2026년 신진학자 학술대회

미래를 만나다. Part 2

| 일시 | 2026년 5월 15일(금) 13:00~17:00

| 장소 | 법무법인(유) 화우

주최 : 대한국제법학회, 법무법인(유) 화우, 한국해양과학기술원,국제법평론회,
서울국제법연구원, 한국국제경제법학회, 한국해양법학회

주관 : 대한국제법학회

개 회 사

개회사

존경하는 대한국제법학회 회원 여러분, 그리고 오늘 함께해 주신 발표자·토론자·참석자 여러분, 반갑습니다. 대한국제법학회 회장 소병천입니다.

오늘 「2026 신진학자 학술대회 – 미래를 만나다 Part 2」를 개최하게 된 것을 매우 뜻깊게 생각합니다.

무엇보다 이번 신진학자대회는 기존과 달리 올해 두 차례로 나누어 개최된다는 점에서 특별한 의미를 가지고 있습니다. 이는 단순히 행사 횟수를 늘린 것이 아니라, 우리 학회가 국제법학의 미래를 이끌어 갈 신진학자와 젊은 연구자들에 대한 지원과 육성을 중요한 정책적 과제로 삼고 있다는 점을 보여주는 것입니다.

오늘날 국제사회는 기후위기, 경제안보, 첨단기술 경쟁, 글로벌 공급망 재편, 해양과 우주 거버넌스 등 과거와는 전혀 다른 복합적 전환기를 경험하고 있습니다. 국제법 역시 이러한 변화 속에서 새로운 규범적 도전과 실천적 과제에 직면하고 있습니다. 이러한 시대일수록 새로운 문제의식을 가지고 국제법의 미래를 탐구하는 젊은 연구자들의 역할은 더욱 중요합니다. 국제법학의 미래는 결국 새로운 세대의 연구와 상상력, 그리고 학문적 용기에 의해 확장될 것이기 때문입니다.

오늘 발표되는 연구들 역시 국제투자분쟁, 국제인권, 생물다양성협약, 기후변화 투명성 체계 등 매우 시의적이고 중요한 주제를 다루고 있습니다. 저는 오늘 이 자리가 단순한 발표와 토론의 장을 넘어, 신진 연구자들이 서로의 연구를 연결하고 국제법학의 미래를 함께 만들어 가는 의미 있는 학술적 교류의 장이 되기를 기대합니다.

아울러 이번 학술대회가 개최될 수 있도록 귀한 장소를 제공해 주신 정동원 변호사님께 특별한 감사의 말씀을 드립니다. 국제법학의 후속세대를 위한 뜻깊은 자리를 위해 아낌없는 지원과 배려를 해주신 데 대해 깊이 감사드립니다.

또한 올해 신진학자대회를 두 차례에 걸쳐 준비하면서 많은 수고를 아끼지 않으신 이동은 연구이사님께도 진심으로 감사드립니다. 학술 프로그램 기획부터 운영 준비까지 헌신적으로 애써주신 덕분에 오늘과 같은 뜻깊은 자리가 마련될 수 있었습니다.

끝으로 오늘 발표와 토론을 맡아주신 모든 발표자와 토론자 여러분, 그리고 참석해 주신 모든 분들께 깊이 감사드리며, 오늘 학술대회가 국제법학의 미래를 향한 의미 있는 논의의 장이 되기를 기대합니다.

감사합니다.

2026년 5월 15일

대한국제법학회 회장 소 병 천

2026년 신진학자 학술대회

미래를 만나다. Part 2

| 일시 | 2026년 5월 15일(금) 13:00~17:00

| 장소 | 법무법인(유) 화우

| 주제 | 균열의 시대, 국제법의 새로운 지평: 규범적 도전과 실천적 과제

전체사회 : 이동은 교수(대한국제법학회 연구이사)

13:00–13:10	**등록**
13:10–13:30	**개회사** 소병천 교수(대한국제법학회 회장) **환영사** 최종문 고문(법무법인(유) 화우) **기념촬영**

제1부 13:30–14:30

좌장: 배정생 교수(전북대 법전원)

13:30–14:30	**제1발표** **국제투자분쟁해결절차상 심사기준에 관한 연구** 발표: 한지희 박사(한국법령정보원) **제2발표** **재일동포에 대한 차별과 혐오에 관한 국제인권법적 검토** 발표: 구량옥 변호사(법무법인 세종)
14:30–14:40	**휴식**

제2부 14:40–15:40

좌장: 이재민 교수(서울대 법전원)

14:40–15:40	**제1발표** **생물다양성협약(CBD) 체제의 정당성(legitimacy) 위기에 관한 연구** 발표: 김윤정 박사(국립생물자원관) **제2발표** **기후변화 조약의 투명성 제도에 관한 연구** 발표: 강병준 박사(온실가스종합정보센터)
15:40–15:50	**휴식**

제3부 15:50–16:55

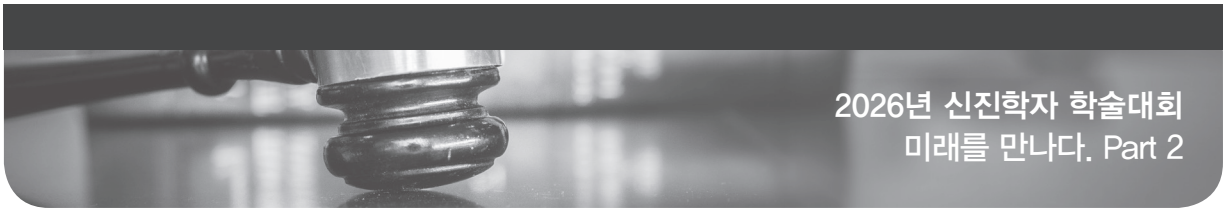
좌장: 정동원 변호사(법무법인(유)화우)

15:50–16:55	**종합토론** 토론: 김두수 박사(한국외국어대학교), 백범석 교수(경희대 법전원), 우혜진 변호사(법무법인(유) 화우) 이창열 박사(한국해양과학기술원), 장정주 변호사(법무법인(유) 화우), 정세정 교수(부산대 법전원), ※토론자 성명은 가나다순으로 표기함
16:55–17:00	**폐회식**

KSIL Since 1953 The Korean Society of International Law

대한국제법학회

Contents



전체사회 : 이동은 교수(대한국제법학회 연구이사)

제 1 부

좌장: 배정생 교수(전북대 법전원)

제1발표

국제투자분쟁해결절차상 심사기준에 관한 연구 3

● **[발표] 한지희 박사(한국법령정보원)**

제2발표

재일동포에 대한 차별과 혐오에 관한 국제인권법적 검토 31

● **[발표] 구량옥 변호사(법무법인 세종)**

제 2 부

좌장: 이재민 교수(서울대 법전원)

제1발표

생물다양성협약(CBD) 체제의 정당성(legitimacy) 위기에 관한 연구 63

● **[발표] 김윤정 박사(국립생물자원관)**

제2발표

기후변화 조약의 투명성 제도에 관한 연구 81

● **[발표] 강병준 박사(온실가스종합정보센터)**



좌장: 배정생 교수(전북대 법전원)

국제투자분쟁해결절차상 심사기준에 관한 연구

[발표] 한지희 박사(한국법령정보원)

大韓國際法學會

국제투자분쟁해결절차상 심사기준에 관한 연구*

한 지 희**

목 차

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 심사기준의 의의와 이론적 토대

1. 심사기준의 개념과 유형

2. 조약 문언 해석의 원칙과 한계

Ⅲ. 심사기준 적용에 관한 판정례 분석

1. 공공정책 및 과학적 전문성과 규제권한

2. 경제·사회적 환경 변화와 거시정책

3. 행정 및 사법 작용의 절차적 정당성

Ⅳ. 심사기준 정립을 위한 제언

1. 상황에 따른 심사기준 적용

2. 실효성 확보를 위한 방안

Ⅴ. 결론

* 본 논문은 필자의 박사학위논문인 「국제투자분쟁해결절차상 심사기준에 관한 연구」(연세대학교 대학원 박사학위논문, 2026) 제3장의 내용을 바탕으로 수정·보완하여 작성된 것입니다.

** 한국법령정보원 연구원

Ⅰ. 서론

투자자-국가간 분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement: ISDS) 제도는 외국인 투자자가 투자유치국의 조치로 손해를 입은 경우 독립적으로 구성된 국제투자중재판정부(이하 "중재판정부"라 한다)를 통하여 해당 국가를 상대로 직접 중재를 제기할 수 있도록 하는 분쟁해결 수단이다. 투자자의 국적국이 재량에 따라 행사하는 외교보호(diplomatic protection)와 달리, 피해 당사자인 투자자가 직접 권리구제를 도모할 수 있다는 점에서 ISDS는 외국인 투자 보호를 위한 실효적인 권리구제 수단으로 자리 잡아 왔다. 유엔무역개발회의(United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD)의 통계에 따르면 2025년 12월 기준 누적 ISDS 사건은 1,463건에 이르며, 1990년대 이후 급격한 증가세는 다소 완화되었으나 여전히 연평균 약 60건 이상의 신규 사건이 제기되고 있다.[1] 분쟁이 제기되는 분야 또한 에너지 및 가스 공급, 채굴, 건설·제조, 금융 및 보험 서비스 등 광범위한 산업에 걸쳐 넓게 분포되어 있으며, 국가의 위기대응이나 공중보건 증진과 같이 중대한 공익적 목적과 결부된 사안에 대해서도 ISDS가 빈번히 제기되고 있다.

문제는 ISDS가 국가의 공공정책 영역에까지 영향을 미치면서, 그 판정 결과가 분쟁 당사국은 물론 유사한 정책을 추진하려는 제3국의 입법·행정·사법적 규제 자율성마저 제약할 수 있다는 점이다. 이는 국가가 공공정책을 추진함에 있어 ISDS 제소 가능성을 의식하여 소극적인 태도를 취하게 만드는, 이른바 '규제위축(regulatory chill)' 현상으로 이어질 수 있다는 우려를 낳고 있으며,[2] ISDS 판정 자체의 비일관성은 이러한 우려를 한층 가중시킨다. 대표적인 예로 2001년 아르헨티나 경제위기와 관련된 일련의 ISDS 판정 결과를 들 수 있다. 유사한 사실관계와 동일한 조약 문언에 기초한 사안임에도 불구하고, *CMS v. Argentina* 사건과 *Enron v. Argentina* 사건의 중재판정부는 엄격한 심사기준을 적용하여 아르헨티나 정부의 조치를 위법으로 판단한 반면, *Continental Casualty v. Argentina* 사건의 중재판정부는 보다 완화된 기준을 적용하여 해당 조치의 정당성을 인정한 바 있다.[3] 이와 같이 동일한 조약의 동일한 조항에 대해서도 판정의 방향이 엇갈리면서, 외국인 투자자로서는 어떠한 국가 조치가 투자보호의무 위반에 해당하는지 예측하기 어렵고, 투자유치국 역시 자국의 어떠한 조치가 투자보호의무 위반으로 판단될지 가늠하기 어려운 상황에 놓이게 된다. 중재판정부가 점차 이전의 판정례를 참조하는 경향을 보이고 있기는 하지만, 여전히 판정 결과의 일관성과 예측가능성은 낮은 수준에 머물고 있을 뿐만 아니라, 조약 당사자의 의도나 사안의 맥락이 충분히 고려되지 못하고 있다는 비판이 꾸준히 제기되고 있다.[4]

---

1) UNCTAD, "Investment Dispute Settlement Navigator", Investment Policy Hub, https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement(2026년 5월 3일 검색).

2) Anthea Roberts, "Power and Persuasion in Investment Treaty Arbitration: The Dual Role of States", *American Journal of International Law*, Vol. 104, No. 2(2010), pp. 179, 190-191.

3) *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award(May 12, 2005); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award(May 22, 2007); *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award(September 5, 2008).

4) Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*(Oxford Univer

이러한 판정의 비일관성과 예측 가능성 저하 등 ISDS 제도가 직면한 한계를 극복하고, 투자자 보호와 국가의 규제권한 사이의 균형을 모색하기 위하여 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID)와 유엔국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)를 중심으로 다각도로 전개되어 왔다.[5] 그러나 상설투자법원이나 상소제도의 도입과 같은 구조적 개혁은 다수 국가의 합의를 필요로 한다는 점에서 단기간 내 실현이 쉽지 않다. 이에 현행 ISDS 체제 내에서 즉각적으로 작동할 수 있는 해석론적 대안으로서 주목받고 있는 것이 '심사기준(standard of review)'의 정립이다. 심사기준이란 중재판정부가 국가의 규제조치에 대하여 심사의 강도(intensity of review) 또는 존중의 정도(degree of deference)를 정하는 척도로서,[6] 중재판정부와 투자유치국 간의 권한배분(allocation of power)을 구체화하고, 외국인 투자자의 권리 보호와 국가의 규제권한 사이의 균형을 조율하는 규범적 도구로 기능한다. 그러나 대다수의 국제투자협정(International Investment Agreement: IIA)은 심사기준에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않아[7] 그 선택과 적용은 사실상 중재판정부의 재량에 맡겨져 있으며, 이로 인하여 발생하는 판정 결과의 편차는 다시금 ISDS 제도의 정당성과 예측가능성을 저해하는 요인으로 되돌아온다. 따라서 심사기준이 실제 판정례에서 어떠한 조건과 맥락 속에서 선택 및 적용되어 왔는지를 체계적으로 규명하는 작업은 ISDS 제도의 안정성을 회복하기 위한 중요한 과제라 할 수 있다.

---

sity Press, 2010), pp. 5-7; Roberts, *supra* note 2, pp. 179, 190-191; Dohyun Kim, "The Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away from an Annulment-Based System", *New York University Law Review*, Vol. 86(April 2011), pp. 242-281; UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*(New York and Geneva: United Nations Publications, March 2007), p. 92; UNCTAD, "Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking", *IIA Issues Note*, Issue 1(March 2019), p. 4; Anderson Mori & Tomotsune, "The Role of Precedents in Investment Treaty Arbitration", *Lexology*(21 July 2023), https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=720ac49b-37cb-46e0-b606-aafa4e69e6d4(2026년 4월 15일 검색).

5) 최근 일부 국가들이 ISDS 체제에서 이탈하거나 지역 중재기구 설립 등 대안을 모색하는 움직임을 보이고 있으나, 이는 일부에 국한된 변화이며 대다수의 국가는 여전히 기존 ISDS 체제의 틀 안에서 문제점을 개선함으로써 제도의 정당성과 신뢰를 회복하려는 경향을 보인다. 조계완, "'국가정책 흔드는 ISDS 이탈' 새 흐름…한국은 피소 10건", 「한겨레」, https://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/1101524.html(2025년 5월 4일 검색).; Belén Olmos Giupponi, "Latin American States, International Arbitration and Trade in Investment Agreements: Quo Vadis?", *Kluwer Arbitration Blog*(June 16, 2019); ICSID, "Database of ICSID Member States", https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states(2025년 5월 1일 검색); UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*(2018); ICSID, *ICSID Arbitration Rules*(2022) 및 관련 해설; UNCITRAL Working Group III 관련 문서 참조.

6) Caroline Henckels, "Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 4, No. 1(2013), pp. 197-215; Valentina Vadi and Lukasz Gruszczynski, "Standards of Review in International Investment Law and Arbitration: Multilevel Governance and the Commonweal", *Journal of International Economic Law*, Vol. 16, Issue 3(2013), p. 628; Stephan W. Schill, "Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, Issue 3(2012), pp. 6-7.

7) Tsai-fang Chen, "The Standard of Review and the Roles of ICSID Arbitral Tribunals in Investor-State Dispute Settlement", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 5, No. 1(2012), pp. 31-33; Henckels, *supra* note 6, p. 200.

심사기준에 관한 선행연구 또한 이러한 문제의식 아래 다양하게 축적되어 왔으나,[8] 기존 연구들은 비례성 심사나 판단의 재량(margin of appreciation) 등 특정 심사방법(methods of review)의 적용 타당성을 개별적으로 검토하는 데 주로 집중함으로써,[9] 심사기준이 실제로 어떠한 조건과 맥락 속에서 선택·적용되는지를 구조적으로 규명한 시도는 상대적으로 부족하였다. 또한 기존 논의는 ISDS 위기론이 고조되던 2010년대 초반에 집중되어 있어, 그 이후 축적된 판정례와 UNCITRAL 작업반 Ⅲ의 ISDS 개혁 논의 등 변화된 제도적 환경을 충분히 반영하지 못하고 있다는 한계가 있다.[10]

이에 본 연구는 ISDS 절차에서 중재판정부가 투자유치국의 규제조치를 심사할 때 적용하는 심사기준의 유형과 그 결정 요인을 주요 판정례 분석을 통하여 규명하는 것을 목적으로 한다. 다만 본 연구에서 다루는 심사기준은 조약의 실체적 기준을 해석·적용하는 과정 전반이 아니라, 판단권자 간의 권한배분(allocation of power) 및 존중(deference)에 관한 심사기준에 한정되며,[11] 분석 대상 또한 ICSID 협약 및 UNCITRAL 중재규칙에 따라 제기된 판정례 가운데 심사기준이나 존중의 개념이 명시적으로 논의되었거나 심사강도에 대한 실질적 검토가 이루어진 사례로 한정한다. 아울러 사후구제절차에서 중재지 법원이나 ICSID 취소위원회가 적용하는 심사기준은 본 연구의 범위에서 제외하고, 중재판정 단계에 초점을 맞춘다.

Ⅱ. 심사기준의 의의와 이론적 토대

1. 심사기준의 개념과 유형

'심사기준(standard of review)'은 본래 국내법상 권력분립의 원리에 기초하여 사법기관이 입

8) 주요 선행연구로 Caroline Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*(Cambridge University Press, 2015); Vadi and Gruszczynski, *supra* note 6; Schill, *supra* note 6; Johannes Hendrik Fahner, *Judicial Deference in International Adjudication: A Comparative Analysis*(Hart Publishing, 2020); William W. Burke-White and Andreas von Staden, "Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations", *The Yale Journal of International Law*, Vol. 35(2010) 등이 있다.

9) Yuka Fukunaga, "Margin of Appreciation as an Indicator of Judicial Deference: Is It Applicable to Investment Arbitration?", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 10, Issue 1(2018); Eric De Brabandere and Paula Baldini Miranda da Cruz, "The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective", *Nordic Journal of International Law*(2020); Caroline E. Foster, "Adjudication, Arbitration and the Turn to Public Law 'Standards of Review': Putting the Precautionary Principle in the Crucible", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 3(2012).

10) UNCITRAL Working Group III, "Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement(ISDS): Draft Guidelines on the Calculation of Damages and Compensation in ISDS", A/CN.9/WT.III/WP.255(September 2025).

11) Raymond Yang Gao, "What Are We Talking About When We Talk About Deference in Investment Treaty Arbitration?", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 13, Issue 3 (2022), pp. 472-509.

법 및 행정기관의 판단에 어느 정도의 강도로 개입할 것인지를 정하는 척도로 발전해 온 개념이다. 그러나 국제분쟁해결제도의 영향력이 증대되고 국제재판소가 개별 국가의 입법·행정·사법 작용을 심사하는 사례가 증가함에 따라, 심사기준에 관한 논의 역시 국내법의 영역을 넘어 국제법적 차원으로 그 외연을 확장해 왔다.[12] 이 과정에서 심사기준은 국제재판소와 국가기관 간 권한의 경계를 설정하는 기제로서 작용하며, 그 적용 강도에 따라 국가의 규제권한이 과도하게 제약될 수도, 반대로 국제법의 실효성과 절차적 정당성이 훼손될 수도 있으므로 심사기준의 적용은 본질적으로 이 두 가치 사이의 상호 균형을 모색하는 중대한 과제를 수반한다.

이러한 긴장 관계는 ISDS에서 특히 첨예하게 드러난다. ISDS는 국가와 사인 간의 분쟁을 국가 간 조약에 근거하여 판단한다는 점에서 공적 성격과 사적 성격이 혼재된 혼합적(hybrid) 특성을 띠며, 이로 인해 국가의 규제 자율성, 외국인 투자자의 권리 보호, 그리고 중재판정부의 심사권이라는 서로 다른 층위의 권한과 이익이 충돌하거나 중첩될 가능성이 농후하다. 따라서 이들 권한 사이의 적절한 권한배분이 필수적이며,[13] 중재판정부가 어떠한 심사기준을 선택하고 적용하느냐는 곧 이러한 권한배분이 구체적으로 구현되는 척도가 된다. 이러한 점에서 ISDS 절차상의 심사기준은 중재판정부가 투자유치국의 규제 조치를 심사함에 있어 그 조사의 강도(intensity of the scrutiny) 또는 존중의 정도(degree of deference)를 결정짓는 척도로서 단순히 사법적 개입의 강도를 조절하는 기술적 기제를 넘어,[14] 국가의 규제 권한과 중재판정부의 판단 권한 사이의 경계를 조율하는 핵심 법리로서 기능한다.[15]

심사기준을 명확히 이해하기 위해서는 이와 밀접하게 연관된 두 가지 개념, 즉 존중(deference)과 심사방법(methods of review)을 함께 살펴볼 필요가 있다. 먼저 '존중'은 판단권자가 일차적 결정권자인 국가의 심사 대상에 대하여 어느 정도의 재량을 인정할 것인지를 결정하는 태도, 즉 일종의 사법자제(judicial restraint)를 의미한다. 심사기준이 심사 강도의 수준을 설정하는 객관적 척도라면, 존중은 그 척도 안에서 판단권자가 취하는 주관적 태도라는 점에서 양자는 개념적으로 구별된다. 그러나 본질적으로 양자는 동전의 양면과 같은 관계에 있어, 존중의 정도가 높을수록 심사기준은 완화되고, 낮을수록 심사기준은 강화되는 유기적 상관관계에 있다.[16] 한편, '심사방법'은 이러한 심사기준을 실제로 적용하고 구현하기 위한 구체적인 분석 도구를 의미하며, 비례성 심사(proportionality analysis), 합리성 심사(reasonableness test), 판단의 재량(margin of appreciation), 신의성실의 원칙(good faith), 절차적 심사(procedural review) 등이 이에 해당한다.[17] 이처럼 '심사기준', '존중', 그리고 '심사방법'은 개념적으로 서로 구별되지

12) Chen, *supra* note 7, pp. 26-29; Matthias Oesch, "Standards of Review in WTO Dispute Resolution", *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, Issue 3(2003).
13) Schill, *supra* note 4, pp. 20-21; René Urueña, "Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 79, No. 2(2016), pp. 99-101.
14) Schill, *supra* note 4, pp. 577-598; Chen, *supra* note 7, p. 35.
15) Vadi and Gruszczynski, *supra* note 6, p. 614; Niccolò Zugliani, "The Standard of Review in Investment Treaty Arbitration", *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (2019), p. 374.
16) Henckels, *supra* note 8, pp. 1-20, 29-32; Schill, *supra* note 6, pp. 6-7; Fahner, *supra* note 8, pp. 5-7.
17) 비례성 심사는 본래 독일 행정법에서 유래한 개념으로 ⅰ) 규제목적의 정당성, ⅱ) 수단의 적합성, ⅲ)

만, 상호 밀접하게 연계되어 있어 실무상 독립적으로 분리되어 논의되지는 않으며, 특히 '심사기준'과 '심사방법'은 종종 '심사기준'이라는 용어로 통칭되어 사용되는 경향이 있다.[18]

심사기준은 또한 심사 강도에 따라 하나의 연속적 스펙트럼으로 형상화할 수 있다. 한쪽 극단에는 심사기관이 일차적 판단권자(primary decision-maker)의 판단에 구속되거나 이를 존중하지 않고 사실관계와 법률문제 모두를 원점에서 독립적으로 다시 판단하는 '전면심사(*de novo* review)'가 위치하며, 이는 가장 엄격한 심사기준에 해당한다. 반대쪽 극단에는 일차적 판단권자의 자율성을 최대한 인정하고 실질적 판단을 유보하는 '완전존중(total deference)'이 위치하며, 이 경우 심사기관은 절차적 정당성이나 자의성 여부만을 한정적으로 확인하는 수준에 머무른다. 그리고 이 양 극단 사이에는 국가의 일차적 판단에 대한 일정한 존중을 전제하면서도 명백한 자의성이나 비합리성은 통제하는 '중간 수준의 심사기준(intermediate standard of review)'이 자리하며, 이는 실제 국제분쟁 실무에서 가장 빈번하게 활용되는 기준이기도 하다.[19]

다만 유의할 점은, 이러한 이론적 분류와 각 심사방법이 실제 판정례에서 항상 기계적으로 일대일 대응을 이루는 것은 아니라는 것이다. 예를 들어, 명목상 존중적 심사기준에 해당하는 합리성 심사를 표방하면서도 실제로는 엄격한 비례성 심사에 근접한 결론에 이르거나, 절차적 심사를 표방하면서도 국가에 과도한 입증책임을 부과하여 실질적으로 엄격한 심사기준과 다를 바 없는 결과를 도출하는 경우가 있다.[20] 이는 심사방법의 수사적 명칭과 실제 적용된 심사 강도 사이에 괴리가 발생할 수 있음을 시사하며, 따라서 심사기준에 관한 논의가 단순한 이론적 유형화에 머물지 않기 위해서는 구체적인 판정례 속에서 심사방법이 어떻게 변용되고 적용되는지를 실증적으로 규명하는 작업이 수반되어야 한다.

2. 조약 문언 해석의 원칙과 한계

중재판정부는 심사기준의 적용에 있어 우선적으로 「조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties: VCLT)」 제31조에 따라 조약의 통상적 의미, 문맥, 대상과 목적을 종합적으로 고려하여 관련 규정을 해석하며, 필요한 경우 제32조에 따른 보충적 해석 수단도 원용하게 된다.[21] 다만, 일부 조약에서는 심사기준을 직·간접적으로 시사하는 문언이 포함

수단의 필요성, iv) 협의의 비례성(proportionality stricto sensu)을 단계적으로 검토하는 누적검토방식을 취하며, 가장 엄격한 심사기준에 결합되는 것이 일반적이다. 이에 비하여 합리성 심사는 국가의 조치가 명백히 자의적이지 않고 최소한의 합리성을 갖추었는지를 검토하는 데 그치므로 완화된 심사기준에 결합된다. 판단의 재량은 ECtHR이 발전시킨 법리로서 인권 규범의 적용에 있어 체약국에 일정한 재량의 폭을 인정하는 것을 의미하며, 그 폭은 권리의 성격, 목적의 정당성, 국내 절차의 정당성 등에 따라 좌우된다. 신의성실의 원칙은 다른 심사방법의 보조적 기준 또는 가중요소(aggravating factor)로 적용되며, 국가의 주관적 의도(악의나 자의적 목적 등)가 인정되는 경우 위법성 판단을 강화하는 요소로 검토될 수 있다. 절차적 심사는 규제 결정의 실체적 내용보다는 의사결정 과정에서의 투명성, 적법절차 준수 여부, 자의성 유무 등을 심사하는 방법이다. 각 심사방법에 관한 상세는 Henckels, *supra* note 8, pp. 23-26; De Brabandere and Miranda da Cruz, *supra* note 9, pp. 471, 489-490; Fahner, *supra* note 8, p. 142; Foster, *supra* note 9, pp. 525-533 참조.

18) Joshua Paine, "Standard of Review: Investment Arbitration", *Max Planck Encyclopedias of International Law*(2018), para. 1; Fahner, *supra* note 8, p. 7.

19) Vadi and Gruszczynski, *supra* note 6, pp. 622-627; Fahner, *supra* note 8, pp. 7, 28-30.

20) Fahner, *supra* note 8, pp. 23, 145; Gao, *supra* note 11, p. 508.

되어 있기도 한데, 대표적으로 「1994년도 GATT 제6조의 이행에 관한 협정(Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994: 반덤핑협정)」 제17조 제6항 (ⅰ)이 있다. 동 조항에 따르면 패널은 사실문제 판단 시 해당 사안에 대한 분쟁당사국의 판단이 '공평하고 객관적'으로 이루어졌는지에 대하여 제한된 범위에서 검토하여야 하며, 분쟁당사국에 의한 사실관계의 확립이 적절하고 그에 대한 판단이 공평하고 객관적인 경우 패널은 이를 존중하여야 하고, 번복할 수 없다. 이는 패널의 사실문제에 대한 판단이 분쟁당사국의 판단과 다를지라도 분쟁당사국의 판단을 존중하여야 한다는 존중적 심사기준을 규정하고 있다고 할 수 있다.[22]

또한 심사기준은 개별 조약의 특정 문언을 해석함으로써 도출되거나, 특정 상황이나 쟁점에 관한 규정을 통하여 명시되기도 하며, 전자의 대표적 사례로 '필수적 안보조항(essential security)'을 들 수 있다. 일부 조약에서는 당사자가 자국의 필수적인 안보이익을 위하여 '필요하다고 간주하는 조치(it deems necessary)'를 적용하는 것을 방해하지 않는다는, 이른바 '필수적 안보조항(essential security)'을 규정하고 있는데, 이와 같은 문언은 자기판단조항(self-judging clause)으로 해석된다.[23] 이와 같은 문언은 즉, 조약의 당사국에게 자국의 안보이익과 관련된 일차적 판단권한을 인정한다는 것이다. 따라서 대부분의 중재판정부는 필수적 안보조항이 적용되는 사안에 대하여 해당 국가가 신의성실원칙(good faith)에 따라 행위하였는지를 확인하는 정도의 완화된 심사기준을 적용하는 것이 일반적이다.

그리고 국내법 해석에 대한 심사기준을 명문화하고 있는 사례로 「포괄적경제무역협정(Comprehensive Economic and Trade Agreement: CETA)」 제8.31조 제2항과 「EU-베트남 투자보호협정(EU-Vietnam Investment Protection Agreement: EVIPA)」 제3.42조 제2항 및 제3항을 들 수 있다. 이 규정에 따르면 중재판정부는 국내법의 해석에 대하여 국내법원 또는 정부당국의 국내법에 대한 지배적인 해석을 따르거나 그에 구속될 것을 요구한다.[24] 이는 국내법 해석에 대한 심사기준을 명시적으로 정한 사례로, 일차적 판단권한이 있는 국가의 조치·판단·결정 등을 존중할 것을 요구하는 존중적 심사기준에 해당한다.

그러나 이러한 명시적·간접적 규정례는 전체 IIA의 극히 일부에 불과하다. 절대다수의 투자협정

---

21) United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331(1969), 제31조-제33조.

22) WTO 협정은 반덤핑협정 제17조 제6항 (ⅰ) 외에는 심사기준을 명시적으로 규정하고 있지 않지만, WTO DSB는 *EC-Hormones* 사건 등을 통하여 「분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes: DSU)」 제11조가 사실문제 및 법률문제에 대하여 일반적으로 적용되는 '적절한 심사기준'이며, 이는 전면심사(*de novo* review)도 완전 존중(total deference)도 아닌, 객관적 심사(objective assessment)에 해당한다고 확인하였다. *European Communities-Measures Concerning Meat and Products(Hormones)*, WTO Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R(February 13, 1998), paras. 116-117.

23) 「유럽인권협약 제1의정서」 제1조, 「호주-미국 자유무역협정(AUSFTA)」 제22조 제2항, 한-미 FTA 제23조 제2항 등이 이에 해당한다. Stephan Schill and Robyn Briese, "'If the State Considers': Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 13(2009), pp. 110-111, 119-121.

24) Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union, OJ L 11(14 January 2017), Art. 8.31(2); EU-Vietnam Investment Protection Agreement, Art. 3.42(2)-(3).

은 심사기준에 관하여 침묵하고 있으며, 설령 간접적 단서가 존재하더라도 그 내용과 형식이 협정마다 상이하여 일반화하기 어렵다. 더욱이 FET, 수용, 내국민대우 등 IIA의 핵심 실체규정들은 그 문언 자체가 추상적이어서 해당 규정이 중재판정부에 어느 수준의 심사 강도를 요구하는지를 문언만으로 확정하기는 사실상 곤란하다.[25] 결국 대부분의 사안에서 심사기준은 조약 문언의 해석만으로는 충분히 결정되기 어렵고, 조약 외적인 실질적 요소에 의하여 보충적으로 결정될 수밖에 없는 구조적 한계가 존재한다. 결국 중재판정부는 VCLT의 해석 원칙에 기대어 분쟁을 둘러싼 제도적·사실적 맥락을 살필 수밖에 없으며, 이 과정에서 도출되는 다양한 조약 외적 요소들이 심사강도를 조율하는 실질적 판단 기준으로 기능하게 된다.

Ⅲ. 심사기준 적용에 관한 판정례 분석

조약 문언이 심사기준에 관하여 침묵하거나 추상적인 경우, 중재판정부는 사안의 특수성을 반영한 규정 외의 고려요소를 종합적으로 검토하여 심사기준을 결정한다. 여기서 규정 외의 고려요소란 조약 문언만으로 특정 사안의 심사강도를 정하기 곤란한 경우, VCLT 제31조 및 제32조가 허용하는 해석의 틀, 즉 문맥, 대상과 목적, 관련 국제법규 및 후속관행을 통하여 분쟁의 제도적·사실적 맥락을 반영함으로써 심사의 범위와 강도를 보정하는 실질적인 판단 기제를 의미한다.[26] 본 논문은 주요 판정례에 대한 분석을 통하여 중재판정부가 심사기준을 결정함에 있어 영향을 미치는 고려요소를 다음의 세 가지 본질적인 질문에 답하는 과정에서 귀납적으로 도출하였다. 즉, ⅰ) 중재판정부가 무엇을 알 수 있는가(전문적 판단에 대한 존중 여부), ⅱ) 중재판정부가 무엇을 판단할 권한이 있는가(규제권한), 그리고 ⅲ) 어떻게 통제할 것인가(통제 대상 및 방식)라는 세 가지 질문에 대응하여 도출된 가장 보편적이고 결정적인 변수로 작용하는 세 가지 고려요소를 선정하였으며, 이 유형에 따라 사건을 분류한 뒤, 각 요소가 심사기준의 스펙트럼 상에서 심사 강도에 어떠한 영향을 미치는지 살펴보았다.

첫째, '환경·보건 분야의 전문성과 과학적 복잡성'은 심사기준의 강도를 결정하는 데 우선적으로 작용하는 변수이다.[27] 환경 규제와 공중보건 조치는 통상 과학적·기술적 지식에 기반한 정책 판단을 전제로 하므로, 법률 전문가로 구성된 중재판정부는 규제 당국의 전문적 판단에 어느 수준의 무게를 부여할 것인지, 또는 투자자 보호를 위하여 과학적 근거를 독자적으로 평가할 것인지의 선택에 놓이게 된다.[28] 이에 과학적 불확실성이 수반된 사안에서 '전문성' 또는 '과학적 복잡성'이라는 요소가 국가의 규제권한을 정당화하고 심사 강도를 조정하는 데 어떻게 작용하는지를 검토한다.[29]

둘째, '금융위기 등 경제·사회적 환경 변화와 공익적 중대성'은 국가 부도나 에너지 위기와 같

25) Henckels, *supra* note 6, p. 200; Burke-White and von Staden, *supra* note 8, pp. 285-290.
26) Henckels, *supra* note 8, pp. 7-10; Schill, *supra* note 4, pp. 595-596.
27) Foster, *supra* note 9, pp. 525-528; Fahner, *supra* note 8, p. 150.
28) Fahner, *supra* note 8, p. 150; Foster, *supra* note 9, pp. 525-526.
29) Scott Brewer, "Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process", *The Yale Law Journal*, Vol. 107, No. 5(1998), pp. 1677-1681.

은 국가 비상상황에서 취해진 조치는 평시의 규제와 달리 국가의 존립과 공공의 안녕에 직결되므로, 국가에 어느 정도의 재량을 허용할 것인가가 쟁점이 된다.[30] 이에 국가적 위기상황이라는 특수한 상황적 맥락이 심사기준에 어떠한 영향을 미치는지 구체적으로 살펴보고자 한다.

셋째, '행정·사법 작용의 절차적 정당성'은 심사의 초점을 실체적 결과에서 과정으로 전환시키는 기준이다.[31] 정책의 실체적 타당성이나 기술적 적정성에 대한 직접적 평가가 중재판정부의 역량과 정당성을 넘어서는 경우, 중재판정부는 의사결정 과정의 투명성, 일관성, 적법절차 준수 여부 등 형식적·과정적 요건으로 심사의 대상을 옮기는 경향을 보인다. 그러므로 이러한 절차적 흠결의 유무가 심사기준의 강도에 어떠한 영향을 미치는지 주요 판정례 분석을 통하여 파악하고자 한다.

물론 위 세 가지 요소가 심사기준의 결정에 작용하는 모든 변수를 포괄한다고 단정할 수는 없다. 그러나 이들은 중재판정부가 사안을 심사하는 과정에서 회피하기 어려운 세 가지 본질적 국면, 곧 인식의 한계, 권한의 충돌, 그리고 과정의 정당성이라는 문제를 각각 대표한다는 점에서, 실제 심사 강도의 형성에 결정적인 영향을 미치는 핵심 변수로 평가할 수 있다. 따라서 아래에서는 각 요소가 전면심사(*de novo* review)에서 완전존중(total deference)에 이르는 연속적 스펙트럼 위에서 어떠한 양상으로 작용하며 심사기준을 형성하는지를 구체적인 판정례를 통하여 살펴보고자 한다.

1. 공공정책 및 과학적 전문성과 규제권한

환경보호와 공중보건 관련 국가의 규제조치는 외국인 투자자의 재산권 행사 및 정당한 기대와 가장 빈번하게 충돌하는 영역이다.[32] 이러한 규제는 국가의 고유한 경찰권(police powers) 행사의 일환으로서, 종종 고도의 과학적·기술적 불확실성을 내포하거나 국민의 생명과 안전에 직결된 민감한 공공정책의 성격을 띤다. 정당한 경찰권 행사는 원칙적으로 보상을 요하는 수용에 해당하지 않는다는 것이 확립된 법리이나,[33] 이를 판단하기 위한 구체적 심사기준은 여전히 필요하다. 따라서 고도의 과학적·기술적 전문성이나 국민의 생명·안전 관련 조치가 쟁점이 된 주요 판정례를 분석함으로써 중재판정부가 적용하여 온 심사기준의 결정 요인과 이를 통하여 도출된 규제권한과 외국인 투자자 보호 간의 균형점을 고찰하여 보고자 한다.

(1) 과학적 전문성과 규제 합리성에 기반한 존중

고도의 과학적 지식과 기술적 데이터에 기반하여 수립되는 환경 및 공중보건 규제에 대하여, 법률가로 구성된 중재판정부는 태생적으로 과학적 전문성을 독자적으로 검증할 인식론적 한계

30) Henckels, *supra* note 8, p. 203.
31) Henckels, *supra* note 8, pp. 115-118; Burke-White and von Staden, *supra* note 8, pp. 334-336.
32) Henckels, *supra* note 6, pp. 197-200.
33) Ursula Kriebaum, Christoph Schreuer, and Rudolf Dolzer, *Principles of International Investment Law*, 3rd ed.(Oxford University Press, 2022), pp. 351-355; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award(March 17, 2006), para. 255.

(epistemic limitation)를 지닌다. 이에 따라 중재판정부는 규제 당국의 전문적 판단을 신뢰하고 개입을 자제할 것인지, 아니면 투자자 보호를 위하여 과학적 증거를 처음부터 전면심사할 것인지의 딜레마에 직면하게 되며, 이러한 긴장 속에서 형성된 법리가 '인식적 존중(epistemic deference)'이다.

'인식적 존중'은 중재판정부가 자신이 '과학법원(science court)'이 아님을 자인하고, 국가의 조치가 합리적인 과학적 근거를 갖추었거나 국제적으로 합의된 기준에 부합하는 경우, 그 실체적 타당성에 대한 심사를 유보하고 국가의 판단의 재량을 폭넓게 인정하는 태도를 의미하며, 이러한 법리가 구체적으로 적용된 대표적 사안으로 *Methanex v. United States* 사건을 들 수 있다. 이 사건에서 문제된 조치는 캘리포니아주의 가솔린 첨가제인 MTBE 금지 조치였으며, 청구인 Methanex는 해당 조치가 과학적 근거가 결여된 채 국내 에탄올 산업을 보호하기 위한 정치적 허구(political sham)에 불과하다고 주장하였다.[34] 그러나 중재판정부는 규제당국의 조치가 캘리포니아 대학의 연구보고서라는 과학적 증거에 기반하였다는 점에 주목하며, 해당 보고서가 공개 청문회, 증언, 그리고 동료 평가(peer-review)를 거친 객관적이고 진지한 과학적 접근의 결과물임을 인정하였다. 중재판정부는 과학적 방법론이나 결론에 대한 이견이 존재할 수 있음을 인정하면서도, 자신이 과학적 진실을 가리는 심판자가 되어 규제 당국의 판단을 전면심사하는 것을 지양하였다. 결과적으로 중재판정부는 정부 규제가 '과학적으로 완벽한가'를 묻는 대신, 적법절차(due process)를 준수하며 '객관적으로 합리적인' 과학적 근거에 기반하였는지를 중점적으로 심사하는 존중적 태도를 취하였으며, 해당 조치는 공공의 목적을 위한 비차별적 규제로서 보상이 필요 없는 국가의 정당한 경찰권 행사에 해당하므로 수용을 구성하지 않는다고 판시하였다.[35]

이러한 존중적 심사기준은 *Chemtura v. Canada* 사건에서 전문 규제기관에 대한 제도적 존중으로 이어졌다. 캐나다 해충관리규제기관(Pest Management Regulatory Agency: PMRA)의 살충제인 린단(Lindane) 금지 조치에 대하여, 중재판정부는 자신이 규제 기관보다 우월한 전문성을 갖고 있지 않다는 점을 분명히 하며 정부의 과학적 의사결정의 정확성을 사후적으로 재단(second-guess)하는 것을 극도로 자제하였다.[36] 심사방법론적 측면에서 주목할 것은 중재판정부가 최소기준대우 위반 여부를 판단함에 있어 실체 판단을 자제하고 절차적 심사를 적용하였다는 점이다. 즉, 린단 금지 조치의 과학적 타당성을 직접 판단하는 대신, 캐나다 PMRA가 규제 도입 과정에서 투자자에게 충분한 소명기회를 부여하였는지, 위험성 평가 수행 과정에서 악의나 차별적 의도가 개입되었는지 등의 절차적 요소를 집중적으로 심사함으로써 중재판정부가 스스로 과학적 결론을 내리는 '새로운 심사(*de novo* review)'를 지양하고, 절차적 하자가 없는 한 전문 규제 기관의 판단을 존중하는 방식을 택한 것이다.

34) *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits(August 3, 2005), Part III, Ch. A, paras. 101-102.
35) *Ibid.*, Part IV, Ch. D, para. 7.
36) *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award(August 2, 2010), paras. 134, 138-142, 153-154.

(2) 규제 목적의 정당성과 절차적 하자의 분리

환경 보호와 공중보건 증진을 위한 국가의 규제 조치는 국제법상 국가의 고유한 경찰권의 발현으로 간주되며, 비차별적이고 공익을 목적으로 한 선의(*bona fide*)의 규제는 원칙적으로 보상 의무가 있는 수용을 구성하지 않는다는 것이 확립된 법리이다.[37] 그러나 최근의 판정례들은 이러한 경찰권 항변이 국가의 모든 책임을 면제해 주는 만능열쇠가 아님을 보여준다. 즉, 최근 중재판정부는 규제의 목적이 정당하더라도 그 수단이나 집행 과정이 자의적이거나 불공정한 경우, 수용의 책임은 면제하되 FET 위반 책임은 인정하는 '책임의 이원화' 경향을 보이고 있다.

