제21회 국제법학자대회

국제사회의 변동과 규범

2021년 10월 23일(토) 12:40 ~ 17:30
스페이스쉐어 서울중부센터 13층

주최 대한국제법학회, 한국국제정치학회, 한국해양과학기술원, 사법정책연구원
국제경제법학회, 국제법평론회, 국제해양법학회, 서울국제법연구원



제21회 국제법학자대회: 국제사회의 변동과 규범

분과회의

프로그램

전체사회: 김현정 대한국제법학회 연구이사 (연세대학교)

12:40–13:00	등록
13:00–13:10	**인사말씀** 이근관 교수 (대한국제법학회 회장)
	기념촬영

제1부 (Parallel sessions) 13:10–15:10

제1분과위원회 · 국제법평론회 · 서울국제법연구원 공동 [좌장] 이진규 (동아대학교)

13:10–15:10	**강행규범의 보편성** [발표] 김민서 (경북대학교) [토론] 정진석 (국민대학교) **일반국제법상 강행규범과 대세적 의무 간의 관계** [발표] 김석현 (단국대학교) [토론] 박현석 (홍익대학교) **국제연맹 시대 자결의 국제법적 함의** [발표] 이서희 (한국해양수산개발원) [토론] 이성덕 (중앙대학교)
15:10–15:30	휴식

제2분과위원회 · 국제해양법학회 공동 [좌장] 김채형 (부경대학교)

13:10–15:10	**우크라이나–러시아 간 연안국 권리 사건을 통해 본 강제절차 적용배제 쟁점과 한국에 대한 함의** **유엔해양법협약 제297조 및 제298조 제1항(b) 법집행활동의 예외를 중심으로** [발표] 김민철 (유민국제법연구소) [토론] 최지현 (제주대학교) **모리셔스와 몰디브 간 해양경계획정 분쟁 사건의 선결적 항변 판결에 대한 국제법적 검토** [발표] 김원희 (한국해양과학기술원) [토론] 김기순 (산하온 환경연구소) **중앙 북극해 공해상 비규제 어업방지 협정의 이행방안 연구** [발표] 임지형 (한국해양대학교) [토론] 이창열 (한국해양과학기술원)
15:10–15:30	휴식

제3분과위원회	[좌장] 박덕영 (연세대학교)
13:10–15:10	**국제환경법의 예방원칙과 상당한 주의 –초국경 환경영향평가를 중심으로–** [발표] 소병천 (아주대학교) [토론] 심영규 (동아대학교) **나고야의정서상 세계다자이익배분체제 수립의 필요성과 형식에 대한 고찰** [발표] 이선 (한국생명공학연구원) [토론] 박원석 (중앙대학교) **생태주의 관점에서 본 환경인권 발전의 이론적 고찰 (Theoretical Approach on the Development of Environmental Human Rights from an Ecocentric Perspective)** [발표] 조희문 (한국외국어대학교) [토론] 박병도 (건국대학교)
15:10–15:30	휴식

제2부 (Parallel sessions) 15:30–17:30

제4분과위원회 · 한국국제경제법학회 공동	[좌장] 김대원 (서울시립대학교)
15:30–17:30	**국제 투자 및 서비스 협정문의 불완전한 유보안에 대한 원인, 문제점 및 해결방안** (Incomplete Reservation Lists for the Services and Investment Chapters of Preferential Trade Agreements) [발표] 박태정 (인천대학교) [토론] 강준하 (홍익대학교) **EU 탄소국경조정제도의 주요 내용 및 국제통상법적 시사점** [발표] 이천기 (대외경제정책연구원) [토론] 오선영 (숭실대학교) **미국—반덤핑/상계관세에서 가용정보의 사용: WTO(DS539) 패널 판정 평석** [발표] 정찬모 (인하대학교) [토론] 박언경 (경희대학교)
17:30	폐회선언 (좌장)

제5분과위원회	[좌장] 오승진 (단국대학교)
15:30–17:30	**인권위반을 이유로 한 국가의 일방적 표적제재의 한계에 대한 고찰: 국제인권법상 비례성 원칙을 중심으로** [발표] 강우현 (외교부) [토론] 신희석 (연세대학교) **국제관습법과 국가책임: 국제인권법상 피해자의 권리를 중심으로** [발표] 백범석 (경희대학교) [토론] 조정현 (한국외국어대학교) **Artificial Intelligence and Human Rights: Four Realms of Discussion, Research, and Annotated Bibliography** [발표] 이주택 (Rutgers Law School) [토론] 원유민 (서울대학교)
17:30	폐회선언 (좌장)

제6분과위원회	[좌장] 강병근 (고려대학교)
15:30–17:30	**사이버공간에 적용될 국제법에 관한 국가실행** [발표] 박노형 (고려대학교)·김효권 (고려대학교) [토론] 유준구 (국립외교원) **국제투자중재와 인권 보호 의무: 물에 대한 권리에 관한 국제투자분쟁 사례를 중심으로** [발표] 장석영 (고려대학교) [토론] 이동은 (법무법인(유) 화우) **공관의 불가침성에 관한 최신 논의 및 전망: '면제 및 형사소송 절차 사건 (적도기니 대 프랑스)(2020)'을 중심으로** [발표] 황명준 (동아대학교) [토론] 김채형 (부경대학교)
17:30	폐회선언 (좌장)

대한국제법학회장 인사말

존경하는 대한국제법학회 회원 여러분,

전세계를 엄습한 코로나 위기가 아직 잦아들지 않고 있는 어려운 시기입니다만 대한국제법학회, 한국국제정치학회 회원분들의 건강과 행운을 기원합니다.

2001년부터 시작한 국제법학자대회가 금년에 제21회를 맞이하게 되었습니다. 2021년 국제법학자대회는 "국제사회의 변동과 규범"이라는 대주제 하에 10월 22일부터 23일까지 이틀에 걸쳐 한국국제정치학회, 한국해양과학기술원, 사법정책연구원, 국제경제법학회, 국제법평론회, 국제해양법학회, 서울국제법연구원과 공동으로 주최합니다. 첫날(10월 22일) 행사는 한국국제정치학회와 공동학술회의 형식으로, 두 번째 날(10월 23일) 행사는 국제법학회 분과별 회의의 형식으로 개최하게 되었습니다.

한국국제정치학회와의 공동회의는 샌프란시스코 평화조약 체결 70주년을 기념하는 학술회의로 조직하였습니다. 제1세션에서는 "샌프란시스코 평화조약과 국제질서: 비교적 관점에서"라는 주제를, 제2세션에서는 "샌프란시스코 평화조약과 동아시아 질서"라는 주제를 다루며 종합토론("라운드테이블")에서 "포스트 샌프란시스코 체제"의 향방을 가늠해 봅니다. 대한국제법학회와 한국국제정치학회는 2013년에 "정전협정과 휴전체제: 정치적, 법적 의미"라는 주제에 관해 공동학술회의를 개최한 바 있습니다. 이번 공동학술회의를 계기로 두 학회 간의 협력 관계가 강화되어 한반도 관련 국제관계에 관한 학제적 연구의 모델을 구축할 수 있기를 기원합니다.

행사 두 번째 날에는 대한국제법학회의 제1학술분과위원회(국제법 기본이론 및 역사), 제2분과위(국제공역법), 제3분과위(국제환경법), 제4분과위(국제경제법), 제5분과위(국제인권법, 국제인도법 및 국제형사법), 제6분과위(국제분쟁해결 및 국제기구법)가 각각 회의를 조직하여 제1세션(1, 2, 3분과위) 및 제2세션(4, 5, 6분과위)을 각각 동시 진행 세션의 형식으로 진행합니다. 최근 국제사회는 미·중 간의 전략적 경쟁, 코비드-19로 대표되는 세계적 차원의 보건위기, 지구온난화, 시리아, 예멘 등 지역의 내전으로 인한 인도적 위기, 대량 난민의 발생 등 많은 중대한 위기에 직면하고 있습니다. 이러한 현실에 직면하여 국제분쟁의 해결 및 국제평화와 안정의 확보를 사명으로 하는 국제법에 대한 국제사회의 기대도 높아지고 있습니다. 금년으로 21년째를 맞이하는 국제법학자대회가 국제사회의 다양한 과제에 대해 함께 고민하고 해결의 실마리를 찾을 수 있는 장(場)이 되길 기대합니다.

바쁘신 중에도 제21회 국제법학자대회에서 발표, 토론, 사회를 맡아주신 선생님들께도 큰 감사 올립니다. 공동학술회의 제안에 적극적으로 호응해 주시고 큰 도움을 주신 한국국제정치학회 전재성 회장님과 직무이사님들께 깊이 감사 드립니다. 대한국제법학회 직무이사님들, 특히 김현정 연구이사님과 이기범 총무이사님, 그리고 이경은 사무국장님과 실무진에도 고마움을 전합니다.

이번 국제법학자대회에 대한 학회 회원분들의 깊은 관심과 협조를 부탁 드리며, 아울러 모든 회원분들의 건승을 기원합니다.

대한국제법학회 회장 이근관

Contents



전체사회: 김현정 대한국제법학회 연구이사(연세대학교)

분 과 회 의

제1분과위원회 · 국제법평론회 · 서울국제법연구원 공동

[좌장] 이진규 (동아대학교)

제1발표

강행규범의 보편성 1

- [발표] 김민서 (경북대학교)
- [토론] 정진석 (국민대학교)

제2발표

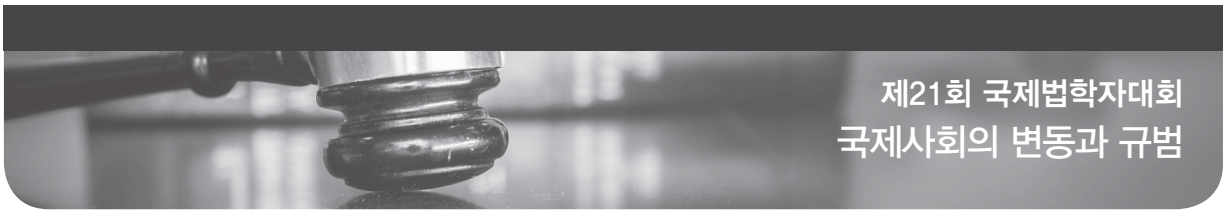
일반국제법상 강행규범과 대세적 의무 간의 관계 13

- [발표] 김석현 (단국대학교)
- [토론] 박현석 (홍익대학교)

제3발표

국제연맹 시대 자결의 국제법적 함의 31

- [발표] 이서희 (한국해양수산개발원)
- [토론] 이성덕 (중앙대학교)



제2분과위원회 · 국제해양법학회 공동

[좌장] 김채형 (부경대학교)

제1발표

우크라이나–러시아 간 연안국 권리 사건을 통해 본 강제절차 적용배제 쟁점과 한국에 대한 함의 51

- [발표] 김민철 (유민국제법연구소)
- [토론] 최지현 (제주대학교)

제2발표

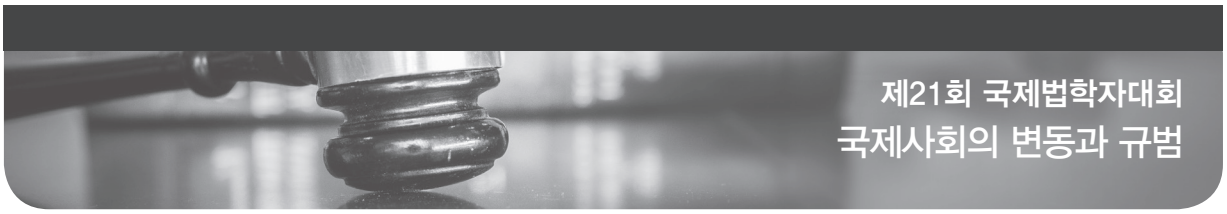
모리셔스와 몰디브 간 해양경계획정 분쟁 사건의 선결적 항변 판결에 대한 국제법적 검토 79

- [발표] 김원희 (한국해양과학기술원)
- [토론] 김기순 (산하온 환경연구소)

제3발표

중앙 북극해 공해상 비규제 어업방지 협정의 이행방안 연구 93

- [발표] 임지형 (한국해양대학교)
- [토론] 이창열 (한국해양과학기술원)



제3분과위원회

[좌장] 박덕영 (연세대학교)

제1발표

국제환경법의 예방원칙과 상당한 주의
–초국경 환경영향평가를 중심으로–

109

- **[발표] 소병천 (아주대학교)**
- **[토론] 심영규 (동아대학교)**

제2발표

나고야의정서상 세계다자이익배분체제 수립의 필요성과 형식에 대한 고찰

135

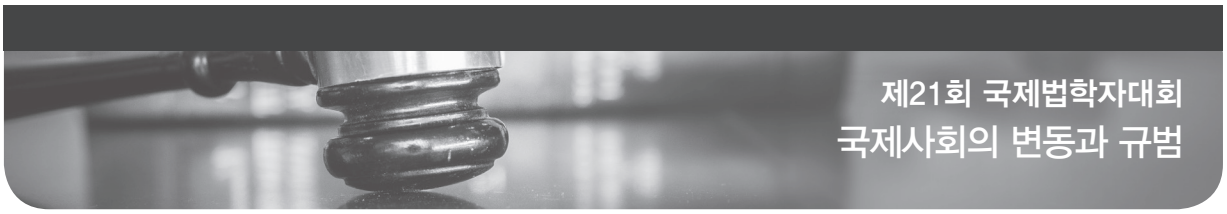
- **[발표] 이선 (한국생명공학연구원)**
- **[토론] 박원석 (중앙대학교)**

제3발표

생태주의 관점에서 본 환경인권 발전의 이론적 고찰
(Theoretical Approach on the Development of Environmental Human Rights from an Ecocentric Perspective)

161

- **[발표] 조희문 (한국외국어대학교)**
- **[토론] 박병도 (건국대학교)**



제4분과위원회 · 한국국제경제법학회 공동

[좌장] 김대원 (서울시립대학교)

제1발표

국제 투자 및 서비스 협정문의 불완전한 유보안에 대한 원인, 문제점 및 해결방안 179

- [발표] 박태정 (인천대학교)
- [토론] 강준하 (홍익대학교)

제2발표

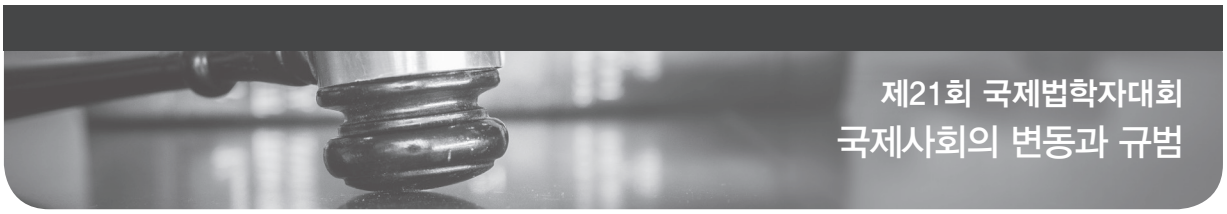
EU 탄소국경조정제도의 주요 내용 및 국제통상법적 시사점 209

- [발표] 이천기 (대외경제정책연구원)
- [토론] 오선영 (숭실대학교)

제3발표

미국—반덤핑/상계관세에서 가용정보의 사용: WTO(DS539) 패널 판정 평석 231

- [발표] 정찬모 (인하대학교)
- [토론] 박언경 (경희대학교)



제5분과위원회

[좌장] 오승진 (단국대학교)

제1발표

인권위반을 이유로 한 국가의 일방적 표적제재의 한계에 대한 고찰: 국제인권법상 비례성 원칙을 중심으로 255

- [발표] 강우현 (외교부)
- [토론] 신희석 (연세대학교)

제2발표

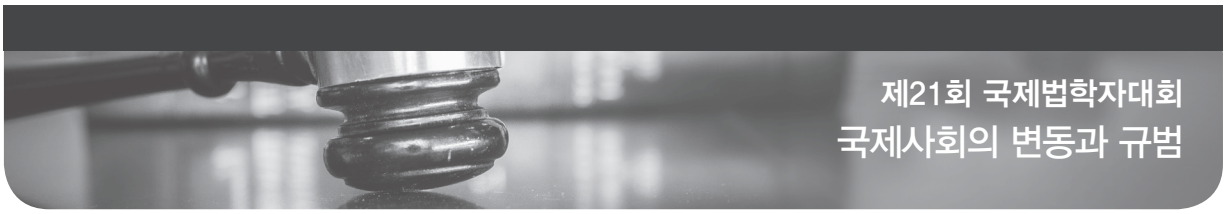
국제관습법과 국가책임: 국제인권법상 피해자의 권리를 중심으로 269

- [발표] 백범석 (경희대학교)
- [토론] 조정현 (한국외국어대학교)

제3발표

Artificial Intelligence and Human Rights: Four Realms of Discussion, Research, and Annotated Bibliography 283

- [발표] 이주택 (Rutgers Law School)
- [토론] 원유민 (서울대학교)



제21회 국제법학자대회
국제사회의 변동과 규범

제6분과위원회

[좌장] 강병근 (고려대학교)

제1발표

사이버공간에 적용될 국제법에 관한 국가실행 339

- [발표] 박노형 (고려대학교)·김효권 (고려대학교)
- [토론] 유준구 (국립외교원)

제2발표

국제투자중재와 인권 보호 의무: 물에 대한 권리에 관한 국제투자분쟁 사례를 중심으로 353

- [발표] 장석영 (고려대학교)
- [토론] 이동은 (법무법인(유) 화우)

제3발표

공관의 불가침성에 관한 최신 논의 및 전망: '면제 및 형사소송 절차 사건 (적도기니 대 프랑스) (2020)'을 중심으로 375

- [발표] 황명준 (동아대학교)
- [토론] 김채형 (부경대학교)



분과회의

제1분과위원회 · 국제법평론회 · 서울국제법연구원 공동

제1발표

[좌장] 이진규 (동아대학교)

강행규범의 보편성

[발표] 김민서 (경북대학교)
[토론] 정진석 (국민대학교)

大韓國際法學會

강행규범의 보편성

김 민 서*

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 강행규범의 도입과 적용
Ⅲ. 69년 협약 제53조와 제64조의 관계
Ⅳ. '일반국제법의' 강행규범과 완강한 반대국가
Ⅴ. '일반국제법의' 강행규범과 성립요건
Ⅵ. 강행규범의 효과와 적용범위
Ⅶ. 결론

Ⅰ. 서론

강행규범(*jus cogens*)은 이탈이 허용되지 않는 국제법규범이다.[1] 보편성은 강행규범의 본질적인 특징으로 그 법적 성격과 효과에도 직접적인 영향을 주었다. 임의규정과 강행규정으로 이루어지는 국내법과 달리 국가주권의 원칙을 토대로 확립된 근대 국제법은 임의규범(*jus dispositivum*)의 성격을 가졌으며 이후 강행규범의 확립은 국제법규범의 성격에 근본적인 변화를 초래하였다. 1969년 조약법에 관한 비엔나협약(69년 협약)은 조약의 무효와 종료의 효과를 강행규범의 경우와 기타 사유로 구분하여 다루었고[2] 전자의 경우 강행규범의 보편성을 토대로 그 효과가 규정되었다고 할 수 있다. 강행규범의 이러한 효과가 기존의 조약관계에 미치는 영향은 광범위하였고 일부 국가의 불참이나 유보를 초래했다는 것은 주지의 사실이다.[3]

흥미롭게도 69년 협약에서 강행규범은 제53조에서 조약의 무효사유로 그리고 제64조에서는 조약의 종료사유로 규정되었다. 물론 제64조의 경우에는 강행규범이 아니라 신강행규범이라고 하여 문언상으로는 다르다고 할 수도 있지만 양자가 정말 실질적으로 다른지에 대한 의문을 갖게

* 경북대학교 교수

1) 김대순, 『국제법론』, 제20판 (서울: 삼영사, 2019), p. 115; 정인섭, 『신국제법강의: 이론과 사례』, 제11판 (서울: 박영사, 2021), p. 366.
2) 1969년 조약법에 관한 비엔나협약 제69조~제71조.
3) 김대순, *supra* note 1, p. 114, n. 31.

되었고 이런 측면에서 제53조와 제64조의 관계를 검토한다.

69년 협약에서 주목을 끄는 또 다른 규정은 강행규범이 아니라 '일반국제법의' 강행규범(peremptory norm of general international law)이라고 하고 있다는 점이다. 강행규범과 일반국제법의 강행규범은 다른 것인가? 이 문제를 두 가지 측면으로 나누어 고찰한다. 하나는 강행규범의 경우에도 완강한 반대국가(persistent objector)의 예외가 인정된다고 주장하는 강대국의 중요한 근거로 이 규정이 사용되고 있다는 점이다. 69년 협약의 강행규범은 '일반국제법의' 강행규범이기 때문에 일반국제법에서 신국제관습법의 경우에 예외로 인정되는 완강한 반대국가의 이론이 강행규범에도 적용된다는 논리이다. 강대국이 이런 주장을 제기하는 이유와 타당성에 대해 검토한다.

다른 하나는 '일반국제법의' 강행규범이 강행규범의 성립요건과 관련되는 규정으로 볼 수 있는가이다. 69년 협약이 강행규범이라고 하지 않고 '일반국제법의' 강행규범이라고 한 데에는 그 나름의 이유가 있다고 생각된다. 그런데 그 이유가 강행규범의 성립요건 때문인지를 살펴본다. 비록 강행규범은 이탈이 허용되지 않는 보편국제법이지만 강행규범의 성립요건은 국제관습법의 성립요건과 다르지 않기 때문에 강행규범이 아니라 일반국제법의 강행규범으로 한 것은 아닌지에 대해 그 타당성을 검토한다.

오늘날 학설과 판례는 국제법의 다양한 분야에서 강행규범이 확립되었다고 본다. 다른 한편으로 69년 협약은 강행규범의 존재를 확인하는 절차를 마련하였다. 국제사법재판소가 사실상의 최종유권해석권한을 가진다고 할 수 있다. 한 가지 의문은 강행규범의 인정범위가 학설이나 판례에서 제기되는 것처럼 실제에서 폭넓게 인정될 수 있는가이다. 특히 무효사유 또는 종료사유로서 (보편성에 기초한) 강행규범의 효과는 프랑스 등의 국가가 우려했던 것처럼 기존의 조약관계 등에 영향을 미칠 수 있는데, 당위성은 별론으로 하고 과연 국제사법재판소(ICJ)가 강행규범의 인정여부에 대해 학설과 판례처럼 포괄적으로 접근할지에 대해 검토한다.

여기서는 강행규범의 보편성과 연결되어 있다고 판단되는 네 가지의 쟁점을 분석하고 검토하면서 각 쟁점에 대한 결론을 제시한다.

II. 강행규범의 도입과 적용

강행규범이 69년 협약에 도입된 지도 이미 50년이 지났다. 시간이 지날수록 강행규범은 보다 구체화되고 내면화(internalization)되면서 국제법체계 내에서 자신의 입지를 강화하여 공고히 하고 있다는 인상을 받는다.

강행규범이 69년 협약에 도입된 이듬해에 ICJ는 *Barcelona Traction* 사건에서 대세적 의무(obligations *erga omnes*)를 언급하여 주목되었다. 외교적 보호에 있어 국제법의 의무를 상대국에 대한 의무와 전체로서의 국제공동체에 대한 의무로 구분한 후 후자는 의무의 성격상 모든 국가의 관심사항이며 관련된 권리의 중요성을 고려할 때 모든 국가가 그러한 권리의 보호에 법적 이해관계를 가지는 것으로 평가하면서 이러한 의무가 대세적 의무라고 판시하였다.[4] 또한 대세적 의무의 예로 침략행위, 제노사이드, 노예제도와 인종차별을 포함한 인권을 언급함으로써[5] ICJ가 이 사건을 통해 강행규범의 존재를 승인하였는지에 대한 논란을 초래하였다.[6]

4) *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Second Phase)*, ICJ Reports 1970, para. 33.
5) *Ibid.*, para. 34.
6) 김대순, *supra* note 1, pp. 125~138.

1970년 이후 일부 사건에서 국제사법재판소는 강행규범의 존재를 묵시적으로 승인하였다. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* 사건에서 ICJ는 어떤 규범이 강행규범인지의 여부는 그 규범의 법적 성격과 관련된다고[7] 하였고 *Gabčíkovo-Nagymaros Project* 사건에서는 조약의 종료사유로 강행규범의 적용가능성이 제기되었으나 어느 당사국도 환경법의 새로운 강행규범이 출현했다고 주장하지 않았기 때문에 ICJ가 제64조의 적용가능성을 검토하지는 않았다.[8]

오늘날 ICJ는 제노사이드나 고문의 금지가 강행규범이라는 점을 확인하였다. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* 사건에서 ICJ는 제노사이드협약의 권리와 의무는 대세적 권리와 의무이며 각국이 제노사이드 범죄를 방지하고 처벌해야 하는 의무는 동 협약에 의해 (적용되는) 영역이 제한되지 않는다고 하였는데[9] 이후 *Armed Activities on the Territory of the Congo* (*New Application: 2002*) 사건에서 제노사이드협약의 권리와 의무가 대세적 권리와 의무라는 점을 다시 언급하면서 제노사이드의 금지가 강행규범이라는 취지로 판시하였다.[10] 나아가 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* 사건에서 ICJ는 고문의 금지가 국제관습법의 하나로서 강행규범이 되었다고 명확하게 판시하였다.[11]

강행규범은 2001년 국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안을 통해 더욱 구체화되었다. 위법성조각사유의 한계로 인정되었고 강행규범의 중대한 위반이 발생한 경우 그 효력을 배제하기 위해 당사국이 아닌 국가에게도 일정한 의무를 부과하였다.[12] 국제법위원회는 침략행위, 제노사이드, 노예제도, 인종차별, 인도에 반한 죄, 고문, 자결권이 강행규범에 포함된다고 하였다.[13] 이런 규범에 강행규범의 지위가 인정되는 이유는 국제사회에서 이러한 규범적 내용의 중요성 때문이라고 하거나[14] 주제의 특수한 성격에 따라 결정되는 것으로 설명되기도 한다.[15]

III. 69년 협약 제53조와 제64조의 관계

69년 협약은 제53조에서 체결 당시에 강행규범과 충돌하는 조약은 무효라고 규정하였고 제64조에서는 새로운 강행규범이 출현하는 경우 이와 충돌하는 현행 조약은 무효로 되어 종료한다고 규정하였다. 즉 기존의 강행규범과 새롭게 체결하는 조약이 충돌하는 경우에는 조약의 무효사유가 되고 기존의 조약과 새롭게 출현한 강행규범이 충돌하는 경우에는 기존의 조약이 종료한다.[16]

---

7) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, para. 83.
8) *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, ICJ Reports 1997, paras. 97, 112.
9) *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Reports 1996, para. 31.
10) *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002)*, ICJ Reports 2006, para. 64.
11) "99. In the Court's opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm *(jus cogens)*. . . ." *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, ICJ Reports 2012, para. 99.
12) 2001년 국가위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안 제21조와 제41조.
13) ICL, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Commentary to Draft Article 26, para. 5.
14) Malcolm D. Evans, ed., *International Law*, 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), p. 102.
15) Anthoy Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), p. 279.
16) ". . . [T]the Convention draws a distinction between the consequences of invalidity of a

요컨대 강행규범은 조약의 무효사유이면서 동시에 종료사유이다. 물론 조약의 종료사유인 경우에는 기존의 강행규범이 아니라 새롭게 출현한 신강행규범이므로 이 둘이 다르다고 생각할 수 있다. 과연 정말 이 둘은 다른 것일까? 실제에서 기존의 강행규범과 신강행규범이 별개의 강행규범으로 다루어지게 될 것인지에 대해 검토해본다.

강행규범이 국제법규범의 성격에 근본적인 변화를 초래하였지만 그렇다고 기존의 국제법의 연원과 독립된 새로운 형식의 연원은 아니다.[17] 따라서 강행규범은 이탈이 허용되지 않는 보편국제법이지만 기존의 연원의 형식을 띄게 된다. 우선 그 가능성의 하나로 조약을 생각해볼 수 있다. 조약은 원칙적으로 당사국만을 구속하고 보통 불소급의 원칙을 채택한다.

사실 조약법 또는 국제법에서 불소급의 원칙은 국내법과 달리 소급효 금지 이상의 의미와 효과를 가진다. 법률은 발효하면 당연히 국내법의 주체에 적용되고 법적 구속력을 가진다. 그러나 조약은 채택되면 당연히 법의 주체에 적용되는 법률이 아니다. 국제법에서 조약의 채택과 발효는 전혀 별개의 문제라고 할 수 있다. 요컨대 조약의 채택은 국가의 참여를 보장하지 않는다.

게다가 기존 조약과의 관계는 국가의 참여를 방해하는 요소로 작용할 수 있다. 즉 국가는 새로운 조약을 체결하는 경우 기존의 조약과의 충돌가능성을 고려하고 때로는 기존 조약과의 관계 때문에 새로운 조약에 참여하지 않는 경우도 발생한다. 그런데 새로운 조약이 불소급의 원칙을 채택하면 이러한 국가의 우려를 불식시키고 참여를 촉진하는 요소로 작용할 수 있다.

따라서 강행규범이 불소급의 원칙을 적용하는 조약의 형식을 띤다면 제53조와 제64조를 전혀 별개의 경우로 취급하는 것이 적절할 수 있다. 그러나 당사국만을 구속하는 조약의 특성이 이탈을 허용하지 않는 강행규범의 보편성과 양립하기는 어렵다. 결론적으로 강행규범은 국제관습법의 형식을 띤다고 보는 것이 합리적이다. 따라서 강행규범의 도입 이후 국제관습법은 강행규범의 지위를 가지는 국제관습법과 그렇지 않은 국제관습법으로 구분될 수 있다.

69년 협약은 강행규범에 대한 유권해석의 권한을 강제관할권과 함께 국제사법재판소에 부여하였다.[18] 물론 당사국의 합의로 중재재판에 회부할 수도 있지만 국제사법재판소는 오히려 일방의 제소가 가능하고 상설재판소이며 가장 권위 있는 국제재판소라는 점에서 그리고 이탈이 허용되지 않는 강행규범은 당사국의 이해관계를 넘어 전체 국제사회에 중대한 영향을 끼치는 사안이라는 점에서 강행규범의 존재에 대한 국제사회의 분위기가 성숙되었다고 판단된다면 국제사법재판소가 이를 다루는 기회를 갖게 될 것이다. 이 때 실제에서 적용되는 강행규범은 어떤 방식으로 다루어질까? 조약의 무효사유인 제53조와 조약의 종료사유는 제64조는 전혀 별개의 사안으로 다루어지는가?

국제관습법의 형태로 존재하는 강행규범은 국제관습법과 마찬가지로 경험적 요소가 강한 연원이다. 국가관행이 확립되고 법적 확신이 부여되어야 한다. 따라서 강행규범이 확립되기 위해서는 현실에서 그러한 문제가 실제로 발생해야 하고 이에 대한 관행의 확립과 법적 확신이 부여되어야 하는데, 이에는 일정한 시간의 경과가 필요하다. 성문법인 조약처럼 국가 간의 합의만 이루어진다면 단기간에 만들어질 수 있는 법규범이 아니다. 게다가 국제관습법은 불문법의 연원이다. 학설과 판례가 강행규범의 존재를 주장하지만 유권해석권한을 가진 국제재판소의 판결이나 조약이 체결되기 전까지는 그 누구도 강행규범의 존재를 단언할 수 없다. 다행스러운 점은 국제사법재판

---

treaty conflicting with an existing rule of *jus cogens* and the consequences of invalidity of a treaty conflicting with a new rule of *jus cogens*." Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. (Manchester: Manchester University Press, 1984), p. 225.

17) Evans, *supra* note 14, p. 101 참조.

18) 1969년 조약법에 관한 비엔나협약 제66조 (a).

소가 유권해석권한을 가진다는 점이다.

이제 국제사법재판소가 강행규범의 존재를 다루는 사건을 맡게 되었다고 가정해보자. 동 재판소는 사건의 쟁점과 관련된 국제법규범이 강행규범의 지위를 가진다고 판결하였고 이와 관련된 조약으로는 1995년 조약과 2015년 조약이 있다고 하자. 양 조약에 해당 강행규범은 무효사유로 작용하는가 아니면 종료사유로 작용하는가? 이 때 중요한 판단의 기준은 강행규범의 확립 시점이다. 1995년 조약과 2015년 조약 사이에 확립되었다고 한다면 2002년 조약에는 종료사유로 그리고 2021년 조약에는 무효사유로 작용한다. 요컨대 강행규범과 충돌하는 조약을 기준으로 보면 제53조와 제64조가 별개의 강행규범 같지만[19] 반대로 강행규범을 기준으로 보면 아주 단순한 논리가 적용된다.

강행규범이 확립되었다고 인정되는 시점 이전에 체결된 조약에 대해서는 단일한 강행규범이 종료사유로 작용하면서 동시에 그 시점 이후에 체결된 조약에 대해서는 무효사유로 작용한다. 가령 제64조에 규정된 신강행규범조차도 ICJ에 의해 강행규범으로 처음 인정되는 사건에서 종료사유뿐만 아니라 무효사유로 작용할 수 있다. 불소급의 원칙을 적용하는 조약은 적용시점이 명확하기 때문에 참여하려는 당사국에게 예측가능성을 제공하고 따라서 국가는 자국의 상황에 따른 대응이 상대적으로 수월하다. 반면에 강행규범은 불문법의 특성상 구체적인 인정범위를 파악하기도 어렵지만 성립시기를 예측하기는 더욱 어려운 문제로 기존의 조약관계에 예기치 않은 영향을 줄 수 있다.

결론적으로 제53조와 제64조는 별개의 강행규범을 대상으로 한다기보다는 단일한 강행규범과 (충돌하는) 해당 조약의 시간적 전후관계에 따른 구분이라고 할 수 있다. 요컨대 이탈이 허용되지 않는 강행규범의 보편성이 상충하는 조약과의 시간적 전후관계에 따라 이전 조약에 대해서는 종료사유로 그리고 이후 조약에 대해서는 무효사유로 규정된 것으로 해석된다. 강행규범의 보편성과 행위시법주의(行爲時法主義)가 결합하여 만들어낸 현상이라고 할 수 있다.

강행규범은 또한 그 존재가 ICJ에 의해 확인되는 것도 중요하지만 성립시점을 ICJ가 언제로 판단하는지가 현실적으로 중요할 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 그리고 앞으로 ICJ가 강행규범과 조약의 충돌 문제를 다루는 경우 강행규범이 종료사유로만 작용하는 것이 아니라 동시에 무효사유로 작용할 수 있다는 점은 주의를 요한다.

IV. '일반국제법의' 강행규범과 완강한 반대국가

현대 국제사회에서 강대국이 직면한 과제의 하나는 수적 열세의 극복이다. 만장일치로 의사결정을 했던 국제연맹과 달리 제2차 세계대전 이후 창설된 국제연합을 비롯한 다수의 국제기구는 주권평등의 원칙에 기초하여 1국 1표의 원칙에 따라 다수결로 의사를 결정하였고 1960년대 이후 제3세계의 국가들이 새롭게 국제사회의 일원으로 대거 출현하면서 강대국은 수적 열세에 놓이게 되었다. 국제기구의 의사결정의 관행이 컨센서스(consensus)로 변화된 점이나[20] 극소국가

19) "If only part of a treaty conflicts with an existing *jus cogens* the whole of the treaty is void, not just the offending part (Article 44(5)). Article 53 has no retrospective effect (Article 4), It must, however, be read with Article 64, which provides that, if a new peremptory norm of general international law emerges, any *existing* treaty that is in conflict with that norm '*becomes* void and terminates'. Since this provision is therefore not retrospective, the treaty is invalid only as from the time that the new norm has been established." Anthoy Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), Aust, *supra* note 15, p. 279.

(ministate 또는 microstate)에게도 완전한 회원국의 자격을 주는 쪽으로 방향이 정해진 것은[21] 수적 열세에 놓인 강대국이 자신들의 주도권을 놓지 않으려는 대응의 하나인 측면이 있다.

국제법의 연원에서 다루어지는 완강한 반대국가의 예외는 강대국에게 자신들이 동의하지 않는 새로운 국제관습법의 적용을 피하기 위한 대응논리로 전략적 가치가 있다.[22] 완강한 반대국가 이론의 국제법적 토대가 확고한 지에 대해 논란이 있지만 그렇다고 신국제관습법의 예외로 완강한 반대국가의 이론이 부정되는 것도 아니다.

강행규범을 둘러싸고 수십년간 평행선을 그리는 논쟁의 하나는 일반국제법이 아닌 강행규범의 경우에도 완강한 반대국가의 이론이 적용되는가이다. 국제관습법보다 우선하고 보편적 효력이 인정되는 강행규범의 강력한 효과를 고려한다면 강대국의 입장에서는 더욱 중요한 문제가 아닐 수 없다.

강행규범에도 완강한 반대국가의 이론이 적용된다는 긍정론이 제시하는 중요한 근거의 하나가 바로 '일반국제법의' 강행규범이다. 69년 협약은 강행규범이라고 하지 않고 '일반국제법의' 강행규범이라고 규정하였으며, 따라서 일반국제법에서 인정되는 완강한 반대국가의 이론은 강행규범의 경우에도 그대로 적용된다는[23] 논리이다.[24]

그러나 이러한 주장은 강행규범의 보편성을 근본적으로 부정하는 모순된 주장이라고 아니할 수 없다. 물론 69년 협약은 단순하게 강행규범이라고 하지 않고 '일반국제법의' 강행규범이라고 하고 있지만 일반국제법의 강행규범도 강행규범이라는 점에는 변함이 없고 강행규범은 제53조에서 명확하게 규정하고 있는 것처럼 이탈이 허용되지 않는 보편국제법이기 때문에 일반국제법에서 인정되는 완강한 반대국가의 이론이 적용될 수 없다는 점은 69년 협약의 규정상 자명하다. 그러나 여전히 의문은 남는다. 그렇다면 왜 69년 협약은 단순하게 강행규범이라고 하지 않고 '일반국제법의' 강행규범이라고 했는가? 또는 '일반국제법의'라는 규정은 어떤 의미로 해석되어야 하는가?

V. '일반국제법의' 강행규범과 성립요건

국제법은 원칙적으로 보편국제법(universal international law)이[25] 아니라 일반국제법(general international law)을 의미한다. 강행규범과 같은 보편국제법은 국제법체계에서 예외적인 경우에 해당한다. 조약과 달리 당사국과 비당사국의 구분 없이 모든 국가 또는 국제법의 주체에게 적용되는 국제관습법은 일반국제법의 대표적인 연원의 하나이다. 국제관습법이 성립하기 위해서는 법적 확신과 함께 국가관행이 확립되어야 하는데, 국가관행은 동종의 행위가 반복되어 성립하므로 행위의 동일성과 계속성이 요구된다. 그렇다면 동일성의 수준은 어느 정도로 요구되는가? 동일성의 수준은 적어도 모든 국가 또는 국제법의 주체가 동의할 것을 요구하지는 않는 것으로 해석된다.

제53조는 강행규범이 성립하기 위해서는 전체로서의 국가공동체가 인정하고 수락할(accepted

20) 金大淳·金民瑞·朴芝炫, 『國際法講義: 判例와 資料』 (서울: 三英社, 2010), p. 11.
21) *Ibid.*
22) *Ibid.*, pp. 29~30.
23) *Domingues v United States* 사건에서 미주인권위원회는 (미국이 반대했던) 소년사형제도의 금지가 단지 국제관습법이 아니라 강행규범이라는 이유에서 완강한 반대국가의 예외 주장을 받아들이지 않았다. *Michael Domingues v. United States*, Case 12.285, Report No. 62/02, Inter-American Commission on Human Rights, Doc. 5 rev. 1 at 913 (2002).
24) 김대순, *supra* note 1, pp. 121~122.
25) Jonathan I. Charney, "Universal International Law", *American Journal of International Law*, vol. 87, no. 4 (Oct., 1993), pp. 529, 541 참조.

and recognized by the international community of States as a whole) 것을 요구한다. 강행규범은 보편국제법이지만 강행규범이 성립하기 위해 국가공동체의 보편적인 수락을 요구하지는 않는다.[26] 즉 전체로서의 국가공동체가 인정하고 수락한 것으로 볼 수 있으면 되지 예외 없이 모든 국가가 수락할 것을 요구하지는 않는 것으로 해석된다.

요컨대 일반국제법의 강행규범에서 '일반국제법의'(of general international law)라는 규정은 완강한 반대국가의 법적 근거가 아니라 강행규범의 성립요건에 관한 규정으로 해석하는 것이 적절하다. 그러니까 강행규범은 이탈이 허용되지 않는 보편국제법이지만 새로운 형식의 연원이 아니라 기존의 국제법의 연원, 즉 일반국제법의 대표적 연원의 하나인 국제관습법의 형식을 지니며 따라서 보편적인 수락이 아니라 전체로서의 국제공동사회가 인정하고 수락한 것으로 볼 수 있으면 강행규범이 성립한다는 의미로 해석된다. 이러한 의미는 제53조의 문언에서 비교적 명확하게 확인할 수 있다.

'일반국제법의'라는 규정이 없었다면 보편국제법인 강행규범이 성립하기 위해서는 보편적인 수락을 요구하는 것으로 해석될 수도 있다. 그러나 제53조는 단순하게 강행규범이라고 하지 않고 '일반국제법의' 강행규범이라고 규정하고 또한 강행규범이 성립하기 위해서는 "전체로서의 국제공동사회가 수락하며 또한 인정"해야 한다고 함으로써 보편국제법인 강행규범의 성립요건은 일반국제법(국제관습법)과 궤를 같이 한다는 점을 비교적 명확하게 밝히고 있는 것으로 해석된다. 그러니까 강행규범의 도입으로 국제관습법은 강행규범의 지위가 인정되는 경우와 그렇지 않은 경우로 분화되었지만 양자의 성립은 여전히 기존의 과정에 기초한다고 할 수 있다.

강대국은 자신들이 동의하지 않는 강행규범의 적용을 받지 않기 위해 완강한 반대국가의 이론이 강행규범에도 적용된다고 주장하고 그 근거로 '일반국제법의' 강행규범을 제시하지만 이런 해석은 강행규범의 보편성과 양립할 수 없다. 그러나 강대국을 비롯한 일부 국가의 강력한 반대가 존재하는 경우 강행규범을 전체로서의 국제사회가 승인하고 수락했다고 보기 어려울 수 있다. 따라서 강대국의 우려는 완강한 반대국가의 이론이 아니라 실제로 강행규범의 존재를 판단하는 과정에서 다루어질 수 있다.

