

2023년 신진학자 학술대회 포스트 팬데믹 시대 국제법의 새로운 역할

2023년 3월 25일(토) 13:00-17:10

고려대학교 CJ법학관 222호 최고위과정실,
CJ법학관 지하1층 리베리타스홀

주최 대한국제법학회, 한국해양과학기술원, 고려대학교 법학연구원

한국국제경제법학회, 국제법평론회, 서울국제법연구원

대한국제법학회

2023년 신진학자 학술대회 포스트 팬데믹 시대 국제법의 새로운 역할

| 일시 | 2023년 3월 25일(토) 13:00-17:10

| 장소 | 고려대학교 CJ법학관 512호 최고위과정실, CJ법학관 지하1층 리베르타스홀

📍 전체사회 : 김상걸 연구이사(단국대학교)

| | |
|-------------|-----------------------------|
| 13:00-13:15 | 등록 |
| 13:15-13:30 | 개회사 강병근 교수 (대한국제법학회 회장) |
| | 축사 강준하 교수 (한국국제경제법학회 회장) |
| | 기념촬영 |

제1부 13:30~15:30 CJ법학관 512호

📍 사회 : 소병천 교수(아주대학교)

| | |
|-------------|--|
| 13:30~15:30 | 국제사법재판소 판결에 대한 이행강제금 제도 도입에 관한 연구 발표: 강두원 변호사 (법률사무소 케이 스페이스) 토론: 김원희 박사 (한국해양과학기술원) |
| | 국제형사재판소 관할권 행사에 있어서 속지주의의 적용: 로힝야 결정을 중심으로 발표: 김명우 초빙연구원 (한국형사·법무정책연구원) 토론: 남승현 교수 (국립외교원) |
| | 해석주의 이론의 국제재판에 대한 적용가능성 연구 발표: 한창완 과장 (법무부) 토론: 오시진 교수 (강원대학교) |
| 15:30~15:50 | 휴식 |

제2부

(Parallel session A)

15:50~17:10 CJ법학관 지하1층 리베리타스홀

📍 사회 : 권현호 교수(성신여자대학교)

15:50~17:10

WTO SPS 협정상 제6.1조 'SPS특성으로의 적합' 에 관한 연구:
위험평가를 중심으로

발표: 김현정 연구위원 (농림축산식품부)

토론: 이진규 교수 (동아대학교)

EU 탄소국경조정제도의 주요내용 및 국제통상법적 검토

발표: 이정아 박사 (고려대학교)

토론: 오선영 교수 (송실대학교)

제2부

(Parallel session B)

15:50~17:10 CJ법학관 512호

📍 사회 : 이기범 교수(연세대학교)

15:50~17:10

초국경적 환경오염원으로부터 해양환경 보호의무에 관한 국제법적 연구

발표: 장혜원 박사 (이화여자대학교)

토론: 김민철 소장 (유민국제법연구소)

유엔해양법협약 제15부에 대한 사법해석의 법규범창설(Lawmaking) 효과

발표: 조훈 박사후연구원 (연세대학교 정치학과 BK21 교육연구단)

토론: 최지현 교수 (제주대학교)

17:10

폐회선언

Contents

2023년 신진학자 학술대회

📍 전체사회: 김상걸 연구이사 (단국대학교)

포스트 팬데믹 시대 국제법의 새로운 역할

📍 [사회] 소병천 교수 (아주대학교)

제1부 제1발표

국제사법재판소 판결에 대한 이행강제금 제도 도입에 관한 연구

1

- [발표] 강두원 변호사 (법률사무소 케이 스페이스)
- [토론] 김원희 박사 (한국해양과학기술원)

제1부 제2발표

국제형사재판소 관할권 행사에 있어서 속지주의의 적용 : 로힝야 결정을 중심으로

47

- [발표] 김명우 초빙연구원 (한국형사·법무정책연구원)
- [토론] 남승현 교수 (국립외교원)

제1부 제3발표

해석주의 이론의 국제재판에 대한 적용가능성 연구

83

- [발표] 한창완 과장 (법무부)
- [토론] 오시진 교수 (강원대학교)

Contents

2023년 신진학자 학술대회

📍 [사회] 권현호 교수 (성신여자대학교)

제2부 A 제1발표

WTO SPS 협정상 제6.1조 'SPS특성으로의 적합' 에
관한 연구: 위험평가를 중심으로

119

- [발표] 김현정 연구위원 (농림축산식품부)
- [토론] 이진규 교수 (동아대학교)

제2부 A 제2발표

EU 탄소국경조정제도의 주요내용 및 국제통상법적 검토

143

- [발표] 이정아 박사 (고려대학교)
- [토론] 오선영 교수 (송실대학교)

📍 [사회] 이기범 교수 (연세대학교)

제2부 B 제1발표

초국경적 환경오염원으로부터 해양환경
보호의무에 관한 국제법적 연구

167

- [발표] 장혜원 박사 (이화여자대학교)
- [토론] 김민철 소장 (유민국제법연구소)

제2부 B 제2발표

유엔해양법협약 제15부에 대한 사법해석의
법규범창설(Lawmaking) 효과

195

- [발표] 조훈 박사후연구원 (연세대학교 정치학과 BK21 교육연구단)
- [토론] 최지현 교수 (제주대학교)



제1부

● [사회] 소병천 교수 (아주대학교)

국제사법재판소 판결에 대한 이행강제금 제도 도입에 관한 연구

[발표] 강두원 변호사 (법률사무소 케이 스페이스)

[토론] 김원희 박사 (한국해양과학기술원)

大韓國際法學會

국제사법재판소 판결에 대한 이행강제금 제도 도입에 관한 연구*

강 두 원**

목 차

- I. 서론
- II. 국제법상 강제집행 체계에 대한 개관
 - 1. 국제법상 강제집행의 정의
 - 2. 국제재판소별 강제집행 체계의 유형
 - 3. 국제사법재판소 판결에 대한 현행 강제집행 체계의 분석
- III. ICJ 판결의 이행 여부에 대한 통계적 분석
 - 1. 판결 주문에 따른 분석의 필요성
 - 2. 국제사법재판소 판결 및 잠정조치에 대한 통계적 분석
 - 3. 특정 행위를 명하는 판결이 집행되지 않는 원인
- IV. 국제사법재판소 판결에 대한 이행강제금 도입의 가능성
 - 1. 이행강제금 제도의 검토
 - 2. ICJ가 판결을 이행하지 않는 국가에 대해 이행강제금을 부과할 수 있는 가능성의 검토
 - 3. 이행강제금 제도를 *lex lata*로 도입하기 위해 추가로 필요한 요건
 - 4. 향후에 ICJ가 이행강제금 제도를 도입하는 경우의 제도적 형태
 - 5. 이행강제금 제도의 한계
- V. 결론

* 이 발표문은 필자의 법학박사 학위논문 “A Study on Compliance with and Enforcement of Decisions of the International Court of Justice: Proposals to improve the current enforcement system”(고려대학교, 2023. 2.)의 Chapter I 내지 II, Chapter III 중 Section 2, Chapter IV를 번역, 요약, 수정한 것이다. 해당 논문 제목을 한글로 번역하면 “국제사법재판소 판결의 이행과 강제집행에 관한 연구: 현행 강제집행 체계에 대한 개선방안을 중심으로”가 된다.

** 법률사무소 케이 스페이스, 변호사(한국, 미국 캘리포니아주), 법학박사.

I. 서론

국제사법재판소(이하 “ICJ”)에 회부된 소송에 있어서 승소국의 중요한 관심사 중 하나는 법적으로 확인된 승소국의 권리가 현실에서 실현될 수 있도록 ICJ가 선고한 판결¹⁾을 집행하는 것이다.²⁾ 패소국이 해당 판결을 이행(comply with)하지 않는 경우, 판결의 이행은 강제집행(enforcement) 절차에 의해 달성될 수 있다. 만약 ICJ의 판결 선고 후에 판결이 이행되지 않고 있는 상황에서, 해당 판결을 집행할 강제적 수단이 존재하지 않는다면, 이는 승소국의 침해된 권리의 보호 또는 회복을 보장할 법적 절차가 남아있지 않다는 의미가 된다. 이와 관련하여 M. E. O’Connell은 “구속력있는 결정을 원하는 국가들은 판결이라는 한 가지 선택권만 가지고 있다. 강제집행이 없다면, 이러한 판결은 무의미한 선택권이 된다.”라고 주장하였고,³⁾ 마찬가지로 유럽인권재판소는 “만약 당사국의 국내 사법 체계로 인해 구속력있는 최종적인 사법 판결이 한 당사자에게 불이익하게 무효인 상태로 남는다면, [재판청구권]은 실체가 없는 것이 될 것이다”라고 판시하였다.⁴⁾ 요컨대, 현대 국제법의 중요한 이슈들 중 하나는 어떻게 하면 국제재판소의 판결을 더 효과적으로 집행할 수 있는지 여부이다.⁵⁾ 하지만, 최근 들어 ICJ 판결의 이행은 어느 정도 강조되어온 반면에,⁶⁾ ICJ 판결의 집행은 상대적으로 적은 관심을 받아왔다. 따라서 본 논문은 ICJ 판결의 강제집행 절차라는 특정한 주제에 초점을 맞추게 되었다.

뒤에서 자세히 논의하듯이, ICJ 판결에 대한 현행의 강제집행 체계의 주요한 문제점은, 우리가 국내법 체계에서 쉽게 확인할 수 있는 것과 다르게, 유엔 체계 내에 중앙집권화되고 체계적인 집행기관이 존재하지 않고 또한 강제집행과 관련된 세부적인 규정이 존재하지 않는다는 사실이다.⁷⁾

1) 여기서 “판결(judgment)”이라 함은 특별히 달리 언급하지 않는 한 ICJ의 잠정조치 명령(orders indicating provisional measures)을 포함한다.

2) Richard Frimpong Oppong and Lisa C. Niro, “Enforcing Judgments of International Courts in National Courts,” *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.5 Iss.2, 2014, p.346; Carlo Vittorio Giabardo, “Disobeying Courts’ Orders—A Comparative Analysis of the Civil Contempt of Court Doctrine and of the Image of the Common Law Judge”, *Journal of Civil Law Studies*, Vol.10 No.1, 2017, p.37.

3) Mary Ellen O’Connell, “The Prospects for Enforcing Monetary Judgments of the International Court of Justice: A Study of Nicaragua’s Judgment against the United States,” *Virginia Journal of International Law*, Vol. 30, No. 4, 1990, p.895.

4) *Hornsby v. Greece*, App. No. 18357/91, 1997-II Eur. Ct. H.R 613, p.15, para.40.

5) 하지만 강제집행의 중요성에 대해서는 이견도 존재한다. 예를 들어, 어떤 학자는 ICJ 판결의 미이행은 국제 평화에 심각한 영향을 미치지 않기 때문에 ICJ 판결의 강제집행은 국제 평화의 관점에서 중요한 문제가 될 수 없다고 주장하였다. Joseph Sinde Warioba, “Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.5, 2001, p.51.

6) 이와 관련하여 Bedjaoui 전 ICJ 소장은 1994년에 “[국제사법재판소 판결의 이행은] 매우 중요한 문제이다. 그런데 이는 역설적이게도 법률가들에 의해 버려지거나 어느 정도 무시되거나 소홀히 대해져왔다. ... (중략) ... 만약 궁극적으로 국제재판소의 판결이 이행되지 않는다면, 사법적 수단에 의한 분쟁의 평화적 해결의 장점을 높이 평가해야할 이유가 무엇인가?” *ICJ Yearbook 1994-1995*, p.230. 나아가 어떤 학자는 이행 문제를 ICJ 체계의 성공에 연결시키며 “이행률은 [국제사법재판소의 역할]의 성공 여부에 대한 기준을 제공한다”고 주장하였다. Constanze Schulte, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2004, p.2.

7) W. M. Reisman, “The Enforcement of International Judgments”, *American Journal of International Law*, Vol. 63, Issue 1, 1969, p.7; Shabtai Rosenne, *The Law and the Practice of the International Court of Justice 1920-2005* 4th edition, Vol.1, Martinus Nijhoff, 2006,

물론 안전보장이사회가 유엔헌장 제94조 제2항에 근거하여 ICJ 판결의 집행 기관으로서 기능하고 있으나, 강제집행의 체계, 절차, 규칙 등이 제대로 갖춰지지 않은 상태에서 안전보장이사회는 단지 ICJ 판결을 집행할 포괄적인 권한만 가지고 있을 뿐이다. 만약 ICJ 판결이 미이행 국가를 상대로 강제집행될 수 없다면, 이는 현실에서 국제관계를 규율하는 국제법의 법으로서의 기능에 대한 의구심을 불러 일으킬 뿐만 아니라, ICJ의 판결 선고 이후에도 ICJ에 회부되었던 국가간 분쟁이 해결되지 않는다는 점에서⁸⁾ 국제 평화에 대한 위협을 초래할 수도 있다.⁹⁾ 나아가 ICJ 판결의 강제집행은 국제법 체계에 대한 국가들의 신뢰와도 관련된다. 국가들이 ICJ 판결의 강제집행 절차에 대해 더 이상 신뢰를 할 수 없는 경우에 이는 심각한 문제를 초래할 수 있다. 만약 ICJ 판결의 강제집행이 담보되지 않는다면, 국가들은 분쟁을 ICJ에 회부하는 것에 대해 소극적일 수 있고, 회부하게 되더라도 판결을 이행하는 것을 거부할 수 있으며, 심지어 ICJ 체계 자체에 대해서 의구심을 품게 될 수도 있다.¹⁰⁾ 일단 국가들이 ICJ 체계에 대해 그러한 의구심을 품기 시작하면, ICJ는 국제 분쟁의 해결을 위한 국가들의 방안들에서 배제될 가능성이 있다. 왜냐하면 소송에서 승소한다고 하더라도 판결을 집행할 효과적인 수단이 존재하지 않기 때문이다. 효과적인 강제집행 절차의 부재와 관련하여서 W. M. Reisman은 “강제집행 체계는 그 체계가 작동한다는 기대에 전적으로 기반한다. 판결과 강제집행간의 괴리는 그러한 기대를 약화시킬 수 있으며 자발적 이행의 거부를 증대시킬 수 있다.”라고 언급하기도 하였다.¹¹⁾ 이러한 점에서, 만약 ICJ 판결의 강제집행 체계가 더욱 효과적인 모습으로 변화된다면, 국제 분쟁을 평화적이고 효율적으로 해결하기 위해 국가들이 ICJ를 더 많이 이용하게 될 것임이 자명하다.¹²⁾

따라서 본 논문은, ICJ 판결 및 다른 국제재판소의 판결에 대한 현행 강제집행 체계를 분석하여 현재의 유엔의 강제집행 체계를 보완할 수 있는 개선방안을 제시하고, 그럼으로써 ICJ 판결이 더 효과적으로 집행되고 나아가 국가들이 강제집행 이전에 ICJ 판결을 자발적으로 이행하도록 하는 데에 그 목적이 있다. 또한 판결 미이행시의 이행강제금의 부과는 ICJ 체계에 있어서 새로운 제도이므로, 본 논문에서는 그러한 새로운 제도가 ICJ 규정 제38조 제1항에 따라 현행 ICJ 체계에 도입될 수 있는지 여부를 검토하고 나아가 만약 현행 체계에서는 그럴 수 없다면 향후 도입을 위해서 어떠한 추가적인 요건들이 필요한지에 대해 논의하고자 한다.

p.271; Andrew T. Guzman, “International Tribunals: A Rational Choice Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.157, No.1, 2008, p.179.

8) Oscar Schachter, “The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions”, *American Journal of International Law*, Vol. 54, No. 1, 1960, p.6.

9) Mutlaq Majed Al-Qahtani, *Enforcement of international judicial decisions of the International Court of Justice in public international law*, Ph.D. dissertation, University of Glasgow, 2003, p.1.

10) 이와 같은 취지로 전 ICJ 재판관 Oda는 “당사자들이 반복해서 재판소의 판결 또는 명령을 무시하는 것은 재판소의 권위를 불가피하게 손상시키고, 국제사회에서 재판소가 수행하는 사법적 역할에 대해 의구심을 불러일으킨다”고 언급하였다. *Declaration of Judge Oda, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Provisional Measures, Order of 1 July 2000, I.C.J. Reports 2000*, p.132, para.6.

11) Reisman, *supra* note 7, p.22.

12) O’Connell, *supra* note 3, p.898.

II. 국제법상 강제집행 체계에 대한 개관

1. 국제법상 강제집행의 정의

국제법상 강제집행에 대한 통일된 정의는 존재하지 않는 것으로 보인다. 따라서 아래에서는 유엔헌장 규정, 그 외 다른 국제기구의 정의, 국내법상 정의 등을 근거로 국제법상 강제집행의 정의를 파악해보도록 하겠다.

첫째, ICJ 판결의 강제집행 절차를 규율하는 유엔헌장 제94조 제2항은 “enforce”라는 용어를 사용하지 않고 “give effect to the judgment.”라는 용어를 사용하고 있다.¹³⁾ 제94조 제2항 외에, 유엔헌장에서 “enforce”라는 용어는 안전보장이사회의 권한과 관련하여 “enforcement action” 또는 “enforcement measures”에서만 사용되고 있다.¹⁴⁾ ICJ 규정과 ICJ 규칙에는 “enforce”라는 용어가 사용되지 않고 있다. “‘enforcement’라는 용어의 원래 의미가 집단 안보의 분야에서 ‘force’의 개념과 유사함에 따라”,¹⁵⁾ 유엔헌장에서 enforcement라는 용어는 본질적으로 ‘강제적(coercive)’라는 의미를 내포하고 있다.

둘째, 유럽 평의회(Council of Europe)의 정의도 참고할 수 있다. 유럽 평의회는 2003년에 집행에 대한 의견을 제시하면서 강제집행을 다음과 같이 정의하였다.

“사법적 판결 및 다른 집행가능한 사법적 또는 비사법적 권원을 법률에 부합하게 실행하며, 판시된 사항을 이행하거나 이행하지 않도록 또는 이를 지급하도록 피고를 강제(compel)하는 것”¹⁶⁾

위 정의에서 유의할 부분은 “강제(compel)”라는 용어가 사용되었다는 점이다.

셋째, 비록 국내법상의 정의를기는 하나, 강제집행에 대한 여러 국내법상 정의에 공통점이 있는지를 분석함으로써 강제집행의 주요 개념적 징표를 확인할 수 있다. 유럽연합 집행위원회(European Commission)의 웹사이트¹⁷⁾에서 확인되는 몇 가지 예는 아래 표와 같다.

13) “give effect to”라는 용어는 유엔헌장 제41조, 제64조 제1항, 제94조 제2항에서 사용되고 있다.

14) 유엔헌장 제2조 제5항, 제2조 제7항, 제5조 제45조, 제50조, 제53조 제1항 참조. 외교부는 유엔헌장을 한글로 번역하는데 있어서 “enforcement action” 또는 “enforcement measures”를 “강제조치”로 번역하고 있다. 외교부 홈페이지 참조(https://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3835/contents.do, last accessed on Nov. 23, 2022).

15) Ana Peyró Llopis, “Collective Security and the International Enforcement of International Law: French and American Perspectives”, *Maine Law Review*, Vol.58, Iss.2, 2006, p.548.

16) Council of Europe, Recommendation Rec(2003)17 of the Committee of Ministers to member states on enforcement(available at https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805df135, last accessed on 24 June 2021).

17) the webpage maintained by the European Commission (https://e-justice.europa.eu/52/EN/how_to_enforce_a_court_decision, last accessed on 24 June 2021)

〈표 1: 강제집행에 대한 유럽국가들의 정의〉

| 순번 | 당사국 | 정의 |
|----|------|---|
| 1 | 벨기에 | 만약 채무자가 판결을 자발적으로 이행(<i>comply voluntarily with</i>)하는데 실패하면, 채권자는 법원을 통해 이행을 강제(<i>enforce compliance</i>)할 수 있다. 이는 강제적인 집행(<i>compulsory enforcement</i>)으로 알려져 있다. |
| 2 | 영국 | 강제집행(Enforcement)은 패소국으로 하여금 법원의 명령을 이행(<i>comply with</i>)하도록 강제(<i>compel</i>)하기 위해 취해지는 법원의 제재조치이다. |
| 3 | 프랑스 | 강제집행(Enforcement)(강제적 집행(<i>compulsory enforcement</i>))을 의미함, 왜냐하면 채무자에 의한 자발적인 의무 이행은 별도 절차를 필요로 하지 않기 때문임(은 집행권원에 따른 채무자의 의무를 이행하도록 채무자를 강제(<i>force</i>)하는 것이 가능하도록 하는 모든 절차를 포괄한다. |
| 4 | 독일 | 강제집행(<i>Compulsory enforcement, Zwangsvollstreckung</i>)은 공적 강제(<i>public compulsion</i>)에 의해 사법적 청구를 강제(<i>enforce</i>)하는데 사용되는 절차이다. |
| 5 | 이탈리아 | 강제집행(Enforcement)은 법원 판결과 다른 집행권원의 강제된 집행(<i>forced execution</i>)이다. |
| 6 | 네덜란드 | 만약 채무자가 자발적으로 이행하는데 실패한다면, 채권자는 강제집행 법률에 따른 조치로 이행을 강제(<i>enforce</i>)할 수 있다. |

위의 정의들에서 강제집행의 주요 개념적 징표 2가지가 발견되는데, 첫째는 “자발적 이행의 실패(*failure of voluntary compliance*)”이고 둘째는 채무자에 대한 “채무자에 대한 이행의 강제(*compelling or forcing of the debtor to comply with*)”이다.

셋째, 강제집행의 사전적 정의는 “법률, 명령, 지시, 결정 또는 합의의 준수를 강제(*compel*)하는 행위 또는 절차”인데,¹⁸⁾ 이는 위에서 언급한 유럽 국가들의 정의와 유사하다. 이러한 정의에 따를 때, 패소한 당사자를 강제(*compel*)할 수 없는 수단들이 강제집행의 범위에 포함될 수 없는 것은 명백하다. 강제(*compel*)의 사전적 정의는 “무력, 위협 또는 극도의 압박으로 초래하거나 야기하는 것”이다.¹⁹⁾ 따라서 법원 판결의 강제집행은 법적으로 “무력, 위협 또는 극도의 압박을 수단으로 판결의 이행을 강제하는 행위 또는 절차”라고 정의될 수 있다.²⁰⁾

위와 같은 여러 정의들에 근거할 때, 국제사회에서의 정치적 또는 외교적 압력은 비록 부분적으로 효과를 발휘하기도 하나²¹⁾ 무력, 위협, 극도의 압박을 동반하는 것은 아니므로 강제집행의

18) *Black's Law Dictionary* 8th Edition, Thomson/West, 2005, p.451. 어떤 학자는 국제환경법의 집행 문제를 논하는데 있어서 *Black's Law Dictionary*의 사전적 정의를 참고하기도 하였다. Mary Ellen O'Connell, “Enforcement and the Success of International Environmental Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies Journal*, Vol.3, Iss.1, 1995, p.48.

19) *Black's Law Dictionary* 8th Edition, Thomson/West, 2005, p.237.

20) W. M. Reisman은 국제법적 관점에서 강제집행을 “권위있는 선언을 공동체의 수단에 의해 통제가능한 현실로 변경하는 것”이라고 정의하였다. Reisman, *supra* note 7, p.6. 그러나 이러한 정의는 강제적 수단을 동반하는 강제집행의 특성을 명확히 반영하지 못한다.

21) Schachter, *supra* note 8, pp.6-7. Heather Jones points out that “external political influences” are one of the factors that increase the rate of compliance with ICJ judgments. Heather L. Jones, “Why Comply? An Analysis of Trends in Compliance with Judgments of the International Court of Justice Since Nicaragua”, *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, Vol.12, 2012, pp.85-86.

범위에 포함될 수 없다. 물론 광의의 강제집행은 강제적 수단과 비강제적 수단을 포괄하는 것으로 기술될 수도 있다.²²⁾ 비강제적인 집행방법들이 ICJ 판결을 집행하는데 있어서 의미있는 역할을 해온 것은 사실이지만, 이들은 패소국이 국제사회의 정치적 압력에도 불구하고 ICJ 판결을 자발적으로 이행하지 않는 상황에서 효과적인 해결방안을 제시할 수 없다는 점에서 분명한 한계를 지닌다. 그러한 경우에 패소국의 의사에 반하여 ICJ 판결을 강제집행하기 위해서는 강제적인 수단들이 취해져야 한다. 이러한 강제집행 수단은 직접적 강제집행과 간접적 강제집행으로 나누어질 수 있다.²³⁾ 직접적 강제집행은 물리적, 압류 또는 기타 유사한 수단을 사용하여 제정물 또는 그와 동등한 것이 승소한 당사자에게 강제적으로 반환되도록 하는 것임에 반해,²⁴⁾ 간접적 강제집행은 유엔헌장 제5조, 제41조 등에 명시된 경제적 제재 또는 기타 수단을 사용하여²⁵⁾ 패소한 당사자로 하여금 의무를 이행하도록 강제하는 것이다.

2. 국제재판소별 강제집행 체계의 유형

국제재판소별로 강제집행 체계는 달리 운영되고 있다. 국제재판소의 판결의 강제집행은 조약상 강제집행기관을 기준으로 크게 4가지 유형으로 나누어질 수 있는데,²⁶⁾ 첫째는 재판소 자체에 의해 강제집행 체계가 통제되는 유형으로 유럽연합 사법재판소(Court of Justice of the European Union, 이하 “CJEU”)²⁷⁾의 판결과 세계무역기구(이하 “WTO”) 분쟁해결기구의 권고와 판정을 들 수 있다.²⁸⁾ 둘째는 국제재판소가 아닌 해당 조약상 다른 기관에 의해서 강제집행

22) See Mutlaq Majed Al-Qahtani, *Enforcement of international judicial decisions of the International Court of Justice in public international law*, Ph.D. dissertation, University of Glasgow, 2003, pp.200-225. In this dissertation, he considers the power of the General Assembly and the Secretary-General of the United Nations as one of the means of enforcement of ICJ judgments.

23) Reisman, *supra* note 7, p.6; Christoph H. Schreuer, “The Implementation of International Judicial Decisions by Domestic Courts”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 24, No. 2, 1975, pp.158-159; 유형정, “국제판결 및 중재판정의 이행강제방법에 관한 고찰”, 『법학연구』 제19권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2009, p.462.

24) Reisman, *supra* note 7, p.6.

25) *Ibid.*, p.11.

26) A commentator presents five enforcers for enforcement of international judgments: general organizations such as the Security Council; functioned organizations such as specialized agencies of the UN; regional organization; nation-states; and private action. Reisman, *supra* note 7, pp.14-21.

27) The decisions of the CJEU are generally enforced through “the rules of civil procedure in force in the State in the territory of which it is carried out.” Articles 280 and 299 of the Treaty on the Functioning of the European Union. However, as discussed later, considering CJEU’s authority upon which it can impose financial penalties on a losing party in case of non-compliance, the CJEU itself is also partially vested with powers for enforcement.

28) See Art. 22 of the Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes; 박덕영, “WTO 분쟁해결제도에 관한 소고”, 『연세법학연구』, 제10권, 제1호, 2003, p.210; 박노형 외 31인 공저, 『신국제경제법』, 전면개정판, 박영사, 2018, p.64. It seems that, in the WTO system, the power to enforce such recommendations and rulings is partially given to States concerned because suspension of concessions or other obligations as enforcement measures is unilaterally taken by a judgment creditor. Rüdiger Wolfrum, “Implementation of Decisions of International Courts”, p.104, p.106 in Myron H. Nordquist and John Norton Moore (eds.), *Current marine environmental issues and the International Tribunal for the Law of the Sea*,

체계가 통제되는 유형이며 ICJ의 판결을 예로 들 수 있다.²⁹⁾ 셋째는 국내법원에 의해 강제집행 체계가 통제되는 유형이고 국가와 타방국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약(이하 “ICSID 협약”)에 따라 설립된 중재재판소의 판정,³⁰⁾ 미주 인권협약에 따라 설립된 미주 인권재판소 (Inter-American Court of Human Rights, 이하 “IACHR”)의 판결,³¹⁾ 국제해양법재판소 중 해저분쟁재판부의 판결,³²⁾ CJEU의 판결을 예로 들 수 있다. 넷째는 강제집행절차가 존재하는 않는 유형이며³³⁾ ICJ의 잠정조치 명령, 국제해양법재판소에서 해저분쟁재판부의 판결을 제외한 나머지 판결,³⁴⁾ 유럽 인권재판소(European Court of Human Rights, 이하 “ECHR”)의 판결³⁵⁾ 을 들 수 있다. 아래에서는 국제사법재판소의 강제집행 체계를 중심으로 분석을 하도록 하겠다.

3. 국제사법재판소 판결에 대한 현행 강제집행 체계의 분석

(1) 유엔 안전보장이사회의 강제집행 권한

일반적으로 유엔헌장 제94조 제1항은 ICJ 판결에 대한 이행을 규율하고, 제94조 제2항은 이에 대한 강제집행을 규율하는 것으로 이해되고 있다.³⁶⁾ 유엔헌장 제94조 제2항에 따라 안전보장이사회가 ICJ 판결의 강제집행에 있어서 주요 기관이라는 점에는 이론의 여지가 없다. 따라서 아래에서는 유엔헌장 제94조 제2항을 근거로 한 안전보장이사회의 강제집행 권한에 대해 살펴보도록 하겠다.

① 유엔헌장 제94조 제2항에 따른 안전보장이사회의 권한이 발동되기 위한 요건

유엔헌장 제94조 제2항에 근거한 안전보장이사회의 권한이 실행되기 위해서는 몇 가지 요건이 충족되어야 한다. 아래에서는 제94조 제2항의 조문 내용에 따라 개별 요건을 검토하도록 하겠다.

첫째, “자국이 부담하는 의무를 이행하지 아니하는 경우(fails to perform the obligations

Martinus Nijhoff Publishers, 2001. However, since such suspension should be authorized in advance by the Dispute Settlement Body(*ibid.*, p.106), the main enforcement proceedings are being controlled by the Dispute Settlement Body itself.

29) Wolfrum, *supra* note 28, p.104.

30) ICSID 협약 제54조 제1항 참조.

31) 미주 인권협약 제68조 제2항 참조.

32) Wolfrum, *supra* note 28, p.105.

33) In this type, enforcement of international decisions depends on countermeasures of a judgment creditor. Wolfrum, *supra* note 28, p.109.

34) 김태운, “UN해양법재판소 판결의 이행강제수단”, 『해사법연구』, 제20권, 제3호, 2008, p.225.

35) Whether the decisions of the ECHR are complied with is examined by the Committee of Ministers. 이형석, “유럽인권재판소 판결 집행감독과 아시아인권보장 시스템 적용에 관한 연구”, 『외법논집』, 제42권, 제4호, 2018, pp.244-245; 대법원 사법정책연구원, 『EU사법재판소(CJEU)와 유럽인권재판소(ECtHR)에 관한 연구』, 2016, pp.102-103. However, these proceedings do not fall within the scope of enforcement due to the fact that coercive means are not involved.

36) Norman Bentwich and Andrew Martin, *A commentary on the Charter of the United Nations*, Routledge & Kegan Paul Ltd., 1951, pp.166-167; Bruno Simma *et al.*, *The Charter of the United Nations: A Commentary 2nd edn. Vol.II*, Oxford University Press, 2002, p.1174, p.1176; Schulte, *supra* note 6, p.29, p.38.

incumbent upon it)와 관련하여, 안전보장이사회는 권고 또는 조치를 발하기 전에 패소국이 ICJ 판결에 의해 부여된 의무를 이행하지 않았는지 여부를 결정해야 한다. 이행 여부를 판단하는데 있어서 패소국에게 합리적인 항변이 될 수 있는 불가항력(*force majeure*),³⁷⁾ 긴급피난(*necessity*),³⁸⁾ 사정변경의 원칙(*rebus sic stantibus*)³⁹⁾의 적용 여부가 문제될 수 있다.⁴⁰⁾ 한편, ICJ 판결의 이행 여부를 판단하는데 있어서 판결 주문(*operative part* 또는 *dispositif*)의 정확한 이해가 전제되어야 한다. ICJ 판결의 주문의 의미를 명확히 하기 위해 여러 소송이 제기되었던 것을 고려할 때,⁴¹⁾ 판결 주문의 이해는 법적 절차로 간주되어야 하며, 이는 쉽지 않은 절차임이 분명하다. 이러한 측면에서 볼 때, 정치적 기관인 안전보장이사회가 법적 문제인 판결 주문의 이행 여부를 결정하는 것은 적절하지 않다.

둘째, “재판소가 내린 판결(*judgment rendered by the Court*)”와 관련하여, 패소국에게 일정한 의무를 부과하는 판결이 이에 포함되는 것은 명백하다. 하지만, 선결적 항변에 관한 판결도 “재판소가 내린 판결”에 해당되는가? “판결”의 통상적인 의미에 선결적 항변에 관한 판결도 포함될 것이다. 문제는 ICJ 규정 제60조에 규정된 “종국적인(*final*)”이라는 용어에 기인한다.⁴²⁾ 하지만, 여기서 “종국적인”이라는 용어는 특정한 소송물에 있어서 종국적이라는 의미로 이해되어야 하고, 이러한 관점에서 볼 때 선결적 항변에 관한 판결은 관할권 등에 관하여 종국적인 판결로 간주되어야 한다. 따라서 선결적 항변에 관한 판결은 기판력(*res judicata*)을 가지고 유엔헌장 제94조 제2항의 “판결”에 포함될 수 있다.⁴³⁾ 그럼에도 불구하고 선결적 항변에 관한 판결은 집

37) *Force majeure* is embodied in Art. 23 of the Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts(2001) and Art. 61 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Al-Qahtani, *supra* note 22, p.30.

38) State of necessity is embodied in Art. 25 of the Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts(2001). Al-Qahtani, *supra* note 22, p.28.

39) Regarding this principle, ICJ held that “[i]nternational law admits that a fundamental change in the circumstances which determined the parties to accept a treaty, if it has resulted in a radical transformation of the extent of the obligations imposed by it, may, under certain conditions, afford the party affected a ground for invoking the termination or suspension of the treaty.” *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973*, para.36.

40) Al-Qahtani, *supra* note 22, p.28.

41) For example, *Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the asylum case, Judgment of November 27th, 1950 : I.C.J. Reports 1950*, p.395; *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p.192; *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1999*, p. 31; *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p.3; *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2013*, p.281.

42) Art. 60: The judgment is final and without appeal. In the event of dispute as to the meaning or scope of the judgment, the Court shall construe it upon the request of any party.

43) On the other hand a commentator argues that judgments on preliminary objections are

행가능하지는 않은데, 이는 패소국에게 부여된 의무가 존재하지 않기 때문이다.⁴⁴⁾ 한편, 잠정조치 명령(orders indicating provisional measures)은 유엔헌장 제94조 제2항의 “판결”에 포함될 수 없다.⁴⁵⁾

셋째, “타방의 당사자는 ... 제소할 수 있다(the other party may have recourse to)”와 관련하여, 유엔헌장 제94조 제2항에 따라 ICJ 판결을 강제집행하는데 있어서 승소국의 신청이 필요하다.⁴⁶⁾ 만약 안전보장이사회가 승소국의 신청 없이 조치를 취하고자 하는 경우, 이는 유엔헌장 제6장 또는 제7장에 근거해야 한다.

넷째, 유엔헌장 제39조의 적용 문제와 관련하여,⁴⁷⁾ 안전보장이사회가 유엔헌장 제94조 제2항에 따른 권한을 행사할 때 유엔헌장 제39조에서 요구하는 요건인 평화에 대한 위협, 평화의 파괴 또는 침략행위의 존재를 결정해야 하는지가 문제된다. 그러나 유엔헌장 제94조 제2항에 따른 안전보장이사회의 권한은 제39조와는 독립된 것이라고 할 수 있는데, 왜냐하면 유엔헌장 제94조 제2항은 직접 또는 간접적으로 제39조의 적용 가능성을 전혀 언급하지 않고 있는 채⁴⁸⁾ “안전보장이사회는 필요하다고 인정하는 경우(if it deems necessary)”라는 조건만 요구하고 있고, 안전보장이사회가 ICJ 판결을 강제집행하는데 있어서 유엔헌장 제6장 또는 제7장에 근거하는 것으로 충분했다면 유엔헌장의 입안자들이 굳이 제94조 제2항을 중복해서 규정할 아무런 이유가 없었기 때문이다.⁴⁹⁾ 따라서 안전보장이사회는 제94조 제2항에 따른 권한을 행사하는데 있어서 평화에 대한 위협, 평화의 파괴 또는 침략행위의 존재를 확인할 필요는 없다.

② 안전보장이사회의 조치의 범위

유엔헌장 제94조 제2항에 따라 안전보장이사회는 권고를 하거나 조치를 결정할 수 있다. 이는 “안전보장이사회의 재량에 달린” 것이다.⁵⁰⁾ 안전보장이사회가 취할 수 있는 권고나 조치는 월권(*ultra vires*)이 아닌 이상 유엔헌장 제41조 및 제42조에 열거된 것들로 한정되지 않는다.⁵¹⁾

not *res judicata* because it is not a final decision. Diego Mejia-Lemos, "The Principle of Res Judicata, Determination by "Necessary Implication," and the Settlement of Maritime Delimitation Disputes by the International Court of Justice." *Journal of Territorial and Maritime Studies*, Vol.5, No.2, 2018, p.50 n.64.

44) Al-Qahtani, *supra* note 22, p.96.

45) *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001, para.107; Separate Opinion of Judge Ajibola, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, pp.401-403; Schulte, supra* note 6, p.62.

46) Schulte, *supra* note 6, p.53.

47) Article 39 provides that “[t]he Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.”

48) O’Connell, *supra* note 3, p.908; Simma *et al.*, *supra* note 36, p.1177.

49) Schulte, *supra* note 6, p.41.

50) Simma *et al.*, *supra* note 36, p.1177.

51) Al-Qahtani, *supra* note 22, p.197. Regarding *ultra vires*, the ICJ held that “when the [United Nations] takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfilment of one of the stated purposes of the United Nations, the presumption is that

안전보장이사회의 권고나 조치는 “판결을 집행하기 위한(to give effect to the judgment)” 것이어야 한다. 따라서 ICJ 판결의 강제집행과 합리적인 관련이 없는 권고나 조치는 허용되지 않는다. 안전보장이사회는 ICJ 판결의 기판력(res judicata)을 수용해야 하고, 그러한 판결내용에 위배되는 권고나 조치를 발할 수는 없다. 왜냐하면 그러한 경우는 유엔헌장 제94조 제2항의 “판결을 집행하기 위하여 권고하거나 취하여야 할”이라는 문구에 정면으로 반할 뿐만 아니라, 국가들에게 ICJ 판결을 준수할 의무를 부여하는 유엔헌장 제94조 제1항의 목적에도 반하는 것이기 때문이다.⁵²⁾

한편, 안전보장이사회는 유엔헌장 제94조 제2항에 따라 ICJ 판결을 집행하는데 있어서 무력 사용을 동반한 조치를 취할 수 있는가? 이는 유엔헌장 제2조 제4항과 부합하는가? 유엔헌장 제94조 제2항에 이용가능한 조치의 범위를 제한하지 않고 있고 안전보장이사회는 이미 유엔헌장 제7장에 근거하여 군사작전을 동반한 조치를 취할 수 있는 권한을 보유하고 있으므로, 안전보장이사회는 제94조 제2항에 근거하여 ICJ 판결을 집행할 때도 군사적 수단을 사용할 수 있다고 보아야 한다.⁵³⁾ 다만, 그러한 군사적 수단의 사용이 바람직한지 여부의 관점에서 본다면, 군사적 조치가 국가들 간에 후속적인 무력 충돌을 발생시킬 수 있고, 군사적 조치를 사용하더라도 강제집행이 보장되지 않을 수 있으므로 안전보장이사회는 극히 예외적인 상황을 제외하고는 군사적 조치를 사용하는 것을 자제해야 할 것이다.⁵⁴⁾ 이러한 점에서, 국내법 체계에서는 국내 법원의 판결을 효과적으로 집행하기 위해 공권력을 물리적으로 활용하는 것이 일반적인 것과 비교할 때, 국제법 체계는 명백한 한계를 지니고 있는 것이다.⁵⁵⁾

③ 제94조 제2항에 따른 권한 행사시 절차적 문제

안전보장이사회의 표결은 유엔헌장 제27조에 의해 규율된다.⁵⁶⁾ 유엔헌장 제94조 제2항에 따른 안전보장이사회의 권한행사 과정에서 제27조의 적용상 2가지의 문제가 발생되는데, 첫째는 판결 미이행 문제가 제27조 제2항의 “절차적 문제(procedural matter)”에 해당되는지 아니면 제27조 제3항의 “그 외 모든 문제(all other matters)”에 해당되는지 여부이고,⁵⁷⁾⁵⁸⁾ 둘째는 ICJ

such action is not *ultra vires* the Organization.” *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962 : I.C.J. Reports 1962*, p.168.

52) Schulte, *supra* note 6, p.49; Eberhard P. Deutsch is mentioning this issue more simply by arguing that “the Security Council cannot reopen the original dispute and review, in the judicial appellate sense, the issues adjudicated by the court.” Eberhard P. Deutsch, “Problems of Enforcement of Decrees of International Tribunals”, *American Bar Association Journal*, Vol. 50, No. 12, 1964, p.1135.

53) Reisman, *supra* note 7, p.13.

54) *Ibid.*, p.23; Rosenne, *supra* note 7, pp.271-272. A commentator emphasizes, regarding “sanctions for the enforcement of international legal obligations in general,” that “we can no longer afford to dispense with the organized use of force.” J. L. Brierly, “Sanction”, *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 17, 1931, p.75.

55) Antonio Cassese, *International Law* 2nd ed., Oxford University Press, 2005, p.296.

56) Schulte, *supra* note 6, p.53.

57) Art 27(3) provides that “[d]ecisions of the Security Council on all other matters shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the

판결의 당사자인 국가가 제27조 제3항에 따라 투표에서 배제되어야 하는지 여부이다.⁵⁹⁾

첫 번째 문제와 관련하여, 유엔헌장 제94조 제2항에 근거한 안전보장이사회의 조치는 절차적 문제가 아닌 실체적 문제에 관한 것이므로 제27조 제3항 1문이 적용되어 안전보장이사회 상임이사국은 거부권을 행사할 수 있다.⁶⁰⁾ 두 번째 문제와 관련하여, ICJ 판결의 당사국인 국가는 투표에서 배제되지 않는데 왜냐하면 제94조 제2항은 제14장에 위치한 반면에 제27조 제3항은 투표 배제의 대상으로 “제6장에 따른 결정”을 규정하고 있기 때문이다.⁶¹⁾ 이에 대해 유엔 법률국(Office of Legal Affairs) 역시 “안전보장이사회가 제94조 제2항에 따라 어떤 문제를 검토할 때 제27조 제3항은 적용되지 않는다”는 의견을 밝힌 바가 있다.⁶²⁾ 제27조 제3항에 따른 의무적 표결 배제가 제94조 제2항에는 적용되지 않으므로, ICJ 판결의 당사자였던 국가조차도 해당 판결의 강제집행하기 위한 안전보장이사회의 권고나 조치에 대한 표결에 참여할 수 있다.⁶³⁾ 이는 실제로 1986년 니카라과 판결⁶⁴⁾ 이후 이에 대한 안전보장이사회의 집행 절차에서 발생되었다.⁶⁵⁾

④ 제94조 제2항에 근거하여 강제집행이 시도되었던 사례

본 논문에 있어서 안전보장이사회가 유엔헌장 제94조 제2항에 따라 강제집행을 시도했던 사례들을 구체적으로 검토하는 것은 매우 중요한데, 왜냐하면 안전보장이사회가 효과적으로 강제집행을 해왔다면 이는 유엔의 강제집행 체계가 잘 작동하고 있다는 의미가 되고 그렇지 않다면 유엔의 강제집행 체계가 문제가 있다는 의미가 되기 때문이다.

우선, 안전보장이사회가 ICJ 판결을 강제집행하기 위해 조치를 결정했던 사례의 숫자가 매우 적다는 점에 유의할 필요가 있는데, 이는 승소국이 판결 미이행 문제를 안전보장이사회에 회부하지 않았기 때문이기도 하고, 또한 회부한 경우에도 안전보장이사회가 조치를 취하는데 소극적이었기 때문이다.⁶⁶⁾ 안전보장이사회가 유엔 헌장 제94조 제2항에 따라 ICJ 판결을 강제집행하려고

permanent members; provided that, in decisions under Chapter VI, and under paragraph 3 of Article 52, a party to a dispute shall abstain from voting.”

58) Simma *et al.*, *supra* note 36, p.1177.

59) Attila Tanzi, "Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations", *European Journal of International Law*, Vol. 6, Issue 4, 1995, p.550. This provision reflects the principle that “no one may be a judge in his own case(nemo iudex in sua causa).” *United Nations Juridical Yearbook*, 1986, p.283.

60) Schachter, *supra* note 8, p.23; Thordis Ingadottir, “Enforcement of Decisions of International Courts at the National Level”, p.356 in *International Law in Domestic Courts: A Casebook*, André Nollkaemper *et al.* (eds.), Oxford University Press, 2018.

61) Tanzi, *supra* note 59, p.553; H. Kelsen, *Principles of International Law*, Rinehart & Company Inc., 1952, p.397.

62) *United Nations Juridical Yearbook*, 1986, p.284.

63) Schulte, *supra* note 6, p.55.

64) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. *I.C.J. Reports 1986*, p.14.

65) UN Documents, S/18415, 17 October 1986; UN Documents, S/18428, 28 October 1986; S/PV.2718, Provisional verbatim record of the 2718th meeting, 28 October 1986, Security Council, p.51.

시도했던 사례는 총 5건인데, 그 중 3건은 잠정조치 명령을 집행하기 위한 것이었고, 2건은 판결(judgment)을 집행하기 위한 것이었다. 앞서 언급하였듯이 잠정조치 명령은 유엔헌장 제94조 제2항의 적용대상이 아니기는 하나, 그럼에도 불구하고 잠정조치 명령의 승소국들은 이를 안전보장이사회를 통해 집행하려고 시도해왔다. 아래에서는 5건의 사건을 연도 순으로 검토하도록 하겠다.

첫째, ICJ가 *Anglo-Iranian Oil Co.* 사건에서 1951. 7. 5. 잠정조치 명령을 내리자,⁶⁶⁾ 패소국인 이란은 이를 이행하지 않았고, 승소국인 영국은 유엔헌장 제94조 제2항에 근거하여 해당 명령의 강제집행을 안전보장이사회에 신청하였다.⁶⁸⁾ 1951년에 영국이 안전보장이사회에 보냈던 서신에 유엔헌장 제94조 제2항에 직접적으로 언급되어 있지는 않으나,⁶⁹⁾ 영국의 대리인 (representative)은 1951. 10. 1. 개최된 안전보장이사회 회의에서 법적 근거로 제94조 제2항을 여러 차례 언급하였다.⁷⁰⁾ 하지만 안전보장이사회는 ICJ가 관할권에 대한 판결을 선고할 때까지 결의를 채택하는 절차를 중단하였다.⁷¹⁾ 중단된 절차는 다시 재개되지 않았는데 왜냐하면 ICJ가 관할권이 없다는 판결을 선고했기 때문이다.⁷²⁾ 이 사건은 강제집행이 시도되었으나 실패한 사건이며, 안전보장이사회가 ICJ 판결을 강제집행하는데 소극적임을 여실히 보여준다. 또한, 잠정조치 명령의 강제집행에 대해서는 제94조 제2항이 적용되지 않으므로, 엄밀히 말하면 이 사건은 제94조 제2항의 적용 사례는 아니라고 할 수 있다.

둘째, ICJ가 *Diplomatic and Consular Staff in Tehran* 사건에서 1979. 12. 15. 잠정조치 명령을 내렸고,⁷³⁾ 패소국인 이란은 이를 이행하지 않았다. 안전보장이사회는 1979. 12. 31.에 결의 제461호를 채택하였는데 해당 결의에는 잠정조치 명령에 포함된 의무 중 하나로서 미국 시민권자를 즉시 석방할 것을 긴급히 촉구(urgently calls)한다는 내용이 포함되었다.⁷⁴⁾ 결의 제 461호에 유엔헌장 제94조 제2항은 언급되지 않았고,⁷⁵⁾ 이란은 결의 제461호도 준수하지 않았다.⁷⁶⁾ 참고로 위 결의 역시 잠정조치 명령의 집행에 대한 것이므로 이 사건은 엄격한 의미의 제 94조 제2항의 적용 사례는 아니다.

셋째, ICJ가 니카라과 사건에서 1986. 6. 27. 판결을 선고하였으나⁷⁷⁾ 패소국인 미국은 이를

66) Schulte, *supra* note 6, p.5, p.44.

67) *Anglo-Iranian Oil Co. Case, Order of July 5th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 89.

68) Tanzi, *supra* note 59, pp.543-544.

69) "Letter dated 28 September 1951 from the Deputy permanent representative of the United Kingdom addressed to the President of the Security Council and the Secretary-General", s/2357(available at <https://digitallibrary.un.org/record/480102>, last accessed on 26 May 2021). In this letter, the U.K. mentioned that it is concerned at "the threat to peace and security." *ibid.*

70) UN Security Council Official Records, 6th year, 559th meeting, paras.19, 25, 93.

71) Tanzi, *supra* note 59, p.565.

72) Rosenne, *supra* note 7, p.253; Tanzi, *supra* note 59, p.565; *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction), judgment of July 22nd, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 93.

73) *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Order of Provisional Measures, I.C.J. Reports 1979*, p.7.

74) Security Council Resolution 461, 31 December 1979.

75) *Ibid.* Nor did the Security Council mention whether there was threat to the peace, breach of the peace or act of aggression under Art. 39 of the UN Charter. *ibid.*

76) Al-Qahtani, *supra* note 22, p.5.

이행하지 않았다. 이에 니카라과는 1986. 10. 17.자 서신에서 유엔헌장 제94조를 언급하며 해당 판결의 강제집행을 신청하였다.⁷⁷⁾ 하지만, 안전보장이사회의 결의 초안은 상임이사국인 미국의 반대 표결로 채택되지 않았다.⁷⁸⁾ 참고로 해당 결의 초안에는 제94조 제2항이 언급되지 않았으며,⁸⁰⁾ 이 사례는 ICJ 판결의 강제집행 절차에 있어서 심각한 문제가 있음을 보여주며,⁸¹⁾ 안전보장이사회의 강제집행이 실패한 사례이다.

넷째, *Genocide* 사건에서 ICJ가 1993. 4. 8. 잠정조치 명령을 내렸으나,⁸²⁾ 패소국인 유고슬라비아는 이를 이행하지 않았다. 보스니아-헤르체고비나는 1993. 4. 16. 해당 명령의 강제집행을 신청하였다.⁸³⁾ 그러한 신청 후에 안전보장이사회는 잠정조치 명령에 포함된 의무들을 이행할 것을 요구(demands)하는 결의 제819호를 채택하였다.⁸⁴⁾ 참고로 해당 결의에는 유엔헌장 제94조 제2항이 언급되지 않았고,⁸⁵⁾ 유고슬라비아는 해당 결의를 이행하지 않았다.⁸⁶⁾ 참고로 위 결의 역시 잠정조치 명령의 집행에 대한 것이므로 이 사건은 엄격한 의미의 제94조 제2항의 적용 사례는 아니다.

다섯째, *Territorial Dispute (Libya/Chad)* 사건에서 ICJ가 1994. 2. 3. 판결을 선고하였는데,⁸⁷⁾ 승소국인 리비아와 패소국인 차드는 1994. 4. 4. 해당 판결을 이행하기 위한 합의서를 체결하였다.⁸⁸⁾ 리비아는 1994. 4. 6. 유엔 사무총장에게 서신을 보내어 해당 합의서를 이행하는데

77) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p.14.

78) "Letter Dated 17 October 1986 from the Permanent Representative of Nicaragua to the United Nations addressed to the President of the Security Council, s/18415(available at https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_18415.pdf, last accessed on 26 May 2021). In this letter, Nicaragua did not mention there was a threat to the international peace. *ibid.*

79) "Provisional Verbatim Record of the Two Thousand Seven Hundred and Eighteenth Meeting", S/PV.2718, p.51.

80) UN Doc. S/18250. Nor did the Security Council mention whether there was threat to the peace, breach of the peace or act of aggression under Art. 39 of the UN Charter. *ibid.*

81) It should be noted that, after five years of the delivery of the ICJ judgment, an agreement was made between Nicaragua and the U.S. due to the change of the government of Nicaragua. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Order of 26 September 1991, I.C.J. Reports 1991, pp. 47-48; Rosenne, *supra* note 7, p.258; Shigeru Oda, "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Myth?: A Statistical Analysis of Contentious Cases", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol.49, Issue 2, Cambridge University Press, 2000, p.260; Schulte, *supra* note 6, pp.206-207.

82) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993*, I.C.J. Reports 1993, p.3.

83) "Letter dated 16 April 1993 from the Permanent Representative of Bosnia and Herzegovina to the United Nations Addressed to the President of the Security Council", s/25616. In this letter, Bosnia and Herzegovina did not mention there was threat to the international peace. *ibid.*

84) S/RES/819(1993). Nor did the Security Council mention whether there was threat to the peace, breach of the peace or act of aggression under Art. 39 of the UN Charter. *ibid.*

85) *Ibid.*

86) Al-Qahtani, *supra* note 22, p.6.

87) *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 6.

88) "Letter dated 6 April 1994 from the Permanent Representative of the Libyan Arab Jamahiriya to the United Nations addressed to the Secretary-General", S/1994/402.

있어서 유엔의 지원을 요청하였다. 그러한 서신을 받은 후 안전보장이사회는 결의 제910호⁸⁹⁾와 제915호⁹⁰⁾를 각 채택하였다. 하지만 엄밀히 말해서, 해당 결의들은 제94조 제2항에 따른 강제집행의 범위에 해당되지 않는데, 왜냐하면 리비아와 차드가 이미 ICJ 판결을 이행하기 위한 합의를 체결하였으므로 판결의 미이행 상태가 존재하지 않고 리비아가 요청한 것도 합의를 위한 지원이었으며, 나아가 리비아가 서신을 보냈던 대상은 사무총장이지만 안전보장이사회가 아니었기 때문이다. 또한, 위 판결에서 ICJ는 특정한 의무를 부과하지 않은 채 단지 리비아와 차드 사이의 경계를 정하는 판결을 선고하였던 점⁹¹⁾도 유의해야 한다. 즉, 해당 판결은 확인 판결(declaratory judgment)인데, 뒤에서 자세히 논의하듯이 확인 판결은 강제집행의 대상이 아니다.

위 5건을 요약하면, 우선 엄밀한 의미에서 유엔헌장 제94조 제2항에 따른 안전보장이사회의 강제집행이 성공한 사례는 존재하지 않는다. 또한, 5건 중 2건⁹²⁾에서 안전보장이사회는 결의를 채택하지 않았는데, 이는 안전보장이사회가 ICJ 판결의 강제집행 절차에 관여하는데 소극적이거나 또는 관여하고자 한 경우에도 집행에 실패했다는 점에서 ICJ 판결의 강제집행 체계에 명백한 한계가 있음을 보여준다. 나아가, 안전보장이사회가 결의를 채택하였던 3건 중에 2건⁹³⁾에서 ICJ의 잠정조치 명령이 이행되지 않았는데, 이는 판결의 이행을 촉구하는 안전보장이사회에 의한 결의가 강제집행에 있어서 효과적이지 않음을 보여준다. 마지막으로, Territorial Dispute 사건을 제외한 나머지 4건은 ICJ가 패소국에 부대체적 작위 또는 부작위 의무를 부과했던 사건인데, 이는 부대체적 작위 또는 부작위 의무를 명하는 판결에 대한 이행률이 낮고, 그에 대한 강제집행도 매우 어렵다는 점을 보여준다.

⑤ 소결론: 안전보장이사회에 의한 강제집행 체계의 문제점

위에서 논의하였듯이, 현재 안전보장이사회에 의한 강제집행 체계는 제대로 작동하지 않고 있다고 평가될 수 있는데, 이는 첫째로 안전보장이사회가 강제집행 권한을 행사할 기준과 근거가 되는 세부적인 절차나 체계가 부재하다는 점, 둘째로 안전보장이사회가 ICJ 판결의 강제집행에 관여하는데 소극적인 태도를 보이고 있고, 이에 관여하는 경우에도 패소국의 판결 이행을 촉구하는 결의를 채택할 뿐 강제적 수단을 동반한 결의 채택에는 소극적인 점, 셋째로 강제집행 대상인 판결의 당사자인 상임이사국이 안전보장이사회 표결에 참여할 수 있는 등 절차적 문제가 존재하는 점, 넷째로 승소국이 안전보장이사회에 판결의 강제집행을 신청하지 않는 경우가 많음에 따라

89) S/RES/910 (1994) 14 April 1994.

90) S/RES/915 (1994) 4 May 1994.

91) *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p.40.

92) *Anglo-Iranian Oil Co. Case, Order of July 5th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 89; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, p. 14.

93) *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Order of Provisional Measures, I.C.J. Reports 1979*, p.7; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993*, p.3.

안전보장이사회가 그 권한을 행사할 기회 자체가 현저히 적은 점 등에 기인한다.

(2) 기타 강제집행 수단

안전보장이사회 외에 다른 방법이나 기관에 의한 강제집행이 가능한지 검토해볼 필요가 있다.

① ICJ 판결의 강제집행에 대한 ICJ의 권한

안타깝게도, ICJ는 유엔헌장 하에서 자신의 판결을 강제집행할 아무런 권한을 부여받지 않았다.⁹⁴⁾ 이러한 결론은 유엔헌장 제94조 제2항이 강제집행 권한을 안전보장이사회에게 부여하고 있는 점에 근거한다.⁹⁵⁾ 상설국제사법재판소(이하 "PCIJ") 역시 자신의 판결을 강제집행할 권한을 부여받지 않았다. 이와 연장선상에서 1945년에 유엔헌장을 입안하기 위해 개최되었던 샌프란시스코 회의에서 "ICJ 판결의 집행은 재판소 자체의 업무가 아니었다. 오히려 그 문제에 대해서는 안전보장이사회가 고려된다. 국제연맹 규약 제13조 제4항은 이에 대해 국제연맹 이사회를 언급하였다"라고 언급되기도 하였다.⁹⁶⁾

비록 ICJ가 강제집행 절차에 관여하지 않음에도 불구하고 ICJ는 최근에 판결 후 절차(post-adjudication proceedings)에 대한 큰 관심을 보여주어 왔다. ICJ가 판결 후 절차에 보여주었던 관심의 구체적인 내용, 유엔헌장 제94조 제2항이 강제집행 권한을 안전보장이사회에 부여하고 있음에도 불구하고 ICJ가 강제집행 절차에 관여할 수 있는지 여부 등에 대해서는 뒤에서 자세히 논의하도록 하겠다.

② 자력구제

자력구제(self-help)는 국가의 국제법상 권리가 침해된 상황을 시정하는데 있어서 유용한 수단으로 사용되어 왔다.⁹⁷⁾ 그러므로 자력구제는 패소국으로 하여금 ICJ 판결을 이행하도록 하기 위해 승소국이 택할 수 있는 수단 중 하나가 될 수 있다.⁹⁸⁾ 승소국이 자력구제를 활용하는 이유는 ICJ 판결에 대한 효과적인 집행기관이 부재하기 때문이다.⁹⁹⁾

자력구제의 형태로 취해지는 조치들은 필요성이 있고(necessary) 침해의 정도에 비례(proportionate)해야 한다.¹⁰⁰⁾ 또한, 자력구제의 수단은 다양한데, 예를 들어 *Corfu Channel*

94) Reisman, *supra* note 7, p.23; Rosenne, *supra* note 7, p.240; O'Connell, *supra* note 3, p.901-902; Deutsch, *supra* note 52, p.1135.

95) Deutsch, *supra* note 52, p.1135.

96) Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945, Vol.14, p.853.

97) Cassese, *supra* note 55, p.296, p.301.

98) Rosenne, *supra* note 7, p.225; Michael Akehurst, "Reprisals by Third States," *British Yearbook of International Law*, Vol. 44, 1970, p.1.

99) Cassese, *supra* note 55, p.296; Deutsch, *supra* note 52, p.1135.

100) Schachter, *supra* note 8, p.231; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, p.127.

사건에서처럼, 승소국은 국내법원의 판결 없이도 패소국의 자산을 담보로 취할 수 있다.¹⁰¹⁾ 그렇다면, 승소국은 패소국이 ICJ 판결을 이행하도록 하기 위해 무력 사용 또는 무력 위협을 자력구제의 일환으로 사용할 수 있는가?¹⁰²⁾ 이에 대한 답변은 부정적일 수밖에 없는데, 왜냐하면 유엔 헌장 제2조 제4항은 제51조에 따른 자위권의 행사 및 제7장에 따른 안전보장이사회의 조치를 제외하고는 무력 사용 또는 무력 위협을 일반적으로 금지하기 때문이다.¹⁰³⁾ 또한, 유엔총회의 우호관계 선언에서도 “국가들은 무력 사용을 동반한 복구 행위(acts of reprisal)를 자제할 의무를 갖는다”는 원칙이 제시되었다.¹⁰⁴⁾ 나아가 국제위법행위에 대한 국가책임 규정 초안 제50조 제1(a)항 역시 대항조치를 사용할 때 무력의 위협 또는 사용 금지 원칙을 준수할 것을 요구하는데, 이는 국제관습법을 반영하는 것으로 간주된다.¹⁰⁵⁾

요컨대, 패소국에 대하여 강제적 성질을 갖는 자력구제 조치는 강제집행의 범위에 포함될 것이다.¹⁰⁶⁾ 하지만, 승소국은 ICJ 판결을 강제집행하는데 있어서 자력구제를 조심스럽게 활용해야 하는데, 왜냐하면 그러한 조치로 인해 서로 간에 계속된 자력구제 조치를 주고 받으면서 조치들의 수준이 점점 증대해질 수 있고 이 경우에 오히려 분쟁 및 해당 국가간 관계가 심각하게 악화될 수 있기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 한편, 부대체적 작위·부작위의무를 명하는 ICJ 판결의 강제집행에 있어서 과연 자력구제가 강제집행의 수단으로 활용될 수 있는지는 매우 불분명하다.

③ 기타

유엔의 기관 중 안전보장이사회나 ICJ 외에 총회와 사무총장의 권한도 살펴볼 필요가 있는데, 총회와 사무총장의 권한은 강제집행의 범위에 포함될 수 없고 이는 이들에 의해 취해지는 조치가 권고사항(recommendations)으로 받아들여지기 때문이다.¹⁰⁸⁾

(3) 소결론

101) O'Connell, *supra* note 3, p.929; Rosenne, *supra* note 7, pp.233-239. Regarding attaching or freezing of assets of a would-be counterpart for a future claim, there, although it is not a way of enforcement of judgments, is many state practice of it. For such practice, see Reisman, *supra* note 7, p.20, note 74.

102) Schachter, *supra* note 8, p.14.

103) Rosenne, *supra* note 7, p.226; Cassese, *supra* note 55, p.303; O'Connell, *supra* note 3, p.928.

104) A/RES/2625(XXV). This resolution is deemed to reflect customary international law. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, para.191.

105) Cassese, *supra* note 55, p.303.

106) Schreuer, *supra* note 23, p.158; Rüdiger Wolfrum, “Implementation of Decisions of International Courts”, p.109 in Myron H. Nordquist and John Norton Moore (eds.), *Current marine environmental issues and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

107) O'Connell, *supra* note 3, p.930; Wolfrum, *supra* note 28, p.109.

108) 유엔헌장 제10조, 제11조 제2항, 제99조 참조.

위에서 논의하였듯이, 현재까지 안전보장이사회의 강제집행 권한은 제대로 작동되지 않았다. 그 외에 ICJ, 총회, 사무총장 등 다른 유엔 기관들은 제94조 제2항 하에서 ICJ 판결을 강제집행할 권한을 부여받지 않았다. 한편, 자력구제는 그 발동요건이 엄격하고 일방적인 자력구제 조치가 상황을 더욱 악화시킬 수 있다는 점에서 한계를 갖는다.¹⁰⁹⁾ 그러므로 ICJ 판결에 대한 안전보장이사회의 강제집행 기능을 보완할 수 있는 새로운 강제집행 수단을 모색해볼 필요가 있다.

III. ICJ 판결의 이행 여부에 대한 통계적 분석

국제사법재판소가 패소국에게 부대체적 작위·부작위의무를 부과한 경우에 패소국이 해당 판결을 이행하지 않고, 또한 해당 판결이 강제집행되지 않는 문제는 매우 심각하며, 이는 그동안 ICJ 판결이 패소국에 의해 이행되어왔는지 여부에 대한 통계적 분석을 통해서도 확인된다. 아래에서는 이러한 통계적 분석에 대해 자세히 논의하도록 하겠다. 참고로 앞서 언급하였듯이 엄격한 의미에서 ICJ 판결에 대한 안전보장이사회의 강제집행 시도가 성공한 사례가 단 한건도 존재하지 않기 때문에 ICJ 판결이 패소국에 의해 이행되지 않았다는 것은 결국 해당 판결이 강제집행되지도 않았다는 것이 된다.

1. 판결 주문에 따른 분석의 필요성

ICJ 판결의 이행 여부에 대한 통계적 연구는 판결 주문에 대한 검토에서 시작되어야 하는데, 왜냐하면 판결 주문이 판결의 기판력 및 패소국에게 부여된 의무의 범위를 결정하기 때문이다.¹¹⁰⁾ ICJ 역시 많은 사건들에서 이러한 취지로 판시하여왔다.¹¹¹⁾ 한편, 판결 주문을 정확히 이해하는데 있어서 판결의 이유(reasoning part) 역시 중요하게 고려되어야 한다.¹¹²⁾ 이에 대해

109) O'Connell, *supra* note 3, p.930.

110) Mejia-Lemos, *supra* note 43, p.50; *Interhandel Case, Judgment of March 21st, 1959: I.C.J. Reports 1959*, p.28; *Dissenting Opinion of Judge Anzilotti, Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8(the Chorzow Factory)(1927), PCIJ, Ser. A, No. 13*, p.24; *Dissenting Opinion of Judge Tanaka, South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p.261; *Separate Opinion of Judge Gros, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p.267; *Separate opinion of Judge Greenwood, Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016*, p.180. para.7.

111) *Interhandel Case, Judgment of March 21st, 1959: I.C.J. Reports 1959*, p.28. 판사 개인의 견해로는 *Dissenting Opinion of Judge Tanaka, South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p.261; *Separate Opinion of Judge Gros, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p.267; *Separate opinion of Judge Greenwood, Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016*, p.180. para.7 참조.

112) *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary*

어떤 학자는 판결 주문을 검토하는 것은 충분하지 않으며 “사건의 구체적 배경”이 고려되어야 한다는 견해를 밝히기도 하였다.¹¹³⁾

2. 국제사법재판소 판결 및 잠정조치에 대한 통계적 분석

(1) 통계분석의 기준

아래에서는 ICJ의 설립일부터 2022년 3월 31일까지 판시되었던 ICJ 판결들이 이행되었는지 여부를 4가지 기준에 따라 분석하도록 하겠다.

첫째, 이행될 수 있는 판결 주문을 가진 판결들만 분석 대상에 포함될 것이다. 따라서, 권고적 의견(advisory opinions), 선결적 항변에 관한 판결, 국가들의 요청에 따라 소 취하된 사건들은 분석 대상에서 제외될 것이다. 또한, 원고 국가의 모든 청구를 배척하는 판결 역시 제외될 것이다. 나아가 ICJ에 의해 선고되는 다양한 명령 중에 오로지 잠정조치 명령만 분석대상에 포함되고, 그 외에 서면의 제출기한을 정하는 명령과 같이 절차적 문제를 다루는 다른 명령들은 제외될 것이다.

둘째, 원고 국가의 여러 청구 중 일부를 받아들이는 판결의 경우, 청구를 받아들이는 주문만 분석될 것이고 청구를 배척하는 주문은 배제될 것인데, 왜냐하면 후자는 이행의 문제를 남기지 않기 때문이다.

셋째, ICJ 판결은 4가지 유형으로 분류될 것인데, 이는 (i) 확인 판결(declaratory decisions), (ii) 경계 사건 중 확인 판결(declaratory decisions in boundary cases), (iii) 특정 행위를 명하는 판결(decisions imposing specific performance), (iv) 손해배상 판결(compensation decision)이다.¹¹⁴⁾ 확인 판결은 국제법상의 권리 또는 국제법 위반의 존재를 확인하는 판결로서, 이행 또는 강제집행의 문제를 남기지 않는다.¹¹⁵⁾ 이는 추가적인 이행이나 강제집행 없이도 그러한 판결 자체에 의해 판결 당사국의 법적인 지위가 확인되기 때문이다.¹¹⁶⁾ 한편, 경계 사건 중 확인 판결은 확인 판결에 속하는 것임에도 불구하고 이는 특히 영토에 대한 관할권, 영토 또는 해양 경계의 획정, 기타 다른 경계에 대해 결정한다는 점에서 특수성을 가진다. 경계 사건의 확인 판결은 판결 주문에 패소국으로 하여금 침범한 영토에서 퇴거할 의무가 부과되지 않는 한,¹¹⁷⁾

Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, para.61; Polish Postal Service in Danzig, Advisory Opinion of PCIJ, 16 May 1925, Series B, No.11, p.30.

113) Schulte, *supra* note 6, p.7.

114) It is noteworthy that a commentator categorizes ICJ judgments into four kinds: territorial disputes over sovereignty, territorial disputes over a boundary line, criminal procedure issues, and disputes over interpretation. Jones, *supra* note 21, p.83, pp.89-90. However, this categorization is not useful in this part because it is not based on the kind of obligations imposed on a judgment debtor but on the nature of the dispute.

115) Schulte, *supra* note 6, p.15; Rosenne, *supra* note 7, p.208; Al-Qahtani, *supra* note 22, p.99.

116) Giabardo, *supra* note 2, p.37; Llamzon, *supra* note 35, p.825, footnote 54; Heather Jones describes these judgments as “[j]udgment is not one in which compliance can be evaluated.” Jones, *supra* note 21, p.91.

117) For example, in *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* case, the ICJ imposed in its operative part obligations towards both parties to, expeditiously and

엄밀하게는 확인 판결의 일종으로서 강제집행의 대상이 될 수 없으나,¹¹⁸⁾ 승소국들은 이들 판결에서도 마치 이행과 강제집행의 문제가 남는 것처럼 생각하는 경향이 있다. 특정 행위를 명하는 판결은 원상복구(restitution) 판결로서 “한 당사자가 다른 당사자에게 의무를 준수할 것을 요구하는 것이다.”¹¹⁹⁾ 특정 행위를 명하는 판결에서 패소국은 특정한 행위를 하거나, 또는 그러한 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 된다. 손해배상 판결은 승소국에 대한 배상으로서 패소국으로 하여금 일정한 금액의 돈을 지급할 의무를 부여하는 판결이다.¹²⁰⁾ 이러한 점에서 ICJ 판결 중에 지급되어야 할 정확한 손해의 금액을 명시하지 않은 채 손해를 배상하라고만 명령하면서 구체적인 손해의 확정 문제는 후속 절차로 남겨두는 판결들은 손해배상 판결에 포함되지 않는다.¹²¹⁾

넷째, 인터넷이나 ICJ의 문서들 등에서 확인되는 정보의 부족으로 판결의 이행 여부를 결정할 수 없는 몇몇 ICJ 판결이 있다. 이들 판결들은 “확인 불가”로 표시될 것이다.

(2) 통계분석의 결과

위에서 제시한 4가지 기준에 근거하여, 아래의 표는 ICJ 판결의 유형별로 이행 여부에 대한 통계를 보여준다.¹²²⁾

without condition, “withdraw [their] administration and [their] military and police forces from the territories which fall within the sovereignty” of the other party. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria(Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 457.

118) Jones, *supra* note 21, p.92.

119) Liu Chengwei, *Remedies for non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, Law School of Renmin University of China. 2003, p.14, cited in Farshad Rahimi Dizgovin, “Foundations of Specific Performance in Investor-State Dispute or-State Dispute settlements: Is It Possible and Desirable?”, *Florida Journal of International Law*, Vol.28 Iss.1, 2016, pp.27-28. “Specific performance” means “[t]he rendering, as nearly as practicable, of a promised performance through a judgment or decree.” *Black’s Law Dictionary* 8th Edition, Thomson/West, 2005, p.1167.

120) See No. 2, 68, 81, 94 of Annex 1 to this dissertation.

121) 이러한 판결로는 *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p.45; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p.149; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p.282(It should be noted that, in 2022, the ICJ delivered a judgment which provides the exact amount of reparation. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment of 9 February 2022*, pp.107-108); *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p.693(It should be noted that, in 2012, the ICJ delivered a judgment which provides the exact amount of reparation. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p.345).

122) 참고로, ICJ의 총 95개 판결에 대해 (i) 사건명, (ii) 판결 선고일, (iii) 판결 주문, (iv) 판결의 유형, (v) 이행 여부, (vi) 이행 여부의 근거를 상세하게 정리한 내역은 필자의 박사논문 중 Annex 1에 제시되어 있다.

〈통계적 연구의 요약(2022. 3. 31. 기준)〉

| | | 확인 판결 | 경계 사건 중 확인 판결 | 특정 행 위를 명하 는 판결 | 손해배 상 판결 | 합계 |
|------------------|---|----------|---------------------|-----------------------|-------------|----|
| 판 결 숫 자 | 잠정조치 명령(orders indicating provisional measures) | 0 | 0 | 29 | 0 | 29 |
| | 판결(Judgment) | 21 | 21 | 20 | 4 | 66 |
| | 합계 | 21 | 21 | 49 | 4 | 95 |

〈특정 행위를 명하는 판결과 손해배상 판결에 대한 분석〉

| 이행 여부 | 판결 유형 | 특정 행위를 명하는 판결 | 손해배상 판결 | 합계 |
|------------------------|---------|------------------|---------|----|
| 이행 | 잠정조치 명령 | 7 | 0 | 7 |
| | 판결 | 15 | 2 | 17 |
| 미이행 | 잠정조치 명령 | 14 | 0 | 14 |
| | 판결 | 2 | 0 | 2 |
| 일부 이행 | 잠정조치 명령 | 2 | 0 | 2 |
| | 판결 | 0 | 0 | 0 |
| 미이행이나 집행이 불요한 경우 | 잠정조치 명령 | 0 | 0 | 0 |
| | 판결 | 1 | 0 | 1 |
| 확인 불가 | 잠정조치 명령 | 6 | 0 | 6 |
| | 판결 | 2 | 2 | 4 |
| 합계 | | 49 | 4 | 53 |

* 위 표에서 판결(judgments)의 전체 숫자: 24건

위 표에서 잠정조치 명령의 전체 숫자: 29건

위 2가지 표에서 확인되듯이, 총 95건의 판결 중 4가지 유형의 판결의 숫자는 확인 판결 21건, 경계 사건 중 확인 판결 21건, 특정 행위를 명하는 판결 49건, 손해배상 판결 4건이다. 엄격한 의미에서 강제집행의 대상이 될 수 있는 판결은 특정 행위를 명하는 판결 49건과 손해배상 판결 4건을 합한 53건의 판결인데, 53건 중 판결(judgments)이 24건이고, 잠정조치 명령이 29건이다. 24건의 판결(judgments) 중 이행되지 않은 판결은 2건인데, 이는 모두 특정 행위를 명하는 판결이며, 이러한 미이행 비율은 8.3%(= 2÷24)이다. 반면에 29건의 잠정조치 명령 중 이행되지 않은 것이 14건인데, 이는 모두 특정 행위를 명하는 경우인데,¹²³⁾ 이러한 미이행 비율은 48.2%(= 14÷29)이다. 따라서, 이러한 통계로부터 특정 행위를 명하는 판결과 잠정조치 명령의 강제집행에 초점을 맞추어야 한다는 결론이 도출될 수 있는데, 왜냐하면 패소국이 특히 이러한

123) If the number of such orders which have been partially complied with is added, the number of non-compliance is sixteen.

유형의 판결을 이행하지 않는 경향을 보이고 있기 때문이다.

3. 특정 행위를 명하는 판결이 집행되지 않는 원인

그렇다면, 위와 같이 특정한 행위를 명하는 판결이 이행되지 않는 비율이 높다는 통계 결과에서 더 나아가, 패소국의 미이행에도 불구하고 특정한 행위를 명하는 판결이 강제집행되지 않는 원인을 살펴볼 필요가 있다. 첫 번째 원인으로, 앞에서 상세히 설명하였듯이 안전보장이사회의 강제집행 체계가 갖는 한계점을 제시할 수 있다. 이러한 한계점으로 인해 현재까지 안전보장이사회가 ICJ 판결의 강제집행을 시도했던 사례 자체가 5건으로 매우 적고 그마저도 엄격한 의미의 강제집행에 성공한 사례는 단 한 건도 존재하지 않는다. 두 번째 원인으로 특정한 행위를 명하는 판결이 비금전 판결(Non-monetary decisions)로서 갖는 본질적인 특성을 제시할 수 있다. 패소국으로 하여금 특정한 행위를 하도록 명하거나 해당 행위를 하지 않도록 명하는 비금전 판결의 강제집행은 금전 판결의 그것에 비해 훨씬 복잡한다,¹²⁴⁾ 이는 그러한 의무가 제3자에 의해 대체하여 이행될 수 없는 성질을 지니고 있는 경우가 많기 때문이다. 예를 들어, ICJ가 두 국가 간의 영토 경계를 확정하면서 패소국으로 하여금 관할권이 없는 영토로부터 퇴거할 의무를 명하는 판결을 선고하였다고 가정하자.¹²⁵⁾ 만약 패소국이 그러한 의무를 이행하지 않는 경우에 해당 판결은 어떻게 강제집행될 수 있는가? 국내법적 관점에서 볼 때, 피고가 판결에 의해 특정한 부동산에서 퇴거할 의무를 부과받았음에도 불구하고 이를 이행하지 않는 경우, 이에 대한 강제집행은 공무원의 강제적 인도, 벌과금의 부과, 인신의 구속 등으로 이루어지게 된다. 하지만 국제법적 관점에서 볼 때, 이러한 방식의 강제집행은 사실상 불가능하다고 할 것인데 왜냐하면 앞서 언급했듯이 안전보장이사회의 강제집행 권한에 큰 한계가 존재하고, 그 외 국제법상 일반적인 강제집행 권한을 갖는 기관은 존재하지 않기 때문이다. 물론 이러한 상황에서 승소국이 자력구제의 일환으로 자위권에 근거하여 무력을 사용하는 것이 이론적으로 가능하기는 하나,¹²⁶⁾ 무력 사용이 당사자간의 관계를 악화시킬 것이 명백하다.¹²⁷⁾ 나아가, 잠정조치 명령의 강제집행은 더욱 어렵다고 할 것인데, 왜냐하면 잠정조치 명령은 통상 부대체적 작위·부작위 의무를 명하기 때문이다. 따라

124) Giabardo, *supra* note 2, p.38.

125) This actually happened in the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* case where the ICJ imposes in its operative part obligations towards both parties to, expeditiously and without condition, “withdraw [their] administration and [their] military and police forces from the territories which fall within the sovereignty” of the other party. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria(Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p.457.

126) As mentioned earlier, to exercise the right of self-defence, armed attack should exist. Eberhard P. Deutsch argues that such situation “would unquestionably constitute aggression - not because of the violation of the court's decree, but because of the nature of the act itself, tending to a breach of international peace by infringement of the sovereignty of the nation invaded, aggravated by the precedent judicial adjudication recognizing that sovereignty.” Deutsch, *supra* note 52, p.1136. Also, Shabtai Rosenne argues that non-compliance with such judgments “may well constitute an act of aggression” because “such non-compliance is liable to lead to an infringement of territorial integrity of the judgement creditor.” Rosenne, *supra* note 7, p.223.

127) O'Connell, *supra* note 3, p.930.

서, 현행 유엔 체계에서 특정 행위를 명하는 판결을 효과적으로 강제집행할 수 있는 수단은 존재하지 않는다고 볼 수 있다.

IV. 국제사법재판소 판결에 대한 이행강제금 도입의 가능성

1. 이행강제금 제도의 검토

(1) 이행강제금의 정의 및 법적 성질

이행강제금¹²⁸⁾은 간접강제 배상금,¹²⁹⁾ 강제적 벌금(coercive fines), 금전적 벌칙(pecuniary penalties) 또는 아스트랭(astreintes)으로 불리기도 하며, 패소한 당사자로 하여금 법원 판결, 특히 다른 사람에 의해 대체하여 행할 수 없는 작위 또는 부작위 의무를 부과하는 판결을 이행하도록 강제하기 위해 사용되는 금전적 제재이다.¹³⁰⁾ 예를 들어 법원은 판결 주문에서 다음과 같이 이행강제금을 부과할 수 있다.

피고는 2023. 3. 31.까지 위에서 명시한 의무를 이행하지 않는 경우, 위반일수 1일당 []원의 이행강제금을 원고에게 지급한다.

한편, 국내법 체계에서는, 이행강제금이 (i) 손해배상의 수단, (ii) 징벌적 제재, (iii) 간접적 강제 수단 중 어느 것에 속하는지와 관련하여 큰 논쟁이 존재하며,¹³¹⁾ 그러한 논쟁에 따르면 이행강제금의 법적 성질은 이행강제금이 민사소송과 행정소송 중 어느 것에서 부과되는지와 관련하여 서로 달라진다.¹³²⁾ 이행강제금의 법적 성질과 관련하여 가장 먼저 검토되어야 할 것은 이행강제금이 손해배상의 수단에 해당되는지 여부이다. 국가 위법행위에 대한 국가책임 규정 초안 제31조

128) 이행강제금이라는 용어는 한국의 행정 관련 법률에서 폭넓게 사용되고 있는 용어이다. 예를 들어 건축법 제80조 제1항, 근로기준법 제33조 제1항, 전기통신사업법 제13조 제1항 등 참조.

129) 한국 대법원은 민사 절차에서 간접강제 배상금이라는 용어를 사용하고 있다. 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다49933 판결 참조.

130) The obvious example of domestic law which shows such natures of financial penalties is the German Code of Civil Procedure. Sections 888(1) of it provides that “[w]here an action that depends exclusively on the will of the debtor cannot be taken by a third party ... [w]here an action that depends exclusively on the will of the debtor cannot be taken by a third party.”

131) Francesca Ferrari and Nataliya Bocharova, “The Astreinte in the Italian and Russian Administrative (Judicial) and Civil Proceedings”, *Russian Law Journal*, Vol.3, No.3, 2015, p.24; Alessio Caracciolo, *et al.*, “Astreintes and Italian Law”, *Civil Procedure Review*, Vol.8, No.2, 2017, p.63; 전후재, “간접강제에 관한 법리적 논점과 향후의 과제 - 법적 성질, 보충성, 적용 범위를 중심으로 -”, 『성균관법학』, 제34권, 제2호, 2022, pp.213-216.

132) For example, while the Supreme Court of South Korea held that financial penalties imposed in civil litigations have the both natures of punitive and indirect coercive means together(Supreme Court of South Korea, 2012DA26398, Feb. 14, 2013), it also held that financial penalties imposed in administrative litigations have the only nature of indirect coercive means(Supreme Court of South Korea, 2002DU2444, Jan. 15, 2004).

가 규정하듯이, 손해배상은 구제수단의 일종이다. 하지만, 판결 미이행에 대한 이행강제금의 부과
는 승소국의 손해를 배상하기 위한 것이 아니다. 근본적으로, 이행강제금은 특정 행위를 명하는
판결을 집행하기 위한 수단이다.¹³³⁾ 하지만, 위에서 논의하였듯이, 몇몇 국가는 이행강제금이 승
소한 당사자에게 지급되도록 하고 있는데, 이러한 측면에서 이행강제금은 부분적으로 손해배상
수단으로서의 성격을 가진다. 따라서, 손해배상과 이행강제금의 주된 목적이 다르기는 하나, 이행
강제금이 승소국에게 지급되는 한 손해배상과 이행강제금은 승소국의 손해를 배상한다는 공통점
을 가지게 된다.

한 가지 남은 쟁점은 이행강제금 부과가 징벌적 손해(punitive damages) 배상에 해당되는지
여부이다. 징벌적 손해는 “손해배상의 한도를 초과하는 손해”이다.¹³⁴⁾ 이러한 쟁점이 중요한 의
미를 갖는 이유는, 국제법위원회(이하 “ILC”)가 “강행규범에 근거한 의무의 중대한 위반과 관련하
여서도 징벌적 손해의 배상은 국제법상 인정되지 않는다”는 의견을 제시했던 것처럼,¹³⁵⁾ 징벌적
손해는 국제법상 일반적으로 인정되지 않기 때문이다. 하지만, 징벌적 손해는 통상적으로 강행규
범의 위반과 같은 ‘과거’의 행위를 벌하기 위해 실제적 측면에서 청구원인이나 구제수단과 관련
하여 언급된다는 점을 유의해야 한다.¹³⁶⁾ 이에 반해 이행강제금은 그것이 승소국에게 지급되는
한 손해배상의 성격을 지니고 그것이 실제 손해를 초과하여 지급되는 한 징벌적 성격을 갖기는
하나, 이행강제금은 주로 ‘미래’의 이행을 위해 절차적 측면에서 패소국을 강제하는 효과를 가진
다. 위에서 자세히 논의하듯이, ICJ는 *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the
Border Area* 사건에서 손해액에 대한 판결 전 이자(pre-judgment interest)가 연 4%로 부가
되어야 하고, 판결 후 이자는 연 6%로 부가되어야 한다고 판시하였다.¹³⁷⁾ 만약 판결 전 이자의
연 4%보다 판결 후 이자에서 연 2%가 증가된 것이 이행을 강제하기 위한 수단으로 평가될 수
있다면, ICJ는 승소국의 실제 손해를 초과하는 손해, 즉 징벌적 손해의 배상을 허용하고 있다고
볼 수 있다. 한편, 이행강제금이 승소국의 실제 손해액을 당연히 초과하는 것은 아닌데, 왜냐하면
(i) 패소국이 판결의 이행을 완료하는 경우에 이행강제금이 승소국의 실제 손해액에 다다르기 전
에 이행강제금의 부과가 중단되고, (ii) 애초에 이행강제금을 부과할 때 실제 손해를 고려한 최고

133) See Section 890(1) of the German Code of Civil Procedure which provides that “[s]hould the debtor violate his obligation to cease and desist from actions, or to tolerate actions to be taken, the court of first instance hearing the case is to sentence him for each count of the violation, upon the creditor filing a corresponding petition, to a coercive fine and, for the case that such payment cannot be obtained, to coercive detention or coercive detention of up to six (6) months. The individual coercive fine may not be levied in an amount in excess of 250,000 euros, and the coercive detention may not be longer than a total of two (2) years.”

134) Nina H. B. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2000, p.187.

135) International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries*, 2001, p.111. A commentator also concludes that the notion of punitive damages cannot be regarded as a general principle of law. Jørgensen, *supra* note 723, p.199.

136) International Law Commission, *supra* note 135, p.111; Jørgensen, *supra* note 723, p.188.

137) *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2018*, p.60. This increased interest rate of 2% can be evaluated as awarding of punitive damages.

한도(maximum limit)가 함께 정해질 수도 있기 때문이다. 따라서 이행강제금이 실제 손해액을 초과하는 한도에서는 이행강제금 부과와 징벌적 손해배상이 징벌적 수단으로서의 공통점을 갖는 하나, 전자는 미래에 패소국으로 하여금 판결을 이행하도록 강제하기 위한 것이고 후자는 패소국의 과거의 행위를 벌하기 위한 것이라는 점에서 이 둘은 근본적으로 다른 목적을 가지고 있다.

(2) 이행강제금 제도의 도입을 제안하는 이유

ICJ 판결 중 특히 부대체적 작위·부작위 의무를 명하는 판결을 강제집행하기 위한 수단으로 이행강제금 제도의 도입을 제안하는 이유는 무엇인가?

첫째, ICJ가 부대체적 작위 또는 부작위 의무를 명하는 판결을 선고한 경우에, 그러한 의무는 다른 사람이 대체하여 이행할 수 없으므로 강제집행의 수단이 매우 제한적이게 된다.¹³⁸⁾ 그러한 경우에 이행강제금의 부과는 효과적일 수 있다. 해당 판결의 패소국은 계속해서 판결을 이행하지 않는 경우에 거액의 이행강제금이 부과될 수도 있는 가능성을 우려할 것이고, 그러한 우려로 인해 판결을 이행하게 될 수 있다. 이러한 점에서, 특정 행위를 명하는 판결을 강제집행하는데 있어서 이행강제금을 활용하는 다른 국제재판소 또는 국내법원의 실행을 검토할 필요가 있다.

둘째, 몇몇 학자의 ECHR과 IACHR의 판결에 대한 통계적 분석에 따르면 “국가들은 행위를 명하는 판결보다 금전적 손해배상을 명하는 판결을 이행할 가능성이 더 높다”는 결론이 도출된다.¹³⁹⁾ 또한, 다른 학자는 “일반적으로 금전 판결이 다른 유형의 판결에 비해 강제집행에 있어서 더 쉽고 분쟁의 소지가 적다”는 의견을 제시하기도 하였다.¹⁴⁰⁾ 이러한 의견들은 통계적 분석에 의해서도 뒷받침되는데, 비록 PCIJ와 ICJ가 현재까지 판결 주문에 구체적인 금액의 배상을 명한 사건이 5건에 불과하기는 하지만 그러한 5건의 판결은 모두 이행되었거나 이행되었던 것으로 추정된다.¹⁴¹⁾ 5건의 판결의 내역은 아래와 같다.

138) Constanze Schulte points out that, in such cases, “direct enforcement means” such as “direct transfer of what was decreed” is not available. Schulte, *supra* note 6, p.37.

139) Darren Hawkins and Wade Jacoby, “Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights.” *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 6, No. 1, 2010, p.37, p.38, p.57, p.58. Other commentators also present the similar statistics regarding compliance with monetary decisions of international tribunals. See Eric A Posner, and John C. Yoo, “Judicial Independence in International Tribunals”, *California Law Review*, Vol. 93, No. 1, 2005, p.44.

140) O'Connell, *supra* note 3, p.892, n.5.

141) Regarding the *Ahmadou Sadio Diallo* judgment, it is not known whether the judgment debtor has paid to the judgment creditor the amount of compensation levied in such judgments. However, as there are no comments of non-compliance mentioned by the judgment creditor which can be found in articles or on the Internet, it can be presumed that those compensation obligations have been complied with. Further, regarding the *Armed Activities on the Territory of the Congo* judgment, the due date of payment is not yet expired as of March 31, 2022, therefore compliance is still being decided.

〈PCIJ와 ICJ의 손해배상 판결〉

| 순번 | 사건 | 이행 여부 | 이행 여부에 대한 근거 |
|----|--|---------------------|---|
| 1 | THE S.S. Wimbledon, P.C.I.J., Series A, No. 1 at 32 (1923) | 이행 | Schulte, <i>supra</i> note 6, p.21, Hudson, <i>supra</i> note 135, pp.129-130 |
| 2 | Corfu Channel case, Judgment of December 15th, 1949 : I.C.J. Reports 1949, P. 244 | 이행 | Rosenne, <i>supra</i> note 7, p.239; Schulte, <i>supra</i> note 6, p.98 |
| 3 | Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p.324 | 확인 불가 (관련 정보 부족) | |
| 4 | Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2018, p. 15 | 이행 | ICJ Press release No. 2018/15, 23 March 2018 |
| 5 | Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment of 9 February 2022 | 확인 불가(지급기한 미도래) | |

그러므로, 만약 ICJ가 특정 행위를 명하는 판결을 이행하지 않는 경우에 이행강제금을 부과하게 되면, 그러한 판결은 동시에 금전적 판결에 준하는 성격을 갖게 되고, 따라서 특정 행위를 명하는 판결의 이행률이 높아질 개연성이 있다.

셋째, 위에서 자세히 논의하듯이, 국제재판소의 판결을 이행하지 않는 경우에 패소국에게 이행강제금을 부과하는 것은 이미 CJEU에 의해 도입되었고, 그 외에 몇몇 학자들에 의해 제안되기도 하였다.¹⁴²⁾ 따라서 만약 ICJ가 특정 행위를 명하는 판결에 대한 이행률을 높이고자 한다면, ICJ는 이행강제금을 부과하는 방안을 검토해볼 필요가 있다. 이행강제금 제도는 비금전적 판결의 강제집행의 어려움을 해소하는 방안으로 활용될 수 있을 뿐만 아니라 비금전적 판결의 이행률을 높이는 방안으로도 활용될 수 있다.

넷째, 앞서 언급하였듯이, 국내법과 다르게 국제법 체계에서는 판결의 강제집행 과정에서 극히 예외적인 상황을 제외하고는 직접적인 물리력을 사용하기 어려운 한계가 있다. 따라서 물리력을 동반하지 않는 간접적 강제집행 방법으로서 이행강제금 제도의 도입이 검토될 필요가 있는 것이다.

(3) 국내법에서의 이행강제금 제도

아래에서는 이행강제금이 국내법원과 국제재판소에서 실제로 활용되는 상황에 대해 검토해보도

142) For example, Mutlaq Majed Al-Qahtani proposes that penalties can be imposed on the judgment debtor by measures of the Security Council. Al-Qahtani, *supra* note 22, p.199, 281. However, he did not review the possibility whether the ICJ can impose financial penalties in its own decisions while he calls for such further study in the future. *ibid.*, p.281.

록 하겠다. 이행강제금 제도가 국내법에서 유래된 것이므로,¹⁴³⁾ 이행강제금의 일반적인 특성을 논하기 위해서는 먼저 국내법상 이행강제금 제도가 검토되어야 한다. 8개 국가들의 제도를 조사한 결과, 해당 국가들은 모두 대륙법계 또는 영미법계 여부와 관계 없이 판결 불이행시 금전적 제재금을 부과하는 제도를 갖추고 있는 것이 확인된다. 국가들의 제도 현황은 아래와 같다.

〈일부 국가의 이행강제금 제도〉

| 순번 | 국가 | 판결 미이행의 경우에 금전적 제재금이 부과될 수 있는지 여부 | 금전적 제재금이 승소한 당사자와 국가 중 누구에게 귀속되는지 |
|----|----------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|
| 1 | 영국 ¹⁴⁴⁾ | ○ | 국가 |
| 2 | 미국 ¹⁴⁵⁾ | ○ | 승소한 당사자 |
| 3 | 프랑스 ¹⁴⁶⁾ | ○ | 승소한 당사자 |
| 4 | 독일 ¹⁴⁷⁾ | ○ | 국가 |
| 5 | 일본 ¹⁴⁸⁾ | ○ | 승소한 당사자 |
| 6 | 네덜란드 ¹⁴⁹⁾ | ○ | 승소한 당사자 |
| 7 | 스위스 ¹⁵⁰⁾ | ○ | 국가 |
| 8 | 한국 ¹⁵¹⁾ | ○ | 승소한 당사자 |

특히 한국의 제도 현황에 대해서 설명하면, 한국은 다른 대륙법계 국가들과 마찬가지로 이행강제금 제도를 도입하고 있다. 한국의 민사집행법 제261조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

제261조(간접강제) ①채무의 성질이 간접강제를 할 수 있는 경우에 제1심 법원은 채권자의 신청에 따라 간접강제를 명하는 결정을 한다. 그 결정에는 채무의 이행의무 및 상당한 이행기간을 밝히고, 채무자가 그 기간 이내에 이행을 하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 손해배상을 하도록 명할 수 있다.

143) William F. Chinnock and Mark P. Painter, "The Law of Contempt of Court in Ohio", *University of Toledo Law Review*, Vol.34, No.2, 2003, pp.309-310; Caracciolo *et al.*, *supra* note 131, p.48.

144) Christopher J. Miller, *Contempt of Court* 2nd ed., Clarendon Press, 1989, pp.27-29, pp.42-44; 대법원 사법정책연구원, 『각국 법원모욕의 제재 방식에 관한 연구』, 2015, pp.126-127; Hague Conference on Private International Law, Twenty-Second Session, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, 18 June-2 July 2019, p.5.

145) Miller, *supra* note 144, pp.42-44; 대법원 사법정책연구원, *supra* note 144, pp.126-127.

146) Hague Conference on Private International Law, *supra* note 144, p.6; Giabardo, *supra* note 2, p.39, n.12.

