



제22회 국제법학자대회: 국제질서의 동향과 국제법

- 일 시 : 2022년 10월 21일(금) 13:30~18:00
22일(토) 09:30~12:30
- 장 소 : 성균관대학교 법학관 모의법정 2B107
- 주최·주관 : 대한국제법학회
- 공동주최 : 사법정책연구원, 한국해양과학기술원,
한국해양수산개발원, 경상북도, 국립외교원 국제법센터,
성균관대학교 법학연구원, 전북대학교 법학연구소,
국제법평론회, 국제해양법학회, 한국국제경제법학회

제 22 회
국 제 법 학 자 대 회

국 제 질 서 의 동 향 과 국 제 법

— 주최 · 주관 —
대 한 국 제 법 학 회



제22회 국제법학자대회: 국제질서의 동향과 국제법

- **일** 시 : 2022년 10월 21일(금) 13:30~18:00
22일(토) 09:30~12:30
- **장** 소 : 성균관대학교 법학관 모의법정 2B107
- **주최·주관** : 대한국제법학회
- **공동주최** : 사법정책연구원, 한국해양과학기술원,
한국해양수산개발원, 경상북도, 국립외교원 국제법센터,
성균관대학교 법학연구원, 전북대학교 법학연구소,
국제법평론회, 국제해양법학회, 한국국제경제법학회

■ 10월 21일 전체회의

13:10~13:30(20)	등록
개회식	[전체진행] 이길원(대한국제법학회 연구이사/성균관대학교 법학전문대학원 교수)
13:30~13:50(20)	환영사 김일환(성균관대학교 법학전문대학원장) 대회사 이용호(대한국제법학회 회장/영남대학교 법학전문대학원 교수) 축사 이철우(경사북도지사) 홍기태(사법정책연구원장) 사진촬영
특별세션 1	기조연설
13:50~14:20(30)	대한민국 국제법의 과거, 현재, 미래 신각수(법무법인 세종 고문·전 외교부 차관)

특별세션 2	UN해양법협약 체제 40주년 기념 학술행사
14:20~15:10(50)	<p>제1세션 - UN해양법협약의 성과 UN해양법협약의 성과와 과제: 대륙붕과 심해저에 관한 논의를 중심으로</p> <p>[좌장] 성재호(성균관대학교 법학전문대학원 교수) [발표] 양희철(한국해양과학기술원 해양법·정책연구소장) [토론] 박찬호(부산대학교 법학전문대학원 교수) 최지현(제주대학교 법학전문대학원 교수)</p>
15:10~15:20(10)	휴식
15:20~16:10(50)	<p>제2세션 - UN해양법협약의 국내적 실행 UN해양법협약상 회색지대: EEZ 내 군사활동과 한국의 실행</p> <p>[좌장] 이석용(한남대학교 법과대학 명예교수) [발표] 박영길(한국해양수산개발원 독도·해양법연구실 실장) [토론] 이창위(서울시립대학교 법학전문대학원 교수) 임지형(한국해양대학교 세계해양발전연구소 전임연구원)</p>
16:10~16:40(30)	휴식·상임이사회
16:40~17:30(50)	<p>제3세션 - 국제해양법의 새로운 의제 UN해양법협약의 남북극해 적용 관련 쟁점</p> <p>[좌장] 이근관(서울대학교 법학전문대학원 교수) [발표] 서원상(극지연구소 전략기획부장) [토론] 김기순(산하온환경연구소장) 김민경(고려대학교 박사)</p>
17:30~18:00(30)	李載坤 教授 停年記念 論文集 奉呈式



■ 10월 22일 분과회의

* 분과위원회별 동시진행

09:00~09:30	등록
09:30~12:30	제1분과위원회(법학전문대학원 20206호) 제2분과위원회(법학전문대학원 20207호) 제3분과위원회(법학전문대학원 20207호) 제4분과위원회(법학전문대학원 20202호) 제5분과위원회(법학전문대학원 20205호) 제6분과위원회(법학전문대학원 20204호)
12:30~13:30	오찬 (도시락 제공)

■ 제1분과위원회(국제법평론회·서울국제법연구원 공동)

* 법학전문대학원 20206호

	제1세션 [좌장] 이기범(연세대학교 법학전문대학원 교수)
09:30~12:30	국제적 법치주의의 위기 극복과 제도적 양법(制度的 良法)의 과제 [발표] 오병선(서강대학교 법학전문대학원 명예교수) [토론] 최태현(한양대학교 법학전문대학원 명예교수) 국제법상 도시에 관한 일고찰 [발표] 김성원(한양대학교 법학전문대학원 교수) [토론] 소병천(아주대학교 법학전문대학원 교수)



■ 제2분과위원회(국제해양법학회 공동)·제3분과위원회

* 법학전문대학원 20207호

09:30~12:30

제1세션

[좌장] 정진석(국민대학교 법과대학 교수)

20세기 초반, 도서 영유권 취득에 관한 주요 쟁점 연구

- 독도 영유권에 대한 합의 -

[발표] 이서희(한국해양수산개발원 전문연구원)

[토론] 민영훈(한국해양수산개발원 전문연구원)

유엔해양법협약과 자율운항선박: 해양환경 오염 문제를 중심으로

[발표] 정다운(싱가폴국립대학교 연구원)

[토론] 천정수(한국해양대학교 해양군사학과 교수)

제2세션

[좌장] 서원상(극지연구소 전략기획부장)

국제법상 자연의 권리와 지속가능발전 원칙의 조화

[발표] 조희문(한국외국어대학교 법학전문대학원 교수)

[토론] 심상민(아산정책연구원 연구위원)

제5차 BBNJ 정부간회의 동향과 전망

[발표] 이창열(한국해양과학기술원 책임연구원)

[토론] 김현정(연세대학교 정치외교학과 교수)



■ 제4분과위원회(한국국제경제법학회 공동) * 법학전문대학원 20202호

09:30~12:30

제1세션

[좌장] 강준하(홍익대학교 법과대학 교수)

덤핑수입과 산업피해간의 인과관계 - 귀속요건과 비귀속요건을 중심으로 -

[발표] 김대원(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

[토론] 최원목(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

NFT와 투자자 보호

[발표] 서창배(전북대학교 동북아법연구소 전임연구원)

[토론] 김태형(경북대학교 법학연구원 전임연구원)

FTA 노동조항의 “무역 또는 투자에 영향을 주는 방식으로” 요건의 의미와 역할 - 연계의 목적에 충실한 해석의 탐색 -

[발표] 남궁준(한국노동연구원 부연구위원)

[토론] 배연재(법무법인 광장 연구위원)

■ 제5분과위원회

* 법학전문대학원 20205호

09:30~12:30

제1세션

[좌장] 강병근(고려대학교 법학전문대학원 교수)

국제사이버법상 Jus ad bellum과 Jus in bello에 관한 국가실행

[발표] 박노형(고려대학교 법학전문대학원 교수)

김효권(고려대 법학연구소 연구교수)

[토론] 유준구(국립외교원 연구교수)

노인인권에 관한 글로벌 규범 동향 및 시사점

[발표] 장민영(한국법제연구원 글로벌법제전략팀장)

[토론] 박진아(고려대학교 법학연구원 전임연구원)



09:30~12:30	<p>제2세션 [좌장] 이장희(한국외국어대학교 법학전문대학원 교수)</p>
	<p>The Human Right to Development, Health and Intellectual Property [발표] 이주택(Rutgers Law School 교수) [토론] 오승진(단국대학교 법과대학 교수)</p> <p>실질적 평등과 이주민의 인권 보장 [발표] 이주영(서울대학교 인권센터 연구 부교수) [토론] 이해영(사법정책연구원 연구위원)</p>

■ 제6분과위원회 * 법학전문대학원 20204호

09:30~12:30	<p>제1세션 [좌장] 박병도(건국대학교 법학전문대학원 교수)</p>
	<p>EU의 법치주의 조건부 메커니즘 [발표] 김민서(경북대학교 법학전문대학원 교수) [토론] 김두수(한국외국어대학교 연구교수)</p> <p>아태지역 개별·후속 전범재판 [발표] 유하영(동북아역사재단 연구위원) [토론] 김명우(이화여대 법학연구소 연구원)</p>
	<p>제2세션 [좌장] 박현석(홍익대학교 법과대학 교수)</p> <p>잠재적 재생에너지 관련 국제투자중재소송에서 원주민들의 권리보호 : 법정조언자로서의 역할 및 국제투자중재소송체제 개선에 관한 제언 [발표] 김진엽(명지대학교 법과대학 강사) [토론] 장석영(한국형사·법무정책연구원 부연구위원)</p>



CONTENTS

전체진행: 이길원 연구이사(성균관대학교)

환영사: 김일환(성균관대학교 법학전문대학원장)

대회사: 이용호(대한국제법학회장/영남대학교 법학전문대학원 교수)

축사: 이철우(경상북도지사), 홍기태(사법정책연구원장)

특별세션 1

기조연설

- 대한민국 국제법의 과거, 현재, 미래 13
- 신각수(법무법인 세종 고문·전 외교부 차관)

특별세션 2

UN해양법협약 체제 40주년 기념 학술행사

제1세션 - UN해양법협약의 성과 23

UN해양법협약의 성과와 과제: 대륙붕과 심해저에 관한 논의를 중심으로

[좌장] 성재호(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

[발표] 양희철(한국해양과학기술원 해양법·정책연구소장) 25

[토론] 박찬호(부산대학교 법학전문대학원 교수), 최지현(제주대학교 법학전문대학원 교수)

제2세션 - UN해양법협약의 국내적 실행

배타적 경제수역 내 외국의 군사활동과 한국의 실행

[좌장] 이석용(한남대학교 법과대학 명예교수)

[발표] 박영길(한국해양수산개발원 독도·해양법연구실 실장) 47

[토론] 이창위(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

임지형(한국해양대학교 세계해양발전연구소 전임연구원)

제3세션 - 국제해양법의 새로운 의제

UN해양법협약의 남북극해 적용 관련 쟁점

[좌장] 이근관(서울대학교 법학전문대학원 교수)

[발표] 서원상(극지연구소 전략기획부장)

69

[토론] 김기순(산하온환경연구소장), 김민경(고려대학교 박사)

10월 22일 분과회의

*분과위원회별 동시진행

제1분과위원회(법학전문대학원 20206호)

제2분과위원회(법학전문대학원 20207호)

제3분과위원회(법학전문대학원 20207호)

제4분과위원회(법학전문대학원 20202호)

제5분과위원회(법학전문대학원 20205호)

제6분과위원회(법학전문대학원 20204호)

제1분과위원회(국제법평론회 · 서울국제법연구원 공동)

*법학전문대학원 20206호

제1세션

89

[좌장] 이기범(연세대학교 법학전문대학원 교수)

국제적 법치주의의 위기 극복과 제도적 양법(制度的 良法)의 과제(Draft)

[발표] 오병선(서강대학교 법학전문대학원 명예교수)

91

[토론] 최태현(한양대학교 법학전문대학원 명예교수)

국제법상 도시에 관한 일고찰

[발표] 김성원(한양대학교 법학전문대학원 교수)

115

[토론] 소병천(아주대학교 법학전문대학원 교수)

제1세션 141

[좌장] 정진석(국민대학교 법과대학 교수)

20세기 초반, 도서 영유권 취득에 관한 주요 쟁점 연구

- 독도 영유권에 대한 합의 -

[발표] 이서희(한국해양수산개발원 전문연구원)

143

[토론] 민영훈(한국해양수산개발원 전문연구원)

유엔해양법협약과 자율운항선박: 해양환경 오염 문제를 중심으로

[발표] 정다운(싱가폴국립대학교 연구원)

163

[토론] 천정수(한국해양대학교 해양군사학과 교수)

제2세션

[좌장] 서원상(극지연구소 전략기획부장)

국제법상 자연의 권리와 지속가능발전 원칙의 조화

[발표] 조희문(한국외국어대학교 법학전문대학원 교수)

179

[토론] 심상민(아산정책연구원 연구위원)

국가관할권 이원지역의 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용에 관한

제5차 정부간회의의 주요 논의 현황

[발표] 이창열(한국해양과학기술원 책임연구원)

201

[토론] 김현정(연세대학교 정치외교학과 교수)

제1세션 213

[좌장] 강준하(홍익대학교 법과대학 교수)

덤핑수입과 산업피해간의 인과관계 - 귀속요건과 비귀속요건을 중심으로 -	
[발표] 김대원(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)	215
[토론] 최원목(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)	

NFT와 투자자 보호	
[발표] 서창배(전북대학교 동북아법연구소 전임연구원)	231
[토론] 김태형(경북대학교 법학연구원 전임연구원)	

FTA 노동조항의 “무역 또는 투자에 영향을 주는 방식으로” 요건의 의미와 역할 - 연계의 목적에 충실한 해석의 탐색 -	
[발표] 남궁준(한국노동연구원 부연구위원)	259
[토론] 배연재(법무법인 광장 연구위원)	

제5분과위원회	*법학전문대학원 20205호
----------------	------------------------

제1세션	285
[좌장] 강병근(고려대학교 법학전문대학원 교수)	

사이버공간에서 적용되는 <i>jus ad bellum</i> 과 <i>jus in bello</i> 에 대한 국가실행 : UN에 제출된 자발적 국가 기여의 분석(초안)	
[발표] 박노형(고려대학교 법학전문대학원 교수), 김효권(고려대학교 법학연구소 연구교수)	287
[토론] 유준구(국립외교원 연구교수)	

노인인권 관련 글로벌 규범 동향 및 시사점	
[발표] 장민영(한국법제연구원 글로벌법제전략팀장)	307
[토론] 박진아(고려대학교 법학연구원 전임연구원)	

제2세션	
[좌장] 이장희(한국외국어대학교 법학전문대학원 교수)	

The Human Right to Development, Health and Intellectual Property	
[발표] 이주택(Rutgers Law School 교수)	325
[토론] 오승진(단국대학교 법과대학 교수)	

실질적 평등과 이주민의 인권 보장	
[발표] 이주영(서울대학교 인권센터 연구 부교수)	381
[토론] 이해영(사법정책연구원 연구위원)	

제6분과위원회

*법학전문대학원 20204호

제1세션	405
[좌장] 박병도(건국대학교 법학전문대학원 교수)	

EU의 법치주의 조건부 메커니즘	
[발표] 김민서(경북대학교 법학전문대학원 교수)	407
[토론] 김두수(한국외국어대학교 연구교수)	

아태지역 개별·후속 전범재판	
[발표] 유하영(동북아역사재단 연구위원)	425
[토론] 김명우(이화여자대학교 법학연구소 연구원)	

제2세션

[좌장] 박현석(홍익대학교 법과대학 교수)

잠재적 재생에너지 관련 국제투자중재소송에서 원주민들의 권리보호 : 법정조언자로서의 역할 및 국제투자중재소송체제 개선에 관한 제언	
[발표] 김진엽(명지대학교 법과대학 강사)	453
[토론] 장석영(한국형사·법무정책연구원 부연구위원)	

대 회 사

푸르른 하늘과 고운 단풍이 조화를 이루는 아름다운 10월입니다. 이렇게 멋진 때에 국제법학자대회를 대면의 형식으로 열게 된 것을 매우 기쁘게 생각합니다. 아울러 함께 해주신 모든 분을 정중하고 귀하게 환영합니다.

2022년에도 국제법의 의미를 다시금 돌아보게 하는 많은 일들이 일어나고 있습니다.

우크라이나 전쟁은 국제법에 대한 엄청난 도전이라고 하겠습니다. 국제법이 무시되고, 국제평화와 안전이 큰 위협에 직면하여도, 그러한 행위가 강대국에 의해 자행될 때에는 그를 규율하는 데 한계가 있음을 분명히 확인할 수 있었습니다. 또한 코로나19와 같은 국제공중보건위기를 규율하는 국제보건규칙의 한계와 그에 대한 재검토의 필요성을 확인하였습니다. 동시에 특별히 경사스러운 일도 있습니다. 2022년은 유엔해양법협약이 채택된 지 40주년이 되는 의미 있는 해이기도 합니다. 유엔해양법협약은 국제해양법 질서의 근간으로서의 기여라는 순기능과 함께, 새로운 시대 상황과의 괴리라는 한계를 동시에 보여주고 있습니다. 그밖에도 여러 측면에서 국제법은 깊은 성찰이 필요한 때라고 판단됩니다.

이러한 변화의 시대에, 2022년 국제법학자대회는 국제질서의 동향과 국제법이라는 대주제 하에서, 전체회의에서는 기초연설과 유엔해양법협약 채택 40주년 관련 논제를, 분과회의에서는 국제법의 이론과 실제에 관한 기존의 6개 주제를 심도 있게 다룰 수 있도록 준비하였습니다.

이러한 논의의 장을 통해, 학회원의 연구성과를 공유하고, 진전시키며, 나아가 국제법 발달에 기여할 수 있기를 희망해 봅니다. 나아가 학회원 상호 간의 친목을 다지는 귀중한 시간이 되기를 기대합니다.

끝으로 2022년 국제법학자대회가 많은 도움과 사랑 덕분에 완성될 수 있었음을 보고드립니다.

학회원 모두의 관심과 사랑을 기억하겠습니다.

바쁘신 와중에도 축하의 인사를 맡아주신 김일환 성균관대학교 법학전문대학원장님과 홍기태 사법정책연구원장님의 배려를 기억하겠습니다.

국제법 발전이라는 소명으로써 기초연설, 발제, 토론 및 사회를 맡아주신 전문가 분들의 노고와 기여를 기억하겠습니다.

8 대 회 사

사법정책연구원, 한국해양과학기술원, 한국해양수산개발원, 경상북도, 국립외교원 국제법센터, 성균관대학교 법학연구원, 전북대학교 법학연구소, 국제법평론회, 국제해양법학회, 한국국제경제법학회 등의 후원을 기억하겠습니다.

행사섭외와 진행을 위해 묵묵히 수고해 주신 부회장님(강병근, 조희문, 강준하), 직무이사님(박언경, 이길원, 박미경, 원유민, 이세련, 박진아), 사무국장님(이경은)의 헌신을 기억하겠습니다. 특별히 이길원 연구이사님 수고가 많으셨습니다.

오늘 일정의 막바지에 학회의 발전을 위해 공헌해 주셨던 이재곤 교수님의 정년기념논문 봉정식이 개최될 예정입니다. 많은 성원을 부탁드립니다.

대단히 감사합니다.

2022년 10월

대한국제법학회 회장 이 용 호

축 사

안녕하십니까.

먼저 대한국제법학회 이용호 회장님, 성균관대학교 법학전문대학원 김일환 원장님을 비롯하여 존경하는 교수님들과 각계의 전문가 여러분들, 그리고 바쁘신 가운데도 이 자리에 참석하여 주신 모든 분들께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

우리나라는 자유민주주의 국가의 일원으로서 국제질서를 규율하는 국제법을 존중할 헌법적 의무를 지니고 있습니다. 대한국제법학회는 1953년 「국제질서의 확립이라는 시대적 요청에 응하고자」한다는 취지를 밝히면서 설립된 이래, 지난 70년 간 국제법 연구와 정책수립에 큰 기여를 하여 왔습니다.

대한국제법학회가 2001년부터 개최해 온 국제법학자대회는 그때그때의 국제법 현안을 검토하고 국제적 법률관계의 미래를 조망하는 유서 깊은 학술행사입니다. 사법정책연구원은 2016년 대한국제법학회와 업무협약을 체결한 이래 국제법학자대회를 공동 개최하면서 참여와 지원을 해왔습니다. 이러한 전통을 이어받아 올해도 국내 유수의 연구기관과 대표적인 국제법 학회들, 그리고 경상북도와 함께 오늘 대회를 공동개최하게 된 것을 영광스럽게 생각합니다. 특히 국가 간 무력 충돌이 현실화되고 있는 올해의 국제법학자대회는 그 의미가 더욱 크다고 하겠습니다.

이번 국제법학자대회는 「국제질서의 동향과 국제법」을 주제로 하여 대한민국 국제법의 역사와 현재를 개관함과 아울러, 국제질서의 변화 속에서 새로이 부상하는 국제법의 과제를 소개하고 검토하는 자리가 될 것 같습니다. 특히 오늘 전체회의에서는 UN해양법협약 채택 40주년을 맞이하여 UN해양법협약의 성과를 돌아보고 새로운 의제들을 조명하는 기회를 갖게 됩니다. 바다를 사이에 두고 우리나라와 주변 각국의 이해관계가 첨예하게 대립하는 동아시아 국제질서에서 해양법의 중요성을 새삼 돌아볼 수 있는 계기가 될 것으로 생각합니다.

내일 진행될 분과회의에서는 각 분과별로 국제법의 다양한 세부 분야에 관한 최신의 연구성과를 발표하고 토론하게 됩니다. 국제법상 자연의 권리, FTA를 위시한 국제적 경제질서, 국제사이버법과 국제인권법 등 실로 다방면에 걸쳐 각계의 전문가들이 심도 있는 논의

10 축 사

를 해주실 것으로 기대합니다.

대한국제법학회가 매년 국제법학자대회를 개최하여 국제법에 대한 연구와 이해를 높여온 데 대하여 경의를 표하며, 앞으로도 국제법학자대회의 전통이 이어지기를 소망합니다. 사법정책연구원도 학계와 실무계의 가교로서 국제법의 연구와 실무에서의 바람직한 적용을 위하여 필요한 지원을 아끼지 않겠습니다.

끝으로, 바쁘신 일정 중에도 흔쾌히 사회, 발표, 토론을 맡아주신 전문가 여러분, 그리고 이번 대회를 기획하고 준비해주신 모든 관계자 여러분께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

감사합니다.

2022. 10. 21.

사법정책연구원장 홍 기 태

특별세션 1

기조연설

대한민국 국제법의 과거, 현재, 미래
신각수(법무법인 세종 고문·전 외교부 차관)

대한민국 국제법의 과거, 현재, 미래

신 각 수

오늘 대한국제법학회가 매년 주최하는 국제법학자 대회에 참가하여 기조연설을 하게 된 것을 매우 기쁘고 영광으로 생각합니다. 올해로 22회째가 되었으니 상당히 연륜이 쌓여 우리 국제법 학계에 소중한 활력소가 되고 있습니다. 외교부에서 조약국장을 맡고 있을 때 이 회의에 참가했던 기억이 새롭습니다. 이번 대회를 준비하느라 애쓰신 대한국제법학회 이용호 회장님과 관계자 여러분께 감사드립니다. 그리고 공동주최를 하는 10개 단체와 학회 관계자 여러분께도 감사의 뜻을 전합니다.

잘 아시다시피 국제법 학계는 로스쿨 제도가 도입되면서 어려운 상황을 맞고 있습니다. 원래 로스쿨 취지가 법학 전공자들의 폭넓은 교양과 지식을 함양하는데 있었는데 현실은 완전히 거꾸로 가고 있습니다. 변호사 시험 과목인 민법, 민사소송법, 상법, 형법, 형사소송법, 헌법, 행정법 등 7개 필수과목을 제외한 국제법을 포함한 7개 선택과목이나 법철학, 법제사 등은 학생들의 수강이 적어 교수진이 줄어들고 강좌가 줄어들니 관심이 떨어지는 악순환이 되풀이되고 있습니다. 조약국장 시절 이런 예감이 들어서 공공재인 국제법 진흥을 위해 정부가 적극 나서야 한다고 주장했고 학계에도 이런 부작용을 예방하기 위한 노력의 필요성을 말씀드렸지만 별 도움이 못 되었다는 생각에 아쉬움이 남습니다.

우리와 처지가 비슷한 다른 중견국가들은 국제법을 주요한 외교수단으로 삼고 있습니다. 우리가 경제력 면에서 세계 10위에 올라섰고, 제조업 5위, 무역액 8위, 군사력 6위로 명실상부한 선진국 대열에 합류하였습니다. 그렇지만 분단국으로 대외의존도가 높은데다 지정학적으로 불리한 여러 가지 취약성으로 인해, 강대국과 같이 국제질서의 흐름을 바꿀 정도의 국력에는 미치지 못 하고 있습니다. 그리스 역사가 투키디데스가 쓴 펠로폰네소스 전쟁사에 따르면 패권을 다투던 그리스와 스파르타 사이에서 중립을 고수하려던 델로스에게 그리스가 “강대국은 자신이 원하는 것을 하고 약소국은 당해야 할 것을 감수해야 한다(The strong do what they can, and the weak suffer what they must).”라고 하면서 그리스에 가담할

것을 촉구하였으나 이를 거부하자 멸망시켰습니다. 이러한 강자의 자의는 국제정치가 2차 세계대전 이후 상당한 발전을 이루었음에도 여전히 남아있는 냉혹한 현실입니다. 강자는 국제정치, 약자는 국제법에 의존한다는 말이 나오는 이유이기도 합니다. 이런 가운데 중견 국가인 한국과 같은 나라들은 전후 국제질서의 근간인 자유주의국제질서의 유지에 큰 이해가 걸려있으며, 이 질서를 지탱하는 밑바탕에는 ‘규범에 근거한 국제질서’가 있습니다. 이런 점에서 한국처럼 국제법을 깊이 연구하고 이를 기반으로 냉혹한 국제사회에서 우리 국익을 확보하는 한편 국제사회에 이바지해야 할 나라는 별로 없습니다. 그러나 현실은 국제법에 관한 관심과 투자가 평범한 개도국보다도 덜 해서 ‘멸종 위기에 처한 種(endangered species)’의 처지가 되었다는 사실은 참으로 개탄스럽습니다.

서두가 길어졌습니다만 오늘 제가 학회로부터 발제를 부탁받은 “대한민국 국제법의 과거, 현재, 미래”에 관해 말씀드리고자 합니다. 잘 아시다시피 국제법은 유럽에서 30년 전쟁이 끝나고 1648년 베스트팔리아 조약이 체결된 이래 유럽 주권국가 간의 관계를 규율하는 규범으로 시작했습니다. 대항해시대 아프리카, 중남미, 아시아에 다수의 유럽 식민지가 만들어졌고 이들은 국제법의 주체가 아닌 객체로 전락하였습니다. 당시 국제법은 소위 문명국가에만 적용되었다는 점에서 사실상 문명국 대 비문명국간의 이원적 국제질서였지요. 20세기 중반까지 터키, 중남미, 일본, 태국을 제외한 대부분의 지역이 국제법으로 부터 소외되었습니다.

한편 우리가 위치한 동아시아에는 중국을 중심으로 사대교린의 수직적 중화질서가 오랜 기간 유지되어 왔습니다. 그러나 태국을 제외한 서남아와 동남아의 모든 지역을 식민화한 서구제국주의 국가들의 동점(西勢東漸)이 동북아까지 미치면서 동북아질서에도 큰 충격을 가하였습니다. 19세기 중반 중국이 영국과 1840년과 1856년 두 차례의 아편전쟁에서 패하고, 일본에서는 흑선이 출현하는 가운데 미국 페리 제독이 개항을 강요하면서 기존 동북아 질서에 격변을 가져와 폐쇄적이었던 동북아 3국에서 근대화 움직임이 태동하였습니다. 그리고 중국과 일본은 서구열강의 개항을 위한 함포외교에 대해 대응책을 강구하는 과정에서 서구국가들과의 관계에서 국제법이 중요하다는 점을 깨닫게 되었습니다. 중국은 양무운동, 일본은 메이지유신을 통해 근대화의 길을 걸었습니다. 그렇지만 조선은 1866년 병인양요, 1971년 신미양요로 서구세력의 동북아 진출 움직임을 직접 접하면서도, 소중화 인식과 쇠국정책을 고수함으로써 3국 가운데 가장 늦은 지각생이었습니다. 이에 따라 조선에서 국제법에 관한 관심과 이해는 중국과 일본에 비해 상당히 낮았고, 국제법이 도입되는 시기도 비슷한 궤적을 밟았습니다. 3국 가운데 중국이 가장 먼저 국제법을 수용하였고, 일본이 가

장 적극적으로 활용하였으며, 조선은 도입이 가장 늦었고 활용도도 떨어졌습니다.

중국이 1842년 개국 후 22년 뒤에 만국공법을 번역하고, 일본이 1854년 개국 후 10년 뒤 국제법 지식을 축적하기 시작한 데 비해, 조선은 1876년 개국 후 개화정책을 취하면서 1880년대 적극적으로 국제법 지식을 받아들였습니다. 1877년 일본 하나부사 대리공사가 예조판서 조영하에게 만국공법을 기증한 것으로 알려져 있는데 실제 도입 시기는 좀 더 이른 것으로 추정됩니다. 만국공법 발간 후 1876년까지 23회의 중국 사행이 있었고 1844년 중국에서 간행된 해국도지가 수개월 후 조선에 도입된 사실에 비추어 1876년 이전 도입되었을 가능성이 있습니다. 또한 1876년 조일수호조규(강화도조약) 체결이전 조선에 개입했던 모리야마 시게루(森山茂)가 주일 Harry Parkes 영국 공사에게 조선 측이 Wheaton저 국제법의 북경 번역본을 가지고 있었다는 서한을 보낸 데서 보듯이, 조규를 교섭한 조선대표 신헌이 만국공법을 알고 있었다고 생각합니다. 개화파 승려 이동인이 일본에서 열국공법을 수업 받고 관련 서적을 구입하였으며, 고종은 1882년 만국공법을 공인하는 교서를 내리고, 1883년 청의 정관옹이 서구제국주의에 대처할 방법으로 만국공법 체제를 수용하자고 주장한 이언(易言)을 복간, 번역하도록 지시하였습니다.

이 시기에 기존의 중화질서와 새로운 만국공법체제 사이에서 후자를 제대로 이해하였다고 보기 어렵습니다만, 개화기에 접어들면서 국제법이 군세, 자주, 華夷觀 이탈 등의 이론적 기반을 제공하였고, 서구국가들과 수교하면서 외국 공사의 서울 상주 문제, 통상장정체결, 치외법권, 개항 등에서 활용되었습니다. 1894년 청이 청일전쟁에서 패배하면서 조선에서도 중국 중심적 세계관이 붕괴하였고, 1896년 공법회통이 복간되어 널리 유통되고 읽혔습니다. 국제법은 조선 말기 사회의 민족의식을 고양하고 열강의 각축 속에 조선의 독립을 지키려는 수단으로서 추구되었으며, 대한제국의 칭제 논의, 國制 제정, 조선중립화 정책 추진, 보호조약 이후 항일상소운동의 사상적 토대를 제공한 것으로 평가하고 있습니다. 그러나 한중일 3국에서 19세기 국제법질서의 受容을 연구한 것이 일본 1920년대, 중국 1930년대, 한국 1970년대로 나타나듯이, 조선의 국제법 수용은 일본과 중국에 비해 상당히 늦었고 피상적이었습니다. 공법체계수용이 순조롭지 않았고, 근대의식이 근대국가 형성으로 연결되지 않았습니다. 그 배경으로 서울대학 이한기 교수는 민족주의가 결여되었고 화이질서관에 따른 제약을 지적하였습니다. 그리고 실정법적 인식이 희박하여 활용도가 낮았던 점은 전통국제법이 유럽중심주의, 팽창주의, 실정법 중심으로 도구적 측면이 강한데, 이를 활용할 근대국가로서의 국력이 없었던 점도 원인이었다고 볼 수 있을 것 같습니다.

한편 일본은 주자학 바탕 위에서 국제법을 수용하기 위한 노력이 있었고, 국제법의 성격

과 관련 자연법과 실정법 여부에 관한 상당한 논쟁이 있었으며, 민권자유, 공권 등 정치의식 계발에도 기여하였다는 점에서 근대화 과정에 국제법이 큰 역할을 하였고 일본 사회에 깊이 활착하였습니다. 幕末 2대 베스트셀러가 ‘서양사정’과 ‘만국공법’일 정도로 일본사회 전체가 국제법에 관심을 기울였습니다. 일본은 개국과 근대화 과정에서 하코다테 전쟁, 국외중립, 메이지 신정부 승인, 하와이행 일본노동자, 조선문제, 淸佛사건, 우벤나號 사건, 일청전쟁, 일러전쟁 등 다양한 국제법 문제에 직면하였습니다. 일본의 국제법 활용은 근대국가 형성에서 서구 열강에 대한 방패인 동시에 인접국가에게는 침략 정당화의 槍으로 쓰였다는 점에서 이중적이었습니다. 일본은 개국 초기 외국과 맺은 불평등조약을 개정하고 서구열강에 인정받는데 국제법을 적극 활용하였고, 이런 전통으로 외무성에서 조약국의 우위가 20세기 내내 유지되었습니다. 결국 일본이 근대화에 성공하고, 1차 세계대전 후 국제연맹 이사회의 4대 상임이사국으로 발돋움하는 길을 열어 주었습니다. 동경대 오누마 야스아키 교수는 근대일본의 국제법 인식에 관해 실용적, 정부 주도, 소극적, 유럽중심주의였다고 보았으며, 국제사법재판소 오와다 히사시 재판관은 세심하면서 소극적인 국제법 준수, 국제법 접근에 있어서 보수주의, 법해석적 접근이 주류로 법사회학적 접근이 부족한 점을 특징으로 꼽았습니다.

이와 같이 한일 양국의 국제법 도입과정을 살펴보면 우리의 어두웠던 근세사와 직결됩니다. 동북아에서 근대화와 열강으로부터의 독립보전이라는 국가과제를 수행하는데 국제법은 중요한 역할을 하였습니다. 국제법이 규범적 차원을 넘어 국제법의 객체에서 주체로 전환하는 국가의 생로병사에 핵심적 요소였던 것입니다. 국제법이 독립보전의 대외적 측면뿐만 아니라 이를 뒷받침할 국력의 양성을 위한 근대화라는 대내적 측면이 동시에 작용한 것이지요.

일본 식민통치시대는 우리 국제법에 있어 암흑기입니다. 나라를 잃었기 때문에 국제법 주체로서 참여할 기회가 없었습니다. 다만 이 시기에도 독립운동가들이 독립활동에 국제법을 활용하려는 시도는 단편적으로 있었습니다. 가장 대표적인 분이 안중근 의사입니다. 연해주에서 무장독립투쟁을 한 안 의사는 함경북도 경성에 침투하여 교전하는 가운데 일본군 수비대원을 잡았는데 동료 만류에도 불구하고 포로로 인정하여 풀어주었고 이 때문에 일본군 기습을 받아 크게 패하게 됩니다. 또한 한국침략의 원흉인 이토 히로부미 전 통감을 하얼빈에서 암살한 뒤 체포되어 재판을 받는 과정에서도 자신은 군인으로 이토 살해가 교전행위라 주장하였고, 재판을 담당하던 뤼순 소재 일본 관동도독부지방법원의 관할권도 부인하였습니다. 그리고 동양평화론에서도 한중일 동양평화회의 결성, 3국 운영 동양평화회의본부

의 중립화한 위순에 설치, 평화지역 창설, 공동개발은행 설립, 공동화폐 발행 등 당시 꿈꾸기 어려웠던 동양평화를 위한 지역차원의 다양한 제도적 접근을 제시하여 국제법에 관한 해박한 인식을 보여주었습니다.

또 다른 한분은 이승만 대통령입니다. 이대통령은 1910년 7월 프린스턴 대학에서 ‘전시중립과 미국의 영향(Neutrality as Influenced by the United States)’ 논문으로 철학박사 학위를 받았는데 한국인 최초의 서양대학 박사학위 취득이었습니다. 이대통령이 전시중립 같은 주제를 선택한 배경과 관련, 서울대학 정인섭 교수는 만국공법을 지키는 가운데 문호개방을 통한 중립외교를 펼치는 방안이 조선의 독립을 유지하는 최선의 방안이며, 국제법 지식을 국내에 널리 보급하는 일이 시급하다고 주장하였던 미국 유학 전 인식이 영향을 미쳤다고 보았습니다. 이대통령의 국제법을 중시하는 인식의 편린을 볼 수 있습니다. 그리고 지도교수인 우드로 윌슨 총장(후에 대통령) 가족과 친밀한 관계를 맺은 것도 향후 미국 내 독립 활동에 도움이 되었습니다. 이대통령이 외교 독립론에 따라 구미를 상대로 1919년 윌슨의 민족자결주의에 맞춘 국제연맹 위임통치 청원서 제출, 미국·영국·프랑스·이탈리아·일본 국가원수들과 파리 강화회담 조르주 클레망소의장에 한국의 독립선포를 알리는 공문 발송, 1932년 국제연맹에 한국의 독립 탄원, 1933년 국제연맹 ‘리튼보고서’ 내용 발췌와 논평을 가한 ‘만주의 한국인들’ 발간·배포와 국제연맹에서의 일본 규탄활동 등 임시정부 승인과 독립 인정을 위해 활동하는 과정에 국제법이 활용되었습니다.

한국이 국제법을 외교 수단으로 직접 활용하기 시작한 것은 1948년 정부 수립 이래입니다. 정부 수립, 분단, 한국전쟁, 북구리는 20세기 중반 국가 생존의 갈림길에 섰던 시기에 국제법은 매우 중요한 역할을 하였습니다. 다양한 법학 학술단체 가운데 대한국제법학회가 가장 먼저 1953년 전쟁의 와중에 창립되었다는 사실은 국제법이 초기 대한민국의 국가건설 과정에 중요했다는 점을 말해 줍니다. 남한 단독정부 수립 문제의 유엔총회 부탁과 총선거 시행, 대한민국정부 수립에 관한 유엔총회 결의 제195(III)호 채택, 북한의 침략에 대한 유엔에서의 대응(북한 침략 규탄 및 유엔군 파견 관련 3개 안보리 결의 채택), 휴전 과정에서 반공포로 석방(제네바 3협약 제 118조 해석), 인접해양에 관한 주권 선언(평화선 선포) 등 신생 독립국의 초기 발전에 중요한 사안에 국제법적 고려를 반영함으로써 국익을 확보하였습니다.

국제법이 가장 효용을 발휘한 것은 한일 국교정상화 교섭이 아닐까 생각합니다. 7회 14년간의 긴 교섭을 거쳐 어렵게 타결된 유례없는 교섭이었지요. 한국은 한일수교를 탈식민지화의 틀이 아니라 일본의 식민지배, 즉 국가승계를 부인하는 관점에서 접근하였기 때문

에 전자의 관점에서 접근한 일본과 출발부터 크게 어긋났고 타협점을 찾는 작업이 어려웠습니다. 외교적 타협은 상호 입장을 확인하는 데서 출발하여 법적 테두리 내에서 합의 가능한 지점을 찾는 작업입니다. 이 과정에서 관련 국제법의 해석과 적용은 자국에 최대 유리한 결과를 가져오는데 필요한 수단입니다. 지금까지도 한일관계에 짙은 그림자를 드리우고 있는 식민지배의 법적 성격에 관한 타협도 이런 과정을 거쳤습니다. 한국은 강제병합의 원천 무효를 주장하고, 일본은 식민지배가 당시 합법이었으므로 1910년 이전 체결한 조약의 효력은 샌프란시스코 강화조약 또는 한일 기본조약 체결 후 실효한다고 주장하였습니다. 결국 양측의 입장 차이를 서로 편리하게 달리 해석하는 ‘異見合意(agreement to disagree)’를 통해 절충하였습니다. 청구권문제, 어업문제, 문화재 반환문제, 재일한국인 법적 지위 모두 난제였고, 양측 다 국제법에 근거해 치열한 논리싸움을 벌였습니다. 우리에게서 전통국제법이 강대국에 기울어져 있는 운동장에서 우리 국익을 확보할 국제법적 근거를 찾는 작업은 어려운 과제였습니다. 당시 교섭을 담당한 조약과의 직원이 16명에 달하여 현재 한 국의 인원에 맞먹었다는 사실은 이 교섭에서 국제법이 차지한 비중이 얼마나 컸는지를 말해 줍니다.

1970년대와 1980년대는 우리 국가전략이 산업화에 의한 경제성장에 초점을 맞추었기 때문에, 자유무역, 시장개척, 자원·에너지 확보 등 경제외교를 뒷받침하는 국제경제법이 중요한 역할을 하였습니다. 또한 세계해양헌장이라 일컫는 유엔해양법협약을 만들기 위한 국제사회의 노력이 15년 정도 계속되었는데, 우리도 해양국가로서 상당한 외교적 노력을 기울였습니다. 당시 유엔 옵서버국으로 다자외교에 상당한 제약이 있던 한국에게는 당사국으로서 모든 교섭에 정식 참여할 수 있는 유엔해양법회의는 다자교섭의 진수를 체험하는 유익한 장이기도 했습니다. 또한 해양법규범 법전화의 추세 속에 해저광물자원개발법 제정으로 7광구를 확보하여 한일대륙붕공동개발협정으로 이끌었고, 영해법 제정으로 서해안과 남해안에 직선기선을 설정하여 해양주권을 확립함으로써 주변국보다 발 빠르게 대응한 사실은 국제법의 중요성을 우리 사회에 각인시키는 효과가 있었습니다.

1990년대 이후 우리가 민주화를 이루고, 냉전이 해체되면서 유엔회원국으로 가입하게 되었습니다. 이에 따라 우리 외교활동 영역이 범세계로 확대되고 본격적인 다자외교 참여가 시작되었으며, 세계화의 진전에 따른 글로벌 이슈의 확산에 따른 활동도 늘어나게 되었습니다. 이 시기에 한국은 인권관련 대부분의 조약에 가입하였고 인권보고관 임명 및 아동·여성 등 다양한 인권관련 위원회에 진출하여 아시아에서는 일본과 함께 인권선진국으로서 선도적 역할을 담당하였습니다. 통상국가로서 WTO 체제 참여, 다양한 지역협력체제 구축

및 양자 FTA 체결을 통해 우리 경제의 성장기반을 마련하는데도 기여하였습니다. 또한 환경, 테러, 인신매매, 빈곤퇴치, 마약통제, 초국경범죄, 사이버, 해적진압, 반부패, 세계보건 등 폭발적으로 증가하는 글로벌·지역 이슈에 능동적으로 대처하는데 우리 국제법 역량이 중요한 역할을 하였습니다. 예를 들자면 한국은 국제형사재판소 설립과정에서 중요한 기여를 하였고 아시아해적진압협약을 만드는 데도 주도적 역할을 수행하였습니다. WTO 분쟁해결절차에서도 패소한 사례가 거의 없을 정도로 괄목할 성과를 거두었습니다. 국제사법기구 진출에 있어서도 국제해양법재판소, 국제형사재판소, 구유고전범재판소, 르완다전범재판소, 캄보디아특별재판소, 국제법위원회, 대륙붕한계위원회 등에 지속적으로 진출하고 있으며, 앞의 2개 재판소에서는 재판장이 배출되었습니다. 다만 전체적으로 볼 때 한국은 능동·적극적 역할보다는 대응·소극적 역할에 그친 감이 있는바, 한국의 국력이 신장한 만큼 규범을 창출하는 역할을 추구해야 할 것입니다.

향후 국제법의 장래와 우리의 역할에 관해 말씀드리고자 합니다. 국제법은 국제사회의 변화와 국제질서의 변동에 민감하게 반응해왔습니다. 행동경제학자 대니얼 카네만은 장기 정치전략 예측에서 전문가들이 주사위를 던지는 원숭이보다 나을게 없다는 것처럼 미래 예측은 어려운 일입니다. 그래서 미래학자 폴 사포는 예측은 미래를 예언하는 것이 아니라 현재 의미 있는 행동을 취하기 위해 무엇을 알아야 하는가를 얘기해 주는데 있다 하였습니다. 이런 맥락에서 향후 국제사회가 어떤 방향으로 나아갈지를 생각해 보는 것은 의미가 있습니다. 소련 멸망으로 시작된 탈냉전은 2021년 미국의 아프간 철수로 막을 내리고 매우 불확실하고 유동적이며 불안정한 포스트탈냉전 시대가 시작되었습니다. 탈냉전시대는 미국이 유일 초강대국으로 국제공공재를 공급하면서 유지했던 자유주의 국제질서의 시대로, 세계화가 진척되고 비교적 평화로웠습니다. 반면에 포스트탈냉전시대는 미국의 패권에 도전하는 중국·러시아 수정주의세력의 대립·경쟁이 심화되어 투키디데스 함정의 위협이 증가하고, 미국의 상대적 퇴조로 중층적 다극화가 진행되는 가운데 신고립주의 성향의 미국이나 아직 의지·능력이 부족한 중국의 국제 공공재 부담 회피로 인한 킨들버거 함정의 위협도 커지고 있습니다. 이러한 힘의 공백을 파고드는 강대국정치의 부활은 국제안보환경을 크게 악화시키고 있으며, 러시아의 우크라이나 침공에서 보듯 강대국 대결의 단층선에서 무력충돌 위험이 높아졌습니다. 아시아에서는 대만, 남중국해, 동중국해, 한반도 등이 단층대에 위치하고 있습니다.

이런 대외정치 환경의 변화에 여러 경제사회적 변환이 겹치면서 더욱 복잡해지고 있습니다. 4차 산업혁명은 경제와 군사 면에서 혁명적 변화를 가져오면서 최근 미국의 대중 반도

체 공급 제한에서 보듯이 미중 대결의 최전선이 되고 있습니다. 디지털 전환의 폭과 깊이 그리고 속도는 일국의 정치, 경제 그리고 사회에 큰 영향을 미치게 됩니다. 그리고 코로나 19가 국제사회에 미치는 파장은 제대로 파악조차 힘들 정도로 광범위한 가운데 현재 진행형이며, 지구환경 악화로 팬데믹 발생 빈도가 늘고 도시화로 타격은 더욱 커지고 있습니다. 기후변화는 이미 위기 수준에 도달하여 안보문제가 되었고, 파리협정에 의한 2050년 탄소 중립 달성 목표는 여전히 의심스런 형국입니다. 그리고 탄소감축을 위한 에너지 전환은 에너지 지정학을 더욱 복잡하게 만들고 있습니다. 세계경제는 성장률이 떨어지고 반세계화로 무역이 위축되어 활력을 잃고 있으며 빈부격차 확대로 양극화 현상을 야기하고 있습니다. 또한 저출산과 고령화는 인구절벽의 위험을 증대시켜 다양한 사회문제를 야기하게 될 것입니다.

이와 같이 국제법의 기반인 국제사회가 외교·군사·경제·사회적으로 다양한 변화를 복합적으로 겪게 되면서 국제법에도 큰 영향을 미치고 있습니다. 이러한 복합대전환의 특성으로는, 첫째, 국제사회가 확실한 것은 불확실성뿐이라는 초불확실성(Hyper-uncertainty)의 세계에 들어섰습니다. 원래 법규범의 가장 중요한 요소가 법적 안정성이라는 점에서, 국제사회의 초불확실성은 국제법 규범의 창출, 집행, 분쟁해결에 부정적 영향을 미칠 것입니다. 국제법은 국내법과 달리 통일적 입법·행정·사법 기구가 없기 때문에 상대적으로 안정성이 취약한데, 초불확실성은 이를 더욱 약화시킬 것입니다. 둘째, 국제사회에서 국경을 넘어 다양한 분야 간에 초연결성(Hyper-connectivity)이 더욱 깊어질 전망입니다. 지역·분야·영역 간의 연결이 깊어져 전체적·통합적 대처가 불가피한 가운데 유연한 대처능력(resilience)이 중요해졌습니다. 셋째, 국제사회에서 변화가 복합적인 동시에 그 속도가 빨라지면서 대변화(Mega-change)에 따른 동시다발적 위기의 발생 빈도가 커질 것입니다. 넷째, 국제사회의 초변동성(Hyper-volatility)으로 불안정성이 증가하고 이에 따라 회색코뿔소나 검은 백조의 복합위기도 빈발할 것입니다. 최근 코로나19 사태에서 보듯이, 복합위기에는 국제사회의 협조 대응이 절실한데 세계의 분절화로 협조가 어려운 것이 현실입니다.

국제법에 미칠 영향을 간단히 말씀드리면 미중대립이 신냉전은 아니더라도 기술·군사·이념 등에서 분리(decoupling)가 일어나는 ‘유사냉전(pseudo-cold war)’을 초래하면서 국제법의 파편화(fragmentation) 현상을 더욱 부채질할 것입니다. 특히 중국·러시아를 중심으로 기존 국제법질서에 대한 도전이 증가하게 되면서 규범의 일체성 유지와 이행에 어려움이 예상됩니다. 둘째, 군사충돌의 위험이 높아지고 강대국이 관련되면서 핵사용의 가능성도 커지게 될 것입니다. 러시아의 우크라이나 침공에서 보듯 전쟁범죄, 인도에 반한 죄 등 국제인

도법 위반이 대규모·조직적으로 이루어지는 가운데 전술핵 사용 위험이 상존할 것입니다. 셋째, 합법과 불법 사이의 회색지대를 활용하는 전략이 증가하게 되어 적법성 판단이 어려운 상황이 다수 출현할 것입니다. 중국의 무장어선을 활용한 타국의 영토·해양관할권 침범이 그러한 예입니다. 그리고 남중국해에서 중국이 인공섬을 건설하고 군사시설을 설치하는 것 같이, 잠행성 관할권(creeping jurisdiction)을 통해 권원을 만들고 이를 점진적으로 응고시켜나가려는 시도가 늘어날 것입니다. 넷째, 강대국 경쟁이 치열히 전개되면서 에너지, 투자, 자원, 정보, 난민, 데이터 등 모든 것이 무기화되는 상황이 늘어나는데 이를 국제법적으로 어떻게 규율할 것인가에 관한 문제에 봉착하게 될 것입니다. 중국이 희토류 수출규제로 일본을 압박하거나, 벨라루스가 시리아 난민을 유럽에 투입하려는 했던 것이나, 러시아가 유럽에 대해 석유와 가스 공급을 무기화하는 것이 대표적 사례입니다. 다섯째, 경제, 안보, 환경, 가치 간의 연결고리(nexus)가 긴밀해지면서 제재가 국제경제 규범에 큰 변동을 초래할 것입니다. 최근 ESG 기준이 기업 활동과 투자에 큰 영향을 미치는 것도 유사한 맥락이라 할 수 있습니다. 제재가 일국 국내법의 역외적용이라는 점에서 국제법적 타당성에 의문이 있는 가운데, 현실의 강제력으로 규범이 만들어지는 과정을 밝을 개연성이 큼니다. 각국의 경제안보 강화로 인해 국제경제법 규범에도 상당한 변화가 불가피해졌습니다. 여섯째, 사이버와 우주에 관한 각국의 관심과 이해가 깊어지면서 국제법 규범의 중요성이 증대하고 관련 규범의 공백을 메우려는 국제사회의 움직임이 가속화할 것입니다. 일곱째, 국제사회의 변화 폭과 속도가 커지면서 국제법이 연성법(soft law)이나 속성법(instant law)을 통해 만들어질 기회가 늘어날 것입니다. 국가들 간에 법전쟁(lawfare)이 늘어나면서 국제기구에서의 주도권 싸움도 치열해지고 유사입장그룹(like-minded group)을 통한 경쟁도 가열될 것입니다. 여덟째, 초연결성으로 인해 다양한 분야가 동시에 연결된 국제법 사안이 증가하고 이에 따른 전문적·기술적 영역과 관련된 사안이 늘어날 것입니다. 따라서 국제법뿐만 아니라 관련 분야와의 협업이나 통섭적 접근이 필요할 것입니다. 아홉째, 연장선상에서 국제법 사안을 접근함에 있어서 법과 정책의 혼재 상황이 증가할 것입니다. 규범적 측면만 아니라 정책적 측면, 법사회적 측면에서 문제를 함께 보는 시각이 중요합니다. 끝으로 서구 민주주의 국가들과 중·러 중심의 권위주의 국가들 간에 가치를 둘러싼 대립이 심화하면서 인권문제가 더욱 부각될 것으로 전망됩니다. 중국의 위구르족 인권침해, 타국 정치에의 간섭, 정보공작 등에 관한 국제법적 대응이 증가할 것입니다. 이밖에도 국제사회의 복잡대전환으로 예상하지 못 하는 다양한 변화가 도래할 것이며 이에 대한 기민한 대응도 요구됩니다.

이와 같이 국제법을 둘러싼 환경의 변화에 한국은 어떤 자세로 임해야 할까요? 가장 중

요한 것은 우리 정체성에 맞는 위치 설정이 중요합니다. 한국은 분단국으로 대외의존도가 높은 중견국가입니다. 그리고 전후 가장 빠른 속도로 국가 건설에 성공하여 국제사회의 모범국가가 되었습니다. 우리 국민들의 끈질긴 노력도 있었지만 자유주의 국제질서와 한미동맹에 힘입은 바 큼니다. 따라서 우리는 법의 지배에 근거한 자유주의 국제질서를 유지·발전시키는 것을 지향하고, 국제법을 중요한 수단으로 활용해야 할 것입니다. 국제법을 다자외교의 중핵으로 삼아 국제법 발전에 주도적 역할을 모색함으로써 평화와 번영을 확보하고 외교자산으로 만들어야 합니다. 대한국제법학회 회원들께서 이런 중요한 사명에 많은 기여가 있으시길 부탁드립니다. 강연을 마치고자 합니다. 경청해 주셔서 감사합니다.

제1세션 - UN해양법협약의 성과

UN해양법협약의 성과와 과제: 대륙붕과 심해저에 관한 논의를 중심으로

[좌 장] 성재호(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

[발 표] 양희철(한국해양과학기술원 해양법·정책연구소장)

[토 론] 박찬호(부산대학교 법학전문대학원 교수)

최지현(제주대학교 법학전문대학원 교수)

제2세션 - UN해양법협약의 국내적 실행

UN해양법협약상 회색지대: EEZ 내 군사활동과 한국의 실행

[좌 장] 이석용(한남대학교 법과대학 명예교수)

[발 표] 박영길(한국해양수산개발원 독도·해양법연구실 실장)

[토 론] 이창위(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

임지형(한국해양대학교 세계해양발전연구소 전임연구원)

제3세션 - 국제해양법의 새로운 의제

UN해양법협약의 남북극해 적용 관련 쟁점

[좌 장] 이근관(서울대학교 법학전문대학원 교수)

[발 표] 서원상(극지연구소 전략기획부장)

[토 론] 김기순(산하온환경연구소장), 김민경(고려대학교 박사)

UN해양법협약 성과와 과제 :

대륙붕과 심해저에 관한 논의를 중심으로

양 희 철*

목 차

1. UNCLOS 40년, 현황과 도전
2. 우리나라 대륙붕 정책 현황과 과제
3. 우리나라의 심해저 정책 현황과 과제

1. UNCLOS 40년, 현황과 도전

1) UNCLOS의 형성과 해양공간의 기능적 구분

- UN해양법협약UN Convention on the Law of the Sea, UNCLOS은 총 320개 조문, 8개 부속서, 4개 결의로 구성되어 있으며, 320개 조문은 총 17개 부로 구성되어 있음
- 협약은 60개 국가가 비준한 날부터 12개월이 지난 후에 효력이 발효(1994.11.16. 발효) 되었으며, 비준서는 UN 사무총장에게 기탁하도록 하였음(제308조).
- 협약 채택 이후에도 미국을 중심으로 한 일부 국가는 여전히 협약에 반대하였으며, UN 사무총장은 비공식협의를 통해 1994년 심해저에 관한 제11부를 사실상 수정한 〈1982년 UNCLOS 제11부의 이행에 관한 협정Agreement Relating to the Implementation of Part of the UN Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982〉을 채택함(심해저 이행협정은 1996.7.29. 발효)

* 한국해양과학기술원 해양법·정책연구소.

- 이후 국제사회는 1980년 들어 대두된 세계 수산자원의 고갈을 우려하여 1995년 <1982년 12월 10일 해양법에 관한 국제연합협약의 경계왕래어족 및 고도회유성어족 보존과 관리에 관한 조항의 이행을 위한 협정 Agreement for the Implementation of the Provisions of the Convention relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks> 을 채택함. 이 협정은 1995년 서명을 위해 개방되었으며, 2001년 12월 11일 발효되었음. 이 협정은 특히 경계왕래성 및 고도회유성 어족에 관한 국제적 보전관리를 위해 마련된 것으로 지역수산기구 내에서 제3국의 공해상 승선 검색을 허용하고 있는데, 이는 전통적인 기국관할권 원칙이 제한된다는 것을 의미함
- 1982년 채택된 UNCLOS는 인류역사상 가장 많은 국가가 참여하여 만든 다자조약 multilateral treaty이면서 입법조약law-making treaty임
- 모든 이해그룹을 조율하는 과정에서 다수 의제에 대하여는 조문을 절충적 상태로 수용하였다는 점에서 조항의 모호성이 비판받기도 하나, UNCLOS가 바다의 헌법전(憲法典)으로 불리우고 존중되어야 하는 데는 문제되지 않음. 해양에 관한 제반 의제를 포괄하면서도 모든 국제법 주체가 승인하는 규범으로 수용되었기 때문임
- UNCLOS는 과거 해양 관련 협약을 보완하거나 새로운 제도를 도입하는 등 현대 과학 기술의 발전 양상을 적극 수용하고 있음
- UNCLOS는 과거 침해한 갈등 이슈였던 영해의 범위를 12해리까지 확대하였고, 타국의 항행권 보장을 위해 무해통항권right of innocent passage, 국제해협의 통과통항권 right of transit passage을 신설하였음
- 200해리까지의 배타적경제수역Exclusive Economic Zone, EEZ이 신설되었고, 대륙붕 범위는 영해기선으로부터 200해리, 350해리 혹은 2500m 등심선으로부터 100해리까지 확대될 수 있도록 하였음(이 경우, UNCLOS 제76조의 과학적 절차가 수반)
- 군도수역제도가 신설되었고, 해양환경 보호와 보전, 해양생물자원의 어종별 보존과 관리 방식으로서의 접근 같은 규정이 수용되었음. 협약에 따라 국제해저기구International Seabed Authority, ISA, 국제해양법재판소International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS, 대륙붕한계위원회Commission on the Limits of the Continental Shelf, CLCS가 설립되었음

2) UNCLOS 40년의 성과와 한국, 그리고 새로운 도전

- 1982년 UNCLOS이 채택된 이후, 168개 국가(EU 포함)가 비준하였고, 대부분의 중요 규정은 비체약국에 대하여도 구속력이 있다는 점에서 국제적 보편성을 확보하였음, 또한 협약 제11부 심해저의 이행협정을 비준한 국가는 151개국, 공해어업 이행협정에는 92개국이 비준하고 있음
- UNCLOS에 따라 설립된 국제해양법재판소(ITLOS)는 신속한 석방에서 해양경계획정까지 총 29건의 다양한 사례를 다루어 왔고, 대륙붕한계위원회(CLCS)는 총 93건의 200해리 외측 대륙붕 연장 신청서를 접수하고, 이중 46건에 대하여는 권고를 완료하였음. 이는 연안국의 대륙붕 외측한계를 명확하게 함으로써 인류공동 유산인 심해저 자원의 이용을 촉진하는데 기여할 것으로 기대됨
- 우리나라는 1996년 국제해양법재판소(21명으로 구성) 설립 당시 故박춘호 재판관을 초대 재판관으로 진출시키는데 성공한데 이어 2005년 재선되었음. 이후 2009년 故박춘호 재판관의 후임으로 백진현 재판관이 보궐 선거로 당선되어 현재까지 재임하고 있으며, 2017년부터 2020년까지는 ITLOS 소장을 역임한 바 있음
- 우리나라는 1991년 경제장관회의에서 심해저 광물자원 개발 투자를 결정한 이후, 선행투자자가(pioneer investor)로 1994년 태평양 C-C 해역에 우리나라 광구를 확보하는데 성공하였으며, 현재까지 중국, 러시아와 함께 망간단괴, 망간각, 해저열수광상 등 3종의 광구를 모두 확보한 국가가 되었음
- 한국은 특히 국제해저기구의 집행기관이자 모든 사항에 대한 정책수립 권한을 가진 이사국 E그룹에 1996년부터 선출되었으며, 2008년에는 “직접 또는 국민을 통한 심해저활동 준비/수행 투자액”을 기준으로 한 8대 투자국 중 4개국으로 구성되는 B그룹에 선출, 국제해저기구의 의사결정 과정에서 우리나라의 이익을 대변할 수 있는 유리한 입지를 가질 수 있게 되었음
- 이 외에, 우리나라는 국제해저기구 이사회의 기관(organ) 해당하는 법률기술위원회에도 1996년부터 현재까지 지속적으로 전문가를 위원으로 진출시킴으로써 국제해저기구의 주요 제반 문제의 논의에도 적극 참여하고 있음
- 심해저 자원을 둘러싼 국제사회의 진출도 가속화되고 있는데, 국제해저기구는 3종의 광물자원에 대한 탐사규칙 제정을 완료하고, 총 30개의 심해저 광구(망간단괴, 망간각, 해저열수광상) 탐사계약을 체결하였음. 현재 국제해저기구는 심해저 자원의 상업적

개발을 위한 준비단계에 진입하고 있는 바, 2011년 망간단괴 광구를 확보한 나우루의 2021년 개발규칙 요청에 따라 개발규칙 제정을 진행하고 있으며, 협약과 이행협정에 따라 2023년 7월에는 개발규칙이 도출될 것으로 기대되고 있음

- UNCLOS 제76조는 연안국이 영토의 자연연장에 따라 200해리 외측의 대륙변계의 바깥끝까지 연장시키고자 할 경우, 협약 제2부속서에 따라 설립된 대륙붕한계위원회(21명으로 구성)에 대륙붕의 한계에 관한 정보를 제출하도록 규정하고 있음
- 우리나라는 1997년 서울대 박용안 교수가 CLCS 위원에 당선된 이후, 2022년까지 5차례 연속 위원으로 진출하는데 성공하였으며, 2017년부터 2019년까지는 CLCS 위원장을 역임한 바 있음
- 그러나 2022년 제32차 유엔해양법협약 당사국 회의(SPLOS)에서 우리나라는 2023년부터 향후 5년의 임기를 수행할 위원의 선출(당선)에 실패함으로써, 처음으로 CLCS 위원 공백 상태를 직면하게 되었음. 자국의 CLCS 위원 확보는 각 연안국의 대륙붕 연장 정보와 대륙붕 외측의 확정, 심해저 공간의 확정 정보의 조기 확보로 아국의 해양권의 침해 사안을 파악하는데 중요하다는 점, 그리고 학술적으로는 해양지질, 지구물리, 수리학 등의 학술적 영역에서의 영향력이 지대하다는 점에서 향후 CLCS 위원 피선을 위한 준비가 조기에 가동될 필요가 있음
- UNCLOS 비준 및 국내 발효에 따라, 한국의 해양관련 영역에 미치는 영향도 지대하였는데, 심해저 활동 시 보증국 의무에 관한 ITLOS의 권고적 의견에 대한 서면의견서(written statement) 제출(2010), 국제해사기구(IMO) 사무총장 배출 및 IMO 대표부 개설 등 국제기구의 의사결정에 적극적이고 주도적으로 참여한 것 외에, 양자간 관계와 국내법 정비 측면에서 주목할 만한 성과를 이루었음
- 먼저, 주변국과는 UNCLOS에 따라 〈한일 어업협정(1998)〉, 〈한중 어업협정(2000)〉 등의 잠정약정을 체결하여 운용하고 있으며, 2015년부터는“한중 해양경계획정 회담”을 차관급으로 격상시켜 진행하고 있음. 이 외에 협약 이전인 1974년 〈한일 대륙붕 북부 구역 경계획정 협정〉이 체결(1978년 발효)되었으며, 같은 해 잠정약정인 〈한일 대륙붕 남부구역 공동개발협정〉 역시 체결(1978년 발효)되어 운용 중에 있음
- 협약의 정신에 따라 국내 해양법제도 정비되었는 바, 1977년 제정되었던 〈영해법〉은 1995년 〈영해 및 접속수역법〉으로 개정되었고, 1996년 제정된 〈배타적경제수역법〉은 2017년 〈배타적경제수역 및 대륙붕법〉으로 개정되었음
- 1995년에는 〈해양과학조사법〉이 제정되었고, 〈해양수산발전기본법(2002)〉, 〈월양산

- 업발전법(2008)》, 〈해양환경관리법(2008)〉, 〈연안관리법(1999)〉, 〈해양공간계획법(2019)〉, 〈공유수면관리 및 매립에 관한 법(2010)〉, 〈해양생명자원법(2012)〉, 〈배타적경제수역에서 외국인어업 등에 대한 주권적 권리 행사에 관한 법률(1996)〉, 〈수산업법(1958)〉, 〈수산자원관리법(2010)〉 〈해양경비법(2012)〉 등이 제정·운용되고 있으며, 국제적 환경변화에 따라 법제도적 개정을 통해 상호 연계성을 확보하고 있음
- 지난 40년간 UNCLOS의 성과와 함께 협약은 다양한 도전적 과제에 직면하고 있는 바, 이는 현재 그리고 향후 국제사회가 협력을 통해 풀어 가야할 과제임
 - 현재 국제규범문서 작업이 진행중인 대표적 의제는 국가관할권이원 영역에서의 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용에 관한 UNCLOS 하의 법적 구속력있는 국제문서(BBNJ(Biodiversity Beyond National Jurisdiction)임
 - 2018년 UN 총회(72/249)에서 4차례 정부간 회의를 통해 새로운 국제문서 문안을 상세화 하기로 결정하였으며, 현재까지 최종 문안을 조율중에 있음. BBNJ 문제는 공해 등에서의 개발이익 공유를 주장하는 개도국 그룹과 새로운 규제 설정에 따른 자국 산업 피해를 우려하는 선진국들 간 이견이 첨예하게 대립되고 있으며, 우리나라는 선진국과 유사한 입장이나, 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용을 위한 균형적 시각 견지 필요한 것으로 사료됨
 - 현재 핵심의제는 이익공유를 포함한 해양유전자원에 대한 접근과 공유방식, 해양보호구역을 포함한 구역기반관리수단, 환경영향평가, 역량강화 및 기술이전 등의 문제가 있으며, 최종 규정의 내용에 따라 국내 산업과 과학기술적 영향이 클 것으로 판단됨
 - 이 외에, 협약은 암석의 법적 성질 문제와 배타적경제수역과 대륙붕 경계획정에서의 새로운 경향과 같은 전통적 이슈 외에, 기후변화와 해양환경, 해수면 상승, 자율형운항선박(무인선박)의 해상군사활동, 해상운송, 해양과학조사 영역에서의 문제, 해양생물유전자원과 생물다양성, 새로운 해양장비의 등장과 과학기술, 공해 보호구역 설정 문제, 배타적경제수역에서의 군사활동문제, 해양산성화 등의 복잡한 문제를 해결해야 함

2. 우리나라 대륙붕 정책 현황과 과제

- 대륙붕과 심해저는 해양공간이라는 측면에서는 전혀 다른 문제인 것 같으나, 국가관할권 이원 영역의 관점에서 보면 밀접하게 연계된 문제임

- 특히, 심해저의 공간적 범위는 여전히 확정되지 않은 바, 이는 연안국이 UNCLOS 제 76조에 따라 CLCS의 권고를 통해 연안국의 국내법으로 확정하여야 하는 지난한 과정이 진행 중이기 때문이다. 즉, UNCLOS 제76조에 근거, CLCS를 통한 200해리 외측 대륙붕 연장 문제는 모든 200해리 외측 대륙붕이 아닌, 심해저라는 공간과 인접되어 상호 경계를 확정하여야 할 필요성이 있는 지역으로 제한됨
- 그럼에도 불구하고 국내에서는 오키나와 해구의 존재, 육지의 자연연장에 근거한 200해리 외측의 제7광구, 혹은 2012년 동중국해 일부 수역에 대하여 제출한 200해리 외측 대륙붕 연장신청(CLCS/80) 등을 근거로 대륙붕과 심해저라는 공간적 틀을 연계하고자 하는 주장과 시도가 당연시 되고 있음
- 그러나 엄격하게 말해, 우리나라는 200해리 외측 대륙붕은 존재하면서도, 국제해저기구가 관리하는 심해저라는 공간과 인접하지 않는다는 점에서 사실은 CLCS라는 별도의 신청서 제출과 권고가 필요하지 않으며, 오로지 일본 혹은 중국과의 경계획정이라는 양자간 문제로 귀결되어야 하는 사안임
- 이러한 측면에서 볼 때, 우리나라의 대륙붕과 심해저에 대한 정책적 분석은 전혀 다른 법적 근거와 틀에서 접근되어야 하며, 따라서 본 문제에서 우리나라 대륙붕 정책의 진단과 대응 방향은 논쟁이 있을 수 있는 (1) 2012년도 CLCS 대륙붕 연장신청안에 대한 UNCLOS 적격성 및 정책적 고려요소, (2) <한일 대륙붕 남부구역 공동개발협정>의 이행현황 진단과 2028년 이후의 접근 방향을 중심으로 전개할 필요가 있음

1) 한국의 2012년 200해리 외측 대륙붕 신청

- 동중국해는 CLCS 신청 대상해역인가
 - 유엔총회는 1970년 ‘국가관할권 외측 해저와 해양저 및 하층토를 규율하는 원칙선언(Declaration of Principles Governing the Seabed, Ocean Floor and Subsoil Thereof, Beyond the Limits of National Jurisdiction)’을 채택하고, ‘인류공동유산(common heritage of mankind)’ 개념을 제시함
 - 제3차 유엔해양법회의가 국가관할권 외측의 대양저와 그 하층토 및 해저의 정확한 정의에 주목한 것은 1960년대 말의 국제적 기술발달로 인해 가까운 장래에 심해저 광물 자원이 상업적으로 개발될 가능성이 있다는 것과 연관됨
 - 또한 당시 심해저 광물자원의 이익이 주로 선진국에 집중될 것을 염려한 개도국으로

서는 최대한 국가관할권 외측 해저와 대양저 및 그 하층토 지역을 인류공동유산(common heritage of mankind)로 승인 받고자 하였음

- 국제사회가 연안국 주권하에 있는 대륙붕 외측에 인류공동유산으로서의 심해저가 존재한다는 것을 확인한 이후, 1973년부터 개최된 제3차 유엔해양법회의는 현재의 유엔해양법협약 제76조를 통해 “대륙붕은 영해 밖으로 영토의 자연적 연장에 따라 대륙변계의 바깥 끝까지, 또는 대륙변계의 바깥 끝이 200해리에 미치지 못하는 경우, 영해기선으로부터 200해리까지 해저지역의 해저와 하층토”로 대륙붕을 정의, 국제관리의 규율을 받는 심해저와의 경계를 규정하고 있음
- 대륙붕의 정의에 관한 유엔해양법협약과 1958년 대륙붕협약의 중요한 차이는 대륙붕권원과 외측한계 설정에 관한 규정에서 나타나며, 1958년 협약이 대륙붕 외측한계 설정을 미결로 남긴데 비하여, UNCLOS는 실질적 규칙과 절차를 규정하고 있음
- 물론 제3차 유엔해양법 회의 초기 대륙붕 질서를 규율하고 있던 1958년 협약이 200미터 수심과 개발가능성으로 정의하였으며, 이 중 후자(개발가능성)는 지구물리학상의 대륙붕 이원 해저까지를 의미하는 것으로 자연연장 원칙을 내포하고 있음
- 대륙붕과 자연적 연장의 관계를 가장 체계적으로 정의한 것은 1969년 〈North Sea Continental Shelf Case〉에서 살펴볼 수 있음. 이 판결은 연안국에게는 국제재판소로 하여금 해저의 지질 및 지형적 형태에 근거하여 대륙붕경계를 결정하도록 요구할 수 있는 중요한 토대를 제공하였으나, 그렇다고 이 판례가 제3차 유엔해양법회의에서 넓은 대륙사면을 가진 연안국의 입장을 강화시킨 것으로는 볼 수 없음. 해당 사례는 좁은 해안을 가진 연안국간 대륙붕 획정이었고, 대륙붕 외측한계 설정에 관한 사안은 아니기 때문임
- 협상과정에서 대륙붕은 두 가지 유형, 즉 (1) 대서양(Atlantic Ocean)에서 전형적으로 나타나는 완만한 경사의 대륙붕기 등을 포함한 넓은 형태의 대륙붕, (2) 활동적 대륙변계가 분포하는 태평양 모델이 논의되었는데, 제3차 해양법회의에서 대표자들은 명료하게 정의된 대륙붕 외측 한계를 통해 이들 입장을 조화시키기 위한 타협점을 찾는 데 주력하였고, 넓은 대륙사면을 가진 국가의 입장을 대폭 수용한 형태로 제76조가 규정되었음
- 연안국이 협약 제76조 1항과 제3항에 의거하여 200해리 외측으로 대륙붕을 확장시키고자 할 경우, 제76조 4항(a) 규정이 적용됨. 그러나 제76조 1항에 따라 연안국의 대륙붕이 200해리 외측으로 확장될지라도, 200해리 외측 대륙붕에만 적용되는 제4항 내지

제6항의 이원으로 확장될 수는 없음

- 제2항의 규정 내에서 연안국은 협약 제76조 제4항 (a)(i)와 (a)(ii)에서 규정하는 200해리 외측 대륙붕 한계 설정 공식(formulae)의 하나 혹은 둘을 활용하여 외측한계를 확정할 수 있음. 이때 연안국의 대륙붕 외측선은 자국 대륙붕을 최대화 할 수 있는 범위, 즉 (i)와 (ii)의 두 공식을 연계하는 포괄적 선언(inclusive disjunction) 개념을 사용하되 두 공식중의 적어도 하나의 요소는 합당하여야 함. 연안국은 이들 두 공식 중에 자국 권원을 최대화하는 방법으로 대륙붕 외측한계를 확정할 수 있음
- 이로 보건대, 협약은 넓은 대륙사면을 가진 국가의 입장을 제한하는 규정으로 제76조 각 조항과 제82조를 도입하였는 바, 제76조는 대륙붕 연장의 공식과 제한선 규정, 제82조는 200해리 외측 대륙붕의 무생물자원 개발시 금전을 지급하거나 현물을 공여하는 것으로 양보 조항을 도입하게 된 것임 → 대륙붕 제도의 형성 배경과 협약 제82조의 규정은 연안국의 대륙붕한계위원회 신청 대상 해역의 범위를 확인할 수 있는 또 다른 중요한 해석 근거로 작용함
- 이 절차는 해역의 외측한계를 설정하는 것과는 별도의 대륙붕 외측한계 설정을 규정하고 있으며, 연안국의 외측한계 설정에 대한 견제와 균형있는 절차를 도입하고 있다고 평가됨
- 대륙붕제도가 중요한 이익 국가군간의 타협의 결과였다는 것과 200해리 외측 대륙붕 자원 개발에 대한 금전지급 및 현물공여 규정으로 이익 균형을 꾀하였다는 것은, 대륙붕한계위원회의 설립과 200해리 외측대륙붕 확장을 위한 신청이 국제해저기구가 관리하는 이익과 직접적인 관계가 있음을 의미함
- 즉, 200해리 외측 대륙붕 확장 신청은 인류공동유산의 이익을 침해하거나 영향을 주는 경우에 대륙붕한계위원회 절차를 이용한다는 것을 의미하며, 주변국과의 대향 거리가 400해리 미만인 동중국해에는 국제해저기구가 관리하는 심해저가 존재하지 않으며, 결국 즉 한반도 주변수역에 CLCS 절차가 적용될 지역은 없다는 의미이기도 함 → 즉, 동중국해 대륙붕 외측한계의 설정은 양자간 협상을 통해 확정 시켜야할 문제로 귀결됨. 이는 CLCS와 ISA의 권능 범위에도 없다는 점에서 양자 혹은 국제재판을 통해 해결될 수 있는 문제임

구분	200해리 외측 관련 직능	경계확정 기능
CLCS	200해리 외측 대륙붕 연장 심의, 권고	없음
ISA	인류공동유산인 심해저 자원 관리	없음
사법재판	제한규정없음	있음
양자협정	제한규정없음	있음

- 이 외에, 협약 제84조의 규정은 협약 제11부 제134조 제3항 및 심해저에 대한 정의를 하고 있는 협약 제1조 제1항(1)과 연계되는데, 이중 제134조 제3항은 “제1조 제1항(1)에 언급된 한계를 표시하는 해도나 지리적 좌표목록의 기탁과 공표에 관한 요건을 제6부에 규정한다(밑줄은 저자 임의 추가)”고 규정함으로써 대륙붕 외측한계 설정과 국제해저기구, 즉 심해저와 직접적인 연계성을 말해주고 있음

□ 한국은 양자간 문제를 왜 CLCS에 신청하였는가

- 상기 내용과 협약에 근거할 때, 우리나라는 CLCS를 통한 대륙붕 연장안을 제출할 이유는 없음. 그러나 우리나라는 동중국해에서 육지의 자연연장에 기초한 200해리 외측 대륙붕 연장성을 규명하기 위해 1999년부터 2006년까지 조사를 진행하였고, 2009년 예비정보(preliminary information)를 제출한 데 이어, 조사 결과를 바탕으로 2012년 CLCS에 정식문서를 제출하였음
- 여기서 발제자가 동중국해가 CLCS 신청 대상해역이 아니라는 의미는 “대륙붕한계위원회 의사규칙 제1부속서 제5조”가 규정하는 “분쟁”의 존부와 관계 없이 대상해역이 아니라는 의미임. 이러한 점에서 본다면, 일부에서 주장하는 일본과의 합의를 통해 CLCS의 심의와 권고를 요청하는 방안 역시 성립이 불가능한 것임
- 물론 협약과 CLCS 관련 규칙에 의하면 이해가 합치할 경우에 관련국가간 공동신청 역시 가능하며(대륙붕한계위원회는 의사규칙 제1부속서)하며, 2006년 프랑스/아일랜드/스페인/영국이 공동으로 제출한 대륙붕 바깥한계 신청안, 세이셸과 모리셔스의 공동 신청안 등의 사례가 있음
- 이는 대항 혹은 인접 국가간 분쟁이나 기타 미해결 육지 혹은 해양분쟁이 존재하는 상황에서 양국 혹은 다수의 국가가 공동으로 신청서를 제출할 것을 선택한 문제는 절차적 성질(procedural in nature)에 속하는 것이라고 판단하고, 협약 제76조가 부여한 권리의 실질 내용을 변경하지 않는다고 결정함
- 혹은 우리나라의 대륙붕 연장신청안 제출로 동중국해 대륙붕에 대한 우리의 권원을

강화시키는 효과가 있는가의 문제를 검토할 수 있으나, 유엔해양법은 200해리 외측 대륙붕 연장에 대한 CLCS의 기능을 규정하고 있을 뿐이지 CLCS에 대륙붕 경계확정 권능을 부여하고 있지 않다는 점을 우선 지적할 필요가 있음

- 대륙붕한계위원회는 연안국이 신청한 대륙붕연장 문건을 협약 제76조에 따라 “검토(consider)”하고 “권고(recommendation)”하는 권한을 가며, 이때 “검토”하고 “권고”하는 권한은 분명 국제사법재판소 혹은 국제재판에서 행해지는 사법적 해석기능으로 해석할 수는 없으며, 위원회에 법률 전문가를 포함하고 있지 않다는 점 역시 위원회 직능의 한계를 분명하게 하고 있음
- 즉, 위원회는 연안국 권원을 판단하는 것이 아닌, 연안국이 제출한 정보를 토대로 과학적 판단을 하는 기관이며, 따라서 “권원”의 문제를 함께 논할 여지는 없으며, 국제사회를 대신하여 인류공동유산을 보호하고 관리하는 직능을 가진 ISA 또한 이러한 기능은 없음
- 당사국간 200해리 외측 경계확정 문제 역시 비록 해당 수역이 200해리 이원으로서의 연장을 기반으로 하는 것일지라도 ISA와 CLCS 어디에도 대륙붕과 심해저의 경계를 확정할 권능이 작동될 수는 없음
- 국내법적으로도 우리나라는 대륙붕한계위원회 신청에 관계없이 자연연장에 따라 오기나와 해구 중간선까지 갈 수 있는 권원이 확보되어 있음. 현행 해저자원개발법은 자연연장 원칙에 따라 우리 대륙붕을 설정한 바 있으며, 국내법상 우리측 대륙붕 관할한계는 명백하게 제시되어 있음
- 즉, CLCS 신청여부와 관계없이 우리측 권리는 자연연장에 의한 한계까지 설정되어 있으며, 동중국해에서의 우리측 대륙붕 확장문제를 논한다면 이는 어디까지나 대륙붕한계위원회 신청절차가 아닌 양자협정을 통해 해결될 사안임
- 결론적으로 주변국과의 양안거리가 모두 400해리 미만인 우리나라는 대륙붕한계위원회 절차를 통해 대륙붕 연장을 피할 해역이 없음에도 불구하고 2009년, 2012년 그 연장성을 확인하는 절차를 취한 이유는 주변국과의 대륙붕 주장에 대한 정책 혹은 정무적 고려가 깊이 개입되었다고 해석됨
- 실제, 국내에서 200해리 외측 대륙붕 연장안에 대한 준비작업은 1997년 설립된 CLCS, 1999년 완료된 <대륙붕한계위원회과학기술지침(Scientific and Technical Guidelines of the Commission on the Limits of the Continental Shelf)> 과 연계되어 추진되었음
- UNCLOS가 연장안 신청 기한을 발효후 10년으로 정하고 있었으나, 1999년에야 과학

기술지침이 마련되었다는 것, 개도국은 여전히 기술적 한계가 있다는 점 등을 고려하여, 연장 문건 제출 시기는 재 산정되었고, 2001년 UNCLOS 당사국 총회는 1999년을 기산점으로 하는 새로운 10년의 제출 기한 연장을 채택하였음(SPLOS/72). 물론, 주의할 것은 이러한 규정에도 불구하고 연안국의 신청이 없다는 사실이 대륙붕에 대한 시원적 권원에 영향을 주는 것으로 해석될 수는 없음

- 이러한 과정에서 2018년 제18차 당사국 총회에서는 대륙붕 연장안 제출 기한에 대한 논의를 재개하였고, 최종적으로 연안국이 시한 내에 “예비정보(preliminary information)”을 제출하면 협약 제2부속서 제4항 및 SPLOS/72 결정에 따른 시한을 충족한 것으로 이해한다는 내용의 결정을 채택함
- 이러한 배경 하에, 우리나라는 동중국해에서의 대륙붕 연장에 대한 주변국의 정책적 동향, 제출 실익에 대한 분석 등을 거쳐 예비정보 및 정식정보를 제출하게 되었음.
- 다만, UN CLCS를 통한 대륙붕 연장정보의 제출 이후 진행된 동중국해 대륙붕 주장 현황을 보면 정책적 실익과 효과에 대하여는 여전히 의문이 있다고 사료되는 바, 학술적 영역에서 정책결정과 후과(後果)에 대한 논의는 지속될 필요가 있음

2) 한일 남부대륙붕 공동개발협정의 현황과 이행

(1) 한일 대륙붕 공동개발협정 체결 경과

- 우리나라 대륙붕 정책과 관련하여 가장 현안으로 대두되고 있는 것은 제7광구를 포함한 한일 남부대륙붕 공동개발협정의 이행과 2028년 이후의 처리 문제임
- UN에 제출된 1968년 ECAFE조사에 근거한 Emery 보고서는 우리나라 주변 해역에 많은 석유자원이 부존될 수 있다는 내용을 기술하고 있는 바, → 국제적으로는 1969년 북해 대륙붕 사건을 계기로 자연연장 원칙론 강화 → 1969년 국내 법제도 검토 및 방향성 설정(기 선포된 평화선 등과의 관계*) → 평화선을 보충하는 행위, 즉 새로운 환경 변화의 제도적 확대·수용 방안을 검토하여 해저광구 설정 방향을 설정
- * 평화선 제3항 요약 : 3. 상술한 해양의 상하 및 내에 존재하는 자연자원 및 재부를 감독하며 보호할 수역을 한정할 경계선을 선언하며 또 유지한다. 이 경계선은 장래에 구명될 새로운 발견·연구 또는 권익의 출현으로 인하여 발생하는 새로운 정세에 맞추어 수정할 수 있다.

- 1970년 1월 「해저광물자원개발법」 과 시행령을 제정하여 국내 대륙붕을 7개 해저광구로 확정, 조광제도 마련, 국내 대륙붕 탐사 본격화 → 우리가 광구를 설정하자 일본은 중간선을 근거로 제7광구에 대한 관할권을 주장
- 한일 양국은 1974년 양국이 주장하는 대륙붕 선의 최외곽을 포함하는 형태로 한일 남부 대륙붕 공동개발협정 체결에 합의 → 1978년 6월 양국 비준서 교환/발효됨
- * 일본은 1978년 협정 이행을 위한 특별조치법/시행령/시행규칙 제정(*양국 모두 국제법과 국내법 일원론 국가라는 점에서 특별한 의미는 없음)

□ 자원 부존 현황

- 월슨 보고서(Woodrow Willson Report; Selig Harrison, 2002)에 의하면 동중국해에는 175조~201조 ft³(사우디의 약 10배, 미국과 유사) 정도의 가스와 약 100억 배럴(사우디 2,617억, 미국 220억) 정도의 석유가 부존되어 있다고 보고되고 있음
- * 다만, 월슨 보고서는 퇴적층 두께와 현재 생산하고 있는 석유/가스량을 감안하여 개략적으로 계산된 수치이기 때문에 상당 부분 과장된 수치로 평가되어야 할 것임
- 중국은 동중국해에서 총 22공을 시추하여 핑후, 춘사오 등 6곳에서 석유, 텐와이텐, 룡징 등 7공에서 가스 발견하고 현재까지 총 16기의 개발 플랫폼을 운용 → 중국 시추공은 전부 씨후(Xihu) 분지에 위치하고 있으며, 북쪽연장이 제주분지에 해당
- 조사 결과에 의하면, JDZ 하부는 타이완-신지 융기부 및 오키나와 해곡이 위치하고 있어 자원 부존 가능성은 거의 없으며, 자원 부존 가능성이 있는 해역은 JDZ 2 및 4 소구역 일부만 해당

(2) 협정 구조와 이행력 한계

- 협정은 31개 조문, 부록(소구역), 합의의사록, 굴착의무에 관한 각서교환, 해상충돌방지에 관한 각서교환, 해수오염 방지 및 제거에 관한 각서교환으로 구성되어 있으며, 이행 구조는 다음과 같음

구분	내용
대상 자원	석유가스 및 동 자원과 관련하여 생산되는 기타 지하광물
탐사 및 개발절차	① 각국의 소구역 조광권 부여(1인 혹은 2인 이상) → ② 각국 조광권자 운영계약 체결 → ③ 당사국 승인(2개월 내 명시적 승인거부, 혹은 승인 간주)* → ④ 운영자 지정(양 조광권자 3개월 내 합의 → 이후 2개월 당사국 협의 → 협의 불가시 추첨) → ⑤ 탐사 혹은 개발 * 양국은 조광권자 허가 받은 후 6 개월 내 운영계약 효력발생에 노력. 단, 일본은 자원부존 없음을 이유로 승인 거부
조광권자의 권리와 의무	- 권리 : 탐사권(8년)과 채취권(30년 + 5년단위 추가 가능) - 의무 : 시추의무와 포기절차 이행 의무, 일방행위 금지의무 (1) 시추의무 - 최초 3년 1개공 → 다음 3년 1개공 → 잔여 2년 1개공 시추 * 협정 제11조(별도약정). 1974년 ‘굴착의무에 관한 각서교환’ 제1조 (2) 포기절차 이행 의무 : 소구역의 25%(3년내) → 50%(6년내) → 75%(8년내) (3) 일방적 행위금지 의무 : 양 당사국의 조광권자의 행위(탐사와 개발)는 당사국 승인으로 효력을 발생하는 운영계약에 따라 진행(제5조 제1항, 제2항)

- 한·일 JDZ 협정은 의무를 이행시킬 강제조항이 부재하고 분쟁해결 절차 역시 사실상 실무적 의미가 상당히 약함 → 일본은 JDZ 협정에 영향을 준 1969년 북해대륙붕 판례의 대륙붕 자연연장원칙 개념이 UNCLOS의 EEZ 제도 등장으로 퇴색되었다는 입장
- 이에, 2028년 이후 일본이 JDZ협정을 종료시키고 탐사/시추 강행, 중국의 동중국해 권리 주장, 우리나라의 법집행 및 권리주장 등의 환경으로 확산될 경우, 동중국해는 가장 폭발력이 강한 갈등 해역으로 등장 가능성 농후

□ 한일 JDZ 협정 이행 현황

- 우리나라는 한국석유공사 발족(1979년 3월)하고, 1979~1992년간 양국 합의하에 공동개발을 추진, JDZ내에서 7공 시추하였으나 유전 개발 실패 → 1993년부터 2000년까지 유망구조 부재와 JDZ 개발의 시급성이 없다는 이유로 공동개발 중단
- * 1979년~1986년, 물리탐사(9,984 L-km) 실시, 7공 시추하였으나 성과 없이 1988년 조광권 소멸 → 1989년, 양국 공동으로 유망성 평가를 실시하였으나, 유망구조 도출에 실패함에 따라 1992년 광구 반납
- 2001년, 한·일 산업부 장관 회담시 ‘공동 물리탐사 추진에 대한 공동 성명서’ 채택으로 공동 탐사 재개 → 2002년, 양국 석유공사 공동으로 JDZ 2소구에서 3D 물리탐사(563 km²) 실시 및 유망구조 도출 → 2004년, 한국석유공사 및 일본 민간사는 공동탐

- 사권 출원에 합의, 이후 2005년 일본 민간측이 경제성 없다는 이유로 출원 불참
- 2005년 석유공사와 일본 민간기업은 정기적 기술-정보 교류 합의서 채택 → 2013년까지 연례회의를 개최, 협의채널은 유지하되 필요시 연락하는 것으로 하고 협의 종료
 - 산업부는 정상회담(2008.4월) 등 여러 외교채널*을 통해 공동개발을 제안하였으나 일측의 미온적 태도로 추가 진행은 없는 상황
 - * 한·일 산업장관회담(2006.5), 한·일 외교장관-산업장관 회담(2009.4), 한국석유공사의 조광권 만료(2017) 이후 조광권자 미지정
 - 외교부는 경제협력·JDZ와 관련한 한·일 국장급 회의 개최 여부에 대해 검토하였으나 한반도 상황을 고려하여 보류 결정(2018.1, BH보고)
 - 2019년, 우리나라는 KNOC를 조광권자로 지정(제2소구, 제4소구) → 일본에게 조광권자 지정 요구 → 일본은 경제성 이유로 반대
 - 1990년대 들어 일본은 JDZ 개발에 대한 매우 소극적 태도로 전환되는데, 이는 대륙붕 해양경계획정에 대한 국제관례의 변화가 크게 작용한 것으로 해석됨
 - 실제 일본은 양국이 광구반납 하는데 합의(*경제성을 이유)한 1993년 이후 일본의 조광권자 지정은 없는 상태로 계속되고 있음 → 우리나라는 2009년 새로운 조광권자를 지정하고 일본에 통보 → 일본의 조광권자 지정 회신이 없음
 - * 양국이 조광권 반납에 합의할 때, “향후 새로운 조광권이 지정될 때 까지”라고 함으로써 사실상 협정의 이행을 정지시키는 데 합의하였다고 보여짐
 - 이후 일본은 우리측의 지정과 간헐적 협력관계를 유지하던 일본은 2000년대부터 산업장관 회담, 양국 사업자 등의 채널을 통한 우리측의 제안을 매우 소극적 태도로 대응하고 있음 → 의미있는 회신으로는 2002년 3D 탄성과 탐사 공동실시 합의(제2소구)가 있으나, 이 역시 2004년 경제성 없다고 중단을 선언
 - 따라서 일본은 1990년대부터 이미 공동개발 의지가 없는 것으로 평가되고, 2000년 이후에는 탐사 보다는 공동연구 형식으로 유지하고 있음 → 2010년 이후에는 한일 간 정치적 관계로 인해 획기적인 협상 채널의 가동이 사실상 종료

(3) 일본은 협정을 위반하고 있는가

- **협정의 해석과 이행을 둘러싼 분쟁** : 한일간 JDZ 분쟁은 협정의 해석에 대한 문제 보다는 ‘이행’에 관한 해석을 둘러싸고 분쟁이 발생할 가능성이 있으며, 이는 한국은

“일본의 협정 불이행”, 일본은 “이행을 위한 충분한 국내적 조치와 협의 이행”을 주장함으로써 부인할 수 있음

- 소위 “분쟁”은 “법 또는 사실의 문제에 관한 입장 불일치, 법적 견해나 이해관계의 충돌”로 정의되는데, 당사자의 청구 제기와 타방의 거부가 있을 경우 존재 → 즉, 한국이 협정 이행을 청구하고 일본이 거부하면 분쟁이 존재. (한국의 요구에 일본이 불이행을 인정하거나 적극적 거부 없이 회피만 하면 분쟁 존재는 모호. 단, 이 경우 일본은 분쟁의 문제가 아닌 협정 불이행의 문제에 직면할 수 있음) → 즉 분쟁의 존부는 여전히 양측의 행동/반응에 따라 판단 가능
- 그러나 분쟁에 대한 문제를 너무 강하게 제기할 경우, 일본은 현재까지 JDZ 구역 자원에 대한 평가를 근거로 협정 제31조 제4항을 원용하여 협정 개정/종료에 대한 협의 요구를 전개할 수 있으며, 이 경우 한국은 해당 조항(천연자원이 더 이상 경제적으로 채취될 수 없음을 인지)을 둘러싼 양국간 해석의 불일치를 이유로 분쟁의 존재를 주장할 수 있음
- 협정이행 의무 : JDZ 협정은 양국에게 합의, 협의, 통고/통보, 노력 등 다양한 형태의 의무를 부과하고 있으며, 여기에는 시행을 위한 공동위원회 설치와 일방의 요청에 의한 위원회 개최 의무 등을 포함
- 일본은 몇 차례 우리측의 공동위원회 개최 요구를 거부한 바 있는 바, 이는 협정 제24조 제5항 위반(위원회는 매년 적어도 1회, 요청에 언제든지 회합) → 일본이 방어할 뚜렷한 논리는 없음
- **조광권 설정 의무** : 협정 제4조 “효력발생 후 3개월 이내에 각 소구역에 관하여 ... 조광권 부여. 조광권 또는 소구역 변경이 있는 경우 조속히 새로이 조광권 부여”
- 부여의무는 3개월 이내 → 이후 의무 발생은 없다고 보여지며, 일본은 이를 근거로 대응할 것으로 사료됨 → 그러나 제4조 제1항은 문장에 따르는 조건이 없고 “shall”무게를 두고 해석되어야 하는 바, 조광권자 지정은 의무로 해석될 필요가 있음 (양국의 조광권자 지정은 협정의 달성 목적에 가장 결정적 절차이며 내용이라는 점에서 해석될 필요가 있음)
- 이후 제4조 제1항의 후단을 만족시키는 상황 변화 요건은 (1) JDZ는 1987년 소구가 9개에서 6개로 변경된 사실, (2) 한국은 2009년(2017년 종료)과 2020년도 조광권 지정을 하고 이를 일본에 요청하였다는 사실을 들 수 있음 → 따라서 일본의 의무 위반을 주장할 경우 그 시점은 2009년 이후로 보아야 할 것임 (* 1993년 양국은 협정의 이행을 사실상 정지시키는데 합의(국가간 합의))

- 한국 역시 모든 소구에 조광권지 지정을 행하지 않았다는 사실을 함께 고려할 때, 일본의 위반 여부는 “수용적 지정행위가 없을 때”로 보는 것이 타당할 듯 함
- 반면, 일본은 JDZ 협정 불이행 정당화 주장 근거로 “경제성과 참여 주체(민간)의 판단을 국가가 강제할 수 없다”는 점 등을 사유로 전개할 수 있음(불가항력에 따른 위법성 조각사유)
- 즉, 조광권 지정을 위한 절차적 문제와 협정 이행에는 국가가 결정의 주체이나, 경제성에 대한 판단 주체가 국가가 아닌 기업(민간)이라는 점에서 간여할 수 없다는 주장 그러나, 일본의 이러한 주장은 2008년 중국과 체결한 동중국해 공동개발 합의가 한일 JDZ 구역으로부터 약 970m 거리에서 설정되었다는 점, 일본의 해당 구역에 대한 경제적 평가와 중국에 대한 합의 이행 촉구가 지속되고 있다는 점에서 모순
- **조광권을 둘러싼 협정 위반 판단 시기, 이행 방식의 합의** : 한일은 협정 발효 이후, 적어도 협정 개정 없이 이행 합의를 도출한 바 있음
 - ① 1992년 서울 공동위원회에서 ‘탐사’에 대한 정의와 관련하여 소위 “작업의 착수”를 “탄성과 자료의 취득”으로 해석한 것,
 - ② 1993년 조광권 반납 후, 의무 이행을 향후 일방의 조광권 지정 시점으로 합의한 것
 - ③ 2002년 협정 개정이나 양국 조광권자 지정 없이, 양국 합의를 통해 3D탐사를 진행한 것 등을 들 수 있음
- 이는 협정 개정 없이도 공동위원회 합의 방식을 통해 협정 이행의 수단을 도출하는 것은 가능하다는 것을 의미함. 이는 한일 양자협정이 강제규범이 아닌, 임의규범의 형태이기 때문에 가능
- 즉, 1993년 이후부터, 한국의 조광권 지정이 있었던 2009년까지 일본의 협정 불이행을 주장할 수는 없을 것으로 보임. 즉 일본의 협정위반은 그 시간이 상당히 최근의 사안으로 축소된다고 볼 수 있음

(4) 동중국해 문제의 새로운 환경

□ 주변국 요소

- (일본) 한일 해양문제의 갈등 기초 확대 : JDZ 뿐 아니라 어업협정에 근거한 상호 EEZ 입어도 교착(2016년 이후 지속) → 동해 관리방식의 성질 변화 시도 → 최근에는 한일 관계를 활용한 독도 주변 조사에 대한 민감성 강화로 사실상 주도권 변화 시도

- 일본 해상보안청의 EEZ 중첩수역 조사 개시와 정례화 가능성 : 2020년, 2021년, 2022년 한일 EEZ 중첩수역에 대한 조사를 개시하고 있으며, 2020년부터 사실상 정례적 조사 환경을 조성하고 있는 것으로 판단됨
 - 2008년 중일 동중국해 합의 : 동중국해 대륙붕 이용 정책에 대한 변화와 중국과의 합의서 이행 및 협정으로의 조정 의지 → 동중국해에서 중국과는 중간선, 한국과는 EEZ 중첩수역까지를 포괄한 관할해역 관리 주장 강화
 - (중국) 중국은 2012년 JDZ를 대상으로 200해리 외측 대륙붕 연장 신청서를 CLCS에 제출하면서 동중국해에서 자연연장원칙에 근거한 자국의 해양권익이 있다는 것과 향후 한중일 삼국간의 문제로 재 논의되어야 한다는 것을 재차 확인
 - 중국의 JDZ 주변수역 조사 : 이어도 및 JDZ 구역의 일부 까지를 포괄하는 접근
 - 중국의 대양진출과 군사활동 : 동중국해 북부 수역에 대한 전략적 가치는 이미 중국의 핵심 군사활동 구역으로 접근되고 있음
 - 해양경계획정 제2단계 - 중국의 동중국해 관할권 주장 → 32도 이남 동중국해 수역에 대한 중국의 해양경계획정 접근 원칙의 변화
- 협정의 이행과 지속방안
- 협정상외 분쟁해결 절차의 활용 가능성
 - 협정 개정 없이 별도의 이행 합의를 도출하는 방식 : 한일 양국은“탐사”에 대한 정의(92년 공동위), “협정시행의 정지”로 간주될 만한 합의(93년 한일 양국의 조광권 반납), 조광권 설정 없이 3D 탐사가 이루어진 사실 등이 이러한 예임
 - 광구의 단일성 조항에 근거한 지질 및 자원 연계성 확인을 통한 일본 유도
 - EEZ 중첩수역 등 해양과학조사계획의 수립과 대응방안 수립

3. 우리나라의 심해저 정책 현황과 과제

1) 국제해저기구와 심해저 제도 현황과 도전

- 심해저란 국가관할권 밖의 해저sea-bed, 해상ocean floor 및 그 하층토subsoil를 말하며

- (제1조), 1967년 주UN 몰타 대사 파르도A. Pardo가 심해저자원의 인류공동유산화를 주장한 이후, 제3차 UN해양법회의를 거쳐 현재의 협약으로 새롭게 확립된 개념임
- 1982년 협약 채택에도 불구하고 미국과 독일, 일본 등의 선진국은 심해저 관련 협약 내용에 불만을 제기하였는 바, UN 사무총장 주도로 추가적인 비공식 회의가 진행, 협약 11부에 대한 개정을 통해 1994년 심해저에 관한 이행협정을 채택
 - 이행협정은 1982년 협약에서 보였던 기술이전, 심해저공사 운영, 생산정책, 의사결정 등을 대폭 수정하였고, 이사회의 의사결정에서도 동일한 이해를 갖는 Chamber가 다수결로 실질적 문제에 대한 거부권을 행사 할 수 있도록 함
 - 국제해저기구 집행기관으로 심해저 의사결정을 주도하는 이사회(The Council)는 약 36 개 국가로 구성되는데, 이들은 이해를 달리하는 총 5개 그룹(A그룹에서 E그룹)으로 구성되나 그 구성국 수는 그룹마다 다르며, 이들 중 A그룹에서 C그룹까지는 각각 하나의 Chamber를 구성하고, D그룹과 E그룹은 하나의 단일 Chamber가 되도록 규정
 - 문제는 이사회가 컨센서스에 이르기 위한 모든 노력을 다하고도 합의에 이르지 못한 경우, 실질문제의 결정(decisions on questions of substance)은 상기 언급된 어느 한 Chamber 내의 다수결에 의해 반대되지 않는 한, 출석하여 투표한 2/3에 의해 결정되도록 하고 있음

[표] 이사회 그룹별 구성 및 의사결정에서의 거부권 행사

그 룽			Chamber(단일)	우리나라 진출
구 분	국 가	그룹구성 기준		
A그룹	4	심해저 채취광물 대량소비국/수입국	single	
B그룹	4	심해저활동 8대투자국	single	2009~현재
C그룹	4	심해저광물 주요수출국	single	
D그룹	6	개도국 (인구다수국/내륙국/지리적불리국)	single	
E그룹	18	지리적 배분		1996~2008

- 주의할 것은, 1996년 초기 이사국 구성 시 지역별 안배를 아프리카(10석), 아시아(9석), 서구(8석), 중남미(7석), 동구(3석)으로 하였는바, 이 총합은 37개국임
- 이에, 매년 이사국 구성 시 동구 그룹을 제외한 다른 지역 그룹은 4년 동안 1년씩 한 석을 순환하면서 포기하는 제도를 도입하여 운영(Floating system) 중
- 국제해저기구는 2000년 망간단괴 탐사규칙 제정을 채택한 이후, 2010년 해저열수광상, 2012년 망간각 탐사규칙 제정을 완료하였으며, 현재는 심해저 자원 개발단계 진입을

위한 개발규칙을 제정 하려고 노력하고 있음

- 다만, 탐사계약자들이 개발단계로 진입하기 위해서는 개발규칙 제정 뿐 아니라, 경제 성과 환경문제 등 다양한 요소가 함께 고려될 필요가 있다는 점이 중요한 변수로 작용될 것으로 보임
- 국제해저기구 초기에는 각 광종별 개발규칙을 제정하고자 하였으나, 현재는 통합된 개발규칙 초안을 중심으로 논의가 진행되고 있으며, 나우루가 2021년 개발규칙을 채택해 달라는 요청을 제기함에 따라 2023년 7월까지 관련 규칙을 제정 완료하여야 할 의무가 발생되었음(협약 및 이행협정)
- 현재까지 30개의 심해저 탐사광구 계약이 체결되어 운영되고 있으며, 초기 계약자에 해당하는 망간단괴 탐사계약자들은 이미 2번째 5년 단위의 탐사계약 연장을 신청한 상태임(우리나라 또한 2021년 망간단괴 탐사계약을 2번째 연기함)
- 심해저광구는 중국이 총 5개(망간단괴 3, 해저열수광상 1, 망간각 1), 러시아가 3개, 한국이 3개, 일본/인도/프랑스/영국이 각각 2개를 확보하고 있으며, 광구 확보 주체 역시 국가 주도형에서 민간 참여 역시 확대되고 있음
- 한편, 심해저 공사에 대한 논의도 되고 있는 바, UNCLOS 이행협정의 section 2는 “심해저공사가 아닌 주체의 개발사업계획을 승인하였을 때, 또는 심해저공사와의 합작사업(joint venture)신청이 이사회에 접수되었을 때, 이사회는 심해저공사가 사무국으로 독립하여 기능을 수행하는 문제를 검토”하도록 규정하고 있음
- 국제해저기구 제19차(2013년) 회기에서는 캐나다의 Nautilus에 의한 심해저공사와의 합작 사업 승인 요청 건이 제기되었고, 이사회는 관련 내용을 검토한 바 있음. 노틸러스사(Nautilus Minerals Inc.)는 2012년 ISA에 심해저공사(Enterprise)와 CCZ의 8개 구역(총 면적 14만 8천 544km²) 개발을 위한 합작사업(joint venture) 협의 제안서를 하고, 만일 ISA 승인을 득할 경우 관련 사업을 2016년부터 이행하겠다고 천명
- 그러나 다수의 대표들은 심해저공사의 독립적 운용을 피하는 것은 바람직하나, 재정적 및 기술적 영역에서 실질적 조건이 갖추어지지 않았다는 점을 이유로 논의를 유보한 바 있음. 2022년 제27차 회기에서도 심해저 공사의 설립에 대한 추가적 필요성이 제기되고 논의되었으나, 다수의 국가는 여전히 설립 필요성에는 동의하나, 단계적 설립이어야 한다는 것으로 표명되고 있음
- 1994년 이행협정은 Annex Section 2를 통해 “해저기구 사무국은 심해저공사가 해저기구 사무국으로부터 독자적인 운영을 시작할 때까지 심해저공사의 기능을 수행한다”고

- 규정, 공사의 독자적 기능이 이루어지기 전의 상황을 해소하고 있음
- 국제해저기구(ISA)는 개도국을 보증국으로 하는 신청서가 접수할 것을 고려하여, 나우루가 2010년 요청한 “심해저 활동의 보증국에 대한 책임과 의무에 대한 권고적 의견”을 제출할 것을 결의하였고, ITLOS 해저분쟁재판부는 2011년 관련 권고적 의견을 발표함 (우리나라는 2010.08.09. 서면의견서 제출)
 - 당시 캐나다 회사인 Nautilus는 나우루와 통가에 현지 자회사를 설립하고 나우루와 통가를 보증국으로 하는 망간단괴 탐사계획 승인을 신청한 상태였으며, ISA와 다수의 국가들은 보증국의 기술적 및 재정적 책임에 대한 범위를 명확히 하라는 견해가 있었음
 - ITLOS 해저분쟁재판부의 권고적 의견은 “① (보증국의 의무) 보증국은 간접적 의무(주의의무) 및 직접의무(ISA 활동지원 의무, 필요시 긴급조치 발동 의무 등)을 부담 ② (보증국의 조치) 구체적 범위는 개별국가의 법체제에 따라 상이하나, 피보증주체의 재정능력/기술능력 기준 등에 대한 국내입법 ③ (피보증주체의 협약 미준수로 인한 손해) 보증국가가 실제손해액 배상” 등이 있음
 - 권고적 의견은 법적 구속력 없으며, 의견 역시 “국내적 조치의 존재가 해저기구와의 계약체결을 위한 조건은 아니다”는 것을 적시하고 있음에도 불구하고, ISA는 권고적 의견 이후 보증국의 국내적 조치를 강하게 요구(제17차 회의, 2011)하고 있으며, 향후 심해저자원 사업의 심사 기준으로 작용할 가능성이 있음

2) 우리나라의 심해저 정책과 이행

- 우리나라의 심해저 탐사는 1983년 11월 하와이대학으로부터 선박을 임차하여 C-C 지역 망간단괴를 대상으로 조사를 진행한 것이 첫 시작이었으며, 이후 정부는 1991년 경제장관회의를 통해 심해저 광물자원 개발 투자를 결정하였음
- 이후, 1993년 경제장관회의에서 심해저 광구 등록 추진을 결정하였고, 1994년 8월 세계에서 7번째로 태평양 C-C 지역에서 심해저 망간단괴 탐사광구 15만 km²를 등록하였고(우리나라는 선행투자국(개발도상국군)으로써 1985년까지 3천만달러를 투자 조건을 충족), 2002년 광구 포기절차를 완료하고 최종 7만 5천 km²의 단독광구를 확보하였음
- 우리나라는 국제해저기구가 2000년 망간단괴 탐사규칙 제정을 완료하자, 2001년 국제해저기구와 15개년 탐사사업계약을 체결하였으며, 처음 계약이 종료된 2016년 5년 탐

사계약 연장을 제출하고, 2021년 다시 5년 탐사계약을 연장한 상태임

- 탐사계약을 연장한 이유는 (1) 심해저 광물자원을 둘러싼 가격 불안정 등의 외부적 요소, (2) 개발규칙 미비로 인한 채약자의 잠재적 투자 규모 불안정성, (3) 심해저 환경을 고려한 자원개발 최적화 기술 강화 필요 등에 있음
- 우리나라는 망간단괴 외에도 2012년 7월, 인도양 공해상 해저열수광상 독점탐사광구를 확보(1만km²)하였으며, 2016년 7월에는 서태평양 공해상 망간각 독점탐사광구를 확보(3천km²)하였음
- 해저열수광상 광구와 망간각 광구는 광구 포기 절차를 완료할 경우, 최종적으로 우리나라는 해저열수광상 2500km², 망간각 1000km²의 단독광구를 확보하게 됨
- 우리나라의 심해저 투자는 1982년부터 지속되었으며, 투자 규모는 ISA 이사국 B 그룹 진출의 기준으로 작용한다는 점에서 각국의 민감한 이슈로 작용하고 있음
- 우리나라는 1995년 첫 번째 투자액 산출 시 세계 10위권으로 평가 되었으나(협약 미비준국인 미국이 2위), 이사회 B그룹 진출을 위해 이후에도 지속적 투자 규모를 유지하고 있다는 것을 근거로, 투자액에 대한 지속적 재산정을 요구하여 왔음
- ISA 사무국은 이사국 선거와 관련하여 주기적으로 각 그룹별 국가 선정을 위한 필요 정보 제출을 요구하고 있는 바, 우리나라는 그동안의 투자액을 반영하여 관련 정보로 제출하여 왔음
- 다만, 대부분의 국가는 예산 산정 기준의 모호성과 사무국 확인이 불가하다는 점, 투자액 공개의 민감성 등을 이유로 투자 규모 정보를 제출하지 않고 있음
- 우리나라의 적극적인 예산 투자규모 재산정 요청에 따라, 2009년 당시 이사국 B그룹에 참여하였던 영국과 E 그룹에 참여하였던 우리나라가 상호 지위를 교환, 우리나라는 첫 번째 B그룹 이사국이 되었고 현재까지 그 지위를 유지하고 있음
- UNCLOS 이행협정 제3절 15.는 B그룹의 기준을 “직접 또는 그 국민을 통하여 심해저 활동 준비와 수행에 가장 많이 투자한 8개 당사국 중 4개국”이라고 규정하고 있는 바, 예산 산정의 모호성은 구체적 기준이 수립 될 때까지 지속될 각국의 그룹별 진출 경쟁은 지속될 것으로 보임
- 2011년 ITLOS의 권고적 의견 이후, 국제해저기구의 국내법 제정이 강하게 요구되자, 우리나라는 2013년 국제해저기구에 국내법 제정 추진 방향을 통보하였으며, 2013년 〈해양광물자원법(안)〉, 2016년 〈심해저자원개발법(안)〉, 2017년 〈심해저활동 관리 및 지원에 관한 법률(안)〉 및 법제처 심사, 차관회의, 국무회의를 통해 국회에 제출

되었으나, 20대 국회 임기 만료로 자동폐기된 바 있음

- 〈심해저활동 관리 및 지원에 관한 법률(안)〉은 초기 27개 조문, 부칙 3조로 구성되었으나, 법제처 등 심의과정에서 24개 조문, 부칙 2조로 축소되었고, 특히 해양환경 관련 3개 조문이 삭제되는 등의 아쉬움도 있음
- 이후, COVID-19 환경으로 국제사회의 심해저 자원 개발을 위한 탐사와 논의는 대폭 축소되었으며, 국내법 제정에 대한 재 추진 역시 요원한 상황인 바, 최근 산업계에서 가장 중요한 희토류/희유금속의 안정적 확보를 위해서는 국내법 제정 작업이 조기에 추진 될 필요가 있는 것으로 판단됨
- ISA는 제17차회기 이사회결정(ISBA/17/C/20, para.3), 제18차회기 이사회결정(ISBA/18/C/8, Add.1)으로 국내법을 통한 심해저활동 보장 규정 요구하고 있으며, 2022년 현재 약 30여 개국이 전문 입법을 완료한 것으로 판단됨
- 우리나라 심해저 자원 연구와 개발은 개별 광물 중심의 R&D 사업화로 진행되고 있으며, 연구개발 예산의 기본 원천은 같으나, 각각 독립된 형태로 유지되는 체제임
- 이러한 접근법은 각 자원별 전문성과 독립성, 예산의 안정적 예측에 근거한 사업 추진 방향을 설정하는 데는 유익하나, 심해저를 둘러싼 국제해저기구에서의 규범형성과 환경 변화에 빠르게 대응하고, 광구확보를 추진하는 데는 상당한 장애로 작용할 수 있는 바, 추진 체계의 재편이 필요
- 또한 심해저 자원개발은 더 이상 국가주도형으로 지속될 동력이 제한적이라는 점에서 진흥 근거법 마련을 통한 민간 영역의 참여를 확대하고, 심해저 자원개발 관련 장비와 기술적 협력 체계를 구축할 필요가 있음

배타적 경제수역 내 외국의 군사활동과 한국의 실행

박 영 길*

목 차

- I. 서 론
- II. 군사활동 관련 유엔해양법협약 규정
- III. 유엔해양법협약과 EEZ 내 군사활동
- IV. 대한민국의 실행
- V. 평가 및 정책 제언

I. 서 론

외국이 연안국의 배타적 경제수역(Exclusive Economic Zone, 이하 EEZ) 내에서 연안국의 동의 없이 군사활동을 할 수 있는지의 문제는 개도국과 선진국 사이의 대립을 선명하게 보여주는 것으로, 유엔해양법협약(이하 ‘해양법협약’ 또는 ‘협약’이라 함)의 가장 큰 논쟁 중 하나이다. 이 문제는 해양에 대한 연안국의 관할권이 갈수록 확대·강화되고 무인잠수정(Unmanned Underwater Vehicle: 또는 무인수중로봇)과 같이 첨단과학기술의 해양 적용과 군사적 이용이 증가하면서 심화되고 있다. 이와 관련한 많은 사례들이 있지만,²⁾ 세계적으로

* 한국해양수산개발원.

2) EEZ 내 군사활동이 문제가 된 사례들로 다음의 예들을 들 수 있다. 미국 해양조사선 Bowditch호가 동중국해 중국의 EEZ에서 조사활동을 하자 중국 군함이 퇴거 요구(2001.3), 미국의 EP-3E 정찰기가 남중국해의 중국 하이난섬 동남 70해리 지점 상공에서 정찰비행 중 이를 저지하려는 중국 F-8 전투기와 충돌하여, EP-3E 정찰기가 하이난에 비상착륙(2001.4), 미국 해양조사선 Bowditch호가 서해 중국 측 EEZ에서 작전 수행 중 중국의 정찰기가 방해(2008.9), 미 해군 해양조사선 USNS Impeccable호가 남중국해의 중국 하이난섬 남방 75해리 수역에서 작전 수행 중 함정을 포함한 중국 선박 5척에 의해 포위되며 퇴거를 요구, 이에 Impeccable호는 퇴거하였다가 다음 날 구축함의 호위를 받으며 다시 작전 수행(2009.3), 미 해군 해

큰 주목을 받으면서 문제의 본질을 잘 보여준 사례로 2009년 3월 남중국해에서 발생한 임페커블호(USNS Impeccable) 사건을 들 수 있다. 미 해군의 해양조사선 임페커블호가 중국 하이난섬에서 약 75해리 떨어진 곳에서 통상적인 작전을 수행하고 있었다. 그러자 5척의 중국 선박(해군 정보수집선 1, 어정국 순찰선 1, 국가해양국 순찰선 1, 소형 어선 2)이 7미터까지 근접하여 위험한 충돌 상황을 야기하였다.³⁾ 이 사건을 두고서 미국은 합법적인 조사활동을 중국이 위협적인 행동으로 방해했다고 주장하고, 중국도 미국이 중국의 EEZ에서 불법적인 군사활동을 했다고 비난하였다.⁴⁾ 이 사건의 쟁점은 외국이 연안국의 동의 없이 연안국의 EEZ 내에서 군사활동을 하는 것이 해양법협약상 허용되는 행위인가 여부이다. 해양법협약은 이 문제에 대해 명확한 규정을 두고 있지 않은 채 국가들의 실행에 맡겨 두고 있는데, 국가실행과 학자들의 견해는 나뉘어져 있다.

이 글은 이처럼 논란이 있는 EEZ 내 외국의 군사활동에 관한 법적 쟁점들을 살펴보고, 이어서 한국에 대한 의의를 검토한다. 이에 앞서 EEZ 내 군사활동에 관한 이해를 돕기 위해 해양법협약에서 ‘군사활동’ 전반에 대해 어떤 규정들을 두고 있는지를 간략히 살펴봄으로써 이후의 논의에 이해를 돕도록 한다.

II. 군사활동 관련 유엔해양법협약 규정

1. 의의

‘군사활동(military activities)’이란 일반적으로 정보수집, 연습, 시험, 훈련 및 무기 실습을 포함한 군사적 선박, 항공기 및 장치의 운용을 의미한다.⁵⁾ 이처럼 군사활동이 매우 포괄적 의미를 내포하기 때문에, 외국의 어떤 군사활동이 연안국의 관할해역 내에서 허용되는지

양조사선 Victorious호가 중국 연안에서 120해리 떨어진 서해에서 조사활동을 벌였는데, 중국의 어업순찰선과 정찰기가 충돌 위협 등의 방해활동을 전개(2009.5), 중국의 해양조사선과 정찰기들이 수개월에 걸쳐 반복적으로 동중국해 일본의 EEZ와 그 상공에서 정보수집활동을 전개하자, 일본이 항의(2010.4), 서해 천안함 피격사건에 대한 대응으로 한미 합동군사훈련에 참가하기 위해 미국 항공모함 조지 워싱턴호가 서해에 진입할 계획이 알려지자, 중국은 자국의 안보에 위협이 되는 행동이라고 반대 표시(2010.8), 남중국해 상공에서 작전 수행 중인 미국 정찰기 EP-3에 대해가 중국의 전투기 J-11 두 대가 15미터까지 초근접 비행하여 충돌 위험 상황을 초래. 중국은 미국의 정찰비행이 중국의 해양안보를 심각하게 위협한다고 주장(2016.5).

3) “U.S. accuses the Chinese of harassing naval vessel”, The New York Times (2009.3.9.)

4) Vaudine England, “Who’s right in South China Sea spat? Jing Geng, “The Legality of Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone under UNCLOS”, *International and European Security Law* Vol.28. No.74(2012), p.23.

5) EEZ Group 21, “Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone” (OPRF, 26 September 2005), 1.a.6. 참조.

여부 또는 법적 성격을 판단하기 위해서는 구체적으로 어떤 내용의 군사활동인지를 확인해야 한다. 군함의 통상적인 항행 활동을 제외한다면 영해에서는 연안국의 동의 없는 거의 대부분의 군사활동이 금지되는 반면, 공해에서는 거의 대부분 허용된다.

해양법협약은 여러 조항에서 다양한 종류의 군사활동에 대해 규정하고 있는데, 해역을 기준으로 크게 영해, EEZ 및 공해에서의 군사활동으로 구분할 수 있다. EEZ 내 외국의 군사활동은 다음 장에서 자세히 다루기 때문에 이 장에서는 영해와 공해에서의 군사활동, 그리고 군사활동과 관련한 분쟁해결 조항에 대해 살펴본다.

2. 영해에서의 군사활동

(1) 영해에서의 무해통항

외국 선박은 연안국의 영해에서 무해통항권(right of innocent passage)을 누린다.⁶⁾ 무해통항이란 ‘연안국의 평화, 공공질서 또는 안전을 해치지 않’는 통항을 말한다.⁷⁾ 해양법협약은 유해한 통항, 즉 연안국의 평화, 공공질서 또는 안전을 해치는 통항으로서, 연안국이 금지할 수 있는 통항을 열거하고 있다. 그 내용으로 무력의 위협이나 행사, 무기를 사용한 훈련이나 연습, 군사기기의 선상발전·착륙 또는 탑재, 군사측량을 포함한 측량활동 등과 같이 대부분은 군사활동에 관한 것들이다.⁸⁾ 이처럼 해양법협약은 연안국의 허가를 받지 않은 영해에서의 다양한 군사활동을 유해한 통항으로서 규정하고 있다. 또한 이 협약은 연안국의 영해에서는 잠수함과 기타 잠수항행기기는 해수면 위로 국기를 게양하고 항행하도록 하여,⁹⁾ 외국의 군용 잠수함의 항행의 자유를 일반 선박에 비해 제한하고 있다.

흥미롭게도 해양법협약은 ‘군함’에 대한 정의 조항을 두고 있다. 즉, 협약은 군함을 “어느 한 국가의 군대에 속한 선박으로서, 그 국가의 국적을 구별할 수 있는 외부표지가 있으며,

6) 유엔해양법협약 제17조.

7) 유엔해양법협약 제19조 제1항.

8) 유엔해양법협약 제19조 제2항. (a) 연안국의 주권, 영토보전 또는 정치적 독립에 반하거나, 또는 국제연합헌장에 구현된 국제법의 원칙에 위반되는 그 밖의 방식에 의한 무력의 위협이나 무력의 행사, (b) 무기를 사용하는 훈련이나 연습, (c) 연안국의 국방이나 안전에 해가 되는 정보수집을 목적으로 하는 행위, (d) 연안국의 국방이나 안전에 해로운 영향을 미칠 것을 목적으로 하는 선전행위, (f) 군사기기의 선상 발전·착륙 또는 탑재, (g) 연안국의 관세·제정·출입국관리 또는 위생에 관한 법령에 위반되는 물품이나 통화를 신고 내리는 행위 또는 사람의 승선이나 하선, (h) 이 협약에 위배되는 고의적이고도 중대한 오염행위, (i) 어로활동, (j) 조사활동이나 측량활동의 수행, (k) 연안국의 통신체계 또는 그 밖의 설비·시설물에 대한 방해로 목적으로 하는 행위, (l) 통항과 직접 관련이 없는 그 밖의 활동.

9) 유엔해양법협약 제20조.

그 국가의 정부에 의하여 정식으로 임명되고 그 성명이 그 국가의 적절한 군적부나 이와 동등한 명부에 등재되어 있는 장교의 지휘 아래 있으며 정규군 군율에 따르는 승무원이 배치된 선박”이라고 정의한다.¹⁰⁾ 이 조항은 군함을 민간 또는 비군사적 정부 선박과 구분하는 기준이 되지만, 군이 이용하는 수중무인잠수정을 군함으로 볼 수 있는지와 같이 많은 문제를 해결해주지는 못한다. 한편 외국의 군함은 비상업용 정부선박과 함께 주권면제를 향유한다. 따라서 연안국의 영해에서 자국의 법령을 위반한 외국 군함을 나포하여 처벌할 수는 없으며 영해에서 즉시 퇴거할 것을 요구할 수 있을 뿐이다.¹¹⁾

(2) 국제해협에서의 통과통항권

통과통항권이란 공해 또는 EEZ의 일부와 다른 공해 또는 EEZ의 일부 사이의 해협에서 오직 계속적으로 신속히 통과하기 위해 항행과 상공비행의 자유를 행사하는 것을 말한다.¹²⁾ 선박이 통과하는 이 해역은 연안국의 영해에 속하지만 양측의 공해 또는 EEZ를 통과하는 국제항행에 이용되는 해협이라는 이유로 영해에서의 무해통항보다 더 자유로운 통항제도를 인정한 것이다. 예컨대 영해에서는 항공기의 자유로운 통항이 제한되고 잠수함의 잠행이 불가능한 반면 이러한 것이 국제해협에서는 가능하다.

해협을 통과하는 외국의 선박은 해협연안국의 주권, 영토보전이나 정치적 독립에 반하거나, 유엔헌장을 위반하는 방식으로 무력의 위협이나 무력행사를 해서는 안된다.¹³⁾ 그리고 외국 선박은 해협연안국의 사전 동의 없이 통과통항 중에 조사활동이나 측량활동을 해서도 안된다.¹⁴⁾ 따라서 해양법협약에 명시적 규정은 없지만 영해에서 유해한 통항으로 분류되는 것들은 대부분 해협을 통항하는 선박에도 적용된다. 다만, 해협을 통과하는 외국의 잠수함은 그것이 통상적인 항행방식이기 때문에 해수면 위로 국기를 게양해서 항행하지 않아도 된다.¹⁵⁾

10) 유엔해양법협약 제29조.

11) 유엔해양법협약 제30조 및 제32조.

12) 유엔해양법협약 제38조 제2항.

13) 유엔해양법협약 제39조 제1항(b).

14) 유엔해양법협약 제40조.

15) 유엔해양법협약 제39조 (c) 참조. “불가항력 또는 조난으로 인하여 필요한 경우를 제외하고는 계속적이고 신속한 통과와 통상적인 방식에 따르지 아니하는 활동의 자제”. (밑줄 강조).

3. 공해에서의 군사활동

(1) 공해의 자유와 군사활동

연안국이거나 내륙국에 관계없이 모든 국가가 공해를 자유롭게 이용할 수 있는 것을 공해의 자유라 하는데, 협약은 공해가 “모든 국가에 개방된다.”라고 표현하고 있다.¹⁶⁾ 협약은 이러한 공해의 자유의 예로 항행의 자유, 상공비행의 자유, 해저전선과 관선 부설의 자유, 인공섬과 그 밖의 시설 건설의 자유, 어로의 자유, 과학조사의 자유 등을 들고 있다.¹⁷⁾

공해상 군사활동은 일반적으로 대표적인 공해의 자유의 항행 및 상공비행의 자유에 포함되는 것으로 본다. 물론 공해의 자유로 인정된다고 해서 공해상 군사활동이 무제한 허용되는 것은 아니다. 해양법협약은 모든 국가가 위의 공해의 자유를 행사함에 있어서 다른 국가의 이익과 심해저 활동과 관련한 협약상의 다른 국가의 권리를 적절히 고려(duo regard)할 것¹⁸⁾과 공해는 평화적 목적을 위해 보존될 것을 기술하고 있다.¹⁹⁾ 물론 군사활동을 함에 있어서 다른 국가의 권리를 ‘적절히 고려’한다는 말의 정확한 의미와 ‘평화적 목적’의 범위가 무엇인지는 명확하지 않지만, 군사활동에 일정한 제한이 있음은 명확하다. 예컨대 일반 선박의 항행의 자유를 심각하게 제한하는 군사훈련이나 해양환경을 중대하게 훼손하는 신무기 시험은 공해의 자유로 인정되기 어려울 것이다.

(2) 공해상 군함의 법집행 활동

군함은 공해상에서 발생하는 다양한 국제법 위반행위에 대해 법집행을 할 수 있다. 예컨대 군함 또는 군용항공기는 해적행위의 혐의가 있는 선박이나 항공기를 나포할 수 있으며,²⁰⁾ 해적행위·노예거래·무허가 방송·무국적선 및 실질적으로 군함과 같은 국적을 보유한 선박으로 혐의를 가진 합리적 근거가 있는 경우 그 선박을 임검할 수 있다.²¹⁾ 그리고 군함 또는 군용항공기는 어떤 선박이 자국의 법령을 위반한 것으로 믿을 만한 충분한 이유가 있을 때 추적권을 행사할 수 있다.²²⁾ 해양법협약은 이러한 공해상 법집행 활동의 주체

16) 유엔해양법협약 제87조 제1항.

17) 유엔해양법협약 제87조 제1항.

18) 유엔해양법협약 제87조 제2항.

19) 유엔해양법협약 제88조.

20) 유엔해양법협약 제107조.

21) 유엔해양법협약 제110조.

로 군함 또는 군용항공기를 우선적으로 기술했고, 그 밖의 권한 있는 정부 선박 즉, “정부 업무에 사용 중인 것으로 명백히 표시되어 식별이 가능하며 그러한 권한이 부여된 그 밖의 선박이나 항공기”를 부수적으로 기술했다는 방식을 취하고 있다.²³⁾

3. 분쟁해결조항과 군사활동

해양법협약의 해석과 적용에 관한 분쟁이 협상이나 조정 등의 절차에 의해 해결되지 않으면 분쟁의 일방 당사국이 협약이 정한 관할권을 가지는 재판소에 회부할 수 있는데,²⁴⁾ 이를 강제적 또는 의무적 분쟁해결제도라고 한다. 그런데 협약 제298조에 따라 (a) 해양경계획정에 관한 분쟁과 역사적 만 및 권원에 관한 분쟁, (b) 군사활동에 관한 분쟁 및 해양과학조사와 어업과 관련된 범집행 활동에 관한 분쟁, (c) 유엔안보리가 권한을 수행하고 있는 분쟁에 대해서는 당사국이 이러한 강제적 분쟁해결절차를 배제하는 선언을 언제든지 할 수 있다.

한국과 중국은 위 3가지 사항에 대해 배제선언을 하였다. 그렇지만 당사국이 군사활동에 관한 분쟁을 배제선언했다고 해서 이와 관련한 모든 분쟁이 자동으로 재판소의 관할권에서 배제되는 것은 아니다. 왜냐하면 재판소가 스스로 해당 사건이 ‘군사활동에 관한 분쟁’이 아니라고 판단하면 재판절차를 계속해서 진행할 수 있기 때문이다. 필리핀과 중국이 관할권을 다투고 있던 간조노출지 세컨드 토마스 솔(Second Tomas Shoal) 인근에서 필리핀 해군과 중국의 해군 및 해경이 대치하는 가운데, 중국의 해경이 필리핀 해군의 보급품 수송과 순환배치를 방해하고 있을 때 중국의 해군은 해경의 근처에 있었다. 이 사건을 다룬 중재재판소는 어떤 사건에 관해 강제적 분쟁해결절차가 배제되기 위해서는 ‘군사활동’이 아니라 ‘군사활동에 관한 분쟁’이 있어야 한다고 하면서, 중국 해경이 방해행위를 하고 해군은 근처에 있었지만 전체적인 상황은 “본질적으로 군사 상황”(quintessentially military situation)이라고 판단하였다.²⁵⁾ 한편 중재재판소는 남중국해의 인공섬 건설에 관해서는 중국 정부가 이를 비군사적 활동이라고 지속적으로 주장한 점을 받아들여 군사적 성질의 활동이 아니라고 보았다.²⁶⁾ 그리고, 케르치해협을 통과하는 우크라이나 해군함정과 승무원을 러시아 해경

22) 유엔해양법협약 제111조.

23) 유엔해양법협약 제107조, 제110조 제1항 및 제5항, 제111조 제5항 참조.

24) 유엔해양법협약 제286조.

25) *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, Award, PCA 2016, para.1161.

26) *Ibid.*, para.1164.

이 나포한 사건에서 국제해양법재판소는 군사활동과 범집행 활동의 구분은 관련 상황들을 고려하여 문제된 활동의 성질에 대한 객관적 평가에 기초해야 한다고 보았다.²⁷⁾ 이 사건에서 국제해양법재판소는 우크라이나 군함의 일반적인 통항에 관한 것인 점, 분쟁의 핵심은 케르치해협 통항제도의 해석에 관한 것인 점, 그리고 러시아 해경의 무력사용은 도주하는 우크라이나 함정을 나포하기 위한 것인 점을 근거로 본 사건은 군사활동이 아니라 범집행 활동에 관한 분쟁이라고 판단하였다.²⁸⁾ 이 외에도 우크라이나와 러시아 간 연안국 권리사건에서도 협약 제298조 제1항(b)에 따른 군사활동의 예외적용 문제가 다루어진 바 있다.²⁹⁾

Ⅲ. 유엔해양법협약과 EEZ 내 군사활동

1. 의의

연안국의 EEZ 내 외국의 군사활동 문제는 EEZ 제도가 가지는 독특한(*sui generis*) 성질에서 기인한다.³⁰⁾ EEZ 제도를 처음 도입한 해양법협약의 이전에는 바다가 크게 영해와 공해로 구분되고, 공해에서는 군사활동을 포함한 이른바 ‘공해의 자유’가 폭넓게 인정되었다.

20세기 중반 이후 많은 연안국들이 관할권을 확장하고자 하였지만 미국 등 해양선진국들은 이를 최소화하고자 하였다.³¹⁾ 특히 1973년부터 시작된 제3차 해양법회의는 해양관할권을 최대한 확장하고자 하는 개도국 진영과 이를 최소화시키고자 하는 해양선진국 진영 간의 각축장이었다. 양 진영간의 치열한 논쟁 끝에 일괄타결 방식으로 협약이 채택되었으며, 그러한 타협의 산물로 경제적 활동에 관해 최대 200해리까지 연안국의 배타적 권리를 인정하는 EEZ 제도가 도입되었다.³²⁾ 이 제도는 관할권을 확장하고자 하는 연안국과 가능한 많

27) para.66.

28) *Case Concerning the Detention of Three Ukraine Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures*, ITLOS, 2019, paras.68, 71, 73, 74.

29) 2022년 6월 현재 중재재판소에 계류 중인 사건으로, 사건의 정식 명칭은 “흑해, 아조프해 및 케르치해협에서 연안국의 권리에 관한 분쟁” 사건이다. Permanent Court of Arbitration, *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. The Russian Federation)*. 이 사건은 2014년 러시아가 흑해에 있는 크림반도를 점령하고 흑해, 아조프해 및 케르치해협에서 일련의 관할권을 행사하자, 2016년 우크라이나가 러시아의 크림반도 병합은 국제법상 무효이며 러시아가 연안국으로서 관할권을 행사한 것들도 유엔해양법을 위반한 것이라고 주장하면서 소를 제기한 것이다. 이 사건을 담당하기 위해 해양법협약 제287조와 제7부속서(중재재판)에 따라 5명의 중재재판관이 구성되었다.

30) D. Rothwell and T. Stephens, *The International Law of the Sea, Second Edition*(Hart Publishing, 2016), p.87.

31) 일부 학자들은 해양강국 대 개도국 또는 연안국의 표현을 사용한다. 이들 학자들은 네덜란드 등 여러 중소규모 국가들도 해양강국의 범주에 넣고 있지만, ‘해양강국’의 기준이 지나치게 모호한 문제가 있다. 그래서 이 글에서는 해양선진국과 개도국이란 용어를 사용한다.

32) EEZ에서의 연안국의 권리, 관할권 및 의무에 대한 규정은 해양법협약 제56조 참조.

은 공해의 자유를 유지하고자 하는 해양선진국 사이의 섬세한 균형을 이룬 제도이지만, 동시에 양측 사이에 팽팽한 긴장과 갈등 관계가 형성되어 있다. 예컨대 국가들의 타협의 결과 EEZ 제도가 탄생하면서 특히 경제적 이용에 관해서는 연안국의 배타적 권리로 인정되었지만, EEZ 내 외국의 군사활동과 같이 협약상 명확하지 않은 문제들이 남아 있기 때문이다. 아래에서는 절을 바꾸어 협약의 관련 조항들을 통해 EEZ 내 군사활동의 허용여부에 대해 살펴보도록 한다.

2. 유엔해양법협약의 해석

(1) EEZ 내 다른 국가의 권리와 의무

연안국은 자국의 EEZ에서 천연자원의 탐사, 개발, 보존 및 관리를 목적으로 하는 주권적 권리와 이 수역의 경제적 개발과 탐사를 위한 그 밖의 활동에 관한 주권적 권리, 그리고 인공섬, 시설 및 구조물의 설치와 사용, 해양과학조사 및 해양환경의 보호와 보전에 관한 관할권을 가진다.³³⁾ 연안국은 이러한 권리의 행사와 의무를 이행함에 있어 다른 국가의 권리와 의무를 적절하게 고려(due regard)해야 할 의무를 가진다.³⁴⁾ 동시에 모든 국가는 연안국의 EEZ 내에서 아래와 같은 권리와 의무를 진다.³⁵⁾

1. 연안국이거나 내륙국이거나 관계없이, 모든 국가는, 이 협약의 관련규정에 따를 것을 조건으로, EEZ에서 제87조에 규정된 항행·상공비행의 자유, 해저전선·관선부설의 자유 및 선박·항공기·해저전선·관선의 운용 등과 같이 이러한 자유와 관련되는 것으로서 이 협약의 다른 규정과 양립하는 그 밖의 국제적으로 적법한 해양 이용의 자유를 향유한다.
2. 제88조부터 제115조까지의 규정과 그 밖의 국제법의 적절한 규칙은 이 부에 배치되지 아니하는 한 EEZ에 적용된다.
3. 이 협약상 EEZ에서 권리행사와 의무를 이행함에 있어서, 각국은 연안국의 권리와 의무를 적절하게 고려하고, 이 부의 규정과 배치되지 아니하는 한 이 협약의 규정과 그

33) 유엔해양법협약 제56조 제1항.

34) 유엔해양법협약 제56조 제2항.

35) 유엔해양법협약 제58조.

밖의 국제법규칙에 따라 연안국이 채택한 법령을 준수한다.

위 조항은 모든 국가가 연안국의 EEZ에서 협약 제87조(공해의 자유) 이하에 규정된 권리들을 향유하고, 권리와 의무를 이행할 때는 연안국의 권리와 의무를 적절히 고려해야 한다는 것이다. 그런데 이 조항은 모든 국가에게 협약 제87조 공해의 자유와 기타 공해에서 인정되는 권리들을 연안국의 EEZ에서 인정하고 있지만 군사활동에 관한 직접적인 언급은 없다. 그래서 협약상 연안국의 EEZ 내 군사활동 인정여부에 대해, 인정을 하는 경우에도 어느 범위에서 인정되는 지에 대한 견해의 대립이 있다. 이와 관련한 쟁점들을 아래에서 살펴보기로 한다.

(2) EEZ 내 군사활동 허용 여부를 둘러싼 쟁점

EEZ 내 군사활동의 허용여부를 둘러싼 쟁점은 크게 네 가지로 간추릴 수 있다. 첫째, 해양법협약에 EEZ 군사활동을 공해의 자유로 명시적으로 규정하지 않은 것이 이를 부정하는 근거가 될 수 있는지 여부, 둘째 EEZ 군사활동이 협약에서 규정한 해양의 평화적 이용 원칙에 반하는지 여부, 셋째 모든 국가는 EEZ 내 활동시 연안국의 권리와 의무를 적절히 고려해야 할 의무가 있는데, 군사활동은 이러한 의무를 위반하는 것인지 여부, 넷째 협약은 EEZ에 관해 명시적 규정이 없는 것에 대해 이른바 ‘잔존 권리(또는 잔여권)’을 인정하고 있는데, 군사활동이 이 권리에 포함되는지 여부이다.

1) 군사활동이 공해의 자유에 포함되는지 여부

연안국 EEZ 내 타국의 군사활동을 인정하는 입장은 위 협약 제58조 제1항에 따른 협약 제87조(공해의 자유)에서 근거를 찾는다.³⁶⁾ 일반적으로 공해상 군사활동은 항행·상공비행의 자유에 포함되는 것으로 본다. 하지만 협약 제87조에 기술된 항행·상공비행의 자유가 ‘예시적’인 것임에 불과하므로, 군사활동을 이와는 구별되는 별개의 공해의 자유로 보는 견해도 있다.³⁷⁾ 공해 관련 협약 제87조에 대한 이 같은 해석은 EEZ에 관한 협약 제58조 제1

36) 이창위, “배타적경제수역에서의 군사활동에 대한 해양강대국과 연안국의 대립”, 『국제법학회논총』 제59권 제1호(2014), p.131.; 김현수, “해양법상 배타적 경제수역에서의 군사활동 문제”, 『해사법연구』 제15권 제2호(2003), p.228.

37) 이와 관련한 보다 자세한 논의는 다음을 참조. Moritaka Hayashi, “Military Activities in the Exclusive Economic Zones of Foreign Coastal States”, *The International Journal of Marine and Coastal Law* Vol.27 (2012), p.800.; 김현수, “배타적 경제수역에서의 군사활동과 그 법적 규제”, 『국제법학회논총』 제40권 제1호(1995), p.99. Sam Bateman, “Scholar’s Community Response to Agora: Military Activities in the EEZ. Response to Pedrozo: The Wider Utility of Hydrographic Surveys”, *Chinese*

항에서도 그대로 적용될 수 있다. 후자는 모든 국가가 “항행·상공비행의 자유”와 관련된 “그 밖의 국제적으로 적법한 해양 이용의 자유”를 연안국의 EEZ에서 향유한다고 규정하고 있기 때문이다. 따라서, EEZ 내 군사활동을 인정하는 입장에서는 협약 문언 구조상 군사활동을 항행의 자유에 포함되는 것으로 보든지 또는 이와 구별되는 공해의 자유의 하나로 보든지 관계없이 연안국의 EEZ 내에서 허용되는 것으로 보는 데에는 차이가 없다. 하지만 연안국 EEZ 내 군사활동을 부정하는 측은 협약 제58조에서 군사활동이 명문으로 규정되지 않았기 때문에 인정되지 않으며, 안보(security) 등을 이유로 제한할 수 있다는 입장을 취한다.³⁸⁾ 안보 문제로 인한 제한 여부는 아래에서 다시 다룬다.

2) 해양의 평화적 이용

해양법협약에 의하면, 해양은 평화적 목적으로만 이용되어야 한다. 예컨대, 협약 제88조는 공해의 평화적 이용을 규정하고, 제301조(해양의 평화적 이용)는 보다 포괄적으로 “영토 보전 또는 정치적 독립에 해가 되거나 또는 국제연합헌장에 구현된 국제법의 원칙에 부합하지 아니하는 방식에 의한 무력의 위협이나 행사(threat or use of force)”를 삼갈 것을 규정하고 있다.³⁹⁾

EEZ 내 군사활동을 부정하는 입장은 군사활동이 위 협약의 ‘평화적 목적’ 위반이라고 본다. 예컨대 중국 정부는 EEZ 내 군사적 수로측량이 연안국의 안보에 대한 위협이 되기 때문에 해양의 평화적 이용 원칙을 위반한다고 주장한다.⁴⁰⁾

그러나 미국을 비롯한 많은 국가들과 학자들은 평화적 목적 및 이용에 관한 위 조항들이 EEZ 내 군사활동을 제한하는 것으로 해석하지 않는다.⁴¹⁾ 협약은 평화적 이용을 규정한 위 조항에 앞서 제87조에서 공해의 자유를 인정하고 있고, 이 공해의 자유에 군사활동이 포함되는 것은 앞서 살펴본 바와 같기 때문이다. 특히 영해에서의 무해통항에 관한 협약 제19조는 “무력의 위협이나 행사”와 다른 군사활동을 명확히 구분하고 있는 점도 이러한 입장을 지지한다. 즉, 이 조항은 연안국의 평화, 공공질서 또는 안전을 해치는 행위로 (a)항에서 협약 제301조와 동일한 내용으로 무력의 위협이나 사용을 규정하고, (b)항 이하에서 무기를

Journal of International Law Vol.10 (2011), p.177; 김영원, “배타적 경제수역(EEZ)에서의 군사활동에 관한 국제법적 검토: 동아시아에서의 미중 간 갈등과 우리나라에 대한 함의”, JPI 정책포럼 No.2017-16 (제주평화연구원, 2017), p.6.

38) Moritaka Hayashi, *op. cit.*, p.800 참조.

39) 이 밖에도 협약 제141조는 심해저를, 제240조는 해양과학조사를 평화적으로 이용할 것을 규정하고 있다.

40) Zhiguo Gao, “China and the Law of the Sea”, in Myron H. Nordquist, Tommy T.B. Koh and John Norton Moore (eds.), *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention* (Maritnus Nijhoff Publishers, 2009), p.289.

41) Raul(Pete) Pedrozo, “Agora: Military Activities in the EEZ. Preserving Navigational Rights and Freedoms: The Right to Conduct Military Activities in China’s Exclusive Economic Zone”, *Chinese Journal of International Law* Vol.9 (2010), p.25;

사용하는 훈련이나 연습, 국방이나 안전에 해가 되는 정보수집 및 선전행위, 항공기·군사기기의 선상발진·착륙 또는 탑재 등을 규정하고 있다.⁴²⁾ 요컨대, 비공격적인 EEZ 내 군사활동 자체를 평화에 대한 위협으로 볼 수 없다는 것이다.⁴³⁾

그러나, 위와 같이 영해에서 금지되는 군사활동들이 모두 EEZ에서는 허용되는 것으로 본다고 단정하기에는 국가들의 실행과 학자들의 견해가 너무 복잡하다.⁴⁴⁾ 이 부분은 특히 군사활동의 구체적 내용에 따라서도 판단이 달라질 수 있는 것으로 아래의 쟁점들과 국가 실행 부분에서 더 살펴보기로 한다.

3) 적절한 고려 의무

모든 국가는 연안국의 EEZ에서 권리와 의무를 행사함에 있어서, 연안국의 권리와 의무를 적절히 고려(due regard)해야 한다.⁴⁵⁾ 그런데 ‘적절히 고려’해야 한다는 표현은 아주 불명확해서, EEZ 군사활동을 부정하거나 인정하는 측 모두에서 인용될 가능성이 있다. 예컨대 2009년 미해군 조사선 임페커블호의 남중국해에서 음파탐지기를 이용한 조사를 중국 해군이 방해했는데, 중국 외교부는 허가받지 않은 음파탐지 행위가 협약과 중국의 국내법을 위반했으며 특히 음파의 발산은 협약상의 해양환경 오염을 구성한다고 주장하였다.⁴⁶⁾ 이에 대해 미국은 군사측량 활동이 공해의 자유의 일부로 인정되기 때문에 연안국이 규제할 권리가 없다고 맞섰다. 이 사건에서 미국의 군사측량이 연안국의 해양환경을 오염시키거나 훼손하면서 조사활동을 했다면 적절한 고려 의무를 위반했다고 볼 수 있다. 반대로, 미국이 해양환경보호 등에 관한 협약과 중국의 국내법을 준수해서 활동했다고 주장한다면 중국이 ‘적절히 고려’ 의무를 인용하면서 반대하기는 어렵다.

요컨대, 적절한 고려의무는 EEZ 내 군사활동을 전적으로 부인하는 근거로 삼을 수는 없지만, 군사활동을 하는 국가에게는 활동의 제약이 됨은 분명하다. 다만, 고려해야 할 연안국의 권리와 의무를 EEZ에 관한 것, 즉 경제적 이익과 해양환경 보호 등으로 좁혀서 해석할 경우에는 ‘안보 이익’은 포함하지 않게 된다.

42) Raul(Pete) Pedrozo, *op.cit.*(2010), p.25; Moritaka Hayashi, *op. cit.*, p.801; Jing Geng, “The Legality of Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone under UNCLOS”, *Utrecht Journal of International and European Law* Vol.28, Issue 74 (2012), p.27.

43) 이창위, 위의 글, p.123; 김영원, 위의 글, pp.7-8.; Raul(Pete) Pedrozo, *op.cit.* p.25.

44) 김현수, 위의 글(2003), pp.230-231.

45) 유엔해양법협약 제58조 제3항.

46) Moritaka Hayashi, *op. cit.*, p.802.

4) 잔존 권리

마지막으로 검토할 쟁점사항인 잔존 권리도 EEZ 내 군사활동을 인정하는 측과 부정하는 측에서 모두 인용될 수 있다. 협약 제59조는 EEZ에서 어떠한 권리나 관할권이 연안국 또는 다른 국가 중 누구에게 귀속하는지에 대해 협약이 정하지 않고 있고, 이와 관련해서 마찰이 발생하는 경우 당사자의 이익과 국제사회 전체의 이익의 중요성을 각각 고려해서 형평(equity)과 모든 관련사정에 비추어 해결할 것을 규정하고 있다. 이처럼 협약이 연안국 또는 다른 국가에게 귀속시키지 않고 있는 권리와 관할권을 잔존 권리(residual rights) 또는 잔존 권이라 부른다.⁴⁷⁾ 다만, 협약상의 표현을 그대로 사용한다면 “미귀속 권리”(unattributed rights)란 표현이 더 정확하다. 여하튼, “협약이 EEZ 내에서 연안국이나 다른 국가에게 귀속시키지 않은 권리 또는 관할권”(Convention does not attribute rights or jurisdiction to the Coastal State or to other States within the exclusive economic zone...)이 무엇이며, 협약이 누구에게도 귀속시키지 않았는데 ‘권리 또는 관할권’이라 부르는 것이 적절한지에 대한 의문을 가질 수 있다. 이와 관련해서 협약이 명시적으로 어느 국가로 귀속시키지 않은 권리를 협약 제56조에 따른 연안국의 권리 혹은 제58조에 따른 모든 국가의 권리 중 하나로 서로 달리 보는 견해가 있다.⁴⁸⁾ 이와 반대된 견해는 연안국 또는 다른 국가의 권리의 하나로 보는 것은 더 이상 잔존권리가 아님을 의미하기 때문에 모순적이라는 것이다. 후자의 입장에서 보면, EEZ 내 군사활동을 항해의 자유에 포함시켜 제3국의 잔존권리로 보는 견해⁴⁹⁾는 수용하기 어렵다.

그러나 이러한 잔존권리에 대한 논쟁은 다음과 같은 이유로 그 실익이 크지 않다. 첫째, 잔존권리를 연안국 또는 다른 국가의 귀속 여부로 볼 때 누구에 속하는지에 대한 논쟁이 새로이 발생하게 된다. 반면 이를 협약상 표현대로 ‘미귀속 권리’로 이해할 때는 문제해결의 방향을 제시하는 것으로 이해할 수 있지만⁵⁰⁾ 제시된 방향이 발생한 마찰에 대해 ‘형평과 모든 관련 사정을 고려해서 해결’하라고 하는 모호한 것에 그치게 된다. 더욱이 협약은 당사국으로 하여금 군사활동에 관한 분쟁을 강제적 분쟁해결절차에서 배제할 수 있도록 하고 있다.⁵¹⁾

47) Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne(eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary Vol.II.* (Maritinus Nijhoff Publishers, 1993), p.569.

48) 이에 관한 상세한 논의는 다음 논문을 참조: 신창훈, “배타적 경제수역에서의 수로측량과 해양과학조사의 법적 의의에 대한 조명”, 『서울국제법연구』 제12권 제2호 (2005).

49) 이창위, 위의 글, p.132 참조.

50) Erik Franckx, “Scholar’s Community Responses to Agora: Military Activities in the EEZ - American and Chinese View on Navigational Rights of Warships”, *Chinese Journal of International Law* Vol.10 (2011), p.200.

51) 유엔해양법협약 제298조 제1항(b).

지금까지 네 가지 쟁점사항들을 살펴보았지만, 이들 쟁점들을 통해 EEZ 내 군사활동의 허용 여부 문제가 명확하게 해결되지 않음을 확인하였다. 아래에서는 협약의 채택과정에서 어떠한 논의들이 있었는지를 검토하기로 한다.

(3) 유엔해양법협약 채택 과정에서의 논의

EEZ 내 군사활동 문제는 해양법협약 채택을 위해 1973년부터 시작된 제3차 해양법회의에서 가장 어렵고 논쟁적인 사안 중 하나였다.⁵²⁾ 특히 중국, 페루 등 남미국가들과 77그룹은 새로 도입하는 EEZ 제도에 ‘안보적 이익’(security interests)도 포함시키고자 하였지만, 미국을 비롯한 선진국 그룹은 이러한 입장에 반대하였다.⁵³⁾ 이 회의에서 미국은 모든 국가는 전통적인 공해상 항행과 상공 비행의 자유를 EEZ에서도 계속해서 향유하며, 군사적 작전(operations)·행사(exercises)·활동(activities)은 항상 국제적으로 합법적 해양의 이용으로 간주되어 왔으며, 그러한 활동에 대한 권리는 EEZ에서도 계속해서 모든 국가에 의해 향유된다고 주장하였다.⁵⁴⁾ 미국의 주장은 많은 국가들의 지지를 받았다.

결국 제3차 해양법회의는 중국 등이 주장한 ‘안보적 이익’을 EEZ에 관한 연안국의 권리에 포함시키지 않은 채 해양법협약을 일괄타결 방식으로 채택하였다. 안보적 이익이 협약에 기술되지 않았지만 군사활동에 관한 명시적 언급도 생략됨으로 인해 해석상 논란의 불씨는 남아 있게 되었다. 그런데, 제3차 해양법회의의 마지막 단계에서 의장직을 수행하면서 극적 타결을 이끌었던 토미 코(Tommy Koh) 당시 해양법회의 의장은 협약이 EEZ 내 군사활동을 허용한다는 해석이 당시 국가들의 일반적 이해였다고 하였다.⁵⁵⁾

요컨대, 해양법협약 채택을 위한 제3차 해양법회의에서는 EEZ 내 군사활동을 부인하고 오히려 안보적 이익을 연안국의 EEZ 권리로 명시하려는 주장이 있었지만, 공해상 항행과 상공 비행의 자유가 계속해서 허용된다는 입장이 우세하였다.

52) Jon M. Van Dyke, “Military ships and planes operating in the exclusive economic zone of another country”, *Marine Policy* Vol.28 (2004), p.31.

53) Raul (Pete) Pedrozo, op. cit., p.10.

54) Ibid.

55) Jon M. Van Dyke, op. cit., p.31.

3. 국가들의 실행

해양법협약 채택과정에서 연안국의 EEZ 권리에 안보적 이익을 협약에 포함시키면서 외국의 군사활동을 배제하려는 시도가 실패하자, 여러 국가들이 협약에 서명하면서 선언을 통해 EEZ 내 군사활동을 부인하는 의견을 표시하였다. 대표적으로 브라질은 협약은 EEZ 내 군사활동, 특히 연안국의 동의 없이 무기나 폭발물을 사용하는 활동을 할 수 있는 권한을 다른 국가에게 부여하지 않는다고 선언하였다. 브라질의 이러한 이해는 카보 베르데, 인도, 말레이시아, 파키스탄, 우루과이 등의 선언에서도 이어졌지만, 독일, 이태리, 네덜란드, 영국 등의 선진국들은 이에 반대한다는 선언을 내놓았다.⁵⁶⁾

해양법협약이 채택된 지 40년이 되는 오늘날 EEZ 내 외국의 군사활동에 대해 대부분의 국가들은 국내법상 아무런 제한을 두고 있지 않다. 하지만, 동시에 적지 않은 국가들이 이를 금지 또는 제한하는 규정을 두고 있다. 다만 이러한 국가들 중에서도 외국의 실질적인 군사활동에 대해 중국처럼 명시적으로 반대의사를 표명하는 국가는 드물다.

EEZ 내 군사활동을 규제하는 국가들⁵⁷⁾

규제 유형	국가
일반적 규제	방글라데시, 브라질, 미얀마, 카보베르데, 중국, 인도, 인도네시아, 이란, 케냐, 말레이시아, 몰디브, 모리셔스, 북한, 파키스탄, 필리핀, 포르투갈, 태국, 우루과이
영해 폭 확장 (영해 내 군사활동 금지)	· 200해리: 베냉, 콩고, 에콰도르, 라이베리아, 페루, 소말리아 · 30해리: 토고
접속수역(24해리) 규제대상에 '안보' 포함	캄보디아, 중국, 수단, 시리아, 베트남

위와 같이 EEZ 내 군사활동에 관한 오늘날 국가실행은 일관성을 보이지 않는다. 특히 지금까지 명시적 반대를 표시하지 않은 국가들도 첨단과학기술이 적용된 군사활동이 늘어나고, 군사활동과 다른 활동의 구분이 점차 모호해지고, 군사활동으로 인한 연안국의 안보위협이 가중되는 상황에서 무기사용을 포함한 모든 종류의 군사활동을 전적으로 허용하기는 어려울 수 있다.

56) 개별국가들의 선언은 Jon M. Van Dyke, op. cit., p.30 참조.

57) Raul (Pete) Pedrozo, "Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus", *International Law Studies* Vol.90 (2014), pp.521-22.

4. 군사측량(조사)과 구별개념

군사측량(또는 군사조사)과 유사하면서도 구별되는 개념으로 해양과학조사⁵⁸⁾와 수로측량이 있다. 이들 개념의 적용에 있어 혼란이 발생하는 이유는 협약에서 각 개념을 정의하지 않고 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 협약은 제13부에서 해양과학조사에 대해 폭넓게 규정하고 있지만 해양과학조사를 정의하지는 않고 있으며, 수로측량 혹은 측량(survey)에 대한 정의조항도 없으며, ‘군사측량’이란 말은 전혀 사용되지 않고 있다.

강학상으로도 군사측량, 해양과학조사 및 수로측량의 세 개념에 대해 합의되거나 통용되는 정의는 없는데, 어떻게 정의하느냐에 따라 군사측량과 수로측량을 항행의 자유의 하나로 인정할지 여부가 달라지기도 한다. 아래에서는 2000년대 초 EEZ 그룹 21이란 이름으로 15명의 학자들이 수차례 모여서 논의하고 합의하여 만든 “EEZ 내 항행과 상공비행에 관한 지침”에서 정의한 내용을 토대로 논의하도록 한다.⁶⁰⁾ 이 지침은 세 개념에 대해 아래와 같이 정의하였다.⁶¹⁾

3. “수로측량”은 그 주요 목적상 광대한 수역(bodies of water)과 관련한 데이터를 결정하는 측량을 의미한다. 수로측량은 하나 혹은 그 이상의 다음의 데이터 부류를 결정하는 것으로 구성할 수 있다.: 수심, 해저의 모양과 성질; 해류의 방향과 힘; 조수의 높이 및 시기와 수계; 측량과 항행의 목적상 지형적 특징과 고정된 물체의 위치
5. “해양과학조사”는 해양(sea)과 대양(ocean) 및 해저와 하층토의 성질과 자연적 진행에 관한 과학적 지식을 강화하기 위해 해양환경에서 이루어지는 활동을 의미한다.
7. “군사측량”은 군사적 목적으로 데이터를 수집한 것과 관련한 해양환경에서 수행되는 활동을 말한다.

위 정의에 의하면 세 개념의 구별은 행위의 목적에 기반함을 알 수 있다. 즉, 수로측량은 항행의 목적, 해양과학조사는 ‘과학적 지식의 강화’ 그리고 군사측량은 ‘군사적 목적’을 위해 행한다는 점에서 서로 구별된다. 그렇지만 내용을 좀 더 들여다보면, 수로측량을 활동

58) 해양과학조사에 관한 논의는 다음을 참조. 이용희, “해양과학조사제도”, 한국해양수산개발원(편), 『대한민국의 해양법 실행-유엔해양법협약의 국내적 이행과 과제』(일조각, 2017), 405-445.

59) 세 개념에 대한 상세한 논의는 다음 논문을 참조. 신창훈, “배타적 경제수역에서의 수로측량과 해양과학조사의 법적 의미에 대한 조명”, 『서울국제법연구』제12권 제2호 (2005).

60) EEZ 그룹 21로 이름 붙인 15인의 전문가들이 2002년부터 2005년에 걸쳐 논의한 후 ‘EEZ 내 항행과 상공비행에 관한 지침’을 내놓았다.

61) EEZ Group 21, “Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone” (OPRF, 26 September 2005), pp.5-6.

내용을 기준으로 보면 해양과학조사와 군사측량 모두에 해당할 수 있다. 참고로 위 수로측량에 관한 정의는 국제수로기구(IHO)의 그것과 매우 유사하다.⁶²⁾ 그런데 활동의 ‘목적’은 객관적으로 파악하기 어렵기 때문에 이를 기준으로 하기 어렵다는 비판이 가능하지만, 조사 또는 측량 행위가 유사한 점들이 많고 복합적으로 이루어지는 경우도 많기 때문에 행위를 기준으로 판단하기 어려운 점도 있다.

해양법협약은 EEZ 내 해양과학조사에 대해 연안국의 동의를 받도록 하고 규정하고 있는 반면,⁶³⁾ 군사측량이나 수로측량에 대해서는 이러한 연안국 동의 규정이 없다. 그래서 미국을 비롯한 선진국들은 EEZ 내 군사측량과 수로측량을 항행의 자유의 하나로 본다. 협약이 제19조(무해통항의 의미), 제21조(무해통항에 관한 연안국의 권리와 의무), 제40조(조사와 측량활동), 제54조(군도항로대 조사와 측량활동) 등 여러 조항들에서 “조사”(research)와 “측량”(survey)을 구분하고 있는 것을 이러한 주장의 주요한 근거로 든다.⁶⁴⁾

반면, 군사측량 또는 수로측량시에도 연안국의 동의를 필요하다고 보는 견해는 실질적으로 과학조사와 군사 또는 수로 측량을 구별하기 어려운 점, 이러한 활동 모두 대부분 국가 기관들에 의해 이루어지는 점, 그리고 군사측량은 연안국의 안보에 위협이 되기 때문에 연안국의 동의(규제)가 필요하다는 점을 든다. 이러한 견해들 중에는 심지어 군사측량이 해양과학조사의 범주에 포함된다고 보는 것도 있지만,⁶⁵⁾ 아직까지는 국가들과 학자들의 일반적 지지를 받지는 못하고 있다.

IV. 대한민국의 실행

1. 서론

한국 측 EEZ 내에서 외국의 군사활동이 허용되는지 여부와 관련해서 아직까지 한국 정부가 공식입장을 내놓은 적은 없다. 따라서 본 장에서 논의한 EEZ 내 군사활동과 관련해서

62) IHO, International Hydrographic Dictionary. S-32. “A survey having for its principal purpose the determination of data relating to bodies of water. A hydrographic survey may consists of the determination of one or several of the following classes of data: depth of water, configuration and nature of the bottom; directions and force of currents; heights and times of tide and water stages, and location of topographic features and fixed objects for survey and navigation purposes.”

63) 유엔해양법협약 제246조 제2항.

64) Raul (Pete) Pedrozo, op. cit. (2010), p.11.

65) Zhang Haiwen, “Is it safeguarding the Freedom of Navigation or Maritime Hegemony of the United Nations of the United States? Comments on Raul (Pete) Pedroz’s Article on Military Activities in the EEZ”, *Chinese Journal of International Law* Vol.9 (2010), p.35.

우리 정부의 입장은 명확하지 않다는 표현이 적절하다. 이는 사안에 따라서 외국의 군사활동을 인정하거나 또는 부인할 수 있는 유연성을 가지지만, 한편으론 현장에서의 적절한 대응을 어렵게 하는 요인이 되기도 한다. 본 장의 서론에서 언급하였듯이 2008년 미국 해양조사선 Bowditch호의 서해에서의 조사활동을 중국의 구축함이 방해한 적이 있으며, 2010년 천안함 피격사건의 대응으로 미국 항공모함 조지워싱턴호가 서해에 진입하여 합동군사훈련을 하려고 하자 중국이 강하게 항의하여 동해로 항로를 변경한 적이 있다.⁶⁶⁾ 해양경계 미확정 상황에서 이러한 미국의 서해에서의 군사활동은 중국 측 EEZ인 동시에 한국의 EEZ에서 행해진 것이기도 하다. 하지만 당시 우리 정부가 중국 정부에 항의했는지는 알려지지 않았다.