VI. 강행규범의 효과와 적용범위

69년 협약은 강행규범과 충돌하여 조약이 무효 또는 종료되는 경우의 효과(제71조)와 기타 사유로 무효 또는 종료되는 경우의 효과(제69조와 제70조)를 구분하여 규정하였다. 제71조는 강행규범과 충돌하여 조약이 무효로 되는 경우 강행규범과 충돌하는 해당 조약의 규정에 의존하여 행해진 행위의 결과를 가능한 한 제거하고 당사국의 상호관계를 강행규범과 일치시키도록 하였다.[27]

이는 기타 사유로 조약이 무효로 되는 경우의 효과와 대비된다. 제69조는 기타 사유로 조약이 무효가 되는 경우 당사국은 무효인 조약의 규정에 의존하여 이루어진 행위가 실행되지 않았다면 존재했을 상태를 가능한 한 확립하도록 당사국의 상호관계에서 상대국에게 요구할 수 있고 무효인 조약의 규정을 성실하게 이행한 행위는 단지 조약의 무효만을 이유로 위법행위가 되지는 않는다고 하였다.[28]

---

26) Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 671~672 참조.
27) 조약법에 관한 비엔나협약 제71조 제1항.
28) 조약법에 관한 비엔나협약 제69조 제2항.

강행규범의 경우에는 조약의 당사국에게 의무의 방식으로 무효의 효과가 발생하는데 반해 기타의 사유는 권리의 방식으로 무효의 효과를 인정하였다. 따라서 후자는 상대국에게 가능한 한 원상회복을 하도록 요구할 수 있는 권리 또는 조약이 무효라는 이유만으로 조약을 성실하게 이행한 행위가 위법행위가 되지 않는다고 상대국에게 항변할 수 있는 권리의 형태로 무효의 효과를 규정하였다. 권리의 방식으로 규정되었다는 것은 제69조 제3항을 통해서도 확인할 수 있다. 제3항은 제49조~제52조에 규정된 기만, 부정행위, 강박의 책임이 귀속되는 국가는 그 대상이 되었던 국가와 달리 제2항이 적용되지 않는다고 규정하였다.

강행규범과 기타 사유의 차이는 종료의 효과에서도 확인할 수 있다. 양자는 기본적으로 국내법의 해지(解止)와 동일한, 즉 종료 이전의 행위는 유효이고 종료 이후에는 더 이상 효력이 없지만 전자의 경우에는 단서가 적용된다. 즉 조약의 종료 전에 조약의 시행을 통해 생긴 당사국의 권리, 의무 또는 상태는 신강행규범과 충돌하지 않는 범위 내에서만 이후에도 유지될 수 있다.[29]

강행규범이 당사국의 의사와 관계없이 당사국의 관계를 의무적으로 강행규범과 일치시키는 방향으로 조약의 무효를 규정하고 종료된 조약에 기초한 당사국의 권리, 의무 또는 상태를 신강행규범과 충돌하지 않는 범위 내에서만 인정하는 것은 이탈을 허용하지 않는 강행규범의 보편성에 기인한다고 할 수 있다. 강행규범의 이러한 효과는 실제에서 기존의 조약관계 등에 광범위한 영향을 미칠 수 있다.

한 가지 의문은 과연 국제사법재판소가 강행규범의 존재를 폭넓게 인정할 것인가이다. 오늘날 학설과 판례는 강행규범의 존재를 폭넓게 주장하지만 기존의 조약관계 등에 미치는 영향을 고려할 때 실제에서 국제사법재판소가 강행규범의 적용범위를 폭넓게 인정할지는 미지수이다.

가령 무력사용금지의 원칙과 침략행위를 생각해보자. 강행규범이 아닌 일반국제법의 차원에서 무력사용금지의 원칙은 국제관습법의 하나이다. 물론 국제연합의 강제조치(enforcement action)나 자위권(self-defense)의 예외가 인정되지만 오늘날 대규모의 전면적인 무력충돌인 전쟁뿐만 아니라 일체의 무력사용이나 무력을 사용하겠다고 위협하는 행위는 원칙적으로 금지된다. 그리고 침략행위는 무력사용금지의 원칙을 명백하게 위반하는 악의적인 무력사용의 하나라고 할 수 있다.

오늘날 무력사용금지의 원칙은 강행규범의 하나로 논의되기도 한다.[30] 침략행위의 금지는 무력사용금지의 원칙에 포함된다고 할 수 있다. 경우에 따라서는 침략행위의 금지가 보다 수월하게 강행규범으로 인정될 수도 있다. 여하튼 침략행위가 강행규범으로 인정된다면 이전의 조약에서 발생한 당사국의 권리, 의무 또는 상태는 침략행위의 금지라는 신강행규범과 충돌하는 경우에 더 이상 유지될 수 없다. 과연 어떤 권리, 의무 또는 상태가 신강행규범과 충돌하지 않는 범주에 속할까?

다른 한편으로 무력사용금지의 원칙은 일반원칙의 형식을 지니며 그 적용범위가 포괄적이다. 따라서 강행규범으로 인정되는 경우에 그 구체적인 적용범위는 여전히 불명확할 수 있다. 또한 일반적이고 포괄적인 원칙이기 때문에 기존의 조약관계에 의도하지 않은 또는 예기치 못한 영향을 줄 수도 있다.[31]

보편국제법인 강행규범뿐만 아니라 일반국제법인 국제관습법을 위반하는 경우에도 위법하기는 마찬가지이다. 그러나 강행규범은 최상의 국제법의 지위가 인정되고 동종의 강행규범에 의해서만 변경이 가능하며 예외가 인정되지 않는 보편국제법이라는 점에서 일반국제법인 국제관습법과 차

29) 조약법에 관한 비엔나협약 제71조 제1항 (b).
30) Aust, *supra* note 15, p. 279 참조.
31) 김대순, *supra* note 1, pp. 139~140 참조.

이가 있다. 예외가 인정되지 않고 조약이나 국제관습법보다 우선하는 강행규범의 특징은 매력적이지 않을 수 없다. 따라서 국제법규범의 성격이 단지 당사국의 관계에서만 문제되는 것이 아니라 당사국(위반국)과 국제공동체의 관계에서 다루어져야 하는 문제라고 생각될 때 강행규범의 지위를 인정하고 싶은 강한 충돌을 느낄 수도 있다.

그러나 강행규범으로 인정된다면 보편국제법으로서의 특성뿐만 아니라 실정법적 측면에서 무효사유 또는 종료사유로서 강행규범이 가지는 법적 효과도 생각하지 않을 수 없다. 강행규범의 효과는 당사국간의 관계에 국한되지 않으며 기존의 조약관계 등에 미치는 영향이 광범위하다. 강행규범이 국제법체계에 미칠 수 있는 영향이 광범위하다 보니 그 결과를 정확하게 예측할 수 없고 잘못하면 문제의 해결이 아니라 판도라의 상자를 여는 결과를 초래할 수도 있다. 따라서 실제에서 국제사법재판소는 강행규범의 존부를 판단할 때 보편국제법으로서의 특성뿐만 아니라 실정법적 측면에서 기존의 조약관계 등에 미치는 강행규범의 효과를 현실적으로 고려하지 않을 수 없다. 따라서 현재의 학설과 판례가 주장하는 것처럼 강행규범의 존재를 국제사법재판소가 폭넓게 인정할지는 지켜볼 문제이다.

VII. 결론

69년 협약에서 강행규범을 도입한 지도 50년이 지났다. 시간이 지날수록 강행규범은 국제법체제에서 자신의 기반을 더욱 공고히 하는 인상을 준다. 국제법위원회의 2001년 국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안을 비롯해서 강행규범에 대한 학설과 판례의 논의는 이전보다 더욱 확장되었다.

여기서는 강행규범의 보편성이라는 측면에서 1) 69년 협약 제53조와 제64조의 관계, 2) '일반국제법의' 강행규범과 완강한 반대국가, 3) '일반국제법의' 강행규범과 성립요건, 4) 강행규범의 효과와 적용범위의 문제를 분석하고 결론을 제시하였다.

우선 제53조와 제64조의 관계에 대해서는 단일한 강행규범이 실제에서 종료사유로 작용하면서 동시에 무효사유로 작용할 수 있음을 지적하였다. 강행규범이 무효사유로 작용하는 경우와 종료사유로 작용하는 경우를 구분하여 별 개의 조문에 규정함으로써 마치 양자가 별개의 강행규범 같지만 이는 단지 강행규범과 충돌하는 조약이 강행규범의 성립 이전의 조약이냐 아니면 이후의 조약이냐에 따른 구분에 불과하다. 또한 강행규범이 이전의 조약에 대해서는 종료사유로 작용하고 이후의 조약에 대해 무효사유로 작용하는 이유는 행위시법주의와 이탈이 허용되지 않는 강행규범의 보편성 때문이다. 더욱이 강행규범이 국제관습법으로 확립되고 국제사법재판소에 의해 확인될 때까지는 상당한 시간이 소요될 수 있기 때문에 실제에서 기존의 강행규범과 새로운 강행규범의 구분보다는 오히려 강행규범과 해당 조약의 시간적 전후관계가 결정적이다. 따라서 ICJ가 실제의 사건에서 강행규범의 성립시점을 언제로 보느냐가 제53조와 제64조의 관계에서 중요한 의미를 가진다.

현대 국제법에서 강대국이 직면한 문제의 하나는 수적 열세의 극복이다. 완강한 반대국가의 이론도 이런 점에서 전략적 가치가 인정되는데, 이탈이 허용되지 않는 강행규범에의 적용 여부는 강대국에게 보다 중요한 문제가 아닐 수 없다. 그러나 완강한 반대국가의 이론이 강행규범에도 적용된다는 주장은 이탈이 허용되지 않는 강행규범의 보편성을 정면으로 부정하는 주장이어서 논리적으로 모순된다. 게다가 '일반국제법의' 강행규범이 이러한 해석의 적절한 법적 근거인지도 의문이 아닐 수 없다.

협약 제53조는 단순하게 강행규범이라고 하지 않고 '일반국제법의' 강행규범이라고 규정하였

다. 그 이유는 무엇인가? 제53조는 전체로서의 국가공동체가 수락하고 승인한 규범이 강행규범이라고 규정하였다. 전체로서 국가공동체의 수락은 예외 없이 모든 국가가 동의할 것을 요구하는 것은 아닌 것으로 이해되고 있다. 즉 강행규범이 성립하기 위해 보편적인 수락을 필요로 하지는 않는 것으로 해석된다. 또한 강행규범은 완전히 새로운 형식의 국제법의 연원이 아니라 국제관습법의 형식을 지니는 것으로 평가된다. 따라서 강행규범도 그 성립과정은 국제관습법과 맥을 같이 하며 바로 이런 이유에서 일반국제법의 강행규범이라고 규정한 것으로 해석된다. 이런 접근방법은 강행규범의 출현 이후 국제관습법은 강행규범의 지위를 가지는 국제관습법과 그렇지 않은 (조약과 동위인 기존의) 국제관습법으로 나누어진다고 보는 견해와 연결된다. 또한 강대국을 비롯한 일부 국가의 강력한 반대가 존재하는 경우 이러한 국가들의 입장은 ICJ가 강행규범의 성립 여부를 판단하는 과정에서 고려될 수 있다.

오늘날 학설과 판례는 강행규범을 확장적으로 주장하는 경향이 있다. 특히 강행규범은 조약이나 국제관습법보다 우선하고 완강한 반대국가의 이론이 적용되지 않는다는 점에서 매력적인 규범임에는 틀림없다. 또한 사안의 성격이 당사국간의 관계를 넘어 당사국(위반국)과 국제공동체의 관계에서 다루어지는 것이 적절하다고 판단되는 경우 강행규범을 하나의 해결책으로 제시하는 경우도 볼 수 있다. 그러나 실제에서 강행규범의 지위를 인정하는 데는 강행규범의 이러한 특성뿐만 아니라 실정법적 측면에서 강행규범의 효과도 고려할 필요가 있다.

보편성에 기초한 강행규범의 효과는 기존의 조약관계 등에 미치는 영향이 광범위하다. 때로는 예기치 못한 또는 의도하지 않은 문제가 발생할 수도 있다. 따라서 강행규범의 인정은 문제의 해결이 아니라 판도라의 상자를 여는 결과를 초래할 수도 있다. 요컨대 ICJ가 학설과 판례에서 주장하는 것처럼 강행규범의 존재를 폭넓게 인정할 지는 지켜볼 문제이다.



분과회의

제1분과위원회 · 국제법평론회 · 서울국제법연구원 공동

제2발표

[좌장] 이진규 (동아대학교)

일반국제법상 강행규범과 대세적 의무 간의 관계

[발표] 김석현 (단국대학교)
[토론] 박현석 (홍익대학교)

大韓國際法學會

일반국제법상 강행규범과 대세적 의무 간의 관계

김 석 현*

목 차

Ⅰ. 개념 및 목적에 있어서의 양자 간 관계
1. 강행규범과 대세적 의무는 '개념'에 있어서는 상이하다.
2. 양자 모두 국제공동체 전체의 이익 보호를 목적으로 한다.
Ⅱ. 강행규범과 대세적 의무의 실질적 일치성 여부
1. 문제의 제기
2. 대세적 의무가 강행적이기 위해서는 국제공동체의 승인이 필요한가?
3. 대세적 의무가 강행규범보다 범위가 넓은가?
4. 임의규범으로부터도 대세적 의무가 발생하는가?
5. 일반국제법상의 대세적 의무는 그 범위에 있어서 강행규범과 일치한다.

이 발표에서는 일반국제법상의 강행규범과 대세적 의무 간의 관계를 조명한다. 여기에서는 강행규범과 대세적 의무의 관계를 다룸에 있어서, 대세적 의무를 일반국제법상의 대세적 의무, 즉 '모든 각국이 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 의무'로 제한한다. 다시 말해, 일부 국가들을 구성원으로 하는 제한된 법공동체 내에서의 대세적 의무는 논의 범위에서 제외한다. 또한, 특정의 국가가 국제공동체 전체를 상대로 부담하는 의무도 제외한다.

일반국제법에 있어서 강행규범과 대세적 의무는 그 개념에 있어서 상이하나, 그 목적 면에서는 동일하다고 할 수 있다. 국제공동체의 근본이익의 보호가 바로 그 목적이다. 이 같은 공통된 목적을 가지는 이 두 개의 규범군은 그 내용 면에서 동일할 수밖에 없으며, 양자가 실질적으로 일치하는 것은 논리적으로 당연하다고 할 수 있다.

Ⅰ. 개념 및 목적에 있어서의 양자 간 관계

1. 강행규범과 대세적 의무는 '개념'에 있어서는 상이하다.

강행규범과 대세적 의무의 개념을 비교하기 위하여, 이 두 개념의 정의를 인용할 필요가 있다. 1969년 조약법협약 제53조는 강행규범에 저촉되는 조약은 무효임을 선언하면서, 강행규범을 다음과 같이 정의하고 있다.

* 단국대학교 교수

"일반국제법상의 강행규범(peremptory norm)이라 함은 그 어떠한 일탈도 허용되지 않으며 오로지 그 후에 확립되는 동일한 성질의 일반국제법규에 의해서만 수정될 수 있는 규범으로서 국가들로 구성되는 국제공동체 전체에 의해 수락되고 승인된 규범을 말한다."

조약법협약이 채택된 바로 다음 해인 1970년 국제사법재판소는 Barcelona Traction case에서 대세적 의무의 존재를 인정하게 된다. 재판소는 개별국가 상호 간의 의무와 구별되는 국제의무로서 각국이 '국제공동체 전체를 상대로' 부담하는 의무가 존재함을 확인한 것이다. 재판소는 다음과 같이 말한다.

"국제공동체 전체에 대한 국가의 의무(the obligation of a State toward the international community as a whole: les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble)와 외교적 보호의 범주 내에서 다른 한 국가와의 관계에서 발생하는 의무는 본질적으로 구분되어야 한다. 전자의 의무들은 그 성질 자체에 의하여 모든 국가들의 관심사(the concern of all States)인 것이다. 문제의 권리의 중요성에 비추어, 그 보호에 대하여 모든 국가들이 법적 이익을 갖는 것으로 간주되는 것이다. 이러한 의무는 모두에 대한 의무(obligations erga omnes)이다."[1)]

어떠한 규범이 '강행규범'이라 한다면 이는 구속력에 있어서 절대적 우위를 점한다는 것을 의미하는 한편, '대세적 의무'는 국제공동체 전체를 상대로 하는 의무를 가리킨다. 전자는 어떠한 경우에도 일탈이 허용되지 않으며 그와 충돌하는 타 규범의 효력을 박탈하는 규범을 가리키는 데에 비하여, 후자는 그 준수에 대하여 국제공동체 전체가 법적 이익을 가지며 그 위반에 대하여 공동체 전체가 책임을 추궁할 수 있는 의무를 가리킨다. 강행규범은 그 구속력의 강도를 강조하나, 대세적 의무는 그 의무의 당사자 관계 그리고 그 위반에 대한 책임 추궁의 자격(locus standi: standing)과 관련된 것이다. 이러한 양자의 구분은 많은 학자들에 의하여 강조되어 왔다.

B. Simma는 전통국제법이 개별국가들 간의 관계에서 존재하여 옴으로써 철저하게 "양자주의적"(bilateral-minded) 성향을 가졌던 데 반하여, 오늘날 국가간 관계가 하나의 공동체(즉 국제법공동체)로서 발전해 나가고 있음을 강조하면서, 국제법은 공동체의 이익(community interest)을 보호하기 위한 법개념들을 갖추게 되었으며 이러한 개념으로서 강행규범과 대세적 의무를 들 수 있다고 한다.[2)] 여기에서 "양자주의적"이라는 표현은 단순히 '두 국가 간의'라는 의미로서가 아니라 '개별 국가 간의'라는 의미로 새겨야 할 것 같다. 그는 대세적 의무와 강행규범의 개념적 차이를 강조한다. 그는 대세적 의무와 강행규범을 다음과 같이 설명하고 있다.

"대세적 의무의 개념은 그러한 의무들의 준수에 대한 국제공동체의 법적 이익을 표현할 뿐이며, 이는 그러한 의무들과 양립될 수 없는 개별국가간 합의(inter se arrangements)가 모든 상황에서 무효로 되어야 한다는 것을 의미하지 않는다. 다른 한편, 강행규범은 그와 충돌되는 조약들을 무효로 하는 법적인 힘(legal power)을 갖는 규범으로 정확히 정의된다."[3)]

E. Roucounas도 강행규범과 대세적 의무의 개념을 다음과 같이 설명하고 있다. 그는 조약법협약 제53조와 제64조에 규정된 강행규범(jus cogens)은 국제공동체가 기초하고 있는 '근본적 규범'(normes fondamentales)이라고 하면서, 이는 "보편적으로 적용되며 어떠한 일탈도 허용하지 않는" 규범으로서 이는 규범서열 차원에서 간단한 형식으로 적용된다고 한다. 즉, "그에 충돌

1) *ICJ Reports 1970*, p. 33, para. 33.
2) B. Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*(*RCADI*), tome 250(1994-VI), pp. 229-230, 235, 245, 285 참조.
3) *Ibid.*, p. 300.

되는 전·후의 모든 규범은 무효화된다"는 것이다.[4] 그는 강행규범의 법규범적 성격에 대하여 언급하기를, 이는 "국제적 체계의 중요 가치들을 보존하며 국가들의 의사 자치에 대하여 보다 구체적인 한계를 정하고자 하는 국제법의 도덕화의 지적 작용의 법적 표현(l'expression juridique d'un mouvement intellectuel de moralisation du droit international)"이라고 한다.[5] 한편, 그는 대세적 의무(obligations erga omnes)에 있어서는 "국제공동체 전체를 향한 효력"(les effets envers la communauté internationale)이 강조됨을 지적한다. 즉, 그 위반은 모든 국가들에게 그 위법행위의 중지를 위하여 "책임을 추궁할 정당한 이익"(in intérêt légitime d'agir)을 창설한다는 것이다.[6] J. M. Thouvenin도 말하기를, 대세적 의무는 "보편적 대항 가능성"(opposabilité universelle)에 의하여 특징 지워지나, 강행규범은 "특별한 법적 효력"(force juridique spécifique)을 갖는다고 한다.[7]

C. J. Tams도 강행규범과 대세적 의무가 성질에 있어서 차이를 가짐을 강조한다. 그는 말하기를, 조약법협약 제53조는 강행규범과 충돌되는 조약들의 체결을 금지하며 충돌이 발생하는 경우 그러한 조약들을 무효화한다는 점에서 '예방적'(preventive) 성격을 가지는데 반하여, 어떠한 의무의 대세적 지위(erga omnes status)는 그 의무의 효력 자체에 대해서가 아니라 "위반에 대한 대응 가능성"(prospects of responding against breach)에 영향을 준다고 한다.[8]

국제법위원회도 대체로 같은 취지로 언급하고 있다. 위원회는 일반국제법상의 강행규범과 국제공동체 전체에 대한 의무들은 그 강조점(emphasis)에서 차이가 있다고 한다. 전자는 일정한 근본적 의무에 대해서 주어지는 범위와 우선성에 초점을 두는 데 비하여, 후자의 초점은 본질적으로 모든 국가들이 그 이행에 대하여, 즉 어떠한 위반국에 대해서도 책임을 추궁할 자격에 대하여 갖는 법적 이익에 있다고 한다.[9]

위와 같은 학자들의 견해에서 강조되듯이, 강행규범과 대세적 의무는 그 개념의 차이를 보이고 있다. 강행규범은 그 어떠한 일탈도 허용하지 않음으로써 그에 반하는 국제법규범을 무효화시키는 데 비하여, 대세적 의무에 있어서는 그 준수에 대하여 모든 국가들이 법적 이익을 가짐으로써 그 위반에 대하여 모든 국가들이 책임을 추궁할 수 있다는 것이 부각되고 있는 것이다. 그 이는 강행규범과 대세적 의무가 모두 국제공동체 전체의 이익 보호를 목적으로 한다는 데에 기인한다고 할 수 있다.

2. 양자 모두 국제공동체 전체의 이익 보호를 목적으로 한다.

대세적 의무와 강행규범은 모두 국제공동체 전 구성원들에게 그 공동의 이익을 침해하지 않을 '의무'를 부과한다는 점에서 공통된다. 국제공동체 전체의 근본 이익이라 함은 모든 국가들, 나아가 이들이 대표하는 전 인류가 집단적으로 향유하는 이익으로서, 전 인류의 생존의 유지를 위하

---

4) E. Roucounas, "Engagements parallèles et contradictoires", *RCADI*, tome 206(1987-VI), p. 62.
5) *Ibid.*, pp. 62-63.
6) *Ibid.*, p. 65.
7) J.- M. Thouvenin, "La saisine de la CIJ en cas de la violation des règles fondamentales", in Ch. Tomuschat and J. M. Thouvenin(ed.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order:* Jus Cogens *and Obligtions* Erga Omnes(M. Nijhoff, 2006), p. 326.
8) C. J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*(Cambridge Univ. Press, 2005), p. 152.
9) *Yearbook of the International Law Commission*(*YILC*), 2001, Vol. II, Part Two, p. 112, para. 7.

여 필수적으로 확보되어야 하는 이익을 가리킨다. 1996년 국가책임에 관한 잠정초안 제19조는 제2항에서 국가의 국제범죄를 "'국제공동체의 근본적 이익'(fundamental interests of ithe international community)의 보호를 위하여 너무나도 중요하여 그 위반이 국제공동체 전체에 의하여 범죄라고 인정되는 국제의무의 위반"이라고 정의한 후, 제3항에서는 제2항에 따라 그리고 현행 국제법의 규칙에 따라 그 중대한 위반이 국제범죄를 구성하는 의무를 네 가지로 예시하고 있다. 즉, (a)'침략 금지의 의무와 같이, 국제평화와 안전의 유지를 위하여 본질적으로 중요한 국제의무', (b)'무력에 의한 식민통치의 확립 또는 유지의 금지 의무와 같이, 민족자결권의 보호를 위해 본질적으로 중요한 국제의무', c)노예제도, 집단살해 및 인종차별의 금지 의무와 같이, 인간의 보호를 위하여 본질적으로 중요한 국제의무, 그리고 d)대기 또는 해수의 대규모적 오염의 금지 의무와 같이, 인류환경의 보호 및 보존을 위하여 중요한 국제의무이다. 이는 제2항에서 언급된 국제공동체의 근본적 이익은 국제평화와 안전의 유지, 민족자결권의 보호, 인간의 보호 및 인류환경의 보호를 의미한다는 취지로 이해될 수 있다.

이러한 국제공동체 전체의 근본적 이익을 보호하는 것을 목적으로 하는 규범은 우선 강행적 성질을 가진다는 데에 주목할 필요가 있다. 국제공동체의 근본이익은 그 구성원인 국가들의 어떠한 개별적 이익보다도 우선한다. 따라서, 그러한 공동의 이익을 보호하는 것을 목적으로 하는 규범은 개별국가간의 이익을 조정하는 것을 목적으로 하는 여타의 규범보다 우위에 있으며 국가주권을 내세워 그 일탈을 정당화할 수 없는 것이다. 따라서, 그러한 규범의 적용을 배제하고자 하는 개별국가들의 합의는 무효로 되는 것이다. 국제공동체의 근본이익의 보호를 목적으로 하는 규범들은 '국가들로 구성된 국제공동체 전체'에 의하여 강행적 성격을 부여받으며, 공동체는 그러한 이익을 보호할 의무를 공동체 모든 구성원들에게 부과하는 것이다. 따라서, 국제공동체의 각 구성원은 공동체 전체를 상대로 — 즉, 공동체의 모든 타 구성원들을 상대로 하여(erga omnes) — 그러한 의무를 부담하게 되는 것이다. 그리고, 그러한 의무가 위반되는 경우 그 준수에 의하여 보호되는 공동체 전체의 이익이 침해되는 만큼, 그 이익을 향유하는 국제공동체 전 구성원들로부터 책임이 추궁되는 것이다. 이와 같이 국제공동체의 법익 보호를 목적으로 하는 국제법규범 또는 의무는 강행적이며 동시에 대세적 성질을 가진다는 것은 많은 학자들에 의하여 지지되고 있다.

Simma가 말하듯이, 어떠한 규범의 강행적 성격은 전체로서의 모든 국가들을 의미하는 "모두"(omnes)의 관심을 상징하며, 그러한 공동의 관심은 공동체의 근본이익(fundamental community interests)과 충돌하는 개별 국가 간의 조약들을 무효화시킬 수 있다.[10] 즉, 일반국제법상의 대세적 규범은 강행규범이며, 이 규범은 국제공동체 구성원 모두의 관심사인 근본이익 보호를 목적으로 한다는 취지로 받아들일 수 있다. 이 규범들이 공동체 법익과 충돌하는 조약을 무효화하는 것은 그 규범이 공동체 이익을 보호하는 것을 목적으로 하기 때문이다. De Wet는 강행규범에 충돌되는 조약을 무효화하는 목적은 "국제공동체의 근본적 가치의 보호"(the protection of the most fundamental values of the international community)라고 하면서, 강행규범은 "국제공동체의 핵심 가치"(core values of the international community)를 대변한다고 강조한다.[11] 그는 "강행규범은 근본적 성질의 공동체 이익을 구현한다"고 한다.[12]

K. Zemanek은 가장 진보된 유형의 대세적 의무는 강행규범으로부터 도출된다고 하면서, 이

10) Simma, *supra* note 2, p. 300.
11) E. de Wet, "Invoking obligations *erga omnes* in the twenty-first century: Progressive developments since Barcelona Traction", *South African Yearbook of International Law*, Volume 38, Issue 1(January 2013), p. 7.
12) *Ibid.*, p. 9.

들 규범은 조약에 의하여 일부 국가군의 공동의 가치 또는 이익을 보호하는 통상적인 대세적 의무와는 달리, 국제공동체 전체의 존립 근거가 되는 근본적 가치(basic values)를 보호하는 목적을 갖는다고 한다.[13] A. Orakhelashvili는 말하기를, "강행규범의 목적은 개별국가들의 이익과 구별되는 국제공동체 전체의 이익과 가치를 보호하는 것"이라고 하면서,[14] "어떠한 의무가 국제공동체 자체의 이익을 보호한다는 것이 확인된다면, 이는 대세적으로 원용될 수 있을 것"이라고 한다.[15] 즉, 강행규범과 대세적 의무는 국제공동체 전체의 이익과 가치를 보호하는 것을 목적으로 한다는 것이다. 그는 단언하기를, "특정 조약의 당사자들의 이익만이 아니라 국제공동체 전체의 이익을 보호하는 대세적 의무들은 강행규범(peremptory norms)에 근거한다"고 강조한다.[16] 이어서 그는 대세적 의무는 그 위반이 단지 개별 국가들이 아니라 국제공동체 전체에 대하여 영향을 주는 강행규범의 집행가능성(enforceability)에 관련된다고 하는 P. Malanczuk의 견해를 인용하고 있다.[17] 이는 강행규범이 국제공동체 전체의 이익을 보호하는 목적을 갖는 만큼 그 위반은 그 이익을 향유하는 공동체 전체를 상대로 범하여진 것으로 볼 수 있으며, 이에 대하여 공동체 전체가 책임을 추궁할 수 있다는 것을 의미하는 것으로 이해된다. 이와 마찬가지 맥락에서 Simma는 다음과 같이 말한다.

"국제공동체 전체가 어떠한 규칙들의 준수가 필수적이라고 판단한다면, 개별국가들은 그들간의 관계에서 그 규칙들로부터 이탈할 수 없는 것이다. 그리고 공동의 이익을 위하여 그러한 필수적인 의무들을 이행하는 것은 성질상 그 공동체의 모든 구성원들을 상대로 하는 것이며, 특정의 댓가로(in a particular quid pro quo) 하나 또는 몇몇의 국가를 상대로 하는 것이 아니다."[18]

여기에서 그 준수가 필수적인 규범은 강행규범을 가리킨다고 할 수 있으며, 그러한 규범으로부터 나오는 의무는 공동체 전체를 상대로 이행되어야 하는 대세적 의무라는 취지로 이해할 수 있다.

강행규범과 대세적 의무는 그 개념만으로 보아서는 서로 '상이한' 목적을 갖는다고 할 수 있을 것이다. 즉, 어떠한 규범의 강행적 지위는 그와 충돌되는 조약을 무효화시킬 수 있으며 국제의무들 간의 서열을 확립하는 것인데 비하여, 어떠한 의무의 대세적 성질은 공동체 전체로부터의 국제책임의 추궁을 가능케 하는 것이다.[19] 그러나, 양자의 '궁극적'인 목적은 국제공동체의 근본적 이익 또는 가치의 보호에 있는 것이다. 정리하면, 강행규범은 공동체 전체의 근본이익을 보호하는 것을 목적으로 하는 만큼, 이는 공동체 전체로부터 모든 개별구성원들에게 부과되며 따라서 '대세적'일 수밖에 없는 것이다. 다른 한편, 대세적 의무는 그것이 공동체 전체로부터 부과되는 의무임을 의미하는바 이는 공동체 전체의 이익을 보호하기 때문이며, 공동체의 집단적 이익은 국가의 개별적 이익뿐만 아니라 그 주권보다도 우선하는 만큼 그러한 의무는 모든 국가들에게 강행적으로 부과되는 것이다. 즉, 공동체 전체의 이익 보호를 목적으로 하는 규범은 '대세적'임과 동

13) K. Zemanek, "New Trends in the Enforcement of *erga omnes* Obligations", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 4(2000), p. 6.
14) A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*(Oxford Univ. Press, 2006), p. 46.
15) *Ibid.*, p. 268.
16) *Ibid.*, p. 269.
17) *Ibid.* Malanczuk은 다음과 같이 말한다. "대세적 의무는 통상적으로 강행규범(*ius cogens*)이라고 불리는 국제법규범, 즉 그 위반이 그로 인하여 직접적으로 영향을 받은 국가(들)뿐만 아니라 국제공동체의 모든 구성원에 대한 위법행위로 간주되는 규범의 집행가능성에 관련된다."(P. Malanczuk, "Countermeasures and Self-defence", in M. Spinedi and B. Simma(eds.), *United Nations Codification of State Responsibility*(New York, Oceana, 1987), pp. 230-231).
18) Simma, *supra* note 2, p. 301.
19) De Wet, *supra* note 11, p. 9.

시에 '강행적'이라 할 수 있다.

II. 강행규범과 대세적 의무의 실질적 일치성 여부

일반국제법상의 대세적 의무는 강행규범으로부터 도출되며 양자는 그 내용에 있어서 일치한다는 것이 일반적으로 받아들여지고 있다. 그럼에도 불구하고, 이 양자가 일치하지 않는다는 주장이 일부 학자들에 의하여 제기되고 있으며, 그 일치성을 인정하는 학자들도 이 문제를 논의하는 과정에서 그 불일치성을 간간히 언급하고 있는 것이다. 이하에서는 이러한 주장들의 타당성 여부를 검토하여 보기로 한다.

1. 문제의 제기

1998년 국제법위원회에서 국가의 국제형사책임 문제를 다루는 과정에서, 몇몇 위원들은 "모든 강행규범(jus cogens)은 그 정의 자체에 의하여 대세적(erga omnes)이라 할 수 있으나, 모든 대세적 의무가 반드시 강행적이거나 국제공동체에 대해 근본적 중요성을 갖는다고 볼 수 없다"는 입장을 취하였다.[20] 이는 모든 강행규범이 대세적 성질을 가지나, 대세적 의무로서 강행규범에 속하지 않는 것도 있다는 취지이다. 이는 임의규범적 성격의 대세적 의무도 존재한다는 것을 암시하는 것으로 이해될 수 있다.

한편, 국가책임 최종초안 작업에서 특별보고자를 맡았던 J. Crawford는 이와 상이한 견해를 보인 바 있다. 그는 2000년 제3차 보고서에서 '국제공동체 전체에 대한 의무'(obligations to the international community as a whole)로서 그 준수에 대하여 모든 국가가 법적 이익을 갖는 의무, 즉 Barcelona Traction case에서 언급되었던 '대세적 의무'(obligations erga omnes)에 대하여 말하기를, 대세적 의무는 실제에 있어서 "강행적 의무와 동일선상에 있다(coextensive)"고 하면서, "어떠한 특정 의무가 두 국가 간에서 배제될(set aside or displaced) 수 있다면 그 의무는 국제공동체 전체를 상대로 하는 것이라고 보기 어렵다"고 강조한 바 있다.[21]. 이는 임의규범(jus dispositium)으로서의 의무는 대세적 의무로 인정될 수 없음을 의미한다. 다시 말하면, 어떠한 의무가 대세적 의무로 되기 위해서는 강행적 성격을 가져야 한다는 것이다.

이러한 두 입장만 보더라도 강행규범과 대세적 의무의 상관관계에 대한 의문이 충분히 제기될 수 있다. 그 실질적 범위 즉 구체적 내용에 있어서 대세적 의무가 강행규범보다 그 범위가 넓은가? 양자가 중복되는가? 임의규범으로부터도 대세적 의무가 도출될 수 있는가? 대세적 의무가 강행적이기 위해서는 국제공동체에 의한 승인이 필요한가?

---

20) 원문은 다음과 같다. "(…) although all *jus cogens* norms were by definition *erga omnes*, not all *erga omnes* norms were necessarily imperative or of fundamental importance to the international community."(YILC, 1998, Vol. II, Part Two, p. 69, para. 279) 이같은 입장을 보였던 위원들 중에 Hafner의 견해를 참고할 필요가 있다. 그는 범죄, 대세적 의무의 위반 그리고 강행규범 위반을 구분할 필요성을 강조하면서 말하기를, "대세적 의무의 개념 자체는 일반적 성질의 의무라는 개념과 혼동되면 안되며, 전자의 위반은 반드시 강행규범의 위반과 일치하지 않는다"고 한 바 있다.(*YILC*, 1998, vol. I, p. 117, para. 10)

21) *YILC*, 2000, Vol. II, Part One, p. 34, para. 106 (a).

2. 대세적 의무가 강행적이기 위해서는 국제공동체의 승인이 필요한가?

모든 대세적 의무가 강행규범이 될 수 없다는 이유로서, 어떠한 의무가 강행적이기 위해서는 국제공동체 전체에 의해 수락되고 인정되어야 한다는 견해가 있다. 즉, 대세적 의무라 하더라도 그와 같은 수락 또는 승인이 없는 한 강행적 성질을 부여받지 못한다는 취지이다. J.- M. Thouvenin은 말하기를, "jus cogens는 국가들로 구성된 국제공동체 전체에 의하여 강행적인 것으로 수락되고 승인된 만큼 반드시 대세적(erga omnes)이라고 할 수 있으나, 대세적 의무들은 반드시 강행적이지 않다"고 한다.[22] De Wet도 강행규범은 국제공동체 전체에 의하여 승인되어야 함을 강조한다. 1966년 인권규약상의 의무들은 국제공동체의 집단적 이익과 관련되는 만큼 그 이행에 대하여 국제공동체 전체가 이익을 가진다고 할 수 있으나, 이러한 사실만으로서 모든 대세적인 인권보호 의무들이 '강행규범'으로 되는 것은 아니라고 한다. 집단살해, 고문 등의 금지의 강행적 성질은 광범위한 다수 국가들에 의하여 특별히 인정됨으로써 주어진다는 것이다.[23]

그렇다면, 대세적 의무가 강행적이기 위해서는 그러한 성격이 특별히 국제공동체에 의하여 인정되어야 하는가? 일반국제법상 어떠한 의무가 대세적이라는 것은 그 자체 강행적임을 의미한다. 국제공동체 전체로부터 모든 각국에게 어떠한 의무가 부과되고 그 위반에 대하여 어떠한 타국도 책임을 추궁할 수 있다는 것은, 그러한 의무가 국제공동체의 근본적 이익을 보호함을 목적으로 하기 때문이다. 그리고 그러한 공동의 이익을 보호하는 것을 목적을 하는 규범은 강행규범인 것이다. 이와 관련하여 Orakhelashvili의 견해를 경청할 필요가 있다. 그는 국제공동체 전체의 이익을 보호하는 대세적 의무들은 강행규범(peremptory norms)에 근거한다"고 강조한다.[24] "모든 의무는 어떠한 규칙에 근거하며 어떠한 의무의 대세적 성질은 그 의무를 발생시키는 규범의 성격에 의존한다"는 것이다. 그는 대세적 의무의 개념은 독립적인 것이 아니라고 하면서, 어떠한 의무가 특수한 성격을 가진다면 이는 그와 마찬가지로 특수한 성격의 규칙에 근거할 수밖에 없다고 한다.[25] 어떠한 의무의 대세적 성질은 단지 그 위반의 법적 결과의 추궁가능성(invocability)을 입증하는 것이며, 그러한 결과는 그 의무가 도출되는 규범의 강행규범적 성질에 의하여 결정된다는 것이다.[26] 이는 아주 설득력 있는 설명으로 들린다.

요컨대, 어떠한 의무가 대세적 성질은 그 의무의 강행적 성질 자체로부터 도출되는 만큼, 어떠한 대세적 의무가 강행규범으로 인정되기 위하여 별도의 승인 또는 인정이 필요 없다고 할 수 있다.

3. 대세적 의무가 강행규범보다 범위가 넓은가?

강행규범과 대세적 의무가 내용 및 범위에 있어서 일치하지 않는다는 견해에도 주목할 필요가 있다. S. Kadelbach는 "대세적 의무는 대체로 강행규범과 중복되나, 동일하지는 않다"고 하면서도 "강행규범과 대세적 의무의 범위는 그 내용에 있어서 유사하다"[27]고 한다. 이와 관련하여 그

22) Thouvenin, "La saisine de la CIJ en cas de la violation des règles fondamentales", in *The Fundamental Rules of the International Legal Order, op. cit*, p. 327.
23) E. de Wet, *supra* note 11, p. 9.
24) Orakhelashvili, *supra* note 14, p. 269.
25) *Ibid.*
26) *Ibid.*
27) S. Kadelbach, "The Identification of Fundamental Norms", in *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, *op. cit.*, pp. 38-39.

는 다음과 같이 말하고 있다.

"대세적 의무들은 강행규범만을 포함하는 것이 아니라, 조약에 의하여 쉽게 변경될 수 있는 국가, 도시, 도서 및 국제지역의 지위 및 경계를 규율하는 규칙들도 포함한다."[28]

한편, Orakhelashvili는 강행규범과 대세적 의무는 모두 모든 국가들의 관심사와 관련된 것임을 인정하면서도,[29] 다음과 같이 말한다.

"대세적 의무들은 강행규범으로부터 나온 것이나, 그 역은 반드시 옳지 않다. 강행규범으로부터 도출되지 않는 대세적 의무가 있을 수 있으며, 국제해협의 통항권이 그러하다."[30]

이와 같이 Kadelbach와 Orakhelashvili는 대세적 성질을 갖는 규범들 중에 강행규범이 아닌 것들이 있다고 하면서, 각기 "국가, 도시, 도서 및 국제지역의 지위 및 경계를 규율하는 규칙"또는 "국제해협의 통항권"을 예로 들고 있는 것이다. 이러한 문제들은 모든 국가들의 관심사이기 때문에 이에 관한 국가들의 의무는 대세적이라 할 수 있으나 이는 강행규범에 포함되지 않는 만큼, 대세적 의무에는 강행규범으로부터 도출되지 않는 의무도 포함된다는 취지로 이해할 수 있다. 국가, 도시, 도서 및 국제지역의 지위 및 경계 또는 국제해협 통항권 존중의 의무가 모든 국가들의 관심사라는 이유로 대세적 의무에 속한다는 것을 전제로 하는 것이다. 앞서 언급된 의무들이 각국의 입장에서 '국제공동체 전체를 상대로 부담하는' 의무인가? 즉, 한 국가가 특정 타국의 국제해협 통항권을 침해하였거나 또는 타국과의 경계를 침범했을 때, 국제공동체 전체의 법익 침해로 이어지는가, 따라서 어떠한 제3국도 이에 대하여 책임을 추궁할 수 있는가? 만약 그렇다면, 이는 공해자유의 존중 의무, 국내문제 불간섭의 의무를 포함하여 모든 국가들의 관심사인 일반국제법상의 모든 의무가 대세적 의무라는 논리로 이어진다. 과연 이러한 의무들이 '대세적 의무'인가? 그리고, 이러한 의무들이 강행규범에 포함되지 않는다는 이유로, 대세적 의무가 강행규범과 일치되지 않는다는 논리가 성립되는가 하는 것이 문제이다.