147) Hague Conference on Private International Law, *supra* note 144, p.7.

148) 일본의 민사집행법 제172조 제1항 참조.

149) 네덜란드의 민사절차법 제611a(1), 611b 참조.

150) Hague Conference on Private International Law, *supra* note 144, p.8.

151) 한국의 민사집행법 제261조 제1항 참조.

위 이행강제금(간접강제금 또는 간접강제 배상금¹⁵²⁾)은 승소한 당사자, 즉 채권자에게 지급되게 된다. 나아가 한국 법원은 특정 행위의 작위 또는 부작위 의무를 명하는 판결을 집행하는데 있어서 이행강제금을 폭넓게 활용하고 있는데, 예를 들어 한국 대법원은 아래와 같이 판시하였다.

“부대체적 채무인 부작위채무에 대한 강제집행은 간접강제만 가능하고, 간접강제결정은 판결 절차에서 먼저 집행권원이 성립한 후에 채권자의 별도의 신청에 따라 채무자에 대한 필요적 심문을 거쳐 채무를 불이행하는 때에 일정한 배상을 하도록 명하는 것이 원칙이다. 따라서 부작위채무에 관한 집행권원 성립을 위한 판결절차에서 장차 채무자가 그 채무를 불이행할 경우에 대비하여 간접강제를 하는 것은 부작위채무에 관한 소송절차의 변론종결 당시에서 보아 부작위채무를 명하는 집행권원이 성립하더라도 채무자가 이를 단기간 내에 위반할 개연성이 있고, 또한 그 판결절차에서 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적절한 배상액을 산정할 수 있는 경우라야 한다.”¹⁵³⁾

(4) 국제법에서의 이행강제금 제도

① 유럽연합의 기능에 관한 조약(Treaty on the Functioning of the European Union)

이행강제금 제도는 국제법상 폭넓게 이용되고 있지는 않다. 이행강제금 제도를 도입한 한 가지 예는 유럽연합의 기능에 관한 조약 제260조 제2항이다.¹⁵⁴⁾ 해당 조항은 아래와 같다.

“해당 당사국이 재판소의 판결을 이행하기 위해 필요한 조치들을 취하지 않은 것으로 위원회가 판단하는 경우, 위원회는 해당 국가에게 이행에 관한 사항을 제출할 기회를 부여한 뒤에 해당 사건을 재판소에 회부할 수 있다. 위원회는 관련 사정들에 따라 적절한 것으로 여기는, 해당 당사국이 지급해야할 1회성 제재금(lump sum) 또는 기타 제재금(penalty payment)의 액수를 명시해야 한다.

만약 재판소가 해당 당사국이 판결을 이행하지 않았다고 결정하는 경우, 재판소는 해당 국가에 대해 1회성 제재금(lump sum) 또는 기타 제재금(penalty payment)을 부과할 수 있다. 이 절차는 제259조에 영향을 주지 않는다.”

위 규정에 근거하여, CJEU는 2000년에 최초로 패소국에게 이행강제금을 부과한 이후로 현재

152)

153) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결

154) The original provision of financial penalties was first introduced in Art. 171(2) of the Treaty on European Union, a treaty also known as the Maastricht Treaty, when it was entered into force on Nov. 1st, 1993. The website of the European Parliament(available at <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/en/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/maastricht-treaty>, last accessed on Oct. 17, 2022); Stine Andersen, *The Enforcement of EU Law: The Role of the European Commission*, Oxford University Press, 2012, p.98. About the history of the enactment of Art. 171(2), see *ibid.*, pp.99-101.

까지 이를 부과해오고 있다.¹⁵⁵⁾ 이행강제금이 부과되었던 판결의 판결 주문을 예시로 인용하면 다음과 같다.

“이에 재판소(제3 재판부)는

1. 이탈리아는, 유럽공동체 설립 조약 제228조에 따라 유럽 공동체의 위원회(Commission of the European Communities)가 2008년 2월 1일에 발표한 합리적인 의견에 기재된 기간 만료일까지, 이탈리아가 고용을 촉진하기 위해 부여했던 지원금에 관한 1999년 5월 11일자 위원회 결정 2000/128/EC에 의해 불법적이고 공동 시장(common market)과 양립하지 않는 것으로 확인된 지원금을 수혜자로부터의 반환받지 않은 것과 관련된 C-99/02 Commission v Italy 사건의 2004년 4월 1일자 판결을 이행하는데 필요한 모든 조치들을 취하는데 실패함으로써, 해당 판결과 유럽공동체 설립 조약 제228조 제1항에 따른 의무를 이행하지 않았음을 선언한다.
2. 이탈리아는 유럽 위원회(유럽 연합의 자체 자산 계좌)에게, 본 판결부터 2004년 4월 1일자 판결의 이행까지, C-99/02 Commission v Italy 사건의 2004년 4월 1일자 판결의 이행을 위해 필요한 조치들을 취하는데 있어서 매 6개월의 지연기간마다, 기초 금액 3000만 유로에 본 판결의 선고일까지 반환되지 않은 총 금액 대비 위 기간의 말일에 아직 반환되지 않았거나 반환되지 않은 것으로 보이는 불법적 지원금의 비율을 곱한 금액을 곱하여 산정된 금액의 벌칙금을 지급할 것을 명령한다.
3. 이탈리아는 총액 3000만 유로를 유럽 위원회(유럽 연합의 자체 자산 계좌)에게 지급할 것을 명령한다.¹⁵⁶⁾

위 판결의 이행강제금은 독특하다고 할 수 있는데, 왜냐하면 첫 번째로 이행강제금 부과 절차가 유럽 위원회의 신청에 의해 시작되고, 두 번째로 이행강제금이 유럽 위원회에게 지급되며, 세 번째로 이행강제금이 1회성 금액(lump sum)과 정기적 금액으로 병과될 수 있기 때문이다. 이행강제금은 CJEU 판결의 이행률을 높이는데 있어서 효과적으로 기능한 것으로 평가받아왔다.¹⁵⁷⁾ 하지만, 유럽 위원회는 이행강제금을 신청하는데 있어서 매우 신중한 태도를 보이고 있고, 따라서 2016년을 기준으로 제260조 제2항에 따라 이행강제금을 부과하는 판결의 연 평균 건수는 2건 이하인 점에 유의할 필요가 있다.¹⁵⁸⁾ 매년 이행강제금을 부과하는 판결의 숫자가 적은 이유는 유럽 위원회가 이행강제금이 부과될 예정임을 권고한 후에 패소국이 자발적으로 이행하는 경향이

155) C-387/97 Commission v Greece [2000] ECR I-5092, 4 July 2000; Commission of the European Communities, Eighteenth Annual Report, COM(2001) 309 final, p.16.

156) C-496/09 Commission v Italy [2011], 17 November 2011, para.98. Other examples imposing financial penalties are C-304/02 Commission v France [2005] ECR I-6263, 12 July 2005 and C-109/08 Commission v Greece [2009] ECR I-4657, 4 June 2009.

157) Maria A. Theodossiou, “An analysis of the recent response of the Community to non-compliance with Court of Justice judgments: Article 228(2) E.C”, *European Law Review*, Vol.27, No.1, 2002, p.44; Commission of the European Communities, *supra* note 155, p.17.

158) Gerda Falkner, “A causal loop? The Commission’s new enforcement approach in the context of non-compliance with EU law even after CJEU judgments”, *Journal of European Integration*, Vol. 40, No. 6, 2018, p.775.

있기 때문인 것으로 추측된다.¹⁵⁹⁾

② 유럽 인권협약(European Convention on Human Rights)

우선, 유럽 인권협약은 이행강제금 제도를 도입하지 않은 상태이다. 아래에서는 유럽 인권협약에서 이행강제금을 도입하기 위해 여러 노력이 기울여왔던 과정에 대해 논의하고자 한다.

유럽 평의회(Council of Europe)의 의원 연맹(Parliamentary Assembly)은 유럽 인권협약을 개정하여 이행강제금 또는 아스트랭을 도입하여야 한다고 여러번 권고하였다. 의원 연맹은 2000년에 다음과 같이 권고하였다.

“장관 위원회(Committee of Ministers)는 ... (중략) ... 재판소 판결을 지속적으로 이행하지 않는 국가들에게 부과될 “아스트랭”(법적 의무의 이행 지체에 대한 일일 벌금) 체계를 도입하기 위해 협약을 개정해야 한다”¹⁶⁰⁾

나아가 의원 연맹은 2002년에도 유럽 인권협약이 이행강제금을 도입해야 한다고 권고하였다.¹⁶¹⁾ 하지만 베니스 위원회로도 알려져 있는 법을 통한 민주주의 유럽위원회(European Commission for Democracy through Law)는 유럽 인권협약에 이행강제금 제도를 도입하는 것을 거부하였는데, 이는 첫 번째로 징벌 또는 징벌적 손해배상이라는 개념이 “현재 협약 체계 내에 존재하지 않고”,¹⁶²⁾ 두 번째로 판결 미이행이 “국내의 민주적 절차” 또는 “재정적 자원의 부족”으로 인해 초래된 경우에 이행강제금 제도가 판결 이행을 촉진할 수 있을지 불분명하며,¹⁶³⁾ 세 번째로 “잘 알려져 있듯이 재판소가 겪고 있는 사건 부담의 문제”가 고려되어야 한다는 점에 근거한다.¹⁶⁴⁾

2. ICJ가 판결을 이행하지 않는 국가에 대해 이행강제금을 부과할 수 있는 가능성의 검토

(1) 국제사법재판소가 국제사법재판소 판결에 대한 강제집행에 관여하는 것이 허용되는지 여부

미국 연방대법원은 *Medellin v. Texas* 사건에서 아래와 같이 판시하였다.

159) *Ibid.*; Commission of the European Communities, *supra* note 155, p.16.

160) Parliamentary Assembly of Council of Europe, Resolution 1226, 28 Sep. 2000, “Execution of judgments of the European Court of Human Rights”. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe also adopted Recommendation 1477 (2000) which has a similar proposal to amend the Convention. European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights, Opinion No. 209/2002, 18 Dec. 2002, pp.3-4.

161) Parliamentary Assembly of Council of Europe, Recommendation 1546 (2002), cited in Elisabeth Lambert-Abdelgawad, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Human rights files, No. 19, Council of Europe Publishing, 2002, pp.46-47.

162) European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights, Opinion No. 209/2002, 18 Dec. 2002, para.80.

163) *Ibid.*, para.82.

164) *Ibid.*, para.84.

“제94조의 나머지 부분을 통해, 유엔헌장은 국내법원에서 ICJ 판결이 자동적으로 강제집행되는 것을 고려하지 않았음이 확인된다. 미이행에 대해서 제94조 제2항, 즉 강제집행 조항은 유일한 구제수단을 제공한다.” domestic courts. Article 94(2)—the enforcement provision—provides the sole remedy for noncompliance.”¹⁶⁵⁾

미국 연방대법원은 위와 같은 해석에 대해 구체적인 근거를 제시하지 않았으나, 위와 같은 판시내용은 안전보장이사회가 ICJ 판결의 강제집행에 있어서 전속적인 기관이고 다른 기관들은 강제집행 권한을 부여받지 않았음을 전제하는 것으로 보인다. 그러나 유엔헌장 제94조 제2항을 위와 같이 해석하는 것은 타당하지 않은데 왜냐하면 첫째, 제94조 제2항의 문언에 안전보장이사회가 ICJ 판결을 강제집행할 수 있는 유일한 기관이라는 문구는 전혀 포함되어 있지 않기 때문이다. 안전보장이사회는 ICJ 판결의 강제집행에 있어서 전속적인 기관이 아닌 것이다. 이와 같은 취지로 Shabtai Rosenne은 “헌장이 판결의 이행을 담보하기 위해 특별히 안전보장이사회의 역할을 언급하고 있다는 사실에도 불구하고, 안전보장이사회의 권한이 전속적이라는 결론이 도출되지 않는다.”¹⁶⁶⁾ 안전보장이사회가 유엔헌장 제37조, 제38조에 근거하여 준사법적 권한을 부여받기는 하였으나,¹⁶⁷⁾ 안전보장이사회의 권한과 ICJ의 권한이 명확하게 구분되는 것은 아니며 국가들은 국제 분쟁의 평화적 해결을 위해 두 기관 중에 하나를 선택할 수 있다는 점이 고려되어야 한다.¹⁶⁸⁾ ICJ 판결을 집행하기 위한 수단으로서 이행강제금을 부과하는 것은 그러한 양 기관의 권한의 불분명한 경계에 위치한 것이다.

둘째, 비록 유엔헌장 제정 당시의 회의록에 판결의 집행은 ICJ의 업무가 아니라고 언급되어 있기는 하나,¹⁶⁹⁾ 이는 국제법의 발전에 따라 ICJ에게 새로운 기능이 부여되는 것까지 원천적으로 차단하는 취지라고 보기는 어렵다.

셋째, 미국 연방대법원의 위와 같은 판시내용이 타당하다고 가정하는 경우, 그에 따른 결론이 비합리적이게 된다. ICJ가 “재판소는 [잠정조치 명령]의 이행을 보장할 수단을 가지고 있지 않다”고 판시했던 것처럼,¹⁷⁰⁾ 유엔헌장 제94조 제2항은 잠정조치 명령에 적용되지 않는다. 이러한 측면에서 미국 연방대법원의 위 판시내용에 따르면, 안전보장이사회는 ICJ 판결(judgments)을 집행하는데 있어서 전속적인 기관인 반면에 잠정조치 명령의 집행에 있어서는 전속적인 기관이 아

165) *Medellín v. Texas*, 128 S.Ct. 1346 (2008), p.1359.

166) Rosenne, *supra* note 7, p.248. For the similar opinions, see Karin Oellers-Frahm *et al.*, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2006, p.1178; Simma *et al.*, *supra* note 36, p.1178.

167) Nigel. D. White, *The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*, Manchester University Press, 1990, p.61. Based on this opinion, Art. 94(2) seems to be another provision showing that the Security Council was invested with quasi-judicial powers.

168) 최지현, “국제사법재판소와 안전보장이사회의 권한충돌 - 두 기관의 관계에 관한 ICJ 판례의 비판적 검토를 중심으로 -”, 『국제법평론』, 제33호, 2011, 76쪽.

169) Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945, Vol.14, p.853.

170) *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, para.107.

니게 되며, 따라서 잠정조치 명령이 다른 기관에 의해 강제집행되는 것이 허용되게 되는 것이다. ICJ 판결과 잠정조치 명령에 있어서 강제집행의 전속적 기관 여부가 달라지는 위와 같은 결론은 매우 비합리적이라고 할 수 있다.

따라서, 유엔헌장 제94조 제2항에 대한 위와 같은 해석에 따를 때, 안전보장이사회는 ICJ 판결의 강제집행에 있어서 전속적인 기관이 아니며, 국제사법재판소 역시 판결의 집행과정에 관여하는 것이 가능하다.

(2) 국제사법재판소가 이행강제금을 부과할 수 있는 법적 근거의 여부

① 조약

유엔헌장, ICJ 규정, ICJ 규칙¹⁷¹⁾에는 이행강제금에 관한 명시적인 법적 근거가 존재하지 않는다. 따라서 유엔헌장, ICJ 규정, ICJ 규칙의 해석상 ICJ가 부여할 수 있는 것으로 인정되는 구제수단(remedies)¹⁷²⁾의 범위에 이행강제금이 포함되는지 여부를 검토할 필요가 있다. ICJ가 부여할 수 있는 구제수단의 범위는 유엔헌장, ICJ 규정, ICJ 규칙에 규정되어 있지 않고,¹⁷³⁾ 다만 ICJ 규정 제36조 (2)(d)항이 ICJ가 “국제 의무의 위반에 대해 이루어지는 배상(reparation)의 성질 또는 범위”에 관한 법적 분쟁에 대한 관할권을 가진다고 규정하고 있을 뿐인데, 이 규정 역시 구제수단의 명확한 범위를 정하고 있는 것은 아니다.¹⁷⁴⁾ 이와 관련하여, 가장 먼저 검토해야 할 판결은 *Chorzow Factory* 사건(관할권)인데, 해당 사건에서 PCIJ는 협약에 명시적인 문구가 없어도 배상 책임이 부과될 수 있다고 판시하였다.¹⁷⁵⁾ 나아가 ICJ는 다음과 같이 판시하였다.

“재판소 규정에는 이런 종류의 임시적 판결을 내릴 수 있도록 특별히 권한을 부여하거나 또는 그렇게 하는 것을 실제로 금지시키는 조항이 존재하지 않는다. ... (중략) ... 하지만, 재판소가 그렇게 할 권한을 보유한다고 전제하는 경우에, 이런 종류의 판결을 내리는 것은 예외적인 상황에서만 적절할 것이다”¹⁷⁶⁾

171) Although the Rules of the ICJ is not a treaty, it will be discussed here given the fact that it is articulated upon the mandate of the ICJ Statute.

172) The law of remedies is “dealing with the means by which a right is enforced or the violation of a right is prevented or redressed.” Quoted from the webpage of Planck Encyclopedia of Public International Law of Oxford Public International Law(available at <https://opil.ouplaw.com/>, last accessed on 28 Nov. 2022). It seems that the notion of remedies is not only related to the principal proceedings but also to the post-adjudication ones as the Supreme Court of the U.S. held that “Article 94(2)—the enforcement provision—provides the sole remedy for noncompliance.” *Medellin v. Texas* 128 S.Ct. 1346, p.1359. From these said perspectives, financial penalties can fall within the scope of remedies as they are imposed to enforce a right concerned.

173) Christine D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Clarendon Press, 1990, p.59.

174) *Ibid.*, p.64.

175) *Chorzow Factory case(Jurisdiction)*, PCIJ, Ser. A, No.9, 1927, p.21.

176) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p.143.

위 사건에서 ICJ는 패소국에 대하여 손해의 최소액(minimum damages)을 부과할 수 있는 가능성 자체를 부인하지 않았다. 위 판시내용을 고려할 때, ICJ는 국제법상 적절한 형태의 구제수단임을 전제로 특정 분쟁에 대해 어떠한 구제수단도 부여할 수 있다고 봐야할 것이다.¹⁷⁷⁾ 다만, ICJ는 “ICJ의 사법적 기능과 부합하지 않는” 구제수단을 부여할 수는 없음에 유의해야 한다.¹⁷⁸⁾

잠정조치 명령과 관련하여서는, 이행강제금이 ICJ 규정 제41조 제1항의 “각 당사자의 각각의 권리를 보전하기 위하여 취하여야 할 어떠한 잠정조치”의 범위에 포함되는지 여부가 검토될 필요가 있다. 위 제41조 제1항이 “어떠한 잠정조치(any provisional measures)”라는 문구를 명확히 사용하고 있고, 나아가 PCIJ나 ICJ가 잠정조치의 위반에 대해서 강제적인 구제수단이 부과될 수 없다고 판시한 사건이 존재하지 않기는 하나,¹⁷⁹⁾ *Chorzow Factory* 사건(명령)에서 판시되었듯이¹⁸⁰⁾ ICJ가 택할 수 있는 잠정조치의 범위에는 일정한 제한이 존재한다. 또한, 이행강제금은 분안 절차보다는 집행 절차와 더 밀접하게 관련된다는 점도 유념해야 한다. 따라서 현재로서는 이행강제금이 ICJ 규정 제41조 제1항의 “각 당사자의 각각의 권리를 보전하기 위하여 취하여야 할 어떠한 잠정조치”에 해당되는지 여부는 불분명하다고 할 수 있다.

물론, 처분권주의(*non ultra petita*)에 따라 ICJ는 승소국이 신청서에 기재하지 않은 구제수단을 부여할 수는 없다.¹⁸¹⁾ 그러나 ICJ 규칙 제75조 제1항에 따라 처분권주의는 잠정조치 명령에는 적용되지 않음에 유의해야 한다.¹⁸²⁾

요컨대, ICJ가 현행 유엔 체계 내에서 패소국에게 이행강제금을 부과할 수 있는지 여부는 명확하지 않다고 할 것인데, 왜냐하면 유엔헌장, ICJ 규정, ICJ 규칙에는 이행강제금 부과에 대한 명시적인 법적 근거가 존재하지 않고, 이들에 대한 해석상으로도 이행강제금이 이용가능한 구제수단의 범위에 포함되는지 불분명하기 때문이다.

177) See *Chorzow Factory case(Jurisdiction)*, PCIJ, Ser. A, No.9, 1927, p.21; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.143; and *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, para.273.

178) *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: I.C.J. Reports 1963, p.37.

179) Victor Stoica, *Remedies before the International Court of Justice: A Systemic Analysis*, Cambridge University Press, 2021, p.20.

180) “[T]he request of the German Government cannot be regarded as relating to the indication of measures of interim protection, but as designed to obtain an interim judgment in favour of a part of the claim formulated in the Application above mentioned ... [C]onsequently, the request under consideration is not covered by the terms of the provisions of the Statute and Rules cited therein(emphasis added).” *Chorzow Factory case(Measure of Interim Protection)*, PCIJ, Ser. A, No.12, 1927, p.10.

181) Gray, *supra* note 173, p.84; Al-Qahtani, *supra* note 143, p.788; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, para. 43; *Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the asylum case, Judgment of November 27th, 1950* : I.C.J. Reports 1950, p.402; *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p.30; *Corfu Channel case Judgment of December 15th, 1949*: I.C.J. Reports 1949, p.249.

182) Oellers-Frahm *et al.*, *supra* note 166, p.945.

② 국제관습법

국제관습법의 2가지 구성요건과 관련하여 국제법위원회는 “국제관습법적 규칙의 존재와 내용을 결정하기 위해서는 법으로서 받아들여지는(*opinio juris*) 일반적 관행이 존재하는지 여부를 확인하는 것이 필요하다”는 의견을 밝혔다.¹⁸³⁾ 이러한 결론은 ICJ 판결과도 일치하는 것이다.¹⁸⁴⁾ 국제판결의 미이행시에 패소국에게 이행강제금을 부과하는 것이 국제관습법의 2가지 구성요건을 충족하였는지를 살펴보면, 현재로서는 이것이 국제관습법적 지위에 있다고는 볼 수 없다. 이러한 결론은 우선 일반적 관행이 존재하지 않는다는 것에 근거한다. 앞서 언급하였듯이, 유럽연합 기능에 관한 조약과 같이 매우 제한된 숫자의 조약만이 이행강제금 제도를 도입하고 있다. 둘째로, 법적 확신(*opinio juris*)도 존재하지 않는데, 즉 유럽 인권협약은 이행강제금 제도를 도입하는 것을 거부하였고, 이행강제금의 도입과 관련하여 유엔 총회¹⁸⁵⁾ 또는 기타 국제기구의 결의가 채택된 사실도 없다.

③ 법의 일반원칙

ICJ 규정 제38조 (1)(C)항의 법의 일반원칙은 ICJ가 이행강제금을 부과할 수 있는 법적 근거가 될 수 있는가? 법의 일반원칙은 “국내법 법리, 특히 사법(private law)의 일반적인 원칙들”을 의미하는 것으로 의도되었다.¹⁸⁶⁾ 실제로 ICJ는 법의 일반원칙을 확인하는 과정에서 국내법을 참고하기도 하였다. 예를 들어, *Barcelona Traction* 사건에서 회사의 법인격 부인론(theory of lifting of a corporate veil)을 수용할지 여부와 관련하여, ICJ는 다음과 같이 판시하였다.

“앞서와 같은 이유로, 여기서 재판소는 국내법을 참고해야만 한다. ... (중략) ... 국내법에서 해당 주제에 대해 이미 축적되어 있는 풍부한 실행에 따르면, 예를 들어 몇몇의 사기나 월권 행위(malfesance) 사건에서처럼 법인격의 특권을 오용하는 것을 방지하기 위해, 채권자나 구매자와 같은 제3자를 보호하기 위해, 또는 법적 요건이나 의무의 회피를 방지하기 위해, 법

183) International Law Commission, *Draft conclusions on identification of customary international law*, 2018, p.124, Conclusion 16(2).

184) For example, see *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, paras.73-77; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, para.183.

185) The ICJ considers resolutions of the General Assembly as evidence for an *opinio juris*. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, para.70.

186) *Recueil Des Cours*, 1958 II, Tome 94 de la collection, p.29 cited in Ian Brownlie, *Principles of Public International law* 7th ed., Oxford University Press, 2008, p.16. Likewise, ICJ judge Sir Arnold McNair states in his Separate Opinion that “[i]nternational law has recruited and continues to recruit many of its rules and institutions from private systems of law. Article 38 (1) (c) of the Statute of the Court bears witness that this process is still active, and it will be noted that this article authorizes the Court to “apply (c) the general principles of law recognized by civilized nations”. *Separate Opinion of Sir Arnold McNair, International status of South-West Africa, Advisory Opinion : I.C.J. Reports 1950*, p.148.

인격이 부인된다. ... (중략) ... 위에서 상세히 설명한 원칙에 따라, 국내법에 따른 예외적 법리인 법인격 부인 절차 ... (중략) ... 는 국제법에서도 유사한 역할을 담당하기 위해 동일하게 인정될 수 있다.”¹⁸⁷⁾

위 판결에서 ICJ가 ICJ 규정 제38조 (1)(c)항 또는 법의 일반원칙을 명시적으로 언급하지는 않았으나, ICJ가 국내법과 그 실행에 법적 근거를 두었음을 고려할 때 ICJ는 법인격 부인론을 법의 일반원칙의 하나로 인정하였다고 볼 수 있다.¹⁸⁸⁾

그렇다면, 개별 국가의 국내법에서 이행강제금 제도를 도입하고 있는지를 살펴보면, 앞서 언급하였듯이 대부분의 국가가 판결 미이행에 대한 금전적 제재를 부과하는 제도 자체는 도입하고 있으나 그 세부적인 형태에 있어서는 차이가 있는 것으로 보인다. 하지만, 이러한 사정만으로는 ICJ 규정 제38조 (1)(c) 하의 법의 일반원칙을 확인하는 것은 충분하지 않은데, 왜냐하면 국내법상 이행강제금 체계는 주로 국가보다는 사인(private entities)에게 부과되기 위해 도입되었기 때문이다.¹⁸⁹⁾ 따라서 국내법상 이행강제금이 사법적 행위(acts *jure gestionis*)뿐만 아니라 공법적 행위(acts *jure imperii*)에 관한 법원 판결의 미이행에 대해서도 부과되는지 여부도 검토되어야 하는데, 공법적 행위와 관련하여 국가기관에 이행강제금 또는 금전 제재가 부과될 수 있도록 하는 국가로는 영국,¹⁹⁰⁾ 미국,¹⁹¹⁾ 프랑스,¹⁹²⁾ 독일,¹⁹³⁾ 네덜란드,¹⁹⁴⁾ 한국,¹⁹⁵⁾ 벨기에,¹⁹⁶⁾ 이탈리아,¹⁹⁷⁾ 러시아¹⁹⁸⁾가 있다. 일본은 이를 도입하지 않고 있는데,¹⁹⁹⁾ 그 이유는 국가기관이 법원 결

187) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, para.56, 58.

188) Draft Report of the International Law Association, “the Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law”, p.6(available at https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReportSG_DomesticLawPrinciples.pdf, last accessed on 11 June 2021).

189) Chinnock and Painter, *supra* note 143, pp.309-310; Caracciolo *et al.*, *supra* note 131, p.48.

190) Jonathan Auburn *et al.*, *Judicial Review : Principles and Procedure*, Oxford University Press, 2013, pp.765-766.

191) 박해식, “행정소송법상 간접강제결정에 기한 배상금의 성질”, 『행정판례연구』, 제9집, 박영사, 2004, p.276-278.

192) International Association of Supreme Administrative Jurisdictions, “The Execution of Decisions of the Administrative Court”, 2004, p.35(available at https://www.aihja.org/images/users/1/files/2004_Madrid_Congress_General_Report_VIII_congres_VIII_va_0.pdf, last accessed on Oct. 23, 2022); 대법원 사법정책연구원, 『외국사법제도연구(23) - 각국의 의무이행소송 -』, 2018, pp.240-241; 박해식, *supra* note 191, pp.272-276; 이무상, “프랑스법에서의 아스트랭트(astreinte)에 관한 소고 - 민사집행법상 간접강제와의 비교를 중심으로 -”, 『법조』, 제60권, 제9호, 2011, pp.247-248.

193) 대법원 사법정책연구원, *supra* note 192, pp.147-148; 박해식, *supra* note 191, p.266-272.

194) International Association of Supreme Administrative Jurisdictions, *supra* note 192, p.35.

195) Art. 34(1) and 38(2) of the Korean Administrative Litigation Act; Supreme Court of Korea, Order, 98MU37 decided Dec. 24, 1998.

196) International Association of Supreme Administrative Jurisdictions, *supra* note 192, pp.34-35.

197) Art. 114(4)(e) of the Code of the Administrative Process of Italy; Ferrari and Bocharova, *supra* note 131, pp.19-23; Caracciolo *et al.*, *supra* note 131, p.63.

198) Ferrari and Bocharova, *supra* note 131, pp.30-32.

199) 성백현, “취소판결의 기속력”, 『대법원판례해설』 제30호, 법원도서관, 1998, p.428; 南博方, 『條解 行政事件訴訟法』, 1987, p.760 cited in 이성훈, “행정처분을 취소하는 확정판결의 기속력”, 『국민과 사법: 윤관 대법원장 퇴임기념』, 박영사, 1999, p.299.

정을 미이행한 사례가 존재하지 않기 때문이라고 알려져 있다.²⁰⁰⁾

법의 일반원칙을 인정하기 위한 요건과 관련하여, 국제법위원회의 논의 내용도 추가로 살펴볼 필요가 있다. 법의 일반원칙에 관한 특별 보고자가 2번째 보고서에서 국제법 체계로의 이전 (transposition)과 관련하여 결론 초안 4와 6을 제안하였고,²⁰¹⁾ 초안위원회(Drafting Committee)는 그러한 결론 초안을 수정한 후 임시적으로 다음과 같은 결론 초안을 채택하였다.

“결론 초안 4 (국내법 체계에서 유래하는 법의 일반원칙의 확인)

국내법 체계에서 유래하는 법의 일반원칙의 존재와 내용을 결정하기 위해, 다음 사항을 확인할 필요가 있다.

- (a) 전 세계의 다양한 법 체계에 공통되는 원칙의 존재
- (b) 국제법 체계로의 이전

결론 초안 6 (국제법으로의 이전의 결정)

전 세계의 다양한 법 체계에 공통되는 원칙은 그것이 국제법 체계와 양립할 수 있는 한 국제법 체계로 이전될 수 있다”²⁰²⁾

위 결론 초안이 국제법위원회에 의해 아직 공식적으로 채택된 것은 아니고, ICJ가 국제법 체계로의 이전이라는 요건을 명시적으로 인정하지도 않았기는 하지만, ICJ는 부분적으로 그러한 요건에 대해 긍정적인 태도를 보였다.²⁰³⁾ 결론 초안 6의 “국제법 체계와 양립할 수 있는 (compatible with [the international legal] system)”의 의미가 명확하지 않기는 하나,²⁰⁴⁾ 이행강제금의 부과는 국제법 체계와 양립 가능한 것으로 보인다. 왜냐하면, (i) 앞서 언급하였듯이 ICJ는 패소국이 손해배상 의무를 이행하도록 강제하기 위해 실제 손해를 초과하는 판결 후 지연 이자를 이미 부과하였고, (ii) CJEU는 2000년부터 이행강제금 제도를 도입하였으며, (iii) 이행강제금 제도를 유엔 체계 내에 도입하는 것이 국제법의 본질적 요소나 다른 적용가능한 국제법에 위반된다고 볼만한 근거가 없기 때문이다.

요컨대, 대부분의 국가들이 법원 판결의 미이행시에 이행강제금을 부과하는 제도를 갖추고 있

200) 塩野宏, 『行政法Ⅱ』, 有斐閣, 2005, p.22 cited in 박용광, “일본 행정사건소송법상 의무이행소송 - 우리나라 개정안과의 비교연구를 중심으로 -”, 영남대학교 박사학위논문, 2013, p.193.

201) Marcelo Vázquez-Bermúdez, “Second report on general principles of law”, A/CN.4/741, pp.35-36.

202) International Law Commission, *Report of the International Law Commission*, A/77/10, pp.307-308.

203) For example, in the *North Sea Continental Shelf* case, the ICJ, regarding the argument of Germany that “the principle of the just and equitable share was one of the recognized general principles of law”, held that “the notion of apportioning an as yet undelimited area, considered as a whole (which underlies the doctrine of the just and equitable share), is quite foreign to, and inconsistent with, the basic concept of continental shelf entitlement.(emphasis added)” *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, pp.22-23, paras.17, 20; Vázquez-Bermúdez, *supra* note 201, p.25.

204) International Law Commission, *supra* note 202, p.311. The Commission presented that, on the one hand, some members argued that such “international legal system” includes only “essential elements of the international legal system”, on the other hand, a member argued that it includes “all applicable international law.” *ibid*, p.311.

기는 하나, 이 제도가 ICJ 규정 제38조 (1)(c)항에 따른 법의 일반원칙의 지위에 있는지 여부는 현재로서는 불분명하다. 왜냐하면 이행강제금 제도의 형태가 국가들마다 조금씩 다르기 때문인데, 예를 들어 (i) 이행강제금이 승소한 당사자와 국가 중 누구에게 귀속되는지가 국가들마다 다르고, (ii) 일본과 같이 이행강제금이 공법적 행위와 관련하여 국가기관에 부과되는 것을 도입하지 않는 국가들도 존재한다. 다만, 국제법위원회가 제안한 국제법 체계로의 이전이라는 요건은 충족되는 것으로 생각된다.

(3) 이행강제금 제도 도입에 대한 ICJ의 입장

지금까지 ICJ가 판결 미이행에 대해 이행강제금을 부과할 수 있는지 여부에 대해 의견을 제시한 적은 없다. 또한, ICJ가 판결 또는 잠정조치 명령을 내린 이후에 그것이 이행되지 않은 상황에서 승소국이 ICJ에 이행강제금의 부과를 신청한 사례도 없다. 따라서 현재로서는 이행강제금 제도에 대한 ICJ의 입장은 ICJ 판결의 이행 또는 강제집행에 관하여 ICJ가 판시해왔던 것들을 토대로 추정할 수밖에 없다.

유엔헌장 제94조 제2항의 해석 문제를 별론으로 할 때, ICJ는 판결의 이행 또는 강제집행 절차에 관여할 권한을 가지고 있는지 여부에 대해 스스로 어떻게 판단해왔는가? 과거에 PCIJ와 ICJ는 그러한 권한이 없는 것으로 판단해왔다. 예를 들어 *Wimbledon* 사건에서 PCIJ는 “재판소는 이행을 위해 정해진 기간의 만료일까지 판결이 이행되지 않는 경우에 일시적으로 더 높은 이자를 부과하지는 않는다. 재판소는 그러한 만일의 상황(contingency)을 고려할 수 없고, 고려해서도 안 된다.”²⁰⁵⁾ 이러한 PCIJ의 법리는 *Chorzow Factory* 사건,²⁰⁶⁾ 니카라과 사건²⁰⁷⁾에서도 동일하게 확인되었다. 나아가 ICJ는 *Nuclear Tests* 사건에서 “국가가 향후 행위에 대해 약속을 한 것으로 재판소가 일단 확인을 하면, 해당 국가가 이를 이행하지 않을 것을 고려하는 것은 재판소의 기능이 아니다.”라고 판시하였다.²⁰⁸⁾ 하지만, 아래와 같이 ICJ는 최근에 판결 이행 절차에 대해서 변화된 입장을 보여왔다.

첫째, *Ahmadou Sadio Diallo* 사건에서, ICJ는 지정된 기간까지 손해배상금을 지급하지 않는 경우 연 6%라는 지연이자를 부과하는 판결을 이미 선고하였다.²⁰⁹⁾ 이 사건에서 ICJ는

205) *the S.S. Wimbledon, P.C.I.J., Series A, No. 1 at 32 (1923)*, p.32. It is noteworthy that the commentaries on Art. 38 of the Draft articles provides that “Article 38 does not deal with post-judgment or moratory interest ... The power of a court or tribunal to award post-judgment interest is a matter of its procedure.” *ibid.*, p.109.

206) In this case, the PCIJ held that “it neither can nor should contemplate the contingency of the judgment not being complied with at the expiration of the time fixed for compliance.” *Case Concerning the Factory at Chorzow(merits), P.C.I.J., Series A, No. 17 at 32 (1928)*, p.63. While the PCIJ reserved the fixing of the compensation to the subsequent judgment(*ibid.*, p.64), this case was discontinued due to the agreement of settlement made between Germany and Poland. *Case Concerning the Factory at Chorzow(order), P.C.I.J., Series A, No. 19 at 32 (1929)*, pp.12-13.

207) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, para.101.

208) *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p.272.

209) *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012*, pp.343-344. Imposing post-judgment interest was unanimously agreed by the ICJ judges. *ibid.*, p.345.

ITLOS,²¹⁰⁾ IAHR,²¹¹⁾ ECHR²¹²⁾과 같은 국제재판소의 실행에 근거하여 손해배상금 미지급시에 지연이자를 부과하였다. ICJ는 *Border Area* 사건에서도 다음과 같이 판시하면서 판결 후 지연이자 6%를 부과하였다.

“따라서, 재판소는 니카라과의 기한내 지급을 기대할 충분한 이유를 가지고 있기는 하나, 재판소는 지급이 지연되는 경우에 손해배상금 전액에 대해 판결 후 이자가 부가될 것을 결정한다. 이러한 이자는 연 6%의 비율로 지급되어야 한다. 이 이자율은 국제 시장에서의 일반적인 이자율과 즉각적인 이행의 중요성을 고려하여 정해졌다.”²¹³⁾

ICJ가 “즉각적인 이행의 중요성(importance of prompt compliance)”이라고 판시하였듯이, 연 6%의 판결 후 이자는 판결의 이행을 강제하기 위해 부가되었다. 이 사건에서 판결 전 지연이자에 대해서는 연 4%의 이자가 부과되었고, 판결 후 지연이자에 대해서는 연 6%의 이자가 부과되었다.²¹⁴⁾ 최근에 *Armed Activities on the Territory of the Congo* 사건에서도 동일하게 6%의 판결 후 지연이자가 부과되었다.²¹⁵⁾ 정해진 기간 내에 손해배상금을 지급하지 않는 경우에 연 6%라는 더 높은 지연이자를 지급하도록 하는 것과 판결 미이행시에 특정 금액의 이행강제금을 부과하는 것은 (i) 향후의 판결 불이행을 방지하고, (ii) 패소국으로 하여금 기한 내에 판결을 이행하도록 강제한다는 점에서 근본적으로 동일한 목적을 갖는다.

둘째, *Frontier Dispute* 사건에서 ICJ의 소재판부(Chamber)는 판결 주문에 “소재판부는 향후에 명령에 의해 1983년 9월 16일자 특별 합의서 제4조 제3항에 따라 3명의 전문가를 지명할 것이다”라고 판시하였다.²¹⁶⁾ 전문가의 지명이 사건 당사국에 의해 요청된 것이기는 하나, 이 사건은 ICJ가 판결 후 절차에 관여한 최초의 사건이라는 점에서 중요성이 있다.²¹⁷⁾ 소재판부가 “소재판부가 이러한 권한을 행사하는 것을 금지하는 것이 ICJ 규정이나 인정된 법리에 존재하지 않는다”고 판시했던 것²¹⁸⁾은 판결 후 절차에 관한 ICJ의 입장을 반영한다. 또한, 위와 같은 판시

210) *The M/V “Saiga” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), judgment of 1 July 1999, ITLOS, para. 175.*

211) *Bámaca-Velásquez v. Guatemala, judgment of 22 February 2002 (reparations and costs), IACHR, Series C, No. 91, para. 10.*

212) *Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50), application No.33808/02, judgment of 31 October 1995, ECHR, Series A, No. 330-B, para. 39* cited in *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp.343-344.*; *Lordos and Others v. Turkey, application No. 15973/90, judgment of 10 January 2012 (just satisfaction), ECHR, para. 76 and dispositif, para. 1 (b)* cited in *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p.344.*

213) *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2018, p.58.*

214) *Ibid.*

215) *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment of 9 February 2002, p.108.*

216) *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.650.* Article IV, paragraph 3 of the Special Agreement reads “[t]he Parties request the Chamber to nominate, in its Judgment, three experts to assist them in the demarcation operation.” *ibid.*, p.558.

217) *Rosenne, supra note 7, p.259.*

내용에 따라, ICJ는 판결 후 절차에 있어서의 구제수단이 국제법에 의해 금지되지 않고 또한 그것이 분쟁의 해결 또는 판결의 이행을 위한 것인 이상 그러한 구제수단을 기꺼이 부여할 것으로 추정할 수 있다.

셋째, 좀더 직접적으로, ICJ는 최근에 양당사자로 하여금 잠정조치 명령의 이행 상황을 ICJ에게 통보할 것을 명한 바가 있다. 그러한 통보 절차가 ICJ 규칙 제78조에 근거한 것이기는 하나,²¹⁹⁾ 이는 판결 후 절차에 대한 ICJ의 변화된 입장을 명백히 보여준다.²²⁰⁾ 예를 들어 ICJ는 “당사자들은 위의 잠정조치의 이행에 대해서 3개월 간격으로 재판소에 정기적으로 통보해야 한다”고 판시하였다.²²¹⁾ 나아가, ICJ는 *Border Area* 사건에서 손해배상 판결을 선고한 후에²²²⁾ 2018년 3월 23일자 보도자료를 통해 “니카라과는 부과된 손해배상금 전액을 코스타리카에게 이체하였다”고 밝히기도 하였다.²²³⁾

넷째, 2020년 12월 21일에 ICJ는 내부 사법 실무에 관한 결의(Resolution concerning the Internal Judicial Practice) 중 제11조를 새로이 채택하였는데, 제11조 (i)항은 “재판소가 잠정조치를 명령할 때, 잠정조치의 이행을 감시하는데 있어서 재판소를 지원할 임시 위원회를 구성하기 위해 3명의 판사를 지명하여야 한다”고 규정하고 있다.²²⁴⁾ ICJ가 어떤 법에 근거하여 잠정조치의 이행 상황을 감시하기로 결정하였는지는 불분명하고,²²⁵⁾ 또한 그러한 감시 절차가 강제 집행의 수단으로 평가될 수 있는 것은 아니지만, 이러한 새로운 제도의 도입은 ICJ가 잠정조치 명령의 이행률을 높이기 위해서 판결 후 절차에 대해 적극적인 태도를 견지하고 있음을 여실히 보여준다.

다섯째, 가장 최근의 사례로, ICJ는 마치 판결의 이행을 감독하기 위해 필요한 경우에 해당 사건의 심리를 유지(remain seized of a case)할 수 있는 것처럼 판시하였다. 이와 관련된 ICJ의 판시내용은 다음과 같다.

“재판소는 콩고민주공화국이 재판소가 본 판결의 이행을 감독할 것을 신청서를 통해 재판소에 게 기본적으로 요청하고 있음을 인지하고 있다. 이러한 견지에서 재판소는 과거의 손해배상 판결에서 최종 지급이 이루어질 때까지 해당 사건의 심리를 유지시킬 필요가 있다고 판단한

218) *Frontier Dispute, Nomination of Experts, Order of 9 April 1987, I.C.J. Reports 1987*, p.8.

219) Art. 78 provides that “[t]he Court may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any provisional measures it has indicated.”

220) Wolfrum, *supra* note 28, p.110.

221) *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua); Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Provisional Measures, Order of 22 November 2013, I.C.J. Reports 2013*, p.370.

222) *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2018*, p. 15.

223) ICJ Press release, No. 2018/15, 23 March 2018.

224) ICJ Press release, No. 2020/38, 21 December 2020.

225) A commentator argues that it is an “inherent power” of the ICJ. Paola Patarroyo, “Monitoring provisional measures at the International Court of Justice: the recent amendment to the Internal Judicial Practice”, 2021(available at <https://www.ejiltalk.org/monitoring-provisional-measures-at-the-international-court-of-justice-the-recent-amendment-to-the-internal-judicial-practice/>, last accessed on 29 Nov. 2022).

적이 없음에 주목한다. 게다가 재판소는 판결 후 이자의 부과가 본 판결에 명시된 지급 의무를 피고가 기한 내에 이행하는 것과 관련된 콩고민주공화국의 우려를 다루고 있다고 본다. 위와 같은 관점에서, 재판소가 본 사건의 심리를 유지시킬 이유가 없고 따라서 콩고민주공화국의 신청은 기각되어야 한다.”²²⁶⁾

위 판시내용을 세밀하게 분석해보면, ICJ가 콩고민주공화국의 신청을 기각한 것은 ICJ가 판결의 이행을 감독하기 위해 위 사건의 심리를 유지시킬 권한이 없다고 판단했기 때문이 아니라, 그러한 감독이 필요하지 않다고 판단했기 때문임을 알 수 있다. 따라서 만약 ICJ가 판결 이행의 감독이 필요하다고 판단했다면 ICJ는 이행 완료시까지 해당 사건의 심리를 유지시켰을 수도 있다고 추론할 수 있다. 다만, ICJ가 어떠한 법적 근거를 통해 위와 같이 판시했는지는 불분명하다.

위에서 언급한 ICJ의 판시내용 등에는 이행강제금과 직접적으로 관련된 내용이 포함되어 있지 않다는 점에서 한계가 있다. 따라서 비록 ICJ가 판결 후 절차에 대해서 전향적인 자세를 보이고 있는 것과는 별개로, ICJ가 판결 미이행에 대해 이행강제금을 부과할 수는 권한을 보유하고 있다고 스스로 판단하고 있는지는 불투명하다.

(4) 소결론: *lex ferenda*

ICJ는 “법으로 제안될 것처럼 위장하여(*sub specie legis ferendae*) 판결을 선고할 수 없고, 입법자가 제정하지 않은 법을 예상해서도 안 된다.”²²⁷⁾ ICJ 판결을 이행하지 않는 경우에 이행강제금을 부과하는 것은 *lex lata*인가, 아니면 *lex ferenda*인가?²²⁸⁾ 앞서 언급하였듯이, 특정 행위를 명하는 ICJ 판결의 이행률이 매우 낮고, 이를 강제집행할 효과적인 수단이 존재하지 않음을 고려할 때, 이행강제금의 부과는 최소한 *lex ferenda*로 간주될 수 있을 것이다. 하지만, 현 시점에서 이행강제금의 부과가 *lex lata*로 평가될 수는 없는데, 왜냐하면 첫 번째로 ICJ가 이행강제금을 부과할 수 있음을 뒷받침하는 조약이나 국제관습법이 존재하지 않고, 두 번째로 국가들 간 제도의 불일치로 인해 법의 일반원칙에 해당된다고 보기도 어렵기 때문이다. 물론 ICJ가 CJEU의 실행이나 대부분 국가들의 이행강제금 도입 사실에 근거하여 이를 전격적으로 도입할 가능성도 있기는 하다. 그러나 이는 단지 가능성 차원에 불과하고, ICJ가 이행강제금을 부과할

226) *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of 9 February 2022, para.404. Regarding this matter, a commentator argues that it is impossible for the ICJ to decide on the matter of compliance in the subsequent proceedings due to *res judicata*. 이재민, “국제사법재판소 판결의 이행: 이행분쟁 규율 규범의 공백과 대안의 모색”, 『서울국제법연구』, 제22권, 제1호, 2015, p.215. However, given the above statement of the ICJ, it can remain seized of a case regardless of *res judicata* of its pre-existing decision.

227) *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, para.53.

228) *Lex lata*, “the positive law currently in force, without modification to account for any rules subjectively preferred by the interpreter”, is different from *lex ferenda*, “the law that considered to be normatively preferable when the existing rule of law causes an unclear or undesirable result.” Aaron Xavier Fellmeth and Maurice Horwitz, *Guide to Latin in international law*, Oxford University Press, 2009, p.168, p.169; 박기갑, “국제법상 *Lex Ferenda*”, 『국제법학회논총』, 제63권 제4호, 2018, p.118.

법적 근거가 현 시점에서 존재하지 않는다는 점에는 변함이 없다.

3. 이행강제금 제도를 *lex lata*로 도입하기 위해 추가로 필요한 요건

그렇다면, 유엔 체계 내에서 이행강제금 제도가 *lex lata*로 인정되기 위한 추가적인 요건은 무엇인가? 매우 긴 시간이 소요되는 유엔헌장 또는 ICJ 규정의 개정 문제는 논외로 할 때, 남아있는 방안은 (i) 조약의 측면에서 ICJ 규칙이 개정되는 방안, (ii) 국제관습법의 측면에서, ITLOS, ECHR과 같은 국제재판소들이 이행강제금을 도입하거나 더 많은 국가 실행이 확인될 때까지 기다리는 방안, (iii) 법의 일반원칙의 측면에서, 대부분의 국가들이 특히 국가의 공법적 행위와 관련하여 이행강제금 제도를 도입할 때까지 기다리는 방안이 있다.

첫 번째 방안과 관련하여 문제되는 것은, ICJ 규칙의 개정만으로 이행강제금의 도입이 가능한지 여부, 또는 이행강제금을 도입하기 위한 ICJ 규칙의 개정이 ICJ 규칙의 규율 범위를 초과하는지 여부이다. 이 문제와 관련하여, ICJ 규칙 제30조는 “재판소는 그 기능을 이행하기 위해 규칙을 만들어야 한다. 특히 재판소는 절차에 관한 규칙을 제정해야 한다”고 규정하고 있다. 그러므로, ICJ의 규칙 제정 권한에 있어서 한계는, (i) 그러한 규칙이 ICJ의 기능을 이행하기 위한 절차와 관련된 것이어야 하고, (ii) 그러한 규칙이 유엔헌장이나 ICJ 규정과 배치되지 않아야 한다.²²⁹⁾ 이에 대해서는 국제법위원회가 “판결 후 이자를 부과하는 법원 또는 재판소의 권한은 절차 문제이다”라는 의견을 제시했던 것²³⁰⁾이 고려되어야 한다. 또한, 앞서 언급하였듯이 안전보장이사회가 강제집행 문제를 전속적으로 다룰 수 있는 유일한 기관은 아니다.²³¹⁾ 나아가 ICJ 규칙 제78조는 ICJ가 잠정조치의 이행에 관한 정보를 요청할 수 있는 법적 근거를 제공하고 있고, ICJ가 마치 판결의 이행을 감독하기 위해 사건의 심리를 유지할 수 있는 것처럼 판시했던 점도 고려되어야 한다. 따라서 ICJ 규칙을 개정하여 이행강제금 제도를 도입하는 것은 유엔헌장 또는 ICJ 규정과 배치되지 않는다. 요컨대, ICJ는 ICJ 규칙을 개정함으로써 이행강제금 제도를 적법하게 도입할 수 있을 것으로 생각된다.

4. 향후에 ICJ가 이행강제금 제도를 도입하는 경우의 제도적 형태

(1) 판결 미이행시 이행강제금이 부과되기 위한 요건

만약 향후에 ICJ가 ICJ 규칙 개정 등을 통해 이행강제금 제도를 도입하게 되는 경우에, 실제 판결에서 이행강제금을 부과하기 위해서는 대략적으로 5가지의 요건이 필요하다. 첫째는 원고 국가의 신청이다. ICJ는 처분권주의에 따라 당사자가 신청한 사항을 초과하여 판결할 수 없다.²³²⁾

229) Oellers-Frahm *et al.*, *supra* note 166, p.483.

230) International Law Commission, *supra* note 135, p.109.

231) Rosenne, *supra* note 7, p.248; Oellers-Frahm *et al.*, *supra* note 166, p.1178; Simma *et al.*, *supra* note 36, p.1178.

232) Gray, *supra* note 173, p.84; Al-Qahtani, *supra* note 143, p.788; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, para. 43.

하지만, ICJ 규칙 제75조 제2항에 따라 ICJ는 잠정조치 명령 사건에서 신청된 사항과 다른 이행강제금을 부과할 수도 있다.²³³⁾ 심지어 ICJ는 당사자의 신청 없이도 잠정조치 명령을 내릴 수 있다.²³⁴⁾ 둘째는 제3자에 의해 대체하여 이행될 수 없는 의무의 존재이다. 그러한 의무는 작위와 부작위를 포함한다. 셋째는 ICJ가 해당 판결을 이행할 수 있는 합리적인 기간을 패소국에게 부여해야 한다는 점이다. ICJ가 판결 이행을 위한 충분한 기간을 주지도 않은 채 이행강제금을 부과하는 것은 합리적이지 않다. 넷째는 판결에 의해 패소국에게 부과된 의무의 불이행이다. 다섯째는 이행강제금이 합리적으로 산정되어야 한다는 점이다.

(2) 이행강제금의 판결주문 예시

아래에서는 이행강제금을 부과하는 경우의 판결주문 양식을 제시하고자 한다.

| |
|---|
| <p>재판소는,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. A국가가 재판소가 []에 선고한 판결에 따라 해당 국가에게 부과된 의무를 위반하였음을 확인한다. 2. 다음과 같이 결정한다. <ol style="list-style-type: none"> (1) A국가는 본 판결일로부터 6개월 내에 본 판결주문 제1항에 명시된 판결을 완전히 이행해야 한다. (2) A국가가 본 판결주문 제2(1)항에 명시된 기한까지 제1항에 명시된 판결을 완전히 이행하지 않는 경우에, 해당 국가는 본 판결주문 제2(1)항에 따른 완전한 이행이 있을 때까지 B국가에게²³⁵⁾ 미이행 1개월마다 [] 미국 달러를 지급해야 한다. (3) B국가는 본 판결일로부터 2개월 내에, 그리고 그 이후에 매 2개월마다 본 판결주문 제2(1)항에 따른 완전한 이행이 있을 때까지 본 판결을 이행하기 위해 취해진 모든 조치에 관한 보고서를 재판소에게 제출해야 한다. |
|---|

5. 이행강제금 제도의 한계

ICJ가 이행강제금 제도를 도입한다고 하더라도, 이행강제금 제도에는 일정한 한계가 존재한다. 첫째, ICJ가 패소국에게 이행강제금을 부과한 이후에도 패소국이 기존 판결을 이행하지 않는 경우이다. 이러한 상황에서 승소국으로서는 기존 판결의 강제집행을 위해 안전보장이사회의 조치 또는 자력구제와 같은 전통적인 방법에 의존할 수밖에 없다. 이는 이행강제금의 부과에도 불구하고 강제집행 문제가 명쾌하게 해결되지 않는다는 것을 의미한다.²³⁶⁾ 둘째, 앞서 5가지 요건을

233) For example of such cases where the ICJ indicated measures which are different from those requested, see *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan), Provisional Measures, Order of 7 December 2021*, paras.90-92. However, when using the proceedings of modification and revocation of provisional measures, the request of a judgment creditor is necessary given the words “at the request of a party” of Art. 76(1) of the Rules of ICJ(1978). Oellers-Frahm, *et al.*, *supra* note 140, p.950.

234) Art. 75(1) of the ICJ Rules(1978); Oellers-Frahm, *et al.*, *supra* note 140, p.945.

235) The model operative part is made in such that financial penalties should be paid to a judgment creditor. Whether financial penalties should be paid to a judgment creditor or the ICJ can be decided by the discretion of the ICJ.

언급하였듯이, 이행강제금을 부과하는 데에는 엄격한 요건의 충족이 필요하므로 이행강제금이 부과될 수 있는 상황이 제한적일 수 있다.

V. 결론

“구속력있는 결정을 원하는 국가들은 판결이라는 한 가지 선택권만 가지고 있다. 강제집행이 없다면, 이러한 판결은 무의미한 선택권이 된다.”²³⁷⁾ 본 논문의 목적은 ICJ 판결에 대한 현행 강제집행 체계를 분석한 후, ICJ 판결이 효과적으로 강제집행되지 않는 이유를 제시하고, 나아가 강제집행 체계를 개선할 수 있는 방안을 제시하는데 있다. 분쟁 해결의 체계는 국제 사회에서 법치주의가 실현되기 위한 매우 중요한 요소이며,²³⁸⁾ 그러한 분쟁 해결 체계에는 강제집행 체계가 포함된다. 만약 국제 분쟁이 더 악화되기 전에 중립적인 재판소의 판결에 의해 효과적으로 해결될 수 있다면, 국제 평화와 안전보장의 달성이 더 용이해지고 국가간의 무력 충돌은 예방될 수 있을 것이다.²³⁹⁾

유엔헌장 제94조 제2항에 따른 안전보장이사회의 강제집행은 몇 가지 한계점을 보였는데, 첫째 안전보장이사회가 집행권한을 행사할 수 있는 세부적인 규칙과 체계가 부재하고, 둘째 안전보장이사회는 ICJ 판결을 강제집행하는 과정에서 강제적 조치를 사용하는데 소극적인 태도를 보이고 있으며, 셋째 안전보장이사회의 표결 절차에서 절차적인 흠결이 존재하고, 넷째 승소국들은 안전보장이사회에 강제집행 절차를 신청하는데 있어서 소극적인 태도를 보이고 있다. 나아가 자력구제(Self-help) 역시 전통적으로 많이 사용되어 온 강제집행 수단이기도 하나, 국가에 의해 일방적으로 사용되는 과정에서 오용될 소지가 크므로 제한적으로 사용될 필요가 있고 나아가 자력구제가 부대체적 작위·부작위 의무에 대한 집행수단이 될 수 있는지도 매우 불분명하다. 그러므로 이러한 현행 강제집행 체계를 보완하기 위한 개선방안이 모색될 필요가 있다.

구체적인 개선방안을 모색하는 과정에서 특히 어떤 유형의 판결의 이행률이 낮은지를 확인할 필요가 있었고, 이에 대한 더욱 세부적인 분석이 수행되었다. 2022년 3월 31일을 기준으로 한 전체 ICJ 판결에 대한 실증적, 통계적 연구를 통하여, 특정 행위를 이행할 의무(obligations of specific performance)를 명하는 ICJ 판결 및 잠정조치 명령이 패소국에 의해 이행되지 않는 경향이 있다는 결과가 도출되었다. 이러한 결과에 기초하여, ICJ 판결이 강제집행되지 않는 것에 대한 2가지 주요 원인이 제시되었는데, 첫째는 전통적인 집행 절차 부분에서 이미 논의되었듯이 유엔 내에 효과적인 강제집행 체계가 부재하는 점이고 둘째는 특정 행위의 이행을 명하는 판결과 같은 비금전적 판결(non-monetary decisions)을 강제집행하는데 있어서의 어려움이다.

그 후에 이행강제금 도입과 관련하여 크게 두 가지 질문이 논의되었는데, 첫째는 판결 미이행

236) For the matter of enforcement of financial penalties, see Hague Conference on Private International Law, *supra* note 144, pp.9-11.

237) O'Connell, *supra* note 3, p.895.

238) 강병근, “1970년 유엔총회 결의와 국제분쟁의 평화적 해결”, 『국제법평론』, 제26호, 2007, p.16.

239) Deutsch, *supra* note 52, p.1134.

시 이행강제금의 부과 방안이 제안되는 이유가 무엇인지, 둘째는 특정 행위의 이행을 명한 판결을 준수하지 않는 경우에 ICJ가 패소국에게 이행강제금을 부과할 수 있는 법적 근거가 있는지 여부이다. 첫 번째 질문에 대해 검토하면, 특정 행위의 이행을 명하는 ICJ 판결을 집행할 수 있는 효과적인 수단이 현행 유엔 체계 내에 존재하지 않는데, 유럽연합 사법재판소(CJEU)는 판결의 강제집행 수단으로 이행강제금 제도를 활용하고 있으므로 이를 참고할 필요가 있다. 또한, 금전적 성격을 갖는 판결이 이행되기 더 쉽고 그 이행률도 더 높으므로, 비금전적 판결에서 이행강제금을 부과함으로써 해당 판결이 금전적 판결과 유사한 성질을 갖도록 하는 것도 필요하다. 따라서 이행강제금은 그러한 판결을 집행하는데 있어서 효과적인 수단이 될 수 있다. 두 번째 질문을 검토하면, 유엔 헌장, ICJ 규정, ICJ 규칙(1978년)을 포함한 조약, 국제관습법, 법의 일반원칙이 논의되었고 결론적으로 이행강제금의 부과가 실정법(*lex lata*)이라고 할만한 명확한 법적 근거는 없다. 그럼에도 불구하고 ICJ의 최근 판결을 분석한 결과, 판결 후 절차에 적극적으로 관여하려는 ICJ의 변화된 태도 자체는 확인되었다. 또한 ICJ 규칙의 개정 등을 통한 *lex lata*로의 발전 가능성에 대해서도 검토해보았다.

한 가지 놓치지 말아야 할 점은 ICJ 판결의 주된 강제집행 기관이 안전보장이사회가 되어야 한다는 점이다. 왜냐하면 정치적 기관인 안전보장이사회가 ICJ 판결을 집행하는 것이 적절한지 여부에 대한 논의를 떠나서, 유엔헌장 제94조 제2항이 그러한 집행 권한을 안전보장이사회에게 명시적으로 위임하고 있기 때문이다. 하지만, 유엔 내에 ICJ 판결을 집행할 수 있는 효과적인 수단이 존재하지 않음을 고려할 때, 보조적 집행 수단들이 함께 고려되어야 한다. 위에서 제시한 이행강제금 제도가 도입된다면 이는 안전보장이사회에 의한 기존의 강제집행 절차를 보완하는 보조수단으로서의 역할을 수행할 것으로 기대된다. 또한, 보다 근본적인 측면에서, 위 방안은 ICJ 판결의 효과적인 집행에 기여할 뿐만 아니라, 나아가 ICJ 판결의 집행 절차에 대한 국가들의 신뢰를 제고하여 집행 절차에 대한 회부 없이도 패소국들이 판결을 자발적으로 이행하도록 만드는 데 기여할 것으로 기대된다.



제1부

● [사회] 소병천 교수 (아주대학교)

국제형사재판소 관할권 행사에 있어서 속지주의의 적용 : 로힝야 결정을 중심으로

[발표] 김명우 초빙연구원 (한국형사·법무정책연구원)

[토론] 남승현 교수 (국립외교원)

大韓國際法學會

국제형사재판소 관할권 행사에 있어서 속지주의의 적용 — 로HING야 결정을 중심으로 —*

김명우**

목 차

I. 개관

II. 로HING야 사태 관련 ICC 전심재판부 결정의 의의

1. 로HING야 결정의 주요 내용 검토
2. 로HING야 결정 검토
3. 로HING야 결정의 의의

III. 객관적 속지주의와 국제관습법

1. 국제관습법
2. 객관적 속지주의의 국제관습법 성립여부 검토

IV. 결론

I. 개관

2018년 4월 국제형사재판소(이하 “재판소” 또는 “ICC) 소추관은 미얀마에 거주하던 로HING야족이 미얀마 정부의 강력한 탄압으로 인해 인접국인 방글라데시로 피난하게 된 사태와 관련된 인도에 반한 죄 중 추방 혐의에 대해 재판소가 관할권을 가지는지에 대한 재판소의 판단을 요청하였고,¹⁾ 2018년 9월 6일 제1전심재판부는 해당 범죄혐의에 대하여 재판소가 관할권을 행사할 수

* 이 글은 2023년 대한국제법학회 신진학자학술대회 발표를 위해 필자의 박사학위논문『국제형사재판소 관할권 행사에 있어서 속지주의의 적용 — 로HING야 결정을 중심으로』(이화여자대학교, 2022)의 제3장과 제4장을 중심으로 발췌하여 정리한 것입니다.

** 한국형사·법무정책연구원 초빙연구원

1) ICC, Office of the Prosecutor, Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute (hereinafter “Prosecution’s Request”), ICC-RoC46(3)-01/18-1, 9 April 2018.

있다는 결정(이하 “로HING야 결정”)을 공개했다.²⁾ 로HING야족이 인접국으로 피난갈 수 밖에 없도록 만든 그들을 향한 물리적인 폭력은 미얀마에서 발생하였고, 미얀마는 로마규정의 당사국이 아니기 때문에 이러한 재판소의 결정은 큰 반향을 불러일으켰다.

이 결정에서 재판부는 소추관이 독자적으로 수사를 개시할 경우 재판소가 관할권을 행사하기 위한 전제조건을 규정하고 있는 로마규정 제12조제2항가호가 객관적 속지주의를 내포하고 있다고 해석하여, 비록 비당사국인 미얀마에서 추방행위가 개시되었지만 추방죄가 완료된 곳은 당사국인 방글라데시의 영역이기 때문에 이 경우 제12조제2항가호에서 요구하는 재판소의 관할권 행사를 위한 전제조건이 충족되었다고 보았다. 이러한 전심재판부의 결정에 대해 일각에서는 로마규정 초안자들의 의도를 벗어난 재판소의 관할권의 과도한 확장 시도라며 우려를 표명한 한편, ICC의 설립취지에 맞게 불처벌(impunity)과 관련된 법적 공백을 제거할 수 있는 계기를 마련했다며 동 결정을 환영하는 이들도 있었다.

사실 로HING야 결정 전에도 객관적 속지주의를 적용하려는 시도는 ICC 내에 존재 했다. 2010년 12월 6일 소추관은 2010년 발생한 천안함 폭침 사건과 연평도 포격 사건이 ICC의 관할범죄인 전쟁범죄를 구성하는지 여부를 판단하기 위한 예비조사를 개시했다고 발표했다. 그는 보고서에서 어뢰 공격으로 침몰한 천안함은 당사국인 대한민국에 등록된 선박이고, 포격으로 피해를 입은 연평도는 당사국인 대한민국의 영토이므로 로마규정 제12조제2항가호의 속지주의적 요건이 충족되었다고 밝힌 바 있다.³⁾ 그러나 소추관이 이용가능한 정보를 분석한 결과 현 단계에서는 아직 대한민국 사태에 대하여 수사개시허가를 요청할 수 있는 요건이 충족되지 못했다고 결론을 내려 동 사태는 예비조사단계서 일단락되었고 객관적 속지주의에 대한 논의도 더 이상 이루어지지 않았다.

이러한 맥락에서 이 글에서는 당사국이 사태를 회부하거나 소추관이 독자적으로 수사를 개시할 경우 ICC가 관할권을 행사하기 위한 전제조건을 규정하고 있는 로마규정 제12조제2항가호가 객관적 속지주의를 포함하고 있는지, 그리고 그러한 객관적 속지주의를 국제관습법이라 볼 수 있는지에 대해 검토하여 재판소의 보다 적극적인 관할권 행사 가능성을 모색하고자 한다.

II. 로HING야 사태 관련 ICC 전심재판부 결정의 의의

2018년 4월 9일 ICC 소추관 Fatou Bensouda는 로HING야족 사태와 관련하여 재판소의 관할권에 관한 전심재판부의 판단을 요청했다. 해당 청구에서 그는 신뢰할 수 있는 정보들을 검토한 결과 합법적으로 미얀마에 거주하던 로HING야족 670,000명 이상이 2017년부터 인접국인 방글라데시로 고의적으로 추방당한 것으로 보인다고 밝히면서, OHCHR은 로HING야족 사태를 “인종청소의 교

2) ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute” (hereinafter “Decision on the Prosecution’s Request”), ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018.

3) ICC, Office of the Prosecutor, Situation in the Republic of Korea, Article 5 Report, June 2014, paras. 8, 39. See also, Prosecution’s Request, *supra* note 1, para. 14.

과서적 예시(a textbook example of ethnic cleansing)”라고 설명하고 있으며,⁴⁾ UN 특별보고관은 동 사태가 잠재적으로 “제노사이드의 전형적인 특징(hallmarks of a genocide)”을 지니고 있다고 판단했다는 점⁵⁾을 강조하며 상황의 특수성을 고려하여 전심재판부가 자신의 요청에 대해 신속한 판단을 내려줄 것을 요청하였다.⁶⁾

미얀마가 영국으로부터 독립하기 오래 전부터 미얀마의 라카인주(州)에 살고 있던 로힝야족에 대한 정부차원의 광범위한 폭력은 적어도 1978년부터 시작되었다고 한다.⁷⁾ 특히, 2012년부터 로힝야족에 대한 군(軍)의 폭력행사가 증가했으며,⁸⁾ 이에 대한 로힝야족의 반발을 미얀마 정부는 군대를 이용해 통제하려 했고, 이는 곧 불법적인 무력사용, 고문, 재산 파괴, 자의적 구금 및 강제이주 등 로힝야족에 대한 대규모의 인권침해를 야기하였다.⁹⁾ 로힝야족과 미얀마 정부 사이의 갈등은 점차 심화되었으며, 2017년 8월 로힝야족 무장단체가 정부군을 상대로 일련의 공격을 가하자 이에 정부군은 대규모의 군사작전을 통해 대응하였다.¹⁰⁾ UN 인권이사회의 사실조사에 따르면 그 결과 2017년 8월 25일 이후 미얀마에서 방글라데시로 쫓겨난 로힝야족만 해도 70만 명이 넘는 것으로 추산되고 있다.¹¹⁾ 이러한 로힝야족 사태는 비단 피해자인 로힝야족 뿐만 아니라, 이들을 받아들이고 있는 방글라데시에게도 대규모 난민 유입으로 인한 인도적 위기를 초래하였다고 소추관은 판단했다.¹²⁾

동 요청에서 소추관은 총 두 가지 쟁점에 대한 전심재판부의 판단을 구했다. 한 가지는 로힝야족이 미얀마에서 방글라데시로 강제추방(forced deportation)당한 건에 대해 ICC가 관할권을 행사할 수 있는가 라는 실질적 문제였고,¹³⁾ 나머지는 로마규정 제19조제3항이 현 단계에서 소추관이 재판부에게 관할권에 관한 판단을 요청하는 것을 허락하는가 라는 절차적 문제였다.¹⁴⁾ 이러한 소추관의 요청에 응해 재판소는 2018년 4월 11일 본 건을 제1전심재판부(Pre-Trial Chamber I)에 배당하였으며, 동 재판부는 2018년 9월 6일 소추관의 요청에 대한 결정을 공개하였다.

4) OHCHR, Rights, Opening Statement to the 36th session of the Human Rights Council, 11 September 2011; *see also* OHCHR, Brutal attacks on Rohingya meant to make their return almost impossible - UN human rights report, 11 October 2017, para. 10.

5) Human Rights Council (HRC), Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar, Advance Unedited Version, A/HRC/37/70, 9 March 2018, para. 65.

6) Prosecution's Request, *supra* note 1, paras. 2-3, 62.

7) Public Interest Law and Policy Group (PILPG), Documenting Atrocity and Crimes Committed Against Rohingya in Myanmar's Rakhine State: Factual Findings and Legal Analysis (Public Interest Law and Policy Group, 2018), p. 5.

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

9) HRC, Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, Doc. No. GE.18-15350(E), 18 September 2018, para. 26.

10) *Medicins Sans Frontieres* (MSF), “No One War Left”: Death and Violence Against the Rohingya in Rakhine State, Myanmar (*Medicins Sans Frontieres*, 2018), p. 11.

11) HRC, *supra* note 9, para. 27.

12) Prosecution's Request, *supra* note 1, para. 11.

13) *Ibid.*, paras. 2, 4-5, 12-50

14) *Ibid.*, paras. 51-56.

1. 로HING야 결정의 주요 내용 검토

(1) 관할권 판단 주체

우선, 전심재판부는 소추관이 제기한 절차적 문제인 로마규정 제19조제3항이 현 단계에서 적용가능한지 여부에 대해서 로마규정 제119조제1항과 제21조제2항나호를 근거로 제시하며 판단하지 않았다. 재판부는 로마규정 제19조제3항에 기한 소추관의 주장이 해당 조문에 대한 서로 다른 해석으로 인해 상당히 논란의 여지가 있다는 점을 인정하면서도,¹⁵⁾ 그의 핵심 질문은 “로HING야족을 미얀마에서 방글라데시로 강제추방한 혐의에 대하여 ICC가 로마규정 제12조제2항나호에 따라 관할권을 행사할 수 있는가?”라는 재판소의 관할권에 대한 문제라고 보았다.¹⁶⁾ 로마규정 제119조제1항은 “재판소의 사법적 기능에 관한 모든 분쟁(any dispute concerning the judicial functions of the Court)은 재판소의 결정에 의하여 해결된다.”라고 규정하고 있다. 그 동안 ICC 실무 및 학계에서는 이 조항을 재판소의 관할권과 관련된 문제를 포함하는 것으로 해석해 왔다.¹⁷⁾ 이에 전심재판부는 제119조제1항을 근거로 동 재판부가 본 건 청구된 관할권 문제에 대해 판단할 권한을 가지므로 문제된 로마규정 제19조제3항이 현 단계에서 적용가능한지 여부에 대하여 판단할 필요가 없다는 결론을 내렸다.¹⁸⁾

재판부는 결정문에서 제19조제3항과 관련된 문제를 다루지 않은 또 다른 근거로 확립된 국제법 원칙인 *compétence de la compétence* 또는 *Kompetenz-Kompetenz* 원칙을 들었다.¹⁹⁾ 일찍이 이 원칙은 1953년 *Nottebohm* 사건에서 국제사법재판소(ICJ)가 “반대되는 합의가 존재하지 않는 한, 국제재판소는 자신의 관할권에 관해 결정할 권리를 가지며, 이를 위해 자신의 관할권을 규율하는 문서를 해석할 권한을 갖는다.”고 판시하며 동 원칙이 ‘일반국제법의 규칙(rule of general international law)’이라고 확인한 바 있다.²⁰⁾ 이 후에도 ICJ를 비롯하여 구 유고국제형사재판소(ICTY), 미주인권재판소(IACtHR), WTO 상소기구 및 ICSID 하의 여러 중재판정부, 레바논특별재판소(STL) 등 다수의 국제사법기관의 판결 및 결정이 이 원칙을 재확인하여 왔을 뿐만 아니라,²¹⁾ ICC 역시 *compétence de la compétence* 원칙을 일관되게 확인해 왔다.²²⁾ 2006년 우간다 사태와 관련하여 ICC 제2전심재판부는 “국제재판소를 포함한 모든 사법기

15) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 27 (i.e. ft. 34).

16) *Ibid.*, paras. 26-27. See also Prosecution’s Request, *supra* note 1, paras. 1, 4, and 63.

17) Decision on the Prosecution’s Request, para. 28. See also R. S. Clark, “Article 119 Settlement of disputes,” in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (C.H.Beck·Hart·Nomos, 2008), p. 1729; M. EL Zeidy, “Ad Hoc Declarations of Acceptance of Jurisdiction”, in C. Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford University Press, 2015), pp. 196-197. 제119조제1항에 대한 이러한 해석은 2017년 당사국회의에서 채택된 결의5 “침략범죄에 대한 재판소의 관할권 개시(Activation of the Court’s jurisdiction over the Crime of Aggression)”에서 재확인된 바 있다. ICC, Assembly of State Parties, Resolution ICC-ASP-16/Res.5, 14 December 2017, para. 3 참조.

18) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 28.

19) *Ibid.*, paras. 29-33.

20) ICJ, *Nottebohm* case (*Leichtenstein v. Gutemala*) (Preliminary Objections), Judgment of 18 November 1953, pp. 119-120.

21) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, paras. 30-31.

22) *Ibid.*, para. 32.

관이 자신의 관할권과 권한의 경계를 결정할 권한과 의무를 가진다는 것은 잘 알려져 있는 근본적인 원칙”이라 판시한 바 있으며,²³⁾ 이후 다른 재판부들도 동일한 취지의 결정을 내린 바 있다.²⁴⁾ 이에 재판부는 로마규정 제21조제2항나호가 재판소의 적용법규로 “적절한 경우 무력충돌에 관한 확립된 국제법 원칙을 포함하여 적용가능한 조약과 국제법상의 원칙 및 규칙”을 규정하고 있음을 이유로, 확립된 국제법 원칙인 *compétence de la compétence* 원칙에 기해 제19조제3항에 관한 소추관의 요청에 대한 판단을 생략하였다.²⁵⁾

(2) 인도에 반한 죄 중 ‘추방’에 대한 객관적 속지주의 적용

이번 결정이 세간의 이목을 끌게 된 부분은 ICC의 관할범죄 중 하나인 인도에 반한 죄 중 ‘추방’과 관련한 재판소의 관할권 존부를 판단하는 과정에서 발생하였다. 로마규정 제12조제2항가호는 로마규정 당사국의 회부나 소추관의 독자적인 수사 개시의 경우 ICC가 관할권을 행사하기 위해서는 당해 행위가 발생한 영역국이나 그 범죄혐의자의国籍국이 로마규정의 당사국이거나 재판소의 관할권을 수락한 비당사국일 것을 요구하고 있다. 그런데 문제는 방글라데시로 추방당한 로HING아족들이 원래 거주하던 국가인 미얀마가 로마규정 비당사국이며 재판소의 관할권을 수락하지도 않았다는 점이었다. 이에 재판부는 ‘추방’이라는 범죄의 핵심적 요소인 월경(越境)행위가 로마규정 당사국인 방글라데시의 영토 내에서 발생하였음을 이유로 본 건에 대해 재판소가 관할권을 가진다고 판단하였고, 이와 관련하여 상당한 논란이 발생한 것이다.

우선 재판부는 본 건이 소추관이 언급한 바와 같이 “순수한 법률 문제(a pure question of law)”로 핵심은 로HING아족을 로마규정 비당사국인 미얀마로부터 당사국인 방글라데시로 추방했다는 혐의에 대한 ICC의 관할권 존부 여부라고 보면서,²⁶⁾ 로마규정 제12조제2항가호에서 규정하고 있는 관할권행사의 전제조건 충족 여부를 판단하기에 앞서, 주민의 추방 또는 강제이주에 대해 규정하고 있는 로마규정 제7조제1항라호의 범위에 대해 검토하였다.²⁷⁾

23) ICC, Pre-Trial Chamber II, *Situation in Uganda*, Decision on the Prosecution’s Application that the Pre-Trial Chamber Disregard as Irrelevant the Submission Filed by the Registry on 5 December 2005, ICC-02/04-01/05-147, 9 March 2006, paras. 22-23.

24) ICC, Pre-Trial Chamber III, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gomba, ICC-01/05-01/08-14-tENG, 10 June 2008, para. 11; ICC, Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Joseph Kony et al.*, Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009, para. 45; ICC, Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bembe Gomba, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, para. 23; ICC, Pre-Trial Chamber II, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang (Prosecutor v. William Samoei Ruto et al.)*, Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear for Williams Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11-1, 8 March 2011, para. 8; ICC, Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11-37, 23 January 2012, para. 24.

25) Decision on the Prosecutor’s Request, *supra* note 2, paras. 29, 33.

26) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 50. See also, ICC, Transcript of the status conference, ICC-RoC46(3)-01/18-T-1-Red-ENG, pp. 8-9; Prosecution’s Request, *supra* note 1, para. 4.

1) 로마규정 제7조제1항라호 ‘추방’

로마규정 제7조제1항라호는 ‘주민의 추방 또는 강제이주(deportation or forcible transfer of population)’를 ICC의 관할대상 범죄인 ‘인도에 반한 죄(crimes against humanity)’에 해당하는 행위로 규정하고 있다. 본 건에서 재판부는 해당 조항에서 규정하고 있는 ‘추방 또는 강제이주’는 하나의 행위가 아니라 각기 다른 범죄행위를 가리키며, 따라서 동 조는 ‘추방’과 ‘강제이주’라는 두 개의 범죄를 규정하는 것으로 해석되어야 한다고 보았다.²⁸⁾ 우선 재판부는 문언해석을 통해 조약법에관한비엔나협약(VCLT) 제31조제1항에 따라 해당 조문의 ‘통상적 의미(ordinary meaning)’를 살펴보았을 때 ‘또는(or)’이란 “대체 가능한 두 개 이상의 문장 요소들을 등위적으로 연결하기 위해 사용”되므로 로마규정 제7조제1항라호의 ‘또는(or)’은 두 개의 개별 범죄를 규정하고 있는 것이며,²⁹⁾ 이러한 해석은 기존의 ICC 판례에서도 찾아 볼 수 있다고 밝혔다.³⁰⁾ 그리고 재판부는 로마규정 제7조제1항라호의 범죄구성요건(Elements of Crimes)³¹⁾이 ‘추방 또는 강제이주(deportation or forcible transfer)’의 종착지를 ‘다른 국가 또는 지역(another state or location)’이라 규정하여 양자를 ‘또는(or)’으로 연결하고 있음에 주목하여, ‘추방’은 ‘다른 국가’와 ‘강제이주’는 ‘다른 지역’과 연결되어 있으며, 여기서 ‘다른 지역’이란 동일한 국가 내에서 다른 장소를 의미하는 것이라고 보았다.³²⁾ 따라서 재판부는 다른 범죄구성요건들이 충족되었을 경우를 전제로 합법적으로 거주하고 있던 지역에서 다른 국가로의 이동은 ‘추방’에 해당하고, 국경 내의 다른 지역으로 이동하게 된 경우에는 ‘강제이주’에 해당한다고 실시했다.³³⁾

아울러 재판부는 추방 및 강제이주와 관련된 국제법 규칙들이 위와 같은 해석을 지지하며, 특히 추방은 인도에 반한 죄로서 국제법 내에 공고히 자리 잡았다고 보았다.³⁴⁾ 뉘른베르그헌장, 극동군사재판소헌장, ICTY규정, ICTR규정, SCSL규정 ECCC규정 등 다수의 국제재판소 규정들이 추방을 인도에 반한 죄로 규정하고 책임자를 처벌해 왔다.³⁵⁾ 반면, 인도에 반한 죄로서의 강제이주는 추방이 범죄화되면서 새롭게 발생한 개념으로, 국제법에서는 양자를 종착지를 기준으로 하여 추방은 국경을 넘어 이동하는 것이고 강제이주는 한 국가의 국경 내에서 이동하는 것으로 구분하고 있으므로,³⁶⁾ 로마규정의 추방과 강제이주 역시 별개의 범죄로 해석되어야 한다고 보았다.³⁷⁾ 마지막으로 재판부는 *Ruto et al.* 사건의 공소사실 확인 결정에서 제2전심재판부가 “추방

27) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 51.

28) *Ibid.*, paras. 53-59.

29) *Ibid.*, para. 54.

30) ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012, para. 609.

31) ICC, Elements of Crime, ICC-ASP/1/3 and Corr.1, part II.B., p. 244.

32) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 55.

33) *Ibid.*, para. 55.

34) *Ibid.*, para. 57.

35) *Ibid.*

36) 1996 ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Commentary, p. 49; ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Appeals Chamber, Judgement, Case No. IT-97-24-A, 22 March 2006, para. 300; ICTY, *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Appeals Chamber, Judgement, Case No. IT-00-39-A, 14 March 2009, para. 304.

37) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 57.

과 강제이주를 구분하기 위해 이러한 행위의 결과로 [피해자들이] 국내 또는 국외 중 어디에 최종적으로 정착했는가에 대해서는 1심재판부에 의해 결정될 것이다.”라고 판시한 부분을 인용하며, 피해자들의 최종 정착지에 따라 추방인지 아니면 강제이주인지가 결정된다는 것은 곧 양자가 서로 별개의 범죄임을 의미한다는 해석은 ICC의 기존 판례와도 일치한다고 보았다.³⁸⁾

또한, 동 규정의 취지 및 목적을 고려해 보아도 양자는 구분되는 개념이라는 것이 재판부의 입장이다. 재판부는 추방과 강제이주는 개인이 거주하던 지역에서 살아갈 권리라는 공통의 보호 범익을 가지나, 추방의 경우 보호범익이 더 확장되어 개인이 합법적으로 거주하는 국가 내에서 살아갈 권리까지 포함되므로 양자는 별개의 범죄라고 해석함이 타당하다고 보았다.³⁹⁾

이와 같이 로마규정 제7조제1항라호가 추방과 강제이주를 별개의 범죄로 규정하고 있음을 확인한 후, 재판부는 추방죄의 범죄구성요건인 “추방 또는 강요적 행위(expulsion or other coercive acts)”의 의미를 검토했다. 재판부는 *Ruto et al.* 사건에서 제2전심재판부가 추방 또는 강제이주(deportation or forcible transfer)는 open-conduct crime이기 때문에 “가해자는 ‘추방 또는 다른 강요적 행위’에 해당하는 여러 가지 다른 행위를 범할 수 있다”고 판시한 바를 인용하며,⁴⁰⁾ 본 건에서 소추관이 제기한 혐의와 관련하여, 인도에 반한 죄 중 추방죄의 목적을 고려하면 그 범죄구성요건인 ‘추방 또는 강요적 행위’에는 기본권 박탈, 살인, 성폭력, 고문, 강제실종, 파괴 및 약탈이 포함될 수 있다고 보았다.⁴¹⁾

2) 로마규정 제12조제2항가호 속지주의

로마규정 제12조제2항가호는 “당해 행위가 발생한 영역국([t]he State on the territory of which the conduct in question occurred)”이 로마규정 당사국인 경우, 재판소는 당사국의 회부나 소추관의 독자적인 수사 개시에 의해 ICC가 관할권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 기존에 재판소가 다루었던 대부분의 사태나 사건들은 지리적으로 로마규정 당사국의 국경 내에서 발생하였기 때문에 동 조항의 적용과 관련하여 별다른 논란의 여지가 없었다.⁴²⁾ 그러나 본 건의 경우, 소추관이 제12조제2항가호의 “행위(conduct)”와 관련하여 로마규정 제5조의 관할범죄가 요구하는 법률적 요건 중 “적어도(at least) 한 가지가 반드시 당사국의 영역에서 발생하여야 한다.”는 것을 의미한다고 주장하였기에,⁴³⁾ 재판부는 동 조항에 대한 추가적인 판단이 필요하다고 보았다.⁴⁴⁾

이에 대해 재판부는 “관할범죄의 구성요건 중 최소한 한 가지 또는 해당 범죄의 일부가 로

38) *Ruto et al, supra* note 24, para. 268: “[t]he factor of where they have finally relocated as a result of these acts (i.e. within the State or outside of the State) in order to draw the distinction between deportation and forcible transfer is [...] to be decided by the Trial Chamber.”

39) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 58.

40) *Ruto et al, supra* note 24, para. 244.

41) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 61.

42) *Ibid.*, para. 63. 참고로 수단/다르푸르 사태, 우간다 사태, 리비아 사태 등과 같이 로마규정 제13조나 호에 따라 안전보장이사회에 의해 회부된 경우는 동 조가 적용되지 않는다.

43) Prosecution’s Request, *supra* note 1, para. 28. See also, ICC, Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 63.

44) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 63.

마규정 당사국의 영역 내에서 범하여졌다(at least one legal element of a crime within the jurisdiction of the court or part of such a crime is committed on the territory of a State Party)”면 로마규정 제12조제2항가호에 따라 재판소가 관할권을 행사하기 위한 전제조건이 “최소한(as a minimum)” 충족되었다고 볼 수 있다고 판단했다.⁴⁵⁾

우선, 재판부는 이러한 판단이 VCLT 제31조제3항다호⁴⁶⁾를 비롯한 관련 국제법 규칙들을 고려한 로마규정 제12조제2항가호의 문맥적 해석(contextual interpretation)을 통해 이러한 결론에 이르렀다고 밝혔다.⁴⁷⁾ 재판부는 로마규정 제12조제2항가호를 해석함에 있어 해당 조항의 문맥과 함께 VCLT 제31조제3항다호상의 ‘당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙(any relevant rules of international law applicable in the relations between parties)’을 고려한 결과, 국제공법이 위와 같은 접근방식의 국가 형사관할권 행사를 허용한다고 보았다.⁴⁸⁾ 그 근거로는 “형법의 속지주의는 절대적인 국제법 원칙이 아니며 반드시 영토주권과 일치하는 것도 아니다.”라고 판시한 상설국제사법재판소(PCIJ)의 *Lotus* 사건 판결⁴⁹⁾과 적어도 한 가지의 법적인 범죄구성요건이 자국의 영역 내에서 범하여진 경우라면 형사관할권 행사가 가능하다고 규정하고 있는 다양한 국가들의 입법례를 제시했다.⁵⁰⁾ 또한, 재판부는 다수의 국가들이 범죄의 일부가 자국 영역 내에서 발생한 경우(if part of a crime takes place on the territory of a State)에 형사관할권을 행사할 수 있다는 원칙에 근거한 법체계를 채택하고 있으며,⁵¹⁾ 이러한 형사관할권 개념은 다수의 조약 및 기타 국제법률문서에서도 확인할 수 있다고 판시했다.⁵²⁾

45) *Ibid.*, para. 64.

46) VCLT 제31조 해석의 일반규칙

1. 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아, 그 조약이 문명에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.
2. 조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 다음의 것을 포함한다.
 - (가) 조약의 체결에 관련하여 모든 당사국간에 이루어진 그 조약에 관한 협의
 - (나) 조약의 체결에 관련하여, 1 또는 그 이상의 당사국의 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조약에 관련되는 문서로서 수락한 문서
3. 문맥과 함께 다음의 것이 참작되어야 한다.
 - (가) 조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의
 - (나) 조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약 적용에 있어서의 추후의 관행
 - (다) 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙
4. 당사국이 특별한 의미를 특정용어에 부여하기로 의도하였음이 확정되는 경우에는 그러한 의미가 부여된다.

47) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 65.

48) *Ibid.*

49) PCIJ, *The Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)*, Series A. No. 70, Judgment, 7 September 1927, p. 20.

50) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 63, fn. 108. 아르헨티나, 오스트리아, 중국, 콜롬비아, 체코, 이집트, 에스토니아, 조지아, 독일, 뉴질랜드, 루마니아, 스위스 등. *See also*, Article 2 of the 1931 Project de l’Institut de Droit International.

51) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 66, fn. 109. 아프가니스탄 형법 제15조제1항, 호주 형법 제14.1조제2항(a), 콜롬비아 형법 제14조, 체코 형법 제4조제2항(a), 탄자니아 형법 제4조제2항(a), 동티모르 형법 제6조.

52) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 66, fn. 110. *For example*, Article 3 of the 1935 Codification of International Law: Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime; Council of Europe, European Committee on Crime Problems, “Extraterritorial Criminal Jurisdiction” (1990), p. 8; Article 7(1) of the European

이와 관련하여 재판부는 미얀마도 특정 범죄의 경우에는 용의자의 국적이나 범죄행위가 실행된 장소와는 무관하게 자국 영역 내에 있는 용의자에게 조치를 취할 것을 요구하고 있는 다수의 국제조약 당사국이며,⁵³⁾ 미얀마 형법이 반역죄 등의 일부 범죄에 대해서는 자국의 영역 외에서 범하여진 경우에도 처벌할 수 있음을 규정하고 있다는 점에 주목하였다.⁵⁴⁾ 재판부도 인정한 바와 같이, 재판부가 언급한 미얀마가 당사국인 조약의 대상인 범죄행위는 현행 재판소의 관할권에는 속하지 않는다.⁵⁵⁾ 그러나 이는 적어도 로마규정 비당사국인 미얀마도 일부 범죄에 대해서는 국외에서 발생하였다 하여도 자국에 영향을 미치는 경우 내지 국제적으로 중대성을 가지는 범죄의 경우에는 형사관할권이 성립함을 인정하고 있음을 강조하려는 의도였음을 알 수 있다. 또한, 재판부는 방글라데시 형법과 대법원 판례가 자국 형법의 적용 요건으로 범죄의 일부가 자국 영역 내에서 범하여졌을 것을 요구하며, 일부 범죄의 경우에는 범행이 방글라데시 국내와 국외 모두에서 행하여졌을 것을 요구하고 있다는 점에 주목했다.⁵⁶⁾

이어서 전심재판부는 VCLT 제31조제1항을 근거로 로마규정의 목적과 대상 역시 제12조제2항가호에 대한 재판부의 해석을 지지해준다고 보았다.⁵⁷⁾ 재판부는 동 조항이 로마회의에서 국가들이 재판소에게 “국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄에 대한 관할권(jurisdiction over the most serious crimes of concern to the international community as a whole)”을 행사할 수 있도록 타협한 결과이며, 이는 국제법 및 국내법 체계 내에서 확고히 자리 잡고 있는 형사관할권 행사 방식에 근거하고 있다고 보았다.⁵⁸⁾ 또한, 로마규정 초안자들의 의도는 당사국들이 자국의 법체계 하에서 재판소의 관할범죄에 대한 관할권 행사를 허락할 만한 동일한 상황에서 재판소가 제12조제2항가호에 따라 관할권을 행사할 수 있도록 허락하는 것이었다고 판단했다.⁵⁹⁾ 나아가 재판부는 ICC 관할범죄의 구성요건 중 한 가지 이상 내지 해당 범죄의 일부

Convention on Extradition; Article 4(f) of the Model Treaty on Extradition; Article 4(1) of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions; Article 17(1) of the Criminal Law Convention on Corruption; Article 13(1)(a) of the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption; Article 17(1)(a) of the Directive 2011/92/EU of European Parliament and of the Council; Article 19(1)(a) of the Directive 2017/541 of the European Parliament and Council.

53) Decision on the Prosecution’s Request, para. 66. *For example*, Article 6(4) of the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings; Article 7(4) of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism; Article 4(2) of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances.

54) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 66.

55) *Ibid.*, para. 66, fn. 111.

56) *Ibid.*, para. 67. *See also*, Article s of the Penal Code of Bangladesh (Act No. XLV) of 1860; *Abdus Sattar v. State*, 50 DLR (AD) 1998, p. 187; Article 360 (kidnapping from Bangladesh) and 366B (importation of girl from foreign country) of the Penal Code of Bangladesh (Act No. KLV) of 1860.

57) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, paras. 69-72.

58) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 70. *See also*, Hans-Peter Kaul, *the Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I (2002), p. 607; Sharon A. Williams and William A. Schabas, “Article 12 Precondition to the exercise of jurisdiction,” in Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (C.H.Beck·Hart·Nomos, 2008), p. 556.

가 로마규정 당사국의 영역에서 범하여진 경우에 재판소의 관할권을 부정하는 제한적 해석은 로마규정 제12조제2항가호의 대상과 목적에 부합하지 않는다고 보았다.⁶⁰⁾

이어서 재판부는 ‘추방’이라는 범죄에 내재하는 월경(越境)적 성질(transboundary nature)이 자신의 제12조제2항가호 해석을 확인해준다고 보았다.⁶¹⁾ 앞서 검토한 바와 같이, 추방죄의 요건 중 한 가지가 국경을 넘어선 강제적인 이주인 바, 이는 곧 이 범죄와 관련된 행위는 필수적으로 최소 두 개 이상의 국가의 영역에서 이루어진다는 것이다. 재판부는 로마규정 초안자들은 추방죄를 한 당사국에서 다른 당사국으로의 범죄로 제한하지 않았고, 로마규정 제7조제2항라호는 단지 그들이 ‘합법적으로 거주하는 지역’으로부터 강제적으로 퇴거시키는 것이라고 말하고 있을 뿐이며, 범죄구성요건 역시 ‘다른 국가(another state)’로의 추방이라고 언급할 뿐이라고 보았다.⁶²⁾ 따라서 재판부는 본질적으로 월경적 성질의 범죄인 추방을 중착지에 관한 요건을 제한하지 않고 로마규정에 포함시킨 것은 한 당사국의 영역 내에서 이 범죄의 한 구성요소 내지 일부가 범하여진 경우 재판소의 관할권 행사를 허락하려는 초안자들의 의도가 반영된 것이라고 판단했다.⁶³⁾

결론적으로 재판부는 관련 국제법 규칙 및 로마규정의 대상 및 목적에 비추어 볼 때, 적어도 재판소 관할범죄의 한 가지 구성요소 내지는 해당 범죄의 일부가 당사국의 영역 내에서 범하여졌다면, 재판소가 제12조제2항가호에 따라 관할권을 행사할 수 있다고 판단했다.

3) 기타 관할범죄에의 적용가능성

이번 결정에서 특이한 점은 재판부가 소추관이 요청하지는 않았으나 본 건 ‘추방’죄에 적용한 관할권 행사에 관한 자신의 이론을 재판소의 다른 관할범죄에도 적용할 수 있는지를 검토하였다는 점이다. 여기서 재판부는 인도에 반한 죄 중 두 가지 - 박해(persecution),⁶⁴⁾ 다른 비인도적 행위(other inhumane acts)⁶⁵⁾ - 경우를 예시로 들어 재판소의 관할범죄의 구성요건 중 최소한 한 가지가 또는 해당 범죄의 일부가 당사국의 영역 내에서 범하여진 경우, 로마규정 제12조제2항가호에 따라 재판소가 관할권을 행사할 수 있을지를 검토하였다.⁶⁶⁾ 우선, 재판부는 인도에 반한 죄 중 로마규정 제7조제1항아호가 규정하고 있는 ‘박해’에 주목하였다. 재판부는 2017년 부룬디 사태 관련 소추관의 수사개시 요청에 대한 제3전심재판부의 결정을 인용하며 동 조항 전단의 “이 항에 규정된 어떠한 행위(any act referred to in this paragraph)”라는 표현에 주목하여 이는 박해가 반드시 “재판소의 관할범죄와 관련하여” 범하여져야 함을 의미한다고 보았다.⁶⁷⁾ 따라서 인도에 반한 죄 중 ‘추방’이 제7조제1항아호에 나열된 사유에 근거하여 범하여

59) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 70.