그러나 한반도 주변의 수역과 상공에서 주변국들의 군사적 활동이 증가하고 특히 수중무인기기 등을 활용한 조사 또는 정보수집 활동도 확대되고 있는 점을 고려할 때, 한국이 계속해서 모호한 입장을 유지할 것인지 또는 구체적으로 명확한 입장을 정할 것인지에 대한 고민이 필요하다.

2. 관련 법령 검토

(1) 영해 및 접속수역법과 배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 법률

영해 및 접속수역법은 영해와 접속수역을 다루기 때문에 EEZ에서의 군사활동과 직접적 연관은 없다. 다만, 영해에서 외국 선박의 무해통항과 관련해서 외국의 군함에 관한 사항들을 규정하고 있음은 주목을 요한다. 영해 및 접속수역법 제5조 제1항의 아래 사항은 해양법협약 제19조(무해통항의 의미) 제2항을 국내적으로 수용한 것으로, 대한민국의 평화·공공질서 또는 안전을 해치는 것으로서 영해 내 무해통항으로 인정되지 않는다.⁶⁷⁾

2. 무기를 사용하여 하는 훈련 또는 연습
3. 항공기의 이함·착함 또는 탑재
4. 군사기기의 발진·착함 또는 탑재
5. 잠수항행
6. 대한민국의 안전보장에 유해한 정보의 수집

66) 본 장 각주 1 참조.

67) 영해 및 접속수역법 제5조 제1항.

7. 대한민국의 안전보장에 유해한 선전·선동

11. 조사 또는 측량

위 사항들은 모두 본 장의 주제인 군사활동의 범주에 들어가는 것들이다. 이들을 위반한 혐의가 인정될 때 관계 당국은 정선, 검색, 나포 그 밖에 필요한 명령이나 조치를 할 수 있다.⁶⁸⁾ 그리고 외국의 군함과 비상업용 정부선박이 영해를 통항하려고 할 때에는 통항 3일 전까지 선박의 이름·종류 및 번호, 통항 목적 그리고 통항 항로와 일정을 통고하도록 하고 있다.⁶⁹⁾

마찬가지로 배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 법률도 EEZ에 관한 해양법협약 제56조(연안국의 권리)와 제58조(다른 국가의 권리)에 관한 내용을 규정하고 있다. 따라서 이 조항만을 두고 보면 앞서 살펴보았던 EEZ 내 군사활동에 관한 협약상의 불명확성이 국내법에서도 그대로 반영되었을 알 수 있다. 하지만, 이를 법체계적으로 보면 국제법상의 모호성을 법집행을 해야 하는 국가가 국내법으로 수용하면서 그대로 둔다는 것은 바람직하지 않을 수 있다. 동시에, 이 문제를 위 영해 및 접속수역법과 연계해서 해석하면, 영해에서는 군사활동에 관한 그러한 제한을 법에 명시적으로 규정하고 있는 반면, EEZ에서는 그러한 제한을 두고 있지 않다는 것이 EEZ에서는 허용되기 때문이라는 해석이 가능하다. 이 점은 영해에서 무해통항의 제한사유로 열거하고 있는 사항들 중에서 EEZ에서도 제한이 필요한 사항들, 예컨대 어로, 과학조사, 오염물질의 배출 등에 대해서는 관련 국내법의 제정을 통해 EEZ에서도 규제를 하고 있기 때문이다.

(3) 해양과학조사법 및 해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률

해양과학조사법은 해양과학조사를 “해양의 자연현상을 연구하고 밝히기 위하여 해저면·하층토·상부수역 및 인접대기를 대상으로 하는 조사 또는 탐사 등의 행위”라고 그 목적이 “자연현상을 연구하고 밝히”는 것임을 기술하고 있다.⁷⁰⁾ EEZ 내에서 해양과학조사를 하고자 하는 외국인 등은 해양수산부장관의 동의를 받아야 한다. 이 법은 외국인 또는 국제기구가 해양과학조사를 실시할 때 따라야 할 원칙으로 다음을 제시한다.

68) 영해 및 접속수역법 제6조.

69) 영해 및 접속수역법 시행령 제4조.

70) 해양과학조사법 제2조 1호.

1. 평화적 목적을 위해서만 실시할 것
2. 해양에 대한 다른 적법한 이용을 부당하게 방해하지 아니할 것
3. 해양과학조사와 관련된 국제협약에 합치되는 과학적인 방식 또는 수단으로 실시할 것
4. 해양환경의 보호 및 보전을 위한 관련 국제협약에 위배되지 아니할 것

한편, 해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률(‘해양조사정보법’)은 해양조사의 실시와 해양정보 활용을 포괄적으로 규정하고 있는 법이다. 해양조사정보법은 해양조사, 해양관측, 수로측량 등의 개념을 정의하고, 각각의 실시에 관해 상세한 규정을 두고 있다. 이 법에서 ‘해양조사’란 포괄적 개념으로, “선박의 교통안전, 해양의 보전·이용·개발 및 해양관할권의 확보 등에 이용할 목적으로 이 법에 따라 실시하는 해양관측, 수로측량 및 해양지명조사”를 의미하는데,⁷¹⁾ 해양과학조사법에 따른 해양과학조사와 구별된다. 또한 이 법은 “수로측량”을 아래의 측량 또는 조사라고 정의한다.⁷²⁾

- 가. 해양 등 수역의 수심·지구자기·중력·지형·지질의 측량과 해안선 및 이에 딸린 토지의 측량
- 나. 선박의 안전항해를 위하여 실시하는 항해목표물, 장애물, 항만시설, 선박편의시설, 항로 특이사항 및 유빙 등에 관한 자료를 수집하기 위한 항로조사

다만 위 법률은 ‘군사활동을 위한 해양조사’를 적용범위에서 제외하고 있다.⁷³⁾ 이 법은 수로측량의 경우 수행 주체를 해양수산부장관으로 하고 상세한 실시 절차를 두고 있는 반면, 외국인 등에 의한 수로측량에 관해서는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 외국인이 해양조사·정보업을 통해 한국 정부가 수행하는 수로측량에 참여하는 것을 고려할 수는 있다. 하지만, 한국 정부가 수행하는 것과 별개로 외국 정부가 독자적으로 한국의 EEZ에서 수로측량 또는 군사측량을 수행할 수 있는가에 대한 명시적 규정은 없기 때문에 그 허용여부는 불확실하다.

71) 해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률 제2조 1호.

72) 해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률 제2조 3호.

73) 해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률 제4조.

3. 소결

위에서 살펴본 바와 같이 한국 국내법에는 EEZ 내 군사활동의 허용여부에 관한 명시적 규정이 없다. 영해 및 접속수역법에서는 다양한 종류의 군사활동들이 무해통항으로 인정되지 않는다. 그렇지만, 배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 법률을 비롯해 EEZ에 적용되는 여러 법들은 그러한 제한 또는 금지 규정을 두지 않아서 한국의 EEZ 내 외국의 군사활동 금지여부는 명확하지 않다.

V. 평가 및 정책 제언

1. 평가

EEZ 내 군사활동 문제는 해양법협약을 채택하는 과정에서 선진국 그룹과 개도국 그룹 사이의 큰 다툼이 있었던 난제였으며, 일괄타결 방식으로 협약이 채택되면서 허용 여부는 모호한 상태로 남겨두게 되었다. 그렇지만 당시 개도국들이 안보적 이익을 연안국의 EEZ 권리사항에 포함시킬 것과 군사활동이 금지된다는 주장들을 했지만, 오히려 군사활동은 전통적인 공해상 항행의 자유로서 인정된다는 미국 측 주장이 더 많은 지지를 받았다. 그러나 협약 채택 후에도 브라질을 비롯한 여러 국가들이 EEZ 내 군사활동을 허용하지 않는다는 선언을 하고, 특히 중국은 미국의 군사활동에 대해 적극적인 항의표시를 해오고 있다.

오늘날 과학기술의 발달 등으로 인해 군사활동과 해양과학조사, 수로측량 등의 활동을 점점 더 구분하기 어려워지고, 또한 중국을 비롯한 많은 국가들이 팽창적인 해양정책을 펼치면서 해양안보와 해양환경 등을 보호할 필요성도 증가하였다. 이런 사정으로 인해 국가들의 실행은 모든 군사활동의 인정-부정이라는 이분법적 태도를 벗어나 세부 사안별로 신중한 접근을 보이고 있다.

2. 정책 제언

한국은 EEZ 내 군사활동에 대해 정부가 공식적 입장을 내놓은 바가 없으며 국내법에 명시적 규정을 두고 있지 않다. 하지만 EEZ 내 군사활동의 허용여부에 대해 아무런 규정을

두지 않는 이러한 소극적 입법만으로는 한국의 EEZ에서 전개되는 외국의 군사활동에 대해 능동적으로 대처하기 어려울 수 있다. 특히, 해양경계 미확정으로 인해 주변국들과 관할권이 중첩하고 주변국들의 해양에서의 군사활동이 늘어나는 상황에서는 우리의 입장을 명확히 하는 것이 더 효과적일 수 있다. 그래서 우선은 EEZ 내 군사활동에 관해 전략적 모호성 내지 유연성을 유지하면서 사례별로 대응하는 것이 적절한지 또는 군사활동의 구체적으로 유형화하여 허용 여부를 입법적으로 명확히 하여 대응하는 것이 적절한지에 대한 검토가 필요하다.

UN해양법협약의 남북극해 적용 관련 쟁점*

서 원 상**

목 차

- I. 머리말
- II. 국제해양법과 극지법의 주요 내용
- III. 국제해양법과 극지법의 쟁점
- IV. 맺음말

I. 머리말

1. 해양·법과 극지·법의 개념

1) 해양과 극지

- 해양(Sea)은 지구 표면에서 전체 또는 일부가 육지로 둘러싸인 거대한 소금물로 지구 표면의 70.8%를 차지¹⁾
- 남극(Antarctica)은 남위 60도 이남의 육상, 해양, 빙봉을 말하며,²⁾ 아시아, 아메리카, 아프리카에 이어 세계에서 4번째로 남극대륙(남극점 포함)의 면적은 약 1,400만km²로

* 이 원고는 국제법학자대회 발표를 위해 작성한 것으로, 학술대회의 토론과 코멘트 내용을 보완하여 논문으로 발전시키겠습니다.

본 세션의 취지는 UN해양법협약의 새로운 의제로서 극지역 이슈를 다루는 것이지만, 최근에 와서야 극지역이 우리의 관심사로 부각되고 있을 뿐 남·북극(해)에 관한 국제법은 1982 UN해양법협약 이전부터 존재하여 왔습니다. 다수 국제법 학자/연구자의 극지 관련 관심을 구체화한다는 차원에서 국제해양법(UN해양법협약 중심)과 극지법(남북극 관련 국제조약 중심)의 관계와 쟁점을 개론적 차원에서 정리해 보았습니다.

** 극지연구소.

1) 위키백과 ‘바다’ <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%B0%94%EB%8B%A4> (최종검색: 2022.10.01.)

2) 남극조약 제6조.

서 약 98%가 평균 1.6km 두께의 얼음으로 덮여 있음³⁾

- 북극(Arctic)은 북극해(북극점 포함)뿐만 아니라 러시아, 미국(알래스카), 캐나다, 덴마크(그린란드), 아이슬란드, 노르웨이, 스웨덴, 핀란드 등 8국의 동토를 포함하며, 그 범위로 여름에 해가 지지 않고 겨울에 해가 뜨지 않는 북위 66° 33'의 선, 기후와 식생을 기준으로 여름철 기온이 10°C를 넘지 않는 선, 수목한계선 등을 기준선으로 고려⁴⁾

2) 해양법 개념

- 해양법(law of the sea)은 지구 표면적의 약 71%를 차지하는 소금물 바다에 관련된 국가 행위를 규율하기 위한 국제법의 일부로, 선박과 해상운송에 적용되는 일단의 법규인 해사법(maritime law, admiralty law)와 구별되는 개념⁵⁾
- 해양법이란 교통, 물류, 식량, 광물자원 등 바다의 이용 전반을 규율하는 국제법 규칙⁶⁾
- 해양법은 해양에 대한 국가간 상반된 이익을 절충하고 갈등을 조율하는 수단⁷⁾

3) 극지법 개념⁸⁾

- 극지법이란 북극, 남극 또는 남북극 모두에 적용할 수 있는 일반적인 법규로서, 국제법과 국내법을 포괄하고, 경성법과 연성법의 형태로 존재하며, 현재 발전 중인 법 분야
- 아이슬란드 아쿠레이리 대학교의 극지법 석·박사 과정, 노르웨이 트롬소 대학교의 해양법 과정, 핀란드 라플란드 대학교의 전공과정 프로그램, 캐나다 몇 개 대학교의 전공과정 개설 등 극지법을 새로운 교육(전공)의 대상으로 받아들이는 중

3) 위키백과 ‘남극’ <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%82%A8%EA%B7%B9> (최종검색: 2022.10.01.) 극지활동진흥법(2021)은 남극을 “남위 60도 이남의 육지·빙붕(氷棚: 육상의 얼음과 연결되어 바다에 떠 있는 규모가 큰 얼음덩어리를 말한다. 이하 같다) 및 수역과 그 상공”으로 정의(제3조 제1호).

4) 위키백과 ‘북극’ <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%B6%81%EA%B7%B9> (최종검색: 2022.10.01.) 극지활동진흥법은 북극을 “북위 66도 30분 이북의 육지·빙붕 및 수역과 그 상공”으로 정의(제3조 제2호).

5) 김대순, 『국제법론(21판)』, 삼영사, 2022, p.1422.

6) 정인섭, 『신국제법강의(12판)』, 박영사, 2002, p.650.

7) 백진현, “한국해로연구의 현황과 의의”, 『해양의 국제법과 정치』, 오름, 2011, p.20

8) Natalia Loukacheva, “Introduction to Polar Law”, *Polar Law Textbook*, (TemaNord, 2010), p.13; Natalia Loukacheva, “Polar Law Developments and Major Trend”, *Polar Law Textbook II*, (TemaNord, 2013), p.18.

2. 해양법과 극지법의 역사 (20C~21C 주요 이벤트)

연대	남극관련 국제조약	국제해양법 (극지관련)	북극관련 국제조약
1901~1920	-	-	1920 '스발바르 조약' 채택
1921~1940	-	-	-
1941~1960	1959 '남극조약' 채택	1946 '국제포경규제협약' 채택 1958 제1차 국제해양법회의 - '영해·접속수역 협약' - '공해협약' - '공해어업·생물자원보존협약' - '대륙붕협약' 채택 1960 제2차 국제해양법회의	-
1961~1980	1972 '남극 물개 보존 협약' 채택 1980 '남극 해양생물자원 보존 협약' 채택	1967 '국가관할권 외연의 심해저·해상 및 그 지하를 지배하는 원칙' 선언 1972 '폐기물 및 기타 물질의 투기에 의한 해양오염방지를 위한 런던협약' 채택 1973 제3차 국제해양법회의 1973 '선박기인오염방지협약 (MARPOL)' 채택 1974 '국제해상인명안전협약 (SOLAS)' 채택 1979 '해상수색·구조협약' 채택	-
1981~2000	1988 '남극 광물자원활동 규제 협약' 채택 (폐기) 1991 '남극조약 환경보호 의정서(및 부속서)' 채택	1982 'UN해양법협약' 채택 1990 '유류오염 준비·대응·협력 협약' 채택 1995 '경계왕래 어족과 고도회유성 어족의 보존과 관리에 관한 협정' 채택	-
2001~2020	-	2009 '불법·비보고·비규제 어업의 방지·억지·근절을 위한 기항국 조치 협정' 채택	2008 '일루리사트 선언' 채택 2011 '북극 항공해상수색구조 협력협정' 채택 2013 '북극 유류오염 대비·대응 협정' 채택

			2014 ‘Polar Code’ 채택 2017 ‘국제 북극과학 협력강화 협정’ 채택 2018 ‘중양 북극해 공해 비규 제어업 방지협정’ 채택
--	--	--	--

II. 해양법과 극지법의 주요 내용

1. UN해양법협약 (1982 채택, 1994 발효)

1) UNCLOS 의의

- 영해, 접속수역, 배타적경제수역, 대륙붕, 공해, 심해저 등 해양의 모든 영역과 해양환경, 해양과학조사, 해양기술이전, 분쟁해결제도 등을 대상으로 하는 포괄적인 해양헌장
- 영해폭을 종전 3해리에서 12해리로 확대하고, 국제해협 통과통항제도 확립
- 대륙붕과 배타적경제수역(EEZ) 제도를 확립하여 연안국의 자원관할권 확대
- 심해저와 그 자원을 ‘인류공동유산’으로 규정하여, 국가관할권 바깥 해역에 관한 새로운 법제도(심해저개발제도)를 확립
- 해양환경보호, 해양과학조사분야 등의 기본적 규범 틀 확립
- 국제해양법재판소와 심해저분쟁재판소를 설립하여 해양분쟁해결제도 수립

2) UNCLOS 주요내용

- (목적) 심해저를 비롯한 해양의 평화적 이용, 해양자원의 활용, 해양생물 자원의 보전을 촉진하고, 모든 국가간 평화, 안전, 협력 및 우호를 증진하기 위한 해양법 질서를 확립하고, 모든 국가가 시장지향 접근방식에 의한 새로운 심해저개발 체제에 참여할 수 있도록 함⁹⁾

9) UN해양법협약 전문.

- (영해) 모든 국가는 기선으로부터 12해리까지 영해를 설정할 권리를 가지며, 영해의 폭을 측정하기 위한 통상기선은 해안의 저조선으로 하고, 적절한 경우 해안의 일반적 방향에 따라 직선기선을 설정할 수 있고, 모든 국가의 선박은 연안국의 평화, 질서, 안전을 저해하지 아니하는 한 영해에서 무해통항권을 향유함¹⁰⁾
- (접속수역) 기선으로부터 24해리 이내의 범위에서 연안국은 관세, 재정, 출입국관리, 위생법령의 위반을 방지하기 위하여 접속수역을 설치할 수 있음¹¹⁾
- (국제해협) 중요한 국제항로인 국제해협에서는 통과통항제도, 그밖의 해협에서는 전통적인 무해통항제도를 적용하며, 연안국은 통과통항을 방해하지 아니하여야 하고, 선박과 항공기는 통과통항권을 행사함에 있어 지체 없이, 연안국의 영토주권과 독립에 대한 위협이나 무력을 행사하지 아니하고, 불가항력의 경우를 제외하고는 계속적이고도 신속하게 해협을 통과하여야 함¹²⁾
- (배타적 경제수역) 영해기선으로부터 200해리 이내의 수역으로서 그 해저, 하층토, 상부수역의 자원개발 및 보존, 해양과학조사, 해양오염의 방지에 관한 연안국의 배타적인 관할권이 인정되는 수역을 배타적경제수역(EEZ)으로 선포할 수 있으나 EEZ에서도 항해, 비행, 해저전선 및 관선설치 등에 관한 제3국의 권리는 '공해자유의 원칙'이 적용됨¹³⁾
- (대륙붕) 대륙붕의 범위가 전통적인 대륙붕 외에 대륙사면, 대륙대를 포함한 대륙변계의 바깥 끝까지로 대폭 확장되었고, 대륙붕 한계 설정에 관한 과학기술적 조연구고 권고를 수행하기 위하여 대륙붕한계위원회를 설치함¹⁴⁾
- (공해) 공해는 모든 국가에 개방되나 평화적 목적을 위하여 유보될 수 있고, 항행, 상공비행, 해저전선 부설, 어로, 과학조사 등 공해의 자유는 협약과 국제법의 규칙에 따라 행사되며, 공해상 선박에 대하여서는 기국이 관할권을 행사하지만 해적 행위, 노예 매매, 불법방송의 혐의가 있는 선박이나 무국적선박에 대해서는 어느 국가의 군함이라도 검문·검색·나포권을 행사할 수 있음¹⁵⁾
- (심해저) 국가관할권 밖의 해저, 해상(海床) 및 그 하층토를 심해저라 하며, 심해저자원의 탐사, 개발 및 이용을 총괄하기 위한 국제해저기구와 심해저 자원개발관련 사업 수행을 위한 기업형태의 심해저공사를 설립하고, 인류공동유산인 심해저와 그 자원의

10) UN해양법협약 제2부 제2조.

11) UN해양법협약 제2부 제3조.

12) UN해양법협약 제3부 제34조~제45조.

13) UN해양법협약 제5부 제55조~제75조.

14) UN해양법협약 제6부 제76조~제85조, 제2부속서.

15) UN해양법협약 제7부 제86조~제120조.

공동관리·개발, 그 수익의 당사국간 공평한 분배, 심해저의 평화적 이용, 기술이전, 환경보호 등의 조치를 취함¹⁶⁾

- (해양환경의 보호·보전) 해양환경을 보호·보전하기 위하여 항구국가 및 연안국가에 규제권을 부여하고, 각국의 규제권한 남용을 방지하기 위하여 공정하고도 합리적인 심리절차와 과잉조치에 대한 책임을 규정¹⁷⁾
- (해양과학조사) 해양과학조사는 평화적 목적을 위하여 적절한 방법과 수단을 사용하고, 다른 합법적인 바다이용과 조화를 이루어야 하며, 해양법규 및 해양보호법규를 준수하여야 하며, 해양과학조사를 수행하는 국가와 국제조직은 연안국의 관할권을 존중하고, 협약과 관련법규를 준수하여야 하며, 손해를 발생시킨 경우 이를 배상하여야 함¹⁸⁾
- (해양기술 개발·이전) 해양기술이란 해양자원의 탐사·개발·보존에 관한 기술, 해양환경의 보존에 관한 기술, 해양과학조사기술 등을 말하며, 각국의 해양기술의 개발 및 이전을 위하여 국제협력을 촉진하고, 국립연구소나 역내연구소 설립을 통하여 해양기술 발전을 도모함¹⁹⁾
- (분쟁해결) 협약의 해석 및 적용에 관한 분쟁은 평화적으로 해결하며 그 방법의 선택은 당사자간의 합의에 의하며, 분쟁해결제도 중 조정절차는 당사자간의 합의에 의하여 이용가능하고, 강제절차는 국제해양법재판소, 국제사업재판소, 중재재판소, 특별중재재판소 중 하나 이상을 선택하도록 규정하여 공통된 절차에 의하여 분쟁을 해결하도록 함²⁰⁾

2. 남극관련 국제조약²¹⁾

1) 남극조약 (1959 채택, 1961 발효)

- 남극대륙이 모든 인류의 이익을 고려하여 평화적인 목적과 과학적 협력의 기초로서 이용되어야 하며 국제적 분쟁의 장이 되어서는 안 되고, 남극의 평화적 목적의 이용과 남극에서의 국제적인 화합을 확보하기 위해서 UN헌장의 목적과 원칙에 따를 것을

16) UN해양법협약 제11부 제133조~제191조, 제3·제4부속서, 이행협정

17) UN해양법협약 제12부 제192조~제237조.

18) UN해양법협약 제13부 제238조~제265조.

19) UN해양법협약 제14부 제266조~제278조.

20) UN해양법협약 제15부 제279조~제299조, 제5-제8부속서.

21) 참고문헌(국내 선행연구) 목록은 [부록]으로 첨부.

명시²²⁾)

- 남극조약은 남극대륙이 평화적 목적으로만 사용되어야하고, 남극에서 과학적 조사의 자유와 이를 위한 협력은 계속될 것이며, 남극 대륙의 과학적 관측과 그 결과는 교환되고 자유롭게 이용 가능해야 한다는 평화와 협력의 원칙 위에 확립²³⁾
- 남극 영유권 문제에 대한 합의를 도출해 내었기에 남극조약의 성립이 가능했는데, 7개 영유권 주장국의 ‘주장’이 보호되고, 미국과 러시아의 ‘영유권 주장 가능성’이 유지되는 가운데, 다른 국가의 새로운 영유권 주장을 인정하지 않는 체제를 채택²⁴⁾

2) 환경보호에 관한 남극조약의정서 및 부속서 (1991 채택, 1998 발효)

- 의정서는 비무력 평화조약인 남극조약에 환경보호라는 새로운 목적을 추가함으로써 남극조약체제의 범위를 확대하였고, 남극을 환경과 생태계 보호를 위해 평화와 과학에 공헌하는 자연보호구역(a natural reserve devoted to peace and science)으로 지정하였으며,²⁵⁾ 환경보호의정서 광물자원활동의 금지²⁶⁾를 제외한 모든 활동은 제3조의 환경 원칙에 따라 규제함.
- 제1부속서(환경영향평가)는 당사국의 모든 남극활동이 3단계의 환경영향평가(EIA) 및 모니터링 절차에 따르도록 규정하고, 당사국이 ‘적절한’ 국내절차에 따라 계획한 남극활동의 환경영향을 판단하여 즉시 실시, 환경영향평가 및 검증실시를 조건으로 활동 실시, 포괄적 환경영향평가를 거쳐 환경보호위원회(CEP)에 보고 후 실시를 결정
- 제2부속서(남극동식물 종의 보존)는 동식물에 대한 접근을 규제하고, 허가제도에 따라 남극원산지 동식물의 포획과 유해한 간섭을 금지하며, 당사국의 허가증발급은 과학적 연구와 박물관 등의 시설에 표본을 제공하는 경우, 또는 과학 활동과 설비건설·운영에 있어 꼭 필요한 상황 등에만 인정됨

22) 남극조약 전문.

23) 남극조약 제1조~제3조.

24) 남극조약 제4조. 남극의 ‘영유권 주장 동결’에 관한 남극조약 제4조의 취지를 공유하는 남극 관련 국제규범을 총칭하여 남극조약체제(Antarctic Treaty System: ATS)라 한다. 남극조약체제는 남극조약(Antarctic Treaty), 환경보호에 관한 남극조약의정서(Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty: Madrid Protocol) 및 6개 부속서(Annex), 남극 해양생물 자원 보존에 관한 협약(Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources: CCAMLR), 남극 물개보존을 위한 협약(Convention for the Conservation of Antarctic Seals: CCAS), 남극광물자원활동의 규제에 관한 협약(Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities: CRAMRA), 그리고 남극조약협의당사국회의(ATCM) 사무국 및 운영에 관한 제 규칙(Regulation) 등으로 구성된다.

25) 환경보호의정서 전문.

26) 환경보호의정서 제7조.

- 제3부속서(폐기물 처분 및 관리)에 따라 당사국은 실행 가능한 최대한으로 남극환경에의 영향을 최소화하도록 남극에서의 폐기물 처리를 줄이고, 폐기물을 제거해야 할 의무가 있고, 당사국은 남극의 활동캠프와 상설기지 또는 선박에서의 폐기물에 대해 감축, 보관, 처분을 포함한 연차관리계획을 수립하고 명시하여야 함
- 제4부속서(해양오염의 방지)는 선박으로 인한 남극의 해양환경오염을 규제하며, 당사국은 자국선박의 배출에 대한 규제조치를 취할 의무가 있는데, 가장 강력한 조치로서 어류에서 나온 폐기물, 기름, 유해액체 물질을 제외한 플라스틱류, 그 밖의 모든 물질의 해양투기처분은 절대적으로 금지 등이 있음
- 제5부속서(보호구역의 보호 및 관리)는 환경적, 과학적, 역사적, 미적 혹은 원생적인 가치가 큰 구역의 보호를 위한 남극특별보호구역(Antarctic Specially Protected Area: ASPA)과 활동계획과 조정, 향후분쟁의 방지, 당사국 간의 협력개선, 환경영향의 최소화를 목적으로 하는 남극특별관리구역(Antarctic Specially Managed Area: ASMA)을 둠
- 제6부속서(Liability Arising From Environmental Emergency)는 책임의 근거를 포괄적인 환경손상이 아닌 환경적 비상사태에 대한 대응조치 실패로 국한하고, 어선의 활동을 부속서의 적용범위에서 제외한 채로 2005년에 채택되었으나 현재 미발효 상태이며, 당사국이 ‘부속서의 이행을 보장하기 위하여, 이행조치, 행정적 조치 및 법령채택 등 적절한 조치를 취하는 경우’ 당사국의 배상책임을 면제함과 동시에, 다음과 같이 운영자의 의무를 중점적으로 기술하고 있음

3) 남극 해양생물자원의 보존에 관한 협약 (1980 채택, 1982 발효)

- 협약의 주요 목적은 어류, 크릴을 포함한 갑각류, 조류, 연체동물 등 모든 남극해양생물자원의 보존과 합리적 이용이며,²⁷⁾ 남극해에서 크릴새우 조업으로 크릴을 먹이로 하는 다양한 남극해양생물의 개체 수에 큰 영향을 미칠 수 있다는 사전주의(precautionary approach) 관점에서 채택
- 협약의 해역에서 생물자원의 어획활동 및 관련활동은 협약규정에 따라야 하며, 어획되는 종류의 수가 이 종류의 안정된 회복을 보장하는 수준 이하로 감소하는 것을 방지하고, 특정 종류의 어획이 해양생태계에 미치는 변화의 위험을 방지하거나 이를 최소화하는 등 일정한 보존원칙에 따라야 함

27) 남극해양생물보존협약 제2조.

- 이 협약의 해양생물의 보호기준은 어획되는 종류(harvested species)와 이에 의존하는 종류(dependant species: predator) 사이의 생태적 균형을 유지하고, 이들 종류와 환경 사이의 내적 관계를 체계적으로 평가함에 기초하고 있으며, 이에 따라 생태적 균형 상태가 파괴되지 않도록 특정 생물자원의 남획을 방지함

3. 북극관련 국제조약²⁸⁾

1) 스팔바르 조약 (1920 채택, 1925 발효)

- 제1차 세계대전 종전 후, 노르웨이, 미국, 덴마크, 프랑스, 이탈리아, 일본, 네덜란드, 영국, 스웨덴이 회합(스피츠베르겐)하여 채택 (현재 총 43국)
- 스피츠베르겐 군도에 대한 노르웨이의 완전하고 절대적인 주권(full and absolute sovereignty)을 인정하되(제1조), 노르웨이는 스팔바르에 군사적 시설이 설치되지 않도록 조치해야 함(제9조)
- 모든 당사국은 어업 및 사냥의 비차별(제2조), 해양·산업·관광·상업 등 경제활동의 비차별(제3조), 무선통신의 자유 및 비차별(제4조), 당사국 국민의 토지소유(제7조), 과세의 비차별(제8조) 등의 권리를 향유함

2) 북극 항공해상 수색구조 협력협정 (2011 채택, 2013 발효)

- 북극해 항공해상의 수색 및 구조의 협력과 조정의 강화를 목적으로 북극이사회 각료 회의(누크)에서 채택
- 협정의 적용범위, 즉 수색 및 구조구역의 획정은 국가간 경계획정 또는 그들의 주권, 주권적 권리, 관할권 등과 무관하며, 또한 이에 영향을 미치지 아니함(제2조)
- 수색구조 활동은 당사국 법규와 일관될 것, 필요한 긴급조치를 취할 것, 이용가능한 모든 정보를 제공할 것, 타 당사국에 지원요청이 가능할 것, 어떠한 조난자라도 구조 업무를 보장할 것 등의 지침 아래 수행함(제7조)
- 당사국은 수색구조시설·급유시설·의료시설 등의 정보교환, 예보·경보의 공유, 합동 교육·훈련, 선박보고시스템의 이용 등 상호 협력함(제9조)

28) 참고문헌(국내 선행연구) 목록은 [부록]으로 첨부.

3) 북극 유류오염 대비대응 협정 (2013 채택, 2016 발효)

- 북극해 환경보호를 위한 유류오염 대비·대응에 필요한 협력 및 상호원조의 강화를 위해 북극이사회 각료회의(키루나)에서 채택
- 오염자 비용부담의 원칙과 함께, 북극해 주변국의 모니터링 및 정보공유 공조체제 구축
- 수중익선, 공기부양선, 잠수함 등 모든 종류의 부유기기를 포함하여 해양환경에서 운항하는 모든 종류의 선박(Vessel)에 적용하나, 정부가 비상업적 업무로 이용하는 군함, 해군 보조함 또는 국가 공선은 제외

4) IMO Polar Code (2014 채택, 2017 발효)

- 극지해역을 운항하는 선박이 지켜야 할 강제적 국제기준으로, 극지해역 내의 위험을 줄이고 안전한 선박 운항과 극지환경 보호를 위해 채택
- Polar Code는 극지운항 선박과 관련된 설계, 건조, 장비, 운영, 훈련, 수색 및 구조, 환경보호를 모두 포함하며, 전문(Preamble), 도입부(Introduction), 극지운항선박의 안전 조치(Part I), 오염 방지 조치(Part II)로 구성
- SOLAS(국제해상인명안전협약), MARPOL(국제해양오염방지협약)과 STCW협약(선원의 훈련, 자격증명 및 당직근무의 기준에 관한 국제협약) 등 기존 국제조약에 개정 또는 추가(부속서) 형태로 반영

5) 국제 북극과학 협력강화 협정 (2017 채택, 2018 발효)

- 북극에 대한 과학지식 발전과 과학협력의 증진을 위해 북극이사회 과학협력 TF를 운영하여 성안
- 공동 과학연구 과제발굴 및 수행, 연구 데이터 교환 및 접근 개방, 연구인프라 및 시설의 접근 개방, 전통지식 및 지역지식의 보호, 인력교육협력 및 북극 과학자·전문가 교류 등 실질적인 과학협력 도모
- 당사국은 본 협정에 기여할 수 있는 비당사국과 협력 모색 가능하며, 비북극·비회원 국가 및 국제기구에 도움을 제공할 수 있음

6) 중앙북극해공해 비규제어업 방지협정 (2018 채택, 2021 발효)

- 북극해 연안 5개국 EEZ로 둘러싸인 중앙북극해공해(CAO)의 해양생물자원 보존 및 지속가능한 이용을 위해 한시적(발효 16년 후 종료) 사전주의 조치 도입을 위해 체결
- 당사국은 미국, 캐나다, 노르웨이, 러시아, 덴마크 등 CAO 연안5국과 한국, 중국, 일본, EU, 아이슬란드 등 예비조업국을 포함한 총 10개국
- 협정은 어업에 관한 임시 보존 및 관리 조치, 공동 과학연구·모니터링 프로그램, 협정 이행 상황 점검을 위한 회의 개최, 의사결정 및 분쟁해결절차 등의 내용으로 구성
- 지역수산기구(RFMOs)가 설립되고 보존조치에 따르는 경우만 상업조업이 허용되는데, 이러한 조치 이전에 합의된 규칙에 따라 시험어업은 가능하나, 아직까지 지역수산기구 및 시험어업 규칙이 채택되지 아니하여 CAO에서의 조업은 불가
- 제1차 당사국 총회를 '22.11.23~25 대한민국에서 개최

Ⅲ. 국제해양법과 극지법의 쟁점

1. UN해양법협약과 남·북극 법제

1) 인류공동유산 : UN해양법협약에 있고, 남극조약체제에 없는 개념

- Arvid Pardo(Malta, 1967) 이후 해저와 해양은 평화적 목적(군사적 이용 금지)으로 이용할 것, 인류 전체의 이익을 위해 배타적으로 이용될 것, 환경을 보호할 것, 상업적 해저 개발로 얻는 경제적 이익은 빈곤국의 요구가 우선적으로 고려될 것, 국가 관할권 밖의 해저와 해저에 대한 권리에 주장은 대륙붕의 명확한 정의가 공식화될 때까지 동결할 것, 국제해저기구를 설립할 것 등 다양한 개념으로 논의
- 이 개념은 국가 관할권 밖에 있는 두 가지 자원, 즉 심해저와 달에 관하여 수락되었는데, 직접 개발에 참여하지 않는 국가라 할지라도 모든 국가는 인류공동유산의 (자원적) 혜택을 공유한다는 것이 그 내용이며, 1980년대에 심해저, 우주와 함께 남극도 인류공동유산으로 볼 것인가에 대한 논의가 있었고 CRAMRA(남극광물자원활동규제협

약)도 채택하였으나 폐기

- 제44차 ATCM에서 미국, 아르헨티나, 호주, 칠레, 프랑스, 뉴질랜드, 노르웨이, 영국 등 8개국은 2021년 UN 사무총장의 보고서 ‘인류 공동의 아젠다(Our Common Agenda)’가 남극을 ‘국가 관할권 이원의 글로벌 공유지/공공재(Global Commons)’로 언급하고 있음을 지적하면서 수정을 요청하면서, 남극은 남극조약체제(ATS)가 남극에 대한 법적 구속 틀(binding framework)을 제공하기 때문에 남극을 Global Commons로 언급하는 것은 정확한 표현이 아니라고 주장²⁹⁾
- 남극은 7개국의 영유권 주장이 명백히 존재함에도 불구하고 남극조약 제4조를 통하여 영유권 주장을 동결한 상태이므로, *Terra Nullius*(누군가의 소유가 될 수 있으나 아직까지 어느 누구의 소유에도 속하지 않은 공간), 또는 *Res Communis*(누군가에 의해 법적으로 소유되거나 통제될 수 없고, 그 누구의 소유도 아니므로 모두가 사용할 수 있는 상태로 남아 있어야 하는 공간)로 보기 어려움
- 남극조약환경보호의정서 제2조는 “당사국은 남극환경 및 이에 종속되고 연관된 생태계의 포괄적 보호를 약속하고, 이에 따라 남극을 평화와 과학을 위한 자연보존구역(Natural Reserve)으로 지정한다.”고 규정

2) 해양과 극지의 규범적 교류

- 일루리사트 선언은 UN해양법협약을 북극해 질서의 법적 틀로서 수용. 북극해 연안 5개국(미국, 캐나다, 러시아, 덴마크, 노르웨이)은 동 선언을 통하여 연안국의 주권, 주권적 권리, 관할권을 강조하면서, 북극은 이미 UN해양법협약 등 국제법에 의해 규율되고 있으므로 남극조약과 같은 새로운 북극협약이 불필요함을 강조
- Polar Code는 극지 규범이 해양 규범으로 편입된 사례로, 극지운항선박의 안전조치(Part I) 관련 내용은 SOLAS(국제해상인명안전협약)의 개정을 통해서, 그리고 오염방지조치(Part II) 관련 내용은 MARPOL(국제해양오염방지협약)의 부속서로 추가되어 기존 국제해양법 규범으로 편입

29) ATCM XLIV, IP051.

3) 주권의 개념적 선택 : 남극대륙과 스발바르군도의 차이

○ 남극조약 제4조

1. 이 조약의 어떠한 규정도 다음과 같이 해석되지 아니한다.
 - (a) 어느 체약당사국이 종전에 주장한 바 있는 남극지역에서의 영토주권 또는 영토에 관한 청구권을 포기하는 것.
 - (b) 어느 체약당사국이 남극지역에서의 그 국가의 활동 또는 그 국민의 활동의 결과 또는 기타의 결과로서 가지고 있는 남극지역의 영토주권에 관한 청구권의 근거를 포기하는 것 또는 감소시키는 것.
 - (c) 남극지역에서의 타국의 영토주권, 영토주권에 관한 청구권 또는 그 청구권의 근거를 승인하거나 또는 승인하지 않는 것에 관하여 어느 체약당사국의 입장을 손상하는 것.
2. 이 조약의 발효중에 발생하는 여하한 행위 또는 활동도 남극지역에서의 영토주권에 관한 청구권을 주장하거나 지지하거나 또는 부인하기 위한 근거가 되지 아니하며, 또한 남극지역에서의 어떠한 주권적 권리도 설정하지 아니한다. 이 조약의 발효 중에는 남극지역에서의 영토주권에 관한 새로운 청구권 또는 기존 청구권의 확대를 주장할 수 없다.

○ 스발바르조약³⁰⁾ 제1조

체약당사국은 이 조약의 규정에 따를 것을 조건으로, 베어 섬과 그리니치 동경 10도와 35도 사이와 북위 74도와 81도 사이에 위치한 모든 섬, 특히 서 스피츠베르겐, 노스이스트 랜드, 바렌츠 섬, 옛지 섬, 위체 섬, 호프 섬 및 프린스 찰스 포어랜드 및 크고 작은 모든 섬과 그에 부속된 암석을 포함하여 스피츠베르겐 군도에 대한 노르웨이의 완전하고 절대적인 주권을 인정하기로 약속한다.

2. BBNJ 주요 쟁점과 남극조약체제

1) 해양유전자원

- BBNJ는 주요 이슈로 해양유전자원에 대한 접근(국가관할권 이원지역 해양유전자원에 대한 과학조사 또는 생물탐사 등을 위한 접근을 이 협정으로 규제할 것인가에 대한 문제), 이익의 공유(국가관할권 이원지역 해양유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익

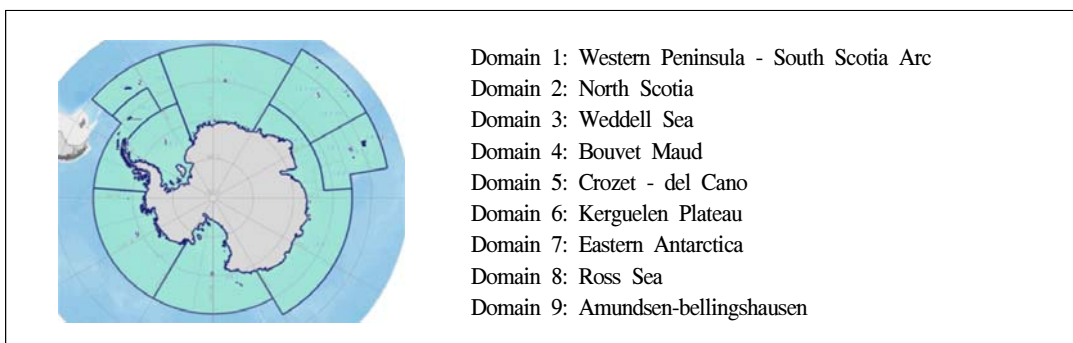
30) 정식 명칭은 Treaty Regulating the Status of Spitsbergen and Conferring the Sovereignty on Norway(스피츠베르겐의 지위를 규정하고 노르웨이에 주권을 부여하는 조약)

공유에 관한 문제), 지적재산권(관할권 이원지역의 해양유전자원의 이익을 공유하기 위해서는 해양유전자원 출처가 공개되어야 한다는 전제) 등을 다루고 있음

- ATCM은 20년 전부터 생물자원탐사(Bio-prospecting; 상업적 목적의 해양생물자원의 채취 및 연구)에 대한 이익 공유 여부를 논의해 왔으며, 현재는 BBNJ의 논의 결과에 따라 남극 적용 여부를 검토하기로 함

2) 구역기반 관리수단

- BBNJ는 주요 이슈로 구역의 확인(보호를 필요로 하는 구역을 설정하는 절차에 관한 문제로 구역의 확인 신청하고 결정하는 주체, 보호가 필요한 구역을 식별하는 기준), 설정 제안(구역기반관리수단의 설정 제안 절차에 관한 문제로 구역기반관리수단의 설정 필요를 제안하는 주체, 그리고 제안할 경우 제안서에 포함되어야 할 내용), 협의와 평가(제출된 제안서의 협의와 평가 절차에 관한 문제로, 어떠한 주체와 협의를 진행해야 하는지 여부와 제안서의 평가 및 수정절차), 의사결정(구역기반관리수단 설정의 결정절차에 관한 문제로, 현존하는 국제문서, 체제, 세계적, 지역적, 영역적 기구를 고려하여 새로운 국제문서가 가지는 결정권한의 범위와 다수결 또는 컨센서스 방식의 의사결정 방법) 등을 다루고 있음
- 남극의 로스해 해양보호구역(RSRMPA)는 세계에서 가장 큰 공해상 해양보호구역(약 1.57millionkm²)으로, 2017년부터 35년(sunset) 간 특별보호와 과학적 목적을 위해 허가된 경우를 제외하고는 어업활동이 금지됨
- 2011년 CCAMLR(남극해양생물자원보존위원회)는 남극해양생물자원보존협약의 지역 전체를 9개 기획영역으로 분할·지정하였으며, 2016년 로스해MPA 채택 이후 남극반도(D1), 웨델해(D3), 동남극(D7)의 보호구역 설정을 검토 중이나 ‘과학적 정보의 확실성’에 관한 문제로 합의에 이르지 못하고 있음



3) 환경영향평가

- BBNJ는 주요 이슈로 발동요건 및 기준(회원국이 환경영향평가가 필요하다고 판단하기 위한 발동요건을 UN해양법협약 제206조의 단일 발동요건으로 규정할 것인지 추가 발동요건을 규정하여 단계적 발동요건 제도를 도입할 것인지 여부와 발동요건 판단을 위한 구체적 기준을 협정에 규정할 것인지), 취약지역(생태학적으로 또는 생물학적으로 심각하거나 취약한 지역이 있을 경우, 일반적인 발동요건이 아닌 기준이 낮은 별도의 발동요건을 규정할 것인지), 전략영향평가(개개의 활동에 대하여 평가하는 환경영향평가제도 이외에 국가의 계획, 프로그램의 환경적 영향을 평가하는 전략환경평가를 국제문서에 도입할 것인지) 등을 다루고 있음
- 남극조약환경보호의정서(제1부속서)는 남극활동의 환경적 영향을 3단계로 나누어 다루고 있는데, 당사국의 국내절차에 따라 계획된 남극활동의 환경영향을 검토하여 ‘사소하거나 일시적인 것에 못 미치는 정도의 영향’이라면 예비단계로서 즉시 남극활동을 수행할 수 있고, ‘사소하거나 일시적인 영향’으로 의심되는 경우 당사국은 초기환경평가를 거쳐 감시를 포함한 적절한 영향을 평가하고 입증하기 위한 준비가 되어있다는 조건 하에 활동을 계속할 수 있으며, 만일 초기환경영향평가를 통해 ‘사소하거나 일시적인 것을 초과하는 정도의 영향’으로 판단되는 경우 포괄적 환경영향 평가를 거쳐 그 결과를 당사국에 회람하고 CEP 및 ATCM의 검토를 거쳐 해당 남극활동 여부를 결정함

IV. 맺음말 (양법의 관계)

- 극지법은 지금까지 해양법과 함께 발전해 왔고, 현재에도 상호간 영향을 주고받고 있음
- 극지법은 국제해양법의 새로운 분야라기보다는 남북극 해역에 적용되는 UN해양법협약의 특별법적 지위라 할 수 있음
- 극지법은 육상(남극대륙, 북극동토)을 포함한다는 점에서 해양법의 일부로 국한하기 어려움

[부록] 국내 극지관련 국제법 선행연구 목록³¹⁾

□ 학위논문

연번	저자	제목	대학/학위	발행년도
1	정진섭	남극의 국제법적 지위에 관한 연구	경희대학교/ 석사학위논문	1980
2	이현조	남극조약체제에 관한 연구	고려대학교/ 석사학위논문	1984
3	김기순	남극의 영유권주장에 관한 국제적 고찰	고려대학교/ 박사학위논문	1990
4	김효경	북극의 법적체제에 관한 연구 : 유엔해양법협약 또는 신북극조약체제	서울대학교/ 석사학위논문	2009
5	이현미	남극의 환경오염에 대한 배상책임에 관한 연구 : 제6부속서를 중심으로	인천대학교/ 석사학위논문	2011
6	문규은	우리나라의 북극해 활동에 관련된 국제해양법적 쟁점에 대한 연구	한국해양대학교/ 석사학위논문	2018
7	김민경	북극해에 대한 국제법적 규율 : 북극해의 이용과 환경보호·보전을 중심으로	고려대학교/ 석사학위논문	2018
8	임지형	중앙북극공해 어업자원 관리제도에 관한 연구	한국해양대학교/ 석사학위논문	2019
9	이승준	남극에서의 형사관할권 행사에 관한 국제법적 연구	한국해양대학교/ 석사학위논문	2019
10	이성종	북동항로 운항 관련 국제법적 연구 : 러시아 주장에 대한 비판적 고찰	고려대학교/ 석사학위논문	2020
11	한승우	북극의 관리체제와 지속가능개발을 위한 국제환경법체계 연구	인천대학교/ 석사학위논문	2021

□ 연구논문

연번	저자	논문제목	저널명(권호수)	발행년도
1	김찬규	북극도서의 미성숙권원에 대한 법적 평가	경희대학교논문집, Vol.3	1964
2	한충록	남극의 법적 지위	사회과학연구, 제7권	1984

31) 위 목록의 오류 사항 또는 미처 담지 못한 선행연구를 제보해 주시면, 업데이트하여 후속연구를 위해 공유 하겠습니다.

3	한충록	남극조약의 교섭과 문제점	서석사회과학논총, 제9권	1986
4	박춘호	남극기지건설에 따른 자원개발-국제간의 관계	과학과 기술, Vol.20, No.5	1987
5	한충록	남극환경의 국제법적 보호	해양정책연구, 제3권 제3호	1988
6	한충록	남극의 국제화	해양정책연구, 제5권 제2호	1990
7	한충록	남극해양생물자원의 개발에 대한 규제	국제법학회논총, 제37권 제2호	1992
8	한충록	남극과 UN	서석사회과학논총, 제16권	1993
9	김기순	남극환경오염의 국제적 규제	강원법학, 제5권	1993
10	이영준, 정갑용	북극의 법체제 현황 및 그 전망	사회과학논총, 제12권	1994
11	정갑용	북극환경보호체제에 관한 연구	국제법학회논총, 제40권 제1호	1995
12	권문상 외 2인	새로운 남극조약체제와 유엔해양법협약	해양정책연구, 제11권 제2호	1996
13	정갑용	남극의 국제법적 체제와 최근의 동향	국제법평론, 통권 제7호	1996
14	정갑용	유엔 해양법협약과 남극의 해양환경보호	국제법학회논총, 제41권 제2호	1996
15	이현조	1988년 남극광물자원활동규제협약에 관한 연구	법학논총, 제17권	1997
16	유재형	국제법상 극지 귀속의 기준에 관한 연구	청주대 법학논집, 제17권	2000
17	권문상 외 3인	우리나라 남극환경보전정책 수립에 관한 연구	국제법학회논총, 제45권 제1호	2000
18	박기갑	환경보호에 관한 남극조약 의정서의 발효 및 그 배상책임부속의정서 제정문제	고려법학, Vol.37	2001
19	강량	국제 환경레짐에 관한 소고: 남극조약 체제를 중심으로	Ocean and Polar Research Vol.28, No.2	2006
20	김기순	남극환경보호의정서의 책임부속서에 관한 연구	안암법학, 제 27권	2008
21	김기순	북극해의 분쟁과 해양경계획정에 관한 연구	국제법학회논총, 제54권 제3호	2009

22	김기순	남극과 북극의 법제도에 대한 비교법적 고찰	국제법학회논문총, 제55권 제1호	2010
23	배규성	북극권 쟁점과 북극해 거버넌스	21세기 정치학회보, Vol.20, No.3	2010
24	김현수	북극해 대륙붕 한계에 관한 법적 문제	해사법연구, Vol.22, No.1	2010
25	진동민 외 2인	북극의 관리체제와 국제기구: 북극이사회를 중심으로	Ocean and Polar Research, Vol.32, No.1	2010
26	이영진	남극 및 주변해역의 환경보호와 신남극조약체제	법학연구, Vol.22, No.1	2011
27	정갑용	남극 대륙붕의 관할권주장에 관한 법적 문제	영산법률논총, 제8권 제2호	2011
28	노영돈, 박원	북극해항로 관련 러시아 법제의 최근 동향	서울국제법연구, 제18권 제2호	2011
29	이용희	남극조약체제상 환경보호제도에 관한 고찰	해사법연구, Vol.24, No.3	2012
30	이용희	북극 북서항로의 국제법적 지위에 관한 연구	경희법학, Vol.47, No.4	2012
31	정서용, 김원희	남극조약 환경보호의정서 배상책임 부속서에 대한 국제법적 검토	서울국제법연구, 제20권 제2호	2013
32	이용희	북극 스발바르조약에 관한 연구	해사법연구, Vol.25, No.2	2013
33	서원상	지속가능한 개발 원칙 -북극의 지속가능한 개발을 중심으로-	국제법평론, 통권 제38호	2013
34	손호선 외 2인	국제사법재판소의 일본 남극 조사포경 불법판결에 따른 한국의 고래자원 관리 정책 방향 제안	해양정책연구, Vol.29, No.2	2014
35	이재곤	남극해포경사건과 포경활동의 국제적 규제	법학연구, Vol.46	2015
36	서원상	국제법의 새로운 과제: 극지 거버넌스와 극지법	국제법 동향과 실무, Vol.14, No.1	2015
37	김기순	북극이사회 체제의 발전과 현안	국제법 동향과 실무, Vol.14, No.1	2015
38	박영길	북극해의 대륙붕 한계 확장 경쟁	국제법 동향과 실무, Vol.14, No.1	2015
39	이정원	극지해역운항코드와 항만국통제에 관한 검토	해양정책연구, 제31권 제2호	2016

40	김중우	남극조약과 관련한 법적 쟁점 및 자원개발과 관련한 중국기업의 전략 고찰	경영법률, 제27권 제1호	2016
41	유준구	북극해 거버넌스의 변화와 국제규범 창설 가능성	정책연구시리즈, Vol.2015, No.20	2016
42	김중우	북극해에 대한 국제해양법적 쟁점과 중국의 입법과제	경영법률, Vol.26, No.2	2016
43	이정원	북극이사회 옵서버의 법적 지위에 대한 고찰	저스티스, 제157호	2016
44	서원상, 진동민	극지법의 동향과 이슈	국제법 동향과 실무, Vol.15, No.1	2016
45	김기순	남극조약체제와 국제법상의 Bioprospecting	국제해양법연구, 창간호	2017
46	서원상	극지의 국제법과 국가주권 -남극조약 제4조와 스발바르조약 제1조를 중심으로-	국제해양법연구, 창간호	2017
47	박종관	북극해의 지리적 특성과 유엔 해양법 협약을 통해서 본 관할권	독도연구, No.25	2018
48	김민철	남극해 포경사건에 대한 조약해석 관점에서의 재조명	서울국제법연구, Vol.25, No.2	2018
49	임지형	북극해 주변 지역수산기구 어업관리제도 분석	국제해양법연구, 제2권 제1호	2018
50	김기순	남극해에서의 IUU 어업 규제	국제해양법연구, 제2권 제2호	2018
51	김민경	북극해에 대한 국제법적 규율 : 유엔해양법협약 제234조를 중심으로	국제법평론, 통권 제52호	2019
52	김민경	북극항로의 지위에 관한 국제법적 고찰 -역사적 수역 개념을 중심으로-	국제해양법연구, 제3권 제1호	2019
53	유진호, 이상일	Polar Code 발효에 따른 북극-동북아시아 항만국통제 지역협력체제 신설에 관한 연구	해사법연구, 제32권 제1호	2020
54	박찬호	북극환경의 보호에 관한 국제법적 고찰- 선박으로 인한 오염 규제를 중심으로	법학연구, 제61권 제4호	2020
55	김기순	Polar Code의 이행과 과제에 관한 고찰	국제해양법연구, 제4권 제1호	2020

제1분과위원회(국제법평론회 · 서울국제법연구원 공동)

*법학전문대학원 20206호

■ 제1세션 ■

[좌 장] 이기범(연세대학교 법학전문대학원 교수)

국제적 법치주의의 위기 극복과 제도적 양법(制度的 良法)의 과제

[발 표] 오병선(서강대학교 법학전문대학원 명예교수)

[토 론] 최태현(한양대학교 법학전문대학원 명예교수)

국제법상 도시에 관한 일고찰

[발 표] 김성원(한양대학교 법학전문대학원 교수)

[토 론] 소병천(아주대학교 법학전문대학원 교수)

국제적 법치주의의 위기 극복과 제도적 양법(制度的 良法)의 과제(Draft)

오 병 선*

목 차

- I. 문제의 제기: 국제적 법치주의의 위기
- II. 국제적 법치주의의 옹호: 국제법의 구속성 승인
- III. 국제법 준수 실행
- IV. 국제적 법치주의와 정의의 추구: 국제법의 정체성에 기초한 제도적 양법의 구현
- V. 결론

I. 문제의 제기: 국제적 법치주의의 위기 (Crisis in International Rule of Law)

국제적 법치주의의 위기는 국가들이 국제관계에서 자국 이익 우선의 원칙을 견지하여 국제법규칙으로부터 이탈하는 행동을 취하거나, 국제법의 이해당사자들(stakeholders)이 국제법에 대한 이론적 존립근거를 무시하기 때문에 일어난다. UN체제에 의한 국제법제도가 정비된 후에도 계속적으로 국제법의 효력을 무시하거나 부인하는 국가들의 행태가 일어날 때마다 “국제법은 과연 법인가?(Is International Law Really Law?)”라는 의문이 제기된다.

20세기 후반 국제사회에 냉전체제가 종식되고 자유주의적 국제질서가 성공하면서 국제적 법치주의가 증진될 것으로 믿었다. 그럼에도 불구하고 21세기 초에 이르는 70년 기간 동안 강대국들이 권력을 남용하여 부당한 자국이익 증진정책을 추구하고 국제법규칙을 위반하며 세계적 공동과제 해결을 무시하는 행태가 수시로 자행되었다. 최근의 사례를 살펴보자. 2014년 러시아의 불법적 크림반도 합병으로 국제법위반 상태가 지속되고 있어 국제사회의

* 서강대학교 법학전문대학원 명예교수.

규탄을 받고 있었다. 러시아는 이를 시정하기는커녕 2022년 2월 14일 우크라이나를 무단 전면 공격하여 수많은 인명살상을 야기하고 침략범죄, 전쟁범죄, 인도에 반한 죄를 범한 사유로 국제사회의 규탄을 받고 있다. 위법한 전쟁상태는 현재도 진행 중이며 러시아의 국제법위반 범죄행위에 대한 진상조사가 개시되고 있다. 2016년 필리핀 대 중국 사이의 남중국해 중재사건에서 중국은 필리핀에 유리하게 내려진 국제중재판정의 국제법적 효력을 부인하며 남중국해에 위치한 필리핀 영유 섬에 대한 자국의 불법적 영유권 확보시설을 설치하고 있다. 최근 해양법 문제의 가장 중요한 문제들에 대한 기념비적 판례를 형성하는 것으로 평가받는 이 사건에서 제소국인 필리핀은 물론 국제사회 일반이 이 중재판정이 국제적 법치주의를 옹호하는 판례로 지지하고 있다. 중국은 이에 대해 국제중재판정은 편파적이고, 불공정한 것으로 무효라고 주장하였다. 중재판정에 대한 노골적인 배척의사를 밝힌 중국은 남중국해에 자신이 구축한 인공섬에 대한 무력행사를 전개하며 필리핀, 베트남 등 인접국을 위협하고 있다. 또한 중국은 신장 위구르 자치지역에 대한 자국의 통치기반을 강화하기 위해 위구르인들의 종교의 자유, 교육의 자유를 탄압하고 강제이동, 구금 등으로 국제인권법 위반으로 규탄을 받고 있다.

초강대국들만 국제법을 일탈하는 행위를 하는 것은 아니다. 국제법을 전문적으로 다루는 외교관, 국제법학자들도 때로 국제법을 경시하는 의견을 표명하기도 한다. 미국의 주유엔대사를 역임한 직후 존 볼턴(John Bolton)은 “단기적으로 이익을 가져다 줄지 모르더라도 장기적으로는 미국의 국가이익을 제한하는 것이 되기 때문에 국제법에 어떤 효력을 부여하는 것은 큰 실수를 저지르는 것이다.” 라고 국제법을 무시하는 발언을 하였다.

미국의 국제법학자 잭 골드스미스와 에릭 포스너(Jack Goldsmith and Eric Posner)는 2005년 “국제법의 한계”(The Limits of International Law, 2005)라는 저서에서 국제법은 실제로 정치에 지나지 않는 것으로 조약이나 관습국제법의 규칙을 위반하는 것은 구속력이 없는 의향을 무시하는 것처럼 불법한 것은 아니다.”라고 국제법의 효력을 부인하고 있다. 골드스미스와 포스너는 경제학에 기초한 합리적 선택이론과 게임이론으로부터 도출한 모델기법을 동원하여 관습국제법이나 조약국제법은 국가행태에 어떤 외래적 영향을 미치지 못한다고 주장하였다. 국가들이 국제법을 준수할 때에는 법을 지켜야 한다는 도덕적 각성이나 선호보다 오히려 자국이익에 부합하기 때문이라고 보아야 한다고 주장하였다.

국제협정 (예컨대, 인권조약, 통상조약)과 관습국제법 (예컨대, 외교사절의 면책, 중립선박의 자유통항)에 관련된 다양한 역사적 연구사례를 예로 들며 골드스미스와 포스너는 국제

법학자들이 국제법의 준수라고 부르는 국가행태들을 ‘우연적 일치’, ‘조정’, ‘협력’, ‘강제’의 4가지 모델 (4 models: “coincidence,” “coordination,” “cooperation,” “coercion,”)로 분류하면서 국제법은 아무런 구속력을 가지고 있지 않기 때문에 국가들이 국제법에 제약을 받아야 할 합리적 근거는 없다고 주장하였다.

국제사회에 무규범질서를 야기할 아나키즘과 같은 국제법의 위기를 극복하고 국제적 법치주의를 강화하는 이론적 과제는 무엇인가? 먼저 국제적 법치주의의 옹호를 위한 국제법의 구속성 승인 문제와 국제법의 준수 실행 문제를 검토하기로 한다. 다음 국제적 법치주의와 정의의 추구를 위하여 국제법의 정체성을 확인하고 이에 기초하여 제도적 양법을 구현하는 방안을 모색하기로 한다.

II. 국제적 법치주의의 옹호: 국제법의 구속성 승인

1. 국제적 법치주의의 의미

1945년 유엔헌장에는 국제기구인 UN이 존중하고 실천해야 할 원리 중의 한 가지로 법치주의의 개념을 포함하고 있다. 국제평화와 정의를 위하여 국제법을 존중하여 분쟁을 조정하고 해결한다고 규정하고 있다. 1948년 세계인권선언은 인간이 독재와 압제에 대한 반란의 방법이 아니라 법치주의에 의하여 보호되는 인권을 보장받는 것이 본질적이라고 선언하고 있다.

2012년 9월 24일 UN총회 제67차 회기에서 국내 및 국제적 수준에서의 법치주의에 관한 고위급 회의를 개최하여 법치주의의 강화에 관한 합의선언문을 채택하였다. 선언문에서 모든 국가, 국제기구, 유엔기구 등은 모두 법치주의와 정의를 존중하고 증진해야 하며 이에 따라 모든 그들의 행위에 예측가능성과 정당성을 부여 받아야 한다. 모든 인간, 기구, 공적이거나 사적인 조직, 국가는 공정하고 정의로운 법에 책임을 져야 하며 차별 없이 법의 동등한 보호를 받을 자격이 있다는 의미이다. 법치주의가 유엔의 핵심사업인 평화와 안전, 인권, 개발의 세 가지를 추구하는데 기본적인 운영원리로 강조되고 있다.¹⁾

UN사무총장은 2004년 국제적 법치주의에 대하여 다음과 같은 성명을 낸 적이 있다: “법치주의는 국제관계에서 국가와 사람, 공적 또는 사적 기구와 조직이 공적으로 선포되고, 균

1) addendum to the 2014 Report of the Secretary-General on Strengthening and coordinating United Nations rule of law activities (A/68/213/Add.1).

등하게 집행되며, 독립적으로 재판되며, 국제적 인권규범과 기준에 부합하는 법에 책임을 진다는 원칙의 지배를 말한다. 국제적 법치주의는 법의 최고성, 법앞의 평등, 법에 대한 부책성, 법적용에서의 공정성, 권력의 분리, 의사결정에의 참여, 법적 안정성, 자의성의 회피, 절차적 투명성 등을 확보하는 조치들을 필요로 한다.” (유엔사무총장 보고서: 법치주의와 갈등 및 탈갈등사회에서의 전환기정의 (S/2004/616) (Report of the Secretary-General: The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies(S/2004/616).

국제적 법치주의를 도덕적 이념인가, 법적 이념인가, 수단 개념인가, 목적 개념인가로 정의하는 다양한 관점에 따라 그 내포하는 가치와 의미가 다를 수 있다. 이 연구에서는 국제적 법치주의를 국제정의와 같은 목적가치와는 구별되는 수단가치, 즉 도구적 이념 및 운영원리로 접근하는 것이 온당하다고 본다 2) 국제적 법치주의의 핵심 개념은 세 가지 요소, 즉 권력 행사에서 비자의성을 요구하는 법의 통치 (government of laws), 법의 최고성(supremacy of the law), 법앞의 평등(equality before the law)로 형성되는 것으로 이해하기로 한다.3)

국내적 법치주의(domestic rule of law)와 국제적 법치주의(international rule of law)의 구별이 필요하다는 주장이 있다. 대부분의 학자들은 국내적 법치주의의 의미와 내용이 국제적 법치주의의 의미와 내용으로도 큰 변화 없이 적용될 수 있는 것으로 이해한다. 그러나 한 가지 주목해야 할 차이점은 국내적 법치주의에서는 법의 지배를 받는 국내사회의 구성원들이 법에 대하여 수직적 관계(수직법, vertical law)에 놓이게 되는데 대하여 국제적 법치주의에서는 법의 지배를 받는 주요 구성원들인 국가가 수평적 관계(수평법, horizontal law)에 있고, 때때로 상호합의에 의한 조약의 형성처럼 그 국가들이 입법자가 되기도 한다.4)

국제적 법치주의의 옹호를 위하여 선결적으로 요구되는 이론적 검토는 국제법의 구속성 승인과 국제법 준수 실행의 근거를 규명하는 것이다.

3. 국제법의 구속성의 승인

국제법의 구속성의 승인은 먼저 1) 국제법은 법인가? 라는 존재론적 문제, 2) 어떤 국제법이 구속력이 있는 규범인가? 라는 국제법의 구속력의 기초를 규명한 후 3) 국제법의 구속력에 대한 회의론을 비판하는 순서로 전개하기로 한다.

2) 이에 대하여 Thomas Nagel, “The Problem of Global Justice,” 33(2) Phil & Pub. Aff. 113 (2005) 참고..

3) 이에 대하여 Simon Chesterman, “An International Rule of Law,” 56 Am. J. Comp. L. 359-360 (2008)

4) 이에 대하여 Jeremy Waldron, “The Rule of International Law,” 30 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 23 (2006-2007) 참조.

(1) 국제법의 존재론적 문제

국제법은 과연 법인가? 그것이 법이라면 그 국제법의 구속성의 기초는 무엇인가? 국제법의 규범적 특성을 어떻게 표현하는 것이 가장 적절한 것인가? 이런 질문들은 국제법의 본질과 정체성을 보다 더 잘 이해하려는 국제법학자들에게 끊임없이 제기되는 문제이다.

대부분의 국제법이론가들은 국제법이 과연 법인가라는 질문은 이미 이 문제가 탈존재론적 상태로 발전했기 때문에 더 이상 의미 있는 주제로 취급하고 있지 않지만 최근 이 문제에 대한 중요한 물음이 새롭게 제기되어 관심을 끌고 있다. 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)은 그의 법철학의 최종 논문인 “국제법의 새로운 철학” (A New Philosophy for International Law)에서 국제법의 존재론적 질문을 던지고 있다.⁵⁾ 초강대국들이 국제법규범을 무시하는 태도가 빈발하면서 국제법의 법적 성격에 대해 회의적인 견해를 보이는 학설도 제기되면서 이 문제가 학문적인 주제로 다시 떠오르고 있다.

국제법이 과연 법인가 (whether international law is really law)라는 존재론적 질문은 일차적으로 국제법의 제재요소 (the element of sanction)와 관련된 질문이다. 중앙에 조직된 입법부, 행정기관, 사법부가 있는 국내법과 달리 국제법은 조직된 효과적인 제재가 없기 때문에 참된 의미에서 법이라고 부를 수 없다는 것이다. 이러한 회의적

견해는 19세기의 법철학자 존 오스틴 (John Austin)이 국제법은 국제도덕의 영역에 속해야 한다고 주장했던 유명한 이론에서 비롯된다. 오스틴의 회의론은 법은 제재의 위협에 의하여 뒷받침되는 주권자의 명령이라는 그의 실증주의적 법개념에 기초하고 있다. 20세기의 법철학자 한스 켈젠 (Hans Kelsen)은 법은 본질적으로 강제적 명령이라는 오스틴의 이론에 동조하면서 국제법은 강제적 명령이고 따라서 법이라고 주장했다.

한스 켈젠은 그의 저서 국제법의 원리 (Principles of International Law)에서 “국제법은 참된 의미에서 법인가? (Is International Law ‘Law’ in the True Sense of the Term?)”라는 질문을 제기했다.⁶⁾ 켈젠은 “국가가 다른 국가의 이해관계의 영역에 강제적으로 개입하는 강제적 행위가 불법행위에 대한 반작용으로 원칙적으로 허용된다면 국제법은 참된 법이다. 달리 말하면 불법행위에 대한 반작용으로 취해지는 강제적 행위는 국제법공동체의 반작용으로 해석될 수 있기 때문이다. 한 국가가 다른 국가에게 힘을 사용하는 것이 제재라고 해석될 수 있다면 국제법은 국내법과 같이 참된 의미에서 법이다(International law is true law if the

5) Ronald Dworkin, “A New Philosophy for International Law,” *Philosophy & Public Affairs* 41, No.1 (2013), pp.2-30

6) Hans Kelsen, *Principles of International Law*, Second Edition, 1966, pp.16-22.

coercive acts of states, the forcible interference of a state in the sphere of interests of another state, are, in principle, permitted only as a reaction against a delict. In other words, if the coercive act undertaken as a reaction against a delict can be interpreted as a reaction of the international legal community. Then international law is law in the same sense as national law, provided that it is, in principle, possible to interpret the employment of force directed by one state against another either as sanction or as delict)라고 주장했다.⁷⁾ 켈젠은 “일반 국제법은 각 국가에게 복구(reprisals)의 성격을 갖는 강제집행행위를 할 수 있는 법적 권한을 부여한다”고 하면서 이 복구가 국제법상의 제재라고 부른다.

20세기 중반의 법철학자 허버트 하트 (Herbert Hart)는 그의 저서 “법의 개념” (*The Concept of Law*)에서 좀더 세련된 법실증주의 이론을 전개하였다.⁸⁾ 하트는 법의 실증주의적 요소인 주권자의 명령과 제재에서 규칙의 체계로 논의의 핵심을 전환하였다. 즉 그는 주권자의 명령과 강제적 위협을 법의 본질적 요소로 보는 대신에 법을 생성시키는 보다 일반적인 사회적 사실의 조합에 착안하였다. 하트는 정치적 공동체의 많은 공무원들이 어떤 규범을 그들이 따라야 할 의무가 있는 규칙으로 받아 들일 때 법이 존재한다고 말한다. 여기에 두 가지 종류의 규칙이 있다. 사회구성원들에게 의무를 부여하는 규칙을 “일차적 규칙”(primary rules)이라고 하고, 그 규칙을 생성하고, 집행하고, 확인하는 것을 규정하는 규칙을 “이차적 규칙” (secondary rules)이라고 한다.

하트는 이차적 규칙의 한 가지로서 공동체의 “승인규칙” (rule of recognition)이라고 불리는 규칙이 법체계에서 모든 일차적 규칙과 이차적 규칙의 법적 성질을 검증하는 근본기준으로 작용한다고 말한다. 그의 이론은 공동체의 법이 사회적, 정치적 사실과 역사라는 우발적 여건에 의거한다는 점에서 법실증주의의 근본적 원리를 유지하고 있는 것이다. 여기에서 법은 정치적 또는 개인적 도덕과 필연적 연관관계는 없는 것으로 본다.

하트는 국제법이 그의 새로운 검증기준에 비추어 법으로서 인정받을 수 있는지 여부를 질문한다. 일차적 규칙과 이차적 규칙의 구분은 국제 영역에서 명확하지 않다고 시인한다. 국제 영역에서는 국내법에서처럼 일반적 입법규칙과 같은 이차적 규칙은 존재하지 않는다고 말한다. 그럼에도 불구하고 그 사실이 이론적 또는 실천적 목적에서 국제법을 일반적인 법개념에 포함시키는 것에 도움이 될 수 있는가를 질문하며, 국제법을 법으로 보는데 대하여 긍정적 입장을 취하고 있다.⁹⁾

7) *Ibid.*

8) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*. Second Edition, 1994.

9) See *Ibid.*, Chapter X. International Law.

현대의 많은 국제법이론가들이 하트의 법실증주의적 견해에 기초하여 국제법 이론을 구성하려고 노력해 왔다. 주권국가는 법에 구속되기로 동의를 했을 경우에 한하여 국제법에 종속된다고 하며 동의를 원리가 국제적 승인규칙을 형성한다고 말한다. 이것이 국제법의 실증주의적 견해이다. 오늘날 국제법학자들이나 실무자들은 일반적으로 이러한 실증주의적 견해를 취하고 있다

(2) 국제법의 구속력의 기초

국제법이론가인 오스카 샹터 (Oscar Schachter)는 그의 논문 “국제법의무 이론에 대하여”(Towards a Theory of International Legal Obligation)에서 국제법의 의무의 기초로 다양한 요소를 거론할 수 있다고 지적한다.¹⁰⁾ 그는 국가의 동의, 관습적 실행, 정의감(법적 양심), 자연법 또는 자연이성, 사회적 필요성, 국제공동체의 의사(국제공동체의 합의), 직접적 직관, 참여자들의 공통목적, 효율성, 제재, 체계의 목표, 권위에 대한 공유된 기대, 승인규칙 등을 제시하고 있다.

오스카 샹터의 견해에 동조하면서 몇 가지 중복되는 점을 피하고 대표적으로 국제법의무의 기초로 볼 수 있는 다음과 같은 요소, 즉 1) 제재(sanction), 2) 동의(consent), 3) 약속은 지켜야 한다(*pacta sunt servanda*), 합당성(reasonableness), 정의(justice), 공동선(the common good), 4) 권위(authority)를 중심으로 논의를 전개하고자 한다.

1) 제재

대부분의 국제법학자들은 오늘날 제재, 처벌, 보복 또는 복구의 두려움이 아닌 다른 여러 가지 이유로 국제규범에 따르거나 따르지 않는다고 주장한다. 그러나 국제법이론가인 앤소니 다마토(Anthony D'Amato)는 국제법의 구속성의 기초로 좀더 세련된 강제성 이론을 발전시켜 켈젠의 국제법 제재이론을 부활시켰다.

다마토는 “국제법의 강제성”(The Coerciveness of International Law)이라는 논문에서 강제집행의 문제에서 국제법과 국내법 사이에는 아무런 큰 의미의 차이가 없다고 주장한다.¹¹⁾ 그는 강제성이 없으면 법은 존재할 수 없으며 그러한 의미에서 국제법은 강제적 질서라는 켈젠의 견해에 동조한다.

10) Oscar Schachter, “Towards a Theory of International Obligation,” 8 *Va. J. Int'l L.* 300-322 (1968)

11) Anthony D'Amato, “The Coerciveness of International Law,” 52 *German Yearbook of International Law* (2009), pp.437-460

다마토는 어떤 종류의 물리적 처벌로 인하여 국가는 국제법을 위반하려 하지 않느냐? 만일 그렇다면 어떤 형태의 처벌이 주어지는가? 언제 그리고 어떻게 그 처벌은 작동하는가의 질문을 던진다.

국제법체계는 통상적인 입법적, 행정적, 사법적 기구가 결합되어 있기 때문에 그 국제법 규칙이 집행되려 한다면 반드시 자기집행적이어야 할 것이다. 한 국가의 불법행위에 대한 다른 국가의 반응이 보복, 상호위반행위, 대응조치, 복구 등의 이름으로 불린다. “정당한 전쟁”(just war)이라는 관념으로 다마토는 국제법은 참으로 “법”이다라는 명제를 제창할 수 있다고 주장한다. 그는 “상호적 권리 위반”(reciprocal-entitlement violation)이라고 부르는 것이 국제법의 현실적 집행기제의 기초에 있는 “정당한 전쟁”의 관념에 유사한 역할을 한다고 말한다.¹²⁾

다마토의 논지는 다음과 같다. 우리가 법체계를 살펴볼 때 제재의 형태로서 어떤 종류의 권리박탈, 무능력을 드는 것을 볼 수 있다. 누군가가 법에 불복종할 때 법은 어떤 방식으로 그를 처벌한다. 모든 법 위반의 경우 법은 권리 박탈의 방식으로 반응한다. 법체계는 통상 법규를 위반하는 사람들의 권리를 배제하는 방식으로 자체의 법규를 집행한다. 따라서 국제법은 소위 “상호적 권리 위반”(reciprocal-entitlement violation)이라고 부르는 절차에 따라 집행될 수 있다.

그러나 국제법의 구속성의 기초로서 이러한 제재 이론은 비판의 대상이 된다.

제재를 규율하고 비례성을 균형 잡을 수 있는 중앙에 조직된 기제가 없기 때문에 “상호적 권리 위반”은 보복적 전쟁으로 치달을 위험이 있고 그리하여 국제법의 핵심 규칙을 위반할 우려가 있다. 영향력이 큰 영국의 국제법이론가인 로잘린 히긴스(Rosalyn Higgins)는 “오늘날 유효한 제재가 없기 때문에 국제법이 존재할 수 없다고 하거나 제재가 특정 국제법 규범의 존재의 전제가 된다고 믿는 사람은 드물다”라고 지적했다.¹³⁾

2) 동의

동의를 국제법 의무의 의사적 기초를 이루는 요소이다. 동의는 국제법에서 가장 실증주의적 의무이론을 형성한다. 동의 이론은 주권국가의 자기제한적 동의가 국제법의 근본 기초를 이룬다고 말한다. 그리하여 동의 이론은 국제법이 국가주권이론과 양립할 수 있도록

12) Anthony D'Amato, *International Law: Process and Prospect*, New York: Transnational Publishers, Inc., 1987, Chapter One. Is International Law Really “Law”?

13) Rosalyn Higgins, “The Identity of International Law,” in *International Law: Teaching and Practice*, edited by Bin Cheng, London: Stevens & Sons, 1982, Chapter 3, pp.27-44 at 32

한다. 강제적 지배는 그 지배에 복종하는 국가들의 통일적 동의에 의해서 정당화될 수 있다는 정치적 정당성의 관념과도 부합한다. 정당성의 관념은 정치철학에서의 사회계약의 전통을 생성시켰다.

동의나 국가의 명시적 의사는 협정 법에서만 필요한 요소이다. 관습국제법의 경우 관습법규의 구속력에 관하여는 그 규칙에 대한 추정된 동의의 존재 또는 부존재가 중요하다. 즉 국가의 의사는 관습법을 창설하지는 않고 오직 어떤 관행이 법의 표현으로서 수락되는가 여부만을 결정할 뿐이다.¹⁴⁾

동의 이론은 여러 가지 비판을 받고 있다. 첫째, 국제법의 정당성의 기준으로 볼 때 비판이 제기된다. 영국의 국제법이론가인 존 타시올러스(John Tasioulas)는 “만일 국제법이 국가의 동의에 기초한다고 한다면 중심적 규범을 포함한 광범한 영역의 국제법의 정당성에 의문이 생긴다. 예컨대, 관습국제법 규범은 그 규범이 형성 될 때 존재하지 않았기 때문에 의사를 표명할 기회가 없었던 국가들은 동의를 하지 않은 국가들이기 때문에 구속력이 없게 될 것이다”¹⁵⁾ 라고 말한다. 둘째, 로널드 드워킨은 의무의 원천을 정치도덕의 문제로 간주하며 동의는 정당성의 필요조건도 아니고 충분조건도 아니라고 주장한다. 그는 17세기 국제법도덕의 전통에서의 비실증주의적 국제법 기초를 중시해야 된다고 지적한다.¹⁶⁾ 셋째, 법적 확신(*opinion juris*, 법적 의무감)을 통하여 관습국제법이 구속력이 있다고 받아들이는 묵시적 동의에 대하여 관습의 배후에 있는 진정한 구속력은 국가들이 지지하게 되는 동의반복적인 법적 확신이 아니다. 오히려 국가들은 그 관습을 국제공동체를 위하여 타당하거나 기능적이라는 관념에서 따른다고 보아야 한다.¹⁷⁾ 넷째, 조셉라즈(Joseph Raz)는 동의가 복종의 의무를 창출하는 조건들은 이미 동의와 별개로 복종의 의무가 있는 상태라고 주장한다.¹⁸⁾

3) 약속은 지켜야 한다, 합당성, 정의 및 공동선

동의이론에 따르는 주관성의 결함을 회피하고자 좀더 객관적이고 가치관계적인 의무의 기초를 “약속은 지켜야 한다”(pacta Sunt Servanda)라는 관념에서 찾으려는 노력이 있다. 영

14) Karol Wolke, *Custom in Present International Law*, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p.163

15) John Tasioulas, “Parochialism and the Legitimacy of International Law,” In Chapter 2, *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, edited by Mortimer N. S. Sellers, Cambridge University Press, 2012, p.20

16) See Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, 2011, Chapter 14, Obligations; Ronald Dworkin, “A New Philosophy for International Law,” pp.10-13.

17) David J. Bederman, *Custom as a Source of Law*, Cambridge University Press, 2010, p.22

18) See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, 1986, pp. 88-94; For compelling arguments to the effect that consent is neither a necessary nor a sufficient general condition for the legitimacy of international law. See Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, 2004, Chapter 7, “The Legitimacy of International Legal System”.

국의 국제법이론가인 라우터팩트(Hersh Lauterpacht)는 “국가내에서 ‘약속은 지켜야 한다’라는 규칙은 법질서의 기초로 확립되고 있다. 국제사회에서는 최고의 그리고 최종적인 평가 기준이다. 따라서 국제법의 기초는 궁극적으로는 국가의 의사로부터 절연되어 있는 것이다”¹⁹⁾라고 주장했다.

“약속은 지켜야 한다”라는 원리는 근본적으로 합의의 신성성에 기초하고 있는 것이지만 사람들이 이 원리로 예측이 가능한 생활을 기대할 수 있기 때문에 안정적인 사회관계를 부지하게 한다. 미국의 국제법이론가인 맥두갈(Myres McDougal)은 국제관습의 규범적 요건 중 중심적 역할을 ‘합당성’(reasonableness)이라는 관념에서 찾으려 하였다.²⁰⁾

영국의 국제법이론가인 피츠모리스(Gerald G. Fitzmaurice)는 법적 의무의 궁극적 원천을 동의보다 그 동의에 입법능력을 부여하는 다른 원천에서 찾으려 하였다. 그는 “법의 효력의 궁극적 원천은 법을 넘어 선 법 외적인 것이어야 한다. 법의 효력의 궁극적이며 비법적인 여러 가지 원천 중에 가장 만족스러운 것은 법에 가장 밀접한 개념으로 정의에서 찾을 수 있다”²¹⁾라고 주장하였다.

미국의 국제법이론가인 셀러스(Mortimer Sellers)는 국제정의의 궁극적 기초를 공화주의 원리에서 찾으면서 법은 그것이 정의롭기 때문에 준수되어야 하고, 법이 공동선에 봉사할 때 정의롭다라고 주장한다. 그에 따르면, 공화주의적 정의론과 공동선, 그리고 공적 심의가 현대국제법의 궁극적 기초이며 최선의 정당화 논거라고 말한다.²²⁾

이 논조와 같은 선상에서 존 롤스(John Rawls)는 “공동선 관념의 정의”(a common good conception of justice)를 지지하며 법관과 법체계를 관리하는 다른 공무원들에게 이 공동선 관념의 정의가 법을 인도하는 것이 중요하다고 말한다. 법관과 다른 공무원들에게 인권이 체계적으로 위반되는데도 모든 사람들에게 인권을 부여하는 공동선 관념의 정의가 준수되고 있다고 말하는 것은 불합리(irrational)하지는 않지만 불합당(unreasonable)한 것이다.²³⁾

법적 의무의 기초로서 위에 논의한 가치관계적 평가기준을 염두에 두고 최근의 이론가들은 종합적 정당화 요건으로 포괄적 권위 관념이나 정당한 권위 관념을 논의하고 있다. 특히 정의와 공동선과 같은 가치 기준들은 내용담지적인 권위 관념의 하위에서 찾을 수 있다.

19) H. Lauterpacht, “The Nature of International Law and General Jurisprudence,” *Economica*, No.37 (Aug. 1932), pp.301-320.

20) See McDougal *et al.*, *Studies in World Public Order*, 1960, p.778; see Anthony D’Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971, p.215

21) Gerald G. Fitzmaurice, “The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement,” *The Modern Law Review*, 19 (Jan. 1956), pp.1-13 at 12.

22) Mortimer N. S. Sellers, *Republican Principles in International Law: The Fundamental Requirements of a Just World Order*, Palgrave Macmillan, 2006, Preface and Introduction.

23) John Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 1999, p.66.

4) 권위와 정당성

국제법의 권위(authority of international law)와 좀더 정확히 정당한 권위 또는 국제법의 정당성은 국제법의 ‘지배권’(right to rule)으로 이해되며, 그의 행사는 복종의 의무를 부과하여 국제법주체를 구속한다.²⁴⁾

조셉 라즈의 권위 이론, 특히 정당한 법적 권위에 대한 설명은 국제법의 권위를 논의하는 유용한 출발점이 된다. 권위에는 두 가지 조건이 있고 그 두 조건들은 내재적으로 서로 연결되어 있다. 라즈의 설명은 다음과 같이 요약할 수 있다:²⁵⁾

첫째, A의 지령은 A의 지령과 독립적으로 C에게 적용되는 이유와 부합하여야 한다. 둘째, A는 C가 A의 지령을 따르지 않기보다 그 지령을 따르려 의도하고 그에게 적용되는 이유에 더 잘 부합할 때 A는 C에 대하여 정당한 권위를 가진다. 요컨대, 라즈의 법적 권위의 개념은 두 요소로 구성되어 있다. A는 그의 지령이 1) 내용으로부터 독립적이고, 2) C를 위한 행위의 배제적 이유일 때 C에 대한 정당한 권위를 가진다. 다른 말로 하면 지령은 두 가지 조건하에 행위를 위한 권위적 이유가 된다: 첫째, A가 지령을 발령하였다는 사실과 그 지령의 어느 특정한 내용 때문이 아니라는 사실로 인할 때, 둘째, 이 이유들은 C에게 적용되는 다른 이유들과 교량되지 않고 단지 행위를 위한 대응적 이유들을 배제하는 규범적 효과를 가질 때이다. 이것이 소위 정당한 권위의 ‘봉사개념’(service conception)이다. 이것은 그 주체가 자신에게 적용되는 (객관적) 이유에 부합하게 도와주고 그리하여 그 주체의 자율성을 존중한다.²⁶⁾

여기에서 라즈의 “권위의 봉사개념”(service conception of authority)을 “권위의 봉사부대 신호개념”(service-laden - signal conception of authority, 奉仕附帶 信號概念)으로 수정해보면 국제법의 실재를 좀더 잘 반영 할 수 있지 않을까 생각한다. 라즈의 권위 개념을 형성하는 방법을 따라 “권위의 봉사부대 신호개념”을 다음과 같은 방식으로 구성해볼 수 있다고 생각한다.

법적 권위의 개념은 두 가지 요소로 구성된다: A의 지령이 C를 위한 행위의 1) 내용과 관련 있는 가치담지적이고, 2) 배제적 이유일 때 A는 C에 대하여 정당한 권위를 가진다. 다른 말로 하면, 권위는 다음 두 가지 조건 하에 유권적 이유가 된다: 첫째, A가 그 지령을 발령하였다는 사실과 그 지령을 원조하는 가치들이 존중할 만 할 때, 둘째, 이 이유들은 C

24) See Samantha Besson, “The Authority of International Law - Lifting the State Veil,” 31 *Sydney Law Review* 343 (2009)

25) See Samantha Besson, “The Authority of International Law - Lifting the State Veil,” 31 *Sydney Law Review* 343 (2009); See Joseph Raz, J., *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1986), ch. 2 and Joseph Raz, J., ‘The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception’, *Minnesota Law Review*, 90 (2006), 1003.

26) See Joseph Raz, J., ‘The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception’, *Minnesota Law Review*, 90 (2006), 1003.

에게 적용되는 다른 이유들과 교량되지 않고 단지 행위를 위한 대응 이유들을 배제하는 규범적 효과를 가질 때이다. 행위를 위한 이유들의 권위는 규범적 정당화 조건이 충족될 때 정당화된다. 즉 A는 C가 A의 지령을 따르지 않기보다 그 지령을 따르기로 의도할 때 적용되는 이유들에 더 잘 부합할 경우 C에 대하여 정당한 권위를 가진다.

라즈의 “권위의 봉사개념”은 국제조약에서 작용하는 법적 권위를 설명할 때 유용하지만 관습국제법의 경우 작용하는 법적 권위를 설명하기에는 부적합한 것으로 보인다. 국제조약은 국가의 국익을 충족시키려는 의사로 개시될 때 그 형성에 반드시 가치가 요구되지 않고 기술적인 필요성에 따라 이루어질 수 있다. 따라서 국제조약의 권위는 그 지령이 발령될 때 내용으로부터 독립적인(내용독립적) 것으로 이해할 수 있다. 그러나 국제조약법이 체결국들 사이에 어떤 가치를 증진하는 내용을 담고 있다면 그 권위와 그로부터 나오는 지령은 가치 내용에 달려 있고 가치내용이 변하지 않는 한 지속적 효력을 유지할 수 있다. 그러나 관습국제법은 그 구속력이 법적 확신(*opinio juris*)에서 나오기 때문에 그 권위는 국가들 사이의 합의적 기초에 두는 것이 아니고 국가들이 공동으로 존중하려는 국제공동체의 가치에 의거하고 있다. 국제관습법이 권위를 행사할 때 국가관행은 그 주체인 국가들에게 관행의 존재를 알리는 봉사에 그치지 않고 행위의 방향을 결정하며 이에 따르라는 신호를 준다. 권위의 ‘봉사개념’은 법적 주체에게 지령을 전달하고 알리는 중립적 통로로 들리지만 권위의 ‘봉사부대 신호개념’은 법적 주체에게 위엄을 보이며 지배권을 행사하려는 것이다. 요컨대, 규범적 정당성을 부여 받은 자는 지배권을 누리며, 이 지배권의 행사는 복종의무를 부과하며 그 대상에게 구속력을 행사한다.²⁷⁾

이와 같은 유명한 전략적 노선을 예시하고 있는 것으로 미국의 국제법이론가인 토마스 프랭크(Thomas Franck)의 두 가지 저술인 “국가간 정당성의 힘”(The Power of Legitimacy among Nations)과 “국제법과 기구의 공정성”(Fairness in International Law and Institutions)이 주목할 만하다. 이 저술에서 프랭크는 정당성의 판단을 형식적이고 절차적 평가기준과 함께 실질적 공정성 및 형평 개념과 연결시킨다.

프랭크에 따르면, 첫째, 정당성은 법규의 제정, 해석 및 적용을 규율하는 절차적 공정성의 기준이다. 기 기준이 내포하는 평가척도는 내용의 확정성, 규칙의 제정, 해석 및 적용에 관한 이차적 규칙의 준수, 그리고 “같은 사례는 같게 취급하기”(treating like cases alike)이다²⁸⁾ 둘째, “국가간 정당성의 힘”에서 프랭크는 “무슨 이유에서 주권국가는 국제적 강제력

27) See John Tasioulas, “Parochialism and the Legitimacy of International Law,” In Chapter 2, *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, edited by Mortimer N. S. Sellers, Cambridge University Press, 2012, p.19.

28) Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, 1995, pp.30-46. See also Thomas

이 없을 때에도 국제법에 복종하는가”라는 국제법의 고전적 문제를 다룬다. 프랭크는 현대 법이론이 법에 자발적으로 복종하는 비강제적인 요인으로서 정당성의 관념을 제공하고 있다고 주장한다. 프랭크는 ‘효력검증’(validation) 문제에 대한 답을 정의 대신 정당성에서 찾으려 하였다. 그는 절차적 정당성의 유형을 개발하여 국제법규 준수를 유도하는데 결정적인 작용을 하는 정당성의 힘을 네 가지 ‘효력검증인자’(validators)에서 찾고 있다. 즉 확정성(determinacy), 상징적 효력검증(symbolic validation), 정합성(coherence), 그리고 고수(adherence)의 네 가지가 ‘권리 과정’(Rights process)의 구성요소를 이룬다고 말한다.²⁹⁾ 요컨대, 규칙 제정과 집행 과정의 정당성의 정도는 이들 네 가지 요인에 좌우되며 이로 인하여 정당성이 있는 규칙은 명확하고, 문화적 맥락과 요소를 고려하며, 시간적으로 정합적이며 다른 규칙이나 원칙과 조화를 이루며, 위계를 준수하는 것이다.

프랭크는 “국제법과 기구의 공정성”에서 국제법질서의 절차적 정당성과 함께 실질적 공정성도 추구하는 노력을 보여 주었다. 이러한 접근법은 근본적으로 현대 법철학과 정치철학 분야를 주도해 왔던 존 톨스, 로널드 드워킨, 그리고 위르겐 하버마스로부터 영향을 받은 것으로 평가되고 있다. 프랭크의 논증은 현실적인 주권국가의 힘을 평가하고 이를 이상적인 법치주의의 이념과 절충, 조화시키려 한 것이었다. 그리하여 그의 논증은 자유주의 정치 프로그램에 잘 부합한다고 평가되고 있다.³⁰⁾

(3) 국제법의 구속력에 대한 회의론 비판

그러나 최근 국제법의 권위에 대한 위의 논리들을 공격하고 심대한 회의론을 전개하는 이론들이 등장하고 있다. 예컨대 미국의 국제법이론가들인 잭 골드스미스(Jack Goldsmith)와 에릭 포스너(Eric Posner)는 그들의 공동저술인 “국제법의 한계”(Limits of International Law)에서 국제법은 진정 ‘정치’(politics)에 불과하고 조약이나 관습국제법 규칙을 위반하는 것이 구속력이 없는 의향서를 무시하는 것만큼 아무런 불법사항이 아니라는 것을 입증하려 노력해 왔다.³¹⁾ 그들은 경제학을 기초로 하는 ‘합리적 선택이론’(rational choice theory)과 게임이론에서 도출한 모형기법을 동원하여 관습국제법이나 조약은 국가 행태에 아무런 외인적 영

Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, 1990.

29) Thomas Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, 1990, p.235.

30) Janne Elisabeth Nijman, *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*, The Hague: T. M. C. Asser Press, 2004, p.410.

31) See Jack Goldsmith and Eric Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005, Introduction.

향을 주지 않는다고 주장한다.³²⁾ 달리 말하면, 골드스미스와 포스너에 따르면 국가가 국제법을 준수할 때는 도덕적 유인이나 범규준수를 선호하기 때문이 아니고 오로지 국가이익 때문이라는 것이다. 그들의 합리적 선택 분석기법에 의거하여 골드스미스와 포스너는 국가는 국제법을 준수할 아무런 선호도 없고, 규칙의 ‘정당성’에 의하여도 영향을 받지 않으며, 규칙에 대한 과거의 동의도 준수를 일으키지 않고, 그리하여 의사결정자는 국제법 준수에 관한 규범을 내면화하지 않는다고 주장한다. 그리하여 국가들은 국제법이 편리하면 이용하고 그렇지 않을 때는 자유롭게 무시하며 그들의 주권적 이익을 우선시 할 권리를 갖는다고 주장한다.

많은 현실주의자와 합리론자들은 골드스미스와 포스너의 접근법과 결론을 지지하지만 그들의 저술은 제도적 법이론가들로부터 비판을 받고 있는 것도 사실이다. 예컨대, 골드스미스와 포스너의 방법론적 접근법에 반대를 제기한 한 비판론은 그들의 이론이 반증불가능한 이론이고, 단일문제에 대한 게임 방법에 의존하고 있고, 예화적 사례를 선택적으로 사용하는 것은 결론을 오도하는 것이라고 비판하고 있다. 특히 어느 국가가 수락된 규칙을 준수할 때, 질적인 실증자료가 없이는 그 국가가 자국이기주의에서 준수하였는지, 법을 준수하려는 의무감에서 행동한 것인지, 또는 그 두 가지의 복합적 요인에서 행동한 것인지를 결정하기는 어렵다고 지적한다.³³⁾

예일대학교 로스쿨의 국제법교수인 오나 해서웨이(Oona Hathaway)는 국제법은 기본적으로 합의에 기초한 규범으로 이익추구행위와 법 준수행위는 종종 동일한 동기에서 나타난다고 지적한다.

대부분의 현대국제법학자들은 국제법의 법적 성질을 논할 때, 루이스 헨킨이 언명했던, “거의 모든 국가들이 국제법의 모든 원칙을 준수하고, 거의 모든 시기에 거의 모든 의무들을 준수한다.” 라는 가정을 받아들이고 있다.(Henkin, *How Nations Behave*, 1979)

Ⅲ. 국제법 준수 실행

국가들이 국제법을 준수하고 실행하는 이유는 무엇인가? 국제법 준수의 근거에 관한 이

32) See Eric Posner, “Do States Have a Moral Obligation to Obey International Law?” 55 *Stanford L. Rev.* 1991, 1918 (2003),

33) See Michael P. Scharf and Paul R. Williams, *Shaping Foreign Policy in Times of Crisis*, Cambridge University Press, 2010, p.12.

론 (Compliance Pull of International Law, Compliance-based Theory of International Law)이 국제법학자는 물론 국제관계학자, 국제정치이론가 등의 중요한 학문적 연구의 대상이 되어 왔다.

1. 국제법 준수 이론

저명한 국제학자 마틴 와이트(Martin Wight)는 국제관계에 대한 세계관을 세 가지 접근법으로 구분하여 고찰하고 있다: 첫째, 마키아벨리, 홉스의 이론으로 권력이 핵심적이라는 영세주의적 접근법이다; 둘째, 칸트의 이론으로 이념과 법원칙이 핵심적으로 지배한다는 낙관주의적 접근법이다; 셋째, 그로티우스의 이론으로 국가간 협력이 핵심이라는 합리주의이며 실용주의적 접근법이다. 이 세 가지 국제관계에 관한 고전적 분류방식은 각각 그 사상적 원조의 저서에서 유래한다. 홉스의 레비어던, 칸트의 영구평화론, 그로티우스의 전쟁과 평화의 법이 그것이다.³⁴⁾ 그로티우스는 홉스의 현실주의, 칸트의 이상주의 및 혁명주의와 대비되는 중도적, 합리주의적 접근법을 채택하고 있는 것으로 평가된다.³⁵⁾

국제법을 준수해야 할 이론적 근거와 관련하여 국제관계에 관한 고전적 세계관을 기초로 다양하게 발전해온 역사적 맥락이 있다. 세계 2차대전까지 지난 3백년간 국제법을 준수해야 할 의무에 대하여 네가지 주요 학설이 제기되었다. 첫째, 오스틴의 실증주의적, 현실주의 이론은 국제법은 실제로 법이 아니기 때문에 국가들은 이를 준수하지 않는다고 한다.

둘째, 홉스의 공리주의, 합리주의 이론은 국가들은 국제법을 준수하는 것이 자국의 이익에 부합할 때에만 그러하다고 주장한다. 셋째, 칸트의 자유주의적 이론은 국가들은 자연법과 정의에 대한 고려로부터 나오는 도덕적, 윤리적 의무감에 기초하여 국제법을 준수하게 된다고 말한다. 넷째, 벤담의 과정이론은 국가들은 담론적 과정을 통하여 상호 격려와 촉구를 받고 이로 인하여 국제법을 준수하도록 유도된다고 설명한다.

현대의 국제법 준수이론도 네 가지 전통적 접근법에 기초를 두고 있다.

현대의 국제법 준수이론

(Contemporary compliance theory from late 20th century and around the turn of 20th century)

34) Benedict Kingsbury, "A Grotian Tradition of Theory and Practice?: Grotius, Law and Moral Skepticism in the Thought of Hedley Bull," Q. L. R. Vol.7.3, 1997

35) Renee Jeffery, Hugo Grotius in International Thought, Palgrave Macmillan, 2006, p.1

20세기 말과 21세기 초에 거론되는 국제법준수이론은 다음과 같은 다양한 양상으로 전개된다. 첫째, “법적 과정 이론(수평적 법적 과정, Legal process theory, Horizontal legal process)은 벤담의 이론에 기초를 두고 있다. 이는 국제관계의 행위자들이 다양한 공적이거나 사적인 영역에서 어떻게 상호작용하는가의 과정과 연관하여 국제법의 준수를 설명할 수 있다고 본다. 국제법은 외교정책에 연관이 있고 영향을 준다. 대외행위에 제약요인이 되며 동시에 행위의 정당화의 기초가 된다.

둘째, 초국가적 법적 과정 이론, 수평적, 수직적 법적 과정, Transnational legal process theory, Horizontal and vertical legal process) 이론은 법적 과정이론을 추후 하버드의 국제법 학자들인 헨리 스타이너(Henry Steiner)와 데트레브 바그트(Detlev Vagts)와 예일의 해롤드 고(Harold Koh)가 국제관계의 현실을 반영하여 발전시킨 이론이다. 그들은 국제관계에서 국가와 국제기구 이외에 다국적기업, 비정부기구(NGOs), 사인들이 다양한 국내 및 국제 영역에서 국제법 규칙을 창설, 해석, 내면화, 그리고 집행하면서 상호작용하는 점에 주목하고 있다.

셋째, 체제이론(Regime theory)은 국제관계학자들이 발전시킨 것으로 국가들의 국제법 준수는 그 준수가 제공하는 편익의 함수라고 보는 합리주의적 관점에 기초하고 있다.

넷째, 국제관계의 칸트학과 이론(Kantian theory)은 칸트의 철학사상을 현대 국제관계에 반영한 이론이다. 뉴욕대학교 로스쿨의 토마스 프랭크는 1990년 “왜 강대국들은 힘없는 국제법 규칙에 복종하는가?”라는 질문을 제기하며 “국제관계에서의 정당성의 힘(The Power of Legitimacy Among Nations)”이라는 저서에서 답을 찾고 있다. 프랭크는 국가들이 국제법 규칙과 그 제도적 반영이 높은 수준의 정당성을 가지고 있는 것으로 받아들이기 때문이라고 말한다. 즉 국제법 과정의 정당성이 준수를 이끈다고 이해한다.

법적 과정 이론(Legal Process Theory) 에서 하버드 대학교 로스쿨의 에이브럼 체이에스(Abram Chayes)는 국가들이 느끼는 제재의 위협이라기보다는 국제사회에서의 명예의 훼손과 같은 지위의 하락이 더 큰 국제법 준수의 유인이라고 주장한다. 체이에스는 국제법 준수를 위한 관리방안으로 국가들의 대외관계에서의 투명성제고, 사실확인관찰, 자료수집의 보고, 분쟁해결제도의 강화, 전략적 평가제도의 도입 등이 필요하다고 주장한다.

초국가적 법적 과정 이론(Transnational Legal Process Theory)에서 예일대학교 로스쿨의 해롤드 고(Harold Koh)는 법적 과정 이론을 보다 정교하게 발전시켜야 한다며 국가들이 왜 그리고 어떻게 국제법의 제약적 규범을 사법적 승인, 입법적 도입, 행정적 수용을 통해 내면화하는지를 이해할 필요가 있다고 강조한다. 해롤드 고는 국가들이 국제법을 준수하지 않을 때 갈등이 일어나고 국가들의 대외관계 행위에 부정적 영향을 미치며 급기야 외교정

책 목표를 좌절케 할 수 있다고 한다. 국가들의 상호관계에서 이러한 갈등을 회피하고자 국가들은 시간이 지나면서 점차 국제법 규칙의 위반으로부터 불만을 안은 채 수용하면서, 장기적으로 내면화된 준수의 습관을 갖게 된다고 설명한다.

초국가적 법적 과정 이론은 사실, 과정, 규범의 세 요소를 결합하여 설명하는 것으로 보인다. 그런데 문제는 규범의 정당화와 정책채택으로의 내면화 과정에서 간격이 발생할 수 있다는 점이다. 여기에서 국제법 규범의 정당화와 내면화 과정에서 존 롤스가 제시했던 규범에 대한 중첩적 합의가 필요하다는 점이다. 그렇다면 국제법규범의 중첩적 합의의 조건은 무엇인가?

2. 이중경로 접근법: 정당성과 공정성 (Dual track of legitimacy and fairness)

이에 토마스 프랭크가 칸트류의 이념적 접근방법에서 제시했던 정당성과 공정성의 이중경로를 동원해야 할 필요가 있다. (Thomas Franck's Kantian approach)

첫째 경로, 국제법의 국내법제도로의 내면화를 위한 제도적 과정이 필요하다. 그러나 이 과정에서 과정과 실체에 대한 전반적인 규범적 공정성의 수준의 검토를 거치지 않으면 국제적 정의를 담보하기 어려울 것이다.

둘째, 국제적 정의를 추구하는 국가들의 행위에 정당화를 부여하기 위한 이념적이고, 도덕적인 검토과정이 필요하다는 것이다.

국제관계에서의 정당성과 공정성을 제고하기 위한 이중경로는 첫째, 정당성이 결여된 과정을 치유(Curing Legitimacy-deficit Procedure)하고, 둘째, 국제법과 제도의 공정성을 확보(Securing Fairness in International Law and Institution) 하기 위한 방안으로 필요한 것이다.

토마스 프랭크는 1995년 국제법과 국제기구의 공정성 (Fairness in International Law and Institutions, 1995)이라는 저서에서 가장 중요한 질문은 “국제법은 공정한가?” 라는 질문이라고 하였다. 프랭크는 국제공법에서 공정성의 요구는 두 가지 요소로 구성된다고 주장한다. 즉 정당성의 요구와 분배적 정의의 요구이다. 아울러, 정당성은 근본적으로 절차의 문제이다. 법의 창설, 해석, 적용과정이 적절하게 이루어져야 한다는 요구이다. 정당성이라 함은 규칙이나 규칙제정기구의 특성으로 수범자들이 규칙을 준수하도록 규칙과 기구가 일반적으로 수락된 올바른 과정의 원칙에 따라 존재하고 운용된다는 믿음에 기초한다는 것이다. 분배적 정의는 규칙의 실질적 가치에 관한 것이다. 규칙에 의해서 사회내의 부담과 편익이 적절하게 배분되어야 한다는 요구이다.

프랭크는 규칙의 정당성의 표지로서 확정성, 정합성, 상징적 효력검증, 고수의 네 가지 요소를 제시한다: 첫째, 확정성은 규칙의 불확정성이 수범자들이 자체적 해석으로 규칙위반으로 이끌 수 있기 때문에 확정적이어야 한다는 의미이다; 둘째, 정합성은 규칙은 체계를 이루고 체계 내에서 통일적으로 적용될 수 있도록 정합적이어야 한다는 의미이다; 셋째, 상징적 효력검증은 사회질서 내에서 법의 중요성에 대한 상징적 효력검증이 있어야 한다는 뜻이다. 규칙의 문화적, 인류학적 측면으로 임시적이거나 기회주의적 권위행사에서는 발견될 수 없는 무게를 규칙에 부여하는 태도를 말한다; 넷째, 고수는 규칙에 대한 규칙의 하부구조를 말한다. 실질적, 일차적 규칙과 그 규칙을 창설하고, 해석하고, 적용하는 이차적 규칙 사이의 명백한 관계를 설정해야 한다는 것이다. 여기에서 고수란 일차적 의무규칙과 규칙의 원천을 확인하고, 규칙이 제정되고, 해석되고, 적용되는 규범적 기준을 확립하는 이차적 규칙 사이의 수직적 위계관계를 두는 것을 말한다. 규칙은 자연상태의 당사자사이의 임시적 산물이 아니라 올바른 과정의 체계인 규범적 위계구조의 부분으로, 즉 궁극적 승인규칙에 의하여 인정될 때 구속력이 있게 된다. 따라서 규칙에 대한 국제체계의 규칙에 의해서 승인될 때 규칙은 준수의 유인이 증진된다. 이 이차적 규칙은 궁극적 승인규칙의 부분인 “약속은 지켜야 한다”(pacta sunt servanda)에 의하여 효력을 부여받는다. 이 체계에 대한 고수는 규칙이 단순히 권력행사의 결과로 나온 것이 아니기 때문에 국제법규칙은 국제정치와 구별되는 것이다.

IV. 국제적 법치주의와 정의의 추구: 국제법의 정체성에 기초한 제도적 양법의 구현

1. 국제법의 정체성의 이해

국제법의 정체성에 대하여 영국의 국제법이론가인 로잘린 히긴스(Rosalyn Higgins)는 국제법의 연원자료와 그 증거들을 다루면서, 국제법은 무엇인가, 국제법의 기능은 무엇인가? 국제법은 연관된 다른 분과학문과 어떻게 다른가? 와 같은 질문을 제기한다.³⁶⁾

핀란드의 국제법이론가인 마티 코스케니에미(Martti Koskenniemi)는 국제법의 정체성을 국

36) Rosalyn Higgins, “The Identity of International Law,” in *International Law: Teaching and Practice*, edited by Bin Cheng, London: Stevens & Sons, 1982, Chapter 3, pp.27-44 at 27.

제법이 바람직한 규범이 되기 위하여 보유해야 할 규범성과 구체성의 요건의 문제로 다루고 있다.³⁷⁾

국제법이 국제정치에 대응하여 독립성을 잃지 않으려면 두 가지 주의사항이 필요하다. 첫째, 법의 규범성을 지키기 위하여 국가의 행태, 의지 및 이익과 거리를 두어야 한다. 둘째, 법의 구체성을 지키기 위하여 자연도덕과는 거리를 두어야 한다.

코스케니에미는 그의 저서 “변명으로부터 유토피아까지”(From Apology to Utopia)에서 국제법의 정체성을 나타내는 규범성과 구체성의 요건들을 논하고 있다. 국제법의 두 가지 대조적 특징으로 ‘변명’(Apology)과 ‘유토피아’(Utopia)를 제시하고 있다. 법이 국가의 행태, 의지 및 이익과 거리를 두지 않으면 비규범적 변명으로 사회학적 기술에 지나지 않는다. 법이 국가의 행태, 의지 및 이익과 연결되지 않고 원리에만 기초할 때에는 유토피아적 성격을 띠어 그 자체 내용에 어떤 신뢰성을 두기 어렵게 한다. 국제법이 어떤 현실성을 가지고 있다는 것을 보여주기 위하여 근대 법학자들은 법은 규범적이면서 동시에 구체적이라는 것을 보여줄 필요가 있었다: 법은 국가의 행태, 의지 및 이익에도 불구하고 국가를 구속하며 동시에 그 법의 내용은 사실적인 국가의 행태, 의지 및 이익에 의거하여 확인될 수 있다. 코스케니에미는 ‘국제법’이라고 불리는 독자적 담론은 정치와 자연도덕(정의)의 어느 것도 아니지만 그 두 가지 사이의 어딘가에 위치하고 있다는 가정에서 논의를 전개한다. 그는 국제법은 정치와 정의론에서의 주관성과 비교하여 객관성을 유지하고 있다는 관점을 지키려 한다.³⁸⁾ 그리하여 국제법학은 국제법의 무한한 유연성(apologism, 변명주의)과 법의 도덕성(utopianism, 유토피아주의)의 두 측면으로부터 제기되는 비판을 극복하여야 한다고 말한다.

법의 이와 같은 이중적 측면인 규범성과 구체성을 잘 예시하고 있는 것을 미국의 국제법 이론가인 오스카 샹터(Oscar Schachter)의 1982년 헤이그 아카데미 강의록에서 찾아볼 수 있다.³⁹⁾ 즉 법은 한편 구체적인 방법으로 논의될 필요가 있다. 법은 이미 존재하고 있는 어떤 자연도덕에 관한 이론이 아니다. 그것은 정치에 기초하고 그리하여 광범한 정치과정의 측면을 가지고 있다. 다른 한편, 국제법규는 본질적으로 규범적 것으로 법의 지배를 받는 국가들의 행위를 효과적으로 제한하는 독자적인 통제수단으로 받아들여져야 한다.

영국의 국제법이론가인 필립 앨럿(Philip Allot)은 그의 저서 “양법: 신세계를 위한 새로운

37) Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Reissue with a new Epilogue, Cambridge University Press, 2005, p.17.

38) See *Ibid.*, pp.20-21.

39) The Hague Academy Lectures delivered in 1982 were published as a revised and supplemented form as a book. See Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, Publishers, 1991, particularly Chapter 1. The Nature and Reality of International Law.

질서”(*Eunomia: New Order for a New World*)에서 양법규범을 논의하며 이를 추진해야 한다고 말한다. 그는 국제사회는 모든 인도성의 사회, 사회중의 사회라는 새로운 이념을 제시하며 인간세계의 미래의 힘을 환기시키려 노력하고 있다.⁴⁰⁾ 그의 저서는 예측되는 국제사회의 현실적 발전경로와는 한참 거리가 먼 유토피아적 몽상으로 평가되고 비판을 받고 있다. 양법규범에 관한 앨럿의 논의에 의하면 사회는 세 가지 요소가 한 과정 속에서 끊임없이 상호작용하면서 형성되어야 한다고 제안한다. 즉, 이념, 실천, 법이 그 세 가지 요소인데 이는 사회의 이념, 실제, 그리고 헌법적 구성물인 것이다. 앨럿은 그의 제안을 국제사회헌법조약(국제헌법조약, *International Constitution Treaty*), 전쟁배제조약(전쟁금지조약, *War Ban Treaty*), 국제사회에서의 무력사용배제조약(무력금지조약, *Force Ban Treaty*)과 같은 조약의 형태로 구체화하고 있다. 이러한 조약의 형식으로 앨럿은 국제사회에서 전쟁실행을 배제하고, 무력행사를 배제하여 국제법을 국제사회의 최고법으로 만들고자 한다. 더욱이 그는 정의의 이념이 모든 인간사회의 이념이 되어야 한다고 주장한다.⁴¹⁾

2. 제도적 양법의 구현

이러한 논의들을 살펴볼 때 우리는 국제법의 규범적 특징을 ‘변명규범’(Apologia), ‘양법규범’(Eunomia, ‘유토피아규범’), ‘제도적 양법규범’(Institutional Eunomia)의 세 가지의 기본 틀로 확인할 수 있다고 본다.

변명규범은 국제법의 정체성을 권력관계의 최종 산물로 보며 국제법은 국제질서에 체화된 권력구조를 승인할 따름이라고 한다. 국제법은 국제질서를 형성하는데 어떤 주도적 역할을 개시하지 못하고 다만 국제관계의 기존 권력구조를 정당화할 따름이라는 것이다. 법이 권력에 종속된다는 논제는 ‘현실주의(현실정치) 관점을 말한다. 이 맥락에서 권력은 어느 국가가 다른 국가들이 다투는 결과들을 넓게 통제할 수 있는 능력을 말한다. 권력의 구성요소는 정치적, 경제적, 군사적, 심리적 힘을 말하는데 국제사회에는 이 권력의 구성요소가 현저하게 불균등하게 배분되어 있다. 현실주의자들은 권력의 중요성과 국가들의 자기이익의 추구로 법이 그 제정과 적용과정에서 불가피하게 이들 요소들에 양보해야 한다고 지적한다. 법은 안정성의 조력인, 즉 ‘사건의 온화한 개화기제’(gentle civilizer of events)⁴²⁾ 로

40) See Philip Allott, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford University Press, 1990 (Paperback Edition, 2001), Preface to the Paperback Edition.

41) See *Ibid.*

42) See Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p.5.

서의 보조적 역할을 하게 된다고 말한다.

양법규범은 국제법의 핵심에 온존하고 국가들의 행위에 영향을 미치는 이념이다. 정의와 공리가 국제법질서가 정초해야 할 이념으로 흔히 거론된다. 어떤 국제법의 형식도 이러한 이념이 결여되어 있으면 좋은 질서로 성립되기에 부족하다고 비판받을 것이다.

양법규범은 인간공동체가 추구해야 할 많은 추상적이고 이념적인 가치를 포함하는 연성법(soft law)의 형식으로 표현된다. 이것은 2015년 기후변화에 관한 파리협정(2015 Paris Agreement on Climate Change)의 예에서 볼 수 있는 것처럼 국제공동체의 열망과 목표를 반영하고 있다.

변명규범과 양법규범은 국제사회의 구성 국가들에게 불준수의 문제를 일으키는 국제법의 진정한 측면을 가지고 있다. 국제법이 권력을 행사하는 국가의 이익에 기울일 때 예속된 국가들은 국제법의 구속력에 대하여 회의적 입장을 취하려 할 것이다. 국제법이 이념의 실현을 고수할 때에는 이념에 대한 다양한 이해와 접근법으로 인하여 국가들은 더욱 분류에 나서게 되고 그 결과 무질서한 사회가 초래될 것이다.

이념의 실현을 위한 노력은 본질적으로 중요하지만, 그에 못지않게 이념의 제도화가 국제질서의 안정적이고 예측가능한 형성을 위하여 중요하다. 제도적 양법규범은 국제법이 국가의 의지와 이념, 권력구조와 이념적 질서의 합성물이라고 본다. 그리하여 제도적 양법규범은 이중적 목표를 추구한다: 한편으로 국제관계의 권력구조의 현실을 반영하고, 다른 한편으로 이념을 실현하는 국제사회의 더 좋은 질서를 지향한다. 제도적 양법규범을 실현하기 위하여 두 가지 방안이 고려되어야 한다: 국제법의 헌법화와 국내법화의 방안이다.

국제법의 헌법화는 보편적 인권의 원리들을 국제조약의 형태로 또는 지역적 인권협정의 형태로 전환시키는 노력의 예에서 찾아볼 수 있다. 국제법의 핵심규범들을 상위의 위계에 놓는 것은 법의 규범력을 강화시킬 것이다. 이것은 향후 국제사회가 좀더 심각하게 고려해야 할 중요한 의제 중의 한 가지이다.⁴³⁾

국제법의 국내법화는 각 국가가 그 영역 내에서 주권국이라는 이원론적 이론을 거스르지 않으면서 국제법규에 집행력을 부여하는 실용적인 시도이다. 국내법화로부터 나오는 집행력은 다른 국가들로부터 나오는 것이 아니고 그 국가자체로부터 나오는 것이다. 어느 국가가 국제법규를 수용하며 자체의 입법과정에 짜넣을 때 국제법규는 국내화 되는 것이다. 이

43) See for this agenda and discussions Jan Klabbers, Anne Peters, and Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, 2011

국내화가 이루어질 때 정부는 국제법규를 위반하기가 더욱 어려워질 터인데 이는 국내적으로 정착된 규칙에 대하여 공적이고 관료적인 저항이 생기기 때문이다.⁴⁴⁾

V. 결론

위에서의 논의를 요약하고 몇 가지 진전시켜야 할 과제를 제시하기로 한다.

(1) 먼저 국제적 법치주의의 옹호를 위한 이론적 기초로 국제법의 법적 성질, 즉 국제법의 구속성의 근거를 규명하였다. 첫째, 국제법의 존재론적 문제를 제기하며 오스틴 류의 법실증주의와 제재이론이 주장하는 회의적 견해를 반박하고 국제법의 법적 성질을 긍정하였다. 둘째, 국제법의 구속성의 기초를 논하면서 영향력이 있고 많이 논의되어왔던 제재이론, 동의이론, 정의와 공동선이론, 권위이론 등을 검토하였다. 켈젠의 법이론에서 법은 강제적 질서라는 이론으로 발전하고 최근 앤소니 다마토에 의하여 ‘상호적 권리위반론’으로 세련된 강제이론은 오직 부분적으로만 설득력을 갖는 것으로 보았다. 주권국가의 의사에 기초한 동의이론은 관습국제법의 구속적 성격, 특히 ‘법적 확신’의 심리적 요소를 적절히 설명하지 못하는 단점이 있다. ‘법적 확신’은 근본적으로 합당성과 정의에 대한 의존의식에서 출발한다. 국제법의 구속성을 설명하는 좀더 설득력 있는 설명은 국제법의 권위에 대한 논의에서 찾을 수 있다.

이 연구에서 우리는 국제법의 권위를 설명하는데 라즈의 ‘용역개념’보다 ‘신호개념’이 보다 적절하다는 논의를 전개하였다. 이는 국제법의 주체를 행동하게 할 의무를 부여하는 내용담지적이고 배제적 이유인 것이다. 내용담지적 이유는 국제사회에서 합당성, 정의, 공동선과 같은 가치라는 점을 제시하였다. 합리적 선택이론이란 깃발아래 형성된 국제법의 권위에 대한 회의적 견해는 그 협소적 시각과 자의적 분석들로 인하여 비판되었다. 셋째, 국제법의 규범적 특징을 세 가지 다른 용어로 기술하였는데, 국제법의 정체성에 대한 마티코스케니에미, 필립 앨릿, 오스카 샷터 등의 저술에서 제시된 ‘변명규범’, ‘양법규범’의 개념에 더하여, ‘제도적 양법규범’의 세 가지 측면으로 고찰하였다. 변명규범과 양법규범은 국제법의 두 가지 극단적인 관점을 반영하고 있는데, 전자는 국제법을 국제관계의 권력정치의 산물로 보는 현실주의적 접근법에 기초하고 있고, 후자는 이상주의적 접근법에 기초한 것으로 국제법을 가치담지적이고 유토피아적인 규범체계로 보는 것이다. 중도적인 제도적

44) See Anthony D'Amato, "The Coerciveness of International Law," 52 *German Yearbook of International Law* (2009), pp.437-460 at 443.

양법은 입법의 정치적 기초를 포용하며 동시에 그 정당성을 국제법의 상위 가치위계에서 도출하는 것이다.

끝으로 국제법의 제도적 양법 측면의 적실성을 높이기 위하여 양법규범을 국제적 토대와 국내적 토대에서 제도화하는 방안을 논의하였다. 국제법의 헌법화와 국내법화의 방안들이 제시되었다.

(2) 사고의 전환

국제적 법치주의를 옹호하기 위한 방안으로 저명한 법이론가 및 국제법이론가들은 사고의 전환을 통하여 문제를 새로운 시각에서 접근할 것을 요구한다.

첫째, 국제적 법치주의를 위한 투쟁은 주관적 욕구, 편견, 열정의 증진, 그리하여 국제적 무정부주의상태로 이끌 수 있는 정치의 지배에 대한 투쟁이다. 우리가 통상 인정하는 대로 어느 정도의 정치가 작용하는 것이 불가피할지라도 그 정치는 비정치적인 규칙에 의하여 제약되어야 한다.⁴⁵⁾

둘째, 법체제를 강력하고 존중 받게 하는 것은 경찰력의 존재가 아니고, 경찰력이 효과적으로 조직되도록 하는 법의 강력함이다. 고도로 문명화된 국가에서 법의 명령적 성격이 강하게 느껴지면 국내법은 원활히 작용하는 집행조직을 발전시킬 수 있고 위법행위를 어렵게 한다. 국제법의 명령적 성격이 강력하게 느껴지면 국제체제의 조직도 쉽게 따라올 수 있다.⁴⁶⁾

셋째, 국제관계에서 법치주의를 발전시킨 역사적 동인은 법이 정의롭고, 인민들에 의하여 만들어지고, 전체 공동체의 선익을 위하여 봉사한다는 믿음에 기초하고 있다. 국제적 법치주의가 지속되기 위해서는 전체 국제공동체의 이익을 반영해야만 한다. 그렇지 않으면 국제법이 지배해야 할 가치가 있다는 믿음은 매우 박약해질 수밖에 없다.⁴⁷⁾

넷째, 지구적 인류공동체의 상호의존성이 심화되는 시기에 주권국가는 ‘인도성의 수탁자’(Sovereignty as the Trusteeship of Humanity)로 행동하여야 하며 타인에 대한 최소한의 규범적, 절차적 의무를 부담하여야 한다는 주장이 제기되고 있다. 이에 대하여 캠브리지 대학교의 국제법 교수인 벤베니스티는 “수탁자로서의 주권이라는 개념은 주권국가 체제로부터 나오는 효율성, 형평성, 민주주의에 대한 도전을 헤쳐나갈 수 있는 효과적인 국내 및 국제적 기구를 개발하고 발전시켜야 할 상호의무를 부담한다는 뜻이다”라고 설명하고 있다.⁴⁸⁾

45) Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, 2011, p.36.

46) Brierly, *The Law of Nations*, 1963

47) Tamanaha, *On the Rule of Law*, 2004

48) Eyal Benvenisti, “Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders,” 2013

그렇다면 강대국들이 자국에 부여된 국제재판의 구속력 있는 의무를 벗어나려는 유혹을 견제하고 국제적 법치주의를 향상시키기 위한 효과적인 방안은 무엇일까? 국제법의 준수를 강화시키기 위하여 국제법과 제도의 정당성과 공정성을 향상시켜야 한다는 점이 주목 받아야 한다. 토마스 프랭크가 이러한 접근방법을 변론하여 큰 주목을 받았다. 국제적 법치주의와 정의를 향상시키는 방안을 모색하는데 토마스 프랭크의 이론이 좋은 지침이 될 수 있다고 본다. 여기에서 공정성은 두 가지 요소로 구성되는데, 실체적 공정성과 절차적 공정성이다. 실체적 공정성은 분배적 정의와 형평을 의미하고 국제법의 절차적 공정성은 정당성으로부터 도출된다.

2008년 국제법의 힘과 목적(*The Power and Purpose of International Law*)이라는 저서에서 국제법교수 오코넬(Mary Ellen O'Connell)은 책 골드스미스와 에릭 포스너 교수가 제기한 국제법은 구속력 있는 의무를 형성하며 그 자체 집행력이 있다는 전통적 학설을 부인하고 국가들이 자국의 이익을 추구하는 합리적 행동의 반영에 불과하다는 논설에 대하여 비판을 가하고 있다.⁴⁹⁾

오코넬 교수는 이들의 권력중심적 현실주의 이론을 비판하며 17세기 근대국제법이론의 창설자인 휴고 그로티우스의 접근법을 부활시켜야 한다고 주장한다. 오코넬은 그로티우스적 세계관에서 국가들과 개인들은 국제관계에서 법이 존재하며 중요하다는 점을 인식한다고 지적한다. 그로티우스는 법이 국가들에게 도덕적 명령으로 작용한다고 보았다. 20세기초와 중반의 저명한 국제법이론가인 허쉬 라우터팍트 Hersch Lauterpacht 는 “국제법에서의 그로티우스 전통(*The Grotian Tradition in International Law*)”이라는 논문에서 그로티우스는 통치자들의 지혜의 핵심은 자신의 보호에 맡겨진 국가의 이익을 고려하는 것뿐만이 아니라 전체 인류의 선익을 증진하는 것이라고 지적한다.

49) Mary Ellen O'Connell, *The Power and Purpose of International Law*, 2008.

국제법상 도시에 관한 일고찰

김성원*

목 차

- I. 서론
- II. 국제법적 연구 대상으로서 도시에 관한 선결적 고찰
- III. 국제법의 주요 쟁점 측면에서 도시에 관한 검토
- IV. 결론

I. 서론

국제법의 양적 및 질적 확대는 국제법의 역사와 함께 진행되어 왔다. 국제법의 적용 분야는 매우 다양해졌으며, 국제법의 적용 분야 확대에 따라 국제관계의 다양한 쟁점 영역에 관련된 행위자는 적극적인 역할을 전개하고 있다. 이러한 의미에서 국제법의 역사는 쟁점 분야와 행위자의 확대를 어떻게 국제법 내부로 포섭할 것인가에 대한 고민의 과정이라고 해도 과언이 아닐 것이다.

1648년 웨스트팔리아체제 등장 이후로 형성된 국가 중심 국제법 관점에서 국가의 절대적 지위는 많은 도전을 받아왔으며, 심지어 국가의 주권을 강조하는 것 자체가 오늘날 국제관계의 현실에서 구태의연한 주장이라는 비판도 제기되고 있다. 이러한 비판에도 불구하고, 국가는 국제법상 포괄적인 법인격을 보유한 유일한 주체의 지위를 여전히 누리고 있으며, 국제법 또한 국가 간 관계를 근본으로 형성되고 운영된다는 점은 부인할 수 없는 사실이다. 오늘날 국제관계에서 실질적 영향력을 행사하는 비국가행위자의 중요성은 부인할 수 없는 현실이지만, 비국가행위자가 국제관계에서 어떠한 역할을 실제로 수행하는지와 무관하게 비국가행위자는 그 표현에서 알 수 있듯이 국제법상 국가가 갖는 지위를 가지지 못한

* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

다는 점은 별다른 이론 없이 이해되는 주지의 사실이다.

그렇다면, 국제관계에서 활발히 활동하는 행위자가 국가와 밀접한 관계를 갖는 동시에 비국가행위자의 성격도 갖는다면, 이러한 행위자는 국제법에서 어떻게 다루어져야 하는가? 나아가 국가와 밀접한 상관관계를 갖지만, 때로는 국가와 충돌을 야기하는 행위자는 국제법상 어떠한 법인격 또는 주체성을 부여받아야 하는가? 이러한 행위자의 활동은 국제책임체제에서 어떻게 접근될 수 있는가? 이러한 문제는 최근 국제관계에서 독자적으로 활발한 활동을 전개하는 도시의 역할에 관한 평가를 둘러싸고 논의되고 있다.

인권 보호, 환경 보호, 경제 협력과 같은 글로벌 거버넌스 의제 달성에 있어서 도시의 공헌은 필요불가결한 것이 되었으며, 국가의 외교 정책 또한 도시의 영향력에서 자유롭지 않게 되었다. 도시 간 네트워크가 달성하거나 달성하려고 노력하는 글로벌 거버넌스 의제를 고려할 때, 도시는 국제법상 규율대상인 수동적 객체가 아니라, 국제법상 목표와 가치를 구체화하고 국제법의 형성을 주도하는 적극적 주체로서 그 자격을 인정받아야 한다는 주장이 관심을 끌고 있다. 이러한 맥락에서 도시와 국제법의 상관관계에 관한 연구가 필요한 것으로 생각된다.

그러나, 도시와 국가의 상관관계 연구는 현행 국제법의 구조와 국제법 관련 현상 간의 균형을 이루며 진행되어야 한다. 이러한 균형이 확보되지 않는다면, 국제법상 도시에 관한 고찰은 주제의 중요성에도 불구하고 만족스럽지 못한 결과를 초래할 수 있다. 이러한 맥락에서 본 논문은 도시와 국제법의 상관관계에 관한 최근 연구의 비판적 검토를 주요 목적으로 한다. 첫째, 도시는 국제법상 왜 보이지 않는 존재로 다루어졌으며, 이러한 입장이 최근 어떠한 변화를 겪고 있는지를 고찰한다. 아울러, 도시의 이중적 성격, 즉 국가의 하부 기관 및 비국가행위자로서의 성격을 고찰하고, 이러한 이중적 성격 중 어떠한 성격이 도시의 국제관계에서의 적극적 및 독자적 활동에 유리한 근거를 제공할 수 있는지를 검토한다. 또한, 도시의 국제관계에서의 역할을 포섭하기 위하여 국제법 관점의 수정이 요구되는지, 다양한 국제법학방법 중 국제관계에서 도시의 독자적 활동을 강조하기 위하여 어떠한 국제법학방법이 선택될 수 있는지를 고찰한다. 둘째, 도시와 국제법의 상관관계를 주요 쟁점별로 검토한다. 도시는 국가와 분리되거나 국가와 무관한 국제법상 법인격을 가져야 하는지, 이러한 도시의 국제법상 독립적 법인격이 필요한 이유는 무엇인지를 고찰한다. 아울러, 이와 관련되는 국제책임체제 측면에서 도시의 독자적인 국제법상 책임능력이 필요한 것인지를 검토한다. 국제법상 법인격 및 국제책임체제 관련 도시의 자율성을 강조하는 대안적 주장에 내

재된 문제점을 또한 고찰한다. 결론 부분에서는 국제관계에서 도시의 역할을 포섭하기 위한 국제법 구조 변화 가능성을 전망하도록 하겠다.

II. 국제법적 연구 대상으로서 도시에 관한 선결적 고찰

1. 국제관계에서 도시의 함의

세계화 및 신-자유주의의 확대에 따라 급속히 성장한 세계 도시(global cities)는 세계 경제에 있어서 중요한 역할을 담당하고 있다.¹⁾ 세계 도시의 세계 경제에 관한 영향은 도시와 국가 간의 관계에 관한 인식의 변화를 유발하게 되었는데, 왜냐하면 도시를 더는 국가의 하부 기관으로 간주하는 것은 사실상 부적절한 것이 되었기 때문이다. 세계 도시는 세계 경제의 관점에서 자본의 집중과 같은 중앙화(centralization)의 경향을 보이지만, 동시에 국가와의 관계에서 자신의 자율성을 구체화하기 위한 탈중앙화(decentralization)를 추구한다는 점에서 이중적 성격을 보여준다. 도시와 관련된 중앙화 및 탈중앙화 현상은 세계 도시 간 네트워크의 형성으로 더욱 가속화되고 있다.²⁾

도시의 중요성 증가 및 역할의 증대, 즉 도시의 양적 및 질적 변화는 사회과학의 다양한 분야에서 관심을 유발하는 계기를 마련하였다.³⁾ 법학 분야 또한 도시와 관련된 환경의 변화에 따라 도시에 대한 법적 검토의 필요성을 인지하고 이에 관한 연구를 진행하여 왔다. 도시에 관한 법학 분야에서의 연구는 주로 국내법 관점에서 진행되었다. 구체적으로 도시 계획,⁴⁾ 도시화(urbanization) 및 도시의 지속가능한 발전에 대한 연구가 진행되었다.⁵⁾ 법학 분야에서의 도시에 관한 연구는 도시의 발전이 정치, 경제 및 사회에 미치는 영향의 검토를 중심으로 전개되었다. 예를 들어, Lefebvre는 도시에 대한 권리(right to the city)를 주장하였는데, Lefebvre는 도시, 즉 공간이 갖는 법적 함의가 인권과 발전에 필요불가결한 요소가

1) N. Brenner & N. Theodore, "Cities and the Geographies of 'Actually Existing Neoliberalism'," in J. Lin & C. Mele (eds.), *The Urban Sociology Reader*, 2nd ed. (Routledge, 2012), pp. 138-147.

2) S. Sassen, *The Global City: New York, London, Tokyo*, Rev. ed. (Princeton Univ. Press, 2001), pp. 171-196

3) 도시에 관한 다양한 사회과학 측면에서의 연구에 관하여는 L. Rodwin & R. Hollister (eds.), *Cities of the Mind: Images and Themes of the City in the Social Science* (Springer, 2013) 참조. 도시에 관한 역사적 연구에 관하여는 P. Clark (ed.), *The Oxford Handbook of Cities in World History* (Oxford Univ. Press, 2013) 참조.

4) G. Fisher, *Local Government Law: A Practical Guidebook for Public Officials on City Councils, Community Boards, and Planning Commissions* (Routledge, 2021); G. Frug, "The City as a Legal Concept," in Rodwin & Hollister, *supra* note 3, pp. 233-290.

5) M. Mousmouti, "The New Urban Agenda, effective national policies, and legislation," in N. Davidson & G. Tewari (eds.), *Law and the New Urban Agenda* (Routledge, 2020), pp. 3-14.

되며, 도시에 대한 통제는 결국 정치적 맥락에서 형성된다는 점을 강조하였다.⁶⁾

사회과학의 다양한 분야 및 국내법 분야에서 진행되고 있는 도시에 관한 활발한 연구와 비교할 때, 비록 일부 국제법학자들이 도시의 역할에 관한 연구를 진행하여왔지만,⁷⁾ 국제법 분야에서 도시에 관한 연구는 본격적으로 진행되지 않았다. 그러나, 국제법 분야에서도 국제관계에서 적극적 활동을 전개하는 도시에 대한 국제법적 검토 필요성이 인식되었고, 이에 따라 도시와 국제법에 관한 연구가 진행되고 있다. Asser 연구소가 “The Global City: Challenges, Trust and the Role of Law”에 대한 연구를 진행하고 있으며,⁸⁾ 국제법협회(International Law Association)에 “국제법에서 도시의 역할”(The Role of Cities in International Law) 관련 연구 그룹이 조직되어 도시와 국제법에 관한 연구가 진행되고 있다는 점⁹⁾은 도시에 대한 국제법적 관심의 증대를 보여주는 사례이다.

사회과학의 다양한 분야에서 진행된 도시에 관한 연구와 비교할 때, 국제법 분야에서 도시에 관한 연구가 더디게 진행된 이유는 여러 가지 측면에서 고찰될 수 있을 것이다. 그러나, 도시에 관한 국제법상 연구가 적극적으로 진행되지 않은 가장 근본적인 이유는 국제법의 성격에서 찾을 수 있을 것이다. 즉, 국제법은 근본적으로 국가 간 관계(inter-state relations)에 초점을 맞추는바,¹⁰⁾ 국가의 하부 기관으로 간주되는 도시는 그 자체로 국제법적 관심의 대상으로 인식되지 않았다. 환언하면, 국가와 분리된 주체로서 도시는 국제법상 상상하기 어려운 것이었으며, 설령 도시가 사실상(*de facto*) 자율적 법인격을 갖는 국제법상 주체로서 활동을 전개한다고 하여도, 도시의 이와 같은 활동은 도시가 속해있는 국가의 역할로 치환되거나 국가에 함몰되어 그 자체로 관심의 대상이 되지 않았다.¹¹⁾

그러나, 도시는 국제관계의 역사에서 국가보다 먼저 중요한 역할을 담당하였으며, 오늘날 국가의 역할은 사실상 도시에 의하여 수행되었다는 점을 제시하며, 국제법사 측면에서 도시의 국제법상 자율적 법인격 또는 주체성을 강조하는 주장이 있다. 고대 그리스와 중세 유럽에서 도시는 오늘날 국가와 유사한 기능을 수행하였으며, 1648년 국가 중심적 국제관

6) C. Butler, *Henri Lefebvre: Spatial Politics, Everyday Life and the Right to the City* (A GlassHouse Book, 2012), pp. 133-159.

7) H. Aust, “Shining Cities on the Hill? The Global City, Climate Change, and International Law,” 26 *European Journal of International Law* (2015), pp. 255-278; B. Oomen & M. Baumgärtel, “Frontier Cities: The Rise of Local Authorities as an Opportunity for International Human Rights Law,” 29 *European Journal of International Law* (2018), pp. 607-630.

8) Asser 연구소의 The Global City 관련 사항에 관하여는 Asser Institute, *The Global City: Challenges, Trust and the Role of Law* (<https://www.asser.nl/global-city/>, 2022.10.2) 참조.

9) 국제법협회(ILA) Study Group으로 국제법에서 도시의 역할(The Role of Cities in International Law)에 대한 Study Group이 2017년 형성되어 도시에 관한 국제법적 연구를 진행하고 있다. 국제법에서 도시의 역할에 대한 Study Group의 정보에 관하여는 ILA Study Groups (<https://www.ila-hq.org/index.php/study-groups>, 2022.10.2) 참조.

10) E. Oğurlu, “Understanding the Distinguishing Features of Post-Westphalian Diplomacy,” 24 *Perceptions* (2019), pp. 176-177.

11) A.-M. Slaughter, “Remarks, The Big Picture: Beyond Hot Spots & Crises in Our Interconnected World,” 1 *Penn State Journal of Law & International Affairs* (2012), pp. 288-290.

계(state-centric international relations)에 기반한 웨스트팔리아체제(the Westphalian system)가 본격적으로 확립되기 이전 시기에 이탈리아의 도시 국가들이 국제경제를 포함한 국제관계에 있어서 중요한 역할을 담당하였다는 점은 이론이 없는 역사적 사실이다.¹²⁾

Bodiford는 신성로마제국(the Holy Roman Empire), 한자동맹(the Hanseatic League) 등을 예로 들며 국제관계의 형성 및 유지에 있어서 도시가 수행하였던 독자적 역할을 강조한다. Bodiford는 웨스트팔리아체제가 개시된 이후에도 도시와 국가의 관계는 오늘날 일반적으로 인식되는 도시와 국가 간의 관계와 유사한 것이 아니었으며, 도시가 실제로 국제관계에서 중요한 영향력을 행사하였다는 점을 제시한다. Bodiford는 이의 사례로 신성로마제국을 제시하는데,¹³⁾ 실제로 신성로마제국은 1648년 직후 바로 소멸되지 않았으며, 국제관계에서 여전히 영향력을 행사하였다.¹⁴⁾

국제관계에서 도시의 국가로의 함몰 또는 도시의 자율적 법인격이 부인된 주된 이유를 국제법의 시대 구분(periodization of international law)에서 찾는 견해¹⁵⁾ 또한, 웨스트팔리아체제의 등장으로 비롯된 국제관계에서 도시의 지위 변화에 초점을 둔다. 즉, 중세에서 근대로의 전환기에 발생한 유럽 정치 구조의 변화가 국제관계에서 도시를 보이지 않는 실체로 만들게 되었다는 것이다. 환언하면, 웨스트팔리아 체제는 국가를 시간적 및 공간적 근거 모두에 있어서 도시를 비롯한 다른 행위자들과의 구분되는 행위자로 설정하여야 했는바, 이러한 맥락에서 도시의 자율성 및 독자적 주체성은 부인되었고, 궁극적으로 도시는 국가로 함몰될 수밖에 없었다는 것이다.¹⁶⁾

국제관계에서 도시의 역할 또는 도시의 실제 활동에 대한 소극적 입장이 웨스트팔리아체제에 대한 역사적 오해 및 국제법의 시대 구분에서 비롯되었다는 위와 같은 주장은 주목할 가치가 있는 주장이다. 웨스트팔리아체제는 이전 시기에 존재하지 않았던 국가 중심 국제관계라는 새로운 체제를 형성한 것으로 이해되지만, 역사적 사실은 이와 다르다. 웨스트팔리아체제 이전 시기의 정치, 사회 및 경제에 관한 현상은 웨스트팔리아체제 이후에도 완전히 소멸되지 않았다. 즉, 웨스트팔리아 체제는 17세기 이전 체제와 실제로 명확히 구분되는 체제로 시작되지도 않았고 시작할 수도 없었다.¹⁷⁾

12) M. Sossai, "Invisibility of cities in classical international law," in H. Aust & J. Nijman (eds.), *Research Handbook on International Law and Cities* (Edward Elgar Publishing Limited, 2021), p. 64.

13) A. Bodiford, "Cities in International Law: Reclaiming Rights as Global Custom." 23 *City University of New York Law Review* (2020), pp. 2-3, 17-20.

14) 김성원, "창조된 역사, 웨스트팔리아조약의 함의에 대한 비판적 고찰", 『국제법평론』, 통권 제44호 (2016), 28-31쪽.

15) Sossai, *supra* note 12, p. 65.

16) *Id.*, pp. 66-67.

17) K. Shimko, *International Relations: Perspective, Controversies and Readings*, 5th ed. (Cengage Learning, 2016), p. 2.

이러한 맥락에서 웨스트팔리아체제가 완전히 확립되기 전에 오늘날 국가가 담당하는 역할이 도시에 의해서 수행된 것은 당연하였으며, 이를 근거로 도시가 국제관계에서 여전히 자율적 법인격을 가지고 있었다는 주장은 도시와 국가 간의 상관관계를 이해하는데 있어서 도시에 과도하게 치중된 주장으로 평가할 수 있다. 환언하면, 웨스트팔리아체제 등장 전후 시기에 도시가 담당하였던 역할을 웨스트팔리아체제가 확립된 후 국가가 수행하는 역할과 동등한 것으로 간주하고, 이에 따라 국제법상 도시의 자율적 법인격이 인정되어 왔다는 주장은 적절하지 않다.

비록 국가 중심적 국제법 관점에 근거한 것으로 비판받을 수 있겠지만, 도시에서 국가로 국제관계의 주요 행위자가 변경되는 전환기 시점에서 도시가 수행하였던 국가와 유사한 역할은 잔여 역할(residual role)로 이해하는 것이 바람직하다. 웨스트팔리아체제의 등장 전후 시점을 근거로 하거나 국제법의 시대 구분에 기반한 위와 같은 문제점을 해소하기 위하여 도시와 국가의 상관관계, 나아가 도시와 국제법의 상관관계 검토는 따라서 웨스트팔리아체제가 완전히 확립된 시점 이후에서 진행될 필요가 있다. 즉, 국가 중심적 국제관계가 확립된 시점에서 도시가 국제관계에서 실제로 어떠한 역할을 담당하고 있으며, 도시의 활동이 국가와 어떠한 협력 또는 긴장 관계를 형성하는지는 현행 국제법의 측면에서 도시와 국가 각각의 국제법상 지위에 따라 검토되어야 한다.

2. 도시의 이중적 성격: 국가의 하부 기관 및 비국가행위자

도시는 국가의 하부 기관의 성격을 가지면서 동시에 국가와 인식론적으로 구별되는 비국가행위자의 성격을 갖는 것으로 설명되고 있다.¹⁸⁾ 도시를 국가의 하부 기관 또는 비국가행위자로 이해하는 것 모두 도시와 국가 간의 관계, 즉 국가의 도시에 대한 실질적 통제 여부, 나아가 국제법상 도시의 주체성에 관한 쟁점과 밀접한 관련을 맺는다. 즉, 도시를 국가의 하부 기관으로 이해하는 경우, 국제법상 도시는 도시가 속한 국가의 통제를 받으며, 국가의 하부 기관이라는 사실에 근거하여 국가와 구별되는 주체로서의 국제법상 도시의 주체성 문제는 사실상 제기될 가능성이 없다. 그러나, 국가와 무관한 비국가행위자의 성격으로 도시를 바라보는 경우, 비국가행위자로서 도시에 대한 국가의 통제 여부 및 국제법상 주체

18) Y. Takashiba, "Sources and law-making," in Aust & Nijman, *supra* note 12, p. 122; J. Nijman, "Renaissance of the City as Global Actor: The Role of Foreign Policy and International Law Practices in the Construction of Cities as Global Actors" in A. Fahrmeir, G. Hellmann & M. Vec (eds.), *The Transformation of Foreign Policy: Drawing and Managing Boundaries from Antiquity to the Present* (Oxford Univ. Press, 2016), pp. 227-237.

성 문제가 제기될 수 있다.

국가의 하부 기관으로 도시를 이해하는 것은 국제법상 낯선 것은 아니다. UN 국제법위원회(ILC)의 2001년 국제위법행위에 관한 국가책임 최종 초안(이하 ‘국가책임초안’이라 함) 제4조는 국가의 국제위법행위의 요소인 국가기관의 행위를 규정하고 있다. “국가의 영토적 단위”(a territorial unit of the State)가 국제위법행위를 자행하는 경우, 이 행위는 국가에 귀속되고 이에 따라 국가가 국가책임을 부담한다. 중요한 점은 국가의 영토적 단위로 볼 수 있는 도시가 국가의 하부 기관으로 인식된다는 점이다. ICJ는 *LaGrand* 사건에서 국가책임을 권한 있는 국가기관 또는 당국의 행위와 관련되느냐, 애리조나 주지사는 미국의 국제적 약속에 따라 행동할 의무가 있음을 판시한 바 있다.¹⁹⁾ ICJ는 또한 집단살해방지협약의 적용 관련 사건에서 국가기관의 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주되며, 이는 국가책임법의 초석의 하나로서 매우 잘 확립된 원칙임을 확인한 바 있다.²⁰⁾

UN인권이사회(UN Human Rights Council) 또한 국제법적 의무에 구속되는 국가기관으로서 인권의 보호 및 증진에 관한 지방 정부의 역할에 관한 쟁점을 다루어 왔다.²¹⁾ 도시는 과거 환경 파괴의 주범으로 이해되었지만, 현재 도시는 환경의 지속가능성 유지를 주도하는 데 있어서 중요한 선도적 역할을 담당하는 것으로 인식되고 있다. 구체적으로 UN인간주거계획(UN-Habitat)은 UN개발계획(UNDP)의 지속가능한 개발 목표(SDGs) 관련하여 도시는 지속가능한 개발 목표를 달성하기 위한 주요 동력이며, 2030 의제의 대부분은 세계 인구의 절반 이상이 거주하고 있는 도심(urban centre)에서 달성될 것이라고 언급한 바 있다.²²⁾

상기 사례로부터 도시는 국가의 하부 기관으로서 국가라는 매개체를 통하여 국제법의 규율 대상이 되며 동시에 국제법적 의무를 이행하는 행위자로 이해되고 있음을 알 수 있다. 즉, 도시의 국제법상 주체성은 국가라는 매개체를 통하여 비로소 인식되는 간접적인 것으로 이해할 수 있다.²³⁾ 도시를 국가의 하부 기관으로 이해하는 관점에서 도시가 국가라는 매개체를 통하여 간접적인 국제법상 주체성을 향유한다는 점은 시사 하는바가 적지 않은데, 도시가 국제관계에서 어떠한 행위를 하더라도, 이러한 행위와 관련하여 유발되는 국제

19) *LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Report 1999*, p. 9, para. 28

20) *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, para. 385

21) UN HRC, *Role of local government in the promotion and protection of human rights-Final report of the Human Rights Council Advisory Committee, A/HRC/30/49* (2015), paras. 24-30.

22) UNDP, Press Release, *Cities are Engines for Achieving the Sustainable Development Goals* (July 17, 2018)(<https://www.undp.org/press-releases/cities-are-engines-achieving-sustainable-development-goals>, 2022.10.2).

23) E. Durmuş, “Cities and International Law: Legally Invisible or Rising Soft-Power Actors?,” in A. de Losada & M. Galceran-Vercher (eds.), *Cities in Global Governance: From multilateralism to multistakeholderism?* (CIDOB, 2021), pp. 47-48.

법상 책임은 모두 국가를 통해 검토된다는 것이다. 즉, 도시는 국가의 국제법상 권리와 의무가 행해지는 구체적 장소(place)일 뿐이며, 국제관계에서 도시의 활동이 국가를 우회할 수 있다는 주장은 비현실적인 것으로 평가된다.²⁴⁾

이에 반하여 도시를 비국가행위자로 간주하여 국제법상 주체성을 검토하는 것은 도시의 국제법상 역할을 이해하는데 있어서 선협적인 제한에 직면할 수 있다.²⁵⁾ 국제법상 비국가행위자로서 도시를 이해하기 위해서는 도시와 국가 간 상호관련성의 인식론적 단절이 필요하다. 도시가 국제법상 비국가행위자로 간주되는 경우, 도시가 국가의 하부 기관, 즉 국가 기관으로서 국제법상 향유하는 지위는 유지되기 어렵게 된다. 무장단체 또는 다국적기업이 제한된 범위에서 국제법상 주체성을 갖는 것을 제시하며,²⁶⁾ 비국가행위자로서 도시의 국제법상 주체성을 주장할 수 있을 것이다. 그러나, 무장단체 또는 다국적기업과 달리 도시는 국가에 포함된, 즉 국가의 영토 일부를 차지하고 있는 행위자라는 점에서 다른 비국가행위자와 차별적인 성격을 갖는다.

국가 중심적 국제법 관점에서 도시를 비국가행위자로 인식하는 것은 국제관계에서 도시가 실제로 수행하는 역할을 평가절하할 가능성이 있다. 비국가행위자의 행위에 대한 국제법의 일반적 태도를 감안할 때, 도시의 국제법상 역할은 매우 제한적인 것으로 평가될 수 있다.²⁷⁾ 비록 비국가행위자의 역할에 관한 국제법상 긍정적 평가 및 국제법 주체로서 비국가행위자에 대한 국제법의 개방성이 증가하고 있지만,²⁸⁾ 이는 사실상 국제법 관련 현상 측면에서 파악된 것이며, 국제법의 제정, 이행 및 해석의 모든 과정에서 비국가행위자는 여전히 제한적인 주체성만을 인정받고 있다는 점은 부인할 수 없는 현실이다.

예를 들어, 국제법의 제정 과정에서 비국가행위자의 영향력은 비국가행위자의 실질적 관여 여부와 무관하게 국제법의 제정이 어떠한 형태를 통하여 진행되는가에 따라 좌우된다. 조약의 경우, 조약의 체결과정에서 국제적십자사(ICRC) 또는 인권 관련 비정부간기구

24) G. Nesi, "The Shifting Status of Cities in International Law? A Review, Several Questions and A Straight Answer," 30 *Italian Yearbook of International Law* (2020), p. 23.

25) Durmuş, *supra* note 23, p. 47.

26) G. Waschefort, "The Pseudo Legal Personality of Non-State Armed Groups in International Law," 36 *South African Yearbook of International Law* (2014), pp. 226-266; V. Chetail, "The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward," in D. Alland et al. (eds.), *Unité Et Diversité Du Droit International/Unity and Diversity of International Law: Ecrits En l'Honneur Du Professeur Pierre-Marie Dupuy/Essays in Honour of Prof. Pierre-Marie Dupuy* (Brill, 2014), pp. 105-130.

27) J. d'Aspremont, "Do Non-State Actors Strengthen or Weaken International Law?," in H. Krieger, G. Nolte & A. Zimmermann (eds.), *The International Rule of Law: Rise or Decline?* (Oxford Univ. Press, 2019), pp. 130-143.

28) A. Bianchi, "The Fight for Inclusion: Non-State Actors and International Law," in U. Fastenath, et al., (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (Oxford Univ. Press, 2011), pp. 39-57; H. Thirlway, "The Role of Non-State Actors: A Response to Professor Ryngaert," 64 *Netherlands International Law Review* (2017), pp. 141-153.

(NGOs)와 같은 비국가행위자의 실질적인 관여가 실제로 허용되고 있지만, 일반적으로 관습 국제법이라는 국제법 제정 형태에서 이러한 현상을 예상하기는 어렵다.²⁹⁾

도시를 국가의 하부 기관으로 이해하는 경우, 도시의 실행을 통하여 관련 관습국제법의 형성에 필요한 국가 관행이 제시될 수 있는바, 도시는 관습국제법의 형성 과정에 관여하는 것으로 이해될 수 있다. 그러나, 비국가행위자에 의한 관습국제법의 형성에 대한 비판적인 입장을 감안할 때,³⁰⁾ 도시가 관습국제법의 형성을 주도하거나 관습국제법의 형성에 깊이 관여할 가능성은 매우 낮은 것으로 생각된다.³¹⁾

도시가 국가의 하부 기관 및 비국가행위자로서의 성격을 동시에 갖는다는 점에서 비롯되는 위와 같은 문제는 결국 국제법상 도시를 국가와 분리되거나 국가를 매개체로 하지 않는 국제법상 독자적 및 자율적 법인격을 갖는 주체로 인정해야 할 절대적 이유가 있는지에 관한 문제와 직접 관련을 맺는다. 극단적으로 국가 중심적 국제법의 주류 이론에서 볼 때, 도시는 국가의 하부기관으로 그 자체로 국제법적 관심의 대상이 될 수 없으며, 비국가행위자로서 도시를 보는 경우, 제한된 국제법상 주체성을 갖는 행위자로 취급될 수 있다. 비국가행위자로서 도시를 보는 경우, 상기에서 언급한 바와 같이 도시는 국가와 영토적 및 구성적으로 밀접하게 관련된 행위자인바, 비국가행위자로 볼 가능성 자체를 인식하지 못할 수도 있다.

반면, 국제관계에서 활동하는 도시의 현실을 중심으로 도시의 국제법상 역할을 평가하는 경우, 즉 국제법 관련 현상으로 도시의 역할을 검토하게 된다면 도시를 단순히 국가의 하부 기관 또는 제한적 국제법 주체성을 갖는 다국적기업 또는 무장단체와 유사한 것으로 평가할 수 없게 된다. 세계적 차원에서 도시는 인권 보호 및 환경 보호에 주도적인 역할을 담당하고 있으며, 도시는 국가를 넘어서 심지어 국가와 긴장 관계를 형성하는 방식으로 인권 보호 및 환경 보호에 앞장서고 있다는 국제법 관련 현상을 무시하기는 어렵다.

따라서, 이항대립의 문제를 내포하고 있는 도시의 이중적 성격에 관한 주장은 도시와 국제법의 상관관계를 포괄적으로 검토하는 데 있어서 오히려 문제를 노정할 가능성이 있으며, 궁극적으로 도시와 국제법의 상관관계의 포괄적 검토를 위하여 어떠한 국제법적 관점

29) A. Kleczkowska, "Armed Non-State Actors and Customary International Law," in J. Summers & A. Gough (eds.), *Non-State Actors and International Obligations: Creation, Evolution and Enforcement* (Brill, 2018), p. 61.

30) UNGA, Official Records, 73rd Session, Supplement No. 10, Report of the International Law Commission, 70th session (30 April-1 June and 2 July-10 August 2018), A/73/10 (https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a_73_10_advance.pdf, 2022.10.2), p. 132; M. Meguro, "Customary International Law and Non-State Actors: Between Anthropomorphism and Artificial Unity," *Amsterdam Law School Research Paper No. 2018-29, Amsterdam Center for International Law No. 2018-11* (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3071305, 2022.10.2), pp. 1, 19-20.

31) Durmuş, *supra* note 23, p. 48.

을 취해야 하는지에 대한 문제를 유발할 수 있다. 이는 사실상 매우 복잡한 문제이며, 도시와 국제법의 상관관계를 포괄적으로 검토하기 위한 시도 자체를 중단시킬 가능성도 있는데, 왜냐하면 국제법학방법의 문제와 무관하지 않기 때문이다. 즉, “국제법 관련 현상으로서 도시의 국제관계에서의 역할을 어떠한 국제법학방법으로 접근해야 하는가?”의 문제이다.

3. 도시의 국제법상 포섭에 적합한 국제법학방법은 무엇인가?

국가 중심적인 주류 국제법학방법, 즉 법실증주의(legal positivism)의 입장에서 도시의 이중적 성격은 도시의 지위를 다음의 두 가지 상태로 만들게 된다. 반복건대, 도시가 국가의 하부 기관으로 인식된다면, 국제법상 도시는 국가에 함몰되거나 매개체로 국가가 필요한 의존적 또는 부차적 존재로서 이해될 것이다. 도시를 비국가행위자로 이해하는 경우, 도시는 국제법상 제한적 역할만을 담당하는 소극적 주체로 인식되거나, 국제법상 관심의 대상에서 배제될 수 있다. 그러나, 도시가 국제법상 관심 대상이 아니거나, 국제법상 관심의 대상이 되더라도 국가를 배후에 두는 의존적 또는 부차적 존재로 간주하는 것은 국제적 차원에서 적극적으로 활동하는 도시를 고려할 때, 국제법 관련 현상과 부합하지 않는 이해이다.

실제로 도시는 국가를 넘어서 국가가 부담하는 국제법상 의무를 보다 적극적으로 이행하고 있으며, 나아가 국가와 대립하는 방향으로 국제법상 활동을 전개하고 있다. 오스트리아 그라츠는 “장애인의 권리에 관한 협약”(CRPD)의 구체화를 위한 이행계획을 마련한 바 있으며, 로사리오, 부에노스아이레스, 바르셀로나, 광주 등은 소위 “인권 도시”(Human Rights Cities)로 인권 보호에 앞장서고 있다. 샌프란시스코와 미국 일부 도시의 활동은 주목할 만 한데, 미국이 서명하였지만 비준하지 않은 “여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약”(CEDAW)을 지방 조례(ordinance)로 채택하여 여성 인권의 보호에 앞장서고 있다.³²⁾

국제관계에서 도시의 활동을 반영하는 국제법 관련 현상이 국제법에 적절히 포섭되지 않는 이유는 결국 국가 중심적 국제법관을 고수하는 법실증주의에서 비롯된 것으로 이해할 수 있다. 주류 국제법학방법으로 법실증주의가 여전히 국제법학방법에서 막대한 영향력을 행사하고 있지만,³³⁾ 법실증주의 국제법학방법이 국제사회의 현실을 제대로 반영하지 못하고, 국제법을 경직된 법체제로 만들고 있다는 비판은 이미 오래전부터 제기되어 왔다.³⁴⁾ 이

32) E. Durmuş, “A typology of local governments’ engagement with human rights: Legal pluralist contribution to international law and human rights,” 38 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2020), pp. 43-44.

33) M. Rovira, “The Politics of Interest in International Law,” 25 *European Journal of International Law* (2014), p. 770.

34) S. Singh, “International legal positivism and new approaches to international law,” in J. Kammerhofer & J. d’Aspremont (eds.),

러한 맥락에서 도시의 국제법상 포섭은 주류 국제법학방법이 아닌 국제법의 현실 또는 현상을 반영하는 국제법학방법을 통해 더욱 적극적으로 전개될 필요가 있다.

글로벌 법다원주의(global legal pluralism) 또는 초국경법(transnational law)이 국제법학방법에 포함되는지는 별론으로 하고, 글로벌 법다원주의 또는 초국경법 측면에서 도시를 검토하는 경우, 도시의 역할에 관하여 법실증주의가 제기하는 문제는 해결 불가능한 것이 되지 않는다. 글로벌 법다원주의 또는 초국경법은 법실증주의 국제법학방법의 경직성을 비판하고 다양한 주체가 형성하는 다양한 규범의 상호 연결성을 주목한다.³⁵⁾ 글로벌 법다원주의 또는 초국경법은 국제법의 제정, 이행 및 해석의 모든 과정에서 국가의 독점적 지위를 부인한다. 특히, 글로벌 법다원주의 또는 초국경법 관점에서 국가는 국제법의 유일한 제정자(law-maker)가 아니며, 국가와 간접적으로 때로는 국가와 무관하게 형성되는 비국가법(non-state law)이 실제로 국제사회 행위자의 행위 규율에 있어서 상당한 영향력을 행사한다는 점을 강조한다.³⁶⁾

물론, 도시와 국제법의 상관관계에 관한 연구를 진행하는 데 있어서 글로벌 법다원주의 또는 초국경법 관점에서의 검토가 도시와 국제법의 상관관계에 관한 연구에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 비판 또한 고려할 필요가 있다. 이러한 우려는 도시와 국제법의 상관관계에 관한 연구는 국제관계에서 도시의 실제 활동과 주체, 법인격, 책임 등과 같은 국제법의 전통적 범주 간의 긴장 관계의 파악이 선행되어야 한다는 인식에서 비롯된다.

특히, 이러한 우려는 국제법 관련 현상과 국가 중심적 국제법 간의 괴리를 인식하는 것은 중요하지만, 국제법이 관여할 수 없거나, 국제법의 관여가 불필요한 사항에 국제법적 평가를 시도함으로써 오히려 관련 문제를 국제법의 연구 대상에서 완전히 배제하는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 비롯된다.³⁷⁾

상기한 우려는 글로벌 법다원주의 또는 초국경법의 국제법학방법으로서의 상대적 유연성에 관한 우려에서 기인한다. 즉, 주류 국제법학방법인 법실증주의가 활용하는 엄격한 판단 기준과 비교할 때, 글로벌 법다원주의 또는 초국경법이 활용하는 상대적으로 느슨한 판단

International Legal Positivism in a Post-Modern World (Cambridge Univ. Press, 2014), pp. 291-314.

35) 글로벌 법다원주의에 관한 개괄적 논의는 김성원, “국제법 담론에서 법다원주의의 함의에 관한 연구”, 『국제법평론』, 통권 제47호 (2017), 81-116쪽; P. Berman, “A Pluralist Approach to International Law,” 32 *Yale Journal of International Law* (2007), pp. 301-329; H. Koh, “Is There a ‘New’ New Haven School of International Law?,” 32 *Yale Journal of International Law* (2007), pp. 559-573 참조.