여기에서 일반국제법상의 개별적 의무와 대세적 의무를 분명히 구분할 필요가 있다. 여기에서 우리는 일반국제법상의 의무들 중 대세적 의무와 개별적 의무 - 즉, 모든 각국이 다른 개별국가들을 상대로 부담하는 의무 - 를 분명히 구분할 필요가 있다. 우선, 모든 국가들 간에 적용되는 일반국제법상의 의무들로서 '국제공동체 전체를 상대로' 각국이 부담하는 의무가 있다. 침략금지 의무, 인권침해 금지 의무, 민족자결권 존중의 의무, 인류환경의 대규모적 훼손금지 의무 등이 여기에 속한다. 이들은 평화, 인권, 민족자결권, 인류환경 등 국제공동체 전체의 근본적 이익을 보호하기 위하여 필수불가결한 의무이며, 국제공동체 전체가 모든 각국에 대하여 그러한 의무를 부과하는 것이며, 그 이행에 대해서는 국제공동체 전 구성원이 법적 이익을 갖는다. 그리고, 그러한 의무가 위반되는 경우 모든 타국이 법적 이익을 침해받음으로써 그 위반에 대하여 책임을 추궁할 수 있는 것이다. 예를 들어, 한 국가가 자국 영토 상에서 다수의 민간인들에게 고문을 자행하는 상황을 들어보자. 이 행위가 금지되어야 한다는 데 대하여 국제공동체 전체가 법적 이익을 갖는 것이다. 고문은 국제공동체 전체의 근본이익인 인권을 침해하기 때문이다. 따라서, 고문 금지의 위반에 대해서는 국제공동체 전 구성원들로부터 책임이 추궁될 수 있는 것이다. 그러나, 이와 같은 특별히 중요한 의무들을 제외한 대부분의 일반국제법상 의무들은 모든 개별국가간의 관계에서 적용되는 데 그치고 있다. 국제공동체 개념이 확립되기 이전부터 존재하여 온 전통국제법상의 의무들이 그러하다. 하나의 예로서, 무해통항권 존중 의무를 들 수 있다. 모든 국가들은 영해 상에서 타국 선박들에게 무해통항을 보장하여야 한다. A국이 자국 영해 상에서 B국의 정부선박에 대

28) *Ibid.,* p. 25.
29) Orakhelashvili, supra note 14, pp. 268-269 참조.
30) *Ibid.*, p. 269

하여 무행통항을 방해했다고 해서 모든 타국이 법익을 침해받았다고 할 수 없다. 그 의무의 위반으로 인하여 권리를 침해받은 국가는 오로지 B국이며, B국만이 피해국 자격으로 책임을 추궁할 수 있게 되는 것이다. 앞서 문제로 제기되었던 '국가, 도시, 도서 및 국제지역의 지위 및 경계를 규율하는 규칙'의 위반 또는 '국제해협의 통항권'의 침해에 대해서도 마찬가지의 논리가 적용될 수 있는 것이다.

대세적 의무를 여타의 일반국제법상의 의무와 구별함에 있어서 R. Ago의 설명에 귀를 기울일 필요가 있다. 그는 국제관습법상의 거의 모든 의무들이 "각국 및 모든 국가들을 상대로"(towards each and all States) 한다는 의미에서 '대세적'(erga omnes) 의무라고 하면서, 이 표현에는 오해의 소지가 있다는 입장이다. 그는 외교면제 존중의 의무를 예로 들면서, 이 의무는 각국이 모든 타국을 상대로 부담하나, 그러한 의무의 위반은 그 위반국과 피해국 양자 간의 관계로만 머문다는 것을 지적한다. 한편, 그는 ICJ가 Barcelona Traction case에서 'erga omnes'라는 표현을 사용함에 있어서는 이와 다른 개념으로서 "국제공동체에 대한 의무"(obligations toward the international community)를 염두에 두었음을 강조한다.[31] 즉, '대세적 의무'를 말함에 있어서 국제공동체라는 단위체가 그 구성원들과 법적 관계를 가질 수 있음이 전제되었다는 것이다.[32]

오늘날 일반국제법상의 대세적 의무가 Barcelona Traction case에서 제시되었던 개념으로 받아들여지고 있음을 인정한다면, 이는 일반국제법상의 여타 의무들과 명확히 구분되어야 하는 것이다. 여기에서 대세적 의무의 개념을 다시 한번 강조할 필요가 있다. 즉, 그 준수에 대하여 국제공동체 전체가 법적 이익을 갖는 의무, 그 위반 시에 공동체 전체로부터 책임 추궁이 가능한 의무, 이것이 바로 대세적 의무인 것이다. 대세적 의무가 강행규범과 일치하지 않는다고 주장하면서 그 이유로서 위에서 언급된 것과 같은 규칙 또는 의무들도 대세적 의무이며 따라서 강행규범 속에 포함되지 않는 대세적 의무가 있음을 주장한다면, 대세적 의무의 개념 자체를 흐리게 할 수 있는 것이다.

일반국제법상의 대세적 의무의 개념을 Barcelona Traction case에서 ICJ가 언급한 '국제공동체 전체에 대한 의무' 즉 모든 각국이 국제공동체 전체를 상대로 부담하는 의무를 가리키는 것으로 이해할 때, 이는 국제공동체 전체의 근본적 이익의 보호를 보호하기 위한 의무를 의미하며 이는 당연히 강행규범의 범위와 일치하는 것이라 할 수 있다.

4. 임의규범으로부터도 대세적 의무가 발생하는가?

임의적(dispositive) 성질을 가지는 대세적 의무도 존재할 수 있는가? 위에서 소개한 바와 같이, 대세적 의무들이 반드시 강행적이지 않는다는 견해들이 제시되고 있는바, 이러한 주장들은 임의적 성질의 대세적 의무가 존재하는가 하는 문제를 제기하기에 충분하다고 할 수 있다. 다시 한번 문제의 범위를 구체화할 필요가 있다. 대세적 의무로서 일반국제법의 범위 밖에 있는 것들은 여기에서 제외한다.

문제의 소재를 분명히 하기 위하여, 앞서 인용된 국제법위원회의 일부 위원들의 견해로서 소개된 구절을 다시 한번 인용할 필요가 있다.

---

31) R. Ago, "Obligations *Erga Omnes* and the International Community" in J. H. Weiler, a. Cassese and M. Spinedi(ed.), *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*(Berlin, New York: W. de Gruter, 1989), pp. 237-238.

32) *Ibid.*, p. 239.

"모든 강행규범은 그 정의 자체에 의하여 대세적이라 할 수 있으나, 모든 대세적 의무가 반드시 강행적이거나 국제공동체에 대해 근본적으로 중요하다고 볼 수는 없다."[33]

Tams는 이러한 입장은 대세적 의무가 임의규범(dispositive rules)으로부터도 도출될 수 있음을 인정한 것으로 국가책임 초안 제2독회에서의 '지배적 견해'(dominant view)였다고 한다.[34] 그는 이 두 개념 사이의 본질적 차이에 비추어 볼 때, '최소한 이론적으로는' "대세적 의무가 국제법의 임의규범으로부터 도출될 수 있으며",[35] "임의규범(dispositive rules)의 의무 위반이 대세적 책임 추궁을 가능케 할 수 있다"고 할 수 있을 것이라고 한다.[36] 여기에서 우리는 임의규범으로부터는 대세적 의무가 도출될 수 없다는 기본적 입장을 유지하면서도, 이 문제와 관련된 Tams의 접근에 대하여 귀를 기울일 필요가 있다.

Tams는 이 문제를 해당 의무의 '중요성'(importance)의 차원에서 다루고 있다. 즉, 국제공동체 구성원들의 입장에서 '중요하다'(important)고 판단되는 임의적 의무들(dispositive obligations)이 대세적(erga omnes) 효력을 부여받을 수 있을 것이라는 전제에서 과연 그 중요성 판단의 기준이 무엇일까 하는 의문을 제기한다. 그는 특정 의무의 중요성 여부를 판단하기 위한 기준으로서 그 위반에 대한 대응(response against breaches)을 강조한다. 대세적 의무들의 식별은 국제위법행위에 대한 대응의 분석에 의하여 가능하며, 그러한 대응이 해당 의무의 대세적 성질을 확인시키는 간접적 증거가 될 수 있다는 것이다. 특정 의무의 대세적 지위를 입증하고자 하는 청구국들은 그 전부터도 문제의 의무의 위반에 대하여 많은 국가들로부터 책임 추궁이 있어 왔음을 내세울 수 있을 것이라고 하면서, 그러한 위반에 대한 강제조치 또는 국제법정에의 제소 등이 특히 유력한 증거가 될 수 있다고 한다.[37] 그는 국제법의 임의규범들(dispositive rules)로부터 도출되는 대세적 의무를 찾아낸다는 것은 쉽지 않은 일이라고 하면서, 이를 위해서는 국제적 실행의 정밀한 분석이 요구된다고 한다. 이와 관련하여 특별히 중요한 고려요소가 무엇인지는 국제판례에 의하여 제시될 것이며, 이는 국제위법행위에 대한 실제 대응으로부터 얻어지는 간접증거에 의하여 보완될 수 있다는 것이다.[38] 그는 대세적 의무의 식별은 선결된 기준(predetermined criteria)의 적용에 의해서보다는 해당 의무의 위반에 대한 대응의 분석이라는 '실용적 접근'(pragmatic approach)을 토대로 이루어져야 한다는 입장이다.[39]

요컨대, Tams는 기본적으로 대세적 의무는 강행규범으로부터 파생된다는 입장을 취하면서도, 임의규범적 의무도 경우에 따라서는 대세적 의무로 인정될 수 있는 가능성을 완전히 배제하지는 않고 있는 것이다. 다시 말하면, 특별히 어떠한 '임의적 의무'(dispositive obligation)가 그 '중요성'에 따라 대세적 의무로 될 수 있으며, 그러한 의무가 그 위반에 대하여 국제공동체의 다수 구성원들로부터 책임이 추궁될 수 있다면 '대세적 의무'의 범주에 포함될 수 있을 것이라는 입장이다. 즉, 임의규범적 의무의 위반에 대해서도 피해국 아닌 제3국으로부터도 책임이 추궁될 수 있는 최소한의 가능성만큼은 부인하지 않는 입장이다. 그러나, Tams는 "(…) 대세적 의무의 핵심은 (…) 일반국제법의 실체적 강행규범으로부터 도출되는 의무로 구성된다"고 하면서, "강행규범 밖의 대세적 성질(erga omnes outside jus cogens)은 국가들이 공식적 소송에서 이 개념을 보다 빈번히 원용하기 시작할 때까지는 미지의 영역(uncharted territory)로 남아 있을 것 같다"고

33) *YILC*, 1998, Vol. II, Part Two, p. 69, para. 279.
34) Tams, *supra* note 8, p. 152.
35) *Ibid.*
36) *Ibid.*, p. 153.
37) *Ibid.*, p. 155.
38) *Ibid.*, 155-156.
39) *Ibid.*

언급하고 있다.[40]

임의적 의무들이 또는 임의규범이 대세적 의무로 될 수 있는가 하는 문제를 다루기 위하여 국제관계의 실제에 비추어 탄력적으로 판단하고자 하는 Tams의 이러한 신중하고도 실용주의적인 접근은 높이 평가될 수 있을 것이다. 그러나, 이 문제를 다루기 위하여 우리는 대세적 의무, 강행규범 그리고 임의규범의 규범적 본질을 잊어서는 안 될 것으로 본다. 이와 관련하여, 다음과 같은 논리는 그대로 유지될 것으로 본다. 대세적 의무는 국제공동체의 각 구성원이 공동체 전체를 상대로 부담하는 의무이며, 이 의무는 공동체 전체로부터 부과된다. 이 의무는 공동체 전체의 근본적 이익을 보호하기 위한 것이기 때문이다. 그리고 공동체 전체의 근본적 이익은 개별국가들의 어떠한 이익보다 우위에 있는 만큼, 그러한 공익의 보호를 목적으로 하는 의무들은 모든 국가들에 대하여 그 의사 여하와 관계없이 강행적으로 부과될 수밖에 없다. 반면에, 임의규범들은 개별국가들의 이익을 보호하는 목적을 가지는 만큼, 그 위반은 오로지 특정 타국의 법익만을 침해하는 결과를 가져오며 공동체 구성원 전체로부터의 책임 추궁을 불러일으키지 않는다. 따라서, 임의규범들은 대세적 의무의 범주에 들어 올 수 없는 것이다.

물론, Tams의 설명이 시사하듯이 지금까지 임의적 성격을 갖는 것으로 인식되던 의무 또는 규범의 위반에 대하여 어느 시점부터는 국제공동체 전 구성원으로부터 책임이 추궁될 수 있을 수도 있다. 그렇다면, 그 단계에서 국가들은 그 위반에 의하여 공동체 전체의 이익이 침해된 것으로 간주한 것이라 할 수 있다. 즉, 국가들이 이 위반된 의무가 공동체 전체의 이익을 보호하는 의무라고 인식하였다고 볼 수 있는 것이다. 그럼으로써, 이 의무는 강행적 성질을 가지게 되는 동시에 개별국가들이 국제공동체 전체를 상대로 부담하는 의무, 즉 대세적 의무로 격상될 수 있는 것이다. 조약법협약 제53조에서 규정하고 있듯이 강행규범의 범위가 국가들로 구성되는 국제공동체 전체에 의하여 정해지듯이, 대세적 의무의 범위도 결국은 국제공동체 구성원들의 법의식 발전에 따라 정해질 수밖에 없을 것이다.

5. 일반국제법상의 대세적 의무는 그 내용에 있어서 강행규범과 일치한다.

'넓은 의미'에서의 대세적 의무는 그 내용 면에서 강행규범과 일치하지 않는다. 그러나, 이는 위에서 비판된 논리 이외의 다른 이유에서이다. 주지하는 바와 같이, 대세적 의무는 국제공동체 전체의 이익 보호를 위하여 공동체 전체로부터 부과되는 일반국제법적 의무로서의 대세적 의무(obligations erga omnes) - 즉, '모두'(all), 즉 모든 국가를 상대로 하는 의무 - 와 조약에 의하여 일부 국가들 간에 설립된 공동체 내에서의 '모든 당사자들에 대한 의무'(obligations erga omnes partes)로 구분된다. 이 중 후자는 일부 국가들 간의 합의에 의하여 설정된 의무로서 강행적일 수 없다. 이들은 일부 국가들의 공동 이익을 수호하기 위한 것으로서 국제공동체 전체의 법익을 보호하기 위한 의무들이 아니며, 조약에 의하여 수정 가능하기 때문이다. 이러한 의무들을 대세적 의무에 포함시킨다면 '모든 대세적 의무가 강행규범이라'고 할 수 없는 만큼, 양자가 내용상으로 일치하지 않는다고 할 수 있다. 단, 일반국제법의 범위 내에서만큼은 대세적 의무가 강행규범과 일치할 수밖에 없는 것이다.

K. Zemanek은 다수 국가들 간에 조약에 의하여 형성된 대세적 의무와는 별도로, '가장 진보된 형태'(the most advanced type)의 대세적 의무는 강행규범으로부터 도출된다고 한다. 이러한 대세적 의무들은 임의적인 국가들 집단(a random group of States)의 공동의 가치 또는 이

40) *Ibid.,* p. 157.

익이 아니라 국제공동체 전체의 기초가 되는 근본적 가치를 보호하는 만큼 조약상의 대세적 의무들과 구별된다고 한다. 이러한 의미에서, 모든 강행규범은 대세적 의무를 창설하나, 모든 대세적 의무가 강행규범으로부터 도출되지는 않는다고 한다.[41] 이와 같이, 대세적 의무를 제한된 국가들 간의 대세적 의무(obligations erga omnes partes)들을 포함하는 개념으로 이해하는 경우에는 이러한 모든 의무들이 강행규범과 일치하지 않는다고 할 수 있겠으나, '일반국제법'으로서의 대세적 의무 - 즉, 국제공동체 전체의 근본적 가치의 보호를 목적으로 하는 의무들 - 만으로 제한하여 상정할 때에는 이는 강행규범과 일치할 수밖에 없는 결론으로 통하는 것이다.

Zemanek은 1970년 Barcelona Traction case에서 ICJ가 '대세적 의무'(erga omnes obligations)의 존재를 인정하게 된 것은 1969년 조약법협약에서 '강행규범'(jus cogens)이 도입됨으로써 지지되었다고 하면서, 이는 강행규범적 의무가 그 정의 자체에 의하여 "국제공동체 전체를 상대로" 하기 때문이라고 한다. 그는 대세적 의무는 다자조약의 모든 당사자들을 상대로 하는 의무일 수도 있고, 지역적 관습법규에 구속되는 국가들의 공동체를 상대로 부담하는 의무일 수도 있고, 나아가 "국제공동체 전체를 상대로 하는 의무"일 수도 있다고 하면서, 이 마지막의 대세적 의무는 '강행규범'이라고 한다.[42] 요컨대, 개별국가들이 국제공동체 전체를 상대로 부담하는 의무 - 즉 일반국제법상의 대세적 의무 - 는 강행규범에 속한다는 것이다.

이와 관련하여, Simma의 견해에도 귀를 기울일 필요가 있다. 그는 모든 강행규범이 대세적 성질을 가지며 또한 대세적 의무로 이어진다는 것을 강조하면서,[43] 이러한 입장은 이 두 개념의 존재이유와 일치한다고 한다.[44] 그는 강행규범과 대세적 의무가 개념상으로 상이함을 강조하면서도, 이들 양자가 현실적으로는 동일시됨을 강조한다. 그는 모든 강행규범이 대세적 성질을 가짐을 인정한 후, "모든 대세적 의무가 강행규범으로부터 도출되는가"하는 반문을 던지면서,[45] 다음과 같이 언급하고 있다.

"이론적으로는 일부 대세적 의무들이 그러한 효과를 갖지 않는다고 할 수 있다. 그러나, 실제에 있어서는 대세적 의무로서 동시에 강행규범으로부터 도출된다고 인정될 수 없는 예는 생각하기 어렵다."[46]

그는 말하기를, 대세적 의무는 "(모든 각국이) 국제공동체 전체를 상대로 그 이행을 부담하는 일정 군의 규범들"로부터 도출된다고 하면서, 강행규범의 개념은 이러한 규범들에 대하여 특별히 막강한 법적 효과를 부여한다고 한다.[47] 이는 일반국제법상의 대세적 의무가 강행적 성질을 부여받는다는 것으로 이해할 수 있다.

Orakhelashvili는 특정 조약의 당사자들의 이익이 아니라 국제공동체 전체의 이익을 보호하는 대세적 의무는 강행규범에 근거한다고 하면서, "이러한 유사성(parallel)은 강행규범과 Barcelona Traction case에서 다루어진 종류의 대세적 의무 사이의 개념적 공통성(conceptual commonality)을 강조한다"고 한다.[48] 그는 국제공동체의 공동 이익을 위하여 필수적인 의무들을 이행하는 것은 공동체의 모든 구성원들을 상대로 하는 것이라는 Simma의 견해에 동조하면서, 이는 "일반국제법상의 의무들의 대세적 성격은 그러한 의무를 창설하는 규범의

41) Zemanek, *supra* note 13, p. 6.
42) K. Zemanek, "Legal Foundations of the International System"(General Course in Public International Law), *RCADI*, tome 266(1997), p. 256.
43) Simma, *supra* note 2, pp. 293-294, 299-300.
44) *Ibid.*, p. 300.
45) *Ibid.*
46) *Ibid.*
47) *Ibid.*
48) Orakhelashvili, *supra* note 14, p. 269.

강행적 성격에서 비롯된다"는 것을 의미한다고 한다.[49]

일반국제법상의 대세적 의무와 강행규범이 일치한다는 것은 그 외의 많은 학자들에 의해서도 지지되고 있다. Gaja는 강행규범은 국제사회의 근본적 이익을 침해하고자 하는 조약을 무효화하는 규칙을 가리킨다고 하면서,[50] 강행규범의 존재가 동시에 대세적 의무를 함축하고 있음을 다음과 같이 강조한다.

"강행규범의 존재는 두 개의 규칙을 내포한다. 그 하나는 대세적 의무를 부과하는 규칙이며, 또 다른 하나는 그 의무에 저촉되는 조약의 체결을 금지하고 그러한 조약을 무효로 하는 규칙이다."[51]

한편, De Wet는 ICJ도 일반국제법상의 대세적 의무와 강행규범이 일치함을 간접적으로나마 인정하고 있음을 강조한다. 그는 Barcelona Traction case에서의 판결이 "강행규범적 의무가 대세적 효력을 갖는다"(jus cogens obligations would have erga omnes effect)는 결론에 대하여 권위를 부여한다고 하면서, 이 사건에서 재판소는 jus cogens를 명시적으로 언급하지 않았음에도 불구하고 이 판결은 그같은 결론을 함축하고 있다고 한다. 그는 재판소가 일방적 무력사용, 집단살해 및 노예제도 그리고 인종차별들의 불법화 등을 대세적 규범(erga omnes norms)의 예로 들고 있음을 지적한다. 이러한 행위들의 금지가 강행적 성질(peremptory nature)을 가진 것으로 널리 인정되게 되었다는 사실로 볼 때, 어떠한 의무가 그 '근본적 성질'에 의하여 어떠한 일탈도 허용될 수 없는 경우 "모든 국가들이 그 보호에 대하여 법적 이익을 가진다"고 할 수 있다는 것이다.[52] 즉, 이러한 금지 법규들은 강행적 성질을 가지게 됨에 따라 동시에 대세적 성격을 갖게 되었다는 의미이다.

ICJ가 일반국제법상의 대세적 의무와 강행규범을 실질적으로 동일시하고 있음은 2004년의 「팔레스타인 피점령지에서의 장벽 건설의 법적 문제」에 대한 권고적 의견에서도 확인된다. 이 의견에서 재판소는 이스라엘에 의하여 위반된 자결권 존중 및 인도법상의 의무는 대세적 의무(erga omnes obligations)임을 인정하면서,[53] 이와 관련된 모든 국가들의 의무로서 이 장벽의 건설에 의하여 발생하는 불법적 상황을 "승인하지 않을 의무"(not to recognize)와 그러한 장벽 건설에 의하여 창설된 상황의 유지에 "지원 또는 원조를 제공하지 않을 의무"(not to render aid or assistance)를 명시하는 한편, 모든 국가들은 그 장벽의 건설로 인한 팔레스타인인들의 자결권 행사의 장애가 제거되도록 하여야 함을 강조한 것이다.[54] 이는 국가책임에 관한 2001년 ILC 초안 제41조에서 '일반국제법상의 강행규범'(peremptory norms of general international law)의 중대한 위반의 결과로서, 국가들은 그 위반을 "합법적 방법을 통하여 종식시키기 위하여 협력할 것"과 어떠한 국가도 "(그러한) 위반에 의하여 창설된 상황을 합법적인 것으로 승인하거나 이

49) *Ibid.*, p. 270

50) G. Gaja, "obligations Erga Omnes, International Crimes and Jus Cogens: A Tentative Analysis of Three Related Concepts", in *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility, op. cit.,* p. 158.

51) *Ibid.*, p. 159.

52) De Wet, *supr*a note 23, pp. 8-9. 여기에서 '모든 국가들이 그 보호에 대하여 법적 이익을 가진다'는 것은 ICJ가 대세적 의무를 정의하면서 사용하였던 표현임에 유의할 필요가 있다. 앞에서 이미 인용한 바와 같이, 이 사건에서 재판소는 '국제공동체 전체에 대한 국가의 의무(the obligation of a State toward the international community as a whole)' 즉 대세적 의무(obligations *erga omnes*)는 "그 성질 자체에 의하여 모든 국가의 관심사"라고 하면서, "문제의 권리의 중요성에 비추어 그 보호에 대하여 모든 국가가 법적 이익을 갖는다"는 표현을 사용한 것이다.*(ICJ Reports 1970*, p. 33, para. 33.)

53) *ICJ Reports 2004*, p. 199, para. 155.

54) *Ibid.*, p. 200, para. 159.

러한 상황의 유지에 지원 또는 원조를 제공하면 안된다"고 규정한 것과 내용상으로 일치한다. 이는 결국 일반국제법상의 대세적 의무의 위반에 대해서는 강행규범의 위반에 대해서와 동일한 법적 결과가 주어진다는 것을 인정한 것이라 할 수 있다.

이와 같이 일반국제법상의 대세적 의무가 강행규범적 의무와 동일시된다는 것은 국제법위원회도 인정하고 있다. 위원회는 "일반국제법상의 강행규범과 국제공동체 전체에 대한 의무가 동일한 개념이든 아니든 간에, 이들 간에는 최소한 실질적 중복(substantial overlap)이 존재한다"고 한다.[55] 위원회는 다음과 같이 언급하고 있다.

"ICJ가 국제공동체 전체를 상대로 하는 의무로 든 예들은 일반국제법의 강행규범에 의하여 발생된다고 일반적으로 인정되는 의무와 관련된 것이다. 마찬가지로 1969년 조약법협약 제53조가 된 규정에 대한 해설에서 국제법위원회가 제시한 강행규범의 예들은 국제공동체 전체에 대한 의무들과 관련된 것이다."[56]

2019년 국제법위원회가 채택한 「일반국제법의 강행규범에 관한 잠정 결론」[57]에서는 이 문제에 대하여 종합적인 입장을 정리하고 있다. 이 문건의 결론 17은 '국제공동체 전체에 대한 의무(obligations erga omnes)로서의 일반국제법의 강행규범(jus cogens)'이라는 제목 하에 제1항에서 다음과 같이 규정하고 있다.

"일반국제법의 강행규범(jus cogens)은 모든 국가들이 법적 이익을 갖는 국제공동체 전체에 대한 의무(obligations erga omnes)를 발생시킨다."[58]

위원회는 위 규정에 대한 해설에서 이와 같은 강행규범과 대세적 의무의 관계는 국가들의 입장 표명과 ICJ의 입장 그리고 학자들의 저술에서 확인된다고 한다. 국가들의 실행으로서는 강행규범이 대세적 의무를 구성한다거나 또는 강행규범으로부터 대세적 의무가 발생한다고 하는 취지의 총회 제6위원회에서의 콩고민주공화국과 체코공화국 대표의 발언, 그리고 호주 연방법원과 미국 Messachusetts 지방법원의 입장을 들고 있다.[59] 그리고, 위원회는 ICJ가 강행규범과 대세적 의무 간의 관계에 대해서는 명확한 입장을 밝히지 않아 왔으나 재판소의 판결과 권고적 의견으로부터 이들 간의 관계를 추론할 수 있다고 한다. 즉, 재판소가 대세적 성질을 갖는다고 인정한 모든 규범들은 위원회가 강행적 지위를 갖는 것으로 예시한 규범 목록에 포함된 것들과 같다는 것이다.[60] 그리고, 위원회는 재판소가 국가책임 초안 제41조에 언급된 강행규범 위반에 대한 법적 결과를 대세적 의무 위반에 대하여 적용하고 있다고 한다.[61]

위원회는 말하기를, 결론 17의 제1항에서 "일반국제법의 강행규범이 대세적 의무를 발생시킨다"(peremptory norms of general international law(jus cogens) "give rise to" obligations erga omnes)고 규정하고 있는 것은 "대세적 의무는 일반국제법의 강행규범에 의하

55) *YILC*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 111, para. 7.
56) *Ibid.*, pp. 111-112, para. 7.
57) "Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (jus cogens), adopted by the Commission on first reading", *Report of the International Law Commission*, Seventy-first session(29-April-7June and 8 July-9 August 2019), General Assembly, Official Records, Seventy-fourth Session, Supplement No.10(A/74/10), pp. 142-146.
58) *Ibid.*, p. 190.
59) *Ibid.*, pp. 190-191, para. 1.
60) *Ibid.*, para. 2. 국제법위원회는 이 문건의 부록에서 강행규범을 다음과 같이 들고 있다. (a) 침략의 금지, (b) 집단살해의 금지, c) 인도에 반하는 죄의 금지, d) 국제인도법의 기본규칙, e) 인종차별 및 인종분리(apartheid)의 금지, (f) 노예제도의 금지, (g) 고문의 금지, (h)자결권.(*ibid.*, p. 147)
61) *Ibid.*, p. 191. para. 2. 이와 관련하여 위원회는 Chagos 군도 문제, 팔레스타인 장벽 문제에 대한 ICJ의 권고적 의견을 들고 있다.(*ibid.*, note 864)

여 발생하는 의무로 표현된다"(obligations erga omnes are described as those obligations which "arise under peremptory norms of general international law")고 하는 국가책임에 관한 위원회 해설의 초안의 문구에 기초한 것이라고 한다.[62]

위원회의 입장에 따른다면, '강행규범이 대세적 의무를 발생시킨다'는 것은 '대세적 의무가 강행규범에 의하여 발생한다'는 데에 근거한다는 것이다. 결국 '국제공동체 전체에 대한 의무(obligations erga omnes)로서의 일반국제법의 강행규범'이라고 표현된 결론 17의 제목과 위의 해설의 내용으로 볼 때, '강행규범은 대세적 성질을 가지며 대세적 의무는 강행규범으로부터 발생한다'는 것이 위원회의 입장이라 할 수 있다. 그렇다면 이 양자는 실질적으로 일치하는 것으로 이해되어야 한다는 결론에 도달한다. 즉, 일반국제법상 모든 강행규범은 대세적 의무를 발생시키며, 대세적 의무들은 강행규범으로부터만 도출될 수 있다는 것이다.

* * *

이상 검토한 바와 같이, 일반국제법상의 대세적 의무가 강행규범으로부터 도출되며 강행규범은 대세적 성질을 가진다는 것은 국제법위원회, 국가들의 입장, 그리고 많은 학자들에 의하여 지지되고 있으며, 대세적 의무의 위반과 강행규범의 위반에 대해서는 동일한 내용의 법적 결과가 수반된다는 것이 국제사법재판소에 의하여 확인되고 있는 것이다. 이 두 개념의 본질은 국제공동체 전체의 근본이익 보호에 있다고 할 수 있으며, 그러한 공익 보호를 위한 규범은 효력 면에서 '강행적'이며 그 규범으로부터 나오는 의무는 당사자 관계에서 '대세적'이라 할 수 있다. 그리고 실질적으로 그리고 그 내용으로 볼 때 양자는 동일하다고 할 수 있다.

62) *Ibid.*, p. 192, para. 4.



분과회의

제1분과위원회 · 국제법평론회 · 서울국제법연구원 공동

제3발표

[좌장] 이진규 (동아대학교)

국제연맹 시대 자결의 국제법적 함의

[발표] 이서희 (한국해양수산개발원)
[토론] 이성덕 (중앙대학교)

大韓國際法學會

국제연맹 시대 자결의 국제법적 함의*

이 서 희**

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 국제연맹규약상 자결
1. 위임통치제도의 자결
2. 인민의 청원권
Ⅲ. 국제연맹 시대 자결의 개념
1. 자결의 정의
2. 소수민족의 자결
1) 민족자결
2) 국가를 창설할 수 있는 민족의 권리
3) 국가 내 소수민족 보호
Ⅳ. 결론

I. 서론

현행 국제법상 자결(self-determination)은 법원칙이며, 유엔총회의 자결에 관한 결의안 채택을 통해 국제법상 일반원칙으로 자리잡았다. 자결권은 대세적 권리로도 인정되고 있으며, 이를 강행규범으로 인식하는 법적 확신도 증가하고 있다.

그렇다면 국제연합 이전 자결의 법적 지위는 어떠했는가. 19세기 자결은 한민족 한국가를 실현하기 위한 민족자결을 중심으로 논의되었으며,[3] 20세기 초반, 소련의 국가원수 블라디미르 일리치 레닌(Vladimir Ilich Lenin)과 미국의 제28대 대통령 우드로 윌슨(Woodrow Wilson)이 자신의 정치적 이념을 정당화하려는 수단으로 자결을 주창했다는 것은 잘 알려진 사실이다. 그러나 국제연맹 창설 이후, 자결의 개념과 그 발전 과정에 대해서는 활발히 논의되지 않았다. 이에

* 이 논문은 저자의 고려대학교 박사논문『국제연맹규약의 위임통치제도에 관한 연구』가운데 일부를 수정 및 보완한 것입니다.
** 한국해양수산개발원 전문연구원
3) 정인섭,『신국제법강의 : 이론과 사례 제11판』, (박영사, 2020), 153면.

이 논문에서는 국제연맹 시대, 국제법상 자결의 개념 및 이를 둘러싼 논의와 실행이 어떠했는지에 대한 의문을 제기하고자 한다. 당시 '자결'이 국제법이었는지, 정치적 이념이었는지 또는 일부 법규범으로서의 성격을 띠고 있었는지 규명하는 것이 이 논문의 목적이기에, 권리의 의미를 내포 및 전제하고 '자결권'이 아닌 '자결'이라는 중립적 용어를 기본으로 사용하고, 원문에 따라 '자결권'이라는 용어를 사용할 것이다.

국제연맹 당시 자결의 정의를 살펴보고, 베르사유 조약 제1편에 해당하는 국제연맹규약상 규정된 위임통치제도에 적용된 자결 및 인민의 자결 행사를 위한 실질적 수단이었던 청원권을 검토하고자 한다. 국제연맹 시대에는 "민족자결"이 주로 논의되었기에, 민족자결의 실질적 행사가 어떻게 이루어졌는지, 국제연맹이 제시한 소수민족 보호 원칙과 어떠한 관련이 있는지 살펴보고, 소수민족에 대해 자결의 보장을 시도했던, 올란드 제도, 유펜-말메디, 자르 분지, 리투아니아의 사례를 통해, 국제연맹 시대 자결의 국제법적 함의를 규명하고자 한다.

II. 국제연맹규약상 자결

1. 위임통치제도의 자결

제1차 세계대전 동안, 윌슨의 14개조에 따라 구체화된 자결은 주요 강대국 사이에서 평화적 협상을 이루기 위한 근거가 되었다.[4] 1919년, 제1차 세계대전 전후 처리를 위해 개최된 파리평화회의에서는 독일 식민지 인민에 대한 자결의 적용이 만장일치로 합의되었다. 이 회의에서는 사회적·정치적·행정적 단위의 구분이 없는 독일 식민지 영토에서 국민투표를 통해 자결을 적용하는 경우 발생할 수 있는 실질적 어려움 때문에 이를 부정적으로 보았다. 독일에게 다시 이전 독일의 식민지를 되돌려주는 문제에 대해서는 모두가 반대하였으나, 해당 영토에 대해 자결 자체를 적용해야 한다는 점에는 모두가 찬성하였다.[5]

파리평화회의에서는 제1차 세계대전 승전국이 독일의 식민지와 오스만 제국의 일부 영토를 병합하는 대신 위임통치제도의 창설을 논의하였다. 윌슨은 위임통치제도에 자결을 적용하자고 제안하였다.[6] 이에 윌슨은 자결과 관련하여 영토 보전(territorial integrity)의 개념을 국제연맹규약

4) "Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question Report", *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 3 (1920), p. 3 ; 윌슨은 14개조 제12항에서 오스만 제국 내 터키의 통치를 받고 있는 다른 민족들은 자치적 발전(autonomous development)의 기회를 보장받아야 한다고 선언함으로써, 자치의 개념을 강조하였다. 14개조(Fourteen Points Speech) 제12항은 다음과 같다. "The Turkish portions of the present Ottoman Empire should be assured a secure sovereignty, but the other nationalities which are now under Turkish rule should be assured an undoubted security of life and an absolutely unmolested opportunity of an autonomous development, and the Dardanelles should be permanently opened as a free passage to the ships and commerce of all nations under international guarantees.") 이 조항은 자결이라는 용어를 명시적으로 사용한 것은 아니었으나, 자결의 핵심 내용을 포함하였다. (Matthew Craven, "statehood, self-determination, and recognition" in Malcolm D. Evans, *International Law*, 3rd Edition, (Oxford University Press, 2010), p. 231.)

5) Harold Temperley (ed.), *A History of the Peace Conference of Paris*, VOL II, (Oxford University Press, 1920), pp. 227-228.

6) "The United Nations, Self-Determination and the Namibia Opinions", *Yale Law Journal*, Vol. 82, Issue 3 (1973), p. 535 ; Marilyn J. Berliner, "Palestinian Arab Self-Determination and Israeli Settlements on the West Bank : An Analysis of Their Legality under International

제2차 초안에 포함하였으며, 이 규약 최종안에서도 위임통치지역 인민에 대한 자결이라는 용어와 개념을 포함시키려고 하였다.[7] 그러나 미국 대표단 내부에서 자결 개념에 반대하는 입장이 있었고, 영국이 국제연맹규약 최종안에 자결 용어를 포함시키는 것에 강력히 반대하였다. 결국, 국제연맹규약 제22조에 위임통치지역 인민의 독립 보장과 자결의 개념이 규정되지 못했다.[8] 이로 인해 자결의 개념이 위임통치제도에서 법규범으로 직접 적용될 수 없게 되었다는 비판도 있다.[9] 또한, 자결의 문제는 사명(trust)과 관련하여 등장하였으므로, 자결은 위임통치제도에서 문명의 신성한 사명으로 구현되었다. 국제연맹규약 제22조 1항과 2항에서 독일의 식민지 인민을 뜻하는 "스스로 자립할 수 없는 인민", 문명의 신성한 사명을 실현하는 방식으로서 "후견"과 같은 용어는 위임통치제도가 위임통치지역 인민의 자결과 독립적 자치(independent self-rule)를 지향하고 있다는 것을 의미한다.[10] "인민"은 외적자결권을 행사할 수 있는 가장 작은 단위의 집단으로 자결의 주체였다.[11] 또한, 국제연맹규약 제22조 2항에 따른 스스로 자립할 수 없는 인민을 지원하고 보호해 줄 수 있는 후견제도를 위임통치제도에 적용함으로써, 위임통치지역은 A, B, C등급 지역으로 분류되었고, 해당 지역에 대한 후견은 독립으로서의 자결을 목표로 하였다.[12] 이러한 맥락에서 상설위임통치위원회(Permanent Mandates Commission)는 국제연맹규약 제22조에 따라, 위임통치는 위임통치지역 내 인민의 이익을 목적으로 하는 사명이 가장 중요한 원칙이 되었다고 하였다.[13] 따라서 사명 의무 이행의 목적인 인민의 이익 보장은 곧 인민의 자결을 보장하는 것이었다.

이처럼 위임통치제도는 위임통치지역 인민의 이익을 위한 제도인 것이 분명하였다.[14] 나우루

Law", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, Vol. 8, Issue 3 (1986), p. 553 ; Anna Su, "Woodrow Wilson and the Origins of the International Law of Religious Freedom", *Journal of the History of International Law*, Vol. 15, Issue 2 (2013), p. 251.

7) Harold Temperley (ed.), *A History of the Peace Conference of Paris*, VOL IV, (Oxford University Press, 1920), pp. 429-443 ; Thomas M. Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, (Oxford University Press, 1990), p. 160 ; Wolfrum Rüdiger & Philipp Christiane, *United Nations : Law, Policies and Practice* Volume 2, (Beck'sche CH Verlagsbuchhandlung Oscar Beck, 1995), p. 1172, para. 6.

8) Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples : A Legal Reappraisal,* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), p. 23.

9) Thomas M. Franck, *supra* note 5, p. 160 ; Wolfrum Rüdiger & Philipp Christiane, *supra* note 5, p. 1172, para. 6 ; 김대순, 『국제법론』, 제19판 (삼영사, 2017), 409-410면.

10) Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, (Greenwood Press, 1930), p. 530 ; Isaak I. Dore, *The international mandate system and Namibia*, (Westview Press, 1985), pp. 15-16 ; Halim Moris, "Self-Determination : An Affirmative Right or Mere Rhetoric", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 4, Issue 1 (1997), p. 203.

11) James Summers, *Peoples and International Law : How Nationalism and Self-Determination Shape a Contemporary Law of Nations,* (Martinus Nijhoff Publisher, 2014), pp. 7, 63.

12) *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J Reports, 21 June 1971,* para. 53.

13) "Third Meeting (Private, Then Public) Hundred-and-Second Session of the Council", *League of Nations Official Journal*, Vol. 19, Issue 11 (1938), p. 846 ; 윌슨은 자결의 개념을 공식화했던 14개조의 5항에서 인민의 이익을 강조하였다. (14개조 5항은 다음과 같다. "A free, open-minded, and absolutely impartial adjustment of all colonial claims, based upon a strict observance of the principle that in determining all such questions of sovereignty the interests of the populations concerned must have equal weight with the equitable claims of the government whose title is to be determined.") 파리평화회의에서도 식민지 인민의 이익이 가장 중시되어야 한다고 보았다. 특히, 로이드 조지는 파리평화회의에서 인민의 이익을 사명의 주요 요인으로 제시하면서, 자결원칙을 선언하였다. (Harold Temperley (ed.), *supra* note 3, pp. 227-228.)

사건에서 위임통치제도의 창설 목적 자체가 인민의 이익을 위한 것으로, 사명은 해당 인민의 이익을 위해 이행되어야 하고, 해당 인민은 이러한 이익을 취할 수 있다고 하였다.[15] 위임통치제도에서 위임통치지역 인민에 대한 자결보장은 곧 자결의 핵심 개념인 "인민의 이익"과 "자유롭게 표현된 인민의 의지"를 존중하는 것이므로, 이들이 원한다면 독립을 보장해야하기 때문에, 인민에 대한 자결을 인정하는 것은 곧 이들에 대한 독립 보장을 의미하였다.[16]

위임통치지역 인민의 독립에 대해서는 국제연맹규약 제22조 4항에서 규정하고 있다. 이 조항은 A등급 위임통치지역에 해당하는 과거 오스만 제국에 속했던 영토의 목표가 독립국가라는 점을 명시적으로 규정하였다.[17] 파리평화회의에서도 위임통치국의 역할은 A등급 지역에 해당하는 메소포타미아, 시리아, 팔레스타인이 독립국가로서 국제연맹의 회원국이 될 수 있도록 보호, 조언, 지원해야 한다는 점을 분명히 하면서,[18] A등급 지역 위임통치협정 서문에서도 해당 위임통치지역이 향후 독립국가가 되어야 한다는 내용을 포함하였다. 이처럼 국제연맹규약 제22조 4항과 A등급 위임통치협정 서문이 이 지역의 목표를 독립국가로 설정함으로써 A등급 지역 인민의 자결이 간접적으로 인정되었다고 평가할 수 있다.[19]

1971년 서남아프리카 사건의 권고적 의견에서 ICJ는 국제연맹규약 체결 당시 당사자의 의도에 따라 조약 문안을 해석하는 것이 일차적으로 필요하다고 하였다. ICJ는 국제연맹규약 제22조에서 규정하고 있는 "현대 세계의 곤란한 상황", "관련 인민의 복지와 발전", "신성한 사명"의 개념이 "정적(static)"이지 않고 "발전적"이라고 하면서, 이 규약 당사자들은 이 개념들이 발전적이라는 사실을 받아들였다고 하였다. 즉, 위임통치제도가 등장한 이후, 지난 반세기 동안 국제연맹체제에서 유엔체제로 바뀌는 변화가 있었다고 하면서, 유엔헌장과 국제관습법이라는 법체계의 틀 안에서 이 제도가 해석되고 적용되어야 한다고 하였다.[20] 이 부분에서 ICJ가 설명하는 조약해석 방법은 발전적 해석 방법으로, 국제연맹규약을 해석하는 시점이 유엔체제로 바뀌었기 때문에, 국제연맹체제 하에 있었던 위임통치제도를 검토할 때, 그 사이에 국제법에서 발생한 변화를 고려하여 해석해야 한다는 것이다.[21] 이러한 맥락에서 ICJ는 신성한 사명의 궁극적인 목적이 인민의 자결

---

14) Joshua S. Miller, "Putting Iraq in Trust: Reviving the U.N. International Trusteeship under General Principles of International Fiduciary Obligation to Manage the Natural Resources of a Post-Saddam Iraq", *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 27, Issue 1 (2003-2004), p. 69 ; John Quigley, "Britain's Secret Re-Assessment of the Balfour Declaration-The Perfidy of Albion", *Journal of the History of International Law*, Vol. 13, Issue 2 (2011), p. 271.

15) *Certain phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Judgment, I.C.J Reports, 26 June 1992*, para. 41.