60) *Ibid.*

61) *Ibid.*, para. 71.

62) *Ibid.*

63) *Ibid.*

64) 로마규정 제7조제1항아호.

65) 로마규정 제7조제1항가호.

66) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, paras. 74-79.

67) ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, Pre-Trial Chamber III, Public Redacted Version of ‘Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi’, 9 November 2017,

진 경우에는 동조 상의 ‘박해’에 해당할 수 있다는 것이 재판부의 판단이었다. 다시 말해, 미얀마에서 방글라데시로 추방당한 로힝야족에게 로마규정 제7조제1항아호에 언급된 사유에 근거하여 로힝야족이 미얀마에서 방글라데시로 국경을 넘어 추방당했다는 혐의가 충분히 성립할 경우, 범죄구성요건 중 한 가지 또는 범죄의 일부가 로마규정 당사국의 영역 내에서 발생하였으므로 재판소가 제12조제2항아호에 따라 인도에 반한 죄 중 박해에 대한 관할권을 행사할 수 있다는 것이 재판부의 견해이다.⁶⁸⁾

다음으로 재판부는 로마규정 제7조제1항카호의 ‘다른 비인도적 행위(other inhumane acts)’에도 본 건의 관할권 행사에 관한 자신의 이론을 적용해 보았다. 소추관은 본 건 요청에서 미얀마에서 방글라데시로 추방된 로힝야족은 열악한 조건에서 생활하고 있으며 미얀마 당국은 이러한 로힝야족의 귀환을 방해하고 있다고 추정된다고 밝힌 바 있다.⁶⁹⁾ 이러한 혐의가 로마규정이 요구하는 최소요건(threshold)을 만족시킬 정도로 성립한다면, 로힝야족의 귀환을 막는 행위는 제7조제1항카호가 언급하는 ‘다른 비인도적 행위’에 해당할 수 있다고 보았다.⁷⁰⁾ 국제인권법 하에서는 그 누구도 자신의 국가에 입국하는 것을 자의적으로 막을 수 없다.⁷¹⁾ 따라서 이러한 행위는 “국제법에 반하는 기본권의 의도적이고 심각한 박탈”⁷²⁾을 의미하는 인도에 반한 죄 중 박해와 유사한 성질을 가진다고 볼 수 있다는 것이 재판부의 판단이다.⁷³⁾

2. 로힝야 결정 검토

전심재판부는 이번 결정에서 로마규정 비당사국인 미얀마 정부가 군사작전 등을 통해 지속적으로 미얀마에 합법적으로 거주 중이었던 로힝야족 주민들을 로마규정 당사국인 인접국 방글라데시로 추방한 행위에 대해 ICC가 관할권을 행사할 수 있다고 판단했다. 비록 관할범죄가 비당사국에서 개시되었다 하여도 범죄의 핵심적 요소가 당사국의 영역 내에서 이루어진 것이라면 ICC가 해당 범죄에 대해 관할권을 가질 수 있다는 이번 결정은 학계는 물론 외교계에도 상당한 반향을 불러일으켰다. 이하에서는 이번 로힝야 결정의 주요 내용을 검토한 후, 동 결정의 의의를 확인하고자 한다.

(1) 관할권 판단 주체

로힝야 결정에서 전심재판부가 소추관의 제19조제3항 해석에 대한 질문에 대해서는 답을 피하고 대신 재판부의 권한을 규정하고 있는 제119조제1항과 재판소의 적용법규를 규정하는 제21조제1항나호를 결정의 근거로 삼은 것은, 소추관의 주장의 근거가 부족하고 논란의 여지가 많다

ICC-01/17-9-Red, para. 131.

68) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 76.

69) Prosecution’s Request, *supra* note 1, para. 11.

70) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 77.

71) 시민적·정치적 권리에 관한 국제협약 제12조제4항, 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 제5조제4항나호, 아파르트헤이트(Apartheid) 범죄 억제 및 처벌에 관한 국제협약 제2조제3항.

72) 로마규정 제7조제2항사호.

73) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 77.

는 점을 등 재판부도 인식했기 때문에 그 주장을 둘러싼 논쟁을 피하는 선택을 한 것으로 보인다. 이는 비판이 있다.⁷⁴⁾ 그러나 본 건에서 재판부는 소추관의 주장이 상당히 논쟁의 여지가 있다는 점을 인정하면서도⁷⁵⁾ 로마규정에 근거하여⁷⁶⁾ 소추관이 제기한 질문의 핵심을 파악하여 답함으로써 불필요한 논쟁의 여지를 줄이는 효율적인 선택을 한 것이라고 보인다. 특히, 이번 결정은 ICC가 자신의 사법적 권능의 범위를 판단하고 주어진 의무를 수행함에 있어 그 기준이 로마규정 임을 명확히 하면서, 그 근거로 논란의 여지가 없는 국제관습법인 *compétence de la compétence* 원칙을 원용하였다는 점에서 의의가 있다.⁷⁷⁾

(2) 로마규정 제12조제2항가호의 해석

이러한 결정에 대하여 혹자들은 로마규정 제12조제2항가호와 관련하여 로마규정 초안자들은 동 조항을 좁게 해석하려고 의도하였음에도 불구하고 전심재판부가 그러한 의도를 무시한 결정을 내렸다고 비판하였다.⁷⁸⁾ 다시 말해, 로마규정 초안자들은 동 조항의 “행위(conduct)”가 발생한 영역국이 당사국인 경우에 ICC가 관할권을 행사할 수 있다고 의도하였으나, 전심재판부는 반대로 행위발생지는 비당사국이지만 행위의 결과가 발생한 지역이 당사국의 영역인 경우에도 재판소가 관할권을 행사할 수 있다고 결론지은 것은 로마규정 초안자들의 의도에 반하는 해석이라는 것이다. 따라서 이하에서는 제12조제2항가호가 의도하고 있는 관할권의 위임 범위에 대해 검토하고, 이와 관련하여 동 결정이 갖는 의의에 대해 알아보려고 한다.

1) 속지주의

로마규정 제12조제2항가호는 ICC가 로마규정 당사국으로부터 위임받은 속지적 관할권을 행사할 수 있는 근거 조항이다. ICC의 형사관할권에 대한 법적 근거는 국가가 로마규정 당사국이 됨으로써 당사국들의 영역 내에서 발생한 사건에 대한 자신의 형사관할권을 재판소에 위임하는 데 동의하였다는 것이다.⁷⁹⁾ 이는 자동적 관할권을 규정하고 있는 로마규정 제12조제1항에 잘 드

74) Caleb. H. Wheeler, Human Rights Enforcement at the Borders, *Journal of International Criminal Justice* 17 (2019), p. 614. 미얀마 정부도 동 결정이 나오기 전 공식 성명을 통해 로마규정 제19조제3항은 “사태(situation)” 단계에서 제기되는 관할권 및 재판적격성에 관해 소추관이 재판소의 예비결정을 구할 수 있도록 한 제도임에도 불구하고 소추관은 이를 무시하고 “사태” 단계에 이르기 전 예비결정 문제에 대한 예비결정을 구하였다며 비판하였다. 이에 관해서는 Government of the Republic of the Union of Myanmar, Ministry of Office of the State Counsellor, Press Release, 9 August 2018 참조.

75) Decision on the Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 27.

76) 로마규정 제119조제1항.

77) Kip Hale and Melinda Rankin, “Extending the ‘system’ of international criminal law? The ICC’s decision on jurisdiction over alleged deportations of Rohingya people,” *Australian Journal of International Affairs* 73 (2019), p. 24.

78) Douglas Guilfoyle, The ICC Pre-Trial Chamber Decision on Jurisdiction over the situation in Myanmar, *Australian Journal of International Affairs* 73 (2019), pp. 4-5; Wheeler, *supra* note 74, pp. 627-628, 631.

79) Dapo Akande, “Prosecuting Aggression: The Consent Problem and the Role of the Security Council,” University of Oxford Legal Research Paper Series, Paper No. 10/2011, February 2011, p. 32; Stephane Bourgon, “Jurisdiction *Ratione Loci*,” in Cassese *et al.* (eds.), *supra* note 5, p. 563. See also, Dapo Akande, “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits,” *Journal of International*

려나 있다.

소추관의 관할권 판단 요청 사실이 알려진 후, 2018년 4월 13일 미얀마 정부는 성명을 통해 미얀마는 로마규정 비당사국임을 강조하며 조약을 비준하지 않은 국가는 그 조약상의 의무를 지지 않는다고 규정하고 있는 VCLT 제34조를 근거로 소추관이 시도하는 바는 로마규정 전문과 UN헌장에 담겨있는 국가주권 원칙과 내정불간섭 원칙을 무시하는 처사라고 비판하였다.⁸⁰⁾ 그러나 국가가 자신의 영역 내에서 발생한 모든 행위에 대해 그 행위자의 국적에 상관없이 배타적으로 규율할 수 있는 권한을 인정하는 속지주의는 국제관습법⁸¹⁾은 물론 조약법상⁸²⁾으로도 가장 잘 확립된 원칙 중 하나로 평가받고 있다.⁸³⁾ 아울러, 국가가 ICC와 같은 집단적 사법체계에 국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄의 가해자를 소추할 수 있는 자신의 권리를 자발적으로 위임하는 것을 금지하는 국제법 규칙은 존재하지 않는다⁸⁴⁾는 점을 고려하면, 동 조항은 이러한 속지적 관할권을 ICC에게 위임하는 데 동의한 로마규정 당사국들로부터 위임받아 행사한다는 사실을 보여주는 것이지, 비당사국에게 로마규정상 의무를 부과하는 것이 아님을 알 수 있다.

2) ‘행위’의 의미와 객관적 속지주의

로마규정 제12조제2항가호는 “당해 행위가 발생한 영역국(the State on the territory of which the conduct in question occurred)”이 로마규정 당사국인 경우에 ICC가 관할권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 ‘행위(conduct)’는 로마규정 당사국의 관할권을 재판소에

Criminal Justice 1 (2003), p. 637 *et seq.*; Michael P. Scharf, “The ICC’s Jurisdiction over Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position,” *Law & Contemporary Problems* 64 (2001), p. 103; Medeline Morris, “High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States,” *Law & Contemporary Problems* 64 (2001), p. 13.

80) Government of the Republic of the Union of Myanmar, Ministry of Office of the State Counsellor, Press Release, 14 April 2018.

81) *Lotus*, *supra* note 49, pp. 18-20.

82) Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press, 2008). *See also*, Art. 1 of the Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, 25 May 1993, UNSC Res. 827, UN Doc. S/RES/827; Art. 1 of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 8 November 1994, UNSC Res. 955, UN Doc. S/RES/955; Art. VI of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Paris, 9 December 1948, entered into force 12 January 1951, 78 UNTS 277, 279; Art. 2 of the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984, entered into force 26 June 1987, 23 ILM 1027, 1028; Art. 9(1)(a) of the International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, New York, 4 December 1989, entered into force, 20 October 2001, UNGA Res. 44/34 (4 December 1989), UN Doc. A/RES/44/34.

83) Young Sok Kim, *The Law of the International Criminal Court* (William S. Hein & Co., Inc., 1999), p. 163; Michail Vagias, *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court* (Cambridge University Press, 2014), pp. 13-14; Christopher, L. Blakesley, Extraterritorial Jurisdiction, in M. Cherif Bassiouni, (ed.), *International Criminal Law Procedural and Enforcement Mechanisms* (Transnational Publishers, 1986), pp. 4-5; Hans-Peter Kaul, *supra* note 58, p. 607; Philippe Kirsch, “The Rome Conference and the ICC: A Comment,” *ASIL Newsletter* (1998); 이상재, 침략범죄 개정문의 한국에 대한 합의, 국제법 학회논총, 제65권 제3호(통권 제158호) 2020, p. 155.

84) Kaul, *supra* note 58, p. 609.

위임하게 되는 연결고리로서 역할을 하기 때문에,⁸⁵⁾ 이 개념을 어떻게 해석하는가에 따라 제12조제2항가호의 규율 범위가 달라진다.

본 건에서 재판부는 이 ‘행위’의 의미에 대해 직접적으로 언급하지는 않았으나, 제12조제2항가호에 따라 재판소가 관할권을 행사하기 위한 전제조건이 충족되기 위해서는 “적어도 재판소 관할범죄의 구성요건 중 한 가지 또는 동 범죄의 일부가 당사국의 영역에서 발생해야 한다(at least one legal element of a crime within the jurisdiction of the Court or part of such crime is committed on the territory of a State Party.)”고 판시한⁸⁶⁾ 점으로 미루어 볼 때, 동 조항의 ‘행위’를 ‘행위’와 그 ‘결과’를 포함하는 ‘범죄(crime)’와 같은 의미로 사용하고 있음을 유추해 볼 수 있다. 사실 재판소의 다른 재판부들도 동 조항의 ‘행위’를 ‘범죄’와 동의어로 사용해 왔다.⁸⁷⁾

그러나 ‘행위’의 문언에만 충실하게 해석할 경우, 당해 ‘행위’가 당사국의 영역에서 발생한 경우에만 재판소의 관할권 행사가 가능하다고 해석될 여지도 있다. 로마규정 곳곳에서 ‘행위’와 ‘범죄’를 구분하여 사용하고 있기 때문에 이러한 해석은 일견 타당해 보인다. 우선 제12조제2항가호의 선박과 항공기의 경우와 제12조제2항나호의 당사국 국민의 경우에는 ‘범죄’라는 용어를 사용한 반면, 제12조제2항가호만 ‘행위’라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 제12조를 전체적으로 해석하면 ‘행위’라는 용어가 동 조의 목적상 ‘범죄’와 같은 의미로 사용되었다고 볼 여지가 크다. 이는 육지에 대한 속지적 관할권과 자국에 등록된 선박 및 항공기를 국가 영역의 확장으로 보아 속지적 관할권이 인정되는 것인데 이 경우를 전형적인 속지적 관할권의 경우와 구분하여 관할권을 행사한다고 해석하는 것은 오히려 설득력이 떨어진다.⁸⁸⁾

또 다른 구분의 예로는 로마규정 제30조를 들 수 있다. 동 조는 행위와 결과를 범죄를 구성하는 개별적인 요건 중 하나로 규정하고 있는 것처럼 보인다. 그러나 로마규정상 범죄 중에는 특정 행위를 금지하는 범죄도 있고,⁸⁹⁾ 행위와 결과 모두를 요구하는 범죄도 있으며,⁹⁰⁾ 어떤 범죄는 행위에 대한 설명 없이 특정 결과를 초래하는 것을 금지하고 있다.⁹¹⁾ 또 어떤 경우에는 행위와 결과의 구분이 거의 힘든 범죄도 있다.⁹²⁾ 따라서 로마규정이 ‘행위’를 ‘범죄’ 및 ‘결과’와 구분하여 규정하고 있다는 사실은 제12조제2항가호의 ‘행위’의 개념을 해석하는 데 크게 도움이 되지 못한다.

오히려 이러한 구분은 ICC의 관할범죄 ‘행위’ 그 자체가 로마규정 당사국의 영역에서 발생

85) 이상재, *supra* note 83, p. 155.

86) Decision on Prosecution’s Request, *supra* note 2, para. 64

87) ICC-01/04-01/07-262, para. 14; ICC-01/09-19-Corr, para. 175; ICC-02/11-14-Corr, para. 187: 재판부들은 제12조제2항가호에 대해 설명하면서 “The crime must occur in the territory of [...] a State Party”라고 쓰고 있다.

88) Prosecution’s Request, *supra* note 1, para. 46.

89) 예를 들면, 제8조제2항나호(1)목 민간 대상물에 대한 고의적 공격

90) 예를 들면, 제7조제1항가호 신체 또는 정신적·육체적 건강에 대하여 중대한 고통이나 심각한 피해를 고의적으로 야기하는 유사한 성격의 다른 비인도적 행위

91) 예를 들면, 제6조나호 집단 구성원에 대한 중대한 신체적 또는 정신적 위해의 야기.

92) 예를 들면, 제8조제2항가호(1)목 고의적 살해. See also, Piragoff and Robinson, “Article 30 Mental Element,” in Ambos, Kai Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court* (C.H.Beck·Hart·Nomos, 2022), p. 1337.

한 경우에만 재판소가 관할권을 행사할 수 있게 된다고 동 조항을 해석하게 되어 재판소의 관할권의 범위를 과도하게 축소시킬 우려가 있다. 또한, 제12조제2항가호 ‘행위’의 개념을 문언의 통상적인 의미에만 집중해서 해석할 경우 오히려 국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄에 대한 불처벌의 상태를 종식시키려는 ICC의 설립 취지 및 로마규정의 대상과 목적에 부합하지 않는 결과를 도출할 우려가 있다.

본 건 재판부도 이러한 문제점을 인식하고 있었기에 동 조를 해석함에 있어 조약은 문맥에 부여되는 통상적인 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다는 VCLT 제31조제1항보다는 조약 해석 시 조약의 문맥과 함께 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙이 참작되어야 한다고 규정하고 있는 VCLT 제31조제3항다호 및 조약의 대상과 목적을 근거로 제12조제2항가호를 해석한 것으로 보인다.

아울러 침략범죄 논의과정에서도 당사국들은 제12조제2항가호의 ‘행위’의 개념에는 당해 행위의 결과가 포함되는 것으로 이해하였으며,⁹³⁾ 침략범죄의 구성요건에 대한 논의에서도 침략행위의 ‘실행(execution)’은 침략행위와 그 결과를 포함하는 것으로 이해되었다는 사실은⁹⁴⁾ 제12조제2항가호의 ‘행위’가 그 행위의 ‘결과’를 포함하는 개념임을 확인시켜준다. 이렇게 제12조제2항가호의 ‘행위’가 그 행위의 ‘결과’를 포함하는 개념이라고 해석하면, 동조에서 재판소의 관할권 행사를 위해 요구하는 전제조건은 당사국의 영역에서 발생한 개별적인 행위가 아니라 전체로서의 ‘범죄’라고 볼 수 있으며,⁹⁵⁾ 동 조는 재판권 행사준칙으로 객관적 속지주의를 포함하고 있다고 해석할 수 있다.

로마규정 당사국들이 제12조제2항가호에 객관적 속지주의가 내포되어 있다고 이해하고 있었음을 보여주는 또 다른 근거로는 가장 최근에 추가된 침략범죄에 대한 관할권 행사 전제조건에 관한 조항인 제15조bis를 들 수 있다. 제15조bis제5항은 “이 규정의 당사국이 아닌 국가와 관련하여, 재판소는 그 국민이 행하였거나 그 국가의 영토에 대하여 발생한 침략범죄에 대해서 관할권을 행사하지 아니한다(In respect of a State that is not a party to this Statute, the Court shall not exercise its jurisdiction over the crime of aggression when committed by that State’s nationals or on its territory).”고 규정하고 있다. 만약 로마규정 초안자들이 제12조제2항가호가 객관적 속지주의를 포함하는 것으로 상정하지 않았다면 이러한 문안을 굳이 추가할 필요가 없었다. 비당사국 국민과 비당사국의 영토를 명시적으로 제외하는 제15조bis제5항의 문언은 기존의 제12조제2항가호하의 관할권 체제와 다름을 분명히 하기 위해 추가된 것이며,⁹⁶⁾ 제15조bis의 채택 과정은 동조 제5항이 제12조제2항가호에서 추정되는 객관적 속지주의로부터 분리되기 위해 의도적으로 삽입되었음을 보여준다.⁹⁷⁾

93) November 2008 SWGCA Meeting Report, paras. 28-29; February 2009 SWGCA Meeting Report, paras. 38-39.

94) November 2008 SWGCA Meeting Report, para. 29.

95) Vagias, *supra* note 83, p. 94; 이상재, *supra* note 83, p. 159.

96) Members of the Partnership for International Justice (MCPIJ), *Amicus Curiae* Observations on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute,” ICC-RoC46(3)-01/18-25, 18 June 2018, para. 31.

97) Roger S. Clark, “Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the First Review Conference on the Court, Kampala, 31 May - 11 June 2010”,

3. 로힝야 결정의 의의

국제법에서 국가의 영역(territory)에 대한 관할권을 행사하는 준칙인 속지주의는 범죄행위가 발생한 지점이 자국의 영역 내이기만 하면 되는 ‘주관적 속지주의(subjective territoriality)’와 비록 범죄행위의 시작은 국외에서 이루어졌으나 그 결과가 자국의 영역에서 발생한 경우 해당 국가가 관할권을 갖는 ‘객관적 속지주의(objective territoriality)’ 원칙 모두를 아우르고 있다. 본 건 청구에서 소추관은 객관적 속지주의가 국제관습법인 근거로 국가의 관행과 법적 확신의 증거들을 제시하면서,⁹⁸⁾ 로마규정 제12조제2항가호가 객관적 속지주의를 포함하고 있다고 주장하였다. 이에 재판부는 ‘추방(deportation)’이라는 범죄의 본질적인 특성상 월경(越境)행위를 필연적으로 수반하기에 범죄구성요건 중 일부가 다른 국가의 영토에서 성립할 수 밖에 없으며, 본 건에서는 비록 로힝야족들을 추방한 국가인 미얀마는 로마규정의 당사국이 아니지만 범죄의 일부가 당사국인 방글라데시에서 발생하였음을 이유로 로힝야족을 대상으로 한 추방죄 혐의에 대한 재판소의 관할권을 인정하였다.

이러한 월경적 요소(transboundary elements)를 지닌 범죄에 대한 영토적 관할권 행사는 오히려 일반적인 것이지 특별한 것이 아니며, 이는 ICC의 경우에도 별반 다를 것이 없기에 문제가 되지 않는다는 의견도 있다.⁹⁹⁾ 재판소의 관할권은 국내 관할권을 보충한다고 규정하고 있는 로마규정 제1조를 근거로 로마규정 초안자들의 의도는 당사국의 국내법원이 영토관할권을 행사하는 것과 동일한 기준의 관할권을 제12조제2항가호에 따라 재판소에게 부여하는 것이라고 보는 관점에서는 전심재판부의 이번 결정이 급진적이라고 보기는 어렵다.¹⁰⁰⁾

그러나 재판부는 이러한 접근방식을 취하는 대신 *Lotus* 사건을 필두로 다수의 조약 및 지역 협정과 국내 입법례 등을 참고하여 행위의 결과를 비롯한 범죄의 일부가 자국의 영역 내에서 발생한 경우 해당 영역국이 그 범죄에 대해 관할권을 갖는 것이 국제관습법임을 확인하고, 국제관습법을 적용법규로 규정하고 있는 로마규정에 따라 재판소의 관할권 행사의 전제조건을 규정하고 있는 로마규정 제12조제2항가호를 해석하였다. 재판부의 해석에 따르면 당사국의 회부나 소추관의 독자적인 수사개시를 통해 재판소가 관할권을 행사하기 위해서는 범죄 ‘행위’와 그 ‘결과’를 포함하는 개념인 ‘범죄’의 일부가 당사국의 영역 내에서 발생해야 한다. 비록 재판부가 명시적으로 언급하지는 않았지만, 재판부는 동 조항이 국제관습법인 객관적 속지주의에 기한 관할권 행사를 예정하고 있음을 확인한 것으로 판단된다. 이와 같은 해석방식을 적용할 경우, 재판부가 동 결정에서 검토한 인도에 반한 죄 중 추방,¹⁰¹⁾ 박해,¹⁰²⁾ 다른 비인도적인 행위¹⁰³⁾ 뿐만 아니라

Goettingen Journal of International Law 2 (2010), p. 705.

98) Prosecutions’s Request, *supra* note 1, para. 40.

99) Payam Akhavan, The Radical Routine Rohingya Case: Territorial Jurisdiction and the Crime of Deportation under the ICC Statute, *Journal of International Criminal Justice* 17 (2019), pp. 325, 330.

100) *Ibid.*, p. 342.

101) 로마규정 제7조제1항라호.

102) 로마규정 제7조제1항아호.

103) 로마규정 제7조제1항카호.

재판소의 다른 관할범죄의 경우에도 범행의 일부-특히, 개시-는 로마규정 비당사국에서 발생하였으나 그 행위의 결과를 비롯한 범죄의 일부가 당사국의 영역 내에서 발생한 경우도 재판소가 관할권을 행사할 수 있는 가능성을 열었다는 점에서 이번 결정의 의의를 찾을 수 있다.

III. 객관적 속지주의와 국제관습법

객관적 속지주의는 국제법상 국가의 관할권 행사준칙 중 하나인 속지주의와 함께 꾸준히 논의되어 왔다. 그럼에도 불구하고, 일각에서는 이번 로HINGA 결정을 두고 재판부가 로마규정 당사국들의 의도와 달리 재판소의 관할권을 확대 해석했다고 비판한다.¹⁰⁴⁾ 문제된 로마규정 제12조 제2항가호는 “당해 행위가 발생한 영역국, 또는 범죄가 선박이나 항공기에서 범하여진 경우에는 그 선박이나 항공기의 등록국”이 로마규정 당사국인 경우 재판소가 관할권을 행사할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 관할범죄에 해당하는 행위의 개시 또는 종료 여부에 대해서는 구분하지 않고 있다.

VCLT 제31조제3항다호는 조약의 문언 해석을 보충하기 위해 “당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙(any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties)”을 문맥과 함께 참작하도록 규정하고 있으며, 여기서 말하는 ‘국제법의 관계규칙’에는 국제관습법이 포함된다.¹⁰⁵⁾ 또한, 로마규정 제21조제1항나호에서도 국제관습법을 재판소가 적용가능한 법규 중 하나임을 명시하고 있다.¹⁰⁶⁾ 이러한 맥락에서 범죄 행위의 일부, 특히 범죄의 결과가 당사국의 영역 내에서 발생한 경우에 영역국이 해당 범죄에 대한 관할권을 가진다는 객관적 속지주의가 국제관습법이라면 문제된 로마규정 제12조제2항가호에 대한 소추관과 재판부의 해석이 당사국들의 의도에 반한다는 주장은 설득력을 잃는다. 따라서 이하에서는 객관적 속지주의가 국제관습법화 되었다고 볼 수 있는 지에 대해 검토해 보고자 한다.

1. 국제관습법

(1) 정의

법원(法源)은 로마법의 법의 원천(源泉) 또는 법의 연원(淵源)이라는 표현인 *fontes juris*에서 나온 말로 법의 존재형식을 의미한다.¹⁰⁷⁾ 국제법의 법원(法源)으로서 국제관습법은 “법으로 수락된 일반적 관행의 증거로서의 국제관습(international custom as evidence of a general practice accepted as law)”을 가리킨다.¹⁰⁸⁾ 다시 말해, 국제법의 법원으로서의 관습은 단순한

104) Wheeler, *supra* note 74; Guilfoyle, *supra* note 78.

105) MCPJ, *supra* note 96, para. 23. See also, Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Brill, 2009), pp. 433; Oliver Dörr, “Section 3: Interpretation of Treaties” in Oliver Dörr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, 2018), pp 604-05.

106) MCPJ, *supra* note 96, para. 23.

107) 이한기, 『국제법강의』(박영사, 2003), p. 78.

습관(habit)이나 관례(usage) 내지 실행(practice)이 아닌, 법으로 수락된 일반적인 관행을 가리키는 것으로 이러한 관습으로부터 발생한 법규범이 국제관습법인 것이다.¹⁰⁹⁾ 국제관습법이 성립하기 위해서는 우선 일반적 관행이 존재하고, 이러한 관행이 법적 구속력을 갖는다고 인정하는 ‘법적 확신(opinio juris)’이 필요하다.¹¹⁰⁾ 일반적 관행이 국제관습법 성립의 객관적·실체적 요소라면,¹¹¹⁾ 법적 확신은 심리적·주관적 요소라 볼 수 있다.¹¹²⁾

국제관습법의 효력범위는 그 관습법을 묵시적 법규범으로서 승인한 국가에 한정된다. 그러므로 그러한 관습법의 형성과정에서 명백히 또는 집요하게 그 관행의 법으로서의 승인에 반대해 온 국가에 대해서는 적용되지 않는다. 이러한 규칙을 ‘집요한 반대자의 규칙(persistent objector rule)’이라고 한다. 이 규칙이 적용된 Anglo-Norwegian Fisheries 사건에서 ICJ는 노르웨이에게만 관한 10해리 규칙을 그 연안에 적용하려는 어떠한 시도에 대해서도 항상 반대해 왔기 때문에 어떠한 경우에도 노르웨이에게는 이 규칙을 적용할 수 없다고 판시한 바 있다.¹¹³⁾

(2) 입증책임

국제관습법의 존재에 대한 입증책임은 그 관습을 주장하는 자에게 있다. 일반적으로 법원(法院)은 법을 인지하는 것으로 추정된다. 이러한 논리에 따르면 당사자들이 특정 관습법의 존부를 다투지 않더라도 법원은 해당 사건과 관련 있다고 생각되는 관습법을 적용할 수 있다.¹¹⁴⁾ 그러나 실제 소송에서는 관습법의 존재에 대한 입증책임은 그 관습을 주장하는 자에게 있는 것으로 보인다. Lotus 사건에서 PCIJ는 일반 관습에 대한 입증책임이 원고측에 있다고 보았으며,¹¹⁵⁾ Asylum 사건에서 ICJ 역시 관습을 원용하는 당사자가 해당 관습이 타방 당사자에 대한 구속력을 가진다는 사실이 확립되었음을 입증해야 한다고 판시한 바 있다.¹¹⁶⁾

국제관습법의 입증 자료로는 국제재판소의 판결, 범세계성을 확보하고 있는 조약, 다수의 조약에서 동일한 문구가 반복되어 사용되는 광범위한 패턴, 법률 문제와 관련하여 UN총회 등과 같은 국제기구에서 채택된 결의, 각국 정부의 공통된 실행 등을 들 수 있다.¹¹⁷⁾

108) ICJ 규정 제38조

109) 김영석, 『국제법』(박영사, 2010), p. 47; 이한기, *supra* note 107, pp. 84-85. *See also*, James Crawford, *Brownlie's Principle of Public International Law* (Oxford University Press, 2013), pp. 23-24.

110) 김영석, *supra* note 109, p. 47; Murphy, *Principles of International Law* 2nd ed. (West, 2012), p. 93; Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 2010), p. 74. *See also*, ICJ, *Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 29. *See also*, ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 253.

111) 김영석, *supra* note 109, p. 47; 이한기, *supra* note 107, p. 86; Shaw, *supra* note 110, p. 74.

112) 이한기, *supra* note 107, p. 89; Crawford, *supra* note 109, p. 25; Shaw, *supra* note 110, p. 74.

113) ICJ, *Anglo-Norwegian Fisheries (UK v Norway)* 1951 I.C.J. Report, p. 116.

114) 정영진·황준식 번역, 『이안 브라운리 국제법』(현암사, 2004), p. 42.

115) Lotus, *supra* note 49, p. 21.

116) ICJ, *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20, 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 276.

117) 정인섭, 『신국제법강의』(박영사, 2022), p. 42; Crawford, *supra* note 109, p. 24.

2. 개관적 속지주의의 국제관습법 성립여부 검토

(1) 일반적 관행

국제관습법의 첫 번째 성립요건은 국가들의 일반적인 관행이다. 일반적 관행은 동일한 형태의 실행이 일관되게 반복, 계속되어 일반성을 갖게 된 것을 말한다.¹¹⁸⁾ 따라서 국가의 일회성 행위는 국제관습법을 창설할 수 없다. 그러나 일반적 관행이 성립하기 위해 모든 실행이 완전히 일치해야 하는 것은 아니다.¹¹⁹⁾ 예를 들어, ICJ는 *Asylum* 사건에서 관습의 존재를 증명하기 위해서는 국가의 실행이 “지속적이고 일관되게(constant and uniform usage practised by the States in question)” 반복되어야 한다고 판시한 바 있다.¹²⁰⁾

- I. 이러한 종류의 관행에 의존하는 당사자는 이 관행이 다른 당사자에게 구속력이 있는 방식으로 확립되었음을 증명해야 한다. 콜롬비아 정부는 이에 의해 유효된 규칙이 해당 국가들에 의해 실행된 지속적이고 일관된 관행에 따른다는 것을 증명해야 하며, 이 관행이 비호를 허가하는 국가에 대한 권리와 영토 국가에 대한 의무의 표현이라는 것을 증명해야 한다. 이것은 국제 관례를 “법으로 수락된 일반적 관행의 증거로서의” 관습에 대해 규정하고 있는 ICJ규정 제38조에 따른 것이다.¹²¹⁾

일단 관행의 일관성과 계속성이 성립하였다면, 관습법이 성립하기 위한 기간은 특별히 요구되지 않는다. 다시 말해, 국제관습법 성립을 위해 장기간에 걸친 관행이 반드시 필요한 것은 아니다.¹²²⁾ 아래와 같이 *North Sea Continental Shelf* 사건에서 ICJ는 이러한 관행이 “반드시 단기간이라는 점이 관습법 형성에 장애가 되는 것은 아니지만, 해당 기간 동안 특별 이해관계국을 포함한 각국의 관행이 그러한 법 원칙에 대한 일반적 승인을 나타낼 정도로 광범위하고도 실질적으로 일관되어야 한다.”고 보았다.¹²³⁾

- II. 반드시 단기간이라는 점이 관습법 형성에 장애가 되는 것은 아니지만, 원래 순수하게 관습적인 규칙에 바탕을 둔 관습국제법의 새로운 규칙의 형성에 대한 장벽, 필수불가결한 요구는 문제의 짧은 기간 동안 특별 이해관계국을 포

118) 김영석, *supra* note 109, p. 47; 이한기, *supra* note 107, p. 86.

119) Crawford, *supra* note 109, p. 25.

120) *Colombian-Peruvian asylum case*, *supra* note 116, pp. 276-277.

121) 원문: The Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party. The Colombian Government must prove that the rule invoked by it is *in accordance with a constant and uniform usage practised by the States in question*, and that this usage is the expression of a right appertaining to the State granting asylum and a duty incumbent on the territorial State. This follows from Article 38 of the Statute of the Court, which refers to international custom “as evidence of a general practice accepted as law”.

122) Crawford, *supra* note 109, p. 24.

123) ICJ, *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 43.

함한 각국의 관행이 그러한 법 원칙에 대한 일반적 승인을 나타낼 정도로 광범위하고도 실질적으로 일관되어야 하며, 더욱이 법의 지배나 법적 의무가 수반된다는 일반적인 인식을 보여주는 방식으로 수행되어야 한다.¹²⁴⁾

이러한 일반적 관행의 증거로서 추정되는 국가의 실행에는 조약 기타 국제 문서의 수락, 정책성명, 국내법령, 행정기관의 결정, 법원의 판결, 외교 서한, 법령해석의견 등이 있다.¹²⁵⁾

그렇다면 이하에서는 객관적 속지주의가 국제관습법으로서 객관적·실체적 요소인 관행의 일반성을 충족시키고 있는지에 대해 검토하겠다.

객관적 속지주의는 범죄가 자국의 영토에서 종료된 경우 해당 국가가 그 범죄에 대하여 형사관할권을 행사하는 것을 의미한다.¹²⁶⁾ Lotus 사건에서 PCIJ는 객관적 속지주의에 대해 다음과 같이 판시하였다.¹²⁷⁾

III. 많은 국가의 법원, 심지어 엄격히 속지주의에 입각한 형법을 가진 국가들조차도 만약 범죄의 구성요건 중 한 가지가, 그리고 더욱이 그 범죄의 결과가 자국의 영토에서 발생한 경우, 그 행위자가 범죄 실행의 순간에는 다른 국가의 영토에 있었다 하여도 그 범죄는 자국 영역에서 발생한 것으로 간주한다.¹²⁸⁾

따라서 범죄의 구성요건 내지 핵심적 요소인 직접적인 물리적 결과가 자신의 영역 내에서 발생한 경우 그 국가는 해당 범죄가 자국의 영역 내에서 발생한 것으로 보아 그 범죄에 대하여 관할권을 행사할 수 있다는 것이 객관적 속지주의이다.¹²⁹⁾

본 건 청구에서 소추관은 Lotus 사건 판결을 필두로 하여 범죄행위가 자국 영역 외에서 개시되었더라도 해당 국가에서 그 범죄의 일부 내지 범죄구성요건 중 한 가지라도 발생한 경우 그 국가가 관할권을 행사하는 것이 허용되어 왔다는 사실의 근거로 많은 국가들의 입법례와 판례를

124) 원문: Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, *should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved.*

125) 이한기, *supra* note 107 p. 86; 김영석, *supra* note 109, p. 47; Crawford, *supra* note 109, p. 24.

126) Vagias, *supra* note 83, p. 17; Michael Akehurst, "Jurisdiction in International Law," *British Yearbook of International Law* 46 (1975), pp. 152-153.

127) Lotus, *supra* note 49, p. 23.

128) *Ibid.*

129) Vagias, *supra* note 83, p. 17. See also, R. Y. Jennings, "The Limits of State Jurisdiction," in R. Y. Jennings, *The Collected writings of Sir Robert Jennings* (Kluwer Law International, 1998), vol. II, pp. 892-893.

제시했다.¹³⁰⁾ 그에 따르면 아르헨티나,¹³¹⁾ 캐나다,¹³²⁾ 중국,¹³³⁾ 잉글랜드와 웨일즈,¹³⁴⁾ 프랑스,¹³⁵⁾ 독일,¹³⁶⁾ 이란,¹³⁷⁾ 이탈리아,¹³⁸⁾ 일본,¹³⁹⁾ 대한민국,¹⁴⁰⁾ 남아공,¹⁴¹⁾ 미국,¹⁴²⁾은 자국 형법 및 관례를 통해 범행의 일부가 자국 영역 내에서 범하여진 경우 해당 범죄에 대하여 국가가 관할권을 행사해오고 있다.¹⁴³⁾ 이러한 사법체계는 범죄의 결과가 자국 영역 내에서 발생하면 관할권이 성립하는 ‘객관적 속지주의’를 포함하고 있다고 볼 수 있다. 또한, 본 건에서 범정조건자 소견서(*Amicus Curiae* Observation)를 제출한 MCPIJ는 소추관이 제시한 국가 외에도 호주,¹⁴⁴⁾ 바레인,¹⁴⁵⁾ 방글라데시,¹⁴⁶⁾ 벨기에,¹⁴⁷⁾ 브라질,¹⁴⁸⁾ 콜롬비아,¹⁴⁹⁾ 인도,¹⁵⁰⁾ 홍콩,¹⁵¹⁾ 뉴질랜드¹⁵²⁾가 범행의 전부 또는 일부가 자국의 영역 내에서 발생했거나 영역 외 행위의 결과가 국내에 명백히 영향을 미치는 경우 관할권을 행사하고 있다고 밝히면서 소추관의 주장을 지지하였

130) Prosecution’s Request, *supra* note 1, paras. 31-42.

131) Argentina, Penal Code, art. 1.

132) Canada, Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 6(2).

133) People’s Republic of China, Criminal Law of the People’s Republic of China, adopted by the Second Session of the Fifth National People’s Congress on July 1, 1979, and amended by the Fifth Session of the Eighth National People’s Congress on March 14, 1997, art. 6

134) England and Wales, *R. v. Wallace Duncan Smith* [1996] 2 Cr. App. R. 1, at 20, per Rose, LJ (quoting with approval the judgment of the UK Privy Council in *Liangsiriprasert v. Government of the United States of America* [1991] 1 AC 225, at 250A, per Lord Griffiths). *See also, R. v. Smith (Wallace Duncan)* (No 4) [2004] QB 1418, at 1437-1438, per Lord Woolf, CJ (affirming the reasoning of Lord Justice Rose in Smith).

135) France, Code Pénal, art. 113(2).

136) *The German Criminal Code: a Modern English Translation* (trans. M. Bohlander) (Oxford: Hart, 2008), p. 38 (s. 9(1)).

137) Islamic Republic of Iran, Islamic Penal Code, 2013 (unofficial English translation by the Iran Human Rights Documentation Centre, 2014), Book I, Ch. 2, art. 4.

138) Italy, Codice Penale e di Procedura Penale e Leggi Complementari, 46th Ed. (Piacenza: La Tribuna, 2017), art. 6(2)

139) Japan, Penal Code (Act No. 45 of 1907), art. 1(1).

140) 대한민국, 형법 제2조. 형법 제2조의 ‘죄를 범한’이란 실행 행위뿐만 아니라 결과 발생지도 포함하는 개념으로 행위 또는 결과 중 어느 것이라도 대한민국의 영역 내에서 발생하면 충분하다고 해석하는 견해가 지배적이다. 이와 관련하여, 이재상·장영민·강동범, 형법총론 (박영사, 2019), p. 50; 김일수, 형법총론 (박영사, 1999), p. 170; 배종대, 형법총론 (홍문사, 2001), p. 105) 참조.

141) South Africa, Magistrates’ Courts Act 32 of 1944, s. 90(2)(e). *See also, State v. Ntwana and Others*, 11 August 1978, 69 International Law Reports 127, pp. 129-131

142) Doyle, “Extraterritorial Application of American Criminal Law,” *Congressional Research Service*, 31 October 2016, pp. 22-23 (especially fns. 118, 121-122).

143) Prosecution’s Request, para. 40.

144) Criminal Code Act 1995 (Cth) s 15(1)(a); Danielle Ireland-Piper, *Accountability in Extraterritoriality* (Edward Elgar, 2017), p. 76.

145) Bahrain Penal Code, 1976 (as amended by Legislative Decree No. 9 of 1982), art 6.

146) Bangladesh Penal Code, ss 3-4.

147) *Atkinson v Ministère Public Luxembourg* (1995) 100 Int’l Law Rev 610 (Chambre de Conseil, 6 May 1988) [Atkinson]; *see also* Ryan (1995) 100 Int’l Law Rev 616 (Ct of Appeals, Brussels, 17 November 1988) [Ryan].

148) Código Penal, Decreto Lei No. 2.848 (2 December 1940) art 6.

149) Código Penal, Ley 599 de 2000 Nivel Nacional (24 July 2000), art 14.

150) *GVK Industries Ltd. v The Income Tax Officer*, [2011] 3 SCR 366, p 367 [GVK Industries]; *Republic of Italy v Union of India* (2013) 4 SCC 721 [Italy v India]

151) *HKSAR v Man Kwok Man*, [2000] 1 HKC 778 (Ct of App).

152) Crimes Act 1961, s 7.

다.¹⁵³⁾

본 건과 직접 관련이 있는 방글라데시 형법도 방글라데시 외에서 행하여진 범죄가 국내적으로 처벌이 가능하다고 규정하고 있다.¹⁵⁴⁾ 또한, 인신매매와 같은 월경범죄의 경우에는 자국의 영역 밖에서 개시되었으나 자국에 영향을 미치거나 범죄구성요건의 일부가 자국 영역 내에서 발생한 경우 처벌하는 국내법도 제정하였다.¹⁵⁵⁾

이외에도 아제르바이잔,¹⁵⁶⁾ 에스토니아,¹⁵⁷⁾ 마셜아일랜드,¹⁵⁸⁾ 조지아,¹⁵⁹⁾ 루마니아,¹⁶⁰⁾ 슬로바키아,¹⁶¹⁾ 스위스,¹⁶²⁾ 이라크,¹⁶³⁾ 오만¹⁶⁴⁾이 자국의 영역 내에서 범죄가 완료되었거나 범행의 결과가 발생한 경우 관할권을 행사하고 있다.

153) MCPJ, *supra* note 96, para. 29.

154) Bangladesh Penal Code, ss 3-4: an example is kidnapping, which involves “[conveying] any person beyond the limits of Bangladesh without [their] consent” and “[importing] into Bangladesh from any country outside Bangladesh” ss 360, 366B.

155) The Prevention and Suppression of Human Trafficking Act, 2012, Act No 3 of 2012 (20 February 2012) s 5(2).

156) Azerbaijan, Criminal Code (2000), Article 11.1: The person, who has committed a crime on the territory of the Azerbaijan Republic, shall be applied to the criminal liability by the present Code. The crime, which has begun, proceeded, or terminated on territory of the Azerbaijan Republic, shall be admitted as crime committed on the territory of the Azerbaijan Republic.

157) Estonia, section 11 of the Criminal Code, as passed on 6 June 2001: An act is deemed to be committed at the place where: [...] (3) the consequence which constitutes a necessary element of the offence occurred”

158) Marshall Islands, Criminal Code (2011) §1.03.: (1) A person may be convicted under the law of the Republic of the Marshall Islands (“Republic”) for an offense committed by the person’s own conduct [...] if (a) either the conduct that is an element of the offense or the result is that is such an element occurs within the Republic [...].

159) Georgia, article 4(2), first sentence, of the Criminal Code: A crime shall be considered to have been committed in the territory of Georgia if it began, continued and terminated or ended in the territory of Georgia”

160) Romania, article 8(4) of the Criminal Code, as published on 12 November 2012: The offense is also considered as having been committed on the territory of Romania when on that territory [...] the results of the offense have been manifest, even if only in part”

161) Slovakia, Criminal Code (2005), Section 3(2): The criminal offence is considered as having been committed on the territory of the Slovak Republic even if the offender a) committed the act, at least in part, on its territory, if the actual breach of or threat to an interest protected under this Act took place or was intended to take place, in whole or in part, outside of its territory, or b) committed the act outside of the territory of the Slovak Republic, if the actual breach of or threat to an interest protected under this Act was intended to take place on its territory, or such a consequence should have taken place, at least in part, on its territory.”

162) Switzerland, article 8(1) of the Criminal Code of the Swiss Confederation, as published on 21 December 1937, last amended on 1 January 2017: A felony or misdemeanour is considered to be committed at the place where the person concerned commits it or unlawfully omits to act, and at the place where the offence has taken effect.”

163) Iraq, Penal Code (1969), Sub-sec. 2, Article 1(6): The provisions of this Code are enforceable in respect of offences committed in Iraq. An offence is considered to have been committed in Iraq if a criminal act is committed there or if the consequence of that act is realised or is intended to be realised there.

164) Oman, Penal Law (2018), Article 15: A crime is deemed committed in the State if one of the acts that constitute the crime is committed within the State, or if the results of that act are realised or intended to be realised within it.

- IV. **아제르바이잔 형법 제11.1조:** 아제르바이잔 공화국 영역에서 범죄를 범한 사람에게 동 법에 따라 형사책임을 진다. 아제르바이잔공화국 영역에서 개시, 진행, 또는 종료된 범죄는 아제르바이잔공화국 영역에서 범하여진 범죄로 인정된다.
- V.
- VI. **에스토니아 형법 제11조:** 행위는 다음의 장소에서 행해진 것으로 간주된다:
[...] (3) 범죄의 필수적인 요건을 구성하는 결과가 발생한 장소
- VII.
- VIII. **마셜아일랜드 형법 제1.03조제(1)항:** (1) 다음의 경우 스스로의 행위로 범죄를 범한 사람은 마셜아일랜드공화국(공화국)의 법에 따라 유죄 판결을 받을 수 있다: (a) 행위가 범죄의 구성요건이거나 또는 범죄구성요건인 결과가 공화국 내에 발생한 경우
- IX.
- X. **조지아 형법 제4조제2항:** 범죄가 조지아의 영역 내에서 개시, 계속, 그리고 종료된 경우, 그 범죄는 조지아의 영역 내에 발생한 것으로 본다.
- XI.
- XII. **루마니아 형법 제8조제4항:** 루마니아 영역에 범죄의 결과가 명백한 경우 그 범죄의 일부만이 행하여졌다 하여도 그 범죄는 루마니아 영역에서 범하여진 것으로 본다.
- XIII.
- XIV. **슬로바키아 형법 제3조제2항:** 다음의 범죄는 슬로바키아공화국 영역에서 발생한 것으로 본다: 범죄자가 [...] b) 슬로바키아 영역 밖에서 범행을 저질렀으나 본 법이 보호하는 이익에 대한 실제 침해 또는 위협이 슬로바키아 영역 내에서 발생하였거나 또는 적어도 그 결과의 일부가 슬로바키아 영역 내에서 발생한 경우
- XV.
- XVI. **스위스 연방 형법 제8조제1항:** 당해인이 중범죄 또는 경범죄를 범하였거나 또는 불법적으로 행위를 하지 않은 장소에서, 그리고 그 범죄가 결과를 발생한 장소에서 범하여진 것으로 본다.
- XVII.
- XVIII. **이라크 형법 제2절 제1조제6항:** 본 법은 이라크 내에서 발생한 범죄에 대해 적용된다. 범죄행위가 국내에서 행하여졌거나 또는 그 행위의 결과 국내에서 실현되었거나 실현될 것을 의도한 경우 그 범죄는 이라크 내에서 발생한 것으로 본다.
- XIX.

XX. **오만 형법 제15조:** 범죄를 구성하는 행위 중 하나가 오만 내에서 행하여진 경우 또는 그 행위의 결과가 오만 내에서 발생했거나 그 결과가 오만 내에서 발생할 것을 의도한 경우 그 범죄는 국가 내에서 범하여진 것으로 본다.

또한, 아프가니스탄,¹⁶⁵⁾ 체코,¹⁶⁶⁾ 케냐,¹⁶⁷⁾ 스리랑카,¹⁶⁸⁾ 탄자니아,¹⁶⁹⁾ 태국¹⁷⁰⁾ 형법은 범죄의 일부가 자국의 영역 내에서 발생한 경우 동 법의 적용을 받는다고 규정하고 있다.

XXI. **아프가니스탄 형법 제15조제1항:** 아프가니스탄 내에서 전부 또는 일부 발생한 범죄의 정범 또는 공범으로서 아프가니스탄 밖에서 다음의 행위를 한 사람은 동 법의 적용을 받는다.

XXII.

XXIII. **체코 형법 제4조제2항(b)호:** 다음의 범죄는 체코공화국 영역 내에서 범하여진 것으로 본다 [...] (b) 범죄자가 형법이 보호하는 이익을 침해하였거나 위태롭게한 경우 또는 비록 범행이 국외에서 행하여졌다 하더라도 그 결과가 일부라도 영역 내에서 발생할 예정이었던 경우

XXIV.

XXV. **케냐 형법 제6조:** 법원의 관할권 내에서 전부 행하여진 경우 형법에 위반되는 행위가 관할권 내에서 일부 행하여지고 일부는 관할권 밖에서 행하

165) Afghanistan, Penal Code (1976), Article 15(1): Any person who commits an act outside Afghanistan as a result of which he is considered the performer of or accomplice in a crime which has taken place in whole or in part in Afghanistan.

166) Czech Republic, section 4(2)(b) of the Criminal Code, as published on 8 January 2009: A criminal offence shall be considered as committed in the territory of the Czech Republic [...] (b) if an offender violated or endangered an interest protected by criminal law or if such a consequence was supposed to occur, even partially, within the territory, even though the act was committed abroad”

167) Kenya, Penal Code (1948), Article 6: When an act which, if wholly done within the jurisdiction of the court, would be an offence against this Code, is done partly within and partly beyond the jurisdiction, every person who within the jurisdiction does or makes any part of such act may be tried and punished under this Code in the same manner as if such act had been done wholly within the jurisdiction.”

168) Sri Lanka, Penal Code (2006), Article 2(1)(a): Every person shall be liable to punishment under this Code, and not otherwise, for every act or omission committed (a) wholly or partly within Sri Lanka”

169) Tanzania, Penal Code (1945), Article 7: When an act which, if wholly done within the jurisdiction of the court would be an offence against this Code, is done partly within and partly beyond the jurisdiction, every person who within the jurisdiction does or makes any part of such act may be tried and punished under this Code in the same manner as if such act had been done wholly within the jurisdiction.

170) Thailand, Criminal Code (2008), Section 5: Whenever any offence is even partially committed within the Kingdom, or the consequence of the commission of which, as intended by the offender, occurs within the Kingdom, or by the nature of the commission if which, the consequence resulting therefrom should occur within the Kingdom, or it could be foreseen that the consequence would occur within the Kingdom, it shall be deemed that such offence is committed within the Kingdom.

여진 경우, 그 행위를 행한 사람과 그러한 행위에 가담한 사람은 그 행위의 전부가 관할권 내에서 행하여진 것과 동일한 방식으로 본 법에 의해 처벌될 수 있다.

XXVI.

XXVII. **스리랑카 형법 제2조제1항(a)호**: 달리 규정하지 않는 모든 사람은 스리랑카 내에서 전부 또는 일부 행하여진 작위 또는 부작위에 대해 본 법에 따라 형사책임을 진다.

XXVIII.

XXIX. **탄자니아 형법 제7조**: 만약 관할권 내에서 전부 행해졌다면 본 법의 위반을 구성하는 행위가 일부는 관할권 내에서 그리고 일부는 관할권 밖에서 행하여진 경우, 그러한 행위를 행한 사람과 그에 가담한 사람은 그 행위의 전부가 관할권 내에서 행하여진 것과 동일한 방식으로 본 법에 따라 처벌받을 수 있다.

XXX.

XXXI. **태국 형법 제5조**: 범죄의 일부만이라도 국내에서 범하여졌거나 또는 그 행위의 결과가 범죄자의 의도한 바에 따라 국내에서 발생한 경우, 또는 그 행위의 성질상 그로인한 결과가 국내에 발생해야하는 경우, 또는 그러한 결과가 국내에서 발생할 것이 예견가능한 경우, 그러한 범죄는 국내에서 범하여진 것으로 본다.

마지막으로 캄보디아,¹⁷¹⁾ 바누아투,¹⁷²⁾ 예멘,¹⁷³⁾ 짐바브웨¹⁷⁴⁾는 범죄구성요건 중 적어도 한 가지가 자국 영역 내에서 발생한 경우 관할권을 행사하고 있다.

XXXII. **캄보디아 형법 제1절 제13조**: 범죄구성요건적 행위 중 하나라도 캄보디아 영역 내에서 발생한 경우 그 범죄는 국내에서 범하여진 것으로 본다.

171) Cambodia, Criminal Code (2009), Sec. 1, Article 13: An offence is deemed to having committed in the territory of Kingdom of Cambodia from the moment that one of these constituent acts has taken place within this territory.

172) Vanuatu, Penal Code (1981), Article 2(a): The criminal law of the Republic shall apply (a) to any offence of which an element has taken place within the territory of the Republic.

173) Yemen, Law No. 12 for the Year 1994 Concerning Crimes and Penalties, Article (3): This Law is applicable for all the crimes that occur within the territory of THE REPUBLIC OF YEMEN, notwithstanding the citizenship of the perpetrator thereof; a crime is deemed to have occurred in THE REPUBLIC OF YEMEN territory, if any of the deeds that constitutes such a crime occur, any time such crime is perpetrated partially or fully in THE REPUBLIC OF YEMEN territory, this Law shall be applicable thereto on anyone who participates therein, even if such participation is undertaken overseas.

174) Zimbabwe, Criminal Law (2008), Article 5(1)(b): (1) A person may be tried, convicted and punished for a crime, whether in terms of this Code or any other enactment, where the crime or an essential element of the crime was (b) committed partly outside Zimbabwe, if the conduct that completed the crime took place inside Zimbabwe.

XXXIII.

XXXIV. **바누아투 형법 제2조제(a)항:** 범죄구성요건 중 하나라도 공화국의 영역 내에서 발생한 경우 그 범죄에는 공화국의 형법이 적용된다.

XXXV.

XXXVI. **예멘 형법 제3조:** 동 법은 가해자의 국적에 상관없이 예멘공화국 영역 내에서 발생한 모든 범죄에 적용된다. 범죄를 구성하는 행위중 하나가 국내에서 발생하였거나, 범죄의 일부 또는 전부가 국내에서 범하여진 경우 그 범죄는 예멘공화국 내에서 발생한 것으로 본다.

XXXVII.

XXXVIII. **짐바브웨 형법 제5조제1항(b)호:** 범죄 또는 범죄의 핵심구성요소가 일부 짐바브웨 밖에서 발생하였으나, 그 범죄를 완성하는 행위가 짐바브웨 내에서 발생한 경우, 그 범죄를 범한 사람은 본 법 또는 기타 법령에 따라 재판, 유죄선고, 그리고 처벌을 받을 수 있다.

지금까지 검토한 바에 따르면, 많은 국가들이 형법에서 범죄 행위의 결과, 범죄의 일부 또는 범죄구성요건 중 적어도 한 가지가 자국의 영역 내에서 발생한 경우 해당 범죄에 대하여 관할권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 이와 같은 입법 유형에는 범죄 행위의 결과가 발생한 영역국이 해당 범죄에 대한 관할권을 갖는 객관적 속지주의가 포함됨을 알 수 있다. 따라서 객관적 속지주의를 포함한 형태의 형사관할권을 행사하는 국가들의 실행이 일관되게 반복, 계속되어 왔음을 확인할 수 있다. 일반적 관행의 증거로서 추정되는 국가의 실행에 국내 법령 및 판례가 포함된다라는 점을 고려할 때,¹⁷⁵⁾ 국제관습법의 객관적·실체적 요소인 일반적 관행이 성립하였다고 볼 수 있다.

(2) 법적 확신

법적 확신(*opinio juris*)이란 국가들이 특정 실행을 국제법상 필요하다는 신념을 가지고 행동하는 것으로서 국제관습법 성립의 심리적·주관적 요소이다.¹⁷⁶⁾ 단순히 특정 행위가 일관되게 여러 번 반복되어 행해졌다는 객관적 사실이 존재한다 할지라도 이 행위에 대하여 국가들의 일치한 ‘필요 신념(*opinio necessitatis*)’이 수반되지 않는 경우, 아직 국제관습법은 성립되지 않았다고 할 수 있다.¹⁷⁷⁾ ICJ 규정 제38조의 “법으로서 인정된 일반적 증거로서의 국제관습”이라는 표현은 객관적으로 존재하는 국가의 일반적 관행에 법적 확신이라는 주관적 요소가 수반되어야 국제법의 법원으로서 국제관습이 성립할 수 있음을 잘 보여주고 있다.

관습에 있어서의 이러한 주관적 요소는 ICJ도 *Asylum* 사건에서 “하나의 관행이 비록 불변

175) 이한기, *supra* note 107, p. 86; 김영석, 국제법, *supra* note 109, p. 47; Crawford, *supra* note 109, p. 24.

176) 이한기, *supra* note 107, p. 89; Crawford, *supra* note 109, p. 25; Shaw, *supra* note 110, p. 74.

177) 이한기, *supra* note 107, p. 89. See also, Crawford, *supra* note 109, pp. 25-26.

적·확일적이라 할지라도 비호를 부여한 국가가 권리로써 그 관행을 적용하고, 영토국이 의무로서 그것을 준수하지 않는 한 그 관행은 관습이 되지 않는다.”고 강조한 바 있다.¹⁷⁸⁾ 또한 ICJ는 *North Sea Continental Shelf* 사건에서도 관행이 단순한 예양이나 편의 또는 관례로서가 아니라 국제법상의 권리·의무로서 부과되었다는 판단 하에 행해지는 것이 필요하다고 아래와 같이 판시했다.¹⁷⁹⁾

XXXIX. 관련된 행위가 확립된 관행에 해당할 뿐만 아니라, 이러한 관행이 요구하는 법적 규칙에 의해 의무로 받아들여지고 있다는 믿음의 증거가 될 수 있도록 그 행위는 수행되어야 한다. 그러한 믿음, 특히 주관적 요건의 존재에 대한 믿음의 필요성은 법적 확신의 개념에 내포되어 있다. 따라서 관련 국가들은 반드시 법적 의무에 해당하는 것을 준수하고 있다고 느껴야 한다. 그 행위의 빈도, 심지어 그 행위가 습관적으로 행해진다는 것 정도로는 충분하지 않다.¹⁸⁰⁾

그러나 일반적으로 국가들이 특정 관행을 수행하면서 명확하게 법적 확신의 존재에 대해 밝히고 이를 수행하는 경우는 드물기 때문에 대한 법적 확신의 존재를 확인하기는 쉽지 않다.¹⁸¹⁾ 결국, 법적 확신의 유무는 특정 관행의 수행과 관련된 상황에서 추론해야 하는 경우가 다수 존재하게 된다.¹⁸²⁾ 그 관행이 방대한 조약에 기초하고 있어 관습으로서 그 조약 규범을 확대 적용하기에 법적 확신이 충분한 경우와 문제의 법이 여전히 발전 중인지에 따라 접근법은 달라질 수 있다.¹⁸³⁾

대부분의 사건에서 국제재판소는 일반적 관행, 학설, ICJ 또는 다른 국제재판소의 기존 판례 등의 증거에 입각하여 법적 확신을 추정한다.¹⁸⁴⁾ 그러나 몇몇 주요 사건에서 ICJ는 특정 법규칙

178) *Colombian-Peruvian asylum case*, *supra* note 116, pp. 276-277.

179) *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 123, p. 44.

180) 원문: Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough.

181) 김영석, *supra* note 109, p. 49; Murphy, *supra* note 110, p. 95.

182) *Ibid.*

183) Crawford, *supra* note 109, p. 27.

184) Crawford, *supra* note 109, p. 26. See also, *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 396, p. 44; ICJ, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Marine Area (Canada/US)*, I.C.J. Reports 1984, pp. 293-294; ICJ, *Nicaragua*, I.C.J. Reports 1986, pp. 108-109; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996, pp. 254-255; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, I.C.J. Reports 2005, pp. 226-227, 242; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, I.C.J. Reports 2006, pp. 171-172; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, pp. 82-84; *Prosecutor v. Furundžija* (1998) 38 ILM 317; *Responsibilities*

의 효력이 국가의 관행에서 인정되는 적극적인 증거를 제시하도록 하는 엄격한 입장을 보이기도 했다.¹⁸⁵⁾ 이는 해당 법규칙의 현재 상태를 기준으로 재판부가 자유재량으로 접근법을 결정할 수 있다.¹⁸⁶⁾ 적극적인 입증을 요구한 대표적인 예로는 *Lotus* 사건, *North Sea Continental Shelf* 사건, 그리고 *Nicaragua* 사건이 있다. *Lotus* 사건에서 PCIJ는 지속적으로 반복되는 부작위는 법적 의무를 이행하는 명백한 증거로 받아들일 수 없다고 보고, 법적 확신을 입증할 수 있는 더 높은 수준의 증거를 요구하였다.¹⁸⁷⁾

XL. 보고된 사건들 중에서 발견되는 사법적 결정의 회소성이 프랑스 정부 대리인에 의해 주장된 정황을 사실적으로 입증하기에 충분하다고 하더라도, 그것은 단지 국가들이 종종, 실제로, 형사소송절차에서 자제해왔다는 것을 보여줄 뿐이지, 그것이 의무라고 인식했다는 것은 아니다. 주장된 사실은 국가들이 그러한 의무를 인식해왔음을 추론하는 것을 허용하지 않는다. 반면, 그 반대가 사실이라는 것을 보여주는 것으로 추정되는 다른 상황들이 현재 관찰된다.¹⁸⁸⁾

이어서 ICJ는 *North Sea Continental Shelf* 사건에서 국제관습법이 성립하기 위해서는 확립된 관행 뿐만 아니라 그 관행에 대한 ‘법적 확신(*opinio juris sive necessitatis*)’이라는 주관적 요건도 필요하다고 판시했으며,¹⁸⁹⁾ *Nicaragua* 사건에서 이러한 입장을 아래와 같이 재확인하였다.¹⁹⁰⁾

XLI. 재판소는 북해대륙붕 사건에서 검토한 바와 같이, 새로운 관습규칙이 형성되려면 관련 행위가 “확립된 관행에 이르러야 한다”는 점 뿐만 아니라, 별적 확신도 수반되어야 한다는 점을 강조해야만 한다. 그러한 입장을 취하는 국가 또는 이에 대응하는 위치에 있는 국가 중 하나는 다음과 같이 행동해야 한다:

and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area, ITLOS Case No. 17 (Advisory Opinion, 1 February 2011), pp. 44-46.

185) Crawford, *supra* note 109, p. 26.

186) *Ibid.*, p. 27.

187) *Lotus*, *supra* note 49, p. 28. See also, Crawford, *supra* note 109, p. 26.

188) 원문: Even if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove in point of fact the circumstance alleged by the Agent for the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so: for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom. The alleged fact does not allow one to infer that States have been conscious of having such a duty; on the other hand, as will presently be seen, there are other circumstances calculated to show that the contrary is true.

189) *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 123, p. 44.

190) *Nicaragua*, *supra* note 184, pp. 98-99. See also, Crawford, *supra* note 109, p. 27.

XLII. “이러한 관행이 그것을 요구하는 법규칙에 의해 의무가 되었다는 믿음의 증거. 그러한 믿음, 특히 주관적 요건의 존재에 대한 믿음의 필요성은 법적 확신의 개념에 내포되어 있다.” (I.C.J. Reports 1969, p. 44, para. 77.)¹⁹¹⁾

국가관할권 논의의 시발점이라 할 수 있는 *Lotus* 사건에서¹⁹²⁾ PCIJ는 공해상에서 프랑스 선박에 의해 터키 선박이 침몰된 경우 터키 선박의 침몰에 책임이 있는 프랑스 선박의 선원에 대하여 범죄 행위의 결과가 발생한 선박의 기국인터키가 형사관할권을 행사할 수 있다고 판단함으로써 국외에서 개시된 행위에 대해서도 자국의 영역에서 관할권을 행사할 수 있다고 판시한 바 있다.¹⁹³⁾ 공해상이라는 특수 상황을 배제하고, *Lotus* 사건의 핵심 전제는 지금까지 객관적 속주주의가 “일반적으로 수락된” 원칙이라는 근거를 제공해주는 지위를 갖고 있다고 볼 수 있다.¹⁹⁴⁾

또한, 핵테러행위의 억제를 위한 국제협약,¹⁹⁵⁾ 국제연합 부패방지협약,¹⁹⁶⁾ 국제연합 초국가적 조직범죄 방지협약,¹⁹⁷⁾ 테러자금조달의 억제를 위한 국제협약,¹⁹⁸⁾ 폭탄테러의 억제를 위한 국제협약,¹⁹⁹⁾ 항해의 안전에 대한 불법행위 억제를 위한 협약,²⁰⁰⁾ 인질억류방지에 관한 국제협약

191) 원문: Court has to emphasize that, as was observed in the North Sea Continental Shelf cases, for a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned “amount to a settled practice”, but they must be accompanied by the *opinio juris sive necessitatis*. Either the States taking such action or other States in a position to react to it, must have behaved so that their conduct is “evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief. i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*.” (I.C.J. Reports 1969, p. 44, para. 77.)

192) Antonio Cassese *et al.*, *Cassese’s International Criminal Law* (Oxford: OUP, 2013), p. 272; Cedric Ryngaert, Territory in the law of jurisdiction: imagining alternatives, *Netherlands Yearbook of International Law* 47 (2016), p. 55.

193) *Lotus*, *supra* note 49, p. 19.

194) Andrew Clapham, *Brierly’s Law of Nations* (Oxford University Press, 2012), p. 246. Roger O’Keefe, *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2015), p. 9, mn. 1.21. *See further* pp. 7-9, mns. 1.19-1.21 (*Arrest Warrant* 사건 관련); Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 2013), pp. 476-477; Cassese *et al.*, *supra* note 409, pp. 272-274. 적어도 국제범죄의 경우에는 관할권의 영외적용을 허용하는 특정한 규칙이 있을 수 있다고 보는 이들도 있다: *Arrest Warrant*, *supra* note 311, Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert, paras. 51-57, 67. *See also generally*, Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford University Press, 1994), pp. 76-77.

195) International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, UN GA Res. 59/290, 2005, art. 9(1), (5) (118개 당사국).

196) United Nations Convention against Corruption, UN GA Res. 58/4, 2003, art. 42(1), (6) (189개 당사국).

197) United Nations Convention against Transnational Organized Crime, UN GA Res. 55/25, 2000, art. 15(1), (6) (190개 당사국).

198) International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, UN GA Res. 54/109, 1999, art. 7(1), (6) (189개 당사국).

199) International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, UN GA Res. 52/164, 1997, art. 6(1), (5) (170개 당사국).

200) Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, 10 March 1988, art. 6(1), (5) (166개 당사국).

약,²⁰¹⁾ 핵물질의 방호에 관한 협약,²⁰²⁾ 외교관 등 국제적 보호인물에 대한 범죄의 예방 및 처벌에 관한 협약,²⁰³⁾ 민간항공의 안전에 대한 불법적 행위의 억제를 위한 협약,²⁰⁴⁾ 항공기의 불법납치 억제를 위한 협약,²⁰⁵⁾ 항공기내에서 행한 범죄 및 기타 행위에 관한 협약,²⁰⁶⁾은 당사국의 “영토 내에서 관할범죄가 범하여진 경우(The offence is committed in the territory of that State)” 해당 국가가 관할권을 행사할 수 있도록 필요한 조치를 취해야 한다고 규정하고 있다. 동일한 형식으로 관할권을 규정하고 있는 지역협약으로는 유럽연합(EU)의 사이버범죄에 관한 협약²⁰⁷⁾과 미주기구(OAS)의 부패방지협약²⁰⁸⁾이 있다.

현재 190개국인 당사국인 ‘국제연합 초국가적 조직범죄 방지협약(UNTOC)’²⁰⁹⁾ 제15조제1항a호는 “범죄가 그 당사국의 영역 내에서 범하여지는 경우(The offence is committed in the territory of that State Party)” 당사국이 협약대상범죄에 대하여 자국의 관할권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 이와 관련하여 UNODC가 작성한 조직범죄예방을 위한 입법지침(Model Legislative Provisions against Organized Crime)은 아래와 같이 협약대상범죄가 당사국의 영역 내에서 “전부 또는 일부(wholly or partly)” 범하여진 경우 해당 국가의 법원이 관할권을 갖는다는 형식으로 이행법률을 제정할 수 있음을 보여준다.

XLIII. 1. [국내 법원은 다음과 같은 경우에 이러한 입법지침이 적용되는 범죄에 대한 절차를 결정할 수 있는 관할권을 가진다:²¹⁰⁾

XLIV. (a) [국가명]의 영역 내에서 [전부 또는 일부] 범하여졌다; 또는

동 입법지침의 원문에서 “[]”로 표시된 부분은 당사국들이 이행법률 제정 시 선택할 수 있는 부분이며,²¹¹⁾ 동 조항이 속지주의를 기반으로 당사국들에게 협약상의 범죄에 대해 당사국들이 관할권을 확립할 것을 요구하고 있다고 설명하고 있다.²¹²⁾ 아울러 동 조 제2항a호는 자국 영역

201) International Convention against the Taking of Hostages, UN GA 34/146, 17 December 1979, art. 5(1), (3) (176개 당사국).

202) Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, 26 October 1979, art. 8(1), (3) (164개 당사국).

203) Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, 14 December 1973, art. 3(1), (3) (180개 당사국).

204) Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, 23 September 1971, art. 5(1), (3) (188개 당사국).

205) Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 16 December 1970, art. 4(1), (3) (185개 당사국).

206) Convention on Offences and Certain Other Acts Committed On Board Aircraft, 14 September 1963, arts. 3-4 (186개 당사국).

207) Convention on Cybercrime, ETS 185, 2001, art. 22(1), (4) (66개 당사국).

208) Inter-American Convention against Corruption, 1996 art. 5(1), (4) (34개 당사국).

209) United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted 15 November 2000, and entered into force on 29 September 2003, No. 39574.

210) 원문: [National courts] shall have jurisdiction to determine proceedings for offences to which these model legislative provisions apply when:

(a) Committed [wholly or partly] within the territory of [insert name of State]; or

211) UNODC, *Model Legislative Provisions against Organized Crime* (United Nations, 2012), p. 25.

212) *Ibid.*, p. 26.

내에서 협약대상범죄의 실행을 목적으로 자국 영역 밖에서 범하여진 협약대상범죄에 대해서도 당사국이 관할권을 확립할 수 있다고 하여, 객관적 속지주의보다 더 확대된 관할권 체제를 채택하고 있음을 알 수 있다.

이와 유사한 형식으로 규율하고 있는 지역협약으로는 아프리카연합(AU)과 유럽연합(EU)의 범죄 관련 협약을 들 수 있다. 44개국이 당사국인 AU부패방지협약(African Union Convention on Preventing and Combating Corruption)은 부패행위 및 관련 범죄가 자국의 영역 내에서 ‘전부 또는 일부가 범하여진(committed wholly or partially)’ 경우 당사국이 해당 범죄에 대해 관할권을 가진다고 규정하고 있다.²¹³⁾ EU의 부패에 관한 형법협약(Criminal Law Convention on Corruption) 역시 동 협약에서 관할하는 범죄가 당사국의 영역 내에서 ‘전부 또는 일부 범하여진(committed in whole or in part)’ 경우 관할권을 확립하는 데 필요한 입법 및 기타 조치를 취할 의무를 부과하고 있으며,²¹⁴⁾ 범죄인인도에 관한 유럽협약(European Convention on Extradition)²¹⁵⁾ 역시 이와 유사한 규정을 가지고 있다. 아울러 EU 회원국들은 아동 대상 성범죄, 정보시스템 대상 범죄, 테러 등과 관련된 중대 범죄가 자국의 영역 내에서 ‘전부 또는 일부(in whole or in part)’ 범하여진 경우에도 반드시 관할권을 행사할 의무를 진다.²¹⁶⁾

국가들이 관행이 조약에 근거하여 광범위하게 실행되고 있다면 이는 그 조약의 규범을 관습법으로 적용하는데 필요한 법적 확신이 충분하다고 볼 수 있다.²¹⁷⁾ 따라서 지금까지 검토한 국제재판소의 판례, 학계의 및 실무의 견해, 그리고 다수의 다자조약을 근거로 객관적 속지주의는 국제사회의 법적 확신을 획득하였다고 볼 수 있다.

(3) 검토 결과

지금까지 검토한 바에 따르면, 다수의 국가들이 범죄에 대해 객관적 속지주의에 근거한 관할권을 행사해 왔으며, 이러한 관할권 행사를 용이하게 하기 위한 협력 체제를 구축하는 다자조약에서 객관적 속지주의를 행사할 의무를 부과하거나, 적어도 당사국들이 그렇게 관할권을 행사할 수 있도록 객관적 속지주의의 기능을 포함시켜 왔다.²¹⁸⁾ 따라서 객관적 속지주의가 국제관습법이라는 근거로서의 국가 관행과 법적 확신은 충분하다고 판단된다.

213) African Union, African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, 1 July 2003, art. 13(1)(a).

214) Criminal Law Convention on Corruption, ETA 173, 1999, art. 17(1)(a).

215) European Convention on Extradition, 13 December 1957, art. 7(1).

216) European Union, Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on Combating the Sexual Abuse and Sexual Exploitation of Children and Child Pornography, and Replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, 17 December 2011, art. 17(1)(a); Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on Attacks against Information Systems and Replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA, 14 August 2013, art. 12(1)(a); Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on Combating Terrorism and Replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and Amending Council Decision 2005/671/JHA, 31 March 2017, art. 19(1)(a).

217) Crawford, *supra* note 109, p. 27.

218) *See also*, MCPJ, *supra* note 96, para. 26; Neil Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law* (Oxford University Press, 2012), p. 141.

IV. 결론

Lotus 사건에서 시작된 객관적 속지주의를 둘러싼 논쟁은 2018년에 이르러 다시 한번 국제 사회의 이목을 집중시켰다. 로마규정 비당사국인 미얀마에서 추방당한 로HING족들이 피난하여 도착한 방글라데시가 당사국임을 이유로 ICC는 동 사태에 대해 관할권을 갖는다고 판단한 로HING 결정이 바로 그 원인이다. 동 결정에서 재판부는 로마규정 당사국이 사태를 회부하거나 소추관이 독자적으로 수사를 개시하는 경우에 ICC가 관할권을 행사하기 위해 요구되는 조건을 규정하고 있는 로마규정 제12조제2항가호가 행위의 결과발생지를 포함하는 의미로 해석하여 위와 같은 결정을 내렸다.

최초의 상설 국제형사재판소인 ICC는 국제공동체 전체의 관심사인 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 그리고 침략범죄에 대한 불처벌의 관행을 종식시키고, 이러한 범죄를 예방해야 한다는 취지에 동의한 로마규정 당사국들로부터 이 범죄들에 대한 관할권을 위임받아 활동해 왔다. 로마규정 제12조제2항가호는 로마규정 당사국이 재판소에게 자신의 속지적 관할권을 위임하였음을 보여준다. 속지주의가 국제법상 보편적으로 승인된 원칙이라는 점에는 이견이 없다.²¹⁹⁾ 그러나 행위발생지는 아니지만, 그 행위의 결과가 발생한 국가도 관할권을 가질 수 있다는 객관적 속지주의에 대해서는 의문을 제기하는 시선이 여전히 존재한다. 이번 로HING 결정을 비판하는 학자들과 미얀마, 중국, 수단 등 일부 국가들이 그러하다.²²⁰⁾ 그러나 본 연구를 통해 객관적 속지주의는 이미 국제관습법화 되었으며, 오히려 범죄의 일부만 자국 영역 내에서 범하여진 경우라도 해당 국가가 관할권을 행사할 수 있도록 하여 객관적 속지주의를 포함하는 보다 더 유연한 원칙이 국제관습법화 되었음을 확인할 수 있었다.

한 편, 동 결정이 당사국의 명시적인 지지없이 관할권을 확대 해석하려고 시도했다는 비판²²¹⁾은 경청할 필요가 있다. ICC는 재판소는 보충성의 원칙에 기해 관할권을 행사하기에 만약 관할범죄에 대해 속지적 관할권을 갖는 당사국이 당해 범죄에 대해 직접 수사 또는 기소를 진행하려는 진정한 의사와 능력이 있다면 재판소는 관할권 행사를 자제해야 한다. 이것이 바로 재판적격성 문제이다. 그럼에도 불구하고 재판소가 관할권을 행사하는 경우, 그 당사국은 로마규정 제18조의 재판적격성에 대한 예비결정을 구하거나 제19조에 따라 재판소의 관할권 또는 재판적

219) Kirsch, *supra* note 83; Kim, *supra* note 83, p. 163; Christopher, L. Blakesley, "Extraterritorial Jurisdiction," in *International Criminal Law Procedural and Enforcement Mechanisms* (M. Cherif Bassiouni, ed., 1986), pp. 4-5; Kaul, *supra* note 58, p. 607.

220) 로HING 결정이 공개된 후, UN 총회에서 미얀마는 동 결정이 "흠결있는 절차와 미심쩍은 법익"의 결과로 이를 존중할 의무가 전혀 없다고 발언하였으며, 중국은 이번 결정이 재판소의 업무를 더욱 논쟁의 대상으로 만들고 향후 재판소의 권위와 신뢰를 훼손할 할 수 있는 잘못된 해석에 근거하고 있다고 비판했다. 수단 역시 동 결정이 국제법 원칙을 위반한 것이라고 비판했다. UN General Assembly Meetings Coverage, 73rd session, 27th and 28th meetings, UN Doc. GA/12084, 19 October 2018 참조.

221) Guilfoyle, *supra* note 78, p. 7; Abby Seiff, 'Mayanmar: ICC Examination Prompts Polarised Response', International Bar Association, 25 October 2018, available at: <https://www.ibanet.org/article/4A6D5672-CF28-467F-9C9D-5FBE4172ADC2>.

결정에 대해 이의제기를 할 수 있다. 다시 말해, 로마규정은 ICC가 당사국의 의사에 반해 위임 받은 관할권을 행사하려 할 경우 이를 방지하기 위한 일종의 안전장치를 두고 있다. 따라서, 이번 로힝야 결정이 보충성의 원칙을 벗어나 자국의 관할권을 침해하고 있다고 판단된다면 방글라데시는 이와 같은 절차에 따라 재판소의 관할권 행사에 이의를 제기할 수 있을 것이다.

동 결정 공개 후 2018년 9월 18일 소추관은 방글라데시/미얀마 사태에 대한 전면적인 예비조사(preliminary examination) 개시를 발표하고, 2018년 12월 5일 예비조사보고서를 공개했다. 이어서 2019년 7월 4일 소추관은 동 사태에서 발생한 인도에 반한 죄 중 추방, 다른 비인도적 행위, 그리고 박해에 대한 수사(investigation) 개시 허가를 요청하였다.²²²⁾ 같은 해 11월 14일 제3전심재판부가 이러한 소추관의 요청을 받아들여,²²³⁾ 현재 해당 사태에 대한 소추부의 수사가 진행 중이다. 이러한 과정에서 방글라데시는 오히려 재판소의 결정을 환영하고 신속한 수사를 통한 책임자 처벌을 촉구하고 있다. 2018년 약 70만 명으로 추산되던 로힝야족 난민이 2021년에는 약 100만 명에 이르게 된 상황을 고려하면, 방글라데시는 여러모로 상당한 부담을 지고 있을 것이다. 사태의 원인을 제거하는 것이 조속한 상황 타결에 가장 효과적인 해결책임에는 의문의 여지가 없다. 비록 미얀마가 비당사국이라고는 하지만 ICC가 수사를 개시하였다는 사실은 국제공동체의 주목을 끌기 마련이고 이러한 상황은 미얀마의 입장에서도 달갑지 않기 마련이다. 소추관의 관할권 판단 요청 사실이 알려진 후, 미얀마가 소추관과 재판소의 결정을 비난하는 한편 UNHCR 등 관련 국제기구 및 방글라데시 정부와 상황 타개를 위한 협력을 시작하였다는 사실을 고려하면 방글라데시가 이번 결정을 환영하는 이유를 추측해 볼 수 있다.

다만, 로힝야 결정 및 이후 새롭게 구성된 제3전심재판부에 의한 수사개시 허가결정은 어디까지나 재판 전 단계인 예비조사와 수사에 관한 ICC의 관할권을 인정한 것이지, 구체적인 사건에 대한 재판관할권을 인정한 것은 아니라는 점에 주의해야 한다. 향후 수사가 어느정도 진행된 후 공소사실확인절차가 열리면 1심재판부가 재판소의 관할권에 대해 어떤 결정을 내릴지 귀추가 주목된다.

222) ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, Office of the Prosecutor, Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, ICC-01/19-7, 4 July 2019.

223) ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, ICC-01/19-27, 14 November 2019.

2023년 신진학자 학술대회
포스트 팬데믹 시대 국제법의 새로운 역할



제1부

● [사회] 소병천 교수 (아주대학교)

해석주의 이론의 국제재판에 대한 적용가능성 연구

[발표] 한창완 과장 (법무부)

[토론] 오시진 교수 (강원대학교)

大韓國際法學會

해석주의 이론의 국제재판에 대한 적용가능성 연구

한 창 완*

목 차

I. 들어가면서

II. 법실증주의와 비실증주의

1. 법실증주의와 분리가능성 테제

- 가. 분리가능성 테제
- 나. 하트의 법실증주의와 승인규칙
- 다. 켈젠의 순수법이론과 근본규범
- 라. 실증주의 국제법론

2. 비실증주의와 필연적연관성 테제

- 가. 비실증주의와 도덕적 원리
- 나. 라드브루흐의 비실증주의
- 다. 라우터팩트의 비실증주의적 관점
- 라. 해석주의

3. 소결

- 가. 법실증주의의 가치와 한계
- 나. 어떤 비실증주의인가 - 불법논변과 원리논변

III. 해석주의와 국제재판

1. 해석주의의 주요 내용

- 가. 해석적 개념으로서의 법과 해석적 태도
- 나. 구성적 해석과 견해의 불일치
- 다. 통합성으로서의 법 개념 - 원리에서의 일관성
- 라. 법적 논증에 있어 부합과 정당화

2. 국제재판과 해석주의

- 가. 국제법의 법원과 해석주의
- 나. 의견 불일치의 발생
- 다. 통합성으로서의 법 - 법원리와 구성적 해석
- 라. 판사의 재량

IV. 마치며

* 법무부 국제분쟁대응과장, 법학박사, 변호사(한국, 미국 일리노이주). 이 발제는 같은 제목의 박사학위 논문(서울대학교, 2022년 8월)을 요약한 것입니다.

I. 들어가면서

국제사회와 국제재판에서는 다양한 국제법명제¹⁾가 주장된다. 예컨대, 미국과 영국의 이라크 침공과 북대서양조약기구(NATO)의 코소보 공습에 대해 국제사회에서는 다른 법적 평가가 내려진다. 이라크 침공이라는 하나의 사실을 두고 어느 국제법학자는 국제법 위반의 무력행사라고 보지만, 다른 학자는 자위권 행사라고 주장한다. NATO의 코소보 공습에 대해서도 다양한 주장이 제기되는데, 이를 위법하다고 본 견해와 도덕적으로 정당화하는 견해가 대립하기도 하였다.²⁾ 또 다른 예들도 많다. 트루먼 미국 대통령이 1945년 소위 트루먼선언에서 대륙붕의 천연자원에 대한 미국의 권리를 주장한 후 국제사법재판소는 1969년 *North Sea Continental Shelf* 사건에서 연안국가에게 대륙붕의 천연자원을 탐사·개발할 수 있는 주권적 권리가 있다고 판단하였다.³⁾

이처럼 다양한 국제법상 명제나 주장이 진실(참)하거나 진실하지 않다고 보는 근거는 무엇인지, 어떤 명제는 국제법에 해당하지만 다른 명제는 그렇지 않은지에 답하기 위해서는 다양한 시도가 이루어질 수 있다. 그중 하나가 국제법과 도덕적 가치의 관계를 중심으로 검토하는 것이다. 국제법의 존재와 내용을 판단할 때 도덕적 요소는 어떤 역할을 하는지, 국제법원⁴⁾의 판사⁵⁾가 논란이 많은 쟁점을 판단하면서 도덕적 가치판단을 할 수 있는지 등 다양한 질문이 있을 수 있다. 본 논문은 국제법명제의 진실성 확인과 관련하여 국제재판에서의 여러 현상을 비실증주의라고 할 수 있는 해석주의에 의해 설명할 수 있는지 살피고, 국제법과 도덕의 관계를 중심으로 국제법명제의 진실성의 기준을 검토한다.

법의 본성에 대한 실증주의와 비실증주의의 대립은 법의 존재와 내용에 있어 도덕 또는 비-법적 요소가 가진 의미와 역할에 집중된다.⁶⁾ 이러한 법실증주의와 비실증주의에 관한 논의는 단순히 이론적인 것에 그치지 않는다. 국제법원의 판사가 어떤 사안을 해결함에 있어 법의 본성에 대해 어떤 시각을 최소한 잠재적으로라도 가질 수밖에 없다. 그렇지 않다면 자신 앞의 문제를 해결할 실마리를 찾을 수 없다. 법원(source)이 존재하지 않거나 그 의미가 모호한 경우에 이를 어떻게 해결하느냐도 법의 본성에 대한 시각에 따라 달라질 수 있다. 따라서 국제법명제의 진실성을 판단하는 기준을 확인하기 위하여 법의 본성, 특히 법과 도덕의 관계를 살피는 것은 단순히 이론적인 논의에 그치지 않고 실천적인 의미가 있다.

- 1) 여기서 법명제는 (국제)법이 허용, 제한 또는 권한을 부여하는 것에 관한 진술 또는 주장을 지칭한다.
- 2) Thomas M. Frank, "Lessons of Kosovo," *American Journal of International Law* 93, no. 4 (Oct. 1999): 857-860.
- 3) *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3., para. 19.
- 4) 여기에서 국제법원은 국제사법재판소(ICJ), 국제형사재판소(ICC) 등 상설의 국제재판소 뿐만 아니라 임시로 설치되는 중재판정부를 포함한다. 편의상 통칭하여 '국제법원'이라 한다.
- 5) 판사, 재판관, 중재인 등 다양한 용어로 불리고 있지만, 편의상 통칭하여 '판사'라 한다.
- 6) 이상영·김도균, *법철학*, 개정판 (한국방송통신대학교출판문화원, 2011), 89-90, 108-109면; 김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, *법철학 - 이론과 쟁점*, 제2판 (박영사, 2017), 62면; Liam Murphy, *What Makes Law* (New York: Cambridge University Press, 2014), 1-2; Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, trans. Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson (Oxford: Oxford University Press, 2002), 3-4; Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence*, 4th Edition (Oxford: Oxford University Press, 2015), 30; David Dyzenhaus, "The Genealogy of Legal Positivism," *Oxford Journal of Legal Studies* 24, no. 1 (2004): 40; Kevin Toh, "An Argument against the Social Fact Thesis (And Some Additional Preliminary Steps towards a New Conception of Legal Positivism)," *Law and Philosophy* 27 (2008): 445-446; Deryck Beylved & Roger Brownsword, "The Practical Difference between Natural-Law Theory and Legal Positivism," *Oxford Journal of Legal Studies* 5, no. 1 (1985): 4, 18.

해석주의 이론을 적용하여 국제재판을 어떻게 설명할 수 있는지 본격적으로 살펴보기 전에 우선 해석주의가 법실증주의 또는 다른 비실증주의와 어떻게 다른지 알아야 한다. 따라서 우선 실증주의와 비실증주의에 대하여 개략적으로 살펴보고(II), 해석주의 이론을 국제재판에 어떻게 적용할 수 있는지 살펴본 후(III) 마무리하겠다(IV).

II. 법실증주의와 비실증주의

1. 법실증주의와 분리가능성 테제

가. 분리가능성 테제

법실증주의자들도 견해가 일치하지 않고 법과 도덕의 관계에 대해 다양한 입장이 존재하지만,⁷⁾ 대체로 국제법의 존재와 규범성을 인정하기 위해 반드시 도덕규범이나 도덕적 가치와 연관되어야 하는 것이 아니고(분리가능성 테제), 특정한 사회적 사실(조약 체결이나 국가실행 등)에 근거하여 어떤 규범 또는 명제가 국제법으로서 효력을 가진다고 본다(사회성 테제, 사회적사실 테제). 통상 법실증주의자들은 법과 정치 또는 도덕, 존재와 당위를 구분하여야 한다는 전제하여 법원 이론을 통해 법규범과 기타 규범을 구분한다. 법의 연원, 즉 법원이라고 할 수 있는 성문법, 관습법 등에 의해 법의 존재와 내용이 결정되며 도덕적 가치판단은 이와 관련이 없다고 본다.⁸⁾

이러한 법실증주의에 따르면 도덕이 법의 존재와 내용 결정에 있어 필연적 역할을 하지 않으므로 다른 규범적 가치가 아닌 사회적 사실에 법의 본성이 놓여 있다.⁹⁾ 법실증주의적 관점을 택한다면, 경험적으로 확인할 수 있는 규범만이 법이므로, 판사는 그 공동체의 어떤 사회적 사실이나 관행에 근거하여 법의 존재와 내용을 판단할 것이다.¹⁰⁾ 그런데 여기서 사회적 사실이 무엇인가에 대해서는 대표적인 법실증주의자인 하트와 켈젠(Kelsen) 간의 입장이 같지 않다. 하트는 승인규칙에서 정한 기준에 부합하는 사회적 사실에 의하여, 켈젠은 상위규범에 근거한 의지적 활동에 의하여 법규범이 효력을 가진다고 볼 것이다.

나. 하트의 법실증주의와 승인규칙

하트는 법의 존재와 내용은, 법 그 자체가 도덕적 기준을 포함하고 있지 않은 이상,¹¹⁾ 도덕적 기

7) Julie Dickson, "Legal Positivism: Contemporary Debates," in *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, edited by Andrei Marmor, 48-64 (New York: Routledge, 2012): 50. 라즈(Raz)는 법과 도덕의 관계를 중심으로 법실증주의와 다른 법철학적 입장을 비교하는 데 반대하기도 한다. Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 167-168. 반면, 하트(Hart)는 분리가능성 테제를 법실증주의의 핵심으로 이해하였다. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Third Edition (Oxford: Oxford University Press, 2012), 181.

8) Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford: Oxford University Press, 1994), 194-221.

9) Toh, "An Argument against the Social Fact Thesis," 449.

10) 이상영·김도균, 앞의 책, 57-59면; Robert Kolb, *Theory of International Law* (Portland: Hart Publishing, 2016), 106; Andrei Marmor, "What's Left of General Jurisprudence? On Law's Ontology and Content," *Jurisprudence* 10, no. 2 (2019): 161.

11) 이처럼 승인규칙에서 도덕원칙이나 가치를 포함할 수 있다고 인정한다는 점에서 이를 포함적(포용적) 법실증주의(inclusive legal positivism) 또는 연성 법실증주의(soft legal positivism)라고도 한다. 콜먼(Coleman)이 대표적인 포함적 법실증주의자라고 할 수 있다. 이와 달리 라즈는 사회적 사실, 즉 사회적 테제를 강조하는 배제적 법실증주의(exclusive legal positivism)를 주장하였다. 배제적 법실증주

준과 무관하게 법의 사회적 사실 또는 연원에 의해 확인될 수 있다고 하였다. 여기서 하트는 사회적 사실을 승인규칙에 따라 검토하였다. 승인규칙은 어떤 법체계에서 법의 존재를 확인하여 주는 규칙으로서 사회적 사실로 존재한다. 공동체의 승인규칙에서 정한 기준들에 부합하면 그 사회의 법에 해당한다. 따라서 판사는 승인규칙에 따라 인정되는 법을 적용하여야 한다. 이러한 승인규칙은 판사 등 법실무자(legal official)¹²⁾가 어떤 승인규칙을 행위의 기준으로 삼는 사회적 관행이 존재할 때 인정된다. 승인규칙은 법실무자의 실천에 근거한 것으로서 어떤 사회의 법원에 해당하는지는 법실무자가 이를 법원으로 대우하고 있는지에 달려 있다는 것이다. 즉, 승인규칙은 법실무자의 내적 관점에 의해 이를 받아들이는 실천이 있는지에 따라 확인할 수 있다.¹³⁾ 이때 내적 관점은 규칙이 도덕적으로 정당하므로 수용하는 것이 아니라 단지 어떠한 이유에서건 규칙이 행위의 기준에 해당함을 수용한다는 것에 있을 뿐이다.¹⁴⁾ 내적 관점으로 인해 분리(가능성)테제를 유지하면서도 법의 규범성을 설명할 수 있고,¹⁵⁾ 법규범을 다른 규범 또는 단순한 습관과 구분할 수 있게 한다.¹⁶⁾

이처럼 승인규칙을 수용하는 법실무자의 내적 관점이 존재하는 경우 승인규칙이 사회적 규칙으로 존재하고, 이 승인규칙에서 정한 기준에 부합하는 규칙은 그 내용의 도덕적 가치나 정의와 무관하게 공동체의 법에 해당한다.¹⁷⁾ 하트는 그 사후 발표된 글(Hart's Postscript)에서 승인규칙이 일종의 사법 관행적 규칙으로서 법원의 법-확인과 법-적용 활동으로 수용된 것이라면서 사법적 총의의 관행적 형태라고 설명하였다.¹⁸⁾

국제법학에서 하트의 이론을 수용한 다스프레몽(D'Aspremont)은 승인규칙이 기술적 사회학의 인식 수단으로서 법원이론에 따라 법의 존재를 인식하려는 것이라고 설명한다. 따라서 하트의 이론

의에 따르면 도덕적 가치가 법의 존재와 내용 판단에 있어 일정한 역할을 한다면 이는 존재하는 법에 대한 것이 아니라 당위로서의 법에 대한 것이다. Hart, *The Concept of Law*, 203-204; Raymond Wacks, *Philosophy of Law - A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 33; Wacks, *Understanding Jurisprudence*, 122, 126-130; Neil MacCormick, *H.L.A. Hart*, Second Edition (Stanford: Stanford University Press, 2008), 195; Kenneth Einar Himma, "Inclusive Legal Positivism," in *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, edited by Jules Coleman & Scott Shapiro, 125-165 (Oxford: Oxford University Press, 2002): 124-165; Dyzenhaus, "The Genealogy of Legal Positivism," 44; David Lyons, "Principles, Positivism, and Legal Theory," *Yale Law Journal* 87 (1977): 423; Philip Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute," *Michigan Law Review* 75, no. 3 (1977): 473; Toh, "An Argument against the Social Fact Thesis," 454-455; W J Waluchow, "Legality, Morality, and the Guiding Function of Law," in *The Legacy of H.L.A. Hart*, edited by Matthew H Kramer, Claire Grant, Ben Colburn & Antony Hatzistavrou, 85-97 (Oxford: Oxford University Press, 2008): 87-89.