Infinito Gold v. Costa Rica 사건에서 코스타리카는 2011년 광업법을 개정하여 노천 금광 채굴을 전면 금지하고 기존 허가를 취소하였다. 중재판정부는 수용 청구에 대해서는 환경 규제의 정당성보다는 국내 법원의 적법한 취소 판결로 인하여 채굴권 자체가 무효화되었으므로 수용의 대상이 되는 유효한 권리가 존재하지 않는다는 이유로 이를 기각하였다.[38] 반면, FET 위반 여부에 대해서는 국가의 환경 규제 목적 자체는 존중하면서도, 해당 법안이 제정될 당시 영향을 받는 프로젝트가 사실상 청구인의 프로젝트(Crucitas Project)가 유일했고 이미 헌법재판소로부터 환경적 건전성을 확인받았음에도 전면 금지시킨 것은 규제 목적과 투자자에게 미치는 영향 사이의 '합리적 상관관계(reasonable correlation)'를 결여한 것이라 보아 FET 위반을 인정하였다.[39]

유사한 맥락에서 *Eco Oro v. Colombia* 사건의 중재판정부 역시 고산 습지 생태계인 파라모(Páramo) 지역을 보호하기 위한 콜롬비아 정부의 채굴 금지 조치에 대하여 합법적 경찰권의 행사를 인정하고 수용 청구를 배척하였으나, 최소기준대우 위반 심사에서는 국가의 행정적 책임을 엄격하게 물었다.[40] 중재판정부는 콜롬비아 정부가 환경보호라는 목적을 추구하는 과정에서 광업 담당 부처와 환경 담당 부처 간 불협화음이 발생하고, 파라모 경계 설정을 장기간 지연시킴으로써 외국인 투자자에게 불필요한 불확실성을 가중시켰다고 지적하였다. 중재판정부는 이를 국가기관들의 조율 실패 및 적법절차에 대한 태만으로 규정하며, 이러한 행정적 비일관성과 지연이 투자자의 정당한 기대를 훼손하고 명백히 자의적이며 총체적으로 불공정한 조치로서 FET 위반을 구성한다고 판단하였다.[41]

이상의 두 사건은 심사기준의 관점에서 공통된 경향성을 보여준다. 중재판정부는 환경보호를 위한 국가의 규제권한을 폭넓게 인정하여 수용에 따른 보상 책임은 부정하되, FET 위반 여부를 판단할 때에는 국가의 행정적 역량과 절차적 정당성을 엄격하게 심사하는 이중적 구조를 채택하고 있다. 환경보호라는 실체적 정당성이 행정 절차상의 흠결까지 치유할 수는 없다는 점이 분명히 확인되는바, 이 영역에서 자의성 금지 원칙과 행정의 일관성이 심사기준의 핵심 척도로 적용되고 있

37) UNCTAD, Expropriation: A Sequel, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II(United Nations, 2012), pp. 78-80.
38) *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5, Award(June 3, 2021), paras. 555-562, 573, 712.
39) *Ibid.*, para. 562.
40) *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum(September 9, 2021), paras. 626-630, 776-782, 821.
41) *Ibid.*, paras. 628-632, 776-782, 821.

음을 확인할 수 있다.[42]

(3) 위장된 보호주의에 대한 통제

국가가 공공정책을 수립하고 집행하는 과정에서 부여되는 규제 권한에 대한 존중은 무제한적인 것이 아니다. 국가가 환경보호나 공익을 명분으로 내세우더라도, 그 실질이 자국 산업을 보호하기 위한 위장된 보호주의(disguised protectionism)에 해당하거나 규제 목적과 수단 사이에 합리적 연관성이 결여된 경우, 중재판정부는 존중을 철회하고 엄격한 심사를 적용한다.

그 대표적인 예인 *S.D. Myers v. Canada* 사건은 내국민 대우와 공정하고 공평한 대우의 해석에 있어, 중재판정부가 '합리성(reasonableness)'이라는 잣대를 통하여 어떻게 국가의 규제 의도를 파악하고 통제하는지를 보여준다. 캐나다는 유해 폐기물인 폴리염화비페닐(PCB) 폐기물의 국경 간 이동을 전면 금지하는 조치를 취하였는데, 미국 기업인 SDMI는 캐나다 내 PCB 폐기물을 수집하여 미국 내 자사 시설에서 처리하는 사업을 추진하고 있었다.[43] 캐나다 정부는 이를 환경보호를 위한 불가피한 조치라고 주장하였으나, SDMI는 해당 조치가 환경보호와는 무관하며, 실제로는 캐나다 국내 폐기물 처리 업계를 미국 경쟁자로부터 보호하기 위한 보호주의적 조치라고 반박하였다.

이 사건에서 중재판정부는 국가가 규제 목적에 따라 자국 내 사안을 규율할 권한에 대하여 일반적으로 높은 수준의 존중을 받는다고 전제하면서도, 이러한 존중이 보호주의적 동기에서 기인하거나 특정 외국인 투자자를 불합리하게 배제하는 경우까지 확장될 수는 없다고 선을 그었다.[44] 즉, 규제의 외관이 환경보호라 하더라도, 그 실질이 차별적이고 보호주의적이라면 국제법상 정당화될 수 없다는 것이다. 이에 중재판정부는 단순히 규제의 표면적 목적을 확인하는 것을 넘어, ⅰ) 규제의 실제 동기가 무엇인지, ⅱ) 규제 수단이 목적 달성에 합리적 연관성을 가지는지를 종합적으로 검토하는 합리성 심사를 수행하였다.

중재판정부는 증거 조사를 통하여 캐나다 정부의 조치가 환경적 필요성보다는 국내 업계의 로비와 정치적 압력에 의하여 주도되었음을 밝혀냈다. 특히 중재판정부는 '캐나다 정부의 조치는 캐나다 폐기물 처리 기업들의 시장 점유율을 보호하기 위한 것이었으며, 이는 투자자에 대한 차별로 귀결된다'고 명시하였다.[45] 즉, 환경보호라는 명분은 있었으나, 실제로는 국경을 닫음으로써 국내 기업에게 독점적 이익을 몰아주려는 '보호주의적 의도'가 다분했다는 것이다. 또한 중재판정부는 수단의 적합성 측면에서도 캐나다의 조치가 합리성을 결여했다고 보았다. PCB 폐기물을 국경 너머 미국 시설에서 처리하는 것이 캐나다 내에서 처리하는 것보다 환경적으로 더 위험하다는 과학적 근거가 부족했기 때문이다. 결국 중재판정부는 해당 조치가 비차별적이고 투명한 규제라 하더라도, 특정 외국인 투자자를 불합리하게 배제하는 경우에 해당하므로 NAFTA 제1102조(내국민대우)와 제1105조(FET)를 위반하였다고 결론 내렸다.[46]

---

42) *Ibid.*, paras. 791, 804-805, 821
43) *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award(November 13, 2000), paras. 90-95, 252-256, 261, 263.
44) *Ibid.*, paras. 261, 263, 287.
45) *Ibid.*, para. 255.

위 판정례를 통해 공통적으로 확인할 수 있는 점은 중재판정부는 국가의 규제 권한을 존중하면서도, 그 권한 행사가 ⅰ) 과학적·객관적 근거보다 정치적·보호주의적 동기에 의하여 좌우되거나, ⅱ) 규제 수단과 목적 사이에 합리적인 연관성이 결여된 경우, 이를 존중의 한계를 벗어난 것으로 보아 엄격하게 심사하는 것을 알 수 있다.

2. 경제·사회적 환경 변화와 거시정책

외국인 투자자의 안정적인 권리 행사 및 정당한 기대와 빈번하게 충돌하는 국가의 거시경제적 위기 대응 조치는 국가의 존립과 경제적 안보를 수호하기 위한 주권적 책무의 발현으로서, 흔히 통화·금융·재정 정책의 급격한 전환을 수반하거나 평시의 규제 권한을 뛰어넘는 비상조치의 성격을 띤다. 국제법상 긴급피난/필요성(state of necessity) 등 일정한 위기 대응 조치가 정당화될 수 있다는 원칙은 널리 인정되고 있으나, 그 정당화의 범위와 심사기준의 강도는 여전히 명확히 확립되지 않은 실정이다. 따라서 여기에서는 국가 존립이 위협받는 '극단적 위기 상황'에서의 긴급 조치와, 재정 건전성 확보나 산업 구조 개편과 같은 '평시 및 준위기 상황'에서의 정책 변경을 구분하여 살펴보고자 한다. 이를 통해 위기의 심각성과 공익의 중대성이 실제 중재 판정례에서 심사기준의 강도에 어떠한 방식으로 반영되고 있는지 살펴보고자 한다.

(1) 국가적 비상상황과 필요성 항변의 진화

2001년 아르헨티나 경제위기는 국가의 본질적 이익을 보호하기 위한 공공정책 권한과 외국인 투자자에 대한 보호 의무가 가장 첨예하게 대립했던 사건으로 기록된다. 당시 아르헨티나 정부는 페소화(pesification), 공공요금 동결, 자본 유출 통제 등 일련의 긴급 조치를 단행하였으나, 이는 외국인 투자자들에게 막대한 손실을 야기하였다. 이에 다수의 외국인 투자자들이 아르헨티나를 상대로 ISDS를 제기하였으며, 핵심 쟁점은 국가의 위기 대응 조치가 국제법상 긴급피난/필요성(state of necessity) 항변에 의하여 정당화될 수 있는지 여부였다.[47]

초기에 제기된 *CMS v. Argentina* 사건, *Enron v. Argentina* 사건, 그리고 이들과 맥락을 같이 하는 *Sempra v. Argentina* 사건에서 중재판정부는 국가의 정책적 재량을 사실상 인정하지 않은 전면심사의 전형을 보여주었다.[48] 이들 중재판정부의 심사방법론상 가장 핵심적인 특징은 조약 문언 해석에서부터 엄격한 방법론을 채택하였다는 점이다. 「투자의 상호 장려 및 보호에 관한 미합중국과 아르헨티나 공화국 간의 조약(Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and

46) *Ibid.*, paras. 194-195, 256, 263, 268-270.
47) *CMS v. Argentina*, *supra* note 3, paras. 60-67; *Enron v. Argentina*, *supra* note 3, paras. 67-72.
48) *CMS v. Argentina*, *supra* note 3, paras. 315-324; *Enron v. Argentina*, *supra* note 3, paras. 308-309, 333; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award(September 28, 2007), para. 376.

Protection of Investment: 미국-아르헨티나 BIT」 제11조(Non-Precluded Measures)는 본 조약의 어떠한 규정도 당사국이 공공질서의 유지, 국제평화 또는 안전의 유지, 혹은 자국의 필수적 안보이익의 보호에 필요한 조치를 적용하는 것을 방해하지 아니한다고 규정하고 있는데, 위 사건들의 중재판정부는 이를 조약상의 독자적 예외 규정으로 보지 않고 국제관습법상 국가책임 조각사유인 긴급피난/필요성 항변 요건과 본질적으로 동일한 것으로 해석하였다.[49] 이는 조약이 부여한 국가의 재량을 축소하고, 관습법의 엄격한 요건을 충족하여야만 면책이 가능하다는 논리로 귀결되며, 이에 따라 중재판정부는 ILC 국가책임초안 제25조의 '유일한 수단(the only way)' 요건을 기계적으로 적용하여 판단하였다. 즉, 중재판정부는 아르헨티나가 취한 긴급 조치가 위기 극복을 위한 유일한 수단이었는지를 사후적 관점에서 재검토하면서, 완전한 달러화 도입(full dollarization), 즉각적인 재정 긴축, 변동환율제로의 점진적 전환 등 다른 거시경제적 수단이 존재했다는 점을 들어 정부의 조치가 유일한 수단이 아니었다고 판단하였다.[50] 이는 비례성 심사 중에서도 가장 엄격한 형태에 해당하는 것으로, 국가가 선택한 정책 수단이 목적 달성을 위한 절대적으로 유일한 방법이었는지를 사후적으로 재단하는 접근이다. 이러한 접근은 위기 당시 정책 결정자가 가졌던 정보의 불완전성, 시의성, 그리고 급박한 상황에서의 다양한 이해관계 간 정치적 타협의 불가피성을 충분히 고려하지 않은 사후확증편향(hindsight bias)에 기초한 심사라는 비판을 받는다.[51]

나아가 이러한 판정들에 대한 사후구제절차인 취소위원회의 결정조차 엇갈리며 ISDS 체제의 구조적 모순을 명확히 드러냈다. *CMS v. Argentina* 사건의 취소위원회는 중재판정부가 조약상 예외조항과 관습법상 항변을 혼동한 것을 강하게 비판하면서도 이를 단순한 법적 오류(error of law)로 보아 원 판정을 취소하지 않은 반면,[52] *Enron v. Argentina* 사건과 *Sempra v. Argentina* 사건의 취소위원회는 유사한 법리 적용의 오류에 대하여 원 중재판정부가 유일한 수단 요건을 충분히 심사하지 못했다는 등의 이유로 명백한 권한 유월 및 이유 불기재를 적용하여 원 중재판정을 전면 취소함으로써,[53] 취소위원회가 권한 유월의 한계를 넘어 사실상 항소심처럼 본안을 재심사하였다는 비판과 함께 취소 사유의 범위를 모호하게 만들었다.

이에 비하여 후속 판정례에서는 국가 경제위기의 특수성을 고려한 존중적 심사기준으로의 선회가 나타났다. *LG&E v. Argentina* 사건의 중재판정부는 BIT 제11조의 해석에 있어 *CMS* 사건과 달리 특별법 우선 원칙에 따라 조약상 예외조항을 우선 적용하여 아르헨티나의 조치가

49) *CMS v. Argentina*, *supra* note 3, para. 315; *Enron v. Argentina*, *supra* note 3, para. 333; *Sempra v. Argentina*, *supra* note 48, para. 376.
50) *CMS v. Argentina*, *supra* note 3, para. 323.
51) Burke-White and von Staden, *supra* note 8, p. 340.
52) *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic(September 25, 2007), paras. 130-136, 158. 취소위원회는 중재판정부가 BIT 조항과 관습국제법상 요건을 동일시한 것은 명백한 법리적 오류이나, 이는 ICSID 협약 제52조의 취소 사유인 '명백한 권한 유월(manifest excess of powers)'에는 해당하지 않는다고 판단하여 취소 청구를 기각하였다.
53) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic(July 30, 2010), paras. 377-378, 393; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award(June 29, 2010), paras. 208-209.

정당하다고 판단한 후, 관습법상 긴급피난 요건도 보충적으로 충족되었다고 보았다.[54] 특히 주목할 것은 중재판정부가 위기의 시간적 가변성을 인정하여, 경제위기의 정점이었던 2001년 12월 1일부터 2003년 4월 26일까지를 특정하고, 이 기간 동안에는 국가의 조치가 합법적인 공공질서 유지 행위로서 책임이 면제된다고 판단한 점이다. 이는 국가 책임이 '전부 아니면 전무(all or nothing)'의 문제가 아니라 위기의 강도와 시기에 따라 유동적일 수 있음을 시사하는 것으로, 초기 사건들의 경직된 전면심사와 대비된다.

심사방법론적 관점에서 가장 진일보한 접근법을 제시한 것은 *Continental Casualty v. Argentina* 사건이다. 이 사건의 중재판정부는 BIT 제11조를 관습법상 항변의 단순한 반영이 아니라 조약 적용의 배제 사유로서 독자적인 법적 기능을 갖는 규정으로 해석하였다.[55] 이 해석론에 따르면 BIT 제11조의 요건 충족 여부는 ILC 국가책임초안 제25조의 엄격한 '유일한 수단' 기준이 아니라 조약 자체의 문언에 따라 판단되어야 하므로, 해당 조항이 충족될 경우 국가의 조치는 애초에 조약 위반을 구성하지 않는다고 본 것이다. 이에 따라 심사 기준은 '유일한 수단'이라는 불가능에 가까운 입증책임에서, 공공질서 유지를 위하여 '합리적으로 이용 가능한 대안(reasonably available alternatives)'이 존재하지 않았는지를 묻는 완화된 기준으로 전환되었다. 이는 중재판정부가 WTO의 *Korea-Beef* 사건 등의 법리를 직접 차용한 결과이다. WTO 상소기구는 *Korea-Beef* 사건에서 GATT 제XX조의 '필요한(necessary)'이라는 용어를 해석하면서, 이는 '대체 불가한(indispensable)'을 의미하는 것이 아니라 '더 완화된 대안이 합리적으로 이용 가능하지 않은 상태'를 의미한다고 판시한 바 있는데,[56] *Continental Casualty* 사건의 중재판정부는 이 법리를 투자중재에 적용함으로써 목적과 수단 간의 기계적 인과관계 대신 정책적 대안의 존재 가능성을 비교 형량하는 방식을 택한 것이다.

(2) 재정 및 금융 정책에 대한 합리적 규제권한 존중

국가 부도와 같은 존립의 위기가 아닌, 재정 건전성 확보나 산업 구조 개편을 목적으로 하는 평시 또는 준위기 상황에서의 규제 변경에 대해서도, 최근 중재판정부는 국가의 규제권한을 폭넓게 인정하는 경향을 보인다.[57] 따라서 이 분야에서의 심사기준은 국가 비상사태 시 적용되는 엄격한 '유일한 수단(only way)' 요건이나 '절대적 필요성' 심사와는 명확히 구분된다. 중재판정부는 국가의 조치가 공익 목적과 '합리적 연관성(rational connection)'을 맺고 있는지, 그리고 그 수단이 명백히 자의적이거나 부당하게 차별적이지 않은지를 중심으로 하는 '합리성 심사' 또는 '유연한 비례성 심사'를 적용한다.[58] 국가의 존립이 위협받는 극단적 위기와 달리 재정·금융 정책은

54) *LG&E Energy Corp. et al. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability(October 3, 2006), paras. 245, 258-259.
55) *Continental Casualty v. Argentina*, *supra* note 3, paras. 163-164, 181.
56) *Korea-Various Measures on Beef*, WTO Appellate Body Report, WT/DS161/AB/R(December 11, 2000); *Continental Casualty v. Argentina*, *supra* note 3, paras. 194-195.
57) *Saluka v. Czech Republic*, *supra* note 33, para. 305; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award(September 11, 2007), paras. 332-333.
58) *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability(December 27, 2010), para. 123; *AES Summit Generation Limited v. The Republic of Hungary*,

국가의 일상적 통치 기능에 해당하므로 긴급피난 항변이 원용되기 어렵지만, 그럼에도 불구하고 조세, 금융 규제 등 국가의 핵심적 주권 영역에 대해서는 높은 수준의 존중을 부여하고 있는 것이다.

조세 분야에서 이러한 높은 존중의 태도가 가장 명확히 확인된다. 몽골의 횡재세(Windfall Profit Tax) 부과가 쟁점이 된 *Paushok v. Mongolia* 사건에서 중재판정부는 민주적 절차를 거쳐 통과된 조세법이 단지 세율이 높다는 이유만으로 IIA상 의무 위반을 구성할 수 없음을 분명히 하였다.[59] 몽골 정부는 2006년 금과 구리의 국제 시세가 급등하자 시장가격이 일정 기준을 초과하는 경우 초과분에 대하여 68%의 횡재세를 부과하는 법률을 제정하였고, 청구인들은 이러한 높은 세율 자체가 수용적 성격을 띤다고 주장하였다. 그러나 중재판정부는 조세 정책의 수립이 국가의 핵심적인 입법 주권에 해당함을 강조하면서, 위법성이 인정되기 위해서는 해당 조치가 특정 투자자를 파괴하려는 의도를 가졌거나 실질적으로 투자의 향유를 무력화하는 수용적 성격(confiscatory nature)을 띠어야 한다고 보았다. 중재판정부는 횡재세가 특정 투자자를 겨냥한 차별적 조치가 아니라 광업 분야 전체에 적용되는 일반적 입법이었다는 점, 그리고 투자자가 해당 세금 부과에도 불구하고 사업을 계속 영위하고 있었다는 점을 들어 청구를 기각하였다.[60]

금융 규제 분야에서도 유사하지만 미묘하게 다른 양상의 존중이 확인된다. 체코 은행 파산 사태를 다룬 *Saluka v. Czech Republic* 사건은 금융규제당국의 전문적 판단에 대한 존중의 범위와 한계를 동시에 보여주는 사례이다. 이 사건에서 체코 국립은행(Czech National Bank: CNB)은 청구인이 대주주인 IPB 은행에 대하여 강제관리조치를 취하고 최종적으로 ČSOB 은행에 매각하였다. 중재판정부는 금융규제당국이 책임 이행에 있어 판단의 재량을 향유하며, 규제 당국이 오류를 범하거나 부적절하게 행동하였다는 명백하고 설득력 있는 증거(clear and compelling evidence)가 없는 한 중재판정부는 규제 당국의 판단을 존중하여야 한다고 판시하였다.[61] 주목할 것은 중재판정부가 위법성 판단의 문턱을 단순한 규제적 판단의 오류를 넘어 '합리적인 규제 당국이라면 취하지 않았을' 수준의 명백한 부당성이 입증되어야 하는 것으로 설정한 점이다. 이는 합리성 심사의 틀 안에서도 특히 높은 문턱을 설정한 것으로, 금융 시스템의 안정성이라는 공익적 목적의 중대성과 금융규제의 전문적·기술적 성격이 결합되어 고도의 존중이 부여된 결과라 할 수 있다.

다만, *Saluka* 사건의 중재판정부는 이러한 높은 수준의 존중에도 불구하고, 체코 정부가 다른 대형 은행들에 대해서는 구제금융을 제공하면서 청구인의 은행에 대해서만 강제관리조치를 취한 차별적 대우에 대해서는 FET 위반을 인정하였다. 중재판정부는 외국인 투자자에 대한 어떠한 차별적 대우도 불합리한 구별에 기초하여서는 안 되며, 다른 투자자보다 외국인 투자자를 불리하게 취급하려는 선호(preference)에서 비롯되지 않은 합리적 정책과의 연관성(reasonable relationship to rational policies)을 증명함으로써 정당화되어야 한다고 지적하였다.[62] 이는 금

ICSID Case No. ARB/07/22, Award(September 23, 2010), para. 10.3.7.

59) *Sergei Paushok et al. v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability(April 28, 2011), paras. 299, 328, 331-332.

60) *Ibid.*, paras. 331-332.

61) *Saluka v. Czech Republic*, *supra* note 33, paras. 272-275.

62) *Ibid.*, paras. 307, 313, 459-460.

융규제의 전문성에 대한 존중이 합리적 근거가 결여된 차별적 대우나 권한 남용까지 면책해 주는 것은 아님을 확인시켜 준다.

(3) 규제 환경 변경과 합리적 기대의 조율

동일한 국가가 시행한 유사한 맥락의 정책 변경이라 하더라도, 중재판정부가 어떠한 심사기준을 적용하느냐에 따라 국가 책임의 성립 여부는 달라질 수 있다. 스페인 정부가 재정 위기에 따라 재생에너지 보조금인 발전차액지원제도(Feed-in Tariff: FIT)를 소급적으로 축소·폐지하면서 제기된 일련의 ISDS 사건들은 이러한 심사기준의 파편화 양상을 선명하게 드러내는 사례로, 동일한 조약, 동일한 국가, 유사한 사실관계임에도 불구하고 세 사건의 중재판정부는 각기 다른 잣대를 적용하여 서로 다른 결론에 이르렀다.

먼저, *Charanne v. Spain* 사건의 중재판정부는 국가의 규제할 권리를 최우선 가치로 두는 존중적 태도를 견지하였다. FET 위반 여부를 판단함에 있어 구체적 약속(specific commitment)의 존재 여부를 핵심 척도로 삼았으며, 일반 법령을 신뢰하여 투자를 결정한 것만으로는 제도의 완전한 불변성을 보장받을 수 있는 정당한 기대를 가질 수 없다고 보아 청구를 기각하였다.[63] 반면, 스페인이 2013년 FIT 제도를 전면적으로 개편한 이후에 제기된 *Eiser v. Spain* 사건의 중재판정부는 규제 변경의 실질적 효과에 집중하면서 상대적으로 엄격한 심사기준을 적용하였다. 스페인의 조치가 단순한 규제의 조정을 넘어 투자자가 의존하여 온 법적 기반을 근본적으로 무너뜨린 변경(fundamental change)에 해당한다고 보았으며, 이는 국가가 보유한 합리적인 규제권한의 범위를 일탈한 것이라 판단하였다.[64]

그 이후인 2014년 조치를 대상으로 ISDS가 제기된 *RREEF v. Spain* 사건은 앞선 두 흐름을 종합하여 경제적 실질에 기반한 정교한 심사기준을 제시한 판정례라고 할 수 있다. 중재판정부는 국가의 재량과 투자자 보호 사이의 기계적 양자택일을 거부하고, 합리적 수익률(reasonable rate of return)이라는 구체적인 경제적 지표를 심사의 척도로 도입하였다.[65] 즉, 국가가 재정 위기 타개를 위하여 보조금 제도를 변경할 권한은 있으나, 그러한 변경이 투자자가 기대한 최소한의 합리적 수익률조차 보장하지 못할 정도로 과도해서는 안 된다고 판시한 것이다. 이는 스페인 정부가 스스로 공표하였던 수익률 지표를 근거로 심사 기준을 계량화함으로써, 합리성 심사를 가장 객관화된 형태로 구현한 것이라 평가할 수 있다.

이상의 세 판정은 동일한 국가의 동일한 정책 변경에 대하여 각각 합리성 심사, 비례성 심사의

63) *Charanne and Construction Investments v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Award(January 21, 2016), paras. 491-493, 499, 503-510, 517.

64) *Eiser Infrastructure Limited v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award(May 4, 2017), paras. 365, 371-382. 다만, 동 판정은 이후 중재인과 청구인 측 전문가 증인 간의 과거 이해관계 미공개로 인한 '외관상의 편파성(appearance of bias)'을 이유로 ICSID 취소위원회에 의하여 전부 취소된 바 있다. *Eiser Infrastructure Limited v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Decision on Annulment(June 11, 2020), paras. 248-252.

65) *RREEF Infrastructure(G.P.) Limited v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum(November 30, 2018), paras. 468, 515-518, 598.

변형, 그리고 계량화된 중간적 심사라는 상이한 심사방법을 적용한 것으로, 제2장에서 지적한 심사방법의 명칭과 실제 적용 내용 사이의 괴리 및 역동성의 문제가 이 영역에서도 반복되고 있음을 보여준다. 특히 *RREEF* 사건의 접근법은 심사기준의 주관성과 자의성을 줄이기 위한 유의미한 시도로서, 향후 유사한 규제 환경 변경 사건에서 참조할 만한 선례적 가치를 지닌다.

3. 행정 및 사법 작용의 절차적 정당성

ISDS 절차에서 분쟁의 대상이 고도의 전문성을 전제로 한 행정 규제이거나 국내법원의 확정판결인 경우, 중재판정부는 그 실체적 결론을 자신의 판단으로 대체하려는 시도를 자제하고, 일차적 판단권자인 국가 기관의 결정을 존중하며,[66] 규제의 목적이나 결과의 타당성을 따지기보다는 그러한 결정에 이르는 의사결정 과정이 투명하고 공정하였는지를 살피는 '절차적 심사(procedural review)'에 집중하는 경향을 보인다.[67] 이는 국가의 규제 자율성 및 사법적 판단의 재량을 존중함과 동시에 외국인 투자자에게 요구되는 최소한의 절차적 정의를 보장하려는 현실적인 타협점이라 할 수 있다.[68] 이하에서는 이러한 현실적인 타협점이 실제 사례에서 어떻게 나타나는지, 사법행위와 행정행위를 중심으로 살펴본다.

(1) 사법행위에 대한 사법자제 원칙

ISDS 체제는 국내 사법체계의 연장선상에 있는 상소심이 아니므로, 중재판정부는 국내법원에 대한 상급심으로서의 지위를 갖지 않는다. 국제법적 관점에서 국내법원의 확정 판결은 취소하거나 수정하여야 할 법적 판단의 대상이 아니라, 국가책임의 발생 원인이 되는 하나의 '사실(fact)'로서 간주될 뿐이다.[69] 따라서 중재판정부는 판결의 결론이 실체적으로 타당한지를 심사하는 것이 아니라, 그 판결을 내리는 과정과 결과가 국제법적 기준에서 투자자의 정당한 권리를 침해하였는지를 심사한다. 설령 국내법원의 판결에 법리적 오해나 오인이 존재하더라도, 그것이 절차적 정의를 현저히 훼손하거나 국제관습법상 재판의 거절(denial of justice) 수준에 이르지 않는 한 중재판정부는 이에 개입할 수 없다.

이러한 사법자제 원칙이 구체적으로 확립된 대표적 판정례로 *Mondev v. United States* 사건을 들 수 있다. 캐나다 기업인 Mondev는 미국 매사추세츠주 법원의 판결이 FET 위반에 해당한다고 주장하였으나, 중재판정부는 국내법원의 절차나 판결이 명백하게 부적절하고 불명예스러우며, 사법적 타당성을 해치는 문명국가의 사법 제도로 용인될 수 없는 수준에 이르렀을 때 비로소 국제법 위반이 성립한다고 판시하였다.[70] 이는 국내 사법부의 판단에 대한 매우 높은 존중의 문

66) Henckels, *supra* note 8, pp. 35-38.
67) *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award(April 4, 2016), para. 585; *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award(May 29, 2003), para. 122.
68) Kriebaum, Schreuer, and Dolzer, *supra* note 33, pp. 182-184; Schill, *supra* note 4, p. 156.
69) James Crawford, State Responsibility: The General Part(Cambridge University Press, 2013), pp. 127-130.
70) *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Awa

턱을 설정한 것으로, 단순한 법리적 오류나 사실인정의 실수만으로는 투자협정 위반이 인정될 수 없음을 의미한다.

Loewen v. United States 사건은 이 원칙을 더욱 구체화한 사례이다. 미국 미시시피주 배심원 재판에서 캐나다 기업인 Loewen에 대하여 5억 달러에 달하는 징벌적 손해배상이 선고되었는데, 이 재판 과정에서 상대방 변호인이 인종적·민족적 편견에 호소하는 발언을 하였고 판사가 이를 적절히 통제하지 않았다는 점이 문제되었다. 중재판정부는 해당 재판 절차에 중대한 부적절성이 있었음을 인정하면서도, 청구인이 국내 상소절차를 통하여 이를 시정할 기회를 활용하지 않고 화해로 종결하였다는 점을 들어 국제법상 재판의 거절이 성립하기 위해서는 단일 판결의 하자가 아닌 국내 사법체계 전체가 투자자에게 합리적인 구제수단을 제공하지 못하였음이 입증되어야 한다고 판시하였다.[71] 이는 사법자제 원칙이 개별 판결의 하자에 대한 심사가 아니라 사법체계 전체의 기능적 적절성에 대한 심사임을 확인한 것이다.

Eli Lilly v. Canada 사건은 사법자제 원칙이 법리의 발전 과정에도 적용됨을 보여준다. 청구인 Eli Lilly는 캐나다 법원이 자사의 특허를 무효로 판결한 것이 FET 위반이라고 주장하였다. 캐나다 법원은 기존에 적용되어 오던 특허의 유용성(utility) 판단 기준을 보다 엄격한 방향으로 변경하는 이른바 약속 원칙(promise doctrine)을 채택하였는데, 청구인은 이러한 법리 변경이 기존 투자에 대한 합리적 기대를 침해한다고 주장한 것이다. 중재판정부는 자신들이 국내 사법부에 대한 상소기관이 아님을 거듭 강조하며, 국내법원이 합리적 근거를 가지고 법리를 발전시키는 과정에 개입하는 것을 자제하였으며, 사법 판단의 실체적 내용보다는 사법절차의 공정성과 접근권 보장 여부를 핵심 심사 기준으로 삼았다.[72] 법리의 점진적 발전은 보통법(common law) 체계에서 내재적으로 예상되는 현상으로서 그 자체가 합리적 기대의 침해를 구성하지 않는다고 판단한 것이다.

(2) 행정행위에 대한 절차 중심적 심사

국가의 행정 규제, 특히 환경이나 공중보건과 관련된 전문적 결정에 대하여 중재판정부는 스스로의 과학적·기술적 판단 능력의 한계를 인정하고, 규제 내용 자체를 직접 판단하는 것을 자제하는 경향을 보인다. 이에 따라 심사의 초점은 규제의 내용보다는 절차적 정당성, 즉 투명성, 일관성, 이유 제시, 적법절차 준수 여부를 기준으로 한 FET 위반 여부로 이동한다.

Tecmed v. Mexico 사건은 국제투자중재에서 비례성 원칙을 명시적으로 도입하여 행정행위의 절차적 정당성을 심사한 선도적 판정례이다. 멕시코 당국이 주민들의 반대 시위를 이유로 *Tecmed*의 유해폐기물 매립지 운영 허가 갱신을 거부한 사안에서, 중재판정부는 멕시코 정부의 규제권한 자체는 인정하였으나 그 행사 방식의 적절성을 문제 삼았다.[73] 중재판정부는 ECtHR의

---

rd(October 11, 2002), para. 127.

71) *The Loewen Group, Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award(June 26, 2003), paras. 132, 156, 217, 240-242.

72) *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award(March 16, 2017), paras. 163-175, 228-236.

73) *Tecmed v. Mexico*, *supra* note 67, para. 122.

판례법을 원용하여 비례성 심사의 틀을 투자중재에 이식하였는데, 구체적으로는 규제조치가 추구하는 공익적 목적과 투자자에게 가해지는 부담 사이에 합리적인 비례관계가 유지되어야 하며, 투자자에게 과도한 개별적 부담(individual and excessive burden)을 지워서는 안 된다는 기준을 제시하였다. 이 기준에 따라 중재판정부는 환경보호와 공중보건이라는 목적이 정당하더라도 허가의 갱신 거부라는 극단적 수단은 투자자가 입게 될 피해에 비하여 지나치게 과도하다고 판단하였으며, 특히 당국이 실제 환경적 우려가 아니라 매립지 위치와 관련된 지역 주민들의 정치적·사회적 압력에 굴복하여 자의적으로 허가를 취소하였다는 점을 지적하였다.

Tecmed 사건의 비례성 심사는 학술적으로 상당한 논란을 야기하였다. 이 접근법은 중재판정부가 국가의 규제 수단 선택에 대하여 '더 덜 침해적인 대안(less restrictive alternative)'이 존재했는지를 사후적으로 평가하는 것을 허용함으로써, 비선출직 중재인이 국가의 정책 형성 재량에 과도하게 개입하는 결과를 초래할 수 있다는 비판을 받는다. 이에 따라 대다수의 후속 판정례들은 *Tecmed* 사건의 엄격한 비례성 기준을 기계적으로 추종하는 것을 자제하고, 국가의 판단에 일정한 존중을 부여하는 보다 완화된 합리성 심사나 절차적 심사로 이동하고 있다.[74]

이에 비하여 *Crystallex v. Venezuela* 사건에서 중재판정부가 채택한 접근법은 *Tecmed* 사건과 뚜렷한 대비를 이룬다. 베네수엘라 환경부는 당초 라스크리스티나스(Las Cristinas) 광산지역에서의 금 채굴을 위한 천연자원 영향 허가의 발급을 시사하였다가 돌연 지구 온난화 등 직접적 연관성이 입증되지 않은 모호한 사유를 들어 금광 개발 허가를 거부하였다. 이 사건에서 중재판정부는 *Tecmed* 사건과 같은 비례성 심사를 적용하지 않았으며, 환경부의 기술적 판단 자체가 실체적으로 타당한지 재단하지도 않았다. 대신 중재판정부는 허가 거부의 유일한 근거가 된 내부 보고서인 'Romero 보고서'의 절차적 건전성과 투명성에 집중하였다.[75] 구체적으로 중재판정부가 주목한 것은 ⅰ) 보고서가 구체적인 과학적 데이터 없이 부실하게 작성되었다는 점, ⅱ) 허가 거부 절차가 불투명하여 청구인에게 충분한 소명기회가 부여되지 않았다는 점, ⅲ) 허가 거부 결정이 환경부가 이전에 발송한 교부 예정 통지와 모순된다는 점이었다. 중재판정부는 이러한 절차적 하자들의 중대성만으로도 FET 위반을 인정하기에 충분하다고 보았으며, 국가가 환경 정책을 수립할 재량은 있으나 그 재량 행사가 객관적인 자료에 근거하지 않고, 일관된 이유를 제시하지 않으며, 예측 가능성을 결여한 경우에는 자의적인 것으로서 FET 위반을 구성한다고 판시하였다.[76]

Tecmed 사건이 엄격한 비례성 심사를 적용하여 국가 조치의 실체적 과도성까지 직접 평가한 것이라면, *Crystallex* 사건은 절차적 심사에 머물면서도 절차적 하자의 중대성이 곧 실체적 위법성으로 연결된다는 논리를 구성한 것이다. 후자의 접근은 중재판정부가 국가의 규제 수단 선택에 대하여 직접적 가치 판단을 내리지 않으면서도, 의사결정 과정의 합리성과 투명성을 통하여 간접적으로 국가 행위를 통제할 수 있음을 보여준다. 이는 절차 중심적 심사가 국가의 정책 선택권을

74) *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Award(June 8, 2009), paras. 616, 803, 805에서 중재판정부는 국가 조치에 명백한 자의성(manifest arbitrariness)이 없는 한 그 판단을 존중하는 태도를 취하였다. *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award(October 31, 2011), paras. 365-367에서도 같은 입장이 확인된다.

75) *Crystallex v. Venezuela*, *supra* note 67, paras. 583, 613-614.

76) *Ibid.*

침해하지 않으면서도 그 행사 방식을 효과적으로 규율하는 국제투자중재의 대안적 심사기준으로 자리 잡을 가능성을 시사한다.

(3) 정치적 동기 및 권한 남용에 대한 엄격한 심사

국가기관이 표면적으로는 합법적 재량을 행사하는 것처럼 보이지만, 실질적으로는 정치적 동기나 부패에 의하여 의사결정이 왜곡된 경우, 중재판정부는 존중을 철회하고 가장 엄격한 심사기준을 적용한다. 이는 절차적 정당성에 대한 통제가 형식적 흠결의 확인을 넘어 권한 남용의 실질적 통제로까지 확장되는 양상이다. 이러한 정치적 동기와 부패에 의한 행정작용을 통제하는 법리가 구체적으로 적용된 대표적인 사례로는, 한국 정부를 ISDS의 일방 당사국으로 하는 *Elliott v. Korea* 사건과 *Lone Star v. Korea* 사건을 들 수 있다. 두 사건은 각각 작위와 부작위라는 상이한 방식을 띠고 있으나, 절차적 투명성을 결여한 정치적 고려가 어떻게 국제법적 책임을 유발하는지를 보여주는 중요한 사례이다.

Elliott v. Korea 사건은 삼성물산과 제일모직 합병 과정에서 국민연금공단(National Pension Service: NPS)의 의결권 행사가 쟁점이 되었다. 이 사건에서 중재판정부는 합병 찬성이라는 NPS의 실체적 결정이 경제적으로 타당하였는지를 직접 재단하기보다는, 그러한 결정에 이르는 과정에서의 심각한 절차적 불규칙성과 부당한 개입을 문제 삼았다.[77] 특히 중재판정부는 한국 법원의 형사 판결을 사실인정의 유력한 증거로 채택하여, NPS가 사안을 전문위원회에 부의하지 않고 투자위원회에서 처리하도록 절차를 우회한 점, 외부 자문기관의 객관적 평가 없이 합병 시너지 효과를 부풀려 산정한 점, 그리고 보건복지부와 청와대의 압력에 의하여 찬성표를 던졌다는 점을 확인하였다. 이는 중재판정부가 국가기관의 상업적·정책적 판단 재량은 원칙적으로 존중하되, 그 판단 과정에 정치적 외압이 개입하여 정해진 절차를 훼손한 경우에는 이를 단순한 주주권 행사가 아닌 국가의 정책 집행을 위한 공권력(*puissance publique*)의 위법한 행사로 보아 FET 위반으로 본다는 점을 명확히 한 것이다.

한편, *Lone Star v. Korea* 사건은 규제 당국의 부작위 또는 지연이 정치적 동기에서 기인할 때의 심사기준을 보여주는 사례이다. 미국계 사모펀드인 론스타는 외환은행 매각 승인을 신청하였으나, 한국 금융위원회(Financial Services Commission: FSC)는 론스타의 주가조작 사건 판결이 확정될 때까지 승인을 보류하였다. 원 중재판정부는 금융 당국이 승인 여부를 결정할 재량은 있으나, 법적 근거 없이 정치적 부담이나 대중의 비판을 회피하기 위하여 승인을 무기한 지연할 재량까지 가지는 것은 아니라고 보았으며, 당시 외국계 자본의 이른바 '먹튀(eat-and-run) 논란'에 대한 국내의 부정적 여론과 국회의 압박 등 정치적 고려가 금융위원회의 의사결정에 결정적 영향을 미쳤다고 판단하여 FET 위반을 인정하였다.[78] 다만, 원 판정 중 정부의 배상책임을 인정한 부분은 이후 ICSID 취소위원회에 의하여 무효화 되었다. 취소위원회는 원 중재판정부가 한국

77) *Elliott Associates, L.P. v. Republic of Korea*, PCA Case No. 2018-51, Award(June 20, 2023), paras. 568-570, 589, 638.

78) *LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/12/37, Award(August 30, 2022), paras. 638-640, 656.

정부가 당사자로 참여하지 않은 하나금융과 론스타 간 ICC 상사중재 판정문을 주요 증거로 채택하여 금융위의 위법행위와 국가책임을 단정한 것은, 한국 정부의 변론권 및 반대신문권을 실질적으로 박탈한 것으로서 적법절차의 원칙을 중대하게 위반한 것이라고 판시하였다.[79] 비록 원 판정의 결론이 이러한 절차적 하자를 이유로 무효화되었으나, 원 판정에서 전개된 실체적 분석은 비법률적·정치적 고려에 의한 규제 지연이 실체적 심사 단계에서 어떻게 엄격한 통제의 대상이 될 수 있는지를 보여주는 단면으로 이해할 수 있다.

이상의 분석에서 확인할 수 있듯이 행정 및 사법 영역에서의 심사기준은 실체적 자제와 절차적 통제라는 이원적 구조로 수렴되고 있다. 즉, 중재판정부는 국가의 전문적·정책적 판단을 성급히 대체하려는 것을 자제하고, 대신 그 판단이 적법절차와 투명성, 그리고 부패 없는 합리적 근거 위에서 이루어졌는지를 엄격하게 감시함으로써 국가의 규제 주권과 투자자의 권리 사이에서 균형을 모색하고 있는 것이다. 국가의 정책적 재량은 인정되나, 이는 오직 합리적 절차와 선의(*bona fide*)의 비정치적 고려라는 한계 내에서만 유효한 것이다.

Ⅳ. 심사기준 정립을 위한 제언

이상의 판정례 분석을 통해 ISDS 중재판정부의 심사기준 적용 양태에서 몇 가지 유의미한 경향성을 도출할 수 있었다. 첫째, 환경·보건 규제와 같이 과학적 불확실성이 내재된 영역에서는 규제 당국의 전문적 판단에 대한 인식적 존중이 주된 기조로 자리 잡고 있다. 둘째, 경제위기 대응 및 재정·금융 정책 영역에서는 초기 판정례의 과도하게 엄격한 전면심사 기조에서 벗어나, 국가의 합리적 규제권한을 폭넓게 인정하는 방향으로의 선회가 관찰된다. 셋째, 행정·사법 작용 영역에서는 실체적 자제와 절차적 통제라는 이원적 구조로 수렴되고 있으며, 의사결정 과정에 정치적 동기나 권한 남용이 개입된 정황이 확인될 경우에는 국가에 부여되던 존중이 철회되는 양상을 띤다.