16) Bruno Simma, *The Charter of The United Nations, A Commentary*, (Oxford University Press, 1994), pp. 1842-1843, para. 2.

17) 국제연맹규약 제22조 4항은 다음과 같다. "Certain communities formerly belonging to the Turkish Empire have reached a stage of development where their existence as independent nations can be provisionally recognised subject to the rendering of administrative advice and assistance by a Mandatory until such time as they are able to stand alone. The wishes of these communities must be a principal consideration in the selection of the Mandatory."

18) Harold Temperley (ed.), *supra* note 5, p. 521.

19) Wolfrum Rüdiger & Philipp Christiane, *supra* note 5, p. 872, para. 5 ; David Raič, *Statehood and the Law of Self-Determination*, (Kluwer Law International, 2002), p. 196 ; 김석현, "대외적 자결권에 대한 국제법 상황-피압박 소수자 집단의 일방적 분리독립권을 중심으로-",『국제법평론』, 제46호 (2017), 16면.

20) *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J Reports, 21 June 1971*, para. 53.

21) 발전적(evolutionary) 해석의 근거는 목적론적 접근(teleological approach)이다. (Abi-Saab,

과 독립이었다는 사실은 의심의 여지가 없다고 하였다.[22] 이처럼 자결은 제1차 세계대전 승전국이 각각 자국의 이익을 위해 패전국의 식민지와 일부 영토를 통치로 인해 얻고자 하는 이익과 타협하여 국제연맹규약 제22조에 적용되었고, 이 조항에 따라 위임통치제도가 창설된 것이다.[23]

2. 인민의 청원권

국제연맹은 국가기관에 청원할 수 있는 권리인 청원권을 자결을 지지할 수 있는 근거로 보았다.[24] 이러한 청원권과 자결의 관련성을 밝히고자 국제연맹 시대 청원권 관련 규범을 살펴보고자 한다. 1689년, 영국 권리장전은 청원권을 개인의 권리와 자유를 보장하기 위한 방식으로 정의하였다.[25] 상설국제사법재판소(Permanent Court of International Justice, 이하, "PCIJ")규정은 청원권에 관한 규범을 간접적으로 규정하였다. PCIJ는 국제연맹규약 제14조에 따라 창설되었고, 1922년 2월 15일 공식 출범하였다. 국제연맹규약 제14조는 PCIJ에 대해 분쟁당사국들이 요청하는 국제적 성격의 일체 분쟁을 심리하고 결정하며, 국제연맹이사회 또는 국제연맹총회가 요청하는 분쟁 또는 문제에 관하여 권고적 의견을 부여할 수 있는 관할권을 부여하였다.[26] PCIJ의 분쟁해결절차는 모든 국가에 개방되었으며, 선택조항을 통해 사전에 강제관할권을 확보할 수도 있었다.

1924년 5월 13일, 그리스는 팔레스타인 행정부인 영국이 자국민 마브로마티즈에 대한 계약상

Georges, Kenneth Keith, Gabrielle Marceau & Clément Marquet (eds.), *Evolutionary Interpretation and International Law*, (Hart Publishing, 2019), p. 88 ; 김부찬, 『국제법특강 : 국제법의 쟁점 및 과제』(보고사, 2018), 173면.) ; 조약 문언 해석 방법에는 당사자의 의도에 충실한 접근, 문헌의 통상적 의미 해석을 강조하는 접근, 법이 추구하는 기본적 목적과 취지를 강조하는 목적론적 접근이 있다. (Nial Fennelly, "Legal Interpretation at the European Court of Justice", *Fordham International Law Journal*, Vol. 20, Issue 3 (1997), p. 669.) 목적론적 접근이란, 조약문안 해석 시 그 내용뿐만 아니라 취지, 추구하는 목적을 강조하는 방식으로, 이 접근에 따르면, 조약을 살아있는 문서로 간주하고, 시간의 흐름에 따라 법이 변화하기 때문에, 법 공동체의 요구를 이해해야 한다는 것이다. (박정원, "법의 목적론적 해석과 소수자보호의 법리 전개-국제법의 관점에서-", 단국대학교 법학연구소,『법학논총』, 제40권 3호, (2016), 200-201면.) 즉, 조약 문안의 의미와 내용이 모호할 때, 법적 질서나 규율에 따라 분명하게 또는 암묵적으로 세워진 목적과 일관된 방식으로 해석하는 방식이 목적론적 접근이다. (Giulio Itzcovich, "The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice," *German Law Journal*, Vol. 10, Issue 5 (2009), p. 555.) 목적론적 접근에 따라 조약 문안을 해석할 때에는 문헌의 통상적인 의미뿐만 아니라, 이 의미를 밝히기 위한 각종 자료를 포괄적으로 검토하는 것이 요구된다. (Nial Fennelly, *Ibid.*, p. 664.)

22) *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J Reports, 21 June 1971*, para. 53.

23) "Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question Report", *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 3 (1920), p. 3.

24) "Fourth Meeting (Public) [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 15, Issue 6 (1934), p. 653.

25) Hessel D. Hall, *Mandates, Dependencies and Trusteeships*, (Carnegie Endowment for International Peace, 1948), p. 198.

26) 국제연맹규약 제14조는 다음과 같다. "The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly. "

의무를 불이행했다고 주장하면서, 팔레스타인 위임통치협정 제26조에 따라, 이 사안을 PCIJ에 청원하였다.[27] 1924년 마브로마티즈 사건에서 PCIJ는 팔레스타인 위임통치협정 제26조에 규정된 PCIJ의 관할권 행사 요건을 검토하였다.[28] 이 조항에 따르면, 위임통치제도 내에서 위임통치협정 조항에 대한 해석이나 적용과 관련하여, 위임통치국과 다른 국제연맹회원국 사이에서 어떤 협상으로도 해결할 수 없는 분쟁이 발생하려는 경우, 위임통치국은 국제연맹규약 제14조에 따라 PCIJ에 이러한 분쟁이 회부되는 것에 동의한다고 하였다.[29] 이 조항에서 제시한 PCIJ의 관할권 행사 요건을 충족하는 분쟁은 1) 위임통치협정의 해석 및 적용과 관련되어야 하며, 2) 어떤 협상으로도 해결할 수 없는 경우에 한하여, 이미 발생한 것이 아니라 곧 발생할 가능성이 있어야 하며, 3) 위임통치국과 다른 국제연맹회원국 간에 발생해야 한다는 것이다.[30]

국제연맹 당시 개인의 청원권 문제는 팔레스타인 위임통치협정 제26조에 따른 PCIJ의 관할권 행사 요건 중 분쟁은 위임통치국과 다른 국제연맹회원국 사이에서 발생해야 한다는 세 번째 요건과 관련이 있었다. 마브로마티즈 사건은 원래 그리스인 마브로마티즈와 영국 사이에 발생하였다. 이 사건의 주요 쟁점 중 하나는 그리스가 자국민 마브로마티즈를 위하여 PCIJ에 이 사안을 청원할 수 있는지 문제이며, 마브로마티즈에 대한 그리스의 외교적 보호권 행사의 문제이기도 하였다. PCIJ가 마브로마티즈를 위하여 그리스의 제소를 인정하면, 국제연맹 당시 사법기관이 개인의 청원권을 인정한 것이 된다.

PCIJ 일부 재판관은 이 사안이 국가와 개인 간의 분쟁이라고 보아 PCIJ의 관할권 행사 요건을 충족하지 못한다고 보았다. 모든 분쟁은 국가 주권의 존중을 위하여 국가 간에 해결되는 것이 원칙이라는 것이다.[31] 또한, 무어(Moore), 부스타만테(De Bustamente)와 오다(Oda) 재판관은 PCIJ 관할권이 성립하려면, 탕가니카 위임통치협정 제13조와 같이 자국민을 위해 청원 가능한 국제연맹회원국의 권한을 명시적으로 포함해야 한다고 주장하였다.[32] 무어 재판관은 해당 사안에 대해서는 위 주장에 기초한 어떤 결론도 내리지 않았다.[33] 그러나 부스타만테와 오다 재판관은 팔레스타인 위임통치협정 제26조에는 이와 같은 내용이 없기에, 국제연맹회원국이 자국민을 위하

---

27) *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain)(1924), Permanent Court of International Justice, Ser. A, No. 2* (이하, "1924년 마브로마티즈 사건"), p. 7 ; 영국의 관할권 항변이 기각되고 본안 판결이 내려졌으나, 이 판결 이행에 관한 분쟁이 다시 발생하여 후속 재판이 열렸다. *Mavrommatis Jerusalem Concessions (1925), Permanent Court of International Justice, Ser. A, No. 5* ; *Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions (Jurisdiction) (1927), Permanent Court of International Justice, Ser. A, No. 11.*

28) 1924년 마브로마티즈 사건, pp. 11-12.

29) 팔레스타인 위임통치협정 제26조는 다음과 같다. "The Mandatory agrees that, if any dispute whatever should arise between the Mandatory and another Member of the League of Nations relating to the interpretation or the application of the provisions of the mandate, such dispute, if it cannot be settled by negotiation, shall be submitted to the Permanent Court of International Justice provided for by Article 14 of the Covenant of the League of Nations."

30) 1924년 마브로마티즈 사건, *Dissenting, Moore,* p. 61.

31) 1924년 마브로마티즈 사건, *Dissenting, Pessôa,* pp. 88, 91.

32) 탕가니카 위임통치협정 제13조는 다음과 같다. "The Mandatory agrees that if any dispute whatever should arise between the Mandatory and another Member of the League of Nations relating to the interpretation or the application of the provisions of the mandate, such dispute, if it cannot be settled by negotiation, shall be submitted to the Permanent Court of International Justice provided for by Article 14 of the Covenant of the League of Nations. States Members of the League of Nations may likewise bring any claims on behalf of their nationals for infractions of their rights under this mandate before the said Court for decision."

33) 1924년 마브로마티즈 사건, *Dissenting, Moore,* p. 61.

여 강제관할권을 행사할 수 없다고 하였다.[34]

이에 대해 PCIJ는 분쟁을 "사실 또는 법 측면에서 의견의 불일치, 두 사람 사이의 법적 견해나 이익의 충돌"이라고 정의하였다.[35] PCIJ는 국제분쟁이 기본적으로 국가 간 발생하지만, 개인 간 분쟁, 개인과 국가 간 분쟁도 개인의 국적국이 이를 자국의 분쟁으로 간주하면, 국제법상 국가 간 분쟁이라고 하였다. 이 사건 역시 마브로마티즈 개인과 위임통치국 사이에서 발생했으나, 마브로마티즈 국적국인 그리스가 자국의 분쟁으로 간주하여, 국제법상 국가 간 분쟁이 된다. 자국민을 위하여 국가가 청원을 제기하면, 국가는 자국민이 아닌 자신의 권리를 주장하는 것이다. 따라서 PCIJ의 분쟁해결절차에서는 개인을 위한 국적국이 유일한 청원인이 된다.[36] PCIJ는 팔레스타인 위임통치협정 제26조에 따라 개인을 위한 국적국의 청원권을 인정하였다. 이는 곧 그리스의 외교적 보호권과 마브로마티즈 개인의 청원권을 인정한 것이다.

이처럼 국제연맹 시대, 개인에 청원권이 부여되었기에, 소수민족에도 청원권이 부여되었다. 실제로 국제연맹 이전부터 소수민족은 청원권를 통해 의견을 제시할 수 있었다.[37] 소수민족이 청원서를 국제연맹에 제출하면, 국제연맹이사회 3명의 위원이 청원서를 검토한 후, 청원자에 답변하였다. 그러나 1919년-1939년 사이에 채택된 청원은 16건에 불과하였다.[38] 또한, 소수민족은 공식적으로 이들의 지위가 분명치 않아서 국제재판소에 출석할 수 없었으나, PCIJ 판결과 권고적 의견은 소수민족 권리 관련 법의 발전에 기여하였다.[39]

청원권은 자결 행사를 위한 권리기도 하였다. 인민은 독립 또는 정부 수립을 위해 자결권을 행사하는 경우, 국제연맹이사회에 청원서를 제출할 수 있었다.[40] 프랑스 대표단은 인민에 청원권이 부여되지 않았다면, 자결권이 명확하지 않았을 것이라고 하였다.[41]

III. 국제연맹 시대 자결의 개념

1. 자결의 정의

34) 1924년 마브로마티즈 사건, *Dissenting, Bustamante,* p. 82 ; 1924년 마브로마티즈 사건, *Dissenting, Oda,* p. 86.
35) 1924년 마브로마티즈 사건, p. 11.
36) 1924년 마브로마티즈 사건, p. 12.
37) Aleksandar Momirov, "The Individual Right to Petition in Internationalized Territories. From Progressive Thought to an Abandoned Practice", *Journal of the History of International Law*, Vol. 9, Issue 2(2007), pp. 215, 217.
38) Anna Meijknecht, "Minority Protection System between World War I and World War II", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para. 22.
https://opil-ouplaw-com-ssl.oca.korea.ac.kr/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e848?prd=MPIL#law-9780199231690-e848-div1-1
39) *Questions relating to Settlers of German Origin in Poland(1923), Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion No. 6 ; Access to German Minority Schools in Upper Silesia(1931), Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion No. 19 ; Minority Schools in Albania, Permanent Court of International Justice(1935), Advisory Opinion No. 26.*
40) 다만, 윌리엄 보라(William Borah)연방 상원의원은 만약 일본이 자국만의 방식을 갖고 있다면, 국제연맹은 페르시아, 한국, 모로코, 아일랜드, 산둥성(Shantung)과 같은 피지배 인민의 자유 성취를 위한 법적 방식이 현재로선 없다고 하였다. Sarah Wambaugh, *Plebiscites since the World War* (Carnegie endowment for international peace, 1933), p. 490.
41) "Fourth Meeting (Public) [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 15, Issue 6 (1934), p. 653.

국제연맹 시대의 자결은 "자결의 민족적 권리(national right of self-determination)","자결권(right of self-determination", "민족자결(national self-determination)", "자유 자결의 원칙(the principle of free self-determination)"과 같은 다양한 용어가 있었다. 먼저, 타루트 조약(The Treaty of Tartu) 중 핀란드와 러시아 간 조약 제10조는 "자결의 민족적 권리"를 규정하였다. 이 조항에 따르면, 핀란드는 이 조약이 발효한 45일 이내 러시아는 레폴라(Repola)와 포라이드르비(Porajdrvi)의 코뮌에서 군대를 철수시키고, 코뮌이 러시아에 재통합되어, 동 카렐리아(Eastern Carelia) 자치주에 포함되어야 한다고 규정하였다. 또한, 이 조항은 코뮌이 아르항겔스크와 올로네츠(Archangel and Olonetz) 정부의 카렐리아(Carleia) 인구를 포함할 것이며, 이들이 자결의 민족적 권리를 갖는다고 하였다.[42] 다음으로, 타루트 조약 중 에스토니아와 러시아 간 조약 제2조는 자결에 대한 모든 인민의 권리(right of all peoples to self-determination)를 규정하였다. 이 조항은 사회주의자(socialist)와 러시아가 주장한 권리로서, 러시아는 자결에 대한 모든 인민의 권리에 따라 에스토니아의 주권과 독립을 전적으로 승인하며, 에스토니아 인민과 영토에 대한 모든 주권을 영원히 자발적으로 포기한다고 하였다.[43] 이 조항에서 러시아는 자결에 대한 모든 에스토니아 인민의 권리를 인정하고 있다. 이처럼 핀란드와 러시아 간 조약과 에스토니아와 러시아 간 조약에 해당하는 두 개의 타루트 조약에서 러시아는 국가인 에스토니아와 소수민족인 카렐리아 인민에 부여된 자결권의 인정하였다.[44] 이처럼 국제연맹은 자결권이 러시아 정부가 처음 등장했을 때 선언된 원칙이며, 이를 근거로 많은 국제법 합의가 이루어졌다고 하였다.[45]

국제연맹은 자결권(the right of self-determination)을 "특정 지역 인민이 국가에 가입하거나 스스로 주권 국가를 창설할 권리"로 정의하였으며, 국제연맹이사회는 인민이 국민투표를 통해 자결권을 실질적으로 행사할 수 있다고 보았다.[46] 당시 투표권은 21세 이상 남녀 구분 없이 국민투표 직전까지 해당 영토에 1년 동안 거주한 자에게 부여되었으며, 국민투표의 선택안은 기존 정부의 유지 또는 독립이었다. 국제연맹이사회는 자결원칙 이행 관련 모든 절차 대부분을 통제하

42) 타루트 조약(The Treaty of Tartu) 중 핀란드와 러시아 간 조약은 1920년 10월 14일에 서명되었다. 이 조약은 러시아 내 동 카렐리아(East Karelia)에서 핀란드 내전과 러시아 내 동 카렐리아 내 핀란드 지원군 원정 이후 핀란드와 러시아 간의 국경선을 확인하였다. 이 조약 제10조는 다음과 같다. "Finland shall, within a time-limit of forty-five days, dating from the entry into force of the present Treaty, withdraw her troops from the Communes of Repola and Porajdrvi. These Communes shall be reincorporated in the State of Russia and shall be attached to the autonomous territory of Eastern Carelia, which is to include the Carelian population of the Governments of Archangel and Olonetz, and which shall enjoy the national right of self-determination."

43) 타르투 조약 중 에스토니아와 러시아 간 조약은 에스토니아 독립 전쟁이 종결되면서 체결되었다. 타루트 조약 제2조는 다음과 같다. "In consequence of the right of all peoples to self-determination, to the point of seceding completely from the State of which they form part, a right proclaimed by the Socialist and Federal Russian Republic of the Soviets, Russia unreservedly recognizes the independence and sovereignty of the State of Estonia, and renounces voluntarily and forever all sovereign rights possessed by Russia over the Estonian people and territory whether these rights be based on the juridical position that formerly existed in public law, or in the international treaties which, in the sense here indicated, lose their validity in future. From the fact that Estonia has belonged to Russia, no obligation whatsoever will fall on the Estonian people and land to Russia"

44) "Annexes [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 4, Issue 6 (1923), p. 662.

45) "Second Meeting (Public) [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 15, Issue 12 (1934), p. 1710.

46) *Ibid.*, p. 1710.

고, 투표의 자유, 비밀 및 신뢰성 확보를 위해 투표방식을 결정해야 했다. 미국의 연방 상원위원 윌리엄 보라(William Borah)는 베르사유 조약 비준 관련 논쟁에서 국민투표를 통한 분리독립권의 합법성을 확인했다고 하였다.[47] 국제연맹은 자결권을 "각 독립국이 자국의 정부를 스스로 결정할 권리"라고 하면서 자결권을 국가 관계를 지배하는 기본 원칙 중 하나로 보았다.[48] 또한, 인민에 대한 자결 보장은 지속적 협력, 합의 및 화합의 재확인 수단이기도 하였다.[49] 그 밖에도 자유로운 자결원칙(the principle of free self-determination)의 경우, 유럽 지역 내 새로운 경계 획정을 위해 광범위하게 활용할 수 있었다.[50]

2. 소수민족의 자결

1) 민족자결

19세기에서 20세기 초에 발생했던 민족주의 운동은 각 민족이 독립국을 구성할 권리가 있고, 동일 민족으로 구성된 국가만이 합법적이라는 측면에서 자결을 해석하였다. 이는 제1차 세계대전 말, 오스트리아-헝가리 제국, 러시아 제국, 오스만 제국 분열의 근거가 되었다. 연합국이 일부 분쟁지역에서 개최한 국민투표에서 자결의 개념이 반영되었다. 제1차 세계대전 이후에도 민족자결은 정치적 사고에 중요한 역할을 하였으나, 국제연맹규약은 이를 명시적으로 규정하지 않았다.[51] 다만, 국제연맹규약 제22조 1항은 인종차별이 빈번한 세계에 해당하는 "곤란한 상황의 세계"에서 "스스로 자립하지 못한 인민들"이 거주하는 영토를 식민지로 삼는 것을 중단할 것이라는 국제연맹규약 체결 직전의 상황을 반영하고 있다.[52] 윌슨은 유럽의 평화를 되찾기 위한 인종적 민족주의를 근간으로, 민족이라는 기준에 따라 유럽의 국경선을 다시 설정하기 위해 자결의 개념을 제시하였다.[53] 이처럼 윌슨은 자결을 유럽에 한해 적용함으로써, "국제사회"의 이익을 충족시키고

47) 다만, 윌리엄 보라(William Borah)연방 상원의원은 만약 일본이 자국만의 방식을 갖고 있다면, 국제연맹은 페르시아, 한국, 모로코, 아일랜드, 산둥성(Shantung)과 같은 피지배 인민의 자유 성취를 위한 법적 방식이 현재는 없다고 하였다. Sarah Wambaugh, *supra* note 38, p. 490.

48) Fourth Meeting (Private, Then Public) [notes]", *League of Nations Official Journal,* Vol. 19, Issues 5 and 6 (1938), p. 330.

49) "Annexes [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 14, Issue 4 (1933), p. 589.

50) "The Aaland Islands Question [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 2, Issue 7 (1921), 700.

51) "Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question Report", *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 3 (1920), pp. 3, 5

52) 국제연맹규약 제22조 1항은 다음과 같다. "To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and which are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world, there should be applied the principle that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilisation and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant."

53) 윌슨은 제1차 세계대전의 원인을 종교적 박해와 차별로 파악하였다. Anthony Whelan, "Wilsonian Self-Determination and the Versailles Settlement", *International and Comparative Law Quarterly,* Vol. 43, Issue 1 (1994), pp. 99-100 ; 19세기 인종적 민족주의는 원래 유럽국가들 사이에서만 적용되었으며, 비유럽 인민은 적용 대상조차 되지 않았다. 오히려, 19세기 인종적 민족주의는 유럽국가 간 전쟁의 원인이 되었는데, 그 이유는 한 국가 내 여러 민족이 있는 경우, 각 민족이 독립을 위해 투쟁했기 때문이다. 16, 17세기에는 스위스, 네덜란드, 포르투갈, 19세기에는 라틴 아메리카에 위치

자 하였다. 따라서 이러한 자결은 국제적 수준으로 일관되지 않았고, 유럽 국가 이외의 타국 정치가들이 적용할 수 있는 개념이 아니었다.[54] 그러나 이러한 윌슨의 의도와는 달리, 자결은 보편적인 원칙으로 공식화되었고, 아시아와 아프리카 지역의 식민지처럼 자결을 충족시킬 수 없는 국제사회의 모든 곳에 희망을 불러일으키게 되었다.[55] 그 과정에서 아프리카와 아시아는 자결의 개념을 수용하였고, 미국과 라틴 아메리카를 비롯한 세계 여러 지역에서 민족주의가 부상하게 되었다.[56] 이렇게 세계 전역으로 민족주의가 확산되고 유럽국가들의 식민지배가 난관에 부딪히게 되자, 이들은 식민지 금지를 전제로 병합불가를 원칙으로 하는 위임통치제도에 동의할 수밖에 없었다.[57]

위임통치제도는 식민지 형태를 완화시키고, 식민지 영토에서 발생하는 민족해방운동단체에 대응하기 위해 창설된 제도였다.[58] 따라서 국제연맹창설 직전의 시기에 위임통치제도 창설과정에서 논의된 자결은 "민족자결(national self-determination)"의 성격이 매우 강하였다.[59] 민족자결에서 "민족"은 자결 주체인 인민의 대표적인 집단을 의미하였다.[60] 국제연맹에서도 인민 집단 중에서 "민족"이 가장 대표적인 집단이었으므로 "인민자결"이라기보다 "민족자결"이라는 표현이 더 적절하다고 하였다.[61]

한 국가들, 남부연방, 발칸 반도, 벨기에, 20세기에는 폴란드, 체코슬로바키아, 핀란드, 발트해와 아랍국가, 아일랜드, 인도가 독립을 위해 투쟁하였다. (Freda White, *Mandates*, (J. Cape, 1926), pp. 79-80 ; Quincy Wright, *A study of war*, Volume 2, (University of Chicago Press, 1942), p. 988) 당시, 유럽은 민족국가가 아닌 왕족 국가였으나, 나폴레옹 3세 샤를 루이 나폴레옹 보나파르트(Charles Louis Napoléon Bonaparte)는 애국적인 명분을 내세움으로써 반란에 성공하였고, 1861년과 1870-1871년 이탈리아와 독일이 민족주의하에 단결되었다. 이러한 독일과 이탈리아의 영향으로 유럽에서 민족국가는 당연시되기 시작하였다. 유럽 국가들은 자신들의 집단을 정의하기 위해, 이 집단의 유사성은 국제주의, 독립성은 민족주의라고 하면서, 국제주의와 민족주의를 동시에 제시하였다. (Martti Koskenniemi, *The gentle civilizer of nations : the rise and fall of international law, 1870-1960*, (Cambridge University Press, 2002), pp. 62, 63-64, 66-67.) ; David Raič, *supra* note 17, pp. 182-184.)

54) 윌슨은 내적자결권을 미국의 소수 민족집단을 보호하는 방식으로 보았으므로, 자결의 개념을 미국에 적용하려는 의도는 없었다. Antonio Cassese, *supra* note 6, pp. 22-23.

55) 윌슨은 자신이 주장한 자결의 개념이 국제사회에서 초래할 결과를 과소평가하였고, 자신도 이를 심각한 실수로 인정하였다. Antonio Cassese, *supra* note 6, p. 22 ; David Raič, *supra* note 17, p. 184 ; Ray S. Baker, *Woodrow Wilson and World Settlement. Written From his Unpublished and Personal Material*, Vol. I, (Doubleday, Page & Company, 1922), p. 6 ; Michla Pomerance, "The United States and Self-Determination : Perspectives on the Wilsonian Conception", *American Journal of International Law*, Vol. 70, Issue 1 (1976), p. 17.

56) Quincy Wright, *supra* note 8, p. 14 ; Isaak I. Dore, *supra* note 8, p. 2 ; Martti Koskenniemi, *supra* note 51, p. 63.

57) 제1차 세계대전으로 인해 유럽의 국력이 쇠퇴하였고, 인도와 이집트에서 반영 독립운동이 일어난 상황에서 영국은 현실적으로 3억 명의 인도인을 통치하기가 어려워 졌다 ; 제1차 세계대전 동안 민족주의는 절정에 도달하게 되었고, 서유럽에서 시작된 민족주의 운동은 대서양과 동유럽, 발칸반도는 물론 아시아와 아프리카까지 전파되기 시작하였다. 민족주의는 역사적으로도 각각 다른 시기에서 다양한 의미를 지닌 용어로 활용되었으나, 이를 통해 공통적인 중요성을 발견할 수 있다. 민족주의를 넓게 정의하면, 여러 가치 중에서 민족의 특성에 가장 높은 위치를 부여하는 태도를 의미한다. 민족주의의 관점에서 본다면 국가는 완전한 공동체로 정의될 수 있다. 완전한 공동체는 문화적 통일성, 종교적 연합, 제도적 연합, 물질적 통일(material unification)의 특성이 가능한 한 많이 나타나야 한다. 이와 같은 공동체는 구성원들의 모든 필요를 충족시키는 동시에 자립적이며, 고립되어있으며, 최소한의 자급자족을 하는 것이 특징이다. Quincy Wright, *supra* note 51, pp. 991-993.

58) 1966년 서남아프리카 사건, *Dissenting, Koretsky,* p. 245.

59) James E. Falkowski, "Secessionary Self-Determination : A Jeffersonian Perspective", *Boston University International Law Journal*, Vol. 9, Issue 2 (1991), p. 220.

60) Antonio Cassese, *supra* note 6, pp. 16-19.

61) "Second Meeting (Public) Eighty-Third Session of the Council", *League of Nations Official*

2) 국가를 창설할 수 있는 민족의 권리

자결은 인민이 스스로 주권 국가를 창설할 수 있는 권리를 의미하였기에, 국가 창설 원칙 중 가장 중요한 원칙이었다. 당시 국제조약상 명시적인 별도의 조항이 규정되어 있지 않은 경우, 영토 처분 권리는 국가에 있었다. 예컨대, 국가가 아직 창설되지 않았거나, 혁명과 전쟁으로 인해 국가가 형성, 변혁, 분리, 해체 과정에 있을 때 해당 국가의 영토 주권이 충분치 않은 경우가 있었다. 당시 이러한 상황이 불확실하여 국내법이나 국제법을 적용하기 어려운 경우, 오랜 전통이나 공동 언어 및 문명을 공유하고 있는 인민에 자결이 적용될 수 있었다. 그러나 자결 적용시 기존 국가의 선택권이 가장 중요한 요소로 작용하였다. 따라서 국민투표 또는 다른 방법에 따라 자신의 정치적 운명을 결정하는 집단에 자결권을 부여하는 권한은 기존 국가의 주권에서 기인하였다. 다만, 국가 창설시 지리적·경제적 및 기타 고려사항과 함께 자결원칙을 고려해야 했다.[62]

당시 소수민족의 자결권이 국민투표와 관련하여 논의된 경우는 모두 제1차 세계대전 종결 시점에 논의되었다. 첫째, 올란드 인민에 대한 자결권이 논의되었다. 국제연맹이사회는 올란드 인민의 자결권을 검토하고자 이 제도를 둘러싼 러시아, 핀란드, 스웨덴의 역사를 검토하였다. 올란드 제도를 비롯한 핀란드는 13세기부터 스웨덴의 지배를 받았으나, 1808년 스웨덴 러시아 사이에서 발발한 전쟁에서 스웨덴이 패배하였다. 1809년 프레드릭스함 조약에 따라, 패전국 스웨덴은 올란드 제도를 포함한 핀란드 본토 및 스웨덴 영토 1/3 가량을 러시아에 이양하였다. 1917년 러시아 혁명으로 인해 러시아 황제가 축출된 기회를 틈타 핀란드는 1917년 12월 6일 독립을 선언하였다. 국제연맹은 핀란드의 독립과 올란드 인민의 분리주의 운동을 근거로 민족자결을 인용하였다. 이후, 올란드 인민의 자결권은 자치권의 맥락에서 논의되었다. 1920년 7월 2일 런던에서 개최된 국제연맹이사회는 핀란드와 스웨덴의 동의를 받고 만장일치로 결의안을 채택하였다. 해당 결의안의 내용은 올란드 제도 인민의 자결권에도 불구하고, 이들 인민이 핀란드 주권 하에 있을지, 스웨덴 왕국으로 통합되어야 하는지 여부를 국민투표로 결정할지에 관한 문제였다.[63] 이에 대해 핀란드는 자결권 또는 자유 결정원칙(the principle of free determination)이 국제연맹 규약에 명시적으로 규정되지 않았기에 국제법이 아니라고 하였다. 따라서 핀란드는 자결원칙은 올란드 제도에 적용할 수 없으며, 이들 인민의 국민투표를 승인하고, 그 유효성을 인정할 수 없다고 주장하였다. 그러나 국제연맹은 자결권을 소수민족의 자치권이라는 차원에서 접근하였는데, 이는 곧 소수민족 특성에 대한 존중이며, 종교의 자유로운 실천과 언어개발 권한이었다. 이러한 소수민족의 권한에 대한 존중은 곧 현대 문명의 진보이자 국제관계의 평화 유지와 증오 및 불화에 맞서는 가장 강력한 수단 중 하나라고 하였다.[64] 이에 국제연맹이사회와 올란드 제도 분쟁 전문가들은 특정 상황에서 인민의 자결권 중 하나인 자치권을 부여할 수 있다고 하였다.[65]

Journal, Vol. 15, Issue 12 (1934), p. 1710.

62) "Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question Report", *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 3 (1920), pp. 5-6.

63) "Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question Report", *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 3 (1920), pp. 3, 14.

64) League of Nations Council, "Report presented to the Council of the League of Nations by the Commission of Rapporteures", B7 21/68/106, 1921, pp. 315, 317-318, 328.

둘째, 독일이 유펜-말메디(Eupen-Malmedy, Eupen-Malmédy)지역 인민의 자결권을 주장한 사례가 있다. 이 지역은 원래 독일의 구성부분이었으나, 제1차 세계대전 종료 이후 체결된 베르사유 조약 제34조에 따라 독일은 유펜-말메디 지역에 대한 모든 권리와 권원을 벨기에에 대해 포기한 후, 이 지역의 국민투표 실시 관련 조사 및 감독 파견을 국제연맹위원회에 요청하였다.[66] 독일은 유펜-말메디 지역이 벨기에로 합병되는 것을 원하지 않았기에, 이 지역 인민의 자결권을 근거로 국제연맹에 국민투표에 대한 감시를 요청한 것으로 판단된다. 독일 정부는 국제연맹에 벨기에의 국민투표 관리 방식으로 인해 이 지역 인민이 자결권을 침해당하고 있다고 하면서 이에 대한 통제를 요청하는 진술서를 제출하였다. 아울러 독일은 주요 연합국에 이 지역 인민의 자결권과 자유로운 의견 표명의 보장을 위한 조치를 요청하였다.[67] 그러나 결국 유펜-말메디 지역은 1925년 벨기에 리에주(Liége)의 일부가 되었다. 독일이 유펜-말메디 인민의 자결권을 근거로 이 지역에서 실시된 국민투표에 대한 감시를 국제연맹에 요청했다는 사실은 이 지역의 벨기에 합병을 막기 위한 의도였으나, 당시 특정 상황에서 소수민족의 자결권을 주장할 수 있었음을 방증한다.

셋째, 자르 분지 인민의 미래 결정을 위해 실시된 국민투표의 근거로 자결권이 제시된 사례를 살펴볼 수 있다. 자르 분지는 1919년 주요 연합국의 동의에 따라 독일로부터 분리되었고, 1920년 베르사유 조약 발효 시점부터 1935년까지 국제연맹의 보호령이 되었다. 국제연맹의 보호령이었던 기간 동안, 자르 분지의 미래는 국민투표에 따라 결정되어야 한다는 논의가 진행되는 과정에서 자르 분지 인민의 자결권이 논의되었다. 이 때 국제연맹 보호령 종료 이후 자르 분지의 향방에 대한 논의가 이루어졌다. 프랑스는 이 지역의 관리국이자 국제연맹 상임이사국으로서 자르 분지 문제에 가장 관심이 많은 국가였다. 프랑스는 자르 분지 인민의 고유한 권리는 국민투표 행사의 권리이며, 이들에게 국가 주권을 선택할 권리가 있다고 주장하였다.[68] 즉, 프랑스는 국민투표 행사 권리를 자결권(the right of self-determination)으로 간주하였다. 자르 분지 내 독일인이 이들 인민의 자결권 침해에 반대했을 때, 국민투표 위원회(Plebiscite Tribunal)가 창설되었다.[69] 국민투표 위원회는 자르 분지 인민에 자결권이 부여되었는지에 대한 의문을 제기하였다.

---

65) "Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question Report", *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 3 (1920), p. 3.

66) 베르사유 조약 제34조에서 독일은 이 조약이 발효된 이후 6개월 동안 유펜과 말메디 전체를 포함하는 영토에 대한 모든 권리와 권원을 벨기에에 대해 포기한다고 하였다. 이 조약이 발효한 지 6개월 동안, 벨기에 당국은 유펜과 말메디에서 등록부를 개설할 것이며, 이 지역의 거주자는 독일 주권 하의 전체 또는 일부로 남아있는 것을 보길 원하는 바람을 서면으로 기록할 권리가 있다고 하였다. 아울러, 벨기에 정부는 이러한 공개적인 의견 표현의 결과를 국제연맹에 전달할 것이고, 벨기에는 국제연맹의 결정을 받아들일 것이라고 하였다. 베르사유 조약 제34조는 다음과 같다. "Germany renounces in favour of Belgium all rights and title over the territory comprising the whole of the Kreise of Eupen and of Malmedy During the six months after the coming into force of this Treaty, registers will be opened by the Belgian authority at Eupen and Malmedy in which the inhabitants of the above territory will be entitled to record in writing a desire to see the whole or part of it remain under German sovereignty. The results of this public expression of opinion will be communicated by the Belgian Government to the League of Nations, and Belgium undertakes to accept the decision of the League."

67) "Annex [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 1, Issue 4 (1920), pp. 161, 171.

68) "Fifth Meeting (Public) [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 15, Issue 2 (1934), p. 162.

69) "Saar Basin [notes]", *League of Nations Official Journal,* Vol. 5, Issue 11 - Part II (1924), p. 1702.

이에 국제연맹은 자르 분지 인민이 자결권을 더 일찍 요구하지 않았다고 해서 이들의 자결권을 인정하지 않을 수 없으며, 그 누구도 반대할 수 없다고 하면서, 자르 분지 인민 스스로 자신의 운명을 결정할 수 있는 자결권을 인정하였다. 아울러 국제연맹은 자르 분지 인민이 인접국 중 한 국가에 합류하거나 현 정권에 참여할 수 있다고 하였다. 국제연맹이사회 역시 자르 인민 법적 지위의 변화를 허용할 수 있다고 하면서, 이 지역의 향방은 국민투표 절차에 따라 결정되어야 한다고 판단하였다.[70]

이처럼 국제연맹 시대, 올란드 제도, 유펜-말메디, 자르 분지에서는 국민투표와 관련하여 자결권이 논의되었으나, 이들 인민 스스로 자결권을 주장했다기보다, 기존 국가, 이 지역의 미래와 관련된 타국가, 또는 국제연맹이 이들 인민의 자결권을 주장했다는 점에서 한계가 있다. 그러나 해당 인민 주체가 스스로 자결권을 근거로 독립을 주장한 사례도 있었다. 1917년 9월 18일-23일 이들 인민을 대표하는 유일한 조직이었던 리투아니아 국립 의회(Lithuanian National Council)가 개최한 회의에서 "인민의 자결권 원칙(the principle of the right of self-determination of the peoples)"을 결의하였다. 아울러 모든 주민이 청원권을 행사함으로써 선출된 입법부가 리투아니아 설립 근거 및 타국과의 동맹을 빠른 시일 내 결정해야 한다고 발표하였다. 1918년 2월 16일, 리투아니아 의회는 인민의 자결권 원칙을 근거로 한 리투아니아의 독립과 리투아니아의 수도가 빌나라는 내용의 선언문을 작성하여, 이를 소련, 독일 및 타 정부에 전달할 것을 만장일치로 결의하였다.[71] 1918년, 소련이 리투아니아 인민의 자유 자결권(the right of free self-determination)을 승인함으로써,[72] 리투아니아는 독립하였다.

3) 국가 내 소수민족 보호

민족의 국가 창설은 기존 국가의 선택에 의존하고 있었기에, 소수민족 보호는 기존 국가의 틀 내에서 논의되었다. 국제연맹이 제시한 소수민족 보호를 위한 일반 원칙의 주요 내용은 소수민족과 다수민족 간 입증되지 않은 관계를 규명하고, 소수민족 이익의 보호를 확실히 함으로써 국가 발전 및 평화적 협력을 유지하는 것이었다.[73] 소수민족 보호 원칙은 본질적으로 자유에 근거하긴 했으나, 특정 상황에서 소수민족에 보장되어야 한다고 판단되었다. 이에 국제연맹 통제 하에 국가 내 특정 소수민족에 적용할 수 있는 법 제도가 수립되었다. 자결권과 소수민족 보호 원칙 모두 국가 내 일부 집단의 사회적·인종적·종교적 특성을 유지하고, 이들의 자유로운 발전을 보장해야 한다는 공통의 목적이 있었다.[74]

1919년부터 도입된 국제적인 소수민족 보호 제도는 주로 중유럽과 동유럽에 적용되었다. 소수민족 보호 내용 규정을 위한 조약 작업이 시작되었고, 가능한 한 동일한 내용으로 규정하고자 하

70) "Second Meeting (Public) [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 15, Issue 12 (1934), pp. 1710 ; "Fifth Meeting (Public) [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 15, Issue 2 (1934), p. 162.

71) "Dispute between Lithuania and Poland [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 4, Issue 2 (1923), p. 183 ; Annexes [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 14, Issue 4 (1933), p. 588.

72) "Saar Basin [notes]", *League of Nations Official Journal,* Vol. 5, Issue 11 - Part II (1924), p. 1702.

73) "Third Meeting (Public) [notes]", League of Nations Official Journal, Vol. 12, Issue 2 (1931), pp. 170-171

74) "Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question Report", *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 3 (1920), pp. 3, 6.

였다.[75] 소수민족 보호 조약은 소수민족을 인종, 언어 또는 종교 관련하여 다수로부터 구별하는 특성을 보전하고, 이에 따른 필요를 충족시킴으로써, 타민족과 평화롭게 살 수 있는 가능성을 보장하는 것이 목적이었다.[76]

당시 제1차 세계대전 승전국과 폴란드 간 조약은 소수민족 보호의 표본이었다.[77] 이 조약 제2조는 출생, 국적, 언어, 인종, 종교의 구분이 없는 모든 폴란드 거주민의 생명과 자유의 보호를 규정하였다. 제7조 1항은 모든 폴란드 인민이 법 앞에서 평등해야 하며, 인종, 언어, 종교의 차별을 받지 않고, 동일한 시민권과 정치적 권리를 누려야 한다고 하였다.[78] 이 조약 제8조에 따르면, 소수민족, 종교 또는 언어적 소수민족에 속하는 폴란드 국민은 법률 및 다른 폴란드 국민과 동일한 대접을 받고 보안을 누릴 수 있다고 하였다. 또한, 소수민족은 자신의 비용으로 자선, 종교 및 사회기관, 학교 및 다른 교육 시설을 설립 및 통제할 권리가 있으며, 이들이 자신의 언어를 사용하고 그 안에서 종교를 자유롭게 행사할 권리를 갖는다고 규정하였다.[79] 이 조항은 법적 평등 뿐만 아니라 사실적 평등을 기반으로 소수민족에 다른 폴란드 국민과 "법적, 사실적으로" 동일한 대우 및 안보와 시민적, 정치적 권리를 누릴 수 있기에, 독일인과 비독일계 폴란드인에게 동일하게 적용되었다. 이는 소수민족 간에 억압과 비난이 발생할 가능성을 방지하고, 소수민족을 국제연맹의 보호 하에 두기 위한 것이었다.[80] 제12조 1항에서는 폴란드는 인종, 종교 또는 언어적 소수민족에 속하는 사람에게 영향을 미치는 한, 상기 조항이 관련 국제의무를 구성한다는 것과 "국제연맹의 보장 하(under the guarantee of the League of Nations)"에 놓여야 한다는 것에 동의한다고 하였다. 또한, 미국, 영국, 프랑스, 이탈리아 및 일본에 해당하는 주요 연합국은 국제연맹이사회 과반수가 동의하지 않는 한, 이 조항의 어떤 수정에도 동의하지 않는다고 하였다.[81] "국제연맹의 보장 하"의 의미는 국제연맹이 소수민족 보호 조항의 준수 여부를 확인해야

---

75) "Fourth Meeting (Private, Then Public) [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 10, Issue 7 (1929), p. 1017.

76) *Minority Schools in Albania(1935), Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion No. 26*, para. 48.