12) legal official는 법공직자, 공무원당당자 등으로 번역되기도 한다. 여기서는 공동체에서 법을 해석하고 적용하는 자를 의미한다는 점에서 법실무자로 번역하여 사용하고자 한다.

13) Hart, *The Concept of Law*, 107-109; Wacks, *Philosophy of Law*, 36-37.

14) Wacks, *Philosophy of Law*, 38; Scott Shapiro, "What is the Internal Point of View," *Fordham Law Review* 75, no. 3 (December 2006): 1161-1162.

15) Dennis Patterson, "Explicating the Internal Point of View," *SMU Law Review* 52, no. 1 (Winter 1999): 69; 김건우, "하트의 내적 관점이란 무엇인가," *법철학연구*, 제16권 제1호 (2013), 117면.

16) Hart, *The Concept of Law*, 89-91. 하트가 20세기 법철학에서 가장 중요한 위치를 차지한 것은 법이 사회적 현상이면서 동시에 규범적 현상이라는 사실을 내적 관점에 근거한 일관된 이론으로 설명하였기 때문이라고 한다. Stephen R. Perry, "Interpretation and Methodology in Legal Theory," in *Law and Interpretation*, edited by Andrei Marmor, 97-135 (New York: Oxford University Press, 1995): 98-99.

17) Hart, *The Concept of Law*, 102-103; Gerald J. Postema, "Legal Positivism: Early Foundations," in *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, edited by Andrei Marmor, 31-47 (New York: Routledge, 2012): 46.

18) Hart, *The Concept of Law*, 256-266.

은 규범에 포함되어야 할 정당한 내용이나 사법적 진실을 발견하기 위한 것이 아니며, 오직 법의 확인을 그 목적으로 한다.¹⁹⁾

다. 켈젠의 순수법이론과 근본규범

하트는 사회적 관행인 승인규칙에 따라 법의 유효성, 그리고 법의 연원을 알 수 있다고 보았지만, 켈젠은 법의 규범성을 승인규칙과 같은 사회적 관행이 아닌 상위규범, 최종적으로 근본규범으로부터 도출하였다. 켈젠은 왜 특정한 사실이나 행위에는 법적 의미가 있는 반면 다른 사실이나 행위에는 그러한 의미가 부여되지 않는지에 대해, 법적으로 가치 있는 사실이나 행위는 다른 규범으로부터 규범성을 부여받기 때문이라고 설명한다. 즉, 규범(하위규범)은 다른 규범(상위규범)으로부터 규범성을 획득하고, 상위규범에 의해 부여된 권한 내에서 규범을 창설한다. 그러므로 국제법질서에서는 관습국제법이나 조약의 규범성은 이러한 법규범의 창설을 위임하는 상위규범을 확인함으로써 알 수 있다.²⁰⁾

또한, 하위규범의 제정이 법실무자의 의사에 기인하므로 실증성을 가진다고 보았다. 법의 실증성은 의지적 활동에 의해 세상에 존재함을 의미하므로 상위규범의 권한 부여에 근거한 법실무자의 의지적 활동에 따라 하위규범이 만들어진다는 점에서 실증성이 인정되는 것이다.

그런데 이처럼 하위규범이 상위규범에 근거하여 규범성을 가지게 된다면, 규범을 거슬러 올라가 최초로 존재하는 규범이 필요하게 된다.²¹⁾ 켈젠은 이를 전제된 규범으로써 근본규범이라고 하였고, 이는 하트의 승인규칙과 유사한 역할을 한다.²²⁾ 이처럼 근본규범과 같은 상위규범에 의해 특정한 사회적 사실에 대해 법규범으로서의 효력이 부여되어 법에 해당하는지를 식별할 수 있다.²³⁾ 도덕은 근본규범에 의해 규범성이 인정되는 법과는 다른 별개의 규범이고, 양자는 서로 독립적으로 작동한다.²⁴⁾ 따라서 법과 도덕 간에는 필연적 연관이 존재하지 않는다.

이처럼 켈젠은 상위규범에서 규범성을 끌어낸다는 점에서 법실무자의 내적 관점에 따라 규칙의 법규범성을 확인하는 하트와 차이가 있다. 하트는 법 그 자체가 아닌 법실무자의 내적 관점이라는 사회적 사실로부터 규범성을 끌어내는 반면 켈젠은 상위규범이라는 다른 규범으로부터 하위규범의 규범성을 끌어낸다. 켈젠은 근본규범을 전제하지만, 하트를 그러한 전제 없이 사회적 관행인 승인규칙에 의존한다. 하트의 경우 법체계 외부의 사회적 사실로부터, 켈젠의 경우 법체계 내에서 규범성의 근거를 찾는다고 볼 수 있다.

이러한 차이에도 불구하고 양자 모두 사회적 사실(법실무자의 의지적 활동 또는 내적 관점에 의해 인정되는 승인규칙에서 정한 기준에 충족하는 사실)에 의해 법의 실증성이 인정되고, 법의 존재와 내용 결정에 있어 도덕적 가치가 필연적 연관성을 가지지 않는다고 본다는 점에서 유사점을 가

19) Jean d'Aspremont, "Herbert Hart in Today's International Legal Scholarship," in *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, edited by Jorg Kammerhofer & Jean d'Aspremont, 114-150 (Cambridge: Cambridge University Press, 2014): 115-116.

20) 최근에도 국제법질서를 설명함에 있어 다른 법실증주의보다 켈젠의 순수법이론이 더 타당하다는 논의가 있다. Jörg Kammerhofer, "Hans Kelsen in Today's International Legal Scholarship," in *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, edited by Jörg Kammerhofer & Jean d'Aspremont, 81-113 (Cambridge: Cambridge University Press, 2014): 81-82.

21) Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, trans. by Max Knight (Berkeley: University of California Press, 1967); Hans Kelsen, 순수법학, 윤재왕 옮김 (박영사, 2018), 89-96면; ., 법철학, 제3판 (박영사, 2007), 236-240면.

22) Marmor, *Philosophy of Law*, 50; Wacks, *Philosophy of Law*, 40-42.

23) 이상영·김도균, 앞의 책, 74-76면; 오세혁, 법철학사, 제2판 (세창출판사, 2012), 322-323면.

24) Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 143-145.

진다.

라. 실증주의 국제법론

20세기 후반 가장 충성스러운 국제법 실증주의자라고 할 수 있는 바일(Weil)은 1983년 발표한 논문²⁵⁾에서 강행규범, 대세적 의무, 연성법 등의 논의로 인하여 국제법의 규범성이 상대화되고 있는 현상을 비판하면서 실증주의를 방어하고자 하였다. 바일은 국제법이 국가의 의사에 의한 것으로 도덕과 무관하고, 존재하는 법과 존재하여야 하는 법은 구분된다고 하였다. 이러한 입장이야말로 국가 간의 협력과 조정을 위한 합리적 수단이라고 설명한다.²⁶⁾ 국제법에 가치적 판단을 연관시키면 국제법규범의 존재, 내용, 지위 및 범위가 불분명해지고, 국가 간 관계를 효과적으로 규율할 수 없다고 보았다.²⁷⁾

이처럼 바일은 국가 간 관계를 효과적으로 규율하기 위하여 법실증주의가 필요하다는 입장인데, 이는 20세기 초반의 대표적인 고전적 법실증주의자인 오펜하임(Oppenheim)도 마찬가지이다.²⁸⁾ 국가 간의 관계를 평화롭게 규율하기 위해서는 법과 비-법을 구분하고, 이를 위해 실증적 방법을 채택할 필요가 있다고 보았다.²⁹⁾ 이러한 맹목한 방법을 통해 국제법에 관한 지식을 널리 보급하고 상호간의 이해를 도모할 수 있다고 한다.³⁰⁾ 실증주의야말로 자유주의적 세계주의를 실현하는데 가장 적합한 법이론이라는 것이다.³¹⁾ 오펜하임 역시 바일과 마찬가지로 법실증주의적 방법이 국제사회의 필요 또는 국제법의 목적을 달성하는 데 더욱 적합하다는 규범적 판단을 하였음을 알 수 있다. 이처럼 국가 간의 평화로운 관계를 규율하기 위하여 법실증주의가 바람직하다는 규범적 입장을 취하였다는 점에서 일종의 규범적 법실증주의라고 부를 수도 있을 것이다.³²⁾

이러한 바일의 태도는 국가의 의사에 국제법의 근거를 두는 전형적인 의사주의적 실증주의라고 할 수 있다.³³⁾ 상설국제사법재판소가 *Lotus* 사건에서 국제법의 근거라고 할 수 있는 국가의 자유로운 의사는 조약 또는 법적 원칙으로 인정되는 관습에 의해 표현되고, 특히 국가의 실행이 법적 확신에 의해 뒷받침되는 경우에만 관습국제법으로 인정된다고 하여 관습국제법 성립에 있어 국가실

25) Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law," *American Journal of International Law* 77, no. 3 (July 1983): 413-442.

26) Weil, "Towards Relative Normativity in International Law," 423.

27) Weil, "Towards Relative Normativity in International Law," 418, 430-432.

28) 오펜하임은 국제법을 단순히 실증도덕이라고 본 대표적인 법실증주의자인 오스틴(Austin)을 극복하고자 노력하였다. Monica Garcia-Salmones Rovira, *The Project of Positivism in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 53-54. 하트는 국제법의 법적 성격을 인정하면서도 이는 일차적 규칙으로만 이루어졌다고 보았다. 이처럼 실증주의적 시각을 취하더라도 국제법을 어떻게 이해하는지는 간단한 일이 아니다.

29) Richard Collins, "Classical Legal Positivism in International Law Revisited," in *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, edited by Jörg Kammerhofer & Jean d'Aprémont, 23-49 (Cambridge: Cambridge University Press, 2014): 34-35.

30) Mathias Schmoeckel, "The Internationalist as a Scientist and Herald: Lassa Oppenheim," *European Journal of International Law* 11 (2000): 699-712.

31) Rovira, *The Project of Positivism in International Law*, 44, 48, 111-113; Monica Garcia-Salmones Rovira, "Early Twentieth-Century Positivism Revisited," in *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 173-191 (Oxford: Oxford University Press, 2016): 180.

32) 오시진, "국제법상 법실증주의에 대한 소고," 국제법학회논총, 제62권 제4집 (2017), 129면 참조.

33) Rovira, *The Project of Positivism in International Law*, 147; Simma & Paulus, "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts," *Studies in Transnational Legal Policy* 36 (2004): 26, 29.

행과 법적 확신이 필요하다고 판단하였을 때³⁴⁾ 이는 고전적 실증주의가 적용된 중요한 사례로 여겨진다.³⁵⁾

그러나 국가의 의사에 집중하는 의사주의적 법실증주의에 대해서는 법실증주의 진영 내에서도 다양한 비판이 있다. 예컨대, 국가가 조약을 체결할 때 특정 사안을 염두에 두고 이 문제를 해결하고자 하는 경우가 일반적임에도 불구하고 애초 예상하지 못한 사안에도 조약이 적용된다고 본다면 이는 의사주의적 법실증주의의 기초에 반한다거나, 관습국제법 확인에 있어 국가의 의사를 직접 확인할 수 없고 추론에 의할 수 밖에 없으며, 나아가 법의 일반원칙은 국내법의 비교를 통해 추론하므로 국가의 의사를 그 기초로 둘 수 없다는 비판이 그것이다.³⁶⁾

이에 국제법과 도덕의 구분이라는 법실증주의의 틀을 유지하면서도 의사주의적 실증주의와 다른 형태의 법실증주의적 시각이 제시되었다. 다스프레몽은 하트의 이론을 받아들여 사회적 승인의 규칙에 따라 국가 이외의 행위자나 국가의 의사와 무관한 법원의 존재를 인정할 수 있다고 하였다.³⁷⁾ 또한, 지마(Simma)와 파울루스(Paulus)는 국제법이 국가의 의사에만 근거를 둘 수 없다면 의사주의적 법실증주의는 거부되어야 하고, 계몽적 법실증주의(enlightened positivism)가 필요하다고 주장하였다.

그런데 지마와 파울루스는 계몽적 법실증주의가 가진 구체적 의미나 내용을 제시하지는 않고, 단지 조약, 관습국제법과 같은 형식적 법원³⁸⁾이 국제법담론의 핵심이라고 하면서도, 도덕적·정치적 요소들의 고려가 법과 전혀 무관한 것이 아니라 법의 일부라고 하였다.³⁹⁾ 만약 이러한 이해가 타당하다면, 도대체 국제법과 도덕의 필연적 연관성을 인정하는 이들의 태도가 애당초 법실증주의에 해당하는지에 의문을 제기할 수밖에 없다. 굳이 선택하면, 하트 등의 포괄적 법실증주의에서 말하는 승인규칙에 따라 설명을 시도하는 것이 가능해 보인다. 앞서도 살펴본 바와 같이 하트는 사회적 규칙인 승인규칙 그 자체에서 도덕적 가치를 포함하고 있다면 법의 존재와 내용을 인식하는 데 도덕적 가치가 일정한 연관을 가질 수 있음을 인정한다. 즉, 판사와 같은 법실무자의 내적 관점에 의해 수용되는 승인규칙에 정의, 형평, 평등 등과 같은 도덕적 가치가 포함되어 있다면, 법의 존재와 내용 판단에 있어 이러한 가치적 요소들이 일정한 역할을 한다. 국제공동체의 승인규칙에 일정한 도덕적 또는 정치적 가치가 포함되어 있으므로 국제법의 존재와 내용을 인식함에 있어 이러한 가치들을 고려할 수 있다는 설명을 시도할 수 있는 것이다.

2. 비실증주의와 필연적연관성 테제

34) *S.S. Lotus (France v. Turkey)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), 18, 28.

35) Ulrich Fastenrath, "Relative Normativity in International Law," *European Journal of International Law* 4, no. 3 (1993): 324; Simma & Paulus, "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts," 25. *Lotus* 사건을 주의 깊게 분석하면 국가의 의사가 절대적이지 않다는 것이 재판소의 태도라는 지적도 있다. Kammerhofer, "International Legal Positivism," 412.

36) Fastenrath, "Relative Normativity in International Law," 325-326.

37) D'Aspremont, "Herbert Hart in Today's International Legal Scholarship," 114-150; Jean d'Aspremont, "Subjects and Actors in International Lawmaking: The Paradigmatic Divides in the Cognition of International Norm-Generating Processes," in *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, edited by Catherine Brolmann & Yannick Radi, 32-55 (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2016): 32-55.

38) 조약이 형식적 법원에 해당하지 않는다는 논의도 있다. Stephen Hall, "The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism," *European Journal of International Law* 12 (2001): 284-286 참조.

39) Simma & Paulus, "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts," 31-32, 45-46.

가. 비실증주의와 도덕적 원리

실증주의와 달리 비실증주의는 도덕적 가치의 고려가 법의 존재 및 내용과 일정한 연관을 가진다고 본다(필연적연관성 테제). 그러나 법과 도덕이 구체적으로 어떤 연관을 가지는지는 비실증주의적 견해를 가진 법률가마다 입장이 다르므로 일률적으로 정리할 수는 없다.

비실증주의자들 중에서도 이성이나 도덕적 원리에 의해 인정되는 규범의 총체인 자연법을 강조하는 과거의 비실증주의적 태도를 지지하는 견해는 더 이상 많지 않을 것이다. 현대의 비실증주의자들은 대체로 실정법의 중요성 자체는 도외시하지 않으면서도 실정법의 바탕이 되는 도덕적 원리가 실정법을 지도하며, 이러한 도덕적 원리 역시 법에 해당한다고 본다.⁴⁰⁾ 이들은 법이 본질적으로 어떤 선하고 정의로운 것을 추구하는 도덕적인 특질을 가지므로 법의 본성에 있어서도 이러한 도덕적 특성을 고려해야 한다고 보고 있다.⁴¹⁾

나. 라드브루흐의 비실증주의

라드브루흐(Radbruch)는 원래 시간이나 장소와 무관하게 타당한 법의 내용은 존재하지 않는다고 보았다. 특정한 관점에 대해 절대적 가치를 부여하지 않는 것이다. 이는 여러 가능성 사이의 선택은 개인적 양심에 따른 결단이라고 본 상대주의적 법철학이라고 할 수 있다. 이러한 상대주의는 선형적으로 타당한 법의 내용이 존재하지 않는다고 보기 때문에 법의 근거를 일정한 권위에 의존하고, 실증주의와 연결될 수밖에 없다.⁴²⁾ 존재와 당위를 분명하게 구분하는 신칸트주의적 접근법을 취하게 되는 것이다.⁴³⁾

그런데 2차 세계대전 당시의 부정의한 법의 문제가 대두되자 종전의 법실증주의에 대한 반성적 고려에서 이 문제를 해결하기 위하여 부정의한 법의 효력을 부인할 수 있다는 논의에 이르게 된다.⁴⁴⁾ 통상적인 경우 설사 실정법에 하자가 있다 하더라도 법적 안정성의 요청이 정의보다 우선하지만, 실정법의 하자가 도저히 감당할 수 없는 수준에 이르면 정의가 우선하고, 나아가 정의의 핵심인 평등이 전적으로 부정된 실정법은 법의 본성 그 자체를 갖추지 못한 것이어서 법이라고도 할 수 없다고 주장하였다.⁴⁵⁾

40) 이상영·김도균, 앞의 책, 109-110면; Suri Ratnapala, *Jurisprudence* (Melbourne: Cambridge University Press, 2009), 157.

41) Murphy, *What Makes Law*, 45-46.

42) 최종고, 앞의 책, 261-264면; 오세혁, 앞의 책, 298-302면; 윤재왕, “법철학과 사회법 - 라드브루흐의 사회적 법사상을 중심으로,” *안암법학*, 제37권 (2021), 351-354면. 오귀스트 콩트(Auguste Comte)의 실증주의 철학에 대한 다음과 같은 설명도 참조. “... ‘실증적’이라는 단어는 오늘날 도처에서 ‘유기적’, ‘정확한’, ‘유용한’, ‘현실적’이라는 단어와 구분되지 않는 것과 마찬가지로 ‘상대적’이라는 단어와도 분리될 수 없다.” 김덕영, *사회의 사회학: 한국적 사회학 이론을 위한 해석학적 오디세이* (도서출판 길, 2016), 87-88면.

43) Ulfried Neumann, “신칸트주의 법철학에서 ‘방법이원주의’ - 존재와 당위의 관계에 대한 구스타브 라드브루흐의 입장,” 윤재왕 옮김, *법철학연구*, 제20권 제1호 (2017), 336-338면.

44) 최종고, 앞의 책, 266-267면; 최봉철, “사악한 법의 효력,” *성균관법학*, 제32권 제4호 (2020), 141-144면. 이는 부정의한 법은 법이라고 부를 수 없다는 아퀴나스(Tomas Aquinas)의 주장과 일맥상통한다. 라드브루흐는 아퀴나스의 입장을 이어받았다고 말할 수 있다. Wacks, *Philosophy of Law*, 5-6; Philip Soper, “In Defense of Classical Natural Law in Legal Theory: Why Unjust Law is No Law at All,” *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 20, no. 1 (January 2007): 201-202.

45) Gustav Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946),” trans. by

소위 라드부르후 공식(Radbruch doctrine)이라고 불리는 이러한 입장은 2차 세계대전 이후 정의에 전적으로 부합하지 않는 실정법의 효력을 부인하여야 한다는 비실증주의의 대표적인 경우라고 할 수 있다.⁴⁶⁾ 이러한 비실증주의적 입장에 따르면, 도덕적 원리나 정의에 현저하게 부합하지 않는 조약 등 실정법은 그 자체로 법이라고 할 수 없거나(법으로서의 성격 부인) 그 정도에 이르지 않는다 하더라도 실정법보다 정의가 더 우선하는 경우가 있을 수 있다(법으로서의 효력 부인). 그러므로 판사는 정의에 부합하지 않는 실정법에 따라 재판해서는 안 되고, 만약 정의에 부합하지 않는 실정법에 따라 재판을 한다면 이는 법을 적용한 것이라고 말할 수도 없다.

다. 라우터팩트의 비실증주의적 관점

현대적인 비실증주의가 주로 2차 세계대전 이후 등장한 것으로 설명되기도 하나,⁴⁷⁾ 이미 1차 세계대전 이후 라우터팩트(Lauterpacht)는 의사주의적 법실증주의가 논리적으로 일관되지 않다고 지적하였다. 라우터팩트에 의하면, 국가의 의사가 국제법의 원천이라는 실증주의는 왜 국가의 의사가 법적 구속력을 가지는지 경험적으로 설명하지 못한다. 그러므로 ‘약속은 지켜져야 한다’(pacta sunt servanda)와 같이 국가의 의사와 무관하게 존재하는 규범이 있어야 한다고 하였다.⁴⁸⁾ 그러나 이러한 설명만으로는 라우터팩트가 비실증주의를 취했다고 말하기는 어렵다. 실증주의자인 켈젠 역시 실정법의 전제로서, 실정법에 규범력을 부여하는 규범인 근본규범의 존재가 전제된다고 말한 바 있기 때문이다.⁴⁹⁾ 실제로 라우터팩트는 국가 의사와 무관하게 선형적으로 존재하는 규범으로서 ‘약속은 지켜져야 한다’를 설명하면서 켈젠의 견해를 인용하기도 하였다.⁵⁰⁾

라우터팩트의 비실증주의적인 면모는 법의 일반원칙이 국가의 동의나 실행과 무관하게 국제법의 일부를 구성하고,⁵¹⁾ 법의 문언보다 해석의 중요성을 강조하여 법이란 이를 어떻게 해석하느냐에 달려 있다고 보았다는 데서 나온다.⁵²⁾ 라우터팩트는 설사 사안에 적용되는 명시적 법규칙이 없더라도 해당 사안에 적용될 사법적 해결책을 도출할 수 있고, 이때 유추, 국제법의 일반원칙, 법의 일반원칙, 상반되는 주장들에 대한 사법적 판단에 따른 규칙 발견, 국제공동체의 필요성 등에 의존할 수 있다고 보았다.⁵³⁾

또한, 그는 국제법과 정의가 충돌한다고 보지 않았다. 특정한 법규칙이 부정의한 경우라 하더라도

Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies* 26, no. 1 (Spring 2006): 7.

46) Ratnapala, *Jurisprudence*, 163-164; Andreas Funke, “라드부르후의 법개념들, 그 신칸트주의적 배경과 국가법적 맥락,” *이계일 옮김, 법철학연구*, 제20권 제2호 (2017), 418-419면; 이재승, “라드부르후 공식,” *법철학연구*, 제7권 제1호 (2004), 101-104면.

47) 최종고, 앞의 책, 273-276면; Arthur Kaufmann, *법철학*, 김영환 옮김 (나남, 2007), 95면.

48) Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 426-428. 이 책은 1993년 최초 발간되었다.

49) 다만, 켈젠의 근본규범이 그로티우스(Grotius)의 이론에 입각한 것으로 그 성질상 자연법적인 것이라고 설명하는 문헌으로는 장준호, “국제규범의 근거에 관한 법철학적 고찰,” *국제정치논총*, 제46집 제1호 (2006), 47면.

50) Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 427. 이에 관한 켈젠의 설명은 다음과 같다. “The reason for the validity of the legal norms of international law created by treaty is this custom-created norm. It is usually formulated in the sentence: *pacta sunt servanda*.” Kelsen, *Pure Theory of Law*, 365.

51) Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 429.

52) Martti Koskeniemi, “Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law,” *European Journal of International Law* 8, no. 2 (1997): 219.

53) Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 113-143.

도 법(체계)의 목적, 권리남용이나 형평 등과 같은 관념에 따라 그러한 부정의를 완화할 수 있기 때문이다.⁵⁴⁾ 이처럼 사안에 적용할 명시적 법규칙이 존재하지 않거나, 법규칙이 모호하거나 때로 부당하게 보일 때에는 법의 일반원칙, 국내법의 유추 등과 같은 이름으로 도덕이 나서 사안을 해결할 도구를 제공한다는 것이다.⁵⁵⁾ 이러한 점들로 인해 라우터팩트의 관점과 뒤에서 살펴볼 드워킨(Dworkin)의 그것이 중요한 부분에서 일치한다고 설명되기도 한다.⁵⁶⁾ 라우터팩트는 국제법의 기능과 목적을 충족하기 위한 방향으로 국제법을 해석한다고 보고, 국제법이 평화의 유지와 근본적인 인권의 보호를 증진하는 방향으로 기능하여야 한다고 하여 법과 도덕의 필연적 연관성을 인정하였다는 점에서 해석주의적 관점과의 유사성을 인정할 수 있는 것이다.⁵⁷⁾

라. 해석주의

해석주의의 주창자인 드워킨은 승인규칙에 의한다면 법으로 인정되지 않는 도덕적 가치도 실제로는 그 내용상의 정당성으로 인해 법으로 인정되는 경우가 있으므로 승인규칙에 의해 법의 존재와 내용이 결정된다는 하트의 견해를 비판하였다. 법적 권리와 의무의 근거를 설명함에 있어 도덕적 요소를 고려하지 않아야 한다는 태도에 근본적으로 반대하고,⁵⁸⁾ 법은 해석적 개념으로 언제나 도덕을 포함한 평가적 요소가 고려되는 문제라는 것이다.⁵⁹⁾ 이에 따르면, 조약이나 관습국제법 등이 전제하거나 그로부터 유래하는 법원리로서 종전의 정치적 결정들을 최선의 모습으로 보이도록 정당화할 수 있는 도덕적 원리 역시 법에 포함된다. 이 견해는 법체계 내에는 특정 기준을 충족하면 존재한다고 여겨지는 규칙 뿐만 아니라 그러한 규칙의 배후 또는 법체계 전체에 존재하는 법원리가 존재한다고 본다. 여기서 법원리는 종전의 정치적 결정 또는 법실천과 연관된다는 점에서 사회적 사실과 관련이 있지만, 여기에 그치지 않고 종전의 법실천을 도덕적 원리에 따라 정당화한다는 점에서 도덕과도 연관이 있다. 이로 인해 법원리는 사회적 사실 뿐만 아니라 도덕적 가치와도 일정한 관련을 가진다.

다만, 드워킨의 법철학이 도덕 내지 정의의 요청과 종전의 정치적 결정 또는 법실천의 내용을 일치시켜야 한다는 것이 아니다. 해석대상인 종전의 법실천을 통합성 있는 법 개념에 따라 해석해야 한다는 것이다. 판사 등 법실무자가 국제법을 해석함에 있어 종전의 법실천에 부합하면서도 최선의 것으로 보일 수 있도록 정당화함으로써 도덕적 가치가 법의 존재와 내용에 영향을 미치는 것이다.⁶⁰⁾

국제법학에서도 드워킨의 관점에 따라 또는 이를 참고하여 국제법 현상을 설명하려는 시도들이 있다. 예컨대, 타시올라스(Tasioulas)는 드워킨의 해석주의에 따라 국제법의 상대적 규범성과 국제사법재판소의 *Nicaragua* 사건 판결을 검토하였다.⁶¹⁾ 반테카(Banteka)는 드워킨의 구성적 해석 이

54) Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 254-355.

55) Koskenniemi, "Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law," 259.

56) Patrick Capp, "Interpretivism," in *Concepts for International Law*, edited by Jean d'Aspremont and Sahib Singh, 566-576 (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2019): 566.

57) Patrick Capp, "Lauterpacht's Method," *The British Yearbook of International Law* 82, no. 1 (2012): 249; Capps, "Interpretivism," 573-576.

58) Nicos Stavropoulos, "The Debate That Never Was," *Harvard Law Review* 130, no. 8 (June 2017): 2087-2088.

59) Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986), 410-411.

60) Ratnapala, *Jurisprudence*, 181 참조. "The judge's duty is not to align the law with public morality but to give an interpretation that maintains the integrity of law."

론을 근거로 관습국제법의 존재와 내용을 확인함에 있어 연역적 방법과 귀납적 방법을 조화롭게 바라볼 수 있는 시각을 제시하고자 시도하였다.⁶²⁾ 또한, 로버츠(Roberts)는 롤즈(Rawls)의 반성적 평형(reflective equilibrium)의 입장에서 해석주의에 따라 관습국제법에 대한 전통적인 접근법과 현대적 접근법에 대한 시사점을 제공하고 관습국제법의 유동적 성격을 강조하였다. 로버츠는 관습국제법의 성립요소 중 국가실행을 보다 강조하는 전통적 접근법과 법적 확신을 더 강조하는 현대적 접근법을 대별하고, 각각의 접근법을 대립적 관점에서 검토하기보다는 해석주의에 따라 양 접근법을 조화롭게 설명하고자 하였다.⁶³⁾

3. 소결

가. 법실증주의의 가치와 한계

법실증주의는 법의 존재와 내용을 최대한 명확하게 이해할 수 있게 하여 예측가능성을 도모함으로써 국가 간의 관계를 효율적으로 규율하기 위해서는 법과 도덕의 구분이 필요하다는 관념을 기초로 한다. 도덕적 또는 정치적 가치를 배제하고 경험적으로 확인할 수 있는 사실만을 법으로 인정하고자 하는 법실증주의의 기본관념은 충분히 고려할 가치가 있다. 특히 도덕적 가치판단은 판단하는 사람마다, 해석자마다 다를 수 있으므로 도덕적 가치에 따른 법적 판단은 보편성과 객관성을 결여할 위험이 있다는 지적도 있을 수 있다.

그럼에도 불구하고 법실증주의의 현실에서는 법적 논증의 과정에서 경험적 사실에만 국한하기 어려운 도덕적 가치판단이 다양하게 이루어지고 있음을 무시할 수 없다. 특히, 법텍스트에 대해서는 다양한 해석이 존재할 수 있다는 점은 법실증주의자들도 인정할 터인데, 이러한 다양한 해석 중 무엇이 정당한지에 대해 법텍스트 그 자체는 정확한 해답을 제공하기 어렵다. 법텍스트 그 자체에서 정답을 찾을 수 없다면 그 법텍스트가 아닌 다른 요인들에 대한 고려를 통해 어떠한 해석이 정당인지 밝혀야 한다. 그러므로 법적 논증에서 일정한 가치평가는 피할 수 없는 문제이다.⁶⁴⁾ 관습국제법의 성립을 위한 국가실행과 법적 확신의 존재 여부를 판단하기 위한 경험적 사실의 확인에서도 취사선택의 문제가 발생한다. 나아가 국가의 행위나 발언과 같은 경험적 사실로부터 규범으로서의 관습국제법을 도출함에 있어서는 평가적 요소가 개입할 수밖에 없다.⁶⁵⁾

또한, 국제연합 회원국만 193개국에 이르고, 이들 국가의 문화, 역사, 종교, 나아가 경제적·이념적·정치적 상황이 다른 현재에도 관습국제법을 형성할 수 있는 공통의 관념이나 실행이 존재한다고 할 수 있을지, 또는 일관되고 광범위한 국가실행이 존재할 수는 있는 것인지에 대해 의문이 있을 수밖에 없다. 이런 상황에서 국가의 의사를 국제법 규범성의 근거로 삼는다면 다양한 국제법 규칙의 존재가능성을 거부하는 것이나 마찬가지이다.⁶⁶⁾ 그리고 국제법에 대한 국가의 입장, 태도 또는

61) John Tasioulas, "In Defence of Relative Normativity" *Communication Values and the Nicaragua Case*, *Oxford Journal of Legal Studies* 16, no. 1 (Spring 1996): 111-115.

62) Nadia Banteka, "A Theory of Constructive Interpretation for Customary International Law Identification," *Michigan Journal of International Law* 39, no. 3 (Fall 2018): 301-342.

63) Anthea Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law, A Reconciliation," *American Journal of International Law* 39, no. 3 (Fall 2018): 301-342. 로버츠는 이를 반성적 해석주의적 접근(reflective interpretive approach)이라고 말하였다. *ibid.*, 781.

64) Fastenrath, "Relative Normativity in International Law," 316 참조.

65) 국가의 행위 그 자체는 국제법의 존재나 내용에 대해 아무런 말을 하지 않는다. 어떤 특정한 국가의 행위가 국가실행에 해당하는지, 해당한다면 그 구체적인 내용이 무엇인지에 대해서는 해석이 필요하다.

신념이라는 것이 현실적으로 확인될 수 있는 고정된 실체가 있는지도 의문이다. 일부 강대국들의 실행과 의견은 다른 국가들의 그것보다 더 중요하게 고려되는 것이 사실이다. 또한, 어떤 국가의 정치지도자가 교체되면 그 국가의 국제법규범에 대한 태도가 달라지는 경우도 있다. 공무원 등과 같은 대표자에 의해 실제 수행되는 어떤 국가의 행위(67)가 규범적 의도와 연관되어 있다고 볼 만한 자료도 별로 없다.(68)

법실증주의적 관점을 국제법질서에 일관되게 적용할 수 없다는 점은 강행규범의 예에서 더 분명히 확인할 수 있다. 강행규범과 같이 다른 규범에 우선하는 국제법의 존재는 결국 국제법의 내용에 따라 규범력의 정도가 다를 수 있다는, 즉 상대적 규범성의 존재를 알 수 있게 한다. 국제사회 현실에서 국제법의 상대적 규범성은 예외라기보다는 오히려 원칙적인 모습에 가깝다.(69) 설사 강행규범의 근거를 개별 국가의 의사가 아닌 국제공동체의 의사에 둔다고 하더라도,70) 도대체 국가의 의사에 의해 만들어진 조약과 관습국제법에 우선하는 규범으로서 강행규범을 인정하기 위해서는 그 내용의 도덕적 가치와의 연관성 하에서 검토하지 않으면 안 된다.71) 동일한 연원(국가실행, 조약 체결 등)에 의해 인정되는 법규범 중 왜 일부는 다른 규범보다 우선하는 효력을 가지는지에 대해 국가실행이나 조약 체결과 같은 사회적 사실만으로 모두 설명할 수는 없는 것이다.

그리고 경험적 사실을 증시하는 실증주의적 설명은 결국 그 가설을 경험적으로 증명할 수 있는지에 따라 타당성을 판단할 수 있다.72) 그런데 국제재판에서 선례는 그 자체로 법원에 해당하지 않는다는 것이 일반적이다. 국제법원에 규범력 있는 선례를 만들 수 있는 권한을 부여하는 상위규범도 존재하지 않는다. 그럼에도 불구하고 국제재판에서의 선례가 일정한 규범력을 획득하는 현상이 실제로 존재하는데, 최소한 국제재판의 맥락에서는 하트와 같은 환원주의적 설명은 선례의 규범적 영향력에 대한 설명을 제공하기가 어렵다.

나. 어떤 비실증주의인가 - 불법논변과 원리논변

라드브루흐 공식에 따르면 실정법의 내용이 정의의 요청에 현저히 반할 때는 법으로서의 성격이 부인된다.73) 그에 비해 해석주의는 실정법을 포함한 종전의 법실천에 대한 법적 논증 과정에서 도

66) Anthony D'Amato, "The Concept of Special Custom in International Law," *American Journal of International Law* 63, no. 2 (April 1969): 211.

67) Vaughan Lowe, *International Law: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 40.

68) 심지어 행위자가 자신의 행위 동기나 상대방의 행위 동기를 허위재현하는 경우도 있다. 미국의 이라크 침공의 동기를 포함하여 행위자의 비언어적 행위가 그들이 공언한 동기와 일치하는가 등 허위재현에 대한 논의는 Jon Elster, 사회적 행위를 설명하기 1, 김종엽 옮김 (그린비, 2020), 114-125면.

69) Mattias Goldmann, "Relative Normativity," in *Concepts for International Law*, edited by Jean d'Aspremont & Sahib Singh, 740-759 (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2019): 740, 759.

70) Tasioulas, "In Defence of Relative Normativity," 85 참조. 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제53조 역시 강행규범을 공동체의 의사에 그 근거를 두고 있는 것으로 보인다.

71) Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law," 783; David P. Fidler, "Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law," *German Yearbook of International Law* 63, no. 2 (April 1969): 211.

72) Richard Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory," *Journal of Legal Studies* 8, no. 1 (January 1979): 110.

73) 하트는 법과 도덕이 필연적으로 연관되어 있지 않다고 보지만, 도덕적 근거로 정의에 반하는 법을 준수하지 않을 가능성을 부인하지 않는다. 이러한 하트의 입장에 따르면, 판사는 실정법이 정의에 현저히

덕적 가치판단이 이루어질 수밖에 없고, 이러한 해석의 결과물을 법으로 보기 때문에 법과 도덕은 늘 연관성을 가진다. 따라서 실정법이 정의에 현저히 반하는 경우 그 효력을 부인하는 라드브루흐의 그것과는 접근방법이 다르다. 라드브루흐 공식과 같은 입장을 도덕적 여과(moral filter) 또는 불법논변(argument from injustice), 해석주의와 같은 입장을 도덕적 독해(moral reading) 또는 원리논변(argument from principles)이라고 부르기도 한다.

그런데 우리가 특정한 법적 쟁점을 판단할 때 아무런 가치판단 없이 특정한 기준(현저한 부정의)에 부합하는지 여부만을 고려하지는 않을 것이다. 비록 현저한 부정의에 해당하지 않음이 명백한 사안(사실 대부분의 국제법 사안이 그럴 것이다)이라 하더라도 당사자들의 주장이 충돌할 때는 이에 대해 일정한 평가를 하고, 도덕적 가치평가가 그 판단 과정에 개입할 수 있다. 국제법의 내용이 매우 부정의할 때만 도덕이 개입하고, 그 이외에는 도덕이 아무 역할을 하지 않는다고 보는 것은 타당하지 않다. 뿐만 아니라 라드브루흐 공식과 같이 현저한 부정의에 해당하여 법의 효력을 부정해야 하는지 또는 부당하지만 현저한 부정의에는 해당하지 않아 법의 효력을 인정해야 하는지를 판단하기 위해서도 규범적 가치판단을 하게 된다. 그러므로 도덕적 여과 또는 불법논변 보다는 도덕적 독해 또는 원리논변이 더 타당하다고 본다. 이러한 원리논변에 따르면 도덕적 고려는 법을 해석함에 있어 언제나, 명시적으로 또는 묵시적으로, 일정한 역할을 하여 법문언의 불명료함과 모호함을 해소하고, 명시적 법규칙이 없는 경우에도 사안을 해결할 수 있는 이론적 기초를 제공한다.

또한, 종전의 법실천에 내재되어 있는 법원리와 종전의 법실천을 구성적으로 해석하는 태도를 중시하는 해석주의, 특히 드위킨의 법철학은 법을 대하는 태도에 대한 것이지 특정한 선제적 가치의 실현을 목적으로 하는 것이 아니다. 따라서 특정한 판사나 법률엘리트가 가질 수 있는 특정한 가치에 따라 사안을 해결하는 도덕주의적 자연법론⁷⁴⁾으로부터 일정한 거리를 둘 수도 있다.

그리고 단순히 종전 법실천과의 부합만이 아니라 법실천의 가치와 목적에 따른 정당화가 포함된 법적 논증을 강조하는 해석주의는 국제법의 기능과 목적에 부합하는 해석을 가능하게 해준다. 자신 앞의 분쟁을 판단하는 국제법원 판사의 시각에서 보면 이 점이 더 분명해진다.⁷⁵⁾ 대부분의 판사는 심증판구 실정국제법에서 출발할 것이다. 문제되는 조약의 문언을 확인하거나 국가실행이 있는지 살펴볼 것이다. 조약 문언의 해석이나 관습국제법의 존재에 대해 대답하는 당사자들의 주장을 주의 깊게 청취하고, 유사한 사안을 판단한 선례가 있는지 살펴볼 것이다. 판사 자신이 받은 법학 교육이나 그동안의 직업적 경험 등 다양한 요소에 따라서 가지게 된 시각에 바탕하여 문제를 바라보고 해당 사안에 적용할 수 있는 답을 찾기 위해 노력할 것이다. 판사들은 복잡한 개념에 대해서도 상당히 익숙하므로 꽤 많은 쟁점에 대해 상대적으로 쉽게 결론에 도달하겠지만, 또 다른 많은 쟁점에 대해서는 쉽게 결론을 내지 못할 것이다.

반할 때는 이 법을 준수하지 않아도 된다고 판단하는 것이 가능하다. 여기서 준수되지 않는 실정법은 여전히 법에 해당한다. 즉 현저한 부정의는 도덕의 문제일 뿐 법의 문제는 아니다. 반면 라드브루흐 공식에 따르면 그 실정법의 법적 유효성을 부인하므로 법 그 자체에 해당하지 않는다. 따라서 현저한 부정의는 도덕의 문제이자 동시에 법의 문제이다. Alexy, *The Argument from Injustice*, 44-45, 48 참조.

74) 이에 대한 설명은 이상영·김도균, 앞의 책, 140-14면 참조.

75) 해석주의는 법이론과 재판이론을 명확히 구분하지 않는다. 해석주의에 영향을 준 가다머 등의 철학적 해석학은 개인이 처한 구체적 상황에서 텍스트를 해석하여 적용하는 것을 중요하게 본다. 이러한 해석학의 입장에서는 단순히 추상적으로 법텍스트를 검토하는 것으로 충분하지 않고, 판사가 구체적 사안에서 법텍스트를 해석하는 것이 중요하다고 본다. Jens Zimmermann, *Hermeneutics - A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 51-53; Jean Grondin, "Gadamer's Basic Understanding of Understanding," in *The Cambridge Companion to Gadamer*, edited by Robert J. Dostal, Chapter 2 (Cambridge: Cambridge University Press, 2002). 이런 점에서 해석주의가 법이론과 재판이론을 명확하게 구분하지 않는 취지를 이해할 수도 있다.

그러나 판사는 어느 시점에서는 문제 해결을 위한 답을 제시해야 한다. 바로 그 답이 법의 내용이라고 보기 때문이다. 비록 실정국제법에서 시작하지만, 거기에 그치지 않고 당사자들의 주장에 대한 검토를 포함한 법적 논증을 거쳐 도출한 법명제가 바로 법의 내용이고 진실하다고 본다. 따라서 실정국제법은 해석이 필요 없거나 문언이 모호한 경우에만 해석이 필요한 사회적 사실로서만 다가오는 것이 아니다. 판사의 법적 판단은 단순히 사회적 사실에 의해 인정되는 법규칙을 적용하는 것이 아니라 과거의 법실천을 현재 관점에서 바라보는 해석행위라고 해야 한다.⁷⁶⁾

국제법원의 판사는 법실천 그 자체의 참여자로서 법실천의 일부일 뿐만 아니라 그로부터 영향을 받는다. 이미 종전의 법실천에 참여하면서 그리고 그로부터 영향을 받아 형성하게 된 시각에 따라 실정국제법을 바라본다. 그러므로 실정국제법은 이미 일정 부분 ‘해석된’ 상태로 다가온다. 물론 이러한 ‘선이해’⁷⁷⁾에 따라 실정국제법을 최초로 받아들여더라도 해석자는 해석 시점에서의 상황에 따라 종전의 법실천을 다시 바라본다. 이러한 주관적·경험적 요소가 때에 따라 남용될 수도 있겠지만 그렇다고 하여 이런 요소들이 법적 논증에서 역할을 하지 않는다고 말하는 것은 현실을 무시하는 것이다.⁷⁸⁾ 국제사법재판소 역시 해석대상인 조약의 체결 당시 상황 뿐만 아니라 조약 체결 이후 등장한 새로운 규범과 기준을 고려하여 해석하여야 한다고 하였는데,⁷⁹⁾ 이 역시 조약 체결 당시가 아닌 현재의 관점에서 해석이 이루어진다는 점을 말하는 것이라 할 수 있다.

76) Zimmermann, *Hermeneutics*, 108-110. “[A] legal judgment involves more than the mere application of rules. Legal rules is an act of interpretation in which a judge establishes the meaning of legal texts by ‘translating’ them from their particular historical context into the present.”

77) 이상돈, 법철학 (법문사, 2003), 131면은 선이해를 다음과 같이 설명한다. “선이해는 이해의 주체조차 의식하지 못하지만, 이해의 내용과 방향을 실질적으로 제약하는 요소들을 가리킨다. 이해의 주체가 살면서 겪은 경험이나 사회화 과정 또는 그가 처해 있는 역사적 의미맥락 등과 같이 이해를 제약하는 요소들은 매우 다양한 영역과 다원적인 차원에 걸쳐, 정형화할 수 없는 방식으로 생성되고 변화하며 그리고 소멸되어간다.” 그리고 Jürgen Habermas, 사실성과 타당성: 담론적 법이론과 민주적 법치국가 이론, 한상진·박병도 옮김 (나남, 2007), 274면도 참조. “해석은 우선 특정한 평가를 담고 있는 선이해로 시작한다. 이 선이해는 규범과 사태 사이에 미리 특정한 관계를 설정하고 이를 통해 차후의 상관적 관계를 위한 지평을 연다. 초점이 흐리던 최초의 선이해는, 그것의 인도를 받아 규범과 사태가 서로를 구체화하고 구성하는 정도만큼, 좀 더 정확해진다.”

78) 인간은 역사적 존재로서 역사 안에 위치하고, 그러한 ‘전통’ 아래에서 형성한 ‘선입견’이 이해의 조건이 된다. Karl Simms, *Hans-Georg Gadamer* (Abingdon: Routledge, 2015), 77-78; Zimmermann, *Hermeneutics*, 14-16, 36-37, 39-43; 이남인, 현상학과 해석학 (서울대학교출판문화원, 2004), 235-244면 참조.

79) Philippe Sands & Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law*, Fourth Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 109 참조.

III. 해석주의와 국제재판

1. 해석주의의 주요 내용

가. 해석적 개념으로서의 법과 해석적 태도

해석주의의 주요 주장 중 하나는 법실증주의가 말하는 것처럼 법이 가치와 무관한 중립적·기술적 개념이 아니라 해석적 개념이라는 것이다.⁸⁰⁾ 드워킨은 개념을 기준적 개념(criterial concepts),⁸¹⁾ 자연적 개념(natural kind concepts)⁸²⁾ 및 해석적 개념(interpretive concepts)으로 구분한다.⁸³⁾ 해석적 개념은 해석자들이 그 개념을 비록 공통으로 사용하지만 이를 결정하는 기준에 대해 모두 동의하지 않는다. 어떤 개념의 특정 측면에 동의하므로 논쟁할 수 있지만, 이는 개념의 내용이나 적용을 정하는 결정적 기준이라 할 수 없으므로 기준적 개념이나 자연적 개념과는 다르다. 이러한 점에서 개념(concepts)과 개념에 대한 관점(conceptions)⁸⁴⁾은 구분된다. 설사 어떤 개념(예컨대, 민주주의, 정의, 공정)의 존재에 동의하더라도 그 내용에 대해서는 해석자마다 다른 관점을 가진다. 그러므로 예컨대 관습국제법이 국가실행과 법적 확신에 의해 성립한다는 진술 그 자체는 광범위한 지지를 받을 수 있지만, 이를 바탕으로 구체적으로 어떤 경우에 국가실행과 법적 확신이 존재할 수 있다고 볼 수 있는지 그리고 국가실행과 법적 확신의 관계 등에 대해서는 다양한 관점이 존재할 수 있다.

이처럼 법은 해석적 개념이므로 해석자는 일정한 해석적 태도를 보인다. 그러므로 법실천의 참여자는 규칙을 단순히 기계적으로 적용하는 것이 아니라 규칙이 가진 목적에 따라 어떤 의미를 부여함으로써 이 규칙을 최선의 것으로 보이게 한다. 이처럼 해석자가 가진 해석적 태도로 인하여 규칙의 가치·목적과 그 내용이 관련을 가지게 된다.⁸⁵⁾ 법을 해석적 작업이라고 한다면 법명제가 진실한지 확인하기 위해서는 그 해석대상에 대해 해석적 태도를 가질 수밖에 없다.⁸⁶⁾

나. 구성적 해석과 견해의 불일치

법을 해석적 개념이라고 할 수 있다면 과연 해석이 무엇인가에 대한 설명도 필요하다. 드워킨은 법과 같은 사회적 실천을 해석할 때는 대화적 해석⁸⁷⁾이나 과학적 해석⁸⁸⁾이 아니라 예술적 해석방

80) Dworkin, *Law's Empire*, 12.

81) 어떤 기준에 따라 개념을 설명하는 경우이다. 삼각형은 세 개의 직선으로 된 도형이라는 기준을 충족하면 성립한다는 점에서 기준적 개념이다.

82) 비록 그 개념을 설명하기 위한 기준에 모든 사람이 동의하지는 않더라도, 그 대상이 자연에 존재하기 때문에 대부분 사람이 그 대상에 대해 동의할 수 있는 경우이다. 사자(lion)라는 개념을 말할 때 무엇이 사자의 기준인지에 대해서는 의견이 다를 수 있지만, 사람들은 자연스럽게 그 개념이 무엇인지 안다.

83) Ronald Dworkin, 정의론, 박경신 옮김 (민음사, 2015), 261-265면은 이를 각각 기준 의존적 개념, 자연종 개념, 해석적 개념으로 번역한다.

84) 국내 번역본은 이를 '관념'이라고 번역한다. Ronald Dworkin, 법의 제국, 장영민 옮김 (아카넷, 2004), 110-112면. 여기서는 견해의 차이를 나타내기 위한 목적에서 조금 더 적절해 보이는 '관점'으로 번역하여 사용하고자 한다.

85) Dworkin, *Law's Empire*, 47-49, 122.

86) John Gardner, "Law's Aims in Law's Empire," in *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, edited by Scott Hershovitz, 207-223 (Oxford: Oxford University Press, 2006), 208.

식을 택해야 한다고 보았다.⁸⁹⁾ 사회적 실천의 해석과 예술작품의 해석은 모두 이를 창조한 주체(입법자 또는 예술가)가 아닌 창조한 대상을 해석한다는 점에서 유사하다.⁹⁰⁾ 사회적 실천과 예술작품에 대한 해석은 단순히 인과관계에 대한 것이 아니라 그 사회적 실천과 예술작품의 목적과 깊이 연관된다.⁹¹⁾ 이러한 창조적 해석은 대화적이 아니라 구성적(constructive)이다. 예술가가 창조한 예술작품의 해석에 있어 반드시 예술가의 창작 의도나 생각이 (관련은 있지만) 가장 중요한 것은 아니라는 것이다.⁹²⁾

사회적 실천은, 예술작품과 유사하게, 애초 창조되었을 때와 달리 시간의 경과에 따라 당대의 가치와 문화를 반영하여 바라보게 된다.⁹³⁾ 이와 관련하여 드워킨은 해석자가 해석 대상이 속한 형식이나 장르에서 최선의 것으로 만들기 위해 해석 대상에 목적을 부여한다고 설명한다.⁹⁴⁾ 단순히 사회적 실천이나 법률 문언 그 자체를 묘사하는 것이 아니라 사회적 실천을 정당화하기 위하여 그 실천의 대상과 목적을 확인한다. 이러한 해석을 구성적 해석이라 한다.⁹⁵⁾ 사회적 실천을 해석하는 자는 그 실천에 의해 달성하려는 이익, 목적 또는 원칙 등을 묘사함으로써 그 실천의 가치가 무엇인지 설명한다. 법실천의 기저에 놓인 가치를 확인하는 것은 그 법실천의 존재를 정당화함에 있어 결정적으로 기여한다.⁹⁶⁾

87) 대화 상대방 발언의 의미를 탐구하는 해석이다. 따라서 그 발언을 해석하는 자보다는 대화 상대방(말을 한 사람)의 의사가 핵심이다. 특히 대화적 해석에서는 대화 상대방이 진정으로, 내적으로, 실제로 의미하는 바가 무엇인지 아는 것이 중요하다.

88) 과학적 연구 대상에 해당하는 자료가 의미하는 바를 탐구하는 해석이다. 해석하는 자의 의사나 가치보다는 연구대상인 자료가 뜻하는 바가 무엇인지 확인하는 것이 중요하다.

89) 법과 예술을 비유하는 것에 반대하는 견해로는 Marmor, "What's Left of General Jurisprudence," 163. 그러나 예술작품이나 문학의 해석에 대한 설명을 법의 해석에 적용하는 것이 해석주의의 전유물은 아니다. 법실증주의자인 라즈 역시 비록 예술작품과 법 양자를 직접 비교할 수 있는지에 대해서는 유보하는 태도를 보이면서도, 예술작품의 해석에 있어 작가의 의사를 탐구하는 고고학적 방식의 해석이 타당하지 않다고 말한 바 있다. Joseph Raz, "Interpretation without Retrieval," in *Law and Interpretation*, edited by Andrei Marmor, 155-174 (New York: Oxford University Press, 1995).

90) 이처럼 드워킨은 인간이 해석 대상인 사회적 실천을 창조하였다고 하였는데, 인간이 만든 법을 해석의 대상으로 본다는 점에서 순수한 자연법주의와는 구별된다.

91) Dworkin, *Law's Empire*, 50-51; Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge: Harvard University Press, 1985), 154-158. 이는 법실천이 단순히 객관적으로 존재하는 사실을 확인하는 것이 아니라 끊임없이 해석과 논증이 필요하다는 점에 기인한다. Ralph G. Steinhardt, "Believers Inside the Tent: Ronald Dworkin's Evangelism and Law's Empire - A Review of *Law's Empire*," *George Washington Law Review* 56, no. 2 (January 1988): 431.

92) 텍스트는 저자와는 따로 그리고 홀로 존재한다(자기소외). 리코르(Ricoeur)가 말한 것처럼 "저자는 이제 대답할 수 없고, 남은 일은 그의 작품을 읽는 것이다." 리코르는 텍스트의 자기소외가 삼중으로 발생한다고 하였다. 저자로부터의 소외, 텍스트가 만들어진 당시의 독자로부터의 소외, 그리고 텍스트가 만들어진 당시의 상황과 환경으로부터의 소외가 그것이다. 이기연, 해석학 - 해석의 이론과 이해의 예술 (그린비, 2021), 54-57면; Jean Grondin, 현대 해석학의 지평, 최성환 옮김 (동녘, 2019), 156-160면; Simms, *Hans-Georg Gadamer*, 127 참조.

93) 과거 입법자가 아니라 현재 입법자의 가정적 의사를 탐구해야 하며, 이때 현재 입법자의 가정적 의사는 목적론적 해석과 체계 해석의 연장선상에서 탐구되어야 한다는 주장으로는 윤진수·한상훈·안성조(대표 편집), 법의 딜레마 (법문사, 2020), 120-121면(최준규 교수 작성 부분) 참조.

94) 이와 관련하여 김도균, "우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 - 법의 통일성 (Law's Integrity)을 향하여," 법철학연구, 제13권 제1호 (2010), 98면의 다음 설명 참조. "드워킨은 법해석자가 속한 범공동체에서 인정된 최선의 정치도덕적 이론에 비추어서 법텍스트, 입법자의 의도, 법의 취지 등을 특정한 방식으로(즉, 가장 나은 방식으로) 조립하고 배열함으로써 법텍스트의 의미를 '구성'한다고 주장한다."

95) Dworkin, *Law's Empire*, 52.

96) Dworkin, *Law's Empire*, 52-53; Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge: Harvard University Press, 2006), 141; Gardner, "Law's Aims in Law's Empire," 207-208. 이러한 측면

이처럼 해석적 개념인 법에 대한 해석적 태도에 따라 구성적 해석을 하므로, 해석 대상에 대한 판단자들의 견해가 일치하지 않는 것은 해석적인 이유에서이다. 판사들은 법률의 문언으로부터 그 법률이 어떠한 권리와 의무를 부여하는가에 대한 범명제를 구성하여야 하는데, 이때 판사들의 판단이 일치하지 않는 경우가 발생하는 것은 법을 어떻게 구성하여야 하는지에 대한 견해 차이가 있기 때문이다.⁹⁷⁾ 해석대상인 법실천의 존재이유나 가치에 대해 다른 관점을 가졌기 때문에 견해 차이가 발생한다.⁹⁸⁾

그러한 견해 차이에도 불구하고 공동체의 판사들이나 법실무자들은 어느 정도 의견이 수렴하는 경향을 보인다. 이는 선례의 존재, 종전의 법리를 존중하는 보수적 법률 교육, 판사 선출 방법 등에 기인하고, 특히 판사들이 무시하기 어려운 선례를 인용하는 방식을 통해 어느 정도 의사가 일치하는 경향을 보인다.⁹⁹⁾ 드워킨은 패러다임(paradigms)¹⁰⁰⁾이라는 용어를 사용하여 특정 시대에 지배적인 해석에 관해 설명한다. 특정 시기에 법령과 선례의 성격과 구속력을 포함한 다양한 견해에 대한 어떤 해석적 입장이 지배적 위치를 차지하면 판사는 이를 확립된 법리로 받아들이는데, 이것이 패러다임 또는 준-패러다임(quasi-paradigms)이라는 것이다. 어떤 공동체에서 특정 시기에 당연하다고 인정되는 사례들이 이에 해당할 수 있다. 패러다임으로 인해 대부분 사건에서 판사들의 이론적 입장이 극단적으로 다르지 않고, 의견이 어느 정도 수렴될 수 있다.¹⁰¹⁾

이러한 의견의 일치와 불일치 모두 잠정적인 것에 불과하다. 견고하던 견해가 도전받고 새로운 해석이 지지를 얻게 되면, 종전의 패러다임은 사라지고 새로운 패러다임이 등장한다.¹⁰²⁾ 과거로부터 누적된 해석들이라 하더라도 새로운 현재와의 만남을 통해 수정될 수 있다. 과거와 현재의 만남을 통해 새로운 해석이 등장하는 것이다. 이처럼 새로운 현재와의 만남을 통해 과거를 뛰어넘어 창조적으로 갱신을 이루어 내는 이러한 과정을 해석학적 경험이라고 말할 수 있다.¹⁰³⁾

다. 통합성으로서의 법 개념 - 원리에서의 일관성

드워킨은 법을 해석적 개념이라고 말한 후 법에 대한 관점을 세 가지로 구분하여 설명한다. 관행주의(conventionalism),¹⁰⁴⁾ 실용주의(pragmatism)¹⁰⁵⁾ 및 통합성으로서의 법(law as integrity

은 해석이론의 하나로 주로 논의되는 법의 목적을 강조하는 객관적 해석이론과 유사하다. 김영환, “법률해석의 목표: 주관적 해석이론과 객관적 해석이론 간의 논쟁에 관해,” 법철학연구, 제21권 제1호(2018), 389-390면 참조.

97) 해석주의적 관점을 극단적으로 밀어붙인 학자로는 프랑스의 트로페(Troper)가 있다. 트로페는 해석을 인식작용이 아니라 의지작용으로 보았고, 이때 의지의 주체가 법원이라고 하였다. 이러한 입장을 취한다면 법원(특히 최고법원)의 해석만이 권위 있는 해석이 된다. 조홍식, 사법통치의 정당성과 한계, 제2판(박영사, 2010), 307-309면에서 재인용.

98) Başak Çali, “On Interpretivism and International Law,” *European Journal of International Law* 20, no. 3 (2009): 808.

99) Dworkin, *Law's Empire*, 88.

100) 국내 번역본은 이를 ‘모범례’라고 번역한다. Dworkin(장영민 옮김), 앞의 책, 112, 139면 등. 여기서는 드워킨이 말하는 paradigms을 표현하기 위한 적절한 우리말을 찾기 어려워 외래어 그대로 표기하기로 한다.

101) Dworkin, *Law's Empire*, 91-92.

102) Dworkin, *Law's Empire*, 72-73, 88-90.

103) 이런 의미에서 해석이란 재해석이고, 과거의 사건을 해석하고 재해석하는 통시적인 시간의 흐름 속에서 해석학적 지성이 성립한다. 양명수, 폴 리콰르의 『해석의 갈등』 읽기 (세창미디어, 2017), 50-51면.

104) 드워킨은 입법과 같은 과거의 사회적 사실들에 의해 법이 존재한다고 보는 모든 입장을 관행주의라고 칭하였다. 이 관점은 법을 만들 수 있는 권한을 가진 사회적 기관(입법부 등)의 존재를 중요하게 본다. 예컨대, 영국의 경우 대법원의 판단이 하위 법원들을 구속하는 것이다. 또한, 사회적 사실에 의해

y)¹⁰⁶이 그것이다. 그중에서도 통합성으로서의 법 개념이 법에 대한 예측가능성과 예상하지 못한 상황에 직면하여 유연성을 발휘할 수 있는 관점으로 본다. 이에 따르면 과거의 정치적 결정들(성문법, 관습법 등)에 따른 명시적 법규칙 뿐만 아니라 이러한 법규칙이 전제하는 원리들로부터 유래하는 기준들 역시 공동체의 법에 포함된다.¹⁰⁷ 조약과 같은 구체적 규칙은 국가와 같은 국제법주체가 다른 국제법주체와 합의하는 방식으로 그 규범성을 획득하지만, 법원리는 도덕적 가치평가를 포함하는 법적 논증을 통해 규범성을 확인한다. 따라서 법체계에는 법규칙 뿐만 아니라 승인규칙과 무관한 법원리도 포함된다.¹⁰⁸

이 법 개념에 따르면, 공동체의 구성원은 명시적 법규칙에 근거하여 자기 삶을 예상하고 재판 결과를 예측할 수 있을 뿐만 아니라 예상하지 못한 상황에 직면하여 명시적 법규칙은 아니지만 공동체의 원리들로부터 유래한 기준들에 의지할 수 있다.¹⁰⁹ 판사는 법령 등의 규칙 뿐만 아니라 종전의 정치적 결정에 따라 도출되는 원리에 의해서도 판단할 수 있으므로 어떤 분쟁에 관하여 판단함에 있어 법에는 단순히 규칙 뿐만 아니라 원리도 포함된다.¹¹⁰ 따라서 판사는 새롭고 까다로운 쟁점이 연관된 어려운 사건에서도 (명시적 법규칙이 아닌) 원리에 따라 그 사안을 해결할 수 있고 또 그렇게 해야 한다.¹¹¹

이때 드워킨은 동등한 사건은 동등하게 처리하여야 한다는 동등대우를 강조한다. 범수범자를 동등하게 대우하여야 한다는 점으로부터 정합적으로 동일한 원칙에 따라 법을 적용하여야 한다는 통합성의 요청이 나온다.¹¹² 통합성 개념을 통해 개진하는 정합성(coherence)은 단순한 일관성(bare consistency)과는 다르다. 정합성은 과거의 정치적 결정들에 대한 선례와 무조건 동일한 판단을 다시 한다는 뜻이 아니라 원칙의 일관성을 말한다. 단순한 일관성은 종전의 판단이 잘못되었을 가능성을 배제할 수 있다는 점에서 채택할 수 없다. 여기서 정합성은 추상적 차원에서 원리의

법이 존재한다고 보는 관행주의에 따르면 법이 존재하지 않거나 존재한다고 하더라도 모호한 경우에는 판사의 재량에 따라 결론이 도출된다. Dworkin, *Law's Empire*, 114-150.

105) 과거의 정치적 결정들에 따라 명시적으로 도출되는 법규칙과 무관하게 공동체에 가장 바람직한 방향으로 해석하여야 한다는 입장이다. 공동체에 가장 바람직한 방향으로 해석하기 위하여 종전의 정치적 결정에 기초한 법규칙을 적용해야 하는 경우가 많지만, 이에 구속되어야 한다는 관념을 거부한다. Dworkin, *Law's Empire*, 151-175.

106) 여기서 integrity는 통일성, 정합성, 일체성, 일관성, 원리일관성 등 다양한 용어로 번역되거나 단순히 인테그리티라는 외래어 표현이 그대로 사용되기도 한다. 여기서는 국내 번역본의 예를 따라 통합성이라고 지칭하기로 한다. Dworkin(장영민 옮김), 앞의 책.

107) 박은정, “사법적 법실천과 법개념,” 법철학연구, 제3권 제1호 (2002), 65-66면.

108) Marmor, *Philosophy of Law*, 84-87 참조.

109) 정합성 있는 원리에 따른 공동체를 강조하는 드워킨의 논의는 칸트(Kant)로부터 막대한 영향을 받았다고 한다. Luke MacInnis, “The Kantian Core of Law as Integrity,” *Jurisprudence* 6, no. 1 (2015): 45-76 참조. 칸트는 감각으로 획득한 경험을 통해 만들어 낸 개별적 규칙이나 법칙을 넘어 이들을 포괄하고 통일하는 원리를 정립하는 능력으로서의 이성을 강조한다. Otfried Höffe, 임마누엘 칸트, 제2판, 이상현 옮김 (문예출판사, 2012), 145-159면; Friedrich Kaulbach, 임마누엘 칸트, 백종현 옮김 (아카넷, 2019), 226-232면.

110) 여기서는 법규칙과 법원리를 어떻게 구분하는지에 대해서는 구체적으로 검토하지는 않는다. 대략적으로 본다면, 법규칙은 어느 한 규칙이 적용되면 다른 규칙의 적용이 배제되는 ‘전부 아니면 전부’의 방식을 취하고, 법원리는 원리 간의 충돌이 있는 경우에는 충돌하는 원리를 비중에 따라 ‘형량’하게 된다고 한다. 규칙과 원칙의 구분이 항상 분명한 것은 아니다. Ronald Dworkin, 법과 권리, 염수균 옮김 (한길사, 2010), 93-96면; 박은정, 법철학의 문제들 (박영사, 2007), 114-115면; 안준홍, “비실증주의 법원리론 비판,” 법학박사학위논문, 서울대학교 (2008), 32-37면 참조. 법원리의 이익형량에 대한 논의는 이상영·김도균, 앞의 책, 251-257면. 국제법원역시 그러한 관점을 취하고 있다는 점에 대해서는 Sands & Peel, *Principles of International Environmental Law*, 200.

111) Dworkin, *Law's Empire*, 258; 박은정, 앞의 책, 102면.

112) Alexander Green, “Expanding Law's Empire: Interpretivism, Morality and the Value of Equality,” *European Journal of Legal Studies* 4, no. 1 (Summer 2011): 157.

일관성을 뜻한다.¹¹³⁾ 정합성은 원리의 일관성을 의미하므로, 일관된 판단의 중요성을 인정하면서도 법체계 전체에 내재한 원리의 범위 내에서 종전 판단과 다른 판단을 허용한다.¹¹⁴⁾

요컨대, 통합성으로서의 법 개념은 법의 내용을 확인하기 위해 단순히 (법실증주의가 말하는) 사회적 사실 뿐만 아니라 종전의 법실천이나 정치적 결정들을 정당화하는 원리들을 살펴보아야 한다고 본다.¹¹⁵⁾ 어떤 사안에 적용할 구체적 법규칙이 없는 경우에도 적용할 법이 존재한다는 의미에서, 드워킨은 판사가 법을 단순히 기계적으로 발견할 뿐이라거나 또는 창조한다는 입장 어디에도 동의하지 않는다.¹¹⁶⁾ 어려운 사건을 대함에 있어 판사의 임무는 재량을 행사하여 새로운 법이나 권리를 발명하는 것이 아니라 구성적 해석을 통해 원래의 법과 권리를 발견하는 것이다.¹¹⁷⁾

라. 법적 논증에 있어 부합과 정당화

드워킨은 법의 통합성을 달성하기 위해 법적 논증에서 부합(fit)과 정당화(substance)를 강조한다. 법적 논증은 종전의 확립된 법과의 부합과 정치적 도덕성에 따른 정당화 간의 긴장관계의 결과로서 발전할 수 있다. 이 양 요소는 완전히 별개로 따로 떨어져 존재하는 것이 아니라 하나의 법적 논증을 형성한다.¹¹⁸⁾ 하트의 표현을 빌리자면, 어떤 법체계의 법실천과 일치 또는 일관되어야 한다는 부합과 최선의 도덕적 정당성을 제공함으로써 그 법이 최선의 모습으로 보일 수 있도록 하는 정당화에 의해 인정되는 원리들은 단순히 이론이 아니라 법 그 자체의 일부이다. 이러한 원리들과 이 원리들로부터 유래하는 법명제들은 ‘해석적 관점에서’ 법에 해당한다.¹¹⁹⁾

종전의 정치적 결정들(법령, 선례 등)이 일종의 중력장(gravitational force) 역할을 하고, 동일한 사안에 대해서는 기본적으로 동일하게 판단함으로써 모든 객체를 공평하게 대우한다.¹²⁰⁾ 이러한 부합에 관한 신념이 법실천에 대한 적절한 해석이 되기 위한 기본요건(threshold requirement)이다. 이에 따라 판사의 개인적·정치적 의견 또는 신념이 전적으로 사건의 결과를 좌우하지 않게 된다. 즉, 부합이라는 요소는 해석 대상에 대한 가능한 해석이 무엇인지 결정할 수 있게 하고, 종전의 정치적 결정들을 무시하는 해석은 이 부합이라는 요건을 충족할 수 없다.

판사는 이러한 기본요건을 충족하는 해석이 다수 존재하면 정치적 도덕성의 관점에서 그중 어떤 해석이 최선인지 결정한다.¹²¹⁾ 다만, 여기서 부합이 어떤 기준치를 사전에 정한 절대적 요건은 아니다. 부합과 정당화는 복잡한 상호작용을 하고, 사안에 따라 세심한 균형을 맞추기 위해 노력해야 한다.¹²²⁾

113) 하버마스(Habermas)는 드워킨의 정합성을 다음과 같이 정리하였다. “정합성은 하나의 진술의 타당성을 재는 척도로서, 논리적 연역을 통해 보장된 분석적 진리 보다는 약하지만 모순율이라는 기준보다는 강한 척도이다. 진술들 간의 정합성은 실제적 논증을 통해 형성되며, 따라서 논증에 참여한 사람들 사이에서 합리적 동기에서 우리나라 동의를 산출할 수 있는 실용적 속성을 보여주는 근거들을 통하여 형성된다.” Habermas(한상진·박영도 옮김), 앞의 책, 289면.

114) Dworkin, *Law's Empire*, 219-220.

115) Green, “Expanding Law's Empire,” 158.

116) Dworkin, *Law's Empire*, 225.

117) Dworkin(염수균 옮김), 앞의 책, 187-188면.

118) Green, “Expanding Law's Empire,” 164.

119) Hart, *The Concept of Law*, 240-241. 드워킨의 해석적 입장은 판사, 이론가 등이 스스로 참여자로서 행동하여야 한다고 보는데, 이 점을 들어 드워킨이 하트의 내적 관점에 대한 입장에서 한 걸음 더 나아갔다고 설명하는 학자도 있다. Brian Bix, “H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory,” *SMU Law Review* 52, no. 1 (Winter 1999): 181.

120) Stephen Guest, *Ronald Dworkin*, Third Edition (Stanford: Stanford Law Books, 2013), 89.

121) Dworkin, *Law's Empire*, 255.

122) Dworkin, *Law's Empire*, 239.

2. 국제재판과 해석주의

가. 국제법의 법원과 해석주의¹²³⁾

관습국제법이 성립하기 위해서는 소위 객관적 요소로서 국가실행과 주관적 요소로서 법적 확신이 존재해야 한다는 것이 일반적이다. 따라서 국가들이 서로와의 관계에서 어떻게 행동하는지 살피고, 같은 행동이 반복될 때는 그와 같이 행동하는 이유가 무엇인지 확인한다. 만약 그 행동이 법적인 의무감에 기인한다면 국제사회의 관습규범이 된다. 이러한 진술만 본다면 법실증주의를 대표하는 하트의 사회성 테제와 내적 관점이 관습국제법에 대한 전통적 설명과 부합한다고 할 수 있다. 국가실행과 법적 확신이라는 사회적 사실에 따라 국제법규범의 존재를 확인하고, 이때 공동체 구성원이 법적 의무감에서 그 규범을 따른다는 점이 인정되어야 하기 때문이다. 쾰젠의 이론에 따라 국제법 질서를 설명하는 캄머호퍼 역시 관습국제법의 성립에 관한 수권규범에 따라 국가실행과 법적 확신이 관습국제법 성립을 위한 물적 조건(*actus reus conditions*)에 해당한다고 설명한다.¹²⁴⁾

그러나 국제법원이 관습국제법의 존재와 내용을 판단하는 데 국가실행이나 법적 확신의 존재를 구체적으로 확인하고 있는지에 대해서는 의문들이 제기되어 왔다. 국제법원은 많은 경우 국가실행이나 법적 확신에 대한 검토 없이 관습국제법의 존재와 그 내용을 확인해 왔다는 것이다.¹²⁵⁾ 국제재판 과정에서 당사국들이 제기하는 관습국제법에 관한 주장에 있어서도 많은 경우 국가실행에 대한 구체적 증명 없이 단지 종전의 선례를 원용하는 방식을 취한다.¹²⁶⁾ 이를 두고 관습국제법에 속하는 많은 규범이 국가실행과 법적 확신의 확인에 의해서가 아니라 판사에 의해 만들어진 것으로서 국제법원이 관습국제법 확인을 위하여 필요한 요소들을 무시하고 있다거나¹²⁷⁾ 국가실행과 무관하게 국제법원의 선언으로 관습국제법의 존재가 인정되고 있다는¹²⁸⁾ 등의 비판들이 있다.¹²⁹⁾ 최근에는

123) 원래의 논문에서는 조약의 해석에 대해서도 다루었으나 분량 및 시간 관계상 이 발제에서는 생략한다.

124) Jörg Kammerhofer, *International Investment Law and Legal Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), 18.

125) Tom Ginsburg, "Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking," *Virginia Journal of International Law* 45, no. 3 (Spring 2005): 631-674; Jean d'Aspremont, "A Postmodernization of Customary International Law for the First World," *AJIL Unbound* 112 (2018): 295; Ilias Bantekas, "Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law," *International Criminal Law Review* 6 (2006): 121; Stephen J. Choi & Mitu Gulati, "Customary International Law: How Do Courts Do It?," in *Custom's Future*, edited by Curtis A. Bradley, 117-147 (Cambridge: Cambridge University Press, 2016); Stefan Talmon, "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion," *European Journal of International Law* 26 (2015): 417-443. Malgosia Fitzmaurice, "The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice - The Journey from the Past to the Present," in *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, edited by Samantha Besson and Jean d'Aspremont, 179-199 (Oxford: Oxford University Press, 2017): 183-184는 국제형사법 분야에서 그런 경향이 보인다고 지적한다.

126) Marc Jacob, "Precedents: Lawmaking through International Adjudication," *German Law Journal* 12, no. 5 (May 2011): 1005.

127) J. Patrick Kelly, "The Twilight of Customary International Law," *Virginia Journal of International Law* 40, no. 2 (Winter 2000): 527.

128) Ginsburg, "Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking," 640; Talmon, "Determining Customary International Law," 441.

129) 차니(Charney)는 대다수 국가가 알지도 못하는 상태에서 관습국제법의 성립이 인정된다고 설명한다. Fidler, "Challenging the Classical Concept of Custom," 213에서 재인용.

국제재판에서 관습국제법의 존재 확인에 있어 국가실행의 중요성이 감소하고 규범적 요소의 중요성이 강조되고 있다는 평가도 있다.¹³⁰⁾

관습국제법의 성립요소로서 국가실행과 법적 확신이 필요하다면,¹³¹⁾ 국가실행과 법적 확신에 관한 사실관계의 확인을 거쳐 어떤 범규범의 존재와 내용이 인정되어야 하므로 이는 귀납적 방법이 될 수밖에 없다.¹³²⁾ 법실증주의에서의 사회성 테제, 특히 하트의 승인규칙도 그렇게 설명할 것이다. 실제로 국제사법재판소는 *Gulf of Maine* 사건에서 관습국제법의 구성요소로서 국가의 법적 확신은 연역적 방법이 아니라 광범위하고 설득력 있는 실행에 대한 분석을 통해 귀납적으로 확인할 수 있다고 실시하였고,¹³³⁾ *Obligation to Prosecute* 사건에서 다양한 다자협약, 선언 및 국내법에 고문을 금지하고 있다는 사실관계 등을 들어 고문 금지가 관습국제법의 지위에 있다고 판단하였다.¹³⁴⁾ 또한, *Jurisdictional Immunities* 사건에서는 여러 국가의 국내법의 태도 및 국내법원의 판단, 국제협약의 내용, 국제법위원회의 태도, 국제법원의 판단 등을 검토한 후 법정지에서 발생한 사망, 상해 및 재산 손상이 있는 경우 또는 강행규범적 성격이 있는 국제법의 중대한 위반이 있는 경우 주권면제가 적용되지 않는다는 관습국제법이 존재하지 않는다고 판단하여 귀납적 방법을 취했음을 알 수 있다.¹³⁵⁾

그러나 국제법원이 연역적 방법에 가까운 판시를 한 경우도 다수 있다. 관습국제법의 존재를 확인한 모든 사안에서 국가실행과 법적 확신을 직접 확인하기보다는 연역적 방법 또는 유추를 동원하기도 한다.¹³⁶⁾ *Corfu Channel* 사건에서 국제사법재판소는 알바니아가 영해에 지뢰가 부설되어 있다는 사실을 국제사회와 영해에 접근하던 영국 군함에 알려야 할 의무를 부담한다고 하였는데, 이 의무는 인류애에 대한 기본적 고려, 해양 자유의 원칙, 국가가 자신의 영토를 다른 국가의 권리에 반하는 방식으로 사용하지 않아야 할 의무 등과 같이 일반적으로 널리 인정되는 원칙으로부터 유래한 것이라고 판시하였다. 당시 재판소는 이러한 의무의 존재를 인정하기 위한 국가실행이나 법

130) Anthea Roberts, "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States," *American Journal of International Law* 104, no. 2 (April 2010): 206; Schreuer, "The Waning of the Sovereign State," 456.

131) *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p 13, para. 27.

132) Omri Sender & Michael Wood, "The Emergence of Customary International Law: Between Theory and Practice," in *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, edited by Catherine Brolmann & Yannick Radi, 133-159 (Cheltenham: Edward Elgard Publishing Limited, 2016): 138-139; Talmon, "Determining Customary International Law," 421. 이런 귀납적 방법론은 객관적으로 범규범을 확인하기 위한 시도로서, 면밀한 역사적·사회적 분석을 통해 확인할 수 있는 범규범을 추론한다. Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia - The Structure of International Legal Argument* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 193-194 참조.

133) *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, para. 111.

134) *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 422, para. 99. 한편, Talmon, "Determining Customary International Law," 439는 위 판결문 para. 99에 "In the court's opinion"이라는 표현이 있다는 이유로 마치 재판소가 국가실행 등에 관한 확인 없이 단순히 주장(assertion)만 하고 있다고 말하나, 이는 위 판시 전체를 확인하지 않은 잘못된 평가로 보인다.

135) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, paras. 61-103.

136) Peter Tomka, "Custom and the International Court of Justice," *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 12 (2013): 202; J. Patrick Kelly, "Naturalism in International Adjudication," *Duke Journal of Comparative & International Law* 18 (2008): 399-400.

적 확신은 구체적으로 검토하지 않았다.¹³⁷⁾ *Arrest Warrant* 사건 역시 외교면제의 범위를 결정함에 있어 외교장관이 수행하는 기능의 성격을 중요하게 고려함으로써 연역적 방법을 채택한 것으로 이해할 수 있다.¹³⁸⁾

이러한 현상을 두고 오늘날의 관습국제법은 관습법이 아닐 뿐만 아니라 관습법과 닮지도 않았다고 평가하거나¹³⁹⁾ 공동체의 실행에 의해 관습규범이 발생하므로 국제법원이 귀납적 방법론을 채택하지 않은 것은 국제법원의 관습국제법에 관한 판단에 대해 많은 의문을 제기하게 한다는 견해도 있다.¹⁴⁰⁾ 법적 확신을 중시하고 연역적 방법으로 불간섭원칙의 관습국제법적 지위를 인정한 국제사법재판소의 *Nicaragua* 사건 판결¹⁴¹⁾에 대하여 논평하면서, 이처럼 국가실행을 구체적으로 검토하지 않고 관습법규범을 인정한 것은 관습법을 완벽하게 오해한 것이라고 비판하거나 연역적 방법론을 취한 것이 잘못이라는 견해도 있다.¹⁴²⁾

그러나 이러한 법적 논증 양상은 충분히 이해할 만하다. 관습국제법의 성립요건으로서의 국가실행과 법적 확신은 사회학적 의미에서 과거의 사실을 의미한다. 법실증주의에 충실하면, 이러한 역사적 사실을 확인하면 무엇이 관습국제법인지 알 수 있을 것이다. 관습국제법의 성립요건으로서 2요소에 대한 논의는 결국 관습국제법의 존재와 내용은 객관적인 방법으로 확인할 수 있음을 전제로 한다.¹⁴³⁾ 설사 2요소를 액면 그대로 채택하더라도, 구체적 사안에서 적용될 국가실행과 법적 확신에 관한 자료는 찾기 어려울 뿐만 아니라¹⁴⁴⁾ 설사 찾는다고 하더라도 이를 해석 및 적용하는 것은 그 자체로 논란이 있을 수 있다. 광범위하고 일관된 국가실행이 존재하는 드문 상황이 실제 존재한다고 하더라도 그로부터 관습국제법의 구체적인 내용이나 범위를 바로 알 수 있는 것도 아니다.¹⁴⁵⁾

또한, 국가실행에 대한 자료의 선택과 분석은 그 자체로 연역적이고 가치판단적인 요소가 개입될 수밖에 없다. 국가실행과 법적 확신에 대한 자료 그 자체도 해석의 대상이고, 분석의 대상인 자료도 취사선택하게 된다.¹⁴⁶⁾ 예컨대, 어떤 국가의 선언이 법적 확신에 기인한 것인지 단지 정책적 편

137) *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, p. 4, 22.

138) *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 3, paras. 53-55.

139) Banteka, "A Theory of Constructive Interpretation for Customary International Law Identification," 307-308.

140) Kelly, "The Twilight of Customary International Law," 507.

141) 국제사법재판소는 국제관계에서 무력사용을 불법화하는 근본적 원칙에 근거하여 무력사용의 금지라는 관습규범의 존재를 인정하였다. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14. para. 181.

142) Anthony D'Amato, "Trashing Customary International Law," *American Journal of International Law* 81, no. 1 (January 1987): 102-103; Jonathan I. Charney, "Customary International Law in the Nicaragua Case - Judgment on Merits," *Hague Yearbook of International Law* 18 (1988): 22.

143) Fidler, "Challenging the Classical Concept of Custom," 201; Monica Hakimi, "Making Sense of Customary International Law," *Michigan Law Review* 118, no. 8 (2020): 1497.

144) Andrew T. Guzman, "Saving Customary International Law," *Michigan Journal of International Law* 27, no. 1 (2005): 174.

145) Sands & Peel, *Principles of International Environmental Law*, 119.

146) Jan Klabbers, "The Cheshire Cat that is International Law," *European Journal of International Law* 31, no. 1 (2020): 277-278; Fidler, "Challenging the Classical Concept of Custom," 202-204. 이처럼 해석에 의해 관습국제법을 비롯한 국제법 법원의 존재 여부가 결정된다는 점에 착안하여, 이를 단순히 법에 의미를 부여하는 해석과 구분하여 '존재 해석(existential interpretation)'이라고 부르는 견해도 있다. Duncan B. Hollis, "Sources in Interpretation Theories: An Interdependent Relationship," in *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, edited by Jean d'Aspremont & Samantha Besson, 422-444 (Oxford: Oxford University Press, 2017): 427, 430-431.

의에 의한 것인지 판단하는 것은 결국 해석이 관여될 수밖에 없다. 어떤 국가의 실행을 분석할 것인지 또는 어떤 국가의 실행을 다른 국가의 그것보다 더 중요하게 볼 것인지도 마찬가지이다. 이는 *Nicaragua* 사건에서 관습국제법의 확인에 있어 국제사법재판소의 태도를 둘러싸고 논란이 발생한 점에 비추어 보아도 그러하다.¹⁴⁷⁾

그렇다면 종전의 국제재판에서 반복적으로 확인된 관습국제법의 존재와 내용을 인용하는 것이 오히려 더 객관적이고 합리적인 법적 논증이라 볼 수도 있다. 반대의 국가실행이 확인되지 않음에도 불구하고 반복된 사건에서의 판단을 통해 그 존재와 내용이 인정된 관습국제법을 만연히 부인하는 법적 논증이야말로 그 타당성을 인정받기 어려울 것이다.

무엇보다도, 널리 인정되는 원리로부터 구체적인 관습국제법 규칙을 도출한 것이라면 이는 현존하는 원리에 근거하여 분쟁을 해결하는 것이라 할 수 있다. 즉, 현존하는 원리나 규칙에 근거하여 연역적 논증을 하는 것은 그 원리나 규칙에 이미 내재한 규범을 찾는 것으로 볼 수 있다.¹⁴⁸⁾ 이처럼 종전의 정치적 결정이나 법실천이 근거하고 있거나 이로부터 유래하는 원리에 따라 범명제를 도출하는 것은 통합성으로서의 법 개념에 부합하고, 현존하는 법을 존중하면서도 구체적인 분쟁을 해결하는 미래지향적인 방법이 될 수 있다. 종전의 정치적 결정이나 법실천에 부합하면서도 이를 정당화할 수 있는 법적 논증을 통해 해당 사안에 적용할 수 있는 구체적 범명제를 도출한다고 본다면, 연역적 논증을 통한 범명제의 진실성 확인은 얼마든지 가능한 것이다.¹⁴⁹⁾ 타시올라스 역시 국제사법재판소가 *Nicaragua* 사건에서 연역적 방법을 통해 관습국제법 규칙을 도출한 것은 해석주의적 접근법에 의해 설명할 수 있다고 하였다.¹⁵⁰⁾ 게다가 이런 통합성으로서의 법 개념은 종전의 정치적 결정과의 부합이라는 측면을 통해 국제법원 판사가 주관적 도덕적 가치판단을 함에 일정한 제한을 가할 수 있다는 장점도 있다.

나. 의견 불일치의 발생

해석주의는 법을 해석적 개념으로 보기 때문에 공동체의 법실천에 대한 해석자의 해석적 태도로 인하여 의견의 불일치가 발생한다고 본다. 이러한 의견의 불일치는 단순히 경험적 또는 사회적 사실의 현상에 대한 불일치가 아니라 가치판단에서의 차이로 인한 것이다. 그러므로 해석자는 어떤 사회적 사실(조약의 체결, 국가의 행위 등)에 대해 의견이 일치한다고 하더라도 범명제의 존재 여부나 내용에 대해서는 의견이 일치하지 않을 수 있는데 이는 그 법의 목적과 가치에 대한 관점, 즉 해석적 태도가 다르기 때문이다. 해석자는 종전의 법실천이 요구하는 바가 무엇인지에 대한 의견이 일치하지 않기 때문에 범명제의 진실성은 종전의 법실천을 증립적으로 묘사함으로써 알 수 있는 것이 아니다.¹⁵¹⁾

이러한 점은 국제재판에서 더 분명하게 나타날 수 있다. 국제사법재판소의 판사들은 다른 문화와 정치 환경에서 성장하여 각자의 국가에서 특유한 법률 교육을 받았다. 이러한 개인적 지식과 경험은 당연히 국제법에 대한 태도에 반영된다.¹⁵²⁾ 서로 다른 신념과 태도를 가진 판사들은 각기 다른

147) D'Amato, "Trashing Customary International Law," 101-105; Tasioulas, "In Defence of Relative Normativity," 105-106.

148) Talmon, "Determining Customary International Law," 441.

149) Hollis, "Sources in Interpretation Theories: An Interdependent Relationship," 436-437.

150) Tasioulas, "In Defence of Relative Normativity," 111-115.

151) Çali, "On Interpretivism and International Law," 808. 국제사법재판소, 세계무역기구 분쟁해결기구 등 국제법원의 판사들이 자신이 중시하는 환경과 인권규범의 발전을 위해 다양한 법자료를 활용한다는 점에 대해서는 Kelly, "Naturalism in International Adjudication," 402.

152) 맥위니는 락스 판사에 대한 글에서 국적, 법학 교육, 경력과 경험, 이념 등이 미친 영향을 분석한 바

법적 논증을 제기한다.¹⁵³⁾ 이런 차이는 같은 문화적·정치적 환경에서 지식을 습득하고 교육받는 국내법원 판사 간의 그것보다 더 클 수 있다.¹⁵⁴⁾ 그러므로 국제법의 내용은 사회의 변화, 해당 사안에 대한 해석자·판단자의 태도나 철학 등에 따라 다르게 해석되고 적용될 수 있다.¹⁵⁵⁾

관습국제법의 성립요건으로서의 국가실행은 일종의 사회적·역사적 사실이다. 이러한 사실로부터 법적 규범의 유추가 자동 발생하는 것이 아닐 뿐만 아니라 행위자와 상황에 따라서 그 행동이 다를 수밖에 없으므로 완전히 동일한 모습의 국가실행이 광범위하게 존재하기란 어렵다. 사회적·역사적 사실로부터 법적 규범을 유추하는 것에는 일종의 추상화가 필요하고, 이에 가치판단이 있을 수밖에 없다.¹⁵⁶⁾ 그러므로 관습국제법의 존재와 내용 형성·확인에서 행위자·해석자·판단자가 가진 정치적·철학적 태도가 미치는 중요성을 무시할 수 없다.¹⁵⁷⁾ 이처럼 종전 법실천의 가치와 목적에 관한 판단과 태도가 다르므로 견해의 불일치가 발생한다. 견해의 불일치는 단순히 종전 법실천이 무엇인가에 대한 사실관계에 대한 이해가 달라서 발생하는 것이 아니다.¹⁵⁸⁾

국제재판에서 견해의 불일치가 발생하는 것은 단순히 예외가 아니라 어찌보면 당연한 모습처럼 보이기도 한다. 예컨대, *North Sea Continental Shelf* 사건에서는 다수의견 뿐만 아니라 다섯 판사의 소수의견이 존재하고, 다수의견 내에서도 두 판사의 선언과 네 판사의 별개의견이 존재하는 등 의견의 대립이 있음을 알 수 있다. 그 외에도 재판소의 역사에서 같은 쟁점을 두고도 재판소의 여러 판사가 다른 의견을 가지는 현상은 흔하게 발생하였다.¹⁵⁹⁾ 다수의견, 소수의견, 그리고 별개의

있다. Edward McWhinney, *Judge Manfred Lachs and Judicial Law-Making* (The Hague: Kluwer Law International, 1995): 1-14.

- 153) 플로레스(Flores)와 샤흐터(Schachter)는 특정한 문제의 '불법성'이 단순히 법률에 기재되어 고정되어 있는 것이 아니라, 특정한 사회현상을 바라보는 사람의 사회적 지위, 출신 국가 등 배경에 의해 달라질 수 있다는 점을 구성주의적 시각에서 검토하기도 하였다. Anthony Giddens & Philip W. Sutton, *Essential Concepts in Sociology*, Third Edition (Cambridge: Polity Press, 2021), 69에서 재인용.
- 154) 국제사법재판소 소장 도노휴는 재판소를 구성하는 판사들의 다양한 배경에 비추어 보면 어떤 법적 쟁점에 대한 단 한 가지의 답변을 도출할 수 있다고 기대할 수 없다고 한 바 있다. Joan E. Donoghue, *Reflections on the 75th Anniversary of the International Court of Justice*, <https://www.un.org/en/un-chronicle/reflections-75th-anniversary-international-court-justice> (2021년 10월 4일 최종 확인). 피츠모리스 판사 역시 판사들의 개인적 배경은 재판소에서의 행위에 큰 영향을 미친다고 설명한 바 있다. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 68에서 재인용.
- 155) Çali, "On Interpretivism and International Law," 814-815와 박정원, "해석주의 국제법에 대한 소고," *동아법학*, 제81호 (2018), 2면은 코소보 사태에 대한 의견의 불일치를 해석주의적 관점에서 설명한다.
- 156) Fastenrath, "Relative Normativity in International Law," 316-317.
- 157) Kelly, "The Twilight of Customary International Law," 450-451.
- 158) 드워킨 스스로 국제법명제에 대해 이렇게 설명하였다. 즉, 국제법주체가 다양한 국제법 자료가 과거 실천의 의미, 가치, 중요성에 대해 의견이 일치하지 않기 때문에 인도주의적 개입, 국제연합헌장 제2조 제4항에 대한 해석 등에 대해 다른 결론에 이르게 된다고 하였다. Ronald Dworkin, "A New Philosophy for International Law," *Philosophy and Public Affairs* 41, no. 1 (2013): 2.
- 159) 일부 예시는 다음과 같다. 초기 *Corfu Channel* 사건에서 위니아스키(Winiarski), 바다위 파샤(Badawi Pasha), 크릴로프(Krylov), 아제베도(Azevedo), 에체르(Ecer) 판사 등이 소수의견(반대의견)을 제시하였고, 알바레스(Alvarez) 판사는 별개의견을 제시하였다(*Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, p. 4). 이러한 재판소의 실무는 *Asylum* 사건 (*Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950*, p. 266), *Fisheries* 사건 (*Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116), *Anglo-Iranian Oil Co.* 사건 (*Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 93), *Ambatielos* 사건 (*Ambatielos case (jurisdiction), Judgment of July 1st, 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 28), *Continental Shelf (Libya v. Malta)* 사건 (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 13), *Nicaragua* 사건 (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*,

견 모두 자신의 해석이 법에 부합한다고 주장하나.¹⁶⁰⁾ 이처럼 재판소가 어떤 사안을 판단하면서 다수의견과 결론을 달리하는 소수의견, 그리고 다수의견과 결론은 같이하더라도 그 논거를 달리하는 별개의견이 존재하고, 이 의견들 모두 명시적·묵시적으로 자신의 해석이 국제법에 부합한다고 주장한다.

국제재판에서 판사는 종전의 정치적 결정들, 즉 입법이나 선례에 의할 때도 조약의 의미가 불분명하거나 관습국제법의 내용이 불분명한 경우 이를 어떻게 해석할지 결정하여야 한다. 드워킨의 연작소설에 비유하자면, 판사는 조약의 당사국인 국가, 그리고 그 조약을 해석한 선례 등을 이미 작성된 연작소설의 작성자로 본다. 판사는 지금까지 작성된 연작소설을 검토하여 이에 부합하면서도 그 연작소설이 가진 목적에 비추어 보았을 때 현재 시점에서 이를 정당화할 수 있는 해석이 무엇인지 결정한 후 연작소설을 이어서 작성한다. 이때 판사는 종전의 연작소설과의 부합과 정당화를 모두 세밀하게 살펴보아 양자의 균형을 맞출 수 있는 이야기가 무엇인지 고민해야 한다.¹⁶¹⁾

그러므로 단순히 사회적 사실을 찾아 법을 적용한다는 진술(연작소설에서 이미 작성된 부분을 그대로 유지한다는 진술)도, 사회의 미래를 위하여 가장 최선의 해석을 해야 한다는 진술(이미 작성된 부분을 무시하고 연작소설의 가치와 목적에 부합하게 작성한다는 진술) 모두 타당하다고 할 수 없다. 이때 판사는 그 공동체의 법실천을 정당화함에 있어 다른 사람의 정치적 신념이 아니라 결국 자신의 신념에 따라 이러한 부합이나 정당화의 측면을 고려하게 될 것이다. 이러한 진술이 지나치게 주관적이라고 우려되는가? 그러한 우려에 어느 정도 공감하면서도, 그렇다고 하여 판사에게 다른 사람의 정치적 신념에 복종하여야 한다고 말하는 것은 현실적으로 가능하지 않다.¹⁶²⁾ 다만, 판사는 종전의 정치적 결정들에 부합하는 해석의 범위 내에서, 그리고 패러다임의 기초 위에서, 재량이 아닌 법원리에 따라 법적 논증을 하여야 한다는 점에서 주관성의 범위를 낮출 수 있는 여지가

p. 14) 등과 같은 초·중기 사건 뿐 아니라 *Arrest Warrant* 사건(*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3), *Avena* 사건(*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12), *Certain Property* 사건(*Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 6), *Pulp Mills* 사건(*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14), *Jurisdictional Immunities* 사건(*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99), *Nuclear Arms Race* 사건(*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 833), *Jadhav* 사건(*Jadhav (India v. Pakistan)*, Judgment, I.C.J. Reports 2019, p. 418), *Racial Discrimination* 사건(*Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2018, p. 292) 등 최근의 사건들에서도 그대로 이어졌다.

160) 예컨대, *Fisheries* 사건에서 맥네어 판사는 노르웨이의 어업종사자를 보호하려는 입장은 충분히 이해한다면서도 해양경계선은 국제법에 따라 결정되어야 한다는 소수의견을 피력하였다. *Certain Norwegian Loans* 사건에서는 로터팩트 판사는 다수의견 결론에는 동의하면서도, 프랑스가 한 유보의 국제법상 유효성에 대해 다른 판단을 한 별개의견을 제시하였다. 크로퍼드 판사는 *Nuclear Arms Race* 사건에서 재판소의 선례에 따를 때 객관적 인식 요건(objective awareness requirement)을 발견할 수 없다고 하여 다수의견과 결론을 달리하는 소수의견을 개진하였다.

