sykes의 *Product Standards for Internationally Integrated Goods Markets*도 국제표준을 이해하는데 매우 중요한 저서이다. 1980년에 나온 Middleton의 “The GATT Standards Code”라는 논문은 도쿄라운드의 Standards Code에 대하여 전반적으로 상술하고 있으며, Standards Code의 국제표준에 대해서도 구체적으로 언급하고 있다. 우루과이라운드의 협상과정을 분석한 Stewart의 *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History, 1986-1992*와 Croome의 *Reshaping the World Trading System: A History of the Uruguay Round*는 우루과이라운드 협상과정이 가장 상세히 설명되어 있는 저서이며, 이를 통해 TBT협정 및 SPS 협정의 국제표준에 대한 내용을 찾을 수 있다. TBT협정의 표준(standard)에 대하여 역사적인 맥락에서 상세하게 분석한 것은 김민정박사의 “A Legal Analysis of “Standard” in the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade.” 라는 박사논문이 최초일 것이다. 김민정박사는 강제표준과 임의표준에 대한 분석을 통하여 TBT협정에서 표준(standard)과 기술규정(technical regulation)에 대한 구별을 명확히 하고자 하였다. TBT협정의 표준(standard)에 대해서 상세하게 분석하고 있는데, 국제표준이라는 한정적인 논점보다는 표준(standard)에 집중해서 분석하였다. 본 연구의 국제표준의 협상과정에 대한 분석 부분은 김민정박사의 표준(standard)에 대한 후속연구로 볼 수 있으며, 국제표준(international standard)에 관한 본인의 독자적인 분석으로 볼 수 있을 것이다.

Ⅱ. 국제표준의 정의에 대하여

1. 국제표준에 대한 정의의 등장

1) 배경²⁾

1970년 6월에 나온 비무역장벽에 대한 Working Group 3의 보고서(Report of Working Group 3 on Non-Tariff Barriers)가 나온 이후,³⁾ 1970년 11월에 위 보고서의 수정판이 나오게 되는데, 여기에서 처음으로 국제표준이 무엇인지에 대한 본격적인 논의가 시작된다.⁴⁾ 즉, 표준이 가지는 무역장벽을 제거하기 위해서 국제표준을 사용해야 되는데, 무엇이 국제표준인지, 그 정의에 대하여 논의가 시작된 것이다. 이 수정본이 나오기 전 약 1주일 전에 미국은 Working Group 3에서 고려되지 않은 몇 가지 새로운 내용을 논의를 위하여 소개하는데,⁵⁾ 미국은 ‘표준과 규정의 발전 및 조화’(development and harmonization of standards and regulations)의 ‘일반원칙’(general principles)에 대하여, ‘진정한 국제표준을 개발하기 위해서’(in order to develop truly international standards) 체약국은 국제표준기관(international standards organizations)의 작업에 효과적으로 공헌할 것을 보장하기 위한 방법을 찾을 것을 요구한다.⁶⁾ 이에 수정본에서도 ‘진정한 국제표준을 개발하기 위해서’(in order to develop truly international standards)라는 단서를 붙이게 된다.⁷⁾ 그리고 수정본에서는 국제표준의 정의라는 근본적인 문제(fundamental problem)는 명확해질 필요가 있다고 강조한다.⁸⁾ 이와 같이 국제표준에 대한 정의 및 해석에 대한 문제는 1970년 11월을 기점으로 논의의 대상으로 된다. 그리고 국제표준에 대한 정의를 근본적인 문제(fundamental problem)라고 보기 시작하여 국제표준에서 그 정의의 중요성을 인식하기 시작했다고 할 수 있다.

2) ‘국제’(international)의 정의

1971년 5월 9-12일에 개최된 회의에서, Working Group은 영국에게 ‘무역에 기술장벽으로 작용할

2) 케네디라운드 이후의 표준(standard)에 대한 상세한 연혁적 고찰은 Minjung Kim, *A Legal Analysis of “Standard” in the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade*. Ph.D dissertation, Seoul National University, 2014, 제4장을 참조할 것.

3) GATT Document, Report of Working Group 3 on Non-Tariff Barriers: Examination of Items in Part 3 of the Illustrative List (Standards Acting as Barriers to Trade). Spec (70)62 (10 June 1970).

4) GATT Document, Report of Working Group 3 on Non-Tariff Barriers: Examination of Items in Part 3 of the Illustrative List (Standards Acting as Barriers to Trade): Revision. Spec (70)62/Rev.1(10 November 1970).

5) GATT Document, Elements of GATT Code on Standards: United States Proposal. Spec (70)122(4 November 1970), p.1.

6) *Ibid.* 원문은 다음과 같다. In order to develop truly international standards, contracting parties should seek to insure that an effective contribution is made to the work of international standards organizations.

7) Spec (70)62/Rev.1, para.18(i). 원문에 밑줄로 강조되어 있음. (i) Contracting parties should ensure that an effective contribution is made to the work of international standards organizations, in order to develop truly international standards.

8) *Ibid.*, para. 14.

수 있는 표준에 대한 GATT 행동규약초안'(Draft GATT Code of Conduct Regarding Standards Which May Act as Technical Barriers to Trade)을 준비할 것을 요구하였고,⁹⁾ 이에 1971년 5월 14일에 초안이 나오게 된다. 1971년 5월 25-27일에 표준전문가초안그룹(Expert Drafting Group on Standards)은 영국이 만든 초안을 바탕으로, 새로운 내용을 첨가하거나 수정하게 되는데,¹⁰⁾ 용어의 정의와 주석에 국제표준에 대한 정의가 등장하게 된다. 그러나 실제로 정의(definition)라는 표제는 있지만, 정의되어 있지는 않다.¹¹⁾ 그러나 비고(note) 및 주석(explanatory note)를 두고, 국제표준의 국제성(international)을 어떻게 정의해야 할 것인지에 대하여 많은 부분을 할애하고 있다.

(1) '국제'(international)의 의미

우선, 비고(note) 부분을 보면, 초안그룹의 전문가들은 '국제'라는 용어의 정의가 주어져야 한다고 논의하였다.¹²⁾ 한가지 개념은 국제이라는 용어의 사용은 모든 계약국(all contracting parties) 또는 상당한 무역 이익을 가지는 모든 계약국(all contracting parties having a substantial trading interest)에 개방된 기구에서 만들어진 표준에 한정되어야 한다는 것이다.¹³⁾ 다른 의견은 국제이라는 용어는 모든 계약국(all contracting parties) 또는 상당한 무역 이익을 가지는 모든 계약국(all contracting parties having a substantial trading interest)에 개방되었는지 여부와 상관없이 복수의 국가들이 연대하여 사용한 모든 표준을 지정하는 것으로 하여야 한다고 하였다.¹⁴⁾ 즉, 개방성(openness)에 대한 논의에 초점이 맞추어져 있다고 할 수 있다.

(2) 국제표준기관의 분류

다음으로, 주석에서는 국제표준을 만드는 그룹을 3가지로 분류하는데, 첫째, 국제식품규격위원회(Codex Alimentarius Commission), 국제법정계량기구(OIML), 유럽경제위원회(ECE)와 경제협력개발기구(OECD)의 전문가하부위원회(Specialist Sub-Committees of ECE and OECD)와 같은 기구에서 만나는 중앙정부와 기타 기구의 대표들, 둘째, CEE(Arnhem)¹⁵⁾와 같은 국제기구에서 만나는 유사규제적 기구의 대표들, 셋째, ISO, IEC, COPANT, CMEA, CEN, CENEL¹⁶⁾과 같은 기구에서 만나는 국내 표준

9) GATT Document, Draft GATT Code of Conduct Regarding Standards Which May Act as Technical Barriers to Trade. Spec (71)39 (14 May 1971), p.1.

10) GATT Document, Possible Elements for a Set of Principles on Standardization: Draft GATT Code of Conduct Regarding Standards Which May Act as Technical Barriers to Trade. Spec (71)45 (28 May 1971), cover page.

11) *Ibid.*, p. 4.

12) *Ibid.*

13) *Ibid.*

14) *Ibid.*

15) CEE는 유럽전기기기안전규격위원회(International Commission on Rules for the Approval of Electrical Equipment)를 말한다.

16) COPANT는 범미국표준화위원회(Comisión Panamericana de Normas Técnicas, Pan-American Standards Commission, CMEA는 경제상호원조회의(Council for Mutual Economic Assistance), CEN은 유럽표준위원회(Comité Européen de Normalisation)의 약자이다. CENEL은 European Committee for Coordination of Electric Standardization의 약자로

화기구의 대표들로 나누고 있다.¹⁷⁾

3) 중간초안(Interim Draft)

위 보고서에 대한 1971년 6월 30일의 정정(corrigendum)에서는 표준(standard)의 정의와 표준의 종류에 대한 약간의 문서 수정을 거쳐,¹⁸⁾ 1971년 7월 15일의 수정본(revision)이 만들어 지게 된다. 이 수정본은 중간초안(Interim Draft)이라는 제목이 붙여져 있으며,¹⁹⁾ 이제까지 논의된 국제표준의 정의에 대하여 좀 더 심도깊은 내용을 담고 있다.

국제표준의 개념을 표준(standards)이라는 개념과 표준을 만드는 기관(organizations)의 관점에서 용어의 정의에서 논의하고 있다. 즉, 국제표준을 논의하기 위해서는 반드시 표준을 만드는 국제기관에 대한 논의를 해야 하며, 따라서 이 수정본에서는 우선 표준을 만드는 기관을 어떻게 분류할 것인가에 대하여 초점을 두게 된다.

여전히 실무적인 기준이 아직 마련되어 있지 않기 때문에, 표준을 만드는 기관의 정의는 텍스트에 따라 유동적이지만, 우선 개방된 회원제 표준화기구를 다루는 기관으로, 지금 개방된 회원제 표준화기구의 회원이거나 회원이 될 수 있는 회원들이 포함될 수 있다.²⁰⁾ 다음으로 최소한 모든 체약국에 개방된 기구를 다루는 기관으로, 따라서 모든 체약국에 개방될 기관일 수도 있다.²¹⁾ 마지막으로 한정된 회원제를 다루나 어떤 상황하에서는 체약국에 개방된 기관으로 상당한 무역이익을 가진 모든 체약국에게 개방된 기관일 수도 있다.²²⁾ 특히, 스웨덴 대표는 국제표준이라는 용어의 정의에 대하여, 우선, 자신들의 목표는 전세계적인 표준을 성취하는 것이다(our goal is to achieve world-wide standards)라는 것을 우선 전제하고 있다.²³⁾ 따라서 국제표준은 모든 체약국에게 개방된 회원제를 가진 기구에서 만들어진 표준을 의미한다(a standard elaborated in a body, the membership of which is open to all contracting

CENELCOM (European Community Electrotechnical Standards Organization, 유럽전기규격조정위원회)와 합병하여 1973년에 CENELEC (European Committee for Electrotechnical Standardization, Comité Européen de Normalisation Electrotechnique, 유럽전기표준화위원회)가 탄생한다.

17) Spec (71)45, p. 5.

18) GATT Document, Possible Elements for a Set of Principles on Standardization: Draft GATT Code of Conduct Regarding Standards Which May Act as Technical Barriers to Trade. Spec (71)45/Corr.1 (30 June 1971), pp.1-3.

19) GATT Document, Interim Draft - Meeting of 28 June to 2 July 1971: [Possible Elements for a Set of Principles on Standardization]: [Draft GATT Code of Conduct Regarding Standards Which May Act as Technical Barriers to Trade]. Spec (71)45/Rev.1 (15 July 1971), p.1.

20) *Ibid.*, p.4. 원문은 다음과 같다. 1. Organizations [of which they are, or are entitled to become members] to cover open membership standardization bodies.

21) *Ibid.*, p.4. 원문은 다음과 같다. 2. Organizations [which are open to all contracting parties] to cover bodies which are open at least to all the contracting parties.

22) *Ibid.*, p.4. 원문은 다음과 같다. 3. Organizations [open to all contracting parties with a significant trading interest] to cover bodies with limited membership but open to contracting parties under certain circumstances.

23) GATT Document, Statement Made by the Representative of Sweden: At the 28 June-2 July Meeting. Spec (71)72 (12 July 1971), p.1.

parties)²⁴⁾고 보았다. 즉 개방성(openness)이 표준의 국제성을 결정하는 요소로 보고 있다는 점을 확인할 수 있다.²⁵⁾

4) 최초의 국제표준 정의의 등장

이러한 일련을 논의 과정을 지나 1971년 12월 30일 영국인 G.T. Rogers는 Proposed GATT Code of Conduct for Preventing Technical Barriers to Trade (Spec(71)143)라는 초안(이하 ‘Rogers 초안’)을 작성한다.²⁶⁾ Rogers 초안에서 국제표준에 대한 정의가 처음으로 등장한다.

국제표준의 정의에 대해서는, 국제표준은 “아래에서 정의된 국제기관(정부기관, 비정부기관을 불문)에 의해 준비된 표준이다. 이 용어는 표준, 권고 또는 통일문서를 포함한다”²⁷⁾라고 정의하고 있다. 국제기관(international organization)의 정의를 따로 찾아보아야 국제표준의 정확한 의미를 알 수 있기 때문에, 처음으로 정의부분에 표준을 준비하는 국제기관(international organizations which prepare standards)이라는 표제하에 국제표준기관(international standards organization)과 지역표준기관(regional standards organization)이라는 두개의 기관에 대한 정의가 추가되어 있다.²⁸⁾

즉 Rogers 초안에서부터는 국제표준을 정의하기 위해서는 표준을 준비하는 국제기관과 연계하여 정의하게 된다. 이 두 개의 기관 중에서, 국제표준기관은 “정부기관, 비정부기관을 불문하고, 표준을 준비하고 그리고 이 코드의 모든 지지자(adherents)에게 관련 기구들이 개방되어 있는 국제기관을 의미하며,”²⁹⁾ 지역표준기관은 “정부기관, 비정부기관을 불문하고, 표준을 준비하고 그리고 이 코드의 모든 지지자에게 관련 기구들이 개방되지 않은 국제기관을 의미한다.”³⁰⁾ 따라서 Rogers 초안에서의 표준을 준비하는 국제기관은 관련 기구들에 개방되었는지 여부와 상관없이 표준을 준비하는 기관으로 볼 수 있다.

24) *Ibid.*

25) 이러한 기관에 대한 분류는 WTO의 TBT 협정에서도 아주 중요한 논점이다. 국제표준을 만드는 기관을 성격을 어떻게 해석할 것인가는 실제사례에서 아주 중요한 논점이었다.

26) GATT Document, Drafting Group on Standards: Note on Meeting of January 1972. Spec (72)3(20 January 1972), para.2.

27) GATT Document, Content of Revised Draft Prepared for Consideration by the Drafting Group on 11 January 1972. Spec(71)143 (30 December 1971), p.4., Section II.1(e). 원문은 다음과 같다. These are standards prepared by an international organization (whether governmental or non-governmental) as defined below. The term includes documents described as “standards”, “recommendations” or “unification documents”.

28) *Ibid.*, pp.5-6.

29) *Ibid.*, p.5., Section II.3(a). 원문은 다음과 같다. This term means any international organization, whether governmental or non-governmental, which prepares standards, and the membership of which is open to the relevant bodies in all adherents to this Code.

30) Spec(71)143, p.5., Section II.3(b). 원문은 다음과 같다. This term means any international organization, whether governmental or non-governmental, which prepares standards, and membership of which is not open to the relevant bodies in all adherents to this Code.

2. 국제표준 정의의 변화

1) Spec (72)3

Drafting Group은 1972년 1월 11-17일 회의에서 기술적으로 부담 없고 읽기 편한 텍스트를 만드는데 동의하였다. 그리고 Rogers 초안을 바탕으로 Working Group 3에 제출하기 위한 첨부텍스트(Spec (72)3)를 작성하였다.³¹⁾ 국제표준에 대해서는 거의 동일한 정의를 내리고 있다.³²⁾

국제표준의 정의를 자세히 살펴보면, “아래 3(a)에서 정의된 국제표준기관(정부기관, 비정부기관을 불문)에 의해 준비된 표준이다. 이 용어는 권고를 포함한다”³³⁾라고 하여, 국제기관(international organization)에서 국제표준기관(international standards organization)으로 바뀌었다. 그리고 정의부분에 “표준을 준비하는 국제기관”(international organizations which prepare standards)이라는 표제 하에 “국제표준기관”(international standards organization)과 “지역표준기관”(regional standards organization)이라는 두개의 기관에 대한 정의가 추가되어 있다.³⁴⁾ 이렇게 되면, 정부기관, 비정부기관을 불문하고, 표준을 준비하고 그리고 이 코드의 모든 지지자에게 관련 기구들이 개방되어 있는 국제기관을 의미하는 국제표준기관³⁵⁾에 의해 준비된 표준만이 국제표준이 되고, 지역표준기관은 국제표준을 준비하는 국제기관이기는 하지만 국제표준을 만들 수 있는 표준기관이 될 수 없다는 것을 의미한다. 즉, 관련 기구들에 개방되지 않는 국제기관은 표준을 준비하는 기구가 될 수 없다는 것을 의미하게 된다.

2) Spec (72)103

1972년 10월이 되면 또 한번 새로운 초안이 나오게 되는데, 국제표준의 정의는 그대로 유지되지만 “인정된”(recognized)이라는 한 단어가 추가되게 된다.³⁶⁾ 국제표준의 정의는 “아래에서 정의된, 정부기관, 비정부기관을 불문하고, 인정된 국제표준기관에 의해 준비된 표준이다. 이 용어는 표준에 한정되지 않는다”³⁷⁾고 하여 “인정된”(recognized) 국제표준기관으로 바뀌었다. Spec (72)3과는 달리 “표준을

31) Spec (72)3, para.4.

32) *Ibid.*, p.7. 다만 표준(standards)과 통일문서(unification documents)를 삭제하고, 권고(recommendations)만을 포함하는 것으로 바꾸었다.

33) *Ibid.* 원문은 다음과 같다. This is a standard prepared by an international standards organization (whether governmental or non-governmental) as defined in 3(a) below. The term includes documents described as “recommendations”.

34) *Ibid.*, p.9. 국제표준기관의 예로 ISO, IEC, 유엔식량농업기구(FAO), 국제법정계량기구(OIML), 만국우편연합(UPU), 국제가스연맹(IGU)을 들고 있고, 지역표준기관의 예로는 유럽경제공동체(EEC), 유럽표준화기구(CEN), 범미국표준화위원회(COPANT), 경제협력개발기구(OECD)를 들고 있다.

35) *Ibid.*

36) GATT Document, Drafting Group on Standards: Note on Meeting of September / October 1972. Spec (72)103(13 October 1972), p.34.

37) *Ibid.* 원문은 다음과 같다. This is a standard adopted by a recognized international standards organization whether governmental or non-governmental as defined below. The term is not limited to documents described as “standards”.

준비하는 국제기관”(international organizations which prepare standards)이라는 표제하에서 “국제표준기관”과 “지역표준기관”을 정의하지 않고, “국제표준기관”(international standards organization)과 “지역표준기관”(regional standards organization)에 대한 정의만을 남겨놓았다.³⁸⁾ 국제표준기관은 “정부기관, 비정부기관을 불문하고, 표준을 준비하고 그리고 모든 지지자의 관련기구가 그러한 표준을 준비하는데 참가하는 것을 인정하고 있는 국제기관”³⁹⁾을 의미한다고 하여, 이전의 “정부기관, 비정부기관을 불문하고, 표준을 준비하고 그리고 이 코드의 모든 지지자에게 관련 기구들이 개방되어 있는 국제기관”⁴⁰⁾과는 다르게 정의하였다. 국제기구의 개방성이라는 측면에서, 표준을 준비하는데 참가하는 측면을 강조하는 방향으로 바뀌게 된 것이다.⁴¹⁾

3) Spec (73)16

1973년 4월에는 1973년 6월의 최종안이 나오기 전 마지막 초안(Spec (73)16)이 나오는데, 이 초안에서 국제표준에 관한 정의는 약간의 변화가 있는데, 이전의 국제표준기관(international standards organization)을 국제표준기구(international standards body)로 바꾸었고, 이에 따라 용어가 조금 수정되었다. 자세히 살펴보면, “인정된”(recognized)이라는 단어와 정부기관, 비정부기관을 불문하고 (whether governmental or non-governmental)라는 표현이 삭제되고, 국제표준은, “아래에서 정의된 국제표준기구에 의해 준비된 표준이다. 이 용어는 표준에 한정되지 않는다”⁴²⁾라고 간략화 하였다. 그러나 국제표준기구의 정의에서, “정부기관, 비정부기관을 불문하고, 표준을 준비하고 그리고 모든 지지자의 관련기구가 그러한 표준을 준비하는데 참가하는 것을 승인하고 있는 인정된 지위의 국제기관”⁴³⁾이라고 하여, ‘인정된 지위’(recognized standing)을 추가하여 국제기관의 범위를 국제적으로 인정된 기관으로 한정하려 하고 있음을 알 수 있다.

38) *Ibid.*, p.35.

39) *Ibid.* 원문은 다음과 같다. This term means any international organization, whether governmental or non-governmental, which prepares standards, and which admits the relevant bodies in all adherents to participate in the preparation of such standards. “지역표준기관”은 다음과 같이 정의되어 있다. This term means any international organization, whether governmental or non-governmental, which prepares standards, and which does not admit the relevant bodies in all adherents to participate in the preparation of such standards.

40) Spec (72)3, p.9.

41) 그러나 “인정된”(recognized) 국제표준기관에 대한 정의는 존재하지 않아, “인정된”이 무엇을 의미하는지는 정확히 알기 어렵다. 다만 국제표준기관의 예로 ISO, IEC, 유엔식량농업기구(FAO), 국제법정계량기구(OIML), 만국우편연합(UPU), 국제가스연맹(IGU)을 들고 있기 때문에 이를 통해 “인정된”의 의미를 유추할 수 있을 것이다.

42) GATT Document, Note by the Secretary on Meeting of Working Group 3 – Standards, 15-22 March 1973. Spec (73)16(11 April 1973), p.37. 원문은 다음과 같다. This is a standard adopted by an international standards body as defined below. The term is not limited to documents described as “standards”.

43) *Ibid.*, p.38. 원문은 다음과 같다. This term means any international organization of recognized standing, whether governmental or non-governmental, which prepares standards, and which admits the relevant bodies in all adherents to participate in the preparation of such standards.

3. 소결

도쿄라운드 이전의 국제표준의 정의에 대한 문제는 처음부터 많은 관심을 받은 것은 아니었다. 비무역장벽의 일환으로 표준에 대한 문제에 관심이 집중되었고, 상대적으로 국제표준은 표준의 부분집합과 같은 취급을 당하였다. 그러나, 표준이 가지는 무역장벽을 제거하기 위해서 국제표준의 사용이 장려되면서, 국제표준은 표준과는 다른 위치를 점하게 된다. ‘진정한 국제표준을 개발하기 위해서’(in order to develop truly international standards) 그리고 국제표준의 정의가 근본적인(fundamental) 문제라는 점이 인식되기 시작하면서, 국제표준에 대한 문제는 관심을 받기 시작한다.

‘국제’라는 개념이 표준(standards) 및 표준을 만드는 기관(organizations)의 관점에서 논의가 시작되면서, 국제표준을 논의하기 위해서는 반드시 표준을 만드는 국제기관에 대한 논의가 필요함을 인식하게 되었고, 많은 내용이 국제표준기관/기구(international standards organization/body)에 초점이 맞춰지게 된다. Rogers 초안에서 처음으로 국제표준에 대한 정의가 등장하였을 때에는, 표준을 정하는 국제기관이 관련 기구들에 개방되었는지 여부와 상관없이 표준을 준비하는 기관으로 보았다. 그러나 이후에 나온 초안들에서는 관련 기구들에 개방되어 있는 국제표준기관(international standards organization)만을 대상으로 하기 시작하였고, 표준을 준비하는데 참가하는 측면을 중시하는 국제표준기관/기구(international standards organization/body)로 변화하였다. 국제표준기관/기구에 대해서는 그 범위를 한정하기 위하여 “인정된”(recognized) 국제표준기관/기구라는 개념을 도입하게 되지만, 어떠한 기관/기구가 인정된 국제표준기관/기구인지에 대해서는 설명하고 있지 않다. 즉, 초기에는 국제표준기관/기구의 개방성만이 국제성을 드러내는 특징이었고, 개방성에 더하여 표준을 준비하는데 참가(participation)라는 측면을 강조하였다.

III. ECE/ISO 정의의 적용가능성

1. 배경

도쿄라운드의 Standards Code의 시작은 도쿄라운드 이전의 최종초안인 COM.IND/W/108(1973년 6월 25일)과 COM.IND/W/108/Corr.1(1973년 10월 30일)을 정리한 1975년 4월의 MTN/NTM/W/5의 부속서 1(appendix 1)이 다시 등장하게 되면서이다(이하 ‘Draft (Standard) Code’). 그러나 이미 1974년 6월에 열린 ‘유럽경제위원회(ECE) 하의 표준화정책에 책임있는 정부관료’(Government Officials Responsible for Standardization Policies) 제3차 회의에서 정의에 대한 리스트를 채택되게 되고, 1975년 1월에 전문가그룹에 의해 채택된 3개의 추가적인 정의를 포함하여 MTN/NTM/W/5의 부속서

2(appendix 2)에 수록되게 되면서,⁴⁴⁾ 특히, ECE 정의에 비추어 초안의 정의를 다시 검토해야하는가 하는 문제가 부상하게 된다.⁴⁵⁾

Draft Code에서 사용하는 ‘standards’(프랑스어는 ‘specification technique’)에 대응하는 ECE용어는 ‘technical specification’(프랑스어는 ‘specification technique’)이다. ECE용어에도 ‘standards’의 정의는 존재하지만 ECE에서는 ‘standards’(프랑스어는 ‘norme’)라는 용어는 매우 제한적인 방식으로만 사용된다.⁴⁶⁾ 따라서 Draft Code의 ‘국제표준’(international standard)에 대응하는 ECE용어는 ‘국제기술상세’(international technical specification)라고 할 수 있다. 그러나 ECE용어에는 국제기술상세라는 용어에 대한 정의는 존재하지 않고 단지 국제표준에 대한 정의만이 존재한다.⁴⁷⁾ 따라서 Draft Code의 국제표준의 정의와 ECE용어의 국제표준의 정의를 어떻게 조화시켜야 할 것인지에 대한 문제가 대두되었다.⁴⁸⁾

2. K. Bergholm의 새로운 정의

1975년 5월 회의에서 TBT서브그룹이 사무국에 Draft Standard Code와 ECE정의와 그 함의를 비교하는 조사보고서(working paper)를 준비할 것에 동의한 후, 1975년 6월 26일의 사무국은 상세한 비교와 함께 그 함의에 대해서도 보고하고, 1975년 9월에 핀란드의 K. Bergholm은 ECE/ISO 정의의 적용가능성(applicability)에 대하여 조사하여 보고하게 된다.⁴⁹⁾ 이 보고서의 부속서에서 K. Bergholm은 새로운 정의 초안을 제시하였고, 가능한 많이 ECE/ISO 정의를 사용하고, Code의 범위(coverage)에는 영향을 주지 않는다고 하는 두가지 원칙에 근거한 것임을 밝히고 있다.⁵⁰⁾

표 1. K. Bergholm의 새로운 정의 초안⁵¹⁾

<p>Draft Definitions for the Proposed GATT Code for Preventing Technical Barriers to Trade</p> <p>The corresponding term used at present in the Code is in brackets.</p> <p>...</p>

44) GATT Document, Standards; Packaging and Labelling; Marks of Origin: Background Note by the Secretariat. MTN/NTM/W/5(21 April 1975), para.8.

45) *Ibid.*, para.9. MTN/NTM/W/5의 두개의 부속서는 1)표준과 관련된 도쿄라운드 이전의 최종초안과 2)표준화에 관한 정의의 리스트이고, 이를 어떻게 조화시킬 것인가는 국제표준 정의에도 상당한 영향을 미친다.

46) GATT Document, Definitions: Working Paper by the Secretariat. MTN/NTM/W/14(26 June 1975), para.6.

47) *Ibid.*, annex.

48) 국제표준뿐만 아니라 모든 정의에 대하여 이러한 조화에 대한 인식이 있었다.

49) GATT Document, The Applicability of the ECE/ISO Definitions for the Proposed Standards Code: Note by the Secretariat. MTN/NTM/W/18(17 September 1975), p.1.

50) *Ibid.*, para.19.

51) *Ibid.*, annex.

6. International standard (International standard)

A standard or in certain cases a technical specification adopted by an international standardizing body.

...

10. Standardizing body (--)

A body, governmental or non-governmental, one of whose recognized activities is in the field of standardization.

11. International standardizing body (International standards body)

A standardizing body whose membership is open to relevant bodies in all adherents.

...

표 1을 보면, ECE/ISO 정의와 유사하게, 국제표준을 “국제표준화기구가 채택한 표준 또는 특정한 경우에는 기술명세”(A standard or in certain cases a technical specification adopted by an international standardizing body.)라고 정의하고 국제표준화기구는 “모든 지지자들의 관련기구에 회원가입이 개방되어 있는 표준화기구”(A standardizing body whose membership is open to relevant bodies in all adherents.)라고 정의하여, 중복되는 성격인 국제표준기관(international standards organization)의 정의는 삭제하였다. 즉, K. Bergholm의 초기시도는 본인의 두가지 원칙에 근거하여, ECE/ISO 정의를 우선시하고 있음을 알 수 있다.

3. 가설적 접근

1975년 9월 25일에 나온 정의(definitions)에 대한 보고서는 TBT 서브그룹 회의에서, ECE/ISO 정의가 어떠한 수정 없이 사용되고, Code의 목적상 필요한 이러한 정의는 별개의 주(notes)를 통해서 이루어져야 한다는 가설(hypothesis)에 근거하여 작업하기로 결정하게 되고,⁵²⁾ 1975년 11월 6일 보고서(MTN/NTM/W/25)에서는 이러한 가설적인 접근법을 두가지 형태로 다시 분류한다. 첫번째 가설은 앞에서 설명한 바와 같이, ECE/ISO 정의가 어떠한 수정없이 사용되고, Code의 목적상 필요한 이러한 정의는 별개의 주를 통해서 이루어져야 한다는 가설이며,⁵³⁾ 두번째 가설은 Code의 목적상 요구되는 정의는 필요한 경우에는 정의 자체를 수정하여 한다는 가설이다.⁵⁴⁾ 부속서에는 전자를 ‘가설 A’(Hypothesis A), 후자를 ‘가설 B’(Hypothesis B)라고 부른다.⁵⁵⁾

52) GATT Document, Definitions: Note by the Secretariat. Spec (75)27(25 September 1975), para.1. 원문은 다음과 같다. The ECE/ISO definitions would be used without any modifications of these as such and that any qualification of these definitions which was required for the purpose of the Code should be achieved through separate notes to this effect.

53) GATT Document, Meeting at Technical Level of September/October 1975: Note by the Secretariat. MTN/NTM/W/25(6 November 1975), p.2.

54) *Ibid.* 원문은 다음과 같다. Where any qualification of the definitions was required for the purpose of the Code, this should be achieved by modifying the definitions themselves.

55) *Ibid.*, pp.13-37.

국제표준의 정의는 가설 A에서는 ECE/ISO 정의를 사용하여, “국제표준기관이 선택한 표준 또는 특정한 경우에는 국제표준화기구가 채택한 기술상세”(A standard adopted by an international standards organization or in certain cases a technical specification adopted by an international standardizing body)로 정의하고, Code의 목적상 필요한 이러한 정의의 자격(qualification)은 추가적인 주(additional note)를 통해서, “이 Code의 목적상 국제표준은 국제표준화기구가 채택한 기술상세이다”(For the purposes of this Code an international standard is a technical specification adopted by an international standardizing body)라고 한정하는 것이다.⁵⁶⁾ 이에 반해 가설 B에서는 정의 자체를 수정하고 있다. 즉, 특정한 경우에는 국제표준화기구가 채택한(in certain cases a technical specification adopted by)이라는 문구를 삭제하여 Code의 목적에 맞는 정의를 만들어, 별개의 주(notes)는 전혀 사용하지 않는 방식이다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

이러한 가설적 접근이 적용된 최초의 초안은 1976년 3월의 서브그룹의 편의를 위해서 회람된 초안(MTN/NTM/W/38)으로,⁵⁹⁾ 정의부분이 가설 A와 가설 B라는 두개의 정의가 병행해서 나온다.⁶⁰⁾ 국제표준에 대한 정의는 MTN/NTM/W/25의 정의와 거의 달라지지 않았으나, 국제표준기관(international standards organization)에 대한 정의는 삭제되고,⁶¹⁾ 표준화기구(standardizing body)의 정의는 가설 A와 가설 B로 나누지 않고 통일적으로 정의하였다. 1977년 1월에 새로운 초안(MTN/NTM/W/71)이 나오는데, 용어의 정의를 가설 A와 가설 B라는 두개의 정의로 병행하고 있는 마지막 초안이며, 국제표준에 대한 정의의 내용은 이전과 동일하다.⁶²⁾

4. 소결

도쿄라운드에 들어와서는 Draft Code의 국제표준의 정의와 ECE용어의 국제표준의 정의를 어떻게 조화시켜야 할 것인지에 대한 문제가 부상한다. 특히 1975년 9월에 핀란드의 K. Bergholm은 ECE/ISO 정의의 적용가능성에 대하여 조사하여 보고하게 된다. K. Bergholm의 보고서는 국제표준의 정의의

56) *Ibid.*, p.28.

57) *Ibid.*, p.29. 가설 B의 정의는 다음과 같다. A standard adopted by an international standards organization or (in certain cases a technical specification adopted by) an international standardizing body.

58) 국제표준기관(international standards organization), 표준화기구(standardizing body), 국제표준화기구(international standardizing body)에 대한 가설적 접근은 MTN/NTM/W/25, pp.26-27 참조.

59) GATT Document, Applicability of the ECE/ISO Definitions: Note by the Secretariat. MTN/NTM/W/38 (5 March 1976), p.1.

60) *Ibid.*, pp. 31-41.

61) 가설 B는 국제표준화기구(international standardizing body)만을 명시하고 있고, 가설 A는 국제표준기관(international standards organization)과 국제표준화기구(international standardizing body)를 다 명시하고 있지만, 주(note)에서, 이 Code의 목적상, 국제표준화기구(international standardizing body)만을 언급하고 있기 때문에, 더 이상 국제표준기관(international standards organization)에 대한 정의는 필요하지 않기 때문이다.

62) GATT Document, Draft Code of Conduct for Preventing Technical Barriers to Trade: Note by the Secretariat. MTN/NTM/W/71 (19 January 1977), pp.34-35.

외부위탁 가능성에 대한 것이며, 이를 위하여 TBT 서브그룹은 우선 가설적 접근법에 따른 정의를 시도한다. K. Bergholm은 새로운 정의 초안을 제시하였을 때, 가능한 많이 ECE/ISO 정의를 사용하고, Code의 범위에는 영향을 주지 않는다고 하는 두가지 원칙에 근거하였다.

IV. 국제표준 정의의 삭제에 대한 논의

1. K. Bergholm의 접근법

앞에서 살펴본 바와 같이, 국제표준에 대한 정의는 우루과이라운드의 TBT협정을 만드는 과정에서 완전히 삭제되고 ISO/IEC 정의를 받아들여지게 된다. 이와 같은 배경을 이해하기 위해서는, 도쿄라운드의 Standards Code를 만드는 과정에서 K. Bergholm이 제시한 두가지 기준을 살펴볼 필요가 있다.

1976년 11월 9일에 나온 보고서(MTN/NTM/W/70)에서 K. Bergholm은 우선, Code의 범위를 정의하는데 필수적인 용어일 것, 다음으로, 용어의 의미가 애매모호하지 않을 것⁶³⁾이라는 기준을 제시하고, 정의 리스트에서 삭제가능한 용어에 대해서는 조약에 관한 비엔나협약에 따라 해석해야 한다고 보았으며, 용어의 통상적 의미(the ordinary meaning to be given to the terms)는 대부분의 경우 ECE/ISO에서 정의된 것과 대부분의 경우 같다고 보았다.⁶⁴⁾

K. Bergholm이 제시한 정의가 필요한 용어 중에서 표준(standard), 기술규정(technical regulation), 국제기구 또는 체제(international body or system), 지역기구 또는 체제(regional body or system), 중앙정부기구(central government body), 지방정부기구(local government body)라는 5개의 정의는 WTO의 TBT협정 부속서 1에 나와 있는 정의가 필요한 8개의 정의와 비교해 볼 때 동일하다. 그리고 정의리스트에서 삭제가능한 용어 중에서 국제표준(international standard), 표준화기구(standardizing body), 국제표준화기구(international standardizing body), 지역표준화기구(regional standardizing body) 등과 같은 용어를 정의에서 삭제할 것을 제안하였다. 즉, 용어의 정의를 GATT의 외부에 있는 ECE/ISO의 정의를 차용하게 됨으로써 Standard Code에서 정의되는 용어는 외부성을 가지게 되었고, 국제표준이라는 용어의 의미도 용어의 통상적 의미와 함께 추후의 협정과 추후의 관행을 고려하여 해석하면 된다고 보게 된 것이다.

63) GATT Document, Definitions: Note by Mr. K. Bergholm(Finland). MTN/NTM/W/70 (9 November 1976), para.2. 원문은 다음과 같다. When considering which terms need to be defined the following criteria could be taken as the basis:

- (a) the term is essential in defining the coverage of the Code or the obligations of the adherents and
- (b) the meaning of the term is not unambiguous, e.g. there exist differing definitions for the same term or the meaning to be used for the purposes of the Code differs from the ordinary meaning of the term.

64) *Ibid.*, para.6.

표 2. 정의가 필요한 용어 및 삭제 가능한 용어와 WTO TBT협정과의 비교

정의가 필요한 용어 ⁶⁵⁾	정의 리스트에서 삭제 가능한 용어 ⁶⁶⁾	TBT협정 부속서 1 (annex 1)
1. Regulation	1. Standardizing body	1. Technical regulation
2. Technical specification	2. International standardizing body	2. Standard
3. Standard	3. Regional standardizing body	3. Conformity assessment procedures
4. Technical regulation	4. <u>International standard</u>	4. International body or system
5. International body or system	5. Conformity with standards or technical specifications	5. Regional body or system
6. Regional body or system	6. Administrative procedures for determining conformity	6. Central government body
7. Central government body	7. Certificate of conformity	7. Local government body
8. Local government body	8. Mark of conformity	8. Non-government body
9. Certification body	9. Conformity certification	
10. Membership in a Certification system	10. Certification system	
11. Participation in a certification system	11. International certification system	
	12. Regional certification system	
	13. Regulatory body	

표 2를 보면 알 수 있듯이, 국제표준 관련 용어와 그 정의가 사라졌다는 점이다. 즉, 국제표준과 관련된 정의는 표준화와 인증에 대한 일반적인 용어(general terms for standardization and certification)로 K. Bergholm가 판단하였다는 의미가 된다. 국제표준 관련 용어는 ECE/ISO 정의를 찾아보면 그 의미를 알 수 있고, Code의 특정한 목적(specific purposes of the Code)에서 국제표준을 정의할 필요가 없다는 의미가 된다.

2. 국제표준 정의의 재등장

1977년 3월 29일에 나온 보고서 (MTN/NTM/W/93)에서는 K. Bergholm의 견해가 반영하여, 가설 A와 가설 B 병행형식에서 통일된 정의를 제시한다.⁶⁷⁾ 이러한 과정을 거쳐 1977년 5월 20일에 새로운 초안(MTN/NTM/W/94)이 나오게 된다. 가설적 접근법에서 새롭게 통일된 정의는 K. Bergholm의 견해를 그대로 반영했다고 할 정도로 비슷하나, 국제표준과 관련된 용어와 그 정의가 다시 되살아나게 된다. 그러나 표준화기구 및 국제표준과는 달리 국제표준화기구(international standardizing body)의 정의는 살아나지 않는다. 대신에 K. Bergholm이 정의가 필요하다고 주장한 ‘국제기구 또는 체제’(International body or system)라는 정의는 추가된다.⁶⁸⁾

65) *Ibid.*, para.5.

66) *Ibid.*, para.6.

67) GATT Document, Insertions in the Text of the Draft Standards Code: Note by the Secretariat. MTN/NTM/W/93 (29 March 1977), pp.1-3.

국제표준은 이전에 비해서 매우 간단히 정의하였는데, “국제표준화기구에 의해 채택된 표준”(A standard adopted by an international standardizing body)이라고 정의하고 주(note)에서 “단어조성이 Code의 다른 정의와 일관되게 하기 위해서, 대응하는 ECE/ISO 정의와는 다르다”(The wording differs from the corresponding ECE/ISO definition in order to make it consistent with other definitions of the Code.)⁶⁹⁾라고 첨언하고 있다. 이러한 정의에 따르면 국제표준은 ‘표준’과 ‘국제표준화기구’의 정의만 알면 의미를 알 수 있으며, 표준의 정의는 Code의 정의에서, 국제표준화기구의 정의는 ECE/ISO 정의를 찾아보면 된다. 그러나 한편으로는 ‘국제기구 또는 체제’(international body or system)라는 정의가 추가되었고, ‘표준화기구’(standardizing body)에 대한 정의가 있기 때문에, 국제표준화기구의 정의를 ECE/ISO 정의에 의존하지 않고 충분히 정의내릴 가능성도 있다. 표준화기구의 정의는 ECE/ISO 정의와 거의 동일하기 때문에, ‘국제표준화기구’(international standardizing body)의 정의를 삭제할 때 함께 삭제하더라도 큰 문제가 없기 때문에, 표준화기구의 정의를 그대로 둔 점에는 나름대로의 이유가 있을 것으로 판단된다.⁷⁰⁾

‘국제표준화기구’(international standardizing body)는 “회원자격이 세계의 모든 국가에 개방되어 있는 표준화기구”(A standardizing body whose membership is open to all countries of the world)⁷¹⁾이기 때문에, ‘표준화기구’(standardizing body)에 대한 정의를 다시 찾아봐야 하는데, Code의 용어에 표준화기구에 대한 정의를 두고 있다. ECE/ISO 정의에서는 “정부 또는 비정부 관계없이, 인정된 활동들 중의 하나가 표준화 분야인 기구(A body, governmental or non-governmental, one of whose recognized activities is in the field of standardization)⁷²⁾를 말하며, Code의 정의도 유사하게 “인정된 활동들 중의 하나가 표준화 분야인 정부 또는 비정부 기구”(A governmental or non-governmental body, one of whose recognized activities is in the field of standardization)⁷³⁾라고 정의하고 있다.

따라서 국제표준은 (i) 회원자격이 세계의 모든 국가에 개방되어 있는, (ii) 인정된 활동들 중의 하나가 표준화 분야인 정부 또는 비정부 기구에 의해 채택된, (iii) 반복 또는 계속적용을 위해 인정된 표준화기구에 의해 승인된 기술상제로, 준수가 의무적이지 않은 것을 말한다고 할 수 있을 것이다. 한편, ‘국제기구 또는 체제’(international body or system)의 정의는 “회원지위가 적어도 Code의 모든 지지자의 관련

68) 도쿄라운드에서 만들어진 많은 Standards Code 초안만을 보면, 실제로 국제표준의 정의가 삭제된 적은 한 번도 없다고 할 수 있다.

69) GATT Document, Draft Code of Conduct for Preventing Technical Barriers to Trade: Note by the Secretariat. MTN/NTM/W/94 (20 May 1977), p.33., annex 1.10.

70) 이렇게 ECE/ISO 정의에 의존하지 않고 협정내의 정의만으로 해석을 시도한 예로는 *EC-Sardines* 사건을 들 수 있을 것이다. *EC-Sardines* 사건의 패널은 “국제표준은 국제기구에 의해 개발된 표준이다”(International standards are standards that are developed by international bodies.)라고 정의하여(Panel Report, EC—Sardines, para.7.63.) ISO/IEC Guide 2의 정의를 사용하지 않고 독자적인 국제표준의 정의를 사용하여 분석하였다.

71) MTN/NTM/W/14, p.7.

72) *Ibid.*

73) MTN/NTM/W/94, p.32., annex 1.9.

기구에게 개방되어 있는 기구 또는 체제”(A body or system whose membership is open to the relevant bodies of at least all adherents to the Code.)⁷⁴⁾를 말하기 때문에 표준화기구(standardizing body)와 함께 해석한다면 국제표준화기구(international standardizing body)의 의미를 충분히 해석할 수 있을 것이라고 보았을 것이다.

1977년 3월 29일 보고서(MTN/NTM/W/93)에서 처음 등장한 통일된 국제표준 정의는 도쿄라운드 Standards Code의 최종초안에도 그대로 반영되어 있다.⁷⁵⁾

3. 소결

1976년 11월에 K. Bergholm은 용어의 정의목록에서 삭제가능한 용어에 대하여 언급하면서, 국제표준(international standard), 표준화기구(standardizing body), 국제표준화기구(international standardizing body), 지역표준화기구(regional standardizing body) 등과 같은 용어를 정의에서 삭제할 것을 제안하였다. K. Bergholm은 정의 리스트에서 삭제가능한 용어에 대해서는 조약에 관한 비엔나협약에 따라 해석하면 되고, 용어의 통상적 의미는 대부분의 경우 ECE/ISO의 정의와 같다고 주장하였다. K. Bergholm의 삭제가능한 용어는 국제표준의 정의가 WTO TBT협정에서 사라지게 되는 단초가 되었다고 볼 수 있을 것이다.

V. 국제표준 정의의 삭제

1. 배경

우루과이 라운드에 들어와서 TBT협정의 정의문제를 가장 먼저 지적한 것은 북유럽국가들(Nordic delegations)이었다. 우루과이라운드의 TBT협정은 도쿄라운드의 Standards Code를 기초로 하고 있는데, 앞에서 살펴본 바와 같이, 1979년 3월의 29일의 최종(5번째) 수정본을 보면, ‘국제표준화기구’(international standardizing bodies)에 대한 정의는 삭제되고, ‘표준화기구’(standardizing body)와 ‘국제표준’(international standards)만을 정의하고 있다. 1987년 9월 북유럽국가대표의 보고서를 보면 국제표준화기구의 정의에 대한 참조는 1979년 3월을 기준으로 하고 있으며, ISO/ECE 정의를 가져다 사용하고 있다.⁷⁶⁾ 이러한 상황에서 ISO는 IEC(International Electrotechnical Commission)와 협력하

74) *Ibid.*

75) GATT Document, Technical Barriers to Trade: Corrigendum. MTN/NTM/W/192 /Rev.5 (29 March 1979), pp.34-36., annex 1.

76) GATT Document, Communication from the Nordic Delegations: Updating the Definitions for Terms Used in the TBT Agreement. TBT/W/103 (4 September 1987), para.2.

여 완전히 새롭게 개정된 ‘가이드 2: 표준화와 관련 활동에 관한 일반적 용어와 그 정의’(Guide 2, General terms and their definitions concerning standardization and related activities, 이하 ‘ISO/IEC Guide 2’) 제5판을 준비하고 채택하였다.⁷⁷⁾ 1979년 3월 초안의 제1조 1항 및 2항은 부속서 1에서 정의가 없는 용어는 UN 시스템과 국제표준화기구의 정의가 직접적용가능하게 되는데, 이러한 정의를 대체하여 ISO/IEC Guide 2가 그 역할을 대신하게 되면, ISO/IEC Guide 2의 정의가 직접 적용되게 되는 것을 의미한다.⁷⁸⁾

초기의 북유럽국가들의 견해는 협정의 부속서 1에 협정에 있어서 가장 핵심적인 용어 몇 개는 ISO/IEC Guide 2의 정의와 현재 동일하다고 하더라도, 협정에 포함시키는 것을 고려하여야 한다고 보았으며, 이를 통해서 ISO/IEC Guide 2의 장래 개정이 협정의 내용을 변경시키는 것을 막을 수 있다고 판단하였다.⁷⁹⁾ 그리고 실제로 북유럽국가들은 이전의 정의에 대하여 ISO/IEC Guide 2가 반영된 용어와 정의를 제시하였다.⁸⁰⁾ ‘표준화기구’는 “표준화에 인정된 활동이 있는 기구”(Body that has recognized activities in standardization)⁸¹⁾라고 정의하였고, ‘국제표준’은 “국제표준화기관에 의해 선택되고 일반에 공개되어 있는 표준”(Standard that is adopted by an international standardizing organization and made available to the public)⁸²⁾이라고 정의하여, 공개성이라는 요소를 추가하였다. 이러한 주장에 대하여 캐나다, EEC, 인도, 일본, 뉴질랜드, 스위스, 그리고 미국은 협정에서 사용되는 용어의 정의에 대하여 결정하는 것은 아직 성숙되지 않았다⁸³⁾고 반대하였다.

2. 국제표준 정의의 삭제

1979년 3월 초안의 제1.1조는 “1. 표준화와 인증에 대한 일반적인 용어는 문맥 및 Code의 대상과 목적을 고려하여, 통상적으로는 UN 시스템과 국제표준화기구가 채택한 정의에 의해서 의미를 가져야 한다”라고 정의하고 있는데, 그 당시 제1.1조에서 말하는 정의는 ISO/IEC Guide 2 1978(제2판)에 포함되어 있었고, 그 이후로 여러 번의 개정을 거쳐 가장 최근에 나온 것이 ISO/IEC Guide 2 1986(제5판)이었다.⁸⁴⁾ 1990년 6월 북유럽국가들은 부속서 1의 정의에 대하여, ISO/IEC Guide 2 1986(제5판) 및 ISO/IEC Guide 2 1986(제5판) 초안에 대한 수정초안(Draft Amendment Sheet to ISO/IEC Guide

77) *Ibid.*, para.3.

78) *Ibid.*, para.4.

79) *Ibid.*

80) *Ibid.*, annex 2, pp.7-8.

81) *Ibid.*, annex 2, p.8.

82) *Ibid.*

83) GATT Document, Minutes of the Meeting Held on 12-14 October 1987: Chairman: Mr. D. Bondad. TBT/M/26 (2 February 1988), para.8.

84) GATT Document, Definitions for Terms Used in the Agreement on Technical Barrier to Trade: Notice by the Secretariat. TBT/W/106 (21 January 1988), para.1.

2:1986)을 바탕으로 하여 수정안을 내놓는데, 여기에서 ‘표준화기구’(standardizing body)와 ‘국제표준’(international standard)에 대한 정의가 사라지게 된다.

즉, 국제표준관련 용어의 대부분이 정의에서 사라지게 된 것을 의미한다. 이는 K. Bergholm이 1976년 11월 9일의 보고서(MTN/NTM/W/70)에서 주장한 대로, 국제표준관련 용어는 TBT협정의 범위를 정의하는데 필수적인 용어가 아니며, 용어의 의미가 애매모호하다는 것을 대부분 받아들였다는 것을 의미한다고 할 수 있을 것이다.⁸⁵⁾ 따라서 국제표준 관련 용어는 정의 리스트에서 삭제가능한 용어이기 때문에 조약에 관한 비엔나협약에 따라 해석해야 하며, 용어의 통상적 의미는 대부분의 경우 ECE/ISO에서 정의된 것과 대부분의 경우 같기 때문에,⁸⁶⁾ ECE/ISO 정의를 계승한 ISO/IEC Guide 2 1986에서 정의된 용어가 용어의 통상적 의미를 지니게 된다는 것을 시사한다.

1990년 7월에 TBT협정에 관한 첫번째 초안이 나오게 되는데,⁸⁷⁾ 부속서 1에 나오는 용어와 정의부분은 북유럽국가들이 주장한 1990년 6월의 초안을 그대로 가져왔다고 할 수 있다. 국제표준에 대한 정의는 여전히 없다. 1990년 10월에 1990년 7월 초안에 대한 수정본이 다시 나오게 되는데,⁸⁸⁾ ‘기술명세’(technical specification)와 ‘국제표준’(international standard)에 대한 정의는 완전히 삭제되고, ‘기술규정’(technical regulation)과 ‘표준’(standard)에 대한 용어를 중심으로 정의된다. 정의에 대한 내용은 1990년 12월 브뤼셀 각료회의에 제출된 브뤼셀 초안(Brussels Draft)에도 그대로 유지되며,⁸⁹⁾ 1991년 12월의 던켈초안(Dunkel Draft)에도 그대로 유지된다.⁹⁰⁾ 다만 ISO/IEC Guide 2 1986(제5판)가 ISO/IEC Guide 2 1991(제6판)으로 바뀌게 되며,⁹¹⁾ 현재 WTO 협정에서도 여전히 유효하다.⁹²⁾

3. 소결

WTO협정의 국제표준과 관련된 규정은 비관세장벽 또는 비무역장벽과 관련된 규정에 주로 규정되었고, 그 중에서 TBT 협정은 국제표준과 관련된 가장 기본적인 협정으로 볼 수 있다. 그러나 TBT협정은 국제표준에 대한 정의를 협정 자체에 두지 않고, ISO/IEC Guide 2의 정의에 의존하고 있기 때문에 그

85) MTN/NTM/W/70, para.2.

86) MTN/NTM/W/70, para.6.

87) GATT Document, Agreement on Technical Barriers to Trade. MTN.GNG/NG8/W/83/Add.3 (23 July 1990), pp.2-53.

88) GATT Document, Agreement on Technical Barriers to Trade. MTN.GNG/NG8/W/83/Add.3/Rev.1 (23 October 1990), pp.2-29.

89) GATT Document, Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations (Revision). MTN.TNC/W35/Rev.1 (3 December 1990), annex 1, pp.64-65.

90) GATT Document, Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations. MTN.TNC/W/FA (20 December 1991), annex 1, pp.G.20-G.21.

91) Ibid., annex 1, p.G.20.

92) WTO TBT Agreement, Annex 1: The terms presented in the sixth edition of the ISO/IEC Guide 2: 1991, General Terms and Their Definitions Concerning Standardization and Related Activities, shall, when used in this Agreement, have the same meaning as given in the definitions in the said Guide taking into account that services are excluded from the coverage of this Agreement.

해석에 있어서 문제가 있었다. TBT 협정과는 달리 SPS 협정은 협정내에 국제표준을 정의하고 관련국제표준화기구를 특정하고 있기 때문에, 문제가 된 조치가 국제표준에 해당하는지에 대한 판단이 매우 간단하고 신속하게 이루어진다. 그에 반해 TBT 협정은 관련국제표준화기구를 특정하고 있지 않기 때문에, 문제된 조치가 TBT협정의 관련국제표준화기구가 만든 것인지를 판단하는 것이 분쟁이 가장 큰 쟁점이 되어버렸다. 즉 국제표준해당성이라는 문제가 다른 어떠한 문제보다 국제표준에 대한 분쟁에서 중요한 쟁점이 된다.

TBT협정의 국제표준이 최초로 다루어진 EC-Sardines 사건은 국제표준에 대한 정의를 ISO/IEC Guide 2의 정의에 비추어 해석하지 않고 독자적으로 국제표준을 정의하였고, Codex가 만든 표준에 대하여 분쟁국들이 다툼 없이 인정하였기 때문에 국제표준해당성에 대하여 깊은 논의가 이루어지지 않았다. 따라서 국제표준해당성이 인정된 이후의 기초의무, 정당한 목적 및 국제표준으로부터의 이탈과 같은 해석의 문제에 대하여 다투었다. US-Tuna II (Mexico) 사건은 EC-Sardines 사건과는 완전히 대조적인 사건으로 국제표준해당성이 분쟁의 핵심이었다. 결국 관련조치가 국제표준에 해당하지 않았기 때문에 기초의무나, 국제표준으로부터의 이탈, 추정규정 등에 대한 논의는 전혀 이루어지지 못하였다. US-Tuna II (Mexico) 사건은 ISO/IEC Guide 2의 정의를 기초로 하여, TBT협정과의 관계에서 국제표준을 정의하였다는 점에서 케네디라운드 이후의 국제표준의 정의에 대한 논의를 잘 반영하였다고 볼 수 있다.