77) 주요 연합국과 관련국, 폴란드 간의 조약(Treaty between the Principal Allied and Associated Powers and Poland, 28 June 1919)은 1919년 6월 28일에 서명되었다. 이 조약 제7조와 제8조는 다음과 같다. 이 밖에도 주요 연합국과 관련국, 체코슬로바키아 간의 조약 제8조, 주요 연합국과 관련국, 세르비아-크로아티아-슬로베니아국가 간의 조약 제8조, 주요 연합국과 관련국, 루마니아 간의 조약 제8조에서는 인종, 종교 또는 언어적 소수민의 권리와 이들의 종교적 자유를 규정하였다.

78) 제1차 세계대전 승전국과 폴란드 간 조약 제7조 1항은 다음과 같다. "All Polish nationals shall be equal before the law and shall enjoy the same civil and political rights without distinction as to race, language or religion."

79) 제1차 세계대전 승전국과 폴란드 간 조약 제8조는 다음과 같다. "Polish nationals who belong to racial, religious or linguistic minorities shall enjoy the same treatment and security in law and in fact as the other Polish nationals. In particular they shall have an equal right to establish, manage and control at their own expense charitable, religious and social institutions, schools and other educational establishments, with the right to use their own language and to exercise their religion freely therein."

80) *Questions relating to Settlers of German Origin in Poland(1923), Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion No. 6*, para. 40.

81) 제1차 세계대전 승전국과 폴란드 간 조약 제12조 1항은 다음과 같다. "Poland agrees that the stipulations in the foregoing Articles, so far as they affect persons belonging to racial, religious or linguistic minorities, constitute obligations of international concern and shall be placed under the guarantee of the League of Nations. They shall not be modified without the assent of a majority of the Council of the League of Nations. The United States, the British Empire, France, Italy and Japan hereby agree not to withhold their assent from any modification in these Articles which is in due form assented to by a majority of the Council of the League of Nations."

한다는 것이다. 또한, 이 조항은 국제연맹이사회가 소수민족 관련 의무 위반이나 위반할 위험에 대한 조치를 취함으로써, 적절하고 효과적인 판단을 내릴 수 있다는 것을 의미한다.[82]

다음으로, 소수민족 보호 선언에는 올란드 제도 관련 핀란드 선언, 알바니아 선언, 리투아니아의 선언, 라트비아 선언, 에스토니아 선언이 있었다.[83] Minority Schools in Albania(1935)의 권고적 의견에서 PCIJ는 알바니아 선언을 상세히 다루었다. 알바니아 선언 제5조 1항에 따르면, 인종적, 종교적, 언어적 소수민족에 속하는 알바니아 국민은 다른 알바니아 국민과 마찬가지로 법률상 사실상으로 동일한 대우와 안보를 누릴 것이라고 하였다. 특히, 이들은 자신의 비용으로 유지, 관리, 통제하거나 미래에 자선, 종교 및 사회기관, 학교 및 다른 교육 시설을 설립할 동등한 권리가 있으며, 그들의 언어를 사용하고 그 안에서 종교를 자유롭게 행사할 권리가 있다고 하였다.[84] 이 조항은 소수민족 보호를 위한 일반 원칙을 알바니아에 적용하기 위해 채택되었으며, 이 선언의 본질이 다수민족, 소수민족, 모든 국가, 모든 국민들 간의 완전한 평등임을 보여주고 있다.[85] 알바니아 선언 제5조 2항은 알바니아 선언일로부터 6개월 이내에, 종교 공동체, 교회, 학교, 수녀원, 자발적 설립 단체, 인종적·종교적·언어적 소수민족 단체의 법적 지위와 관련된 상세 정보가 국제연맹이사회에 제시될 것이며, 알바니아 정부는 국제연맹이 이 문제 관련하여 존중받을 수 있는 어떤 조언도 고려할 것이라고 규정하였다.[86] 이 권고적 의견에서는 알바니아 선언이 일반적인 소수민족 법에 따라 형식적 평등이 아닌 효과적 평등의 보장을 위해 고안되었으며, 소수민족 보호를 위한 국제법으로 인정되었다고 하였다.[87]

IV. 결론

지금까지 국제연맹 시대 자결의 개념을 검토하였다. 국제연맹 시대 자결은 조약상 명시적으로

---

82) Anna Meijknecht, "Minority Protection System between World War I and World War II", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para. 19.
https://opil-ouplaw-com-ssl.oca.korea.ac.kr/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e848?prd=MPIL#law-9780199231690-e848-div1-1

83) 올란드 제도 관련 핀란드 선언(Declaration by Finland in respect of the Åland Islands, dated 27 June 1921)은 1921년 6월 27일, 알바니아에 의한 선언(Declaration by Albania, dated 2 October 1921)은 1921년 10월 2일, 리투아니아의 선언 (Declaration by Lithuania, dated 12 May 1922)은 1922년 5월 13일, 라트비아의 선언(Declaration by Latvia, dated 7 June 1923)은 1923년 6월 7일, 에스토니아의 선언(Declaration by Estonia, dated 17 September 1923)은 1923년 9월 17일에 발표되었다.

84) 알바니아의 선언 제5조 1항은 다음과 같다. "Albanian nationals who belong to racial, religious or linguistic minorities will enjoy the same treatment and security in law and in fact as other Albanian nationals. In particular they shall have an equal right to maintain, manage and control at their own expense or to establish in the future, charitable, religious and social institutions, schools and other educational establishments, with the right to use their own language and to exercise their religion freely therein."

85) *Minority Schools in Albania(1935), Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion No. 26*, para. 47.

86) 알바니아 선언 제5조 2항은 다음과 같다. "Within six months from the date of the present Declaration, detailed information will be presented to the Council of the League of Nations with regard to the legal status of the religious communities, churches, convents, schools, voluntary establishments and associations of racial, religious and linguistic minorities. The Albanian Government will take into consideration any advice it might reveive from the League of Nations with regard to this question."

87) *Minority Schools in Albania(1935), Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion No. 26*, paras. 38-39.

규정되거나, 국제연맹 지원으로 소수민족 보호를 위한 조약의 근간이 되었으나, 이를 법으로 간주하기에는 충분치 않았다고 보는 견해가 일반적이었다.[88] 자결이 보편적인 규범이었다기보다, 특정 상황에 한해 적용되었다는 것이다.[89] 실제로 당시 소수민족에 대한 보호도 제대로 이행되지 않았다. 당시 일본인 외교관 요시자와 켄키치(Kenkichi Yoshizawa)는 국제연맹이 선언한 소수민족 보호 원칙을 위협하는 모임이 존재한다고 하면서, 소수민족은 자신의 권리와 보호를 빼앗길 수 있는 위험에 항상 처해있다고 하였다.[90]

그러나 국제연맹 시대 자결의 용어가 통일되지 않았음에도, 당시 조약과 실행, 국제연맹에서 이루어진 논의를 통해 자결의 개념을 파악할 수 있었으며, 이를 통해 국가 창설 문제와 같은 국제사회의 중대한 문제 해결을 시도했음을 알 수 있었다. 당시 자결의 개념 중 스스로 주권 국가를 창설할 권리는 오늘날의 외적 자결권, 국가 내 민족에 대한 자결권 보장을 의미하는 소수민족 보호 원칙은 내적 자결권과 유사한 측면이 있다.[91]

국제연맹은 국제연맹규약 제22조를 근거로 자결의 개념을 적용한 위임통치제도를 도입하였으며, 제14조에 따라 자결권을 지지하는 근거가 되는 권리인 청원권을 개인에 부여하였다. 따라서 청원권은 국제연맹 이전부터 소수민족에도 부여되었으며, 인민이 정부를 수립 및 독립하기 위한 자결권을 행사하려고 하면 국제연맹이사회에 청원하는 것이 필요하였다. 국제연맹에서 자결의 주체를 인민이라고 하였는데, 인민의 집단 중 "민족"이 가장 대표적인 집단이었기 때문에 국제연맹 시대의 자결은 민족자결의 성격이 매우 강하였다. 따라서 이러한 "민족"은 자결에 따라 주권 국가를 창설할 수 있는 권리가 있었으나, 해당 민족이 이러한 권리를 스스로 주장하기 보다, 해당 민족의 기존 국가나, 관련국 또는 국제연맹이 주장하는 경우가 대부분이었다. 이들 국가들은 해당 민족의 자결이 곧 국민투표를 시행할 권리라고 보았다. 그러나 리투아니아 민족처럼 자결을 근거로 스스로 독립을 주장한 사례도 있었다. 국제연맹 시대 자결은 국가 내 소수민족의 보호를 의미하기도 하였다. 국제연맹은 소수민족 보호 원칙을 제시하였고, 이를 포함한 조약이 체결되었으며, 소수민족 보호 선언도 여러 차례 발표되었다.

국제연맹 시대 자결에 대한 연구는 우리나라와 관련하여서도 의의가 있다. 1919년 제1차 세계대전이 종결하고 파리평화회의가 개최되었을 때, 일제 강점기 하에 있었던 한반도 독립운동가들은 1918년 1월 윌슨이 주창했던 자결에 많은 자극을 받았다. 대한인국민회, 이승만 박사와 김규식 선생은 자결을 보장받아야 할 주체로서 한반도 인민이 일본의 탄압을 받고 있는 것이 부당하

88) "Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question Report", *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 3 (1920), p. 5

89) 이성덕, "국제법상 자결권의 개념과 그 형성과정",대한국제법학회, 『국제법학회논총』, 제95호 (2003) 223-224면.

90) "Third Meeting (Public) [notes]", *League of Nations Official Journal*, Vol. 12, Issue 2 (1931), pp. 170-171.

91) 내적 자결권이란, 모든 인민이 외부의 간섭 없이 경제적, 사회적, 문화적 발달을 추구할 수 있는 권리를 의미한다. 국가의 모든 집단은 민주주의 실현 과정에 조직적으로 참여함으로써 내적자결권을 행사할 수 있다. 외적 자결권은 모든 인민이 국제공동체에서 자신들의 정치적 지위와 위치를 자유롭게 결정할 수 있는 권리이다. United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination, "CERD General Recommendation No 21 : Right to self-determination", Gen. Rec. No. 21. (General Comments), 23 August 1996, para. 4 ; 현행 국제법에서는 자결권이 각 국가나 인민 집단에 따라 다양한 방식으로 발전해왔으므로, 내적·외적으로의 구분이 자결권을 이해하는 유일한 방식은 아니라고 비판하는 견해가 있다. Kalana Senaratne, "Beyond the Internal/External Dichotomy of the Principle of Self-Determination", *Hong Kong Law Journal*, Vol. 43, Issue 2 (2013), pp. 474-479.

다고 강조하면서, 이들 인민의 자결과 독립을 주장하였다.[92] 대한인국민회, 이승만, 김규식이 파리평화회의와 윌슨 대통령에게 보낸 서한과 집필한 논문을 살펴보면, 자결의 주체로서 "한반도 인민"을 강조하고 있으며,[93] 국제연맹에서도 이 표현을 쓰고 있다.[94] 당시 한반도 독립운동가들은 스스로 자결을 근거로 독립을 주장하였으므로, 앞서 살펴본 리투아니아의 사례와 유사한 사례라고 할 수 있다. 다만 리투아니아는 독립에 성공한 반면, 한반도는 독립에 실패했다는 점에서 차이가 있었다.

이처럼 국제연맹 시대 자결의 개념을 규명함으로써, 현재 자결권 관련 분쟁을 보다 명확히 파악하는데 도움을 줄 수 있으며, 1919년 4월 11일 중국 상해에 설립한 대한민국임시정부[95]와 일제 강점기에 한반도 인민이 실행했던 저항의 국제법적 함의 및 한일병합의 불법성 파악에 기여할 수 있다. 따라서 현 시점에서도 국제연맹 시대 자결에 대한 연구가 더욱 활발히 진행될 필요가 있다.

---

92) 대한인국민회(Korean National Association)는 1909년 미국 샌프란시스코에서 안창호, 이승만, 박용만이 창설한 미국 내 독립운동단체이다. Korean National Association & C H Ahn president, "Korean claim for representation at Peace Conference", 5 April 1919, pp. 268-276 ; 1919년 5월 24일 김규식은 로이드 조지에 보낸 서한에서 한반도 인민이 기존 일본 지배에 복종하도록 강요를 받는 경우, 이러한 과정이 불법이며, 부도덕하며 무효라는 것을 증명하기 위해 자결 원칙을 선언한다고 하였다. 김규식은 파리평화회의에 심각한 극동 문제의 해결과 한반도와 일본 인민 간의 진실되고 올바른 관계의 확립을 위해 한반도 인민의 해방(liberation)과 자결권(the right of self-determination)을 승인해달라고 파리평화회의에 요청하였다. (Jone Kuisic Soho Kimm & Korean Delegate, "La Mission Coreenne", 24 May 1919 in To the Private Secretary to the Foreign Office, British Delegation, 30 May 1919, pp. 430-435) ; 이승만은 대한인국민회의 대표 명의로 1919년 2월 24일 윌슨에게 보낸 서한에서, 한반도 인민이 자결을 열망하고 있다고 하였다. (Korean National Association, "The President of the United States", 24 February 1919.) 1919년 2월 25일, 이승만은 한반도 인민이 자치와 정치적 독립, 자결을 열망하고 있다는 사실을 파리평화회의에 알렸다. (Syngman Rhee, "The Peace Conference", 25 February 1919 in 유영익, 『李承晩 英文 書翰集』, (연세대학교 국제학대학원 현대한국학연구소, 2009), 69면)

93) Korean National Association, "Korean Declaration of Independence", 5 April 1919 ; Syngman Rhee, "President of the United States of America, Peace Conference", 30 April, 1919, in 유영익, *Ibid.*, 106-107면 ; Jone Kuisic Soho Kimm & Korean Delegate, *Ibid.*, pp. 430-435.

94) "Records of the Eighteenth Ordinary Session of the Assembly", *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 169 (1937), p. 54.

95) 대한민국임시헌장선포문에서는 자결권 주체인 일본 식민통치 하에 있는 한반도 인민의 완전한 자주독립을 위한 것이 대한민국임시정부의 목적임을 적시하였다. 대한민국임시헌장선포문은 다음과 같다. "神人一致로 中外協應하야 漢城에 起義한지 三十有日에 平和的 獨立을 三百餘州에 光復하고 國民의 信任으로 完全히 다시 組織한 臨時政府는 恒久完全한 自主獨立의 福利로 我子孫黎民에 世傳키 위하여 臨時議政院의 決議로 臨時憲章을 宣布하노라."



분과회의

제2분과위원회 · 국제해양법학회 공동

제1발표

[좌장] 김채형 (부경대학교)

우크라이나–러시아 간 연안국 권리 사건을 통해 본 강제절차 적용배제 쟁점과 한국에 대한 함의

유엔해양법협약 제297조 및 제298조 제1항(b) 법집행활동의 예외를 중심으로

[발표] 김민철 (유민국제법연구소)
[토론] 최지현 (제주대학교)

大韓國際法學會

우크라이나-러시아 간 연안국 권리 사건을 통해 본 강제절차 적용배제 쟁점과 한국에 대한 함의*

- 유엔해양법협약 제297조 및 제298조 제1항(b) 법집행활동의 예외를 중심으로 -

김 민 철**

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 규정 및 성안과정
Ⅲ. 연안국 권리 사건의 검토
Ⅳ. 평가 및 시사점
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서 론

유엔해양법협약(이하 "협약")[1] 제15부는 일방의 소제기로 국제재판소가 일정 분쟁에 대해 관할권을 행사할 수 있는 강제적 분쟁해결절차를 마련하고 있다. 1982년 협약 채택을 통해 해양법 분야에 있어 이처럼 강제분쟁해결절차를 마련한 것은 임의관할권 원칙이 지배하는 국제재판 체계에서 그야말로 획기적인 성취 중 하나로 평가되었다.[2] 그러나 현실적으로 협약 제15부 제2절의 절차(이하 "제15부 절차", "강제절차" 등으로도 약칭)에서 분쟁당사국은 위 제15부상 개별 규정들의 해석·적용 문제를 둘러싸고 첨예한 입장차를 보이는 경우가 많다. 제15부 규정들이 어떻게 해석·적용되는가 하는 문제는 곧 해당 재판소가 그 사건에 대해 관할권을 행사할 수 있는지 여부

---

* 이 글은 필자의 학위논문(『경계미획정 수역에서 연안국의 권리행사와 분쟁해결』 법학박사논문, 서울대학교, 2019. 8) 중 제5장 "유엔해양법협약의 분쟁해결절차 적용상 문제"의 일부 문제의식을 토대로 위 논문 작성 후 판정이 내려진 우크라이나-러시아 간 연안국 권리 사건 관할권 판정의 내용을 포함한 추가적인 연구의 내용을 포함하고 있습니다.

** 유민국제법연구소 대표, 변호사, 법학박사.

1) United Nations Convention on the Law of the Sea. 1982년 12월 10일 서명, 1994년 11월 16일 발효.

2) Myron H. Nordquist, Shabtai Rosenne and Louis B. Sohn (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary,* Vol. V (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 5.

와 직결되기 때문이다.

위 제15부 규정의 해석·적용 문제는 한국의 현실에도 중요성을 갖는다. 배타적 경제수역과 대륙붕의 경계가 획정되지 않은 한반도 주변수역에서는 일본, 중국 등 주변국과 해양문제를 둘러싼 갈등 가능성이 상존해 있다. 특히 한국은 일본과 독도 영유권을 둘러싼 갈등이 있는 동해에서의 해양활동에 있어 위 협약 제15부 절차 피소 가능성을 늘 신경 쓰지 않을 수 없었다. 대표적으로 일본이 2006년 4월 동해 측량·조사 계획[3]을 공표하자 한국 정부가 강제관할권 배제선언서를 유엔에 기탁[4]했던 것은 독도 인근수역 해양활동의 제15부 절차 회부 가능성을 한국 정부가 그만큼 민감하게 인식해 왔음을 보여주는 단적인 사례라 할 수 있다. 이처럼 독도 인근을 포함한 한반도 주변수역에서 한국이 국익에 부합하는 안정적인 해양활동을 이어가기 위해선 제15부 절차의 회부 가능성을 항시 염두에 두며 주변국과 갈등관리를 해 나가는 것이 무엇보다 긴요하다고 하겠다. 나아가 제15부 절차의 해석·적용에 관한 국제판례의 동향을 주시하며 한반도 주변수역에 대한 시사점을 되새기는 작업은 비단 학술적 측면뿐 아니라 실무적·정책적 측면에서도 간과되어서는 안 된다.

이와 관련하여 이 글은 지난 2020년 2월 협약 제7부속서의 중재재판소에서 관할권 판정이 내려진 우크라이나-러시아 간 연안국 권리 사건(이하 "연안국 권리 사건")에 주목해 보고자 한다.[5] 기본적으로 이 사안은 당사국 간 영토분쟁 상황에서 그 주변수역에 대한 권리행사의 적법성 문제를 다툰 사건이었다. 이로 인해 한국에 있어서는 독도 주변수역 등 한반도 주변의 경계미획정 수역[6]에서 해양활동과 관련한 적지 않은 시사점을 찾을 수 있다. 특히 이 사건 판정에서 다루어진 여러 쟁점 중 시선을 끄는 것은 해양과학조사와 어업에 대한 주권적 권리나 관할권 행사에 관한 분쟁을 강제절차의 적용에서 배제하는 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서가 위 사안에 적용될 수 있는가, 그리고 그 적용을 긍정하는 전제에서 제298조 제1항(b)에 따른 강제절차 배제선언을 통해 해양과학조사나 어업에 관한 권리행사와 관련된 "법집행활동"에 관한 분쟁도 강제절차의 적용에서 배제될 수 있는가 하는 점이다. 한국은 2006년 일본의 동해 측량·조사 사건 당시 제298조에 열거된 모든 항목의 분쟁에 대해 강제절차 배제선언을 한 바 있다.[7] 이는 당시 일본의 측량선이 독도 주변수역에서 측량·조사활동을 감행할 경우 벌어질 수 있는 양국 간 갈등상황

---

3) 관련 내용은 신창훈, "일본의 동해 측량/조사계획 사건에 대한 국제법적 평가", 『서울국제법연구』 제13권 제1호 (2006. 6), 167-176쪽 참조.

4) 외교통상부, 보도자료: 유엔해양법협약상 강제분쟁해결절차의 선택적 배제 선언서 기탁 (2006. 4. 20).

5) 2015년 차고스 해양보호구역 사건 판정, 2016년 남중국해 사건 판정을 계기로 한참 뜨겁게 달아올랐던 제15부 쟁점들에 관한 논의는 그간 다소 소강상태를 보인 인상도 없지 않았다. 그러나 2020년 연안국 권리 사건의 관할권 판정과 Enrica Lexie호 사건 판정에서는 위 제15부의 해석·적용과 관련된 흥미로운 쟁점들을 상당히 포함하고 있어 일정한 정리·분석이 반드시 필요하다고 보인다. 그 외 국제해양법재판소는 우크라이나 해군함정 및 승무원 억류사건, San Padre Pio 사건과 같은 잠정조치 사건에서 일응의 관할권 판단을 통해 제15부 규정들의 해석·적용에 관한 법리를 계속 확인·발전시키고 있다. 아울러 2021년 초에 내려진 모리셔스-몰디브 해양경계획정 사건의 관할권 판정도 유의미한 쟁점들을 포함하고 있다.

6) 경계미획정 수역(undelimited maritime areas)은 연안국의 배타적 경제수역 또는 대륙붕이 중첩되거나 잠재적으로 중첩될 수 있고 최종 경계획정이 이루어지지 않은 수역으로 정의된다. British Institute of International and Comparative Law, *Report on the Obligation of States under Articles 74(3) and 83(3) of UNCLOS in respect of Undelimited Maritime Areas,* 30th June 2016, para. 4.

7) 원문은 United Nations Treaty Collection 홈페이지 (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec)에서 확인 가능 (2021. 10. 1. 최종확인, 이하 이 글에서 인용하는 여타 홈페이지 최종방문 일시도 동일).

으로 인해 독도문제를 비롯한 각종 해양문제가 제15부 절차에 회부되어 관할권이 성립될 가능성을 미연에 차단하기 위한 조치였던 것으로 이해된다. 당시 위 계획은 양국 간 외교교섭을 통해 실행되지 않고 일단락되긴 했지만, 가정적으로 일본 측량선이 실제 독도 주변수역에서 일정한 조사활동을 실시하고 이에 대응하여 한국 측이 일정한 법집행활동으로 나아갔을 경우를 상정해 볼 수 있다. 이때 한국이 강제절차 배제선언을 원용하여 위 조사활동과 법집행을 둘러싼 분쟁의 제15부 절차상 관할권 성립가능성을 차단할 수 있을까. 2006년 당시만큼 크게 부각되고 있진 않지만 독도나 여타 한반도 주변수역에서 주변국과의 해양활동으로 인한 크고 작은 긴장은 계속되고 있다. 이 점에서 다툼 있는 육상 인근 수역 등 경계미획정 수역에서의 해양활동에 대한 제297조 및 제298조 제1항(b)의 적용 문제와 지난 연안국 권리 사건의 판시는 충분히 되짚어볼 문제라 사료된다.

이런 배경 하에 이 글은 지난 연안국 권리 사건 판정을 계기로 독도를 비롯한 한반도 주변수역에서의 관련 분쟁이 제15부 절차에 회부될 경우 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서, 제298조 제1항(b)의 적용이 가능한지의 문제를 검토한다. 이하에서는 우선 논의의 기초로 제297조와 제298조의 주요내용과 성안과정을 개관하고 위 두 규정의 취지와 의미를 짚어본다. 다음으로 위 문제와 관련된 종전 판례들과 지난 연안국 권리 사건에서의 판시를 구체적으로 정리·분석한다. 끝으로 앞서의 논의를 토대로 경계미획정 수역에서 해양과학조사나 어업 그리고 법집행활동에 관한 분쟁에 대한 강제절차 배제 문제를 이론적으로 검토하고 한국에 대한 실제적 함의를 도출한다. 덧붙이면 이 글에서 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서, 제298조 제1항(b)의 적용 문제는 인접·대향국 간 배타적 경제수역 권원이 경합하는 영해 이원의 경계미획정 수역에서의 활동을 주된 논의대상으로 한다. 독도의 12해리 이원 수역이 바로 그런 수역에 해당된다. 아울러 부가적으로 분쟁도서 영해에서의 활동에 대한 위 규정들의 적용 가능성 문제도 언급할 것임을 밝힌다.

Ⅱ. 규정 및 성안과정

1. 규 정

협약 제15부 제3절의 핵심은 강제절차에 대한 적용제한(limitations) 규정인 제297조와 선택적 예외(optional exceptions) 규정인 제298조이다. 이중 이 글의 논의상 주요 부분을 발췌하여 옮기면 다음과 같다.

제297조 제2절 적용의 제한

1. 이 협약에 규정된 연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사와 관련된 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁으로서 다음의 각 경우 제2절에 규정된 절차에 따른다.
   [(a) 내지 (c)항 : 생략]
2. (a) 해양과학조사와 관련한 이 협약의 규정의 해석이나 적용에 관한 분쟁은 제2절에 따라 해결된다. 다만, 연안국은 다음의 경우로부터 발생하는 분쟁에 대하여는 제2절에 규정된 절차에 회부할 것을 수락할 의무를 지지 아니한다.
   (ⅰ) 제246조에 따르는 연안국의 권리나 재량권의 행사
   (ⅱ) 제253조에 따르는 조사계획의 정지나 중지를 명령하는 연안국의 결정
   (b) [생략: 강제조정 규정]

3. (a) 어업과 관련된 이 협약 규정의 해석이나 적용에 관한 분쟁은 제2절에 따라 해결된다. 다만, 연안국은 배타적 경제수역의 생물자원에 대한 자국의 주권적 권리 및 그 행사(허용어획량, 자국의 어획능력, 다른 국가에 대한 잉여량 할당 및 자국의 보존관리법에서 정하는 조건을 결정할 재량권 포함)에 관련된 분쟁을 그러한 해결절차에 회부할 것을 수락할 의무를 지지 아니한다.
   (b) [생략: 강제조정 규정]

제298조 제2절 적용의 선택적 예외

1. 국가는 […] 이 협약 서명, 비준, 가입시 또는 그 이후 어느 때라도 다음 분쟁의 범주 중 어느 하나 또는 그 이상에 관하여 제2절에 규정된 절차 중 어느 하나 또는 그 이상을 수락하지 아니한다는 것을 서면선언할 수 있다.
   (a) [생략: 해양경계획정 및 역사적 만 및 권원 관련 분쟁에 대한 예외]
   (b) […] 주권적 권리나 관할권의 행사와 관련된 법집행활동에 관한 분쟁으로서 제297조 제2항 또는 제3항에 따라 재판소의 관할권으로부터 제외된 분쟁
   (c) [생략: 유엔안전보장이사회 권한 분쟁]

우선 제297조는 동 규정상 열거된 분쟁유형에 해당할 경우 강제절차의 적용이 자동적으로 배제된다는 의미에서 "자동배제", "당연배제", "일반적 예외" 등으로도 불린다. 한편 제298조는 당사국의 선택에 따라 일정 유형의 분쟁을 강제절차의 적용에서 배제시킨다는 의미에서 "선택적 배제"로 불리기도 한다. 제3차 해양법회의 당시 분쟁해결제도 마련을 위한 초기 작업부터 참가했던 A. O. Adede는 당시 주요쟁점으로 크게 두 가지를 지적했다. 하나는 모든 회원국이 의무적으로 분쟁해결제도에 구속되도록 할 것인가, 또 하나는 모든 분쟁을 강제절차에 회부할 것인가, 일부 제한된 경우로 한정할 것인가였다.[8] 이런 평가에서 알 수 있듯 강제절차 적용을 배제하는 위 규정들은 성안과정에서부터 많은 관심의 대상이 되었다.

실제 채택된 규정 형식과 내용 역시 상당히 복잡하고 다의적인 해석의 여지도 상당하다. 일례로 제297조의 경우 "제2절 적용의 제한"이란 조문명이 붙어 있지만 정작 제1항의 내용을 살피면 일정한 분쟁의 경우 제2절에 규정된 절차를 따라야 함을 규정한다. 제2항(a) 및 제3항(a) 각 본문 역시 해양과학조사와 어업과 관련된 분쟁의 경우 제2절의 적용이 원칙임을 규정한다. 그러면서 그 각 단서 규정에서 그런 분쟁 중에서도 일정 유형에 대해서는 연안국이 제2절 절차회부를 수락할 의무를 지지 아니한다는 내용을 추가하고 있다. 통상 법조문 체제를 이해할 때 본문을 원칙, 단서를 예외로 인식함에 비추어 보면 위 제297조는 전체적으로 제2절의 적용을 원칙과 같이 규정하는 태도를 취하고 있다.[9] 이에 "제2절 적용의 제한"이라는 조문명은 그 실제 조문 체제와 조화되지 않는 인상도 불러일으킨다.[10] 이런 모순은 실제 국제재판소에서 해석·적용상의 논란도

---

8) A. O. Adede, "Settlement of Dispute Arising under the Law of the Sea", *American Journal of International Law,* Vol. 69, No. 4 (1975), p. 798.

9) 이와 유사한 지적은 차고스 해양보호구역 사건 중재판정에서도 제시된 바 있다. "Article 297(1), however, phrased entirely in affirmative terms […]." *In the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration between The Republic of Mauritius and The United Kingdom of Great Britain and Northen Ireland, Award of the Arbitral Tribunal (18 March 2015)* (이하 "Chagos Arbitration"), para. 317.

10) "제2절 적용의 제한"이란 제목에 어울리는 규정을 만든다면 현재 제297조 제1항의 내용을 별도 규정으로 두고 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서의 내용을 제297조의 전면에 규정함이 통상적일 것으로 보인다.

초래해 왔다. 즉, 위 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서의 분쟁 유형과 달리 위 제297조에 명시되지 않은 연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사와 관련된 협약의 해석·적용에 관한 분쟁은 과연 제15부 제2절의 절차에서 배제되는가 하는 논란이 있다. 이와 관련하여 과거 남방참다랑어 사건에서 중재재판소는 제297조에 강제절차 배제가 명시되지 않은 분쟁도 포괄적으로 배제된다는 입장을 취한 반면,[11] 차고스 해양보호구역 사건 판정에서는 그러한 분쟁에 대해서도 강제절차 적용이 원칙이란 입장을 보였다.[12] 이런 논란에서 짐작할 수 있듯 위 규정들은 정치하고 분명한 해석·적용이 가능하도록 하기 위한 법률가들의 부단한 연마를 거쳐 탄생한 것은 아니었던 듯하다. 오히려 앞서 Adede의 지적에서 알 수 있듯 위 규정들은 협약의 통일적이고 일관된 이행을 확보하면서 국가들의 강제절차에 대한 부담을 덜어주고 최대한 많은 국가들의 참여를 유도해야 한다는 현실적인 고민과 실제 상충하는 국가들 간 입장 대립 속에[13] 탄생한 일련의 정치적 타협의 산물이라 볼 수 있다.

2. 성안 과정

제3차 유엔해양법회의에서 분쟁해결제도 마련을 위한 논의가 개시된 1974년에 비공식작업반이 제출한 작업문서(이하 "1974년 초안")에는 마지막 제11항에 분쟁해결절차 적용 예외에 관한 세 가지 안이 포함되어 있었다. 그 첫째는 협약의 해석·적용에 관한 모든 분쟁에 대해 분쟁해결절차를 적용하는 안(Alternative A), 둘째는 일정한 분쟁을 일괄적으로 구속력 있는 결정이 내려지는 분쟁해결절차의 적용에서 제외하는 안(Alternative B.1 및 B.2), 셋째는 당사국의 선택에 따라 그 적용에서 제외하는 안(Alternative C.1 및 C.2)이었다.[14]

오늘날과 비교하면 앞서 두 번째 안이 제297조, 세 번째 안이 제298조의 개념적 토대가 되어 협약 규정은 혼합적인 방식으로 규정되었음을 알 수 있다. 여기서 제297조는 연안국의 관할권 확대 경향과 맞물려 1982년 협약 체제를 통해 새롭게 도입된 배타적 경제수역 제도와 관련하여 "연안국의 주권적 권리 또는 관할권의 행사와 관련된 분쟁"에 강제절차의 적용상 예외를 두기 위해 성안된 것이었다.[15] 협약 성안과정 초기 오늘날 제297조와 제298조에 해당하는 규정들은 같

11) 재판소는 연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사와 관련된 협약의 해석·적용에 관한 분쟁은 제297조 제1항 각 호에 규정된 특정 분쟁에 대해서만(in certain identified cases only) 강제절차가 적용된다고 판시했다. *Southern Bluefin Tuna case between Australia and Japan and between New Zealand and Japan, Award on Jurisdiction and Admissibility, Decision of 4 August 2000, R.I.A.A. Vol. XXIII*, para. 61.

12) 재판소는 제297조 제1항이 각 호에 열거되지 않은 주권적 권리와 관할권 행사에 관한 분쟁을 심리하는 것을 제한하는 것은 아니라 판시했다. Chagos Arbitration, *supra* note 9, para. 317.

13) 대체로 배타적 경제수역과 대륙붕의 경계획정에 있어 등거리선·중간선 원칙을 지지하는 입장에서는 강제절차의 적용 확대, 형평의 원칙을 지지하는 입장에서는 강제절차의 적용 축소의 입장이 강했던 것으로 알려져 있다. Myron H. Nordquist and Choon-ho Park (eds.), *Reports of the United States Delegation to the Third United Nations Conference on the Law of the Sea* (Honolulu: Law of the Sea Institute, University of Hawaii, 1983), p. 284; A. O. Adede, *The system for settlement of disputes under the United Nations convention on the law of the sea: a drafting history and a commentary* (Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p. 175.

14) A/CONF.62/L.7, Australia, Belgium, Bolivia, Colombia, El Salvador, Luxembourg, Netherlands, Singapore and United States of America: working paper on the settlement of law of the sea disputes (27 August 1974). 협약 성안 당시의 각종 문건들은 유엔 외교회의 홈페이지(https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los)에서 검색 가능.

15) Andrew Serdy, "Art. 297: Limitations on Applicability of section 2", in Alexander Proelss (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea* (C.H.Beck·Hart·Nomos, 2017), p. 1908.

은 조문에 그저 항을 달리하여 규정되어 있었다. 1975년 최초로 조문화된 비공식단일교섭안(ISNT) 제4부 제18조와 관련하여 당시 Amerasinghe 의장은 위 규정이 경제수역과 관련된 일정한 분쟁을 구속력 있는 분쟁해결절차로부터 배제할 것인가의 문제와 관련한 대립되는 시각들에 대한 절충을 시도한 것이라 평했다.[16] 이 중 오늘날 제297조의 모태라 할 수 있는 제1항은 두 번째 안을 반영하여 당사국의 선언과 무관하게 일정한 경우를 제외하고는 연안국의 배타적 관할권 행사로 발생하는 분쟁을 원칙적인 강제절차의 적용배제 대상으로 규정했다.[17] 한편 오늘날 제298조에 상응하는 제18조 제2항은 세 번째 안과 같이 일정한 분쟁유형들을 제시하면서 당사국이 협약의 비준시 등에 분쟁해결절차의 전부 또는 일부의 불수락을 선언할 수 있도록 규정했다.[18] 다만 내용적으로 앞서 제297조가 배타적 경제수역에서 특별한 권리에 관한 연안국들의 관심을 반영한 것이라면 오늘날 제298조는 여타 국가들에 의해 조심스럽게 다루어져야 할 이슈들을 강제절차의 적용에서 배제하는 취지가 강하다.[19] 위 비공식단일교섭안 제18조 제2항에서도 대체로 오늘날과 유사하게 해양경계획정, 역사적 만 및 권원, 군사활동에 관한 분쟁, 유엔안전보장이사회가 권한을 행사하는 분쟁 등이 제시되어 있었다.[20]

1976년 수정단일교섭안(RSNT)에 이르러서는 위 자동배제 방식과 선택적 배제 방식에 관한 규정들이 별개 조문으로 나누어졌다. 제17조 제1항은 연안국의 주권적 권리, 배타적 권리 또는 배타적 관할권의 행사와 관련된 분쟁은 각 항에 규정된 경우에만(only) 제2절의 강제절차에 회부된다는 점을 규정했다.[21] 즉, 일부 경우를 제외한 나머지 관련 분쟁들은 제2절의 절차에서 자동으로 배제되는 셈이었다. 그러면서 이에 상응하여 위 제17조에는 오늘날 협약 제297조과 동일한 "제2절 적용의 제한"(Limitations on applicability of section 2)이란 조문명이 처음으로 붙게 되었다. 한편 이에 이어 위 수정단일교섭안 제18조는 역시 오늘날 제298조와 유사한 "선택적 예외"(Optional Exceptions)라는 조문명이 붙어 해양경계획정 분쟁 등 여타 분쟁유형들에 대해

16) "This is to accommodate the wishes of many States expressed during the Third United Nations Conference of the Law of the Sea to exclude particular classes of disputes arising out of the exercise by coastal States of their sovereign rights or jurisdiction conferred by the Convention in the exclusive economic zone (EEZ) from […]." A/CONF.62/WP.9/Add, Memorandum by the President of the Conference on document A/CONF.62/WP.9 (31 March 1976), para. 31. [밑줄 추가, 이하 동일]

17) "Nothing contained in the present Convention shall require any Contracting Party to submit to the dispute settlement procedures provided for in the present Convention any dispute arising out of the exercise by a coastal State of its exclusive jurisdiction under the present Convention, except […]." A/CONF.62/WP.9, Informal single negotiating text (part IV) (21 July 1975), article 18(1). 다만 위 비공식단일교섭안 제18조 제1항 이전에 비공식협상그룹이 조문화한 제17조 제1항은 국가들이 협약 비준이나 구속적 동의를 표시할 때 일정한 경우를 제외하고 협약상 연안국의 배타적 관할권 행사로부터 발생하는 분쟁과 관련하여 분쟁해결절차에 대한 수락 제한을 선언할 수 있다고 규정했다. SD.Gp/2nd Session/No.1Rev.5 (1975, mimeo.), article 17. Myron H. Nordquist et al. (eds.), *supra* note 2, p. 89에서 재인용. 당시 의장의 수정을 고쳐 위 안은 비공식단일교섭안 단계에서는 선택적 배제가 아닌 자동배제의 형태로 변경된 것이었다.

18) "When ratifying the present Convention, or otherwise expressing its consent to be bound by it, a Contracting Party may declare that it does not accept some or all of the procedures for the settlement of disputes […]" A/CONF.62/WP.9, Informal single negotiating text (part IV) (21 July 1975), article 18(2).

19) Myron H. Nordquist et al. (eds.), *supra* note 2, p. 109.

20) A/CONF.62/WP.9, Informal single negotiating text (part IV) (21 July 1975), article 18(2).

21) "Disputes relating to the exercise by a coastal State of sovereign rights, exclusive rights or exclusive jurisdiction recognized by the present Convention shall be subject to the procedures specified in section 2 only in the following cases[.]" A/CONF.62/WP.9/Rev.2, Revised single negotiating text (part IV) (23 November 1976), article 17(1).

당사국이 선택적으로 배제선언을 할 수 있도록 규정했다. 이러한 이원적 접근법은 이후 수정안에서도 큰 변화 없이 최종 규정 채택시까지 이어졌다.[22]

덧붙여 제298조 제1항(b)의 법집행활동에 관한 분쟁유형은 당초 1974년 초안이나 1975년 비공식단일교섭안에는 명시적으로 포함되어 있지 않았다. 대신 위 비공식단일교섭안 제18조 제2항(c)에서는 군사활동에 관한 분쟁을 선택적 배제사유로 규정하면서[23] "협약에 따른 법집행 분쟁은 군사활동으로 간주되어서는 안 된다."는 취지의 단서가 붙어 있었다.[24] 그러나 법집행활동에 대해서도 군사활동과 유사한 면제를 부여하기 위해[25] 1977년 비공식통합교섭안(ICNT)에 이르러서부터 오늘날과 같이 법집행활동에 관한 분쟁 역시 군사활동에 관한 분쟁과 병렬적으로 선택적 배제사유로 규정하게 되었다.[26]

요컨대 위 성안과정에 관한 논의를 통해 강조되어야 할 부분은 제297조의 경우 배타적 경제수역에 관한 권리행사와 관련된 분쟁에 있어 연안국의 재량권을 인정하기 위한 의도에서 마련된 것인 반면, 제298조는 여타 국가들이 민간하게 여기는 분쟁유형에 대한 배제를 위한 것이란 점이다. 제297조에 명시적으로 배타적 경제수역을 지칭하는 표현은 없으나, "연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사와 관련된 이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁"이란 문구에서 동 규정의 적용을 상정한 분쟁상황에 대한 추론은 충분히 가능하다. 협약의 성안과정에서 제시된 발언들이나 각종 주석들 역시 이를 뒷받침한다.[27] 다만 한 가지 오해가 없어야 할 부분은 흔히 제297조가 배타적 경제수역에 관한 권리행사와 관련된 분쟁에 적용을 의도한 것으로 설명되나, 여기엔 상부수역뿐 아니라 해저와 하층토, 즉 대륙붕에 대한 권리행사에 관한 분쟁도 포함된다는 점이다. 배타적 경제수역 자체가 대륙붕에 관한 권리도 중첩적으로 보호함은 물론(제56조 제1항(a)), 제297조 자체도 대륙붕에 대한 주권적 권리나 관할권 행사에 관한 분쟁에 적용 가능성을 열어두고 있다.

---

22) 다만 1977년 비공식통합교섭안(ICNT) 이후 단계에 자동배제 규정방식에는 적지 않은 변화가 있었다. 연안국의 주권적 권리와 관할권 행사와 관련된 분쟁은 일부 경우에만 제2절의 강제절차가 적용된다는 한정적 문구가 사라지고 오늘날 제297조 제2항 및 제3항에 해당하는 해양과학조사와 어업에 관한 내용이 포함되면서 강제조정이란 새로운 분쟁해결방식이 함께 규정되었다. 이러한 변화로 인해 오늘날 제297조의 적용범위를 두고 앞서 남방참다랑어 사건과 차고스 해양보호구역 사건에서와 같이 상이한 해석이 내려지는 상황이 발생하게 되었다. 이 문제에 관한 추가적인 기술은 김민철, 경계미획정 수역에서 연안국의 권리행사와 분쟁해결, 법학박사학위논문, 서울대학교 (2019), 174-180쪽 참조.

23) 협약의 성안과정에서 위 군사활동에 관한 분쟁 유형이 선택적 배제사유로 포함된 것은 당시 대표단으로 참가한 해군자문가들이 해군선박의 활동이 사법절차의 대상이 될 경우 군사비밀의 공개에 대한 우려로 인해 그러한 활동은 사법절차의 대상이 되어서는 안 된다는 생각을 가지고 있었기 때문이라고 한다. Myron H. Nordquist et al. (eds.), *supra* note 2, p. 135.

24) "(c) Disputes concerning military activities, […], it being understood that law enforcement activities pursuant to the present Convention shall not be considered military activities" A/CONF.62/WP.9, Informal single negotiating text (part IV) (21 July 1975), article 17(2)(c).

25) A/CONF.62/WP.10/Add.1, Memorandum by the President of the Conference on document A/CONF.62/WP.10 (22 July 1977).