161) 세계무역기구 분쟁해결기구가 이처럼 연작소설의 작가와 같은 입장에서 협정을 해석했다는 점에 대해서는 다음 참조. Ingo Venzke, "Sources in Interpretation Theories: The International Law-Making Process," in *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, edited by Jean d'Aspremont & Samantha Besson, 401-421 (Oxford: Oxford University Press, 2017): 408.

162) "자신의 해석이 다른 모든 해석과 다르다고 할 때, 판사가 의지할 수 있는 사람은 궁극적으로 자기 자신뿐이다." Habermas(한상진·박영도 옮김), 앞의 책, 305면.

생길 것이다.

다. 통합성으로서의 법 - 법원리와 구성적 해석

해석주의적 관점에서는 사회적 사실(조약체결, 국가실행 등)만으로는 국제법의 존재와 규범성을 완전히 설명하기 어렵다고 본다. 관습국제법의 내용을 확인함에 있어서도 국가실행이나 법적 확인과 같은 사회적 사실만으로는 관습국제법의 내용을 확인하기 어렵다. 국가실행이 설사 존재하더라도 그러한 사회적 사실로부터 자동으로 어떤 범명제가 추론되는 것이 아니다. 국가의 행위는 그 외형만으로는 특정한 법규범의 존재나 내용에 대해 말하지 않으므로, 이에 대해서는 해석이 필요하다. 범명제의 진실성은 법적 논증을 통해 확인될 수 있고, 이때 공동체의 구성원은 특정한 법실천의 존재의의와 목적에 비추어 볼 때 가장 최선의 모습으로 보일 수 있는 해석, 즉 구성적 해석을 한다.¹⁶³⁾ 이에 따르면, 국제재판 절차에서 국제법을 해석하거나 국제법에 관한 특정한 명제를 주장할 때 (관행주의와 같이) 단순히 과거에 체결된 조약이나 국가실행과 같은 사회적 사실에만 근거해서도 안 되고, (실용주의와 같이) 과거의 사회적 사실은 무시하고 공동체의 미래를 위하여 가장 적절한 해석만 탐구해야 한다고 할 수도 없다.

통합성으로서의 법 개념에 따르면 판사는 과거의 정치적 결정들(법령, 관행, 판결 등)의 제약 아래서 그 결정들에 따라 확인되는 원리에 부합하는 범위 내에서¹⁶⁴⁾ 가장 최선의 해석을 할 의무를 진다. 명시적 법규칙이 존재하지 않더라도 종전의 법실천이나 정치적 결정들이 전제하거나 이러한 결정들에 의해 인정되는 원리에 따라 특정한 범명제의 존재나 그 내용의 진실성을 확인할 수 있다.¹⁶⁵⁾ 국제사법재판소가 *Namibia* 사건 권고적 의견에서 해석 당시에 존재하는 전체 법체계의 구조에 부합하도록 국제법문서를 해석하여야 한다고 말하고,¹⁶⁶⁾ 국제법위원회(ILC)가 2006년 국제법의 파편화에 관한 보고서(Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law)에서 국제법이 법체계로서 국제법의 규칙과 원칙은 다른 규칙과 원칙과의 관계 속에서 존재하며 단순히 규칙의 총합이 아니라고 했을 때,¹⁶⁷⁾ 전체 법체계의 정합성을 고려하여야 한다는 통합성의 요청과 일맥상통하는 것이라 할 수 있다.

163) 소위 뉴헤이븐 학파 역시 법의 목적을 파악하여 그 목적에 따라 해석해야 한다고 하였다. 이는 법의 목적과 가치를 중시한다는 점에서 해석주의와 유사하다. 그러나 뉴헤이븐 학파는 법과 정책 간의 연관성을 중시한다는 점에서 법의 존재와 내용에 대한 해석에 있어 종전의 법실천에 대한 부합을 강조하면서 정책을 중시하지 않는 드워킨과 그 입장을 달리한다. Harold Hongju Koh, "Is there a 'New' New Haven School of International Law," *Yale Journal of International Law* 32 (2007): 561-563; Venzke, "Sources in Interpretation Theories," 410-411.

164) "법원으로부터 추상화된 것이 원칙(principles are abstractions from sources)"이라고 하면서, 국제법의 다른 규범으로부터의 자율성을 인정하기 위해서는 국제법의 원칙들이 고려되어야 한다는 주장으로는 Goldmann, "Sources in the Meta-Theory of International Law," 458, 467.

165) 드워킨은 국제법에 관한 논문에서 자제의 원리(principle of mitigation)와 중요성의 원리(principle of salience)를 국제사회의 가장 중요한 법원리라고 설명한다. Dworkin, "A New Philosophy for International Law," 19. 전자는 주권 행사의 자제를, 후자는 국제공동체가 중요하게 생각하여 전반적으로 인정하는 관행을 따라야 한다는 것이다. 그러나 해석주의를 취한다고 하여 이러한 설명에 반드시 동의할 필요는 없다. 이는 드워킨이 이해한(해석한) 국제사회의 기본적인 법원리일 뿐이다.

166) *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16., para. 53.*

167) Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification of Expansion of International Law, *Yearbook of the International Law Commission*, 2016, no. II, Part TWO.

이처럼 해석주의는 명시적 법규칙 뿐만 아니라 그러한 규칙들에 대해 최선의 도덕적 정당성을 부여하는 일련의 원리들을 포함한다고 본다. 이처럼 해석주의적 관점에 따르면 법명제의 정당화 과정에서 도덕적 원리들이 중요한 역할을 한다. 법명제는 개별 법규칙 뿐만 아니라 전체 국제법체계에 존재하는 법원리에 따라 그 정당성이 인정될 수 있다. 따라서 국제법의 내용은 개별 법규칙만이 아닌 전체 국제법체계에 존재하는 도덕적 원리와의 연관성 하에서 결정된다.¹⁶⁸⁾

국제재판에서 판단하는 판사 뿐만 아니라 당사자들 역시 도덕적 원리들을 근거로 특정한 법명제의 타당성을 내세우는 것은 흔하다. 국제재판 당사자는 국제법의 존재, 내용 및 적용에 대하여 자기 나름의 주장을 개진한다. 판사는 사안에 적용될 국제법이 무엇인지 결론을 내리고 분쟁을 해결한다. 국제법의 중요한 원리들이 충돌하면 형량의 요소가 개입된다. 특정한 법명제의 존재와 타당성을 끌어내기 위하여 국제재판에서 당사자들이 어떤 추상적인 원리를 그 근거로 제시하거나 판사가 그러한 추상적 원리를 판단 근거로 삼는 것을 목격할 수 있다. 해석주의는 이처럼 구체적 법규칙이 없거나 그 의미가 모호하여 종전의 법실천과 정치적 결정의 존재 이유와 가치에 따라 법원리를 적용하여 사안을 해결할 때도 이는 새로운 법을 만드는 것이 아니라 종전의 법을 적용하는 것이라고 본다.

실제로 국제법원은 어떤 사안에 적용될 명시적이고 구체적인 법규칙 자체가 없는 경우에도 종전에 확립된 법리들에 기초하여 연역적인 추론을 통해 사안을 해결해 오기도 하였다.¹⁶⁹⁾ 특히, 국제사법재판소는 해당 사안에 적용할 명시적 법규칙이 존재하지 않는다고 하더라도 재판불능을 선언하지 않고 다른 법규칙이나 원칙에 근거하여 사안을 해결한다.¹⁷⁰⁾ 이에 관하여 시바타(Shibata)는 재판소가 관련 조약들이나 일반적으로 인정되는 국제법 원칙들에 근거하여 기본원칙을 도출하여 연역적 논증을 통해 사안에 적용될 규범을 발견한다고 설명한다.¹⁷¹⁾

그렇다면 이러한 법원리 또는 일반원칙은 무엇에 근거하여 발생하고 규범력을 가지는가? 승인규칙에서 말하는 것처럼 사회적 관행에 의해 인정되는지 아니면 다른 근거가 있는가? 크로포드에 의하면, 국제법의 일반원칙은 ① 관습국제법, ② 국제사법재판소규정 제38조 제1항 제3호의 법의 일반원칙, 또는 ③ 현존하는 국제법에 대한 법적 논증에 내재한 논리적 명제를 지칭하는 것일 수 있다.¹⁷²⁾ 그러나 크로포드 스스로 국제법의 일반원칙은 추상적인 내용으로 이루어져 있고 국가실행과 직접적인 연관이 없다고 설명하므로¹⁷³⁾ 구체적 사안에 따라 국제법의 일반원칙이라고 지칭된 법명제가 사실은 관습국제법을 말하거나 양자의 내용이 중복될 수도 있지만,¹⁷⁴⁾ 국제법의 일반원칙이

168) T.R.S. Allan, "Law as a Branch of Morality: The Unity of Practice and Principle," *American Journal of Jurisprudence* 65, no. 1 (2020): 2.

169) Matthias Goldmann, "Sources in the Meta-Theory of International Law: Exploring the Hermeneutics, Authority, and Publicness of International Law," in *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, edited by Jean d'Aspremont & Samantha Besson, 447-468 (Oxford: Oxford University Press, 2017): 457은 국제법의 일반원칙이 다른 법규범에 관한 지침을 준다면, 이를 국제법질서의 근본구조에 대한 공유된 이해에 해당한다면 하버마스가 말하는 합리적 재구성 이론에 따라 설명한다.

170) 이에 관한 구체적 사례는 분량 및 시간 관계상 생략한다.

171) Akiho Shibata, "The Court's Decision *in silentium* on Sources," in *The ICJ and the Evolution of International Law*, edited by Karine Bannelier, Theodore Christakis and Sarah Heathcote, 201-210 (Abington: Routledge, 2012): 207-208. 시바타는 *North Sea Continental Shelf* 사건과 *Arrest Warrant* 사건을 대표적인 예로 들고 있다.

172) James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th Edition (Oxford: Oxford University Press, 2019), 34.

173) Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 34.

174) 다마토는 관습국제법에 규칙, 규범 그리고 원칙이 포함된다고 설명한 바 있는데, 이에 따르면 국제법의 원칙이 관습국제법에 해당할 수도 있다. D'Amato, "The Concept of Special Custom in International

관습국제법을 지칭한다고 일반화하기는 어려울 것이다.¹⁷⁵⁾

그렇다면 제38조 제1항 제3호의 법의 일반원칙이 국제법의 일반원칙을 포함하는가? 만약 그렇게 본다면 국제법의 일반원칙은 조약, 관습국제법과 마찬가지로 소위 형식적 법원 중 하나에 해당한다고 말할 수도 있다. 이를 긍정하는 견해도 있다.¹⁷⁶⁾ *Pulp Mills* 사건에서 트린다데(Trindade) 판사는 국제법의 발전양상에 비추어 보면 법의 일반원칙에는 국내법 뿐만 아니라 국제법에 의해 인정되는 것도 포함된다고 하였다.¹⁷⁷⁾ 다만 트린다데 판사가 이를 실증주의적 시각이나 전통적 법원 이론의 관점에서 바라본 것은 아니다. 오히려 국제법의 원칙이 실증 국제법규칙과는 다른 것으로서 이보다 상위에 있고 법규칙의 방향을 인도하다고 설명한다.¹⁷⁸⁾ 만약 이런 의견이 타당하다면, 국제법의 기본원칙은 해석주의에서 말하는 종전의 정치적 결정 또는 법실천에 해당한다. 재판소규정에 의해 법원으로 인정되는 법의 일반원칙에 국제법의 일반원칙이 포함된다면 이는 종전의 정치적 결정에 포함되기 때문이다. 그러므로 이에 대한 법적 논증을 통해 국제법의 일반원칙에 부합하면서 이를 정당화하는 범명제를 도출하여야 한다.

그러나 트린다데 판사의 주장과 같이 규정 제38조 제1항 제3호의 법의 일반원칙에 실정성과 전혀 무관한 국제법의 일반원칙이 포함될 수 있는지에 대해서는 의문이 있을 수 있다. 특히, 조약이나 관습국제법과 같은 실정법 이외의 다른 국제법 법원을 설정하기 위하여 자문위원회 위원장인 데상(Descamps)이 자연법적 시각에서 제안한 “문명국의 법적 양심에 의해 승인된 국제법 규칙(rules of international law as recognised by the legal conscience of civilised nations)”이라는 문언이 실정법이 아닌 다른 규범에 대해서는 국가들이 복종하지 않을 것이라는 루트(Root)와 필리모어(Phillimore)의 반대에 의해 채택이 무산되고 절충적으로 현재와 같이 법의 일반원칙이 채택된 점에 비추어 보면,¹⁷⁹⁾ 법의 일반원칙이 실정성과 무관하게 모든 사안에서 해답을 도출할 수 있는지는 의문이다.¹⁸⁰⁾ 법의 일반원칙의 추가만으로 재판능의 모든 경우를 해결할 수 있는지에 대해서는 규정 제38조의 제정 논의 당시에도 부정적인 시각이 존재하였다.¹⁸¹⁾

Law,” 212.

175) Patrick Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2020), 38-39.

176) Hersch Lauterpacht, “The Grotian Tradition in International Law,” *British Year Book of International Law* 23 (1946): 23은 법의 일반원칙이 자연법주의적 시각을 반영한 것이라고 설명한다. 이러한 견해에 따르면 자연법에 따라 인정되는 일반원칙 역시 형식적 법원에 해당한다. 그러나 이 설명이 설사 타당하다 하더라도, 이는 자연법주의가 아니라 현대적 법실증주의에 의해서도 충분히 설명할 수 있다. 하트는 승인규칙 그 자체에서 정의나 도덕적 가치를 포함하고 있다면 이 역시 법에 해당한다고 하였다(포함적 법실증주의). 따라서 규정 제38조 제1항 제3호의 법의 일반원칙이 도덕적 가치를 내포하고 있는 국제법의 일반원칙을 의미하는 것이라 하더라도 하트의 승인규칙에 의해 설명할 수 있으므로 이를 자연법주의적 관념이 반영된 것이라고 단정하기는 어렵다.

177) *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2010, p. 14, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 27-28.

178) *Ibid.*, para. 39. 그러나 법실증주의자는 이러한 설명에 반대할지도 모른다. 사회성 테제에 따르면 사회적 사실 또는 관행에 따라 법규칙이 존재한다. 법의 일반원칙이 국제사법재판소규정 제38조 제1항 제3호에 명시된 이상, 규정의 제정행위라는 사회적 사실에 의해 법의 일반원칙은 실정적 영역에 포함된 것이라 설명할 수 있기 때문이다.

179) Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 32; Ole Spiermann, “The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice,” in *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, edited by Samantha Besson and Jean d’Aspremont, 165-178 (Oxford: Oxford University Press, 2017): 170-171.

180) Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 73-74는 법의 일반원칙의 적용범위가 제한적이라고 설명한다.

181) Spiermann, “The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice,” 171-173.

트린다데 판사의 입장과 달리, 규정 제38조 제1항 제3호의 법의 일반원칙을 국내법체계에 공통된 원칙으로 국제관계에 적용될 수 있는 것이라고 보아 비교법적 검토를 통해 법의 일반원칙의 존재를 확인할 수 있다는 견해도 있다.¹⁸²⁾ 이 견해에 의하면 소위 국제법의 일반원칙이 모두 규정 제38조 제1항 제3호의 법의 일반원칙에 해당하지는 않을 수 있다. 국제법의 일반원칙 중에는 국내법 체계와 무관하게 국제사회의 고유한 특징에 따라 자율적으로 존재하는 것도 있을 수 있기 때문이다.¹⁸³⁾

이처럼 국제법의 일반원칙이 규정 제38조 제1항 제3호에 포함되지 않는다고 본다면, 실증 법규칙만이 진정한 법이라고 보는 태도는 국제법의 기본원칙을 설명하기 어렵거나 단지 재판소가 재량을 행사한 것이라고 설명할 수 있다. 이 경우에도 해석주의에 따르면, 종전의 정치적 결정들, 즉 현존하는 조약이나 관습국제법 등이 전제하거나 이로부터 도출될 수 있는 법원리 역시 법에 해당하므로 판사는 이러한 원리를 적용하여 사안을 해결할 수 있다. 사안에 적용할 구체적인 법규칙이 없다 하더라도 종전의 정치적 결정들로부터 도출될 수 있는 원리에 따라 사안을 해결하는 것이다.

명시적 법규칙이 없더라도 법체계에 존재하는 원리에 따라 사안을 해결할 수 있다면, 비록 중앙집권적인 입법부가 존재하지 않는다 하더라도 법을 적용하여 사안을 해결하는 것이 가능하다. 조약이나 관습국제법과 같은 실정국제법 뿐만 아니라 이러한 실정국제법의 배경이 되는 법원리가 지배하는 원리의 공동체가 될 수 있는 것이다. 이러한 점에서 입법부가 존재하지 않는 국제사회에서 해석주의적 관점이 가질 수 있는 의미는 더욱 각별하다고 할 수 있다.¹⁸⁴⁾

라. 판사의 재량

하트는 그 자신의 사회성 테제가 법이 가진 불확정성을 완벽히 제거할 수 있다고 보지 않았다. 오히려 사회적 실천(실행) 그 자체가 불명료하고, 법에서 사용되는 언어에는 모호성이나 개방적 구조가 존재하므로 법규칙의 의미를 언제나 증명할 수 있는 것도 아니다. 따라서 실정법만으로는 해답이 주어지지 않는 문제가 있음을 인정한다. 판사는 법이 사용하는 용어의 핵심 의미에 명백히 부합하는 사안에서는 법을 기계적으로 적용한다.¹⁸⁵⁾ 이처럼 익숙한 사안에 있어서는 용어의 해석이 필요하지 않거나 자동으로 이루어진다.¹⁸⁶⁾ 그러나 그 의미가 불분명한 경계/주변부(penumbra)에 해당하는 어려운 사건에서 판사가 재량을 행사하는 것은 복잡한 법체계에서 어쩔 수 없다고 하였다.¹⁸⁷⁾ 판사는 이처럼 경계에 해당하는 어려운 사건에서는 사회의 목적, 정책 등을 고려하여 재량

182) Martin Dixon, *Textbook on International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 43; Shaw, *International Law*, 78; Sands & Peel, *Principles of International Environmental Law*, 125; Schreuer, "The Waning of the Sovereign State," 457; M. Cherif Bassiouni, "A Functional Approach to General Principles of International Law," *Michigan Journal of International Law* 11, no. 3 (1990): 816-817; Fastenrath, "Relative Normativity in International Law," 320-321.

183) Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration*, 36-37.

184) Hollis, "Sources in Interpretation Theories: An Interdependent Relationship," 438- 439; Jacob, "Precedents: Lawmaking through International Adjudication," 1017.

185) 쉬운 사건(easy cases)에 대한 하트의 견해로 인하여 종종 형식주의자로 지칭되기도 한다. Martin Stone, "Formalism," in *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, edited by Jules Coleman & Scott Shapiro, 166-205 (Oxford: Oxford University Press, 2002): 181.

186) Hart, *The Concept of Law*, 126.

187) Hart, *The Concept of Law*, 124-136; Dyzenhaus, "The Genealogy of Legal Positivism," 52; 이상영·김도균, 앞의 책, 87면. 이러한 점에서 전자와 같은 사건에 있어서는 형식주의자적인 태도를, 후자와 같은 어려운 사건에 있어서는 현실주의자적 태도를 보였다고 평가되기도 한다. Brian Leiter,

을 행사할 수 있고, 그 이외에는 다른 방법이 없다는 것이다.¹⁸⁸⁾

이는 켈젠 역시 마찬가지였다. 켈젠은 상위규범의 의미가 모호하고 여러 가지 의미로 해석될 수 있는 경우에는 판사가 그중 하나의 해석을 채택할 수 있다고 하면서, 판사는 단순히 상위규범의 의미를 확인하는 것이 아니라 하위규범을 창조하는 것이라고 보았다. 판사의 판결은 단순히 현존하는 법의 내용을 선언하는 것이 아니라 추상적인 상위규범을 구체화하는 법형성에 해당한다는 것이다. 이런 켈젠의 설명에 따르면, 판사의 판단은 단순히 현행법을 해석하는 것이 아니라 ‘결단’을 통해 실질적으로 규범을 형성하는 역동적인 행위에 해당한다.

이와 반대로 판사의 재량이 인정되어서는 안 된다는 형식주의적 시각도 존재한다. 국제법 실무자들은 때때로 여전히 형식주의적 시각으로 재판을 바라본다.¹⁸⁹⁾ 종종 법실증주의와 연관된 것으로 이해되기도 하는 형식주의는 특히 재판에서 판사가 실제 어떻게 판단하고 있는지 또는 어떻게 판단해야 하는지에 관한 이론이라고 설명된다.¹⁹⁰⁾ 형식주의와 법실증주의를 마치 동의어처럼 여기기도 하나, 법실증주의자인 하트나 켈젠 역시 형식주의를 받아들이지 않았다는 점에 유의하여야 한다.¹⁹¹⁾ 그러므로 법실증주의자가 모두 형식주의를 따른다고 보는 것은 잘못이다. 형식주의의 시각에서 보면, 판사는 법문을 통상적이고 논리적 의미에 따라 해석하여야 하고, 법문의 통상적 의미와 달리 해석하는 것은 허용될 수 없다.¹⁹²⁾ 하트의 표현을 빌리자면, 형식주의는 법규칙에서 사용하는 용어의 ‘의미를 고정시켜’ 모든 사건에서 같은 의미가 있게 한다.¹⁹³⁾

그러나 사회적 사실에 의해 인정되는 명시적 법규칙이 존재하지 않는 경우 판사의 재량을 인정하는 하트의 법실증주의와 판사는 법을 기계적으로 적용하여야 한다는 형식주의적 시각 모두 타당하다고 할 수 없다.¹⁹⁴⁾ 그렇다면 해석주의는 이 문제를 어떻게 바라보는가? 이에 따르면, 과거의 정치적 결정들에 따른 명시적 법규칙 뿐만 아니라 이러한 법규칙이 전제하는 원리들로부터 유래한 기준들 역시 공동체의 법에 포함된다.¹⁹⁵⁾ 공동체의 구성원은 명시적 법규칙에 근거하여 자기 삶을 예

“Positivism, Formalism, Realism,” *Columbia Law Review* 99, no. 4 (May 1999): 1150. 다른 한편으로는 하트가 극단적인 형식주의와 극단적인 현실주의를 절충하였다고 평가되기도 한다. Wacks, *Understanding Jurisprudence*, 101.

188) Jules L. Coleman & Brian Leiter, “Determinancy, Objectivity, and Authority,” *University of Pennsylvania Law Review* 142, no. 2 (December 1993): 564-565 참조. 이러한 하트의 입장은 벤담의 공리주의의 영향을 받은 것으로 이해된다. 어려운 사건에 있어서는 공리주의에 기반한 입법이 가능하다는 것이다. 장영민, *드워킨 1931-2013*, 14면 참조. 그러나 다른 한편, (어려운 사건이 아닌) 법의 일반이론의 측면에서 하트는 공리주의의 영향에서 벗어나 법을 있는 그대로 묘사하고자 시도하였다고 볼 수 있다. Dyzenhaus, “The Genealogy of Legal Positivism,” 51.

189) Sean D. Murphy, “The Utility and Limits of Canons of Construction in Public International Law,” in *Between the Lines of the Vienna Convention?: Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, edited by Joseph Klingler, Yuri Parkhomenko, and Constantinos Salonidis, Chapter 2 (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018): §2.02; Astrid Kjeldgaard-Pedersen, “A Ghost in the Ivory Tower: Positivism and International Legal Regulation of Armed Opposition Groups,” *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 7 (2016): 32-62.

190) Leiter, “Positivism, Formalism, Realism,” 113-114; D’Aspremont, “Herbert Hart in Today’s International Legal Scholarship,” 143.

191) Wacks, *Understanding Jurisprudence*, 101; Frederick Schauer, “Formalism,” *Yale Law Journal* 97, no. 4 (March 1988): 508-548; Kammerhofer, “International Legal Positivism,” 409.

192) Ingo Venzke, “Semantic Authority,” in *Concepts for International Law*, edited by Jean d’Aspremont and Sahib Singh, 815-826 (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2019): 817; 최봉철, “법실증주의와 그 재판이론,” *법철학연구*, 제14권 제3호 (2011), 28-29면.

193) Hart, *The Concept of Law*, 129.

194) 이에 대한 분석은 분량 및 시간 관계상 생략한다.

상하고 재판 결과를 예측할 수 있을 뿐만 아니라 예상하지 못한 상황에서 명시적 법규칙은 아니지만 공동체의 원리들로부터 유래한 기준들에 의지할 수 있게 된다. 판사는 조약 등과 같은 명시적 규칙 뿐만 아니라 종전의 정치적 결정들에서 도출되는 원리에 의해서도 판단할 수 있다. 따라서 판사는 새롭고 까다로운 쟁점이 연관된 어려운 사건에서도 명시적 법규칙 뿐만 아니라 법원리에 따라 사안을 해결할 수 있고 또 그렇게 해야 한다.¹⁹⁶⁾

그리고 판사는 특정한 법자료(예컨대 조약)가 두 가지 이상으로 해석될 소지가 있을 때 그 공동체의 역사에 의해 인정되는 법체계에 공백이 있다고 생각하는 것이 아니라 명시적 법규칙과 이들 법규칙이 전제하고 있는 법원리로 이루어진 단일한 체제라고 이해해야 한다.¹⁹⁷⁾ 그러므로 판사는 특정 사안을 해결할 때 법체계의 통합성을 고려하고, 이를 위하여 그 공동체의 정치적 결정들로부터 도출되는 원리에 부합하는 해결책을 도출할 책임이 있다. 원리에 가장 잘 부합하는 해석이 무엇인지 탐색하여야 한다. 이때 해석자로서의 판사는 법이 무엇을 요청하는가를 판단할 때 그 공동체의 법체계가 전제하는 법원리들에 근거하여 법적 논증을 개진하고 결론을 제시한다. 즉, 판사는 다른 어떤 것도 아닌 그 공동체의 법에 따라 해결책을 제시하여야 하고, 이때 법체계 전체에 존재하는 법원리들이 그러한 해결책을 찾기 위한 지침을 제공할 수 있을 것이다.¹⁹⁸⁾

이처럼 판사는 설사 법규칙의 존재 여부나 내용이 모호하거나 명시적 법규칙 자체가 존재하지 않을 때도 단순히 개인의 재량이나 도덕이 아닌 법을 적용하여 사안을 해결해야 한다.¹⁹⁹⁾ 물론 그 법의 내용은 간접적일 수도 있고, 추상적인 원리의 형태로 존재할 수도 있다. 그러나 판사는 명시적 법규칙이 존재하지 않거나 문언이 모호한 어려운 사건에서도 자신의 판단에 대하여 구체적이고 논리적인 근거를 제시해야 하고, 이러한 근거는 개인의 도덕적 기준이 아니라 법원리에서 도출되어야 한다. 법치주의를 개인의 판단이 아닌 법에 근거하여 그 범위 내에서 행동하여야 한다는 것이라고 본다면, 설사 어려운 사건에서도 개인의 도덕기준이 아닌 (비록 간접적이고 추상적이라고 하더라도) 법적 기준에 따라 판단하는 것이 법치주의 또는 법의 지배의 측면에서도 바람직하다.²⁰⁰⁾ 개별 사건

195) Jeremy Waldron, "Did Dworkin Ever Answer the Critics?," in *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, edited by Scott Hershovitz, 155-181 (Oxford: Oxford University Press, 2006): 157-158; 박은정, 앞의 논문, 65-66면.

196) Dworkin, *Law's Empire*, 258; Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 54-55; Ratnapala, *Jurisprudence*, 179; Julie Dickson, "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL=<<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/legal-reas-interpret/>>; 박은정, 앞의 책, 102면. 그러므로 어려운 사건에서 재량이 인정된다면 어느 판사는 A 범명제를, 다른 판사는 B 범명제를 각각 인정하면 법적으로는 어느 판단도 부당하지 않다. 따라서 어느 범명제는 타당한 반면 다른 범명제는 틀렸다고 (최소한 법적으로) 말할 수 없을 것이다. 이에 비해 어려운 사건에서도 재량이 아니라 법원리에 따라 사안을 해결할 수 있다고 본다면 법원리에 의해 특정 범명제를 도출할 수 있다고 보므로 A 범명제와 B 범명제 중 어느 하나는 (법적으로도) 틀렸다고 말할 수 있을 것이다. Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2009), Chapter 10 참조.

197) 이와 관련하여 국제사법재판소의 다음 판시 참조. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16., para. 53. "[A]n international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation."

198) Dyzenhaus, "The Genealogy of Legal Positivism," 49.

199) Andrea Bianchi, *International Law Theories* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 31 참조.

200) Jeremy Waldron, "Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach," *Michigan Law Review* 111, 1 (2012): 15-16. Dixon, *International Law*, 44 역시 국제사법재판소나 다른 국제법원의 판사들이 자신의 가치관에 따라 재량을 행사하는 것이 아니라 일반원칙을 적용함으로써

을 판단하는 판사 역시 자신의 도덕적 기준이 아닌 현존하는 법자료에 따라 사안에 적용될 수 있는 법원리를 찾고 이를 논리적으로 설명하는 노력을 끊임없이 경주하여야 한다. 명시적 법규칙이 없는 경우에도 판사의 재량을 인정하지 않고 원칙에 따른 통합성 있는 판단을 할 때 비로소 수범자의 권리가 자의적·차별적으로 침해되지 않을 것이다.²⁰¹⁾

IV. 마치며

본 연구에서의 해석주의는 이 이론의 가장 유명한 주창자인 드워킨의 논의를 주로 다루지만 그에 그치지 않는다. 앨런, 게스트, 그린 등과 같은 해석주의에 동조하는 학자들의 견해에 따라 드워킨의 논의를 보완하면서 그 논지를 더 명확히 하고, 드워킨의 견해 중 일부는 채택하지 않기도 하였다. 특히 (국제)법명제의 진실성과 도덕적 타당성의 관계를 구분하는 드워킨과 달리 양자가 명확히 구분되지 않는다는 앨런 등의 입장을 채택하였다. 그 과정에서 라우터팩트, 드 비셔 등과 같은 국제법학자들의 논의를 통해 해석주의적 설명이 사실은 완전히 새로운 것이 아님을 밝히고, 해석학이나 사회학의 논의를 참고하며, 국제관계학에서의 구성주의와 상호주관성에 관한 논의, 머튼의 자기 실현적 예언에 관한 논의 등도 함께 검토하여 국제재판의 현상을 설명하고자 하였다. 그렇다고 하여 본 연구가 철학적 또는 사회학적 관점에서 검토하였다는 것은 아니다. 해석주의를 통해 국제재판의 현상을 설명할 수 있는지 살펴보는 데 필요한 부분을 차용할 뿐이다. 그러므로 본 논문의 해석주의는 드워킨과 같은 특정한 대가의 이론을 그대로 채택한 것은 아니다. 그렇게 할 수도 없다. 어떤 이론가의 견해를 검토할 때 이미 우리의 관점과 필요가 반영될 수밖에 없으므로 그 이론가의 견해를 그대로 채택하는 것이 말처럼 쉽지 않다. 따라서 본 논문의 해석주의는 드워킨의 그것을 ‘해석적으로’ ‘구성한’ 것이라고 말하여도 무방하다.

이처럼 본 논문이 나름대로 ‘구성한’ 해석주의는 법을 해석적 개념이라고 보고, 법명제의 진실성은 법적 논증을 통해서만 알 수 있다고 본다. 또한, 법적 논증은 일정한 가치평가를 포함할 수밖에 없으므로 (국제)법과 도덕이 엄밀하게 구분된다고 보지 않는다. 해석주의적 관점에 따르면 조약 체결이나 국가실행과 같은 사회적 사실 이외에도 별도의 평가와 가치판단에 의해 법의 존재와 내용이 결정되므로 법과 도덕적 가치에는 연관성이 인정된다고 할 것이다. 그리고 법원리를 강조하는 해석주의적 태도는 사안에 적용할 명시적 법규칙이 없는 경우에도 그 해결책을 도출할 수 있도록 할 뿐만 아니라 조약 등 형식적 법원의 해석에 있어서도 법원리가 가진 중요성을 알 수 있게 해준다. 이에 따르면 명시적 법규칙에 대응하지 않는 국제법상 의무도 존재할 수 있다. 명시적 법규칙이 없는 경우에도 판사의 재량을 인정하지 않고 원칙에 따른 통합성 있는 판단을 할 수 있을 때 비로소 수범자의 권리가 자의적·차별적으로 침해되지 않을 것이다.

앞서 국제재판에서 단순히 사회적 사실(조약 체결, 국가실행 등) 뿐만 아니라 도덕적 또는 정치적 가치판단에 따라 법의 존재와 내용에 관한 확인이 이루어지는 모습을 살펴보았다. 대체로 일관되고 위계적인 체계를 갖춘 국내법질서에 비하여 국제법질서에서는 중앙집권적인 입법부와 사법부가 없어 상대적으로 무질서한 상태에서 별개 영역을 다루는 다양한 국제법원이 존재하므로 해석의 중요

법의 지배라는 가치를 지킬 수 있다고 설명한다. “This is important, as the judges of the ICJ and other tribunals must be seen to be applying rules of law, rather than exercising an individual discretion based on their own personal predilections.”

201) Ronald Dworkin, “Rawls and the Law,” *Fordham Law Review* 72, no. 5 (April 2004): 1395.

성이 강조될 수밖에 없다. 관습국제법은 특히 그 성격상 존재와 내용이 유동적이고 불확정적인 성격이 강하므로 법적 논증의 중요성이 더욱 강조된다. 이처럼 법적 논증과 상호주관성을 근거로 법명제의 진실성이 확인될 수 있다는 점에서 해석자가 가져야 할 태도의 중요성을 알 수 있다. 이처럼 해석주의는 해석자의 가치판단이나 해석적 태도를 강조하지만, 결코 비합리적이거나 주관적 이론이 아니다. 오히려 실제 국제재판에서 해석적 태도에 따른 법적 논증이 존재한다는 점을 보여주고 이를 합리적으로 설명하기 위한 것이다.

마지막으로, 해석주의에 의하더라도 실정국제법은 여전히 국제법명제의 중요한 원천이다. 국제재판에 임하는 실무자가 실정국제법을 도외시한다는 것은 상상할 수 없는 일이다. 법적 논증을 시작할 때 해당 사안에 적용할 수 있는 조약과 관습국제법이 존재하는지, 존재한다면 그 내용이 무엇인지, 유사한 사안을 판단한 선례는 존재하는지 등을 확인하는 작업에서 시작한다. 우리나라 외교부에 근무하는 외교관이 특정한 법명제의 타당성에 대해 말할 때 조약, 관습국제법 또는 선례로부터 출발하지 않고 처음부터 국가의 이익에 따라 해석해야 한다거나 그 법명제가 가진 도덕적·정치적 가치에 따라 달라진다고 말한다면, 이러한 진술을 진지하게 여기는 사람은 많지 않을 것이다. 해석주의에 따르더라도 해석의 대상으로서의 실정법이 법적 논증의 출발점이다. 과거의 법실천과 정치적 결정은 현재의 법의 존재와 내용, 그리고 우리의 법인식에 영향을 미치는 것이다.



제2부 A

● [사회] 권현호 교수 (성신여자대학교)

WTO SPS 협정상 제6.1조 ‘SPS특성으로의 적합’에 관한 연구: 위험평가를 중심으로

[발표] 김현정 연구위원 (농림축산식품부)

[토론] 이진규 교수 (동아대학교)

大韓國際法學會

WTO SPS협정상 제6.1조 'SPS특성'과 SPS조치와의 '적합'에 관한 연구*

- 제5조 위험평가를 중심으로 -

김 현 정**

목 차

I. 서론

II. SPS협정상 제6.1조 'SPS특성'과 SPS조치와의 '적합'

1. SPS협정 제6.1조 관련 사건 개요
2. '적합'에 관한 '수출·입국의 SPS특성' 고려
3. SPS협정 제5조 '위험평가'에 기초한 '적합'

III. 법적 쟁점 검토 및 향후 대응전략

1. 모호한 제소국 주장으로 인한 입증책임 문제와 과학증거 (scientific evidence) 제시
2. '패널설치요성서'상에서의 제소국 주장·근거 부재로 인한 WTO 판정상 영향
3. '적합'과 '위험평가' 간 연관성: 'SPS특성'에 따른 수입국의 SPS조치의 변동성·계속성 고려
4. 제6.1조 제2문의 '평가'와 제5.1조-제5.3조상의 '위험평가' 간 연관성 고려
5. 제6.1조 지역화 조항상의 '위험평가' 관련 관할당국의 중요성과 당면과제

IV. 결론

I. 서론

세계무역기구(World Trade Organization, 이하 'WTO') 위생검역조치협정(Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, 이하 'SPS협정')은 사람 또는

* 이 논문은 필자의 박사학위논문(2022.8월) "WTO SPS협정상 지역화에 관한 연구"의 제2장에 기초하여 관련 논의를 심화·발전시킨 내용에 해당합니다. 이 논문과 학위논문은 전적으로 필자 개인의 의견에 근거한 것이며, 한국 정부의 입장과는 무관함을 밝힙니다.

** 농림축산식품부 연구위원 / 충남대학교 박사.

동·식물의 생명·건강 보호를 이유로 위생검역규정을 남용하고, 그로 인해 무역을 저해하는 국가들의 관행을 WTO체제를 통해 방지하려는 목적에서 1994년 체결되었다.¹⁾ SPS협정은 사람 또는 동·식물의 생명·건강을 위협하는 ‘병해충, 식품첨가제, 오염물질, 독소물질, 질병유발물질 등’으로 인한 “위험(risks)”으로부터 사람 또는 동·식물의 생명·건강 보호를 목적으로 한다. 이러한 보호를 위해 WTO 회원국은 위생검역조치(이하, ‘SPS조치’)를 채택·이행한다. SPS조치는 보통 위생검역에 관한 ‘법령·규정·요건·절차’ 등을 말한다.²⁾

SPS협정은 모두 14개 조항으로 구성되어 있는데, 그중에서도 제6조 지역화 및 제5조 위험평가 조항은 WTO 특정무역현안(Specific Trade Concerns, 이하 ‘STC’)을 통해 높은 비중으로 다뤄지고 있다.³⁾ 첫째, ‘지역화(regionalization)’는 수출국에서 동물 질병이 발생한 경우 수입국이 수출국 전체 영토를 대상으로 수입을 금지하는 것이 아니라, 수출국에서 오로지 질병이 발생한 ‘지역’을 대상으로 수입을 금지·제한하는 것을 의미한다.⁴⁾ 이는 수출국의 일부 지역에서 병해충이 발생하는 경우일지라도 수입국이 수출국 내 전체 지역을 대상으로 수입을 금지·제한하였던 과거의 관행을 무역 지향적인 방향으로 개선한 것이다.⁵⁾ 둘째, ‘위험평가(risk assessment)’는 지역화와 밀접한 관계를 맺고 있다. 둘째, ‘위험평가’는 앞서 언급한 ‘위험’을 평가하는 것을 말한다. 구체적으로 제5조에서 규율하고 있는 ‘위험평가’에서의 ‘위험’이란 ‘식품안전에 관한 위험’과 ‘병해충에 관한 위험’으로 분류할 수 있다.⁶⁾ 이 논문에서는 동·식물에 관한 병해충을 대상으로 한다는 점에서, ‘병해충에 관한 위험’을 중심으로 논의하고 있다. 특히 SPS협정 부속서1 para. 4에 따르면, ‘병해충에 관한 위험’은 “수입국 영토 내에 존재하는 병해충이 국내로 유입·정착·확산될 가능성, 그리고 이와 관련된 “잠재적인 ‘생물학적·경제적 결과(consequences)””를 의미한다. 다시 말해, 위험평가는 병해충이 국내로 유입·정착·확산될 가능성, 그리고 그 결과를 평가(evaluation)하는 것을 말한다.⁷⁾⁸⁾

1) Denise Prévost, “Module 3.9 SPS Measures”, *UNCTAD Course on Dispute Settlement*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.13 (United Nations, 2003), p.1, <https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add13_en.pdf (검색일: 2022.5.5.)>; 성재호, 『국제경제법』(박영사, 2007), 250면; Peter-Tobias Stoll & Frank Schorkopf, *WTO: World Economic Order, World Trade Law* (Brill | Nijhoff, 2006), pp.138-139.

2) WTO SPS협정 부속서1 제1조. ‘SPS조치’는 그 조치에 관한 이행을 촉진하는 ‘모든 종류의 국내적인 법적 수단’을 의미할 수 있다. Caroline E. Foster, “Prior Approval Systems and the Substance-Procedure Dichotomy Under the WTO SPS Agreement”, *Journal of World Trade*, Vol. 42.6(2008), p.1215; 한국국제경제법학회, 『新국제경제법』(박영사, 2022), 199면; Laura Nielsen, *The WTO, Animals and PPMs* (Brill | Nijhoff, 2007), pp.127-128; Petros C. Mavroidis, *Trade in Goods* (Oxford University Press, 2007), p.298.

3) 1995년부터 2018년 기준, WTO STC는 총 452건이 제기되었다. 그중에서도 지역화에 관한 STC는 총 39건(8.6%), 위험평가 조항에 관한 STC는 총 95건(21%)으로 높은 비중을 차지하고 있다. A. Hamilton, “Facilitating Market Access: Risk Assessment, Equivalence and Regionalisation Provisions in the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures”, *Revue Scientifique et Technique (International Office of Epizootics)*, Vol. 39.1(2020) p.85.

4) ‘지역’은 WTO SPS협정 부속서1에 따르면 한 국가에 속한 ‘일부 지역’과 ‘전체 지역’에 해당한다고 보며, ‘전체 지역’의 경우는 사실상 한 국가를 의미한다. 하지만 일반적으로 WTO SPS협정에서의 ‘지역’과 ‘지역화’를 말할 때, 한 국가에 속한 ‘일부 지역’을 의미한다.

5) Peter Van den Bossche & Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization* (Cambridge University Press, 2017), p.974 참조.

6) 한국국제경제법학회, 『新국제경제법』(박영사, 2018), 204면.

이 논문은 SPS협정 제6조를 구성하는 세부 조항 중에서도 제6.1조에 초점을 두고 있다.⁹⁾ 그리고 제6.1조상에서의 제5조 위험평가에 관한 요소를 확인하고, 제6.1조를 제5조와의 연관성을 중심으로 논의하고 있다. 먼저 SPS협정 제6.1조는 수입국이 “수출·입국의 SPS특성(동·식물 질병 발생률)”에 따라 수입국의 SPS조치를 “적합(adapt)”하게 하도록 규정하고 있다. 다시 말해, 동 조항은 제6.1조 제2문에 따라 수입국이 위험평가를 실시할 때 수출·입국의 ‘SPS특성’을 모두 고려하고, 그 이후 제6.1조 제1문에 따라 동 SPS특성에 적합한 수입국의 ‘SPS조치를 채택·이행’하도록 규정하고 있다. 구체적으로 ‘적합’이란 과거 동·식물 병해충이 발생하지 않아 수입국으로부터 ‘병해충 비발생 지역’으로 공식 인정을 받았던 수출국 내 지역에서 병해충이 발생한 경우, 수입국이 동 발생상황에 따라 해당 지역에 관한 기존 인정을 취소하는 등으로 당시 상황에 알맞게 수입국의 SPS조치를 조정하는 것을 말한다. 만약 수출국 내 해당 지역에서 병해충이 발생하지 않는 경우, 수입국은 동·식물 질병에 관한 ‘SPS특성’이 기존과는 다르게 변화됨에 따라 수입국의 SPS조치를 ‘적합’하게 한다. 그 결과로써 수입국은 수출국 내 지역을 ‘병해충 비발생 지역’으로 다시 인정한다.¹⁰⁾ 그리고 이러한 ‘적합’은 수입국이 수출·입국의 ‘SPS특성(동·식물 질병 발생률)’을 모두 고려하는 것을 전제로 한다. 여기에서의 ‘SPS특성’이란 제5조 ‘위험평가’상의 ‘위험(risk)’에 해당한다. 다시 말해, 제6.1조는 수입국의 의무를 규율하는 지역화 조항에 해당하고, 동 조항은 제5조 위험평가에 속하는 요소를 규율하고 있다.

이러한 제6.1조와 제5조 간 관계는 제6.1조를 쟁점으로 하는 *India-Agricultural Products* 사건, *US-Animals* 사건, *Russia-Pigs* 사건, *Costa Rica-Avocados* 사건을 통해 확인할 수 있다.¹¹⁾ 구체적으로 수입국은 수출국에서 ‘병해충 안전지역’을 신청한 지역에 관한 ‘지역화’ 여부를

7) WTO SPS협정 제5조 및 부속서1 para. 4; Camille Fléchet, “Risk Analysis in the SPS Agreement: an Overview”, WTO Secretariat, July 12, 2021, p.5, <https://www.wto.org/english/tratop_e/ssp_e/wkshop_jul21/secretariat_flechet.pdf>(검색일: 2023. 3. 1) 참조.

8) 위험평가는 그 평가 방법에 따라 ‘정성(qualitative)평가’와 ‘정량(quantitative)평가’로 구별할 수 있다. ‘정성평가’는 “그 위험 수준이 ‘높다, 중간 정도이다, 낮다, 또는 무시할만한 수준이다”와 같이 ‘수치’로서 표현되지 않는 결과를 도출한다. ‘정량평가’는 수학 계산식을 활용하여 그 결과를 일정한 ‘수치’로서 도출한다는 점에서, 정성평가와는 구별된다. K. Sugiura & N. Murray, “Risk Analysis and Its Link with Standards of the World Organisation for Animal Health”, *Revue Scientifique et Technique (International Office of Epizootics)*, Vol. 30.1(2011), p.283.

9) SPS협정 제6.1조는 다음과 같다: “WTO 회원국은 상품의 원산지 및 도착지 - 1개 국가의 전체 또는 일부와 여러 국가의 전체 또는 일부의 여부에 관계없이 - 의 SPS특성에 자국의 SPS조치를 적합하게 하도록 보장한다. 1개 지역의 SPS특성을 평가할 때 회원국은 특히 특정 병해충 발생률, 박멸 또는 방제계획의 존재 및 관련 국제기구에 의해 개발되는 적절한 기준 또는 지침 등을 고려한다.”

10) 이러한 ‘지역화 인정’은 ‘병해충 비발생 지역’산 제품을 수입국으로 수입하기 위한 선행조건이다.

11) Panel Report, *India-Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*, WT/DS430/R (June 19, 2015). [이하 ‘*India-Agricultural Products* 패널 보고서’]; Appellate Body Report, *India-Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*, WT/DS430/AB/R (June 19, 2015). [이하 ‘*India-Agricultural Products* 항소기구 보고서’]; Panel Report, *United States-Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina*, WT/DS447/R (August 31, 2015). [이하 ‘*US-Animals* 패널 보고서’]; Panel Report, *Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union*, WT/DS475/R (March 21, 2017). [이하 ‘*Russia-Pigs* 패널 보고서’]; Appellate Body Report, *Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union*, WT/DS475/AB/R (March 21, 2017). [이하 ‘*Russia-Pigs* 항소기구 보고서’]; Panel Report, *Costa Rica-Measures Concerning the Importation of Fresh Avocados from Mexico*, WT/DS524/R and

결정하기 위하여, 동 지역에 관한 ‘위험평가’를 실시한다. 그리고 동 위험평가에서 적합 판정을 받은 지역에 한하여, 수입국은 동 지역에 관한 ‘지역화’를 최종적으로 승인하는 SPS조치를 채택한다. 그 이후에 수입국은 동 지역에서 생산된 농·축산물을 수입하게 된다.¹²⁾ 이처럼 제6.1조상의 ‘적합’은 제5조상의 위험평가와 밀접하게 연관된다. 특히 *Costa Rica-Avocados* 사건은 제6.1조상의 ‘적합’과 관련하여 제5.3조상의 ‘경제적인 요소’를 구성하는 세부 항목에 관한 수입국의 고려 여부를 검토하였다는 점에서, 이를 고려하여야 할 필요성이 대두되었다. 이에 이 논문은 WTO 분쟁사례 소개와 함께 제6.1조를 검토 시 제5조 위험평가와의 연관성을 확인하였던 WTO 분쟁해결기구의 판정이 발전하는 양상을 제II장에서 살펴보고자 한다. 이와 관련된 법적 쟁점과 시사점, 그리고 향후 대응과제는 제III장에서 논의한다.

이 논문은 지역화에 관한 WTO 분쟁사례 중에서도 최초로 식물에 관한 지역화 분쟁에 해당하는 *Costa Rica-Avocados* 사건을 국내에 소개하고, 지역화와 위험평가 간 관계에 관한 구체적인 이해를 돕고 있으며, 향후 제5.3조상의 ‘경제적인 요소’에 관한 논의를 촉발한다는 점에서 유의미하다.

II. ‘SPS특성’과 SPS조치와의 ‘적합’

현재까지 SPS협정 제6.1조에 관한 WTO 분쟁사례는 *India-Agricultural Products* 사건, *US-Animals* 사건, *Russia-Pigs* 사건, *Costa Rica-Avocados* 사건이다. 그중에서도 앞선 세 건의 분쟁사례는 모두 동물과 동물 질병을 대상으로 논의하였으나, 가장 최신 사건에 해당하는 *Costa Rica-Avocados* 사건은 식물과 식물 질병을 대상으로 논의하였다. 이 장에서는 이들 사건에 관한 쟁점과 WTO 판정을 분석하고자 한다. 이를 통해 SPS협정 제6.1조상의 ‘적합’에 관한 WTO 판정의 변화, 그리고 ‘적합’과 제5조상의 ‘위험평가’와의 연관성을 확인할 수 있다. 그리고 수입국의 SPS조치를 ‘적합’하게 함에 있어, ‘위험평가’를 적절하게 이행하는 것이 더욱 중요해지고 있다는 사실 또한 알 수 있다.

1. SPS협정 제6.1조 관련 사건 개요

여기에서는 SPS협정 제6.1조 관련 WTO 분쟁사례에 관한 배경, 대상 품목, 대상 질병 등에

Add.1 (May 31, 2022). [이하 ‘*Costa Rica-Avocados* 패널 보고서’].

12) G. Funes, A.L. Merlo, M. Sowul, N. Rendine, X. Melon & A. Marcos, “Disease-Free Zones: Bilateral Recognition Procedure in South America”, *Revue Scientifique et Technique (International Office of Epizootics)*, Vol. 39.1(2020), p.139 참조. ‘지역화’와 ‘위험평가’는 모두 병해충에 관한 예찰시스템을 통해 수집한 데이터에 기초하여 진행된다. C. Zepeda, M. Salman & R. Ruppner, “International Trade, Animal Health and Veterinary Epidemiology: Challenges and Opportunities”, *Preventive Veterinary Medicine*, Vol. 48.4(2001), p.263; C. Zepeda, M. Salman, A. Thiermann, J. Kellar, H. Rojas & P. Willeberg, “The Role of Veterinary Epidemiology and Veterinary Services in Complying with the World Trade Organization SPS Agreement”, *Preventive Veterinary Medicine*, Vol. 67(2005), p.132.

관한 내용을 확인하고, 당사국 간 주요 쟁점을 검토하였다.

〈표 1〉 SPS협정 제6.1조 관련 WTO 분쟁사례

| 구분 | 제소일시 | 제소국 | 피제소국 | 동·식물 | 질병 |
|---------------------------------------|------------|-------|-------|--------|-------|
| <i>India-Agricultural Products</i> 사건 | 2012.3.6. | 미국 | 인도 | 가금류 | NAI |
| <i>US-Animals</i> 사건 | 2012.8.30. | 아르헨티나 | 미국 | 소·돼지 등 | FMD |
| <i>Russia-Pigs</i> 사건 | 2014.4.8. | EU | 러시아 | 돼지 | ASF |
| <i>Costa Rica-Avocados</i> 사건 | 2017.3.8. | 멕시코 | 코스타리카 | 아보카도 | ASBVd |

첫째, *India-Agricultural Products* 사건 개요는 다음과 같다. 인도는 '축산수입법(2001년 개정)', 그리고 동 법에 기초한 '행정명령 제1663(E)호(2011년 제정)'을 통해 '신고대상 조류인플루엔자'(Notifiable Avian Influenza, 이하 'NAI')¹³⁾가 발생한 '국가'에서 생산된 가금류 수입을 금지하는 규정을 마련하였다. 또한 2007년¹⁴⁾부터 2012년 미국이 WTO에 인도를 제소할 때까지 미국이 당시 AI 발생국이라는 이유로 미국산 가금류 수입을 금지하는 조치를 지속하였다. 2012년 제소 시, 미국은 앞서 언급한 '축산수입법'과 '행정명령 제1663(E)호'가 인도의 지역화 법제에 해당하나, 사실상 지역화 법제가 아니라는 점을 주장하였다. 인도의 지역화 법제는 WTO SPS협정에 따라 동물 질병이 발생한 '지역'을 인정·불인정하는 것이 아니라 '국가'를 대상으로 인정·불인정하고, 그 결과로써 동 '국가'에서 생산된 축산물을 '수입 허용·금지'한다고 규정하였기 때문이다. 이에 미국은 '지역'을 규율하지 않은 인도의 지역화 법제상에 결함이 있다고 주장하였다. 또한 미국은 제6.1조에 따라 수입국의 SPS조치가 수출국 내 '지역'에 관한 SPS특성에 적합하여야 하나, 인도가 이를 위반하고 '수출국'에 관한 SPS특성에 적합하도록 자국의 SPS조치를 규정하였다고 주장하였다. 이에 인도는 여전히 '수출국'의 SPS특성(동물 질병 발생률)을 고려하는 것이 제6.1조에 합치한다고 주장하였다.¹⁵⁾

둘째, *US-Animals* 사건 개요는 다음과 같다. 2000년 아르헨티나에서는 파타고니아(Patagonia) 지역을 제외한 대다수 지역에서 구제역(Foot and Mouth Disease, 이하 'FMD')¹⁶⁾이 발생하였다. 이에 미국은 2001년 아르헨티나산 "신선·냉장·냉동된 소고기·돼지고기, 살아

13) NAI는 OIE에 발생여부를 통보하여야 하는 AI 바이러스를 의미한다. 특히 '고병원성 신고대상 조류인플루엔자'(Highly pathogenic notifiable avian influenza)는 혈청아형 H5와 H7와 관련된 인플루엔자 A 바이러스에 의하여 발생하고 감염된 가금류의 폐사율이 75% 이상에 달하는 AI를 의미한다. *India-Agricultural Products* 패널 보고서, paras. 2.13-2.14.

14) BBC News, "US challenges India Poultry Import Ban at Trade Body", March 7, 2012, <<http://www.bbc.com/news/business-17282280>>(검색일: 2023. 3. 1).

15) 김현정·이길원, "WTO SPS협정 제6.2조 '병해충 안전지역 개념의 인정'에 관한 연구", 『국제경제법연구』, 19권 2호(2021), 119-120면 인용; Request for Consultations by the United States, *India-Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*, WT/DS430/3 (May 14, 2012), p.1; *India-Agricultural Products* 패널 보고서, paras. 2.13, 2.15, 2.22-2.33, 2.45-2.48, 7.618-7.641, 7.669; *India-Agricultural Products* 항소기구 보고서, para. 2.68. 재인용.

16) FMD는 소, 양, 돼지, 그리고 이들을 제외한 발굽이 둘로 갈라진 동물의 구강조직, 발, 유두에서 물질이 생기고 열이 나며 전염성이 높은 동물성 질병이다. Oxford English Dictionary, <<http://lps3.www.oed.com.libra.cnu.ac.kr/view/Entry/72682?redirectedFrom=foot+and+mouth+disease#eid3972>>

있는 소·돼지 등(이하 ‘동물제품’))을 수입 금지하였다. 당시 파타고니아 지역은 아르헨티나에서 유일하게 ‘FMD 비발생 지역’에 해당하였다. 하지만 아르헨티나는 ‘아르헨티나산 동물제품’을 수입 금지하는 미국의 SPS조치로 인해 ‘파타고니아산 동물제품’마저 미국으로 수출할 수 없었다. 이러한 상황을 해결하고자, 아르헨티나는 파타고니아 지역이 ‘FMD 비발생 지역’에 해당한다는 사실을 미국로부터 인정받기 위한 작업을 진행하였다. 구체적으로 아르헨티나는 미국에 2003년 제1차 신청(신청지역을 파타고니아 남부 지역으로 한정)과 2008년 제2차 신청(신청지역을 파타고니아 남·북부를 아우르는 전역으로 확대)을 별도로 진행하고, 동 신청지역을 ‘FMD 비발생 지역’으로 인정해달라고 요청하였다. 이에 미국은 2009년 2월 파타고니아 지역을 직접 방문하여 현지조사를 실시하고, 2009년 4월 파타고니아 지역에 관한 모든 정보를 수집하였다고 아르헨티나에 통보하였다. 하지만 2010년 7월 서신을 통해 아르헨티나가 미국에 파타고니아 지역을 ‘FMD 비발생 지역’으로 인정하는 절차를 조속히 완료할 것을 요청할 때까지, 미국은 동 절차를 진행하지 않았다. 2010년 9월 미국은 심지어 더욱 많은 시간이 필요하다고 아르헨티나에 회신하였다. 이에 아르헨티나는 약 9년 동안 지속하였던 미국과의 소통을 종료하고, 2012년 8월 미국을 WTO에 제소하였다. 또한 아르헨티나는 미국이 ‘FMD 비발생 지역’에 해당하는 파타고니아 남부 지역(1976년부터 FMD 비발생)과 북부 지역(1994년부터 FMD 비발생)에서 “FMD가 비발생하였다”라는 ‘SPS특성’을 고려하지 않았다는 점에서, SPS협정 제6.1조를 위반하였다고 주장하였다. 이에 미국은 각각 2003년과 2006년에 ‘파타고니아 이외의 지역’에서 FMD가 발생하였고, ‘파타고니아 지역’ 안에서도 ‘SPS특성’이 일정하지 않다는 점에서, “파타고니아 지역을 ‘FMD 비발생 지역’으로 인정하는 절차”를 완료하지 못하였다고 주장하였다.¹⁷⁾

셋째, *Russia-Pigs* 사건 개요는 다음과 같다. 2014년 1월 유럽연합(European Union, 이하 ‘EU’) 회원국인 ‘리투아니아’에서 아프리카돼지열병(African Swine Fever, 이하 ‘ASF’)¹⁸⁾이 발생하였다. 이에 러시아는 EU산 ‘돼지, 돼지고기, 돼지가공품’(이하, ‘돼지제품’)을 수입 금지하였다. EU는 EU 내 다른 지역이 ‘ASF 비발생 지역’에 해당한다는 점에서, 러시아에 EU산 돼지제품에 관한 수입 금지조치를 풀어달라고 요청하였다. 하지만 러시아는 동 요청을 거절하였다. 또한 러시아는 ‘EU 내 ASF 비발생 지역’에 관한 ‘러시아의 검역증명서 발급업무’를 스스로 중단하였을 뿐만 아니라, 동 지역산 제품에 관한 ‘EU의 對러시아 수출 허가업무’ 또한 중단할 것을 EU에 요구하였다. 이에 EU는 2014년 4월 러시아를 WTO에 제소하였다. 구체적으로 EU는 “EU전면수입금지조치(EU-wide Ban)’는 제6.1조 제1문에 따라 ‘수출·입국의 SPS특성’에 ‘적합’하여야 하나, 오직 ‘수출국(EU)의 SPS특성’에 적합하였다”는 점에서, 러시아가 제6.1조 제1문을 위반하였다고 주장하였다. 또한 러시아가 EU 내 ‘ASF 비발생 지역’에 관한 SPS특성을 평가 시, 동물

088>(검색일: 2023. 3. 1).

17) 김현정·이길원, 앞의 주 15), 122면 인용; Request for Consultations by Argentina, *United States-Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina*, WT/DS447/1 (September 4, 2012), p.2; *US-Animals* 패널 보고서, paras. 2.9-2.10, 2.16, 7.54, 7.626-7.627, 7.633 재인용.

18) ASF는 돼지에게 급성·만성으로 발병하며 돼지콜레라와 유사한 증상을 보이는 바이러스성 전염병이다. 돼지는 주로 진드기, 그리고 이미 ASF에 감염된 돼지와 그 분비물과의 접촉을 통해 ASF에 전염된다. Oxford English Dictionary, “African Swine Fever”, <<http://lps3.www.oed.com.libra.cnu.ac.kr/view/Entry/3638?rskey=PWjED5&result=1&isAdvanced=false#eid8902607>>(검색일: 2023. 3. 1).

질병 발생률이나 관련 국제기준 등을 고려하지 않았다는 점에서, 제6.1조 제2문을 위반하였다고 주장하였다. 이에 러시아는 제6.1조 제2문상의 국제기준 등을 고려하여 EU 내 'ASF 비발생 지역'을 평가한 후에 동 지역을 EU의 주장과는 달리 'ASF 비발생 지역'으로 판단하지 않았고, 그에 따라 러시아의 SPS조치를 '적합'하게 한 결과가 'EU전면수입금지조치'라는 점에서, 제6.1조 제2문을 준수하였다고 주장하였다.¹⁹⁾

넷째, *Costa Rica-Avocados* 사건 개요는 다음과 같다. 멕시코는 코스타리카와 1993년 무역 수교를 맺은 시점부터 2015년 수출을 중단하기 이전까지 매년 '멕시코산 신선 아보카도'를 코스타리카로 수출하였다. 약 20여 년에 걸쳐 코스타리카에 수출된 '멕시코산 신선 아보카도'에서 Avocado Sunblotch Viroid(이하 'ASBVd')²⁰⁾가 검출되었던 사례는 없었다. 다만, 멕시코는 자국산 신선 아보카도를 대량으로 코스타리카에 수출함에 따라 코스타리카의 아보카도 산업이 타격을 받았고, 이를 의식한 코스타리카 정부가 멕시코 내에 ASBVd가 존재한다는 이유로 2015년 '멕시코산 신선 아보카도에 관한 수입제한조치'를 취하였다고 주장하였다. 멕시코는 자국을 포함하여 미국, 페루, 콜롬비아, 인도네시아와 같은 아보카도 수출국들에도 ASBVd가 존재하나, 동 사실은 아보카도를 수출하는데 아무런 영향이 없다고 하였다. 하지만 2015년 코스타리카는 각각 개별조치를 통해 '멕시코산 신선 아보카도'에 관한 수입을 일시 중단하였다가 재개하거나, 또는 '멕시코에서 ASBVd가 존재하지 않는다는 사실'을 수입국인 코스타리카에 증명하도록 요구하였다.²¹⁾ 이러한 요구는 사실상 '멕시코산 신선 아보카도에 관한 수입제한조치'로 작용함으로써 2015년부터 아보카도 수출을 중단하였던 멕시코는 2017년 코스타리카를 WTO에 제소하였다.²²⁾²³⁾ 구체적으로 멕시코는 코스타리카가 멕시코산 아보카도를 대상으로 제6.1조 제2문에 따른 SPS특성 평가를 위해 위험평가(risk assessment)를 할 때 제6.1조 제2문상의 모든 요소를 고려하지 않았다는 점에서, 코스타리카의 수입제한조치 또한 제6.1조에 불합치한다고 주장하였다. 또

19) 김현정·이길원, 앞의 주 15), 123-124면 인용; Request for Consultations by the European Union, *Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union*, WT/DS475/1 (April 14, 2014), p.1; Request for the Establishment of a Panel by the European Union, *Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union*, WT/DS475/2 (June 30, 2014), p.2; *Russia-Pigs* 패널 보고서, paras. 1.1, 2.9, 7.31, 7.45-7.55, 7.457-7.459 재인용.

20) ASBVd는 아보카도 나무의 줄기·가지에 흰색·노란색·분홍색으로 세로줄이 생기거나, 아보카도 과실상에 흰색·노란색·분홍색의 반점·세로줄이 나타나는 등 병리적인 증상을 보이는 식물 질병이다. *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, para. 2.181; ASBVd에서의 Vd는 바이로이드(Viroid)를 의미한다. 바이로이드는 식물바이러스와 같이 핵산을 싸고 있는 외피 단백질이 없이 핵산만으로 구성된 병원체이다. 미생물학 백과, "식물병원균", 한국미생물학회, <<https://terms.naver.com/entry.naver?docId=5894533&cid=61232&categoryId=61232>>(검색일: 2023. 3. 1). 참고로 현재까지 ASBVd는 우리말로 번역된 바 없다. 이에 동 용어를 영어로 기재하였다.

21) *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, Annex B-1, paras. 2, 3, 4, 5, 7, 26. 하지만 멕시코에서는 이미 ASBVd가 존재하였다. 그에 따라 '멕시코에서 ASBVd가 존재하지 않는다는 사실을 증명'하라는 코스타리카의 요구는 사실상 멕시코가 실행할 수 없는 사항이었다. 그 결과, 멕시코는 코스타리카로 아보카도 수출을 할 수 없게 되었다. 이에 코스타리카의 요구사항은 사실상 '멕시코산 신선 아보카도에 관한 수입제한조치'에 해당한다.

22) *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, para. 1.2.

23) 참고로 코스타리카는 2015년 당시 ASBVd가 존재하였던 페루와 과테말라로부터 아보카도를 수입하였고, 그 이후에도 멕시코와는 달리 동 수입을 지속하였다. *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, Annex B-1, para. 24.

한 코스타리카가 제6.1조 제1문에 따라 자국의 SPS특성에 자국의 SPS조치를 적합하게 하여야 하는 의무를 위반하였다고 주장하였다.²⁴⁾²⁵⁾²⁶⁾ 이에 코스타리카는 멕시코의 주장이 아무런 근거도 없이 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”는 ‘전제’에만 기초하였는데, 동 전제상에 오류가 있다고 주장하였다. 코스타리카는 자국의 영토에서 ASBVd가 검출되지 않았고, 이러한 자국의 SPS특성(ASBVd)에 따르면 멕시코의 주장처럼 자국의 SPS조치를 적합하게 할 필요가 없다고 주장하였다.²⁷⁾²⁸⁾

2. ‘적합’에 관한 ‘수출·입국의 SPS특성’ 고려

WTO 분쟁해결기구는 SPS협정 제6.1조에서 ‘적합(adapt)’에 관한 정의를 규율하지 않았다는 점에서, 먼저 ‘적합’에 관한 개념을 검토하고, 이를 바탕으로 제6.1조 관한 수입국의 의무를 다음과 같이 판정하였다.

첫째, *India-Agricultural Products* 사건에서의 패널은 ‘적합’이란 ‘수입국의 SPS조치’를 ‘지역’에 관한 ‘SPS특성’에 알맞도록 ‘적절(suitability)’하게 만드는 것이라고 하였다. 그리고 인도가 제6.1조에 따라 수출국 내 ‘지역’이 아니라 동 ‘국가’에 관한 SPS특성을 고려하고, 그에 따른 인도의 SPS조치를 적합하게 하도록 규정하고 있다는 점에서, 제6.1조를 위반하였다고 판정하였

24) *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, para. 7.2180.

25) 다시 말해, 멕시코는 코스타리카에도 멕시코와 마찬가지로 ASBVd가 발생하였고, 그에 따라 코스타리카가 이러한 SPS특성에 자국의 SPS조치를 적합(adapt)하게 하여야 하나 이를 위반하고 ‘멕시코산 아보카도에 관한 수입제한조치’를 취하였다고 주장한 것이다. 멕시코의 주장에 따른 경우, 코스타리카와 멕시코는 모두 ASBVd 발생국에 해당한다.

26) 2015년 7월 코스타리카는 ‘멕시코에서 ASBVd가 존재하지 않는다는 사실’을 증명하도록 멕시코에 요구하였는데, 이는 분쟁을 촉발하는 계기가 되었다. 그리고 2017년 3월 멕시코는 코스타리카를 WTO에 제소한 이후 2018년 12월 패널이 설치되기 바로 직전 시점인 2018년 11월 패널설치요청서를 WTO에 전달하며 동 사건의 쟁점이 되는 다수의 SPS조치를 명시하였다. 이에 패널은 멕시코의 요청을 그대로 수용하고, 요청서상의 조치를 동 사건에 관한 검토대상이 되는 SPS조치로서 확정하였다. 그 구체적인 코스타리카의 SPS조치는 다음과 같다. 첫째, 2018년 발행된 결의안 제DSFE-003-2018호 및 결의안 제DSFE-002-2018호는 i) 아보카도를 운송하는 경우, “동 아보카도상에 ASBVd가 존재하지 않는다”라는 내용을 기재한 증명서를 함께 동봉하거나, ii) 아보카도를 운송하는 경우, “동 아보카도는 ASBVd 안전지역에서 생산되었다”라는 내용을 기재한 증명서를 함께 동봉하거나, 또는 iii) 양국 간에 수립한 ‘시스템에 기반한 프로그램’에 부합하여야 한다는 내용으로 ‘멕시코산 신선 아보카도’에 관한 수입요건을 구체화하였다. 둘째, 2017년 코스타리카 국가식물위생청(Servicio Fitosanitario del Estado)에서 발행한 위험분석보고서 제 ARP-002-2017호(멕시코산 신선 아보카도 수입을 위한 해충위험분석), 그리고 제ARP-006-2016호(신선 아보카도의 ASBVd에 관한 해충위험분석)는 앞선 결의안 제DSFE-003-2018호 및 결의안 제DSFE-002-2018호를 시행하는 근거에 해당한다. 셋째, 매뉴얼 제NR-ARP-PO-01_M-01호(해충 유입경로에 의한 정성적인 해충위험분석 실시)상에는 SFE 청장의 승인하에 SFE 내 위험평가팀이 코스타리카에 유입되는 해충(pest)에 관한 정성적인(qualitative) 위험분석을 하는 경우 반드시 이행하여야 하는 사항을 기재하고 있다. 동 매뉴얼은 앞선 위험분석보고서 제ARP-002-2017호와 제ARP-006-2016호 작성을 위해 필요한 사전도구에 해당한다는 점에서, 패널의 검토대상에 해당한다. Request for the Establishment of a Panel by Mexico, *Costa Rica-Measures Concerning the Importation of Fresh Avocados from Mexico*, WT/DS524/2 (November 27, 2018) p.2; *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, para. 2.2 및 Annex B-1, paras. 26-27.

27) *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, para. 7.2181.

28) 다시 말해, 코스타리카는 ASBVd가 존재하는 멕시코와는 달리 자국의 영토에서 ASBVd가 존재하지 않는다는 점에서, 자국의 아보카도 산업을 보호하기 위해 ‘멕시코산 아보카도에 관한 수입제한조치’를 취하였는데, 이는 제6.1조에 합치한다고 주장하였다.

다.²⁹⁾

둘째, *India-Agricultural Products* 사건에서의 항소기구는 “적합”이란 특정한 목적을 위하여 어떠한 대상을 조정(adjust)하는 것을 의미한다고 하였다. 여기에서의 ‘특정한 목적’이란 WTO SPS협정 제6.1조에서의 ‘수출·입국 내 지역에 관한 SPS특성’을 의미하며, ‘대상’이란 동 조항에서의 ‘SPS조치’를 말한다. 동 항소기구는 ‘SPS특성’에 ‘적합’하도록 적용을 받는 ‘지역’에 관한 크기를 ‘국가’와 비교하고, ‘지역’의 크기는 ‘국가’보다 크거나, 같거나, 또는 작을 수 있다고 하였다. 또한 ‘적합’에 관한 수입국의 의무는 동 수입국이 SPS조치를 적합하게 하는 행위를 한 번 진행함으로써 종결되는 것이 아니라고 하였다. 동 의무는 향후 SPS특성상에 변화가 있을 때마다, 동 변화에 따라 SPS조치를 적합하게 하여야 하는 수입국의 의무가 끊임없이(ongoing) 발생한다는 점에서, ‘시간의 계속성’과 ‘SPS조치의 변동성’을 모두 고려하여야 하는 개념이라고 하였다. 이를 종합하여, 동 항소기구는 인도가 제6.1조를 위반하였다며 패널 원심을 확정하였다.³⁰⁾ 동 항소기구 판정은 수입국이 ‘지역’을 인정·불인정하는 SPS조치를 취하는 경우 ‘수출국의 SPS특성’만을 고려하는 것이 아니라 ‘자국의 SPS특성’ 또한 고려하여야 한다는 점, 그리고 SPS조치를 ‘적합’하게 하여야 하는 수입국의 의무가 끊임없이 발생한다는 점을 처음으로 확인하였다.

셋째, *US-Animals* 사건에서의 패널은 ‘적합’이란 수입국의 SPS조치를 ‘수출·입국 내 지역에서의 SPS특성’에 따라 ‘수정·확정’하는 것을 의미한다고 하였다. 그리고 ‘SPS특성에 따른 적합’에 관한 예시를 다음의 두 가지 상황을 고려하여 제시하였다. i) 수출국 내 SPS특성을 비교: 수출국 내 특정 지역에서의 ‘동물 질병 발생률(SPS특성)’이 다른 지역보다 낮은 경우, 수입국은 수출국에서 ‘동물 질병 발생 위험수준’이 상대적으로 낮은/높은 지역에 적용하려는 수입국의 SPS조치를 다른 지역보다 완화/강화한다. ii) 수출·입국 간 SPS특성을 비교: ‘수출·입국 내 지역에서의 동물 질병 발생률(SPS특성)’이 동일한 경우, 수입국은 동 수출국 내 지역에 적용되는 자국의 수입제한 조치를 완화함으로써 SPS조치를 ‘적합’하게 한다. 그리고 동 패널은 제6.1조상의 ‘적합’이란, 아르헨티나가 미국의 “파타고니아 지역을 ‘FMD 비발생 지역’으로 인정하는 절차” 완료에 필요한 자국의 관련 정보를 미국에 제대로 제공하였다면, 미국이 동 절차를 반드시 완료하는 것을 의미한다고 하였다. 하지만 아르헨티나가 미국에 정보를 제대로 제공하였던 반면, 미국이 동 ‘적합’ 의무를 위반하였다는 점에서, 동 패널은 미국이 제6.1조를 위반하였다고 판정하였다.³¹⁾

넷째, *Russia-Pigs* 사건에서의 패널은 ‘적합’에 관해 다음과 같이 검토하였다. i) ‘적합’이란 앞서 확인한 바와 같이 어떠한 대상을 ‘알맞게 조정’하거나 ‘적절하게 만드는 것’을 의미한다고 하였다. ii) 동 패널은 러시아가 자국의 EU전면수입금지조치(SPS조치)상에 제6.1조 제1문에 따른 ‘EU(원산지)와 러시아(도착지)의 ASF 발생률(SPS특성)’을 모두 반영하였는지를 검토하였다. 그리고 러시아에서도 ASF가 발생하였으나 러시아가 자국의 SPS특성을 고려하지 않고 ‘수출국의 SPS특성’만을 고려한 후에 EU전면수입금지조치를 시행하였다고 하였다. 이에 패널은 러시아가 WTO SPS협정 제6.1조를 위반하였다고 판정하였다.³²⁾

29) *India-Agricultural Products* 패널 보고서, paras. 7.669, 7.709, 8.1.c.x.

30) *India-Agricultural Products* 항소기구 보고서, paras. 5.132, 5.156 & 6.1.c.iv.

31) *US-Animals* 패널 보고서, paras. 7.642, 7.674, 8.1.i.i.

32) *Russia-Pigs* 패널 보고서, paras. 7.354, 7.473-7.483, 8.1.d.v.

다섯째, *Costa Rica-Avocados* 사건에서의 패널은 ‘적합’에 관한 기존 판정을 그대로 인정하였다.³³⁾ 그리고 동 사건을 다음과 같이 검토하였다. i) “코스타리카는 ‘멕시코의 SPS특성’에 자국의 SPS조치를 적합하게 하는 의무를 위반하였다”라는 멕시코의 주장과 관련하여, 패널은 멕시코가 동 주장을 패널설치요청서상에 적시하지 않았다는 점에서, ‘예비 판정’³⁴⁾에 따라 패널의 위임사항에 해당하지 않는 멕시코의 주장을 검토하지 않겠다고 하였다. 그에 따라 패널은 검토 범위를 패널설치요청서상에 적시되어 있는 “코스타리카는 ‘코스타리카의 SPS특성’에 따른 SPS조치를 위반하였다”라는 멕시코의 주장만을 검토하며, 이에 관해 멕시코가 제대로 자신의 주장을 입증해 내는지를 검토하겠다고 하였다.³⁵⁾ 그리고 멕시코의 주장이 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”는 ‘전제’에 기초한다고 하였다. 이에 멕시코가 동 주장의 ‘전제’에 관한 사실 여부를 입증하여야 했으나, 그러지 못하였다고 판정하였다.³⁶⁾ ii) 패널은 “코스타리카에는 ASBVd가 존재하지 않는다”고 주장하였던 코스타리카가 그 근거로서 제시하였던 위험분석보고서(제ARP-002-2017호 및 제ARP-006-2016호)를 신뢰할 수 없다고 하였다. 그리고 동 보고서를 “합법적으로 과학적 (legitimately scientific)’이지 않다”³⁷⁾고 평가하였다. 이에 기초하여 패널은 코스타리카에 사실상 ASBVd가 존재하였고, 코스타리카가 동 사실을 반영하여 자신의 SPS조치를 적합하게 하여야 했으나 이를 행하지 않음으로써, 제6.1조 제1문상의 의무를 위반하였다고 밝혔다. 하지만 제소국인 멕시코가 패널이 지적한 사안에 관해 주장한 적이 없었다는 점에서, 코스타리카에게 별다른 판정을 내리지 않았다.³⁸⁾ iii) 아울러 패널은 멕시코에 ‘ASBVd에 관한 예찰(surveillance) 시스템’ 또한 제6.1조와 연관성이 있는지를 질의³⁹⁾하였으나, 멕시코가 이에 관한 자신의 논리와 근거를 구체적으로 제시하지 못하였다고 하였다. 이를 종합하여, 패널은 멕시코가 ‘코스타리카는 제 6.1조 제1문상의 의무를 위반’하였다는 자신의 주장을 입증해내지 못하였다고 판정하였다⁴⁰⁾⁴¹⁾

33) *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, paras. 7.2187, 7.2190-7.2191, 7.2197.

34) 패널은 멕시코가 패널설치요청서상에 “코스타리카는 ‘코스타리카(도착지)의 SPS특성’에 따른 자국의 SPS조치를 적합하게 하는 의무를 위반하였다”라는 주장만을 명시하였다는 사실을 주목하였다. 그리고 동 요청서상에 “코스타리카는 ‘멕시코(원산지) SPS특성’에 따라 자국의 SPS조치를 적합하게 하는 의무를 위반하였다”라는 주장을 명시하지 않았다는 점에서, 동 주장은 패널의 위임사항에 해당하지 않는다는 ‘예비 판정’을 하였다. *Ibid.*, Annex D-1, paras. 3.9-4.2. 이후 패널은 멕시코가 동 주장을 계속하여 제기하자, 예비 판정에 따라 동 주장이 패널의 위임사항에 해당하지 않는다고 확인하고, 동 주장을 검토하지 않았다.

35) *Ibid.*, para. 7.2199-7.2200, 7.2250.

36) *Ibid.*, para. 7.2252.

37) *Ibid.*, paras. 7.857-7.861. 그 구체적인 이유는 다음과 같다. i) 코스타리카는 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”는 멕시코의 주장을 반박하고 이를 증명하고자 다수 참고문헌을 패널에 제시하였는데, 동 문헌은 ASBVd 유무 여부를 증명하기에는 불충분하며, ii) 동 위험분석보고서상에서 표본추출 조사에 관한 정보·문서가 누락되었고, iii) 코스타리카의 ‘공표된 데이터’와 ‘실제 분석상의 데이터’가 서로 일치하지 않는다. *Ibid.*, para. 7.857.

38) *Ibid.*, para. 7.2253.

39) 패널은 SPS협정 제6.2조 제2문상의 “epidemiological surveillance”를 고려하고, 동 사항과 제6.1조와의 연관성을 확인하기 위해 멕시코에 질의한 것으로 보인다. 참고로 제6.2조 제2문에 관한 원문은 다음과 같다: “Determination of such areas shall be based on factors such as geography, ecosystems, epidemiological surveillance, and the effectiveness of sanitary or phytosanitary controls.”

40) *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, paras. 7.2254-7.2258, 8.1.e.

41) 참고로 패널은 멕시코의 주장을 대부분 인정하고, 코스타리카가 SPS협정을 전반적으로 위반하였다고 판정하였다. *Ibid.*, paras. 8.1-8.3.

3. SPS협정 제5조 '위험평가'에 기초한 '적합'

WTO 분쟁해결기구는 *US-Animals* 사건을 시작으로 *Russia-Pigs* 사건, *Costa Rica-Avocados* 사건을 통해 WTO SPS협정 제6.1조 제2문상의 SPS특성에 관한 평가를 검토하였으며, 동 평가와 제5조상의 '위험평가'와의 연관성을 다음과 같이 판정하였다.

첫째, *US-Animals* 사건과 *Russia-Pigs* 사건에서의 패널은 제6.1조 제2문에 따라 수입국이 수출국 내 '동물 질병 비발생 지역'에 관한 SPS특성을 평가하는 경우 해당 지역에서의 동물 질병 발생률, 동물 질병에 관한 박멸·통제 프로그램의 존재 여부 등을 고려하도록 규정하고 있다는 점에서, 제6.1조가 제5조상의 '위험평가'와 연관된다고 하였다.⁴²⁾ 동 패널은 제6.1조 제2문에서의 'SPS특성에 관한 평가'가 수입국이 제5조에 따라 실시하는 '위험평가'에 해당한다는 점을 처음으로 확인하였다.⁴³⁾

둘째, *Russia-Pigs* 사건에서의 패널은 앞서 *US-Animals* 사건에서 확인되었던 '제6.1조 제2문과 제5조와의 연관성'을 그 검토 과정상에서 실제로 적용하였다. 그리고 동 패널은 러시아가 EU 내 'ASF 비발생 지역'에 관한 제5조상의 위험평가를 하지 않았다고 하였다. 그러한 상황에서 러시아가 'EU 전역'을 대상으로 EU전면수입금지조치를 시행하였다는 점에서, 패널은 러시아가 WTO SPS협정 제6.1조를 위반하였다고 판정하였다.⁴⁴⁾

셋째, *Russia-Pigs* 사건에서의 항소기구는 제6.1조 제2문상의 '평가(assess)'와 제5.1조, 제5.2조, 제5.3조상의 '평가(assessment)' 간에 연관성이 있다고 하였다. 이에 제6.1조상의 '평가'는 제5.1조, 제5.2조, 그리고 제5.3조에 기초하여 실시할 수 있다고 하였다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾ 다시 말해, 동 항소기구는 제5조에 속한 세부 조항 가운데 제6.1조 제2문과 직접적인 연관성이 있는 조항과 그 적용 범위를 구체화하였다.

넷째, *Costa Rica-Avocados* 사건에서의 패널은 제6.1조 2문상의 '평가'와 제5조상의 '위험평가'에 관한 기존 판정을 그대로 인정하였다.⁴⁷⁾ 그리고 제소국(멕시코)이 피제소국(코스타리카)의 제6.1조 제2문상의 '병해충 발생률, 박멸·방제 프로그램의 존재 여부, 관련 국제기구에서 마련한 적절한 기준·지침'에 관한 위반을 주장하였는데, 멕시코가 동 주장을 제대로 입증하였는지를 다음과 같이 검토하였다. i) 패널은 "코스타리카는 '멕시코(원산지)의 ASBVd 발생률'에 따라

42) *US-Animals* 패널 보고서, para. 7.644; *Russia-Pigs* 패널 보고서, para. 7.481.

43) *US-Animals* 패널 보고서, para. 7.644.

44) *Russia-Pigs* 패널 보고서, paras. 7.481-7.484.

45) *Russia-Pigs* 항소기구 보고서, para. 5.59.

46) ①SPS협정 제5.1조는 "회원국은 관련 국제기구에 의해 개발된 위험평가 기술을 고려하여, 자국의 위생 또는 식물위생 조치가 여건에 따라 적절하게 사람 또는 동·식물의 생명·건강에 대한 위험평가에 기초하도록 보장한다"라고 규정하고 있다. ②제5.2조는 "위험평가에 있어서 회원국은 이용가능한 과학적 증거, 관련 가공 및 생산 방법, 관련 검사, 표본 추출 및 시험방법, 특정 병해충의 발생률, 병해충 안전지역의 존재, 관련 생태학적 및 환경조건, 그리고 검역 또는 다른 처리를 고려한다"라고 규정하고 있다. ③제5.3조는 "동·식물의 생명·건강에 대한 위험평가와 이러한 위험으로부터 위생 또는 식물위생 보호의 적정수준을 달성하기 위해 적용되는 조치를 결정함에 있어, 회원국은 병해충이 유입, 정착 또는 전파될 경우 생산 또는 판매에 미치는 손실을 기준으로 한 잠재적 피해, 수입국의 영토 내에서의 방제 및 박멸비용, 위험을 통제하기 위한 대안으로서의 접근방법에 관한 상대적 비용 효율성을 경제적인 요소로서 고려한다"라고 규정하고 있다.

47) *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, paras. 7.2196.

자국의 조치를 적합(adapt)하게 하는 의무를 위반하였다”는 멕시코의 주장과 관련하여, 동 사항이 패널의 위임사항(terms of reference)에 해당하지 않는다고 적시하였던 ‘예비 판정’을 언급하였다. 이를 바탕으로 패널은 멕시코의 주장이 패널의 위임사항에 해당하지 않는다는 점에서, 동 주장을 검토하지 않겠다고 하였다. 또한 멕시코가 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”는 자신의 주장에 관한 입증책임(burden of proof)⁴⁸이 있으나, 동 주장에 관한 사실 여부를 입증하지 않았다고 하였다. 이에 패널은 ‘코스타리카는 제6.1조 제2문에 따라 SPS특성을 평가함에 있어, ‘코스타리카(원산지)의 ASBVd 발생률’을 고려하지 않았다”는 멕시코의 주장 또한 불인정한다고 판정하였다.⁴⁹⁾⁵⁰⁾ ii) 패널은 코스타리카의 위험분석보고서상에 ‘멕시코(원산지)의 박멸·방제 프로그램’에 관한 평가 결과가 누락되었다는 멕시코의 주장을 검토하였다. 그리고 앞선 예비 판정에 따라 동 사항이 패널의 위임사항에 해당하지 않는다는 점에서, 동 주장 또한 검토하지 않겠다고 하였다. 또한 패널은 멕시코가 여전히 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”는 전제에 기초하여 “코스타리카는 제6.1조 제2문상의 박멸·방제 프로그램의 존재 여부를 고려하지 않았다”는 주장을 전개하고 있다고 하였다. 이에 동 전제에 관한 사실 여부를 스스로 입증하여야 한다고 하였다. 하지만 멕시코가 이를 입증하지 않았음을 확인하고, 패널은 “코스타리카는 제6.1조 제2문상의 박멸·방제 프로그램의 존재 여부를 고려하지 않았다”는 멕시코의 주장을 불인정한다고 판정하였다.⁵¹⁾⁵²⁾ iii) 패널은 코스타리카가 ‘ASBVd 발생률(SPS특성)’에 관한 평가를 위해 ‘WTO SPS협정 제6조 실질적 이행 촉진을 위한 지침’(Guidelines to Further the Practical Implementation of Article 6 of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, 이하 ‘지역화 이행지침’)을 참고하지 않았다는 점에서, 제6.1조 제2문을 위반하였다는 멕시코의 주장을 검토하였다. 그리고 멕시코가 동 주장을 제대로 입증하지 않았다는 점에서, 이를 불인정한다고 판정하였다. 이를 종합하여, 패널은 멕시코가 코스타리카의 제6.1조에 관한 위반을 입증해내지 못하였다고 판정하였다. 하지만 ‘코스타리카의 멕시코산 아보카도에 관한 수입 제한조치’와 관련하여, 패널은 코스타리카가 전반적으로 SPS협정을 위반하였다고 판정하였다.⁵³⁾⁵⁴⁾

48) ‘입증책임’은 “분쟁당사국이 입증하여야 하는 의무를 의미하는 것은 아니며, 동 당사국이 자신의 주장에 관한 입증을 하지 않으면 불이익을 당한다는 개념”이다. 오승진, “WTO 분쟁해결과 입증책임”, 『국제법학회논총』, 59권 1호(2014), 67면.

49) *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, paras. 7.2182, 7.2205-7.2214, 7.2218-7.2219.

50) 동 사안에 관한 양국의 주장은 다음과 같다. 멕시코는 i) 코스타리카가 자국 내 ASBVd가 존재하는 것으로 추정되는 지역에 관한 동 ASBVd의 존재 여부를 분석하지 않았고, ii) 코스타리카가 자국을 ‘ASBVd 안전지역’으로 결정(determination)할 때 동 결정을 뒷받침하는 표본추출 조사를 과학적인 방법에 따라 진행하지 않았으며, iii) 코스타리카가 자국 내 ASBVd 발생지역 중에서도 전체가 아닌 일부 지역을 대상으로 실험분석을 하였다는 점에서, 그 분석결과를 신뢰할 수 없다고 주장하였다. 이에 코스타리카는 자국 내 전역에서 ASBVd가 존재하지 않는다고 주장하였다. *Ibid.*, para. 7.2213.

51) *Ibid.*, paras. 7.2222-7.2223, 7.2225, 7.2227-7.2229.

52) 동 사안에 관한 멕시코의 주장은 본문과 같으며, 코스타리카의 주장은 다음과 같다. 코스타리카는 ASBVd에 관한 멕시코의 박멸·방제 프로그램을 대상으로 위험평가를 진행하려고 하였으나, 멕시코에서 동 프로그램을 마련하지 않았다는 사실을 파악하고 동 위험평가를 진행할 수 없었다고 주장하였다. 이에 위험분석보고서상에도 그 결과를 기재할 수 없었다고 설명하였다. *Ibid.*, para. 7.2226.

53) *Ibid.*, paras. 7.2230-7.2238, 8.1.e, 8.1-8.3.

54) 동 사안에 관한 멕시코의 주장은 본문과 같으며, 코스타리카의 주장은 다음과 같다. 코스타리카는 ‘지역화 이행지침’은 ASBVd를 대상으로 하는 위험평가와는 무관하다고 주장하였다. *Ibid.*, para. 7.2235.

III. 법적 쟁점 검토 및 향후 대응전략

India-Agricultural Products 사건, *US-Animals* 사건, *Russia-Pigs* 사건에서는 SPS협정 제 6.1조에 관한 쟁점과 관련하여 제6.1조와 제5조와의 연관성을 확인하였던 반면, *Costa Rica-Avocados* 사건에서는 제6.1조를 검토 시 제5.3조상의 요소를 직접 논의·검토하고 있다. 이에 여기에서는 *Costa Rica-Avocados* 사건을 중심으로 지역화 분쟁사례에서의 법적 쟁점과 시사점을 검토하고, '위험평가'를 중심으로 대응전략을 제시하고자 한다.

1. 모호한 제소국 주장으로 인한 입증책임 문제와 과학증거(scientific evidence) 제시

Costa Rica-Avocados 사건에서의 패널은 “코스타리카는 제6.1조 제2문에 따라 ‘코스타리카의 ASBVd 발생률’을 고려하여야 하나, 이를 위반하였다”라는 멕시코의 주장이 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”라는 전제에 기초하고 있다고 하였다. 이에 패널은 ‘코스타리카에 ASBVd가 존재하는지’에 관한 사실 여부를 먼저 확인하겠다고 하였다.⁵⁵⁾

위와 관련된 주요 쟁점은 다음과 같다. 멕시코는 ‘코스타리카 내 무역업체·수입업체·묘목업체에서 제공한 진술서’ 등을 통해 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”는 사실을 추론(infer)할 수 있다고 주장하였다. 또한 동 진술서 내용이 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”는 증거(evidence)를 구성한다고 주장하였다.⁵⁶⁾ 이에 코스타리카는 멕시코에 동 진술서를 제공한 코스타리카의 수입업체가 ‘코스타리카 정부에서 마련한 아보카도 수입요건’에 불만을 품고 있는 업체라며, 동 진술에 관한 신빙성에 의문을 제기하였다.⁵⁷⁾ 패널은 코스타리카 주장을 인정하고, 오로지 코스타리카 내 관련 업체의 진술서를 통해 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”는 점을 확인할 수 없다고 하였다. 양국의 주장을 검토하기 위해 패널은 다음과 같은 ‘전문가 의견’⁵⁸⁾을 참고하였다. i) 관할당국이 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”는 점을 공식적으로 인정한 바 없다는 의견, 그리고 ii) 설령 동 진술서가 신빙성을 갖추었더라도, “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”는 사실을 증명하는 과학증거(scientific evidence)⁵⁹⁾가 될 수 없다는 의견을 참고하였다.⁶⁰⁾

55) *Ibid.*, para. 7.269.

56) *Ibid.*, paras. 7.270-7.281.

57) *Ibid.*, para. 7.277.

58) SPS협정 제11.2조 제1문은 “과학·기술 쟁점을 포함하는 SPS분쟁과 관련하여, 패널은 자신이 선택한 ‘전문가(experts)’로부터 자문을 구하여야 한다”고 규정하고 있다. 또한 제11.2조 제2문은 패널이 ‘기술전문가 자문단’ 또는 ‘관련 국제기구’로부터 제11.2조 제1문상의 목적을 위해 자문을 얻을 수 있다는 점을 규정하고 있다. 하지만 대부분 WTO 패널은 개별 전문가로부터 자문을 구하는 것을 선호하는 편이다. 다수 분야에 속한 개별 전문가는 다양하게 과학적인 의견을 패널에 제시한다는 점, 그리고 분쟁당사국으로부터 독립적인 견해를 밝힐 수 있다는 점에서, 패널의 선택을 받고 있다. Lukasz Gruszczynski, “The Role of Experts in Environmental and Health-Related Trade Disputes in the WTO: Deconstructing Decision-Making Processes”, in M. Ambrus, K. Arts, H. Raulus & E. Hey (eds.), *The Role of ‘Experts’ in International and European Decision-Making Processes: Irrelevant, Advisors or Decision-Makers?* (Cambridge University Press, 2014), pp.221-223.

59) ‘과학증거’는 SPS협정상 제2.2조, 제5.2조, 제5.7조상에서 규율하고 있다. *Russia-Pigs* 사건에서의 항소기구는 SPS협정 제6.3조상 필요증거(necessary evidence)를 검토 시, 증거(evidence)란 ‘과학증거’와 ‘기술증거(technical evidence)’를 의미한다고 하였다. 그리고 ‘과학증거’란 정량평가를 통해 ‘질병을 유발하

이에 패널은 멕시코가 자신의 주장에 관한 근거로 제시한 ‘실험실 분석결과’를 검토한 이후, 동 결과가 멕시코의 주장과 같이 ‘실험실 분석결과’에 해당하지 않는다고, 멕시코의 주장을 불인정하였다.⁶¹⁾ 이를 종합하면, 패널은 멕시코가 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”라는 자신의 주장을 제대로 입증해내지 못하였다고 판정하였다.⁶²⁾ 또한 패널은 멕시코가 “코스타리카는 제6.1조 제2문에 따라 ‘코스타리카의 ASBVd 발생률’을 고려하여야 하나, 이를 위반하였다”라는 자신의 주장에 관한 입증책임이 있음에도 불구하고, 앞선 판정에 근거 시 동 주장을 입증해내지 못하였다고 판정하였다.⁶³⁾

이를 통해 제소국이 자신의 주장에 관한 과학증거를 제시하는 여부는 제소국에 유·불리한 패널 판정을 결정짓는 요소가 된다는 점을 알 수 있다.⁶⁴⁾ 동 사건에서의 패널은 멕시코에서 제시한 자료들이 과학증거에 해당하느냐 여부를 전문가 의견을 통해 확인하였다. 그리고 *Russia-Pigs* 사건에서의 항소기구 판정에 따르면, 과학증거는 실험실에서 진행한 실험을 통해 얻은 데이터 등을 의미한다. 다시 말해, 제소국이 SPS협정 제6.1조상의 ‘위험평가’ 요소에 관해 제시하는 경우, 제소국의 주장을 뒷받침하는 근거는 반드시 실험 결과여야 하며, 동 결과의 객관성·타당성으로 인해 전문가가 판단할 때 과학증거에 해당하여야 한다. 바꿔 말하면, 동 조항에 관한 제소를 당하는 피제소국은 제6.1조가 지역화 조항에 속하기는 하나, 동 조항상에 ‘위험평가’를 이미 내포함에 따라서 사실상 SPS협정상 지역화 조항과 위험평가 조항에 관해 제소를 받은 것으로 간주하여야 하고, SPS협정 제6조(지역화)와 제5조(위험평가)를 동시에 고려하며 제소국에 제6.1조에 관한 대응을 하여야 한다는 것을 의미한다.⁶⁵⁾⁶⁶⁾ 또한 제6.1조와 관련된 제소국의 주장이 제5조에 따른 위험평가를 통해 얻은 과학증거에 기초하였는지를 판단하고, 그렇지 않은 경우 제6.1조 위반에 관한 피제소국의 반박 논리를 제5조에 합치하는 ‘근거’에 따라 전개할 수 있다는 점을 의미

는 특성(예를 들면, 바이러스 등)에 관한 실험실에서의 실험을 통해 취득한 결과를 의미하며, 기술증거란 정성평가를 통해 얻은 기술정보(technical information)를 의미한다고 하였다. 특히 기술증거의 예시로서 *Russia-Pigs* 사건에서의 쟁점이 되었던 ‘수출국 내 ASF 비발생지역에 관한 수출국 관할당국의 ASF 관리 조치가 효과적이었는지를 나타내는 정보’를 언급하였다. 김현정·이길원, “러시아 돼지 수입금지에 관한 WTO 판례 연구-SPS협정 제6조 지역화의 해석을 중심으로”, 『법학연구』, 전북대학교 법학연구소, 63권(2020), 567면; *Russia-Pigs* 항소기구 보고서, para. 5.63 재인용. 참고로 기술정보는 정성평가에 따라 “그 위험수준(또는 관할당국의 SPS관리조치의 효과성 등)이 높다, 보통이다, 낮다, 무시할만한 수준이다” 등으로 표현한다.