36) B. Tamanaha, “A Reconstruction of Transnational Legal Pluralism and Law’s Foundations,” in N. Krisch (ed.), *Entangled Legalities beyond the State* (Cambridge Univ. Press, 2021), pp. 470-477.

37) H. Aust & J. Nijman, “The emerging role of cities in international law - introductory remarks on practice, scholarship and the Handbook,” in Aust & Nijman, *supra* note 12, p. 14.

기준을 적용하여 국제법의 상관관계를 검토하는 것은 자칫 도시와 국제법이라는 국제법상 중요한 연구 주제에 관하여 소위 “모 아니면 도”(all or nothing)와 같은 불만족스러운 결론에 도달할 가능성이 있다는 것이다.

이러한 우려는 충분히 수용할 수 있는 것이다. 그러나, 법실증주의에 근거한 이와 같은 우려로 인하여 도시와 국제법의 상관관계에 관한 포괄적인 연구가 시도조차 될 수 없다면, 국제관계에서 증가하고 있는 도시의 활동에서 유발하는 국제법적 문제에 대하여 국제법은 침묵하고 있다는 비난을 받을 것이다. 국제법상 도시의 주체성 또는 법인격, 국제책임, 국가 주권에 대한 도시의 도전, 인권 보호 및 환경 보호에 있어서 도시의 적극적 역할 등에 관한 연구는 명시적으로 글로벌 법다원주의 또는 초국경법을 언급하지는 않지만, 사실상 법실증주의에 입각한 국제법의 전통적 접근에 대한 문제를 제기하고, 국제법의 전통적 접근에서 이탈하는 방법으로 국제법상 도시의 문제에 관한 연구를 진행하고 있다.³⁸⁾

도시와 국제법의 상관관계에 관한 주요 연구에서 이러한 현상은 왜 나타나는가? 글로벌 법다원주의 또는 초국경법이 도시와 국제법의 상관관계에 관한 연구에 있어서 최선의 국제법학방법이라고 단정적으로 주장할 수는 없지만, 적어도 법실증주의는 도시와 국제법의 상관관계 연구에 있어서 적절한 국제법학방법이 되기 어렵다는 점은 공유되고 있는 것으로 생각된다.

III. 국제법의 주요 쟁점 측면에서 도시에 관한 검토

1. 도시는 국제법상 독자적 법인격을 가져야 하는가?

도시의 국제법상 법인격(international legal personality)을 부인하는 견해는 도시를 국가에 함몰된 주체로 보는 시각에서 비롯된다.³⁹⁾ 국제법상 법인격을 갖지 않는바, 도시는 그 자체로 국제법상 권리를 향유할 수 없으며, 국제법상 의무 또한 부담하지 않는다. 도시의 국제법상 법인격을 부인하는 견해는 도시를 국제법상 주체로 간주하지 않는바, 도시는 그 자체로 국제의무위반행위를 할 수 없으며, 설령 도시가 국제의무를 위반한다고 하더라도 도시는 그 자체로 국제의무위반행위에 대한 책임을 부담하지 않는다.⁴⁰⁾

38) Aust & Nijman, *supra* note 12.

39) Y. Blank, “The City and the World,” 44 *Columbia Journal of Transnational Law* (2006), pp. 883-886.

40) C. Swiney, “The Urbanization of International Law and International Relations: The Rising Soft Power of Cities in Global Governance,” 41 *Michigan International Law Journal* (2020), p. 234.

도시의 국제법상 법인격 인정 여부에 관한 논의는 전통적인 국가 중심적 관점의 전면적 수정이 필요한 것인가에 관한 문제와 직-간접적 관련을 맺는다. 상기에서 언급한 바와 같이 법실증주의에 입각한 주류 국제법이론은 전면적 수정 필요성을 부인한다. 국제관계에서 증대된 도시의 영향력에 따라 도시는 국가로부터 독립된 국제법상 법인격을 갖는 주체로 인정되어야 한다는 주장에 대하여, 도시가 국제관계에서 하는 역할은 국가, 국제기구는 물론이며, NGOs에 의하여 수행될 수 있는바, 국제법상 국가로부터 독립된 자율적 법인격을 도시에 부여할 필요가 없다는 반론이 가능하다.

국제형사재판소(ICC)의 설립 관련 협상의 모든 단계에 참여한 2,500개 이상의 NGOs의 연합인 “ICC 설립 연합”(the Coalition for the Establishment of the ICC, 이하 ‘CICC’라 함)의 적극적 활동은 ICC의 설립에 적지 않은 공헌을 하였다.⁴¹⁾ CICC는 국제형사정의의 구현을 위하여 여전히 활발한 활동을 하지만,⁴²⁾ CICC의 활동을 이유로 CICC가 국제법의 주체가 되었거나, 주체가 되어야 한다고 생각하지는 않는다. 이러한 맥락에서 도시가 국제법상 국가로부터 독립된 자율적 법인격을 가져야 한다는 주장의 설득력은 상기에서 언급한 바와 같이 도시의 국제관계에서의 실질적인 영향력에 근거한 국제법 관련 현상을 얼마나 구체적으로 제시하는가에 따라 좌우될 것이다.⁴³⁾

도시는 국제적 연대의 강화, 외교의 장소, 국제법의 구체적 이행 및 글로벌 거버넌스의 주요 행위자로서 역할을 전개하고 있다. 구체적으로 도시는 지속가능성, 기후변화, 인권 보호, 이민정책 및 성 평등 촉진 등의 분야에서 UN, World Bank, OECD와 같은 국제기구와 연계하여 활동하고 있다.⁴⁴⁾ 도시는 글로벌 거버넌스의 구체화에 있어서 중요한 동반자로 간주되고 있으며, 다양한 국제기구가 달성하고자 하는 의제 달성에 실질적인 역할을 담당하고 있다.⁴⁵⁾

또한, 도시는 외교 정책의 형성⁴⁶⁾ 및 국제관계의 구축에 깊이 관여하고 있으며,⁴⁷⁾ 국가와

41) M. Giorgi, “The Role of Non-Governmental Organizations in the Process of International Treaty Making,” 19 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2019), p. 171.

42) C. Savard, “The role of the Coalition for the International Criminal Court in the Assembly of State Parties to the International Criminal Court,” *INTLAWGRRLS* (Dec. 5, 2017)(<https://ilg2.org/2017/12/05/the-role-of-the-coalition-for-the-international-criminal-court-in-the-assembly-of-state-parties-to-the-international-criminal-court/>, 2022.10.2).

43) S. Curtis, “The Meaning of Global Cities: Rethinking the Relationship between Cities, States, and International Order,” in S. Curtis, *The Power of Cities in International Relations* (Routledge 2014), pp. 16-31.

44) Y. Blank, “International legal personality/subjectivity of cities,” in Aust & Nijman, *supra* note 12, pp. 107-108.

45) N. Arajärvi, “Including Cities in the 2030 Agenda - A Review of the Post-2015 Process,” in H. Aust and A. du Plessis (eds.), *The Globalization of Urban Governance: Legal Perspectives on Sustainable Development Goal 11* (Routledge, 2019), pp. 17-37.

46) Nijman, *supra* note 18.

47) K. Ljungkvist, “The Global City: From Strategic Site to Global Actor,” in Curtis, *supra* note 43, pp. 32-56; M. Acuto, *Global Cities, Governance and Diplomacy: The Urban Link* (Routledge, 2013), pp. 121-142.

무관하게 세계적 도시 네트워크를 형성함으로써 다양한 글로벌 의제의 구체화를 위한 최선에서 활동하고 있다.⁴⁸⁾ 물론, 성소수자를 억압하는 러시아 도시와 자매 관계를 단절한 유럽의 도시,⁴⁹⁾ 미얀마의 폭압적인 군사 정권을 비판하는 정책을 채택하는 미국의 도시⁵⁰⁾ 등과 같은 사례를 해당 도시가 속한 국가의 외교 정책을 나타내는 것으로 보기는 어려운데, 왜냐하면 외교 정책은 여전히 국가의 배타성에 근거하기 때문이다.⁵¹⁾ 그러나, 중요한 점은 외교 정책의 국가 배타성과 같은 전통적인 시각과 현실 간의 불일치성이 더욱 증가하는 추세라는 것이다.⁵²⁾ 이러한 맥락에서 외교 정책 관련 도시의 활동은 적어도 국가의 외교 정책에 대한 비판적 견제로 평가할 수 있다.⁵³⁾

도시의 국제법 관련 활동은 종종 국가와 긴장 관계를 형성하면서 전개되기도 한다. 국가가 다양한 국제조약 또는 기준을 채택하거나 준수하지 않는 경우, 도시가 자발적으로 관련 국제조약 또는 기준을 이행하는 것 또한 도시의 국제법상 법인격을 인정해야 하는 이유를 제공한다. 인권 도시,⁵⁴⁾ 이민자 보호 도시(*sanctuary cities*),⁵⁵⁾ 기후변화에 반대하는 도시(*cities against climate change*)⁵⁶⁾가 증가하고 있으며, 노동, 환경 및 인권 관련 국제규범과 기준을 도시는 자유롭게 채택하고 있다.⁵⁷⁾

Blank는 도시의 이와 같은 자발적 또는 독자적 국제의무의 이행은 가속화되고 있는 신민족주의 및 반세계화에 대한 견제 수단이 될 것으로 주장한다.⁵⁸⁾ 신민족주의 정부가 국제법의 이행을 거부하는 경우, 도시가 이에 대응하는 방법으로 국제법의 이행을 추진하는 것은 도시와 중앙 정부 또는 국가 간의 갈등을 격화시킬 가능성이 있지만,⁵⁹⁾ 그럼에도 불구하고 도시의 이와 같은 국제법 이행은 국가의 이해에 따른 국제법의 무용화를 방지할 수 있다는

48) K. Hartley, "Global Goals, Global Cities: Achieving the SDGs through Collective Local Action," *The Chicago Council on Global Affairs*(2019)(https://www.thechicagocouncil.org/sites/default/files/2020-11/report_global-goals-global-cities_190923.pdf, 2022.9.22.), pp. 10-32.

49) Nijman, *supra* note 18, p. 209.

50) S. Cleveland, "Crosby and the "One-Vote" Myth in U.S. Foreign Relations," 46 *Villanova Law Review* (2001), pp. 995-1014.

51) P. Stephan, "The One Voice in Foreign Relations Law and the Future of Federal Common Law," *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2019-17* (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3350101, 2022.9.23), p. 37-52.

52) Blank, *supra* note 44, p. 112.

53) A. O'Donoghue, "International constitutionalism and the state," 11 *International Journal of Constitutional Law* (2013), pp. 1025, 1043.

54) H. Haddad, "When Global Becomes Municipal: US Cities Localizing Unratified International Human Rights Law," 31 *European Journal of International Law* (2020), pp. 1385-1397.

55) H. Bauder, "Sanctuary Cities: Policies and Practices in International Perspective," 55 *International Migration* (2017), pp. 175-182.

56) M. Fraundorfer, "The Role of Cities in Shaping Transnational Law in Climate Governance," 8 *Global Policy* (2017), pp. 26-29.

57) Blank, *supra* note 39, pp. 914-918.

58) Blank, *supra* note 44, p. 110.

59) D. Barron, "Foreword: Blue State Federalism at the Crossroads," 3 *Harvard Law & Policy Review* (2009), pp. 1-7; H. Aust, "The Shifting Role of Cities in the Global Climate Change Regime: From Paris to Pittsburgh and Back?," 28 *Review of European, Comparative & International Environmental Law* (2019), pp. 59-64.

점에서 도시의 국제법상 자율적 법인격이 인정되어야 한다는 주장을 뒷받침한다.

Blank는 또한 도시의 국제법상 자율적 법인격이 인정되어야 할 필요성을 참여 민주주의의 심화, 문화적, 종교적, 인종적 및 언어적 다원주의의 촉진에서 찾는다. Blank는 대중 영합적인 정부(populist government) 또는 권위주의 정부의 반-국제법적 행태⁶⁰⁾에 대한 도시의 견제를 통하여 참여 민주주의를 심화시킬 수 있다고 주장한다.⁶¹⁾ 이와 같은 도시의 견제 역할이 실질적으로 수행되기 위해서는 도시가 국제법 제정 및 이해 과정에서 도시의 독자적 입장을 강조할 수 있는 권한, 즉 도시의 참여가 확보되어야 하는바 이러한 맥락에서 도시의 국제법상 자율적 법인격이 필요하다는 점이 강조된다.

인구는 국가 영토 전체에 균등하게 거주하지 않으며, 다양한 지역에 집중되는 경향이 있다. 아울러, 문화적, 종교적, 인종적 및 언어적 동질성에 근거한 공동체가 도시에 형성되는 경향이 있다. 이러한 맥락에서 도시는 해당 공동체의 가치, 선호 및 규범적 전망을 표현하는 장소가 된다.⁶²⁾ 특히, 문화적, 종교적, 인종적 및 언어적 측면에서 소수에 해당하는 공동체가 도시의 다수를 형성하는 경우, 관련 도시는 정책 결정을 통해 소수 공동체의 입장을 유지하고 주장하는 수단으로 역할을 담당할 수 있다.⁶³⁾ 국가 단일성에 따라 국가에서 다수를 차지하는 공동체의 이해 제고가 국제법상 국가의 이해로 간주되며, 이러한 맥락에서 소수 공동체의 이해는 종종 경시될 수 있다. Blank는 문화적, 종교적, 인종적 및 언어적 다원주의의 유지 및 촉진을 위하여 소수 공동체를 대변하는 도시의 역할이 강조되어야 하며, 이를 위해서 도시에 국제법상 자율적 법인격이 부여되어야 한다고 주장한다.⁶⁴⁾

다수의 국가에서 진행되고 있는 탈중앙화 현상 또한, 국제법상 도시의 자율적 법인격 필요성을 긍정할 수 있는 요인으로 제시된다. 즉, 탈중앙화의 가속화에 따라 국가는 도시와 같은 지방 정부에 권한을 부여함으로써 적극적인 국제의무의 이행을 요구하게 되었다.⁶⁵⁾ 따라서, 과거에 국가가 배타적으로 부담하였던 국제법상 의무 또한 도시와 같은 지방 정부로 분산되었고, 이에 따라 도시는 사실상 국제법상 의무에 직접 구속되는 경향을 보인다. 또한, 정책 입안자의 최종 결정자로서 도시의 역할과 도시에 더욱 중요한 책임을 부과함으

60) H. Krieger, "Populist Governments and International Law," 30 *European Journal of International Law* (2019), pp. 976-996; K. Humble, "Populism and the Threat to International Law," 11 *Laws* (2022), pp. 4-8. 대중 영합 정권이 국제법에 부정적 영향을 미친다는 점에 대한 반론은 D. Tladi, "Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing," 19 *Chinese Journal of International Law* (2020), pp. 380-390 참조.

61) Blank, *supra* note 44, p. 114.

62) *Id.*, p. 115.

63) H. Gerken, "Dissenting by Deciding," 57 *Stanford Law Review* (2005), pp. 1759-1790.

64) Blank, *supra* note 44, p. 116.

65) B. Gussen, *Axial Shift: City Subsidiarity and the World System in the 21st Century* (Palgrave Macmillan, 2019), pp. 199-238.

로써, 국가는 국가의 의무 또는 책임을 도시에 전가하는 경향도 나타나고 있다.⁶⁶⁾ 이러한 맥락에서 도시를 국가에 함몰되거나 국가를 매개체로 하는 행위자로 간주하는 것은 도시의 적극적인 국제법상 의무 이행에 부정적 영향을 미칠 수 있다.

도시가 국제법상 국가와 분리되거나 국가와 무관한 자율적 법인격을 가져야 한다는 주장을 뒷받침하는 사례는 어렵지 않게 찾을 수 있다. 그러나, CICC 사례에서 보는 바와 같이 이와 같은 도시의 국제관계에서의 현저한 활동, 즉 국제법 관련 현상은 어디까지나 현행 국제법(*lex lata*)의 측면에서 검토되어야 한다. 아울러, 도시가 왜 국가와 구분되는 독자적 법인격을 갖는 주체로서 인정되어야 하느냐는 근본적인 문제는 도시의 국제법상 실질적 역할과는 다른 차원의 문제이다. 국제법상 법인격 또는 주체성 관련 이론의 전면적 수정이 요청되는 것도 바로 이러한 이유에서 비롯된다. 그러나, 이 또한, 국가의 하부 기관이라는 극복하기 어려운 선형적 인식에 따라 실제로 수정이 필요하지 않은 것으로 이해될 수 있다.

이러한 맥락에서, 도시는 비록 국제법상 국가의 지위와 같은 지위를 부여받을 수는 없어도 소위 “연성 법인격”(soft legal personality)은 부여되어야 한다는 주장이 제기된다.⁶⁷⁾ 이러한 주장은 일견 설득력이 있어 보이지만, ‘연성’이 함의하는 바에 대한 통일적이거나 합치된 시각이 도출되지 않을 경우, 도시와 국제법 간의 상관관계를 더욱 복잡하게 만들 가능성이 있다. 도시는 국가의 영토적 단위로서 단순한 지리적 또는 물리적 공간이 아니라, 정치적 및 법적 제도로서 국제법의 이행이 실제로 이루어지는 곳이라는 점에서 그 중요성을 경시할 수는 없다.⁶⁸⁾ 그러나, 이러한 중요성이 국제법상 권리를 행사하고 의무를 이행할 수 있는 법인격을 가지는 주체의 측면에서 수용되지 않는 한, 연성 법인격과 같은 주장은 도시의 국제법상 활동을 강조하는 단순한 수사(rhetoric)로 평가될 뿐이다.

도시의 국제법상 자율적 법인격을 가져야 하며, 도시가 국제법상 자율적 법인격을 갖는 것이 바람직하다는 점을 강조하는 Blank조차 도시의 국제법상 법인격은 국가의 국제법상 법인격을 대체하는 것은 아니며, 오히려 이를 보완하는 것으로 주장한다.⁶⁹⁾ 사실상 Blank의 주장은 도시가 국제법상 국가와 무관한 법인격을 가질 필요가 없다는 주장과 같은 것이다. 반복건대, 도시의 국제법상 자율적 법인격은 도시가 국가의 하부 기관이라는 성격을 유지하는 한, 국제법상 수용되기 어렵다. 국제관계에서 도시의 증대된 역할이 국제법 체제에서

66) Y. Blank, “Federalism, Subsidiarity, and the Role of Local Governments in an Age of Global Multilevel Governance,” 38 *Fordham Urban Law Journal* (2010), pp. 549-557.

67) Swiney, *supra* note 40, pp. 269-273.

68) L. Eslava, *Local Space, Global Life: The Everyday Operation of International Law and Development* (Cambridge Univ. Press, 2015), pp. 139-173, 237-292.

69) Blank, *supra* note 44, p. 114.

수용될 수 없는 국제법 관련 현상이라면, 도시가 국가의 하부 기관이라는 점은 이론의 여지 없는 국제법 그 자체이기 때문이다.

2. 국제법상 도시는 자체의 국제책임을 부담해야 하는가?

국제법상 법인격 또는 주체성 관련 쟁점은 특정 행위자가 국제법상 권리를 행사하고 의무를 부담하는 자격을 갖추고 있는가에 관한 문제를 다룬다. 국제법상 의무 이행의 측면에서 특정 행위자가 법인격을 갖는 것으로 간주된다면, 이 행위자는 국제의무위반에 대한 책임 또한 부담하는 행위자로 간주된다. 즉, 국제법상 법인격은 국제법상 책임능력과 밀접한 관련을 맺는다.

현행 국제법상 국제의무위반에 따른 법적 결과를 다루는 국제책임체제(international responsibility regime)는 국제법상 법인격의 경우와 마찬가지로 국가 중심적 관점에 근거하고 있다. 비록, 국제기구, 개인, 제한된 범위에서 무장단체 또는 다국적기업의 국제책임을 규율하는 국제책임체제가 존재하지만, 새롭게 등장하는 다양한 국제법상 행위자 각각을 규율하는 국제책임체제가 충분히 완비되어 있지 않다. 상기에서 언급한 바와 같이 국가의 하부 기관으로서 도시는 별개의 국제책임체제가 필요하지 않다. 비국가행위자로서 도시는 또한 국제책임체제 밖에 존재하는 국제법상 행위자로 취급될 수 있으며, 따라서 국제책임체제의 적용은 논리적으로 불가능할 수 있다.

국가의 하부 기관으로서 도시의 국제위법행위는 국가를 배후로 다루어진다. 즉, 도시의 국제위법행위에 대한 전통적인 접근은 도시가 속한 국가의 상당주의의무(due diligence)에 근거하며, 이에 따라 도시의 국제위법행위에 대한 책임은 소위 ‘간접책임’(indirect responsibility)으로 이해될 수 있다.⁷⁰⁾ 국가책임초안 제4조에 따라 국가는 자신의 하부 기관의 국제위법행위에 관한 국제책임을 부담한다.

상기에서 언급한 ICJ의 *LaGrand* 사건, 집단살해방지협약의 적용 관련 사건에서 도시, 즉 국가의 영토적 단위의 국제위법행위에 대한 국제책임을 국가가 부담해야 한다는 점은 이론 없이 수용되고 있다. 아울러, 국제투자법 분야에서도 도시의 국제위법행위에 대하여 국가가 책임을 진다는 점은 명확히 확인되고 있으며,⁷¹⁾ 국제인권법 분야 또한 국가는 지방 당국의

70) J. Hessbruegge, “The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law,” 36 *New York University Journal of International Law and Politics* (2004), p. 268.

71) *Metalclad v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/(AF)/97/1, Award (2000); *Mondev International Ltd v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award (2002).

행위임을 주장함으로써 국가가 국제책임에서 면제될 수 없다는 점을 분명히 하고 있다.⁷²⁾

도시는 국가의 하부 기관으로서 자신이 속한 국가가 이행해야 하는 국제법상 의무를 준수해야 한다. 비국가행위자가 아닌 국가 하부 기관으로서 도시의 국제책임체제상 지위는 연방 국가를 구성하는 주(state)의 지위와 유사한 것으로 볼 수 있다.⁷³⁾ 국제책임체제의 관점에서 도시를 연방 국가의 주로 간주하는 이러한 입장은 사실상 도시를 국제법상 자율적 법인격을 갖는 주체로 간주하지 않는 입장과 동일하다.

국제책임체제상 도시의 국제위법행위는 국가의 하부 기관이라는 도시의 지위를 감안할 때, 국가가 최종적인 국제책임을 부담하므로 복잡한 문제를 야기하지 않는 것으로 생각할 수 있다. 그러나, 근본적인 문제는 국제관계에서 도시의 활동이 비약적으로 증가하는 것에 따라 도시의 국제위법행위 또한 증가할 수 있다는 것이다. 기후변화, 인권 보호, 난민 문제 등과 같은 국제공동체가 직면한 문제에 관하여 도시는 국가와 무관하게 이러한 문제를 직접 다루고 있다.⁷⁴⁾

그러나, 국제관계에서 이와 같은 도시의 양적 및 질적 영향력의 증대가 긍정적인 결과만을 가져오는 것은 아니다. 즉, 국가의 통제를 벗어난 도시의 활동에 따라 국가가 부담해야 하는 국제책임을 도시가 유발할 가능성을 배제할 수 없다. 국제관계에서 양적 및 질적으로 증가된 도시의 활동에 따라 국가를 매개로 하지 않는 도시만을 대상으로 하는 국제책임체제의 형성 필요성이 바로 이러한 문제의식에서 제기된다.

도시는 일반적으로 국제법을 심각하게 위반하는 대표적인 행위자로 인식되지는 않는다. 그러나, 도시가 국제법의 중요한 규범을 심각하게 위반할 수 있는데, 르완다국제형사재판소(ICTR)가 다룬 *Akayesu* 사건이 이를 나타내는 사례이다.⁷⁵⁾ 아울러, 국제인권법 위반에 지방당국이 국제책임을 진 경우도 어렵지 않게 찾을 수 있다.⁷⁶⁾ 국제책임체제에서 도시를 주목해야 하는 이유는 국가가 이행하기로 약속한 국제의무와 관련한 다양한 상황이 실제로 도시에서 발생된다는 것이다. 특히 인권 및 환경 관련 국제법상 의무는 비록 이러한 의무의 이행을 약속한 국가 영토 전역에서 이행되어야 하지만, 실제로 다수의 사람이 거주하는 도시에서 인권 및 환경 관련 국제법상 의무는 현실적으로 다른 차원의 함의를 갖는다.

물론, 상당주의의무에 따라 도시의 국제의무위반행위에 대하여 국가가 국제책임을 부담해야 하지만, 도시가 국가의 통제를 벗어나 자체적인 영향력을 발휘하기 위하여 국가가 이

72) Final report of the Human Rights Council Advisory Committee, *supra* note 21, para. 17.

73) K. Creutz, "Responsibility," in Aust & Nijman, *supra* note 12, p. 139.

74) S. Sassen, "Local Actors in Global Politics," 52 *Current Sociology* (2004), pp. 650-656.

75) ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, (1998).

76) *Case of E. and Others v. The United Kingdom* App No. 33218/96 (ECtHR, 26 Nov. 2002).

행해야 하는 국제법상 의무 이행을 거부하는 경우에 더욱 어려운 문제가 발생할 수 있다.⁷⁷⁾ 이러한 경우에 국제의무를 실제로 이행하지 않은 주체는 도시이지만, 도시의 국제위법행위로 인하여 국가가 국제책임을 부담하는 것을 단순히 상당주의의무를 다하지 않았다는 이유로 당연시하는 것은 부당한 것일 수 있다. 이러한 맥락에서 도시와 국가 간의 관련성 요건을 수정하여 도시를 국제법상 직접 책임을 부담하는 주체로 간주해야 한다는 주장은 일견 주목할 만하다.⁷⁸⁾ 그러나, 상당주의의무의 행위 의무적 성격 및 도시가 실제로 국가가 이행해야 하는 국제법상 의무 이행을 거부하는 사례는 드문 것으로 생각되는바, 이러한 주장이 국제책임체제 관련 국가와 도시의 실행에 기반한 것인지는 의심스럽다.

도시가 국제법상 국가와 분리되어 직접적인 국제법상 책임을 부담할 수 없다면, 적어도 국가와 함께 공유 책임(shared responsibility)을 부담하는 주체로서 인정되어야 한다는 주장도 제기되고 있다.⁷⁹⁾ 도시와 국가의 공유 책임 형성 가능성을 주장하는 Creutz는 연방 국가의 연방 정부와 주 간의 관계를 기반으로 Spiro가 제시한 소위 “공동관리책임”(condominium responsibility)이 도시와 국가의 공유 책임 이론 형성에 적지 않은 도움이 될 것으로 설명한다.⁸⁰⁾

그러나, 국제법의 실행에서 국제기구와 국가의 공유 책임 문제는 논의되고 있지만, 국가와 하부 기관의 공유 책임 문제가 실제로 제기된 경우는 매우 드물다. 또한, 공유 책임이 성립하기 위해서는 일정한 요건을 충족해야 한다. 즉, 하나의 국제의무위반행위에 복수의 행위자가 관련되어야 하며, 국제의무위반행위에 대한 복수 행위자의 기여가 인과관계에 근거해서 개별적으로 귀속될 수 없어야 한다.⁸¹⁾

비록, 공유 책임이 국가의 통제를 넘어서 활동하는 도시의 국제의무위반행위에 대한 국가의 국제책임 부담을 경감시켜주는 이론적 근거가 될 수 있겠지만, 도시가 상기한 공유 책임의 성립 요건을 충족할 수 있을지는 의문이다. Creutz 또한 공유 책임이 국제법상 도시에 관한 국제책임체제 형성 관련 가장 현실적인 가능성이 될 것으로 설명하면서도 도시와 국가 간의 공유 책임이 어떻게 개념화될 수 있을 것인가에 관하여는 부정적인 입장이다.⁸²⁾

국제책임체제가 국제관계에서 활동하는 모든 행위자의 국제의무위반행위에 대한 최적의

77) Blank, *supra* note 39, p. 929.

78) A. Bjorklund, “The Participation of Sub-national Government Units as Amici Curiae in International Investment Disputes,” in C. Brown & K. Miles (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge Univ. Press, 2011), pp. 298, 303.

79) Creutz, *supra* note 73, p. 142. 공유 책임에 관한 개괄적 논의는 A. Nollkaemper & I. Plakokefalos (eds.), *Principles of Shared Responsibility in International Law* (Cambridge Univ. Press, 2014) 참조.

80) Creutz, *supra* note 73, p. 143. R. Spiro, “The States and International Human Rights,” 66 *Fordham Law Review* (1997), pp. 588-592.

81) A. Nollkaemper & D. Jacobs, “Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework,” 34 *Michigan Journal of International Law* (2013), pp. 366-368.

82) Creutz, *supra* note 73, pp. 143-144.

대응 방안을 마련하고 있지 않다는 점은 주지의 사실이다. 이는 국제책임체제가 새롭게 등장하는 행위자의 국제의무위반행위를 적절히 포섭하지 못하는 점에서 기인한다. 그러나, 한편으로 국제관계에서 활동하는 모든 행위자의 예상 불가능한 국제의무위반행위에 대하여 완벽한 국제책임체제를 마련하는 것은 사실상 불가능한 것이다.

아울러, 국가, 국제기구, 개인, 비국가행위자 등과 같은 다양한 국제법상 행위자 각각에 대한 국제책임체제의 형성 시도는 국제책임체제의 파편화를 야기할 가능성이 있다. 이러한 의미에서 국제책임체제상 도시가 국가와 분리되어 또는 국가와 무관하게 직접적인 국제책임을 지는 것으로 보는 것은 부적절하며, 이를 뒷받침하는 국가나 도시의 실행 또한 쉽게 찾을 수 없다. 국가의 통제를 벗어난 국제관계에서의 도시 역할의 증대와 이를 통해 도시가 국가와 분리되거나 심지어 국가와 무관한 국제관계의 행위자가 되는 경우, 비로소 도시의 국제법상 직접 책임 또는 국가와의 공유 책임을 반영하는 도시 관련 국제책임체제 형성 관련 논의가 진행될 것으로 보인다. 단, 이러한 상황은 도시가 이미 국가와 구분되는 국제법상 별개의 주체로 인식된 후에야 가능할 것으로 생각된다.

3. 대안적 접근의 비판적 검토

국제법상 도시의 직접 책임 가능성을 우회하는 방법으로 국제책임체제를 형성하는 기본적인 시각의 변화 필요성이 제시된다. 즉, 법적 책임(legal responsibility)에서 책무성(accountability)으로 국제책임체제의 구조적 변환이 주장된다.⁸³⁾ 아울러, 도시의 국제법상 법인격 문제 또한 국제법적 권한(international legal authority) 측면에서 검토된다면, 어려움 없이 해결될 것으로 주장하는 견해가 있다.⁸⁴⁾

국제관계에서 증가하는 도시의 활동을 책무성 측면에서 검토함으로써 국제책임체제와 도시 간의 간격을 채우려는 시도는 사실상 도시의 국제관계에서의 활동에 대한 규율 메커니즘 필요성을 주장하는 것과 같다. 즉, 국제법상 책임의 주요 목적을 국제의무위반행위로 인하여 발생하는 권리 침해의 구제가 아니라 위협 관리로 보는 입장이다.⁸⁵⁾ Klabbers는 국제법의 법원과 행위자 측면에서의 질적 및 양적 변화가 현재 국제법의 관점에서 적절히 반영되지 않고 있으며, 이러한 상황에서 법적 책임은 법적 구속력을 갖지 않는 기준 설정 및

83) *Id.*, pp. 144-145.

84) H. Aust, "Cities as International Legal Authorities-Remarks on Recent Developments and Possible Future Trends of Research," 4 *Journal of Comparative Urban Law and Policy* (2020), pp. 86-87.

85) M. Karavias, "Shared Responsibility and Multinational Enterprises," 62 *Netherlands International Law Review* (2015), p. 115.

감독 체제로 작동되는 넓은 의미의 책무성으로 대체되고 있다고 주장한다.⁸⁶⁾

국제법적 권한 또한 “국제공적권한 행사”(the exercise of international public authority) 측면에서 검토되는 것으로 주된 내용은 국제관계에서 활동하는 행위자의 범주의 세분화 및 국제법 법원의 유연화를 강조한다.⁸⁷⁾ 국제공적권한 행사는 행위자를 국제법적 권리의 행사 및 의무의 이행 관점에서 분류하고, 이러한 행위자를 최적으로 규율하기 위하여 어떠한 국제법적 근거를 고안해야 하는지에 초점을 맞춘다.

법적 책임에서 책무성으로의 전환 강조 및 국제법 법인격 문제를 우회하는 국제법적 권한 모두 도시의 국제법상 독자적 법인격 필요성 및 도시의 국제법상 직접 책임을 긍정하는 주장을 이론적으로 뒷받침할 수 있다. 그러나, 책무성과 국제법적 권한 모두 현행 국제법 프레임워크에서 확립된 지위를 갖는 것으로 이해되거나 수용되는 것은 아니다. 도시의 책무성은 주로 국내법적 측면에서 검토되고 있으며,⁸⁸⁾ 국제법적 측면의 검토 또한 국제기구와 관련하여 국제기구가 주도하는 의제 달성에 책임을 부담한다는 일반적인 의미로서 책무성이 언급되며, 심지어 책임과 혼용하여 책무성 개념이 활용된다.⁸⁹⁾

다국적기업의 인권 침해에 대하여 책무성이 주로 언급되는 이유는 다국적기업이 국가 중심적 국제책임체제에 포섭되기 어려운바, 책임을 포괄하는 광의의 의미로서 책무성을 활용하는 것으로 이해할 수 있다.⁹⁰⁾ 다국적기업과 관련하여 언급되는 책무성을 도시에 유추 적용할 수 있겠지만, 도시가 갖는 국가의 하부 기관이라는 성격에 따라 이는 적절하지 않다. 즉, 책무성이라는 개념이 국제책임체제 밖에 위치하는 국제관계에서 활동하는 행위자를 포섭하기 위한 것이라면, 국제관계에서 도시의 활동에 책무성을 관련시키는 것은 오히려 도시를 국제법의 범위에서 배제하는 결과를 초래할 수 있다.

국제법적 권한의 경우, 도시와 국제법의 상관관계를 검토함에 있어서 직면하는 국제법상 법인격 또는 주체성 문제를 우회하는 장점을 가진다. 그러나, 국제법상 법인격 또는 주체성 문제를 우회하는 것은 비국가행위자로서 도시의 성격을 상대적으로 강조하는 것으로 오인

86) J. Klabbbers, *International Law*, 3rd ed. (Cambridge Univ. Press, 2021), pp. 358-359.

87) 국제공적권한 행사에 관한 개괄적 논의는 김성원, “국제공적권한 행사에 관한 일고찰”, 『동아법학』, 통권 제67호 (2015), 357-387쪽; A. von Bogdandy, et al. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law* (Springer, 2009) 참조.

88) J. Trounstein, “Representation and Accountability in Cities,” *13 Annual Review of Political Science* (2010), pp. 417-418.

89) E. Suzuki & S. Nanwani, “Responsibility of International Organizations: The Accountability Mechanism of Multilateral Development Banks,” *27 Michigan Journal of International Law* (2005), pp. 203-223; V. Vergara, “The Key to Making Cities More Resilient? Accountability,” *Independent Evaluation Group-World Bank Group* (Oct. 30, 2019) (<https://ieg.worldbankgroup.org/blog/key-making-cities-more-resilient-accountability>, 2022.10.2).

90) L. Backer, “Unpacking accountability in business and human rights: the multinational enterprise, the State, and the international community,” in L. Enneking et al. (eds.), *Accountability, International Business Operations, and the Law: Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains* (Routledge, 2019), pp. 60-86.

될 수 있으며, 국제법적 권한이라는 용어 자체로부터 도시가 현행 국제법 체제에서 국제법상 독립적이고 자율적인 법인격을 갖는 주체가 아니라는 점을 반증하는 것이다.

물론, 법적 책임에서 책무성으로 전환 및 국제법적 권한의 등장이라는 국제법 구조의 변화를 무시할 수 있는 것은 아니지만, 어디까지나 이러한 국제법 관련 현상은 국가 또는 국제기구의 구체적 실행 및 명확한 개념화를 거쳐 국제법 체제에 수용된 이후에나 정확한 평가가 가능한 것이다. 사실, 도시의 국제법상 영향력을 긍정하고 이에 따라 도시가 국제법상 자율적이고 독립적인 법인격을 갖춘 주체로 인정되어야 한다고 주장하는 국제법 학자들이 활용하는 용어는 현행 국제법 체제를 우회하는 전략에 근거하고 있다는 점을 보여준다.

“비당사자 이해관계자”(non-party stakeholders),⁹¹⁾ “다중 이해관계자”(multi-stakeholders)⁹²⁾ 또는 “독립 대리인”(independent agents)⁹³⁾이라는 국제법 주체와 관련된 용어 및 “국제지방정부법”(international local government law)⁹⁴⁾ 또는 “지방 자치 단체 간 협력”(inter-municipal cooperation)⁹⁵⁾이라는 도시 간 협력 네트워크와 관련된 용어는 현행 국제법적 용어로는 국제관계에서 도시의 적극적 영향력을 기술할 수 없다는 점을 보여준다. 이와 같은 용어들이 소위 국제법 사전에 포함되기 위해서는 구체적인 실행과 명확한 이론화를 거쳐야 할 것이다.

법적 책임에서 책무성으로, 국제법적 권한 모두 도시의 국제법상 자율적 및 독립적 법인격과 책임능력을 강조하기 위해 도입된 것이다. 왜 이러한 대안적 접근이 주장되는 것인가? 이는 결국 도시와 국가 간의 관계, 특히 국가와 도시가 긴장 관계를 형성한다는 점을 강조함으로써 유발되는 것으로 이해할 수 있다. 상기에서 언급한 바와 같이, 도시는 국가를 넘어서 때로는 국가에 반하는 방식으로 국제관계에서 활동을 전개하고 있으며, 인권 보호 및 환경 보호 측면에서 이는 국제법적 의무의 적극적 이행으로 긍정적으로 평가되는 측면도 있다. 실제로 국제법적 문제에 있어서 도시와 국가는 긴장 관계를 형성하는가?

현실은 이와 다른 것으로 생각된다. 국가와 도시는 서로 보완적인 관계를 형성하는 것으로 보는 것이 바람직하다. 국가의 행위로 보이는 주요한 활동은 사실상 그 국가를 상징하는 대도시에 의해서 행해지며, 도시가 국제관계에 참여할 수 있는 것은 국가의 권한 부여

91) J. Ellis, L. Re & F de Lorenzo, “How national governments can facilitate increased mitigation action from non-Party stakeholders: insights from urban renewable electricity and REDD+,” *Climate Change Expert Group Paper No. 2022(2)*, OECD (May 2022)(<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/d2374fc8-en.pdf?expires=1664715628&id=id&accname=guest&checksum=9B36BE263F51BD35DBB56E336D34FCFB>, 2022.10.2).

92) A. MacDonald, et al., “Multi-stakeholder Partnership (SDG #17) as a Means of Achieving Sustainable Communities and Cities (SDG # 11),” in W. Filho (ed.), *Handbook of Sustainability Science and Research* (Springer, 2018), pp. 193-209.

93) Blank, *supra* note 39, p. 869.

94) G. Frug & D. Barron, “International Local Government Law,” 38 *The Urban Lawyer* (2006), pp. 12-22.

95) G. Lintz, “A Conceptual Framework for Analysing Inter-municipal Cooperation on the Environment,” 50 *Regional Studies* (2016), pp. 957-964.

에 따른 것이다. 또한, 도시가 국제관계에서 적극적으로 활동하기 위해서는 자신의 활동을 보호해줄 수 있는 법적 보호장치가 필요하다.⁹⁶⁾

즉, 도시가 국제관계에 적극적으로 자신의 영향력을 행사하기 위해서는 도시의 활동을 보장하는 안전한 환경이 조성되어야 하는데, 이러한 환경은 결국 국가에 의해서 조성되는 것이다. 국제관계에서 도시의 활동은 다른 국가, 도시 또는 개인과 충돌을 유발할 수 있다. 사실상 이러한 문제는 도시가 속한 국가가 제공하는 법적 메커니즘에 의해서 해결되는바, 도시는 국가가 필요하게 된다. 도시의 국제관계에서 증대된 역할에도 불구하고 도시는 왜 “자급 자족적인 지방 자치 단체 간 법적 질서”(a self-sufficient intermunicipal legal order)의 형성을 요구하지 않는가에 대한 답변을 도시의 국가 필요성에서 찾을 수 있을 것이다.⁹⁷⁾

국제관계에서 도시의 활동이 증가될수록, 도시와 국가의 상보관계는 더욱 공고해질 것으로 보인다. 도시가 국제법에 반하는 국가의 외교 정책의 수행에 대하여 반대 입장을 취하는 경우에도 이는 궁극적으로 국가가 국제법에 합치되는 외교 정책을 수립하는 것을 유도할 수 있는바, 이를 국가와 도시 간의 긴장 관계 형성으로 보는 것은 바람직하지 않다고 생각된다.

IV. 결론

1648년 국가 중심적 국제체제가 형성된 후 국제체제는 많은 도전을 받아왔지만, 그럼에도 불구하고 웨스트팔리아체제를 구조적으로 대체하는 국제체제는 아직 확립되지 않았다. 국가는 여전히 국제관계에서 적지 않은 영향력을 행사하며, 국제기구, 개인 및 비국가행위자의 국제법상 지위가 향상되었다고 하더라도, 이러한 행위자는 국가가 제공하는 국제법 체제의 도움 없이는 실제로 국제관계에서 적극적인 활동을 전개하기는 어렵다.

도시는 국가의 하부 기관 및 비국가행위자로서 성격을 동시에 갖는 국제법상 행위자로 이해되고 있다. 상기에서 검토한 바와 같이 도시가 국가의 하부 기관으로 인식되는 경우, 도시는 국가에 함몰되거나 국가를 매개체로 활동하는 이차적 존재로서 도시의 독자적 국제법상 법인격 또는 주체성이 드러나지 않거나 불필요한 것으로 인식되고 있다. 도시가 비국가행위자로 이해되는 경우, 비록 국가와의 관련성에서는 벗어나서 자유롭게 활동할 수 있겠지만, 비국가행위자로서의 성격 때문에 도시의 국제관계에서의 역할은 국제법상 합의를

96) A. Beaudouin, “Sovereignty,” in Aust & Nijman, *supra* note 12, p. 183.

97) *Id.*

갖지 못할 수 있다.

국제관계에서 도시가 보여주는 영향력에도 불구하고, 도시의 이중적 성격 때문에 도시는 국제법상 적절히 포섭되지 않는 상태이며, 특히 도시의 국제법상 법인격 및 주체성, 국제책임체제에서 도시의 책임능력은 적지 않은 쟁점을 던져주고 있다. 이에 관하여 국가와의 관련성을 배제하는 도시의 국제법상 자율적 법인격을 인정하고, 이를 통해 도시는 국제책임체제에서 독자적 책임능력을 갖는 국제법상 주체로 인정해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 이러한 주장은 국제관계에서 도시가 현시하는 상당한 영향력을 감안할 때, 일견 설득력이 있는 것으로 보인다.

그러나, 이러한 주장은 도시와 국제법의 상관관계를 검토함에 있어서 국제관계에서 발견되는 도시의 영향력에 대한 상대적인 강조에서 비롯된 것으로 평가할 수 있다. 환언하면, 국제관계에서 도시의 역할과 관련된 국제법 관련 현상을 강조함으로써 현행 국제법 체제에 대한 상세한 검토를 의도적으로 누락한 면이 있다. 이러한 전략적 우회는 이해될 수 있는데, 현행 국제법 체제가 국가 중심적 관점에 확고히 근거하고 있기 때문에 국제관계에서 도시의 역할을 강조하기 위하여 있어야 할 국제법(*lex ferenda*)을 상정하기 때문이다.

웨스트팔리아체제 이후, 왜 국가가 여전히 국제관계 및 국제법에서 우월적 지위를 가지고 있는지에 대하여 많은 비판이 있었고, 그러한 비판이 여전히 계속된다는 점은 주지의 사실이다. 중요한 점은 웨스트팔리아체제를 대체하는 다른 국제체제가 아직 설계되지 않았다는 점이다. 1648년 이전 국가는 1648년 이후 국가와 국제관계에서 다른 행위자였다는 점을 감안할 때, 오늘날 국제법에서 차지하는 도시의 지위가 향후 변화될 가능성을 배제할 수 없다. 글로벌 법다원주의 또는 초국경법 측면에서 도시는 이미 국가와 분리되거나 심지어 국가와 무관한 독립적 법인격을 갖는 국제법상 행위자로 인식되고 있다. 그러나, 현실적으로 도시는 국가를 통해서 국제관계에서 자신의 입장을 주장할 수 있으며, 국가 또한 국제법의 가치와 목표를 달성하기 위하여 도시를 필요로 한다는 점을 고려할 때, 도시와 국가는 상보관계를 형성하며 견제와 균형을 통해서 글로벌 거버넌스의 의제를 협력하는 공동행위자로 이해하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

국제법의 구조는 동적 구조이며, 이는 국제관계의 현상과 현실을 반영해야 한다. 이러한 점에서 국제법의 구조는 개방성을 유지해야 하지만, 한편으로는 국제법 구조 자체를 유지해온 핵심 원칙은 준수되어야 한다. 국제법의 구조가 국제법상 다양한 행위자를 포괄하는 개방적인 체제로 전환되는 것은 국제법의 포괄성을 제고하는데 도움이 될 것이다. 그러나, 다양한 행위자가 유발하는 문제 또한 해결해야 한다는 점에서 국제법은 보다 난해한 문제

를 해결해야 하는 부담을 갖게 될 것이다. 도시와 국제법의 상관관계의 연구는 국제법의 개방성과 포괄성 측면에서 고려되어야 할 많은 쟁점을 다루어야 할 것으로 생각된다.

국제법 연구자에게 Aarhus, Geneva, Hague, Montevideo, Ramsar, Versailles, Vienna 등 수 많은 도시는 낯선 존재가 아니다. 국제법의 다양한 분야는 실제로 이러한 도시의 명칭으로 대표되기도 한다. 이란이 아니라 Ramsar, 덴마크가 아니라 Aarhus로 기억되지만, 중요한 점은 이러한 도시가 속한 국가의 외교 전략이 없었다면, 이러한 도시는 국제법의 관련 분야를 대표하는 대명사가 될 수 없었다는 점이다. 왜 Hague가 국제법의 도시가 되었는가? Hague가 국제법의 도시가 되기 위해서 직·간접적으로 노력하였던 네덜란드의 역할을 무시해서는 아니 될 것이다.

제2분과위원회(국제해양법학회 공동) · 제3분과위원회

* 법학전문대학원 20207호

■ 제1세션 ■

[좌 장] 정진석(국민대학교 법과대학 교수)

20세기 초반, 도서 영유권 취득에 관한 주요 쟁점 연구

- 독도 영유권에 대한 합의 -

[발 표] 이서희(한국해양수산개발원 전문연구원)

[토 론] 민영훈(한국해양수산개발원 전문연구원)

유엔해양법협약과 자율운항선박: 해양환경 오염 문제를 중심으로

[발 표] 정다운(싱가폴국립대학교 연구원)

[토 론] 천정수(한국해양대학교 해양군사학과 교수)

■ 제2세션 ■

[좌 장] 서원상(극지연구소 전략기획부장)

국제법상 자연의 권리와 지속가능발전 원칙의 조화

[발 표] 조희문(한국외국어대학교 법학전문대학원 교수)

[토 론] 심상민(아산정책연구원 연구위원)

국가관할권 이원지역의 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용에 관한

제5차 정부간회의 주요 논의 현황

[발 표] 이창열(한국해양과학기술원 책임연구원)

[토 론] 김현정(연세대학교 정치외교학과 교수)

20세기 초반, 도서 영유권 취득에 관한 주요 쟁점 연구

- 독도 영유권에 대한 합의 -

이 서 희*

목 차

- I. 서론
- II. 국제재판소의 도서 영유권 판단 기준
- III. 조약 체결을 통한 도서 영유권 부여
- IV. 결론 : 독도 영유권에 대한 합의

I. 서론

1905년 2월 22일, 일본은 독도를 시마네현으로 편입하였다. 이 사안을 국제법적으로 평가하려면, 1905년 당시의 국제법을 규명해야 한다. 그 이유는 일반적으로 당시의 법에 따라 영토 획득의 유효성을 판단하기 때문일 것이다.¹⁾ 예컨대, 팔마스 사건의 단독 중재재판관 막스 후버(Max Huber)에 따르면, “법적 사실은 그것과 동시대의 법에 비추어 평가되어야 한다”고 전제한 바 있다.²⁾ 사실 최초의 보편적 국제기구인 국제연맹이 창설되었던 1920년 이전 시기에는 다자조약이 거의 체결되지 않았고, 국가실행도 분명하지 않았다. 이처럼 1905년은 국제법 역사에서 다소 모호한 시기였으나, 국제법이 없었던 것은 아닐 것이다.

이에 이 연구에서는 20세기 초반, 국제재판소의 판례와 스텔바르 군도 사례를 통해 도서 영유권 취득에 관한 주요 쟁점을 살펴보고자 한다. 이를 위해 국제법 역사의 흐름을 선결

* 한국해양수산개발원 전문연구원, 법학박사.

1) 김대순, 『국제법론』, 제20판 (삼영사, 2019), 986면.

2) *Island of Palmas case (Netherlands, USA)*, 4 April 1928, *Reports on International Arbitral Awards, Volume II*, p. 845.

적으로 이해할 필요가 있다. 근대 국제법 주체였던 “국제사회(Family of Nations)”는 유럽에 위치한 기독교 국가로 구성되었고, 당시의 국제법은 이 국가들 간의 법이었다. 따라서 근대 국제법을 유럽 국제법(European Law of Nations)이라고도 하였다.³⁾ 일본이 “국제사회”에 합류한 시점은 일반적으로 19세기 중·후반이라고 한다.⁴⁾

당시 국제재판소가 내린 판결은 이전의 국제법 규범과 실행을 모두 포함하고 있기에, 도서 영유권에 대한 법적 판단이 내려진 사건을 살펴볼 필요가 있다. 따라서 독도가 시마네현에 편입된 시기와 유사한 1933년 동부 그린란드 사건의 상설국제사법재판소(Permanent Court of International Justice, 이하, “PCIJ”)의 판결과, 1928년 팔마스 사건, 1932년 클리퍼튼 사건의 상설중재재판소 판정 내용을 분석하고자 한다. 이 판례에서 나타난 도서 영유권 기준에 관한 검토 및 분석은 이미 기존 연구에서 상당 부분 진행되었다. 이 논문에서는 이와 같은 기존 연구의 내용을 재정리하고자 한다. 나아가 당시 도서 영유권과 관련하여 체결된 스발바르 군도 조약의 체결 배경 및 주요 내용을 검토하고자 한다.⁵⁾ 1920년 스발바르 군도 조약 체결 이전까지 이 군도에 관한 국가들의 영유권 주장을 검토하고, 그 내용을 합의해 나가는 과정을 살펴볼 것이다. 끝으로, 20세기 초반의 시기 도서 영유권에 관한 주요 쟁점을 1905년 일본이 독도를 시마네현에 편입한 사안에 적용하여 그 합의를 도출하고자 한다.

II. 국제재판소의 도서 영유권 판단 기준

1. 무주지 선점의 개념

국가가 영토를 취득하는 방법에는 자연작용, 시효, 정복, 무주지 선점, 할양 등이 있다. 이 중 무주지 선점은 19세기 후반에 국가들의 영토 취득을 위해 일반적으로 인정된 법적 방법이었다.⁶⁾ 국제법상 무주지(*terra nullius*)란, 처음부터 어떤 국가에 귀속되어 본 일이 없

3) 서술의 편의상 1945년 이전에 해당하는 시기를 “근대 국제법”으로 구분한다. Lassa Oppenheim, *International Law, A Treaties*, 2nd edition, (Longmans, 1912), p. 32.

4) Lassa Oppenheim, *Ibid*, p. 72.

5) 영국과 네덜란드는 스발바르 군도를 스피츠베르겐(Spitsbergen) 군도라고도 하였다. 현재는 노르웨이를 포함한 다른 국가도 스발바르 군도라는 지명을 보편적으로 사용하고 있으므로, 이 논문에서는 스발바르 군도라는 용어를 사용하기로 한다.

6) 1975년 서부 사하라 사건에서 국제사법재판소는 서부 사하라 지역에 사회적·정치적 기관이 있는 부족들과 인민들이 거주하고 있었기에 무주지가 아니라고 하였다. 따라서 해당 영토에 대한 주권 취득은 무주지 선점이 아니라고 해석하였다. *Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975*, paras. 79-80 ; 무주지 선점은 유럽 국가들 간 식민지 쟁탈 과정에 합리적인 규칙을 제공하였고, 영토 취득의 근거가 되었다. 따라서 무주지 선점은 유럽국가의 식민화에 기여한 측면이 있었다. 정인섭, 『신국제법강의 : 이론과 사례 제11판』, (박영사, 2021), 16면.

거나 국가가 버린 영토를 의미한다.⁷⁾ 무주지는 선점과 매우 밀접한 관련이 있는데, 그 이유는 선점은 무주지에만 적용될 수 있기 때문이다. 서사하라 사건에서 국제사법재판소는 국가실행에 따르면, 국가 수준에 이르지 못했지만 사회적·정치적 조직을 갖춘 종족 또는 민족이 거주하는 영토는 무주지로 간주되지 않았다고 하였다.⁸⁾ 이 사건에서 국제사법재판소가 제시한 무주지의 정의에 따르면, 사회적·정치적 조직을 갖추지 못한 사람이 거주하는 경우도 무주지로 간주되지 않았는지에 대해 의문을 제기할 수 있다. 실제로 어떤 영토에 거주자가 있다고 해도, 해당 지역은 주인 없는 영토로 정의되기도 하였다.⁹⁾ 이러한 이유로 무주지 선점은 19세기 강대국이 영토를 취득할 때 근거가 되는 권원이었다. 사람이 거주한다고 해도, 주인이 없는 땅이 무주지라면, 해당 영토를 선점할 수 있기 때문이다. 일반적으로, 무주지 선점이 성립하려면 국가의 “주권자로서 행동하려는 의사(영유의 의사)”와 “실효적 지배”의 요건을 충족해야 한다.¹⁰⁾ 팔마스 사건과 동부 그린란드 사건에서 국제재판소는 도서 영유권 분쟁이 발생하면 먼저 해당 도서가 무주지에 해당하는지 선결적으로 검토한 후, 무주지의 근거가 되는 자료가 명확하지 않으면, “국가 권력의 실제적 행사”의 요건을 충족하는지 판단하였다.¹¹⁾

2. 국가 권력의 실제적 행사

1) 팔마스 섬 사건

스페인은 1898년 미국-스페인 전쟁에서 패배하였다. 이 전쟁이 끝난 후, 미국과 스페인은 필리핀 군도를 미국에 할양하는 파리조약을 체결하였다. 미국은 팔마스 섬이 이 조약에서 표시한 필리핀 군도 경계선 내 위치하고 있었기에, 이 섬을 할양받았다고 주장하였다.¹²⁾ 1906년 1월 21일, 미국의 한 관리가 팔마스 섬에 네덜란드 국기가 게양된 것을 발견하였고, 이 사실을 미국 정부에 보고하였다. 이로 인해 미국과 네덜란드 간의 분쟁이 발발하였다. 한편, 스페인은 16세기 발견을 통해 이 섬의 영유권을 확보했다고 주장하였다. 약 20년 동

7) 김대순, 앞의 책, 961면.

8) *Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, para. 80.*

9) 오시진, “무주지 선점론에 대한 비판적 고찰-19세기 후반 20세기 초반 근대 국제법을 중심으로-”, 국제법평론회, 『국제법 평론』, 제45호 (2016), 50면.

10) 김대순, 앞의 책, 914, 962면.

11) 박기갑, “도서 영유권 분쟁관련 국제판례에서 나타난 실효적 지배 내지 점유 개념과 독도영유권문제”, 대한국제법학회, 『국제법학회논총』, 제45호 제2권 (2000), 104, 112면.

12) *Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Reports on International Arbitral Awards, Volume II, p. 837.*

안, 미국, 스페인, 네덜란드 간 외교적 논쟁이 지속되다가 1925년 합의에 따라 이 사건은 상설중재재판소에 회부되었다.

팔마스 사건의 중재재판관은 1500년대 중반 스페인 탐험가들의 팔마스 섬 발견은 불완전한 권원이며, 합리적인 기간 내 실효적 점유에 따라 완성되어야 한다는 것이 19세기의 지배적인 견해라고 하면서 스페인의 주장을 배척하였다. 네덜란드는 1677년부터 혹은 1648년 이전부터 오늘날까지 팔마스 섬에 대해 자국이 주권을 행사했다고 주장하였다.¹³⁾ 이에 대해 중재재판관은 설령 파리조약에 따라 팔마스 섬이 미국으로 할양되었다고 하더라도, 불완전한 권원은 “국가 권력의 지속적이고 평화로운 행사”에 우선할 수 없다고 하였다.¹⁴⁾ 즉, 중재재판관은 팔마스 섬에 대한 “국가 권력의 지속적이고 평화로운 행사”를 영토주권의 구성요소로 인정하면서 네덜란드의 주장을 받아들인 것이다. 아울러 이 사건의 중재재판관은 국가의 권력 행사가 지속적이고 평화적이어야 할 뿐만 아니라, 공개적이어야 한다는 요건을 추가하였다. 아울러 약 2세기 동안 팔마스 섬에 대해 네덜란드 이외 타국의 주권 행사 조치가 없었다는 점도 근거로 제시하였다.¹⁵⁾ 이와 같이 팔마스 사건 중재재판관의 판정은 영토주권의 권원이 “국가 권력의 지속적·공개적이고 평화로운 행사”를 요구한다는 것이다.¹⁶⁾

2) 클리퍼튼 섬 사건

1931년, 프랑스와 멕시코 사이에서 클리퍼튼 섬 영유권 분쟁이 발생하였다. 이 사건에서 멕시코는 1896년 당시 과거 자국의 식민지 모국이었던 스페인의 클리퍼튼 섬 발견과 스페인으로부터 이 섬의 소유권을 양도받은 사실을 근거로 영유권을 주장하였다.¹⁷⁾ 반면, 프랑스는 무주지 선점과 실효적 지배를 근거로 이 섬에 대한 영유권을 주장하였다. 프랑스는 1858년 11월 7일, 프랑스의 한 해군 대위가 정부의 지시를 받아 해군 원정을 가게 되었을 때, 무인도인 클리퍼튼 섬을 발견하였다. 그는 11월 20일 클리퍼튼 섬을 떠났고, 이 섬을 발견했다는 사실을 호놀룰루에 위치한 프랑스 영사관에 통보하였다. 프랑스 영사관은 하와이 정부에 클리퍼튼 섬 발견 사실을 통보하였으나, 이 섬에 사람을 정착시킨다거나 자원을 활용하기 위한 조치를 취하지는 않았다. 1858년 12월 8일, 프랑스 영사관은 호놀룰루에서

13) *Ibid.*, p. 837.

14) *Ibid.*, p. 846.

15) 정인섭, 『신국제법강의 : 이론과 사례 제11판』, (박영사, 2021), 552면.

16) *Island of Palmas case (Netherlands, USA)*, 4 April 1928, *Reports on International Arbitral Awards, Volume II*, p. 838.

17) 1821년, 멕시코는 스페인으로부터의 독립을 선언하였다. Todd Jay Parriott, “Territorial Claims in Antarctica: Will the United States be Left Out in the Cold”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 1 (1986), p. 83.

발행된 폴리네시아 지에 클리퍼튼 섬에 대한 프랑스 주권을 알리는 영문광고를 게재하였다.¹⁸⁾ 이후, 1887년 말까지 프랑스를 비롯한 다른 국가들은 이 섬에 대해 분명하고 적극적으로 국가 권력을 행사하기 위한 어떤 행정 조치도 취하지 않았다. 또한, 이 시기까지 클리퍼튼 섬에 거주하는 사람도 없었다.¹⁹⁾

그러나 1892년부터 1917년 동안, 이 섬에 사람이 거주했던 것으로 판단된다.²⁰⁾ 당시 프랑스는 클리퍼튼 섬이 무인도라고 생각하고 있었다. 그런데 1897년 11월 24일, 프랑스 해군 태평양 정찰대 중 한 명이 클리퍼튼 섬에서 허가를 받지 않고 구아노를 채취하는 샌프란시스코 소재 인산염 회사 소속의 세 사람을 발견하였다. 이들은 프랑스 함대를 보고 미국 국기를 게양하였다. 이 때 프랑스 해군은 구아노를 수집하던 미국인을 추방하였고, 프랑스는 미국에 이에 대한 해명을 요구하였다. 이 사건을 계기로 클리퍼튼 섬 영유권에 대한 분쟁이 야기되었다. 1897년 이전에 이 섬과 관련된 프랑스의 행위는 1858년 무주지 선점 선언 뿐이었으므로, 클리퍼튼 섬에 대한 프랑스의 권원이 입증되어야 하는 결정적 시점은 1897년이었다. 따라서 이 사건의 쟁점은 무주지 선점 선언만으로 프랑스에 영유권을 부여하는 것이 충분한지에 관한 것이었다.

한편, 멕시코는 클리퍼튼 섬에 대한 프랑스의 무주지 선점 주장을 받아들이지 않았다. 1897년 12월 13일, 멕시코는 클리퍼튼 섬으로 포함(砲艦)을 파견하였다. 멕시코 장교 및 병사들은 클리퍼튼 섬에 상륙하여, 미국 국기를 내리고 멕시코 국기를 게양하도록 하였다.²¹⁾ 1897년 이후에는 스페인이 과거 클리퍼튼 섬을 발견했었다는 점을 근거로 이 섬에 대한 영유권을 주장하기 시작하였다.

이 사건의 단독 중재재판관 이탈리아 국왕 3세 에마누엘(Emmanuel)은 프랑스가 클리퍼튼 섬에 대한 권원을 취득했다고 판단하였다. 중재재판관의 판단은 프랑스가 영토를 취득할 때 국제법이 요구하는 조건을 만족시키는 효과적 선점의 달성 여부를 고려한 것이었다. 중재재판관은 프랑스가 1858년 당시 무주지인 클리퍼튼 섬을 발견했다고 하면서, 실질적인 주권 행사 없이 발견하는 것은 원시적 권원을 부여할 뿐이며, 국가가 해당 영토에 대해 권원을 획득하는 것은 불충분하다고 보았다. 그러나 중재재판관은 이러한 발견이 효과적인

18) Clipperton Island Arbitration, "Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island", *The American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 2 (1932), p. 391.

19) Edwin Dewitt Dickinson, "Editorial Comments [comments]", *American Journal of International Law*, Vol. 27, Issue 1 (1933), p. 132.

20) Jon Markham Van Dyke, "Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans' Resources", *Ocean Development and International Law*, Vol. 12, Issue 3-4 (1983), p. 287.

21) Clipperton Island Arbitration, "Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island", *The American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 2 (1932), p. 392.

선점에 의해 완성될 수 있다고 하면서, 프랑스의 선점이 실효적 지배의 요건을 충족시켰다는 결론을 내렸다.²²⁾ 중재재판관은 실효적 지배의 요건으로써 영토 편입 의사뿐만 아니라, 국가 권력의 실제적 행사를 제시하였다. 아울러 중재재판관은 국가 권력을 실제로 행사하는 방법으로 해당 지역을 효율적으로 통제할 수 있는 제도의 설치나, 이 지역의 법을 규율할 수 있는 기관이나 기구의 창설을 강조하였다.²³⁾

중재재판관은 클리퍼튼 섬의 영유권이 스페인에 부여되지 않는 이유를 밝혔다. 중재재판관은 스페인이 클리퍼튼 섬을 발견했다는 증거가 없으며, 설령 스페인이 이 섬을 발견했다고 해도 실효적 지배 요건을 충족하지 못한다고 하였다. 즉, 중재재판관은 스페인이 클리퍼튼 섬에 대한 주권을 정당하게 표시하지 않고, 단순한 발견을 근거로 이 섬에 대한 영유권을 주장했다고 판단하였다.²⁴⁾ 또한, 중재재판관은 이 섬에 대한 역사적 권원이 스페인의 식민지였던 멕시코에 있다고 해도, 멕시코가 클리퍼튼 섬에 대한 국가 권력을 실제로 행사한 것은 자국의 국기를 게양하는 상징적인 행위뿐이었기에 실효적 지배 요건을 충족하지 못했다고 하였다.²⁵⁾ 이처럼 중재재판관은 클리퍼튼 섬에 대한 스페인의 발견과 스페인으로부터 독립한 멕시코 국가 권력의 실제적 행사가 이루어지지 않았다는 판정을 내렸다.

3) 동부 그린란드 사건

동부 그린란드 사건은 노르웨이와 덴마크 간 발생한 도서 영유권 분쟁이다. 덴마크는 노르웨이와 합의하여, 그린란드의 영유권 문제를 PCIJ에 회부하기를 원하였으나, 약정체결로 인해 교섭이 무산되었다. 1931년 6월, 노르웨이 사냥꾼들은 동부 그린란드 일부를 점거하였다. 이후, 노르웨이가 동부 그린란드를 몇 차례 탐험하였고, 라디오 방송국을 설립하였다. 1931년 7월 10일, 노르웨이는 동부 그린란드가 무주지라고 하면서, 선점을 선언하였다.²⁶⁾ 그린란드 전체 섬에 대해 주권을 주장해 온 덴마크는 PCIJ헌장 제36조 5항에 따른 강제관할권 조항을 원용하여 노르웨이에 대한 재판을 청구하였다.²⁷⁾

22) *Clipperton Island case(Mexico v. France) RIAA, vol. II, p. 1110.*

23) Charles G. Fenwick, *International Law* (Appleton-Century-Crofts., 1948), p. 351.

24) Steven Wei Su, "The Territorial Dispute over the Tiaoyu/Senkaku Islands: An Update", *Ocean Development and International Law*, Vol. 36, Issue 1 (2005), p. 50.

25) Clipperton Island Arbitration, "Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island", *The American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 2 (1932), pp. 392-393.

26) Lawrence Preuss, "The Dispute Between Denmark and Norway over the Sovereignty of East Greenland", *American Journal of International Law*, Vol. 26, Issue 3 (1932), p. 481.

27) PCIJ헌장 제36조 5항은 다음과 같다. "Declarations made under Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice and which are still in force shall be deemed, as between the parties to the present Statute, to be acceptances

이 사건에서 PCIJ의 역할은 영토분쟁 양 당사국이 각각 영토 주권을 주장하는 경우, 주권자로서 행동하려는 의도와 의지, 또는 국가 권력의 실제적 행사 정도를 파악함으로써 상대적으로 누가 더 실효적 지배를 했는지에 따라, 해당 영토의 주권자를 판단하는 것이라고 하였다.²⁸⁾ 국제사회는 중앙집권적 기구 및 조직이 없기 때문이다.²⁹⁾ 이 사건의 핵심 쟁점 중 하나는 덴마크 국왕이 그린란드의 식민지에 대해서만 권한을 행사했는지, 또는 거주자가 없고, 정착촌이 건설되지 않았던 비식민화 지역까지 권한을 행사했는지의 문제였다.

덴마크는 그린란드에 대한 역사적 권원을 주장하였고, PCIJ는 덴마크의 주장을 받아들였다. 덴마크 주장의 시기별(18세기, 1814-1915년, 1915-1921년, 1921년-1931년) 내용과 이에 대한 PCIJ 판결을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, PCIJ는 덴마크가 제출한 역사적 자료, 특히 18세기 교역 관련 입법 조치에 대해 분석하면서 규범을 제정한 것은 가장 명백한 주권 행사 형태 중 하나라고 보았다.³⁰⁾

둘째, 덴마크는 1814년부터 타국과 체결한 다수의 조약에서 동부 그린란드 영토를 자국의 영토로 간주하여 입법적·행정적 규정을 적용했다고 주장하였다. 또한, 덴마크는 1814-1915년 사이에 동부 그린란드 영토에 대한 권원을 인정받은 만큼 그린란드의 비식민화 지역에 대한 국가 권능을 충분히 행사하였고, 이 분쟁 발생 시까지 덴마크 주권과 관련하여 타국과의 다툼이 전혀 발생하지 않았다고 주장하였다.³¹⁾ 이에 대해 PCIJ는 이 기간 동안 덴마크가 그린란드와 관련하여 체결한 조약이 식민화 지역뿐만 아니라 비식민화 지역을 포함한 전체 그린란드 지역에 대한 권원 부여를 위해 충분한 정도의 국가 권력을 표시한 것이라고 판단하였다. 또한, 덴마크는 1814년 키엘 조약(Treaty of Kiel) 제4조에 따라, 노르웨이가 스웨덴에 할양되었으나, 그린란드는 덴마크 왕의 주권에 복종하였다고 주장하였다.³²⁾ 1814년 덴마크-노르웨이 연합 왕국이 분리될 때, 노르웨이는 그린란드 페로 제도, 아이슬란드 분할 대상이 아니며, 1814년 키엘 조약 제4조상 그린란드 일부가 아닌 섬 전체를 지칭하는 것이 분명하다고 언급하였다. PCIJ는 1814년 키엘 조약 체결 이후, 노르웨이와 덴마크 간 체결된 양자 및 다자조약에서 그린란드가 덴마크의 식민지로 언급되거나, 조약 내용이 그린란드에 적용되지 않는다고 하였다. PCIJ는 양자 및 다자조약을 체결함으로써 노

of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice for the period which they still have to run and in accordance with their terms.”

28) *Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Report Series A/B, No. 53(1933)*, pp. 45-46.

29) 김대순, 앞의 책, 958면.

30) *Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Report Series A/B, No. 53(1933)*, p. 48.

31) *Ibid.*, pp. 44, 52, 54.

32) 키엘 조약은 1814년 나폴레옹 전쟁 후 덴마크, 스웨덴, 영국 사이에서 체결된 평화조약이다. 제성호, “동부그린란드사건과 독도 영유권 문제: 묵인의 법리를 중심으로”, 중앙법학회, 『중앙법학』, 제8호 제3권 (2006), 3면.

르웨이가 그린란드 섬 전체가 덴마크령임을 동의하였으며, 이 협정이 덴마크 영유권의 근거가 될 수 있다고 판단하였다. 즉, 이와 같은 협정은 주권자로서 행동하려는 덴마크의 의지와 의도를 충분히 보여준다고 인정하였다.³³⁾ PCIJ는 덴마크가 다른 국가와 체결한 조약 또는 다른 문서에서도 다른 국가가 그린란드 주권을 주장했던 내용을 찾아볼 수 없었다고 하였다. 이를 근거로 재판부는 여러 조약에서 덴마크의 주권이 승인되었다고 판단하였다.³⁴⁾

셋째, 1915년-1921년 동안, 덴마크는 타국에 대하여 그린란드에 대한 자국의 주권 승인을 요구한 문서에 “주권 확장”이라는 용어를 사용하였다. 이에 대해 노르웨이는 덴마크가 비식민 지역의 영유권을 새로운 강대국으로부터 동의를 받으려 한 것이라고 주장하였다. 그러나 덴마크는 이 문서에 “주권 확장”이라는 용어가 포함된 것은 사실이지만, 문서 전체의 맥락을 파악했을 때, 자국의 주권이 미치지 않았던 지역에 대한 주권 확장의 승인을 요구하는 것이 아니라, 전체 그린란드에 대한 기존의 권원을 재확인한 것이라고 반박하였다.³⁵⁾ 아울러 덴마크는 강대국과의 교신 내용 중 일부 불분명하고 산발적 표현에만 지나친 관심을 부여할 수는 없다고 하면서, 교신의 전체적인 의미를 파악해야 한다고 주장하였다.

넷째, 덴마크는 1921년-1931년 동안 채택된 각종 입법 및 행정조치가 국가 권력 행사에 해당한다고 주장하였다. 덴마크는 국제연맹규약, 1928년 조정과 사법적 해결의 일반의정서 분쟁의 평화적 해결을 위한 덴마크와 노르웨이 간 협약에 따라, 노르웨이는 그린란드의 어떤 지역도 점령할 수 없다고 주장하였다.³⁶⁾ 또한, 덴마크는 노르웨이 역시 그린란드 전역에 대한 덴마크의 주권을 승인하였다고 주장하였다.³⁷⁾ 이에 대해 PCIJ는 1921년-1931년 사이 동부 그린란드에서 덴마크의 활동이 증가했다고 하였다.³⁸⁾

결국, PCIJ는 실효적 지배 요건을 “국가 권력의 실제적 행사를 통한 권원의 계속적·평화적·실제적 표시”로 제시하면서, 이를 근거로 한 덴마크의 주장을 받아들였다. PCIJ는 영토 관련법 제정이나 거주민을 처벌한 기록이 그 표시로 인정된다고 하였다. 이 사건에서 덴마크는 이를 역사적 영유권으로 주장하면서, 권원의 주장 및 공표 등 해당 지역에 대해 주권자로 행동하려는 의사 및 의지에 따른 권력이 실제로 행사되거나 표시되어야 한다고 하였다.³⁹⁾

33) *Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Report Series A/B, No. 53(1933)*, pp. 68-69.

34) *Ibid.*, p. 23.

35) 제성호, 앞의 논문, 4면.

36) Mineitcirò Adatci, “Legal Status of Eastern Greenland [case]”, *World Court Reports: A Collection of the Judgments Orders and Opinions of the Permanent Court of International Justice*, Vol. 3 (1938), p. 195.

37) *Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Report Series A/B, No. 53(1933)*, p. 44.

38) *Ibid.*, pp. 63-64.

39) *Ibid.*, pp. 45-46.

1919년 7월 22일, 노르웨이 외무장관인 닐스 클라우스 일렌(Nils Claus Ihlen)의 선언은 덴마크 공사에 대한 구두답변이었다. 일렌은 덴마크 장관에 그린란드 전체에 대해 정치적·경제적 이익을 확장하는 덴마크 정부의 계획은 아무 어려움도 없을 것”이라고 하였다. 이에 대해 노르웨이는 일렌 장관이 그린란드 전역으로 영유권을 확대하려는 덴마크의 의도를 알았다면, 이와 같은 답변을 하지 않았을 것이라고 하였다. 나아가 노르웨이는 일렌 선언이 그린란드에 대한 덴마크의 주권을 결정적으로 승인한 것은 아니라고 주장하였다.⁴⁰⁾

이에 대해 PCIJ는 일렌 선언이 노르웨이가 그린란드에 대한 덴마크의 주권을 인정한 것은 아니지만, 그린란드를 점령하지 않겠다는 약속을 의미한다고 하였다. 또한, PCIJ는 노르웨이 선언과 같이 타국 공사에 대한 답변은 무조건적이고 확정적이므로, 해당 국가에 대한 법적 구속력이 있다고 하였다. 또한, PCIJ는 이 선언의 내용에 따라 노르웨이가 그린란드 전체에 대한 덴마크 주권을 다투지 않을 것이라고 하였다. 또한, 그 결과로써 그린란드에 대한 점령을 삼가야 할 의무가 노르웨이에 부여되었다고 하였다.⁴¹⁾ 아울러 PCIJ는 양국의 분쟁 과정 중 일국의 외교부 장관이 자국을 대표하여 타국의 외교적 요청에 공식적으로 답변한 내용은 그 국가를 구속한다고 하였다. 이에 대해 재판부는 당시 정황상 덴마크의 영유권 확대 의사를 노르웨이가 인지하지 못했을 리가 없다고 하였다. 따라서 이 선언에 포함된 약속의 결과로서 그린란드 전체에 덴마크 영유권을 시비하지 않을 의무가 노르웨이에 있으며, 그린란드의 일부라고 하더라도 점령할 수 없다고 하였다.⁴²⁾ 결국, PCIJ는 “노르웨이의 1931년 7월 10일 선점 선언과 이에 따른 조치는 기존의 법 상황을 침해하는 것이기에 위법하고 무효”라고 하면서,⁴³⁾ 그린란드에 대한 주권이 덴마크에 있다고 판결하였다.⁴⁴⁾

3. 국가 권력 행사의 정도

20세기 초반 당시 국제재판소였던 PCIJ와 상설중재재판소는 모두 실효적 지배의 요건으로 국가 권력의 행사를 제시하였다. 그렇다면, 국가 권력 행사가 어느 정도 행사되어야 실효적 지배로 인정될 수 있는지에 대한 의문을 제기할 수 있다.

클리퍼튼 섬 사건에서 중재재판관은 하나 또는 일련의 행위로 구성된 현실적 점유가 실

40) *Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Report Series A/B, No. 53(1933)*, pp. 72.

41) *Ibid.*, pp. 71-73.

42) 제성호, 앞의 논문, 4면.

43) *Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Report Series A/B, No. 53(1933)*, pp. 45-46.

44) Charles G. Fenwick, *supra* note 23, p. 351.

효적 지배의 필수 요건이라고 하였다. 따라서 프랑스가 최초로 주권을 선언한 이후 실효적 지배 요건을 충족했는지 판단해야 한다고 실시하였다. 중재재판관은 1858년 프랑스 해군의 클리퍼튼 섬 상륙 이후, 프랑스 영사관이 하와이 정부에 이 섬에 대한 발견과 주권을 통보하고, 이 사실을 신문 및 잡지에 공시한 것, 멕시코의 주권 주장에 항의한 것은 실효적 지배 요건을 충족한다고 보았다.⁴⁵⁾ 비록 프랑스가 1887년까지 이 섬을 전혀 통제하지 않았다고 하더라도, 프랑스는 이 섬을 포기할 의사가 전혀 없었고, 오히려 이 섬의 주권자로서 행동할 의지가 분명했다고 하였다.⁴⁶⁾ 아울러 프랑스가 이 섬에 대한 권한을 행사하지 않았다고 해서 이미 완성된 영토 취득에 영향을 미치지 않는다고 보았다.⁴⁷⁾

이처럼 클리퍼튼 섬 사건에서 인정한 프랑스의 무주지 선점이 영유권 권원이 되기 위한 필수조건으로써 충족해야 하는 국가 권력 행사의 정도는 매우 낮다. 일반적으로, 국가 권력 행사 요건은 국가가 해당 영토에 사법기구를 설립했을 때 그 정도가 충족되지만, 이 사건에서는 1858년 프랑스가 이 섬을 선점하였다는 사실을 통지한 것으로 국가 권력 행사의 정도를 충족하였다고 판단한 것이다. 이 사건에서 중재재판관은 클리퍼튼 섬 같이 “작고, 본토로부터 멀리 떨어져 있고, 주민이 거주하지 않는” 도서에는 프랑스의 행정기구를 설치할 필요는 없으며, 이 섬에 대한 주권을 선언하는 것만으로도 실효적 지배의 요건을 충족한다고 하였다. 이로써 중재재판관은 프랑스가 1858년 클리퍼튼 섬을 취득했다는 판정을 내렸다. 아울러 이 사건에서 일국이 인구가 적거나 거의 없는 지역에 대한 주권을 주장하는 경우, 타국이 상대적으로 우월한 주장을 입증하지 못하면 국가 권력 행사의 정도가 크게 요구되지 않는다고 하였다. 나아가 중재재판관은 실효적 지배 행위가 반드시 필요하지 않은 예외적 상황이 발생할 수 있는 가능성을 인정하였다.⁴⁸⁾ 팔마스 섬 사건에서도 중재재판관은 네덜란드의 주권 표시는 상대적으로 적었으나, 팔마스 섬에 대한 네덜란드의 영유권을 인정하였다. 이 사건에서 인구밀도가 희박한 영토에 대한 네덜란드의 영유권을 인정함으로써 실효적 지배의 기준을 완화시킨 바 있다.⁴⁹⁾

그렇다면 PCIJ는 실효적 지배의 중요 요건으로 제시된 국가 권력 행사의 정도를 어떻게 파악했는지 살펴볼 수 있다. 동부 그린란드 사건에서 PCIJ는 당해 지역에서 주권적 권리를 행사해오던 국가에 유리하도록 판단하였다.⁵⁰⁾ 그러나 그린란드는 외진 곳에 위치하여 접근

45) Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island, *The American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 2 (1932), pp.391-393.

46) Steven Wei Su, *supra* note 24, p. 50 ; Laurent Mayali & John Yoo, “Resolution of Territorial Disputes in East Asia: The Case of Dokdo,” *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 36, Issue 3 (2018), p. 542.

47) Edwin Dewitt Dickinson, *supra* note 19, p. 132.

48) Clipperton Island case(Mexico v. France) RIAA, vol. II, p. 1110 ; Charles G. Fenwick, *supra* note 23, p. 351.

49) *Island of Palmas case (Netherlands, USA)*, 4 April 1928, *Reports on International Arbitral Awards, Volume II*, p. 838.

이 어렵고, 기후조건이 가혹했기에, 사람이 정착하기 어려웠다. 이에 PCIJ는 국가의 접근이 어려운 지역에 대해 실효적 지배의 엄격한 요건을 완화시킬 수 있는 타당성에 대해 설명하였다.⁵¹⁾ PCIJ는 실효적 지배가 반드시 전 지역에 대해 현실적이고 물리적으로 정착하는 것을 의미하지는 않는다고 하면서, 지역적 상황에 따라 상대적·가변적으로 판결하게 된다고 하였다. 즉, PCIJ는 1931년까지 그린란드에 대해 덴마크 이외 국가의 주권 주장이 없었다는 사실, 접근하기 어려울 뿐만 아니라 주민이 거주하지 않는 그린란드에 대해 지속적·적극적으로 국가 권력을 행사하는 것이 매우 제한적일 수 밖에 없는 현실을 고려한 것이다. 따라서 이 사건에서는 일국이 거주자가 거의 없는 지역에 대해 주권을 주장하는 경우, 타국이 영유권에 관하여 상대적으로 우월한 주장을 입증하지 못하면, 주권적 권리의 실제적인 행사가 크게 요구되지 않는다고 하였다. 즉, PCIJ는 그린란드처럼 인구가 희박하고 정주민이 없는 지역의 경우, 타국이 영유권에 관해 우월한 주장을 하는 경우를 제외하고, 일국이 해당 지역에 대해 현실적으로 가능한 수준으로 주권을 행사하는 것이 통상적인 실효적 지배임을 인정하였다.⁵²⁾

Ⅲ. 조약 체결을 통한 도서 영유권 부여

국제연맹 창설 이전 시기에 도서 영유권과 관련하여 국제사회에서 가장 논란이 되었던 섬은 스발바르 군도이다. 스발바르 군도는 기후 조건과 환경이 좋지 않았으나, 이 군도의 주변 수역에는 어업 및 광물자원이 부존할 가능성이 높았고, 북동항로의 통로로써 상업적인 활용도도 높았다.⁵³⁾ 이러한 연유로 영국, 독일, 노르웨이, 스웨덴 등이 스발바르 군도에 대한 영유권을 주장하였다.

1596년, 네덜란드 탐험가 윌리엄 바렌츠(Willem Barents)는 북극에 위치한 스발바르 군도를 처음으로 발견하였다. 17세기 초까지 영국의 포경선들도 이 군도를 발견하였다.⁵⁴⁾ 1603년, 영국인 스티븐 벤텐(Stephen Bennet)은 스발바르 군도 중 베어섬을 방문하였다. 스발바르 군도를 발견한 영국과 네덜란드는 해당 지역 주변에 서식하는 고래와 코끼리에 관심을

50) *Legal Status of Eastern Greenland*, PCIJ Report Series A/B, No. 53(1933), p. 46.

51) *Ibid.*, pp.45-46, 50.

52) *Ibid.*, p. 46 ; 박현진, “독도 영토주권과 격지 무인도에 대한 상징적 병합 가상적 실효지배”, 대한국제법학회, 『국제법학회 논총』, 제58호 제4권 (2013), 110면.

53) Geir Hønneland, “Compliance in the Fishery Protection Zone Around Svalbard”, *Ocean Development and International Law*, Vol. 29, Issue 4 (1998), p. 340.

54) Louis Frederick Edward Goldie, “Mining Rights and the General International Law Regime of the Deep Ocean Floor”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 2, Issue 1 (1975), p. 19.

갖게 되었다. 당시 네덜란드와 영국 이외에도 프랑스와 스페인이 스발바르 군도에 대한 수렵권을 주장하였다.⁵⁵⁾ 이외에도 이 국가들은 스발바르 군도 해역에 매장된 천연자원에도 관심을 갖기 시작하였다. 이에 당시 스발바르 군도의 자원에 대한 동등한 접근권을 이 국가들에 부여하고, 이 섬의 무주지 지위를 보전해야 한다는 주장이 제기되었다.⁵⁶⁾

18세기의 베어섬은 스발바르 군도 해안에 서식하는 바다표범을 사냥하려는 노르웨이인들의 휴양지였다. 1865년-1866년 동안 베어섬 해안에서 바다표범이 마지막으로 목격될 정도로 무자비한 사냥이 이루어 졌고, 1866년경부터 19세기 말까지 이 섬의 인적은 사실상 끊겼다고 한다.⁵⁷⁾

1623년, 영국과 네덜란드는 스발바르 군도 영유권 경쟁을 하지 않기로 합의하였고, 이 합의는 19세기 말까지 지속되었다. 이 합의의 영향으로 1900년 이전까지 스발바르 군도에는 거주자가 없었고, 국가들은 이 군도를 무주지로 간주하여 주권을 행사하지 않았다.⁵⁸⁾ 이로 인해 모든 국가가 스발바르 군도 주변 해역의 자원에 자유롭게 접근할 수 있게 되었고, 어업과 상업의 자유가 허용되었다. 이 시기에는 사냥꾼과 포경꾼들만이 스발바르 군도에 방문할 수 있었다. 이로 인해 북극고래와 바다코끼리는 멸종 직전에 이르게 되었다.⁵⁹⁾

19세기부터 유럽의 과학자들은 스발바르 군도에 관심을 갖고, 생물 지리나 지질과 관련된 연구를 수행하였다.⁶⁰⁾ 19세기 말, 일부 과학자들이 스발바르 군도가 노르웨이의 식민지여야 한다는 주장을 제기하였으나, 이는 받아들여지지 않았고, 당시 유럽 지역 석탄회사들이 스발바르 군도의 석탄 개발을 시작하였다.⁶¹⁾ 특히, 러시아 콜라만 항구가 개항하면서, 스발바르 군도 중 베어섬이 북극의 전략적인 위치로 주목을 받기 시작하였다. 당시 독일, 노르웨이, 스웨덴, 러시아, 미국이 베어섬에 관심을 보였다. 1898년, 독일의 언론인이자 극지 탐험가인 테오도르 레르너(Theodor Lerner)는 베어섬에 도착하였다. 그는 독일 정부가 베어섬을 보호해야 한다고 주장하는 내용의 문서를 작성하였다. 레르너는 석탄 퇴적물에 관심이 많았고, 이를 개발할 수 있는 지역이 베어섬이라 판단하여, 이 섬에 대한 권리를 갖길 원했다. 그러나 레르너의 주장은 받아들여지지 않았다. 독일 바다낚시협회를 중심으로 한

55) 이용희, “북극 스발바르조약에 관한 연구”, 한국해사법학회, 『해사법연구』, 제25권 제2호(2013), 111면.

56) Irina Ivanova, “Law of the Sea and the Svalbard Islands: An analysis on the legal status of maritime zones around Svalbard”, *Tilburg University LLM International and European Law, Master of Laws Thesis*, (2018), p. 8.

57) Charles G. Fenwick & Louis H. Gray, *Versailles Peace Conference (1918-1919)*, (U.S. G.P.O., 1918-1919), p. 59.

58) Louis Frederick Edward Goldie, *supra* note 54, p. 19 ; 스발바르 군도는 북위 74도에서 81도, 동경 10도에서 35도 사이에 존재하는 모든 도서를 포함한다. 스발바르 군도의 전체 육지면적은 62,400km²이다.

59) Agango Dag (et. al), “Between markets and Geo-politics: natural resources exploitation on Spitsbergen from 1600 to the present day”, *Polar Record*, vol 47 (2011), pp. 30-32.

60) Charles G. Fenwick & Louis H. Gray, *supra* note 57, p. 59.

61) Agango Dag (et. al), *supra* note 59, pp. 30-32.

탐험대 역시 1898-1900년 동안 매년 베어섬을 방문하였다. 이들이 베어섬에 방문한 이유는 무주지인 이 섬 해역에 고래와 석탄이 풍부하다는 정보를 입수했기 때문이다. 탐험대는 곧 베어섬 인근 해역에 얼음이 많고 항구가 부족하여 트롤어업이 어렵고, 석탄 개발 역시 거의 불가능하다는 사실을 알게 되었다. 그러나 탐험대는 상업적인 목적을 염두에 두고, 베어섬에 독일 상선기를 게양하였다. 당시 독일의 일간지였던 크루제이퉁(Kreuzzeitung)은 이 섬의 경제적 가치와 전략적 위치를 근거로 독일과 베어섬의 병합을 공식적으로 주장하였다.

노르웨이 역시 베어섬에 대한 영유권을 주장하였다. 노르웨이인들은 19세기 초반부터 베어섬에서 주기적으로 어획을 하였으며, 1899년 고래잡이 조합에 조성금을 지불함으로써, 이 섬에 관심을 보였다. 스웨덴은 1898년과 1899년에 과학 탐험대를 파견하였다. 스웨덴의 일간지 다겐스 니헤터(Dagens Nyheter)는 베어섬 해역에 군함이 많다는 사실에 대한 우려를 표명하면서도, 스발바르 군도 공용을 위한 국제협정 체결과 국제회의 개최를 제안하였다. 1899년, 러시아의 순양함이 베어섬을 방문했을 때, 국가 간의 갈등은 절정이 되었다.⁶²⁾ 마침내 1900년, 스발바르 군도 서쪽 지역에 석탄 퇴적물 개발이 목적인 미국 회사가 설립되었고, 이 회사에 대한 투자가 시작되었다.⁶³⁾

1904년-1914년 동안, 러시아, 스웨덴, 노르웨이는 스발바르 군도의 무주지 지위 보전을 위한 외교활동에 참여하였다. 러시아는 스발바르 군도에 큰 관심이 있었다. 스웨덴은 당시 스발바르 군도의 연구와 탐험을 후원하고 있었기에, 이 지역에 대한 통치권과 주권을 주장하였다. 1905년, 노르웨이는 스웨덴으로부터 독립하였고, 북쪽 지역에 대한 영향력을 확대하여 통제권을 확립하고 있었다. 1907년, 노르웨이는 이 군도가 무주지이며 사람이 살지 않는 섬이라는 사실을 전제로 새로운 법을 고안하고, 행정체계를 확립하고자 하였다. 또한, 노르웨이는 스웨덴과 러시아와의 국제회의 개최를 계획하였다.⁶⁴⁾ 이 회의에서 세 국가는 스발바르 군도의 무주지 지위와 관할권 문제를 고려하여, 이 군도 관리를 위한 협정 초안을 작성하였다.⁶⁵⁾ 이 세 국가는 국제위원회를 통한 스발바르 군도의 관리와 행정권 부여, 6년을 임

62) Charles G. Fenwick & Louis H. Gray, *supra* note 57, pp. 59-61.

63) James Edward Geoffrey de Montmorency, "The International Position of Spitzbergen", *Journal Comparative Legislation and International Law*, Vol. 18, Part 1 (1918), p. 111.

64) 한편, 미국은 1909년 당시 스발바르 군도에서 석탄을 개발하고 있었다. 스발바르 조약에 따라 스발바르 군도가 노르웨이로 귀속되자, 제1차 세계대전 후 석탄 가격이 하락하였고, 1920년 후반에 석탄 개발이 중단되었다. James Brown Scott, "Arctic Exploration and International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 3, Issue 4 (1909), p. 941 ; 러시아의 경우, 1905년 러일전쟁으로 인해 큰 타격을 입게 되었다. 러시아 내에서는 러일전쟁으로 인해 차르 니콜라스 2세에 대한 불만이 고조되어, 불안과 혼란이 야기되었다. 1905년에 발발한 러일전쟁으로 인해 러시아의 차르 니콜라스 2세에 대한 전반적인 불만과 함께 그의 통치에 대한 첫 번째 큰 항의가 있었고, 러시아 내에서 많은 불안이 야기되는 원인이 되었다. 1912년, 차르의 통치에 반대하던 사회민주당은 볼셰비키(Bolsheviks)와 멘셰비키(Mensheviks) 두 집단으로 분류되었다. 결국, 1917년 볼셰비키는 니콜라스 2세 황제를 전복시키기 위한 혁명을 일으켰고, 몇 년 간의 내전과 소요 끝에 1922년 공식적으로 소비에트 사회주의 공화국 연방(USR)이 창설되었다. Irina Ivanova, *supra* note 56, pp. 8-9.

기로 한 국제위원회의 새로운 총독 임명, 스발바르 군도 국제경찰단 창설을 제안하였다.⁶⁶⁾

1914년, 국가들은 노르웨이에 모여 스발바르 군도에 대한 마지막 협상을 진행하였다.⁶⁷⁾ 이 협상에서는 만약 사람들이 스발바르 군도에 정착하게 될 경우, 이들에 대한 통제와 권리 보호 문제, 정부 창설의 필요성이 제기되었다. 또한, 일국이 이 군도에 주권을 행사하거나 정부를 창설할 수 있는지 여부에 대해서도 논의하였다.⁶⁸⁾ 그러나 제1차 세계대전의 발발로 인해 스발바르 군도 회의는 별 성과를 내지 못했다.

제1차 세계대전이 종결될 무렵인 1917년부터 국가들은 스발바르 군도에 광물자원이 풍부하다는 사실을 인식하였다. 많은 국가들이 스발바르 군도를 병합 또는 점령하길 원했기에 이 군도의 영유권에 대한 국제적인 논의가 이루어져야 했다.⁶⁹⁾ 당시 국제사회는 스발바르 군도와 배어섬을 노르웨이, 러시아, 스웨덴이 공동으로 감독하거나, 미국, 영국, 덴마크, 프랑스, 이탈리아, 일본, 노르웨이, 네덜란드, 스웨덴, 러시아 간에 조약을 체결하여 무주지로 보전하는 방안이 비현실적이라고 판단하였다.⁷⁰⁾ 이에 노르웨이는 스발바르 군도 통치권을 제안하고 그 조건을 논의하길 원하였다. 1917년 6월, 로버트 랜싱(Robert Lansing)은 노르웨이 총리 헬머브린(Helmer Bryn)과 스발바르 군도의 소유권에 대해 논의하였다. 제1차 세계대전 종결과 함께 1919년 파리평화회의가 개최되었다. 파리평화회의 개최로 인해 많은 국가들이 한 자리에 모였고, 협상을 이끌어내기 용이하였다. 이로 인해 스발바르 회의 역시 쉽게 개최될 수 있었다. 스발바르 회의에서는 스발바르 군도에 대한 노르웨이 주권을 승인하는 조약을 체결하기로 합의하였다. 그 결과, 스발바르 군도의 지위를 규정하고, 북극 스발바르 제도에 대한 노르웨이의 주권을 승인하는 스발바르 조약이 체결되었다.⁷¹⁾

이 조약 체결을 반대했던 가장 대표적인 국가는 러시아였다. 1905년 러시아 혁명 이후, 러시아는 정부 창설에 집중하고 있었다. 러시아는 스발바르 조약 체결에 반대하거나 이에 대한 의견을 내지 않는 대신에, 신생국 소련에 대한 노르웨이의 지지와 승인을 요청하였다.⁷²⁾ 1924년 2월 16일, 소련 정부는 스발바르 군도에 대한 노르웨이의 주권을 인정하였다.⁷³⁾

65) Louis Frederick Edward Goldie, *supra* note 54, p. 19.

66) 이용희, 앞의 논문, 112면.

67) Irina Ivanova, *supra* note 56, p. 9.

68) Robert Lansing, "Unique International Problem", *American Journal of International Law*, Vol. 11, Issue 4, (1917), p. 764.

69) J. Peter A. Bernhardt, "Spitzbergen: Jurisdictional Friction over Unexploited Oil Reserves", *California Western International Law Journal*, Vol. 4, Issue 1 (1973), p. 64.

70) W. Ormsby Gore, "League of Nations Starts: An Outline by Its Organisers", (Macmillan and Co., Limited., 1920), p. 112.

71) 스발바르 조약(Treaty regulating the status of Spitsbergen and conferring the Sovereignty on Norway)은 1920년 2월 9일 서명되고 1925년 8월 14일 발효되었다. 영국, 미국, 덴마크, 프랑스, 이탈리아, 일본, 노르웨이, 네덜란드, 스웨덴이 이 조약에 서명하였다. J. Peter A. Bernhardt, *supra* note 69, p. 64.

72) Irina Ivanova, *supra* note 56, p. 9.

73) Norway - The Svalbard (Spitzbergen) Question [notes], *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, Vol. 18, (1947-1948), p. 4 ; E.

1920년 스텔바르 조약 제1조는 “스발바르 군도에 대한 노르웨이의 완전하고 절대적인 주권”을 인정하고 있다.⁷⁴⁾ 그러나 이 조약 제2조-제10조는 스텔바르 군도에 대한 노르웨이 주권이 “이 조약에 따를 것을 조건”으로 한다는 제한 사항을 규정하였다.⁷⁵⁾ 한편, 이 조약은 스텔바르 군도 내에서 경제 활동을 지속할 수 있는 권리와 연안으로부터 4해리까지 스텔바르 영해에 접근할 수 있는 권리를 계약국에 부여하였다.

IV. 결론 : 독도 영유권에 대한 합의

이 연구에서는 20세기 초반 시기 도서 영유권에 관한 국제법의 규명을 목적으로 하였다. 먼저, 당시 사법기관이었던 PCIJ와 상설중재재판소에서 도서의 영유권을 판단할 때 적용했던 국제법적 기준이 무엇인지 살펴보았다. 국제재판소에서는 먼저 해당 도서가 무주지인지 여부를 판단하였다. 당시 국제재판소는 해당 도서가 무주지인지 분명하지 않으면, “국가 권력의 실제적 행사”의 요건을 판단하였다. 국제재판소는 이 세 사건에서 국가 권력의 실제적 행사를 도서 영유권의 중요한 기준으로 제시하였다. 그러나 이 세 사건에서 도서 영유권에 대해 요구하는 국가 권력의 실제적 행사의 정도는 낮았다. 도서의 면적이 좁고, 육지로부터 멀리 떨어져 있거나, 인구가 희박한 경우에는 국가가 주권 행사를 지속적으로 행사하지 않고도, 주권 선언과 같은 작은 상징적인 활동만으로 해당 도서에 대한 주권을 향유할 수 있다는 것이다.⁷⁶⁾ 또한, 클리퍼튼 섬 사건에서 중재재판관은 실효적 지배 행위가 요구되지 않는 예외적인 경우를 인정하기도 하였다.⁷⁷⁾

다음으로, 당시 도서 영유권과 관련하여 체결된 조약에서 국가들이 이 문제를 어떻게 해결하였는지 검토하였다. 당시 무주지인 도서에 대한 영유권 논의가 활발하였던 스텔바르 군도 사례를 살펴보았다. 16세기 말 스텔바르 군도가 처음 발견된 이후, 1920년까지 영국,

H. WALL, “Editorial Notes [notes]”, *International Law Quarterly*, Vol. 1, Issue 1 (1947), p. 56.

74) 그러나 이 조항에서 노르웨이의 주권이 미치는 스텔바르 군도의 정확한 경계선이 불분명하고, 스텔바르 군도 영해가 노르웨이 주권 범위에 포함되는지 여부도 명시적으로 규정되지 않았다. 다만, 노르웨이의 완전하고 절대적 주권에 대한 계약국의 승인에 스텔바르 군도 영해에 대한 주권이 포함된다고 해석할 수 있다. 스텔바르 군도 조약 제1조는 다음과 같다. “The High Contracting Parties undertake to recognise, subject to the stipulations of the present Treaty, the full and absolute sovereignty of Norway over the Archipelago of Spitsbergen, comprising, with Bear Island or Beeren-Eiland, all the islands situated between 10 ° and 35 ° longitude East of Greenwich and between 74 ° and 81 ° latitude North, especially West Spitsbergen, North-East Land, Barents Island, Edge Island, Wiche Islands, Hope Island or Hopen-Eiland, and Prince Charles Foreland, together with all islands great or small and rocks appertaining thereto”

75) J. Peter A. Bernhardt, *supra* note 69, p. 65.

76) Chang Yen-Chiang, “The South China Sea Disputes: An Opportunity for the Cross Taiwan Strait Relationship”, *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 22 (2016), p. 54.

77) Clipperon Island case(Mexico v. France) RIAA, vol. II, p. 1110 ; Charles G. Fenwick, *supra* note 23, p. 351.

독일, 노르웨이, 스웨덴등의 유럽국가들은 이 섬에 지속적으로 관심을 보였다. 이 국가들은 이 섬에 대한 영유권을 관리하고자 19세기 말 국제회의를 개최하기도 하였다. 이 사례를 통해 20세기 초반, 유럽 국제법에서는 도서 영유권 문제가 발생하면, 국제회의를 개최하거나 조약을 체결하는 방식으로 도서 영유권 문제를 해결했다는 사실을 알 수 있었다.

당시 도서 영유권에 관한 근대 국제법을 1905년 일본의 독도 시마네현 고시 편입 사안에 적용해 볼 수 있다. 그러나 적용하기 이전에 앞서 살펴본 도서 영유권 분쟁의 주체는 모두 유럽국가였다. 당시 유럽국가 간의 법이었던 국제법을 한일간의 문제에 적용할 수 있을지에 대한 문제를 제기할 수 있다. 19세기 중후반에 일본이 “국제사회”에 합류하였기 때문에, 그 이후 일본에 유럽의 국제법을 적용한다고 해도, 독도를 무주지라고 단정 짓기는 어렵다. 이는 일본이 주장하는 선점과 역사적 권원의 모순론에서 잘 나타난다. 이 모순론에 따르면, 일본은 당시 독도가 무주지였다고 하면서 선점했다고 주장하지만, 사실상 일본은 스스로 독도를 무주지라고 간주하지 않았음을 알 수 있다. 이는 일본이 당시 독도 시마네현 고시 편입을 자국 영토로 재확인했다는 주장에서 여실히 드러난다. 일본의 주장대로 독도가 일본의 영토라면, 이 섬이 무주지일 리가 없기 때문이다.⁷⁸⁾ 국제재판소 판결에 따르면, 독도가 무주지였는지 여부가 분명하지 않으면, 국가 권력의 실제적 행사의 기준을 적용해야 한다.⁷⁹⁾ 일본의 독도 시마네현 고시 편입 사안에 유럽의 국제법을 그대로 적용하기는 어려울 수 있으나, 당시 국제법적으로 “국가 권력의 실제적 행사의 정도”가 도서 영유권을 판단하는 가장 강력한 기준임을 고려하지 않을 수 없다. 또한, 국제재판소에 회부된 사건에서 양국이 각각 영토 주권을 주장하는 경우, 재판소가 양국의 주장 중 더 강력한 주장을 채택해야 한다는 PCIJ의 판결은 상대적 권원의 중요성을 보여준다.⁸⁰⁾ 따라서 일본이 독도가 시마네현으로 편입되었다고 주장하는 1905년 전후 모두 특히 1945년부터 현재까지 독도에 대한 대한민국의 권력이 실제적으로 행사되고 있음을 보여주는 객관적인 자료를 확보하여 그 목록을 최대한 많이 만들어 내는 작업이 필요하다.⁸¹⁾ 다만, 1910년-1945년 동안에는 한반도가 일본 강점 아래에 있었던 시기였기에, 국가 권력의 실제적 행사가 현실적으로 가능했는지에 관한 의문을 제기할 수 있다. 그러나 클리퍼튼 섬 사건에서 상설중재재판소가 내린 판

78) 박배근, “독도에 대한 일본의 영역권원주장에 관한 일고 - 고유영토론과 선점론”, 대한국제법학회, 『국제법학회논총』, 제 50호 제3권 (2005), pp. 102-105.

79) 일본은 그 근거로 나카이 요자부로(中井養三郎)의 독도 관련 어업경영에 관한 일본 정부의 죽도대하원(竹島貸下願) 문서를 제시하였다. 아울러 일본은 1903년부터 본격적으로 시행된 마카이 요자부로의 강제잡이, 이를 위한 어부 배치, 움막설치, 일본 국기 게양과 같은 어업 관련 기록, 행정권 행사를 근거로 독도에 대한 국가 권력의 실제적 행사를 지속하였다고 주장하고 있다.

80) *Legal Status of Eastern Greenland*, PCIJ Report Series A/B, No. 53(1933), pp. 45-46.

81) 박기갑, 앞의 논문, 114-115면.

결에 따르면, 국가 권력의 실제적 행사의 정도는 상황에 따라 달라진다고 하였다. 결국, 1910년-1945년 사이 한반도는 일본 강점 하에 있었기에, 독도에 대한 실제적인 국가 권력을 행사하기가 불가능한 특별한 상황이었음을 강조할 필요가 있다. 이를 위해, 당시 한반도에 대한 일본 식민화의 불법성을 밝히는 연구의 필요성이 요구된다. 이는 국제법상 식민주의의 불법성과도 직결된다.

다음으로, 독도 영유권과 관련한 스텔바르 군도 조약의 함의를 생각해볼 수 있다. 스텔바르 군도 사례를 통해 당시 무주지였으나 영유권 문제가 있는 도서에 대해 쉽게 주권을 부여할 수 없었다는 사실을 알 수 있다. 스텔바르 군도의 경우 16세기 말에 발견되어 무려 3세기 동안 그 문제가 해결되지 않았고, 19세기 말에는 이 문제를 해결하기 위한 국제회의가 개최될 정도였다. 이러한 논란 끝에 1919년 파리평화회의를 계기로 스텔바르 군도 회의가 개최되었고, 스텔바르 군도 조약이 체결되었다. 만일 독도가 스텔바르 군도처럼 무주지였다거나, 일본이 독도를 무주지로 간주했다고 해도 이토록 쉽게 독도를 편입할 수 있었는지 의문이다. 이는 20세기 초반에 일본이 독도를 자국의 영토로 편입한 것은 일방적인 조치였으며, 독도에 대한 영유권 분쟁이 없었다는 사실을 방증한다.

독도는 우리나라의 정체성을 상징하는 영토이다. 그럼에도 불구하고, 이 사안이 우리나라에 매우 중대한 만큼, 미래에 발생할지도 모르는 다양한 상황에 대비하여 당연히 우리의 영토인 독도 영유권을 증명해야만 한다면, 우리는 세 가지 측면에서 그 근거를 더 확고히 할 필요가 있다. 첫째, 독도에 대한 국가 권력이 오래전부터 현재까지 행사되었다는 객관적인 자료와 증거를 최대한 많이 확보할 필요가 있고, 그 항목을 지속적으로 정리해나가야 한다. 둘째, 1910년-1945년 사이 한반도가 일본 강점하에 있었기에 독도에 대한 국가 권력이 사실상 불가능했다는 점을 강조하면서, 이러한 예외적 상황이 당시 판례에서도 인정되었다는 법적 논리를 개발해야 한다. 셋째, 식민화의 불법성에 대한 연구를 확장해야 한다.

<참고문헌>

I. 단행본

1. 국내 단행본

김대순, 『국제법론』, 제20판 (삼영사, 2019).

정인섭, 『신국제법강의 : 이론과 사례 제10판』, (박영사, 2020).

2. 국외 단행본

Fenwick, Charles Ghequiere & Louis Herbert Gray, *Versailles Peace Conference (1918-1919)*, (U.S. G.P.O., 1918-1919).

Fenwick, Charles Ghequiere, *International Law* (Appleton-Century-Crofts., 1948).

Gore, William Ormsby, “League of Nations Starts: An Outline by Its Organisers”, (Macmillan and Co., Limited., 1920).

Oppenheim, Lassa, *International Law, A Treaties*, 2nd edition, (Longmans, 1912).

II. 논문

1. 국내 논문

김영수, “일본정부의 독도 불법 영토편입의 과정 및 ‘시마네현 고시 제40호’ ‘고시’의 유무”, 동북아 역사재단, 『동북아역사논총』, 제62호, (2018).

박기갑, “도서 영유권 분쟁관련 국제판례에서 나타난 실효적 지배 내지 점유 개념과 독도영유권문제”, 대한국제법학회, 『국제법학회논총』, 제45호 제2권 (2000).

박배근, “독도에 대한 일본의 영역권원주장에 관한 일고 - 고유영토론과 선점론”, 대한국제법학회, 『국제법학회논총』, 제50호 제3권 (2005).

박현진, “독도 영토주권과 격지 무인도에 대한 상징적 병합 가상적 실효지배”, 대한국제법학회, 『국제법학회논총』, 제58호 제4권 (2013).

이용희, “북극 스발바르조약에 관한 연구”, 한국해사법학회, 『해사법연구』, 제25권 제2호(2013).

오시진, “무주지 선점론에 대한 비판적 고찰-19세기 후반 20세기 초반 근대 국제법을 중심으로-”, 국제법평론회, 『국제법평론』, 제45호 (2016).

제성호, “동부그린란드사건과 독도 영유권 문제: 묵인의 법리를 중심으로”, 중앙법학회, 『중앙법학』, 제8호 제3권 (2006).

2. 국외 논문

- Adatci, Mineitcirô], “Legal Status of Eastern Greenland [case]”, *World Court Reports: A Collection of the Judgments Orders and Opinions of the Permanent Court of International Justice*, Vol. 3 (1938).
- Bernhardt, J. Peter A. “Spitzbergen: Jurisdictional Friction over Unexploited Oil Reserves”, *California Western International Law Journal*, Vol. 4, Issue 1 (1973).
- Dag, Agango (et. al), “Between markets and Geo-politics: natural resources exploitation on Spitsbergen from 1600 to the present day”, *Polar Record*, vol 47 (2011).
- de Montmorency, James Edward Geoffrey, “The International Position of Spitzbergen”, *Journal Comparative Legislation and International Law*, Vol. 18, Part 1 (1918).
- Dickinson, Edwin Dewitt, “Editorial Comments [comments]”, *American Journal of International Law*, Vol. 27, Issue 1 (1933).
- Goldie, Louis Frederick Edward, “Mining Rights and the General International Law Regime of the Deep Ocean Floor”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 2, Issue 1 (1975).
- Hønneland, Geir, “Compliance in the Fishery Protection Zone Around Svalbard”, *Ocean Development and International Law*, Vol. 29, Issue 4 (1998).
- Ivanova, Irina, “Law of the Sea and the Svalbard Islands: An analysis on the legal status of maritime zones around Svalbard”, *Tilburg University LLM International and European Law, Master of Laws Thesis*, (2018).
- Lansing, Robert, “Unique International Problem”, *American Journal of International Law*, Vol. 11, Issue 4, (1917).
- Mayali, Laurent & John Yoo, “Resolution of Territorial Disputes in East Asia: The Case of Dokdo,” *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 36, Issue 3 (2018).
- Parriott, Todd Jay, “Territorial Claims in Antarctica: Will the United States be Left Out in the Cold”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 1 (1986).
- Preuss, Lawrence , “The Dispute Between Denmark and Norway over the Sovereignty of East Greenland”, *American Journal of International Law*, Vol. 26, Issue 3 (1932).
- Scott, James Brown, “Arctic Exploration and International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 3, Issue 4 (1909).
- Su, Steven Wei, “The Territorial Dispute over the Tiaoyu/Senkaku Islands: An Update”, *Ocean Development and International Law*, Vol. 36, Issue 1 (2005).
- Van Dyke, Jon Markham, “Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans’ Resources”, *Ocean Development and International Law*, Vol. 12, Issue 3-4 (1983).
- WALL, E. H., “Editorial Notes [notes]”, *International Law Quarterly*, Vol. 1, Issue 1 (1947).

Yen-Chiang, Chang, “The South China Sea Disputes: An Opportunity for the Cross Taiwan Strait Relationship”, *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 22 (2016).

III. 판례

Island of Palmas case (Netherlands, USA), 4 April 1928, Reports on International Arbitral Awards, Volume II.

Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Report Series A/B, No. 53(1933).

Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975.

IV. 기타자료

Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island, *The American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 2 (1932).

Clipperton Island Arbitration, “Arbitral Award on the Subject of the Difference Relative to the Sovereignty over Clipperton Island”, *The American Journal of International Law*, Vol. 26, No. 2 (1932).

Norway - The Svalbard (Spitzbergen) Question [notes], *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, Vol. 18, (1947-1948).

유엔해양법협약과 자율운항선박: 해양환경 오염 문제를 중심으로

정다운*

목 차

- I. 서론
- II. 유엔해양법협약과 자율운항선박
- III. IMO에서의 자율운항선박에 관한 논의
- IV. 자율운항선박과 해양환경 오염과 관련된 논의
- V. 결론

I. 서론

자율운항선박(Maritime Autonomous Surface Ships)은 다양한 정의가 존재하지만,¹⁾ 국제해사기구 (International Maritime Organization, 이하 “IMO”)에서는 ‘다양한 자동화 수준에서 사람의 간섭 없이 독립적으로 운용될 수 있는 선박’으로 정의한다.²⁾ 자율운항선박은 선원의 승선에 필요한 비용을 줄일 수 있으며, 선원들을 위한 거주 공간과 안전장치를 필요로 하지 않기 때문에 선박 건조 비용을 줄일 수 있으며, 선박의 무게를 줄이는 대신 화물을 위한 공간을 늘릴 수 있어서 선박 운영비 절감 효과를 가져온다.³⁾ 또한, 현재 선박과 관련된 사고 중 75% 이상이 인적 요소의 과실로 인한 경우이기 때문에, 자율운항선박은 지능화·자율화된 시스템이 인적 요소를 지원 및 대체함에 따라 이러한 사고를 크게 예방할 수 있을 것

* 싱가포르 국립대학교 국제법센터, 리서치펠로우.

1) 이선명, 김선재, “자율운항선박”, 한국과학기술기획평가원 기술동향브리프 2020-06호, 2면.

2) IMO Maritime Safety Committee, MSC 1/Circ.1636 (2021년 6월 3일), para. 3.2.

3) 김엘진, “자율운항선박기술, 이제 전 세계 ‘속도전’”, 현대해양 (2021년 11월 9일) <http://www.hdhy.co.kr/news/articleView.html?idxno=15784> (최종검색 2022년 10월 1일).

으로 기대된다.⁴⁾

국내외 해운 산업에서는 자율운항선박의 기술 개발에 적극적으로 투자하고 있으며, 세계 자율운항선박 시장 규모는 2019년 57억 달러로 추산되며, 2025년에는 92억 달러로 크게 성장할 전망이다.⁵⁾ EU에서는 2012년 MUNIN 프로젝트를 통해 자율운항선박의 기술성 및 실현 가능성을 연구를 진행하였고,⁶⁾ 이후 덴마크, 노르웨이 등이 시험 운항을 진행하였다.⁷⁾ 아시아에서는 2019년 일본이 자율운항선박인 Iris Leader호의 시험 운항을 시행하였고,⁸⁾ 2021년 중국은 첫 번째 자율운항 화물선을 시험 운항하였다.⁹⁾

이러한 동향에 비추어, IMO 에서도 IMO 협약을 중심으로 자율운항선박에 적용될 수 있는 규범 논의가 진행 중이다. 특히 IMO는 자율운항선박의 발달 단계 다음과 같은 4단계로 구분하였다.

- 1) 제1단계: 부분적 자동화 및 선원의 의사결정을 지원하는 선박 - 선원이 승선하여 선박의 시스템 운영 및 제어하며, 선박의 일부 기능이 자동화되어 있더라도 선원이 선박에서 바로 제어할 수 있음.
- 2) 제2단계: 원격으로 제어되지만, 선원이 승선하고 있는 선박 - 선박이 다른 장소에서 운영되고 제어되지만, 선원이 승선하며, 승선한 선원이 선박의 시스템 운영 및 제어할 수 있음.
- 3) 제3단계: 선원이 승선하지 않고 원격으로 제어되는 선박 - 선박은 다른 장소에서 운영되고 제어되며, 선원은 승선하지 않음
- 4) 제4단계: 완전 자율운항선박 - 선박의 운영시스템이 자체적으로 결정을 내리고 조치를 취함

4) Innovation News network, “The benefits of autonomous shipping technologies” (2020년 8월 19일) <https://www.innovationnewsnetwork.com/the-benefits-of-autonomous-shipping-technologies/6531/> (최종검색 2022년 10월 1일).

5) Business wire, “Global Autonomous Ships Market Report 2021: Market is Expected to Grow from \$5.68 Billion in 2020 to \$9.24 Billion in 2025 - Forecast to 2030” (2021년 6월 4일) <https://www.businesswire.com/news/home/20210604005295/en/Global-Autonomous-Ships-Market-Report-2021-Market-is-Expected-to-Grow-from-5.68-Billion-in-2020-to-9.24-Billion-in-2025---Forecast-to-2030---ResearchAndMarkets.com> (최종검색 2022년 10월 1일).

6) EU Commission, Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks (2015) <https://cordis.europa.eu/project/id/314286> (최종검색 2022년 10월 1일).

7) 이선명, 김선재, 앞의 주 1, 7-8면.

8) 김시오, “NYK, 세계최초 PCC선 자동항해성공”, Cargo News, (2019년 10월 1일) <http://www.cargonews.co.kr/news/articleView.html?idxno=42176> (최종검색 2022년 10월 1일).

9) Maritime Executive, “China Launches its First Autonomous Container Ship Service” (2022년 4월 25일) <https://maritime-executive.com/article/china-reports-first-autonomous-containership-entered-service>

무인화 단계인 제3단계와 제4단계의 경우, 선장과 선원의 승선을 전제로 한 기존의 법체계와 다르기 때문에 다양한 규범적 문제들을 초래한다. 특히, 선박으로 발생하는 해양환경 오염은 운항 중에 발생하는 것과 사고로 인해 발생하는 것으로 구분할 수 있는데, 자율운항선박은 사람의 과실로 인한 사고를 줄일 수 있다고 주장되더라도 자율운항선박도 기존의 선박들과 마찬가지로 충돌 및 해양오염등의 문제를 일으킬 수 있다.¹⁰⁾ 그러나, 자율운항선박이 해양환경에 미칠 수 있는 영향에 대해서는 논의가 많이 이루어지고 있지 않다. 예를 들면, 다음과 같은 사례가 존재할 수 있다.

케이스 1) A 국가는 B 국가의 국적기를 단 자율운항선박이 A 국가인 관할권 내에서 해양환경오염과 관련된 법령을 위반하였거나, 시스템이 오작동하여 해양환경에 심각한 피해를 끼칠 것이라고 믿을만한 명백한 근거가 있을 경우에, A 국가는 어떠한 조치를 취할 수 있는가?

케이스 2) B 국가의 국적기를 단 자율운항선박이 다른 선박과 충돌하며, A 국가의 배타적 경제수역에서 심각한 오염을 발생시켰을 때, A 국가는 어떠한 조치를 취할 수 있는가?

따라서, 이 발표에서는 자율운항선박, 특히 무인화 단계인 제3단계 또는 제4단계에서 초래할 수 있는 해양환경 오염과 관련된 문제를 ‘바다의 헌법’으로 불리는 유엔해양법협약(1982 United Nations Convention on the Law of the Sea)과 현재 IMO에서 진행되고 있는 논의를 중심으로 살펴보도록 하겠다.

II. 유엔해양법협약과 자율운항선박

1. 기국의 권리와 의무

기국은 선박으로 인한 해양환경 오염방지, 경감 및 통제하는 데 있어서 우선적 권한과 책임을 진다. 유엔해양법협약에서는 Ship 또는 Vessel을 정의하고 있지 않지만, Chircop이 지적한 것처럼, 자율운항선박을 ‘선박’으로 이해하는 데는 특별한 문제가 없을 것으로 보인다.¹¹⁾

10) CMI, “CMI International Working Group Position Paper on Unmanned Ships And the International Regulatory Framework” (2018), p. 19.

그러나, 1982년에 채택된 유엔해양법협약은 선장과 선원의 승선을 전제로 하여 “인간과 선박 사이에 긴밀한 상호기능을 선박의 감항성과 안전을 실현하는 방식”을 전제로 규정되었다.¹²⁾ 유엔해양법협약 제94조는 “모든 국가는 자국기를 게양한 선박에 대하여 행정적·기술적·사회적 사항에 관하여 유효하게 자국의 관할권을 행사하고 통제한다”라고 규정하고 있다. 특히, 선박으로 발생할 수 있는 해양환경 오염과 관련해서, 제 94조 4항과 5항이 다음과 같이 규정하고 있다.

4항 (c): “선장·사관 및 적합한 범위의 선원은 해상에서의 인명안전, 충돌의 방지, 해양 오염의 방지·경감·통제 및 무선통신의 유지와 관련하여 적용 가능한 국제규칙에 완전히 정통하고 또한 이를 준수한다.

5항: 제3항과 제4항에서 요구되는 조치를 취함에 있어서, 각국은 “일반적으로 수락된 국제적인 규제 조치 절차 및 관행”을 따르고, 이를 준수하는 데 필요한 조치를 취한다.

제94조 4항 (c)는 해양오염의 방지·경감·통제와 관련해서 선장 및 선원의 의무를 규정하고 있으나, 무인화 단계인 제3단계 및 제4단계의 자율운항선박과 관련해서 이 규정을 어떻게 적용할 것인지 문제가 된다. 선박이 아닌 다른 곳에 선박을 운항하고 통제하는 원격조종운항자가 선장 또는 선원과 같은 의미로 해석될 수 있는지가 중요한 쟁점이며,¹³⁾ 원격조종운항자가 선장 또는 선원으로 확대하여 해석된다고 하더라도 원격조종운항자는 필수적으로 기국에 존재해야 하는지에 대해서도 불확실하다. 원격조종운항자가 필수적으로 기국에 존재해야 한다는 입장은 자율운항선박과 기국간의 관계를 강화한다는 측면에서 이해될 수 있으나, 현실적으로 선박의 편의치적이 많이 활용되고 있는 상황에서 선박의 국적을 제공한 국가들이 원격조종운항과 관련된 인터넷 기술 등의 능력을 갖출 수 있는지도 의문이다. 다만, 원격조종운항자가 필수적으로 기국에 존재할 필요는 없지만, 선박의 등록은 자율운항선박에 대해서 효과적인 통제를 할 수 있는 국가에서 이루어져야 할 것이다.¹⁴⁾

11) Aldo Chircop, “Testing International Legal Regimes: The Advent of Automated Commercial Vessels”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 60 (2017), pp. 117-118; 이에 대한 자세한 논의로는, Youri Van Logchem, “International Law of the Sea and Autonomous Cargo ‘Vessels’” in Barış Soyer and Andrew Tettenborn (eds), *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework* (Hart Publishing 2021), pp. 30-40.

12) 이상일, 최정환, 유진호, “유엔해양법협약상 국가관할권에 따른 자율운항선박의 규범적 쟁점사항”, 『해양정책연구』, 제33권 제2호 (2018), 175쪽.

13) 김창균, “자율운항선박에 관한 국제협약의 제·개정”, 『한국해양법학회지』 제41권 제1호 (2019년), 195-199면.

14) Aldo Chircop, “Maritime Autonomous Surface Ships in International Law: New Challenges for the Regulation of International Navigation and Shipping” in Myron H. Nordquist, John Norton Moore, and Ronán Long (eds), *Cooperation and Engagement in the Asia-Pacific Region* (Brill, 2019) p. 24.

유엔해양법협약은 제94조 5항에서 보듯이, Rules of Reference¹⁵⁾를 통해 유엔해양법협약의 개정이 없이도 자율운항선박과 같은 새로운 기술에 대응할 수 있도록 한다. 즉, “일반적으로 수락된 국제적인 규제 조치, 절차 및 관행”을 통해, 관련 IMO 협약이 선박의 물적 및 인적 조치에 대한 구체적인 내용을 제공할 수 있도록 한다. 선박으로부터의 해양환경 보호와 관련해서, 1973년 선박으로부터의 오염방지를 위한 국제협약 및 의정서(1973 International Convention for the Prevention of Pollution from Ships and as amended by the Protocol of 1978, 이하 “MARPOL 협약”), 1974년 해상에서의 인명 안전을 위한 국제협약 (1974 International Convention for the Safety of Life at Sea and its 1978 and 1988 protocol, 이하 “SOLAS 협약”) 등이 고려될 수 있다.¹⁶⁾ 이러한 협약들이 자율운항선박, 특히 선장과 선원이 승선하지 않는 무인화 단계에도 그대로 적용될 수 있는지 논의가 필요하며, IMO에서 현재 논의가 진행 중이다.

또한, 기국은 자국 선박의 해양오염 방지와 관련된 적용 가능한 국제규칙과 기준에 따라 법령을 제정할 권한을 가지며, ‘위반행위의 발생 장소와 관계없이’ 이러한 규칙 기준 및 법령을 실효적으로 집행해야 한다. (제217조 1항) 기국은 자국 선박이 국제규칙과 기준을 위반한 경우에 위반행위를 조사하고, 적절한 경우 소송을 제기할 의무가 있다. (제217조 4항)

2. 연안국의 권리와 의무

모든 국가의 선박은 영해에서 무해통항권을 향유하는데, (제17조) 자율운항선박이 무해통항권을 향유할 수 있는지에 대해 논의가 필요하다. 상업용 자율운항선박은 일반 선박과 조선평학의 측면에서 비슷하며, 선원의 승선 여부 및 운항의 방법이 다를 뿐이며, 연안국은 무해통항에 관한 법령 제정 시 외국 선박의 설계, 구조 인원 배치 또는 장비를 규율하는 내용은 포함할 수 없으므로, (제21조 2항) 자율운항선박 또는 무해통항권을 향유할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. 그러나, 자율운항선박이 “이 협약에 어긋나는 고의적이고도 중대한 오염행위”에 종사하는 경우, 이는 연안국의 평화, 공공질서 또는 안전을 해치는 것으로 더 이상 “무해”한 행위로 볼 수 없다. (제19조) 예를 들어, 자율운항선박의 기술적 신뢰성이 심각하게 의심되어 타 선박과 항행 중 충돌로 인해 연안국의 해양환경에 중대한 오염

15) See, Rules of Reference의 내용 및 판단 기준에 대해서는, Bernard H Oxman, “The Duty to Respect Generally Accepted International Standards” (1991) 24 *New York University Journal of International Law and Politics* 109.

16) Douglas Guilfoyle, “Article 94: Duties of the flag State”, in Alexander Prölss (ed), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (Hart 2017), pp. 712-713.

을 일으킬 수 있는 경우에는 무해하다고 할 수 없을 것이다.¹⁷⁾

연안국은 영해 내에서 무해통항과 관련해서, “연안국의 환경보전과 연안국 환경오염의 방지, 경감 및 통제”에 관한 법령을 제정할 수 있으며, (제21조 1항) 선박에 의한 해양환경 오염을 방지, 경감 및 통제하기 위하여 자국 영해에서 무해통항권을 행사하는 선박을 규제하기 위하여 국내 법령을 제정할 수 있다. (제211조 3항) 한편, 배타적 경제수역 내에서는 연안국은 해양환경의 보호와 보전에 관한 관할권을 가지며 (제56조 1항(b)(iii), 배타적 경제수역에서 선박으로부터의 오염을 방지, 경감 및 통제하기 위하여 “일반적으로 수립된 국제규칙과 기준에 합치하는” 법령을 제정할 수 있다. (제211조 4항) 일반적으로 수립된 국제규칙과 기준으로는 MARPOL 협약이 고려된다.¹⁸⁾

연안국은 선박이 연안국의 영해나 배타적 경제수역이나 진입하게 되는 경우 그 협약이나 적용 가능한 국제규칙 또는 기준에 따라 제정된 자국 법령 위반하였다고 믿을만한 명백한 근거가 있는 경우, 정보 요구, 선박 검사 및 소송 절차의 개시를 통해 법령을 집행할 수 있다 (제220조). 그러나, 선장 또는 선원이 승선하지 않은 제3단계와 제4단계의 자율운항선박의 경우, “선박의 물리적 조사” (제220조 2항) 또는 “선박식별, 등록항, 직전 및 다음 기항지에 관한 정보와 위반 발생 여부를 확인하는 데 필요한 그 밖의 관련 정보 요구” (제220조 3항)이 가능한지 문제 될 수 있다. 관련 정보를 제공할 수 있는 선상 또는 선원이 없는 경우, 물리적 조사하거나 정보를 요구할 객체가 존재하지 않기 때문이다.

3. 항만국의 권리와 의무

항만국은 내수, 영해 또는 배타적 경제수역에서 밖에서 적용 가능한 국제규칙과 기준을 위반하여 해양환경 오염을 초래하거나 오염을 초래할 위험이 있는 경우, 조사하거나 소송을 제기할 수 있다 (제218조 1항). 또한 “선박의 감항성에 관하여 적용되는 국제규칙과 기준을 위반함으로써 해양환경에 대해 피해를 입힐 위험이 있다고 확인한 경우”에 행정조치를 취할 수 있다 (제219조). 항만국 통제 (Port State Control)는 이러한 규정을 근거로, “외국 선박에 의한 해양사고 및 해양오염을 예방하기 위해 입항한 외국선박이 안전관련 국제협약을 준수하고 있는지를 확인하는 선박 점검활동”을 진행한다.¹⁹⁾ 영해 및 배타적 경제수역

17) 이상일, 최정환, 유진호, 앞의 주 12, 164면.

18) Kristin Bartenstein, “Article 211: Pollution from vessels”, *supra* note 16, p. 1435, paras. 33-35.

19) IMO, Port State Control <https://www.imo.org/en/OurWork/MSAS/Pages/PortStateControl.aspx>; 해양수산부, “항만국통제(PSC)란 무엇입니까?” <https://www.mof.go.kr/article/view.do?articleKey=4969&boardKey=27&menuKey=322¤tPageNo=1>; 항만국

밖에서 발생한 선박의 위반행위에 대해, 항만국의 집행 관할권은 연안국 권한의 보충적 성격을 가진다.

4. 평가

유엔해양법협약은 해양의 이용 및 관리에 관한 국가 간의 권리와 의무 관계를 규율하며, “바다의 헌법”이라고 불린다. 1982년에 협약이 채택될 당시에는 자율운항선박은 존재하지 않았으며 많은 규정들이 선박에 선장 또는 선원이 승선한 것을 전제하고 있다. 예를 들어, 기국의 의무와 관련해서 제94조는 해양오염의 방지·경감·통제와 관련해서 선장 및 선원이 관련 법류를 준수해야 할 의무를 규정하고 있는데, 무인화 단계인 제3단계 또는 제4단계에서 선장의 책임에 대한 논의가 필요하며, 원격조종운항자 또는 원격조종센터의 역할 및 책임이 불명확하다. 또한, 연안국의 법률 집행 시, 자율운항선박의 조사를 위해 누구와 교신을 해야 하는지 명확하지 않으며, 연안국 또는 항만국이 선박의 위반행위를 발견 시에, 기존에 선원의 진술, 선박 임검을 통해 증거수집이 이루어졌던 것과 달리 어떻게 조사를 진행해야 하는지에 대한 문제가 남아 있다.²⁰⁾

이에 따라, 1982년에 채택된 유엔해양법협약이 자율운항선박과 같은 새로운 기술, 특히 선장과 선원이 승선하지 않은 제3단계 또는 제4단계를 규율하기에는 충분하지 않다는 견해가 있을 수 있다.²¹⁾ 그러나, 유엔해양법협약은 선박을 등록함에 있어서 선원의 존재는 요구하지 않는다.²²⁾ 또한 ‘프레임워크’ 협약으로서, 기국, 연안국, 항만국의 이해 관계를 정교하게 균형을 맞추어 관할권 및 권리 의무 관계를 규율하고 있기 때문에, 자율운항선박은 유엔해양법협약 체계 안에서 규율되어야 한다. 또한, 자율운항선박과 같은 새로운 기술의 규율을 국가 간의 권리와 의무의 구체적인 내용은 Rules of Reference를 통해 추후 발전 가능성을 남겨두고 있다. 이러한 측면에서 자율운항선박을 유엔해양법협약과 일관되게 규제하는데 있어서, “일반적으로 수립된 국제규칙과 기준”에 해당하는 IMO 협약들이 중요한 역할을 할 것이다.²³⁾ 따라서, 다음에서는 IMO 협약의 개정 및 보완으로 자율운항선박에 대한 규제가 완전히 가능한지에 대해서 살펴보도록 하겠다.

통제의 절차에 관한 IMO 결의안 IMO, Resolution A.1155(32) (A 32/Res.1155)(2022년 1월 28일).

20) 이상일, 최정환, 유진호, 앞의 주 12, 169-170면.

21) 이상일, 최정환, 유진호, 위의 주, 154면.

22) Aldo Chircop, *supra* note 11, p. 120.

23) Henrik Ringbom, “Regulating Autonomous Ships - Concepts, Challenges and Precedents”, *Ocean Development and International Law*, Vol.50 (2019), pp. 161-162.

III. IMO에서의 자율운항선박에 관한 논의

1. 2018년 - 2021년 각 위원회의 규정 적용범위 분류작업

IMO는 유엔해양법협약 상, 상업 선박의 운항과 안전과 관련된 사항에 대해 ‘권한 있는 기구’로서 인정된다. 최근 IMO에서는 상업적 목적을 위한 자율운항선박의 기술적 발전과 함께, 자율운항선박에 대한 논의가 활발하게 진행되고 있다. 특히, 2018년 해사안전위원회 (Maritime Safety Committee), 법률위원회 (Legal Committee), 해상교통간소화위원회 (Facilitation Committee)에서 자율운항선박에 IMO 협약 적용 가능한 규정 적용범위 분류 작업(Regulatory Scoping Exercise)을 시작하였는데,²⁴⁾ 규정 적용범위 분류작업은 자율운항선박의 운항을 다루는 데 있어서 그 권한 내에서 존재하는 IMO 규범 체계가 자율운항선박에 어느 정도로 적용될 수 있는지를 검토하는 작업이다.

규정 적용범위 분류작업은 두 단계 검토로 이루어졌는데, 첫 번째 검토로, “1) 자율운항선박에 적용되나, 자율운항선박의 운항을 제한하는 규정; 2) 자율운항선박에 적용되고 자율운항선박의 운항을 제한하지 않으며 특별한 조치가 필요하지 않은 규정; 3) 자율운항선박에 적용되고 자율운항선박의 운항을 제한하지는 않으나, 관련 규정을 개정하거나 명확하게 하는 것이 필요하고 또 법적 공백이 존재하는 규정; 4) 자율운항선박에 적용되지 않는 규정”에 따라서 확인 작업을 진행하였다. 그 이후에 두 번째 검토로, 자율운항선박을 다루는 가장 적절한 방법을 검토하고 결정하는 데 있어서, “1) 해석론의 발전; 2) 기존의 문서를 개정; 3) 새로운 문서의 발전; 4) 1-3이 적용되지 않는 경우”로 구분하고 있다.

2018년 제98차 해사안전위원회에서는 자율운항선박에 대한 규정 적용범위 분류작업을 시작하여, 2021년 5월 103차 회의에서, 자율운항선박에 대한 규정 적용 범위 작업의 결과물을 채택하였다.²⁵⁾ 이 작업은 기존에 존재하던 선박 안전과 관련된 IMO 협약 및 문서들이 자율운항선박의 자율화 4단계에 따라서 어떻게 적용될 수 있는지를 검토하는 것으로 목적으로 한다.²⁶⁾ 해사안전위원회와 마찬가지로, 2018년에 법률위원회도 자율운항선박에 대한 규

24) IMO Maritime Security Committee, “Any Other Business: Impact of new and advancing technologies to maritime transport and the regulatory framework - Submitted by Denmark, Estonia, Finland, Japan, Norway, Singapore, Sweden and IMarEST (MSC 98/22/7)(2017년 3월 28일)”에 의해서 논의가 시작됨.

25) IMO Maritime Safety Committee, MSC.1/Cir.1638 (2021년 6월 3일).

26) 1960년 해상에 있어서의 인명안전을 위한 국제협약 (International Convention for the Safety of Life at Sea); 1972년 국제해상 충돌예방규칙 협약 (Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea); 1978년 선원의 훈련, 자격증명 및 당직근무의 기준에 관한 국제협약 (International Convention on standards of training, certification and watchkeeping for

정 적용범위 분류작업을 시작하였는데, 법률위원회 권한 범위 내의 IMO 협약들의 규정 적용범위 분류작업 및 법적 공백 분석을 진행하였으며,²⁷⁾ 2021년 7월 제108차에 그 결과물을 채택하였다.²⁸⁾ 해상교통간소화 위원회 또한 국제해상교통 촉진에 관한 협약(convention on facilitation of international maritime traffic)을 중심으로 규정 적용범위 분류작업을 진행하였으며, 2021년 11월 제46차 회의에서, 새로운 조약의 채택 대신에 기존의 존재하는 “국제해상교통 촉진에 관한 협약”의 개정 및 해석을 통해 자율운항선박 논의를 규율하기로 하였고, 선장의 의미와 책임 등과 같은 각 위원회에서 공통적으로 문제 되는 쟁점에 한하여 새로운 문서의 발전을 고려할 수 있다고 하였다.²⁹⁾

2. 2019년 자율운항선박 시험 운항을 위한 임시 지침

해사안전위원회는 2019년에 ‘자율운항선박 시험 운항을 위한 임시 지침’을 마련하였는데,³⁰⁾ 이는 연안국, 기국, 항만국 및 관련 이해당사자를 대상으로 한다. 자율운항선박 시험 운항은 “관련 IMO 협약에 따른 해상 안전, 안보, 해양환경 보호와 같은 정도”를 유지하며 이루어져야 한다.³¹⁾ 그러나 적용되는 협약의 범위는 시험 운항의 목적, 선박의 예상 능력 및 한계, 관련 시스템, 위협 통제 조치 등을 고려하여 기국에 의해서 결정되는데,³²⁾ 임시 지침은 자율운항선박의 시험 운항을 위한 지리적 범위나 시간적 범위를 한정하지 않고 있다.³³⁾ 임시 지침은 “구속력 있는 문서들의 의도를 준수해야 한다”라고 언급하고 있지만, Ringbom이 설명하듯이 임시 지침은 IMO 협약을 준수할 수 있는 대안적 방법을 찾는 과정이기 때문에, 시험 운항의 성질상 그 운항 과정에서 모든 IMO 협약 및 관련 기준을 준수할 수 없을 수 있다.³⁴⁾ 그러나, 임시 지침은 안전하고, 확실하고 환경친화적인 자율운항선

seafarers); 1966년 만재흘수선에 관한 국제협약 및 1988년 의정서 (International Convention on Load Lines) 등.

27) 유류오염손해에 대한 민사책임협약에 관한 국제협약 (1969 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage) 및 1969년 유류오염손해에 대한 민사책임에 관한 국제협약을 개정하는 1992년 의정서 (CLC PROT, 1992) Protocol of 1992 to Amend the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969 (CLC PROT, 1992) 등.

28) IMO Legal Committee. LEG.1/Circ.11 (2021년 12월 15일). 유류오염손해에 대한 민사책임협약에 관한 국제협약 (1969 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage) 및 1969년 유류오염손해에 대한 민사책임에 관한 국제협약을 개정하는 1992년 의정서 (CLC PROT, 1992) Protocol of 1992 to Amend the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969 (CLC PROT, 1992) 등.

29) IMO, FAL Committee, FAL46/14 (2021년 11월 3일).

30) IMO Maritime Safety Committee, MSC.1/Circ.1604 (2019년 6월 14일)

31) Ibid., Annex p. 1, para.1.2.2.

32) Ibid., Annex, p. 1, para. 2.2.

33) Henrik Ringbom, “Legalizing autonomous ships”, Ocean Yearbook (2020), pp. 450-451.

34) Ibid., p. 451.

박 시험 운항을 위해서, “사고의 영향 및 시스템, 기술 또는 시험의 오류를 최소화하는 적절한 계획과 긴급상황에 대한 대응할 수 있는 능력을 포함시켜야 한다”고 하고 있으며,³⁵⁾ 이는 자율운항선박으로 인해 발생할 수도 있는 사고로 있는 해양오염을 대비하는 것까지 고려할 수 있을 것이다.

3. 2021년 자율운항선박과 관련된 로드맵

해사안전위원회는 2021년 10월 104회차 회의에서, 자율운항선박과 관련된 IMO 협약들의 발전을 위한 작업 계획을 위한 지침을 마련하였다.³⁶⁾ 2024년까지 자율운항선박을 규제하는 법적 구속력이 없는 목표 중심 문서(goal based instrument)를 발전시키고, 이 문서를 바탕으로 2028년 1월에 효력을 발생하는 법적 문서를 발전시키는 계획을 포함하였다. 즉, 구속력 있는 자율운항선박 코드를 발전시킬 때까지 잠정적 수단으로 비구속적 지침을 발전시키고, 점차 구속력 있는 법적 문서를 발전시킬 예정이다.³⁷⁾ 또한, 화물 선박에 적용 범위를 한정 하되, 추후 여객선에 적용 가능성을 검토할 예정이다.³⁸⁾

4. 2022년 자율운항선박 논의를 위한 공동 실무그룹

2022년에는 해사안전위원회, 법률위원회 그리고 해상교통간소화위원회는 자율운항선박의 규정 적용범위 분류작업에서 확인된 공통된 법적 공백 및 주제들을 논의하기 위해서 공동 실무 그룹(Joint MSC/LEG/FAL Working Group)을 구성하기로 하였다.³⁹⁾ 특히, 공동 실무그룹은 세 위원회의 규정 적용범위 분류작업에서 확인된 최우선 순위 의제들을 다루기 위한 공통의 메커니즘을 제공할 예정이다. 법률위원회는 최우선 순위로 고려해야 할 의제들로서 1) 선장과 선원의 역할과 책임; 2) 원격조정운항자의 역할과 책임; 3) 자율운항선박의 정의/용어; 4) 증명서 및 관련 문서를 제안하였다.⁴⁰⁾

그러나, 자율운항선박이 해양환경에 미칠 수 있는 가능성에도 불구하고, 해양환경보호위

35) IMO Maritime Safety Committee, MSC.1/Circ.1604 (2019년 6월 14일), p 2, para. 2.5.1.

36) IMO Maritime Safety Committee, ‘Development of A Goal-Based Instrument for Maritime Autonomous Surface Ships (MASS): Draft roadmap for maritime autonomous surface ships - Note by the Chair, (MSC 105/7) (2022년 1월 10일).

37) IMO Maritime Safety Committee, MSC 105/20 (2022년 5월 19일), p. 39, para.7.10.

38) Ibid., p. 40, para. 7.11.

39) Ibid., p. 40, para. 7.13.

40) IMO Legal Committee, LEG 108/WP.7 (2021년 7월 28일), Annex p. 7, para. 5.1.

위원회는 적극적으로 참여하고 있지 않다. 공동 실무그룹에도 포함되지 않았으며, 각 위원회의 권한(purview)을 넘는 문제에 대해서 해사안전위원회와 법률위원회와 조정하기로 하였으나, 해양환경보호위원회에 대한 언급은 없다.⁴¹⁾ 또한, 공동 실무그룹이 IMO 협약에 한정하여 논의를 진행할 것인지, 유엔해양법협약까지 포함해서 논의할 것인지에 대해서는 아직 명확하지 않다.⁴²⁾

5. IMO에서의 논의에 대한 평가

IMO에서 진행된 규정 적용범위 분류작업은 각 위원회의 권한 내에 속하는 관련 IMO 협약에 한정되었다. 해양환경보호위원회는 아직 규정 적용범위 분류작업을 진행하지 않았으며, 자율운항선박에 대한 공동 실무그룹에도 포함되지 않았다. 해양환경보호위원회는 현재 다루고 있는 현안들이 많아서 자율운항선박의 규정 적용범위 분류작업은 나중에 미루어진 상태인데, 해양환경보호위원회가 규정 적용범위 분류작업을 시작하게 되면, 다른 위원회들과 같은 방법인 두 단계 검토로 진행할 가능성이 크다. 또한, 해양환경보호위원회의 참여 부재에도 불구하고, 공통된 최우선순위 의제인 1) 선장과 선원의 역할과 책임; 2) 원격조종 운항자의 역할과 책임; 3) 자율운항선박의 정의 / 용어; 4) 증명서 및 관련 문서는 자율운항선박이 해양환경에 미칠 수 있는 영향과 관련해서도 중요한 문제이다.

IMO 규정 적용범위 분류작업에서 논의된 내용은 관련 IMO 협약에 한정되었는데, 그렇다면 IMO 협약의 개정 및 새로운 협약의 채택만으로 자율운항선박의 문제를 해결할 수 있을까? 선박으로부터 발생하는 해양오염 관련해서 기국, 연안국, 항만국의 권리와 의무를 규정하고 있는 유엔해양법협약을 고려하지 않고는 IMO 협약의 내용 개정만으로는 자율운항선박을 규율하기에 한계가 있다. 이는 법률위원회에서도 확인되었는데, “자율운항선박은 유엔해양법협약의 법규범 체계에서 운영되어야 하며, 따라서 자율운항선박에 관한 IMO의 추후 작업에서, 특히 자율운항선박을 규제하는 IMO 문서를 발전시킨다면, 유엔해양법협약이 고려되어야 할 것이다.”라고 언급하였다.⁴³⁾ 따라서 유엔해양법협약과 IMO 협약의 상호 보완

41) IMO, FAL Committee (FAL46/14)(2021년 11월 3일), Annex on First Meeting of the FAL Committee Intersessional Working Group on Maritime Autonomous Surface Ships, para. 4.1.2

42) Robert Beckman, Dawoon Jung and Maria Pia Benosa, “Report on CIL Webinars on UNCLOS and Maritime Autonomous Surface Ships” (23 March 2022), p. 3.

43) IMO Legal Committee, LEG 108-WP.7 (2021년 7월 28일), p. 3, para. 9. 유엔해양법협약의 관련 조항에 대한 분석이 필요하다. 제안으로는, IMO Maritime Safety Committee, Comments and proposals on the way forward for the regulatory scoping exercise: Submitted by IFSMA and ITF, MSC 99/5/1 (2018년 2월 22일)에서 p. 4, para. 20.

관계를 고려하여, 자율운항선박을 규율하는 데 있어서 유엔해양법협약의 체계 속에서 IMO 협약의 개정 및 새로운 문서가 논의되어야 할 것이다.

IV. 자율운항선박과 해양환경 오염과 관련된 논의

1. 선박으로부터의 해양환경 오염과 관련된 IMO 협약

IMO에서의 자율운항선박에 관한 논의에 있어서 해양환경보호위원회가 아직 참여하지 않았기 때문에 아직 해양환경보호위원회의 권한 내에 속하는 IMO 협약의 규정 적용범위 분류작업은 이루어지지 않았다. 그러나, 해사안전위원회에서의 규정 적용범위 분류 작업에 있어서 주요하게 다루어진 SOLAS 협약의 경우, 선박의 구조 및 설비 등을 규제하여 간접적으로 해양환경 보호를 한다는 점에서 고려될 수 있다.

MARPOL 협약은 선박으로부터의 해양환경 보호와 관련된 가장 중요한 협약 중 하나이므로, 자율운항선박에 있어서도 그 적용 가능성 및 적용 범위가 고려되어야 할 것이다.⁴⁴⁾ 해양환경 보호를 위해 자율운항선박은 일반 선박과 같은 정도로 적용되어야 할 것이나⁴⁵⁾, 무인화 단계인 제3단계 또는 제4단계의 자율운항선박의 경우에, 제4 부속서인 선박으로부터의 오수에 의한 오염방지를 위한 규칙⁴⁶⁾ 및 제5 부속서는 선박으로부터의 폐기물에 의한 오염방지를 위한 규칙⁴⁷⁾은 선원으로 인하여 발생하는 것이기 때문에 적용이 제외될 것으로 보인다.

자율운항선박이 충돌하는 경우에 발생할 수 있는 책임과 관련하여 법률위원회는 다양한 민사 책임 관련된 협약들을 검토하였으며, 이는 유류오염손해에 대한 민사책임협약에 관한 국제협약 (1969 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage) 및 1969년 유류오염손해에 대한 민사 책임에 관한 국제협약을 개정하는 1992년 의정서 (CLC

44) IMO Maritime Safety Committee, "Work conducted by the CMI International Working Group on Unmanned ships", MSC 99/INF.8 (2018년 2월 18일)에서 MARPOL 협약 적용 가능성을 자세하게 분석하였다.

45) CMI, "CMI International Working Group Position Paper on Unmanned Ships And the International Regulatory Framework" (2018), p. 16.

46) 대한민국 발효일: 2004년 02월 28일. "오수"라 함은 다음의 것을 말한다. "가. 모든 형태의 화장실·소변소 및 변소배출구로부터의 배수 및 그 밖의 폐기물; 나. 의료구역(의무실 및 병실 등)으로부터 그 구역 안에 있는 세면기·세탁 대야 및 배수구를 통하여 나오는 배수; 다. 살아있는 동물이 들어 있는 장소로부터의 배수; 라. 위의 배수와 혼합된 그 밖의 폐수". 제1973년 선박으로부터의 오염방지를 위한 국제협약에 관한 1978년 의정서 제4 부속서, 제3조.

47) 대한민국 발효일: 1996년 05월 28일. 제5 부속서는 "폐기물"을 "생선 및 그의 부분을 제외한 선박의 통상의 운항 중에 발생하고 계속적으로나 주기적으로 처분되는 식생활, 선내생활 및 운항 상 생기는 모든 종류의 쓰레기"로 정의한다. 제1973년 선박으로부터의 오염방지를 위한 국제협약에 관한 1978년 의정서의 제5 부속서, 제1 규칙(1).

PROT, 1992) Protocol of 1992 to Amend the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969 (CLC PROT, 1992)⁴⁸⁾ 들을 포함한다. 민사 책임과 관련된 협약들은 결국 선장 및 원격조종운항자의 역할과 책임을 어떻게, 어디까지 인정할 수 있는가의 문제와 연결될 수밖에 없다.

2. 선장 및 원격조종운항자의 역할과 책임

무인화 단계의 자율운항선박에서 누구를 선장으로 볼 것인지, 선박소유자는 추가적인 책임을 지는지가 문제 될 수 있으며, 일부 선원만 승선한 경우 선장이 가지고 있었던 책임을 그 선원들에게 지울 수 있는지 문제가 될 수 있다.⁴⁹⁾ 또한, 원격조종운항자의 역할과 책임에 대한 논의가 필요하며, 선박 및 선박 자율화 시스템 제조업자까지 책임 문제가 확대될 수도 있다.⁵⁰⁾ 해양오염 관련사고 발생 시에, 제3단계 또는 제4단계의 자율운항선박의 경우에는 선장과 선원이 승선하지 않기 때문에, 민사 책임 관련 협약에서 사용되는 인적 요소인 “과실”, “태만”, “의도” 등과 같은 주관적 요소들을 어떻게 해석해야 하는지에도 논의가 필요하다.⁵¹⁾

3. 선박의 증명서

선박은 IMO 협약에 따라 해양환경 보호와 관련된 증명서를 선박 내에 기록하고 보관해야 한다.⁵²⁾ 항만국 통제는 증명서 검사를 통해 선박의 물적 및 인적 사항이 IMO 협약의 기준과 합치된다는 것을 확인하는데, 무인화 단계의 자율운항선박의 경우 이러한 확인이 어렵다. 따라서 자율운항선박의 경우, 관련 증명서의 기록, 보관 그리고 필요한 경우 연안국 또는 항만국이 요구하는 경우 제시해야 하는데, “선박, 육상원격운항센터, 항만국 통제관” 사이에 어떻게 이루어져야 하는지에 대한 논의가 필요하다.⁵³⁾

48) 대한민국 발효일: 1998년 05월 15일.

49) IMO Legal Committee, LEG 108/WP.6 (2021년 7월 21일), Annex on Draft outcome of the Regulatory Scoping Exercise and Gap analysis o Conventions emanating from the Legal Committee with respect to Maritime Autonomous Surface Ships(MASS), p. 5, para. 5.3.

50) 이재영, “자율운항선박의 개발동향 및 쟁점분석을 통한 정책적 제언”. 『해운물류연구』, 제35권 제1호 (2019), 85면.

51) IMO Legal Committee, LEG 108/WP.6 (2021년 7월 21일), Annex, pp. 6-7, paras. 5.3-5.6.

52) IMO, “List of Certificates and Documents required to be carried on board ships,” FaL.2/Circ.131; MEPC.1/Circ.873; MSC.1/Circ.1586; LEG.2/Circ.3 (2017년 7월 19일).

53) 이상일, 최정환, 유진호, 앞의 주 12, 172면.

V. 결론

자율운항선박은 지능화·자율화된 시스템이 인적 요소를 지원 및 대체하여, 선박의 건조 및 운항의 효율을 극대화하고 친환경적이라는 점에서 많은 관심을 받고 있다. 현재 유럽과 중국 및 일본에서 자율운항선박에 대한 연구 개발 및 투자가 이루어지고 있으며, IMO에서도 새로운 기술인 자율운항선박에 기존의 IMO 협약이 어떻게 적용될 수 있는지 논의가 진행되고 있다. 자율운항선박은 선장 또는 선원 등과 같은 인간의 실수를 최소화하는 것을 목표로 하고 있지만, 자율운항선박이 발생시킬 수도 있는 선박 운항 상 또는 해양사고로 인한 해양환경 오염에 관련된 논의는 아직 적극적으로 진행되지 않고 있다.

자율운항선박이 일으킬 수 있는 해양환경 오염과 관련하여 다음과 같은 결론을 제시할 수 있다.

첫째, 자율운항선박이라는 새로운 기술 발전에도 불구하고 유엔해양법협약은 기국, 연안국, 항만국의 관할권 및 권리와 의무를 규정하고 있는 법체계로서 여전히 유효한 의미가 있으며, ‘living instrument’로서 선장 및 선원과 관련된 규정들을 자율운항선박의 발전 체계에 맞추어 해석할 가능성이 존재한다. 또한, rules of reference를 통해 IMO 협약이 자율운항선박에 대한 구체적인 내용을 제공하고, 유엔해양법협약을 보완할 수 있을 것이다. 그러나, 현재 IMO에서 자율운항선박에 규정 적용범위 분류작업을 중심으로 활발하게 논의를 진행하여 왔지만, 그 권한의 범위인 IMO 협약에 한정되었다. 자율운항선박도 선박이기 때문에, 기국, 연안국, 항만국의 관할권의 논의 없이 IMO 협약의 개정만으로 자율운항선박의 모든 문제를 해결할 수 없다. IMO 협약과 관련된 개정 또는 새로운 협약은 유엔해양법협약의 체계 안에서 이루어져야 하며, 법률위원회에서 언급했듯이, IMO 협약과 유엔해양법협약과의 밀접한 관계도 함께 고려하여 논의되어야 할 것이다.

둘째, 자율운항선박에 적용되는 규범을 발전시키는 데 있어서, 자율운항선박의 자율화, 데이터 네트워크기술, 육상대응 시스템 기술, 통신 기술 등의 발전으로 연안국과 항만국의 권리 행사 문제는 상당 부분 문제를 해결할 수 있다.⁵⁴⁾ 예를 들면, 자율운항선박이 해양환경 오염을 일으킬 만한 믿을만한 근거가 있는 경우 또는 그 기술적 신뢰성이 심각하게 의심되는 경우, 연안국과 항만국은 그 선박에 대한 조사 및 위반행위에 대한 증거수집을 요구할 수 있다. 무인화 단계의 자율운항선박의 경우, 이러한 선박에 대한 조사 및 위반행위

54) KDB 미래전략연구소, “자율운항선박 정의 및 기술 동향” (2022). <https://ieec.kdi.re.kr/policy/domesticView.do?ac=0000168602&issus=S&pp=20&datecount=&pg=>

에 대한 증거수집이 어떻게 가능한지 여부에 의문의 여지가 있는데, 이러한 문제들은 기술의 발전이 중요한 역할을하여 자율운항선박과 교신이 원활하게 이루어질 수 있는 기술이 발전한다면, 선장 및 선원이 승선하지 않는 경우에도 위반행위에 대한 조사 및 증거를 확보할 수 있을 것이다. 이러한 측면에서 규범의 발전을 위해서 필수적으로 인정되는 주요 기술, 통신 기술, 소프트웨어 및 엔지니어링 시스템의 발전 등을 고려해야 할 것이다.⁵⁵⁾

그러나, 자율운항선박과 의사소통을 하고자 할 때, 누구를 대상으로 의사소통을 해야 하는지, 자율운항선박으로 인해 해양오염이 발생 시 누가, 어떻게 책임을 질 것인가에 대한 규범적 문제가 남아있다. 또한, 자율운항선박과 원격조종운항자간의 의사소통뿐만 아니라, 자율운항선박과 선원이 승선한 선박과 어떻게 의사소통을 할 것인지에 대한 논의도 필요하다.⁵⁶⁾

셋째, IMO 해양환경보호위원회가 논의에 참여하고 있지 않는 상황에도 불구하고, 공동실무그룹이 제시한 최우선 순위 의제들은 자율운항선박이 운항상 또는 사고로 인한 해양환경 오염과 관련되어 중요한 역할을 한다. 따라서, 해양환경보호위원회는 해양환경보호위원회의 권한 내에 속하는 IMO 협약, 특히 MARPOL 협약이 자율운항선박에 어떻게 적용될 수 있는지 검토해야 하며, 법률위원회 소관의 해양사고로 인한 민사책임관련 협약들이 자율운항선박 및 해양환경 보호에 어떻게 적용될 것인지에 대해 적극적인 참여가 필요하다.

55) IMO Maritime Safety Committee, MSC 98/20/13 (2017년 4월 13일), para. 11.

56) Aldo Chircop, *supra* note 11, p. 113.

국제법상 자연의 권리와 지속가능발전 원칙의 조화

Harmony of Rights of Nature and the Principle of Sustainable Development under International Law Context

조희문*

목차

- I. 서론
 - II. Buen Vivir와 지속가능발전
 - III. 정부정책과 UNSDGs - 불안정한 이행방식
 - IV. 지속가능발전의 재개념화 작업과 CBD원칙의 적용
- 참고문헌

I. 서론

이 논문은 기후변화, 자원고갈, 빈부격차 등 국제사회와 국가가 동일하게 안고있는 문제를 해결하는데 자연의 권리(rights of nature, 이하 ‘자연권리’)가 큰 역할을 할 수 있다는 주장을 하려는 것이다. 국제사회와 국가가 같은 문제로 고민을 하고 있고 문제에 대한 해법도 유사하나 문제를 보는 근본적인 시각이 다르다. 자연과 인간의 관계를 보는 관점이 국제사회는 인간중심적 관점에서, 에콰도르는 생태중심적 관점에서 접근하고 있다. 대부분의 국가들은 자연과 인간의 관계를 인간중심적으로 보고 있다. 인간중심으로 설계된 조약이나 법률은 자연을 인간을 위한 도구로 이해하고, 그래서 자연보호는 인간을 위해서 취해지는 조치의 맥락에서 이해된다. 생태중심으로 설계된 조약이나 법률은 자연도 인간과 마찬가지로

* 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수.

로 지구생태계에서 고유한 존재가치가 있다고 본다. 자연이 인간에게 유용한지 여부에 관계없이 그 자체의 존재이유가 있다고 보는 관점이다. 지구생태계가 조화롭게 유지되는데 각자의 역할이 있는 것이지, 인간에게 유용한지 여부는 아무 상관이 없다고 보는 것이다. 에콰도르는 이러한 생태주의적 관점에서 헌법에 자연의 권리를 인정했다.

헌법이나 조약은 달성하고자 하는 목적을 가지고 제정되며 필요한 경우에 그 도달방식에 관한 법 규정을 둔다. 에콰도르 헌법은 전문에 “우리가 그 일부이고 우리 존재에 필수적인 Pacha Mama(어머니 지구)인 자연을 경축하며, (...), 그리고 현재와 미래에 대한 깊은 헌신으로, (...) 이로써 좋은 생활방식인 *sumak kawsay*를 달성하기 위해 다양성과 자연과의 조화를 이루는 새로운 형태의 공공 공존을 구축하기로 결정한다.(...)”고 명시했다. 즉, 현재와 미래 세대를 위해 좋은 생활방식인 ‘수막 카우사이(*sumak kawsay*)’를 달성하는 것이 헌법이 지향하는 목적이고, 그 달성방식은 자연과의 조화로운 공존이라는 것이다. 그리고 자연과의 조화로운 공존을 위한 구체적인 헌법조치로 자연을 법의 주체(제10조)로 인정하고 헌법상 기본권리를 부여했다(제71조-74조). 따라서 *sumak kawsay*, 자연과의 조화로운 공존 그리고 그 구체적 방식인 자연권리를 이해하는 것은 생태중심적 헌법을 이해하는데 중요한 단서가 된다.

기후변화, 자원고갈, 빈부격차 등이 크게 문제가 된 국제사회는 그 해법으로 지속가능한 발전(*sustainable development*, 이하 ‘지속가능발전’ 또는 ‘SD’)을 제시했다. 1972년 유엔인간 환경회의(*UN Conference on the Human Environment*)에서 인류역사상 처음으로 건강한 ‘인간 환경권’을 확인했고 그 후속조치로 ‘우리공동의 미래(*Our Common Future*)’ 또는 ‘브룬틀란드 보고서(*Brundtland Report*)’가 채택되었다. 이 보고서는 지속가능발전(SD)의 개념을 “지속 가능한 발전이란 ‘미래세대가 그들의 필요를 충족시킬 능력을 저해하지 않으면서 현세대의 필요를 충족시키는 것’이다. (it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs)”(IV. A Call for Action n.27, p.16)라고 명시하여 에콰도르헌법과 맥을 같이한다. 보고서는 SD의 4가지 축을 인간, 사회, 경제 및 환경(*human, social, economic and environmental*) 영역으로 나누고 각 영역에서 지속가능이 이루어져야 한다고 보았다. 이러한 4 영역의 지속가능성은 사실상 인간사회가 겪고 있는 기후변화, 자원고갈, 빈부격차, 소득불균형 등 모든 문제를 망라한 것이다.

에콰도르헌법이 규정한 과거와 현재 그리고 미래세대를 위한 좋은 삶(*sumak kawsay*)은 인간중심의 국제사회에서는 지속가능발전(SD)으로 표출되었고, 자연권리에 기반한 자연과의 조화로운 공존은 파리 기후변화협약과 2000년 UNMDGs와 2015 UNSDGs로 나타났다. 에콰도르헌법과 SD의 가장 큰 차이를 찾아본다면, 양자는 *sumak kawsay*와 SD라는 목적지

향형 개념을 정해놓았지만 도달방식에 차이가 있다는 점이다. 에콰도르헌법은 ‘자연권리를 통한 자연과의 조화로운 공존’을 명시했지만 SD는 이러한 실천규정이 없다. 굳이 찾아본다면 UNMDGs와 UNSDGs가 SD의 구체적 달성방식이 될 것이다.