26) 당초 1977년 비공식단일교섭안 제297조 제1항(b)는 "이 협약에 규정된 주권적 권리나 관할권 행사에 있어 법집행활동에 관한 분쟁"(Dispute concerning … law enforcement activities in the exercise of sovereign rights or jurisdiction provided for in the present Convention)으로 규정했으나 1980년 비공식단일교섭안 제2수정안에 이르러 "주권적 권리나 관할권의 행사와 관련된 분쟁으로서 제296조(註: 오늘날 협약 제297조) 제2항 및 제3항에 따라 재판소의 관할권으로부터 제외된 분쟁"(Dispute … concerning law enforcement activities in regard to the exercise of sovereign rights or jurisdiction excluded from the jurisdiction of a court or tribunal under article 296, paragraph 2 and 3)과 같이 변경되어 오늘날 협약과 근접한 규정으로 성안되었다. A/CONF.62/WP.10/Rev.2, Informal Composite Negotiating Text (Revision 2) (11 April 1980), article 298(1)(b).

27) 앞의 주 15), 16), 19) 참조.

예컨대, 제297조 제2항(a) 단서에서는 제246조에 따르는 연안국의 권리나 재량권의 행사, 제253조에 따르는 조사계획의 정지나 중지를 명령하는 연안국의 결정으로부터 발생하는 분쟁에 대하여는 연안국에 강제절차 수락의무가 없다고 규정한다. 위 제246조와 제253조는 배타적 경제수역과 대륙붕에서의 해양과학조사에 관한 내용을 담고 있다.

Ⅲ. 연안국 권리 사건의 검토 : 경계미획정 수역 및 영해에서의 적용 문제

1. 문제의 소재

그렇다면 앞서 논의를 토대로 다음과 같은 질문을 던져볼 수 있다. 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서와 제298조 제1항(b)의 법집행활동의 예외가 적용될 수 있는 수역은 일국의 배타적 경제수역의 확정된 수역인가, 아니면 주변국과 다툼이 있거나 경계가 획정되지 않은 수역도 포함하는가.

제297조 제2항(a)를 예로 들어본다. 위 규정은 "연안국"의 해양과학조사에 대한 권리행사와 관련된 분쟁을 강제절차의 적용배제 대상으로 규정한다. 제297조 제2항(a) 단서의 전형적인 적용상황은 다음과 같다. A국의 배타적 경제수역에서 B국이 해양과학조사를 수행하고자 협약 기타 A국의 국내법에 의거하여 동의를 요청하였으나 거부되었다. B국이 위 거부를 협약 제15부 절차를 통해 다투고자 하나 여기서 A국의 거부는 제246조에 의한 연안국의 권리행사이므로 A국은 제297조 제2항(a) 단서에 따라 B국의 제15부 2절에 따른 강제절차 회부를 수락할 의무는 없다. 그런데 여기서 경계미획정 수역에서도 위 각 규정들이 적용될 수 있는가. A국이 B국 또한 권원을 주장하고 있는 수역에서 제246조에 따라 일방적으로 해양과학조사를 실시하는 경우를 상정해 본다. 이 때 B국은 A국이 제246조상 연안국이 아니므로 조사를 실시할 권리가 없다고 주장하며 조사의 중지를 요청할 수 있다. 만약 B국이 A국의 조사가 협약 위반임을 주장하며 협약 제15부의 절차에 회부한다면 A국은 제297조 제2항(a) 단서를 근거로 재판소의 관할권을 부인할 수 있는가. 반대로 A국이 같은 수역에서 B국의 해양과학조사에 대해 승선, 검색, 나포 등 법집행조치로 나아갈 경우 A국은 제298조 제2항(a) 단서 및 제298조 제1항(b)를 원용하여[28] 재판소의 관할권을 부인할 수 있는가.[29]

---

[28] 제298조 제1항(b)의 법집행활동에 관한 예외가 적용되는 분쟁은 ① 제297조 제2항 또는 제3항에 따라 재판소의 관할권으로부터 제외된, ② 주권적 권리나 관할권의 행사와 관련된, ③ 법집행활동에 관한 분쟁이어야 한다. 제298조 제1항(b)의 해석·적용에 있어서는 위 개별 요건들의 세세한 분석이 필요할 것이나 여기서는 크게 두 가지만 언급하고자 한다. 첫째, 법집행활동(law enforcement activities)라는 용어가 사용되고 있긴 하나 협약상 이에 관한 정의규정은 존재하지 않는다. 협약 제73조 등에서 "enforcement"와 같은 용어가 등장하긴 하나 "law enforcement activities"라는 용어 자체는 사용된 곳은 제298조 제1항(b)가 유일하다. 다만 그 의미는 대체로 국가의 집행관할권을 실현시키는 구체적인 공권력의 행사로서 일정한 물리적 강제력 또는 강제조치를 통해 일정한 금지 또는 명령을 실현시키는 활동으로 이해할 수 있을 것이다. 승선, 검색, 나포와 같은 절차들이 이에 해당함은 물론이다. 둘째, 주권적 권리나 관할권 행사와 관련된 법집행활동에 관한 분쟁이면 반드시 제297조 제2항 또는 제3항에 따라 재판소의 관할권으로부터 제외된 분쟁이 아니어도 무방하다는 식의 논리도 제기된 바 있다. 러시아가 자국 배타적 경제수역상 석유시설물 인근에서 항의활동을 하던 네덜란드 선적의 Arctic Sunrise호와 그 승선원들을 억류한 사건에서 러시아는 자국의 조치가 제298조 제1항(b)에 따라 재판소의 관할권이 배제되는 법집행활동이라 주장했다. 그러나 당시 제7부속서의 중재재판소는 러시아의 활동이 해양과학조사나 어업과는 무관한 것이라고 하며 러시아의 위 주장을 배척했다. 즉, 제298조 제1항(b)의 법집행활동의 예외가 적용되기 위해서는 "제297조 제2항 또는 제3항에 따라 재판소의 관할권으로부터 제외된 요건" 역시 누적적으로 충족해야 한다는 취지였다. *In the Matter of the Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia), Award on Jurisdiction (26 November 2014)*, para. 76.

위 쟁점은 경계미획정 수역에서 해양과학조사나 어업에 관한 일방적 권리행사를 협약상 강제절차를 통해 다툴 수 있는가 하는 문제의 핵심이 된다. 실제 연안국은 경계획정이 되지 않은 상황임에도 자국의 권원이 미치는 일정 수역을 자국에 최종 귀속된 수역과 같이 간주하는 경향이 있다. 이 관념에 따르면 경계미획정 수역에서의 행위도 자국의 배타적 경제수역에 대한 주권적 권리나 관할권의 행사이므로 위 규정들에 의해 강제절차의 적용이 배제될 수 있다는 논리가 성립한다. 이로 인해 경계미획정 수역에서도 위 규정들에 따라 강제절차의 적용이 배제된다는 주장이 실제 제기되어 왔으며, 앞서 한국의 2006년 강제절차 배제선언 역시 이러한 논리가 배경에 작용하고 있었을 것으로 추정된다.

그간 위 문제를 다룬 판례는 거의 찾아볼 수 없었다. 남중국해 사건에서 이에 관한 판시가 잠시 이루어진 것이 전부였다. 그러다 지난 연안국 권리 사건의 관할권 판정에서 이에 관한 국제재판소의 입장을 읽을 수 있는 보다 직접적인 판시가 이루어졌다. 이하에서는 연안국 권리 사건[30]의 내용을 개관하고 위 쟁점에 관한 구체적인 사항들을 상세히 살펴본다.

2. 연안국 권리 사건의 검토

(1) 개 관[31]

1) 사건 개요

우크라이나는 2014년 러시아의 크림반도 합병 후 러시아가 그 주변수역에서 벌인 자원활동, 건설공사 등의 행위가 자국의 영해, 배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 권리를 침해했다고 주장하며 2016년 9월 15일 제7부속서의 중재재판을 제기했다. 위 사건에서 우크라이나는 러시아로의 귀속에 찬성한 2014년 크림자치공화국의 국민투표와 일련의 현상변경은 아무런 법적효과가 없다는 주장을 펼쳐 왔다. 즉, 우크라이나는 크림반도 합병에도 불구하고 여전히 위 지역의 주권이 자국에 있음을 전제로 인근 수역에서 권리침해를 주장했다. 위 사건에서 우크라이나는 총 20여개에 달하는 청구취지를 제시했다.[32] 그 청구취지는 대략 다음과 같다. ① 동 수역 일대의 영해, 배타적 경제수역 및 대륙붕에서 탄화수소 및 어업자원에 대한 권리와 여타 관련 선박 등에 대한 배타적 관할권 침해(제a-h항), ② 우크라이나 측 해경선에 대한 영해와 배타적 경제수역에서의 통항 방해에 따른 협약 위반(제i항), ③ 우크라이나의 영해와 배타적 경제수역에서 해저전력케이블과 가스파이프라인의 무허가 설치에 따른 협약 위반(제j-k항), ④ 케르치해협 대교의 무허

29) 해양과학조사나 각종 측량활동은 민간에 의해서도 이루어질 수 있으나 통상 정부선박에 의해 이루어지는 경우가 많다. 이에 타국 정부선박에 대한 승선, 검색, 나포 등은 면제 침해 문제를 별도로 발생시킬 수 있다.

30) *In the Matter of an Arbitration in respect of a Dispute concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. The Russian Federation), Preliminary Objection of the Russian Federation (21 February 2020)* (이하 "Coastal State Rights (Jurisdiction)"), para. 6. 위 사건은 2020년 2월 21일 선결적 항변에 관한 판정이 내려진 후 판정문 중 대외비 사항 포함 여부에 대한 당사국의 검토를 거쳐 3월 16일 판정문이 공개되었다. PCA Press Release (16 March 2019), p. 1. 이 사건에는 Jin-Hyun Paik(소장), Vaughan Lowe(우크라이나 선임), Vladimir Golitsyn(러시아 선임), Boualem Bouguetaia, Alonso Gómez-Robledo가 재판관으로 참여하고 있다(https://pca-cpa.org/en/cases/149).

31) 이하 1), 2)는 김민철, "유엔해양법협약상 혼합분쟁 사안과 해양환경보호의무의 재조명: 소송전략 측면에서 본 최근의 경향성에 대한 고찰",『서울국제법연구』 제27권 제1호 (2020. 6), 210-212쪽 참조.

32) Coastal State Rights (Jurisdiction), *supra* note 30, para. 17.

가 건설을 통한 주권 침해와 통항 및 해양환경보호 관련 규범 위반(제l-o항), ⑤ 세바스토폴 기름 유출 사고 관련 해양환경보호를 위한 협력의무 위반(제p항), ⑥ 우크라이나의 영해와 접속수역에서 수중문화재에 관한 권리 침해 및 협력의무 등 위반(제q-s항), ⑦ 분쟁의 악화·확대에 따른 분쟁의 평화적 해결의무 위반(제t항)이다.

2) 혼합분쟁에 대한 관할권 불성립 판정

이 사건에서 제소국인 우크라이나는 전체적으로 크림반도에 대한 주권이 자국에 유지되고 있으며 영토분쟁은 존재하지 않는다는 전제 하에 협약의 해석·적용에 관한 분쟁들을 구성했다. 아울러 설령 영토분쟁이 존재하더라도 이는 협약의 해석·적용에 관한 분쟁에 부수된 것에 불과하므로 재판소의 관할권이 인정된다고 주장했다. 반면 러시아는 크림반도에 대한 영토분쟁이 곧 사안의 핵심이므로 이 사건 청구들은 대부분 영토주권 문제를 선결쟁점으로 하는 혼합분쟁 청구로서 재판소의 관할권이 인정될 수 없다는 취지로 주장했다.[33] 이에 대해 재판소는 2020년 2월 내려진 관할권 판정에서 크림반도의 주권 귀속에 관한 주장이 상호 대립해 온 점을 확인하면서 크림반도에 대한 영토분쟁의 존재를 인정했다.[34] 나아가 크림반도에 대한 주권분쟁은 부차적 문제가 아니라 다수의 청구 판단에 있어 필수쟁점이라 설시하면서 설령 영토분쟁이 존재하더라도 분쟁의 상대적 중요성이 협약의 해석·적용에 있다는 우크라이나의 주장도 배척했다.[35] 결국 재판소는 크림반도의 주권에 대한 판단을 필요로 하는 한도에서 재판소의 관할권은 인정되지 않는다는 입장에서 러시아의 항변을 일부 인용하는 결정을 내렸다.[36] 아울러 우크라이나에 대해 동 판정에 따라 결정된 재판소의 관할권의 범위와 한계를 충분히 고려하여 수정된 준비서면을 제출해 줄 것을 요청했다.[37]

3) 여타 강제관할권 배제 쟁점

위 사건은 이처럼 영토주권 문제가 결부된 혼합분쟁 청구가 문제된 사안으로 이목을 끈다. 재판소의 판단은 그간 다소 논란이 있었으나 영토주권 문제가 선결쟁점으로 되는 혼합분쟁 청구에는 협약상 강제관할권이 인정될 수 없다는 인식과 궤를 같이 한다. 이 점에서 위 사건은 영토주권 문제가 결부된 혼합분쟁 사안에 대한 협약상 강제관할권 성립 문제를 다룬 판례의 하나로서 의미를 갖는다고 하겠다. 그러나 당시 러시아가 제기한 선결적 항변들 가운데는 위 혼합분쟁 관련 항변 외에 여타 항변들도 다수 존재했다. 러시아가 제기한 순서대로 정리하면 ① 아조프해와 케르치해협의 내수 여부 항변, ② 강제절차 배제선언에 따른 선택적 예외 항변(제298조 제1항의 군사활동, 법집행활동, 해양경계획정, 역사적 만 예외), ③ 연안국의 어업에 관한 관할권 행사와 관련된 분쟁의 자동배제 항변(제297조 제3항(a)), ④ 제8부속서의 특별중재재판 선택에 따른 제7부속서 중재재판의 관할권 배제 항변, ⑤ 별도 조약상 분쟁해결절차의 존재를 이유로 한 강제절차 배제 항변(제281조)이다.

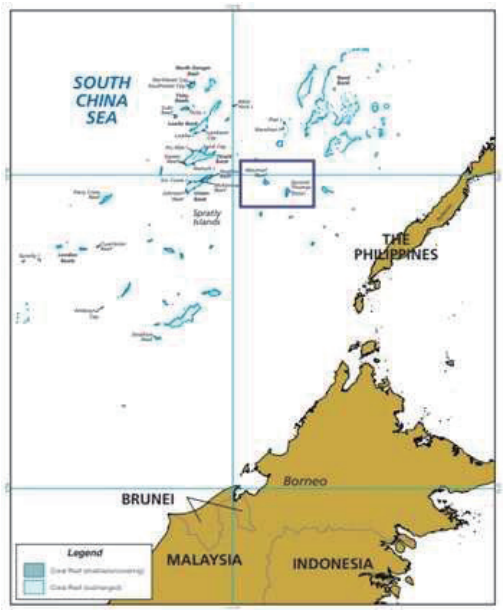
---

33) *Ibid.*, para. 161.
34) *Ibid.*, para. 165.
35) *Ibid.*, paras. 195-196.
36) *Ibid.,* paras. 197, 492 a).
37) *Ibid.*, paras. 198, 492 d). 재판소는 우크라이나의 청구들 중 영토주권 문제를 선결쟁점으로 하는 혼합분쟁 청구들을 제거하거나 영토주권 문제와 무관한 청구들로 청구취지의 재작성을 요구한 것으로 이해된다.

이처럼 위 사건은 영토분쟁이 있는 육지영토 인근 수역에서 일방적 해양활동에 대한 협약상 강제관할권 배제 쟁점을 둘러싼 당사국의 주장과 재판소의 태도들을 광범위하게 살펴볼 수 있는 아주 드문 판례라 할 수 있다. 이 가운데 이하에서는 이 글에서 주목하는 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서 및 제298조 제1항(b)의 해석·적용과 관련하여 과거 유사 쟁점이 언급된 남중국해 중재판정의 판시를 간략히 짚어 보고 연안국 권리 사건에서 관련 쟁점(위 ②의 법집행활동의 예외 항변, ③의 자동배제 항변) 부분을 추가로 살펴본다.

(2) 남중국해 사건에서의 논란

연안국 권리 사건에서 당사국의 공방을 이해하기 위해서는 남중국해 사건에서의 논란을 먼저 살필 필요가 있다. 주지하다시피 남중국해 사건은 중국이 이른바 구단선(九段線)으로 대변되는 남중국해 일대에 해양권원을 주장하며 펼친 각종 일방적 해양활동의 적법성 여부가 문제된 사건이었다. 여기서 특히 필리핀의 청구취지 제8항, 제9항의 중국의 어업 관련 행위에 대해 제297조 제3항(a) 단서의 적용 여부가 문제되었다.[38] 구체적으로 청구취지 제8항에서 문제된 관련 행위는 중국이 2012년 5월 필리핀 측 배타적 경제수역을 포함한 남중국해 일대에 어업금지(북위 12도에서 광동과 복건의 경계선까지 약 두 달 반 동안 휴어기 적용)를 선언한 것 등이었다.[39] 아울러 청구취지 제9항에서 필리핀은 자국 배타적 경제수역인 남중국해 남부의 Mischief Reef와 Second Thomas Shoal 인근 수역에서 중국 어민과 선박의 불법조업을 중국이 해군함정과 해양감시선의 비호 등을 통해 묵인·방조했다고 주장했다.[40]



[그림 1] 남중국해 남부수역도
(South China Sea (Merits), Map 3: 굵은 선 박스 Mischief Reef / Second Thomas Shoal)

재판소는 중국의 소송불참에도 불구하고 가정적으로 위 어업 관련 행위들에 대해 제298조 제3항(a) 단서가 적용되는지 여부를 검토했다. 만약 제298조 제3항(a) 단서가 적용될 수 있다면 위 청구들에 대해서는 재판소의 관할권이 자동 배제되기 때문이다. 다만 당시 문제의 수역에 대해서는 중국과 필리핀 모두 자국의 해양권원을 주장하고 있는 상황이었다. 해당 수역은 필리핀의 영해기선

38) *In the Matter of the South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China), Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015)* (이하 "South China Sea (Jurisdiction)"), para. 359.

39) 그밖에 청구취지 제8항에서 문제된 중국의 어업 관련 행위에는 2012년 11월 하이난성 연해변방치안관리 조례 개정, 1995년 이래 Mischief Reef와 Second Thomas Shoal 인근 수역에서 필리핀 측 선박에 대한 조업방해도 포함되어 있었다. *In the Matter of the South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China), Award of the Arbitral Tribunal (12 July 2016)* (이하 "South China Sea (Merits)"), paras. 671-680. 686. 재판소는 2012년 5월 어업금지조치의 경우 협약 제56조상 필리핀 측 권리 침해를 인정했으나 나머지 청구들은 필리핀 측 권리를 제한한 내용이 없다거나 증거가 없다는 이유 등으로 배척했다. *Ibid.* paras. 712-715.

40) *Ibid.* paras. 717-724. 위 청구에 대해서는 중국의 협약 제58조 제3항의 적절한 고려 의무 위반이 인정되었다. *Ibid.* paras. 745-757.

으로부터 200해리 내에 있으므로 필리핀의 해양권원 자체는 수월하게 인정될 수 있었다. 그러나 해당 수역 내 해양지형물들에 대한 중국의 영유권이 인정될 수 있고 그 지형물들이 배타적 경제수역 권원을 갖는 제121조 제1항에 따른 섬에 해당한다면 해당 수역은 양국 간 권원이 중첩되는 수역으로 평가될 수도 있었다. 즉, 정리하면 ① 필리핀의 수역이거나 ② 필리핀과 중국의 권원중첩수역이 될 수 있는 상황이었다.

당시 필리핀은 제297조 제3항(a) 단서가 적용 가능한 상황은 관련 수역이 중국의 배타적 경제수역에 속하는 경우로만 제한된다고 주장했다. 그러면서 중국 측이 문제의 수역 인근에 영유권을 주장하는 도서들은 배타적 경제수역이나 대륙붕 권원을 창출할 수 없으므로 사안에서 제297조 제3항(a) 단서는 적용되지 않는다는 입장을 보였다.[41] 당시 필리핀은 중국의 과도한 주장에 기초한 제297조 제3항(a) 단서나 제298조 제1항(b)의 적용은 곤란하다는 입장이었다. 필리핀은 제297조 제3항(a) 단서가 권리의 "존재"가 아니라 그 "행사"에 관한 사항을 강제절차에서 배제하는 것임을 강조했다. 즉, 협약이 부여한 권원을 초과한 권리행사와 같이 그 행위의 기초가 되는 권리의 "존재" 자체가 불분명한 경우에는 그 권리의 "행사"에 대해서도 제297조 제3항(a) 단서는 적용되지 않는다는 것이었다.[42] 이는 "연안국"의 권리행사라는 "주장"만으로는 제297조 제3항(a) 단서가 적용될 수 없다는 의미였다. 달리 말해 객관적으로 해양권원이 인정될 수 없는 수역에 아무리 권리주장을 하더라도 이를 토대로 위 규정들의 적용은 가능하지 않다는 취지였다.

재판소는 위 사건의 관할권 판정에서 위 쟁점은 해당 수역에서 지형물들의 법적지위에 대한 판단이 선결적으로 필요하다는 전제 하에 본안으로 판단을 보류했다.[43] 그러나 종국적으로 본안 판정에서는 문제의 지형물들의 성격이 간조노출지에 불과하다는 판단 하에 해당 수역에 중국의 권원을 인정하지 않았고 결국 제297조 제3항(a) 단서 역시 적용되지 않는 것으로 판단했다.[44] 결론적으로 재판소는 중국이 위 규정을 원용할 "연안국"의 지위에 있지 않다는 필리핀의 주장을 받아들인 것이다.

다만 위 결론 자체는 권원이 중첩되는 수역에서도 제297조 제3항(a) 단서가 적용되는지 여부에 대해 별다른 시사점을 주지 않는다. 해당 수역이 필리핀의 권원만 미침을 전제로 중국의 행위에 제297조 제3항(a) 단서가 적용될 수 없다고 판단한 것에 불과하기 때문이다. 그렇다면 만약 해당 수역이 필리핀과 중국의 권원중첩수역으로 판단되었다면 제297조 제3항(a) 단서가 적용될 수 있었을까 하는 질문을 던져볼 수 있다.

비록 위 사건에서 이 문제에 관한 분명한 논의는 찾아볼 수 없으나 위 사건 관할권 판정에서는 동 규정이 이른바 권원중첩수역에도 적용 가능하다는 점을 명시한 판시도 확인된다. 재판소는 가정적으로 중국의 선결적 항변사항을 검토하는 과정에서 다음과 같이 판시했다.

> 문제된 행위가 중국의 배타적 경제수역이나 권원중첩수역에서 발생한 경우에는 제297조 제3항이 어업과 관련된 필리핀의 청구들에 대한 재판소의 관할권에 장애가 될 수 있다(관할권 판정 제359단락

41) South China Sea (Jurisdiction), *supra* note 38, para. 363. 필리핀은 재판소의 추가석명 요청에 따라 제출된 보충서면에서 제297조 제3항(a) 단서는 (i) "연안국"의 주권적 권리에 관한 (ii) 배타적 경제수역에서의 생물자원에 관련된 분쟁에 적용되나 해당 수역에서 중국은 "연안국"이 아니므로 위 규정은 적용되지 않는다고 했다. Supplement Written Submission of the Philippines (16 March 2015), paras. 5.3.-5.5.

42) Memorial of the Philippines, Vol. I (30 March 2014), paras. 7.98.-7.99. 또한 필리핀은 제297조가 권리의 공간적 한계에 관한 분쟁에 대한 관할권마저 배제하는 것이라면 제298조 제1항(a)에서 경계획정에 관한 분쟁을 별도 선택적 예외사유로 할 필요도 없었을 것이라 덧붙였다. *Ibid.*, para. 7.100.

43) South China Sea (Jurisdiction), *supra* note 38, para. 394.

44) South China Sea (Merits), *supra* note 39, paras. 695, 734.

).[45]

어업과 관련된 법집행활동에 관한 분쟁을 선택적 배제사유로 규정한 제298조 제1항(b)의 적용 문제에 관한 판시에서도 유사 내용이 확인된다.

구체적으로 법집행활동과 관련된 분쟁에 대한 제298조상의 관할권 배제는 그러한 법집행활동이 중국의 배타적 경제수역이나 양 당사국이 중첩되는 배타적 경제수역 권원을 보유하는 수역에서 발생한 경우에 적용될 수 있다(관할권 판정 제395단락).[46]

위 판시들은 권원중첩수역에도 위 규정들이 적용될 수 있는 가능성을 시사한 보기 드문 판결례였다. 그러나 일국의 배타적 경제수역뿐만 아니라 권원중첩수역에서도 제297조 제3항(a) 단서 및 제298조 제1항(b)가 적용될 수 있다는 취지의 위 판시는 이후 본안판정에서는 다시 반복되지 않았다. 오히려 본안판정에서는 다음과 같이 앞서 관할권 판정의 입장을 뒤집은 듯한 판시를 했다.

이 규정들(註: 제297조 제3항(a) 단서 및 제298조 제1항(b))은 그 자신의 배타적 경제수역(in its own exclusive economic zone)에서 일국의 생물자원에 관한 주권적 권리의 행사에 대해 청구가 제기된 경우 강제분쟁해결차를 제한하는 역할을 한다. 이 규정들은 국가가 다른 국가의 배타적 경제수역과 관련하여 협약을 위반했다고 주장되는 경우에는 적용되지 않는다(본안 판정 제695단락).[47]

위 판시도 보기에 따라서는 "그 자신의 배타적 경제수역"이란 문구에 경계미획정 상황에서 "자신이 배타적 경제수역 권원이 미치는 수역"도 포함하는 것으로 이해할 여지도 있다. 더욱이 동일한 재판소가 같은 사건에서 관할권 판정과 본안 판정에 따라 상이한 판시를 하기도 쉽지 않을 것이다. 따라서 위 판시가 권원중첩수역에서 위 규정들이 적용될 수 있는가 하는 점에 대해 분명한 입장을 밝혔다고 보긴 힘들 수도 있다. 그러나 위 본안 판정의 판시는 앞서 관할권 판정과 달리 "권원중첩수역"에 대한 언급이 전혀 없다. 더욱이 판정문상 "in its own exclusive economic zone"이란 문구에서 "own"을 분명히 이탤릭체로 강조하여 표시하고 있다. 이 점들에 비추어 보면 본안 판정은 관할권 판정과는 다른 입장을 시사했다고 봄이 보다 합리적 추론이라 판단된다. 즉, 경계가 획정되어 권원중첩 상태가 아닌 일국의 배타적 경제수역으로 최종 귀속된 수역에 대해서만 제297조 제3항(a) 단서 및 제298조 제1항(b)가 적용될 수 있다는 취지로 이해된다. 그리고 이러한 남중국해 사건에서의 상이한 판시는 이후 연안국 권리 사건에서 당사국의

---

45) "[…] Article 297(3) could potentially bar the Tribunal's jurisdiction over the Philippines claims in relation to fisheries, to the extent that the events in question took place in China's exclusive economic zone or in an area of overlapping entitlements." South China Sea (Jurisdiction), *supra* note 38, para. 359.

46) "Specifically, the exclusion from jurisdiction in Article 298 for disputes relating to law enforcement activities may apply to the extent that such law enforcement activities took place within China's exclusive economic zone or in an area in which the Parties possess overlapping entitlements to an exclusive economic zone." *Ibid.*,, para. 395.

47) "These provisions serve to limit compulsory dispute settlement where a claim is brought against a State's exercise of its sovereign rights in respect of living resources in its *own* exclusive economic zone. These provisions do not apply where a State is alleged to have violated the Convention in respect of the exclusive economic zone of another State." South China Sea (Merits), *supra* note 39, para. 695.

주장에도 상당한 영향을 미친다.

(3) 연안국 권리 사건의 판단

1) 당사국의 주장

연안국 권리 사건의 관할권 판정에서는 위 제297조 제3항(a) 단서에 따른 어업 자동배제 규정과 제298조 제1항(b)의 법집행에 관한 예외규정의 적용이 다시금 문제되었다. 위 사건에서 우크라이나는 러시아의 2014년 크림반도 합병 이후에도 자국의 주권이 크림반도에 미친다는 전제에서 흑해·아조프해 일대에서 이루어졌던 러시아의 각종 법집행조치들의 적법성을 문제 삼았다. 그 중 어업과 관련된 행위에 관한 청구취지들[48]을 추려보면 다음과 같다.

f. 러시아는 우크라이나의 해안선 12해리 내 우크라이나의 어업자원에 대한 접근을 차단하고 그 어업자원을 포획했으며 영해의 천연자원에 대한 우크라이나의 배타적 관할권을 강탈함으로써 협약 제2조, 제21조를 위반했다.

g. 러시아는 우크라이나의 배타적 경제수역 내 우크라이나의 어업자원에 대한 접근을 차단하고 그 어업자원을 포획했으며 배타적 경제수역의 천연자원에 대한 우크라이나의 배타적 관할권을 강탈함으로써 협약 제56조, 제58조, 제61조, 제62조, 제73조, 제92조를 위반했다.

h. 러시아는 우크라이나의 영해, 배타적 경제수역 및 대륙붕에서 우크라이나 선적 어선들에 대한 배타적 관할권을 불법적으로 침해함으로써 협약 제2조, 제56조, 제58조, 제77조, 제92조를 위반했다.

우크라이나의 최초 제소통지나 준비서면(Memorial)은 공개되어 있지 않다. 이에 위 청구취지가 구체적으로 언제 어떤 행위를 대상으로 한 것인지에 관한 정보는 관할권 판정이나 여타 관할권 단계의 소송서면들로 확인하는 데는 한계가 있다. 다만 위 청구취지와 제소배경 등에 비추어 볼 때 크림반도 인근 수역에서 우크라이나 측 어업활동에 대한 러시아 측의 차단 내지 방해가 그 배경이었을 것임을 짐작해 볼 수 있다.

이와 관련하여 러시아는 자국의 일련의 조치들이 자국의 배타적 경제수역, 설령 그렇지 않더라도 우크라이나와 일종의 권원중첩수역에서 이루어진 것임을 전제로[49] 제297조 제3항(a) 단서 및 제298조 제1항(b)의 적용으로 인해 재판소의 관할권이 인정될 수 없다는 주장을 펼쳤다. 특히 러시아는 자신의 주장을 뒷받침하기 위해 앞서 살핀 남중국해 사건의 관할권 판정(제395단락)에서 동 규정들이 배타적 경제수역이나 권원중첩수역에 적용된다는 판시를 적극 원용하였다.[50] 나아가 러시아는 위와 같은 전제 하에 배타적 경제수역뿐 아니라 영해나 대륙붕에서의 관련 분쟁에 대해서도 당연히 관할권이 배제된다고 주장했다. 해당 수역은 연안국이 배타적 경제수역에서 갖는 권리 이상 또는 적어도 동일한 권리를 보유하는 수역이므로 배타적 경제수역에서 인정되는 관할권의 배제가 당연히 인정된다는 주장이었다.[51]

48) Coastal State Rights (Jurisdiction), *supra* note 30, para. 17.
49) Coastal State Rights (Jurisdiction), *supra* note 30, para. 151.
50) *Ibid.*, para. 343 및 fn. 601.
51) *Ibid.,* para. 345.

이에 반해 우크라이나는 러시아의 주장이 크림반도를 자국 영토임을 전제로 한 것이므로 받아들여질 수 없으며, 설령 당초 크림반도 병합 전 자국 연안으로부터의 해양권원에 토대로 한 것이라도 문제된 행위가 러시아의 해양영역에서 이루어진 것임이 확립되어야 한다고 주장했다.[52] 그러면서 제297조 제3항(a) 단서 및 제298조 제1항(b)는 피소국의 배타적 경제수역에서만 적용되는 예외라고 반박했다. 즉, 앞서 남중국해 사건의 본안 판정(제695단락)을 원용하면서 제298조 제1항(b)의 예외는 타국의 배타적 경제수역에서의 행위에 적용될 수 없으며, 동 규정의 원용에 있어 가능한 권리, 주장된 권리, 다툼이 있는 권리로는 부족하다고 덧붙였다.[53] 이처럼 우크라이나의 주장은 문제의 수역이 기본적으로 자국의 수역이므로 러시아의 적용배제 주장이 인정될 수 없으나, 설령 자국 수역으로 확정된 것이 아니라도 일응 경계미획정의 권원중첩 상태나 다툼이 있는 수역에서는 동 규정들이 적용될 수 없다는 취지로 이해된다.

2) 재판소의 판단

이처럼 양국은 서로 크림반도가 자국 영토임을 전제로 문제의 수역이 자국의 배타적 경제수역임을 주장하였다. 그러면서 보충적으로 러시아는 권원중첩 상황에서도 위 규정들에 의해 적용배제가 가능하다고 주장했으나 우크라이나는 그렇지 않다고 보았다. 흥미롭게도 양국이 권원중첩수역에 관한 위 규정들의 적용 문제와 관련하여 앞서 남중국해 사건의 관할권 판정과 본안 판정을 각기 자국에 유리하게 원용하기도 했다. 그렇다면 재판소는 어떤 판단을 내렸을까. 판정문의 제356단락부터 제358단락에 이에 관한 핵심적인 내용이 담겨 있다.

> 356. […] 협약 제15부에 따른 재판소는 배제선언을 한 국가의 그 자신의 배타적 경제수역(in its own exclusive economic zone)에서 주권적 권리 행사와 관련된 법집행활동에 관한 분쟁에 대해 협약 제15부 제2절에 따른 관할권을 갖지 못한다. 본 중재재판소는 위 선택적 예외가 적용되기 위해서는 그 선언국에 의해 행사된 것으로 주장된 권리의 주권적 성격(sovereign character)과 문제의 수역에 대한 그 국가의 배타적 경제수역으로서(as that State's exclusive economic zone) 선언국의 권원 모두가 객관적으로 확립되어야 한다고 판단한다.[54]
>
> 357. 본 중재재판소는 이 사건에서 크림반도의 주권에 관한 당사국 간 분쟁이 객관적으로 존재한다고 이미 확인했다. 본 중재재판소는 그러한 분쟁 내지 그 결과 어느 국가가 크림반도 인접수역의 연안국인지에 관한 문제에 관하여 결정할 관할권을 갖지 않는다고 판단했다. 따라서 배타적 경제수역을 비롯한 크림반도 해안이 창출하는 인접 해양영역에 대한 권원도 결정할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 일방 또는 타방 당사국이 크림반도의 주권국이라는 전제에 따라 좌우되는 여하한 청구도 판단할 수 없다. 문제는 이러한 상황에서 제298조 제1항(b)가 이 사안

52) *Ibid.*, paras. 347-348.

53) *Ibid.*, para. 349 및 fn. 616.

54) "[A] court or tribunal pursuant to Part XV of the Convention has no jurisdiction pursuant to section 2 of Part XV over disputes concerning law enforcement activities related to the exercise of sovereign rights of the declaring State in its own exclusive economic zone. The Arbitral Tribunal considers that both the sovereign character of the rights allegedly exercised by the declaring State and the entitlement of the declaring State to the area in question as that State's exclusive economic zone must be objectively established for the optional exception to apply." *Ibid.*, para. 356.

에서 여하한 다른 추가적인 범주의 청구들까지 배제하는지 여부이다.[55]

358. 본 중재재판소는 러시아 연방의 주장에 따른 법집행활동은 러시아 연방이나 우크라이나 어느 일방의 배타적 경제수역으로(either the Russian Federation or Ukraine) 확정될 수 없는 수역에서 발생했다고 판단한다. 그러한 불확실성에 직면하여 중재재판소는 제298조 제1항(b) 제2문의 적용 조건은 충족되지 못했으며 따라서 동 규정에 따른 법집행활동 예외에 근거한 러시아 연방의 항변을 배척한다.[56]

한편 재판소는 위 판시 부분 이후에 제298조 제1항(b)의 적용 문제와 별도로 다룬 제297조 제3항(a) 단서의 적용 문제에 관한 판단에서도 유사한 취지의 판시를 덧붙였다.[57]

3) 검 토

① 대상수역의 성격 : 다툼 있는 육지영토 인근수역



[그림 2] 크림반도 주변수역도 (크림반도가 우크라이나 영토임을 전제) (김민철, 앞의 주 31), 212쪽)

위 재판소의 판시에 비추어 볼 때 해당 수역이 일국의 배타적 경제수역으로 확정되지 않거나 확정할 수 없는 상태에서는 동 규정들을 적용하기 힘들다는 해석을 읽을 수 있다. 다만 엄밀히 위 사안은 영토분쟁이 있는 육상 인근 수역에서 일방의 어업 내지 이와 관련된 법집행활동에 대해 제297조 제3항(a) 단서와 제298조 제1항(b)의 적용이 문제되었던 사례였다. 즉, 사실관계상 영토분쟁과 무관하게 순수하게 배

55) "In the present case, the Arbitral Tribunal has already found that there objectively exists a dispute between the Parties regarding sovereignty over Crimea. The Arbitral Tribunal has decided that it has no jurisdiction to make a determination in respect of that dispute, or the consequential question of who is the coastal State with respect to the waters adjacent to Crimea. It follows that entitlements to adjacent maritime zones generated by the coast of Crimea, including any exclusive economic zones, cannot be determined. Nor can any claims which depend upon the premise that one or other Party is sovereign over Crimea. The question is whether in these circumstances Article 298, paragraph 1, subparagraph (b), operates to exclude any further categories of claim in this case." *Ibid.*, para. 357.

56) "The Arbitral Tribunal is of the view that the law enforcement activities alleged by the Russian Federation occurred within an area that cannot be determined to constitute the exclusive economic zone of either the Russian Federation or Ukraine. In the face of such uncertainty, the Arbitral Tribunal considers that the conditions for application of Article 298, paragraph 1, subparagraph (b), second alternative, have not been met and thus rejects the Russian Federation's objection based on the law enforcement exception under that provision." *Ibid.*, para. 358.

57) *Ibid.*, para. 402.

타적 경제수역의 경계가 획정되지 않은 상황에서 문제된 사례는 아니었다. 이에 위 재판소의 판시를 어느 범위까지 일반화할 수 있을지는 보다 검토가 필요하다고 사료된다. 이 문제와 관련하여서는 우선 문제된 행위들이 발생한 수역의 위치와 그의 법적지위에 관한 추가적인 확인이 필요하다.

우크라이나 측의 실체적인 주장을 담은 소송자료들이 충분히 공개되지 않은 현 단계에서 위 사안에서 문제의 행위가 있었던 수역의 정확한 위치는 확인되지 않는다. 다만 우크라이나 측 주장에 따르면 문제된 수역은 당초 러시아의 본토라 할 수 있는 코카서스 지역(Caucasus region)에서 200해리 이원, 특히 크림반도의 서쪽 내지 남쪽이라 한다.[58] 러시아 역시 이 사건에서 자국의 크림반도로부터의 해양권원이 인정될 경우 우크라이나 측과 권원중첩이 발생할 수 있다는 전제에서 제298조 제1항(a)에 따른 해양경계획정의 예외 항변을 펼치기도 했다.[59] 이는 해당 수역에 코카서스 지역의 해양권원이 미치지 못함을 암시하는 대목으로 앞서 수역의 위치에 관한 추론을 뒷받침한다. 아마 우크라이나는 자국의 청구취지 구성에 있어 당초 크림반도의 영토주권 문제 외에 코카서스 지역의 해양권원이 관할권 성립에 영향을 미칠 수 없도록 코카서스 지역에서 상당히 떨어진 크림반도 서쪽과 남쪽 수역에서의 행위들을 의도적으로 선택했던 것으로 보인다.

따라서 사실관계 측면에서 위 사안은 영토주권 문제가 존재하나 그 문제가 해결되면 별도의 해양경계획정이 없더라도 달리 해당 수역의 권리귀속에 관한 다툼이 발생하지 않는 수역을 대상으로 하고 있다고 판단된다. 즉, 영토주권 문제의 개입 없이 순수하게 주변국과 권원중첩 상태에 있는 수역을 대상으로 한 것은 아니었다.

② 판시의 적용범위

가. 경계미획정 수역에 대한 적용 가능성

이처럼 위 판시는 특정 상황과 맥락에서 내려진 것이기는 하다. 그러나 일정 부분 위 판시를 일반화시켜 볼 가능성은 열려 있다고 판단된다.

우선 앞서 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서, 제298조 제1항(b)에 관한 판시 자체는 순수하게 해양경계획정 문제만이 있는 수역을 대상으로 한 것은 아님을 언급했다. 그러나 영토주권 문제와 해양경계획정 문제를 함께 안고 있는 수역에는 당연히 그대로 적용될 수 있음은 큰 의문이 없다. 앞서 판정문 제357 내지 358단락에서 제시된 영토문제에 대한 해결이 없는 이상 문제된 수역의 해양권원이 어느 측에 귀속되는지 확정할 수 없는 상황은 영토주권 문제와 해양경계획정 문제를 함께 상존하는 수역도 마찬가지이다. 한반도 주변수역의 경우를 상정해 보면 독도에

58) *Ibid.*, para. 375; Ukraine's Written Observations and submissions of Ukraine on Jurisdiction (27 November 2018), para. 118. 코카서스 지역은 위 [그림 2] 중 "러시아" 표시가 있는 지역을 의미함.

59) 우크라이나는 러시아의 제298조 제1항(a)에 따른 항변과 관련하여 크림반도는 자국 영토이므로 해양경계획정 문제의 전제로서 양국 간 권원중첩이 발생하지 않으므로 위 규정에 따른 선택적 배제는 적용될 수 없다는 입장을 가지고 있었으나 만약 러시아 측에 크림반도로부터의 해양권원이 인정될 수 있다면(즉, 크림반도의 주권에 러시아 측에 있다는 전제에서는) 권원중첩이 발생할 수 있다는 취지로 언급했다. 소송과정에서 러시아 측은 당초 제298조 제1항(a)에 따른 해양경계획정 문제가 어떻게 발생할 수 있는지 명확히 하지 않았으나 위 우크라이나의 지적대로 크림반도로부터의 해양권원을 토대로 권원중첩이 발생함을 전제로 위 제298조 제1항(a)에 따른 항변을 펼친 것을 사실상 시인하는 답변을 한 바 있다. Reply of the Russian Federation to the Written Observations and Submissions of Ukraine on Jurisdiction (28 January 2019), para. 131.

영토주권 분쟁이 있다는 전제에서 그 인근 수역에서의 활동 역시 위와 같은 평가가 가능하다.

다음으로 황해와 같이 영토주권 문제없이 순수한 해양경계획정 문제만 있는 수역은 어떠할까. 재판소는 판정문 제356단락에서 위 규정들에 따른 적용배제가 인정되려면 해당 수역이 배제선언국 자신의 배타적 경제수역이어야 하며 행사된 권리의 주권적 성격과 권원 모두가 객관적으로 확정되어야 한다고 판시했다.[60] 앞서 세 단락에 걸친 판시 중에서도 위 제356단락은 연이은 제357, 358단락의 전제가 되는 가장 법적인 용어로 구현된 핵심법리를 담고 있는 부분이다. 그리고 그 판시를 보건대 위 법리는 일반적으로 경계획정이 되지 않은 권원중첩수역에도 적용된다고 판단되며, 재판소 역시 그렇게 인식했을 것으로 보인다.