60) *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, paras. 7.286-7.287.

61) *Ibid.*, para. 7.295.

62) *Ibid.*, para. 7.310.

63) *Ibid.*, para. 7.310, 7.2218-7.2219.

64) ‘입증책임’의 측면에서 본다면, 분쟁당사국이 자신의 주장에 관한 과학증거를 제시하는 것은 중요하다고 할 수 있다. 이는 “WTO 분쟁해결절차의 진행 과정과 분쟁해결기구의 최종 판정”에 중요한 역할을 한다. 오승진, 앞의 주 48), 67면 참조; ‘입증책임’은 제소국이 자신의 주장을 ‘강력한 논거’를 통해 전개하여야 하며, 그렇지 않을 경우 패널이 제소국의 주장을 인정하지 않을 수 있다는 점을 의미한다. 장학수, “WTO 분쟁해결절차의 입증책임, 일응타당 사건 및 추정”, 『통상법률』, 121호(2015), 107-108면.

65) 관할당국의 SPS 지역화 업무와 위험평가 업무가 직접 연계되어 운영된다는 점 또한 이러한 주장을 뒷받침한다. G. Funes, A.L. Merlo, M. Sowul, N. Rendine, X. Melon & A. Marcos, *supra* note 12, p.139 참조.

66) 위험평가는 ‘관련 데이터 수량이 충분한지, 또는 동 데이터의 품질이 양호한 수준인지’ 등을 고려하여야 한다. 간혹 위험평가에 필요한 데이터가 충분하지 않거나, 또는 그 수준이 위험평가에 부적합한 경우 또한 발생하기 때문이다. 따라서 위험평가를 위한 일정량의 데이터를 확보하고 동 데이터상의 품질을 보장하는 것은 위험평가에 있어서 매우 중요한 과제라고 할 수 있다. K. Sugiura & N. Murray, *supra* note 8, pp.285-286.

한다.

이에 우리나라 또한 제6.1조와 제5조와의 연관성을 염두하고, 제6.1조에 관한 제소국·피제소국 입장에서의 대응 방향을 고려하여 향후 분쟁에 대응할 필요가 있다.

2. '패널설치요청서'상에서의 제소국 주장·근거 부재로 인한 WTO 판정상 영향

Costa Rica-Avocados 사건을 통해 다음과 같은 특징을 확인할 수 있다. 첫째, 동 사건에서의 패널은 당시 “코스타리카에는 ASBVd가 존재하지 않는다”고 하였던 코스타리카의 주장과는 달리, 동 국가에 ASBVd가 존재할 가능성을 확인하였고, 코스타리카의 위험분석결과, 그리고 관련 데이터상에 문제가 있는 것을 확인하였다. 그리고 동 문제점이 “코스타리카는 제6.1조 제1문에 따라 ‘코스타리카의 SPS특성’⁶⁷⁾에 자국의 SPS조치를 적합하게 하여야 하는 의무를 위반하였다”라는 주장으로 이어질 수 있다고 하였다. 하지만 정작 멕시코가 동 문제점에 관한 주장을 한 적이 없다는 점에서, 패널은 발견한 문제점을 단순히 지적하는 수준에서 검토를 종료하였다. 이는 멕시코가 동 문제점을 발견하고 이를 주장하였다면, 패널이 멕시코에 유리한 판정을 할 수도 있었음을 의미한다. 둘째, 멕시코는 “코스타리카는 자국의 SPS특성에 자국의 SPS조치를 적합하게 하는 의무를 위반하였다”라는 주장을 하였으나, 이를 뒷받침하는 근거를 패널에 제공하지 않았다. 그에 따라 패널은 어쩔 수 없이 멕시코의 주장이 어떠한 전제를 바탕으로 하고 있는지를 살펴보고 그 전제가 사실과 부합하는지를 확인하였다. 이는 제소국이 제소를 효과적으로 하지 못한 것으로도 볼 수 있다. 결과적으로 패널이 멕시코의 주장을 인정하지 않는다고 판정하였다는 점에서, 더욱 그러하다. 셋째, 멕시코는 “코스타리카는 ‘멕시코(원산지)의 ASBVd 발생률’에 따라 자국의 조치를 적합하게 하는 의무를 위반하였다”는 주장하였으나, 정작 동 주장을 패널설치요청서상에 기재하지 않았다. 그에 따라 패널은 위임사항에 해당하지 않는 멕시코의 주장을 검토할 수 없다고 하였는데, 이는 멕시코가 자신에게 유리하게 패널로부터 판정받을 기회를 상실하였음을 의미한다.⁶⁸⁾

이를 통해 다음의 사실을 확인할 수 있다. 첫째, 제소국은 패널설치요청서상에 자신의 ‘주장’과 상대국의 ‘위반 사실’을 적시하여야 한다. 그리고 이를 WTO 분쟁해결기구에 일관성 있게 제시하여야 한다. 이를 통해 제소국은 상대국의 위반 여부에 관한 패널의 검토를 받을 수 있다는 점에 유념하여야 한다. 둘째, 동 사건에서의 패널은 멕시코의 주장을 뒷받침할 근거가 부재하다는 점에서, 동 주장이 제소국이 가정하는 특정한 ‘전제’를 바탕으로 시작되었다고 판단하고, 동 전제에 관한 ‘사실 여부’를 검토하였다. *Costa Rica-Avocados* 사건은 지금까지의 제6.1조에 관한 WTO 분쟁사례 중에서 제소국이 ‘근거’ 없이 단순히 자신의 ‘주장’만을 전개하였다는 패널의 지적을 가장 많이 받은 사건이다. 이는 패널이 근거없는 제소국의 주장 자체를 신뢰하지 않는 경우, 어떠한 접근방식을 통해 제소국의 주장을 검토하는지를 보여주는 예시이기도 하다. 이에 제

67) 패널은 코스타리카에서 제출한 자료를 통해 ‘동 국가가 주장하는 SPS특성(=ASBVd 비발생)’과 ‘실제 SPS특성’이 서로 다를 수 있다는 점을 파악하였다. 이에 동 사실과 코스타리카의 제6.1조에 관한 의무를 연계하였다. *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, paras. 7.857-7.861, 7.2253.

68) *Ibid.*, paras. 7.2252-7.2258.

소국은 자신의 주장을 입증할 수 있는 체계적이고 사실에 근거한 설명자료 또는 관련 문서를 준비하고, 이를 패널에 제공하여야 한다는 점 또한 알 수 있다.⁶⁹⁾ 패널은 체계적이고 사실에 부합하는 근거를 통해 제소국의 주장을 더욱 수용할 수 있게 된다.⁷⁰⁾

이에 우리나라 또한 WTO에 제소하는 경우를 대비하여 제소 주장에 관한 근거를 SPS협정에 합치하는 방향으로 축적하여야 한다.⁷¹⁾ 이러한 근거는 체계적이고 과학적인 증거로서 성립할 수 있으며, 제소에 관한 주장을 더욱 명확하고 구체적으로 파악할 수 있게 한다. 이를 통해 패널설치요청서상에 일부 주장을 누락하지 않고 관련된 모든 주장을 적시함으로써, 우리나라는 제소 주장에 관한 설득력과 신뢰도를 높이고, 패널로부터 더욱 용이하게 우리나라의 주장을 인정받을 수 있게 된다.

3. '적합'과 '위험평가' 간 연관성: 'SPS특성'에 따른 수입국의 SPS조치의 변동성·계속성 고려

앞서 확인한 바와 같이 *India-Agricultural Products* 사건에서의 향소기구는 제6.1조 제1문과 관련하여, “수입국은 SPS특성이 변화함에 따라 SPS조치를 변동시켜야 하고, 이러한 변동의 무가 변동 시점에서 종료되는 것이 아니라 향후에도 끊임없이 발생한다”고 하였다.⁷²⁾ 이후 *Russia-Pigs* 사건에서의 향소기구와 *Costa Rica-Avocados* 사건에서의 패널 또한 제 6.1조 제1문에 관한 *India-Agricultural Products* 사건에서의 향소기구의 판정을 그대로 인정하였다.⁷³⁾ 예를 들면, 이는 수출국 내 특정 지역의 SPS특성이 ‘동·식물 병해충 발생(occur) 또는 존재(is present)’하는 상태에서 ‘비발생’하는 상태로 변화된 경우, 수입국은 ‘동 수출국 내 지역산 제품’에 관한 ‘지역화를 불인정’하였던 수입국의 법령·조치를 ‘지역화 인정’으로 변동시켜야 한다는 점을 의미하며, 이러한 변동이 향후에도 계속하여 일어나야 한다는 점을 의미한다.⁷⁴⁾

이에 수입국은 SPS 지역화에 관한 법령을 마련하고 동 법령에 근거하여 지역화를 인정·불인정하는 조치를 채택하였을지라도, 향후 변화하는 수출국의 SPS특성에 따라 기존 법령·조치를 변동시킬 수 있어야 한다. 만약 수입국이 이러한 법령·조치에 관한 변동 작업을 수출국의 SPS특성이 변화된 시점과 비교해 장기간 지연시키거나, 또는 아예 아무런 작업을 진행하지 않았을 경우, 동

69) *Russia-Pigs* 사건에서 EU(제소국)는 SPS협정 제6조에 관한 러시아(피제소국)의 위반에 관한 사실과 구체적인 근거자료를 마련하고, 이를 연대별로 목록화하여 패널에 제공하였다. *Russia-Pigs* 패널 보고서, paras. 9.10-9.63; WTO 분쟁해결절차상에서 “분쟁당사국의 ‘사실과 법적 해석’에 관한 주장은 ‘증거’를 통해 확정”된다. WTO 분쟁해결절차상에서 “분쟁당사국의 ‘사실과 법적 해석’에 관한 주장은 ‘증거’를 통해 확정”된다. 권현호, “국제통상분쟁의 사법적해결과 입증책임”, 『아주법학』, 14권 4호(2021), 32면.

70) 피제소국 또한 체계적이고 사실에 부합하는 근거를 통해 자신의 주장을 전개하는 것이 필요하다.

71) 동·식물 병해충에 관한 WTO 분쟁 발생 시, 통상적으로 WTO 분쟁해결기구는 SPS협정 및 그와 관련된 국제기준에 관한 수출·입국의 준수 여부를 검토하였기 때문이다. H.M. Vesterinen, A.M. Perez & K.M. Errecaborde, “Building Capacity for World Trade Organization Dispute Settlement: Piloting Polarity Mapping for Trade Relations”, *Revue Scientifique et Technique (International Office of Epizootics)*, Vol. 39.1(2020), p.162 참조. 하지만 SPS협정과 관련 국제기준은 분쟁당사국에게 중요할 수 있는 ‘국내 문화·정치적인 요소’와는 무관하다는 점에서, 이를 비판적으로 바라보는 견해도 있다. *Ibid.*

72) *India-Agricultural Products* 향소기구 보고서, para. 5.132.

73) *Russia-Pigs* 향소기구 보고서, para. 5.58; *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, para. 7.2190.

74) 수입국은 수입국의 SPS특성이 변화하는 경우에서도 그에 따른 자국의 SPS조치를 변동시켜야 한다.

수입국은 제6.1조 제1문 위반에 관한 제소를 받을 수도 있다는 점을 기억하여야 한다. 다시 말해, 수입국은 제6.1조 제1문에 관한 법령의 성문화 및 이에 관한 실제 이행 여부를 함께 고려하여야 한다.⁷⁵⁾ 또한 여기에서는 SPS협정 제6.1조와 제5조상의 요소를 모두 고려하여야 한다. 제6.1조에서의 'SPS특성'은 위험평가를 실시하는 대상이 된다는 점에서, 직접적인 연관성이 있기 때문이다.⁷⁶⁾

제6.1조 제1문상의 수입국의 "적합" 의무에 관한 합치 여부는 "수입국의 기존 SPS 지역화 법령·조치가 수출국 내 '병해충 비발생 지역산 제품'에 관한 수입을 허용하는가"라는 질문을 통해 알 수 있다. 물론 이러한 질문은 먼저 수출국이 자국 내 영토에서 병해충이 존재하지 않는다는 점을 수입국에 증명하여야 한다는 것을 전제로 한다. 만약 수입국이 동 질문에 긍정적인 답변을 할 수 없다면, 동 수입국의 법령·조치는 SPS협정 지역화 조항에 불합치한 것으로 간주할 수 있다.⁷⁷⁾ 이에 우리나라는 '적합'이 의미하는 바와 그에 관한 특징을 잘 이해하고, 국내 법령과 제도 등을 마련·운영해 나갈 필요가 있다. 이러한 '적합' 의무를 SPS협정에 합치하는 방향으로 이행하기 위하여, 'SPS특성'을 평가하는 기준이 되는 '위험평가'에 관한 국내 법령 등을 SPS협정과 관련 국제기준에 합치하는 방향으로 마련·운영해 나갈 필요가 있다.

4. 제6.1조 제2문의 '평가'와 제5.1조-제5.3조상의 '위험평가' 간 연관성 고려

SPS협정 제6.1조 제2문과 제5조와의 관계를 확인하였던 기존 판정과는 달리, *Russia-Pigs* 사건에서의 항소기구는 제6.1조상의 '평가'는 제5.1조, 제5.2조, 그리고 제5.3조에 기초하여 실시할 수 있다고 하였다. 이는 지역화와 연관되는 위험평가 조항의 범위를 구체화하였다는 점을 의미한다.⁷⁸⁾ *Costa Rica-Avocados* 사건에서의 패널 또한 이를 재확인하였다.⁷⁹⁾ 이에 두 조항 간 관계에 관한 최신 판정을 기준으로 하여, 향후 관할당국은 지역화와 연관되는 위험평가 업무를 실시하는 경우 제5.1조, 제5.2조, 그리고 제5.3조에 요소를 고려할 필요가 있다.

위험평가를 실시함에 있어 고려해야 할 요소들은 다음과 같다. 첫째, 제5.1조는 WTO 회원국이 '국제기구에서 마련한 위험평가기법(risk assessment techniques)'을 고려하도록 규정하고 있다. 둘째, 제5.2조는 WTO 회원국이 다음을 고려하도록 규정하고 있다. i) 과학증거(scientific evidence), ii) 가공·생산 방법(method), iii) 검역·표본추출·실험 방법(method), iv) 병해충 발

75) 이와 관련하여, 지역화에 관한 최근 국내 연구는 우리나라가 수출국에 관한 지역화를 인정한 이후에도 동 수출국의 SPS특성을 지속적으로 관찰하고, 그 결과에 따라 지역화에 관한 SPS조치를 변동하게 하는 제도를 향후 도입할 필요성을 제기하고 있다. 이정환·서진교·최원목·임정빈·우가영『WTO 지역화 분쟁사례 조사와 정책 시사점』(GS&J 인스티튜트, 2021), 47면 참조.

76) *US-Animals* 패널 보고서, para. 7.644; *Russia-Pigs* 패널 보고서, para. 7.481; *Russia-Pigs* 항소기구 보고서, para. 5.59.

77) A. Hamilton, *supra* note 3, p.86. 제6.1조는 사실상 수출국 안에서 병해충이 발생했는지라도 동 국가의 '병해충 비발생 지역산 제품'에 관한 수입을 막지 않아야 한다는 것을 의미한다. *Ibid.*, p.87; SPS협정 제6조는 병해충 발생으로 인해 '무역이 제한될 가능성을 최소화'한 조항이다. 최혜선, "WTO/SPS협정상의 주요 의무인 위험평가의무와 지역화 인정의무에 대한 고찰", 『동아법학』, 94호(2022), 346면.

78) *US-Animals* 패널 보고서, para. 7.644; *Russia-Pigs* 패널 보고서, para. 7.481; *Russia-Pigs* 항소기구 보고서, para. 5.59.

79) *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, paras. 7.345-7.354.

생물, v) 병해충 비발생 지역의 존재 여부, vi) 생태·환경적인 상황, vii) 검역·기타 처리방법 (treatment)을 고려한다. 셋째, 제5.3조는 WTO 회원국이 위험평가를 실시하고 이에 관한 SPS 조치를 결정하는 경우, 다음과 같은 ‘경제적인 요소(economic factors)’를 고려하도록 규정하고 있다. i) 병해충이 유입·정착·전파되는 사건(event)이 발생하는 경우, 관련 동·식물의 ‘생산·판매 손실분(loss)’을 기준으로 ‘잠재적인 피해(potential damage)’, ii) 수입국 영토 안에 존재하는 병해충을 관리·박멸하는 비용, iii) ‘위험수준’을 일정 수준으로 제한(limiting)하는, “대안”에 관한 비용효과성(cost-effectiveness)을 고려한다.⁸⁰⁾

그중에서도 제5.3조는 위험평가를 실시하는 관할당국이 SPS조치를 결정 시 고려하여야 하는 요소라는 점, 그리고 SPS 협정에 자주 언급되지 않는 ‘경제적인 요소’를 고려하여야 한다는 점에서 주목할 필요가 있다. 이러한 경제적인 요소는 결과적으로 SPS 정책 결정에 영향을 준다는 점에서 더욱 그러하다. 첫째, ‘잠재적인 피해수준’은 병해충이 유입·정착·전파되는 사건이 발생하기도 전에 동 사건이 발생하는 경우를 가정하고, 그로 인한 동·식물이 폐사·고사함에 따른 ‘생산·판매 손실분(loss)’을 예측하고 이를 수치화할 필요성을 나타낸다. 둘째, ‘대안’에 관한 ‘비용효과성’은 ‘수입국이 병해충을 관리·박멸하는데 효과적이라고 판단하는 SPS조치’보다 관리·박멸 비용을 적게 사용하는 ‘SPS 대안조치’가 있는 경우, 동 수입국이 후자를 선택하는 방향을 고려하여야 한다는 점을 의미한다. 또한 SPS협정 제5.3조에 합치하기 위하여, 위험평가를 실시하는 관할당국은 위험분석보고서를 작성하는 경우, ‘병해충 위험에 관한 평가’뿐만 아니라 ‘경제적인 요소에 관한 평가’를 진행하고, 동 평가에 관한 내용과 근거를 위험분석보고서상에 적시할 필요가 있다.⁸¹⁾

이는 *Costa Rica-Avocados* 사건에서의 패널 판정을 통해 더욱 명확해졌다. *Russia-Pigs* 사건에서의 패널은 제5.3조에 관한 의미를 처음으로 해석하였다. 동 패널은 제5.3조상의 ‘경제적인 요소’란 동 조항에서 명시하고 있는 세 가지 요소가 전부이며, WTO 회원국들이 동 조항과 관련하여 그 외의 요소를 고려할 필요는 없다고 하였다.⁸²⁾ *Russia-Pigs* 사건에서의 패널은 제5.3조에 관한 러시아의 위반 여부를 동 조항과 제5.1조와의 연관성을 통해 판정하였다.⁸³⁾ 하지만 *Costa Rica-Avocados* 사건에서의 패널은 멕시코가 코스타리카의 제5.3조 위반을 주장함에 따라, 코스타리카의 위험분석보고서상에서 제5.3조에 따른 경제적인 요소를 고려하였는지를 구체적으로 검토하였다. 그리고 코스타리카가 경제적인 요소를 고려하였다는 자신의 주장에 관한 증거·설명을 패널에 제공하지 못하였다고 하였다. 당시 코스타리카는 패널에 국가식물위생청 내 기술실무그룹이 제5.3조상의 ‘대안에 관한 비용효과성’을 고려하고 이를 장기간 토론하였다고 대응하거나, 또는 위험평가 종료 시 위험관리부서에서 세 개의 대안조치를 고려하였다고 구두로 대응할 뿐이었다. 패널은 동 위

80) 필자는 SPS협정 번역문(2001년 우리나라 외교부 공개본)을 참고하고, 원문을 기준으로 일부 내용을 수정하였다.

81) 이와 관련하여, 관할당국은 다음 사항을 고려할 필요가 있다. i) ‘잠재적인 피해’는 아직 발생하지 않은 상황에 관한 경제적인 피해를 측정하는 것으로서, 피해를 결정하는 여러 변수를 정확하게 파악하고 이를 위험분석에 반영할 때, 피해에 관한 정확한 결괏값을 도출할 수 있다. ii) 관할당국이 원래 채택하려는 SPS조치보다 돈을 적게 사용하여야 하는 ‘대안조치’는 관할당국이 실제 운영을 해본 적이 없는 SPS조치를 대상으로 경제적 효과성에 관한 예상치를 산출할 수도 있다는 점을 의미한다.

82) *Russia-Pigs* 패널 보고서, para. 7.346. *Costa Rica-Avocados* 사건에서의 패널 또한 동 판정을 재확인하였다. *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, para. 7.346.

83) *Russia-Pigs* 패널 보고서, paras. 7.774-7.776, 7.783, 8.1.d.viii.

협분석보고서상에 제5.3조상의 경제적인 요소에 관한 적시가 없음에 따라, 코스타리카가 동 보고서에 기초하여 채택된 결의안 제DSFE-003-2018호 및 결의안 제DSFE-002-2018호상에 동 요소를 적시하였는지 검토하였다. 그리고 동 결의안에는 제5.3조상의 경제적인 요소가 적시되지 않았다고 하였다. 이에 패널은 코스타리카가 제5.3조상의 경제적인 요소에 해당하는 “생산·판매 손실분, 코스타리카의 병해충 관리·박멸 비용, 대안조치에 관한 비용효과성”을 모두 고려하지 않았다는 점에서, 제5.3조를 위반하였다고 판정하였다.⁸⁴⁾ 여기에서 알 수 있듯이, 수입국이 발행하는 ‘위험분석보고서’ 또는 이를 근거로 채택하는 수입국의 ‘SPS조치’상에 제5.3조상의 경제적인 요소와 동 요소에 관한 근거를 적시하였는지 여부는 향후 WTO 분쟁의 쟁점이 될 수 있다. 만약 동 요소·근거를 위험분석보고서상에 기재하는 것이 부담스럽다면, 수입국은 반드시 제5.3조상의 경제적인 요소를 고려하였다는 증거를 확보하여야 한다. 그러한 증거를 통해 제5.3조를 준수하였다는 주장을 할 수 있기 때문이다. 제5.3조에 관한 중요성이 *Costa Rica-Avocados* 사건을 통해 대두됨에 따라, 우리나라 또한 향후 이에 관해 대비할 필요가 있다.

5. 제6.1조 지역화 조항상의 ‘위험평가’ 관련 관할당국의 중요성과 당면과제

‘위험분석’과 ‘지역화’는 매우 긴밀한 관계를 맺고 있다. 예를 들어, SPS협정 제6.1조에 따라 ‘병해충 비발생 지역’에 관한 ‘위험평가’를 진행하려면, 다음과 같은 요소를 고려하여야 한다. i) 다른 지역에서 유래된 병해충이 동 지역으로 재유입될 가능성 및 확산 가능성, ii) 수입품으로 인해 동 지역에 병해충이 유입될 가능성이다. 이러한 측면을 고려할 때, 한 국가 안에서 동·식물 위생을 담당하는 관할당국은 국내적으로 동·식물 병해충 관리 등을 위한 다양한 업무를 수행하고, 국외적으로 자국의 동·식물 병해충에 관한 데이터와 관련 정보를 외국 정부에 제공한다는 점에서, 매우 중요한 역할을 담당하고 있다.⁸⁵⁾

동·식물에 관한 병해충은 동 병해충에 감염된 ‘외국산 동·식물 또는 설치류·조류 등과 같이 병원균을 전파하는 매개체’ 등을 통해 유입·확산한다.⁸⁶⁾ 관할당국은 동·식물에 관한 병해충 유입을 방지하고자 노력한다. 동 병해충이 유입된 이후에는 국내 농식품 산업계에 큰 영향을 미치기 때문이다.⁸⁷⁾ 일단 해외로부터 병해충이 국내로 유입·발생하면, 이를 원상태로 회복하기 위해 노력하여야 한다. 이에 관할당국은 수입품을 대상으로 ‘병해충 대처 방안’을 마련하는 동시에 매우 엄격한 수준으로 관련 ‘규제’를 마련하고, 이를 통해 병해충의 국내 유입 가능성을 최소화하도록 노력하여야 한다.⁸⁸⁾

84) *Costa Rica-Avocados* 패널 보고서, paras. 7.1720-7.1723.

85) C. Zepeda, M. Salman & R. Ruppner, *supra* note 12, pp.268-269.

86) Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), World Organization for Animal Health (WHO) & World Bank (WB), “Good Practices for Biosecurity in the Pig Sector - Issues and Options in Developing and Transition Countries”, *FAO Animal Production and Health Paper*, No. 169(2010), p.17.

87) *Ibid.*, p.35.

88) Faith Thompson Campbell, “The Science of Risk Assessment for Phytosanitary Regulation and the Impact of Changing Trade Regulations: the Approach to Phytosanitary Safeguards Mandated by the World Trade Organization may Hinder Adoption of the Most Efficient Methods to Protect Ecosystems from Introductions of Invasive Species”, *BioScience*, Vol.

더욱이 관할당국이 병해충과 관련하여 수행하는 업무는 동·식물 병해충에 관한 ‘국내 의사결정’, 그리고 ‘국가 간 동·식물 교역’을 위해 실시하는 ‘위험평가’와도 연관된다는 점에서, 매우 중요하다.⁸⁹⁾ 이에 제6.1조 지역화 조항상의 ‘위험평가’와 직·간접적으로 연관된 관할당국의 당면과제를 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, ‘위험평가’는 관할당국에서 수집한 데이터·정보에 기초하여 진행되는데, 이러한 양적인 데이터·정보를 어떠한 방식·수준으로 위험평가를 진행하는 절차상에 반영할지는 관할당국에 주어진 과제라고 할 수 있다.⁹⁰⁾ 둘째, 관할당국은 병해충 발생을 예방하기 위해, 병해충에 관한 교육·조사, 그리고 병해충 예방을 위한 위생체계 구축 등에 관련 예산을 배정·지출하여야 한다. 동 예산은 병해충이 발생한 이후에 지출하여야 하는 비용보다 적은 액수에 해당하기 때문이다.⁹¹⁾ 셋째, 관할당국은 병해충에 관한 위험을 효과적으로 관리하기 위하여, 동·식물을 사육 또는 재배하는 농업인에게 병해충에 관한 위험을 사전에 인지할 수 있는 교육을 진행할 필요가 있다. 사전 교육을 받은 농업인은 자신의 농장에서 병해충이 발생하지 않도록 예방조치를 취할 수 있기 때문이다.⁹²⁾ 넷째, 동·식물의 국경 간 이동은 수입국 내 관할당국이 마련한 요건에 합치하는 ‘합법적인 경로’, 또는 밀수 등의 ‘불법적인 경로’를 통해 진행될 수 있다. 이에 수입국의 관할당국은 수출국이 합법적으로 수입국에 수출을 신청하여 국내로 수입된 품목과 그렇지 않은 품목을 구별하고, 관련 법령을 별도로 제정할 필요가 있다.⁹³⁾ 다섯째, 국가의 정책을 결정하는데 영향을 미치는 ‘위험평가’에 관한 중요성을 인식하고, 위험평가에 관한 기준과 연구방법 등을 과학적이고 체계적인 방향으로 끊임없이 발전시켜 나갈 필요가 있다. 위험평가와 관련하여, 정책결정권자들은 다음에 관한 정보를 파악하게 된다. i) 그러한 병해충의 국내 유입으로 인한 결과는 무엇이며, 국내에 얼마나 중대한 영향을 미치는지, ii) 그러한 부정적인 결과를 초래할 수 있는 사건은 무엇인지, 그리고 iii) 동 결과를 경감시키기 위해 어떠한 조치를 채택할 수 있는지 등이다.⁹⁴⁾ 이에 위험평가는 정책결정권자가 병해충 박멸·방제 등에 관한 정책상의 우

51.2(2001), p.149. 이러한 SPS 보호에 관한 노력은 무역 원활화와 균형을 이루며 발전되어야 한다. 이에 관할당국은 병해충의 유입·발생을 방지하는데 가장 효과적인 조치를 채택할 수 있음에도 불구하고, 무역 측면을 고려하며 일부러 ‘덜 효과적인(less effective)’ 조치를 채택하기도 한다. *Ibid.*, pp.149, 151.

89) C. Zepeda, M. Salman & R. Ruppanner, *supra* note 12, pp.268-269.

90) *Ibid.*, p.270.

91) T.J.D. Knight-Jones & J. Rushton, “The Economic Impacts of Foot and Mouth Disease—What are They, How Big are They and Where Do They Occur?”, *Preventive Veterinary Medicine*, Vol. 112(2013), p.166. 다수 국가 내 동·식물 위생에 관한 관할당국은 인력·예산 부족 문제를 경험하고 있다. 이로 인해 병해충 발생에 관한 조사를 체계적으로 실시하지 못하거나, 동 조사를 위한 교육훈련 프로그램 또한 부족한 편이다. D. Beltran-Alcrudo, J. R. Falco, E. Raizman & K. Dietze, “Transboundary Spread of Pig Diseases: the Role of International Trade and Travel”, *BMC Veterinary Research*, Vol. 15(2019), p.10.

92) Silvia Bellini, Domenico Rutili & Vittorio Guberti, “Preventive Measures Aimed at Minimizing the Risk of African Swine Fever Virus Spread in Pig Farming Systems”, *Acta Veterinaria Scandinavica*, Vol. 58.1(2016), p.8.

93) V. R. Brown & S. N. Bevins, “A Review of African Swine Fever and the Potential for Introduction into the United States and the Possibility of Subsequent Establishment in Feral Swine and Native Ticks”, *Frontiers in Veterinary Science*, Vol. 5(2018), pp.8, 13, 14 참조; 실제 이탈리아에 속한 사르데냐(Sardinia)섬에서는 육지로부터 불법으로 돼지를 반입·유통하는 사례가 있었다. 이는 사르데냐 내 ASF가 발생한 주요 원인으로 꼽히고 있다. L. Mur, M. Atzeni, B. Martínez-López, F. Feliziani, S. Rolesu & J. M. Sanchez-Vizcaino, “Thirty-Five-Year Presence of African Swine Fever in Sardinia: History, Evolution and Risk Factors for Disease Maintenance”, *Transboundary and Emerging Diseases*, Vol. 63.2(2016), p.175.

선순위를 설정하는데 기초자료가 된다는 점을 알 수 있다. 만약 위험평가를 실시하기 위한 데이터 수량이 충분하지 않을 경우, 정책결정권자는 빈약한 데이터를 통해 “병해충으로 인한 위험이 과도하게 높은 수준이다”라고 받아들일 수도 있고, 이는 정책 결정에 영향을 준다.⁹⁵⁾ 따라서 우리나라 또한 관할당국의 당면과제를 중·장기적 관점에서 바라보고, 이를 이행하여야 할 필요가 있다.

IV. 결론

이 논문은 SPS협정 제6.1조상에서의 제5조 위험평가에 관한 요소를 확인하고, 제6.1조와 제5조 간 연관성을 검토하였다. 특히 *Costa Rica-Avocados* 사건은 제6.1조상의 '적합'과 관련하여 제5.3조상의 '경제적인 요소'를 구성하는 세부 항목에 관한 수입국의 고려 여부를 구체적으로 검토하였다는 점에서, 동 요소를 고려하여야 할 필요성이 대두되었다. 기존의 WTO 분쟁사례에 해당하는 *US-Animals* 사건, *Russia-Pigs* 사건에서는 제6.1조와 제5조와의 연관성을 확인하는 수준에서 머물렀기 때문이다. 이에 이 논문은 제6.1조에 관한 WTO 분쟁사례를 소개하고, 제6.1조상의 제5조 위험평가에 관한 WTO 판정이 발전하는 양상을 검토하였다. 그리고 이들 사건을 중심으로 법적 쟁점과 시사점, 향후 대응과제를 다음과 같이 검토하였다.

첫째, 모호한 제소국 주장으로 인한 입증책임 문제가 제기되었으며, 이를 해결하기 위해 제소국은 자신의 증거를 뒷받침할 과학증거(scientific evidence)를 제시하여야 한다. *Costa Rica-Avocados* 사건에서의 패널은 멕시코가 “코스타리카에는 ASBVd가 존재한다”는 주장, 그리고 “코스타리카는 제6.1조 제2문에 따라 ‘코스타리카의 ASBVd 발생률’을 고려하였어야 하나, 이를 위반하였다”는 자신의 주장을 근거 부족으로 인해 입증해내지 못하였다고 판정하였다. WTO 분쟁시 패널에 과학증거를 제시하는 여부는 당사국에 유리한 판정을 판가름하는 기준이 될 수 있다. 이에 제소국은 과학증거를 마련함으로써 자신의 주장을 증명해내야 한다.

둘째, ‘패널설치요청서’상에서의 제소국 주장·근거 부재는 WTO 판정상 영향을 준다는 점을 유념하여야 한다. *Costa Rica-Avocados* 사건에서의 패널은 제소국이 자신의 주장 또는 피제소국에 관한 위반 사실을 패널설치요청서상에 적시하지 않았다고 하였다. 그에 따라 제소국의 주장이 패널의 위임사항에 해당하지 않는다는 점에서, 동 주장을 검토하지 않았다. 패널은 당시 피제소국의 제6.1조 제1문에 관한 위반 가능성을 확인하였지만 제소국이 이를 패널요청서상에 적시하지 않아 위반 판정을 내리지 않았다. 이에 제소국은 제소 주장에 관한 근거를 SPS협정에 합치하는 방향으로 축적하고, 이를 바탕으로 제소 주장을 완비해 나갈 필요가 있다.

셋째, 수입국은 SPS조치의 ‘적합’과 ‘위험평가’ 간 연관성을 고려하여야 한다. *India-Agricultural Products* 사건, *Russia-Pigs* 사건, *Costa Rica-Avocados* 사건은 이러한 연관성을 확인하였다. 특히 이는 ‘SPS특성’에 따른 수입국의 SPS조치의 변동성·계속성을 고려하

94) K. Forde-Folle, D. Mitchell & C. Zepeda, “The Role of Models in Estimating Consequences as Part of the Risk Assessment Process”, *Revue Scientifique et Technique (International Office of Epizootics)*, Vol. 30.2(2011), p.543-544.

95) Faith Thompson Campbell, *supra* note 87, pp.152-153.

여야 한다는 점을 의미한다. ‘SPS특성’이 변화함에 따라 수입국의 SPS조치가 끊임없이 변동하기 때문이다. 이에 SPS조치를 적합하게 하는 의무를 부담하는 수입국은 SPS 지역화에 관한 법령을 마련하고 동 법령에 근거하여 지역화를 인정·불인정하는 조치를 채택하였을지라도, 향후 변화하는 수출국의 SPS특성에 따라 기존 법령·조치를 계속 변동시킬 수 있어야 한다.

넷째, 제6.1조 제2문의 ‘평가’와 제5.1조-제5.3조상의 ‘위험평가’ 간 연관성을 고려하여야 한다. 특히 제6.1조 제2문과 제5.3조상의 ‘경제적인 요소’와의 연관성에 따라서, 제5.3조상의 경제적인 요소에 해당하는 “생산·판매 손실분, 코스타리카의 병해충 관리·박멸 비용, 대안조치에 관한 비용효과성” 또한 제6.1조 제2문과 관련하여 고려·검토하여야 한다. *Russia-Pigs* 사건은 제5.3조에 관해 처음으로 해석을 시도하였다는 점에서 유의미하다면, *Costa Rica-Avocados* 사건은 제6.1조에 관한 법적 쟁점상에서 제5.3조상의 ‘경제적인 요소’ 내 세 가지 항목에 관한 고려 여부를 처음으로 검토하였다는 점에서 유의미하다. 이를 통해 향후 수입국이 발행하는 ‘위험분석보고서’ 또는 이를 근거로 채택하는 수입국의 ‘SPS조치’상에 제5.3조상의 ‘경제적인 요소’와 동 요소에 관한 ‘근거’를 적시하였는지 여부가 향후 WTO 분쟁에서 중요해질 수 있다는 점에서, 이에 대비하여야 한다.

다섯째, 제6.1조 지역화 조항에서의 ‘위험평가’ 업무를 수행하는 관할당국의 역할은 병해충 관리·박멸 업무를 수행하고 있다는 점에서 매우 중요하다. 그와 관련하여 향후 관할당국이 이행하여야 하는 당면과제를 검토하였다. 이처럼 우리나라 정부 또한 앞서 언급한 사항들을 대비하여야 할 필요가 있다. 또한 위험평가를 직접 수행하는 관할당국의 중요성과 동 기관의 당면과제를 함께 인식하고 관련 정책을 전개할 필요가 있다.

이 논문은 지역화에 관한 WTO 분쟁사례 중에서도 최초로 식물에 관한 지역화 분쟁에 해당하는 *Costa Rica-Avocados* 사건을 국내에 소개하고, 제6.1조와 제5조 간 연관성을 검토하였다. 특히 향후 제5.3조상의 ‘경제적인 요소’를 구체적으로 고려하여야 하는 의무가 대두되었으나, 이는 단순한 고려 의무가 아니라 사실상 ‘경제적인 요소’에 관한 근거를 마련하는 의무에 해당한다는 점에서, 향후 이를 대비하여야 함을 강조하였다. 그러한 점에서 이 논문은 유의미하다고 할 수 있다.



제2부 A

● [사회] 권현호 교수 (성신여자대학교)

EU 탄소국경조정제도의 주요내용 및 국제통상법적 검토

[발표] 이정아 박사 (고려대학교)

[토론] 오선영 교수 (송실대학교)

大韓國際法學會

EU 탄소국경조정제도의 주요내용 및 국제통상법적 검토

이정아

목 차

- I. 논의의 배경
- II. 주요내용
- III. 주요 쟁점 및 국제통상법적 검토
- IV. 결론

I. 논의의 배경

선진국에게만 감축의무를 부여하였던 교토의정서와 달리 파리협정은 선진국과 개도국 모두에게 국가별 기여방안(Nationally Determined Contribution: NDC)의 제출을 통해 자발적으로 감축목표를 설정하고 정기적으로 이행점검을 받는 감축의무를 부여하였다.¹⁾ 이에 따라 당사국들은 기후변화법을 제정하고, 주요 온실가스발생 산업에 대한 모니터링을 강화하고, 자동차부문에 온실가스 감축목표를 설정하는 등 다양한 기후변화 완화정책을 검토 및 시행하고 있다.²⁾ EU 역시 NDC 목표를 달성하기 위하여 다양한 기후변화 대응정책을 도입 및 시행하고 있다. EU는 2019년 유럽그린딜을 발표하여 2030년 까지 1990년 대비 온실가스 배출량을 최소 50-55% 감축하고 2050년 탄소중립을 달성하는 것을 목표로 할 것을 공약하였다.³⁾ 이 공약은 이후 유럽기후법을 통하여 EU 회원국의 의무가 되었으며, 이를 이행하기 위한 정책수단으로 유럽위원회는 2021년 7월 14일 Fit for 55 입법패키지를 발표하였다.⁴⁾ 동 입법패키지에서 EU는 기존의 ETS를 개

1) 파리협정 제3조

2) 환경부 (관련부처합동), “제2차 기후변화대응 기본계획”, 2019, 15-16면.

3) European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION: The European Green Deal, COM(2019) 640 Final, 11 December 2019

4) Fit for 55 패키지는 13개 입법안으로 구성되었으며 목표달성을 위해 “EU ETS 개정 및 확대”, “탄소국경조정제도 도입”, “노력분담규정 개정”, “천연탄소흡수원 확대 위한 토지이용”, “토지 이용변화 및 산림규정 개정”, “재생에너지지침 개정”, “에너지과세지침 개정”, “사회기후기금 및 현대화기금 지원대책” 등이 제안되었다. REGULATION (EU) 2021/1119 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations(EC) NO 401/2009 and (EU)2018/1999 (‘European Climate Law’), [2021]

정하여 적용대상을 확대하도록 기준을 강화할 것을 제안하였으며, 동시에 ETS로 인한 탄소누출과 경쟁력상실에 대한 문제점을 해결하기 위한 조치로 탄소국경조정제도(Carbon Border Adjustment Mechanism: CBAM)를 제안하였다.⁵⁾

탄소국경조정은 국가들의 불균형적인 탄소감축정책으로 인한 탄소누출과 경쟁력 상실에 대응할 수 있는 주된 정책으로 꾸준히 논의되어왔다. 그러나 탄소국경조정은 이론적으로만 다루어져 왔을 뿐, WTO체제에서 시행된 적이 없었으며 EU가 CBAM을 도입하면서 처음으로 가시화 되었다.⁶⁾ 따라서 본 논문에서는 CBAM의 주요내용을 살펴보고 WTO협정의 합치성 여부에 관하여 검토한다.

II. 주요 내용

2021년 7월 14일 유럽위원회의 『탄소국경조정제도의 설립에 관한 유럽의회 및 EU 이사회의 규정 제안안(이하 유럽위원회입법안(21.07.14))』이 발표되었다. 이후 유럽위원회의 『탄소국경조정제도를 설립하기 위한 유럽의회 및 EU 이사회의 규정제안에 대한 보고서 초안(이하 유럽의회안(21.12.21))』, EU 이사회의 『탄소국경조정제도를 설립하기 위한 유럽의회 및 EU 이사회의 규정 초안 - 일반접근(이하 EU 이사회안(22.03.15))』과 유럽위원회의 『탄소국경조정제도를 설립하기 위한 유럽의회 및 EU 이사회의 규정제안에 대한 보고서(이하 유럽의회안(22.05.23))』이 발표되었으며, 유럽위원회는 『탄소국경조정제도를 설립하기 위한 유럽의회 및 EU 이사회의 규정제안에 대해 2022년 6월 22일 유럽의회가 채택한 수정안(이하 유럽의회채택안(22.06.22))』에서 유럽위원회입법안(21.07.14)에 대한 입장을 채택하였다.

OJ L 243/1; European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, 'Fit for 55': delivering the EU'S 2030 Climate Target on the way to the climate neutrality', COM(2021) 550 Final, 14 July 2021, p. 1.

5) European Commission, *supra* note 4, pp. 5, 12

6) 탄소국경조정은 2008~2009년 EU와 미국에서 중점적으로 다루어졌다. EU에서는 ECCP 작업반 첫 회의에서 ETS의 탄소누출문제를 대응하기 위한 수단으로 국경조정의 도입이 제안되었으나 채택되지 못하였고, 미국은 '미국청정에너지 및 보안법'이 법안으로는 상정되었으나 상원에서 통과하지 못하였다. 미국의 경우 캘리포니아 ETS에서 국경탄소조정을 포함하고 있으나 이는 지역에 한하여 적용되며 전기부분에 한하여 실행되고 있다. Evans Stuart, *et al.*, *Border Carbon Adjustments and Industrial Competitiveness in a European Green Deal*, Cambridge Working Papers in Economics, University of Cambridge, No. 2036, 2020, p. 2.

[표1] CBAM 입법안 및 검토안

| | 발표주 체 | 문서제목 | 발표날짜 |
|---|----------|--|---------------|
| 1 | 유럽위원회 | 탄소국경조정제도의 설립에 관한 유럽의회 및 EU 이사회의 규정 제안안 | 2021년 7월 14일 |
| 2 | 유럽의회 | 탄소국경조정제도를 설립하기 위한 유럽의회 및 EU 이사회의 규정제안에 대한 보고서 초안 | 2021년 12월 21일 |
| 3 | EU이사회 | 탄소국경조정제도를 설립하기 위한 유럽의회 및 EU 이사회의 규정 초안 - 일반접근 | 2022년 3월 15일 |
| 4 | 유럽의회 | 탄소국경조정제도를 설립하기 위한 유럽의회 및 EU 이사회의 규정제안에 대한 보고서 | 2022년 5월 23일 |
| 5 | 유럽의회 | 탄소국경조정제도를 설립하기 위한 유럽의회 및 EU 이사회의 규정제안에 대해 2022년 6월 22일 유럽의회가 채택한 수정안 | 2022년 6월 22일 |

2022년 12월 13일 EU는 CBAM의 도입을 잠정합의하였으며 아직까지 최종법안은 나오지 않은 상태이다. 최종법안은 유럽위원회, EU 이사회와 유럽의회의 협의를 통해 확정된다.⁷⁾ 그동안 유럽위원회, EU 이사회와 유럽의회가 제안하였던 안들의 내용을 살펴보면 다음의 표와 같다.

[표2] CBAM 입법안 및 검토안 주요 내용

| 구분 | 유럽위원회입법안 (21.07.14) | EU 이사회안 (22.03.15) | 유럽의회채택안 (22.06.22) | 잠정합의안 (22.12.13) ⁸⁾ |
|--------------------|---|--|---|---|
| 적용대상 | 시멘트, 전기, 비료, 철 및 철강제품, 알루미늄 | 시멘트, 전기, 비료, 철 및 철강제품, 알루미늄 | 시멘트, 전기, 비료, 철 및 철강제품, 알루미늄, 화학품(유기화학, 수소, 암모니아), 폴리머(플라스틱) | 시멘트, 전기, 비료, 철 및 철강제품, 알루미늄, 수소 (+일부 다운스트림 제품 추가) |
| 시행시기 | 전환기간: 2023년 1월 1일~2025년 12월 31일 시행시기: 2026년 1월 1일 | 전환기간: 2023년 1월 1일~2025년 12월 31일 시행시기: 2026년 1월 1일 | 전환기간: 2023년 1월 1일~2026년 12월 31일 시행시기: 2027년 1월 1일 | 전환기간: 2023년 10월 1일~2025년 12월 31일 시행시기: 2026년 1월 1일 |
| 권한당국 (운영방식) | 27개 회원국별 운영. 각 EU 회원국의 권한당국 (competent authority)이 승인 신고자에 대한 국가 등록부(national registry)를 구축하도록 명시 | 27개 회원국별 운영. 각 EU 회원국의 권한당국 (competent authority)이 승인 신고자에 대한 중앙 등록부(central registry)를 구축하도록 명시 | 중앙집중식. CBAM당국(CBAM authority)을 설치하고, CBAM등록부(CBAM registry)를 구축하도록 명시 (포럼쇼핑 방지) | 중앙집중식 |
| 신고인의 권리 및 의무 | [전환기간] : 분기별로 수입한 상품에 대한 정보를 담은 CBAM보고서를 권한당국에 제출하여야한다. | 권한당국에 제출, 전환기간 동안의 보고의무는 대리인이 부담할 수 있다. | CBAM당국에 제출 | |

7) Council of the EU, "EU Climate Action: Provisional Agreement reached on Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)", <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/13/eu-climate-action-provisional-agreement-reached-on-carbon-border-adjustment-mechanism-cbam/> (2023년 3월 9일 검색)

| | | | | |
|-----------------|--|--|--|--|
| | <p>보고서에는 수입품의 탄소 배출량 데이터 및 국내에서 지불한 배출권 비용이 포함된다.</p> <p>[전면시행] : 신고인은 수입품의 탄소배출량에 상응하는 수량의 인증서를 구매하여야 한다. (* CO2 1톤 = 인증서 1개)</p> | | | |
| 원산지국에서 지불된 탄소가격 | <p>수출환급 또는 수출보상 대상이 되지 않은 실제 금액(actual payment). 탄소가격: 조세 또는 배출권</p> | <p>모든 형태의 환급 또는 보상이 반영된 실질적으로 지불한 금액 (effectively paid). 탄소가격: 조세 또는 배출권</p> | <p>원산지국의 명시적 탄소가격 (Explicit carbon price). 탄소가격: 조세, 요금 또는 배출권</p> | <p>명시적 탄소가격 탄소가격: 탄소세, 배출권 거래제 등</p> |
| 인증서 매입 및 가격 | <p>EU ETS의 공동경매플랫폼에서 매주 EU ETS배출권 증가평균가격에 기초하여 계산된다. 이 평균가격은 EU집행위 사이트에 게시되며 다음 근무일부터 그 다음 주의 첫 번째 근무일까지 적용된다.</p> | (좌동) | (좌동) | |
| 인증서 제출 및 신고인의 무 | <p>매분기말까지 해당분기에 수입한 제품의 총 배출량 중 최소 80%에 해당하는 CBAM 인증서를 구매하여야 한다. (* 탄소 1톤 = 인증서 1개) 매년 5월 31일까지 CBAM 당국에 이전년도 수입제품에 대한 CBAM 신고서를 제출하여야 한다.</p> | 중앙등록부 계정 | CBAM등록부 계정 | |
| 인증서의 환매 및 소각 | <p>승인신고인의 요청이 있을 경우 권한당국은 신고인의 국가등록부 계정에 남아있는 인증서 초과분을 재구매할 수 있다. 재구매할 수 있는 인증서수는 신고인이 이전연도에 구매한 총 인증서의 1/3으로 제한되며, 재구매가 격은 신고인이 구매 시 지불하였던 가격이 적용된다. 권한당국은 신고인 이전연도에 구입하고 남아있는 CBAM인증서를 6월말까지 소각한다.</p> | 중앙등록부계정, 권한당국 | C B A M 등 록 부 계 정 , CBAM당국 | |
| 내재탄소 배출량 측정범위 | <p>수입상품의 실제내재배출량은 직접배출량만을 고려하여 산정된다.</p> | 직접배출 | 직접배출+간접배출 | 직접배출+특정조건에서의 간접배출 |
| 직접/간접 배출 범위 | <p>[직접배출] : 생산자가 직접 통제할 수 있는 공정과정에서 발생하는 배출</p> | <p>[직접배출] : 공정에서 발생한 탄소배출 + Heating, cooling에 따</p> | <p>[직접배출] : 생산과정에서 소비되는 가열 및 냉각생산에서 발생하는 배출을</p> | |

| | | | | |
|----------------|---|--|---|--|
| | [간접배출] : 생산과정에서 소비되는 전기, 가열 및 냉각을 생산하는데 발생하는 배출 | 큰 탄소배출 + 사업장 내 발전 시 발생한 탄소배출 [간접배출] : 공정에 사용된 전기 생산 시 발생한 탄소배출-사업장 내 발전 시 발생한 탄소배출 | 포함하여, 생산자가 직접 통제하는 상품공정에서 발생하는 배출 [간접배출] : 상품의 생산과정에서 소비되는 전기의 생산과정에서 발생하는 온실가스 | |
| 기본 값 | 기본 값은 부속서 1 상품에 대한 각 수출국의 평균 집약도로 계산된다. 수출국이 상품의 정확한 실제 내재배출량을 수립하기 어려운 경우, 해당 유형의 상품을 생산하는 EU시설 중 에너지효율이 가장 낮은 하위10% 배출 집약도 평균치를 기준으로 산정된다. | 수출국의 기본 값 수립이 어려운 경우 EU시설 중 에너지효율 하위 X%의 배출집약도 평균치를 기준으로 산정된다. X는 추후 이행법안에서 결정된다. | 신고인이 실제내재배출량을 수립하기 어려운 경우, 기본 값은 각 수출국의 해당상품의 하위10% 시설의 탄소집약도 평균치로 설정된다. 만약 국가의 기본 값 수립이 어려운 경우, 해당 유형의 상품을 생산하는 EU시설 중 에너지효율이 가장 낮은 하위 5% 배출집약도 평균치를 기준으로 산정된다. | |
| 무상할당 감축 및 감면방식 | EU ETS Directive에서 결정되는 사안을 수용하여, 무상할당은 2026년부터 10년에 걸쳐 매년 10%씩 감소하여 2035년에 완전히 폐지된다. 무상할당 감면 방식은 이행법안을 통해 방법론이 도출된다. | 무상할당 감축방식은 유럽 위원회입법안(21.07.14)과 동일하다. 무상할당 감면 방식은 이행법안을 통해 방법론이 도출되며, EU ETS에서 무상할당 배분 시 활용하는 제품별/원료별 벤치마크 고려하여 방법론이 도출된다. | 2027년부터 단계적으로 감축된다. CBAM Factor를 적용하여 2027년: 93%, 2028년: 84%, 2029년: 69%, 2030년: 50%, 2031년: 25%, 2032년: 0% 무상할당이 제공된다. 무상할당 감면방식은 CBAM 대상업종의 무상할당 수요의 평균으로 책정된다. | 2026년부터 단계적으로 감축되어 2034년에 완전히 폐지된다. 2026년: 97.5%, 2027년: 95%, 2028년: 90%, 2029년: 77.5%, 2030년: 51.5%, 2031년: 39%, 2032년: 26.5%, 2033년: 14%, 2034년: 0%의 무상할당이 제공된다. |
| 과태료 | 승인신고인이 전년도에 수입한 상품에 내재된 배출량에 상응하는 CBAM 인증서를 제출하지 않는 경우, EU ETS에 규정된 과태료와 동일한 수준의 과태료가 부과된다. (* 탄소톤당 100유로) | 승인신고인이 전년도에 수입한 상품에 내재된 배출량에 상응하는 CBAM 인증서를 제출하지 않는 경우, EU ETS에 규정된 과태료와 동일한 수준의 과태료가 부과된다. 非승인 신고인이 CBAM 대상제품 수입 시, 인증서 미제출 시 부과되는 페널티의 3~5배가 부과된다. | 인증서 미구매시 전년도 인증서 평균 가격의 3배 벌금 부과된다. | |
| CBAM 수익의 사용 | 법안에서는 규정하고 있지 않으나, 메모랜덤에서 CBAM수익은 EU로 귀속될 것을 설명하고 있다. C B A M 은 NextGeneration EU 운용 예산을 충당하기 위한 EU의 새로운 재원으로 도입된다. (EU회원국이 CBAM으로 얻은 수익의 75%가 EU예산으로 할당되고 남은 25%는 회원국에게 할당될 것을 제안) | 인증서 판매로 발생한 수익의 사용에 대한 별도의 조항을 두고 있지 않다. 탄소가격제 또는 동등한 조치를 시행하는 국가들이 기후클럽(climate club)을 통해 국제적으로 협력할 것을 추진한다. | 조문에서 CBAM인증서 판매로 발생한 모든 수익은 TFEU 제311조에 따라 EU자체재원으로 정의되고, 일반소득으로 EU예산에 귀속될 수 있음을 규정한다. 또한 최빈개도국의 기후완화 및 적응을 지원하기 위한 재정적 지원을 할 것을 규정한다. | |

8) European Parliament, "Legislative Train Schedule", <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/package-fit-for-55/file-carbon-border-adjustment-mechanism>, (2023년 3월9일 검색), 박

III. 주요 쟁점 및 국제통상법적 검토

1. 법적성격

일반적으로 탄소국경조정은 국가가 탄소세 또는 배출권거래제를 도입하여 수입상품에 국내상품과 동등한 수준의 의무(예, 탄소세 납부의무, 탄소배출에 관한 국내규제 준수 의무, 탄소배출권 구매의무 등)를 부과하는 조치로 이해된다.⁹⁾ 탄소세에 기초한 국경조정은 상품에 내재된 탄소함량을 기반으로 조세를 부과하는 것으로 특히 수입상품에 '탄소세'로 적용될 수 있다.¹⁰⁾ 탄소세가 간접세에 해당할 경우, 국경세조정(BTA)의 방식을 따라 검토되며 제2조와 제3조 제2항이 적용된다.¹¹⁾ 배출권거래제에 기초한 국경조정의 경우 수입상품에 국내규제(예, EU ETS)를 확대하는 방법으로 적용될 수 있다.¹²⁾ 이 경우 국경조치의 재정조치와 비재정조치, 또는 국내조치의 재정조치와 비재정조치가 될 수 있다. 쟁점이 되는 조치는 국경조치로서, '관세 및 과징금' 또는 '규제'의 형태가 될 수 있고, 국내조치로서 '내국세 및 내국과징금' 또는 '국내규제'의 형태가 될 수 있다. 쟁점이 되는 조치의 법적성격이 관세, 수량제한조치, 내국세, 국내규제 중 어디에 해당하는지에 따라 GATT 제2조, 제11조, 제3조 제2항과 제3조 제4항이 적용된다.

CBAM은 EU ETS를 확대하여 수입상품에 적용하는 것으로 배출권거래제에 기초한 국경조정이 다. CBAM의 주된 내용은 인증서를 도입하여 수입상품에 내재된 탄소배출량에 따른 탄소가격을 부과하는 것이다. CBAM규정의 내용을 살펴보면 인증서구매와 관련된 조치와 인증서의무 및 요건과 관련된 조치를 규정하고 있다. 따라서 CBAM은 하나의 제도라도 재정적 성격의 과세조치와 비재정적 성격의 규제조치로 구분되기 때문에 법적성격은 재정적 측면과 비재정적 측면으로 나누어 검토된다.¹³⁾ CBAM은 EU의 내부요인으로 지불의무가 발생하며, Ad article 3의 범위에 해당

누리, "EU 탄소국경조정제도(CBAM) 합의(안) 대응현황과 향후과제", 국회입법조사처, 제2056호, 2023.

9) 탄소국경조정은 수입측면과 수출측면에서 이루어질 수 있다. 수입측면의 탄소국경조정은 "수입상품에 탄소배출량에 근거하여 국경에서 일정한 의무를 부과하는 행위"로 다양한 형태 및 유형으로 행해질 수 있다. 수출측면의 탄소국경조정은 국내상품에 부과된 조세를 해당 상품 수출 시 환급해주는 것으로 이해된다. 김호철, "탄소국경조정 도입의 WTO 합치성 쟁점: GATT 제2조, 제3조, 제20조", 통상법률, 통권 제2호, 2021, 6면; 이종교, "탄소세 및 배출권의 국경조정에 대한 주요 법적 쟁점 검토", 환경법과 정책, 제20권, 2018, 128면; 정민정, "국경탄소조정과 WTO규범의 합치여부", 국제법학회논총, 제62권 제3호, 2017, 130면.

10) 앞의 주.

11) GATT Working Party Report on Border Tax Adjustment, L/3464, BISD 18S/97, 2 December 1970, para. 14; Quick, Reinhard, "Carbon Border Adjustment: A Dissenting View on its Alleged GATT-Compatibility", *Nomos e-Library*, 2021, pp. 554-555.

12) Quick, Reinhard, *supra* note 11.

13) EU은 ECJ에서 ETS는 조세가 아닌 시장기반 조치라고 판단한 바 있다. 마찬가지로 EU는 CBAM이 수입상품에 EU ETS와 동등한 규칙들을 적용함으로써 ETS를 그대로 반영한 것으로 보기 때문에 CBAM은 국내규제라는 입장을 가지고 있다. ECJ는 (1) 조세의 경우 공공기관에 의해 일방적으로 설정되며 세율 및 과세기준과 같이 사전에 결정된 고정세율로 적용되는 반면 배출권비용은 국가가 정하는 것이 아니라 초기에 무상할당 된 배출권의 수와 기업이 ETS의무준수를 위해 추가로 배출권을 구매하는 경우 시장가격에 따라 상이하게 결정되고, (2) 조세와 달리 ETS요건은 수익을 창출하기 위한 것이 아니기 때문에 ETS배출권은 관세, 조세 또는 과징금에 해당하지 않는다고 하였다. 그러나 CBAM의 인증서는 "일반정부에 대한 의무적인 무보상적 지불금"이라는 조세의 정의에 부합한다. CBAM은 인증서 거래시장이 없고, 인증서 판매 수익은 전부 EU자체자원으로 유럽연합의 일반소득으로 귀속되며, 의무 불이행시 제제가 따르기 때문에 강한 구속력이 있다. 더불어 CBAM의 인증서 가격은 EU ETS의 공동경매플랫폼에서 매주 EU ETS배

되기 때문에 CBAM의 법적성격은 ‘내국세 및 내국과징금’과 ‘국내규제’로 제3조 제2항과 제4항의 규율대상이 된다.¹⁴⁾

2. GATT 위반 가능성

EU는 CBAM이 도입되기 전부터 CBAM은 WTO협정에 합치하는 방법으로 설계 및 수립되어야 할 것을 강조하여왔다.¹⁵⁾ 유럽의회는 2021년 3월 “WTO에 합치하는 탄소국경조정제도에 대한 유럽의회 결의”를 채택하여 CBAM은 기후목표를 달성하기 위해 설계되어야 하며, 보호주의적이며, 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별 또는 제한을 위한 수단으로 남용되어서는 안 될 것을 분명히 하였다.¹⁶⁾ 유럽의회는 CBAM이 비차별적으로 적용되며 국제무역에 위장된 제한을 구성하지 않음으로서 WTO협정에 합치한다는 전제하에 CBAM의 도입에 찬성하였으며, 유럽위원회도 CBAM이 WTO규범 및 다른 국제의무에 따라 설계되기 때문에 WTO협정에 완전히 합치한다는 입장을 가지고 있다.¹⁷⁾ 더불어 EU는 2022년 12월 잠정합의안을 발표하였을 때도 CBAM의 최

출권 증가평균가격에 기초하여 계산되므로 사전에 결정된 고정세율이다.

14) China-Auto Parts 사건의 상소기관은 쟁점이 되는 과징금이 제3조 제2항의 내국과징금인지를 판단하는데 있어 과징금 지불의무가 내부적 및 국내적인 요소로 발생하는지 여부를 중요하게 보았다. CBAM의 도입배경이 수입상품에 탄소가격을 부과하여 EU ETS의 무상할당을 대체하기 위한 것이라는 점과 CBAM 적용대상 상품들이 EU 역내에서 재판매, 유통 및 다른 상품을 만드는데 사용될 수 있다는 점을 감안할 때 CBAM의 지불의무는 EU의 내부요인으로 발생한 것으로 제3조의 적용범위에 해당한다. Ad Article 3는 쟁점이 되는 조치가 (1) 수입상품 및 동종상품 모두에 적용되고, (2) 국내 판매, 판매를 위한 제공, 구매, 운송, 유통 또는 사용에 ‘영향을 주는’ 법률, 규정과 요건이면 제3조의 적용대상이 될 것을 규정하고 있다. Ad article 3는 수입상품과 국내상품에 완전히 동일한 조치를 적용하도록 요구하는 것으로 해석되지 않기 때문에 국내상품과 수입상품에 적용되는 조치의 형식과 내용은 동일하지 않아도 된다. 수입상품에 CBAM을 부과하고 EU 역내상품에 ETS를 적용하여 각각 상이한 규정이 적용된다 하더라도 CBAM이 EU 상품에 적용되는 ETS와 상응하는 수준의 경제적 부담을 수입상품에 부과하면 된다. US-TUNA I과 II 사건에 따르면 Ad article 3에서는 제3조의 범위를 “상품에 대하여 적용되는 조치”로 한정한다. 따라서 탄소는 생산과정에서 소비되어 최종상품에는 물리적으로 남아있지 않기 때문에 상품생산 중 발생한 탄소배출에 부과된 조세는 “상품 그 자체에 영향을 미치지 않는 요소”로 제3조의 범위에서 제외될 가능성이 있다. 그러나 US-Taxes on Automobile 사건에서 패널은 쟁점이 되는 조치가 제3조 제4항의 ‘영향을 주는’ 조치에 해당하려면 그 조치가 국내상품과 수입상품 사이의 경쟁조건에 영향을 미치면 충분하고 상품을 직접 규제할 필요는 없다고 보았다. 더불어 Canada-Auto 사건에서도 GATT 제3조 제1항과 제4항의 ‘영향을 주는’은 ‘영향이 미치는(an effect on)’ 조치를 의미하며, 판매 또는 구매 조건을 직접 규율하는 법률 및 규정 뿐 아니라 수입상품과 국내상품의 경쟁조건을 변경할 수 있는 모든 법률 또는 규정을 포함하는 것으로 해석하였다. CBAM은 수입상품에 영향을 미치는 조치로 제3조의 적용대상이 된다. Appellate Body Report, *China-Auto*, paras. 158, 161; Trachtman, Joel P., “WTO Law Constraints on Border Tax Adjustment and Tax Credit Mechanisms to Reduce the Competitive Effects of Carbon Taxes”, *National Tax Journal*, Vol. 70, No. 2, 2017, p. 471; 이천기, “EU 탄소국경조정제도의 주요 내용 및 국제통상법적 시사점”, *통상법무정책*, 통권 제2호, 2021, 68면; Pauwelyn, Joost, U.S. *Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law*, Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions Duke University Working Paper, 2007, p. 26; Panel Report, *EC-Asbestos*, para. 8.94; Panel Report, *Canada-Auto*, paras. 10.80-10.85.

15) European Commission, Carbon border adjustment mechanism, Inception Impact Assessment, 4 March 2020, European Parliament, Trade Related Aspects of a Carbon Border Adjustment Mechanism, A Legal Assessment, PE603.502, April 2020.

16) *Ibid.*

17) *Ibid.*; European Commission, “Carbon Border Adjustment Mechanism: Questions and Answers”, 14 July 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_3661.

중범안은 WTO협정에 완전히 합치될 수 있도록 고안되었다는 입장을 유지하였다.¹⁸⁾

CBAM의 도입취지는 EU ETS하에서 역내상품에 주어지던 배출권 무상할당을 철폐하고 이를 CBAM으로 대체하자는 것으로 EU ETS와 연계되어 시행된다.¹⁹⁾ EU는 EU역내상품에는 ETS가 적용되고 수입상품에는 CBAM이 적용되며 CBAM은 ETS와 동일한 규칙들 및 탄소가격을 적용하기 때문에 비차별대우의무가 아니라는 입장을 가지고 있다. 그러나 CBAM은 ETS와는 인증서 매입 및 제출, 검증, 가격, 내재탄소배출량산정방법, 과태료부과방법 등에서 제도적인 차이가 있고, 상품생산 및 공정과정에서 소비되어 최종상품에는 물리적으로 포함되지 않는 탄소배출(NPR-PPMs)에 부과되는 조치로 탄소저배출상품과 탄소다배출상품 간의 차별을 두고 있다. WTO에서는 NPR-PPMs에 따른 동종상품 판단은 인정하지 않는 것으로 보이기 때문에, 상품 생산 시 발생하는 탄소배출량의 차이만으로는 상품의 동종성 여부를 판단할 수 없으며 상품의 물리적 특성, 최종용도, 소비자기호 및 습성과 관세분류표를 포함한 관련 요소들을 종합적으로 검토하여 결정된다.²⁰⁾ 탄소다배출상품과 탄소저배출상품은 소비자의 기호 및 습성, 상품의 물리적 특성, 최종용도 및 상품자체의 특성에는 큰 차이가 없을 것으로 두 상품은 동종상품 및 직접경쟁·대체가능한 상품으로 판단된다.²¹⁾ 따라서 CBAM의 주요쟁점은 동종상품 간의 차별요소를 포함하고 있어 예를 들어 다음의 경우에서 내국민대우의무와 최혜국대우의무에 위반될 소지가 높다.

(1) CBAM 적용 대상 및 면제

2022년 12월 EU가 발표한 잠정합의안에 따르면 CBAM은 시멘트, 전기, 비료, 철 및 철강제품, 알루미늄과 수소에 우선적으로 적용된다. CBAM은 원칙적으로 모든 비(非)EU국가(제3국, 역외국)에서 생산되는 부속서 I의 상품이 EU회원국의 대륙 또는 경제수역으로 수입되는 경우에 적용된다. 그러나 부속서 II에 나열된 EU ETS에 참여하고 있거나 연계된 배출권 거래제를 가지고 있는 국가 및 영토에 대해서는 면제하고 있다.²²⁾ 또한 제3국 또는 제3영역이 전력시장커플링을 통해 EU 역내 시장과 통합된 전력시장을 가지고 있고, 제3국 또는 제3영역으로부터 EU로 전기를 수입할 때 CBAM 적용을 위한 기술이 없다면 해당 전기수입은 2030년까지 CBAM 적용으로부터 면제된다.²³⁾

최혜국대우의무에 따라 EU는 특정국가의 상품에만 혜택을 주는 일 없이 모든 WTO체약국들의 동종상품을 똑같이 대우하여야 한다.²⁴⁾ 그러나 유럽위원회입법안(21.07.14) 제2조 제3항에서는 부속서 II 상의 국가 및 영토의 수입상품에는 적용되지 않을 것을 규정한다.²⁵⁾ 이러한 예외로 부

18) Council of the EU, *supra* note 7.

19) European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, 'Fit for 55': delivering the EU'S 2030 Climate Target on the way to the climate neutrality", COM(2021) 550 Final, 14 July 2021, p. 12.

20) GATT Working Party Report on Border Tax Adjustment, *supra* note 11, para. 18.

21) Will, Ulrike, *Climate Border Adjustments and WTO Law Extending the EU Emissions Trading System to Imported Goods and Services*, Brill Nijhoff, 2019

22) 유럽위원회입법안(21.07.14) 제2조 제1항, 제2항, 제3항.

23) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 32.

24) Appellate Body Report, *EC-Seal Product*, para. 5.86.

속서 II의 국가 및 영역의 상품은 탄소배출권매입 및 제출 의무 등에서 면제되어 다른 수입국의 상품들보다 유리한 경쟁기회를 가질 수 있고, 원산지가 다른 상품들 간에 상업적 관계에 영향을 받을 수 있다. GATT 제1조에 따르면 수입상품에 부여되는 혜택은 다른 모든 수입상품에 주어질 수 없어야 하며, 혜택을 부여하는데 있어 조건과 면제가 있지 않아야 하기 때문에 CBAM은 EU와 동등한 제도 및 탄소가격제가 있는지 여부를 포함하여 수출국 자체의 정책을 고려하여 적용될 수 없다.²⁶⁾ 따라서 CBAM의 면제조치는 동종의 수입상품들에 대한 원산지국에 따른 차별을 하는 것으로 최혜국대우의무에 위반될 가능성이 높다고 판단된다. 뿐만 아니라 EU와 전력시장이 통합된 제3국 내지 제3영역의 전기에 대한 수입에 일정기간 CBAM적용을 면제해 주는 것도 원산지국 및 특정 조건에 따른 차별로 최혜국대우의무에 위반될 수 있다.

(2) 제3국에서 지불된 탄소가격에 대한 보상

승인신고인은 원산지국에서 기지불한 명시적인 탄소가격(수입자가 제3국에서 상품공정에 발생한 온실가스에 대해 조세(tax), 요금(fee) 또는 배출권으로 지불한 금전적 금액)을 고려하여 제출하여야 하는 CBAM인증서 수를 감면해 달라고 요청할 수 있다.²⁷⁾ 만약 신고인이 기지불한 탄소가격이 EU탄소가격과 동등하거나 더 많을 경우 신고인이 제출하여야 하는 CBAM인증서의 수는 100% 차감될 수 있다.²⁸⁾ 인증서를 차감받기 위해 신고인은 탄소가격이 원산지국에서 실제로 지불되었으며 수출환급금 또는 기타 수출에 대한 직·간접적인 보상을 받지 않았음을 증명하는 증거를 제공하여야 한다.²⁹⁾

원산지국에서 기지불된 명시적인 탄소가격만이 감면대상이 되기 때문에 명시적인 탄소가격이 없는 국가일 경우 기지불된 탄소가격에 대한 보상을 받을 수 없게 된다. 따라서 제3국에서 지불된 탄소가격을 감면해주는 조치는 결과적으로 수입상품에 국내상품보다 더 많은 비용을 부담할 수 있기 때문에 제3조 제2항에 위반될 가능성이 있다.

최혜국대우의무에 따라 CBAM은 “원산지국에서 기지불한 명시적인 탄소가격이 있는 경우에 감면”과 같이 혜택을 부여하는데 있어 조건이 존재하거나 혜택 또는 면제로 제한되지 않아야 한다.³⁰⁾ 자국에 명시적인 탄소가격이 없는 일부 국가의 경우 감면을 받을 수 없어 상품의 내재배출량에 따른 인증서 비용을 모두 지불하여야 한다. 반면 명시적인 탄소가격이 있는 국가들은 제출하여야 하는 인증서수를 감면받을 수 있기 때문에 회원국은 인증서를 감면받지 못한 회원국보다 더 유리한 경쟁기회를 얻을 수 있다. 따라서 이러한 CBAM의 감면 및 면제조치는 동종의 수입상품들에 대한 원산지국의 정책에 따른 차별로 최혜국대우의무에 위반될 가능성이 높을 것으로 판단된다.

25) 유럽위원회입법안(21.07.14) 제2조 제3항.

26) Panel Report, *EC-Tariff Preferences*, paras. 7.59-7.60.

27) 유럽의회채택안(22.06.22) amendments 59, 81.

28) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 81.

29) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 82.

30) Panel Report, *EC-Tariff Preferences*, paras. 7.59-7.60.

(3) 인증서 예치의무

승인신고인은 매년 5월 31일까지 부속서 IIIa에 따라 계산되고, 제6조에 따라 신고 되고, 제8조에 따라 검증된 전년도 내재배출량에 해당하는 CBAM 인증서수를 CBAM등록부(CBAM Registry)에 유지하여야 한다.³¹⁾ 또한 신고인은 각 분기 말까지 CBAM등록부상의 자신의 계정에 연도 초 이후 수입되는 모든 상품에 대해 기본 값에 기초하여 산정된 내재배출량의 최소 80%를 예치하여야 한다.³²⁾ 기본 값은 각 수출국의 해당상품 하위 10% 시설의 평균 탄소집약도로 설정된다. 수출국에 대한 신뢰할 수 있는 데이터가 없는 경우 기본 값은 해당 상품에 대해 EU 내 하위 5% 시설의 평균 탄소집약도에 기초하고 있다.³³⁾

예치의무조치가 수입상품의 EU 내 판매, 판매를 위한 제공, 구매, 운송, 유통 또는 사용에 '영향'을 주는 조치로 수입상품에 EU역내 상품보다 불리한 대우를 하였다면 내국민대우의무에 위반된다. 불리한 대우 여부는 수입상품에 국내상품과 사실상 평등한 경쟁기회가 주어졌는지, 수입상품에 피해가 발생하도록 경쟁조건을 수정하는지, 해당조치로 인하여 수입상품이 경쟁에서 불이익을 받았는지에 따라 검토된다.³⁴⁾ 따라서 예치의무조치가 수입상품의 EU 시장에서의 경쟁조건에 영향을 미친다면 내국민대우의무 위반이 된다.³⁵⁾ CBAM에서는 수출국의 에너지효율 하위 10% 또는 EU의 에너지효율 하위 5% 시설을 기준으로 하는 기본 값의 80%를 예치할 것을 의무화하고 있다. 예치금은 기본 값에 따라 산정되기 때문에 A국의 탄소집약도가 좋은 기업으로부터 상품을 수입하는 신고인은 자신이 부담하여야 하는 인증서수 보다 더 많은 양을 예치시켜야 한다.³⁶⁾ 상품을 수입하는 신고인 입장에서는 예치금이라는 추가적인 비용을 마련하여야 하기 때문에 예치의무는 신고인에게 경제적인 부담을 줄 수 있다. 이로 인하여 신고인이 수입할 수 있는 양이 제한될 수 있고 수입상품에 국내상품과 평등하지 않은 경쟁기회를 줄 수 있을 뿐 아니라 시장에서의 경쟁관계를 변경하여 수입상품에 불이익을 줄 것으로 생각된다. 더불어 수입상품이 불리한 대우를 받았는지 여부는 실제효과에 근거하지 않아도 되기 때문에 예치의무로 인하여 수입상품이 EU 역내상품보다 불리한 대우를 받지 않았다 하더라도 잠재적으로 불리한 대우를 받을 수 있다면 예치의무조치는 GATT 제3조 제4항에 위반된다.³⁷⁾

또한 예치의무는 특정 국가의 수입상품에 '더 유리한 경쟁기회'를 주거나, 원산지가 다른 상품들 간의 상업적 관계에 영향을 주어 최혜국대우의무에 위반될 여지가 있다.³⁸⁾ 국가들은 상이한 기술 및 재정상황을 보유하고 있다. 최빈개도국과 개도국의 기업들은 기술의 한계로 인하여 상품 생산에 있어 에너지효율을 높이는데 어려움이 있을 수도 있고, 재정적 어려움을 겪는 국가의 경

31) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 125.

32) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 125.

33) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 181.

34) Van den Bossche, Peter and Zdouc Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, 4th ed., Cambridge University Press, 2017, p. 391.

35) *Ibid.* Appellate Body Report, *Korea-Various Measures on Beef*, para. 137.

36) 이천기, 앞의 주 14, 71면.

37) Van den Bossche, Peter and Zdouc Werner, *supra* note 34, p. 393.

38) Appellate Body Report, *EC-Bananas*, para. 7.239; Panel Report, *Colombia-Ports of Entry*, para. 7.341.

우는 예치의무이행으로 인한 비용부담이 있을 수 있다. CBAM의 예치의무로 인하여 최빈개도국과 개도국의 상품을 수입하는 신고인은 해당 국가의 에너지효율 하위 10% 시설을 기준으로 하는 기본 값의 80%를 예치하여야 하기 때문에 많은 비용을 부담하여야 할 수 있다. 반면 선진국 수준의 기술능력을 가지고 있는 국가의 기업의 상품을 수입하는 신고인의 입장에서는 그렇지 않은 국가의 기업의 상품을 수입하는 신고인 보다 비교적 적은 비용을 예치할 것으로 보인다. 더불어 CBAM에서는 신고인이 의무를 이행하지 않을 경우 과태료가 부과되고 계정이 정지되는 등 제제가 주어지기 때문에 더 많은 부담을 지게 되므로 예치의무는 특정 수입상품을 다른 수입상품보다 불리하게 대우하는 것으로 최혜국대우의무에 위반될 것으로 판단된다.

(4) CBAM 보고의무

2022년 12월 13일 EU가 CBAM의 도입을 잠정합의 함에 따라 올해 10월부터 CBAM의 전환기간이 시작된다. 전환기간 동안 CBAM적용대상 상품을 수입하는 신고인은 보고의무를 준수하여야 한다. 신고인은 각 분기마다 (매 분기 종료 후 1개월 이내) 수입된 상품에 대한 정보가 포함된 CBAM보고서를 CBAM당국에 제출하여야 한다.³⁹⁾ 보고서에는 (1) 수입한 상품유형별 총량, (2) 수입한 상품에 내재된 실제 총 온실가스 배출량, (3) 수입한 상품에 내재된 실제 총 온실가스 간접 배출량과 (4) 수입상품에 내재된 배출량에 대한 원산지국에서의 탄소가격(수출환급금 또는 다른 형태의 수출 보상을 받지 않아야함)을 포함하여야 한다.⁴⁰⁾ 또한 보고서를 제출하지 않은 신고인에게는 과태료가 부과될 수 있다.⁴¹⁾

CBAM은 EU ETS의 보고의무와는 다른 의무를 규정하고 있어 GATT 제3조 제4항에 위반될 가능성이 있다. Ad article 3는 수입상품과 국내상품에 완전히 동일한 조치가 적용될 것을 요구하지 않기 때문에 국내상품과 수입상품에 적용되는 조치의 형식과 내용은 동일하지 않아도 된다.⁴²⁾ 따라서, CBAM에 적용되는 보고의무와 EU ETS에 적용되는 보고의무가 규정하는 내용이 상이하더라도 제3조 제4항의 위반이 되는 것은 아니며 제3조 제4항의 위반여부는 수입상품에 EU 역내상품과 사실상 평등한 경쟁기회가 주어졌는지에 따라 판단된다. EU ETS는 ETS가 적용되는 산업시설 및 항공기 운영자가 배출량에 대한 MRV (Monitoring, Reporting and Verification)와 관련된 자료를 연간 보고하도록 규정하고 있다.⁴³⁾ ETS에서 MRV보고의무는 시설 및 항공기 운영자에게 주어지기 때문에 시설 및 항공기 운영자가 매년 연간 배출량에 대해 권한당국에 직접 보고하도록 되어있다.⁴⁴⁾ 반면 CBAM의 경우 보고의무는 신고인에게 주어진다.

39) 유럽의회채택안(22.06.22) amendments 163-170.

40) 유럽위원회입법안(21.07.14) 제35조 제2항.

41) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 166.

42) 이천기, 앞의 주 14, 68면; Panel Report, *EC-Asbestos*, para. 8.94; Panel Report, *Korea-Various Measures on Beef*, para. 627.

43) COMMISSION REGULATION (EU) 2018/2066 of 19 December 2018 on the monitoring and reporting of greenhouse gas emissions pursuant to Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council and amending Commission Regulation (EU) No 601/2012, OJ L 334, December 2018, 제4조; European Commission, "Monitoring, Reporting and Verification of EU ETS". https://climate.ec.europa.eu/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets/monitoring-reporting-and-verification-eu-ets-emissions_en (2023년 3월 9일 검색).

44) COMMISSION REGULATION (EU) 2018/2066, *supra* note 43, 제68조.

따라서 신고인이 각 분기마다 수입한 상품유형별 총량, 수입한 상품의 내재된 실제 총 배출량 및 간접배출량, 원산지국의 탄소가격과 같은 수입된 상품에 대한 정보가 포함된 CBAM보고서를 제출하여야 한다. CBAM의 보고의무는 상품의 온실가스 내재배출량 총량 및 간접배출량 총량을 포함하기 때문에 EU ETS가 요구하는 범위보다 더 많은 정보를 제출할 것을 요구한다. 이에 따라 신고인들은 CBAM에서 요구하는 정보를 획득하기 어려울 수 있고, 경우에 따라서는 CBAM에서 요구하는 정보가 기업의 영업기밀자료에 해당할 수 있기 때문에 이를 공개할 경우 기업 경쟁력 하락의 위험이 있을 수 있다. 또한 수출국가와 수출기업의 기술 및 재정적 상황에 따라 신고인은 보고의무 이행을 위해 내재배출량을 산정 하는데 많은 비용과 시간이 소요되는 등 어려움이 있을 수 있다. 따라서 보고의무는 수입상품에 EU 역내상품과 동등하지 않은 경쟁기회를 주는 것으로 내국민대우의무에 위반될 가능성이 매우 높을 것으로 생각된다.

또한 CBAM의 보고의무는 최혜국대우의무에 위반될 가능성이 있다. CBAM은 신고인이 수입된 상품의 직·간접 내재배출량에 대한 정보가 포함된 CBAM보고서를 CBAM당국에 제출할 의무를 부담한다. 그러나 국가마다 보유하고 있는 기술과 재정상황이 다르기 때문에 특정 국가의 상품을 수입하는 신고인은 보고의무를 이행하는데 어려움을 겪을 수 있다. 선진국과 유사한 수준의 기술 및 친환경적인 기술을 보유하고 있는 국가의 기업으로부터 상품을 수입하는 신고인은 비교적 수월하게 보고의무를 준수할 수 있을 것이다. 반면 국가재정이 어렵고 기후변화 대응관련 기술이 없는 국가의 기업으로부터 상품을 수입하는 신고인은 보고의무를 이행하는데 비용부담과 시간이 많이 소비되며, 어쩌면 국가 및 기업이 내재배출량을 산정할 수 있는 기술이 없어 정보 자체를 취득할 수 없을 수 있다. 국가 및 기업은 보고의무를 준수하기위해 탄소배출량을 측정하기 위한 관리체제와 시설을 구축해야 할 것이며 이는 많은 비용부담을 줄 수 있다. 또한 불가피한 상황으로 신고인이 보고의무를 준수할 수 없는 경우라도 보고서를 제출하지 않은 신고인에게는 과태료가 부과될 수 있기 때문에 비용부담은 더욱 커질 것이다. 반면 선진국 수준의 기술 및 재정을 가지고 있고, 탄소배출 측정이 가능한 국가의 기업으로부터 상품을 수입하는 신고인은 CBAM보고서에서 요구하는 정보를 그렇지 않은 국가들의 기업으로부터 상품을 수입하는 신고인에 비해 비교적 쉽게 제출할 수 있을 것이다. 보고의무를 준수하지 못한 신고인이 과태료를 부과 받을 경우 보고의무를 준수한 신고인이 수입한 상품은 시장에서 더 유리한 경쟁관계에 놓일 수 있다. 따라서 보고의무는 국가와 기업이 보유한 기술 및 재정에 따라 이행에 어려움이 있을 수 있기 때문에 특정 국가의 상품을 차별하는 것으로 사실상의 차별로서 최혜국대우의무에 위반될 것으로 보인다.

(5) 인증서 거래시장 및 소각

CBAM당국은 매년 6월 말까지 승인신고인의 요청이 있을 경우 CBAM등록부의 신고인의 계정 에 남아있는 인증서 잉여분을 재구매 할 수 있다.⁴⁵⁾ 그러나 재구매할 수 있는 인증서수는 신고인이 전년도에 구입한 CBAM인증서의 1/3로 제한되며 재구매 가격은 신고인이 인증서를 샀을 때 지불한 가격과 동일하다.⁴⁶⁾ CBAM당국은 매년 6월 30일까지 승인신고인이 전년도 이전 연도

45) 유럽의회채택안(22.06.22) amendments 128, 129.

에 매입하고 그 다음연도에 재구매한 이후에도 CBAM등록부의 계정에 남아있는 인증서를 소각한다.⁴⁷⁾

CBAM의 거래시장 부재 및 인증서소각조치는 수입상품에 불리한 대우를 주기 때문에 내국민 대우의무에 위반될 가능성이 높다. CBAM은 EU ETS의 규정을 대거 반영하여 EU ETS의 배출권가격 지불의무를 CBAM의 수입업자에게도 부담한다.⁴⁸⁾ 그러나 CBAM은 ETS와 달리 인증서 거래시장이 없기 때문에 EU ETS에서 시설에 허용되는 ‘배출권을 판매 또는 구매할 수 있는 권리’는 CBAM의 신고인에게 부여되지 않는다. EU ETS는 배출권 거래시장이 있어 ETS 참여 기업들은 배출권을 사고 팔 수 있다. 또한 EU ETS 참여 기업의 경우에 최적의 시점에서 저렴한 가격으로 매입한 배출권은 ETS 4기 기간인 2030년까지 유효하기 때문에 배출권을 이월할 수 있어 배출권 거래를 통한 수익을 창출하고 비용을 절감할 수 있다.⁴⁹⁾ 반면 CBAM의 경우 인증서 시장이 없기 때문에 수입업자는 초과분의 인증서를 판매하여 수익을 창출할 수 없고 다만 CBAM 당국에 요청하여 인증서를 반환할 수 있다. 더불어 반환할 수 있는 인증서는 신고인이 이전연도에 구매하였던 인증서 총량의 1/3로 제한되며 인증서는 일정기간 동안만 유효하고 이후 남아있는 인증서는 모두 소각된다. CBAM의 인증서거래시장 부재와 인증서소각조치로 인하여 CBAM대상 수입상품의 신고인은 결과적으로 EU ETS 참여 기업보다 보다 비싼 가격으로 더 많은 배출권을 구매하여야 할 수 있기 때문에 이러한 비용은 신고인에게 부담이 될 수 있다. 따라서 이러한 조치는 수입상품이 EU시장에서 판매, 판매를 위한 제공, 구매 및 사용에 영향을 주는 조치이며, 사실상 EU시장에서 수입상품의 평등한 경쟁기회를 경감시키기 때문에 제3조 제4항에 위반될 것으로 판단된다.

(6) 내재배출량 산정방식

신고인은 수입하는 상품의 내재배출량에 상응하는 인증서수를 매년 제출하여야 한다.⁵⁰⁾ 내재배출량은 상품 생산 중 배출되는 직·간접적 배출량과 상품 생산과정에서 소비된 전력으로 그 범위에 직접배출과 간접배출을 포함한다.⁵¹⁾ 신고인이 상품의 실제 내재배출량을 산정하지 못하는 경우 내재배출량은 기본 값에 따라 산정된다.⁵²⁾ 기본 값은 각 수출국의 부속서 I의 상품을 생산하는 시설 중 배출효율이 가장 낮은 하위 10%시설의 배출집약도 평균치를 기준으로 설정된다.⁵³⁾ 만약 수출국에 신뢰할 수 있는 데이터가 없을 경우에는 EU 내 하위 5%시설의 배출집약도 평균치를 기준으로 설정된다.⁵⁴⁾

내재배출량 산정방식은 재정적, 비재정적 측면을 가지고 있기 때문에 GATT 제3조 제2항과 제3조 제4항 위반이 될 수 있다. 신고인이 상품의 실제 내재배출량을 산정할 수 있는 경우, 신고인

46) 유럽의회채택안(22.06.22) amendments 128, 129.

47) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 129.

48) 유럽위원회입법안(21.07.14) explanatory memorandum pp. 4, 7.

49) 이천기, 앞의 주 14, 71면.

50) 유럽의회안(21.12.21) amendment 80.

51) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 60.

52) 유럽위원회입법안(21.07.14) 제7조 제2항.

53) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 181.

54) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 181.

은 상품의 실제내재배출량에 대한 탄소가격을 지불하면 된다. CBAM은 ETS와 연계되어 ETS의 가격책정방식을 반영하였기 때문에 CBAM의 탄소가격은 EU ETS와 동일하다. 그러나 최종적으로 수입상품이 부담하는 탄소가격은 [가격×내재배출량]으로 계산되기 때문에 실제로는 EU 역내 상품과 수입상품 사이에 상이한 조세가 부과될 수 있다.⁵⁵⁾ 만약 수입상품이 최종적으로 부담하는 탄소가격이 EU 역내상품이 부담하는 탄소가격을 초과하여 부과된다면 GATT 제3조 제2항에 위반된다. 기본 값에 따른 내재배출량 산정방식도 GATT 제3조 제2항에 위반될 수 있다. 이 경우 신고인은 에너지 효율이 좋은 기업의 상품을 수입한다 하더라도 기본 값을 반영하여 계산한 탄소가격을 부담하여야 한다. 수출국의 에너지효율 하위 10% 또는 EU의 에너지효율 하위 5% 시설의 평균으로 내재배출량이 산정되기 때문에 신고인은 EU ETS참여 기업이 부담하여야 하는 탄소가격보다 더 높은 수준으로 탄소가격을 부담할 가능성이 있어 제3조 제2항에 위반 될 수 있다. 기본 값에 따른 내재배출량산정방식은 GATT 제3조 제4항에도 위반될 수 있다. 국가들마다 기술적, 재정적 상황이 다르기 때문에 특정국가의 경우 내재배출량을 산정하는데 많은 비용과 시간이 소요되는 등 어려움이 있을 수 있고 어쩌면 아예 산정이 불가할 수도 있다. 이러한 국가들의 경우 환경보호에 앞장서는 국가들과 달리 기업들은 비교적 더 낮은 배출효율을 가지고 있을 수 있기 때문에 배출효율이 가장 낮은 하위 10%의 배출집약도 평균치를 기준으로 하는 기본 값이 적용된다면 해당 국가로부터 수입되는 상품은 결과적으로 탄소가격을 더 많이 부담하게 될 수 있다. EU 내 하위 5%의 배출집약도 평균치를 기준으로 하는 기본 값이 적용될 경우에도 마찬가지이다. EU시설의 하위 5%를 시설의 배출집약도 평균치에 기초하는 기본 값이 적용될 경우 수입업자는 자신이 실제 부과해야 하는 것보다 더 많은 탄소가격을 부담할 수 있을 뿐만 아니라 EU 역내산업이 부담하는 것보다 더 많은 탄소가격을 부담하게 될 수 있다. 기본 값에 따른 내재배출량산정방식은 수입업자에게 EU 역내산업보다 더 많은 경제적 부담을 줄 수 있으며 경제적 기반이 취약한 국가들에게 악영향을 줄 수 있기 때문에 EU 시장에서 불이익을 받거나 불리해지도록 경쟁조건을 수정할 수 있다. 따라서 이는 GATT 제3조 제4항에 위반될 여지가 있다.

더불어 내재배출량을 산정하는 과정에서 동종의 수입상품들을 차별하여 최혜국대우의무에도 위반될 소지가 있다. 일부 국가의 경우 상황에 따라 탄소배출을 측정할 수 있는 기술이 없어 상품의 실제 내재배출량을 산정하는 것이 불가능할 수 있으며, 내재배출량을 산정하기 위해 탄소배출량을 측정할 수 있는 시설 및 관리체제를 구축하여야 할 수 있기 때문에 많은 비용부담이 발생할 수 있다. 내재배출량 및 기본 값에 따른 탄소가격은 에너지효율 평균치가 비교적 더 좋은 특정국가의 수입상품에 더 유리한 경쟁기회를 주고 혜택을 주는 것으로 볼 수 있기 때문에 GATT 제1조에 위반될 가능성이 있다.

3. GATT 제20조 정당화 가능성

(1) 제20조 (g)항 해당 가능성

CBAM의 조치가 GATT 제1조 또는 제3조에 위반된다하더라도 제20조 (b)항 또는 (g)항에 의

55) 이천기, 앞의 주 14, 71면.

해 정당화된다면 해당 조치는 WTO에 합치하게 되기 때문에 제20조 원용가능여부가 중요하다. CBAM은 지구온난화로부터 기후변화를 완화하기 위한 정책이다. 탄소배출로 인한 여러 문제는 천연자원을 고갈시킬 수 있고, 인간 및 동·식물의 생명과 건강을 위협에 처하게 할 수 있기 때문에 (b)항 또는 (g)항의 예외에 해당될 수 있다. 제20조에 대한 입증책임은 제20조를 주장하는 국가에 있기 때문에 EU는 CBAM의 조치가 제20조 예외에 해당된다는 것을 증명하여야 한다.⁵⁶⁾ CBAM은 역외 국가들 상품의 생산공정과 관련된 조치이다. 따라서 EU가 제20조 (b)항의 필요성 요건을 증명하는 것은 상대적으로 어려울 것이기 때문에 EU는 제20조를 주장할 가능성이 높다.⁵⁷⁾ CBAM이 제20조 (g)항에 해당되기 위해서는 (1) CBAM이 보호하려는 자원은 고갈될 수 있는 천연자원이어야 하고, (2) 천연자원의 보존과 관련되어야 하며, (3) 국내생산이나 소비에 대한 제한과 결부되어야 한다. CBAM의 경우 (g)항의 요건을 충족시킬 것으로 판단된다.

US-Gasoline 사건은 ‘청정대기’는 가치를 가지고 있는 자원이며, 자연적이고, 재생가능할지라도 고갈될 수 있기 때문에 ‘고갈될 수 있는 천연자원’에 포함된다고 판단한 바 있다.⁵⁸⁾ CBAM이 범지구적 탄소누출을 방지하고 EU 역내외 국가들의 탄소배출량을 감축하여 기후, 대기 및 청정대기를 보존하기 위한 것임을 고려할 때 EU가 CBAM을 적용하여 보호하려는 ‘안정화된 기후 또는 대기’는 ‘고갈될 수 있는 천연자원’의 범위에 해당된다.⁵⁹⁾ CBAM이 유한천연자원의 보존과 관련되려면, CBAM은 고갈될 수 있는 기후 및 대기의 보존을 주된 목적으로 하여야 하고, 상당한 관련성이 있어야 하며, 합리적인 수단과 목적관계에 있어야 하고, 정책목적과 수단 사이의 밀접하고 진정한 관계가 있어야 한다.⁶⁰⁾ 관련성은 단지 쟁점이 되는 조치의 일반적인 구조와 설계를 검토하면 되기 때문에 쉽게 충족된다.⁶¹⁾ 따라서 EU의 CBAM이 WTO협정에 명백히 위반되지 않거나 보호주의적인 특징을 갖고 있지 않다면 EU는 CBAM이 환경보호를 주된 목적으로 하는 조치임을 입증할 수 있을 것이다.⁶²⁾ 또한 EU 역내 상품에는 ETS가 적용되고 수입상품에는 CBAM이 적용되기 때문에 CBAM조치는 국내생산 또는 소비에 대한 제한조치와 함께 운용되어야 하고 국내상품과 수입상품에 동등하게 적용되어야 한다는 요건을 충족한다.⁶³⁾

56) Committee on Trade and Environment, GATT/WTO Dispute Settlement Practice relating to GATT Article XX, Paragraph (b), (d) and (g), WT/CTE/W/203, 8 March 2002, p. 5.