헌법상 기본권으로 자연권리를 인정하여 자연과의 조화로운 공존을 추구하는 방법은 에콰도르정부가 다양한 사회·경제·환경정책을 통해 구체화해갈 수 있다. 이러한 정부정책은 국가여건이나 정부성향에 따라 차이가 있을 수 있다. 가변성이 크기 때문에 어떤 경우는 좋은 결과를 낼 수 있고 어떤 경우는 그 결과가 나쁠 수 있다. 2008년 헌법을 제정했던 에콰도르정부는 현실정책에서는 경제발전을 이유로 자원개발정책에서 자연권리를 위반한 경우가 많았다. 물론, 정부정책이 헌법상 규정된 ‘자연과의 조화로운 공존’원칙을 위배했는지 여부는 법원에서 판단되겠지만 정부정책이 개발과 보존 사이에서 위태로운 갈지자 행보를 하는 경우가 많다. 반면, UNSDGs는 SD를 구체적으로 달성하는 국제수준의 정책이라 할 수 있지만 이러한 정책의 방향성을 정해주는 기본원칙이 없다. 국가들이 준수하거나 위배하거나 도달하는 방식에서 구체적인 경우에 자연과피가 있다하더라도 이것을 판단할 기준이 없다. 국가가 SDGs 이행과정에서 인간중심적인 정책을 사용하기 때문이다.

동 논문은 SD가 이행력과 환경보호가 두터워지려면 SD개념을 생태중심적으로 재개념화하면 어떨까하는 생각에서 출발했다. 2008년 헌법을 주도했던 에콰도르 꼬레아(Rafael Correa)정부마저도 경제발전을 위해 환경파괴적 자원개발을 허가하더라도 자연권리에 관한 헌법규정을 법원이 해석·적용하기 때문에 일정한 억제효과가 있다고 본다. 같은 이유로 SD를 생태중심적으로 개념정의를 하여 자연권리를 인정하고 ‘자연과 조화로운 공존원칙’을 인정하면 국가의 자의적 결정이 억제될 것이라는 생각이다. 이렇게 되면 기후변화와 같은 지구적 문제를 해결하는데 획기적 전환점을 마련할 수 있다는 것이 동 논문의 주장이다.

연구의 목적은 에콰도르헌법의 *buen vivir*개념이 국제법의 지속가능발전(SD) 개념과 조화될 수 있는 이론적 방법을 찾으려는 것이다. 국내법의 *buen vivir*는 생태중심주의적인 관점에서 설계되었고 국제법의 ‘지속가능 발전’은 인간중심주의적 관점에서 발전되었다. 따라서 양 개념 사이에는 근본적인 차이점이 있다. 필자는 지속가능 발전개념이 생태중심주의로 전환하면 기후변화와 같은 지구적 문제를 해결하는데 획기적 전환점을 마련할 수 있으며, *buen vivir*개념이 지속가능 발전의 재개념화에 큰 도움이 될 수 있다고 본다. 이를 위해 다음의 몇 가지 가정을 하도록 하겠다.

첫째, *buen vivir*와 지속가능 발전은 동일한 목적을 추구한다. 즉, 현 세대뿐만 아니라 미래세대의 지속적 행복(발전)추구를 목적으로 한다.

둘째, *buen vivir*는 자연과 인간을 동일시하기 때문에 생태계의 모든 구성원의 행복을 추구하며, 반면, 지속가능발전은 자연을 인간을 위한 도구로 간주하기 때문에 생태계의 행복(발전)은 인간발전을 위해 사용된다.

셋째, *buen vivir*개념이 지속가능발전에 도입되면 인간의 자연파괴가 줄어들어 기후변화에 더 효과적으로 대응할 수 있다.

넷째, *buen vivir*와 자연권리가 국내법에 도입되면서 환경보호와 빈부격차 등 사회적 문제 해결에 큰 도움을 주었다.

다섯째, 많은 수의 국가들이 *buen vivir*개념을 국내법에 도입하면 국제법의 법의 일반원칙(*general principle of law*)이 형성될 수 있고, 이를 토대로 국제법상 생태중심주의적 ‘지속가능발전’ 개념이 정립될 수 있다.

여섯째, 국제협약을 통해 자연권리를 인정하는 방법이 가장 빠른 방법이나, ICJ와 같은 국제법원이 사법적극주의를 통해 생태중심주의적 ‘지속가능 발전’ 원칙을 발전시킬 수도 있다.

이러한 논리적 가정에 대한 해답을 얻기 위해 논문은 다음의 순서로 진행하도록 한다. 첫째, *buen vivir*에서 생각하는 ‘발전’의 개념과 ‘지속가능발전’의 개념에 어떠한 차이가 있는지를 살펴보겠다. 이를 통해 생태중심주의적 발전과 인간중심주의적 발전의 유사성과 차이점을 살펴보겠다.

둘째, *buen vivir*의 법적성격과 지속가능발전의 법적성격을 살펴보겠다.

셋째, 지속가능 발전의 개념이 인간중심주의에서 생태중심주의로 재개념화하기 위해서 필요한 조치들을 검토해보겠다.

II. Buen Vivir와 지속가능발전

이 장에서는 Buen Vivir와 지속가능발전의 유사점과 차이점을 보려고 한다. 생태중심주의의 ‘발전’은 에콰도르 헌법에서 언급하는 ‘발전’개념을 통해서 살펴보겠다.

1. Buen Vivir의 발전개념 - “자연과의 조화로운 공존”원칙

2008년 에콰도르 헌법 전문에는 “자연과 다른 이들과 다양성과 조화를 이루는 새로운 형

태의 공존, 좋은 삶을 실현하는 수막 카우사이”가 명시되어 있다.¹⁾ 헌법에 나타난 새로운 용어인 ‘좋은 삶(buen vivir, good living, well-being)’과 이를 실현하는 *sumak kawsai*에 대해서 다양한 해석이 나올 수 있다. 그 역사적 배경인 잉카문명의 내용은 차치하고, 이 논문에서는 헌법에 규정된 용어의 일반적인 해석을 통해서 살펴보고자 한다. 헌법해석은 문어적 해석과 문맥적 해석이 있겠지만 현실에서 가장 큰 영향력은 대법원의 판결에서 찾아볼 수 있을 것이다. 학설도 판결에 대한 해석을 통해서 더 공고한 이론이 나올 수 있기 때문이다.

René Ramírez는 buen vivir를 “새로운 공존 협약(un nuevo pacto de convivencia social)”이라고 부른다.²⁾ 헌법전문에 명시되어 있듯이 자연과의 다양하고 조화로운 공존(“coexistence, in diversity and in harmony with nature”)을 통해서 좋은 삶인 *sumak kawsay*를 달성할 수 있다는 것이다(“to achieve the good way of living, the *sumak kawsay*”). 자연과의 조화로운 공존은 에콰도르 헌법원칙이다. 조화로운 공존의 방식은 다양하겠지만 중요한 것은 자연과 인간의 관계를 동등한 관계로 규정한 부분이다. 기본권(derecho, rights)편의 제7장(Chapter 7)에 자연의 권리(rights of nature)를 규정하여 인간의 인권과 마찬가지로 자연의 법적 권리를 인정했다.³⁾ 자연과 인간은 각각 자연권리와 인권을 가지며 서로 조화로운 공존을 하도록 명시했는데 Ramírez는 이것을 “새로운 공존협약”으로 해석한 것이다.

Buen Vivir는 자본주의 발전에 대한 남미 국가들의 대안적 비전이다. Buen vivir가 헌법에 명문화되기 전에는 이론적 담론으로만 볼 수 있었으나 이제는 인간사회의 ‘발전’에 대한 대안으로 자리잡은 것이다. 물론 buen vivir라는 ‘대안 개발’ 또는 ‘대안 발전’은 안데스 지역의 에콰도르, 볼리비아, 페루를 중심으로 잉카문명에서 비롯되었기 때문에 ‘대안 발전’은 지역적인 것으로 폄하될 수도 있었다. 그러나 코로나 팬데믹 영향으로 인간중심주의적 발전에 대한 비판과 그 대안으로 생태중심주의가 전세계적으로 큰 관심을 가지면서 국제적 관심을 끌고 있다. 확실한 것은 국가 거버넌스로 발전되는 과정에서 학자, 환경보호론자, 시민단체, 법원 등이 ‘대안 발전’에 주도적 추진세력이 되고 있다는 점이다.

이제 ‘대안발전’을 국제적 시각으로 확대해보자. 남미 국가들의 ‘대안발전’은 국제사회에서는 ‘지속가능발전’으로 표현된다. 둘 다 기존의 양적 성장중심의 발전방식을 바꾸고자 하는 것이다. 지속가능발전에 대한 공식적인 정의는 1987년 브룬트란트 보고서에서 처음 소개되었다. 그 이후로 기후변화가 지속가능발전의 가장 큰 문제로 지적되면서 기업 활동도

1) “A new form of public coexistence, in diversity and in harmony with nature, to achieve the good way of living, the *sumak kawsay*(...)”

2) Ramírez, 2010, p.55.

3) CHAPTER 7. Rights of nature. Article 71. Nature, or Pacha Mama, where life is reproduced and occurs, has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes.

사람과 자연에 미치는 영향을 고려해야 한다는 주장이 제기되었다. 2000년 UNMDGs와 2015 UNSDGs는 지속가능발전을 위한 통합 로드맵을 제공했다.

Buen vivir의 대안발전은 지속가능발전과 추구하는 방향은 비슷하다. 그러나 실제로 달성하고자 하는 목표와 그 방식은 다르다. 대안발전은 생태중심주의 관점에서 ‘자연과 인간의 조화로운 공존’을 모색하는 방식으로 자연권리를 인정한 반면, 지속가능발전은 인간중심주의 관점에서 현재와 미래세대를 위해 자연을 인간을 위한 도구로 간주하여 UNSDGs등을 통해 ‘인간을 위한 자연보호’를 모색한다.

그러면 buen vivir는 어떻게 실현되고 어떠한 상태를 말하는가. 이론적으로는 영적 웰빙과 물질적 웰빙이 모두 포함된다. ‘자연과의 다양하고 조화로운 공존 (coexistence, in diversity and in harmony with nature)’은 상황에 따라 다양한 조합이 나올 수 있기 때문에 구체적인 사건에서 법원판결을 주목해야 할 것이다. 헌법에는 기본권으로 인간권리와 자연권리를 모두 규정해 놓았기 때문에 서로의 권리가 충돌되지 않게 다양하고 조화로운 공존이 이루어져야 한다. 인간권리와 자연권리 간의 공존은 에콰도르에서 처음 시도하는만큼 두 권리가 충돌하는 구체적인 사건에서 법원이 헌법을 어떻게 해석하고 적용하는지 주목해야 한다. 이러한 기본권 사이에 충돌이 발생하면 법원은 구체적인 사건에서 다양하고 조화로운 공존이 되는 방식으로 해결해야 하며, 이때 조화로운 공존에 관한 헌법재판소의 해석원칙을 확인할 수 있을 것이다.⁴⁾

에콰도르 헌법은 ‘발전(desarrollo, development)’을 136번 언급하고 있다. 헌법에서 언급된 ‘발전’은 인간사회의 발전이고, 자연에는 인간사회의 ‘발전’개념이 존재하기 않기 때문에 자연권리와 조화로운 공존을 필요로 한다. 그렇다면 자연의 ‘발전’과 인간의 ‘발전’에는 어떠한 차이가 있을까. 에콰도르헌법에서 언급하는 ‘발전’에는 유럽현대사회의 물질적 발전과 인디오 전통문명의 ‘발전’을 모두 포괄하고 있다. 따라서 인간의 발전이 자연의 권리를 침해하지 않는 한 인간사회가 전통적으로 발전시켜온 ‘발전’개념을 그대로 적용할 수 있을 것이다. 그러나 인간사회의 ‘발전’이 자연의 권리를 침해하거나 충돌하게 되면 자연과의 조화로운 공존의 범위내에서 행사되어야 한다. 반면 자연의 발전은 인간사회의 ‘발전’과는 다른 개념이다. 어떠한 의미의 발전이든지 자연의 권리를 침해하지 않고 조화로운 공존의 한계내에서 행사되어야 한다.

4) Craig M. Kauffman, Pamela L. Martin(2017)는 에콰도르법원에서 진행된 13개의 자연권리소송을 비교하여 상당히 흥미로운 결론을 내렸다. 자연권리에 대해 충분한 지식이 있는 판사는 청구인이나 피고가 자연권리 위반을 주장하지 않더라도 직권으로 자연권리를 적용했다는 것이다. 결국, 자연권리가 헌법이나 법률에 명시되어 있는 경우에 법원은 스스로 학습하기 때문에 자연권리의 법제화가 중요하다는 결론을 내렸다.

에콰도르 헌법전문에 명시된 *Buen vivir*는 인간과 자연의 관계를 착취나 지배가 아닌 상호 공존 또는 소속의 관계를 가정한다. 도구론이 아니라 고유가치론을 택한 것이다. 자연이 인간에 대해 가치가 있는지 유무를 떠나 자연 자체로 고유한 존재 가치가 있다고 믿는 것이다. 에콰도르 헌법은 기본권 총칙에서 “자연은 헌법에서 인정한 권리들의 주체가 된다.(Nature shall be the subject of those rights that the Constitution recognizes for it.)”(제10조)고 명시했다. 에콰도르에서 자연은 헌법에서 인정한 권리들을 향유할 수 있는 법의 주체인 것이다. 헌법이 인정한 자연권리는 기본권 제7장(자연의 권리)에서 찾아볼 수 있는데, 대략 “자연의 존재와 생명 주기, 구조, 기능 및 진화 과정의 유지 및 재생을 존중할 권리”가 명시되어 있다. 헌법은 이러한 기본권리에 대해서 자연권리를 인정하고 있기 때문에 인간권리의 행사는 자연과 조화로운 공존의 한계 내에서 행사되어야 한다. 구체적인 상황에서 어떤 것이 자연권리이고 인간권리와 충돌하게 되면 ‘자연과의 조화로운 공존’ 원칙이 어떻게 해석되고 행사되는지 헌법재판소와 대법원이 판례를 통해서 밝히게 된다.

법원은 남미 안데스 지역의 고대사회에서 유래된 “*buen vivir is sumak kawsay*”라는 개념을 현대적으로 해석하려는 노력을 해오고 있다. 헌법에 공동체, 민족, 국적 등 다양성과 상호문화성을 인정한 것처럼 자연과 인간의 관계를 헌법규정에 따라 현실에서 구체적으로 해석하고 적용하려는 노력이 이루어지고 있다. 그렇다면 에콰도르 헌법에서 언급하는 ‘발전’은 인간권리의 ‘발전’과 자연권리의 ‘발전’으로 구분이 가능하며, 두 ‘발전’의 관계는 인간과 자연이 갖고 있는 권리를 침해하지 않는 ‘조화로운 공존’을 통해서 합치점을 찾아야 한다.

에콰도르 정부는 ‘발전’계획을 세워서 국가를 경영한다. 이러한 발전계획은 정부의 정치적 성격에 따라 달라진다. 우파정부는 물질적 성장을 중요시하고 좌파정부는 부의 배분과 같은 질적 성장을 더 중요시 한다. 그러나 정부입장에서는 어떤 경우에도 발전을 위한 세수원이 필요하기 때문에 자원개발의 유혹을 벗어나기 어렵다. 2008년 헌법제정을 이끌었던 코헤야정부도 자원확보를 위한 자원개발의 유혹을 떨치지 못했다. 헌법상 ‘발전’의 정책적 구현은 정부성향에 따라 차이가 나기 때문에 이러한 발전 유혹에 대한 제어장치로 헌법상 자연권리의 인정이 중요하다.

2008년 에콰도르 헌법을 주도한 제헌의회 의장인 알베르토 아코스타는 *buen vivir*가 헌법에 삽입된 것에 대하여 “다른 세계를 상상해야만 이 세계가 바뀔 것”이라고 말했다.⁵⁾ *Buen Vivir*의 개념에 내재된 고대의 가치는 서구의 경제발전 개념에서 근본적으로 이탈한 것이

5) Alberto Acosta, *El Buen Vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*, Icaria Editorial, Barcelona, España, 2013.

다. 자연과의 균형과 조화를 추구하는 Buen Vivir는 개발의 개념 자체에 의문을 제기한다. 안데스 토착 온톨로지에는 시간에 따른 선형 진행의 개념이 없기 때문이다. ‘커뮤니티’의 개념도 서구의 개념과 구별된다. 안데스 문명의 ‘커뮤니티’에는 자연세계도 포함되는 일원론이고, 서구의 자연-사회 이원론과 달리 시민권이 비인간 세계를 포함하는 확장된 개념이다. Buen Vivir는 자연을 포함하는 공동체의 충만한 삶을 의미하기 때문에 개인주의적 ‘웰빙’인 서양의 개념과 다르다.

Buen Vivir와 자연권리를 헌법에 포함시킴으로써 에콰도르는 세계에서 인간의 위치를 재구성하는 혁신적 조치를 취했다. 물론, 이러한 개혁적 헌법은 에콰도르 사회의 특징을 반영한다. 세계화 이후 원주민의 전통문화를 무시하고 기업의 이익을 대표하는 대규모 자원개발 프로젝트가 진행되면서 토착민들에게 큰 피해를 주었기 때문이다. 시장개방은 빈곤과 불평등을 양산했고 원주민들은 더 가난해지면서 서구 발전에 깊은 분노를 가지게 되었다. 결론적으로 buen vivir는 자연권리와 결합하여 인간발전과 자연발전의 조화로운 공존을 가능하도록 논리구조를 설계된 것이다. 굳이 발전개념을 구분하자면, 자연발전은 순환발전(circular development)개념이기 때문에 시작과 끝이 없이 계속 순환하기 때문에 발전이라는 개념자체가 존재하지 않고, 인간발전은 선형발전(linear development)개념이기 때문에 끊임없는 개발이 가능하다. 양자를 조화시킬 수 있는 개념은 아마 나선형발전(spiral development) 개념일 것이다. 과거에 비해 인구가 증가하고 물질적 풍요가 늘어난 만큼 단순한 순환발전으로 설명하기 어렵기 때문이다.

사실, 발전개념은 기술발달로 농업혁명 그리고 신대륙의 발견과 산업혁명을 통한 제국주의의 식민지 확장을 거치면서 제도화된 개념이다. 달리 말하면 유럽도 과거에는 오늘과 같은 발전개념이 없었다. 자연과의 공존은 과거 유럽사회에도 꾸준히 제기되어 왔다.⁶⁾ 이러한 서구발전에 대한 반성으로 2차 세계대전 이래 인간과 자연을 결합된 생명체로 보는 총체적인 관점의 연구가 많아졌다. 예를 들어 Aldo Leopold의 Sand County Almanac(1949), Peter Singer의 Animal Liberation(1975) 및 Arne Næss의 ‘심층 생태학(1989)’, 제임스 러브록(James Lovelock)과 린 마굴리스(Lynn Margulis)(1974)의 가이아(Gaia) 가설 등에서도 나타난다.

6) 아이들 서적이거나 프로그램은 자연, 동물을 의인화한 스토리가 많고, 어른들의 판타지 소설이나 영화도 자연을 의인화한 것이 많다.

2. 지속가능발전(SD)의 발전개념과 국제법상 법적 지위

1990년대 이후로 세계의 거의 모든 국가는 국가의 환경정책의 목표로 지속가능발전을 채택했다. 세계환경개발위원회(World Commission on Environment and Development)는 1987년 Brundtland Report(Our Common Future)에서 지속가능발전(SD)을 “미래세대가 자신의 필요를 충족할 수 있는 능력을 손상시키지 않으면서 현재의 필요를 충족시키는 발전”이라고 개념 정의했다. 그러나 지속가능 발전개념은 그 개념과 내용뿐만 아니라 국제법상 법적 지위에 대해 아직도 논란이 있다. Buen Vivir가 ‘자연과의 조화로운 공존’을 택했다면, 지속가능발전은 ‘현재와 미래세대의 필요성 충족’이다. 문제는 이러한 필요성을 어떻게 파악하고 계량화할 것인가와 지속가능발전의 국제법상 지위에 관한 것이다. Buen vivir의 ‘자연과의 조화로운 공존’은 헌법규범으로 헌법재판소가 해석과 적용을 할 수 있다. 반면, 지속가능발전의 목적인 미래세대와 현재세대와의 필요성에 대한 충돌이 있는 경우 누가 판단할 것인가.

지속가능발전(SD)의 국제법상 법적 지위에 관하여 최소한 두 가지 입장이 존재한다. 한 쪽은 SD가 국제법상 국제관습법 또는 법의 일반원칙의 지위를 확보했다는 긍정론이다.⁷⁾ 지속가능발전을 국제관습법으로 보는 ICJ의 Weeramantry판사나 Trindade판사의 입장이나 국제환경법의 일반원칙으로 보는 Voigt교수가 이러한 긍정론의 입장이다. 반면, Lowe를 포함한 상당히 많은 학자들은 지속가능한 발전개념에는 법규범적 요소가 없다는 입장이다. 현재까지 ICJ도 분명하지는 않지만 이러한 입장을 취하고 있다. 1992년 리우선언과 2002년 요하네스버그선언에서 지속가능개발 개념을 채택했지만 선언일 뿐 법적 구속력은 없기 때문이다.⁸⁾

그렇다면 미래세대가 자신의 필요를 충족할 수 있는 능력을 손상시키지 않으면서 현재의 필요를 충족시키는 발전인 지속가능발전에 대해 UN은 어떤 입장일까. 지속가능발전은 그 적용범위가 계속 확대되고 있으며 좀 더 구체화되고 있다. 특히, 지속가능발전은 현재세대와 미래세대 모두를 위한 것이고, 경제성장, 사회통합, 환경보호라는 3가지 핵심 요소를 조화시키는 것으로 보고 있다. 그래서 빈곤 근절과 불평등 축소, 기본생활수준의 제고 및 평

7) Christina Voigt. Chapter 6. Sustainable Development As A General Principle Of Law, In: Sustainable Development as a Principle of International Law, 145 - 186.

8) 지속가능발전은 1992년 리우회의에서 채택된 UNFCCC와 CBD협약에서 명시적으로 언급되었다. UNFCCC에서는 당사국이 현재 및 미래세대를 위해 기후시스템을 보호하기로 결정했다고 명시했다. 지속가능발전을 언급한 협약에는 1994년 UN사막화방지협약(UNCCD)도 포함된다. UNCCD는 지속가능한 경제성장, 사회개발 및 빈곤완화가 개발도상국의 우선순위이며 지속가능성 목표를 달성하는 데 중요하다고 명시했다. 그러나 이러한 협약은 지속가능발전을 선언적 성격으로 언급해 놓았기 때문에 지속가능발전원칙이 어떠한 법적 효력을 갖는지는 결국 국제법원의 해석을 통해 확인될 수 있다.

등사회 촉진 그리고 생태계의 통합적이고 지속가능한 관리를 중요하게 평가한다.⁹⁾

이러한 지속가능발전의 구체적인 이행목표로 2000년 UNMDGs와 2015년 UN SDGs를 설계했다. 그러나 양자의 국제법상 법적 성격에 대해서는 UN은 공식적으로 법적 구속력이 없다는 입장이다. 국제사회의 다양한 입장을 고려할 때 구속력 있는 국제협약으로 채택된 것이 아니라면 정치적 기구인 UN이 국가의 정치적 약속에 대해 법적 구속력을 언급하는 것 자체가 부담스러울 것이다. 물론, 지속가능발전원칙과 UNSDGs를 국가가 국내법으로 도입하여 법적 구속력을 갖게 한다면 그건 국가의 문제일 뿐이다. 그렇다면 법률적 해석문제는 국제법 학자나 ICJ와 같은 국제법원의 몫이다.

SD의 법적 성격에 관한 논의에서 언급했듯이 아직 SD의 법 성격에 관해 통일된 이론이 없다. 그만큼 SD개념을 법 개념으로 해석하는데 어려움이 있는 것이다. 이러한 SD의 구체적인 이행목표(goals)로 설정된 SDGs는 그 법적 성격을 정하는 것이 더욱 어렵다. 그래서 오히려 SDGs를 국내법과 지역규범화하는 작업을 통해 그 방향성을 보는 것이 더 현실적이다. 예를 들어 한 국가가 SD와 SDGs의 목표달성에 대해 국제적으로는 구속력없는 약속으로 받아들였지만, 국내법에서 몇 가지 이행목표를 법 구속력있는 규범으로 설정하는 경우가 있다. 이러한 경우에는 예컨대 위반기업에 대한 제재는 국내법상 구속력이 있다. 이러한 국내법적 행위가 반복되고 다수의 국가들이 같은 방식으로 국내법으로 받아들이면 국제사회에서 SDGs의 법적 지위를 다지는데 도움이 될 것이다. 같은 이유로 EU가 EU법에서 의제 2030의 법적 지위를 구속력있는 지역법규로 만든다는 국가실행과 국제법 해석에 큰 영향을 미칠 수 있다. Rabinovych, Maryna은 의제 2030이 EU 법질서 내에서 ‘하드’와 ‘소프트’ 규범을 연결하는 작용일 수 있다는 흥미로운 접근을 했다.¹⁰⁾

지속가능발전의 법적 성격과 관련하여 ICJ의 Gabcikovo-Nagymaros(헝가리 대 슬로바키아) 사건과 우루과이강 펄프공장(아르헨티나 대 우루과이)사건이 많이 언급된다. Gabcikovo-Nagymaros사건(헝가리 대 슬로바키아)은 양국의 다뉴브강 댐건설과 운영에 관한 사건이었다. 1977년 양국은 Gabcikovo(체코슬로바키아)와 Nagymaros(헝가리)지역의 다뉴브강 댐건설 및 운영에 관한 협정을 체결했다. 양국은 다뉴브강의 수질을 저하시키지 않고 프로젝트의 실행 및 운영에서도 환경보호를 적절히 고려하여 수행하기로 합의했다. 협정에 따라 헝가리는 Nagymaros지역의 프로젝트 작업을 담당하고 체코슬로바키아는 Gabcikovo의 프로젝트 작업을 담당했다. 1989년 5월 13일 헝가리는 일방적으로 Nagymaros에서의 작업을 연기하기

9) <https://sdgs.un.org/goals>

10) Rabinovych, Maryna(2020). The Legal Status and Effects of the Agenda 2030 within the EU Legal Order. Journal of Contemporary European Research. 16. 182-199. 10.30950/jcer.v16i2.1071.

로 결정했고, 10월 27일에는 프로젝트를 중단하기로 결정했다. 이 일방적인 결정에 대해 체코슬로바키아는 “변종 C”라고 하는 대체댐 개발프로젝트를 추진했다.

ICJ는 동 사건이 개발과 보호의 두 가지 상충되는 이해관계가 있다고 보았고, 다음과 같이 지속가능개발원칙이 이러한 상충되는 이해관계를 해결하는 원칙으로 보았다.

“인류는 경제적인 이유와 다른 이유로 끊임없이 자연을 간섭해 왔다. 과거에는 환경에 대한 영향을 고려하지 않고 수행하는 경우가 많았다. 현재 및 미래세대를 위한 인류의 위협에 대한 인식이 높아짐에 따라 새로운 규범과 표준이 개발되었다. 이러한 새로운 규범은 국가가 새로운 활동을 고려할 때뿐만 아니라 과거에 시작된 활동을 계속할 때도 고려되어야 한다. 경제발전과 환경보호를 조화시켜야 하는 이 필요성은 지속가능발전의 개념으로 적절하게 표현된다.”¹¹⁾

이와 관련하여 Weeramantry 판사의 소수의견이 지속가능개발 개념에 참고할만한 단서를 제공한다. Weeramantry 판사는 한쪽에서는 개발의 필요성(슬로바키아의 이익)과 환경보호의 필요성(헝가리의 이익)에 대해 균형잡힌 고려를 해야 하는데, 두 가지 상충되는 필요를 연결할 수 있는 법의 원칙이 지속가능발전 원칙이라는 것이다. Weeramantry 판사는 지속가능발전은 국제사회에서 광범위하게 받아들이기 때문에 국제법상 법의 일반원칙이 된다고 결론지었다.¹²⁾

우루과이강의 펄프공장(아르헨티나 대 우루과이)사건은 ICJ가 최근에 내린 판결로 지속가능발전 원칙의 법적 성격을 파악하는데 중요하다. 2006년 아르헨티나는 우루과이가 1975년

11) “Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind - for present and future generations - of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing which activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development. (Gabcikovo-Nagymaros 사건, 1997 ICJ Reports, para.140.)

12) [p. 92 S.O. Weeramantry] After the early formulations of the concept of development, it has been recognized that development cannot be pursued to such a point as to result in substantial damage to the environment within which it is to occur. Therefore development can only be prosecuted in harmony with the reasonable demands of environmental protection. Whether development is sustainable by reason of its impact on the environment will, of course, be a question to be answered in the context of the particular situation involved.

It is thus the correct formulation of the right to development that that right does not exist in the absolute sense, but is relative always to its tolerance by the environment. The right to development as thus refined is clearly part of the modern international law. It is compendiously referred to as sustainable development.

[p. 114 S.O. Weeramantry] Environmental rights are human rights. Treaties that affect human rights cannot be applied in such a manner as to constitute a denial of human rights as understood at the time of their application. A Court cannot endorse actions which are a violation of human rights by the standards of their time merely because they are taken under a treaty which dates back to a period when such action was not a violation of human rights.

우루과이강 협정을 위반했다고 주장하면서 ICJ에 소송을 제기했다. 우루과이가 우루과이강 유역에 두 개의 펄프공장 건설을 허용하는 것은 수질에 미치는 영향 때문에 1975년 협정을 위반한다는 주장이었다.

ICJ는 11대 3으로 우루과이가 조약의 실질적 의무를 침해하지 않았다고 판결했다. ICJ는 판결에서 1975년 조약이 개별국가의 필요뿐만 아니라 지속가능발전에 기초한 강의 활용과 보호 사이에서 균형을 이룰 필요성을 강조했다. Trindade판사는 소수의견에서 지속가능발전 원칙이 개발이익과 환경보호의 중요성을 연결하는 역할을 한다고 명시했다. Trindade판사는 정당한 개발은 건강한 환경에 대한 권리와 개발에 대한 권리 사이의 연결고리로 작동된다고 보았다. Weeramantry판사와 마찬가지로 Trindade판사는 지속가능발전 원칙을 국제환경법의 예방조치의 원칙과 세대간 형평성의 원칙과 조화를 이루는 국제법상 법의 일반원칙으로 인식한 것이다.¹³⁾

그렇다면 지속가능발전 원칙을 국제법의 원칙이라는 관점에서 접근한다면 이 원칙의 구성요인은 무엇일까. Trindade판사가 강조했다듯이 지속가능발전 원칙은 시대의 변화에 따라 꾸준히 적용 영역과 범위상이 발전되고 있다. 법원은 이러한 변화를 포착하고 해석·적용해야 한다. 학자나 판사에 따라 지속가능발전 원칙의 법적 지위를 국제관습법이나 법의 일반원칙으로 보는 것은 그만큼 원칙의 위상이 큰 변화를 겪고 있다는 것을 의미한다. 이 원칙은 그 범위가 사회적 경제적 환경적으로 확대되면서 국제사회의 이해충돌을 해결하는 해결규범으로 위상을 높이고 있다. 국가나 기업의 개발이익과 환경이익이 충돌하는 경우 지속가능한 발전원칙은 이러한 이해충돌을 해결하여 조화로운 공존을 모색하는 해석원칙으로 작동한다.

Brundtland 보고서에서 제공한 지속가능발전 개념은 지속적으로 발전해오고 있다. 미래세대가 자신의 필요를 충족할 수 있는 능력을 손상시키지 않으면서 현재의 필요를 충족한다는 의미는 국제사회의 변화에 따라 다양한 분야에서 적용이 가능하기 때문이다. 현재까지는 주로 사회적, 경제적 그리고 환경적 영역에서 발전되고 있다. 그렇다면 Buen Vivir는 헌법의 지향점이고 구체적으로 자연과의 조화로운 공존을 통해 달성하되 그 수단은 자연권리가 된다. 지속가능발전은 국제사회의 지향점으로 현재와 미래세대의 필요를 충족시키야 한

13) 220. In sum, the applicable law in the present case of the Pulp Mills, is, in my understanding, not only the 1975 Statute of the River Uruguay, but the Statute together with the relevant general principles of law, encompassing the principles of International Environmental Law. These latter are, notably, the principles of prevention, of precaution, and of sustainable development with its temporal dimension, together with the long-term temporal dimension underlying inter-generational equity. The Hague Court, also known as the World Court, is not simply the International Court of Law, it is the International Court of Justice, and, as such, it cannot overlook principles.

다. Buen Vivir가 자연권리를 수단으로 사용한다면 지속가능발전은 이러한 인류이익을 위해 개발과 환경이익을 결정짓는 판단원리로 작동한다. 그리고 구체적인 도달방식은 Buen vivir는 국가정책이고 지속가능발전은 SDGs가 된다.

Buen vivir는 헌법규범이고 지속가능발전(SD)은 국제관습법이나 법의 일반원칙의 성격을 갖고 있다. 양 개념은 상당히 견고하게 자리를 잡은 법률개념이고 인간사회에서 적용되고 있다. 그러나 Buen vivir는 인간이 권리행사를 할 때 자연권리에 의한 제한을 받는다는 점은 차이가 있다. 에콰도르 헌법이 생태중심주의로 설계되었기 때문이다. 반면, SD는 국제사회에서 인간중심주의로 설계되었기 때문에 자연과 인간의 관계에서 적용상 제약은 없다. 단지, 지속가능발전원칙으로 발전과 보존사이에 이익형량을 결정해야 한다.

Ⅲ. 정부정책과 UNSDGs - 불안정한 이행방식

고대문명의 buen vivir는 자연과의 조화로운 공존을 중요시하고 물질적 보다는 영적인 결합을 중시한다. 개인의 권리보다는 집단의 권리를 중시하기 때문에 현대사회와는 큰 차이를 보인다. 정신의 충만성을 기준으로 빈부를 구별하기 때문에 발전에 의미를 두지 않는다. 고대문명이 윤회설 또는 순환설에 기반하면 ‘과거-현재-미래’가 반복되기 때문에 과거세대와 미래세대를 모두 포함하는 집단사회로 확대되고 인간과 동물 간에 서열이 없다.

그러나 이러한 고대문화가 현대사회에 그대로 적용되지는 않는다. 에콰도르가 헌법을 통해 buen vivir를 헌법규범화했고 자연권리를 인정하여 인간과 자연의 서열을 없앴기 때문이다. 그러나 헌법의 이상을 정부정책에 구현하는 것은 쉽지 않은 일이다. 예를 들어 에콰도르와 볼리비아는 빈곤과 불평등을 해결하는데 상당한 진전이 있었지만 두 정부 모두 Buen Vivir와 자연권리를 생태주의 원칙에 따라 경제시스템을 개혁하지는 못했다. 빈곤과 불평등을 해소하려면 정부재원이 필요한데, 재원을 확보하기 위해서는 전통적인 자원개발정책을 사용해야 하는 모순이 드러났기 때문이다. buen vivir사상을 충실하게 따른다면 발전개념이 필요없고 buen vivir라는 행복은 물질대신 정신충만으로 대체될 수 있겠지만 현실사회는 달랐다.

에콰도르의 코레아정부는 석유와 가스부문을 국유화하고 그 수익을 빈곤퇴치 프로그램에 사용했다. 이러한 자원의 국유화와 개발 그리고 그 수익을 사회보장 프로그램에 사용하는 공식은 볼리비아의 에보 모랄레스(Evo Morales)도 마찬가지였다. 그러나 자원개발은 원주민

들의 *buen vivir* 사상과 충돌하고 환경단체들의 주장과도 충돌했다. 에콰도르가 외부세계와 완전하게 단절하여 자급자족 경제시스템을 구축하고, 인간과 자연이 서로의 권리를 침해하지 않고 조화로운 공존을 모색하고, 물질적 발전개념을 버리고 정신적 행복을 추구하지 않는 이상 자원개발을 통한 경제발전 정책을 버릴 수 없을 것이다.

이에 대한 대안으로 에콰도르는 파차마마의 권리를 주장하고, 시장주도정책에 반대하며, 선진국들이 기후변화에 대한 책임을 지고 개발도상국에 기후부채를 상환할 것을 요구하기도 했다. 이들 국가는 또한 건강한 기후를 손상시키는 국가, 기업 및 사람들을 기소하기 위해 기후 및 환경정의 법원의 설립을 요구하기도 했다.

그렇다면 2008년 에콰도르 헌법에서 규정한 *buen vivir/sumak kawsay*를 달성하기 위해서는 인간과 자연은 다양하고 조화로운 공존을 해야 한다. 헌법은 자연권리로 (1) 완전한 존재로 존중받을 권리, (2) 구조, 기능 및 진화 과정의 보존 및 재생에 대한 권리(Art. 71) 및 (3) 배상에 대한 권리(Art. 72)를 명시해 놓았다. 그리고 국가는 자연에 영향을 미치는 활동을 제한하기 위한 예방조치 및 예방조치를 시행할 의무가 있다(Art. 73).

그리고 74조는 *buen vivir*를 달성하기 위해 자연을 향유하고 자연의 풍요로움을 누릴 권리를 규정하고 있다. 인간이 자연을 향유할 수 있는 권리를 자연권리 편에 둔 것이 흥미롭기는 하다. 그리고 인간과 자연의 관계에서 의심스러운 경우에 적용할 해석규범으로 규범의 적용은 항상 자연보호에 가장 유리한 의미에서 이루어져야 한다는 *principio in dubio pro natura*로 개념화시켰다. 이러한 규정을 정리해보면, 자연의 권리를 존중하되 인간의 자연향유권이 있으며 이 둘의 관계는 조화로운 공존관계여야 하며 그 해석은 *principio in dubio pro natura* 원칙을 따른다는 것이다. 따라서 자원개발이나 동식물의 보호 등 인간권리와 자연권리가 충돌하는 구체적인 사건에서 법원이 헌법규정을 해석적용해야 한다. 그만큼 법원의 역할이 커졌다.

물론, 에콰도르의 자연권리는 다양한 의문점들을 제기한다. 헌법 제71조에서 73조는 권리의 주체로써 자연권리를 명시하고 있지만 제74조는 자연을 사용의 대상으로 명시하고 있어서 권리의 주체와 객체를 동시에 규정하고 있다. 인간과 자연의 조화로운 공존이란 인간이 필요한 만큼만 자연을 사용할 수 있는 것을 전제로 한다. 이때, 권리의 주체로써의 자연과 객체로써의 자연을 구분하는 것은 자연을 사용하려는 정부정책에서 나올 수 있고 최종적으로는 법원이 판단해야 한다. 예를 들어 정부가 자원개발 프로그램을 진행하는 경우 자원개발과 환경보호(이 경우에 지역주민들의 환경권리와 해당 자연의 권리) 사이에 이해충돌이 발생할 수 있다.

따라서 *buen vivir*가 발전의 방향성을 정해주면 자연권리가 인간발전의 판단기준을 세워 준다. 인간의 자연사용은 지구생태계의 균형을 유지하는 한도내에서 해야한다는 것이다. 에콰도르 정부의 발전정책은 자연권리가 있기 때문에 정책남용을 억제할 수 있는 것이다. 예를 들어 2007년 Yasuni-ITT 석유 모라토리엄제안 때 자연권리를 행사하여 정부개발정책에 제동을 걸 수 있었다.¹⁴⁾ 에콰도르 정부는 유엔전용기금으로 에콰도르 환경서비스에 대한 국제적 보상을 하면 약 8억5천만배럴의 석유를 개발하지 않은 것을 제한했었다. 이 제안은 에콰도르 정부가 2013년 취소하여 종료되었고 2016년부터 에콰도르는 Yasuni 국립공원에서 석유추출을 하고 있다. 즉, 정부정책은 정치적 가변성이 있기 때문에 헌법규정으로 명시하면 그 한도 내에서 작동할 수밖에 없다. 헌법조항의 이러한 성과는 조직화된 시민이 한편으로는 새로운 권리의 행사를 효과적으로 주장하고, 다른 한편으로는 정부와 채굴산업이 자신들의 이익에 반하는 수단화에 저항할 수 있는 능력에 달려 있다.

그렇다면 에콰도르 법원은 이러한 인간지배적 법제에서 자연공존적 법제에 대해 어떠한 입장을 보이고 있을까. 과연 법원은 헌법에 규정된 자연권리를 어떻게 이해하고 에콰도르 사회현실에 맞게 자연권리를 해석하고 적용하고 있을까. 과연 시민들도 자연권리를 인정하고 자연과 평화롭게 공존하려는 생각과 노력을 하고 있을까. 에콰도르 헌법은 수막 카우사이(*sumak kawsay*, *buen vivir*, *well living*, 좋은삶) 개념과 다원성(다양성)에 기반하여 인간중심적 사회에서 생태중심적 사회로 전환을 시도하고 있다. 첫째, 수막 카우사이는 공동체를 중심으로 자연과 조화로운 삶을 추구하기 때문에 서구개념의 개발(발전) 개념을 대체한다. 즉, 인디오 전통사상인 수막 카우사이는 대지의 어머니(파차마마 *pacha mama*)를 중심으로 인간을 포함한 자연은 조화롭게 윤회한다는 윤회사상에 기반을 두고 있기 때문에 윤회(순환)에 개발(발전)이 들어설 공간이 없는 것이다. 즉, 서구사상은 선형이론에 기반하기 때문에 과거, 현재, 미래가 앞으로 계속 이어지는 개발(발전) 개념의 적용이 가능하지만, 인디오 사상은 과거, 현재, 미래를 특정지을 수 없는 순환이론이기 때문에 개발(발전) 개념이 존재하지 않는다. 둘째, 수막 카우사이의 실천적 생활로 공동체 삶을 중요하게 생각한다. 자연과의 조화로운 삶은 공동체적인 삶을 통해 이루어져야 하기 때문에 사유재산의 개념이 없다. 따라서 사유재산권을 기초로 하는 서구문명과 근본적인 차이를 보인다.

이러한 자연의 권리는 기후변화와 생태계 파괴라는 현재 상황에서 다양한 정책적 유용성을 제공한다. 이 권리는 자연의 구조와 생물의 생태환경을 변경시키는 석유, 자원개발 등을

14) Le Quang, Matthieu, and Mariana Ortega Breña. "The Yasuni-ITT Initiative: Toward New Imaginaries." *Latin American Perspectives*, vol. 43, no. 1, 2016, p. 188.

반대하는 사회운동을 지원하는 법적 근거를 제공한다. 예를 들어 한국의 새만금 간척사업, 대규모 댐건설, 대규모 석유개발 등 자연생태계에 큰 영향을 미치는 모든 사업에 대한 반대논리를 제공할 수 있다. 신자유주의에서 대규모 자원개발과 환경파괴가 진행되었을 때 환경보호론자들의 행동주의는 실정법을 위배하는 불법행위가 대다수였다. 정부가 인허가해 준 개발사업에 반대하는 것 자체가 실정법 위반이었기 때문이다. 법원이 특정 경제개발사업이 실정법상 국민의 일반이익에 부합한다고 판단하면 이에 반대하는 환경보호운동은 반사회적이고 불법행위가 되기 때문이다. 그러나 헌법이나 법률에 자연권리를 명문화하면 이러한 일반이익의 개념이나 판단기준을 바꿀뿐만 아니라 자연과 조화롭게 공존해야 하는 시민의 생활의식을 발전시키는 법적 근거를 제공한다.

이러한 점에서 헌법에 자연권리를 명문화한 에콰도르에서 법원의 태도는 자연과 인간의 조화로운 삶이 어떠한지를 판단하는데 중요한 선례를 제공할 것이다. 그런데 에콰도르의 경우를 보면 비록 헌법에 자연권리가 규정되어 있다고 하더라도 법원이 이를 구체적 사건에 적용하는데 큰 어려움이 있다는 것을 보여준다. 예를 들어 2008년 헌법은 자연권을 헌법상 권리로 인정했지만 다른 헌법상 기본권인 재산권 등과 충돌할 경우에 어떠한 권리를 보호할지에 대한 규정은 없다. 헌법에 해석규정이 없으면 결국 법원이 해석해야 한다. 그런데 에콰도르는 법원뿐만 아니라 행정부와 입법부도 자연의 권리와 경제발전의 충돌에서 조화로운 공존이 어렵다는 것을 보여준다.

행정부는 개발재원의 조달을 위해 조화롭지 못한 공존을 택한 경우도 있고, 입법부는 2008년 헌법제정 이후에도 헌법규정과 충돌될 수 있는 법률개정을 했었다. 자주 인용되는 예로 2009년 광업법인데 환경 취약지역에서도 정부허가가 있으면 광업채굴이 가능하도록 한 광산법 제26조가 많은 비판을 받았다. 사실, 이러한 문제는 구체적인 사건에서 법원이 어떻게 판결하는가에 따라 해결될 수 있다. 그런데 에콰도르 법원의 자연의 권리에 대한 태도는 상당히 신중한 편이다. 아마도 법원의 독립성이 높지 않아서 정부 정책에 영향을 받아 구체적인 사건에서 자연권리를 소극적으로 해석하는 태도를 보이는 듯하다. 구체적으로, 2008년 헌법이 제정되었지만 자연의 권리가 최초로 인정된 판결은 2011년 에콰도르 남부 Loja 지방법원에서 판결한 Vilcabamba강 보호사건이었고, 에콰도르 대법원이 자연권리를 인정한 최초의 판결은 2020년 Los Cedros사건에서였다.

IV. 지속가능발전의 재개념화 작업과 CBDR원칙의 적용

이제 동 논문의 핵심 주제인 지속가능발전 개념을 인간중심주의에서 생태중심주의로 어떻게 재개념화할 것인가의 문제가 남아있다. 에콰도르 헌법에서 생태중심으로 자연권리를 인정하고 *buen vivir*를 명시하여 법규범화한 것이 바로 국제법에 적용되지 않는다. SD는 인간중심주의에서 생태중심주의로 재개념화가 가능할까. 생태중심주의 국내법이 국제법상 SD의 재개념화에 어떠한 도움이 될 것인가.

자연권리는 지속가능개발 목표달성에 어떠한 의미를 갖는가. 기후변화는 지구생태계를 구성하는 모든 구성원들에게 동일한 나쁜 영향을 미친다. 따라서 기후변화에 대한 대응은 누구나 공동책임이 있다. 그런데 기후변화에 영향을 미친 구성원들은 개도국들보다는 선진국들이 더 많은 책임이 있다. 마찬가지로 인간은 자연에 비해 기후변화에 더 많은 책임이 있다. 따라서 기후변화에 대한 대응책임이 공동책임이며 선진국이 개도국보다 차별적 부담을 하는 것과 마찬가지로 인간은 자연에 대해 차별적 부담을 갖는다. 이렇게 North와 South로 구분하여 CBDR원칙을 적용하는 논리는 인간과 자연의 관계에서도 마찬가지로 적용할 수 있다. 인간이 자연파괴와 기후변화에 더 많은 책임이 있을 뿐만 아니라, 기후변화에 대응하는 자본과 기술력도 자연에 비해 더 많이 있다. 따라서 인간과 자연의 관계에서도 CBDR원칙을 적용할 수 있다. 이러한 인간과 자연의 관계를 생태중심주의에서 접근하려면 자연권리를 인정해야 한다. 인간사회에서만 한정하여 CBDR원칙을 적용하는 것은 기후변화에 대한 대응에 제한적인 효과만 볼 수 있다. 자연권리를 인정하여 자연과 인간의 관계에서 CBDR원칙을 적용해야만 더 포괄적인 차원에서 지구상의 생태계를 보호할 수 있는 것이다.

자연과 인간의 관계에서 CBDR원칙을 적용하려면 인간이 자연에게 수혜를 베푸는 관계가 아니라 인간과 자연이 동등한 관계에 있어야 한다. 즉, 자연을 물건이나 대상으로 취급하는 것이 아니라 권리의 주체로 취급하자는 것이다. 이러한 방향으로 법과 정책을 발전시켜나가야 한다. UNSDGs의 경우 상당한 부분이 인권의 보호와 관련이 있다. 예를 들어 UNSDGs 제6번 목적은 “모두를 위한 물과 위생의 가용성과 지속 가능한 관리(Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all)”이다. 물에 대한 인권은 물의 공급뿐만 아니라 안전한 식수에 대한 권리이다. 그런데 물은 강물과 같이 서로 모여 있으며 생태계에서 순환작용을 하면서 유지된다. 안전하고 풍부한 식수가 보장되려면 인간

이 보호하는 경우에 가능하지만, 달리 생각하면 물이 생태계에서 스스로 탄생하고 건강하게 유지하고 재생되는 순환과정이 보장되어야 한다. 이러한 방법은 인간이 물을 보호하거나 물이 스스로 보호하는 경우가 된다. 전자는 물을 인간을 위한 대상으로 보는 것이고, 후자는 물이 스스로 권리주체로써 존재하는 것이다. 전자보다는 후자가 건강한 물을 유지하는데 더 가능성이 높을 것이다. 물이 자연에서 스스로 유지하고 재생하도록 그대로 놓아두는 것이 가장 좋은 방법일 것이다. 이러한 권리개념은 과거에 노예, 인디오 등에 대해 적용한 바 있다. 그들을 단순히 인간의 보호대상에서 권리의 주체로 인정함으로써 스스로 권리를 행사하고 보호받도록 한 것이다. 같은 맥락에서 이제 자연에 대해서도 같은 논리를 적용할 때가 온 것이다.

이러한 점에서 에콰도르 헌법에 명시된 자연의 권리의 내용은 지침적 가치가 있다. 자연의 권리로 “존재하고, 번성하고, 진화하는(재생하는)” 자연의 고유한 권리를 인정한 것이다. 마치, 민법에서 인간의 권리를 “태어나고 생활하고 결혼하고 자식을 두고 죽고 상속할 권리”를 인정한 것과 마찬가지로 논리가 된다. 인간사회의 법은 인간을 보호하는데 최적화되어 있다면, 생태계의 법은 인간을 포함하여 자연에게 최적화되어 있다고 보편된다. 그렇다면 인간사회의 관점에서 생태계를 대상으로 만들어낸 UNSDGs는 인간에게 최적화 되어있지 자연에게 최적화되어 있지 않다. UNSDGs의 지속가능성은 인간사회의 지속가능성이지만 생태계의 지속가능성이라고 말할 수 없다. 우연하게 둘의 지속가능성이 교차할 수는 있지만 엄밀하게 말해서 지속가능성의 적용대상이 다른 것이다. 따라서 인간의 지속가능성에서 자연의 지속가능성, 생태계의 지속가능성으로 관점을 확대해야 한다.

인간의 지속가능성에서 자연생태계의 지속가능성으로 관점을 전환하면 지속가능개발의 의미도 재정립이 가능하다. 개발과 발전의 개념은 인간사회에서는 양적 성장을 의미했으며 최근들어 질적 성장의 개념을 도입했다. 그러나 이러한 성장과 개발의 개념은 인간사회 특히 서구사회의 개념이다. 서구사회의 성장은 직선 공간 개념에서 나왔다. 과거 현재 미래를 놓고 과거에 비해 성장하고, 다른 국가에 비해 상대적 성장이 가능하다. 이러한 직선 공간 개념은 잉카문명에서는 찾아보기 어렵다. 자연생태계는 파차맘마를 중심으로 윤회되기 때문에 출발점이 없다. 즉, 어제와 오늘 그리고 미래가 같은 원에 존재하기 때문에 미래도 돌다보면 오늘의 과거가 되는 개념이다. 따라서 “개발/성장”이 질적이건 양적이건 별 의미가 없다. 이러한 “개발/성장”에 대한 인식의 차이는 우리에게 다음의 질문을 던지게 된다. UNSDGs의 지속가능개발이 과연 달성 가능한 목표인가 하는 점과 생태중심주의에서 생각하는 지속가능개발과 어떻게 조화롭게 합치시킬 수 있는가 하는 점이다.

예를 들어 지속가능개발이 국내총생산(GDP)이나 기타 다양한 well-being지수를 기준으로 한다면 인간중심적 측정이 된다. 그런데 이미 인간사회가 지구생태계에 미치는 영향은 심대하기 때문에 인류세(Anthropocene)의 관점에서 개발/성장을 측정하는 것은 지구생태계의 입장에서는 중요하지만 전체를 반영한다고 말할 수 없다. 인간사회의 개발/발전 측도로 양적 지표에서 다양한 질적 지표로 변해가고 있다. 이러한 변화는 지속가능성장/개발을 반영하기 때문이다.

결국, UNSDGs를 인간중심에서 holistic한 생태계중심의 지속가능성장을 위해서는 복지의 척도를 지구생태계의 조화로운 성장이 가능한 발전으로 재정립해야 한다는 결론을 도출하게 된다. 지구생태계의 지속가능한 개발은 인간뿐만 아니라 인간과 공존하는 자연의 지속가능한 개발의 이익을 반영해야 하기 때문에 좀 더 포괄적인 평가를 해야 한다. 국가와 기업이 추구하는 이익과 기업이윤이 생태학적 이익으로 측정되려면 평가방식이 생태계의 지속가능성을 보장해야 한다.

따라서 UNSDGs의 목표인 지속가능개발은 생태중심주의에서는 행복한 삶(Buen Vivir)으로 바꿀 수 있다. 지속가능한 개발을 통해서 궁극적으로 지구생태계의 모든 구성원이 조화롭고 행복한 삶을 추구할 수 있도록 하는 것이다. 즉, 지속가능한 개발은 도구이지 목적은 아니다. 우리 지구의 거버넌스 시스템이 지구생태계와 인간사회의 이익의 공통점이 극대화되도록 설계되어야 하고, 이를 위해서 법제도와 정책 및 금융과 비즈니스 시스템도 지속가능한 개발을 통해서 궁극적으로 holistic맥락에서 조화롭고 행복한 삶이 유지되도록 재정립되어야 할 것이다.

V. 결론

Buen vivir는 자연권리를 부여함으로써 생태중심주의 관점에서 인간과 자연의 관계를 정립한다. 인간이면 누구나 자연을 위해 자연권리를 대리행사 할 수 있다. 인간은 자연과 동등한 관계에 있고, 인간은 필요한 만큼만 자연을 사용하고, 생태계의 조화로운 유지를 위해 스투어드십을 행사할 의무가 있다. 반면, 지속가능발전은 인간과 자연의 관계를 종속의 관계로 보아 자연을 인간의 지속가능발전을 위한 착취의 대상으로 취급한다. 따라서 개인, 집단, 기업, 국가 등의 행위를 통제하는 것은 매우 불확실하고 불안정하다.

인간은 필요한 만큼 소비하거나 성장하지 않고 호기심과 경쟁을 통해 성장한다. 인간의

본성을 제한하는 것은 어렵다. 인간의 본성을 제한할 수 없다면 좋은 해결책은 사람들이 자신의 행동에 대해 책임을 지도록 하는 것입니다. 인간사회의 법제도에 자연권리를 인정하여 생태중심의 법거버넌스 체계로 재편되어야 한다. 최선의 왕도는 국제조약에서 자연권리를 인정하는 것이고, 차선의 길은 많은 국가들이 자연권리를 헌법에 인정하는 것이다.

자연권리의 인정은 입법부와 행정부 뿐만 아니라 법원의 역량과도 긴밀한 관련성이 있다. 그렇다면 시민사회는 어떠한 기여를 할 수 있을까. 자연의 권리는 사회개혁이고 시민의식의 변화를 필요로 한다. 평소에 자연과 접촉하는 사람들은 사회구성원이기 때문에 유권자의 의식변화가 필요하기 때문이다. 지금까지 자연보호를 위해 활동했던 사람들이 주로 그린피스 등 환경단체가 중심이었다면 자연권리에 대한 인식변화와 보호행동은 일반시민의 참여를 필요로 한다. 따라서 기후변화에 대응하는 자연권리의 인정과 보호는 새로운 사회운동을 통해 이루어질 수 있다. 여기에는 가정교육뿐만 아니라 자연과의 조화로운 관계에 대해서 가정과 학교 그리고 직장과 사회생활에서 일반적이고 상식적으로 받아들이는 보편적이고 상식적인 행동이 모두 포함된다. 일반적으로 사회운동이라고 하면 기본 제도적 틀에 대한 저항을 말하지만, 자연의 권리는 잃어버린 권리를 쟁취하는 것이 아니라, 우리가 망쳐버린 자연에 대해서 용서를 구하고 자연과의 관계회복을 강화하고 보호하고 조화롭게 공존하려는 것이다. 따라서 국가와 개인 모두가 동참해야 할 대세적 의무라는 관점에서 접근해야 한다.

<참고문헌>

- Anita M. Halvorsen(2011). International Law and Sustainable Development - Tools for Addressing Climate Change, 39 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 397 (2011).
- Caria S, Domínguez R.(2016). Ecuador's Buen vivir: A New Ideology for Development. Latin American Perspectives. 43(1):18-33. doi:10.1177/0094582X15611126
- Chassagne, Natasha(2018). Sustaining the 'Good Life'_ Buen Vivir as an alternative to sustainable development, Community Development Journal 2018-jan 04 vol. 54.
- Craig M. Kauffman, Pamela L. Martin(2017). Can Rights of nature Make Development More Sustainable? Why Some Ecuadorian lawsuits Succeed and Others Fail, World Development, Volume 92.
- Lalander, R. (2014). The Ecuadorian Resource Dilemma: Sumak Kawsay or Development? Critical Sociology, 42(4-5), 623 - 642. <https://doi.org/10.1177/0896920514557959>
- Le Quang, Matthieu, and Mariana Ortega Breña. "The Yasuní-ITT Initiative: Toward New Imaginaries." Latin American Perspectives, vol. 43, no. 1, 2016, pp. 187 - 99. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/24574855>. Accessed 4 Oct. 2022.
- Rabinovych, Maryna. (2020). The Legal Status and Effects of the Agenda 2030 within the EU Legal Order. Journal of Contemporary European Research. 16. 182-199. 10.30950/jcer.v16i2.1071.
- Virginie Barral(2012). Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm, European Journal of International Law, Volume 23, Issue 2, May 2012, Pages 377 - 400, <https://doi.org/10.1093/ejil/chs016>
- Waldmüller, Johannes. (2018). Buen Vivir and Rights of Nature. Alternative Visions of Development. In: 개발 윤리 핸드북 (pp.234-247)
- 조희문. “중남미에서의 자연권에 관한 이론과 실제”, 한국외국어대학교 법학연구소, 『외법논집』, 44권 3호(2020), pp.443-469.
- _____. “인간중심적 환경헌법에서 생태중심적 환경헌법으로 : 라틴아메리카 국가들의 기여”, 『중남미연구』, vol.40, no.3(2021), pp. 1-30.
- _____. (2022). 한국법원판례에 나타난 자연권리와 법원의 역할. 강원법학, 68, 445-479.
- _____. (2022). 환경인권과 환경자연권리 - 생태주의 관점에서 본 환경인권 발전의 이론적 고찰 -. 외법논집, 46(3), 127-152.

국가관할권 이원지역의 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용에 관한 제5차 정부간회의의 주요 논의 현황*

이 창 열**

목 차

- I. 서론
- II. 주요의제 중 의견 합치가 가능한 쟁점
- III. 추가 논의가 필요한 주요의제 쟁점
- IV. 향후 계획과 전망

I. 서론

지난 2020년 코로나-19 확산으로 무기한 연기되었던 국가관할권 이원지역의 해양생물다양성 보존과 지속가능한 이용에 관한 법적 구속력 있는 문서의 상세 문안 마련을 위한 정부간회의(이하 “BBNJ 정부간회의”)가 올해에 두 차례 개최되었다. 당초 2017년 국제연합총회 결의(72/249)에 따를 경우 제4차 세션은 2020년 상반기에 마무리될 계획이었다. 그러나 제4차 BBNJ 정부간회의는 코로나-19 발발로 2022년 3월에야 개최될 수 있었다. 2022년 3월에는 코로나-19 상황이 완전히 종결되지 않았다. 이에 본 회의장에 참석할 수 있는 인원은 국가별 2명으로 제한되었다. 참석 인원과 회의장 사용의 제약으로 전체회의만 가능한 회의방식으로 진행되었고, 제4차 BBNJ 정부간회의는 아무런 합의도 보지 못하고 끝났다.

* 본 발표문은 추후 수정 및 보완을 통하여 다른 형태로 출간될 예정이며 미완성의 원고이므로 인용을 삼가 주시길 바라며, 본 발표문의 내용은 한국해양과학기술원 공식적 입장과 무관한 연구자 개인의 의견임을 밝힙니다.

** 한국해양과학기술원 책임연구원, 국제법 박사.

제4차 BBNJ 정부간회의에서 국가들은 유엔총회에 제5차 BBNJ 정부간회의를 올해 내로 개최할 것을 요청하기로 하였다. 그 결과 제5차 BBNJ 정부간회의가 2022년 8월에 2주간 개최되었다.

제5차 BBNJ 정부간회의에서 의장 및 조정관을 포함하여 각 국들은 합의를 위한 최선의 노력을 다하였다. 회의는 비공식의 비공식 작업반그룹과 자발적인 소규모 그룹회의 방식으로 진행되었다. 전체회의 이외에 의장 및 조정관의 주재하에 두 가지 주요의제에 관한 비공식의 비공식 작업그룹이 메인으로 동시에 진행되었다. 이와 별개로 의견 조율이 필요한 세부 쟁점에 대하여 자발적 의사에 기초하여 소규모 그룹을 주재할 국가를 선정하고 해당 국가의 주관하에 비공식의 비공식 작업그룹과 별도로 여러 쟁점에 관한 소규모 그룹회의가 병행하여 진행되었다. 소규모 그룹회의는 공식 회의가 아니었기에 참여를 원하는 국가들만 참여하였다. 소규모 그룹회의에서 논의된 결과는 전체회의에서 공유되었고, 비공식의 비공식작업그룹에서 다시 논의하여 협상 문안에 반영여부를 결정하였다.

제5차 BBNJ 정부간회의는 마지막 날 밤 11시가 되어서야 끝이 났으나 결론적으로 합의안 마련에는 실패하였다. 각 국 대표들이 타협을 위한 여러 노력을 기울였으나 일부 쟁점의 경우 대척점이 분명하여 타협안 마련이 쉽지 않았다. 계획된 제5차 BBNJ 정부간회의는 끝났지만, 국가들은 제5차 BBNJ 정부간회의를 잠시 휴정하고 유엔 총회의 가능한 일정에 따라 제5차 BBNJ 정부간회의를 다시 재개하는 방식을 택하였다.

이번 제5차 세션에서 최종 합의에는 실패하였으나, 일부 쟁점에서는 합의 가능성을 보여 주었다는데 이번 회의의 의의를 찾을 수 있다. 또한, 국가들은 이 협정의 성공은 가능한 많은 국가들의 참여와 보편성 확보가 중요하다는 점에 동의하였으며 일부 쟁점에서는 타협안 마련에 기준으로 작용하였다는 점도 중요하다. 원칙적 내용을 규정하되 보다 많은 국가들의 참여를 위하여 상황에 따른 예외를 도입하는 예가 대표적 이라고 할 수 있다.

이번 발표에서는 어느 정도 국가들의 동의를 확보되었거나 확보될 가능성이 있어 보이는 주요 쟁점과 타협안 마련을 위하여 추가 논의가 필요해 보이는 주요 쟁점을 구분하여 소개하고자 한다. 이하의 내용은 필자와 KIOST 동료 연구진이 제5차 BBNJ 정부간회의 논의 내용을 수기 정리한 기록을 바탕으로 작성하였다. 제5차 BBNJ 정부간회의는 비공식의 비공식 협의와 소규모 그룹회의로 진행되었으며 아직 회의 협상 문서가 공개되어 있지 않기 때문에 협상 진행 중 회람된 협상문안 초안을 인용하지 않으며, 별도의 참고 문헌을 명기하지 않는다.

II. 주요의제 중 의견 합치가 가능한 쟁점

1. 해양유전자원으로부터 발생하는 이익의 의무적 공유

지난 제4차 BBNJ 정부간회의 이후 이익공유 문제를 포함하는 해양유전자원에 관한 논의에서 이익공유의 의무 여부에 관한 논의가 한 방향으로 정리되는 흐름이 있었다. 제3차 BBNJ 정부간회의까지만 해도 주요 선진국들은 자발적인 이익공유를 바탕으로 두고 있었으며, 일부 국가들만 비금전적 이익공유에 한하여 의무적 이익공유를 수용할 수 있다는 가능성만 언급한 상황이었다.

제5차 BBNJ 정부간회의에서 대부분의 국가들은 이익공유를 발생시키는 기원에 대하여는 서로 다른 의견을 보였지만, 국가관할권 이원지역의 해양유전자원으로부터 발생하는 이익을 의무적으로 공유하여야 한다는 대전제에는 동의하였다. 또한, 이익공유에 관한 세부 문제를 다루기 위한 접근 및 이익공유체계(Access and Benefit Sharing Mechanism)라는 보조기구를 당사국 총회 산하에 두는 문제에도 다수의 동의를 얻었다.

그러나 이익공유의 법적 근거가 무엇인지에 대한 법률적 문제에 대하여는 합의를 하지 못하였다. 국가관할권 이원지역에 해양생물다양성의 보존과 지속가능한 이용을 위해서는 국가관할권 이원지역의 해양유전자원에 관한 과학적 지식과 정보의 공유가 장려되어야 한다는 당위성만 존재할 뿐이었다. 이러한 문제는 세부 사항에 대한 합의를 어렵게 하였는데, 일례로 공유하여야 할 이익의 유형에 대하여 주요 선진국들은 국가관할권 이원지역의 해양유전자원의 채집으로부터 얻는 1차적 결과물의 공유를 고려한다. 1차적 결과물은 해당 해양유전자원이 채집된 위치, 채집 방법, 해양유전자원의 종분류에 관한 정보와 유전자염기서열자료 및 샘플에 대한 접근을 의미한다. 이에 반하여 개발도상국들이 생각하는 이익의 유형은 국가관할권 이원지역의 해양유전자원의 접근, 채집 또는 이용 등의 모든 활동으로부터 얻는 모든 결과물의 공유를 상정한다. 그 결과물에는 위에서 언급한 1차적 결과물에 대한 추가 연구 또는 이용을 통하여 얻어낸 2차적 결과물을 포함한다. 2차적 결과물에는 추가 연구를 통하여 밝힐 수 있는 특정 유전자염기서열의 유전적 특성 정보 등을 포함하여 상품화를 통하여 얻는 금전적 이익까지를 모두 포함한다. 간단히 정리하면 선진국들은 채집이라는 1차적 행위로부터 발생하는 정보와 샘플에 대한 공유를 이익공유 유형으로 주장하고 있고, 개발도상국들은 접근, 채집 및 이용으로부터 발생하는 모든 정보와 샘플, 그리

고 금전적 수익에 대한 공유를 주장하고 있다.

제5차 BBNJ 정부간회의에서 이러한 세부 사항에 대한 합의는 이루어지지 않았다. 다만, 국가들은 합의안 마련을 위하여 잠정적으로 다음과 같은 타협안에 기초하여 논의를 지속하기로 하였다. 첫째, 국가관할권 이원지역의 해양유전자원에 관한 활동으로부터 발생하는 이익은 공정하고 공평하게 공유되어야 하며, 둘째, 국가관할권 이원지역 해양유전자원과 관련된 자료와 정보를 공유하여야 한다는 것이다. 이 타협안은 해양유전자원에 관한 활동의 범위는 무엇인지 또는 해양유전자원 관련 자료와 정보의 범위는 무엇인지에 대한 모호성을 그대로 남겨 두고 있다. 아직 컨센서스가 형성된 것은 아니므로 차후 다른 방향으로 논의가 진행될 여지도 남아 있다.

2. 구역기반관리수단 설정에 관한 당사국 총회의 포괄적 권한

이번 회의에서 큰 변화를 보인 부분은 해양보호구역을 포함하는 구역기반관리수단에 관한 부라고 평가할 수 있다. 기존에는 이 협정의 국제기구가 국가관할권 이원지역에 해양보호구역을 포함하는 구역기반관리수단을 설정함에 있어 관련 법문서, 체제, 기구 등이 존재할 경우에 그들이 가지는 고유 권한과 상충 문제를 어떻게 해결할 수 있을 것인지에 대하여 세부 논의가 이루어지면서 여러 이견이 존재하였다. 물론 현재에도 이러한 우려가 완전히 불식된 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 국가들은 관련 기구가 존재하거나 존재하지 않거나를 구분하지 않고 이 협정의 국제기구가 국가관할권 이원지역에서 해양보호구역을 포함하는 구역기반관리수단을 설정하고 관련조치를 결정할 수 있는 포괄적 권한을 가지는 것에 대하여 다수 국가의 동의가 확인되었다.

물론, 관련 법문서, 체제, 기구가 존재하는 경우에는 이들이 채택한 조치와의 보충성 또는 양립가능성을 고려하도록 하는 제안이 아직 살아 있다. 또한, 이 협정이 관련 법문서, 체제, 기구를 언더마인하지 않아야 한다는 대전제도 여전히 일반사항으로 규정되어 있다. 그러나 당사국 총회가 관련 법문서, 체제, 기구와 협력과 조정을 통하여 구체적 상황에서 판단하여 결정하도록 하고, 국가관할권 이원지역에 대한 해양보호구역을 포함하는 구역기반관리수단 설정에 관한 포괄적 권한을 수용하는데 많은 지지가 있었다는 것은 큰 성과가 아닐 수 없다.

그러나, 이러한 큰 변화에도 반하여 일부 국가들은 여전히 이 협정이 국가관할권 이원지역의 구역기반관리수단 설정에 포괄적 권한을 가지는 데에 우려를 가지고 있다. 이들은 타

협안으로 당사국 총회 결정의 적용 배제 조항을 제안하였다. 이들 제안의 취지는 회원국이 당사국 총회의 결정에 구속되지 않을 일정한 사유가 있을 경우 구속받지 않겠다는 통보를 할 수 있도록 하는 것이다. 그 사유로는 해당 결정이 이 협정과 일치하지 않거나 유엔해양법협약 또는 관련 국제법상 회원국의 권리와 일치하지 않는 경우, 또는 해당 결정이 회원국을 부당하게 차별하는 경우 또는 회원국이 반대 당시 결정을 실제로 준수할 수 없는 경우 세 가지를 제시하고 있다. 이 타협안은 시간의 제약상 충분히 논의되지 못하였기에 다음 회기에서 논의를 지켜봐야할 것으로 보인다. 이 타협안의 수용여부는 적용 배제를 선언할 수 있는 구체적 사유에 관한 해석에 따라 달라질 것이다.

3. 환경영향평가에 관한 과정 일반에 관한 규정과 적용 범위

국가관할권 이원지역의 환경영향평가 과정 수립에 있어서 국제화와 투명성 강화가 중요하다는 점에 대하여 다수의 공감대가 있었다. 조문 구성에 관한 많은 변화에도 의견 합치가 있었다. 전략환경영향평가의 의무 수준에 관하여 의견 대립이 있으나 전략환경영향평가에 관한 규정을 BBNJ 협정에 도입하는 데에는 합의가 도출되었다.

환경영향평가에 관한 기존의 협상문서는 불필요하거나 중복되는 규정들이 다소 존재하였다. 예를 들어, 환경영향평가 수행시 평가하여야할 잠재적 영향을 환경영향평가 보고서의 내용에 규정함과 동시에 잠재적 영향 중에 누적영향과 월경영향을 별도 규정으로 중복하여 규정하는 것이다. 또 다른 예로는, 발동요건에 따라 환경영향평가를 수행하도록 규정하고 있으면서 환경영향평가가 필요하거나 필요하지 않은 활동에 관한 목록 규정을 동시에 규정하는 것이 있었다. 이번 제5차 회의에서는 이러한 규정들이 대폭 정리되어 간결화되었다. 누적영향, 월경영향에 관한 규정은 환경영향평가 과정의 스코핑과 영향평가 부분에서 간단히 언급하는 것으로 대체되어 삭제되었다. 생태학적으로 또는 생물학적으로 중요하거나 취약한 것으로 확인된 지역에서의 환경영향평가에 관한 규정은 환경영향평가에 관한 발동요건 판단을 위한 세부 기준의 하나로 다루는 것으로 삭제되었다. 환경영향평가가 필요하거나 필요하지 않은 활동 목록에 관한 규정은 추후 이 협정의 이행 보조를 위하여 필요한 지침의 하나로 포함되었고 기존 규정은 삭제되었다. 또한, 기존의 스크리닝, 스코핑, 영향평가, 잠재적 부정적 영향의 경감에 관한 조항들은 환경영향평가를 위한 과정 하나의 조항으로 통합하고 간결화되었다. 환경영향평가 보고서 내용, 출간, 그리고 검토에 관한 규정은 보고서에 관한 하나의 규정으로 통합되었다.

두 번째로, 이 협정에 따른 환경영향평가를 수행하여야 할 활동의 범위와 관련하여 제5차 회의의 마지막까지 분명한 대답이 존재하였다. 일부 국가들은 이 협정은 국가관할권 이원지역에서 수행되는 활동에만 적용되어야 함을 주장하였다. 그러나 일부 국가들은 국가관할권 이내에서 수행되는 활동일지라도 국가관할권 이원지역에 잠재적 영향을 미치는 활동을 포함하여야 함을 주장하였다. 이에 관한 대답은 환경영향평가에 관한 부 전체에서 계속하여 등장하였으며, 이른바 위치 기반의 견해와 영향 기반의 견해 간 대답이었다. 그러나 제5차 회의의 마지막 회의에서 영향 기반에 입각하여 주장하였던 국가들이 타협안을 제시하면서 합의 가능성을 보여주었다. 이들이 타협안으로 제시한 내용은 국가관할권 이원지역에 영향을 미치는 활동의 관할권 또는 통제권을 가지는 회원국은 자국 국내법에 따라 환경영향평가를 수행하고, 과학기술기구가 이해관계자 협의과정 또는 국내적 절차에서 의견을 제출할 수 있도록 과학기술기구에 통보하도록 하며 회원국이 이 부에서 정한 방법에 따라 또는 국내 절차에 따라 모니터링, 보고, 검토를 하도록 보장하며, 이 부의 정보공유체계에 관련 보고서를 공개할 것을 제안하였다.

내용이 다소 복잡하나, 영향 기반을 주장 국가들이 국가관할권 이내 지역에서 수행되는 활동에 대한 환경영향평가와 관련하여 이 협정의 절차 적용이 아니라, 각 국의 국내법 적용을 수용하였다는 점에서 합의 가능성이 있어 보인다는 것이다.

Ⅲ. 추가 논의가 필요한 주요의제 쟁점

1. 해양유전자원의 법적 성격과 용어의 정의

첫 번째로, BBNJ 협정에 적용되는 일반원칙과 관련하여 이 협정의 해양유전자원을 인류공동유산의 원칙이 적용되는 대상으로 볼 수 있을 것인가에 대하여 분명한 대답이 존재하였다. 주요 선진국들은 유엔해양법협약 규정에 따라 인류공동유산의 원칙은 심해저와 광물 자원에만 적용되어야 한다는 입장이다. 선진국들은 관할권 이원지역 해양유전자원에 인류공동유산 원칙 적용을 강하게 반대하였다. 반면, 개발도상국들은 인류공동유산의 원칙은 심해저와 그 자원에 적용하도록 규정하고 있는데 심해저 자체에는 그 안의 해양유전자원이 포함된다는 해석이다. 또한, 공해의 해양유전자원에 대하여는 협약이 규율하고 있지 않으므로 인류공동유산의 원칙이 적용되도록 BBNJ 협정에서 규정해야 한다는 것이다. 선진국들

이 법적 성격에 관한 논의 없이 국가관할권 이원지역의 해양유전자원으로부터 발생하는 이익의 의무적 공유를 수용하였음에도 불구하고, 개발도상국들은 이에 타협의 여지를 보이지 않고 있다.

두 번째로 용어의 정의에 관한 부분에 추가적 논의가 불가피해 보인다. 용어의 정의과 관련하여 ‘현지의 접근’을 국가관할권 이원지역 해양유전자원 샘플에 대한 접근과 ‘관련 자료와 정보(associated data and information)’에 대한 접근으로 정의하였는데, ‘샘플’의 범위, 그리고 ‘관련 자료와 정보’의 범위에 대한 언급이 없다는 점이다. 특히, ‘관련 자료와 정보’는 생물다양성협약(이하 ‘CBD’)의 디지털염기서열정보로 고려될 수 있는 모든 형태의 자료와 정보를 포함하도록 매우 광범위하게 규정하고 있기 때문이다. 또한, CBD 상에서 디지털염기서열정보라는 용어를 사용할지도 확정되지 않았으며, 그 범위 또한 현재 논의 중에 있다는 문제도 있다.

용어의 정의와 관련하여 또 다른 문제는 적용범위에서 언급하고 있는 ‘해양유전자원 관련 활동’에 관한 명확한 정의가 없다는 것이다. ‘활동(activities)’이라는 용어를 사용하고 있어 해석에 따라 현재 합의되지 않고 있는 모든 사항을 포함할 수도 있기 때문이다. 이러한 논의 흐름은 용어의 정의나 적용범위에서는 타협안으로 모호한 용어를 사용하되, 이익공유에 관한 조항에서 그 유형을 한정하여 규정함으로써 이익공유의 범위가 확대되는 것을 방지하려는 의도가 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 문언상 정의 규정에도 부합하지 않는 대상까지 이익공유를 포함하려는 CBD 당사국 총회에서의 디지털염기서열정보에 관한 개발도상국 주장과 법적 합치성 보다 다수의 주장에 이끌려 가는 국제회의의 논의 흐름에 비추어 볼 때에, 이러한 접근 방법은 이익공유 확대의 법적 근거로 작용할 수 있는 위험성도 내포한다고 볼 수 있다.

2. 구역기반관리수단과 해양보호구역에 관한 용어의 정의와 긴급조치

기존의 관련 법문서, 체제, 기구와의 관계를 고려하는 문제로 타협이 쉽지 않을 것이라고 예상하였던, 구역기반관리수단에 관한 부는 예상과 달리 기본 방향성에 대한 타협이 무난하게 진행되었다고 평가할 수 있다. 위에서 살펴보았던 의사결정에 있어 당사국 총회에 포괄적 권한을 부여하는 문제 이외에 컨센서스 이외의 표결에 의한 의사결정방법 수용에 관한 문제에서도 국가들은 타협의 모습을 보여주었다. 구역기반관리수단을 설정하는 과정과 관련하여 구역의 확인에 관한 규정을 제안서에 관한 규정과 병합하는 등의 과정에서 일부

이견을 보이고 있으나, 이는 절차의 완성도를 제고하기 위한 건설적 토론으로 평가할 수 있다.

구역기반관리수단에 관한 부와 관련한 대립은 구역기반관리수단과 해양보호구역의 정의에 관한 문제에서 나타난다. 우선 대부분의 국가들이 해양보호구역은 구역기반관리의 여러 수단 중에 하나이므로 해양보호구역이 구역기반관리수단의 개념에 포함된다는 점에 대하여 같은 생각을 공유한다. 구역기반관리수단은 해양보호구역을 포함하며 이 협정에 따른 보존과 지속가능한 이용 목적을 달성하기 위하여 지리적으로 지정된 구역에서 활동을 관리하기 위한 수단으로 정의된다.

그러나, 일부 국가들은 해양보호구역의 경우에는 생물다양성협약의 해양보호구역에 관한 정의와 일치할 필요하므로 ‘보존’만을 목적으로 규정할 것을 주장한다. 이들은 구역기반관리수단에 관한 정의를 하나만 두는 방식을 선호하면서, 세부호를 두어 해양보호구역의 경우는 보존을 목적으로 한다는 것을 별도 표기할 것을 주장한다. 한편, 다른 국가들은 해양보호구역도 지속가능한 이용 개념에 관한 사항을 포함하여야 한다는 입장이다. 이들은 해양보호구역이 구역기반관리수단에 포함된다는 일반적 정의 규정을 그대로 유지할 것을 주장한다. 그리고 해양보호구역에 관한 정의 규정을 따로 규정하되, 타협안으로 ‘보존 목적과 합치하는 지속가능한 이용을 포함할 수 있다.’라는 문장을 제안하였다.

용어에 관한 대립은 끝내 타협을 보지 못한채 끝났다. 이에 대한 개인적 견해로는 해양보호구역을 포함하는 구역기반관리수단에 관한 규정은 그대로 두되, 해양보호구역을 ‘주로(primarily)’ 보존을 목적으로 한다고 규정하는 문안이 어떨까 한다. 남극의 Ross 해역의 해양보호구역에서도 이용이 완전히 배제되는 것은 아니다. 해양보호구역 보존 목적에 저해가 되지 않는다면 그에 상응하는 이용을 허용하는 것이 합리적 조치이기 때문이다. 따라서, 해양보호구역은 여러 가지 구역기반관리수단 중에서 보존을 최우선적 목적으로 하는 수단이라는 의미를 가지도록 규정하되, 경우에 따라 이용을 완전히 배제하지 않는다는 여지를 가지도록 ‘주로’라는 부사를 사용하는 것이다.

마지막으로 이번 회의에서 새롭게 논의되는 주제로 긴급조치(emergency measures)가 있다. 의장의 협의문서에서는 당사국 총회의 권한의 일부로 규정되어 있었다. 이 조항은 해양생물다양성에 심각한 부정적 영향이 있으나 이를 제때에 관리할 수 없을 경우에, 당사국 총회가 해양보호구역을 포함하는 구역기반관리수단을 채택할 수 있다는 내용이다. 제5차 BBNJ 정부간회의의 과정에서 조치 설정에 관한 내용이라는 이유로 제도적 정비에 관한 부에서 구역기반관리수단에 관한 부로 옮겨졌다. 이 의제는 의견 대립 보다는 아직 논의 초반

이기 때문에 추가 논의가 더 필요하다. 긴급조치를 발동할 수 있는 요건으로 인간활동 또는 자연적 현상, 인간으로 인한 재앙이 해양생물다양성에 심각한 부정적 영향을 줄 수 있을 경우로 규정하고 있으나 이러한 발동요건이 적절한지에서부터 시작하여 어떠한 과정을 거쳐야 하는지 등에 관한 문제가 그러하다.

3. 환경영향평가

다른 의제와 비교하여 환경영향평가에 관한 부에서는 아직 추가로 논의가 필요한 중요한 쟁점이 비교적 많이 남아 있다.

첫 번째는 이 협정의 환경영향평가 의무를 발생시키는 발동요건에 관한 사항이다. 기존에는 두 가지 견해가 대립되었으나, 새로운 타협안이 제시되면서 견해가 세 가지로 나뉘었다. 한 가지 의견은 ‘사소하거나 일시적인 영향’을 기준으로 사소하거나 일시적 영향이 존재하는 경우에는 회원국 책임하에 간결한 환경영향평가를 수행하나, 사소하거나 일시적 영향을 초과하는 경우에는 이 협정에서 규정하는 과정에 따라 환경영향평가를 수행하고 이 협정 기구에 의하여 검토 받고 활동 진행여부 결정을 따르도록 하는 것이다. 이 견해는 환경영향평가에 관한 의사결정에 관한 사항과 연결짓고 있다는 점에 유의가 필요하다. 이와 대립되는 견해로는 기존에 다수의 지지를 받았던 견해로, 유엔해양법협약 제206조에서 규정하고 있는 ‘실질적 오염 또는 심각하거나 해로운 변화’를 기준으로 환경영향평가 수행여부를 결정하는 것이다. 이 입장은 의사결정에 관한 사항과는 분리가 가능하다. 마지막으로 이번 회의에서 새롭게 대두된 타협안은 ‘사소하거나 일시적 영향을 초과하는 경우’와 ‘실질적 오염 또는 심각하거나 해로운 변화’를 기준으로 환경영향평가 수행여부를 판단하도록 하되, 전자의 사소하거나 일시적 영향을 초과하는 경우에는 회원국이 이 협정에 따른 환경영향평가 수행이 필요한지를 검토하도록 하는 일종의 예비 환경영향평가 의무를 부여하는 것이고, 후자의 실질적 오염 또는 심각하거나 해로운 변화가 있다고 판단되는 경우에 한하여 이 협정에서 요구되는 환경영향평가를 수행하도록 하는 것이다. 타협안을 지지하는 국가들은 기존에 ‘실질적 오염 또는 심각하거나 해로운 변화’를 주장하던 국가들이었다. 이들은 타협안을 지지하는 전제로 모든 결정은 회원국 책임하에 있어야 함을 추가로 주장한다.

두 번째는 대립은 환경영향평가 수행 이후에 활동의 진행여부 결정 권한 주체에 관한 부분이다. 일부 국가들은 환경영향평가 수행결과에 따라 해당 활동의 진행여부에 대한 결정은 당사국 총회가 가져야 한다는 입장인 반면, 다른 일부 국가들은 환경영향평가를 수행하

고 해당 활동에 관할권 또는 통제권을 가지는 회원국이 의사결정에 관한 권한을 가져야 한다고 주장한다. 이 입장에 대립은 너무도 분명하여 현재까지 타협안도 제시되지 않고 있는 상황이다.

세 번째 대립은 환경영향평가 수행이 완료되고 활동 진행을 허가한 이후에, 활동에 대한 의사결정과 관련한다. 이 협정은 허가한 활동으로 인한 영향을 지속적으로 모니터링 하고, 그 결과에 대하여 보고서를 작성하여 공유할 것을 규정하고 있다. 이에 대하여는 대체로 공통된 의견이 존재한다. 그러나 모니터링과 보고서 검토 결과 그 활동이 해양환경에 대하여 환경영향평가 당시에 예측하지 못하였던 잠재적 영향을 준다고 평가되는 경우에 해당 활동의 중단이나 정지에 관한 결정을 누가할 수 있는가에 대하여 의사결정과 마찬가지로 대립이 있다. 이에 관한 대립 또한 매우 분명하여 아직 타협안이 제시되지 않고 있다.

IV. 향후 계획과 전망

제5차 BBNJ 정부간회의에서는 이번 발표에서 소개한 쟁점 이외에서 다양한 문제들이 논의되었다. 이번 회의는 다수 조항에서 괄호를 제거하고, 복수의 선택지를 하나의 선택지로 줄이는 성과를 거두었다고 평가할 수 있다. 그러나, 선택지를 하나로 통합한 것은 앞으로 논의의 기초가 되는 조문 구조에 대한 합의일 뿐이지 내용에 대하여는 지속적 논의가 필요하다는 점은 여전히 숙제다. 제5회 세션에서 많은 국가들이 노력하였지만 합의안 마련에 실패하였다는 점이 이를 보여주고 있다.

의장은 제5차 BBNJ 정부간회의를 잠시 휴정하고 유엔총회에 BBNJ 정부간 회의 개최를 위한 여건이 허용하는 한, 빠른 시일내에 다시 제5차 BBNJ 정부간회의를 재개하기로 결정하였다. 사실상 제6차 BBNJ 정부간회의인 셈인데, 제6차 BBNJ 정부간회의라고 지칭하지 않은 것은 다음 두 가지 이유가 있다고 본다. 첫 번째는 제5차 BBNJ 정부간회의가 유엔총회에 보고할만한 결과물을 만들어내지 못하였기 때문에 제5차 BBNJ 정부간회의를 이대로 종료할 수 없었을 것이다. 제5차 BBNJ 정부간회의 비공식의 비공식회의가 마지막 날 저녁까지 지속되었는데 뚜렷한 성과 없이 논의가 중단되었다. 두 번째, 제5차 BBNJ 정부간회의 협의 중간 산출물에 중요한 의의를 두고자 하였을 것이다. 제5차 BBNJ 정부간회의는 국가 주도의 문안이 만들어지는 최초의 회의였다고 평가할 수 있다. 그 간에는 의장이 마련한 협상문서를 중심으로 서로 간의 의견을 교환하고 의장이 이를 참고하여 협상문서를 수정하

였기 때문에, 그 간의 협상문서는 의장의 의도가 주로 반영되었다. 반면, 이번 회의에서는 각국이 제안한 문안과 타협된 문안이 협상 과정에서 바로 논의되고 반영되는 과정을 거치면서 국가 주도의 BBNJ 협정 초안 모양을 갖추었다. 만약 제5차 BBNJ 정부간회의를 중단하고 제6차 BBNJ 정부간회의를 시작하는 방식이었다면, 의장이 다시 협상문서를 만들게 되었을 것이다. 그렇게 되면 제6차 BBNJ 정부간회의 논의는 협상문서에 기초하여 다시 논의하여야 하는 과정을 거쳐야 하기 때문에 효율적이지 않다고 고려하였을 것으로 추론한다.

제5차 BBNJ 정부간회의 마지막날 저녁까지 진행하여 협의된 내용이 어떻게 반영되어 회람될지는 미정이다. 왜냐하면 마지막 회의에서 일부 국가가 작업 방식에 대한 불만과 소규모 그룹회의에서의 논의 결과물을 초안에 반영하는 방식에 대하여 반대를 하였기 때문이다. 제5차 BBNJ 정부간회의가 언제 재개될 수 있을지도 미정이다. 빠를 경우 내년 1월에 개최될 수 있다.

이번 제5차 회의 마지막날 저녁에 이루어진 회의 방식을 고려해 본다면, 이전보다 많은 국가들이 합의안 마련을 위하여 타협에 적극적 모습을 보였다. 협상 진행 방식에 일부 불만이 있었지만, 일부 국가를 제외하고 많은 국가들은 합의안 마련을 위한 유연성을 보여주었다. 여전히 분명한 대립이 존재하는 쟁점들이 존재하기는 하나 다음 회기에 초안에 대한 합의안이 만들어져야 한다는 분위기가 형성되고 있다. 그러나 법학자로서 이러한 정치적 분위기는 사실 달갑지만은 않다. 왜냐하면, 이번 발표에서 소개한 것과 같이 일부 쟁점의 경우 법적 해석의 여지가 있더라도 타협을 위하여 모호한 표현이 제안되기도 하는데, 이후 법적 분쟁의 단서가 될 수도 있기 때문이다. 다음 차수 회의에서 가능한 해석상 문제를 줄이면서도 의미있는 합의안이 만들어질 수 있기를 희망하는 것으로 발표 결론을 갈음하며 작성을 마치도록 한다.

제4분과위원회(한국국제경제법학회 공동)

* 법학전문대학원 20202호

■ 제1세션 ■

[좌 장] 강준하(홍익대학교 법과대학 교수)

덤핑수입과 산업피해간의 인과관계 - 귀속요건과 비귀속요건을 중심으로 -

[발 표] 김대원(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

[토 론] 최원목(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

NFT와 투자자 보호

[발 표] 서창배(전북대학교 동북아법연구소 전임연구원)

[토 론] 김태형(경북대학교 법학연구원 전임연구원)

FTA 노동조항의 “무역 또는 투자에 영향을 주는 방식으로” 요건의

의미와 역할 - 연계의 목적에 충실한 해석의 탐색 -

[발 표] 남궁준(한국노동연구원 부연구위원)

[토 론] 배연재(법무법인 광장 연구위원)

덤핑수입과 산업피해간의 인과관계*

- 귀속요건과 비귀속요건을 중심으로 -

김 대 원**

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 반덤핑협정상 인과관계 요건의 역사적 배경
- III. WTO 무역구제협정상 인과관계 해석
- IV. 인과관계 (causation)
- V. 결론 및 제언

I. 문제의 제기

국제통상법상 덤핑은 수입국에서 판매되는 상품이 수출국의 국내시장에서 판매되는 동종 상품의 가격보다 낮은 경우에 발생하는 일종의 국제 가격차별의 한 유형이다.¹⁾ 이러한 덤핑으로 인해 수입국내 동종상품을 생산하는 국내산업에 중대한 피해가 발생, 발생 우려 또는 국내산업 확립의 중대한 지연이 있는 경우 (이하 ‘피해’) 그러한 피해를 구제하기 위해 수입국이 발동하는 조치가 반덤핑조치이다.²⁾ 한편, 세계무역기구(WTO) ‘GATT(관세 및 무역에 관한 일반협정) 제6조’와 ‘반덤핑협정’(Agreement on Implementation of Article VI of General Agreement on Tariffs and Trade 1994)은 이러한 덤핑방지관세조치의 남용으로 국제 무역의 왜곡이 발생하는 것을 막기 위해 회원국 조사당국의 조사절차와 기준을 규정하고 있다. 특히, 피해판정에 관해서는 논리적으로 (i) 덤핑수입(dumped imports), (ii) 산업피해 및

* 본고는 2022년 10월 22일 국제법학자 대회 발표 원고입니다.

** 서울시립대 법학전문대학원 교수.

1) 반덤핑협정 제2.1조; P. De Baere, et al., *The WTO Anti-Dumping Agreement*, Cambridge UP (2021), p. 9.

2) 반덤핑협정 제7조(잠정조치), 8조(가격약속), 9조(확정조치) 참조.

(iii) 덤핑수입과 산업피해간의 인과관계 등이 요구되고 특히 인과관계(causation)에 관한 판단이 핵심적 요소라 할 수 있다.

반덤핑협정상 국내산업 피해의 존재와 입증에 관해서는 전체적 구조와 기준을 제3조에서 규정하고 있다.³⁾ 동조 1항에서는 피해 판정은 명확한 증거(positive evidence)와 객관적 검토(objective examination)를 전제로 (i) 덤핑수입물량과 동종상품의 국내시장가격에 미치는 덤핑수입품의 영향 및 (ii) 덤핑수입이 동종상품을 생산하는 국내생산자에게 미치는 결과적인 영향을 평가하도록 규정하고 있다. 계속하여 덤핑수입품의 가격효과(2항)와 복수의 수입국인 경우 피해의 누적적 평가(3항), 덤핑수입의 국내산업에 대한 영향 검토(4항), 덤핑수입과 국내산업 피해간의 인과관계 결정(5항), 동조의 국내생산품의 평가(6항), 그리고 중대한 피해 우려의 판정(7항과 8항) 등을 규정하고 있다. 따라서 피해판정을 위한 인과관계의 확증을 위해서는 제3.1조, 3.2조, 3.4조와 3.5조간의 유기적 관계를 분석하고 특히 맥락상 덤핑수입과 국내산업 피해발생의 판단은 최종적으로 제3.5항의 인과관계 판단에 수렴된다고 볼 수 있기 때문에⁴⁾ 인과관계에 관한 법리를 규명할 필요가 있다. 특히 최근 미국이 WTO 상소기구의 월권을 비판하면서 (반덤핑협정상 인과관계에도 유추 적용 가능한) 세이프가드 협정상 인과관계 요건 중 하나인 비귀속요건의 해석과 적용에 대해 “수입증가 이외의 기타 알려진 요인의 존부 확인을 넘어 수입증가의 효과로부터 기타 알려진 요인의 정도(extent)를 확인하고 그 효과를 분리 및 구별하도록 하는 협정에 없는 회원국에 적극적 의무를 부과하는 것”으로⁵⁾ 비판하고 있는 점을 볼 때, 인과관계를 둘러싼 쟁점이 WTO DSB (분쟁해결기구)의 형해화 시도의 한 요인으로도 작용하고 있어 이에 대한 분석이 필요하다.

본 논문은 반덤핑협정상 덤핑수입과 피해발생간의 인과관계를 인과관계 이론을 통해 분석하려고 한다. 먼저 II장에서는 WTO 무역구제협정상 인과관계에 관한 조문의 역사적 배경을 살펴보고, III장에서는 WTO 무역구제협정상 인과관계에 관한 해석을 검토한다. IV장은 인과관계에 관한 일반 법이론적 접근으로 ‘사실적 인과관계’, ‘법적 인과관계’, ‘동시적 인과관계’를 살펴보고 각각을 반덤핑협정 인과관계 해석에 적용시켜 본다. 결론적으로 V장에서는 반덤핑협정 인과관계에 관한 제3조의 체계적 문제점과 입법적 개선을 제안하고자 한다.

3) WT/DS414/AB/R (“China - GOES”), para 128; WT/DS122/AR/R (“Thailand - H-Beams”), para 106.

4) WT/DS414/AB/R (“China - GOES”), para 128; WT/DS504/AB/R (“Korea - Pneumatic Valves from Japan”), para 5.193.

5) USTR(미국 무역대표부), Report on the Appellate Body of the World Trade Organization (2020.02), p. 11.

II. 반덤핑협정상 인과관계 요건의 역사적 배경

A. 1947 GATT

1947년 GATT 체제에서 반덤핑조치는 제6조에서 개괄적 사항을 규정했는데, 미국의 1921년 반덤핑법의 영향을 강하게 받았다.⁶⁾ 미국의 1916년 국세법(American Revenue Act of 1916) 제801조에서 ‘약탈적 덤핑’(predatory dumping)의 규제를 규정한 이후, 1920년대에 영국, 호주, 뉴질랜드 및 미국이 반덤핑법을 제정하면서 ‘피해’ 기준을 입법화 하였고 이것이 마침내 1947 GATT 제6조에 채택되었다⁷⁾; 동조는 덤핑으로 계약당사자 영토내의 기존 산업에 중대한 피해를 야기하는 등의 경우(제6.1조) 계약당사자는 덤핑의 상쇄나 방지를 위해 반덤핑관세를 부과할 수 있다고(제6.2조) 규정하여 국제통상조약으로서 처음으로 피해 기준을 규정하였다. 이후 우루과이라운드에 이르기까지 산업피해의 개념을 명확히 하고자 지속적으로 노력하였으나, 상대적으로 덤핑판정에 비해 그 구체화가 느리고 각국의 의견 또한 일치하지 않고 있다.

B. 케네디 및 동경라운드

무역구제에 관한 인과관계 입증을 규정한 최초의 규정은 1967년 케네디라운드 반덤핑코드 (Kennedy Code) 제3조로 소위 ‘주요 원인’(principal cause)을 그 기준으로 규정하였다. 즉, 덤핑수입이 “[국내산업의] 중대한 피해로 입증될 수 있는 주요한 원인”(demonstrably the principal cause of material injury)인 경우에만 피해판정을 하도록 규정하였는데⁸⁾ 이는 단순히 수입과 산업피해를 연결시키려는 미국의 ‘by reason of (imports)’ 기준과 배치되어 미국 정계와 산업계의 반발을 가져왔다. 또한 덤핑의 영향과 산업에 부정적으로 영향을 미칠 수 있는 기타 모든 요인들(all other factors)간의 ‘형량’을 요구하면서(제3조(a) 2문), 기타 모든 요인으로 ‘덤핑 되지 않은 관련 수입품의 물량과 가격 효과, 국내생산자간의 경쟁, 소비자 기호 변화나 타 대체품으로 인한 수요 감소’ 등을 예시하고 있다(제3조(b)).

6) The Antidumping Act of 1921. 동 법은 미국 반덤핑법의 기초로 평가되며 그 후 1930년 관세법으로 흡수되어 1979년, 1984년 및 1989년 통상법에 의해 개정되었다.

7) 상세한 내용은, A. Pangratis & E. Vermulst, *Injury in Anti-Dumping Proceedings - the Need to Look Beyond the Uruguay Round Results*, 28 *Journal of World Trade* 5 (1994), pp. 63-64.

8) GATT, *Basic Instruments and Selected Documents (BISD)*, 15S/24 (1968).

그 후 1979년 동경라운드에서 위 규정이 수정되어 주요 원인이 아닌 ‘[여러 원인 중 하나인] 단순 원인’으로 명문화되었고, 피해의 정도를 나타내는 ‘중대한’이라는 단어도 본문에서 삭제되었다.⁹⁾ 또한 덤핑효과와 기타 요인들간의 ‘형량’(weighing)이라는 요건이 폐기되고 단지 기타 요인들의 ‘비귀속’ 요건으로 단순히 규정되었다. 이것은 1967년 케네디 코드와 달리 덤핑수입이 ‘주요’ 원인이라는 점을 입증할 필요가 없다는 점에서는 인과관계 요건을 완화시켜주었고 다른 한편으로는 새로운 ‘비귀속요건’을 도입하여 인과관계 요건을 강화시켰다는 특징이 있다.¹⁰⁾ 즉, 덤핑수입과 피해발생간의 인과관계를, 덤핑수입의 산업피해 유발이라는 긍정적인 인과관계 입증과 기타 요인들이 유발시킨 산업피해를 덤핑수입에 전가하지 말라는 의미의 부정적인 인과관계로서의 비전가 요건 입증이라는 2원적 구조로 조사한다는 것이다.

C. 우루과이라운드와 도하 제안

이러한 2원적 인과관계 구조는 그 후 우루과이 라운드에서 좀 더 구체화되어 WTO 반덤핑협정 제3.5조는 조사당국은 제시된 관련 증거에 근거하여 덤핑수입품과 국내산업에 대한 피해간의 인과관계를 입증하면서, 국내산업에 피해를 초래하는 덤핑수입품 이외의 모든 알려진 요인(any known factors)을 같이 검토하여 이러한 요인으로 인하여 발생하는 피해는 덤핑수입품에 의한 것으로 귀속시켜서는 안된다고 규정하고 있다. 이점에서 관련될 수 있는 요소에는 특히, 덤핑가격으로 판매되지 아니하는 수입품의 수량 및 가격, 수요감소 혹은 소비형태의 변화, 외국생산자와 국내생산자의 무역제한적 관행 및 이들간의 경쟁, 기술개발, 국내산업의 수출실적 및 상품 생산성등이 포함된다. 2001년 시작된 도하라운드에서는 피해 판정시 절차적 투명성을 높이는 방안과 ‘중대한 피해’ 등의 정확한 정의 규정 신설, 비귀속 요건 중 기타 요인의 객관적 평가 강화 등이 제안되기도 했다.¹¹⁾

9) GATT BISD, 26S/171 (1980). p. 4.

10) S. Lacey, *Causal Link, Non-Attribution and Contingency Protection in the WTO* (2002), pp. 10-11 (<https://ssrn.com/abstract=1135133>).

11) WTO, TN/RL/W/143 (August 22, 2003), Negotiating Group on Rules. *Compilation of Issues and Proposals Identified by Participants in the Negotiating Group on Rules*. Note by the Chairman, pp. 15-20.

Ⅲ. WTO 무역구제협정상 인과관계 해석

A. 협정 문언의 유사성

3개의 WTO 무역구제협정상 인과관계 요건은 문언상으로 매우 유사하다. 특히, 반덤핑협정 제3.5조와 대응하는 보조금협정 제15.5조를 보면 서로 다른 수입품의 특성 규정을 제외하면 문언적으로 보조금협정 제15.5조의 각주 내용이 반덤핑협정 제3.5조의 본문으로 수용되어 있다는 점이 유일한 차이이다. 또한 세이프가드 협정의 경우 인과관계에 대해서는 제2.1조와 제4.2조(b)가 규정하고 있는데 그 문언 또한 앞선 2개의 무역구제협정과 유사하다. 즉, 세이프가드협정 제2.1조는 긴급수입제한조치를 위해서는 수입증가가 동종의 또는 직접적으로 경쟁적인 상품을 생산하는 국내산업에 심각한 피해를 유발시켰다는 점을 판정해야 한다는 일반적 의무를 규정하고 있다. 더 나아가 제4.2조(b)는 긴급수입제한조치 판정을 위해 조사당국이 준수해야 할 각 단계별 기준을 규정하고 있는 바 먼저 제4.2조(b) 1문은 인과관계 제시에는 ‘객관적 증거’에 근거해야 한다는 점을 밝히고 있고 2문에서는 수입증가 이외의 다른 요인들도 동시에 피해를 유발한 경우 수입증가에 의한 피해유발에 전가되지 않았다는 점을 입증할 것을 규정하고 있다. 이 맥락에서 반덤핑협정이나 보조금협정과 다르게 세이프가드협정은 피해 유발의 다른 요인에 관한 예시적 목록을 제시하고 있지 않다.

이러한 3개 협정의 인과관계에 관한 문언적 유사성을 통해 WTO DSB는 3개 협정간의 상호 유추적 해석이 가능한 점을 밝히고 있다. 예를 들어 반덤핑에 관련된 2001년 *US-Hot Rolled Steel* 사건 상소기구는 이전에 채택된 패널과 상소기구의 판단과 같이, 세이프가드협정상 ‘비귀속’요건의 문언과 그 해석은 반덤핑협정의 비귀속요건을 해석하는데 지침이 될 수 있다는 동 사건 패널의 의견에 동의하였다.¹²⁾ 또한 WTO DSB는 반덤핑협정과 보조금협정의 인과관계에 관한 기준을 2가지로 나누어 심리해 왔는데, 먼저 덤핑(또는 보조금 수혜) 수입품과 국내산업 피해간에 인과적 관련(causal link)이 있는지를 검토하고, 두 번째로는 다른 원인들의 덤핑 등의 수입과 국내산업 피해간의 인과적 관련을 해명할 수 있는가이고 이것이 비귀속요건에 관한 것으로 반덤핑협정 제3.5조과 보조금협정 제15.5조 3문과 4문이 규정하고 있다. 따라서 인과관계의 2가지 요건인 ‘인과적 관련’과 ‘비전가’에 관해 3개 협정은 상호 유추하여 적용될 수 있다.

12) WT/DS184/AB/R (“*US-Hot-rolled Steel from Japan*”), para. 230.

B. 판례 동향

WTO 반덤핑협정상 인과관계에 관한 제3.5조를 다룬 첫 번째 판례인 2001년 *US-Hot Rolled Steel* 사건 패널은, 조사당국에게 덤핑수입 이외의 요소의 피해 정도를 확인할 것이 요구되지는 않는다는 입장의 GATT 당시의 *US-Atlantic Salmon* 사건 패널을¹³⁾ 언급하면서 조사당국이 피해를 유발하는 기타 요인에 대한 ‘단순한 검토’만으로도 충분하다고 판단하였다.¹⁴⁾ 하지만 동 사건 상소기구는 제3.5조상의 비귀속요건은 덤핑수입과 기타 다른 요인에 의한 피해유발 효과를 분리하고 구별하는 것으로 기타 다른 요인들로 부터의 피해 유발의 본질과 정도에 대한 ‘충분한 설명’이 필요하다고 해석하였다.¹⁵⁾ 세이프가드 협정에 관한 2000년 *US-Wheat gluten* 사건 상소기구는 세이프가드 협정 4.2조(b)의 비귀속요건의 중점은 수입증가만이 심각한 손해를 유발했는가 아니라 여러 유발요인들의 효과에 관한 것으로 조사당국이 다른 요인들의 피해 효과가 수입에 기인하지 않는다는 것을 확인하는 것이라 설시했다. 달리 말하면 귀속(attribution)이란 조사당국이 수입증가와 심각한 손해간에 인과관계(causal link)가 있는지와 이러한 인과관계가 ‘진정하고 실질적인 관계’(genuine and substantial relationship) 인가를 판단하는 것이라는 것이다.¹⁶⁾

C. 중대한 피해

인과관계의 관련 개념으로 ‘피해’(injury)가 있다. 주지하다시피 반덤핑협정 제3조의 각주 9에서 ‘피해’를 원칙적으로 ‘중대한(material)¹⁷⁾ 피해로 한정하고 있지만 이것은 피해의 정도에 관한 표현이지 피해 그 자체의 정의라고는 볼 수 없을 것이다. 따라서 반덤핑협정 제3조는 그 제목처럼 ‘피해’(injury)에 대한 의미를 구체화시키기 보다는 ‘피해 판정’(injury determination)을 위해 검토해야 하는 증거와 과정에 집중되어 있다는 점이 특징이다.¹⁸⁾ 피해의 정의에 대해서는 관련 문언의 역사적 배경이 중요한데 먼저 1948년 발효된 1947 GATT 제6조에서는 ‘material injury’로 규정되어 있고 이는 국제무역기구(ITO) 창설을 위해

13) Report of the Panel adopted by the Committee on Anti-Dumping Practices on 27 April 1994 (ADP/87), *U.S.-Imposition of Antidumping Duties on Imports of Fresh and Chilled Atlantic Salmon for Norway*, pp. 145-150.

14) WT/DS184/R (“*US-Hot-rolled Steel from Japan*”), paras. 7.254-257.

15) WT/DS184/AB/R, *id.*, para. 223.

16) WT/DS166/AB/R (“*US-Wheat Gluten*”), paras. 69-70.

17) material 역시 substantial (각주 37 참조)과 같이 정도를 나타내는 형용사로 ‘중대한’으로 번역하는 것이 타당하다.

18) WT/DS268/AB/R (“*US - Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews*”), para 277.

직전까지 논의되고 있었던 Havana Charte 32조에서도 동일하게 규정되어 있었다. 최초의 반덤핑 Code였던 1967년 Kennedy Code에서는 3조(determination of injury)에서 ‘중대한 피해의 주요 요인’ (the principle cause of material injury)로 거의 합의되었지만 미국 상원과 산업계의 반발로 사실상 수용되지는 않았다. 그 당시 미국의 반덤핑법상 법정기준은 단순한 ‘injury’로 규정되어 있었고 ‘material injury’로 개정된 것은 1979년 이후였기 때문이다. 따라서 GATT 제6조는 material injury로, 미국법은 단순히 injury로 규정되어 양자간의 차이에 대한 논란이 계속되던 시기였다. 당시 많은 계약당사국은 ‘중대한 피해’는 단순한 ‘피해’보다는 좀 더 심한 피해로 해석해야 한다는 입장이었고 미국은 보다 용이한 반덤핑조치를 위해 ‘중대한’이라는 언어적 차이는 의미가 없고 그 당시 미국법상 피해도 사실상 중대한 피해를 지칭한다고 항변하였다.¹⁹⁾

따라서 그 이후 미국의 입장은 ‘material’을 형해화하는 방향으로 해석하려는 것이었다. ‘material injury’가 합의된 1979년 Tokyo Code 이후 이루어진 미국법에서도 ‘중대한 피해’를 “대수롭지 않고(inconsequential), 사소하지 않거나(immaterial), 중요하지 않다고(unimportant) 할 수 없는 피해”라는 이중부정의 동의반복적인 희극적 방식으로 정의하고 있다.²⁰⁾ 따라서 미국법상으로는 현재로는 ‘중대한 피해’를 ‘최소한(*de minimis*) 보다는 많은 피해’ 정도로 최대한 단순 ‘피해’로 해석하려는 경향이고 이것은 현재 WTO DSB의 해석에도 영향을 주고 있다고 보인다. 우리나라 관세법은 관련 정의를 하고 있지 않다.

IV. 인과관계(causation)

A. 정의: 2단계 접근

(1) 구별되는 2개의 사건을 가정할 때 하나가 작용하여(원인) 다른 사건이 발생한 경우(결과), 양자간에는 사실적 인과관계 (factual causation)가 존재한다고 정의된다. 이 경우 논리적으로 원인과 결과는 항상 시간적 간격을 두고 나타나게 되며, 시간상 원인의 존재는 결과의 존재에 앞선다. 한편, 어떤 행위에 대한 유책성(responsibility)을 다루는 규범체계에서는 단순히 사실적 인과관계만으로 발생한 결과에 대한 책임을 귀속시키기는 그 범위가 너무

19) N. Palmeter, *Injury Determinations in Antidumping and Countervailing Duty Cases-A Commentary of U.S. Practice*, 21 Journal of World Trade 7 (1987), pp. 24-25.

20) 19 U.S.C § 1677(7)(A) (“The term ‘material injury’ means harm which is not inconsequential, immaterial, or unimportant”).

넓어지거나 불합리한 경우가 많아 합리적 기준에 의해 인과관계의 범위를 조정할 필요가 있다. 이러한 법적 인과관계 (legal causation)의 확정은 어떤 규범체계에서나 필연적으로 요구되고, 법적 인과관계의 확정 또는 귀속의 기준이 되는 것은 관련 규범체계가 지향하는 특정한 정책이나 가치라고 할 수 있다. 따라서 인과관계는 특정 규범의 적용대상이 되는 법적 행위의 범주를 결정하기 위한 도구 개념으로 파악된다. 결론적으로 법적 인과관계의 ‘확정’은 인과관계 ‘유무’에 관한 사실적 판단과 인과관계 ‘귀속’에 관한 법적 판단의 2단계 접근이 합리적이며 이것은 인과관계 이해와 유책성의 범위를 확정하는데 큰 기여를 한 것으로 평가된다.²¹⁾

(2) WTO 반덤핑협정 제3.5조에서는 덤핑의 효과를 ‘통하여’(through) [협정상] 피해의 ‘초래’(causing) 또는 덤핑수입과 피해발생간의 ‘인과관계’(causal relationship) 입증 등과 같은 문언을 통해 인과관계를 규정하고 있다. WTO 상소기구는 세이프가드 조치에 관한 인과관계에 관해 ‘인과적’(causal)이란 “원인과 관련된”의 의미이며 여기서 원인(causes)은 최소 2개의 요소를 상정했을 때 첫 번째 요소가 두 번째 요소의 존재를 발생시키는 관계를 나타내는 것으로 해석하였다.²²⁾ 또한 ‘관계’(link)에 대해서는 위 2가지 요소간의 연결(connection)로 사전적으로 해석하였다.²³⁾ 또한 2011년 *China-X-Ray Equipment* 사건에서 패널은 덤핑수입과 피해발생간의 상관성(correlation)이 인과관계 발견에 도움이 되지만 “그러한 동시발생(coincidence)이 인과관계 확정에 절대적인 것은 아니며 상관성 또는 동시발생이 인과관계와는 다른 개념”이라고 설명하였는데,²⁴⁾ 여기서 상관성 또는 동시발생이 ‘사실적 인과관계’를 지칭하고 인과관계는 ‘법적 인과관계’를 가리키는 것으로 볼 수 있다.

B. 사실적 인과관계 (factual causation)

(1) 먼저, 어떠한 행위와 발생한 결과간에 사실적 인과관계의 발견을 위해서는 일반적으로 條件說의 ‘*conditio-sine-qua-non*’ (절대적 제약) 공식 또는 ‘but for’ 기준을 적용하여 ‘만약 어떤 행위가 없이는 그러한 결과도 발생하지 않는다면’ 양자간의 사실적 인과관계를 인정하는 것이다. 예를 들어 덤핑수입이라는 요소가 없이는 수입국 국내산업 피해발생이라는

21) D. Hamer, ‘Factual causation’ and ‘scope of liability’: *What’s the difference?*, 77 *Modern Law Review* 2 (2014), p. 157.

22) WT/DS166/AB/R (“*US-Wheat Gluten*”), paras. 67-79.

23) WT/DS166/AB/R, *id.*, para. 67.

24) WT/DS425/R (“*China - X-Ray Equipment*”), para 7.247.

결과가 발생하지 않는다면 덤핑수입과 피해발생 간에는 일단 (사실적) 인과관계가 존재한다고 판단하는 것이다. 하지만 이러한 사실적 인과관계는 그 인정범위가 너무 광범위할 수 있기 때문에 다소 조정할 필요가 있다. 즉, 덤핑수입의 수출국 측면의 원인까지 고려한다면 수입국의 무역구제조치를 취하기 위해 필요한 인과관계 판단으로는 너무 광범위하여 규범적으로 무용할 것이기 때문이다. 또는 조건설에 따른 인과관계 판단의 경우에도 완전히 사실적이라기 보다는 어떤 규범적 판단의 여지가 있다는 점이나²⁵⁾ but-for 기준의 가설적 특징이 사실 판단에 필연적으로 정책적 고려를 반영하게 한다는 점을²⁶⁾ 고려한다면 반덤핑조치의 사실적 인과관계의 출발점을 덤핑수입으로 보아도 별 무리는 없을 것이다. 또한 논리적으로 당연하지만 사실적 인과관계가 인정되지 않는다면 규범적 인과관계를 추가로 판단할 필요가 없다. 따라서 but for 기준을 적용할 때 덤핑수입이 국내산업 피해에 필요조건이라면 덤핑수입과 산업피해간의 인과관계를 인정한다는 것이다.²⁷⁾

(2) 덤핑조사절차상 덤핑수입과 산업피해와의 사실적 인과관계 판정은 ‘예비조사’ 단계에서부터 이루어진다고 볼 수 있다. 미국 ITC의 경우 상무부의 조사대상 상품의 수입으로 (*by reason of imports*) 국내산업에 중대한 피해 등이 발생한다는 ‘합리적 조짐’ (*reasonable indication*)이 있다면 ITC가 피해예비 판정을 내릴 수 있도록 하고 있다.²⁸⁾ 우리나라 무역위원회의 경우 표현상의 변화는 다소 있지만 “[중대한 피해 등의] 사실이 있다고 ‘추정되는 증거’가 있는 경우” 본조사 개시를 의결한다.²⁹⁾

25) D. Hamer, *supra* note 21, p. 176.

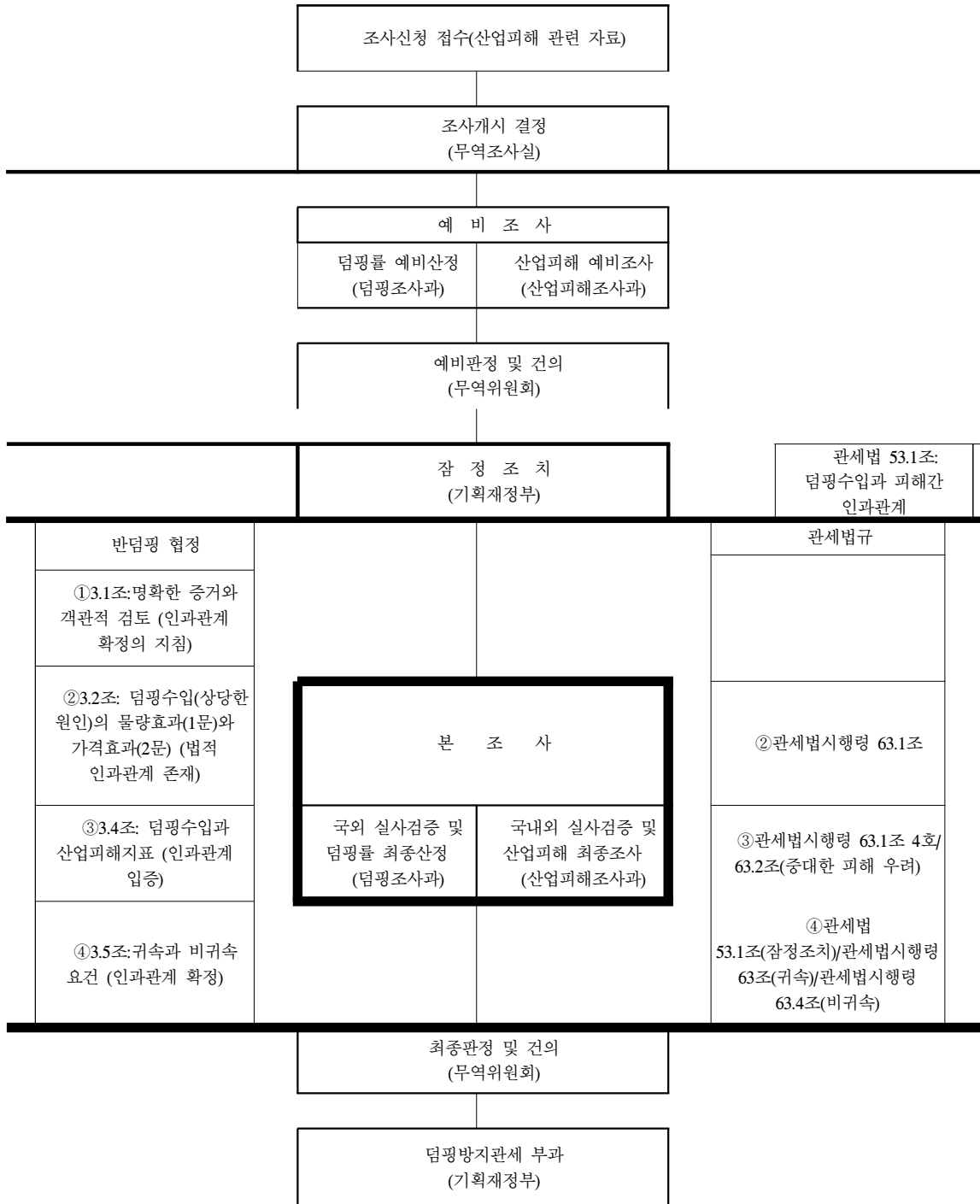
26) Michael S. Moore, *Causation and Responsibility*, Oxford University, 2009, p. 83

27) D. Leys, *Does a Theory of Causation Exist under the WTO Safeguards Agreement?* 9 *Global Trade & Customs Journal* (2014), p. 17.

28) USITC, *Antidumping and Countervailing Duty Handbook* (14판, 2015), II-5.

29) 예를 들어, 무역위원회, 일본산 공기압 전송용 밸브의 덤핑사실 및 국내산업피해유무 예비판정의결서(2014.6.26.), p. 1.

<표: 산업피해 조사와 인과관계>



(3) ‘본조사’에서 덤핑수입과 피해발생간의 인과관계를 확인하는 방법은 반덤핑협정 제3.1조와 3.2조 및 3.4조 문언에 따라 여러 가지가 맥락적으로 가능하지만 실무적으로는 ‘추세 분석’(trends analysis)을 주로 사용하는데 이는 덤핑지표와 산업피해지표의 추세를 비교 분석하여 양 추세가 일치하는 경우 인과관계가 존재한다고 판단하는 방법이다.³⁰⁾ 우리나라의

경우 ① 덤핑수입 물량으로 인한 국내생산품 판매 감소 여부와 ② 덤핑수입 가격으로 인해 국내 동종상품 가격이 적정판매가격보다 낮은지 ③ 덤핑수입 이외의 요인 등의 영향을 고려하는데 덤핑수입과 기타 요인을 비교형량하여 평가하지는 않는다.³¹⁾ 이러한 덤핑수입의 국내 동종상품 가격에의 효과를 덤핑수입의 물량과 가격 관점에서 검토하는 방법은 WTO 상소기구 또한 확인하였다.³²⁾ 이러한 효과분석에서 반덤핑협정 3.2조 및 3.4조와 3.5조의 관계는 3.5조에서 “덤핑수입품이 2항과 4항에 규정된 바와 같이 덤핑의 효과를 통하여 이 협정상 의미의 피해를 초래[하는]”이라고 규정하고 있듯이 3.5조의 인과관계 분석은 피해 분석의 논리적 전개에서 정점에 해당되어 3.2조나 3.4조상의 의무위반은 전체적 인과관계에 관한 3.5조에도 불합치된다고 판단된다는 것이다.³³⁾ 분석의 ‘정도’와 관련해서는 2019년 *Korea-Pneumatic Valves* 사건 상소기구는 반덤핑협정 제3.2조, 제3.4조 및 제3.5조가 모두 논리적으로 연결되어 있지만 패널과 달리 제3.5조 분석에서 제3.2조 및 제3.4조에서 요구되는 수준의 분석을 수행할 필요가 없다고 판단하였다.

C. 법적 인과관계: 상당한 원인 (substantial cause)

(1) 하지만, 전술했다시피 but for 기준에 따른 사실적 인과관계로만 최종 인과관계를 판단하는 경우 그 범위가 너무 넓어지거나 현실성이 없기 때문에 관련 행위와 결과간의 규범적 인과관계를 통해 조정할 필요가 있다. 이러한 규범적 인과관계론은 그 성격상 불법행위나 형사법 영역에서 주로 다루어졌는데, 영미법상 법적 인과관계(legal causation) 또는 근접 인과관계(proximate causation)로, 독일법상으로는 객관적 귀속론(Die Lehre von der objektiven Zurechnung)으로, 우리나라는 상당인과관계론으로 다루어지고 있는데, 국내법상으로 또는 국제법상으로 그 내용은 유사하지만 합의된 기준은 없는 것으로 보인다.³⁴⁾ 영미법상 근접 원인이란 경험상으로 결과에 가장 직접적이고 즉시적으로 관련된 조건(condition)을 말하고³⁵⁾ 또한 독일법상의 객관적 귀속론도 행위자가 의도적으로 그 결과를 회피할 수 있을 때

30) 우리나라 무역위원회는 통상 3년간의 시계열 자료를 사용하여 덤핑수입품의 수입물량 증가추세와 국내생산품의 시장점유율 감소추세가 일치하는 경우 또는 수입품가격의 변화추세와 국내생산품 가격의 변화추세가 일치하는 경우 등에 인과관계가 있다고 판단한다, 무역위원회, 무역구제제도 이해하기 (2009), p. 66.

31) 무역위원회, id., p. 67; 하지만 최근의 무역위원회 보고서는 비귀속요건에 대해서는 별도의 인과관계편에서 다루고 있다. 2021년 중국, 인도네시아 및 대만산 스테인리스강 평판압연 제품의 덤핑사실 및 국내산업피해 유무 최종조사보고서 (구제 23-2020-3호), pp. 266 참조.

32) WT/DS414/AB/R (“China - GOES”), para. 216.

33) 가장 최근의 판정례로는 2021년 WT/DS578/R (“Morocco-School Exercise Books”), para. 7.317와 2019년 상소기구 보고서, WT/DS504/AB/R (“Korea - Pneumatic Valves from Japan”), para. 5.196 참조.

34) H.L.A. & T. Honoré, Causation in the Law (Oxford UP, 1959), p.230,

귀속이 가능하다고 판단한다.³⁶⁾

(2) 따라서 사실적 인과관계가 인정되는 원인들 중 당해 규범과 관련이 있고 발생한 결과에 보다 가까운 법적 원인을 구분할 필요가 있는 바 영미법에서는 이것을 ‘상당한’(substantial) 원인으로 구분하고 있다. 이러한 상당한 원인이라는 법적 인과관계 판단의 기준이 되는 많은 정책과 가치가 동시에 사실발견 과정에 영향을 미칠 수 있다는 점도 주의할 점이라³⁷⁾ 판단된다. 미국 통상법의 경우 세이프가드 조치시 수입의 급격한 증가가 국내산업의 심각한 피해의 ‘상당한 원인’ (a substantial cause)이 될 것을 규정하고 있는 바 이를 “중요한 원인으로 다른 원인보다 덜 중요한 것이 아닌 원인”으로 정의하고 있다.³⁸⁾ ‘상당한’(substantial)의 사전적 의미가 ① 크기나 양(量)과 관계된 또는 ② 특성과 관련된 것으로 구분되는데 절차법에 대한 실체법 (substantial law)의 번역은 ②의 범주에 속하고, 어떤 행위가 비중이나 힘을 갖는 의미는 ①에 해당되어 미국 통상법상 substantial은 ①의 범주로 ‘상당한’으로 번역하는 것이 적절하다고 판단되고³⁹⁾ 인과관계의 구분에 의한 법적 추론의 전개라는 맥락에서도 적절하다고 판단된다.

D. 동시적 인과관계 (concurrent causation)

(1) 규범체계에서 인과관계를 판단할 때 또 하나 특징적인 점은 현실에서 나타나는 대부분의 결과에 작용하는 원인이 동시적 (concurrent) 이라는 점이다. 예를 들어 반덤핑협정상 국내산업의 피해를 가져오는 원인들에는 덤핑수입이외에도 반덤핑협정 3.5조에서 나열되어 있는, 덤핑가격으로 판매되지 아니하는 수입품의 수량 및 가격, 수요감소 혹은 소비형태의 변화, 외국생산자와 국내생산자의 무역제한적 관행 및 이들간의 경쟁, 기술개발, 국내산업의 수출실적 및 상품 생산성 등이 있을 수 있다. 이러한 동시적 인과관계는 예시된 여러 원인 중 각자가 독립적으로 결과를 야기했는지(이중적 인과관계), 또는 여러 원인들이 더해져서 비로소 결과가 발생하였는지(중첩적 인과관계)로 구분하기도 하지만 무역구제법상 피

35) 김종구, *객관적 귀속론과 영미법상 법적 인과관계*, 형사법연구 21권 4호 (2009), pp. 470-471.

36) U. Kindhauser, 윤재왕, 홍영기. *객관적 귀속 - 가능성과 한계*. 형사법연구, 25(4), p. 351.

37) H.L.A. & Honoré, id., p. 159.

38) 19 U.S.C. § 2252(b)(1)(A) & (B) (“For purposes of this section, the term “substantial cause” means a cause which is important and not less than any other cause”).

39) 조영재, *WTO 세이프가드 인과관계 기준 및 수준에 관한 연구*. 통상법률 127권 (2016), p. 155; 조변호사는 동 논문 각주 54번에서 ‘실질적인 원인’ (a substantial cause)을 “국내 산업의 심각한 피해를 유발하는 여러 가지 요인들 중에 수입증가가 어느 정도 중요한 원인인지 비교함으로써 적용되는 것”으로 해석하고 있어 실질적 보다는 상당한 원인이 정확한 번역이라 보인다.

해 관련 인과관계 심사에서는 2가지 경우 모두 해당될 수 있어 이 구분은 큰 의미가 없다고 보인다.

(2) 동시적 인과관계가 존재하는 경우 ‘but-for’기준을 엄격하게 적용하면 결과 발생이 가능한 복수의 원인들이 있기 때문에 각각의 모든 원인과 피해발생간의 인과관계가 인정되지 않는 일반 법상식과 어긋나는 결론이 도출된다. 이러한 불합리를 해결하기 위해서도 전술한 어떤 요인이 결과발생에 보다 근접한 ‘상당한 원인’인지를 따지는 논의가 불가피한 것이다. 전술한 바와 같이 무역구제법상 국내산업의 피해는 복합적 요인에 의해 발생하는 경우가 대부분인데, 그 피해요인으로서는 덤핑수입에 다른 가격효과 등으로 피해가 발생할 수도 있고 경영실패나 기술개발 실패, 국내수요의 감소, 상품생산성의 하락 등으로도 피해가 발생할 수 있다. 이 경우 ‘덤핑수입’이라는 사실적 원인이 없었다면 국내산업 피해가 없었다는 조건적 제거관계가 인정된다면 양자간에는 인과관계가 인정된다고 볼 것이다; 동시에 덤핑수입 이외의 ‘기타 알려진 원인들’의 사실적 인과관계가 존재하지 않음 또는 법적 인과관계로서 상당성이 없음의 검토가 필요한데 이것이 ‘비귀속요건’의 필요성이다.

E. 비귀속요건의 검토

(1) 법적 추론상 but-for 기준에 따른 판단이 어떤 사실적 원인과 결과간의 인과관계가 인정되지 않을 가능성을 배제하는 것은 아니다.⁴⁰⁾ 왜냐하면 현실적으로 대부분의 경우는 원인이 복수인 동시적 인과관계의 경우이기 때문이다. 예를 들어 무역구제법상 덤핑수입이 국내산업피해의 원인이 될 수 있지만 동시에 국내수요감소 또한 피해의 원인이 될 수 있기 때문에 덤핑수입이 피해발생의 상당한 원인이 되기 위해서는 기타 요인인 국내수요감소와 피해발생간의 인과관계가 부존재함을 입증할 필요가 있다. 이것이 무역구제법상 비귀속요건이 필요한 법리적 이유라 판단된다.

따라서 덤핑수입과 피해발생간의 인과관계에 대한 완전한 판단을 위해서는 ① 양자간 인과관계의 유무나 정도를 판단하여 인과관계 여부를 결정하고 (귀속요건 또는 적극적 요건) ② 동시에 기타 가능요인들과 피해발생간의 인과관계 부존재를 확인하여야 (비귀속요건 또는 소극적 요건) 할 것이다. WTO 상소기구도 *US-Hot-rolled Steel* 사건에서 반덤핑협정 제 3.5는 먼저 덤핑수입과 동시에(at the same time) 국내피해발생에 기여한 덤핑수입 이외의

40) C. Carpenter, *Concurrent Causation*, 83 U. PA. L. REV. 941 (1934-1935), p. 948 (“The “but for” test may be used properly as a test of causation, but not as a test of non-causation, [as is done by Justice Peaslee].”)

모든 알려진 요소를 심사하고 다음으로 피해발생이 그러한 알려진 요소(known factors)에 귀속되지 않음을 확인해야 한다고 해석하여 귀속요건과 비귀속요건을 통한 인과관계 판단을 진행하였다.⁴¹⁾ 또한 비귀속요건은 덤핑수입과 동시에 그 이외의 요인으로 피해가 발생한 경우에 관련되는 요건으로 US-Lamb 사건 상소기구는 적절한 평가의 전제조건으로 덤핑수입과 기타 요인에 의한 피해효과를 분리하는 것이 매우 중요하다는 점도 밝혔다.⁴²⁾ 하지만 비귀속요건 판단을 위한 정량적 분석이 필요한가에 대해서는 US - Coated Paper (Indonesia) 패널은 유용하기는 하나 조사당국의 의무는 아니고 증거에 기반한 정성적 효과에 대한 합리적 설명 정도도 충분하다고 판단하였다.⁴³⁾ 비귀속요건상 기타 원인의 예를 보면 2015년 무역위원회 일본공기압밸브 사건에서는 덤핑수입품 이외의 요인으로 (1) 일본이외의 국가로부터의 수입물품 (2) 국내소비 감소 (3) 국내산업의 수출물량 (4) 원자재 가격상승 등이 언급되었다.⁴⁴⁾ 셰이프가드 사건이었던 2001년 US-Line Pipe 사건에서는 수입증가 이외의 요인으로 원유와 천연가스 분야의 파이프 수요 감소, 국내 생산자들간의 경쟁, 수출시장의 감소, 원자재 비용 상승 등이 거론되었고 이들 요인이 수입증가 보다 더 큰 피해요인이 아니라고 USITC는 판단하였다.⁴⁵⁾

(2) 동시적 조건을 검토하는 맥락에서 따라서 비귀속요건의 핵심 사항은 덤핑수입 이외에 검토하여야 하는 피해유발 요인의 ‘범위’와 ‘정도’일 것이다. 사실 이 쟁점들은 해당되는 법체계의 취지와 목적에 따라 달라질 수 있겠지만 먼저, WTO DSB는 ‘범위’와 관련해서는 조사당국에 대해 이해당사자가 명확하게 국내산업 피해요인으로서 ‘제시된 요소들’은 반드시 포함되어야 한다고 판단하였다.⁴⁶⁾ (2) 덤핑수입 이외의 기타 요인의 피해발생 기여 ‘정도’와 관련해서 가능한 선택지는 ① 덤핑수입 자체만으로 중대한 피해를 유발할 정도로 충분하고 기타 요인이 추가적 기여를 하는 경우와 ② 덤핑수입만으로는 중대한 피해를 유발할 정도로 충분하지 못하고 기타 요인의 추가적 기여가 있는 경우로 대별할 수 있을 것이다. 반덤핑협정 해석에도 유추 적용가능하다고 하는 셰이프가드 협정상 인과관계에 관한 제4.2조(b)의 해석과 관련하여 2003년 US-Wheat Gluten 사건 패널은 수입증가만으로 “국내산업의 상황에 중대한 전체적인 피해”를 야기한 경우에 비귀속요건을 심사하도록 하여⁴⁷⁾ ①의 입장이었고, 동 사건 상소기구는 패널과 달리 ②의 입장에서 해석상 수입증가만으로

41) WT/DS184/AB/R (“US-Hot-rolled Steel from Japan”), para. 222.

42) WT/DS177/AB/R (“US-Lamb”), para 180.

43) WT/DS491/R (“US - Coated Paper from Indonesia”), para. 7.210.

44) 무역위원회, ‘일본산 공기압 전송용 밸브의 덤핑사실 및 국내산업피해 유무 최종판정 의결서’(2015), pp. 26-27.

45) WT/DS202/R (“US-Line Pipe”), para. 7.283.

46) WT/DS219/R (“EU-Pipe Fitting”), para.7.359.

47) WT/DS166/R (“US-Wheat Gluten”), paras. 8.139-8.140.

심각한 피해 유발의 필요는 없고 수입증가를 포함하여 여러 요인으로 심각한 피해가 유발되면 되고 단지 수입증가와 심각한 피해 간에 진정하고 실질적인 관계(a genuine and substantial relationship)만 존재하면 충분하다는 입장이었다.⁴⁸⁾ 반덤핑협정과 관련해서는 2001년 *US-Hot-rolled Steel* 사건 패널은 위 ②의 입장에서 반덤핑협정상 인과관계 판단에서 덤핑수입이 중대한 피해발생의 유일한 원인일 필요는 없고 협정에서 요구하는 것은 조사당국이 여러 원인 중 덤핑수입이 중대한 피해를 발생했다는 점을 입증하는 것이라고 판단하였고⁴⁹⁾ 이후 判旨가 유지되고 있다.

(3) 생각건대 덤핑수입과 기타 요인들과 피해발생간의 관계 또는 기여정도의 평가에 대한 혼란은, 조사당국의 조사가 피해와 피해유발 요인들간의 사실적 인과관계 확정 후 법적 인과관계인 ‘상당한 원인’의 확정으로 진행된다면 상당부분 해소될 수 있으리라 판단된다. 즉, 사실적 인과관계 판단시 비귀속 요건의 심사를 통해 덤핑수입 이외의 요인이 중대한 피해발생과 인과관계가 있는지를 판단하여 양자간에 비귀속이 입증된다면 ‘덤핑수입’ 요인이 피해발생의 근접 원인인 상당한 원인으로 확정하고 그것의 효과분석을 통해 전체적 인과관계를 확정하면 될 것이다. 만약 ‘기타 요인’과 ‘피해발생’간에 귀속이 가능하다면 덤핑수입과 피해발생은 인과관계가 존재하지 않는다고 판단하면 효과적인 법적 추론이 될 것이다. 또한 2003년 *US-Wheat Gluten* 사건 상소기구의 수입증가가 심각한 피해의 한 요인이고 양자간에는 진정하고 실질적인 관계가 존재해야 인과관계 요건이 충족된다는 판단은 중언부언의 우회적 판단으로 보인다. 사실적 인과관계 검토를 거쳐 수입증가가 피해발생의 상당한 원인으로 판단할 때 진정하고 실질적인 관계가 존재하는 것이기 때문이다.

V. 결론 및 제언

현재 반덤핑협정 3조상의 인과관계 판단이 복잡하고 혼란스러운 가장 큰 이유는 3.5조와 여타 조항간의 구조적 관계가 잘못 설정되어 있기 때문이라고 판단된다. 즉, 법리적으로 인과관계 판단시 가장 선행되는 단계는 결과발생 (여기서는 국내산업피해)에 관련될 수 있는 원인들을 조사하는 사실적 인과관계를 조건적 제거절차를 통해 판단하는 것이다. 이를 위해서 덤핑수입을 비롯하여 수요 감소나 소비행태 변화 등의 가능한 요소들을 망라하여 조

48) WT/DS166/AB/R, paras. 67-79; 이와 관련하여 셰이프가드 협정상 인과관계의 기준과 수준에 관한 중요한 논문인 조영재, *supra note* 39, pp. 151-159 참조.

49) WT/DS184/R, para. 7.260.

사하여 ‘덤핑수입’을 근접한 원인, 또는 상당한 원인으로 볼 수 있을지 조사당국이 입증한다 (귀속요건). 동시에 이 경우 사실적 원인이 복수인 경우, 예를 들어 덤핑수입 뿐만 아니라 이해당사자가 제기한 원인으로 수요 감소나 국내소비 행태의 변화 등이 있는 경우, 그러한 요소들이 피해발생에 귀속되지 않는다는 ‘동시적이고’ 추가적 판단이 필요한데 이것이 비귀속 요건인 것이다. 따라서 현재 반덤핑협정 제3.5조의 내용은 제3.1조에 조사원칙과 같이 규정하여 여러 가능한 피해발생 요인을 검토하고 이에 따라 법적으로 근접 원인으로 덤핑수입이 확인되면 그의 효과를 제3.2조와 3.4조에 따라 검토하는 수준이 가장 논리적이다. 이것은 인과관계에 관한 규정이 처음으로 규정되었던 Kennedy Code 제3조의 순서와 내용과도⁵⁰⁾ 동일하고 GATT 당시 패널의 법적 추론과도 일치한다.⁵¹⁾ 또한 아래와 같은 2019년 WTO 상소기구의 법적 추론의 혼란과 곤욕스러움을 대치하는 방안이 될 것이다.

“5.196. Furthermore, by virtue of the phrase “through the effects of dumping, as set forth in paragraphs 2 and 4” in the first sentence of Article 3.5, to the extent that a panel finds that an investigating authority’s volume, price effects, and impact analyses are inconsistent with its obligations under Articles 3.2 and 3.4, such inconsistencies would likely undermine an investigating authority’s overall causation determination and consequentially lead to an inconsistency with Article 3.5. However, the “possibility” referred to above by the Panel appears to concern a different scenario, in which an investigating authority’s analyses of the volume, price effects, and impact “do not” themselves demonstrate an inconsistency with Article 3.2 or Article 3.4, but nonetheless contain “inadequacies” that “independently” constitute a violation of Article 3.5.⁵²⁾ (밑줄 첨가)

50) BISD 15S/4-35 (1968), p. 26 (Article 3(a): “A determination of injury shall be made only when the authorities concerned are satisfied that the dumped imports are demonstrably the principal cause of material injury or of threat of material injury to a domestic industry or the principal cause of material retardation of the establishment of such an industry. In reaching their decision the authorities shall weigh, on one hand, the effect of the dumping and, on the other hand, all other factors taken together which may be adversely affecting the industry.”) (밑줄 첨가)

51) 예를 들어 Report of the Panel adopted by the Committee on Anti-Dumping Practices on 27 April 1994 (ADP/87), *supra* note 13, p. 145.

52) WT/DS504/AB/R (“*Korea - Pneumatic Valves from Japan*”), para. 5.196.

NFT와 투자자 보호

서 창 배*

목 차

- I. 들어가며
- II. NFT의 특성과 법적 문제점
- III. NFT화(化)된 예술품 거래 사례
- IV. 간송미술관의 국보 판매 사례에 있어서의 NFT의 문제
- V. NFT화된 대상에 대한 투자자 보호의 방향

I. 들어가며

벌써 2년 이상 경험하고 있는 코로나 팬데믹의 상황은 우리의 전반적인 일상 생활을 완전히 바꾸어 놓았으며 특히 비대면에 대한 사회적인 의무의 부담은 인터넷을 기반으로 한 온라인 거래의 폭발적인 이용을 가져왔다. 예술 분야에 있어서도 집합 제한, 국가간 이동의 제한 등과 같은 비대면의 요구에 따라 가혹한 상황을 맞이하고 있는데 이러한 결과 기존의 예술 작품의 형성과 거래 방식에 큰 변화가 발생하게 되었다.

특히 최근에는 이러한 배경에서 새로운 기술을 이용한 온라인 거래 방식이 속속 개발 · 이용되고 있으며 그 중에서도 블록체인을 이용한 NFT의 활용이 예술품의 새로운 거래 방식의 수단으로 큰 각광을 받고 있다. 암호자산의 일종인 NFT(Non-Fungible Token, 대체불가능토큰)는 온라인을 통해 동시에 이루어지는 거래의 기록인 분산형 데이터라고 할 수 있는 블록체인을 기반으로 한 일종의 증표를 의미한다.

블록체인기술의 발달로 기존의 위 · 변조의 문제 때문에 소유권을 제대로 보장하기 힘들

* 전북대학교 동북아법연구소 가상재화법센터 전임연구원, 법학박사.

었던 디지털 자산의 소유권을 확인해준다는 점이 큰 유인이 되어 미술품, 음원, 게임 등의 분야를 시작으로 발전된 NFT 기술은 최근에는 메타버스 기술의 발전과 더불어 금융과 부동산 분야까지 그 기능이 신속하고 광범위하게 확장되어 왔다.

세계적으로는 2017년 대퍼랩스(Dapper Labs)의 크립토키트(CryptoKitty)로 인해 게임 아이템으로 처음 유명해진 NFT는 예술분야에서 급속한 발전이 이루어졌다. 구체적으로 2021년 3월 세계적 미술품 경매 회사 크리스티에서는 디지털 아티스트 비플(본명 마이크 윈켈만)이 NFT로 만든 ‘매일: 첫 5,000일(Everydays: The First 5,000 Days)’이라는 작품이 300Mb의 이미지 파일 형식으로 만들어져 무려 6,930만 달러에 낙찰되었으며¹⁾ 트위터 최고경영자 잭 도시의 첫 트윗 NFT가 약 33억 원에 팔렸으며²⁾ 테슬라 최고경영자의 연인으로 알려진 가수 그라임스의 NFT 미술 ‘워 님프^{War Nymph}’도 경매 개시 20분 만에 약 65억 원에 낙찰됐다.³⁾

우리나라의 경우는 2021년 3월에 미술품 공동 구매 서비스 등을 제공하는 피카프로젝트를 통해서 팝아티스트 마리킴의 그림을 기반으로 한 10초짜리 영상 ‘Missing and Found’가 NFT의 형식으로 제작되어 288이더리움(한화로 약 6억 원)에 판매됐으며⁴⁾ 2022년 1월부터 시작한 한국미술협회 이광수 이사장의 NFT전 ‘시물라크르 20-1’의 지분 NFT 700개의 예약 판매에 10분동안 1200개 예약신청이 되었다.⁵⁾

특히 주목할 점은 우리나라의 경우는 문화재와 관련한 새로운 방식의 거래 시도가 해외의 사례⁶⁾를 따라 추진되면서 실질적인 NFT 활용에 관한 큰 이슈를 처음으로 만들어 냈다는 점이며 구체적으로, 간송미술문화재단이 2021년 7월에 추진한 국보 훈민정음 해례본 NFT(Non Fungible Token) 제작 그리고 2022년 1월부터 시작된 국보 탈중앙화자율조직(Decentralized Autonomous Organization DAO)을 통한 국보 72호 ‘계미명금동삼존불입상’과 국보 73호 ‘금동삼존불감’에 대한 구매 시도⁷⁾를 들 수 있다. 이러한 과정을 거쳐 간송미술관은 국보 제135호 신윤복의 ‘혜원전신첩’에 속한 30점의 작품에 기반한 NFT(4억 화소 이상) 발행을 시작으로 ‘간송 메타버스 뮤지엄’ 프로젝트를 선보일 계획을 최근인 2022년 5월

1) <https://onlineonly.christies.com/s/beeple-first-5000-days/beeple-b-1981-1/112924>

2) https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2021/03/23/2021032301618.html

3) <https://hypebeast.com/2021/3/grimes-war-nymph-digital-art-nft-6-million-usd-sale>

4) http://marikim.net/product/detail.html?product_no=194&cate_no=52&display_group=1

5) <https://www.mk.co.kr/news/culture/view/2022/01/88348/>

6) 컨스티튜션 DAO는 미국 헌법 초판본을 공동 소유하자는 목표를 가지고 출범한 DAO로 이들은 지난 2021년 11월 19일 소더비 경매에서 판매될 미국 헌법의 회귀본 구매를 확보하자는 공동 목표를 가지고 줌에서 만나 결성되었다. 컨스티튜션 DAO는 당시 17437명의 참여자들로부터 967개의 ETH(약 470만 달러 수준)을 모금하였으나 경매 낙찰에는 실패하였으나 탈중앙화적 구조의 가능성을 볼 수 있는 사례를 남겼다는 평가를 받는다: <https://www.blockchaintoday.co.kr/news/article/View.html?idxno=20001>

7) <https://www.joongang.co.kr/article/25055957#home>

27일 밝혔으며 특히 금번의 프로젝트는 헤원 NFT 발행을 시작으로 게임 등 2차, 3차 창작물 제작으로 발전시켜 메타버스 내에서의 전시회까지 확장됨을 공개하였다.⁸⁾

이렇듯 우리나라에서 예술품 시장을 통해 시작된 NFT 거래에 관한 대중적 관심은 그 이전부터 게임 분야뿐만 아니라 모든 형태의 디지털 콘텐츠를 자산화 하려는 방향으로 기술과 산업이 발전해온 것을 배경으로 현재는 훨씬 더 거래 분야에서의 확장 가능성을 높이고 있는 상황으로 볼 수 있다. 즉 2021년 7월 디지털 자산 거래소인 코빗(Korbit)이 2021년 5월에 최초로 NFT 마켓을 열었고 엔씨소프트 2022년 3분기 북미·유럽에 NFT를 적용한 게임인 ‘리니지W’를 출시할 예정으로 알려져 있고 KAKAO의 자회사 그라운드X가 개발한 블록체인 플랫폼 클레이튼(Klaytn)을 기반으로 한 NFT로 발행 블록체인 게임 서비스 플랫폼 플레이덱과 함께 한글을 소재로 한 NFT 게임을 개발 중으로 알려져 있으며 컴투스플랫폼은 C2X로 블록체인 게임과 NFT, 메타버스를 포괄하는 서비스를 준비 중⁹⁾으로 밝힌 바 있다.

이러한 흐름에 따라 금융과 관련해서도 최근 국내 주요은행들은 해외은행들과 마찬가지로 NFT 영역의 수탁 서비스를 도입하고 있으며 이들의 가상자산 수탁 서비스 진출은 관련 기술 기업에 지분투자를 하거나 합작회사를 구성하는 등 간접적인 방식으로 진행되고 있다. 즉 NFT 시장의 성장은 필연적으로 이와 연결된 새로운 금융 상품들의 출현을 이끌고 있으며 실제로 국내외 빅테크기업 및 주요 금융사의 새로운 사업 모델로 개발되고 있다.

그러나 최근인 2022년에 들어서면서 미국의 긴축과 금리인상 단행, 러시아와 우크라이나의 전쟁, 기후변화로 인한 재해, 인플레이션 등의 각종 악재가 발생하면서¹⁰⁾ 세계 최대 규모의 NFT 거래 플랫폼 오픈시의 거래량이 급감하기 시작했으며 NFT 평균 판매 가격도 2022년 3월에는 일 평균 거래량 11만 8천 건, 거래대금 7억8천만 달러를 기록하면서 역사상 최고점을 달성하며 디지털 자산으로서 NFT의 인기가 지속되는 듯했으나 22년 5월에 일 평균 거래량이 4만 건, 거래대금이 8천 4백만 달러 수준으로 집계되면서 지난 21년 9월 거래량(18만 건) 대비 77% 감소되었으며 인기 NFT 상품들로 각광받던 여러 작품들의 가격도 매달 하락하고 있는 추세이다.¹¹⁾

NFT 산업은 현실과 가상세계를 이어주는 새로운 형태의 산업 콘텐츠로서 가상공간 내에

8) <https://www.sedaily.com/NewsView/2664T7TGZT>

9) <https://www.hankyung.com/it/article/202206231679v>

10) 특히 우리나라의 경우 이러한 가상자산시장의 폭락에 기폭제가 된 것으로 2022년 5월의 루나, 테라 폭락사태를 들 수 있다. <https://v.daum.net/v/20220926213113184>

11) 최근까지도 월간 최대 매출을 기록한 인기 NFT인 지루한 원숭이들의 요트 클럽의 최저 거래가가 이미 2022년 6월 22일 기준 한달 만에 8% 하락했으며 그 거래량도 40% 이상의 감소세를 보이고 있다. 이에 더하여 이더리움 가격 자체 하락이 시작되어 실제 최저 거래가 혹은 매출액은 이보다 훨씬 낮아진 것으로 보아야 한다 : www.techm.kr/news/articleView.html?idxno=98658

유일성과 희소성을 부여하는 역할을 담당한다. 이를 통해 NFT의 활용성은 미술품과 같은 실물연동형 NFT 기능을 넘어 엔터테인먼트 및 금융 등 기존산업들과의 결합을 통해 그 범위를 넓혀가고 있는 비즈니스 모델이다.

이러한 산업적 상황을 배경으로 현재의 NFT 거래의 침체기의 원인은 여러 외적 환경에 영향을 받을 수 밖에 없는 디지털자산 자체의 특성에 기인한 것이라고 보아야 한다. 그러한 배경에서 디지털 자산으로서의 NFT의 거래의 확실성을 담보해 줄 법적 수단을 고려할 필요성이 제기되는 것이다.

현행법상 NFT에 적용되는 법적 환경은 여전히 이러한 배경과는 무관하게 NFT를 지적재산 라이선스 정도로만 취급을 하고 있는 실정이라 거래의 현실과 규범의 불일치 현상이 점점더 심화되고 있으며 이러한 상황은 결국 이용자에게 불측의 손해를 끼치게 되어 결과적으로 거래계의 신뢰 자체를 무너뜨리게 되는 결과를 가져온다. 그러므로 지금까지의 NFT 관련 법제와 관련한 논의가 가상자산으로서의 성격과 법적 취급에 중점을 둔 것이었다면 앞으로의 논의의 초점은 투자자 보호 법제의 정비를 통한 거래 신뢰를 확보해 줄 현실적인 방안이 두어야 한다.

이러한 배경에서 이 논문은 NFT의 개념과 속성에 관한 기존의 논의를 검토한 후, 우리나라의 NFT 거래계 실정에 관한 측면과 규제의 미비점과 실제 우리나라에서 가장 큰 이슈가 되었던 간송미술관의 NFT 발행 사례를 통해 현실적인 투자자보호 방안을 제시하고자 한다.

II. NFT의 특성과 법적 문제점

1. NFT의 의의

(1) NFT 개념 정립

비트코인이나 이더리움과 같이 이미 알려진 일반적인 암호자산이 대체가능토큰(Fungible Token)임에 반해 개개의 토큰마다 고유의 값을 지니고 있는 NFT는 대체불가능토큰(Non-Fungible Token)을 의미하며 대상자산에 대한 권리를 표시하는 증표¹²⁾이다. 즉 NFT(Non Fungible Token)는 블록체인상에 디지털 콘텐츠에 속한 메타 정보(콘텐츠 보관 장

12) NFT화된 디지털 예술품의 보관 방식은 저장용량 및 고비용 등의 이유로 오프체인 방식이 대다수를 차지하는 것이 현실이라 사실상 원본의 인터넷 주소를 의미하며 실제의 디지털 원본이나 사본을 담고 있는 파일을 의미하는 것이 아니다.

소 등)를 기록함으로써, 콘텐츠에 자산성을 부여하는 일종의 감정서 혹은 증표를 발행하는 것이다.

개인적으로 민팅한 NFT를 제외하고도 현재 우리나라에서 많은 거래량을 보이는 NFT 코인을 중심으로 개별 목록을 살펴보면 쉐타토큰(비디오 전송 네트워크 NFT), 쉐타퓨엘(스트리밍 보상 NFT), 테조스(스마트 계약 네트워크 NFT), 찰지즈(스포츠 관련 NFT), 디센트럴랜드(가상 현실 부동산 NFT), 엔진코인(게임관련 NFT), 샌드박스(게임 속 가상공간 구매 화폐 NFT), 메타디움(신원증명 NFT) 등을 들 수 있다.

이러한 다양한 종류의 NFT를 법적인 측면에서 일원적으로 정의하는 법체계는 존재하지 않으며 이러한 태도는 우리 법체계에 있어서도 다르지 않다.

외국 입법례 중 미국의 국제자금세탁방지기구(Financial Action Task Force; FATF)에서 가상자산의 범주를 정하고 있으며 그 내용 중에서 암호화 수집품의 범주로 해석될 뿐이며 최근인 2022년 3월 9일에 미국 바이든 정부는 디지털 자산 분야의 책임 있는 개발 보장에 관한 행정명령을 통해 가상자산 관련하여 180일 이내에 재무부 장관은 관련 기관 장들과 협의하여 화폐 및 결제 시스템의 미래에 관한 보고서를 대통령에게 제출하도록 강제되어 있으나 그 구체적인 내용은 여전히 공개되지 않은 상황이다.¹³⁾

유럽의 경우에도 비슷한 시기인 2022년 3월 15일에 유럽의회가 ‘가상자산 규제안(MiCA, Markets in Crypto Assets)’을 의결하여 EU 내 규제 공백 상태에 있는 가상자산 및 서비스 제공자를 규제하고 2024년까지 모든 회원국들이 가상자산 관련 단일 허가제를 운용하는 것을 목표로 하고 있으며 향후 유럽위원회(European Committee)의 추가 협상을 거쳐 MiCA 법안이 최종 승인을 얻게 된다면 회원국은 가상자산에 대한 단일 규제체계 하에 놓이게 된다.¹⁴⁾ 특히 당해 법안은 총 126개의 조항을 구체적인 내용으로 가지고 있으며 총 9개의 큰 주제로 나누어져 있다. 구체적으로 제1편 정의 규정으로 대상과 범위를 정하고 있으며 (Subject Matter, Scope and Definitions) 제2편은 일반 가상자산에 대한 공통적용조항을 규정하고 있다(Crypto-Assets, other than asset-referenced tokens or e-money tokens). 제3장과 제4장은 소위 스테이블코인 즉 자산준거토큰(Asset-referenced tokens)과 전자화폐토큰(Electronic money tokens)에 관한 상세한 내용을 규정하고 있을 뿐이다.

결국 현재까지 각국의 입법례들도 가상자산에 대한 직접 규정만을 두고 있을 뿐 NFT의 구체적인 개념과 법 적용 여부에 관해서는 여전히 유보적인 입장을 취하고 있는 것으로 보

13) <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/03/09/executive-order-on-ensuring-responsible-development-of-digital-assets/>

14) <http://www.coindesk.com/news/articleView.html?idxno=78084>

인다.

NFT가 매매의 장소가 되는 NFT 플랫폼을 통해 시장이 형성되어 있기 때문에 적어도 재산적 가치를 인정해야 한다는 주장도 제기되고 있다. 그러나 이에 반해 NFT에 표시되는 권리와는 별도로, NFT 그 자체를 민사법상 재산권의 객체로 볼 수 있을지에 대해서 법적인 측면에서는 여전히 의문이 제기된다. 즉 지적재산권적 소프트웨어와 마찬가지로 취급하는 수준을 넘어서 만일 NFT가 실제의 거래관계에서 재산으로 취급되어 매매 및 유증이나 상속의 대상이 되는 경우에는 이를 재산권으로 인정할 것인지의 여부가 문제가 될 수 있으며 특히 최근의 기능 확장성이 이루어지고 있는 NFT의 발전 가능성을 고려할 때 그 법적 개념을 어떤 기준으로 정립해야 하는지도 입법적인 측면에서 큰 부담으로 보여 진다.

우리의 경우 최근에 입법화된 「특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 제3호에 의하면 NFT를 ‘가상자산’으로 해석될 여지가 있으며¹⁵⁾ 또한 부가가치세법 제2조 제1호에 따른 ‘재화’ 또는 ‘용역’에 해당할 수 있다. 특히 윤석열 대통령의 공약에 따르면 가상자산에 대한 규제를 상당부분 완화할 것으로 보여¹⁶⁾ STO와 관련된 NFT의 증권성 여부 그리고 금융소비자보호법 제2조에 따른 금융상품의 범주에 NFT를 포섭할 수 있을지 여부가 곧 큰 이슈가 될 것으로 보인다.

개념 정립의 노력과 별개로 NFT의 기능적인 측면을 기준으로 분석하자면, NFT의 기술적 근간 즉 디지털 분산원장(Distributed Ledger)인 블록체인(Blockchain)을 통해 동일한 원장이 모든 다른 노드들에 보관되는 방식은 결국 거래 내용의 무결성과 불변성 그리고 추적가능성이 보장되도록 하는 것이며 이러한 기술적 배경에서 암호화폐와의 연동을 필요로 한다.

NFT가 블록체인을 가지고 있는 이더리움과 같은 암호자산과 연동되어 있다는 점에서 암호자산의 성격을 가지고 있으나 발행단계부터 고유성과 유일성도 보유하고 있어 대체불가능한 영구적인 디지털 증명서로서의 성격도 가지고 있다. 이러한 특성에 기반하여 이론적으로는 미술작품에 한정되지 않고 디지털 형태로 관리할 수 있는 다양한 형태의 모든 자산을 NFT로 제작할 수도 있으며 이를 다시 거래할 수 있다고 해석된다.

기술한 바와 같이 NFT의 다양한 발행과 쓰임을 이유로 법적인 성격도 일의적으로 규정하기 어렵다. 즉 NFT가 활용되는 방식에 따라 해당 법적 정의 또한 가상자산, 수집품, 금융자산 등에 따라 완전히 달라질 수 있다. 결국 암호자산으로서, 권리증명서로서 그리고 메타버스로 표현되는 가상공간에서 사용되는 재화로서 다양한 성격을 가지고 있는 NFT는 기

15) 박상빈, 대체불가능토큰(NFT) 거래 관련 법적 쟁점에 관한 소고, 지급결제학회지, 제13권 2호, 제182면.

16) <http://www.sporbiz.co.kr/news/articleView.html?idxno=612933>

술적으로는 콘텐츠 그 자체가 아닌 일종의 증표이며 디지털 주소가 포함된 데이터이므로 거래의 형태에 따라 혹은 각각의 활용도에 따라 법적으로도 구별되어 취급되어야 한다.¹⁷⁾

(2) NFT의 기능에 따른 구분

1) 암호자산으로서의 NFT

NFT는 실물경제에서 가상자산으로 대표되는 암호화폐(이더리움)를 활용하여 디지털 파일에 토큰을 부여하는 방식으로 결제수단을 마련하여 거래를 형성하고 있다는 점에서 기본적으로 암호자산으로서의 특징을 가지고 있으며 그러한 배경에서 블록체인이 적용된 토큰이 실물경제의 재화로서 인정받기 위한 연구가 현재에도 활발히 진행되고 있다. 이에 해당하는 종류로 게임 NFT, 디지털 예술작품 NFT의 일부의 경우 그리고 특정 자산의 결제를 위해 사용되는 NFT 등을 예로 들 수 있다.

2) 권리화된 NFT

수익성이 높고 관련 혁신 서비스 등장이 예고되면서 금융권에서는 NFT의 장점을 활용한 금융서비스에 높은 관심을 보이고 있다. 즉 디지털 자산의 범위가 확대되고 시장이 더욱 성장하게 되면 NFT는 금융사의 디지털 자산 사업 진출을 위한 핵심 기술로 활용될 가능성이 상당히 높으며 그 결과 NFT를 이용한 디지털 자산 담보대출, 자산의 디지털 유동화, NFT거래소, 디지털 자산 관련 정보 제공 등 다양한 금융 서비스를 제공할 수 있게 된다.

이러한 기능에 사용되는 NFT로는 대표적으로 증권형 NFT를 들 수 있으며 그 구체적인 형태는 연동된 자산의 종류와 이용방법 등에 따라 결정된다. 예를 들어 NFT화된 예술품과 부동산을 예로 들자면 NFT 발행의 방식 혹은 거래의 조건에 따라 일종의 대체 투자물로서 전문성과 많은 자본이 필요한 투자를 일반인들도 쉽게 시도할 수 있게 해 준다는 장점을 가지고 있어¹⁸⁾ 여러 가지 형태의 금융서비스와 연결될 가능성이 높다.¹⁹⁾

17) 2022년 2월 그동안 금융위원회가 금융연구원을 통해 진행한 연구(대체불가토큰(NFT)의 특성 및 규제방안)에서 NFT를 게임아이템, NFT 아트, 증권형 NFT, 결제수단형 NFT, 실물형 NFT로 분류하고 각각의 가상자산성을 분석하고 있으며 결론으로 대체불가토큰(NFT)의 법적 성격을 동일하게 규정하기 어렵고, 단일 법령으로 규제하기도 힘들다는 결론을 내린 바 있다 : <https://www.mk.co.kr/news/economy/view/2022/02/170111/>

18) 김양지/최지훈, 가상자산과 NFT의 입법방안에 대한 소고 -투자자산성을 중심으로-, 중소기업과 법 제13권 제1호, 제103면.

19) 유명 힙합 가수 나스(Nas)가 자신의 새로운 음원을 발매하면서 NFT를 통해 50%의 저작권리를 나누어 판매한 예가 있으며 부동산의 소유권을 NFT로 쪼개어 판매하는 방식이 미국에서 이미 시도되고 있다.