그러나 이러한 경향성에도 불구하고, 심사기준에 관한 통일된 규범적 기준의 부재로 인하여, 동일한 조약의 동일한 조항에 대하여 상이한 결론이 도출되는 현상은 여전히 반복되고 있다. 아르헨티나 경제위기와 관련된 *CMS v. Argentina* 사건 및 *Enron v. Argentina* 사건의 엄격한 비례성 심사와 *Continental Casualty v. Argentina* 사건의 완화된 합리성 심사가 병존하는 것은 이러한 구조적 한계를 보여주는 대표적인 방증이다. 이러한 구조적 한계를 근본적으로 해소하기 위하여 UNCITRAL 작업반 Ⅲ에서는 상설투자법원의 설립이나 상소제도의 도입과 같은 구조적 개혁이 논의되고 있으나,[80] 이는 다자간 합의를 전제로 하는 장기적 과제로서 당면한 법적 불안정성을 즉시 해소하기에는 한계가 있다. 이에 본 장에서는 거시적 제도 개혁과는

79) 법무부, "한-론스타 투자분쟁(ISDS) 사건 ICSID 취소위원회 결정 관련", 「법무부 보도자료」(2025).

80) ICSID 사무국은 2004년부터 상소기구 도입을 제안하였으나 무산되었고, 2022년 중재규칙 개정에서도 도입이 배제되었다. CETA의 투자법원(Investment Court System)이나 EU-베트남 투자보호협정의 상설법원 모델도 아직 실제 운영에 이르지 못하고 있다. UNCITRAL Working Group III, *supra* note 10.

별개로, 현행 ISDS 체제 안에서 즉시 적용 가능한 규범적 대안으로서 사안의 맥락에 따라 심사 강도를 차등 적용하는 '맥락 기반 차등 심사기준 적용'모델을 제안하고,[81] 이를 실효적으로 구현하기 위한 입법적·정책적 뒷받침과 한국에 대한 시사점을 함께 검토하고자 한다.

1. 상황에 따른 심사기준 적용

'맥락 기반 차등 심사기준 적용'모델의 핵심은 중재판정부의 권한을 일률적으로 축소하거나 확대하는 데 있지 않다. 오히려 쟁점의 성격과 규제 영역의 특수성에 비추어 그 권한 행사의 강도와 방식을 차별화하는 데에 있다. 이 모델 하에서 중재판정부는 국가의 공공정책 조치를 심사함에 있어 결과의 최적성을 재단하는 '상급 규제기관(superior regulator)'이 아니라, 규제 권한 행사의 한계를 통제하는 '적법성 감시자(reviewer of legality)'로 자기 위치를 재정립하여야 한다.[82] 이는 심사의 초점을 '국가가 옳은 결론에 도달하였는가'에서 '국가가 정당한 과정을 거쳐 결정에 이르렀는가'로 이동시키는 발상의 전환을 의미한다. 이러한 전환을 구체화하기 위하여 본 모델은 ⅰ) '비례성 심사'로부터 '절차적 합리성 심사'로의 심사방법 전환, ⅱ) 과학적·기술적 사안에서의 인식적 존중의 원칙적 적용, ⅲ) 적법절차를 축으로 한 실체 심사의 재구성이라는 세 가지 방향을 제시한다.

먼저, 심사방법의 측면에서 본 모델은 엄격한 비례성 심사로부터 절차적 합리성 심사로의 전환을 제안한다. 비례성 심사 중에서도 협의의 비례성 단계에서 공익과 사익을 직접 형량하거나, 수단의 필요성 요건을 적용하여 '가장 덜 제한적인 수단(least restrictive means)'의 존부를 사후적으로 따지는 접근은 비선출직 법률가가 국가의 규제권한을 사실상 대체하는 결과를 초래한다는 비판을 받아 왔다.[83] *Tecmed v. Mexico* 사건에서 환경보호라는 목적의 정당성을 인정하면서도 허가 갱신 거부의 과도성을 들어 협의의 비례성 위반을 인정한 판단이나, CMS v. Argentina 사건에서 위기 대응이 '유일한 수단(only way)'이었는지를 사후적으로 평가한 판단은, 정책 결정 당시의 정보 불완전성과 이해관계 조정의 복합성을 반영하지 못한 채 결과를 사후적 시각에서 재단할 위험을 보여준다. 심사의 기준은 국가 조치가 국제법상 요구되는 최소한의 합리성을 결여하였는지, 그리고 차별적·보호주의적 동기에서 기인하였는지를 묻는 절차적 합리성(procedural reasonableness) 심사로 재설정될 필요가 있으며, 이는 *Methanex v. United States* 사건이 과학적 증거의 객관적 합리성을 심사 척도로 삼은 접근, *Chemtura v. Canada* 사건이 규제 도입 과정의 절차적 충실성에 주목한 접근, 그리고 *Continental Casualty v. Argentina* 사건이 '합리적으로 이용 가능한 대안' 기준을 도입한 접근에서 이미 그 가능성을 확인한 바 있다. 다만, 절차적 합리성 심사가 또 다른 자의적

81) 본 연구가 제안하는 '맥락 기반 차등 심사기준 적용'모델은 중재판정 단계에서 적용되는 실체적 심사기준에 한정하여, 쟁점의 성격과 규제 영역의 특수성에 따라 심사 강도를 차등적으로 적용하는 것을 핵심으로 한다. 사후구제절차에서 중재지 법원이나 ICSID 취소위원회가 적용하는 절차적 심사기준은 본 연구의 범위에서 제외되므로, 본 모델은 그러한 단계에서의 심사기준에 대한 별도의 정립을 전제로 한다. 따라서 본 모델은 중재판정부의 권한을 일률적으로 축소하거나 확대하는 것이 아니라, 쟁점의 성격과 규제 영역의 특수성에 따라 그 행사 방식을 차별화하는 것을 핵심으로 한다.

82) Schill, *supra* note 4, p. 597; Henckels, *supra* note 6, p. 212.

83) Henckels, *supra* note 6, pp. 208-209; Vadi and Gruszczynski, *supra* note 6, pp. 626-627.

해석을 낳거나 중재판정부가 합리성 판단을 명분으로 국가의 정책 내용을 재단하는 결과를 초래하지 않도록 하기 위해서는, 심사 기준 자체의 객관화가 병행되어야 한다. 구체적으로, ⅰ) 전문기관의 연구 용역 존재 여부, ⅱ) 동료 평가 및 공청회 개최 여부, ⅲ) 이해관계자의 참여 보장 여부, ⅳ) 일관된 입장의 유지 및 결정 이유의 구체적 제시 여부 등의 객관적 절차 지표를 심사의 핵심 요소로 삼고,[84] 심사 강도를 단순한 '비합리성' 판단이 아닌 '명백한 자의성(manifest arbitrariness)'의 입증을 요하는 수준으로 상향 조정함으로써, 사후적으로 더 나은 대안이 존재한다는 이유만으로 국가 조치를 위법하다고 판단하는 것을 방지할 수 있을 것이다.[85]

다음으로, 과학적·기술적 전문성이 요구되는 영역에서는 절차적 합리성 심사를 보완하는 인식적 존중이 원칙적으로 적용되어야 한다. 환경·보건 규제와 같이 고도의 과학적 복잡성이 수반되는 사안에서 법률 전문가로 구성된 중재판정부가 규제 당국의 전문적 판단을 대체하려는 시도는, 판단 오류의 위험을 키울 뿐 아니라 판정의 신뢰성마저 훼손할 가능성이 크다. 따라서 중재판정부는 일차적으로 규제 당국의 전문적 판단을 존중하되, 그 판단이 객관적 자료에 근거하였는지, 국제적으로 통용되는 과학적 기준과 방법론을 준수하였는지, 이해관계자에게 충분한 소명 기회가 부여되었는지를 살피는 합리성 심사를 병행함으로써 실체적 결론에 대한 직접 개입은 자제하되 절차적 건전성은 담보하여야 한다. *Chemtura v. Canada* 사건에서 중재판정부가 린단 금지 조치의 과학적 타당성을 직접 재단하는 대신 규제 도입 과정의 절차적 충실성을 심사한 것은 이러한 접근의 좋은 사례이다.

마지막으로, 적법절차 중심의 실체 심사를 강화하여 규제 목적의 정당성은 원칙적으로 존중하되 그 이행 과정에서의 투명성, 일관성, 이유 제시, 적법절차 준수 여부에 대해서는 엄격한 심사가 이루어져야 한다. *Infinito Gold v. Costa Rica* 사건에서 중재판정부는 국내 사법부의 적법한 판결에 의한 권리 소멸을 이유로 수용 청구를 배척하면서도, 사실상 특정 투자자의 프로젝트만을 대상으로 경과조치 없이 전면 금지를 단행한 규제 수단의 비례성 결여를 이유로 FET 위반을 인정하였다. *Eco Oro v. Colombia* 사건에서도 중재판정부는 파라모 생태계 보호라는 규제 목적 자체는 존중하면서도 관계 부처 간의 불협화음과 경계 설정의 장기 지연이라는 행정적 비일관성을 들어 FET 위반 책임을 부과한 바 있다. 이는 환경보호나 공중보건과 같은 실체적 정당성이 행정 절차상의 흠결까지 자동으로 치유하지는 못한다는 원칙을 확립한 것으로, 심사의 초점이 결과의 정당성에서 과정의 정당성으로 이동하여야 함을 구체적으로 보여준다. 다만 적법절차 중심 심사는 국가가 합리적 공공정책 목적을 추구하는 한도 내에서만 작동한다는 점에 유의할 필요가 있다. 규제 당국의 결정이 합리적 공공정책 목적이 아니라 정치적 외압이나 부패, 혹은 여론 무마를 위한 것임이 입증되는 경우에는 존중의 전제 자체가 무너지므로, 중재판정부는 존중을 철회하고 가장 강도 높은 심사를 통하여 권한 남용을 통제하여야 한다. 한국 정부를 일방 당사국으로 한 *Elliott v. Korea* 사건과 *Lone Star v. Korea* 사건은 이러한 통제 법리가 실제로 작동한 사례로서, 본 모델이 단순히 국가에 대한 무조건적 존중을 요구하는 것이 아니라, 합리성과 비정치성이라는 한계 안에서만 유효한 차등 모델임을 보여준다.

84) Henckels, *supra* note 8, pp. 175-180.
85) *Glamis Gold v. United States*, *supra* note 74, paras. 617, 803, 805.

2. 실효성 확보를 위한 방안

'맥락 기반 차등 심사기준 적용'모델이 실효성을 거두기 위해서는 해석론적 정립을 넘어 입법적·정책적 뒷받침이 병행되어야 하는데, 장기적인 관점에서 봤을 때 IIA에 심사기준을 명문화하는 것이 가장 확실한 해결책이 될 것이다. 이와 관련하여 CETA 제8.31조 제2항이 국내법 해석 영역에서 중재판정부의 심사 범위를 조약 차원에서 직접 제한한 것은 의미 있는 선례를 제공하며, 한국이 향후 체결하는 IIA에서도 규제조치에 대한 심사기준을 명시하거나, 최소한 국내법 해석에 대한 중재판정부의 심사 범위를 한정하는 조항을 도입하는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있다.[86]

그리고 조약 개정이 현실적으로 어려운 기존 협정의 경우에는 체약국 간 공동해석선언의 활성화가 효과적인 대안이 될 수 있다. NAFTA 자유무역위원회의 2001년 해석선언이 FET 조항의 해석을 국제관습법상 최소기준대우로 한정함으로써 조약 개정 없이도 사실상 존중적 심사기준의 적용을 유도한 것은, 기존 조약의 추상적·개방적 문언이 야기하는 해석의 불확정성을 체약국이 주도적으로 통제할 수 있음을 보여준 선례이다. 한·미 FTA의 경우에도 제22.2조에 따른 공동위원회가 동조 제3항 라호에 근거하여 투자 장의 해석에 관한 구속력 있는 결정을 내릴 수 있고, 이러한 해석은 제11.22조 제3항에 의해 중재판정부를 구속하므로, 이를 활용하여 심사기준에 관한 합의된 지침을 제시하는 것이 가능하다. 나아가 과도기적 조치로서 UNCITRAL이나 ICSID 사무국 차원에서 심사기준에 관한 실무 가이드라인을 제정하는 방안도 검토할 만하다. 이러한 가이드라인은 법적 구속력이 없더라도 중재판정부가 심사기준을 선택할 때 참조할 수 있는 연성규범(soft law)으로서, 판정례의 일관성을 점진적으로 제고하는 데 기여할 수 있을 것이다.

이러한 심사기준에 관한 전반적인 논의는 대한민국의 국제투자협정 관련 정책 및 ISDS 대응 실무에도 중대한 시사점을 제시한다. 한국은 다수의 ISDS 사건을 겪으며 피청구국으로서 실질적인 경험을 축적해 왔으나, 현재 체결하여 운용 중인 대부분의 IIA에는 중재판정부의 심사 강도나 개입 범위를 명확히 획정하는 규정이 사실상 부재한 실정이다. 더욱이 공공부문의 비중이 크고 광범위한 공적 기능을 수행하는 기관이 다수 존재하는 한국의 경제 구조적 특성을 고려할 때, 중재판정부가 어떠한 심사기준을 적용하느냐는 향후 국가의 핵심적인 공공정책 수행과 규제 자율성에 상당한 파급력을 지닐 수밖에 없다. 따라서 한국이 체결한 기존 IIA에 대한 검토가 필요하다. 한국은 현재 약 84개의 BIT와 22개의 FTA를 체결하여 운용하고 있으나,[87] 심사기준을 직접·간접적으로 시사하는 조항을 포함한 협정은 부재하므로, 향후 한국의 투자협정 정책은 다음과 같은 방향으로 정비될 필요가 있다. 첫째, 향후 체결하는 CETA 제8.31조 제2항과 같이 국내법 해석에 대한 중재판정부의 심사 범위를 제한하는 조항을 추가하는 방안을 검토할 필요가 있다. 둘째, '국가기관' 또는 '체약 당사국이 채택·유지하는 조치'의 범위를 명확히 규정하는 정의 조항을 도입함으로써, 공공기관이 사적 주체로 행위하는 경우와 공권력을

86) Roberts, *supra* note 2, pp. 179, 190-191.
87) 외교부, 『우리나라 투자보장협정 체결현황 (2025.12. 기준)』, https://mm.mofa.go.kr/www/brd/m_4059/view.do?seq=365930&page=1(2026년 5월 1일 검색).

행사하는 경우를 조약 차원에서 구분할 필요가 있다. 셋째, 자기판단조항의 범위를 필수적 안보이익에 한정하지 않고 공중보건, 환경보호 등 주요 공익 영역으로 확대하는 방안도 고려할 만하다. 이는 한국이 향후 기후변화 대응이나 팬데믹 관련 규제조치를 취할 경우 ISDS 피제소 위험을 사전에 관리하는 기능을 수행할 수 있을 것이다.

V. 결론

오늘날 ISDS 제도가 직면한 정당성 위기의 근저에는 외국인 투자자의 재산권 보호라는 사적 가치와 환경, 인권, 공중보건, 경제 안보 등 공공의 이익을 수호해야 할 투자유치국의 규제 주권이라는 공적 가치가 충돌하는 지점에서 이를 규율할 합의된 규범적 잣대가 부재하다는 근본적인 난제가 자리하고 있다. 이러한 점에서 현대 국제투자법이 국가의 조세, 금융, 환경 정책 등 본질적인 공공정책 영역에 깊숙이 관여하게 됨에 따라, 이를 통제하고 조율해야 할 중재판정부의 심사 메커니즘은 매우 중요한 의미를 갖게 되었으나, IIA의 명시적 규정 부재와 관습국제법의 불확실성 속에서 중재판정부는 사안의 우연성이나 개별 중재인의 성향에 기대어 일관성 없이 심사기준을 적용해 온 것이 사실이다. 이는 결국 유사한 사실관계와 동일한 조약 문언에 기초한 사안에서도 상반된 결론이 도출되는 판정의 불일치를 초래하였으며, 나아가 이러한 예측 불가능성은 제도의 법적 안정성을 저해하고 유치국의 정당한 정책 수행을 위축시키는 규제위축 효과를 야기하는 핵심 요인으로 작용해 왔다.

이러한 문제의식 위에서 본 연구는 심사기준을 단순한 사법적 재단 기술이 아닌 국가와 중재판정부 간의 권한 배분을 획정하는 핵심 법리로 재인식하고, 관련 주요 판정례 분석을 통하여 그 적용 양상을 분석하였으며, 그 결과 과학적 불확실성이나 경제적 위기 상황 등 개별 사안이 내포한 맥락에 따라 판정부의 심사 강도가 변화하는 유의미한 경향성을 확인할 수 있었다. 이를 토대로 본 연구는 현행 체제 내에서 즉시 원용 가능한 규범적 대안으로서 '맥락 기반 차등 심사기준' 모델을 제안하였다. 이는 쟁점의 성격에 따라 '인식적 존중'과 '절차적 합리성'에 기반한 완화된 심사를 수행하되, 권한 남용이나 절차적 훼손이 발견될 경우 즉각 엄격한 심사로 전환하는 이중적이고 균형 잡힌 접근법으로서, ISDS 제도의 거시적 구조 개혁 논의가 답보 상태에 머무르고 있는 현실을 고려할 때, 현행 체제 내에서 즉시 적용 가능한 가장 현실적이고 효과적인 대안이라 할 수 있다.

균형 잡힌 심사기준의 확립은 투자유치국의 정당한 공공정책이 제소 위협에 위축되지 않도록 보장하는 동시에, 외국인 투자자에게는 예측 가능한 권리 구제를 제공함으로써 양자가 공존할 수 있는 제도적 토대를 마련한다. 따라서 본 연구가 제시한 심사기준론이 향후 국제투자법의 이론적 발전과 실무적 적용에 있어 유의미한 출발점이 되어, 투자자와 국가 모두가 신뢰할 수 있는 공정하고 균형 잡힌 국제투자분쟁해결 체제가 확립되는 데 일조할 수 있기를 기대한다.



좌장: 배정생 교수(전북대 법전원)

재일동포에 대한 차별과 혐오에 관한 국제인권법적 검토

[발표] 구량옥 변호사(법무법인 세종)

大韓國際法學會

재일동포에 대한 차별과 혐오에 관한 국제인권법적 검토*

구 량 옥**

목 차

Ⅰ. 서론

II. 소수민족으로서의 재일동포

1. 소수민족의 정의
2. 일본의 국적 처리
3. 체류자격정책과 재일동포의 집단의식

III. 재일동포에 대한 차별과 혐오에 대한 국제법적 평가

1. 교육 차별
2. 혐오표현, 혐오범죄 방치

Ⅳ. 문화적 제노사이드의 가능성

1. 렘킨에 의한 개념화
2. 협약 초안에 나타난 문화적 제노사이드
3. 문화적 권리와 제노사이드 방지의 관계
4. 제노사이드를 둘러싼 국제판례
5. 재일동포에 대한 문화적 제노사이드 해당여부

Ⅴ. 결론

* 본 논문은 필자의 박사학위논문인 「재일동포에 대한 차별과 혐오에 관한 국제인권법적 검토」(고려대학교 대학원 박사학위논문, 2026) 제2장, 제4장, 제5장의 내용을 바탕으로 수정·보완하여 작성된 것입니다.

** 법무법인 (유) 세종 선임외국변호사(일본)

I. 서론

일본의 외국인등록 상 체류자격이 '특별영주(特別永住)'인 자는 현재 (2024년 12월 1일부) 274,024명이다.[1] 이들의 대부분은 일제 강점기 징용, 징병, 또는 생활을 위해서 한반도에서 일본으로 건너간 자와 그 후손이며 본 논문이 다루는 대상이다.[2] 특별영주자의 수는 일본 법무성(法務省)이 통계를 공개하기 시작한 2012년 12월 381,364명에서 약 12년 사이에 무려 107,340명, 즉 28.1% 감소하였다. 재일동포가 급속히 감소하고 있음을 보여준다.[3]

특별영주자 중 일본의 외국인등록상 "국적·지역"란[4] 표기가 "한국"인 자는 현재 (2024년 12월 1일부) 247,809명이며 "조선"인 자는 22,751명이다.[5] 이 수치는 1년 전의 통계에서 각각 "한국"인 자 6,070명 즉 2.3% (253,879명에서 247,809명), "조선"인 자 1,580명 즉 4.3% (24,331명에서 22,751명) 감소한 수치이며 "조선"인 자 즉 조선적 동포의 감소가 현저하다.[6] 이들은 후술하듯이 무국적자이다. 최근 9년간의 통계 추의를 보면 한국적 재일동포는 약 20%, 조선적 재일동포는 약 30% 감소하고 있다.[7] 같은 속도로 감소할 경우 향후 30~50년안에 재일동포가 거의 존재하지 않을 수 있다. 한편 대한민국 정부 수립 후에 일본으로 건너온 한국인(이하 "이주 한국인")의 수는 같은 기간에 144,537명에서 160,162명으로 10.8% 증가하고 있다.[8]

---

1) 日本国法務省, 「在留外国人統計(旧登録外国人統計)」, 2024年 6月 1日[일본 법무성, "재류외국인통계(구 등록외국인 통계)", 2024년 6월 1일, https://www.e-stat.go.jp/statistics/00250012 (최종접속 2025.2. 10.)

2) "일본국과의 평화조약에 근거하여 일본의 국적을 이탈한 자 등의 출입국관리에 관한 특례법(1991년법률 제71호)(日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国 管理に関する特例法)(平成3年法律第71号)" 제5조는 "평화조약국적이탈자 또는 평화조약국적이탈자의 자손으로서 출입국관리법 별표 제2 상란의 체류자격(영주자의 체류자격을 제외한다) 으로 체류하는 자는 출입국관리국장의 허가를 받아 이 법률에 정하는 특별영주자로서 일본에 체류할 수 있다."라고 규정한다. 후술하듯이 특별영주는 "평화조약국적이탈자 또는 평화조약국적이탈자의 자손", 즉 1945년 일본의 패망 전부터 일본에 거주하던 재일동포와 그 후손한테 주어진 영주허가이다.

3) 특별영주자의 다수는 재일동포 2,3,4세이며 이들의 생활 터전은 주로 일본에 있기 때문에 특별영주를 포기한 재일동포들의 대부분은 일본 국적으로 귀화하였음을 추측할 수 있다.

4) "국적·지역"란은, 구 외국인등록상 "국적 등(国籍等)"란을 말한다. 2012. 7. 9. "출입국관리 및 난민인정법 및 일본국과의 평화조약에 따라 일본 국적을 이탈한 자 등의 출입국 관리에 관한 특례법의 일부 개정 등에 관한 법률 (出入国管理及び難民認定法及び日本国との平和 条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法の一部を改正する等の法律)"이 시행되었다. 이에 따라 "국적 등"란은 "국적·지역"란으로 변경되었다.

5) 앞의 주 1).

6) 일본 법무성(法務省)이 공개한 외국인 통계 공개 자료 중 2012년 12월부터 2015년 6월까지의 통계는 "국적등" 란 표기를 "한국·조선"으로 묶어서 수치를 표기하였는데, 2015년 12월 통계부터는 "한국" "조선"을 나누어서 표기하였다. 이에 2015년 12월 외국인등록상 체류자격이 "특별영주자"이며 "국적 등"란 표기가 "한국"인 자는 311,463명, "조선"인 자는 33,281명이다. 2024년 12월까지의 약 9년 사이에 "한국"인 자 63,654명 (약 20%), "조선"인 자 9,986명(약 31%) 감소한 수치이다. 최근 9년 동안에 재일동포 중 한국 국적자는 약 절반 가까이 줄어든 셈이다.

7) 앞의 주 1) 통계 중 2015년 12월 통계와 2024년 6월 통계 참조.

8) 외국인 통계 중, "국적,지역"란이 "한국"인 자 중 체류자격이 "특별영주"인 자를 제외하면, 대한민국 정부 수립 후 비즈니스, 유학, 취업, 결혼 등으로 일본에 온 한국인의 수를 대략 알 수 있다. 그러나 해방 후 일시 한반도로 귀국하여 일본으로 '밀입국'하여 입국기록이 확인되지 않는 경우, 재입국허가 기간을 초과하여 해외에 체류하여 특별영주 자격을 상실한 경우 등 실체로서는 대한민국 정부 수립전부터 일본에 살던 재일동포이지만 특별영주의 정의에는 부합하지 않아서 다른 체류자격 (영주자 등)으로 존재하는 경우가 있다. 그러므로 현실과 약간의 오차가 있을 수 있으나 대부분의 경우 체류자격이 특별영주가 아닌 "국적, 지역"란이 "한국"인 자는 정부수립 후 건너온 한국인이라고 정리할 수 있다.

본 논문은 재일동포를 둘러싸고 일본 정부가 취해 온 각종 작위, 부작위가 재일동포 개인에 대한 인권침해를 구성할 뿐 아니라 이러한 행위와 침해가 광복 후 약 80년 동안 지속되어 오면서 그 피해의 누적이 재일동포 집단의 파괴로 내몰고 있으며 국제법상 문화적 제노사이드에 해당할 가능성이 있다는 점을 논한다. 본 연구는, 한번에 생명을 침해하면 제노사이드이며, 100년 이상을 통해서 서서히 정체성을 말살하고 재일동포 집단을 파괴하는 경우에는 이것이 직접적인 물리적 침해[9]가 아니라는 이유로 제노사이드에 해당할 수 없다고 해석하는 것이 국제법의 발전에 부합하는가 라는 의문에서 비롯되었다.

여기서 문화적 제노사이드라 함은 이것이 국제법상 새로운 범죄유형이란 의미가 아니라, 제노사이드에 내재되어 있는 문화적 측면이란 의미로 언급했다. 제노사이드 범죄를 확장하여 해석하는 것은 죄형법정주의의 관점에서 신중할 필요가 있다. 그러나 한편 국제형사법은, 국제인권법을 비롯한 기타 국제법 영역과도 조화적으로 해석될 필요가 있다. 실제로 국제법 문서와 각종 국제법 판례를 살펴보면, 후술하듯이 제노사이드의 문화적 측면에 대한 논의가 꾸준히 제기되어 왔음을 확인할 수 있다.

II. 소수민족으로서의 재일동포

1. 소수민족의 정의

소수민족이란 무엇인가라는 정의는 국제법상 명확하게 규정되어 있지 않는다.[10] 일본 정부는 국제인권협약 비준 후 1980년에 제출한 최초 정부 보고서에서 현재에 이르기까지 재일동포를 '소수민족'으로 인정하지 않고 있다.[11] 그러나 재일동포가 소수민족인지 여부는 일본정부의 인정에

9) 물리적 파괴가 전혀 없는 것은 아니다. 재일동포가 일본 사회에서의 차별과 배제, 정체성에 대한 혼란 등으로 인하여 자살에 내몰리는 경우가 많다는 것은 사회학자들의 연구에 따라 밝혀지고 있다. 林玲子, "外国人の死因", 国立社会保障・人口問題研究所 2017-2019年度 一般会計プロジェクト,「長寿革命に係る人口学的観点からの総合的研究」第3報告書, 所内研究報告 第87号(하야시 레이코 "외국인의 사인", 국립사회보장·인구연구소 2017-2019연도, 일반회계프로젝트, [장수혁명에 관한 인구학적 관점에서의 종합적 연구] 제3보고서, 소내연구보고 제87호), 2020년, 31면. 이 경우 살인은 아니라고 할지라도 일본의 재일동포 정책의 누적의 결과 생명의 침해가 일어나고 있는 예이다.

10) 소수민족의 정의에 대해서 학설상으로는, 특정 지배 집단에 비해 수적으로 열세인 점, 국가내에서의 존재 지속성 정도 등의 객관적 기준이나 취약 상태, 공통 정체성 공유 등의 주관적 기준, 그리고 양적 기준을 모두 참조하여 정의하는 견해가 있다. Patrick Thornberry, International Law and the Rights of Minorities (Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1991) p. 3; Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (53rd Session), ' Commentary to the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, by Asbjorn Eide' (2 April 2001), E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/2 (Eide's commentary on the Minority Rights Declaration) paras. 10–12; Kristin Henrard, ' Minorities, International Protection' in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Heidelberg and Oxford University Press, article last updated May 2008) paras. 4–9.

11) 일본 정부가 유엔 조약 기구 및 보편적 정례 검토(UPR)에 제출한 보고서에서 일본 정부는 재일동포를 ICCPR 제27조 또는 CRC 제30조 등에 의해 보호되는 소수민족으로 간주한 적이 없다. 예를 들어, 일본 정부는 이전 UPR 권고에 대한 답변에서 민족적 소수자와 관련하여 아이누 민족에 대한 정책만 보고하였다. "Mid-term Report on the progress made in the implementation of the recommendat

의존하지 않으며 객관적, 주관적 기준에 따라 정해질 문제이다.[12] 실제로 유엔 인권위원회(Human Rights Committee)는 재일동포를 소수민족으로 인정하지 않은 일본의 입장에 우려를 표하였으며[13] 최근 UPR심사에서 "식민지 시대부터 일본에 거주해 온 한국인 주민(Korean Residents)과 그 후손으로서 민족적 소수자로 인정되어야 하는 자들"이 사회보장과 정치적 권리 행사에서 배제되고 있는 차별에 대해서 우려를 표시하였다.[14]

2. 일본의 국적 처리

1) 국적 강제부여와 강제박탈

연구에 따르면 재일동포의 존재와 집단의식에 큰 영향을 준 것은 일본의 차별정책이다.[15] 이들의 정체성과 집단의식이 일본의 국적 조치, 국적과 연동시킨 일본의 체류자격 정책을 기반으로 형성되어 왔다.

일본의 재일동포를 둘러싼 국적 정책은 네 단계로 구분할 수 있다. ① 일제 강점기(1910년~1945년 광복까지), ② 연합국 군에 의한 신탁통치(1945년 8월 15일 ~1952년 4월 27일 자정까지), ③ 샌프란시스코강화조약 발효 (1952년 4월 28일) 후 현재까지이다. 여기서 1905년 을사늑약과 1910년 한일조약의 불법성에 관해서는 여전히 논쟁의 대상이다.[16] 다만, 일본이 강제 부여하고 강제 박탈한 재일동포의 국적을 논할 때, 다른 점령지역과의 차이와 일본의 조치를 확인할 필요가 있으므로 그러한 차원에서 1910년 한일조약을 언급하였다.

---

ions issued at the second cycle of the Universal Periodic Review," January 2017, response to recommendation 161(Libyan Arab Jamahiriya), available at http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000225031.pdf(최종접속 2025.12.10.).

12) 유엔 인권위원회는 ICCPR 제27조와 관련된 일반의견 제23호에서, 소수민족 집단은 객관적 실존성을 가져야 하며 이는 국가의 인정에 의존하지 않아야 한다는 점, 그리고 그러한 소수민족 집단은 공통된 문화, 언어 또는 종교를 공유함으로써 정의된다는 점을 고려하였다. UN HRC, 'General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)', CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 April 1994, para.5.2.

13) HRC, Consideration of reports submitted by States Under Article 40 of the Covenant - Japan, 3 November 1993, CCPR/C/79/Add.13, para.15.

14) HRC, Concluding observations on the seventh periodic report of Japan, 30 November 2022, CCPR/C/JPN/CO/7, para.42. 재일동포에 대해서 "Korean residents who have been living in Japan since colonial times and their descendants, and who should be recognized as a national or ethnic minority"라고 정의되어 있다.

15) 金泰泳 ,『アイデンティティ・ポリティクスを超えて　在日朝鮮人のエスニシティ』世界思想社 (김태영,『아이덴티티 포리티크스를 넘어서　재일조선인의 에스니시티』세계사상사) 1999년, 130면. 또한 최근 재일동포 청년들의 민족의식에 대한 연구에 따르면, 재일동포 새 세대들이 민족 이탈을 일으키며 일본이라는 '생활의 장'에 적응해 가는 동시에, 식민지 지배의 역사에 집착하며 끊임없이 일본인에 의해 라벨링 되는 부정적 정체성에 시달리는 상황이 바로 그들의 일상이자 집단의식임을 논하였다.福岡安則・金明秀,『在日韓国人青年の生活と意識』, 東京大学出版会,(후쿠오카 야수노리, 김명수,『재일한국인 청년의 생활과 의식』, 도쿄대학출판회) 1997년, 제6장이하.

16) 불법점령 하에서는 점령 당국이 점령지역의 정부 권한을 박탈하는 내용을 평등하고 대등한 관계에서의 합의를 상정할 수 없으므로 을사늑약은 조약으로서 성립하지 않고 무효이며, 1910년 병합은 1904년 이후 지속된 일본의 불법 점령 상태에서 이루어진 것이므로 평시에 대등한 관계에서의 합의로 형성된 조약은 존재하지 않는다. 강병근, '1904 ~ 1905년 러일전쟁 전·후 시기 국제관습법과 을사늑약', 한일관계사연구 제90집, 2025년, 83면.

① 일제 강점기(1910년~1945년 광복 전까지)

일제 강점기 일본은 조선인에게 일본 국적을 강제 부여하였는데 그 경위는 다음과 같다. 일본은 1868년 메이지유신(明治維新) 이후 '국민' 통합을 급격히 추진하였다.[17] 이때 국민을 파악하는 수단으로 전국적인 호적 (戸籍) 이 창설되었고, 그 과정에서 1907년 일본에서 최초의 국적법이 제정되었다.[18] 1910년 한일조약에는 국적의 취득 및 상실에 관한 규정은 마련되지 않았다. 이유는 일본이 한반도를 강제 병합함으로써 조선인 모두가 자동적으로 일본 국적을 부여받은 것으로 해석했기 때문이다.[19] 이것은 할양(割譲)으로 일본 식민지 지배하에 놓인 대만 및 카라후토(樺太)와 대조적이다. 대만과 카라후토에 대해서는 해당 영토 변경에 관한 당사국 간 조약에서 영토 주민의 국적 선택에 관한 규정이 마련되어 있었던 한편, 한일간에는 그러한 규정을 찾아볼 수 없기 때문이다.[20] 위 과정에서 조선인에게는 국적 선택의 여지가 전혀 주어지지 않았으므로, 이는 일본 국적의 강제 부여라고 할 수 있다.

그러나 강제 부여된 일본 국적은 결코 일본인의 국적과 동일한 효과를 향유하는 것은 아니였다. 당시 일본 정부 법률고문이였던 국제법학자 야마다 미쓰요시 (山田三良) 도쿄제국대학 교수는 1910년 테라우치(寺内) 한국총감에게 제출한 의견서 "합병 후의 한국인 국적 문제 (「併合後ニ於ケル韓国人ノ国籍問題」)" 에서 다음과 같이 언급하였다.

"기존에 한국신민이었던 자들은 합병에 따라 당연히 일본 국적을 취득한다고 하더라도, 이로 인해 한국인이 일본인과 완전히 동일해지는 것은 아니며, 단지 '외국에 대해 일본 국적을 취득한 것'에 불과하다는 점을 주의해야 한다. 일본의 일본인과 한국의 일본인 (한국인으로서의 일본인과

17) 메이지유신(明治維新)을 통해서, 에도(江戸) 시대 말기(막부 말기)부터 메이지 시대 초기에 일본에서 이루어진 막부(幕府) 체제를 타도하고 천황을 정점으로 하는 중앙집권적 통일 국가를 형성하여 봉건사회에서 자본주의 사회로 이행한 근대화 개혁을 추진하였다. 그 범위는 정치, 중앙관제, 법제, 군사, 신분제, 지방행정, 금융, 유통, 산업, 경제, 문화, 교육, 외교, 종교, 사상정책의 개혁과 근대화 등을 포함한다.

18) 다양한 근대 국가 제도가 호적제도를 기초로 성립된 것에 대해서, 遠藤正敬『戸籍と国籍の近現代史ー民族・血統・日本人』明石書店 (엔도 마사타카, 『호적과 국적의 근현대사 – 민족, 혈통, 일본인』, 아카시서점) 2013년 9월 30일, 107면~132면. 특히 엔도는 이 책에서 호적제도가 개인의 사적신분 – 출생, 사망과 친인척관계- 와 공적신분 - '일본국민'인지 여부- 라는 2가지 신분을 공증하는 수단이며 이는 본질적으로 개인에 대한 등록의 강제라는 권력관계를 전제로 하는 것 이였지만, 개인의 자발적 의사에 따른 등록, 신고가 있어야 원활한 호적 편찬사업이 가능해짐으로 호적에로의 등록에 어떠한 이득이 있는지를 알림으로써 이를 실현하였다고 한다. 즉 유신정부는 호적에로의 등록을 통하여 '국민'으로서의 각종 이익이 보장된다는 은호적인 기능이 동반되어야 했다고 분석한다. 같은책 12면이하.

19) 예컨대 일본의 당시 국제법학자인 타치사쿠 타로(立作太郎)는 "소위 '합병'이란, 한국의 국제법상 인격체로서의 존재를 단절시키고, 기존 한국 국적을 가진 국민에게 일본의 국적을 가지게 하는 것을 의미한다." 라고 설명한다. 立作太郎「韓国併合国際法観」『法学協会雑誌』第２８巻 第１１号 (타치사쿠 타로「한국 병합 국제법관」『법학협회 잡지』 제28권 제11호) 1910년 10월, 1-2면. 이러한 견해를 계승한 것으로, 江川英文・山田鐐一『国籍法』有斐閣 (에가와 에이분·야마다 료이치『국적법』 유희카쿠), 1973년, 98면.

20) 청일 전쟁에서 승리한 일본은 1895년 4월 17일 청일 조약(시모노세키 조약 (下関条約))을 통해 청국으로부터 대만을 할양받았으며, 해당 조약에서 대만 주민들에게 2년 이내에 퇴거하지 않을 경우 일본 국적을 취득할 수 있도록 규정했다. 이어 러일 전쟁에서도 승리한 일본은 1905년 9월 5일 러일 조약 (포츠머스 조약)을 통해 카라후토 (樺太) 주민은 할양 후의 영토에 거주하거나 본국인 러시아로 퇴거할 수 있으며, 체주하는 자는 일본의 관할권에 복종하도록 규정했다. 이로 인해 카라후토 (樺太) 주민은 일본 국적을 취득한 것으로 간주되었다. 遠藤正敬『近代日本の植民地統治における国籍と戸籍ー満州・朝鮮・台湾』,明石書店 (엔도 마사타카, 「근대 일본 식민지 통치에서의 국적과 호적 — 만주·조선·대만」, 아카시 서점), 2010년 3월, 51면.

일본인으로서의 일본인)이 공법상 어떠한 차별을 받아야 하는지는 국내법상의 문제로 한다.[21]"

일본이 강제 부여한 일본 국적은 이탈도 허용되지 않았다는 점에서 이례적인 것이였다. 대만과 카라후토에 대해서는 일본 국적법이 시행되었다.[22] 그러나 조선에 대해서는 일본 국적법이 시행되지 않았다. 이는 대만인, 카라후토인과 달리 조선인에 대해서는 일본 국적법에 따른 국적이탈의 권리가 인정되지 않았음을 의미한다.[23] 심지어, 재외 조선인이 외국 국적을 취득한 경우에까지 일본 국적이탈을 인정하지 않았으며 이른바 이중국적 상태로 '일본 신민'으로 다루는 방침이 취해졌다.[24] 이렇게 일제 강점기 조선인에게 강제 부여된 일본 국적은 일본이 대외적으로 이들을 '일본 신민'이라고 표방하기 위한 명분일 뿐, 일본인과의 차별을 전제로 한다는 점에서 원래 일본인에게 주어진 국적과 다른 것이었으며, 이탈도 허용되지 않았다는 점에서 다른 식민지역과도 다른 이질적인 것이었다.

② 연합국 군에 의한 점령(1945년 8월 ~1952년 4월 27일 자정까지)

일본은 1945년 패망과 동시에 샌프란시스코 강화조약 발효까지 미국을 중심으로 하는 연합국 총사령부 (GHQ) 점령하에 놓이게 되었다.[25] 이 점령기간 동안 일본은 재일동포를 '국민이자 외국인'으로 취급하였다. 이러한 이중적 지위는 다음 세가지 점에서 설명된다.

첫째, 외국인등록 의무이다. 일본정부는 1947년 5월 2일 사상 최후의 칙령 (勅令) 으로 '외국인등록령 (外国人登録令) '[26]을 공포 · 시행하였고 일본에 거주하는 조선인에게 외국인등록의무를 부과하였다.[27] 일본은 강화조약 발효까지는 재일동포를 일본 국민이라고 주장하는 한편, 이들을 외국인으로 간주하여 외국인등록 의무를 부과하여 거주권을 부정하는 체제를 취하였다.[28]

---

21) 『寺内正毅文書』「４３９－４」, 国立国会図書館憲政資料室所蔵 (『테라우치 마사타케 문서』「439-4」, 국립국회 도서관 헌정 자료실 소장) 71-72면.

22) 대만에 대해서는 1899년 6월 20일, 일본 국적법 제정 직후에 "국적법을 대만에 시행할 건(国籍法ヲ台湾二施行スルノ件)"(1899년 칙령 제289호)이 발표되었고 카라후토에 대해서는 1923년 4월 16일 "국적법을 사할린에 시행하는 건(国籍法ヲ樺太二施行スルノ件)"(1923년 칙령 제88호)가 발표되어 각각 일본 국적법이 시행되었다. 앞의 주 108), 엔도, 「근대 일본 식민지 통치에서의 국적과 호적」, 55-56면.

23) 당시 일본 국적법 제20조는 외국 국적 취득 (법 조문 상은 "귀화")을 원인으로 하는 이중국적을 요건으로 "일본 신민"이란 신분에서 이탈할 것을 인정하였다.

24) 앞의 주 108), 엔도, 「근대 일본 식민지 통치에서의 국적과 호적」 58면. 조선인에게 국적선택권을 부여하지 않았던 이유에 대해서 엔도는 "일본의 영역 외에 있는 조선인을 일본 국적 아래에 구속해 두는 통치상의 이점이 있었기 때문이다... 일본의 조선인 통치에서는 (조선인을) 일본 국적에 구속함으로써 억압하는 방책을 채택한 것"이라고 분석한다.

25) 한반도는 광복 이후에도 3년 동안 연합국(미국·소련)의 통치에 놓이게 되었으므로 적어도 국제법적 효과를 가지는 조선국적은 1948년 8-9월까지 존재하지 않거나 혹은 조선국적이 가령 그 기간동안에 존재하였다 하더라고 그것은 국제법상 기능하지 못한 것이였다.

26) 칙령 제207호.

27) 외국인등록령은 일본이 강화조약 발효로 인하여 주권을 회복한 이후 1952년 시행된 외국인등록법의 전신이다.