57) Holzer, Kateryna, *Carbon-related Border Adjustment and WTO Law*, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 154.

58) Panel Report, *US-Gasoline*, paras. 6.36-6.37; Appellate Body Report, *US-Gasoline*, pp. 14-16.

59) 기후변화협약 제2조; 이천기, 앞의 주 14, 73면.

60) Panel Report, *Canada-Herring and Salmon*, paras. 4.5-4.6; Appellate Body Report, *US-Gasoline*, p. 19; Appellate Body Report, *US-Shrimp*, paras. 135, 141; Appellate Body Report, *China-Raw Materials*, para. 355; Pauwelyn, Joost, *supra* note 14, p. 36.

61) Appellate Body Report, *US-Shrimp*, para. 137.

62) Pauwelyn, Joost, *supra* note 14, p. 36.

63) “동등하게” 요건은 CBAM이 수입상품과 EU상품에 부담되는 의무수준이 반드시 동일할 것을 요구하는 것이 아니다. CBAM이 쟁점이 되는 조치들 중 일부 내용이 국내상품과 대조적으로 수입상품을 차별한다 하더라도 CBAM을 전체적으로 보았을 때 수입상품과 EU상품에 의무 및 제한을 부과하였다면 동등성 요건을 충족할 수 있다. Appellate Body Report, *US-Gasoline*, p. 19, Pauwelyn, Joost, *supra* note 14, p.36; 정민정, 앞의 주 9, 163면.

(2) 제20조 전문 해당성

CBAM이 제20조 (g)항에 해당된다 하더라도 WTO협정에 합치하기 위해서는 제20조 전문의 요건을 통과하여야 한다. CBAM의 조치는 제20조 전문에 따라 동일한 여건의 수출국 간, 수출국과 EU회원국 간에 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별 또는 국제무역에 위장된 제한을 하는 방식으로 적용되지 않아야 한다.⁶⁴⁾ CBAM이 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별인지 판단하기 위해서는 다음을 검토할 수 있다. 차별에 대한 이유가 CBAM의 목적과 관련이 있는지, EU가 다른 회원국들에게 EU와 동일하거나 유사한 정책 및 조치를 채택하도록 의도하였거나 강제하였는지, CBAM으로 인한 무역제한 및 효과를 제거하거나 감소시키기 위하여 다른 회원국들과의 협상을 위한 진지한 노력을 하였는지, CBAM의 시행에 있어 공정성과 적법절차를 준수하였는지, 다른 회원국의 정책을 EU 정책과 동등하게 받아들이기 위해 긴밀히 협상하였는지, CBAM을 적용하기 전에 CBAM이 다른 회원국에 적절한 조치인지 여부와 CBAM 적용으로 인하여 다른 회원국의 영역에서 발생할 수 있는 상황과 조건을 고려하였는지, CBAM의 적용으로 야기된 차별이 제20조 각 항의 정책목적에 정당한 원인 또는 근거를 가지고 있는지 등이 고려된다.⁶⁵⁾

CBAM은 탄소누출문제를 해결하고 유럽연합 및 전 세계의 온실가스 배출을 줄임으로서 기후변화에 대응하기 위한 목표를 가지고 있다.⁶⁶⁾ EU의 영향평가보고서에 따르면 CBAM은 2030년까지 CBAM이 적용되는 부분의 EU의 탄소배출량을 1.0% 줄이고 세계 탄소배출량을 0.4% 줄일 것으로 추정된다.⁶⁷⁾ 비록 CBAM이 전 지구적 탄소배출을 감소시키기 위한 방식으로 설계 및 적용되었고, 그 적용 및 절차가 투명하고 공정한 방법으로 이루어지고, CBAM의 적용으로 야기된 차별이 (g)항의 정책목적에 정당한 원인 또는 근거를 가지고 있다고 하더라도 CBAM은 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별 및 국제무역에 위장된 차별이 될 소지가 있어 전문의 요건을 충족시키기 어려울 것으로 생각된다.⁶⁸⁾ CBAM의 경우 국제사회는 WTO 합치성에 대한 우려를 제기하였다.⁶⁹⁾ UNCTAD는 CBAM이 탄소누출을 방지하고 EU 역내외 탄소배출량을 줄일 수 있으

64) Appellate Body Report, *US-Shrimp*, para. 150.

65) *Ibids.*

66) European Commission, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT: IMPACT ASSESSMENT REPORT Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a carbon border adjustment mechanism, SWD(2021) 643 Final, 14 July 2021, p. 14.

67) *Ibid.*, p. 2.

68) Appellate Body Report, *EC-Seal Product*, para. 5.318; Appellate Body Report, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 227.

69) 미국의 존 케리 기후특사는 EU의 CBAM도입에 대해 “탄소국경조정은 경제, 관계, 무역에 심각한 영향을 미치기 때문에 더 이상의 배출감축수단이 없을 때 이행하는 최후의 수단이 되어야 한다”고 하면서 우려를 표명한 바 있다. OECD 사무총장인 마티아스 콜먼(Mathias Cormann)은 EU의 CBAM이 무역에 영향을 줄 것을 우려하면서 “국가는 자국의 상황을 고려하여 배출감소목표를 달성하기 위해 다양한 방법을 추구할 수 있어야 하며, 기후변화에 대응하기 위해 자국과 다른 방법을 채택한 국가를 일방적으로 처벌하지 않도록 주의해야 한다”고 하였다. 러시아는 WTO 시장접근위원회 회의에서 기후변화완화를 위해 탄소배출감축을 목적으로 하는 유럽그린딜에 포함된 조치 중 CBAM은 WTO협정과 합치하지 않는 것으로 보인다는 우려를 내비친 바 있다. 중국은 CBAM은 국제법원칙에 위반되며 환경문제를 통상으로 확대하여 경제발전을 저해할 것이라 하였다. 이 외에도 한국을 포함한 여러 국가들이 EU의 CBAM 도입에 대해 WTO협정에 합치하지 않을 수 있다는 우려를 제기하였다.

나 그 효과는 미미하다 하였으며 CBAM이 탄소효율이 좋은 선진국들에게 유리한 반면 개도국의 수출 감소를 초래할 수 있기 때문에 국제무역패턴을 변경할 수 있고 잠재적인 무역왜곡 가능성이 있다고 보았다.⁷⁰⁾ CBAM에 대한 국제사회의 입장을 보면 EU는 일방적으로 CBAM을 도입하기에 앞서 다른 국가들과의 협상이 부족한 것으로 보인다. CBAM은 상대적으로 개발도상국에게 많은 부담을 주고 수출 감소를 초래할 수 있으나, EU는 이러한 무역제한 효과를 제거하거나 감소시키기 위하여 다른 회원들과 협상을 위해 충분히 노력하지 않았고, CBAM이 개발도상국들에게도 적절한 조치인지 여부와 CBAM의 적용으로 인하여 다른 회원국의 영역에서 발생할 수 있는 상황과 조건을 고려하지 않은 것으로 보인다. 또한 CBAM은 수입업자가 승인을 받지 않을 경우 EU역내로 상품을 수입할 수 없고, 승인을 받았다 해도 의무를 준수하지 않는 경우 인증서제정이 취소되고 과태료가 부과되는 등 강한 제제가 따르기 때문에 CBAM은 강압적이며 다른 회원국들에게 EU와 동일하거나 유사한 정책 및 조치를 채택하도록 강제한다고 볼 수 있다.

EU는 2050년까지 '기후중립'이라는 파리협정하의 감축목표를 달성하기 위하여 CBAM 대상 수입상품에 EU ETS와 연계된 탄소가격을 부과한다. EU ETS의 탄소가격은 EU의 배출 및 정책 상황에 따라 계산된 가격이다.⁷¹⁾ 따라서 EU 수준의 탄소가격을 모든 CBAM적용대상 수입상품에 부과하는 것은 국가들의 상이한 재정적 및 기술적 상황과 시장별 특성을 고려하지 않는 것으로 볼 수 있다. 더불어 EU의 탄소가격을 수입상품에 부과하는 것은 일방적인 조치로 무역장벽이 될 가능성이 있고 UNFCCC의 CBDR-RC원칙에 위반될 소지가 있다.⁷²⁾ GATT 제20조 전문은 관련된 국제법 규칙에 합치하는 방법으로 해석되고 적용되어야 한다.⁷³⁾ EC-Biotech 사건의 패널은 조약법에 관한 비엔나협약 제31조에 따라 WTO협정은 국제공법의 해석의 관습규칙 (customary rules of interpretation of public international law)에 따라 해석되어야 한다고 하였으며⁷⁴⁾ US-Shrimp 사건의 상소기관도 제20조 전문을 해석하는데 국제법의 일반원칙이 고려되어야 함을 분명히 하였다.⁷⁵⁾ CBAM과 관련하여 UNFCCC의 CBDR-RC원칙이 관련된 국제법적 규칙으로 제20조 전문을 해석하는데 참조될 것이다.⁷⁶⁾ 따라서 CBAM이 CBDR-RC원칙에 합치하지 않을 경우 제20조 전문을 해석하는데 불리하게 적용된다. 더불어 제20조는 회원국이 특정조건에서 무역자유화보다 특정 사회적 가치와 이익을 우선시할 수 있도록 허용하기 때문에 CBAM이 CBDR-RC원칙에 부합하지 않는다면 제20조 전문의 요건을 충족시키기 어려울 것으로 생각된다.⁷⁷⁾

70) UNCTAD, A European Union Carbon Border Adjustment Mechanism: Implications for developing countries, UNCTAD, 2021, p. 9.

71) 이천기, 앞의 주 14, 66면.

72) Duran, Gracia, "EU Carbon Border Adjustment Mechanism: Key Issues Going Forward", *European Foreign Affairs Review*, Vol. 26 No. 4, 2021, p. 505.

73) Davidson Ladly, Sarah, "Border Carbon Adjustments, WTO-Law and the Principle of Common but Differentiated Responsibilities", *International Environmental Agreement: Politics, Law and Economics*, Vol. 12, No. 1, 2011, p. 79.

74) Panel Report, *EC Biotech Product*, paras. 7.65-7.66.

75) Appellate Body Report, *US-Shrimp*, para. 158.

76) Davidson Ladly, Sarah, *surpa* note 73, p. 79; 이천기, 앞의 주 14, 75면.

77) Van den Bossche, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2008, p. 616.

한편 CBAM은 최빈개도국 예외조항을 두고 있지 않다. EU에 따르면 EU가 최빈개도국을 CBAM의 적용으로부터 면제하지 않은 데에는 다음의 이유가 있다. EU는 영향평가에서 CBAM이 최빈개도국에 미치는 영향은 미미한 것으로 보았다.⁷⁸⁾ EU는 CBAM이 최빈개도국에 적용되지 않는다면 최빈개도국의 탄소배출량이 증가하여 CBAM이 의도하는 바와 정반대의 결과를 초래할 수 있다고 보았다.⁷⁹⁾ 뿐만 아니라 최빈개도국에 CBAM을 적용하지 않는다 하여도 이러한 면제는 일시적인 것이기 때문에 장기적으로는 최빈개도국에게 부정적인 영향을 미치게 될 것이라 하였다.⁸⁰⁾ 또한 지금 CBAM적용에서 최빈개도국을 면제한다면 이후에 최빈개도국이 더 많은 적응비용이 들 수 있기 때문에 최빈개도국에 대한 면제는 없어야 한다고 하였다.⁸¹⁾ 유럽위원회입법안(21.07.14)의 첨부문서에 따르면 EU는 “최빈개도국 지원을 위해 특화 된 방법(targeted ways to support LDCs)”의 필요성에 주목하였다.⁸²⁾ 최빈개도국 지원을 위한 방법에는 최빈개도국이 장기적인 기후목표에 부합하는 생산구조를 만들 수 있도록 기술지원, 기술이전, 광범위한 역량 구축 및 재정 지원이 포함된다.⁸³⁾ 이에 따라 유럽위원회입법안(21.07.14)에서는 최빈개도국에 대한 면제조항을 두는 대신 CBAM의 의무를 이행하기 위해 필요한 지원을 할 것을 언급하였다.⁸⁴⁾ 이후 유럽의회채택안(22.06.22)에서 별도의 조항을 두어 기후를 위해 투자하고 특히 최빈개도국을 지원할 것을 규정하였다. 그러나 ‘자의적이거나 정당화 될 수 없는 차별’의 요건은 모든 WTO회원국에게 적용된다.⁸⁵⁾ 따라서 EU의 영향평가에서 분석하는 바와 같이 최빈개도국이 CBAM의 적용으로 받는 영향이 거의 없고 EU가 최빈개도국에 대한 지원 조항을 두었다 하더라도 제20조 전문의 차별이 된다.

더불어 CBAM은 보호주의적인 성격도 가지고 있다. CBAM은 오래전부터 EU예산을 위한 자체 재원으로 고려되어왔다. 2020년 5월 27일 EU가 발표한 “유럽의 부흥을 위한 유럽연합예산(The EU budget powering the recovery plan for Europe)”에 따르면 “CBAM은 탄소중립사회로 전환하려는 EU의 노력을 저해하는 탄소누출을 방지하는데 도움이 될 것 이며, CBAM의 범위와 설계에 따라 약 50억~140억 유로의 추가 세수를 확보할 수 있을 것”으로 예상하였다.⁸⁶⁾ 또한 2021년 7월 14일 발표된 입법안에 따르면 CBAM에 의한 수익 대부분이 EU예산으로 귀속되어, COVID-19로 인한 어려움을 해결하고 녹색 및 디지털 전환에 대한 투자를 지원하기 위한 회복 수단인 “NextGenerationEU”를 운용하는데 활용할 것이라 하였다.⁸⁷⁾ 이후 유럽의회채택안

78) 이천기, 앞의 주 14, 75면; Spiegelman, Margaret, “EU Official: Carbon Border Adjustment, International Coordination ‘not at odds’”, *Inside US Trade*, Vol. 39, Issue. 44, 2021.

79) European Commission, *supra* note 66, p. 30.

80) *Ibid.*

81) *Ibid.*

82) *Ibid.*

83) *Ibid.*

84) 유럽위원회입법안(21.07.14) explanatory memorandum p. 22.

85) 이천기, 앞의 주 14, 75면.

86) “A carbon border adjustment mechanism would help to prevent carbon leakage, which undermines EU efforts to transition towards a carbon-neutral society. A carbon border adjustment mechanism could bring additional revenues ranging from about EUR 5 billion to EUR 14 billion, depending on the scope and design”, European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION The EU budget powering the recovery plan for Europe, 2021/0214(COD) COM(2020) 442 Final, 27 May 2020.

(22.06.22)에서는 인증서 판매로 발생한 수익에 대한 별도의 조항을 규정하여 CBAM 운영으로 발생한 수익에 상응하는 수준만큼 기후를 위해 투자하고 특히 최빈개도국의 기후완화 및 적응노력 위해 지원할 것을 규정하였으나 아직까지 구체적인 내용이 규정되어있지 않아 EU의 재정지원 계획은 불확실하다.⁸⁸⁾

앞서 검토한 배경과 여러 관련요소를 볼 때 CBAM은 수입상품들의 EU역내 시장진입을 제한하는 결과를 초래할 수 있기 때문에 CBAM은 표면적으로는 환경보호라는 목적을 가지지만 실질적으로는 환경을 위한 것으로 위장된 보호주의적 성격을 가지고 있다. 따라서 CBAM은 EU의 일방적인 보호무역주의 조치로 제20조 전문의 요건을 충족시키기 어려울 것으로 생각된다.

IV. 결론

CBAM이 WTO규범과 국제의무에 합치한다는 EU의 입장과는 반대로 CBAM은 WTO협정에 위반될 것으로 판단된다. 그동안 유럽위원회, EU 이사회와 유럽의회가 제안하였던 안들을 보면 내재탄소배출량 측정범위 및 직·간접배출 범위, 기본 값 산정 방식, 무상할당 감축 및 감면 방식과 같이 세부적인 내용에 대한 합의가 없을 뿐 큰 골자는 모든 수입상품에 내재된 탄소배출량에 따른 탄소가격을 부과하는 것으로 같다. 또한 인증서 매입 및 가격, 인증서 제출 및 신고인 의무, 인증서 재구매 및 소각과 같은 내용에 대부분 같은 입장을 가지고 있는 것으로 보인다. 따라서 유럽의회, EU 이사회와 유럽위원회가 합의하게 될 최종법안의 내용은 그동안의 안들과 크게 다르지 않을 것으로 WTO에 합치하지 않을 소지가 매우 높을 것으로 생각된다.

CBAM이 제20조 전문의 요건을 충족시킬 수 없는 주요 이유는 EU의 탄소가격을 모든 수입상품에 일방적으로 적용하고 의무이행을 강제하며 UNFCCC의 CBDR-RC원칙 및 파리협정의 NDC에 부합하지 않고, CBAM의 인증서판매로 얻은 예산은 EU로 귀속될 것이기 때문에 보호주의성격을 가지고 있다는 것에 있다. 따라서 만약 최종법안에서 유럽의회가 제안하였던 것처럼 인증서판매로 발생한 수익에 상응하는 수준으로 EU가 어떻게 기후를 위해 투자하고 최빈개도국 재정을 지원할지 보다 구체적으로 규정한다면 제20조 전문을 원용하는데 지금보다는 긍정적으로 참작될 수 있을 것이다. 그러나 GATT 제20조는 최빈개도국 뿐만이 아닌 모든 회원국에게 적용되기 때문에 최빈개도국을 위한 인증서수익의 활용에 대한 조항이 있다 하더라도 여전히 문제가 남아있다. CBAM의 경우 UNFCCC의 CBDR원칙에 부합하지 않는다는 점이 제20조 전문의 해석에 있어 매우 불리하게 작용할 수 있기 때문에 선진국과 개도국의 상황 및 시장 별 특성을 고려하여 상이한 탄소가격을 설정하는 방향으로 수정된다면, WTO협정의 합치성 측면에서 지금보다는 긍정적일 것이다.

87) 유럽위원회입법안(21.07.14) explanatory memorandum p. 10; European Council, "Multiannual financial framework for 2021-2027 adopted", 17 December 2020, [https://www.consilium.europa.eu/en/press/press](https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/12/17/multiannual-financial-framework-for-2021-2027-adopted/)

-releases/2020/12/17/multiannual-financial-framework-for-2021-2027-adopted/(2023년 3월 9일 검색).

88) 유럽의회채택안(22.06.22) amendment 130.

CBAM으로 살펴본 바와 같이 무역과 환경의 긴밀한 연계성으로 인하여 기후변화체제하의 국가들의 기후변화정책은 국제통상규범에 합치하지 않을 가능성이 높다. 더욱이 아직까지 국제적으로 합의된 탄소가격이 없는 상황에서 국가들의 일방적인 조치는 무역분쟁의 대상이 될 수 있다. 따라서 국가들은 기후정책의 실효성을 확보하기 위해서 일방조치가 아닌 다자조치로서 기후완화 조치를 시행할 수 있을 것이다. 한편, 현행 WTO체제도 국가들이 NDC를 이행하기 위한 기후정책을 수립하는데 한계를 가지고 있다. 2017년 기준으로 국가들의 NDC중 약 45%가 무역과 관련되어 있으며 앞으로도 기후변화 완화정책을 이행하는데 강화된 통상 및 경제적 수단이 발동될 가능성이 높기 때문에 많은 조치들이 WTO 합치성 측면에서 논란이 될 것이다. 더불어 기후변화 체제는 기후분쟁이 발생하였을 경우 분쟁을 해결할 수 있는 특정 분쟁해결기구가 없고, 국제통상과 관련된 조치의 경우 WTO협정을 적용받기 때문에 분쟁이 생겼을 때 WTO에서 다루어질 수밖에 없다. 그러나 WTO규범은 기후변화정책을 포괄하기에 한계가 있어 입법적으로 기후변화 친화적인 방향으로 변화될 필요가 있다. 예컨대 기후면제 및 기후 예외조항을 채택하거나 기후 및 환경과 관련된 WTO규범이 개정되어야 할 필요가 있으며 새로운 동종상품 판단방법이 고려될 수 있을 것이다. GATT에서는 동종상품 간의 차별을 금지하고 있기 때문에 쟁점이 되는 상품들이 동종상품이 아닐 경우 GATT에 위반되지 않는다. 탄소배출과 같은 NPR-PPMs은 동종상품 판단에 영향을 주지 않는다. 탄소다배출상품과 탄소저배출상품은 동종상품으로 판단되기 때문에 탄소배출량과 관련된 회원국의 정책은 동종상품들 간의 차별요소를 포함하여 GATT에 위반될 가능성이 매우 클 수밖에 없다. 따라서 국가들의 기후변화정책이 불가결한 상황에서 동종상품에 대한 새로운 해석이 필요할 것으로 생각된다.

참고문헌

I. 국내문헌

- 김호철, “탄소국경조정 도입의 WTO 합치성 쟁점: GATT 제2조, 제3조, 제20조”, 통상법률, 통권 제2호, 2021.
- 이중교, “탄소세 및 배출권의 국경조정에 대한 주요 법리적 쟁점 검토”, 환경법과 정책, 제20권, 2018.
- 이천기, “EU 탄소국경조정제도의 주요 내용 및 국제통상법적 시사점”, 통상법무정책, 통권 제2호, 2021.
- 정민정, “국경탄소조정과 WTO규범의 합치여부”, 국제법학회논총, 제62권 제3호, 2017.
- 박누리, “EU 탄소국경조정제도(CBAM) 합의(안) 대응현황과 향후과제”, 국회입법조사처, 제2056호, 2023.
- 환경부 (관련부처합동), “제2차 기후변화대응 기본계획”, 2019.

II. 외국문헌

- Davidson Ladly, Sarah, “Border Carbon Adjustments, WTO-Law and the Principle of Common but Differentiated Responsibilities”, International Environmental Agreement: Politics, Law and Economics, Vol. 12, No. 1, 2011.
- Duran, Gracia, “EU Carbon Border Adjustment Mechanism: Key Issues Going Forward”, European Foreign Affairs Review, Vol. 26 No. 4, 2021.
- Evans Stuart, et al., Border Carbon Adjustments and Industrial Competitiveness in a European Green Deal, Cambridge Working Papers in Economics, University of Cambridge, No. 2036, 2020.
- Holzer, Kateryna, Carbon-related Border Adjustment and WTO Law, Edward Elgar Publishing, 2014.
- Pauwelyn, Joost, U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law, Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions Duke University Working Paper, 2007.
- Quick, Reinhard, “Carbon Border Adjustment: A Dissenting View on its Alleged GATT-Compatibility”, Nomos e-Library, 2021.
- Spiegelman, Margaret, “EU Official: Carbon Border Adjustment, International Coordination ‘not at odds’”, Inside US Trade, Vol. 39, Issue. 44, 2021.
- Trachtman, Joel P., “WTO Law Constraints on Border Tax Adjustment and Tax Credit Mechanisms to Reduce the Competitive Effects of Carbon Taxes”, National Tax Journal, Vol. 70, No. 2, 2017.
- Van den Bossche, Peter, The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials, 2nd ed., Cambridge University Press, 2008.
- Van den Bossche, Peter and Zdouc Werner, The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials, 4th ed., Cambridge University Press, 2017.
- Will, Ulrike, *Climate Border Adjustments and WTO Law Extending the EU Emissions Trading System to Imported Goods and Services*, Brill Nijhoff, 2019.

III. 유럽연합 및 기타자료

- COMMISSION REGULATION (EU) 2018/2066 of 19 December 2018 on the monitoring and reporting of greenhouse gas emissions pursuant to Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council and amending Commission Regulation (EU) No 601/2012, OJ L 334, December 2018.
- European Commission, Carbon border adjustment mechanism, Inception Impact Assessment, 4 March 2020, European Parliament, Trade Related Aspects of a Carbon Border Adjustment Mechanism, A Legal Assessment, PE603.502, April 2020.
- European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION: The European Green Deal, COM(2019) 640 Final, 11 December 2019.
- European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION The EU budget powering the recovery plan for Europe, 2021/0214(COD) COM(2020) 442 Final, 27 May 2020.
- European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, 'Fit for 55': delivering the EU'S 2030 Climate Target on the way to the climate neutrality", COM(2021) 550 Final, 14 July 2021.
- European Commission, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT: IMPACT ASSESSMENT REPORT Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a carbon border adjustment mechanism, SWD(2021) 643 Final, 14 July 2021.
- REGULATION (EU) 2021/1119 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations(EC) NO 401/2009 and (EU)2018/1999 ('European Climate Law'), [2021] OJ L 243/1.
- Council of the EU, "EU Climate Action: Provisional Agreement reached on Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM), <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/13/eu-climate-action-provisional-agreement-reached-on-carbon-border-adjustment-mechanism-cbam/> (2023년 3월 9일 검색).
- European Commission, "Carbon Border Adjustment Mechanism: Questions and Answers", 14 July 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_3661.
- European Parliament, "Legislative Train Schedule", <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/package-fit-for-55/file-carbon-border-adjustment-mechanism>, (2023년 3월9일 검색).
- Committee on Trade and Environment, GATT/WTO Dispute Settlement Practice relating to GATT Article XX, Paragraph (b), (d) and (g), WT/CTE/W/203, 8 March 2002.
- GATT Working Party Report on Border Tax Adjustment, L/3464, BISD 18S/97, 2 December 1970.
- UNCTAD, A European Union Carbon Border Adjustment Mechanism: Implications for developing countries, UNCTAD, 2021.



제2부 B

● [사회] 이기범 교수 (연세대학교)

초국경적 환경오염원으로부터 해양환경 보호의무에 관한 국제법적 연구

[발표] 장혜원 박사 (이화여자대학교)

[토론] 김민철 소장 (유민국제법연구소)

大韓國際法學會

초국경적 환경오염원으로부터 해양환경 보호의무에 관한 국제법적 연구*

장혜원**

목 차

- I. 서론
- II. 2023년 후쿠시마 제1원전 오염수(처리수) 해양방출 책임분석
- III. 런던협약·의정서 당사국 회의에서 논의된 오염수 해양방출
- IV. 환경영향평가에 기한 런던협약·의정서 적용 가능성
- V. 결론

I. 서론

2011년 3월 11일 동일본 대지진에서는 도쿄전력 후쿠시마 제1원자력 발전소에서 발생한 '미증유의 대규모이고 장기간에 걸친 원자력사고'¹⁾가 국내외적으로 원자력발전소 안전성과 방사능 오염 등 심각한 사회 문제를 일으켰다. 그러나 한편으로는 오히려 원자력안전과 원자력재해방지와 관련된 국제법, 그리고 이에 근거한 기준과 가이드라인을 검토할 기회가 되었다.

당시 운전 중이었던 후쿠시마 제1원자력발전소(이하 “후쿠시마 제1원전”)는, 동일본 대지진의 영향으로 높이 약 13미터의 지진해일에 습격되어 건물 내 원자로를 운전·제어하기 위한 전원을 상실했다. 이 영향으로 후쿠시마 제1원전에서는 1~3호기 냉각 장치가 정지했다. 그 결과 원자로 내의 핵연료가 녹아 멜트다운이 발생했으며 이렇게 녹아 굳어진 핵연료 파편은 계속 냉각하지 않으면 고농도의 방사능이 대기 중에 확산되어 심각한 피해를 초래한다. 따라서 핵연료 파편을 계속 냉각하기 위해 대량의 물이 투입되어 왔다. 이 냉각수와 원자로 건물에 흘러든 빗물이나 지하수가 섞여 고농도의 방사성 물질을 포함한 물이 날마다 발생하고 있으며, 이 물은 고농도의 방사성 물질을 함유한 오염수가 되기 때문에 “다핵종 제거 설비(advanced liquid processing

* 이 발표문은 필자의 법학박사 학위논문 “초국경적 환경오염원으로부터 해양환경 보호의무에 관한 국제법적 연구”(이화여자대학교, 2022년 8월)의 일부를 발췌, 요약하였습니다.

** 이화여자대학교

1) 일본 정부가 IAEA(국제원자력기구) 보고서에서 사용한 표현이다.

system: ALPS)”라는 장치에 의해 정화 처리가 이루어지고 있다. 정화 처리한 물은 'ALPS 처리수'(이하 '처리수')로 불리며 후쿠시마 제1원전의 부지 내에 설치된 탱크에 보관되어 있다. ALPS는 대부분의 방사성 물질을 제거 할 수 있다고 설명하고 있으나 현재의 기술로는 제거할 수 없는 것이 트리튬이다. 트리튬은 삼중수소 라고도 불리는 물과 분리가 어려운 방사성 물질이다.

후쿠시마 제1원전 사고로 방출된 핵분열생성물질 유래의 방사성 핵종 총량은 다양한 예측 결과와는 크게 다르지만, 결국 일본에 의한 해양오염이다. 특히, 반감기가 긴 방사성핵종이 대규모로 동시에 단기간에 해양환경으로 방출되는 예는 인류의 역사상 전례가 없는 것이다.

그러나 현재의 국제법의 규범에서는 이 경우의 명확한 범규나 규제, 대책이 없고, 현시점에서 그 영향이 명확하지 않은 부분도 있기에, 사전에 논의할 필요가 있는 것은 분명하다.

이에 해양환경을 규제하고 있는 유엔해양법협약 등을 비롯한 제조약 가운데, 본 논문에서는 그 대상을 한정하여 1972 런던의정서 및 1996 런던의정서의 적용가능성에 대하여 살펴보기로 한다.

II. 2023년 후쿠시마 제1원전 오염수(처리수) 해양방출 책임분석

후쿠시마 제1원전 사고로부터 10년을 맞이한 2021년 4월 정부는 '처리수'²⁾의 해양방출을 결정했다. 처리수란, 핵연료를 냉각하기 위해 주입되어 오염된 물을 전용 장치로 정화한 것이다. 결정의 배경에는 처리를 보관하는 탱크가 원전 내 부지를 가득 채우고 폐로 작업 전반에 영향을 줄 수 있다는 사정이 있다. 처리수의 총량은 125만 톤에 이르고, 탱크의 수도 1,000기를 넘어, 2022년 중에 동원 전의 빈 땅이 탱크로 가득 찰 전망이다.³⁾

처리수에는 방사성 물질 중 하나인 트리튬이 포함되어 있지만 전용 장치에서도 제거할 수 없다. 이 트리튬은 섭취량에 따라서는 혈구 성분의 감소 등의 영향을 인체에 부여하는 것으로 알려져 있기 때문에⁴⁾ 세계 각국의 원자력 시설에서는 희석한 후 핵연료 냉각 후의 처리수를 해양 등 자연계에 방출하고 있다. 이번 일본 정부의 결정은 이 통례에 따른 것으로, 후쿠시마 제1원전의 처리수도 농도를 나라의 기준의 약 40분의 1(1,500벵크렐/리터⁵⁾) 까지 희석한 후, 2년 후를 목표로 해양방출을 시작해 수십 년에 걸쳐 처분한다고 한다.

이 일본정부의 방침에 대해 국제원자력기구(IAEA)는 “과학적 근거에 근거한다”고 평가 했다.⁶⁾

2) 일본에서는 ALPS 과정을 거친 물을 주로 '처리수(処理水)'라고 칭하고 있다. 공식적인 문서들에서도 대부분 '처리수'라고 말하고 있으며, 드물게 '처리오염수(処理汚染水)'라고도 부르고 있다. 한국에서는 '오염수(汚染水)'라고 부르는 것과는 매우 대조적이다. 본 논문에서는 편의에 의해 '오염수'라고 통칭하도록 하며 입장에 따라 '처리수'라는 용어도 함께 병용한다.

3) “후쿠시마 제1원전의 처리수를 해양 방출, 정부가 방침을 정식 결정 福島第一原発の処理水を海洋放出、政府が方針を正式決定”, 아사히 신문, 2021년 4월 13일.

<<https://www.asahi.com/articles/ASP4D7SV6P4CULFA003.html>> (최종 방문일: 2023년 3월 10일)

4) 一般社団法人 日本放射線影響学会放射線災害対応委員会編, 『トリチウムによる健康影響』, 2019, 10~11 頁

5) Bq는 벵크렐로, 방사성 물질이 방사선을 내는 능력을 나타내는 단위. 방사선을 받은 인체에의 영향을 나타내는 단위는 시버트라고 한다. 호쿠리쿠 전력(北陸電力) 홈페이지 참조.

<<https://www.rikyuden.co.jp/housyasennokoto/tani.html>> (최종 방문일: 2023년 3월 10일)

6) IAEA, 『IAEA Ready to Support Japan on Fukushima Water Disposal, Director General

그러나 풍평피해로 괴로워해 온 후쿠시마 지역의 어업자를 비롯해 중국이나 한국 등의 인접 국가·지역도 해양 환경에의 악영향을 이유로 반발하고 있다.

아래에서는 후쿠시마 제1원전사고 후 도쿄전력이나 정부가 처리수 문제에 어떻게 대처했는지를 개관하여 해양방출에 대한 문제점과 대응 방안을 검토한다.

1. 오염수 대책의 경위⁷⁾

(1) 사고직후의 오염수 대책

1) 오염수의 발생

2011년 3월 11일의 도호쿠지방 태평양 앞바다 지진으로 발생한 해일에 의해 후쿠시마 제1원전 1~4호기 건물에는 대량의 해수가 투입되었다. 그 후 1~3호기에는 전 전원상실에 의해 원자로의 냉각기능이 상실되어 노심용융이 발생했다. 원자로의 온도 상승을 억제하기 위해 도쿄전력은 3월 12일 이후 외부에서 담수나 해수의 주입을 행하였으나 이 물은 핵연료에 닿아 방사성물질에 오염됨과 함께 원자로압력용기 및 격납용기의 손상에 의해 건물에 흘러들어 체류하고 있던 해수와 혼합되는 것으로 대량의 고농도 오염수가 발생했다. 또한 2호기 3호기에서는 이 고농도 오염수가 터빈 건물지하에서 바다 측 지하의 터널(트렌치)에 흘러들었다.

도쿄전력은 4월 2일과 5월 11일 각각 2호기와 3호기의 취수구 부근이 피트에서 오염수가 바다에 유출되고 있는 것을 공표하고⁸⁾ 지수공장과 취수구 부근의 실트 펜스(오염수의 확산을 방지하는 수중 커튼)의 설치를 행했다. 또 고농도 오염수의 이송 스페이스를 확보하기 위해 집중 폐기물처리시설 등에 체류한 저농도 오염수를 4월 4~10일에 걸쳐 바다에 방출했다.⁹⁾

2) 순환주수냉각의 도입 및 ALPS의 설치

사고발생 이후 외부에서 원자로로의 주입을 계속했기 때문에 건물내의 체류수는 계속 증가했다. 도쿄전력은 5월 17일에 발생한 “후쿠시마 제1원자력 발전소 사고의 수속을 향한 길”의 진척 상황에 대하여¹⁰⁾에서 순환주수냉각을 도입하는 방침을 표하고 6월 27일 본격 가동을 개시했다.

Grossi Says, 2021년 4월 13일.

<<https://www.iaea.org/newscenter/pressreleases/iaea-ready-to-support-japan-on-fukushima-waster-disposal-director-general-grossi-says>> (최종 방문일: 2023년 3월 10일)

7) 오염수의 경위에 대하여서는 国立国会図書館 調査及び立法考査局 経済産業課(青山寿敏), “福島第一原発の汚染水問題-調査と情報 ISSUE BRIEF NUMBER 839, 2015.1.8. ; 国立国会図書館 調査及び立法考査局 経済産業課(山口聡), “福島第一原発の ALPS 処理水の海洋放出をめぐる問題”, レファレンス(The Reference) 850 号, 2021.10.20. 두 가지의 공식문서를 참조하여 서술한다.

8) 東京電力, “福島第一原子力発電所2号機取水口付近からの放射性物質を含む液体の海への流出について”, 2011.4.2. <<http://www.tepco.co.jp/cc/press/11040202-j.html>>; 東京電力, “福島第一原子力発電所3号機取水口付近からの放射性物質を含む水の外部への流出の可能性について”, 2011.5.11. <<http://www.tepco.co.jp/cc/press/11051107-j.html>>

(최종 방문일: 2023년 3월 10일)

9) 東京電力, “福島第一原子力発電所からの低レベルの滞留水などの海洋放出の結果について”, 2011.4.15. <<http://www.tepco.co.jp/cc/press/11041505-j.html>> (최종 방문일: 2023년 3월 10일)

10) 東京電力, “福島第一原子力発電所事故の収束に向けた道筋”の進捗状況について”. 2011.5.17. <<http://www.tepco.co.jp/cc/press/11051703-j.html>> (최종 방문일: 2023년 3월 10일) 또한, 4월 17일에 발표한 “당면의 대처의 로드맵”에서는, 연료성 상부까지 격납 용기를 물로 채우는 관수에 의해 냉각할 예정이었지

순환주수냉각은 건물의 지하에 체류한 오염수에서 세슘·염분 등을 제거, 냉각수로서 재이용하는 시스템이다. 이것에 의해 외부에서의 주수는 불필요하게 되며 오염수의 증가에는 제동이 걸린 것처럼 보였다.

그러나 순환주수냉각 가동 후, 체류수는 예상한 만큼 감소하지 않았다. 도쿄전력은 9월 20일에 건물의 균열 등을 통해 1일 200~500톤의 지하수가 건물로 유입되고 있다고 추산을 발표했다(후에 1일 400톤으로 수정).¹¹⁾ 도쿄전력은 오염수의 방사성물질 농도를 한층 저감시키기 위해 2013년 3월부터 농축염수에 포함된 방사성물질을 제거할 수 있는 다핵종 제거설비(Advanced Liquid Preprocessing System; ALPS)¹²⁾ 3계열(1계열당 처리 능력은 250m³/일)을 순차적으로 가동시켰다. (ALPS로 처리된 ALPS 처리수 등은 탱크에 보관되었다.)

3) 다핵종 제거설비(ALPS)에 의한 오염수 정화

건물의 지하에 체류된 오염수는 세슘 흡착장치에 의해 주요한 방사선량인 세슘을 제거한 후 담수화 장치에 의해 처리된다. 처리된 오염수의 약 절반은 담수가 되어 냉각수에 재이용되고 남은 것은 세슘 이외의 방사성 물질이 농축된 물(처리수)로서 탱크에 보관된다. 그 처리수에서 방사성 물질을 제거하기 위한 설비가 다핵종 제거설비(ALPS)이다.

2011년 12월 책정의 중장기 로드맵에서 ALPS는 2012년내에 도입되는 것이 결정되어 2014년 10월 이후 3계통이 순차가동을 시작했다. 그러나 필터의 부진 등의 문제가 잇따른 것으로 운전이 안정되지 못해 오염수의 증가에 처리가 따르지 못하는 상황이 계속되었다. 2013년 9월 책정된 '오염수 문제에 관한 기본방침'에서는 보다 고성능인 ALPS를 국가의 부담하에 도입하는 것이 결정되고¹³⁾ 여기에 더해 도쿄전력도 3계통의 ALPS 증설계획을 원자력규제위원회에 신청했다.¹⁴⁾ 도쿄전력에 의한 추가의 3계통은 2014년 9~10월에 운전을 개시하며 국가부담의 고성능 ALPS도 동년 10월에 운전을 개시했다. 이것에 의해 오염수의 처리능력은 종래의 750m³/일에서 2,000m³/일까지 증강되었다. 도쿄전력은 2014년도 중에 오염수를 전량 처리하는 것을 목표로 하고 있었다.

그러나 ALPS는 오염수 중의 62종류의 방사성 물질을 제거 가능하다고 주장하지만 트리튬만은 기술적으로 제거할 수 없다. 현재는 ALPS에 의해 처리된 트리튬을 포함한 물(트리튬수)을 탱크에 보관하고 있으나 최종적으로는 이 트리튬수를 처분할 필요가 있다. 구체적인 처분방법에 대해서는 일본 정부의 태스크포스가 검토를 실시하였으며 지난 2020년 결국 오염수의 해양방출로 최종 결정을 확인하였다.

만, 격납 용기의 손상에 의해 냉각수가 새는 것을 확인한 때부터 도쿄전력은 이를 포기하고 5월 17일 로드맵 개정시 순환 주수 냉각으로 전환했다.

11) "福島第一原発 汚染水処理 地下水が阻む日量200~500トン流入" 『読売新聞』 2011.9.21.

12) 담수, 농축염수 외 흡착탑이나 슬러지 등의 폐기물도 발생한다.(東京電力, "放射性留水処理システムの概要について" 2011.6.9., 1 頁.

〈<https://www.tepco.co.jp/cc/press/bell/images/110609> 참조〉 (최종 방문일: 2023년 3월 10일)

13) 후쿠시마 원전사고에 대해 원자력긴급사태와 관련된 긴급사태 응급대처 및 재해사후대책을 추진하기 위해, 원자력재해대책본부가 헤이세이 23(2011)년 3월 12일에 내각부에 설치되었다.

14) 東京電力, "福島第一原子力発電所特定原子力施設に係る実施計画"の変更認可申請について" 2014.2.13.

〈http://www.tepco.co.jp/co/press/2014/1234221_5851.html〉 (최종 방문일: 2023년 3월 10일)

2. 오염수 대책의 향후 과제

(1) '트리튬수'의 처분

건물에서 회수된 체류수는 세슘 제거설비와 ALPS에 의한 62종류의 방사성 물질이 제거되지만 트리튬만은 기술상 제거되지 못하고 '트리튬수'로서 탱크에 보관되어 있다. 오염수 문제 해결을 위해서는 이 트리튬수를 어떻게 처분하는가 결정하는 것이 필요하였으며 현시점에서 방침은 해양 방출의 방법으로 결정되었다.

정부는 오염수 처리 대책위원회 하에서 '트리튬수 태스크포스'를 설치하고 트리튬수의 처리방법에 대해 검토를 행하고 있다. 2014년 7월 9일의 회합에서는 처분방법으로서 8가지의 선택지를 보여주었다(표 1). 2021년 4월 1일 기준으로 원자로 건물 및 집중폐기물 처리건물에는 합계 약 1.6만 m^3 의 체류수가 있다.¹⁵⁾ 이들에 대해서는 세슘 흡착장치로 방사선의 대부분을 차지하는 세슘과 스트론튬의 농도를 낮춘 다음 담수화 장치로 담수와 염분을 포함한 스트론튬 처리수로 분리한 뒤, 담수는 핵연료의 냉각에 다시 사용하고 스트론튬 처리수는 ALPS에 의해 트리튬 이외의 핵종을 제거하고 탱크에 보관하는 작업이 이루어지고 있다. 또 부지 내의 1,047기의 탱크에 합계 125만 m^3 의 체류수가 있어 처리수에 포함되는 트리튬의 총량은 약 780조 Bq(벵크렐), 평균농도는 약 62만Bq/L이다. 도쿄전력은 2020년 12월까지 약 137만 m^3 (1,061기)의 탱크용량을 확보하고 있으며¹⁶⁾ 이는 ALPS처리수의 방출이 개시되는 2023년 봄까지는 보관을 계속할 수 있다고 한다.¹⁷⁾

또한 일본정부는 트리튬의 인체 영향이 다른 핵종에 비해 낮다고 주장하고 있으며 일본 원자력 학회나 원자력 규제 위원회는 해양방출이 현실적이라는 견해를 보여주고 있다.¹⁸⁾

한편 트리튬의 인체의 영향이 한정적이라고 하더라도 현지 주민 등이 그것을 납득할 것인가는 별개의 문제이며, 정보제공의 형태나 풍평피해의 영향도 향후 검토과제가 되어 있다. 1979년 미국 스리마일섬(TMI) 원자력발전소 사고로 발생한 트리튬수의 경우, 당초에는 하천방류가 검토되었으나 하류지역에서 식료수를 취수하는 지자체 등이 반대했기 때문에 최종적으로 대기방출이 선택되었던 바 있다.¹⁹⁾ 중장기로드맵의 진척상황에 대해서 리뷰를 행한 국제원자력기구(IAEA) 조사단은 도쿄전력에 대해 "의사결정에서 필요로 하는 과학적 근거를 얻기 위해 트리튬 및 다른 잔존 핵종을 포함한 물을 해양으로 방출하는 것에 의해 발생하는 주민 및 환경에 대한 잠재적인 피폭

15) 東京電力, "福島第一原子力発電所における高濃度の放射性物質を含むたまり水の貯蔵及び処理の状況について" 第496報 2021.4.5.

16) 1,061기 중 ALPS 처리수 등의 저장탱크는 1,020기에 해당한다. 이 밖에 스트론튬 처리수 27기, 담수화 장치 처리수 12기, 농축염수 2기의 저장탱크가 있다.('처리수 포털 사이트' 도쿄전력 웹사이트 <<https://www.tepco.co.jp/decommission/progress/watertreatment/>> (최종 방문일: 2023년 3월 10일)

17) 또한 ALPS 근방의 3만 m^3 의 기설탱크군은 ALPS 처리수의 방출 준비용 탱크로 전용되지만, 그 대체가 되는 새로운 탱크군 약 3만 m^3 가 2022년 11월경에 공용 개시된다.

18) 日本原子力学会 福島第一原子力発電所事故に関する調査委員会, "福島第一原子力発電所の汚染水の処理について", 2013.8.21. ; "原子力規制委員会記者会見録" 2013.12.11.

19) "TMI Operator Wants to Boil off Contaminated Water" *AP News Archive*, July 31, 1986. <<http://www.apnewsarchive.com/1986/TMI-Operator-Wants-to-Boil-Off-Contaminated-Water//id-5be06a66f7c28eb776c74c381fd3065f>> (최종 방문일: 2023년 3월 10일) 그러나 TMI 원전 사고에서 발생한 트리튬수의 양은 약 9,000톤이며 후쿠시마 제1원전사고 후 발생하는 양보다 훨씬 적은 것을 유의할 필요가 있다.

영향을 평가할 것”을 조언하고 있다.²⁰⁾

〈표 1〉 태스크포스에서 나타난 트리튬수 처분방법의 선택지

| 처분방법 | 처분처 |
|----------------------|-----|
| 지층 중에 주입폐기 | 지하 |
| 고화 및 겔화하여 지하에 매설 폐기 | |
| 고농도·소량의 트리튬수를 폐기 | |
| 해양방출 | 해양 |
| 수증기로서 대기방출 | 대기 |
| 수소로 환원하여 수소가스로서 대기방출 | |
| 트리튬수를 저장 | 설비 |
| 고농도·소량의 트리튬수를 저장 | |

(출처) 트리튬수 태스크포스 사무국 "향후 태스크포스의 검토의 진행방식(안)" 2014.7.9.

〈http://www.meti.go.jp/earthquake/nuclear/pdf/140725/140725_01i.pdf〉

(2) 책임의 주체

일본 정부는 후쿠시마 제1원전의 폐로·오염수 문제에 대하여 일의적으로는 도쿄전력이 책임을 진다는 견해를 밝히고 있다.²¹⁾ 그러나 문제의 규모나 기술적 난이도를 생각하면 도쿄전력에게만 책임을 지우는 것은 곤란하며 또 후쿠시마 제1원전사고의 수습에 대해서는 국가에게도 지금까지 원자력정책을 추진해 온 책임이 추궁되고 있다. 이러한 관점에서 일본 국가가 폐로·오염수 대책에 대한 깊게 관여하는 것에는 긍정적인 견해가 많으나 그 비용이 국민의 부담으로 전가되고 있는 것에는 유의해야한다는 목소리가 있다.²²⁾

(3) 소결

후쿠시마 제1원전의 오염수 처리는 향후 폐로를 향한 사용 후 연료나 연료파편의 취출을 실시함의 전제가 되는 문제이다. 오염수 문제의 발생부터 10여년 이상이 경과한 현재도 해일·지진 등의 자연재해나 인간 요인 오류 등에 의해 오염수가 환경 중에 유출되는 위험은 전과 다름이 없이 남아있으며 위험 저감을 향해 진중하면서도 신속한 대응이 요구된다.

한편 오염수 문제를 최종적으로 해결하기 위해서는 초장기적 대응이 필요하며 오염수 대책을 계속적으로 실시하기 위한 체제 구축과 인재의 확보 등 역시 장기적인 과제이다. 또 향후 기술적으로 어려운 공정으로 진행되면서 기술의 실용성·타당성의 평가방식이나 연구개발비용의 분담의 형태 등도 중요한 논점이 될 것이다.

20) IAEA "東京電力(株) 福島第一原子力発電所 1~4号機の廃止措置等に向けた中長期ロードマップに関する IAEA 国際ピアレビューミッション ミッションレポート(要旨部分のみ)" 2013.11.25-12.4. 〈<http://www.meti.go.jp/press/2013/02/20140213003/20140213003-3.pdt>〉 (최종 방문일: 2023년 3월 10일)

21) "제184회 국회 중의원경제산업위원회회의록", 제3호 헤이세이 25년 9월 30일 13頁, 16頁 등

22) 橋川武郎, "東電、発電設備の売却を、国庫負担増の前提に" 『日本経済新聞』 2014.1.29. ; "検証、3つの経営形態 社内分社は甘すぎる", 『日経コンストラクション』1718号, Nikkei Business Publications, 2013.12.2., 40~45頁.

III. 런던협약·의정서 당사국 회의에서 논의된 오염수 해양방출

1. 2019년 제41차/제14차 런던협약/의정서 당사국 회의

(1) 당사국 회의 의제(Agenda item 11)

지난 2019년 8월 2일에 개최된 제41차 런던협약 당사국 자문회의·제14차 런던협약 당사국 회의에서 방사능 폐기물 관리와 관련된 의제(Agenda item 11)²³⁾에서, 후쿠시마 제1원전사고의 방사능 오염수(처리수) 축적의 관리와 앞으로의 처리계획에 대하여 논의를 진행하였다.

1993년 런던협약, 2009년 런던의정서에 각각 가입하여 회원국으로 활동하고 있는 우리나라는 후쿠시마 원자력발전소 사고(2011. 3.) 이후 열린 2011년 런던협약·의정서 당사국총회에서 후쿠시마 원전 오염수 배출에 관한 논의를 제안한 바 있으며, 2018년 당사국총회에서도 일본측에 원전 오염수 해양 배출에 대한 우려를 표명하고 관련 정보를 공유할 것을 요청하였다.²⁴⁾

총회의 의제에는 ‘방사능 폐기물 관리’가 있으며, 그린피스가 후쿠시마 원전 오염수의 해양 배출계획과 관련된 우려를 표명하고 일본 정부에 질의하는 내용의 문서를 제출함에 따라 관련 논의가 진행되었다. 우리나라 대표단은 2019년 총회에서도 그린피스와의 공조를 통해 후쿠시마 원전 오염수의 처리 문제를 회원국들에게 알리고 국제적으로 공론화하였다. (아래 ‘요약’ 참고)

요약²⁵⁾

개요: 일본 후쿠시마 제 1원자력 발전소의 방사능 오염수 축적과 관련하여 2018년 11월 제 40차 회의의 회의에서 제기된 우려에 부응하여 개발 및 진행상황에 대해 국제 사회에 지속적으로 알리기 시작했다. 해양환경에 대한 그린피스의 우려, 특히 그러한 폐기물의 해상에서의 잠재적 처분에 대해 공개적으로 이용 가능한 출처에서 얻을 수 있는 증거를 요약한다. 또한 폐기물의 현재 상태, 지금까지 취한 조치의 이론적 근거 및 효과, 해양환경을 보호하고 이러한 폐기물로 인한 오염을 방지하기 위해 취할 수 있는 조치 및 향후 조치에 관한 여러 가지 질문을 제기한다.

본 회의에서는 런던의정서 위반 여부 이외에 유엔해양법협약 등에 규정된 초국경 환경오염 금지의 원칙을 다시 한 번 확인하였으며, 모든 방사능 폐기물과 그 밖의 방사능 물질의 투기에 대한 기본사항을 점검하였다.(아래 ‘국제법의 관련 의무’ 참조)

국제법의 관련 의무(Relevant obligations under international law)²⁶⁾

10. 국제법은 다른 국가의 영토 및 국가관할권을 벗어난 지역에 모두에 대해 상당한 초국

23) IMO LC 41/11 (2 August 2019), Agenda item 11.

24) 해양수산부 홈페이지 참고 <<https://coast.mof.go.kr/coastNews/board/noticeBoardView.do?seq=6783>>(최종 방문일: 2023년 03월 10일)

25) IMO LC 41/11 (2 August 2019), Agenda item 11. p.1.

26) IMO, Ibid., pp.4~5.

경 환경오염을 금지하고 있다. 상당한 초국경 환경오염이 발생하지 않도록 예방조치로서 환경영향평가가 요구된다. 유엔해양법협약(UNCLOS) 제 194조 2항에 따르면 “각국은 자국의 관할권이나 통제 하의 활동이 다른 국가와 자국의 환경에 대하여 오염으로 인한 손해를 주지 않게 수행되도록 보장하고, 또한 자국의 관할권이나 통제 하의 사고나 활동으로부터 발생하는 오염이 이 협약에 따라 자국이 주권적 권리를 행사하는 지역 밖으로 확산되지 아니하도록 보장하는 데 필요한 모든 조치를 취한다.”

11. 또 다른 관련 의무는 195조에 있다. “각국은 해양환경 오염을 방지, 경감 및 통제하기 위한 조치를 취함에 있어서 직접·간접적으로 피해나 위험을 어느 한 지역에서 다른 지역에 전가시키거나 어떤 형태의 오염을 다른 형태의 오염으로 변형시키지 아니하도록 행동한다.” 제 206조는 “각국은 자국의 관할권이나 통제하에 계획된 활동이 해양환경에 실질적인 오염이나 중대하고 해로운 변화를 가져올 것이라고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우, 해양환경에 대한 이러한 활동의 잠재적 영향을 실행가능한 한 평가하고 제205조가 규정한 방식에 따라 이러한 평가의 결과에 관한 보고서를 송부한다.”

우리 대표단은 또한 일본의 방사능 오염수 해양 배출에 대한 우려를 표명하고, 관련 정보를 인접국가와 공유할 것을 일본 측에 요청하였다. 이에 대해 일본은 오염수를 어떻게 처리할 것인지는 최종적으로 결정된 바가 없으며 후쿠시마 원전 사고에 대한 일본의 대응과 조치 현황을 국제사회에 계속해서 알리겠다는 입장을 발표했다. (아래 ‘런던 협약/ 의정서와 후쿠시마 원전의 오염된 물’ 항목 및 ‘결론’ 참조)

런던 협약/ 의정서와 후쿠시마 원전의 오염된 물²⁷⁾

12. 2011년 후쿠시마 제1원전 사고 피해 직후, 일본은 “지속적인 해양 모니터링을 유지 및 강화하고 방사성 물질의 분산 영향을 조사 및 결정하며, 결과를 공개하기 위해 모든 노력을 기울이고 해양으로의 배출을 최소화 하는 방법을 연구”하기로 약속했다.(LC/SG 34/15의 annex 8) 그 이후의 후쿠시마 제1원전 부지의 개발 현실과 해양 처리가 여전히 고려 중인 것으로 보인다는 사실은 낙관적이지 못한 그림을 보여주고 있다.
13. 일본은 또한 도쿄전력이 2차 처치를 수행할 것이라고 보고했다. 물의 방사능 수준이 폐기 기준 미만이 되도록 물을 폐기하기 전에 안전과 보안을 위한 처리를 하고 이러한 폐기물을 관리하기 위해 무엇을 할 것인지 투명한 방식으로 국제 사회에 계속 설명할 것을 약속했다. (후략)

결론²⁸⁾

27) IMO, Ibid., p.5.

28) IMO, Ibid., pp.5~6.

14. 2011년 4월 일본 정부는 2011년 3월 후쿠시마 제1원전 현장에서 고도로 오염된 물을 방출하기로 한 결정이 “비상 상황에서 우리 국내법에 근거한 것”이라고 과학그룹에 알렸으며, “우리에게 선택지가 없었고 물의 방사능 수준이 상대적으로 낮았다고 하여도 이 조치를 취해야만 했던 것은 유감이다”(LC/SG 34/15의 annex 8)라고 주지한 바 있다. 같은 성명에서 일본은 “조사결과를 대중에게 공개하기 위해 모든 노력을 기울이고 해양으로의 배출을 최소화하는 방법을 연구한다”고 약속했다. 8년 이상이 지난 지금까지 사용된 노력에도 불구하고 지금까지 문제를 해결하기 위해 적용된 조치의 제한적인 성공을 감안할 때 1백만 m^3 이상의 오염된 물을 태평양으로 의도적으로 배출하는 것을 여전히 고려중이다. 후쿠시마 제1원전 현장과 더 넓은 지역의 상황은 계속 악화되어 2030년까지 2백만 m^3 의 방사능 오염수가 생성될 것으로 예상된다. 원자로 1-3호기에서 현재 진행 중인 물의 오염원인 880톤의 고 방사성 용융 코륨 연료를 제거할지 여부는 아직 명확하지 않은채 남아 있으며 심지어 아직도 오염되고 있다.
15. 태평양에 대한 오염의 위협은 여전히 남아있으며 장기적으로 그럴 것이다. 일본 정부가 고의적으로 오염된 방사성 물을 태평양으로 방출하기로 결정하면 이미 많은 피해를 입은 지역 사회에 심각한 영향을 미치게 될 것이다. 이것이 후쿠시마에서 해양 방출 계획을 반대하는 인구가 많은 이유 중 하나이다.

(2) 일본 원전 방사능 오염수 관련 국제그린피스 발언

2019년 1월, 그린피스는 “후쿠시마 오염수 위기” 보고서를 발표해 전 세계에 일본 정부의 방류 계획을 알렸다.

아래는 그린피스가 런던협약 당사국 회의에서 발언한 발언문의 내용이다.

국제그린피스가 ‘방사능 폐기물의 관리에 관한 것’(의제 10의 LC-CP 40)에 개입했다.

(중략)

그린피스 등이 수년 동안 후쿠시마 현장에 저장되고 있는 오염수 축적과 관련하여 반복적인 우려를 표명하고 있으나, 올해 11월 1일 현재 115만톤에 달할 것으로 추정되며 매주 2~4000톤의 오염수가 늘어날 것이라고 예상된다.

우리는 또한 방전 한도를 만족 시킬 수 있는 수준으로 방사성핵종을 제거할 수 있는 능력에 대해 첨단 액체 처리 시스템의 유효성에 대한 의구심을 표명했다.

최근까지 이 TEPCO에 의해 운용되는 처리 시스템 효과에 관한 보증은 일본 당국과 IAEA에 의해 반복적으로 제공되었다.

그러나 9월 28일, TEPCO는 마침내 처리에도 불구하고 누적된 볼륨의 80%에 있는 방사성핵종 농도가 여전히 한계값을 초과하고 저장 탱크의 일부 액체가 수천 배를 초과한다고 밝혔다.

현재까지 처리시스템의 실패에도 불구하고, 일본의 최근 보고서에 따르면 이러한 폐수를 바다에 버리도록 할 수 있는 허가를 현재 진지하게 고려 중일 수 있다고 한다.

이러한 보고서는 지역 및 국제 규모의 해양환경보호에 대한 심각한 우려를 제기한다.

국제그린피스는 일본에 후쿠시마 제1 원전 부지에 축적되는 치명적인 액체 방사성 폐기물의 저장, 처리와 관련하여 현재 상황에 대한 최신 정보를 제공할 수 있는지, 그리고 그러한 폐기물 바다에 배출되지 않을 것이라는 확신을 줄 수 있는지 여부를 일본에 문의하고자 한다.

우리는 또한 이러한 폐기물에 대한 어떠한 다른 옵션이 연구되고 있는지 질문하고 싶다. 우리는 오염된 물을 처리할 수 있는 방법과 관련하여 운영자 또는 일본 당국에 제공한 조언에 대해 IAEA의 설명을 구한다.

마지막으로, 1990년대 소련의 일본의 지원을 포함하여 액체 방사성 폐기물의 해양 방출을 막을 수 있었던 것은 국제적 협력을 통해서였다는 것을 인식하고 우리는 후쿠시마 재난으로 발생하는 액체 방사성 폐기물 문제를 해결하기 위해 유사한 국제적 지원을 구하거나 제공하기 위해 어떠한 조치를 취했는지 또는 어떤 조치를 취할 것인지를 묻고자 한다.

그린피스는 2019년 하반기 개최된 유엔인권회의, 국제해사기구(IMO)에 참석해 오염수 문제의 시급성을 알렸으며, 그린피스와 공조하는 전문가 그룹과 꾸준히 오염수 처리에 대한 국제사회 협조 요청을 해왔다. 그린피스 해양과학자 데이비드 산틸로는 지난 10월 런던에서 개최된 유엔 국제해사기구의 회의에 참석해 한국과 일본의 대표단을 만나 양국 8만 시민들의 서명을 전달했다. 그린피스는 지난 9년 동안 후쿠시마 현장에서 방사능 조사를 실시했다.

당시 일본 정부가 올림픽을 앞두고 계속해서 오염지역으로 주민들의 귀환을 강요하는 상황이기 때문에 “후쿠시마 방사능 오염 위협과 재오염의 근거들을 알리는 작업은 매우 중요하다.”고 강조했다.²⁹⁾

2. 2021년 제43차/제16차 런던협약/의정서 당사국 회의

지난 2021년 10월 25일부터 29일까지 개최된 제41차 런던협약 당사국 자문회의·제14차 런던협약 당사국 회의에서 방사능 폐기물 관리와 관련된 의제(Agenda item 11)³⁰⁾에서, 후쿠시마 제1원전사고의 방사능 오염수(처리수) 축적의 관리와 앞으로의 처리계획에 대하여 논의를 진행하였다.

(1) 당사국 회의 의제(Agenda item 11)

지난 2018, 2019년 회의 당시와는 달리, 일본 정부가 후쿠시마 제1원자력발전소 오염수에 대

29) 그린피스Greenpeace Korea “2019년 연차보고서” 참고, 15면 (최종 방문일: 2023년 3월 10일)
<<https://www.greenpeace.org/static/planet4-korea-stateless/2020/07/eaaf2795-2019-%EA%B7%B8%EB%A6%B0%ED%94%BC%EC%8A%A4-%EC%97%B0%EC%B0%A8%EB%B3%B4%EA%B3%A0%EC%84%9C.pdf>>

30) IMO LC 43/17 (11 November 2021) Agenda item 11, p.31~32

한 해양방출을 정식으로 결정한 후에 열리게 된 회의로서 우리측 대표단은 오염수 해양방출에 대하여 강한 우려를 표명하였다. 또한 일본 측에 오염수의 해양방출이 아닌 안전하고 합리적인 해결방안을 마련할 것을 요청하였다.

11.2 회의는 일본 후쿠시마 제1원자력 발전소와 관련하여 3건의 제출을 검토했다.

(중략)

2. 문서 LC 43/11/1 (대한민국), 후쿠시마 제1원자력발전소의 폐수를 바다로 방류하는 결정에 대해 우려를 표명하고, 이 문제가 LC/LP 이사회에서 논의되어야 한다고 주장했으며 이 문제에 대한 작업반 구성을 제안했다. 한국은 또한 이 주제에 대해 더 많은 논의가 필요하다고 밝혔으며 일본이 관련 정보를 투명하게 제공하고 주변 및 국제사회와의 충분한 소통을 통해 바다로 폐수를 방류하는 것보다 안전하고 합리적인 해결방안을 마련할 것을 촉구했다.
3. 문서 LC 43/11/2 (일본), (중략) 일본은 LC/LP가 선박, 항공기, 플랫폼 또는 기타 인공 구조물에서 육지에서 발생하는 폐기물 및 기타 물질을 해상에 투기하는 것과 폐기물 및 기타 물질을 육상 시설에서 배출하는 것을 원칙적으로 금지한다고 밝혔다. 바다에 대한 것은 LC/LP의 규제 대상이 아니며 ALPS 처리수의 배출은 LC/LP의 범위를 벗어났으므로 당사국 협의체 회의/회의 및 기타 LC/LP 기구가 이 문제를 논의하는 것은 적절하지 않고 (중략) 일본은 또한 방류 대상 물이 ALPS 처리된 물이고 오염된 물이나 방사성 폐수가 아니며 환경과 사람들의 건강 및 안전에 대한 잠재적 영향을 고려하여 일본 정부는 절대 국제 표준에 기반한 규제 표준을 충족하지 않는 한 모든 배출을 승인한다. 일본은 또한 이웃 국가들이 표명하는 우려를 인식하고 있으며 IAEA를 통하거나 공공 웹사이트에 정보를 제공하는 등 투명한 방식으로 빈번한 다자간 및 양자간 커뮤니케이션을 계속할 것임을 강조했다. 마지막으로 대표단은 바다로의 방류를 포함하여 전문가들이 다양한 방법을 평가하는 6년의 긴 과정을 강조하면서, 바다로의 통제된 방류는 일본의 주변 국가를 포함한 많은 국가에서 원자력 발전소를 운영함으로써 일상적으로 사용되었음을 지적하고, IAEA는 일본이 선택한 방법이 기술적으로 실현 가능하고 국제 관행에 부합한다는 점을 주장했다.³¹⁾

이에 대해 일본측의 입장은, 애초에 방사능 오염수는 육상기인 오염원에 해당하여 런던협약 및 의정서의 규율범위에 해당하는 것이 아니며, 바다로의 방류는 긴 기간에 걸쳐 전문가들이 검증을 마친 합리적인 해결방안이라는 것을 강조하며 이 방법이 기술적으로 실현가능하고 국제관행에 부합하는 최선의 방안이라는 기존의 입장을 유지했다.

(2) 의제에 대한 각 당사국의 의견

우리 측이 제기한 후쿠시마 제1원전 오염수 문제로 인하여 우리 측과 관심 당사국들이 원전

31) IMO, Ibid., pp.31~32.

오염수에 대한 코멘트를 할 수 있는 토론의 기반이 마련되었다. 중국을 비롯한 근린국가 및 환태평양 영향권 내의 국가들은 각국의 입장에 따라 다양한 해결방식을 제시하였다.

11.3 이어진 토론에서는 다음과 같은 의견이 나왔다.³²⁾

1. **중국 대표단**은 그린피스 인터내셔널, 대한민국 및 일본이 각각 제출한 것에 대해 감사를 표하고, 오염된 물의 배출이 환태평양 국가들의 공중 보건과 지구해양생태환경에 대한 우려 사항을 밝혔으며, 그들은 일본 정부가 과학적 접근방식을 채택하고 국제적 의무를 이행하고 폐기를 재검토하고 모든 이해 관계자 및 관련 국제기구와 협의하고 합의에 도달하기 위해 노력하기를 희망했다. 중국은 또한 계약당사자 간의 철저한 협의를 위해 서신 또는 작업반의 설립에 대한 지지를 표명했다. 마지막으로, 중국은 배출이 일반 목적과 범위, 그리고 LC/LP 규정에 속하는지 여부를 더 논의하기 위해 사무국에 지지를 표명했다.
2. **Greenpeace International**의 참관인은 제안된 기술 워크숍이 바다로의 배출에 대한 모든 가능한 대안을 탐색하고 LC/LP의 범위 또는 권한에 대한 논의와 무관하지만 기술적 문제에 중점을 둘 것이라고 강조했다. 그들은 이러한 문제에 대한 추가 협의가 유용할 것이라는 해당 분야의 전문가로부터 조언을 받았다.
3. **바누아투 대표단**은 일본 정부가 후쿠시마 제1원자력 발전소의 ALPS 처리수를 태평양으로 방출하기로 한 결정에 깊은 우려를 표명하고, 이 문제에 대한 입장을 재확인하면서 대한민국과 그린피스 인터내셔널의 제안을 환영했다. 따라서 바누아투는 일본 정부가 LC/LP 계약당사자와 추가 협의가 이루어질 때까지 ALPS 처리수의 방류를 중단할 것을 긴급히 요청했다. LP의 2와 사전 예방적 접근 방식에 따라 해당 문제에 대한 작업 그룹의 설립을 포함하여 LC/LP 회의에서 논의가 이루어져야 한다는 것이다. 성명서의 전문은 부록 4에 나와 있다. 팔라우의 옵서버 대표단은 바누아투의 성명서를 지지한다고 밝혔다.
4. **대한민국 대표단**은 계약당사국이 해양환경을 보호하기 위해 다양한 노력을 기울였으며, 이 LP의 목표에 따라 광미(광산 찌꺼기) 및 해양 지구공학과 같이 과거에 독립적으로 논의되었던 항목이 있었다고 주장했다. 또한 LP Compliance Group은 이 문제를 관리 기관에서 고려하도록 요청했다. 따라서 대표단은 이 문제가 LC/LP 회의에서 계속 논의되어야 한다고 강조했다.

(중략)

7. **미국 대표단**은 일본이 정보를 공개하고 투명하게 공유한 것에 대해 감사를 표명했으며 일본 정부가 이 문제에 대해 적용한 접근 방식에 대해 지지를 표명했다. 미국은 LC/LP 내에서 작업반이나 통신반의 설립을 지지하지 않았다.

(중략)

32) IMO, Ibid., pp.32~33.

9. IAEA 대표는 추가 정보를 제공하고 ALPS 처리된 물의 해양 방류 고려에 관해 일본과 빈번한 통신을 포함하여 사건 직후부터 일본과 관련되어 왔다고 설명했다. IAEA는 그러한 배출이 환경과 인간의 건강에 안전하다는 것을 보장하기 위한 국제 안전 표준이 있으며 연구 결과 영향이 미미할 것이라고 설명했다. 일본과 IAEA는 IAEA가 이러한 배출을 승인하는 절차를 검토하는 데 동의했으며 국제 안전 표준에 따라 IAEA를 지원하기 위해 국제 전문가로 구성된 태스크 그룹을 설립했다고 설명했다. IAEA는 또한 일본이 IAEA와 IAEA를 통해 160개 회원국, 그리고 양자간 통신 및 정보 공유를 통해 정보를 전파하는 데 매우 개방적이었다고 강조했다. IAEA 대표단은 필요에 따라 향후 LC/LP 회의에 기존 안전 표준에 대한 정보와 일본이 IAEA와 공유한 정보를 제공할 것이라고 제안했다.

(중략)

14. 일본 대표단은 법률 자문을 구하는 이 제안에 반대를 표명했다.

중국과 그린피스 인터내셔널 측은 우리의 의견에 공감하였으며, 특히 바투아누 대표단은 우리 측의 주장에 강력한 지지의사를 표명하였다. 이에 대해 일본 대표단은 이 논의에 대하여 강력하게 항의하였다.

15. 회의 조치(Action by the governing bodies)³³⁾

5. LC/LP의 범위 문제, 특히 육상 기반 시설에서의 배출과 관련하여 2022년 차기 당사국 회의에 법률 자문을 제공할 것을 사무국에 요청함
6. 런던 협약/의정서의 범위 문제에 대한 법률 자문을 구하자는 제안에 대한 일본의 반대
에 주목함;
7. 법률 자문은 특히 후쿠시마 제1 원자력 발전소에 초점을 맞춰야 한다고 언급한 대한민국의 반대에 주목함.

이러한 논의에 따른 회의의 조치로서 육상기인 오염원에서의 배출에 따른 법률자문을 사무국에 요청하였으며 후쿠시마 제1원자력 발전소에 초점을 맞추어서 연구할 필요가 있다는 우리 측의 주장이 주목을 받았다. 이는 지난 2018년부터 꾸준히 이어져 온 우리 대표단의 후쿠시마 원전 오염수 주제 관련 관심 환기에 따른 성과라 할 수 있을 것이다.

IV. 환경영향평가에 기한 런던협약·의정서 적용 가능성

환경영향평가제도(Environmental Impact Assessment; EIA)는 예방원칙을 구현하는 대표적 제도로서 계획이나 사업 등의 승인 전 해당 사업이 야기하는 환경 영향을 미리 조사·예측·평가하여 해로운 영향을 제거 또는 감소시킬 수 있는 방안을 마련하는 것을 말한다.³⁴⁾ 국제환경 손해

33) IMO, Ibid., p.35.

와의 관계에서 환경영향평가는 계획된 활동이 국경을 넘어 심각한 환경 손해의 우려를 수반하는지 여부, 즉 활동이 잠재적 영향 국가에 사전 통보되어야 하는가에 대해 활동 계획국이 판단할 때 객관적인 근거를 제공한다. 또한 계획된 활동에 대한 환경 영향 평가 과정에서 얻은 정보와 결과는 신고 및 협의의 중요한 내용을 구성한다.

환경영향평가는 활동 계획 국가가 자국 내의 계획에 따라 국제환경 손해 예방과 관련된 실제 의무를 위반할 수 있는지 여부를 확인하는데 도움이 될 수 있다.

1. 후쿠시마 원전 오염수의 환경영향평가 수행

(1) 환경영향평가의 구성

도쿄전력 홀딩스 주식회사(이하, 도쿄전력)은 2022년 4월, 국제원자력기구(International Atomic Energy Agency, 이하 'IAEA')와 국제방사선보호위원회(International Commission of Radiological Protection, 이하, 'ICRP') 등 국제적으로 인지된 기관이 정한 기준이나 가이드라인에 따라 다핵종 제거 설비(Advanced Liquid Processing System, 이하 'ALPS') 처리수의 해양 방출에 관한 사람 및 환경에 대한 방사선의 영향 평가를 실시해, 평가 결과를 정리한 보고서³⁵⁾를 발간했다. 모두 432 페이지에 달하는 방대한 양의 본 보고서는 우선 2011년 도호쿠 지방 태평양 앞바다 지진에 따른 후쿠시마 제1원자력 발전소의 사고로 오염수가 어떻게 발생, 관리, 처리, 저장되어 왔는지 등의 설명으로 시작하여(1장), 2013년에 이른바 '오염수' 문제가 현재 화되고 나서 6년 이상 장기간 동안 전문가 사이에서 처리수 취급에 대한 복수의 대안이 검토되어 온 경위(2장)나 이 평가의 기본방침 (4장), ALPS에 의한 대상 핵종의 제거 구조 및 처리수 방출 설비의 개요(5장) 등을 설명하고 있다. 6~7장은 사람과 해양생물에 대한 방사선 영향 평가에 대한 설명을 하고 있으며, 각 장에서는 방사선 영향 평가의 주요 구성요소인 source term(핵종 연간방출량), 해수 중의 확산·이행 모델링, 피폭 경로, 대표적인 개인·표준 동식물의 설정에 관한 사고방식을 상세히 설명하고 있다.

또한 8장은 위의 평가를 수행할 때 극복해야 했던 불확실성에 대한 고찰을 제공하며 9장에서는 ALPS 처리수의 해양 방출과 함께 수행되는 모니터링 계획을 설명한다. 여기에는 7장까지 실시한 방사선 영향 평가 결과를 토대로 적절하다고 판단되는 향상된 환경 모니터링을 포함하고 있다.³⁶⁾

본 보고서를 작성함에 있어서 도쿄전력은 사람의 방사선방호, 환경방호, 해양확산계산의 3가지 분야에 대해 사외에서 전문가를 초빙하였으며, 본 보고서의 평가는 해양방출에 관한 계획의 설계 단계에 있는 현시점에서의 정보를 바탕으로 실시한 것으로 작년 11월에 보고서를 공표한 후 의견모집에 의해 전해진 의견, 원자력규제 위원회로부터의 지적 등을 근거로 개정하였다고 명시하

34) 소병천, “국제환경법의 예방원칙과 상당한 주의-초국경 환경영향평가를 중심으로”, 『國際法學會論叢』第66卷 第4號, 대한국제법학회, 113면.

35) 東京電力ホールディングス株式会社, 『多核種除去設備等処理水(ALPS 処理水)の海洋放出に係る放射線影響評価報告書(案)』(設計段階・改訂版), 2022.4.15.

36) 東京電力ホールディングス株式会社, 上掲書, 1頁.

고 있다.³⁷⁾

(2) 환경영향평가 결과의 요약

도쿄전력은 환경영향평가의 결과, 해양 확산 시뮬레이션의 결과는 방출된 처리수가 해류 등에 의해 신속하게 이류·확산되기 때문에 주변해역에서 방사선 농도가 백그라운드 레벨을 초과하는 것은 후쿠시마 제1원자력 발전소 주변 해역의 수 km 정도의 범위에 머무는 것으로 확인되었다(자세한 내용은 평가 요약 참조)고 주장한다. 이러한 평가의 결과는 위의 가정에 따라 얻은 방사선 영향에 대한 추정과 평가에 해당하며 사내외의 전문가에 의한 시산 결과로부터 ① ALPS 처리수가 후쿠시마 제일 원전의 앞바다 약 1km의 해저로부터 방출된 경우에, 방출점 근방에 거주해 가장 영향을 받기 쉬운 사람들에게 생길 수 있는 방사선의 영향은 국제적인 가이드라인에 따라 정해져 있는 일본의 안전기준과 비교해도 약 3만분의 1~2,500분의 1 정도로 충분히 적으며 ② 주변해역에 생식하는 동식물에 끼치는 영향도 ICRP가 제창하는, 그 수준을 초과하면 해당 동식물종에 어떠한 영향이 생길 우려가 되는 수준(유도 고려 참고 수준) 하한치의 50만분의 1~16,000분의 1 정도로 머무는 것, ③ 확산 시뮬레이션의 결과를 종합하면 방출점에서 떨어진 지역에 미치는 영향(트랜스 바운더리 임팩트)은 거의 무시할 만큼 작은 것이 된다는 평가를 얻을 수 있다고 말한다. 이는 ALPS에 의한 고도의 수처리와 조심스럽게 만들어진 장기간의 방출 계획이 사람과 해생동식물에 미치는 영향을 극소화하고 국제적으로 확립된 안전 한도 내에 충분히 들어갈 수 있음을 시사한다고 하고 있다.³⁸⁾

또한 도쿄전력은 ALPS 처리수를 방출하기 전에 희석 전의 처리수로부터 시료를 채취하여 방사성핵종을 분석하여 결과를 공표하였다고 설명하고 있으며 희석 후에도 해양 방출 전에 혼합·희석의 상황을 직접 확인하는 방식으로 수행했다. 도쿄전력은 해양방출의 실시 역시 주변환경에 미치는 영향 등을 확인하면서 조심스럽게 소량의 방출로 시작할 계획이며, 만일 고장이나 정전 등에 의해 희석설비 등이 기능부전에 빠진 경우나, 방출의 개시 전후에서 강화·확충되는 모니터링에 의해 이상치가 검출되었을 경우에는, 안전하게 방출할 수 있는 상황을 확인할 때까지 확실하게 방출을 정지하는 것으로 하고 사람 및 해생동식물 안전 확보에 최선의 노력을 다하겠다는 내용을 보고서에 확인하였다.³⁹⁾

(3) 환경영향평가에 나타난 오염수 방출의 상세계획

가. 방출 방법

- 해양방출에 필요한 설비의 설계 및 운용에 대해서는 법령을 준수하고 원자력규제위원회에 의해 필요한 인가를 받는다.
- 처리 도상수는 희석 전의 농도에서 안전에 관한 규제 기준치를 확실히 하회할 때까지(트리튬 이상 외부 핵종의 고시 농도비 총합이 1 미만) 여러 번 2차 처리를 실시함으로써

37) 東京電力ホールディングス株式会社, 上掲書, 13 頁.

38) 東京電力ホールディングス株式会社, 『多核種除去設備等処理水(ALPS 処理水)の海洋放出に係る放射線影響評価報告書(案)』(設計段階・改訂版), ES-i 頁.

39) 東京電力ホールディングス株式会社, 前掲書, ES-i~ii 頁.

환경에서 방출되는 트리튬을 제외한 방사성 물질의 양을 가능한 한 감소시킨다. 당사는 이 희석 전의 시점에서 트리튬을 제외한 방사성 물질의 고시 농도비 총합이 1 미만이면 처리수의 방출은 행하지 않는다.

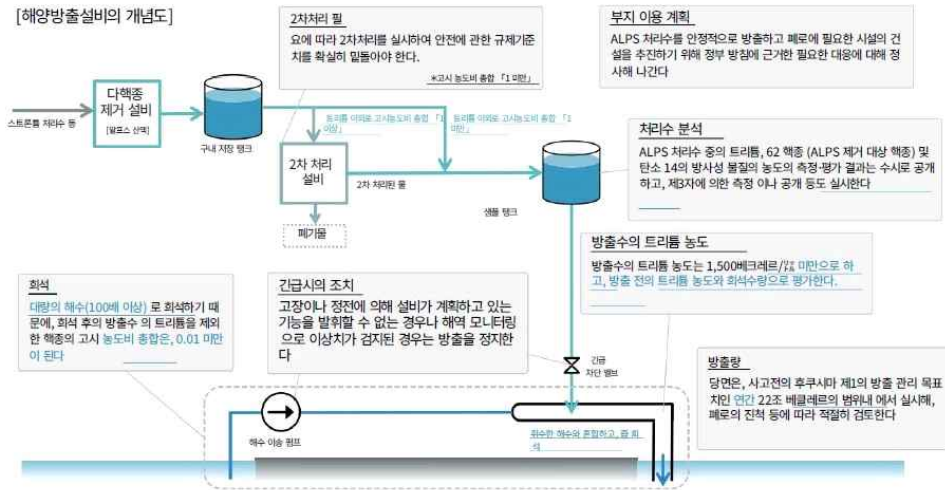
- 희석 방출 전에 ALPS 처리 수 중 방사성 물질(트리튬, 62 핵종 및 C-14)의 농도를 측정·평가하고, 측정·평가한 결과를 매회 공개하며 제3자에 의한 측정·평가나 공개 등도 실시, 그 결과도 공개한다.
- 그 후, 방출 직후(부지 경계)에 있어서 환경에의 영향 경감을 위해서 마련된 국가의 안전규제 기준(고시농도 한도)을 만족시키기 위해서, 또 소비자 등의 우려를 조금이라도 줄여 풍평 영향을 최대한 억제하기 위해 제거하기 어려운 트리튬에 대해서는 대량의 해수로(방출되는 처리수 중의 트리튬 농도에 따라 결정, 대체로 100배~1,400배 이상) 희석하고 나서 방출한다. 이것은 트리튬 이외의 방사성 물질의 고시 시농도비 총합은 0.01 미만이 된다.
- 방출수의 트리튬 농도는 국가 안전규제 기준(고시농도 한도) 60,000Bq/L 및 세계보건기구(WHO) 음료수수질 가이드라인인 10,000Bq/L를 충분히 밑도는 것으로 또한 현재 실시하고 있는 지하수 바이패스나 서브 드레인 등의 배수 농도의 운용 목표와 마찬가지로 1,500Bq/L 미만으로 한다.
- 해양방출에 있어서는 소량에서 조심스럽게 시작하여 설비의 건전성과 ALPS 처리수의 이송 순서, 방사성 물질의 농도의 측정 프로세스, 방출수의 트리튬의 희석 평가 및 대략 해양으로의 확산 상황 등을 검증한다.
- 만일, 고장이거나 정전 등에 의해 이송 설비나 희석 설비 등이 계획하고 있는 기능을 발휘할 수 없는 경우 즉시 방출을 중지한다. 또한 해역 모니터링에서 이상값이 감지되면 일단 방출을 중지하고 그 상황을 조사한다. 방출을 재개할 때는 안전하게 방출할 수 있는 것을 확인한 후 실시한다.
- ALPS로 제거할 수 없는 트리튬의 연간 방출량은 당분간 사고 전 후쿠시마 제1원자력 발전소의 방출관리 목표치인 연간 22조 Bq(2.2E+13Bq)를 상한으로 하고 이를 밑도는 수준으로 한다. 또한, 가능한 한 낮은 트리튬 농도로부터 우선적으로 방출하는 것을 통해 농도가 높은 것이 반감기에 따라 자연 감쇠를 기다리는 것으로 방출량을 억제한다. 동시에 폐로에 필요한 시설을 위한 부지 확보의 양립을 도모한다. 가령 2023년도부터 시작하여 2051년도에 방출 완료한다고 했을 경우의 ALPS 처리수의 방출에 관련된 시뮬레이션 결과를 첨부 IV "ALPS 처리수의 방출에 관한 기간에 관한 고찰"에 표시하였다.⁴⁰⁾

나. 방출 설비⁴¹⁾

본 보고서에서는 해양 방출 설비의 개념도[그림1]를 수록하고 있다.

40) 東京電力ホールディングス株式会社, 上掲書, 27~29頁

41) 東京電力ホールディングス株式会社, 上掲書, 30~38頁



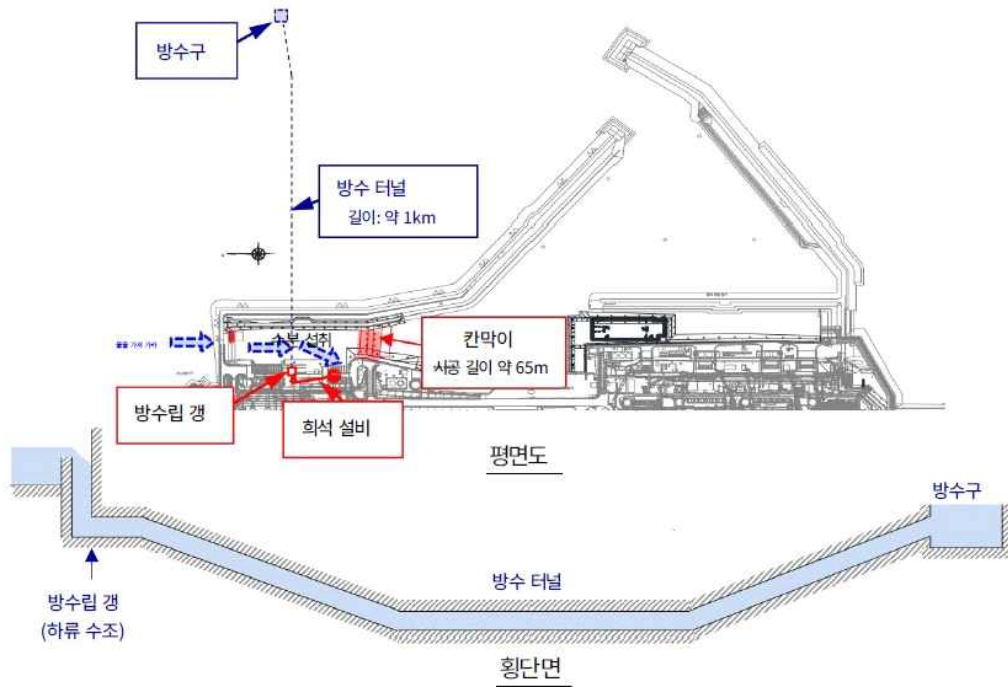
[그림 1] 해양 방출 설비 개념도⁴²⁾

희석·해양 방출 설비는 주로 희석 전의 ALPS 처리수의 방사성 물질 농도를 확인하는 측정·확인용 설비 및 희석용 해수를 펌핑 방출하는 해수 이송 펌프 및 해수 배관 헤더를 포함한 해수 이송 배관, 방수 입갱(상류 수조)으로 구성된 희석 설비, ALPS 처리수 펌프 탱크에서 해수 배관으로 이송하는 처리수 이송 펌프 및 처리수 이송 배관, 밸브류에 의해 구성된 이송 설비, 방수 입갱(하류 수조), 방수 터널 및 방수구로 구성된 “방수 설비(관련 시설)”로 구성된다.

다핵종 제거 설비(ALPS)에서 방사성 물질을 충분히 낮은 농도가 될 때까지 제거한 물이 이른바 ‘ALPS 처리수’(트리튬 이외의 핵종의 고시 농도비 총합이 1 미만임을 확인한 물)임을 확인하고 100배 이상의 대량의 해수로 희석한 후 해양으로 방출한다.

방출하고자 하는 물을 일단 측정·확인용 설비에 받아들여, 순환·교반하여 방사성 물질 농도를 균질화한 후, 시료 채취·분석을 실시하여, ALPS 처리수인 것을 확인한다. 그 확인이 가능한 것은 이송 설비로 해수 배관 헤더로 이송하고, 희석 설비에 의해 5호기 취수로에서 해수이송 펌프로 취수한 대량의 해수와 혼합하고, 트리튬 농도를 1,500Bq/L 미만으로 희석한 것을 방수 설비로 배수한다.

42) 東京電力ホールディングス株式会社, 上掲書, 31 頁.



[그림 2] 해양 방출 장비의 전체상⁴³⁾

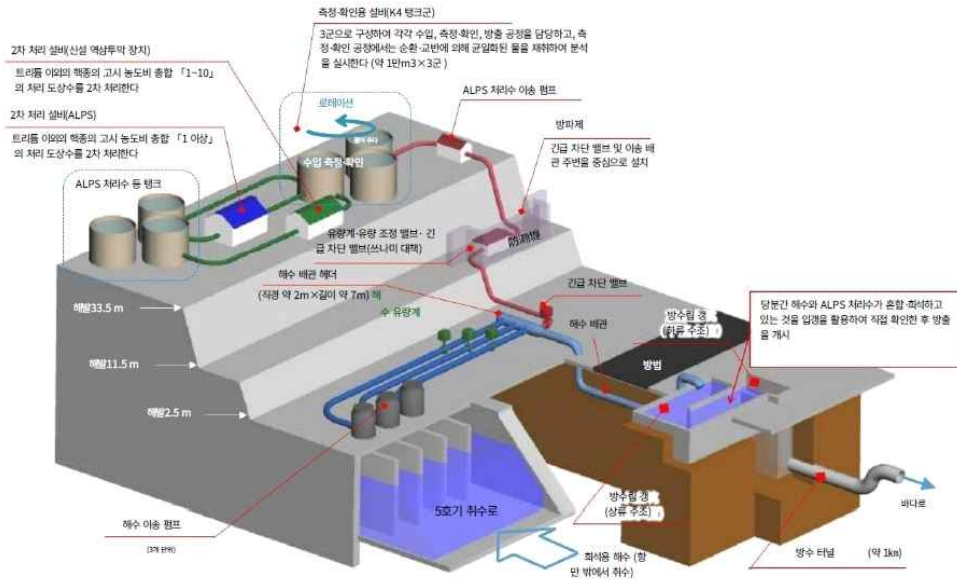
다. 방수설비

ALPS 처리수의 해양방출에서는 설계과정 최적화를 위해 대량의 해수와 희석·혼합한 물의 배출은 북파제제 북쪽의 해안에 설치되어 있는, 기존의 방수구로부터 발전소의 근해 약 1km의 해저에 설치한 방수구에서 실시한다(그림 3 참조)

방수 설비는, 방수 입갱(하류 수조), 방수 터널 및 방수구로 구성되어, 방수 입갱 안의 격벽(상류 수조와 하류 수조를 나누는 벽)을 넘은 물을, 방수 입갱(하류 수조)과 해수면과의 수두차에 의해, 약 1km 떨어진 방수구까지 방수 터널 내를 이송하는 설계로 되어있다. 방수 터널은 암반 내를 통과시킴으로써 누설 위험이 작고 내진성이 우수하다고 한다.⁴⁴⁾

43) 東京電力ホールディングス株式会社, 上掲書, 31 頁.

44) 東京電力ホールディングス株式会社, 上掲書, 35 頁.



[그림 3] 후쿠시마 원전 방수 설비 전체도⁴⁵⁾

이 방안은 기존의 방수구를 사용하는 방안과 비교하여 다음과 같은 장점이 있다.

- 기존의 방수 설비를 그대로 이용하는 항만 내 취수·항만 외 방수와 비교하면, 만 외와 비교해 약간 방사성 물질 농도가 높은 만 내의 물이 만 외부로 방출되지 않는다.
- 배출수가 해안에서 확산되기 때문에 해수가 재순환하기 어렵다 (희석용 해수로 재취수되기 어렵다).
- 방수구의 위치를, 일상적으로 어업이 행해지고 있지 않은 ‘공동 어업권 비설정 구역’내에 배치함으로써 어업에 미치는 영향을 줄일 수 있다.(그림 4 참조)⁴⁶⁾

45) 東京電力ホールディングス株式会社, 上掲書, 36 頁.

46) 東京電力ホールディングス株式会社, 上掲書, 35 頁.



출처 :지리원 지도(전자 국토 Web)를 토대로 도쿄 전력 홀딩스 주식회사에서 작성

<https://maps.gsi.go.jp/#13/37.422730/141.044970/&base=std&ls=std&disp=1&vs=c1j0h0k0l0u0t0z0r0s0m0f1>

[그림4] 방수구 위치도⁴⁷⁾

2. 환경영향평가상 방출계획과 런던협약·의정서

현재 국제법에서는 방사성 물질의 해양에 투기에 대해 런던협약에 의해 규제를 가하고 있으며 또한 원자력 발전소에서의 배수에 대해서는 국제 원자력기구(IAEA)에 의해 규제가 가해지고 있다. 그런데 이번 방사성 물질 방출에 대한 위 런던 협약 등에 의한 직접적인 규제에 대해서는, 그 규제가 적합하지 않은 점이 지적된다.

(1) 런던협약 위반 여부의 일반론

이번 방사성 물질의 방출이 “폐기물 기타 물질의 투기에 의한 해양 오염 방지에 관한 협약 (런던협약)”을 비롯한 각 협약 위반이 아니라는 가능성에 대하여 주장되고 있다. 그들의 논점으로는 ① 국제법에 있어서 발생기인별 해양 오염에서, 선박 기인 해양 오염 및 해양 투기 기인 해양 오염에 있어서는 국제연합해사기구(International Maritime Organization, 이후 IMO)를 중심으로 상세한 규정이 되어 있으나, 이번의 방출과 같은 육상 기인 해양 오염 내용에 대해서는 유엔 환경 계획이 “육상 활동으로부터의 해양환경의 보호에 관한 세계 행동 계획”이라는 법적 구속력이 없는 문장을 통해 규제를 촉구할 뿐 구체적인 법적규제가 없는 점, ② 만일 이번 방출이 해양 투기에 해당하여 런던 협약 범주에 있다고 해석된다고 해도 런던협약은 제5조 2항 (의정서 제8조)에서 “체약당사국은 인간의 건강과 관련하여 수용할 수 없는 위험을 야기하며 달리 실행가능한 해결책이 없는 비상시에 제4조 제1항(가)호에 대한 예외로서 특별허가증을 발급할 수 있다.”

47) 東京電力ホールディングス株式会社, 上掲書, 36 頁.

고 하여, 적절한 사전 조치(영향을 받을 법한 나라에의 사전협의)를 거쳐 방출이 허용되는 점 등을 들고 있다.⁴⁸⁾

이와 관련하여 일반론적인 측면에서는, 대체로 런던협약 위반은 아니라는 점에 동의하면서도 몇 가지의 우려를 표시하는 의견이 대부분을 차지하고 있다.

첫번째로 이번 사건이 어디까지나 육상 기원 오염이기 때문에 런던협약이 규율하는 해양투기에 해당하지 않는다는 주장이 존재한다. 확실히 후쿠시마 오염수의 방출은 육상에서의 활동에 의해 발생한 오염이 해양에 의도하지 않게 흘러보낸 것에 해당되어 런던 협약 위반은 면할 것으로 해석할 수도 있다. 런던협약 제3조 1항 (a)에 따르면 ‘투기’는 “해양에서 폐기물 기타의 물건을 선박, 항공기 또는 플랫폼 또는 그 밖의 인공 해양 구조물에서 고의적으로 처분하는 것”이라고 정의되어있기 때문이다. 이들은 일반적으로 해상 구조물이며, 육지에서 일정 거리 떨어져 설치된 것으로 해석되어, 원자력 발전소는 육상에 설치되어 있는 것이기 때문에 런던협약에서 말하는 해상구조물에는 해당하지 않는다는 것이다.