VI. 결론

본고는 케네디라운드 이후의 국제표준에 대한 협상과정을 통하여 연혁적으로 국제표준의 정의가 어떻게 형성되어 왔는지를 살펴보았다. 이러한 접근법을 통해서 국제표준의 정의의 형성과 그 정의가 외부로 위탁되는 과정을 살펴보았다. 국제표준이 무엇인지에 대한 본격적인 논의는 1970년 11월을 기점으로 시작되며, 표준(standard)이라는 용어의 정의는 어느 정도 정리가 되어 있는 상황에서, ‘국제’라는 용어의 정의에 관심을 가지기 시작하였다. 표준을 만드는 기관(organizations)의 성격을 통하여 국제라는 용어의 의미를 파악하고자 하였다.

국제표준의 정의가 최초로 등장하는 것은 1971년 12월의 “Rogers 초안”이다. Rogers 초안은 표준을 준비하는 국제기관은 관련 기구들에 개방되었는지 여부와 상관없이 표준을 준비하는 국제기관으로 파악하여, 개방성(openness)에 대해서는 관심을 표명하지 않았다. 그러나 이후에 나온 초안들에서는 관련 기구들에 개방되어 있는 국제표준기관(international standards organization)만을 대상으로 하기 시작하였고, 표준을 준비하는데 참가하는 측면을 중시하는 국제표준기관/기구(international standards organization/body)로 변화하였다.

도쿄라운드에 들어와서는 Draft Code의 국제표준의 정의와 ECE용어의 국제표준의 정의를 어떻게 조화시켜야 할 것인지에 대한 문제가 부상한다. 특히 1975년 9월에 핀란드의 K. Bergholm은, ECE/ISO 정의의 적용가능성에 대하여 조사하여 보고하게 된다. K. Bergholm의 보고서는 국제표준의 정의의 외부위탁 가능성에 대한 것이며, 이를 위하여 TBT 서브그룹은 우선 가설적 접근법에 따른 정의를 시도한다.

1976년 11월에 K. Bergholm은 용어의 정의목록에서 삭제가능한 용어에 대하여 언급하면서, 국제표준(international standard), 표준화기구(standardizing body), 국제표준화기구(international standardizing body), 지역표준화기구(regional standardizing body) 등과 같은 용어를 정의에서 삭제할 것을 제안하였다. K. Bergholm은 정의목록에서 삭제가능한 용어에 대해서는 조약에 관한 비엔나협약에 따라 해석하면 되고, 용어의 통상적 의미는 대부분의 경우 ECE/ISO의 정의와 같다고 주장하였다. K. Bergholm의 삭제가능한 용어는 국제표준의 정의가 WTO TBT협정에서 사라지게 되는 단초가 되었다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 도쿄라운드 Standard Code에서는 국제표준의 정의삭제라는 K. Bergholm의 주장은 반영되지 않았고, 도쿄라운드에서 만들어진 많은 Standards Code 초안만을 놓고 보면, 실제로 국제표준의 정의가 삭제된 적은 한번도 없었다고 할 수 있다.

국제표준의 정의가 삭제되는 것은 우루과이라운드에 들어와서 이며, 1990년 7월에 TBT협정에 관한 첫 번째 초안이 나오게 되고, 1990년 10월에 1990년 7월 초안에 대한 수정본이 나오면서 국제표준에 대한 정의는 완전히 삭제되고, 기술규정(technical regulation)과 표준(standard)에 대한 용어를 중심으로 정의되게 된다. 이는 K. Bergholm이 1976년 11월에 주장한 바와 같이, 국제표준관련 용어는 TBT협정의 범위를 정의하는데 필수적인 용어가 아니기 때문에, 조약에 관한 비엔나협약에 따라 해석해야 하며, 대부분의 경우 ECE/ISO에서 정의된 것과 의미가 동일하기, ECE/ISO 정의를 계승한 ISO/IEC Guide 2에서 정의된 용어가 용어의 통상적 의미를 가지게 된다는 것을 시사한다.

따라서 EC-Sardines 사건의 국제표준의 정의는 국제표준에 대한 협상과정을 살펴보았을 때 ISO/IEC Guide 2의 정의를 전혀 고려하지 않은 해석이었다고 판단되며, US-Tuna II (Mexico) 사건은 ISO/IEC Guide 2의 정의를 고려하여 국제표준을 정의한 것이 볼 수 있다.

◀ 국문초록 ▶

국제표준은 비무역장벽에 대한 해결을 위하여 케네디라운드 이후에 그 논의가 활발하게 논의되기 시작하여, 도쿄라운드의 Standard Code에서 지금의 TBT협정과 유사한 모습을 갖추기 시작하였다. 우루과이라운드에 TBT협정과 더불어 SPS 협정이 새롭게 만들어 지면서, 국제표준을 그 영역을 넓혀 나갔고, GATS, 선적전검사협정, 정부조달협정 등에 규정되기 시작하였다. WTO협정의 국제표준과 관련된 규정은 비관세장벽 또는 비무역장벽과 관련된 규정에 주로 규정되었고, 그 중에서 TBT 협정은 국제표준과 관련된 가장 기본적인 협정으로 볼 수 있다.

국제표준이 무엇인지에 대한 본격적인 논의는 1970년 11월을 기점으로 시작되며, 표준(standard)이라는 용어의 정의는 어느 정도 정리가 되어 있는 상황에서, ‘국제’(international)라는 용어의 정의에 관심을 가지기 시작하였다. 표준을 만드는 기관(organizations)의 성격을 통하여 ‘국제’라는 용어의 의미를 파악하고자 하였다. 국제표준의 정의가 최초로 등장하는 것은 1971년 12월의 “Rogers 초안”이다.

도쿄라운드에 들어와서는 Draft Code의 국제표준의 정의와 ECE용어의 국제표준의 정의를 어떻게 조화시켜야 할 것인지에 대한 문제가 부상한다. 특히 1975년 9월에 핀란드의 K. Bergholm은 ECE/ISO 정의의 적용가능성에 대하여 조사하여 보고하게 된다. 1976년 11월에 K. Bergholm은 용어의 정의목록에서 삭제가능한 용어에 대하여 언급하면서, 국제표준(international standard), 표준화기구(standardizing body), 국제표준화기구(international standardizing body), 지역표준화기구(regional standardizing body) 등과 같은 용어를 정의에서 삭제할 것을 제안하였다. K. Bergholm은 정의 리스트에서 삭제가능한 용어에 대해서는 조약에 관한 비엔나협약에 따라 해석하면 되고, 용어의 통상적 의미는 대부분의 경우 ECE/ISO의 정의와 같다고 주장하였다. K. Bergholm의 삭제가능한 용어는 국제표준의 정의가 WTO TBT협정에서 사라지게 되는 단초가 되었다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 도쿄라운드 Standard Code에서는 국제표준의 정의삭제라는 K. Bergholm의 주장은 반영되지 않았다. 국제표준의 정의가 삭제되는 것은 우루과이라운드에 들어와서이며, 기술규정(technical regulation)과 표준(standard)에 대한 용어를 중심으로 정의되게 된다.

◀ 주 제 어 ▶

비무역(관세)장벽, 도쿄라운드, 우루과이라운드, TBT협정, 국제표준, 표준, 강제규정

제2부 제2발표

공기업의 행위에 따른 국제투자중재 인적관할권 성립 문제
: 중재 피신청인을 중심으로

- 발표 장 석 영 (고려대학교 스페인라틴아메리카연구소 연구교수)
- 토론 김 대 원 (서울시립대 교수)

공기업의 행위에 따른 국제투자중재 인적관할권 성립 문제 : 중재 피신청인을 중심으로*

장 석 영**

목 차

- I. 서론
- II. 공기업이 국제투자중재 피신청인이 되는 경우
 - 1. 구성하부조직 및 기관 지정의 의미
 - 2. 지정의 요건 및 방식
 - 3. 검토
- III. 공기업의 행위로 인해 투자유치국이 국제투자중재 피신청인이 되는 경우
 - 1. 본안 전 단계에서 일응(prima facie) 관할권 성립을 판단해야 한다는 견해
 - 2. 본안에서 관할권 성립을 판단해야 한다는 견해
 - 3. 검토
- IV. 결론

I. 서론

오늘날 외국인 투자자가 체결하는 다수의 투자계약이 국가가 아닌 공기업과 이루어지고 있으며, 공기업의 행위로 인해 발생한 국제투자분쟁과 관련하여 외국인 투자자가 공기업의 국적국인 투자유치국

* 이 논문은 필자의 박사학위논문 “국제투자중재에서의 공기업 관련 국제법적 문제” (고려대학교, 2019년 2월) 중 제3장을 요약, 정리한 것입니다.

** 고려대학교 스페인라틴아메리카연구소 연구교수

을 상대로 중재를 신청하는 경우가 증가하고 있다.¹⁾ 2018년 6월 한국이 불리한 중재판정을 받은 Dayyani v. Korea 사건도 그 중 하나이며,²⁾ 이 사건과 같이 공기업의 투자계약 위반행위로 인해 발생한 투자분쟁에서 외국인 투자자가 행위의 직접 당사자가 아닌 공기업의 국적국을 상대로 투자자-국가 분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)을 청구하는 경우에는 공기업과 투자유치국의 관계를 둘러싼 다양한 국제법적 문제가 발생한다. 이 글에서는 그 중에서 국제투자중재의 인적관할권 성립 문제를 살펴볼 것이다.

국제투자중재의 관할권은 일반적으로 양자투자조약(이하 'BIT') 등 문제된 국제투자조약의 관할권 요건을 충족하면 성립하지만, 국제투자분쟁해결센터(International Center for Settlement of Investment Disputes, 이하 'ICSID') 중재의 경우에는 관련 투자조약상의 요건뿐만 아니라 국가와 다른 국가 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 이하 'ICSID 협약')상의 요건을 충족해야 관할권이 성립한다.³⁾ 대부분의 투자조약은 투자와 관련된 모든 분쟁에 대해서 관할권 성립을 인정하고 있으므로 관할권 성립과 관련하여 주로 문제되는 것은 ICSID 협약이며, 동 협약은 다른 중재 관련 절차규칙과는 달리 관할권 규정을 통해 투자중재의 범위를 제한하고 있다.⁴⁾ 투자자-국가 분쟁해결(ISDS)을 위해 가장 널리 이용되는 중재방식은 ICSID 중재이며,⁵⁾ 대다수의 ICSID 중재 사건에서 피신청인의 관할권 항변이 제기되고 있는 만큼 ICSID 협약상 관할권 성립요건을 잘 이해하는 것은 매우 중요하다.⁶⁾

이하에서는 ICSID 중재 피신청인을 중심으로 공기업이 피신청인이 되는 경우와 공기업의 행위로 인해서 그 국적국인 투자유치국이 피신청인이 되는 경우를 나누어 검토할 것이다. 특히 후자와 관련하여서는 관할권 성립 여부를 중재절차의 어느 단계에서 어떤 기준에 따라 검토해야 하는지 살펴보고자 한다.

1) Mikko Rajavuori, "Making International Legal Persons in Investment Treaty Arbitration: State-Owned Enterprises along the Person/Thing Distinction" 18 *German LJ* 1183 (2017), p. 1185; Lise Johnson & Oleksandr Volkov, "Investor-State Contracts, Host-State 'Commitments' and the Myth of Stability in International Law" 24:3 *The American Review of International Arbitration* 361 (2013), p. 364; Luca Schicho, "Attribution and State Entities: Diverging Approaches in Investment Arbitration" 12 *J World Investment & Trade* 283 (2011), p. 283.

2) *Mohammad Reza Dayyani, et al v. The Republic of Korea*, [2018] UNCITRAL, PCA Case No. 2015-38.

3) C Dugan et al, *Investor-State Arbitration* (Oceana TM, 2008), p. 82.

4) Christoph Schreuer, "Investment Disputes" in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para. 24, online: <<http://opil.ouplaw.com.oca.korea.ac.kr/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e517?rskey=uqFvDG&result=1&prd=EPIL>>; M Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press, 2010), p. 306, n. 2.

5) 2017년 국제연합무역개발회의(United Nations Conference on Trade and Development, 이하 'UNCTAD') 자료에 따르면 1987년부터 2017년 7월까지 회부된 모든 투자자-국가 중재 사건 중 61%가 ICSID 협약 또는 ICSID 추가절차규칙(ICSID Additional Facility Rules)에 따라 ICSID에 회부되었고, 31%가 UN국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law, 이하 'UNCITRAL') 중재규칙에 근거하여 임의중재에 회부되었다(UNCTAD, "Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures", *IIA Issues Note*, Issue 3 (2017), p. 5); ICSID 추가절차는 국제투자분쟁의 한 당사자가 ICSID 협약의 당사국이 아니지만 ICSID에 분쟁을 회부하려는 경우에 활용될 수 있는 절차이며, 이에 대해서는 ICSID 추가절차규칙이 적용된다.

6) M Sornarajah, *supra* note 6, p. 306.

II. 공기업이 국제투자중재 피신청인이 되는 경우

관할권에 대해 다루고 있는 ICSID 협약 제25조 제1항에 따르면, 일반적으로 “체약국(Contracting State)”이 ICSID 중재 피신청인이 되며,⁷⁾ 체약국은 협약을 비준, 동의 또는 승인하는 문서를 제출한 국가를 의미한다.⁸⁾ 그런데 동 조항에서는 “체약국”에 “해당 체약국이 ICSID에 지정한 체약국의 구성하부조직(constituent subdivision) 또는 기관(agency)”이라는 설명을 덧붙이고 있다. 이는 투자유치국이 아니라 그 국가 내에 있는 별개의 실체가 중재 피신청인이 될 수 있음을 나타내며, 공기업도 여기에 해당 하는지 여부가 문제된다.

1. 구성하부조직 및 기관 지정의 의미

구성하부조직과 기관 중에서 구성하부조직은 지방정부와 같은 영토적 실체를 의미하므로 이 글과 관련하여서는 “기관(agency)”에 공기업이 포함되는지 여부가 문제된다.⁹⁾ ICSID 협약은 체약국의 기관이 무엇을 의미하는지 규정하고 있지 않은데 이는 국가마다 기관이 다르기 때문이다. 그러나 동 협약에 대한 주석에 따르면 “agency”라는 용어는 모든 형태의 실체를 포함하는 매우 넓은 의미로 이해되며, 제 25조 제1항에서 말하는 기관에 해당하는지 여부를 판단하는 기준은 그 실체가 공적인 기능을 수행하는 지 여부이고 정부 소유 여부 또는 법인격 유무 등은 문제되지 않는다.¹⁰⁾ 따라서 여기에는 독립적인 법인격이 있는 공기업도 포함된다고 볼 수 있을 것이며, 이는 제25조 제1항에 따른 기관 지정을 통하여 투자유치국의 공기업이 중재의 잠재적 피신청인이 될 수 있다는 것을 의미한다.¹¹⁾ 또한 이는 공기업이 투자자와 투자계약을 체결하고 이를 위반한 경우에 투자자가 그 공기업을 상대로 중재를 신청할 수 있어야 한다는 취지로도 이해할 수 있다.

7) ICSID 협약 제25조 제1항

센터의 관할권은 분쟁 당사자들이 센터에 제기하기 위해서 서면으로 동의한 분쟁으로서 체약국(또는 해당 체약국이 센터에 지정한 동 체약국의 구성하부조직 혹은 기관)과 다른 체약국 국민간에 투자로부터 직접 발생한 모든 법적 분쟁에 미친다. 당사자들이 그러한 동의를 한 경우, 어떠한 당사자도 그 동의를 일방적으로 철회할 수 없다 (The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally).

8) C H Schreuer et al, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009), p. 144.

9) R Dolzer & C Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP Oxford, 2012), p. 249.

10) C H Schreuer et al., *supra* note 10, p. 153; R Dolzer & C Schreuer, *supra* note 11, pp. 249 – 250.

11) 국가들이 지정한 구성하부조직 및 기관을 ICSID/8-C 목록을 통해 살펴보면, 연방 주, 자국령, 공기업 등이 지정되어 있다 (ICSID Doc. No. ICSID/8-C, “Designation by Contracting States regarding Constituent Subdivisions or Agencies”, (June 2017) <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Contracting%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf>>.

그러나 제25조 제1항은 국가귀속 문제에 대해 규정하고 있는 것은 아니며, 행위의 국가귀속 문제와 지정(designation)은 구분되어야 한다.¹²⁾ 또한 계약국은 국가와 사실상 관련이 없는 실체를 기관으로 지정해서는 안 되며, 특정 국가에서 지정된 구성하부조직 및 기관이 국가와 동일시되는 것은 아니고 양자는 서로 구분된다.¹³⁾

2. 지정의 요건 및 방식

ICSID 협약 제25조 제1항에 따른 지정은 국내법적으로 독립된 실체가 ICSID에 회부된 분쟁의 당사자가 될 수 있는 능력을 부여하는 중요한 역할을 하는데, 동 협약에서는 지정의 요건 또는 방식에 대해서는 자세히 설명하고 있지 않다.¹⁴⁾ 제25조 제1항에서 발견할 수 있는 지정의 방식에 관한 요건으로는 지정이 ICSID에 대하여 관련 계약국에 의해 행해져야 한다는 것이다.

더 자세한 내용은 *Niko v. BAPEX and Petrobangla* 사건에서 찾아볼 수 있으며, 이 사건에서는 방글라데시 정부로부터 독립된 실체인 BAPEX(Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited)와 Petrobangla(Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation)가 ICSID 협약 제25조 제1항의 지정된 기관에 해당하는지 여부가 문제되었다.¹⁵⁾ 방글라데시는 이 같은 신청인의 주장을 부인하면서 “지정”이 유효하기 위해서는 다음의 네 가지 요건을 충족해야 한다고 주장하였다. 그 요건은 (i) 지정은 서면으로 이루어져야 하고, (ii) 국가, 특히 외교부가 행해야 하며, (iii) 지정하려는 명확한 의사가 있어야 하고, (iv) ICSID에 대해서 행해져야 한다는 것이었다.¹⁶⁾ 중재판정부는 이와 관련하여 제25조 제1항에 규정된 요건 외에 다른 특별한 형식적 요건은 필요하지 않다고 보았다.¹⁷⁾ 특히 이 사건에서는 묵시적인 형태의 지정도 가능한지가 문제되었는데, 이에 대해서 중재판정부는 어느 기관이 ICSID 중재조항을 담은 투자계약을 체결하는 것을 국가가 서면으로 명확하게 승인한 경우에는 그 기관에 대한 묵시적 지정(implicit designation)이 있었다고 볼 수 있다고 하였다.¹⁸⁾ 그 기관에 ICSID 중재의 당사자가 될 수 있는 권한을 국가가 부여한 것으로 볼 수 있기 때문이다.¹⁹⁾ 다만 묵시적으로 기관을 지정하는 경우에는 지정의 의사가 명확히 드러나야 한다고 하였다.²⁰⁾

12) C H Schreuer et al, *supra* note 10, p. 150.

13) E Gaillard, J Younan & I A Institute, *State Entities in International Arbitration* (Juris Publishing, Incorporated, 2008), pp. 82-83.

14) *Niko Resources (Bangladesh) Ltd v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“Bapex”) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”) (Decision on Jurisdiction)*, [2013] ICSID Case No. ARB/10/18, paras. 280, 282, 284.

15) *Ibid*, paras. 261, 263.

16) *Ibid*, para. 259.

17) *Ibid*, paras. 292-293, 298.

18) *Ibid*, para. 301.

19) *Ibid*, para. 280.

20) *Ibid*, para. 299.

종합해보았을 때, ICSID 협약은 지정에 특별한 방식을 요구하고 있지 않으므로 명확한 지정의 의사가 드러난다면 묵시적인 방법으로도 가능하다고 할 수 있다.

3. 검토

위의 내용에 따르면 투자유치국이 아닌 그 국가의 공기업도 투자유치국이 지정한 기관에 해당한다면 국제투자중재 피신청인이 될 수 있을 것이다. 또한 제25조 제1항은 제3항과 함께 고려되어야 하며, 계약국의 구성하부조직 또는 기관이 ICSID 중재의 피신청인이 되기 위해서는 두 가지 요건을 만족해야 한다고 할 수 있다. 즉, 첫째, 제1항에 따라 계약국이 ICSID에 구성하부조직 또는 기관을 지정했어야 하고, 둘째, 제3항에 따라 투자자의 중재 신청에 대한 구성하부조직 또는 기관의 동의는 계약국의 승인이 있어야 한다.²¹⁾

BIT 중에도 ICSID 협약과 같이 관할권에 관한 조항에 계약국에 대한 설명을 덧붙여놓은 경우가 있는데, 이탈리아-차드 BIT와 이탈리아-코트디부아르 BIT가 그 예이다.²²⁾ 이 조약들은 해당 계약국에 속하거나 통제받는 모든 기관 또는 단체도 중재 피신청인이 될 수 있다고 규정하고 있다.²³⁾ 따라서 이와 같은 조항이 투자조약에 있는 경우에는 공기업이 중재 피신청인이 될 수 있을 것이다. 그러나 ICSID 협약 제25조 제1항과 유사한 내용의 관할권 조항이 포함된 BIT는 많지 않으므로 투자계약의 당사자인 공기업을 상대로 중재가 개시되는 경우는 매우 예외적인 사례에 해당한다. *Mytilineos v. Serbia* 사건에서 UNCITRAL 중재판정부도 ICSID 협약이 적용되지 않는 사건은 공기업이 피신청인이 되는 예외적인 상황에 해당할 수 없다고 단정되었을 정도로 ICSID 중재가 아니라면 국가가 아닌 실체가 국제투자중재 피신청인이 된 사례는 찾아보기 힘들다.²⁴⁾ 그런데 ICSID 협약에 따라 계약국이 지정한 기관도 많다고 할 수 없으므로 공기업 또는 기타 국가가 아닌 실체가 국제투자중재 피신청인이 되는 경우는 많이 찾아볼 수 없다.

21) ICSID 협약 제25조 제3항

계약국의 구성하부조직 또는 기관의 동의는 해당 계약국의 승인을 요한다. 다만, 해당 국가가 그러한 승인이 필요하지 아니하다고 통지한 경우에는 그러하지 아니하다 (Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required).

22) E Gaillard, J Younan & I A Institute, *supra* note 15, p. 25.

23) *Ibid*, p. 25, n. 12 (이탈리아-차드 BIT (1969) 제7조의 영문 번역은 다음과 같다 “Any dispute in relation to investments under this Agreement, arising between one of the Contracting parties (or any institution or organization falling under that party or controlled by that party) and a natural or legal person, having the nationality of the other party, shall be submitted to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, in accordance with the Washington Convention of March 18, 1965.”).

24) *Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia (Partial Award on Jurisdiction)*, [2006] UNCITRAL, para. 173.

II. 공기업의 행위로 인해 투자유치국이 국제투자중재 피신청인이 되는 경우

공기업이 ICSID 협약 제25조 제1항의 지정된 기관(designated agency)에 해당하거나 BIT에 이와 유사한 규정이 있는 경우에는 그 공기업이 중재 피신청인이 될 수 있지만 그와 같은 상황은 예외적인 경우에 해당하므로 중재 신청인은 대신 공기업의 국적국인 투자유치국을 상대로 중재를 신청하는 경우가 대부분이다. 이 때 피신청인이 된 투자유치국은 위법행위의 당사자는 독립적인 법인격을 가진 공기업이므로 국가와 공기업은 구분되며 투자유치국에 관할권이 성립할 수 없다고 주장하는 것이 일반적이다. 따라서 공기업의 행위로 인해 투자유치국에 대해 인적관할권이 성립할 수 있는지가 문제되며, 관할권에 대한 항변이 제기되었을 때 중재판정부는 어떤 기준에 따라 관할권 성립 여부를 판단해야 하는지가 문제된다.

또한 이는 관할권 성립 여부를 중재절차의 어느 단계에서 검토해야 하는지의 문제와도 연결되어 있으며, 이는 곧 관할권에 대한 피신청인의 항변을 본안 전에 판단할 것인지 또는 본안 심리 단계에서 판단할 것인지를 문제를 의미한다. 이 같은 문제가 발생하는 이유는 관할권 성립 문제와 행위의 국가귀속 문제는 서로 별개의 문제이지만, 공기업과 같은 비국가행위자의 행위가 관련된 국제분쟁에서는 관할권 판단 단계에서 미리 비국가행위자 행위의 국가귀속 문제를 검토하지 않으면 관할권에 대한 확정적인 결정을 내릴 수 없다는 문제가 발생하기 때문이다. 다시 말해서, 투자자가 공기업의 위법행위를 국가의 행위로 보아 공기업의 국적국인 투자유치국을 상대로 중재를 신청하는 것은 관할권 성립 문제뿐만 아니라 공기업 행위의 국가귀속 문제를 야기하는데, 두 문제가 서로 긴밀하게 얽혀있기 때문에 관할권 성립 문제를 국가귀속 문제와 구분하여 본안 전 단계에서 판단해야 하는지 또는 두 문제를 병합하여 본안에서 판단해야 하는지가 문제되는 것이다.²⁵⁾

1. 본안 전 단계에서 일응(prima facie) 관할권 성립을 판단해야 한다는 견해

공기업의 행위로 인해 투자유치국에 대해 국제투자중재의 인적관할권이 성립하는지에 관한 문제는 공기업이 투자자-국가 중재의 한쪽 당사자인 국가와 같은 지위를 갖는다고 볼 수 있는지 여부를 판단하는 것인 반면, 행위의 국가귀속 여부는 국가책임의 성립요건으로서 특정 공기업의 행위를 국가의 행위로 볼 수 있는지 여부를 판단하는 문제이다.²⁶⁾ 본래 관할권 성립 문제와 행위의 국가귀속 문제는 같은 문제라고 할 수 없으므로 별도로 검토되어야 하겠지만, 공기업의 행위가 관련된 국제투자분쟁에서는

25) Luca Schicho, "The Relationship between a State and State Entities: A Matter of Jurisdiction or of the Merits?" *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2011 367 (2011), pp. 372 - 373.

26) Enrico Milano, "The Investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny" 11:3 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 499 (2012), pp. 513 - 514.

두 문제를 엄격히 구분하기가 어려우므로 중재판정부는 관할권 성립 여부를 검토할 때 주로 일응(prima facie) 방식을 적용해왔다.²⁷⁾

이하에서는 먼저 관할권 성립 문제와 행위의 국가귀속 문제를 구분하여 관할권에 대한 항변을 선결 문제로 다루어야 한다는 주장에 대해 살펴보고, 이어서 일응 방식의 의미와 내용에 대해 살펴볼 것이다. 특히 일응 방식에 따라 투자유치국의 인적관할권 성립 여부를 판단할 때 어떤 기준이 적용될 수 있는지 검토하려고 한다.

1) 관할권 문제에 대한 본안 전 판단

관할권에 대한 결정을 선결문제로 다루지 않았는데 본안 판단 결과 관할권이 성립하지 않는다면 불필요한 재판 과정과 비용이 발생한다.²⁸⁾ 따라서 ICSID 협약 제25조에 관한 주석에서는 중재의 당사자가 될 수 있는지 여부를 판단하는 인적관할권 성립 문제와 행위의 국가귀속으로 인한 국가책임 성립 문제는 서로 구분되어야 한다고 설명하고 있다.²⁹⁾ 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 'ICJ') 또는 상설국제사법재판소(Permanent Court of International Justice, 이하 'PCIJ')의 사례를 살펴 보아도 선결적 항변을 본안과 병합하는 것은 예외적인 경우에 해당하며, ICJ Ambatielos 사건에서 Levi Carneiro 재판관도 개별의견에서 절대적으로 필요한 경우가 아니라면 선결적 항변을 본안과 병합해서는 안 된다는 의견을 제시하였다.³⁰⁾

관련 규정을 살펴보면, ICSID 중재절차규칙 제41조 제3항은 중재재판부가 본안 절차의 중지를 자유롭게 결정할 수 있다고 규정하고 있지만 2006년에 개정되기 전까지는 관할권에 대한 항변이 있으면 본안 절차는 중지되어야 한다(shall be suspended)고 규정되어 있었다.³¹⁾ 또한 ICSID 협약 제41조 제2항에 따르면 중재판정부는 관할권에 대한 항변을 선결문제로 취급하여 본안 전에 판단할 것인지 또는 본안에 병합 처리할 것인지 여부를 결정할 수 있다고 하여 이 문제가 중재판정부의 재량에 맡겨져 있는 것으로 보인다.³²⁾ 그러나 Tulip v. Turkey 사건에서 동 조항에 관해 다룬 내용을 살펴보면 ICSID 중재판

27) Audley Sheppard, "The Jurisdiction Threshold of a Prima-Facie Case" in P Muchlinski, F Ortino & C Schreuer, eds, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), pp. 941 – 942.

28) Giulio Alvaro Cortesi, "ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises – Moving Toward an Approach Based on General International Law" 16:1 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 108 (2017), p. 117.

29) C H Schreuer et al, *supra* note 10, p. 150.

30) Giulio Alvaro Cortesi, *supra* note 30, p. 116; *Ambatielos case (jurisdiction)*, [1952] ICJ Reports 1952 28, Individual Opinion on Judge Levi Carneiro, p. 48, para. 2.

31) 1968년 ICSID 중재절차규칙 제41조 제3항

Upon the formal raising of an objection relating to the dispute, the proceeding on the merits shall be suspended.

32) ICSID 협약 제41조 제2항

분쟁이 센터의 관할권 이내에 있지 아니하거나, 또는 기타 이유로 판정부의 권한 이내에 있지 아니하다는 분쟁당사자의 이의를 판정부가 고려해야 하며, 판정부는 그 이의를 선결문제로 취급할 것인지 아니면 그 이의를 분쟁의 본안에 병합 처리할 것인지의 여부를 결정하여야 한다 (Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall

정부는 재량을 행사할 때 첫째, 소송경제 측면에서 관할권 판단과 본안 심리를 구분하는 것이 이득인지 살펴봐야 하고, 둘째, 선결적 항변이 본안과 밀접하게 연결되어 있는지 확인해야 하며, 셋째, 선결적 항변에 대한 결정이 전체 사건을 기각하거나 그 범위 및 복잡성을 크게 줄일 가능성이 있는지를 검토하여 피신청인의 관할권 항변을 선결문제로 다룰 것인지 여부를 결정해야 한다.³³⁾ 더구나 ICSID 사례를 살펴보면 여전히 다수의 사건에서 중재재판부는 관할권에 대한 결정과 본안 심리를 구분하고 있는 것을 확인할 수 있다.³⁴⁾

2) 일응 방식의 적용

관할권 문제와 본안을 구분할 경우 관할권에 대한 항변은 국가귀속에 관한 문제와 구분하여 선결문제로 검토해야 할 것이며, 그 결과 일응(prima facie) 관할권이 성립한다고 보인다면 관할권이 성립한다는 결정(decision)을 내리게 된다. 이 같은 방식을 일응 방식이라고 하는데, 일응 방식의 의미와 적용 방식에 대해 더 자세히 살펴볼 필요가 있다.

먼저 일응 방식은 Mavrommatis 사건에 대한 PCIJ의 판결에서 의무 위반이 있었는지 여부는 본안과 관련된 것이므로 본안 전 단계에서는 이에 대해 다루지 않겠다고 한 것에서 유래되었으며, ICJ에서는 물적관할권 성립 및 잠정조치 적용과 관련하여 지속적으로 적용되어왔다.³⁵⁾ ICJ의 Oil Platform 사건에서 Rosalyn Higgins 재판관은 개별의견을 통해서 원고가 주장한 사실을 바탕으로 문제된 피고의 행동이 조약 규정을 위반할 가능성이 있는지(if, on the fact alleged by Iran[Claimant], the United States[Respondent's] actions complained of might violate the Treaty articles)를 기준으로 관할권 항변을 검토해야 한다고 설명하였으며, 실제로 조약 위반이 있었는지 여부는 본안에서 검토해야 할 사항이라고 언급하여 관할권 판단과 본안 심리를 구분하였다.³⁶⁾ 이를 정리해보면, 일응 방식이란 신청인의 주장이 일응 이유가 없다고 판단되지 않는 한 관할권 성립을 인정하는 방식이라고 할 수 있다. 그리고 이 같은 방식을 통해 관할권 성립 여부를 판단하는 것은 충분한 사전 논의 없이 본안 심리에서 판단할 문제를 본안 전에 심리하지 않도록 한다.³⁷⁾

determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute).

33) *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v. Republic of Turkey (Decision on the Respondent's Request for Bifurcation under Article 41(2) of the ICSID Convention)*, [2012] ICSID Case No. ARB/11/28, paras. 30 – 31.

34) Nicolas Jansen Calamita & Elsa Sardinha, "The Bifurcation of Jurisdictional and Admissibility Objections in Investor-State Arbitration" 16:1 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 44 (2017), p. 52, n. 31; 관할권 문제와 본안 심리 사항을 구분한 최근 사건으로는 *Bayindir v. Pakistan* 사건 (2005), *Saipem v. Bangladesh* 사건 (2007), *Toto Construzioni v. Lebanon* 사건 (2009), *Niko v. BAPEX and Petrobangla* 사건 (2013), *BUCG v. Yemen* 사건 (2017) 등이 있다.

35) Audley Sheppard, *supra* note 29, p. 934.

36) *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, Separate Opinion of Judge Higgins*, [1996] ICJ Reports 1996 847, paras. 28, 33-34.

37) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan (Decision on Jurisdiction)*, [2005] ICSID Case No. ARB/03/29, para. 196.

국제투자중재의 경우, 인적 및 물적관할권의 성립과 관련하여 일용 방식이 적용된 사례가 많이 있는데, 일용 방식이 적용된 사건을 보면 그 적용 여부보다 적용 방식이 문제되는 경우가 더 많다.³⁸⁾ 먼저 사실관계와 관련하여 중재판정부가 신청인이 주장하는 사실관계를 일용 정확하다고 보고 그대로 수용해야 하는지, 또는 중재판정부가 사실관계를 더 넓은 관점에서 검토해야 하는지 견해가 대립한다. *Wena hotels v. Egypt* 사건과 *Mytilineos v. Serbia* 사건에서 중재판정부는 공기업의 인적관할권이 문제된 초기 투자중재 사건 중 하나인 *AMCO v. Indonesia* 사건을 언급하면서 관할권 판단 단계에서는 신청인이 제기한 청구의 내용만을 검토해야 한다고 하였다.³⁹⁾ 그러나 *Joy Mining v. Egypt* 사건에서 ICSID 중재판정부는 관할권 문제에 일용 방식을 적용하는 것이 유용하다는 데에는 이견이 없지만 이 사건과 같이 관련 조약 및 계약상 분쟁의 의미 및 존재에 대해 양 당사자의 의견이 충돌하는 경우에는 중재판정부가 신청인이 주장하는 사실관계에만 의존할 수 없고 피신청인의 주장을 포함하여 관련 사실관계를 넓게 검토할 필요가 있다고 하였다.⁴⁰⁾

다음으로 신청인의 법적 주장에 대한 검토와 관련하여서는 조약상 문제된 조항의 적용범위에 속하는지(*capable of falling within the provision of the treaty*) 또는 그 조항의 위반에 해당할 수 있는지(*capable of constituting a violation of the provision of the treaty / might violate the treaty*) 여부 중에서 어느 기준에 따라 판단해야 하는지가 문제된다. 위에서 살펴본 *Oil Platform* 사건에서 Higgins 재판관은 조약 위반이 있는지(*would involve a breach of the treaty*) 여부에 대한 판단은 본안 심리에서 다루어져 할 내용이고 관할권 단계에서는 조약 위반에 해당할 수 있는지(*might*) 여부만을 판단해야 한다고 하여 후자의 견해를 보였다.⁴¹⁾ 반면 *UPS v. Canada* 사건에서는 신청인이 주장하는 사실이 조약 위반에 해당할 수 있는지(*capable of constituting a violation*) 여부와 조약의 적용범위에 해당하는지(*capable of falling within the provision of the treaty*) 여부를 구분하면서 전자는 중요하지 않다고 보았다.⁴²⁾ 이 사건에서 제시한 기준은 Higgins 재판관이 제시한 기준보다 낮은 기준에 해당하며, *UPS v. Canada* 사건 이후에는 신청인의 주장이 조약의 적용범위에 해당하는지 여부에 따라 판단해야 한다는 견해가 더 널리 적용되고 있는 것으로 보인다.⁴³⁾

38) C H Schreuer et al, *supra* note 10, p. 540; Giulio Alvaro Cortesi, *supra* note 30, p. 118.

39) *Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt (Proceeding on the Jurisdiction)*, [2002] 41 ILM 881, p. 890; *Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia* *supra* note 26, para. 181.

40) *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt (Award on Jurisdiction)*, [2004] ICSID Case No. ARB/03/11, para. 30.

41) *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, Separate Opinion of Judge Higgins*, *supra* note 38, para. 33; Audley Sheppard, *supra* note 29, p. 937.

42) *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada (Award on Jurisdiction)*, [2002] ICSID Case No. UNCT/02/1, para. 36.

43) Audley Sheppard, *supra* note 29, p. 940.

3) 일응 방식 적용시 투자유치국에 대한 인적관할권 판단 기준

공기업이 관련된 사건에서 중재판정부가 일응 관할권이 성립한다고 판단하기 위해 본안 전 단계에서 국가와 공기업의 관계를 어느 범위까지 검토해야 하는지와 관련하여 다양한 기준이 적용되어 왔다.

(1) “명백히 관련이 없는 경우”에 따른 판단

첫째, “명백히 관련이 없는 경우(manifestly absence of link)”에 따라 판단하는 기준이 있다. 이 기준이 적용된 사례는 다수 찾아볼 수 있으며, Saipem v. Bangladesh 사건을 보면 중재판정부는 해당 실체가 국가와 아무런 관계가 없는 것이 명백한 경우가 아니라면 관할권 단계에서는 관련 행위가 국가책임을 야기하는지 확인할 필요가 없다고 하면서 Petrobangla의 행위가 국가에 귀속될 수 있는지에 대한 판단을 본안 심리 사항으로 남겨놓았다.⁴⁴⁾ Jan de Nul v. Egypt 사건에서는 관할권 단계에서는 이 사건이 실제로 국가를 상대로 하는 것인지, 그리고 국가에 책임이 발생하는지 여부를 검토할 필요가 없으며, 관련 실체가 국가와 아무런 관련이 없는 것이 명백한 경우(in the event that if it is manifest that the entity involved has no link whatsoever with the State)만 그 예외에 해당한다고 하였다.⁴⁵⁾ Noble Energy Inc. v. Ecuador 사건에서도 에콰도르가 제기한 항변은 공기업 행위의 국가귀속 문제와 연관이 있었지만, 중재판정부는 그 공기업이 국가와 명백히 관련이 없는 경우가 아니라면 관할권 단계에서 이에 대해 다루어서는 안 된다고 하였다.⁴⁶⁾

(2) 구조적 및 기능적 기준

Maffezini v. Spain 사건에서처럼 일응 방식을 적용하면서도 관할권 단계에서 검토해야 할 범위를 넓게 본 경우가 있다. 이 사건에서 중재판정부는 관할권 판단 단계에서도 인적관할권의 존재에 대한 별도의 검토가 필요하다고 보았으며, 구조적(structural) 및 기능적(functional) 관점에 따라 관할권 문제를 판단하는 기준을 처음으로 제시하였다.⁴⁷⁾ 또한 중재판정부는 이 사건에서 ICSID의 인적관할권을 결정할 때 (i) SODIGA가 국가적 실체(state entities)인지 여부를 판단하는 문제와 (ii) SODIGA의 행위로 인해 스페인에 책임이 발생할 수 있는지 여부를 구분해야 한다고 하였으며, 첫 번째 문제를 관할권 단계에서 다루어야 한다면, 두 번째 문제는 본안에서 판단해야 할 문제라고 하였다.⁴⁸⁾

44) *Saipem S.p.A v. The People's Republic of Bangladesh (Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures)*, [2007] ICSID Case No. ARB/05/07, paras. 144, 149.

45) *Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt (Decision on Jurisdiction)*, [2006] ICSID Case No. ARB/04/13, para. 85.

46) *Noble Energy, Inc and Machalapower Cia Ltda v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad (Decision on Jurisdiction)*, [2008] ICSID Case No. ARB/05/12, para. 166.

47) Giulio Alvaro Cortesi, *supra* note 30, p. 121.

48) *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain (Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction)*, [2000] ICSID Case No. ARB/97/7, para. 75; Luca Schicho, *supra* note 3, p. 284.

구조적 및 기능적 기준을 더 살펴보면, 중재판정부는 먼저 SODIGA의 구조적인(structural) 면과 관련하여 국가가 직접 또는 간접적으로 소유 및 통제하는 실체는 국가적 실체에 해당하는 것으로 강력하게 추정된다고 하였다.⁴⁹⁾ 그러나 공기업은 다양한 형태를 갖고 있으므로 형식적, 구조적 기준만으로는 결정을 내릴 수 없고, 그 실체가 수행하는 기능 또는 역할을 살펴보는 기능적 기준(functional test)을 추가적으로 적용해야 한다고 하였으며, 기능적인 면을 보았을 때 본질적으로 공적 기능을 행사하고 있다면 국가적 실체로 볼 수 있다고 하였다.⁵⁰⁾ 이후 *Salini v. Morocco* 사건에서도 구조적 및 기능적 기준이 적용되었는데,⁵¹⁾ *Maffezini v. Spain* 사건 및 *Salini v. Morocco* 사건과 앞에서 살펴본 “명백히 관련이 없는 경우”에 따라 판단한 사건을 비교해보면, 구조적 및 기능적 기준에 따른 판단은 본안 전 단계에서 공기업의 법적 지위에 관해 검토하였으며, 중재판정부가 본안 심리 때 ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙을 적용하여 공기업 행위의 국가귀속 문제를 다시 한 번 검토했다는 점이 특징이다.

그러나 이 기준에 대해서는 관할권 문제와 국가귀속 문제를 구분하려고 했던 중재판정부의 의도와는 달리 국제법위원회(International Law Commission, 이하 ‘ILC’)의 국가책임초안(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)상 국가귀속에 관한 원칙과 크게 다르지 않으며 관할권 결정 단계에서 국가귀속 문제를 판단하는 것과 마찬가지로의 결과를 가져왔다는 비판이 제기되기도 한다.⁵²⁾ *Maffezini v. Spain* 사건의 본안 심리에서도 SODIGA의 행위로 인한 스페인의 국가책임 성립 여부를 판단할 때 앞서 관할권 판단시 적용한 기준을 “다시(again)”적용해야 한다고 언급한 것을 보면 이 사건의 중재판정부도 이 같은 문제를 의식했던 것으로 보인다.⁵³⁾ 또한 *EDF (Services) Limited v. Romania* 사건의 중재판정을 보면 ILC 국가책임초안 제4조, 제5조, 제8조에 대해서 각각 구조적, 기능적, 통제 기준을 규정하고 있는 것이라고 설명하고 있다.⁵⁴⁾ 이에 따르면 결국 구조적 및 기능적 기준은 ILC 국가책임초안 제4조와 제5조를 적용한 것과 같다고 볼 수 있을 것이다.

(3) ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙

ICSID 중재판정부를 포함한 여러 중재기관에서 관할권 성립 문제를 다룰 때 ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙을 적용한 사례를 다수 찾아볼 수 있다.⁵⁵⁾ 특히 관할권 문제와 국가귀속 문제를 구분하지 않는 경우에 두 문제를 판단하는 기준으로 국가귀속에 관한 원칙이 적용되어 왔다. 그러나 일용 방식이 적용된 때에도 관할권을 판단하기 위한 기준으로 ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙이

49) *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, *supra* note 50, para. 77.

50) *Ibid*, paras. 77 – 80.

51) *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco (Decision on Jurisdiction)*, [2001] ICSID Case No. ARB/00/4, para. 31.

52) Luca Schicho, *supra* note 27, p. 380.

53) *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain (Award)*, [2000] ICSID Case No. ARB/97/7, para. 52.

54) *EDF (Services) Limited v. Romania (Award)*, [2009] ICSID Case No. ARB/05/13, para. 187.

55) Enrico Milano, *supra* note 28, p. 513.

적용된 사례가 있다. 예를 들어 *Toto Costruzioni v. Lebanon* 사건의 ICSID 중재판정부는 관할권에 대한 항변이 제기되자 본안 절차를 중지하고 이를 선결문제로 바로 다루었으며, 공기업인 CEGP와 CDR의 행위가 공권력을 행사한 것으로 볼 수 있으므로 ILC 국가책임초안 제5조에 따라 레바논에 귀속된다고 하였다. 그리고 이는 레바논에 대한 인적관할권이 성립함을 의미한다고 하였다.⁵⁶⁾

ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙을 적용한 중재판정에서는 공기업의 행위로 인한 투자유치국의 관할권 성립 문제에 적용할 확립된 기준이 없으므로 국가귀속에 관한 원칙이 비록 국가책임의 성립요건으로서 규정된 원칙이라고 하더라도 유용하게 적용될 수 있다고 본다.⁵⁷⁾ 이 같은 견해에서는 ILC 국가책임초안 중 제4조, 제5조, 제8조를 적용하여 공기업의 행위가 국가에 귀속되는 것으로 판단되면 그 국가에 대한 인적관할권도 성립하는 것으로 본다.⁵⁸⁾ 또한 국가귀속에 관한 원칙이 본안 사항뿐만 아니라 관할권 문제와도 관련된 원칙이라는 의미에서 이를 “귀속의 이중 관련성(twofold relevance of attribution)”이라는 문구로 설명하기도 한다.⁵⁹⁾

그러나 국가귀속에 관한 원칙은 국가책임 관련 개인 행위의 국가귀속에 적용되는 원칙이며 조약상 “국가”라는 용어의 의미를 해석하기 위해 이용될 수 있는 기준이 아님에도 불구하고 국제투자중재에서 이 원칙이 무분별하게 많이 이용되고 있다고 지적하는 견해도 있다.⁶⁰⁾ 또한 관할권 성립 문제에 국가귀속에 관한 원칙을 적용하게 되면 이 문제와 행위의 국가귀속 문제의 구분이 어려워질 뿐만 아니라 관할

56) *Toto Costruzioni Generali S.p.A v. The Republic of Lebanon (Decision on Jurisdiction)*, [2009] ICSID Case No. ARB/07/12, para. 60; ILC 국가책임초안 제5조 [공권력을 행사하는 개인 또는 단체의 행위]는 다음과 같다. “제4조에 의하여 국가기관에 해당하지 않으나 그 국가의 법에 의하여 공권력을 행사하도록 권한을 위임받은 개인 또는 단체의 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다. 단, 이는 그 개인 또는 단체가 구체적 경우에 있어서 그러한 자격으로 행동하는 경우에 한한다 (The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance).”

57) Giulio Alvaro Cortesi, *supra* note 30, pp. 112-113.

58) ILC 국가책임초안 제4조 [국가기관의 행위]

1. 모든 국가기관의 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다. 이는 그 기관이 입법, 행정, 사법 또는 기타 다른 기능을 수행하는지 여부, 그 기관이 국가조직상 어떠한 위치를 차지하고 있는지 여부, 그 기관의 성격이 중앙정부기관 또는 영토적 단위에 속하는 기관인지를 불문한다 (The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State).

2. 기관은 당해 국가의 국내법에 따라 그 같은 지위를 가진 모든 개인 또는 단체를 포함한다 (An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State).

ILC 국가책임초안 제8조 [국가에 의하여 지휘 또는 통제된 행위]

개인 또는 개인 집단의 행위는 그들의 그 행위를 수행함에 있어서 사실상 한 국가의 지시를 받거나 그 지휘 또는 통제 하에서 행동하는 경우 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다 (The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct).

59) Michael Feit, “Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity” 28 *Berkeley J Int'l L* 142 (2010), p. 144; Giulio Alvaro Cortesi, *supra* note 30, p. 114.

60) Mikko Rajavuori, *supra* note 3, pp. 1212-1214; Enrico Milano, *supra* note 28, pp. 513-514; Simon Olleson, “Attribution in Investment Treaty Arbitration” 31:2 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 457 (2016), pp. 457 – 458.

권과 귀속이라는 서로 다른 개념이 동일하게 여겨질 수 있다. 따라서 관할권 문제와 국가귀속 문제가 별개의 문제라고 본다면 관할권 판단시 국가귀속에 관한 원칙을 적용하는 것은 좋은 방안이 될 수 없을 것이다.

(4) Broches 기준

Maffezini v. Spain 사건에서 ICSID 중재판정부는 기능적 기준(functional test)과 관련하여 Broches 기준을 언급하였으며, ICSID 협약 제25조 제1항의 “다른 체약국 국민”과 “체약국”은 해석상 관련이 있으므로 신청인의 인적관할권 성립을 위한 기준을 피신청인의 관할권 성립을 위한 기준으로 참고할 수 있다고 하였다.⁶¹⁾

Broches 기준이란 오늘날 상업적 투자와 공적 투자를 구분하는 것은 더 이상 의미가 없으므로 혼합적 성격의 회사 또는 공기업이 “정부의 대리인으로 행동하거나 본질적으로 공적인 기능을 행사하는 경우가 아니라면(unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function)” ICSID에 중재를 신청할 자격을 박탈해서는 안 된다는 것이다.⁶²⁾ 이 기준은 두 가지 요소로 이루어져 있는데, 첫째는 정부의 대리인으로 행동하는 경우이고, 둘째는 본질적으로 공적인 기능을 행사하는 경우이다. 이 기준을 중재 피신청인의 관할권 성립 여부를 판단하기 위한 기준으로 적용한다면 문제된 공기업이 정부의 대리인으로 행동하는 경우 또는 본질적으로 공적인 기능을 행사하는 경우에 그 국적국인 투자유치국이 피신청인이 될 수 있을 것이다.

Broches 기준은 명문상 규정되어 있는 기준이 아니지만 이와 유사한 내용을 서비스무역에 관한 일반 협정(General Agreement on Trade in Services, 이하 ‘GATS’)에서 찾아볼 수 있다. GATS 제1조 제3항에 따르면 GATS의 목적상 서비스는 공권력을 행사함에 있어서 공급되는 서비스를 제외하고 모든 분야의 모든 서비스를 포함하며, 공권력의 행사에 해당하려면 (i) 공급이 상업적 기반에 근거하거나, (ii) 하나 이상의 서비스 공급자와 경쟁이 있어서는 안 된다는 두 가지 요건을 충족해야 한다.⁶³⁾ 그런데 Broches 기준을 적용하여 정부의 대리인으로 행동하는 경우를 판단할 때 BUCG v. Yemen 사건의 중재판정부는 BUCG가 다른 기업들과의 경쟁이 있었는지 여부를 중요하게 생각하였고, 본질적으로 공적인 기능을 행사했는지 여부와 관련하여서는 행위의 상업성 여부를 기준으로 판단하였다.⁶⁴⁾ 결국 Broches

61) *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, supra note 50, para. 79.

62) Broches 기준은 ICSID의 첫 사무총장이자 ICSID 협약의 주요 작성자인 Aron Broches가 1972년 헤이그국제법아카데미(Hague Academy of International Law) 강의에서 언급한 내용을 바탕으로 하고 있다 (Aron Broches, *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law* (Springer Netherlands, 1995), p. 202).

63) GATS 제1조 제3항

나. “서비스”는 공권력(정부의 권한)을 행사함에 있어서 공급되는 서비스를 제외하고는 모든 분야에서의 모든 서비스를 포함한다 (“services” includes any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority).

다. “공권력을 행사함에 있어서 공급되는 서비스”는 상업적 기초에서 공급되지 아니하며 하나 또는 그 이상의 서비스 공급자와의 경쟁 하에 공급되지 아니하는 모든 서비스를 의미한다 (“a service supplied in the exercise of governmental authority” means any service which is supplied neither on a commercial basis, nor in competition with one or more service suppliers).

기준의 두 요소는 GATS 제1조 제3항 다호의 공권력 행사 여부를 판단하는 요건과 같은 내용을 담고 있다고 할 수 있다. 이에 따르면 Broches 기준은 조약에 명시된 기준은 아니지만 이를 국제분쟁해결에 적용되는 완전히 새로운 내용의 기준이라고 할 수는 없을 것이다.

그러나 이 기준 또한 ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙 중 제5조 및 제8조의 내용과 큰 차이가 없으며,⁶⁵⁾ 이 기준이 투자유치국의 인적관할권 성립을 위해 적용되거나 중재판정에서 거론된 경우는 *Maffezini v. Spain* 사건 외에는 없다는 문제가 있다.

2. 본안에서 관할권 성립을 판단해야 한다는 견해

1) 관할권 문제와 본안의 병합

공기업이 문제된 국제투자중재 사건에서 관할권 문제와 국가귀속 문제를 구분하지 않는 견해에서는 피신청인 측에서 공기업의 행위가 자신에 귀속되지 않는다고 주장하는 것은 관할권에 대한 항변임과 동시에 본안에서의 항변에 해당한다고 본다.⁶⁶⁾ 따라서 이 견해는 공기업의 행위로 인해서 투자유치국이 중재 피신청인이 될 수 있는지 여부를 판단할 때에는 국가귀속에 관한 원칙을 적용하는 것이 가장 적절하다고 주장한다.⁶⁷⁾

이 같은 주장은 중재 관련 절차규칙에 근거하고 있는데, 이미 앞에서 살펴본 ICSID 협약 제41조 제2항은 ICSID 중재판정부에 관할권 문제를 본안과 병합하는 결정을 내릴 수 있는 재량적 권한을 부여하고 있다. 또한 2006년 개정된 ICSID 중재절차규칙 제41조 제3항에 따르면 중재판정부는 본안 전 항변이 제기되었을 경우 본안 절차의 중지를 결정할 수 있다(may decide). UNCITRAL 중재규칙도 2010년에 이와 유사한 개정절차를 거쳤는데, 기존에 관할권에 대한 항변은 선결문제로 다루어야 한다(should)고 규정했던 문구가 관할권 항변을 선결문제로 다루거나 본안 심리와 관련하여 다룰 수 있다(may)로 수정되었다.⁶⁸⁾ 이에 따르면 중재판정부가 반드시 관할권 문제와 본안을 구분해야 하는 것은 아니라는 점을 알 수 있다.

또한 이 견해는 피신청인의 관할권 항변 내용이 본안과 밀접하게 연결되어 있을 경우 두 문제를 구분하지 않는 것이 절차상 효율적이며, 만일 관할권에 대한 판단이 본안 전에 이루어진다면 그 결정이 본안 심리에 영향을 미칠 수 있다는 점에 주목하고 있다.⁶⁹⁾ 따라서 *Generation Ukraine v. Ukraine* 사건과

64) *Beijing Urban Construction Group Co Ltd v. Republic of Yemen (Decision on Jurisdiction)*, [2017] ICSID Case No. ARB/14/30 para. 40.

65) *Ibid.*, para. 34.

66) Giulio Alvaro Cortesi, *supra* note 30, p. 114.

67) *Ibid.*, pp. 113-114.

68) UNCITRAL 중재규칙 제23조 제3항

The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph 2 either as a preliminary question or in an award on the merits.

The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award, notwithstanding any pending challenge to its jurisdiction before a court.

이를 원용한 Tulip v. Turkey 사건에서 ICSID 중재판정부는 피신청인의 관할권 항변과 본안이 매우 가깝게 연결되어 있으므로 관할권 문제를 본안과 병합하기로 결정했다고 하였다.⁷⁰⁾ 또한 Gustav Hamester v. Ghana 사건과 Electrabel v. Hungary 사건에서 중재판정부는 국가귀속 문제가 그 자체로 국제법 위반 여부를 묻는 것은 아니고 단지 국가가 관련되어 있는지를 묻는 것이므로 관할권 문제로 볼 수 있다고 하면서도 귀속 문제가 위법성 문제와 깊이 연결되어 있어서 본안에서 전체 문제를 검토하기 전에는 귀속 여부를 판단할 수 없다고 하였다.⁷¹⁾ 따라서 관할권 문제를 따로 분리하지 않고 본안 절차에서 검토하기로 결정하였다.

2) ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙의 적용

관할권 문제와 국가귀속에 관한 문제를 구분하지 않는다면 피신청인의 관할권에 대한 항변이 있어도 이를 선결문제로 다루지 않고 본안과 병합하여 검토하게 된다. 따라서 두 문제를 검토할 때 ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙을 적용하게 될 것이다. 또한 이 경우에는 중재판정부가 본안 심리 중에 모든 관련 증거를 고려하여 관할권 성립 여부를 판단할 수 있으므로 일용 방식의 적용이 문제되지 않는다.

Tulip v. Turkey 사건, Gustav Hamester v. Ghana 사건 등의 사건들과 앞에서 살펴본 Toto Costruzioni v. Lebanon 사건을 비교해보면, 모두 관할권 성립 여부를 판단하기 위해 ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙을 적용하였다는 점에서는 동일하다. 그러나 Toto Costruzioni v. Lebanon 사건에서는 관할권 문제가 본안과 병합되지 않았고 일용 방식에 따라 관할권을 판단할 때 국가귀속에 관한 원칙이 적용된 것이었으며, ICSID 중재판정부는 제5조에 따라 공기업인 CEGP의 행위가 국가에 귀속되므로 인적관할권이 성립한다고 하였다.⁷²⁾ 국가귀속에 관한 원칙을 적용하기는 하였지만 본안 전 단계이므로 국가와 공기업의 관계에 초점을 맞추고 있었다는 점에서 본안에서 동 원칙을 적용하여 관할권 성립 및 행위의 국가귀속 문제를 동시에 판단한 사건과는 차이가 있다고 할 수 있다.⁷³⁾

3. 검토

관련 사례들을 살펴보면 관할권에 대한 항변을 본안 전에 판단해야 한다는 견해와 본안과 병합에서

69) Giulio Alvaro Cortesi, *supra* note 30, p. 117; Nicolas Jansen Calamita & Elsa Sardinha, *supra* note 36, pp. 47-51, 58-69.

70) *Generation Ukraine v. Ukraine (Award)*, [2003] ICSID Case No. ARB/00/9, para. 4.24; *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v. Republic of Turkey*, *supra* note 35, paras. 36-37.

71) *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana (Award)*, [2010] ICSID Case No. ARB/07/24, para. 143; *Electrabel SA v. Republic of Hungary (Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability)*, [2012] ICSID Case No. ARB/07/19, para. 7.61.

72) *Toto Costruzioni Generali S.p.A v. The Republic of Lebanon*, *supra* note 58, para. 60.

73) Giulio Alvaro Cortesi, *supra* note 30, p. 124.

판단해야 한다는 견해를 적용한 중재관정을 끌고루 찾아볼 수 있으며, 본안과 관할권 문제를 병합해야 한다고 보는 견해에서는 ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙을 적용하여 공기업의 행위로 인한 투자유치국에 대한 관할권 성립 여부와 공기업 행위의 국가귀속 여부를 모두 판단한다. 그러나 두 문제를 병합하지 않는 경우에는 일응 방식에 따라 본안 전 단계에서 관할권 문제를 판단하게 되는데, 일응 방식 적용시 투자유치국에 대한 인적관할권 판단 기준이 별도로 정해져 있지 않으므로 다양한 기준이 적용되어 왔다.

그런데 그 기준 중에서 “명백히 관련이 없는 경우”에 따라 판단하는 경우를 제외하면 다른 기준들은 그 문구는 다르지만 서로 유사한 내용을 담고 있다는 점을 알 수 있다. 구조적 및 기능적 기준은 ILC 국가책임초안 제4조 및 제5조와 유사한 내용을 담고 있을 뿐만 아니라 이 기준이 적용된 *Maffezini v. Spain* 사건과 *Salini v. Morocco* 사건은 ILC 국가책임초안이 마련되기 전에 나온 판정이므로 만일 2001년 이후에 나온 판정이었다면 국가귀속에 관한 원칙이 적용되었을 수 있다는 주장이 제기되기도 한다.⁷⁴⁾ Broches 기준 또한 ILC 국가책임초안 제5조 및 제8조와 유사한 내용으로 이루어져 있다. 결론적으로 본안 전 단계에서 국가귀속에 관한 원칙을 적용하지 않고 중재판정부가 독자적인 관할권 판단 기준을 제시한 경우에도 이것이 사실상 ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙의 일부 또는 전부를 적용한 경우와 다를 바 없었다고 볼 수 있다. 이에 따르면 공기업의 행위로 인한 국가책임 성립 여부가 문제된 사례에서 관할권 문제와 국가귀속 문제에 적용되는 기준은 중첩된다고 보게 될 것이다. 그리고 이로 인해 관할권 문제를 본안과 병합해야 한다는 견해가 더 설득력을 얻을 수도 있다.

그러나 관할권에 대한 항변이 있었음에도 불구하고 본안 심리 전 이에 대한 검토 없이 신청인의 주장을 그대로 수용하는 것은 ICSID 협약 제41조 제1항에 규정된 자신의 관할권이 존재하는지를 판단할 수 있는 권한(Kompetenz-Kompetenz)을 포기한 것으로 이해될 수 있다.⁷⁵⁾ 더구나 관할권 항변이 제기되었음에도 불구하고 이를 선결문제로 다루지 않고 본안 판단에 들어가는 것은 항변을 제기하는 과정을 무의미하게 만드는 것이므로 본안 전 단계에서 관할권 성립 여부를 먼저 검토하는 것이 재판 절차 측면에서 타당해 보인다. 또한 관할권 문제와 행위의 국가귀속 문제는 같은 문제라고 할 수 없고, 국가귀속에 관한 원칙이 관할권 성립 여부를 판단하기 위한 기준이라고 할 수 없으므로 두 문제를 구분하여 본안 전 단계에서 해당 공기업이 국가와 “명백히 관련이 없는 경우가 아니라면” 일응 관할권이 성립한다고 판단한 후, 본안에서 ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙을 적용하여 행위의 국가귀속 여부를 판단하는 것이 적합할 것이다.

74) Albert Badia, *Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2014), p. 170.

75) *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic (Decision on Preliminary Objections)*, [2006] ICSID Case No. ARB/03/13, para. 50; Giulio Alvaro Cortesi, *supra* note 30, p. 125; ICSID 협약 제41조 제1항은 “판정부는 자신의 권한을 결정하여야 한다 (The Tribunal shall be the judge of its own competence)”고 규정하고 있다.

V. 결론

ICSID 협약 제25조를 중심으로 공기업이 관련된 국제투자중재 사건의 피신청인에 대해 살펴보았다. 먼저 공기업이 국제투자중재 피신청인이 되는 경우는 흔하지는 않지만 ICSID 협약 제25조 제1항에 따라 지정된 기관이거나 BIT에 명문 규정이 있다면 공기업도 피신청인이 될 수 있을 것이다. 따라서 투자유치국의 입장에서는 이와 같은 제도를 활용하여 중재 피신청인이 되는 부담을 줄일 수 있을 것이며, *Niko v. BAPEX and Petrobangla* 사건에서처럼 투자자와 공기업 간 ICSID 중재조항을 담은 투자계약 체결을 국가가 승인함으로써 묵시적으로 공기업을 지정하는 방식을 활용하게 된다면 앞으로 투자계약의 직접당사자인 공기업이 국제투자중재 피신청인이 될 가능성이 더 많아질 것이다. 그러나 투자자의 입장에서는 중재판정을 이행할 능력이 있는 국가를 상대로 중재를 신청하는 것을 선호할 것이므로 공기업의 지정은 큰 실익이 없을 수 있다.

일반적으로 중재 신청인은 공기업의 국적국인 투자유치국을 상대로 분쟁을 회부하며, 이 때 서로 긴밀하게 연결되어 있는 관할권 성립 문제와 행위의 국가귀속 문제를 어떻게 구분해서 검토해야 하는지에 대한 질문이 제기된다. 이는 투자유치국이 제기한 관할권에 대한 항변을 중재절차의 어느 단계에서 판단해야 하는지의 문제이며, 본안 전 단계에서 일응(*prima facie*) 관할권 성립을 판단해야 한다는 견해와 본안에서 관할권 성립 문제를 국가귀속 문제와 함께 판단해야 한다는 견해로 나누어 볼 수 있다. 이와 관련하여서는 앞에서 검토하였듯이, 관할권에 대한 항변이 제기되었을 때 이를 선결문제로 다루어 해당 공기업이 국가와 “명백히 관련이 없는 경우가 아니라면” 일응 관할권이 성립한다고 판단한 후에 본안에서 ILC 국가책임초안상 국가귀속에 관한 원칙을 적용하여 공기업 행위의 국가귀속 여부를 판단하고 관할권 문제도 확정하는 것이 적합할 것이다.

Dayyani v. Korea 사건의 경우, 투자자가 공기업인 한국자산관리공사(KAMCO)의 행위를 근거로 그 국적국인 한국을 상대로 중재를 신청한 사건이었다.⁷⁶⁾ 2019년 현재 취소소송이 진행 중이고 중재판정

76) 이 사건이 발생하게 된 배경을 살펴보면, 1997년 외환위기 이후 대우전자(이후 ‘대우일렉트로닉스’로 변경)가 파산하자 한국자산관리공사(KAMCO)가 부실채권을 인수하였고 이 중 일부를 출자전환하여 57% 이상의 지분을 소유하게 되었다. 이후 대우일렉트로닉스의 매각을 추진하면서 Dayyani가 대주주인 이란 가전회사 엔텍합이 우선협상대상자로 선정되었다. 2010년 11월 엔텍합이 설립한 싱가포르 회사인 D&A와 대우일렉트로닉스 채권단이 매매계약을 체결하였지만, 12월에 채권단이 계약 해지를 통보하였고, 이에 따라 D&A는 서울중앙지방법원에 매수인 지위 인정 및 제3자 매각절차 진행금지를 청구하는 가처분 신청을 제기하였는데, 법원은 2012년 2월 채권단의 계약 해지가 적법하다고 보아 이를 기각하였다. D&A와 채권단 간 매매계약에서 매수인이 자금을 조달할 수 있다는 점에 관한 충분한 증거를 제공하지 못할 때에는 매도인이 계약을 해지하고 계약금을 몰취할 수 있으며, 대한민국 법원을 전속관할로 한다고 규정하고 있기 때문이다. 법원 판결 이후 Dayyani는 UNCITRAL 중재규칙에 따라 한국을 상대로 국제투자중재를 신청하였으며, 한국이 한국-이란 BIT상 공정하고 공평한 대우 원칙을 위반하였다고 주장하며 계약금 상당의 반환을 청구하였다. 대우일렉트로닉스 채권단이 D&A와의 계약을 해지한 이유에 대해 정부 보도자료에서는 총 필요자금에 못 미치는 투자확약서를 제출하였기 때문이라고 설명하고 있지만, Dayyani 측은 법률대리인 법무법인에서 발표한 자료에 따르면, 중재판정부가 발견한 이유는 매매계약에서 제시하고 있는 조건을 채권단 측이 만족할 수 없었기 때문에 채권단이 먼저 계약을 해지했다는 것이다. 그 조건은 대우일렉트로닉스의 주요 고객인 Bosch, GE 등과의 거래에 대한 동의를 받는 것이었는데, 이란에 대한 미국 제재로부터 한국 정부는 영향을 받을 수밖에 없으므로 이 조건을 충족하기 어려웠고, 이에 대한 우려는

이 아직 공개되지 않았으므로 관할권 판단에 어떤 기준이 적용되었는지 확인하기는 어렵지만,⁷⁷⁾ Dayyani 측을 법률대리한 법무법인인 Derains & Gharavi가 발표한 자료에 따르면 중재판정부는 ILC 국가책임초안 제4조를 적용하여 한국자산관리공사를 국가기관과 같이 보아 관할권 성립 및 행위의 국가귀속을 인정한 것으로 보인다.⁷⁸⁾

이 사건은 공기업의 행위로 인해서 한국이 국제투자중재 피신청인이 된 첫 사례로 볼 수 있으며, 한국의 금융공기업은 외국인 투자와 깊이 관련되어 있는 경우가 많으므로 향후 이와 유사한 국제투자분쟁이 더 발생할 가능성이 있다. 그런데 한국을 상대로 지속적으로 국제투자분쟁이 제기되고 있는 상황에서 불리한 중재판정을 받는 것은 그 자체로도 문제이지만 이로 인해 국제투자중재에 적절히 대응하지 못한다는 국제사회의 평판을 얻게 되는 것 또한 큰 문제를 야기할 수 있다. 따라서 적절한 관할권 항변을 제기하기 위해 공기업의 행위로 인해 국제투자중재가 신청된 사건에 적용된 관할권 성립 기준을 지속적으로 검토하고 한국의 상황에 대입해봄으로써 한국 공기업의 법적지위 및 국가와의 관계에 대해 살펴봐야 할 것이다. 또한 이 같은 국제투자중재가 또 다시 제기되었을 때 관할권 성립에 대한 적극적인 항변을 제기하여 관할권 성립 자체를 방지하는 것이 무엇보다 중요할 것이다. 이 때 문제된 공기업이 명백하게 국가와 아무런 관련이 없는 독립된 실체임을 증명할 수 있어야 할 것이다.

공적자금관리위원회의 보고서에서도 잘 나타나있다. Dayyani도 이 같은 점을 고려하여 직접 매수하지 않고 싱가포르 회사인 D&A를 이용하기로 했던 것이다 (금융위원회 보도자료, “이란 다야니가와의 ISD 중재판정에 대한 취소소송”, (2018년 4월), online: <http://www.fsc.go.kr/info/ntc_news_view.jsp?bbsid=BBS0030&page=1&sch1=subject&sword=이란&r_url=&menu=7210100&no=32566>; Derains & Gharavi, “Derains & Gharavi secures a US\$ 68 million award against the Republic of Korea”, online: Derains & Gharavi International <<http://www.derainsgharavi.com/2018/06/derains-gharavi-secures-a-us-68-million-award-againstthe-republic-of-korea/>>).

77) 2018년 6월 6일 중재판정부는 한국 정부가 청구금액 935억 원 중 약 730억 원을 Dayyani 측에 지급하라는 중재판정을 내렸다. 이에 따라 한국 정부는 2018년 7월 영국 법원에 중재판정 취소소송을 제기하였고, 중재판정부에도 정정신청 및 추가판정 신청을 한 상태이다. 취소소송에서 한국 정부가 중재판정부의 관할권 부존재를 주장하는 이유는 다음과 같다. (i) 이 분쟁은 채권단을 상대로 하는 것이며, 한국은 당사자가 아니다. (ii) D&A에 대해 Dayyani가 보유한 주식은 한국-이란 BIT 에서 보호하는 투자에 해당하지 않는다. (iii) D&A가 지급한 계약금은 투자가 아니므로 Dayyani는 한국 내에서 투자를 한 사실이 없다 (금융위원회 보도자료, *supra* note 78; Derains & Gharavi, *supra* note 78).

78) Derains & Gharavi, *supra* note 78.

제2부 제3발표

Linking the International Investment law standard of Fair and Equitable Treatment to climate change-related measures

- 발표 **Odilov Parviz** (연세대학교 법학박사)
- 토론 **이재민** (서울대학교 교수)

Linking the International Investment law standard of Fair and Equitable Treatment to climate change-related measures^{*}

Odilov Parviz^{**}

목 차

- I . Introduction
- II . Issues of fair and equitable treatment standard
- III . Potential normative conflicts between the CCRMs and FET standard
- IV . Legitimate expectation as a main issue of FET
- V . Conclusion

I . Introduction

The ultimate purpose of this research is to study the linkage of the Fair and Equitable Treatment standard of international investment law (FET hereinafter) with climate change related measures (CCRMs hereinafter) and to demonstrate issues of liabilities formulated under the FET for adopting CCRMs. These issues are most likely to occur for countries that are taking unilateral actions towards combating climate change as well as implementing internationally induced climate change related commitments. CCRMs are defined in this research as any regulatory environmental measure derived

^{*} This is a preliminary draft, please do not site or distribute without author's permission

^{**} 연세대학교 법학박사

from international sources of laws related to the protection of environment.¹⁾ The jurisprudence of arbitral tribunals, with some overlaps however, has developed the doctrines or obligations of binding FET standard to include rules as follows: protection of investor's legitimate expectation, prohibition of discrimination and arbitrariness, procedural fairness, transparency and proportionality. Out of these obligations under the FET standard, mostly the legitimate expectation doctrine has been found to subject the host states regulatory changes to a complex scrutiny by arbitral tribunals.²⁾

Hence, countries have already started taking responsive measures in this regard by adding climate change savvy provisions in international investment agreements (IIA) in forms of 'best efforts' requirements, general exceptions, carve-out provisions from certain obligations such as expropriation, nevertheless, in most cases left FET without linkage to CCRMs. This research attempts to illustrate that FET standard being not linked to CCRMs has a potential to subject host state CCRMs to broad and complicated scrutiny by investor state dispute settlement (ISDS) arbitral tribunal, which can result in impeding implementation of CCRMs by hosting states. This is because FET obligation in its present scope and definition is the broadest and incoherent standards of all existed norms in IIA.

II. Issues of fair and equitable treatment standard

2.1 Overbroad standard

FET standard has revealed itself with a wide body of obligations upon the host state and broad protective value for foreign investors. The capacious nature of FET standard poses a number of uncertainties and risks. FET has been defined as broad standard by arbitral tribunals due to the lack of its specific meaning. This broad interpretation argued to be due to the lack of interpretive guidance in applicable IIAs themselves. Instead, tribunals defined FET standard based on the object and purpose of the applicable IIAs, where subsequently such agreements were found solely to protect foreign investors.

1) Parviz Odilov, Deok-Young Park, *Stability vs. Flexibility: Reconciling climate change related measures with international investment protection standards towards sustainable development - case of Tajikistan*, Hongik Law Review, 19.2, 2018, p. 164

2) Shawkat Alam, "Natural resource protection in regional and bilateral investment agreements: In search of an equitable balance for promoting sustainable development" in Shawkat Alam, Jona Razzaque, Jahid Bhuiyan, (eds.) *International natural resources law, investment and sustainability*, London; New York: Routledge (2018)

Different formulations of FET standard in the most instances did not provide different interpretation by arbitral tribunals. Rather, tribunals have tended to interpret the standard by considering previous determinations from body of case laws. These arbitral tribunals have argued that the reason for reference was merely for the sake of support of their interpretation, nevertheless, the actual determinations show that tribunals had found breach of FET because an infringement was previously found in, more or less, analogical cases. This creates *de facto stare decisis* that may influence future arbitral tribunals in their determinations.³⁾ Since the ISDS is not *de jure* governed by rule of precedent, tribunals putting weight to the previous determinations create uncertainties and make the outcome arbitrations completely unpredictable.⁴⁾ Thus, due to such inconsistencies it has been very complex to come out with a clear definition of the FET standard and its separate components.

In addition to the issue of vagueness of FET standard, the surprising outcomes out of the FET determination have come due to the lack of proper legal analysis framework or a test methodology on the assessing the wrongfulness of the host states' actions. This vagueness in turn may question the legitimacy of the standard, as put by Thomas Franck's definition of a legitimate norm "[t]o be legitimate, a rule must communicate what conduct is permitted and what conduct is out of bounds."⁵⁾ Moreover, definitions of the FET standard have been depended on the particular arbitrators' sense and knowledge of justice that they might see through in particular factual configurations of specific cases, which add force of inconsistencies to the already challenging normative situation.⁶⁾

The broad and vague nature of the FET standard obligation may not only challenge host states' central authorities regulatory decisions, but also it can challenge the decision making process by the local authorities, the branches of the government who actually interact with foreign investors. The former may not clearly know in advance that they have very broad responsibilities before the latter, regardless of principles of deference, priority of public affairs and judicial comity. This broad nature of FET standard has been argued to have created a pro-investor norm that can create a 'regulatory chill' over legitimate domestic measures and force governments to step back from adopting the urgent and important public policy measures.⁷⁾

One may consider FET has two parts, one substantive and the other procedural. The doctrine

3) Fulvio Maria Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, Springer, (2018), pp.151-57.

4) UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment", *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 Vol. II* (2012), p. 11.

5) Matthew Porterfield, "An international common law of investor rights?", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 27 (2006), pp. 79-113.

6) *Ibid.* p. 12.

7) Eckhard Janeba, "Regulatory Chill and the Effect of Investor State Dispute Settlements", CESifo Working Paper Series No. 6188, (November 23, 2016), pp. 1-4. UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment", *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 Vol. II* (2012), p. 12.

of legitimate expectations is a key element of the substantive aspect of the standard.⁸⁾ This doctrine has required host states to establish a predictable legal framework, otherwise be the subject of reasonableness test once the latter purport to change their legal framework even if changes are for public interests, to which is the focus of this research. This test has thus added more complexities into the already broad and complex FET obligation.

2.2 Uncertain liability threshold

The threshold of liability for violation of the FET standard remains uncertain, despite the attempts to limit it to certain sources of rules such as international law or customary international law. Virtually any conduct of the host states regardless the level of the authorities, municipalities, agencies, branches of governments, their actions in all can be potentially found actionable under the FET standard. Nevertheless, how grave or serious inconsistency should constitute a breach of FET standard remains uncertain. There have been attempts on sourcing the FET standard to international law to increase the threshold of breach, in contrast to autonomous ones. For instance, grounding FET to customary international law, as mostly practiced in Americas, was intended to increase the threshold as the host state's action needs to be egregious or outrageous in accordance with the *Neer* case determination. Nevertheless, these attempts have not always reached the ends as some other tribunals went on to determine that egregiousness of the conduct may significantly has evolved since the 1920s.⁹⁾

Conversely, autonomous or unqualified FET has not authorized arbitral tribunal to bind their determinations over outrageous violations by host states, rather certain limited unfair and inequitable treatment of the host states were found in breach of IIAs. Further, the threshold liability may fluctuate due to the reasons that state may guarantee a different FET standard to different foreign investors since the formulation of the obligation has been drafted differently in respective IIAs. This has created also a certain degree of unpredictability and even cause of discrimination towards investors.¹⁰⁾

2.3 Proportionality test

Broad obligations under the FET standard have created a necessity to balance investment protections against the host states' policy objectives.¹¹⁾ Host states regulatory measures have become

8) Fiona Marshall, "Climate Change and International Investment Agreements: Obstacles or opportunities?", *International Institute for Sustainable Development*, 2010, p. 40.

9) UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment", *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 Vol. II* (2012), p. 13.

10) *Ibid.*

subject to strict enquiry of reasonableness or legitimacy. While decades ago host states had used to exercise an ample power to regulate their public policy concerns, including environment, at present the interpretation of FET obligation made this sizeable degree of regulatory autonomy of states actionable in diverse and unpredictable ways.¹²⁾ Even some tribunals have acknowledged this phenomenon. In the *El Paso Energy International Co. v. Argentina* case it was noted that “some tribunals have however extended the scope of the FET to a point where [...] the sovereign power of the State to regulate its economy is negated [...]”¹³⁾ In addition, there has not been developed any particular methods of balancing the investors’ interests against the legitimacy of host states’ regulatory measures. Rather, the methodologies of assessment are rested to the discretion of arbitral tribunals.¹⁴⁾ Thus, this third issue is of particular concern for the host states’ climate change actions and compliance to climate change related international instruments. States may be found inconsistent to their obligations under the FET for either adopting internationally induced CCRMs or pure domestic actions that may in some way affect rights and/or economic activities of foreign investors. These conflicting points are illustrated in the next section, after a brief review of regulatory requirements under the climate change regime.

III. Potential normative conflicts between the CCRMs and FET standard¹⁵⁾

This section studies the relationship between the FET standard and climate change regime. As a starting point, this section illustrates the potential obligatory and non-obligatory measures required under the instruments of climate change regimes and their potential to intervene with FET standard.¹⁶⁾

Climate change regime is mainly comprised from the UNFCCC, Kyoto Protocol, Paris Agreement,

11) *Ibid.* p. 10.

12) Kendra Leite, “The Fair and Equitable Treatment Standard: A Search for a Better Balance in International Investment Agreements,” *American University International Law Review* 32, no. 1 (2016), pp.364-369.

13) *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (31 October 2011), para. 340.

14) UNCTAD, “Fair and Equitable Treatment”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 Vol. II* (2012), p. 12.

15) The term regime here refers to rules accepted by international actors to regulate an issue area, in this context the area of environmental protection and efficient use of natural resources in climate change law and the area of foreign investment protection, hence a law centered and specific meaning. For discussion on the wider concept of regime in international law and policy research, see David Langlet, *Prior Informed Consent and Hazardous Trade: Regulating Trade in Hazardous Goods at the Intersection of Sovereignty, Free Trade and Environmental Protection*, (2 ed), Kluwer Law International, Amsterdam, 2009, pp. 14–15.

16) Faure, Michael, and Marjan Peeters, *Climate Change Liability*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA: Edward Elgar (2011) p. 206,

and their documents such as IPCC reports, COP decisions and other predecessor and subsequent instruments.¹⁷⁾ UNFCCC is encompassed by soft norms and mandates long-term evolutionary processes to address climate change issues. Its parties are required, *inter alia*, to publish and report on national inventories of GHG, as well as take measures to mitigate climate change and facilitated adequate adaptation to climate change.¹⁸⁾ The requirements of this framework are not obligatory in order to be reached as a ‘result’, rather it obliges its parties to put ‘efforts’.¹⁹⁾ Kyoto Protocol is comprised of differentiated obligations to reduce GHG. It has also created the Flexibility Mechanism where private sector can participate in reaching the state parties reduction goals, which is discussed in more details in Chapter Three.

Paris Agreement has developed three main action areas, such as mitigation in Articles 3-6, adaptation in Article 7, whereas the third is loss and damage in Article 8. Of particular relevance actions that may encroach with FET standard can be mitigation and adaptation actions which are briefly reviewed here. Paris Agreement as a legal instrument has a ‘hybrid nature’. Its enforcement measures comprise from both binding and non-binding provisions. Nationally Determined Contributions (NDCs) by states under the Agreement, encompassing adaptation and mitigation measures, are relevant for the present purpose. Once submitted, they may become binding at the national level.²⁰⁾ In the NDCs states choose their level of ambition to adopt policies and strategies to mitigate their GHG emissions. These mitigation ambitions are compiled in a flexible ‘public register’. These ambitions are subject to two requirements: (i) regular update in at least five years, and (ii) an obligation of non-regression.²¹⁾ Further, Article 7 requires the submission and record in a public registry the adaptation plans by each country, as well as inclusion of these plans into the global stocktaking mandated in Article 14. Importantly, under the paragraph 5 of Article 7 parties are required to integrate adaptation measures into their relevant socioeconomic and environmental policies and actions. This means adaptation has becoming an integrated part of development, and subsequently country wide related regulatory measures may be adopted. This factor is not only relevant in the relationship between the state and its population but also must be taken into account by other private actors, including foreign investors. As professor Viñuales commented about this development “[a]fter all, the conceptual boundary between ‘adaptation’ and ‘development’ is

17) Atieno Mboya, “Human Rights and the Global Climate Change Regime,” *Natural Resources Journal* 58, no. 1 (Winter 2018), pp.55-59.

18) United Nations Framework Convention of Climate Change. United Nations FCCC/INFORMAL/84 - GE.05 - 62220 - (E) 200705 (1992) Art. 4.

19) Faure, Michael, and Marjan Peeters, *Climate Change Liability*, Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar (2011) p. 208.

20) Jorge E. Viñuales, “The Paris Climate Agreement: An Initial Examination”, in *C-EENRG Working Papers*, no. 6, (15 December 2015), p. 5.

21) *Ibid.* pp. 13-14.

becoming increasingly blurred.”²²⁾

These three agreements under the climate change regime call state parties to undertake unilateral mitigation and adaptation actions.²³⁾ The potential encroachment between FET and climate change regime actually may happen in taking such unilateral measures.²⁴⁾ For instance, state actions of a mere domestic nature in order to reduce GHG emissions for the reasons of air pollution pursuant to instruments of climate change regime.²⁵⁾ For this purpose, a potential conflict can be illustrated by the case of *Ethyl v. Canada*.²⁶⁾ In this case the host state’s regulation on banning MMT, a fuel additive that allegedly reduced the efficacy of pollution control equipment development for vehicles in stronger emission requirements in the country, was claimed to be discriminatory.²⁷⁾ Although investor did not advance claims of FET violation, the case is relevant for present purpose due to the discrimination principle arguments.

Canada did not invoke any of its international obligations to justify regulatory changes. However, according to the preamble of the measure at issue it was adopted in compliance to the main national law on environmental protection which in turn was adopted in compliance to Canada’s international obligation to protect environment,²⁸⁾ yet the law did not specify what international instrument it was complying to.²⁹⁾ However, the fact is that compliance to climate change regime instruments was found discriminatory by the tribunal, even though state had pursued the measure in due process manner. The tribunal found Canadian measure inconsistent with trade and investment obligations. Canada settled the dispute by compensating the investor for the damages resulted from the measure and eventually withdrew the policy at issue. In this respect, the outcome of this case and the overall system of investment protection standards was strongly criticized as they can have a ‘chilling effect’ to CCRMs where the states would be prevented from the adoption of environmental regulatory measures that might affect investors economic activities.³⁰⁾

Yet, a prominent commentator Shill counter argued that FET standard does not have a chilling

22) *Ibid.* p. 7.

23) *Ibid.* p. 5.

24) Ximena Fuentes Torrijo, “Climate change and international investment treaties”, in Michael Faure, (ed.) *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Elgar (2015), p. 312.

25) United Nations Framework Convention of Climate Change. United Nations FCCC/INFORMAL/84 - GE.05 - 62220 - (E) 200705 (1992), Art.4(8)(g).; Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015, Addendum, Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its twenty-first session, FCCC/CP/2015/10/Add.1, IV. ENHANCED ACTION PRIOR TO 2020, para. 109.

26) *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, (24 June 1998).

27) *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, (24 June 1998).

28) Manganese-based Fuel Additives Act (S.C. 1997, c. 11).

29) *Ibid.* Arts. 12-13.

30) Ximena Fuentes Torrijo, “Climate change and international investment treaties”, in Michael Faure, (ed.) *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Elgar (2015), p. 313.

effect on host states' regulatory power, as prior to finding violation of the standard tribunals would authorize the process of weighting and balancing the public interest goals against investor's interest.³¹⁾ However, Shill's argument is not necessary the case, as the recent arbitral determinations show that the scope and definition of proportionality test has yet to be developed.

Reducing air pollution is one of the features of adaptation measures as well as mitigation measures with respect to emission reduction. Mitigation measures on emission reduction can also be pursued particularly in compliance to the Kyoto Protocol. For instance, under the Flexibility Mechanism where foreign investors most certainly get involved in commercial projects pursuing states' emission reductions goals. Investors' interests protected under the FET standard can be subject to arbitrary or discrimination claims. This may happen because Flexibility Mechanism is not the only mechanism to pursue emission reduction commitments, but an additional mean. States themselves also can take emission reduction measures where they subsequently may allocate lower amount of emission reduction before the investors than initially it was foreseen. This may affect the value of investments planned and trigger claims of violating, *intern alia*, the legitimate expectation and prohibition of arbitrariness. As well, there can be raised claims of discrimination when host state to gain reductions might promote Flexibility Mechanism to particular Kyoto Protocol state party as reduction by nationals of a non-party state's is not counted.³²⁾

Emission reduction measures can also include emission trading mechanism under which claims of FET violation can also be filed with regard to the distribution of available emission amounts in accordance of production capability as well as emission intensity of certain investors.³³⁾

The UNFCCC and Paris Agreement encourage parties to promote, incentivize and facilitate the use of renewable energy and mitigation of GHG emissions including by private entities.³⁴⁾ Although non obligatory, host states have been adopting support schemes to promote climate actions. Host states may purport to adopt taxing measures on emission intensive industries, apply stringent requirements upon such industries. As well, states may aid domestic industries to comply with such stringent mitigation measures which may not be available to foreign investors. These actions may also trigger, *inter alia*, discrimination claims.³⁵⁾

In assessing discrimination claims, arbitral tribunals may employ criterion that allow determination

31) Stephan Schill, 'Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?' *Journal of International Arbitration*, 24, Issue 5, (2007) pp. 476 – 77.

32) Ximena Fuentes Torrijo, "Climate change and international investment treaties", in Michael Faure, (ed.) *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Elgar (2015), p. 313.

33) See Chapter Three of this research.

34) United Nations Framework Convention of Climate Change. United Nations FCCC/INFORMAL/84 - GE.05 – 62220 - (E) 200705 (1992), Art. 6(4).

35) Ximena Fuentes Torrijo, "Climate change and international investment treaties", in Michael Faure, (ed.) *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Elgar (2015), p. 316.

of whether competing investors share certain features that justify treating them equally.³⁶⁾ In this regard, there has been recommended that arbitral tribunals may transpose the ‘like product’ doctrine of the WTO jurisprudence as a criterion in determining the difference between investors during the ISDS. They believe this method will assist in justifying climate change related measures by revealing that affected investors are not same due to the difference in the specific features of their investments, such as intensity of GHG emissions.³⁷⁾

In addition, such stringent measures may raise claims of frustrating investors’ legitimate expectation by foreign investors who initially were provided with rather less stringent environmental requirements. Indeed, this was a case when Germany adopted, *inter alia*, a more stringent water pollution requirement pursuant to climate change regime on Vattenfall’s investment activities. Investor took action against the state before the ISDS *fora* for violating, *intern alia*, FET standard under the applicable agreement. The case ended in settlement between the parties and withdrawal of stringent requirements, which is discussed at length in following chapters.³⁸⁾

‘Like products’ doctrine in the WTO law is of exceptional nature as a legal norm. Therefore, if ‘like circumstance’ doctrine in international investment law would be followed under the premises of the WTO jurisprudence, states would have to prove that CCRMs envisaged to favor investors are more consonant with combating climate change. This burden of proof would add additional weight on state, which assumingly has been already passing though challenges for adopting new complex and ambitious climate change mitigation and adaptation measures.³⁹⁾ Thus, WTO style perhaps can assist in justifying CCRMs, yet it may also place an additional burden on host states for proving the reasonableness of the measure at issue.

Investors’ conducts are also relevant during the balancing test. Improper conduct by investor in the course of obtaining an investment contract, a failure to exercise due diligence in the undertaking of the business feasibility study prior to making investments and considering socio-political, legal and cultural perspectives, and negligent management of the investments after they have been made can avert a successful claim. Yet, the boundaries of the investors conducts have been remained uncertain. These challenges require to circumscribe the contours between the genuine mistreatment of foreign investments, which are prohibited under the FET standard, and measures of sovereign states taken in pursuant of legitimate climate change measures, that can be held consistent even when such measure affect foreign investors. As well, it is of utmost importance to determine particular

36) *Ibid.*

37) *Ibid.*

38) Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (II), ICSID Case No. ARB/12/12. (hereinafter *Vattenfall v. Germany (II)* or *Vattenfall (II)*)

39) Ximena Fuentes Torrijo, “Climate change and international investment treaties”, in Michael Faure, (ed.) *Elgar Encyclopedia of Environmental Law, Elgar* (2015), p. 317.

criteria for assessing the gravity of the FET standard violations, and methods of striking an effective balance between the interests at the compensation stage.⁴⁰⁾ Whilst the latter requires a separate research, *modus operandi* for the former appeal is studied concluding chapter as a legislative method of linking FET to CCRMs.

The jurisprudence briefly reviewed above illustrates some potential FET obligation inconsistencies by the host states upon taking regulatory measures to comply with climate change regime instruments.⁴¹⁾ These instruments do not stipulate a detailed framework of compliance so that states could follow necessary normative steps. Rather the legislative and administrative methods of achieving climate change regime goals are rested at the discretion of the states. Moreover, there have not been stipulated provisions on conflict of norm in the UNFCCC, Kyoto Protocol or Paris agreement so that legal relationship with FET standard could have been established based on conceptual normative conflict resolution methods, such as *lex specialis* or *lex superior*.⁴²⁾ This could lead arbitral tribunals to uphold investment protection standards once the latter might conflict with the CCRMs, because IIAs have been drafted in more details with clearer binding obligations and enforcement mechanism that should be assured by host states to foreign investors. On contrary, international climate change related instruments often are non-binding and lack enforcement mechanisms. For instance, the main legal source of CCRMs the UNFCCC in Article 3 requires that

“[t]he Parties should cooperate to promote a supportive and open international economic system that would lead to sustainable economic growth and development in all Parties, particularly developing country Parties, thus enabling them better to address the problems of climate change. Measures taken to combat climate change, including unilateral ones, *should not constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade.*”
[italics added].

This provision can create a hierarchy between the competing interests, as it merely requires parties to cooperate on CCRMs whereas protections of economic interests are mandated in an obligatory language. The ISDS arbitral tribunals could interpret this principle to limit the consideration of CCRMs towards the rights and economic activities of foreign investors.⁴³⁾ Compliance to climate

40) UNCTAD, “Fair and Equitable Treatment”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 Vol. II* (2012), p. 15.

41) It should be mentioned that investors’ claims can also include breach of other standards of protection, which is not covered by the scope of this research.

42) Tamara L. Slater, Investor-State Arbitration and Domestic Environmental Protection, *14 WASH. U. Global Stud. L. Rev.* (2015) pp. 144-150.

43) Jorge E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge Studies in International and

change regime instruments can be determined as not to preclude the possibility of FET standard breach.

Nevertheless, it should be noted that claims of FET standards *in priori* would be assessed under the applicable IIAs.⁴⁴⁾ In this regard, host states are well advised to establish relationship between the FET standard and internationally CCRMs in their respective IIAs, particularly those at the bilateral level as they are less complex due to the limited number of parties. The mechanism of drafting such relationship in FET language is discussed in greater detail in concluding chapter, after furthering the studies of this chapter to a broader analysis of the possible encroachment of requirements deriving from broader instruments of international environmental law related to climate change adaptation and mitigation vis-à-vis FET's most controversial doctrine of legitimate expectation in the next section.

IV. Legitimate expectation as a main issue of FET

Hence, the expansive nature of legitimate expectation doctrine under the FET standard which requires host state to provide stable legal and business regulations should not be underestimated. Reviewed case laws suggest that arbitral tribunal tend to scrutinize the legitimacy of state regulations in light of investors legitimate expectation far more closely than the latter's due diligence act.⁴⁵⁾

For instance, in one of the earlier case of *Metalclad v. Mexico* the tribunal firstly determined that local authority's denial of permit, which was based on the ground of unsuitable site for hazardous waste landfill due to the protection of cacti, had frustrated the national authority's representation.⁴⁶⁾ Metalclad came into agreement so-called *Conventio* with federal government in which investor was assured that municipal permit was either not required or would be issued as a mere formality. Therefore, investor started executing its investment plan and applied for local municipality's permissions. However, local authorities denied the permit application and subsequently adopted the Ecological Decree declaring the location, where investor's property was situated, as a Natural Area for the protection of rare cactuses.⁴⁷⁾ Investor brought a claim on, *inter alia*, breach of legitimate

Comparative Law, Cambridge University Press (2012), pp. 277-78.

44) Ximena Fuentes Torrijo, "Climate change and international investment treaties", in Michael Faure, (ed.) *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Elgar (2015), p. 314.

45) See also Qiang Ren, *Public Interests in International Investment law. Balancing Protection for Investor and Environment*, Cambridge Scholars Publishing, (2018), pp. 30-66. Author also critically analyzes the discrepancies existed under the legitimate expectation doctrine against the rapidly changing environmental regulations in case of China.

46) *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 Award (30 August 2000), paras. 52, 109-11.

expectation. Mexico contended that this Decree was adopted for public purposes under its police power and within the mandate of local authority in line with the NAFTA's principles of host states' regulatory right to adopt environmental measures.⁴⁸⁾ Tribunal did not accept the defense and found Mexico's measures in breach of FET, as Mexico's local authority had power to require only safety permits, but not the one of environmental nature which thus had frustrated investor's legitimate expectations assured by federal authorities.

Also, frustration of legitimate expectation resulted in violation of transparency principle as state's authorities acted inconsistently. Tribunal firstly established a transparency requirement under the FET standard, that host state shall make "all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made, or intended to be made, under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors of another Party,"⁴⁹⁾ Then, as Mexico failed to make clear whether there was or not a requirement for environmental permit, it had violated transparency principle.⁵⁰⁾ Such determination can create an impression that tribunal was demanding onto the host state only, as it did not imposed any due diligence requirements on investor under which the latter must foresee all legal and business risks in a given sector including environmental considerations.⁵¹⁾

Also, legitimate expectation claim was at issue in the *Tecmed v. Mexico*, a case proceeding almost in parallel to *Metalclad*. Hence, investor claimed that Mexico's refusal to renew investor's operating permit of hazardous waste landfill during the negotiation of landfill relocation based on social and environmental issue had frustrated, *inter alia*, its legitimate expectation. On assessing claims, the tribunal noted that FET requires "the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment."⁵²⁾ Tribunal did not provide any authority what "basic expectations" meant, neither did it require a due diligence act from investor.

Respondent brought evidences that economic activity of investor caused health and environmental implications, as well as raised concerns of local community. However, the tribunal concluded that

47) *Ibid.* paras 110-12.

48) North American Free Trade Agreement, U.S.-Can.-Mex., Dec. 17, 1992, Can T.S. 1994 No. 2, 32 I.L.M. 289, (1993), Art. 1114; North American Agreement on Environmental Cooperation, 32 ILM 1482, (1993), Art. 3.

49) *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 Award (30 August 2000), paras. 75-76.

50) *Ibid.*; A. Kotera, "Transparency", in Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (2008), pp. 628-630.

51) As it was determined, for instance, in the *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (25 May 2004), para. 178. and

52) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award (29 May 2003) para. 154.

the measure at issue was based on the socio-political violating *Tecmed's* legitimate expectations. Tribunal came to such conclusion by addressed only host state's community concerns defense whereas it had ignored the environmental reasons.⁵³⁾ In tribunal's view, investor's legitimate expectation was undermined by respondent's non-transparent act as Mexico never offered "transparent and clear warning" to investor that permit would be not renewed, so that investor could take necessary measures to avoid the refusal.⁵⁴⁾ Such finding of tribunal was based on its earlier broad definition about the scope of legitimate expectation obligation.⁵⁵⁾

Tribunal's determination has been subject to strong criticism for it created an obligation with far reaching scope,⁵⁶⁾ whereas disregarded to require investor's due diligence act, although the latter had in fact violated domestic environmental laws during operations.⁵⁷⁾

Tribunal's pro-investor attitude had strongly influenced some other investors' claims formulations and even tribunals' interpretations.⁵⁸⁾ Tribunals in the subsequent cases even had addressed the

53) *Ibid.* para. 133.

54) *Ibid.* para. 160.

55) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, (29 May 2003), para. 154. Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments Between the Kingdom of Spain and the United Mexican States Art. 4(1) limits FET to interantional law as follows: "Each Contracting Party shall guarantee fair and equitable treatment in its territory pursuant to international law for investments made by investors from another Contracting Party [...]."

56) Campbell McLachlan, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Second Edition, Oxford University Press, (2007), p. 325. See also *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, (27 August 2009), para. 179; *Charanne v. Spain* tribunal in line with *Electrabel v. Hungary* ruled in favour of "regulatory flexibility". *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Award (21 January 2016), para. 500. Also *Tecmed* determination was subject of concern by in the *Cargill v. Mexico*. (*Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, (18 September 2009) para. 294). Tribunal in *El Paso v. Argentina* noted that *Tecmed's* interpretation of FET established "a programme of good governance that no State in the world is capable of guaranteeing at all times" [italics original]. (*El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, (31 October 2011)) Criticized by some individual arbitrators, including Pedro Nikken's separate opinion in *AWG v. Argentine*. (*AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken). Some tribunals attempted to narrow extends of legitimate expectations to specific commitments only, for instance in *EDF v. Romania* (*EDF (Services) Limited v. Republic of Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8 October 2009), para. 298), or to exclude their relevance at all as in *Mesa v. Canada* (*Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, (24 March 2016), paras. 222, 502.)

57) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award (29 May 2003), paras. 107-10.

58) Some are Henri Alvarez's separate opinion in *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, (21 December 2010); *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, (22 September 2014) para. 572; *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I)*, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award (11 December 2013) paras. 667,670; *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30 August 2000), paras. 99; *Rupert Joseph Binder v. Czech Republic*, UNCITRAL, IIC 508 (2007), Final Award (15 July 2011) para.176; *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, para. 6.62.

Tecmed tribunal's proportionality test of legitimate expectation obligation as so-called '*Tecmed test*' by which they could influence crystallization of such overbroad pro investor interpretation.⁵⁹⁾ Such ambiguous obligation can develop an impossible to attain situation of "good governance" where the most effective outcome can most likely be towards investors' interests.⁶⁰⁾ Put this *Tecmed* legacy vis-a-vis broad and sometimes scientifically and normatively uncertain CCRMs, investors' interests can most likely find more support from arbitral tribunals.

In meantime, the *Glamis Gold* tribunal took a balanced attitude by requiring that in order legitimate expectation to be legitimate host state shall make specific representations.⁶¹⁾ However, some other tribunals still applied the broad interpretation in assent to '*Tecmed test*'.⁶²⁾ For instance, in the *Parkerings v. Lithuania* case the tribunal in dicta manner noted that host state's representation under the legitimate expectation may take not only explicit forms but also "implicit" forms.⁶³⁾ Tribunal did not elaborate what it meant by 'implicit' representation, but given a pro-investor attitude of tribunals the non-specific representation might also constitute as an assurance. Perhaps, the stand alone and general investment inducing measures by the host state could be interpreted to create 'implicit' representations for foreign investors.

Indeed, in the *Clayton/Bilcon v. Canada* case the implicit representations of state were upheld. Host state's non-contractual investment inducing measures and oral encouragements were interpreted by the majority of the tribunal as host state representations. In fact, Canada did not come into any contractual obligations with investors. Rather, it had a standalone domestic legislation on

59) See for instance CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/8, Award (May 12, 2005), para. 279; Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11 (Award (16 December 2011) para. 85; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. And LG&E International Inc. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3 October 2006), paras. 102, 127, 128; National Grid PLC vs. Argentina Republic, Award, (3 November 2008), para. 173; MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (25 May 2004) para. 114; *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, IIC 210 Permanent Court of Arbitration, Partial Award, (17 March 2006) para. 302.

60) *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, (October 31, 2011), para. 342.

61) *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, (June 8, 2009), para. 621.

62) Rahim Moloo and Justin Jacinto, "*Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties*", 29 *Berkeley J. Int'l Law*, 1, (2011), p. 47 (referring to *MTD Equity Sdn. Bhd & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, (May 25, 2004), para. 114; Some tribunals have even determined that the representations have been made for the purpose of inducing the investment. For instance, see *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, (May 22, 2012), para. 152;

63) *Parkerings v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, (September 11, 2007), para. 331; also in *Railroad Dev. Corp. (RDC) v. Guatemala*, CAFTA ICSID Case No. ARB/07/23, Award, (2012), para. 218; also in *Novenergia v. Spain*, SCC Case No. 063/2015, (15 February 2018) para. 650 (citing *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, (27 December 2010), paras. 119-120; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, (11 December 2013), para. 669.)

investment encouragement. Canada had also met several times to discuss perspectives of investments with investors and merely in verbal form had encouraged the latter to invest, given that operations should be in compliance to environmental laws. In those meetings, state officials did not provide any specific paper based assurance to investors. Canada maintained that it was not relevant factor to raise breach of article 1105 of the NAFTA.⁶⁴⁾ Nevertheless, the majority of tribunal concluded that whilst threshold for FET violation had been established to be “high” as over time FET standard had moved towards investors’ protection. It stated that the bar still would remain high *in casu* but state conduct should not necessarily be of shock or of outrageous nature in order to bring a successful claim,⁶⁵⁾ and thus constitute frustration of investor’s legitimate expectation by Canada.

The legacy of *Clayton/Bilcon*’s decision influenced formulation of claims in the following case of *Lone Pine v. Canada* where investor strongly opposed CCRMs that were based on new scientific discoveries. Hence, investments were made in an area which was under the continuous scientific studies that whether the economic activities can have negative impacts to the surrounding environmental. At the time investments were made, such activities were permissible under the existed regulations. Nevertheless, over the time studies had made progress and discovered that investor’s economic activities would actually harm the environment. Based on such finding, Canada revoked investor’s permission. Investor failed a claim alleging that government registration of its business and permission issuance, and extensive supportive negotiations on the project with state authorities created a reasonable and legitimate expectation that investments would operate successfully.⁶⁶⁾ Therefore, state’s suspension of its permission, regardless of respondent argument on discovery of new scientific information, is “[a]rbitrary, Unnecessary, Idiosyncratic, and Unfair”⁶⁷⁾ and in breach of article 1105 (FET) of the NAFTA. Investor claimed that threshold for the breaches of the FET standard had lowered, and that state’s actions manifest injustice in its representation, as it did not strictly comply with its representation.⁶⁸⁾ Configuration of claims in the *Lone Pine* case closely coincides with the one of *Tecmed* and *Clayton/Bilcon*, it has yet to be seen how the tribunal will assess procedural and substantive nature of Canada’s science based withdrawal.

In meantime, regarding the legitimacy of CCRMs it is also worth revising the case of *S.D. Myers v. Canada* where the legitimacy of scientific discoveries was not found justifiable. As it was reviewed, the issue was banning the export of PCB wastes from Canada to the United States based on environmental, health concerns as well as internationally induced obligations. Tribunal found “no

64) Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, (17 Mar 2015), 424-26.

65) *Ibid.* paras. 434-46.

66) Lone Pine Resources Inc. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/15/2, Claimant’s Memorial, (10 April 2015), paras. 316-22.

67) *Ibid.* paras. 303-15.

68) *Ibid.* para. 316.

legitimate environmental reason for introducing the ban [...]” by Canada.⁶⁹⁾ Tribunal went on to suggest that the indirect environmental objective of ensuring continued domestic capacity to dispose of PCBs and PCB wastes was legitimate but “could have been achieved by other measures.”⁷⁰⁾

Further, tribunal noted that although under the Basel Convention Canada had exceptions to continue the cross-border movements of hazardous waste, “it should not be presumed that Canada would have been able to use it to justify the breach of a specific NAFTA provision.”⁷¹⁾ The tribunal concluded that “where a state can achieve its chosen level of environmental protection through a variety of equally effective and reasonable means, it is obliged to adopt the alternative that is *most consistent with open trade*” and hence in breach of the FET standard.⁷²⁾ Thus, tribunal did not defer towards public policy goals.

Also in the *Chevron v. Ecuador II* case although investors have amended their claims over the course of the dispute, at the initial stages of arbitration the state’s actions to deregulate its environmental protection and compliance to the internationally induced CCRMs was complained, *inter alia*, to undermine investor’s legitimate expectation obligation. As was discussed investor brought claims before the arbitration as a result of class action taken against it in the Ecuadorian local court. In 2003 a class of action has been brought before the Ecuadorian court in the area of concession Largo Agrio claiming Chevron’s subsidiary Taxpet polluted the water sources and aquatic environment of the region, affected human health, and thus breaching, *inter alia*, domestic environmental regulations and Article 15 of the Indigenous and Tribal Peoples *Convention*. Chevron asserted that “the Respondent’s obligation to perform the 1995 Settlement Agreement in good faith gave rise to certain legitimate expectations by the Claimants as to how the Claimants would be treated, in particular an expectation that the Respondent would provide finality and *res judicata* effect to the releases in the 1995 Settlement Agreement and that it would not seek to frustrate or undermine those releases.”⁷³⁾ Ecuador in its defense maintained the legitimacy of the domestic courts’ decision and requests the tribunal to defer to this decision,⁷⁴⁾ since “[t]he 1995 Settlement Agreement does not refer to individual or collective or diffuse claims,”⁷⁵⁾ thus “[t]he doctrine of

69) *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, (November 13, 2000), para. 195.

70) *Ibid.*

71) *Ibid.* para. 215.

72) *Ibid.* para. 221. [italics original] Tribunal came to such conclusion after receiving evidences that Canada had protectionist motives, although state argued the contrary. Indeed, it was possible to decide in favor of PCB ban measures with alleged health and environmental concerns, as there were a significant jurisdiction adopted by the US Environmental Protection Agency that it could be proper for PCB waste to be disposed of in Canada. *Ibid.* para. 169.

73) *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Decision on Track 1b, (12 March 2015), para. 92.

74) *Ibid.* para. 115.

75) *Ibid.* para. 116.

legitimate expectations should not be used as a substitute for the actual contractual arrangements agreed between the signatory parties..”⁷⁶⁾ In *arguendo* respondent noted that “the only legitimate expectations that could give rise to a breach of the fair and equitable treatment clause... are the expectations that arose when TexPet invested in Ecuador in 1973.”⁷⁷⁾ Further, respondent maintained that this concession “did not have a stabilization clause to prevent Ecuador from adopting environmental legislation, such as the EMA (Environmental Management Act)”. [explanation added]⁷⁸⁾ Next, Ecuador after alleging investor’s lack of due diligence in exploration and exploitation activities, went on to argue that it has not given any specific “assurance” to the investor except release from the claims of the government and thus did not frustrate investor’s FET standard.⁷⁹⁾

Tribunal found Ecuador liable for the breach of denial of justice obligation based on the amended claims advanced by investor, nevertheless, the case illustrates a potential normative conflict between the host state’s internationally induced CCRMs obligations and its obligation to protect expectations. Class of action for environmental and personal redress in Ecuadorian courts against the Chevron was taken after Ecuador reformed its legislation in compliance to international obligations. Particularly, in 1997, the ICommHR had recommended that Ecuador ensure access to justice for the people affected by oil contamination to seek redress.⁸⁰⁾ Already in 1998 Ecuador’s reformed state constitution, where individuals rights to live in a clean environment was expanded to the protection of the environmental rights of affected communities. Also under these amendments individuals were given rights for environmental information and participation into the decision-making processes of the country. Following this reform, in 1999 Ecuador adopted the EMA for compliance to the Basel Convention.⁸¹⁾ Although Chevron was determined as a “Releasees” by the tribunal based on the Settlement Agreement mandate, it has yet to be seen whether Chevron would go back to the initial claims of legitimate expectation violations once Ecuadorian citizens, after being unsuccessful at the domestic courts for advancing collective claims, would put forward

76) *Ibid.* para. 137.

77) Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II), PCA Case No. 2009-23, Track 2 Counter-Memorial on the Merits of the Republic of Ecuador, para. 422

78) *Ibid.* para. 423.

79) *Ibid.* para. 424.

80) ICommHR, ‘Report on the Situation of Human Rights in Ecuador’, OEA/ser.L/V/II.96, doc10 rev1 (24 April 1997), Chapter VIII, fourth recommendation: “[g]iven that the American Convention requires that all individuals of the Oriente have access to effective judicial recourse to lodge claims alleging the violation of their rights under the Constitution and the American Convention, including claims concerning the right to life and to live in an environment free from contamination, the Commission recommends that the State take measures to ensure that access to justice is more fully afforded to the people of the interior.”

81) Ley De Gestion Ambiental, (unofficial translation: Environmental Management Law), Ley no. 37. RO/245 (30 July 1999), Arts. 41-43; about the compliance to the Basel Convention see also Compliance and Risks, *Regulations, Ecuador, News and Resources*.

individual claims for personal harm against the Chevron, and how tribunal would address parties arguments.

Arguments based on the compliance to the internationally induced obligations have not always justified state actions, as it was demonstrated in the *CDSE v. Costa Rica* case. Although legitimate expectation obligation was not under the subject of dispute, the tribunal's assessment of the host state's expropriation as a result of adopting CCRMs can give some insights in assessing the legitimacy of internationally induced CCRMs. Respondent demonstrated its obligations under the CCRMs in order to minimize the amount of compensation for expropriated investments. However, the tribunal neglected such argument asserting that

“[w]hile an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference.”⁸²⁾

Investment protection standards came into conflict with CCRMs, however it was considered irrelevant by the tribunal, even leaving without consideration the respondent's defense.⁸³⁾

In the *Crystallex v. Venezuela* case, parties also constantly argued on the legitimacy of expectations. The issue in this case was the host state's denial of environmental permit, the so-called Autorizacion Para Afectar Recursos Naturales (AARN) to claimant's mine operation contract over a gold deposit situated in the Las Cristinas. The reason for refusal was that investor's economic activities could harm area's fresh waters, biodiversity as well as indigenous communities and related social impacts.⁸⁴⁾

Hence, in the respondent's view it did not assure any expectation to claimant, whereas the latter professed to have a long series of legitimate expectations. Tribunal initially denied that investor can have expectation from general laws, however it accepted as a specific assurance the communications

82) *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, Case No. ARB/96/1, (hereinafter *CDSE v. Costa Rica* or *Santa Elena*), Final Award (February 17, 2000), para. 71.