28) 이러한 입장은 조문 상에도 나타나고 있다. 즉 외국인등록령은 (1) 외국인의 입국을 원칙적으로 금지하고 있어 개개인의 출입국을 관리하는 것이 본래의 목적은 아니며 (제3조), (2) "조선인은 이 칙령의 적용 관련해서는 당분간 외국인으로 간주"하고 있으며 (제2조), (3) 체류외국인에 대해 등록에 관한 각종 의무를 부과하고, 의무 위반자에게는 형벌을 부과하는 한편, 최종적으로 강제 퇴거시킬 수 있는 체제를 갖추고 있으며 (제7, 10, 12, 13, 14조), (4) 이 칙령 시행 시 일본에 체류하는 외국인에게 등록신청 의무를 부과하고(부칙 제2항), 의무 위반자에 대한 벌칙, 강제퇴거 규정을 준용하고 있는 점 (부칙 제3항) 등에

둘째, 참정권의 박탈이다. 식민지 시기 조선인 남성 가운데 일본 내지에 주소를 두고 있었던 자는 선거권, 피선거권을 보유하였던 시기가 있었다.[29] 그러나 일본 정부는 1945년 중의원위원선거법, 1947년 참의원의원선거법, 지방자치법의 각 부칙을 개정하여 "호적법의 적용을 받지 아니한 자의 선거권 및 피선거권은 당분간 정지한다"고 규정하였다.[30] 일본 국내 선거법을 개정하여 "호적법의 적용을 받지 아니한 자의 선거권 및 피선거권을 당분간 정지"한 것은 즉, 외지호적에 등재된 재일동포를 지목하여 선거권 및 피선거권을 박탈하는 조치이다.[31]

셋째, 민족교육의 금지이다. 일본 패망 후 재일동포가 일본에서 제일 먼저 시작한 것은 빼앗긴 민족성을 회복하기 위하여 자녀에게 모국어로 모국의 역사와 문화를 배우게 하는 민족학교 건설이였다. 해방 직후 '국어강습소'의 형태로 시작한 민족교육은 1948년 3월 시점에 일본 전국에 약 600개의 학교, 53,000명의 학생, 1,425명의 교사를 품은 민족학교로 점차 확대, 발전하였고 국어강습소가 모체로 되어 일본 전국 각지에 초등학교, 중학교, 고등학교, 대학교로 체계적인 민족학교를 운영하기에 이르렀다.[32] 이에 일본 문부성(文部省)[33]은 1948년, 재일동포 역시 일본학교에 취학할 의무가 있으며 이에 따라 민족학교는 인정할 수 없다는 통달(通達)을 학교 설립허가권자인 도도부현 지사앞으로 송부하였다.[34] 재일동포는 일본국적을 보유하고 있으므로 일본인과 마찬가지로 일본인 학교에로의 취학의무를 진다는 것이었다. 이에 근거하여 각지 조선인학교[35]에 대한 폐쇄 또는 개조 명령이 발령되었다. 일본 정부는 조선인학교 폐쇄, 개조명령에 따르지 않고 저항하는 조선인학교에 대해서 미군을 동원하여 무력으로 제압하려 하였다.[36]

단적으로 드러나고 있다. GHQ 점령하 일본에서는 입국이 원칙적으로 금지되어 있었으므로 여기서 주된 대상은 이미 일본 국내에 체류하고 있었던 외국인이 된다. 그러나 당시 외국인의 다수를 차지하는 점령군 관계자는 외국인등록령의 규제 대상에서 제외되었으므로 실질적인 규제 대상은 "외국인으로 간주"되는 조선인 약 60만명, 중국인 약 5만명으로 된다. 본문에서 언급한 부칙 제2, 3항과 벌칙, 강제퇴거규정의 결합으로 이미 일본에 체류하는 조선인에 대한 관리체제로서 충분히 기능할 수 있는 것이다.

29) 실제로 1920년대 초기의 보통선거 실시 이후에는 일본 중의원의원선거에서 재일조선인 11명이 입후보하여 총 2명이 당선 하였다. 田中宏『在日外国人（第三板）』岩波新書（다나카 히로시 "재일외국인（제3판)" 이와나미신서) 2017년 11월, 63면 이하.

30) 1945년12월 중위원선거법은, 부인참정권 등을 포함하기 위한 개정과 동시에, 부칙에서 재일조선인 및 대만인의 선거권을 행사 하지 못하게 하는 조치를 포함하였다.

31) 水野直樹,"在日朝鮮人・台湾人参政権'停止'条項の成立（正・続）", 世界人権問題研究センター『研究紀要』一号（1996年）、二号（1997年）(미즈노 나오키 "재일조선인, 대만인 참정권 '정지'조항의 성립", 세계인권문제연구센터,『연구기요』1호, 1996년, 2호, 1997년)

32) 앞의 주 115), LAZAK,『일본 재판에 나타난 재일코리안』270면.

33) 문부성은 상시 존재했던 일본의 중앙 행정기관 중 하나이며 교육 정책, 학술 정책, 스포츠 정책, 문화 정책 등을 담당하였다. 2001년 중앙 부처 개편을 통해 문부성은 총리부 외국(総理府 外局)으로 되어 있던 과학기술청과 통합되어 문부과학성(文部科学省)으로 개편되었다.

34) 문부성 학교교육국장 통달 "조선인설립학교설립의 취급에 대하여"(1948년 1월 24일)은 "현재 일본에 체류하는 조선인은 …일본의 법령을 준수 하여야 한다. 그러므로 조선인의 자제라 할지라고 학령기에 해당하는 자는 일본인과 마찬가지로 공립 또는 사립의 초등학교 또는 중학교에 위학시켜야 한다"고 하였다. (文部省学校教育局長通達"朝鮮人設立学校設立の取扱いについて", 1946年1月24日"現在日本に在留する朝鮮人は、…日本の法令に服しなければならない。従って、朝鮮人 の子弟であっても、学齢に該当する者は、日本人同様、市町村立又は私立の小学校又は中学校に就学させなければならない。"). 일본에서의 민족교육의 금지를 뜻하며, 이른바 "제1차 조선인 학교 폐쇄령" (第一次朝鮮人学校閉鎖令) 라고 불리운다. 앞의 주 126), 다나카 히로시,『재일외국인 (제3판) 』, 76면 이후.

35) 해방 직후부터 일본 곳곳에 세워진 "국어강습소"는 점차 초, 중, 고등학교를 포함한 민족 학교에로 발전 하고 왔다. 일본 패전 후 1년도 안 되는 시기에 재일동포들이 새운 민족학교는 일본 각지에 525개의 초급학교, 4개의 중학교, 12개의 청년학교에 이르렀다. 金徳龍『増補改訂版 朝鮮学校の戦後史』社会評論社 (김득령 "증포개정판 조선학교의 전후사" 사회평론사) ２００４년 등.

재일동포는 GHQ점령기, 외국인등록 의무를 부담하며 참정권이 정지되는 한편, 교육의 의무에 있어서는 일본 국민으로서의 교육을 강요당하는 이중적 지위를 지니고 있었다.

③1952년 샌프란시스코강화조약 발효 후

'국민이자 외국인'이란 재일동포의 이중적 지위는 샌프란시스코 강화조약(이하 '강화조약') 발효로 인하여 새로운 국면을 맞이하였다. 강화조약 발효를 9일 앞둔 1952년 4월 19일, 일본 법무부(法務府)는 민사 갑 438호 민사국장 통달 (民事甲438号通達)[37] '평화조약에 따른 조선인, 대만인에 관한 국적 및 호적사무의 처리에 관하여 (平和条約に伴う朝鮮人,台湾人等に関する国籍及び戸籍事務の処理について) ' (이하 '통달 438호')를 법무국장, 지방 법무국장 앞으로 송부하였다.[38] 이것은 그때까지 일본 국민으로 취급해 온 재일동포의 국적, 호적에 대한 행정지침을 제시한 것으로, 강화조약 발효로 인하여 "조선인[39] 및 대만인은 내지에 거주하고 있는 자를 포함하여 모두 일본 국적을 상실한다."고 규정하였다.[40] 국적 법률주의를 천명하는 일본 헌법의 규정에도 불구하고, 행정지침으로 재일동포의 국적을 일방적으로 박탈하는 조치였다.[41] 이에, 통달 438호 송부 9

---

36) 이 과정에서 일본 효고현에서는, 무력으로 제압하려는 경찰과 이에 저항하는 재일코리안 사이에 치열한 충돌이 벌어져 16세 재일동포 청년이 경찰이 쏜 총탄에 맞아 희생하는 사태까지 일어났다. 이 사건을 계기로 민족교육 폐쇄령, 개조령에 반대하는 운동이 일본 전국으로 퍼지게 되었으며 전후 일본 역사상 처음으로 계엄령이 발령되는 사태로 발전하였다 (한신교육투쟁).

37) '통달(通達)'이란 상급 행정기관이 하급 행정기관 및 직원에게 직무권한의 행사를 지휘하고 직무와 관련하여 법령의 해석, 행정운영의 방침 등을 지시하거나 기타 일정한 행위를 명하는 경우 등에 사용하는 행정내부의 문서 또는 형식을 말한다. 일본의 행정 실무상, 행정기관 내부지침인 '통달'로 국민의 권리의무를 형성하거나 그 범위를 확정하는 조치 즉 실질적으로 행정처분이 이루어지는 경우가 많다. '통달'의 법적 성질이 문제가 된 사건에서 일본 최고재판소는 "통달은 원칙적으로 법령의 성질을 가지는 것이 아니라 상급 행정기관이 관련 하급 행정기관 및 직원에 대하여 그 직무권한의 행사를 지휘하고 직무에 관하여 명령하기 위하여 발송하는 것으로서, 이러한 통달은 해당 기관 및 직원에 대한 행정조직 내부의 명령에 불과하므로, 이러한 통달에 구속되는 것은 아니며", "법원은 법령의 해석 적용에 있어서는 통달에 나타난 법령의 해석과 다른 독자적인 해석을 할 수 있고, 통달에 정한 처분이 법의 취지에 반하는 경우에는 독자적으로 그 위법성을 판단할 수 있다."고 판시하였다 (일본 최고재판소제3소법정 (쇼와39(교츠) 87호) 1968 (쇼와43)년 12월 24일 판결). 이 사건에서 판시한 것처럼, 법적으로 국민이 구속되지 않을 행정기관 내부지침을 통하여 재일동포의 국적이 박탈되었던 것이다. 국적박탈조치, 이른바 조선인학교 폐쇄령 모두 "통달"을 근거로 진행되어 일본 국내법, 행정법 상도 흠결이 남는다.

38) 통달 438호 (法務府民事局長1952年4月19日 民事甲438号通達) 중, 국적 처리와 관련한 주요 부분은 다음과 같다."(1) 이로 (강화조약 발효로) 인하여 조선인 및 대만인은 내지에 거주 하는 자를 포함하여 모두 일본의 국적을 상실한다. (3) 원래 내지인이었던 자라 할지라도 조약의 발효 전에 조선인, 혹은 대만인과의 혼인, 입양 등의 신분행위로 인하여 내지 호적에서 제적될 사유가 발생 한 경우 이는 조선인 혹은 대만인이며 조약발효와 함께 일본 국적을 상실 한다. (5) 조약발효 후에 조선인 및 대만인이 일본 국적을 취득하기 위해서는 일반 외국인과 마찬가지로 오로지 국적법의 귀화 절차에 따라야 한다. 이 경우 조선인 및 대만인 ((3)에서 언급한 원래 내지인 자는 제외한다)은 국적법 제5조제2호의 '일본국민이였던 자' 및 제6조제4호의 '일본 국적을 상실 한 자'에 해당 하지 아니 하다."

39) 여기서 "조선인"은 조선호적 등재자를 의미한다.

40) 이 문제에 대해서 연합국총사령부 (GHQ)는 조선인을 "해방인민"이라고 규정하면서도 명확한 자리매김을 이루지 못하였다. 국제법상 점령자라는 지위에 불과함으로 한일간의 문제인 국적문제에 관여하여서는 안된다며 재일동포의 법적지위에 대해서는 기본적으로 불개입 입장을 보였다. 단, 아래에 서술하듯이 일본정부의 출입국관리법제가 극도로 재일동포의 이익, 권리를 침해하는 경우에는 이를 억제하고 반대로 재일동포의 활동이 질서유지에로의 위협이 될 경우에는 억압한다는 태도를 취했다.

41) 1947년 5월 3일 시행된 일본 헌법 제10조는 "일본 국민이 되는 요건은 법률로 정한다"(第10条 【国民の要件】 日本国民たる要件は、法律でこれを定める。)라고 규정한다. 법률이 아닌 행정지침으로, 일본의 주장에 따르면 그때까지 일본 국적자였던 재일동포의 국적을 박탈한 조치는 일본 헌법 제10조에 반하는 조치이다.

일 후인 1952년 4월 28일 강화조약 발효에 따라, 재일동포가 보유하였던 일본 국적은 의사를 불문하고 일방적으로 박탈되고 이들은 외국인으로 전락하였다.[42]

2) 국적 강제박탈의 결과로서의 제도적 차별

강화조약의 발효와 함께 행정지침을 통하여 하루아침 사이에 일본 국적이 박탈되고 외국인으로 전락한 재일동포는 그 후 외국인이란 이유로, 일본 국적이 없다는 이유로, 사회보장, 연금, 건강보험, 교육, 기타 각종 사회제도에서 배제되었다. 조약발효 당일(1952년 4월 28일) 제정된 외국인등록법(동년, 법 125)은 처음으로 재일동포에게 '외국인'이란 이유로 지문날인 의무를 규정하였다. 또한 이틀 후인 4월 30일에 제정된 "전상병자전몰자유족등구원법 (戦傷病者戦没者遺族等救援法)" (동년, 법 127)에는 국적 조항이 신설되어 재일동포는 전쟁 희생자에 대한 국가 보상에서도 제외

42) 일본 정부의 국적 박탈의 위법성에 대해서는 선행연구 참고. 구량옥, "재일동포의 국적 박탈과 관련한 일본의 국제법 위반", [사법] 제68호, 2024년 6월, 617면 이하 참조. 동 논문이 언급한 바와 같이 재일동포의 국적을 박탈한 1952년 통달의 대상이 된 것은 "조선인"이었다. 일제의 식민지배로 인하여 일본에 살게 된 재일동포의 민족을 지목하여 차별적으로 박탈하여 '조선'적 재일동포라는 후천적 무국적자를 발생시킨 것은 1952년 당시에도 허용되지 않았다 할 것이다. 1952년 강화조약 전문에는 일본이 세계인권선언을 준수함이 명시되어 있는바 1952년 당시에도 일본이 준수해야 할 비차별 원칙, 인간의 존엄 존중 (세계인권선언 제1조, 유엔 헌장 제1조 제3항) 등의 국제법의 일반원칙에도 반하는 조치이다. 뿐만 아니라, 일본 국내에서 출생한 부모가 모두 무국적인 경우 일본 국적법상 일본 국적을 부여하게 되어 있는데(일본 국적법 (1950년) 제2조), 부모가 모두 조선적 동포인 경우 이들의 아동에게는 국적을 부여하는 조치가 취해지지 않는다. 이는 출신지역에 따른 차별에 해당한다.
아울러, 민족에 지목 하여 국적 박탈을 한 조치는 1961년 무국적자 감소 협약 제9조에 발현된 '차별적 국적박탈', '집단적 박탈조치(mass-denationalisation)' 금지원칙을 위반하는 것이다. 차별적 국적 박탈 금지는 절대적인 것이며, 무국적을 발생시키는 경우에 한하여 조건부로 적용되는 금지원칙이 아니다. P. Weis, "The United Nation Convention on the Reduction of Statelessness, 1961", International and Comparative Law Quarterly, vol.11, no.4, 1962, p.1085.
일본은 1961년 무국적자 감소 협약의 당사국이 아니지만, 위 협약의 초안을 논의한 무국적자 철폐 또는 감소에 관한 회의(The Conference on the Elimination or Reduction of Statelessness)에서 일본의 입장을 밝힌 바 있다. 예컨대 1959. 3. 18. 유엔에 제출된 공식 서한에 따르면 일본에는 "국적 박탈의 근거가 없으며 국적 유지가 필수적"이라고 답변하였다.UNGA, "Additional observation by Governments on deprivation of nationality Note by the Secretary General", UN Conference on the Elimination or Reduction of Future Statelessness, A/CONF.9/10/Add.1, 5 July 1961, 14. 또한 일본 정부는 ILC에 대하여 "1950년에 공포된 일본 국적법은 국적에 대한 혈통주의에 기초하고 있지만 일부 출생지주의를 인정하고 있다. 이유는 일본에서 출생한 아동은 출생 시 부모를 알 수 없거나 무국적인 경우에 일본 국적을 취득하기 때문이다. 또한, 일본 현행법상 일본 국적을 박탈할 수는 없지만, 일본 국적자가 다른 국적을 취득한 경우 일본 국적을 포기하는 것은 허용된다. 따라서, 일본 정부는 ILC가 마련한 무국적자의 철폐 또는 감소에 관한 협약 초안이 발효될 경우 각국 정부에 기대되는 대부분의 조치를 이미 취한 것으로 간주하고 있다."라고 답변하였다. UNGA, "Addendum to Comments by Governments on the revised Draft Convention on the Elimination of Future Statelessness and the revised Draft Convention on the Reduction of Future Statelessness prepared by the International Law Commission at its sixth session", UN Conference on the Elimination or Reduction of Future Statelessness, A/CONF.9/5/Add.2, 24 March 1959, 2. 즉 ILC 초안에 대해서 일본 정부는 무국적자 감소를 위하여 국제사회가 요구하는 조치를 이미 1950년 국적법 공포 시점에 취했다는 설명이다. 뿐만 아니라 1961. 8. 25., 협약의 논의 과정에서 이 회의의 부의장(vice president)으로 일본의 대표가 선출된 바 있다. UNGA, "Draft Final Act of the Conference submitted by the Drafting Committee", UN Conference on the Elimination or Reduction of Future Statelessness, A/CONF.91L.91, 25 Aug, 1961, 3. 이러한 과정을 보면 일본은 1961년 무국적자 감소 협약 성문화 작업에 참여하면서 유엔 체제하에서 무국적자 감소를 위한 국제사회의 노력을 함께 할 입장을 밝히고 있으며 동 협약에 명시된 원칙을 무시할 수 없다.

되었다.[43] 1954년 건설성(建設省)[44]은 “공영주택은 헌법 제25조 (모든 국민은 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 가진다)의 이념을 구체화한 것이다. 그러나 헌법이 국민에게 보장하고 있는 이러한 생활을 영위할 권리는 일본 국민만을 대상으로 한 것이며, 외국인에게는 권리로서 이를 요구할 수 없는 것으로 통상 해석되고 있다”(1954년 11월 8일, 주발 제922호[45])는 행정해석을 발출하여 재일동포는 외국인이라는 이유로 공공주택에로의 입주자격에서도 제외되었다.[46]

3. 체류자격 정책과 재일동포의 집단의식

GHQ에 의한 일본 점령기에 제정된 1947년 외국인등록령은 “조선인은 이 칙령의 적용 관련해서는 당분간 외국인으로 간주”(제2조)하여 재일동포에게 외국인등록의무를 부과하였다. 이에 따라 일본 외국인등록 상 재일동포의 “국적 등”란은 1947년 시점에 모두 “조선”이라고 표기되었다. 당시는 아직 남북한의 정부가 수립되기 전이었음으로 여기서 말하는 “조선”은 국호를 의미하는 것이 아니라 출신지역을 나타내는 것이었다.[47]

1948년 남북한에 별개의 정부가 수립되자 일본은 희망하는 자에 대해서는 외국인등록상의 “국적 등”란 표기를 “조선”에서 “한국”으로 변경할 것을 허용했다[48]. 이것이 일본에서 외국인등록 상 재일동포의 “국적 등”란 표기가 “조선”과 “한국”으로 이원화된 출발점이다. 그런데 당시 “한국”으로 변경한 자가 다시 “조선”으로 변경하는 것이 가능했으며 “조선”표기와 “한국”표기는 고정적인 것이 아니였다.[49] 뿐만 아니라 이 “조선” “한국” 표기는 본국의 개입없이 이루어지는 일본의 등록

43) 연간 2조 엔에 달하는 일본의 전후 처리·원조 예산은 일본인을 대상으로 하며, 관련 법령에는 모두 국적 조항을 마련하여 재일동포를 배제하였다. 예를 들어, 전상병자 유족 등 원호법에 따르면, 전쟁에서 부상당한 전 군인·군속은 1인당 200만 엔에서 400만 엔의 장애 연금이, 전쟁에서 사망한 군인·군속의 유족에게는 약 160만 엔의 연금이 각각 지급되고 있지만, 동법의 국적 조항 때문에 당시 일본군 병사나 일본군 군속이었던 조선인·대만인에게는 한 푼의 지원도 없다는 극단적인 불평등이 존재한다. Japan Federation of Bar Associations, ALTERNATIVE REPORT TO THE FOURTH PERIODIC REPORT OF JAPAN ON THE INTERNATIONAL COVENANTON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, 1993, Chapter 5, Section 1 참조.

44) 1948년 1월 1일부터 2001년 1월 5일까지 존재했던 일본의 행정기관이다. 국토-도시계획, 시가지 정비, 하천, 도로, 건축물, 주택 정책, 관청 영선 등에 관한 행정을 담당했다. 건설성 설치법에 따라 설치되었으며, 장관은 건설대신(建設大臣)이 맡았다. 현재는 국토교통성 (国土交通省) 으로 개편되었다.(住発第922号)

45) 모치키 가즈오『재일외국인의 실체법 및 절차법상의 지위ー국제인권규약 등의 체결 후의 행정상 처우를 중심으로』(법무연구보고서 제71집 제2호), 법무종합연구소,1983년 (持木一夫『在日外国人の実体法及び手続法上の地位ー国際人権規約等の締結後の行政上の処遇を中心として一』(法務研究報告書71集2号)法務総合研究所 , 1983年)81면.

46) 일본 헌법 제25조의 주어는 '국민'이지만, 동 법 제30조도 '국민은 법률이 정하는 바에 따라 납세의 의무를 진다'라고 되어 있고, 주어는 역시 '국민'이다. 그러나 '오직 일본 국민만' 납세의 의무를 지는 것은 결코 아니다. 예를 들어, 일본 소득세법을 보면 “거주자”는 이 법에 따라 소득세를 납부할 의무가 있는(동법 제5조)라고 규정되어 있다.

47) 같은 취지로 정인섭, “조선적 재일동포에 대한 여행증명서 발급의 법적 문제”, 서울국제법연구, 제21권 제1호, 2014년, 4면. 또한 재일동포 2세인 서경식(도코대학교 교수)은 저서에서 외국인등록상의 ‘조선’은 북조선 (북한) 국적이 아리나 한반도 출신임을 나타내는 기호라고 지적하고 있다 (『역사의 증인 재일조선인』,반비, 2012년 8월 10일, 134면 이하).

48) 이범준, 『일본제국 VS 자이니치』, 북콤마, 2015년 7월15일, 51면 이후 등

49) 정인섭, “일북 수교와 재일교포의 국적”, 서울국제법연구, 제1권 제1호, 1994년, 5면.

상 표기에 불과하므로 국호를 의미하는 것도 아니였다.

전술한 바와 같이, 일본은 1952년 강화조약 발효로 주권을 회복함과 동시에 행정지침으로 재일동포의 국적을 박탈하여 이들을 '외국인'으로 만들었다.[50] 재일동포는 그 후 3년마다 갱신이 필요한 체류허가로 불안정한 지위에 놓였다. 그런데 1965년 한일 수교 이후에는 "국적 등"란을 한국으로 변경한 자에 한하여 일본에서 처음으로 협정영주허가가 주어졌고, 이때 "한국"표기로 변경한 자가 "조선"표기로 변경하는 것이 불가능해 졌다.

일본의 "국적 등"란 표기와 체류자격을 연관 짓는 정책은 재일동포 집단의 분단을 촉진하였다. 1965년 시작한 영주허가(특례영주)를 위해서 "국적 등"란을 한국으로 변경하든지 아니면 체류자격의 보장 없이 "조선"적을 유지하는지의 선택을 강요받게 되었기 때문이다. 재일동포에 있어서 결정적으로 중요한 체류자격과 "국적 등"란 표기를 연관 지음으로써 재일동포 집단의 분열, 유대의 파괴를 촉진하며 분열을 고정화하는 것으로 기능하였다. "국적 등"란이 "조선"인지 "한국"인지를 불문하고, 대한민국 정부 수립 전에 한반도로 건너온 재일동포에게 일률적으로 영주허가가 주어진 것은 1991년 '특별영주'제도이다.

이상을 종합하면, 일본 외국인등록 상 "국적 등"란 (2012년 법개정 후 "국적, 지역"란)이 "조선" 또는 "한국"이면서 체류자격이 "특별영주"인 자는 일제 강점기 징용, 징병, 또는 생활을 위해서 한반도에서 일본으로 건너간 자와 그 후손이며 본 논문이 다루는 재일동포이다.[51] 이들은 일제 강점기 일본 국적을 강제 부여 받으면서도 대내적으로는 일본인과 차별적인 대우를 받은 "조선"호적 등재자이며, 1945년 광복 후 GHQ 점령기에는 외국인등록령에 따라 출신지역 "조선"으로 표기되어 '일본 국민이면서 외국인으로 간주'되었고, 1952년 일본이 주권을 회복하자 행정지침으로 국적이 박탈된 자 및 그 후손임으로, 이들의 "국적, 지역"란 표기가 "조선"인지 "한국"인지를 불문하고 모두 동일한 민족적 집단이다. 이들의 집단의식 또한 이 표기에 맞물리는 형태로 형성되어 왔다.

III. 재일동포에 대한 차별과 혐오 관련한 국제법적 평가

1. 교육 차별

재일동포에 대한 차별 중 현재도 심각한 것은 교육차별과 혐오이다. 모국어 교육은 재일동포의

50) 샌프란시스코강화조약이 발효한 1952년 4월 28일, 일본에서 외국인등록령을 전신으로 하는 외국인등록법(外国人登録法昭和27年4月28日法律第125号)이 시행되었다.

51) 광복 전 일본으로 건너온 재일동포 중에는, 광복 후 일시적으로 한반도로 귀국한 뒤 일본으로 '밀입국'하여 입국 기록이 확인되지 않는 경우, 또는 재입국허가 기간을 초과하여 해외에 체류하여 특별영주 자격을 상실한 경우 등 실체로서는 본 논문에서 말하는 '재일동포'이지만 '특별영주'의 정의에는 부합하지 않아서 그 외의 체류자격 (영주자 등)으로 등록되어 있는 경우가 있다. 본 논문이 이들을 재일동포의 범주에서 배제하고자 하는 취지는 아니다. 이것은 본 논문이 다루는 재일동포의 범주를 어디까지 포섭하느냐의 문제인데, 일차적으로는 일본이 취한 조치란 명확한 기준의 하나로써 "특별영주"를 꼽았을 뿐, 실체가 재일동포 및 그 후손이라면 체류자격이 다른 경우에도, 또한 일본 국적으로 귀화한 경우에도 본 논문이 다루고자 하는 재일동포의 범주에 포함이 된다.

인간으로서의 존엄, 민족적 정체성, 인격적 가치를 지키기 위해서 결정적으로 중요한 것이다. 재일동포 자녀가 모국어를 배우려면, 일부 일본 공립학교의 방과후 학교로서의 '민족학급', 한국 정부가 지원하는 한국학교, 그리고 조선학교[52] 등이 있다.[53] 일본 학교교육법상 조선학교는 중국계 중화학교, 대만계 국제학교 및 미국, 유럽계 국제학교와 함께 '각종학교'(학교교육법 제134조)로 분류되는 한편, 한국학교는 대부분의 경우 일본 정부의 국정 교과서를 쓰고 일본 문부과학성의 교육내용을 따라야 하는 '1조교'(학교교육법 제1조)로 운영되고 있다.[54] 또한 조선학교는 재일동포 거주 지역에 맞추어 일본 각지에 흩어져 분포되어 있는 한편, 한국학교는 도쿄, 오사카, 교토를 비롯하여 한국인 주재원이 집주하는 지역에 편재되어 있다. 조선학교와 한국학교가 종일제 학교인 한편, 일본학교 내 '민족학급'은 방과후 수업의 개념이어서 한국어 습득에 한계가 있다.

한국학교는 주로 주재원의 자녀등이 다니며 한국에로의 귀국을 전제로 하는 경우가 많고[55] 학생의 전출입이 빈번하여 일본에서의 영주를 전제로 하는 재일동포 자녀가 안정적으로 다니는데 적합하지 않은 경우가 많다. 뿐만아니라 도쿄 등 일부 지역에만 존재하는 한계가 있다.[56] 한국학교는 많은 경우 일본인학교와 마찬가지로 '1조교' 인가를 받아 운영이 되는데, 이 경우 일본인학교와 동등하게 기부금에 대한 세제혜택과 일본 정부의 재정적 지원을 받는 한편 일본 정부가 지정한 국정 교과서와 국정 교육과정을 따라야 한다. 수업은 일본어로 진행이 되며 국어(한국어) 수업시간이 적어서 일본에서 출생하여 자라는 재일동포 자녀에게 한국어 습득, 민족성 함양의 효과는 한정적이다.[57]

이러한 배경 아래 일본에서 영주를 전제로 하는 재일동포가 자녀에게 모국어와 문화를 배우게 하려면 취할 수 있는 선택지가 사실상 조선학교 밖에 남지 않는다. 조선학교에 다니는 학생의 국적은 절반이상이 한국 국적(외국인등록상 "국적,지역"란이 "한국")이며, 조선적이 20% 정도, 기타 한국과 일본의 이중국적 아동이다.[58] 조선학교의 실체와 역할은 한국 국민의 민족성을 함양하며 재일동포 자녀의 한국어 습득을 실현하는 민족교육기관이다.[59]

---

52) 조선학교는 설립 당시 조선민주주의인민공화국의 재정적 지원을 받았으나 현재 D.P.R.K, 한국, 일본을 포함한 어느 나라에서도 재정적공 지원이 없는 상태이다.

53) 金兌恩, 宋基燦 "在日コリアンの民族教育と公共圏　―朝鮮学校、公立学校、地域　の教育施設での実践事例の比較から―", 京都大学グローバルCOE「親密圏と公共圏の再編成をめざすアジア拠点」 ワーキングペーパー次世代研究79 (김태은, 송기찬, "재일코리안의 민족교육과 공공권 – 조선학교, 공립학교, 지역 교육시설 실천 사례의 비교-" 교토대학 글로벌 COE [친밀권과 공공권의 재편성을 지향하는 아시아 거점] 편 COE working paper) 2012년 10월, 1면.

54) 1조교에서는, 국어는 일본말이며 한국말 수업은 선택 외국어 과목 등으로만 이수가 가능하다. 고등학교 야구 전국대회인 고시엔(甲子園)에서 우승을 한 교토국제학원은 1조교이며, 재학생 대다수는부분이 일본 국적자 아동이다.

55) 일부 일본에서의 영주 즉 일본 대학 등에로의 진학을 위한 학과 과정을 갖춘 한국학교도 존재하나 한정적이다.

56) 도쿄한국학교 등.

57) 한국학교 중 1조교에는 2024년 일본 고오시엔에서 우승한 교토국제학원이 있으나 교토국제학원에 다니는 학생은 대부분이 일본인이며, 1조교인 만큼 일본 국정교과서를 쓰며 수업과 생활은 모두 일본어로 진행되며 한국어 수업은 일부에 불과하다. 최근 한류, K-Pop, K-beauty등의 유행으로 일본인 자녀가 많이 다니는 경향에 있다.

58) 뒤에서 논하는 재특회에 의한 교토조선학교습격사건에 대한 일심 교토지방재판소 제2민사부2013년 10월 7일 판결에서도 피해 학교 아동의 국적이 한국국적 78명, 조선적 27명, 일본(이중국적자) 3명으로 인정되고 있다. 판결문 13면.

59) 송기찬 리츠메이칸대학 교수, 김태은 교토대학 강사는 조선학교, 한국학교, 민족학급 중에서 조선학교가

2001년 인종차별철폐 위원회는 일본 내 소수민족 자녀들의 교육 상황에 대해 우려를 표명하고 일본 정부에 적절한 조치를 취할 것을 권고하였다.[60] 동 위원회는 2010년 최종견해에서, 재일동포 자녀가 다니는 학교에 대한 공공지원, 보조금, 세금 감면 관련한 일본의 차별적 대우, 일본 정부 심사 당시 입법이 추진 중이었던 고교무상화제도에서 조선학교를 제외해야 한다는 정치가들의 태도에 우려를 표하며, 일본에서 소수민족 집단이 이들의 언어로 교육을 받을 수 있는 기회를 제공할 것, 일본이 교육 기회 제공에 있어 차별이 없도록 보장할 것을 권고하였다.[61] 2014년 최종견해에서도 동 위원회는, 한반도 출신 아동(children of Korean origin)의 교육권을 침해하는 입법 및 정부조치에 우려를 표하며, 조선학교가 고교무상화 대상이 되도록 일본정부가 입장을 수정할 것, 지방자치단체가 조선학교에 대한 보조금 지급을 재개하거나 유지하도록 권고하였다.[62] 2018년 최종견해에서도 동 위원회는[63] "이전 권고(CERD/C/JPN/CO/7-9, 제19항)를 재차 강조하며, 일본이 고교무상화제도 관련하여 조선학교가 차별받지 않도록 보장하여 한국인 학생(Korean students)들이 차별 없이 동등한 교육 기회를 누릴 수 있도록 할 것을 촉구하였다.[64] 해당 부분은 과거의 권고 내용을 재차 강조한 부분인데 일본 정부는 2010년, 2014년, 2018년 동일한 취지의 3번의 권고에도 불구하고 현재까지 해당 권고를 이행하기 위한 아무런 조치도 취하지 않고 있다. 현재 진행중인 CERD위원회 일본정부 심사에 있어서도 같은 문제가 제기되고 있으나[65] 개선될 기미는 없다.

사회권협약위원회 또한 2001년 최종견해에서 주요 우려 사항의 하나로 '소수민족 아동이 공립학교에서 자기 언어로 된 교육 및 자기 문화에 관한 교육을 받을 수 있는 가능성이 극히 제한적이라는 점'을 꼽았다.[66] 동 위원회는 2007년 최종견해에서도 조선학교가 정부에 공식적으로 인정되지 않거나[67] 일본의 국가 커리큘럼을 따르지 않다는 이유로[68] 중앙 정부의 보조금을 받지 못하거나

가장 '민족성(ethnicity)'함양을 위한 "민족학교(ethnic school)로서의 측면이 강하다"고 서술하고 있다.

60) CERD Committee, "Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination JAPAN", 27 April 2001, CERD/C/304/Add.114, para.16.

61) Committee on the Elimination of Racial Discrimination, "Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention", CERD/C/JPN/CO/3-6, 6 Aprial 2010, para.22.

62) Committee on the Elimination of Racial Discrimination, "Concluding observations on the combined seventh to ninth periodic reports of Japan", CERD/C/JPN/CO/7-9, 26 September 2014, para.19.

63) Committee on the Elimination of Racial Discrimination, "Concluding observations on the combined tenth and eleventh periodic reports of Japan", CERD/C/JPN/CO/10-11, 26 September 2018, para.21

64) Committee on the Elimination of Racial Discrimination, "Concluding observations on the combined tenth and eleventh periodic reports of Japan", CERD/C/JPN/CO/10-11, 26 September 2018, para.22.

65) 日本弁護士連合会, "人種差別撤廃条約に基づく第１２~１４回日本政府報告書審査に向けた事前質問リスト作成のための日弁連報告書"(일본변호사연합회 ,"인종차별철폐협약에 근거한 제12-14회 일본정부 보고서 심사를 위한 사전질문리스트 작성을 위한 일변련 보고서") 2025년 8월 6일, 제5항.

66) Committee on Economic and Social and Cultural rights, CONSIDERATION OF REPORTS SUBMITTED BY STATES PARTIES UNDER ARTICLES 16 AND 17 OF THE COVENANT, Preliminary concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights JAPAN,UN Doc.E/C.12/1/Add.67, 24 September 2001, para.32.

67) 여기서 "공식적으로 인정되지 않는다"의 의미는 동 심사기간 동안 제출된 논의를 바탕으로 하면, 뒤에서 언급하는 일본 학교교육법상 제1조에 근거하는 학교(이른바 "1조교")에 해당하지 않는다는 것으로 풀이된다.

대학 입시 자격을 부여하지 않은 차별에 대해서 주요 우려 사항의 하나로 지적했다.[69] 동 위원회는 또한 2013년 최종견해에서, 조선학교가 고교무상화 제도에서 배제된 점에 대해서 우려를 표하였으며, 이는 ICESCR 제13조 및 제14조의 차별에 해당한다는 점, 그리고 차별금지가 교육의 모든 측면에 완전하고 즉각적으로 적용되며 국제적으로 금지된 모든 차별 사유를 포괄함을 상기하며 일본이 고교무상화제도를 조선학교에 다니는 아동에도 동등하게 적용할 것을 촉구하였다.[70]

2. 혐오표현, 혐오범죄 방치

1) 혐오표현, 혐오범죄에 대한 국내 판례와 평가

재일동포에 대한 차별 중 가장 심각한 형태가 혐오표현, 혐오범죄이다. 1923년 간토대진재(関東大震災) 조선인 학살 후 100년이 지난 지금도 일본에서는 학살 당시를 연상시키는 혐오범죄가 곳곳에서 일어나고 있다. 일본에서 재일동포를 향한 혐오범죄는 지속적으로 발생하고 왔다.[71] 그러나 일본 정부가 작성한 공식적인 통계는 없으며 인종차별을 근절하기 위한 적극적 조치를 취하지 않고 있다.

교토조선학교습격사건은 그 대표적인 사례이다. 이 사건은 2009년에서 2010년에 걸쳐 극우 성향의 민족주의 단체 약 10명이 3번에 걸쳐 교토에 소재하는 조선초급학교(초등학교) 건물 앞에서 확성기로 약 1시간 이상 학교 소유물을 파괴하거나 난동을 부리며 혐오 시위를 벌인 사건이다.[72]

---

68) 여기서 "국가 컬리큘럼에 따르지 않는다"의 의미는 동 심사기간 동안 제출된 논의를 바탕으로 하면, 조선학교가 일본정부의 국정교과서를 쓰지 않는다는 취지로 풀이된다.

69) Committee on ESCR, AN EVALUATION OF THE OBLIGATION TO TAKE STEPS TO THE "MAXIMUM OF AVAILABLE RESOURCES" UNDER AN OPTIONAL PROTOCOL TO THE COVENANTUN, UN Doc.E/C.12/1/Add.67, 21 Sep. 2007, para.32. 일본 교육기본법은 어디까지나 일본 "국민"만을 교육의 대상으로 하고 있다. 元百合子 "マイノリティの民族教育権をめぐる国際人権基準"、アジア太平洋リビュー (모토 유리코 "마이노리티 민족교육권을 둘러싼 국제인권기준", 아시아 태평양 리뷰) 2004년,15면.

70) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, "Concluding observations on the third periodic report of Japan", E/C.12/JPN/CO/3, 10 June 2013, para.27:"27. The Committee is concerned at the exclusion of Korean schools from the State party's tuition fee waiver programme for high school education, which constitutes discrimination (arts. 13 and 14). Recalling that the prohibition against discrimination applies fully and immediately to all aspects of education and encompasses all internationally prohibited grounds of discrimination, the Committee calls on the State party to ensure that the tuition fee waiver programme for high school education is extended to children attending Korean schools."

71) 2000년대 이후 알려진 사건만 해도 2009년 12월 ~ 2010년 3월에 일어난 '재일특권을 용납하지 않는 시민의 모임'(약칭 재특회) 등 극우성향의 시민에 의한 교토조선학교 습격사건(뒤에서 언급하는 제1차 교토조선학교 습격사건)을 계기로 2010년 4월 도쿠시마현교직원조합 (徳島県教職員組合) 습격사건, 2011년 1월 수이헤이샤박물관 (水平社博物館) 습격사건,2017년 교토조선학교습격사건 (제2차), 2020년 1월 가와사키시 '후레아이관 (ふれあい館)' 폭파예고 사건, 2021년 3월 동 관장에 대한 협박문서 사건, 2021년 7월에서 8월 사이에 일어난 대한민국 민단아이치현 (愛知県) 본부, 나고야한국학교, 교토부우지시 우토로에 대한 연속 방화사건, 2022년 4월 오사카부 도요나카시에 소재하는 코리아국제학원에 대한 방화사건, 2022년 9월 JR아카바네 (赤羽) 역에서 "조선인 죽이는 모임"등의 낙서사건, 최근에도 2023년 9월에 일본 도쿠시마현에 있는 대한민국 민단사무실에 "反日政策ヲ続ケル様デアレバ 実弾ニ寄ル消化ニヨッテ浄化スル" ("반일정책을 계속한다면 총으로 쏴서라도 제거하겠다")라는 협박문서가 보내온 사건 등이 있다.

72) 구량옥, "일본 '헤이트스피치'에 대한 손해배상청구사건", 대한변호사협회 법조신문 제573호, 2016년 1월 4일.

이 사건에 대한 민사손해배상소송에서 일심 교토지방재판소 2013년 10월 7일 일본 판례상 처음으로 재일동포에 대한 차별을 ICERD에 근거하여 혐오단체의 활동을 위법이라고 인정하여 총 1226만 3140엔(그 중 1100만엔이 무형손해에 대한 배상)의 손해배상 지급과 학교에서 반경 200미터 내에서의 시위활동 금지를 명하는 판결을 내렸다.[73] 재판소는 혐오단체 등의 세 차례에 걸친 시위 활동 및 동영상 공개는 "재일조선인이라는 민족적 출신에 기초한 배제이며 재일조선인의 평등한 입장에서의 인권 및 기본적 자유의 향유를 방해할 목적을 가진 행위임으로 전체적으로 볼 때 ICERD 제1조 제1항의 인종차별에 해당"하며 일본 민법상 불법행위에 해당할 뿐만 아니라 동시에 인종차별에 해당하는 위법성을 띤다고 판시하였다.

또한 ICERD 제2조 1항 및 제6조에 의하여 가해자에 대하여 지급을 명하는 배상액은 인종차별 행위에 대한 효과적인 보호 및 구제가 가능한 액수를 정하여야 하는데, "불법행위가 동시에 인종차별에도 해당할 경우 혹은 불법행위가 인종차별을 동기로 할 경우에도 ICERD가 민사법의 해석적용에 직접 영향을 미쳐 무형손해의 배상액을 늘리는 요인이 된다."고 하였다.

제2심 오사카고등재판소는 2014년 7월 8일 판결에서 일심 판결 결론은 유지하면서 몇가지 중요한 언급을 덧붙였다. "조선학교는...민족교육를 기축으로 한 학교 교육을 실시하는 곳으로서 사회적평가가 형성되여있다...(혐오활동으로 인하여) 학교의 교육환경이 악화되었을 뿐만아니라 일본에서 재일조선인이 민족교육을 하는 사회적환경까지도 악화되었다"고 하여 일본에서 조선학교가 실시하는 교육업무로서 "재일조선인이 민족교육을 실시하는 이익"을 보유하며 이를 법적 이익으로 보호하였던 것이다. 이것은 광복 후 일본에서 재일동포들이 국어강습소를 시작으로 80년 이상 우리 말과 민족성을 회복하기 위하여 지키고 온 민족교육이 일본에서 처음으로 국제법에 근거를 둔 '민족교육권'으로 인정되어 법적으로 보호받을 수 있는 가능성을 열어둔 획기적인 판결이였다. 1심이 혐오활동의 위법성을 인종차별의 관점에서 차별받지 않을 권리의 관점에서 바라보았다면, 2심 판결은 한걸음 더 나아가 재일동포가 민족성 함양을 위하여 실시하는 민족교육권의 침해란 관점에서 혐오활동의 국제법, 국내법상 위법성을 분석한 것이다. 동 판결은 2014년 12월 10일 일본 최고재판소에서도 유지되어 확정되었다.