3) 실물 연계형 NFT

실물 연계형 NFT란 NFT화된 예술품, NFT화된 수집품 정도에서 최근에는 NFT 구입자에게 실제 상품을 지급하는 식으로 NFT를 실제 존재하는 경제적 가치를 보유한 물건과 연동시킨 것을 의미한다. 대표적으로 NFT 아트, LG 생활건강이 발매한 닥터그루트 유니버스 NFT, 각종 명품들과 연계된 NFT 등을 들 수 있다.

4) 가상 물품 NFT

가상 세계에서 거래의 대상이 되는 가상 물품을 NFT화한 것을 의미하며 구체적으로 게임 아이템이나 가상 세계에서 통용되는 경제적 가치를 가지는 표식이나 물건과 연동된 NFT를 의미한다. 즉 아이템 혹은 가상 세계에서 콘텐츠를 예로 들 수 있으며 단순히 가상세계에서 통용되는 물품을 거래하는 수준을 넘어 최근 구찌가 블록체인 게임 ‘더샌드박스’에 가상토지를 구입하여 구찌 디자이너들이 제작한 NFT 상품 전시를 계획하는 등 최근에는 현실세계와의 연계가 점점 활발해지고 있어 실물연계형 NFT와의 경계가 점점 모호해지고 있는 것이 사실이다.

3. NFT 거래와 관련한 법적 이슈

(1) NFT 거래 플랫폼의 측면

‘특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률’에 따르면 가상자산 거래 플랫폼을 운영하는 기업은 엄격한 감독상의 의무를 부담한다. 구체적으로 불법재산으로 의심되는 거래 혹은 고액의 가상자산 거래에 대해서 금융정보분석원장에게 보고할 의무를 지고(제4조), 가상자산사업자가 자금세탁행위 등을 하는 경우 6개월 내의 영업정지명령을 받을 수 있다(제7조).

NFT거래플랫폼이 자체적으로 NFT 거래대금 결제 및 정산 서비스를 제공하는 경우, 대가 정산 방식 및 수단에 따라 전자금융거래법상 전자지급결제대행업 영위 여부가 문제될 수 있으며(전자금융거래법 제2조 제19호, 제28조) NFT가 투자계약증권에 해당하여 NFT거래플랫폼이 자본시장법상 투자매매업 또는 중개업을 영위하는 것으로 평가되는 경우에는 자본시장법상 금융투자업에 대한 무인가 영업행위 등이 문제될 소지가 있다(자본시장법 제11조, 제12조).

이러한 배경에서 기술한 NFT 거래소들은 이 이외에도 게임산업과 관련하여 형법 제247조(도박개장죄)와의 관계가 문제될 수 있다. 왜냐하면 게임 플레이를 하며 우연성이 존재하는 이벤트 등을 통해 NFT화된 게임 아이템의 경우 NFT가 실제로 법정통화나 다른 가상자산으로 환급 가능한 경우에는 일종의 재물로 보아 도박죄의 구성요건을 충족시킬 수도 있기 때문이다.

(2) NFT 거래 당사자들의 측면

1) 과세 관련 문제

만일 NFT가 가상자산에 해당하게 된다면 이에 근거한 부가가치세 등의 여러 세금들과의 관계가 문제될 수 있다. 개인투자자의 입장에서는 NFT 거래와 관련하여 시세차익이 발생하는 경우에 개정 소득세법상에 의하면 가상자산 소득에 대한 기타 소득으로 과세가 될 수 있으며(소득세법 제21조) 연간 250만 원 이하인 경우에는 소득세를 과세하지 않는다(소득세법 제84조).

NFT를 구매하는 사람은 거주국 법률에 따라 자산을 신고해야 한다. 거래에 따라 발생하는 세금 이슈도 창작자는 토큰 발생에 따른 저작권료를 취할 수 있고, 이에 따른 세금 적용 여부에 관한 문제가 남게 됨. 또한, NFT의 실질적 내용에 따라 가상자산으로 본다면 NFT의 매매 수익은 가상자산의 매매와 마찬가지로 잡소득으로 과세되며, NFT로 구입한 콘텐츠를 사용한 2차 창작은 거래 계약상 인정되지 않는 문제가 있다.

특히 NFT는 탈중앙화 플랫폼이 주류를 이루고 있어 고객신원 확인이 제대로 이뤄지지 않는 문제가 있어 국제자금세탁방지기구의 가이드라인에 따른 자금세탁방지규제의 대상이 될 여지가 있다.

2) NFT화된 재화와 지식재산권의 문제

미술품이나 음원 등을 NFT로 만든 경우 지식재산권 중에서 특히 저작권의 문제가 발생할 여지가 있다. 왜냐하면 NFT화된 작품의 저작권자와 소유자가 매매 등의 거래를 통해서 달라지는 것이 일반적이며 통상의 저작권 문제와 달리 NFT를 발행하여 매도하는 경우 발행 수 및 저작권자와 발행자와의 동일성 등에 관해 특별한 조건을 전제로 거래가 이루어지기 때문이다.

NFT화된 작품을 작가가 직접 만든 경우는 원칙적으로 작가가 모든 권리를 가진다. 그러

나 매수인의 경우 특약으로 NFT 작품의 저작권을 미리 합의하지 않은 경우 원칙적으로 당해 NFT 작품의 소유권만을 취득하게 된다고 해석된다. 특히 저작인격권 즉 성명표시권이 나 동일성 유지권과 같은 경우에는 양도 불가능한 성격을 가지고 있으므로 당연히 NFT 매수인에게 적용될 수 없으며 또한 통상의 저작권과 마찬가지로 작품의 복제, 공연, 전시는 불가하지만 개인적으로 한정된 범위에서 이용하는 것은 허용된다고 해석된다.²⁰⁾

NFT화된 작품이 처음의 약속과 달리 무한대로 복제되어 판매되어 구매자의 경제적 이익을 침해하는 경우 혹은 NFT화된 작품이 처음부터 위작이거나 정당한 저작권자의 작품이 아니었던 경우들에 있어서 그 법적 해결 방식이 통상의 지식재산법의 범리로 다 포섭할 수 있을지는 여전히 의문이다. 왜냐하면 NFT에 대한 인증기관이 존재하지 않는 상황에서 NFT의 발행에는 대상 파일에 대한 저작권이 필요하지 않기 때문에 타인이 소유한 콘텐츠에 대해 제3자가 무단으로 NFT를 만들어 권한 없이 발행(Minting)한 콘텐츠를 거래할 위험성이 있으며²¹⁾ 또한 온라인 디지털 파일의 경우 작품 창작자가 파일 삭제 버튼을 누르거나 해당 서비스를 종료하게 된다면 소유대상인 NFT의 ‘원본’이 소실될 우려²²⁾는 언제든지 존재하기 때문이다.

3) 게임 아이템 거래의 특수한 문제

NFT가 게임 내에서 이용되는 아이템일 경우에는 기존의 게임산업법의 적용을 받는 게임물의 범주에 포함될 수 있는지 여부가 문제된다. 현재까지 게임 및 게임 관련 아이템들은 원칙적으로 소유권에 제한을 두고 게임사가 정한 규칙에 따라 채권적인 이용권만을 향유할 수 있을 뿐이다.

이러한 배경에서 NFT화된 게임 아이템은 그 특성상 게임의 종료 여부를 불문하고 보유 및 판매 등에 제약을 두기 어렵다.²³⁾ 왜냐하면 NFT화된 게임 아이템은 게임 속에서가 아닌 사용자의 블록체인지갑에 보관되는 형태이므로 게임 서비스가 없어지더라도 그 독립성에는 변함이 없기 때문이다. 그러나 외국의 경우 이미 메타버스 게임에서 유행이 되어 현실과 이어지는 중요한 아이템으로 발전하고 있으나 현재 우리나라의 상황에서는 사행성에 대한 규제에 따라 적극적인 서비스가 불가능하다.²⁴⁾ 게임산업진흥에 관한 법률(이하 게임

20) 박상빈, 앞의 글, 제191면.

21) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20220214075900009>

22) 비록 게임산업에서 있었던 사례지만 일반적인 NFT의 경우에도 발생할 우려가 큰 것으로 보임: <http://www.gameple.co.kr/news/articleView.html?idxno=201334>

23) 임종욱, 메타버스 시대, NFT 아이템의 도입에 따른 게임산업법의 쟁점 및 정책적 고려사항에 관한 연구, 홍익법학 제22권 제3호 2021, 제88면.

24) 박상빈, 앞의 글, 제188면.

산업법)에 따라 게임물을 제작 또는 배급하려는 자는 등급분류를 받아야 하나(게임산업법 제21조 제1항) 실제로 우리나라에서 NFT화된 아이টে을 도입한 게임들의 등급분류 신청이 사행성 조장과 경품 제공을 이유로 거부되고 있다.²⁵⁾

그러나 NFT화된 아이টে의 개별적인 상황을 각각 고려함이 없이 기존의 게임 아이টে 거래와 동일한 방식으로 즉 환금가능성만으로 사행성의 근거로 해석하며 또한 현실 거래계에서는 NFT화된 아이টে과 무관하게 아이টে베이와 아이টে매니아 등 아이টে현금거래로 사업을 영위하는 기업이 버젓이 존재하고 있다는 점²⁶⁾은 현행 게임산업법의 정합성과 현실성에 의문이 제기된다.

2. NFT 산업의 발전과 투자자 보호의 문제

(1) NFT 산업의 확장성

NFT 시장의 확장은 블록체인과 연계된 다른 산업들의 발전과 맞물려 있다. 앞서 밝힌 바와 같이블록체인을 이용한 디지털 그림, 게임 내 아이টে이나 토지 정도로 한정되어 시작된 NFT 시장은 스포츠 스타 카드, 디지털 패션 잡화 등으로 영역을 확장해 오다가 최근에는 금융이나 지적재산권 그리고 부동산과 같은 실물자산과 연동되어 활용되려는 단계로 발전했다.

기능적인 측면에서도 블록체인을 통해 거래내역 혹은 관련정보를 인증하려는 수준에서 최근에는 부동산 및 실물자산에 대한 권리를 디지털화 하여 유동화 시키는 수단으로 그 기능이 확장되고 있는 상황이다. 구체적인 예로 금융위원회 규제샌드박스로 지정된 카사코리아의 ‘카사’는 역삼 런던빌을 시작으로 서초 지웰타워, 역삼 한국기술센터, 여의도 익스콘벤처타워에 이어 부티크호텔 르릿까지 5연속 완판이라는 기록을 세웠다.²⁷⁾ 그 구체적인 영업 방식으로 투자자는 부동산 신탁회사가 발행한 수익증권에 투자하고, 이를 카사 앱에서 주식처럼 거래할 수 있도록 하는 모델이다. 그 이외에도 엘리시아는 각 건물마다 건물을 소유하는 자회사 법인을 세우고, 법인에 대한 증권을 블록체인 상에서 발행하며 투자자들은 법인 지분에 투자하고, 보유한 지분에 따라 건물 매매 등 의결권을 행사할 수 있다. 건

25) 임종욱, 앞의 글, 제89면.

26) <https://zdnet.co.kr/view/?no=20211221150533>

27) <https://www.ajunews.com/view/20220419111202269>

물이 매각되면 수익을 지분 투자자에게 나눠주고 법인은 없어지는 방식이다.²⁸⁾ 이처럼 부동산자산 등 실물자산을 디지털화해 거래하는 부분은 증권형토큰(STO)과 본질적으로 다르지 않으나 금융당국의 입장과는 상관없이 구체적 토큰 발행의 방식에 NFT 기술을 적용하려는 노력이 이루어지고 있다.²⁹⁾

(2) 자산유동화 수단으로 사용되는 NFT의 문제

몇 년 내에 이루어진 이러한 NFT 시장의 성장 속도와 새로운 기술 서비스의 예고는 금융권의 높은 관심을 끌어내고 있다. 이는 금융사가 NFT로 디지털 자산의 소유권과 가치의 안정성을 확보할 수 있다면 디지털 자산 담보대출, 자산의 디지털 유동화, NFT거래소, 디지털 자산 관련 정보 제공 등 다양한 금융 서비스를 고객에게 적극적으로 제공할 수 있기 때문이며 이미 기존의 은행의 기능 즉 자산의 수탁, 운용, 거래, 발행과 같은 금융 모델들은 가상경제에서도 나타나고 있기 때문이다.

이미 NFT 거래 서비스는 NFT 탈중앙화 거래소뿐만 아니라 기존의 가산자산을 거래하던 중앙화된 거래소를 중심으로 보편화되어 있는 상황이며 운용서비스의 측면에서도 미국의 경우 이미 NFT파이가 NFT를 담보로 가상화폐 대출을 지원하는 서비스를 제공 중이며 우리의 경우도 곧 이러한 서비스의 도입이 이루어질 것으로 보여 진다.

자산 수탁 서비스의 측면에서 보자면, 특정 NFT는 메타버스와 현실세계를 이어주는 매개체로서 그리고 자산유동화의 수단으로서 확장할 가능성이 높아 이미 현실에서도 세계적인 금융기관인 골드만삭스(Goldman Sachs)와 씨티 그룹(Citigroup Inc.)은 디지털 자산 상품화를 추진중에 있다. 특히 유에스뱅크(US Bank), 뉴욕멜론은행(BNY Mellon) 등의 미국의 대형 은행들도 NFT 관련 금융상품 서비스를 시작하는 등 NFT 관련 금융 시장의 경쟁이 가속화된 것으로 보인다.³⁰⁾ 우리의 경우에도 현재 시중 은행사가 가장 보편적으로 도입 중인 NFT 비즈니스 모델은 수탁의 형태이다. 초기의 비트코인 등 가상자산(화폐) 수탁 서비스를 거쳐 최근에는 NFT 수탁 서비스 역시 관련 기술 기업에 지분투자하거나 합작회사를 구성하는 등 간접적인 방식으로 도입 움직임이 나타나고 있다. 이는 NFT 기반 금융시장의 현 상황을 고려할 때 수탁 서비스가 향후 가상자산 기반의 금융 서비스로의 변화에 핵심 기반

28) <https://www.ikld.kr/news/articleView.html?idxno=233624>

29) 국내 블록체인 기업 중 하나인 (주)데이터젠(대표이사 임선목, 이하 데이터젠)의 경우 이미 전 세계 최초로 실물 자산의 소유지분 분할 NFT를 선보인 바 있으며 최근에는 실물경제의 디지털 자산 유동화를 위한 디지털금융 플랫폼을 공개하면서 그림, 사진, 저작권, 음원, 동산 및 부동산으로 확장할 계획을 공개하였다. 대전뉴스(<http://www.daejeonnews.kr>)

30) 성덕근, NFT의 현황과 쟁점, 한국법학원 현안보고서 제2022-01호, 제19면.

이 되기 때문이며 그러한 배경에서 우리나라의 경우도 여러 금융기관 즉 신한, 국민, 우리 금융 등이 이미 가상자산 수탁 서비스를 준비하고 있는 것으로 알려져 있다.³¹⁾ 구체적으로 국민은행의 경우 2020년 11월에 가상자산 수탁업체 ‘KODA’ 설립(합작) 및 NFT 사업 추진을 시작했으며 신한은행은 ‘KOAC’ 지분투자 및 NFT 사업추진을 2021년 1월에 우리은행은 가상자산 수탁업체 ‘DiCustody’를 2021년 7월에 합작설립하고 NFT 기반 STO 사업을 검토중으로 알려져 있다.³²⁾

NFT 발행 서비스는 비즈니스 측면에서 큰 확장 가능성을 가지고 있기에 국내 금융사들 역시 초기 단계의 NFT 발행 서비스를 도입 중에 있다. 그동안 엄격하게 금지되어 온 ICO 완화가 기대되고 있으며 비상장주식에 대한 증권형 토큰 발행(STO; Security Token Offering) 허용이 곧 현실화 될 것으로 보여진다.³³⁾ 기존 제도화된 거래소에서 유통되기 어려웠던 주식들이 NFT를 일종의 신뢰 장치로 발행하는 것이다. 이미 우리금융은 NFT 기반의 STO 기술 사업을 검토하고 있으며, 일본 등 해외 금융사 역시 STO를 활용, 자금 조달 및 자산 유통화 등의 금융 서비스에 활용하고 있다.

(3) 메타버스를 통한 확장성

메타버스란 초월을 의미하는 그리스어 메타(Meta) 그리고 세계를 의미하는 버스(verse)의 합성어이다. 즉 단순한 가상의 공간이 아닌 실제로 우리가 활동하는 가상의 세계를 의미하며 최근에는 현실과 상호 작용할 수 있는 공간이란 의미로 확장되어 사용된다.³⁴⁾ 특히 최근의 코로나 팬데믹으로 인한 비대면 접촉이 일상이 되면서 메타버스와 관련한 기술들이 급격히 발달하고 있으며 이러한 기술의 발달을 주도하는 빅테크 기업들의 역할이 점점 확대되고 있는 상황이다.³⁵⁾

이미 메타버스에서 커뮤니티, 게임, 교육 등 다양한 활동이 벌어지고 있으며 해당 플랫폼에서만 사용할 수 있는 특정의 코인을 이용해 메타버스 콘텐츠를 적극 소비할 수 있는 가상경제 대응기술이 중요해지고 있다. 메타버스가 온·오프 영역 모두에 걸쳐서 활성화될 경우 양 영역을 이어주는 콘텐츠를 구매하거나 결제하는 등의 실물 경제 활동이 늘어날 것을 대비하여 NFT 파일에 대한 가치평가와 유통화를 지원하거나 NFT 자산을 담보로 암호

31) 신석영, “메타버스의 핵심, NFT와 가상경제”, Emergig Tech & Biz (Vol. 3) 2021. 08. 17, 하나금융그룹, 제6면.

32) <https://newsroom.koscom.co.kr/29803>

33) <https://www.hankyung.com/it/article/2022042803411>

34) 임중욱, 앞의 글, 제85면.

35) <https://www.wired.com/story/metaverse-big-tech-land-grab-hype/>

화폐 대출을 지원하는 비즈니스 모델³⁶⁾도 실제로 등장하고 있다.

우리나라의 경우는 NFT를 비롯한 메타버스 유관 기술은 카카오, 네이버 등 대형 빅테크 기업들에 의해서 주도되고 있으며 특히 금융을 비롯한 각종 서비스 개발과 발행, 유통, 소비에 이르기까지 전방위적인 NFT 생태계를 만들어가는 것과 동시에 확장에도 적극적이다. 이러한 배경에서 전통적 금융사들 또한 이들 빅테크 기업들과의 협업의 형태³⁷⁾로 메타버스 환경에 대비하고 있는 것으로 보이나 장기적으로 보면 서로의 경쟁이 불가피 할 것으로 보여 진다.³⁸⁾

Ⅲ. NFT화(化)된 예술품 거래 사례

1. NFT화된 문화재 판매 사례

(1) 간송미술관의 NFT화된 문화재 판매

미술품과 게임 아이템을 시작으로 폭발적인 성장세를 보이는 외국의 사례와 달리 우리나라의 경우는 특이하게도 간송미술관의 문화재 판매 이벤트와 관련해서 NFT의 활용이 크게 이슈가 되기 시작하였다.

우리나라 간송미술관은 2021년 7월에 보유하고 있던 국보 ‘훈민정음’을 NFT 상품으로 판매하려는 계획을 발표하였으며 이를 위해 훈민정음을 NFT로 디지털화해 고유번호를 100개 한정으로 붙이고 이후 판매하여 100억 원의 기금을 확보하겠다고 밝힌 바 있으며³⁹⁾ 실제로 판매된 수량은 절반 정도⁴⁰⁾라고 알려져 있다.

이 후에 보유하고 있는 주요 문화재를 재해석한 NFT 그림 카드를 제작했던 간송미술관은 2022년 5월 26일 신윤복의 ‘혜원전신첩(국보 135호)’에 속한 30점 작품에 기반한 NFT 발행을 시작으로 ‘간송 메타버스 뮤지엄’ 프로젝트를 선보였으며 이를 통해 혜원 NFT와 관련한 2차, 3차 창작물의 다양한 콜라보 및 재생산 콘텐츠가 생산되어 메타버스의 환경에서

36) <https://www.coindesk.com/news/articleView.html?idxno=78753>

37) 최근 카카오가 기존의 자체 가상자산 플랫폼 클레이튼을 오픈하여 이더리움을 수용하려는 계획을 발표한 점과 그라운드 X가 자체 NFT 플랫폼인 클립드롭스의 육성을 위해 자체 가상자산 클레이 이외에도 다양한 결제 방식을 수용하는 등 메타버스 내에서의 금융분야 경쟁력을 선점하려 노력하고 있는 것을 예로 들 수 있다: <https://newsroom.koscom.co.kr/29803>

38) 신석영, 앞의 글, 제6면.

39) <https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=02499366629117144>

40) <https://www.joongang.co.kr/article/25064637#home>

더 다양한 콘텐츠로 확장할 계획임을 밝혔으며 2022년 6월 3일부터 프리세일을 진행할 계획임을 공개하였다.⁴¹⁾

(2) 배경 및 평가

서울시 성북구에 소재한 간송미술관은 국내 최초의 사립 미술관으로 특히 일제강점기 시절 유출 될 뻔한 문화재들을 간송 전형필(1906-1962)의 막대한 재산으로 보존해 온 곳이나 최근의 운영난 해소를 위해 NFT 기술을 적극 채용하여 수익을 창출하고 있는 것이다.

이에 관해 간송미술문화재단은 4차산업혁명의 중심 기술 중 하나인 블록체인의 순기능을 적극 활용하여 탈중앙화된 개인들이 우리 문화재를 보존하려는 사회공익적인 목적의 투자를 장려하려는 취지의 NFT화된 문화재를 판매임을 밝힌 바 있다.⁴²⁾ 이러한 새로운 시도가 문화재의 대중화를 선도할 것이라는 주장⁴³⁾도 있지만 상업적 이익추구의 확장을 통해 문화유산의 가치가 훼손될 위험이 커졌다는 비판적 의견도 제기되고 있다.

2. 실물연계형 NFT의 법적 성격과 투자자 보호

(1) 실물연계형 NFT 거래의 성격

NFT 거래 유형 중 가장 큰 비중을 차지하고 있는 것이 디지털 저작물 혹은 디지털 아트⁴⁴⁾를 NFT로 발행하는 유형이다. 즉 미국 작가인 Mike Winkelmann(Beeple)의 NFT 작품이 크리스티 경매장에서 엄청난 고액에 판매된 사례를 비롯하여 니프티 게이트웨이(Nifty Gateway)라는 NFT 기반 디지털아트 거래 사이트에서는 고액의 NFT 작품들을 쉽게 찾을 수 있으며 오픈씨와 같은 거대 종합 거래 플랫폼에서도 빈번히 거래가 이루어지는 형태이다.

NFT의 유형과 그 효용에 따라 법적 성격도 다르게 보아야 한다는 측면에서 디지털 아트

41) <https://www.digitaltoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=447453>

42) <https://kansong.org/>

43) 2021년 10월 5일 국회 문화체육관광위원회 국정감사의 과정에서 김현모 문화재청장이 밝힌 의견임: <https://www.yna.co.kr/view/AKR20211005147000005>

44) 디지털아트란 컴퓨터 테크놀로지의 활성화와 더불어 최근 등장한 디지털 매체를 기반으로 이뤄지는 예술 형식들을 총칭하는 용어이다. 디지털아트는 다른 말로 컴퓨터 아트 혹은 뉴미디어 아트라고도 하며, 경우에 따라 웹 아트, 인터넷 아트, 멀티미디어, 상호 작용적 설치작품, 디지털 영화 등의 형식으로 실현된다. 기존의 아날로그 매체를 사용하는 예술 형식의 범주에는 회화, 조각, 건축 등 전통적인 형식들도 있으나, 사진, 영화, 비디오 등 비교적 최근에 등장한 미디어 아트들도 포함된다. 출처 : (BLOCKCHAINUS)(<https://www.blockchainus.co.kr>)

를 NFT로 발행하는 경우 해당 NFT의 특성을 먼저 검토할 필요가 있다. 즉 디지털 아트는 기술적으로 무한한 복제성을 가지고 있어 재산적인 가치를 인정하기 곤란한 측면이 있었으나 그러한 객체를 다시 NFT로 발행한 경우 블록체인 기술을 통해 원본성 혹은 소유권 인증까지 가능해진다는 복합적인 성격을 다시 띠게 된다.⁴⁵⁾

그러나 실물의 작품과는 달리 NFT로 발행을 한 경우에 실물로 존재하는 예술 작품이 아닌 작품의 증명서(토큰)로서 존재하는 측면 즉 기술적인 측면에서는 객체인 디지털 아트를 소유하는 것이 아니며 단지 일종의 접속 코드 혹은 온라인 접속 코드를 부여 받은 것에 불과한 것을 법적인 측면에서 어떻게 해석해야 할지 여전히 논란이 있다.

또한 예술품 감상이라는 측면에서도 디지털 아트의 무한 복제 가능성에 기인하여 특별한 감상의 대상으로서의 고유한 가치를 인정하기는 불가능하며 단지 블록체인 기술에 기반한 NFT의 인증성을 근거로 NFT 아트의 고유성을 간접적으로 확보할 수 있을 뿐이다. 즉 블록체인으로 고유 값이 지정되어 다른 토큰으로 대체하는 것이 불가능하므로 소유권·저작권·판매이력 등을 기록할 수 있어 지적재산권 보호에 효과적인 측면이 있다. 그러한 배경에서 NFT 아트의 효용은 오히려 감상의 대상으로서의 가치 보다는 투자 자산으로서의 가치에서 찾아야 한다는 측면도 존재하므로 이러한 성격을 어떻게 법적 취급해야 할 것인지에 관한 논의도 활발히 진행 중이다.

(2) 실물 연계형 NFT의 법적 취급과 문제점

NFT 아트라 불리는 유형 즉 실물을 디지털화해 발행한 수집형 NFT 등의 경우⁴⁶⁾ 실제의 거래관계에서 재산으로 취급되어 매매의 대상이 되고 유증이나 상속의 대상이 될 수 있다. 또한 음원이나 상품과 연계된 NFT의 경우에도 실제 또는 무형자산을 나타내는 형태로 볼 수 있다.

그러한 이유에서 실물 재산의 거래와 마찬가지로 취급되어 이와 관련한 여러 가지 법적인 문제가 발생할 수 있으며 특히 NFT와 연동된 재산의 성격상 지적재산권의 문제가 발생할 소지가 크다고 볼 수 있다.

45) 얼굴 없는 아티스트로 유명한 뱅크시(Banksy)는 2006년 작품인 ‘Morons’를 인젝티브 프로토콜(Injective Protocol)이라는 기업이 10만 달러에 구입한 후 NFT로 발행했으며 이를 Injective Protocol이라는 기업이 10만 달러에 구입한 후 NFT로 발행한 예가 있음 특이한 점은 그 후 이 기업은 “NFT와 실물이 둘 다 존재한다면 작품의 가치는 실물에 종속된다”고 주장하며 2021년 3월 실제 원본을 불태우는 퍼포먼스를 온라인에서 진행하였고 그 결과 해당 NFT 작품은 ‘Original Banksy Morons’란 이름으로 228 ETH(당시 한화 약 4억 원)에 낙찰되었음.

46) <https://www.blockchainus.co.kr/news/articleView.html?idxno=2930>

(3) 투자자보호 방안

1) 의 의

NFT화된 예술품의 경우에 있어 NFT화된 재산이란 실물형 NFT로서의 성격을 가진다. 그러므로 결국 지식재산권과 관련한 권리보호의 문제와 구매자보호의 문제가 가장 중요한 이슈가 된다. 현대의 예술품 거래에서 구매자보호를 위해 중요시되는 출처(원본, 한정판 등)와 감정의 신용성이라는 문제⁴⁷⁾는 특히 NFT화된 예술품의 경우 훨씬 더 큰 위협에 처하게 되며 이는 기존의 위작의 문제와는 그 궤를 달리한다.

NFT화된 예술품은 기본적으로 앞서 기술한 NFT 거래와 관련한 법적 문제들 즉 거래 플랫폼의 문제와 거래에 있어서의 여러 문제들을 모두 보유하고 있다. 그 중에서 기존의 저작권법의 원리와는 다른 측면이 고려되어야 한다는 점에서 특수성을 가진다. 즉 오리지널인 창작형의 NFT화된 예술품은 문제가 없겠지만 전환형의 경우에는 저작권자의 권리를 위한 원작의 범위를 새롭게 확정하여야 하는 문제가 발생할 여지가 있다. 예를 들어, 최근 데미안 허스트가 자신의 도트 시리즈 작품을 Currency Project라는 이름으로 NFT화하여 판매하면서 1년 후 (2022년 7월 27일 이후에) 원본과 디지털 작품 중에 하나를 소비자의 선택에 따라 폐기하기로 약정한 사례⁴⁸⁾ 그리고 번트뱅크시(BuntBanksy) 이벤트를 통해 뱅크시의 Morons라는 작품을 NFT화 하여 판매한 뒤 원본을 불태운 사례⁴⁹⁾의 경우에는 실물이 사라진 경우 NFT화된 작품이 대체불가의 진품이 될 수 있다는 측면을 고려해야 하나 이 경우에도 저작권이 없는 자의 민팅인 경우는 저작권자의 권리와 거래 플랫폼의 의무 등의 여러 문제가 발생할 여지가 있다.⁵⁰⁾ 이에 더하여 원본에 변형을 주어 새롭게 탄생한 부가형 NFT화된 예술품의 경우에는 과연 원작자와 변형자의 관계를 저작권과 관련하여 어떻게 설정해야 할 것인지의 문제도 발생할 여지가 있다.

2) 소유자와 저작권자의 관계

NFT는 콘텐츠 제작자 혹은 발행자에 의해 누구나 특별한 검증절차 없이 발행이 가능하다. 특히 실물연계형 NFT는 다양한 분야의 정보를 디지털 자산화 한 것으로 그 자체가 실

47) 김성룡, 미술품거래사기에 관한 몇 가지 쟁점, 문화예술법의 현주소, 문화예술법연구총서 01, 2014.12.12., 제238면 이하 참조.

48) <https://m.post.naver.com/viewer/postView.naver?volumeNo=32424553&memberNo=32913615>

49) https://www.chosun.com/culture-life/art-gallery/2021/03/12/JMQJMRWF15DX7EYFQS3FQS6J_2_Q/

50) 김보름·용호성, NFT 미술시장의 주요 쟁점과 전망, Journal of Digital Art Engineering & Multimedia, Vol. 8 No 3. September (2021), 332면.

물로 존재하는 것이 아니라 일종의 가치 확인서라고 할 수 있어 단지 블록체인상의 기록 뿐 배타적 사용권을 주장할 수 없다는 법적인 한계가 분명 존재한다.

그러나 발행의 단계에서 특정 경제적 가치를 보유한 대상을 디지털로 변환하고 업로드하는 과정(흔히 이를 Minting이라 한다)에서 디지털 저작물의 복제 및 전송이 필연적으로 이루어지며 NFT를 통해 연결된 자산의 링크는 그 자체로 저작권 침해의 문제가 발생할 가능성이 높다. 또한 블록체인의 특성상 특정된 시간을 기준으로 당해 정보의 존재를 확인할 기능만을 가질 뿐 그 내용의 정합성을 담보해 주는 것은 아니라는 점에서 소유권자와 저작권자의 권리의 충돌이 발생하게 되는 것이다.

현행 저작권법은 창작자에게 저작인격권과 저작재산권을 부여하며 그 결과 저작권자(창작자)에게 복제권(제16조), 공연권(제17조), 공중송신권(제18조), 전시권(제19조), 배포권(제20조), 2차적 저작물 작성권(제22조) 등이 인정된다. 또한 저작물로 인정되기 위해서는 단순 모방의 수준이 아닌 독창성과 창의성이 요구된다.⁵¹⁾

이러한 전통적인 저작권법의 법리에 따르면 유형적 자산을 디지털 형식으로 변형하는 민팅의 과정을 새로운 저작물로 보기는 어려울 것이며 저작권법 복제권 및 전송권 침해가 발생하게 될 것이다. 결국 소유권자에 의한 민팅의 과정은 복제권의 침해, 공중송신, 전시 행위 그리고 배포 행위로서 불법 행위가 될 수 있다.

실제로 국내 작가의 작품이 해외 NFT 거래소에서 재편집되어 수 억원대로 판매된 사례 그리고 피카소와 앤디워홀의 작품을 무단으로 NFT로 발행하여 판매하려던 시도가 있었으며 최근의 사례로 ‘애니모카브랜드’라는 기업에서 발행한 NFT가 라이선스를 갱신하지 못하면서 서비스를 종료하게 되어 결과적으로 최고 4억에 달하는 NFT의 가치가 없어져 버린 사건이 있었다.

3) 거래 당사자 보호 방안

우선 NFT화된 내용이 위변조가 될 가능성은 없다. 그러나 발행의 단계에서 위변조는 충분히 예상 가능하나 대부분의 거래소에 등록된 작품에 대한 확인 및 구매 결정을 구매자의 책임으로 전가하고 있어 결과적으로 소유자의 손실로 귀결될 가능성이 높다. 특히 이미 거래가 종료된 이후로 판매자에게 지급된 금액이 환불이 되지 않아 이러한 경우에도 구매자의 피해가 발생할 가능성이 높다.

만일 발행된 NFT의 서버 서비스 혹은 링크가 종료된 경우라면 소극적 기망을 이유로한

51) 대법원 2001. 5. 8. 선고 98다43366판결.

사기죄로 형사처벌 받을 가능성이 있으나 서비스 종료와 NFT 자체 소실의 차이와 고의성 여부 등을 고려한다면 배임이나 사기죄로의 처벌이 현실적으로 가능할지는 의문이다

현행 저작권법의 체계에서 NFT 발행 혹은 매매의 경우 원본 저작권자와 관련해서 두 가지 방식의 권리양도 방식을 생각해 볼 수 있다. 즉 구매시 저작권까지 완전 양도하는 방식과 거래 조건(기간, 이용 범위 등)을 정해 놓은 저작권 배제 방식을 들 수 있다. 또한 구입한 NFT를 가상공간에서 전시하게 되는 경우 현행 저작권법에 따르면 원본 저작권자의 동의가 필요하다. 그러나 어떠한 방식을 취하든 현행 저작권법에 의한 NFT 구매자의 권리는 디지털 콘텐츠에 대한 라이선스 방식을 전제로 한 것이지 NFT의 온전한 소유권 행사와는 거리가 있어 결과적으로 단순 이용자의 지위밖에 보장받지 못하게 된다.⁵²⁾

전통적인 저작권법의 범리에 충실할 경우 현재의 NFT 산업의 발전은 더욱 위축될 수밖에 없다. 그러나 저작권법의 범리의 발달과정을 고려한다면 그 보호 객체가 시대에 따라 다르게 발전되어 왔다는 점과 디지털 콘텐츠의 오리지널화가 시작되는 최근의 콘텐츠 산업의 경향은 NFT에 대한 취급을 좀 더 다른 방식으로 접근할 필요성을 보여준다.

이러한 배경에서 디지털 콘텐츠의 경제적 가치를 연동된 객체의 특성과 가치에서 찾는 것이 아니라 디지털 콘텐츠의 오리지널성에 대한 보장 즉 일종의 권위에서 찾는 것으로 이해를 한다면⁵³⁾ NFT의 보호가치에 대한 새로운 측면을 강조할 수 있게 된다. 특히 이러한 관점은 메타버스와 현실과의 경계를 없애려는 최근의 기술 발전의 방향과의 정합성을 개선시키는 효과도 가져올 수 있다.

현행 저작권법은 미술저작물의 경우 유체물은 미술품 원본 소유자가 저작권자의 동의를 받지 않아도 일정 범위 내에서 저작물의 전시가 가능하도록 정하고 있다(저작권법 제35조). 물론 NFT가 원본을 소유한다고 보기는 어려운 측면이 있으나 당해 조항이 저작권자와 창작자간의 이해관계를 목적으로 제정되었다는 점과 역사적으로 실제 거래계에 이용되는 작품을 통해 저작권 제도의 발전으로 이어졌다는 것을 고려한다면 NFT화된 작품의 실제 이용도가 높아짐으로 인해 저작권의 적용 방식에 변화를 줄 필요가 있다. 즉 NFT를 디지털 오리지널로 간주하고 NFT를 동산으로 파악한다면 NFT와 연동된 대상을 보여주는 것이 전 시로 해석될 수 있으며 일반 디지털 저작물과 달리 NFT화 되면서 권리소진의 원칙이 적용되는 오리지널화 된 것으로 해석한다면 저작재산권자의 양도제한권(저작권법 제46조 제3항)을 배제할 수 있는 가능성이 생기는 것이다.⁵⁴⁾

52) 김별다미·최동배, NFT 미술관의 가능성과 수반되는 법적 문제점, 전북대학교 법학연구소 통권 제68집 2022년 5월, 122면.

53) 윤중수·표시영, 디지털 저작물의 NFT가 갖는 함의와 법적 보호, 법조 제70권 제6호, 224면.

54) 이렇게 해석하게 된다면 반대로 추급권 논의와 관련하여 창작자의 권리를 강화하는 방향이 오히려 고려될 수 있다. 윤중

IV. 간송미술관의 국보 판매 사례에 있어서의 NFT의 문제

1. 국보 판매의 과정과 결과

2022년 1월에 우리나라 간송미술관이 경매에 내놓은 국보 72호 '계미명금동삼존불입상'과 국보 73호 '금동삼존불감'에 대한 구매와 관련하여⁵⁵⁾ 일종의 펀드 모집의 시도가 있었으며 특이한 것은 일반인에겐 무척 생소한 탈중앙화자율조직(Decentralized Autonomous Organization: DAO)이란 기업의 형태로 프로젝트가 진행되면서 투자의 증표로 NFT 발행을 약속했다는 점이었다.

구체적인 과정을 보면, 이들은 국보 탈중앙화자율조직(Treasure DAO)을 만들어 경매에서 국보 2점을 낙찰받기 위한 최소목표 금액인 50억 원을 모집하기로 하였다. 이를 위해 카카오 블록체인 계열사 그라운드X에서 만든 메인넷 '클레이튼(Klaytn)'에서 모금 계약을 오픈하였으며 오직 가상자산 '클레이(KLAY)'로만 기금을 수령하면서 모금의 전 과정은 오픈소스에 의해 사전에 확인 가능한 스마트 계약을 통해 진행하였다. 이를 통해 모금에 참여한 투자자들에게는 한국 문화유산 보호를 목적으로 모금에 참여했다는 취지를 담은 NFT를 모금액에 따라 발행해 주었다.⁵⁶⁾

그러나 원래 목표액의 절반 정도인 '클레이(KLAY)' 154만3500개(약 24억 1500만 원)를 모금하는 데 그쳐 환불 절차를 밟게 되었으며 환불은 국보DAO 웹사이트 내에서 클레이튼의 가상자산 지급 서비스를 통해 이루어졌다. 그러나 발행했던 NFT에 대해서는 모금에 참여한 자들에게 그대로 그 소유권을 보장해 주었다.⁵⁷⁾

2. 국보 판매 사례에 있어서 NFT의 기능의 제한

NFT를 조각 투자의 수단으로 이용하는 경우의 수를 정확히 한정할 수는 없지만, 흔히 조각 NFT는 탈중앙화된 자금모집 기구인 DAO를 이용하여 자금을 모집하고 그 대가로 투자

수·표시영, 앞의 글, 234-236면.

55) <https://www.sedaily.com/NewsView/2611HHPU5Y>

56) <https://www.tokenpost.kr/event/547>

57) 그 이후 2022년 1월에 코인 투자자들로 구성된 헤리티지DAO가 케이옥션을 통해 금동삼존불감을 구입하여 간송미술문 화재단에 기탁한 뒤 장래에 소유권의 디지털 파생상품화를 추진할 것을 밝혔으나 그 구체적인 운영방식 등에 관해서는 여전히 명확히 알려져 있지 않다: https://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB12051233

자에게 조각 NFT를 부여하는 방식이 고려 될 수 있으며 이와 동시에 유통시장을 통해서 투자계약성을 높일 수 있게 된다.

다오(DAO, Decentralized Autonomous Organization)란 탈중앙 분산화된 자율적인 조직을 말하며 흔히 탈중앙화자율조직으로 표현된다. 이러한 시스템은 2016년 이더리움의 창시자 비탈릭 부테린이 블록체인의 탈 중앙화 정신을 실현시킬 조직으로 제시된 것이며 이를 바탕으로 만들어진 The DAO는 이러한 기본정신을 실현시키기 위한 일종의 벤처 프로젝트였지만 초기 코드의 실수로 인해 실패로 끝나버렸다.⁵⁸⁾ 그러나 초기의 The DAO의 실패 이후에도 유사한 기본개념을 가진 다양한 종류의 DAOs가 개발되어 미술, 스포츠, 클라우드 펀딩, 금융 등의 다양한 분야에서 활용이 두드러지고 있다.⁵⁹⁾ 2021년에 많이 알려진 주요 DAOs의 사례를 보면 분야의 다양성은 물론이고 활용의 방식에서도 다양한 인센티브가 눈에 띈다.⁶⁰⁾

문화재를 대상으로 조직된 DAO는 이미 이전에 미국에서 시도된 사례에 따른 것으로 보인다. 즉 미국에서 만들어진 헌법 DAO(Constitution DAO)는 미국 헌법 초판본을 공동 소유하려는 의도로 만들어진 조직으로 일주일 정도 되는 기간에 470억 원어치의 가상자산 이더리움을 모금하여 목표금액을 달성하였던 예가 있었다.⁶¹⁾ 헌법 DAO의 투자계획은 이를 통해 초판본 자체는 박물관에 전시하고 NFT화한 초판본을 이용하여 판매 수익을 올려 이를 모금에 참가한 투자자들에게 배분한다는 것이었다.

국보DAO의 경우 금번 프로젝트가 실패로 돌아간 이유로 우선은 자금 모금 기간이 너무 짧았다는 점과 둘째로 DAO의 법률적 지위의 불명확함⁶²⁾ 셋째로 클레이튼의 불편함⁶³⁾ 그리고 마지막으로 NFT에 대한 국내 법제의 한계⁶⁴⁾를 들 수 있다. 즉 케이옥션에서 열렸던

58) The DAO'는 특정 DAO의 이름으로서, 독일의 스타트업 slock.it의 설립 팀에 의해 개발되었다. slock.it의 전문 분야인 '스마트 록(smart locks)'은 사람들이 탈중앙화 버전의 에어비앤비(Airbnb)에서 자신들의 부동산을 공유하도록 해준다. The DAO는 2016년 5월에 토큰세일을 통해 자금을 조달하면서 구축되었다. 놀랍게도 이 프로젝트는 1억 5,000만 달러가 넘는 자금을 조달해 역사상 가장 성공적인 클라우드펀딩 캠페인이 되었다. 하지만 The DAO의 코드는 완벽하지 않았다. 오픈 소스로서 누구나 볼 수 있었기 때문에, 누군가가 악용할 수 있는 버그를 발견했다. 결국 6월 17일에 익명의 해커 또는 해커 집단이 The DAO로부터 그 구조를 그대로 복사한 '자식 DAO'로 돈을 빼돌리기 시작했다. 자금 유출이 중단될 때까지 이 해커는 5,000만 달러 상당이 넘는 이더를 훔쳐냈다.

59) 2021년 12월 26일 기준으로 집계된 DAO의 종류는 187개에 달하며 참여 자금 또한 117억달러 이상으로 알려져 있다. <https://www.tokenpost.kr/article-79361>.

60) <https://www.tokenpost.kr/article-79361>

61) 소더비 경매에서 결국 낙찰 받지 못해 모금의 대가로 지급한 PEOPLE 토큰을 가상자산 이더리움으로 환불해주는 주는 이벤트가 열렸으나 그 와중에 PEOPLE이 가상거래 플랫폼에 상장되면서 오히려 PPEOPLE 토큰의 가벤트가 열렸으나 그 와중에 PEOPLE이 가상거래 플랫폼에 상장되면서 오히려 PEOPLE 토큰의 가치가 상승하고 있는 현상이 발생하였다. <https://www.blockchaintoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=20001>

62) <https://www.hankyung.com/finance/article/202203044746g>

63) <https://www.coindesk.com/news/articleView.html?idxno=77373>

64) <https://news.nate.com/view/20220304n27649?mid=n0601>

국보 경매 참여를 위해 국보DAO가 모금할 수 있었던 시간이 겨우 9일 정도였으며 DAO 시스템에 대한 이해 부족과 클레이튼 내에서 모금액 등 여러 사안에 대한 변화를 수용할 만한 투표장치가 마련되어 있지 않았던 점 그리고 이와 더불어 현행 법제상으로는 가상자산공개(ICO)가 사실상 금지⁶⁵⁾되어 투자자에게 지분과 같은 특정의 권리를 부여하는 것이 현행 자본시장법에 저촉되는 것으로 해석될 여지가 있어 발행된 NFT의 역할 또한 증표 정도로 한정될 수밖에 없었다는 점을 들 수 있다. 그 결과 투자 유인의 측면에서 큰 효과를 보지 못했던 점에서 실패의 주요한 이유를 찾을 수 있다.

이렇듯 여러 가지 문제들이 원인으로 제시되고 있으나 그 중에서 특히 NFT 발행의 부분은 이미 NFT 금융이 빠르게 발전하고 있는 외국의 사례와 견주어 법제도적인 측면에서 아쉬운 점이 많다고 보여 진다.

3. 증권형 NFT 발행의 법적인 문제점

(1) 자산유동화 기능의 가능성

블록체인의 특성상 NFT의 원본확인성은 예술품뿐만 아니라 금융의 분야까지도 그 활용도를 넓히는 유인이 되고 있으나 이러한 현상이 단기간에 급속하게 진행되고 있어 사실상 NFT에 특화된 규제가 존재하지 않는 상황이다.

이러한 배경에서 기존의 법해석을 통한 규율이 불가피한 상황이라 특정 NFT가 증권성 즉 자금 모집과 수익 배분의 특성을 지니고 있다면 증권으로 분류되어 자본시장법상의 엄격한 규제를 받게 된다. 즉 만일 당해 사례에 사용된 NFT가 조각 투자의 형태를 띠는 NFT로 발행되었다면 이는 자본시장법상의 투자계약증권으로 분류될 수 있으며⁶⁶⁾ 또한 이러한 NFT가 집합투자증권의 성격까지 인정된다면 그 결과 자본시장법상의 증권으로서 발행인은 공시규제, 불공정거래 규제 그리고 집합투자업 인가 의무까지 부담해야 하기 때문에 적극적인 방식의 발행이 어려운 상황이었다.

그런데 최근 2022년 4월 20일 우리나라 금융위원회가 뮤직카우의 저작권료 참여청구권에

65) 금융위원회는 2017년 9월 증권발행 형식뿐만 아니라 모든 형태의 ICO를 금지한다고 발표했으나 2021년 12월 ‘가상자산 업권법 기본방향 및 쟁점’ 보고서를 국회 정무위원회에 제출하면서 그간의 입장을 선회하여 완화하겠다는 입장을 밝힌 바 있다 : <https://www.etoday.co.kr/news/view/2091213>

66) 송화운, NFT 규제에 대한 비교법적 고찰 - 증권형 및 가상자산형 NFT를 중심으로 -, 증권법연구 제23권 제1호 (2022), 제 274면.

대하여 투자계약증권을 최초로 적용하여 증권성이 있다고 판단하였으며⁶⁷⁾ 또한 2020년 4월 28일에 ‘조각 투자 등 신종증권 사업 관련 가이드라인(이하 가이드라인)’을 발표⁶⁸⁾하였다. 즉 당해 가이드라인을 통해 증권인 조각 투자는 원칙적으로 자본시장법 및 관련 법규가 적용된다고 하면서도 혁신성과 필요성의 요건을 충족한다는 전제에서 금융혁신지원 특별법에서 정한 금융규제 샌드박스라는 특별한 예외를 적용받을 수 있도록 하였던 것이다.

이는 조각 투자에 대한 엄격한 규제를 의미하면서도 다른 한편으로는 제도권에 편입시켜 규제의 유연성을 확보한 조치이면서 특히 가상자산 및 NFT 규제에 있어 새로운 가능성을 제시한 의미 있는 발전으로 평가⁶⁹⁾되기도 한다.

(2) 투자자 보호 방안

이러한 배경에서 증권성이 인정되어 판매금지가 예상 되었던 뮤직카우의 사례는 최근 금융위원회로부터 ‘혁신금융서비스’로 선정이 되었으며⁷⁰⁾ 그 결과 투자자보호를 위해 보다 안전한 투자환경 조성 및 원활한 서비스를 제공할 의무를 부담하는 것을 조건으로 영업을 재개할 수 있게 되었다. 결과적으로 뮤직카우의 혁신금융서비스 선정은 곧 조각 투자 플랫폼들에 제도권으로 편입 가능성을 열어주고 특히 NFT를 통한 여러 서비스들의 경우에도 가이드라인에 따른 심사기준을 갖춘다면 제도권에서 영업을 가능할 수 있는 가능성을 제시한 것으로 해석할 수 있다.

당해 가이드라인의 구체적인 내용⁷¹⁾은 우선 2인 이상의 투자자가 실질적으로 실물, 그 밖에 재산적 가치가 있는 권리를 분할한 청구권에 투자 거래하는 등의 신종 투자형태(6가지 유형)를 띠고 있는 경우를 대상으로 하여 사업자의 증권성 선 점검 의무 및 금융위원회에 문의·확인할 의무를 부과하고 있다. 또한 만일 조각투자에 해당된다는 결론이 난 경우에도 독창성과 혁신성이 인정되는 사업모델의 경우 금융혁신지원 특별법에 따른 금융규제 샌드박스 제도를 활용하여 한시적으로 영업행위를 할 수 있도록 예외규정을 두고 있으며 또한 증권인 투자자를 보호하기 위한 방안을 충분히 마련하도록 정하고 있다.

67) 금융위원회 보도자료, 저작권료 참여청구권의 증권성 여부 판단 및 (주) 뮤직카우에 대한 조치, 2022. 4. 20., 1면.

68) 금융위원회 보도자료, 조각투자 등 신종증권 사업 관련 가이드라인, 2022. 4. 28. 배포, <https://www.fsc.go.kr/no010101/77728?srchCtgr=&curPage=&srchKey=&srchText=&srchBeginDt=&srchEndDt=>

69) 송화윤, 앞의 글, 제275면.

70) <https://www.mk.co.kr/news/stock/view/2022/09/796093/>

71) 금융위원회 보도자료, 조각투자 등 신종증권 사업 관련 가이드라인, 2022. 4. 28. 배포, 4면, <https://www.fsc.go.kr/no010101/77728?srchCtgr=&curPage=&srchKey=&srchText=&srchBeginDt=&srchEndDt=>

구체적인 투자자보호방안으로 당해 가이드라인은 중요한 사항에 관해 적정한 설명자료 및 광고 기준 절차 등을 마련하고 약관을 교부해야 하며, 도산 시 투자자에 대한 예치금 반환이 확보될 수 있도록 조치해야 하며, 사업 대상이 되는 실물자산·권리와 그로부터 발생하는 현금흐름을 사업자 위험으로부터 단절시켜야 하며, 예탁 또는 예탁에 준하는 권리 원장 관리 확인 체계를 갖추어야 하며, 투자자보호, 장애대응 등에 필요한 물적설비와 전문 인력을 확보해야 하며, 합리적인 분쟁처리절차 및 사업자 과실로 인한 투자자 피해 발생시 적절한 피해보상 체계를 갖추도록 정하고 있다.

이에 더하여 사실상 동일한 사업자가 증권 발행사업과 유통사업을 함께 영위하는 경우에는 원칙적으로 영업을 금지시키나 이해상충방지장치의 유무 및 투자자 보호를 위한 고려의 유무에 따라 한시적(2년 이내)으로만 예외적으로 겸업을 허용한다고 정하고 있다.

V. NFT화된 대상에 대한 투자자 보호의 방향

최근까지 코로나 팬데믹의 상황에서 폭발적인 성장세를 보였던 가상자산에 대한 투자 열풍은 2021년 이후로 NFT라는 기술과 더불어 새로운 방향성을 보였던 것이 사실이다. 외국의 경우 대형 NFT 거래소를 중심으로 이미 다양한 분야의 NFT가 활발히 거래되고 있는 실정이나 우리의 경우는 특이하게도 간송미술관의 문화재 및 예술품에 대한 거래의 과정에서 NFT의 활용이 큰 이슈가 되었다. 현재의 분위기는 가상자산 가치의 하락세와 더불어 일종의 투자 거품이 꺼지는 과정으로 볼 수 있으며 이를 계기로 건전한 투자 문화로 발전할 것을 기대하는 투자자들의 의견도 많은 것으로 알려져 있다.

NFT는 연동된 재화의 성질과 그 기능에 따라 여러 가지의 법적 특성을 지니고 있기에 일원화된 규제는 불가능해 보인다. 미술품 거래를 대표적 예로 들 수 있는 예술품 거래의 과정에서 사용되는 NFT의 경우를 보더라도 단순히 실물형 NFT만 발행되는 것이 아니라 자산유동화의 수단을 염두에 둔 투자증권형의 NFT 발행도 이론적으로 가능하며 실물형 NFT 조차 자산유동화의 수단으로 전용이 가능하기 때문이다.

간송미술관의 최근의 NFT 관련 사례들은 특히 예술품과 관련한 NFT의 규제 방안에 관해 많은 새로운 영감을 던져준다. 즉 예술품의 고유성의 측면, 유통성의 측면, 투기 가능성의 측면 등과 같이 기존의 예술품 실물을 대상으로 한 거래의 방식과는 전혀 다른 의미에서의 규제의 필요성을 고려하게 한다.

간송미술관의 사례는 문화재 거래의 타당성 및 문화재 관리 주체의 도덕성의 문제 등을 차치하고서 거래의 측면만을 검토해 볼 때, 실물형 NFT의 경우에는 통상의 예술품 NFT와 마찬가지로 지식재산권과 관련한 권리보호의 문제와 구매자보호의 문제에 대해 특별한 고려가 필요하며 특히 금융자산으로서 NFT가 활용된 경우에는 투자자보호를 위해 특별한 규제를 두고 있는 현행 자본시장법제와의 정합성 문제를 좀 더 고려하여야 하는 어려운 문제가 존재한다.

NFT 산업의 확장성과 앞으로의 발전 방향을 정확히 예측하긴 어려운 일이지만 초기의 그림, 음악 등에 대한 NFT화의 수준을 훨씬 뛰어넘는 산업의 확장이 메타버스 기술과 접목하여 이루어질 것으로 보여 진다. 즉 NFT 산업의 발전은 자산의 파생 가능성 자산의 신뢰성을 강화하게 되고 이러한 현상은 연동된 가상자산의 신뢰성 강화라는 측면과 맞물려 기존의 가상경제라는 범위를 벗어나 현실 경제와 연결해주는 중요한 수단으로 인식되고 있다.

NFT의 특성상 디지털 파일의 오리지널성을 담보해 주며 위변조를 방지할 수 있다는 점에서 거래의 신속성과 편리성을 도모할 수 있는 측면이 있다. 그러한 이유로 최근 여러 서비스 산업에서의 활용도가 크게 기대되는 것이다.

결국 NFT 시장의 확장성을 넓히기 위해서는 기본적으로 탈중앙화 거래의 안정성을 담보하기 위한 거래 플랫폼의 측면에서의 기술적 개선이 필요하며 이를 위해 NFT의 원본성과 개인키 복구 메커니즘을 담보해 줄 특별한 기술적 법적 장치와 불측의 경제적 손실을 만회해 줄 특별한 보험제도가 필요한 시점이다. 그 이외에도 NFT는 사용되는 쓸모에 따라 그 법적 성격과 규제의 내용이 달라지는 특성을 가지고 있어 개별 분야에 따른 특별한 법정책적 고려가 필요하다.

간송미술관의 사례에서 엿볼 수 있듯이 실제로 우리 현행법 체계 내에서 NFT 산업이 활성화되기를 기대하기는 어려운 측면이 있다. 이는 기존 법제도가 원본의 저작권자를 보호하는 방향으로 마련되어 있으며 유통의 단계에서 창의적인 비즈니스 모델로 활용되기에 많은 규제가 선제하고 있기 때문이다. NFT의 발행 시점의 성격과 그 이후 전용된 기능의 성격에 대하여 구별하여 그 규제의 방식을 도모하여야 하며 그러한 전제에서 실물거래계를 대상으로 마련되어 있는 기존의 규제 체계에 대하여 재고할 여지가 있다고 보여진다.

현재 우리나라의 경우 새로운 정부가 들어서고 가상자산에 관한 규제를 완화하는 방향을 택하고 있으며 윤석열 대통령의 공약에 맞춘 규제 완화의 측면에서 여러 정부 부처들이 선제적으로 준비에 나서고 있는 것으로 보여진다.⁷²⁾ 이러한 배경에서 최근의 뮤직카우 사태

72) 이러한 분위기에 따라 각 정부 부처별로 이미 NFT 활용을 위한 여러 용역을 발주하고 있는 것으로 알려져 있다. 즉 특히

로 촉발된 조각투자증권성의 문제는 다양한 투자상품으로 확장을 꾀하는 NFT 산업에 새로운 가능성을 제시하고 있다.

모든 종류의 가상자산에 공통된 부분이지만 현재의 가상자산 가치의 갑작스러운 하락세는 그 기능과 활용도 보다는 투자 혹은 투기 수단으로 전용된 점과 무관하지 않다. 특히 최근의 루나 사태로 촉발된 가상자산에 대한 신뢰의 상실은 가상재화와 연결되어 발행되는 NFT에게도 큰 영향을 미치고 있는 것이 사실이다.

이러한 전제에서 NFT 산업 규제 방향은 무엇보다도 투자자들의 신뢰를 회복하는 것에 중점을 두어야 한다. 기술한 NFT 소유권자를 보호하는 방향으로의 기술적 법제도적 운용뿐만 아니라 이미 주식시장과 유사하게 시세조종, 내부자거래 등의 부정거래행위가 발생하고 있는 NFT 유통시장에 대한 특별한 고려가 필요하다. 즉 NFT가 자본시장법상 규제를 받는 투자수단 즉 예를 들어 조각 투자의 기능 혹은 투자증권으로서의 기능을 띠게 된다면 금지가 아닌 조각 투자의 경우처럼 이에 대한 가이드라인에 따라 사업자의 투자자보호 조치가 선행되어야 하는 것은 물론이며 이에 더하여 규제 기관은 특정 NFT의 증권성을 근거로 자본시장법에 따른 여러 가지 불공정거래에 관한 규제를 고려할 필요가 있다.

이러한 방식의 NFT 규제는 투자자보호를 통한 사회안전망을 구축하는 작업으로 해석해야 하며 이를 통해 NFT 산업을 각 분야의 목적에 맞게 촉진시킬 수 있을 것으로 기대된다.

청의 지식재산 관점의 NFT 활용 및 핵심쟁점 분석연구(21.10), 예술경영지원센터의 NFT 미술시장 기초 조사 및 제도 연구 용역(22.3), 재단법인 서울디자인재단의 DDP NFT 전시기획 및 부대행사 운영 사업(22.4), 한국인터넷진흥원의 안전한 NFT 이용을 위한 표준화 연구(22.4), 정보통신산업진흥원의 22년도 NFT 규제개선 및 블록체인 진흥을 위한 법제도 연구 용역(22.4) 등을 들 수 있다.

<참고문헌>

- 김성룡, 미술품거래사기에 관한 몇 가지 쟁점, 문화예술법의 현주소, 문화예술법연구총서 01, 2014.12.12.
- 김성혜, 미술 작품의 상업적 가치와 형성 체계: 미술 시장을 중심으로, 미술이론과 현장, 30 (2020)
- 김양지·최지훈, 가상자산과 NFT의 입법방안에 대한 소고 -투자자산성을 중심으로-, 중소기업과 법 제13권 제1호
- 김별다미·최동배, NFT 미술관의 가능성과 수반되는 법적 문제점, 전북대학교 법학연구소 통권 제 68집 2022년 5월.
- 김보름·용호성, NFT 미술시장의 주요 쟁점과 전망, Journal of Digital Art Engineering & Multimedia, Vol. 8 No 3. September (2021).
- 곽상빈, 대체불가능토큰(NFT) 거래 관련 법적 쟁점에 관한 소고, 지급결제학회지, 제13권 2호
- 신석영, “메타버스의 핵심, NFT와 가상경제”, Emergig Tech & Biz (Vol. 3) 2021. 08. 17, 하나금융그룹
- 성덕근, NFT의 현황과 쟁점, 한국법학원 현안보고서 제2022-01호
- 송화윤, NFT 규제에 대한 비교법적 고찰 - 증권형 및 가상자산형 NFT를 중심으로 -, 증권법연구 제 23권 제1호 (2022)
- 임종욱, 메타버스 시대, NFT 아이템의 도입에 따른 게임산업법의 쟁점 및 정책적 고려사항에 관한 연구, 홍익법학 제22권 제3호 2021
- 최우정, 문화·예술 활동의 헌법적 의미, 문화예술법의 현주소, 문화예술법연구총서 01, 2014.12.12.

<사이트>

- <https://onlineonly.christies.com/s/beeple-first-5000-days/beeple-b-1981-1/112924>
- https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2021/03/23/2021032301618.html
- <https://hypebeast.com/2021/3/grimes-war-nymph-digital-art-nft-6-million-usd-sale>
- http://marikim.net/product/detail.html?product_no=194&cate_no=52&display_group=1
- <https://www.mk.co.kr/news/culture/view/2022/01/88348/>
- <https://www.blockchaintoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=20001>
- <https://www.joongang.co.kr/article/25055957#home>
- <https://www.sedaily.com/NewsView/2664T7TGZT>
- <https://verticalplatform.kr/archives/4447>
- <https://justcreative.com/types-of-nfts/>
- <http://www.coindesk.com/news/articleView.html?idxno=75704>

https://www.chosun.com/economy/tech_it/2022/02/23/JNGOEFR5PFH_RZNF3YO63PAGBCE/

<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/03/09/executive-order-on-ensuring-responsible-development-of-digital-assets/>

<http://www.coindeskkorea.com/news/articleView.html?idxno=78084>

<http://www.sporbiz.co.kr/news/articleView.html?idxno=612933>

<https://www.digitaltoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=434973>

<https://www.yna.co.kr/view/AKR20220214075900009>

<https://zdnet.co.kr/view/?no=20211221150533>

<https://www.ajunews.com/view/20220419111202269>

<https://www.ikld.kr/news/articleView.html?idxno=233624>

<https://newsroom.koscom.co.kr/29803>

<https://www.hankyung.com/it/article/2022042803411>

<https://www.wired.com/story/metaverse-big-tech-land-grab-hype/>

<https://www.coindeskkorea.com/news/articleView.html?idxno=78753>

<https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=02499366629117144>

<https://www.joongang.co.kr/article/25064637#home>

<https://www.digitaltoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=447453>

<https://kansong.org/>

<https://www.yna.co.kr/view/AKR20211005147000005>

<https://m.post.naver.com/viewer/postView.naver?volumeNo=32424553&memberNo=32913615>

<https://www.chosun.com/culture-life/art-gallery/2021/03/12/JMQJMRWFI5DX7EYFQS3FQS6J2Q/>

<https://www.sedaily.com/NewsView/2611HHPU5Y>

<https://www.tokenpost.kr/event/547>

<https://www.blockchaintoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=20001>

<https://www.hankyung.com/finance/article/202203044746g>

<https://www.coindeskkorea.com/news/articleView.html?idxno=77373>

<https://news.nate.com/view/20220304n27649?mid=n0601>

<https://www.etoday.co.kr/news/view/2091213>

FTA 노동조항의 “무역 또는 투자에 영향을 주는 방식으로” 요건의 의미와 역할: 연계의 목적에 충실한 해석의 탐색

남 공 준*

목 차

1. 들어가며
2. 무역-노동 연계의 이론적 쟁점: FTA 노동조항과 무역영향성 요건의 이론적 의의
3. 미국-과테말라 사건 분석
4. 사건: ‘노동조항의 이중구조’에 근거한 무역영향성 요건의 해석론

1. 들어가며

우리가 체결한 여러 자유무역협정(free trade agreement: FTA)은 체결당사국의 노동 규제와 관련한 의무를 정하는 장(章, chapter) 또는 조항을 포함하고 있다(이하 ‘노동조항’).¹⁾ 「대한민국-미국 FTA」(‘한-미 FTA’) 제19장과 「대한민국-유럽연합 FTA」(‘한-EU FTA’) 제13장이 노동장 또는 노동조항의 대표적 예다. 그런데 「한-미 FTA」, 「한-EU FTA」는 물론, 우리가 가입을 검토 중인 「포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정」(CPTPP)이나 기타 2006-7년 이후 미국 또는 EU가 당사자가 되어 추진 또는 체결된 FTA의 노동조항은 다음과 같은 공통점이 있다.²⁾ 첫째, 최종분쟁해결절차인 중재절차에 회부 가능하고(adjudicable) 일반적 무

* 한국노동연구원 부연구위원, 법학박사.

1) 자유무역협정 노동조항의 이론, 역사, 제도에 대한 포괄적 분석은 남공준(2019), 『자유무역협정 내 노동조항 분석: 이론, 역사, 제도』, 한국노동연구원 참조. 우리가 체결한 FTA 노동조항에 대한 개괄적 분석은 배연재(2021), “한국의 기체결 FTA의 노동조항 및 한-EU FTA에 따른 노동분쟁의 국제법적 고찰”, 『국제경제법연구』, 제19권 제2호, pp. 35-47 참조.

2) 발표자는 FTA 노동조항의 발전을 크게 세 단계, ‘탐색기’(1993-2007), ‘정착기’(2007-2017), ‘강화기’(2017-현재)의 시기로 나누어 구분하는데 이하의 특징은 대략 2007년 전후를 기점으로 체결된 ‘정착기’ FTA 노동조항에서 뚜렷히 나타나게 된다. 이러한 시대구분의 근거와 내용 및 정착기 FTA 노동조항의 특징에 대한 자세한 설명은 남공준(2019), 『자유무역협정 내

역사안과 같이 위반 지속 시 제재수단으로서 상대방의 특혜관세 철회까지 허용할 수 있는 (sanctionable, 미국 FTA 노동조항의 경우에만 해당) 주요 의무를 세 가지 두고 있다. ① 자국의 (일정한) 노동법을 실제로 또 실효적으로 집행할 의무(집행의무);³⁾ ② 객관적인 국제문서에 규정된 노동기준(주로 국제노동기구의 문서)에 부합하도록 자국 노동법을 제정·유지할 의무(입법의무);⁴⁾ ③ 일단 입법된 노동법의 보호수준을 완화 내지 저하시키지 않을 의무(역진방지의무)⁵⁾가 그것이다. 다만 이러한 의무의 위반이 성립하기 위해서는 공통적으로 해당 행위가 ‘당사국 간 무역 또는 투자에 영향을 주는 방식으로’(in a manner affecting trade or investment between the Parties) 이루어져야 한다.⁶⁾ 이하에서는 이를 ‘무역영향성 요건’으로 줄여 칭하는데, 무역-노동 연계 제도로서 FTA 노동조항에서 이 요건이 존재해야 하는 이유와 정당성, 수행하는 역할이 무엇이고, 따라서 위 법문을 어떻게 해석하는 것이 최선인가를 밝히는 것이 이 발표문의 목적이다.

‘무역영향성 요건’의 법적 의미는 2017년 6월 그 최종보고서가 공표된 역사상 최초의 노동조항 위반 중재사건인 미국-과테말라에서 주요 쟁점으로 자세하게 검토되었기에 이론과 법해석론을 접목시켜 논의할 수 있는 좋은 논의 소재가 된다. 따라서 본 발표문은 먼저 무역-노동 연계를 둘러싼 오랜 경제적·정치사회적·법(이론)적 논쟁을 간략히 복기하고 유형화하면서 법해석론의 기저에 전제된 규범적·사실적 논거를 점검한다(2.). 이어서 미국-과테말라에서 개진된 당사국의 주장 및 중재패널의 판단 중 무역영향성 요건과 관련된 부분을 발췌·소개하고(3.), 2와 3의 논의를 토대로 미국-과테말라를 비판적으로 재검토하며 발표자의 무역영향성 요건 해석론을 전개하여(4.) 위 목적을 달성하고자 한다.

2. 무역-노동 연계의 이론적 쟁점: FTA 노동조항과 무역영향성 요건의 이론적 의의

일반적으로 무역자유화는 경제성장과 일자리 창출의 촉매로 기능하는 동시에, 한 국가 내 분배 불평등 문제를 심화시킨다고 비판받기도 한다.⁷⁾ 지구적 경제통합은 유연화·민영

노동조항 분석: 이론, 역사, 제도, 한국노동연구원, pp. 40-67 참조.

3) 예를 들어 「한-미 FTA」 Art. 19.3.1; 「한-EU FTA」 Art. 13.7.1; 「CPTPP」 Art. 19.5.1.

4) 예를 들어 「한-미 FTA」 Art. 19.2.1; 「한-EU FTA」 Art. 13.4.3; 「CPTPP」 Art. 19.3.

5) 예를 들어 「한-미 FTA」 Art. 19.2.2; 「한-EU FTA」 Art. 13.7.2; 「CPTPP」 Art. 19.4.

6) 다만 2019. 7. 4. 시작되어 2021. 1. 20. 전문가패널보고서가 공개되어 종료된 EU-대한민국 분쟁의 대상조항이었던 「한-EU FTA」 Art. 13.4.3. 제1문(입법의무)의 경우 이 ‘무역영향성’ 요건과는 조금 다른 무역관련성 요건의 적용 여부가 쟁점 중 하나였으나 본 발표에서는 이에 대해서 자세히 살펴보지는 않는다.

화와 함께 개별 국가 단위로 설계된 복지국가 체계를 위협하는 원인이며,⁸⁾ (고용·노사관계로 좁혀 보자면) 시장에 대한 민주적 통제장치인 노동조합·단체교섭 제도를 무력화시킨다고 지적되기도 한다.⁹⁾ 이러한 배경에서 무역자유화를 법적으로 견인하는 통상협정 혹은 통상 관련 국내법 안에 노동과 사회적 가치를 보호할 수 있는 제도적 장치(무역-노동 연계 제도)가 마련되어야 한다는 주장이 북미와 서유럽의 노동계 및 시민사회를 중심으로 퍼지게 되었다. 이에 연계 제도 중 특히 법적 구속력이 있고 집행이 가능한 노동 관련 의무를 규정하는 ‘노동조항(labour provisions)’ 또는 ‘사회조항(social clause)’을 둘러싸고 격렬한 논쟁이 벌어졌다. 이 논쟁의 쟁점은 복합적인데 논자의 이해관계 및 사실·가치·정책 판단, 즉 ① 국제무역·투자와 노동기준이 상호 어떤 관계를 갖는지(노동조항을 도입해야 할 사실적 이유, 즉 문제가 존재하는지); ② 노동조항이 추구해야 (그리고 침해하지 않아야) 하는 목표로서 (법)규범적 가치가 무엇인지; ③ 현재 노동기준/노동권이 보장되고 있지 않은 원인이 무엇인지(노동기준/노동권의 경제적 기능에 대한 이해 부족, 노동 규제역량 부족, 정치적 의지 부족), ④ 이 목적을 효과적으로 달성할 수 있는 정책 수단이 무엇인지를 두고 크게 세 가지 견해로 나누어진다.

2.1. 연계 찬성론 A

첫 번째 입장은 연계 찬성론이다. 이 견해는 지구적 차원의 경제통합이 각국의 노동기준에 부정적 영향을 준다고 이해하며, 그 이론적 틀로 사회적 덤핑(social dumping)을 통한 불공정경쟁과 근로조건에 있어서 바닥으로의 경쟁(race to the bottom) 및 노동인권 보장을 제시한다(연계 찬성론 A).¹⁰⁾ 이 견해는 노동기준이 노동비용이라는 전제 위에 한 국가가 채택·유지해야 하는 ‘적정한’ 수준을 하회하는 근로조건을 용인하고, 그러한 환경 속에서 상품을 생산·수출하는 것은 일반 덤핑과 동일한 효과를 가진다는 점을 지적한다(‘사회적 덤핑’). 무역상 이득을 얻기 위해 노동기준을 과소 보호하는 것은 국제무역상 경쟁 규칙을 위반하는 불공정행위로서 절감한 비용만큼 상계관세를 부과해야 한다고 주장한다(국제통상법

7) ILO (2017), *Handbook on Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, p.1; 연구에 따라서는 국가 간 불평등, 즉 개발도상국의 추가적 발전을 실질적으로 제약하는 역기능을 한다고 지적되기도 한다. 장하준(2004), 『사다리 건너가기』, 부키.

8) Stone, K. V. W. (2006), “Flexibilization, Globalization, and Privatization: Three Challenges to Labour Rights in Our Time”, 44 : 1 *Osgoode Hall Law Journal*, 88ff.

9) Bercusson, B. and C. Estlund (2007), *Regulating Labour in the Wake of Globalisation*, Hart Publishing, p.2.

10) 강유덕·고보민(2016), 『미국과 EU의 FTA에 나타난 무역-노동기준 연계에 관한 비교 분석』, 『무역학회지』 41 : 3, 한국무역학회, pp.4-6.

관점에서의 불공정 무역행위).¹¹⁾ 바닥으로의 경쟁 이론에 근거한 연계 찬성론은 국가들이 ‘최수의 딜레마’에 빠져 있다고 파악한다. 무역·투자 자유화로 자본의 이동은 자유로워졌지만 노동은 그렇지 않은 상태에서, 개별 국가들은 다국적 기업 등의 투자를 유치하기 위해 노동조건·고용보호 수준을 완화시킬 유인이 있다는 것이다.¹²⁾ 이러한 경쟁 속에서 국가는 최적화된 수준의 노동규제를 할 수 없어 후생 손실이 발생하고 사회규범적으로 근로자의 기본적 노동인권이 위협받을 수 있다고 우려한다(규제이론 및 노동법적 관점에서의 기본권/인권 침해). 이러한 시각에서 국제공조를 통해 공통된 게임의 규칙(보편적 노동조건과 처벌의 방식)을 정하고 위반하는 국가를 제재하여 이 집단행동문제를 해결하고자 한다.¹³⁾

요컨대 연계 찬성론 A는 ① 무역/투자의 세계화는 노동기준의 향상과 전체적으로 음의 관계에 있다고 본다. 설령 세계적 규모의 통계적 증거를 발견하긴 어려워도 사례증거(anecdotal evidence)는 충분하다고 주장한다. 규범적으로 ② (국제/통상 차원에서) 국제무역과 투자에 있어서의 공정경쟁과 (국내/노동 측면에서) 사회정의·노동인권 보호는 국제사회가 추구해야 할 정당한 목표로서 어느 한 국가의 부당한 노동기준 약화/노동권 침해가 체계적으로 또 심각하게 이루어질 때 다른 국가는 다양한 제재수단(무역제재 포함)을 동원해 비례원칙에 맞게 적용하여 국제적 위법상태를 해결해야 할 의무와 권리가 있다고 주장한다 [즉 보편적 경쟁(통상) 규칙 위반과 노동인권 침해는 더 이상 배타적인 주권행사 사항이 아님]. 이 입장은 개별 국가가 ③ 노동권/노동기준 보장에 소극적인 이유로 정치적 의지 부족을 가장 주요한 원인으로 꼽는 경향이 있다. 따라서 정책적 관점에서 ④ 위 목표를 달성하기 위한 제도적 수단으로 국제(최저)노동기준을 설정한 후 이를 위반하는 국가에 대한 경제적 제재를 부과하기 위해 공정한 중재제도 및 효과적 이행강제제도를 정립해야 한다고 주장한다.

2.2. 연계 반대론

연계에 반대하는 진영은 먼저 낮은 수준의 노동조건이 해당 국가의 수출경쟁력을 강화한다는 주장과 무역자유화로 인해 대부분의 국가에서 노동기준 수준이 하락할 것이라는 주장이 충분히 실증되지 않았다고 반박한다.¹⁴⁾ 규범적 차원에서 보더라도 국가는 주권에 근거

11) Servais, J. M. (1989), “The Social Clause in Trade Agreements: Wishful Thinking or an Instrument of Social Progress?”, 128 : 4 *International Labour Review* 423.

12) Bercusson, B. and C. Estlund (2007), *Regulating Labour in the Wake of Globalisation*, Hart Publishing, p.2.

13) Hyde, A. (2006), “A Game-Theory Account and Defence of Transnational Labour Standards”, in Craig, J. D. R. and S. M. Lynk (eds) *Globalisation and the Future of Labour Law*, Cambridge University Press, p.149.

14) OECD (1996), *Employment and Labour Standards: A Study of Core Workers' Rights and International Trade*, p.105.

해 스스로 적정하다고 판단하는 (최저)노동조건을 자유롭게 정할 수 있으므로, 원칙적으로 이는 다른 국가가 개입할 수 있는 문제가 아니라고 이해한다. 게다가 개발도상국이 비숙련 노동분야에서 비교우위를 갖는 것은 경제발전 단계상 아래에 위치해 풍부한 비숙련 노동 인력을 갖고 있기 때문이며, 이를 활용하는 것은 불공정하다고 보기도 어렵다고 한다.¹⁵⁾ 결국 노동기준을 국제통상과 결부시키는 것은 선진국의 위장된 보호무역주의(disguised protectionism)라는 것이다.¹⁶⁾ 또한, 연계 제도를 통해 시장에서 형성된 수준(생산성)을 상회하는 노동기준을 강제하거나 노동조항 위반을 이유로 무역제재(예: 관세 인상)를 가할 경우, 결과적으로 해당 산업이 더욱 어려워져 근로자들의 고용기회를 잃게 하는 등, 득보다 해가 될 수 있는 점을 강조한다.¹⁷⁾

요컨대 연계 반대론은 ① 지구적 경제통합이 각 국가의 노동기준 개선과 유의미한 관계가 없거나 만약 있다면 오히려 양의 관계에 있으며, 따라서 노동조항은 불필요하다고 여긴다. ② 보편적 국제노동기준을 정립해서 모든 국가에 강제하는 것은 개별 국가의 주권을 침해하는 것이며, 각 국가 간 경제발전 정도와 정치·사회·문화적 차이를 고려할 때 서로 상이한 노동기준을 보유하는 것은 지극히 자연스러운 것이라고 여긴다. 따라서 ③~④ 연계 찬성론이 이해하는 방식의 국제통상 협정 내 노동조항이라는 제도는 불필요하며, 만약 진정으로 개도국 노동자의 인권 침해 문제가 우려된다면 순수한 지원 방식, 즉 선진국의 개도국에 대한 정보공유, 정책협조, 물적·기술지원 등이 상황을 개선하는 데 훨씬 더 유용하고 효과적일 것이라고 주장한다.

2.3. 연계 찬성론 B: 노동과 노동기준에 대한 새로운 관점

마지막으로, 연계를 지지하지만 앞서 본 찬성론과는 다른 이유에서, 또 다른 목적·수단을 가진 노동조항의 도입을 주장하는 입장이 있다(연계 찬성론 B). 이 관점은 연계 찬성론과 반대론이 의도치 않게 공유하는 관점, 즉 노동기준 혹은 노동권을 곧 비용으로 이해하는 관점에 의문을 제기한다.¹⁸⁾ ① 노동권 보장은 경제적 측면에서 비용 상승을 상쇄할 수 있는 생산성 향상을 가져오는 경우가 많으며,¹⁹⁾ 설령 단기적으로 비용 상승을 유발하더라도

15) Trebilcock, M. J. and R. Howse (2005), "Trade Policy and Labor Standards," 14 *Minnesota Journal of Global Trade* 267.

16) Bhagwati, J. (2007), *In Defense of Globalisation*, Oxford University Press, p.57.

17) Stern, R. M. and K. Terrell (2003), "Labor Standards and the World Trade Organization", University of Michigan Discussion Paper No. 499, August 2003, p.7.

18) Langille, B. (2006), "Globalization and the Just Society: Core Labour Rights, the FTAA, and Development," in Craig, J. D. R. and S. M. Lynk(eds), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge University Press, 278.

도 장기적으로는 인적 자본 수준을 강화하거나(아동노동·고용영역에서의 차별 금지) 정치·사회적 안정화에 기여함으로써(단결권) 국제투자상 불이익을 입지 않는다고 주장한다.²⁰⁾ ② 장기적 관점에서 노동권 보장은 한 국가의 경제·사회·정치가 상호보완적으로 발전하는 데 필요한 연결고리이기 때문이다. 따라서 ③ 통상협정 내 노동조항도 체약국의 노동기준에 대한 발상 전환과 노동권 보장을 위한 규제역량 강화를 목적으로 하면서, ④ 처벌이나 제재가 아닌 대화와 협력을 통해 이 목적을 달성해야 한다고 역설한다. 이러한 관점은 특히 EU가 주도적으로 고안·체결하고 있는 FTA, 특히 그 안의 「무역과 지속가능한 발전장」의 근거가 되고 있다고 볼 수 있다(예: 「한-EU FTA」 제13장).

아래의 <표 1>은 노동조항을 설명하고 정당화 혹은 비판할 수 있는 이론들을 일정한 기준에 따라 비교·분석한 것이다.

<표 1> 노동조항 관련 이론의 비교·분석

무역-노동 연계 찬반	근거 이론 분류	이론의 성격	노동권 보장의 성질	무역-노동 관련성(문제점)	무역-노동 연계의 필요성	연계의 이상적 수단	연계와 보호무역주의 관련성
반대론	신고전주의 (위싱턴 컨센서스)	경제적	비용 증가	신뢰할 수 있는 근거 부족	없음 (득보다 실이 큼)	연계 반대	언제나 존재함
찬성론 A	불공정경쟁	경제적/규범적 (공정성: 통상 측면)	비용 증가	음의 상관관계	있음	무역제재	매우 높음
	바닥으로의 경쟁	경제적/게임이론 (죄수의 딜레마)	비용 증가	음의 상관관계	있음	집단행동 (조건부 인센티브)	개연성 높음
	인권으로서의 노동권	도덕적/법적	인권 (비용 증가 可 하지만 부차적)	음의 상관관계로 예상되나 부차적	있음	비례원칙을 지키는 모든 수단(예: 무역제재)	부차적 (중요한 것은 무역제재로 인권침해 줄일 수 있는지)
찬성론 B	위로의 경쟁	경제적/게임이론 (Stag Hunt)	경제적 순기능 (공공선)	양의 상관관계	있음	조정행동	개연성 낮으나 무역제재를 할 이유 없음
	지속가능한발전/역량 이론	규범적/경제적	개인의 자유극대화 (발전의 목표·수단)	양의 상관관계	있음	설득·협력 통한 규제역량 강화	개연성 낮음

출처: 남궁준(2019), 『자유무역협정 내 노동조항 분석: 이론, 역사, 제도』, 한국노동연구원, p. 23의 <표 2-1> 노동조항 관련 이론의 비교·분석을 수정·보완함

19) Sengenberger, W. (2003), *Globalization and Social Progress: The Role and Impact of International Labour Standards*, Friedrich-Ebert-Stiftung, p.10.
 20) Kucera, D. (2001), “The Effects of Core Workers Rights on Labour Costs and Foreign Direct Investment: evaluating the ‘conventional wisdom’”, DP/130, ILO, pp.24-34.

2.4. 소결: 이론적 논쟁이 무역영향성 요건의 의의와 역할에 대해 갖는 함의

자유무역·투자와 노동조건/노동기준 간 경험적·사실적·경제적 관계에 대해 각 진영은 의견 일치를 보지 못하고 있다. [연계 찬성론 A]는 양자가 부정적 관계에 있다고 본다. [연계 반대론]은 무의미하거나 양의 관계에 있다고 믿는 입장도 있고 설령 부정적 관계라고 하더라도 그것은 자유무역·투자로 인해 개별 국가 또는 전 세계적 차원에서 증대되는 전체 효율을 고려할 때 희생시킬 수 있는 상대적으로 작은 비용에 불과하며 그것의 완화·개선은 각 국가가 국내 제도를 통해 조정해야 할 국내문제로 이해하는 입장도 있다. 그리고 [연계 찬성론 B]는 특히 장기적으로 볼 때 양자는 상호보완적이며 필수적인 관계이기에 제로섬의 관점 자체를 극복할 것을 주문한다.

당연하게도 [연계 반대론]의 입장에서는 FTA 노동조항은 존재할 이유가 없는 것이며 오히려 해롭고 부당한 제도이다. 따라서 무역영향성 요건의 의의와 내용을 더 따져볼 필요가 없다. 기본적으로 연계 찬성론의 관점을 채택해야 FTA 노동조항의 경제적·규범적·법적 정당성을 확보할 수 있다. 다만 연계 찬성론 A의 입장인지 B의 입장인지에 따라서 무역영향성 요건의 지위와 역할이 달라질 수 있다.

한편 자유무역·투자와 노동조건/노동기준 간 경험적·사실적·경제적 관계에 대해서는 관련 경험적 연구 문헌이 다수 발표되었으나 문헌별로 방법론과 결론이 통일되지 않아 한 진영이 다른 진영을 충분히 설득할만한 근거로 활용되기는 어려운 상황이다. 무역과 노동 간 관계, 즉 양자의 연계 필요성에 대한 객관적·양적 근거의 빈자리를 채우는 것은 (국제) 정치적 합의이다. 그리고 그것이 FTA와 같은 조약에 기술되었을 때 그러한 합의(의사)는 구체적 협정문 해석의 법적 근거가 된다(사실적 관계의 규범적 의제). 즉 개별 사안에서 구체적 노동조항을 적용할 때 무역영향성 요건을 정확하게 해석하기 위해서는 해당 노동조항이 어떠한 이론적 전제, 즉 사실적·정치적·법적 관점을 따르고 있는지 먼저 파악해야 한다. 그래야만 일관되고 논리적·정합적인 해석이 가능할 수 있다.

3. 미국-과테말라 사건 분석

3.1. 사건의 배경과 진행 경과

2017년 6월 26일 자유무역협정 내 노동조항 관련 분쟁에 대한 첫 중재판정 보고서가 공

개되었다.²¹⁾ 중재 사건은 중미자유무역협정(Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement: CAFTA-DR) 제16.2.1(a)조에 대한 미국과 과테말라 간 분쟁이었다. 이 분쟁은 2008년 4월 23일 미국의 노동조합 총연합단체인 American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO)과 6개 과테말라 노동조합이 미국 노동부의 Office of Trade and Labor Affairs (OTLA)에 과테말라의 CAFTA-DR 노동조항 위반을 주장하고 진정을 제기하면서 시작됐다. 과테말라 정부가 노동조합·단체교섭 및 “수용할 수 있는 근로조건(acceptable conditions of work)”²²⁾과 관련된 노동법의 효과적 집행에 실패했다는 게 진정의 요지였다.²³⁾

2008년 6월 사건은 접수됐고, 2009년 1월 OTLA는 공개보고서를 발간해 과테말라의 의무 이행 실패를 지적한 후, 6개월의 유예기간을 주어 과테말라 정부의 자발적 개선을 촉구했다. 일부 문제가 개선되었으나 근본적 해결이 이루어지지 않았다고 판단한 미국은 과테말라와 공식 ‘노동협약’을 시작했다. 협의가 실패로 끝나면서, 미국무역대표부(USTR)는 2011년 8월 과테말라를 상대로 중재패널 소집을 요청했다. 그러나 제소 직후 중재절차 진행을 중지하고 다시 교섭하여 2013년 4월 노동집행계획이 시작되었으나 양측이 모두 만족할만한 결과를 얻지 못하고, 2014년 9월 중재절차가 재개되어 최종 판정에 이르게 되었다. 사건 결론에 가장 큰 영향을 준 쟁점은 CAFTA-DR 제16.2.1(a)의 법문 중 “무역에 영향을 미치는 방식으로(in a manner affecting trade)”의 해석이었다.

3.2. 대상 조항과 사실관계

이 사건의 대상 조항인 중미자유무역협정(The Dominican Republic-Central America FTA: CAFTA-DR) 제16.2.1(a)조는 협정당사국이 자국 ‘노동법’을 효과적으로 집행할 의무를 부과한다. 이 조항은 CAFTA-DR의 노동장인 제16장에서 유일하게 중재절차의 대상이 될 수 있는 규정이다.²⁴⁾ 정확한 법문은 다음과 같다.

21) Final Report of the Panel, In the Matter of Guatemala-Issues Relating to the Obligations under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR, 14 June 2017(이하 ‘Final Panel Report’).

22) 이는 최저임금, 근로시간, 산업안전·보건에 관한 것이다. CAFTA-DR, Art. 16.8(e).

23) ILRF, Wrong Turn for Workers’ Rights : U.S.-Guatemala CAFTA Labor Arbitration Ruling-and What to do about it, March 2018, p.3.

24) CAFTA-DR, Art. 16.6.7. ‘탐색기’에 속하는 CAFTA-DR 노동조항은 이 점에서 ‘정착기’의 대표적 예인 「한-미 FTA」와 구별된다. 앞서 확인했듯 「한-미 FTA」는 ‘3대 의무’인 자국 노동법의 집행의무, 입법의무, 노동보호수준 후퇴 금지의무(역진방지의무)와 함께 노동권의 사법적 구제절차 보장 의무도 중재절차를 통해 위반을 다룰 수 있고, 궁극적으로 무역제제가 부과될 수 있다.

제16.2조 : 노동법의 집행

1. (a) 어떠한 당사국도, 이 협정의 발효일 이후, 당사국 간 무역에 영향을 미치는 방식으로, 일련의 작위 또는 부작위의 지속적 또는 반복적 과정을 통하여, 자국의 노동법을 효과적으로 집행하지 못하여서는 아니 된다.

미국은 과테말라가 ① 조합활동으로 인해 부당해고를 당한 노동자의 원직복직·손해배상, 보복처분에 대한 벌금 납부 등에 관한 법원명령 집행 실패(189건 사례 제시), ② 근로감독 및 법 위반자에 대한 처벌 실패(197건), ③ 법정 기한 내 노동조합 신고 접수 및 알선 절차 개시 실패(16건)라는 세 가지 방식으로 위 조항을 위반했다고 주장했다.²⁵⁾ ①과 ② 청구에 대해 패널은, 미국이 과테말라가 총 8개 사업장(4개의 해상운송 회사, 3개의 의류제조 회사, 1개의 고무농장)의 74명 근로자와 관련된 법원 명령을 집행하는 데 실패한 사실은 증명했으나, 그것이 무역에 영향을 미치는 방식으로 이루어진 일련의 부작위에 해당한다는 점을 충분히 증명하지 못했다고 판단하고, 미국 패소 결정을 내렸다.²⁶⁾ 근로감독 등이 문제된 ②의 경우 제출된 증거가 과테말라가 ‘노동법을 효과적으로 집행하지 못’한 사실을 증명하는지, 즉 사실확인과 증거·절차법적 쟁점이 주로 다투어졌다. 그에 비해 ①은 확인된 집행실패 사실을 전제로 해당 실패가 무역에 영향을 미치는 방식으로 이루어졌는지, 또 일회성이 아닌 연속적인 작위/부작위에 의한 실패(‘a course of inaction’)였는지가 핵심 쟁점이었다.

앞서 언급했듯 이 글은 이 두 가지 핵심 논점 중 무역 영향성 요건만을 분석하는데, 이에 대한 분쟁당사자 및 패널의 판단은 다시 두 세부 쟁점으로 나누어 볼 수 있다. 하나는 노동법 집행 실패가 언제 ‘무역에 영향을 미치는 방식으로’ 이루어졌다고 할 수 있는지(쟁점a) 이고, 다른 하나는 a)를 어떻게 증명할 수 있는지, 즉 제출해야 하는 증거의 내용·종류와 입증의 정도에 관한 문제(쟁점b)이다.

3.3. 분쟁당사국의 주장

쟁점a)에 대하여 미국은 ‘경쟁의 조건을 변경한 경우’에 노동법 집행 실패가 ‘무역에 영향을 미치는 방식으로’ 이루어졌다고 이해한다. 미국은 이러한 해석의 근거로 「관세와 무역

25) Initial Written Submission of the U.S., November 3, 2014(이하 ‘US IWS’), para.17.

26) Final Panel Report, para. 594. ③ 주장은 미국의 패널소집 요청 서면에 적시되지 않았다는 이유로, 앞의 ①과 ② 주장에 대해서만 심리가 이루어졌다.

에 관한 일반협정」(GATT)²⁷⁾과 「서비스무역에 관한 일반협정」(GATS)²⁸⁾에 대한 세계무역기구(WTO)의 관련 판례를 제시했다. 미국이 인용한 WTO 판례는 GATT 제3조 제4항의 “그 국내 판매, 판매를 위한 제공, 구매, 운송, 유통 또는 사용에 영향을 주는(affecting) 모든 법률, 규정, 요건”²⁹⁾의 의미를 수입상품과 국산상품 간 경쟁조건에 해롭게 영향을 주는, 즉 수입상품을 경쟁상 불리한 조건에 놓이게 할 수도 있는 모든 조치로 본다.³⁰⁾ WTO 분쟁해결기구가 “affecting” 개념을 이렇게 넓게 풀이하는 것은 GATS 제1조 제1항의 경우에도 마찬가지라고 미국은 지적했다.³¹⁾ 미국은 WTO 판례의 GATT와 GATS 조항 해석과 CAFTA-DR의 목적 중 하나인 “자유무역지역 내 공정경쟁 조건의 증진”³²⁾ 사이의 유사점을 강조하면서, 이 공정경쟁 조건의 마련이 CAFTA-DR 노동조항의 목적이며 이것의 달성을 위해 무역 영향성 요건도 GATT와 GATS의 affecting처럼 넓게 해석되어야 한다고 주장했다.

쟁점㉑에 관한 미국의 주장을 반박하며 과테말라는 무역 영향성 요건이 충족되기 위해서는 제조국이 노동법 집행 실패라고 주장하는 작위/부작위가 무역에 일정한 효과(trade effect)를 미쳤다는 분명한 증거를 제출해야 한다고 주장했다. CAFTA-DR 제16.2.1(a)조의 무역 영향성 요건은 경쟁조건에 관한 것도, 영향을 줄 가능성에 관한 것도 아닌, 실제 발생한 구체적 무역효과에 관한 것이라는 것이다.³³⁾ 과테말라는 미국이 GATT와 GATS의 affecting 개념에 관한 WTO 판정례를 인용한 것이 잘못이라고 주장했다. 두 협정의 해당 조항은 각각 국내상품/서비스와 동종의 수입상품/서비스 간의 차별을 금지하기 위한 것으로, 그러한 동종 상품/서비스 비교를 요구하지 않는 CAFTA-DR 제16.2.1(a)조는 WTO 판정례처럼 무역 영향성 요건을 해석할 이유가 없기 때문이다.³⁴⁾ 나아가 과테말라는 동 요건이 “일련의 작위 또는 부작위의 지속적 또는 반복적 과정을 통하여” 요건과 나란히 배치되어 있는 만큼 상호 유기적 관계가 있다고 보아야 한다고 주장했다. 즉 이러한 범문의 구조는 무역에 영향을 미치는 것이 피소국의 의도 혹은 목적이라는 점을 뒷받침해 주므로, 제조국은 동 조항의 객관적 요건에 더해 피소국의 노동법 집행 실패가 실제 발생한 무역상 이득을 얻기 위해 의도된 것이었다는 주관적 사실까지 증명해야 한다고 주장했다.³⁵⁾

쟁점㉒에 대하여 미국은 두 가지 사실이 입증되면 무역 영향성 요건이 충족된다고 보았

27) General Agreement on Tariffs and Trade 1994.

28) General Agreement on Trade in Services.

29) GATT, Art. III.4.

30) US IWS, para.100.

31) US IWS, para.101.

32) CAFTA-DR, Art. 1.2.1(c) “promote conditions of fair competition in the free trade area”.

33) Initial Written Submission of Guatemala, 2 February 2015, para.458.

34) *Id.* para.459.

35) *Id.* para.461.

다. 첫째는 협정당사국 간 무역이 존재한다는 사실이고, 둘째는 피소국의 효과적 노동법 집행 실패에 근거해 경쟁의 조건이 변경되었다는 사실이다. 주의할 것은 이 경쟁조건의 변화가 가시적인 무역효과(예: 가격 변화, 무역량, 시장점유율 등)로 연결돼야 하는 것은 아니라는 것이다.³⁶⁾ 미국은 주어진 현실적·제도적 조건을 고려할 때 제소국에게 실제 발생한 무역상 효과의 입증을 요구하는 것은 합리적이지도, 가능하지도 않다고 주장했다. 제도적으로 미국은 당해 사건과 관련된 과테말라 회사 내부의 회계장부나 매출 등의 기록에 대한 접근 권한이 없으며, 설령 상품의 가격 감소 등의 사실을 포착했다 하더라도 그것이 사건의 노동법 집행 실패로 인한 것인지 증명하는 것은 불가능하기 때문이다.³⁷⁾

이에 대해 과테말라는 무역상 효과의 존재를 입증하기 위해 미국이 꼭 과테말라 회사의 내부 정보가 필요한 것은 아니며, 다른 방식으로도 이를 증명할 수 있다고 반박했다. 과테말라는 미국 세관에 보고된 수입액(import value)을 활용할 수도 있고, 관련 과테말라 회사의 상품 가격이 다른 회사의 상품 혹은 전체 상품의 평균 수입 가격보다 낮다는 사실 등을 보여줄 수도 있다는 것이다. 또한, 해당 과테말라 회사에 직접 정보 제공을 요청하거나 혹은 이 과테말라 회사로부터 상품을 구입한 미국 회사로부터 필요한 정보를 얻어 무역상 효과의 증명을 시도할 수 있었을 것이라고 주장했다.³⁸⁾

3.4. 중재패널의 판단

3.4.1. 영향성 요건 해석: 일반 기준 정립

패널은 먼저 해석의 기준으로 조약법에 관한 비엔나 협약³⁹⁾ 제31조 제1항을 인용하며, CAFTA-DR 제16.2.1(a)조의 목적(object and purpose)을 고려하고 동 규정의 문맥(context)에 부여되는 법문의 통상적(ordinary) 의미에 따라 영향성 요건을 해석해야 한다고 실시했다. 그리고 분쟁당사국이 다투고 있는 핵심쟁점을, 노동법의 효과적 집행 실패로 인해 발생한 결과 중 어떤 종류의 결과가 무역에 영향을 준 것으로 봐야 하는지로 이해했다. 패널이 보기에 미국은 경쟁조건이 변했을 때 무역에 영향을 준 것이고, 과테말라는 관련 상품/서비스의 가격이나 무역량의 변화가 확인될 때 비로소 무역 영향성 요건이 충족되는 것이다.

36) Final Panel Report, para.161.

37) *Id.*

38) *Id.*, para.163.

39) Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

패널은 법문 “무역에 영향을 미치는 방식으로”의 통상적 의미를 고려할 때, 노동법 집행 실패 사실과 협정당사국 간 무역의 존재 사실의 입증으로 충분하다고 보는 미국의 분석은 받아들이기 어렵다고 판시했다. 만약 CAFTA-DR 체약국이 미국과 같은 의도를 가지고 있었다면, 노동조항을 초안할 때 북미자유무역협정(North America Free Trade Agreement: NAFTA)의 노동 부속협정인 북미노동협력협정(North American Agreement on Labor Cooperation: NAALC)처럼 “trade-related(무역관련성)”이라는 용어를 사용했을 것이기 때문이다.⁴⁰⁾ 따라서 affecting이라는 용어를 채택한 이상, 두 용어 간 차이는 존중되어야 하고 어떤 형태로든 무역에 대한 영향은 증명되어야 한다고 보았다.⁴¹⁾ 또 맥락 혹은 체계(context)를 고려할 때, CAFTA-DR 제16.2.1(a)조의 affecting 요건은 협정당사국의 노동법 집행 실패 행위의 위법성을 결정하는 핵심적 기준으로, GATT와 GATS에서처럼 그 적용범위를 폭넓게 설정하기 위한 affecting과는 기능을 달리한다고 판단했다.⁴²⁾ 즉 미국의 주장과 달리 CAFTA-DR 제16.2.1(a)조에서는 무역에 영향을 줄 수도 있는 법집행 실패가 아닌 실제로 영향을 준 법집행 실패를 찾아 특정하는 작업이 필요하다고 결론지었다.⁴³⁾

법문의 문리적·체계적 의미 파악에 이어 패널은 CAFTA-DR 제16.2.1(a)조의 목적을 분석했다. 패널은 제16.2.1(a)처럼 구체적 의무를 부과하는 규정과 기관·제도에 관한 제16장의 다른 조항은 모두, 노동장 첫 조항인 제16.1조의 체약국이 모두 공유하는 목표(Statement of Shared Commitment)를 법적으로 실현하기 위한 것이라고 보았다.⁴⁴⁾ 그리고 이 공통목표는 CAFTA-DR 서문(Preamble)에 적시된 결의(resolve), 즉 “회원국 각자의 노동 관련 국제적 의무에 기반해 추가로”, “노동자의 기본적 권리를 실현한다”와 궤를 같이한다고 이해했다.⁴⁵⁾ 이어 패널은 협정의 구체적 목표를 열거한 CAFTA-DR 제1장을 확인한 후 제1.2.1(c)조의 “자유무역지역 내 공정경쟁 조건의 증진”이 제16.2.1(a)조의 목적에 가장 부합한다는 결론을 (다소 빠르게) 도출한 후, 무역에 영향을 주지 않은 노동법 집행 실패 문제는 (그 해결이 바람직한 것은 별론으로 하더라도) 동 조항의 적용범위 밖에 있다고 판시했다.⁴⁶⁾ 즉 근로자의 기본적 권리 보장의 중요성과 이와 관련된 협정당사국의 국제적 의무를 재확인한 CAFTA-DR 규정들을 반복적으로 언급하면서도, 제16.2.1(a)조의 해석에 있어서 직접적으로

40) Final Panel Report, para.168.

41) *Id.*, para.167.

42) *Id.*, para.186.

43) *Id.*, paras 187~188.

44) *Id.*, para.169.

45) *Id.*, para.170.

46) *Id.*, para.171.

고려되어야 할 목적은 사실상 공정경쟁 조건의 증진으로 국한시켰다.

패널은 이러한 목적 분석 및 노동법과 경제(무역) 간 관계에 대한 일반적 이해에 근거해, 무역 영향성 요건을 매우 좁게 보는 과테말라의 분석도 받아들이지 않았다. 과테말라는 노동법 집행 실패로 발생한 결과 중 무역에 영향을 주는 것으로 가격 인하 혹은 상품/서비스의 수출입 양의 증감과 같이 구체적이고 실제로 발생한 무역상 현상을 꼽았다. 패널은 노동법 준수가 대체로 사용자의 (최소 행정적) 비용 증가, 잠재적 법적 책임의 증가 등을 초래하는 만큼, 정부의 노동법 집행 실패는 그에 비례해 사용자/기업 측의 비용 절감의 효과를 가져올 수 있다고 인정했다.⁴⁷⁾ 이때 가장 큰 피해자는 노동법을 준수하는 다른 사용자이기 때문에, 시장 경쟁에서 불이익을 입지 않기 위해 모두가 노동법을 지키지 않는 일종의 노동조건에 있어서 바닥으로의 경쟁(race to the bottom) 현상이 발생할 수 있다고 보았다.⁴⁸⁾ 그러나 패널은 기업의 노동법 위반 혹은 정부의 법집행 실패가 반드시 가격이나 무역량 변화로 이어지는 것은 아니라고 판단했다.⁴⁹⁾ 왜냐하면 사용자는 줄어든 노동비용에도 불구하고 더 많은 이윤을 위해 가격을 유지할 수 있으며(따라서 무역량·시장 점유율 등의 변화도 발생하지 않음), 만약 모든 사용자가 노동법을 위반하고 정부도 법집행을 하지 않는 바닥으로의 경쟁이 발생할 경우 근로자의 노동조건만 악화된 채 시장에서의 변화는 없을 수 있기 때문이다.⁵⁰⁾ 따라서 패널은 과테말라의 무역 영향성 해석이 “in a manner affecting the price or volume of traded goods”와 다름없다고 보았다.⁵¹⁾

이상의 분석을 기반으로 패널은 무역 영향성 요건에 대해 일종의 절충적 해석을 끌어냈다. 무역 영향성 요건은 해당 사용자가 무역활동에 참여하고 있다는 이유로 노동법 집행의 실패가 발생할 때마다 자동적으로 추정되는 것이 아니며(trade-related로 이해한 미국의 주장 기각), 노동법 집행 실패가 해당 사용자의 무역 경쟁력에 실제로 이점(competitive advantage)을 주어 경쟁조건을 변경시켰다는 증명이 필요하다고 보았다(가격/무역량 변동 등의 입증을 주장한 과테말라의 주장 기각).⁵²⁾ 즉 무역 영향성 요건 충족을 위해서는 세 가지 요소를 증명해야 한다. 첫째, 해당 사용자가 CAFTA-DR의 한 당사국 시장에 상품/서비스를 수출하거나, 국내 시장에서 다른 당사국으로부터 수입된 상품/서비스와 경쟁관계에 있을 것; 둘째, 노동법 집행 실패로 인한 효과(비용절감)가 존재할 것; 셋째, 그 효과가 상당하여, 해

47) *Id.*, para.172.

48) *Id.*, para.173.

49) *Id.*, para.177.

50) *Id.*, para.179.

51) *Id.*, para.177.

52) *Id.*, para.195.

당 사용자에게 일정한 경쟁우위를 제공할 것이 그것이다.⁵³⁾

추가적으로 패널은 경쟁우위와 관련해 그 요건과 증명방법도 실시했다. 첫째, 경쟁우위는 그 정도가 너무 작거나, 단기간 지속되거나, 지역에 국한된 것이어서는 안된다.⁵⁴⁾ 둘째, 경쟁우위 존재 증명을 위해 사용자만 접근 가능한 정보는 증거로 불필요하다.⁵⁵⁾ 셋째, 비용 혹은 다른 (노동법 실패로 발생한) 효과에 대한 증거를 제출해야 하지만 그것이 아주 높은 정확도를 가질 필요는 없다.⁵⁶⁾

3.4.2. 사건에의 적용

패널은 무역 영향성 요건에 대한 이상의 해석을 과테말라의 해상운송·의류산업 내 기업의 사례에 적용했다. 전자는 미국으로 상품을 수출하는 과테말라 기업에 선적·운송 서비스를 제공하고 있었으며, 후자 기업은 의복을 제조해 미국시장으로 수출하고 있었다. 이 사용자들은 조합활동/단체교섭 요구를 이유로 노동조합의 간부 및 회원인 근로자를 해고한 후, 원직복직·손해배상, 벌금납부 등에 관한 법원의 명령을 이행하지 않았다. 패널은 이 사례에서 영향성 존재를 확인하기 위해 앞서 살핀 범리를 Quetzal Port 항구를 기반으로 서비스를 제공하는 해상운송 기업의 경우에 맞춰 다음과 같이 구체화하였다:

1. 과테말라 기업은 Quetzal Port 항구를 통해 수출상품을 운송하였는지;
2. 사안의 노동법 집행실패로 영향을 받은 운송회사가 위 수출품을 운송했는지;
3. 해당 노동법 집행실패로 인해 운송회사의 비용이 절감되었는지;
4. 운송회사의 절감된 비용이 충분한 정도로 수출업자의 경쟁우위로 연결되었는지

패널은 미국이 제출한 증거에 의해 1-3 사실은 추론되나 4 사실을 증명할 수 있는 증거가 없어 무역 영향성 요건이 충족되지 않았다고 결론 내렸다.⁵⁷⁾

이어 패널은 의류산업 기업의 사례에서도 무역 영향성의 부재라는 동일한 결론에 도달했다. 다만 Avandia 기업의 경우 무역 영향성 요건 충족을 위해서 노동법 집행 실패로 인해 발생한 경쟁우위를 증명해야 한다는 원칙에 대한 예외를 인정했다. Avandia 사례에서는 노동조합 조직과 단체교섭을 추진한 노동조합의 임원 전원을 해고하고, 관련 법원명령이 발

53) *Id.*, para.196.

54) *Id.*, para.193.

55) *Id.*, para.194.

56) *Id.*, para.195.

57) *Id.*, para.454.

부되고 나서 9개월이 지나는 동안에도 이행을 거부하는 등 심각하게 노동권을 침해하여 냉각효과(chilling effect)가 발생했다고 보았다.⁵⁸⁾ 따라서 이런 경우에는 구체적인 경쟁 우위에 대한 증명 없이도 전체적 상황에 근거해 그 존재를 추단해낼 수 있다는 것이다. 다만 Avandia의 사례 하나만으로는 과테말라가 “일련의 작위 또는 부작위의 지속적 또는 반복적 과정을 통”해 노동법 집행에 실패했다고 할 수 없다고 보아, 무역 영향성 요건이 인정된 이 유일한 사례는 과테말라의 위반으로 이어지지 않았다.

나아가 패널은 Avandia 같은 사례는 예외적이며, 사실의 문제(matter of fact)로서 개별 사안에 따라 구체적으로 판단해야 한다고 주의했다.⁵⁹⁾ 이러한 이유로 패널은 Avandia와 Fribo 사례를 구별했다. Fribo 사업장의 경우 사용자는 근로자 15명을 해고하였고, 법원은 Fribo에 해고된 근로자의 원직복직을 명령했다. 다만 해고근로자 중 노동조합 간부가 있었는지에 대해서는 증거가 제출되지 않았고, 15명 중 8명은 미지급임금을 받은 것으로 밝혀졌다. 패널은 이 증거만으로는 Avandia의 경우처럼 전체적 상황에서 곧바로 경쟁우위를 추론해내기 어렵다고 판단했다.⁶⁰⁾

결국 패널은 미국이 제시한 어떤 사례도 노동법의 효과적 집행 실패, 무역 영향성, 연속성 있는 작위/부작위를 통해 지속적으로 이루어졌다는 요건 모두를 만족하지 못해 과테말라는 CAFTA-DR 제16.2.1(a)조를 위반하지 않았다고 최종 결론지었다.⁶¹⁾

3.5. 소 결

패널은 무역 영향성 요건에 대해 일종의 절충적 해석을 끌어냈다. 무역영향성 요건은 해당 사용자가 무역활동에 참여하고 있다는 이유로 노동법 집행의 실패가 발생할 때마다 자동적으로 추정되는 것이 아니며(trade-related로 이해한 미국의 주장 기각), 노동법 집행 실패가 해당 사용자의 무역 경쟁력에 실제로 이점(competitive advantage)을 주어 경쟁조건을 변경시켰다는 증명이 필요하다고 보았다(가격/무역량 변동 등의 결과 입증을 주장한 과테말라의 주장 기각).⁶²⁾

패널에 따르면 무역 영향성 요건 충족을 위해서는 세 가지 요소를 증명해야 한다. 첫째,

58) *Id.*, para.487.

59) *Id.*, para.481.

60) *Id.*, para.488.

61) *Id.*, para.594.

62) *Id.*, para.195.

해당 사용자가 CAFTA-DR의 한 당사국 시장에 상품/서비스를 수출하거나, 국내 시장에서 다른 당사국으로부터 수입된 상품/서비스와 경쟁관계에 있을 것; 둘째, 노동법 집행 실패로 인한 효과(비용절감)가 존재할 것; 셋째, 그 효과가 상당하여, 해당 사용자에게 일정한 경쟁우위를 제공할 것이 그것이다.⁶³⁾

추가적으로 패널은 경쟁우위와 관련해 그 요건과 증명방법도 실시했다. 첫째, 경쟁우위는 그 정도가 너무 작거나, 단기간 지속되거나, 지역에 국한된 것이어서는 안 된다.⁶⁴⁾ 둘째, 경쟁우위 존재 증명을 위해 사용자만 접근 가능한 정보는 증거로 불필요하다.⁶⁵⁾ 셋째, 비용 혹은 다른 (노동법 집행 실패로 발생한) 효과에 대한 증거를 제출해야 하지만 그것이 아주 높은 정확도를 가질 필요는 없다.⁶⁶⁾

패널의 영향성 판단 요소를 그림으로 표현하면 다음 <그림 1>과 같다.

<그림 1> 무역 영향성 요건에 대한 US-Guatemala의 법리 분석

요소	고의 (주관적 요건)	행위= 노동법 집행실패 (객관적 요건)	노동에 대한 영향 (노동권 침해의 정도)	무역에 대한 영향 광의 > 무역 영향성 개념 범주 < 협의				
				경쟁의 조건			실제 결과	
				㉠ 단순 무역 참가	㉡ 절감된 구체적 비용	㉢ 경쟁상 이점	㉣ 가격/ 무역량 변화	
미국	N/a	●→	N/a	●→	○		N/a	?
과테말라	●	●	N/a	●	N/a	N/a	●	▲
패 널	원칙	N/a	●	N/a	●		N/a	?
	예외	N/a	●→	●→	●→	○		N/a

- : 노동조항 위반을 증명하기 위해 필요한 요소
- : ●→ 의 존재로 추정됨
- ▲: 노동조항 위반 자체가 아니라, 구체수단으로서 관세 혜택 적용 중지할 때 그 수준 결정 시 고려
- N/a: 적용 없음
- ?: 논의되지 않음

출처: 남궁준(2019), 『한-EU FTA 무역과 지속가능한 발전장 관련 분쟁의 선결 쟁점 분석』, 한국노동연구원, p. 59의 <그림 4-1> 무역 영향성 요건에 대한 US-Guatemala의 법리 분석

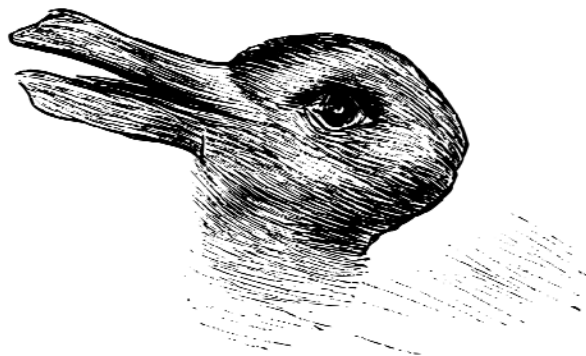
63) *Id.*, para.196.
 64) *Id.*, para.193.
 65) *Id.*, para.194.
 66) *Id.*, para.195.

4. 사건: ‘노동조항의 이중구조’에 근거한 무역영향성 요건의 해석론⁶⁷⁾

이 발표문은 FTA 노동조항을, 동일한 문제현상(예: 노동법의 실효적 집행의무 실패)일 수 있으나, 국제통상(경제)과 노동(사회) 관점에서 볼 때 개념적으로 구별되는 ‘위법한 상태’, 즉 한편으로는 ‘국제통상에 있어서의 불공정경쟁’과 다른 한편으로는 해당 국가 노동자의 ‘노동인권 침해’를 해소·완화하기 위한 두 제도를 모두 담고 있는 ‘법적 그림’으로 이해한다. 이러한 전제 위에 본 발표문은 협정당사국이 타방 당사국의 어떤 노동조항 위반 여부를 다룰 때는 제소국이 두 제도 중 어느 것을 택하는지에 따라 그 제도에 부합하는 목적(purpose)과 맥락(context)이 선별 소환되어 해당 노동조항 문언 해석에 반영되어야 하고, 또 그에 상응하는 법률효과(구제수단)만이 발생해야 한다고 주장한다. 그리고 현재 발효 중인 주요 FTA 노동조항의 문언과 체계상 그러한 해석론이 가능하다고 주장한다. 이러한 발표자의 ‘노동조항 이중구조’에 근거한 무역영향성 해석론은, 관찰자의 선이해에 따라 토끼가 보일 수도 있고 오리가 보일 수도 있는 아래의 <그림 2>에 비유할 수 있을 것이다. 이하에서는 발표자의 해석론을 단계별로 살펴본다.

<그림 2> 토끼와 오리

Welche Tiere gleichen ein-
ander am meisten?



Kaninchen und Ente.

출처: Fliegende Blätter 1892년 10월 23일 호의 “Kaninchen und Ente”

67) 이하의 해석론의 원형에 대한 발표자의 선행연구로 Namgoong, J.(2019), ‘Two Sides of One Coin: The US-Guatemala Arbitration and the Dual Structure of Labour Provisions in the CPTPP’, 35: 4 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, pp.483~509 참조.

4.1. 노동조항의 이중 목적

조약의 목적을 확정하는 작업은 조약해석에서 매우 중요하다. 「조약법에 관한 비엔나 협약」 제31조 제1항이 그 일반적 요청을 선언하고 있기도 하거니와 CAFTA-DR 자체도 그것을 요구하고 있다.⁶⁸⁾ 게다가 목적론적 해석(teleological or purposive interpretation)은 법학에서 일반적으로 수용되고 있는 해석방법이기도 하다. 목적은 체계/맥락과 함께 법의 흠결이 있거나 어려운 사안(hard cases)이거나 문언 자체로는 다양한 해석을 가능하게 할 때 특히 중요한 고려 요소가 된다.⁶⁹⁾ 나아가 조약의 목적은 조약의 문언과 그 문언을 통해 구축하고자 하는 제도의 배경 이론을 이어주는 교량 역할을 한다.⁷⁰⁾ 즉 노동조항의 배경이 되는 이론적 근거(rationale)는 그 노동조항의 문언을 기술하고, 설명하고, 정당화하는 데 필요하고 나아가 그 개선을 위해 비판적으로 평가하기 위해서도 필요하다. 조약해석 관점에서 보더라도 목적과 이론적 근거를 살피는 것은 해당 노동조항 문언을 실질적으로 더욱 타당하고 정합성 있게 해석하기 위한 필수조건이다.

이러한 측면에서 보았을 때 미국-과테말라 패널의 CAFTA-DR 제16.2.1(a)조 및 기타 여러 CAFTA-DR 규정의 해석 중 비판받을만한 대다수는 CAFTA-DR 제1.2.1(c)조의 “자유무역지역 내 공정경쟁 조건의 증진”만을 사건 조항의 목적으로 삼은 데서 비롯된 것이었다. ‘문언적 해석’에 근거해 “affecting trade”의 의미를 “trade-related”로 새기는 미국의 주장을 기각했다는 패널의 판단도 뒤이어 나오는 GATT와 GATS의 광의의 “affecting” 해석론을 배척하는 이유와 함께 보면 설득력이 떨어진다. 패널은 GATT와 GATS의 “affecting”의 기능과 CAFTA-DR 제16.2.1(a)조의 무역영향성 요건의 기능이 다르다는 목적론적·체계적 해석을 한 것이기 때문이다. 패널의 잘못은 목적론적·체계적 해석을 한 것이 아니라 “자유무역지역 내 공정경쟁 조건의 증진”을 해당 조항의 유일한 목적으로 삼은 것, 그리고 순수하게 문언적 해석에 근거해 판단을 내렸다고 착각하거나 은폐한 것이다.

현대 조약은 단일한 목적만을 갖는 경우가 드물며 광범위한 사안을 규율하는 FTA 같은 경우에는 다양한, 그리고 때로 상충할 수도 있는 다종의 목적을 추구하는 경우가 많다. 노동조항은 그러한 유형의 극단에 속하는 예로 단일한 조문 하나가 여러 개의 목적을 지향한

68) CAFTA-DR, Art. 1.2.2.

69) Suttle, O. (2017), *Distributive Justice and World Trade Law*, Cambridge University Press, p. 7.

70) Davidov에 따르면 법의 목적을 찾기 위해서는 학제 간 작업이 필요하며 이론적, 경험적, 법도그마틱 작업이 모두 동원되어야 한다고 본다. Davidov, G. (2016), *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, pp. 16-17 & 29.

다고 이해할 수 있으며 이렇게 볼 경우 목적을 어느 것으로 확정하는지에 따라 단일 조문의 복수 해석이 가능할 수 있다. 즉 국제통상에서의 공정한 경쟁조건 마련을 목적으로 정할 경우 그러한 시장에서의 경쟁조건에 객관적으로 영향을 줄 수 있는 정부의 노동법 집행 실패 혹은 기타 입법의무나 역진방지의무 위반만이 FTA 노동조항이 염두에 두는 위반이 될 것이다. 그리고 이때 무역영향성 요건은 그러한 기준에 부합하지 않는 노동조항 의무 위반 행위를 걸러내는 역할을 할 것이다. 반면, 노동자의 권리 침해의 해소·완화를 노동조항의 목적으로 여길 경우 자유무역·투자라는 환경이 기업의 노동법 위반의 주관적 동기로 작용하는 등 직·간접적으로 관련되기만 했다면 그것으로 무역영향성 요건은 충족되었다고 볼 수 있는 것이다. 이러한 접근은 예컨대 CPTPP 제19.4조와 같은 규정이 있을 시 더욱 견고하게 지지될 수 있다. 아래에서는 이를 본다.

4.2. 무역영향성 이중 기준의 근거: CPTPP 제19.4조 해석론의 예시

4.2.1. 그 존재 여부가 오랫동안 논란이 된 사실의 법인(法忍)

CPTPP 제19.4조의 제1문은 다음과 같다.

당사국은 각국의 노동법에 의해 부여된 보호를 약화 또는 완화시킴으로써 무역 또는 투자를 장려하는 것이 부적절하다는 것을(inappropriate) 인정한다.

일단 ‘부적절하다’는 문언이 사용된 것으로 보아 위 문장 자체가 일정한 법적 의무를 창출한다고 보기는 어렵다. 그렇다면 동 문장의 역할이 무엇일지가 쟁점이 된다. 발표자는 이 문장이 동 조항은 물론 CPTPP 노동조항 제도 전체의 목적과 문맥/맥락을 설정한다고 해석한다. 즉 2.에서 살펴보았던 자유무역·투자와 노동조건 간의 경제적·경험적 관계에 대해서 정치적·법적으로 양자가 음의 상관관계/상호긴장 관계에 놓여 있다는 점을 전제되는 사실로서 수용하면서 동시에 자유무역·투자와 노동조건 간의 양방향(two-way link) 관계를 인정하고 있다는 것이다. 먼저 각국이 유지해야 하는 적정한 수준에 미달하는 노동기준(labour standards)은 관련 사용자에게 경쟁상 이점을 줄 수 있고 공정한 경쟁조건을 왜곡함으로써 국제통상·투자에 영향을 줄 수 있다는 측면이다. 이는 무역과 투자라는 ‘경제의 렌

즈’로 볼 때 보이는 모습이다. 동일한 그림을 이번에는 노동과 인권의 ‘사회적 렌즈’로 들여다 보면 최저임금을 지키지 않고 최장근로시간을 넘겨 일하게 하며 노동조합·단체교섭을 거부하는 사용자, 특히 그러한 범위반이 자신이 생산하는 상품의 ‘경쟁력’을 제고시키고 해외투자를 유치하는데 도움이 될 것이라고 믿으며 계속 노동법을 위반하는 사용자와, 그러한 사용자의 행위를 묵인하는 정부 그리고 자신의 권리를 침해받고 있는 노동자의 모습이 눈에 들어온다. 이때 간과하지 말아야 하는 것은 노동법 위반(및 집행 등의 실패)과 자유무역·투자 간의 관계가 엄밀한 의미에서의 인과관계가 아니며 심지어 객관적으로 존재하는 관계조차 아닐 수 있다는 것이다. 경쟁력을 높이거나 (혹은 높일 수 있다고 잘못 믿고) 노동법을 위반하는 사용자가 존재하고 그것을 방지하는 혹은 노동법의 보호수준을 저하시키려는 정부가 존재하는 한 그러한 관계는 존재하는 것이다.

4.2.2. 규범적으로 부정적이라는 원리의 설정: GATT 제3조와의 비교

둘째, 발표자는 CPTPP 제19.4조의 제1문이 자유무역·투자상 이득을 얻을 목적 혹은 그러한 동기로 노동기준을 저하시키는 행위에 대해서 규범적으로(normatively) 부정적 평가를 내리는 것으로 해석한다. 그리고 이는 바로 이어 등장하는 제2문이 창출하는 구체적 법적 의무의 원리적 근거가 된다(principle로서 제1문, rule로서 제2문).

따라서 어느 당사국도 당사국 간 무역 또는 투자에 영향을 주는 방식으로 다음 각호에서 정하는 자국의 법령의 적용을 면제하거나 그 수준을 완화시킬 수 없다:

- (a) 제19.3.1조의 노동권을 보장하는 법령. 단 그러한 면제 또는 완화가 동 조항의 권리와 일치하지 않는 경우에만 그러하다.
- (b) 제19.3.1조 또는 제19.3.2조의 노동권/노동조건을 보장하는 법령. 단 특별 그러한 면제 또는 완화가 당사국의 영토 내에 있는 자유무역지역과 같은 특별 무역/관세 구역에서 이루어지는 경우에만 그러하다.

CPTPP 제19.4조의 이러한 문언과 규율구조는 GATT 제3조와 상당히 유사하다. GATT 제3조 제1항은 회원국의 국내 과세와 규제가 국내 생산을 보호하기 위해 적용되어서는 안 된다(should not)는 점을 인정한다(recognize)고 정한다. 이어지는 제2항 내지 제10항은 금지되는 행위유형을 구체적으로 나누어 자세히 규율한다. 다시 말해 제1항은 보호무역주의 철폐

를 제3조 전체의 공통목적으로 설정하고, 특히 제2항과 4항은 그러한 목적을 달성하기 위해 각각 조세와 규제의 영역에서 필요한 행위를 특정하는 구조를 취한다. WTO 상소기구는 GATT 제3조 제1항은 제2, 4, 5항의 맥락을 형성함으로써 동 항의 해석에 지침이 되는 일반원리를 설정한다고 보았으며,⁷¹⁾ 제3조의 나머지 항은 제1항 원리가 구체화된 형태라고 보았다.⁷²⁾ 한편 GATT 제3조는 제1항이 설정한 원리를 실현하기 위해 세 가지 개념, 즉 ① ‘영향을 주는 조치’(measures affecting), ② “동종 상품”(like product), ③ ‘불리한 대우’(less favourable treatment)와 같은 개념을 사용한다. 기능 측면에서 볼 때 ①은 ‘문지기’(gatekeeper)의 역할을 한다. 즉 일종의 예비·선결작업으로 애초에 동 조문의 적용범위 내에 들어올 수 없는 행위를 배제하는 임무를 맡는다. 이에 비해 ②와 ③은 보다 실체적이고 핵심적 작업으로서 위법한 행위(wrongful act)를 형성하는 역할을 수행한다. 이를 FTA 노동조항의 주요 의무와 비교해보면 노동조항 조문에서의 ① “노동법”(labour laws), ② 무역영향성 요건, ③ 각 노동조항 의무의 위반행위(노동법 집행실패, 노동법 입법실패, 노동법 보호수준 약화)에 상응함을 알 수 있다.

GATT 제3조의 궁극적 목적은, 차별금지를 도구로 삼아 보호무역주의라는 동기에서 이루어진 국내 조치의 금지와 회원국의 과세와 규제에 있어서의 주권 사이에서 적절한 균형을 유지하는 것이다. “동종 상품”과 ‘불리한 대우’라는 개념의 범위와 구체적 판단기준은 이러한 목적에 부응해 늘거나 줄 수도 있고 강화되거나 완화될 수도 있다.⁷³⁾ WTO 상소기구가 Japan-Alcoholic Beverages II에서 “동종 상품” 개념을 악기인 아코디언에 비유하며 동 개념은 각 WTO 협정 및 개별 규정에 따라, 그리고 해당 사건의 맥락과 환경에 따라 그 구체적 개념의 외연이 결정되어야 한다고 강조했던 것을 상기할 필요가 있다.⁷⁴⁾ 이러한 관점을 노동조항의 맥락에 응용할 경우 (“동종 상품” 개념과 기능적으로 비견되는) 무역영향성 요건의 개념, 역할, 기준 역시 동 요건이 위치한 협정과 조문 및 개별 사건의 맥락과 환경에 따라 다르게 해석될 여지가 있다고 볼 수 있다.

71) *Japan-Alcoholic Beverages II*, WTO doc. WT/DS8/AB/R (1 November 1996), at 17-18.

72) *EC-Asbestos*, WT/DS135/AB/R (12 March 2001), para. 98.

73) 물론 최근의 WTO 법리는 이러한 입장에 다소 거리를 두는 쪽으로 형성되어 왔다. 예를 들어 *Thailand-Cigarettes*, WT/DS371/AB/R (15 July 2011), para. 130; *US - Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R (24 Apr. 2012), para. 179 (footnote 372); *EC-Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R (22 May 2014), para. 5.105.

74) *Japan-Alcoholic Beverages II*, WTO doc. WT/DS8/AB/R (1 November 1996), at 21.

4.2.3. 무역영향성의 이중 기준 구체화

지금까지의 논의를 종합하면 노동조항의 무역영향성 요건은 해석자의 선택, 즉 경제적 목적(국제통상법) 또는 사회적 목적(노동법)을 선택하는지에 따라 두 가지 다른 기능을 수행하게 된다. 먼저 해석자, 즉 제소국(complainant)이 사회적 목적을 택해서 해당 노동조항을 해석할 경우 무역영향성 요건의 주된 기능은 “노동법” 요건과 함께 예비적·선결적 작업으로서 무역 또는 투자와 무관한 노동조항 의무 위반 행위를 숙아내는 것이 된다. 이때 무역영향성 요건은 GATT나 GATS의 “affecting”과 매우 유사한 역할을 한다. 앞서 검토했듯 자유무역·투자와 노동조건 간 관계는 양방향 관계라는 점이 법적으로 승인·의제되었으므로 이 둘 사이의 연계는 추상적으로 항상 존재하기에(추정) 제소국이 해당 상품/서비스를 생산/제공하는 사용자/기업이 당사국 간 무역 또는 투자에 참여 또는 관여하고 있다는 점을 증명하기만 하면 해당 무역영향성의 존재는 바로 확정된다. 이는 노동조항의 사회적 기능을 위해 설정된 무역영향성의 기준은 충분히 충족하는 것인데, 이는 해당 사용자가 무역/투자에 참여하고 있다는 사실로부터 그의 노동자의 노동조건에 대한 하방압력의 존재를 쉽게 추단할 수 있기 때문이다.

둘째, 해석자, 즉 제소자가 경제적 목적을 택해서 해당 노동조항을 해석할 경우 무역영향성 요건은 훨씬 더 실체적이고 중요한 역할을 수행한다. 이때 노동조항의 의무 위반(노동법 집행 실패 등)은 그 자체로 의미가 있는 것이 아니라 오직 상당한 정도로 당사국 간 무역/투자에 영향을 주고 그 영향으로 인해 공정한 경쟁조건이 왜곡되었을 때 한해 비로소 노동조항이 시정하고자 하는 (국제통상법적) 위법상태가 초래되는 것이기 때문이다. 따라서 경제적 목적에 따라 노동조항을 해석할 때 무역영향성 요건은 불법의 본질을 구성하며 GATT/GATS에서 “동종 상품”의 해석론처럼 위반 판단에 있어 핵심이 된다. 구체적 판단기준도 앞의 사회적 목적에 따른 경우에 비해 엄격한 기준을 설정하는 것이 자연스럽다. 미국-과테말라 패널이 제시한 3요소 심사기준: ‘첫째, 해당 사용자가 한 당사국 시장에 상품/서비스를 수출하거나, 국내 시장에서 다른 당사국으로부터 수입된 상품/서비스와 경쟁관계에 있을 것; 둘째, 노동법 집행 실패로 인한 효과(비용절감)가 존재할 것; 셋째, 그 효과가 상당하여, 해당 사용자에게 일정한 경쟁우위를 제공할 것’이 상당히 설득력이 있다.

그러나 세 번째 요소를 포함해야 하는지에 대해서는 의문이다. 왜냐하면 세 번째 요소의

실현 여부는 (당사국 정부가 아닌) 해당 사용자에게 달려 있기 때문이다. 노동법을 준수하지 않아서, 피소국이 노동법의 보호수준을 완화해서, 제정해야 하는 노동법을 입법하지 않아서 절감한 비용은 사용자가 자유롭게 활용할 수 있다. 생산하는 상품의 가격을 낮춰서 시장에서의 경쟁우위를 가져갈 수도 있을 것이고, 가격을 유지하되(그래서 시장점유율의 확대를 포기하되) 이윤 폭을 늘려 재투자할 하거나 회사의 현금보유량을 늘릴 수도 있을 것이다. 절감된 비용을 활용하는 방식은 수없이 많으며 그 중에는 사용자의 경쟁우위를 제공하는 경우도 그렇지 않은 경우도 있다. 그러나 FTA 노동조항은 기본적으로 당사국의 행위를 규율하는 데 목적이 있다. 당사국 내 사인에 불과한 사용자의 구체적 선택에 따른 행위를 평가하고 난 후에 노동조항 위반 여부를 판단할 수 있는 것은 아니다. 노동조항 위반은 정부의 노동법 실효적 집행 실패, 입법의무 이행 실패, 역진방지의무 이행 실패라는 정부의 행위가 이루어진 시점에 성립하는 것이지 그것을 전제로 사용자의 행위까지 기다려 성립하는 것은 아니다. 따라서 패널의 3요소 중 세 번째는 제외하는 것이 옳다. 또한 위반한 노동법이 비용 관련성이 있는 노동기준에 관한 것이라는 입증만 있으면 충분하며 절감된 비용의 구체적 액수까지 양적으로 증명될 필요는 없다.

아래 <그림 3>은 노동조항과 GATT 제3조의 규율구조와 사용되는 주요 개념의 역할을 비교한 것이다.

<그림 3> 노동조항과 GATT 제3조의 핵심개념의 역할

기능		노동조항		GATT 제3조
		사회적 목적	경제적 목적	보호무역주의 금지
규율범위 안에 들어오는 조치	제1단계	“노동법”	“노동법”	국내 판매 [...] 등에 영향을 주는 규제 또는 과세 조치
	제2단계	무역영향성 요건 (무역관련성으로서)		
금지되는 행위의 구체화 (의무의 실체적 요소 구성)		개별 노동조항 위반 행위	무역영향성 요건 (불공정한 경쟁상 우위 제공)	“동종 상품”
			개별 노동조항 위반 행위	‘불리한 대우’
불법의 본질		노동(인권) 침해	불공정한 경쟁우위 획득	보호무역주의에 따른 차별

4.3. 노동조항 이중구조론의 실익: 정지할 수 있는 ‘동등한 효과를 갖는 혜택’의 이중화

미국의 정착기 FTA는 노동조항을 둘러싼 분쟁의 최종해결절차는 중재이고 피소국/패소국이 중재패널의 최종보고서상 권고를 지속적으로 불이행할 경우 이에 대한 이행강제수단으로서 협정상 혜택 적용을 정지, 즉 특혜관세를 철회할 수 있도록 하고 있다. 예컨대 「한-미 FTA」 제22.13조와 CPTPP 제28.20조는 철회 가능한 특혜관세의 수준에 대해서는 ‘동등한 효과를 갖는 혜택의 적용을 정지’라는 일반적 기준을 제시하고 있다. 이때 ‘혜택’이란 협정상 승소국에게 보장되나 패소국의 해당 위반에 의해 무효화되거나 침해된 혜택을 말하고, ‘동등한 효과(equivalent effect)’는 해당 혜택에 상응하며 금전적으로 산정될 수 있는 것을 의미한다.⁷⁵⁾ 그리고 WTO 분쟁해결기구의 선례를 참고하면 이 ‘동등한 효과를 갖는 혜택’을 구체적으로 산정하기 위해서는 변화된 무역량(trade flow)을 기준으로 삼아야 한다.⁷⁶⁾ 다시 말해 패소국이 노동조항상 의무를 위반함으로써 승소국이 패소국과의 무역 또는 투자 관계에 있어서 발생한 손실(losses), 예컨대 승소국의 패소국으로의 수출감소/투자증가 또는 패소국의 승소국으로의 수출증가/투자감소 액수가 철회할 수 있는 특혜관세 액수의 1차적 기준이 될 것이다. 그러나 이는 경제적 목적을 택해 해석한 노동조항 위반의 법률효과이고 사회적 목적에 따라 해석한 노동조항 위반의 경우는 다른 방식으로 ‘동등한 효과를 갖는 혜택’이 산정되어야 한다. 이 경우에는 제소국의 선택으로 노동중심적 해석 및 요건충족을 증명한 것이고 상대적으로 완화된 무역영향성 요건을 입증한 것이기 때문에 그 사회적 목적을 감안했을 때 (무역량 변화가 아닌) 침해된 노동권의 피해를 정량적으로 파악하여 철회할 특혜관세를 산정하는 것이 해석론에 부응하는 법률효과/구제수단이 된다. 그리고 일반적으로 경제적 관점에서 산정한 노동조항 위반의 ‘동등한 효과를 갖는 혜택’ 수준이 사회적 관점에서 계산한 ‘동등한 효과를 갖는 혜택’ 수준을 훨씬 상회할 것이며 이것이 입증의 난도 차이를 정당화할 실제적 근거로 이해될 수 있을 것이다.

<그림 4>은 이상의 해석론을 <그림 1>에 추가해 이미지화 한 것이다.

75) *US-Continued Dumping and Subsidy Offset Act(Byrd Amendment) (Mexico)* (Art. 22.6 DSU), WT/DS234/ARB (31 August 2004) para. 3.35.

76) *EC-Hormones*, (Art. 22.6 DSU) WT/DS26/ARB (12 July 1999), para. 42.

<그림 4> US-Guatemala의 법리와 노동조항 이중구조론에 따른 무역 영향성 요건 분석

요소	고의 (주관적 요건)	행위= 노동법 집행실패 (객관적 요건)	노동에 대한 영향 (노동권 침해의 정도)	무역에 대한 영향 광의 > 무역 영향성 개념 범주 > 협의					
				경쟁의 조건			실제 결과		
				㉠ 단순 무역 참가	㉡ 절감된 구체적 비용	㉢ 경쟁상 이점	㉣ 가격/ 무역량 변화		
미국	N/a	●→	N/a	●→	○		N/a	?	
과테말라	●	●	N/a	●	N/a	N/a	●	▲	
패널	원칙	N/a	●	N/a	●			N/a	?
	예외	N/a	●→	●→	●→	○		N/a	?
사회적 목적 (노동법)	N/a	●	▲	●	N/a	N/a		N/a	
경제적 목적 (국제통상법)	N/a	●→	N/a	●→	◎	○	▲	N/a	▲

●: 노동조항 위반을 증명하기 위해 필요한 요소
 ○: ●→ 의 존재로 추정됨
 ◎: 실제 절감된 구체적 비용이 아닌 비용 감소의 가능성 증명
 ▲: 노동조항 위반 자체가 아니라, 구체수단으로서 관세 혜택 적용 중지할 때 그 수준 결정 시 고려
 N/a: 적용 없음
 ?: 논의되지 않음

출처: Namgoong, J.(2019), "Two Sides of One Coin:The US-Guatemala Arbitration and the Dual Structure of Labour Provisions in the CPTPP," *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 35(4), p.507, Figure 3 Elements of Labour Obligation Breach Under the Dual Structure Thesis

제5분과위원회

* 법학전문대학원 20205호

■ 제1세션 ■

[좌 장] 강병근(고려대학교 법학전문대학원 교수)

사이버공간에서 적용되는 *jus ad bellum*과 *jus in bello*에 대한 국가실행

: UN에 제출된 자발적 국가 기여의 분석(초안)

[발 표] 박노형(고려대학교 법학전문대학원 교수)

김효권(고려대학교 법학연구소 연구교수)

[토 론] 유준구(국립외교원 연구교수)

노인인권 관련 글로벌 규범 동향 및 시사점

[발 표] 장민영(한국법제연구원 글로벌법제전략팀장)

[토 론] 박진아(고려대학교 법학연구원 전임연구원)

■ 제2세션 ■

[좌장] 이장희(한국외국어대학교 법학전문대학원 교수)

The Human Right to Development, Health and Intellectual Property

[발표] 이주택(Rutgers Law School 교수)

[토론] 오승진(단국대학교 법과대학 교수)

실질적 평등과 이주민의 인권 보장

[발표] 이주영(서울대학교 인권센터 연구 부교수)

[토론] 이해영(사법정책연구원 연구위원)

사이버공간에서 적용되는 *jus ad bellum*과 *jus in bello*에 대한 국가실행: UN에 제출된 자발적 국가 기여의 분석(초안)

박 노 형* · 김 효 권**

목 차

1. 무력사용법에 관한 국가실행
2. 국제인도법에 관한 국가실행
3. 잠정적 평가

국가의 ‘정보통신기술’(information and communications technologies, ICTs) 사용에 어떻게 국제법이 적용되는지에 관한 ‘자발적 국가 기여’(voluntary national contribution)를 수록한 UN 공식 컴펜디엄을 분석하여, 사이버공간에서 적용되는 *jus ad bellum*과 *jus in bello*에 대한 주요 국가의 국가실행(State practice)을 검토한다.¹⁾ 2021년 7월 회람된 컴펜디엄은 제6차 GGE에 참여한 25개 UN회원국 중에서 15개 회원국의 국가 기여를 수록하고 있다.²⁾ 이들 국가

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

** 고려대학교 법학연구원 교수.

- 1) UNGA, Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States submitted by participating governmental experts in the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security established pursuant to General Assembly resolution 73/266, UN Doc. A/76/136 (13 July 2021) [이하 컴펜디엄]. ‘*jus ad bellum*’은 종래에 전쟁의 개시 또는 수행에 관한 법 또는 개전법으로 불렸으나 종래의 전쟁(war) 개념이 제2차 세계대전 이후 국제법상 불법이 되고 UN헌장도 전쟁 용어를 사용하지 않는다. 대신에 UN헌장은 무력사용(use of force)을 원칙적으로 금지하면서, 예외적으로 자위권(right to self-defense)과 UN 안전보장이사회의 결정에 따른 무력사용을 허용한다. 따라서 본고는 ‘*jus ad bellum*’을 무력사용에 관한 법 또는 무력사용법이라 부른다. 또한, ‘*jus in bello*’는 종래에 전쟁법(law of war)라고 불렸는데, 현재는 일반적으로 국제인도법(international humanitarian law, IHL)이라고 부른다. 한편, ‘*jus in bello*’를 미국 등에서는 ‘law of armed conflict, LOAC’이라 부르기도 하는데, 이를 무력충돌법이라고 부른다면, 무력사용법으로 부르는 ‘*jus ad bellum*’과 구별될 수 있을 것이다. 국제적십자위원회는 *jus ad bellum*과 *jus in bello*를 각각 개전법과 교전법/전시법으로 부른다. <https://kr.icrc.org/ihl/introduction/>.
- 2) 러시아와 케냐의 자발적 기여는 사이버공간에 대한 국제법의 적용에 관한 지극히 일반적인 내용을 간략하게 담고 있고, 카자흐스탄의 자발적 기여는 러시아어로 되어 있다. 러시아는 정보환경(information environment)에서의 활동이 익명일 수

는 분량의 차이는 있지만 대체로 무력사용법과 국제인도법에 관한 자국의 해석과 견해를 밝히고 있다.³⁾ 중국과 프랑스는 현재까지 자발적 국가 기여를 제출하지 않았다.⁴⁾ 프랑스와 이스라엘 등은 무력사용법과 국제인도법에 관한 해석과 견해를 별도로 밝히고 있다.⁵⁾

한국은 아직 컴펜디엄 수준의 국가실행에 관한 공식적인 입장을 표명하지 않고 있다. 다만, 한국은 전쟁법에 대한 정책, 교육 및 전쟁법 위반행위에 대한 처리절차를 규정하기 위하여 ‘전쟁법 준수를 위한 훈령’을 시행하고 있다.⁶⁾ 동 훈령은 전쟁을 포함하여 무력충돌이 일어나는 모든 분쟁에 적용되는데, 이러한 무력충돌은 전자전과 사이버전 및 심리전을 포함한다.⁷⁾ 사이버전은 ‘컴퓨터네트워크 등을 사용하여 적의 정보체계 등을 공격·방어하는 활동’을 말하고, 전자전은 ‘전자기파 등을 사용하여 적의 무기체계 등을 공격·방어하는 활동’을 말한다.⁸⁾

있는 점에서, ICTs의 이용에 대한 국제법의 적용은 자동적이어서는 아니되고 단순한 추정(extrapolation)으로 수행되어서는 아니된다고 한다. 컴펜디엄, 러시아, p.80. 러시아의 국가 기여는 2면에도 이르지 않고, 국가책임과 대응조치에 관하여 원론적인 입장을 밝힐 뿐이다.

- 3) 미국은 2014년부터 2015년까지 설치된 제4차 GGE에 *jus ad bellum*과 *jus in bello*에 대한 상세한 입장을 제출하였는데, 자발적 국가 기여에서도 비교적 상세히 자국 입장을 밝혔다. U.S. Submission to the UN Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (2014 - 2015), pp. 2-6 참조. 컴펜디엄에서 미국은 *jus ad bellum*과 *jus in bello* 용어를 사용한다. 미국은 ‘사이버활동’(cyber activities)의 용어를 사용하는데, 다른 국가들은 대체로 ‘사이버조작’(cyber operations)의 용어를 사용한다.
- 4) 2021년 10월 28일 고려대 사이버법센터가 일본 게이오대학 지구안보연구소 (G-SEC)와 중국 중국국제문제연구원 (CIIIS)과 공동으로 주최한 한중일사이버안보전문가회의에서 중국측 전문가는 다른 중요한 사안도 검토되어야 하는 점에서 사이버공간에 대한 국제법의 적용에 관한 자국의 입장을 제출하지 않았다고 밝혔다. 다만, 중국 외교부는 2021년 A4 4면 분량의 “China’s Positions on International Rules-making in Cyberspace”를 발표하였는데, 국제법의 적용 방법은 불과 반면뿐 되지 않는다. 동 문건은 <https://documents.unoda.org/wp-content/uploads/2021/12/Chinese-Position-Paper-on-International-Rules-making-in-Cyberspace-ENG.pdf> 참조. 동 문건의 한 문장에서 국가들이 ‘무력사용법’(the law of armed conflicts and *jus ad bellum*)을 신중하게 적용하고 충돌의 확대나 ‘사이버공간을 새로운 전장으로 만드는 것’(turning cyberspace into a new battlefield)을 금지해야 한다고 밝혔을 뿐이다. 이 문장을 그대로 해석하면, 중국은 사이버공간에서 *jus in bello* 즉 국제인도법의 적용에 대한 견해를 밝히려 하지 않는 것으로 볼 수 있다. *jus in bello*가 언급되지 않은 이러한 표현은 중국이 2019년 9월 OEWG에 제출한 “China’s Submissions to the Open-ended Working Group on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security”에서도 동일하게 발견된다. 동 문건에서 중국은 ‘사이버전쟁의 적법성’(lawfulness of cyber war)은 어느 경우에도 인정되지 않아야 한다고 언급하였다. 동 문건은 <https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2019/09/china-submissions-oewg-en.pdf> 참조. 한편 2021년 5월 채택된 제6차 GGE는 국제인도법(IHL)이 무력충돌의 경우에만 적용됨을 주목하면서 ‘국제인도법’의 용어를 명시하였다. 총의에 의하여 채택된 동 보고서는 중국도 반대를 하지 않은 것이다. 제6차 GGE 보고서, 제71(f)항. 한편, 중국 외교부는 2017년 3월 1일 발표한 “International Strategy of Cooperation on Cyberspace”에서도 간략하게 사이버공간에서의 국제법 적용에 관한 자국의 입장을 밝혔는데, 중국은 ‘사이버군’(a cyber force)의 개발을 촉진할 것을 언급하였다. 동 문건은 <https://nsarchive.gwu.edu/sites/default/files/documents/3521689/Document-12-Ministry-of-Foreign-Affairs-People-s.pdf> 참조.
- 5) 2019년 9월 프랑스 국방부(Ministry of the Armed Forces)는 “International Law Applied to Operations in Cyberspace”를 발표하였고, 프랑스는 이 문건을 기반으로 2020년 12월 31일 UN총회가 채택한 결의 75/240(A/RES/75/240)으로 설치된 제2차 OEWG에 2021년 같은 제목의 문건을 회람하였다. 2020년 12월 8일 이스라엘 법무부의 국제법 담당 부장관(Deputy Attorney General) Roy Schöndorf가 미국 해군대학 (US Naval War College)의 ‘Disruptive Technologies and International Law’에 관한 세미나에서 사이버조작에 대한 국제법의 적용에 관한 기조강연을 하였다. Roy Schöndorf, “Israel’s Perspective on Key Legal and Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations”, 97 INT’L L. STUD. 395 (2021) 참조.
- 6) 국방부훈령 제2508호, 2021.1.1. 시행. 전쟁법은 ‘무력충돌 행위에 관련된 국제법 중에서 대한민국이 당사자로서 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규와 이에 관한 국내법령’을 의미한다. 훈령 제3조 1호.
- 7) 훈령 제2조 2항과 3항.
- 8) 훈령 제3조 4호.

1. 무력사용법에 관한 국가실행

UN헌장의 주요 기본원칙 중의 하나는 제2조 4항에 규정된 국제관계에서 국가의 영토적 보전이나 정치적 독립에 대한 ‘무력사용 또는 그 위협’(the threat or use of force)의 금지이다. 이에 대한 예외로서, UN헌장 제42조에 따른 안전보장이사회의 허가과 제51조에 따른 자위권 행사의 경우 무력사용이 허용된다.⁹⁾ 다음과 같이 무력사용의 금지와 자위권은 사이버공간에서도 적용된다.

(1) 무력사용

악의적 내지 적대적 사이버조작의 대부분은 무력(force)의 범위 내에 해당하지 않는다.¹⁰⁾ 2021년 현재 사이버공격의 실행으로 무력사용 금지가 위반되었다고 주장한 국가는 없다.¹¹⁾ 그럼에도 ‘극단적 상황에서’(in extremis) 사이버조작은 UN헌장 제2조 4항을 위반하는 무력사용에 해당할 수 있다.¹²⁾ 사이버조작이 국제법상 금지되는 무력사용에 해당할 수 있다는 입장은 ICJ의 Nuclear Weapons 사건의 권고적 의견에 기반한다.¹³⁾ ICJ는 UN헌장 제51조에 따른 자위의 ‘고유한 권리’(inherent right)와 제42조에 따른 ‘군사적 강제조치’(military enforcement measures)는 ‘구체적 무기’(specific weapons)를 가리키지 않는다고 지적하고, 이들 규정이 ‘사용된 무기에 관계없이 어떤 무력사용’(any use of force, regardless of the weapons employed)에도 적용된다고 밝혔다.¹⁴⁾ 또한, UN헌장은 무력사용을 금지하면서 특정 무기 또는 다른 무력사용의 수단을 가리키지 않아서 무력사용의 법적 금지는 모든 무기에 적용된다.¹⁵⁾

9) 이들 두 가지 예외에 더하여 무력이 사용되는 국가의 동의가 있는 경우 그 무력사용은 허용된다.

10) 컴펜디엄, 독일, p.35/142. 2013년 탈린매뉴얼(Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare)이 출간되었을 때는, 2010년 이란의 핵발전소에 대한 소위 Stuxnet 사이버공격의 국제적 충격에 기인한 것일 수 있지만, 국제사회에서 사이버공간에서의 무력사용 가능성에 깊은 관심이 모아졌다. 그러나, 실제로 사이버공간에서는 아직 무력사용에 이르지 않는 즉 평시에서의 악의적 내지 적대적 사이버조작이 현실적으로 더 큰 문제를 야기한다. 이에 2017년 탈린매뉴얼 2.0(Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations)이 출간되었다. 또한, 직접적인 물리적 효과가 없는 디지털공격(digital attacks)과 같은 무력사용의 회색지대가 있다. 컴펜디엄, 브라질, p.19/142;

11) 컴펜디엄, 브라질, p.19/142; 브라질은 이러한 현실에서 jus ad bellum에 관련된 평가에서 사이버와 키네틱 행위 사이의 유추에 주의가 필요하다고 언급한다. 브라질은 ‘침략의 정의’(Definition of Aggression)에 관한 UN총회 결의 3314(XXIX)를 인용하면서, 사이버공격의 경우를 포함하도록 무력사용과 침략에 대한 다자적 이해의 개선이 필요하다고 지적한다.

12) 컴펜디엄, 독일, p.35/142; 미국, p.137; 미국은 ‘일정한 상황에서’(in certain circumstances) UN헌장 제2조 4항과 국제관습법의 의미 내에서 사이버활동이 무력사용이 될 수 있다고 인정한다.

13) 컴펜디엄, 독일, p.35/142; .

14) ICJ, Nuclear Weapons 사건, p.226, paras. 38-39.

무력사용의 기준에 이르지 않는 사이버조작은 금지된 간섭 또는 주권 침해가 될 수 있다.¹⁶⁾ 무력사용과 무력공격은 일반적으로 구별되지만, 미국은 무력공격과 무력사용을 구별하지 않는다.¹⁷⁾

사이버조작이 국가에 귀속되고 그 영향이 ‘키네틱 공격’(kinetic attack)의 영향에 유사하면, 동 사이버조작은 불법적 무력사용이 될 수 있다.¹⁸⁾ 사이버공간에 대한 국제법의 적용에서 무력사용의 정의에 있어서, 사용된 수단(means) 보다 효과(effects)가 중요하다.¹⁹⁾ 이 점에서 사이버조작이 무력사용으로 인정되는 기준은 ICJ가 *Nicaragua* 사건에서 제시한 ‘규모와 효과’(scale and effects)가 된다.²⁰⁾ 즉, 사이버조작의 규모와 효과가 전통적인 키네틱 무력사용의 규모와 효과에 상응하면, UN헌장 제2조 제4항을 위반하게 된다.²¹⁾ 사이버조작이 무력사용이 되는 여부는 해당 사이버조작의 규모와 효과로 결정된다.²²⁾

사이버조작이 무력사용에 해당하는 경우는 적어도 다음의 두 가지 경우이다.²³⁾ 첫째, 사이버조작은 ‘보다 넓은 키네틱 공격’(a wider kinetic attack)의 일부가 될 수 있다. 이 경우 사이버조작은 분명하게 ‘물리적 무력사용’(the use of physical force)을 수반하는 보다 넓은 활동을 구성하고, 보다 넓은 상황의 검토에서 평가될 수 있다.²⁴⁾ 둘째, ‘키네틱 군사적 활동’(a kinetic military operation)의 보다 넓은 맥락의 밖에서, 사이버조작은 독자적으로 ‘심각한 해’(serious harm)를 야기할 수 있고 ‘대규모 사상자’(massive casualties)로 결과할 수 있다.²⁵⁾ 이러한 둘째 유형의 경우에서 사이버조작의 규모와 효과가 중요하다.²⁶⁾

15) 컴펜디엄, 브라질, p.19/142;

16) 컴펜디엄, 네덜란드, p.58/142; .

17) 컴펜디엄, 미국, p.137. 따라서 미국은 무력사용으로 인정되는 사이버조작에 대하여 자위권을 발동할 수 있다는 입장이다. 또한, 미국은 무력사용을 UN헌장 제2조 4항은 물론 국제관습법의 관점에서 함께 접근한다. 컴펜디엄, 미국, p.137. 국제관습법에서 무력공격의 금지는 한 국가의 다른 국가 영토에 대한 무장단체(armed bands)의 파견은 규모와 효과의 관점에서 정규군이 수행했다면 ‘단순한 국경 사건’(a mere frontier incident)이 아닌 ‘상당한 규모로’(on a significant scale) 무력공격으로 분류된다면 이러한 파견에 적용될 수 있다. 무력공격은 무기 등의 제공 형식으로 반도(rebels)의 지원은 포함하지 않고, 이러한 지원은 무력의 사용 또는 위협이 되거나 다른 국가의 대내 또는 대외 문제의 간섭(intervention)에 해당할 수 있다. ICJ, *Nicaragua* 사건, para. 195.

18) 컴펜디엄, 브라질, p.19/142; 키네틱 무력공격은 사이버공간에서 또는 사이버공간을 통하여 개시되지 않은 무력공격을 말한다. 컴펜디엄, 미국, p.137.

19) 컴펜디엄, 독일, p.35/142; 네덜란드, p.58/142.

20) ICJ, *Nicaragua* 사건, para. 195.

21) 컴펜디엄, 독일, p.35/142; 네덜란드, p.58/142; .

22) 컴펜디엄, 독일, p.35/142; 네덜란드, p.58/142; 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 69 참조.

23) 컴펜디엄, 독일, p.35/142; 브라질, p.22/142; 브라질은 이러한 두 가지 경우를 국제인도법이 사이버공간에 적용되는 두 가지 경우로 설명한다. 컴펜디엄, 브라질, p.22/142.

24) 컴펜디엄, 독일, p.35/142.

25) 컴펜디엄, 독일, p.35/142.

26) 컴펜디엄, 독일, p.35/142.

국제법상 금지되는 무력사용이 되는 사이버조작은 사례별 기준(a case-by-case basis)에 따라 결정된다.²⁷⁾ 사이버조작의 규모와 효과의 평가에서 질적 요소와 양적 요소 모두의 검토가 필요하다.²⁸⁾ 탈린매뉴얼 2.0에서 제시된 8개 요소가 고려될 수 있다.²⁹⁾ 사이버조작의 규모와 효과의 평가에 기반하여, 상황의 보다 넓은 맥락과 해당 사이버조작의 중대함(significance)이 고려된다.³⁰⁾

사이버활동이 UN헌장 제2조 4항과 국제관습법에 따라 금지되는 무력사용이 되는지의 결정에서 국가는 ‘사람의 살상 성격과 정도 및 재물의 파괴 또는 손상’(the nature and extent of injury or death to persons and the destruction of, or damage to, property)을 검토해야 한다.³¹⁾ 사망, 부상 또는 중대한 파괴로 근접하게 결과하는 사이버활동은 무력사용으로 판단될 수 있다.³²⁾ 예컨대, 사이버활동의 물리적 결과가 폭탄 투하나 미사일 발사와 같은 피해를 결과하면, 동 사이버활동은 동등하게 무력사용으로 고려된다.³³⁾ 또한, 사망, 부상, 중대한 파괴의 ‘임박한 위협’(an imminent threat)을 나타내는 사이버활동은 무력사용이 될 수 있다.³⁴⁾ 사이버공간에서 또는 사이버공간을 통하여 사건이 ‘실제의 또는 임박한 무력사용’(an actual or imminent use of force)가 되는지의 평가에서, 사건의 맥락, 해당 행위를 저지른 자,³⁵⁾ 목표물과 위치, 사이버활동의 효과 및 행위자의 의도³⁶⁾ 등이 평가되어야 한다.³⁷⁾

‘매우 심각한 재정적 또는 경제적 충격’(a very serious financial or economic impact)을 주

27) 컴펜디엄, 독일, p.35/142; 네덜란드, p.58/142; 미국, p.137; . 미국은 사례별 조사와 함께 ‘사실 특정적 조사’(fact-specific inquiry)를 명시한다.

28) 컴펜디엄, 네덜란드, p.58/142.

29) 컴펜디엄, 네덜란드, p.58/142; . 탈린매뉴얼 2.0의 8개 요소는 국제법상 구속력을 갖지는 않는데, 다음과 같다: 사이버조작으로 야기되는 물리적 결과의 심각성(severity), 사이버조작으로 야기되는 효과가 나타나는 속도의 즉시성(immediacy), 사이버조작과 그 결과의 인과관계인 직접성(directness), 사이버조작이 목표 시스템에 침입하는 정도인 침입성(invasiveness), 사이버조작으로 야기되는 효과의 측정가능성(measurability), 사이버조작의 군사적 성격(military character), ‘국가 개입’(State involvement), 국제법상 명백하게 금지되지 않는 ‘추정적 정당성’(presumptive legitimacy). 탈린매뉴얼 2.0, p.333-36. 독일은 이들 요소 중에서 심각성, 즉시성, 침입성을 언급하고, ‘사이버조작의 조직과 공조의 정도’(degree of organization and coordination of the malicious cyber operations)도 언급한다. 컴펜디엄, 독일, p.35/142. 네덜란드는 이들 요소 중에서 심각성, 군사적 성격 및 국가 개입을 언급한다. 컴펜디엄, 네덜란드, p.58/142.

30) 컴펜디엄, 독일, pp.35-36/142.

31) 컴펜디엄, 미국, p.137.

32) 컴펜디엄, 미국, p.137.

33) 컴펜디엄, 미국, p.137.

34) 컴펜디엄, 미국, p.137.

35) 이 경우 사이버공간에서 공격자가 다른 행위자로 감추거나 사이버활동이 다른 위치에서 또는 다른 자에 의하여 개시된 것으로 보이게 하도록 전송데이터를 변조할 수 있는 점에서 귀속(attribution)의 어려움이 인정되어야 한다. 컴펜디엄, 미국, p.137.

36) 이 경우 공격자의 신원 확인과 같이 공격의 의도를 분간하기는 쉽지 않은데, 사이버활동의 특정 상황에서 적대적 의도가 추론될 수 있다. 컴펜디엄, 미국, p.137.

37) 컴펜디엄, 미국, p.137.

는 사이버조작이 무력사용이 되는 것을 현재로서 배제할 수 없다.³⁸⁾ 국가책임에 따른 대응 조치는 UN헌장의 무력사용 금지 의무에 영향을 줄 수 없다.³⁹⁾

(2) 자위권

‘자위의 권리’(right to self-defense)는 무력공격(armed attack)에 대한 대응으로서 허용된다. 무력공격이 발생하면, UN헌장 제51조에 따른 자위의 고유한 권리 즉 자위권이 발동된다.⁴⁰⁾ UN헌장 제51조에 따른 자위권의 발동을 규율하는 기준(thresholds)과 조건은 무력공격이 되는 사이버조작에 관하여 또한 사이버수단에 의하여 수행되는 자위권의 발동에 관하여 적용된다.⁴¹⁾ 무력공격으로 인정될 수 있는 사이버조작의 표적된 국가는 자위의 고유한 권리를 발동하여 방어를 위한 무력을 사용할 수 있다.⁴²⁾ 사이버조작은 ‘단독으로 또는 물리적 조작과 함께’(alone or in combination with a physical operation) 전통적인 무력공격에 동등한 손상과 그 ‘임박한 위협’(imminent threat)을 결과하면, 자위의 고유한 권리가 발동될 수 있다.⁴³⁾ 악의적 사이버조작은 ‘규모와 효과에서 전통적인 키네틱 무력공격’에 상응하면, 무력공격이 된다.⁴⁴⁾

ICJ는 *Nicaragua* 사건에서 무력공격을 구성하지 않지만 무력사용을 수반하는 조치가 있음을 인정하였다.⁴⁵⁾ ICJ는 ‘무력사용의 가장 중대한 유형’(the most grave forms of the use of force)을 ‘다른 덜 중대한 유형’(other less grave forms)과 구별하였는데, 전자는 무력공격을 가리킨다. 즉, 무력공격은 가장 중대한 유형의 무력사용을 구성한다.⁴⁶⁾ 모든 무력공격은 무력사용이지만, 모든 무력사용은 무력공격이 되지 않는다.⁴⁷⁾ 즉, 무력사용과 무력공격은 구

38) 컴펜디엄, 네덜란드, p.58/142.

39) 컴펜디엄, 러시아, p.80.

40) UN헌장 제51조는 ‘그렇게 규정된 엄격한 한계 내에서만’(only within the strict confines there laid down) 자위로서 무력사용을 정당화할 수 있다. ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, p. 223, para. 148. 자위권은 국가에 의하거나 국가에 귀속되는 무력공격으로 발동된다. ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, 19 Dec. 2005), p. 223.