83) Tribunal merely mentioned in Footnote 32 to para 71 that “2 For this reason, the Tribunal does not analyse the detailed evidence submitted regarding what Respondent refers to as its international legal obligation to preserve the unique ecological site that is the Santa Elena Property”

84) *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, (4 April 2016) para. 377.

with host state's high level officials.⁸⁵⁾ Particularly, legitimate expectation was found after analyzing the letter from host state's Ministry of Environment to investor that after posting some bonds and payments of certain environmental taxes, which was alleged by respondent as "necessary for the granting of the Permit", the permit would "be handed over".⁸⁶⁾ Respondent provided several evidences that official approval letter is different from the latter and that environmental impact studies have differed from what was communicated by investor, and thus respondent did not intend to provide such approval.⁸⁷⁾ Tribunal acknowledged that the letter differs from official approvals, nevertheless, it found letter to provide assurance.⁸⁸⁾

Thus, the case laws above illustrate that there are ambiguities in determining investors' legitimate expectation under the FET standard vis-a-vis CCRMs as arbitral tribunals interpret this doctrine in an expansive manner which unlike in the domestic. Particularly, host states' climate change related reasons were not accepted as a justification for deviation from protecting legitimate expectation, as well as investors' legitimate expectations were established based on broad, non-direct and implicit representations made by governments. Apart from domestic law, it is established even in the ISDS that legitimate public laws and policies can be justifiable.⁸⁹⁾ However, it is recommended to exclude the protection of investors' expectation in order to avail states to preserve their right of regulatory change, which is studied next.

V. Conclusion

5.2. Excluding the legitimate expectation obligation from the FET standard

It has been recommended that referencing FET standard to the international law or minimum standard of treatment of aliens (MST) under customary international law (CIL) would facilitate the incorporation of CCRMs into the standard, given that such measures had been adopted reasonably.⁹⁰⁾ As it was mentioned in Chapter Two, referenced FET standard to CIL has been widely practice

85) *Ibid.* paras. 552-53.

86) *Ibid.* para. 510.

87) *Ibid.* paras. 507-18.

88) *Ibid.* paras. 563-64.

89) Wastemanagement, Continental. Duke, EDF

90) Roland Kläger, "Revising Treatment Standards—Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development," in Steffen Hindelang and Markus Krajewski (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, (2016), p. 70.

by the North and Latin American states, particularly by providing that host states shall accord foreign investors or investments treatment in accordance to CIL, then referencing CIL to the MST.⁹¹⁾ This is because MST under the CIL is constantly evolving based on the new rules and legal principles incepted from the contemporary legal relationships, including climate change law. Otherwise, unlinked FET to CIL would give a wide opportunity for investors to satisfy their claims as well as provide with a wide discretion to the arbitral tribunals in their methods of review. Unlinked FET standard can be vaguely broad and thus create a high risk of liability for the host states for adopting their CCRMs.⁹²⁾ Also, it has been suggested that within the NAFTA jurisdiction, by according FET to the MST the violation of the standard has been found less than otherwise.⁹³⁾ For instance, in the *Glamis Gold* case the tribunal after discussing the *Neer* standard had established a higher threshold for host state's action to violate the standard by emphasizing that "an act must be sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons" to constitute a breach of CIL.⁹⁴⁾ Nevertheless, the very same tribunal also stated that "it is entirely possible, however that, as an international community, we may be shocked by State actions now that did not offend us previously."⁹⁵⁾ This tribunal's reservation has created a possibility for lowering down the threshold of state liability.⁹⁶⁾

In the *Crystalex v. Venezuela* case on parties' argumentations whether FET standard linked to IL under the applicable treaty meant to refer to the CIL or to be as unqualified, the tribunal had noted that the debated on such difference is in any case somewhat superfluous as CIL has evolved since *Neer* determinations.⁹⁷⁾ Moreover, the *Crystalex* tribunal noted that a state needs not act outrageously or egregiously in order to trigger FET liability.⁹⁸⁾ The fact is that it is uncertain whether

91) For instance NAFTA Art. 1105, Canada Model BIT Art.5.

92) Roland Kläger, "Revising Treatment Standards—Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development," in Steffen Hindelang and Markus Krajewski (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, (2016), pp. 71-72.

93) UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment", *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 Vol. II*, (2012), p. 61.

94) *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, (hereinafter *Glamis Gold v.USA* or *Glamis Gold*), Award, (June 8, 2009), parax. 22 and 616.

95) *Ibid.*

96) Roland Kläger, "Revising Treatment Standards—Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development," in Steffen Hindelang and Markus Krajewski (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, (2016), p.73.

97) *Crystalex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, (4 April 2016) para. 534.; Art. 2(2). "Each Contracting Party shall, in accordance with the principles of international law, accord investments or returns of investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment and full protection and security", Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments, 1996.

FET under the CIL provides an absolute balanced approach towards the rights and obligations of parties.⁹⁹⁾

Some tribunals found that the FET under CIL requires states to do not act in bad faith, arbitrary, undue process, abusive treatment, deny justice, or treat unreasonably.¹⁰⁰⁾ Nevertheless, not all tribunals have found such FET contents constantly, neither these contents have been found in balanced way to consider CCRMs consistently. Expansive interpretation of the FET standard has provided arbitral tribunals *carte blanche* to evaluate the CCRMs of the host states in light of the arbitrator's perception of justice and investors' business expectation, whereas disregarding CCRMs.¹⁰¹⁾ For instance, some other NAFTA tribunals disregarded the *Glamis Gold* determination on the high threshold of FET standard. In the *Waste Management v. Mexico II* case, tribunal refereeing to several past tribunals determined that CIL has evolved to include other requirements such as legitimate expectation and transparency.¹⁰²⁾ Other tribunals beyond the NAFTA jurisdiction have also interpreted FET to provide higher protection for foreign investors, including obligation do not undermine investors legitimate expectation.¹⁰³⁾

Againstst this background, investors' claims under the doctrine of legitimate expectation can create a barrier on host states actions to combat climate change. CCRMs have been the basis for claims of increased costs, undermined legitimate expectation and related profits, or termination of investors' activities due to the host states' new scientific discoveries.¹⁰⁴⁾ Also, unlike in domestic law, in the

98) *Ibid.* para. 543.

99) Meredith Wilensky, "Potential Liability for Climate-Related Measures under the Trans-Pacific Partnership", 45 *Environmental Law Reporter News & Analysis*, (2014), p. 10690.

100) For instance, *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, IIC 210 Permanent Court of Arbitration, Partial Award, (17 March 2006), paras. 304-6; *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL (hereinafter *S.D. Myers v. Canada or S.D. Myers*), Partial Award, (Nov. 13, 2000), para. 260.

101) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, (29 May 2003), para. 154; Paul James Cardwell and Duncan French, "Liberalising Investment in the CARIFORUM-EU Economic Partnership Agreement: EU Priorities, Regional Agendas and Developmental Hegemony" in Marie-Claire Cordonier-Segger, Markus W. Gehring & Andrew Newcombe, (eds.) *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, (2011), pp. 547-48; Marie-Claire Cordonier Segger and Avidan Kent, "Promoting Sustainable Investment through International law" in Marie-Claire Cordonier-Segger, Markus W. Gehring & Andrew Newcombe, (eds.) *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International (2011), pp.779-80; Marie-Claire Cordonier Segger, "Inspiration for Integration: Interpreting International Trade and Investment Accords for Sustainable Development", *CJCLL*, 3(1), (2017), p. 205.

102) *Waste Management Incorporated v Mexico*, ICSID Case No ARB(AF)/00/3 (hereinafter *Waste Management v. Mexico II*), Award (30 April 2004), para. 98; *Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, (31 March 2010), paras. 213;

103) *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award (16 December 2011); *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/8, Award (May 12, 2005), *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No ARB/02/16, Award, (18 September 2007).

104) Meredith Wilensky, "Potential Liability for Climate-Related Measures under the Trans-Pacific Partnership", 45

ISDS context the scope and requirements of legitimate expectation obligation have yet to be clearly established. As well, arbitral tribunals have been siding with investors and subjecting the host states' public policy measures to strong scrutiny. Therefore, in order to avoid potential interpretation of FET under the CIL or international law to include protection of investors' legitimate expectation, states can provide an interpretive note to this standard that it does not include commitment to protect investors' legitimate expectations. Alternatively, FET provisions could explicitly state that the scope of investors' legitimate expectation does not include economic sectors, which have direct impact to climate change adaptation and mitigation measures. This hypothesis could be argued by the recent development in the KORUS FTA. Parties added, *inter alia*, an interpretative footnote to the FET standard that the mere fact of treatment inconsistent with an investor's expectations does not entail a breach of the clause.¹⁰⁵⁾

Overall, regarding whether FET standard limited to CIL is conducive to CCRMs it has been commented that "there is no certainty as to whether a reference to the international minimum standard leads a higher liability threshold", and that "it is also questionable whether the aim of this policy option to achieve a high but, at the same time, inflexible threshold for liability is conducive to sustainable development across the board."¹⁰⁶⁾ Therefore, states are well advised rather to define the contents of FET standard and its relation to CCRMs, which is studied in the next section.

Environmental Law Reporter News & Analysis, (2014), pp. 70-73..

105) Protocol Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Korea amending the Free Trade Agreement between the United States of America and the Republic of Korea, 4(d) "4. For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.;" published text of the agreement 03.09.2018.

106) Meredith Wilensky, "Potential Liability for Climate-Related Measures under the Trans-Pacific Partnership", 45 *Environmental Law Reporter News & Analysis*, (2014), p. 73.

제3부 제1발표

국제법상 외국인 추방의 한계

- 발표 **이재강** (헌법재판소 헌법연구관)
- 토론 **황필규** (변호사 공익인권법재단 공감)

국제법상 외국인 추방의 한계 : 2014년 ILC 외국인 추방 규정초안을 중심으로*

이재강**

목 차

- I. 들어가며
- II. 「외국인」, 「추방」 개념
 - 1. 외국인
 - 2. 추방
- III. 국가의 추방 재량과 국제법상 한계
 - 1. 외국인 추방에 대한 국제법의 통제 필요성
 - 2. 추방 사유·요건에 대한 국제법의 통제 가능성
 - 3. 위장추방 금지
- IV. 추방 대상 외국인의 권리 보장
 - 1. 개관
 - 2. 추방 대상 외국인 구금
- V. 추방 대상 외국인에 대한 절차상 권리 및 추방국으로의 재입국
 - 1. 절차상 권리
 - 2. 위법한 추방에 대한 구제수단으로서 추방국으로의 재입국
- VI. 나오며

I. 들어가며

모든 국가는 국가안보와 공공질서, 사회통합, 일자리 등 다양한 요소를 고려하여 외국인의 입국을 통제하고 체류에도 일정한 조건을 부가한다. 국가는 주권에 기초하여 입국·체류에 부가된 조건을 위반

* 이 글은 ① 저자의 『국제법상 외국인 추방의 한계: 2014년 ILC 외국인 추방 규정초안을 중심으로』(박사학위논문, 연세대학교, 2018. 8.) 및 ② 위 박사학위논문 중 일부 내용을 심화한 저자의 “추방 대상 외국인 구금의 국제법상 한계: 구금 기간 제한 논의를 중심으로”, 『국제법평론』, 제52호(2019. 2.)를 인용·재구성·수정·보완하여 「2019년 대한국제법학회 신진학자학술대회」 발표문으로 제출한 것입니다. 이 글 내용은 발표자 소속기관 입장과 무관합니다.

** 헌법재판소 헌법연구관; 법학박사; 변호사(休)

하였거나 국가안보 등에 부정적 영향을 줄 가능성이 있는 외국인을 국경 밖으로 나가도록 할 수 있다.¹⁾

이 글에서는 국제법이 인권을 보장하기 위하여 국가의 외국인 추방 재량을 통제할 수 있는지, 통제할 수 있다면 그 구체적 국면은 어떠한지 검토해 보고자 한다. 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」(이하 ‘자유권규약’으로 약칭) 등 주요 인권조약이 국가의 이러한 재량 행사에 대하여 부분적으로 규율하고 있으나, 이를 통하여 국제법상 외국인 추방의 한계와 관련한 구체적 국면을 일반적·포괄적으로 살펴보기에는 미흡한 측면이 있다. UN국제법위원회(The International Law Commission, 이하 ‘ILC’로 약칭)는 2014년 「외국인 추방에 대한 규정 초안(제2회독)」(Draft Articles on the Expulsion of Aliens, 이하 ‘ILC초안’으로 약칭)을 채택하여,²⁾ 이를 총회에 제출하였다.³⁾ ILC초안은 외국인 추방에 대한 국제법상 한계를 일반적·포괄적으로 제시한 것으로서, 외국인 추방에 대한 국가 재량과 국제법상 인권보장 요청의 조화를 모색하는 데 중요한 자료가 될 것이다.

이하에서는 우선 이 글에서 ‘외국인’, ‘추방’과 같은 용어를 어떠한 의미로 사용할 것인지 명확히 하고(II), 일반적으로 국가의 외국인 추방 재량을 국제법이 통제할 수 있는지 여부를 살펴보는 한편(III), 구체적으로 추방 대상 외국인의 인권을 보장하기 위하여 국제법이 어떠한 한계를 설정하고 있는지를 검토하고자 한다(IV). 나아가 추방 대상 외국인에 대한 절차상 권리 및 위법한 추방에 대한 구제수단으로서 재입국할 권리에 대하여 간략하게 살펴본다(V).

II. 「외국인」, 「추방」 개념

1. 외국인

‘외국인’은 ‘국민’에 대비되는 개념이므로 ‘국적’ 개념과 불가분의 관계에 있다. 누구에게 국적을 부여하고 어떠한 경우에 국적을 박탈할 것인지 등은 국내법의 규율 영역에 속한다.⁴⁾ ‘외국인’을 의미하는 영어 표현으로 ‘alien’이 널리 사용된다. ILC초안 제2조 (b)는 ‘외국인’을 ‘alien’으로 지칭하면서, “개인이

1) 국가의 이러한 조치를 일단 ‘추방’이라 지칭하고, 그 구체적 의미는 후술한다.

2) ILC는 2000년 제52차 회기에서 ‘외국인 추방’(expulsion of aliens)을 장기 작업과제(long-term programme of work)로 선정하였다. 2004년 Special Rapporteur로 카메룬 국적의 Maurice Kamto가 임명되었고, 그가 제출한 9건의 검토보고서와 사무국 보고서[Memorandum by the Secretariat, Expulsion of aliens, International Law Commission, Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006), 이하 ‘UN Doc. A/CN.4/565’으로 약칭], 각국이 제출한 국내법 상황과 의견, 그 밖의 주요 인권조약에 대한 해석문 등을 종합하여 2014년 9월 제66차 회기에서 제2회독 초안이 채택되기에 이르렀다.

3) Report of the International Law Commission, Sixty-sixth session(General Assembly Official Records, Sixty-ninth session, Supplement No. 10, 5 May – 6 June and 7 July – 8 August 2014, 이하 ‘UN Doc. A/69/10’로 약칭), pp.10-83, paras.35-45.

4) Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp.584-585; 「국적법 충돌과 관련한 특정 문제에 관한 협약」(Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws of 1930) 제1조는 “각국은 자국의 법에 따라 누가 자신의 국민인지 결정한다.”라고 하고, 제2조는 “개인이 특정 국적을 보유하고 있는지에 대한 모든 문제는 그 국가의 법에 따라 결정되어야 한다.”라고 한다.

있는 당해 국가 영역 안에서 그 국적을 가지지 않은 개인”으로 정의한다.⁵⁾ 한국을 비롯하여 각국 국내법도 이와 비슷하게 ‘국민이 아닌 사람’을 ‘외국인’으로 보고 있다.⁶⁾ 이와 같이, ILC초안, 각국 국내법 태도 등을 종합하면, ‘외국인’은 각국이 고유의 방법으로 부여하는 ‘국적’을 가지지 않은 사람들을 통칭하는 개념이라 할 수 있다.

이 글에서도 ‘외국인’은 ‘특정 국가를 기준으로 그 국적을 보유하지 않은 사람’을 일컫는 개념으로 사용하며, 외국의 국내법 규정이나 문헌에서 사용하는 ‘alien’ 또는 ‘non-national’,⁷⁾ ‘foreign national’과 같은 표현은 위 개념 정의에 부합하는 경우 ‘외국인’으로 번역하여 사용한다.

2. 추방

‘추방’은 사전적으로 ‘일정한 지역이나 조직 밖으로 쫓아내는 것’을 의미한다.⁸⁾ 따라서 ‘외국인 추방’이라 하면, 일용 ‘특정 국가를 기준으로 그 국적을 보유하지 않은 사람을 국경 밖으로 나가도록 하는 조치’를 지칭하는 것으로 볼 수 있다. 한국 국내법령에서는 ‘추방’이라는 용어가 발견되지 않는다.⁹⁾ 그러나 국제법학계에서는 ‘추방’을 ‘입국한 외국인을 국경 밖으로 내보내는 체류국의 일방적 조치’를 지칭하는 용어로 널리 사용하는 것으로 보인다.¹⁰⁾¹¹⁾

조약, 그 밖의 국제문서에서는 일정한 범주의 외국인을 국경 밖으로 내보내는 체류국의 조치를 가리키는 용어로 ‘expulsion’이 널리 사용되고 있으며,¹²⁾ ‘deportation’도 이와 비슷한 의미로 사용된다.¹³⁾

5) 「거주국 국민이 아닌 개인의 인권에 관한 선언」(Declaration on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live, Resolution adopted by the General Assembly on 13 December 1985, 이하 ‘외국인 인권선언’ 또는 ‘UN Doc. A/RES/40/144’로 약칭) 제1조도 ‘거주국 국민이 아닌 개인’을 ‘alien’으로 지칭하면서, “자신이 체류하는 국가의 국민이 아닌 모든 개인”으로 정의한다: “For the purposes of this Declaration, the term ‘alien’ shall apply, with due regard to qualifications made in subsequent articles, to any individual who is not a national of the State in which he or she is present.”

6) 한국에서 외국인의 입·출국, 체류에 관한 기본법으로 기능하는 「출입국관리법」 제2조 제2호도 “대한민국의 국적을 가지지 않은 사람”을 외국인으로 규정한다; 미국 「이민 및 국적법」(INA: Immigration and Nationality Act) 제101조 (a) (3); 프랑스 「외국인의 입국과 체류 및 망명에 관한 법」(CESEDA: Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) L111-1 조; 독일 「연방 내 외국인 거주, 경제활동 및 통합에 관한 법률」(Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet) 제2조 제1항; 일본 「출입국관리 및 난민인정법」(出入国管理及び難民認定法) 제2조 제2호의 태도도 이와 비슷하다.

7) 아프리카인권헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights) 제12조 제4항, 제5항 참조.

8) 국립국어원, 표준국어대사전 참조(http://stdweb2.korean.go.kr/search/List_dic.jsp).

9) 국내법령, 예컨대 외국인의 입·출국과 체류에 대하여 전반적으로 다루는 「출입국관리법」이나 그 외 「외국인근로자 고용 등에 관한 법률」, 「재한외국인 처우 기본법」 등에서는 ‘추방’이라는 용어가 사용되지 않고 있다.

10) 예컨대, 김대순, 『국제법론』, 제19판(서울: 삼영사, 2017), 772-773면; 김정진·장신·이재곤·박덕영, 『국제법』, 초판(서울: 박영사, 2010), 569면: “외국인의 추방은 당해 외국인에게 체류국을 떠날 것을 지시하는 행정행위이다.”; 이규창, “외국인 추방에 관한 연구”(박사학위논문, 고려대학교, 2005); 정인섭, 『신국제법강의』, 제8판(서울: 박영사, 2018), 865면 등.

11) 국내 언론도 대체로 이와 유사한 의미로 사용하는 것으로 이해된다. 예컨대, 연합뉴스, “‘이주노동자 단속 추방 중단’ … 세계 이주노동자의 날 행사”(2018년 12월 16일 게재, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20181216033700004>에서 확인); 연합뉴스, “미얀마 노동자 추락사 100일 … “불법 체류자 단속추방 중단해야””(2018년 12월 17일 게재, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20181217061800004?input=1195m>에서 확인) 등.

많은 국제법학자들의 설명에 따르면, ‘expulsion’은 국가가 체류 중인 외국인에게 자신의 영역 밖으로 나가도록 하는 ‘명령 또는 결정’,¹⁴⁾ ‘국가의 권한 행사’를 지칭하는 용어이다.¹⁵⁾¹⁶⁾

ILC초안 제1조는 초안 규정들이 일정한 외국인의 ‘expulsion’에 대하여 적용된다고 하면서, 제2조 (a)에서 ‘expulsion’이 외국인에게 특정 국가의 영역으로부터 떠날 것을 강요하는 국가의 ‘공식행위’(formal act) 또는 ‘국가에 귀속 가능한 행위’(conduct attributable to a State)를 지칭하는데,¹⁷⁾ 다만 ‘인도’(extradition)나 ‘입국거절’(the non-admission of an alien to a State)은 여기서 제외된다고 한다. ILC초안의 태도에 따르면, 상기한 주류적 견해의 이해에 비해서 ‘expulsion’에 포섭되는 국가 조치의 범위가 다소 넓어지는 것으로 보인다.¹⁸⁾

‘추방’ 개념을 입체적으로 이해하기 위하여 관련 표현들을 함께 살펴볼 필요가 있다. 유럽연합 지침 2008/115/EC를 참조하면,¹⁹⁾ 이 지침에서의 ‘return’은 제3국인(third-country national)이 출신국(country of origin), 경유국(country of transit), 또는 그 밖의 제3국으로 돌아가는 절차(process)를 지

-
- 12) 외국인 인권선언 제7조, 자유헌약 제13조, 1951년 「난민의 지위에 관한 협약」(Convention relating to the Status of Refugees) 제32조, 제33조, 「무국적자의 지위에 관한 협약」(Convention relating to the Status of Stateless Persons) 제31조, 「인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약」(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 이하 ‘유럽인권협약’으로 약칭) 제7추가의정서 제1조 등 참조.
- 13) Jean-Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995), p.5: ‘deportation’은 국내법 용어로, ‘expulsion’은 국제법 용어로 더 선호되는 것 같다는 취지로 설명한다; 이한기, 『國際法講義』, 신정판 (서울: 박영사, 2004), 426면: “추방(deportation)이란 강제퇴거(expulsion)와 동의어로 사용되거나 입국거부(exclusion)를 포함하는 넓은 의미로 사용되기도 한다.”; 「국제형사재판소에 관한 로마규정」(Rome Statute of the International Criminal Court) 제7조는 ‘인도에 대한 죄’의 하나로 ‘deportation or forcible transfer of population’을 규정한다; ‘deportation’을 ‘expulsion order’의 집행 행위로 묘사하는 듯한 견해도 있다[Karl Doehring, “Aliens, expulsion and deportation”, in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 1 (1992), pp.109-112 참조].
- 14) Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Vol. 1, *Peace* (Harlow: Longman, 1992), p.945; Shigeru Oda, “The individual in international law”, in Sørensen, M. (ed.), *Manual of Public International Law*, Macmillan Press (1968), p.482.
- 15) Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States* (Oxford: Clarendon Press, 1978), p.201.
- 16) 일부 국제법학자들은 ‘expulsion’에 대한 이러한 이해가 외국인을 국경 밖으로 내보내는 국가의 공식적·직접적 조치만을 포섭할 수 있으므로 지나치게 협소한 개념 정의라고 지적한다[Henckaerts, *supra* note 13, pp.4-5].
- 17) ‘국가에 귀속 가능한 행위’인지 여부는 외국인이 체류국을 떠나는 과정에서 나타난 체류국의 ‘의도’(intention)를 통해서 추론할 수 있을 것이다[*Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), p.5. Article 2에 대한 (4) 부분 참조]; 이에 대해서는 국제위법행위의 국가 귀속과 관련한 논의가 유용할 것이다.
- 18) ‘국가에 귀속 가능한 행위’를 추방의 정의에 포함할 것인지 ILC초안 성안 과정에서 논란이 있었는데, 일부 국가는 외국인을 추방시키는 사적 행위자(private actors)의 행위로 국가가 책임을 부담하게 될 수 있는 점을 우려하였다[Comments and observations received from Governments, Expulsion of aliens, International Law Commission, Sixty-sixth session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2014, 이하 ‘UN Doc. A/CN.4/669’으로 약칭), p.13(미국), p.27(오스트리아) 등].
- 19) 유럽연합 지침(준칙; directive) 「2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals」(이하 ‘EU Directive 2008/115/EC’로 약칭)는 유럽의회 및 이사회가 불법적으로 체류하는 제3국의 국민을 내보내는 공통기준·절차를 마련한 것이다. 이에 따르면, 회원국은 2010년 12월 24일까지 지침 준수를 위한 조치를 해야 한다(무로 법적조력을 제공해야 할 의무에 대한 제13조 제4항 부분은 2011년 12월 24일). 지침 성립의 법적근거는 TFEU 제79조(불법이민 방지와 적극 대응을 위한 권한 부여에 대한 규정)이다.

칭하는 것으로서, 그 외국인의 자발적 의사를 따지지 않는 개념이다. 또한 이 지침에서의 ‘removal’은 그를 회원국 영역 밖으로 ‘물리적으로 내보내는 것’(physical transportation)을 의미한다.²⁰⁾ 한편, 미국 국내법인 「이민 및 국적법」을 참조하면, 여기서의 ‘removal’은 국경에서 외국인의 입국을 허용하지 않는 것과 체류 중인 외국인을 국경 밖으로 내보내는 조치를 아우르는 표현으로 이해되는바,²¹⁾ 위 유럽연합 지침의 ‘removal’과는 개념상 차이가 있다.

생각건대, ‘추방’ 개념에는 본질적으로 ‘대상자가 출국을 원하지 않음에도 그를 국경 밖으로 나가도록 하는 것’이라는 요소가 포함될 필요가 있다. 또한, 국경에서 입국을 희망하는 외국인과 국경 안으로 들어와 있는 외국인은 ‘해당 국가에서의 생활관계 형성’ 측면에서 본질적 차이가 있어 법적 취급을 달리 할 필요가 있으므로, 국경에서 외국인의 입국을 허용하지 않는 조치는 추방 개념에서 제외되는 것이 적절하다. 그리고 체류국이 주권에 기초한 일방적 행위로서 외국인을 국경 밖으로 나가도록 하는 것과 타국 또는 국제 재판소 등과 의사합치 내지 상호협력에 따라 외국인을 인도(引渡; extradition) 하는 것은 법적 취급을 달리 할 필요가 있으므로, ‘추방’ 개념에서 인도는 제외하는 것이 타당하다. 나아가, 국경 밖으로 나가도록 요구받는 외국인의 인권은, 외국인에게 출국의 법적 의무를 부과하는 ‘명령’(order) 뿐만 아니라, 운송(transportation)과 같이 추방을 현실화하는 각종 사실행위 등에 의해서도 위협받을 수 있는바, ‘추방’ 개념에는 명령과 그러한 명령을 실제 집행하는 여러 조치·현상도 널리 포함되는 것으로 보는 것이 논의 전개에 유리하다. 다만, 외국인이 입국허가를 받아 합법적으로 체류하는지, 얼마나 오래 체류하였는지는 일률적 기준을 세우기 어려우므로 개념 정의 단계에서 고려하기 어렵다고 본다.

이러한 고려를 종합하여, 이 글에서 ‘추방’은 ‘어떠한 국가 영역 안으로 들어온 외국인이 나갈 것을 원하지 않음에도, 그를 국가 영역 밖으로 내보내는 국가의 공식행위 또는 국가에 귀속 가능한 행위로서, 그 외국인을 출국하도록 하는 법상·사실상 행위’를 지칭하는 것으로 사용하고자 한다. ‘추방’을 정의하는 데 있어, 국가 행위의 적법성이나 강제력의 정도, 외국인 체류의 적법성이나 기간, 추방 명령에 대한 외국인의 협조 정도 등은 요소로 삼지 않는다. 여러 문헌에 등장하는 ‘expulsion’, ‘deportation’은 원칙적으로 ‘추방’으로 번역하고, 그 밖의 ‘removal’, ‘return’, ‘exile’ 등은 ‘추방’ 개념과 대체로 일치하는 경우에만 ‘추방’으로 번역하며, 차이점이 있는 경우 구체적 개념 요소를 고려하여 달리 표현하고자 한다.²²⁾

‘추방’을 이와 같이 정의하면, ‘추방’의 범주에 속하는 조치나 행위가 넓어지는 면이 있다. 개념 정의를 넓게 하면 외국인을 체류국으로부터 떠나도록 강제하는 체류국의 조치나 행위를 국제법상 규율의 범주 안으로 포섭하는 데는 도움이 될지 모르나 이로 인하여 국가 재량이 지나치게 제약될 수 있고, 개념의 명확성이 저해될 수도 있다는 취지의 지적도 가능할 것이다.²³⁾ 그러나 ‘추방’을 다소 넓게 정의한다 하

20) 동 지침은 제8조 제1항에서, 회원국은 자발적 출국 기간이 허여되지 않았거나, 자발적 출국 기간 안에 출국하지 않은 경우, ‘return decision’을 집행(enforce)하기 위한 모든 조치를 취하여야 한다고 규정한다.

21) 8 U.S.C § 1229a (a) 참조.

22) 한편, 한국 출입국관리법에는 체류 중인 외국인을 국경 밖으로 내보내는 제도로, 강제퇴거(제46조), 출국명령(제68조), 출국 권고(제67조) 등이 규정되어 있는데, 이들 중 ‘추방’의 정의에 가장 가까운 것은 강제퇴거이다. 이 글에서는 한국의 관행에 대하여 직접 설명하는 경우에만 ‘강제퇴거’를 사용하기로 한다.

더라도 이는 어디까지나 개념 설정 차원의 문제이며, 개별·구체적인 상황에서 추방 대상 외국인에게 특정한 권리가 있다고 볼 것인지, 보호범위를 어떻게 볼 것인지는 별도로 검토할 문제이다.²⁴⁾²⁵⁾

Ⅲ. 국가의 추방 재량과 국제법상 한계

1. 외국인 추방에 대한 국제법의 통제 필요성

국가는 국가안보나 공공질서 유지 등을 목적으로 외국인 추방에 대한 재량을 행사할 수 있다.²⁶⁾ 외국인의 입국 및 체류 자격을 정하는 국가의 권능은 주권으로부터 나온다.²⁷⁾ 따라서 ‘추방 대상 외국인이 누구이며 어떻게 추방할 것인지’, 즉 추방의 사유, 요건, 절차, 추방 명령·집행의 담당기관 등은 원칙적으로 각국이 정하며,²⁸⁾ 이에 대하여 국제법이 직접 관여하지 않는다. ILC초안도 이러한 관점에서, “국가는 외국인을 자국의 영역에서 추방할 권리(the right to expel)가 있다.”라고 하며(제3조 제1문), 자유권규약위원회도 일반논평에서, “자유권규약은 당사국 영역 안의 외국인의 입국 또는 거주(reside)의 권리를 인정하고 있지 않다. 자국 영역 안으로 누구를 받아들일 것인지에 대한 결정은 원칙적으로 당사국에게 달려있다.”라고 언급하였다.²⁹⁾

23) ILC초안 성안 과정에서, 특히 제2조 (a)의 ‘국가에 귀속 가능한 행위’ 부분에 대한 비판 의견이 개진된 바 있다. 오스트리아는 위 부분이 ‘외국인 추방은 법에 따른 결정에 의거하여 이행되어야 한다’고 한 제4조와 상충되므로 삭제되어야 한다는 취지의 의견을 제출하였다(UN Doc. A/CN.4/669, p.12). 미국은 위 부분이 ‘위장추방(disguised expulsion)은 금지된다’고 한 제10조에 상충되고, 국가의 의도와 관계없이 외국인의 추방을 강제하는 사적 행위자(private actors)의 특정한 행위가 국가책임으로 이어질 수 있다는 점이 우려된다는 의견을 제출하였다(UN Doc. A/CN.4/669, p.13).

24) 자유권규약 제13조 등 주요 인권조약은 ‘합법적으로 체류하는 외국인’을 주어로 하여 일정한 권리를 규정하고 있으나, 일정한 권리를 주거나 보호를 제공하는 문제와 용어 정의 문제는 구별될 필요가 있다. 즉, ‘추방’의 범위를 넓게 설정한다고 하여, 추방시 부여되어야 할 각종 권리·보호를 제공받는 외국인의 대상이 반드시 함께 넓어지는 것은 아니다.

25) 외국인의 체류기간, 외국인 체류의 합법성, 국가가 위법한 수단을 통하여 외국인을 추방한 경우나 국가가 직접 관여하지 않고 외국인을 추방한 경우의 취급 등 ‘추방’을 정의하는 데 고려할 요소에 대한 상세한 검토 및 집단추방의 허용 여부, 자국민 추방 문제 등에 대해서는 저자의 『국제법상 외국인 추방의 한계: 2014년 ILC 외국인 추방 규정초안을 중심으로』(박사학위논문, 연세대학교, 2018. 8.) 중 17-67면 부분을 참조하여 주시기 바란다.

26) Guy S. Goodwin-Gill & Stefan Talmon (ed.), *The Reality of International Law Essays in Honour of Ian Brownlie* (Oxford: Oxford University Press, 1999), p.200; Shaw, *supra* note 4, p.737; David Fisher, Susan Martin and Andrew Schoenholtz, “Chapter 6: Migration and Security in International Law”, T. Alexander Aleinikoff & Vincent Chetail eds., *Migration and International Legal Norms* (The Hague: T.M.C. Asser, 2003), p.87; Tally Kritzman-Amir, “International Migration Law in the Current Legal and Political Reality: Review of Research Handbook on International Law and Migration”, *Israel Law Review*, Volume 49, Issue 1 (Cambridge University Press; The Faculty of Law, The Hebrew University of Jerusalem, 2016. 2.), pp.132-133.

27) Shigeru Oda, *supra* note 14, p.482; Third report on the expulsion of aliens, by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur (19 April 2007, 이하 ‘UN Doc. A/CN.4/581’로 약칭), p.114, para.12; *Draft articles on the expulsion of aliens*, with commentaries (2014), p.6, Article 3에 대한 (1) 부분.

28) 대부분 국가는 외국인에게 입국 및 체류 안정성을 보장하기 위하여 위와 같은 사항을 국내법으로 정립하고 있다.

29) *CCPR General Comment No. 15*, para.5.

그러나 추방될 가능성이 있다는 사실만으로도 본질적으로 외국인은 자국민에 비하여 취약하다.³⁰⁾ 추방의 결정·집행 과정에서 외국인은 당해국가 법·제도에 대한 무지, 언어 구사 능력의 한계 등으로 어려움을 겪기 쉽고, 외국인에 대한 차별·편견에 기초한 가혹한 법 적용, 신변 위협 등에 노출되는 사례도 적지 않다.³¹⁾ 국제법이 외국인 추방 문제를 오로지 국내법의 규율 영역에 맡겨두지 않고, 인권보장의 관점에서 일정한 한계를 제시하는 역할을 할 필요성이 제기되는 이유이다. 이러한 국제법의 역할은 지금까지 주요 인권조약에 의하여 부분적으로 수행되어 왔다. 예컨대, 자유권규약 제13조는 ‘합법적으로 체류하는 외국인’의 추방과 관련한 절차상 권리를 보장하고 있다.³²⁾ 문언상 이 규정은 절차상 권리를 중심으로 추방의 한계를 제시하고 있으나, 본질적 목적은 외국인의 ‘자의적 추방’을 방지하는 데 있는 바,³³⁾ 국가의 추방 재량에 대한 한계를 제시하는 국제법의 역할을 보여주는 대표적 규정이라 할 수 있다. ILC초안 역시 국제법이 국가의 외국인 추방 재량에 대한 한계를 제시할 수 있다는 관점에 기초하여 성안된 것으로, 이 영역에서 국제법이 일반적·포괄적 규율을 시도한 것으로 평가할 수 있다.

2. 추방 사유·요건에 대한 국제법의 통제 가능성

추방의 구체적 사유·요건은 각국의 국내법 규정이나 권한 있는 기관이 정한다. 즉, 국제법은 외국인 추방에 관한 일정한 한계를 제시하지만, 일반적으로 추방의 사유를 직접 정하지는 않는다.³⁴⁾³⁵⁾ 자유권규약 제13조는 단지 ‘법에 따라 이루어진 결정에 의하여’ 추방이 이루어져야 한다고 규정하며, ILC초안도 제4조에서 ‘추방 결정이 법에 따라 이루어질 것’을, 제5조 제2항에서 ‘법으로 규정한 사유에 의해서만 추방할 것’을 요구할 따름이다.³⁶⁾ 이들 규정에서의 법은 ‘국내법’을 지칭하는 것이다.³⁷⁾ 이처럼 추방의

30) 자국민의 추방이 가능한지 여부에 대하여 논의가 있으나, 여기서는 논의를 생략한다.

31) Daniel Kanstroom, “Deportation as a Global Phenomenon: Reflections on the ILC Draft Articles on the Expulsion of Aliens”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 30. (2017), pp.50-51.

32) 제13조: “합법적으로 이 규약의 당사국 영역 안에 있는 외국인은 법에 따라 이루어진 결정에 의해서만 그 영역으로부터 추방될 수 있으며, 또한 국가안보상 불가피하여 달리 요구되는 경우를 제외하고 자신의 추방에 반대하는 이유를 제출함으로써 권한 있는 기관 또는 그 기관이 특별히 지명한 단수 또는 복수의 사람이 자신의 사건을 심사하게 하는 것이 허용되어야 하며, 이를 위하여 앞의 기관 또는 사람 앞에서 다른 사람이 그를 대리하는 것이 인정된다.”

33) *CCPR General Comment No. 15*, para.10; Won Kidane, “Procedural Due Process in the Expulsion of Aliens under International, United States, and European Union Law: A comparative Analysis”, *Emory International Law Review*, Vol. 27 (2013), p.298은 위 규정을 “합법적으로 체류하는 외국인을 추방할 때 법에 따른 결정을 요구하고 외국인의 절차상 권리를 보장하는 등 외국인 추방과 관련한 몇 가지 최소 기준(several minimum standards)을 제시하는 것”이라 평가한다.

34) ILC초안 성안 과정에서 일부 국가는 추방에 대한 국가의 재량을 명확히 표현하기 위하여 ILC초안 제4조에 ‘국가’가 추방 결정을 승인할 수 있는 유일한 주체임을 명시할 필요가 있다고 지적하기도 하였다(UN Doc. A/CN.4/669, pp.15-16, 엘살바도르의 의견).

35) 물론, 조약을 통하여 국가들이 추방의 사유·근거를 제한할 수 있다. 지역적 인권조약인 유럽인권협약 제7추가의정서 제1조 제2항은, 공공질서(public order)를 위하여 필요하거나 국가안보(national security)를 이유로 한 경우에 외국인을 추방할 수 있다고 규정하여, 추방 사유를 큰 틀에서 제한한다.

36) 한편, ILC초안은 이러한 ‘법 준수 요건’(the requirement for conformity with law)이 외국인이 합법적으로 체류하고 있는지에 관계없이 모든 추방 결정에 적용될 것과, 추방의 절차적 측면이든 실제적 측면이든 관계없이 양쪽 모두에 적용될 것을 의도하고 있다[*Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), pp.7-8, Article 4에 대한 (4), (5) 부분]. 다만, 주석

사유·요건과 관련한 국제법의 요구는 단지 ‘추방이 국내법에 따라 이루어질 것’에 집중되어 있으므로, 국내법상 사유와 절차에 따라 적법하게 추방하였다면 국제법 차원에서도 추방이 ‘원칙적으로’ 적법한 것으로 볼 수 있다.³⁸⁾ ILC초안 제5조 제3항에 따르면, 추방의 사유·근거는 모든 상황에 비추어 사실의 중대성, 문제된 외국인의 행위, 사실에서 비롯된 위협의 현재적 성격을 고려하여 신의성실(good faith)하고 합리적(reasonably)으로 평가되어야 한다. 이는 추방국이 추방의 사유·근거를 평가하는 일반적 기준을 제시한 것이라 할 수 있다.³⁹⁾

그러나 이러한 결론이 국가가 국내법에 따라 추방하면 항상 국제법상 의무로부터 자유롭다는 의미는 아니다. 즉, 외국인 추방은 국제의무에 부합하는 방법으로 이루어져야 한다(ILC초안 제5조 제4항 참조).⁴⁰⁾ ICJ는 Ahmadou Sadio Diallo 사건에서, 국가의 행위가 국제의무에 따른 것인지 여부에 ‘해당 국내법 준수 여부’가 영향을 주지만 이는 필요조건일 뿐 충분조건이라 할 수 없고, 해당 국내법은 그 자체로 국제의무를 창설하는 조약 등과 양립할 수 있어야 하며, 추방은 본질적으로 자의적(arbitrary)이어서는 안 된다고 지적하였다.⁴¹⁾

한편, ILC초안 성안 과정을 살펴보면, 제1회독 초안 제5조 제2항에서는 “특히 국가안전과 공공질서를 포함하여”라는 표현을 부가하여 ‘국가안전’과 ‘공공질서’가 추방 사유·근거의 중추적 역할을 한다는 점을 표현하고 있었으나,⁴²⁾ 제2회독 초안에서는 이를 삭제하였다. 일부 국가가 외국인 추방의 사유·근거가 공공질서 또는 국가안보에 제한된다고 할 수 없다는 의견을 제시한 것이 반영된 것이다.⁴³⁾ 이와 같은 흐름을 고려할 때, 추방의 사유·근거를 ‘국가안보 또는 공공질서에 대한 위협’으로 제한하는 것이 일반 국제법의 태도라고 하기는 어렵다. 더욱이, ‘국가안전 또는 공공질서에 대한 위협’이 추방 사유·근거의 한계로서 존재 의의를 가지려면, 그것이 국가가 추방 재량을 행사하는 데 있어 사유·근거를 실질적으로 제한하는 기능을 수행함으로써 외국인 인권 보장에 기여하는 등 고유의 역할을 수행할 수 있어야 하는

도 국내법이 외국인의 체류가 합법적인지 불법적인지에 따라 추방을 위한 다른 규칙과 절차를 적용할 수 있다는 점은 부인하지 않는다.

37) *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), pp.7-8, Article 4에 대한 (6), (7) 부분 및 pp.9-10, Article 5에 대한 (3) 부분; UN Doc. A/CN.4/669, pp.12-13, 16, 영국의 의견 참조.

38) *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), p.8, Article 4에 대한 (6) 부분.

39) *Ibid.*, pp.9-10, Article 5에 대한 (4) 부분; ICJ는 *Ahmadou Sadio Diallo* 사건에서, 콩고민주공화국의 추방 결정이 그 자체로 충분히 정당한 방식으로 추론된 것이 아닌 점을 지적하기도 하였다[*Case concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment (30 November 2010), p.34, para.82.].

40) Article 5 Grounds for expulsion

4. A State shall not expel an alien on a ground that is contrary to its obligations under international law.

41) *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment (30 November 2010), p.28, paras.64-65.(<http://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf> 에서 확인)

42) UN Doc. A/67/10, p.12.

43) 루마니아(Mr. Gâlea)는 외국인 추방 주체가 이민 정책 결정권을 포함한 국가의 주권과 추방 대상 외국인의 권리 사이의 적절한 균형을 찾기 매우 어려운 주제라고 하면서, 외국인 추방의 사유·근거가 공공질서 또는 국가안보에 제한된다고 할 수 없다고 발언하였다(UN Doc. A/C.6/67/SR.19, para.86). 또한, 프랑스(Ms. Belliard)는 ILC 제1회독 초안 제5조의 표현이 외국인의 불법 체류를 추방 사유에서 제외하는 것으로 읽혀질 수 있는 점에 대한 불만을 표시했다(para.98).

데, 이들은 불확실한 법적 개념 또는 일반 개념(general concept)에 불과하다는 의심을 받고 있으며, 대부분의 국내법이 규정하는 구체적 추방 사유는 대체로 이들 범주 안에 포함될 가능성이 높기 때문에, 논의의 실익도 크지 않아 보인다.⁴⁴⁾

3. 위장추방 금지

이상의 논의를 기초로 하면, 국내법에 의한 추방 결정 없이 간접적 수단을 통하여 외국인을 추방하는 것은 그 자체로 문제가 있어 보인다. 즉, ILC초안은, 법에 의거하지 않고 체류하는 외국인을 내보내는 사인의 행위를 해당 국가가 지지·묵인하는 경우를 포함, 체류하는 외국인을 나가도록 만드는 간접적 행위로서 국가에 귀속 가능한 작위 또는 부작위를 ‘위장추방’(disguised expulsion)으로 지칭하고(ILC 초안 제10조 제2항), 이는 금지된다고 규정한다(제1항). 주석은 위장추방의 핵심적 요소로 ‘강요’(compulsion)와 ‘의도’(intention)를 들고 있는바, ‘강요’는 실질적으로 외국인이 체류 국가에서 떠나는 것 외에는 다른 선택을 할 수 없는 상황을 의미하고, ‘의도’는 당해 국가가 외국인을 실제 추방하려는 뜻을 품을 것을 말한다.⁴⁵⁾ 또한, 주석에 따르면, 위 조항에 따라 사인 등의 행위를 국가에 귀속할 수 있는 것인지 여부는 ILC 국가책임 초안 제2장에 따라 판단한다고 하는데,⁴⁶⁾ 이렇게 보면 위장추방의 범위가 크게 확장될 여지가 있는 것이 사실이다.

일부 국가는 ILC초안의 위장추방 금지에 대하여 비판적 의견을 제시하였다. 위장추방의 정의가 명확하지 않다거나,⁴⁷⁾ 초안이 다루는 추방 문제는 국가의 공식행위(formal act)에 국한될 필요가 있다는 취지에서 위장추방 규정의 수정 필요성을 제기하거나,⁴⁸⁾ 이 규정이 불법이민자의 각종 사회적 혜택 또는 금융서비스 등에 대한 접근을 막고, 고용을 차단하며, 자발적 출국을 장려하기 위하여 만들어졌거나 향후 만들어질 국내법과 충돌할 여지가 있다고 지적하는 것이다.⁴⁹⁾ 한국의 관행 중에도 ‘위장추방’으로 취급될 여지가 있는 것이 관찰되는데, 두 가지만 간단히 살펴보기로 한다.

‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’에 따른 ‘출국만기보험·신탁’ 제도를 보면, 그 보험금 등의 지급 시기를 ‘피보험자 또는 수익자(당해 외국인근로자)가 출국한 때로부터 14일 이내’로 정하고 있다(동법 제13조 제3항). 출국만기보험·신탁은 외국인근로자에 대해서는 사실상 퇴직금과 같은 역할을 하는데(동법 제13조 제2항), 위 법률은 체류기간이 만료되어 한국을 떠날 의무가 생긴 외국인근로자가 불법체류하는 것을 방지·억제하기 위하여, 그 보험금 등을 퇴직 이후 일정한 기간 안에 지급하도록 정하지 않

44) 한국·미국·독일·프랑스 등 국내법에 나타나는 추방 사유·근거에 대한 분석은 저자의 『국제법상 외국인 추방의 한계: 2014년 ILC 외국인 추방 규정초안을 중심으로』(박사학위논문, 연세대학교, 2018. 8.) 중 91-111면 부분을 참조하여 주시기 바란다.

45) *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), pp.17-18, Article 10에 대한 (4)-(6) 부분.

46) *Ibid.*, Article 10에 대한 (6) 부분.

47) 한국(UN Doc. A/CN.4/669, p.28).

48) 미국(*Ibid.*, p.29); 오스트리아(p.27).

49) 영국(*Ibid.*, p.28).

고 그의 출국과 연계하고 있다. 헌법재판소는 위와 같이 지급시기를 정하는 동법 제13조 제3항 중 ‘피보험자 등이 출국한 때부터 14일 이내’ 부분이 외국인근로자인 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부가 문제된 사건에서, 심판대상조항은 청구인들의 근로의 권리나 평등권을 침해하지 않는다고 하였다(법정의견).⁵⁰⁾ 외국인근로자가 보험금 등을 받기 위해서는 반드시 한국을 떠나도록 하는 위 법률 조항은, 국가가 당해 외국인의 불법체류를 용인하지 않으려는 뜻을 품고(의도 측면), 실질적으로 출국 외에는 다른 선택을 할 수 없는 상황을 만드는 것이라 볼 수도 있는데(강요 측면), 그렇다면 ILC초안 제10조 제1항이 금지하는 ‘위장추방’의 한 유형에 해당한다고 볼 여지도 있다. 물론, 외국인근로자가 보험금 등을 포기할 수 있으므로, 이를 위장추방에 해당한다고 볼 수 없다는 반론도 가능할 것이다.

한편, 위 법률 제25조 제4항은 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경 횟수를 제한하고 있다.⁵¹⁾ 외국인근로자가 그 사업 또는 사업장 변경 횟수 제한에 도달한다면, 현재 사업 또는 사업장에서 어떠한 문제를 겪더라도 더는 이를 변경할 수 없으므로, 문제를 감수하고 계속 일을 하든지, 아니면 제25조 제3항에 따라 출국할 수밖에 없다. 헌법재판소는 위와 같이 횟수 제한을 규정한 법률조항이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부가 문제된 사건에서, 해당 조항은 내국인근로자의 고용기회를 보호하고 중소기업의 인력수급을 원활하게 하기 위해 도입된 것이라 하면서 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다(법정의견).⁵²⁾ 그리고 헌법재판소는 사업 또는 사업장 변경허가를 받지 못한 외국인근로자에게 출국의무를 부과하는 법률조항에 대하여, 외국인근로자의 사업장 변경 자체를 금지하는 것이 아니라 허가기간을 제한한 것에 불과하다는 점 등을 들어 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하지 않는다고 결정하였다(법정의견).⁵³⁾ 이 제도 역시 국가가 외국인의 불법체류를 용인하지 않으려는 뜻에서(의도 측면), 출국 외에는 다른 선택을 할 수 없도록 한다고 보면(강요 측면), ILC초안 제10조 제1항이 금지하는 위장추방의 한 유형에 해당한다고 볼 여지가 있다.

ILC초안 제10조 제1항은 국가가 외국인에 대한 명시적 추방 결정을 하지 않고 간접적 수단을 통하여 외국인의 출국을 의도·강요함으로써, 추방 과정에서 보장되어야 할 외국인의 권리들이 적용되지 않게 되는 상황을 우려하여 마련된 것이다. 그러나 복지수준이 높은 국가, 또는 실업률이 높은 국가일수록 복지혜택과 일자리를 찾아오는 외국인에 대한 반감이 심하며, 이민 관련 정책이 정치적으로 매우 민감한 이슈를 형성하고 있다. 이로 인하여 외국인의 불법체류를 방지·억제하는 것은 모든 국가의 출입국·외국인 행정에서 가장 중요하고도 민감한 과제이다. 위장추방이 가지는 문제점에도 불구하고, 국가들

50) 헌법재판소 2016. 3. 31. 2014헌마367, 판례집 28-1상, 471, 480-487면.

51) 제25조(사업 또는 사업장 변경의 허용) ① 외국인근로자(제12조 제1항에 따른 외국인근로자는 제외한다)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 직업안정기관의 장에게 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다. <각호 생략>

④ 제1항에 따른 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경은 제18조에 따른 기간 중에는 원칙적으로 3회를 초과할 수 없으며, 제18조의2 제1항에 따라 연장된 기간 중에는 2회를 초과할 수 없다. 다만, 제1항 제2호의 사유로 사업 또는 사업장을 변경한 경우는 포함하지 아니한다.

52) 헌법재판소 2011. 9. 29. 2007헌마1083등, 판례집 23-2상, 623, 642-643면.

53) 헌법재판소 2011. 9. 29. 2009헌마351, 판례집 23-2상, 659, 671-673면.

은 불법체류 외국인에 대한 각종 불이익·제재 조치를 부과하여 궁극적으로 불법체류 외국인의 출국을 유도하는 자신의 재량이 국제법에 의하여 제한된다는 관념을 받아들이기 어려울 것이다.

IV. 추방 대상 외국인의 권리 보장

1. 개관

추방 대상 외국인에게는 생명권, 신체의 안전과 자유를 보장받을 권리, 가족생활을 존중받을 권리, 재산권, 차별받지 않을 권리 등이 보장되어야 한다.

ILC초안 제13조 제1항은 “추방의 대상이 되는 모든 외국인은 추방 과정의 모든 단계에서 인도적으로 또한 인간 고유의 존엄성을 존중하여 대우 받는다.”라고 하고, 제2항은 “그 외국인은 이 초안에 적시된 것을 포함하여 인권을 존중받을 권리가 있다.”라고 한다. 위 제1항은 자유권규약 제10조 제1항에서 가져온 표현으로, ‘인간 고유의 존엄성’이 모든 인간에게 내재된 속성으로 받아들여진다는 점을 분명히 한다.⁵⁴⁾ 또한, ‘추방 과정의 모든 단계에서’라는 문구를 통하여, 추방 결정과 그 집행 과정에서 항상 존엄성과 인권이 지켜져야 한다는 점을 강조한다. 제2항은 ILC초안에 적시되지 않은 권리라 하여 경시되지 않음을 표현한 것으로, ILC초안에 적시된 외국인의 권리가 그렇지 않은 권리에 비하여 반드시 더 중요한 것으로 이해되어서는 안 된다는 점을 지적한다.⁵⁵⁾

ILC초안은 아동 등 취약계층(vulnerable persons)에 대한 적절한 대우 필요성에 주목하고 있다. 제15조 제1항은 “추방의 대상인 아동, 노인, 장애인, 임신한 여성, 그 밖의 취약계층은 그와 같이 고려되고, 그들의 취약성(vulnerabilities)을 적절하게 고려하여 처우되고 보호되어야 한다.”라고 하고, 제2항은 “특히, 추방 대상 아동에 관한 모든 행위에서는, 아동의 최선의 이익이 우선적으로 고려되어야 한다.”라고 한다.

또한, ILC초안 제17조는 “추방국은 추방 대상 외국인이 고문 또는 잔혹하거나 비인도적이거나 굴욕적인 대우 또는 차별을 받지 않도록 해야 한다.”라고 하여 외국인 추방의 맥락에서 고문 등 금지 원칙을 확인하고 있다. ICJ는 Ahmadou Sadio Diallo 사건에서, ‘비인간적이고 굴욕적인 대우 금지’가 모든 상황에서 모든 국가를 구속하는 ‘일반국제법 원칙의 하나’라는 데 의심의 여지가 없다고 하였다.⁵⁶⁾ 위 제17조가 나열하고 있는 고문, 잔혹하거나 비인도적이거나 굴욕적 대우 또는 차별의 각 의미는 서로 명확히 구별된다고 하기 어려우며, 신체적 고통에 국한하지 않고 정신적 고통을 주는 행위로 넓게 해석할

54) *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), p.19, Article 13에 대한 (1), (2) 부분.

55) *Ibid.*, pp.19-20, Article 13에 대한 (3) 부분.

56) *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment (30 November 2010), p.36, para.87.

수 있다.⁵⁷⁾

한편, 신체의 안전과 자유를 보장받을 권리와 관련하여 추방 대상 외국인 구금 문제가 중요하게 다루어진다. 구금은 신체의 안전과 자유를 제한하는 가장 대표적 유형인바, 국가가 외국인을 추방하려 할 때 그의 신병을 확보하기 위하여 구금하는 사례가 빈번하기 때문에 특히 검토가 필요하다. 이에 대해서는 항을 바꾸어 살펴본다.