'획기적 승리'로 알려진 이 사건의 피해 학생들은 사건 후에도 자신의 정체성에 대한 의문, 일본사회에 대한 불신, PTSD등에 시달렸고 막대한 피해를 입은 교토조선제일초급학교는 이 사건이 계기가 되어 2013년 3월에 폐교하였다. 이 사건은 이른바 '혐오표현 사건(헤이트스피치 사건)'으로 일본 사회 뿐만 아니라 세계에 널리 보도가 되어 세계적인 관심을 끌었다.[74] 이 사건을 계기로 재일동포에 대한 혐오와 차별을 근절하기 위한 실효적인 조치를 취할데 대한 일본 사회 내 여론이 형성되어 2016년 이후 이른바 '헤이트스피치해소법'과 각 지방자치단체에 의한 조례 제정으로 이어졌다.[75]

---

73) 교토지방재판소, 헤이세이 25년 10월 7일 판결, 헤이세이 22년 (와) 제2655호 가두선전금지등청구사건.

74) 일본 국내 언론 뿐만 아니라 한국, 미국, 중국, 영국, 프랑스, 스페인, 케니야 등 세상 곳곳의 언론도 이 사건을 보도하였다.

75) "가와사키시 차별 없는 인권 존중의 도시 조성 조례(川崎市差別のない人権尊重のまちづくり条例)" (2019년 12월 16일) 는 제12조에서 가와사키시 내의 도로, 공원 등 공공장소에서 확성기를 사용하거나 간판, 플래카드 등을 게시하거나, 삐라, 팜플렛 기타 이에 준하는 것을 배포함으로써 일본 영역 밖에 있는 국가 또는 지역을 특정하고 해당 국가 또는 지역 출신이라는 이유로 (1) 일본 외 출신자를 그 거주지역에서 퇴거시키는 것을 선동, 고지하거나, (2) 그들의 생명, 신체, 자유, 명예 또는 재산에 위해를 가하는 것을 고무, 고지하거나, (3) 그들에 대해서 사

그러나 동 법은 혐오표현을 "위법"이라고 단정하지 않고 "허용되지 않는다"라는 표현에 그친 점, 외국 출신자에 대한 혐오만을 대상으로 하는 점, 이념법에 불과하며 아무런 벌칙도 마련되지 않았다는 점에서 실효성이 없다. 실제로 동 법 제정 후에도 연달아 혐오표현, 혐오범죄가 발생하고 있다. 실제로 2017년에는 2009년 교토조선학교습격사건에서 유죄(징역)판결을 받은 혐오단체 전 간부가 교도소에서 출소하자마자 바로 같은 부지에서 동종의 혐오시위를 벌인데 대한 형사사건에서 오사카지방재판소는 혐오 활동에 "공익"목적을 인정하였다.[76] 2021년에는 재일동포 집주지역인 교토부 우지시에 소재하는 우토로에 대한 방화사건이 일어났고, 2022년에는 오사카 소재 코리아국제학원에 대한 방화도 발생하였다.[77] 일본에서 재일동포에 대한 혐오는 온·오프라인에서의 불쾌한 언동을 넘어 신체, 생명, 재산에 대한 직접적 가해, 살인예고 및 방화라는 중대범죄에 이르고 있으며 상황은 심각하다.

2) 차별을 근절하기 위한 의무 위반

이에 일본 정부는, 혐오범죄를 비롯한 차별을 근절하기 위한 실효적 조치를 취할데 대한 인종차별철폐위원회의 권고에도 불구하고 유효한 대책을 마련하지 않고 있다. 일본이 1979년 비준한 ICCPR 제20조 2항은 "차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지된다"고 규정한다. 온, 오프라인을 불문하고 몇십 년 동안에 걸쳐서 되풀이되어 온 재일동포에 대한 폭력의 선동에 해당하는 혐오표현, 혐오범죄를 법률로 금지하지 않았던 일본의 부작위는 동 조항에 위반한다.

일본이 1995년 비준한 ICERD 제4조는 "인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도하는 모든 선전과 조직을 규탄"하며 "이 같은 차별을 위한 모든 고무 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인 조치를 취할 의무"를 규정하며 특히 (a) "폭력행위나 폭력행위에 대한 고무"를 범죄로 선언하고 인종주의자 활동에 대한 원조 제공을 "범죄로 선언"할 것, (b) "인종차별을 촉진하고 고무하는 조직과 조직적 및 기타 선전활동을 불법으로 선언하고 금지"시키며 이러한 활동에의 참여를 범죄로 인정할 것"을 요구한다.

일본은 협약 제4조 (a)(b)를 유보하고 있고 현재 일본에는 혐오범죄를 가중처벌하거나 별도로 처벌하는 국내법은 마련되어 있지 않다. 일본은 유보의 이유에 대해서 동 조항에 언급된 "'세계인권선언에 구현된 제 원칙 및 이 협약 제5조에 명시적으로 언급된 제 권리와 관련하여'라는 문구에 유의하여 헌법상의 표현의 자유 및 결사의 자유 등과 양립할 수 있는 범위 내에서 이를 시행한다"고 한다.[78] 그렇다면 적어도

람 이외의 것에 비유하는 등 현저하게 모욕하는 등의 부당한 차별적 언행을 금지하며, 이에 위반한 경우 시장은 권고 (동 조례 제13조), 명령 (동 조례 제14조), 이름의 공표 (동 조례 제15조)할 수 있으며 제14조의 명령에 위반한 경우 50만엔 이하의 벌금을 부과할 수 있다 (동 조례 제23조). https://www.city.kawasaki.jp/250/cmsfiles/contents/0000149/149714/jyourei1.pdf(최종접속 2025.2.10).

76) 구량옥, "혐오범죄의 목적을 '공익'으로 본 일본 법원 판결", 민주사회를 위한 변론, 민주사회를 위한 변호사모임, 제114호, 2021년.

77) 구량옥, "우토로 방화사건과 혐오범죄를 통하여 보는 일본의 국제인권법위반과 과제", 대한변호사협회 편 [인권과 정의] 제515호, 2023년.

78) United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, "International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, New York, 7 March 1966"에서 일본은 "In applying the provisions of paragraphs (a) and (b) of article 4 of the [said Convention] Japa

양립할 수 있는 범위 내에서는 동 조항의 의무 이행이 가능할 뿐 아니라 이를 수행하여야 한다. 또한 일본이 유보없이 가입한 ICCPR 제7조는 고문 기타 비인도적 또는 굴욕적인 처우의 금지를 규정하며 ICCPR 제7조에 관한 일반논평 제20호 (1992)는 제7조의 목적에 대해서 "개개인의 존엄성과 신체적, 정신적 완전성을 보호", "제7조의 금지사항은 신체적 고통을 야기하는 행위뿐만 아니라 피해자에게 정신적인 고통을 야기하는 행위와도 관련된 것"이라고 설명하고 있다. 아무런 조치도 취하지 않은 부작위는 ICCPR 제7조의 비인도적, 굴욕적 처우의 금지의무 위반이며 이것은 유예 불가한 권리 (non-derogable rights)이다.

따라서 일본은 국제관습법적 지위를 가지는 세계인권선언, ICCPR, 기타 국제문서에 구현된 재일동포의 인간으로서의 존엄을 지키기 위해서, 일본 헌법상의 표현의 자유와 양립할 수 있는 범위 내에서, 기존의 형법 위반이 차별적 동기에 근거하는 경우에는 그 형을 가중처벌 하는 특별법을 제정하는 등의 방법으로 적절한 법적 대응을 취해야 할 의무가 있다 할 것이다.[79] 식민지기부터 현재까지 반복되어 온 재일동포에 대한 차별이 누적되어 그 피해가 확산되고 있는 현 상황에서 인종차별을 "고무 또는 행위를 근절"하기 위하여 "즉각적이고 적극적"으로 취해야 할 의무이다.[80] 이러한 의무는 일본이 유보를 하지 않은 협약 제2조 (c) 인종차별을 모든 적절한 수단으로써 금지하고 종결시키며, (e)인종분열을 강화할 성향이 있는 어떠한 것도 막아야 할 당사국의 의무와도 부합한다.

이러한 혐오와 차별의 상황을 개선하기 위한 일본사회의 의사결정에 참여할 기회의 부재 또한 상황을 악화시키는 요인이다. 재일동포의 공무취임권, 투표권 관련하여 CERD위원회는 2018년 최종견해에서 다음과 같이 언급했다. "위원회는 일본에서 여러 세대에 걸쳐 거주해 온 한국인들이 여전히 외국인 신분으로 남아있으며, 지방선거에서 투표권을 행사할 수 없고, 공권력 행사나 의사결정에 관여하는 국가공무원이 될 수 없다는 점에 대해 우려"를 표하며, 비시민에 대한 차별에 관한 제30호 일반권고(2004)에 비추어 "일본에 여러 세대에 걸쳐 거주해 온 한국인들이 지방선거에서 투표권을 행사하고, 공권력 행사 및 의사결정에 참여할 수 있는 국가공무원이 될 수 있도록 보장할 것을 권고"하였다.[81] 이러한 권고에도 불구하고 일본 정부는 권고 내용을 이행하기 위한 아무런 조치도 취하지 않고 있다.

다음 부분에서 일본의 일련의 작위, 부작위가 국제법상 문화적 제노사이드에 해당할 가능성이 있는지를 검토한다.

---

n fulfills the obligations under those provisions to the extent that fulfillment of the obligations is compatible with the guarantee of the rights to freedom of assembly, association and expression and other rights under the Constitution of Japan, noting the phrase `with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention' referred to in article 4."라는 입장을 취하고 있다. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en#EndDec (2025.2.10.최종접속)

79) 세계인권선언 전문, 제1조 등

80) ICERD 제4조 본문.

81) Committee on the Elimination of Racial Discrimination, "Concluding observations on the combined tenth and eleventh periodic reports of Japan", 26 September 2018, CERD/C/JPN/CO/10-11, para.21, 22.

IV. 문화적 제노사이드의 가능성

제노사이드협약 제2조는 제노사이드를 다음과 같이 정의한다.

> "본 협약에서 제노사이드라 함은 국민적, 인종적, 민족적 또는 종교적 집단의 전체 또는 일부를 파괴할 의도로 행하여진 이하의 행위를 말한다.
>
> (a) 집단의 구성원을 살해하는 것
>
> (b) 집단의 구성원에 대하여 중대한 육체적 또는 정신적 위해를 가하는 것
>
> (c) 전체적 또는 부분적으로 육체적 파괴를 초래할 목적으로 의도된 생활조건을 집단에게 고의로 부과하는 것
>
> (d) 집단 내 출생을 방지하기 위하여 의도된 조치를 부과하는 것
>
> (e) 집단 내의 아동을 강제적으로 타 집단으로 이동시키는 것"

현재 국제법은 '제노사이드(genocide)'를 물리적 또는 생물학적 절멸(biological exterminations)로 제한하고 있다고 설명되지만[82] 협약 제2조 (e)항 아동의 강제이동 조항은, 협약 초안 검토 과정에서 검토된 문화적 제노사이드 조항 중 하나이다.

1. 렘킨에 의한 개념화

'제노사이드(genocide)'란 용어를 처음 고안한 라파엘 렘킨(Raphael Lemkin)은 1944년 그의 저서 〈Axis Rule in Occupied Europe (점령 유럽의 추축국 통치)〉에서 나치가 저지른 대규모의 조직적인 학살을 명확히 하기 위해 'genocide(제노사이드)'라는 용어를 처음으로 썼다.[83] 렘킨이 고안한 제노사이드 범죄의 초기 개념화에서는 문화적 제노사이드가 중심적인 위치를 차지했다. 렘킨은 새로운 범죄인 제노사이드 개념화의 근거를 문화적 측면에서, 즉 집단 자체를 위해 그리고 인류의 문화적 다양성을 보호하려는 의도로 설명했다.[84] 렘킨은 제노사이드를 (물리적 의미의) 대

82) W Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes* (2nd ed, 2009), pp. 271-272. Novic은 구 유고슬라비아 국제형사재판소와 국제사법재판소 판결에서 널리 퍼진 견해가 제노사이드에 대한 물리적인 것으로 이해였음(문화적 제노사이드를 배제하였음)을 보여준다고 서술한다. Elisa Novic, *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*(2016), pp. 52-56.

83) Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation*, Analysis of Government, Proposals for Redress (1944), p.43. 렘킨은 인종, 민족 또는 부족을 의미하는 그리스어 "genos"에 살해를 의미하는 라틴어의 어미 "cide"를 조합하여 Genocide라는 용어를 만들었다. Raphael Lemkin, "Genocide as a Crime Under International Law", American Journal of International Law, Vol.41 (1947), p. 147.

84) Lemkin 앞의 주 p.91. 렘킨의 문화에 대한 인식은 논쟁의 여지가 있으며, 이후 엘리트주의와 본질주의를 지적한 역사가와 인류학자들의 비판의 초점이 되었다. Elisa Novic, Chapter 3 'The Cultural Dimension of the Crime of Genocide', 2016, The Concept of Cultural Genocide: An Internat

량 살인으로 환원할 수 없기 때문에 새로운 법적 범주가 필요하다고 생각했다.[85] 렘킨이 특히 문화를 강조한 것은 제노사이드를 소극적 측면과 적극적 측면을 모두 지닌 범죄로 보는 그의 총체적 접근과 관련이 있다. 제노사이드를 두 단계의 과정으로 설명하였다: "하나는 피억압 집단의 민족적 패턴의 파괴(소극적 측면)이며, 다른 하나는 억압자의 민족적 패턴의 강요(적극적 측면)"이다.[86]

2. 협약 초안에 나타난 문화적 제노사이드

1946년 유엔 총회 결의 96(1)[87]는 각국에 제노사이드 방지 협약 초안을 작성할 것을 촉구했다. 서문에는 다음과 같이 명시되어 있다.

> "살인(homicide)은 인간 개개인의 생존권을 부정하는 것이므로 제노사이드(genocide)는 인간 집단 전체의 존재권을 부정하는 것이며, 이러한 존재권 부정은 인류의 양심에 충격을 주고 해당 인간 집단이 대표하는 문화 및 기타 기여의 형태로 인류에 큰 손실을 초래하며 도덕법과 유엔의 정신과 목적에 위배된다.[88]"

여기서 주목할 점은 개인에 대한 살인(homicide)과 집단의 파괴를 비교하고 있다는 점, 그리고 '집단의 존재권'을 인정하고 있다는 점이다. 인간의 다양성을 보호하기 위해 문화적 요소로 구분되는 '집단'이 이 금지의 초점으로 된다.

렘킨은 제노사이드협약 초안 작성과정에 참여하여 문화적 제노사이드를 포함시킬 것을 강력히 주장하였다. 실제로, 유엔총회 사무국이 작성한 초안에는 문화적 제노사이드를 금지하는 구체적인 조항이 포함되어 있었다. 초안은 협약의 목적을 "인종, 민족, 언어, 종교 또는 정치적 인간 집단의 파괴를 방지하는 것"에 있음을 명시하며 제1조 제3항은 (a) 아동의 강제 이동, (b) 개인의 추방

---

ional Law Perspective, OUP, p.55.; McDonnell and Moses, supra note 7, p.523. 그러나 이러한 논쟁이 제노사이드는 본질적으로 한 집단의 문화를 파괴하려는 공격과 관련이 있다는 렘킨의 기본적인 통찰을 훼손할 수는 없다.

85) 이러한 인식은 이후의 렘킨의 논문에도 잘 나타나고 있다. 그는 사회가 개인의 범죄에 대한 보호 또는 개인을 향한 범죄를 추구하고 온 한편, 수백만명의 살인이나 파괴를 방지하는 데는 진지한 노력을 기울이지 않고 왔다고 지적한다. R. Lemkin, 'Genocide', *The American Scholar*, Vol.15, No.2 (Spring 1946), pp.227-230, p.227.

86) R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation*, Analysis of Government, Proposals for Redress (1944), pp. 79-95, p.79. 원문은 제노사이드의 2가지 측면을 '[O]ne, destruction of the national pattern of the oppressed group [the negative aspect]; the other, the imposition of the national pattern of the oppressor [the positive aspect].' 라고 서술하고 있다.

87) UN Resolutions adopted by the General Assembly, 96(1) "The crime of genocide", 11 Dec. 1946, U.N.doc.A/64/Add.1, p. 189.

88) 원문은 다음과 같다. "[g]enocide is a denial of the right of existence of entire human groups, as homicide is the denial of the right to live of individual human beings; such denial of the right of existence shocks the conscience of mankind, results in great losses to humanity in the form of cultural and other contributions represented by these human groups, and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the Unites Nations." United Nations General Assembly (UNGA) Resolution 96(1).

행위뿐만 아니라, (c) 사적인 교류에서 모국어(national language) 사용을 금지하거나 (d) 모국어로 인쇄된 책의 조직적인 파괴 또는 출판 금지를 통하여 집단의 특성을 파괴하는 것을 문화적 제노사이드라고 정의하였다. [89]

문화적 제노사이드 금지조항은 비록 제2조 (e)항을 제외하고는 1948년 협약 최종안에서 삭제되었지만, 제2차 세계대전 중의 전쟁범죄를 둘러싼 국제군사법정, 구 유고슬라비아 국제형사재판소(ICTY), 르완다 국제형사재판소(ICTR)를 비롯한 국제형사법정, 각종 인권협약위원회, 소수민족과 원주민에 대한 차별 방지와 보호를 둘러싼 국제적 논의, 각종 국가 실행과 이를 둘러싼 국제법 논의를 통하여 문화적 제노사이드의 문제가 꾸준히 제기되고 왔다.

3. 문화적 권리와 제노사이드 방지의 관계

1) 제노사이드 방지에 관한 선언문

1994년 르완다 제노사이드 이후 수립된 제노사이드 방지 체계는 주로 인권 관점을 통해 집단의 문화[90]와 제노사이드 간의 연관성을 명시적으로 드러냈다. 결과, 협약 체결 약 50년 후인 2004년, 인종차별철폐(CERD)위원회는 이러한 상관관계를 명시적으로 인정하고 '제노사이드 방지에 관한 선언문(Declaration on the Prevention of Genocide)'을 작성하였다. 이 선언문에서 위원회는 "제노사이드와 관련된 특별 지표 체계 개발 의도"를 밝히며, 여기에는 "제노사이드의 문화적·역사적 뿌리"와 "현대적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오 및 관련 불관용에 대한 대다수 사회의 다문화적 차원을 인식하는 것의 중요성"을 포함시켰다.[91]

---

89) UN Secretary-General, "Draft Convention of the Crime of Genocide", June 1947, U.N.Doc. E/447, p.21, 당시 초안 제1조 제3항은 제노사이드의 정의를 다음과 같이 규정하고 있었다.
"Article 1. genocide means a criminal act directed against any one of the aforesaid groups of human beings, with the purpose of destroying it in whole or in part, or of preventing i ts preservation or development. such acts consists of ...
3. destroying the specific characteristics of the group by: (a) forced transfer of children to another human group; or
(b) forced and systematic exile of individuals represents the culture of a group; or
(c) prohibition of the use of the national language even in private intercourse; or
(d) systematic destruction of books printed in the national language or of religious works or prohibition of new publications; or
(e) systematic destruction of historical or religious monuments or their diversion to alien u ses, destruction or dispersion of documents and objects of historical, artistic, or religious value and of objects used in religious worship." 여기서 제1조 제1항은 "physical" genocide (물리적 제노사이드)', 제2항은 "biologial" genocide (생물학적 제노사이드)', 제3항은 "cultural" genoci de (문화적 제노사이드)'로 규정하고 있다. (UN Secretary-General, "Draft Convention of the Cri me of Genocide", June 1947, U.N.Doc.E/447, pp.27,28).

90) 집단의 문화, 문화적 권리에 관한 논의는 제2장 제1절 III에서 언급한 바와 같다.

91) CERD 'Declaration on the Prevention of Genocide' (11 March 2005), UN Doc. CERD/C/66/ 1, para. 3

2) 인종차별패턴 지표

CERD위원회는 또한 선언의 후속 조치로 '체계적이고 대규모 인종차별패턴 지표'를 작성하였다.[92] 지표에는 '완전한 동화를 목적으로 소수민족 아동을 강제 이주시키는 정책'[93]과 '예컨대 분리된 학교 및 주거 지역과 같은 직접적·간접적 분리 정책'이 포함된다.[94]

이러한 지표들은 실제로 유엔 제노사이드 방지 특별고문('UN Special Advisor on the Prevention of Genocide, 이하 'UNSAPG')과의 정보 교환을 위한 것이었다.[95] 이 특별 고문(special advisor)의 창설은 '집단을 제노사이드, 전쟁 범죄, 인종 청소 및 반인도적 범죄로부터 보호할 책임'의 확립과 동시에 이루어졌다.[96] 이를 위해 유엔 특별고문의 업무는 지표 및 잠재적 조기경보 메커니즘 식별 등을 포함한다. 2006년 보고서에서 그는 '대규모 또는 중대해질 수 있는 인권 및 인도법 위반'을 강조했으며, 예를 들어 다음과 같은 사례를 제시했다.

> (b) 특정 집단에 영향을 미치는 시민적·정치적 권리의 침해 (예:재산 파괴, 약탈, 언론·보도·집회·종교의 자유 결여);
>
> (c) 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 중대하거나 대규모 침해 (예: 생계유지를 위한 식량 공급 파괴, 물이나 의료 거부, 인위적 기근);
>
> (d) 차별 사례 (예: 노동 및 자원 접근, 정치적 소외, 이동 제한, 교육 차별).[97]

3) 제노사이드방지 특별보고관 사무국의 분석틀

이러한 조항들은 문화적 권리의 횡단적 성격을 부각시키며, 이는 유엔 제노사이드방지 특별보고관 사무국 (Office of the UN Special Advisor on the Prevention of Genocide, 이하 'OSAPG')이 사용하는 '분석틀'에서 더욱 두드러지게 나타난다. 이것은 '특정 상황에서 제노사이드 위험이 존재할 수 있는지 판단하기 위해 OSAPG가 사용하는 여덟 가지 범주의 요소'를 열거한다.[98]

---

92) CERD 'Decision on Follow Up to the Declaration on the Prevention of Genocide: Indicators of Patterns of Systematic and Massive Racial Discrimination' (14 October 2005) UN Doc. CERD/C/67/1. 기타 관련한 분석은 학자들의 연구에 서술되고 있다. Gregory Stanton, 'The Eight Stages of Genocide' (1998) :http://www.genocide-watch.com/images/8StagesBriefingpaper.pdf (최종접속 2025.9.9.); Barbara Har, 'No Lessons Learned from the Holocaust? Assessing Risks of Genocide and Political Mass Murder since 1955' (2003) 97 Am.Pol.Sc.R. 57, pp. 61-65.

93) CERD, 앞의 주, 'Decision on Follow Up to the Declaration on the Prevention of Genocide', para.6.

94) Ibid., para.7.

95) CERD 'Declaration on the Prevention of Genocide' (11 March 2005), para. 3.

96) UNGA Res. 60/1 (24 October 2005) 'World Summit Outcome', paras. 138-139.

97) 'UN Secretary-General Kofi Annan's Action Plan to Prevent Genocide' (Press Release) SG/SM/9197 AFR/893, HR/CN/1077, 7 April 2006.

98) Office of the UN Special Adviser on the Prevention of Genocide (OSAPG) 'Analysis frame

이러한 지표들의 제시 방식은 CERD 범주와 다르지만, 그 내용은 상당 부분 중복된다. 첫 번째 요소는 '집단 간 관계, 특히 특정 집단에 대한 차별 및·또는 기타 인권침해 기록'과 관련되며, 여기에는 '토지, 권력, 언어, 종교, 문화와 같은 집단 정체성 표현을 둘러싼 현재 및 과거의 갈등', '특정 집단 구성원에 대한 과거 및 현재의 차별 패턴' 등이 포함된다. 후자의 차별 패턴의 예는 '심각한 차별적 관행: 특정 집단 구성원에 대한 강제 신분 확인, ...권력 지위, 국가의 기관 및·또는 핵심 직업에서 집단을 체계적으로 배제하는 행위'등이다.[99]

앞에서 논한 일본에 의한 강제국적 부여 및 국적 박탈과 이에 따른 제도적 차별, 혐오를 방치하는 행위는 재일동포에 대한 일본의 '과거 및 현재의 차별 패턴'을 드러낸다. 일본이 재일동포의 국적을 박탈하여 외국인으로 만든 뒤 출입국관리법을 통해서 지문등록의무, 외국인등록증 소지의무 및 벌칙 등을 부과하여 재일동포 개인의 강제 신분확인제도를 마련하며 현재도 각종 공무원직, 조정위원을 비롯한 사법참여 등에서 재일동포를 배제하는 행위는 이러한 차별패턴을 드러내는 것이다.[100]

이 지표는 '분석의 출발점'[101]으로 간주되며, 분석 체제는 제노사이드협약 제2조에 열거된 5가지 행위보다 훨씬 더 광범위한 사회문화적 색채를 띤 행위들을 포괄한다. 예를 들어 여섯 번째 요소는 '제노사이드 행위(Genocidal acts)'로 명명되고 있으며 이러한 행위에는 '적절한 주거 부족(…)과 같은 서서히 죽음을 초래할 수 있는 상황 조성; 출산을 방지하기 위한 프로그램, (…) 결혼 금지 및 남녀의 장기적 분리'등이 포함된다.[102] 일곱 번째 요소는 제노사이드의 범의(*mens rea*)와 관련되어, '전부 또는 일부를 파괴하려는 의도'의 증거를 식별한다. 이러한 증거의 목록에는 '제노사이드 캠페인에 가담한 자들의 혐오 표현(hate speech)에 해당하는 진술'[103] 이 포함된다.[104]

이러한 지표의 수립을 통해 CERD와 UNSAPG 간의 대화가 시작된 것은 유엔 제노사이드 방지 체계의 또 다른 측면, 즉 다양한 유엔 기관 및 기구 간의 협력을 보여준다. 향후 발생할 수 있는 대규모 잔혹 행위의 가능성에 대한 정보의 보다 효과적인 확산을 위한 노력은 UNSAPG의 임무에서 또 다른 핵심적인 부분을 구성한다.[105] 따라서 국제문서와 판례는 점점 더 특정 집단과 문화

---

work',
https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2010/10/OSAPG-Analysis-Framework.pdf (최종접속 2025.9.9.).

99) OSAPG, 앞의 주, '분석틀(Alanysis framework)' 1면. 1항에 대한 'Factors and Explanation'. '권력 지위, 국가의 기관 및·또는 핵심 직업에서 집단을 체계적으로 배제하는 행위'에 대한 각주 2는 "This could include security, law enforcement or oversight apparatus, such as police, army and judiciary"라고 설명한다. 제3장에서 언급한 바와 같은, 조정위원이 될 자격에서 재일동포를 집단적으로 배제하는 행위는 여기에 해당할 수 있다.

100) 출입국관리법을 통한 출입국관리체제의 문제점, 지문등록의무, 외국인등록증 소지의무, 공무원직, 사법참여등에서 재일동포를 배제하는 행위 등에 대해서는 제3장에서 상세히 서술하였다.

101) ESC, Report of the Secretary-General on the Implementation of the Five Point Action Plan and the Activities of the Special Adviser on the Prevention of Genocide', (9 March 2006) E/CN.4/2006/84.

102) OSAPG, 앞의 주, '분석틀 (Alanysis framework)' 3면. 6항에 대한 'Factors and Explanation'.

103) OSAPG, 앞의 주, '분석틀 (Alanysis framework)' 3면. 7항에 대한 'Factors and Explanation'. 각주 8(4면)에 따르면 여기서 혐오 표현은 '민족적·인종적·종교적·국가적 집단'을 겨냥한 것을 말한다.

104) OSAPG, 앞의 주, '분석틀 (Alanysis framework)' 3면. 7항에 대한 'Factors and Explanation'.

의 상호 연관성을 입증해 왔다. 특정 집단에 속하는 개인에 대한 공격을 매개로 그 집단의 문화적 정체성을 공격하며 집단자체를 파괴할 수 있다는 것을 의미한다.

4. 제노사이드를 둘러싼 국제판례

1948년 제노사이드협약의 최근 이행은 특히 제노사이드의 범의(*mens rea*)인 '집단을 파괴하는 의도'의 의미를 물리적, 생물학적 측면에서 이해해야 하는지 아니면 사회, 문화적 실체로서의 집단을 파괴하려는 의도로 이해해야 하는지 등의 논쟁을 야기하였다. 제노사이드의 범의(*mens rea*)는 제2조 (a)항에서 (e)항의 다섯가지 행위를 저지르려는 단순한 인식 뿐만 아니라 집단의 전체 또는 일부를 파괴할 의도, 즉 '특별한 고의(*dolus specialis*)'가 요구된다.

제노사이드는 집단 그 자체를 겨냥한 범죄이며 집단의 파괴는 생물적, 물리적 파괴를 수반하지 않고 일어날 수 있다. 집단은 개인뿐만 아니라 역사, 전통, 구성원 간의 관계, 다른 집단과의 관계로 구성되며 그러한 문화적 특성을 가진 집단이 "더 이상 스스로를 재구성할 수 없는 경우 집단이 집단으로서 또는 적어도 집다이었던 집단으로서 더 이상 존재하지 않기 때문에" 이 경우에도 특별한 고의의 내용인 집단의 파괴라고 할 수 있다 를 언급한 *Blagojević*사건 (trial chumber)판결,[106] 제노사이드의 고의의 내용으로서의 파괴는 "집단 구성원 간의 유대를 끊는 등 다른 방식으로도 파괴될 수 있다"고 한 *Krajišnik* 사건 판결,[107] ICTY의 후속 판례를 보면, ICTY의 초기 판례처럼 제노사이드를 넓게 규정하려는 시도를 발견할 수 있음을 확인할 수 있다. *Krstić* 사건에서도 항소심 재판소는 제노사이드 실행범이 인류의 국적, 인종, 민족, 종교가 제공하는 "다양한 풍요로움을 박탈하려 한다"는 점을 언급하고 있으며[108] 국제판례는 특별한 고의의 내용을 문화적인 것으로 이해하는 흐름으로 전개되어 가고 있다.

5. 재일동포에 대한 문화적 제노사이드 해당여부

1) 문화적 제노사이드를 구성하는 일본의 행위와 특별한 고의

제노사이드의 '특별한 고의'로서 사회적, 문화적 존재로서의 집단을 파괴할 의도, 즉 국민적, 인종적, 민족적 또는 종교적 차별 의도 등 그 정체성을 공격하여 집단의 유대를 비롯한 문화적 요소를 파괴하는 인식이 있으면 특별한 고의로서 충분하다. 일본의 재일동포에 대한 정책에서 그러한 의도를 발견할 수 있는가.

일본이 취한 총체적으로 부당한 일련의 조직적 차별행위 (작위, 부작위 포함)는 다음과 같다. (1) 1948년 폐쇄령으로 국어강습소를 비롯한 재일동포 자녀의 교육시설을 무력으로 강제 폐쇄한

105) ESC, 앞의 주 464), para. 23.
106) Blagojević & Jokić Case (Trial) IT-02-60 (17 January 2005) para. 665.
107) Krajišnik Case (Trial) IT-00-39 (27 September 2006), para.854.
108) Krstić Case (Appeals) ICTY-98-33 (19 April 2004), para.36.

행위, (2) 광복 직후부터 1952년 강화조약 발효 전까지 재일동포를 국민이면서 외국인이란 이중적 지위에 두고 일본의 주권 회복 후에 외국인으로 취급하기 위한 준비 작업의 실시 (재일동포를 이 법령 적용에 있어서는 외국인으로 다룬다는 외국인등록령, 출입국관리령 초안 작성, 선거권의 "당분간 정지"조치와 일본인학교에로의 취학의무 부과), (3) 1952년 행정명령으로 재일동포의 의사를 불문하고 국적을 일방적으로 박탈하여 '외국인'으로 만든 행위, (4)국적 박탈 후 '외국인'이란 이유로 재일동포를 사회복지, 주거, 건강보험, 아동수당 등 각종 사회적 제도에서 배제한 행위, (5) 재일동포를 겨냥한 외국인등록법과 출입국관리법을 제정하여 체류의 권리를 부정하고 강제퇴거 및 형사처벌의 위협 아래 외국인등록, 등록증 상시 휴대 의무, 지문 날인 의무 등 각종 굴욕적 의무를 부과한 행위, (6) 1952년 국적 박탈조치에 대한 행정부의 입장을 추인한 1961년 최고재판소의 판단, (7) 1945년부터 1991년 출입국관리 특례법으로 특별영주제도를 도입할 때까지 재일동포의 체류의 권리를 인정하지 않고 외국인등록상 표기(체류자격)에 따라 차별적으로 취급하고 재일동포 집단의 분열과 파괴를 촉진한 행위, (8) 1952년 국적 박탈 이후에도 현재까지 조선적 동포라는 무국적자를 해소하기 위한 조치를 취하지 않은 부작위, (9) 1959년 국민연금법 개정시 가입요건에 국적조항을 두고 재일동포를 배제하고 동 국적조항을 폐지한 1985년부터 현재까지 국적조항으로 인하여 가입기간을 충족하지 못하는 재일동포 고령자에 대한 구제조치를 마련하지 않은 부작위, (10) 재일동포의 공무취임권을 부정하는 2005년 최고재판소 판결과 최고재판소가 현재까지 재일동포 변호사를 조정위원으로 임명할 것을 거부한 행위, (11) 2018년 인종차별철폐위원회, 2022년 자유권협약위원회 권고에도 불구하고 재일동포의 지방참정권을 인정하는 입법을 하지 않은 부작위, (12) 일제 식민지로 인하여 빼앗긴 우리 말과 민족성을 회복하기 위하여 재일동포가 자체노력으로 실시하고 온 민족교육시설을 제도적으로 차별하며 2013년 고교무상화법 시행 이후에는 조선학교만을 이 제도에서 배제한 행위와 이를 합법으로 판단한 사법판단, (13) 2000년대 이후 '인터넷 우익'의 출현과 함께 과격해진 혐오표현, 혐오범죄에 대해서 그 중대성을 인식하면서도 입법을 비롯한 효과적인 조치를 취하지 않은 결과 2021년 이후 연속 방화로까지 이르게 한 부작위, (14) 혐오활동에 공익목적을 인정한 2020년 사법 판단, (15) 실제로는 그러한 사실이 없음에도 불구하고 2010년, 2013년, 2017년 인종차별철폐위원회 심사에서 차별적 동기는 판사가 양형에서 고려하기 때문에 인종차별적 폭력행위를 금지할 필요가 없다고 답변하는 등 답변의 불이행, (16) 1952년 국적 박탈조치에 대해서 샌프란시스코 강화조약의 묵시적 합의론에 근거하여 합법으로 인정하여 재일동포 집단의 파괴를 추진한 2012년 최고재판소 판결이 있다.

위 (1)에서 (16)의 행위는, 재일동포를 둘러싼 다양한 영역에서 재일동포에 대한 차별행위이며 (제노사이드의 소극적 측면) 이러한 가혹한 상황으로 인하여 일본에로의 동화를 촉진하는 것이며 (제노사이드의 적극적 측면)와 이를 통해서 집단을 파괴하는 동일한 행위패턴의 일부로 볼 수 있으므로 각 일련의 행위는 문화적 제노사이드 행위로 구성될 수 있다. 일본은 1979년 ICESCR, ICCPR, 1981년 난민협약, 1994년 CRC, 1995년 ICERD에 각 가입하였고, 2007년 ICC로마규정에 가입하였다. 일본이 각종 인권협약에 가입하고 ICC로마규정에 가입한 2007년에는 제노사이드협약의 목적 -제노사이드의 방지와 민족적 집단인 재일동포 집단 그 자체를 보호할 의무-에 대한 인식이 있었다고 할 것이다. 그러므로 늦어도 2007년 이후의 행위 즉 (9)~(16)의 행위 및 정

책에 대해서는 재일동포의 민족적 정체성을 파괴하는 의도가 인정되어야 한다. (1)에서 (8)의 행위는 일본에 의한 재일동포 집단의 파괴의 의도를 추측하는 증거로 활용될 수 있다.[109]

2) 정신적 위해를 가하는 행위

위 일련의 행위는 제노사이드 협약상 열거된 5가지 행위 중 제2조 1항 (b) 집단의 구성원에 대하여 '중대한 정신적 위해를 가하는 행위'로 구성될 수 있다. 국제형사재판소 준비위원회(Preparatory Commission for the International Criminal Court, 이하 'PCNICC')는 국제형사재판소 로마규정 제6조(b) '중대한 육체적 위해 또는 정신적 위해'로 '고문, 강간, 성폭력, 비인도적 처우 또는 품위를 손상시키는 처우'를 들고 있지만, 이에 국한되는 것은 아니라고 한다.[110] 중대한 신체적 또는 정신적 피해를 입힌다고 해서 그 피해가 반드시 영구적이고 회복 불가능한 것은 아니다라는 판단에 따라 (b)항은 실제로 광범위하게 해석되어 협약 초안 작성자가 예상하지 못했던 광범위한 행위가 포함될 수 있게 되었다.[111]

가장 상징적으로 포함되는 것은 강간으로, *Akayes* 사건은 국제형사법상 최초로 강간을 제노사이드의 실행행위로 인정하였다. *Akayes* 판결에서 ICTR은 "강간이란 강압적 상황에 있는 사람에 대해 행해진 성적인 본질을 가진 육체적 침범행위"라고 정의하며[112] "그 의미를 고문 행위를 의미하는 것으로 한정하지 않고, 육체적 또는 정신적으로 비인도적인 처우나 품위를 손상시키는 처우, 박해하는 것"을 들었다.[113] 한편 ICTY는 해석을 과도하게 넓히지 않도록 매우 신중을 기하며 다음과 같이 덧붙였다. "[따라서] 심각한 정신적 피해와 정서적, 심리적 손상 또는 인간의 존엄성에 대한 공격이 지속적인 손상을 일으키지 않는 경우를 구분해야 한다."[114]

ICTR판례에 따르면 기본권에 대한 심각한 침해가 반인도적 범죄이며 이러한 박해 행위도 집단을 파괴할 의도로 행해진 경우에는 (b)항의 제노사이드 행위에 포함될 수 있다. 이에 대해서 좀더 신중한 입장을 취한 ICTY판례에 따른다 하더라도 정상적이고 건설적인 삶을 영위하는 개인의 능력에 중대하고 장기적인 불이익을 초래하는 위해가 있는 경우 제노사이드에 해당할 수 있는 가능성을 열어둔 것으로 국제법정은 제노사이드 행위를 광범위하게 포섭하는 쪽으로 진화하고 있다고 할수 있다.

---

109) 앞에서 언급한 "관련 의무가 행위가 시작될 때 존재하지 않다가 나중에 존재하게 되는 경우, 국가 책임의 목적상 일련의 행위 또는 부작위의 '최초'는 의무가 존재하게 된 후에 발생한 최초의 행위 또는 부작위가 된다. 이는 법원이 다른 목적을 위해(예를 들어, 뒤의 위반 사실의 근거를 입증하거나 고의에 대한 증거를 제공하기 위해) 이전 행위 또는 부작위를 고려하는 것을 방해하지 않는다'고 한 국가책임 초안에 대한 ILC Commentaries, p.64, para (6).

110) Preparatory Commission for the International Criminal Court (PCNICC), "Proceedings of the Preparatory Commission at its first, second and third sessions", PCNICC/1999/L.5?Rev.1/Add.2, p.5.

111) *Akayesu Case*(Trial), para.502.

112) *Akayes* Judgement, para 598.

113) *Akayes* case, para.504

114) *Krstić Case* (Trial), para.510.

3) 재일동포에게 중대한 정신적 위해를 가하는 행위

*Akayes*판결은 행위가 자행된 강압적 상황에 초점을 맞추어, 그러한 상황하에 자행된 성적 성격을 가진 모든 행위를 제노사이드행위로 보았다.[115] 이에 따르면 재일동포의 민족적 정체성을 파괴하고 일본 국적에로의 귀화로 몰아가는 '강압적 상황'을 구성하거나 그러한 상황하에 자행된 차별적 행위를 제노사이드 행위로 볼 여지가 있다.

일본 정부는 전후 동화정책을 수행하기 위해 민족교육을 억압하여 재일동포의 주도적인 민족성 형성의 기회를 박탈하고, 외국인 법리를 구사하여 정치, 경제, 사회적 관계에서 민족차별을 관철하여 가혹한 차별구조를 만들어 왔다. 다른 한편으로는 그러한 가혹한 차별구조에서 벗어나기 위한 길로 민족심과 맞바꾸는 일본 국적으로의 귀화를 마련한 것이다. 재일동포도 일본 국적을 취득하기 위해서는 다른 외국인 일반과 똑같은 귀화 절차를 거쳐야 하는데 일본의 귀화 행정의 실태를 보면 귀화 상담부터 귀화 허가까지 동화를 촉진하는 것으로 작용하고 있음을 알 수 있다. 예를 들어 귀화 후 이름에 대해서는 일본 이름이 요구되고 원칙적으로 민족명은 허용되지 않는 등 국적법에 의해 요구되는 요건 외에 다양한 요건이 부과되고 있다.[116] 이 요건은 민족적인 것을 포기할 것을 강요하며 일본에로의 동화를 표명하게 하는 굴욕적인 대응이다.[117]

이러한 동화정책을 두고 가지하라 다츠미(梶原達観)는 "우월한 힘을 가진 집단 측의 가치와 문화를 열세한 힘을 가진 집단 측이 생활규범으로 삼는 것"이라고 규정하며[118] 일본의 재일동포를 둘러싼 동화정책의 실체는 가지무라히데키 (梶村秀樹) 에 의하면 "한국인의 내면에서 민족적 가치의 말살과 이를 대체하는 일본적 가치의 주입에 이르는 과정"을 의미하는 것이라고 설명하고 있다.[119] 이것이야말로 렘킨이 주장한 문화적 제노사이드의 2가지 측면 즉 피억압 집단의 민족적 패턴의 파괴로서의 각종 차별, 억압자의 민족적 패턴의 강요로서의 동화정책의 표출이다.

현재 재일동포 사회는 3,4,5,6세가 주된 세대가 되어가고 있다. 이들 중에는 자신이 재일동포인 것 자체를 모르면서 살다가 해외여행, 취직, 결혼 심지어 부모의 사망을 계기로 자신이 일본인이

---

115) *Akayesu* Judgement, para 598에 따르면 "강간을 강압적 상황(under circumstances which are coercive)에서 개인에게 가해지는 성적 성격을 가진 육체적 침범행위(physical invasion)로 정의한다. 강간을 포함한 성폭력은 강압적 상황에서 개인에게 가해지는 성적 성격을 가진 모든 행위로서 (a) 광범위하고 체계적인 공격의 일환으로 (b) 민간인을 대상으로 (c) 국가적, 민족적, 정치적, 인종적 또는 종교적 이유와 같은 차별적 근거(discriminatory grounds)에 따라 행해져야 한다."

116) 귀화시 일본이름을 강요하는 행정실무는 현재도 존재하며 이에 대해서 ICERD위원회는 일본심사에 대한 최종견해 (2001년 3월 20일)에서 다음과 같이 권고하였다. "위원회는 일본 국적을 신청하려는 한국/조선인이 자신의 이름을 일본 이름으로 변경해야 하는 행정적 또는 법적 요건이 더 이상 존재하지 않는다는 점에 주목하지만, 위원회는 당국이 계속해서 신청자에게 이름 변경을 요구하고 있으며, 한국/조선인이 차별을 두려워하여 이름 변경을 할 수밖에 없다고 느끼는 것에 대해 우려를 표명한다. 개인의 이름은 문화적, 민족적 정체성의 기본 요소라는 점을 고려하여, 위원회는 당사국에 이러한 관행을 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 것을 권고한다." CERD, "Concluding observation on the Elimination of Racial Discrimination : Japan", Mar 2001, CERD/C/58/Misc.17/Rev.3, para.18.