우선 위 판시에서 재판소는 선언국 그 자신의 배타적 경제수역이라는 표현을 위해 남중국해 본안 판정과 같이 "own"이란 표현을 직접 사용하고 있다. 나아가 이와 약간 표현을 달리하여 위 판시에서는 "그 국가의 배타적 경제수역으로서"(as that State's exclusive economic zone) 그 선언국의 권원이 "객관적"으로 확립되어야 한다는 표현도 덧붙였다. 위 전제 하에 제358단락에서 재판소는 문제의 수역이 양국 중 "어느 일방"(either)의 배타적 경제수역으로 확정될 없기 때문에 위 규정이 적용될 수 없다고 분명히 판시하기도 했다.

나아가 필자의 시각에선 행사된 권리의 주권적 성격(sovereign character)이 객관적으로 확립되어야 한다는 판시 부분 역시 결정적인 의미를 가질 수 있다고 판단된다. 일반적인 권원중첩 상태에서는 일방의 권리에 배타성이 인정될 수 없다. 특정 수역에서 배타적 권리를 누릴 수 있는 주체는 하나에 불과하다. 현실적으로 그 귀속 주체가 분명하지 않은 상태에서 일국이 그 권리를 배타적으로 행사할 수 없다는 점도 분명하다. 결국 권원중첩 상태의 경계미획정 수역에서 연안국의 권리는 절대 "배타적"이거나 "주권적"일 수 없다.[61]

재판소의 인식 측면에서는 다음의 점도 생각해 볼 수 있을 듯하다. 만약 순수하게 영토주권 문제만이 존재하는 수역에서의 적용배제 문제만을 염두에 두었다면 약간 다른 방식의 판시도 가능했을 것으로 보인다. 예컨대 배타적 경제수역 귀속이나 권원중첩 여부 등 해당 수역의 법적지위 확인을 위해서는 크림반도의 영토주권의 소재가 확인되어야 하나 이는 재판소의 관할권 범위를 넘어서는 절차배제 여부의 선결문제이므로 재판소가 위 규정들의 적용 여부를 판단할 권한이 없다는 식으로 판시하는 것도 하나의 방안이다. 즉, 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서, 제298조 제1항(b)의 적용에 관한 판단에 있어서도 일종의 혼합분쟁에 관한 관할권 불성립 논리를 끌어올 수 있으며, 그에 따라 위 규정들이 "적용되지 않는다."가 아니라 "적용 여부를 판단할 권한이 없다."는 식으로 판시하는 것이다.[62] 물론 이런 접근법은 일견 제357단락과 제358단락에 일정부분 반영되어 있는 듯 보이기도 한다. 그리고 실제 재판소는 다른 쟁점인 러시아의 제298조 제1항(a)에 따른 해양경계획정의 예외 항변에 대해서는 이를 판단할 권한이 없다는 식으로 판시하

60) 앞의 주 54) 참조.

61) 경계획정의 부재 상태에서 대향·인접국과 다툼이 있거나 대향·인접국이 그 권원을 주장하고 있는 수역에서는 어느 연안국도 배타적 이용을 주장할 수 없다는 지적으로는 Umberto Leanza, "The Delimitation of the Continental Shelf of the Mediterranean Sea", *International Journal of Marine and Coastal Law,* Vol. 8, No. 3 (1993), p. 394.

62) 예컨대 대양 한 가운데에 있는 섬과 같이 본토와 본토 간의 해양경계획정 문제없이 해당 도서의 영토귀속 문제가 해결되면 해당 수역에 대한 권원 귀속 여부가 판단이 가능한 경우도 있다. 이 경우는 앞서 언급한 바와 같이 "해양권원의 귀속을 결정하는 영토주권 문제가 선결쟁점이 되므로" 또는 "영토주권 문제나 해양권원 문제를 재판소가 판단할 수 없으므로" 재판소로서는 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서, 제298조 제1항(b)의 적용 여부를 판단할 수 없다는 판시가 더 적합할 수 있다. 왜냐하면 해당 분쟁지역이 무주지(*terra nullius*)가 아닌 이상, 사후적으로 분쟁지역에 대한 주권귀속이 확인되면 해당 수역에 대한 해양권원 귀속도 그에 따라 소급적으로 확정될 수 있기 때문이다.

기도 했다.[63] 그러나 위 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서와 제298조 제1항(b) 적용 문제에 있어서는 이와 달리 "그 적용 조건이 충족되지 않는다."는 취지를 분명히 했다.[64] 이는 당사국들 간 권원중첩수역에 대한 위 규정들의 적용 여부에 대한 논란이 있던 점을 감안해 일반적인 권원중첩의 경계미획정 수역에 대한 적용 문제까지 염두에 두고 판시가 이루어졌을 가능성을 시사한다고 판단된다.

이상의 점에 비추어 볼 때 재판소의 이 부분 판시는 전체적으로 영토주권 분쟁이 존재하는 육상 인근수역뿐 아니라 그런 문제가 없는 일반적인 경계미획정 수역에도 전반적으로 적용될 수 있으며 재판소 역시 그러한 인식 하에 위와 같은 판시를 한 것으로 이해된다. 다만 연구자의 입장에서는 재판소의 법리를 좀 더 분명히 확인할 수 있다는 점에서 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서, 제298조 제1항(b)의 적용범위에 관한 위 판시가 어느 상황에 일반적으로 적용될 수 있다는 점에 대해 다소간의 부연이 있었으면 하는 아쉬움도 남는다.

나. 영해에 대한 적용 가능성

또 한 가지 재판소의 판시에서 크게 부각되진 않았으나 위 규정들이 영해에서의 활동에도 적용 가능한가 하는 쟁점이 있다. 앞서 제시한 우크라이나의 청구취지 제(f)항에서는 영해에서의 어업자원에 대한 접근 차단을 문제 삼았다. 이와 관련하여 러시아는 위 규정들이 당연히 영해에서도 적용된다는 입장을 보였다. 그 이유는 배타적 경제수역에서 위 규정들이 적용되는 데에도 연안국이 더 많은 권리를 보유하는 영해에 위 규정들이 적용되지 않는다고 하면 모순이란 것이었다.[65] 반면 우크라이나는 위 규정들이 영해에 적용된다는 명시적 표현이 없으므로 위 규정들은 적용될 수 없다는 입장을 보였다.[66]

이 사건 판정문 중 위 규정들의 적용 여부 쟁점에 관한 재판소의 판시 부분에 영해에 대한 적용 문제에 관한 언급이 명시적으로 제시되진 않았다(제353-358단락, 제401-402단락). 그러나 앞서 살핀 바와 같이 판정문은 제297조 제3항(a) 단서 및 제298조 제1항(b)가 배제선언을 한 국가 "자신의 배타적 경제수역"(in its own exclusive economic zone)에 적용된다는 점을 지적했다(제356단락). 위 쟁점과 관련된 판정문의 여타 부분에서도 배타적 경제수역이란 표현만이 등장할 뿐이다.[67] 따라서 영해에도 위 규정들이 적용된다는 러시아 측 주장은 위와 같은 표현들과 제356단락부터 제358단락에 걸친 전반적인 판정문의 취지를 통해 간접적으로 배척된 것으로 판단된다. 재판소가 당사국의 청구 내지 주장에 대해 최대한 판단해야 한다는 점[68]을 감안해 보면

---

63) "[…] there is accordingly no jurisdiction in relation to which the exception under Article 298, paragraph 1, subparagraph (a), could be established." Coastal State Rights (Jurisdiction), *supra* note 30, para. 382.

64) 앞의 주 56)의 인용문 중 "[…] have not been met […]" 부분; "[…] the Arbitral Tribunal considers that the conditions for the application of Article 297, paragraph 3, subparagraph (a), of the Convention have not been met in the present case." *Ibid.*, para. 402.

65) *Ibid.*, para. 345.

66) *Ibid.*, para. 352.

67) 러시아는 제297조 제2항(a) 단서 및 제298조 제1항(b)의 영해 적용 주장을 펼치며 위 규정들이 대륙붕에도 적용된다는 언급도 했다. *Ibid.*, para. 345. 판정문에서 배타적 경제수역 외에 영해는 물론 대륙붕에 관한 언급도 등장하지 않으나 이는 재판소가 제297조 제3항(a), 즉 어업에 관한 권리행사 부분을 염두에 두고 설시한 것이기 때문인 것으로 사료된다. 적어도 해양과학조사에 관한 제246조, 제253조에 따른 연안국의 권리 행사는 대륙붕에 관한 사항을 포함한다.

68) 이른바 청구외 사항에 대한 재판금지 원칙(*non ultra petia* rule)의 반사적 효과로 청구 내 사안에 대

이러한 이해가 타당하다고 하겠다.

Ⅳ. 평가 및 시사점

1. 평 가

(1) 경계미획정 수역

앞서 남중국해 사건에서의 관할권 판정과 본안 판정은 각기 약간 결이 다른 판시를 했던 점을 확인할 수 있었다. 아울러 지난 연안국 권리 사건의 관할권 판정은 다툼 있는 육지영토 인근 수역에서의 문제라는 사안 자체의 특수한 맥락이 있긴 하지만 앞서 남중국해 판정에서의 혼란을 정리하고 나름의 법리를 제시했다고 판단된다. 그렇다면 주변국과 경계가 획정되지 않은 권원중첩 수역에서 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서와 제298조 제1항(b)가 적용되기 힘들다는 이해는 타당한가. 이에 관한 이론적 논의는 국내외를 통틀어 거의 살펴볼 수 없는 실정이나, 필자는 다음과 같은 이유에서 타당하다고 생각한다.

첫째, 권리의 성격이나 보호가치의 측면을 생각해 볼 수 있다. 경계미획정 수역에서의 연안국의 권리는 기본적으로 권원(entitlement)에 기초한 잠재적 성격을 지니고 있다.[69] 즉, 앞서 잠시 언급한 바와 같이 경계미획정 수역에 관한 권리는 해양경계획정 이전에는 타국과의 경합 속에 그 권리로서의 배타적 속성을 온전하게 구비하지 못한 제한적 속성을 갖고 있다고 이해된다. 따라서 법리적으로는 물론 현실적으로도 경계가 획정되지 않은 수역에서 연안국에 인정될 수 있는 일정한 권리의 보호가 온전한 일국의 배타적 경제수역과 대륙붕에서의 그것과 동일하다고 보기 힘들다. 적어도 일국에 확정적으로 귀속되지 않은 잠재적 권리에 대한 보호 수준은 상대적으로 낮을 수밖에 없다.

둘째, 제297조의 문언, 내용 및 취지 등에 비추어 보더라도 동 규정은 기본적으로 연안국에 최종 귀속된 배타적 경제수역이나 대륙붕에서의 행위를 전제로 한 규정이라 봄이 타당하다. 우선 제297조 제2항(a) 단서는 일국에 속하는 배타적 경제수역이나 대륙붕에서 해양과학조사 여타 외국의 조사에 대한 동의권 행사 등을 강제절차의 적용에서 제외하는 것을 골자로 하는 것으로 이해된다. 제297조 제2항(a) 단서에 따라 그 행사에 있어 강제절차 수락의무가 배제되는 제246조와 제253조에 따른 권리는 "자국의"(their, its) 배타적 경제수역과 대륙붕에 관한 것임을 명시하고 있으며,[70] 권리의 성격상 같은 수역에 타국의 동일한 권리가 양립하여 행사될 수 있는 것도

해서는 최대한 판단해야 하는 것으로 설명된다. 관련 설명은 Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Vol. II (4th ed.) (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), pp. 576-578; Chittharanjan Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals* (Kluwer Law International, 2003), pp. 422-423.

69) 권원(entitlement)은 확정적인 것이 아닌 일정한 자격·권리 하의 잠재적 주장 가능성을 핵심적인 개념요소로 한다. 권원의 잠재적 성격에 관한 설명은 N.M. Antunes, *Towards the Conceptualisation of Maritime Delimitation: Legal and Technical Aspects of a Political Process : Legal and Technical Aspects of a Political Process* (Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2003), p. 134.

70) 제246조 (배타적 경제수역과 대륙붕에서의 해양과학조사)
1. 연안국은 그 관할권을 행사함에 있어서 이 협약의 관련 규정에 따라 자국의 배타적 경제수역과 대륙붕에서의(in their exclusive economic zone and on their continental shelf) 해양과학조사를 규제, 허가 및 수행할 권리를 가진다.
2. 배타적경제수역과 대륙붕에서의 해양과학조사는 연안국의 동의를 얻어 수행한다. […]

아니다. 또한 제297조 제3항(a) 단서를 통해 강제절차 적용이 배제되는 분쟁도 연안국의 배타적 어업권을 토대로 타국과의 관계에서 이루어지는 각종 결정에 관한 것을 예정한다. "허용어획량, 자국의 어획능력, 다른 국가에 대한 잉여량 할당 및 자국의 보존관리법에서 정하는 조건을 결정할 재량권"은 관련국과 별도 합의 없이 권원중첩 상황에서는 일방적으로 관철되기 힘든 성질의 것들이다.

셋째, 제298조 제1항(a)에서 해양경계획정분쟁을 강제절차 적용의 선택적 예외로 규정하고 있음을 고려할 때 경계미획정 상황에서 일방적 행위에 대해 강제절차의 적용이 자동 배제된다고 보는 것은 체계상으로도 균형이 맞지 않다. 즉, 제298조 제1항(a)에 따른 강제절차 배제선언이 없다면 해양경계획정 분쟁도 강제절차가 원칙적으로 적용된다. 하물며 동 수역에서 이루어진 개별적인 행위가 자동배제 대상이라 보는 것은 분쟁의 중요성이나 민감도 측면에서 납득하기 힘들다. 만약 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서가 경계미획정 상황에서 권리행사에 관한 분쟁도 강제절차의 적용에서 자동 배제하는 취지를 포함한다면 해양경계획정에 관한 분쟁도 강제절차의 적용대상이 아닌 것으로 구성되었어야 했을 것이다.

넷째, 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서에 따른 강제절차 적용의 예외가 인정되면 제298조 제1항(b)에 따라 그와 관련된 법집행활동으로까지 예외가 확대될 수 있다. 경계미획정 수역에서 해양과학조사나 어업과 관련된 법집행활동은 실제 관련 선박에 대한 승선, 검색 등 물리력의 행사까지 포함하게 된다. 즉, 경계미획정 수역에서 해양과학조사나 어업을 둘러싸고 발생 가능한 상황의 상당 부분은 강제절차의 적용이 자동 배제될 수 있다는 결론이 된다. 협약 초안자들이 이런 문제 자체를 크게 인식하진 못했을 것으로 추정되나 그렇다고 이러한 강제절차의 광범위한 무력화를 협약의 초안자들이 의도했을지도 의문이다.

이상의 점에서 경계미획정 수역에서 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서와 제298조 제1항(b)에 따른 법집행활동의 예외가 적용되지 않는다는 이해는 이론적으로도 타당하다고 판단된다. 영유권 다툼이 있는 도서가 존재하는 등 영토문제가 결부되어 있는 경계미획정 수역도 마찬가지이다.

(2) 영 해

영해에 위 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서와 제298조 제1항(b)의 적용 문제와 관련하여 일각에서는 배타적 경제수역보다 영토 종속성이 강한 영해를 배타적 경제수역에 대한 강제분쟁해결절차 배제 해석보다 약하게 할 이유가 없다고 주장하기도 한다.[71] 앞서 연안국 권리 사건에서 러시아 측 주장도 동일한 취지였다.[72] 그러나 앞서 제297조는 기본적으로 배타적 경제수역에서 연안국의 재량권 확보를 위한 규정으로 마련된 것임을 확인할 수 있었다. 즉, 협약의 성안과정 전체를 볼 때[73] 대체로 제297조는 배타적 경제수역에서의 연안국의 재량확보 규정, 제298

제253조 (해양과학조사의 정지나 중지)
1. 연안국은 다음의 경우 자국의 배타적경제수역이나 대륙붕에서(within its exclusive economic zone or on its continental shelf) 수행되고 있는 해양과학조사활동의 정지를 요구할 권리를 가진다. […]
3. 연안국은 또한 제1항에 해당하는 상황이 합리적인 기간 내에 시정되지 아니하는 경우 해양과학조사활동의 중지를 요구할 수 있다. […]

71) 양희철, "해양환경 보호의무 위반에 따른 국제분쟁 가능성: 중국과 필리핀 간 남중국해 중재판정을 중심으로",『영토해양연구』, 제14호 (2017. 12), 124쪽.

72) 앞의 주 65) 참조.

73) 본고 Ⅱ. 2 참조.

조는 여타 국가들이 민감하게 여길만한 분쟁 유형에 대한 배제규정으로 정리되어 왔음을 확인했다. 더욱이 제297조 규정에서 영해에 대한 적용을 전제로 하거나 그 가능성을 시사하는 문구는 전혀 찾아볼 수 없다. 제297조 제2항(a) 단서가 강제절차 수락의무를 부담하지 않는 것으로 규정하고 있는 해양과학조사에 관한 제246조 및 제253조에 따른 권리행사 역시 배타적 경제수역과 대륙붕에 관한 것이다. 제297조 제3항(a) 단서의 어업에 관한 연안국의 권리도 배타적 경제수역에 대한 권리를 지칭할 뿐이다. 즉, 영해에도 위 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 단서, 제298조 제1항(b) 규정을 유추 적용할 수 있다는 주장은 엄밀히 명문에 없는 확대적용이란 비판이 불가피하다고 판단된다.

결국 영해에서의 해양과학조사나 어업에 관한 권리행사에 관한 분쟁은 원칙적으로 강제절차 회부대상이라 보아야 한다. 이러한 결론을 체계 부정합적인 것으로 이해할 필요도 없다. 영해에서의 해양과학조사나 어업 문제에는 연안국에 상당한 권한이 인정된다. 다만 협약 제2조 제3항은 "영해에 대한 주권은 이 협약과 그 밖의 국제법규칙에 따라 행사된다."고 규정하고 있어 이 역시 무한정의 재량이 인정되는 것은 아니다. 제297조에서 배타적 경제수역과 대륙붕에서의 해양과학조사 및 어업에 관한 연안국에 일부 재량권을 인정하고 강제절차 수락의무가 없는 것으로 규정하고 있으나 이 역시 무한정 재량을 인정하는 취지는 아니다. 조문 구조상으로도 강제절차 적용이 원칙이며 강제절차 수락의무는 없는 일부 경우에도 강제조정에는 응해야 한다. 물론 배타적 경제수역보다 영해에서 연안국의 권리가 더 보호된다는 적용 긍정론의 논리도 충분히 수긍할 수 있다. 그러나 규정의 성안과정과 취지, 문언 등을 고려해 볼 때 현행 법체계에서는 위와 같은 결론이 보다 타당하다고 판단된다.

덧붙여 영해에서 관련 활동에 대한 위 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서와 제298조 제1항(b)의 적용 긍정론이 주장되는 배경에는 한국의 특유한 현실에 대한 고려도 있을 것으로 보인다. 이에 관하여는 후술한다.

2. 독도 및 한반도 주변수역에 대한 시사점

(1) 2006년 동해 측량·조사 사건에 대한 적용

그렇다면 앞서 연안국 권리 사건은 한국의 현실에 어떤 의미가 있을까. 이에 관하여는 서두에 언급한 일본의 2006년 측량·조사 사건을 통해서 충분히 짐작할 수 있을 것으로 본다. 일례로 2006년 4월 국회 통일외교통상위원회에서 이루어진 외교통상부의 긴급현안보고 석상에서는 일부 의원들은 한국의 국내법상 일본 측 측량선에 대한 나포 등의 조치가 가능한지를 장관에 질의하면서 그 실행의사를 분명히 할 것을 거듭 확인했다.[74] 당시 반기문 장관의 보고내용은 주로 한국의 대응수단에 관한 내용을 포함하고 있었다.[75]

한국 정부는 위 현안보고가 있은 이틀 뒤 제298조에 따른 강제절차 배제선언서를 유엔에 기탁했다[76] 당시 일정한 물리적 조치까지 감행될 경우를 대비한 일종의 차단장치를 미리 마련한 것으로 이해될 수 있는 대목이다. 故 박춘호 전 국제해양법재판소 재판관은 그 직후 한 라디오 프

74) 제259회 국회 제2차 통일외교통상위원회 회의록 제2호(2006. 4. 18), 5-6, 18-19, 20, 23, 55쪽.

75) "우리 해양과학조사법에서도 우리의 영해 외측 관할해역에서 해양과학조사를 실시하고자 하는 외국인 등은 우리 정부의 동의를 얻어야 합니다. 이것은 제7조 제1항에 있고 허가를 받지 아니하고 무단으로 해양과학조사를 하는 경우에는 정선, 검색, 나포 기타 필요한 명령이나 조치를 할 수 있도록 규정하고 있습니다." 위의 주, 2쪽.

76) 앞의 주 4), 7) 참조.

로그램에 출연해 위 배제선언서 기탁이 정말 시의적절했다고 평가했다.[77] 그렇다면 당시 위 배제선언을 통해 한국이 일본 측 측량선에 대한 물리적 조치로 나아가고 이 문제를 일본이 협약 제15부 절차에 회부할 경우 그 관할권 성립이 차단되는가.

당시 일본 측이 계획한 행위의 법적성격을 두고 논란이 있긴 했지만 위 장관의 발언처럼 이를 해양과학조사라 전제하고 논의를 풀어보면 결론적으로 일본 측 청구구성에 따라 소송 전체에 대한 관할권 불성립 판단은 현실적으로 힘들다고 봄이 타당하다. 제297조 제2항(a) 단서에 따르면 연안국은 (ⅰ) 제246조에 따르는 연안국의 권리나 재량권의 행사, (ⅱ) 제253조에 따르는 조사계획의 정지나 중지를 명령하는 연안국의 결정으로부터 발생하는(arising out of) 분쟁에 대하여 강제절차 수락의무를 지지 않는다. 첫째, 위 "발생하는" 문구의 해석 여하에 따라 달라질 수 있으나 기본적으로 정부선박에 대한 나포는 면제 침해를 구성할 수 있고 제74조 제3항 등 여타 협약 규정의 위반 문제도 발생할 수 있다. 따라서 위 "발생하는"의 문구를 폭넓게 해석하지 않는다면 제297조 제2항(a) 단서와 제298조 제1항(b)의 적용은 제한적일 가능성이 있다. 둘째, 엄밀히 당시 일본 측 측량선에 조사계획의 정지나 중지를 요구하는 것은 위 제297조 제2항(a) 단서에 따른 제253조에 따른 조사계획의 정지나 중지를 명하는 경우와 다르다. 제253조에 따른 정지나 중지요구는 연안국에 사전에 관련 정보 제공이 있고 연안국이 그 시행에 동의하였으나 실제 조사활동이 제공된 정보와 다르거나 변경된 경우를 예정하고 있다(제253조 제1항(a), 제2항). 그러나 당시 일본에 대한 조치는 동의 없는 무단조사에 대한 정지·중지를 요구하는 상황으로 위 제253조에 정확히 포섭되는 상황은 아니다. 셋째, 설령 위 사안에 제297조 제2항(a) 단서와 제298조 제1항(b)의 적용이 가능하다 하더라도 앞서 살핀 바와 같이 경계미획정 수역에서의 해양과학조사에 관한 권리행사와 관련 법집행활동에 대해서는 위 규정들이 적용되기 힘들다고 판단된다. 물론 2006년 당시 위 문제에 관한 별도의 판례나 학계의 논의가 있었던 것은 아닌 것으로 보인다. 그러나 지난 연안국 권리 사건 판정을 통해 영토주권 문제를 두고 다툼이 있는 육상 인근 수역(영해 포함)에서의 활동은 위 규정들의 적용요건을 갖추지 못한다는 판단이 분명하게 내려졌다. 나아가 이 법리는 여타 일반적인 권원중첩의 경계미획정 수역에도 그대로 적용될 수 있다.

따라서 당시 한국의 배제선언이 일본 측 측량선의 활동에 대한 저지와 그 과정에서의 충돌의 제15부 절차 회부를 우려하여 이루어진 것이라면 적어도 현 시점에서 판단할 때 그 영향은 그다지 크지 않다고 지적할 수 있다.

(2) 한반도 주변수역에 대한 적용 : 해양과학조사활동의 예

제297조에 따른 자동배제 규정은 어업분야에도 적용이 된다. 그러나 현재 한반도 주변수역에는 주변국들과 별도 어업협정 체제가 갖추어져 있어 상대적으로 어업문제보다는 해양과학조사를 둘러싼 갈등상황에 제297조와 제298조 제1항(b)의 적용문제가 논의될 가능성이 높을 것으로 사료된다. 현재에도 독도 영해는 물론 한반도 주변의 경계미획정 수역에서는 각종 해양과학조사활동이 이루어지고 있으며 주변국과의 갈등도 이어지고 있다.[78] 다만 이러한 조사활동들을 둘러싼

77) "박춘호, 정부 유엔선언 정말 시의적절", 『노컷뉴스』(2006. 4. 21). 필자 역시 이러한 평가에 전적으로 동의한다. 김민철, 앞의 주 31), 228-229쪽.

78) 비교적 최근 한국의 독도 영해 조사에 대한 일본 측 항의 사례는 "S. Korea to conduct seabed exploration near Dokdo", 『YONHAP NEWS AGENCY』(10 March, 2019); 남해 수역에서 일본의 조사활동으로 인한 갈등사례는 "Ministry Says S. Korea's Call for Japanese Ship to Stop Research and Leave its EEZ was Legitimate Law Enforcement", 『YONHAP NEWS AGENCY』(12 January 2021).

분쟁에 있어 강제절차 배제선언은 더 이상 안전판이 될 수 없다.

한국이 독도 12해리 이원에서 일방적인 해양과학조사를 실시하거나 일본의 해양과학조사활동에 한국 측의 동의를 받을 것을 요구하며 여하한 조치를 취하고자 할 경우 등을 상정해 볼 수 있다. 이로 인한 각종 분쟁에 있어 한국은 자국의 행위를 제297조 제2항(a) 단서에 따라 연안국의 권리나 재량권의 행사라 주장하며 강제절차 수락의무가 없다고 주장할 수 있으나 연안국 권리 사건의 판시에 따르면 이러한 논리는 이제 힘을 잃었다고 판단된다. 더욱이 이 글의 주요 논의대상은 아니었으나 동의 없는 일방적 조사활동에 대한 정지·중지 요구가 제297조 제2항(a) 단서에 정확히 포섭되는 것도 아니라는 점에도 유의해야 한다.

독도 영해에서의 한국의 해양과학조사 관련 활동에도 제297조 제2항(a) 단서와 제298조 제1항(b)의 적용은 곤란하다. 따라서 위 규정들을 근거로 한국의 관련 활동이 제15부 절차에 회부되지 않는다고 인식해서는 곤란하다. 다만 영해에서의 활동에 대해 제297조 제2항(a) 단서와 제298조 제1항(b)이 유추 적용될 수 없다고 하여 특별히 한국이 불리해 질 것도 없다. 분명 위 규정들의 영해 적용을 긍정하는 견해가 한국의 현실에서는 독도 영해에서 한국의 일방적 활동에 대해 제15부 절차 회부를 차단시키는 논리를 손쉽게 제공하는 측면도 있다. 이에 심정적으로는 위 규정들의 유추적용을 주장하는 것도 충분히 이해가 간다. 그러나 위 차단논리가 없다고 하여 영락없이 독도 영해에서의 해양과학조사나 어업에 관한 분쟁에 강제관할권이 성립하는 것은 아니다. 영해에서의 관련 분쟁의 경우 해당 분쟁은 영토주권 문제를 선결쟁점으로 한 혼합분쟁의 형태로 그 관할권이 부정될 가능성도 충분히 있다.

(3) 강제절차 배제선언의 한계

보다 본질적으로는 영토주권 분쟁이 존재하거나 해양경계가 획정되지 않은 상황에서 해양에서의 일방적 활동은 위 배제선언의 존재에도 불구하고 어떠한 방식으로든 제15부 절차에 회부될 수 있고 일부 청구라도 관할권 성립 가능성은 충분히 있다는 점을 인식해야 한다. 이는 최근 당사국들이 제15부 절차를 소송기술적으로 다양한 방식으로 활용하고 제15부의 재판소들이 관할권을 적극적으로 행사하고자 하는 일련의 경향성과 무관하게 법리적으로도 뒷받침될 수 있는 사실이다. 몇 가지 예로 영토주권 문제로 다툼 있는 육상 인근 수역에서 A국의 일방적 해양과학조사 활동에 대해 B국이 문제의 지역에 자국의 주권이 인정된다는 전제 하에 어떤 청구취지를 제시할 수 있으며 이때 제15부 절차상 강제관할권 성립이 가능한지 여부를 제시해 보면 다음과 같다. 물론 실제 청구구성이나 관할권 성부에 대한 판단은 구체적인 사실관계 등에 따라 달라질 수 있다.

〈표 1〉 가능한 청구취지와 강제관할권 성립 가능성 (필자 정리)

		청구취지	관할권 성부
영해	a	A국은 B국의 해안선 12해리 내에서 B국의 해양과학조사 수행을 방해·중단케 하거나 B국의 동의 없이 일방적 해양과학조사를 수행하는 등 B국의 영해에서 해양과학조사의 규제·허가·수행에 관한 권리를 침해함으로써 협약 제2조, 제245조 등을 위반했다.	혼합분쟁으로 관할권 불성립 가능
	b	A국은 B국의 해안선 12해리 내에서 B국의 해양과학조사를 방해·중단케 하거나 B국의 동의 없이 일방적 해양과학조사를 수행하였으며 그 과정에 해양환경오염을 초래함으로써 B국의 영해에서 해양과학조사의 규제·허	o 제2조, 제245조 : 혼합분쟁으로 관할권 불성립 가능 o 제192조, 제194조 : 관할권

		가·수행에 관한 권리를 침해하고 해양환경오염방지 조치의무를 해태함으로써 협약 제2조, 제245조, 제192조, 제194조 등을 위반했다.	성립 가능
영해 이원	c	A국은 B국의 배타적 경제수역에 해당하는 경계미획정 수역에서 B국의 해양과학조사 수행을 방해·중단케 하거나 B국의 동의 없이 일방적 해양과학조사를 수행하는 등 B국의 배타적 경제수역에서 해양과학조사의 규제·허가·수행에 관한 권리를 침해하고 경계미획정 수역에서의 협력 및 자제 의무를 해태함으로써 협약 제56조, 제58조, 제246조, 제74조 제3항 등을 위반했다.	o 제56조, 제58조, 제246조 : 혼합분쟁으로 관할권 불성립 가능 o 제74조 제3항 : 관할권 성립 가능, 단 제298조 제1항(a)의 예외 적용 문제 발생
	d	A국은 B국의 배타적 경제수역에 해당하는 경계미획정 수역에서 B국의 해양과학조사 수행을 방해·중단케 하거나 B국의 동의 없이 일방적으로 해양과학조사를 수행하였으며 그 과정에서 해양환경오염을 초래하는 등 B국의 배타적 경제수역에서 해양과학조사의 규제·허가·수행에 관한 권리를 침해하고 경계미획정 수역에서의 협력 및 자제의무, 해양환경오염방지 조치의무 등을 해태함으로써 협약 제56조, 제58조, 제246조, 제74조 제3항, 제192조, 제194조 등을 위반했다.	o 제56조, 제58조, 제246조 : 혼합분쟁으로 관할권 불성립 가능 o 제74조 제3항 : 관할권 성립 가능, 단 제298조 제1항(a)의 예외 적용 문제 발생 o 제192조, 제194조 : 관할권 성립 가능

이 글에서 살핀 바에 따르면 위 어느 경우도 제297조 제2항(a) 단서와 제298조 제1항(b)가 적용될 가능성은 희박하다. 대신 배제선언 여부와 무관하게 영토주권 문제가 있는 육상의 영해나 그 이원에서의 관련 활동의 경우 일부 청구들은 영토주권 문제를 선결쟁점으로 하는 혼합분쟁으로서 그 관할권이 분쟁될 가능성이 있다. 그러나 모든 청구들이 그런 것은 아니다. 혹시 그 활동들이 해양환경에 부정적 영향이 미친다면 제192조, 제194조 등과 같은 규정들을 통해 재판소의 관할권이 인정될 여지도 열려 있다. 이들은 제297조나 제298조와 같은 관할권 제한 장치의 적용 가능성이 없는 규정들이다. 그러므로 일방이 강제절차 배제선언을 했다고 하더라도 일부 청구들에 대한 관할권 성립 가능성은 늘 열려 있다고 인식함이 보다 현실적인 인식이 될 것이다. 아울러 일정한 피소 가능성을 대비하고자 한다면 가능한 경우들을 가정하여 보다 세밀하게 관할권 성부를 따져보는 것이 불가피하다. 물론 근본적으로 제소국이 관할권 성립 여부와 무관하게 소제기를 하여 분쟁의 존재를 확인받으려 한다면 이를 막을 길은 없다.

V. 결 론

지난 연안국 권리 사건의 관할권 판정은 다른 중요한 쟁점도 많지만 그간 불분명하던 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서와 제298조 제1항(b)의 적용문제에 관한 보다 분명한 선례를 남겼다는 점에서도 의미가 있다고 본다. 위 사안은 다툼 있는 육지영토 인근 수역에서의 해양활동에 관한 것이나 일반적인 경계미획정 수역에도 적용될 수 있는 법리를 제공한 것으로 판단된다. 아울러 영해에서의 위 규정들의 적용 가능성은 부정한 것으로 이해된다. 결론적으로 영토주권 분쟁의 개입 여부와 무관하게 경계미획정 수역은 물론 영해에서의 해양과학조사 또는 어업에 관한 분쟁 나아가 그 법집행활동에 관한 분쟁에 제297조 제2항(a) 및 제3항(a) 각 단서와 제298조 제1항(b)는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다. 이는 규정의 성안과정, 문언, 취지 등의 이론적 측면

에서도 충분히 타당성이 뒷받침될 수 있다.

한국의 입장에서 정책적으로는 위와 같은 결론이 그다지 달갑지 않을지 모른다. 특히 독도 문제와 관련하여 한국 정부의 2006년 강제절차 배제선언은 나름 큰 함의를 갖는 결단이었다. 그러나 한국이 위 배제선언을 했을 당시 정책결정자들의 고려사항들 가운데는 그 기초가 되는 법리에 미흡했던 부분도 있을 수 있고 오늘날 법발전을 고려해서 새로운 시선으로 바라보고 인식해야 할 부분도 분명 있을 것으로 사료된다. 생각건대, 한국 국제법 학계는 그간 독도 문제가 국제법정에 회부될 경우에 대비해 그간 크게 두 가지 측면에서 연구와 검토를 병행해 왔던 것으로 보인다. 하나는 실체법적 측면에서 한국의 독도에 대한 영토권원의 주장·입증을 위한 노력, 또 하나는 절차법적 측면에서 국제재판소의 관할권 성립 가능성을 검토하고 이를 저지하기 위한 노력이었던 것으로 보인다. 특히 후자와 관련하여서는 한일 양국이 1982년 유엔해양법협약 체제에 들어오면서부터는 제15부의 강제절차에서 독도 영유권 문제가 다루어질 가능성에 많은 관심을 기울여 왔다. 영토주권 문제가 선결쟁점이 되는 혼합분쟁의 형태로 독도 문제에 대한 제15부의 재판소에서 강제관할권을 행사할 수 있는가 하는 문제가 그 대표적인 관심사였다. 그리고 한국 정부의 2006년 강제절차 배제선언의 배경 역시 위 문제와 결코 무관하지 않은 것으로 이해된다.[79] 그러나 오늘날 제15부 절차는 당사국 간 영토분쟁에 관한 제소합의나 여타 국제재판소의 강제관할권 수립을 위한 근거가 존재하지 않는 상황에서도 사실상 영토분쟁을 공론화하는 우회창구로 활용되고 있다.[80] 이러한 가운데 강제절차 배제선언에 의존하여 독도 문제나 여타 해양 문제의 국제재판소행을 차단하겠다거나 이를 통해 국제재판소의 관할권 성립이 당연히 차단될 것이란 믿음은 그다지 현실적이지 못한 생각이다. 독도는 물론 한반도 주변수역에서 한국의 안정적인 해양활동을 위해서는 국제규범에 대한 충분한 이해 속에 그 위반 논란을 최소화하면서 만약의 경우 제기될 있는 소송에 대해서도 의연히 대처할 수 있는 준비를 하는 것이 바람직하다. 이는 한국이 국익을 도모하고 분쟁을 해결하기 위한 수단으로 국제소송을 보다 적극적으로 활용하는 데도 밑거름이 될 것이다.

79) 앞의 주 77) 참조.

80) 김민철, 앞의 주 31), 186쪽.



분과회의

제2분과위원회 · 국제해양법학회 공동

제2발표

[좌장] 김채형 (부경대학교)

모리셔스와 몰디브 간 해양경계획정 분쟁 사건의 선결적 항변 판결에 대한 국제법적 검토

[발표] 김원희 (한국해양과학기술원)
[토론] 김기순 (산하온 환경연구소)

大韓國際法學會

모리셔스와 몰디브 간 해양경계획정 분쟁 사건의 선결적 항변 판결에 대한 국제법적 검토*

김 원 희**

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 몰디브의 선결적 항변과 특별재판부의 판단
Ⅲ. 2015년 차고스 해양보호구역 중재판정의 법적 함의와 영향
Ⅳ. 2019년 ICJ 차고스 군도 권고적 의견의 법적 효력
V. ITLOS 특별재판부의 선결적 항변 판결의 법적 함의

Ⅰ. 서론

국제해양법재판소(이하 ITLOS)의 특별재판부는 2021년 1월 28일 모리셔스와 몰디브 간의 해양경계획정 분쟁 사건에서 몰디브가 제기한 선결적 항변을 모두 기각하는 판결을 선고하였다.[1] 모리셔스는 2019년 6월 18일 몰디브와의 해양경계획정 분쟁을 해양법협약(이하 협약) 제7부속서 중재재판에 일방적으로 회부하였으나, 중재재판소 구성을 위한 협의 과정에서 모리셔스와 몰디브는 2019년 9월 이 사건을 ITLOS 특별재판부에 회부하기로 합의하는 특별협정을 체결하였다. ITLOS는 2019년 9월 27일 모리셔스와 몰디브 간의 해양경계획정 사건을 담당할 9인의 특별재판부를 구성하는 명령을 내렸다. 그러나 몰디브는 2019년 12월 ITLOS 특별재판부가 이 사건에 대해 관할권을 행사할 수 없다는 선결적 항변을 제기하였고, 특별재판부는 2020년 6월 24일부터 27일까지 선결적 항변에 관한 구두심리를 ITLOS의 법정과 온라인 혼합방식으로 진행하였다.[2]

아래 지도에서 나타나는 바와 같이 모리셔스가 영유권을 주장하는 차고스 군도와 몰디브 본섬의 육지영토로부터 200해리 배타적경제수역이 중첩되고, 중첩되는 배타적경제수역의 면적은 약

---

* 이 발표문은 2021년 국제법학자대회 발표를 위한 미완성 초고에 불과하오니 필자의 동의 없는 인용이나 전재를 삼가주시기를 부탁드립니다.

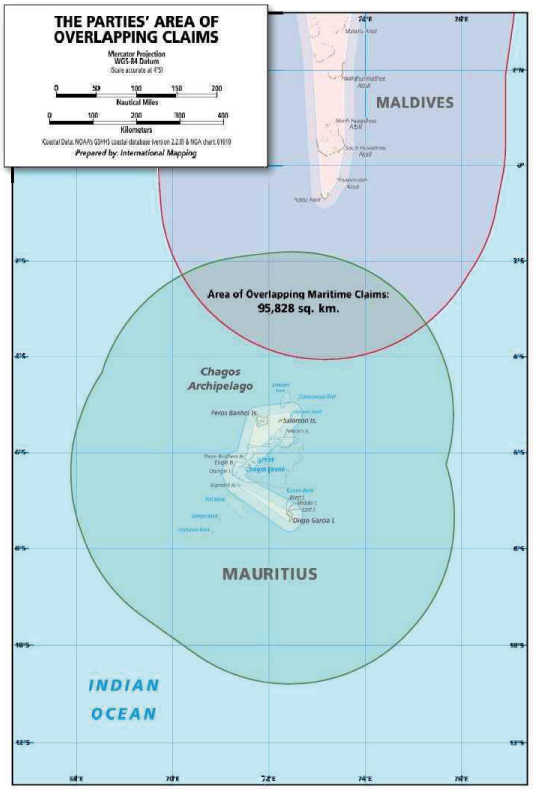
** 한국해양과학기술원 해양법정책연구소 선임연구원

1) Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment of 28 January 2021, ITLOS Reports 2021. [이하 ITLOS Reports 2021]

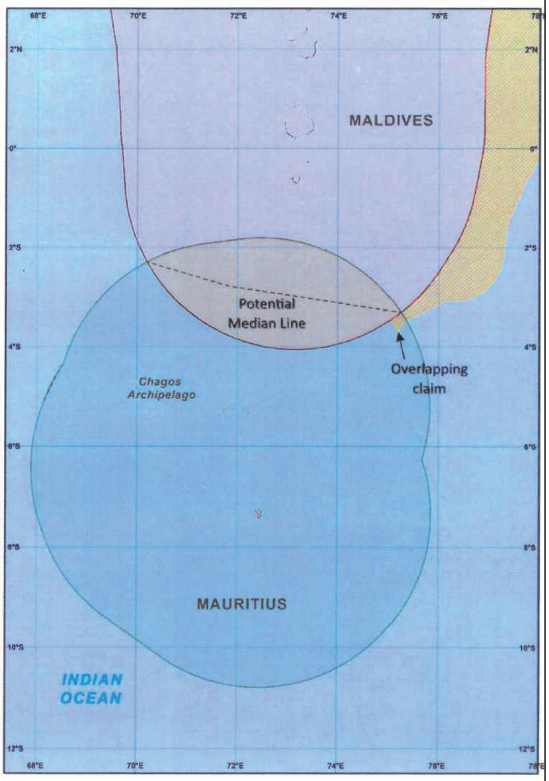
2) ITLOS Reports 2021, paras. 24-34.

95828 평방 킬로미터에 이른다. 또한 대륙붕과 관련해서 몰디브는 200해리 밖의 대륙붕 외측한계에 관한 정보를 대륙붕한계위원회에 제출하였으나 모리셔스는 아직 차고스 군도 북부 수역의 대륙붕에 관한 정보를 제출하지 않았다. 현재 몰디브가 주장하는 200해리 밖의 대륙붕 권원과 모리셔스의 200해리 해양 권원(maritime entitlement)이 중첩되는 상황이다. 따라서 ITLOS 특별재판부에 회부된 인도양 해양경계획정 사건의 소송당사자는 모리셔스와 몰디브이고, 소송물은 인도양에서 모리셔스와 몰디브 간의 해양경계획정이다.

모리셔스와 몰디브 간의 권원중첩 수역



출처: Written Observation of Mauritius, p. 34.