그러나 냉각수로서의 해수 흡입구를 가지고 있으며 동시에 배수 시설도 가지고 있는 원자력 발전소의 특성상 반드시 런던협약의 적용범위 밖이라고 단언하기는 어렵다. 또한 통상시의 운전 에 있어서는 원자력발전소에서의 배수기준으로서 IAEA에 의해 정해져 있다. 그러나 오염수의 농도 레벨이 IAEA의 규정을 훨씬 초과하여 그것이 장기간에 걸쳐 이루어진 경우 후쿠시마 제1원전 일대에서 배수가 “플랫폼”으로부터의 투기에 해당할 가능성 역시 존재한다.⁴⁹⁾

(2) 파이프를 이용한 방수설비와 런던협약·의정서⁵⁰⁾

위에서 살펴보았던 환경영향평가 결과와 관련하여, 일본이 처리수라고 주장하고 있는 방사능 오염수를 해양으로 방출하는 방법은 사고 현장인 후쿠시마 제1원전에서부터 약 1km 가량의 파이프를 연결한 방수구를 통하여 배출할 계획임을 확인하였다.

후쿠시마 원자력발전소 자체가 육상에 설치되어 있는 구조물이기 때문에 육상기원오염에 해당할 뿐, 런던협약의 적용범위인 해양투기에는 해당하지 않는다는 주장은 이러한 파이프라인을 통한 방출계획에는 그 설득력을 잃게된다. 그렇다면 육상에서 연결된 파이프라인을 통한 해양방출은 런던협약의 적용범위에 해당하는지 아래에서 고찰해보도록 한다.

가. 런던협약 전문에 의한 적용 가능성

런던협약은 전문에서 “자기나라의 관할 또는 통제지역 안의 활동때문에 다른 국가나 관할권 이원지역의 환경에 피해가 발생하지 아니하도록 보장할 책임이 있음을 인정하고” “해양오염은 대기·하천·하구·배출구 및 파이프라인을 통한 투기·배출 등과 같이 여러 오염원에서 발생하며, 국가는 이러한 오염을 방지하기 위하여 실행가능한 최선의 수단을 이용하고 또한 처리할 유해 폐기

48) 山敷庸亮·木村直子, “東京電力福島第一原子力発電所事故由来の核分裂生成物質の海洋環境影響に対する我が国の法的立場”, 『日本海洋政策学会誌』2巻, 日本海洋政策学会, 2012, 135~136 頁.

49) 山敷庸亮·木村直子, 上掲書, 136 頁.

50) 본 절은 현재 런던의정서 준수그룹의 부의장으로 활동하시는 김영석 지도교수님의 의견을 원안으로 하여 작성한 것으로, 자세한 내용은 김영석, “런던협약/런던의정서와 후쿠시마 원전 방사능 오염수의 해양방류”, 유엔해양법협약 채택 40주년 학술회의 “유엔해양법협약과 해양질서의 변화” 발표문(2022.6.21.)을 참조.

물량을 감소시키는 제품 및 공정 개발이 중요함을 유의하고” 등과 같은 협약의 본문으로 합의에 이르지 못했던 해양환경 보호의 일반적 의무 등의 원칙이 기술되어 있기 때문에, 이러한 원칙에 저촉된다고 할 수 있다.

나. 런던의정서 제2조에 의한 적용 가능성

1996년 런던의정서 제2조⁵¹⁾에 따르면 동 의정서는 “모든 종류”의 오염원으로부터 해양환경을 보호 및 보존하고 폐기물과 기타물질의 해양투기나 소각에 의해 야기되는 오염을 예방, 감소, 제거하기 위해 필요한 조치를 취하기 위한 목적으로 채택되었다.

1996년 런던의정서는 모든 종류의 오염원으로부터 해양환경을 보호한다는 문구를 조항에서 명시함으로써 기존의 1972년 런던협약에 비해 더 광범위한 목적을 가지고 있음을 밝히고 있다. 이는 런던협약이 해양투기로 인한 오염을 관리하는 것을 주된 목적으로 했던 것에 비해 런던의정서는 해양투기를 포함한 모든 해양오염원을 통제 및 관리하여 해양환경을 보호하는 것을 목적으로 한다는 것이다.⁵²⁾ 이러한 런던의정서의 목적은 1992년 OSPAR 협약처럼 육상 오염원을 비롯한 다른 오염원에 대한 통제에까지 범위를 확대하려는 시도를 한다고 평가될 수 있을 것이다. 해양투기행위의 금지는 육상에서 발생한 쓰레기, 즉 폐기물을 바다에 던져 버리지 말라는 것에 한정되어 있다기 보다는, 쓰레기를 육상에서 바다로 이전하지 말라는 것이 근본정신이다. 따라서 폐기물을 바다로 투기하면 안되지만 배출은 가능하다, 혹은 투기행위만 하지 않으면 괜찮다는 태도는 이러한 금지의 정신에 반한다고 보아야 할 것이다.⁵³⁾ 이러한 목적에 비추어보았을 때, 후쿠시마 제1원전 오염수 방출에도 런던의정서 제2조가 적용될 가능성이 있다.

다. 파이프라인을 이용한 광미(mine tailings)의 해양 방출과 오염수 방출의 유사성⁵⁴⁾

51) 런던의정서 제2조 목적

체약당사국은 개별적으로 또는 집단적으로 모든 오염원으로부터 해양환경을 보호하고 보존하며, 그들의 과학적, 기술적, 경제적 능력에 따라, 폐기물이나 그 밖의 물질의 해상 투기나 소각에 의한 오염을 방지, 감축, 가능한 경우 제거하기 위한 효과적인 조치를 취한다. 그들은 이러한 측면에서 필요시 그들의 정책들이 조화를 이루도록 한다.

52) 런던의정서는 해양투기 규제를 위해 체결된 국제조약이지만 ‘모든 오염원으로부터 해양환경을 보호하고 보존’하는 것이 동 의정서의 목적이라는 것을 제2조에서 명시하고 있다. 이러한 런던의정서의 목적은 해양오염의 형태가 항상 명백하게 구별되는 것이 아니라 하나의 해양오염이 동시에 여러 가지 형태로 나타날 수도 있다는 것을 고려하고 또한 과학기술의 발전과 해양환경 관리에 대한 국제사회의 인식 변화 등을 적극적으로 수용하기 위한 것으로 여겨진다. (문병호, “투기에 의한 해양오염 방지에 관한 국제협약 및 지역협력 체제에 관한 연구,” 고려대학교 석사학위 청구논문, 2010, 33면.)

53) 신창훈, “2013년판 일본 후쿠시마 원전오염수 누출과 국제사회 및 우리의 대응,” 『ISSUE BRIEF』 NO.77, 아산정책연구원, 2013, 7면.

54) 본 절의 분석은 IMO와 GESAMP에서 발행된 두 가지의 공식문서(IMO, 『International Assessment of Marine and Riverine Disposal of Mine Tailings』, May 2013. ; GESAMP 42/7/1, Agenda item 7, 2015)를 바탕으로 작성한다. 각 pdf파일은 아래 웹사이트 링크 참조.

IMO, 『International Assessment of Marine and Riverine Disposal of Mine Tailings』, May 2013.

<<https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/Documents/Mine%20Tailings%20Marine%20and%20Riverine%20Disposal%20Final%20for%20Web.pdf>> (최종 방문일: 2023년 3월 10일)

GESAMP 42/7/1, Agenda item 7, 2015 (최종 방문일: 2023년 3월 10일)

<<http://www.gesamp.org/site/assets/files/1319/42-7-1-scooping-activities-scooping-paper-on-the-impacts-of-wasts-and-other-matter-in-the-marine-environment-from-mining-operat-en.pdf>>

런던협약은 광미(광산 찌꺼기; mine tailing)를 해양 및 강 유역에 처분하는 광산에 대한 배출의 유해성에 대한 논의를 진행해 왔다. 지난 몇 년 동안 전 세계 광산 찌꺼기의 해양 및 하천 처분에 관한 런던협약 및 런던 의정서의 당사국 회의에 다수의 보고서가 제공되었으며 이에 따라 해안 및 해수에 미치는 영향에 대한 우려가 표명되었다. 런던협약 및 의정서가 당사국 총회에서 광산 찌꺼기를 해수와 강가로 처분하는 방법에 대해 자세히 알아보기로 하는 권고를 채택함에 따라 지난 2013년 런던협약 및 의정서 사무국과 유엔환경계획(UNEP)가 공동으로 연구한 보고서가 발행되었다. 또한 이와 관련하여 해양오염 합동전문가그룹(GESAMP)도 별도로 당사국총회에서 광미의 규제에 대한 논의를 진행한 바 있다.⁵⁵⁾

특히 광미의 처리방법과 관련된 이 IMO의 보고서에 따르면 전 세계적으로 약 2,500개 산업규모의 광산이 운영되고 있으며 그 중 극소수의 국가⁵⁶⁾에서 광산이 광산 찌꺼기를 강과 해수로 처분하는 것을 허용하고 있다. 이는 곧 해수에 부정적인 영향을 미치기 때문에 런던협약 및 의정서에서 그 유해성을 확인하는 작업에 착수하게 된 것이다. 런던협약과 런던의정서의 강조점은 선박 등 해양에서 바다로 버려지는 폐기물 및 기타 물질의 통제이지만, 원칙적으로 두 협약의 전반적인 목적은 모든 오염원으로부터 해양 환경을 보호하고 보존하는 것이므로 그 적용여부를 검토함이 타당하다고 생각된다.

런던협약과 런던의정서의 목적⁵⁷⁾
 런던협약/의정서의 당사국은 폐기물을 바다에 투기함으로써 야기되는 해양오염을 예방, 감소 및 실행 가능한 경우 제거하기 위해 과학적, 기술적 및 경제적 능력에 따라 효과적인 조치를 취해야 한다.
 광산 찌꺼기를 파이프라인을 통해 해수로 또는 파이프라인을 통해 강으로 배출하는 것은 덤핑으로 간주되지 않지만 런던협약/의정서의 전반적인 목표는 모든 오염원으로부터 해양환경을 보호하고 보존하는 것이다.(런던 의정서 2003)

광미는 광석에서 나온 미세한 입자물질과 화학물질 잔류물을 포함하는 것으로서, 광산 광미의 해양 처분(잠수함 광미 처분 또는 심해 광미 배치라고도 함)은 파이프라인을 통해 광산 광미를

55) 해양오염 합동전문가그룹(United Nations Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Pollution; 이하 GESAMP)은 유엔 체제의 권고 기관(advisory body)으로서 해양오염 사안들에 관해 종합적인 권고를 제공하고 관련 국제기구들의 활동 조정 및 협력 도모를 위하여 1969년에 설립되었다. (문병호, 앞의 논문(주 52), 7면.)

56) 2013년 기준 광미의 해양 또는 하천처분은 18개 광산에서 사용되고 있으며, 그 중 4개는 하천 처분을 사용하고 14개는 해양처분을 사용한다.

- 노르웨이: 5개의 해양 배출업체(허가 신청 검토 과정에서 3개 추가)
- 터키: 해병대 1척
- 영국: 해병대 1척
- 그리스: 해병대 1기
- 프랑스: 해병대 1척
- 칠레: 해병대 1척
- 인도네시아: 해양 배출기 1개 및 하천 배출기 1개
- 파푸아뉴기니: 3개의 해양 배출기 및 3개의 하천 배출기

(IMO, 『International Assessment of Marine and Riverine Disposal of Mine Tailings』, May 2013. p.9.)

57) IMO, 『International Assessment of Marine and Riverine Disposal of Mine Tailings』, May 2013. p.17

해수로 처분하는 것이다. 해양 처리는 얇은 물의 해안선을 따라 실행되는 것이 아니라 오늘날의 해양 처분 배출은 노르웨이의 경우 30~300m 깊이, 터키, 인도네시아 및 파푸아뉴기니의 경우 1,000m가 넘는 깊이에서 최종 퇴적시 심해에 위치한다. 목적은 광산 광미가 밀도가 높은 응집성 슬러리로 바닥에 있는 퇴적 장소로 흐르도록 하여 pycnocline(및 부영양 구역) 아래의 깊은 성층 수역으로 배출하는 것이다.

① 광미의 해양 처분과 후쿠시마 오염수의 해양방출은 두 가지 모두 해안(육상)에 위치한 구조물에서부터 파이프라인을 통하여 해양에 방출한다는 공통점을 가지고 있다. 예를 들어 터키의 Cayeli Bakir 구리-아연 광산에서 광미는 350m 길이의 배출구를 통해 275m 깊이의 무산소 지역으로 배출된다.⁵⁸⁾ 후쿠시마 오염수의 해양방출은 앞서 살펴본 바와 같이 육상에서 약 1km 길이의 파이프라인을 설치하여 해양으로 방출할 계획인 것을 알 수 있다.⁵⁹⁾

② 이러한 광미의 해양처분을 선택하는 근거는 경제성 및 기술적 타당성 요인을 기반으로 하는 점에서 일본이 주장하고 있는 후쿠시마 제1원전 오염수 해양방출의 근거와 유사함을 보여준다. 대부분의 광산(99.3%)에서는 광미의 처분에 있어서 육상처분을 활용하고 있으며, 이러한 육상처분이 라는 대안이 있음에도 불구하고 경제적·기술적인 편이성을 이유로 해양환경 오염의 우려가 큰 해양방출을 선택하고 있다는 공통점이 있다.

해양 처분을 위한 파이프라인을 건설하고 운영하는 비용은 적지 않지만, 육상 기반 저장이 될 대안의 비용(즉, 광산 찌꺼기 저장 시설의 건설 및 유지 관리)은 해양 배출 파이프라인을 건설하는 것보다 자본 비용이 약 100배 더 높다. 예를 들어, 노르웨이의 Nussir 프로젝트에서 육상 기반 광산 찌꺼기 저장 시설을 구축하는 데 드는 비용은 미화 650만 달러인 해양 처리에 비해 미화 6억 5000만 달러로 추정된다(2011년 노르웨이 Kvalsund 광산 기준).⁶⁰⁾

③ 광미는 파이프라인에서 해수로 방출된 후 광미 공정수 및 부유 퇴적물을 포함한 더 미세한 물질 기둥이 다양한 깊이에서 형성될 수 있으며 이는 해저의 의도된 모든 것을 질식시켜 서식지를 파괴하고 종의 풍부함과 다양성에 영향을 미쳐, 결과적으로 물고기로 인한 잠재적인 인간 건강 위협과 함께 수생 유기체의 중금속 생물학적 축적 위험이 증가한다. 이러한 위험성 역시 후쿠시마 원전의 트리튬 등의 방사능 물질을 포함한 처리수의 해양방출에 따라 해양환경이 오염될 가능성이 높다는 공통점을 지닌다.

다. 소결

본 보고서에 명시된 런던협약과 런던의정서의 목적에 따르면 광미 혹은 방사능 오염수가 육상에서 파이프를 이용하여 해양으로 방출되는 경우에도 그것이 설령 덩핑으로 간주되지 않더라도, 런던협약 및 의정서의 전반적인 목표에 따라 모든 오염원으로부터 해양환경을 보호하고 보존하기 위해 런던협약 및 의정서의 규율 대상이 될 수 있다고 할 수 있을 것이다. 또한, 런던협약과 의정서는 파이프라인을 이용한 광미의 해양 방출을 동 협약과 의정서의 적용 범위 내에 포함시킬 것

58) IMO, Ibid., p.13

59) 앞서 살펴본 [그림 3], [그림 4]를 참조할 것.

60) IMO, Ibid., p.37

을 상정하고, 그 타당성에 대한 주장과 연구를 계속 이어나가고 있다. 이러한 맥락에서라면 앞서 살펴본 2021년 런던협약·의정서 당사국회의에서 우리나라 대표단이 주장한 “체약당사국이 해양환경을 보호하기 위해 다양한 노력을 기울였으며, 이 런던의정서의 목표에 따라 광미 및 해양 지구 공학과 같이 과거에 독립적으로 논의되었던 항목이 있었다고 주장했다.”는 그 근거의 타당함이 인정된다.⁶¹⁾ 일본이 오염수의 해양 방출 방식으로 선택한 육지에서 이어지는 파이프라인을 이용한 오염수의 방출은 위 광미의 해양방출 방식과 여러 가지 면에서 그 유사성이 보여진다. 그러므로 파이프라인을 이용한 광미의 해양방출이 런던협약과 의정서의 규율대상에 포함된다면, 일본의 오염수 방출 역시 동 협약과 의정서의 규율 대상에 포함되어 그 적용을 받는 것은 충분히 가능한 사안이 될 것이다.

V. 결론

방사능 오염수의 해양투기는 국제환경문제 중에서도 특히 많은 논쟁을 불러 일으키는 난제이다. 원자력발전소에 기인한 방사능 오염은 대기, 수질, 토양, 해양환경은 물론 인간의 생명과도 직결되는 문제로서, 생태계를 파괴하고 유전자를 변형시키는 등 장기적으로 악영향을 미친다. 방사능 오염수의 해양방출이 해양환경 및 생태계에 심각한 위협이 되고 있다는 것은 누구도 부인할 수 없음에도 불구하고 이를 규제하기 위한 해결이 제대로 이루어지지 않고 있다. 최근 일본에서 발생한 후쿠시마 원전 사고는 자연재해인 지진과 해일로 인해 발생한 재해이지만, 초기 대응이 허술했고 인명과 직결되는 정보를 은폐하는 등 인재(人災)적 요소 또한 없지 않은 것으로 보인다. 특히 원전 사고로 인해 발생된 해양오염은 발생국 영해에만 피해를 입히는 것이 아니라 해류를 타고 전 지구적으로 확산되므로 국내법적 대응만으로는 부족하다. 그러나 이 문제가 주변 국가 간 이해관계가 엇갈리고 있을 뿐 아니라 법적, 정치적, 기술적, 경제적인 관점에서 복합적인 어려움을 내포하고 있기 때문에 그 해결이 좀처럼 쉽지가 않다. 우리나라 역시 이번 원전사고로 피해를 입을 수 있는 인접국으로서 후쿠시마 원전사고 직후 이미 대기 중에 방사성 요오드와 세슘 등의 물질이 검출되었으며,⁶²⁾ 후쿠시마 인근 해역에서 어획되는 어류 등을 소비하는 수입국이기 에 방사능 유출로 상당 기간 동안 영향을 받을 것으로 예상되고 있다. 또한 이러한 인공적인 방사성물질들은 세포분화가 빠르며 유전적으로 민감한 혈액 및 혈관계, 생식세포, 암 등의 발병률에 큰 영향을 미치고 백혈병, 유전적 변이 등을 유발하기 때문에 국민건강에 미칠 영향에 대해서는 지속적인 조사와 감시가 필요할 것으로 보인다. 특히 후쿠시마 원전사고의 경우는 최소 수개월 이상의 상당 수준의 방사능 유출이 지속되고 있어 저선량 방사선 오염에 의한 장기적 영향이 우려되는 상황이라고 할 수 있다. 따라서 이에 대한 사고의 추이를 면밀히 관찰하고 그 결과를 주목하여 국내 방사능 안전 대책과 감시 및 대응체계를 수립하는데에 적극 반영할 필요가 있다.⁶³⁾

61) 김영석, 앞의 발표문(주 51)을 참조.

62) “대기 중 요오드·세슘 또 최고치 검출”, YTN, 2011.4.7., <https://www.ytn.co.kr/_ln/0105_201104071508443091> (최종 방문일: 2023년 3월 10일)

이러한 방사능 오염수(폐기물)에 의한 해양오염을 방지하기 위하여 제정된 런던협약은 해양투기를 규제하는 가장 중요한 국제협약 중 하나가 되었다. 이 협약은 일정기준에 따라 핵폐기물 기타 유해폐기물의 투기를 금지·제한함으로써 실제로 상당량의 폐기물이 감소되는 결과를 가져왔으며 당사국회의 등을 통해 다양한 입장을 가진 국가들 사이에서 의견을 공유를 통해 당사국간 분쟁을 최소화하는 역할을 해왔다.⁶⁴⁾

이러한 런던의정서의 적용범위에 후쿠시마 원전사고가 포함되며, 그 규율대상으로 삼을 수 있다는 것은 위에서 확인하였다. 런던협약 및 의정서의 육상기원오염원에 대한 규제의 확대 논의와는 별개로, 지금 현재 상태로도 충분히 후쿠시마 원전사고를 런던의정서의 적용대상으로 볼 수 있다는 것은 해양환경 보호의 측면에서 큰 의미를 가진다.

그러므로 동시에 그 규율을 현실화하는데에는 방사능 오염수의 해양방출을 효과적으로 규제할 수 있도록 런던협약 및 의정서의 지침을 개발하는 노력이 필요하다. 2018년 이후 우리측 대표단이 꾸준히 의제에 포함시켜 논의가 전개될 수 있도록 노력해 온 바와 같이 앞으로도 당사국 총회 상 활발한 활동으로 일본 측에 투명한 정보공개와 협력의무를 강조할 필요가 있다. 또한 이렇듯 해양환경에 심각한 영향을 끼칠 수 있는 방사능 오염수 해양방출을 사전에 저지하기 위하여 취할 수 있는 국제법상의 다양한 수단을 강구하며, 한중일을 비롯, 환태평양 국가들과 함께 체계적이고 과학적인 연구 진행 및 오염수의 위험성 인식을 제고시켜 다양한 측면에서 주도적으로 일본의 일방적 방사능 오염수 해양방출을 저지해야 할 것이다.

63) 한국환경정책·평가연구원, “방사능 재해에 따른 환경 및 인체 영향분석”, 2011, 42~43면.

64) 김기순, “핵폐기물의 해양투기에 대한 국제법상 규제와 국제책임”, 『安岩法學』 제3권, 안암법학회, 1995, 744면.



제2부 B

● [사회] 이기범 교수 (연세대학교)

유엔해양법협약 제15부에 대한 사법해석의 법규범창설(Lawmaking) 효과

[발표] 조훈 박사후연구원 (연세대학교 정치학과 BK21 교육연구단)

[토론] 최지현 교수 (제주대학교)

大韓國際法學會

유엔해양법협약 제15부에 대한 사법해석의 법규범 창설(law-making) 효과*

조 훈**

목 차

- I. 서론
- II. 사법해석을 통한 법규범 창설
- III. 국제재판소에 의한 법규범 창설 효과는 어떻게 발현되는가?
 - 1. 실체법의 경우 - 다른 국제법주체 설득의 과정을 통한 법규범 창설
 - 2. 절차법의 경우 - 국제재판소의 자체적인 판단을 통한 법규범 정립
- IV. UNCLOS 제15부에 적용 시 쟁점 - 다수 재판소 간 법리의 일관성 확립 여부
- V. 맺음말

I. 서론

국제재판소의 판결은 기판력(res judicata) 원칙에 의거, 해당 사건과 그 사건의 당사자만을 구속하며 이 외의 쟁점이나 다른 국제법주체에게는 어떠한 직접적인 법적 구속력을 가지지 않는다.¹⁾ 더욱이 국제법에는 선례구속의 원칙이 적용되지 않기 때문에 어느 한 재판소의 판결은 아무리 유사한 법적 쟁점에 관한 경우라 할지라도 동일 재판소의 후속 사건이나 다른 국제재판소의 판단에도 구속력을 가지지 아니한다.²⁾ 이와 같은 점은 국제사법재판소(International Court of Justice, 'ICJ') 규정(Statute) 제38조 1항에서도 잘 드러나는바, 이에 따르면 사법판결은 법칙결정의 보조적인 수단으로서만 적용될 수 있으며 기판력의 원칙을 명시하고 있는 동 규정 제59조

* 박사학위논문: "Judges Make UNCLOS Part XV"

** 연세대학교 정치학과 BK21 교육연구단 박사후연구원

1) Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Stevens 1953), pp. 337-338; John G. Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures* (Oxford University Press 1999), pp. 261-262.

2) Guido Acquaviva and Fausto Pocar, "Stare Decisis" (2007) *Max Planck Encyclopedias of International Law*, para. 2.

를 따를 것을 단서로 명시한다. 이처럼 국제재판소의 판결은 형식상 보조적이며 간접적인 수단에 불과하다.³⁾

그렇다면 현실에서는 어떠한가? 단순히 법의 연원으로서, 혹은 ICJ 규정 제38조 1항에서 표현된 이들 간 위계나 지위에만 주목한다면 분명 국제재판소 판결의 영향력은 상당히 제한적으로밖에 설명될 수 없을 것이다. 하지만 어떠한 국제법 문제를 판단하는 과정에서 실제 체감되는 국제재판소의 관련 판결 내용의 영향력이나 중요성은 분명 기관력 원칙을 엄격히 적용했을 때 도출되는 그것보다 훨씬 크다고 할 수 있다. 본 연구는 그와 같이 특정 국제법 문제에 대하여 부여된 재판소 판단의 영향력에 주목, 이를 국제재판소에 의한 법규범 창설(law-making)⁴⁾ 효과로 설명한다. ‘사법 법규범 창설(judicial law-making)’의 개념을 본 연구는 재판소 판단에 의한 다른 국제법주체의 규범적 기대의 형성 및 변화로 정의하고, 여기서 언급된 규범적 기대를 무엇이 현재 적용되는 법이고 그에 따라 각 주체는 어떻게 행동해야 하는가에 관한 인식으로서 이해한다.⁵⁾ 이와 같은 영향을 받는 행위자 범주에는 국가를 비롯해 국제기구, 정책결정자, 국제법학자, 나아가 다른 국제재판소도 포함될 수 있을 것이다.⁶⁾ 특히 국가들의 경우 일반적으로 자신이 재판 당사자가 아닌 사건의 판결이라 할지라도 국제재판소에 의해 제시된 법적 판단에 큰 관심을 가지며 대체로 이를 따르곤 한다.⁷⁾ 위와 같은 점은 곧 국제재판소의 판결이 다른 국제법주체들의 규범적 기대를 실질적으로 형성하고 변화시킬 수 있음을 보여준다고 할 수 있다.

아래에서 진행될 연구에서는 상기 국제재판소에 의한 법규범 창설 이론을 유엔해양법협약(United Nations Convention on the Law of the Sea, ‘UNCLOS’) 제15부에 규정된 분쟁해결제도에 적용하고 그를 통해 발견해볼 수 있는 여러 이론적 함의를 제시하는 것을 목표로 삼는다. 특히 UNCLOS 제15부가 강제적 관할권 규정 등을 포함하는 절차법에 해당하는 점에 주목, 이에 실제법과는 다른 절차법의 경우 국제재판소에 의한 법규범 창설 효과는 어떠한 양상으로 발현될 수 있을지, 그리고 UNCLOS상 분쟁해결제도라는 특정 맥락에 이를 적용할 때 어떠한 쟁점을 발견해볼 수 있을지 제시하는 것을 세부 목표로 삼는다.

이상에 따라 본고는 다음 세 부분으로 구성된다. 우선 첫째, 본 연구의 이론적 배경을 구성하

3) 정인섭, 『신국제법강의』, 제12판 (박영사, 2022), 65면; Anthea Roberts, “9. Subsequent Agreement and Practice: The Battle over Interpretive Power”, in Georg Nolte (ed), *Treaties and Subsequent Practice* (Oxford University Press, 2013), p. 95; Robert Y. Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim’s International Law, Vol. 1, Peace, 9th edition* (Longman, 2008), p. 41.

4) 이 이론과 관련하여 본 연구에서는 law-making의 개념을 일반적으로 관련된 권한을 부여받고 그에 따라 법규범을 입안, 형성하는 행위를 지칭하는 용어로서 사용되는 ‘legislation’의 개념보다 더 큰 범주로서 이해하며 law-making 개념 안에 legislation이 포함되는 것으로서 간주한다.

5) Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, “International Courts as Lawmakers” in Rüdiger Wolfrum and Ina Gätzschmann (eds), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer 2013), p. 162.

6) Christopher G. Weeramantry, “Constitutional and Institutional Developments: The Function of the International Court of Justice in the Development of International Law”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 10, Issue 2 (2009), p. 311; Nienke Grossman, “The Normative Legitimacy of International Courts”, *Temple Law Review*, Vol. 86, Issue 1 (2013), p. 63

7) Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press 1944), pp. 202-203.

는 국제재판소에 의한 법규범 창설 효과를 탐구한다. 여기에서는 재판소가 다른 국제법주체의 규범적 기대에 영향을 줄 수 있는 다양한 경로 중, 조약의 해석을 통한 상기 효과의 발현에 주목한다. 이어 둘째, 국제재판소에 의한 법규범 창설 효과가 구체적으로 어떻게 발현될 수 있는지를 실체법과 절차법의 경우로 구분하여 제시하도록 하겠다. 그리고 마지막으로 셋째, 이상으로 탐구한 이론적 배경을 UNCLOS 제15부에 적용해 보았을 때 이의 구조적 특징으로 인해 도출하고 추론해볼 수 있는 연구 쟁점을 확인하도록 하겠다.

II. 사법해석을 통한 법규범 창설

국제법에서 재판소에 의한 법규범 창설이나 그 효과에 대한 이론적 논의는 그간 학계에서 활발히 연구되어왔다. 국제재판소의 최우선 소임이 회부된 분쟁의 평화적 해결에 있음을 부정할 수는 없지만, 국제재판소의 역할이 꼭 그에만 한정되지 않는다는 관점은 많은 학자에 의해서 견지되어오고 있다.⁸⁾ 국제재판소에 의한 법규범 창설의 견해도 바로 위의 관점과 같은 맥락에서 확인해 볼 수 있다. 예컨대, Hersch Lauterpacht는 재판소에 의한 법규범 창설은 기존 법질서를 의도적으로 무시하는 것이 아닌 한 건전하면서도 피할 수 없는 현상이라 하였다.⁹⁾ Armin von Bogdandy나 Ingo Venzke, Øystein Jensen과 같은 학자는 국제재판소에 의한 법규범 창설은 사법적 분쟁해결의 부산물(by-product)로서 간주하며 이는 필연적으로 발생한다는 점을 지적하기도 한다.¹⁰⁾ 유사한 맥락에서, Alan Boyle과 Christine Chinkin은 국제재판소의 이와 같은 능력을 부정하는 것은 국제법의 주요 법규범 창설 행위자로서 이들의 역할에 대한 현실을 사실상 무시하는 것이라고 주장하기도 하였다.¹¹⁾

이처럼 사법적 기능을 수행하는 과정에서 국제재판소에 의한 법규범 창설 효과를 기대할 수

8) 대표적으로 국제재판소에 의한 국제법의 발전의 역할에 주목한 연구들을 꼽을 수 있을 것이다; Jennings and Watts, *supra* note 3, p. 41; Charles de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* (Rev. edn, Princeton University Press, 1968), p. 390; Higgins, *supra* note 7, p. 20 2. ICJ 또한 가장 최근(2019) 발간한 자체적인 *Handbook*에서 ICJ의 판결은 필연적으로 국제법의 발전에 기여한다고 언급하기도 하였다(ICJ, *Handbook* (2019), p. 77 (<https://www.icj-cij.org/public/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf>; 최종 방문일 - 2023.03.10)).

9) Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Stevens, 1958), p. 156. 원문은 다음과 같다; “Judicial legislation, so long as it does not assume the form of a deliberate disregard of the existing law, is a phenomenon both healthy and unavoidable.” Lauterpacht는 ‘judicial law-making’ 대신 ‘judicial legislation’이라는 용어를 사용하였지만, 여기서 언급된 ‘legislation’은 문맥상 본고 각주 4번에서 정의한 ‘legislation’이 아닌 ‘law-making’의 정의에 더 가까운 의미로서 사용되었다.

10) Bogdandy and Venzke, *supra* note 5, p. 169; Ingo Venzke, “Making General Exceptions: The Spell of Precedents in Developing Article XX GATT into Standards for Domestic Regulatory Policy” in Armin von Bogdandy and Ingo Venzke (eds), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance* (Springer, 2012), p. 179; Øystein Jensen, “General Introduction” in Øystein Jensen (ed), *The Development of the Law of the Sea Convention: the Role of International Courts and Tribunals* (Edward Elgar Publishing 2020), p. 6.

11) Alan E. Boyle and Christine. M. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), p. 268.

있는 이유로는 아무래도 국제재판소가 국제법 문제에 대하여 향유하는 권위에서 찾을 수 있을 것이다. 여기서 언급되는 ‘권위’는 다른 행위자에게 요구되는 행위를 지시하거나 그에 영향을 미치는 힘을 지칭한다.¹²⁾ 국제법에서 국제재판소는 특정 법규범의 의미를 형성하거나 그 과정에 영향을 미치며, 이에 다른 국제법주체가 특정 국제법을 이해하는데 재판소의 견해를 판단 기준으로 인식하게끔 하는 권위를 향유한다.¹³⁾ 또한 국제재판소의 법적 판단은 종종 무엇이 현시대에 적용되는 국제법 규칙인지를 보여주는 증거로서 간주되기도 한다.¹⁴⁾ 이와 같은 국제재판소의 권위는 국제법상 사법기관의 지위에서 기인하는데, 대표적으로 ICJ는 UN의 유일한 사법기관으로서 가지는 지위로 인해 특정한 규범이나 원칙의 의미에 권위 있는 목소리를 낼 수 있는 것으로 여겨진다.¹⁵⁾

국제재판소는 여러 경로를 통해 다른 국제법주체의 규범적 기대를 형성하거나 그 변화에 영향을 미칠 수 있다. 대표적으로, 국제재판소는 국제법의 주요 법원의 하나로서 관습국제법을 확인하거나 그 내용을 구체화해줌으로써 국가를 비롯한 다른 국제법주체들의 규범적 기대에 영향을 미칠 수 있다.¹⁶⁾ 나아가 국제재판소는 판결을 통해 무엇이 국제법에서 적용될 수 있는 법의 일반 원칙에 해당하는지를 인정해주며 또한 관련된 규범적 기대를 형성하게 된다.¹⁷⁾ 과거 ICJ의 Alvarez 재판관은 위와 같은 법의 연원의 맥락이 아니더라도, 국제재판소가 현재 국제사회에서 요구되는 조건들을 고려할 때 무엇이 오늘날의 국제법에 해당하는지를 천명해 줌으로써 법을 “창설(creates)”할 수 있다고 언급하기도 하였다.¹⁸⁾ 그리고 여기에 더하여 조약으로서 구성된 법규범의 경우, 국제재판소는 이에 대한 해석을 통해서도 조약 당사국들을 비롯한 다른 주체들의 규범적 기대를 형성하거나 변화시킬 수 있다. 본 연구는 바로 이 마지막 경로에 주목한다.

일단, 국제재판소에 의한 사법해석은 자신의 주관과 판단에 따라 쟁점이 되는 조약 문언의 의미와 내용을 결정하는 능동적이고 창의적인 성질의 행위에 해당한다. 국내법과 국제법을 막론하

12) Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Clarendon 1979), pp. 7-9; Karen J. Alter, Laurence R. Helfer and Mikael Rask Madsen, “How Context Shapes the Authority of International Courts” in Karen J. Alter, Laurence R. Helfer and Mikael Rask Madsen (eds), *International Court Authority* (First edn, Oxford University Press 2018), pp. 25-26; Kenneth Ehrenberg, “Joseph Raz’s Theory of Authority”, *Philosophy Compass*, Vol. 6, Issue 12 (2011), pp. 884-885.

13) Ingo Venzke, *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists* (Oxford University Press 2012), p. 63.

14) Sir Lauterpacht, *supra* note 9, p. 21; Higgins, *supra* note 7, pp. 202.

15) Boyle and Chinkin, *supra* note 11, p. 269; Michael Bothe, “Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations?” *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 11 (1980), p. 65 .

16) 정인섭, 앞의 주 3, 66면; Karin Oellers-Frahm, “Lawmaking Through Advisory Opinions?” in Armin von Bogdandy and Ingo Venzke (eds), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance* (Springer, 2012), pp. 79-86; Eyal Benvenisti, “Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency” in Eyal Benvenisti and Moshe Hirsch (eds), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives* (Cambridge University Press, 2004), p. 86.

17) Neha Jain, “Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 57, Issue 1 (2016), p. 111.

18) *International Status of South-West Africa, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, Dissenting Opinion of Judge Alvarez*, p. 177.

고 법적 문서를 해석할 때에는 기본적으로 해석자의 주관적인 판단에 따라 그 내용과 범위가 결정되게 된다.¹⁹⁾ 조약의 경우도 마찬가지로, 조약의 해석은 그 문언의 수많은 의미 가운데 하나를 선택해 이루어진다는 측면에서 창조적인 행위이자 다분히 주관적인 과정이라 할 수 있다.²⁰⁾ 이 같은 측면에서 과거 국제법위원회(International Law Commission, 'ILC') 또한 조약법에 관한 협약 초안 주석서에서 조약을 해석하는 행위가 정확한 과학적 행위라기보다는 예술적 행위에 가깝다고 묘사하기도 하였다.²¹⁾ 사법해석 역시 다르지 않다. 회부된 분쟁을 해결하는 과정에서 특정 조약의 해석이 요구될 때, 국제재판소는 단순히 양 분쟁 당사국에 의해 주장된 해석 중 어느 하나를 그저 선택하지는 않는다.²²⁾ 오히려 국제재판소는 해석에 임할 때 자신만의 논리와 근거를 토대로 쟁점이 되는 조약 문언의 의미를 파악하고 그 범위를 결정한다.²³⁾

이렇게 부여된 국제재판소의 해석은 동일한 법적 문제에 대한 다른 국제법주체들의 해석보다 더 큰 영향력을 가지는 것으로 여겨진다. 어떤 한 조약의 문언에 대한 국제재판소의 해석은 해당 조항에 대한 권위 있는 해석으로 여겨지며 그 조약의 다른 모든 당사국에게 영향을 미치게 된다.²⁴⁾ 사법해석의 이와 같은 현실적인 영향력은 ICJ 재판소 규정 제63조에도 투영되어있다. ICJ 규정 제63조 1항은 ICJ에 회부된 사건에서 분쟁 당사자 이외의 다른 국가가 당사국으로 있는 협약의 해석이 문제가 된 경우에 재판소 서기는 모든 협약 당사국에게 그와 같은 사실을 통고할 것을 규정하고 있다. 이어 제63조 2항은 그렇게 통고받은 국가가 해당 소송절차에 참가할 수 있는 권리를 명시한다. 상기했듯 국제법상 기판력의 원칙에 따를 때 재판소의 판결은 같은 조약의 당사국이라 할지라도 원칙적으로 이들에게 어떠한 구속력도 가지지 아니한다. 그럼에도 불구하고 위 규정은 ICJ의 해석이 같은 조약의 다른 당사국에게도 상당한 권위를 가지며, 중국에는 ICJ의 해석을 따르고 수용하게 될 수밖에 없다는 현실을 반영하고 있는 규정이라 할 수 있다.²⁵⁾ 이는 곧 해당 조약에 대한 당사국들의 규범적 기대가 사법해석에 의해 실질적으로 형성될 수 있음을 의미하며, 결론적으로 특정 조약을 해석하기 위한 국제재판소의 선택과 결정이 법규범 창설 효과의 발현으로 귀결될 수 있음을 보여준다.²⁶⁾

19) Matthias Herdegen, "Interpretation in International Law" (2020) *Max Planck Encyclopedias of International Law*, para. 1; Joost Pauwelyn and Manfred Elsig, "The Politics of Treaty Interpretation" in Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack (eds), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (Cambridge University Press, 2012), p. 450.

20) Weeramantry, *supra* note 6, p. 314; Duncan French, "Treaty Interpretation and The Incorporation Of Extraneous Legal Rules", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, Issue 2 (2006), p. 281.

21) International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission, Vol. 2* (1966), p. 218, para. 4. 이 부분의 원문은 다음과 같다; "In other words, recourse to many of these principles is discretionary rather than obligatory and the interpretation of documents is to some extent an art, not an exact science."

22) Lauterpacht, *supra* note 9, p. 21.

23) James Harrison, "Judicial Law-Making and the Developing Order of the Oceans", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 22, Issue 2 (2007), p. 286.

24) Sir Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Oxford University Press, 2011), p. 263; Roberts, *supra* note 3, p. 95.

25) Alina Miron and Christine Chinkin, "Article 63" in Andreas Zimmermann and others (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd edn (Oxford University Press 2019), p. 1743, para. 2.

이는 UNCLOS에도 동일하게 적용될 수 있다. 예컨대, 동 협약 제287조에 명시된 제15부에 따라 관할권을 행사할 수 있는 재판소(‘제15부 재판소’)의 하나인 국제해양법재판소 (International Tribunal for the Law of the Sea, ‘ITLOS’) 또한 재판소 규정(제6부속서) 제32조를 통해 이 협약의 해석이나 적용이 문제 되는 경우 서기가 모든 당사국에게 이를 즉시 통고하고, 이들은 소송참가의 권한을 가진다 규정한다. 이는 ICJ 규정 제63조에 상응하는 것으로서 역시 ITLOS의 해석이 UNCLOS의 다른 당사국에게 미칠 수 있는 실질적인 영향이 반영된 규정이라 할 수 있다.²⁷⁾ 특히 UNCLOS와 같이, 성안 당시 국가들의 다양한 견해를 타협하고 조정하는 과정이 요구되어 그 해석상 많은 불명확성을 남겨준 조약에 대한 사법해석의 영향력은 더 커지게 된다. 특정한 규범이나 제도와 관련하여 해석상 공백이 존재하는 경우, 국제재판소의 해석은 그 조약의 문언에 이미 드러나 있는 의미를 단순히 읽어내는 것 이상의 의미를 가진다. 이때 사법해석은 조약 문언에 명확히 표현되지 않거나 자세하게 규정되어있지 않은 쟁점을 결정하게 되는데, 이는 곧 국제재판소가 해석의 행위를 통해 해당 조약에 직접 명시되지 않은, 사실상 새로운 권리 및 의무관계를 형성하고 구체화하는 데 영향을 미칠 수 있음을 보여준다.²⁸⁾

그렇다면 UNCLOS 제15부에 규정된 강제적 분쟁해결제도는 어떠한가? 만약 사법해석이 UNCLOS에도 법규범 창설과 같은 효과를 낼 수 있음을 인정한다면, 국제재판소의 그와 같은 창조적인 역할은 역시 이 협약의 단일한 일체를 구성하는 제15부에도 확장될 수 있을 것이다. 제3차 UN해양법회의 당시, 강제성을 가지는 분쟁해결제도는 많은 국가 간 상반된 입장과 이해관계 사이의 긴 타협과 교섭을 거친 끝에 새로운 해양법협약에 도입될 수 있었다.²⁹⁾ 이와 같은 이유로 UNCLOS 제15부는 필연적으로 모호하고 불명확한 문언으로 구성되는 조항들로 구성되는 결과로 이어지게 되었다. 하지만 이 경우, 성안 당시 예측되지 못했던 새로운 관할권 문제나 더 상세한 지침을 요구하는 절차적 사항에 대해서는 제15부 제 조항의 문언과 성안 기록만으로는 명확한 해답을 구할 수 없게 된다.³⁰⁾ 결국, 제15부 재판소로서는 자신에게 회부된 분쟁을 해결하

26) Weeramantry, *supra* note 6, p. 314.

27) Nordquist and others, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, para. A.VI.156.

28) David H. Anderson, “Some Aspects of the Use of Force in Maritime Law Enforcement” in Nerina Boschiero and others (eds), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (T. M. C. Asser Press, 2013), p. 242; Ingo Venzke, “The Role of International Court as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, Vol. 34, Issue 1 (2011), pp. 99-100; Venzke, *supra* note 13, p. 136; Pauwelyn and Elsig, *supra* note 19, pp. 449-468.

29) Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2005), p. 24; Igor V. Karaman, *Dispute Resolution in the Law of the Sea* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), p. 6. Elliot L. Richardson, “Dispute Settlement Under the Convention on the Law of the Sea: A Flexible and Comprehensive Extension of the Rule of Law to Ocean Space” in Thomas Buergenthal (ed), *Contemporary Issues in International Law: Essays in honor of Louis B Sohn* (Engel 1984); Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea, 3rd edn* (Cambridge University Press, 2019), p. 534.

30) 절차법을 규율하는 구성조약(constitutive treaty)에서 확인할 수 있는 여러 해석상의 공백과 그 이유에 대해서는 다음을 참고할 수 있다; Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication* (Oxford University Press, 2007), pp. 40-41; Edward Gordon, “The World Court

기 위해서 이 협약상 분쟁해결제도가 개별 분쟁상황에서 실제로 어떻게 기능하고 작동해야 하는지 스스로 결정을 내려야만 하는 상황을 마주하게 될 수 있다. 그리고 이러한 과정을 거쳐 부여된 국제재판소의 판단은 역시 이들이 향유하는 권위적인 지위로 인해 그 사건과 사건 당사자의 범위를 넘어 UNCLOS 다른 당사국들에게도 영향을 미치게 된다. 앞서 제시했던 국제재판소에 의한 법규범 창설의 정의를 고려한다면, 결국 제15부 재판소의 사법해석은 이 협약상 분쟁해결제도와 관련된 다른 당사국들의 규범적 기대를 실질적으로 변화시키고 형성할 수 있는 것으로 간주할 수 있다.

III. 국제재판소에 의한 법규범 창설 효과는 어떻게 발현되는가?

앞선 절에서는 조약을 통해 규정된 법규범의 경우 국제재판소에 의한 해석이 다른 국제법주체의 규범적 기대를 형성하고 변화시키는 등의 영향력을 가질 수 있을 것이라 판단해 보았다. 그렇다면 다음으로는 이렇게 확인한 국제재판소에 의한 법규범 창설 효과가 어떠한 과정을 거치며 발현될 수 있는지 살펴볼 필요가 있을 것이다. 특히 본 연구가 초점을 맞추고 있는 UNCLOS 제15부와 같은 절차법과 실체적 사항을 규율하는 다른 국제법 사이의 차이를 고려할 때, 이들에 대한 국제재판소에 의한 법규범 창설 효과 역시 다른 과정을 거치며 발현될 것을 예상해볼 수 있다. 이와 같은 비교로서 확인하게 될 절차법에 대한 사법해석의 법규범 창설 효과 발현과정은 UNCLOS상 분쟁해결제도에 대한 제15부 재판소의 해석이 다른 당사국의 규범적 기대에 영향을 미치는 양상을 파악하는 데 도움을 줄 수 있을 것이다. 그렇다면 먼저 실체법의 경우를 살펴보고록 하겠다.

1. 실체법의 경우 - 다른 국제법주체 설득의 과정을 통한 법규범 창설

서론에서 정의했듯, 국제재판소에 의한 법규범 창설은 재판소의 판단에 의해 다른 국제법주체들의 규범적 기대가 형성되고 변화되는 것을 지칭하기에 이는 곧 그 사건 판결의 영향력이 개별 사건의 범위를 넘어서도 발현될 수 있음을 상정한다. 하지만, 이와 같은 다른 행위자들의 규범적 기대에 미치게 되는 영향은 단순히 국제재판소가 한 사건에서 특정한 법적 문제에 대한 판단을 내려주는 것만으로 발현되지는 않는다. 일단 재판소가 판결을 내리게 되면 이를 통해 전달한 법적 판단이 다른 국제법주체들에게 실질적으로 영향을 미칠 수 있을지의 여부는 사실상 그 재판소의 손을 떠난 문제가 된다.³¹⁾ 오히려 이는 해당 재판소 결정이 설득력 있는 것인지, 받아 들일만한 판단인지 등에 대한 다른 국제법 행위자들의 인식에 달려있다 할 수 있다.³²⁾ 즉, 국제재판소

and the Interpretation of Constitutive Treaties: Some Observations on the Development of an International Constitutional Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 59, Issue 4 (1965), pp. 804-805.

31) Christian J. Tams and Antonios Tzanakopoulos, “Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 4 (2011), p. 785.

가 내리는 법적 판단에 일정한 권위가 수반될 수 있다는 점과는 별개로, 이들이 그 자체로서 자동적으로 다른 국제법주체들의 규범적 기대를 형성하거나 변화시키게 되는 것은 아니라는 것이다.³³⁾ 그리고 이와 같은 점은 특히 개별 국제법주체들 사이의 직접적인 권리와 의무관계를 규율하는 실체법의 경우 더 두드러진다고 할 수 있다.

국제법상 존재하는 다양한 행위자들은 특정한 법적 문제에 대하여 국제재판소에 의해 내려진 판단을 수용할지 여부를 자유롭게 판단할 수 있다. 따라서 재판소의 판단이 실질적인 영향력을 가지기 위해서는 자신이 실시한 법리나 판단 근거가 다른 국제법주체들을 설득하는 과정이 반드시 요구된다 할 수 있다.³⁴⁾ 국가의 경우를 예로 들어보자면, 만약 어떤 한 국제재판소의 판단을 국가들이 일반적으로 수용하고 이에 근거하여 일관된 국가 관행이 수립되어 나간다면, 우리는 해당 판단이 상당한 영향력을 가지는 것으로 평가할 수 있을 것이다.³⁵⁾ 물론 국제재판소의 판단이 쟁점이 되는 법규범에 관한 창설적 효과를 발현하기 위해 항상 다른 모든 국제법주체들에 의한 수용이 요구된다고 할 수는 없을 것이다.³⁶⁾ 하지만 위와 대조적인 결과가 나타난 경우라면 해당 판단은 오직 예외적이고 특수한 상황에만 적용되는, 최소한의 영향력을 가진 것으로 평가될 것이다.³⁷⁾

그렇기에 국제재판소 결정의 법규범 창설적 효과는 이에 대하여 자발적으로 이루어지는 국제사회의 수용 과정을 거친 끝에 발현된다. 그리고 여기에는 국가를 비롯, 관련 국제기구나 저명한 학자들 등 많은 국제사회의 행위자들이 직·간접적으로 참여하게 된다.³⁸⁾ 특정 법적 문제에 대한 국제재판소의 판단은 이처럼 국제법의 다양한 주체들 간 법적 담론의 화제를 구성하게 되며, 그 과정에서 국제재판소의 본래 판단이 더 확장되거나 정교히 보완되는 등의 발전과 변화가 발생하기도 한다.³⁹⁾ 어떤 판결이 각 국가 국내 입법이나 집행과 밀접히 관련된 경우라면 해당 판단이 더 많은 변형을 거친 끝에 국내적으로 적용될 것이라는 점 또한 예상해볼 수 있다.⁴⁰⁾ 결국 이러한 과정을 거친 끝에야 국제재판소 판결에서 적용된 방법론과 근거 법리를 어떻게, 그리고 어느 정도로 수용하게 될지가 최종적으로 결정된다고 할 수 있다. 앞서 언급했던 국제재판소에 의한 설득의 과정은 바로 위와 같이 다양한 국제법주체가 참여하는 수용과 변화 그리고 발전의 과정인 것이다.

32) Niels Petersen, "Lawmaking by the International Court of Justice - Factors of Success" in Armin von Bogdandy and Ingo Venzke (eds), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance* (Springer, 2012), p. 414.

33) Ibid.

34) Tams and Tzanakopoulos, *supra* note 31, p. 785.

35) Boyle and Chinkin, *supra* note 11, pp. 300-301; Roberts, *supra* note 3, p. 95.

36) Petersen, *supra* note 32, p. 414.

37) Boyle and Chinkin, *supra* note 11, p. 301.

38) Gleider I. Hernández, "International Judicial Lawmaking" in Brölmann C and Radi Y (eds), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Edward Elgar Publishing Limited, 2016), p. 202.

39) 이와 같은 다양한 양태의 법적 담론에 대하여는 다음을 참고할 수 있다; Petersen, *supra* note 32.

40) 이 부분과 관련하여서는 다음을 참고하였다; Markus Fyrnys, "Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights" in Armin von Bogdandy and Ingo Venzke (eds), *International Judicial Lawmaking: on Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance* (Springer 2012), pp. 1234-1235; Bogdandy and Venzke, *supra* note 5, p. 163.

실체적 사항을 규율하는 국제법과 관련한 이상의 국제재판소의 법규범 창설 효과 발현과정을 잘 보여주는 대표적인 사례로 연안국의 기선 설정 방법의 하나인 직선기선 (straight baseline) 과 관련된 법리의 발전을 참고해볼 수 있다. 1951년 *Fisheries (UK v. Norway)* 사건에서 ICJ는 연안국 해역의 폭 결정을 위한 기선 작도 방식으로서 직선기선 방식의 적법성을 인정한 바 있었다. 흥미로운 점은, 이 사건에서 ICJ의 판단이 있기 전까지 노르웨이를 제외하고는 국제사회에서 직선기선을 통해 기선을 작도한 어떠한 국가 관행도 존재하지 않았다는 점이다.⁴¹⁾ 이 사건 당사자였던 영국 또한 이와 같은 일반적인 국가 관행의 부재를 근거로 직선기선 방식의 적용에 반대하였으나 ICJ는 노르웨이의 지형적 특성과 다른 역사적, 경제적 요인을 고려하여 노르웨이가 택한 직선기선 방식이 국제법과 위배되지 않는다 판시하였다.⁴²⁾ 이처럼 직선기선 방식 적용에 대한 당시 국제사회의 지지가 부재하였음에도 이를 적법하다 판시해 준 것은 ICJ가 기선의 작도 방식과 관련한 새로운 국제규범을 창설한 것과 그 결과적인 측면에서는 다를 바 없었다.⁴³⁾

ICJ의 이와 같은 판결 이후 많은 국가들은 직선기선 방식을 적용한 기선을 자국 국내법으로 수용하기 시작하였고, 이에 1955년까지 1개(노르웨이)에 불과했던 직선기선을 선포한 국가는 1965년에는 11개, 1975년에는 32개, 1985년에는 54개 등 지속적으로 증가하였다.⁴⁴⁾ 하지만 ICJ의 판단이 단순히 각 국가 국내입법의 차원에서만 영향을 미친 것은 아니었다. 당시 제1차 UN해양법회의에서 논의될 해양법협약 초안을 작성하던 ILC는 직선기선에 관한 상기 ICJ의 판단을 두고 “expressing the law in force”라 표현하며 이를 수용하였고,⁴⁵⁾ 나아가 직선기선 작도를 규정한 조항을 포함한 보고서를 UN 총회에 제출하였다.⁴⁶⁾ 결국, 이와 같은 직선기선 제도는 1958년 체결된 해양법에 관한 4개 제네바 협약 중 영해 및 접속수역에 관한 협약 제4조 및 7조에 도입되었고, 훗날 UNCLOS에도 도입되었다.

이렇게 살펴본 직선기선에 관한 사례는 국제재판소의 판단이 특정한 실체적 국제법규범의 발전에 어떻게 영향을 미치게 되는지를 잘 보여준다. 직선기선에 관한 ICJ의 판단 또한 다양한 국제법주체들이 관여되는 법적 담론의 화제가 되었고, 이를 통한 수용의 과정을 거쳤다. 무엇보다 해당 ICJ의 판단은 국제법과 관련한 기관(ILC)에서 국제법 전문가와 실무자들의 논의 대상이 되었으며, 다자간 협약 성안을 위한 정부 간 회의(제1차 및 3차 UN해양법회의)에서 각국 정부 대표들 간에도 논의되었다. 그리고 최종적으로는 조약과 각국의 입법을 통해 수용되었다. 주목할 점은 이러한 일련의 과정을 거치며 *Fisheries* 사건에서 내려진 직선기선에 관한 ICJ의 판단이 그대로 수용되기만 한 것은 아니었다는 점이다. 앞서 살펴본 다양한 층위의 논의과정을 거치며 직선

41) Farhad Talaie, “The Issue of Straight Baselines in the International Law of the Sea and State Practice”, *Maritime studies*, Vol. 1999, Issue 105 (1999), p. 8; Tullio Scovazzi, “Where the Judge Approaches the Legislator: Some Cases Relating to Law of the Sea” in Nerina Boschiero and others (eds), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (T. M. C. Asser Press, 2013), p. 300; Tullio Scovazzi, “Baselines”, *Max Planck Encyclopedias of International Law* (2007), para. 10.

42) *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116, p. 143.*

43) Boyle and Chinkin, *supra* note 11, p. 283; Scovazzi, “Where the Judge Approaches the Legislator: Some Cases Relating to Law of the Sea”, *supra* note 41, pp. 300-302.

44) Talaie, *supra* note 41, pp. 8-14. 2019년 현재까지 직선기선을 선포한 국가들과 선포 시점 일람은 다음을 참고할 수 있다: Coalter G. Lathrop, J. Ashley Roach and Donald R. Rothwell, *Baselines under the International Law of the Sea - Reports of the International Law Association Committee on Baselines under the International Law of the Sea* (Brill, 2019), Appendix 1, Straight Baseline Segments, pp. 126-153.

45) ILC, *Yearbook of the International Law Commission, Vol. 2* (1956), p. 267.

46) UNGA, “A/RES/1105(XI) International Conference of Plenipotentiaries to Examine the Law of the Sea”.

기선과 관련한 법리도 더 정교히 다듬어지고 관련된 다른 해양법 규범으로도 확장되어 적용되었다. 예컨대, 현재 UNCLOS에 규정된 직선기선 제도는 단순히 기선의 작도 방식(제7조)을 규정하는 것에 그치지 않고 내수에서의 무해통항(제8조), 만(제10조), 해협(제35조) 등의 규범들에도 적용되어 이들을 규율한다. 이처럼 실체법에 대한 국제재판소의 법규범 창설효과는 국제사회의 다양한 행위자들을 설득하는 과정에서 수용과 변형, 발전을 거친 끝에 실질적으로 발현하게 된다.

2. 절차법의 경우 - 국제재판소의 자체적인 판단을 통한 법규범 정립

반면 절차법의 경우 실체법과 대조적으로 위와 같은 다른 국제법주체에 대한 설득의 과정이 반드시 요구된다고 볼 수는 없다. 이는 절차적 사항에 대하여 국제재판소가 향유하는 지배적인 지위에 기인한다. 국제적 사법행위와 관련된 다양한 규칙들의 총체⁴⁷⁾라 정의할 수 있는 국제법상 절차법은 재판소에 의한 사법적 기능 수행을 통제하는 동시에 국가가 사법기관을 통해 자신의 권리 행사를 강제하는 방법을 규율하는 규범에 해당한다.⁴⁸⁾ 따라서 보다 넓은 의미에서 절차법에는 재판소의 구성, 비용, 표결 방식 등 재판소가 판결에 이르는 과정에서 요구되는 제 규칙뿐만 아니라 그 재판소가 분쟁을 해결하기 위해 요구되는 관할권 규정, 절차적 요건 및 여타 권능과 기능 역시도 포함한다.⁴⁹⁾

일반적으로 위와 같은 절차법 규범의 이행을 지배적인 위치에서 통제하고 관련된 사항을 결정하는 주체는 바로 그에 따라 사법적 기능을 수행하는 개별 국제재판소다.⁵⁰⁾ 국제재판소가 일반적으로 향유하는 이러한 지배적인 위치를 잘 보여주는 것으로 국제재판소의 ‘관할권에 대한 관할권 (compétence de la compétence (jurisdiction as to jurisdiction))’을 들 수 있을 것이다. ‘관할권에 대한 관할권’은 곧 국제재판소의 관할권이나 수리적격성에 대해 문제가 제기되는 경우 그 내용을 다름 아닌 재판소 스스로가 결정할 수 있는 권능을 지칭한다.⁵¹⁾ ‘관할권에 대한 관할권’과 마찬가지로, 사법적 분쟁해결제도를 규율하는 구성조약 (constitutive treaty)이 특정한 절차적 문제에 대하여 침묵하거나 불충분한 지침을 주는 경우 국제재판소는 사법적 기능 수행을 위해 해당 절차적 사항을 스스로 판단하고 결정 내리게 된다.⁵²⁾ 여기서 개별 국제법주체들 사이의

47) Robert Kolb, “General Principles of Procedural Law” in Andreas Zimmermann and others (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd edn (Oxford University Press, 2019), p. 965.

48) Hugh Thirlway, “Procedural law and the International Court of Justice” in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Grotius Publications, 1996) p. 389; Kolb, *supra* note 47, pp. 965-966; Stephen C. Yeazell, “Procedural Law - Introduction” *Britanica Academic Online* (<https://academic-eb-com.ezproxy.lib.gla.ac.uk/levels/collegiate/article/procedural-law/109440>; 최종 방문일 -2023.03.10).

49) Kolb, *supra* note 47, p. 965.

50) Ingo Venzke, “Antinomies and Change in International Dispute Settlement: An Exercise in Comparative Procedural Law” in Rüdiger Wolfrum and Ina Gätzschnmann(eds), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), p. 241.

51) Bin Cheng, *supra* note 1, p. 245.

52) Venzke, *supra* note 50, p. 243; Chester Brown, “The Inherent Powers of International Courts and Tribunals”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 76, Issue 1 (2006), p. 201; Göran Sluiter, “Procedural Lawmaking at the International Criminal Tribunals” in Shane Darcy and Joseph Powderly (eds), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*

직접적인 권리와 의무관계를 규율하는 실체법과 달리, 특정 재판소의 절차법은 해당 분쟁해결제도가 어떤 목적과 역할을 담당하는지, 그리고 실제로 어떻게 작동하는지를 규율한다는 특징을 가진다.⁵³⁾ 이와 같은 점들을 종합해 보자면 결국 국제재판소에 의한 절차법규범 창설은 곧 사법기관이 자신의 역할과 기능에 대한 스스로의 이해를 반영하여 해당 분쟁해결제도의 구조적·기능적 특징을 구성하고 형성해 나가는 것이라 할 수 있다.⁵⁴⁾

실체법처럼 절차법의 경우에도 국제재판소에 의한 법규범 창설 효과는 개별적인 사건을 해결하는 과정에서 부수적으로 발생한다. 국가 간 소송에서 절차적 사항에 관한 어떠한 문제나 이견도 제기되지 않는 사건은 존재할 수 없다.⁵⁵⁾ 특히 UNCLOS 제15부에서 규정하는 강제절차와 같이 한 국가에 의해 일방 제기된 소에서 피소국이 재판소의 관할권이나 제소국 청구의 수리적적격성에 관한 항변을 제기하는 것은 흔히 발견할 수 있는 경향에 해당한다. 이때 제기되는 항변은 곧 특정 절차규범이 다양한 개별 분쟁 상황에서 실제로 어떻게 해석되고 적용되어야 하는지에 관한 문제로 귀결된다. 사건을 담당하는 국제재판소는 제기된 모든 항변을 심리하기에, 결국 절차법규범은 그에 따라 회복된 분쟁을 해결하기 위한 재판소의 실행과 재판소가 설정하는 방향성에 따라 실질적으로 발전하게 된다는 점을 알 수 있다.⁵⁶⁾

하지만 실체법을 규정하는 국제법과 달리 위와 같은 과정에 재판소를 제외한 다른 국제법주체들이 실질적으로 관여할 여지는 크지 않다. Manley O. Hudson은 특정 규범을 개별 상황과 맥락에 맞추어 적용해 나가는 것이야말로 그 규범의 발전을 위한 요인을 구성하게 되는데, 재판소는 바로 이와 같은 방식으로 발전과정에 공헌할 수 있다고 언급한 바 있다.⁵⁷⁾ 앞서 살펴본 재판소와 절차법규범 사이의 지배적인 관계를 고려한다면, 결국 해당 절차법 발전에 있어 지배적인 영향력을 행사하는 거의 유일한 주체는 이를 실제 사건에 직접 적용하고 해석하는 국제재판소가 된다.⁵⁸⁾ 대조적으로, 국가들로서는 어떤 절차법 문제에 대해 재판소가 내려준 판단을 그대로 수용하거나 해당 절차법에 대한 자신의 기속적 동의를 철회하는 등의 매우 제한적인 선택지만 남게 된다.⁵⁹⁾ 이처럼 절차법의 발전과정에서는 설득이나 변형과 같은, 실체법의 경우 확인해볼 수 있었던 국제재판소의 판단과 다른 국제법주체들 사이의 상호작용은 찾기 힘들다 할 수 있다.

절차적 사항을 규율하는 국제법과 관련하여 국제재판소에 의한 법규범 창설 효과 발현을 잘 보여주는 사례로 ICJ 규정 제36조 2항에 따른 선택조항(optional clause) 수락 선언의 발효 시

(Oxford University Press, 2010), p. 315; Michael Ioannidis, "A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication: Developing Standards of Participation in WTO Law" in Armin von Bogdandy and Ingo Venzke (eds), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance* (Springer, 2012), p. 223.

53) Venzke, *supra* note 50, pp. 235-236.

54) Ioannidis, *supra* note 52, p. 224.

55) Elihu Lauterpacht, "Principles of Procedure in International Litigation", *Recueil des cours, Collected Courses (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)*, Vol. 345 (Martinus Nijhoff, 2009), p. 409.

56) Venzke, *supra* note 50, p. 243.

57) Manley O. Hudson, *Progress in International Organization* (Stanford University Press, 1932), p. 80.

58) Venzke, *supra* note 50, p. 242.

59) Ioannidis, *supra* note 52, p. 235.

접 문제에 대한 ICJ의 판단을 들 수 있다. 상기 조항은 당사국이 동일한 의무를 수락한 국가와의 관계에서 특별한 합의 없이도 ICJ의 관할권을 강제적인 것으로 인정하고 이를 사전에 수락할 수 있음을 규정한다.⁶⁰⁾ 그리고 ICJ 규정 제36조 4항은 그와 같은 선언이 UN 사무총장에게 기탁되어야 하고 사무총장은 해당 사본을 ICJ 규정 당사국과 ICJ 서기에 송부할 것을 명시한다. 그러나 ICJ 규정 제36조 2항이나 4항의 문언에서는 선택조항 수락 선언이 어느 시점에 발효가 되는지에 대한 어떠한 지침도 확인할 수 없다. Right of Passage 사건에서는 바로 이와 같은 선언의 발효 시점에 대한 쟁점이 제기되었는데, 그 배경에는 이 사건 제소국인 포르투갈이 ICJ의 선택조항을 수락한 지 단 3일 만에(1955년 12월 19일 수락, 12월 22일 개시) 본 사건을 개시하였다는 점이 자리했다. 위 사건의 피소국이었던 인도는 본 사건에 대한 소송절차가 개시된 시점(1955년 12월 22일)에 자신은 포르투갈이 3일 전에 선언한 수락에 관한 내용을 송부받지 못하였을 때였으며, 하루 뒤인 12월 23일 위 절차 개시에 관한 통보를 통해 제소국의 수락 선언을 처음 인지하였음을 주장하였다. 따라서 인도는 ICJ 규정 선택조항에 따른 ICJ의 강제적 관할권이 이번 사건의 절차 개시 당시에는 양 당사국 사이에 아직 확립되지 않았음을 근거로 재판소의 관할권 행사에 대한 항변을 제기하였다.⁶¹⁾ 하지만 ICJ는 한 국가의 수락 선언이 사무총장에게 기탁됨으로써 곧 그 국가는 ICJ 규정 36조의 선택조항 상 모든 권리와 의무의 당사국이 된다고 판단하였다.⁶²⁾ 따라서 기존 선택조항 수락 국가와 신규 선언국 사이에 ICJ의 강제적 관할권은 위와 같은 선언 즉시 확립되는 것이며, 새로운 선언이 기탁된 바로그 날에도 새로운 소가 제기될 수도 있음을 기존 수락 국가는 인지하고 있어야 한다고 판시하였다.⁶³⁾ 그리고 이와 같은 ICJ 제36조 2항에 따른 선택조항 수락 선언의 발효에는 일정 기간의 경과와 같은 추가적인 요건이 필요한 것은 아님을 밝혀주었다.⁶⁴⁾

이 사건에서 내려진 선택조항 수락 선언 발효 시점에 관한 판단은 후속 사건들에서도 지속적으로 견지되었고, 이로써 ICJ의 일관된 법리로 확립되었다.⁶⁵⁾ 이에 현재 국제사회에서는 ICJ 규정 제36조 2항에 따른 선언은 UN 사무총장에게 기탁과 동시에 발효되는 것으로 이해되고 있다.⁶⁶⁾ 주목할 점은 위와 같은 판결이 내려진 후 이어진 국가들의 반응이었다. ICJ의 선택조항을 수락한 국가들은 자신의 선언에 새로운 선언국과의 관계에서 ICJ의 강제적 관할권 적용에 일정

60) 정인섭, 앞의 주 3, 1059면.

61) *Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objection of the Government of India*, pp. 112-115.

62) *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections), Judgment of November 26th, 1957: I.C.J. Reports 1957, p. 125, p. 146.*

63) *Ibid.*

64) *Ibid.*, pp. 146-147.

65) *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961: I.C.J. Reports 1961, p. 17, p. 31; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, para. 45; Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 275, paras. 25-26.*

66) Christian Tomuschat, "Article 36" in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm and Christian Tomuschat(eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary, 3rd edition* (Oxford University Press, 2019), pp. 764-765, paras. 80-81.

기간 경과의 요건을 부여하는 유보를 첨부함으로써 앞서 Right of Passage 사건 당시 인도가 마주하였던 것과 유사한 상황을 사전에 방지하고 있다.⁶⁷⁾ 일례로, 영국의 경우 1987년 1월 1일 이후 발생한 모든 분쟁에 대하여 ICJ의 관할권을 강제적인 것으로 수락한다 선언하였지만, 여기에 첨부한 유보의 하나로 ICJ의 선택조항 수락 선언을 기탁한 지 12개월 이내인 다른 신규 국가와의 관계에서는 ICJ의 강제적 관할권이 성립되지 않음을 명시하고 있다.⁶⁸⁾

위와 같은 국가들의 후속 관행은 곧 Right of Passage 사건에서 주어진 ICJ의 판단이 그대로 수용되었음을 보여주는 것으로서 결국 ICJ에 의해 선택조항 수락 선언의 발효에 관한 국가들의 규범적 기대가 형성된 것으로 이해할 수 있을 것이다. 하지만 앞서 살펴보았던 현 국제법상 직선 기선 제도의 발전과는 달리, 위의 과정에는 국가를 비롯한 다른 국제법주체들이 실질적으로 관여할 수는 없었으며 이들에 의한 법리의 정교화나 적용 범위의 확대 같은 결과들 또한 발생하지 않았다. 오직 ICJ만이 선택조항 수락 선언의 즉각적인 발효에 대한 이해와 법리 형성에 영향을 미칠 수 있었다. 이처럼, 국제재판소는 다른 국제법주체에 대한 설득이 아닌, 오직 스스로의 판단에 따라 특정 제도의 실제 작동과 기능 방식에 대한 지침을 부여함으로써 해당 절차법을 자체적으로 “정립(shape)”해 나가게 되는 것이다.⁶⁹⁾

67) Malgosia Fitzmaurice, “International Court of Justice, Optional Clause”, *Max Planck Encyclopedias of International Law* (2021), paras. 13-14; Giovanni Distefano and Aymeric Hêche, “Optional Clause Declarations: International Court of Justice (ICJ)”, *Max Planck Encyclopedias of International Law* (2018), paras. 89-91.

68) 원문은 다음과 같다; “[...] or where the acceptance of the Court's compulsory jurisdiction on behalf of any other Party to the dispute was deposited or ratified less than twelve months prior to the filing of the application bringing the dispute before the Court [...]” (<https://www.icj-cij.org/en/declarations/gb> ; 최종 방문일 - 2023.03.10).

69) Venzke, *supra* note 50, p. 242.

IV. UNCLOS 제15부에 적용 시 쟁점 - 다수 재판소 간 법리의 일관성 확립 여부

그렇다면 이렇게 살펴본 국제재판소에 의한 법규범 창설 이론과 그 효과의 구체적인 발현 방식을 UNCLOS 제15부에 적용해 보도록 하겠다. UNCLOS 제15부는 한편으로는 재판소가 판결에 이르기까지의 과정에 필요한 요소들(ex. 적용법규에 관한 제293조)을 규정하고, 그리고 다른 한편으로는 사법기관을 통한 당사국의 권리 행사 방법(선결 요건 및 관할권 규정)을 규정하는, 절차법의 정의에 상응하는 규범이다. 그렇기에 다른 절차법과 마찬가지로 제15부 재판소가 지배적인 위치에서 현실 분쟁상황에서 상기 분쟁해결제도의 구체적인 기능과 작동 방식을 제시함으로써 실질적으로는 UNCLOS 제15부의 규범을 스스로 형성하고 정립해 나가게 될 것임을 유추해볼 수 있다.

하지만 UNCLOS 제15부에 대한 국제재판소의 법규범 창설 과정은 오직 하나의 재판소에만 적용되는 다른 제도상 절차법의 발전과정과는 다른 특징을 가지게 된다. 예를 들어, 앞서 살펴보았던 ICJ 규정 제36조 2항에 따른 선택조항 수락 선언과 관련하여서는 ICJ가 해당 선언이 기탁되는 즉시 발효된다는 점을 자체적으로 판단하고 이를 일관된 법리로 확립하였을 뿐, 그 과정에서 다른 어떠한 국제재판소의 견해나 판단도 관여되지 않았다. 이처럼 일반적인 경우, 어느 한 재판소는 자신에게 적용되는 절차법을 스스로의 판단을 통해 형성하는 반면 이것이 동일한 절차적 문제에 대한 다른 재판소의 판단과 경합할 여지는 존재하지 않는다. 이와 다르게 UNCLOS 제15부는 다수의 재판소에 의한 강제절차 이행을 상정하는 구조적 특징을 가진다. 이 협약 제287조는 당사국이 분쟁의 해결을 위해 선택할 수 있는 재판소로 ITLOS, ICJ, 제7부속서에 따른 중재재판소, 그리고 제8부속서에 따른 특별중재재판소를 상정하고 이 중 제7부속서상 중재재판소를 기본(default) 재판소로 규정한다.⁷⁰⁾ 따라서 어느 한 재판소가 UNCLOS 제15부와 관련된 문제에 관하여 판단하고자 할 때 이미 동일한 문제에 대해 다른 재판소가 부여한 판단이 존재할 수 있으며, 이때 해당 결정은 불가피하게도 현재 사건의 재판소에 의한 재검토나 평가, 심지어는 비판의 대상이 될 수 있는 것이다.

이러한 구조적 특징 아래에서는 결국 다수의 각기 다른 재판소 사이에 법리의 일관성이 확보될 수 있는가에 따라 국제재판소에 의한 법규범 창설 효과 발현 가능 여부가 결정되게 된다. 과거 ICJ 재판소장을 역임한 Rosalyn Higgins는 국가들이 자신이 당사자가 아닌 사건에서 주어진 국제재판소의 판단에 주목하고 이에 따르는 이유는 곧 자신이 그와 유사한 쟁점과 관련한 분쟁상황에 처했을 때 그 국제재판소가 일관된 접근과 판단을 유지할 것이라는 기대에서 기인한다고 언급하였다.⁷¹⁾ 달리 말하자면 어떤 한 법적 문제에 대하여 국제재판소가 일관되게 견지한 접근과 판단은 곧 미래의 분쟁에서 적용할 수 있는 참고사항을 구성하게 되는 것이다.⁷²⁾ 반대로 동일한

70) UNCLOS 제287조에 따르면 분쟁 당사자가 동일한 재판소를 선택한 경우에는 해당 재판소에 사건이 회부되지만, 양 분쟁 당사자가 동일한 재판소를 선택하지 않고 달리 합의되지 않는 경우에는 제7부속서에 따른 중재재판소에만 분쟁을 회부할 수 있음을 규정한다. 아울러 그 어떠한 재판소도 선택하지 않은 당사국 역시 제7부속서상 중재재판소를 선택한 것으로 간주된다.

71) Higgins, *supra* note 7, pp. 202-203.

쟁점에 대한 상반된 법리가 각각 누적되거나 관련된 판단이 여러 사건을 거치며 지속적으로 변경된다면, 국가들로서는 어떠한 해석이나 결정에 따라야 할지 어려움을 겪게 된다. 따라서 개별 사건을 거치며 누적되는 국제재판소의 일관된 판단은 관련된 법규범에 대한 다른 국제법주체의 이해에 영향을 미치게 되며 결론적으로는 법규범 창설 효과가 실질적으로 발현될 수 있게 한다.⁷³⁾

오직 하나의 국제재판소에 적용되는 절차규범의 경우에는 해당 재판소에 의해 위와 같은 일관된 법리가 형성될 가능성이 상대적으로 높다 할 수 있다. 국제법상 선례구속의 원칙은 존재하지 않지만, 국제재판소들은 일반적으로 자신이 과거에 내린 법적 판단이나 특정 문제에 대한 접근에서 쉬이 벗어나지 않는 경향을 보인다.⁷⁴⁾ ICJ 또한 자신이 내린 과거 결정들이 어떠한 구속력을 갖지 않음에도 이들을 확립된 법리로서 고려하고 이를 참고하여 판단을 내림을 직접 언급하기도 하였다.⁷⁵⁾ 하지만 다수의 사법기관이 공통의 분쟁해결절차 이행에 관한 판단을 각자 내리도록 구성된 UNCLOS 제15부의 구조적 특징 아래에서는 서로 다른 재판소 사이에 상기 절차 규정과 관련된 일관된 법리가 당연하게도 형성될 것이라 기대하기는 어렵다. 이는 곧 국제재판소 수 증가에 대하여 일반 국제법상 제기되는 국제법의 파편화 가능성에 대한 우려와 일맥상통하는데,⁷⁶⁾ 실제로 UNCLOS 체결 직후 여러 학자들은 다수의 국제재판소를 상정한 제15부의 구조적 특징을 근거로 일관성이 결여된 법리 누적의 가능성을 지적하기도 하였다.⁷⁷⁾

72) August Reinisch, "The Role of Precedent in ICSID Arbitration" in Christian Klausegger and others (eds), *Austrian Arbitration Yearbook 2008* (Wolters Kluwer, 2008), p. 498; Marc Jacob, "Precedents: Lawmaking Through International Adjudication" in Armin von Bogdandy and Ingo Venzke (eds), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance* (Springer, 2012), p. 47; Venzke, *supra* note 13, p. 138.

73) Weeramantry, *supra* note 6, p. 313.

74) Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge University Press, 1996), pp. 2-3; Joseph Powderly, *Judges and the Making of International Criminal Law*, vol. 7 (Brill, 2020), p. 255.

75) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 412, para. 53.

76) 이와 관련하여서는 다음을 참고하였다; Rosalyn Higgins, "A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, Issue 4 (2006), pp. 792-796; Gilbert Guillaume, "The Future of International Judicial Institutions", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44, Issue 4 (1995), pp. 848-862; Thomas Buergenthal, "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, Issue 2, p. 272; Jonathan I. Charney, "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 31, Issue 4 (1999), p. 699; Giorgio Gaja, "Relationship of the ICJ with Other International Courts and Tribunals" in Andreas Zimmermann and others (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd edn (Oxford University Press, 2019), p. 659; Gilbert Guillaume, "Advantages and Risks of Proliferation: A Blueprint for Action Editorial Comments on the Proliferation of International Courts", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, Issue 2 (2004), p. 301.

77) 관련된 문헌으로 다음을 참고할 수 있다; David H. Anderson, "Legal Implications of the Entry into Force of the un Convention on the Law of the Sea", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44, Issue 2 (1995), p. 326; Alan Boyle, "Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, Issue 1 (1997), pp. 39-41; Tullio Treves, "The

다수의 제15부 재판소 간 형성될 수 있는 경쟁적 관계 역시 고려해 볼 필요가 있다. 국제법에서 새로운 재판소의 설립은 이미 존재하는 재판소와의 관계에서 경쟁과 긴장을 불러일으킬 수 있는 요인으로 인식되기도 한다.⁷⁸⁾ 예컨대, 지난 2000년 당시 ICJ 재판소장이던 Gilbert Guillaume은 UN 총회 연설에서 “새로운 국제재판소를 설립하기 전에 이의 입안자들은 새로운 재판소에 부여하고자 하는 기능이 기존의 재판소에 의해서는 제대로 수행될 수 없는 것인지 스스로 반드시 자문해 보아야 한다”는 견해를 전하기도 하였다.⁷⁹⁾ 이처럼 독립적인 국제사법기관들 사이에 경쟁적인 관계가 형성된다면, 이들 간 상호 협력의 가능성을 기대하기는 어렵게 되며,⁸⁰⁾ 이 때문에 국제사법기관의 수 증가는 국제법 발전의 측면에서 환영받지 못하는 것으로 여겨지기도 한다.⁸¹⁾ 제3차 UN 해양법회의에서도 새로운 상설 재판소(ITLOS)를 설립하는 것이 단지 비용만 들고 필요성이 확실치 않은 기관을 설립하는 것은 아닌지 논란이 제기되기도 하였다.⁸²⁾ 이러한 우려들은 반대로 제15부 재판소에 의한 UNCLOS 제15부의 범규범 창설 효과와 이의 발전에 개별 재판소 간의 상호 협력적인 관계 형성 여부가 중요한 쟁점을 구성한다는 것을 보여준다고 할 수 있을 것이다.

UNCLOS 제15부에 따른 강제절차의 구조상 제7부속서상 중재재판소가 관할권을 행사하는 기본 재판소라는 점 또한 마찬가지이다. 제7부속서에 따라 구성되는 재판소는 상설적인 재판소와 달리 임시(ad hoc)로 설립되는 사법기관에 해당한다. 중재재판소는 특정한 한 사건만을 위해 설립되고 해당 사건이 종결됨에 따라 해체되기에, 중재재판관들은 상설재판소의 재판관들처럼 장기적인 관점에서 일관적으로 법리를 누적시키거나 판례를 발전시키기는 대신 당면한 사건의 해결에만 중점을 둔다고 인식된다.⁸³⁾ 이와 같은 맥락에서, ICJ 또한 20세기 초 중재재판소의 시대를 거쳐 상설국제사법재판소가 설립됨에 따라 일관된 관행과 판단으로서 법적 안정성을 확립하고 국제법의 발전에 기여할 수 있게 되었다 평가하기도 하였다.⁸⁴⁾ 2023년 3월 현재, UNCLOS 제15부 강제절차에 따른 사건은 ITLOS와 제7부속서에 따른 중재재판소에만 회부되었는데, 이들 중 후자에 회부된 사건은 현재까지 총 열다섯 건이었다.⁸⁵⁾ 제7부속서상 절차가 임시로 구성된 재판

Development of the Law of the Sea Since the Adoption of the UN Convention on the Law of the Sea: Achievements and Challenges for the Future” in Davor Vidas (ed), *Law, technology and science for oceans in globalisation: IUU fishing, oil pollution, bioprospecting, outer continental shelf* (Martinus Nijhoff, 2010), pp. 47-48.

78) Pierre Bodeau-Livinec and Chiara Giorgetti, “Developing International Law at the Bar: A Growing Competition Among International Courts and Tribunals”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 15, Issue 2 (2016), p. 183.

79) “Address by H.E. Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the United Nations General Assembly”, 26 October 2000, p. 5 (https://www.icj-cij.org/site_s/default/files/press-releases/9/2999.pdf ; 최종 방문일 2023.03.10.).

80) Mohamed Bennouna, “How to Cope with the Proliferation of International Courts and Coordinate Their Action?” in Antonio Cassese (ed), *Realizing Utopia: the Future of International Law* (Oxford University Press, 2012), p. 288.

81) Bodeau-Livinec and Giorgetti, *supra* note 78, p. 183.

82) Carl-August Fleischhauer, “The Relationship Between the International Court of Justice and the Newly Created International Tribunal for the Law of the Sea in Hamburg”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 1, Issue 1 (1997), p. 328.

83) Charles H. Brower, ‘Arbitration’ (2007) Max Planck Encyclopedias of International Law, para. 5.

84) ICJ, *supra* note 8, p. 14.

소에 의한 절차임을 고려한다면 결국 UNCLOS 제15부에 규정된 절차규범이나 이와 관련되어 제기되는 동일한 문제들이 현재까지 총 열다섯 개의 각기 다른 임시 재판소에 의해 다뤄지고 판단되었음을 알 수 있다. 독립적인 중재재판소 결정들이 상호 간 일관되게 유지되고 적용되는 일련의 법리로서 확립될 가능성은 낮다는 일반적인 인식을 고려할 때,⁸⁶⁾ 이들 사이에서 판례의 일관성 확보가 UNCLOS 제15부상 절차법규범 발전에 있어 상당히 중요한 쟁점을 구성하게 될 것이다.

정리해보자면, UNCLOS 제15부의 제 규정은 이 협약상 분쟁해결제도를 규율하는 절차법으로, 앞선 절에서 살펴본 사법해석을 통한 국제재판소의 절차법규범 형성 이론을 이에도 적용해 볼 수 있을 것이다. 하지만 UNCLOS 제15부는 그 구조상 다수의 사법기관에 의한 적용과 이행을 상정하고 있다는 점에서 단 하나의 재판소에만 적용되는 일반적인 다른 절차법의 경우와는 다른 차별점을 갖는다. 이와 같은 이유로 제15부 재판소가 UNCLOS 분쟁해결제도와 관련된 다른 국제법 주체의 규범적 기대를 실질적으로 형성하고 변화시켰는지 판단하기 위해서는 독립적인 다수 재판소 사이의 법리가 일관적으로 유지되고 확립되었는지 입증되어야 할 것이다. 따라서 과연 과거 학자들의 우려나 이의 구조적 특징에서 유추되는 여러 의구심처럼 제15부 규범과 관련한 서로 다른 재판소 사이의 법리가 실제로 가변적으로 혹은 모순적으로 누적되어왔는지 현재까지 제15부 재판소의 실행에 의한 법규범 창설 효과 판단에 핵심적인 쟁점을 구성하게 될 것이다.

V. 맺음말

이상을 바탕으로 지난 25년간의 실행을 검토하고 분석한 결과, 제15부 재판소는 성안 과정에서 불가피하게 모호하게 구성된 UNCLOS 제15부 규범을 명확히 해 주고 나아가 이 분쟁해결제도가 현실 분쟁상황에서 구체적으로 어떻게 기능하고 작동해야 할지를 잘 보여주고 있다고 평가할 수 있었다. 특히 그 과정에서는 성안 당시에 논의되거나 예상되지 못했던 문제들에 대해 스스로 답을 내려주는 한편 교섭 기록이나 UNCLOS의 다른 부분을 통해서도 실마리를 찾기 어려운 쟁점에 대해서도 판단 기준을 제공하며 상기 절차규범의 기능과 작동을 이해하는 데 큰 영향을 주고 있다.

무엇보다, 이 협약 제287조에 규정된 다수의 재판소에 의해 제15부 규정이 해석되고 적용되어 왔음에도 초기 우려와 다르게 이들 사이의 관련된 법리의 일관성이 일반적으로 유지되어오고 있음을 확인할 수 있었다. 몇몇 사건에서는 과거의 판단에서 벗어나 새로이 고안된 해석방법을 제시하기도 하였고, 이전 사건에서 채택한 해석이 정면으로 반박된 판례도 확인할 수 있었다. 하지만 동시에, 직전 사건에서 있었던 위와 같은 해석상 변화가 후속 사건에서 대체로 수용됨에 따라 오히려 이를 바탕으로 하는 법리가 새롭게 그리고 다시 일관적으로 형성되고 누적되고 있음을 또

85) 이 수는 제7부속서에 따른 중재재판절차로 개시되었으나 후속 합의 등으로 ITLOS로 사건이 이관된 경우를 제외한 수이다.

86) Robert Kolb and Alan Perry, *The International Court of Justice* (Hart Publishing, 2013), pp. 49-50.

한 확인할 수 있었다. 앞서 살펴보았던 절차법 이행에 대한 국제재판소의 지배적인 지위를 고려한다면 이처럼 제15부 재판소 전체의 일관된 법리는 UNCLOS의 분쟁해결제도에 대한 다른 당사국들의 규범적 기대를 실질적으로 변화시키고 형성해오고 있는 것으로 평가할 수 있을 것이다.

물론 현재까지의 실행만으로 UNCLOS 제15부에 제기되는 여러 우려가 완전히 해소되었다 속단할 수는 없다. 다수의 국제재판소를 상징하는 이의 구조적 특징은 여전히 제15부 규범에 대한 파편화의 가능성을 배제할 수 없도록 하는 요인이며, 특히 ICJ나 제8부속서에 따른 중재재판소에 아직 한 건의 사건도 회부되지 않았다는 점은 향후 이들의 실행에 의해서도 관련 법리의 일관성 유지 여부가 결정될 수 있음을 보여준다. 아울러 UNCLOS 제15부가 단순히 이 협약상 분쟁의 해결뿐만 아니라 해양과 관련한 여러 다자·지역·양자 협약에도 직접적으로 도입되고 있음을 고려할 때, 이와 같은 UNCLOS의 범위를 벗어난 맥락에서의 활용 또한 추가적인 우려를 제공해 준다 할 수 있을 것이다. 그럼에도, 제15부 재판소의 지난 25년간의 실행은 독립적인 다수의 재판소에 의해서도 동일한 절차법 규범에 대한 법리가 충분히 일관적으로 유지되고 발전될 수 있음을 잘 보여주었다. 따라서 현재까지 UNCLOS 제15부에 대한 규범적 기대를 형성하고 변화시킨 ITLOS와 제7부속서상 중재재판소의 역할이 앞으로 다른 제15부 재판소에 의해서도 그리고 보다 다양한 맥락에서의 실행을 통해서도 수행될 수 있을지가 향후 관련 연구의 중요한 쟁점을 구성하게 될 것이라 사료된다.

부록) 학위논문 목차

Table of Contents

| | |
|---|-----------|
| Abstract | i |
| Table of Contents | ii |
| List of Tables and Figure | v |
| Acknowledgements | vi |
| Author’s Declaration | vii |
| Part I. Judicial Law-Making and UNCLOS Part XV | 1 |
| 1. General Introduction | 2 |
| 1.1. An Introduction to UNCLOS Part XV | 2 |
| 1.2. Understanding the Concept of ‘Judicial Law-Making’ | 6 |
| 1.3. The Theoretical Assumption in this Thesis | 9 |
| 1.4. Necessity, Scope and Outline of the Research | 17 |
| 2. Applying the Concept of Judicial Law-Making to UNCLOS Part XV | 21 |
| 2.1. Where to Find Room for Judicial Law-Making in UNCLOS Part XV | 21 |
| 2.1.1. Contesting Views of States on the Introduction of Compulsory Procedures at the First UN Conference | 21 |
| 2.1.2. The Making of UNCLOS Part XV at the Third UN Conference | 24 |
| 2.1.3. The Need for Further Development, and Judicial Law-Making | 27 |
| 2.2. How Judicial Law-Making of Part XV Occurs | 29 |
| 2.2.1. Judicial Law-Making of Substantive Law in General | 29 |
| 2.2.2. Court’s Self-Regulation of Procedural Law, and Part XV | 32 |
| 2.3. Judicial Law-Making of Part XV – By Whom? | 36 |
| 2.3.1. Multiple Forums of the Part XV System | 36 |
| 2.3.2. Doubts and Concerns over the Structural Features of Part XV | 38 |
| 2.4. Concluding Remarks | 43 |
| Part II. Judge-Made Rules of UNCLOS Part XV | 46 |
| 3. Judicial Law-Making of Preconditions to the Compulsory Procedures .. | 47 |
| 3.1. Given Procedural Preconditions in UNCLOS Part XV | 47 |
| 3.1.1. Section 1 of Part XV in General | 47 |
| 3.1.2. Main Precondition Clauses | 48 |
| 3.2. What is Required to be an ‘Agreement’ in Article 281? | 51 |
| 3.2.1. Examples of ‘Agreement’ in Early Judicial Proceedings | 52 |
| 3.2.2. An ‘Agreement’ of a Legally Binding Nature | 54 |

| | |
|---|------------|
| 3.2.3. An ‘Agreement’ Seeking for the Means to Resolve a Dispute | 57 |
| 3.2.4. ‘Agreement’ as Defined by the Tribunals: A General Review | 59 |
| 3.3. Should the Exclusion of Part XV Procedures be Explicitly Expressed? | 61 |
| 3.3.1. Contested Views Concerning the Award of the <i>Southern Bluefin Tuna</i> Case | 61 |
| 3.3.2. Shifted Interpretation in Subsequent Cases and New Reference Point | 65 |
| 3.4. How to Cope with the Question of Potential Overlapping Jurisdiction? | 68 |
| 3.4.1. Controversy over the Decision of the <i>Southern Bluefin Tuna</i> Case | 69 |
| 3.4.2. Changed Approach Taken in the <i>MOX Plant</i> Case | 71 |
| 3.4.3. Convergent Practices in Subsequent Cases | 75 |
| 3.5. How Should Article 283 be Applied in Practice? | 77 |
| 3.5.1. (Un)Necessary Requirements | 77 |
| 3.5.2. The Timing Factors | 80 |
| 3.5.3. An Obligation Not Imposed Indefinitely | 82 |
| 3.5.4. Anti-Formalistic Approach | 85 |
| 3.6. Concluding Remarks | 87 |
| 4. Exercise of Compulsory Jurisdiction in the Jurisprudence of Part XV Tribunals | 89 |
| 4.1. Given General Rules on the Subject-Matter Jurisdiction in Part XV | 89 |
| 4.2. When can a Part XV Tribunal Exercise Compulsory Jurisdiction? | 91 |
| 4.2.1. Existence of ‘Dispute’ Concerning the Interpretation or Application of UNCLOS | 91 |
| 4.2.2. The Effect of Declaration Pursuant to Article 287 with Condition(s) | 95 |
| 4.3. Article 300 of UNCLOS – Which Claims can be Decided? | 99 |
| 4.3.1. Article 300 as an Independent Jurisdictional Ground? | 99 |
| 4.3.2. Abuse of Judicial Proceedings and Article 300 | 103 |
| 4.4. How to Characterise the Nature of the Claims within the ‘Mixed Disputes’ Cases? | 107 |
| 4.4.1. ‘Mixed Disputes’ within the Proceedings under UNCLOS Part XV | 107 |
| 4.4.2. The <i>Chagos MPA</i> Case | 110 |
| 4.4.3. The <i>South China Sea</i> Case | 112 |
| 4.4.4. The <i>Coastal State Rights</i> Case | 115 |
| 4.4.5. What Next? – the <i>Enrica Lexie</i> Case and the <i>Mauritius/Maldives</i> Case | 119 |
| 4.5. Concluding Remarks | 123 |
| 5. Judge-Made Rules on Limitations and Exceptions to Compulsory Procedures | 125 |
| 5.1. Given Clauses for the Exclusion of Compulsory Procedures in UNCLOS Part XV | 125 |
| 5.1.1. Automatic Limitations in Article 297 | 126 |
| 5.1.2. Optional Exceptions in Article 298 | 127 |

| | |
|--|------------|
| 5.2. To What Extent are Compulsory Procedures Automatically Excluded under Article 297(1)? | 131 |
| 5.2.1. Changes in the Drafting History of Article 297(1) of UNCLOS | 132 |
| 5.2.2. Orthodox View on Article 297(1) – the <i>Southern Bluefin Tuna</i> Case Award | 134 |
| 5.2.3. A New Interpretation of Article 297(1) – the <i>Chagos MPA</i> Case and Beyond | 136 |
| 5.3. To What Extent are Compulsory Procedures Optionally Excluded under Article 298(1)? | 139 |
| 5.3.1. Disputes Concerning Maritime Delimitation | 140 |
| 5.3.2. Historic Bays or Titles Disputes | 144 |
| 5.3.3. Military Activities and Law-Enforcement Activities Exception | 149 |
| 5.4. Concluding Remarks | 156 |
| 6. Jurisdictional Basis of Part XV Tribunals Determining Non-UNCLOS Matters | 159 |
| 6.1. Other Rules of International Law and UNCLOS | 159 |
| 6.2. Can Article 293 be the Jurisdictional Ground for Part XV Tribunals? | 162 |
| 6.2.1. Exercise of Jurisdiction over Other Rules of International Law by virtue of Article 293 | 163 |
| 6.2.2. Established Limits on Applying Article 293 | 166 |
| 6.3. Under What Circumstances Can Incidental Jurisdiction be Exercised? | 169 |
| 6.3.1. Incidental Jurisdiction over the Ancillary Matters to UNCLOS | 169 |
| 6.3.2. Early Cases of Part XV Tribunals – Maritime Delimitation Disputes | 174 |
| 6.3.3. Elaborated Criteria Presented in the <i>Chagos MPA</i> Case Award | 177 |
| 6.3.4. Points Left to be Clarified by Future Part XV Tribunals – the <i>Enrica Lexie</i> Case Award and the ‘Necessity’ Requirement | 180 |
| 6.4. Are There Other Sources for Exercising Jurisdiction Beyond the Convention? | 185 |
| 6.4.1. The <i>Renvoi</i> Element in the Convention | 185 |
| 6.4.2. Question Concerning a <i>Contrario</i> Reading of Article 298(1)(a)(i) and the Jurisdiction over Territorial Sovereignty Matter | 189 |
| 6.5. Concluding Remarks | 192 |
| Part III. Final Remarks and Conclusion | 195 |
| 7. Appraisals | 196 |
| 7.1. Convergent Jurisprudence of Part XV Tribunals and the Contributing Factors | 196 |
| 7.2. Clarifying the Rules Rather than Expanding Compulsory Jurisdiction | 202 |
| 7.3. Judicial Law-Making and Judge-Made UNCLOS Part XV | 208 |
| 8. Conclusion | 212 |

Bibliography 214