117) 국적법에 없으나 실무상 요구되는 요건 중 하나로 귀화 시 성은 일본 호적에 이미 존재하는 성(일본어로 "우지(氏)")을 써야 한다는 요건이 있다. 예컨대 소프트뱅크 사장 손정의는 일본 국적으로 귀화 당시 일본 호적에 "손"이란 성이 존재하지 않다는 이유로 귀화 후 이름에 "손"이란 성을 쓸 수 없다고 거부 되었다. 이에 그가 취한 조치는 일본인 아내의 성을 먼저 "손"으로 바꾸게 하고 "손"이란 일본 호적이 있는 상태로 만들어 민족명인 "손"이란 성을 그대로 고수하며 귀화를 진행하였다는 일화가 있다.

118) 앞의 주 로나르도 후지요시 스스무 판결문 257면.

119) Ibid.,

아니다는 것을 알게 되거나, 이를 받아들이지 못하여 정체성에 대한 심각한 고민과 고통을 받기도 한다. 더군다나 이들의 대부분은 한국말을 전혀 못하며 통칭으로 살아간다. 그러나 이들의 일본 외국인등록상 "국적·지역"은 대부분이 "한국"이다. 이러한 상황아래, 서론에서 언급한 것처럼 재일동포의 귀화자는 증가하고 "한국" "조선"적 보유 재일동포는 급속히 감소하고 있다. 이러한 현재 상황은 일본이 그동안 꾸준히 되풀이하고 온 민족차별과 동화로 인하여 집단이 스스로를 재구성할 수 없는 상태로 유대감이 끊어져 가고 있는 상태 즉 문화적 제노사이드의 결과가 표출되고 있는 과정이다.

이것은 강간을 제노사이드협약 제2조 제1항 (b)에 해당하는 실행행위(정신적 위해를 가하는 행위)로 처음 인정한 *Akayes* 사건에서, 강간이 "강압적인 상황"[120]이란 극단적인 힘의 불균형 상태에서 자행되었다는 점에 초점을 맞춘 것을 상기시킨다.[121] 즉 재일동포 젊은 세대가 귀화를 '선택'하거나 재일동포로서의 삶을 포기하는 배경에는 이들이 민족적인 것을 유지하고 살아갈지에 대한 자유로운 삶의 선택을 포기하게 하는 강압적인 상황이 작용하고 있으며 그 상황을 구성하는 대표적인 일본의 행위는 (1) ~(16)이다.

4) 모국어 교육에 대한 최근 국제판례

최근 러시아 우크라이나 사태를 두고 우크라이나가 러시아를 상대로 러시아군에 의한 군사작전이 유럽인권협약상의 권리[122]를 침해한다고 주장한 인권구제신청 사건에서 유럽인권재판소는 러시아 점령 역에서 우크라이나 민족성과 역사를 훼손하기 위한 조치들이 광범위하게 시행된 점을 지적했다.[123] 여기에는 우크라이나 방송 차단, 우크라이나 아동의 강제 러시아 이송, 학교 내 우크라이나어 사용 금지, 우크라이나 학생들에 대한 사상 주입 등이 포함된다고 하였다.[124] 또한 우크라이나의 유일한 공용어인 우크라이나어 교육에 대한 억압이 2014년부터 시작되었고 2022년 2월 24일 러시아 침공 이후 점령된 우크라이나 영토에서도 시행되면서 이 조치는 우크라이나어 교육을 모두 러시아어 교육으로 대체하는 것이었다.[125]

새로운 교육과정과 그에 따른 강요된 서사 속에서 학생들은 점령 당국의 해석이라는 관점에서만 자국 역사를 배웠다. 이로 인해 점령지역 내 많은 아동들은 학교에서 배우는 내용과 부모로부터 전수받은 신념 및 정보 해석, 그리고 기존에 확립된 교육 및 가치 체계 사이에서 충성심 갈등에 직면할 수밖에 없었다. 점령지역 내 부모들의 우크라이나 역사 및 지위에 대한 견해가 협약상 "신념"으로 간주되기 위해 요구되는 설득력, 심각성, 결속력 및 중요성의 수준에 도달했음을 인정

120) *Akayes* Judgement, para.598.
121) 개인의 의사보다 극단적인 힘의 불평등으로 인한 강압적인 상황에 초점을 맞춘 의의에 대해서 김선화 "제노사이드적 강간(Genocidal Rape)범죄의 독자적 불법성과 그 함의 -ICTR Akayes 판결을 중심으로",사법 통권 68호, 2024년, pp.456-500, p.473면 이하.
122) 인권침해로 주장된 권리로는, 유럽인권협약 제2조 생명권, 제3조 고문 방지, 제4조 2항 강제노역의 금지, 제5조 자유와 안전에 대한 권리, 제8조 사생활의 존중, 제9조 사상과 양심의 자유, 제10조 표현의 자유, 제11조 집회의 자유, 제13조 실효적 구제수단에 대한 권리 그리고 제14조 차별 금지 등이다.
123) ECtHR, CASE OF UKRAINE AND THE NETHERLANDS v. RUSSIA (Applications nos. 8019/16, 43800/14, 28525/20 and 11055/22), 9 July 2025, para.1606.
124) Ibid.
125) Ibid., para.1486.

하였고 결론적으로 신념에 따라 자녀의 교육과 교사를 보장할 권리를 침해했다고 판단하였다.[126]

소수민족 집단에 있어서 민족적 정체성을 함양하는 언어교육, 자국의 역사관에 따른 역사교육의 중요성을 재확인하는 것이며 일본에서 재일동포 아동의 민족성과 언어 회복이 집단 존속에 있어서 특히 중요하다는 것을 뒷받침한다.

V. 결론

본 논문은 재일동포를 둘러싼 일본의 작위, 부작위가 하나의 방향성을 가지고 서로 유기적으로 연결되면서 100년이상의 세월을 걸쳐 이들의 기본적 인권을 침해하고 민족적 정체성과 집단의 유대를 파괴하고 왔으며 이러한 인권침해의 누적이 현재 재일동포 집단의 파괴로 이어지고 있다는 점에서 이것을 생명의 침해에 필적하는 문화적 제노사이드에 해당할 가능성이 있음을 지적하였다. 앞에서 언급한 일본의 위법한 일련의 행위는 재일동포의 민족적인 것을 부정하며(피억압집단의 민족적 패턴의 부정) 이들을 일본에 동화시키려는 시도(민족적 패턴의 강요)이며 이러한 작위, 부작위의 누적의 결과 재일동포사회가 현재 외국인등록 상의 "국적·지역"란 표기에 따라서도, 또한 과거에 소속했던 또는 현재 소속하는 민단, 조총련 등의 단체를 통해서도 더 이상 스스로를 집단 그 자체로 정의하지 못할 정도로 정체성과 유대가 파괴되어 가고 있다. 일본에 정착하여 본국과의 연결이 희박해지며 모국어를 못하며 민족교육을 받는 조건도 갖추어지지 않은 재일동포 3,4,5세에 있어서는 특히 민족적 정체성의 파괴가 심각하다. 급속히 귀화자가 늘면서 재일동포 사회의 분열이 촉진되어 민족적 집단으로서의 존속이 위태롭다.

최근에는 문화, 경제, 학술 활동, 비즈니스, 유학, 결혼 등 다양한 이유로 일본에 건너와서 정착하는 이주 한국인이 해마다 증가하는 한편, 일제 강점기에 본인의 자유의사가 아닌 형태로 일본에 건너와 정착하게 된 재일동포는 서서히 사라져 가고 있다. 이들은 일본에서 광복을 맞이하여 한국전쟁 기타 모국의 혼란 때문에 일본에 잔류하게 되면서도 언제인가 모국으로 귀국할 날을 그리며 스스로 시작한 민족교육은 무력으로 강제폐쇄 당하였고, 강제 폐쇄에도 불구하고 자체노력으로 복구한 민족교육도 각종 제도에서 배제되어 존재 자체를 부정당하였다. 이로 인하여 모국어와 민족성을 되찾지 못하고 한국어를 못하는 세대가 늘어나면서 재일동포 새 세대들은 부모, 조부모한테서 물려받은 "한국" 또는 "조선" 표기를 정체성의 최후의 보루로 붙잡고 살아가고 있다. 이들이 외국인등록 상의 "국적·지역"란 "한국","조선" 표기를 유지하고 일본에로의 귀화를 선택하지 않은 이유는 이 표기로 인하여 일본에서 제도적으로 차별받고 배제된 집단기억과 이에 뒷받침된 민족적 정체성이 있다. 모국어를 전혀 못하는 재일동포 3,4,5세들에게 자신의 민족적 정체성을 나타내는 유일한 징표가 바로 일본의 외국인등록 "국적·지역"란이기 때문이다. 특별영주자 중 "국적·지역"란이 "한국" "조선" 표기인 자가 해마다 감소하는 이유는 이들이 주도적으로 일본 국적을 선택(귀화)하였던 것이 아니라 앞서 언급한 바와 같은 차별과 배제, 혐오 등 이 표기를 포기하지 않을 수밖에 없었던 강압적 상황이 존재하였기 때문이다. 재일동포가 "조선"적으로 살아가든 "한국" 국

126) Ibid., para.1488-1489

적으로 살아가든 “일본” 국적으로 귀화를 하든, 정체성의 혼란과 삶의 고통이 동반한다. 국적이라는 인권 향유의 원천이 일본의 식민지정책과 모국 분단의 간접적 영향으로 침해되어 왔다.

재일동포의 상황은 광복 후 80년이 지나더라도 근본적인 해결을 못하고 있다. 한편 재일동포 사회는 모국과의 연결고리가 농후하였던 1세, 2세 중심의 시대로부터 점차 새로운 세대가 늘어남에 따라 다양한 가치관의 형성과 정체성의 혼란을 겪고 있으며 일본의 차별과 동화정책, 과격한 혐오범죄의 표적이 되어 재일동포의 존재 자체가 심각한 위기에 처해 있다. 한국이 외국인등록 상 “국적, 지역”란 표기가 “조선”이든 “한국”이든 재일동포는 모두 대한민국의 국민이란 입장을 취하고 온 만큼, 이들의 “국적·지역”란 표기를 불문하고 이들을 ‘국민’으로 수용하고 보호하며 이들이 처한 현실을 개선하기 위한 노력을 대한민국 정부가 기울이는 것이 국제인권법의 요구이며 국제법의 발전에 부합하는 것이다.

이러한 상황에 대한 대안으로 어떠한 방법이 있는가. 일본에서 민족교육의 핵심은 모국어교육 즉 한국어교육이다. 일본어로 생활하는 3,4,5세가 중심을 이루는 재일동포 세대에게 있어서 모국과의 유일한 연결고리와 유대감은 모국어가 될 것이다. 그러한 관점에서 민족교육시설에 대한 혐오, 차별의 해소 뿐만 아니라 재일동포의 민족교육권 실시를 위한 적극적 조치가 이루어져야 한다. 이러한 조치로써 현재 재일동포 자녀에 대한 민족교육과 보통교육을 실시하는 교육기관으로서 조선학교, 한국인학교(‘1조교’가 아니라 ‘각종학교’로 운영중인 한국인학교)에 대해서 일본 정부의 지원, 지방자치단체의 보조금이 지급되어야 하며 그 수준은 일본인 학교와 동등하여야 한다. 아울러, 해당 학교의 고등학교 졸업자격을 인정하여 대학 입시에 있어서 불이익을 해소하여야 한다. 방과후 학교 형식으로 진행되는 주말 ‘한글학교’, 일부 일본 공립 학교내 민족 학급에 대해서도 일본 정부 뿐만 아니라 한국정부의 지원이 필요하다.

모국어 교육을 보장하기 위하여 일본 뿐만 아니라 한국도 노력을 기울여야 할 것이다. ICESCR 제13조, ICCPR 제27에 따른 재일동포의 민족교육권을 실현하기 위하여 민족성 회복을 위한 민족교육, 한국어교육에 있어서 대한민국의 관여가 필요하다. 그러한 관점에서 일본에 존재하는 민족교육 시설에서 실시하는 모국어교육, 정체성 함양을 위한 교육을 위한 교재 편집, 교사의 파견, 재일동포 학생과 한국에 거주하는 한국인 학생과의 교류 등을 통한 한국정부의 관여가 필요하다. 이러한 노력이 보편적 가치인 인권의 문제이며 재일동포의 의사에 반하지 않는 효과적인 방법으로 이루어져야 할 것이다.



좌장: 이재민 교수(서울대 법전원)

생물다양성협약(CBD) 체제의 정당성(legitimacy) 위기에 관한 연구

[발표] 김윤정 박사(국립생물자원관)

大韓國際法學會

생물다양성협약(CBD) 체제의 정당성(legitimacy) 위기에 관한 연구**

김 윤 정**

목 차

Ⅰ. 서론
II. 생물다양성협약의 정당성 판단 기준
III. 경제·자원 패러다임 심화에 따른 CBD 정당성의 위기
IV. 결론

Ⅰ. 서론

'생명'의 존재는 지구의 가장 독특한 특징이며, 생명의 가장 놀라운 점은 그 다양성에 있다고 해도 과언이 아니다. 생물다양성은 인간의 행복에 심각하고 지대한 영향을 주는 것으로, 건강한 생태계 없이 인권을 누리는 것은 어려우며, 생태계의 건강은 생물다양성에 크게 의존하고 있다.[1] 이러한 상호의존성을 바탕으로, 인간, 가축과 야생동물, 식물, 그 생태계를 포함한 환경의 건강이 서로 긴밀히 연관된다고 하는 'One Health' 개념이 등장하기도 하였다.[2]

생물다양성 위기를 포함하는 환경문제는 환경보전의 필요성을 인식한 선진국을 중심으로 1970년대부터 전 지구적으로 주목받기 시작하였다. 생물다양성의 개념 및 인간과 다른 생물 간의 공존의 중요성이 각국 법제와 국제법 체계에 반영된 역사는 그다지 길지 않지만, 현재 생물다양성과 관련된 500여 개의 다자환경협약이 있으며, 양자협정까지 포함하면 그 수는 2천여 개가 넘는다.[3]

---

* 이 글은 필자의 박사학위 논문인 " 생물다양성협약(CBD) 체제의 정당성(legitimacy) 위기에 관한 연구" (이화여자대학교, 2026.2)의 주요논지를 바탕으로 2장(생물다양성협약의 정당성 판단기준)과 3장(생물다양성협약의 경제자원 패러다임 형성)을 중심으로 발표용으로 수정·보완한 글입니다.

** 이화여자대학교 법학박사

1) John H. Knox (Special Rapporteur on Human Rights & the Environment), Rep. of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, U.N. Doc. A/HRC/34/49 (Jan. 19, 2017).

2) H. L. Brown et al., One Health: A Structured Review and Commentary on Trends and Themes, 6 *One Health Outlook* 17 (2024).

그러나 역설적으로 규범의 증가는 환경문제의 해결로 이어지지 못했다. 대표적인 사례가 「생물다양성협약(Convention on Biological Diversity, 이하 CBD)」이 2010년 채택하여 2011년부터 2020년까지 글로벌 생물다양성 보전을 위해 추진된 아이치 생물다양성 목표(Aichi Biodiversity Targets)이다. 생물다양성협약 사무국의 평가에 따르면 아이치 목표는 20개 목표 가운데 단 한 개도 완전히 달성되지 못했으며, 국가들 다수가 국가생물다양성전략 및 행동계획(NBSAPs)에 설정한 약속을 이행하지 못했다[4]. World Economic Forum의 Global Risks Report 2026 역시, 향후 10년간 가장 심각한 위험요인들 가운데 '생물다양성 손실 및 생태계 붕괴'를 두 번째로 높은 순위에 올렸다. 이는 기상·지구 시스템 변화, 자원 부족 등과 더불어 환경 리스크가 장기적 위협의 핵심 축으로 자리 잡았음을 보여준다.[5]

생물다양성 관련 국제법의 양적 증가에도 불구하고 효과성이 기대에 미치지 못하는 이유에 관해서는 집행력 부재, 법적 구속력 부재, 재정 부족, 다른 국가정책과의 통합성 결여, 과학과 정책 간의 시간 격차—복합적인 요인들이 지적되고 있지만, 여전히 보다 근본적인 질문—왜 국가들이 이러한 규범을 준수하지 않는가—에 대해서는 충분한 답을 제공하지 못한다. 이와 관련하여 국제법 이론에서는 국가들이 국제법을 준수하는 이유를 설명하는 핵심 개념으로 '정당성(legitimacy)'이 제시되어 왔다. Thomas Franck에 따르면 국제법은 단순한 강제력 때문이 아니라 그것이 정당하다고 인식되기 때문에 준수되며, 절차적 공정성과 규범에 대한 신뢰가 자발적 준수를 유도하는 핵심 요인으로 작용한다는 것이다. 국제기구의 급증 및 국제법의 활발한 제정으로 국제법이 국가 및 사인에게 미치는 영향이 증대되면서, '국제법도 법인가'라는 오래된 질문은 이제'왜 국제법이 준수되어야 하는가'에 대한 정당성 질문으로 전환되고 있다.[6]

이 글은 생물다양성협약의 효과성 부족을 단순한 '이행 실패'나 '기술적 문제'로 보지 않고, 정당성의 문제로 보면서, 정당성의 제고가 규범의 효과성으로 이어진다는 가설에서 출발한다. 먼저, CBD 분석에 사용할 정당성 판단의 세부 기준을 도출하기 위해 국제법 및 국제환경법의 정당성 이론 관련 연구를 분석하고, 이를 바탕으로 절차적 정당성, 성과적 정당성이라는 국제법의 전통적인 정당성 논의에 더해 생물다양성 분야의 특수성을 반영할 수 있는 생태적 정당성(ecological legitimacy)이 독립된 기준으로 필요함을 논증하면서, 정당성 위기의 구조적 원인이 경제·자원 패러다임에 있음을 밝히고자 한다.

---

3) International Environmental Agreements (IEA) Database Project 는 국제 환경 협정 관련 데이터를 집대성한 온라인 데이터베이스로, 2012년 미국 University of Michigan의 Ronald B. Mitchell 교수가 개발하였으며, 현재는 Université Laval이 관리 및 운영을 맡고 있다. 홈페이지에서 협약 종류는 "MEA", 합의 유형은 "agreement", "protocol", 이슈 영역은 " Conservation of species and biodiversity", "Freshwater", "Habitat and ocean", " Fish and fisheries", "Agriculture"를 필터로 검색했을 때 539개의 다자 협약이 검색된다. 여기서 "양자협약"도 추가하는 경우 2,333개의 환경협약이 검색된다, International Environmental Agreements (IEA) Database Project (Univ. Laval), Agreement List, https://www.iea.ulaval.ca/en/agreements, (last visited May 1st, 2026).

4) Secretariat of the Convention on Biological Diversity, Global Biodiversity Outlook 5 (2020).

5) WORLD ECON. FORUM, THE GLOBAL RISKS REPORT 2026 (2026), https://reports.weforum.org/docs/WEF

6) K. Traisbach, Judicial Authority, Legitimacy and the (International) Rule of Law as Essentially Contested and Interpretive Concepts: Introduction to the Special Issue, 10 Glob. Const. 75, 77 (2021).

Ⅱ. 생물다양성협약의 정당성 판단 기준

1. 국제법상 정당성 이론과 그 기준

1) 국제법상 정당성 개념의 부상과 그 필요성

전통적 국제법은 영토·외교·전쟁 등 국가 간 관계를 조정하는 규범체계였으나, 20세기 후반 이후 인권, 환경, 보건, 국제경제, 과학기술 등 새로운 규제 분야가 국제법의 적용 대상이 되면서 국제법의 범위와 영향력은 비약적으로 확대되었다. 베스트팔렌체제에서의 주권 국가의 권위를 가장 중요시하던 패러다임은 이러한 변화된 현실에 적용이 어려워졌는데,[7] 이는 이러한 국제법의 변화로 규범의 권위가 강화되었다기보다는, 국제법이 포괄하는 사회적 영역의 폭이 크게 넓어진 데에서 기인한다고 볼 수 있다.

위와 같이 국제법의 적용 영역이 확대되었음에도 규범의 실제 영향력은 여전히 국가의 동의에 크게 의존하고 있으나, 규제 분야가 복잡해지면서 단순한 동의만으로는 규범의 준수를 충분히 설명하기 어려워졌다. 이 과정에서 국제 규범이 어떤 근거로 수범자에게 받아들여지고 준수를 정당화할 수 있는지에 대한 문제와 관련하여'정당성(legitimacy)' 개념이 부상하게 되었다. 정당성은 규범이 국제법적 절차와 형식적 요건을 충족하는지를 묻는 합법성(legality)과는 달리, 규범이 수범자에게 어떤 이유로 받아들여지고 복종 될 수 있는지를 설명하는 개념으로, "법적 권위가 왜 복종되어야 하는가"라는 근본적 질문에서 출발한다. 정당성은 정의(justice)나 도덕(morality) 그 자체와 동일하지는 않지만, 규범이 국제사회에서 수용성을 확보하는 이유를 설명하는 개념이다.[8]

특히 생물다양성 등 환경 분야는 그 특성상 정당성 요구가 특히 강하게 제기되는 영역이다. 먼저, 환경 규범은 대체로 단기적 경제적 이익을 제공하는 영역이 아니다. 즉, 환경보호 조치는 비용이 선명하게 드러나지만, 그 효과는 장기적이고 비가시적 형태로 나타나는 경우가 많다. 그래서 개별 국가나 행위자가 단기적 실익만을 기준으로 규범 준수를 선택하기 어렵고, 규범의 수용성과 이행을 정당화하는 요인이 중요해진다. 또한 환경조약 대부분은 권고·협력 형식으로, 실제로 법적 분쟁으로 비화되는 경우가 드물다. CBD 제27조는 당사국 간 분쟁의 해결 절차를 규정하고 있으나, 중재나 국제사법재판소(ICJ) 회부는 오로지 당사국의 추가적 합의에 달린 비강제적 구조를 채택하고 있으며[9], 이는 CBD에 한정된 특수한 것이 아니라 다자환경협약이 일반적으로 가지는 특성에 해당한다.[10] 즉 CBD 조항은 판례나 사례를 통해 구체적 의미를 부여받거나 법리적으로 정

7) A. Claire Cutler, Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law and Organization: A Crisis of Legitimacy, 27 *Rev. Int'l Stud.* 133 (2001); C. A. Thomas, The Uses and Abuses of Legitimacy in International Law, 34 *Oxford J. Legal Stud.* 729, 735 (2014).

8) Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law* 300 (Oxford Univ. Press).

9) Convention on Biological Diversity art. 27, June 5, 1992, 1760 U.N.T.S. 79.

10) CITES 제18조, UNFCCC 제14조, UNCCD 제28조, Basel·Stockholm·Rotterdam 협약 제20조 등은 모두 협상 후 당사국의 사전 선언 또는 추가적 합의가 있는 경우에만 중재나 국제사법재판소(ICJ) 회부를 허용하는 동일한 방식을 채택하고 있다.

교화되어 제도의 정당성을 제고하기 어렵다.

이러한 필요성을 인식하는 가운데 본 연구는 국제법이자 환경법인 CBD를 위한 정당성 이론을 검토하는 데 있어, 국제법 일반에서 발전해 온 정당성 논의를 먼저 살펴보고, 이어 국제환경법 분야에서 나타난 확장된 정당성 기준을 별도로 분석하여 그로부터 CBD의 정당성 분석에 적용할 수 있는 평가 기준을 살펴보고자 한다.

2). 국제법 분야의 정당성 이론

(1) 국제법 일반

국제법학계에서 정당성(Legitimacy)에 관한 논의는 Franck의 절차적 정당성 연구를 기점으로, 규범의 가치와 효과성을 평가하는 실체적·결과적 정당성 논의로 확장되어 왔다. 이를 두 개의 흐름으로 구별해 보면 아래와 같다.

첫째, Franck의 고전적 정당성 이론과 이에 대한 비판적 계승이다. Franck는 국제규범이 올바른 절차적 원칙에 따라 형성·운영될 때 정당성을 획득하며, 이 정당성이 국가들의 자발적 준수를 유도하는 내재적 구속력(Compliance Pull)을 갖는다고 보았다.[11] Buchanan과 Keohane은 Franck의 절차 중심적 관점을 비판하며, 정당성의 실체적 기준으로 ①최소한의 도덕적 수용성, ②비교우위, ③제도의 무결성을 제시했다.[12] 특히 Buchanan은 국가 동의(Consent)에 기초한 전통적 정당성 이론을 비판하고, 기본적 인권 보호라는 도덕적 의무를 이행하는 '정의 기반(Justice-based)'의 시스템 정당성을 역설했다.[13] C.A. Thomas 역시 정당성을 법적·도덕적·사회적 차원으로 다층화하면서, 이를 합법성의 대체재가 아닌 규범의 적용 범위 및 실효성과 결부시켰다.[14]

둘째, 정당성 개념을 국제법의 작동 논리와 효과성 분석 틀로 확장한 연구들이다. Brunnée와 Toope는 Fuller의 법이론을 원용하여,[15] 공유된 이해를 바탕으로 형성된 국제법이 8가지 합법성 기준을 충족할 때 내재적 정당성과 자발적 참여를 이끌어낸다고 분석했다.[16] Tomuschat은 정당성이 결여된 규범은 국가에 의해 거부되거나 변형될 위험이 크며, 정당성이 규범의 효과성을 촉진한다는 점을 강조했다.[17] 반면, Stephan은 국제사회의 가치 다원주의를 고려할 때 '실체적 정당

11) Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations* 19 (Oxford Univ. Press 1990).
12) Allen Buchanan & Robert O. Keohane, The Legitimacy of Global Governance Institutions, 20 ETHICS & INT'L AFF. 405, 419 (2006).
13) Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law* 289–327 (Oxford Univ. Press 2007).
14) Christopher A. Thomas, *The Concept of Legitimacy and International Law* 5 (LSE Law, Soc'y & Econ. Working Paper No. 12/2013, 2013).
15) Fuller는 법을 내재적 도덕성과 외재적 도덕성으로 구별하고 내재적 도덕성을 구체화한 합법성의 8가지 기준(eight criteria of Legality)으로 일반성(Generality), 공표(Promulgation), 비소급성(Non-retroactivity), 명확성(Clarity), 비모순성(non-contradiction), 준수가능성(possibility of compliance), 안정성(Constancy through time), 집행행위와 법규의 일관성(Congruence between offical action and declared rule)을 제시했다 .Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 39, 46–81 (rev. ed. 1969).
16) Jutta Brunnée & Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account* (Cambridge Univ. Press 2010).
17) Christian Tomuschat, Effectiveness and Legitimacy in International Law: Heidelberg—Concl

성'에 대한 합의가 어려움을 지적하며, 국제법의 정당성은 보편적 정의보다 '적응력과 효용성'을 기준으로 평가되어야 한다고 보았다.[18]

이러한 학술적 흐름은 국제법상 정당성 논의가 Franck의 절차적 정당성을 기초로 하여, 문제해결 능력을 평가하는 결과적 정당성과 규범의 내재적 가치를 평가하는 실체적 정당성으로 외연을 확장해 왔음을 보여준다.

2). 국제환경법 분야

국제환경법 분야의 정당성 연구는 크게 두 가지 흐름으로 전개되어 왔다.

첫째, 효과성과 법적 구속력의 관계에 주목한 초기 연구들이다. Andresen은 정당성과 효과성을 별개로 보면서도, 지식 축적과 의사결정 개선을 통한 정당성 확보가 장기적 효과성을 강화한다고 보았다.[19] Bodansky는 비합의적 의사결정 및 비국가 행위자 규제의 증가로 인해 전통적인 '국가 동의' 기반 정당성이 한계에 직면했음을 지적하고, 참여·투명성(절차)과 전문성·효과성(결과)을 통한 신뢰 구축을 대안으로 제시했다.[20] 반면, Fitzmaurice는 국제환경법 원칙의 모호성이 국가에 과도한 부담을 주고 법적 정당성을 저하시켜 결국 집행력을 약화시킨다고 보았다.[21]

둘째, 정치학의 '투입·산출 정당성(Input-Output Legitimacy)' 모델을 원용한 연구들이다. Bernstein은 환경 거버넌스가 민주적·법적·사회학적 관점에서 투입(합의 지연, 주권 동의의 법적 한계)과 산출(환경 목적의 경제적 종속) 측면 모두에서 도전을 받고 있음을 분석했다.[22] Bled는 생물다양성협약 거버넌스 내 민간 참여를 분석하며, 대표성 불균형에 따른 투입 정당성의 문제와 실제 보전 결과의 불확실성에 따른 산출 정당성의 문제를 지적했다.[23] Biermann과 Gupta 역시 지구 시스템 거버넌스의 효과성 제고를 위해 시민사회 참여와 가중 다수결제 도입을 통한 투입·산출 정당성 및 책무성 강화의 필요성을 역설했다.[24]

이처럼 기존 연구들은 '절차적 정당성(투입)'과 '결과적 정당성(산출)'을 중심으로 비교적 체계적인 분석 틀을 발전시켜 왔다. 그러나 규범의 내용적 타당성을 평가하는 실체적(실질적) 정당성에 대해서는 원칙의 모호성에 대한 지적만 반복될 뿐, 이를 평가할 수 있는 구체적인 기준은 정립되

---

uding Observations, 77 ZAÖRV 309, 313 (2017).

18) Paul B. Stephan, The Legitimacy of International Law (Univ. of Va. Sch. of Law 2020).

19) Steinar Andresen & Ellen Hey, The Effectiveness and Legitimacy of International Environmental Institutions, 5 INT'L ENV'T AGREEMENTS 211 (2005).

20) Daniel Bodansky, Legitimacy in International Environmental Law, in The Oxford Handbook of International Environmental Law 704, 710–12, 722 (Daniel Bodansky et al. eds., Oxford Univ. Press 2006)

21) Malgosia Fitzmaurice, Legitimacy of International Environmental Law: The Sovereign States Overwhelmed by Obligations—Responsibility to React to Problems Beyond National Jurisdiction?, 77 ZAÖRV 339-370 (2017).

22) Steven Bernstein, Legitimacy in Global Environmental Governance, 1 J. INT'L L. & INT'L REL. 139-166 (2005).

23) Alexandre Bled, *The Legitimacy of Private Sector Involvement in Global Environmental Regimes: The Case of the Convention on Biological Diversity* (GARNET Working Paper No. 29/08, 2008).

24) Frank Biermann & Aarti Gupta, Accountability and Legitimacy in Earth System Governance, 70 ECOLOGICAL ECON. 1856-1864 (2011).

지 못한 한계를 보인다.

2. 생태적 정당성 기준의 도입 필요성과 내용적 구체화

1) 생태적 정당성 기준의 필요성

위에서 살펴본 국제법 및 국제환경법 분야의 정당성 논의를 종합해 보면, 정당성은 그 기준에 있어 절차적·결과적·실체적 차원으로 구분하여 이해할 수 있다. 이 가운데 국제환경법 분야에서는 절차적 정당성(참여, 투명성, 절차적 공정성)과 결과적 정당성(문제해결 효과성)의 논의가 비교적 체계적으로 발전해 온 반면, 규범의 내용적 타당성을 평가하는 실체적 정당성에 대해서는 원칙의 모호성과 규범의 불확실성, 국가 간 부담의 비대칭성과 같은 한계의 지적만 있고 내용적인 기준은 정립되지 못한 상태임이 확인된다. 그 이유는 아마도 위에서 Stephan이 지적하였던 것처럼 국제사회에서는 도덕적·정치적 가치가 다양하기 때문에"무엇이 옳은 규범인가"라는 실체적 정당성의 기준에 합의하기가 어렵기 때문일 것이다.[25]

특히 본 연구의 대상인 생물다양성협약처럼 조약의 목적 자체가 생태적·규범적 가치를 중심으로 구성된 체제의 정당성을 판단할 경우 이러한 생태적·규범적 가치를 실질적으로 평가할 내용적 정당성 기준이 부재함으로, CBD의 목적과 특성을 고려할 때, 실체적 정당성의 범위를 생태적 정당성(Ecological Legitimacy)을 포함하는 방향으로 보완할 필요성이 제기된다.

2) 생태적 가치 논의의 전개와 규범화

(1) 생태적 가치의 규범화 움직임

국제환경법에서 생태적 가치를 규범화하려는 시도는 크게 두 가지 방향으로 전개되어 왔다. 첫째, 생태윤리의 규범화 움직임이다. 이는 심층생태학(Næss)이나[26], 자연의 권리(Cullinan) 담론에 기반하여 인간 중심적 법질서를 극복하려는 시도이다[27]. 이 흐름은 에콰도르·볼리비아의 헌법적 수용과 UN 총회의 「자연과의 조화」 결의안 채택으로 이어지며 생태계 완전성의 보편적 가치를 환기했다[28]. 또한 Global Ecological Integrity Group(GEIG)은 생태적 완전성을 구조·기능·회복력·임계점 준수 등의 다층적 기준으로 제시하며 규범적 논의의 이론적 자원을 제공했다.[29] 둘째, 생태적 완전성의 헌법주의적 규범화 시도이다. Bosselmann[30], Beyerlin 등은 지속가능성 원

25) Paul B. Stephan, supra note 54.
26) Arne Næss, The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement, 16 INQUIRY 95 (1973).
27) Cormac Cullinan, Wild Law: A Manifesto for Earth Justice (Siber Ink 2003).
28) Constitution of Ecuador arts. 71–74 (2008); Law of the Rights of Mother Earth (Bol.).
29) Global Ecological Integrity Group (GEIG)은 1"지구 생명체의 지속 가능성을 유지하기 위한 법적·윤리적 원리로서의 ecological integrity"를 주장해 온 생태학·윤리철학·보건사회학 등 다학제 연구자 네트워크이다. Global Ecological Integrity Group (GEIG), https://www.globalecointegrity.org/ (last visited Dec. 12, 2025).

칙과 생태적 완전성을 국제환경법의 '근본 규범(Grundnorm)'이자 최상위 해석 기준으로 설정할 것을 주장했다.[31] 즉, 제도가 민주적이고 효과적이더라도 지구 생태계의 물리적 한계를 넘어서는 안 된다는 준헌법적 위계를 부여하려는 구상이다.

그러나 이러한 선행 논의들은 다음과 같은 명확한 한계에 직면해 왔다. 먼저, 생태적 완전성 원칙이 개도국의 발전권과 영구적 자원 주권을 침해할 수 있다는 우려이다.[32] 특히 서구 중심의 보전 철학이 강요될 경우, 지역사회의 전통적 환경관을 주변화하고 불평등을 고착화할 위험이 있다. 다음으로, 민주적 정당성의 결여이다. 자연의 권리 등이 형이상학적 담론에 기초하여 개념이 모호하고, 사법적 해석에 과도하게 의존함으로써 민주적 책임성을 결여할 수 있다는 것이다. 또 다른 비판으로는 생태적 완전성 등 환경 규범을 헌법적 상위규범으로 설정하는 것은 실질적 작동 가능성이 낮다는 것이 지적되었다.

(2) 생태적 정당성의 규범적 기초와 축적 과정

CBD 체제 내에서 생태적 가치의 규범화는 과학기술자문기구(Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice, SBSTTA)나 정부간 생물다양성 및 생태계서비스 과학-정책 플랫폼(Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, IPBES)과 같은 과학·전문 지식 체계의 평가에 기반한다. 보편성과 중립성을 표방하는 과학적 판단은 가치 합의가 어려운 국제사회에서 최소한의 객관적 기초를 제공한다. 그러나 생태적 정당성이 과학적 사실로부터 자동 도출되는 것은 아니다. 과학은 생태계 훼손 정도나 위험 임계점에 대한 사실적 정보를 제공할 뿐이며, 생태적 정당성은 이러한 데이터에 규범적 의미를 부여하는 '법적·정치적 결단'을 필요로 한다. 즉, 생태적 정당성은 과학적 진단을 조약의 목적 구조, 국가 간 형평성, 공동체의 생존권 등과 연계하여 해석하는 법적 판단의 영역에 속한다.

생태적 가치는 CBD 전문의 '내재적 가치(intrinsic value)' 선언 외에도 다양한 국제환경법 문서에 축적되며 규범적 지위를 강화해 왔다. 초기 담론 형성: IUCN의 1982년 「세계자연헌장(World Charter for Nature)」은 모든 생명은 인간에게 유용하든 아니든 고유한 가치를 가진다(Every form of life is unique, warranting respect regardless of its worth to man)고 전문에서 이야기하면서, '생명 평등'언어를 공식화하였다[33]. CBD COP 5(Decision V/6)는 생태계 접근법(Ecosystem Approach)을 협약 이행의 기본 틀로 채택하며 생태계 서비스 유지를 위한 생태계 구조·기능·과정의 보전을 우선 목표로 규정했다[34]. 가장 최근의 쿤밍-몬트리올 글로벌 생물

30) Klaus Bosselmann & Prue Taylor eds., Introduction to Ecological Approaches to Environm ental Law xv–xvi (Cambridge Univ. Press 2017).
31) Ulrich Beyerlin, Different Types of Norms in International Environmental Law, in Environ mental Law Dimensions of Human Rights (Oxford Univ. Press 2015).
32) Benjamin J. Richardson, Environmental Law in Postcolonial Societies, 11 COLO. J. INT'L E NVTL. L. & POL'Y 1 (2000).
33) World Charter for Nature, G.A. Res. 37/7, annex, U.N. Doc. A/RES/37/7 (Oct. 28, 1982).p mbl.para (a) E.
34) Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Decision V/6, Ecosys tem Approach pmbl. (May 22, 2000).

다양성 프레임워크(Kunming Montreal Global Biodiversity Framework, 이하 KMGBF)의 Goal A와 개별 Target에 대해 CBD 사무국이 제시한 가이드 노트와 관련 논문들은 “ecosystems of high ecological integrity”, “resilience of ecosystems”와 같이 생태계의 건전성과 악화 방지를 목표로 하는 표현을 핵심 이행 개념으로 사용하고 있다[35]. 특히 Target 2(훼손 생태계 30% 복원)와 Target 3(전체 면적 30% 보전)의 수치적 목표는 생태적 요소가 단순한 정책 권고를 넘어 실정법상 ‘규범적 경계선(Normative Boundaries)’으로 기능하기 시작했음을 보여준다.

본 연구는 이러한 두 가지 흐름 사이의 간극—즉, 생태윤리·생태적 완전성이 제시하는 가치의 중요성과, 이를 곧바로 헌법적 상위규범으로 수용하기 어려운 국제법의 현실—를 인식하는 가운데. CBD의 목적과 CBD 당사국회의 결정문을 통해 형성된 후속 관행 등을 해석의 기초로 삼아, 절차적·결과적 정당성 기준만으로는 포착할 수 없는 내용적 정당성의 기준으로서 ‘생태적 정당성’을 제안하고자 한다. 이는 생태적 정당성을 국제환경법의 헌법적 상위규범으로 설정하려는 것이 아니라, 비엔나 조약법 협약 제31조가 요구하는 문언·맥락·목적의 통합적 해석을 충실히 구현하기 위해 필요한 보완적 정당성 기준으로서 제시하는 것이다.[36]

3) 생태적 정당성 요소의 제안

(1) 핵심 요소 : 생태적 완전성(Ecological Integrity)

생태적 정당성의 핵심 요소는 생태계가 돌이킬 수 없는 손상 임계점을 넘지 않고 유지되는지를 평가하는 생태적 완전성(ecological integrity)이다. 이는 생물다양성 규범이 궁극적으로 정당화될 수 있는 최소 조건으로서, 보호·이용·이익공유와 같은 개별 규범 수단들이 실제로 생태계의 상태 개선으로 귀결되고 있는지를 묻는다. 이는 단순한 생태학적 지표의 총합이 아니라, 비엔나 조약법 협약 제31조 제1항에 따른 CBD의 궁극적 '목적과 취지(Object and Purpose)'인 생물다양성 보전을 실정법적으로 구체화하는 법적 준거이다.

Rakhyun E. Kim and Klaus Bosselmann(2015)의 논의는 이러한 생태적 완전성이 지닌 ‘법적 준거'로서의 성격을 이론적으로 뒷받침한다.[37] Kim and Bosselmann(2015)은 생태계의 비대체성과 물리적 임계점을 무시한 채 경제 성장을 우선시하는 현행 ‘지속가능발전’ 담론의 한계를 지적하며, ‘생태적 완전성(Ecological Integrity)'을 국제법의 최상위 근본규범(Grundnorm)으로 격상할 것을 제안한다. 즉, 국내법과 국제법에서 인권(Human Rights)이나 법치주의(Rule of Law)가 다른 모든 하위 법령의 유효성을 판단하는 근본규범으로 작동하듯, 생태적 완전성 역시

35) Valeria Y. Mendez Angarita et al., Reconciling Different Forms of Ecological Integrity to A id the Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework, 18 Conservation Letters e13088 (2025).
36) Vienna Convention on the Law of Treaties art. 31(1), May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.
37) Rakhyun E. Kim & Klaus Bosselmann, Operationalizing Sustainable Development: Ecologic al Integrity as a Grundnorm of International Law, 24 REV. EUR. COMP. & INT'L ENVTL. L. 194 (2015).

인간의 모든 경제·사회적 개발 행위의 한계를 설정하는 절대적 표준이 되어야 한다는 것이다. 이처럼 생태적 완전성을 최상위 법적 기준으로 전제하는 경우, 행성경계 프레임워크의 생물권 완전성 지표나[38] LPI[39], BII의[40] 하락은 단순한 환경 지표의 악화를 넘어, CBD 체제가 조약 본연의 목적을 달성하지 못함으로써 국제법적 성과적·생태적 정당성을 상실하고 있다는 규범적 증거로 해석될 수 있다.

(2) 형평성 조정 요소 : 생태적 압력과 시간적 지연

생태적 압력과 시간적 지연은 생태계 완전성이라는 목표가 개별 국가에 적용될 때 발생할 수 있는 규범적 경직성을 완화하는 '형평성 조정 요소'이다.

첫째, 생태 발자국(EF)으로 대변되는 '생태적 압력'은 국제환경법의 핵심 원칙인 '공동의 그러나 차별화된 책임(CBDR)' 원칙을 정량화한다. 모든 국가에 동일한 보전 의무를 부과하는 것은 정당하지 않으며, 생태 발자국이 큰 선진국에 더 높은 수준의 생태계 완전성 회복 의무와 재정 지원 의무를 부과하는 것이 절차적·성과적 정당성을 확보하는 법적 경로이다.

둘째, '시간적 지연'은 '세대 간 형평성(Intergenerational Equity)' 원칙에 근거한다. 단기적 성과 부재가 곧바로 조약의 실패(정당성 상실)를 의미하지는 않는다. 따라서 규범적 이행의 충실성이 담보되고 있다면, 생태적 결과가 나타나기까지의 시간적 차이를 인정하는 유연한 법적 평가의 틀이 작동해야 한다.