41) 컴펜디엄, 호주, p.15/142.

42) 컴펜디엄, 네덜란드, p.64/142; 미국, p.137.

43) 컴펜디엄, 호주, p.15/142; 미국은 사이버공간에서 실제의 무력공격은 물론 ‘임박한 무력공격’(imminent armed attack)에 대한 자위의 권리를 인정한다. 컴펜디엄, 미국, p.137.

44) 컴펜디엄, 독일, p.43/142; . 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 71 참조.

45) ICJ, *Nicaragua* 사건, paras. 191, 195, 210; *Oil Platforms* 사건, para. 51.

46) 컴펜디엄, 독일, p.43/142.

47) 컴펜디엄, 네덜란드, p.64/142; . ICJ는 다른 국가에서 반란단체에 무기를 공급하고 군수지원을 제공하여 특정 국가에 사용할 수 있도록 하는 행위는 해당 국가에 대한 무력사용이 되며 무력공격에는 이르지 않는다고 판단하였다. ICJ, *Nicaragua* 사건, paras. 195, 228.

별된다.⁴⁸⁾

사이버조작이 무력공격이 되는 여부의 결정에 ICJ가 *Nicaragua* 사건에서 제시한 ‘규모와 효과’(scale and effects)가 고려된다.⁴⁹⁾ 국제법은 사이버조작이 무력공격으로 인정되는 정확한 규모와 효과에 관하여 모호하지만, 무력공격은 반드시 키네틱 수단으로 수행될 필요는 없다. ICJ는 Nuclear Weapons 사건의 권고적 의견에서 무력공격 여부의 결정에서 공격이 수행되는 수단이 결정적 요인은 아니라고 판단하였다. “무력공격에 상응한 결과 (사상자, 손상과 파괴)를 가진 사이버공격은 사이버무기 또는 재래식 무기에 의한 대응을 정당화할 수 있다”(a cyber attack that has comparable consequences to an armed attack (fatalities, damage and destruction) can justify a response with cyber weapons or conventional weapons).⁵⁰⁾ 예컨대, 컴퓨터 또는 정보 시스템에 대한 사이버공격은 그 결과가 재래식 또는 비재래식 무기에 의한 공격의 결과에 상응하면 무력공격으로 인정할 수 있다.⁵¹⁾

사이버활동이 국가의 자위권을 발동하게 하는 무력공격이 되는지 결정에서 국가는 ‘사람의 살상 성격과 정도 및 재물의 파괴 또는 손상’(the nature and extent of injury or death to persons and the destruction of, or damage to, property)을 검토해야 한다.⁵²⁾ 사망, 부상 또는 중대한 파괴로 근접하게 결과하는 사이버활동은 무력공격으로 판단될 수 있다.⁵³⁾ 예컨대, 사이버활동의 물리적 결과가 폭탄 투하나 미사일 발사와 같은 피해를 결과하면, 동 사이버활동은 동등하게 무력공격으로 고려된다.⁵⁴⁾

현재 시점에서 사망자, 물리적 손상 또는 파괴를 초래하지 않지만 ‘매우 심각한 비물질적 결과’(very serious non-material consequences)를 가지는 사이버공격을 무력공격으로 인정할 수 있는지에 대한 국제적 총의는 없다.⁵⁵⁾

ICJ의 *Nicaragua* 사건 판결과 같이, 무력공격은 ‘국경간 성격’(cross-border character)을 가져야 한다.⁵⁶⁾ 물론 무기를 수반한 모든 국경에서의 사건이 UN헌장 제51조의 무력공격이 되는 것은 아니다.⁵⁷⁾ 역시 해당 사건의 규모와 효과에 따르게 된다.⁵⁸⁾ ‘재산의 물리적 파

48) 컴펜디엄, 네덜란드, p.64/142.

49) 컴펜디엄, 네덜란드, p.64/142; ICJ, *Nicaragua* 사건, para. 195.

50) 컴펜디엄, 네덜란드, p.64/142.

51) 컴펜디엄, 네덜란드, p.64/142.

52) 컴펜디엄, 미국, p.137.

53) 컴펜디엄, 미국, p.137.

54) 컴펜디엄, 미국, p.137. 미국은 자위권의 발동에서 무력공격과 무력사용을 구별하지 않는다.

55) 컴펜디엄, 네덜란드, p.64/142.

56) 컴펜디엄, 네덜란드, p.64/142; ICJ, *Nicaragua* 사건, para. 195 참조.

57) 컴펜디엄, 네덜란드, p.64/142.

58) 컴펜디엄, 네덜란드, p.64/142; ICJ, *Nicaragua* 사건, para. 195 참조.

괴'(physical destruction of property), 상해와 사망 및 '심각한 영토적 침입' (serious territorial incursion)은 적절한 요소이다.⁵⁹⁾

사이버조작의 규모와 효과가 무력공격으로 고려하기에 충분한지는 국제법에 따른 정치적 결정이 된다.⁶⁰⁾ 이러한 결정은 오직 기술적 정보에 따르지 않고 전략적 맥락과 사이버조작의 사이버공간을 넘는 효과에 대한 평가에도 따른다.⁶¹⁾ 또한, 이러한 결정은 악의적 사이버조작의 피해국가의 재량에만 따르지 않고, UN헌장 제51조에 따라 UN안전보장이사회 등 국제공동체에 완전하게 보고되어야 한다.⁶²⁾ 사이버공격의 새롭고 불확실한 성격으로 안전보장이사회에의 보고는 특히 중요하다.⁶³⁾ 자위권 발동은 임시적 구제인데,⁶⁴⁾ 임시적인 자위의 무력사용이 UN안전보장이사회에 보고되면, UN헌장에 따른 집단조치가 된다.⁶⁵⁾

무력공격에 대한 정당화할 수 있는 자위의 입증책임은 쉽지 않다. '공격 출처의 적당한 증거가 없이 또한 특정 국가(들) 또는 무장단체가 해당 공격의 수행 또는 통제에 대한 책임의 확실한 증거가 없이도 행사될 수 있는 어떤 형식의 자위'(No form of self-defence whatever may be exercised without adequate proof of the origin or source of the attack and without convincing proof that a particular state or states or organised group is responsible for conducting or controlling the attack)에 대하여, 공격의 출처와 책임있는 주체의 신분이 충분히 분명하다면, 국가는 자위로서 무력을 사용할 수 있다.⁶⁶⁾

무력공격을 구성하는 악의적 사이버조작에 대한 대응은 사이버조작에 국한되지 않는다. 자위권의 발동은 무력공격과 동일한 수단을 사용하도록 요구되지 않는다.⁶⁷⁾ 예컨대, 키네틱 무력공격에 대한 자위의 수단으로서 무력사용의 수준에 이르는 사이버역량(cyber capabilities)이 운용될 수 있다.⁶⁸⁾ 마찬가지로, 일정한 경우 사이버공간에서 또는 사이버공간을 통한 무력공격에 대한 자위로서 키네틱 무력사용이 가능하다.⁶⁹⁾

59) 컴펜디엄, 독일, p.43/142; 독일은 상해와 사망을 간접적 효과로서도 포함한다. 컴펜디엄, 독일, p.43/142.

60) 컴펜디엄, 독일, p.43/142.

61) 컴펜디엄, 독일, p.43/142.

62) 컴펜디엄, 독일, p.43/142; 브라질, p.20/142.

63) 컴펜디엄, 브라질, p.20/142; 안전보장이사회에 대한 보고 여부는 해당 국가가 자위권을 발동하였다고 확신하는지 여부의 평가 요소가 된다. ICJ, Nicaragua 사건, p. 105, para. 200.

64) 컴펜디엄, 브라질, p.20/142.

65) 컴펜디엄, 브라질, p.20/142.

66) 컴펜디엄, 네덜란드, p.64-65/142; 'Cyber Warfare', No 77, AIV/ No 22, CAVV December 2011, p. 22 (네덜란드) 참조. 이러한 원칙은 국가와 비국가 행위자 모두에게 적용된다. 컴펜디엄, 네덜란드, p.65/142.

67) 컴펜디엄, 독일, p.43/142; 미국, p.137.

68) 컴펜디엄, 미국, p.137/142; 키네틱 무력공격은 사이버공간에서 또는 사이버공간을 통하여 개시되지 않은 무력공격을 말한다. 컴펜디엄, 미국, p.137.

69) 컴펜디엄, 미국, p.137/142.

자위권이 발동되면, 사이버 무력공격을 받는 국가는 해당 공격을 끝내기 위하여 ‘모든 필요하고 비례적인 수단’(all necessary and proportionate means)을 동원할 수 있다.⁷⁰⁾ 사이버공간에서 또는 사이버공간을 통한 무력공격에 대한 자위권을 행사할 때, 국가는 필요성과 비례성의 조건을 충족해야 한다.⁷¹⁾ 즉, 자위권이 발동되기 위하여 그 의도는 해당 공격을 끝내는 것이고, 동 조치는 그 목적을 벗어나지 않으며, 실행 가능한 대안이 없어야 한다.⁷²⁾ 비례성의 요건으로 ‘확대의 위험’(risk of escalation)을 가지거나, 공격을 끝내거나 가까운 미래의 공격을 방지하는데 엄격하게 필요하지 않은 조치는 배제된다.⁷³⁾ 사이버공간에서 또는 사이버공간을 통한 실제의 또는 임박한 무력공격에 대한 자위의 무력조치를 취하기 전에, 국가는 ‘무력사용의 기준 밑의 수동적 사이버 방어 또는 능동적 방어’(passive cyber defenses or active defenses below the threshold of the use of force)가 해당 무력공격의 무력화에 충분할지 고려해야 한다.⁷⁴⁾

UN헌장 제51조에 따른 자위권은 임박한(imminent) 악의적 사이버조작에도 인정된다.⁷⁵⁾ 사이버공격의 신속함(rapidity)과 사이버공격의 잠재적으로 숨겨지거나 무차별적 성격 등 현 시점의 위협을 고려할 때 사이버조작의 임박함에 대한 새로운 접근이 필요하다.⁷⁶⁾ 즉, 공격자가 ‘분명하게 무력공격을 개시하려 할 때’(the attacker is clearly committed to launching an armed attack), 피해국가가 행위하지 않으면 자신을 효과적으로 방어할 마지막 기회를 상실하는 경우에, 그 국가는 무력공격에 대하여 ‘예방적 자위’(anticipatory self-defense)로 행위할 수 있다.⁷⁷⁾ 대규모 인간 생명의 상실과 핵심 기반시설에 대한 손상을 야기하는 사이버조작이 눈 깜짝할 사이 또는 찰나에(in a split-second) 발생하기 때문이다.⁷⁸⁾ 따라서, 아직 무력공격을 개시하지 않은 ‘장래의 공격자’(a prospective attacker)에 대한 대응은 적법한 자위권에 해당하지 않는다.⁷⁹⁾

70) 컴펜디엄, 독일, p.43/142.

71) 컴펜디엄, 미국, pp.137, 139/142; 브라질, p.20/142. ICJ, Nicaragua 사건, p. 103, para. 194; ICJ, Oil Platform 사건, pp. 196-197, para. 74 참조.

72) 컴펜디엄, 네덜란드, p.65/142.

73) 컴펜디엄, 네덜란드, p.65/142.

74) 컴펜디엄, 미국, p.137.

75) 컴펜디엄, 독일, p.43/142; 미국, p.137; 브라질, p.20/142; . 미국은 사망, 부상, 중대한 파괴의 임박한 위협을 나타내는 사이버활동은 무력공격이 될 수 있다고 한다. 브라질은 ‘예방적 자위’(preventive self-defense)의 권리는 인정되지 않는다고 밝힌다.

76) 컴펜디엄, 호주, p.15/142.

77) 컴펜디엄, 호주, p.15/142 [Attorney-General, Senator the Hon. George Brandis QC, University of Queensland, 11 April 2017에서 재인용].

78) 컴펜디엄, 호주, p.15/142 [Attorney-General, Senator the Hon. George Brandis QC, University of Queensland, 11 April 2017에서 재인용].

79) 컴펜디엄, 독일, p.43/142.

국가는 물론 비국가 행위자의 행위도 자위권이 발동되는 무력공격을 구성할 수 있다.⁸⁰⁾ 이러한 예에 알카에다(Al Qaeda)와 ISIS에 의한 공격이 해당한다.⁸¹⁾ 또한, 비국가 행위자의 무력공격이 국가를 대신하거나 국가의 효과적인 통제를 받은 경우에는 자위권이 발동될 수 있다.⁸²⁾ 사이버조작과 관련하여 특히 귀속을 결정하는데 있어 기술적, 법적 및 운영상의 어려움으로 자위권의 잠재적 남용을 증명하기는 어렵고, 그 결과 UN헌장에 따라 확립된 집단체제를 훼손하는 ‘낮은 수준의 충격을 주는 지속적인 일방적 군사 행동의 위험’(risk of low impact persistent unilateral military action)이 있다.⁸³⁾

현대국제법에서 영토국가가 역외 효과를 가지는 사이버행위의 비국가 행위자를 진압하는데 ‘꺼리고 또한 할 수 없는’(unwilling and unable) 경우에 자위는 허용되지 않는다.⁸⁴⁾ 비국가 행위자의 사이버행위가 국가에 귀속되는 무력사용과 유사한 효과를 가지는 경우 이는 무력공격이 아니라 ‘중대한 범죄’가 될 수 있다.⁸⁵⁾ 이런 경우 영토국가는 성실하게 자신의 역량에 따라 해당 사이버행위를 중단하고 책임성(accountability)을 보장하는 조치를 채택해야 한다.⁸⁶⁾ 이렇게 하지 않는 경우, 국제위법행위가 되어서 해당 영토국가의 국가책임이 발생한다. 이 경우 피해국가는 평화적 수단을 통한 구제의 권리를 가진다.⁸⁷⁾ 국제법상 상당한 주의 의무가 적용될 것이다.⁸⁸⁾

2. 국제인도법에 관한 국가실행⁸⁹⁾

국제인도법을 구성하는 제네바협약과 그 추가의정서 등 핵심적 조약들이 채택된 당시 사이버공간은 전투의 영역이 아니었다. 그러나, 이제 사이버공간은 전투의 영역이 되어서, 사

80) 컴펜디엄, 독일, p.43/142; 미국, p.137/142.

81) 컴펜디엄, 독일, p.43/142; Letter dated 29 November 2001 from the Permanent Representative of Germany to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2001/1127 및 Letter dated 10 December 2015 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Germany to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2015/946 참조.

82) 컴펜디엄, 브라질, p.20/142.

83) 컴펜디엄, 브라질, p.20/142.

84) 컴펜디엄, 브라질, p.20/142.

85) 컴펜디엄, 브라질, p.20/142.

86) 컴펜디엄, 브라질, p.20/142.

87) 컴펜디엄, 브라질, p.20/142.

88) 상당한 주의 의무에 관하여 박노형, 김효권, “국제사이버법상 상당한 주의 의무에 관한 국가실행”, 국제법학회논총(2021), v.66, no.4, pp.61-96 참조.

89) 네덜란드는 사이버조작과 무력충돌 맥락에서 사이버공격의 차이에 관한 기술적 논의를 고려하는 것은 ‘국가적 기여’의 범위를 넘는다고 보았다. 컴펜디엄, 네덜란드, p.60/142. 따라서 국제인도법의 적용에 대한 네덜란드의 입장은 비교적 간단하다.

이버전(cyber warfare)은 현실이 되고 있다. ICT기반시설의 ‘군민양용’(dual-use) 성격과 ICTs의 상호연결성으로 사이버공격에 대한 국제인도법의 적용은 특히 중요하다.⁹⁰⁾ 국제인도법의 사이버공간에 대한 적용으로 사이버공간의 전장화(militarization)나 사이버전의 정당화가 인정되는 것은 아니다.⁹¹⁾ 국제인도법은 무력충돌이 발생한 경우 최소한의 보호를 요구할 뿐이다.

(1) 사이버공간에서 국제인도법의 적용⁹²⁾

국제인도법(IHL)은 무력충돌 맥락에서 사이버활동에 적용된다.⁹³⁾ 무력사용법(jus ad bellum) 차원에서 적법하거나 불법한 여부에 관계 없이 국제인도법은 무력충돌의 맥락에서 수행되는 사이버조작에 적용된다.⁹⁴⁾ 국제인도법은 ‘[제네바협약] 당해 체약국의 하나가 전쟁상태를 승인하거나 아니하거나를 불문하고’ 즉 무력충돌 당사자들에 의한 분류와 관계 없이 무력충돌에 이르는 상황에 적용된다.⁹⁵⁾ 무력충돌의 맥락에서 사이버활동은 일정한 상황에서 국제인도법의 적용 목적에서 공격이 될 수 있다.⁹⁶⁾

90) 컴펜디엄, 미국, p.139/142; 브라질, p.23/142. 브라질은 사이버공간에 대한 국제인도법의 적용에서 특히 군사적 및 민간 네트워크 사이의 상호연결성을 사이버공간의 특수성으로 지적한다. 컴펜디엄, 브라질, p.23/142.

91) 컴펜디엄, 브라질, p.22/142.

92) 미국은 국제인도법(IHL) 대신 jus in bello 용어를 사용한다. 브라질은 사이버공간에 대한 국제인도법의 적용을 인정하면서, 추가의정서 I 제49조에 규정된 공격의 정의와 관련하여 사이버공격의 정의, 국제인도법의 보호를 받는 민간물자로서 민간 데이터의 고려, 사이버공간에서 행위하는 민간인의 적대행위의 직접적 참여의 고려 등에 대한 연구가 필요하다고 지적한다. 컴펜디엄, 브라질, p.23/142. 또한, 브라질은 국제인도법의 부존재 또는 불분명의 경우에도 비인도적 행위를 할 수 없게 규정한 ‘마르텐스 조항’(Martens clause)이 적용됨을 주목한다. 컴펜디엄, 브라질, p.23/142. 추가의정서 I, 제1조 2항; ICJ, Nuclear Weapons 사건, p. 260, para. 87. 현존하는 조약 등에서 사이버무기가 직접적으로 규제되지 않더라도, 다음의 마르텐스 조항은 사이버무기에도 적용되어야 할 것이다: “본 의정서 또는 다른 국제협정의 적용을 받지 아니하는 경우에는 민간인 및 전투원은 ‘확립된 관습, 인도원칙 및 공공양심의 명령으로부터’(from established customs, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience) 연원하는 국제법원칙의 보호와 권한하에 놓인다.”

93) 컴펜디엄, 독일, p.36/142; 네덜란드, p.59/142; 브라질, p.22/142. 제6차 GGE는 국제인도법이 ‘무력충돌의 상황에서만’(only in situations of armed conflict) 적용됨을 주목하였다. 제6차 GGE 보고서, 제71(f)항. ICJ는 Nuclear Weapons 사건의 권고적 의견에서 다음과 같이 밝혔다: “it cannot be concluded from this that the established principles and rules of humanitarian law applicable in armed conflict did not apply to nuclear weapons. Such a conclusion would be incompatible with the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question which permeates the entire law of armed conflict and applies to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future.” (밑줄 추가) ICJ, p. 259, para. 86. 네덜란드는 2011년 사이버공간에서 적대행위에 대한 국제인도법의 적용은 ‘기술적으로 가능하고 법적으로 필요하다’(technically feasible and legally necessary)고 밝혔다. ‘Cyber Warfare’, Advisory report no 77, AIV/no. 22, CAVV December 2011, p. 25; government response to the AIV/CAVV report ‘Cyber Warfare’, 17 January 2012. 또한, 달린매뉴얼 2.0, 규칙 80 이하 참조.

94) 컴펜디엄, 독일, p.36/142. 국제인도법의 목적은 적대행위의 어느 상황에서도 인간 고통의 최소화와 민간인의 최소한의 보호이기 때문이다. 컴펜디엄, 브라질, p.22/142.

95) 제네바협약, 제2조.

96) 컴펜디엄, 미국, p.138/142.

국제인도법의 적용을 위하여 국제무력충돌 또는 비국제무력충돌의 존재가 요구된다.⁹⁷⁾ 국제무력충돌(international armed conflict)은 국가들 사이의 군사적 적대행위이다.⁹⁸⁾ 사이버수단의 사용으로 일부 또는 전부 수행되는 적대행위도 해당한다.⁹⁹⁾ 무장단체(organized armed group)와 국가 사이와 같은 비국제적 성격의 사이버조작도 제한된 영향의 행위가 아닌 ‘충분한 범위, 기간, 또는 정도’(a sufficient extent, duration, or intensity)에 이르면 비국제무력충돌(non-international armed conflict)로 고려되어 국제인도법이 적용될 수 있다.¹⁰⁰⁾

사이버조작은 진행 중인 무력충돌을 구성할 수 있다.¹⁰¹⁾ 이 경우 국제인도법이 적용되기 위하여 해당 사이버조작은 ‘무력충돌과 충분한 연결’(a sufficient nexus with the armed conflict)을 가져야 한다.¹⁰²⁾ 예컨대, 사이버조작은 무력충돌 당사자가 적대적 상대에 대하여 수행하고 군사적 노력에 기여해야 한다.¹⁰³⁾

그러나, 비국가 행위자와 국가 사이의 사이버조작 만으로는 비국제무력충돌이 되기는 어렵다.¹⁰⁴⁾ 예컨대, 외국 사이버 시스템에 대한 대규모 침입, 상당한 규모의 데이터 절취, 인터넷 서비스의 차단 및 정부 채널이나 웹사이트의 훼손은 일반적으로 그 자체로는 비국제 무력충돌이 되지는 않는다.¹⁰⁵⁾

(2) 국제인도법의 기본원칙

국제무력충돌과 비국제무력충돌에서 사이버수단을 포함한 적대행위에 적용되는 국제인도법은 다음의 기본원칙을 포함한다:¹⁰⁶⁾ 구별, 비례성, 공격에서 예방조치 및 불필요한 고통

97) 컴펜디엄, 네덜란드, p.59/142.

98) 1949년 제네바협약 제2조; 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 82 참조.

99) 컴펜디엄, 독일, p.36/142.

100) 컴펜디엄, 독일, p.36/142.; 1949년 제네바협약 제3조; 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 83 참조.

101) 컴펜디엄, 독일, p.36/142; 네덜란드, p.59/142; .

102) 컴펜디엄, 독일, p.36/142.; 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 80, 5항 참조.

103) 컴펜디엄, 독일, p.36/142.; 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 80, 6항 참조.

104) 컴펜디엄, 독일, p.36/142.

105) 컴펜디엄, 독일, p.36/142.

106) 컴펜디엄, 독일, p.36/142; 네덜란드, p.60/142.; 네덜란드는 구별의 원칙, 비례성의 원칙 및 예방조치를 취할 의무를 명시한다. 제4차 GGE는 사이버공간에서 국제인도법의 기본원칙인 인도의 원칙, 필요성의 원칙, 비례성의 원칙 및 구별의 원칙의 적용을 명시하였지만, 국제인도법(IHL)의 용어 자체는 언급하지 않았다. 제4차 GGE 보고서, 28(d)항. 제5차 GGE에서 특히 쿠바는 국제인도법의 언급이 ‘ICT 맥락에서 전쟁과 군사행동의 시나리오를 정당화’(legitimize a scenario of war and military actions in the context of ICT) 것이라고 주장하였다. Declaration by Miguel Rodriguez, Representative of Cuba, at the Final Session of Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, New York, June 23, 2017, <<https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2017/06/Cuban-Expert-Declaration.pdf>>. 그러나, 제6차 GGE는 국제인도법(IHL)이 ‘무력충돌의 상황에서

과 부상의 금지. 국제인도법의 사이버공간에의 적용은 미국, 호주, 핀란드, 프랑스, 네덜란드, 뉴질랜드, 영국 등 많은 국가들이 명시적으로 인정하고 있다.¹⁰⁷⁾

국제인도법의 가장 중요한 구성요소는 중립(neutrality)에 관한 국제법이다.¹⁰⁸⁾ 무력충돌 당사자와의 관계에서 중립국가는 자신의 중립을 유지하기 위하여 모든 당사자들을 동등하게 대우하도록 요구된다. 예컨대, 무력충돌의 타방당사자에게 자국 IT시스템에 대한 접속을 거부하지 않으면서 일방당사자에게 거부할 수 없다.¹⁰⁹⁾

국제인도법의 적용을 받는 사이버공격(cyber attack)은 ‘통신, 정보 또는 다른 전자적 시스템, 이러한 시스템에서 저장되거나, 처리되거나 전송된 정보 또는 물리적 대상 또는 사람에 대한 유해한 효과를 초래하기 위하여 사이버공간에서 또는 사이버공간을 통하여 개시되는 행위’(an act or action initiated in or through cyberspace to cause harmful effects on communication, information or other electronic systems, on the information that is stored, processed or transmitted on these systems or on physical objects or persons)이다.¹¹⁰⁾ 재래식 무기의 효과에 상응하는 물리적 손상, 살상 또는 물건의 파손의 발생은 제네바협약 추가의정

만’(only in situations of armed conflict) 적용됨을 주목하면서, 국제인도법(IHL)의 용어를 명시적으로 사용하였다. 또한, 제 4차 GGE와 같이, 제6차 GGE는 적용 가능한 경우, 국제인도법의 네 가지 핵심 원칙인 인도, 필요성, 비례성 및 구별의 원칙을 포함한 확립된 국제법 원칙을 상기하고서, 국가의 ICTs 이용에 이들 원칙이 ‘어떻게 및 언제’(how and when) 적용되는지의 추가적 연구의 필요를 인정하였다. 동 GGE는 이들 원칙의 상기가 무력충돌을 ‘정당화하지도 조장하지도 않음’(by no means legitimizes or encourages)을 강조하였다. 제6차 GGE 보고서, 제71(f)항.

107) Australia: International Cyber Engagement Strategy, Annex A: Australia’s position on applies to State conduct in cyberspace (3 Oct. 2017), available at: https://www.dfat.gov.au/publications/international-relations/international-cyber-engagement-strategy/aices/preliminary_information/foreword.html; Australia: 2019 International Law Supplement, available at: https://www.dfat.gov.au/publications/international-relations/international-cyber-engagement-strategy/aices/chapters/2019_international_law_supplement.html; Finland: National Positions, International Law and Cyberspace, p.7 (2020), available at: <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/10/finland-views-cyber-and-international-law-oct-2020.pdf>; France: Ministry of Defense, International Law Applied to Operations in Cyberspace, pp. 12 - 18 (Sept. 2019); Netherlands: Letter of 5 July 2019 from the Minister of Foreign Affairs to the President of the House of Representatives on the international legal order in cyberspace, Appendix: International law in cyberspace, p. 5, available at: <https://www.government.nl/ministries/ministry-of-foreign-affairs/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace>; New Zealand: The Application of International Law to State Activity in Cyberspace, 1 Dec. 2020, available at: <https://www.mfat.govt.nz/en/media-and-resources/ministry-statements-and-speeches/cyber-il/> UK: Attorney General Jeremy Wright, Cyber and International Law in the 20th Century, 23 May 2018, available at: <https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century>. 국제인도법의 적용을 설명하는 미국 전쟁법 매뉴얼에 관하여 Department of Defense, Law of War Manual, § 16, available at: <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190>; 국제인도법의 적용을 설명하는 덴마크 전쟁법 매뉴얼에 관하여 Danish Ministry of Defense, Military Manual on International Law Relevant to Danish Armed Forces in International Operations, § 3.10, Regulation of Computer Network Operations in international law (12 Oct. 2020), available at: <https://forsvaret.dk/en/publications/military-manual/> 참조.

108) 컴펜디엄, 네덜란드, p.59/142.

109) 컴펜디엄, 네덜란드, p.60/142.

110) 컴펜디엄, 독일, p.36-37/142; 사이버공격의 정의에 관하여 NATO Terminology Tracking Form (TTF) 2015-0028 (last entry 2019-02-12) 참조.

서I 제49조 1항에서의 공격에서 요구되지 않는다.¹¹¹⁾ 외국 네트워크에 대한 단순한 침입 (intrusion)이나 데이터의 복사 등은 국제인도법에 따른 공격이 되지 않는다.¹¹²⁾

1) 구별의 원칙

‘구별의 원칙’(principle of distinction)에 따라 무력충돌 당사자는 군사목표물(military objective)과 민간물자(civilian object)를 구별하고, 민간인 및 전투원, 무장단체 구성원 및 적 대행위에 직접 참여한 민간인을 구별해야 한다.¹¹³⁾ 적대행위에 직접 참여하지 않는 민간인과 민간물자는 보호되어야 한다.

사이버공간에서 활동하는 민간인은 다음의 조건이 충족되면, 적대행위에 직접 참여하는 것으로 고려되어서 공격과 적대행위의 효과로부터 보호받을 수 없게 된다.¹¹⁴⁾ 첫째, 사이버공간에서 활동하는 민간인이 무력충돌 당사자의 군사적 활동(military operations)이나 군사적 역량에 불리하게 영향을 줄 것 같은 경우이다. 둘째, 이러한 민간인의 행위와 불리한 효과 사이에 직접적인 인과관계가 있는 경우이다. 셋째, 이러한 민간인의 행위가 무력충돌 당사자를 지원하고 상대방을 해치기 위하여 피해를 주도록 특정적으로 고안된 경우이다. 예컨대, ‘컴퓨터망 공격 또는 컴퓨터망 (부당한) 이용 또는 적군 고위 지휘부의 ... 도청 또는 공격을 위한 전술적 표적 정보의 전송을 통한 ... 군사적 컴퓨터망의 전자적 간섭’(electronic interference with military computer networks [...], whether through computer network attacks or computer network exploitation, as well as wiretapping [...] [of an] adversary’s high command or transmitting tactical targeting information for an attack)은 민간인의 적대행위의 직접 참여로 고려될 수 있다.¹¹⁵⁾

구별의 원칙에 따라 오직 정당한 군사목표물(military objectives)만 공격의 대상이 될 수 있다.¹¹⁶⁾ 즉, 무력충돌에서 사용된 사이버역량(cyber capabilities)은 공격의 대상이 될 수 있다.¹¹⁷⁾ 컴퓨터, 컴퓨터망 및 사이버 기간시설 또는 데이터 저장물(data stocks)과 같은 민간

111) 컴펜디엄, 독일, p.37/142.; 추가의정서 I 제49조 1항은 ‘공격’을 ‘공세나 수세를 불문하고 적대자에 대한 폭력행위’(acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence)라고 정의한다.

112) 컴펜디엄, 독일, p.37/142.

113) 제네바협약 추가의정서 I, 제48조와 제51조 참조.

114) 컴펜디엄, 독일, p.37/142.; 민간인의 적대행위의 직접 참여에 관하여, International Committee of the Red Cross (ICRC)/Melzer, N., Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law (2009), p.16; 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 91 참조.

115) 컴펜디엄, 독일, p.37/142.; International Committee of the Red Cross (ICRC)/Melzer, N., Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law (2009), p.48 참조.

116) 제네바협약 추가의정서 I, 제48조.

물자는 민간 및 군사적 목적 모두를 위하여 또는 군사적 목적으로만 사용된다면 군사적 공격 목표가 될 수 있다.¹¹⁸⁾ 현실에서 민간물자의 군사적 이용 여부의 판단이 어려운 경우, 민간 컴퓨터가 군사적 활동에 효과적으로 기여하기 위하여 사실상 사용된다는 결정에는 주의 깊은 평가가 필요하다.¹¹⁹⁾ 민간물자의 군사적 사용에 대한 의심이 드는 경우, 군사적 사용이 아니라고 추정되어야 한다.¹²⁰⁾

구별의 원칙의 적용 기준은 사이버공격이 공세 또는 수세로 행사된 여부와 관계 없이 ‘사이버공격이 야기한 효과’(the effect caused by a cyber attack)이다.¹²¹⁾ 예컨대, 유해한 효과를 통제할 수 없게 전파하도록 의도된 컴퓨터 바이러스는 군사적 및 민간 컴퓨터 시스템을 적합하게 구별할 수 없어서 이러한 컴퓨터 바이러스의 사용은 무차별적 공격으로서 금지된다.¹²²⁾ 그러나, 폭넓게 민간 컴퓨터 시스템으로 전파되면서 특정 군사목표물만 피해를 주는 맬웨어는 구별의 원칙을 위반하지 않는다.¹²³⁾ 사이버공격의 복잡한 성격, 사이버공격의 성격과 효과 및 민간 시스템에 대한 영향의 높은 가능성을 완전하게 평가하는데 제한된 선택의 여지 때문에, 임무 계획 과정 내내 잠재적 무차별적 효과를 평가하는데 있어서 적절한 전문성에 의존하는 것은 가장 중요하다.¹²⁴⁾

2) 비례성 원칙

‘비례성 원칙’(principle of proportionality)에 따라 기대된 구체적이고 직접적인 군사적 이득과 관련하여 과도한(excessive) 부수적 민간인 생명의 상실, 민간인 부상 또는 민간물자에 대한 손상을 야기하도록 기대될 수 있는 공격은 금지된다.¹²⁵⁾ 군사목표물을 겨냥하지만 부수적인(incidental) 민간인 생명의 상실, 민간인의 부상, 민간물자의 손상 또는 이들의 결합을 야기하는 사이버공격은 이러한 부수적 영향이 기대된 구체적이고 직접적인 군사적 이득과 비교하여 과도한 경우 국제인도법에 따라 금지된다.¹²⁶⁾ 재래식 무기과 함께 동일한 시설을 겨냥한 사이버공격과 같이, 사이버공격이 다른 형식의 군사적 행위와 함께 실행되는 경우,

117) 컴펜디엄, 미국, p.138.

118) 컴펜디엄, 독일, p.37/142.

119) 컴펜디엄, 독일, p.37/142.; 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 102 참조.

120) 컴펜디엄, 브라질, p.23/142. 추가의정서 I, 제52조 3항.

121) 컴펜디엄, 독일, p.37/142.

122) 컴펜디엄, 독일, p.37/142.

123) 컴펜디엄, 독일, p.37/142.

124) 컴펜디엄, 독일, p.37-38/142.

125) 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 113 참조.

126) 컴펜디엄, 독일, p.38/142; 추가의정서 I, 제51조 5(b)항 및 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 113 참조.

군사적 이득과 부수적 피해는 ‘전체로서 ... 공격’(attack [...] as a whole)에 관하여 고려되어야 한다.¹²⁷⁾

비례성 분석의 수행에서 ‘부수적 피해’(collateral damage)와 ‘부수적 살상’(incidental injury or loss of life)의 평가는 물리적 전투 수단 등 보다 전통적인 전투와 비교할 때 사이버조작의 맥락에서 더 어려울 수 있다.¹²⁸⁾ 그렇지만 사이버공격을 계획하고 조직화하면서 사이버 공격의 예측가능한 직접 및 간접 효과는 고려되어야 한다.¹²⁹⁾ 즉, 무력충돌 당사자들은 군사적 및 민간 기반시설과 이용자들, 특히 민간인에게 영향을 줄 댐이나 발전소와 같은 공유된 물리적 기반시설에 대한 사이버활동의 잠재적 영향을 평가하도록 요구된다.¹³⁰⁾ 핵심 기반시설에 대한 효과에서 결과할 수 있는 살상과 같이 사이버활동이 야기할 수 있는 ‘잠재적 물리적 손상’(potential physical damage)에 더하여 무력충돌 당사자들은 군사목표물이 아닌 민간물자에 대한 사이버공격의 잠재적 효과를 평가해야 한다.¹³¹⁾ 이러한 민간물자는 군사적으로 중요하지 않지만 군사목표물에 연결될(networked) 수 있는 개인의 민간 컴퓨터를 포함한다.¹³²⁾

3) 예방조치 의무

무차별적 사이버공격 금지의 당연한 귀결로 사이버조작이 수반된 적대행위 중에 민간주민, 민간인과 민간물자를 분리하는데 부단한 주의를 취할 의무가 인정된다.¹³³⁾ 사이버공격을 계획하고, 승인하거나 실행하는 자는 부수적인 민간인 생명 상실, 민간인에 대한 부상 및 민간물자의 손상을 피하거나 아니면 최소화하기 위하여 ‘수단과 방법의 선택에서 모든 가능한 예방조치’(all feasible precautions in the choice of means and methods)를 취해야 한다.¹³⁴⁾ 예컨대, 사이버공격의 가능한 효과를 평가하기 위하여 매핑(mapping) 등의 과정을 통하여 해당 네트워크에 대한 정보를 수집해야 한다.¹³⁵⁾ 또한, 정지 기능(a deactivation mechanism) 또는 의도된 목표물에 대한 효과를 제한하는 사이버 장치의 환경설정을 포함하

127) 컴펜디엄, 독일, p.38/142.; 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 113, 10항 참조.

128) 컴펜디엄, 독일, p.38/142; 부수적(collateral)은 추가적이지만 종속적인 의미를 가지고, 부수적(incidental)은 작은 수반으로서 발생의 의미를 가진다.

129) 컴펜디엄, 독일, p.38/142.

130) 컴펜디엄, 미국, p.138/142.

131) 컴펜디엄, 미국, p.138/142.

132) 컴펜디엄, 미국, p.138/142.

133) 컴펜디엄, 독일, p.38/142.; 추가의정서 I, 제57조 1항 및 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 114 참조.

134) 컴펜디엄, 독일, p.38/142; 브라질, p.23/142; . 추가의정서 I, 제57조 2(a)(ii)항 및 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 116 참조.

135) 컴펜디엄, 독일, p.38/142.

는 것도 고려될 수 있다.¹³⁶⁾ 목표물이 군사적 성격을 가지지 않거나 특별한 보호를 받는 것이 분명해지면, 사이버공격을 계획하고, 승인하거나 실행하는 자는 그 공격의 실행을 자제하거나 중단해야 한다.¹³⁷⁾ 사이버공격이 민간인과 민간물자에 대한 과도한 부수적 손상을 야기할 것으로 기대되는 경우에도 마찬가지이다.¹³⁸⁾

의료진과 의료시설은 알고서 공격되거나 불필요하게 그들의 기능이 제한되지 말아야 하고, 무력충돌 당사자들은 민간주민과 의료진과 의료시설 등 보호받는 사람과 시설에 대한 부수적 피해(incidental harm)의 위험을 감소하는 가능한 예방조치를 취해야 한다.¹³⁹⁾

사이버공격에서 예방조치를 취하는 의무는 ‘사이버전의 새로운 수단 또는 방법의 무기 평가’(weapon reviews of any new means or method of cyber warfare)를 수행할 의무에 의하여 보완된다.¹⁴⁰⁾ 이러한 무기 평가는 사이버전의 새로운 수단 또는 방법의 운용이 일정한 또는 모든 상황에서 국제법에 따라 금지될 것인지 결정하는 것이다. 이러한 검토의 결과가 특정 운용 세팅에서 수단과 방법의 운용에 대한 법적 제한을 확인하는 경우 운용 계획(operational planning)의 기초가 되어야 한다.¹⁴¹⁾ 그러나, 사이버전에서 사용되는 수단과 방법은, 그 목표물과 운용의 문맥에 특정한 취약점(vulnerabilities)을 일반적으로 이용하는 점에서, 전형적으로 그 목표물에 맞춰진다.¹⁴²⁾ 따라서, 수단의 개발 또는 방법의 채택은 종종 구체적인 운용 계획과 일치한다.¹⁴³⁾ 따라서, 공격에서 예방조치를 취할 의무와 법적 검토의 요구는 개별적 요건이지만, 실제로는 겹칠 수 있다.¹⁴⁴⁾

3. 잠정적 평가

자발적 국가 기여에서 국가들은 UN헌장 제2조 4항의 무력사용 금지와 제51조의 자위권에 따른 무력사용의 예외적 허용이 사이버공간에서도 적용된다는 입장을 밝힌다. 이러한 입장은 ICJ의 Nuclear Weapons 사건의 권고적 의견과 Nicaragua 사건의 판결에 따르고 있다. 또한, 독일과 네덜란드 등은 자국의 국가실행을 설명하면 탈린매뉴얼 2.0의 관련 규칙을 중

136) 컴펜디엄, 독일, p.38/142.

137) 컴펜디엄, 독일, p.38/142.

138) 컴펜디엄, 독일, p.38/142.

139) 컴펜디엄, 미국, p.138/142.

140) 컴펜디엄, 독일, p.38/142; 브라질, p.23/142; 독일은 법률국(Directorate-General for Legal Affairs)의 지휘를 받아 새로운 무기와 전투 방법이 검토된다. 추가의정서 I, 제36조 및 탈린매뉴얼 2.0, 규칙 110 참조.

141) 컴펜디엄, 독일, p.38/142.

142) 컴펜디엄, 독일, p.38-39/142.

143) 컴펜디엄, 독일, p.39/142.

144) 컴펜디엄, 독일, p.39/142.

중 거론한다.

특히 미국과 독일은 *jus ad bellum*과 *jus in bello*에 관한 자국의 입장을 비교적 비중 있게 밝힌다. 국가들은 사이버조작을 무력사용으로 인정하는 결정에서 키네틱 공격의 영향에 상응하는지 확인한다. 네덜란드는 ‘매우 심각한 재정적 또는 경제적 충격’(a very serious financial or economic impact)을 주는 사이버조작이 무력사용이 되는 것을 현재로서 배제할 수 없다고 하고, 현재 시점에서 사망자, 물리적 손상 또는 파괴를 초래하지 않지만 ‘매우 심각한 비물질적 결과’(very serious non-material consequences)를 가지는 사이버공격을 무력공격으로 인정할 수 있는지에 대한 국제적 총의는 없다고 한다. 미국은 사이버공간에서도 자위권의 발동에 관하여 무력사용과 무력공격을 구별하지 않는다. 무력공격에 해당하는 악의적 사이버조작에 대한 대응은 사이버조작에 국한하지 않는다. 자위권을 발동하는 무력공격과 동일한 수단이 사용되도록 요구되지 않기 때문이다. 미국, 독일과 브라질 등은 임박한 악의적 사이버조작에 대한 자위권 발동을 인정한다. 호주는 공격자의 분명한 무력공격의 개시에 대한 예방적 자위권을 인정하나, 브라질은 예방적 자위권을 인정하지 않는다.

UNGGE에서 국제인도법의 사이버공간에서의 적용은 많은 논란을 일으켰는데, 제6차 GGE는 2021년 5월 채택된 보고서에서 국제인도법(IHL)을 명시하였고, 자발적 국가 기여에서 많은 국가들이 사이버공간에서 국제인도법의 적용을 비중 있게 다루고 있다. 사이버조작은 진행 중인 무력충돌을 구성할 수 있고, 국제인도법이 적용되기 위하여 해당 사이버조작은 ‘무력충돌과 충분한 연결’(a sufficient nexus with the armed conflict)을 가져야 한다. 구별의 원칙의 적용 기준은 사이버공격이 공세 또는 수세로 행사된 여부와 관계 없이 ‘사이버공격이 야기한 효과’(the effect caused by a cyber attack)이다. 예컨대, 유해한 효과를 통제할 수 없게 전파하도록 의도된 컴퓨터 바이러스는 군사적 및 민간 컴퓨터 시스템을 적합하게 구별할 수 없어서 이러한 컴퓨터 바이러스의 사용은 무차별적 공격으로서 금지되지만, 폭넓게 민간 컴퓨터 시스템으로 전파되면서 특정 군사목표물만 피해를 주는 맬웨어는 구별의 원칙을 위반하지 않는다. 비례성 분석의 수행에서 사이버공격의 예측가능한 직접 및 간접 효과는 고려되어야 한다. 무력충돌 당사자들은 군사적 및 민간 기반시설과 이용자들, 특히 민간인에게 영향을 줄 댐이나 발전소와 같은 공유된 물리적 기반시설에 대한 사이버활동의 잠재적 영향을 평가하도록 요구된다. 민간물자에 대한 사이버공격의 잠재적 효과의 평가에서 민간물자는 군사적으로 중요하지 않지만 군사목표물에 연결될(networked) 수 있는 개인의 민간 컴퓨터를 포함한다. 사이버공격을 계획하고, 승인하거나 실행하는 자는 부수적인 민간인 생명 상실, 민간인에 대한 부상 및 민간물자의 손상을 피하거나 아니면 최소화

하기 위하여 ‘수단과 방법의 선택에서 모든 가능한 예방조치’(all feasible precautions in the choice of means and methods)를 취해야 한다. 사이버공격에서 예방조치를 취하는 의무는 ‘사이버전의 새로운 수단 또는 방법의 무기 평가’(weapon reviews of any new means or method of cyber warfare)를 수행할 의무에 의하여 보완된다. 이러한 무기 평가는 사이버전의 새로운 수단 또는 방법의 운용이 일정한 또는 모든 상황에서 국제법에 따라 금지될 것인지 결정하는 것이다.

2013년 제3차 GGE가 UN헌장을 포함한 현존 국제법의 사이버공간에서의 적용을 합의한 이후 이제는 국제법이 어떻게 사이버공간에서 적용되는지의 확인이 국제사회의 중점 과제이다. 흥미로운 점은 사이버공간에 적용될 별도의 조약의 체결을 주장하는 중국과 러시아 등 비서방국가들은 자발적 국가 기여는 물론 달리 자국의 사이버공간에서의 국제법 적용에 관한 국가실행에 관한 입장을 구체적으로 밝히고 있지 않다. 상당한 기간 동안 이러한 조약의 체결이 쉽지 않는 상황에서 자발적 국가 기여와 같은 국가들의 국가실행의 공개와 이행은 국제사이버법의 발전에 중요한 전인차가 될 것이다.

노인인권에 관한 글로벌 규범 동향 및 시사점*

- 연령차별을 중심으로 -

장 민 영**

목 차

- I. 서설
- II. 노인인권의 의의 및 보장 필요성
- III. UN에서의 노인과 연령차별금지
- IV. 유럽에서의 노인과 연령차별금지
- V. 결어

I. 서설

‘나이가 들면 어린애가 된다’라는 속담이 있다. “늙으면 말과 행동이 오히려 어린아이와 같이 된다”¹⁾라는 의미로 이해되는데, 이와 같은 인식의 밑바탕에는 노화가 진행됨에 따라 신체적인 그리고 정신적인 능력이 한창 때와는 다르게 왕성한 기능을 하지 못하여 자식이나 이웃 등 다른 사람의 그리고 국가의 도움이 필요하게 된다는 사실이 깔려 있을 것이다. 역으로 본다면, 노인의 경우 마치 어린아이처럼 다른 사람이나 국가의 도움이 없이는 일상 생활을 혼자서는 영위하기 힘들고 스스로는 권리와 의무를 온전히 행하기 어렵다는 것으로 결국 노인인권의 취약성으로 귀결된다 할 것이다. 노인학대, 빈곤 등 경제적 어려움, 돌봄 및 보건의료의 부족 등 일일이 열거하지 않아도 노인의 이러한 취약한 인권 상황은 안타깝

* 본 발제문의 II 및 III 부분은 2022년도 한국법제연구원 글로벌법제전략연구사업() 일환으로 수행중인 수시연구과제 『노인인권규범 형성에 따른 국내법제 개선방안 연구 I - 글로벌규범 분석을 중심으로 -』의 일부 내용을 발췌 및 수정하였습니다.

** 한국법제연구원 부연구위원, 법학박사(SJD).

1) 네이버사전, <https://ko.dict.naver.com/#/entry/koko/0ba6187052b5493b9202f1ab76867cd5> 참고 [accessed 11 October 2022].

제도 국내외적으로 빈번하게 발생하고 있음은 충분히 공감하는 부분이라 하겠다.

특히 기대수명의 증가 및 출산율의 저하 등으로 인해 고령화가 국내외적으로 급격히 진행되고 있는 반면, 가족 구조의 변화 및 도심화 현상 등 사회적·문화적 환경의 변화들은 노인인권을 침해하거나 취약성을 보다 악화시키고 있다. 2020년 촉발된 COVID-19 팬데믹은 전세계적으로 노인인권의 취약성을 극명하게 보여주고 있는데, 코로나 19로 인한 사망자의 95% 이상이 노인 일만큼 노인의 생명 및 안전에 중대한 위협이 됨에도 불구하고 적절한 조치들이 취해지지 않고 방치되고 있음을 확인할 수 있었다.²⁾ 특히, 요양시설의 경우는 노인인권 사각지대로 불리울 만큼 노인에 대한 돌봄 공백과 건강권 침해 등 여러 문제들을 가중시키고 있을 뿐만 아니라 코로나로 인한 폐쇄적인 사회적 분위기는 노인빈곤 및 노인학대에도 악영향을 미치고 있다.³⁾ 전통적인 사회에서 노인들은 경험과 지식의 전수자일 뿐만 아니라 대가족 중심의 가족제도에서 노인들은 제일 웃어른으로서 존중과 공경의 대상으로 인식되었다. 그러나 전통적인 가치가 붕괴되면서 노인에 대한 부정적 인식이나 편견이 팽배하여 지고 있으며 이러한 사고와 느낌은 노인에 대한 차별이라는 행동으로 연계된다.⁴⁾

최근 국제 사회는 고령화 시대의 도래에도 불구하고 노인인권에 대한 보호가 여전히, 아니 보다 경시되는 문제점을 인식하고 노인인권에 대하여 특별한 관심을 갖고 집중된 논의를 진행하고 있는 상황이다. 미주기구(Organization of American-States) 및 아프리카기구(African Union)에서는 노인인권협약을 채택하고 있다. 유럽의 경우 연령차별금지와 노인권리 보장을 위한 국가의 의무를 명문화하고 있다. UN 인권규범체제에서도 COVID-19 이후 노인인권 보장 제고에 대한 공감대 확산에 힘입어 노인인권협약 성안 논의가 본격적으로 궤도에 오르고 있는 상황이다. 그러나 노인인권의 취약성 및 보호 필요성에 따라 국제사회에서의 논의가 전환점을 맞고 있는 상황에도 불구하고 노인인권에 관한 국내 학계의 논의는 드물고⁵⁾ 한정되어 있는 실정이다. 시대적 요청에 부합하는 전방위적이고 다각적인 노인인권 보호 방안 모색으로 도약하고 있지 못하다.

2) 코로나 사망자의 인구 비율을 지역마다 다소 차이가 있는데, 유럽의 경우 95%, 미국 및 중국의 경우 80%로 보고되고 있다. UN Secretary-General, Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Older Persons (May 2020) p. 5.

3) 국가인권위원회, “노인의 존엄한 일상적 삶 회복 위해 각별한 관심 필요” - 6월 15일 노인학대 예방의 날 및 세계 노인학대 인식의 날 국가인권위원장 성명 - (2021. 6. 15.).

4) WHO, Global Report on Ageism (2021) p. 6.

5) 주요 선행연구로는 강병근, “노인인권보호에 관한 국제법적 논의 - 유엔규약인권위원회의 일반논평을 중심으로 -”, 『서울국제법연구』 제15권 제2호 (2008); 김주현 등, “국제법상에 나타난 보편적 인권규정과 노인인권”, 『법과 사회』 제40호 (법과사회이론학회, 2011); 조성혜, “인지장애노인의 국제인권법적 지위와 성년후견인제도 - 자의결정권을 중심으로 -”, 『사회법연구』 제30호 (2016) 등이 있다.

국제사회에서 노인인권 보호를 위한 규범적 변화를 촉발할 수 있었던 근간에는 노인에 대한 연령주의 팽배로 인하여 노인에 대한 차별이 심화되고 있으며 이를 개선하기 위해서는 보다 포괄적이고 특화된, 즉 명문화된 접근법이 필요하다는 공감의 형성이 자리잡고 있다. 따라서 본 발제문에서는 최근의 노인인권규범 형성을 둘러싼 논의의 시발점이라고 할 수 있는 연령주의에 따른 노인에 대한 연령차별에 초점을 맞추어 관련되는 글로벌 규범의 현황을 살펴보는 한편, 판례를 포함하여 실무적인 관행들을 함께 살펴봄으로써 현재의 노인인권 보장을 위한 규범의 한계점 및 이를 개선하기 위한 방향들을 모색하여 보고자 한다.

II. 노인인권의 의의 및 보장 필요성

1. 노인의 개념 및 범위

‘노인(老人)’이라는 단어는 일상에서 흔히 사용되는 용어로서 사전적으로는 “나이가 들어 늙은 사람”⁶⁾을 의미한다. ‘노인’의과 비슷한 말로는 늙은이가 있으며 이를 늙여 부르는 경우 노존(老尊)이라는 용어를 사용하기도 한다.⁷⁾ 노인의 경우 연령주의(ageism)적 편견으로 인해 건강, 정서, 지적 능력 및 경제력 등의 측면에서 부정적인 인식이 고착되어 있는 특성이 있어⁸⁾ 이와 같은 부정적인 이미지를 상쇄하기 위하여 고령자, 시니어, 어르신 등의 유사한 용어로 대체하여 사용하려는 분위기도 있다.

국내법에서는 ‘노인’은 ‘고령자’와 뚜렷한 기준 없이 혼용되고 있을 뿐만 아니라 ‘노인’ 또는 ‘고령자’ 그 자체에 대한 일반적인 정의를 찾기는 어렵다. 국내법상 노인의 개념을 정의하는 법률들이 여럿 존재하고 있다.⁹⁾ 노인 관련 가장 기본적인 법률이라고 할 수 있는 『저출산·고령사회기본법』에서는 노인 또는 고령자에 대한 개념을 정의하고 있지 아니하며 노인복지 관련 주요한 법률이라고 할 수 있는 『노인복지법』에서조차도 노인에 대한 개념

6) 국립국어원, 표준국어사전, https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=68256&searchKeywordTo=3 참고 [accessed 11 October 2022].

7) 본 발제문에서는 ‘노인’이라는 용어를 주로 사용하되, 문맥에 따라서 고령층 또는 고령자 등 유사 용어를 함께 사용하고자 한다.

8) 조수현 외, “사회위험수준인식과 노인낙인의 관계: 사회적 관계망의 조절효과”, 『보건사회연구』 제39권제2호 (2019) 136쪽 참조.

9) 노인 관련 주요 국내법률 및 각 법에서의 노인의 개념은 다음과 같다. 자세한 내용은 장민영, 『미래세대 보호를 위한 법적 과제 IV - 디지털 정보접근권을 중심으로 -』 (한국법제연구원, 2021) 61쪽 참조.

을 별도로 제시하고 있지 아니하다. 다만 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」 및 「노인장기요양보험법」에서는 노인에 대한 정의를 두고 있으나 이는 해당 법률의 입법목적에 반영하여 해당 법률의 적용대상으로서 그 범위와 연령을 제한하는 것으로서 노인에 대한 일반적인 개념을 설정하는 기준으로 보기는 어려운 측면이 있다.

더 나아가 노인 또는 고령자 여부를 구분하는 기준 연령도 관련법에서 각기 만 55세 그리고 만 65세 이상으로 설정하는데, 이러한 차이에 대한 뚜렷한 구분기준을 찾기 어렵다. 다만, 「노인장기요양보험법」 및 「장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률」의 경우 기준연령을 만 65세 이상으로 설정하고 있는데, 이는 복지 제공 측면에서 급부를 최대한 부여할 수 있도록 하면서도 국가재정적인 측면을 고려하여 기준연령을 만 65세로 높게 설정

〈표〉 노인 관련 주요 법률 및 노인의 개념·범위

법률	규정	개념
고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률	제2조제1호: 고령자	인구와 취업자의 구성 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 연령 이상인 사람
		<시행령 제2조제1호> 55세 이상인 사람
노인복지법	별도 규정 없음	
노인장기요양보험법	제2조제1호: 노인등	65세 이상의 노인 또는 65세 미만의 자로서 치매·뇌혈관성질환 등 대통령령으로 정하는 노인성 질병을 가진 자
장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률	제2조제1호: 주거약자	65세 이상인 사람
	제2조제1호가목	
장애인·노인 등을 위한 보조기기 지원 및 활용촉진에 관한 법률	제2조제1호: 장애인 등	「장애인복지법」 제2조에 따른 장애인, 「노인장기요양보험법」 제2조제1호에 따른 노인등, 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제4조에 따른 국가유공자 등
장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률	별도 규정 없음	
저출산·고령사회기본법	별도 규정 없음	
	다만, 제7조(인구정책)는 인구변동 예측을 규정하고 있으며, 이에 따라 작성되는 국가통계상 고령인구는 만 65세 이상임 * 고령인구를 만 65세 이상으로 설정하는 것은 생산가능연령을 15-64세로 보는 것과 관련됨	
지능정보화 기본법	별도 규정 없음	
	제46조(장애인·고령자 등의 지능정보서비스 접근 및 이용 보장)는 장애인 또는 고령자 등에 대하여 별도 개념이나 범위를 두고 있지 아니하지만, 동법에 따라 시행되는 디지털정보격차 실태조사상 고령자는 만 55세 이상임	

한 것으로 볼 수 있겠다. 『저출산·고령사회기본법』 역시 고령인구의 기준을 만 65세로 하고 있는데, 이는 경제가능인구와 구분하기 위한 특성을 고려한 것으로 평가된다.¹⁰⁾

글로벌 규범 차원에서도 노인의 개념에 대하여는 통일적으로 정립되지는 않았다. 후술하는 바와 같이 지역기구(regional organization)의 노인인권 관련 전문적인 협약의 경우 통상 60세 이상의 자를 노인으로 정의하고 있다.¹¹⁾ 한편, UN에서 접근하는 노인의 개념은 획일적이지 아니한데, 60세 이상을 노인으로 구분하기도 하고¹²⁾ 65세를 기준으로 노인으로 분류하기도 한다.¹³⁾ 주목할 부분은 UN에서의 최근 논의를 살펴보면, 노인의 개념에 접근함에 있어서 기존의 연령을 기준으로 하는 획일적인 방식에서 보다 벗어나려는 시도가 보이기도 한다. ‘노인’을 어떻게 정의할 것인지를 논의하면서 “노화(aging)은 연속적인 성질의 것으로서 사람이 살아가면서 다다른 삶의 단계의 의미와 ‘늙었다’라고 지칭하는 것은 사회적 문맥에 따라 다른 것이기 때문에 특정 생활연령(chronological age)으로 규명하는 것은 바람직하지 않다”¹⁴⁾고 보았다. 특히, 연령을 태어난 날에 기초한 생활연령, 육체적 변화와 관련되는 생물학적 연령, 정신적 및 성격의 변화와 연관되는 심리학적 연령 그리고 나이들에 따른 개인의 역할과 관계의 변화를 의미하는 사회적 연령으로 나눌 수 있다는 견지에서 생활연령만을 기준으로 노인을 규명하는 것은 부적절하며 잘못된 것이라는 입장이다.¹⁵⁾ 또한 노령이라는 것은 노인이 속한 공동체의 문화적 가치와 관행에 따라 달라질 수 있으며 더 나아가 동일한 공동체 안에서도 시간에 따라서 다르게 인식될 수 있는 것으로 보고 있다.¹⁶⁾ 이와 같은 노인의 개념에 대한 접근방식은 장애인권리협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities)¹⁷⁾에 따른 장애인의 개념과 유사한 측면이 있겠다. 동 협약 제1조는 장애인을 “다양한 장벽과의 상호 작용으로 인하여 다른 사람과 동등한 완전하고 효과적인 사회 참여를 저해하는 장기간의 신체적, 정신적, 지적, 또는 감각적인 손상을 가진 사람”¹⁸⁾으로 정의함으로써 장애를 사회적 개념에서 접근하는 것으로 평가받고 있다.¹⁹⁾

10) 장민영, 앞의 주, 60쪽 참조.

11) See Article 2 of *infra* note 30; Article 1 of *infra* note 31.

12) See e.g. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 6: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons, 8 December 1995, E/1996/22, available at: <https://www.refworld.org/docid/4538838f11.html> [accessed 11 October 2022].

13) See e.g. Human Rights Council, Normative Standards and Obligations under International Law in Relation to the Promotion and Protection of Human Rights of Older Persons, A/HRC/49/70 (Jan. 28, 2022).

14) UN Human Rights Office for the High Commissioner, Update to the 2012 Analytical Outcome Study on the normative standards in international human rights law in relation to older persons, para. 26 (Mar. 2021).

15) See *Ibid.* para. 28.

16) See *supra* note 13 para. 5.

17) UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities : resolution / adopted by the General Assembly, 24 January 2007, A/RES/61/106, available at: <https://www.refworld.org/docid/45f973632.html> [accessed 11 October 2022].

18) Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in

2. 노인인구의 현황 및 특성

노인인구는 빠르게 증가하고 있는 추세인 바, 만 65세 이상 노인인구는 1970년 3.1%에 불과하던 것이 2020년 15.7%로 5배 이상 폭증하였하였다. 노인인구의 증가 추세는 향후에도 지속되며, 세계 노인인구는 2050년에 약 16억명까지 증가할 것으로 예측되고 있는데, 이는 전체인구 여섯명 중 한명을 노인이 차지하는 것으로 열한명 중 한명이 노인에 해당하는 2019년도에 비하여 전세계적으로도 고령화가 빠르게 진행될 것으로 전망되고 있다.²⁰⁾ 대한민국의 경우 2020년 기준으로 노인인구가 전체인구의 15.7%를 차지하는 고령사회 단계에 있으며 2025년에는 노인인구 비율이 전체 국민의 20.3%에 달할 것으로 예측되어 곧 초고령사회로 진입할 것으로 예측되고 있다.²¹⁾

전술한 바와 같이, 시대적인 흐름에 따라서 노인인구의 양적인 증가만이 변화하고 있는 것이 아니라 노인인구의 특성 역시 새로운 양태를 보이고 있다. 시계열적으로 분석한 결과를 참고하면, 고령층의 경우 점차 무학 및 초졸 학력의 비율이 줄어들고 있으며 중졸 및 고졸 학력의 비율이 지속적으로 증가하는 상황이며 특히 베이비부머 세대들이 “노인”이라는 통계적 분류에 포함되기 시작한 2020년도 이후 이러한 현상은 보다 가속화될 것으로 예측되고 있다. 교육수준 뿐만 아니라 노인들의 경제적 수준도 높아지고 있는 경향을 보이고 있으며 건강한 노인의 비율 역시 눈에 띄게 증가하고 있는 것으로 나타나고 있다. 가구형태 측면에서 살펴보면, 자녀와 동거하는 노인가구의 비율은 감소되고 있는 반면, 노인부부의 가구는 급증하고 있는 특성을 보이고 있다.²²⁾ 전반적인 노인인구 지표가 긍정적인 방향으로 나아가고 있음에도 불구하고 노인 간 불평등은 역시 지속 또는 악화되고 있는 것으로 보인다. 예를 들면, 전체 노인인구의 약 60%를 차지하는 여성노인의 경우 교육수준에 있어서는 남성노인과 다르지 않게 고학력의 비율이 증가하는 것으로 조사되었으나 경제 및 건강 상태의 경우 남성노인 대비하여 지속적으로 취약한 것으로 나타났다.²³⁾ 한편, 고령층 중에서도 85세 이상의 연령군의 경우 상대적으로 젊은 고령층에 비해서 교육수준, 경제적 수준 및 건강상태 모두 낮은 것으로 분석되었다.²⁴⁾

interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.

19) 황재훈, 프랑스법상 장애인의 권리에 관한 협약의 도입과 현황 및 지원체계, *Global Legal Issues* 2002-04 (한국법제연구원, 2021) 8쪽 참조.

20) See OECD, *Elderly Populations*, <https://data.oecd.org/pop/elderly-population.htm> [accessed 11 October 2022].

21) 통계청, *장래인구추계 2010-2060* 참조, [accessed 11 October 2022].

22) 김세진 등, *한국노인의 삶과 인식 변화 - 노인실태조사 심층분석* (한국보건사회연구원, 2021) 31-32쪽 참조.

23) 김세진 등, 위의 보고서, 35쪽 참조.

24) 김세진 등, 위의 보고서, 37쪽 참조.

3. 연령주의와 연령차별

연령주의(ageism)이라는 용어는 1960년대 미국의 사회학자인 로버트 버틀러(Robert N Butler)가 처음 사용하였다. 연령주의란 “인종차별주의 및 성차별주의가 피부색이나 성과 관련되어 그러하듯이 늙었다는 이유로 사람들을 제도적으로 고정관념화(systemic stereotyping)하고 차별하는 것으로서 노인들을 노쇠하고 사고나 행동이 완고하고 성격이나 기술이 구식이라고 구분하면서 ... 연령주의는 젊은 세대로 하여금 노인들을 자신들과 다르다고 인식하게 여기는 것”²⁵⁾이라고 소개되었다. 비록 연령주의의 태동이 고령자와 연관된 것이기는 하지만 이후 고령자뿐만 아니라 연령에 기반하여 다른 사람이나 자신에 대하여 갖는 고정관념이나 편견 그리고 차별로 그 범주가 확대되는 용어로 사용되어 왔다.²⁶⁾ 그럼에도 불구하고 고령화사회 이슈가 부각되면서 연령주의는 특히, 고령자에 대한 편견 및 차별과 연관되어 논의가 되는 추세이다.

연령주의는 다양한 형태로 나타날 수 있으며 암시적으로 표현될 수도 있으며 노골적으로 드러날 수도 있고 경우에 따라서 부정적일 수도 혹은 긍정적일 수도 있지만, 최근의 노인 권리 측면에서 바라볼 때 연령주의는 노인에 대한 부정적 인식이나 편견이 팽배하여 지고 있으며 이러한 사고와 느낌은 노인에 대한 차별이라는 행동으로 연계되는 특성을 보인다.²⁷⁾ 이러한 측면에서 연령주의는 연령에 기인한 차별, 즉 연령차별과 연계된다고 할 것이며 이는 인종차별이나 성차별 또는 장애에 기인한 차별과 같이 개인적인 혹은 집단적인 특성에 따라서 이들을 구분하여 정형화시키는 여타의 차별과 유사하다. 이러한 연관에서 노인인권 관련하여 최근의 주요 국제문서들 역시 연령주의가 노인인권의 향유에 있어서 가장 심각한 장애요인 중 하나라고 분석하면서 노인에 대한 연령주의와 고정관념을 철폐하기 위하여 노력하여야 한다고 강조하고 있다.²⁸⁾

25) WHO, *supra* note 4. p. XXI,

26) *bid.* p. 2.

27) *bid.* p. 6.

28) See e.g. UN Policy Brief: COVID-19 in an Urban World (July 2020); UN GA, Report of Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, - Impact of the coronavirus disease (COVID-19) on the enjoyment of all human rights by older persons, A/75/205 (July 2020); World Health Organization, World Report on ageing and health (2015).

Ⅲ. UN에서의 노인과 연령차별금지

1. UN 인권규범에서의 연령차별금지

2015년 세계 최초로 노인인권 보호에 관한 미주 간 협약(Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons, 이하 “OAS 노인인권협약”)²⁹⁾이라는 노인 전문 국제조약을 채택한 미주기구(Organization of American-States) 또는 약 십 년간의 노력 끝에 2016년 아프리카에서 노인의 권리에 관한 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카헌장 추가의 정서(Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Older Persons in Africa, 이하 “AU 노인인권의정서”)³⁰⁾를 채택한 아프리카기구(AU: African Union)와 달리, UN에서는 아직까지 노인에 관한 전문적인 인권조약이 마련되어 있지 아니하다. 설령 노인인권을 전적으로 다루는 조약이 없을지라도 노인 역시 인간으로서 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights), 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 등 UN 체제에서의 모든 인권규범들이 보장하는 각종 자유와 권리를 차별 없이 향유할 수 있음은 물론이라 할 것이다. 더 나아가, 몇몇 인권조약의 경우 노인에 관한 특별한 조문을 마련하고 있는 경우도 있다. 예를 들면, 여성차별철폐협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)의 경우 사회보장과 관련하여 여성노인의 보호를 명시적으로 언급하고 있다.³¹⁾ 또한 장애인권리협약의 경우 건강권과 적절한 수준의 생계 및 사회보장에 있어서 장애인에 대한 보장을 특별히 포함하고 있다.³²⁾

한편, 보편적 인권조약에서는 대부분 마련되어 있는 차별금지조항에서는 연령이나 고령을 그 금지사유로 명시하고 있지는 아니하다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제인권규약 등 인권조약이 정하고 있는 차별금지 관련 조문들은 공통적으로 “인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별”³³⁾도 허용되지 않음을 명문화하고 있다. 차별금지

29) OAS, Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons, A-70, adopted on June 15, 2015, entered into force on January 11, 2017.

30) African Union, Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Women in Africa, 11 July 2003, available at: <https://www.refworld.org/docid/3f4b139d4.html> [accessed 11 October 2022].

31) Article 11 of the CEDAW.

32) Articles 25 and 28 of the CRPD.

33) See e.g. Article 2 of the ICESCR.

조항에서 적시하고 있는 사유에는 대부분 연령을 포함하고 있지는 않지만 “기타의 신분 (other status)”를 마지막에 포함시킴으로써 열거하고 있는 사유 이외에도 차별 금지 대상이 되는 사유를 포용할 수 있도록 규율하고 있다.³⁴⁾ 노인에 대한 차별의 경우 일반적으로 “기타의 신분”의 하나로 인식하여 금지하는 논리를 정립하여 오고 있다.³⁵⁾

2. UN 인권조약 실행 (practice)에서의 연령차별금지

노인 역시 인간으로서 UN 체제에서의 모든 인권규범들이 보장하는 각종 자유와 권리를 일반적으로 향유하는 대상이라는 기본적 전제 하에, UN 인권규범체제는 시민권협약 등 각종 인권조약들이 정하고 있는 각종 자유 및 권리가 노인 역시 향유할 수 있음을 지속적으로 논의하여 왔다. 예를 들면, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)의 이행감시기구인 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights)는 1995년 일반논평 제6호³⁶⁾에서 노인의 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 해석 및 이행지침을 제시한 바 있다. 그리고 여성차별철폐협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)의 이행감시기구인 여성차별철폐위원회(Committee on the Elimination of Discrimination against Women)가 2010년 발표한 일반권고 제27호³⁷⁾가 여성노인의 인권보호에 대한 해석 및 이행지침을 다루고 있다. 이외에도 인권이사회(Human Rights Council)는 노인인권 관련하여 특별절차(special procedures)를 운영하여 오고 있는데, 2014년 이래 노인의 모든 인권 향유에 관한 독립전문가(Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons)를 위촉하여 임무를 수행하도록 하고 있다.³⁸⁾ 해당 독립전문가는 노인인권에 관한 국내, 지역 및 국제 기준에 대한 이행을 평가하고, 노인인권의 증진과 보호에 관련된 우수 사례를 발굴교환 및 촉진하는 한편, 노인인권의 실현에 있어서 개선, 과제 및 보호 격차를 보고 및 권고하는 등의 역할을 담당하고 있다.³⁹⁾

34) UN 체제에서의 인권조약이 대부분 차별금지 사유로 연령을 구체적으로 적시하고 있지 않은 것에 반하여, 이주노동자와 그 가족에 관한 국제협약의 경우 차별금지 관련하여 그 사유로 연령(age)을 명시적으로 언급하고 있다. 동 협약 제1조 및 제7조 참조.

35) See e.g. *supra* note 13 para. 25.

36) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 6: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons, 8 December 1995, E/1996/22, available at: <https://www.refworld.org/docid/4538838f11.html> [accessed 11 October 2022].

37) Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 27 on Older Women and Protection of their Human Rights, CEDAW/C/GC/27 (Dec. 16, 2010).

38) Human Rights Council, The human rights of older persons, A/HRC/RES/24/20 (Oct. 8, 2013).

또한, UN에서는 노인인권에 관한 국제적 논의를 심화하기 위하여 2010년 노화에 관한 개방형 작업그룹(Open Ended Working Group on Ageing)을 설립하여 운영하여 오고 있는데,⁴⁰⁾ 해당 작업그룹에서는 해마다 노인인권에 관하여 두 가지의 주제를 선정하여 각국의 대표단들의 다양한 의견들을 수렴하면서 노인인권 이슈들을 심도 있게 다루고 있다. 작업그룹에서 논의된 연령주의 및 연령차별과 관련된 내용을 살펴보면 다음과 같다. 대부분의 대표단은 현행 국제인권법의 틀에서 연령을 차별금지 사유로 명시적으로 인정하지 않는 체계적 실패가 있으며, 이는 현행 제도의 명백한 격차를 구성하고 구체적인 연구, 정보, 세분화된 데이터 및 체계적인 분석의 부족 때문에 노인에 대한 수많은 심각한 인권침해를 보이지 않게 한다는 데 동의했다. 많은 대표단은 또한 주요 인권 조약이나 마드리드 국제 고령화 행동 계획과 같은 현재 법적 틀의 어떤 도구도 평등과 비차별에 대한 노인의 권리를 보호하기 위해 보편적으로 필요한 기준, 즉 국가 및 지역 수준에서 특정 법률을 개발하고 효과적인 모니터링 및 책임 메커니즘을 제공하지 않는다는 사실을 언급했다. 더 나아가, 대표단은 기존의 수단이 전 세계적으로 완전히 이행되고 노인의 권리가 모든 기존의 조약 기구와 보고 메커니즘으로 주류화되더라도 현행 시스템의 불일치와 부적절성 그리고 특정 사안에 대한 흠결 때문에 노인인권에 대한 국제인권규범체제에서의 접근은 여전히 규범이 과편화되어 있을 것이고 일관성이 부족할 것으로 보았다.⁴¹⁾

대표단은 또한 새로운 국제법적 구속력 있는 기구 개발의 장점과 단점에 대한 토론을 가졌다. 일부 대표단은 특히 평등과 비차별에 대한 권리와 관련하여 노인의 보호를 위한 국가 및 지역 차원의 모범 사례를 제시했지만, 회원국, 국가 인권 기관 및 NGO를 포함한 다수의 참가자들은 국제적 수준에서 노인의 권리를 위한 특정 보호 체제를 개발하는 것이 조각나고 불균일하며 불완전한 현행 규범체제에 일관성을 제공할 것이라고 말했다. 또한 대표단은 노인인권과 관련된 국제적으로 보편적으로 적용 가능한 기준의 개발은 특히 노인인권 보호와 증진에 관한 국가의 의무를 명확히 하는 데 기여할 것이며, 책임을 보장하기 위한 효과적인 모니터링 메커니즘을 개발할 것이며, 전 세계적으로 많은 노인에게 영향을 미치는 차별, 폭력 및 학대에 대해 일관되고 체계적인 보호를 제공할 것이라고 인식하였다. 마지막으로 대표단은 국제법적 기준과 메커니즘을 뒷받침하는 노인의 인권 보호에 대한 중

39) Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, About the Mandate, <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/ie-older-persons>, [accessed 11 October 2022].

40) UN GA, Resolution adopted by the General Assembly on 21 December 2010, A/RES/65/182 (Feb. 4, 2011).

41) See UN GA, Report of the Open-ended Working Group on Ageing on its eighth working session, A/AC.278/2017/2 9 (July 28, 2017).

합적이고 체계적인 접근은 노인의 가시성과 권리 증진을 향상시켜 노인의 적극적인 참여와 사회에 대한 의미 있는 기여를 보장할 것이라고 강조하였다.⁴²⁾

IV. 유럽에서의 노인과 연령차별금지

1. 유럽에서의 노인 관련 연령차별금지 규정

유럽에서의 노인에 대한 연령차별금지 법제는 UN 보다는 다소 앞서 있다고 할 수 있겠다. 비록 유럽 역시 UN과 마찬가지로 노인에 관한 전문적인 인권협약이 아직까지 채택되어 있지 않을지라도 노인인권이나 연령차별금지에 관한 몇몇 규정은 마련되어 있는 상황이다. 다만, 유럽평의회(Council of Europe) 규범체계에서는 UN과 크게 다르지 아니하다. 소위 유럽인권협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 이하 “유럽인권협약” 또는 “ECHR”)은 노인인권에 대한 별도의 조문이 마련되어 있지 않을 뿐만 아니라 차별금지조항 역시 UN의 인권조약들과 유사하게 연령에 대한 명시적인 규정이 없다. 유럽인권협약 제14조⁴³⁾는 차별금지를 규율하고 있는데, 이는 동 협약에서 보장하고 있는 권리와 자유는 성 또는 인종 등 어떠한 사유에 의해서도 차별적으로 보장되어서는 안 된다고 정하고 있다. 동조는 차별금지 사유를 예시적으로 규율하고 있는데 여기에는 연령이 포함되어 있지는 않지만, 연령은 “여타의 지위(other status)”에 포함되는 것으로 해석함으로써 연령차별을 금지하고 있기는 하다.⁴⁴⁾ 다만 국내의 차별금지 논의에서와는 달리, 유럽인권협약에서의 차별금지에는 직접차별(direct discrimination) 이외에 간접차별(indirect discrimination)까지 아우르고 있다.⁴⁵⁾

반면, EU에서는 유럽평의회 보다 좀 더 적극적인 규정들을 제시하고 있다. 우선, EU 기본권헌장(EU Charter of Fundamental Rights)은 특이하게도 노인인권에 대한 별도의 조문을 마련하고 있다. 동 헌장 제25조는 유럽연합은 “존엄하고 독립적인 삶을 영위하는 노인의 권리 및 사회적 및 문화적 생활에 참여하는 노인의 권리를 인지하고 존중한다”⁴⁶⁾라고 선언

42) See *ibid.*

43) See Art. 14 of the ECHR. It says that “[t]he enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

44) Council of Europe, Handbook on European Non-discrimination Law (2018 ed., 2018) p. 190.

45) *Ibid.* p. 53.

46) See Art. 25 of the Charter. It says that “[t]he Union recognises and respects the rights of the elderly to lead a life of dignity

하고 있다. 비록 동조가 노인인권을 특별하게 규유하고 있다는 점에서는 의미가 있을지라도, 동조의 문구가 여타의 규정들과는 다르게 노인의 권리를 “인지”하고 “존중”한다는 문구를 사용함으로써 권리적인 성격 보다 정책적인 고려사항을 입법화한 것이라는 비판에 봉착하기도 한다.⁴⁷⁾ 반면, EU 기본권헌장 제21조제1항⁴⁸⁾은 차별금지조항에서 차별금지 사유에 연령을 명시적으로 담으면서 연령에 의한 차별금지를 권리로 접근함으로써, 제25조에서 노인인권의 성격에 대한 애매성을 그나마 조금은 상쇄하고 있다. 한편, 유럽기능조약 (Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 이하 “유럽기능조약” 또는 “TFEU”) 역시 차별금지조항에서 차별금지 사유에 연령을 명시적으로 담고 있다. 유럽기능조약 제19조제1항⁴⁹⁾에 따른 차별금지조항은 EU 기본권헌장에서와 같이 연령을 포함하는 차별금지 사유를 열거적 사항으로 정하고 있는데, 이는 차별금지 사유를 예시적 사항으로 규율하고 있는 유럽인권조약과는 구별되는 점이다. 그러나 유럽기능조약에서의 차별금지는 EU 기관으로 하여금 차별을 방지하기 위한 조치들을 취하도록 요구하고 있는 점에서, EU 기본권헌장이 연령에 의한 차별금지를 권리로 바라보는 것과는 구분이 된다. 이와 같은 특성에 기인하여 EU 기관들은 유럽기능조약이 요구하는 차별금지원칙을 이행하기 위하여 여러 지침들을 규범화하고 있는데, 특히 2000년 채택된 고용평등지침 (Employment Equality Directive)⁵⁰⁾은 고용과 근로, 직업교육 그리고 근로자단체 자격과 관련하여 연령을 이유로 한 차별을 금지하는 대표적인 규범으로 꼽히고 있다.

2. 노인 관련 연령차별금지 판결례

유럽에서 노인 관련 판결례 또는 연령차별 관련 판결례는 상당하지만 노인에 관련한 연령차별 판결례는 그다지 많지 않을뿐더러 기념비적인 판결로 거론되는 것 역시 찾기 어려

and independence and to participate in social and cultural life.”

47) Helen, “Reflecting on Age Discrimination and Rights of the Elderly in the European Union and the Council of Europe,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 14, Issue 1 (2007) p. 54.

48) See Art. 21(1) of the EU Charter. It says that “[a]ny discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.”

49) See Art. 19(1) of the TFEU. It says that “[w]ithout prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.”

50) European Union: Council of the European Union, Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, 27 November 2000, OJ L 303, 02/12/2000 P. 0016 - 0022, available at: <https://www.refworld.org/docid/583d783a7.html> [accessed 11 October 2022].

운 실정이다. 우선, 노인에 대한 연령차별과 직접적으로 연관되는 판결은 대부분 퇴직연령을 쟁점으로 하는 경우이다. 특히, EU의 경우 고용평등지침이 연령에 기반한 고용 등에서의 차별금지를 명문화하고 있다 보니 노인에 대한 연령차별의 주된 사례가 퇴직연령으로 귀결되는 특성을 보이고 있다.

다만 주목할 점은 고용평등지침이 고용 등에서의 연령차별금지를 원칙으로 하고 있으나 연령차별을 정당화하는 예외를 동시에 인정하고 있다는 점이다. 이와 같은 예외는 유럽 인권 판례에서 일반적으로 인정되고 있는 비례원칙 및 판단의 재량(margin of appreciation)을 반영하는 입법이라고 할 것이다. 동 지침 제6조제1항은 국내법상 고용 등에서의 연령에 따라 처우를 달리 하는 것이 합법적인 목적에 의해 정당화될 수 있는 경우 그리고 더 나아가 이러한 목적을 달성하기 위한 수단들이 적절하고 필요한 경우에 차별이 아니라고 정하고 있다.⁵¹⁾⁵²⁾ 이처럼 연령에 따라 처우를 달리 할 수 있는 경우를 세 가지로 열거하고 있는데, 고용 및 직업 훈련에의 접근을 위한 특별한 조건을 마련하는 것, 고용 또는 고용에 관련되는 특정한 혜택을 위하여 연령 등의 최소한의 조건을 두는 것, 그리고 채용시 최대한의 연령제한을 두는 것이 그것이다.⁵³⁾

이와 같은 예외적인 조항으로 인하여 퇴직연령과 관련된 유럽의 판례들은 대부분 동 지침 제6조 등에 따라 정당화되고 있다.⁵⁴⁾ 이러한 상황 속에서 퇴직연령과 관련하여 차별이라고 판단된 사례도 몇몇 등장하고 있다. *Prigge* 판결⁵⁵⁾은 조종사의 퇴직연령을 60세로 정한 것과 관련된 사건이다. 유럽사법재판소(Court of Justice of the European Union, 이하 “유

51) See Art. 6(1) of the Employment Equality Directive. It says that;

Justification of differences of treatment on grounds of age

1. Notwithstanding Article 2(2), Member States may provide that differences of treatment on grounds of age shall not constitute discrimination, if, within the context of national law, they are objectively and reasonably justified by a legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

Such differences of treatment may include, among others:

(a) the setting of special conditions on access to employment and vocational training, employment and occupation, including dismissal and remuneration conditions, for young people, older workers and persons with caring responsibilities in order to promote their vocational integration or ensure their protection;

(b) the fixing of minimum conditions of age, professional experience or seniority in service for access to employment or to certain advantages linked to employment;

(c) the fixing of a maximum age for recruitment which is based on the training requirements of the post in question or the need for a reasonable period of employment before retirement.

52) 동조항 이외에, 동조 제2항은 사회보장 관련 가입연령이나 퇴직연금 등을 위해 연령을 설정하는 것은 연령차별에 해당하지 않는다고 규정하고 있으며, 동 지침 서문 제14호에서는 동 지침이 연령에 기초한 각국의 퇴직제도에 영향을 주지 않는다고 선언하고 있다.

53) See *ibid.*

54) 관련 판례들에 대한 구체적인 분석은 다음 참조; Beryl ter Haar, “Is the CJEU Discriminating in Age Discrimination Cases?”, *Erasmus Law Review* 1 (2020) pp. 82-84.

55) Case C-447/09 *Reinhard Prigge and Others v Deutsche Lufthansa AG*, [2011] ECR I-08003.

유럽사법재판소” 또는 “CJEU”)는 이 사건에서의 의무적인 퇴직연령은 고용평등지침 제6조제1항에 근거하여 정당화될 수 없다고 판단하였다. 동조항은 연령에 따른 처우의 차등이 정당화되기 위해서는 그 목적이 타당하여야 한다고 요구하면서 특히, 적법한 고용 정책, 고용 시장 및 직업훈련의 목적을 정하고 있다. 그런데 동 사건에서 사회적 파트너(social partner)가 제시하고 있는 퇴직연령 제한의 목적은 항공교통의 안전성(air traffic security)으로서, 재판소는 이러한 목적의 경우 동조항이 요청하고 있는 합법적인 목적(legitimate aim)의 범주에 포함되지 않는다고 보았다.⁵⁶⁾ 유럽사법재판소의 이와 같은 견지는 목적의 정당성을 판단하는데 있어 매우 유연한 입장을 보이던 것에 비하여 매우 이례적인 사례라고 할 것이다.⁵⁷⁾

또한 유럽사법재판소는 *Commission v. Hungary* 판결⁵⁸⁾에서도 강제적인 퇴직연령이 차별이라고 판단한 바 있다. 이 사건은 젊은 법조인들의 사법체계 진입을 보다 촉진하는 한편, 전반적인 퇴직연령을 일반적으로 규율하기 위하여 판사, 검사 및 공증인들에게 적용되는 기존의 70세라는 퇴직연령을 62세로 하향하는 입법과 관련되었다.⁵⁹⁾ 재판소는 이 경우에 있어서 연령에 따른 퇴직연령 설정이 고용평등지침 제6조제1항에 따라 정당화될 수 있는지 여부를 심사함에 있어서 이러한 입법의 목적이 정당할 뿐만 아니라 이러한 목적 달성을 위한 퇴직연령 하향은 적절하다고 보았다.⁶⁰⁾ 그러나 이와 같은 퇴직연령 하향에 대하여 과도기적 규정을 두지 않아 입법의 시행일에 비추어 차등이 발생하는 혼란이 있는 점, 갑작스러운 제도 변경으로 인하여 관련자들이 퇴직연금에 있어 손해를 볼 수 있는 점 등을 고려하여 이러한 관련법의 개정이 필요한(necessary) 방법으로 볼 수 없다고 판단하여, 결국 고용평등지침 제6조제1항에 따른 정당화 요건을 충족하지 못하여 차별에 해당된다고 결정하였다.⁶¹⁾

고용 등의 분야에서 연령차별과 관련되는 판결 중에서 노인과 직접적인 연관성은 없지만 연령에 기인한 차별에 따라 노인에게도 간접적으로 연관이 되는 경우도 있다. 취업연령을 제한함으로써 해당 연령 이상의 경우 취업을 할 수 없도록 하는 경우라든가 직업 훈련의 대상을 특정 연령으로 제한하는 경우가 그것이다. *Lange* 판결⁶²⁾은 직업훈련에 있어서 연령

56) *Ibid.* paras. 81-82.

57) *See supra* note 54, p. 84.

58) *Commission v Hungary* (Accueil des demandeurs de protection internationale) C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029, European Union: Court of Justice of the European Union, 17 December 2020, available at: <https://www.refworld.org/cases,ECJ,5fdb914e4.html> [accessed 11 October 2022].

59) *Ibid.* paras. 24-25.

60) *Ibid.* paras. 59-64.

61) *Ibid.* paras. 66-71.

62) *J.J. De Lange v. Staatssecretaris van Financiën* C-548/15, ECLI:EU:C:2016:850, European Union: Court of Justice of the European Union, 10 November 2016, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0548>

에 따른 차별과 관련된 사건이다. 네덜란드법제는 조종사 관련 직업훈련과 관련하여 30세 이하의 자에게는 훈련비용 전액을 공제하여 주는데 반해, 그 보다 나이가 많은 경우에는 훈련비용 중에서 일부에 대해서만 공제를 하였던 바, 동 사건의 신청인은 만 32세여서 직업훈련비용의 공제에서 연령에 따른 차별이라고 주장하였다.⁶³⁾ 이에 대하여 유럽사법재판소는 직업훈련비용 공제에 있어서 연령에 따른 다른 처우를 하는 것은 고용평등지침 제6조 제1항(a)에서 정하고 있는 연령차별금지의 예외 사유인 젊은 사람 또는 노인의 고용시장에 편입을 촉진하기 위하여 직업훈련에 특별한 조건을 부여하는 경우에 해당하는 것으로 보면서 관련법의 목적이 정당하다고 판단하였다.⁶⁴⁾ 다만, 이와 같은 연령에 따른 직업훈련비용 공제의 차이가 입법목적 달성을 위하여 필요한 것인지를 판단함에 있어서 재판소는 판단의 재량에 따라서 해당국의 법원에 따른 판단을 존중하는 입장을 따라 결국, 고용평등지침 위반이 아니라는 결론을 내렸다.⁶⁵⁾

유럽에서 고용 이외의 영역에서 노인에 대한 연령차별과 관련하여 주목할 만한 판례는 희박한 실정이다. 이러한 와중에서 2017년 유럽인권재판소(European Court of Human Rights, 이하 “유럽인권재판소” 또는 “ECtHR”) 판례는 되짚어 볼만 하겠다. *Carvalho* 판결⁶⁶⁾은 산부인과 질병으로 수술을 받았던 50세 여성이 의료과실로 인하여 신체적 고통 및 성기능 장애를 겪은 사건과 관련된 것이다.⁶⁷⁾ 해당 여성은 자국에서 손해배상소송을 제기하였는데, 최고행정법원(Supreme Administrative Court)에서 신청인에게 유리하게 판결한 제1심의 취지를 인정하되 정신적 손해에 대한 배상금을 감액하였는데 그 이유 중 하나가 “신청인과 같이 50세의 이미 자녀가 둘이나 있는 여성에게 성관계(sex)는 젊은 나이에 비하여 중요하지 않고 성관계의 중요성은 연령에 따라서 중요성이 줄어든다”라는 점이었다.⁶⁸⁾

반면, 유사한 사건, 즉 55세 남성이 전립선수술로 인한 부작용으로 성기능에 장애가 생긴 사건에서 최고사법재판소(Supreme Court of Justice)는 “엄청나고 회복할 수 없는 결과”를 야기하였다면서 *Carvalho* 판결에서의 위자료 보다 4배가 넘는 위자료를 인정한 바 있다.⁶⁹⁾ 유럽인권재판소는 이 사건이 사생활권을 보장하는 유럽인권협약 제14조와 결부된 동협약

[accessed 11 October 2022].

63) *Ibid.* paras. 9-11.

64) *Ibid.* paras. 26-27.

65) *Ibid.* paras. 30-35.

66) *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, Application No. 17484/15, ECtHR, 25 Oct. 2017, available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-175659%22%7D> [accessed 11 October 2022].

67) *Ibid.* paras. 6-10.

68) *Ibid.* para. 16.

69) *Ibid.* paras. 23-24.

제8조, 즉 차별금지에 위배되는 것으로 판단하였다.⁷⁰⁾ 동 소송에서 신청인은 성과 연령에 기반한 차별을 주장하였음에도 불구하고⁷¹⁾ 재판소는 성고정관념(sex-stereotype) 및 유사한 남성 사건과의 비교에 초점을 맞추어 성차별이라는 결론을 이끌어 낸 것에 아쉬움이 남긴다.⁷²⁾ 그럼에도 불구하고 동 판결은 성생활 내지 사생활의 자유에 있어서 노인의 권리를 인정하고 젊은이들과 차별을 둘 수 없다고 해석하는 부분이라 하겠다. 재판소는 “성생활(sexuality)이 젊은이들에 비하여 두 명의 자녀가 있는 50세 여성에게는 중요하지 않다는 가정⁷³⁾은 “여성의 성생활이 자녀 양육 목적에만 연결되는 것으로 여길 뿐 여성이 인간으로서 성생활에 있어서 자기만족을 위한 신체적 및 정신적 관련성을 무시하는 통속적인 관념⁷⁴⁾이라고 설시하고 있다.

V. 결어

본 발제문은 노인인권 보장에 대한 국제사회의 규범적 접근의 전환기에 있어서 이러한 논의의 전제이며 핵심이자 축소판이라고 할 수 있는 노인에 대한 연령차별과 관련한 국제 규범의 현황과 그 구체적인 이행이나 적용 현황을 살펴보았다. 특히, 노인에 대한 전문적인 인권협약을 채택하고 있지 못하고 있는 보편적 인권규범체계와 유럽에서의 논의를 대상으로 하였다. UN 인권규범의 경우 차별금지 조항에서 연령차별을 명시적으로 포함하고 있지 아니할 뿐만 아니라 여성차별철폐협약 및 장애인권리협약을 제외하고는 노인에 관한 특별한 조문을 마련하고 있다. 비록 UN 인권규범들이 연령차별을 명문화하고 있지 않더라도 해석을 통해 연령에 이유로 하는 차별 역시 금지의 대상으로 해석하는 것이 통상적이고, 이에 따라 노인 역시 인간으로서 차별 없이 보편적 인권규범들이 보장하고 있는 각종 권리와 자유를 향유할 수 있는 것으로 인식되고 있다. 한편, 유럽의 경우 연령을 차별금지사유의 하나로 명시적으로 열거함으로써 노인에 대한 연령차별금지를 보다 명확하게 규범화하고 있을 뿐만 아니라 노인권리 보호를 위한 회원국의 의무를 별도의 조항으로 강조하고 있음으로써 노인인권 보호를 위한 법제적 방안 마련에 있어서는 UN의 인권규범체계 보다는 다소 진일보하고 있다고 볼 수 있겠다.

70) *Ibid.* para. 56.

71) *Ibid.* para. 40.

72) *Ibid.* paras. 54-55.

73) *Ibid.* para. 52.

74) *Ibid.* para. 53.

주지하다시피 UN의 인권규범 및 유럽에서의 인권규범들은 모두 법적 구속력을 갖는다. 따라서 노인들은 여타의 개인이나 집단들과 마찬가지로 연령차별금지를 포함하여 인권규범들이 보장하는 각종 권리들과 자유들을 보유할 뿐만 아니라 각국은 노인인권 보장을 위하여 적절한 입법적 및 행정적 조치 등을 취하여야 할 의무가 있다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 작금의 현실은 노인인권이 제대로 보호되고 있지 못하고 있음을 알려주고 있다. 전세계적으로 고령화 현상은 중요한 화두임에도 불구하고 UN 인권규범체계에 있어서 노인 인권에 대한 논의는 매우 미약한 수준이다. 인권조약과 관련하여 몇몇 일반논평이 있기는 하지만 매우 단편적인 수준에 불과하거나 시대적 간극으로 인하여 동시대적인 문제점이나 노인의 특성을 제대로 반영하지 못하고 있다는 비판에 직면하여 있다.⁷⁵⁾ 상당한 기간 동안 독립전문가 및 고령화 작업반이 설치되어 운영되어 오면서 노인인권 관련 여러 주제에 대하여 공론화하고 의견을 수렴하는 역할을 하고 있기는 하지만 지속성이라든가 구속력 측면에서 그 내재적인 한계점으로 인하여 효과적인 노인에 대한 연령차별을 방지할 수 있는 방안으로 기능하지는 못하는 실정이다.⁷⁶⁾

유럽에서의 실무적인 관행도 보편적 인권규범체제와 유사한 상황이라고 할 것이다. 노인 인권 관련하여 유의미한 판례는 희박한 수준인데, 특히 노인에 대한 연령차별 사례는 고용 등에서의 퇴직연령 사건으로 한정되어 있을 뿐만 아니라 차별이라고 판단된 경우도 매우 드물다. 유럽에서 노인에 대한 연령차별 판례는 진화를 보여주고 있지 못하는 영역인데,⁷⁷⁾ 왜냐하면 연령에 따른 차별 대한 심사는 여타의 사유에 의한 차별심사보다 엄격하지 못하다 보니⁷⁸⁾ 유의미한 변화를 보여주는데 한계가 있을 수밖에 없는 구조이다.

다시 ‘나이가 들면 어린이가 된다’는 속담으로 돌아가 보고자 한다. 아동은 어리다는 이유로 권리의 보유자(rights-holders)로 인식되지도 못하였을 만큼 연령차별의 대표적인 집단이었다. 아동인권의 취약성 및 보장 필요성이 공론화되면서 이를 보다 효과적으로 보호하기 위한 방안으로 1989년 아동권리협약이 채택되었다. 이를 계기로 아동을 보호의 객체이자 권리의 주체로서 인식하게 되었으며 아동인권의 범주도 폭력으로부터의 자유 및 돌봄과 같은 보호권은 물론이거니와 의견표명권(right to be heard)과 프라이버시권 등 발달권 및 참

75) See *supra* note 13 paras. 31-33.

76) See *supra* note 13 para. 30.

77) Eujenio Mantovani et al., *Ageism, Human Rights and the European Court of Human Rights: A Critical Analysis of the Carvalho v. Portugal Case(2017)*, 11DePaul J. for Soc. Just. (2018), p. 3.

78) Cathérine Van de Graaf and Yannick Schoog, *Too Old to Deserve State Support? - Šaltinytė v. Lithuania: Age Discrimination in Socio-Economic Policy* (Dec. 22, 2021), available at <https://strasbourgobservers.com/2021/12/22/too-old-to-deserve-state-support-saltinyte-v-lithuania-age-discrimination-in-socio-economic-policy/> [accessed 11 October 2022].

여권까지 확대되기에 이르렀다. 아동의 특성을 반영하는 전문적이고 포괄적인 협약의 채택과 이행 메커니즘을 통해서 아동인권은 한층 더 발전하는 계기를 맞이하게 되었다고 해도 과언이 아니다.

노인에 대한 연령차별을 해소하기 위해서는 아동인권 분야에서 나아갔던 이와 같은 인권 보장 메커니즘으로의 도약이 요청된다 할 것이다. 해석을 통한 차별금지의 도출만으로는 노인인권이 인권규범 실무에서 적극적으로 실현되기에는 어렵다는 것을 수십 년의 경험을 통해 확인할 수 있겠다. 전세계적으로 고령화가 급속히 진행되는 과정에서 노인에 대한 차별을 철폐하기 위해서는 연령차별금지에 대한 명문화뿐만 아니라 차별로 인하여 침해되었던 각종 권리와 자유들을 보다 명시적으로 선언하여 규범력을 보다 강화하는 한편, 특히 이를 실현하기 위한 이행 메커니즘의 구축·운영할 수 있는 방안의 모색이 요청된다.

The Human Right to Development, Health, and Intellectual Property

Jootaek Lee*

목 차

- I. Introduction
- II. Definitions of the Human Right to Development in the Context of Health and Intellectual Property
- III. International Principles relating to the Human Right to Development
- IV. Annotated Bibliography
- V. Conclusion

Considering a wide variety of international instruments and literature, this article will attempt to provide a comprehensive and consistent definition of the human right to development and its relationship to the human right to health and intellectual property. This article will also provide an annotated bibliography of various sources which can facilitate the research of scholars and practitioners in this field. A list of primary source instruments, including the selective laws of domestic countries, is also introduced.

I. Introduction

In August, 2021, Mamta Murthi, the World Bank's Vice President for Human Development exclaimed that COVID-19 vaccination rates in developing countries was "absolutely unacceptable."¹⁾ The poorest countries are left so far behind to get vaccinations.²⁾ As of August

* Associate Professor, Rutgers University Law School.

1) 'Absolutely Unacceptable' COVID-19 Vaccination Rates in Developing Countries (Aug. 3, 2021), <https://www.worldbank.org/en/news/podcast/2021/07/30-absolutely-unacceptable-vaccination-rates-in-developing-countries-the-development-podcast>.

2) *Id.*

2022, 67.7% of the world population has received at least one dose of a COVID-19 vaccine; 12.57 billion doses have been administered globally, and 4.88 million are now administered each day.³⁾ However, still only 20.9% of people in low-income countries have received at least one dose; it was with fewer than 3% in 2021.⁴⁾ The situation has not improved that much within the twelve months. Why has this situation happened? Developing countries, including African countries, needed financing for both the purchase and deployment of vaccines.⁵⁾ Furthermore, rich countries have continued to buy many more doses than they use.⁶⁾ Countries and pharmaceutical companies have hidden their vaccine purchase contracts, providing even more vaccines to rich countries.⁷⁾

This COVID-19 vaccine situation shows one aspect of an endemic issue that developing countries have experienced for a long time as a result of their decolonization. A reality is that developing countries are still developing, and people or persons living there are still suffering. Furthermore, these countries do not have sustainable abilities to invent and manufacture medicines to combat serious diseases including COVID-19 and HIV. Fortunately, the U.S. government announced to put licenses for 11 medical technologies invented at the National Institutes of Health (NIH) into a patent pool.⁸⁾ However, this is an exceptional case as it removed only one hurdle to making a vaccine, which requires further agreements with different patent holders.⁹⁾ As such, the Right to Development (“RTD”) of people living in low income countries has not been realized and improved that much since the United Nations General Assembly adopted the Declaration on the Right to Development (“DRTD”) in 1986. Sustainable development goals have not been achieved. COVID-19 pandemic actually worsened the situation.

The RTD theory provides human rights to persons or people in their efforts to promote or protect civil and political, economic, social, and cultural developments.¹⁰⁾ While there have not

3) *Coronavirus (COVID-19) Vaccinations*, Our World in Data, <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations?country=AFG>.

4) *Id.*

5) ‘*Absolutely Unacceptable*’ COVID-19 Vaccination Rates in Developing Countries (Aug. 3, 2021), <https://www.worldbank.org/en/news/podcast/2021/07/30/-absolutely-unacceptable-vaccination-rates-in-developing-countries-the-development-podcast>.

6) Nurith Aizenman, *Why low income countries are so short on COVID vaccines. Hint: It's not boosters* (Nov. 10, 2021), <https://www.npr.org/sections/goatsandsoda/2021/11/10/1052078529/why-low-income-countries-are-so-short-on-covid-vaccines-hint-its-not-boosters>.

7) *Id.*

8) Jon Cohen, “*A Pretty Big Deal*”: U.S. Makes COVID-19 Technologies Available for Use in Developing Countries, *Science* (May 13, 2022), <https://www.science.org/content/article/pretty-big-deal-u-s-makes-covid-19-technologies-available-use-developing-countries/>

9) *Id.*

10) *Id.* art. 1(1).

been consistent definitions relating to development, the RTD provides mechanisms to increase personal developments in many aspects of life. Intellectual property is at the core of such efforts for development and makes it more efficient and easy for persons or people to develop. If new technology and scientific idea and knowledge has to be delivered to the persons or people in developing countries without copyright and patent barriers, their development could be accelerated. Particularly, their health and well-being could improve much more if their access to medicines and knowledge and technology to develop such medicines has improved.

As such, there have been conceptual issues in the intersection between intellectual property (“IP”) and the RTD. In essence, the same IP rights which protect the invention and the inventor simultaneously restrict access to resources and technology which could greatly benefit human rights.¹¹⁾ IP rights are unequally distributed to a few developed countries, and they limit innovation in countries that do not own IP rights but could most benefit from such developments.¹²⁾

Affected by the DRTD, the UN General Assembly focused on development and adopted the 17 sustainable development goals (SDGs) which can be achieved by 2030.¹³⁾ The SDGs are integrated and indivisible and linked to other relevant ongoing processes in the economic, social and environmental fields.¹⁴⁾ The first three goals are allocated to end poverty and hunger and ensure food security, healthy lives and well-being for all.¹⁵⁾ Goal 3.8 is to achieve universal health coverage, access to quality essential health-care services and access to safe, effective, quality and affordable essential medicines and vaccines for all.¹⁶⁾

Particularly, it is interesting to see that Goal 3 (Ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages) of the Sustainable Development Goals¹⁷⁾ includes the following paragraph:

3.b Support the research and development of vaccines and medicines for the communicable and non-communicable diseases that primarily affect developing Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development A/RES/70/1 17/35 countries, provide access to affordable

11) *Ahmed, supra* note 23, at 613.

12) *Id.* at 613.

13) *Id.* p.14.

14) *Id.* ¶ 55.

15) *Id.* p. 14.

16) *Id.*

17) G.A. Res. 70/1 (Sept.25, 2015).

essential medicines and vaccines, in accordance with the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, which affirms the right of developing countries to use to the full the provisions in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights regarding flexibilities to protect public health, and, in particular, provide access to medicines for all.

Protection of intellectual property created in the developed countries can often work as an obstacle to IP development in developing countries. The human right to development and intellectual property rights create the dynamics of conflict and coexistence between developing and developed nations.¹⁸⁾

[I]t is misleading to inquire whether human rights and intellectual property rights coexist or conflict with each other. Because of the overlapping human rights attributes, these two sets of rights both coexist and conflict with each other. A better, and more important, question is how we can alleviate the tension and resolve the conflict between human rights and the non-human-rights aspects of intellectual property protection.¹⁹⁾

This approach emphasizes “[t]he importance of flexibilities, limitations and exceptions enshrined in international instruments in the pursuit of a balanced IP regime that is supportive of both innovation and the dissemination of knowledge and technology to achieve public policy objectives.”²⁰⁾ “IP for development” and “development-oriented IP” are used in the language of international IP discourse, such as in the 2007 Development Agenda recommendations; however, “both are not mutually exclusive and many countries, including developed ones, tend to combine them in their overall approach to IP protection.”²¹⁾ However, how can an existing intellectual property regime created by the developed countries enhance the promotion and protection of the human right to development of the developing countries? This paper will further analyze this question and provide resources with an annotated bibliography of the existing literature in order to answer the following questions: (1) what are the definition of the right to development and

18) Peter Drahos, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development*, in *Intellectual Property and Human Rights* 13-41 (WIPO, Geneva, 1999).

19) Peter Yu, *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework*, 40 *UC Davis Law Review* 1039, 10780(2007).

20) Ahmed Abdel-Latif, *The Right to Development: What Implications for the Multilateral Intellectual Property Framework?* 605, 615, in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* (2015).

21) *Id.*

how they have been developed; (2) what are the exceptions and flexibilities in the existing international instruments for the dissemination of knowledge to the developing countries; (3) What are the obstacles to the current iteration of the human right to development; and (4) whether the right to development gained a status of universal human rights and peremptory norms.

II. Definitions of the Human Right to Development in the Context of Health and Intellectual Property

The right to development is an inalienable human right which can be enjoyed individually or collectively by persons and people. However, defining the development is a daunting task. Development itself contains many different aspects of life in terms of persons and people. International organizations, governments, and scholars do not provide a consistent definition either. Development is also politically motivated, and its definitions are especially divided between developing and developed countries.²²⁾ Thus, UN General Assembly has tried to provide a consistent definition through a resolution, called the Declaration on the Right to Development (“DRTD”) in 1986.²³⁾

Article 1 of DRTD defines the right to development as:

an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized.²⁴⁾

It reaffirms “the principles of self-determination and full sovereignty over natural wealth and resources and involves both national and international dimensions of State responsibilities including responsibilities in the creation of an enabling environment for development and favorable conditions for all human rights.”²⁵⁾

22) Surya P. Subedi, *Introductory Note: Declaration on the Right to Development*, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf (last visited Aug. 27, 2022).

23) G.A. Res. 41/128 (Dec. 4, 1986).

24) *Id.* art. 1(1).

The idea behind the right to development is the adoption of “a comprehensive and human-centered development policy, participatory development processes, social justice and equity.”²⁶⁾ As such, the DRTD moved a conceptual development into the human rights field, emphasizing equity and justice. DRTD specified that the right to development is a collective right, inclusive of a “development with equity and justice ... has strong connections to economic, social and cultural rights.”²⁷⁾ Notably, Article 8 calls upon States to undertake, at a national level, all necessary measures for the realization of the right to development and to ensure, *inter alia*, equality of opportunity for all through their access to basic resources, education, health services, food, housing, employment and the fair distribution of income.²⁸⁾

Under the DRTD, the right to development not only focuses on the contents but also the structures, processes, and outcomes of development both at the national and international levels.²⁹⁾ Its preamble emphasizes process, particularly recognizing that “development is a comprehensive economic, social, cultural and political process, which aims at the constant improvement of the well-being of the entire population and of all individuals on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom.”³⁰⁾

There have been continued disagreements between nations as to how the RTD should be implemented, particularly between developing and developed countries.³¹⁾ Developing countries want to reduce inequities that occur because of globalization and “gain greater participation of developing countries in global economic and financial decision-making.”³²⁾ On the other hand, developed countries would like to focus on contributing to achieving elements such as “good

25) Surya P. Subedi, *Introductory Note: Declaration on the Right to Development*, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf (last visited Aug. 27, 2022).

26) Surya P. Subedi, *Introductory Note: Declaration on the Right to Development*, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf (last visited Aug. 27, 2022).

27) Ahmed Adbel-Latif, *The right to development: What implications for the multilateral intellectual property framework?*, in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* 605-626, 607-08 (Christopher Geiger, ed., Edward Elgar Publishing 2015).

28) Art.8.

29) Surya P. Subedi, *Introductory Note: Declaration on the Right to Development*, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf (last visited Aug. 27, 2022).

30) Preamble, DRTD, G.A. Res. 41/128 (Dec. 4, 1986).

31) Ahmed Adbel-Latif, *The right to development: What implications for the multilateral intellectual property framework?*, in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* 605-626 (Christopher Geiger, ed., Edward Elgar Publishing 2015) at 610.

32) *Id.*

governance, democracy ... and sound economic conditions” at the domestic front of developing countries.³³⁾ The DRTD resolved this discrepancy to some extent. Overall, the term “development,” in the context of the DRTD, has largely been understood to mean “social and economic development” of developing countries in general. In particular, the DRTD refers to the least developed countries. Therefore, the right to development mainly focuses on the economic and social development of developing countries, as stated in article 4 (2) of the DRTD.³⁴⁾

Article 3 of DRTD declares that, “States have the primary responsibility for the creation of national and international conditions favorable to the realization of the right to development.”³⁵⁾ According to a high-level United Nations task force on the implementation of the right to development, “the responsibility for the creation of this enabling environment encompasses three main levels: (a) States acting collectively in global and regional partnerships; (b) States acting individually as they adopt and implement policies that affect persons not strictly within their jurisdiction; and (c) States acting individually as they formulate national development policies and programs.”³⁶⁾ The concept of the RTD carries with it a moral and political force in the deliberations on economic development of developing countries and delivery of promises made through various international initiatives, ranging from financing for development and poverty reduction to projects of social engineering envisaged in the Charter of the United Nations.³⁷⁾

In 1993, the Declaration on the Right to Development (“DRTD”) is later reaffirmed the right to development as an inalienable human right with the Vienna Declaration and Programme of Action.³⁸⁾ The World Conference on Human Rights affirmed the right to development as “a universal and inalienable right and an integral part of fundamental human rights.”³⁹⁾ This includes the right not to develop to therefore respect the existing, recognized human rights of other countries. The declaration states that “[w]hile development facilitates the enjoyment of all human rights, the lack of development may not be invoked to justify the abridgement of

33) *Id.*

34) Surya P. Subedi, Introductory Note: Declaration on the Right to Development , https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf (last visited Aug. 27, 2022).

35) Art. 3.

36) A/HRC/15/WG.2/TF/2/Add.2.

37) Surya P. Subedi, Introductory Note: Declaration on the Right to Development , https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf (last visited Aug. 27, 2022).

38) World Conference on Human Rights, *Vienna Declaration and Programme of Action*, ¶10, U.N. Doc. A/CONF.157/23 (June 25, 1993).

39) *Id.*

internationally recognized human rights.”⁴⁰⁾

In 2000, the UN General Assembly adopted the United Nations Millennium Declaration⁴¹⁾ and identified fundamental values essential to international relations which were later developed as the Millennium Development Goals. The eighth goal is *Global Partnership for Development*. The Millennium Development Goals were only set until 2015. In 2015, the UN General Assembly adopted a new resolution, the 2030 Agenda for Sustainable Development ⁴²⁾as a development agenda to build on the Millennium Development Goals. The Sustainable Development Goals name 17 goals and 169 targets. This new agenda is informed by the Declaration on the Right to Development.

The new Agenda recognizes the need to build peaceful, just and inclusive societies that provide equal access to justice and that are based on respect for human rights (including the right to development), on effective rule of law and good governance at all levels and on transparent, effective and accountable institutions.⁴³⁾

The DRTD, however, was a General Assembly resolution and, as such, is not binding on member states. Thus, in January 2020, the Human Rights Council made efforts to create an enforceable written document, publishing a draft Convention on the Right to Development (“CRD”) (A/HRC/WG.2/21/2/Add.1),⁴⁴⁾ emphasizing that the right to development is a common concern of humankind.⁴⁵⁾ The CRD recognizes the same concept of development as the DRTD in the preamble, but did not provide a specific definition under its Article 2 definition section. But the CRD provides general principles relating to development under Article 3 which includes: human person and people-centered development, the principles of accountability, empowerment, participation, non-discrimination, equality and equity; development as a human right; self-determined development; sustainable development; state parties’ right to regulate to achieve sustainable development on their territory; international solidarity among individuals, peoples, states and international organizations; universal duty to respect human rights; and right and

40) *Id.*

41) G.A. Res. 55/2 (Sept. 8, 2000).

42) G.A. Res. 70/1 (Sept.25, 2015).

43) G.A. Res. 70/1, ¶35 (Sept.25, 2015).

44) https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Development/Session21/3_A_HRC_WG.2_21_2_AdvanceEditedVersion.pdf.

45) Preamble

responsibility of individuals, groups and organs of society to promote and protect human rights.⁴⁶⁾

Through the CRD, the RTD is gaining the universal rights status which must be respected by all humankind. The RTD after gaining more peremptory norm status may be able to preempting intellectual property rights primarily asserted and protected by researchers in developed countries. Universality of the RTD inherited from Universal Declaration of Human Rights (“UDHR”)⁴⁷⁾ was finally culminated by the CRD in 2020.

III. International Principles relating to the Human Right to Development

A. Traditional International and Regional Human Rights Principles that Apply to the Human Right to Development, Health and Intellectual Property

1. The Covenant of the League of Nations (1919) & United Nations Charter (“UN Charter”) (1945)

The Covenant of the League of Nations addressed development within its mandate system in Article 22. This concept of development found its expression in Article 55 of the Charter of the United Nations in a wider context of international economic and social cooperation among States. Article 55 recognizes the importance of promoting “conditions of economic progress and development” and “solutions of international economic, social, health, and related problems” and all Members of the United Nations pledged themselves through Article 56 “to take joint and separate action” in cooperation with the United Nations “for the achievement of the purposes set forth in Article 55”. Thus, the embryonic foundations for the DRTD were laid in the Charter of the United Nations itself in 1945.

46) art. 3.

47) G.A. Res. 217 (III) A, at 76, Universal Declaration of Human Rights (Dec. 10, 1948). Most provisions of the UDHR are considered to attain the status of customary international law. See Henry J. Steiner, Philip Alston & Ryan Goodman, *International Human Rights in Context* 161 (2008); Hurst Hannum, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, 25 Ga. J. Int'l & Comp. L. 287, 353-54 (1995/1996).

2. American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948)

The preamble emphasizes spiritual development which is the “supreme end of human existence and the highest expression thereof ...” Under Chapter Two, every individual has a duty to fully form and develop his personality.

3. Universal Declaration of Human Rights (“UDHR”) (1948)⁴⁸⁾

Under Article 22, everyone has the right to social security and is entitled to the economic, social and cultural rights for his dignity and the free development of his personality. Article 26 emphasizes the importance of education for the full development of the human personality. Article 25 provides the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including housing and medical care, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

4. Declaration of the Rights of the Child (1959)

The Rights of the Child and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities have integrated provisions on international assistance and cooperation with a focus on the needs of developing countries. The right to development is an aspirational and enabling right. It is a right to means of achieving other human rights.

5. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (“CERD”) (1966)

It reaffirms that discrimination is disturbing peace and security among peoples and the harmony of persons living side by side even within one and the same State.⁴⁹⁾

6. International Covenant on Civil and Political Rights (“ICCPR”) (1966)⁵⁰⁾

48) G.A. Res. 217 (III) A, at 76, Universal Declaration of Human Rights (Dec. 10, 1948). Most provisions of the UDHR are considered to attain the status of customary international law. See Henry J. Steiner, Philip Alston & Ryan Goodman, *International Human Rights in Context* 161 (2008); Hurst Hannum, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, 25 Ga. J. Int'l & Comp. L. 287, 353-54 (1995/1996).

49) Preamble.

50) International Covenant on Civil and Political Rights, *opened for signature* Dec. 19, 1966, 999 U.N.T.S. 171.

Article 1 provides the right of self-determination. People freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.⁵¹⁾ All people may freely dispose of their natural wealth and resources, and in no case, a people may be deprived of its own means of subsistence.

7. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (“ICESCR”) (1966) ⁵²⁾

Article 2(1) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights tells each State Party to take steps, individually and through international assistance and co-operation in order to achieve progressively the full realization of the economic, social and cultural rights by all appropriate means.⁵³⁾ Along the lines envisaged in Articles 55 and 56 of the Charter of the United Nations, the Covenant absorbed “development,” qualifying it as an important means for the achievement of human rights. It was a recognition of the idea that development measures can serve as a framework within which economic and social rights can be defined and realized. Article 6 also provides concrete steps to provide technical and vocational guidance and training programs, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment.⁵⁴⁾ Article 11 tells State Parties to achieve the most efficient development and utilization of natural resources for an adequate standard of living.⁵⁵⁾ Article 15 tells State parties to take the steps to achieve the full realization of the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications which includes the steps necessary for the development of science and culture.⁵⁶⁾

8. American Convention on Human Rights (1969)⁵⁷⁾

This regional convention sponsored by the OAS approves broader standards with respect to economic, social and educational rights into the incorporation into the Charter of the OAS of.⁵⁸⁾ Particularly, Article 26 emphasizes the progressive development for the full realization of the

51) Art. 1.

52) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *opened for signature* Dec. 19, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

53) Art. 2(1).

54) Art. 6.

55) Art. 11.

56) Art. 15.

57) American Convention on Human Rights, Nov. 22, 1969, 1144 U.N.T.S. 144.

58) *Id.* preamble.

rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States.⁵⁹⁾

B. Institutions and Documents Directly Dealing with the Right to Development

1. UN General Assembly Resolutions 1710 and 1715 (XVI) (1962).⁶⁰⁾

In 1962, the first United Nations Development Decade was proclaimed. The UN General Assembly recognized the need for concerted action for the advancement of the economic and social development of all people.⁶¹⁾ Its main focus was placed not only on the less developed countries in terms of growth, but also on the people in terms of removing illiteracy, hunger and disease which seriously affect the productivity and promoting education in general and vocational and technical training.⁶²⁾

2. UN General Assembly Resolution 1803 (XVII) (1962)⁶³⁾

The UN General Assembly adopted a resolution titled Permanent Sovereignty over Natural Resources required sovereignty to be exercised in the interest of a State's "national development and of the well-being of the people of the State."⁶⁴⁾ It focuses on the promotion and financing of economic development in under-developed countries and in connection with the right of peoples to self-determination in the draft international covenants on human rights.⁶⁵⁾

3. UN General Assembly Resolution 2027(XX) (1965)⁶⁶⁾

In its resolution 2027(XX), the General Assembly strengthened that link when it recognized the need for the framework of the Development Decade to "devote special attention on both the

59) *Id.* art. 26.

60) United Nations Development Decade; A programme for international economic cooperation, A/RES/1710(XVI), 17-18.

61) *Id.*

62) *Id.*

63) Permanent Sovereignty over Natural Resources, A/RES/1803(XVII)

64) *Id.*

65) Permanent Sovereignty over Natural Resources: General Assembly Resolution 1803 (XVII), https://legal.un.org/avl/ha/ga_1803/ga_1803.html.

66) Measures to Accelerate the Promotion of Respect for Human Rights and Fundamental Freedoms, A/RES/2027(XX).

national and international levels to progress in the field of human rights, and to encourage the adoption of measures designed to accelerate the promotion of respect for and observance of human rights and fundamental freedoms.”⁶⁷⁾ The resolution invited governments to include in their plans for economic and social development measures directed towards the achievement of further progress in the implementation of the human rights and fundamental freedoms as proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights and subsequent international human rights instruments.⁶⁸⁾

4. United Nations Development Program (UNDP)

Under the Charter of the United Nations, the United Nations General Assembly established the UNDP in 1966 in order to achieve international cooperation in solving economic, social, cultural, or humanitarian challenges without distinction for race, sex, language, or religion.⁶⁹⁾ The UNDP are currently making efforts to achieve sustainable development goals, and publishes Human Development Reports.⁷⁰⁾ The most recent report was published in 2022, emphasizing “advancing human development is the means to navigate uncertain times and effect the behavioural changes and institutional reforms … Human development is about expanding capabilities …”.⁷¹⁾

5. Final Act of the International Conference on Human Rights (1968)⁷²⁾

The link between development and human rights was officially recognized by the Tehran Conference on Human Rights in 1968.⁷³⁾ Resolution XI dealt with human rights and scientific and technological developments, recognizing that scientific discoveries and their technological applications accelerate economic, social and cultural progress and raise the level of living, and they are the decisive factor in the effective application of human rights.⁷⁴⁾ The resolution also recognizes the danger of legal and ethical application in human rights.⁷⁵⁾ Resolution XVII dealt

67) *Id.*

68) *Id.* ¶1.

69) UNDP, <https://www.undp.org/about-us>.

70) <https://hdr.undp.org/>.

71) 2021/22 Human Development Report, <https://report.hdr.undp.org/>.

72) A/Conf.32/41, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N68/958/82/PDF/N6895882.pdf?OpenElement>.

73) Surya P. Subedi, Introductory Note: Declaration on the Right to Development, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf (last visited Aug. 27, 2022).

74) A/Conf.32/41, p.12, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N68/958/82/PDF/N6895882.pdf?OpenElement>.

75) *Id.*

with economic development and human rights, recognizing that “there is a profound inter-connexion between the realization of human rights and economic development.”⁷⁶⁾

6. UN General Assembly Resolution 34/46 (1979)

The General Assembly recognized the right to development in its resolution 34/46 of 23 November 1979 under the title “Alternative approaches and ways and means within the United Nations system for improvising the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms.”⁷⁷⁾ The resolution notes that the right to development is a human right and that equality of opportunity for development is as much a prerogative of nations as of individuals within nations.”⁷⁸⁾

7. 1981 African Charter on Human and Peoples’ Rights⁷⁹⁾

While the matter concerning different dimensions of development were being debated within the United Nations, a Senegalese jurist, Keba M’baye, first proposed the idea of a right to development (“Le droit au développement comme un droit de l’homme” in *Revue des droits de l’homme*, vol. 5, 1972, p. 505), and it was first given legal recognition in the 1981 African Charter on Human and Peoples’ Rights (“Banjul Charter”).⁸⁰⁾ In its preamble, the Banjul Charter told states to pay special attention to the right to development, recognizing that civil and political rights cannot be achieved without a satisfactory realization of economic, social and cultural rights.⁸¹⁾ Article 22 officially recognizes a legal right of people to their economic, social and cultural development, and states are obligated to ensure the exercise of the right to development.⁸²⁾

8. Commission on Human Rights: Report on the 41st Session (1985)⁸³⁾

76) *Id.* at 14.

77) A/RES/34/46, p.170.

78) *Id.*

79) <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>.

80) Surya P. Subedi, Introductory Note: Declaration on the Right to Development , https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf (last visited Aug. 27, 2022).

81) Banjul Charter, preamble.

82) Banjul Charter, art. 22.

83) E/CN.4/1985/66.

The thirty-seventh session of the Commission held in 1981 established a Working Group (resolution 36 (XXXVII)) to study the scope and contents of the right to development.⁸⁴⁾ Based on the Working Group report, the Economic and Social Council (Resolution 1985/43) approves the Commission's decision to transmit the General Assembly with relevant documents in order to enable the Assembly to adopt a declaration on the right to development,⁸⁵⁾ paving the way for the adoption of the DRTD on the right to development.⁸⁶⁾

9. The Rio Declaration on Environment and Development⁸⁷⁾

The Rio Declaration linked development with environment and expanded the status of the right to development. Article 3 states that “[t]he right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations.”⁸⁸⁾ Unlike the DRTD, the Rio Declaration was adopted with the support of an overwhelming majority of States. Although the United States expressed, in a separate statement, its opposition to development as a right, the normative character of the provisions in article 3 of the Rio Declaration and the support it received has strengthened the status of the right to development.⁸⁹⁾ The right to development was also recognized by the 1993 World Conference on Human Rights (A/CONF.157/23).

10. United Nations Millennium Declaration (2000)⁹⁰⁾

Inspired by the DRTD, the Millennium Declaration dedicated the Whole section III for development and poverty eradication.⁹¹⁾ Under Article 11 General Assembly committed to realize the right to development for everyone and to free the entire human race, more than a billion of

84) Surya P. Subedi, Introductory Note: Declaration on the Right to Development , https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf (last visited Aug. 27, 2022).

85) E/CN.4/1985/66.

86) *Id.*

87) *Rio Declaration on Environment and Development*, in Report of the United Nations Conference on Environment and Development (1992), A/CONF.151/26 (Vol.I).

88) *Id.* Art. 3.

89) Surya P. Subedi, Introductory Note: Declaration on the Right to Development , https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf (last visited Aug. 27, 2022).

90) A/RES/55/2.

91) *Id.* pp. 4-5.

them from extreme poverty.⁹²⁾ The declaration emphasized the creation of an environment conducive to development,⁹³⁾ and good governance and transparency.⁹⁴⁾ Particularly, Article 20 encourages the pharmaceutical industry to make essential drugs more widely available and affordably by all who need them in developing countries.”⁹⁵⁾

11. United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development⁹⁶⁾

Also affected by the DRTD, the UN General Assembly focused on development and adopted the 17 sustainable development goals (SDGs) which can be achieved by 2030.⁹⁷⁾ The SDGs are integrated and indivisible and linked to other relevant ongoing processes in the economic, social and environmental fields.⁹⁸⁾ The first three goals are allocated to end poverty and hunger and ensure food security, healthy lives and well-being for all.⁹⁹⁾ Goal 3.8 is to achieve universal health coverage, access to quality essential health-care services and access to safe, effective, quality and affordable essential medicines and vaccines for all.¹⁰⁰⁾ Goal 3.b supports the research and development of vaccines and medicines for diseases that primarily affect developing countries, access to affordable essential medicines and vaccines, and the right of developing countries to use to the full the provisions in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights regarding flexibilities to protect public health, and, in particular, provide access to medicines for all.¹⁰¹⁾ Goal 8 emphasizes the sustained, inclusive and sustainable economic growth.¹⁰²⁾

12. Draft Convention on the Right to Development (A/HRC/WG.2/21/2/Add.1)

In January 2020, the Human Rights Council published a draft Convention on the Right to Development (A/HRC/WG.2/21/2/Add.1). This draft Convention is based on existing international

92) *Id.* art. 11.

93) *Id.* art. 12.

94) *Id.* art. 13.

95) *Id.* art. 20.

96) G.A. Res. 70/1 (Sept.25, 2015).

97) *Id.* p.14.

98) *Id.* ¶ 55.

99) *Id.* p. 14.

100) *Id.*

101) *Id.*

102) *Id.*

legal instruments as much as possible and builds upon the Universal Declaration of Human Rights, the nine core United Nations human rights treaty, and of course on the DRTD. If this draft Convention receives the support required within the Council, and subsequently within the United Nations General Assembly, a treaty on the right to development stands to join the group of United Nations human rights treaties. Thus, there is a prospect of the DRTD becoming a catalyst that transforms the right to development from a soft-law principle into a hard-law principle, thereby becoming a historical declaration.¹⁰³⁾

IV. Annotated Bibliography

A. Treatises and Books

1. Tzen Wong and Graham Dutfield, *Intellectual Property and Human Development: Current Trends and Future Scenarios* (Cambridge University Press, 2010).

This book is a collection of writings by various authors who are from different fields of expertise.¹⁰⁴⁾ This book is made up of nine chapters. The first chapter provides a broad overview of the development of IP law and its application to human development.¹⁰⁵⁾ This chapter ultimately frames the capability approach as one that is best suited to pair both human development and IP law.¹⁰⁶⁾ The second chapter attempts to explain the complex overlap between IP and medicine.¹⁰⁷⁾ It explores how the TRIPS Agreement has impacted global research, development, distribution and pricing of pharmaceutical goods. The author specifically uses the experiences of Brazil and India as generic drug producers. Chapter 3 addresses food security and IP rights, particularly as it pertains to the right to food, and biodiversity.¹⁰⁸⁾ The chapter uses legislation in Thailand, Malaysia, and India as examples of how developing

103) Surya P. Subedi, Introductory Note: Declaration on the Right to Development, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf (last visited Aug. 27, 2022).

104) Tzen Wong and Graham Dutfield, *Intellectual Property and Human Development: Current Trends and Future Scenarios*, xii (Cambridge University Press, 2010).

105) *Id.* at 1-59.

106) *Id.* at 27-45.

107) *Id.* at 60-102.

108) *Id.* at 103-38.

countries can use the TRIPS agreement to their advantage. Chapter 4 focuses on the legal protection of traditional knowledge and the challenges that come with attempting to provide IP protection for dynamic and intangible aspects of traditional knowledge.¹⁰⁹⁾ Chapter 5 continues in a similar vein and addresses the challenges indigenous people face in protecting their traditional cultural expressions.¹¹⁰⁾ Chapter 6 focuses on copyright protections and educational development.¹¹¹⁾ The author argues that copyright laws can be utilized to provide equitable educational access to developing countries. Chapter 7 expands this issue and presents a pro-access argument for access to information/communication technologies especially in our digital age.¹¹²⁾ Chapter 8 engages the issue of cultural and artistic IP protection, as well as IP laws' impact on creative innovation.¹¹³⁾ Lastly, chapter 9 focuses on the future of IP law and its effect on new technological innovations.¹¹⁴⁾

2. Rmi Olwan, *Intellectual Property and Development Theory and Practice* (Springer 2013).

This book aims to provide suggestions on how developing countries can adopt IP law to effectively promote development.¹¹⁵⁾ This book chooses Jordan as case study because it is representative of a “middle-income developing country” and is a country which has introduced a vast amount of IP protections.¹¹⁶⁾ It is divided into two parts and is comprised of a total of eight chapters. Part I is intended to analyze the various perspectives on IP theory, and social and economic development. The first chapter in this part, Chapter 2, is titled the “History of International Intellectual Property and Development.” It examines how international IP law has developed over time, beginning in the 19th Century with treaties like the Paris Convention of 1883 and the Berne Convention of 1886. The chapter then moves to the views of developed and developing countries and more recent international treaties. Chapter 3 focuses on IP and Economic Development; it includes an overview on the views of developing and developed countries and the views of prominent economists. The chapter concludes on a study of economic

109) *Id.* at 139-74.

110) *Id.* at 175-217.

111) *Id.* at 218-49.

112) *Id.* at 250-78.

113) *Id.* at 279-328.

114) *Id.* at 329-66.

115) Rmi Olwan, *Intellectual Property and Development Theory and Practice* 27-28 (Springer 2013).

116) *Id.* at 29.

development in Jordan. Chapter 4 focuses on IP law and its influence on culture, particularly with an emphasis on Arab and Islamic cultures. Part II is titled, “The Practice of Intellectual Property and Social and Economic Development.” As this title suggests, this part focuses on the more practical application of IP Law to development. This part begins with Chapter 5, an examination of Jordanian Copyright Law. The chapter first provides an overview of the Jordanian IP system and an in-depth analysis of the country’s copyright laws. In Chapter 6, the author examines Free and Open Source Software (FOSS) and the Creative Commons (CC). The author sees the CC and FOSS as useful tools for developing countries and provides brief histories for both voluntary mechanisms. The chapter also examines the legal challenges and enforceability issues faced by countries. Chapter 7 provides a policy road map including practical implementation strategies.

3. Robin Ramcharan, *International Intellectual Property Law and Human Security* (Springer 2013).

This book is organized into three parts. Part I “IP and Human Security,”¹¹⁷⁾ Part II “IP Development and Human Rights,”¹¹⁸⁾ and Part III “WIPO and Human Security.”¹¹⁹⁾ This book is primarily concerned with international intellectual property law and human security. In Chapter 2, Ramcharan states that the term “security” encompasses individual, national and international levels.¹²⁰⁾ In a globalized society where security issues are no longer limited to national borders, and include issues such as terrorism, famine, oppression and infectious diseases.¹²¹⁾ For these reasons, IP law must be used to protect human security and “advance human welfare.”¹²²⁾ Chapter 3 outlines the general characteristics of the IP regime, including the international IPR regime, copyright, related rights, patents, utility models, trade secrets, trademarks, industrial design, geographical indications, and sui generis systems.¹²³⁾ Chapter 4 discusses the human security aspects of the intellectual property regime.¹²⁴⁾ Part II explores issues related to

117) Robin Ramcharan, *International Intellectual Property Law and Human Security* 29 (Springer 2013).

118) *Id.* at 99.

119) *Id.* at 217.

120) *Id.* at 29.

121) *Id.* at 30-31.

122) *Id.* at 41.

123) *Id.* at 45-62.

124) *Id.* at 63-95.

development and human rights. Chapter 5 focuses on the imperatives of the right to development.¹²⁵⁾ Chapters 6 and 7 start with defining human rights and exploring the linkage between human rights and IP, and then considers from a human security perspective for international business organizations.¹²⁶⁾ Chapter 8 goes into the protection of traditional knowledge in Africa, Asia, and Latin America.¹²⁷⁾ Part III takes a deep dive into WIPO and human security. Chapter 9 introduces the development agenda of WIPO and chapter 10 proposes for an international equity in WIPO.¹²⁸⁾

4. Peter Drahos, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development*, in *Intellectual Property and Human Rights* 13-41 (WIPO, Geneva, 1999).

This first section of this paper provides definitions for several key terms in “intellectual property” and considers IP rights to be rights of exploitation in information.¹²⁹⁾ The next section describes the evolution of IP law, from the territorial period (this period was dominated by the principle that intellectual property rights do not extend beyond the territory of the sovereign which has granted the rights in the first place), and international period (the beginning of multilateral era of international cooperation in IP), to the global period, especially after the TRIPS Agreement.¹³⁰⁾ Section 3 of the paper discusses human rights, the right of property and IP.¹³¹⁾ It examines to what extent IP rights have been recognized in the human right regime. The fourth section explores the relationship between IP and human rights and points out the problematic view that all IP rights are human rights by virtue of their universal recognition.¹³²⁾ Finally, the fifth section provides an instrumental view on the development of IP rights.¹³³⁾

5. Laurence Helfer & Graeme Austin, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface* (Cambridge Univ. Press 2011).

125) *Id.* at 99-115.

126) *Id.* at 117-73.

127) *Id.* at 177-214.

128) *Id.* at 217-57.

129) Peter Drahos, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development*, in *Intellectual Property and Human Rights* 13-14 (WIPO, Geneva, 1999).

130) *Id.* at 15-25.

131) *Id.* at 25-33.

132) *Id.* at 35.

133) *Id.* at 35-38.

This book intends to cover the growing interactions between human development and intellectual property law. Chapter 1 begins with an overview of human rights and intellectual property, including relevant themes, history UN Treaties, Mechanisms for protection, and standards.¹³⁴⁾ Chapter 2 focuses on the Human Right to Health, including access to patented medicine and a critical analysis of contemporary global innovation policy.¹³⁵⁾ Chapter 3 focuses on creator's rights and property rights.¹³⁶⁾ Chapter 4 addresses on the right to the freedom of expression as it pertains to cultural participation and scientific progress; the chapter also provides an overview on domestic and international sources of law.¹³⁷⁾ Chapter 5 examines the right to education and access to copyright materials.¹³⁸⁾ Chapter 6 considers the human right to food and accessibility to agricultural technologies; this chapter also addresses specific controversies regarding plant genetic resources.¹³⁹⁾ Chapter 7 considers the intersection between international human rights law and indigenous people's traditional knowledge.¹⁴⁰⁾

6. Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property 605-627 (Christopher Geiger, ed., Edward Elgar Publishing 2015).

Abdel-Latif begins his essay with an overview of the right to development (RTD).¹⁴¹⁾ In the second section, the author lays out the conceptual issues in the intersection between intellectual property (IP) and RTD. In essence the author asserts that the same IP rights which protect the invention and the inventor simultaneously restrict access to resources and technology which could greatly benefit human rights.¹⁴²⁾ IPRs are unequally distributed to a few developed countries and limits innovation in countries that do not own IPRs but could most benefit from such developments.¹⁴³⁾ The last section focuses on the contemporary issues and development within IP

134) Laurence Helfer & Graeme Austin, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface* 1-89 (Cambridge Univ. Press 2011).

135) *Id.* at 90-170.

136) *Id.* at 171-220.

137) *Id.* at 221-315.

138) *Id.* at 316-363.

139) *Id.* at 364-431.

140) *Id.* at 432-502.

141) Ahmed Adbel-Latif, *The right to development: What implications for the multilateral intellectual property framework?*, in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property* 605-626 (Christopher Geiger, ed., Edward Elgar Publishing 2015).

142) *Id.* at 613.

143) *Id.* at 613.

and the RTD.¹⁴⁴⁾ The author focuses on the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) and the World Intellectual Property Agenda (WIPO) as mechanisms for developing countries to enforce their RTD and attain use of certain innovations.

Susy Frankel's essay in Chapter 33 of this volume focuses on the intellectual property rights of indigenous peoples.¹⁴⁵⁾ The chapter is divided into five parts. First, Frankel explains the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) as the primary instrument that addresses the goal of self-determination.¹⁴⁶⁾ Using WIPO's definition and UNDRIP, the indigenous people's intellectual property is defined as "traditional knowledge and traditional cultural expressions (TCEs).¹⁴⁷⁾ The challenge is fitting these complex and vast traditions within the framework of legal intellectual property rights. The third section explores the question of who gets to control how much of an indigenous group's TCEs is protected and for what purpose.¹⁴⁸⁾ Frankel uses examples from indigenous tribes in New Zealand to illustrate how to properly define the scope of TCEs and various approaches to the solution. Section four briefly considers the challenges presented by the Convention on Biological Diversity (CBD) and the Nagoya Protocol.¹⁴⁹⁾ These treaties recognize state control over biological and genetic resources found within the state and requires "prior and informed consent and benefit sharing" of traditional knowledge related to these resources.¹⁵⁰⁾ Sue Farran's article in Chapter 34 is comprised of 11 sections.¹⁵¹⁾ The author uses case-studies from Pacific Island countries (PICs) to examine how traditional international property regimes, which are shaped by Western commercial/economic values, are unfit to encompass "traditional knowledge" and TCE. This results in adverse consequences for developing pacific islands.¹⁵²⁾ Farran defines TK and TCE as a dynamic combination of both tangible and intangible forms, including temporal and spiritual aspects.¹⁵³⁾ For this reason, human development goals often conflict with spiritual and cultural

144) *Id.* at 616-25.

145) Susy Frankel, *Using intellectual property rules to support the self-determination goals of indigenous peoples*, in Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property 627-640 (Christopher Geiger, ed., Edward Elgar Publishing 2015).

146) *Id.* at 627.

147) *Id.* at 628.

148) *Id.* at 631.

149) *Id.* at 638.

150) *Id.*

151) Sue Farran, *Human rights perspective on protection of traditional knowledge and intellectual property: A view from island states in the Pacific*, in Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property 641-658 (Christopher Geiger, ed., Edward Elgar Publishing 2015).

152) *Id.* at 642-43.

aspects of an indigenous group's TK because IP and development strategies "fail to adequately accommodate the many different cultures associated with TK."¹⁵⁴⁾ Funding and aid for IP protection often requires the development of "cultural industries" and marketing strategies rather than protecting cultural rights.¹⁵⁵⁾ In the final sections, Farran describes the challenges of incorporating indigenous groups into international IP law and protecting rights while acknowledging the autonomy of small island developing states.

7. Monirul Azam, *Intellectual Property and Public Health in the Developing World* (OpenBook Publishers 2016).

This book focuses on how the least developed countries (LDC) like Bangladesh should improve intellectual property and health-related infrastructure to ensure healthy lives and access to medicines for their citizens. Chapter 1 introduces the current situation in LDCs and suggest that LDCs should utilize the transitional period to initiate infrastructural and institutional capacity building.¹⁵⁶⁾ This chapter also introduces the advent of TRIPS agreement and patents for pharmaceuticals and explores the role of international and domestic patent laws in public health crisis in developing countries.¹⁵⁷⁾ Chapter 2 is a case study on Bangladesh's pharmaceutical industry, legislative and institutional framework and pricing of pharmaceuticals.¹⁵⁸⁾ Chapter 3 describes the experiences of TRIPS-compliant patent law reform in Brazil, China, India and South Africa and summarizes lessons for Bangladesh.¹⁵⁹⁾ Chapter 4 discusses the globalizing standard of patent protection in WTO and some policy options for the LDCs, particularly Bangladesh.¹⁶⁰⁾ Chapter 5 presents the question: Has the TRIPS waiver helped the LDCs progress towards innovation and compliance? and proposes that Bangladesh to adopt a national development-centered IP policy and a national health strategy integrating long-term innovation and access objectives.¹⁶¹⁾

153) *Id.* at 643.

154) *Id.* at 647.

155) *Id.* at 649.

156) Monirul Azam, *Intellectual Property and Public Health in the Developing World* 4 (OpenBook Publishers 2016).

157) *Id.* at 24.

158) *Id.* at 37-88.

159) *Id.* at 89-148.

160) *Id.* at 149-238.

161) *Id.* at 239-80.

8. *Is Intellectual Property Pluralism Functional?*, (Susy Frankel ed., Edward Elgar Publishing 2019).

This book is a collection of articles from various authors. It is divided into four parts following the introduction: I) Global Standards and Their Interaction with National Norms;¹⁶²⁾ II) Pluralism within a Framework of International Norms: Comparative Perspectives and National Policy Drivers;¹⁶³⁾ III) The Pluralistic Functions of Copyright;¹⁶⁴⁾ IV) Rigidity and Flexibility of Patent Law.¹⁶⁵⁾

Part I encompasses chapters 1-4. Chapter 1, written by Lionel and Tanya Aplin, focuses on a case study in dysfunctional pluralism and Article 10(1) of the Berne Convention, which provides for the freedom to quotation as a fair use.¹⁶⁶⁾ Chapter 2 is written by Susan Isiko Strba and entitled Intellectual property pluralism in African development agendas: food security, plant variety protection and the role of WIPO.¹⁶⁷⁾ Chapter 3, written by Alison Slade, discusses national courts and their role in the development of international IP law and policy and includes a reflections on India.¹⁶⁸⁾ Chapter 4, written by Ana Nordberg, explores the legal method and interpretation in international IP law: pluralism or systemic coherence.¹⁶⁹⁾

Part II consists of chapters 5 to 9. Chapter 5, written by Jennifer Davis, discusses the role of confusion in unfair competition law.¹⁷⁰⁾ Chapter 6, written by Susan Corbett, provides a re-conceptualized framework on the country code top level domain name as a sui generis IP right.¹⁷¹⁾ Chapter 7, written by Lavinia Brancusi, proposes that alternative products as a factor in determining the functionality doctrine could be applied in EU law.¹⁷²⁾ Chapter 8, written by Evana Wright, discusses the case of protecting traditional knowledge in Australia through analyzing cases in India and Peru.¹⁷³⁾ Chapter 9, written by Pratyush Nath Upreti, discusses the geographical indications in Nepal.¹⁷⁴⁾

162) *Is Intellectual Property Pluralism Functional?* 8-128 (Susy Frankel ed., Edward Elgar Publishing 2019).

163) *Id.* at 129-266.

164) *Id.* at 267-383.

165) *Id.* at 384-462.

166) *Id.* at 8-36.

167) *Id.* at 37-65.

168) *Id.* at 66-95.

169) *Id.* at 96-128.

170) *Id.* at 129-52.

171) *Id.* at 153-77.

172) *Id.* at 178-205.

173) *Id.* at 206-34.

174) *Id.* at 235-66.

Part III starts from chapter 10, which discusses copyright as a service from a perspective on the axiological nature of the copyright system.¹⁷⁵⁾ Chapter 11, written by Yahong Li, discusses the copyrightability of remixes and creation of remix rights.¹⁷⁶⁾ The next chapter was written by Lida Ayoubi and covers the copyright pluralism and human rights of visually impaired.¹⁷⁷⁾ Chapter 13, written by Karolina Sztobryn, proposes a more pluralistic approach to copyright protection after the Marrakesh Treaty.¹⁷⁸⁾ Chapter 14, seeks to compare and answer the question: Is copyright an engine of free expressions or free expression is an engine of copyright.¹⁷⁹⁾

Part IV consists of chapters 15 to 18. Chapter 15, Permanent injunction in patent law - in search of flexibility, was written by Rafal Sikorski.¹⁸⁰⁾ Chapter 16, written by Marcin Balicki, discusses whether utility model protection in Europe is an alternative for a patent or an anachronism.¹⁸¹⁾ Chapter 17 explores the models of institutional ownership by focusing on university inventions in Europe.¹⁸²⁾ Finally, the last chapter looks at a more recent development, 3D printing and explores the making of patent law at the digital frontier.¹⁸³⁾

9. Intellectual Property Law and Human Rights (Paul L.C. Torremans ed., 4th ed., 2020).¹⁸⁴⁾

This book is also a collection of articles from various authors and focuses on interpreting the most recent development in the field of IP and human rights. The book is divided into five parts: I) The Relationship Between Intellectual Property and Human Rights; II) Copyright and Human Rights; III) Trade Marks and Human Rights; IV) Rights in Information; and V) Patents and Human Rights.

Part I consists of seven articles. Chapter 1, written by Daniel Gervais, provides an updated perspective on the relations between intellectual property and human rights. Chapter 2, Laurence R. Helfer, reexamines the 2008 article “New Innovation Frontier” and mainly analyzed the

175) *Id.* at 267-87.

176) *Id.* at 288-309.

177) *Id.* at 310-40.

178) *Id.* at 341-57.

179) *Id.* at 358-83.

180) *Id.* at 384-401.

181) *Id.* at 402-26.

182) *Id.* at 427-42.

183) *Id.* at 443-62.

184) Table of Contents can be found on <https://lrus.wolterskluwer.com/store/product/intellectual-property-law-and-human-rights-fourth-edition/>.

European Court of Human Rights (ECHR) decisions through August 2019. It develops three distinct paradigms to identify the proper place of intellectual property in the European human rights system. It concludes that the ECHR should find a violation of the right of property in intellectual property disputes only in cases of arbitrary government conduct. Chapter 3, written by Peter K. Yu, focuses on the challenges to the development of a human rights framework for IP. In chapter 4, Christophe Geiger provides update on reconceptualizing the constitutional dimension of IP. Chapter 5, written by Gemma Minero, evaluates IP rights and human rights, and discusses how the two rights may coincide and cooperate. Chapter 6, written by Henning Grosse Ruse-Khan, focuses on proportionality and balancing within the objectives for IP protection. Chapter 7, written by Paul L.C.Torremans, emphasized the importance of viewing copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a human right.

Part II consists of 11 articles. Chapter 8, written by Myra J. Tawfik, discusses copyright and Freedom of Expression in Canada. In chapter 9, Katarzyna Klafkowska-Was'niowska analyzed communication to the public of works and freedom to receive and impart information in the Charter of Fundamental Rights. Chapter 10, written by Krzysztof Garstka, seeks to answer the question about how to mitigate the risks Article 17 of Directive 2019/970 poses to the Freedom of Expression. Chapter 11, written by Sharon E. Foster, focuses on the conflict between the human right to education and copyright. Chapter 12, written by Alexander Peukert, discusses copyright and the two cultures of online communication. In chapter 13, Marshall Leaffer focuses on fair Use, transformative use and the First Amendment. Chapter 14, written by Andrew T. Foglia, looks at the embedded content and the Digital Millennium Copyright Act. In chapter 15, Bernd Justin Jütte focuses on finding the balance in copyright law through analyzing the internal and external control through fundamental rights. Chapter 16, written by Patrick Masiyakurima, talks about fair dealing defenses. Chapter 17, written by David Felipe Alvarez Amezquita, takes a comparative perspective and analyzes the fundamental rights for author's and contractual relations. Chapter 18, written by Sebastian Schwemer & Jens Schovsbo, examines algorithmic copyright enforcement and free speech in the light of the Article 17 regime.

Part III consists of four articles. Chapter 19, written by Marco Ricolfi, talks about trademarks and human rights. Chapter 20, written by Andrea Radonjanin, discusses folklore, human rights and intellectual property. In chapter 21, Nigar Kirimova explores balancing interests in brand

investment with basic rights and free competition rules in the EU. Chapter 22, written by Giancarlo Frosio, focuses on algorithmic enforcement online.

Part IV consists of four articles. Chapter 23, written by Peter Jaffey, analyzes privacy, confidentiality and property. Chapter 24, written by Jacqueline N. Nwozo, discusses developing a right of privacy for corporations. Chapter 25, written by Abbe E.L. Brown, explores IP, human rights and climate change. Chapter 26, Dev Gangjee, focuses on geographical indications and human rights.

Part V consists of four articles. Chapter 27, written by Karen Walsh & Naomi Hawkins, focuses on expanding the role of morality and public policy in European patent law. In chapter 28, Sven J.R. Bostyn discusses the personalized medicine, IP rights and human rights. Chapter 29, written by Ida Madieha bt Abdul Ghani Azmi & Majdah Zawawi, analyzes the ethical and religious concerns over patenting biotechnological inventions in human DNA and stem cell research in Malaysia. Chapter 30, written by Geertrui van Overwalle, discusses gene patents and human rights.

B. Articles and Reports

1. Stephen M. McJohn & Lorie Graham, *Indigenous Peoples and Intellectual Property*, 19 Wash. Univ. J. L. & Pol'y 313 (2006).

This article is largely an examination on Native American IP law with some comparisons to international indigenous groups. The authors use the conclusions drawn from the book *Who Owns Native Culture* by Michael F. Brown as a jumping off point for the rest of the article where the authors suggest a solutions where “intellectual property law, negotiation and human rights precepts work together to address indigenous claims to heritage protection.¹⁸⁵⁾ This article is organized into three sections: “Special Interests, The Public Domain, and Indigenous Peoples,” “The Role of Intellectual Property Law”, “Negotiation and Cultural Protection.” In the first section, the authors argue that indigenous property rights and interests are very different from those being sought by corporations and special interests.¹⁸⁶⁾ The authors continue to argue

185) Stephen M. McJohn & Lorie Graham, *Indigenous Peoples and Intellectual Property*, 19 Wash. Univ. J. L. & Pol'y 313, 313-14 (2006).

against the idea that indigenous ip rights diminishes the public domain.¹⁸⁷⁾ They argue that the public domain is actually enriched by the protection of traditional knowledge.¹⁸⁸⁾ The author further suggests that special exclusive rights should be granted to indigenous groups for their traditional knowledge.¹⁸⁹⁾ Section III centers on negotiation as a useful tool for creating policy only if indigenous peoples' concerns become a significant element (like financial interests) in international IP rights.¹⁹⁰⁾

2. CIPR, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, in Report of the UK Commission on Intellectual Property Rights (2002).

This is a 2002 Report of the Commission on IP Rights. The commission had three tasks to consider: (1) How national IPR regimes could be designed to benefit developing countries within international agreements; (2) How the international framework might be improved. More specifically, how IPR rules covered access to genetic resources; 3) How broader policy framework needed to complement IP regimes. (i). The report is divided into eight chapters: (1) Intellectual Property and Development;¹⁹¹⁾ (2) Health;¹⁹²⁾ (3) Agriculture and Genetic Resources;¹⁹³⁾ (4) Traditional Knowledge and Geographical Indications;¹⁹⁴⁾ (5) Copyright Software and the Internet;¹⁹⁵⁾ (6) Patent Reform;¹⁹⁶⁾ (7) Institutional Capacity;¹⁹⁷⁾ (8) The International Architecture;¹⁹⁸⁾ The Overview section before the first chapter explicitly declares the imbalance in power and representation of developing countries in these international policy commissions and that such imbalance needs to be rectified.¹⁹⁹⁾

Chapter 1 discusses the rationale for IP protection, History, Evidence about IP's impact, and

186) *Id.* at 315.

187) *Id.* at 317-25.

188) *Id.* at 325.

189) *Id.* at 332.

190) *Id.* at 337.

191) CIPR, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, in Report of the UK Commission on Intellectual Property Rights 11-28 (2002).

192) *Id.* at 29-56.

193) *Id.* at 57-72.

194) *Id.* at 73-94.

195) *Id.* at 95-110.

196) *Id.* at 111-36.

197) *Id.* at 137-54.

198) *Id.* at 155-70.

199) *Id.* at 7-8.

Technology Transfer. The Report notes that for developing countries that have acquired significant technological and innovative capabilities, weaker IP protection has led to rapid innovation.²⁰⁰⁾ Chapter 2 discusses research and development, access to medicines for poor people, and policy implications. The report remarks that a great barrier to innovation is lack of incentive for private sector to undertake research that relates specifically to the needs of poor people in underdeveloped countries. (31) The report then further concludes that IP protection does not play a significant role in stimulating R&D in developing countries.²⁰¹⁾ Chapter 3 considers plants and intellectual property protection, and access to plant and genetic resources and farmers' rights.²⁰²⁾ Chapter 4 focuses on issues surrounding IP protections and traditional knowledge and considers the geographical indications for protecting traditional knowledge.²⁰³⁾ The fifth and sixth chapters are concerned with copyright and patent policy respectively.²⁰⁴⁾ Both chapters examine whether IP protections in such areas promote or inhibit innovation. Chapter 7 discusses institutional capacity and addresses requirements for effective IP policy, best implementation practices, and "effective technical assistance" for developing countries.²⁰⁵⁾ In regard to enforcement issues, the report suggests that developing countries could best regulate and enforce IP law through civil not criminal courts.²⁰⁶⁾

3. UNCTAD-ICTSD, *Intellectual Property Rights: Implications for Development, Discussion Paper* (2003).

This paper contains three parts: (I) Global institutional issues, (II) cross-cutting issues: the opportunities, and (III) intellectual property and social and development issues: the challenges. Part I introduces the concept of intellectual property rights and provides an overview of the increasingly complicated global intellectual property rights system.²⁰⁷⁾ The author notes that "patents and other IPRs are intended to balance different aims and interest in order to most effectively achieve certain public policy goals" and "it is important to understand that balancing

200) *Id.* at 22.

201) *Id.* at 32.

202) *Id.* at 57.

203) *Id.* at 73-74.

204) *Id.* at 95-96, 111-12.

205) *Id.* at 138.

206) *Id.* at 147.

207) UNCTAD-ICTSD, *Intellectual Property Rights: Implications for Development, Discussion Paper* 25-62 (2003).

the interests of present and future creators, users of intellectual property and the public is not just a matter of economic calculation...[but] an inherently political exercise.”²⁰⁸⁾ Part II focuses some potential opportunities from the perspective of developing countries and discusses issues such how to foster invention and innovation and creativity in developing countries, access to new technology, and transfer of technology.²⁰⁹⁾ “The effects of strengthened IP protection are often dependent on its interrelationship with the effects of other factors, such as the size of the domestic market, the structure of factor supply, productive infrastructure and the degree of stability of the macroeconomic environment.”²¹⁰⁾ Part III discusses the challenges in different areas: health, food, agriculture and biodiversity, traditional knowledge and folklore, as well as access to knowledge, educational, technical and scientific information.²¹¹⁾ It focuses on how these areas of concern for developing countries when implement new IPR standards.²¹²⁾

4. Margaret Chon, *Intellectual Property and the Development Divide*, 27 *Cardozo L. Rev.* 2821 (2006).

The author decidedly argues that the phenomenon known as “intellectual property globalization” brought on by the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) demands a fundamental recalibration of current and future IP policies. Chon introduces the concept of a “substantive equality norm.”²¹³⁾ which must be included in all forthcoming IP developments in order to maximize social welfare and close the development gap.²¹⁴⁾ This article is organized into four sections: I. Intellectual Property Encounters;²¹⁵⁾ II. Concepts of Development;²¹⁶⁾ III. Exploring Development Economics;²¹⁷⁾ IV. A Proposed Substantive Equality Norm.²¹⁸⁾ Section I provides a brief overview of how TRIPS accelerated the globalization of intellectual property.²¹⁹⁾ It also explains the various struggles WIPO

208) *Id.* at 32.

209) *Id.* at 63-92.

210) *Id.* at 89.

211) *Id.* at 93-138.

212) *Id.*

213) Margaret Chon, *Intellectual Property and the Development Divide*, 27 *Cardozo L. Rev.* 2821, 2823 (2006).

214) *Id.* at 2831.

215) *Id.* at 2839-58.

216) *Id.* at 2859-73.

217) *Id.* at 2874-83.

218) *Id.* at 2884-2910.

219) *Id.* at 2839.

encountered in implementing new IP policy that would satisfy the demands and needs of all nations.²²⁰⁾ In the final subsection of this chapter, Chon discusses three general perspectives on intellectual property law: Classical, Pluralist, and Skeptical.²²¹⁾ Section II argues that current IP law fits wells into the “(neo)liberal” school of thought which views economic growth as a primary source of development. In Section III, Chon explores two different approaches to development: 1) human capabilities approach and 2) the global public goods approach.²²²⁾ The author argues that both of these approaches are “grounded in (neo)liberal development economics and share the idea that IP globalization must focus on meeting basic needs and question methods of access and distribution thereby create a “substantive equality principle.”²²³⁾ Chon explains that Amartya Sen formed the human capabilities approach because gross domestic product (GDP) calculations were insufficient to measure for economic development.²²⁴⁾ The author then further argues that IP globalization should heed human development measurements which include criteria like life expectancy, literacy, and income.²²⁵⁾ Chon proceeds to assert that the global public goods approach addresses goods which have “the qualities of being both non-rivalrous and non-exclusive.”²²⁶⁾ Moreover, global public theory provides that most public goods and knowledge goods are a mix of public and private aka “impure public goods”²²⁷⁾ Chon argues that these qualities are actually malleable variables which are largely social constructs and not always a tidy result of pure market forces, therefore it is important to ask whether the public has a say in whether these knowledge goods are public or private.²²⁸⁾ In the final and fourth section, Chon proposes that a new substantive equality principle be introduced into international IP law. It functions similarly to strict-scrutiny review in constitutional law, where strict scrutiny review will be triggered “when an exclusive right over intellectual property...conflicts with a basic need.”²²⁹⁾ Chon argues that applying such a principle would provide “a minimum threshold of access in the context of basic needs.”²³⁰⁾ Finally, Chon details

220) *Id.* at 2844-49.

221) *Id.* at 2849-58.

222) *Id.* at 2874.

223) *Id.*

224) *Id.* at 2876.

225) *Id.* at 2877.

226) *Id.* at 2879.

227) *Id.* at 2881.

228) *Id.* at 2878-84.

229) *Id.* at 2885.

the practical application of this principle to basic education.²³¹⁾

5. Peter Yu, *Ten Common Questions about Intellectual Property and Human Rights*, 23 Georgia State Univ. L. Rev. 709 (2007)

This article by Peter Yu addresses the ten most common questions the author has come across while discussing the development of the human rights framework for IP Rights.²³²⁾ With a lengthy discussion and answer to each question, this article is organized as follows: Question 1: Are Intellectual Property Rights Human Rights?²³³⁾ Question 2: Besides Access to Medicines, are there Other Intellectual Property issues that implicate the protection of human rights?²³⁴⁾ Question 3: Should Patents be separated from copyrights in the human rights debate?²³⁵⁾ Question 4: Are all forms of intellectual property rights human rights?²³⁶⁾ Question 5: Can corporations bring claims of violation of their right to the protection of interests in intellectual creations?²³⁷⁾ Question 6: Does the right to private property already provide adequate protection to interests in intellectual creations?²³⁸⁾ Question 7: Can the protection of human rights interests be built into the intellectual property system?²³⁹⁾ Question 8: Will the human rights framework ratchet up existing intellectual property protection?²⁴⁰⁾ Question 9: Will the Human Rights Framework promote the interests of indigenous peoples and traditional communities?²⁴¹⁾ Question 10: Will the human rights framework promote the interests of less developed countries?²⁴²⁾

6. Peter Yu, *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework*, 40 U.C. Davis L. Rev. 1039 (2007).

This lengthy article focuses on distinguishing the aspects of international intellectual property

230) *Id.* at 2888.

231) *Id.* at 2900-11.

232) Peter Yu, *Ten Common Questions about Intellectual Property and Human Rights*, 23 Georgia State Univ. L. Rev. 709 (2007).

233) *Id.*

234) *Id.* at 718.

235) *Id.* at 721.

236) *Id.* at 726.

237) *Id.* at 728.

238) *Id.* at 731.

239) *Id.* at 736.

240) *Id.* at 738.

241) *Id.* at 740.

242) *Id.* at 745.

rights which are protected by international human rights interests and those aspects of IP law which have no foundation in human rights whatsoever.²⁴³⁾ The article is divided into three parts: (1) Drafting History; (2) The Rights to the Protection of Interests in Intellectual Creations; and (3) Challenges. The first part provides the historical context for the drafting of article 27(2) of the UDHR and article 15(1)(c) of the ICESCR, in order to provide insight into the intentions of drafting these instruments.²⁴⁴⁾ Yu draws six conclusions from examining the drafting history of these two international human rights instruments: (1) the right to protect IP interests is not self-evident. Some nation found IP was “unworthy of protection as a basic human right” while others “questioned its overlap with protection already covered under the right to own property.”²⁴⁵⁾ (2) Although human rights are considered fundamental, they were and are still subject to politics. (3) there is a significant interdependent relationship between articles in the UDHR and articles in the ICESCR.²⁴⁶⁾ (4) these same international instruments do not “delineate the scope of the right to the protection of interests in intellectual creations.”²⁴⁷⁾ (5) In addition, these instruments were not drafted with providing an interpretation of what IP protections are.²⁴⁸⁾ (6) However, the drafters of these instruments did discuss some intersection between human rights and IP law.²⁴⁹⁾

In Part II, the author aims to answer the question “how [can we] alleviate the tension and resolve the conflict between human rights and the non-human rights aspects of IP protection.”²⁵⁰⁾ The author separates the conflicts into two separate categories: external conflicts and internal conflicts.²⁵¹⁾ The former can be solved with human rights primacy while the latter consists of conflicts which all have basis in human rights.²⁵²⁾ The author then identifies three methods used to resolve internal conflicts: (1) the just remuneration approach,²⁵³⁾ (2) the core minimum approach,²⁵⁴⁾ (3) the progressive realization approach.²⁵⁵⁾

243) Peter Yu, *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework*, 40 U.C. Davis L. Rev. 1039, 1043 (2007).

244) *Id.* at 1048.

245) *Id.* at 1070.

246) *Id.* at 1071.

247) *Id.* at 1072.

248) *Id.* at 1073.

249) *Id.* at 1074-75.

250) *Id.* at 1078.

251) *Id.*

252) *Id.*

253) *Id.* at 1095.

254) *Id.* at 1105.

255) *Id.* at 1113.