2. 추방 대상 외국인 구금

1) 문제점

국가가 외국인을 추방하기 위해서는 국내절차를 거쳐야 하므로 추방 명령이 확정될 때까지 일정한 시간이 소요된다. 추방 명령이 확정된 후에도 대상 외국인이 출국을 거부하며 저항할 수도 있고, 그를 받아들일 국가가 없는 등의 이유로 추방 명령 집행이 사실상 곤란할 수도 있다. 이처럼 외국인에 대한 추방 명령이 확정되기까지, 또는 확정 이후 집행되기까지 그의 신병을 확보하기 위하여 외국인을 일정한 공간에 유치(留置)하는 경우가 있다. 이는 형사절차상 조치가 아니지만, 신체의 자유를 박탈하고 일정한 공간에 머무르게 강제한다는 측면에서는 형사절차상 구속되거나 자유형을 집행받는 것과 실질적으로 차이가 없다.

추방 대상 외국인 구금은 사법기관의 판단을 거쳐 시행되는 형사절차상 구금과 달리, 추방 결정이나 그 집행의 신속성·용이성이 강조된 나머지 외국인 출입국을 관할하는 국가기관에 의하여 비교적 간단한 절차로 시행되는 경우가 많고, 그 기관의 재량이 넓게 인정되며 중립적인 기관의 사전·사후통제가 미흡하다는 문제 등이 지적되는바, 신체의 자유를 침해하는 자의적 구금이 이루어질 위험이 크다.

2) 자의적 구금 금지

신체의 자유는 그 중요성에도 불구하고 절대적 권리로 볼 수는 없다. 즉, 신체의 자유는 적법절차에 기초한 형벌 집행이나 법령에 따른 행정기관의 일시적 격리 조치와 같은 정당한 공권력 행사의 결과로 박탈될 수 있다.

국제법은 허용되지 않는 구금의 일부를 ‘자의적 구금’(arbitrary detention)으로 범주화하고 있다. 자의적 구금에 해당하는지 여부는 구금 결정의 존부, 적법절차 준수여부, 구금의 필요성, 기간, 장소, 처우 등을 종합적으로 고려하여 판단한다. 자유권규약 제9조 제1항은 ‘누구든지’ 자의적으로 체포되거나 구속되지 않는다고 하여 신체의 자유를 모든 사람의 권리로 규정한다.⁵⁸⁾ 따라서 추방 대상 외국인도 이

57) CCPR General Comment No. 20, paras.4-5.

58) 자유권규약 제9조 제1항: “모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 자의적으로 체포(arrest) 또는 구금(detention)되지 않는다. 어느 누구도 법으로 정한 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 않는다.”

규정에 따라 보호될 수 있다.⁵⁹⁾ 자유권규약위원회는 일반논평에서 “(외국인의 출국을 강제하는 모든 절차에 관하여) 그러한 절차가 체포를 수반하는 경우, 자유 박탈에 관한 동 규약의 보호규정이 적용될 수 있다.”라고 확인하였다.⁶⁰⁾ 국제사법재판소(ICJ)도 Ahmadou Sadio Diallo 사건에서, 자유권규약 제9조 제1항, 제2항이 형사 절차에 국한하여 적용되는 것이 아니며, 외국인을 체류국 영역에서 ‘강제로 내보내는 것’(forcible removal)과 같은 행정절차로서 시행된 자유 박탈의 조치에도 적용된다는 점을 인정하였다.⁶¹⁾ 자유권규약 제9조를 참조하여 마련된 ILC초안 제19조 제1항 (a)도,⁶²⁾ “추방을 목적으로 하는 외국인 구금은 본질적으로 자의적이어서는 안 된다(shall not be arbitrary)”라고 한다.⁶³⁾

추방 대상 외국인 구금은 사법기관의 관여 없이 개시되는 경우가 많은데, 사법기관 관여가 없다고 하여 구금이 곧바로 자의적인 것으로 평가되는 것은 아니다. 자유권규약위원회는 추방 대상 외국인의 구금과 같이 ‘출입국통제를 위한 절차에서 시행되는 구금’은 그 자체로 자의적 구금이라 할 수 없으나, 상황에 비추어 합리적이고(reasonable), 필요하며(necessary), 비례적이라는(proportionate) 사정으로서 정당화되어야 하며, 구금 결정은 대상 외국인의 신체적·정신적 건강에 미치는 영향을 고려하여야 한다고 보았다.⁶⁴⁾ 다만, 자유권규약위원회는, ‘행정구금’(administrative detention or internment)은 그 자체로 자의적인 자유 박탈의 ‘심각한 위험’(severe risks)을 제기하며, 형사사법 절차를 포함하여 위협에 대처하는 ‘다른 효과적 수단’(other effective measures)을 이용할 수 있다면 이는 자의적 구금에 해당한다고 하였다. 당사국으로서는 구금된 사람이 현재의, 직접적이고, 긴절한 위협을 제기한다는 점과, 대안적 수단(alternative measures)으로는 이에 대처할 수 없다는 점을 입증할 필요가 있고, 구금 기간이 길어질수록 입증 부담도 점차 커진다고 강조하였다.⁶⁵⁾

한편, 자유권규약 제9조 제1항을 고려할 때, 법으로 정한 사유나 절차에 따르지 않은 구금은 자의적 구금에 해당할 가능성이 높다.⁶⁶⁾ 자유권규약위원회는 설사 국내법으로 정한 사유 및 절차에 부합하는

59) *CCPR General Comment No. 35*, para.3: 제9조의 보호대상에는 외국인과 난민·난민신청자, 이주노동자, 무국적자 등이 널리 포함된다고 하였다.

60) *CCPR General Comment No. 15*, para.9; 한편, *CCPR General Comment No. 35*, paras.2, 4에 따르면, 위 규약 제9조 중에서 제2항의 일부분과 제3항은 범죄 혐의로 체포·구금된(arrested or detained on a criminal charge) 경우에 적용되는 것이지만, 그 외의 부분, 특히 제4항(the legality of detention)이 규정하는 ‘재판을 받을 권리’는 그러한 제한 없이 자유를 박탈당한 모든 사람이 적용대상이다.

61) *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment (30 November 2010), p.33, para.77. (<http://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf> 에서 확인)

62) 특히, *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), pp.25-26, Article 19에 대한 (2) 부분 참조.

63) Article 19 Detention of an alien for the purpose of expulsion

1. (a) The detention of an alien for the purpose of expulsion shall not be arbitrary nor punitive in nature.

64) *CCPR General Comment No. 35*, para.18. 특히, 추방 대상 외국인이 아동이라면 그 본질적 취약성(vulnerability)을 감안하여, 구금은 최후 수단으로서, 적절한 최단 기간 안에서 시행되어야 하며, 구금 기간과 조건이 아동에게 최대한 이익이 되는 방향으로 고려될 필요가 있다고 보았다.

65) *Ibid.*, para.15.

66) ‘법으로 정한 사유 및 절차’에서 말하는 ‘법’은 입법부가 정한 형식적 의미의 ‘법률’이라고 이해된다. 따라서 동 조항의 이 부분은 ‘법률유보의 원칙’을 천명한 것으로 이해된다[Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (Kehl: N.p.Engel, 1993), pp.171-172].

구금이라 할지라도, 해당 구금을 구체적으로 고찰해 보았을 때, 부적절(inappropriateness), 부정의(injustice), 예측가능성 및 적법절차의 부재(lack of predictability and due process of law)와 같은 문제를 가진 구금, 합리성(reasonableness), 필요성(necessity), 비례성(proportionality)을 결여한 구금이 라면 자의적이라고 평가될 여지가 있다고 하였다.⁶⁷⁾ 이하에서는 추방 대상 외국인 구금이 ‘자의적 구금’으로 판단될 수 있는 전형적 사례들을 차례로 살펴본다.

3) 추방을 위한 신병 확보 목적에서 벗어난 경우

본질적으로, 추방 대상 외국인 구금은 추방 명령이 확정되기까지, 확정된 이후 실제 집행되기까지 그의 신병을 확보하기 위한 것이므로, ‘추방’을 목적으로 시행되어야 한다. 예컨대, 외국인에게 고통을 주기 위한 구금과 같이, 추방 결정 또는 그 집행이 아닌 다른 목적으로 시행되어서는 안 된다.

또한, 외국인에 대한 추방 명령의 집행 가능성이 존재해야 한다. 예컨대, 추방 대상 외국인을 받아들일 만한 국가가 없는 경우, 추방 명령은 사실상 집행될 수 없다.⁶⁸⁾ 그런데도 구금이 계속 시행된다면 이는 ‘자의적 구금’에 해당한다는 평가를 면하기 어려울 것이다.⁶⁹⁾ ILC초안 제19조 제3항 (b)도 추방 결정이 집행될 수 없는 경우, 그것이 그 외국인의 책임으로 돌릴 수 있는 것이 아닌 한, 원칙적으로 구금은 종료되어야 한다고 규정한다.⁷⁰⁾

4) 구금 장소 등 처우가 적정하지 않은 경우

추방 대상 외국인 구금은 신병 확보 목적으로 시행되어야 하므로, 그를 범죄를 저질러 처벌받는 것과 같이 처우해서는 안 된다. 따라서 추방 대상 외국인에게 작업·노역 등을 부과하거나 교정·교화를 위한 조치를 할 수 없다. ILC초안 제19조 제1항 (a)는 ‘추방을 목적으로 하는 외국인 구금은 징벌적으로 (punitive) 이루어져서는 안 된다’고 명시한다.⁷¹⁾

한편, ILC초안 제19조 제1항 (b)는 “추방 목적으로 구금된 외국인은 예외적인 경우를 제외하면 자유

67) *CCPR General Comment No. 35*, paras.12, 18; 홍성필, “구금의 자의성에 관한 연구 - 유엔 자의적 구금 실무그룹의 줄리안 아싼지 사례를 중심으로-”, 『법학논총』, 제33권 제1호 (서울: 한양대학교 법학연구소, 2016. 3.), 37-40면 참조.

68) ILC초안 제22조 제1항에 따르면, 추방 대상 외국인은 “국제법에 따라 당해 외국인을 받아들일 의무가 있는 국적국이나 그 국가, 또는 추방국 요청에 따라 그를 받아들이고자 하는 국가”로 추방되는데, 그의 국적을 둘러싸고 국가간 이견이 있거나 그 밖의 다양한 문제로 그를 받아들일만한 국가가 없는 경우가 있을 수 있다.

69) *CCPR General Comment No. 35*, para.18.

70) Article 19 Detention of an alien for the purpose of expulsion

3. (b) Subject to paragraph 2, detention for the purpose of expulsion shall end when the expulsion cannot be carried out, except where the reasons are attributable to the alien concerned.

이 규정을 ‘추방 결정을 집행할 수 없는 데 대한 책임이 외국인에게 있다면 계속 구금할 수 있다’는 취지로 해석해서는 안 된다. 즉, 외국인에게 집행 불능에 대한 책임이 있더라도 ‘과도한 기간’(excessive duration) 구금하는 것은 금지된다[*Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), p.27, Article 19 대한 (8) 부분].

71) *supra* note 63.

박탈을 포함하는 형벌을 선고받은 자와 분리되어야 한다.”고 규정한다. 이 규정의 취지는, 체류국이 추방 목적 외국인의 수용을 위한 시설을 반드시 따로 마련하여야 한다는 것은 아니고, 수형자들을 수용하는 시설을 이용할 수 있으나 수형자와 혼거 수용하지 않아야 한다는 것으로 이해된다.⁷²⁾ 다만, 일부 국가는 추방 대상 외국인을 수형자와 분리 수용하는 국가 관행은 일반화되어 있지 않다는 등의 부정적 의견을 표시하였다.⁷³⁾

구금 장소는 외국인이 머무르는 데 적절하고(appropriate), 위생적(sanitary)이어야 한다.⁷⁴⁾ 이는 대상자의 국적, 종교나 평소 생활환경 등에 비추어 구체적으로 판단되어야 할 것이다.

5) 구금이 과도한 기간 계속되는 경우

ILC초안 제19조 제2항 (a)는, 구금 기간은 추방 집행을 위하여 합리적으로 필요한(reasonably necessary) 기간으로 제한되어야 하며, ‘과도한 기간’(excessive duration) 구금은 금지된다고 규정한다.⁷⁵⁾ ‘합리적으로 필요한 기간’이 어느 정도인지는 일률적으로 말하기 어렵지만, 판단기관의 인적·물적 상황에 대한 고려 아래 추방 결정이 지나치게 지연되고 있지 않은지, 추방 결정의 집행을 위하여 이를 수행하는 운송사업자가 적절히 연계되고 있는지, 그 외국인을 받아들일 여지가 있는 국가와 협의가 성실하게 진행되고 있는지 등을 구체적으로 따져 판단할 수 있을 것이다.

ILC초안이 구금 기간을 ‘합리적으로 필요한 기간’으로 제한하는 데서 나아가, ‘과도한 기간’의 구금이 금지된다고 명시한 것 대해서는 논란이 있었다. 일부 국가는 ‘과도한’(excessive)이라는 표현이 논란이 될 수 있으므로, ‘무기한’(indefinite)으로 용어를 수정하는 것이 적절하다는 의견을 제시하거나,⁷⁶⁾ 자국은 국내법 등에 따라 이미 구금 기간을 제한하고 있는바, 국제법이 구금 기간의 상한을 제한한다는 관념을 받아들일 수 없다는 취지의 비판적 견해를 나타냈다.⁷⁷⁾ 다만 이들 국가도 의견의 취지와 국가 관행 등을 종합하면 적어도 구금이 ‘무기한’ 집행되어서는 안 된다는 점에 대해서는 동의하는 것으로 보인다.

유엔난민기구(UNHCR)도 출입국 통제와 관련한 목적을 달성하기 위하여 외국인을 ‘무기한 구금’(indefinite detention) 하는 것은 국제인권법 차원에서 ‘자의적 구금’이라는 판단을 면하지 못한다고 하면서, 구금 기간은 필요한 범위 안으로 제한되어야 하고, 자의적 집행을 막기 위해서는 구금의 최대 기간을 국내법으로 정하여야 한다고 보았다.⁷⁸⁾

72) *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), pp.25-26, Article 19 대한 (4) 부분.

73) ILC초안 성안 과정에서 독일은 실제 상황에서 수형자와의 분리가 어려울 수 있다는 우려를 표명하였다. 캐나다는 ILC초안 제 19조 제1항 (b)에 ‘가능한 한’을 삽입하자고 주장하였다. 미국이나 영국의 입장도 이와 비슷하다(UN Doc. A/CN.4/669, pp.38-43).

74) *CCPR General Comment No. 35*, para.18.

75) Article 19 Detention of an alien for the purpose of expulsion

2. (a) The duration of the detention shall be limited to such period of time as is reasonably necessary for the expulsion to be carried out. All detention of excessive duration is prohibited.

76) UN. Doc. A/CN.4/669, p.38(캐나다).

77) *Ibid.*, p.42(영국).

한편, ILC초안 제19조 제2항 (b)는 구금 기간 연장은 법원 또는 사법적 심사(judicial review)를 하는 다른 권한 있는 기관에 의하여 결정되어야 한다고 규정한다.⁷⁹⁾ 구금 기간 연장 판단이 사법적 심사의 성격을 가지고 있다면 그러한 재량을 가진 기관이 행정부 소속이어도 무방하다는 취지로 이해된다.⁸⁰⁾ ILC초안이 구금 기간 연장 결정의 주체를 법원으로 한정하지 않은 것은, 이에 대한 결정이 법원의 전속적 판단사항이 아니라고 주장하는 각국의 의견이 영향을 준 것으로 보인다.⁸¹⁾

한편, 한국 출입국관리법에는 강제퇴거⁸²⁾ 결정 시까지(제51조),⁸³⁾ 또는 그 결정의 집행 시까지(제63조)⁸⁴⁾ 당해 외국인의 신병을 확보하기 위하여 일정한 장소에 그를 유치하는 ‘보호’ 제도가 규정되어 있다. 대상자는 출입과 면회가 제한되는 등 수행자와 유사한 통제를 받게 되는데, 이러한 구체적 사정을 고려하면, ‘보호’는 실질적으로 추방 대상 외국인을 강제퇴거 결정 시까지 또는 그 결정의 집행 시까지 구금하는 제도라 할 수 있다.⁸⁵⁾

강제퇴거 결정 시까지의 보호는 기간이 10일로 제한되어 있고 부득이 한 경우에 한하여 10일을 초과하지 않는 범위 내에서 한 차례만 연장 가능한 반면, 강제퇴거 집행을 위한 보호는 기간 상한이 규정되어 있지 않고 단지 보호 기간이 3개월을 초과하면 매 3개월 법무부장관의 사전 승인을 받아야 한다는 제한만 있을 뿐이다. 따라서 후자의 보호는 무기한 계속 시행될 가능성이 있는바, 앞서 본 국제법상 한계에 비추어 문제 소지가 있다. 특히, 출입국관리법은 강제퇴거 명령을 받은 사람이 타국으로부터 입국이 거부되는 등 사유로 ‘송환할 수 없음이 명백하게 된 경우’에도 그의 보호를 ‘해제할 수 있다’고 규정하여(제63조 제4항), 석방을 당국의 재량으로 규정하고 있다. 강제퇴거 집행이 사실상 불가능하게 된 경우에도 계속 구금할 여지를 남겨두는 것은 잘못된 입법이며, 개선이 필요하다.

헌법재판소는 ‘강제퇴거명령을 받은 사람을 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 보호할 수 있도록 규정한 출입국관리법 제63조 제1항이 신체의 자유를 침해하여 위헌인지 여부’가 쟁점이 된 위헌법률심판

78) UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention* (2012), p.26, paras.44-46. (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html> 참조; 2019. 1. 17. 확인)

79) Article 19 Detention of an alien for the purpose of expulsion

2. (b) The extension of the duration of the detention may be decided upon only by a court or, subject to judicial review, by another competent authority.

80) *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), p.27, Article 19 대한 (7) 부분.

81) 일부 국가는 국내법령에 따라 행정부에 속하는 기관이 구금 기간 연장을 결정하여도 무방하다는 의견을 제출한바 있다(UN Doc. A/CN.4/669, pp.38, 41, 43, 벨기에·캐나다·한국·미국의 의견).

82) 출입국관리법 제46조 제1항에 의하면, 지방출입국·외국인관서의 장은 각 호의 어느 하나의 사유가 있는 외국인을 대한민국 영역 밖으로 내보낼 수 있는데, 이를 ‘강제퇴거’라 하며, 앞서 정리한 ‘추방’ 개념에 포함될 수 있다.

83) 제51조(보호) ① 출입국관리공무원은 외국인이 제46조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 도주하거나 도주할 염려가 있으면 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 보호명령서를 발급받아 그 외국인을 보호할 수 있다.

84) 제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다.

85) 대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결에 의하면, 출입국관리법 제63조 제1항에 따른 보호 명령의 법적성질은 ‘일정한 목적상 및 시간상 한계를 가진 일시적 강제조치’이다; 국가인권위원회도 보호는 표현과 달리 실질적으로는 구금과 다름없이 운영되고 있다는 취지로 결정한 바 있다(국가인권위원회 2005. 5. 23. 04진인139, 04진기131(병합) 결정).

사건에서, 보호기간의 절대적 상한을 둘 경우 국가안보·질서유지 및 공공복리에 위해가 될 수 있고, 비교법적으로 볼 때 구금 기간 상한을 두지 않은 입법례가 있으며, 3개월마다 법무부장관의 승인을 통하여 보호 기간을 연장하도록 보완장치가 마련되어 있는 점 등을 들어, 심판대상조항을 합헌이라고 결정하였다(법정의견).⁸⁶⁾ 중기를 예측할 수 없는 구금은 대상자에게 매우 큰 고통을 주는바, 위 결정에 대해서는 강제퇴거 명령 집행을 위한 신병 확보 필요성만을 강조한 것이라는 비판이 가능하다.

6) 사법적 심사 또는 정기적인 재검토 가능성이 제공되지 않는 경우

추방 대상 외국인에게 구금의 적법여부에 대한 사법적 심사(judicial review)를 구할 권리와 구금에 대한 정기적 재검토(re-evaluation)를 구할 권리가 주어져야 한다.⁸⁷⁾ ILC초안은 앞서 언급한 것과 같이, 제19조 제2항 (b)에서 구금 기간 연장과 관련하여 사법적 심사의 필요성을 규정하고 있다.⁸⁸⁾ 구금된 사람이 법원 등에 구금의 적법성을 다투고 위법한 구금에 대한 석방명령을 구할 권리가 실질적으로 보장되기 위해서는, 대상자가 알아들을 수 있는 언어로 그러한 권리의 존재가 통지되어야 하며, 법전문가와 접견교통할 수 있는 기회가 보장되어야 할 것인바,⁸⁹⁾ 자세한 사항은 절차상 권리 부분에서 후술한다. 한국 출입국관리법에는 법무부장관에 대한 이의신청 제도가 규정되어 있는데(출입국관리법 제55조, 제63조 제6항), 법무부장관은 외국인의 출입국 관리 및 체류와 관련된 행정을 통할하는 행정기관이므로, 이의신청 제도는 ‘기관의 내부통제’에 불과한 것으로 보이며 국제법상 요청되는 ‘사법적 심사’(judicial review)로 보기에 미흡하다.⁹⁰⁾ 다만, 대상 외국인은 일반 행정소송 절차로 보호 처분의 적법성을 다퉴 수 있으므로, 한국 국내법 제도 전체로 볼 때는 ‘사법적 심사’의 가능성이 열려있다.⁹¹⁾

한편, ILC초안 제19조 제3항 (a)는 추방 대상 외국인 구금의 ‘비징벌적 성격’(the non-punitive nature)을 고려하여, 외국인 추방 대상자의 구금은 ‘정기적으로 검토’(regular review)되어야 한다고 규정한다.⁹²⁾ ILC초안은 이를 검토할 기관의 성격에 대해서는 명시하지 않았다. 한국 출입국관리법은 추방 명령 집행을 위한 보호와 관련하여, 지방출입국·외국인관서의 장은 보호 기간이 3개월을 초과하는 경우 3개월마다 법무부장관의 사전 승인을 받아야 하고, 이를 받지 못하면 즉시 보호를 해제하여야 한다고 규정한다(제63조 제2항, 제3항). 이는 앞서 본 구금 장기화의 문제점을 최소화할 수 있는 하나의 수단이다. 그러나 법무부장관은 앞서 본 바와 같이 외국인의 출입국 관리 및 체류와 관련된 행정 업무

86) 헌법재판소 위 공보, 396-399면.

87) *CCPR General Comment No. 35*, para.18.

88) *supra* note 79.

89) *CCPR General Comment No. 35*, para.46; UNHCR, *supra* note 78, pp.27-28, para.47.

90) 국가인권위원회 2008. 4. 28. 08진인28 결정 참조.

91) 한편, 인신보호법은 “위법한 행정처분 또는 사인에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인의 구제절차를 마련”하고 있으나(제1조), 제2조 제1항 단서에서 “출입국관리법에 따라 보호된 자”를 이 법이 구제대상으로 삼는 피수용자 범위에서 제외하고 있다. 따라서 인신보호법은 보호 대상 외국인에게는 효용이 크지 않다.

92) *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), p.27, Article 19 대한 (8) 부분.

에 종사하는 공무원을 관리·감독하는 입장에 있으므로, 보호기간 연장과 관련하여 합목적적 사고에 치중하고 하급자의 기간 연장 필요성 주장에 경도될 여지가 크다. 그러므로 법무부장관의 사전 승인은 보호 기간을 제한하는 데 유효적절한 수단이 되기에 부족하다.

V. 추방 대상 외국인에 대한 절차상 권리 및 추방국으로의 재입국

1. 절차상 권리

국가가 일정한 범주의 외국인에게 추방 결정을 하기까지, 그리고 추방 명령을 집행하여 그를 국경 밖으로 내보내기까지, 추방 대상 외국인에게는 일정한 절차상 권리가 보장될 필요가 있다. 자유권규약 제13조는 합법적으로 규약 당사국 영역 내에 있는 외국인에 대하여 이의제기권, 재심사청구권, 대리인 선임권을 보장하고 있는바,⁹³⁾ 이 규정은 추방 대상 외국인에 대한 절차상 권리와 관련하여 중요한 역할을 한다. 자유권규약위원회는 일반논평을 통해 규약 제13조에 따른 권리는 당사국 영역 내에 합법적으로 존재하는 외국인만을 보호한다는 점을 긍정하면서도, 다만 어떠한 외국인의 입국 또는 체류의 합법 여부가 문제될 경우, 그의 추방 등으로 이어질 수 있는 그 합법성 여부에 대한 어떠한 결정도 규약 제13조에 따라 이루어져야 한다고 지적하였다.⁹⁴⁾

ILC초안 제26조는 위 조항을 기초로, 외국인을 추방할 때 보장하여야 하는 절차상 권리(procedural rights)들을 나열하고 있다.⁹⁵⁾ 이에 따르면, ‘추방 결정의 통지를 수령할 권리’(통지수령권), ‘국가안보 상 불가피하여 달리 요구되는 경우를 제외하고 추방 결정에 이의를 제기할 권리’(이의제기권), ‘권한 있는 당국에 의하여 청취될 권리’(청문권), ‘추방 결정에 이의를 제기할 효과적 수단에 접근할 권리’(재심사청구권), ‘권한 있는 당국 앞에서 대리될 수 있는 권리’(대리인선임권), ‘권한 있는 당국이 사용하는 언어를 이해하거나 말할 수 없는 경우 무료로 통역지원을 받을 권리’(통역요청권, 이상 제1항), ‘영사지원을 요청할 권리’(영사지원요청권, 제3항)가 추방 대상 외국인에게 인정된다.

특히, 대리인선임권에 대하여 살펴보면, 주석은 이 권리를 ‘변호사 자격을 가진 대리인’을 선임할 권리로 볼 수는 없으며, 대리인선임에 필요한 비용을 해당 국가가 부담할 것이 요구되지도 않는다고 설명한다.⁹⁶⁾ 그러나 ILC초안이 이를 ‘권리’로 묘사하는 이상(“the right to be represented before the

93) *supra* note 32.

94) *CCPR General Comment No. 15*, para.9.

95) ILC초안 제26조는 자유권규약 제13조와 달리 절차상 권리와 관련하여 ‘합법체류 외국인’이라는 제한을 두고 있지 않지만, 제4항에서 단기간 불법체류한 외국인에 대한 국가들의 예외적 규율 가능성을 열어두고 있다. 이에 대한 상세한 검토는 저자의 『국제법상 외국인 추방의 한계: 2014년 ILC 외국인 추방 규정초안을 중심으로』(박사학위논문, 연세대학교, 2018. 8.) 중 266-270면 부분을 참조하여 주시기 바란다.

96) *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), p.43, Article 26에 대한 (6) 부분.

competent authority”), 이러한 설명은 다소 궁색하다.⁹⁷⁾ 일부 국가는 초안의 ‘권리’라는 표현이 해당국으로 하여금 대리인선임을 보증할 적극적 의무를 부담하도록 하는 것으로 이해될 수 있는바, 그러한 의무를 받아들일 수 없다는 의견을 제출하기도 하였다.⁹⁸⁾

ILC초안 성안 과정에서는 통역요청권에 대해서도 논란이 있었다. 국가 입장에서는 통역 제공에 수반되는 비용 부담을 우려할 수 있다.⁹⁹⁾ 그러나 언어 소통이 제대로 되지 않는 상태에서 추방 대상 외국인의 구체적 사정이 추방 결정 과정에 적절하게 반영될 리 만무하므로, 통역요청권은 절차상 권리의 핵심적 권리로서 이해되고 보장될 필요가 있다. 다만, ILC초안이 말하는 권리가 다량의 문서에 대한 번역을 요청할 권리로는 이해되지 않으며, 이의제기권·청문권을 실질적으로 행사하여 추방 결정을 다투는 절차가 공정하게 진행될 수 있으면 족하다고 할 것이다. 또한 이 권리가 국제사회나 추방국이 소재하는 지역에서 일반적으로 사용되지 않는 언어로 통역해 줄 것을 요청할 권리로까지 이해되지 않는다.¹⁰⁰⁾ 한국 출입국관리법은 외국인을 출석시켜 신문하는 절차와 관련하여, “국어가 통하지 아니하는 사람……의 진술은 통역인에게 통역하게 하여야 한다.”라고 규정한다(제48조 제6항).

추방 절차에서 외국인에게 보장되는 권리를 나열한 ILC초안 제26조 제1항과 관련하여, 일부에서는 위에서 나열한 권리가 외국인이 추방 절차에서 향유할 수 있는 권리의 최소한을 적은 것임을 규정에 명시할 필요가 있다고 지적하기도 하였다.¹⁰¹⁾ 또한, 이러한 시각을 기초로 추방 대상 외국인에게 국선 변호사의 선임을 요청할 수 있는 권리, 즉 ‘법률구조요청권’이 보장될 필요가 있다고 지적하는 견해도 있다.¹⁰²⁾ 일부 국가에서 추방 대상 외국인에게 국선변호사에 의한 조력을 제공하는 것으로 보이나,¹⁰³⁾ 이러한 관행은 추방 대상 외국인에게 법률구조요청권을 정면으로 인정한 결과라기보다는, 아직까지는 일종의 행정서비스 제공 차원으로 이해된다.

2. 위법한 추방에 대한 구제수단으로서 추방국으로의 재입국

ILC초안 제29조 제1항은, 추방된 국가에 합법적으로 체류한 외국인은 권한 있는 당국에 의하여 추방이 위법으로 구성되는 경우에 그 추방국으로 재입국할 권리를 가진다고 규정한다. 다만, 외국인의 귀환(return)이 국가안보 또는 공공질서에 대한 위협을 구성하는 경우 등은 제외된다.¹⁰⁴⁾ 추방이 위법하다

97) ILC초안 제26조 제1항 (e)가 근거를 두고 있는 자유권규약 제13조는 이를 권리로 묘사하고 있지 않다(*supra* note 32).

98) UN Doc. A/CN.4/669, pp.59-61(영국, 미국).

99) *Ibid.*, p.55, 오스트리아의 의견.

100) *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), pp.43-44, Article 26에 대한 (7) 부분.

101) UN Doc. A/C.6/67/SR.19, para.9. 칠레의 Mr. Salinas Burgos 의견 참조.

102) Won Kidane, “Missed Opportunities in the International Law Commission’s Final Draft Articles on the Expulsion of Aliens”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 30. (2017), pp.85-87.

103) 미국의 경우, 연방 법무부(Department of Justice) 산하에 이민법원을 관할하는 ‘Executive Office for Immigration Review’ (EOIR; 이민재심집행국)에서 무료법률조력·안내 프로그램인 ‘General Legal Orientation Program’을 운영한다.

<<https://www.justice.gov/eoir/legal-orientation-program> 에서 확인>

104) Article 29 Readmission to the expelling State

는 것은, 일응 추방이 국제법상 규칙을 위반한 것을 의미하나, ILC초안 제4조가 외국인은 ‘법에 따른 결정에 의해서만’ 추방된다고 하고 여기서의 법은 국내법을 지칭한다는 점을 고려할 때, 국내법에 위반하여 이루어진 추방도 여기서 말하는 위법을 구성할 수 있다고 할 것이다.¹⁰⁵⁾ 위법함을 판단하는 주체인 ‘권한 있는 당국’은 추방국의 국내법원과 같이 추방 재량의 위법성을 판단할 수 있는 권한을 가지는 국내 기관일 수도 있고, 국제재판소 등 국제기구가 될 수도 있다.¹⁰⁶⁾

주석은 ILC초안 제29조가 인정하는 재입국할 ‘권리’가 ‘국제법의 점진적 발전’ 차원에서 들어간 것임을 분명히 하였다.¹⁰⁷⁾ 비록 몇 가지 단서가 붙어있기는 하지만, 재입국을 하나의 권리로 인정하는 데는 국가들의 반발이 있었다. 즉, 외국인의 입국을 허용할 것인지 여부는 해당 국가에게 온전히 맡겨진 주권적 영역에 속하는 것이므로, 설사 위법한 추방이 문제된다고 하더라도 추방된 외국인에게 재입국할 ‘권리’를 인정할 수는 없다는 취지이다.¹⁰⁸⁾ 위법하게 추방된 외국인이 재입국할 권리를 가진다면 이는 위법한 추방을 억제하는 가장 유효한 수단이 될 것이지만, 현재 국가 관행에 비추어 볼 때 위와 같은 권리가 쉽사리 받아들여지기는 어렵다.

Ⅵ. 나오며

ILC초안 특별보고관(Special Rapporteur)인 Maurice Kamto는 보고서에서 인류의 역사를 ‘낯선 사람에 대한 불신과 그들과 접촉에서 벗어나려는 유혹’으로 특징지을 수 있다고 언급하였다.¹⁰⁹⁾ 외국인 추방에 대한 국가 재량을 통제하는 문제는, 최근 들어 사회·경제적 혜택을 둘러싼 본래 주민과 이주 외국인 간의 갈등이 첨예해지면서 외국인 혐오(xenophobia)가 크게 확산되고 이에 편승하는 정치세력이 주도하는 각국 정부가 자국에 도움이 될 만한 외국인만을 남겨두려는 움직임이 강화되면서 더 중요한 문제로 부상하고 있다. 주권에 내재된 것으로 이해되는 국가의 추방 재량을 국제인권법의 기본원칙과 어떻게 조화시킬 것인가 하는 것이 이 분야의 핵심 과제이다.¹¹⁰⁾ ILC가 오랜 기간 논의를 거쳐 성안한 외국인 추방에 대한 규정초안은 외국인 추방과 관련한 기존 규범·관행·이론을 분석·정리함으로써 의

1. An alien lawfully present in the territory of a State, who is expelled by that State, shall have the right to be readmitted to the expelling State if it is established by a competent authority that the expulsion was unlawful, save where his or her return constitutes a threat to national security or public order, or where the alien otherwise no longer fulfils the conditions for admission under the law of the expelling State.

105) *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries* (2014), p.48, Article 29에 대한 (3) 부분.

106) *Ibid.*, Article 29에 대한 (4) 부분.

107) *Ibid.*, p.47, Article 29에 대한 (1) 부분.

108) UN Doc. A/CN.4/669, p.67(한국·독일·미국 등).

109) Preliminary report on the expulsion of aliens(UN Doc. A/CN.4/554), by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur (2 June 2005), p.194, para.1.

110) *Ibid.*, p.195, para.5.

국인 추방에 대한 국제법상 한계를 법전화·체계화하는 한편, 이 영역에서 국제법의 점진적 발전을 시도하였다는 측면에서 높이 평가할 수 있으며, 위와 같은 핵심 과제에 대한 하나의 답을 내놓은 것이라 말할 수 있다.

일부 국가는 외국인 추방에 대한 국가의 재량이 이미 국내법 또는 지역적 조약·규범에 의하여 적절히 통제되고 있으며, 이러한 규범과 국가 관행의 다양성으로 인해 국제법상 일반규범을 정립하려는 노력이 과연 효용이 있을지 의문을 제기하기도 하였다. 그러나 ILC초안은 외국인 추방이라는 주제에 대해서도 국가 관행의 공통분모와 국제사회의 지향점을 종합함으로써 국제법상 일반규범이 정립될 여지가 있음을 증명해 보였으며, 추방국의 재량권 행사와 추방 대상 외국인의 권리 사이의 적절한 균형점을 찾는 노력이 의미가 있다는 점을 확인하였다.

한편, 과거 한국은 주로 자국민을 타국에 이민 보내는 송출국의 입장에 있었다. 그러나 경제성장과 이에 따른 임금상승, 내수시장 확대의 영향으로 이제는 타국에서 이민을 받아들이는 국가로서의 특징이 더 강하게 나타난다. 다소 거칠게 말한다면, 과거 한국은 자국민을 이민 보내는 국가로서 자국민의 권리보장과 외교보호의 행사에 더 큰 관심을 쏟게 되는 입장이었다면, 현 시점에서는 외국인 입국과 체류와 관련한 국가의 재량 행사를 더 강조하게 되는 상황이다. 그러나 한국이 책임 있는 국제사회 구성원으로 역할을 다하기 위해서는 외국인 추방 문제와 관련하여 국가의 재량 행사를 통제하는 국제법의 역할을 인정하고 외국인의 권리 보장에 더 큰 관심을 기울여야 할 것이며, 국제법상 한계에 비추어 입법적 개선이 필요한 제도들을 과감히 정비할 필요가 있다.

제3부 제2발표

식량권과 특허권의 충돌에 대한 해결방안 연구

- 발표 이 인 혜 (한국지식재산연구원 선임연구원)
- 토론 오 승 진 (단국대학교 교수)

식량권과 특허권의 충돌에 대한 해결방안 연구*

이 인 혜**

목 차

- I. 서론
- II. 식량권과 종자특허의 개념 및 관계
 - 1. 식량권
 - 2. 종자특허
- III. 식량권과 종자특허의 충돌
 - 1. 충돌 발생의 사회적 배경
 - 2. 충돌의 유형과 문제점
- IV. 충돌에 대한 해결방안
 - 1. 규범 간 위계 판단
 - 2. 비례성원칙의 적용
 - 3. TRIPS 협정의 유연성 기제 활용
 - 4. 정책적 메커니즘 제안
- V. 결론

I. 서론

국제적인 지식재산권 강화 추세로 인해 전통적으로 특허권이 부여되지 않았던 전통지식, 토착민의 자원 등에 대해서도 특허권을 부여하게 되었으며, 이에 따라 식량안보, 전통지식, 바이오안전성, 건강에 대한 접근권과 충돌하게 되었다. 특히 의약품의 경우 치료제의 유일한 공급자인 제약사가 필수약

* 본 발표문은 필자의 이화여자대학교 박사학위논문 “국제법상 식량권 보장에 관한 연구 : 특허권과의 충돌을 중심으로”(2019년 2월)를 요약·정리한 것입니다.

** 한국지식재산연구원 선임연구원

품을 고가에 책정하여 의약품에 대한 접근성을 떨어뜨릴 수 있다는 위험성으로 인해 국제사회의 주목을 받게 되었으나,¹⁾ 식량권의 경우 특허권과의 충돌 영향이 주로 잠재적으로 나타남에 따라 상대적으로 덜 주목되었다.²⁾

그러나 식량권의 문제는 공공의 유전자원 접근에 관한 잠재적 영향력, 즉, 농업 생물다양성, 품종다양성에 반하는 단일농업(mono-agricultural) 관행을 촉진하는 특허권의 보호와 관련되는 것으로,³⁾ 식량의 생산자뿐 아니라 일반 소비자에게도 영향을 미치는 광범위한 영향력을 갖고 있는 중요한 문제이다. 또한 종자에 대한 특허는 식량권의 주요 구성요소를 제한하며 식량권의 주요한 보호법익을 침해한다. 식량권에 관한 특별보고관 Olivier De Schutter는 2009년 종자 및 식물에 관한 기술이 초국경적 농업회사를 중심으로 발전하고 있으나 개도국의 가난한 농부가 실질적으로 필요로 하는 기술은 발전하지 못하고 있으며, 새로운 종자에 대한 접근성이 떨어지고 식량 가격이 상승하여 결과적으로 가난한 사람의 식량에 대한 접근권이 저해된다고 지적하기도 하였다.⁴⁾ 이와 같이 종자특허는 식량의 생산자원인 종자에 대한 접근가능성을 제한함으로써 농부의 권리, 소농의 권리, 전통농업지식을 침해하고, 특허 받은 종자를 이용한 대규모 단작으로 종자 다양성의 상실, 토양의 산성화로 인해 식량 생산의 지속가능성을 저해하였다. 이러한 접근가능성과 다양성, 지속가능성의 침해는 개발도상국, 최빈국의 식량안보를 위협하고,⁵⁾ 일반 소비자인 우리의 미래 먹거리 다양성까지 잠재적인 위협을 가하고 있다.

UN 경제적·사회적·문화적 권리 위원회(Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, 이하 '사회권규약 위원회')의 일반논평(General Comment) 12호와 식량권에 관한 특별보고관의 보고서에서는 이러한 문제점을 인식하고 식량권의 보장을 촉구하고 있으며, UN 식량농업기구(United Nations Food and Agriculture Organization, FAO) 또한 여러 관련 보고서를 발표하며 종자특허에 의한 식량권 침해 문제에 대한 인식을 고취하기 위해 노력하고 있다.⁶⁾ 세계지식재산권기구(World

1) 예컨대 C형 간염 치료제의 경우, 특허권으로 보호가 되는 국가에서는 환자 1인당 84,000 달러의 비용이 들지만, 특허권으로 보호되지 않는 국가에서는 환자 1인당 300달러 미만이 될 것으로 예상된다. 특허권의 여부가 의약품의 가격을 약 280배나 비싸게 만들 수 있는 것이다. Correa, Carlos M., "Flexibilities provided by the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights", Bull World Health Organ, 96(3): 148 (2018 Mar 1), p.148.

2) Correa, Carlos M., *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press, 2007, pp.354-355.

3) *Id.*, p.355.

4) U.N. General Assembly, The right to food: Seed policies and the right to food: enhancing agrobiodiversity and encouraging innovation, A/64/170 (23 July 2009), paras.26,34.

5) 특히 남미지역이나 아프리카 등에서는 특허 종자를 매년 구매하기 위해 소비하는 비용이 높아, 특정 식품의 가격이 급증하게 되고 해당 식품의 접근성을 떨어뜨려, 결과적으로 국가적 식량안보의 위협까지 초래되는 상황이다. Wong, Tzen and Dutfield, Graham, ed., *Intellectual Property and Human Development: Current Trends and Future Scenarios*, Cambridge University Press, 2011, p.120.

6) FAO가 발표한 보고서에는 식량권의 개념에 대한 보고서(2003년), 여성과 식량권에 대한 보고서(2008년), 식량권의 헌법적 및 법적 보호에 대한 보고서(2012년), 식량안보와 식량주권에 대한 보고서(2013년), 농부의 권리에 대한 보고서(2017년) 등이 있다.

Intellectual Property Organization, WIPO)에서도 이러한 문제의 중요성을 인식하고 ‘Global Challenge’ 사업에서 건강권, 기후변화 문제와 함께 식량문제를 3대 주제에 포함하고 있으나 건강권과 관련해서는 비교적 활발히 논의를 진행 중인데 비해 식량권 논의는 아직 진전되지 않은 상태이다. 특히 국내의 경우 식량권에 대한 연구는 거의 찾아보기 어려운 수준이다.

따라서 본 논문에서는 이러한 연구의 필요성을 바탕으로, 식량권과 종자특허와의 충돌 배경을 살펴보고, 충돌 문제를 정의하여, 이러한 문제에서 식량권을 보장할 수 있는 방안을 검토하고자 한다. 이 과정에서 식량권과 특허권의 위계 판단, 이익형량 등의 방법을 통해 식량권을 우선적으로 보장하기 위해 종자특허가 제한될 수 있는 당위성을 입증하고자 한다. 또한 충돌의 예방적 차원에서 식량권을 보장할 수 있도록 TRIPS 협정의 유연성 기제나 특허풀, 이익공유와 같은 메커니즘을 활용하는 방안을 제안하고자 한다.

II. 식량권과 종자특허의 개념 및 관계

1. 식량권

1) 식량권 개념의 발전

식량권의 개념은 조약을 통해 발전해왔다.⁷⁾ 기본적으로 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)과 사회권규약에서 규정하고 있으며, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 ‘자유권규약’), 식량 및 농업을 위한 식물 유전자원에 관한 국제조약(International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, 이하 ‘ITPGRFA’), 국제인도법 조약들과 국제기구의 문서 등에서 보장하고 있다. 최초로 식량권을 규정한 세계인권선언 제25조에서는 식량에 대한 권리를 포함하고 있으나 구체적인 의무의 내용은 포함하지 않았으며, 이후 사회권규약 제11조에서 식량권의 실현을 확보하기 위한 적당한 조치를 취할 것과 구체적 계획을 포함하는 필요한 조치를 취할 것과 국가의 의무를 규정하였다.⁸⁾

7) U.N. Economic and Social Council, The right to food: Report by the Special Rapporteur on the right to food, Mr. Jean Ziegler, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2000/10, E/CN.4/2001/53 (7 February 2001), para.35.

8) 사회권규약 제11조

1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 적당한 식량, 의복 및 주택을 포함하여 자기자신과 가정을 위한 적당한 생활수준을 누릴 권리와 생활조건을 지속적으로 개선할 권리를 가지는 것을 인정한다. 당사국은 그러한 취지에서 자유로운 동의에 입각한 국제적 협력의 본질적인 중요성을 인정하고, 그 권리의 실현을 확보하기 위한 적당한 조치를 취한다.

2. 이 규약의 당사국은 기아로부터의 해방이라는 모든 사람의 기본적인 권리를 인정하고, 개별적으로 또는 국제협력을 통하여 아래 사항을 위하여 구체적 계획을 포함하는 필요한 조치를 취한다.

(a) 과학기술 지식을 충분히 활용하고, 영양에 관한 원칙에 대한 지식을 보급하고, 천연자원을 가장 효율적으로 개발하고 이

한편, 국제인도법에서는 무력분쟁과 전쟁으로 인한 통치력 상실, 인프라 시설의 파괴 등으로 인도적 식량 원조가 어려운 상황 속에서 식량권에 대한 최소한의 보장을 위해 ‘집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약’, ‘포로의 대우에 관한 제네바협약’, ‘제네바 제 협약에 대한 추가 및 국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서(제1추가의정서)’, ‘제네바 제 협약에 대한 추가 및 비국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서(제2추가의정서)’, ‘고문방지협약’, ‘국제형사재판소에 관한 로마규정’ 등에서 식량권을 보장하고 있다.⁹⁾ 국제인도법상의 식량권 보장의 핵심은 민간인에 직접적인 영향을 가져다주는 식량을 전쟁의 수단으로 사용하는 것을 금지하고 있는데,¹⁰⁾ 예컨대 제네바협약 제1선택의정서에서는 전투 방법으로서 민간인의 기아작전 금지 외에도 식량과 식량 생산을 위한 농경지역·농작물·가축·음료 시설과 그 공급 시설, 관개시설 등을 공격, 파괴, 이동, 무용화하는 것을 금지하고 있다. 그러나 직접적으로 ‘식량권’이라는 용어를 사용하고 있지 않으며, 전쟁의 수단으로써 민간인에 대한 기아를 금지하고 있다.¹¹⁾ 이는 무력충돌 시 식량에 대한 접근권이 거부당하지 않도록 보장하기 위해 단순한 형태의 용어를 사용하고자 했기 때문이다.¹²⁾

2) 식량권의 정의 및 내용

상술한 조약에서 언급된 ‘식량권’은 구체적인 정의를 포함하고 있지 않으며, ‘식량권’이라는 개념에 대해 공식적으로 정의한 문서는 1999년 5월 채택된 사회권규약 위원회의 일반논평 12호이다.¹³⁾ 동 문서에서는 사회권규약 제11조에서 언급된 ‘적절한 식량에 대한 권리’에 대해 “남성, 여성, 어린이와 개인 또는 공동체 등 모든 사람이 항상 적절한 식량, 또는 이를 조달할 수 있는 수단에 대해 물리적이고 경제적인 접근을 할 수 있을 때 적절한 식량에 대한 권리가 있다고 할 수 있으며, 칼로리, 단백질이나 기타 특정 영양소의 최소한의 구성과 같이 제한적이고 좁은 의미로 해석하지 않고, 계속적으로 실현되도록

용할 수 있도록 농지제도를 발전시키거나 개혁함으로써 식량의 생산, 보존 및 분배의 방법을 개선할 것.

(b) 식량수입국 및 식량수출국 쌍방의 문제를 고려하여 필요에 따라 세계식량공급의 공평한 분배를 확보할 것.

- 9) ‘국제인도법(International Humanitarian Law)’은 전쟁과 무력충돌의 상황을 규율하는 법으로, 국제인권법과 함께 개인의 보호를 위한 법규범이다. 그러나 국제인권법이 평화시와 무력충돌시에 모두 적용되는 반면 국제인도법은 기본적으로 무력충돌의 경우에만 적용이 된다는 특징이 있다. 김영석, 『국제인도법』, 박영사, 2012, p.5.
- 10) Kracht, Uwe, “Human rights and humanitarian action: the right to food in armed conflict”, in Bergsmo, Morten, ed., *Human Rights and Criminal Justice for the Downtrodden: Essays in Honour of Asbjørn Eide*, (Marinus, 2003), p.268.
- 11) 전쟁수단으로써 기아의 금지는 식량에 대한 접근권을 박탈하여 사망을 야기하거나 식량자원의 오염 및 공급체계 파괴를 통해 집단적인 기아의 유발도 포함된다. U.N. General Assembly, The right to food: Note by the Secretary-General, A/56/210 (23 July 2001), para.16.; U.N. Economic and Social Council, The right to food: Report by the Special Rapporteur on the right to food, Mr. Jean Ziegler, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2000/10, E/CN.4/001/53 (7 February 2001), paras.45-46.
- 12) U.N. General Assembly, Right to food: The Secretary-General has the honour to transmit to the General Assembly the interim report of the Special Rapporteur on the right to food, Hilal Elver, submitted pursuant to Assembly resolution 70/154, A/72/188 (21 July 2017), para.63.
- 13) U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11), E/C.12/1999/5 (12 May 1999).

해야 할 것”이라고 하였다.¹⁴⁾

이후 2001년 식량권에 관한 특별보고관에 의해 식량권이 다시 한 번 정의되었다. 동 보고서에서도 일반논평 12호의 정의를 반영하여 “식량권은 재정적 구매 또는 직접적으로 소비하는 사람들이, 문화적 전통에 부합하며 양적 및 질적으로 충분한 식량에 정기적이고 영구적으로, 자유롭게 접근할 수 있으며, 두려움 없이 물리적 또는 정신적으로, 개인적 또는 집단적으로 충족되고 존엄한 삶을 보장하는 권리”라고 하였다.¹⁵⁾

즉, 식량권은 존엄성을 바탕으로 ‘스스로 먹을 권리(right to feed oneself)’이며,¹⁶⁾ 식량 생산 또는 구매가 가능한 환경에서 살고 있어야 식량권이 실현될 수 있으며,¹⁷⁾ 이를 위해 국가는 토지, 종자, 물, 기타 자원들, 구매 비용, 시장 접근성 등 국민들이 스스로 식량을 생산하거나 적절한 식량을 구매할 수 있는 환경을 제공해주어야 한다.¹⁸⁾

따라서 식량권은 단순히 식량을 섭취할 수 있는 권리가 아니고 식량에 대한 접근가능성, 이용가능성, 지속가능성 등의 구성요소들을 포함하는 개념이다. 식량권에 관한 특별보고관 Jean Ziegler는 2001년 제출한 보고서에서 식량권은 적절한 식량, 적절성과 지속가능성, 영양적 필요, 접근가능성의 요소들로 이루어져 있다고 하였으며,¹⁹⁾ ‘적절한 식량(adequate food)’은 언제나 적절한 식량, 또는 식량을 조달할 수 있는 수단에 대한 물리적이고 경제적인 접근성을 보유해야 하며, ‘적절성(adequacy)’은 사회적, 경제적, 문화적, 기후적, 생태적 조건 및 기타 조건에 의하여 상당 부분 결정되는 것으로,²⁰⁾ 식량에 내재된 비영양적 가치인 문화적 또는 소비자 수용가능성을 충족해야 하고,²¹⁾ 해로운 물질이 없어야 한다는 것을 의미한다.²²⁾ ‘지속가능성(sustainability)’은 적절한 식량 또는 식량 안보 개념과 본질적으로 연결되어 있으며, 식량이 현재 및 미래 세대 모두에게 접근가능하다는 의미를 내포하고,²³⁾ 장기간의 이용가능성(availability) 및 접근가능성(accessibility) 개념을 포함한다.²⁴⁾ 그밖에 요소로, 인간 생애 전 단계에서 신체적 욕구 및 활동에 필요한 영양분을 의미하는 ‘영양적 필요(dietary needs),’²⁵⁾ 식량 획득에 대한 경제적 및 물리적 접근성을 포함하는 ‘접근가능성(accessibility)’²⁶⁾ 등이 있다.

14) *Id.*, para.6.

15) U.N. Economic and Social Council, *supra* note 11, p.14.

16) *Id.*

17) *Id.*

18) *Id.*

19) *Id.*, pp.7-8.

20) *Id.*

21) *Id.*, para.11.

22) *Id.*, para.10.

23) *Id.*, p.18.; U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *supra* note 29, para.7.

24) *Id.*

25) U.N. Economic and Social Council, *supra* note 11, p.19.; U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *supra* note 13, para.9.

26) *Id.*

2. 종자특허

종자(seed)에 대한 특허는 지식재산권(Intellectual Property)을 구성하는 여러 권리 중 하나인 특허권이 종자 또는 육종기술에 부여된 경우로, 품종개량을 통해 이전과는 다른 신규하거나 진보성이 있는 종자의 특성을 만들어낸 경우 종자 또는 육종기술에 대해 특허를 받을 수 있다. 과거 전통적 농업에 있어서는 종자의 특성상 자가채종이 가능하였기 때문에 종자시장이 활성화되지 못하였으나 유전자변형(Genetically Modified, GM) 기술을 통한 종자 개량 활성화와 함께 기반과 설비를 갖춘 거대 화학기업의 종자산업 주도로 종자산업이 발달하며 종자특허는 종자기업의 시장 주도권 확보에 핵심적인 역할을 하게 되었다.

종자특허는 세계인권선언, 사회권규약, 미주인권협약 추가의정서(American Convention on Human Right, Protocol of San Salvador), 권리와 의무에 관한 미주선언(American Declaration of the Rights and Duties of Man of 1948), 인권과 기본적 자유에 대한 보호 협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1952) 등에서 규정하고 있는 발명가의 권리와 산업재산권의 보호를 위한 파리협약, TRIPS 협정 등에서의 특허권에 대한 규정을 통해 보장된다.²⁷⁾

사회권규약 제15조(1)(c)에서는 “자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리”를 보장하고 있으며, 여기서 ‘저작자(author)’라는 용어에 ‘과학적 창작물’이란 용어를 함께 사용함으로써 발명가를 포함하고 있다.²⁸⁾ 사회권규약 위원회의 일반논평 17호에서는 사회권규약상의 발명가의 권리가 반드시 지식재산권을 의미하는 것은 아니라고 하며, 지식재산권의 일시적이고 양도가 가능하며 영속적이지 않은 성격과 발명가의 권리가 일치하지 않는다고 하였다.²⁹⁾

즉, 일반적으로 ‘특허권’이라 부르는 권리에겐 인권으로서의 발명가의 권리와 사회제도적 특권이 혼재된 것으로 볼 수 있다. 인권으로서의 발명가의 권리는 식량권 등 기타 사회권규약상의 권리들과 마찬가지로 존중 의무, 보호 의무, 충족 의무가 발생하며 점진적으로 해당 권리를 실현해야 한다.³⁰⁾ 존중 의무를 이행하기 위해 사회권규약 당사국은 과학적, 문학적, 예술적 창작자의 권리가 침해되지 않도록 해야 하며, 물질적 이익에 대한 정당화될 수 없는 간섭을 자제해야 한다.³¹⁾ 보호 의무를 이행하기 위해

27) U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 17: The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant), E/C.12/GC/17 (12 January 2006), para.3.

28) Derclaye, Estelle, “Intellectual Property Rights and Human Rights: Coinciding and Cooperating”, in Torremans, Paul L. C, ed., Intellectual Property and Human Rights : Enhanced Edition of Copyright and Human Rights, (Wolters Kluwer :2008), p.139.

29) U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), supra note 27, para.2.

30) *Id.*, paras.26-28.

31) *Id.*, para.30.