Ⅲ. 경제자원 패러다임 심화에 따른 CBD 정당성의 위기

어떠한 제도적 정당성 위기도 규범의 진공 상태에서 발생하지 않으며, 체제를 지탱하는 초기 설계 패러다임의 한계와 밀접하게 연계되어 있음을 생각할 때, Ⅱ장에서 정립한 정당성 기준을 CBD에 적용하기 앞서, 이 조약의 구조적 설계 논리를 선행적으로 고찰할 필요가 있다. CBD는 순수한 과학적·생태적 목적에 의해 창설된 조약이 아니라, 탈식민화와 발전권 담론, 그리고 선진국의 보전 의제가 충돌·타협하는 과정에서 성립되었으며, 그 타협의 산물로 '경제·자원 패러다임'

38) 행성경계 프레임워크는 2009년 요한 록스트롬(Johan Rockstrom)이 이끄는 과학자 그룹이 인류를 위한 '안전한 운영 공간(safe operating space)'을 정의하는 구체적인 비전을 제시하면서부터 시작되었다. 이 프레임워크는 지구 시스템이 감당할 수 있는 한계를 과학적으로 설정하고, 그 초과 여부를 진단함으로써 생태적 완전성의 전 지구적 기준을 제시한다. 특히 생물권 완전성(Biosphere Integrity) 경계는 이미 안전 한계를 초과한 것으로 평가되고 있으며, CBD 체제의 목표와 이행 조치가 이 경계를 다시 안전 영역으로 회복시키지 못한다면, 그 규범적 정당성은 약화될 수밖에 없다.

39) 세계자연기금(WWF)이 격년으로 발간하는 『지구생명보고서(Living Planet Report)』의 지구생명지수(LPI)는 전 세계 야생 동물 개체군의 장기적 변화를 추적함으로써 생물다양성 손실의 누적 효과를 보여준다. LPI의 지속적인 하락은 생태계 완전성이 회복되지 않고 있음을 시사하며, CBD의 집합적 성과에 대한 생태적 정당성을 판단하는 데 있어 핵심적인 경험적 근거로 기능한다.

40) 생물다양성 온전 지수(Biodiversity Intactness Index, BII)는 인간 활동의 영향이 없었을 경우와 비교하여 현재 생물 군집이 어느 정도 유지되고 있는지를 계량화함으로써, 생태계 완전성 개념을 보다 정밀하게 수치화한다.

이 체제의 핵심 작동 원리로 자리 잡았다. 이하에서는 이 패러다임이 어떻게 형성·심화되었는지 먼저 규명하고, 그것이 정당성에 어떤 위기를 초래하였는지 알아 본다.

1. 경제·자원 패러다임의 제도화: 자원주권, 지속가능발전, 생물다양성

1) 생물자원주권: 경제적 자결권의 실현과 생물자원의 자산화

근대 과학혁명과 식민지 팽창 과정에서 자연은 측정·계산 가능한 '자원'으로 세속화되었다. 특히 칼로비츠(Carlowitz)와 핀초(Pinchot)가 정립한 '보전주의(conservationism)'는 자연을 윤리적 대상이 아닌 국가가 효율적으로 관리할 경제적 자산으로 규정했다.[41] 이러한 행정 패러다임은 자연을 국가의 주권적 통제하에 두는 법적·행정적 담론의 기초를 형성하였고, 탈식민화 국면에서 신생 독립국들이 '천연자원에 대한 영구적 주권(PSNR)'을 주장하는 강력한 법적·정치적 논리로 계승되었다. 신생 독립국들에게 개발은 주권의 실질적 실현 수단이었다. 1966년 국제인권규약(ICCPR/ICESCR) 제1조의 경제적 자결권을 시작으로[42], 신국제경제질서(NIEO) 선언(1974)[43] , 발전의 권리에 관한 선언(1986)[44] 등 개도국들은 자국의 풍부한 생물다양성을 경제 성장의 핵심 자산으로 인식하였다. 과거 광물과 석유에 국한되었던 자원주권 담론은 1980년대 생명공학의 발전과 함께 '유전자원'의 영역으로 확장되었으며, 선진국의 '인류공동유산' 논리에 맞서 자국의 생물자원을 보호하려는 개도국의 정치적 투쟁을 통해 CBD 제15조에 배타적 주권적 권리로 명문화되기에 이르렀다

탈식민화 이후의 생물자원주권은 전통적인 민법상 '소유권' 개념을 넘어선다. 개도국이 주장한 생물자원주권은 유전자원이 갖는 '무형의 정보적 가치'에 기반하여, 자원의 물리적 이전 이후에도 이용 결과에 대한 권리를 주장하는 '지식재산권적 성격'과 '추급권'을 내포하고 있다. 바로 이 독특한 주권의 확장성이 선진국의 '개방적 접근' 및 '자유시장 논리'와 정면으로 충돌하였고, 이를 해결하기 위한 타협적 장치로 도입된 것이 CBD의 사전통고승인(PIC)과 상호합의조건(MAT)이다. 그러나 이 과정에서 생물자원은 보전의 대상이 아니라 '끝까지 추적하여 이익을 환수해야 할 경제적 자산'으로 규정되었고, 결과적으로 CBD의 경제자원 패러다임을 공고히 하는 기반이 되었다.

2) 지속가능발전: 발전권과 환경보전의 타협

탈식민지화가 진행된 20세기 중반 이후 급격한 산업화와 인구 증가로 전 지구적 환경파괴와 자원 고갈이 가시화되면서, 선진국을 중심으로 자연보전을 국제적 의제로 다루려는 움직임이 본격화

41) Hans Carl von Carlowitz, Sylvicultura Oeconomica: Oder Haußwirthliche Nachricht und Naturmäßige Anweisung zur Wilden Baum-Zucht 105–06 (Leipzig, Braun 1713); Char Miller, Gifford Pinchot and the Making of Modern Environmentalism 52–58 (Island Press 2001).

42) International Covenant on Civil and Political Rights art. 1, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171.

43) G.A. Res. 3201 (S-VI), Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (May 1, 1974).

44) G.A. Res. 41/128, Declaration on the Right to Development (Dec. 4, 1986).

되었다. 1972년 스톡홀름 회의(UNCHE)를 계기로 환경보전은 인류의 보편적 의무로 규범화되기 시작했으며, UNEP의 창설과 다자환경협약의 체결을 통해 지구적 차원의 환경 거버넌스가 구축되었다. 이 시기 선진국 주도의 보전 담론은 주로 '인류의 공동 유산(Common Heritage of Mankind)'이라는 관점에서 자연의 보호를 강조하였고, 이는 자원 개발을 통해 국가적 자립을 이루려던 신생 독립국들의 이해관계와 정면으로 충돌하게 된다[45].

1992년 개최된 리우 환경개발회의(UNCED)는 이러한 환경과 개발의 전 지구적 충돌을 '지속가능발전'이라는 단일 개념 아래 통합한 결정적 계기였다. 리우 회의에서 채택된 생물다양성협약(CBD)은 환경 문제를 개발 문제와 동일한 정치 의제로 다루었으나, 그 실질은 생물자원의 소유·이용·이익분배를 둘러싼 선진국과 개도국 간의 정치·경제적 타협의 장이었다.[46] 당시 선진국은 생물다양성 손실을 전 지구적 위기로 규정하며 보전 의무를 강화하려 한 반면, 개도국은 자국의 생물자원이 선진국 기업에 의해 이용되면서도 이익이 환류되지 않는 불평등한 구조를 비판하며 '생물자원주권'과 '접근 및 이익공유(ABS)'의 제도화를 요구했다[47]. 이 과정에서 지속가능발전 담론은 선진국의 보전 요구와 개도국의 발전권 및 자원주권을 조화시키는 핵심적인 규범적 징검다리 역할을 수행하였다. 지속가능발전 담론은 CBD의 전문과 본문에 투영되면서, 협약의 근본 구조를 보전, 지속가능한 이용, 공정하고 공평한 이익공유라는 세개의 목표로 정립시켰다. 보전의무는 재정·기술지원과 연계되었으며, 생물자원에 대한 접근은 거래화 되는 것을 통해 CBD내에 경제·자원 패러다임이 구체적으로 제도화되게 된다.

3) 생물다양성: 발전권과 환경보전의 규범적 중재자

선진국 중심의 '보전 의무'와 개도국 중심의 '자원주권(발전권)'이 정면으로 충돌하는 상황에서, 양대 진영의 상충하는 이해관계를 조정하고 타협을 이끌어내기 위한 규범적 중재자로 부상한 개념이 바로'생물다양성(biodiversity)'이다. 1980년대 중반 에드워드 윌슨(E. O. Wilson) 등이 제시하며 정책·과학 담론의 핵심 키워드로 부상한 '생물다양성(biodiversity)'은 단순한 생태학적 용어를 넘어, 정치적·외교적 수용성을 지닌 규범적 중재 개념으로 작동하였다. 이전까지 국제환경법이 다루던 보호 대상은 주로 개별 종(Species)이나 서식지(Habitat) 수준에 머물렀으나, 생물다양성은 이를 ①유전자, ②종, ③생태계라는 3개의 층위로 확장하고 이를 '다양성(diversity)'이라는 하나의 개념으로 묶어냈다. 선진국들은 진화론과 생태학이 입증한 다양성의 기능적 가치, 즉 생태

45) Dialogue Earth, Stockholm Conference: How the first global environment talks contained the shape of things to come, 2022. https://dialogue.earth/en/climate/stockholm-1972-first-global-environment-conference-shape-of-things-to-come/

46) Timothy Swanson, Global Action for Biodiversity: An International Framework for Implementing the Convention on Biological Diversity (Earthscan, 1997), pp. 25–30.

47) Glowka, Lyle et al., A Guide to the Convention on Biological Diversity, IUCN, 1994, p. 9; ; Greiber, Thomas et al., An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing, IUCN, 2012, p. 5; Swanson, Timothy, Global Action for Biodiversity: An International Framework for Implementing the Convention on Biological Diversity, Earthscan, 1997, p. 33; Oberthür, Sebastian & Rosendal, Kristin, Global Governance of Genetic Resources, Routledge, 2014, p. 16; 김현수, 「유전자원 접근 및 이익공유제도의 국제법적 발전」, 『국제법학회논총』 제59집 제1호, 2014, 119면.

계의 안정성과 회복력에 주목하면서 생물다양성은 인류 공동의 생존과 직결된 보편적 관심사로 격상시켰고, 전 지구적 차원의 강력한 보전 의무를 협약에 담아내고자 했다. 반면 개도국들은 생물다양성이 '유전자 수준'까지 포괄한다는 점에 주목하여 이를 자국의 경제적 발전 전략과 결합시켰다. 생물다양성이라는 넓은 개념 덕분에 개도국은 서구 과학과 기업이 독점하던 특허 지위를 상대화하고, 자원의 원천 제공자로서 협상력을 회복할 수 있는 법적 근거를 확보하였다. '생물다양성'이라는 다층적 개념은 선진국의 보전 요구를 수용하는 동시에, 개도국의 자원주권 주장을 법적으로 정당화하는 타협의 장을 제공하였다.

2. 경제·자원 패러다임의 심화에 따른 CBD 정당성 위기 분석

위에서 살펴본 것처럼 CBD는 순수한 생태적 목적에 의해 창설된 조약이 아니라, 탈식민화와 발전권 담론, 선진국의 보전 의제가 충돌·타협하는 과정에서 성립되었으며, 그 타협의 산물로 경제·자원 패러다임이 체제의 핵심 작동 원리로 내재화되었다. 개발도상국의 자원주권과 이익공유에 대한 요구는 일견 정당하며, CBD가 이를 포용한 것은 협약의 보편성 확보에 기여하였다. 그러나 문제는 '지속가능발전'이라는 담론을 매개로 생태적 보전과 경제적 이용이 동등한 목적으로 설정되면서, 경제적인 측면으로 방향이 전도되어 왔다는 점이다. 물론 CBD는 세 목표 간 공식적 위계를 두지 않았다. 그러나 환경협약의 규범적 정체성 상 보전이 제1목적이 되어야 함에도, 의도적 모호성으로 설계된 '세 목표' 구조가 지속가능발전 담론과 결합하면서 실제 운영에서는 경제·자원 논리가 보전 논리를 구조적으로 잠식하는 결과를 낳았다. Jorge E. Viñuales(2026)가 지적한 대로 생물자원의 개발과 이용이라는 '경제적 거래'의 법적 공간은 그대로 인정한 채, 그로 인해 발생하는 부작용인 '생물다양성 손실'만을 억제하려 했기에, 결국 경제 논리가 보전 논리를 압도하는 것을 피할 수 없었던 것이다[48]. 또한 이러한 경제·자원 패러다임은 CBD 체제가 작동하는 방식—누가 협상 테이블에 앉는지, 무엇을 성과로 측정하는지, 생물다양성의 어떤 가치를 규범화하는지—을 영향을 끼쳤고, 이후 의정서와 글로벌 프레임워크를 통해 심화되면서, II장에서 제시한 정당성—절차적·성과적·생태적—에 구조적 균열을 초래하였다.

1) 절차적 위기: 포용적 참여의 형식화와 합의 교착

CBD의 출범은, 그 이전까지 지역별·부문별로 분절되어 있던 생물다양성 관련 규범을 통합하고, 모든 국가가 동등하게 참여하는 생물다양성 관련 최초의 글로벌 환경합의체로서 포용적 절차와 합의 중심주의를 제도화한 사건이었다[49] . 그러나 이러한 양적 포용성의 확대는 협약 체제의 운영 과정에서 점차 절차의 질적 기능 약화라는 문제를 동반하게 되었다[50] . 즉, 합의 자체가 목표

48) Jorge E. Viñuales, International Environmental Law: A Law of Side Effects?, 36 Eur. J. Int'l L. 1065 (2025).

49) Najam, A. (2005). Developing Countries and Global Environmental Governance: From Contestation to Participation to Engagement. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics,* 5(3), 303–321.

50) Fran Humphries, A Circular Bio-Economy Approach to Regulating Genetic Resource Resea

가 되면서 논의가 그 합의를 가장 쉽게 만들어 낼 수 있는 방식으로만 진행되는 '합의 절차의 형식화'가 나타나는 것이다. 금전적 기여는 측정 가능하고, 국가 간 비교와 분담을 용이하게 한다는 점에서 형식화된 협상 절차에 가장 부합하는 이익 유형으로 부상했지만, 연구 협력, 역량 강화, 기술 이전과 같은 비금전적 이익은 장기적이고 관계적이며 맥락 의존적인 성격을 가지므로, 단기간 내 합의를 요구하는 절차 구조 속에서 체계적으로 협상의 중심에서 배제되기 쉽다.

Sergey Sayapin,(2026)이 지적하듯, 이러한 현상은 현대 국제법이 지닌 근본적인 구조적 모순—즉, '비가역적인 생태적 위험(Ecological Risk)'과 '국가 간 합의에 기반한 거버넌스(Consent-Based Governance)' 간의 충돌—을 여실히 보여준다. 사야핀에 따르면 전통적인 국제법 체제는 가시적인 침해와 명확한 인과관계를 전제로 설계되었기 때문에, 당사국들의 '합의'를 도출하는 것만으로 규범적 정당성을 확보할 수 있다고 믿어왔다. 그러나 비가역적이고 예측 불가능한 생태적 위기 상황에서 국가 간 합의에만 의존하는 방식은, 결국 생태적 완전성을 지키기 위한 실질적 조치보다는 당사국들이 수용 가능한 최저 수준의 기술적 타협안에만 머무르는 한계를 낳는다[51]. 결국 참여의 절차는 확대되었으나, 그 참여가 무엇을 위해 존재하는가에 대한 가치적 기준은 점차 희미해지는 가운데, 생물다양성협약의 정당성은 '누가 참여했는가?'의 문제를 넘어, '무엇을 위해 참여하는가?'라는 근본적 질문에 직면하게 되었다.

2) 성과적 위기: 보전 성과의 부재 및 이익공유 분배 구조의 정체

결과적(성과적) 정당성은 제도가 당초 목표했던 문제해결 능력을 실증할 때 획득된다. '보전'과 '이익공유'의 상호 촉진을 기대했던 지속가능발전의 타협은 현재 양측면 모두에서 성과를 내지 못하는 이중의 성과적 위기에 직면해 있다. 아이치 목표(Aichi Targets)의 실패에서 보듯, 구속력 없는 선언적 목표와 경제적 개발 논리에 밀린 보전 정책은 실질적인 생태계 개선을 이끌어내지 못했다. 이러한 다자주의적 환경 규범의 성과 부재는 최근 선진국들이 자국 중심의 일방적 규제(예: EU의 역외적 공급망 실사 및 산림벌채방지법 등)를 통해 지구적 생태발자국을 감축하려는 '행성적 관할권(Planetary Jurisdiction)' 행사의 흐름을 촉발했다[52]. 여기서 '행성적 관할권'이란 기후 변화나 생물 다양성 손실과 같은 지구적 위기에 대응하기 위해 국가가 자국 영토를 넘어 지구 시스템에 미치는 부정적 영향을 규제하는 법적 권한을 의미하며 주로 시장 접근권을 매개로 역외 기업의 환경 책임을 강제하는 형태로 나타난다. 그러나 이는 다자적 합의를 우회하는 일방주의적 조치로서, 기존 CBD 체제가 지향해 온 전 지구적 협력의 정당성을 더욱 약화시키는 역설적 결과를 초래한다.

이와 동시에, CBD 제15조가 명시한 주권 기반 접근 구조는 나고야 의정서(2010)가 제도화한 계약 기반 접근과 결합되면서 실제로는 실질적인 이익공유를 안정적으로 창출하지 못하는 결과를

rch: Rethinking Access and Benefit Sharing, 12 J. L. & BIOSCIENCES lsaf019, 21 (2025)

51) Sergey Sayapin, International Law for a Fragile World: Ecological Risk and the Limits of Consent-Based Governance, Opinio Juris (Mar. 17, 2026), https://opiniojuris.org/2026/03/17/international-law-for-a-fragile-world-ecological-risk-and-the-lim/.

52) Andreas Buser, Exercising Planetary Jurisdiction: On the Legality and Legitimacy of Unilaterally Mitigating Planetary Ecological Footprints, 35 EUR. J. INT'L L. 897 (2024).

낳았다.[53] 분석에 의하면 ABS 제도하에 체결된 계약과 실제 이익공유 사례는 매우 제한적이며, 제공국 다수가 실질적 경제적 이익을 경험하지 못하였다[54]. 나아가 앞서 언급한 선진국의 일방적 환경 규제 강화는, 개도국에게 정당한 보상이나 기술 이전 없이 추가적인 환경적 의무만을 부과하는 '규제적 제국주의(Regulatory Imperialism)'로 작용할 위험이 크다[55]. 결국 다자체제의 이익공유 정체와 일방주의적 규제 강화가 맞물리면서, 남북 간의 구조적 불평등과 분배적 정당성의 위기는 한층 더 심화되고 있다.

3) 생태적 위기: 경제적 가치 환산에 따른 생태적 완전성의 약화

생태적 정당성은 규범이 생태계의 물리적 임계점과 복원력 등 '생태적 완전성'을 기준으로 한다. 자연은 경제적 효용을 제공하기 때문에 보호되는 것이 아니라, 그 자체로 보전의 윤리적 기준을 제공하는 관계적·규범적 실체로 이해된다. 그러나 국제사회에서 생태적 가치에 대한 철학적·윤리적 가치관이 광범위하게 분포하고 있기 때문에, 정치적 중립성을 갖춘 것처럼 보이는 과학적 지식과 지표가 생태적 완전성을 보호하는 수단이 된다. 문제는 이 과학주의적 번역의 한계이다. 국제환경 거버넌스에서 생태적 가치는 IPBES, SBSTTA 등의 과학 자문체계를 통해 "측정 가능한 값(measurable metrics)"으로 변환된 요소만 정책적 설득력을 갖는다. 그러나 생태적 완전성의 핵심은 복잡한 관계성, 불확실성, 회복력 등 본질적으로 비계량적인 특성이며, 이러한 요소는 과학적 모델로 완전히 환원될 수 없다. 그 결과, 생태적 판단은 모델·시나리오·계량지표로 '번역 가능한' 일부 속성만 강조되고, 보전의 윤리적·관계적·총체적 의미는 제도 밖으로 밀려난다. 즉, 과학주의는 생태적 정당성을 "측정 가능성"이라는 기준으로 축소한다.

이 문제의 핵심에는 생태계의 비대체성이 있다. No net loss나 생태적 상쇄(offset)와 같은 현행 보전 메커니즘은 "동등한 생태적 가치를 가진 다른 공간·종으로 손실을 보상할 수 있다"는 전제, 즉 생태계가 경제재처럼 대체 가능하다는 논리 위에 서 있다.[56] 그러나 생태계는 구성 요소의 총량이 아니라 시간이 만들어낸 관계의 총체로, 수십 년에 걸쳐 형성된 토양 미생물 군집, 특정 장소의 생애주기에 맞춰 적응한 종들의 행동 패턴 등은 묘목 몇 그루의 식재로 '상쇄'될 수 없다. 시간이 빚어낸 생태계는 물리적으로 재현 불가능한 역사적 실체이기 때문이다.

이는 무엇보다 조약 해석의 문제이다. Ekardt 등은 문법적·체계적·목적론적·역사적 해석 기법을 적용하여, CBD Article 1이 생물다양성 손실의 중단이라는 법적 구속력 있는 의무를 1993년 협약 발효 시점부터 이미 포함하고 있음을 논증하였다[57]. 동시에 이 문제는 생태적 비가역성을 규

53) Pauchard, N. (2017). Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and Its Protocol: What Can Some Numbers Tell Us about the Effectiveness of the Regulatory Regime? Resources, 6(1), 11.

54) Elisa Morgera, Inter-State Benefit-Sharing from Genetic Resources, in Fair and Equitable Benefit-Sharing in International Law 47, 49, 79 (2024).

55) Andreas Buser, *supra note* 52

56)'순 손실 제로(No net loss)'와 '생태적 상쇄(Offset)' 메커니즘은 1CBD 조약 원문에는 근거 조항이 존재하지 않지만, 조약 발효 이후 당사국 총회(COP)의 결정문과 후속 이행 지침을 통해 사실상 CBD 체제 내의 보전 수단으로 공식화되었다.

57) F. Ekardt et al., Legally Binding and Ambitious Biodiversity Protection Under the CBD, the Global Biodiversity Framework, and Human Rights Law, 35 *Env't Sci.* Eur. 80 (2023)

범적 임계점으로 인정하는 새로운 절차적 기준—예컨대 비가역적 생태 파괴에 대한 입증책임의 전환—을 통해 제도적으로 대응할 수도 있을 것이다.

Ⅳ. 결론

본 연구는 생물다양성협약(CBD)의 효과성 부족 문제를 단순한 국가들의 '이행 실패'나 '기술적 한계'가 아닌, 국제법의 본질적인 '정당성(Legitimacy)' 위기로 규정하여 그 구조적 원인을 추적하였다. 이를 위해 본고는 국제법의 전통적인 절차적·성과적 정당성에 더하여, 생물다양성 분야의 고유한 특수성을 반영한 '생태적 정당성'을 도출하고. 이러한 정당성 기준을 바탕으로 CBD 체제를 분석한 결과, 현재 협약이 직면한 정당성의 균열이 탈식민화와 발전권 담론의 타협 산물인 '경제·자원 패러다임'의 제도화 및 심화에서 기인함을 확인하였다.

CBD의 세부적인 정당성 위기 양상은 절차적 측면에서 당사국 간의 양적 합의 자체가 목표가 되면서 복잡하고 맥락 의존적인 비금전적 이익 공유와 실질적 보전 숙의가 배제되는 합의 절차의 형식화, 성과적 측면에서 생태계 온전성의 지속적 하락과 분배적 형평성의 정체, 생태적 측면에서 경제적 가치 환산에 따른 생태적 완전성의 약화로 정리할 수 있다.

이러한 위기를 극복하고 CBD의 정당성을 회복하기 위해, 본 연구는 본문에서 도출한 '생태적 완전성' 기준을 정당성 판단의 기준으로 도입하고, 생물자원주권의 본질적 의미를 다음과 같이 재정립할 것을 제안한다.

첫째, 생물자원주권은 국가의 절대적·배타적 권리를 넘어 '보전과 관리 책임' 위에 세워진 권리임을 명확히 해야 한다. 국가는 생물다양성을 보전하고 지속가능하게 이용해야 할 국제법적 책임을 지며, 그 책임을 충실히 이행하기 위한 수단으로서 자국 자원에 대한 결정·통제권(주권)을 부여받은 것이다. 국가의 주권적 권리는 생태적 임계점 내에서 보전 책임을 다하는 범위 내에서 행사될 때 비로소 규범적 정당성을 확보할 수 있다.

둘째, 접근 및 이익공유(ABS) 제도를 단순한 '수익 환수'가 아니라, 국가의 '보전 책임을 실천하게 하는 정당한 보상 및 인센티브'로 재정의해야 한다. 즉, 이익공유는 단순한 경제적 거래의 결과물이 아니라, 지구 생태계를 위해 보전 의무를 짊어진 국가들에 대한 정당한 보상이자 보전 활동을 지속하게 하는 규범적 인센티브로 작동해야 한다.

생물다양성 위기는 인류의 생존과 직결된 문제이다. "합의가 곧 정당성"이라는 오래된 공식과 "환경과 개발의 기계적 중재"라는 환상에서 벗어나, 생태적 완전성을 기준으로 삼고 주권과 보전 책임의 유기적 관계를 회복할 때, 생물다양성협약은 비로소 실질적인 효과성과 정당성을 모두 갖춘 국제법으로 기능할 수 있을 것이다.



좌장: 이재민 교수(서울대 법전원)

기후변화 조약의 투명성 제도에 관한 연구

[발표] 강병준 박사(온실가스종합정보센터)

大韓國際法學會

기후변화 조약의 투명성 제도에 관한 연구: ICJ 권고적 의견과의 통합적 해석을 중심으로*

강 병 준**

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 기후변화 조약상 투명성 제도
1. 투명성의 개념 및 의의
2. 파리협정의 강화된 투명성체계
Ⅲ. ICJ 권고적 의견과의 통합적 해석
1. 예방 의무와 투명성
2. 상당주의 행위 기준과 투명성
3. 협력 의무와 투명성
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서론

2025년 7월 '국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 "ICJ")'가 기후변화 관련한 국가의 국제법적 의무를 선언하게 되면서,[1] 기후변화 조약에의 참여 여부와 상관없이 '모든' 국가가 부담해야 하는 국제법적 의무와 원칙이 제시되고 각국의 행동 지침이 재정립될 수 있는 새로운 전환점을 맞이하게 되었다.[2]

ICJ는 '조약'과 '관습법'을 구분하여 조약의 경우에는 '유엔기후변화협약(United Nations

* 본고는 필자의 박사학위논문인 "기후변화 조약의 투명성 제도에 관한 연구" 내용을 일부 참조하여 수정 및 보완한 것이다.

** 기후에너지환경부 온실가스종합정보센터 전문연구원(법학박사)

1) ICJ, *Obligations of States in Respect of Climate Change*, Advisory Opinion (23 July 2025).

2) Simmons & Simmons, "The ICJ's Climate Change Advisory Opinion: A New Era for States" (31 July 2025) 〈https://www.simmons-simmons.com/en/publications/cmdrd1ftn00j0u11oqepyqgop/the-icj-s-climate-change-advisory-opinion-a-new-era-for-states〉 최종검색일: 2025.8.7.

Framework Convention on Climate Change, 이하 "UNFCCC")', 교토의정서, 파리협정을 중심으로, 관습법의 경우에는 '상당주의 의무'를 중심으로 기후변화에 관한 국가의 '법적' 의무가 존재함을 확인하였다. 이는 재판에 참여한 국가, 국가그룹, 국제기구, 전문가 등이 서면 및 구두 진술의 방식으로 제출한 내용을 검토하고, 기존 사법 결정을 통해 확립된 규범의 내용을 재확인할 뿐만 아니라, 기후변화라는 특수한 상황을 고려하여 내려진 결론이다.

조약과 관습법은 국제법의 두 '법원(source of law)'에 해당하는 별개의 존재이지만,[3] 단일한 문제에 관련될 때에는 가능한 양립 가능한 의무를 발생시키는 것으로 해석되어야 한다. 조약은 당사자 간의 관계에서 적용될 수 있는 관련 국제법 규칙을 고려하여 해석되어야 하며,[4] 국제법 규칙에 당연히 관습법이 포함되는바, 조약은 '지배적인' 전체 법체계의 틀 내에서 해석되고 적용되어야 한다.[5] 이러한 조약과 관습법의 관계가 기후변화 맥락에서도 동일하게 적용될 수 있기 때문에,[6] 관습법적 의무가 기후변화 조약의 해석을 위한 지침을 제공할 수 있으며, 조약을 통해 발생한 의무와 그것들을 이행하는 국가 관행이 관습법상 상당주의 의무를 식별하거나 적용하기 위해 필요한 기준을 확립할 수 있다.[7]

이러한 배경 하에 본 연구는 파리협정이 규율하는 다양한 의무 중에서 협정의 이행 현황을 ⅰ) 국제사회에 보고하고, ⅱ) 보고 내용을 기술적으로 검증하며, ⅲ) 당사국 참여 하에 진전을 평가하는 '제13조 투명성'을 중심으로 당사국의 의무 이행에 있어 ICJ 권고적 의견이 어떠한 시사점을 제시하는지를 다루고자 한다. 본 연구의 목적 달성을 위해 첫째, 新기후변화체제로의 발전과 함께 확립된 '강화된 투명성 체계(Enhanced Transparency Framework, 이하 "ETF")'의 주요 내용을 검토한다. 둘째, ICJ가 제시한 기후변화에 관한 국가의 관습법적 의무를 분석한다. 셋째, ICJ 권고적 의견이 파리협정상 투명성 제도의 이행에 가져오는 시사점에 대한 평가를 바탕으로 향후 과제를 제언한다.

Ⅱ. 기후변화 조약상 투명성 제도

1. 투명성의 개념 및 의의

'투명성(transparency)'의 기본적인 정의는 "빛이 투과될 수 있는 성질 또는 사물을 분명하게 볼 수 있도록 하는 특성"이라 할 수 있다.[8] 법학에서 투명성은 사법작용이나 절차법의 영역에서

3) ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment (27 June 1986), para. 178.
4) 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약 (약칭 조약법협약), 1969. 5. 23. 채택, 제31조 제3항 제(c)호.
5) ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion (21 June 1971), para. 53.
6) ICJ, supra note 1, para. 313.
7) ITLOS, *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, Advisory Opinion (21 May 2024), paras. 297-299.
8) 투명성 용어의 어원은 15세기 후반에서 찾아볼 수 있다. 중세 라틴어 "*transparent*"는 '빛이 통과하는(s

‘사법 공개성’ 또는 ‘개방성’과 동의어로 사용되어 왔으며,[9] 현대에 들어서는 ⅰ) 공정성과 법치주의, ⅱ) ‘준수(compliance),’ ⅲ) 체계적 운영, ⅳ) 민주적 정당성 및 책임성을 보장하는 요소로 나타난다.[10]

1972년 스톡홀름 회의 이후 체결된 다수의 ‘다자간환경협약(Multilateral Environmental Agreements, “MEAs”)’은 협약의 목적 및 대상 범위에 따라 활용되는 용어에 차이를 보이지만 일반적으로 ⅰ) 보고, ⅱ) 검토, ⅲ) 참여라는 세 가지 요소를 통해 투명성을 보장하는 제도적 장치를 마련하고 있다. 초기의 협약들은 정보 교환을 촉진하는 단순한 행위 의무를 부과하는 형태가 다수였으나, 점차 보고, 검증, 평가를 포함하는 발전적인 형태를 보인다. 각 요소들은 상호보완적 관계 속에서 조약의 효과적 이행을 보장하는 통합적 체계를 구성한다.[11]

기후변화체제에서 투명성은 기후변화 문제의 본질적인 특성 및 ‘공동의 그러나 차별화된 책임과 각자의 능력(Common But Differentiated Responsibility and Respective Capabilities, 이하 “CBDR-RC”)’ 원칙의 적용 방식에서 비롯된 독특한 제도적 발전을 나타낸다.

첫째, 기후변화 대응 문제는 본질적으로 ‘집단적이고,’ ‘누적적이며,’ ‘복잡한’ 성격을 지닌다.[12] 이러한 문제 제기는 기후변화 관련 ICJ 권고적 의견(2025) 사건에서 당사국이 제출한 서면의견을 통해 확인할 수 있다.[13] 둘째, 기후변화체제의 가장 핵심에 CBDR-RC 원칙이 자리한다. 교토의정서 체제까지는 부속서에 기반한 선진국 및 개도국 간 차별화된 보고 및 검토 의무를 부과하는 형태로 투명성 제도가 구성되었으나, 파리협정 이후에는 좀 더 정교하고 특수화된 접근을 취하게 된다는 점이 특징이다.[14] 교토의정서 체제에서는 선진국과 개도국이 부담하는 의무 간의 차이가

---

hining through)’ 또는 ‘속이 들여다보이는(that can be seen through)’ 것을 의미하는 단어였다. 해당 용어는 “*transparere*”에서 비롯되었는데, 여기서 “*trans*”는 ‘~을 통해서(through),’ “*parere*”는 ‘나타냄(appear)’을 뜻한다. 이후 투명성은 외관과 속을 들여다본다는 개념과 연결되어 왔다. McCarthy, Daniel R, and Matthew Fluck, “The concept of transparency in International Relations: To wards a critical approach,” *European Journal of International Relations*, Vol. 23, Issue 2 (2017), p. 4

9) Peters, Anne, and Thore Neumann, “Transparency,” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2019), para. 2. 칸트는 ‘영구 평화론(Perpetual Peace)’에서 공개되지 않은 규칙이나 행위는 정당성을 획득할 수 없으며, 나아가 윤리적이지도 않다는 점을 강조하였다. 제러미 벤담은 ‘보편 영구 평화 계획(Plan for an Universal and Perpetual Peace)’에서 국가 간 분쟁의 해결은 각국의 대표가 참석한 회의 형태로 진행하되, 그 절차가 전부 공개되어야 하며, 각국이 국제회의에서 제기한 의견이 자국의 관할 내 대중들에게도 전달될 수 있어야 함을 주장하였다. 제임스 밀은 1823년에 집필한 ‘만국법(Law of Nations)에 관한 에세이’에서 국제 재판 절차의 공개성이 대중의 평판을 통한 효과적인 제재, 법관의 책임감 강화, 그리고 도덕적 지식의 확산을 위해 필수적이라고 주장하였다.

10) Ibid., paras. 33-39.

11) Sparks, Tom, and Anne Peters, “Transparency Procedures,” in Rajamani, Lavanya, and Jacqueline Peel (eds.), *The Oxford handbook of international environmental law* (Oxford University Press, 2021), p. 904.

12) Campbell-Duruflé, Christopher, “The Significant Transboundary Harm Prevention Rule and Climate Change: One-Size-Fits-All or One-Size-Fits-None?,” in Mayer, Benoit, and Alexander Zahar (eds.), *Debating Climate Law* (Cambridge University Press, 2021), p. 31.

13) 예컨대 미국은 온실가스 배출과 인간 건강 및 환경에 대한 피해 간의 인과관계는 장기간에 걸쳐 ‘복잡성’을 띠고 있다는 점을, 뉴질랜드는 배출국에 대한 ‘책임 귀속’의 ‘판단 어려움’을, 중국은 기후변화의 ‘역사적이고’ ‘누적적인’ 성격에 따라 초국경적 환경피해에 대한 예방원칙의 법리가 기후변화 맥락에서는 적용될 수 없다는 점을 강조하였다.

14) Bodansky, Daniel, Jutta Brunnée and Lavanya Rajamani, 박덕영 외 역(譯), 『국제기후변화법제』 (박영사, 2018), p. 509.

형식적으로, 그리고 실질적으로도 명료하게 드러났다. 보고 항목, 내용 및 범위, 시점 및 주기, 검토 방식 등 가능한 선진국과 개도국 간 의무를 구분하기 위해 노력한 흔적이 발견되며, 정량화된 감축목표를 명시한 교토의정서에 따라 선진국만을 대상으로 정보 보고 요건을 강화하고 검토 요건을 신설하는 등 더욱 차별적인 형태로 투명성 제도가 발전되었다.

[표 1] 교토의정서 체제하 부속서-비부속서 당사국 간 이분화된 투명성 제도 개요

구분		부속서 I 당사국	비부속서 I 당사국
보고	대상	• 협약 의무 이행을 위해 당사국이 취하거나 계획 중인 조치에 관한 일반적 설명 • 온실가스 배출·흡수량에 관한 국가 통계	
	형태	• 국가보고서(NC) • 국가 온실가스 통계 보고서(NIR)	• 국가보고서(NC)
	주기	• NC : 4년 / NIR : 1년	• NC : 4년
	내용	• (목적) 철저한 검토 및 협약 이행의 평가를 통해 목표 달성 진전 추적 • (기준) 투명성, 일관성, 비교가능성, 정확성, 완전성(이하 TACCC 원칙)	• (목적) 협약에 따른 보고 이행을 위해 필요한 지원 식별 • (기준) 유연성, 특별한 여건 고려, TACCC(원칙X, 장려사항)
검토	주체	• 전문가검토팀(ERT)	• 전문가자문그룹(CGE)
	내용	• (의미) 협약상 의무 이행에 대한 철저하고 포괄적인 기술적 평가 • (목적) COP이 정확하고 일관되며 관련성 있는 정보를 이용하여 제 역할*을 다할 수 있도록 보장 * 당사국 의무 검토, 약속의 적절성 검토, 협약 이행 진전 평가, 협약 하 제도적 장치 검토 등 • (기준) 촉진성, 비대립성, 개방성, 투명성	• (의미) 협약 제12조 이행 촉진을 위해 경험 공유 및 보고서 작성 지원 • (역할) 정보 공유 및 상호 교류 촉진, NC 준비에 필요한 지원 요소 식별, 보고지침 준수 여부 고려 • (기준) 적절*성 * 지침 준수 여부가 적절했는지

출처: UNFCCC, 교토의정서 및 당사국총회 결정문을 기반으로 저자 작성

2. 파리협정의 강화된 투명성체계

파리협정은 기존보다 더욱 보편적이고 강화된 투명성 제도로의 발전을 나타낸다. 모든 당사국은 i) '공통의' 보고 항목, ii) '동일한' 보고 시점 및 주기, iii) 검토 및 참여에 대한 강력하고 '단일한' 절차상의 의무를 부담하되, 역량이 부족한 국가의 여건을 고려하여 '유연성'을 부여하고, 투명성 의무 이행을 위한 지원을 강조하고 있는 점이 특징이다. 개도국 각국이 상이한 여건 하에서 유연성 적용 여부를 스스로 결정할 수 있도록 한다는 점에서 자기결정성에 기초한 목표 수립 의무를 부담하는 '국가 온실가스 감축목표(Nationally Determined Contribution, 이하 "NDC")'와 맥락을 같이 한다.[15]

15) Weikmans, Romain, Harro van Asselt and J. Timmons Roberts, "Transparency requirements under the Paris Agreement and their (un) likely impact on strengthening the ambition of nationally determined contributions (NDCs)," *Climate Policy*, Vol. 20, Issue 4 (2020), p. 8.

1) 정보의 보고

먼저 선진국 및 개도국 구분 없이 파리협정의 '모든 당사국(each Party)'은 ⅰ) 온실가스 통계 정보 및 ⅱ) 협정 제4조에 따른 NDC 진전 추적에 필요한 정보를 의무적으로(shall) 보고하여야 한다.[16] 이에 따라 모든 당사국은 '기후변화에 관한 정부간 협의체(Intergovernmental Panel on Climate Change, 이하 "IPCC")' 및 당사국총회에서 합의되는 국제기준을 사용하여 온실가스 배출·흡수량 통계를 작성하고 NDC의 이행 및 달성 진전을 추적하는데 필요한 정보를 제출하게 된다. 이는 기존 교토의정서 체제와 비교할 때 개도국의 보고 의무가 상당히 강화되고,[17] 엄격해졌음을 나타내며,[18] 개도국을 포함한 모든 당사국의 온실가스 배출 통계에 대한 데이터를 구축하고 각국의 감축 현황을 종합적으로 비교해볼 수 있는 기반이 된다. 이러한 공통의 보고 의무 하에서 개도국이 보고의 범위, 빈도 및 상세 수준과 관련하여 유연성을 적용할 수 있는 범위는 후속 이행규칙 협상을 통해 결정하게 된다.[19]

다음으로 협정 제7조에 따른 기후변화 적응 정보는 보고가 '권고(should)'된다.[20] 이는 협정 제4조가 NDC를 준비하고 제출할 구체적인 의무를 부과하고 있는 것과 대조적으로 제7조는 적응에 대한 일반적이고 약한 의무를 나타내는 표현을 사용하고 있다는 점을 반영한 결과이다.[21] 협정 제9조 내지 제11조에 따른 재정, 기술개발 및 이전, 역량배양에 관한 개도국 지원 정보는 선진국에게 있어 의무(shall) 제출사항이며, '기타 당사국은(other Parties)' 보고가 권고된다(should).[22] 개도국은 지원의 제공 및 필요에 대한 정보를 제출할 것이 권고된다(should).[23] 비록 기타 당사국 및 개도국에게 지원 관련 정보 제출이 의무사항으로 규정된 것은 아니지만, 기존 교토의정서 하에서 제출 여부가 재량이었던 정보를 2년 주기로 제출하도록 권고하게 된 것은 보고 요건이 강화된 것을 나타내는 것이다.[24]

2) 검토 및 참여

당사국이 보고한 정보는 기술적 성격의 검토와 정책적 성격의 평가 내지 고려로 이어지는 2단계 절차를 거치게 된다. 첫 번째 절차는 당사국이 제공한 지원과 NDC 이행·달성을 고려하는 '기술전문가검토(Technical Expert Review, 이하 "TER")'이다.[25] 의무 보고 대상인 ⅰ) 온실가스

16) 파리협정, 2015. 12. 12. 채택, 제13조 제7항.
17) van Deursen, Max, and Aarti Gupta, "Is enhanced transparency the "Backbone" of the Paris Agreement? A critical assessment," *Transnational Environmental Law*, Vol. 14, Issue 1 (2024), p. 16.
18) Weikmans, Romain, Harro van Asselt and J. Timmons Roberts, supra note 15, p. 6.
19) UNFCCC, Decision 1/CP.21, "Adoption of the Paris Agreement," FCCC/CP/2015/10/Add.1 (29 January 2016), para. 89.
20) 파리협정, 제13조 제8항.
21) Klein, Daniel, et al. (eds.), *The Paris Agreement on climate change: Analysis and commentary* (Oxford University Press, 2017), p. 309.
22) 파리협정, 제13조 제9항.
23) Ibid., 제13조 제10항.
24) Weikmans, Romain, Harro van Asselt and J. Timmons Roberts, supra note 15, p. 7.
25) 파리협정, 제13조 제12항 제1문.

통계 정보, ii) NDC 진전 추적에 필요한 정보, 그리고 iii) 선진국의 개도국 지원 정보에 대하여 TER이 의무적으로 수행되어야 한다.[26] '검토'가 의미하는 바는 2가지로, 하나는 협정 이행규칙과의 합치성을 검토하는 것이고, 또 다른 하나는 보고 개선 분야를 식별하는 것이다.[27] 검토는 개도국 각국의 능력 및 여건에 특별한 주의를 기울여야 하며,[28] 특히 역량배양 필요사항의 식별 지원을 포함하여야 한다.[29] TER은 당사국들이 자국의 역량과 여건을 고려해 가능한 정확한 정보를 제공하고 있음을 확인함으로써 투명성과 명확성을 제고하고, 시간이 지남에 따라 정보의 품질이 향상되고 있다는 점에 대한 신뢰를 구축하는 장치로 기대된다.[30]

두 번째 절차는 협정 제9조에 따른 재정 지원 노력 및 NDC 이행·달성에 관한 '촉진적다자고려(Facilitative Multilateral Consideration of Progress, 이하 "FMCP")'이다. FMCP는 당사국 간 노력의 비교가능성을 평가하고, 상호 학습을 통해 협정의 이행 능력을 제고할 수 있는 기회를 제공할 것으로 기대된다.