In Part III, the author addresses three new challenges against the human rights framework for IP. The first challenge asserts that increased IP protection and elevation of said rights to the same level of human rights could jeopardize access to information...and essential medicines [as well as heighten] the economic plights and cultural deterioration of less developed countries/indigenous communities.”²⁵⁶⁾ The author argues that, as argued above, existing international instruments recognize only certain IP rights as human rights.²⁵⁷⁾ IP rights are also “heavily circumscribed” by other human rights.²⁵⁸⁾

The second challenge argues that rights holders and their countries are more likely to be resource-rich and fully developed nations; a human rights framework for IP is likely to result in institutional capture of the human rights forum where developing-countries would have to give up participation and control.²⁵⁹⁾ Here, the author argues that the human rights forum is quite robust and difficult to capture, moreover nations are now held accountable for international compliance.²⁶⁰⁾ The author also notes that private actors, not just governmental actors, are now an important part of global economy and may yield efficient, collaborative results.²⁶¹⁾

The third and final challenge is the cultural relativism debate—that recent human rights policy has failed and become inapplicable in non-western countries.²⁶²⁾ The author concedes that while this is a problem, international committees have demonstrated their ability to work through differences and find common ground.²⁶³⁾

7. Miranda Forsyth, *Lifting the Lid on “The Community”: Who Has the Right to Control Access to Traditional Knowledge and Expressions of Culture?*, 19 IJCP 1 (2012).

This article focuses on the right to control access to traditional knowledge and expressions of culture and explores some important considerations. The author uses two case studies, Samoan tattooing and the Vanuatu land dive, to demonstrate the potential tensions between the interests of the nation and local groups that closely identified with the particular manifestations of

256) *Id.* at 1124.

257) *Id.* at 1125.

258) *Id.*

259) *Id.* at 1133.

260) *Id.* at 1136.

261) *Id.* at 1137.

262) *Id.* at 1141.

263) *Id.* at 1146-48.

traditional knowledge, as well as the tensions between those who want to commercialize traditional knowledge and those who want to preserve it.²⁶⁴⁾ The author further examines the problems with implementing sui generis legislation.²⁶⁵⁾ She also explains why it would be difficult to provide for communal rights over traditional knowledge in practice. At the end, she suggests the complexities of local politics must be taken into account in all regulatory and developmental programs concerning traditional knowledge.²⁶⁶⁾

8. Samson Vermont, *Independent Invention as Defense to Patent Infringement*, 105 Mich. L. Rev. 475 (2006).

The main point of this article urges that independent invention should be recognized as a defense, on condition that an independent inventor creates the invention before receiving actual or constructive notice that someone else already created it.²⁶⁷⁾ The author argues that this defense would still motivate innovation while reducing wasteful duplication of effort.²⁶⁸⁾ The defense would also improve dissemination of inventions without lowering the incentive to invent below the necessary minimum.²⁶⁹⁾ Finally, the author uses Bayes' theorem to illustrate that "an invention could be invented by more than one inventor is itself evidence that a moderately reduced expected profit will still motivate at least one inventor to create the invention without inefficient delay."²⁷⁰⁾

9. Ruth Okediji, *Does Intellectual Property Need Human Rights*, 51 NYU J. Int'l L. & Pol. 1 (2018).

Okediji argues three central points in this article. First, utilizing a HR framework for IP does not always create positive outcomes for all countries but can actually strengthen IP laws to the detriment of society.²⁷¹⁾ Secondly, the author argues that human rights driven responses are built

264) Miranda Forsyth, *Lifting the Lid on "The Community": Who Has the Right to Control Access to Traditional Knowledge and Expressions of Culture?*, 19 IJCP 1, 8-13 (2012).

265) *Id.* at 13-20.

266) *Id.* at 23.

267) Samson Vermont, *Independent Invention as Defense to Patent Infringement*, 105 Mich. L. Rev. 475, 484-87 (2006).

268) *Id.* at 475.

269) *Id.*

270) *Id.*

271) Ruth Okediji, *Does Intellectual Property Need Human Rights*, 51 NYU J. Int'l L. & Pol. 1, 4 (2018).

to satisfy western agendas. Thirdly, the human rights framework has a “narrow vision” which “excludes economic, social, and cultural rights.”²⁷²⁾

This article is organized into five parts. Following the Introduction, the Part II discusses the “incomplete Evolution of the IP and Human Rights Interface.”²⁷³⁾ Okediji begins this Part by pointing out that while TRIPS provided hardline standards for IP protection with real legal strength, however TRIPS continues to fail at providing policy which assists least-developed countries.²⁷⁴⁾ This part also lays out the progression of international IP and human rights law, while incorporating the different theories (i.e. economic incentive, freedom and justice) which promoted the development of such law.²⁷⁵⁾ In Section B of this part, Okediji cites to the Special Rapporteur’s Report which states that “the protection of moral and material interests arising from authorship or inventorship” cannot be used to protect patent rights which “interfere with individuals’ dignity and well-being.”²⁷⁶⁾ Okediji proceeds to conclude that there must be reconciliation between competing interests.²⁷⁷⁾

Part II Section C focuses on two problems of the current human rights framework: (1) “The importance of the collective for the realization of rights enshrined in the ICESCR” and (2) “the unsuitability of IP limitations and exceptions designed for individuals to satisfy the obligations required of states under the ICESCR.”²⁷⁸⁾ The author relies on General Comment No. 21 and articles of the UDHR and ICESCR to promote a human rights regime that exceeds the current limitations of IP law alone.²⁷⁹⁾

Part III considers the ways that a “properly constructed human rights framework” can do to reform IP law.²⁸⁰⁾ Okediji suggests at least three improvements that could result from “expanded economic, social, and cultural rights”: (1) knowledge goods can be used at a larger scale than currently possible. (2) new rules that “ensure justiciability” of user rights in domestic law; (3) more accountability for state’s implementation of international IP obligations.²⁸¹⁾ Okediji notably

272) *Id.* at 5.

273) *Id.* at 10-36.

274) *Id.* at 16.

275) *Id.* at 17-21.

276) *Id.* at 21.

277) *Id.* at 24-25.

278) *Id.* at 27.

279) *Id.* at 36-37.

280) *Id.* at 37.

281) *Id.*

states that “IP laws cannot—regardless of how carefully they are designed—effectively meet the most critical needs of human development.”²⁸²⁾ Therefore, a developed human rights framework must exist to account for economic, social and cultural rights. The author proceeds to provide two examples of how IP policies alone are unable to overcome structural rules. The first example is access to Medicine and other Pharmaceutical innovations.²⁸³⁾ The next two sections compare civil and political rights case to “IP/Human Rights Interface” and then examines the economic, social, and cultural rights at the IP/human rights interface.

The fourth and final Part of this article proposes solutions for the current IP/Human Rights Framework. Okediji first suggests “mandatory obligations for developing and least-developed nations to employ copyright [and patent] limitations and exceptions.”²⁸⁴⁾ Secondly, Okediji calls for a temporary moratorium of IP harmonization efforts so that governments can have time to “better align policy initiatives with the complex dynamics of innovation efforts in a global knowledge economy.”²⁸⁵⁾ The author also suggests that there be a “built-in compliance and reporting infrastructure for TRIPS flexibilities” and finally, “development-oriented limitations and exceptions for global copyright regimes.”²⁸⁶⁾

10. Peter K. Yu, *Intellectual Property and Human Rights 2.0*, 53 U. Rich. L Rev. 1375 (2019).

This article is organized into four main sections: I. Intellectual Property and Human Rights Scholarship;²⁸⁷⁾ II. Human Rights Methods and Methodology;²⁸⁸⁾ III. Why Study Intellectual Property and Human Rights?;²⁸⁹⁾ and IV. Responses to Skeptics and Critics.²⁹⁰⁾

The first section, Intellectual Property and Human Rights Scholarship, lays out in detail, the history and evolution of IP and Human Rights scholarship within the past two decades.²⁹¹⁾ The second section, Human Rights Methods and Methodology, presents the new research on human rights approaches; Three specific methods are selected: (1) comparative methods; (2) quantitative

282) *Id.* at 38.

283) *Id.* at 39.

284) *Id.* at 62.

285) *Id.* at 63-64.

286) *Id.* at 64-65.

287) Peter K. Yu, *Intellectual Property and Human Rights 2.0*, 53 U. Rich. L Rev. 1375, 1383 (2019).

288) *Id.* at 1399.

289) *Id.* at 1424.

290) *Id.* at 1440.

291) *Id.* at 1382.

assessments; and (3) contextual analyses.²⁹²⁾ Under comparative methods, the author discusses the relative problems and benefits of using broad-scale global comparisons and single-case analysis as different kinds of comparative methods.²⁹³⁾ Under quantitative assessments, Yu notes that human rights scholarship has concentrated on empirical analysis.²⁹⁴⁾ The third method, contextual analyses, is significant because examining human rights within a cultural, geographic, and/or historical context provides great insight into the development of the law as well as the best ways to implement new laws.²⁹⁵⁾

Part III explains new contributions to the discourse between human rights and IP law and how they may contribute to future development.²⁹⁶⁾ In subsection B “Human Rights,” Yu presents five contributions human rights law has made to IP. First, Yu argues that many aspects of IP law overlap with human rights law.²⁹⁷⁾ It is thus important to separate human rights aspects from non-human rights aspects within IP law in order to better address “internal tensions and conflicts within the human rights system.”²⁹⁸⁾ The author discusses additional contributions to the discourse between human rights and IP law: (2) cause researchers to carefully consider third-generation of human rights;²⁹⁹⁾ (3) require researchers to decide whether they will use a philosophical or positive conception of human rights;³⁰⁰⁾ and (4) explore what updates must take place to accommodate new technologies.³⁰¹⁾

Part IV, as the title suggests, rebuts various criticisms against human rights in intellectual property.³⁰²⁾ The author concludes that it is important to pay attention to the distinction, which was pointed out by Professor Okediji, between the existing human rights system privileges interests among developed countries and within the Western liberal tradition, and those in the developing world.

292) *Id.*

293) *Id.* at 1402-03.

294) *Id.* at 1406.

295) *Id.* at 1416.

296) *Id.* at 1383.

297) *Id.* at 1433.

298) *Id.*

299) *Id.* at 1434-35.

300) *Id.* at 1435.

301) *Id.* at 1436.

302) *Id.* at 1383.

11. Andrew Muma, *Intellectual Property and Innovation Law in Kenya and Africa*, 2018 E. Afr. L.J. 165 (2018).³⁰³⁾

This paper is a book review of the book, “Intellectual Property and Innovation Law in Kenya and Africa; Transferring Technology for Sustainable Development” written by Ben Sihanya. This book brings a unique perspective on the development of technology and innovation in Kenya and identifies some emerging keys and grey IP areas in Kenya. The book specifically discussed the following issues that have generated debate: Folklore, Digital Copyright, Character Merchandising and Domain Names. Furthermore, the book covers Transfer of Technology for Sustainable Development and the terrain of International IP Law with a focus on Parallel Importation, Trade in Counterfeits, Transfer of Technology (TOT) -Forms and Administration, TOT Health and Security and Concludes the book by looking at Innovation, Innovative Lawyering and Enforcement and finally a call for IP reforms. Muma then briefly discusses what each chapter covers. Chapter 2 lays a foundation for the framework of IP concepts and theories. Chapters 3, 4, and 5 focus on patents, patentability, registration procedures, ownership, infringement defenses and remedies. Muma points out the challenges faced in Kenya and Africa when determining patentability. Chapter 6 explores the sui generis registration of Plant and Animal Breeders Rights. Chapters 8 and 9 focus on copyright and in chapters 12 and 13 the book identifies two problematic areas: Kenyans Digital Copyright and Folklore. Chapters 13 and 14 also covers trademarks law and registration, infringement and defenses. Chapter 15 in the style of Character Merchandising, Endorsement and Sponsorship. The next chapter covers domain names. Chapter 18 deals with Geographical Indications (GI), trade secrets and industrial designs. Finally, chapter 20 to 24 discusses International Intellectual Property Law.

12. Dotan Oliar & James Y. Stern, *Right on Time: First Possession in Property and Intellectual Property*, 99 B.U. L. Rev. 395 (2019).

This article first explores the relative advantages and disadvantages of different approaches concerning first possession, which is the foundation of ownership.³⁰⁴⁾ It then identifies the tradeoffs associated with early and late rewards.³⁰⁵⁾ Part II then examines patent,³⁰⁶⁾ trademar

303) Andrew Muma, *Intellectual Property and Innovation Law in Kenya and Africa*, 2018 E. Afr. L.J. 165 (2018).

304) Dotan Oliar & James Y. Stern, *Right on Time: First Possession in Property and Intellectual Property*, 99 B.U. L. Rev. 395, 397 (2019).

k,³⁰⁷⁾ and copyright law³⁰⁸⁾ to show how different doctrines from various fields of law work together to establish essentially a system of original acquisition. Where the essence of adopting first possession rules in the realm of tangible property lies shows the applicability in the approach of the award of IP rights. In Part III the authors develop a model of IP with a possessory framework that adopts common law doctrines of first possession and original acquisition doctrines in patent, copyright, and trademark law.³⁰⁹⁾ Finally, the authors conclude that the development of IP's possessory doctrines requires close attention to detail and a systematic understanding of the relevant considerations.³¹⁰⁾ The article provides an overview of the major themes that emerge from considering the original acquisition concept as it plays out in the domain of intellectual property, identifying lessons for both property and IP law.

13. Michele Boldrin & David Levine, *The Case Against Intellectual Property*, AEA Papers and Proceedings, May 2002, at 1.

This article approaches intellectual property through the restricted lens of economic theory. It is divided into five parts and ultimately argues against IP as an “intellectual monopoly” and the economic problems that come with regulating use.³¹¹⁾ After the introduction, the article addresses what the authors coin as “Downstream Licensing.”³¹²⁾ This term refers to the right to control use of ideas after the sale.³¹³⁾ Specifically, the authors argue that creation of new ideas is a sunk cost and that downstream licensing hurts innovation.³¹⁴⁾ In section 3, “Collateral Costs” the authors examine possible collateral damages to enforcing intellectual property rights for digital ideas such as copyright protection.³¹⁵⁾ This section also notes that particularly for patent owners, more money and time is spent on “nuisance and defensive patenting” than actual innovation of new ideas; this problem is enhanced when government enforces IP rights.³¹⁶⁾ In Section 4,

305) *Id.* at 406-15.

306) *Id.* at 420-27.

307) *Id.* at 428-34.

308) *Id.* at 435-39.

309) *Id.* at 457.

310) *Id.*

311) Michele Boldrin & David Levine, *The Case Against Intellectual Property*, AEA Papers and Proceedings, May 2002, at 1.

312) *Id.* at 2-3.

313) *Id.* at 2.

314) *Id.* at 3.

315) *Id.* at 3-4.

316) *Id.* at 5.

“Competition without downstream licensing” and Section 5, “The Hidden Costs of Imperfect Monopoly” the authors use formulas to demonstrate that the “rent-seeking behavior of monopolies dissipates the social surplus.”³¹⁷⁾

14. Laurence R. Helfer, *The New Innovation Frontier Revisited: Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, Intellectual Property and Human Rights (Paul L.C. Torremans, ed., Forthcoming 2020) (2019).

This article addresses the increased role of the European Court of Human Rights (ECHR) in international intellectual property cases.³¹⁸⁾ The surge in IP cases is in large part due to the ECHR’s decisions that held that IP interests and other “intangible knowledge goods” are protected under the European Convention’s right of property.³¹⁹⁾ Specifically, this chapter analyzes a variety of decisions made by the ECHR under Article 1 and how these decisions have changed international IP policy. The Chapter is organized into five parts. After the introduction, Part II is titled “European Convention on Human Rights and the Right of Property;”³²⁰⁾ Part III: “Intellectual Property and the European Convention’s Right of Property: A Tripartite Framework for Analysis;”³²¹⁾ Part IV: “Forecasting the Future: Three Paradigms for ECHR Adjudication of Intellectual Property Disputes;”³²²⁾ Part V: Conclusion.

In Part II, the author begins by explaining that the scope and meaning of Article 1 of Protocol 1 has caused controversy in the European Human Rights System, largely in part because Article 1 provides for “the peaceful enjoyment of possessions” without use of the actual word “rights.”³²³⁾ In the second subsection, the author addresses “The Subject Matter and Temporal Scope of the Right of Property” and various definitions of the word “possessions” are discussed.³²⁴⁾ In these property cases, the ECHR must determine whether a government interfered with a person’s property.³²⁵⁾ While the ECHR gives deference to governments, the state must

317) *Id.* at 10.

318) Laurence R. Helfer, *The New Innovation Frontier Revisited: Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, *Intellectual Property and Human Rights*, 3 (Paul L.C. Torremans, ed., Forthcoming 2020) (2019).

319) *Id.* at 4.

320) *Id.* at 8-12.

321) *Id.* at 12-35.

322) *Id.* at 35-51.

323) *Id.* at 8-9.

324) *Id.* at 9.

325) *Id.* at 10-11.

show that this interference was made on reasonable grounds for public interest.³²⁶⁾

In Part III, Helfer asks three essential questions to investigate the scope of IP rights under Article 1: (A) Is Intellectual Property Protected by Article?, (B) Has the State Interfered with a Possession?, and (C) Has the State Adequately Justified its Interference with a Possession? Helfer begins with references to three decisions by the ECHR which held that patents and copyrights were subject to the scope of Article 1.³²⁷⁾ These cases focused heavily on protection of the financial interests and made comparisons of the exclusivity and transferability of patent rights to property rights.³²⁸⁾ After an overview of the *Dima v. Romania* case and the court's ultimate decision that literary and artistic works were protected under Article 1, Helfer discusses how the ECHR's decision may illuminate future decision-making processes for future cases.³²⁹⁾ In the next subsection, the author analyzed the seminal case, *Anheuser-Busch, Inc. v. Portugal*, and explains the analytical framework the ECHR provided in its decision.³³⁰⁾ This case extended Article 1 protections to trademarks and other industrial property.³³¹⁾ The author ultimately asserts that this case "expanded the ECHR's jurisdiction to review the denial of registrations on any ground recognized in national and regional intellectual property laws."³³²⁾

In section B, the author explains that tribunals have identified two different types of interferences: (1) government restrictions on the exercise of IP rights and 2) interferences from domestic IP disputes.³³³⁾ In section C, the author examines how the ECHR decides whether a government has appropriately justified their interference.³³⁴⁾ Here, the court try to strike a fair balance between public interest and the rights of the applicant.³³⁵⁾

In Part IV, Helfer explains and analyzes three paradigms of the ECHR: (1) The rule of law paradigm, (2) The enforcement paradigm, and 3. the intellectual property balancing paradigm.³³⁶⁾

326) *Id.*

327) *Id.* at 12.

328) *Id.* at 13.

329) *Id.* at 17-19.

330) *Id.* at 19-26.

331) *Id.* at 19.

332) *Id.* at 26.

333) *Id.*

334) *Id.* at 32.

335) *Id.* at 34-35.

336) *Id.* at 35-36.

In the end the author argues that the rule of law paradigm provides the best framework for the ECHR to interfere in IP cases and defer to the rights of IP owners.³³⁷⁾

24. Christopher Geiger & Elena Izyumenko, *Blocking Orders: Assessing Tensions with Human Rights*, Ctr for Int'l. Intellectual Property Stud. Res. Paper No. 2019-03 (2019).

This chapter addresses website blocking practices increasingly used in Europe against sites that infringe on copyrights. The authors provide an overview of the legal framework to justify injunctions against internet access providers in Europe.³³⁸⁾ The chapter then discusses the tensions between certain fundamental rights like freedom of expression, access to information, and right to conduct business.³³⁹⁾ It includes a discussion on the limits of intermediaries' involvement in digital enforcement and examines the required efficacy of the blocking resulting from the human right to property framework for IP. The authors focus on the holdings of two cases, *UPC Telekabel and Akdeniz v. Turkey*.³⁴⁰⁾

The article is organized into four parts: (1) "A Freedom of Expression Perspective on Website Blocking: The Emergence of Use Rights; (2) "A Freedom to Conduct a Business Perspective on Website Blocking: The (Rising) Role of the ISPs in Digital Copyright Enforcement; (3) A Right to Property Perspective on Website Blocking: Effectiveness of the Blocking; (4) The Recent EU Copyright Reform and its Effects on Website Blocking and Fundamental Rights. Part 1 asserts that the Court of Justice of the European Union (CJEU) in their *UPC Telekabel* holding that the freedom of expression could be used as a fundamental right and not a mere defense.³⁴¹⁾ In *Telekabel*, the court stated that procedure must allow the possibility for "internet users to assert their rights before the court once the implementing measures taken by the internet service provider are known."³⁴²⁾ The author next addresses the risk of overblocking. In *Telekabel*, the court stated that blocking should be "strictly targeted" in order to end the infringement but not affect lawful users of internet service.³⁴³⁾

337) *Id.* at 53.

338) Christopher Geiger & Elena Izyumenko, *Blocking Orders: Assessing Tensions with Human Rights*, Ctr for Int'l. Intellectual Property Stud. Res. Paper No. 2019-03, 3 (2019).

339) *Id.* at 4.

340) *Id.* at 4.

341) *Id.* at 7.

342) *Id.* at 7.

343) *Id.* at 9.

25. Graham Dutfield & Uma Suthersanen, *Traditional Knowledge and Genetic Resources: Observing Legal Protection through the Lens of Historical Geography and Human Rights*, 58 Washburn L.J. 399 (2019).

This article focuses on traditional knowledge associated with genetic resources (“TKGR”) and argues that the phrase “traditional knowledge” is problematic.³⁴⁴⁾ Part II of the article defines and analyzes the relevance of historical geography. This part also points out the importance of further investigation on the linkages between communities and their rights.³⁴⁵⁾ The authors state they aim to “establish a more robust, comprehensive, and culturally sensitive rights structure to addresses the legitimate concerns of indigenous peoples and other communities applied both within and outside of conventional ABS frameworks and IP-related norms.”³⁴⁶⁾ Part III incorporates the relevant international instruments, like the CBD, with provisions concerning TK and benefit sharing.³⁴⁷⁾ Other instruments include: Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising from their Utilization (“Nagoya Protocol”), and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (“UNDRIP”).³⁴⁸⁾ Part IV provides a new perspective on the two instruments, CBD and Nagoya Protocol by employing the historical geographical perspective on TK and associated genetic resources.³⁴⁹⁾ This article emphasizes on the human-rights approach cautions against treating TK protection as something susceptible to IP law solutions, as well as the adoption of convention normative frameworks in TK protection.³⁵⁰⁾ The authors conclude that because holders of TKGR tend to suffer from poverty, property-related norm settings can offer very little to TKGR holders and their communal groups. They further express their attitudes of doubt towards the view that benefit-sharing schemes can correct wider social justice issues.³⁵¹⁾

26. Heesob Nam, Human Rights Approach in Global Intellectual Property Regime: With Case

344) Graham Dutfield & Uma Suthersanen, *Traditional Knowledge and Genetic Resources: Observing Legal Protection through the Lens of Historical Geography and Human Rights*, 58 Washburn L.J. 399, 403 (2019).

345) *Id.* at 406-13.

346) *Id.* at 413.

347) *Id.* at 405.

348) *Id.*

349) *Id.*

350) *Id.* at 444.

351) *Id.* at 445.

Studies on The US-Korea FTA And The EU-Korea FTA (Aug. 3, 2018) (Ph.D. dissertation, Queen Mary University of London).

This study consists of six chapters. The study aims to: (a) critically examine this predominance of trade in contemporary IP norms; and (b) provide a counter framework for IP policy reform. The author states his main approach was juxtaposing the theoretical and empirical aspects of IP norms against human rights.³⁵²⁾ Chapter 1 introduces the research questions and defines several key concepts and scope of research.³⁵³⁾ Chapter 2 identifies the several layers of trade dimensions of IP, including the historical layer, the diversity layer, the international political economy layer, the substance layer, and the outcome layer.³⁵⁴⁾ Chapter 3 discusses the human rights dimension of IP, by laying out the historical landscape of intersection between human rights and IP, exploring the protection side and dissemination side of the right to science and culture.³⁵⁵⁾ In particular, the author proposes a human rights model of IP by first delineate two opposing poles to be balanced and second taking a larger perspective, as well as understanding the nature of trade-centric IP norm.³⁵⁶⁾ This approach supports a liability rule and suggests reconstructing the IP rights by restricting the level of protection to the material interests of creators.³⁵⁷⁾ The author conducts case studies of two Free Trade Agreement (FTA) to prove his hypothesis. Chapter 4 is a case study of the Korea-US FTA,³⁵⁸⁾ and Chapter 5 is a case study of the EU-Korea FTA.³⁵⁹⁾ Chapter 6 concludes that, on the whole, the context of human rights provides a just counter framework that can unify the diverse range of issues. The author also acknowledges that he based the model on the premise that a personal link exists between creators and their scientific, literary or artistic productions.³⁶⁰⁾

27. Margaret Chon, *Recasting Intellectual Property in Light of the U.N. Sustainable Development Goals: Toward Knowledge Governance*, 34 Am. U. Int'l L. Rev. 763 (2019).

352) Heesob Nam, Human Rights Approach in Global Intellectual Property Regime: With Case Studies on The US-Korea FTA And The EU-Korea FTA 4 (Aug. 3, 2018) (Ph.D. dissertation, Queen Mary University of London).

353) *Id.* at 13-28.

354) *Id.* at 29-68.

355) *Id.* at 69-112.

356) *Id.* at 123-29.

357) *Id.* at 129.

358) *Id.* at 139-213.

359) *Id.* at 218-280.

360) *Id.* at 288.

This article by Margaret Chon examines how intellectual property examines international development. This article is divided into five sections: I. Introduction: Reconceptualizing Intellectual Property, II. IP and Development: Boundaries and Collaboration, III. IP and Development: Innovation and Open-ness, IV. IP and Development: Human Well-Being and Environmental Justice, and V. Conclusion. She focuses specifically on the UN's Sustainable Development Goals (SDG) which was adopted in 2015 and argues that "IP could be viewed as an essential and pervasive element throughout all of the SDGs."³⁶¹ Chon further notes that the SDGs are promising because they were developed over a long period of time with extensive, open participation worldwide with consultations and various initiatives.³⁶² Furthermore, these new SDGs apply to all countries regardless of their level of development, while development is equally important for both developed and developing countries.³⁶³ Part III uses the Innovative Medicines Initiative and Open AIR to illustrate the importance of adopting an open collaboration model for knowledge sharing, in a cross-sector or cross-regional manner.³⁶⁴ Part IV explores the incorporation of human rights and environmental justice into the SDGs.³⁶⁵ Finally, Chon concluded that collaborative partnerships involved in IP and development activities may address and may simultaneously contribute to issues in the production and distribution of global public goods.³⁶⁶

28. Sanjaya Lall, *Indicators of the Relative Importance of IPRs in Developing Countries*, 32 Res. Pol'y 1657-80 (2003).

This paper examines the economic benefits and cost for implementing uniform and strong intellectual property rights (IPRs) in developing countries and discusses the potential impact of strengthening IPRs and applying them uniformly to all countries. This paper also makes an important observation that countries with different levels of technological and industrial development may face different outcomes from strengthening IPRs. Part 1 introduces the controversy surrounding the impact on developing countries of tightening

361) Margaret Chon, *Recasting Intellectual Property in Light of the U.N. Sustainable Development Goals: Toward Knowledge Governance*, 34 Am. U. Int'l L. Rev. 763, 764 (2019).

362) *Id.* at 766-67.

363) *Id.* at 767, 775.

364) *Id.* at 776-79.

365) *Id.* at 779-784.

366) *Id.* at 784-85.

intellectual property rights (IPRs).³⁶⁷⁾ Lall points out that countries have varying levels of industrial, technological and economic development and therefore the need for and the benefits of stronger IPRs rise with incomes and technological sophistication.³⁶⁸⁾ The main debate focuses on the economic benefits for the developing countries. Part 2 explores the impacts of stronger IPRS on developing countries. Lall argues that private agents may find a lack of incentive to invest in the creation of new productive knowledge under perfectly competitive conditions.³⁶⁹⁾ A temporary monopoly on the use of knowledge has four societal benefits: (1) The primary social benefit of IPRs is stimulating innovation by private agents,³⁷⁰⁾ (2) IPRs are intended to stimulate the creation of technology and society benefits from the use of new knowledge in productive activity,³⁷¹⁾ (3) IPRs encourages greater dissemination of new knowledge to other agents,³⁷²⁾ (4) It stimulates innovation by other enterprises, but is of little value to poor countries that lack a local innovative base.³⁷³⁾ Lall continues to discuss two variables, nature of the activity and nature of the economy, which also determine the benefits and importance of IPRs.³⁷⁴⁾ Part 3 categorizes countries mainly based on technological activity, industrial performance and technology imports.³⁷⁵⁾ Finally, Lall proposes two main policy directions for developing countries: (1) to exploit more fully and strategically the flexibility inherent in current TRIPS rules, and (2) to analyze the TRIPS rules at a more fundamental level, with a view to negotiating for a non-level playing field according to development needs.³⁷⁶⁾

29. M.Z.M. Nomani, Alaa K.K.Alhalboosi & Mohammad Rauf, *Legal & Intellectual Property Dimension of Health & Access to Medicines in India*, 14 Indian J. Forensic Med. & Toxicology 118, 118-122 (2020).

This article mainly analyzes several health and intellectual property laws at international and national levels and examines the construction of health and intellectual property legal framework

367) Sanjaya Lall, *Indicators of the Relative Importance of IPRs in Developing Countries*, 32 Res. Pol'y 1657 (2003).

368) *Id.* at 1658.

369) *Id.* at 1659.

370) *Id.*

371) *Id.* at 1660.

372) *Id.*

373) *Id.*

374) *Id.*

375) *Id.* at 1664-79.

376) *Id.* at 1680.

in India.³⁷⁷⁾ The authors use comparative law methods to interpret statutes, including the Universal Declaration on Human Rights (1948), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), WTO & the TRIPS Agreement (1995), the Doha Declaration on Public Health (2001), United Nations Panel On Access To Medicines and Access To Health Technologies Report (2016), and Health & Sustainable Development (SDG) Goal 2015-2030.³⁷⁸⁾ They point out that one-third of the world's population does not have access to basic drugs and pharmaceutical patents affect disadvantaged people.³⁷⁹⁾ They conclude that a cohesive legislative and policy framework for access to medicine and health care system is necessary and suggest all countries shall have freedom and flexibilities under TRIPS agreement.³⁸⁰⁾

30. Peter K. Yu, *From Struggle to Surge: China's TRIPS Experience and Its Lessons for Access to Medicines*, in *Mapping the Three Generations of Struggle to Access to Medicines Under the TRIPS Agreement* (Amaka Vanni & Srividhya Ragavan eds., Routledge, forthcoming 2021).

This article presents China's legislative development in the pharmaceutical field and experiences with the TRIPS agreement.³⁸¹⁾ It first discusses China's reluctance in introducing high and external IP standards, including the TRIPS standards.³⁸²⁾ In January 1992, China signed the Memorandum of Understanding on the Protection of Intellectual Property with the United States, in order to prevent an impending trade war.³⁸³⁾ Following the entry of memorandum, China amended its patent law in 1992, expanding the scope of protection in to cover foods, beverages, condiments, pharmaceutical products, and "substances obtained by means of a chemical process."³⁸⁴⁾ The amended law also added the right to import, extended patent protection to both products and processes, and extended the duration of protection from fifteen to

377) M.Z.M. Nomani, Alaa K.K. Alhalboosi & Mohammad Rauf, *Legal & Intellectual Property Dimension of Health & Access to Medicines in India*, 14 Indian J. Forensic Med. & Toxicology 118, 119 (2020).

378) *Id.* at 119-21.

379) *Id.* at 121.

380) *Id.*

381) Peter K. Yu, *From Struggle to Surge: China's TRIPS Experience and Its Lessons for Access to Medicines*, in *Mapping the Three Generations of Struggle to Access to Medicines Under the TRIPS Agreement* (Amaka Vanni & Srividhya Ragavan eds., Routledge, forthcoming 2021).

382) *Id.* at 2.

383) *Id.* at 3.

384) *Id.*

twenty years.³⁸⁵⁾ It then talks about how China's leaders started to make a major policy push in mid-2000s to encourage independent innovation.³⁸⁶⁾ The third amendment to the Patent Law in 2008 demonstrates how China had the growing capabilities to make major adjustments to the patent system, which as the author emphasized "[was] based on its own needs, interests, conditions, and priorities."³⁸⁷⁾ Biotechnology was listed as one of the right frontier technologies in the *National Medium- and Long-Term Plan for Science and Technology Development* (2006 - 2020) and the Made in China 2025 strategic plan also identified biomedicine and high-performance medical devices as one of the ten priority sectors.³⁸⁸⁾ The author observes that China has played important roles in pushing for wider adoption of artificial intelligence and machine learning in the health area.³⁸⁹⁾ The more recent fourth amendment grants a limited extension of the patent term for up to five years to compensate for the time lost when a pharmaceutical product is undergoing regulatory review.³⁹⁰⁾ The author added that the proposed twelve years of protection for undisclosed test or other data for biological products in China, which would be the highest standard in the world, shows China's eagerness to create national champions in the pharmaceutical sector and be more assertive in the global pharmaceutical arena.³⁹¹⁾ Next, the author identifies five distinct lessons that the developments in China's patent laws and pharmaceutical regulations have provided in considering the TRIPS Agreement and on access to medicines.³⁹²⁾ First, China's struggle-to-surge experience will change our perception of the strengths and weaknesses of the TRIPS Agreement and its international harmonization efforts.³⁹³⁾ Second, the ongoing developments in the Chinese pharmaceutical landscape will undoubtedly widen the domestic gap between those with access to medicines and those without.³⁹⁴⁾ Third, the policy position China now takes in the pharmaceutical arena will likely differ significantly from those taken by other developing countries, including those large or populous emerging economies discussed in this chapter.³⁹⁵⁾ Fourth, as China grows to become more assertive in the

385) *Id.*

386) *Id.* at 4.

387) *Id.*

388) *Id.* at 6.

389) *Id.* at 7.

390) *Id.* at 8.

391) *Id.* at 9-10.

392) *Id.* at 10.

393) *Id.*

394) *Id.*

pharmaceutical arena, its poorer or smaller neighbors and trading partners may begin with its posture moving from struggle to surge and finally to strike.³⁹⁶⁾ Fifth, although the closer alignment of China's policy position in the pharmaceutical arena with those of the European Union, Japan, Switzerland, the United States, and other developed countries could help consolidate international and regional normsetting efforts, such alignment could also lead to greater rivalries between China and these countries.³⁹⁷⁾ The author finally concludes that although China's experience with the TRIPS agreement are unlikely to be replicated, a more cautious analysis of the struggles and successes that China has experienced in the pharmaceutical arena is needed.³⁹⁸⁾ He also finds that China's continuous improvement in the pharmaceutical sector and the legislative and regulatory changes suggest an increasingly complex access to medicines debate at both the domestic and international levels.³⁹⁹⁾

31. Peter K. Yu, *Challenges to the Development of a Human Rights Framework for Intellectual Property*, in *Intellectual Property Law and Human Rights* 89 (Paul Torremans ed., 4th ed., Kluwer Law International 2020) (abridged and adapted from 40 U.C. Davis L. Rev. 1039).

This article focuses on the obstacles to developing a human rights framework for intellectual property law and policy. The author first quotes the authoritative interpretation of intellectual property rights from the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), "Human rights are fundamental as they are inherent to the human person as such, whereas intellectual property rights are first and foremost means by which States seek to provide incentives for inventiveness and creativity, encourage the dissemination of creative and innovative productions, as well as the development of cultural identities, and preserve the integrity of scientific, literary and artistic productions for the benefit of society as a whole."⁴⁰⁰⁾ He then defined intellectual property rights as "the right to the protection of moral and material interests resulting from

395) *Id.* at 11.

396) *Id.* at 12.

397) *Id.* at 13.

398) *Id.*

399) *Id.*

400) Peter K. Yu, *Challenges to the Development of a Human Rights Framework for Intellectual Property*, in *Intellectual Property Law and Human Rights* 1 (Paul Torremans ed., 4th ed., Kluwer Law International 2020) (abridged and adapted from 40 U.C. Davis L. Rev. 1039).

intellectual productions,” or to put it succinctly “the right to the protection of interests resulting from intellectual productions.”⁴⁰¹⁾ Next, the author examines examines three challenges that may face the development of the framework, especially from a pro-development perspective: (1) the ‘human rights ratchet’ of intellectual property protection; (2) the undesirable capture of the human rights forum by intellectual property rights holders; and (3) the framework’s potential bias against non-Western cultures and traditional communities. The first challenge refers to a growing concern about the “one-way ratchet” of intellectual property protection and as a result it will further worsen the imbalance in the existing intellectual property system.⁴⁰²⁾ The author argues that the best response is to clearly delineate which attributes of intellectual property rights would qualify as human rights and which attributes or forms of those rights should be subordinated to human rights obligations due to their lack of any human right basis.⁴⁰³⁾ The second challenge refers to the undesirable capture of the human rights forum by intellectual property rights holders.⁴⁰⁴⁾ IP rights holders and their supportive developed countries are more powerful and organized, and have access to greater resources, tighter organization, and stronger negotiation skills, that may enable them to capture the human rights forum and put developing countries, traditional communities, and other disadvantaged groups at a disadvantage.⁴⁰⁵⁾ Intellectual property rights holders can generally capture the human rights forum through lobbying their governments and influencing developments in the human rights forum.⁴⁰⁶⁾ Finally, the third challenge to the development of a human rights framework for intellectual property refers to the framework’s potential bias against non-Western cultures and traditional communities.⁴⁰⁷⁾

In general, it acknowledges the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds and suggests that context of a dynamic and evolving process of international norm-setting and interests of those performing intellectual labour outside the Western model should be taken into consideration.⁴⁰⁸⁾ The author states that the human rights regime is not as biased against non-Western countries and traditional communities

401) *Id.* at 2.

402) *Id.* at 3-4.

403) *Id.* at 5.

404) *Id.* at 10.

405) *Id.*

406) *Id.* at 10-11.

407) *Id.* at 15.

408) *Id.* at 16-17.

as the critics have claimed, but challenges facing developing countries and traditional communities do exist.⁴⁰⁹⁾ It is critical to consider divergent local needs, national interests, technological capabilities, institutional capacities, and public health conditions in developing a balanced intellectual property system.⁴¹⁰⁾ The author concludes that there is a growing need to develop a human rights framework for intellectual property and policymakers need to anticipate the challenges while advancing a constructive dialogue at the intersection of intellectual property and human rights.⁴¹¹⁾

32. Alexander Peukert, *Copyright and the Two Cultures of Online Communication, in Intellectual Property Law and Human Rights* (Paul Torremans ed., 4th ed., Kluwer Law International 2020).

This article starts with a brief introduction of the relationship between copyright and the internet which, as the author characterizes, is often a conflict between exclusivity and access.⁴¹²⁾ Digital copyright is used to balance the conflicting interests.⁴¹³⁾ The author of this piece offers an alternative interpretation and argues that that two cultures of communication coexist on the internet, each of which has a different relationship to copyright.⁴¹⁴⁾ He finds the distinction between exclusivity culture and access culture is based on the technology used.⁴¹⁵⁾ Next, the author talks about the role of current copyright law and states that the purpose of copyright is to commodify the input and output of the literary, scientific and artistic domain, and further branches of the digital economy.⁴¹⁶⁾ Indeed, according to the “celestial jukebox” theory, copyright has evolved into a right that covers every potential asset and thus in the end every element of communication.⁴¹⁷⁾ The author examines both the exclusivity and access cultures in order to realize the “celestial jukebox.” In the third part, the author discusses the perspectives, including further promotion of the exclusivity culture and further reinforcement of the access

409) *Id.* at 20.

410) *Id.* at 21.

411) *Id.*

412) Alexander Peukert, *Copyright and the Two Cultures of Online Communication, in Intellectual Property Law and Human Rights 1* (Paul Torremans ed., 4th ed., Kluwer Law International 2020).

413) *Id.*

414) *Id.*

415) *Id.* at 6.

416) *Id.* at 8.

417) *Id.* at 11.

culture.⁴¹⁸⁾ Finally, he concludes that rather than attempting to balance the conflicting interests, we should recognize the co-existence of two paradigmatic communication cultures along with hybrids between the two cultures.⁴¹⁹⁾ Such approach will allow the analysis of copyright (and other) regulatory proposals according to their effects on one or the other culture of communication, release from the ultimately fruitless quest for a harmonious solution on a higher level that will only trigger new conflicts in the future, and relax the normative assessment of digital copyright.⁴²⁰⁾ The author also states that digital copyright mostly supports a secure, exclusively controlled communication medium while realizing a “celestial jukebox.”⁴²¹⁾

33. Krzysztof Garstka, *Guiding the Blind Bloodhounds: How to Mitigate the Risks art. 17 of Directive 2019/970 Poses to the Freedom of Expression, in Intellectual Property Law and Human Rights* (Paul Torremans ed., 4th ed., Kluwer Law International 2020).

This article uses the human rights perspective to analyze art. 17 of the Directive 2019/970 (DSMCD), providing that the foundation for content filtering to be regulated and endorsed by EU copyright law.⁴²²⁾ The author focuses on analyzing the risks that the enforcement schemes warranted by art. 17 of the DSMCD Directive poses to freedom of expression.⁴²³⁾ Section 2 of the paper outlines the concept of content filtering, explaining how it functions on a technical level, and what prevailing form it currently embraces in the world of online copyright enforcement.⁴²⁴⁾ Section 3 moves onto the core tenets of art. 17, laying out the key elements of art. 17 and the regime it sets out.⁴²⁵⁾ Under art. 17(1), the Online Content Sharing Service Providers (OCSSPs) are liable for the copyright-infringing user uploads made public via the platform. However, the Directive sets out its own “safe harbour” procedure, including 1) OCSSP should undertake “best efforts” to obtain the authorisation from the rightholder. 2) in observance of “high industry standards of professional diligence” and using “relevant and necessary

418) *Id.* at 21-31.

419) *Id.* at 32.

420) *Id.*

421) *Id.* at 33.

422) Krzysztof Garstka, *Guiding the Blind Bloodhounds: How to Mitigate the Risks art. 17 of Directive 2019/970 Poses to the Freedom of Expression, in Intellectual Property Law and Human Rights 1* (Paul Torremans ed., 4th ed., Kluwer Law International 2020).

423) *Id.* at 2.

424) *Id.* at 2-3.

425) *Id.* at 3-4.

information” provided by the rightsholders, the OCSSP should undertake “best efforts” to prevent the infringement of the works in question. 3) the discussed provision obliges the OCSSPs to follow what could be categorized as a “notice and stay-down” approach.⁴²⁶⁾ Section 4 looks at the nature of the risks posed by the discussed provision to the freedom of expression, arguably the key interest vulnerable to interference by art. 17.⁴²⁷⁾ Section 5 critically analyses the steps taken by the drafters of the Directive to mitigate the risks outlined in section 4 and proposes further solutions with this goal in mind.⁴²⁸⁾ Section 6 looks at two broader aspects of art. 17 implementation, transparency and introducing dedicated administrative bodies, which could have a positive effect on the overall balancing of human rights involved.⁴²⁹⁾ In section 7, the author concludes that there is an opportunity to find the best possible place and shape for content filtering in the EU copyright regime and the normative goal should focus on long-term positive effect, even though trade-offs between human rights involved will be necessary.⁴³⁰⁾

34. Christophe Geiger, *Reconceptualizing the Constitutional Dimension of Intellectual Property –An Update*, in *Intellectual Property Law and Human Rights* (Paul Torremans ed., 4th ed., Kluwer Law International 2020).

This article discusses the most recent judicial development in EU regarding the use of human rights to interpret and adapt IP laws.⁴³¹⁾ It attempts to show that a constitutionalization of IP law can offer a remedy for the overprotective tendencies of IP and can help this field of law recover its legitimacy.⁴³²⁾ The author makes the following proposals to construct a satisfying and balanced clause for IP at constitutional level: 1) He proposes to link IP with the universally recognized right to culture and science, thereby mirroring a solution adopted at international and national levels in several countries.⁴³³⁾ 2) He explores the protection that could be offered by the constitutional right to freedom of expression and information.⁴³⁴⁾ 3) He analyzes the inclusion of IP within the protection of property at the constitutional level.⁴³⁵⁾ He then discusses

426) *Id.*

427) *Id.* at 4-7.

428) *Id.* at 7-16.

429) *Id.* at 16-20.

430) *Id.* at 20.

431) Christophe Geiger, *Reconceptualizing the Constitutional Dimension of Intellectual Property –An Update*, in *Intellectual Property Law and Human Rights* (Paul Torremans ed., 4th ed., Kluwer Law International 2020).

432) *Id.* at 7-10.

433) *Id.* at 18-21.

434) *Id.* at 21-24.

the consequences of constitutionalizing IP law.⁴³⁶⁾ Finally, he demonstrates that fundamental rights can offer a suitable basis for a fair and equitable IP system and concludes that it is urgently necessary to humanize the subject by binding it to the basic values of our juridical system: fundamental rights and human rights.⁴³⁷⁾

36. Peter K. Yu, *TRIPS Wars: Developing Countries Strike Back*, in *Flashpoints: Changing Paradigms in Intellectual Property and Technology L.* (Alexandra George ed., Quid Pro Press, forthcoming 2021).

This article mainly discusses the emerging “TRIPS Wars.”⁴³⁸⁾ The author first talks about the impact of the TRIPS Agreement and TRIPS-plus trade and intellectual property agreements on developing countries.⁴³⁹⁾ He then examines the developing countries’ counter-strikes at the WTO – including those at the Doha Round negotiations, the Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Council) and the WTO Dispute Settlement Body (DSB).⁴⁴⁰⁾ The chapter concludes by highlighting the developing countries’ efforts to establish pro-development initiatives at WIPO and other international regimes.⁴⁴¹⁾

V. Conclusion

This paper has attempted to provide a clear definition and an analysis of the purported human right to development. Researching the human right to development in the context of the existing intellectual property regime is a daunting challenge. Successful research is only possible with a clear definition of the human right to development. My initial research provides relevant legal documents with an annotated bibliography of the existing literature. Thus, this could help prospective researchers to consider the larger landscape of the right to health and intellectual property development and therefore, provide a footstep to further in-depth research.

435) *Id.* at 24.

436) *Id.* at 30-55.

437) *Id.* at 56.

438) Peter K. Yu, *TRIPS Wars: Developing Countries Strike Back*, in *Flashpoints: Changing Paradigms in Intellectual Property and Technology L.* (Alexandra George ed., Quid Pro Press, forthcoming 2021).

439) *Id.* at 2-7.

440) *Id.* at 7-18.

441) *Id.* at 18-19.

실질적 평등과 이주민의 인권 보장

이 주 영*

목 차

- I. 서론
- II. 평등 개념의 확장: 동등대우 원칙을 넘어
- III. 인권규범으로서 실질적 평등
- IV. 결론

I. 서론

통계청이 2020년 발표한 ‘내·외국인 인구변화 전망: 2017~2040’에 따르면, 귀화자, 이민자2세, 외국인을 포함하는 이주배경인구는 2020년 222만 명에서 2040년 352만 명으로 늘어나, 전체 인구의 6.9%를 차지하게 된다.¹⁾ 이주배경인구 중 6세에서 21세에 이르는 학령인구는 2020년 27만 명에서 2040년 49만 명으로 앞으로 20년 간 1.8배 이상 늘어날 전망이다. 이미 2008년 정부의 『제1차 외국인정책기본계획』은 결혼이민자 등 국내 정착 이민자 및 국적 취득자 증가, 결혼이민자 2세 취학 증가 등의 현상을 짚으면서 한국이 다문화사회에 진입하고 있다고 보았다.²⁾ 과거 한국은 세계에서 거의 유일하게 단일민족 중심의 국가로서 민족과 국민의 구분이 없었고, 단일언어와 단일문화를 유지한다는 것에 대한 자긍심을 일상적으로 환기해 왔다. 이러한 한국이 다민족·다인종 사회에 진입한다는 것은 다른 민족

* 서울대학교 인권센터 연구 부교수.

- 1) 통계청, 『2019년 장래인구특별추계를 반영한 내·외국인 인구전망: 2017~2040년』 보도자료, 2020, p.3. 국내 체류 외국인 수는 2007년 100만명을 넘어선 이래 매년 늘어 2016년 200만 명을 넘어섰다. 그 숫자는 2018년 2,367,607명(전체 인구 대비 4.57%), 2019년 2,524,656명(4.87%)이고, 2020년과 2021년에는 코로나19 영향으로 줄어 각각 2,036,705명(3.93%), 1,956,781명이다. 국적법에 따라 새로 귀화하는 사람의 숫자는 2012년 이후 연평균 매년 1만 명 수준을 유지하고 있다. 법무부 출입국·외국인정책본부, 『2021 출입국·외국인정책 통계연보』, 2022, pp.42, 64. 1948년 국적법 제정 이후 귀화허가 또는 국적 회복허가를 받아 대한민국 국적을 취득한 사람의 숫자는 2020년 말까지 전체 268,975명이다. 법무부 출입국·외국인정책본부, 『2021 출입국·외국인정책 통계연보』, 2022, p.63.
- 2) 외국인정책위원회, 『제1차 외국인정책기본계획(2008-2012)』, 법무부 출입국·외국인정책본부, 2008, pp.6-7.

· 인종, 언어, 문화 배경을 지닌 사람들이 더 이상 예외로서 존재하지 않음을 의미한다.

그러나 이주민을 한 국가공동체에 함께 사는 구성원으로서 동등하게 권리를 보장하고 이주민들의 다양한 생활양식이나 문화를 수용하고 이주 배경의 사람들과 주류 한국인의 우호적인 공존을 촉진하는 노력은 부족하였다. 정부 정책은 이주노동자에 대해 국내 산업에서 부족한 인력을 보충하되 한시적 체류만을 허용하고 정주 기회는 차단하는 방향을 고수해 왔다. 이주노동자들의 열악한 노동조건 및 생활환경에 대한 근본적인 개선은 이러한 단기 인력정책 하에서 한계를 지닐 수밖에 없었다. 정주화를 염두에 둔 사회통합정책 대상은 결혼이민자와 그들의 가족에 한정되어 왔다.³⁾ 정부는 ‘다문화’라는 용어를 2007년부터 사용해 왔지만, 이 용어는 역설적으로 결혼이민자들을 신속히 문화적으로 동화시키는 정책들의 관용어구로 사용되었다.⁴⁾ 결혼이민자와 그 가족에 대해 이들이 개별적으로 지닌 특성이나 상황과 무관하게 시혜적 차원에서 복지대상화하는 정책을 중앙 정부부처와 지방자치단체별로 경쟁적으로 시행하여, 오히려 이들을 “취약계층”으로 고착화하고 사회적 낙인의 대상이 되도록 하는 역효과를 발생시켰다.⁵⁾ 사회 내에서는 이주민과 그들의 문화에 대한 혐오나 편견이 표출되는 사례들이 늘고 있고, ‘다문화’는 결혼이민자 가족 2세를 사회적으로 낙인 짓는 용어로 빈번히 쓰이고 있다. ‘반중’ 정서의 확산과 함께, 중국인 유학생이나 중국 동포들이 혐오나 반감의 대상이 되곤 한다. 2018년에는 예멘 출신 난민신청자 수용 문제를 둘러싸고, ‘반다문화’, ‘반이민’, ‘반난민’ 담론이 정치적 행동으로 진화되어 나타났다. 2021년에는 대구에서 무슬림 유학생과 연구원들의 이슬람 사원 건립이 반대에 부딪혔다. 2022년 9월 대법원이 “공사 중지는 위법하다”는 원심 판결을 확정함으로써 이슬람 사원 측이 공사를 막은 대구 북구청을 상대로 낸 소송에서 최종 승소하였으나,⁶⁾ 이슬람교에 대한 편견을 어떻게 해소해 나가야 할지, 이주민의 문화에 대한 한국 사회의 태도는 어때야 할지에 관한 숙제를 남겼다.

이주민의 인권과 관련해, 가장 근간이 되는 원칙은 비차별 및 평등이다. 「세계인권선언」⁷⁾ 제2조 제1항은 “모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 견해, 민족

3) 이규용, 김혜순, 송영훈, 최서리, 『한국사회의 이민과 통합연구』, 한국노동연구원, 2018, p.186. 「다문화가족지원법」은 한국 국민과 외국인 배우자 간 혼인으로 구성된 가족만을 ‘다문화가족’으로 하고 있고, 정부는 이민자 관련 종합적인 정책방향을 5년 주기로 작성되는 「외국인정책기본계획」(법무부)과 「다문화정책기본계획」(여성가족부)에 담는데 2018년부터 2022년의 계획을 담은 3차 이전까지는 사회통합정책의 대상과 내용이 주로 결혼이민자에 편중되어 왔다.

4) 박진경, “한국의 다문화주의와 다문화정책의 선택적 적용,” 『한국정책학회보』 제19권 3호, 2010.9, pp.276-279; 김현미, “귀화 이주민과 문화적 권리,” 『한국문화인류학』 제48권 1호, 2015.3, p.97.

5) 김현미, 『우리는 모두 집을 떠난다: 한국에서 이주자로 살아가기』, 돌베개, 2014, p.199.

6) 대법원 2022.9.16. 선고 2022두44170 판결.

7) 세계인권선언, 유엔총회 결의 217A (III), UN Doc A/810, 1948.

적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분과 같은 어떠한 종류의 차별이 없이, 이 선언에 규정된 모든 권리와 자유를 향유할 자격이 있다”라고 천명하였다. 제7조는 “모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 모든 사람은 이 선언을 위반하는 어떠한 차별에 대하여도, 또한 어떠한 차별의 선동에 대하여도 평등한 보호를 받을 권리를 가진다”라고 규정하였다. 즉, 인종, 피부색, 출신 민족 등에 관계없이, 모든 사람은 인권을 동등하게 향유하고, 법의 평등한 보호를 누릴 권리가 있음을 확인한 것이다. 이후 채택된 주요 국제인권조약들도 비차별 및 평등을 인권 규범의 핵심 원칙으로 하고 있다.⁸⁾ 또한, 국제인권조약은 비차별 및 평등 원칙, 법의 평등한 보호에 관한 조항과 더불어, 민족적·인종적 또는 종교적 증오의 고취 금지(『시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약』(이하 자유권규약 제20조 제2항), 민족적·종교적 또는 언어적 소수자의 권리(자유권규약 제27조)에 관한 조항을 각각 별도로 규정하고 있다.

이주민 맥락에서, 평등권을 합리적 이유 없이 인종·민족·출신 지역 등을 이유로 다르게 대우하지 말고 동일하게 대우하여야 하는 것으로 협소하게 이해하면, 평등권과 증오의 고취 금지, 민족적·종교적 또는 언어적 소수자의 권리가 모두 별개의 권리로 해석될 수 있다. 그러나 평등권을 동일대우 원칙에 국한하지 않고 권리를 동등하게 누리는 것을 어렵게 하는 실질적 제약과 차이로 확장하여 실질적 평등을 지향하는 개념으로 이해한다면, 이주민이 겪는 실질적 불이익, 이주민에 대한 사회적 낙인과 증오발화, 이주민이 지닌 문화적 정체성을 무시하는 동화주의적 정책이나 태도에도 평등권을 함께 적용할 수 있다. 이러한 시각에서는, 민족적·인종적 또는 종교적 증오의 고취 금지나 민족적·종교적 또는 언어적 소수자의 문화적 정체성에 대한 권리 역시 평등권에 포괄되는 것으로 해석될 수 있다.

본 연구는 평등권 규범이 사실상의 차별을 없애고 권리를 누릴 수 있는 기회를 동등하게 갖는 실질적 평등의 관점에서 해석되어야 한다고 본다. 이러한 관점에서 이주민은, 직·간접적 차별 및 증오발화로부터 보호받고, 또한 그들이 지닌 고유의 문화적·종교적·언어적

8) 『시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약』(채택일 1966. 12. 16, 발효일 1976. 3. 23, [대한민국 발효일 1990.7.10. 다자조약, 제1007호, 1990.6.13.]) 제2조 제1항은 “이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다”고 규정한다. 같은 규약 제26조는 “모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다”고 법 앞의 평등과 법의 평등한 보호를 확인하고 있다. 『경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약』(채택일 1966. 12. 16, 발효일 1976. 1. 3, [발효일 1990.7.10., 다자조약, 제1006호, 1990.6.13.]) 또한, 제2조 제2항에서 “이 규약의 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것”을 규정하고 있다.

정체성이 인정·존중받아야 한다고 제안한다. 이를 위하여, 본 연구는 사회적 소수자들의 가시화와 구조적 차별 해소 요구를 배경으로 전개된 분배와 차이의 인정에 대한 정치철학적 논의와 유엔인권체계 내에서 평등권 규범 및 해석의 진화를 중심으로 살펴 본다.

제II장에서는 동일대우 중심의 평등관에 대한 비판을 공유하면서, 실질적 평등에 대한 인식의 발전을 촉진시켰던 정치철학적 논의를 살펴본다. 이러한 이론적 논의는, 1970년대 이후 세계 각지에서 일어난 인종주의와 성차별주의에 대항하는 사회운동, 1980년대 이후 경제 세계화 과정에서 급증한 글로벌 이주 맥락에서 부상한 다문화주의 등을 배경으로 한다. 본 연구에서는 특히, 사회집단에 대한 차별과 억압이 집단들 간 차이를 소거하고 단순하게 동등대우하는 것으로 해소되지 않는다는 점을 강조한 아이리스 영, 차이의 ‘인정’을 중요하게 사고하였던 찰스 테일러와 악셀 호네프, 다양한 문화를 인정하는 새로운 시민권의 구성을 주장한 윌 김리카, 그리고 물질적 재화 및 기회의 공정한 분배와 사회적 소수자의 동등한 존엄과 가치의 인정이라는 이원적 정의 패러다임을 제안하는 낸시 프레이저의 논의에 집중한다. 이러한 정치철학적 논의와 여성 및 사회적 소수자들이 경험하는 차별과 배제에 대한 실천은 인권규범으로서의 평등권에 대한 법적 이해에도 영향을 미쳤다. 차별 및 평등권에 관한 법리적 발전에 기여해 온 법학자 샌드라 프레드만의 실질적 평등에 대한 다차원적 분석들이 그 대표적인 예이다. 제III장에서는 프레드만의 실질적 평등에 대한 분석틀을 검토한다. 그리고 유엔인권조약의 평등권 규범과 주요 유엔인권조약기구의 해석을 중심으로 실질적 평등에 대한 인권규범의 현재를 짚어 본다. 제IV장은, 실질적 평등을 지향하는 포용적 관점에 입각하여, 이주민이 경험하는 차별, 사회적 낙인 및 증오발화, 배제 및 동화주의적 압박을 시정하고 이주민을 포함해 모든 사회 구성원들 간의 우호적 관계를 증진해 나가기 위한 기본 규범틀을 형성해 나가야 함을 강조하며, 이 글의 끝을 맺는다.

II. 평등 개념의 확장: 동등대우 원칙을 넘어

동등대우 원칙은 비차별 및 차별금지 또는 평등권의 가장 지배적인 해석으로, 합리적 사유 없이 성별, 인종, 민족, 피부색, 종교, 장애 등을 사유로 한 직접 차별을 금지한다. 동등대우의 이상은 특정 속성에 관한 편견을 기반으로, 교육, 고용, 주거 등에서 명시적으로 차별받고 배제되었던 사람들에게 강력한 규범적 힘을 제공하였다.⁹⁾ 동등대우 원칙은 제도와

9) Fredman, Sandra, "Substantive Equality Revisited", I · CON Vol.14, No.4 (2016) 712-738, p.716.

정책에서의 차별에 대항하며 20세기 인권의 역사에 큰 기여를 하였고, 지금도 그러하다. 그러나 동등대우 원칙 또는 형식적 평등은 특정 속성을 매개로 이루어지는 구조적 차별, 해당 집단에 대한 증오나 폭력의 문제, 또는 특정 속성과 관련된 정체성이나 문화를 인정해야 하는 문제를 다루는 데에는 근본적인 한계를 지닌다. 예를 들어, 내국인 기피 업종에 종사하게 되는 이주노동자의 열악한 노동조건, 피부색이나 민족이 다른 집단을 공공연히 비방하거나 멸시하는 발언, 같은 종교를 가진 사람들과 종교의식을 행하는 것을 가로막는 행위는 각각 노동조건에 대한 권리, 인격권, 종교의 자유, 소수자의 문화적 정체성에 대한 권리 침해 여부를 다룰 문제이기만 한 것인가, 아니면 동시에 평등권의 문제이기도 한 것인가라는 질문을 해 볼 수 있다. 이러한 문제들은 이른바 중립적인 동일한 기준을 적용하는 것으로는 잘 포착되지 않고 해결하기 어렵다. 또는 중립적으로 보이는 규범 자체가, 고유의 차이 또는 누적된 차별을 고려하지 않고 차별적 효과를 발생시켜 간접차별을 구성할 수도 있다.

이러한 맥락에서, 인종, 민족, 성, 종교, 장애 등 각종 차이를 매개로 한 불의와 불평등을 적절하게 분석할 수 있는 이론적 틀은 무엇인가를 둘러싸고 1980년대 이후 활발하게 전개되었던 정치철학적 논의를 되짚어 보고자 한다. 이러한 논의들은 인권규범으로서의 평등권이 실질적인 차별과 불평등에 대응할 수 있도록 그 의미를 확장해온 맥락을 이해하는 데에 유용하다.

1. 구조적 불평등과 차이를 드러내기

아이리스 영은 사람들 사이의 젠더, 인종 또는 성적 차이와 관련된 구조적 불평등을 해소하고 실질적 평등을 추구하기 위해서는 차이를 없는 것처럼 취급할 것이 아니라, 그러한 차이들에 주의를 기울여야 한다는 논변을 제시하였다.¹⁰⁾ 1980년대 이후 인종주의 반대, 여성 및 성소수자 인권운동이 중요하게 지적하였던 내용으로부터 얻은 통찰을 이론화한 것이었다.¹¹⁾ 영이 말하는 구조적 불평등은 특정 집단이 자신들이 가치 있다고 여기는 것을 추

10) 아이리스 영의 대표저작은 1990년에 Princeton University에서 출간된 *Justice and the Politics of Difference*이고, 국내에도 번역 출간되었다. 『차이의 정치와 정의』(김도균·조국 옮김), 모티브북, 2017. 『차이의 정치와 정의』에서는 물질적 재화와 사회적 지위의 보유를 중심으로 보는 기존의 분배정의 패러다임이 사회집단 간 차이를 매개로 한 억압이 어떻게 구조화되는지를 간과한다고 지적하면서, 다양한 형태의 사회부정을 설명하고 시정하기 위한 차원에서 ‘차이의 정치’를 제시한다. 형식적 평등에 대한 비판으로서의 차이의 정치에 대한 영의 논변은 2009년에 출간된 ‘Structural Injustice and the Politics of Difference’, (Thomas Christiano and John Christman eds.) *Contemporary Debates in Political Philosophy*, 2009, 362-383에서 더 명료하게 제시되어 있다.

11) Young, Iris, ‘Structural Injustice and the Politics of Difference’, (Thomas Christiano and John Christman eds.) *Contemporary*

구하는 데에서 불균등하게 더 큰 장벽을 경험하고, 역량 발전이나 자율적 선택의 기회를 더 적게 누리는 상황을 말한다.¹²⁾ 영은 공식적으로는 차별적인 법과 제도가 없다 해도, 불평등이 노동분업, 의사결정 구조와 절차, 지배적인 문화규범을 주요 축으로 하여 생산되고 지속된다고 보았다.¹³⁾ 형식상 중립적이고 보편적인 듯한 기준이 사실은 그 사회의 주류를 구성하는 사람들의 특수한 관점과 경험을 표현하는 규범인 경우가 많고, 그러한 규범에 따르면 여성, 인종·민족적 소수자, 장애인, 성소수자 등은 중립적 기준을 잘 충족하지 못하는 일탈적 존재들처럼 보이거나, 또는 아예 이들의 경험이나 관점이 보이지 않게 되기 때문이다.¹⁴⁾ 이러한 지배적 해석 틀은 노동에 대한 평가, 정치적 대표성에도 영향을 미친다.

영은 장애, 인종, 젠더와 관련해, 형식상 중립적 기준으로 해소할 수 없는, 구조적인 차별과 불평등을 설명한다. 이를테면, 장애인이 동등한 기회를 누리기 위해서는, 이른바 ‘정상범위’의 기능을 가졌다고 간주되는 사람들을 중심으로 설계된 사회환경을 합리적으로 조정하는 적극적 조치를 취하여야 한다.¹⁵⁾ 고정관념과 노동에 대한 서열화가 결합된 가운데, 많은 소수 인종·민족, 특정 지역 출신의 이주민이 서열화된 노동에서의 하위직종에 종사하게 되는 경우, 동일한 상황의 비교군을 찾아 동등대우를 요구하는 것으로는 열악한 처우를 개선하고 권리를 동등하게 누리는 데 근본적인 한계를 지닌다.¹⁶⁾ 무급돌봄은 일차적으로 여성의 몫이라는 인식과 직장에 전념할 수 있는 사람만이 양질의 일자리를 가질 자격이 있다는 인식이 중첩되어 발생하는 노동과 돌봄에서의 젠더불평등도, 이러한 지배적 문화규범을 그대로 둔 채 이른바 중립적 기준을 적용하여서는 해소되기 어렵다.¹⁷⁾ 나아가, 이 세 가지 사례 모두 법, 정책, 문화규범이 형성되는 데 목소리를 낼 수 있는 사람과 없는 사람은 누구인가, 즉 의사결정 구조와 절차에 관한 질문을 함께 수반한다.

영은 채용이나 대학 입학 등에서 사회적 소수자성을 고려하는 방식의 ‘적극적 차별시정 조치’를 사회적 불평등을 완화하는 수단의 일환으로 지지하였지만, 이러한 조치들이 교육이나 고용에 대한 기존의 서열화된 구조를 전제로 희소한 지위나 기회를 집단들 사이에서 어떻게 분배할 것인가에 국한하고 있다는 점을 지적하였다.¹⁸⁾ 사회적 약자나 소수자의 관점

Debates in Political Philosophy, 2009, 362-383, p.362.

12) Young, Iris, ‘Structural Injustice and the Politics of Difference’, (Thomas Christiano and John Christman eds.) *Contemporary Debates in Political Philosophy*, 2009, 362-383, p.363.

13) 아이리스 영, 『차이의 정치와 정의』(김도균·조국 옮김), 모티브북, 2017(*Justice and the Politics of Difference*, Princeton University, 1990), pp.25-26.

14) 상계주, pp.355-361.

15) Young, Iris, ‘Structural Injustice and the Politics of Difference’, (Thomas Christiano and John Christman eds.) *Contemporary Debates in Political Philosophy*, 2009, 362-383, p.365.

16) 상계주, p.367.

17) 상계주, p.368.

과 경험을 인정하고, 이들이 경험하는 불이익을 시정하고, 여성, 인종·민족적 소수자, 장애인 등이 지닌 특성을 평가절하하는 문화적 규범을 해체하고, 이들의 필요를 수용하고 역량을 강화하기 위한 적극적 조치를 택하여야 구조적 불평등을 해소해 나갈 수 있다는 것이 영의 시각이었다.¹⁹⁾

2. 동등한 존중과 문화적 차이에 대한 인정

같은 사회 구성원이면서도 소외되는 사람들의 문제를 어떻게 접근할 것인가는 다민족·다인종 사회가 풀어야 하는 숙제이다. 이에 대해, 찰스 테일러는, 각 개인 및 집단이 지닌 고유한 정체성 및 차이를 인정하는 모델을 옹호하였다.²⁰⁾ 테일러에 따르면, 개인의 정체성은 부분적으로 타인과의 관계 속에서 형성되며, 자신의 고유한 특성을 타인으로부터 인정받는 것은 핵심적인 인간의 욕구이다.²¹⁾ 어떤 집단이 열등한 것처럼 취급되거나 그들이 가진 문화의 가치가 폄하되면, 그러한 외부적 평가는 그 집단에 속하는 사람들에게도 영향을 미쳐 자신의 정체성을 억압하거나 평가절하된 정체성에 스스로를 가두게 되는 피해를 입는다.²²⁾

이러한 상황에서 기본적인 도덕규범은 누구나 동등하게 존중받아야 한다는 원칙일 것이다. 테일러는 동등한 존중이 동일한 규범을 일괄 적용함으로써 절차적인 동등대우를 요구하는 것으로 해석된다면, 이는 사람들이 지닌 차이를 없는 것처럼 취급하여, 지배적 특성을 공유하지 않는 개인과 집단에게는 억압적 효과를 낳을 수 있다는 점을 지적하였다.²³⁾ 이러한 관점에서, 테일러는 사람들을 동등하게 존중한다는 것은 지배적 정체성이나 문화에 대한 동화를 요구하지 않고 사람들의 고유한 특성을 인정하는 방식이어야 하며, 이처럼 다양성을 존중하면서 기본적 권리를 보호하는 자유주의 모델이 가능하다는 점을 강조하였다.²⁴⁾

악셀 호네프트는 개인이나 집단이 지닌 차이를 인정하라는 요구를 헤겔 철학과 조지 험버트 미드의 사회심리학에 대한 비판적 검토를 토대로 이론화하였다.²⁵⁾ ‘인정투쟁’에서 호네프

18) 아이리스 영, 『차이의 정치와 정의』(김도균·조국 옮김), 모티브북, 2017(*Justice and the Politics of Difference*, Princeton University, 1990), pp.412, 417.

19) Young, Iris, ‘Structural Injustice and the Politics of Difference’, (Thomas Christiano and John Christman eds.) *Contemporary Debates in Political Philosophy*, 2009, 362-383, p.364.

20) Taylor, Charles, “The Politics of Recognition”, (Taylor, Charles et al. ed.) *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, 1994, 25-73, p.38.

21) 상계주, p.26.

22) 상계주, pp.34-36.

23) 상계주, p.43.

24) 상계주, pp.60-61.

트의 핵심적인 논변은, 각 개인의 인격적 존엄성을 사람들이 상호 간 인정하고 인정받는 것이 인간이 자신의 삶을 자신의 가치대로 실현해 나갈 수 있는 사회적 조건이고 도덕적으로 정당한 요구라는 것이다. 이때 인격적 존엄성은 인간이 자율적 주체라는 칸트적 의미일 뿐 아니라, 고유한 개별적 특성을 지닌 존재임을 뜻한다.²⁶⁾ 호네트는 도덕적 관점에서 중요한 상호 인정 관계를 첫째, 정서적 욕구를 지닌 존재로서의 인정, 둘째, 도덕적 판단능력을 지닌 자율적 존재로서의 인정, 셋째, 개인 또는 그 개인이 관련된 집단의 특유성 인정으로 설명하였다.

개인이나 집단의 문화나 생활방식을 폄하하고 사회 참여에서 배제하는 행위는 그 개인과 개인의 정체성의 일부를 구성하는 집단의 가치를 부정하는 것으로 세 번째 차원의 인정 요구와 관련된다.²⁷⁾ 호네트는 이후 저작에서 소수자 집단의 문화적 정체성에 대한 인정의 요구는 “동등한 권리 원칙의 혁신적 적용”을 통해 정당화될 수 있다고 설명하였다.²⁸⁾ 즉, 소수자 집단의 문화적 정체성에 대한 인정은 첫째, 외적 공격이나 멸시를 받는 것으로부터의 보호와 둘째, 문화적 정체성을 존속하는 데 불리한 상황에 처해 있는 경우, 이러한 불이익을 해소하기 위한 지원 등의 적극적 조치를 요구하며, 이는 동등한 권리 보장이라는 규범적 틀 안에서 해석, 적용될 수 있다는 뜻이다. 이때, 호네트가 말하는 ‘권리 동등성의 원칙’은 ‘실질적 평등’을 의미하는 것으로 이해된다.

한편, 캐나다 정치철학자 윌 김리카는 자유주의 평등 이론 관점에서 다문화주의를 옹호하였다.²⁹⁾ ‘다문화주의’는 민족이나 종교적 소수자, 즉 이주민, 근대국가 형성 시기 통합된 소수민족, 선주민에 속하는 개인들에게 주류집단의 언어와 문화를 흡수할 것을 요구하며 국가공동체의 사회통합을 지향해 온 동화주의에 대한 대안을 지향한다. 김리카 역시 테일러나 호네트처럼 문화적 정체성이 개인의 자율성의 조건이자 자아정체성에 갖는 중요성을 강조하였다.³⁰⁾ 그러나, 법이나 제도가 민족, 종교, 언어와 관계없이 중립적으로 적용되더라

25) 악셀 호네트, 『인정투쟁: 사회적 갈등의 도덕적 형식론』 (문성훈·이현재 옮김), 사월의 책, 2011 (Kampf um Anerkennung, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1992) 호네트의 이론적 논의 역시 1980년대 이후 활발하였던 페미니즘, 반인종주의, 문화다원주의와 관련한 사회적 논의와 실천을 배경으로 하였다.

26) 상계주, pp.313-321.

27) 호네트는 고문 및 폭행 등의 신체적 폭력, 동등한 권리에 대한 부정, 개인이나 집단의 문화나 생활방식에 대한 무시·공격은 각각 각 개인들이 자신과 세계에 대한 갖는 믿음을 파괴하고, 자신의 도덕적 판단 능력에 대한 존중을 훼손하고, 개인과 개인이 속한 집단의 가치를 부정함으로써, 각 개인의 자기실현의 조건을 손상시킨다고 보았다. 즉, 각 개인이 이러한 무시와 모욕으로부터 보호받고 사회관계 속에서 자기 실현의 기회를 가질 수 있도록 하기 위해, 도덕적 판단능력을 지닌 자율적 존재이자 고유한 개성을 지닌 존재로서 인정하는 상호 관계의 보장이 필수적이라는 것이다.

28) 악셀 호네트, “2부 인정으로서의 분배”, 낸시 프레이저·악셀 호네트, 『분배냐, 인정이나? 정치철학적 논쟁』(김원식·문성훈 옮김) 사월의 책, 2014 (Redistribution or Recognition? ; A Political-Philosophical Exchange, Verso Books, 2003) 253-261.

29) Will Kymlicka, *The Rights of Minority Cultures* (Oxford University Press, 1995), p.109.

30) Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford University Press, 1989), p.89.

도 소수 민족, 종교, 언어적 특성을 지닌 사람들은 주류집단과 달리 자신의 문화를 누리는데 더 큰 제약이 있기 때문에, 인종이나 민족에 따른 차별을 금지하는 것뿐 아니라 민족적·종교적·언어적 소수집단의 문화적 권리를 인정하고 포용하기 위한 조치가 필요하다는 논변을 제시하였다.³¹⁾ 김리카는, 이주민의 경우는 유입국 내에서 문화적 정체성이 인정·존중되는 공정한 사회통합을 요구할 수 있는 권리를 인정하고, 선주민이나 국가형성 단계부터 한 국가 내에서 독립적인 정치체를 추구하는 성격을 강하게 띠었던 내셔널 마이너리티는 집단적 자치권까지 인정되어야 한다고 소수자의 권리를 나누어 유형화하였다.³²⁾

3. 소수자 권리에 대한 비판과 정의의 재구성

다양한 ‘타자’와의 접촉이 증가하는 가운데, 성, 인종, 민족, 종교, 성적지향, 장애 등을 매개로 한 불평등의 해소와 차이에 대한 인정 요구는 지배적인 집단 혹은 문화를 규범으로 하는 시민권의 전제에 도전하였다. 그러나 차이의 인정 요구에 대해, 특정 집단의 정체성이나 문화를 본질화하여 그 집단 내 구성원의 차이를 억압하거나 또는 사회 내 다양한 집단들 사이의 분리를 강화할 수 있다는 우려가 제기되어 왔다. 이에 대하여 법학자 마사 미노우는 차이를 고정적인 것으로 이해하면 차이에 결부된 사회적 낙인을 재생산할 위험이 있다는 점을 인식하면서, 집단 간 차이를 본질적인 것이 아니고 관계에 따라 변화하는 것으로 보아야 한다는 시각을 제시하였다.³³⁾ 같은 입장에서, 아이리스 영도 집단 정체성도 사회과정의 변화에 따라 유동적이라며, 차이를 사회관계의 맥락에서 이해할 필요가 있다고 강조하였다.³⁴⁾

문화 개념도 나누어 볼 필요가 있다. 문화가 젠더, 인종·민족, 계급, 장애, 성적지향 등과 관련하여 사람들 사이의 위계와 불평등을 생산하는 언어표현, 생활양식, 사회규범 등을 아우르는 의미로 사용되기도 하고, 또 다른 의미로 민족·언어·종교적 집단이 공유하는 고유한 믿음, 역사에 대한 이해, 언어 등 생활양식의 총체를 뜻하기도 한다. 이주민의 맥락에서는, 인종주의로부터 파생하는 차별적 불이익, 무시 및 적대의 문제와 고유하게 갖고 있던 민족·종교·언어적 정체성을 포기하게 되는 문제가 모두 나타난다. 문화를 민족·언어

31) Will Kymlicka, *The Rights of Minority Cultures* (Oxford University Press, 1995), p.111.

32) 상계주, pp.113-115.

33) Minow, Martha, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca and London: Cornell University Press, 1990, p.50.

34) 아이리스 영, 『차이의 정치와 정의』(김도균·조국 옮김), 모티브북, 2017(*Justice and the Politics of Difference*, Princeton University, 1990), pp.369, 371.

· 종교적 집단이 공유하는 어떤 것으로 이해할 때, 문화를 경계가 분명한, 고정불변의 것으로 해석하는 문화본질주의나 문화 간 분리에 대한 우려가 더 커질 수 있는데, 킴리카와 같이, 다양한 문화집단의 인정을 옹호하는 이론가들도 문화본질주의적 시각을 경계하며 소수자 집단 내 권력관계나 특정 문화가 타인의 권리를 위협할 가능성에 대해 주의를 기울여야 한다고 보았다.³⁵⁾ 정치철학자 세일라 벤하비브는 각 문화의 특유성을 인정하는 동시에 문화가 변화, 영향, 개인들의 해석에 열려 있는 것으로 접근할 것을 제안하였다.³⁶⁾

최근 들어서는, 여성 및 사회적 소수자들이 직접적인 표적이 되는 양상들이 많은 국가들에서 나타나고 있다. 트럼프의 대통령 선출로 이어진 2016년 미국 대선, 같은 해 영국에서의 브렉시트 캠페인은 대표적인 예였고, 최근 국내에서도 여성이나 이주민, 장애인에 대한 공격을 정치적 지지를 확보하는 수단으로 활용하는 경향이 나타나고 있다. 이와 관련해, 도덕철학자 토마스 스칸론은 미국 정치 맥락에서 ‘정체성 정치’에 대한 비판은, 아프리카계 미국인, 여성, 또는 성소수자 등의 요구를 단순히 자신의 정체성에 따라 특별대우를 원하는 것으로 폄하하여, 정당성을 약화시키는 전략의 일환으로 평가하였다.³⁷⁾ 스칸론은 여성 및 소수자들의 정체성에 기반을 둔 집단적 요구가 도덕적으로 정당화되는 정의의 요구임을 설명하였다.³⁸⁾ 즉, 이들은 자신의 귀속적 정체성(ascriptive identity)을 이유로 부당하게 편견과 차별의 대상이 되어 왔기 때문에, 자기 존중, 중요한 기회에 대한 동등한 참여, 의미 있는 사회관계의 형성을 위하여 정체성을 이유로 한 부당한 차별에 대항할 도덕적 이유가 있고, 그러한 부당한 차별의 구조로부터 의도와 무관하게 수혜를 입은 사람들 역시 그러한 시스템을 바꾸고 누적된 차별의 효과를 시정할 의무가 있다는 것이다.

낸시 프레이저의 인정과 분배의 이원적 정의의 패러다임은 경제적 불평등 해소와 여성 및 사회적 소수자가 겪는 불평등 시정이 마치 상충 관계인 것처럼 설정되는 맥락에서 포용적 평등의 틀을 짜는 데 유용한 통찰을 제공한다.³⁹⁾ 프레이저의 분배와 인정의 패러다임은 “선주민의 토지에 대한 권리이든, 여성의 돌봄 노동이든, 동성애 결혼이든, 아니면 이슬람 교도의 히잡이든”⁴⁰⁾ 인정의 문제와 경제적 불평등을 해소하기 위한 분배의 문제 각각이 고

35) Will Kymlicka, “The Rise and Fall of Multiculturalism? New Debates on Inclusion and Accommodation in Multicultural Societies,” in Steven Vertovec and Susanne Wessendorf (eds.), *The Multicultural Backlash: European Discourses, Politics and Practices* (Routledge, 2010).

36) Benhabib, Seyla, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, 2002.

37) Scanlon, T.M., “Ideas of Identity and their Normative Status”, 2018, p.33. available at <https://law.queensu.ca/sites/lawwww/files/img/Scanlon,%20Identity.pdf> (최종접속일: 2022.10.6.)

38) 상계주, pp.11-21.

39) 낸시 프레이저, “1부 정체성 정치 시대의 사회 정의: 분배, 인정, 참여”, 낸시 프레이저 · 악셀 호네트, 『분배냐, 인정이냐? 정치철학적 논쟁』(김원식 · 문성훈 옮김) 사월의 책, 2014 (*Redistribution or Recognition? ; A Political-Philosophical Exchange*, Verso Books, 2003) p.36.

유한 정의의 차원을 구성하며, 어느 한쪽으로 환원하여 분석하거나 해결할 수 없다고 보는 시각을 제시한다. 프레이저에 따르면, 분배 차원의 부정의는 정당한 노동의 대가를 받지 못하는 착취, 위계화된 노동구조 속에 위험한 저임금 노동에 종속되는 상황, 적합한 생활수준을 보장받지 못하는 상황 등을 포함하고, 인정 차원의 부정의는 지배적 문화에 대한 동화 요구, 고유한 문화 및 정체성에 대한 불인정, 평가절하, 경멸 등을 뜻한다.⁴¹⁾ 분배 차원에서의 대책은 소득이나 부의 재분배, 노동조건의 개선, 노동분업의 재조정 등 사회경제적 불평등을 양산, 강화하는 경제구조의 개선을 요구하며, 인정 차원의 대책은 무시나 경멸의 대상 또는 비가시화되어 온 정체성과 문화에 대한 재평가, 다양성에 대한 인정과 긍정 등을 요구한다.⁴²⁾

현실에서 사회경제적 구조에서 파생된 차별과 문화적 위계에서의 차별은 상호 얽혀 있는 경우들이 많은데, 대표적으로 젠더 또는 인종이 매개된 경우 그러한 중첩된 차별 현실을 잘 관찰할 수 있다.⁴³⁾ 이를테면, 인종과 관련하여 보면, 경제 영역에서 힘들고 위험한 보상이 적은 직업군에 이주노동자나 인종·민족적 소수자들이 상대적으로 높은 비율로 종사하는 경향을 보이며, 아예 내국인이 기피하는 특정 직군에만 이주노동자들이 취업할 수 있도록 하는 제도를 운영하기도 한다. 또한, 이주민 및 인종·민족적 소수자들은 “부정적 낙인, 물리적 폭력, 문화적 평가절하, 사회적 배제, 정치적 주변화, 일상생활에서의 괴롭힘과 비난, 완전한 시민권 부여 또는 시민권에 대한 동등한 보호의 거부 등”으로 자신의 동등한 존엄과 고유한 정체성을 인정받지 못하는 피해에 쉽게 노출되곤 한다.⁴⁴⁾

프레이저는 동등한 참여 보장을 분배와 인정 차원의 부정의 및 차별 시정에서의 공통의 기준으로 제시한다. 영이, 모든 사람이 실질적 기회를 누리며 사회의 주요 제도에 참여할 수 있는 것을 평등의 목표로 보았던 것과도 맥을 같이 한다 볼 수 있다.⁴⁵⁾ 프레이저에 따

40) 상계주, p.14.

41) 상계주, p.32.

42) 상계주, pp.32-33. 프레이저는 인정 요구와 관련해 이전 저작에서 사회적으로 구성된 집단 정체성을 중국에는 해체하는 방향으로 나아가야 한다는 접근을 택하였던 것과 달리, 2003년에 발간한 이 책과 이후 저작들에서는 특정 범주의 사람들로 하여금 동등한 참여를 어렵게 하는 무시·불인정의 형태에 따라 필요한 인정이 다르다는 입장으로 전환하였다. 즉, 사람들이 지닌 특수한 문화적 정체성이나 가치를 부인하고 지배적 문화에 대한 동화를 요구함으로써 나타나는 무시와 불인정에 대해서는, 그들의 특수성에 대한 인정을 요구할 필요가 있다는 점을 프레이저가 수용한 것이다. 프레이저의 기존 시각에 관해서는, Fraser, Nancy, “From Redistribution to Recognition?”, in (C. Willett ed.) *Theorizing Multiculturalism*, Oxford University Press (1988) 19-49 참조.

43) 낸시 프레이저, “1부 정체성 정치 시대의 사회 정의: 분배, 인정, 참여”, 낸시 프레이저·악셀 호네트, 『분배냐, 인정이냐? 정치철학적 논쟁』(김원식·문성훈 옮김) 사월의 책, 2014 (*Redistribution or Recognition? ; A Political-Philosophical Exchange*, Verso Books, 2003), p.43.

44) 상계주, pp.48-49.

45) 아이리스 영, 『차이의 정치와 정의』(김도균·조국 옮김), 모티브북, 2017(*Justice and the Politics of Difference*, Princeton University, 1990), p.372.

르면, 사람들이 적정한 물질적 조건과 기회를 누릴 수 없는 빈곤 내지 경제 불평등의 상황, 또는 자신의 인간으로서의 존엄이나 고유한 정체성을 무시당하는 상황은 동료 시민들과 동등하게 참여하는 것을 저해하기 때문에 도덕적으로 정당하지 못하고, 시정되어야 한다는 것이다.⁴⁶⁾ 또한, 분배든 인정이든 상호 영향을 고려하여, 의도치 않게 인정에 대한 요구가 불평등 분배를 지속·강화하거나 분배 개선을 위한 조치가 사회적 낙인이나 혐오를 조장하는 효과를 발생시키지 않도록 주의를 기울여야 한다고 강조하였다.⁴⁷⁾

Ⅲ. 인권규범으로서 실질적 평등

1. 실질적 평등의 다층적 의미: 샌드라 프레드만의 분석틀

인권 규범의 해석과 적용에서도, 평등권을 일관된 기준을 공정하게 적용하는 형식적 평등으로 한정하지 않고, 실질적 평등을 포섭하는 방향으로 그 의미를 확장하기 위한 노력이 이론적·실무적 차원에서 있어 왔다. 영국 법학자 샌드라 프레드만은 구조적 불평등, 인정과 분배에 대한 정치철학적 논의와 더불어 유엔인권조약과 관련 결정례, 지역인권법원 및 여러 나라 법원에서의 평등권 판례를 바탕으로 실질적 평등의 의미를 재탐색해 온 대표적 학자이다.⁴⁸⁾ 프레드만은 여성 및 사회적 소수자와 관련하여, △불리한 상황 개선, △사회적 낙인, 고정관념, 괴롭힘 및 폭력의 시정, △차이의 수용, △참여 보장과 사회적 포용의 증진을 주요 요소로 하는, 실질적 평등에 대한 다차원적 접근을 제시하였다.⁴⁹⁾ 평등권을 실질적으로 증진하는 방향으로, 법, 정책, 관행을 평가하고 개선하는 데에 참고·적용할 수 있는 일련의 기준으로서 의미가 있다.

실질적 평등의 요소 중 불리한 상황 개선은, 사회경제적 자원, 즉 고용, 교육, 소득, 사회복지, 자산 등의 접근에서 여성이나 인종·민족적 소수자, 장애인 등 역사적으로 차별당하

46) 낸시 프레이저, “1부 정체성 정치 시대의 사회 정의: 분배, 인정, 참여”, 낸시 프레이저·악셀 호네트, 『분배냐, 인정이냐? 정치철학적 논쟁』(김원식·문성훈 옮김) 사월의 책, 2014 (Redistribution or Recognition? ; A Political-Philosophical Exchange, Verso Books, 2003), pp.71-75.

47) 상계주, pp.118-119.

48) 샌드라 프레드만은 이 주제와 관련해, “2. Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality”, Fredman (ed.) *Discrimination and Human Rights*, Oxford University Press, 2001, 9-44; “Equality: A New Generation?”, *Industrial Law Journal*, Vol.30, No.2, June 2001, 145-168; “Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities”, *South African Journal on Human Rights*, 2007, 214-234; “Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 2016, 273-301; “Substantive Equality Revisited”, *I · CON*, Vol.14, No.4, 2016, 712-738.

49) Fredman, Sandra, “Substantive Equality Revisited”, *I · CON*, Vol.14, No.4, 2016, 712-738.

거나 주변화되어 왔던 집단의 사람들이 불리한 상황에 처해 있는지 검토하고, 그러한 불리한 상황을 초래하는 장벽을 제거하고, 불이익을 해소하기 위한 조치를 취하는 것이 평등권의 요구임을 뜻한다.⁵⁰⁾ 동등대우 모델과 달리, 이러한 접근에서는 어떤 집단이 사회경제적으로 열악한 상황에 놓여 있는지 파악하고 그러한 상황이 빚어지는 구조적 원인을 해소하는 데 초점을 둔다. 프레이저의 분배와 인정의 정의관에 따르면, 소수자들이 처한 불리한 상황의 원인을 찾고 이에 대한 개선을 도모하는 평등권의 요구는 분배의 영역에 해당한다. 한편, 소수 인종·민족, 성별 등을 대학 입학, 채용 및 승진 등에서 고려 요소로 하여 교육이나 고용 영역에서 소수자 비율을 높이고자 하는 어퍼머티브 액션(affirmative action)과 같은 조치도 사회적 소수자의 불평등한 상황 개선 또는 다양성 증진의 방안이 될 수 있지만, 이러한 조치가 노동이나 교육에서 구조화된 위계나 그러한 위계에 따른 부당한 격차를 문제시하지 않고, 소수자 집단 내 상위 일부 사람들에게 혜택을 배분하는 경향이 있다는 비판에도 주의를 기울일 필요가 있다.⁵¹⁾

사회적 낙인, 고정관념, 괴롭힘 및 폭력의 시정은, 실질적 평등 관점에서 인종주의, 성차별주의, 성소수자 혐오, 장애인에 대한 편견 등에 기반을 둔 고정관념을 해소하고, 괴롭힘 및 폭력에 대응하여, 여성 및 사회적 소수자들이 같은 인간으로서의 동등한 지위를 인정받을 수 있어야 함을 의미한다.⁵²⁾ 이는 사람이란 누구나 존중받아야 할 개인의 존엄성에 관한 문제인데, 프레드만은 관계적 속성을 드러내기 위해 인정 개념을 사용하였다. 또한, 사회적 낙인과 고정관념 등은 집단에 대한 편견과 차별에 기반하여, 표적이 된 개인 또는 집단의 동등한 인간으로서의 지위와 정체성을 훼손하는 것이어서, 순전히 개인에 대한 인격권 침해와는 성격을 달리한다.

차이 수용은, 사회의 지배적 규범과 제도가 특정 정체성을 지니거나 사회적 역할을 수행하는 사람을 보편자로 상정하여 형성되었다는 인식에서 출발한다. 사회적으로 구성된 차이이든, 고유한 정체성으로서의 차이이든, 그러한 차이로 인해 동등한 권리 향유가 저해되는 일이 없도록, 실질적 평등에 대한 권리는 구조를 변화시키거나 규범의 일정한 예외를 유연하게 허용할 것을 요구한다.⁵³⁾ 일과 양육 병행을 위한 노동시간 조정, 장애인 접근성 확보를 위한 환경 개선, 이주 배경을 가진 사람들을 위한 이중언어 교육 지원, 음식·의복·휴일 등과 관련해 민족적·종교적 소수자의 문화적 정체성 인정 등이 그러한 예이다. 프레드

50) 상계주, pp.728-730.

51) 아이리스 영, 『차이의 정치와 정의』(김도균·조국 옮김), 모티프북, 2017(*Justice and the Politics of Difference*, Princeton University, 1990), pp.412, 417;

52) Fredman, Sandra, "Substantive Equality Revisited", *I · CON*, Vol.14, No.4, 2016, 712-738: p.731.

53) 상계주, p.733.

만은, 차이의 수용과 관련해 비용 문제가 제기되곤 하는데, 기존 제도와 현실에서는 소수자들이 그 비용을 거의 전적으로 부담하고 있다는 점을 지적하며, 결국 쟁점은 비용 그 자체보다 누가 어떻게 비용 부담을 하여야 하는가라는 점을 강조하였다.⁵⁴⁾

참여 보장과 사회적 포용 증진은 실질적 평등의 또 다른 주요 요소이다.⁵⁵⁾ 소수자들이 정치적 참여를 통해 자신들의 이해를 옹호할 수 있는 통로가 제약당할 때, 소수자들의 정치적 대표성 확보는 평등권의 정당한 요구가 된다. 또한, 개인의 삶에서 사회적 유대 관계가 갖는 중요성에 기반하여, 실질적 평등은 사회적 참여를 요구한다. 프레이저와 영은 공통적으로 여성, 경제적 취약집단, 사회적 소수자들이 동등하게 사회에 참여할 수 있는 것을 정의 또는 평등의 지향점으로 삼았다.⁵⁶⁾ 차별금지법·평등법 분야 영국 법학자인 휴 콜린스, 캐서린 바나드도 각각 사회적 포용과 사회적 연대를 차별금지·평등법의 목표로 제시하였다.⁵⁷⁾

실질적 평등에 대한 다차원적 분석들은, 특정 차원의 평등권 증진이 다른 차원의 평등권에 부정적 영향을 미치는 일을 방지할 수 있도록, 각기 다른 차원의 평등권이 상호 미칠 수 있는 효과를 포괄적으로 고려하게 하는 목적도 있다. 이를테면, 특정 집단의 사회경제적 불이익을 해소하기 위한 정책적 조치가 해당 집단에 속한 사람들에 대한 사회적 낙인이나 고정관념을 양산하는 방식을 취하지 않도록 하고, 차이를 수용하는 정책을 도모할 때 해당 집단 또는 다른 집단에 속한 사람들의 사회경제적 상태에 대한 잠재적 영향을 고려할 수 있도록 하기 위해서이다.

2. 실질적 평등: 관련 유엔인권규범과 인권조약기구의 해석

이 절에서는 주요 국제인권조약에서 실질적 평등을 내포하는 권리 규정과 이에 대한 유엔인권조약기구의 해석을 살펴본다. 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약은 각 조약의 채택 자체가 실질적 평등의 지향을 담고 있고, 이러한 조약의 채택 및 적용에 따라 자유권규약

54) 상계주, p.734.

55) 상계주, pp.731-732.

56) 낸시 프레이저, “1부 정체성 정치 시대의 사회 정의: 분배, 인정, 참여”, 낸시 프레이저·악셀 호네트, 『분배냐, 인정이냐? 정치철학적 논쟁』(김원식·문성훈 옮김) 사월의 책, 2014 (Redistribution or Recognition? ; A Political-Philosophical Exchange, Verso Books, 2003), pp.71-75; 아이리스 영, 『차이의 정치와 정의』(김도균·조국 옮김), 모티브북, 2017(Justice and the Politics of Difference, Princeton University, 1990), p.372.

57) Collins, Hugh, “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, The Modern Law Review, Vol.66, No.1, 2003, 16-43, p.24; Barnard, Catherine, “The Future of Equality Law: Equality and Beyond”, in The Future of Labour Law: LIBER AMICORUM SIR BOB HEPPLER 213 (Catherine Barnard et al.ed., 2004).

및 사회권규약이 보장하는 평등권도 사실상의 차별을 낳는 요인들에 주목하고 평등을 실현하기 위한 적극적 조치들을 요구하는 것으로 해석이 발전되어 왔다. 실질적 평등 관점에서는, 자유권규약 제20조 제2항의 차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취 금지와 제27조의 민족적·종교적 또는 언어적 소수자의 문화적 정체성에 대한 권리도 평등권에서 파생된 권리라 할 수 있다. 한편, 2008년에 채택한 장애인권리협약은 실질적 평등에 관한 다층적 의미를 가장 근접하게 구현하고 있다는 점에서 주목할 필요가 있다.

가. 자유권규약과 사회권규약

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 자유권규약)과 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(이하 사회권규약) 모두, 차별 대상이 되어 왔던 속성과 관련해 “어떠한 종류의 차별도 없이” 모두가 규약이 보장하는 권리를 누릴 수 있도록 보장하여야 함을 명시하고 있다.⁵⁸⁾ 자유권규약은 법 앞의 평등, 법의 평등한 보호, 차별에 대한 평등한 보호를 규정하는 독립적인 조항을 두고 있다.⁵⁹⁾ 차별이나 평등에 대한 정의는 해당 조항들에 규정되어 있지 않은데, 자유권위원회와 사회권위원회 각각의 차별금지에 관한 일반논평은 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약(이하 인종차별철폐협약)과 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(이하 여성차별철폐협약)에 명시된 차별의 정의⁶⁰⁾를 차용하고 있다. 즉, 자유권규약의 제2조 제1항에서 금지하는 차별은 “인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 견해, 민족 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 지위 등을 이유로 하는, 구분, 배제, 제한 또는 우대이자, 모든 권리와 자유에 대한 모든 사람의 동등한 인정, 향유 또는 행사를 무효화하거나 저해하는 목적 또는 효과를 갖는 것”을 의미한다.⁶¹⁾ 사회권규약 제2조 제2항이 금지하는 차별도 유사하게 정의된다.⁶²⁾ 이러한 정의는 동등한 권리의 인정과 향유를 저해하는 의도가 확인될 때뿐 아니라 그러한 효과가 나타나는 경우도 차별로 포섭하고 있어, 차별금지와 평등권에 관한 폭넓은 해석의 여지를 열어 놓고 있다.

자유권위원회는 차별금지 및 평등권에서 도출되는 동등한 권리 향유를 보장하여야 할 의

58) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조 제1항, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2조 제2항.

59) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조.

60) 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약 제1조 제1항, 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 제1조 제1항.

61) Human Rights Committee(HRC), General Comment No.18: Non-discrimination, 10 November 1989.

62) Committee on Economic, Social and Cultural Rights(CESCR), General Comment No.20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights, 2 July 2009.

무가 모든 상황에서 동일대우를 요구하는 것을 의미하는 것이 아님을 명시적으로 밝혔다.⁶³⁾ 또한, 제2조와 제3조가 확립한 평등권 보장 의무를 이행하기 위해 당사국은 필요한 모든 조치를 다 취해야 한다고 하면서, △권리의 평등한 향유를 저해하는 요소 제거, 국가 관료와 일반 사람들에 대한 인권교육, △평등권을 실현하기 위한 국내 법률 제·개정 등을 그러한 예로 들었다.⁶⁴⁾ 사회권위원회 역시 형식상의 차별을 없애는 것으로는 충분하지 않다면서, 실제하는 차별을 없애기 위해서는, 유사한 상황에 있는 개인들이 받는 공식적 처우를 단순히 비교하는데 그치지보다는 “역사적인 또는 계속되는 편견으로 고통받는 집단의 사람들에 충분히 관심을 기울”여야 한다고 강조하였다.⁶⁵⁾ 아울러, “일부 집단에 대한 차별은 사회 행동과 조직에 만연하고 지속적이며 깊숙이 뿌리박혀 있다”면서, 공·사 영역의 규칙, 정책, 관행, 문화적 태도에서 나타나는 구조적 차별 문제를 조명하였다.⁶⁶⁾ 이러한 구조적 차별을 해소하기 위해, 자원 배분에서 전통적으로 소외된 집단을 고려해야 함을 지적하는 한편, 공·사 영역에서 관료와 개인들이 갖는 소수자 집단에 대한 적대나 편견을 해소하고 인식을 높이기 위한 방안을 검토하고 차별 선동에 대해 대처하여야 한다고 당사국에 권고하였다.⁶⁷⁾

나. 인종차별철폐협약과 여성차별철폐협약

인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 장애인의 권리에 관한 협약은 각각 인종주의(racism), 성차별주의(sexism), 비장애인중심주의(ableism)에 따른 인종·민족적 소수자, 여성, 장애인이 처한 각종 차별 상황을 시정하고 동등한 권리 향유를 보장하는 것을 목적으로 하고 있다는 점에서, 각 조약의 채택 자체가 실질적 평등에 대한 지향성을 담고 있다고 볼 수 있다.

구체적으로 보면, 인종차별철폐협약은 당사국의 의무로서, 인종차별행위를 하지 않아야 할뿐더러(제2조 제1항), 모든 권리 영역에서 인종차별을 야기하거나 존속시키는 모든 형태

63) HRC, General Comment No.18: Non-discrimination(Art.2.1), 10 November 1989, para.8.

64) HRC, General Comment No.28: The equality of rights between men and women(Art.3), 29 March 2000, para.3.

65) CESCR, General Comment No.20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights, 2 July 2009, para.8.

66) CESCR, General Comment No.20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights, 2 July 2009, para.12. 사회권위원회는 체계적 차별이란 용어를 사용하고 있는데, ‘체계적’이라는 단어는 다른 맥락에서는 적극적 의도를 갖는 행위를 내포하는 것으로 해석되기 때문에, 현재 맥락에서는 의미상 구조적 차별이란 용어를 사용하는 것이 더 적절해 보인다.

67) CESCR, General Comment No.20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights, 2 July 2009, para.39.

의 인종차별행위를 금지·폐지하고,(제5항) 필요한 경우, 특정 집단 또는 개인의 발전과 보호를 위한 ‘특별하고 구체적인 조치’⁶⁸⁾를 취하여 인권의 동등한 향유를 보장하여야 함(제2조 제2항)을 규정하고 있다. 또한, 인종적 증오와 차별을 촉진하거나 고무하는 행위, 인종, 피부색, 민족 등을 이유로 하는 폭력행위를 근절하기 위한 조치를 취할 의무도 규정하고 있다.(제4조) 이밖에, 교육, 문화, 홍보 등을 통해 인종차별적 편견을 해소하고, 서로 다른 민족·인종 집단 간 이해 및 우호를 증진하기 위해 효과적인 조치를 취할 의무도 포함하고 있다.(제7조) 실질적 평등의 다차원적 분석틀에 비추어 보면, 인종차별철폐협약은, 합리적 사유 없이 인종에 따라 구분하고 열등하게 대우하는 것을 근절하여야 할 뿐 아니라, 구조적인 차별을 통해 인종·민족적 소수자들이 경험하는 사회경제적 불이익을 해소하기 위한 조치를 취하고, 인종주의적 편견·고정관념·헤이트스피치 및 폭력으로 인종·민족적 소수자들의 존엄성을 지닌 동등한 지위를 인정받지 못하는 문제에 대응할 의무를 당사국에 부과함으로써, 인종적·민족적 소수자의 실질적 평등을 추구한다고 볼 수 있다.

여성차별철폐협약도 여성에 대한 차별을 구성하는 법률, 규칙, 관습 및 관행을 철폐하기 위하여 적절한 입법 및 필요한 조치를 취하고(제2조), 여성의 동등한 권리 향유를 위하여 모든 분야에서 여성 역량의 발전 및 지위 신장을 도모할 수 있는 입법 및 모든 적절한 조치를 취하여야 함(제3조)을 당사국의 의무로 규정하고 있다. 또한, 여성차별철폐협약은, 사실상의 성평등을 촉진할 목적의 ‘잠정적 특별조치’에 관한 규정을 두고 있고,(제4조 제1항) 당사국이 성차별주의 및 성에 대한 고정관념을 바탕으로 한 편견, 관습 및 관행을 해소하고, 돌봄에 대한 공동의 책임에 인식을 제고하기 위한 조치를 취해야 한다는 점도 명시하고 있다.(제5조) 여성이 갖는 차이를 인정하여 임신, 출산, 수유 등과 관련하여 여성에게 보장되어야 할 권리도 규정하고 있다.(제4조 제2항, 제11조제1항(e), 제11조제2항) 이밖에 전문 및 여러 조항에 걸쳐, 다양한 영역에서 여성이 동등하게 참여하는 것의 중요성을 강조하였다. 즉, 여성차별철폐협약 역시 성별을 이유로 한 직·간접적 차별행위의 근절뿐 아니라, 여성이 경험하는 사회경제적 차별과 문화적 편견 및 고정관념이라는 구조적 불평등을 해소하고, 여성의 재생산 관련 차이와 이에 따른 권리를 인정하고, 모든 분야에 여성의 동등한 참여를 보장하기 위한 적극적 조치가 뒷받침될 때, 여성이 실질적으로 동등한 권리를 향유할 수 있다는 인식에 바탕에 두고 있음을 알 수 있다.

이와 관련, 여성차별철폐위원회는, 협약이 목적하는 성평등을 실질적으로 달성하기 위해

68) 인종차별철폐협약의 대한민국 공식번역본은 제2조 제2항에서 사용되는 ‘special and specific measures’를 ‘특수하고 구체적인 조치’라고 번역하고 있는데, 여성차별철폐협약에서 사용되는 같은 용어(special measures)의 번역에 맞추어, 이 글에서는 ‘특별하고 구체적인 조치’라는 문구를 사용한다.

서는, 여성에게 남성과 동일한 대우를 보장하는 것으로는 충분치 않고, 사회문화적으로 구조화되었거나 생물학적 요인에 기인한 차이를 감안할 때, 특정 상황에서는 격차를 해소하고 차이를 인정하기 위해 다르게 대우하는 것이 필요할 수도 있다고 설명하였다.⁶⁹⁾ 또한, 여성의 과소대표 문제를 개선하고 자원과 권력의 불균형을 해소하기 위한 효과적인 전략도 요구된다고 하였다.⁷⁰⁾ 한편, 여성차별철폐위원회는, 여성의 몸과 관련한 필요와 과거 및 현재의 여성에 대한 차별로부터 비롯된 필요는 구분되어야 한다고 설명하였다.⁷¹⁾ 전자는 임신, 출산 등 여성의 고유한 특유성에 대한 인정과 그에 따른 지속적인 조치를 요하고, 후자는 여성에 대한 차별의 역사와 경험으로부터 비롯된 편견과 불평등을 해소하고 여성의 인간으로서의 공통성을 인정하는 것을 요구한다.

다. ‘특별조치’ 또는 ‘적극적 조치’

인종차별철폐협약 제2조 제2항은 “완전하고 평등한 인권과 기본적 자유의 향유를 보장”하기 위해 적절한 경우 “특별하고 구체적인 조치(special and concrete measures)”를 취할 의무를 규정하고 있다. 여성차별철폐협약 제4조 제1항은 “사실상의 평등을 촉진할 목적”으로 “한시적 특별조치(temporary special measures)”를 취할 수 있음을 명시하고 있다. 자유권규약이나 사회권규약에는 차별금지 및 평등권 조항에 이러한 명시적 규정이 없지만, 자유권위원회는 “평등의 원칙은 때때로, 규약이 금지하는 차별이 발생하고 지속되는 데 원인이 되는 조건을 완화시키거나 철폐하기 위해, 어퍼머티브 액션(affirmative action)의 채택을 당사국에 요구한다”고 설명하였다.⁷²⁾ 사회권위원회는 실질적 차별을 없애기 위해, 일정한 상황에서 당사국은 “차별을 지속시키는 조건을 약화시키거나 억제하기 위해” ‘특별조치’를 채택할 의무가 있다고 기술하였다.⁷³⁾ 인종차별철폐협약이나 여성차별철폐협약에서 규정한 ‘특별조치’⁷⁴⁾와 자유권위원회가 ‘차별금지’에 관한 일반논평에서 사용하는 ‘어퍼머티브 액션’,

69) CEDAW, General Recommendation No.25: Temporary Special Measures (Art.4.1), 2004, para.8.

70) 상계주.

71) 상계주, para.11.

72) HRC, General Comment No.18: Non-discrimination(Art.2.1), 10 November 1989, para.10.

73) CESCR, General Comment No.20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights, 2 July 2009, para.9.

74) 여성차별철폐위원회에서는 ‘한시적 특별조치’가 고용, 주거, 교육, 경제, 문화, 공적생활에의 참여 등 다양한 영역에서 접근을 높이거나, 과소대표 문제를 개선하거나, 자원과 권력의 재분배를 도모하거나, 여성에게 불리한 문화적 관습 및 성별 고정관념의 개선과 차별 시정을 위한 제도적 변화를 촉진하기 위해 채택될 수 있다고 설명한다. CEDAW, General Recommendation No.25: Temporary Special Measures (Art.4.1), 2004, paras.32-33, 38; CERD, General Recommendation No.32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination, August 2009, para.13.

사회권위원회의 ‘특별조치’는 어떻게 서로 그 의미가 같거나 다른지 살펴 볼 필요가 있다.

우선 국가 차원의 관행에서 실질적 평등을 위한 조치를 일컫는 용어로 많이 사용되는 어퍼머티브 액션이나 포지티브 액션의 의미를 본다. 어퍼머티브 액션이라는 용어를 사용하는 대표적 사례는 미국으로, 고용이나 교육에서의 기회 균등을 증진하기 위한 목적에서 채용·승진, 공공계약, 대학 입학 과정에서 소수인종, 여성, 장애인 등을 고려하는 정책과 관행을 뜻한다.⁷⁵⁾ 포지티브 액션은 유럽연합의 각종 차별금지 지침의 관련 규정에 따라,⁷⁶⁾ 유럽연합 회원국(과 영국)에서 실질적 평등을 증진하기 위해 채택하는 적극적 조치 전반을 가리키는 것으로 사용된다. 이때 적극적 조치의 유형은, 직·간접적 차별을 암묵적으로 가능하게 하는 관행 제거, 과소대표된 여성 및 소수자들이 적극적으로 채용이나 직업훈련에 참여하도록 독려하는 조치, 지배적 규범에 따라 관행적으로 사고되어 온 능력 및 업무 수행 기준을 소수자 관점에서 검토하여 재정립하는 조치, 여성 및 소수자를 채용·승진·입학·공공계약 등에서 고려하거나 할당하는 다양한 수위의 우대정책 등 각 국가의 사회적 맥락 등에 따라 다양하다.⁷⁷⁾ 영국의 예를 보면, 평등법 2010에서 허용하는 포지티브 액션(positive action)은, 법에서 정한 보호속성과 관련하여 불이익을 겪고 있거나, 주류와는 다른 욕구를 지니고 있거나, 불균등하게 특정 활동에 대한 참여가 낮은 경우, 이러한 불이익을 완화하거나, 다른 욕구를 충족하거나, 해당 활동에 대한 참여를 높일 수 있도록 돕기 위하여 취하는 조치를 말하고, 일반적 영역과 채용·승진 영역에서 적용될 수 있다.⁷⁸⁾

여성차별철폐협약이나 인종차별철폐협약에서 규정하는 ‘특별조치’는 실질적 평등을 촉진

75) 1965년 존슨 대통령의 행정명령 11246은 균등한 고용기회 증진 목적에서 연방정부의 계약체결자로 하여금 채용 및 승진에서 소수인종과 여성 등 과소대표된 집단에게 어떤 장벽이 있는지 고려하는 “어퍼머티브 액션”을 취하도록 하였고(Executive Order 11246-Equal Employment Opportunity- of the US, 24 September 1965), 이어 1969년 닉슨 대통령의 행정명령 11478은 이러한 어퍼머티브 액션을 모든 정부기관의 채용에 적용하도록 하였다.(Executive Order 11478 (Equal employment opportunity in the Federal Government) of the US, 8 August 1969) 나아가, 1973년 재활법 제501조와 제503조에 따라, 연방정부와 연방정부의 계약자들은 채용·승진에서 장애인이 일정 비율 이상 차지하도록 보장할 의무가 있다.(The Rehabilitation Act of the US, 1973.) 대학들도, 민권운동의 흐름 속에서, 1969년부터 자발적으로 입학 심사 과정에서 소수인종 배경의 지원자를 적극적으로 고려하는 정책을 시행하였다. 한편, 소수자에 대한 어퍼머티브 액션의 차별금지 원칙 위반 여부 관련 법적 대립이 끊이지 않아 왔다. 하지만, 대법원은 자발적으로 사기업이 고용기회 균등을 증진하기 위한 목적에서 어퍼머티브 액션을 취하는 것은 민권법 제7편 제703조 고용에서의 차별금지에 위배되지 않는다고 판시하였다.(United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Weber et al., 443 U.S. 193, 1979). 대학이 소수인종에 관하여 입학 할당 정책을 펴는 것은 위헌 판단을 받았지만, 대학이 입학 심사 과정에서 소수인종 배경의 학생에 대하여 일정 비율의 할당이 아닌 다양한 심사 요소 중 하나로 고려하는 방식의 어퍼머티브 액션은 헌법 제14조 평등보호 조항에 위배되지 않는다는 것이 가장 최근 대법원의 판단이다.(Fisher v. University of Texas at Austin et al., 579 U.S. 365, 2016) 어퍼머티브 액션에 대하여, 과거의 차별을 시정한다는 것이 초기의 주요 정당화 이유였으나, 최근 들어서는 다양성 증진의 목적이 더 많이 언급되고 있다.

76) The Race Directive (2000/43), The General Framework Directive (2000/78), The Gender Goods and Services Directives (2004/113), The Gender Recast Directive (2006/54), and the Self-Employed Directive (2010/41).

77) The European Network of Equality Bodies, Positive Action Measures: The Experience of Equality Bodies, Equinet, 2014.

78) Equality Act 2010 of the UK, §158, §159.

하는 하나의 수단으로서, 인종·민족적 소수자 및 여성의 지위 향상을 촉진하고, 차별적 구조, 사회, 문화의 변화를 이끌어내기 위한 목적을 띠는⁷⁹⁾ 한시적 조치이다. 두 협약 모두 대상이 되는 구체적 차별 영역에서 특별조치를 통해 “기회와 대우의 평등이라는 목적이 달성되었을 때” 또는 “소기의 목적이 달성”되었을 때 ‘특별조치’는 중지되어야 한다고 ‘특별조치’의 한시성을 규정하고 있다.⁸⁰⁾ 이러한 점에서, 두 협약의 ‘특별조치’는 영구적 성격을 지닌 여성의 모성 관련 권리⁸¹⁾나 민족적·종교적·언어적 소수자의 문화적 정체성에 대한 권리⁸²⁾와 구별된다.⁸³⁾

사회권위원회는, 언어적 소수자를 위한 통역서비스나 장애인을 위한 합리적 편의제공처럼 영구적 속성을 띤 조치도 사회권 맥락에서 평등 증진 목적으로 채택하는 ‘특별조치’에 포함되는 것으로 설명하고 있어, 사회권규약 맥락에서 ‘특별조치’는 유럽 국가들이 사용하는 ‘포지티브 액션’과 유사성을 갖는다.

동등한 권리 향유를 실질적으로 촉진하기 위한 목적으로 이루어지는 ‘특별조치’ 또는 ‘적극적 조치’는 차별금지 및 평등 규범에 부합하는 조치이고, 차별을 구성하지 않는다고 여성차별철폐협약,⁸⁴⁾ 인종차별철폐협약⁸⁵⁾이 명시하고 있고, 자유권위원회⁸⁶⁾의 해석도 다르지 않다. 사회권위원회는 “사실상의 차별을 시정하기 위한 합리적이고, 객관적이고 비례성에 부합하며, (영구적 속성의 조치들을 제외하고) 실질적 평등이 지속가능하게 달성되었을 때는 중단”된다는 조건을 충족시키는 한에서, ‘특별조치’는 정당하다고 하였다.⁸⁷⁾ 결국 ‘특별조치’ 또는 ‘적극적 조치’는 차별의 구체적 현황에 근거하여, 이를 시정하기 위한 구체적 목적, 목적과 수단 사이의 비례성 등을 통해 정당화될 수 있어야 함을 의미한다. 인종차별철폐위원회는 이에 덧붙여, 젠더 관점을 반영하여, 다양한 인구집단의 사회경제적 및 문화적 상황 및 사회 참여의 정도에 대한 인종·민족·출신국가 등에 따라 분류된 정확한 데이

79) CERD, General Recommendation No.32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination, August 2009, para.11; 상계주, para.15.

80) 여성차별철폐협약 제4조 제1항, 인종차별철폐협약 제2조 제2항. CEDAW, General Recommendation No.25, 2004, para.20; CERD, General Recommendation No.32, 2009, paras.26-27.

81) 여성차별철폐협약 제4조 제2항.

82) 자유권규약 제27조.

83) CERD, General Recommendation No.32, 2009, paras.15,26.

84) 여성차별철폐협약 제4조 제1항. 사실상의 평등을 촉진할 목적으로 당사국이 채택한 ‘한시적 특별조치’는 차별에 해당하지 않는다. CEDAW, General Recommendation No.25, 2004, para.14.

85) 인종차별철폐협약 제1조 제4항. “어느 특정 인종 또는 종족의 집단이나 개인의 적절한 진보를 확보하기 위한 유일한 목적으로 취해진 특별한 조치는 그러한 집단이나 개인이 인권과 기본적 자유의 동등한 향유와 행사를 확보하는데 필요한 보호를 요청할 때에는 인종차별로 간주되지 않는다.” CERD, General Recommendation No.32, 2009, para.20.

86) HRC, General Comment No.18: Non-discrimination(Art.2.1), 10 November 1989, para.10. “사실상의 차별을 시정하는 데 필요한 한에 있어, 이러한 조치는 규약에 비추어 정당한 차등의 사례이다.”

87) CESCR, General Comment No.20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights, 2 July 2009, para.9.

터에 근거하여, ‘특별조치’의 필요성을 평가하여야 한다는 점을 ‘특별조치’ 채택과 실행에서 충족해야 할 조건으로 설명하였다.⁸⁸⁾ 또한, ‘특별조치’의 설계와 실행 과정에서 여성 및 인종·민족적 소수자 등 영향을 받을 수 있는 집단에 대한 잠재적 영향이 평가되어야 하고, 이들의 사전 협의 및 적극적 참여가 확보되어야 한다는 점⁸⁹⁾은 매우 강조되어야 할 사항이다. 여성 및 소수자 집단 안에도 사회경제적 지위와 중첩된 정체성 측면에서 다양한 차이가 있다는 점에서, ‘특별조치’가 소수자 집단 안에서 격차를 늘리지 않는지를 설계와 시행 과정에서 주의 깊게 검토할 필요가 있다. 또한, 소수자 집단에 대한 사회적 낙인이나 편견이 강화하는 방식으로 이루어지지 않는지도 중요한 평가 지점이다. 이러한 점들은, 앞선 논의에서 강조하였듯이 실질적 평등의 다양한 요소에 관한 포괄적 분석 틀의 필요성을 재확인해 준다.

라. 민족적·인종적 또는 종교적 증오의 고취 금지 및 민족적·종교적·언어적 소수자의 권리

인종·민족적 소수자와 관련해서는, 증오발화(hate speech)의 금지와 민족적·종교적·언어적 소수자의 문화적 정체성에 대한 권리도 평등권의 범주에 속한다. 자유권규약 제20조 제2항은 “차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지된다”고 규정한다. 또한 인종차별철폐협약 제4조(a)는 인종적 우월주의나 혐오에 기반을 둔 사고의 보급, 인종차별을 촉진·고무하는 선전 활동, 인종, 피부색이나 출신민족이 다른 집단에 대한 폭력의 선동을 법률상 처벌해야 하는 범죄로 선언하도록 규정하고 있다. 인종·민족적 소수자에 대한 증오발화는 특정 집단에 대한 부정적 편견을 강화하여, 그 집단에 속한 개인의 정체성에 부정적인 영향을 주고 평등한 동료 인간으로서의 지위를 위태롭게 하고 이들에 대한 차별과 배제를 조장하는 효과를 갖는다. 동등한 인간으로서 존중이라는 평등 원칙을 훼손하는 사회적 낙인·경멸·괴롭힘의 일환이고, 동등한 사회구성원으로서의 참여를 제약한다는 점에서 중요한 평등권의 사안이다. 인종차별철폐위원회는 ①표현의 내용과 형식, ②해당 표현이 발화되는 시점의 경제·사회·정치적 상황(해당 사회에 만연한 차별과 편견 양상, 증오선동에 대항하는 담론의 활성화 정도 등), ③발화자의 사회적 위치, ④해당 표현이 전파되는 범위 (청자의 성격, 매체의 형식 등) 등을 고려하

88) CERD, General Recommendation No.32, 2009, para.17.

89) CERD, General Recommendation No.32, 2009, para.18; CEDAW, General Recommendation No.25, 2004, paras.27, 34.

여 표현의 자유의 정당한 제한이라는 한계 내에서 인종주의적 증오발화를 규제할 것을 당사국에 요구한다.⁹⁰⁾ 나아가, 증오발화가 발생하는 근원적 문제를 해소하기 위해, 인종주의적 편견을 넘어서 동등한 사람으로서 존중에 대한 인식, 다양한 인종·민족 집단의 역사, 문화, 전통에 대한 이해를 높일 수 있는 교육을 확산하고, 정부 차원에서 증오발화의 문제에 대해 공식 입장을 밝히고, 미디어 다원주의를 증진하는 등의 다각적 접근의 중요성을 강조하였다.⁹¹⁾

자유권규약 제27조는 민족적·종교적·언어적 소수자가 자신의 문화를 향유하고, 종교를 표명·실행하고, 언어를 사용할 권리를 규정한다. 국제법상 민족적·종교적·언어적 소수자 보호 규범 초기 단계에는 근대 국가의 형성과 국가영토 재설정 등의 과정에서 소수민족의 보호가 주 관심이었고, 이후 선주민과 이주민들로 그 범위가 확대되어 갔다. 자유권규약 제27조의 권리는 차이의 인정·수용을 통한 실질적 평등 확보와 관련된 대표적 권리이다. 소수자의 문화적 정체성을 존중·보호하는 것은 궁극적으로는 소수자에 속하는 개개인들이 자신의 문화적 정체성을 유지하면서도 동등한 인격적 가치를 지닌 존재로서 존중받고 균등한 기회를 누리며 사회에 참여할 수 있도록 하기 위해서이다. 자유권위원회는 이 조항의 목적이 “소수자 집단이 문화적, 종교적, 사회적 정체성을 유지하고 지속적으로 발전시킬 수 있도록 하여, 사회 전체를 풍요롭게 하는 데” 있다고 설명하였다.⁹²⁾ 이러한 목적에 비추어, 당사국은 소수자의 권리를 부정하거나 침해하지 않아야 할뿐더러, 다른 행위자가 소수자의 권리를 침해하지 않도록 보호하여야 할 의무를 지닌다고 위원회는 해석한다.⁹³⁾

실질적 평등의 관점에서 보면, 자유권규약 제27조는 동 규약의 차별금지과 평등에 관한 제2조 제1항과 제26조, 그리고 차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취 금지에 관한 제20조 제2항, 종교의 자유에 관한 제18조, 사회권규약상의 교육권에 관한 제13조, 제14조, 인종차별철폐협약의 제 규정 등과 밀접하게 연관되며, 이들 규범과의 관련성 속에서 해석하고 적용하여야 한다.

90) CERD, General Recommendation No. 35: Combating Racist Hate Speech, 26 September 2013, CERD/C/GC/35, para.15.

91) 상계주, paras. 30-41.

92) HRC, General Comment No.23(Art.27), 26 April 1994, para.9. 다른 한편, 자유권위원회는 같은 일반논평에서, 제27조는 차별 금지 및 평등에 관한 제2조 제1항, 제26조와 별도로 독립적 가치를 갖는 권리라고 기술하기도 하였는데,(para.4) 민족적 소수자의 인정을 부인하며 제27조의 이행을 거부하는 국가에 대한 비판의 맥락이 있음을 이해할 필요가 있다. 예를 들어, 차별을 법으로 금지하고 있기 때문에 민족적, 종교적 또는 언어적 소수자가 없다는 입장을 유지하는 프랑스 정부에 대해 자유권위원회는 제27조의 독립적 의미를 환기시킨 바 있다. HRC, Concluding Observations on France(1997), para.24. 이 맥락에서, 프랑스 정부는 차별금지 및 평등을 동일대우로 협소하게 보는 접근을 하고 있다.

93) 상계주, para.6.1.

마. 장애인권리협약의 평등 모델

2006년에 채택된 장애인의 권리에 관한 협약(이하 장애인권리협약)은 실질적 평등에 대한 그간의 이론적, 실천적 발전을 바탕으로 한 “포용적 평등” 모델을 표방한다.⁹⁴⁾ 평등권과 관련하여 진전된 접근과 포괄적인 틀을 제시한다는 점에서 장애인 권리 이외 다른 영역에도 시사하는 바가 있다

협약 제3조는 협약의 근간을 이루는 일반원칙으로, △존엄성, 개인의 자율성 및 자립에 대한 존중, △비차별, △완전하고 효과적인 사회 참여 및 포용, △인간 다양성과 인류의 일원으로서, 장애인이 갖는 차이의 존중과 수용, △기회의 평등, △접근성, △남성과 여성 간 평등, △장애아동의 점진적 발달능력 및 정체성 유지 권리에 대한 존중을 규정하고 있다. 이러한 원칙은, 사람들은 인간으로서의 존엄을 지닌 존재로서 존중받아야 한다는 점, 또한 사회집단의 일원으로서 차별을 경험하고, 사람들 각각은 서로 다른 중층의 정체성과 사회적 상황 속에 놓여 있음을 인정하고 수용해야 한다는 인식을 명시적으로 드러낸다.

장애인권리협약 제5조 평등 및 비차별은 즉각적 법적 성격을 지닌 비차별 의무와 사실상 평등을 촉진하고 달성하기 위해 구조적 변화를 도모하며 이를 위해 필요한 구체적인 조치를 할 의무를 모두 포함하고 있다. 장애인권리위원회는 “형식적 평등은 부정적 스테레오타이핑과 편견에 기반한, 부당한 차등대우에 맞서 싸우는 데 도움이 되었지만”, 실제적 평등을 달성하기 위해서는, 부당한 차등대우를 없애는 것뿐 아니라, 차별적 구조와 시스템을 변화시키기 위한 적극적 조치가 필요하다고 설명한다.⁹⁵⁾

IV. 결론

본 연구는 특정 속성을 이유로 부당하게 구분하여 대우하는 것을 금하는 동일대우 원칙이 갖는 한계를 인식하면서, 사회의 지배적 구조와 문화로 인해 차별받아온 사람들이 권리를 동등하게 향유할 수 있는 사실상의 기회를 누릴 수 있어야 함을 의미하는 실질적 평등에 대한 이론적 논의를 검토하였다. 또한, 국제인권조약의 핵심적 기초이자 권리인 평등권이 실제하는 차별과 불평등을 해소하고, 차이를 인정·수용하는 실질적 평등의 방향으로 해석이 발전되어 오고 있음을 살펴보았다. 민족적·인종적·종교적 증오의 고취 금지와 소

94) CRPD, General Comment on Equality and Non-discrimination (Article 5), 2017, para.10.

95) 상계주, para.10.

수자의 문화적 정체성에 대한 권리도 평등권의 범주에 속한다는 관점을 제시하였다.

평등에 대한 이론적 논의와 규범의 실행을 바탕으로 프레드만이 제안한 실질적 평등의 다차원적 분석들은 이주민의 인권 보장에서도 유용하게 적용될 수 있다. 첫째, 이주민이 처한 사회경제적 불이익 해소, 둘째, 이주민에 대한 편견, 사회적 낙인, 증오발화 시정, 셋째, 이주민의 문화적 정체성에 대한 인정과 존중, 넷째, 이주민의 사회적 참여 증진과 모든 사회구성원들 간의 우호적 관계 도모를 종합적 틀로 하여, 이주민들의 실질적인 권리 향유를 어렵게 하는 요인들이 무엇인지를 파악하고 개선해 나갈 필요가 있다.

열악한 노동·생활조건에 놓이거나 증오발화의 대상이 되는 상황, 자신의 언어나 문화를 부인당하는 상황, 정보 공유나 사회적 소통에서 소외되는 상황에 대하여 각각 정책 마련이 요구되는데, 실질적 평등의 포괄적 분석들은 이주민 인권 보장의 개별적 목표를 달성하기 위한 각각의 정책이 상호 의도치 않은 부정적 영향을 미치지 않도록 평가할 것을 요구한다. 이를테면 특정 이주민 집단에 대한 사회정책이 요구되는 경우, 사회적 낙인의 문제를 낳는거나 다른 이주민 또는 비이주민 취약집단과의 형평성 문제를 일으키지 않는 방식을 택하도록 해야 할 것이다. 동화주의적 접근보다는 이주민들이 자신의 언어나 문화를 유지할 수 있도록 장려하는 한편, 주류 언어에 대한 교육 확대를 통해 정보 접근이나 일반적인 사회 참여에 제약이 없도록 하는 것이 또 다른 예일 것이다. 이러한 방향을 통해, 실질적 평등의 다차원적 접근은 이주민의 인권 상황 개선과 함께, 다양성의 공존을 통한 사회적 유대를 증진해 나갈 수 있으리라 기대해 본다. 이주노동자, 결혼이주민, 난민, 화교, 외국인 유학생 등 국내 이주민의 인권 보장과 관련된 법률과 구체적인 정책 및 관행을 실질적 평등의 분석들을 통해 종합적으로 평가하고 개선 방안을 찾는 것은 우리 사회의 중요한 과제이다.

제6분과위원회(한국국제경제법학회 공동)

* 법학전문대학원 20204호

■ 제1세션 ■

[좌장] 박병도(건국대학교 법학전문대학원 교수)

EU의 법치주의 조건부 메커니즘

[발표] 김민서(경북대학교 법학전문대학원 교수)

[토론] 김두수(한국외국어대학교 연구교수)

아태지역 개별·후속 전범재판

[발표] 유하영(동북아역사재단 연구위원)

[토론] 김명우(이화여자대학교 법학연구소 연구원)

■ 제2세션 ■

[좌장] 박현석(홍익대학교 법과대학 교수)

잠재적 재생에너지 관련 국제투자중재소송에서 원주민들의 권리보호 :
법정조언자로서의 역할 및 국제투자중재소송체제 개선에 관한 제언

[발표] 김진엽(명지대학교 법과대학 강사)

[토론] 장석영(한국형사·법무정책연구원 부연구위원)

EU의 법치주의 조건부 메커니즘

김민서*

목 차

- I. 서론
- II. 법치주의 조건부 메커니즘의 법적 근거
- III. 법치주의 조건부 메커니즘과 EU조약 제7조의 관계
- IV. EU의 법치주의와 법적 안정성
- V. 결론

I. 서론

2022년 2월 16일 EU사법재판소(the Court of Justice of the European Union: CJEU)는¹⁾ 유럽의회(European Parliament: EP)와 이사회를 상대로 헝가리와²⁾ 폴란드가³⁾ 각기 제기했던 취소소송을 기각하였다. 각 사건에서 두 회원국은 ‘법치주의 조건부 명령’(Rule of Law Conditionality Regulation)으로 불리는 명령 제2020/2092호(Regulation 2020/2092, 명령 2020/2092)의⁴⁾ 합법성에 도전하였지만 결과는 완전한 패배였다. 명령 2020/2092는 EU조약(Treaty on European Union: TEU) 제2조에 규정된 법치주의(rule of law)를 위반한, 좀 더 정확하게 말하면 ‘법치주의에 대한 조직적 위협’(a systemic threat to the rule of law)을 야기한 회원국에 대해 EU의 예산으로 마련된 기금의 지급 정지를 포함한 일련의 조치를 취할 수 있도록 하는 EU의 입법이다.

* 경북대학교 법학전문대학원 교수.

1) EU사법재판소는 ‘유럽사법재판소’(European Court of Justice: ECJ)로 널리 알려져 있지만 EU법에서의 정식 명칭은 EU사법재판소(CJEU)이다. EU의 주요기관의 하나인 유럽의회(European Parliament)처럼 명칭에서 ‘유럽(의)’(European)이라는 용어를 정식으로 사용하는 경우가 아니면 EU와 유럽을 구분하여 사용하는 것이 용어의 혼란을 방지할 수 있다.

2) *Hungary v. European Parliament and Council*, Case C-156/21.

3) *Poland v. European Parliament and Council*, Case C-157/21.

4) Regulation on a General Regime of Conditionality for the Protection of the Union Budget, Regulation 2020/2092, 2020 O.J. (L 4331) 1.

명령 2020/2092의 제정은 2010년대에 시작된 일부 회원국, 특히 헝가리와 폴란드의 법치주의의 위기에서⁵⁾ 비롯되었다. TEU 제2조에 규정된 법치주의, 인권, 민주주의를 위반한 회원국에 대해서는 TEU 제7조에 따라 투표권 등 회원국으로서의 권리를 정지시킬 수 있다. 2017년 유럽위원회(European Commission: EC), 즉 집행위원회가 폴란드에 대해 제7조 제1항의 조치를 개시하였고 헝가리에 대해서는 2018년에 EP가 같은 절차를 진행하였지만 이사회회의 표결은 지금까지 이루어지지 않았다.

이런 상황에서 2018년 EC는 ‘법치주의 조건부 메커니즘’(Rule of Law Conditionality Mechanism)을 도입한 명령 2020/2092의 법안을 발의하였다.⁶⁾ 이 법안에서 EC는 EU의 예산 집행을 회원국의 법치주의 준수와 연계하였다. 공동의 입법권자인 EP와 이사회는 EC의 초안을 심의하는 과정에서 EU법과의 양립가능성이 문제되었고 실질적인 수정을 거쳐 동 법안은 2020년 12월 16일에 채택되어 2021년 1월 11일에 발효하였다. 이에 2021년 3월 11일 헝가리와 폴란드는 각각 명령 2020/2092의 취소소송을 제기하였고 이에 대한 판결이 지난 2월 16일에 선고되었다.

명령 2020/2092는 입법과정과 재판과정에서 EU법과의 양립가능성이 문제되었는데, 특히 주목할 부분은 EU의 법안을 검토하는 과정에서 이사회에 제출된 이사회 법률국(Council Legal Service)의 의견서이다.⁷⁾ 법률국은 EU의 입법과 판례에 기초하여 EC의 초안을 검토하였고 EU조약 제7조와의 양립가능성을 비롯한 몇 가지 문제점을 제기하였다. 따라서 처음에 제출된 EC의 초안과 (이사회 법률국의 의견서를 고려하여 EU에서 최종적으로 채택된) 명령 2020/2092는 실질적으로 다르다는 점에 주의할 필요가 있다.

헝가리와 폴란드가 취소소송을 제기한 명령 2020/2092는 EC의 초안이 아니라 법률국의 의견이 반영된 수정안이라는 점에서 양국의 패소는 어느 정도 예견된 결과라고 할 수도 있다. 그러나 재판과정이 무의미했다는 의미는 아니며 오히려 EU법의 최종유권해석권자인 CJEU의 판결을 통해 명령 2020/2092의 합법성이 최종 확인됨으로서 EU는 앞으로 회원국의 EU법 위반에 대해 EU의 예산 집행을 또 하나의 새로운 (제재)수단으로 확보하는 성과를 얻었으며 EU법의 일반원칙인 법적 안정성과의 양립가능성은 의견서에서는 다루어지지 않은 쟁점으로 EU의 법치주의를 규명하는데 중요한 동인을 제공하였다. 따라서 명령

5) Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2020), pp. 46-47.

6) European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Union's Budget in Case of Generalised Deficiencies as Regards the Rule of Law in the Member States, COM(2018) 324 final, 2 May 2018.

7) Council of the European Union, Opinion of the Legal Service 13593/18, 25 October 2018.

2020/2092에서 실질적으로 EC의 초안이 수정된 부분과 그 근거를 분석하고 CJEU가 제시한 EU의 법치주의의 구체적 내용을 살펴볼 필요가 있다.

회원국의 법치주의 준수와 EU의 예산 집행을 연계한 명령 2020/2092와 EU법의 양립가능성은 크게 세 가지 측면에서 제기되었다. 하나는 명령 2020/2092의 법적 근거이다. 명령 2020/2092는 법치주의의 준수와 EU의 예산 집행을 연계했고 CJEU는 이처럼 영역을 넘나드는(cross-border) ‘수평조건부 메커니즘’(horizontal conditionality mechanism)을 승인했다. 그러나 어느 것이 목적이고 어느 것이 수단인가?

EC의 의도처럼 EU의 예산 집행이 회원국의 법치주의 준수를 위한 수단인가 아니면 이사회 법률국의 견해처럼 회원국의 법치주의 준수가 EU의 건전한 예산 집행과 재정이익을 보호하기 위한 수단인가? 양자는 다른 것인가? 명령 2020/2092가 제시한 EU기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) 제322조 제1항 (a)는 법적 근거로서 적절한가? 제2부에서는 명령 2020/2092의 입법과정과 재판과정에 대한 분석을 통해 법치주의 조건부 메커니즘의 법적 근거를 검토한다.

두 번째로 제3부에서는 명령 2020/2092와 TEU 제7조의 양립가능성을 다룬다. 제7조는 회원국이 법치주의를 위반하는 경우 EU가 투표권 등 회원국의 권리를 정지할 수 있게 하였다. 그러나 이사회가 이런 조치를 취하기 전에 유럽이사회가 (표결의 대상이 되는 회원국을 제외한) 만장일치로 법치주의의 지속적이고 중대한 위반이 존재한다고 결정해야 하는데,⁸⁾ 이것이 현실적으로 어렵게 되자 상위법인 헌법(primary law)에 해당하는 TEU 제7조를 우회하기 위해 하위법인 EU입법(secondary law)을 제정한 것이냐가 쟁점이다.⁹⁾ 다시 말해서 회원국의 법치주의 위반이 발생하는 경우에 TEU 제7조와 별도로 EU입법을 통한 제재가 EU법에서 허용되는지에 대한 문제이다.

만약 EU법상 허용되지 않는데도 제7조와 별도로 EU입법을 통해 법치주의를 위반한 회원국에 제재를 가한다면 이는 EU설립조약의 개정 없이 하위법인 EU입법을 통해 실질적으로 EU설립조약을 변경하는 것이고 이러한 입법은 EU법상 금지되기¹⁰⁾ 때문이다. 또한 명령

8) TEU 제7조 제2항 참조.

9) 헌법의 침해(Verfassungsdurchbrechung)은 하위법인 의회의 법률로 상위법인 헌법이 변경되는 경우를 말한다. 헌법의 개정에 필요한 의회의 의결정족수를 얻어 법률이 제정되었다는 것을 정당성의 근거로 제시하는데, 독일의 바이마르공화국에서 이런 사례들이 있었다. 가령 우리 헌법의 개정에 필요한 국회재적의원 2/3 이상의 찬성을 얻어 비례대표제나 국회의원의 특권과 면제를 폐지하는 법률을 제정하여 시행한다면 이에 해당할 수 있다. 물론 정상적인 상황에서 이런 법률은 위헌 법률심사를 통해 무효가 될 수 있다. 오늘날 ‘기본법’(Grundgesetz)으로 불리는 독일의 연방헌법 제79조 제1항 제1문은 헌법의 침해를 통한 헌법의 변경을 금지하고 있다.

10) EU법에서 하위법인 EU 입법을 통해 상위법인 EU설립조약을 변경하는 행위는 허용되지 않는다. 이는 EU 입법권의 한계라고 할 수 있다. T. C. Hartley, *The Foundations of European Union Law*, 8th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 118 참조. EU설립조약은 TEU 제48조의 개정절차를 통해 변경될 수 있다.

2020/2092가 TEU 제7조를 우회하는 EU입법이 아니라면 그 이유는 무엇인가? 또한 어떤 경우에 허용되는가?

마지막으로 제4부에서는 재판과정에서 헝가리와 폴란드가 제기한 명령 2020/2092와 법적 안정성의 양립가능성을 다룬다.¹¹⁾ 법적 안정성(legal certainty)은 여러 요소를 포함하고 있지만 두 사건에서는 주로 명확성과 예측가능성의 측면에서 다루어졌다. 헝가리와 폴란드에 의하면 EU의 법치주의는 그 기준이 명확하지 않아 회원국에게 예측가능성을 제공하지 못하는데, 그럼에도 불구하고 회원국의 법치주의 위반을 이유로 제재를 허용하는 EU입법은 EU법의 일반원칙인 법적 안정성 위반이라는 주장을 제기하였다. 이러한 문제 제기는 역설적으로 EU의 법치주의를 보다 명확하게 규명하는 기회를 제공하였다.

헝가리와 폴란드의 법치주의 위반은 2010년대부터 지속된 것으로 이를 저지하기 위한 EU의 노력은 그동안 다방면으로 전개되었고 이런 과정에서 EU의 법치주의에 대한 EU입법과 판례가 축적되었는데,¹²⁾ 두 사건은 EU법의 최종유권해석권자인 CJEU가 그동안의 축적된 성과를 토대로 EU의 법치주의의 정의와 기준을 전반적으로 검토하는 계기가 되었다.

TEU 제2조의 법치주의는 회원국에게 법적 구속력을 가지는가 아니면 단순한 정치적 선언의 의미인가? EU의 법치주의는 회원국에게 예측가능성을 제공할 정도로 명확하게 확립되었는가? EU의 법치주의의 정의와 기준은 무엇인가? 여기서는 EU의 입법과 판례를 토대로 두 사건에 대한 CJEU의 판결을 분석하여 EU의 법치주의의 정의와 기준 그리고 법적 안정성과의 양립가능성을 검토한다.

II. 법치주의 조건부 메커니즘의 법적 근거

명령 2020/2092는 EU의 회원국이 법치주의를 위반하는 경우에 EU의 예산을 보호하기 위해 필요한 규칙을 정한 EU의 입법이다. 이 명령의 법적 근거는 TFEU 제322조 제1항 (a)인데, 동조는 특히 EU 예산의 수립 및 집행과 결산 및 감사를 위해 채택되는 절차를 결정하는 규칙을 이사회와 유럽의회가 보통입법절차(ordinary legislative procedure)에 따라 명령(regulation)으로 제정할 것을 규정하였다.

그러나 명령 2020/2092의 법적 근거로 제시된 TFEU 제322조 제1항 (a)이 적절한지에 대

11) *Hungary v. European Parliament and Council*, Case C-156/21, para. 222 이하 참조.

12) Laurent Pech, "The Rule of Law as Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law", *Hague Journal on the Rule of Law*, 2022, 2. The Rule of Law in the EU Legal Framework 참조.

해서는 1) 이 명령의 궁극적인 목표가 (EU 예산의 보호라기보다는 TEU 제7조의 대안으로) 법치주의를 위반한 회원국에 대한 제재(penalty)이며, 2) 법치주의의 위반과 EU 예산의 관련성이 낮을 뿐만 아니라 3) EU의 기관이 회원국의 국가기관과 국내 (법치주의) 상황을 조사하도록 하는 것은 EU법의 범위를 벗어나는 조치라는 반론이 제기되었다.¹³⁾

여기서는 명령 2020/2092의 법적 근거로 TFEU 제322조 제1항 (a)가 적절한지를 검토한다. 이를 위해 우선 EU법에서 법치주의가 어떻게 규정되어 있는지를 살펴본 후 2010년대부터 지금까지 지속되고 있는 일부 회원국의 ‘법치주의에 대한 조직적 위협’(a systemic threat to the rule of law)에 맞서 법치주의를 강화하려는 EU의 노력과 성과를 고찰한다.

1. 법치주의에 대한 EU의 법적 근거

EU설립조약이 처음부터 법치주의(rule of law)에 대해 명시적인 규정을 둔 것은 아니었다. 그러나 이후 (특히 소련의 붕괴와 회원국의 확대를 예상하여 개정된 1997년 암스테르담조약부터) EU설립조약의 개정을 통해 오늘날에는 법치주의가 민주주의 또는 인권과 함께 EU의 근본가치의 하나로 명시되었다. 법치주의에 대한 대표적인 규정으로는 우선 TEU 제2조를 들 수 있다.¹⁴⁾ 제2조는 EU가 민주주의, 인권, 법치주의를 토대로 하고 있다고 규정함으로써 법치주의가 EU의 근본가치의 하나임을 명시하였다. 아울러 제2조를 EU의 가입 요건으로 제49조에서 규정하고 또한 회원국의 권리 정지를 다루는 제7조의 행사 요건으로 규정하여 실질적으로 이를 뒷받침하였다.

TEU 제49조는 법치주의를 비롯한 TEU 제2조에 규정된 가치의 존중을 가입의 요건으로 규정하였다. EU에 가입을 신청한 국가가 법치주의를 준수하는지를 EU는 심사과정에서 실질적으로 검토한다.¹⁵⁾ 또한 TEU 제7조는 (가입 이후에) 법치주의를 포함하여 TEU 제2조에 규정된 가치를 지속적으로 심각하게 위반한 국가는 투표권을 비롯한 회원국으로서의 권리가 정지될 수 있도록 규정하였다. TEU 제25조 제1항은 EU의 창설, 발전, 확대를 고무하였고 (EU를 넘어) 보다 폭넓은 세계에서 EU가 진전시키려고 하는 법치주의 등의 원칙이 EU

13) *Hungary v. European Parliament and Council*, Case C-156/21, paras. 109, 121 참조.

14) “The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.” TEU 제2조.

15) ‘Copenhagen criteria’는 EU의 가입을 신청한 국가의 회원자격을 규정한 규칙으로 1993년 6월 덴마크의 코펜하겐에서 마련되었다. 이에 의하면 신청국의 자격심사에서 TEU 제2조의 준수 여부를 평가하도록 되어 있다.

의 대외관계를 이끌 것이라고 규정하였다.¹⁶⁾

EU설립조약을 적용하기 위한 조건으로 ‘법치주의’를 명시한 이런 규정들과 함께 EU 창설 당시부터 법치주의를 천명한 규정으로 해석되는 경우가 바로 TEU 제19조 제1항 제2문이다. CJEU가 EU설립조약의 해석과 적용에 있어 법이 준수되는 것(the law is observed.)을 보장한다고 규정한 제19조 제1항 제2문은¹⁷⁾ EU 창설부터 지금까지 가장 확고한 법치주의의 법적 근거로 EU법에서 이해되고 있다.¹⁸⁾

2. 법치주의의 위기와 EU의 대응

2010년대부터 헝가리와 폴란드 등의 일부 회원국에서 특히 사법권의 독립을 침해함으로써 초래된 법치주의의 위기는 이에 맞서 법치주의를 강화하는 방향으로 EU를 움직이게 하였다. 일부 회원국의 법치주의에 대한 도전은 2012년부터 EU에서 공공연하게 시인되었고¹⁹⁾ 법치주의를 강화하기 위한 EU의 대응이 전개되었다.

우선 EC는 2013년부터 매년 ‘EU Justice Scoreboard’를 발행하여 각 회원국의 법치주의 수준을 여러 지표에 따라 비교하는 자료와 통계를 공표하고 있으며²⁰⁾ 2014년에는 ‘Rule of Law Framework’라는 메커니즘을 도입하였다.²¹⁾ 이 메커니즘은 EC의 평가(The Commission’s assessment), EC의 권고(The Commission’s recommendation), EC 권고에 대한 후속절차(Follow-up to the Commission’s recommendation)의 3단계로 이루어진다.

평가단계에서 EC는 유럽심의회(Council of Europe)나 EU 인권국(Fundamental Rights Agency) 등으로부터 받은 자료를 토대로 법치주의에 대한 조직적인 위협이 존재하는지를 조사한 후 관련 징후를 포착하면 해당 회원국과의 대화를 통해 문제의 해결을 시도한다. 권고단계에서 EC는 법치주의에 대한 조직적인 위협이 존재함에도 불구하고 적절한 조치를 취하지 않는 회원국에게 시한을 설정하여 해결을 권고하고 그 결과를 EC에 알리도록 한다.

16) “The Union’s action on the international scene shall be guided by the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law.” TEU 제21조 제1항.

17) “. . . It shall ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed.” TEU 제19조 제1항 제2문.

18) Pech, *supra* note 12, 2. The Rule of Law in the EU Legal Framework 참조.

19) Laurent Pech, “The Rule of Law”, *The Evolution of EU Law*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2021), Paul Craig and Gráinne de Búrca, pp. 307~338 참조.

20) EU Justice Scoreboard, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en, 2022. 8. 31. 검색.

21) COM(2014) 158 final, 3. 11. 2014.

그리고 후속절차에서 EC는 회원국이 EC의 권고를 이행하는지 감독한다. 그러나 정해진 시한 내에 만족스러운 결과가 이루어지지 않게 되면 EC는 TEU 제7조의 적용가능성을 검토하게 된다.²²⁾

이 메커니즘은 헌법재판소의 판결을 준수하지 않고 의회가 헌법재판소의 임무를 침해하는 입법을 한 폴란드에 처음으로 적용되었다.²³⁾ EC는 한 번의 법치주의 의견(Rule of Law Opinion)과 네 번의 법치주의 권고(Rule of Law Recommendation)를 발하였지만²⁴⁾ 상황은 개선되지 않았고 결국 2017년 12월 TEU 제7조 제1항을 발동하였다.²⁵⁾

이사회는 EC가 이 메커니즘을 도입한 직후에 ‘Annual Rule of Law Dialogue’라는 자신의 메커니즘을 도입하였다.²⁶⁾ 이 메커니즘을 통해 이사회는 수권의 원칙(principle of conferral)을 침해함이 없이 그리고 다른 기관의 역할과 중첩되지 않게 법치주의를 보호하고 촉진하며 아울러 회원국의 국가적 동일성을 존중할 필요성도 강조하였다.²⁷⁾

CJEU는 일반 소송이나 선결적 부탁절차 또는 TFEU 제258조의 침해소송(infringement proceedings)을²⁸⁾ 통해 법치주의의 문제를 다루었다. CJEU는 *European Commission v. Republic of Poland* 사건에서 판사의 정년을 낮추고 대통령에게 판사의 정년을 연장할 수 있는 권한을 주는 행위는 판사의 임명에 대한 통제를 여당이 할 수 있도록 고안된 조치라는 점에서 사법권의 독립을 침해한다고 판시하였다.²⁹⁾ 이외에도 법치주의에 관련된 많은 사건이 CJEU와 유럽인권재판소에 다루어졌고 지금도 다루어지고 있다.

TEU 제7조는 처음부터 회원국의 법치주의 위반에 대응하기 위한 방안으로 마련되었다. 제7조는 두 단계로 나누어지는데 각각 제1항과 제2항로 나눌 수 있다. 제1항은 법치주의를 비롯한 TEU 제2조에 규정된 가치에 대한 중대한 위반의 명백한 위험이 존재하는 경우에 적용된다. 이사회가 4/5의 찬성으로 결정하며 이런 결정은 정치적 또는 상징적 의미가 있지만 그 이상의 제재로 이어지는 것은 아니라는 한계가 있다.

22) *Ibid.*, pp. 7-9. Council of the European Union, Opinion of the Legal Service 10296/14, 14 May 2014; L. Besselink, “The Bite, the Bark and the Howl: Article 7 and the Rule of Law Initiatives”, *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member State Compliance* (Oxford: Oxford University, 2017), A. Jakab and D. Kochenov, eds., pp. 128-144 참조.

23) Rule of Law in Poland: Commission starts dialogue, 13 January 2016, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/WM_16_2030, 2022. 8. 31. 검색.

24) Craig and Búrca, *supra* note 5, p. 51.

25) Rule of Law: European Commission acts to defend judicial independence in Poland, 20 December 2017, IP/17/5367.

26) Council of the EU, Press Release No. 16936/14, 3362nd Council meeting, General Affairs, Brussels, 16 December 2014, pp. 20-21.

27) Craig and Búrca, *supra* note 5, p. 52.

28) 침해소송은 이행소송(enforcement action)이라고도 한다. Hartley, *supra* note 10, pp. 329-330 참조. UN법에서 ‘enforcement action’은 UN헌장 제7장의 강제조치를 의미한다.

29) *European Commission v. Republic of Poland*, Case C-619/18, 11 July 2019.

제2항은 법치주의를 비롯한 TEU 제2조에 규정된 가치에 대한 중대하고 지속적인 위반이 있는 경우에 적용된다. 이런 결정은 유럽이사회가 만장일치로 결정하며 후속조치로 투표권 등 회원국의 권리 행사를 정지시키는 결정은 이사회가 가중다수결로 한다. 이 때 제7조의 적용대상인 회원국은 유럽이사회 또는 이사회회의 표결에서 투표권이 없다.³⁰⁾

제7조는 1999년 오스트리아 총선을 통해 극우정당인 자유당이 연립정부에 참여하게 되면서 2000년 오스트리아에 대해, 2009년에는 수천명의 루마니아인(Romani)을 추방한 프랑스에 대해 그리고 2012년에는 대통령과 수상간의 기난 긴 권력투쟁으로 국정을 불안하게 했던 루마니아에 대해 그 적용을 검토하였으나 실제로 제7조가 발동되지는 않았다.³¹⁾ 제7조는 2017년 12월 EC에 의해 폴란드에 처음으로 적용되었으며³²⁾ 2018년 9월에 헝가리를 상대로 EP가 제기하였다.³³⁾ 두 건 모두 제7조 제1항의 적용에 대한 신청이고 아직까지 이사회는 이에 대한 표결을 진행하지 않았다.

EC는 또한 법치주의 메커니즘을 강화하기 위해 2019년에 ‘Rule of Law Review Cycle’을 고안하였다. 회원국의 법치주의 문제를 초기에 파악하여 대응하기 위해 모든 회원국의 법치주의의 상황을 감독하고 다양한 정보와 자료를 수입하여 매년 보고서(annual rule of law report)를 작성하여 EP와 이사회회의 논의의 토대를 제공하고 있다.³⁴⁾

마지막으로 법치주의 조건부 메커니즘은 법치주의와 EU 예산의 집행을 연계한 새로운 방안으로 법치주의의 보장과 관련된 경제적 수단이라는 점에서 법적 수단인 침해소송이나 TEU 제7조와 구분된다. 이처럼 EU는 EU의 법치주의를 보장하기 위해 정치적, 법적, 경제적 수단이라는 다양한 방안을 모색해왔다. 때로는 중첩의 우려가 제기될 수도 있고 때로는 회원국의 계획적이고 지속적인 반발로 이런 수단의 실효성이 제한적이기도 하지만 이에 대한 최종 평가는 좀 더 지켜볼 문제이다.

3. 법치주의 조건부 메커니즘의 법적 근거와 평가

법치주의 조건부 메커니즘을 적용한 명령 2020/2092는 TFEU 제322조 제1항 (a)에 따라 제정되었다. 명령 2020/2092는 어떤 기금의 특정한 목적에 관련된 것이 아니라 EU 예산의

30) TEU 제7조 제5항, TFEU 제354조 참조.

31) Maria Fletcher, Article 7 sanctions: a legal expert explains the EU's ‘nuclear option’, 28 July 2017, <https://theconversation.com/article-7-sanctions-a-legal-expert-explains-the-eus-nuclear-option-81724>, 2022. 8. 31. 검색.

32) European Commission, COM(2017) 835 final, 20 December 2017.

33) European Parliament, P8_TA(2018)0340, 12 September 2018.

34) European Commission, Press Release, IP/19/4169, 17 July 2019.

올바른 집행을 위해 일반적으로 관련된 수평적 및 절차적 의무의 준수를 장려하는 메커니즘의 특정한 조건을 다룬다.³⁵⁾ 그리고 제322조 제1항 (a)는 EU 예산의 수립 및 집행 그리고 결산과 감사를 위해 채택하는 절차를 특별히 결정하는 재정규칙(financial rules)을 보통입법절차에 따라 명령(regulation)의 형식으로 EP와 이사회가 제정하도록 규정하였다.

여기서 쟁점은 법치주의를 예산의 집행과 연계하는 명령 2020/2092가 제322조 제1항 (a)에서 말하는 재정규칙에 해당하는 지이다. 이에 대해서는 명령 2020/2092가 1) EU 예산의 올바른 집행을 위해서가 아니라 법치주의를 위반한 회원국을 제재(penalty)하기 위한 것이고 2) 법치주의와 예산 집행의 연관성이 약할 뿐만 아니라 3) EU의 기관이 회원국의 국가기관과 국내 (법치주의) 상황을 조사하는 것은 EU법의 범위를 벗어나는 조치라는 반론이 제기되었다.³⁶⁾ 따라서 여기서는 이런 측면에서 법적 근거의 적절성 여부를 검토한다.

EU입법의 법적 근거의 적절성 여부는 특히 조치의 목적과 내용을 포함하여 사법심사의 대상이 되는 객관적 요소에 좌우된다.³⁷⁾ 우선 조치의 목적의 측면에서 명령 2020/2092가 예산의 올바른 집행이 아니라 법치주의를 위반한 회원국에 대한 처벌인지를 살펴본다.

명령 2020/2092의 제1조는 회원국의 법치주의 위반으로 인한 효과로부터 EU의 예산을 보호하도록 의도되었다는 점을 명확하게 규정하였다. 또한 제4조 제1항과 제6조 제1항은 지급 정지 등의 조치가 단지 회원국의 법치주의 위반이 아니라 그러한 위반이 EU 예산의 건전한 재정 관리(the sound financial management of the Union budget)나 EU의 재정적 이익의 보호(the protection of the financial interests of the Union)에 충분히 직접적인 방법으로(in a sufficiently direct way) 영향을 주거나 또는 영향을 줄 수 있는 심각한 위험이 존재하는 경우에 취해질 수 있다고 규정하였다.³⁸⁾ 따라서 법치주의 위반이 지속된다고 하더라도 EU 예산에 더 이상 영향을 미치지 않는다면 EU의 조치는 철회될 수 있다.³⁹⁾ 이런 점을 고려할 때 명령 2020/2092의 목적은 법치주의를 위반한 회원국을 단순하게 처벌하거나 나아가 이런 제재를 통해 법치주의를 회복하려는 것이 아니라⁴⁰⁾ 법치주의의 위반으로 인한 영향으로부터 EU의 예산을 보호하려는 것이라는 점을 분명하게 확인할 수 있다.

조치의 내용의 측면에서 법치주의와 EU 예산을 연계하는 것이 적절한지 그리고 EU의 기관이 회원국의 국내기관과 상황을 조사하는 것이 EU법의 범위를 벗어나는 것인지 살펴

35) Opinion of the Legal Service, *supra* note 7, para. 38 참조.

36) *Hungary v. European Parliament and Council*, Case C-156/21, paras. 109, 121 참조.

37) Opinion of the Legal Service, *supra* note 7, para. 37; *Hungary v. European Parliament and Council*, Case C-156/21, para. 107.

38) *Hungary v. European Parliament and Council*, Case C-156/21, paras. 110~111.

39) 명령 2020/2092 제7조 제2항 참조.

40) 물론 법치주의의 회복은 바람직하나 그 자체가 목적은 아니라는 의미이다. 그러나 사실 법치주의가 회복된다면 EU로서는 더할 나위가 없겠지만 이는 법적 측면에서 언제나 부차적인 목적 또는 효과로 다루어져야 한다는 의미로 이해된다.

본다. EU에서 조건부 메커니즘(conditionality mechanism)의 적용은 회원국들도 인정하는 부분이며 명령 2020/2092는 예산의 특정한 목적이나 예산 자체와 무관한 법치주의를 예산의 집행과 연계했다는 점에서 수평조건부(horizontal conditionality) 메커니즘에 속한다.

법치주의를 비롯하여 TEU 제2조에 규정된 가치는 EU와 회원국에 공통된 것으로 EU의 바로 그러한 토대가 되며 공동의 법질서를 이룬다. 따라서 법치주의의 준수는 EU의 가입 시에만 준수되고 회원국이 된 이후에는 무시해도 되는 의무가 아니다.⁴¹⁾ 법치주의를 비롯한 TEU 제2조의 준수는 회원국이 EU설립조약으로부터 유래하는 모든 권리를 향유하기 위한 조건이다.⁴²⁾ 따라서 법치주의는 TEU 제322조 제1항 (a)의 재정규칙이 적용되는 조건부 메커니즘의 토대가 될 수 있다. 또한 법치주의가 준수되지 않는 경우 EU 예산의 건전한 재정 관리와 EU의 재정적 이익은 크게 침해될 수 있다.⁴³⁾ 따라서 법치주의의 존중과, 건전한 재정 관리의 원칙과 EU의 재정적 이익의 보호에 따른, EU 예산의 효율적인 집행은 명백한 관계가 존재한다고 할 수 있다.⁴⁴⁾

명령 2020/2092가 EU법의 범위를 벗어나는지에 대해서는 단지 EU 예산의 건전한 재정 관리와 EU의 재정적 이익의 보호와 관련된 경우에만 EU의 기관이 회원국의 국내 상황을 조사할 수 있다는 점을 고려할 필요가 있다. EU 예산의 집행과 관련된 회원국의 상황은 EU법의 범위에 속할 뿐만 아니라 법치주의와 연계된 수평조건부 메커니즘의 형식으로 TEU 제322조 제1항 (a)의 의미 내에서 재정규칙이 적용될 수 있다.⁴⁵⁾

수평조건부 메커니즘은 EU 예산의 적절한 집행의 범위 이원으로 확장되지 않는다. 법치주의의 위반과 이것이 EU 예산에 미치는 영향 또는 영향을 미칠 수 있는 심각한 위험 간에는 진정한 관련(a genuine link)이 존재해야 한다. 또한 EC는 지급 정지 등 조치의 필요성 여부를 조사할 때 증거에 기초해야 하며 객관성, 비차별, (회원국 간의) 평등의 원칙을 존중해야 하고 법치주의의 위반 여부에 대한 평가는 객관적이고 공평하며 공정해야 한다. 아울러 이러한 의무의 준수 여부는 CJEU의 폭넓은 사법심사의 대상이다.⁴⁶⁾ 결론적으로 명령 2020/2092의 목적과 내용을 고려할 때 TEU 제322조 제1항 (a)는 적절한 법적 근거라고 할 수 있다.

41) *Hungary v. European Parliament and Council*, Case C-156/21, para. 126.

42) *Ibid.*

43) *Ibid.*, para. 131.

44) *Ibid.*, paras. 130.

45) *Ibid.*, paras. 144~145.

46) *Ibid.*, paras. 146~149.

Ⅲ. 법치주의 조건부 메커니즘과 EU조약 제7조의 관계

EU의 회원국이 법치주의를 비롯하여 TEU 제2조에 규정된 EU의 근본 가치를 위반하는 경우에 대응하기 위해 1997년 암스테르담조약에서 제2조와 함께 도입된 규정이 TEU 제7조 제2항 이하의⁴⁷⁾ 규정이다. 따라서 2010년대부터 지금까지 지속되고 있는 헝가리와 폴란드의 법치주의의 위기, 즉 회원국의 법치주의에 대한 조직적인 위협(a systemic threat to the rule of law)에 대해 EU는 TEU 제7조를 통해 대응할 수 있다.

법치주의 조건부 메커니즘을 적용한 명령 2020/2092는 법치주의의 준수와 EU 예산의 집행을 연계한 수평조건부 메커니즘의 하나이다. 문제는 명령 2020/2092가 제7조를 우회하는 조치로 입법되었는가 하는 점이다. 요컨대 제7조가 EU에 입법권을 위임하고 있지 않음에도 불구하고 법치주의를 위반하는 회원국에 권리 정지 등의 제재를 통해 법치주의를 회복하려는 제7조와 동일한 목적을 달성하기 위해 경제제재(EU 예산의 집행 정지)라는 새로운 수단⁴⁸⁾을 도입하는 우회조치를 EU 입법으로 채택한 것인지 아니면 법치주의의 위반으로 인해 EU 예산의 건전한 재정 관리와 EU의 재정적 이익이 침해되는 것을 막기 위한, 즉 EU 예산의 효율적인 집행 그 자체를 위한 것인지가 쟁점의 핵심이며, 전자에 해당한다면 명령 2020/2092는 수권의 원칙을 위반한 위법한 EU 입법이 될 수 있다.