서는 제3자의 침해로부터 보호하며, 토착민이나 소수민족의 이익을 효과적으로 보호하기 위해 조치를 취할 의무도 포함된다.³²⁾ 충족 의무를 이행하기 위해서는 각 당사국이 행정적, 사법적 또는 기타 가능한 구제수단을 제공하여 창작자들이 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품에서 비롯되는 도덕적, 물질적 이익을 주장할 수 있도록 해야 한다.³³⁾ 또한 사회권규약의 다른 권리와 균형을 이루도록 의무를 이행해야 하며, 창작자의 사익이 지나치게 선호되지 않도록 하며, 창작물의 광범위한 접근을 통한 이익을 향유하는 공익에 대해서도 적절히 고려해야 한다.³⁴⁾ 특히 과학적, 문학적 또는 예술적 창작물에서 비롯되는 도덕적, 물질적 이익을 보호하기 위한 법적 또는 기타의 체제가 식량, 건강, 교육에 대한 권리의 핵심 의무 준수를 방해하지 않도록 해야 한다.³⁵⁾ 사회적 산물인 특허로서의 권리는 파리협약 및 TRIPS 협정을 통해 보호되고 있으며, 종자에 대한 특허의 경우 당사국 재량으로 보호 방법을 결정할 수 있도록 하고 있다.³⁶⁾

Ⅲ. 식량권과 종자특허의 충돌

1. 충돌 발생의 사회적 배경

전통 농업에서는 공동체 내에서 종자를 교환하거나 종자를 저장하여 재사용하는 관행이 법적 제재 없이 이루어져왔고, 종자를 비롯한 세계 식량 공급망에 지식재산권 체제를 적용하지 않아왔다.³⁷⁾ 농업 관련 과학·기술의 연구는 공공부문의 기금으로 이루어져왔다.³⁸⁾ 그러나 농업이 산업화되면서 초국경적 생명공학기업들이 농업 부문으로 진출하게 되었고, 공공 부문의 투자로 이루어지던 농업 관련 연구가 민간에 이전되며, 농업은 점차 기업 중심의 수익구조로 변하게 되었다.³⁹⁾

이러한 변화와 함께 농업 자원의 특허화로 인해 농업 관행과 기술에 포함된 전통지식의 가치가 인식되지 못하고, 종자에 내재된 유전자원에 대한 생물해적행위도 초래되었으며,⁴⁰⁾ 초국경적 생명공학기

32) *Id.*, paras.31-33.

33) *Id.*, para.34.

34) *Id.*, para.35.

35) *Id.*

36) Kongolo, Tshimanga, *Unsettled International Intellectual Property Issues*, Wolters Kluwer, 2008, p.89.; TRIPS 제27조 (3)(b)가 특허 또는 독자적 체제, 또는 양자의 혼합으로 보호하는 것을 모두 허용하고 있어, 개발도상국의 경우는 자국 농민들의 전통적인 종자 개발 방식이 피해를 입지 않도록 특허제도 대신 독자적 체제만을 통한 보호를 택할 수 있다.

37) U.N. General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the right to food*, A/HRC/31/51 (14 December 2015), para.31.

38) *Id.*

39) 주요 10대 초국경적 기업들이 매년 약 16.9억 유로(매출의 약 7.5%)를 개발에 투자하고 있으며, 이들은 연구·개발에 투입된 투자비용 회수를 위해 농업 부문에 대한 지식재산권 보호를 요청하고 있다. U.N. General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the right to food*, A/HRC/31/51 (14 December 2015), para.31.

40) *Id.*, para.33.

업들은 종자특허를 통해 독점적 지위를 누리고 로열티 확보를 위해 특허권을 적극적으로 행사하여, 세계 종자시장의 50%를 차지하게 되었다.⁴¹⁾ 이에 따라 자유롭게 저장되고 교환되던 종자는 기업 소유의 특허권이 되었고 TRIPS 협정의 당사국인 경우 20년간 시장에서 독점이 가능하게 되어 농업 가치사슬과 유통구조를 장악하게 되었다.

산업화된 농업은 농부의 영역이던 종자의 개발과 생산을 기업이 이행하게 만들었고, 상업적 종자의 생산이 대규모로 이루어지면서 농부들도 상업적 종자 체계에 의존할 수밖에 없는 구조가 되었다. 이에 따라 기업과의 거래에 있어 불합리한 조건이어도 식량 생산의 자원으로서 특허종자를 구매할 수밖에 없는 상황이 되었다.⁴²⁾

이후 WTO 농업협정이 등장하게 되며 수출 진흥 정책을 전제로 하는 농업에서의 무역 자유화가 시작되었다.⁴³⁾ 선진국에서는 농업에 집중하여 대규모 농장 운영을 통한 생산적, 효율적 재배로 생산량을 증대시켰고, 이 과정에서 화학비료나 제초제 등을 다량으로 사용하였으며, 결과적으로 식량 공급의 가치사슬을 기업이 주축이 되어 통제하게 되었다.⁴⁴⁾ 또한 국내 보조금 지원을 통해 수출에 있어 가격 경쟁에서 우위를 차지하게 되어,⁴⁵⁾ 개발도상국에 선진국의 저렴한 식량들이 다량 수입되면서 대체 고용형태가 사라진 소농들의 생계에 위협이 가해졌으며,⁴⁶⁾ 식량안보에 주요한 역할을 하던 소농이 사라지며 개발도상국의 식량안보에 대한 위협까지 초래하게 되었다.⁴⁷⁾

2. 충돌의 유형과 문제점

1) 충돌의 유형

앞에서 식량권과 종자특허가 충돌하게 된 배경에 대해 살펴보았다. 이러한 충돌은 각 권리를 규정하고 있는 조약에 의해 몇 가지 유형으로 나눌 수 있는데, 본 논문에서는 식량권과 특허권을 모두 규정하고 있는 조약을 중심으로 동일한 조약 내의 충돌과 상이한 조약 간의 충돌로 구분하여 살펴보았다.

동일한 조약 내 식량권과 특허권의 충돌은 사회권규약 내에서의 식량권과 발명권에 관한 규정이 충돌하는 경우이다. 즉 사회권규약 제11조(1)의 적절한 식량에 대한 권리와 제11조(2)의 기아로부터의 자유, 과학·기술 발달을 통한 식량 접근권 향상의 권리가 제15조(1)(c)의 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리와 충돌하는 것이다. 두

41) *Id.*, para.36.

42) U.N. General Assembly, *supra* note 4, para.7.

43) *Id.*, para.41.

44) U.N. General Assembly, *supra* note 11, para.76.

45) *Id.*

46) *Id.*

47) FAO는 소농이 고용, 소득을 창출하고, 식량안보에 있어서도 다양성을 보존할 수 있어 소농에 의한 지역생산이 최선의 방법이라 하였다. U.N. General Assembly, *supra* note 11, para.76.; U.N. General Assembly, *supra* note 39, para.39.

권리는 제11조(2)와 제15조(1)(b)에서 규정하고 있는 과학·기술 지식을 활용하여 식량의 생산, 보존 및 분배의 방법을 개선할 수 있을 때 상호보완적인 관계가 되지만, 식량 관련 기술을 독점하는 형태가 되어 식량 자원이나 관련 기술에 접근할 수 없을 때는 충돌이 발생하며, 특허권의 행사로 인해 식량권이 침해되는 상황이 발생한다.

상이한 조약간 식량권과 특허권의 충돌은 ① 사회권규약에서의 식량권과 TRIPS 협정, ② ITPGRFA에서의 식량권과 사회권규약, ③ ITPGRFA에서의 식량권과 TRIPS 협정에서의 특허권의 충돌로 나눌 수 있다. 첫 번째의 경우는 사회권규약 제11조에서 규정하는 식량권과 TRIPS 협정 하에서 보호되는 종자에 대한 특허권이 충돌하는 것이고, 두 번째 경우는 ITPGRFA 제9조의 농부의 권리와 사회권규약 제15조(1)(c)에서 규정하는 발명권이 충돌하는 것을 말한다. 세 번째 경우는 ITPGRFA 제9조의 농부의 권리와 TRIPS 협정 하에서 보호되는 종자에 대한 특허권이 충돌하는 것이다.

2) 문제점

종자특허와의 충돌로 인해 침해되는 식량권의 법익은 식량에 대한 접근권과 농업 생물다양성에 대한 위협 등이 있다. 더 구체적으로 종자특허로 침해되는 식량권에는 종자에 대한 ① 농부/소농의 권리가 있으며,⁴⁸⁾ ② 종자접근권과 종자다양성에 대한 권리 및 ③ 전통농업지식, ④ 토양 산성화 및 환경오염, ⑤ 식량안보 등이 있다.

농부 또는 소농은 농업 중심의 국가, 그리고 최빈국이나 개발도상국에서 경제생활에 필수적인 역할을 수행한다.⁴⁹⁾ 특히 소농의 경우, 자급자족 또는 지역시장 판매 중심의 소규모 생산을 하기 때문에 농사를 위한 최소한의 자원인 토지, 물, 종자를 소유하고 있지 않을 만큼 빈곤하다.⁵⁰⁾ 그들이 생산하는 양의 농작물은 그들을 먹여 살릴 수 있을 만큼 충분히 생산되지 않으며,⁵¹⁾ 비옥한 토지는 대부분 부유한 농부들이 차지하고 있기 때문에 소농은 가뭄 등의 자연재해에 취약한 지역이나 산간지역에서 농사를 짓는 등 제반환경이 취약하여 일반적인 농부들보다 종자특허로 인한 영향을 크게 받는다.⁵²⁾ 종자특허는 소농과 농부에게 종자 가격에 대한 부담, 지속적인 구매로 인한 부담을 주며, 단기간의 수확 증대 효

48) 농부의 권리는 ITPGRFA 제9조에 의하면 “식량 생산에 있어 농부의 기여를 인정하며, 농부의 권리를 실현하기 위해 식물 유전자원과 관련된 전통지식의 보호, 식물 유전자원의 이용의 이익공유에 공평하게 참여할 수 있는 권리, 지속가능한 이용 관련 국가적 차원의 의사결정에 참여할 권리”를 말한다. 농부의 권리와 유사한 개념으로 ‘소농의 권리(rights of peasants)’가 있다. 여기서의 소농은 ‘peasant(소농)’ 또는 ‘smallholder farmer(소규모 소작농)’라고 표현되는 취약집단의 사람들을 의미한다. Boussard, Jean-Marc, “The impact of structural adjustment on smallholders”, FAO Economic and Social Development Paper 103 Food and Agriculture Organization of the United Nations Rome, 1992<<http://www.fao.org/docrep/t0211e/0211E00.htm#Contents>>(최종 방문일 : 2018.12.5.).

49) *Id.*

50) U.N. Human Rights Council, Final study of the Human Rights Council Advisory Committee on the advancement of the rights of peasants and other people working in rural areas, A/HRC/19/75 (24 February 2012), p.4, para.11.

51) *Id.*, para.11.

52) *Id.*, paras.11-12.

과를 위한 초국경적 기업의 대규모 농지 확장으로 인한 소농과 농부의 농지 상실 등을 초래하였다. 이에 따라 소농과 농부는 종자 및 전통적인 농업지식과 관행에 대한 권리를 침해당할 뿐 아니라 농업 생산수단 확보의 어려움, 농산물 가격과 시장 결정에 대한 자유의 억압, 지역 농업가치 및 생물다양성에 대한 보호가 어려워지며, 결과적으로 생계유지, 생명과 적절한 생활수준에 대한 권리가 위협받게 되었다.⁵³⁾

또한 농부의 권리와 불가분의 관계에 있는 종자접근권과 종자다양성도 종자특허로 침해를 받게 된다.⁵⁴⁾ 현재 전 세계 종자시장의 종자 중 3분의 1이 상위 10개 초국경적 종자기업의 종자이며, Monsanto(현재는 Bayer)는 유전자변형 종자의 90%를 보유하고 있어,⁵⁵⁾ 각 지역 특성에 맞게 종자들이 다양하게 분포되지 않고, 일부 초국경적 기업에 집중되어 있는 등 특허로 인해 ‘종자접근권’에 대한 침해가 초래되었다. 또한 초국경적 유통기업과 종자기업으로 인해 수익성이 높은 특정 종자의 생산이 강요되어 상대적으로 빈곤한 개발도상국 및 최빈국의 농부들에게 필요한 새로운 기술과 종자는 개발되지 않아 ‘종자선택권’이 제한되고,⁵⁶⁾ 이에 따라 다양한 성질을 지닌 종자간 상호교류로 보장되는 ‘종자다양성’도 침해된다. FAO 보고서에 따르면 하나의 작물을 재배하기 위해 다른 지역의 식물유전자원에 의존하는 상호의존성이 약 50% 이상이라고 한다.⁵⁷⁾ 이러한 상호의존성은 근대 농업에 필수적인 것으로, 이를 통해 식물유전자원들이 개량될 수 있고 개량을 통해 지속가능성을 높일 수 있게 된다.⁵⁸⁾ 즉, 특허로 인해 해충이나 질병, 기후변화와 같은 위협에 경제적으로 독립적이고 탄력적인 ‘종자 공급 체계’가 붕괴되는 것이다.⁵⁹⁾ 이러한 피해는 일차적으로 농부들에게 돌아가지만 결국은 식량을 구성하는 종자의 다양성을 위협하여 인류의 식량권을 위협하게 된다. 특히 직접적 식량원으로서 이용되는 종자에 대한 특허는 식량권에 심각한 위협을 줄 수 있다.⁶⁰⁾ 이러한 종자다양성에 대한 국제사회의 중요성 인식은 ITPGRFA, 생물다양성협약(Convention on Biological Diversity, CBD), 나고야의정서(Nagoya

53) 소농의 권리 보호를 위해 인권이사회 36/22호 결의에 따라 작성되고 있는 소농의 권리에 대한 선언문에서는 소농의 권리로서 생계유지, 생명과 적절한 생활수준에 대한 권리, 접근성에 대해 확인하고, 종자 및 전통적 농업지식과 관행에 대한 권리, 농업 생산수단, 정보 및 농업기술에 대한 권리, 농산물 가격 및 시장을 결정할 수 있는 자유, 지역 농업가치의 보호, 생물다양성에 대한 권리를 보장하도록 하고 있다. U.N. Human Rights Council, Draft United Nations declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas, A/HRC/WG.15/5/3 (10 September 2018).

54) ‘종자접근권’은 명확한 정의가 존재하지는 않으나 종자다양성에 접근할 수 있는 농부의 권리로, 전술한 ‘농부의 권리’의 넓은 개념에 포함되나 정확하게는 구분되는 개념으로 볼 수 있다. 즉, 전술한 농부의 권리는 종자에 대한 저장, 사용, 교환 및 판매 등을 권리로 보장하고 있는 개념이고, ‘종자접근권’은 지난 수세기 동안 농부들이 접할 수 있었던 다양한 종자들에 대한 이용 가능성 및 접근가능성을 의미하는 개념이다. 따라서 종자접근권은 농부의 권리를 실현하기 위한 기본적인 전제가 된다고 할 수 있다.

55) UN Human Rights Council, *supra* note 50, p.11, para.36.

56) U.N. General Assembly, *supra* note 4, paras.26, 34.

57) 오윤석, “식량농업식물유전자원에 대한 국제조약의 분석”, 국제법학회논총 제53권 제2호(통권 제111호), 대한국제법학회, 2008, p.213.

58) *Id.*, p.214.

59) Correa, Carlos M., “TRIPS-Related Patent Flexibilities And Food Security: Options For Developing Countries”, QUNO & ICTSD, 2012, p.2.

60) 일반적으로 밀, 쌀, 옥수수, 보리, 수수/기장, 감자, 고구마/얇, 사탕수수, 콩 등의 아홉 가지의 작물이 식량으로 사용되는 작물의 약 3/4을 차지하고 있다. 사라 레어드 외(국립생물자원관 역), 『유전자원 접근과 이익공유 사례 연구』, 국립생물자원관, 2012, p.376.

Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity) 등의 조약과 1996년 세계식량정상회의에서 채택된 세계식량정상회의 행동계획 등에도 반영되어 있으며, 이를 통해 종자에 내재한 유전자원적 요소가 식량권의 내용인 종자다양성에 있어 중요한 요소라는 것을 확인할 수 있다.

또한 전통농업지식(traditional agricultural knowledge)의 집약인 종자에 약간의 유전자 변형 기술을 동원하여 특허를 부여하게 되면 기존에 변형 전 종자에 내재되어 있던 전통농업지식까지 함께 특허로 보호하는 결과가 된다.⁶¹⁾ 특히 식량권과 관계된 전통농업지식은 농부들의 지식에 기반을 두기 때문에 지역적이고 널리 공유되어 있으며, 변화 가능하고, 구두로 전달되는 특징을 갖고 있어,⁶²⁾ 일반적인 전통지식에 대한 개념보다 더 모호할 수 있어 보호의 어려움이 존재하며, 대체로 전통농업지식 보호의 수요국은 개발도상국 또는 최빈국이므로 자본력과 기술력을 앞세워 개발도상국 시장에 진입하는 초국경적기업에 대항하기란 현실적으로 쉽지 않다.

그밖에 단일 종자 사용으로 인한 환경오염 문제들도 발생한다. 종자특허의 대부분을 차지하는 유전자변형 종자의 경우 다양한 종자가 갖는 병충해 및 기후변화에 대한 적응력이 떨어지고, 연작(連作)의 피해가 발생할 수 있어 인공비료와 살충제의 사용이 불가피하였고, 산업화된 재배방식으로 인한 물의 대량 사용 등 환경 피해를 초래했다.⁶³⁾ 각종 화학약품의 사용 등으로 발생하는 토양의 산성화는 결국 식량의 지속가능성을 위협한다.⁶⁴⁾ 그러나 이와 같은 문제점에도 불구하고 방대한 농지에 일괄적 작물 재배가 가능하여 규모의 경제를 실현시킬 수 있는 대규모 단작 방식은 초국경적 종자기업에 유리하게 작용되었다. 식량을 생산하는 데 가장 중요한 자원인 토양이 오염되면 식량의 안전과 부족을 야기하고 식량권을 넘어 환경권, 건강권, 생명권까지 위협한다.

61) ‘전통지식(Traditional Knowledge, ‘TK’)'은 ‘유전자원 관련 전통지식(TK related to genetic resources)’ 또는 ‘생물다양성 관련 전통지식(biodiversity-related TK)’으로 불리며, 식물학에서는 ‘전통 생태학 지식(traditional ecological knowledge)’이라 불리기도 한다. 식량권에 있어서 전통지식은 ‘전통농업지식(traditional agricultural knowledge)’으로 표현되기도 한다. 이와 같이 다양한 용어로 통용되는 전통지식은 그만큼 용어의 정의(definition)와 범위를 특정하기 어려우나 용어의 차이와 관계 없이 보호대상은 대체로 유사한 범위에 속한다. Curci, Jonathan, *The Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in International Law of Intellectual Property*, Cambridge University Press, 2010, p.14. 일반적으로 전통지식은 전통적 지역 공동체(토착민)의 활동에 관계되는 모든 것을 의미하기 때문에 광범위하나, 대체로 ‘한 공동체 내에서 세대를 거쳐 발전되고 지속적으로 전해지는 지식, 노하우, 기술, 관행으로, 문화적 또는 정신적 정체성의 일부를 구성하는 것’이라고 정의하고 있다. 여기에는 농업, 과학, 기술, 생태학, 의학, 생물다양성 등의 다양한 내용의 관련 지식이 포함될 수 있다. WIPO 홈페이지 <<https://www.wipo.int/tk/en/tk/>>(최종 방문일 : 2018.11.30.). 전통농업지식에는 농부들의 해당 유전자원에 대한 명명법(nomenclature), 분류제도(classificatory systems), 그리고 문화적 관행 등을 말하며, 생물학적 측면은 관찰, 선택, 교환, 유지 등을 통해 이전 세대로부터 이어져 내려온 작물 세포에 내재되어 있는 특성이 해당된다. Brush, Stephen B., “Protecting Traditional Agricultural Knowledge”, 17 Wash. U. J. L. & Pol’y 59 (2005), p.101.

62) *Id.*, p.90.

63) 발렌틴 투른 외(이미옥 역), 『무엇을 먹고 어떻게 분배할 것인가』, 에코리브르, 2017, pp.73-75.

64) 산성도가 증가한 토양은 작물 뿌리의 생육을 억제하여 양분의 유효화율을 낮추며 결과적으로 작물의 저항성이 약해진다. 또한 토양 산성도에 따라 산성도가 높으면 유용한 미생물의 활동이 저해되고, 알루미늄이나 망간이온에 의한 식물체의 독성이 나타나기 때문이다. 정원교, “토양 산성도의 이해와 산성토양의 관리”, 토양과 비료 제25권, 한국토양비료학회, 2006, pp.29-33.

또한 선진국의 자국 농업기업에 대한 보조금 지급으로 수출이 증가하며,⁶⁵⁾ 개발도상국은 자국 내에서 생산된 식량보다 수입한 식량의 가격이 더 저렴하게 되어 식량의 수입량을 늘리게 되고, 점차 자국 내의 식량 생산량이 줄어들고 수입에 의존하게 만들어 식량안보에 위협을 초래하게 된다.⁶⁶⁾ 즉, 선진국의 농업 보조금 정책이 개발도상국에 식량생산의 의존과 자립적인 생산의 소멸을 야기해 식량안보의 문제를 발생시키는 것이다. 지난 30년간 49개의 최빈국이 식량 수출국에서 수입국으로 전환되었다는 점은 이러한 결과를 보여주는 예이다.⁶⁷⁾ FAO에 따르면 세계의 식량생산량은 세계 인구 전체를 충분히 먹일 수 있는 양을 생산하고 있으나 기아와 영양실조가 여전히 존재하는 것은 바로 이러한 이유로, 이용 가능한 식량에 대한 접근성이 떨어지게 되기 때문이다.⁶⁸⁾

IV. 충돌에 대한 해결방안

1. 규범 간 위계 판단

1) 동일 조약 내 규범 간 위계 판단

식량권과 특허권을 규정하고 있는 규범 간의 충돌은 전술한 바와 같이 4가지 정도의 충돌 유형으로 정리할 수 있다. 이 중 사회권규약의 경우, 식량권과 특허권에 대해 모두 규정하고 있으므로 동일한 조약 내 규범 간 위계를 판단하는 방법을 이용하여 위계를 판단하고, 이외의 충돌유형에 대해서는 상이한 조약에서의 규범 간 위계를 판단하는 방법을 이용해야 한다. 사회권규약 내의 식량권에 관한 제11조와 발명권에 대해 규정하고 있는 제15조(1)(c)의 위계를 판단하는 경우 사회권규약 내에 명시적인 위계에 관한 규정이 있는지 살펴볼 필요가 있다. 그러나 동 규약에서는 제4조에서 규약상 권리 향유에 있어 이러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 공공복리 증진의 목적에 의해서만 제한할 수 있으며, 제24조에서 동 규약이 UN 헌장과 전문기구의 헌장 규정을 침해하는 것으로 해석되지 않는다고 규정하고 있을 뿐이므로 어느 권리가 우선하는지 판단할 수 없다.

65) U.N. Economic and Social Council, The right to food: Report submitted by the Special Rapporteur on the right to food, Jean Ziegler, in accordance with Commission on Human Rights resolution 2003/25, E/CN.4/2004/10 (9 February 2004), para.14.

66) *Id.*, para.15.

67) 경제협력개발기구(Organization for Economic Cooperation and Development, OECD)는 2001년 기준 약 3,110억 달러에 이르는 농업 보조금이 개발도상국의 농업을 대체하여 개발도상국이 매년 약 240억에 해당하는 농산물 소득의 손실을 입고 있다고 지적하였으며, UNDP는 멕시코에서 수천 년간 생산해오던 전통적인 옥수수가 보조금을 받아 저렴해진 미국 옥수수와의 경쟁에 의해 가격이 하락하여, 약 70~80만 명이 생계를 잃었다고 발표하였다. 이로 인해 멕시코 농부들의 수입은 절반으로 줄었으나 옥수수에 대한 소비자가격은 약 279% 상승하였다. *Id.*, paras.18-20.

68) 불공정한 무역 외에도 사회적 배제나 차별 등이 개발도상국뿐 아니라 경제적으로 발전된 국가에서도 식량에 대한 접근을 저해한다고 보고 있다. U.N. Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), The Right to Adequate Food, Fact Sheet No.34, 2010, p.4.

이와 같이 위계에 관한 명시적 규정이 존재하지 않아 위계를 직접 판단해야 하는 경우, 충돌하는 각 규범이 강행규범(jus cogens)인지 임의규범(jus dispositivum)인지 검토해보아야 한다. 식량권이나 특허권의 표면적 개념은 강행규범에 포함될 수 있는 예시적 규범에 해당되지 않는다.⁶⁹⁾ 그러나 강행규범으로 인정되는 국제인도법 조약들에서 ‘기아를 수단으로 하여 고문을 하거나 학대를 하는 행위’, 또는 ‘기아를 전투 수단으로 사용하는 행위’, ‘강제이주’나 ‘생활수단 파괴’를 통한 기아를 초래하는 행위 등을 금지하고 있으므로, 식량권에 있어 기아로부터 자유로운 권리에 대한 부분은 강행규범으로 인정할 수 있다. 그 외의 식량권에 포함되는 농부의 권리, 종자다양성, 식량자원에 대한 접근성, 지속가능성, 식량안보에 대한 권리들은 임의규범에 해당한다. 임의규범은 의무적이지 않고, 양보의 성격을 갖고 있는 것으로, 국가들 간 별도의 다른 합의가 없는 경우에 적용되는 규범을 말한다.⁷⁰⁾ 특허권은 강행규범의 예시에 속하지 않으므로 임의규범이다.

임의규범 간 충돌이 발생하는 경우, 특별법 우선의 원칙과 신법 우선의 원칙을 통해 충돌 문제를 해결한다. 신법 우선의 원칙을 적용하기 위해서는 비엔나협약 제30조에서 규정하고 있는 일정한 조건을 따라야 한다. 비엔나협약 제30조에서는 ‘동일한 주제에 관한 계승적 조약의 적용’에 대해 규정하고 있는데, 신법 우선의 원칙이 적용되기 위해서는 동일한 주제에 관한 양립불가능한 두 조약이어야 하며,⁷¹⁾ 계승적이어야 하고, 동일한 조약의 당사국이어야 한다.⁷²⁾ 즉, 조약이 전조약 또는 후조약에 따를 것을 명시하고 있거나 전조약 또는 후조약과 양립하지 않는 것을 명시하는 경우, 다른 조약의 규정이 우선하며,⁷³⁾ 전조약의 모든 당사국이 동시에 후조약의 당사국이나, 전조약이 종료되지 않았거나 시행 정지되지 않은 경우에는 전조약은 후조약의 규정과 양립하는 범위 내에서만 적용된다.⁷⁴⁾ 또한 후조약의 당사국이 전조약의 모든 당사국을 포함하지 않는 경우에는 양 조약의 당사국간 전조약과 후조약의 규정이 양립하는 범위 내에서만 적용되거나, 양 조약의 당사국과 어느 한 조약의 당사국간에는 그 양국이 모두

69) 국제법상 강행규범은 기본적으로 우월적인 가치의 수용에 근거하며, 국내법에서의 공공질서 또는 공공정책의 개념과 유사한 개념이다. Shaw, Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, 1997, p.97.; 비엔나협약 제53조에서는 일반 국제법의 절대규범(강행규범)과 충돌하는 조약은 무효라고 하고 있어, 일반 국제법의 상위에 있음을 알 수 있다. 또한 강행규범은 ‘이탈이 허용되지 않으며’, ‘동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범’이고, ‘전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 인정하는 규범’이어야 한다. 현재까지 국제적 합의가 형성된 강행규범에는 공격, 노예, 노예 무역, 집단학살, 인종차별, 아파테이드, 고문의 금지와 국제인도법상의 기본 원칙들, 그리고 민족자결권이 포함되며, 향후 강행규범으로 포함될 가능성이 높은 규범으로는 청소년에 대한 사형 집행, 강제송환(refoulement)의 금지 등이 논의되고 있다. De Schutter, Olivier, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, 2010, p.65.

70) Verdross, Alfred, “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 60, No. 1, Cambridge University Press, 1966, p.58.

71) Marceau, Gabrielle Zoe, “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties”, *Journal of World Trade*, vol. 35, no. 6, p. 1081-1131, 2001, p.1090.; Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law(7th)*, Routledge, 1997, p.56.

72) Haugen, Hans Morten, “The Nature of Social Human Rights Treaties and Standard-Setting WTO Treaties: A Question of Hierarchy?”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 76, No. 4, (pp. 435-64), 2007, p.443.

73) 비엔나협약 제30조(2).

74) 비엔나협약 제30조(3).

당사국인 조약이 상호간의 권리와 의무를 규율하게 된다.⁷⁵⁾ 이 두 가지 원칙을 식량권과 특허권의 판단에 적용하기 위해서는 두 가지 다른 조약간의 위계 판단이 아니므로 부적합하고, 동일한 조약 내에 규정되어 있으므로 구법과 신법의 구분, 특별법의 구분이 존재하지 않기 때문에 부적합하다. 결국 사회권규약상 식량권과 특허권의 충돌은 강행규범에 해당하는 기아로부터의 자유에 대한 내용이 아닌 경우에는 다음에서 제시할 이익형량의 방법을 통해 판단해야 한다.

2) 상이한 조약 간 위계 판단

상이한 조약 간 규범 충돌의 경우에는 양자가 모두 임의규범인 경우, 신법 우선의 원칙 또는 특별법 우선의 원칙 적용을 고려할 수 있다. 식량권과 특허권에 있어 상이한 조약 간의 충돌은 사회권규약과 TRIPS 협정, 사회권규약과 ITPGRFA, ITPGRFA와 TRIPS 협정 등의 경우를 들 수 있다. 그러나 이러한 경우 비엔나협약 제30조에서 규정하고 있는 ‘동일한 주제’에 해당하지 않으므로 신법 우선 또는 특별법 우선의 원칙을 적용할 수 없다. 물론 동일한 주제에 대한 조약이 아니더라도 국소적으로 충돌하는 부분에 있어서만 동일한 주제가 존재할 수 있다. 예컨대 사회권규약과 TRIPS에서는 과학·기술·지식으로 인한 ‘개선된 형질의 식량’은 사회권규약과 TRIPS 협정의 중첩점이 된다.⁷⁶⁾ 그러나 인권에 대해 규정하고 있는 사회권규약과 무역에 관해 규정하고 있는 WTO 협정, 그리고 부속서로서 무역 관련 지식재산권 협정인 TRIPS는 특별법의 관계로 볼 수 없으며, 계승적 조약의 관계가 아니고, 동일한 당사국을 보유하고 있지 않으므로 위계 판단에 한계가 있다.

그러므로 식량권과 특허권에 관한 상이한 조약간의 충돌이 기아 금지와 같은 강행규범에 해당하는 충돌이 아니라면, 임의규범간의 충돌이므로 다음에서 제시하는 비례성원칙을 적용하여 판단하여야 한다.

2. 비례성원칙의 적용

1) 비례성원칙

전술한 바와 같이 임의규범 간의 위계 판단에는 한계가 있으므로, 식량권과 특허권을 규정하고 있는 임의규범에 대해 비례성원칙을 활용하여 우선순위를 판단할 수 있다. ‘비례성원칙(principle of proportionality)’이란 일정한 목적을 실현하기 위하여 비례적인 수단을 사용하도록 요구하는 원칙으로,⁷⁷⁾ 국내법뿐만 아니라 국제법의 다양한 분야에서 적용되며, 우리나라, 유럽, 미주국가 등 전 세계에

75) 비엔나협약 제30조(4).

76) Haugen, Hans Morten, *supra* note 72, p.437.

77) 비례성의 원칙에서 ‘비례적인 수단’이란 일정한 목적을 실현하는 데 ‘적합한’ 수단, 일정한 목적을 실현함으로써 피해를 입는 다른 목적에 대한 ‘피해를 최소화하는’ 수단, 일정한 목적과 그것을 실현함으로써 피해를 입는 다른 목적을 ‘균형적으로 실현하는’ 수단을 의미한다. 이준일, “헌법상 비례성원칙”, 공법연구 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009, 26면.

서 기본권 제한의 정당성을 판단하는 보편적 기준으로 적용되고 있는 원칙이다.⁷⁸⁾

비례성원칙을 식량권과 특허권의 충돌에 적용하기 위해 특허권을 국제법의 어느 한 분야로 볼 것인가에 대한 문제는 간단하지 않다. 하지만 WTO 협정에서 TRIPS 협정을 부속서로 포함하고 있는 것을 고려하면 특허권이 국제 무역에서 비중있게 다루어지는 부분임을 알 수 있다. 그러므로 본 논문에서 식량권과의 충돌 문제에 있어 특허권은 국제법에 있어서 국제통상법에 속하는 분야로 볼 수 있다. 그러므로 식량권과 특허권의 충돌에 있어서도 WTO 협정에서 적용되었던 비례성원칙을 적용하여 문제를 해결할 수 있다.

비례성원칙을 적용하기 위해서는 TRIPS 협정의 전문, 제7조가 중심이 된다.⁷⁹⁾ 동 규정들은 일반적인 예외 규정인 GATT 제20조와 GATS 제14조가 무역과 무역이 아닌 인권, 환경 등의 가치 사이에서 이익의 균형을 판단할 때와 유사하게 판단의 기준이 되는 역할을 한다.⁸⁰⁾ 그리고 이러한 조항들을 토대로 추출된 비례성원칙은 TRIPS 협정의 다른 조항들을 이해할 때 참고할 수 있을 것이다. 먼저, 전문에는 ‘개발 및 기술 목표를 포함한 지식재산권 보호를 위한 국가적 제도의 기본 공공정책 목표를 인정하며’라고 하여 공공정책을 언급하고 있으며, 제7조에서는 ‘지식재산권의 보호와 시행은 기술혁신의 증진과 기술의 이전 및 전파에 기여하고 기술지식의 생산자와 사용자에게 상호이익이 되고 사회 및 경제복지에 기여하는 방법으로 권리와 의무의 균형에 기여하여야 한다’고 하여 균형을 이룰 것을 언급하고 있다. 그러나 상세하게 규정되어 있지 않으므로 비엔나협약 제31조(3)(c)에 따라 국제법 관계규칙인 국제인권법상의 조약들, UN헌장이나 세계인권선언 또는 사회권규약 등을 통해 전문과 제7조의 해석을 보충할 수 있다.⁸¹⁾ 즉, 전문에서의 ‘적절한 보호’나 ‘적절한 수단’에 있어 ‘적절한’은 개별국의 상황에 맞게 정책적인 재량으로 국내법에서 지식재산권을 보호해야 함을 의미하고,⁸²⁾ 지식재산권의 보호가 ‘효과적’이어야 한다는 규정은 지식재산권 보호 그 자체가 최종적 목적이 아니라 경제성장을 통해 전 세계의 생활수준을 향상시키는 목적을 고려하여 효과적인 보호를 해야 함을 의미하는 것이다.⁸³⁾ 결론적으로 전문 규정을 해석하면 TRIPS 협정의 목표가 지식재산권 보호를 통한 사회 및 경제 전반의 복지 향상이

78) 강승식, “비례의 원칙의 적용방안에 관한 연구”, 세계헌법연구, 제17권 제2호, 국제헌법학회·한국학회, 2011, 60면.

79) 이외에도 ‘합리적인’ 조치나 절차, ‘정당한’ 이익, 또는 ‘필요성’과 같은 비례성원칙의 개념에 속하는 법적 개념이 포함되어 있는 TRIPS 협정의 조항들, 즉 제3조(2), 제8조(1)과 (2), 제13조, 제17조, 제26조(2), 제27조(2), 제30조, 제31조, 제34조, 제39조(2), 제62조, 제63조, 제73조, 그리고 명시적으로 규정의 문언에서 비례성원칙을 언급하는 제46조와 제47조의 경우에 적용될 수 있다. Grosse Ruse-Khan, H., “Proportionality and Balancing within the Objectives of Intellectual Property Protection” in Torremans, Paul L. C, ed., Intellectual Property and Human Rights : Enhanced Edition of Copyright and Human Rights (Wolters Kluwer :2008), pp.162, 169.

80) *Id.*

81) *Id.*, p.170. WTO 협정의 부속서2인 ‘분쟁해결 규칙 및 절차에 관한 양해(Dispute Settlement Understanding, DSU)’의 제3조(2)에서도 “이 제도가 대상협정에 따른 회원국의 권리와 의무를 보호하고 국제공법의 해석에 관한 관습적인 규칙에 따라 대상협정의 현존 조항을 명확히 하는 데 기여함을 인정한다”고 하여 국제공법의 해석이 적용될 수 있음을 언급하고 있으며, 비엔나협약 제31조 해석의 일반규칙 조항과 제32조 해석의 보충적 수단 조항에서도 조약의 적용 및 해석을 위해 조약의 전문 외에 부속서나 국제법의 관계규칙 등을 적용할 수 있도록 하고 있다.

82) *Id.*, p.171.

83) *Id.*

므로 이러한 맥락에서 효과적으로 지식재산권을 보호하며, 각국의 상황과 필요에 맞게 지식재산권 보호 체제를 조정할 수 있다는 것을 의미한다.

제7조는 기술의 혁신을 촉진하고 그 결과 얻어진 지식과 기술을 이전하고 전파하는 목적에서의 타협점을 규정하고 있다.⁸⁴⁾ 즉, 두 가지 측면인 ‘기술 혁신을 촉진하는 것’과 ‘이러한 기술을 전파하고 이전하는 것’ 즉, 기술 혁신의 촉진을 위해 새로운 발명품에 대한 보상으로써 인센티브를 제공하는 것과 혁신 기술을 공중에 전파하고 이전하는 것을 동등하게 보장하는 것 사이에서 자국의 상황을 고려하여 적절하게 이익형량해야 한다는 것이다.⁸⁵⁾

2) 본 사안의 적용

예컨대 WTO 회원국인 A국이 식량권의 보장을 위해 일부 종자에 대한 특허권을 제한한다면 TRIPS 협정을 적용하여, 관련 조항을 비례성원칙에 의해 해석하여 해당 국가의 조치가 TRIPS 협정에 합치되는 조치인지 판단할 수 있을 것이다. A국은 공공정책적 목적으로 식량권 보장을 위해 해당 특허를 제한하였다고 주장할 수 있다. 이러한 주장 및 조치가 동 협정에 합치되기 위해서는 우선적으로 해당 조치가 TRIPS 협정 전문과 제7조, 그리고 제8조에서 규정하고 있는 공공정책에 해당되어야 한다. TRIPS 협정은 무역과 경제 발전을 촉진하기 위한 지식재산권의 보호를 위한 것으로, 지식재산권 보호 그 자체가 목적이 아니다.⁸⁶⁾ 또한 이러한 전문상의 표현이 공공정책적 목적을 강조하기 위해 개발도상국에 의해 반영된 것을 고려하면,⁸⁷⁾ 사적인 권리로서의 특허권의 정당성은 개인적인 목적보다 공공정책적 목적에서 그 의의를 찾을 수 있다. 그러므로 최소한 TRIPS 협정 하에서는 개인의 발명에 대한 권리와 이익 보상에 대한 권리보다 공공정책적 목적에서의 권리가 더 우선적인 것으로 해석된다.

다음으로, TRIPS 협정 전문에서 언급하는 ‘개발 및 기술 목표를 포함한 지식재산권 보호를 위한 국가적 제도의 기본 공공정책 목표’에 식량권 보장이 해당되는가를 살펴보아야 한다. 이는 제7조의 목적을 참고하여 해석할 수 있는데 제7조에서는 지식재산권 보호와 집행이 기술혁신 증진과 기술의 이전, 전파에 기여하고, 기술지식의 생산자뿐 아니라 사용자에게도 이익이 될 수 있도록, 또한 사회적 및 경제적 복지에 기여하는 방법으로 보호되어야 하며, 마지막으로 권리와 의무의 균형에 기여하여야 한다고 하고 있으므로, 전문의 ‘개발 및 기술 목표’에는 기술을 개발하는 것 뿐 아니라 이러한 기술의 이전이나 전파도 포함하고 있는 것이며, ‘기본 공공정책 목표’에는 특허권자나 해당 기술을 이용하는 자 모두에게 상호 이익이 될 수 있도록 하는 정책, 그리고 그들의 사회적 및 경제적 복지를 위한 정책이 모두 포함될 수 있다. 또한 권리와 의무의 균형에 기여하기 위해 특허권자와 기술이용자의 권리와 의무를 균형의 관점에서 제한하는 것도 여기서 말하는 공공정책에 포함될 수 있다. 제7조 또한 개발도상국의 주장에

84) *Id.*, p.174.

85) *Id.*

86) UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, 2005, p.10.

87) *Id.*, p.11.

따라 도입된 조항임을 고려하면,⁸⁸⁾ 그 취지가 선진국의 일방적인 선진국 위주의 특허권 보호를 방지하고자 함에 있음을 알 수 있다. 이러한 취지는 도하 선언문에서도 찾아볼 수 있다.

그러므로 앞의 예시에서 A국의 조치가 종자특허를 일부 제한함으로써 농부의 권리와 농업 종사자들의 생존권을 보장할 수 있고 종자다양성 및 지속성을 확보하여 식량안보를 보장할 수 있다면 종자특허의 권리자에 대한 합리적인 보상을 통해 사회 전반적인 복지 기여를 위한 공공정책으로 볼 수 있을 것이다. A국이 개발도상국 또는 최빈국이라면 제7조의 ‘상호이익’에 있어 기술을 자체적으로 생산할 수 없고 수입을 통해 기술을 사용할 수밖에 없는 입장이므로 이러한 균형이 더욱 필요한 경우라고 할 수 있다. 다만, 여기서 문제되는 종자특허에 대해 농부들에게 침해되고 있는 식량권이 생존권을 위협할 만큼의 수준이어야 하며, 특허권 제한 외에 다른 대안이 없는 것이 전제되어야 한다.

A국은 당국의 조치가 제8조의 ‘사회경제적 및 기술적 발전에 매우 중요한 분야의 공공이익을 증진시키기 위해 필요한 조치’임을 주장할 수도 있다. 특히 해당 조항을 판단함에 있어서는 GATT 제20조의 일반적 예외를 판단하는 경우 사용된 비례성원칙을 적용할 수 있다. 제8조에서 규정하고 있는 예외상황은 공중보건, 영양 및 필수적인 사회적·경제적 문제인데, A국이 취한 조치가 여기에 해당하기 위해서는 특정 작물을 재배하는 농부들에게 있어 필수적인 기술인 경우, 해당 기술을 사용할 수 없는 경우 막대한 피해가 초래되는 경우, 그리고 그 피해 수준이 단순히 물질적인 재산상 손해를 넘어 식량권의 기본적인 개념인 식량에 대한 접근권, 전통적으로 농부에게 존재하던 종자에 대한 접근권, 농업생물다양성에 대한 권리까지 피해를 입게 경우 등이 있을 것이다. 가령 개량으로 인한 종자는 침입종(invasive species)이 대부분이므로, 특정 기업이 자사가 보유하고 있는 종자특허를 이용해서 다른 종자의 번식을 억제하여 농부들로 하여금 해당 기업의 종자 외에는 선택의 여지가 없게 하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우 침입종의 특성상 생산 체계와 생태계에 있어서도 부정적인 영향을 미쳐 생태계 교란에 대한 피해까지 초래할 수도 있다.

이 경우 A국의 조치가 공공정책에 해당하는가를 파악하기 전에 TRIPS 제27조(2)에서 규정하는 건강의 보호를 위해 불특허대상으로 해당 종자특허를 제한하였다고 하는 주장도 가능하다. 동조에서는 공공질서와 도덕성에 근거하여 사람, 동물, 식물의 생명, 건강의 보호 또는 환경에 대하여 중대한 손해를 방지하기 위한 불특허사유를 규정하고 있다. 여기서 ‘건강’에 적절한 식량에 대한 권리도 포함되는 것으로 해석된다.⁸⁹⁾ 이러한 논리를 입증하기 위해서 GATT 제20조에서의 필요성 조건에 따라 (1) 해당 종자특허를 제한하는 조치가 해당 작물 분야를 재배하는 것을 생업으로 하는 농부들의 생명 및 건강을 보호하기 위한 범주에 속하는 조치인지, (2) 해당 조치가 이를 위해 필요한 조치인지, (3) TRIPS 협정의 목적에 합치되는 조치인지 고려되어야 한다.

첫 번째는 해당 종자특허로 인해 농부들의 생계가 위협이 되는 수준의 피해가 발생한다면 해당 특허

88) *Id.*, p.119.

89) *Id.*, p.376.

를 제한하는 것이 농부들의 생명과 건강을 보호하고 식량권을 보장하는 범주에 속하는 조치가 된다.

두 번째로 해당 특허를 제한하는 것이 필요한 조치인가를 판단하기 위해서는 필요성 요건에 따라 (1) 해당 조치가 보호하려는 사회적 이익과 가치의 중요성을 판단해야 한다. 즉 이러한 특허권 제한으로 보호되는 사회적 이익은 식량권이며 작가는 농부들의 생계와 생활을 보장하고, 크게는 농업생물다양성, 식량안보를 보장할 수 있다. 이러한 이익의 가치 중요도는 침해의 정도를 비교하는 것으로 판별할 수 있을 것이다. 즉, 일부 종자특허를 제한함으로써 발생하는 특허권자의 침해와 특허권을 이행하는 경우의 식량권의 침해에 있어 이익형량을 해야 한다. 필요성 요건에 따른 두 번째 고려사항은 (2) 해당 조치가 TRIPS 제27조(2)의 예외에 의해 추구되는 목적의 실현가능성에 어느 정도 기여하는가이다. 특정 종자특허를 제한하는 조치는 ‘공공질서와 도덕성에 근거한 사람, 동물, 식물의 생명, 건강의 보호 또는 환경’에 대한 예외 사유 중에서 사람의 건강을 보호하기 위한 조치에 해당된다. 또한 해당 특허의 제한이 이러한 목적을 실현하는 가장 효과적인 방법이다. 마지막으로 (3) 합리적으로 이용 가능한 다른 대안적 조치가 존재하는가를 고려해야 한다. 해당 특허를 제한하지 않고 다른 방법으로 이러한 문제를 해결하기 위해서는 막대한 원조비용이 들 수밖에 없으며, 일반적으로 이러한 식량권 침해가 발생하는 국가가 개발도상국이나 최빈국임을 감안하면 이러한 원조가 불가능할뿐더러, 이러한 지원 정책 또한 해당 작물을 재배하던 농부들과 주민들의 미래 생계에 대해서는 보장이 되지 않는 단편적인 해결책이 될 수밖에 없다. 그러므로 본 사안에서 균형을 위한 가장 효과적인 해결책은 해당 특허를 제한하는 것이다.

이와 같이 국내적 정책 또는 국내적 이익을 위한 국가의 조치가 TRIPS 협정상 분쟁 가능성이 있는 경우 TRIPS 협정 전문과 제7조, 제8조를 통해 비례성원칙을 적용하여 균형을 맞출 수 있으며, 특히 본 사안과 관련하여서는 국제인권법에 의해 보장되는 식량권을 우위에 둬으로써 TRIPS 협정과 공공의 이익, 인권과의 균형을 추구할 수 있다.

3. TRIPS 협정의 유연성 기제 활용

TRIPS 협정은 전문, 제7조 목적, 제8조 원칙, 제27조(2)의 불특허사유, 제27조(3)의 불특허대상, 제30조의 허여된 권리에 대한 예외, 제31조 강제실시권 등 권리를 제한하는 내용의 규정들을 다수 포함하고 있다. 이러한 권리제한 규정들은 앞서 살펴본 비례성원칙을 이용한 이익형량의 방법으로 식량권과 종자특허의 충돌에 적용할 수 있다. 앞서 살펴본 바 있으므로 다음에서는 권리제한 규정들에 대해 간단히 언급하고자 한다.

1) 전문

전문은 권리 제한 규정은 아니나 조약의 해석에 있어 조약문과 같이 고려되는 필수적인 부분으로,

조약의 목적을 나타내고 있다. 비록 권리를 창설하거나 의무를 부여하지 않는 해석상의 지침 정도의 역할을 하나 그 자체로서 의의가 있는 것으로, 동 협정에서는 ‘지식재산권 보호는 그 자체가 목적이 아니라 목적을 위한 수단으로써 특정한 사적 지식재산권의 권리보유자 또는 이해관계자의 지식재산권을 보호하는 것이 아니라 무역과 경제 발전을 촉진하는 WTO 협정의 기본 임무를 잃지 않도록 하기 위한 것’이라고 언급하고 있다.⁹⁰⁾

그리고 ‘개발 및 기술 목표를 포함한 지식재산권 보호를 위한 국가적 제도의 기본 공공정책 목표를 인정’하는 것은 개발도상국 대표단에 의해 반영된 것으로, 지식재산권의 공공정책 목표를 인식하는 것이 중요함을 강조하고자 하였다.⁹¹⁾ 또한 당사국마다 개발수준 및 경제수준이 다르므로 최빈국, 개도국에 TRIPS를 적용함에 있어 ‘최대한의 유연성(maximum flexibility)’을 강조하고 있다. 이는 제66조에서 더 상세하게 기술되어 있으나 동조에서는 ‘최대한의 유연성’이라는 용어가 사용되지 않았으며, 전문에 이러한 용어를 사용한 것은 최빈개도국에 대한 유연성을 다시 한 번 강조하기 위함으로 보인다.

이러한 해석을 토대로 개발도상국 및 최빈국에서 사회권규약과 TRIPS 협정이 충돌되는 경우, TRIPS 협정의 최대 유연성을 발휘하여 식량권에 대한 보장이 지식재산권의 공공정책 목표에 우선하며, 그것이 결국 TRIPS 협정 목적에 부합하는 것이라는 해석이 가능하다.

2) 제7조 목적 및 제8조 원칙

제7조 목적조항은 각국이 국내적 문제로 균형점을 찾던 것을 국제적 수준에서 다양한 이해관계의 균형점을 찾아보고자 TRIPS 협정에 포함시킨 것으로,⁹²⁾ 지식재산권 보호의 목적이 기존의 목적, 즉 발명과 창작물의 고안으로 인센티브를 제공받고 사회 전체의 이익에 기여하는 목적 외에 균형에 관한 목적이 있음을 명백히 하고 있다.⁹³⁾ 사실상 기술적 능력이나 혁신활동을 위한 자본이 부족한 국가에서는 지식재산권이 혁신을 촉진할 가능성이 낮고, 해외의 기술을 사용하는 사용자의 입장이기 때문에 동조에 언급된 ‘기술지식의 생산자와 사용자의 상호 이익’이라는 개념은 매우 중요하다.⁹⁴⁾ 또한 동조에서 언급하고 있는 ‘균형’은 최빈개도국에 10년간의 의무 면제를 규정한 제66조(1)과 선진국의 최빈개도국으로의 기술이전을 규정한 제66조(2), 기술협력을 제공할 것을 규정한 제67조에 대한 방향성을 제시하고 있다.⁹⁵⁾ 이러한 동조의 규정에 대해 TRIPS 협정에 있어 인권법을 반영하고 인권 의무를 존중해야 한다는 것을 의미한다고 하는 견해도 있다.⁹⁶⁾ 이러한 해석을 통해 TRIPS가 권리자 측면에서만 보호하기 위한 목적으로 마련된 협정이 아니며, 사회적·경제적 복지 증진을 위한 균형을 찾기 위한 것임을 확인

90) *Id.*, p.2.

91) *Id.*, p.11.

92) *Id.*, p.119.

93) *Id.*, p.125.

94) *Id.*, p.126.

95) *Id.*

96) Derclaye, Estelle, *supra* note 28, p.140.

할 수 있다.⁹⁷⁾

제8조 원칙 조항은 선진국 위주의 TRIPS 협정이 되는 것을 방지하고자 개발도상국에 의해 주장되어 삽입된 조항으로,⁹⁸⁾ 공중보건, 영양 및 필수적인 사회적·경제적 문제를 다루기 위한 각 당사국의 조치가 협정과 일치하는 경우 필요한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다.

3) 제27조의 불특허사유

제27조(1)은 신규성, 진보성, 산업상 이용가능성의 요건만 갖추면 물질 또는 제법에 관한 어떠한 발명도 특허를 받을 수 있다고 규정하고 있는 특허대상에 대한 규정이다. 그러나 제27조(2)는 사람, 동물, 식물의 생명, 건강의 보호 또는 환경에 대하여 중대한 손해를 방지하는 것과 공공질서 또는 도덕성의 보호에 필요하다고 인정되는 발명에 대하여 특허대상에서 제외할 수 있도록 하여 불특허사유를 규정하고 있으며, 이른바 ‘생명공학 조항’이라 불리는 제27조(3)에서 인간 또는 동물의 치료를 위한 진단 방법, 요법 및 외과적 방법과 미생물 이외의 동물과 식물, 그리고 비생물학적 및 미생물학적 제법과는 다른 본질적으로 생물학적인 식물 또는 동물의 생산을 위한 제법은 제외된다고 하여 특허대상에서 제외되는 대상들을 규정하고 있다.

4) 제30조 허여된 권리에 대한 예외

제30조는 특정한 상황에서 특허권자의 허가 없이 제3자에 의하여 배타적 권리인 특허권을 제한할 수 있도록 규정하고 있다. 다만 국내법에 정해진 특정한 상황에 한하여만 예외적으로 적용되며 이러한 예외적 상황에는 비상업적인 활동으로 사적이용 또는 과학적 연구가 해당되고, 조기실시, 실험적 사용 등의 상업적 활동도 포함된다. 이를 통해 특허권의 독점적 효과로 인한 잠재적인 반경쟁적 영향을 완화할 수 있으며, 병행수입을 통한 분배적 효율을 추구할 수 있고, 실험적 사용의 예외를 통해 후속혁신과 추가적인 기술진보를 가속화할 수 있다.⁹⁹⁾ 동조는 전술한 제7조와 제8조와 같이 인류의 보편적 가치를 보장하기 위한 특허권 제한이 아니고 경쟁질서에서의 효율성을 제고하기 위한 조항이다.

5) 제31조 권리자의 승인 없는 기타 사용(강제실시권)

강제실시권은 선진국과 기술 격차를 해소하고자 하는 개발도상국에게 가장 중요한 경제 수단 중 하나이다.¹⁰⁰⁾ 이에 따라 지속적인 불균형을 개선하고 기술 개발을 위해 관련 기술에 접근을 하고자 하는 개발도상국과 선진국간의 의견 대립이 심하게 나타나고 있다. 파리협약 이후 TRIPS 협정에서 강제실시

97) UNCTAD-ICTSD, *supra* note 86, p.126.

98) *Id.*, p.119.

99) *Id.*, p.445.

100) *Id.*, p.487.

권의 요건이 더 구체화되었으나 사실상 이를 통해 기술이전을 하기 위해서는 선진국의 경제적 보복이라는 위험 부담을 가져야 하는 현실적 어려움이 존재한다. 이러한 문제점을 개선하고자 2017년 강제실시권 조항이 개정되어 제31조의2가 신설되기도 하였다.

제31조는 국가 비상사태, 극도의 긴급상황 또는 공공의 비상업적 사용의 경우 권리자의 승인 없이 특허를 사용할 수 있도록 하고 있다. 이러한 사용의 범위 및 기간은 승인된 목적에 한정되며,¹⁰¹⁾ 비배타적이어야 하고,¹⁰²⁾ 사용을 향유하고 있는 기업 또는 영업권의 일부와 함께 양도되는 경우를 제외하고는 양도될 수 없다.¹⁰³⁾ 이러한 사용은 주로 동 사용을 승인하는 회원국의 국내시장에 대한 공급을 위해서 승인된다.¹⁰⁴⁾ 사용의 승인을 받은 자의 정당한 이익의 적절한 보호를 조건으로, 사용을 허용하게 한 상황이 종료하고 재발할 것 같지 아니한 경우에는 종료될 수 있으며, 권한 있는 당국은 이유 있는 신청에 따라 이러한 상황의 계속적인 존재 여부를 검토할 권한을 가진다.¹⁰⁵⁾ 승인의 경제적 가치를 고려하여, 권리자는 각 사안의 상황에 따라 적절한 보상을 지급받는다.¹⁰⁶⁾

그러나 이러한 강제실시권 규정은 제31조(f)로 인해 수입에 의하지 않고는 필수약품을 공급받기 힘든 개도국에게 강제실시권을 통한 특허의 사용을 어렵게 하였고, 이러한 문제의 해결을 위해 2001년 ‘TRIPS 협정과 공중보건에 관한 선언문(Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)’이 채택되었다. 이후 이에 대한 내용을 토대로 작성된 TRIPS 개정의정서가 2005년 채택되며 최종적으로 2017년 1월 TRIPS가 개정되었다. 개정된 TRIPS에서는 제31조(f)의 내용을 일정한 조건하에 적용되지 않도록 하였다.