26) Ibid., 제13조 제11항 제1문.
27) Ibid., 제13조 제12항 제2문.
28) Ibid., 제13조 제12항 제3문.
29) Ibid., 제13조 제11항 제2문.
30) Klein, Daniel, et al., supra note 21, p. 311.

[표 2] 파리 신기후변화 체제하 강화된 투명성체계 개요

구분		선진국 및 기타 당사국	개도국 당사국
보고	대상	• 온실가스 배출·흡수량 통계 • NDC 이행·달성 진전 추적에 필요한 정보 • 기후변화 영향 및 적응 정보	
		• 지원 제공·조성 정보	• 지원 수혜·필요 정보
	형태	• 국가보고서(NC) • 격년투명성보고서(BTR) • 국가 온실가스 통계 보고서(NIR*) * 협약 하 의무 지속	• 국가보고서(NC) • 격년투명성보고서(BTR)
	주기	• NC : 4년 / NIR : 1년 / BTR : 2년	• NC : 4년 / BTR : 2년
	내용	• (통계) ⅰ) 온실가스 통계의 원칙(TACCC), ⅱ) 통계 준비, 배출·흡수량 산정, 검증 및 보고를 위해 필요한 기본 요소, ⅲ) 개도국 유연성 적용가능 요소 등 • (NDC) ⅰ) 국가 여건 및 제도, ⅱ) NDC 설명, ⅲ) NDC 이행·달성 진전 추적에 필요한 정보, ⅳ) 감축정책 및 조치, ⅴ) 온실가스 배출·흡수량 전망 등 • (적응) ⅰ) 국가 여건 및 제도, ⅱ) 기후변화 영향 및 리스크, ⅲ) 기후변화 적응 전략, ⅳ) 적응 이행 진전, ⅴ) 손실과 피해 정보 등 • (지원) ⅰ) 국가 여건 및 제도 체계, ⅱ) 지원 관련 기본 가정, 정의 및 방법론, ⅲ) 재정·기술·역량배양 관련 세부 정보 등	
검토	주체	• 기술전문가검토팀(TER팀)	
	기준	• (원칙) 개도국의 개별 국가적 역량 및 상황에 특히 주의를 기울여야 하며, 촉진적이고 비침해적이며 비징벌적인 방식으로 당사국 주권을 존중하고 당사국에게 지나친 부담을 부여하는 것을 방지하는 방식으로 이행 • (금지사항) ⅰ) 정치적 판단, ⅱ) 당사국 NDC의 적절성 또는 타당성에 대한 검토, ⅲ) 당사국 국내 행동에 대한 적절성 검토, ⅳ) 당사국의 지원 제공에 대한 적절성 검토, ⅴ) 개도국의 유연성 적용 결정에 대한 검토	
	범위	• (검토) 보고 의무 대상인 ⅰ) 온실가스 통계, ⅱ) NDC 진전 추적 정보, ⅲ) 선진국의 개도국 지원 정보에 대한 MPGs와의 '합치성(consistency)' 검토 • (고려) '검토'에서 한 단계 더 나아가 당사국의 ⅰ) NDC 이행 및 달성과 ⅱ) 개도국 지원에 대한 '결론'을 제시 • (식별) 투명성 의무 이행과 관련한 당사국의 개선 분야를 확인 • (지원)은 유연성이 필요한 개도국에 대하여 역량배양 수요 식별을 지원	
	역할	• (당사국) TER팀 및 사무국과 '협력'하여야 하며, 모든 질의사항에 답변하고 TER 최종 보고서에 대한 의견 및 추가적인 명확화 정보를 적시에 제공하기 위해 '모든 합리적인 노력(every reasonable effort)'을 다하여야 함(shall). • (TER팀) 국가 및 특정한 단체를 대표해서는 아니 되고 개인 자격으로 검토에 임하여야 하고, MPGs를 준수할 것이 특히 강조	
참여	의미	• 당사국에게 NDC 이행에서 이룬 진전에 대한 개요를 제시하고 설명할 기회를 제공, 타 당사국들에게는 질의를 통해 공개적으로 토의할 수 있는 기회를 제공	
	범위	• 파리협정 제9조에 따른 당사국의 재정 지원 제공, NDC 이행·달성 관련 노력 • (대상) ⅰ) BTR*(온실가스 통계, NDC 이행·달성 진전 추적, 지원 정보), ⅱ) TER 검토보고서, ⅲ) 당사국이 제공한 추가 정보 * 기후변화 적응 정보 제외	
	절차	• (서면 질의) 타 당사국이 대상국에게 서면 질의를 제출하면 대상국은 실무그룹 세션 1개월 전까지 '최선의 노력(best efforts)'을 다하여 답변 제출 • (실무그룹 세션) 모든 당사국*이 참석하는 SB 회기 중 대상국의 발표와 현장 질의 및 토의로 진행 * 옵저버 기구에게도 개방되고, 실시간 온라인 송출을 통해 누구라도 공개적으로 접근 가능해야 함	

출처: 파리협정 및 당사국총회 결정문을 기반으로 저자 작성

강화된 투명성체계는 협정 의무 이행의 책임성을 담보하는 주요 기제로 자리한다. 협정은 당사국이 자발적으로 설정한 감축목표에 대한 법적 구속력을 부과하는 대신 제13조 내지 제15조에 일련의 조항을 마련하여 협정 의무를 잘 이행하고 있는지 점검하고, 집단적 진전에 대한 평가를 통해, 종국적으로는 책임성을 제고할 수 있도록 한다.[31] 이 때 제13조 투명성은 정보의 보고, 기술적 검토, 진전에 대한 동료 검토를 바탕으로 '전 지구적 진전 평가'와 '이행촉진 및 준수 증진'의 순환 구조로 이어지는 당사국의 조약상 의무 이행의 책임을 담보하는 핵심적인 연결고리 역할을 하게 된다.[32]

또한 투명성체계는 협정의 근간 또는 '척추(backbone)'로서 신뢰, 책임성, 더 큰 기후행동을 촉진하는 핵심을 구성할 것으로 여겨지는데,[33] 특히 NDC의 자발성을 고려할 때 중요한 역할을 수행할 것으로 기대된다.[34] 감축목표 수준의 결정에 있어서는 자율성이 존중되지만, NDC 준비에 있어 '명확성(clarity),' '투명성(transparency),' '이해(understanding)'를 위해 정형화된 정보를 제시할 것이 요구되고, NDC 산정에 있어서는 TACCC 원칙과 함께 환경건전성의 증진 및 이중계산의 방지에 대한 보장을 포함하도록 하여, NDC 수립, 이행 및 진전현황이 명확하고 투명하게 공개된다.[35] 당사국의 감축실적 정보가 투명하게 공개되면, 목표 달성에 실패하는 국가들에게 압력을 가하는 데 사용될 수 있다.[36] 결과적으로 NDC 이행에 대한 정기적인 보고는 국내 정책을 효과적으로 개선하고, 더 야심찬 목표를 채택하도록 할 수 있는 요인이 된다.[37]

---

31) Bodansky, Daniel, "The Paris climate change agreement: a new hope?," *American Journal of International Law*, Vol. 110, Issue 2 (2016), p. 311.

32) Klein, Daniel, et al., supra note 21, p. 320. 파리협정은 국제적으로 합의된 '집단적 목표'에 대한 각국의 기여를 당사국이 자율적으로 결정할 수 있도록 하는바, 핵심 과제는 당사국으로부터 높은 수준의 의욕을 이끌어내는 데 있다. 이에 따라 마련된 제14조 GST는 각국이 ⅰ) 목표 달성에 있어 어느 정도의 집단적 수준에 도달하였는지, ⅱ) 목표 달성을 위해 집단적으로 무엇이 필요한지, ⅲ) 국가 및 국제적 차원에서 조치를 어떻게 강화할 수 있을지를 파악하고, 더 강화된 조치를 취할 수 있는 동기를 부여받을 수 있도록 한다. 이 때 각국이 감축, 적응, 지원과 관련하여 제공한 정보는 협정의 목적 및 목표 달성에의 집단적 진전을 평가하기 위한 주요 요소로 고려될 수 있다.

33) van Asselt, Harro, and Kati Kulovesi, "Article 13: Enhanced Transparency Framework for Action and Support," in Van Calster, Geert, and Leonie Reins (eds), *A Commentary on the Paris Agreement on Climate Change* (Edward Elgar, 2021), p. 304.

34) van Deursen, Max, and Aarti Gupta, supra note 17, p. 2.

35) 파리협정, 제4조 제8항, 제13항.

36) Gupta, Aarti, and Harro van Asselt, "Transparency in Multilateral Climate Politics: Furtheri ng (or Distracting from) Accountability?," *Regulation & Governance*, Vol. 13, Issue 1 (2019), p. 31.

37) Weikmans, Romain, Harro van Asselt and J. Timmons Roberts, supra note 15, p. 12. 투명성이 감축목표 상향을 실제로 이끌어낸 사례는 멀지 않은 곳에서 찾을 수 있다. 우리나라는 2030 NDC로 2018년 총배출량(727.6$MtCO_2eq$) 대비 40% 감축이라는 목표를 내세웠지만, 이후 BTR을 준비하는 과정에서 과거 온실가스 배출량의 계산을 위해 최신 방법론인 2006 IPCC 지침을 사용하고 정확도를 갖춘 과거 배출량에 기반한 2040년까지의 배출 전망 시나리오를 개발한 결과, 현행 2030 NDC가 제시하는 감축 수준으로는 탄소중립으로 향하는 여정이 쉽지 않을 것이라는 점을 발견하였다. 이에 2035 NDC 수립 과정에서는 이해관계자의 의견을 적극 수렴하여 2018년 순배출량(742.3$MtCO_2eq$) 대비 53%~61% 감축이라는 보다 도전적인 목표를 설정하게 된다.

Ⅲ. ICJ 권고적 의견과의 통합적 해석

ICJ는 인위적 온실가스 배출로부터 기후 및 환경의 보호를 보장할 국가의 관습법적 의무가 있다는 의견을 만장일치로 다음과 같이 밝혔다.[38]

> "(a) 국가는 공동의 그러나 차별화된 책임과 각자의 능력에 따라 상당주의를 가지고 행동함으로써 환경에 대한 상당한 피해를 예방할 의무가 있으며, 자신의 관할권 또는 통제 내에서 수행되는 활동이 기후 및 환경에 상당한 피해를 초래하지 않도록 예방하기 위해 이용 가능한 모든 수단을 사용할 의무가 있다;
> (b) 국가는 기후 및 환경에 대한 상당한 피해를 예방하기 위해 신의 성실하게 서로 협력할 의무가 있으며, 이는 그러한 피해를 예방하기 위한 조치를 취할 때 국가들의 지속적이고 연속적인 형태의 협력을 요구한다;"

재판부는 국가의 관습법적 의무로 상당주의 의무가 존재하며, 의무의 구체적인 형태가 '예방' 및 '협력'으로 나타남을 밝혔다. 또한, 상당한 피해를 예방하기 위해 이용 가능한 모든 수단을 사용하였는지를 평가하기 위해 '적절성'을 기준으로 설정하고, 적절성에 부합하는지를 결정할 수 있는 요소로서 '과학·기술 정보,' '관련 국제기준' 'CBDR-RC,' '사전주의,' '절차적 의무' 등을 제시하였다. 이러한 요소들은 파리협정 당사국이 투명성 의무를 이행함에 있어서도 고려될 수 있는 일정한 기준을 나타내는 것으로, 협정 및 이행규칙에 따라 마련된 투명성 제도의 적용 및 해석에 있어 어떠한 시사점을 제시하는지를 살펴보고자 한다.

1. 예방 의무와 투명성

ICJ 권고적 의견에 따르면, 기후 체계는 환경의 필수적인 부분으로서 현재와 미래 세대를 위해 보호되어야 하며, 환경에 대한 상당한 피해를 예방할 의무가 이에 적용된다.[39] 재판부는 환경 피해의 위험이 여러 국가 및 민간의 행위가 누적되어 발생할 수 있으며, 각 활동이 단독으로는 중

38) ICJ, supra note 1, para. 457. 원문은 다음과 같다:
"…B. Unanimously,
Is of the opinion that customary international law sets forth obligations for States to ensure the protection of the climate system and other parts of the environment from anthropogenic greenhouse gas emissions. These obligations include the following:
(a) States have a duty to prevent significant harm to the environment by acting with due diligence and to use all means at their disposal to prevent activities carried out within their jurisdiction or control from causing significant harm to the climate system and other parts of the environment, in accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities;
(b) States have a duty to co-operate with each other in good faith to prevent significant harm to the climate system and other parts of the environment, which requires sustained and continuous forms of co-operation by States when taking measures to prevent such harm;…"

39) Ibid., para. 273.

요하지 않더라도 다른 활동들과 결합되어 상당한 영향을 미칠 수 있음을 확인했다.[40] 개별국의 역사·현재적 기여도가 다르고 특정 국가의 책임을 구분하기 어렵더라도, 모든 국가는 자국의 행위와 관할 내 활동의 누적적 효과를 평가해야 하며, 시간에 따른 온실가스 배출의 총합이 기후에 상당한 피해 위험을 만들므로 국가 간 협력적 대응이 필요함을 강조했다. 또한 기후변화로 인한 피해나 위험은 각 상황에서 '구체적으로(*in concreto*)' 평가되어야 한다.[41]

우선 ICJ가 기후변화 대응에 있어 모든 국가의 예방 의무가 존재한다는 점을 '법적 문제'로 이해하였다는 점에 주목할 필요가 있다.[42] 기후 위기는 환경, 경제, 윤리 등 다양한 영역에서 논할 수 있는 문제임에도 불구하고,[43] 정치적 합의나 정책적 지향에 머무르게 하지 않고 조약법 및 관습법의 규범적 언어로 구체화했다는 점에서 큰 의미가 있다.[44] ICJ가 명확히 제시한 법원칙은 국제법의 일부로서 구속력이 있으며. 이러한 법원칙은 각국의 국내법원 및 여타 국제법원에서 적용될 가능성이 높다.[45]

ICJ 권고적 의견에 따라 모든 국가는 자국의 행위와 관할 내 활동이 기후변화에 미치는 누적적 효과를 평가할 의무를 부담하게 되었는데,[46] 이는 과거 교토의정서 체제에서와 달리 파리협정에서 '모든 당사국'에게 매 2년마다 최신연도에 대한 온실가스 배출량 통계 보고를 요구하게 된 것과 맥락을 같이 한다.[47] ETF 제도의 구상 당시에 상당한 대립이 있었지만, 결국 선진국과 개도국을 구분하지 않고 '공통된' 체계 하에서 통일적 접근법에 따라 온실가스 배출 통계를 보고하도록 체계가 구축된 것이 결과적으로는 국가의 관습법상 예방 의무 이행을 보다 확실하게 평가할 수 있는 근거로 활용될 수 있게 되었다.[48]

---

40) Ibid., para. 276. 이는 'ITLOS 권고적 의견(2024)'의 주요 결정사항을 인용한 것으로, 그러한 상황에서 특정 국가의 책임 몫을 식별하기 어렵지만, 국가는 자신의 행위와 관할 하의 계획된 활동의 누적적 효과를 평가해야 한다. ITLOS, supra note 7, para. 365.

41) Ibid., para. 278.

42) 참고로 ICJ는 '법적 문제'를 넓게 해석하는 태도를 보여 왔다. 법적 성격이 불명확하다는 이유로 관할권을 배제하는 것보다는 명확한 해석을 통해 그 뜻을 밝혀내는 것의 중요성을 인정해온 것이다. ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion (9 July 2004), para. 38; ICJ, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion (19 July 2024), para. 29.

43) Bodansky, Daniel, Jutta Brunnée and Lavanya Rajamani, *International climate change law* (Oxford University Press, 2017), pp. 4-10.

44) 이주형, "국제사법재판소(ICJ), '기후변화 관련 국가 의무에 대한 권고적 의견' 채택, 기후 위기, 환경·인권·통상·투자 아우르는 법질서 형성의 새 분수령 될 것," 〈https://tongsangnews.kr/webzine/20250909/2025090980052.html〉 최종검색일: 2025.10.19.

45) 박병도, "국제사법재판소의 기후변화와 관련한 국가의무에 대한 권고적 의견: 국제법적 의의와 시사점," 『국제법 현안 Brief,』 제3호 (2025), p. 6.

46) ICJ, supra note 1, para. 276.

47) UNFCCC, Decision 18/CMA.1, "Modalities, procedures and guidelines for the transparency framework for action and support referred to in Article 13 of the Paris Agreement," FCCC/PA/CMA/2018/3/Add.2 (19 March 2019), Annex, para. 58.

48) Shapovalova, Daria, "Constituent Norms of the Enhanced Transparency Framework," in Zahar, Alexander (eds.), *Research Handbook on the Law of the Paris Agreement* (Edward Elgar Publishing, 2024), p. 276.

2. 상당주의 행위 기준과 투명성

재판부는 예방 의무에 부합하기 위해 국가에게 요구되는 행위 기준으로서의 '상당주의(due diligence)'를 제시한다. 상당한 피해를 예방하기 위하여 "이용 가능한(at their disposal) 모든 수단(all means)을 사용할 의무"를 이행했는지를 평가하기 위해 ⅰ) '적절성'을 기준으로 설정하고, 이러한 적절성에 부합하는지를 결정할 수 있는 참고요소로서 ⅱ) '과학·기술 정보' 및 '관련 국제기준,' ⅲ) 기후변화 조약에서 특히 강조하고 있는 국제환경법상 기본 원칙인 'CBDR-RC' 및 '사전주의,' 그리고 ⅳ) 절차적 의무에 해당하는 '환경영향평가,' '통지' 및 '협의'를 제시하였다.

1) 행위기준으로서의 '적절성'

ICJ 권고적 의견에 따르면, 국가는 자국 관할 내 활동이 타국 환경에 중대한 피해를 주지 않도록 '이용 가능한 모든 수단'을 동원해야 하며, 이는 규제체계의 구축·실행과 높은 정도의 '감시(vigilance)'를 포함한다.[49] 기후변화 맥락에서는 감축뿐 아니라 적응 조치도 상당주의 이행 평가에 포함되며, 공공·민간 주체 모두에 대한 규제와 효과적 집행·모니터링이 요구된다.[50]

이는 곧 국가들이 감축 및 적응으로 대표되는 기후행동을 이행함에 있어 투명성의 역할이 강조되어야 함을 의미한다. '감시'의 필요성은 접근성과 공개성을 보장하고 이해관계자의 '엄격한 감시' 하에 공정한 사법 절차가 진행되어야 한다는 '제임스 밀'의 사상을 뒷받침한다.[51] 파리협정은 각 당사국이 온실가스 통계, NDC 이행, 기후변화 적응, 개도국 지원과 관련된 국가의 여건 및 법·제도적 정보를 보고하도록 하여, 국내적 차원에서 기후변화 대응에 필요한 국가 시스템이 효율적으로 기능하는지 확인하도록 하고, 기술검토 및 동료 평가 참여를 통해 이행 노력을 검증하는 절차를 마련하여 다른 MEAs 체제에 비하여 보다 높은 수준의 국제적인 차원의 '감시'체계를 구축하고 있다. 민간의 '기밀 정보'가 관련된 경우에도 최소한 어떠한 배출원이 영향을 받는지를 정확히 밝힐 것을 요구하는 등,[52] 공공뿐만 아니라 민간을 대상으로도 감시체계가 작동된다. 이를 통해 국제사회는 공공 및 민간 운영자의 행위를 규제하고 그 이행을 보장하기 위한 효과적인 집행 및 모니터링이 이루어지고 있는지를 적절히 판단할 수 있다.

2) 과학·기술 정보 및 관련 국제기준

ICJ 권고적 의견에 따르면, IPCC 보고서가 제시하는 최신 과학·기술 정보는 기후변화 맥락에서 요구되는 상당주의 기준의 정도를 정하는 핵심 근거가 된다.[53] 과학 및 기술에 접근할 수 있는

49) ICJ, supra note 1, para. 101.
50) Ibid., para. 282.
51) Mill, James, *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press and Law of Nations* (J. Innes, 1823), p. 29. '접근성(accessibility)'과 '공개성(publicity)'을 확보할 수 있는 곳에 국제법원을 위치시키고, 이해관계자들의 엄격한 '감시(vigilant eyes)' 하에 재판이 이루어진다면 모든 국가가 공정한 사법 절차를 신뢰하고 법원의 바람직한 사법 서비스를 기대할 수 있다.
52) UNFCCC, supra note 47, Annex, para. 31(e).
53) 재판부는 기후변화에 대한 과학적 연구가 발견되는 증거로 IPCC 보고서를 제시하였다. IPCC 보고서는

역량이 국가마다 상이하다는 점이 상당주의 기준을 충족하였는지 여부를 판단함에 있어 고려된다.[54] '현재의 기준'은 조약 및 관습법뿐만 아니라 COP 결정문이나 기술지침 등에서 도출될 수 있다.[55]

파리협정에 따라 구축된 투명성 제도는 과학·기술 정보 및 관련 국제기준에 대한 ICJ 권고적 의견과 맥락을 같이 한다. 이를 가장 잘 반영하고 있는 항목은 파리협정 이행규칙 중 온실가스 배출·흡수량 통계의 보고에 대한 부분이다. 과거 교토의정서 체제 하에서는 이분화된 투명성 제도에 따라, 선진국에게는 최신 방법론이 담긴 2006 IPCC 지침을, 개도국에게는 여전히 과거부터 사용되어 온 1996 IPCC 지침을 사용하여 온실가스 통계를 보고할 것이 요구되어 왔다. 그러나 파리협정은 2006 IPCC 지침을 최소한의 통계 기준으로 삼아 모든 국가들이 공통적으로 따를 것을 의무사항으로 요구하며,[56] 최신의 방법론을 사용하여 주요 배출원을 권장되는 방법으로 산정하기 위한 노력을 다할 것을 권고한다.[57] 국가 여건 및 역량에 따라 최신 방법론을 활용하는데 어려움이 있는 국가에게는 유연성을 적용할 수 있도록 하여 의무 위반으로 보지 아니한다. 또한, '전문가자문그룹(Consultative Group of Experts, "CGE")'를 활용하여 개도국이 최신의 과학 및 기술을 활용하여 강화된 투명성 의무를 이행할 수 있도록 기술 협력 및 지식 공유 차원에서의 역량배양 지원을 지속적으로 추구한다.

3) CBDR-RC 및 사전주의 원칙

ICJ는 CBDR-RC 원칙에 따라 국가의 상당주의 기준이 차등화된다고 보았다.[58] 역사적 책임이 크고 자원이 풍부하며 능력이 있는 국가에게 더 엄격한 조치와 높은 주의 수준이 요구된다. 다만 단순히 선진국과 개도국 간의 구별을 통해 요구되는 주의 기준이 결정되어서는 아니 되며,[59] 능력이 부족한 국가의 경우에도 자국의 능력과 가용 자원에 따라 기후·환경을 보호하기 위해 이용 가능한 모든 수단을 취해야 한다.[60]

즉, ICJ는 CBDR-RC 원칙을 해석함에 있어 UNFCCC에 따른 부속서 구분 내지 파리협정에 따른 선진국/개도국 구분에 구속되지 아니하고, 각국이 능력과 여건에 맞추어 각자 할 수 있는 최선을 다해 행동하여야 함을 기준으로 제시한다. 이러한 해석에 따르게 되면, 유연성을 적용할 수 있는 국가를 개도국으로 제한하도록 규정한 파리협정 이행규칙의 개선 필요성을 생각해볼 필요가 있다. 능력이 부족한 국가에게도 자국의 능력과 가용 자원에 따라 이용 가능한 모든 수단을 취하였는지를 충분히 설명할 수 있는 기회가 보장될 필요가 있다.

파리협정 이행규칙은 TER을 통해 당사국이 유연성 없이 특정 조항을 이행할 수 있는 능력을 보유하였는지 여부를 직접적으로 검토하는 것을 금지하고 있기 때문에,[61] 이와 상충되지 않는 방

발간 당시의 기후변화에 대한 최선의 이용가능한 과학의 포괄적이고 권위 있는 결과를 포함한다.

54) ICJ, supra note 1, para. 283.
55) Ibid., para. 287.
56) UNFCCC, supra note 47, Annex, para. 20.
57) Ibid., para. 21.
58) Ibid., para. 290.
59) ICJ, supra note 1, para. 292.
60) Ibid., para. 291.

향으로 규정을 개선할 수 있는 방안은 크게 2가지 형태로 보인다. 첫째, 역량을 가진 국가들이 유연성을 사용할 수 없도록 하는 장치로써 유연성을 활용한 당사국이 유연성 적용에 대한 '사유'를 제시하도록 하는 것이다.[62] 둘째, 당사국이 그러한 사유를 밝히지 않은 채 지속적으로 MPGs에 따른 보고 의무를 준수하지 않는 경우, 이를 '중대하고 지속적인 MPGs 불합치'로 판단하여 이행준수위원회에서 기존에 '당사국 동의하에' '재량(may)'에 따라 행하는 '촉진적 고려' 절차를 '직권' 방식의 '권고사항(should)'으로 강화하는 방안을 고민해보는 것이다. 이러한 접근을 통해 파리협정의 틀 내에서 당사국의 여건 및 역량을 고려하는 CBDR-RC 원칙을 준수함과 동시에, 각국이 이용 가능한 모든 조치를 취하도록 하는 상당주의 행위 기준 간의 균형을 모색할 수 있다는 생각이다.

다음으로 사전주의 원칙과 관련하여 ICJ는 모든 국가들이 과학적 불확실성이 있는 경우라 하더라도 예방적 조치를 취하는 것을 금지하거나 지연해서는 아니 된다고 판단하였는데,[63] 이러한 의견은 파리협정 이행규칙에서 당사국에게 가까운 미래의 온실가스 배출·흡수량 전망치를 보고하도록 요구하는 것과 부합한다. 당사국은 최신 배출량 통계 보고년도로부터 15년 이후까지의 배출·흡수량 전망치를 '의무적으로' 보고하여 미래에 나타날 기후위기의 위험을 미리 평가할 수 있어야 한다.[64] 이는 파리협정의 목표인 1.5℃ 온도 상승 억제를 위해 2050년까지 전 세계적으로 '탄소중립(Net-Zero)'을 달성해야 하며 2030년까지 온실가스 배출량을 2010년 대비 45%이상 감축해야 한다는 IPCC의 과학적 근거에 따른 감축 목표 제시 요청을 고려한 결과이기도 하다.[65]

4) 절차적 의무

상당주의 의무는 위험 예방을 위해 국가가 따라야 할 절차적 기준을 부과한다. ICJ 재판부는 기후변화 맥락에서 적용되어야 하는 절차적 의무로 '환경영향평가'와 '통지 및 협의'를 제시하였다.[66]

먼저, 재판부가 ⅰ) '다양한 형태의 활동 전반을 대상으로 하는 일반적 절차를 갖추고(general

61) UNFCCC, supra note 47, Annex, para. 6.
62) 이는 유연성 조항의 협상 과정에서 선진국이 제기한 주장으로, "it shall clearly indicate when it is using such a provision [and the reason for doing so]" 라는 표현이 삽입되기를 희망하였으나, 최종적으로 사유를 밝히도록 하는 괄호의 문구가 제외된바 있다. UNFCCC, "Joint reflections note by the presiding officers of the Ad Hoc Working Group on the Paris Agreement, the Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice and the Subsidiary Body for Implementation," Addendum 6, Matters relating to Article 13 of the Paris Agreement and paragraphs 84–98 of decision 1/CP.21, Modalities, procedures and guidelines for the transparency framework for action and support referred to in Article 13 of the Paris Agreement, APA-SBSTA-SBI.2018.Informal.2.Add.6 (19 October 2018), A.4, "Flexibility to those developing country Parties that need it in the light of their capacities," para. 4. option 4.1.
63) ICJ, supra note 1, para. 293.
64) UNFCCC, supra note 47, Annex, para. 92.
65) IPCC, *An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5℃ above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, Summary for Policymakers (IPCC, 2018), p. 12.
66) ICJ, supra note 1, para. 298.

procedures covering different forms of activities),' ii) '최선의 이용 가능한 과학을 토대로 (on the basis of the best available science),' iii) '온실가스 배출에 유의미하게 기여하는 주요 개별 행위에 대한 평가(particularly significant proposed individual activities contributing to GHG emissions)'를 적절하게 수행할 의무가 있음을 나타낸 것은 파리협정이 요구하는 투명성 요건에 부합하는 것으로 보인다. 파리협정 이행규칙은 '다양한 형태의 활동 전반을 대상으로 일반적 절차'를 갖추어야 하는 점과 유사하게 '경제 전반에 걸친 부문'에 있어 온실가스 배출량을 산정 및 보고할 수 있는 기본적인 제도적 장치를 마련할 것을 요구하며, '최선의 이용 가능한 과학'을 토대로 하여야 한다는 점과 동일한 맥락으로 IPCC가 제시하는 최신 방법론을 활용하여 배출량 산정 및 보고를 해야 함을 규정한다. '온실가스 배출에 유의미하게 기여하는 행위에 대한 사안별 평가'는 '배출량에 중대한 영향을 미치는 정책 및 조치를 식별하고 각각의 조치에 대한 예상 감축 효과를 평가'하여 제시하도록 하는 방식과 유사하다.

그러나 환경영향평가와 통지 및 협의가 기후변화 맥락에서도 동일하게 원용될 수 있는 적절한 일반적 절차 요소들인지에 대한 의문이 제기된다. 국가의 특정한 배출 활동이 국경 간 피해의 구체적인 위험 발생을 초래하는지 여부는 쉽게 판단할 수 없으며, 따라서 영향평가 절차가 발동되는 조건을 개념적으로 판단하는 것이 사실상 불가능하다.[67] 이러한 이유로 파리협정 하에서는 '특정한' 사안이 없더라도 '주기적'이고 '지속적'으로 온실가스 배출 현황 및 NDC 이행 현황을 공개하도록 하는 기후변화 맥락에 맞춤화된 투명성 제도가 활용되고 있는 것이다. 위험의 가능성을 인지하고 통지 및 협의를 시도하는 경우에도, 이러한 절차적 의무가 어느 국가에 대하여 이행되어야 하는지를 판단하는 것에 어려움이 예상된다. 기후변화는 전 지구적으로 영향을 미치는바, 단순히 국경을 맞댄 국가들 간의 통지 및 협의로 해결될 수 있는 문제가 아니라 좀 더 다자적인 접근이 필요하다.

이러한 측면에서 국가들로부터 서면의견을 통해 '투명성'이 '기후행동'이라는 실체적 의무를 보완하는 주요한 절차적 의무로 기능한다는 점을 확인하였음에도 불구하고, 협정 제13조가 가진 의미를 명시적으로 반영하지 아니한 점을 한계로 생각해볼 수 있다. 파리협정의 ETF가 i) 교토의 정서 체제와 다르게 이분화된 접근을 벗어나 공통된 접근법을 취하는 한편으로 더욱 엄격성을 요구하는 기준이 된다는 의견,[68] ii) 자발성을 강조하며 상향식으로 설계된 실체적 의무의 이행을 강력하게 보장하며 그러한 실체적 의무와 쌍을 이루는 제도라는 의견,[69] 나아가 iii) 실체적 의무가 잘 준수되고 있는지에 대한 확인을 보장하는 절차적 제도라는 의견 등이 제시되었음에도,[70]

67) Campbell-Duruflé, Christopher, supra note 12, p. 34.

68) ICJ, supra note 1, Written Statement of the United States of America (22 March 2024), para. 3.42. 원문은 다음과 같다:
"…First, it establishes a common approach that applies to all Parties, as opposed to the UNFCCC's bifurcated approach that imposed fewer requirements on non Annex I Parties as compared to Annex I Parties. Second, it is substantively more rigorous in terms of reporting on GHG inventories, reporting on implementation, and review…."

69) Ibid., Written Statement of New Zealand (22 March 2024), para. 69. 원문은 다음과 같다:
"The PA's "bottom up" self-differentiated approach to climate mitigation approaches is, importantly, paired with a rigorous system of oversight to ensure the effective implementation of, among other things, Parties' mitigation obligations and commitments, and the monitoring of the means of implementation and support."

재판부는 UNFCCC 및 교토의정서에 따른 국가 의무를 설시한 것과 층을 맞추어 '감축,' '적응,' '협력'으로 구성된 실체적 의무만을 강조하고 절차적 의무로서 투명성이 가진 의미를 명료히 밝히지 않았다. 이러한 결과는 조약이 관습법적 의무의 적절한 이해와 적용에 영향을 미치는 정도를 결정하는 것이 쉽지 않다는 점을 나타내는 대표적인 사례가 될 것으로 생각된다.[71]

3. 협력 의무와 투명성

ICJ 재판부는 '신의성실하게 협력할 의무'가 관습법상 확립된 법원칙으로서, 기후변화 맥락에서도 협력이 예방의 기본 원칙을 이룬다는 입장을 확인하였다.[72] 이에 따라 국가들은 집단적 온도 목표 달성을 위해 자국의 개별 기여를 명확히 밝히고 상호 협력해야 한다.[73] 협력은 신의성실에 따라 지속·연속적으로 이루어져야 하며, 다자뿐만 아니라 다양한 지역·양자 형태의 협력도 포함될 수 있다.

초국경적 환경 피해에 대한 협력은 일반적으로 일회적이고 일방적인 성격을 나타내는바, ICJ가 집단적 성격의 기후변화 맥락에서 기존 규범과의 차이를 고려한 판단 결과를 제시할 수 있을지에 주목할 필요가 있었다.[74] 그러한 관점에서 지속적이고 연속적인 형태의 양자, 지역, 다자를 모두 포괄한 협력 의무를 설시한 재판부의 결정은 기후 문제의 집단적 차원을 잘 반영한 것으로 판단된다. 또한, 선진국이 개도국을 일방적으로 지원하는 형태가 아니라, 상당한 피해의 예방이라는 집단적 노력을 위해 개별적 기여를 하는 과정에서 다른 국가들과의 협력을 강조하였다는 점이 특징이다.[75]

파리협정상 투명성 제도는 국가의 기후변화 대응을 위한 협력 의무 이행을 평가하는 주요한 수단이 될 수 있다. 협력이 잘 나타날 수 있는 형태로 조약의 성실한 이행이 제시되었는바, 협정의 핵심 요소인 NDC의 이행 및 진전, 개도국 지원 현황 등을 상세히 보고하도록 하는 ETF가 주요한 역할을 할 것으로 기대된다.

Ⅳ. 결론

ICJ는 기후변화 관련 국가의 의무가 조약과 관습법이라는 두 가지 '법원(source of law)'에 근거한다는 점을 분명히 확인하였다. ICJ 권고적 의견이 중요한 의미를 나타내는 이유는 기후변화

70) Ibid., Written Statement of the European Union (22 March 2024), paras. 155-157. 원문은 다음과 같다:
"…These procedural provisions, which establish obligations of result, ensure that compliance with the obligations of conduct in Article 4(2) can be ascertained."
71) Ibid., para. 314.
72) Ibid., para. 299.
73) Ibid., para. 305.
74) Campbell-Duruflé, Christopher, supra note 12, p. 37.
75) 협력의 방향성을 개도국에 대한 '재정지원 및 기술이전'으로 강조한 쉐한친 재판관의 개별 의견도 확인된다. ICJ, supra note 1, Separate Opinion of Judge Xue, para. 16.

관련 국가의 관습법적 존재를 인정했다는 점에 있다. 조약 당사국인지 여부와 무관하게 모든 국가는 인위적 온실가스 배출로부터 기후와 환경을 보호해야 할 의무를 부담한다. 기후 및 환경에 상당한 피해를 예방하기 위하여 상당주의를 기울일 의무를 지며, 신의성실하게 협력할 의무를 부담한다. 이로써 미국과 같이 기후변화 조약에서 탈퇴하여 비당사국이 된 국가의 경우 및 조약상 의무가 불명확한 영역에 있어서도 부담해야 하는 국가의 의무가 제시되며 기후변화 조약 체제가 가지는 공백을 보완할 수 있게 되었다.

또한, 관습법상 의무와의 통합적 이해를 통해 기후변화 체제하 투명성 제도는 더욱 공고한 규범적 기초를 마련할 수 있다. ICJ 권고적 의견이 제시한 상당주의 행위 기준의 구체적 요소는 파리협정상 강화된 투명성체계의 이행에 의미 있는 시사점을 제공한다.

첫째, ICJ가 모든 국가에 온실가스 배출의 누적 효과를 평가할 의무를 부과한 것은 파리협정 이행규칙이 모든 당사국에 대해 2년마다 온실가스 배출량 통계를 보고하도록 요구하는 점과 밀접하게 연결된다. 예방 의무는 개별 배출원 통제에 그치지 않고 국가 전체의 배출 추세와 누적 영향을 지속적으로 파악할 의무를 포함하며, 이는 정기적인 보고 의무에 대한 정당성을 강화한다. 또한 '적절한 감시'를 행사해야 한다는 기준은 공공 부문뿐 아니라 민간 부문에 대해서도 감시 체계가 작동해야 함을 의미하며, 이는 국가가 자국 관할 내 모든 배출원에 대한 포괄적 모니터링 체계를 구축해야 할 의무의 근거를 제공한다.

둘째, ICJ가 최신 과학·기술 정보, 특히 IPCC 보고서와 관련 국제 기준을 고려해야 한다고 밝힌 점은 모든 국가에 2006 IPCC 지침을 최소 통계 기준으로 요구하고 최신 방법론 사용을 권고하는 파리협정 이행규칙과 맥락을 같이한다. 상당주의 의무는 과학적 지식이 발전할수록 더 엄격한 기준을 요구하는 동태적 성격을 가지며, 이는 곧 당사국이 지속적으로 방법론을 개선하고 투명성 이행을 위한 역량 강화 차원에서 기술협력 및 지식 공유를 촉진해야 함을 의미한다. 과학적 엄격성은 정책적 고려에 따른 선택의 영역이 아니라 관습법상 의무의 필수 요소로 이해되어야 한다.

셋째, ICJ의 CBDR-RC 원칙에 대한 해석은 파리협정 이행규칙상 유연성 조항의 개선 필요성에 대한 중요한 시사점을 제시한다. ICJ는 UNFCCC 부속서나 선진국 또는 개도국이라는 고정된 범주에 구속되지 않고, 각국이 능력과 여건에 비추어 최선의 노력을 다해야 한다는 기준을 제시하였다. 이는 파리협정 이행규칙에서 유연성 적용 대상국을 명확한 정의 없이 '개도국'으로만 한정하는 현재의 접근이 재검토될 필요가 있음을 시사한다. 나아가 ICJ의 해석은 유연성이 실질적인 역량 제약에 기초해야 하고, 국가는 자신의 최선의 노력을 입증할 책임을 부담한다는 점을 강조한다.

넷째, 과학적 불확실성이 존재하더라도 예방 조치를 금지하거나 지연해서는 안 된다는 사전주의 원칙은 당사국에게 15년 이후까지의 온실가스 배출·흡수량 전망을 의무적으로 제출하도록 요구하는 파리협정 이행규칙의 근거를 강화한다. 장기 전망 정보는 필연적으로 불확실성을 수반하지만, 사전주의 원칙은 이러한 불확실성이 장기 계획 수립과 정보 제공을 회피하는 이유가 될 수 없음을 분명히 한다.

다섯째, ICJ가 선언한 협력 의무는 NDC 이행 및 진전, 개도국 지원 현황 등에 대한 단순한 정보 제공을 넘어, 다른 국가들이 집단적 목표 달성에 필요한 정보를 적시에 정확하게 제공받을 수 있도록 성실하게 행동해야 할 의무를 포함한다. 이는 투명성이 개별 국가만의 일방적인 의무 이행

대상이 아니라, 국제사회가 기후위기에 효과적으로 대응하기 위해 공유해야 하는 협력 의무의 핵심 요소임을 시사한다.

이와 같이 ICJ 권고적 의견이 파리협정상 투명성 의무의 이행 및 해석에 유용한 지침을 제공함에도 불구하고 일정한 한계도 존재한다. 특히 기후변화의 전지구적이고 누적적인 특성상, 전통적 의미의 환경영향평가나 통지 및 협의 의무가 기후변화 맥락에서 적절한 절차 요소인지에 대해서 의문이 제기될 수 있다. 특정 프로젝트나 활동이 타국에 미치는 피해 위험을 구체적으로 평가하기 어렵고, 협의 대상국을 특정하기도 쉽지 않기 때문이다. 또한, 기후변화 문제의 집단적 성격이 전통적인 양자 절차보다 다자적 제도에 더 잘 부합한다는 차원에서 투명성이 국가의 관습법상 상당주의 의무의 핵심 구성요소이자 국가의 예방 및 협력 의무 이행을 가능하게 하는 절차적 기반이 될 수 있다는 점이 보다 명시적으로 강조되었더라면 하는 아쉬움이 남는다.

2028년으로 예정된 파리협정 이행규칙의 개정은 기후변화 조약상 투명성 제도의 발전을 위한 중요한 기회의 장이 될 것이다. 논의를 앞두고 향후 3년간 보고, 검토, 참여 경험으로부터 도출되는 시사점을 축적함으로써 현행 규칙의 해석·적용상 문제점과 각국이 의무를 이행하는 과정에서 나타나는 도전과제를 파악하고, ICJ 권고적 의견이 제시한 상당주의 의무 기준을 투명성 제도 이행과 어떻게 연계할 것인지 고민할 필요가 있다. 그러한 노력을 통해 투명성 제도의 발전을 도모하고, 나아가 기후변화 조약 체제의 실효성을 정교하게 평가할 수 있는 토대를 마련하는 데 기여할 수 있을 것이다.

참고문헌

Ball, Carolyn, "What is transparency?," *Public integrity*, Vol. 11, No. 4 (2009)

Bodansky, Daniel, "The Paris climate change agreement: a new hope?," *American Journal of International Law*, Vol. 110, Issue 2 (2016)

Bodansky, Daniel, Jutta Brunnee and Lavanya Rajamani, 박덕영 외 역(譯), 『국제기후변화법제』(박영사, 2018)

Bodansky, Daniel, Jutta Brunnée and Lavanya Rajamani, *International climate change law* (Oxford University Press, 2017)

Gupta, Aarti, and Harro van Asselt, "Transparency in Multilateral Climate Politics: Furthering (or Distracting from) Accountability?," *Regulation & Governance*, Vol. 13, Issue 1 (2019)

Klein, Daniel, et al. (eds.), *The Paris Agreement on climate change: Analysis and commentary* (Oxford University Press, 2017)

Mayer, Benoit, and Alexander Zahar (eds.), *Debating Climate Law* (Cambridge University Press, 2021)

McCarthy, Daniel R, and Matthew Fluck, "The concept of transparency in International Relations: Towards a critical approach," *European Journal of International Relations*, Vol. 23, Issue 2 (2017)

Mill, James, *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press and Law of Nations* (J. Innes, 1823)

Peters, Anne, and Thore Neumann, "Transparency," *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2019)

Van Calster, Geert, and Leonie Reins (eds.), *The Paris agreement on climate change: A commentary* (Edward Elgar Publishing, 2021)

van Deursen, Max, and Aarti Gupta, "Is enhanced transparency the "Backbone" of the Paris Agreement? A critical assessment," *Transnational Environmental Law*, Vol. 14, Issue 1 (2024)

Zahar, Alexander (eds.), *Research Handbook on the Law of the Paris Agreement* (Edward Elgar Publishing, 2024)