여기서는 EU입법에서 적용되는 수권의 원칙과 EU 입법권의 한계를 살펴보고 법치주의 조건부 메커니즘과 TEU 제7조의 양립가능성을 검토한다.

1. 수권의 원칙과 EU 입법권의 한계

EU는 자신의 고유한 입법권이 없다. 따라서 EU는 EU설립조약에 의해 입법권이 부여된 경우에만 권한을 행사하는 수권의 원칙(principle of conferral)이 적용된다. TEU 제5조 제1항은 EU 권한의 한계로 수권의 원칙이 적용된다고 하였고 제2항은 수권의 원칙에 따라 EU는 EU설립조약의 목적을 달성하기 위해 회원국에 의해 단지 동 조약에서 부여된 권한의 한계 내에서만 행동한다고 규정하였다.⁴⁹⁾

47) TEU 제7조 제1항은 투표권 등 회원국의 권리를 정지시킬 수 있는 제7조 제2항 이하의 단계로 가기 전의 완충 단계로 방지조치의 필요성이 제기되어 2001년 니스조약에서 도입되었다.

48) EU 예산의 집행이라는 경제적 수단을 법치주의의 준수와 연계하는 것은 새로운 방법이라고 할 수 있지만 이 또한 TEU 제7조 제3항에서 규정한 EU설립조약으로부터 유래하는 회원국의 권리(certain of the rights deriving from the application of the Treaties to the Member State in question)에 포함된다.

수권의 원칙은 묵시적 권한의 이론과 TFEU 제352조에 의해 완화된다. CJEU는 묵시적 권한의 이론을 적용하여 EU의 권한을 확장하는데 기여하였다.⁵⁰⁾ 그리고 ‘open-ended power’로 불리는 제352조는 ‘일반입법조항’이라고 할 수 있다. 그러니까 제352조는 특정 사안에 대해 입법권을 부여하는 개별입법조항이 아니라 동 조의 요건을 갖추면 분야에 관계없이 EU 입법을 제정할 수 있는, 일반적인 입법권을 부여하는 조항이라고 할 수 있다.

그러나 제352조의 입법권에도 한계가 있다. 제352조는 EU설립조약에서 명시적으로 금지하는 사항에 적용할 수 없을 뿐만 아니라⁵¹⁾ EU설립조약을 개정하는 조치의 법적 근거로 사용될 수 없다. 이는 EU설립조약의 규정을 명시적으로 개정하는 경우뿐만 아니라 EU설립조약의 기본적인 헌법구조를 변경하는 경우에도 적용된다.⁵²⁾ 이런 경우에는 TEU 제48조의 개정절차에 따라 EU설립조약을 개정해야 한다. 따라서 (때로는 국민투표를 수반하는) 국내 의회의 동의를 얻어 비준하는 EU설립조약의 개정절차를 우회하기 위한 수단으로 (단지 이 사회의 만장일치로 EU입법이 가능한) 제352조를 EU법에서 사용할 수 없다.

2. 법치주의 조건부 메커니즘과 제7조의 양립가능성

TEU 제7조는 사전방지조치로서의 제1항과 사후구제조치로서 제2항으로 나눌 수 있다. 제1항은 이사회가 4/5의 다수결로 중대한 위반의 명백한 위험이 존재한다고 결정한 이후에 취할 수 있는 후속조치가 없다는 한계가 있는 반면에 제2항은 이사회가 권리 정지 등의 제재를 결정하기 전에 유럽이사회가 만장일치로 지속적이고 중대한 위반이 존재한다는 결정을 해야 한다. 물론 당사국은 이런 결정에서 투표권이 없지만 공교롭게도 헝가리와 폴란드의 법치주의의 위기 상황은 양국이 상대국에 대한 표결에서 서로 거부권을 행사하여 제2항의 결정을 막을 수 있다. 다만 현재 헝가리와 폴란드에 대한 제7조의 발동은 제1항에 대한 것이기 때문에 이사회는 회원국 4/5 이상의 찬성을 확보하는 문제이다.

명령 2020/2092를 제정하기 위해 작성된 EC의 초안은 이사회 법률국의 반대에 직면했다. 반대의 주된 근거는 제7조와의 양립가능성이었다. 법률국은 EC의 초안이 제7조와 동일한 목적의 달성을 위해 준비되었고 제7조를 우회하는 조치로서 EU법에 반한다는 취지의 의견

49) 리스본조약은 미국의 연방헌법 수정조항 제10조를 연상시키는 조항을 두 번이나 반복적으로 규정하였다. “In accordance with Article 5, competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States.” TEU 제4조 제1항.

“Competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States.” TEU 제5조 제2항 제2문.

50) Hartley, *supra* note 10, pp. 113~114.

51) *Ibid.*, p. 118, n. 35.

52) *Ibid.*, p. 118.

을 제시하였다.⁵³⁾ 법률국의 의견은 이후의 입법절차에서 실질적으로 반영되었고 명령 2020/2092는 EC의 초안의 내용과는 커다란 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 법률국의 의견을 전폭적으로 수용한 명령 2020/2092에 대한 취소소송을 제기하면서 헝가리와 폴란드가 법률국의 의견서를 토대로 자신의 법리를 전개한 것은 다소 안이한 상황인식이 아닌가 한다. 아무튼 (CJEU의 판결 이후에 하는 말이지만) 헝가리와 폴란드의 완전한 패배는 어느 정도 예상된 결과였다고 할 수 있다.

CJEU는 명령 2020/2092가 제7조를 우회하는 조치이며 TEU 제269조에⁵⁴⁾ 규정된 CJEU의 권한을 확장한다는 주장을 기각하였다. 제7조의 목적은 회원국의 법치주의 위반을 종식시키기 위해 이사회로 하여금 지속적이고 중대한 위반 행위를 처벌하도록 하는 것인 반면에 명령 2020/2092는 법치주의의 위반으로 인해 EU 예산의 건전한 재정 관리와 EU의 재정적 이익이 침해되는 것을 막기 위한 것이며 예산의 집행을 통해 법치주의를 위반한 회원국을 처벌하려는 것이 아니므로 양자의 목적이 다를 뿐만 아니라⁵⁵⁾ 적용되는 절차와⁵⁶⁾ 성립요건⁵⁷⁾ 그리고 조치의 법적 성격도⁵⁸⁾ 다르기 때문에⁵⁹⁾ 양자는 별개의 조치라고 판시하였다.

양자의 차이는 명령 2020/2092 제5조 제3항과⁶⁰⁾ EC 초안 제4조 제3항의⁶¹⁾ 비교를 통해 쉽고 분명하게 확인할 수 있다. 양자 모두 비례의 원칙을 규정하였는데, 전자는 법치주의의 위반이 EU 예산의 건전한 재정 관리와 EU의 재정적 이익에 미치는 영향에 비례하여 조치를 정하도록 한데 반하여 후자는 법치주의의 위반의 정도에 비례하도록 규정하였다.

또한 (법치주의와 관련하여) 회원국의 국가기관이나 국내 법치주의 상황에 대한 EU 기관의 조사나 평가는 EU법의 범위를 넘어서기 때문에 제7조가 적용되는 경우에만 가능하다는

53) Opinion of the Legal Service, *supra* note 7, para. 34 참조.

54) 제269조에 따라 CJEU는 제7조에 의한 유럽이사회나 이사회 행위에 대해 당사국의 신청이 있는 경우에 한해 그리고 단지 절차적인 규정에 대해 관할권을 가진다.

55) *Hungary v. European Parliament and Council*, Case C-156/21, paras. 170-171.

56) *Ibid.*, paras. 173-175.

57) 제7조는 법치주의의 지속적이고 중대한 위반이 존재하면 적용되지만 명령 2020/2092는 법치주의의 위반과 예산에 미치는 효과 또는 효과를 미칠 수 있는 중대한 위험 간의 진정한 관련이 요구된다. *Ibid.*, para. 176.

58) 명령 2020/2092는 조치의 성격이 전적으로 예산에 관련된 반면에 제7조는 EU설립조약으로부터 발생하는 회원국의 권리가 제재의 대상이다. *Ibid.*, para. 177.

59) 명령 2020/2092에 따른 예산 지급 정지 등의 조치는 법치주의의 위반이 더 이상 EU 예산에 영향을 미치지 않는 경우에는 회원국의 법치주의 위반이 지속되더라도 철회될 수 있다. *Ibid.*, para. 178.

60) “The measures taken shall be proportionate. They shall be determined in light of the actual or potential impact of the breaches of the principles of the rule of law on the sound financial management of the Union budget or the financial interests of the Union. The nature, duration, gravity and scope of the breaches of the principles of the rule of law shall be duly taken into account. The measures shall, insofar as possible, target the Union actions affected by the breaches.” 명령 2020/2092 제5조 제3항.

61) “The measures taken shall be proportionate to the nature, gravity and scope of the generalised deficiency as regards the rule of law. They shall, insofar as possible, target the Union actions affected or potentially affected by that deficiency.” EC 초안 제4조 제3항.

주장에 대해 CJEU는 법치주의의 준수에 대한 회원국의 국내 상황이나 국가기관에 대한 EC나 이사회에의 조사와 평가는 EU 예산의 집행과 관련된 경우로 국한되기 때문에 EU법의 범위 내에 있다고 판시하였다.⁶²⁾

IV. EU의 법치주의와 법적 안정성

법적 안정성(legal certainty)은 EU입법보다 상위의 연원인 EU법의 일반원칙의 하나이다. 따라서 명령 2020/2092 또는 법치주의 조건부 메커니즘이 법적 안정성과 충돌하는 경우에는 후자가 우선한다. 명령 2020/2092의 취소소송에서 당사국은 법적 안정성과의 양립가능성을 제기하였다.⁶³⁾

법적 안정성은 여러 가지 내용으로 이루어지는데,⁶⁴⁾ 이 사건에서는 명확성과 예측가능성의 측면에서 문제되었다.⁶⁵⁾ 당사국은 EU의 법치주의가 법적 구속력이 없는 정치적 선언이라고 주장하였고 이 메커니즘이 법적 구속력을 갖기 위해서는 그 내용이 명확하게 규정되어 회원국에게 예측가능성을 제공해야 하는데, 법치주의는 그 내용이 명확하지도 않고 명확할 수도 없기 때문에 법치주의의 위반을 이유로 회원국을 제재(penalty)할 수 없다고 주장하였다. 또한 법치주의는 회원국에 따라 그 내용의 차이가 있을 수 있는데, 이러한 회원국의 국가적 동일성은 TEU 제4조 제2항에 따라 존중되어야 한다고 하였다.⁶⁶⁾

그러나 CJEU는 법치주의가 EU와 회원국에게 공통된 법원칙으로서 법적 구속력이 있고 법치주의의 정확한 정의나 통일적인 해석이 가능하고⁶⁷⁾ 명령 2020/2092는 법치주의의 정의와⁶⁸⁾ 위반에⁶⁹⁾ 대해 구체적으로 규정하였으며 따라서 법적 안정성과 충돌하지 않는다고 판시하였다.

62) *Ibid.*, para. 164.

63) *Hungary v. European Parliament and Council*, Case C-156/21, para. 222.

64) Hartley, *supra* note 10, pp. 162~167 참조.

65) *Hungary v. European Parliament and Council*, Case C-156/21, para. 223.

66) *Ibid.*, para. 222.

67) *Ibid.*, paras. 226~240 참조.

68) 명령 2020/2092 제2조 (a)는 법치주의가 합법성의 원칙, 법적 안정성, 행정권의 남용 금지, 재판청구권을 포함하여 공정하고 독립적인 법원에 의한 효과적인 사법보호, 권력분립, 비차별, 법앞에서의 평등으로 이루어진다고 규정하였다.

69) 명령 2020/2092 제3조는 1) 사법권의 독립을 위태롭게 하는 경우, 2) 사법집행기관을 포함하여 국가기관의 자의적이거나 위법한 결정을 방지, 시정, 처벌하지 못하거나 국가기관의 적절한 임무 수행에 영향을 주는 인적 자원이나 재정지원을 제공하지 않거나 이익 충돌의 방지를 제공하지 못하는 경우, 3) 제한적인 절차적 규칙이나 판결 집행의 결여를 포함하여 법적 구제의 이용가능성과 실효성을 제한하거나 위반행위의 효과적인 조사, 기소 또는 처벌을 제한하는 경우에 법치주의의 위반이 발생한다고 규정하였다.

V. 결론

2010년대부터 지금까지 지속되는 일부 회원국, 특히 헝가리와 폴란드의 법치주의의 위기는 EU가 법치주의를 강화하는 계기가 되었고 TEU 제258조의 침해소송이나 TEU 제7조와 같은 기존의 조치가 적용되었을 뿐만 아니라 다양한 새로운 정치적, 법적, 경제적 방안이 마련되었다. 법치주의 조건부 메커니즘은 EU의 법치주의의 위기 속에서 새롭게 마련된 경제적 수단으로 CJEU의 2022년 판결을 통해 법적 근거와 합법성이 명확하게 확인되었다. 이제 EU의 법치주의 메커니즘은 법치주의 조건부 메커니즘을 하나의 새로운 경제적 수단으로 확보하게 되었다.

여기서는 법치주의 조건부 메커니즘과 TEU 제7조의 양립가능성을 검토하였다. 법치주의 조건부 메커니즘이 제7조와 동일한 목적을 추구하면서도 제7조를 우회하는 조치인지가 문제인데, 양자는 조치의 목적과 절차, 성립요건과 법적 성격 등에서 다르며 따라서 별개의 조치로 평가된다.

우선 목적의 측면에서 회원국의 법치주의에 대한 조직적 위협(a systemic threat to the rule of law)에 대해 제7조는 회원국의 권리 정지 등의 제재(penalty)를 통해 법치주의를 회복하려는 조치인 반면에 법치주의 조건부 메커니즘은 이러한 위협으로 인해 EU 예산의 건전한 재정 관리(the sound financial management of the Union budget) 또는 EU의 재정적 이익의 보호(the protection of the financial interests of the Union)가 침해되는 것을 막기 위한 것이며 예산 집행의 수단을 통해 회원국을 처벌하려는 것이 아니라는 점에서 다르다.

또한 이 메커니즘은 법치주의에 대한 조직적 위협의 존재 자체만으로 작동하는 게 아니라 이런 위협이 충분히 직접적인 방법으로(in a sufficiently direct way), 즉 EU 예산의 건전한 재정 관리 또는 EU의 재정적 이익의 보호에 영향을 주거나 영향을 줄 중대한 위협이 존재해야 한다는 점에서 양자의 진정한 관련(a genuine link)이 존재해야 한다. 따라서 메커니즘의 예산 지급 정지 등의 조치는 법치주의의 위반이 더 이상 EU 예산에 영향을 미치지 않는 경우에는 회원국의 법치주의 위반이 지속되더라도 철회될 수 있다. 그리고 이러한 메커니즘은 EU 예산의 집행에 국한되는데 반해 제7조는 EU설립조약이 부여하는 회원국의 모든 권리가 제재의 대상에 포함되며 또한 양자는 적용 절차에서 차이가 있다.

아울러 EU의 기관이 회원국의 국내 (법치주의) 상황이나 국가기관을 조사하고 평가하는 것은 EU법의 범위를 넘어서는 행위로 제7조로만 가능하다는 주장에 대해서는 EU 예산의

집행과 관련된 범위로 국한되기 때문에 EU법의 범위 내에 있다고 CJEU는 분명하게 판시하였다.

명령 2020/2092 또는 법치주의 조건부 메커니즘은 EC의 초안과는 실질적으로 다르다는 점에 주의할 필요가 있다. EC의 초안이 제7조와 동일한 목적을 가진 우회조치라는 이사회 법률국의 의견을 고려하여 (EC의 초안은) 입법과정에서 전폭적으로 수정되었고 이런 과정을 통해 명령 2020/2092가 제정되었다. 이에 대해서는 EC의 초안보다 후퇴했다는 비판도 제기되었고 또한 법치주의의 위반과 EU 예산에 대한 (부정적) 영향 간의 진정한 관련을 입증하는 것이 어려울 수 있다는 우려도 제기된다. 이러한 지적은 양자의 내용을 비교하면 쉽게 확인할 수 있다.

그러나 개인적으로 생각해보면 회원국이 EU설립조약의 의무를 위반하는 경우에 적용할 수 있는 법적 제재가 제258조의 침해소송(infringement proceedings)과 회원국의 권리 정지를 규정한 제7조에 국한된다는 점을 고려할 때 EU설립조약을 개정하지 않는 한 EU입법으로 제정되는 법치주의 조건부 메커니즘의 한계, 즉 법치주의의 존중은 메커니즘의 부차적인 효과에 머물고 EU 예산의 효율적인 집행을 주된 목적으로 하는 접근방법이 EU법의 현재 상황에서는 현실적으로 불가피한 면이 있다. 이는 역설적으로 법률국의 의견을 고려하여 EU의 초안을 실질적으로 수정하지 않았다면 과연 명령 2020/2092의 취소소송에서 EU가 완승을 거둘 수 있었을 지를 생각해볼 때 법률국의 의견서가 입법과정에서 생산적인 역할을 한 측면이 있다고 평가할 수도 있다. 다만 EU를 대표하는 EC와 달리 회원국을 대표하는 이사회와 유럽이사회는 의사결정에는 조치의 대상이 되는 회원국의 개별적인 입장이 반영될 수 있다는 점에 주의할 필요가 있다.

다른 한편으로 법치주의 조건부 메커니즘은 EU의 침해소송이나 제7조 제1항과 상승효과를 기대해볼 수 있다. 침해소송은 회원국이 위반을 지속하는 경우 그 효과가 제한적이며 제7조 제1항도 중대한 위반의 명백한 위협이 존재한다고 결정한 이후에 취할 수 있는 후속 조치가 없다는 한계가 있다. 그런데 법치주의 조건부 메커니즘의 도입으로 이를 보완할 수 있는 수단을 EU는 확보한 셈이고 법치주의는 EU의 근본가치로서 EU설립조약 전반에 적용되는 원칙이기 때문에 침해소송이나 제7조 제1항을 통해 법치주의의 위반이 확인되는 경우 법치주의 조건부 메커니즘의 작동을 훨씬 수월하게 해줄 수 있다.

아울러 TEU 제2조의 의미와 역할을 생각해보면 소련의 붕괴와 함께 동유럽 국가의 가입을 예견하면서 EU의 확대를 위한 조치로 암스테르담 조약에서 TEU 제2조와 제7조를 도입한 것은 EU가 자신의 정체성을 유지하기 위한 방안이었다고 평가할 수 있다. 물론 이전에

는 이런 규정들이 없었지만 그렇다고 민주주의, 인권, 법치주의가 EU의 근본가치가 아니었다고 할 수는 없다. 이전에 EU가 서유럽 국가들로만 구성되었던 시기에는 오히려 이런 규정들을 불필요한 것으로 생각할 수도 있다. 또한 EU의 법치주의의 위기는 이념과 체제가 달랐던 회원국 간의 진정한 통합으로 가는 과정의 하나라고 할 수도 있다. 다만 결과의 성공이 보장된 것은 아니어서 회원국의 이탈 없이 진정한 통합으로 나아갈지는 계속해서 지켜볼 문제이다.

아태지역 개별·후속 전범재판*

유 하 영**

목 차

- I. 서언
- II. 극동지역 일본 전범재판에 대한 주요 연합국의 입장
- III. UN과 전쟁법
- IV. 아태지역 연합국 내에서 수행된 B형 및 C형 전범 재판
- V. 결론

I. 서언

예로부터 인류가 겪은 가장 큰 재앙은 전쟁이었다. 20세기 동안, 두 번의 세계 대전이 발발했다. 과학기술의 발전은 산과 강이 더 이상 공격을 막는 장벽 역할을 할 수 없다는 것을 의미하며, 전쟁의 파괴적 성격은 인류 문명이 완전히 파괴될 수 있는 거의 전례 없는 수준에 이르렀다. 전쟁하는 자의 책임을 규명하고, 가해자를 처벌해 더 이상의 전쟁범죄가 발생하지 않도록 하는 것이 시급히 해결해야 할 중대 현안이 됐다. 19세기 후반부터 전쟁범죄는 국제사회의 관심을 끌었다.

1899년 헤이그에서 열린 국제 평화 회의에서 “육전법 및 관습에 관한 협약”이 제정되었다. 1907년 제2차 헤이그 회담은 1899년 협약보다 몇 가지 중요한 진전만을 보였다. 1864년 초에 국제 적십자 위원회(The International Committee of the Red Cross : ICRC)는 상병자들의 치료에 관한 조약(treaties on the treatment of sick and wounded prisoners)을 만들었다. 1929년 포로 처우조약(the Treaty on the Treatment of Prisoners of War)이 공포되었다. 이 조약과 조항들은 포로의 치료와 부상자와 병자에게 어떤 도움을 주어야 하는지를 명시하고

* 본 줄고는 현재 작성(미완성) 중에 있어서 부득이 직접 인용은 자제하여 주시길 부탁드립니다.

** 동북아역사재단 연구위원.

있다. 무기 사용과 전쟁 수단을 평가하고, 군인과 민간인에 대한 과도한 피해를 명시적으로 금지하고 있다. 그것은 전쟁의 악랄한 결과를 제한하고 위반자들을 처벌하는데 긍정적인 역할을 한다.

전쟁에 관한 법률과 규정의 제정은 인류의 합리성이 크게 향상되었음을 나타낸다. 하지만 전쟁을 예방하는 것은 전쟁 중에 저질러진 범죄를 제한하는 것보다 훨씬 더 중요하다. 전쟁으로 인한 재앙 자체가 전쟁 중 저지른 범죄보다 훨씬 심각하고 거대하기 때문이다. 일반 전쟁범죄를 규제하는 것보다 전쟁활동을 제한하는 법안을 만드는 것도 훨씬 어렵다. 예를 들어, 침략(aggression)이란 무엇인가? 침략과 자위(self-defense)의 차이점은 무엇인가? 차이에 한계가 있는가? 만약 그렇다면, 그 한계는 얼마인가? 전쟁의 한 당사자를 침략자로 어떻게 결정할 수 있는가? 지금까지 이 질문의 만족스런 답변은 발견되지 않았다. 이것은 법제화가 쉬워 보일지언정 실제로 매우 어렵다는 것을 증명한다.

이하 극동지역 일본 전범재판에 대한 주요 연합국의 입장, UN과 전쟁법, 아태지역 연합국 내에서 수행된 B형 및 C형 전범 재판을 고찰하고 결론에 이르기로 한다.

II. 극동지역 일본 전범재판에 대한 주요 연합국의 입장

1. 국제법상 전쟁의 범죄화와 전범 재판의 의의

인류사회가 발전하면서 사람들은 천천히 평화의 중요성을 인식하고 평화를 유지하기 위하여 계속해서 공동 노력하고 있다. 전쟁 등 침략행위가 발생하면 사람의 생명과 신체, 재산에 대하여 심각한 위해가 발생한다. 역사적으로 제1차 세계대전 이전에는 국제사회 각 국가는 자국의 안전을 지키기 위해서 군비경쟁을 하고 이웃 국가와 군사 동맹을 체결했다. 이러한 국가 간의 치열한 경쟁을 중지시키기 위해 1899년 제1차 국제평화회의가 네덜란드 헤이그에서 열렸다. 그 뒤 1907년도에도 제2차 국제평화회의가 열렸다. 국제사회는 이 두 번의 회의를 통해서 15개의 헤이그 협약과 4개의 선언을 발표하였다.

국제사회는 이와 같은 두 번의 회의를 통하여 침략행위의 잔혹성과 평화적인 방식으로 국제분쟁을 해결하는 것의 중요성에 대해 인식했다. 이 협약에는 무기기술과 전쟁행위에 대한 규율을 포함하였고, 헤이그 분쟁해결 협약을 통해 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration : PCA)를 설립하였다. 그러나 양차 국제평화회의는 이러한 많은 업적이 있지만

이들 협약이나 선언 중에는 “침략 범죄”에 관한 명시 규정을 포함하고 있지는 않다. 국제 평화회의에서 만들어진 협약뿐만 아니라 그 당시에 채택되었던 조약 중에서도 침략범죄에 관한 조약은 없었다.

1919년 제1차 세계대전 종전 후 승전국과 패전국은 파리에서 ‘파리 강화회담’이 개최하였다. 이 회의를 통해서 “베르사이유 평화조약”(The Treaty of Peace between The Allied and Associated Powers and Germany)과 수정된 “국제연맹 규약”(The Covenant of the League of Nations)이 체결되었다. 이는 국제사회의 무력충돌을 방지하고 국제사회의 평화를 유지하기 위한 노력의 첫 번째 성과물이었다. 국제연맹 규약 제10조는 회원국의 영토와 정치적 독립성 존중에 관해 규정하고 있고, 제16조는 국제연맹의 규정을 무시하고 다른 회원국을 침략하면 모든 회원국에게 전쟁행위를 저지른 것으로 간주한다고 규정하고 있다.¹⁾ 이런 규정들이 침략행위를 방지하기 위한 초창기 노력이고 그 후 UN 안전보장체제 형성에 대해서도 영향을 주었다.

1928년 15개 국가가 파리에서 “켈로그-브리앙 조약”(Kellogg-Briand Pact, 전쟁포기에 관한 조약, 부전조약)을 체결하였다 이 조약을 체결하기 전에는 침략전쟁이 국가 정책을 시행하기 위한 중요한 수단으로 보고 침략행위는 불법한 행위가 아니라고 생각하였다. 그러나 이 조약은 전쟁의 불법화를 최초로 실체화한 것으로 “전쟁포기에 관한 조약” 또는 “부전조약”으로도 부른다. 이 조약은 제2차 세계대전 끝난 후 독일과 일본의 전쟁범죄자를 재판하는 중요한 근거가 되었다. 이 조약은 전쟁을 불법화하는 데 긍정적인 영향을 미치긴 하였으나, 다만 침략범죄 자체를 방지하지는 못하였다.

제1차 세계대전은 전례 없는 피해를 입혔고 전 세계는 크고 중대한 우려로 반응했다. 국제기구와 단체의 설립과 관련 조약에 서명하기 위한 노력에도 불구하고, 전쟁을 멈추는 데는 실패했다. 제2차 세계 대전은 북아메리카를 제외한 거의 모든 문명 세계로 퍼져나갔다; 가장 추운 북쪽 지역부터 가장 더운 적도 열대 우림까지, 그리고 극동 태평양의 가장 고립

1) 국제연맹규약 제10조 “연맹 회원들은 외부의 공격에 대하여 영토 보전과 연맹의 모든 구성원들의 현존하는 정치적 독립성을 존중하고 보존한다. 그러한 공격의 경우 또는 그러한 공격의 위협이나 위협이 있는 경우, 이사회는 이 의무를 이행할 수 있는 수단을 조언해야 한다.” 제16조 “1. 12조, 13조 또는 15조에 따른 규약을 무시하고 어떤 회원국이 전쟁에 나설 경우, 사실상 모든 다른 회원에게 전쟁 행위를 저지른 것으로 간주해야 하며, 즉시 모든 무역 또는 금융 관계를 단절하고, 모든 교류를 금지한다. 그들의 국가와 계약을 깨는 국가의 국민을 일깨우고 서약을 깨는 국가의 국민과 다른 국가의 국민들 사이의 모든 금융, 상업 또는 개별적인 교류를 금지한다. 2. 그러한 경우, 어떤 효과적인 군사 해군, 또는 공군이 연맹의 규약을 보호하기 위해 사용될 군대에 분리해서 소속될 것인지 관련된 여러 정부에 권고하는 것은 이사회의 임무가 될 것이다. 3. 또한 연맹 회원국들은 상기 조치로 인한 손실과 불편을 최소화하기 위해 본 조에 따라 취해진 재정 및 경제 조치에서 서로 지지한다는 데 동의한다. 그리고 그들은 언약을 깨는 국가가 그들 중 하나를 목표로 하는 어떤 특별 조치에도 저항하면서 서로 지지할 것이고, 그들은 연맹의 규약들을 보호하기 위해 협력하는 연맹 회원들의 세력에게 그들의 영토를 통과하는 것을 가능하게 하기 위해 필요한 조치를 취할 것이다. 4. 연맹의 어떤 규약을 어긴 어떤 연맹 구성원은, 여기에 나타난 다른 모든 구성원들의 대표자들이 동의한 위원회의 표결에 의해 더 이상 연맹의 구성원이 아니라고 선언될 수 있다.”

된 섬부터 먼 서쪽의 대륙까지, 그것은 잔인한 살인의 빈발에서 잘 계획되고 “과학적인” 대량학살로 발전했다. 인류 문명은 폭과 깊이 모두에서 파괴의 위협을 받았다. 전후 전범 재판, 특히 동양과 서양의 두 주요 국제 군사 재판은 이러한 우려가 제기되는 가운데 일어났다.

제2차 세계대전이 끝난 후 국제군사재판소 헌장에 따라 1945년 뉘른베르크 국제군사재판소와 1946년 극동국제군사재판소(International Military Tribunal for the Far East)가 설립되어 전쟁범죄자를 처벌하였다 이러한 두 재판을 통해서 통상 전쟁범죄, 인도에 반한 죄, 침략범죄(평화에 반한 죄)를 발전시키고, UN의 성립도 촉진하였다. 무엇보다도 전후질서의 확립을 통해 세계의 평화와 안전을 지키도록 유도하였다고 본다.

1998년 집단살해 등 중대한 국제범죄를 저지른 개인을 처벌하기 위해 수년간 협상 끝에 2002년 로마규정이 발효하였다. 로마규정은 침략범죄를 포함하는 중대한 전쟁범죄의 불처벌 현상을 방지한다는 긍정적인 의미를 가지고 있다. 그러나 UN 안보리 상임이사국 중 미합중국과 중화인민공화국은 로마규정에 가입하지 않았다. 러시아는 2000년 로마규정에 서명을 하였으나 2016년 11월 그 서명을 철회함으로써 국제형사재판소(ICC) 탈퇴를 선언하였다.

2. 전후법으로서의 전범재판 : 연합국 지도자들이 발표한 선언문

전쟁이 발발한 후, 정부와 각계각층의 사람들은 “침략과 잔혹행위”(the aggression and atrocities)를 강하게 비난했다. 1940년 11월 폴란드와 체코슬로바키아 망명정부는 독일의 만행을 규탄하는 전례 없는 공동 성명을 발표했다. 이것은 제2차 세계대전 발발 이후 서구 국가에서 처음으로 나온 성명이었다. 1941년 10월 25일, 영국 수상 윈스턴 S. 처칠은 그들의 선례를 따랐고 나치가 처벌을 받아야만 전쟁이 목적에 부합한다는 선언을 발표했다. 11월 25일 소련 외무장관 바체슬라프 몰로토프Vyacheslav Molotov는 나치의 잔혹 행위를 비난하는 성명을 발표했다.

1942년 1월 13일, 망명정부 9개국은²⁾ 런던의 세인트 제임스 궁전에서 전쟁 범죄를 논의하기 위한 합동 회의(joint meeting)를 열었다. 중국, 영국, 미국, 소련, 인도를 포함한 다른 나라들도 초대되었다. 9개국은 전쟁범죄를 처벌할 수 있도록 포고령(decree)을 내리고 전쟁의 주요 결과물이 될 것을 요구했다.

8월 1일, 미국 대통령 프랭클린 D. 루즈벨트는 처음으로 “유라시아 침략자들”(the Eurasian aggressors)이 결국 법의 심판을 받게 될 것이라는 성명을 발표했다. 11월 6일, 러시아 혁명

2) 벨기에, 체코슬로바키아, 프랑스, 그리스, 룩셈부르크, 네덜란드, 노르웨이, 폴란드, 유고슬라비아.

25주년 기념일에 이오시프 스탈린 원수(Marshal Joseph Stalin)는 모스크바 회의에서 전쟁의 목표 중 하나는 “혐오스러운 유럽의 새로운 질서를 파괴하고 그것을 세운 자들을 처벌하는 것”(destroy the abhorrent European ‘new order’, and punish those who established it)이라고 발표했다.

1943년 10월, 미국, 영국, 소련의 외무장관들은 모스크바에서 합동 회의를 열었다. 11월 1일 이 세 나라 정상의 이름으로 이른바 “잔혹성 선언”(The Declaration on Cruelty)이 발표되었다. 이번 선언은 모스크바 선언과 마찬가지로 특히 미국·영국·소련이 전시 잔학 행위를 어떻게 처벌할 것인지에 대해 집단적으로 합의한 첫 사례라는 점에서 특별한 의미가 있었다.

그 선언에서는 두 가지 핵심 원칙을 제시했다. 첫째 잔학 행위 가해자들은 전쟁의 여파로 본국으로 송환되어야 하며, 그들 접수국의 법적 제재를 시행하도록 해야 한다. 둘째, 주요 범죄자들은 연합국에 의해 집단적으로 처벌되어야 하며, 명확하고 구체적인 지리적 지역 밖의 사람들은 구속의 원칙을 따르지 않아야 한다.

제2원칙은 이들이 다루는 대상이 통상적인 전범을 유린한 전통적인 전범이 아니라 과거한 번도 재판에 회부된 적이 없는 추축국 지도자, 이른바 “주요 전범”(principal war criminals)임을 분명히 했다. 이 원칙이 발표되었을 때 소련과 일본은 여전히 1941년 “소련-일본 중립 조약”(Soviet - Japanese neutral treaty)에 묶여 있었고, 따라서 소련은 표면적으로는 일본을 언급하지 않은 채 나치 독일을 향하고 있었다. 그러나 이것이 의미하는 바는 A형(class)과 B/C형 범죄는 초기에 구별될 수 있었고, 향후 일본에 대한 재판에서 사용될 수 있다는 것을 의미했다.

1943년 12월 1일, 미국, 중국, 영국의 지도자들은 “이 전쟁의 목적은 3대 동맹국이 일본의 침략을 저지하고 응징하는 것”(the purpose of this war is for the three major allies to stop and punish Japanese aggression)이라는 내용을 담은 “카이로 선언”을 공동 발표했다. 1945년 7월 26일, 미국, 소련, 영국의 수장이 미국, 중국, 영국의 수장을 대표하여 “포츠담 선언”에 서명하였다. 이 선언 제10조에서는 전범들이 “사법처리 될 것”(would be brought to justice)이라고 명시했다. 중국에서는 국민당, 중국공산당 및 기타 당파 지도자들이 일본의 잔학 행위를 계속해서 비난했다. 이들은 재판의 필요성을 명시적으로 밝히지는 않았지만 “처벌”(punishment), “배상”(redress), “재활”(rehabilitation) 등을 단호하게 제안했다.³⁾

3) 국제군사재판소 전쟁범죄 수괴 재판이외의 미국 군사 재판으로의 후속재판은 I. 의사 재판II. 밀히 재판 III. 법관 재판, IV. 포홀 재판V. 플리크 재판VI. 이케파르벤 재판, VII. 인질 재판VIII. RuSHA 재판IX. 특수작전집단 재판, X. 크루프 재판XI. 빌헬름 가 재판XII. 최고사령부 재판 등이 있다.

양차 세계대전의 참상으로부터 이루어진 유엔 헌장은 “국제 평화와 안전을 유지...” 전쟁 즉 무력사용의 금지, 국제분쟁의 평화적 해결 원칙 등을 규정한다. 특히 유엔은 국제분쟁해결 관련 국제연맹(League of Nations)의 상설국제사법재판소(PCIJ)를 대체하는 국제사법재판소(ICJ)를 UN 주요기관의 하나로 한다.

연합국의 전후처리의 하나로서 극동국제군사재판소(International Military Tribunal in Far East, IMTFE)의 재판은 1946년 5월 3일 도쿄에서 개정했다. 그러나 극동국제군사재판은 도쿄전범재판소 이외에도 1945년 “포츠담선언” 제10항에 따라 동아시아지역에 총 49개 군사법정이 설립되었다. 동 항은 다음과 같다.

“우리(미국, 영국, 중국, 그리고 소련)는 일본인이 하나의 민족으로서 노예화되거나 멸종되어야 하는 것은 아니지만 포로에 대해 가해진 학대를 포함하여 모든 전쟁범죄자들에 대하여 엄중한 재판이 이루어져야 한다”

We do not intend that the Japanese shall be enslaved as a race or destroyed as a nation, but stern justice shall be meted out to all war criminals, including those who have visited cruelties upon our prisoners.

비록 “불완전한 정의”(imperfect justice)로서의 제2차 세계대전 전범 처벌은 현재에는 “국제형사재판소”(ICC)가 별도 설립되어 통상의 전범, 인도에 반한 죄, 집단살해 죄, 침략 범죄를 관할하여 상설적으로 형사 처벌하고 있다.

3. 일본 전범 재판에 대한 주요 연합국들의 입장

가. 일본 전범 재판에 대한 미국의 입장

미국의 전범재판 관련 정책 초안에 대해서는 의견이 분분했다. 미국 육군 장관 헨리 루이스 스티imson Henry Lewis Stimson과 미국 재무장관 헨리 모건소 Henry Morgenthau 사이에 재판에 대한 논쟁이 일어났다. 모건소는 주요 전범들의 명단이 지방 군 당국에 넘겨져야 하며, 그들이 체포된 후 즉시 처형되어야 한다고 주장했다. 그는 동맹국들이 일반적인 전범들을 재판하기 위해 군사재판소를 조직해야 한다고 말했다. 그의 견해는 누구든지 전범으로 유죄 판결을 받은 사람은 처형되어야 한다는 것이었다. 많은 사람들은 모건소가 자신의 유대인 배경을 주어진 그러한 극단적인 견해를 가졌다고 느꼈으며, 그는 일찍이 나치 홀로코

스트에서 자신의 분노를 표현하였다. 자신의 미국 방문 동안 처칠은 유죄 판결을 받은 전범들이 사격장으로 보내져야 한다고 제안하였고, 모건소는 이를 승인하였다. 그는 확장된 재판들이 피할 수 없는 진행과 불확실성으로 이어질 수 있다고 믿었고, 많은 이들이 제1차 세계 대전 후에 윌리엄 2세의 재판과 같은 “낙태재판”로 이어질 것이라고 믿었다. 모건소는 독일과 일본 국민들이 전쟁에 대한 책임을 져야 한다고 믿었다. 그는 재판은 많은 관료 주의를 초래할 수 있지만, 소수의 사람들만이 책임을 질 필요가 있다고 느꼈다.

스팀슨은 반대로 가혹한 처벌은 전쟁을 없애는 데 도움이 되지 않고, 오직 원한을 깊게 할 뿐이라고 믿었다. 스팀슨은 “재판소”(trials)와 같은 문명화된 수단만이 전사 광인들의 부활을 진정으로 막을 수 있는 유일한 방법이라고 굳게 믿었다. 그는 단순히 “복수”(revenge)를 위해 그들을 죽이는 대신, 비군사적 “민간인”(civilians)을 통하여 그들을 재판하는 것이 더 낫다고 느꼈다.

재판이 공식적으로 승인되기 전, 미 국무부는 약간의 공포를 느꼈다. 코델 헬(Cordell Hull) 국무장관은 신속한 처형을 지지했다. 그러나 모건소와 달리 그는 사형집행을 군사법원에서 실시해야 한다고 주장했다. 모스크바에서 열린 외무장관 회담에서 그는 다음과 같이 말했다: 만일 히틀러, 무솔리니, 도조 히데키가 체포되면 즉시 임시 군사 재판소에 넘겨져 다음날 처형되어야 한다. 한동안 루즈벨트 대통령도 이 생각에 찬성했다. 그러나 모건소의 견해가 언론에 의해 격렬하게 비판받자 루즈벨트는 재판에 찬성하는 발언을 했다.

1944년 말 승리가 다가옴에 따라, 미 국무부, 전쟁부, 해군은 일본에 대한 그들의 정책을 검토하기 위해 합동으로 “국가-전쟁-해군 통합위원회”(State-War-Navy Coordinating Committee: SWNCC)를 구성했다. 1945년 1월 “극동소위원회”(SFE)가 설립되면서 위원회의 활동 속도가 빨라졌고 포츠담 선언이 발표됐다.

국제군사재판소 헌장”(뉘른베르크 재판소 헌장이라고도 함)가 승인된 다음 날인 8월 9일 SFE는 독일 판결에 대한 국제 군사 재판소의 “공동 모의”에 따라 일본에 대한 기소 기한이 “만주사변”에서 연장될 것이라고 주장했다. 8월 13일, 위원회는 “평화에 반하는 범죄”와 “인도에 반하는 범죄”에 대해 일본의 지도자들에게 책임을 묻기로 결정했다. 8월 24일, SFE는 직업군이 일본인 용의자들을 체포하고 “순교자”(martyrs)로서 자살하는 것을 막아야 한다고 주장하는 보고서를 SWNCC에 제출했다. 보고서는 국제 군사재판소와 마찬가지로 참여하는 모든 국가가 검사 임명을 허용하고 국제 협약에 따라 평등할 것이라고 강조했다. 일본 연합군의 총사령관인 맥아더는 판결을 인정하거나 변경할 수 있는 국제적 권리를 부여 받았다.

이 결정에 따라 미 국무부, 국방부, 해군은 재판이 미국에 의해 지배되는지, 아니면 동맹국들에 의해 충분히 조정되었는지를 여러 차례 논의했다. 결국 재판은 연합국이 맡기로 하고, 미국 대표가 주도하기로 했다. 10월 2일, 합동참모본부와 영국 해군참모본부는 맥아더 총사령관에게 도쿄 재판에 대한 준비를 시작하라고 명령했다.

나. 일본 전범 재판에 대한 영국의 입장

오랫동안 영국은 추축국 지도자들(the Axis leaders)을 재판에 회부하기보다는 처형하는 것을 지지했다. 1944년 여름, 연합군이 노르망디에 상륙했을 때, 그들은 추축국에 대해 어떤 조치를 취해야 하는지에 대한 기록을 바로 세울 필요가 있다고 결정했다. 영국 내각은 존 사이먼 John Simon 대법관에게 전범들의 즉각적인 처형을 승인하는 문서 초안을 작성하도록 위임했다. 나중에 처칠은 그의 마음을 바꾸었는데, 부분적으로 소련과 다른 나라들이 사형 대신 재판을 지지했기 때문이다.

동아시아의 전장은 영국의 부차적인 전쟁터(나치 독일이 주된 관심사)였기 때문에, 영국은 주로 일본의 평범한 전범들에게 초점을 맞췄다. 1945년 10월 16일, 영연방 국가들은 일본군의 잔학 행위, 즉 B/C형 범죄를 논의하기 위한 회의를 열었다. 위원회는 1946년 7월 31일까지 B/C형 전범 500명에 대한 재판을 완료하기로 결정했다. 영국 정부와 외교부는 주요 전범들을 구금한 국가들이 자유롭게 자신들의 판단을 수행할 수 있어야 한다고 결정했다.

미국이 연합군의 재판을 채택하기로 결정한 후(특히 John M. Weir 이후), 전범 합동참모본부, 영국은 미국의 제안을 받아들였다.

1945년 11월 16일, 영국 외무부는 연합국과의 협정을 마무리 짓기 위해 회의를 열었다. 미국의 지배가 영국의 영향력을 약화시킬 것이라고 생각했지만, 영국은 극동에서 더 많은 책임을 질 여유가 없었다. 영국은 호주와 다른 영연방 국가들로부터 압력을 받았기 때문에 미국의 제안을 받아들였다.

뉴른베르크 재판의 하틀리 윌리엄 쇼크로스 Hartley William Shawcross 영국 검찰총장을 비롯한 유력 인사들은 영국이 도쿄 재판에 참여하는 것이 국위 선양에 도움이 될 것이라고 믿었고, 이 또한 영향을 미쳤다.

다. 일본 전범 재판에 대한 중국의 입장

일본의 중국 침략은 아시아 태평양 지역의 다른 나라들에 대한 침략과 나치 독일의 유럽 국가들에 대한 침략보다 훨씬 빨랐다. 따라서 중국은 일본의 전범 처벌에 대해 항상 변함 없는 입장을 취해 왔다. 1942년 1월 13일, 중국 정부는 나치 독일이 점령했던 9개국 “적군 잔학행위 처벌에 관한 공동선언(Joint Declaration on Punishment for Enemy Atrocities)”을 선언하면서 “중국 인민이 겪은 모든 고통과 슬픔은 회복되고 재화되어야 한다”고 선언했다.

1943년 8월, 중국의 최고 지도자들은 외교부에 전보를 쳐서 일본 전범에 대한 재판이 연합국에 의해 국제법정에 회부되어야 한다고 주장했다. 중국은 일부 국가가 태평양전쟁 발발로 간주하더라도 동북부 지역에서 일본의 침략으로 소규모 전투가 시작됐다고 주장했다. 중국은 진주만 공격 이후 공식적으로 일본에 선전포고를 했지만, 중국 정부는 일본군이 중국인들을 상대로 저지른 범죄, 특히 난징 대학살은 용서할 수 없다고 분명히 발표했다.

중국은 1945년 6월 히로히토 일왕이 이끄는 일본 전범들의 1차 명단을 제출했다. 이 명단은 육군 173명, 해군 13명, 정치범 50명, 특수전범 20명으로 구성되어 있다. 9월에는 혼조 시게루, 오이하라 겐지, 타니 히사오, 하시모토 겐고로, 이타가키 세이시로, 하타 순로쿠, 도조 히데키, 와치 다카지, 사카이 에이사, 사카이 렌스케, 기타이치 등 12명의 주요 전범들이 예비 명단에서 추려졌다. 1946년 1월, 중국은 또 다른 21명의 주요 전범 목록을 제출하였다: 미나미 지로, 사다오 아라키, 히라누마 기이치로, 아베 노부유키, 요나이 미쓰마사, 구니 아키 고이소, 시마다 시게타로, 고키 히로타, 마쓰오카 요스케, 토고 시게네모리, 아리타, 아오키 가즈오, 스에츠구 노부마사, 니시오 도시조. 이 두 리스트 33명의 전쟁 범죄자들의 이름이 들어 있는 연합군 총 사령부 일본에서 제시되었다. 중국은 미국이 결정한 후 히로히토 천황의 책임 주장을 포기했다. 중국 정부는 3월 말, 2523명의 전쟁 범죄자 포함하여 1947년에 UNWCC 극동 소위원회에 주어진 총 3147명 지명했다.

라. 일본 전범 재판에 대한 소련의 입장

일본에 대한 소련의 입장은 일본과의 “불가침조약”(Non-Aggression Pact with Japan, Soviet - Japanese Neutrality Pact) 체결로 인해 독일에 대한 입장과 확연히 달랐다. 소련이 독일과의 재판 과정에서 적극적이었고, 독일과의 전쟁에서 많은 희생을 했기 때문에 “엄정한 처벌”(strict punishment)을 제안했다. 1942년 10월 14일, 소련은 루즈벨트에 의해 제안된 전

쟁 범죄자들에 대한 처벌을 지지하기 위해 9개의 정부들을 망명 서한으로 보냈고, 그것은 나치 지도자들을 처벌하기 위해 “특별 국제 재판소”(Special International Court)를 설치할 것을 호소했다.

소련은 루돌프 월터 리차드 헤스Rudolf Walter Richard Hess가 자신의 범죄를 인정한 것을 꺼리는 것에 만족하지 않았다. 그 결과 1942년 11월 2일 나치 범죄자 연구를 위한 국가 특별 위원회를 독립적으로 설립했다. 1943년 11월 6일, 스탈린은 “이 전쟁에 책임이 있는 모든 파시스트 가해자들에 대한 엄격한 처벌”을 원한다고 말했다. 1943년 11월 29일, 테헤란 회의의 만찬에서 스탈린은 5만-10만 명의 사람들을 소탕하려는 계획을 앞당겼다. 1942년 말, 소련은 키예프와 우크라이나의 하르코프에서 전범들을 추적하기 시작했다. 1944년 8월 중순, 소련은 “폴란드 소비에트 연방 특별 위원회”(Poland Soviet Union Special Committee)를 창설하고 폴란드 동부 루블린의 마이다네크 강제수용소(the Majdanek concentration camp in Lublin, east Poland)에 주둔한 독일군을 수색했다. 소련이 동유럽에서 반격에 나서자 독일 장교와 외교관을 붙잡아 추축국 소속 지도자와 예술인에 대한 “공공 재판”(public trial)을 진행했다.

대조적으로 소련은 일본에서 재판을 받는 동안 활동을 하지 않았다. “노몬한과 하산 호”(Nomonhan and Lake Khasan) 전투는 외교 경로를 통해 해결되었고, 소련은 제2차 세계 대전 동안 일본에 대해 거의 관여하지 않았다. 중앙 국가 재판소(the Central Powers Court)가 일본 전범 추적 정책을 정하기로 결정한 후, 일본 항복 문서에 배속된 국가의 최고 사령관에 의해 각각 판사들이 선발되었다. 1946년 1월 초까지 중국, 영국, 호주, 뉴질랜드, 프랑스, 네덜란드가 후보 지명을 제안했지만 소련은 이에 대해 아무런 언급도 하지 않았다. 1월 18일, 소련은 극동 국제 군사 재판소에 출석한 판사들과 검사들을 선정했다. 소련 대표단이 도쿄에 도착했을 때는 재판 날짜가 다가오고 있었다. 이 재판이 열리는 동안 소련은 노몬한과 하산 호수에서 국경 분쟁에 초점을 맞추었다. 한편 도쿄 재판이 끝난 후 소련은 하바롭스크의 생화학전 범죄(biologic warfare crimes)에 대해 일본 전쟁범죄자들을 독자적으로 재판하였다.⁴⁾

마. 일본 전범 재판에 대한 호주의 입장

다른 강대국들로부터 멀리 떨어진 남태평양에 있는 호주는 매우 오랜 시간 동안 평화를

4) 유하영, “전후 극동지역에서 전시범죄의 처벌,” 『인도법논총』 39, 2019.12 참조

유지할 수 있었다. 일본의 남방군은 일본인들이 처음으로 강력한 외적을 만난 것이었고, 그 결과는 호주인들이 결코 잊을 수 없는 공포였다. 아시아 태평양 지역 특히 남태평양에서는 일본의 침략에 대한 저항이 큰 희생을 낳았고 호주는 큰 대가를 치렀다. 따라서 전후 재판에 대한 호주의 태도는 매우 확고했다. 1945년 9월 10일, 오스트레일리아 외무부 장관 허버트 비어 에바트Herbert Vere Evatt는 모든 일본 전범을 “격리”(extinguish)하는 것은 호주의 책임이라고 말했다. 일부 일본 학자들은 오스트레일리아가 영연방의 일원으로서 영국의 영연방부속국이며, 자국의 견해를 표명할 자격이 없다고 주장했다. 그러나 호주는 이 과정에서 다소 혼선을 빚었지만 재판의 중요성을 강조해 국제적 위상과 발언권을 높였다.

영국과 달리 오스트레일리아는 정책에 대한 입장을 바꾸거나 정책에 대한 열정을 잃지 않았다. 대신 그것은 항상 일관성을 유지했고, 특히 일본 천황에 대한 추구가 확고했다. 영국은 히틀러가 제1차 세계대전 이후 등장한 이유가 입헌군주제의 포기 때문이며, 일본이 “안전”하다고 느끼기 위해서는 천황이 필요하다고 믿었다. 그러나 호주는 정반대의 견해를 갖고 쇼와 일왕의 책임이 추구되지 않는 한, 일본이 근본적인 변화를 겪는 것은 불가능하다고 믿었다. 천황에게 일본의 낡은 제도를 근절할 책임을 물을 필요가 있다고 느꼈다.

윌리엄 플러드 웹William Flood Webb은 극동국제군사재판소의 소장이 되었다. 그는 퀸즐랜드 사법 재판소의 소장과 호주 일본범죄수사위원회(The Australian Japanese Criminal Investigation Commission)의 소장을 지낸 폭넓은 경험으로 인해 이 중요한 자리에 선출되었다. 그의 지위는 호주가 일본에 대한 전후 재판에서 긍정적이고 영향력 있는 역할을 했다는 것을 의미했다.

III. UN과 전쟁법

1. 유엔 전범위원회와 전쟁법 발전

1942년 6월, 영국 수상 윈스턴 처칠은 전쟁범죄 조사를 위한 위원회의 설치를 제안했다. 그가 미국을 방문하는 동안, 그것은 미국 대통령 루즈벨트의 승인을 얻었고, 처칠은 영국으로 돌아오자마자 영국 내각에 이 제안을 했다. 이후 영국 대법관과 대법원장 존 사이먼이 위원회의 수장으로 임명되었다. 같은 해 10월 7일, 루즈벨트와 사이먼은 미국과 영국의 수도에서 조사위원회 설립에 관한 성명을 발표했다. 루즈벨트는 성명을 통해 다음과 같이 강

조했다. 그는 “이번 정부나 우리와 관련된 정부가 대규모 보복에 의존할 의도는 없다”고 말했다. “주모자들에게 정의롭고 확실한 처벌이 내려져야 한다는 것이 우리의 의도입니다.”

1942년 10월 14일 소련은 망명 중인 9개 정부에 서한을 보내 루스벨트의 성명을 지지하며 “특별국제사법재판소” 설치를 지지한다고 밝혔다. 11월 2일, 소련은 나치 전쟁 범죄를 조사하기 위한 “특별 국가 위원회”를 조직하는데 앞장섰다.

1943년 3월, 영국 정부는 미국, 소련, 중국 정부에 위원회를 설립하는 것에 대해 협의했다. 영국은 미국 대표가 의장직을 맡아, 4대 연합국, 영국령, 망명 정부 모두를 위원회에 포함시키기를 희망했다. 10월 20일, 영국 외무부에 의해 주최된 회의에서, 17개의 망명 국가들과 정부들 (영국, 호주, 벨기에, 캐나다, 중국, 체코슬로바키아, 그리스, 인도, 룩셈부르크, 네덜란드, 뉴질랜드, 노르웨이, 폴란드, 남아프리카, 미국, 유고슬라비아, 프랑스)은 미국, 프랑스 연합을 만들었다. 유엔전범과 전쟁법 개발위원회(the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War : UNWCC)가 런던에 설립되었다.

이 위원회의 목적은 전쟁 범죄의 증거와 범죄자 명단을 수집하는 기구로서, 지방 정부에 다시 전달될 수 있도록 하는 것이었다. 위원회는 당시 주요 업무가 나치 전쟁 범죄의 증거를 조사하는 것이었기 때문에 런던에 본부를 두고 있었다. 초대 의장은 상설 국제사법재판소의 판사였던 영국 대표 세실 허스트 Cecil Hurst였다. 소련은 그들의 제안이 만장일치로 승인되지 않았다는 이유로 참가를 거부했다. 소련은 우크라이나와 다른 공화국들이 이 위원회에 참여하도록 요구했는데, 이는 인도와 다른 영연방 국가들이 참여했던 것과 마찬가지로였다. 그해 말 미국은 영국을 설득하여 소련의 공화국들을 소련 대표 고문으로 참여시키도록 했으나 소련은 이를 거부했다.

2. 연합국의 개별/후속 재판

가. 일본 전범재판을 위한 아시아 태평양지역 군사재판소 설립.

도쿄 재판소는 제2차 세계대전 이후 아시아에서 연합군이 설립한 유일한 A형 전범재판소였다. 준 A형 재판소도 있었고, B형과 C형 전쟁범죄를 재판하는 다수의 재판소가 아시아 태평양 전역에 퍼져 있었다. 이 재판은 도쿄재판(1945~1952)보다 훨씬 오래 지속되었지만, 아마도 극동에서 연합군이 수행한 재판보다도 더 비중이 높다.

제2차 세계 대전 말기에 연합군은 독일과 일본의 전범들을 어떻게 재판할지 고민하기 시

작했다. 연합국과의 논의와 협의 끝에, 그들은 마침내 뉘른베르크와 도쿄에 두 개의 주요 국제 군사 재판소를 설치하여 독일과 일본의 국가 지도자들을 재판했다. 또한 많은 사람들이 전쟁 피해 지역의 군사법정에서 재판을 받았다. 이 재판소에는 많은 수의 재판소가 있었고 그들이 수행한 재판 횟수는 두 개의 주요 재판소보다 훨씬 많았다. 아시아에서는 도쿄 재판소를 통상 “A형 재판소”라고 불렀고, 다른 곳에서의 재판소는 “B형 재판소”와 “C형 재판소”라고 불렀다. 그러면 A형, B형, C형 재판소가 정확히 무엇인가?

1945년 10월, 미국 정부는 “극동 전범 체포 및 처벌에 관한 미국의 정책”(Policy of the United States in Regard to the Apprehension and Punishment of War Criminals in the Far East)을 발표하여 연합국에 배포하였다. 이 제안서는 연합군이 태평양 전역을 전범으로 기소하고, 국제재판소(도쿄재판소)의 기본 원칙을 논의해야 한다고 권고했다. 또한 여러 개의 소규모 재판소를 설립할 것을 권고했는데, 이 재판소는 각 동맹국의 관할 하에 놓이게 될 것이다. 제안서의 첫 장은 평화에 반하는 범죄(crimes against peace, A절), 종래의 전쟁범죄(conventional war crimes, B절), 인도에 반하는 범죄(crimes against humanity, C절)의 세 부분으로 나뉘었다. 평화에 반하는 범죄는 도쿄 재판소에 의해 재판될 것이다. 종래의 전쟁 범죄와 인도에 반하는 범죄는 소규모 개별 재판소에 의해 재판될 것이다. 그래서 도쿄 재판소를 다른 아시아 개별 재판소와 구별하는 데 가장 중요한 것은 도쿄 재판소가 다른 관할권에 속한다는 것이었다.

평화에 반하는 범죄로 기소된 피고인은 대부분 국가지도자였고, 전통적 전쟁범죄와 인도에 반하는 범죄로 기소된 피고인은 대부분 군 장교와 군인이었기 때문에 계급에 따라 A형, B형, C형 전범이 나뉘었다고 보는 경우가 많다. 심지어 서양에서도 B형과 C형 재판은 종종 “소규모 전범 재판”이라고 불린다. 다만 미국의 제안은 ‘A형 전범’을 보다 정확하게 번역하면 ‘Category A전범’(A형)이 되어야 한다는 점을 분명히 하고 있다. 1946년 10월 UNWCC의 의장 로버트 라이트 경(Sir Robert Wright)은 “부수적 전쟁 범죄”(minor war crimes)라고 말했다. 그러나 이는 오해의 소지가 있는 표현이었다. 실제 도쿄 재판소는 평화에 반하는 범죄보다 B형과 C형 범죄에 대해 훨씬 더 가혹한 판결을 내렸다.

1899년 헤이그 협약과 1907년 헤이그 협약, 1929년 제네바 전쟁포로의 처우에 관한 협약 등 평화에 반하는 범죄는 법리적 논쟁의 대상이 되었다. 이는 사실상 연합국/기구가 자국의 재판에 관련법과 처벌 절차를 적용할 수 있다는 것을 의미했다. 영국, 오스트레일리아, 미국은 영미법 체계에 따라 육지법(land laws)과 법규를 국제 조약으로 채택했다. 다만 네덜란드, 중국, 인도네시아 등 민법(civil law)을 따랐던 국가들은 국내 형법과 국제법을 모두 적

용했다. 미국도 예외적인 상황을 고려했는데 예를 들어 광의 경우 현지 형법을 사용했다.

연합군이 전범 정책에 대한 합의에 도달한 후, 그들은 소규모 개별 재판소를 설치하기 시작했다. 1945년 10월, 미군은 마닐라에서 토모유키 야마시타(Tomoyuki Yamashita)를 재판했다. 아시아에서 B형과 C형 범죄에 대한 첫 공개 재판이었다. 그러나 같은 해 2월 미 해군도 사이판 출신 광 경찰관을 살인 혐의로 재판에 넘겼는데, 자세한 내용은 한참 뒤에야 알려졌다. 1945년 말부터 1946년 중반까지 오스트레일리아, 영국, 프랑스, 중국, 네덜란드가 잇달아 재판을 실시했다. 1946년 7월 필리핀이 독립한 뒤 미군의 수사를 이어받아 그 다음 달부터 독자적인 재판을 시작했다. 중화인민공화국과 소련까지 포함하면 8개국(9개국 정부)이 일본 전범에 대한 재판을 하기 위해 개별 전범재판소를 설치했다.

나. 범죄와 범죄자

헤이그 협약과 육전법규(the Laws and Customs of War on Land)는 전쟁 범죄와 인도에 반하는 범죄에 대한 규정을 제정했다. 1944년 5월 연합군의 최고 전쟁범죄 정책 기관인 UNWCC는 33개의 전쟁 범죄 행위 목록을 제출했다. 동맹국들은 이 목록을 바탕으로 자체 규정을 바꾸거나 약간 조정했다. 미국, 중국, 필리핀, 호주는 자신들의 상황에 따라 “평화 반하는 범죄”를 시도할 것이라고 천명했다. 그러나 A형 전범은 B형이나 C형 법원에 나타나지 않았다.(도표1)

1946년 10월, 중화민국은 전범 재판에 관한 법률을 공포하였고, 38개의 범죄 행위를 열거하였다. 그것은 병원을 고의적으로 폭격하는 행위, 집단 고문의 시행, 악의적인 모욕, 역사적, 예술적 또는 다른 문화적 보물을 약탈하는 행위, 그리고 군에 의한 잔인함이나 파괴 행위, 의무 이상의 일을 하도록 강요하는 행위, 또는 법적 권리를 행사하는 것을 방해하는 행동을 포함한 전쟁법을 위반하는 다섯 가지 새로운 행위를 포함한다.

‘집단형벌 부과법’을 없애고 ‘강제 성매매 목적의 소녀·여성 납치법’을 들(아동 유괴외 여성 유괴하여 성매매 강요법)로 분리했다. 그것은 또한 일부 행위에서 몇 가지 표현을 바꾸었다. “퀴터를 주지 말라는 지침”은 “살육 명령을 내리는 것”으로, “악성 질식 가스의 사용”은 “독가스나 세균전 사용”으로, “재산 몰수”는 “무력 또는 강탈로 돈이나 재산을 빼앗는 것”으로 바뀌었다.

전쟁이 발발한 후 연합군은 “버마-시암 철도 사건” 및 “바탄 죽음의 행진” 동안 저지른 범죄, 싱가포르에서 일어난 “화교 살해”, 그리고 민간인과 전쟁 포로에 대한 다른 잔학 행

위들을 포함한 일본의 전쟁 범죄에 대한 정보를 수집하기 시작했다. 결과적으로 포츠담 선언은 “우리 포로들에게 잔혹행위를 한 사람들을 포함한 모든 전쟁 범죄자들에게 엄정한 정의가 주어져야 한다”고 명시했다.

일본이 패망한 후, 연합군은 전쟁범죄를 조사하는 데 국가간의 협력 역할을 하기 위해 많은 연락기관을 이용했다. 연합군 최고사령부(GHQ, SCAP)에 소속된 도쿄에 본부를 둔 법무기관이다. 이 기관은 호주, 영국, 캐나다, 중국, 네덜란드에 5개의 지부를 두고 있었다. 이러한 지부를 통해 미군무원들은 다른 나라의 수사관들과 전범에 대한 정보를 교환하고 체포와 송환 등을 수행할 수 있었다. 이와 유사한 기관은 동남아시아 육지 연합군(Allied Land Forces South East Asia : ALFSEA)에 소속된 전범조정실(the War Criminal Coordination Office)이었다. 본부는 영국 실론(현 스리랑카)과 싱가포르에 있었으며, 방콕, 대만, 홍콩, 쿠알라룸푸르, 라부안, 메단, 페낭, 양곤, 사이공, 상하이, 도쿄에 17개의 지부를 두고 있었다.

일본이 패망한 뒤 구조된 포로들이 대거 전범 정보를 유포했고, 수사기관들은 이를 토대로 전범 명단을 작성했다. 1948년 3월까지 UNWCC의 전범 목록에는 440명의 일본인 용의자가 있었다. 1945년 8월 중국 충칭시의 극동 태평양 소위원회는 127명의 일본 전범 명단을 추가로 작성했다. 소위원회는 26명의 명단을 받았는데, 3158명의 용의자와 목격자를 상세히 기술했다. 1945년 9월경 동남아시아 연합군은 25명의 전범 명단을 작성했다. 한편, GHQ는 명단에 있는 사람들을 체포하기 시작했고, 헌병들과 다른 관련자들을 수용소에 배치하기 시작했다. 1946년 10월 초까지 1000명 이상의 사람들이 체포되었다고 “일본 제1차 동원국의 법률 조사부”(the Legal Investigation Department of Japan’s First Demobilization Bureau)의 통계가 있다.

다. 개별 전범 재판 개요

국가마다 관련 자료를 보존하고 취합해 공개하는 방식이 제각각이었기 때문에 모든 재판의 정확한 수치를 제시하기는 어렵다. 아시아 태평양 지역에는 B형과 C형 범죄를 기소하는 것으로 알려진 51개의 전범 재판소가 있었다. 일본 법무성의 통계에 따르면 하야시 히로후미Hirofumi Hayashi는 소련과 중화인민공화국을 제외한 소규모 법원이 5700명의 피고인들을 상대로 2244개의 재판을 진행했다는 것을 발견했다. 얼마나 많은 B형과 C형 재판이 수행되었는지에 대한 통계가 크게 다르다는 점에 유의해야 한다. 이 장은 질적 분석을 목적으로만 한 히로후미와 찬 요시오Chaen Yoshio의 연구에서 나온 수치를 인용한다.

기소된 범죄는 대부분 민간인·수형자에 대한 학대·고문 또는 학살을 비롯해 강제노역·성폭력·경제적 약탈·마약 거래 행위 등이 포함됐다. 예를 들어 필리핀 법원은 식인 행위(cannibalism)를 다루었고 미국은 죄수들의 시신과 관련된 추가 사건들을 처리하는 등 일부 국가들도 자국의 우려를 가지고 있었다.

피고인의 4분의 3이상이 군인이었다. 이 가운데 절반이 하급 부사관들로 대부분 사형을 받았다. 헌병대(및 이에 준하는 해군 특수경찰)의 비율도 상당히 높았다. 수용소 희생자의 대부분은 민간인과 전쟁포로였다. 법원은 민간인 학살과 전쟁 포로 학대를 매우 중요하게 여겼다.

IV. 아태지역 연합국 내에서 수행된 B형 및 C형 전범 재판

1. 아태지역 연합국가별 전범재판소

가. 미국

미 육군은 마닐라, 요코하마, 상하이에서 일본 전범들에 대한 재판을 열었다. 미 해군은 괌과 콰잘레인에서 재판을 개정했다. 육군은 1945년 말 미 태평양 육군 사령부가 작성한 “전범재판 규정”(Regulations for the Trial of War Criminals)을 따랐다. 해군은 현지 형법을 따랐다. 이에 피고인 1409명, 유죄 1229명, 사형 136명 등이 선고되었다.

미국은 연합국 중 가장 일찍 재판을 시작했다. 야마시타 도모유키(1945년 10월 ~ 12월)와 혼마 마사하루(1946년 1월 ~ 2월)의 마닐라 재판은 일본 전범에 대한 아시아 최초의 공청회(public hearings)였다. 두 명의 피고인은 제14지역군 사령관이었다. 야마시타는 필리핀과 싱가포르에서 그의 휘하의 군대가 수감자들과 민간인들에게 잔학한 행위를 하도록 허용한 죄로 유죄 판결을 받았다. 혼마는 악명 높은 “바탄 죽음의 행진”(Bataan Death March) 기간 동안 잔학 행위를 지시한 혐의로 유죄 판결을 받았다. 두 사람 모두 교수형에 처해졌다. 이번 판결은 전시에 부하들의 책임을 지고 국제법을 위반하는 지휘 책임의 원칙에 따라 내려진 인류 역사상 최초의 사법 판결이었다. 해군의 괌과 콰잘레인 재판은 훨씬 일찍 시작되어 123명이 기소되었고 113명이 유죄 판결을 받았으며 30명이 사형 선고를 받았다.

다만 미 해군은 “상관의 말살 명령(extermiation orders)을 수행한 자는 사형을 선고받아서

는 안 된다”는 명령을 내렸다. 그래서 대부분의 피고인들이 살인 혐의로 기소되었기 때문에 사형을 선고받은 사람들의 수는 10명으로 줄어들었다. 상대적으로 해군 재판에 대한 처벌이 다른 재판소에 비해 가벼웠다. 일본 외무성은 해군의 재판이 “공정하고 신중했다”고 보고했다. 그 이후 미군 재판에 대한 많은 연구가 진행되었는데, 특히 야마시타 재판을 중심으로 그러했다.

미군 재판은 포로 학대 문제에 큰 중요성을 부여했다. 전체 사건 중 재소자를 대상으로 한 범죄의 비중이 81.3%에 달했다. 주로 미군 포로 학대나 살해를 위한 것이었지만, 방치, 비방, 심지어 “식인풍습”(cannibalism)도 포함되어 있었다. 1945년 12월부터 1949년 10월까지의 요코하마 재판에서 전쟁포로에 관한 범죄율은 97%에 달했다. 재판소는 피고인들이 일본 전역의 여러 교도소에서 수감자들을 학대하는 것에 대해 책임이 있다고 주장했다.

상하이 재판소는 1946년 2월부터 9월까지 일본군이 “한커우 사건”(Hankou Incident)과 “두리틀 공습”(Doolittle Raid) 동안 중국 전장에서 미군 포로들을 상대로 범죄를 저질렀다고 판결했다.

미군 재판에서는 중국인 노동자가 살해된 ‘화강 사건’(Huagang Incident)과 같은 다른 유형의 범죄도 다루었다. 피고인 중에는 B-29 폭격기 조종사를 학대한 민간 일본인, 포로의 생체검사(biopsies)에 종사한 의사와 간호사 등이 있었다. 일반적으로 미군은 일본 전범재판의 범위가 넓었지만, 재판소는 미군 포로들에 대한 학대를 더 우려했다. 이것은 영국의 군사 재판과는 상당히 달랐다.

나. 영국

ALFSEA(Allied Land Forces South-East Asia)의 최고 사령관인 L. 루이스 마운트 배튼은 영국의 전범 재판을 감독했다. 그의 17개 수사팀은 필리핀을 제외한 동남아시아 전역에서 일했다. 영국은 깊은 소송 전통을 가진 관습법 체계를 가지고 있어서 전쟁 범죄의 재판과 평결을 위한 엄격한 절차를 옹호했다. 이 법은 전범재판 규정을 따랐으며, 1945년 영국 왕실 영장(British Royal Warrant)에 부차적인 입법 문서가 첨부되었다. 또한 GHQ와 ALFSEA에서 발표한 몇 가지 지침도 있었다.

1946년 1월부터 영국은 싱가포르, 북보르네오(현재의 말레이시아 사바), 말라야(옛 말레이시아 반도), 미얀마, 홍콩에 군사법정을 설치했다. 학자들은 이러한 재판과 관련된 통계에 대해 합의점을 찾지 못하고 있다. 하야시 히로후미의 통계에 따르면 918명의 피고인이 있

었고 281명이 사형 선고를 받았다. 또 다른 저명한 서양 학자 프리차드(Prichard)는 피고인이 890명이고, 237명이 사형 선고를 받았다고 믿는다. 전체적으로 싱가포르 법원이 가장 많은 사건을 처리했고 미얀마, 홍콩, 말라야가 그 뒤를 이었다.

영국의 재판에서 가장 중요했던 것은 미군 재판소가 자국 군 포로에게만 관심을 기울인 것에 비해 일본군의 내국인 범죄에 큰 관심을 기울였다는 점이다. 현지 포로와 민간인을 모두 포함했다면 희생자의 약 3분의 2는 아시아인, 특히 중국인이었을 것이다. 싱가포르에 있었던 화교 대학살 사건(Massacre of Overseas Chinese)에서, 117명의 일본군 장교들이 형사적으로 책임이 있는 것으로 밝혀졌다. 이 중 2명은 사형, 5명은 무기징역형을 선고받았다.

한편으로 영국 재판은 아시아계 피해자들에게 미치는 영향을 살펴보면서 “연합국 재판은 자국 내 희생자와 전쟁포로만을 배려했다”는 견해를 반박했다. 반면에, 많은 학자들은 영국이 식민지 사람들의 신뢰를 되찾고자 하는 바람에서 이것을 했다고 주장한다. 일본군의 공격으로 동남아시아에 주둔하고 있던 영국군은 퇴각할 수밖에 없었고, 이는 식민지에서 위신을 잃었다는 것을 의미한다. 전후 식민지 독립 운동이 급증하던 1948년 중국 주도의 공산주의 투사들은 영국에 등을 돌렸고 인도, 싱가포르, 말레이시아는 독립을 위해 노력했다. 이 모든 요소들은 영국의 재판에 정치적 그림자를 드리웠다.

다. 오스트레일리아

호주는 연합국 중 전범조사를 시작한 첫 번째 국가이다. 1943년에서 1945년 사이에 호주 정부는 세 개의 “조사위원회”(investigative commissions)를 설립했다. 이후 도쿄 재판소의 소장이 된 웹 William F. Webb은 세 차례 위원장을 맡았다. 이 위원회는 남서태평양 지역에서 광범위하고 치밀한 조사를 수행했고, 일본 전범에 대한 오스트레일리아 재판에 많은 증거를 제공했다. 제3차 웹 위원회는 또한 A형 평화에 반한 범죄와 같은 “침략 범죄”를 조사했다.

전범재판에서 호주는 미국과 영국의 정치적 실용주의를 무시하고 대신 연합국에 일왕을 기소할 것을 촉구했다. 웹과 앨런 맨스필드 Alan Mansfeld는 도쿄 재판소의 판사와 검사로 임명되었지만, 위원회의 최종 보고서는 B형과 C형 전쟁 범죄만을 상세히 기술했다. 도쿄 재판소가 천황에 대해 기소하지 않기로 결정했기 때문에 천황에 대해서는 언급하지 않았다.

호주 재판은 1945년 전범법(1945년 법률 제48호, War Crimes Act)과 전범재판 규정(1945년 법률 제164호, the Regulations for the Trial of War Criminals)에 이은 것으로 영국 “왕실 영장”(Royal Warrant)과 비슷한 문구가 포함됐다.

호주는 1945년 11월 웨이왁(Weiwak) 재판 이후 라부안(Labuan), 모로타이(Morotai), 라바울(Rabaul), 다윈(Darwin), 홍콩, 싱가포르, 마누스(Manus) 등지에서 일본 전범재판소가 설립하였다. 호주에서 행해진 범죄는 주로 포로를 대상으로 한 것으로, 피고인 중 81.1%가 기소되었다. 검찰은 항복한 군인들을 학살하고, 수감자들을 학대하며, 식인 행위(cannibalism)를 한 혐의로 피고인들을 기소했다.

모든 사건 중에서 가장 대표적인 사건이 “산다칸 죽음의 행진”(Sandakan Death Marches)이었다. 1945년 산다칸 수용소 1300여 명이 보르네오 북서부의 라나우 수용소(Ranau prison camp)로 강제 이주시켰다. 행군 기간과 수용소에 도착한 후 많은 죄수들이 질병, 기아, 살인으로 사망했다. 전쟁이 끝날 무렵, 겨우 6명의 호주인만이 살아남았다. 사망률은 100%에 가까웠다. 1947년 6월 라바울 재판에서는 일본 제37군 사령관 바바 마사오(Baba Masao) 중장이 죽음의 행진 잔혹행위에 대한 책임이 인정돼 사형을 선고받았다.

호주 재판의 희생자들은 다양한 나라에서 왔다. 아시아인뿐만 아니라 유럽과 미국인 희생자가 많았다. 일본이 저지른 총 294건의 만행 중 128건이 중국인, 인도네시아인, 인도인 또는 다른 남태평양 섬 주민들과 관련이 있었다. 라바울 재판에서 일본인들은 희생자들이 일본군이라고 주장했지만 재판소는 그들을 포로로 인정했다. 이는 연합군이 아시아 공동체에 가해진 잔학 행위에 상당한 관심을 기울였던 또 다른 방식을 보여준다.

호주의 재판은 오랫동안 지속된 것으로 알려져 있다. 극동위원회(Far East Commission)는 1949년 9월 30일에 결론을 내릴 것을 권고했지만, 1951년 중반까지 계속되었다. 그들은 다른 동맹국들보다 1년 반 더 오래 지속되었다.

라. 중국

중국은 일본의 침략 전쟁에서 가장 큰 희생양 중 하나의 나라이다. 1944년 2월 중국 정부는 충칭에 전쟁범죄를 조사하기 위한 조사위원회를 설치하였다. 외교부, 법무행정부, 군사부도 참여했다. 1944년 5월, UNWCC는 충칭 소위원회를 설립했다. 이 두 기관은 일본의 전범 사건을 조사하였고 중국의 전범 재판에 관여하였다. 전쟁 기간 동안 중국의 거의 절반이 전쟁터가 되었기 때문에 적들이 점령한 지역은 여전히 존재했고 증거를 수집하기도 어려웠다.

전쟁이 끝나기 전 미션 그룹은 국민당이 운영하는 지역의 손실과 사상자 통계를 수집할

수 있었다. 그러나 이러한 어려움에도 불구하고 중국 정부는 점차적으로 재판을 진행할 수 있었고 전범 목록을 만들기 시작했다. 1945년 10월 중국 정부는 적범죄 수사법(the Investigation Method of Enemy Crimes)을 발표하였고, 1946년 2월 전범재판과 전범처우방법(the Treatment Method of War Criminals), 전범실시내용(the Implementation Details of War Crimes) 등을 제정하였다. 이후, 전범 위원회는 베이징, 난징, 상하이, 한커우, 광둥, 선양, 타이위안, 쉬저우, 진안, 타이베이에서 일본 전범들을 재판하기 위해 법원을 설립했다.

중국의 재판은 몇 가지 주요 특징을 가지고 있었다.

첫째, 그들의 전체적인 크기는 상대적으로 작았다. 중국은 일본 침략전쟁의 최대 피해자임에도 불구하고 네덜란드(11명)보다 법원이 적었고, 미국, 영국, 호주, 네덜란드보다 전체 피고인이 적었다. 이는 주로 전쟁 중 군대의 이동성이 크고 사람들의 이동이 잦았기 때문이다. 일제의 만행을 고발하는 원고가 많더라도 군인들의 이름을 밝히기 어려웠으며, 이는 용의자의 신원 확인과 체포가 특히 어려웠다는 것을 의미한다.

둘째, 90% 이상이 민간인에 대한 잔학행위였다. 이것은 중국의 많은 지역이 전쟁터가 되었거나 전쟁 중에 일본군이 점령했기 때문이다. 재판소는 주로 일본 군인들을 살인 및 학대 혐의로 재판했지만 그들은 또한 주민들의 재산을 약탈(파기), 강제 강탈, 교육 노예화, 마약 밀매(looting (destroying) residents' property, forcible extortion, enslaving education, drug trafficking), 심지어 평화에 반하는 범죄가 증가하는 "침략을 선동"(inciting aggression)하는 행위에 대해서도 재판했다. 우한 재판소에서야 일본군이 다른 많은 곳에서 저지른 일임에도 불구하고 군인들이 "가스전 범죄"(the crime of gas warfare)로 재판을 받았다.

셋째, 기소된 군 고위 지도자의 수는 미국에 이어 두 번째로 많았으며 연합군 중 가장 많았다. 이는 중국이 지휘 책임을 근거로 이들이 재판을 받기를 희망했음을 보여준 것이다. 그러나 난징 재판소의 타니 히사오(Hisao Tani), 광저우 재판소의 다나카 히사카즈(Hisakazu Tanaka) 등 소수의 사람들을 제외하고는 피고인들이 엄벌에 처하지 않았다. 형벌이 부과된 군인들은 대부분 헌병대로 이 중 40%가 유죄 판결을 받았고 그 중 절반만 처형되었다. 이들은 일제 강점기 지역에서 민간인과 직접 접촉한 경험이 있는 사람들로 집단 따돌림이나 학대 행위(the highest number of bullying or abusive acts)가 가장 많은 것으로 나타났다.

넷째, 중국인은 재판 중 무죄 선고를 받은 비율이 약 41.9%로 호주 재판소 다음으로 가장 높았다. 이들은 일반적으로 당시의 정치적 요인, 즉 국민당(KMT)과 중국 공산당(CCP) 사이의 내전에 영향을 받았다고 여겨진다. 내전이 국민당에게 점점 불리해지면서 많은 재판이 갑자기 끝났다. 국민당은 중국 공산당을 견제하기 위해 일본군을 이용하기를 원했다.

중국 제국군을 지휘한 일본군 지도자 오카무라 야스지(Okamura Yasuji)의 경우를 보자. 그는 북중국 공산당이 장악한 지역에서 “3대 알리스 정책”(Three Allis Policy) (모두 죽이고, 모두 불태우고, 모두 약탈)을 펼쳐 막대한 피해를 입혔다. 그러나 그의 범죄는 국가 정부 재판에 포함되지 않았고 그는 결국 무죄 판결을 받았다.

1949년 1월 말 상하이 재판이 마무리되면서 일본 전범에 대한 국가 정부 재판은 모두 끝났다. 한 달 만에 복역 중이던 전범들은 모두 일본으로 돌려보내졌다. 1949년 10월 중화인민공화국이 수립되었다. 7년 후 신중국은 일본에 대항하여 독자적인 재판을 시작했다.

마. 필리핀

일본이 항복했을 때 필리핀은 여전히 미국의 지배하에 있었다. 따라서 1945년 4월 필리핀에서 일어난 일본 전범에 대한 조사는 미군 태평양 전범 수사국(The US Army Pacific War Criminal Investigation Agency)에 의해 수행되었다. 1946년 7월 4일 필리핀은 독립했다. 필리핀 정부는 미국이 전범 사건을 수사한 사례를 그대로 따랐다.

1947년 8월 필리핀 재판이 마닐라에서 열렸다. 필리핀 재판소에서 행해진 범죄는 중국 재판소의 범죄와 어느 정도 유사했는데, 92.7%가 민간인에 대한 잔학 행위 혐의(allegations of atrocities against civilians)(중국의 경우 94.6%)였다. 검찰도 일본군의 출입이 잦거나 군무원이 사망하는 등 특정 피의자에 대한 증언이 중국과 비슷한 어려움을 겪었다. 그러나 주요 차이점은 169명의 피고인 중 79명이 사형을 선고받았는데, 이는 중국보다 훨씬 높은 비율이다. 그럼에도 불구하고 겨우 17명만이 마침내 처형되었다. 1953년 필리핀 국경절(National Day)에는 사면이 내려져 아직 사형이 집행되지 않은 사형수는 무기징역으로 감형됐다. 그들은 일본으로 송환되었는데 일부 학자들은 필리핀이 일본의 보상 때문에 선의를 보인 것으로 믿고 있다.

바. 네덜란드

네덜란드의 B형과 C형 법원에서 행해진 범죄의 대부분은 네덜란드령 동인도 식민지(현재의 인도네시아)에서 주로 일본인에 의해 저질러졌다. 네덜란드 재판을 특별하게 만든 것은 불안정한 정치상황 속에서 당국이 수사와 재판을 진행했다는 점이다. 일본이 항복하는 동안 인도네시아는 독립을 선언했다. 네덜란드의 관리들이 인도네시아에 주권 국가로 재입

국했을 때, 그들은 지역 독립주의자들의 저항을 받았다. 결과적으로 1946년 6월이 되어서야 네덜란드는 관련 재판 규정을 제정했다.

네덜란드 법원에서 진행된 재판의 절반가량은 현지 민간인을 대상으로 한 범죄였으며, 유럽인(주로 네덜란드인)을 대상으로 한 재판은 소수였다. 군인에 의한 잔학행위(atrocities)의 비율은 20% 미만이었다. 일본은 전시 스파이 활동을 막기 위해 많은 지역에 구치소를 설치했지만 자바와 수마트라 양 지역에 있는 구치소들은 8만 명이 넘어 다른 구치소를 훨씬 능가했다. 억류자들은 다양한 형태의 비인간적인 대우를 받았다. 그들은 굶주리고, 약을 빼앗기고, 학대받고, 심지어 살해당했다. 많은 지역 민간인들이 항일 행위나 간첩 혐의로 일본군에 의해 체포, 고문, 학살당했다.

네덜란드 재판은 전시의 성폭력 범죄(crimes of sexual violence)에 큰 중요성을 부여했다. 검찰 측 증거는 많은 네덜란드와 아시아 여성들이 전쟁 중에 “위안부”(comfort women)가 되도록 강요받았다는 것을 밝혀냈다.

네덜란드 국민에 대한 일본의 전쟁 범죄는 양국 간의 외교 관계에 큰 영향을 미쳤다. 도쿄재판 이후 대부분의 동맹국들이 일본과의 외교관계를 재개하기 시작했지만 네덜란드 정부는 우호의 기미를 보이지 않았다. 1951년 샌프란시스코에서 평화조약이 체결된 이후에도 네덜란드 정부는 일본에 배상금 해결을 위한 압력을 계속 행사했다.

인도네시아가 독립하는 동안 남아있는 많은 일본 군인들이 이 운동에 참여했다. 네덜란드는 이 전쟁을 “자바와의 후속 전쟁”(a subsequent war against Java)이라고 여겼다. 이것은 네덜란드 재판의 성격을 불명확하게 만들었다 - 몇몇 피고인들은 네덜란드 당국이 아닌 인도네시아 독립군에 무기를 넘겼기 때문에 휴전 조약(the Armistice Treaty)을 위반했다는 혐의를 받았다. 다른 나라의 재판에서는 이와 동등한 것이 없었다. 네덜란드는 인도네시아 국민들에게 정치, 군사, 외교를 강요하지 못하자 1949년 말 인도네시아에서 완전히 철수했다. 수감 중인 전범 700명은 스가모 교도소로 이감되었고 B형과 C형 전범 재판은 종료되었다.

그의 결과는 중국 국민당이 통치하는 재판의 결과와 매우 유사했다. 식민지에서도 재판이 진행되었던 영국과 비교했을 때, 네덜란드 재판은 “식민주의를 종식시키는”(ending colonialism) 가운데 “전범 재판”을 하면서 두드러진 갈등을 보였다. 비슷한 일이 프랑스 재판에서도 일어났다.

사. 프랑스

일본 전범 재판에 대한 프랑스 재판소는 프랑스령 인도차이나 사이공(현 호치민시)에 위치해 있었다. 제2차 세계대전 중 프랑스령 인도차이나 당국은 프랑스가 나치 독일에 점령된 후 일본에 항복했다. 1945년 3월, 연합군이 연합군에 가담하는 것을 막기 위해 일본은 연합군을 무장 해제시켰다.

일본은 베트남과 캄보디아의 독립을 선언하고 프랑스령 인도차이나 정부와 군대를 학살했다. 1945년 8월 혁명 이후 베트남은 9월 2일 독립을 선언했다. 프랑스와 일본, 베트남의 관계가 복잡한 가운데 프랑스 당국이 일본 범죄에 대한 조사에 착수했다. 베트남의 민족독립운동을 탄압하면서 이렇게 한 것이다. 사이공 재판은 프랑스의 법리를 따랐고, 재판은 독일 전범 재판과 같은 절차를 밟았다. 그들은 1944년 8월 “전쟁, 전범 및 전쟁범죄의 처리방법 법”(“War, War Crimes and the Treatment Method of War Crimes” act)이라는 국내 형법 및 군사법을 적용했다. 1946년 2월부터 1950년 2월까지 230명이 기소되었다. 63명은 사형, 23명은 무기징역, 112명은 기타 징역, 31명은 무죄가 선고되었다.

재판소에서 검찰은 일본인들이 “참수”(decapitation)와 “고문”(torture) 그리고 국제 규약을 위반하는 일을 하도록 강요함으로써 프랑스 전쟁 포로들을 “대량 살해”(massively murdering)했다고 비난했다. 일본군은 프랑스군 포로, 민간인, 인도차이나 저항 조직원들도 살해했다. 그러나 현지인에 대한 그들의 행위는 대부분 재판소에서 무시되었다.

일부 학자들은 이런 종류의 범죄에 대해 소극적으로 보이는 프랑스 재판에 대해 비판해왔다. 연구는 제1차 베트남 전쟁의 발발과 함께 프랑스의 베트남 재판을 지배한 것은 인도차이나를 재식민지화하려는 야망이었다는 것을 보여준다.

아. 중화인민공화국과 구소련

위의 7개국 외에도, 아시아의 다른 두 국가인 구소련 하바롭스크와 중화인민공화국이 일본을 상대로 재판을 수행했다. 이 두 법원은 연합군 전범재판소에 포함되지 않았다.

하바롭스크 재판은 1949년 12월 25일 시작되었다. 이 재판소는 일본의 전시용 생물무기(biological weapons) 제조와 사용에 초점을 맞추고 있어 후대의 관심을 끌었으며, 관동군 사령관 야마다 오토조(Otozo Yamada)를 포함한 12명의 준장교가 기소되었다. 하야시 히로후미의 조사에 따르면 약 300명의 일본인 죄수들이 재판을 받았다. 그들 대부분은 재판을 받

기 전에 만주에서 구금되었다. 전쟁 중 일본이 소련을 점령하지 않았기 때문에 하바롭스크 재판소는 주로 간첩과 반혁명 혐의로 피고인들을 기소했다. 소련은 1947년에서 1950년 사이에 사형제도를 폐지했고, 그래서 각 피고인은 중노동 선고를 받았다. 1956년 소련은 일본과 외교 관계를 재개했고 이 피고들과 다른 시베리아 노동자들을 일본으로 돌려보냈다.

1950년 7월 969명의 일본 전범들이 중국과 소련 관리들의 공동 합의에 따라 소련에서 푸순 전범 행정 센터(Fushun War Criminals Administrative Center)로 이송되었다. 동시에 140명의 일본 군인들이 타이위안 전범국(Taiyuan War Criminals Administration)으로 이송됐다. 이들은 옌시산(Yan Xishan, 閻錫山)을 도왔으며 나중에 공산당의 포로가 된 사람들이었다. 신 중국 정부는 사상 교육과 개혁에 대한 가이드라인을 가지고 있었다. 신 중국 정부는 전범 수용소의 이념 교육과 개혁에 관한 지침을 가지고 있었다. 다른 나라와 전범에 대한 정책이 달랐는데, 그것은 그들이 인도적인 대우를 받을 수 있도록 하면서 반성과 자백을 하도록 노력했다는 점이다.

1956년 4월 전국인민대표대회 상무위원회는 전범들에게 관용을 베풀기로 결정했다. 1956년 6월부터 7월까지 45명이 선양과 타이위안 법정에서 재판을 받았다. 나머지 1017명은 기소가 면제되었다. 검찰은 아동학대, 살인, 경제적 약탈, 문화적 침략과 같은 범죄 혐의를 제기했다. 피고인 전원에게 유죄가 선고됐지만 사형을 선고한 사람은 한 명도 없었다. 1945년 이후 수감 기간이 계산되었기 때문에, 죄수들은 형기가 끝나거나 감형을 받자마자 일본으로 돌아가기 시작했다. 1964년 4월 그들은 모두 일본으로 돌아갔다. 일부 학자들은 “더 많은 개혁, 더 적은 처벌”(more reform, less punishment) 정책이 채택되었다고 믿는다. 신 중국 재판 동안 중국 공산당의 정책과 일치했을 뿐만 아니라 당시 중국의 국제주의와 밀접한 관련이 있었다.

2. 연합 국가별 재판 이후

가. 형 집행 및 포로 석방

처형된 사람들을 제외하고, 대부분의 전범들은 재판이 열린 장소에서 복역했다. 그러나 전후 국제적으로 상황이 급변하면서 많은 사람들이 도쿄의 스가모 교도소로 이송되었다. 1949년 2월 국민당은 260명의 전범들을 스가모로 이송했다. 1950년 네덜란드, 프랑스, 영국도 전범들을 이송했다. 이후 민족 독립의 물결은 동남아시아의 식민지들이 포로수용소를

관리하기 어렵다는 것을 의미했다. 1951년 8월 호주 법원은 홍콩과 싱가포르 기지에서 전범들을 이송했다. 1953년 라바울과 마누스 법정의 죄수들은 필리핀 법정의 죄수들과 함께 스가모로 이송되었다. 1951년 9월 샌프란시스코에서 일본과 평화조약이 체결된 후 GHQ는 스가모의 관할권을 일본 정부에 넘겼다. 그러나 누구를 사면할 것인지, 감형할 것인지, 가석방할 것인지는 여전히 유엔에 달려있었다. 중국은 샌프란시스코 평화조약에 참여하지 않았지만 1952년 4월 타이베이에서 “일중 평화조약”(Treaty of Peace between Japan and the Republic of China)이 체결된 직후 국가 정부는 나머지 91명의 전범을 석방했다.

당시 일본에선 전범 석방이 탄력을 받고 있었다. 1952년 5월에는 전범 석방을 촉진하는 “전범 세계 회의”(war prisoners’ world conference)가 개최되었다. 다음 달, 일본 하원과 상원은 전범 석방에 관한 몇 가지 결의안을 통과시켰다. 여론은 전범을 “전쟁의 희생자”(victims of war)로 묘사하는 경향이 있었다. 일본 정부는 냉전 기간 동안 전범들의 완전한 석방과 군사력 재건을 위해 서방 국가들에 대한 지원을 위해 로비를 했다. 이러한 영향으로 프랑스 (1954년), 호주 (1957년), 미국, 영국, 네덜란드 (1958년)는 모두 전범들을 석방했다. 1958년 말 남아있는 전범들은 모두 석방되었다.

중화인민공화국의 단독 재판 이후 기소 면제자 천여 명이 곧바로 일본으로 송환된 것은 언급할 가치가 있다. 1960년까지 일본의 전범들은 모두 일본으로 돌아갔다. 이후 “중국귀국 연락위원회”(China Returnee Liaison Committee)가 설립되어 전후 중일 평화와 인정 (reconnaissance)을 추진하는데 중요한 민간단체임을 입증하였다.

나. 미해결 문제

최근 연구에 따르면 일부 B형과 C형 재판에는 두 가지 문제점이 있다.

(1) 처벌받지 않은 범죄들

첫 번째는 전시 성폭력(wartime sexual violence)이다. 여러 나라의 재판소에서는 “강제 매춘”(enforced prostitution)에 대해 기소했지만, 이것만으로는 충분하지 않았고 어떠한 독립적인 조항에 의해서도 “강간”(rape) 혐의로 기소된 적이 없다. 도쿄재판소나 다른 B/C형 재판소가 “위안부”에 대한 판결을 내리지 않은 것도 중요하다. 전시 성폭력을 반인도적 범죄로 처벌해야 한다는 의견이 나온 지 50년이 지나서야 국제형사재판소(ICC)와 유엔 안전보장이사회가 관련 문서를 채택했다.

두 번째는 일본의 “생화학전”(biochemical warfare)이었다. 전쟁이 끝난 후 태평양에서의 조사는 일본군의 인간 실험(human testing)과 가스전에 대한 대규모 증거를 발견했다. 호주와 중국 재판소는 모두 그러한 사건들을 기소했다. 그러나 불기소 처분된 유사 행위들이 적지 않다. 가장 확실한 예는 만주 관동군(731부대)의 방역정수부(Epidemic Prevention and Water Purification Department in Manchuria)에서 인체실험을 한 것이다. 미국이 정치적으로 구속될 것을 우려했기 때문에 기소하지 않았다.

세 번째는 식민지 국민을 대상으로 한 범죄, 즉 식민지 전범이 있었던 곳이다. 영토 확장의 시대 동안 일본은 식민지 사람들에게 “제국화”(imperialization)와 “전쟁 동원”(war mobilization)에 대해 교육했고, 많은 한국 여성들이 일본군의 성노예(sex slaves)가 되도록 강요했다. 전쟁이 끝난 후 연합군은 일본 제국을 위해 봉사한 타이완, 조선민주주의인민공화국, 사이판인에 대한 소송을 기피했다. 그러나 그들은 식민지 피해자들에게 거의 관심을 기울이지 않았다. 재판을 받은 식민지 전범들도 본 국가에 의해 버림받았다. 그들은 법적 지원을 받지도 않았고 일본 군인들과 같은 대우를 받지도 않았다.

(2) 법원마다 차이

연합국들은 B형과 C형 전범들을 독립적으로 재판했다. 각기 다른 국가의 조건들 즉 적용 법률, 사법 담당자 등은 재판소마다 불균형이 존재함을 의미했다. 영미법원에 대한 유마 토 타니 Yuma Totani의 연구는 호주와 영국 법원에서 증거 제출에 대한 규정이 1929년 제네바 조약에 위배될 것을 우려하여 엄격하지 않다는 것을 발견했다. 다른 연구들은 잘못된 유죄 판결이 있었고 일본의 전범 용의자들이 학대를 당했다고 주장한다. 그러나 일부 학자들은 대부분의 일본 만행 피해자들이 결코 공정한 재판을 받을 자격이 없었다고 믿는다. 비판자들이 이러한 범죄에 대한 철저한 반성에 근거하지 않았다면, 사실상 가해자를 면죄하는 것으로 비칠 수도 있다.

V. 결론

제2차 세계대전 이후 연합군이 실시한 B·C형 재판의 전체 규모(법원과 피고인 수 기준)는 아시아 유일의 A형 전범재판소인 도쿄재판소를 훨씬 웃돌았다. 비록 B형과 C형 재판소는 각 연합국의 단독 관할이었지만, 그들의 조사와 정책은 국제기구에 의해 조직되거나 결

정되었기 때문에 여전히 국제적 또는 상호 동맹 간의 특징을 가지고 있었다. 도쿄 재판소는 전통적 전쟁 범죄와 A형 범죄를 기소했다. 전쟁 전 조사와 특정 재판 과정에서 도쿄 재판소는 다른 B/C형 아시아 재판소들과 방대한 양의 정보를 공유했다. 그래서 이 두 종류의 재판은 비슷한 특성을 보여주었고 종종 같은 정치적 요인에 의해 영향을 받았다. 다만 B형과 C형 재판소는 어떤 법을 따랐는지, 재판 절차와 처벌에 대해서는 이견이 있었다. 이 논문에서는 국가별로 나누어져 있지만, 개별 국가가 주도하는 B형과 C형 재판 사이에는 여전히 큰 차이가 있음을 알 수 있을 것이다. 예를 들어 미군은 야마시타 도모유키 재판에서 증거에 대한 허술한 절차와 규칙으로 비난을 받았다. 한편 요코하마 재판은 공정 재판의 원칙을 준수하고 적절히 이행되고 있는 것으로 보였다. 일본 전범들의 전후 재판은 “정의”를 이루었는가? 이 질문에 답하기 위해 연구자들은 여전히 더 자세하고 심도 있는 연구를 해야 한다.

한국은 오랜기간 동안의 혹독한 불법 식민지배와 전쟁으로 인해 국제사회와 질서의 참여가 무척 어려운 가운데 생존해 왔다. 특히 태평양전쟁 전후처리과정에서 1941년 임시정부의 “대일선전포고”에도 불구하고 연합국이 아닌 일본국적으로 대우를 받아야 했다. 이러한 이유로 인해 한국은 일본전범재판소를 설치 운영할 수 없었고, 대일평화조약의 체결 당사자로 참여할 수 없었다. 현대 모든 국가는 법치 국가들이다. 과거사에 연연할 이유도 없지만 아시아 및 세계의 미래를 주도하기 위해서는 조약문과 국내의 법조문 행간의 의미를 알고 있어야 한다.

잠재적 재생에너지 관련 국제투자중재소송에서 원주민들의 권리보호

: 법정조언자로서의 역할 및 국제투자중재소송상 법정조언자체제
개선에 관한 제언

Protecting the rights of indigenous peoples in a potential international
investment arbitration in the context of renewable energy developments
: focusing on their role as *amicus curiae* and how to reform the third-party
participation system

김진엽*

목 차

- I. 서론
- II. 재생에너지의 이용 및 개발과 이에 따른 원주민들의 인권침해
- III. 법정조언자 관련 국제투자법상 규정 및 관련 판례
- IV. 잠재적 국제투자중재소송에서 법정조언자로서 원주민들의 역할 및 개선방안
- V. 결론

I. 서론

기후변화가 심해짐에 따라 전 세계적으로 온실가스감축에 기여 할 수 있는 재생에너지의 중요성은 점차 증가되어 왔으며 이와 함께 재생에너지의 이용 및 개발에 관련된 국가간 투자도 증가되어 왔다.¹⁾ 특히, 재생에너지의 이용에 관련된 투자를 한 외국기업과 해당 투자

* 명지대학교 법과대학 강사.

1) 예를 들면, 인도의 경우 최근 몇 년 동안 재생에너지 분야에 관련된 해외투자는 지속적으로 증가해 왔으며 특히, 2021년말 기준으로 2021/2022년 기간동안의 재생에너지 관련 해외투자가 2020년부터 2021년에 걸쳐 이루어진 전체 해외투자를 합친 것보다 많은 것으로 집계되었다. 이에 관해서는 MERCOM, Renewable Energy Sector Attracts \$1 Billion in FDI in the First Half of FY 2021-22, <https://mercomindia.com/renewable-energy-sector-attracts-1-billion-in-fdi/#:~:text=The%20renewable%20energy%20sector%20accounted,FDI%20cell%20to%20process%20proposals>.를 참고할 것.

를 유치한 국가의 정부간에 국제투자분쟁소송 역시 빈번하게 발생되어 왔는데 이와 같은 재생에너지 이용 및 개발에 관련된 국제투자중재소송의 경우 다양한 목적을 가진 투자유치국 정부의 정책이 해외투자자의 (재생에너지 이용에 관련된) 투자에 대해 부정적인 영향을 주었다는 이유로 발생한다.²⁾

본 논문에서는 이와 같은 국제투자분쟁을 발생시킬 수 있는 투자유치국 정부의 다양한 정책들 중에 “(자국내) 원주민들의 권리보호”에 관한 정책으로 인해 재생에너지의 이용 및 개발에 관련된 국제투자중재소송의 발생이 가능하다는 전제하에 이러한 경우에 원주민들의 권리보호에 대해 논의해 보고자 하는데, 이는 본 논문의 아래에서 논의하고 있는 것처럼 최근 원주민들의 영토에서 많은 재생에너지의 개발이 이루어지고 있으며 이 과정에서 이들의 권리침해가 빈번히 발생하고 있기 때문이다.

따라서 본 논문에서는 우선, 재생에너지 이용 및 개발에 관련된 사업에서 원주민들의 어떤 권리들이 어떻게 침해되었는지에 대해 주요 관련 사례들을 중심으로 간략히 살펴보도록 하겠다. 이러한 배경으로 인해 투자유치국 정부가 원주민들의 권리보호를 위해 관련 법적 조치를 집행할 수 있고 이때 국제투자중재소송이 발생할 수 있는데,³⁾ 이 경우 원주민들은 이러한 잠재적 재생에너지 이용 및 개발 관련 국제투자중재소송에서 자신들의 권리를 주장하기 위해 기본적으로 소송당사자로서 참여할 수 없으므로 법정조언자(amicus curiae)로서 참여하여야 한다. 이에 따라, 본 논문에서는 우선 법정조언자에 관련된 협약규정 및 실제 관련 판례들에 대해 분석하고 이를 토대로, 이들이 잠재적 재생에너지 이용에 관련된 국제투자중재소송에서 자신들의 권리를 주장 및 보호하기 위해 무엇을 어떻게 주장해야 하는지를 육하원칙 (5W1H)에 따라 제시한 다음 마지막으로, 현재 국제투자중재소송 법정조언자 관련 체제에서 이들이 자신들의 권리보호를 주장하는데 있어 여러 제약이 있다는 점을 감안하여

2) 재생에너지의 이용 및 개발에 관련된 국제투자중재소송에서 문제가 된 가장 대표적인 정부의 조치에는 Feed-in-Tariff (발전 차액지원제도) 정책이 있으며 주로 해당 정책에 대한 변경 즉, 지급되는 보조금의 경감 등으로 인해 외국기업이 국제투자중재소송을 개시하는 형태로 발생되었다. 또한, 재생에너지 관련 투자를 한 해외기업에게 투자유치국 정부가 자국내의 공급망으로부터 일정량 이상의 원자재를 공급받아야 한다는 소위 이행요건을 부과하였다는 이유로 국제투자중재소송이 발생한 경우도 있었다. 이에 관한 정보 및 판례에 대해서는 아래를 참조할 것. (Investment Treaty News, Trends in Investor Claims Over Feed-in Tariffs for Renewable Energy, <https://www.iisd.org/itn/en/2012/07/19/trends-in-investor-claims-over-feed-in-tariffs-for-renewable-energy/>).

3) 물론 원주민에 대한 인권침해가 발생하였을 때 투자유치국 정부와 외국기업간의 국제투자중재소송이 반드시 발생하는 것은 아니다. 예를 들면, 원주민이 거주하고 있는 국가의 정부가 원주민의 인권침해를 무시하고 재생에너지의 개발을 진행하는 경우도 발견되고 있다. 그러나, 본 논문의 아래에서 논의하는 것처럼 이는 주로 정치적 상황과 밀접하게 관련되어 있기 때문에 원주민의 항의 또는 정권교체와 같은 이유로 원주민 인권보호 조치가 취해질 수 있으며 특히, 특정 재생에너지가 해당 지역의 환경에 영향을 주는 경우 원주민들의 인권보호 뿐만 아니라 환경보호를 목적으로 외국인 투자에 영향을 주는 조치를 투자유치국 정부가 취할 수도 있을 것이다. 따라서, 본 논문에서는 이러한 원주민 인권침해에 대해 투자유치국 정부가 조치를 취한 경우에 중점을 두어 논의를 해 보도록 하겠다.

어떻게 해당 체제가 개선되어야 하는지에 대해서 간략히 제언하고 본 논의를 마치도록 하겠다.

II. 재생에너지의 이용 및 개발과 이에 따른 원주민들의 인권침해

기후변화에 대응하기 위한 화석연료의 대체수단으로써 재생에너지는 전 세계적으로 개발되어 왔으며 이 과정에서 발생한 원주민에 대한 권리침해의 경우 개발도상국(Global South)에서 주로 발견되어 왔다. 따라서, 본 논문에서는 일부 개발도상국에서 발생한 원주민에 대한 인권침해 사례들을 중심으로 침해된 주요 권리들에 대해 논의해 보도록 하겠다.

첫째로, 재생에너지의 이용 및 개발과정에서 침해되는 대표적인 원주민들의 권리 중 하나로 이들이 거주하고 있는 “토지 및 천연자원에 대한 권리”가 있다.⁴⁾ 이에 관련된 대표적인 형태로 재생에너지 개발을 위한 특정 시설의 설치로 인해 해당 부지에 거주하고 있던 원주민들이 자신들의 의지와는 상관없이 다른 곳으로 강제로 이주되는 경우가 여기에 해당되는데 예를 들면, 인도의 Assam 주의 경우 태양광발전소의 설치로 인해 해당 부지의 원주민들을 비롯한 거주민들이 퇴출(displace)당하였다.⁵⁾

둘째로, 재생에너지의 개발로 인해 원주민들이 살고 있는 “환경에 대한 권리”가 침해되는 경우가 발견되었다. 예를 들면, 태국남부의 마을인 Ban Khu에 생물량 (biomass) 발전소가 건립되면서 주변 환경이 오염되었고 이에 따라 근처에 거주하고 있던 원주민들을 비롯한 거주민들이 질병에 걸리는 사례가 발생하였으며 특히, 일부 언론보도에 따르면 해당 사례에서 발전소를 건립한 기관은 거주민들과 협의 및 이익공유를 전혀 진행하지 않았다.⁶⁾

마지막으로, 절차적 성격의 권리인 “(자유)사전통고승인 및 협의에 대한 권리”가 침해되는 사례가 발견되었다. 한 예로, 수력발전을 위해 중국기업인 Pulangi Hydro Power Corporation은 필리핀 남부에 대규모 댐설치를 기획하면서 2018년에 관련 계획을 발표하였으며 해당 계획에 따르면 약 20개의 원주민 및 지역사회가 이로 인해 (악)영향을 받을 것

4) Business and Human Rights Resource Centre에 따르면 토지 및 천연자원에 대한 원주민들의 권리에 대한 침해는 크게 퇴출(displacement) 및 그 외 원주민들의 토지에 대한 권리의 미준수(non-observance of land rights) 형태로 나타난다. 이에 대해서는 Business and Human Rights Resource Centre, Renewable energy (in)justice in Latin America (Business and Human Rights Resource Centre, 2021), p.12을 참고할 것.

5) Rina Chandran, Indigenous people 'under threat' from Asia clean energy push. Reuters February 9, 2021, <https://www.reuters.com/article/us-landrights-renewables-environment-fea-idUSKBN2A903H> (해당 언론보도에 따르면 많은 인권단체들이 전 세계적 인 재생에너지 개발은 원주민 및 지역사회에 특별히 악영향을 미치고 있으며 특히, 이들의 영토가 (이들의 승인없이) 사용되고 있다는 점을 강조하고 있다.)

6) Ibid.

이라고 예측되었다.⁷⁾ 그러나, 이러한 예측에도 불구하고 해당 원주민 및 지역사회와의 협의는 이루어지지 않았으며 사전통고승인 역시 획득되지 않았다.⁸⁾ 특히, 필리핀 정부는 관련 국내법에 따라 원주민들의 영토내에서 이들에게 영향을 주는 사업이 진행될 경우 해당 원주민들과의 협회가 이루어져야 하며 승인을 획득하여야 한다는 점을 규정하고 있음에도 불구하고 이를 무시하고 해당 사업을 진행하였다.⁹⁾ 또한, 일부 기관에 따르면 동남아시아에서의 팜오일 농장의 확대는 필리핀, 말레이시아를 비롯한 일부 동남아시아 국가들에서 적절하지 않은 이익공유와 같은 절차적 성격의 인권침해를 발생시키고 있다.¹⁰⁾

상기 논의한 재생에너지 이용 및 개발과정에서의 원주민들의 인권침해는 라틴아메리카 지역에서의 재생에너지 개발과정에서 발생한 인권침해사례에 대한 보고서에서도 확인이 되는데, Business and Human Rights Resource Centre 에 따르면 2010년부터 2020년까지 발생한 (추정되는) 인권침해 사례 중 토지 및 천연자원에 대한 권리침해가 약 478건으로 가장 많았고 환경에 대한 권리침해가 약 281건, 그리고 자유사전통고승인 권리에 대한 침해가 약 229건으로 보고되었다.¹¹⁾

또한, 2019년에 필리핀에서 개최된 재생에너지, 성 그리고 원주민들의 인권 (9th Conference: on Renewable Energy, Gender and the Rights of Indigenous Peoples)이라는 회의에서 원주민들을 비롯한 참가자들은 재생에너지 개발 및 이용과정에서 동남아시아 지역에서 다수의 원주민들의 인권침해가 발생해 왔다는 점을 지적하였으며 침해된 권리에선 자유사전통고승인에 대한 권리, 토지에 대한 권리 등이 포함된다고 지적하였다.¹²⁾

요컨대, 재생에너지의 이용 및 개발과정에서 원주민들의 인권침해는 세계 여러지역에서 발견되어 왔으며 이는 각종 언론보도와 관련 국제회의 및 국제기구에 의해 확인되고 있다.

본 논문의 위에서 언급한 것처럼, 원주민들의 인권침해를 발생시킨 (주요) 해외기업에 의해 추진된 재생에너지 개발사업이 반드시 해당 해외기업과 원주민들이 거주하고 있는 국가 정부간의 국제투자분쟁을 발생시키는 것은 아니다. 그러나, 이는 국가들의 정치적인 상황과 밀접하게 관련이 있기 때문에 해당 국가의 정권이 교체된다던가 원주민들의 항의와 같은

7) Aljazeera, Nick Aspinwall, China-backed dam threatens Indigenous people in the Philippines, January 19, 2020. <https://www.aljazeera.com/news/2020/1/19/china-backed-dam-threatens-indigenous-people-in-the-philippines>

8) Ibid.

9) Ibid.

10) Stockholm Environment Institute, A just transition to renewables must recognize the rights of Indigenous Peoples, 4 June 2020, <https://www.sei.org/perspectives/a-just-transition-to-renewables-must-recognize-the-rights-of-indigenous-peoples/>

11) Business and Human Rights Resource Centre, supra note 4, p.12.

12) 9th Conference: on Renewable Energy, Gender and the Rights of Indigenous Peoples October, 2019 in Bata'an, Philippines - Bata'an Statement, para. 16.

요소들로 인해서 정부는 원주민들의 인권을 보호하기 위한 정책을 집행할 수도 있을 것이다. 또한, 환경보호와 같은 다른 목적으로 투자유치국 정부가 특정 정책을 시행하고 이로 인해 해외투자자와 분쟁이 생겨 국제투자중재소송이 발생할 수 있으며 이때 원주민들은 해당 국제투자중재소송이 자신들의 권리에 영향을 미칠 경우 당해 소송에서 자신들의 권리를 보호하기 위해 주장 할 수 있어야 할 것이다.

따라서, 본 논문에서는 상기 이유로 인해 발생할 수 있는 잠재적인 재생에너지 이용 및 개발에 관련된 국제투자중재소송에서 원주민들이 자신들의 권리를 보호하기 위해 어떠한 역할을 할 수 있는지에 대해 논의하기 위해 상기 언급한 것처럼 우선 이들이 잠재적인 국제투자중재소송에서 참여할 수 있는 자격인 “법정조언자(amicus curiae)”에 관련된 국제투자법상 규정 및 판례에 대해 논의해 보도록 하겠다.

Ⅲ. 법정조언자 관련 국제투자법상 규정 및 관련 판례

1. 국가와 다른 국가 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약상 관련 규정

법정조언자에 관련된 국제투자협약상 규정에 대해 알아보기 이전에 국제법상 특히, 국제분쟁해결 체제에서의 법정조언자 체제에 대해 간략히 개관해 보도록 하겠다.

법정조언자 체제는 국제사법재판소 및 국제해양법재판소 등 여러 국제재판소들의 국제분쟁해결 체제에서 오랜 기간 동안 이용되어 왔으며 국제투자중재소송에서도 법정조언자의 소송참가는 최근 들어 증가해 왔다.¹³⁾ 다른 국제분쟁해결체제의 경우처럼 국제투자법하에 법정조언자 체제가 도입된 가장 중요한 이유는 공공의 참여를 가능케하여 국제투자중재소송을 보다 투명하게 하고자 함이며 특히, 비정부기구와 같은 제3자는 해당 소송에서 재판소에게 특별한 지식 또는 관점을 제공할 수 있다는 것이 주요 근거라고 하겠다.¹⁴⁾ 법정조언자들은 주로 서면형식으로 재판소에 의견서를 제출하거나 또는 단순히 관련 자료에 대한 접근권을 가지는 등의 형태로 소송에 참가할 수 있다.

법정조언자에 관련된 국제투자법상 가장 대표적인 규정으로 국가와 다른 국가 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between

13) Lucas Bastin, *Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends*, 30(1) *Arbitration International* (2014), p.126.

14) Eugenia Levine, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, 29(1) *Berkeley JIL* (2011), p. 207.

States and Nationals of Other States) 중재규칙 (Arbitration Rules) Rule 제37조2항이 여기에 해당되는데 본문은 아래와 같다.

(2) After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “non-disputing party”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which:

(a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; (b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute; (c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding.

The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission.

상기 규정에 따르면 재판소는 제3자에게 해당 소송에의 참여를 허가하기 위해 양 분쟁당사자들과 협의를 거쳐야 하여야 하며 이후 서면제출에 의한 참가를 결정하는데 있어 3가지 사항을 고려하여야 한다. 우선, 제(a)항에서는 상기 언급한 것처럼 제3자의 서면제출은 재판소가 해당 분쟁을 해결하는데 있어 법적 또는 사실적 사항을 결정하는데 도움을 줄 수 있어야 하며 특히, 이는 양 분쟁당사자들로부터 획득 될 수 없는 사항들이어야 한다고 언급하고 있다. 이어서 제(b)항에서는 제3자의 참여가 해당 분쟁의 범위내에 해당 또는 포함되어야 한다고 언급하고 있으며 제(c)항에서는 제3자가 해당 분쟁에 상당한 이해를 가지고 있어야 한다는 조건을 제시하고 있다. 마지막으로 동 조항에서는 제3자의 참여가 양 분쟁당사자들 및 해당 소송을 방해하거나 불필요한 제약을 부과해서는 안 된다고 규정하면서 특히, 양 분쟁당사자들이 제3자의 소송참여에 대해 자신들의 의견을 개진할 기회를 가질 수 있어야 한다는 조건 역시 부과하고 있다.¹⁵⁾

15) 국제투자분쟁해결에 있어 상기 논의한 국가와 다른 국가 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약과 함께 가장 많이 선택되는

2. 원주민들이 법정조언자로서 참여한 관련 국제투자중재소송 판례

상기 법정조언자의 국제투자중재소송 참여에 관련된 규정들에 대한 분석을 토대로, 본 논문에서는 실제로 원주민들이 법정조언자로서 국제투자중재소송에 참여하여 어떻게 자신들의 권리를 주장하였는지에 대해 주요 판례들을 중심으로 알아보도록 하겠다.

Chao Wang, Jing Ning 및 Xiaohan Zhang의 논문 “International Investment and Indigenous Peoples’ Environment: A Survey of ISDS Cases from 2000 to 2020”에 따르면 2000년부터 2020년까지 기간동안 약 20건의 원주민들이 직간접적으로 관여되었던 국제투자중재소송이 있었으며 이 중 10건은 이들의 환경에 대한 권리와 밀접한 관련이 있는 것으로 발견되었다.¹⁶⁾ 상기 원주민들의 인권침해 사례들에서 발견되는 것처럼, 재생에너지의 이용 및 개발의 경우 원주민들이 거주하고 있는 지역 및 환경에 (악)영향을 미치며 이 과정에서 이들의 여러 권리들이 침해되어 왔다. 따라서, 본 논문에서는 상기 언급한 10건의 사례들 중에 원주민들이 또는 이들을 대신한 다른 기관이 원주민들의 권리를 보호하기 위해 소송에 적극적으로 참여한 (혹은, 참여할 수 있었던) 2개의 주요 판례들을 중심으로 하여 이들이 자신들의 무슨 권리를 어떻게 보호하고자 주장하였는지에 대해 논의해 보도록 하겠다.¹⁷⁾

중재규정인 유엔국제무역법위원회(United Nations Commission on International Trade Law) 관련 규정의 경우 2014년에 발효된 UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration의 제4, 5조에서 제3자의 국제투자중재소송에 참여에 관련된 규정을 두고 있으나 아래의 조항에서 규정하는 바와 같이 상기 국가와 다른 국가 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약 중재규칙 제37조2항과 그 내용이 거의 동일하므로 본 논문에서 추가로 논의하지는 않겠다. 참고로 UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration 제4조3, 5 및 6항에서는 재판소가 제3자의 당해 소송 참여를 결정할 때 고려해야 할 사항에 대해 아래와 같이 규정하고 있다.

3. In determining whether to allow such a submission, the arbitral tribunal shall take into consideration, among other factors it determines to be relevant: (a) Whether the third person has a significant interest in the arbitral proceedings; and (b) The extent to which the submission would assist the arbitral tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the arbitral proceedings by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties ... 5. The arbitral tribunal shall ensure that any submission does not disrupt or unduly burden the arbitral proceedings, or unfairly prejudice any disputing party ... 6. The arbitral tribunal shall ensure that the disputing parties are given a reasonable opportunity to present their observations on any submission by the third person.

16) Chao Wang, Jing Ning and Xiaohan Zhang, International Journal of Environmental Research and Public Health, International Journal of Environmental Research and Public Health, 18, 7798 (2021), p.4.

17) 상기 Chao Wang, Jing Ning 및 Xiaohan Zhang의 논문을 기반으로 한 본 논문의 저자에 의한 조사에 따르면, 상기 언급한 10개의 사건 중 본 논문에서 다룬 2개의 사건을 제외하고 대부분의 경우 원주민들의 소송참여요청이 재판소에 의해 거부되거나 혹은 이들이 소송에 참여요청을 하지 않았다.

(1) Glamis Gold, Ltd. v. United States of America 사건

우선 본 논문에서는, 캐나다의 채굴기업인 Glamis Gold Limited 와 미국 특히, 캘리포니아 주정부간의 캘리포니아 주정부가 취한 조치를 둘러싼 국제투자중재소송에서 캘리포니아에 거주하고 있던 Quechan 부족이 법정조언자로서 해당 소송에 참가하여 자신들의 의견서를 제출한 사건을 다루어 보도록 하겠다.

해당 사건에 대한 개요를 간략히 살펴보면, Glamis Gold Limited 는 미국 및 라틴아메리카의 국가들에서 채굴사업을 하는 캐나다에 위치한 기업으로 동 기업의 자회사는 미국 캘리포니아에서 황금 등을 채굴하기 위한 목적을 가진 Imperial Project를 1994년부터 2002년까지 시행하였다.¹⁸⁾ 해당 사업을 진행하는 과정에서 미국 캘리포니아 주정부는 환경 및 원주민들의 문화에 대한 영향을 우려하여 채굴지를 완전히 메워놓을 것을 포함한 보다 엄격한 기준을 담은 정책을 시행하였으며¹⁹⁾ 이는 Glamis Gold Limited 의 사업진행 자체를 막지는 않았으나 이들의 수익창출에 악영향을 미치게 되었다.²⁰⁾ 이에 따라, Glamis Gold는 미국 정부를 상대로 해당 정책의 자신의 투자에 대한 악영향을 이유로 국제투자중재소송을 개시하였으며 당해 소송에서 동 기업은 해당 조치들이 국제투자법상 수용조치에 해당하는 동시에 공정하고 형평한 대우원칙에 위반된다고 주장하였다.

상기 언급한 것처럼, 당해 소송에서 해당 채굴사업지역 근처에 거주하고 있던 Quechan 부족은 다른 비분쟁당사자들의 경우처럼 서면의견서를 제출하여 자신들의 권리보호를 주장하였다. 해당 서면의견서에서 Quechan 부족은 우선, 자신들의 전통토지 내에서의 이들의 권리보호는 국제관습법상 모든 북미자유무역협정 당사국들이 준수하여야 할 의무라고 전제하면서²¹⁾ 원주민들의 권리에 관해 규정하고 있는 관련 국제협약 및 국제문서들을 열거하였다. 즉, Quechan 부족은 유엔원주민권리선언, 국제노동기구협약 169, 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약 및 다수의 국제문서의 관련 조항들과 국제인권재판소들의 판결문 일부를 인용하여 이들의 신성한 장소 (sacred sites), 문화 및 종교 (culture and religion) 및 토지 (land) 등에 관련된 권리에 중점을 맞추어 자신들의 권리보호를 주장하였다.²²⁾ 특히, Quechan 부족

18) Glamis Gold, Ltd. (Claimant) and United States of America (Respondent), Award (2009), paras. 10, 27 and 31.

19) Ibid, paras. 181ff.

20) Howard Mann, Glamis v. United States, Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development, October 18, 2018, <https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/glamis-v-united-states/>

21) Non-Party Supplemental Submission- Glamis Gold Ltd. v. USA, Submission of the Quechan Indian Nation, p.1.

22) 예를 들면, Quechan 부족은 자신들이 재판소에 제출한 서면의견서에서 국제노동기구협약 169의 제14조에 따라 원주민들이 전통적인 행위를 위해 전통적으로 접근해 온 토지의 이용에 대한 권리를 보호하기 위해 당사국들이 적절한 조치를 취해야 한다는 점을 주장하였다. 또한, 이들은 시민적, 정치적 권리에 관한 규약 제27조에 따라 이들의 문화 및 종교를 향유

은 재판소에 제출한 서면의견서에서 관련 국제협약 및 국제문서에 근거한 자신들의 법적 권리 및 권리보호의 필요성 뿐만 아니라 동 재판소의 판결이 이들의 문화 및 권리에 상당한 영향을 줄 수 있다는 점을 언급하면서 Glamis Gold가 자신들의 토지에 대해 주장하고 있는 권리는 소멸(extinguish)되어야 한다는 점을 강조하였다.²³⁾

결론적으로 동 재판소는 판결에서 Glamis Gold의 캘리포니아 주정부가 취한 조치가 수용 및 공정하고 형평한 대우기준 위반에 해당된다는 주장을 기각하였으며 캘리포니아 주정부 및 Quechan 부족의 손을 들어주었다.

(2) Bear Creek Mining Corp. v. Republic of Peru 사건

다음으로 본 논문에서는 캐나다의 채굴회사인 Bear Creek Mining과 페루정부 간의 페루정부가 관련 사업에 대해 취한 조치를 둘러싼 국제투자중재소송에 대해서 살펴보도록 하겠다. 상기 Glamis Gold 사건과 달리 동 사건에서 원주민들은 서면의견서를 제출하는 등 직접적으로 당해 소송에 참가하지는 않았다. 그러나, 관련 사업 (또는, 투자)에 대해 격렬히 항의하였으며 결국 이들을 대신하여 관련 비정부기구 및 관계자들이 이들의 권리보호를 위해 법정조언자로서 당해 소송에 참가하여 서면의견서를 제출하였고 비록 상기 사건과 달리 투자자에 호의적인 판결이 내려졌으나 재판소는 법정조언자들이 제출한 서면의견서를 최종 판결에서 고려(consider)하였다.

해당 사건에 대한 개요를 간략히 살펴보면, 캐나다에 본사를 두고 있는 채굴기업인 Bear Creek Mining 은 자신이 페루에서 행한 사업 특히, Santa Ana Silver mining project 에 대해 페루정부가 취한 조치가 불법적인 수용조치에 해당하며 이를 통해 공정하고 형평한 대우 및 완전한 보호 및 안전 대우를 위반하였다고 주장하였다.²⁴⁾ 좀 더 자세히 말해서, 외국기

할 권리를 주장하였으며 특히, 유엔인권위원회에 따르면 동 조항은 토지에 기반한 문화 관련 행위를 수행하는 것에 관련된 원주민들의 권리를 보호하기 위한 방식으로 해석되어 왔다는 점을 강조하였다. 마지막으로, 유엔원주민권리선언의 제 25조 및 제26조를 인용하면서 원주민들은 이들의 전통토지 및 천연자원에 대한 권리를 가지며 특히, 이들의 문화와 토지 간의 관계를 개발 및 강화할 권리가 있다는 점 역시 주장하였다. 보다 자세한 이들의 권리주장 내용에 대해서는 Non-Party Supplemental Submission- Glamis Gold Ltd. v. USA, Submission of the Quechan Indian Nation, pp.2-8을 참조할 것.
23) Ibid, pp.18-19.

We remind the Tribunal that it remains of significant concern to the Tribe whether a decision in favor of the Claimant would directly or indirectly result in the extinguishment of Glamis's claims to mine the area. If it does not, then it is possible that Glamis could both receive a monetary award and then also have the benefit of its allegedly valueless claims, meaning it could then presumably use or sell them, once again placing the Tribe's sacred lands at risk... In any case, should the Tribunal grant an award in any amount, *it should be conditioned that Glamis extinguishes all its claims ...* (emphasis added).
24) ICSID, Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú (ICSID Case No. ARB/14/21), Award, para 113.

업으로써 Bear Creek Mining은 Santa Ana Silver mining project를 수행하기 위해서는 페루정부로부터 채굴허가권을 획득해야 했기 때문에 일정 절차를 거친 뒤 채굴허가권을 획득하였다.²⁵⁾ 그러나, 해당 사업이 실시될 지역의 경우 페루의 원주민부족 중 하나인 Aymara 부족이 오랜 기간 동안 거주해 온 이들의 전통토지와 근접한 곳에 위치해 있었으며²⁶⁾ 특히, Aymara 부족은 Santa Ana Silver mining project가 수행될 지역은 단순한 자신들의 거주지가 아닌 문화적 및 정신적으로 매우 중요한 의미를 가지는 (신성한) 장소라고 주장하면서²⁷⁾ 그 중 일부는 Santa Ana Silver mining project가 진행되던 장소를 습격하거나 파괴하는 방식으로 항의를 표시하였다.²⁸⁾ 이를 해결하기 위해 Bear Creek Mining과 관련 원주민 부족들은 협상을 진행하였으나 합의에 이르지 못했고 항의는 더욱더 심해졌으며 결국 페루정부는 Bear Creek Mining에게 허가했었던 채굴권을 취소하였으며²⁹⁾ 이러한 페루정부의 조치에 항의하며 Bear Creek Mining은 국제투자중재소송을 개시하였던 것이다.

특히, 상기 언급한 것처럼 환경 및 인권보호를 목적으로 설립된 비정부기구인 DHUMA는 당해 소송에서 Aymara 부족을 대신하여 이들 권리의 보호를 주장하면서 법정조언자로서 서면의견서를 제출하였는데 동 서면의견서에서 DHUMA는 크게 사실적 상황과 법적 사항 특히, 이들의 권리에 대해 언급하였다. DHUMA는 우선, Santa Ana Silver mining project가 수행될 지역에 거주하고 있던 Aymara 부족은 해당 사업 및 그 절차와 영향에 대해 Bear Creek Mining으로부터 적절히 고지받지 못하였으며 이러한 적절한 협의가 없었던 것이 Aymara 부족의 해당 사업에 대한 불신을 발생시킨 중요한 요소 중 하나라고 주장하였다.³⁰⁾ 또한, 이러한 협의의 부재에도 불구하고 페루정부는 Supreme Decree 083 - 2007을 통해 채굴권을 Bear Creek Mining에게 허가하였고, 이에 따라 Aymara 부족 및 근처 거주민들은 2008년에 Bear Creek Mining과 협의를 하고자 회의를 개최하였으나 Bear Creek Mining의 대표들은 이에 참석하지 않았으며 결국 적절한 협의가 이루어지지 못했다는 점 역시 동 서면

ii. A declaration that Peru's actions and omissions at issue and those of its instrumentalities for which it is internationally responsible are unlawful, constitute a nationalization or expropriation without prompt, adequate and effective compensation, failed to treat Bear Creek's investments fairly and equitably and to afford full protection and security to Bear Creek's investments and impaired Bear Creek's investments through unreasonable and discriminatory measures;...

25) Partial Dissenting Opinion, para. 1.

26) Ibid, para. 16.

27) Ibid.

28) ICSID, Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú (ICSID Case No. ARB/14/21), Award, para. 155 & 253.

29) Ibid, para. 352.

30) Amicus Curiae Brief submitted by the Association of Human Rights and the Environment - Puno and Mr. Carlos Lopez PhD (Non-disputing parties), p.4.

의견서에서 언급되었다.³¹⁾ 향후 2011년에 Santa Ana Silver mining project 의 환경영향평가에 대한 워크숍이 개최되었으나 대다수의 Aymara 부족 및 거주민들은 워크숍에 참가하지 못하였으며 특히, 워크숍이 스페인어로 진행되었다는 점 및 적절한 설명없이 기술적인 용어를 사용하여 수행되었다는 점 등 때문에 Aymara 부족 및 거주민들은 관련 내용을 적절히 이해할 수 없었으며 이에 따라 이들은 자신들의 의견을 적절히 발표할 기회조차 가지지 못했다고 DHUMA는 주장하였다.³²⁾ 이는 상기 언급한 것처럼 Santa Ana Silver mining project 가 수행되는 지역이 Aymara 부족의 토지에 위치하며 이들에게 해당 토지는 문화적, 정신적 중요성을 가진다는 점 및 해당 사업에서 이들이 거주하고 있는 지역의 지하수를 이용할 예정이었기 때문에 이들의 식수원에도 지대한 영향을 끼칠 수 있었다는 점 등을 고려한다면 중요한 문제라고 할 수 있다는 점을 DHUMA는 동 서면의견서에서 지적하였다.³³⁾ 결국 이와 같은 문제들로 인해 Aymara 부족 및 거주민들은 해당 사업에 대해 우려를 표하며 항의를 하였으며 일부는 시설을 파괴하는 등 폭력적인 시위를 진행하였고 특히, 이들의 협의에 대한 권리 등의 존중을 요구하면서 Supreme Decree 083-2007의 철회를 요구하였으며³⁴⁾ 이와 같은 항의로 인해 2011년에 마침내 페루정부는 Supreme Decree No. 032 - 2011 - EM를 채택하여 Supreme Decree No. 083 - 2007 - EM를 취소하였다고 DHUMA는 설명하였다.³⁵⁾

이와 같은 사실적 상황과 함께 DHUMA는 동 서면의견서에서 Aymara 부족 및 거주민들의 권리에 관한 법적 문서 역시 열거하였는데 우선, 페루와 캐나다의 자유무역협정 제810조에서 기업의 사회적 책임에 관한 사항을 규정하고 있다고 언급하였다.³⁶⁾ 이를 토대로 적용될 수 있는 국제협약 및 기준에 관하여 동 서면의견서에서는 2008년에 유엔인권이사회에서 채택된 Protect Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises (UN Doc A/HRC/8/5, 7 April 2008)와 2011년에 승인된 “Guiding Principles on Business and Human

31) Ibid, p.5.

32) Ibid, p.6.

33) Ibid, pp.7-8.

34) Ibid, pp.8-9.

35) Ibid, p.11.

36) Ibid.

Article 810: Corporate Social Responsibility

Each Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties.

Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework” 등을 언급하면서 해당 문서들에 따르면 기업들은 인권침해를 방지하기 위해 필요한 조치를 취해야 하는 등의 상당한 주의의 절차를 수행하여야 한다는 점을 강조하고 있다고 언급하였다.³⁷⁾ 특히, DHUMA는 International Council of Mining and Metals를 포함한 다수의 기업관련 국제기구들이 상기 국제문서들을 환영 및 지지하였으며 이에 따라 Bear Creek Mining 역시 이를 준수하여야 한다고 주장하였다.³⁸⁾ 이와 함께 상기 Glamis Gold 사건에서 언급되었던 국제노동기구협약 169와 유엔원주민권리선언 상의 원주민 인권보호에 관련된 규정들 역시 언급하면서 Bear Creek Mining이 이러한 원주민들의 권리들을 침해하였고 무엇보다도 이들의 문화 및 정체성을 이해하려고 노력하지 않았다는 점 역시 강조하였다.³⁹⁾

결론적으로 당해 분쟁에 대해서 재판소는 페루정부의 Supreme Decree No. 032 채택으로 인한 Bear Creek Mining 의 Santa Ana Silver mining project의 철회는 수용조치 및 페루와 캐나다 자유무역협정에 의무위반에 해당된다고 언급하면서 Bear Creek Mining에 배상하라는 판결을 내렸다.⁴⁰⁾ 이처럼 비록 페루정부의 조치 (즉, Supreme Decree No. 032 채택)가 페루와 캐나다의 자유무역협정 위반에 해당된다고 결론이 내려졌으나, 당해 소송에서 중재재판소가 법정조언자로서 DHUMA의 서면의견서 제출이 양 분쟁당사자들이 제공할 수 없는 새로운 견해를 제공해 줄 수 있다고 판단하여 이들의 소송참여를 허가한 점⁴¹⁾ 및 이들의 입장 및 견해를 최종판결문에서 고려한 점은 고무적이라고 할 수 있을 것이다.⁴²⁾

IV. 잠재적 국제투자중재소송에서 법정조언자로서 원주민들의 역할 및 개선방안

이제까지 본 논문에서는, 법정조언자에 관련된 국제투자협약상 규정들의 내용과 원주민

37) Ibid, pp.12-13.

38) Ibid, p.13. (특히, 동 서면의견서에서 DHUMA는 Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy의 기업의 인권보호를 위한 조치에 관련된 Guiding principles 17-21의 준수를 강조하였다.)

39) Ibid, pp.15-16.

40) ICSID, Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú (ICSID Case No. ARB/14/21), Award, para. 446-448.

41) Bear Creek Mining Corp. v. Peru, Procedural Order No. 5 (July 21, 2016), para. 40.

42) Valentina Vadi, *Heritage, Power, and Destiny: The Protection of Indigenous Heritage in International Investment Law and Arbitration*, George Washington International Law Review, Vol. 50, No. 4, (2018), p.762. (예를 들면, 판결문에서 재판소는 아래와 같이 원주민들의 요구대로 관련 사업이 종료되었다는 점에 주목하고 있다. (... In this context, the Tribunal notes that those members of the indigenous population that opposed the Santa Ana Project have achieved their wishes: the Project is well and truly at an end... 이에 대해서는 ICSID, Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú (ICSID Case No. ARB/14/21), Award, para. 657을 참조할 것.)

들이 직접 또는 이들을 대신해서 비정부기구 및 단체들이 법정조언자로서 국제투자중재소송에 참여하여 이들의 권리를 보호하기 위해 주장하였던 주요 판례들에 대한 분석을 진행하였다.

이를 토대로 본 논문에서는 만약 투자유치국과 해외투자자 사이에 재생에너지의 이용 및 개발에 관련된 국제투자중재소송이 발생하고 이때 상기 관련 사례 및 판례들에서 발견되었던 것처럼 해당 재생에너지 사업(즉, 투자)이 원주민들의 토지에서 발생하면서 이들의 권리를 침해하였을 경우 원주민들이 법정조언자로서 당해 소송에 참여하여 무슨 권리를 어떻게 주장해야 하는지에 대해 육하원칙에 의거하여 논의해 보도록 하겠다. 아울러 원주민들이 국제투자중재소송에 참여하는 방식에 있어 다소 제약이 있다는 점을 감안하여 법정조언자 체제가 어떻게 개선되면 좋을지에 대해서도 간략히 논의해 보도록 하겠다.

1. 법정조언자로서 원주민들의 역할

(1) 누가, 언제, 어디서

우선 원주민들의 토지에서 수행된 재생에너지의 이용 및 개발에 관련하여 이들이 거주하고 있는 투자유치국정부와 해당 재생에너지의 이용 및 개발에 관해 사업을 수행하고 있는 해외투자자간에 국제투자중재소송이 발생할 경우, 해당 원주민들의 권리를 법정조언자로서 주장해야 할 (또는, 주장 할 수 있는) 당사자는 우선 상기 Glamis Gold사건에서처럼 “관련 사업으로 인해 영향을 받을 수 있는 (또는, 받는) 원주민들”이 될 것이다. 또한, 상기 Bear Creek Mining 사건에서 확인될 수 있는 것처럼 “원주민들을 대신해서 이들의 권리를 주장하기 위한 비정부기구나 단체” 등 역시 법정조언자로서 당해 소송에 참여할 수 있을 것이다. 다만, 양 당사자들 모두 상기 법정조언자에 관련된 조항들에서 규정하고 있는 것처럼 관련 해외투자 또는 사업이 이들에게 어떠한 영향을 미치는지 또는 어떤 관련성을 가지는지에 대해 재판소에 명확히 설명하여야 할 것이다.

이와 함께 언제 그리고, 어디서 이들의 권리를 주장할 것인지에 대해서는 우선 본 논문의 위에서 언급한 것처럼 원주민들은 소송의 주요 분쟁당사자가 될 수 없으며 따라서 국제투자중재소송을 자체적으로 개시할 권한이 없기 때문에 투자유치국정부의 이들의 권리보호를 위한 또는 다른 공공목적을 위해 취한 조치가 재생에너지 사업을 수행하고 있는 해외투자자의 투자에 악영향을 미쳐서 해당 투자자가 “국제투자중재소송을 개시한 경우”에 이에

의해 설립된 “중재재판소” 앞에서 상기 판례들의 경우에서처럼 자신들의 권리를 주장할 수 있을 것이다.

(2) 무엇을, 어떻게, 왜

다음으로 재생에너지 사업에 의해 악영향을 받는 또는 받을 수 있는 “원주민들” 또는 “이들을 대신하는 단체”들은 “국제투자중재소송이 개시된 경우”에 관련 “중재재판소” 앞에서, 이들의 권리보호를 위해 크게 사실적 사항 및 법적 사항에 대해서 주장을 하여야 할 것이다. 이는 상기 논의한 것처럼 국가와 다른 국가 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) 중재규칙 (Arbitration Rules) Rule 37조2항에 따르면 법정조언자는 당해 분쟁에 대해서 재판소에 사실적 또는 법적 사항에 도움을 주어야 하기 때문이며 이는 상기 판례에서도 확인되고 있다. 특히, 원주민들은 이와 같은 사실적 사항 및 법적 사항들을 주장하면서 이에 기초한 이들의 의견들이 당해 분쟁의 범위 내에 속한다는 점과 당해 분쟁에 대해 원주민들이 상당한 이해를 가진다는 점에 중점을 두어 설명해야 할 것이다.

이에 따라 사실적 사항부터 알아보면, 원주민들은 우선 잠재적 국제투자중재소송에서 해당 재생에너지 사업의 이들의 권리에 대한 악영향에 대해 중점을 맞추어야 할 것이다. 즉, 상기 실제 사례들에서 확인되는 것처럼 재생에너지 사업에서 영향받는 원주민들의 권리들이 주로 환경, 천연자원 및 토지, 문화 그리고 자유사전통고승인에 대한 권리라는 점을 감안한다면 특정 재생에너지 사업이 해당 권리들을 어떻게 침해하였는지 또는 침해할 수 있는지를 사실적으로 설명하여야 할 것이다. 예를 들면, 태양광발전소 및 댐 건설로 인해 퇴출당하여 토지에 대한 권리침해가 발생하였다 또는 재생에너지사업 개발과정에서 적절한 협의가 이루어지지 않았기 때문에 자유사전통고승인권리가 보호되지 않았다고 주장할 수 있을 것이다. 또한, 특정 재생에너지 사업이 발생하는 곳이 원주민들의 전통토지이고 이들에 있어 해당 토지가 문화적으로 신성한 의미를 가지는 경우 원주민들의 문화에 대한 권리가 침해되었다고 주장할 수도 있을 것이다. 마지막으로 수력발전을 위한 댐 건설 등으로 인해 이들의 생활환경에 악영향을 미쳤을 경우 이들의 환경에 대한 권리가 침해되었다고 주장할 수 있어야 할 것이다. 요컨대, 특정 재생에너지 사업의 원주민들에 대한 물리적, 정신적 측면에서의 악영향을 토대로 이들의 관련된 권리들이 침해되었다고 주장함으로써 상기 언급하였던 것처럼 이러한 악영향 및 권리침해를 발생시키는 관련 재생에너지 사업 및 이를

둘러싼 당해 분쟁에 대해 원주민들이 상당한 이해를 가진다는 점을 증명해야 할 것이다.

이를 토대로, 원주민들은 상기 주장하였던 이들의 침해된 권리가 어떤 국제협약 또는 국제문서들에서 어떻게 규정되고 있는지에 대해 설명하여야 할 것이다. 예를 들면, 이들의 문화에 악영향을 미쳤을 경우 문화의 권리에 관해서는 이에 대해 규정하고 있는 시민적, 정치적 권리에 관한 규약 제27조를⁴³⁾ 인용하며 해당 권리가 해외투자자의 사업수행 및 투자 유치국 정부의 관련 조치이행 부족 등으로 인해 침해되었다고 주장할 수 있을 것이다. 또한, 토지에 대한 권리에 관해서는 원주민들이 자신들의 토지로부터 퇴출당하였을 경우 유엔원주민권리선언 제8조2항⁴⁴⁾ 및 국제노동기구협약 제14조에⁴⁵⁾ 근거하여 이들의 토지에 대한 권리침해를 주장할 수 있을 것이다. 마지막으로 원주민들과 적절한 협의를 거치지 않고 재생에너지 관련 사업이 진행되었을 경우 이들의 자유사전통고승인에 관해 규정하고 있는 유엔원주민권리선언 제19조⁴⁶⁾ 및 국제노동기구협약 제16조2항⁴⁷⁾ 등이 인용될 수 있을

43) International Covenant on Civil and Political Rights, article 27.

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

44) UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, article 8(2)(b).

2. States shall provide effective mechanisms for prevention of, and redress for: ... (b) Any action which has the aim or effect of dispossessing them of their lands, territories or resources; ...

45) ILO Convention 169, article 14(1),(2).

1. The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect.

2. Governments shall take steps as necessary to identify the lands which the peoples concerned traditionally occupy, and to guarantee effective protection of their rights of ownership and possession...

46) UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, article 19.

States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free, prior and informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them.

47) ILO Convention 169, article 16(2).

2. Where the relocation of these peoples is considered necessary as an exceptional measure, such relocation shall take place only with their free and informed consent. Where their consent cannot be obtained, such relocation shall take place only following appropriate procedures established by national laws and regulations, including public inquiries where appropriate, which provide the opportunity for effective representation of the peoples concerned.

것이다. 이 밖에도 Bear Creek Mining 사건의 DHUMA가 주장했었던 것처럼 비록 법적 구속력은 가지지 않으나 기업의 사회적 책임에 대해 언급을 하고 있는 “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework” 상의 기업들이 (원주민)인권침해를 방지하기 위해 필요한 조치를 취해야 하는 등의 상당한 주의의 절차를 수행하여야 한다는 점 등을 강조할 수 있을 것이다.

이와 같은 원주민들의 권리 및 이해에 관한 사실적 및 법적 사항들을 법정조언자로서 재판소에서 어떻게 주장할지 즉, 그 방식의 경우 기본적으로 상기 논의한 것처럼 주요 분쟁 당사자들과의 협의하에 재판소가 결정할 사안이기 때문에 원주민들은 이에 대해 영향력을 행사할 수 없다. 다만, 상기 판례들에 따르면 이들에게는 주로 서면의견서 제출만이 허가되었으나 Glamis Gold 사건에서 Quechan 부족의 경우 별개의 장소에서 당해 소송을 시청할 수 있는 권한이 부여되었다. 따라서 보다 적절한 자신들의 권리보호를 위해 원주민들은 재판소에 대해 서면의견서에서 자신들의 권리 및 이해를 명확히 주장하여야 할 것이며 이와 함께 해당 목적의 달성을 위해 국제투자법상 제3자 참여에 대한 체제의 개선이 필요하다고 할 수 있겠는데 이에 대해서는 본 논문의 아래에서 따로 논의하도록 하겠다.

마지막으로 잠재적 국제투자중재소송에서 원주민들에게 법정조언자로서 보다 적극적인 참여에 관련된 권한을 부여해야 하는 이유 특히, 상기 언급한 것처럼 국제투자법상 제3자의 참여확대를 위해 관련 체제가 개선되어야 한다면 가장 중요한 이유는 무엇보다도 국제투자중재소송의 투명성제고 및 당해 소송에 의해 영향을 받을 수 있는 공공 즉, 원주민들 권리의 보다 효과적인 보호가 그 이유라고 할 수 있을 것이다. 이에 대해서 역시 본 논문의 아래에서 다시 논의하도록 하겠다.

2. 국제투자중재소송상 법정조언자체제의 개선방안

상기 논의한 것처럼, 원주민들은 기본적으로 이들의 권리에 영향을 주는 관련 사업을 둘러싼 국제투자중재소송에서 법정조언자로서만 참여할 수 있으며 상기 Glamis Gold 사건의 경우 Quechan부족은 서면의견서 제출과 함께 별개의 공간에서 당해 소송을 지켜볼 수 있는 기회를 부여받았으나 Bear Creek Mining 사건의 DHUMA 의 경우 단지 서면의견서 제출만이 허용되었다.

이와 같이 법정조언자는 국제투자중재소송에서 이들이 직접적으로 소송에 참여하는 것이 아닌 제한적인 형태의 참여만을 부여받는 것이 보통이며 이들의 소송참여에 관련하여 국제

투자법체제에서 오랜 기간 동안 논의가 진행되어 왔다. 본 논문에서는, 특정 원주민에 영향을 미치는 재생에너지 사업에 관련된 잠재적 국제투자중재소송에서 관련 원주민들이 보다 적절히 자신들의 권리를 보호하기 위해서는 이와 같은 법정조언자 또는 제3자의 소송참여에 관련된 규정이 개선되어야 한다고 주장하고자 하며 이에 따라 관련 체제의 개선방안을 간략히 제시한 다음 논의를 마치도록 하겠다.

(1) 법정조언자 체제가 개선되어야 하는 이유 및 혜택

우선 개선방안을 제시하기에 이전에 원주민들을 포함한 법정조언자의 국제투자중재소송에 대한 참여가 왜 개선 및 확대되어야 하는지 그리고, 이들의 소송참여가 확대될 경우 국제투자중재소송체제에 수반되는 이익은 무엇인지에 대해 간략히 논의해 보도록 하겠다.

법정조언자들의 국제투자중재소송 참여가 확대되어야 하는 가장 중요한 이유는 우선 국제투자중재소송과 국제상사분쟁의 성격 차이에서 기인한다고 할 수 있을 것이다. 즉, 국제상사분쟁의 경우 사인(私人)간의 분쟁인데 반해 국제투자중재소송의 경우 (공적 주체인) 정부와 사인간의 분쟁이며 상기 언급한 것처럼 해외투자자의 투자에 악영향을 끼친 정부의 (공익목적의) 정책이 주요 쟁점에 해당되므로 국제투자중재소송의 판결은 양 분쟁당사자 뿐만 아니라 투자유치국의 (일부) 국민에게도 영향을 끼치게 된다.⁴⁸⁾ 따라서, 국제투자중재소송의 이러한 공공적인 성격을 감안한다면 이들의 권리 또는 이해를 보호하기 위해 보다 적극적인 이들의 당해 소송에 대한 참여가 중요하다고 할 수 있을 것이다.⁴⁹⁾ 특히, 상기 논의한 것처럼 원주민들의 경우 재생에너지 사업을 포함한 해외투자자의 사업들은 이들의 토지에서 발생하기 때문에 이들은 해당 투자와 관련 분쟁에 직접적인 이해를 가질 수 밖에 없다는 점을 고려한다면 이들의 적극적인 당해 소송참여는 더욱 중요하다고 할 수 있을 것이다.

그렇다면 법정조언자의 참여를 확대할 경우 수반되는 이익에는 무엇이 있을까? 우선, 양 분쟁당사자 뿐만 아닌 공공에 대한 참여 및 개방은 이들의 이해를 적절히 반영할 수 있을 것이며 이로 인해 국제투자중재소송의 정당성 역시 제고할 수 있을 것이다.⁵⁰⁾ 특히, 상기 판례들에서 확인되는 것처럼 법정조언자들이 (투자유치국 정부와 함께) 이들의 권리에 관련된 법적 문서 즉, 국제인권협약 및 기업의 사회적 책임에 관한 국제문서 등의 관련 권리

48) Eugenia Levine, *supra* note 14, p.205.

49) *Ibid.*, p.206.

50) *Ibid.*, p.217.

및 의무사항들을 제시함으로써 당해 소송에서 국제투자법만으로 판결이 이루어지지 않고 국제인권법을 포함한 다른 분야의 국제법까지 널리 적용됨을 도모할 수 있을 것이며 궁극적으로 국제법의 파편화(fragmentation of international law)를 방지할 수 있을 것이다.⁵¹⁾

(2) 법정조언자 체제의 개선방안

원주민들의 권리에 악영향을 미치는 재생에너지 사업에 관련된 잠재적 국제투자중재소송에서 관련 원주민들이 자신들의 권리를 보다 적절히 보호하기 위해서, 본 논문에서는 아래와 같이 법정조언자 체제가 개선되어야 한다고 제안하고자 한다.

우선, 국제투자분쟁의 준거법이 되는 국제투자협정의 실제적 규정을 개정하거나 제정하는 방식이 이용될 수 있을 것이다. 다시 말해서, 특정 국제투자중재소송의 주요 준거법이 되는 국가간의 국제투자협정 규정에 원주민들의 권리보호에 관한 보다 적극적인 규정을 도입함으로써 향후 잠재적 국제투자중재소송에서 원주민들이 법정조언자로서 당해 소송에 참여하고자 신청할 때 그 정당성 및 필요성을 강화시키는 역할을 할 수 있다는 것이다. 그 대표적인 예로 북미자유무역협정의 개정된 형태인 미국-멕시코-캐나다협정(USMCA)의 전문에서는 이전과 달리 원주민들의 무역 및 투자에 대한 참여의 중요성 (the importance of increased engagement by indigenous peoples in trade and investment)을 인정한다는 문구가 삽입되었으며 이외 다수의 조항에서 원주민들의 전통지식 및 권리의 중요성을 명시적으로 규정하고 있다.⁵²⁾ 이와 같은 원주민 권리보호에 관련된 조항들은 상기 언급한 것처럼 이들의 권리가 특정 재생에너지사업으로 인해 침해되었을 때 이들이 법정조언자로서 당해 소송에 참여하기를 원할 경우 그 정당성을 강화시키는 동시에 이들 권리의 보다 적절한 보호에 기여를 할 수 있을 것이다.⁵³⁾

이와 함께, 원주민들의 권리를 침해하는 재생에너지 개발이 주로 해외투자자 즉, 기업 등

51) Ibid, p.218.

52) 원주민의 권리에 관련된 미국-멕시코-캐나다협정의 조항은 아래와 같다.

article 24.2.4.: The Parties recognize that the environment plays an important role in the economic, social, and cultural well-being of indigenous peoples and local communities, and acknowledge the importance of engaging with these groups in the long-term conservation of the environment.

article 24.15.3.: The Parties recognize the importance of respecting, preserving, and maintaining knowledge and practices of indigenous peoples and local communities embodying traditional lifestyles that contribute to the conservation and sustainable use of biological diversity.

53) Chao Wang, Jing Ning and Xiaohan Zhang, supra note 16, p.10.

의 사인(私人)에 의해 수행되는데 반해 원주민들의 권리보호를 규정하고 있는 국제협약 및 국제문서상의 의무를 직접적으로 부담하는 것은 투자유치국 정부만이 해당된다는 점을 고려하였을 때, 상기 Bear Creek Mining 사건에서 DHUMA가 주장했었던 기업들의 인권보호 및 환경보전 등에 관련된 의무를 규정하고 있는 기업의 사회적 책임에 관련된 국제문서들을 국제투자협정에서 언급함으로써 해외투자자들의 (원주민)인권보호 의무를 국제투자중재 재판소가 고려하게끔 할 수 있을 것이다.⁵⁴⁾ 특히, 이와 같은 기업의 원주민 권리보호에 관련된 국제의무가 투자유치국 정부만이 아닌 투자자에게도 적용될 수 있다고 Bear Creek Mining 사건에서 한 재판관이 의견을⁵⁵⁾ 피력하였다는 점을 고려한다면 원주민의 권리보호에 관련된 기업의 사회적 책임에 관한 국제문서에 관한 조항의 국제투자협정상으로의 도입은 원주민들 권리보호에 기여할 수 있을 것이다.

마지막으로 절차적인 차원에서, 상기 논의한 국가와 다른 국가 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약에 규정된 법정조언자의 소송참여에 관련된 규정이 다소 광범위하게 규정되어 있어 재판소의 재량이 매우 크다는 점을 감안한다면, 원주민들의 소송에의 참여를 촉진하기 위해서는 보다 상세한 또는 엄격한 규정을 두는 방법도 생각해 볼 수 있을 것이다. 예를 들면, 상기 언급한 조건들을 법정조언자 (즉, 원주민)가 충족하였을 경우 당해 소송에서 재판소는 이들의 서면의견서 제출신청을 허가해야 할 의무를 진다는 규정(shall)으로 개정하는 것도 현실적으로 쉽지 않겠지만 한 가지 방법이 될 수 있을 것이다.

V. 결론

기후변화가 심해짐에 따라 재생에너지의 이용은 지속적으로 증가해 왔으며 이에 따라 관

54) 이에 관련된 예로써는 Bear Creek Mining 사건의 페루와 캐나다 자유무역협정 제810조가 적절한 예가 될 수 있을 것이다.

Article 810: Corporate Social Responsibility

Each Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption. The Parties remind those enterprises of the importance of incorporating such corporate social responsibility standards in their internal policies.

55) Buxton, A.; Wilson, E. FPIC and the Extractive Industries: A Guide to Applying the Spirit of Free, Prior and Informed Consent in Industrial Projects; International Institute for Environment and Development: London, UK, 2013. (... foreign investors also play an important part in process of obtaining local trust ... the ILO Convention 169 had legal effects on foreign investors as well ...).

런 국제투자 및 투자에 관한 국제분쟁 역시 증가해왔다. 이와 함께, 많은 종류의 재생에너지가 원주민들이 거주하고 있는 토지에서 개발되어 오면서 이들의 권리침해 역시 빈번하게 발생되어 왔다. 이러한 배경에 따라 본 논문에서는 아직 발생한 적은 없으나 원주민들의 토지에서 해외투자자에 의해 수행된 재생에너지 개발사업이 이들의 권리를 침해하고 이에 따라 이들이 거주하고 있는 투자유치국의 정부가 특정 조치를 취할 경우 이들간에 발생할 수 있는 잠재적 국제투자중재소송에서 원주민들이 어떻게 이들의 권리를 보호할 수 있을지에 대해 논의를 진행하였다.

즉, 상기 언급한 것처럼 원주민들은 당해 소송에서 분쟁당사자로서 참여할 수 없기 때문에 법정조언자로서 자신들의 권리를 주장해야 하므로 법정조언자에 관련된 국제투자협정상 규정 및 관련 판례들을 분석하였고 이를 토대로 재생에너지 개발에 관련된 잠재적 국제투자중재소송에서 이들이 어떻게 무슨 권리를 주장해야 하는지 및 보다 적절한 이들의 권리 보호를 위한 법정조언자 체제의 개선방안에 대해 제시를 하였다.

상기 언급한 법정조언자 체제의 개선방안을 현실적으로 이행하기 위해서는 국제투자중재소송의 배타적 성격 및 기밀성 보장이라는 특징 때문에 여러 난관이 있을 수 있겠으나 최근 들어 국제투자중재소송의 개방성 및 투명성에 대한 요구가 증가하면서 원주민들을 포함한 비분쟁당사자에 대한 법정조언자 서면제출이 점차 증가해 왔다는 점을 고려한다면⁵⁶⁾ 향후 점진적으로 보다 개방적으로 변화할 수 있을 것이다. 이와 같은 원주민들을 포함한 법정조언자의 분쟁에 대한 참여의 개방은 이들의 권리보호 뿐만 아니라 국제투자중재소송 자체에 대한 신뢰강화 및 국제법의 파편화를 방지하는데 기여할 수 있다고 본 논문에서는 주장하고자 한다.

56) Eugenia Levine, *supra* note 14, p.208.

<국문요약>

기후변화가 심해짐에 따라 재생에너지의 이용은 지속적으로 증가해 왔으며 이에 따라 관련 국제투자 및 투자에 관한 국제분쟁 역시 증가해왔다. 이와 함께, 많은 종류의 재생에너지가 원주민들이 거주하고 있는 토지에서 개발되어왔고 특히, 이 과정에서 이들의 권리침해가 발생되어 왔다는 점에 착안하여 본 논문에서는 아직 발생한 적은 없으나 원주민들의 토지에서 수행된 재생에너지 개발사업이 이들의 권리를 침해하고 이에 따라 이들이 거주하고 있는 투자유치국정부가 관련 조치를 취할 경우 이들간에 발생할 수 있는 잠재적 국제투자중재소송에서 원주민들이 어떻게 이들의 권리를 보호할 수 있을지에 대해 논의를 진행하였다. 즉, 상기 언급한 것처럼 원주민들은 당해 소송에서 분쟁당사자로서 참여할 수 없기 때문에 법정조언자로서 자신들의 권리를 주장해야 하므로 법정조언자에 관련된 국제투자협정상 규정 및 관련 판례들을 분석하였고 이를 토대로 잠재적 국제투자중재소송에서 어떻게 무슨 권리를 주장해야 하는지 및 이들의 보다 적절한 권리보호를 위한 법정조언자 체제의 개선방안에 대해 제시를 하였다.

주제어: 재생에너지, 원주민, 국제투자중재소송, 법정조언자

<Abstract>

As climate change has intensified, use of renewable energy which can contribute to mitigating greenhouse gas emissions has also increased. In particular, such an increasing use of renewable energy has also led to a growing number of international investment disputes. In this context, given that many renewable energy developments have occurred in the territories traditionally occupied and used by indigenous peoples and numerous violations of the rights of indigenous peoples have also happened, this article focuses on how to protect the rights of indigenous peoples in a potential international investment arbitration in the context of renewable energy developments, focusing on their role as *amicus curiae* because they cannot participate in a given dispute only as *amicus curiae* under the relevant rules. Following the discussion on how they can protect their rights in a potential investment dispute, this article suggests how to reform the third-party participation system so that their rights are properly protected.

Keywords: renewable energy; indigenous peoples; international investment arbitration; *amicus curiae*.

<참고문헌>

학술논문 및 도서

- Business and Human Rights Resource Centre, Renewable energy (in)justice in Latin America (Business and Human Rights Resource Centre, 2021)
- Buxton, A.; Wilson, E. FPIC and the Extractive Industries: A Guide to Applying the Spirit of Free, Prior and Informed Consent in Industrial Projects; International Institute for Environment and Development: London, UK, 2013.
- Chao Wang, Jing Ning and Xiaohan Zhang, International Journal of Environmental Research and Public Health, International Journal of Environmental Research and Public Health, 18, 7798 (2021)
- Eugenia Levine, Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation, 29(1) Berkeley JIL (2011)
- Lucas Bastin, Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends 30(1) Arbitration International (2014)
- Valentina Vadi, Heritage, Power, and Destiny: The Protection of Indigenous *Heritage in International Investment Law and Arbitration*, George Washington International Law Review, Vol. 50, No. 4, (2018)

국제협약 및 국제문서

- Amicus Curiae Brief submitted by the Association of Human Rights and the Environment - Puno and Mr. Carlos Lopez PhD (Non-disputing parties)
- Glamis Gold, Ltd. (Claimant) AND United States of America (Respondent), Award (2009)
- ICSID, Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú (ICSID Case No. ARB/14/21), Award
- International Covenant on Civil and Political Rights
- ILO Convention 169
- Non-Party Supplemental Submission- Glamis Gold Ltd. v. USA, Submission of the Quechan Indian Nation
- Partial Dissenting Opinion,
- UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration
- UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples

기타자료

Aljazeera, Nick Aspinwall, China-backed dam threatens Indigenous people in the Philippines, January 19, 2020. <https://www.aljazeera.com/news/2020/1/19/china-backed-dam-threatens-indigenous-people-in-the-philippines>

Howard Mann, Glamis v. United States, Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development, October 18, 2018, <https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/18/glamis-v-united-states/>

Investment Treaty News, Trends in Investor Claims Over Feed-in Tariffs for Renewable Energy, <https://www.iisd.org/itn/en/2012/07/19/trends-in-investor-claims-over-feed-in-tariffs-for-renewable-energy/>

MERCOM, Renewable Energy Sector Attracts \$1 Billion in FDI in the First Half of FY 2021-22, <https://mercomindia.com/renewable-energy-sector-attracts-1-billion-in-fdi/#:~:text=The%20renewable%20energy%20sector%20accounted,FDI%20cell%20to%20process%20proposals.>

Rina Chandran, Indigenous people 'under threat' from Asia clean energy push. Reuters February 9, 2021, <https://www.reuters.com/article/us-landrights-renewables-environment-fea-idUSKBN2A903H>

Stockholm Environment Institute, A just transition to renewables must recognize the rights of Indigenous Peoples, 4 June 2020, <https://www.sei.org/perspectives/a-just-transition-to-renewables-must-recognize-the-rights-of-indigenous-peoples/>

9th Conference: on Renewable Energy, Gender and the Rights of Indigenous Peoples October, 2019 in Bata'an, Philippines - Bata'an Statement