이러한 강제실시권 조항의 적용은 대부분 의약품 접근성 부분에서만 활용되고 있으나 식량권을 침해하는 종자특허에 대해서도 적용할 수 있도록 해야 한다. 식량권에 관한 특별보고관이나 학자들 중에는 식량안보에 영향을 미칠 수 있고, 작물 생산성의 감소와 같은 국가의 비상상황이나 극도의 긴급 상황에 장애물이 될 수 있는 방법으로 특허가 연구를 제한한다면, TRIPS 협정 제31조의 강제실시권을 허용할 수 있다고 언급하고 있다.¹⁰⁷⁾

4. 정책적 메커니즘 제안

특허권과 국제 지식재산권 제도에 있어서 인권이 침해되는 부분을 해결하기 위해 인권법을 통해 인

101) TRIPS 제31조(c).

102) TRIPS 제31조(d).

103) TRIPS 제31조(e).

104) TRIPS 제31조(f).

105) TRIPS 제31조(g).

106) TRIPS 제31조(h).

107) Olivier De Schutte 식량권에 관한 특별보고관의 2009년 보고서에서 언급되었다. U.N. General Assembly, *supra* note 4, para.32.; 또한 Carlos M. Correa도 식량안보나 식량 접근가능성의 위협을 이유로 특정한 농업상의 목적을 충족하기 위해서 국가가 강제실시권을 발동할 수 있다고 한다. Correa, Carlos M., *supra* note 2, p.357.

권을 강화시키기는 현실적으로 어렵다. 그보다 인권을 우선적으로 고려하는, 인권 기반의 특허제도를 안착시키는 것이 오히려 실현 가능할 것이다. 그러나 이러한 인권적 의식을 내재하기 위해서는 많은 협상의 과정이 필요할 것이며, 그 과정에서 국가간의 분쟁도 발생하게 될 수 있다. 이에 따라, 식량권과 특허권의 충돌이 발생하기 전에 예방적 차원에서 양자를 조화시킬 수 있는 방안을 마련하는 것이 분쟁 해결보다 중요할 수 있다.

이러한 방안으로 TRIPS 협정의 유연성 기제의 활용, 연성법의 활용, 그리고 협력 모델로서 종자기술에 대한 특허풀 형성과 오픈소스 종자의 활용, 이익공유 메커니즘을 활성화하는 방법을 제안하고자 한다.

TRIPS 협정은 ‘기술혁신의 증진과 기술의 이전 및 전파에 기여’하고, 특허권자와 특허기술의 사용자 모두에게 ‘상호 이익’이 되며, 권리와 의무의 균형을 맞추도록 하고 있어, 동 협정의 목적이 지식재산권 보호의 일차적인 것을 목표로 하는 것이 아님을 보여주고 있으며, 해당 협정 내에 특허권을 제한할 수 있는 유연성 기제들을 다수 포함하고 있다. 특별보고관도 이러한 유연성을 활용하여 적절한 균형을 이루기를 강조하고 있다.¹⁰⁸⁾ 2001년 채택된 도하선언과 제31조의2의 신설은 이러한 유연성을 대표하며, 종자를 특허대상에서 제외하는 방법도 제시되고 있다.¹⁰⁹⁾

또한 ITPGRFA가 연성법을 통해 법적구속력 있는 조약이 된 것과 같이,¹¹⁰⁾ 특별보고관의 보고서, 사회권규약 위원회의 일반논평, 그리고 FAO, UNDP와 같은 관련 국제기구의 공식 문서 등을 바탕으로 민간 부문에서의 비아 캠페시나, 나브다냐 운동, 농부의 권리 및 소농의 권리 보장을 위한 운동은 연성법을 형성할 수 있으므로 지속적인 국제적 관심을 통해 경성법화 할 수 있도록 해야 한다. 특히 도하선언이 TRIPS 협정 제31조의2를 신설한 사례를 참고하여, 특허대상에서 종자가 제외되는 내용으로 개정이 이루어질 수 있도록 연성법을 적극 활용할 필요가 있다.

세 번째로 협력모델로서 특허풀과 오픈소스, 이익공유의 메커니즘을 활용하는 방안이 있다. 특허풀의 경우 의약품 접근성 강화를 위해서 활발하게 운영되고 있으며,¹¹¹⁾ 종자에 대해서도 재산이 아닌 공

108) 사회권규약 제15조(1)(b)에 대한 특별보고관 보고서에서는 과학의 이익을 향유하는 권리인 제15조(1)(b)와 발명가의 권리인 제15조(1)(c)의 충돌가능성에 대해 TRIPS 협정의 유연성을 활용하여 적절한 균형을 이루어야 한다고 강조하였다. U.N. General Assembly, Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed : The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, A/HRC/20/26 (14 May 2012), para.58.

109) Correa, Carlos M., *supra* note 1, p.148.

110) 농부의 권리는 1980년대 초 육종가의 권리에 대항하는 정치적 개념으로 언급되기 시작하였으며, 이후 식량 및 농업을 위한 유전자원 위원회(CGRFA)에서 농부의 권리에 관한 결의 5/89호가 1989년 채택되고, FAO 총회의 식물유전자원 위원회에서 여러 합의와 1991년 결의3/91호의 채택, 식물유전자원에 대한 국제지침의 세 번째 부속서로서의 채택, 그리고 CBD 당사국총회의 나이로비 회의에서 결의 3호에 협상 주제로 포함되며 결과적으로 농부의 권리가 포함된 법적구속력 있는 경성법으로서의 조약, ITPGRFA가 2001년 채택되었다.

111) Cox, Krista L., “The Medicines Patent Pool: Promoting Access and Innovation for Life-Saving Medicines Through Voluntary Licenses”, *Hastings Science and Technology Law Journal*, Vol. 4, No. 2, 2012.; Vacca, Ryan, “Intellectual Property and Public Health : A White Paper”, 7 *Akron Intell. Prop. J. 39, Akron Intellectual Property Journal*, 2014, p.59.

동플로서 다루어야 한다는 의견이 제기되고 있다.¹¹²⁾ ITPGRFA의 부속서에 포함된 64종의 작물 리스트와 민간에서 운영되고 있는 다양한 사례들은 종자 특허권의 예시로 들 수 있다. 이러한 특허권의 운영은 접근과 혁신의 문제를 극복하는 방안이 될 수 있다.¹¹³⁾ 특허권과 같이 오픈소스도 소프트웨어 등의 기술 분야에서 등장하게 된 개념이며, 유사한 목적을 갖고 있으나 특허권은 기본적으로 종자특허가 대상이고, 오픈소스는 종자 자체가 대상이 된다는 것에 차이가 있다.

마지막으로 이익공유 메커니즘을 활용하는 방안이다. 현재 이익공유의 대표적 채널은 CBD와 ITPGRFA를 통한 두 가지로, 유전자원의 활용에 있어서 이익공유를 제도화하고 있는데 사실상 이익공유의 보상으로 들어오는 기금의 액수가 적어 활성화에 대한 현실적 한계가 존재한다. 종자 특허에 있어서도 종자 기술의 기반이 되는 관련 식량자원 및 유전자원에 대해 이익공유 메커니즘을 활성화하면 일방적인 특허권 행사로 인한 식량권 피해를 최소화할 수 있으며 충돌을 방지할 수 있다. 다만 이를 활성화하기 위해서는 전술한 현실적 문제점을 극복하는 방안을 마련해야 할 것이다.

V. 결론

‘식량권’은 식량에 대한 포괄적인 권리로서, 식량 생산을 위한 기본적인 자원과 수단인 ‘토지, 종자, 물, 기타 자원들, 그리고 이를 구매할 수 있는 비용, 시장 접근성’이 보장되어야 한다.¹¹⁴⁾ 이는 식량권 실현을 위한 식량권의 구성요소 충족에 있어서도 반드시 보장되어야 한다. 그러나 전통적인 농업사회가 초국경적 기업에 의해 산업화·대규모화·기계화되고, 지식재산권 강화의 국제적 분위기 속에서 이러한 식량권의 구성요소와 기본적 요건들은 종자에 대한 특허들과 충돌하게 되었다. 이러한 충돌은 구체적으로는 농부의 권리, 소농의 권리, 종자접근권과 종자다양성, 전통농업지식, 토양 산성화 및 환경오염으로 인한 지속가능성 침해부터 식량안보에 대한 위협까지 초래하며, 이는 식량권의 전제조건이 되는 사회권규약 제15조(1)(b)의 과학기술의 이익을 향유할 권리도 침해한다. 사회권규약은 적절한 식량에 대한 권리와 함께 당사국에 식량권 실현을 위한 적당한 조치, 과학·기술 지식의 활용 등의 의무

112) U.N. General Assembly, *supra* note 4, para.21.

113) ITPGRFA 제11조에서 다자체제의 범위로 부속서1에 나열된 식량 및 농업을 위한 식물 유전자원이 대상이라 명시하고 있으며, 부속서에 포함되지 않은 식량농업식물 유전자원의 이익공유는 CBD/나고야의정서에 따라 이루어질 수 있다. U.N. General Assembly, *supra* note 4, para.22.; 국제농업연구자문그룹(International Agricultural Centres of the Consultative Group on International Agricultural Research, CGIAR) 산하 국제농업연구센터(IARC)가 공동플에 참여하고 있으며, ‘농업용 공공 지식재산자원(Public Intellectual Property Resources for Agriculture, PIPRA)’이 있다. 연구자 그룹의 컨소시엄인 PIPRA는 개발도상국의 식량 위기를 해결하기 위한 유용한 곡물을 개발 및 공급하는 것을 목적으로 하고 있으며, 현재 15개국 이상에서 50개국 이상의 대학, 연구소, 비영리단체가 컨소시엄의 일원으로 참여하고 있다. 동 컨소시엄은 신품종 개발을 위해서 이미 특허권이 설정된 선행기술을 이용하여야만 개발이 가능한 문제를 해결하기 위해 식량위기를 위한 목적에 의해서만 특허를 제공하고, 상업화 전략에 대한 서비스도 제공한다. U.N. General Assembly, *supra* note 4, para.31.

114) U.N. Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *supra* note 68, p.3.

를 준수하도록 하고 있는데,¹¹⁵⁾ 제15조(1)(b)가 종자 및 품종개량 관련 기술에 대한 접근권을 정당화해주는 상호보완적인 관계이기 때문이다.¹¹⁶⁾

본 논문은 이러한 충돌을 해결하기 위해 두 권리를 규정하고 있는 각각의 조약의 위계를 판단하거나 TRIPS 협정에 존재하는 권리제한규정을 살펴보고 이를 토대로 비례성의 원칙을 적용하여 문제를 해결하고자 하였다.

이러한 해결방법을 통하여 이끌어낼 수 있는 결론은 다음과 같다. 국제인도법상 금지하고 있는 ‘기아를 수단으로 하여 고문을 하거나 학대를 하는 행위’, ‘기아를 전투 수단으로 사용하는 행위’, ‘강제이주’나 ‘생활수단 파괴’를 통한 기아를 초래하는 행위에 대해서는 식량권의 강행규범성을 인정하고 그 외의 식량권은 특허권과 마찬가지로 임의규범이므로, 비례성원칙을 이용하여 이익형량을 통해 판단해야 한다는 것이다. 비례성원칙을 이용하기 위해서는 TRIPS 협정의 전문, 제7조, 제8조를 통해 특허권자와 특허기술의 사용자간의 상호이익이 균형을 이룰 수 있도록 해석해야 하며, 식량권이라는 공공의 이익을 위해 종자특허를 제한하는 국가의 조치가 있는 경우 이러한 조치가 필요성 조건에 부합하는지 판단해야 한다. 또한 식량권의 보장을 위해 종자에 대한 특허를 허가하지 않는 경우 TRIPS 협정 제27조(2)의 불특허사유에 해당하는지를 판단하기 위해서도 비례성원칙을 통해 고려해야 한다.

식량권에 대한 침해는 작제는 농업종사자에 대한 침해이지만 크게는 국가적 식량안보의 위기를 초래할 수 있으므로 이와 같은 국가의 비상사태, 극도의 긴급 상황 또는 공공의 비상업적 사용이 필요한 경우 강제실시권을 통해 특허권을 제한할 수 있는데,¹¹⁷⁾ 현재까지는 의약품에 대해서만 적용되어 왔으며 식량권과 관련하여 강제실시권이 발동된 적은 없으나 TRIPS 협정의 개정, 유연성 기제 등을 활용하여 종자에 대한 특허권에 있어서도 강제실시권을 적용해야 할 것이다. TRIPS 협정 전의 파리협약에서는 캐나다, 인도를 비롯한 일부 국가의 경우, 동 협약에서 규정하고 있는 최소한의 기간, 즉 3~4년이 지난 후에 강제실시권에 자격이 있는 이해관계인은 자동적으로 식량과 의약품에 관한 특허 분야에서 권리에 대한 라이선스를 부여받을 수 있도록 하고 있었다.¹¹⁸⁾ 그러므로 명시적인 규정은 없으나 식량안보, 국가의 비상상황이나 극도의 긴급 상황에서는 TRIPS 협정 제31조의 강제실시권을 허용할 수 있다.¹¹⁹⁾

115) 사회권규약 제11조(2).

116) U.N. General Assembly, *supra* note 4, para. 7.; U.N. General Assembly, *supra* note 108, para.67.

117) 주로 의약품 분야에서만 이루어져 왔으며, 현실적으로 이용이 어려웠던 문제점을 극복하기 위해 2001년 도하 선언문이 채택되고 2017년에 TRIPS 협정이 개정되며 제31조의2로 도하 선언의 내용이 규정되었다. 도하 선언은 비록 구속력 있는 조약이 아니었으나 TRIPS 협정 내 조항에 신설됨으로 인해 해당 내용은 구속력을 갖게 되었으며, 이에 따라 의약품 제조 시설이 없으나 의약품이 필요한 국가에 제공을 목적으로 강제실시권 하에서 저가의 제네릭 의약품을 제조하고 수출하는 것이 허가된다. WTO 웹사이트<https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/pharmpatent_e.htm>(최종 방문일 : 2018.11.5.).

118) UNCTAD-ICTSD, *supra* note 86, p.462.

119) Olivier De Schutte 특별보고관의 2009년 보고서에서는 식량안보에 영향을 미칠 수 있고, 작물 생산성의 감소와 같은 국가의 비상상황이나 극도의 긴급 상황에 장애물이 될 수 있는 방법으로 특허가 연구를 제한한다면, TRIPS 협정 제31조의 강제실시권을 허용할 수 있다고 언급한다. U.N. General Assembly, *supra* note 4, para.32.; Carlos M. Correa 교수도 식량안보나 식량 접근가능성의 위협을 이유로 특정한 농업상의 목적을 충족하기 위해서 국가가 강제실시권을 발동할 수 있다고 한다. Correa, Carlos M., *supra* note 2, p.357.

마지막으로 본 논문에서 이러한 분쟁을 예방할 수 있는 메커니즘으로 TRIPS 협정의 유연성 기제의 활용, 연성법의 활용, 그리고 협력 모델로서 종자기술에 대한 특허풀 형성과 오픈소스 종자의 활용, 이익공유 메커니즘을 활성화하는 방법을 제안하였다. 특히 TRIPS 협정과 같은 무역협정은 다수의 국가가 참여하여 각국의 사회, 문화, 경제 상황을 고려하지 못하고 일률적인 규정을 적용하게 되는 “One size fits all”의 문제를 갖고 있는데 이러한 문제점을 해소하기 위해서라도 대안적 메커니즘을 활용한다면 식량권과 특허권의 적절한 균형점을 찾아가는 데 효과적일 것이다.

제3부 제3발표

북극해에 대한 국제법규범체계의
실효성 확보방안에 대한 검토

- 발표 김민경 (고려대학교 박사)
- 토론 서원상 (극지연구소 책임연구원)

북극해에 대한 새로운 국제법규범체계 마련 가능성 검토 : 북극조약 체결을 중심으로

김민경*

목 차

I. 실효성 확보 방안

1. 남극조약을 모델로 한 ‘북극조약’ 체결가능성 검토
2. 포괄적 성격의 ‘북극조약’ 체결가능성 검토
3. 별도의 ‘북극해 어업협약’ 및 ‘북극해 환경협약’ 체결가능성 검토
4. ‘북극헌장’ 및 ‘북극선언’의 채택가능성 검토

II. 대안의 실효성 검토

III. 우리나라의 참여 및 기여방안

IV. 결론

I. 실효성 확보 방안

북극해의 해빙으로 인한 접근가능성 확대와 연안국간 대륙붕의 확장 움직임 등 북극해 현상의 변화는 북극해연안국간 협력과 경쟁이라는 새로운 문제를 제기하였다. 이와 관련 유엔해양법협약을 중심으로 하는 현행 국제법규범체계는 북극에서의 변화된 현상을 효과적으로 규율하고 관리하는 데 있어 유용한 역할을 수행해 오고 있다. 북극해연안국 5개 중 4개국은 유엔해양법협약을 비준했으며 그 기본 틀 내에서 해양관할권 주장을 확고히 하기 위해 노력해 오고 있다. 미국은 아직 유엔해양법협약을 비준하지 않고 있으며, 다른 국가들과는 달리 협약상 관련 규정 중 일부의 적용을 배제하고 있으나 북극해 관련 적용이 요구되는 관련 조항에 대한 준수 의사를 표명하고 있으므로 현재 미국의 협약 당사국 여부는 적어도 북극해의 효과적인 규율과 관리를 위한 국제법규범체계를 검토함에 있어서 장애요인이 되지

* 고려대학교 박사

는 않는다. 그럼에도 불구하고 유엔해양법협약을 중심으로 한 현행 국제법규범체계가 오늘날 북극해에서 일어나고 있는 다양한 현상을 효과적으로 규율하고 관리하는 데는 한계가 있다는 지적이 꾸준히 제기되어 왔다.

이러한 배경 하에 유엔해양법협약의 한계를 극복하기 위한 노력의 일환으로 일부 학자들은 북극해라는 취약한 바다(fragile sea)에서의 항행안전 또는 환경보호 등을 위해 유엔해양법협약과는 구분되는 북극해를 대상으로 하는 별도의 통일된 조약의 체결을 통해 공통의 개념적이고 방법론적인 틀을 마련해야 한다고 주장하고 있다.¹⁾ 다시 말해서 이들 학자들은 유엔해양법협약과는 별개로 북극해 차원의 지역적 특별협정의 제정이 필요하다고 보고 있다. 이를 위해 북극해 관련 예상되는 상황에 대한 관리 및 관련 분쟁의 해결 방안으로 남극조약을 모델로 한 ‘북극조약’의 체결을 대안으로 제시하고 있다. 반면 새로운 형태의 북극조약의 체결은 불필요하거나 바람직하지 않을 뿐만 아니라 비현실적이라는 주장도 지지를 받고 있다. 이를 부연하면 새로운 조약이나 의정서의 체결을 통한 “hard-law” 접근법을 선호하는 학자들과 유엔해양법협약을 중심으로 한 기존의 법체계와 현행 규정 하에서의 지역 협력 및 관리에 대한 “Soft Law” 접근법을 지지하는 학자들간의 논쟁으로 요약될 수 있다. 그러나 이들 모두 북극해의 해빙이라는 현 상황과 관련하여 국제사회가 협력하지 않으면 증가되는 관광 및 경제활동 등 이용으로 인하여 북극환경에 위기가 초래될 것이라는 우려에서 북극권 국가, 특히 북극해연안국들간 국제법적 조치가 필요하다는 점에서는 견해가 일치한다.

따라서 이 논문에서는 일부 학자들이 주장하는 남극조약의 모델로서의 유용성과 이를 바탕으로 한 ‘북극조약’의 체결가능성을 고찰한다. 또한 남극조약 모델과는 별개로, 북극만의 특수성을 중심으로 한 포괄적 성격을 가지는 ‘북극조약’의 체결 가능성에 대해서도 검토한다.

1. 남극조약을 모델로 한 ‘북극조약’ 체결가능성 검토

1) 남극조약의 의의와 주요 내용

무엇보다도 ‘남극조약체제’²⁾는 독특한 국제법적 체계로서 지난 50여 년간 남극을 둘러싼 국가간 협력을 증진시키는 데 기여하였다. 1959년 체결된 남극조약은 전문에서 남극이 평화적 목적으로만 이용되어야 한다고 규정하면서 제1조에서 특히 군사기지, 방어시설의 설치, 어떠한 형태의 무기실험 및 군사훈련의 시행과 같은 군사적 성격의 조치도 금지된다고 하였다.³⁾ 또한 제4조에서 남극조약 당사국들은 영유권 주장을 중단시키기로 합의한 바 있다.⁴⁾ 나아가 남극조약을 정점으로 하여 해양, 자원, 환경

1) “New Challenges facing the Arctic Ocean and other Fragile Seas”, The International Conference on New Challenges facing the Arctic Ocean and other fragile Seas, Arctic Centre /University of Lapland, 2015. 2. 20.

2) 강량, “국제 환경레짐(Environmental Regime)에 관한 소고: 남극조약 체제(System)를 중심으로”, Ocean and Polar Research, Vol. 28, No. 2, 2006. 6월, 163-173면.

3) 남극조약 제1조.

4) 남극조약 제4조.

등 각 분야별로 체결한 조약들이 포괄적으로 하나의 틀을 형성하여 ‘남극조약체제’를 구성하고 있다.⁵⁾ ‘남극조약체제’는 남극체제(Antarctic Regime)라고도 불리며 남극조약을 중심으로 “남극해양생물자원 보존협약”(1980 Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources: CCAMLR), “남극 물개 보존을 위한 협약”(1972 Convention for the Conservation of Arctic Seals: CCAS), “남극광물 자원 활동 규율에 관한 협약”(1988 Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resources Activities: CRAMRA) 및 “환경보호에 관한 남극조약 의정서”(1991 Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty)를 포함하고 있다. 이들 남극의 해양, 자원 및 환경과 관련된 조약들은 남극조약 제9조에 규정된 “남극조약 협의당사국”(Antarctic Treaty Consultative Parties: ATCP)⁶⁾들에 의해 논의되었으며 동 조약들은 남극조약의 체 원칙을 확인한다는 규정을 포함하고 있어서 남극조약을 근거로 성립되었음을 보여주고 있다.

남극조약은 상대적으로 단순한 문서이지만 지금까지 남극의 평화적 이용 및 관리를 위한 초석이 되어 왔다는 점에서 의미가 크다. 남극조약의 주요 특징들을 살펴보면 동 조약은 남극대륙에서의 영유권 주장을 해결하려는 것이 아니라 동결시키는 데 목적이 있다. 그 결과 남극대륙 및 인접 도서들에 대한 영유권 다툼에도 불구하고 영유권을 주장하던 국가들과 미국 등 남극에 상당한 이해를 가지는 국가들이 반세기동안 조화롭게 남극에서 활동할 수 있었다. 또한 과학조사의 자유와 이를 위한 국제협력을 증진하고 있다.⁷⁾ 나아가 ‘남극조약체제’가 발전함에 따라 남극조약은 남극대륙 및 이원의 주변 남극해에서의 해양환경 보호 및 관리에 더욱 중요성을 부여하게 되었다. 결과적으로 ‘남극조약체제’가 남극해의 도서 및 주변해역들에게까지 적용되게 됨으로써 ‘남극조약체제’는 지속적으로 발전할 수 있었으며 이를 통해 남극해에서의 IUU 어업과 같은 외부의 도전 등에 대처할 능력을 갖추 수 있게 되었다.⁸⁾

이러한 남극조약의 성과를 평가하는 과정에서 우리는 남극조약이 북극을 위한 모델이 될 수 있는가의 문제를 생각해 보게 된다.

2) 남극조약의 북극해 모델로서의 문제점

남극조약을 모델로 하는 ‘북극조약’을 체결하는 문제에 대해 생각해 보면 남극과 북극은 많은 공통점을 가지고 있어서 사실 같은 국제법적 테두리 내에서 검토할 수 있는 여지가 많아 보인다. 더욱이 극지역에 대한 우리의 관심사항도 일반적으로 자원개발, 환경보호, 항행, 관광 및 안보 등으로 대체로 일치한다. 그러다보니 자연스럽게 국제법에서도 같은 제도하에서 규율될 가능성을 생각하게 된다. 그러나 양

5) 외교부, 이슈별 자료실, http://mcms.mofa.go.kr/trade/index.jsp?menu=m_30 참고. 2018.5.9 검색.

6) 남극조약 제9조

7) 남극조약 제2조.

8) Donald R. Rothwell, “The Arctic in International Affairs: Time for a New Regime?”, ANU College of Law Research Paper No. 08-37, December 10, 2008, pp. 252-254: “... so that the regime has continued to build and prosper and thereby develop the capacity to address external challenges such as illegal, unregulated and unreported(IUU) fishing in the Southern Ocean and growing interest in Antarctic mineral resources.”

자는 서로 다른 국제법의 규율을 받고 있으며 또한 받아야 한다고 생각된다.⁹⁾

남극과 북극의 차이점을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 남극은 북극과는 달리 거대한 영토로 남극대륙의 90% 이상은 사실상 접근이 불가능하다. 남극은 남극해에 둘러싸인 대륙인 반면 북극은 대륙에 둘러싸인 대양에 근거한 지역이라는 점에 차이가 있다. 따라서 남극에서는 육지 영토에 대한 영유권 주장이 있지만 북극에서는 영유권 문제가 아닌 육지에서 기원하는 해양관할권 문제가 있어서 이러한 차이가 양 극지역의 국제법규범체계 형성에 불가피한 영향을 미치고 있다. 즉, 남극은 현재 남극조약에 의해 영유권 주장의 포기를 요구하지는 않으나 영유권 주장을 인정하지도 않고 있다.

둘째, 남극의 경우 영유권이 동결되어 남극 주변 수역에 대한 특정국가의 관할권 행사가 제한되고 이로 인해 남극 인접 수역에는 북극해에서와 같은 내해, 영해, 접속수역 및 배타적 경제수역 등의 개념이 부재하다. 이러한 이유로 북극해의 경우, 연안국 영해에서의 무해통항 문제가 제기될 수 있다면 남극해역에서는 이러한 문제가 제기될 수 없다. 참고로 극지규범은 항행안전 및 환경오염 방지와 관련하여 상기 법적, 지리적 차이점을 고려하면서도 원칙적으로는 동일한 규칙을 남극과 북극에 적용하고 있다.¹⁰⁾

셋째, 북극지역에는 원주민이 존재하는 데 반해 남극에는 그러한 원주민이 살고 있지 않다. 남극은 불모의 대륙으로 사람이 이제껏 살았던 기록이 없다. 이는 북극지역에 4백만 명 이상의 사람들이 흩어져 거주하고 있는 것과는 대조적이다. 북극지역에는 이누이트, 사미, 아타바스카, 그위친, 알류트 외 기타 원주민들이 살고 있는 바, 이들은 부족별로 자치단체를 만들어 원주민들의 권리 증진을 위해 협력하고 있다. 이누이트족은 캐나다, 덴마크, 러시아, 미국에 분포되어 있으며, 사미족은 노르웨이, 스웨덴, 핀란드, 러시아에, 아타바스카족과 그위친족은 캐나다와 미국에 거주하며 알류트족은 알래스카와 러시아에 분포되어 있다. 따라서 원주민이 없는 남극의 경우 북극보다 통일된 조약의 체결이 상대적으로 용이하였음을 알 수 있다.

넷째, 북극과 남극간 개발가능성의 차이이다. 남극은 환경보호 문제에 초점이 맞추어져 있어서 아직 개발의 문제는 제기되지 않는다. 그러나 남극과는 달리 북극은 유엔해양법협약 등 관련 국제법에 따라 자원개발과 이용이 가능하다는 점에서 개발과 이용을 희망하는 개별국가의 이익과 더욱 밀접히 관련되어 있다.¹¹⁾

9) Report of Senior Arctic Officials to Arctic Council Ministers, Tromsø, Norway April 29, 2009. 북극이사회 제6차 각료회의에서 채택된 선언에서도 해양법을 포함한 광범위한 법체계가 북극해에 적용되고 있고 이러한 법체계는 북극해에 대한 효과적인 관리 기반을 제공하고 있음을 강조하였다고 한다.

10) International Code for Ships Operating in Polar Waters(Polar Code), IMO, 2016, preamble para. 6. "While Arctic and Antarctic waters have similarities, there are also significant differences. Hence, although the Code is intended to apply as a whole to both Arctic and Antarctic, the legal and geographical differences between the two areas have been taken into account.", <http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/polar/Documents/POLAR%20CODE%20TEXT%20AS%20ADOPTED.pdf> 참조. 2018.4.15 검색.

11) Parker Clote, "Implications of Global Warming on State Sovereignty and Arctic Resources under the United Nations

다섯째, 1982년 채택된 유엔해양법협약은 남극조약 체결 당시 존재하지 않았던 배타적 경제수역, 대륙붕, 공해 어업관리, 심해저 등 새로운 개념을 도입하였으며 이로 인해 바다를 규율하는 국제법원칙에 변화가 생겼다는 점에서 시대 상황적 차이가 있다. 남극조약 체결당시 유엔해양법협약이 존재하였다면, 예컨대 배타적 경제수역 제도의 경제적 가치를 고려할 때 남극대륙에 대한 영유권 동결이 실현되기 어려웠을 가능성도 배제할 수 없다. 현재 남극대륙 주변 해역에 대해서는 어느 국가의 관할권도 존재하지 않는다.

여섯째, 남극은 남극에 이해관계를 가지고 있는 국가들에 의해 발전된 국제법에 기초한 독특한 지역적 법체계를 가지고 있는 반면, 북극의 법체계는 본질적으로 전 지구적 국제법규범, 관련 지역규범 또는 북극해연안국가들의 개별적 법규범에 의존하는 세 가지 법체계를 가지고 있다.

일곱째, 남극은 환경 관련 남극조약과 마드리드 의정서 등의 hard law 제도로 이루어져 있으나 북극의 환경 관련 중심축인 북극이사회의 북극이사회의 전신인 AEPS(북극환경보호전략)는 soft law 제도로 되어 있다. 더욱이 AEPS는 해양환경보호와 관련하여 유엔해양법협약을 여러 차례 언급하고 있으며 동 협약상 원칙의 적용 필요성을 설명하고 있지만 마드리드 의정서는 유엔해양법협약 채택 이후에 제정되었음에도 동 협약을 전혀 언급하고 있지 않다. 또한 마드리드 의정서는 MARPOL협약과 유사한 규정을 가지고 있지만 AEPS는 동 협약을 명시적으로 언급하지 않고 양자 또는 지역적 및 전 지구적 차원의 협정을 언급하고 있다는 점에서 차이가 있다.

남극과 북극의 이러한 차이점을 고려하고 그로 인해 발생하는 아래의 문제점들을 감안할 때 남극조약은 북극이 직면한 문제와 관련하여 북극조약의 모델로서 유용하지 않다.

첫째, 남극조약은 이미 오래전에 체결되었다는 점에서 체결 당시의 정치적 환경이 지금과는 상당히 다르며 또한 북극의 지정학적 상황이 남극의 상황과는 다르다는 점을 간과하여서는 안 될 것이다. 더욱이 지리적 접근성으로 인해 북극에 대한 국제사회의 관심은 남극과는 비교가 되지 않을 정도로 크다는 점도 간과되어서는 안 될 것이다.

둘째, 유엔해양법협약이 반영되지 않은 남극조약과 달리 ‘북극조약’은 유엔해양법협약의 문언과 정신을 중심으로 검토되어야 할 것이다. 예컨대 남극조약의 예에 따라 북극에서의 자원개발을 동결하는 경우 북극해연안국가들의 반발은 물론 많은 당사국들의 참여를 기대할 수 없을 것이다. 왜냐하면 북극해연안국가들의 경우 특히 유엔해양법협약에 따라 당연히 가져야 할 권리를 포기하게 되는 것이기 때문이다.¹²⁾

Convention on the Law of the Sea: How the Arctic is no longer *Communis Omnium Naturali Jure*”, *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol. 8, Winter 2008, pp. 234-235.

12) 배규성, “Oceans Governance in the Arctic”, *The Journal of Arctic*, No. 1, 2015, 봄, p. 81. “북극권국가들이 그들의 주권을 기꺼이 포기하거나 또는 동결하고 자원개발을 억제하며 남극대륙과 유사하게 북극해를 해양공원이나 해상보호지역으로 국제화 할 것 같지는 않다. 북극권국가들은 북극의 해양환경을 보호할 법적 구속력 있는 조약을 꺼리고 있다.”

셋째, 북극을 남극조약의 예에 따라 비무장 해역으로 지정하게 될 경우 공해 자유의 원칙에 따라 북극 공해에서 향유할 수 있는 군사활동 등의 권리가 부인되게 되는데 이에 대해 특히 미국과 러시아가 찬성할 가능성은 매우 희박할 것으로 보인다.

넷째, 남극조약이 남극대륙의 생물자원의 보전과 보존을 촉진하도록 회원국들에게 의무를 부여하고 있음에도 불구하고 환경보호를 명시적으로 조약의 목적으로 규정하지 않고 있다. 이에 반해 북극환경의 보전 및 보존은 북극조약의 형성에서 보다 중추적인 역할을 해야 할 것으로 보인다.

다섯째, 남극조약에는 없는 사항으로 원주민들의 이익이 보호될 수 있도록 관련 규정의 삽입이 필요할 것이라는 점 등을 들 수 있다.

이러한 이유로 남극조약을 모델로 한 ‘북극조약’의 체결은 현실적이지도 않고 가능하지도 않다는 점에서 ‘북극조약’은 단순히 남극조약을 그대로 답습할 것이 아니라 북극의 상황을 특별히 고려하여 새로운 형태의 조약으로 만들어야 할 것이다. 다시 말해서 ‘북극조약’은 결코 남극조약의 재생(recycling of the ATS)이 아니라 보다 잘 발달된 완전하게 새로운 형태의 국제법규범이 되어야 할 것이다.¹³⁾ 환경보호와 상업적 이익의 균형 문제가 제기된 적이 없는 남극과는 달리 북극은 그 자체로 향후 국가간 협력과 경쟁의 독특한 모델이 될 수 있다는 평가도 있음은 이러한 사실을 입증하고 있다고 하겠다.¹⁴⁾

2. 포괄적 성격의 ‘북극조약’ 체결가능성 검토

1) 쟁점 및 고려사항

앞에서 우리는 남극조약을 모델로 하는 유사한 형태의 ‘북극조약’의 체결이 비현실적이라고 분석하였다. 즉, 남극조약은 북극조약의 토대가 될 수는 있지만 출발점일 뿐이다. 따라서 북극만을 규율하기 위한 새로운 형태의 ‘북극조약’을 체결하는 경우 동 ‘북극조약’은 남극조약의 형식 및 내용과는 무관한 완전히 새로운 형태의 국제법규범이 되어야 할 것이며 북극에서의 문제를 균형 있게 고려한 포괄적 성격의 조약이 되어야 할 것이다. 새로운 포괄적인 조약은 북극에서의 관할권 논쟁뿐 아니라 환경, 국가안보, 천연자원의 관리 및 개발, 원주민들의 이익 및 항로이용에 대한 문제를 포함하여 북극만의 추가적인 문제를 해결하는 수단이 되어야 할 것이다. 독특한 얼음 구조물로 인해 북극에서 발생하는 문제는 유엔해양법협약 체제 내에서 모두 해결될 수는 없으며 따라서 포괄적 성격의 ‘북극조약’의 체결가능성을 검토해 보는 것은 그 자체만으로도 의미가 있다고 본다.

‘북극조약’의 체결과 관련하여 구체적인 쟁점으로 문제시 되고 있는 것 중 특히 중요하다고 판단되는 사안들을 다음과 같이 분석해 볼 수 있다.

13) Doubravka Plášilová, “Current Problems of the Legal Regime of The Arctic”, Master's Degree, Masaryk University, 2011, p. 30.

14) Edward T. Canuel, “The Four Arctic Law Pillars: A Legal Framework”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol 46, p. 68.

(1) 관할권 확장문제에 대한 관련국간 이해조정

‘북극조약’은 무엇보다도 북극해 연안국간 이해조정을 통해 현재 분쟁으로 확인되고 있는 해양관할권 관련 사항에 대한 고려가 요구된다. 특히 북극점을 향한 대륙붕 외측한계 연장, 이와 관련 북극해 심해저의 지위, 기타 영유권 분쟁 및 배타적 경제수역 등 현안에 대한 해결책의 제시가 필요하다.

첫째, 연안국간 치열한 관할권 경쟁이 진행되고 있는 로모노소프 해령을 중심으로 한 대륙붕 외측한계 연장 문제를 해결할 필요가 있다. 로모노소프 해령은 북극해를 양분하는 문제로 특히 러시아와 덴마크 간 경쟁이 치열하게 전개되고 있는 상황이며 유엔해양법협약을 근거로 양측의 주장이 충돌하고 있어 분쟁의 존재가 확인되고 있다. 따라서 로모노소프 해령을 둘러싼 대륙붕 경계 분쟁을 해결하기 위한 방안의 제시가 필요하다.¹⁵⁾

둘째, 북극해연안국간 대륙붕 확장경쟁의 결과 북극점을 중심으로 한 북극해 심해저가 연안국의 대륙붕에 포함되는 경우 결국 북극해는 북극해연안국들의 배타적 관할권 하에 놓이게 될 것인바 이는 북극해에 대한 국제사회 전체의 이익에 배치된다는 문제점을 제기한다. 따라서 북극해 심해저와 관련하여 연안국간 북극점을 향한 대륙붕 확장 경쟁에 대한 최소한의 규제가 필요하다고 본다. 동시에 북극점을 둘러싼 심해저는 인류공동유산으로서 국제사회 전체의 이익을 위해 남겨두어야 할 것이다.

셋째, 데이비스 해협내 Hans Islands에 대한 캐나다와 덴마크간 영유권 분쟁의 원만한 해결을 위한 방안 제시가 필요하다.

넷째, 보퍼트해의 썰기 모양 해역에 대한 미국과 캐나다간 배타적 경제수역 경계획정에 대한 분쟁의 존재가 확인되고 있으며 이에 대한 해결방안 제시가 필요한바, Byers 교수의 상호 양보방안은 검토의 지가 있다고 본다.¹⁶⁾

다섯째, 북극해연안국들의 관할권이 배제된 북극해 공해에 대한 고려가 필요하다. 특히 북극해 공해에 이해관계를 가지는 비북극해연안국들의 무제한적인 활동을 효과적으로 규제할 수 있는 국제법적 근거가 마련되어야 할 것이다.

여섯째, 캐나다가 제기한 “누가 북극점을 소유하는가”(who owns the North Pole?)의 문제에 비추어 북극점에 대한 주권행사 문제가 분쟁으로 나타날 수 있다.¹⁷⁾ 북극점은 남극과 달리 얼음으로 구성되어 있으며 동시에 얼음은 바람이나 기후변화로 이동되고 있으며 또한 매년 많은 사람들의 방문이 이루어지고 있다는 점에서 관할권 문제는 앞으로 법적인 관점에서 쟁점으로 대두될 가능성이 크다. 이 문제는

15) Rothwell, *supra* note 8, p. 250. 저자는 영유권 및 해양경계 문제 등의 민감성을 감안하여 ‘북극조약’은 기존의 영유권이나 경계획정을 존중하여야 할 것이고 ‘북극조약’이 시행중인 동안에 발생하는 어떠한 상황의 변화도 기존의 또는 향후 있을 주장을 약화 또는 강화시키지 않아야 할 것이라고 하였다. 이러한 현상유지를 통해 Davis Strait에 위치한 Hans Island와 같은 영토에 대한 캐나다와 덴마크간 영유권 주장이나 북극점 해저에 대한 연안국간 주장으로 인한 갈등을 잠재울 수 있을 것이라고 보았다.

16) Michael Byers, *Who Owns the Arctic?: Understanding Sovereignty Disputes in the North*, Douglas & McIntyre Publishers Inc., Vancouver/Toronto/Berkeley, 2009, pp. 91-92.

17) Jeffrey Mazo, “Who owns the North Pole?”, *Survival: Global Politics and Strategy*, Vol. 56, 2014, pp. 61-70.

형사재판관할권의 문제와 북극얼음의 지위와 관련하여 중요성을 가지게 될 것으로 평가되는바, Escamilla 사건¹⁸⁾에서 미국이 공해상의 얼음을 선박으로 간주하고 기국주의에 근거하여 관할권을 행사하였다는 점은 주목할 가치가 있다고 본다.¹⁹⁾

일곱째, 북극해연안국에서 시작된 상시 결빙해가 영해 12해리를 넘어 확장되는 경우 동 확장된 결빙해를 영해의 연장으로 보아 연안국이 주권을 행사할 수 있는지, 아니면 12해리 이원이라는 점에서 영해의 성격을 배제하는 것이 타당한가의 문제가 앞으로 쟁점이 될 수도 있다는 점에서 ‘북극조약’ 체결시 함께 검토되어야 할 것이다.

여덟째, 해빙으로 새로운 섬이 발견될 가능성에도 대비하여 섬의 영유권을 결정하는 방안 또는 일정한 조건하에서 공동으로 이용하는 방안 등에 대해서도 검토해야 할 것이다. 예컨대 새로운 섬이 발견될 경우 동 섬에 대한 영유권의 결정과 새로운 섬의 귀속으로 인한 해양경계획정 문제에 대해서도 섬세한 규정이 필요할 것이다. 특히 새로운 섬의 발견시 섬의 규모나 위치 등으로 인해 갈등이 예상될 경우 이에 대한 영유권을 동결하는 방안도 검토 될 수 있을 것이다.

(2) 북극해의 특성을 반영한 제도적 장치

‘북극조약’은 북극해의 해빙으로 인한 이용과 관련된 사항들에 대한 고려가 요구된다. 예컨대 유엔해양법협약 제234조에 대한 새로운 시각에서의 해석, 북극항로의 지위와 관련된 국제법상의 개념 정리, 북극의 개발과 환경보호의 적극적인 조화, 분쟁해결 및 북극원주민들에 대한 방향제시가 필요하다.

첫째, ‘북극조약’은 유엔해양법협약 제234조에 대한 불명확성을 제거하기 위한 현재적 시각에서의 재해석을 비롯하여 앞으로 예상되는 북극해 해빙의 문제점들을 정리하는 포괄적인 조약이 되어야 할 것이다. 특히 협약 제234조는 북극해의 해빙이 시작되기 이전에 성안되었다는 점에서 동 제234조를 수정한 내용이 ‘북극조약’에 포함되어야 할 것이며 이 경우 북극해의 해빙이라는 상황을 반영한 결빙해역(ice-covered areas)의 정의가 필요하다.

둘째, 향후 북극항로가 본격화 될 것에 대비한 북극항로의 지위 문제에 대한 검토가 필요하다. 이와 관련 북극항로의 국제법적 지위에 대한 입장차이가 미국과 캐나다 및 러시아를 중심으로 전개 되어 오고 있으며 이에 이해관계를 가지는 북극해연안국들은 물론 유럽, 일본, 중국 등 북극해 항행에 이해를 가지는 국가들의 입장도 캐나다와 러시아의 입장과 차이가 있다는 점에서 해석상 분쟁의 존재가 확인

18) *Juan Escamilla v. The State of Texas*, No. 43460, 464 S.W.2d 840 (1971): 1971년 북극의 얼음섬 위에서 발생한 Escamilla 사건에서 미국 지방법원은 공해상에서 떠다니는 얼음을 선박으로 간주하고(treating drifting ice as a ship for the purpose of the proceedings) 공해상의 얼음섬에서 일으킨 자국민의 범죄행위에 대해 미국법원이 형사관할권을 행사할 수 있다고 보았다.

19) Barbara Rhodes, “Who Owns the North Pole?”, Chairperson, Polar Light Research Forum, <http://90north.tripod.com/northpole.htm> 참조. 일례로 캐나다는 2000년에 북극점 부근에서 엔진고장으로 비행기를 버리고 탈출하려는 조종사에게 쓰레기 무단투기를 이유로 기소하려고 시도한바 있으며 이에 앞서 1909년에도 Peary 탐험대원 중 한명을 살해한 혐의로 이누이트 원주민을 기소하려고 시도한바 있다. 그러나 관할권의 불명확성으로 인해 포기하였다는 사실은 북극점에 대해 주권을 행사하려는 캐나다의 의도가 추정된다는 점에서 국제법적으로 검토의 여지가 있다.

되고 있다. 따라서 이에 대한 국제법적 입장 제시가 필요하다. 이를 위해 캐나다와 러시아가 근거로 주장하는 역사적 수역에 대한 국제법상의 개념 정리가 필요할 것으로 본다. 또한 ‘북극조약’은 미국, 캐나다 및 러시아의 북극항로 운영에 관한 국내법 규정이 극지규범에 부합될 수 있도록 동 규범에서 요구하는 내용의 규정을 포함하여야 할 것이다. 아울러 집행을 위한 규정 즉, 위반 시 회원국에 대한 제재 및 분쟁해결 규정을 필요로 할 것이다.

셋째, 북극원주민들은 기후변화의 가장 큰 희생자라는 점에서 원주민들의 이익보호를 위한 규정이 필요하며 향후 관련 논의과정에서의 참여가 보장될 수 있도록 별도의 규정을 마련하여야 할 것이다. 이를 위해 원주민 보호 문제는 ‘북극조약’이 규율하는 핵심사안의 하나로 고려되어야 할 것이며 ‘북극조약’ 협의의 시작단계에서부터 심도 있게 검토되어야 할 것이다.

넷째, ‘북극조약’은 결국 북극의 현 자연상태를 훼손하지 않으면서도 북극의 개발로 인한 혜택을 공유하는 데 있다는 점이 강조 되어야 할 것이다. 따라서 북극해 자원의 보존 및 관리, 항행안전, 해양오염 방지 및 생태계 보전 등과 관련된 공통의 규칙이나 기준을 포함하여야 할 것이다. 특히 북극해에서 대부분의 분쟁은 대체로 개발과 환경의 문제로 집약되며, 개발을 목적으로 하는 국가의 이익과 환경보호라는 보다 큰 이익의 충돌은 분명 분쟁으로 나타나게 될 것이므로 이를 조화시키기 위한 노력을 분쟁해결의 틀 속에서 검토하여야 할 것이다. 이를 위해 예컨대 북극 생태계의 취약성을 고려하여 북극해연안국들의 자국 배타적 경제수역 내에서의 자원탐사 및 개발에 일정한 제한을 가할 수 있도록 하는 방안도 검토할 필요가 있다고 본다.²⁰⁾ ‘북극조약’은 북극의 자연자원 개발에 구체적 한계를 설정하고 개발된 자원으로부터 얻은 이익의 분배에 대해서도 고려하여야 할 것이며 이 경우 북극권 국가들뿐 아니라 원주민들 역시 분배의 대상에 적극 포함되어야 할 것이다.

다섯째, ‘북극조약’ 체결시 동 조약의 실효성 확보를 위해서는 미국과 러시아 등의 참여가 필수적인바, 미국과 러시아가 특별한 이해를 가지는 북극해의 비핵지대화 또는 북극해에서의 군사활동 규제 문제 등에 대해서는 신중한 고려가 필요할 것이다. 또한 북극해의 평화적 이용에 대한 보다 구체성 있는 개념 정립이 필요할 것으로 보인다.

(3) ‘북극조약’의 성격과 운영

‘북극조약’의 운용을 위해서는 당사국 적용범위, 북극이사회의 역할, 유엔해양법협약과의 관계, 기존 협정과의 관계, 위법하지 않은 행위와 보상책임, 조약의 국내적 적용 및 분쟁해결 등 관련 사항에 대한

20) Donat Pharand, *International Law and Politics of the Arctic Ocean: Essays in honor of Donat Pharand*, Leiden-The Draft Arctic Treaty: An Arctic Region Council, Boston, Brill Nijhoff, 2015. 정확한 원문은 「AREA OF APPLICATION states that for the purposes of the present Treaty, the ‘Arctic Region’ means the area north of 60 North Latitude, including Labrador and the region in northern Quebec known as ‘Nunavik’」이다. 참고로 Donat Pharand의 북극조약(안)에 포함되어 있는 환경보호, 과학조사, 생물자원의 보존 및 관리, 북극의 평화적 이용 등은 남극조약에 이미 포함되어 있는 것으로 북극에도 공통으로 적용되는 사안으로 보아야 할 것이다. 따라서 ‘북극조약’을 체결한다면 우선 상기 공통사항을 포함하여 특히 남극조약에서 다루지 않는 문제인 원주민 문제와 지속적 개발문제가 포함되어야 할 것이라고 판단된다.

명확한 기준 설정이 필요하다.

첫째, 북극에서의 현상변화로 인한 제반 문제에 대응해 나가는 데 있어 ‘북극조약’이 북극권국가를 포함하는 인류사회 전체의 이익에 이바지 할 수 있도록 하여야 한다는 점을 분명히 하는 것이 요구된다.

둘째, 남극조약의 예를 원용하여 북극권국가들을 중심으로 하면서도 제한된 범위 내에서 다른 이해관계국 및 정부간 기구의 참여가 보장되어야 할 것이다. 특히 북극해연안국들의 주도적인 역할과 책임이 부각되도록 하여야 할 것이며 나아가 북극해연안국들의 책임과 혜택이 균형을 이룰 수 있도록 고려되어야 할 것이다.

셋째, 북극에 대한 포괄적인 관리체계 확립을 위해 ‘북극조약’은 북극권 전체가 적용대상이 되어야 할 것이다. 보다 구체적으로는 Pharand 교수가 정의한 북극권에 위치한 8개 국가의 영토와 북극해 연안 5개국에 의해 둘러싸인 바다를 포함하는 개념으로 이해 될 수 있을 것이다.²¹⁾

넷째, ‘북극조약’ 체결시 동 조약의 이행을 위한 중심축으로 북극이사회의 활용이 필요하다. 북극이사회는 ‘북극조약’을 통해 다양한 활동을 수행할 수 있는 기반을 가지게 될 것인바, 북극이사회 실무작업반의 역할을 동 조약의 테두리 내에서 보다 구체적으로 규정하도록 하는 동시에 새로운 활동 영역을 개발하도록 근거 규정을 마련하여야 할 것이다. 특히 북극이사회는 ‘북극조약’ 체결시 동 조약의 이행을 확보하고 감시하는 기능을 수행하여야 할 것이다. 이와 관련 매년 당사국 총회의 개최 등 조약 이행 매커니즘을 갖추는 것이 필요하다. 나아가 ‘북극조약’은 궁극적으로 북극이사회가 정식 국제기구로 발전하는데 있어 근거규정이 되어야 할 것이다.

다섯째, ‘북극조약’ 체결시 동 조약의 유엔해양법협약과의 관계에 대한 평가가 필요하다. ‘북극조약’은 유엔해양법협약의 문언과 정신을 바탕으로 한다는 점을 분명히 함으로써 향후 분쟁해결을 위한 준거법으로 활용할 수 있도록 하여야 할 것이다. 특히 ‘북극조약’에 대하여 유엔해양법협약에 대한 후법 또는 특별법의 지위를 부여하여 우선적 효력이 인정될 수 있도록 하여야 할 것이다.

여섯째, 북극과 관련이 있는 기존의 타협약과의 관계 정립이다. ‘북극조약’이 성립되더라도 결국 ‘북극조약’은 전지구적 차원의 다양한 사안을 규율하는 기존의 협약들 중 특히 북극과 관련되는 사항들만을 별도로 규율하게 될 것이다. 더욱이 ‘북극조약’이 모든 관련되는 사항들을 망라하여 규율할 수는 없을 것이라는 점에서 기존 협약들의 적용을 완전히 배제할 수는 없을 것이다. 이러한 점에서 이들 분야별 다양한 협약과의 관계를 분명하게 정립하는 것이 필요하다. 한편 북극곰 보존에 관한 협정과 같이 북극해만을 적용대상으로 하고 있는 분야별 현행 협정들은 동 ‘북극조약’에 당연히 포함되어야 할 것이다.

일곱째, 국가책임법상의 국가책임에 대한 규정이다. 북극해 환경의 보호 및 보전이라는 ‘북극조약’

21) *Ibid.*, 이를 상세 설명한 주석서는 아이슬란드, 핀란드와 스웨덴을 제외할 수도 있는 표현인 “Arctic Basin” 대신 이들 국가들을 포함시키기 위해 ‘Arctic Region’의 표현을 선택하였다고 설명하고 있다. 동 주석서는 또한 북극권을 정의하는 많은 방식 중 북위 60도선을 기준으로 하는 것이 가장 적절해 보인다고 평가하면서 북위 60도 선을 경계로 하는 경우 북부 퀘벡과 라브라도 지역을 제외한 툰드라 지역과 영구동토지역이 모두 포함되게 된다는 점을 지적하고 있다. 이 경우 보다 구체적으로는 북위 60도 이원의 지역인 8개 북극권국가의 대부분의 영토가 포함되게 된다는 점에서 현실적이라는 평가를 받고 있다.

본래의 목적 달성을 위해 필요한 범위 내에서는 위법하지 않은 행위로 인한 손해에 대한 보상문제가 포함되어 검토되어야 할 것이다. 왜냐하면 북극해에서의 환경 관련 사고의 경우 피해는 국가의 개입을 필요로 할 정도로 규모가 크기 때문이다.²²⁾

여덟째, ‘북극조약’의 국내적 적용에 관한 규정이다. ‘북극조약’은 총체적으로 북극해의 변화된 현상을 능동적으로 대처해 나갈 수 있도록 당사국들이 별도의 입법조치 없이 국내적 이행이 가능한 자기집행적 성격의 조약이 되는 것이 바람직하다고 본다. 이 방식을 택할 경우 일관성이나 능률성 및 실효성 제고면에서 많은 장점이 예상된다. 그러나 ‘북극조약’이 다루어야 할 사안의 방대함으로 인해 자기집행적 조약의 가능성은 크지 않다는 점에서 국내적 이행에 관한 방향제시가 필요할 것이다.

아홉째, ‘북극조약’ 이행과정에서의 국가간 분쟁이 발생하는 경우 유엔해양법협약상의 분쟁해결절차를 원용하도록 하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

끝으로 ‘북극조약’의 체결 후 동 조약이 효과적인 것으로 판단되는 경우 우리는 이 조약을 기초로 ‘북극조약체제’의 수립 문제를 검토할 수 있을 것이다. 왜냐하면 ‘북극조약’도 ‘남극조약체제’와 마찬가지로 항행, 해저자원, 해양환경 등 앞에서 설명한 분야별 사안에 대한 보다 구체적인 협정이나 추가 의정서의 채택을 필요로 할 것이기 때문이다. 따라서 궁극적으로 이들 후속협정이 체결될 경우 이들 개별협정 또는 추가 의정서들은 모 조약인 ‘북극조약’과 함께 ‘북극조약체제’를 구성하게 될 것이다. 특히 이들 추가 의정서 등의 경우 유연성을 가질 수 있어서 새로운 변화에의 적응이 용이하다는 점에서 의미가 크다.

2) ‘북극조약’ 체결의 한계

‘북극조약’이 앞의 주요쟁점 및 고려사항들을 충족시키는 경우에도 동 조약의 체결은 다음과 같은 점에 비추어 현재적 시각에서 대안이 되는데 어려움이 있다고 본다.

첫째, ‘북극조약’은 적용범위로 북극지역 전체를 대상으로 하지만 동 조약의 목적이 북극해의 해빙으로 야기되고 있는 현상에 대한 효과적인 규율과 관리라는 점에서 그 중심은 역시 북극해가 될 것이다. 이 경우 결국 ‘북극조약’의 적용범위는 북극해에 한정될 가능성이 크며 그렇게 되면 유엔해양법협약을 중심으로 하는 현행 국제법규범체계와 특별히 구별되는 특징을 발견하기 어려울 것이라는 점에서 ‘북극조약’ 체결의 실익이 의문시 될 수 있다.

둘째, 지역적 특성과 기능적 특성이 혼재된 상황이 함께 고려되어야 할 것이라는 점에서 한계가 예상된다. 예컨대 북극해양체계의 온전성에 대한 다양한 종류의 심각한 위협은 많은 경우 북극지역 외부로

22) International Law Commission(ILC), “Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: International Liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law(prevention of transboundary damage from hazardous activities)”, A/CN.4/516, ILC Yearbook 2001; 横田洋三(박덕영옮김), 「국제사회와 법」, 연세대학교 대학출판문화원, 2013, 95면. ILC는 피해발생의 방지와 피해에 대한 구제에 주목하여 “국제법상 금지되지 않는 행위로부터 발생하는 유해한 결과에 대한 책임”의 법전화 작업을 수행하였다.

부터 유래되고 있다. 북극환경과 관련하여 실제로 문제시되는 환경오염물질들(POPs, ODSs, GHGs 등)은 대부분이 북극과는 무관한 전지구적 차원의 문제인 경우가 많다. 이와 같이 전지구적 차원에서 다루어져야 할 사안들을 북극에 영향을 미친다는 이유로 ‘북극조약’ 차원에서 다루려는 시도는 매우 조심스러운 면이 있다.²³⁾

셋째, 북극해연안 5개국간은 물론이고 특히 북극권 8개국간의 이해를 조정하는 문제는 쉽지 않은 과제가 될 것이다. 그 밖에 비북극권국가들에 대한 고려도 필요할 것으로 보인다. 그러나 이들 국가간 차이점을 분석하면 ① 미국은 유엔해양법협약 비 당사국이며, ② 러시아, 아이슬란드, 노르웨이, 미국, 캐나다는 비 EU 소속국가이지만 이중 아이슬란드와 노르웨이는 EU와 긴밀한 협력관계를 유지하고 있으며, ③ 덴마크, 핀란드, 스웨덴은 EU 소속국가라는 점, ④ 미국, 러시아, 덴마크, 캐나다, 노르웨이는 북극해연안국가인 반면 아이슬란드, 노르웨이, 핀란드는 북극권국가라는 점 등에서 상충하는 이해관계를 엿볼 수 있다.

넷째, ‘북극조약’이 체결되는 경우에도 동 조약의 실효성을 확보하는 문제는 매우 중요한 과제이나 다음과 같은 이유로 어려움이 예상된다.

- ① 현재 soft law 형태로 되어있는 사안들을 ‘북극조약’의 틀 속에 포함시키기 위한 시도가 필요하나 이에 적지 않은 장애가 예상된다. 예컨대 일부 사안의 경우 관련국간 이해 충돌로 ‘북극조약’에 포함되지 않고 soft law 테두리 속에 그대로 남아 있게 되는 경우 ‘북극조약’은 관련국들이 합의한 내용을 중심으로 하는 ‘북극조약’과 그 밖에 합의가 되지 않은 사항을 규율하는 별도의 soft law라는 2원 체제로 남아 있게 될 것이며 이러한 현상은 ‘북극조약’의 일관성, 통일성 및 나아가 실효성을 저해하게 될 것이다.
- ② 조약의 성공적 체결을 위해 쟁점사안에 대한 의견대립을 회피하게 될 경우 ‘북극조약’은 협약의 본질적인 부분에 대한 합의를 유보하고 단순히 유엔해양법협약의 기본원칙과 IMO 협약 등 관련 협약의 기존 규정들을 재확인하는 것에 불과하게 될 우려가 있다.²⁴⁾ 과거의 사례로 가) 교토의정서의 경우 GHG의 배출량 감축 목표를 부속서 1 국가들에게만 부과하고 그 밖의 국가들에게는 필요한 실질적인 조치들을 생략함으로써 의정서의 채택은 가능하였으나 이후 통일적인 이행이 어려웠으며, 나) 2001년 잔류성 유기오염물질에 관한 스톡홀름 협약의 경우는 동 협약 서명 전에 이미 대부분의 국가들에 의해 금지된 화학물질만을 대상으로 하고 있어서 사실상 사전 장애가 제거된 상태였기 때문에 채택이 가능하였지만 실효성이 의문시되었으며, 다) 1996년 오타와 선언²⁵⁾의

23) Oran R. Young, “Arctic Governance-Pathways to the Future”, *Arctic Reviews on Law and Politics*, Vol. 1,2/2010, pp. 164-185.

24) *Ibid.*, p. 181.

25) Ottawa Declaration(1996), Declaration on the Establishment of the Arctic Council. 회원국, Permanent Participants 그룹, 옵서버, 산하 실무작업반 등의 조직, 구성, 회의 개최 방식, 의사규칙 제정, 만장일치제 도입 등을 주요 내용으로 하고 있다. 참고로 Ottawa Declaration과 관련하여서는 다음의 선언, 문서 등 참조: a) The Joint Statement of the Governments of the Arctic Countries, 1996, b) The Terms of Reference for a Sustainable Development Program, 1998, c) The Framework

경우는 soft law 형태이면서도 합의달성을 위해 원안에 있었던 주요 쟁점들을 포함시키지 않았기 때문에 채택이 가능하였던 대표적인 사례로써 그렇게 된 배경은 북극권 8개국들이 미국의 참여를 유도하기 위해 양보한 데 연유한다.

- ③ 실질적인 문제로 특히 북극해의 효과적인 규율과 관리의 핵심은 개발과 환경, 교역 및 항행과 환경 인바, 양자는 개별 국가들의 이익과 국제사회 전체의 이해가 함께 공존하며 충돌하는 매우 복잡한 양상을 가지고 있다. 이러한 이유로 이를 조화시킬 수 있는 문안에의 합의가 결코 쉽지 않을 것이라는 점은 자명하다.
- ④ 지금까지 합의가 이루어지지 않은 사항들을 조약에 포함시키거나 흩어져 있는 쟁점들을 통일적으로 규율하기 위해 새로운 교섭을 개시하는 것은 지금까지 합의가 안 된 사안들을 다시 합의하기 위해 교섭을 재개 한다는 뜻으로 자칫 그러한 작업과정 자체가 비현실적이고 불가능할 수 있다는 점 등도 고려되어야 할 것이다.
- ⑤ ‘북극조약’의 교섭이 개시될 경우에도 유엔해양법협약의 체결을 위한 교섭과정이 10여 년의 장기간에 걸친 작업과정이었음을 감안할 때 지루한 교섭과정이 예상될 수 있다. 이러한 지루한 교섭과정을 거쳐 구속력 있는 ‘북극조약’이 성립하게 되는 경우에도 가) 일부 조항에 대한 일부 국가들의 유보시도, 나) 발효 요건 충족을 위한 일정수의 비준 확보 문제, 다) 일단 발효되면 이를 수정하기가 쉽지 않다는 점, 예로써 1959년 남극조약은 발효 후 30년이 경과하는 시점에서 재검토회의(review conference)를 개최할 수 있다고 규정하고 있으나²⁶⁾ 동 규정들은 거의 원용되지 않았으며 그 결과 변화하는 환경을 수용하기 위한 조약 개정이 이루어지지 않았다는 점 등이 한계로 지적될 수 있을 것이다.
- ⑥ 북극 관련 중요한 역할을 수행할 수 있는 국가가 ‘북극조약’ 체결시 비당사국으로 남아 있게 될 경우 조약의 보편성 확보에 문제가 있을 수 있으며 이 경우 북극해의 효과적인 규율과 관리라는 조약의 목적 달성에 장애가 될 것이라는 점도 고려되어야 할 것이다.²⁷⁾ 특히, 미국의 경우 유엔해양법협약의 예에서 보듯이 미국과 이해관계가 있는 실질적인 내용이 포함된 포괄적 성격의 ‘북극조약’이 성안될 경우 이를 서명하고 비준할 가능성은 낮다고 할 수 있다.²⁸⁾

결론적으로 새로운 ‘북극조약’이 체결되더라도 현행 국제법규범체계가 규율하지 못하는 사항들을 망라하여 규정하지 못할 것이며 또한 ‘북극조약’ 체결시에도 예상되는 조약 적용 및 이행상의 문제점 등을 고려할때 한계가 있다고 할 수 있다.

Document(Chapeau) for Sustainable Development Programme, 2000, d) The Arctic Council Indigenous Peoples’ Secretariat: Terms of Reference and Procedural Guidelines, 2001, e) The Arctic Council Observer Manual for Subsidiary Bodies, 2011, f) Annexes. Revised Arctic Council Rules of Procedure, 2013.

26) 남극조약 제12조제 2항 (a).

27) Charles, Lipson, “Why are some International Agreements Informal?”, *International Organization*, Vol. 45, Issue 4, Cambridge University Press, Autumn 1991, pp. 495-538.

28) *Ibid.*, p. 182.

3. 별도의 ‘북극해 어업협약’ 및 ‘북극해 환경협약’ 체결가능성 검토

새로운 ‘북극조약’ 체결의 한계에 비추어 기존의 유엔해양법협약을 중심으로 하는 현행 국제법규범 체계를 계속 유지한 상태에서 북극해 관련 예상되는 중요한 현안인 어업과 환경 분야를 별도로 규율하기 위한 ‘북극해 어업협약’과 ‘북극해 환경협약’을 체결하는 방안을 검토한다. 이러한 부문별 협약들의 체결은 유엔해양법협약의 관련 규정에 따른 것으로 유엔해양법협약에 의하면 북극해가 반 폐쇄해임에 비추어 동 협약 제9부(폐쇄해, 반 폐쇄해)의 제122조와 제123조를 근거로 분야별 새로운 협정의 체결이 가능하다. 북극해연안국들은 동 제123조에 따라 직접적으로 또는 적절한 지역기구를 통하여 협약상 권리행사와 의무이행을 위해 협력하도록 되어 있기 때문이다. 여기서 지역기구란 결국 유엔해양법협약을 모 협약으로 하여 탄생하게 될 북극해 관련 분야별 협약에 따라 성립하게 되는 지역기구를 의미한다.²⁹⁾ 북극해 관련 분야별 협약들은 유엔해양법협약이 다루지 못하는 사항을 규율하게 될 것이다. 더욱이 지역적 차원에서의 협력을 바탕으로 한 별도의 협약 제정 및 이로 인해 성립하게 될 지역기구는 지역적 차원의 특수성을 잘 반영할 수 있다는 점, 직접적인 이해당사자의 의사가 반영될 수 있다는 점, 이해당사자의 동의를 전제로 하기 때문에 이행을 효과적으로 확보할 수 있다는 점 등의 장점이 있다.

1) 북극해 어업협약

현행 국제해양법체계의 핵심은 유엔해양법협약과 유엔해양법협약의 이행을 위한 두 개의 협정, 즉 1994년 “심해저 이행협정”과 1995년 “유엔공해어족보존협정”으로 구성되어 있다. 이중 북극해 어업질서와 관련한 국제해양법체계는 유엔해양법협약과 유엔공해어족보존협정이 중심이 되고 있다. 유엔해양법협약과 유엔공해어족보존협정 및 나아가 1995년 FAO의 책임 있는 조업을 위한 국제행동규범은 모두 지역어업협약과 지역어업관리기구(RFMO)를 통해 어업 자원을 보존하고 관리하는 방안을 제시하고 있다. 즉, 동 협약들의 이행은 권한 있는 또는 적절한 국제기구를 통해 전 지구적 및 지역적 차원에서의 구체적인 규칙 제정의 방식을 통해 이루어지고 있다. 이에 따라 현재 발효 중인 협약 또는 기구를 생각해 보면 NAFO와 NEAFC 및 NASCO 등을 생각해 볼 수 있을 것이다. 왜냐하면 NAFO는 대상수역에 북극해와 주변의 주요 어장들을 명시적으로 포함하고 있고 NEAFC의 경우에도 관할수역으로 바렌츠해 일부를 포함하고 있어서 북극해 어장 개발을 위한 중요한 교두보 역할을 할 수 있다는 점에서 그리고 NASCO도 연어의 회귀를 북극해로 확장하고 있다는 점에서 의미가 있다고 본다. 그러나 북극해 전체를 망라하는 지역어업협약은 존재하지 않으며 따라서 북극해를 염두에 둔 별도의 지역어업협약의 채택은 그 자체로도 의미가 크다고 생각된다. 이와 관련 ‘북극해 어업협약’ 체결시에는 동 협약의 실효성을 확보하기 위해 다음 사항들이 고려되어야 할 것이다.

29) 유엔해양법협약 제12부를 지역적 차원에서 이행하기 위한 18개의 지역해양협정 또는 행동계획이 체결되었으며 대부분의 지역협정들은 협약 제12부에서 요구하는 환경보호의 다양한 측면을 다룬 부속서(annexes) 또는 의정서(protocol)를 가지고 있다.

첫째, ‘북극해 어업협약’은 유엔공해어족보존협정이 경계왕래어족이나 고도회유성어족에만 해당되어 소하성어족 등에는 적용되지 않는 것과는 달리 모든 어족에 적용되어야 할 것이다.

둘째, 어업으로 인한 북극해 환경오염을 방지하기 위한 노력의 차원에서 보다 강화된 규제를 적용함으로써 북극권국가들, 특히 연안국의 권리와 의무가 균형 있게 규정되어야 할 것이다.

셋째, 협약에 가능한 구속력을 부여하기 위해 ‘적절할 경우’, ‘사정이 허락하는 범위 내에서’, ‘각국의 특수성을 고려하여’, ‘필요한 경우에는’ 등의 유엔해양법협약에 사용된 제한적 표현(qualifier)을 최소화하여야 할 것이다.

넷째, 협약은 배타적이어서는 안 될 것인바, 비북극권국가들이 유엔해양법협약 및 다른 국제조약에 의해 향유하는 어업 관련 권리가 제한되어서는 안 될 것이다.

끝으로 협약은 어느 경우에도 모 협약인 유엔해양법협약을 중심으로 하되 유엔헌장 제13조의 “국제법의 법전화와 점진적 발전”의 정신에 따라 향후 북극해에서의 어업을 규율하는 데 필요한 별도의 법규범들을 포함할 수 있어야 할 것이다. 이를 통해 그간 유엔해양법협약의 이행과정에서 제기된 배타적 경제수역 및 공해에서의 어업과 관련된 문제점들이 함께 검토될 수 있을 것이다. 예컨대 최근 문안에 합의한 북극 공해상 비규제어업방지협정의 경우가 이에 해당될 것이다.³⁰⁾

결론적으로 ‘북극해 어업협약’을 체결하는 문제는 현재 시행중인 유엔해양법협약을 비롯하여 유엔공해어족보존협정 및 전술한 지역적 성격의 어업 관련 지역협약들을 중심으로 이를 보완, 발전시킨 형태로 제정하는 방안이 가장 손쉽고 효과적일 것이다. 왜냐하면 상기 협약들의 경우 북극권국가 거의 전부가 당사국이기 때문에 거부할 명분이 크지 않기 때문이다. 그러나 이렇게 체결되는 ‘북극해 어업협약’의 경우에도 국가간 이해를 얼마나 잘 조정하여 북극해의 변화된 환경을 반영할 수 있느냐에 따라 협약의 성공여부가 결정될 것이라는 점을 유념하여야 할 것이다. 그렇지 않을 경우에는 비록 협약이 채택 되더라도 새로운 내용은 포함시키지 못한 채 다만 지금까지 흩어져 있던 내용들을 한데 모았다는 의미밖에 가질 수 없을 것이기 때문이다. 이 경우 협약 체결의 실익은 전무하다고 할 것이다.

2) 북극해 환경협약

북극해에서의 해양환경 보호 및 보전을 위해 우리는 현행 국제법규범체계를 보완하는 방안으로 북극해 전체를 대상으로 하고 북극해의 특수성이 반영된 ‘북극해 환경협약’의 체결을 생각해 볼 수 있다. ‘북극해 환경협약’의 체결과 관련하여 시사점을 줄 수 있는 적절한 지역적 협약으로는 OSPAR협약이 있다. OSPAR협약은 지역적 협약 중 가장 발전된 형태로 지역 범위에 북극을 포함하고 있어서 북극해에서의 규범체계 형성에 도움이 될 수 있을 것으로 보인다. 참고로 지금까지 많은 종류의 지역차원의 환경 관련

30) US Department of State, Meeting on High Seas Fisheries in the Central Arctic Ocean, Chairman's Statement, Washington D.C. 2017. 11. 28-30, <https://oceanconservancy.org/wp-content/uploads/2017/11/Chairmans-Statement-from-Washington-Meeting-2017.pdf> 참조. 2017.12.2 검색; “북극 공해 비규제 어업 방지 및 북극해 과학연구 촉진을 위한 새로운 규범을 만들다”, 국정알림, 정부24, 외교부, 2017. 12. 1.

협약들이 체결되어 왔으며 이러한 지역차원의 환경협약들이 필요한 이유는 해당 지역의 특수성을 반영할 수 있다는 장점이 있기 때문이며 ‘북극해 환경협약’의 체결도 이러한 점에서 의의가 있다고 본다. 한편, ‘북극해 환경협약’ 체결 시에는 동 협약의 특수성에 비추어 다음 사항이 고려되어야 할 것이다.

첫째, 국경을 넘는 다양한 인간의 활동에 의한 영향(trans-boundary effect)을 고려하여야 할 것이다.

둘째, 협약의 적용지역인 북극해 지역은 평화적 목적으로만 이용되어야 할 것이다.

셋째, 단순히 강화된 형태의 환경 관련 협약이 아니라 지속 발전 어젠다(sustainable development agenda)도 포함되어야 할 것이다.³¹⁾ 달리 말해서 북극해는 단순한 자연보호구역이 아니므로 개발과 환경의 차원에서 접근되어야 할 것이다. 그렇게 함으로써 ‘북극해 환경협약’은 기국과 연안국간 이해의 조화를 통해 북극해에서의 환경 분야를 규율하는 통합된 축이 될 수 있을 것이다.

넷째, 리우 환경선언 등을 포함하여 확립된 국제환경법의 원칙들 중 특히 북극해 환경에 중요한 법원칙, 예컨대 사전주의 원칙, 세대간 형평의 원칙, 오염자 부담원칙과 환경피해를 야기하지 않을 의무 등이 포함되어야 할 것이다.

다섯째, 보다 실질적인 조항으로 남극환경과 관련하여 마드리드 의정서 부속서³²⁾에 포함된 사항들이 함께 고려되어야 할 것인바, 환경영향평가, 북극동식물 보전, 폐기물 처리 및 관리, 해양오염의 방지, 그밖에 해양에서의 자원개발과 관련된 오염방지 등에 관한 규정이 포함되어야 할 것이다. 이들은 전술한 ‘북극조약’ 체결시 고려되었던 책임문제와 관련하여 의미가 있는 규정들이다.

여섯째, 구속력 있는 환경협약의 제정은 북극해 환경의 보호 및 보전을 위한 국제적 차원에서의 고도의 정치적 약속이므로 북극이사회가 겪고 있는 만성 적자문제와 같은 재정적 문제의 해결을 위한 방안 등도 함께 고려되어야 할 것이다. 이와 관련 제도적 차원에서 당사국간 관련 기술의 이전, 혜택공유, 유엔해양법협약의 예에 따른 분쟁해결 방안의 선택 문제 등도 폭넓게 고려되어야 할 것이다.

일곱째, 최근 발효된 극지규범 중 환경 관련 사항이 고려되어야 할 것이다. 이 경우 두 개의 관련 조약이 별개의 제도로 운영되는 것이 아니라 상호 보완적으로 운영됨으로써 상승효과를 가져올 수 있을 것이다. 이를 위해 극지규범 중 유엔해양법협약과의 관계에서 해석상 차이가 있는 부분을 신중하게 검토하여야 할 것이며 또한 북극해수역 중 항로운항이 가능한 수역의 연안국인 러시아와 캐나다의 관련 국내법의 수정 또는 개정을 요구할 수도 있을 것이다.

끝으로 협약 체결을 위한 교섭이 시작될 경우 이 협약의 적용대상이 비록 북극해라는 지역적 한계를 가지고 있지만 협약이 전 지구적 환경보호 및 보전과 관련된 사항을 포함하고 있다는 점을 염두에 두고 모든 이해관계국의 의사결정과정에서의 참여가 허용되어야 할 것이다.

31) Linda Nowlan, “Arctic Legal Regime for Environmental Protection”, *IUCN Environmental Policy and Law Paper*, No. 44, 2001, p. 57. 저자에 의하면 북극해 환경협약의 체결에 대한 국제사회의 시각은 상반되는데 대체로 새로운 북극환경협약의 체결을 주장하는 환경단체, 정부 및 학계의 전문가 그룹은 환경보호뿐만 아니라 지속발전 문제도 포함시킬 것을 주장하고 있다고 한다. 반면 반대하는 입장은 지역차원의 포괄적인 협약으로 해결하기 어렵다는 입장이다.

32) Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, Eionet Reporting Obligations Database, Legislative instrument details: Madrid Protocol 참조, <http://www.ats.aq/e/ep.htm> 참조. 2017.11.26 검색.

그러나 북극해의 환경 분야만을 대상으로 하는 별도의 협약을 체결하게 될 경우에는 다음의 문제점이 있음을 간과하여서는 안 될 것이다.

첫째, 북극해 환경보호를 위한 별도의 협약을 제정할 필요가 있다는 주장은 북극해에서의 해양환경 보호를 위한 새로운 강화된 형태의 협약은 필요 없다는 북극이사회 산하 PAME 실무작업반의 평가와 현재 soft law로 구성되어 있는 환경 관련 결의, 선언, 지침 등을 hard law로 발전시키는 문제에 대한 국제사회의 공감대가 아직은 형성되어 있지 않다는 점 등에 비추어 현실적인 대안이 되기에는 어려움이 있다.³³⁾

둘째, 앞에서 설명된 사항들을 포괄하는 협약의 체결은 아직은 오히려 이상에 가깝다는 점에서 비현실적이고 그렇다고 이러한 요소들을 배제한 새로운 지역환경 협약의 체결은 무의미할 수도 있다는 점에서 국제사회의 고민이 있다. ‘북극해 환경협약’의 제정은 그 필요성은 인정되지만 제반 상황에 비추어 볼 때 아직은 시기상조라는 입장이 지배적인 것으로 관측되고 있다.³⁴⁾

셋째, ‘북극해 환경협약’은 광범위하고 포괄적인 체계로 방대한 규모라는 점에서 교섭과정에 많은 시간이 필요할 것으로 보이는바, 이는 동 환경협약을 추진하는 경우에도 절차적인 문제로 어려움이 많을 것임을 시사하고 있다.³⁵⁾ 다시 말해서 북극해의 경우 해양관할권 등 이해 대립이 현저하고 전반적인 협력체계가 초기단계이기 때문에 새로운 국제법규범 창설까지 상당한 거래비용이 발생할 것이다.

넷째, 북극해 환경 관련 다양한 사안들을 규율하기 위한 포괄적 성격의 ‘북극해 환경협약’의 체결이 어려운 경우 우선적으로 북극해에서의 초국경적 대기오염을 방지하기 위한 목적의 단일 협약의 성립을 생각해 볼 수 있을 것이다. 왜냐하면 초국경적 대기오염의 경우 이미 기존의 협약들에 의한 성과가 확인되었기 때문에 쉽게 합의에 도달할 수 있을 것이기 때문이다.³⁶⁾ 그러나 이 경우 ‘북극해 환경협약’의 체결이라는 본래의 목적과 상치된다는 점이 지적될 수 있을 것이다.

결론적으로 상기 ‘북극해 환경협약’의 체결 문제는 ‘북극조약’ 체결의 테두리 내에서 함께 검토되어야 할 것이다.

4. ‘북극현장’ 및 ‘북극선언’의 채택가능성 검토

북극에 대한 효율적인 규율 및 관리는 현재뿐 아니라 미래의 후손들에게도 영향을 미치는 중요한 사

33) Olav Schram Stokke & Geir Hønneland, (eds.), *International Cooperation and Arctic Governance Regime Effectiveness and Northern Region Building*, New York: Publisher Routledge, 2007, p. 165. 상기 학자들은 다양한 검토에도 불구하고 북극에 적용될 새로운 구속력 있는 문서를 만들어야 할 급박한 이유는 없다고 결론짓고 있다.

34) Nowlan, supra note 31, p. 59. 저자는 북극권국가들이 아직 환경 관련 구속력 있는 조약 형태의 협약제정을 고려하고 있지 않는 것 같다고 평가하면서 협약체결시에도 이미 확립된 환경 관련 원칙들을 재확인하는 수준에 머물 수 있다는 점과 자칫 “treaty congestion” 또는 “treaty fatigue” 현상이 나타날 가능성을 우려하고 있다고 판단하고 있다.

35) *Ibid.*, p. 59.

36) Yoshinobu Takei, “Polar Complications in the Law of the Sea: A Case Study of the Regime for Research and Survey Activities in the Arctic Ocean”, Netherlands Institute for the Law of the Sea, Utrecht University, 2010, p. 9.

안이다. 북극지역에 대한 보호 및 보존과 지속적 발전은 전 지구적으로 긴요한 일이며 국제사회의 공동 대응이 요구되는 과제라고 할 수 있다. 그러나 앞에서 검토한 바와 같이 구속력 있는 조약에 합의를 통한 대응은 시기적으로나 내용적으로 한계가 있음을 확인할 수 있었다. 이러한 배경 하에 과도기적인 대응 방안으로 ‘북극헌장’ 또는 ‘북극선언’을 채택하는 방안도 생각해볼 수 있다.

이하 ‘북극헌장’에 포함되어야 할 사항에 대해 제안해 본다.³⁷⁾

첫째, 전문에는 다음사항이 포함되어야 할 것이다.

- ① 북극의 변화에 대한 책임은 인류에게 있다. 따라서 우리는 북극의 변화가 북극 생태계는 물론 전 지구적 환경에 미치는 영향을 명심하고 북극의 변화에 슬기롭게 대처해 나가야 할 것이다.
- ② 북극해의 변화는 우리에게 북극을 이용할 수 있는 기회를 제공해 줄 뿐만 아니라 동시에 북극의 이용으로부터 야기되는 많은 문제점도 제기하고 있음을 이해하고 이러한 긍정적인 측면과 부정적인 측면을 균형있게 대처해 나가기 위해 노력하여야 할 것이다.
- ③ 북극해의 문제는 오늘 우리만의 문제가 아니라 미래 후손들의 삶과 직결되는 중요한 문제라는 인식하에 북극에 대한 효과적인 규율과 관리를 위한 방안을 강구하기 위해 노력하여야 할 것이다.
- ④ 북극해는 인류 공동의 이익을 위한 평화적인 목적으로만 이용되어야 하며 어느 경우에도 국가간 불화의 대상 또는 장소가 되어서는 아니 된다. 이를 위해 북극에서의 국제협력을 촉진시키는 것이 유엔헌장의 정신과 목적에 부합된다는 점을 확인한다.

둘째, 본문에는 다음 사항이 포함되어야 할 것이다.

- ① 북극원주민들의 권리를 존중하며 원주민들의 권리 실현을 위해 북극권국가들은 원주민들의 권리에 관한 유엔 선언을 즉각적이고 완전하게 이행하여야 한다.³⁸⁾
- ② 북극해 관련 북극해연안국, 북극권국가 및 그 밖의 국가들의 권리와 의무는 별도의 ‘북극조약’이 성립되지 않는 한 유엔해양법협약에 의해 규율된다. 특히 연안국들의 권리 행사는 비연안국들의 협약상 권리가 저해되지 않는 방식으로 행사되어야 한다.
- ③ 북극해에서의 과학조사활동은 인류 공동의 이익을 위해 수행되어야 하며 과학조사활동에 참여하는 국가간 협력이 장려되어야 한다.
- ④ 북극해에서의 해양생태계 보호를 위해 유엔해양법협약 및 생물다양성협약 등에 따른 의무를 성실히 수행하여야 한다.
- ⑤ 북극해에서의 효과적인 어업관리 체계의 확립을 위해 대규모 기업형태의 어업활동에 대한 모라토리움을 검토한다.

37) Arctic Charter Treaty, Frankfurt Investment Arbitration Moot Court, <http://www.investmentmoot.org/files/>; Arctic Declaration, www.arcticdeclaration.org; Arctic Governance in a global world: Is it time for an Arctic Charter, www.arcticgovernance.org 참조. 2018.5.10 검색.

38) 1991년 유엔에서 개최된 그린란드 누크 원주민들에 대한 전문가 회의에서 채택된 “원주민 자치와 자치정부에 관한 누크의 결론과 권고”(The Nuuk Conclusions and Recommendations on Indigenous Autonomy and Self-government) 참조.

- ⑥ 북극해에서의 자원개발이 가져올 환경 피해, 항행이 가져올 제반문제(환경오염, 해난 사고로 인한 인명피해 등)에 효과적으로 대처하기 위해 사전주의의무 부과 등 피해를 최소화하기 위한 관련 국제법규범의 제정을 위해 노력한다.
- ⑦ 북극해수역을 자연보호구역으로 지정함으로써 북극해수역이 인류공동혜택 지역 또는 가능하다면 지구성역(global sanctuary)으로서의 지위를 부여받을 수 있도록 노력한다.
- ⑧ 북극해의 효과적인 규율과 관리의 중심은 북극이사회의 임무를 확인하며 북극이사회를 중심으로 하는 국제법규범체계를 발전시키기 위한 북극권국가들의 노력을 지원한다.

그러나 ‘북극헌장’을 채택하는 경우에도 동 헌장의 성격을 어떻게 규정하느냐에 따라 논의의 성격이 달라질 수 있다는 점이 어려움이 있다. 왜냐하면 ‘북극헌장’을 soft law의 성격으로 이해하는 경우 이는 결국 북극이사회의 결정이나 권고와 유사한 성격이 될 것이며 반대로 구속력이 있는 것으로 해석할 경우 이는 ‘북극조약’과 유사할 것이라는 점에 한계가 있다. 결국 ‘북극헌장’은 현행 북극이사회의 기능을 보완하는 성격이 될 것이라는 점에서 북극이사회의 발전 방향과 함께 논의되어야 할 것이라고 본다.

한편 미래지향적인 관점으로 북극에 대한 국제사회의 관심을 제고한다는 측면에서 북극을 보존하고 관리할 필요성을 강조하는 내용의 ‘북극선언’을 제정하는 방안에 대해서도 검토해 볼 수 있을 것이다. 여기서 선언은 헌장보다는 국제문서로서의 규범력이 약한 것으로 해석될 수 있을 것이다. 그러나 동 선언이 유엔총회 차원에서 압도적인 다수의 합의에 의해 채택될 경우 국제법규범체계 형성 과정에서 중대한 영향력을 발휘할 수도 있을 것이라는 점에 비추어 검토의 실익이 있다고 본다. 이와 관련 과거 *Texaco Overseas Petroleum et al. v. Libyan Arab Republic* 사건에서 유엔총회 결의의 구속력이 검토된 바 있음은 좋은 시사점이 될 수 있을 것이다.³⁹⁾ 동 사건에서는 1962년 채택된 총회 결의 제1803호(천연자원에 대한 영구주권선언)의 효력이 쟁점이 되었는바, 중재재판관은 동 결의가 제3세계 국가들 뿐만 아니라 미국 등 여러 서구 국가들도 찬성하여 사실상 모든 경제체제에 속하는 국가들로부터 지지받았음을 지적하면서 사실상 국제법적 구속력이 있다고 판단하였다.⁴⁰⁾ 이에 비추어 볼 때 동 ‘북극선언’이 어떠한 내용을 포함하고, 어떠한 과정을 거쳐 어떠한 방식으로 채택되느냐가 선언의 효력 여부를 검토하는 기준이 될 수 있을 것이다. 더욱이 선언 형식으로 채택되었던 세계인권선언에 대하여 법적 구속력이 인정되고 있다는 사실은 국제사회의 실행과 노력에 따라서는 향후 ‘북극선언’이 구속력 있는 조약으로 발전할 수도 있다는 점에서 ‘북극선언’ 채택의 의미는 결코 적지 않을 것으로 본다.

39) *Texaco Overseas Petroleum et al. v. Libyan Arab Republic, International Arbitral Award 104*, J. Droit Internationale 350(1977), translated in 17 I.L.M. 1(1978).

40) *Ibid.*, para. 87. “...On the basis of the circumstances of adoption mentioned above and by expressing an *opinio juris communis*, Resolution 1803(XVII) seems to this Tribunal to reflect the state of customary law existing in this field. Indeed, on the occasion of the vote on a resolution finding the existence of a customary rule, the States concerned clearly express their views. The consensus by a majority of States belonging to the various representative groups indicates without the slightest doubt universal recognition of the rules therein incorporated, i.e., with respect to nationalization and compensation the use of the rules in force in the nationalizing State, but all this in conformity with international law.”

그러나 ‘북극헌장’과 ‘북극선언’은 결국 용어 선택의 문제로 양자를 구분할 국제법적 실익은 크지 않아 보인다.

II. 대안의 실효성 검토

북극해 환경의 변화와 관련하여 바람직한 북극해에 대한 국제법규범체계의 마련을 위해 앞에서 여러 가지 방안들을 검토해 보았다. 그러나 결론적으로 유엔해양법협약을 중심으로 한 현 국제법규범체계가 가장 현실적인 대안이라는 점을 확인할 수 있었다. 물론 이러한 평가가 북극에 대한 맞춤형 특별 조약의 체결이 결코 불필요하다는 의미는 아니다. 문제는 유엔해양법협약이 순기능 하는 상황에서 새로운 협약체결을 위한 교섭은 결국 혼란만 가져올 것이라는 평가다.⁴¹⁾

이 논문에서는 이를 입증하기 위해 노력하였는바, 이를 종합하면 다음과 같다.

첫째, 우선 남극조약과 유사한 성격의 ‘북극조약’ 또는 새로운 지역적 및 포괄적인 성격의 구속력 있는 ‘북극조약’ 체결의 필요성 여부에 대해 검토해 보았으나 결론적으로 현재 새로운 형태의 ‘북극조약’의 체결은 불필요하다고 보았다.⁴²⁾ 그 이유는 ‘북극조약’의 체결을 둘러싼 법적, 정치적, 경제적 한계, 국가 간 이해의 상충 및 ‘북극조약’이 체결되는 경우에도 북극해의 관리와 관련된 다양한 문제를 효과적으로 해결하지 못할 것이라는 우려 때문이다.

둘째, 북극해 관련 중요한 분야인 어업과 환경을 규율하기 위한 별도의 ‘북극해 어업협약’과 ‘북극해 환경협약’을 유엔해양법협약의 체계 내에서 체결하는 방안도 검토해 보았으나 단지 어업과 환경만을 규율하게 됨으로써 북극과 관련한 많은 사안들을 일관성 있게 규율할 수 없을 것이라는 점과 이들 분야 이외의 사안에 대한 효과적인 규율과 관리가 소홀히 될 수도 있다는 점에서 현실적인 대안이 되기에는 어려움이 있다는 점도 확인하였다.

셋째, 무엇보다도 현 상황에서 대안의 필요성에 대한 국제사회의 공감대가 형성되지 않았다는 점이다.

- ① 북극을 규율하는 국제법규범체계를 새로이 만들어야 할 필요성이 인정될 수도 있지만 우선 북극 권국가들간 이 문제에 대한 정치적인 합의가 이루어질 가능성이 크지 않다. 물론 필요성을 인정하는 입장에서는 아직도 ‘남극조약체제’를 모델로 한 느슨한 형태의 ‘북극조약’ 체결에 의미를 부여하고 있다.⁴³⁾ 그러나 전술한 문제점 외에도 절차적인 문제로 조약체결까지의 장애를 극복하는데 드

41) Hans Corell, “The Arctic: An Opportunity to Cooperate and to Demonstrate Statesmanship”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, Vol. 42, pp. 1065-1079.

42) John B. Bellinger, “Treaty on Ice”, *New York Times*, June 23, 2008. “Some nongovernmental organizations and academics say that we need an ‘Arctic treaty’ along the lines of the treaty system that governs Antarctica. Though it sounds nice, such a treaty would be unnecessary and inappropriate.”

43) 조정현, “북극문제의 현황 및 전망”, 주요국제문제분석, 2010. 6. 1, 외교안보연구원(현 국립외교원), 4면. “실제로 그린피스, 세계야생동물 기금(WWF) 등 국제적 환경 단체와 유럽의회 등은 북극환경의 보호 및 북극지역의 보다 공정하고 효과적인 개

는 기회비용 등을 고려할 때 현시점이 과연 새롭고 포괄적인 ‘북극조약’ 체결의 적기인지에 대해서도 의문의 여지가 있다.

- ② 오늘날 북극을 포함하는 전 지구적인 환경 및 해양문제를 규율하기 위한 국제협정이나 조약들이 지속적으로 확대되고 있으며, 또한 환경오염, 자원개발, 항행안전 등에 관한 많은 지역적, 양자 및 다자조약들이 존재하게 됨으로써 북극에 대한 국제법규범체계를 매우 복잡하게 만들고 있다. 이러한 상황 하에서 북극권국가들은 자신의 주권에 기초한 기본적인 권한을 국제적 체제에 양보하는 데 있어서 매우 조심스러운 입장이다. 물론 구속력 있는 조약을 만드는 것은 흠어져 있는 조약 체계를 조화시킨다는 의미에서 그 자체로 검토할 가치가 있다고 본다. 예컨대 현재 진행중인 대륙붕 외측한계 연장에 대한 교섭, 유엔해양법협약에 대한 미국의 태도, 북극환경의 지속적인 변화 등을 고려할 때 개별국가 이익보다는 국제사회 전체의 이익에 기초한 ‘북극조약’을 채택하는 문제는 충분히 논쟁의 가치가 있다고 보지만 아직은 현실적인 대안이 아니라는 결론에 도달하게 된다.

넷째, 이에 반해 유엔해양법협약을 중심으로 하는 규범체계는 현재 효과적으로 작동하고 있으며 실제로 이를 기초로 하여 북극해 관련 국제법질서가 이미 형성되어 가고 있다는 점, 일루리샷 선언에서 나타난 바와 같이 유엔해양법협약의 비당사국인 미국을 포함하여 북극해에 가장 이해가 큰 북극해연안국들 모두 현행 국제법규범체계에 대한 지지를 선언하고 있다는 점 등에 비추어 다른 뚜렷한 대안에 대한 국제사회의 공감대가 형성되지 않는 한 현행 국제법규범체계를 계속 유지하고 발전시키는 안이 가장 현실적인 대안일 것이라는 평가가 설득력이 있음을 알 수 있다.

북극해의 미래는 불확실성과 변화로 가득 차있다. 변화는 많은 요인에 의해 이루어질 수 있다. 기후변화라는 자연현상의 변화는 물론 북극권국가들의 정치적 이해도 변화의 요인이 될 수 있다. 이러한 불확실성 속에서 가장 현실적인 접근은 성급하게 대안을 발견하기 위한 노력보다는 현행 규범체계 내에서 soft law 규범을 발전시켜 나감으로써 앞으로의 상황 변화를 예의 주시하는 것이다. 왜냐하면 이 입장은 soft law 체계를 현행대로 유지하는 것인 만큼 북극권국가들이 새로운 국제조약의 체결에 의해 자신의 주권이 영향을 받지 않으면서도 북극 관련 주요 문제의 해결을 위한 다자적 협력을 추구해 나갈 수 있도록 국가 상호간 법적 및 도덕적 의무감을 불러일으킨다는 점에서 의미가 있다.⁴⁴⁾

결론적으로 새로운 대안의 도입 문제는 아직은 가능성의 영역에 남아있다고 생각된다. 물론 추후 상황 변화에 따른 검토 가능성을 완전히 배제하지는 않는다는 점에서 지속적인 관찰과 함께 필요성 여부에 대한 신중한 평가가 요구된다. 즉, Floistad와 Lothe가 지적한 바와 같이 다소 먼 미래(for a more or less distant future)의 과제로 지금 우리가 할 일은 현행 국제법규범체계를 성실하게 이행하면서 그 과정에서 경험을 축적함으로써 이후에 대비하는 것이 중요하다고 본다.⁴⁵⁾

발 및 관리를 위해 ‘남극조약체제’와 같은 국제조약을 동반한 보다 강화된 레짐이 북극지역에서 실현되기를 희망하고 있다.”

44) Tavis Potts & Clive H. Schofield, “Current Legal Development: The Arctic”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 23, 2008, pp. 171-175.

45) Brit Floistad & Lars Lothe, “The Possibility of an Arctic Treaty”, *ARCTIS*, <http://www.arctis-search.com/The+Possibility>

Ⅲ. 우리나라의 참여 및 기여방안

북극해의 해빙으로 인한 북극해 현상의 변화는 북극권국가들만의 관심사가 아니며 우리 모두를 포함한 국제사회 전체의 이해와 관련된 문제이다. 우리나라도 2008년부터 북극해 현상의 변화에 주목하면서 북극해 해빙으로 발생할 수 있는 문제에 대응해 오고 있다. 국제사회의 성원으로서 북극해에 대한 우리의 관심은 단순히 북극해를 이용과 혜택의 영역으로만 보아서는 안 될 것이다. 우리의 관심은 북극해를 활용하면서도 다른 한편 북극해를 자연 그대로 보존하고 지속가능한 상태로 발전시켜야 한다는 책임의 측면에서 함께 다루어야 할 것이다.

우리나라의 대 북극활동은 해빙의 문제가 본격화되기 이전인 2002년에 다산과학기지를 설립하며 시작되었다. 그리고 2013년 5월 북극이사회 옵서버 진출을 계기로 범정부 차원의 중장기 전략을 마련하면서부터 본격적으로 추진되었다.

우리 정부는 2013년 12월 북극항로 개척과 에너지 및 기타 자원개발 등 북극정책 전반에 대한 범정부 차원의 “북극정책 기본계획”을 마련하고⁴⁶⁾ 2015년 4월에는 “북극정책 시행계획”과 북극정책 기본계획의 세부 추진계획을 채택한바 있다.⁴⁷⁾ 북극 관련 우리 정부의 우선적 관심사항은 북극권 과학조사 촉진, 인간과 환경의 균형을 통한 북극의 지속가능한 발전 도모, 육로 및 항로를 이용한 유라시아와의 연계성 강화를 목표로 하는 “유라시아 이니셔티브”의 한 축으로써 북극 개발에의 참여라고 할 수 있다. 또한 이러한 정책 목표의 실현을 위해 우리 정부는 북극이사회를 중심으로 북극권국가들과의 협력을 강화해 오고 있다.

한국은 2013년 북극이사회 옵서버 국가로 참가하게 되었다. 북극이사회 참여를 통해 우리는 북극과 관련하여 우리가 기여할 수 있는 방안이 무엇인가 신중하게 검토함으로써 국익에 부합하는 정책을 수립해 나가야 할 것이다. 이와 관련 우리는 현재 발효 중인 다양한 다자조약의 틀 속에서 당사자로서의 권리와 의무를 찾아야 할 것이다. 무엇보다도 북극 관련 우리의 역할은 북극이사회를 통한 다자협력에의 참여라고 할 수 있다.⁴⁸⁾ 이를 위해 우리는 북극이사회 제도와 매커니즘에 대한 연구가 필요하며 향후 북극만을 위한 또 다른 형태의 다자협력체제가 구축되는 경우 우리가 보다 능동적으로 참여할 수 있는 틀을 만들어 나가야 할 것이다. 또한 필요시 북극권국가 내지는 북극과 이해관계를 가지는 국가들과 양자조약 협력을 통해 우리의 국익을 신장시키기 위한 방안을 강구하여야 할 것이다. 이러한 점을 염두에 두고 우리는 북극해지역 문제의 해결이 오늘날 기후변화로 인해 나타나고 있는 다양한 전 지구

+of+an+Arctic+Treaty 참조. 2018.5.28 검색.

46) 북극정책 기본계획, 2013. 12월, 관계부처 합동, <http://www.arctic.or.kr/files/pdf/m4/korea.pdf> 참조. 2018.4.29 검색.

47) 2015년 북극정책 시행계획 수립, 해양수산부, 2015. 4. 7, <http://www.mof.go.kr/article/view.do?menuKey=376&boardKey=10&articleKey=7513> 참조. 2018.4.29 검색.

48) 문진현, 김윤옥, 서현교, “북극이사회 정책동향과 시사점”, 북극이사회, 연구자료 14-06, 대외경제정책연구원, 2014, 107-108면.

적 현상의 해결에의 기여라는 점, 국제사회가 추구하는 제반 가치는 북극해에도 그대로 적용된다는 점, 예컨대 환경보호, 원주민의 인권, 항행안전, 북극해의 평화적 이용의 문제는 북극해에만 국한된 문제가 아니라 북극해를 포함하여 전 지구적 차원에서 함께 논의되고 해결되어야 한다는 점에서 국제사회의 책임 있는 성원으로서는 공동의 이익 실현에 기여하여야 할 것이다.

한편 북극의 경우 남극과 달리 통일된 국제조약이 없고 유엔해양법협약에 따른 연안국의 배타적 권리가 인정되고 있는 상황인바, 북극해 진출을 위해서는 연안국과의 협력이 필수적이다. 특히, 북극해지역의 자원개발이나 해상 운송 등 북극해의 상업적 이용과 관련해서는 북극해연안국들과의 양자적 협력 관계 구축이 무엇보다도 중요하다. 여기서 북극해 연안 5개국들의 북극정책을 살펴보면 이들 연안국들은 공통적으로 북극에서의 주권(국가 안보) 강화, 기후변화에 따른 환경적 충격에 대한 국가적 대응과 적응, 북극의 기후변화로 인한 광물 및 석유 자원 개발, 어족자원 등에 대한 지속가능한 개발과 관리를 역점 전략으로 하고 있으며 자원개발 및 수출, 해운, 항로 안정성, 자연 환경 및 생태계 보존과 관리, 북극 관련 기술개발, 대륙붕 연장 등이 주요 관심사이다. 우리 정부도 이러한 북극해연안국들의 입장과 정책 방향을 잘 이해하면서 자원개발, 어족자원 관리, 항행 가능성 등을 염두에 두고⁴⁹⁾ 북극이사회 활동에 적극 참여하여야 할 것이다. 또한 북극해 대륙붕 확장과 관련한 북극해연안국들의 입장과 대륙붕한계 위원회의 평가를 잘 관찰하여 우리에게 현안인 동중국해 대륙붕 경계획정을 위한 시사점을 발견할 수 있도록 하여야 할 것이며 북극해 심해저에 대한 개발가능성에도 주목하여 국제심해저기구에서의 북극해 관련 논의에도 대비해 나가야 할 것이다.

북극해에 대한 국제사회의 관심이 높아지고 있고 국가간 경쟁이 예상되는 오늘날 북극이사회 옵서버 국가의 지위를 획득한 우리나라로서는 향후 북극이사회 옵서버 국가간 경쟁에 대해서도 국제법의 테두리 내에서 대응책을 강구해 나가야 할 것이다. 그 밖에 북극이사회 외에도 북극 관련 문제들을 다루기 위한 여러 정부간 포럼이 구성되어 활동 중임을 감안하여 이러한 다양한 기구의 활동에도 관심을 가지고 대비해 나가야 할 것이다. 동시에 북극해를 둘러싼 현상을 해결하는 방법론이 결국은 국제법규범체계를 만들어가는 과정이라고 할 때⁵⁰⁾ 우리는 새로운 규범체계의 형성 과정에도 적극 참여할 수 있도록 북극해연안국은 물론 비북극해 연안국들과의 협력도 강화해 나가야 할 것이다.

이러한 관점에서 북극에서 우리의 역할을 증진하고 동시에 북극해에 대한 국제법규범체계 형성과정에 기여할 수 있는 방법론의 하나로 “아시아·태평양 북극지역위원회”의 창설방안⁵¹⁾에 대해 검토하는

49) 북극항로 이용시 부산-로테르담간 거리는 32%(22,000 → 15,000km), 일수는 10일 정도 (40일 → 30일) 단축 가능 (2013.9-10월 우리 현대글로벌비즈니스가 북극 항로 시범운항 실시)

50) 유준구, “북극해의 효과적 관리 현안과 과제”, 주요국제문제 분석, 국립외교원 외교안보연구소, 2012 가을호, 13면. 현재 북극해의 효과적인 규율과 관리를 위한 다양한 형태의 국제규범 창설 움직임이 나타나고 있고 또한 북극이사회의 거버넌스 과정이 배타적이어서 국제규범 창설 과정에 직접적인 참여가 용이하지 않지만 창설되는 국제규범은 북극권국가뿐만 아니라 우리나라에게도 적용되기 때문에, 북극이사회 및 관련 실무작업반 회의를 포함한 다양한 다자협의체에서 우리나라의 입장을 적극적으로 표명할 필요가 있다.

51) 김석환, 나희승, 박영민, “한국의 북극 거버넌스 구축 및 참여 전략”, 전략지역심층연구 14-11, 한국대외경제정책연구원, 2014. 84-95면.

것은 매우 시의적절하다고 본다. 김석환 박사의 2인은 “한국의 북극 거버넌스 구축 및 참여 전략” 제목의 논문에서 “아시아·태평양 북극지역위원회” 발족시에는 북극권국가인 러시아와 미국, 아시아·태평양 국가인 한국, 일본, 중국이 주요 참가국이 될 수 있다고 하면서 이들 국가들이 북극에 대한 국제법 규범체계의 형성과정에 참여하는 것이 필요하다는 점을 설명하고 있다.⁵²⁾

IV. 결론

북극의 해양관할권에 대한 분쟁의 대부분은 오랜 세월 간과된 지역에 관한 지식과 과학적 자료의 부족으로 인한 불확실성에서 기인한다. 북극해연안국 각각은 역사적인 주장에서부터 과학적 주장에 이르기까지 국제법에 따라 효과가 입증 될 수 있는 다양한 근거를 가지고 관할권을 주장하고 있다. 유엔해양법협약은 지금까지 북극에서 활용된 국제법적 틀이었지만 미국이 이 협약을 비준했는지 여부에 관계 없이 북극이 직면한 모든 우려를 해결하는 데는 불충분하다.

따라서 본 연구는 큰 틀에서 다음 세 가지 대안의 유용성 및 실현 가능성에 대하여 검토하였다. 먼저 1959년 채택된 남극조약을 모델로 한 새로운 형태의 ‘북극조약’을 채택하는 경우의 필요성과 유용성에 대하여 검토하였다. 다음으로 북극 관련 제반 사안들을 효과적으로 규율하고 관리하기 위한 포괄적 성격의 ‘북극조약’의 채택 가능성 여부에 대하여 검토하였다. 끝으로 유엔해양법협약 중심의 현행 국제법 규범체계 내에서 북극해 관련 중요한 분야인 어업과 환경을 별도로 규제하기 위한 ‘북극해 어업협약’과 ‘북극해 환경협약’의 체결가능성 여부에 대해서도 검토해 보았다. 그러나 이러한 대안들 모두 북극해와 관련한 다양한 사안들을 일관성 있게 효율적으로 규율할 수 없다는 점에서 현실적인 대안이 될 수 없다는 점을 확인하였다. 결과적으로 이 논문은 이들 대안들이 가지고 있는 내재적 한계로 인해 새로운 대안의 도입 가능성에 대해서는 신중한 접근이 요구된다는 결론에 도달할 수 있었다.

물론 이러한 평가가 새로운 대안의 발견을 위한 우리의 노력 자체를 부정하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 사실 국제법의 역동성에 영향을 주는 근본적인 법률문제는 새로운 법규범을 수립하는 방식에 의해서만 해결되는 것은 아니다. 북극해의 새로운 현상에 의해 나타나는 제반 문제들을 다룰 수 있도록 기존의 일반 국제법 규칙과 원칙을 능동적으로 융통성 있게 해석, 적용하는 방식이 더욱 효과적일 수도 있기 때문이다. 이는 단순히 절차적 번거로움이나 이해관계국들의 이해다툼 때문만은 아니다. 새로운 법규범이 반드시 효과적일 것이라는 기대가 무너지는 경우를 우리는 익히 경험하였기 때문이다. 결국 현 상황에서 가장 이상적인 선택은 유엔해양법협약을 중심으로 한 현 국제법규범체계하에서 북극해 관련 협력의 가능성을 새롭게 열어 나가는 동시에 현행 국제법규범체계의 운영과정에서 발견되는

52) 위의 주, 동 공저자들은 규범형성 노력을 거버넌스 수립으로 설명하고 있다.

문제점을 보완, 발전시키는 데 있다고 생각한다. 이러한 관점에서 2008년 일루리샷 선언을 통해 5개 북극해연안국들이 현행 유엔해양법협약의 이행에 대한 약속을 분명하게 표명하였다는 사실은 매우 중요한 함의를 가지며 또한 유럽연합이 현재 유엔해양법협약의 법적인 틀 속에서 북극해를 위한 특별정책을 마련하기 위해 노력하고 있다는 점도 이러한 판단을 뒷받침한다고 하겠다.

한편 향후 북극해의 효과적인 규율과 관리를 위한 국제법규범체계 형성은 북극이사회를 중심으로 정부간 기구 또는 비정부간 기구와 같은 다양한 행위주체들에 의한 양자적 및 다자적 협력을 통해 이루어질 것으로 보인다. 따라서 비북극권국가들도 북극이사회에 능동적이면서도 전략적으로 접근할 필요가 있으며 북극해연안국들과 동등하게 참여하여 북극해의 효과적인 관리 체계를 발전시켜 나가야 할 필요가 있다고 본다. 이와 관련 북극이사회에 역할 강화, 북극이사회가 채택한 soft law 규범을 보다 구속력 있는 법규범으로 제도화시켜 나가려는 노력이 현재 북극이사회 등을 중심으로 추진되고 있다는 점은 향후 북극해에서의 국제법규범체계를 정착시키는 데 크게 기여할 것으로 보인다.

우리는 기후변화로 인한 지구온난화를 방지하기 위해서도 노력하여야 하지만 동시에 기후변화로 인한 현상에 슬기롭게 대처함으로써 피해를 최소화하는 한편 국제사회 전체가 수혜자가 되는 방향으로 함께 노력하여야 할 것이다. 유엔해양법협약 채택 후 30여 년이 지난 지금 앞으로의 상황변화에 따라서는 새로운 해양법협약의 체결 논의가 시작될 가능성도 배제할 수 없을 것이다. 1982년 협약 교섭당시 북극해 해빙을 고려하지 않은 상태에서 협약이 채택되었던 점을 감안할 때 새로운 협약 마련을 위한 논의가 시작된다면 기후변화로 인한 북극해 해빙문제도 함께 폭넓게 논의 될 수 있을 것으로 기대한다. 이와 함께 본 연구에서 다루어진 '북극조약' 체결의 필요성 여부도 장기적인 관점에서 진지하게 논의될 수 있을 것으로 생각된다.

비록 현행 국제법규범체계가 완전한 것은 아니지만 이보다 더 나은 제도를 만드는 것이 현실적으로 어렵다는 공감대가 형성되어 있는 지금 이제 우리가 하여야 할 일은 사고의 전환이다. 즉 오늘날 북극해 문제는 과거의 '우리가 어떻게 변화를 멈출 수 있는가'가 아니라 '우리가 어떻게 변화에 적응할 수 있는가'일 것이라는 점에서 심각성을 불러일으키고 있다. 따라서 지금 우리에게 주어진 우선과제는 유엔해양법협약을 중심으로 한 현행 국제법규범체계하에서 북극해의 이용을 극대화하면서도 이로 인한 부정적인 효과를 최소화 할 수 있도록 우리의 지혜를 발휘하는 것이다.

끝으로 북극해 환경의 변화가 한국에 대해 가지는 함의에 대해 생각해 보아야 할 것이다. 한국은 북극이사회에 옵서버국가로 국가적 이기주의를 초월하여 북극해 환경의 변화라는 전지구적 문제 해결을 위한 국제사회 전체의 노력에 대한 우리나라의 기여와 동시에 변화된 환경을 이용한 우리의 국가이익 증진이라는 측면에서 북극해의 효과적인 규율과 관리를 위한 국제법규범체계 형성에도 기여하여야 할 것이다.