출처: ITLOS Judgment of 28 January 2021

다만 차고스 군도를 둘러싼 모리셔스와 영국 간의 분쟁에 대해서는 2건의 국제재판소 판결이 선고되었고, 유엔 총회 결의 73/295호가 채택된 바 있다. 2015년 협약 제7부속서 중재재판소는 모리셔스가 영국을 상대로 제기한 차고스 해양보호구역 중재사건에서 영토주권 분쟁을 제외한 협약의 해석과 적용에 관한 분쟁에 대해 관할권을 일부 인정하면서 영국이 일방적으로 해양보호구역을 선포함으로써 협약의 관련 규정을 위반했다는 중재판정을 내린 바 있다. 또한 2019년 국제사법재판소(ICJ)는 유엔 총회가 요청한 1965년 차고스 군도 분리의 법적 결과에 대한 권고적 의견에서 모리셔스의 탈식민화 과정이 국제법상 합법적으로 종료되지 않았으므로 영국은 최대한 신속하게 차고스 군도에 대한 통치를 종식해야 한다는 권고적 의견을 제시하였다. 이어서 유엔 총회는 ICJ 권고적 의견에 근거하여 2020년 1월까지 차고스 군도에 대한 영국의 식민통치 철회를 요구하는 결의 73/295호를 채택하였다.

이러한 국제재판소의 판결과 유엔 총회 결의에도 불구하고 차고스 군도를 실효적으로 점유하고

있는 영국은 자국의 영유권을 계속 주장하면서 차고스 군도 원주민의 귀환도 계속 거부하는 입장을 표명하고 있다. 이에 따라 몰디브는 차고스 군도에 대한 모리셔스와 영국 간의 영토분쟁이 여전히 존재하기 때문에 인도양 해양경계획정 사건에 대해 ITLOS 특별재판부가 관할권을 행사할 수 없다는 선결적 항변을 제기하였다. 결국 특별재판부가 이 사건에 대해 관할권을 행사할 수 있는지 여부를 판단하기 위해서는 모리셔스와 영국 간의 영토분쟁이 2019년 ICJ 권고적 의견으로 해결되었는지 여부를 결정해야 했다. 이를 위해 특별재판부는 2015년 중재판정, 2019년 ICJ 권고적 의견, 2019년 유엔 총회 결의 73/295호의 국제법적 의미와 효과를 면밀히 검토하여 차고스 군도에 대한 영토분쟁이 존재하는지 그리고 해결되었는지 여부에 대해 소극적으로 판단하면서 몰디브의 선결적 항변을 기각하는 판결을 내렸다.

이 글에서는 특별재판부가 몰디브의 선결적 항변을 판단하면서 검토했던 국제재판소의 판결과 유엔 총회 결의의 주요 내용과 법적 효력을 살펴보고, ITLOS 특별재판부의 선결적 항변 판결이 갖는 법적 함의와 시사점을 검토하고자 한다. 이하에서는 몰디브가 제기했던 선결적 항변의 내용을 검토하고, 2015년 협약 제7부속서 중재판정, 2019년 ICJ 권고적 의견, 2019년 유엔 총회 결의에 대한 특별재판부의 판단을 차례로 검토하고자 한다. 이러한 검토를 바탕으로 차고스 군도의 영토분쟁에 대한 특별재판부의 선결적 항변 판결이 갖는 법적 함의를 분석하고자 한다.

Ⅱ. 몰디브의 선결적 항변과 특별재판부의 판단

몰디브는 ITLOS 특별재판부가 이 사건에 대해 관할권을 행사할 수 없다는 5가지 항변을 제기하였다.[3] 첫째, 이 사건의 필수적 소송당사자인 영국의 동의가 없었기 때문에 특별재판부가 관할권을 행사할 수 없다. 둘째, 특별재판부가 이 사건에서 모리셔스의 청구에 대해 판결한다면 필연적으로 차고스 군도의 주권 분쟁에 대해 결정해야 하기 때문에 그에 대한 관할권을 행사할 수 없다. 셋째, 모리셔스와 몰디브는 협약 제74조 및 제83조 제3항에 규정된 협상을 실시하지 않았고 의미 있는 협상을 할 수 없었다. 넷째, 모리셔스와 몰디브 간에 해양경계획정에 관한 분쟁이 존재하지 않고 존재할 수 없기 때문에 특별재판부가 관할권을 행사할 수 없다. 다섯째, 모리셔스의 청구는 소송절차의 남용에 해당되므로 선결적 항변 단계에서 각하되어야 한다.

그러나 ITLOS 특별재판부는 몰디브가 제기한 선결적 항변을 모두 기각하면서 일부 쟁점에 대한 청구에 대한 관할권만을 보류하는 판결을 내렸다.[4] 즉 특별재판부는 전원일치로 영국이 필수적 소송당사자이고, 해양경계획정에 관한 분쟁이 존재하지 않으며, 모리셔스의 소송남용이라는 몰디브의 항변을 기각하였다. 또한 차고스 군도에 대한 주권 분쟁에 대해 관할권을 행사할 수 없다는 항변과 협약 제74조 및 제83조 제3항의 요건을 충족하지 못했다는 항변에 대해 8대 1의 견해로 기각하였다. 나아가 특별재판부는 본 사건의 관할권과 수리적격을 인정하지만 협약 제76조에서 발생할 수 있는 문제를 포함하여 특별재판부의 관할권 범위에 관한 문제는 본안절차로 보류하고, 협약 제74조 제3항 및 제83조 제3항의 의무에 관한 모리셔스의 제소장 28단락에서 기술된 청구에 관한 관할권과 수리적격의 문제는 본안절차로 검토와 판단을 유보하는 판결을 내렸다.

결국 특별재판부는 일부 판단을 보류한 쟁점을 제외하고 몰디브가 제기한 다섯 가지 선결적 항변을 모두 기각하고 관할권을 행사할 수 있다고 결론내렸다. 이하에서는 특별재판부가 몰디브의 첫 번째 및 두 번째 선결적 항변을 기각하는 근거가 되었던 국제재판소의 판결들과 유엔 총

3) Ibid., para. 79.
4) Ibid., para. 354.

회 결의의 주요 내용과 법적 효력을 중점적으로 검토하고자 한다.

Ⅲ. 2015년 차고스 해양보호구역 중재판정의 법적 함의와 영향

모리셔스는 2010년 12월 20일 해양법협약 제7부속서에 따라 영국이 차고스 군도 부근에 일방적으로 해양보호구역을 선포한 행위가 협약에 위반된다고 주장하면서 중재재판을 제기하였다. 약 5년간 중재절차가 진행된 후 2015년 3월 18일 중재재판소는 영국이 모리셔스와의 협의 없이 일방적으로 해양보호구역을 선포함으로써 협약의 관련 규정을 위반하였다는 취지의 중재판정을 내렸다. 영국은 일관되게 이 사건이 해양보호구역 문제뿐만 아니라 차고스 군도의 영유권과 관련된 혼합분쟁(mixed dispute)의 성격을 가지고 있어 중재재판소가 관할권을 행사할 수 없다고 주장하였다. 제소국인 모리셔스도 이를 인식하여 이 사건의 소송물은 모리셔스의 영유권에 대한 판단을 구하는 것이 아니라 영국의 해양보호구역 선포행위의 합법성에 대한 판단을 구하는 것이라고 주장하였다.

1. 영국이 차고스 군도의 연안국인지 여부에 관한 분쟁

모리셔스는 중재재판소에게 영국이 차고스 군도의 연안국인지 여부를 판단할 수 있는 관할권이 있다고 주장하였다. 즉 모리셔스는 청구취지 제1문은 협약상 "연안국"의 의미에 대한 해석 문제이며, 협약 제293조에 따라 협약에 관한 분쟁과 연관되어 제기될 수 있는 해양법 이외의 국제법 규칙을 중재재판소가 적용할 수 있다고 주장하였다.[5)]

한편 모리셔스는 육지영토에 대한 주권 분쟁을 강제조정에서 배제함에 있어서 협약 제298조 제1항(a)호(i)목의 취지는 그러한 선언이 없는 경우에 육지영토에 관한 분쟁도 강제적 분쟁해결절차의 대상이 될 수 있는 것이라고 주장하였다. 모리셔스는 협약 제298조 제1항(a)호(i)목이 "육지영토 또는 도서영토에 대한 주권이나 그 밖의 권리에 관한 미해결분쟁이 반드시 함께 검토되어야 하는 분쟁은 이러한 회부로부터 제외된다"라고 규정하고 있는 것을 반대해석하면, 모든 영토주권 분쟁이 자동적으로 협약에 포섭되는 것이 아니라 그러한 혼합분쟁이 자동적으로 배제되지 않는 것이라고 보았다.[6)] 따라서 모리셔스는 협약 제298조 제1항(a)호(i)목에 대한 반대해석을 제시하면서 모든 육지에 관한 분쟁이 협약에 포섭되는 것은 아니고, 오직 협약에 포섭되는 분쟁을 해결하기 위해 반드시 다루어져야 하는 육지주권 분쟁에 대해서는 중재재판소가 관할권을 가질 수 있다고 주장하였다.[7)]

이에 반해 영국은 분쟁당사국들 간에 다툼이 있는 실질적인 쟁점은 차고스 군도에 대한 모리셔스의 주권 주장이고, 제298조 제1항(a)호(i)목은 해양경계획정과 역사적 만 또는 역사적 권원에만 관련된 것이므로, 어떠한 반대해석도 해양경계획정에 한정되는 것이어서 모리셔스의 반대해석 주장은 비논리적인 것이라고 주장하였다.[8)] 또한 협약 제298조 제1항(a)호(i)목의 협상기록과 관련하여 모리셔스가 원용하고 있는 모든 성명은 Negotiating Group 7의 맥락에서 이루어진 것

5) *The Chagos Marine Protected Area Arbitration between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,* Arbitral Award, 18 March 2015, paras. 175-179.
6) *Ibid.*, paras. 190-193.
7) *Ibid.*, para. 193.
8) *Ibid.*, paras. 194-196.

이고, 개별 사안에서 육지주권의 쟁점에 대한 대표단의 진술도 구체적인 해양경계획정의 맥락에서 이루어진 것이라고 지적하였다.[9] 즉 영국은 일관되게 육지영토의 주권 문제는 해양법협약의 해석이나 적용에 관한 쟁점이 아니며, 모리셔스의 주장은 차고스 군도의 주권에 관련된 것이기 때문에 중재재판소가 관할권을 행사할 수 없다고 주장하였다.

중재재판소는 이 사건에서 모리셔스와 영국 간에 차고스 군도의 주권에 관한 분쟁과 영국의 해양보호구역 선포행위의 방식에 관한 분쟁이 모두 존재하고 있음을 지적하였다.[10] 중재재판소는 이 분쟁의 성격이 단순히 해양보호구역의 효력을 묻고 있는 해양분쟁이 아니라 영국이 차고스 군도의 연안국인지 여부에 대한 판단을 구하고 있는 육지주권에 관한 것이라고 판단하였다.[11] 중재재판소는 제298조 제1항(a)호(i)목의 취지와 해석에 관한 분쟁당사국들의 주장은 핵심을 놓치고 있으며, 협약의 초안자들은 영토주권에 대한 분쟁이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁으로 간주될 것을 의도하지는 않았다고 지적하였다.[12] 특히 중재재판소는 만약 해양법협약의 초안자들이 육지주권에 관한 청구가 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁으로 제기될 수 있도록 의도하였다면, 해양경계획정을 배제할 수 있는 협약 제298조 제1항(a)호(i)목의 규정과 같은 선택배제 장치를 포함하고 있었어야 한다고 지적하였다.[13] 이에 따라 중재재판소는 협약 제298조 제1항(a)호(i)목이 해양경계획정과 역사적 권원에 관한 분쟁에 대한 협약의 해석 또는 적용에만 관련이 있기 때문에 모리셔스의 반대해석 주장은 설득력이 없다고 판단하였다.[14]

한편 중재재판소는 원칙적으로 협약 제288조 제1항에 따라 협약에 관한 분쟁을 해결하기 위해 필요한 부수적인 사실확정이나 법적 결정을 할 수 있는 관할권을 가지고 있지만, 사건의 실질적인 쟁점과 소송물이 협약에 관련된 것이 아니고 부수적인 연관성을 가진 것에 불과하다면 협약 제288조 제1항의 범주 내에서 그 분쟁을 재판에 회부할 수는 없다고 판시하였다.[15] 영토주권에 관한 부차적인 쟁점(minor issue)이 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁에 수반될 수 있는 가능성을 완전히 배제한 것은 아니지만, 중재재판소는 본 사건이 그러한 경우에 해당하지 않으므로 청구취지 제1문에 대해 관할권을 행사할 수 없다고 판단하였다.[16]

결론적으로 중재재판소는 이 사건에서 "연안국"이라는 용어의 의미에 대한 분쟁당사국의 다툼은 차고스 군도의 주권에 관한 광범위한 분쟁의 한 측면에 불과하고 협약의 해석이나 적용에 관련된 것이 아니기 때문에 모리셔스의 청구취지 제1문에 대해 관할권을 행사할 수는 없다고 판단하였다.[17]

2. 영국의 차고스 군도 반환 약속과 연안국의 지위에 관한 분쟁

영국은 차고스 군도의 반환 약속과 그에 관한 연안국의 지위 문제 또한 주권에 관련된 사항이고 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁이 아니기 때문에 중재재판소가 관할권을 행사할 수 없다고 주장하였다.[18] 이에 반하여 모리셔스는 영국이 국방 목적의 필요성이 없어지면 차고스 군도를 반

9) *Ibid.*, para. 196.
10) *Ibid.*, paras. 209-210.
11) *Ibid.*, paras. 211-212.
12) *Ibid.*, paras. 213-215.
13) *Ibid.*, para. 217.
14) *Ibid.*, para. 218.
15) *Ibid.*, para. 220.
16) *Ibid.*, para. 221.
17) *Ibid.*, paras. 219-221.
18) *Ibid.*, paras. 223-225.

환하겠다는 약속을 지속적이고 공개적으로 했던 사실을 고려할 때, 협약 제56조 제1항 (b)호 (iii)목과 제76조 제8항의 의미상 연안국의 권리는 모리셔스에게 있기 때문에 영국은 해양보호구역 또는 기타의 수역을 일방적으로 선언할 자격이 없다고 주장하였다.[19]

중재재판소는 모리셔스의 청구취지 제1문과 제2문이 구별되는 것이라는 점에는 동의하였으나, 청구취지 제2문 역시 차고스 군도에 대한 주권 분쟁의 배경에서 살펴보아야 한다고 판시하였다. 중재재판소는 모리셔스가 청구취지 제2문에서 연안국으로서 권리를 가진다고 판결해 줄 것을 요청하였지만, 결국 그러한 결정은 실질적으로 영국이 차고스 군도에 대해 완전한 주권자가 아니라는 판단을 이루게 될 것이라고 보았다.[20] 중재재판소는 이 사건의 주된 분쟁은 분쟁당사국들 간에 내재된 차고스 군도의 주권에 관한 것이며, 연안국의 문제도 그러한 육지주권 분쟁의 한 측면에 불과하다고 판단하였다.[21]

중재재판소는 해양보호구역이 선포된 방식에 관한 분쟁도 존재한다는 점을 인정하지만, 영국의 차고스 군도 반환 약속에 관한 모리셔스의 청구취지 제2문의 진정한 의도는 차고스 군도에 대한 모리셔스의 주권 주장을 강화하기 위한 것이라고 보았다.[22] 따라서 중재재판소는 모리셔스의 청구취지 제2문의 내용도 제1문과 마찬가지로 차고스 군도의 육지주권에 관한 분쟁의 성격을 가지고 있어 관할권을 행사할 수 없다고 결론 내렸다.

3. 영국의 해양법협약 위반 청구에 대한 인용

모리셔스는 영국이 연안국이 아님에도 불구하고 차고스 군도에 대해 일방적으로 해양보호구역을 선포하는 등의 조치를 실시함으로써 관련 해양법협약 규정들을 위반했다고 주장하였다. 이를 판단하기 위해 중재재판소는 우선 협약 제297조 제1항 (c)호와 제288조의 관계를 규명하였다. 중재재판소는 이를 판단하기 위해 1976년 초안, 1977년 초안, 1979년 초안, 1980년 수정안에서 각 조항들의 내용과 구조가 어떻게 변화하였는지를 살펴보았다.[23] 중재재판소는 강제적 분쟁해결과 그 제한에 관련된 협약 초안의 입법연혁을 검토함으로써 두 가지 결론에 도달하였다. 첫째, 협약 제297조 제1항에 규정된 경우 이외의 연안국의 주권적 권리 또는 관할권 행사에 관련된 강제적 분쟁해결절차 회부에 제한을 부과하려고 상정하였으나, 최종본에서 그 내용이 삭제되었다. 둘째, 협약 제288조에 규정된 관할권을 확인하는 내용의 제297조 제1항을 강제적 분쟁해결을 제한하기 위한 조항에 배치한 것은 처음에 절차적 안전장치를 제297조에 함께 규정하였다가 나중에 제294조로 분리된 것으로 설명할 수 있다.[24] 따라서 협약 제294조에서 사전에 소의 제기가 법적 절차의 남용에 해당하거나 일응 근거가 없는 것이라는 선결적 결정을 구할 수 있도록 허용하고 있는 이상, 협약 제297조 제1항은 (a)호 내지 (c)호에서 열거된 경우에 관한 강제적 분쟁해결에 제한을 부과하고 있는 것으로 볼 수 있다.

또한 중재재판소는 협약 제297조 제1항은 제288조 제1항만 적용할 때보다 제297조 제1항에 열거된 경우들에 대한 관할권을 확대하는 것이라고 판시하였다.[25] 협약 제297조 제1항은 열거된 경우들에 관하여 협약 이외의 다른 국제법 규칙에 대한 반정(renvoi)을 규정하고 있으므로 협약

19) *Ibid.*, paras. 226-227.
20) *Ibid.*, para. 229.
21) *Ibid.*
22) *Ibid.*, para. 230.
23) *Ibid.*, paras. 310-313.
24) *Ibid.*, para. 315.
25) *Ibid.*, paras. 314-316.

의 영역을 넘는 법률문서 위반에 관한 특정분쟁에 대한 관할권을 명시적으로 확대하는 것이며, 그러한 분쟁이 해양법협약의 해석이나 적용과 충분히 관련되어 있지 않다는 이유만으로 각하되지 않도록 보장하는 것이라고 해석하였다.[26]

결국 중재재판소는 분쟁이 협약의 해석 또는 적용에 관한 것이고 협약 제297조 제2항 및 제3항에 규정된 명시적인 관할권 예외가 적용되지 않는다면, 강제적 분쟁해결을 위한 관할권은 협약 제288조 제1항에서 유래하는 것이며 그 분쟁이 제297조 제1항에 명시된 경우들 중 하나에 포섭될 필요는 없다고 판단하였다.[27] 본 사건에서 모리셔스는 영국의 해양보호구역 선포가 협약의 일부 규정들에 위반된다고 주장하였으므로, 중재재판소는 협약 제297조 제3항 (a)호가 배타적경제수역의 생물자원에 관한 분쟁의 배제를 규정하고 있더라도 모리셔스의 청구취지 제4문에 대해 검토할 수 있고 해양보호구역이 협약의 관련 규정에 위반되는지 여부는 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁에 해당된다고 결정하였다.[28]

한편 중재재판소는 모리셔스의 청구취지 제4문에 관한 분쟁이 협약 제297조 제1항 (c)호에서 확인된 분쟁의 유형에 포섭된다고 보았다. 중재재판소는 해양보호구역에 관한 분쟁당사국들의 분쟁이 해양환경의 보전과 관련되고, 해양환경에 관한 국제규칙과 기준들에 대한 위반이 주장되었다고 보았다. 따라서 중재재판소는 협약 제288조 제1항 및 제297조 제1항(c)호에 따라 모리셔스의 청구취지 제4문에 대해 그리고 해양보호구역이 협약의 관련 규정들(제2조 제3항, 제56조 제2항, 제194조, 제300조)과 합치되는지 여부에 대하여 관할권을 가진다고 결론내렸다.[29]

다음으로 중재재판소는 모리셔스가 차고스 군도의 영해, 배타적경제수역 및 대륙붕에 대해 갖는 권리의 성격에 대해 검토하였다. 먼저 1965년 영국의 차고스 군도 반환 약속은 1968년 모리셔스가 독립함에 따라 양국 간의 국제적 합의로서 법적 지위가 격상되었고, 1965년 이후 영국이 Lancaster House 약속을 준수하겠다는 의사를 반복적으로 표명하였으므로 금반언의 요건인 표시와 신뢰가 있었다고 보았다. 또한 모리셔스의 어업권에 관한 Lancaster House 약속의 명시적 표현과 영국이 의무의 범위로 간주했던 것을 고려하면, 모리셔스는 차고스 군도의 수역에서 어업권을 향유하지만 그 권리에는 BIOT 행정청이 발급하는 허가, 미국의 국방상의 필요, 어업관리에 관한 영국의 재량행사의 제한이 부과된다고 보았다.

한편 중재재판소는 영국의 일방적인 해양보호구역 선포가 협약의 관련 규정들을 위반한 것인지를 판단하였다. 먼저 중재재판소는 협약의 교섭 역사와 협약 내용의 맥락, 대상 및 취지를 고려할 때 협약 제2조 제3항은 국가들에게 "기타 국제법 규칙"에 따라 주권을 행사해야 할 의무를 부과하고 있다고 해석하였다. 협약 제2조 제3항의 의무는 국제법의 일반규칙에 따라 주권을 행사하는 것에 제한되는 것이며, Lancaster House 약속이 국제법의 일반규칙을 나타낸다고 볼 수 없지만 영국은 모리셔스와의 관계에서 일반 국제법상 신의칙에 기하여 행동할 의무가 있다고 판시하였다. 중재재판소는 제56조 제2항은 제2조 제3항과 달리 연안국에게 명시적으로 의무를 부과하고 있다는 점을 지적하였다. 영국은 해당 상황과 모리셔스의 권리의 성격에 의하여 요구되는 모리셔스의 권리에 대해 적절한 주의(due regard)를 기울일 의무가 있다고 판시하였다. 따라서 협약 제2조 제3항 및 제56조 제2항에 따라 영국은 신의칙에 따라 행위하고 모리셔스의 권리에 대해 적절한 주의를 기울여야 할 의무가 있으며, 그 의무의 내용으로는 모리셔스와의 협의와 상충하는 권리들의 형량이 포함된다. 그러나 영국은 해양보호구역을 일방적으로 선포하면서 모리셔

26) *Ibid.*, para. 316.
27) *Ibid.*, para. 317.
28) *Ibid.*, para. 318.
29) *Ibid.*, para. 323.

스와 그러한 협의를 하거나 상충하는 권리들 간의 형량을 시도한 바 없으므로, 중재재판소는 영국이 협약 제2조 제3항과 제56조 제2항을 위반하였고 영국의 해양보호구역 선포는 협약과 양립할 수 없다고 결론내렸다.

Ⅳ. 2019년 ICJ 차고스 군도 권고적 의견의 법적 효력

2015년 협약 제7부속서 중재재판소가 영국이 국방 목적의 필요성이 없어지면 차고스 군도를 모리셔스에게 반환해야 할 법적 구속력 있는 의무를 부담하고, 일방적인 해양보호구역 선포가 협약에 위반되다고 판시함에 따라 모리셔스는 차고스 군도의 반환과 원주민의 귀환을 촉구하기 위한 외교적 및 국제법적 수단을 계속 강구하였다. 모리셔스의 외교적 노력과 영국의 브렉시트 사태가 맞물리면서 유엔 총회는 1965년 모리셔스로부터 차고스 군도 분리의 법적 결과에 관한 권고적 의견을 ICJ에 요청하는 결의를 통과시키게 되었다.

1. 차고스 군도 권고적 의견 요청 질문

2017년 6월 22일 유엔 총회는 영국 정부가 과거 영국의 식민지였던 모리셔스로부터 차고스 군도를 분리시키고, 모리셔스의 독립 이후에도 차고스 군도에 대한 영국의 통치권 행사의 법적 결과에 대해 ICJ에 권고적 의견을 요청하는 결의 71/292호를 채택하였다. 유엔 총회는 다음과 같은 두 가지 질문에 대한 ICJ의 권고적 의견을 요청하였다.

첫째, 1965년 영국이 차고스 군도를 모리셔스에서 분리시킨 이후 1968년 모리셔스가 독립하게 된 일련의 탈식민지화 과정이 독립 이전 식민지 분할을 금지하는 내용을 담고 있는 총회 결의 제1514호, 제2066호, 제2232호, 제2357호를 고려할 때 국제법상 합법적으로 완료되었는가였다. 둘째, 앞에서 언급한 총회 결의에 명시된 식민지 분할 금지 등의 의무를 고려할 때, 영국이 차고스 군도에 대한 통치권을 계속 유지하고, 강제로 이주당한 차고스 군도 원주민들의 재정착 프로그램을 모리셔스가 실행하지 못하도록 하는 행위는 국제법적으로 어떠한 결과를 가져오는가이다.

2. 차고스 군도 권고적 의견에 관한 ICJ의 관할권 판단

우선 ICJ는 유엔 헌장 제96조 제1항에 따라 총회가 어떤 법적 문제에 대해서도 재판소에 권고적 의견을 요청할 수 있음을 확인하고, 총회가 권고적 의견을 요청한 두 가지 질문이 법적인 문제라고 인정하고 관할권을 행사할 수 있다고 판단하였다. 다만 ICJ는 관할권이 있다고 해서 반드시 관할권을 행사해야 하는 것은 아니며, 요청된 권고적 의견에 대해 관할권 행사를 거부할 만한 압도적인 이유(compelling reasons)가 있는 경우에는 재량권을 행사하여 권고적 관할권을 행사하지 않을 수 있다고 판시하였다. 이와 관련하여 ICJ는 유엔 회원국들이 제기한 권고적 의견 관할권에 대한 반대의견을 검토하고 이들 의견이 관할권 행사를 거부할 만한 압도적인 이유인지 여부를 검토하였다. 영국을 비롯한 일부 국가들은 다음과 같은 반대 의견을 제시하였다. 첫째, 차고스 군도 영토분쟁과 같이 복잡한 사안을 결정함에 있어 권고적 의견 절차가 적합하지 않다. 둘째, 재판소의 답변이 총회의 기능행사에 도움이 되지 않는다. 셋째, 유엔해양법협약 제7부속서상의 중재재판절차에서 이미 다루어진 문제를 재판소가 권고적 의견 부여를 위해 재검토하는 것은 적절하지 않다. 넷째, 총회가 권고적 의견을 부탁한 질문은 분쟁당사국이 재판소에 회부하기로

동의를 부여하지 않은 분쟁과 관련된 것이다. 그러나 ICJ는 네 가지 주장에 대해 검토한 뒤, 이들 주장이 총회의 권고적 의견 요청을 거부할 할 만한 압도적인 이유에 해당하지 않기 때문에 권고적 의견 관할권을 행사할 수 있다고 보았다.

3. 모리셔스의 영토적 일체성에 대한 영국의 침해와 민족자결의 원칙 위반

유엔 총회가 제기한 첫 번째 질문과 관련하여 ICJ는 민족자결권을 관습국제법으로 선언한 1960년 유엔총회결의 제1514(XV)호가 탈식민화와 관련된 국가실행을 공고화시켰다는 점을 주목하면서 민족자결권과 탈식민지 절차 간에 밀접한 관계가 있음을 확인하였다. ICJ는 또한 총회가 모리셔스의 탈식민화 절차가 진행된 것으로 설정한 1965년부터 1968년 사이의 기간에 비자치영토(non-self governing territory)의 영토적 보전권의 관습국제법적인 성격이 민족자결권으로 나타나게 된 것이라고 보았고, 민족자결에 관한 국제법이 모리셔스의 탈식민화 기간 동안 적용할 수 있는 국제법이라고 판단하였다. 이에 ICJ는 비자치영토의 민족은 그 영토 전체에 대해 민족자결권을 행사할 수 있으며, 비자치영토를 통치하는 국가는 해당 영토의 일체성을 존중해야 한다고 판시하였다. ICJ는 식민국가가 비자치영토의 일부를 분리하는 것은 해당 영토 주민의 자유롭고 진정한 의사에 의한 것이 아닌 한 민족자결 원칙에 반하는 것이라고 보았다.

나아가 ICJ는 1965년 채택된 유엔 총회 결의 제2066(XX)호에서 영국에게 모리셔스의 영토를 분할하고 영토적 보전을 훼손하는 어떠한 조치도 취하지 말 것을 요청하고, 1966년 결의 제2232(XXI)호 및 1967년 결의 제2357(XXII)호에서는 식민지 영토의 국가적 일체성 및 영토적 보전을 부분적 혹은 전체 으로 붕괴시키고 이들 영토에 군사적 기지를 설치하려는 목적의 어떠한 시도도 총회결의 제1514호 및 유엔헌장의 원칙과 목적에 위배된다고 강조한 사실을 상기하였다. ICJ는 모리셔스가 영국이 제안한 차고스 군도의 분리라는 독립 조건에 동의한 것은 사실이나 이는 주민의 자유롭고 진정한 의사표현에 근거한 것이 아니라고 보았다. ICJ는 또한 앞서 살펴본 국제법 및 유엔 총회 결의에 반영되어 있는 의무에 비추어 볼 때, 영국은 모리셔스의 탈식민지 절차와 관련해 차고스 군도를 포함한 모리셔스의 영토적 보전을 존중해야 함에도 불구하고, 차고스 군도를 모리셔스로부터 분리시키고 이를 인도양 식민지(BIOT)에 편입했기 때문에 모리셔스의 탈식민화 절차가 합법적으로 완료되었다고 볼 수 없다고 결론내렸다.

ICJ는 다음으로 1968년 모리셔스의 탈식민화 절차가 불법적으로 완료된 사실을 고려하여 영국이 차고스 군도에 대해 통치권을 계속 행사해 온 것이 어떠한 법적 결과를 갖는지에 대해 검토하였다. ICJ는 영국의 계속된 통치권 행사가 국가의 국제책임을 유발하는 불법행위를 구성한다고 보았다. 따라서 영국은 가능한 한 빠른 시일 내에 차고스 군도에 대한 통치를 종료할 의무가 있으며, 모든 회원국들은 모리셔스가 탈식민지화 절차를 완료할 수 있도록 유엔과 협력해야 한다고 하였다. 더욱이 ICJ는 모리셔스 주민의 차고스 군도 재정착 문제는 이들의 인권 보호와 관련된 문제이므로 총회가 모리셔스의 탈식민화 절차를 완료하는 조치를 마련할 때 동 문제에 대해서도 함께 다루어야 한다는 의견을 제시하였다.

V. ITLOS 특별재판부의 선결적 항변 판결의 법적 함의

영국이 이 사건의 필수적 소송당사자인지 여부에 대해 몰디브는 영국과 모리셔스 간에 주권 분쟁이 존재하므로 긍정하는 반면에, 모리셔스는 ICJ의 권고적 의견이 주권 분쟁에 대해 결정했으므로 영국은 필수적 소송당사자가 아니라고 주장하였다. ITLOS 특별재판부는 필수적 소송당사

자의 동의와 주권 분쟁인지 여부에 관한 분쟁은 차고스 군도에 대한 모리셔스와 영국 간의 주권 분쟁이 여전히 존재하는가 아니면 해결되었는가의 문제로 귀결된다고 보았다. 특별재판부는 2015년 차고스 해양보호구역 중재판정이 차고스 군도에 대한 모리셔스의 영토주권을 인정한 것은 아니었다는 점을 지적하였다.[30]

다만 특별재판부는 2015년 중재판정이 모리셔스가 차고스 군도에 대한 어업권, 반환 받을 권리, 광물과 석유자원에 대한 이익을 향유할 권리를 인정하였고, 이는 모리셔스가 해양경계획정을 위한 몰디브의 대향국 또는 인접국인지 여부를 평가함에 있어서 일정한 역할을 할 수 있다고 보았다.[31]

또한 특별재판부는 2019년 ICJ가 제시한 차고스 군도에 대한 권고적 의견은 유엔 헌장상 법적 구속력을 갖는 것은 아니지만 권고적 의견 절차가 발생한 쟁점에 관한 권위 있는 법적 진술로서 일정한 법적 효력을 지닌다고 판시하였다.[32]

특별재판부는 ICJ가 유엔의 주요 사법기관이므로 권고적 의견에서 제시된 법적 진술은 국제법에 관한 권위 있는 진술로 인정할 수 있다고 보았다. 특별재판부는 ICJ의 권고적 의견이 갖는 법적 구속력과 권위적 성격은 구별될 필요가 있으며, 권고적 의견에서 이루어진 결정도 무시될 수 없다고 판단하였다. 결국 특별재판부는 모리셔스가 1968년 독립하면서 차고스 군도의 분리에 동의할 때 모리셔스의 탈식민화 과정이 합버적으로 완료되지 않았고 영국은 최대한 신속하게 차고스 군도에 대한 통치를 종식해야 할 의무가 있다는 권고적 의견이 법적 효력을 가진다고 보았다. 또한 영국이 유엔 총회 73/295 결의를 준수하지 않은 부작위는 위법한 주권 주장에 대한 특별재판부의 판단을 보강해주는 것이라고 보았다.[33]

결국 특별재판부는 2015년 차고스 군도 해양보호구역에 관한 중재판정이 차고스 군도에 대한 모리셔스의 주권에 대해 판단하지 않았지만, 어업권, 반환권 및 자원에 대한 권리를 인정하였다고 보았다. 또한 차고스 군도에 대한 영국의 주권 주장이 민족자결권 원칙을 위반했다는 2019년 ICJ 권고적 의견은 법적 효력을 가지며, 그 권고적 의견에서 제시된 국제법에 관한 ICJ의 권위 있는 결정으로부터 차고스 군도에 대한 모리셔스의 주권이 추론될 수 있다고 보았다. 나아가 유엔 총회 73/295 결의가 영국에게 요구한 6개월의 시한이 준수되지 않은 사실은 차고스 군도에 대한 영국의 주권 주장이 권고적 의견의 권위 있는 결정과 배치된다고 보았다. 이상의 국제재판소의 판단과 유엔 총회 결의에 근거하여 특별재판부는 영국이 본 사건의 필수적 소송당사자가 아니며, 모리셔스는 해양경계획정을 위한 차고스 군도의 연안국으로서 간주될 수 있다고 판결하였다.[34]

이 사건은 영토분쟁이 수반된 해양경계획정 사건으로서 앞에서 살펴본 협의의 혼합분쟁 사건에 해당된다고 볼 수 있다. 그러나 이 사건은 해양법협약 제298조 제1항(a)(i)에서 상정하고 있는 협의의 혼합분쟁과는 특이한 점이 존재한다. 첫째, 해양경계획정 분쟁당사국 중 일방이 제3국인 영국과 차고스 군도에 관한 영토분쟁을 가지고 있다는 점이다. 해양경계획정 분쟁의 당사국은 모리셔스와 몰디브이지만, 해양경계획정의 선결문제로서 다루어져야 할 영토분쟁의 당사국은 모리셔스와 영국이라는 점에서 해양법협약 제298조 제1항(a)(i)에서 상정하고 있는 협의의 혼합분쟁과는 다소 다른 측면이 존재한다. 둘째, 이 사건에서 문제된 차고스 군도 영토분쟁의 당사국인 모리셔스와 영국 간에 이미 2015년 제7부속서 중재판정, 2019년 ICJ 권고적 의견, 2019년 유

30) Ibid., paras. 128-138.
31) Ibid., paras. 138-139.
32) Ibid., paras. 193-201.
33) Ibid., paras. 216-230.
34) Ibid., paras. 246-251.

엔 총회 73/295 결의를 통해 양국 간의 영토분쟁에 대해 법적 효력 있는 결정이 이루어졌다는 사실은 매우 특이한 상황이다. 제7부속서 중재판정이나 ICJ의 권고적 의견이 직접적으로 차고스 군도의 영토 권원 귀속에 관한 판단을 내린 것은 아니지만, ITLOS 특별중재재판소는 탈식민화 과정의 불법성과 민족자결권에 관한 관습국제법 위반에 대한 ICJ의 결정이 국제법에 관한 권위 있는 진술이고 법적 효력을 지닌다고 보고 차고스 군도에 관한 영토주권이 모리셔스에게 귀속되었음을 사실상 인정하였다. 어쨌든 특별재판부는 ICJ의 권고적 의견에 대한 존중을 근거로 해양경계획정 사건에 선결문제인 영토분쟁이 해결되었다는 전제에서 모리셔스와 몰디브 간의 해양경계획정 사건에 대한 본안절차를 진행하게 될 것이다. 셋째, 모리셔스와 몰디브 간의 해양경계획정에 수반된 영토분쟁이 이미 해결되었다는 ITLOS 특별재판부는 판결에 따르면, 법적으로 이 사건은 협의의 혼합분쟁 사건이 아니라 단순한 해양경계획정 사건으로 분류할 수 있다. 그러나 영국이 ICJ 권고적 의견의 법적 구속력을 부인하면서 차고스 군도에 대한 영토주권을 포기하지 않는 한, 사실상 본 사건의 해양경계획정 분쟁에는 여전히 모리셔스와 영국 간의 영토분쟁이 혼재되어 있어 협의의 혼합분쟁이라고 볼 수도 있다. ITLOS 특별재판부가 본안 판결에서 차고스 군도에 관한 영토분쟁을 완전히 해결된 것으로 전제하고 모리셔스와 몰디브 간의 해양경계획정에 관한 판결을 내린다면 이 사건은 영국의 관할권 동의 없이 영토분쟁이 수반된 해양경계획정에 대해 판결을 내린 최초의 사례가 될 것으로 전망된다.



분과회의

제2분과위원회 · 국제해양법학회 공동

제3발표

[좌장] 김채형 (부경대학교)

중앙 북극해 공해상 비규제 어업방지 협정의 이행방안 연구

[발표] 임지형 (한국해양대학교)
[토론] 이창열 (한국해양과학기술원)

大韓國際法學會

중앙 북극해 공해상 비규제 어업방지 협정의 이행방안 연구*

임 지 형**

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 중앙 북극해 공해상 비규제 어업방지 협정 내용분석
Ⅲ. 중앙 북극해 공해상 비규제 어업방지 협정의 문제점 및 이행방안
Ⅳ. 결

Ⅰ. 서론

2021년 6월 25일 「중앙 북극해 공해상 비규제어업 방지 협정(Agreement to Prevent Unregulated High Seas Fisheries in the Central Arctic Ocean, 이하 COAFA)」이 발효되었다. 이는 공해어업자원을 관리하는 또 하나의 새로운 체제가 형성된 것이다.

북극해는 연안 5개국(미국, 러시아, 캐나다, 덴마크, 노르웨이)에 의해 둘러싸여 있으나, 그 면적이 1,405만㎢로 해양의 3%를 차지하고 있으며, 해안선의 길이는 45,389㎞에 달하는 대양이다.[1] 중앙 북극해 공해어업에 대한 논의는 기후변화로 인하여 촉발되었다. 일년내내 해빙으로 덮혀있던 중앙북극공해는 기온의 상승으로 인해 결빙면적이 줄어들고, 어족자원의 이동이 예상되었다.[2] 북극권 국가들은 미래에 발생할 수 있는 무분별한 상업적 어업으로 인한 중앙북극공해의 어업자원의 심각한 피해를 우려하기 시작하였다. 이에 미국을 중심으로 한 연안 5개국은 2015년 「중앙북극해에서의 비규제 공해어업방지에 관한 선언(Declaration Concerning the Prevention of Unregulated High Seas Fishing the Central Arctic Ocean: 이하 오슬로선언)」을 채택하였다. 또한 향후 어업이 예상되는 비연안 5개국(한국, 중국, 일본, 아이슬란드, EU)과 함께 2017년 CAOFA초안을 채택하였다. 이에 교섭당사국들은 2018년 10월 3일 서명식을 개최하고 비준을 위한 각국의 국내 절차를 진행하였다. 2019년 1월 러시아의 비준을 시작을

---

* 본 발표 원고는 필자의 박사학위 논문 내용 중 일부 발췌하여 수정·보완한 것입니다. 또한 원고는 추후 재수정 및 보완하여 논문으로 발전시킬 계획이므로 아직 미완성 원고입니다. 따라서 인용을 자제해 주시기 바랍니다.

** 한국해양대학교 세계해양발전연구소 전임연구원

1) 이용희, “북극 북서항로의 국제법적 지위에 관한 연구”, 「경희법학」, 제47권 제4호, 경희대학교 법학연구소(2012), 94쪽

2) 엄선희, “북극해 수산업의 잠재력과 우리의 대응”, 「독도연구저널」, 제22권, 한국해양수산개발원(2013), 19쪽.

2021년 5월 중국의 비준을 마지막으로 교섭당사국 10개국은 모두 국내 비준절차를 마무리하고 비준서를 기탁처에 기탁하였다.

사전예방적 접근을 적용하여 비규제어업을 방지하고, 상업적 어업을 원천적으로 차단하는 모라토리움이라는 관리방법을 사용하여 어업자원을 보호하고자 규정하고 있는 동 협약이 발효됨에 따라 원양어업국인 우리나라에도 많은 영향을 미칠 것으로 예상된다.

협정의 발효와 함께 2022년 상반기 제1차 당사국 회의가 우리나라에서 개최될 예정이다.[3] 따라서 동 협정의 정확한 이해와 이행방안 등의 마련은 시급히 이루어져야 할 것으로 예상된다.

이에 본 발표는 2015년 오슬로선언 이후 CAOFA의 채택과정과 내용을 분석하고 특징을 살펴보고자 한다. 또한 발효 초기 단계인 현재 동 협정에 대한 이행방안을 생각해 보고자 한다. 이를 바탕으로 한 추가 연구를 통하여 본 내용을 발전시키도록 하겠다.

Ⅱ. 중앙 북극해 공해상 비규제 어업방지 협정 내용분석

1. 중앙 북극해 비규제 어업방지 협정 채택과정

2015년 오슬로선언이 채택된 후, 미국을 중심으로 한 국제사회는 중앙 북극해 공해상 상업적 비규제어업 방지를 제도화하기 위한 회의가 진행되었다. 오슬로선언을 바탕으로 한 협약 초안을 제정하기 위하여 2015년 12월 미국 워싱턴 회의, 2016년 04월 미국 워싱턴 회의, 2016년 7월 캐나다 이칼루이트 회의, 2016년 11월 덴마크령 페로제도 회의, 2017년 3월 아이슬란드 레이캬비크 회의, 2017년 11월 미국 워싱턴 회의까지 총 6차례에 걸쳐 관련 회의가 개최되었다.

모든 회의는 북극연안 5개국뿐만 아니라 중앙 북극해 공해어업이 개시될 경우, 어업의 가능성이 있는 원양 어업국 및 실체, 즉 한국, 일본, 러시아, 아이슬란드, EU가 동등한 입장에서 진행되었다.

제1차 회의는 2015년 12월 1일~3일 미국 워싱턴 D.C에서 개최되었다[4]. 미국정부는 중앙 북극해 공해의 비규제 상업어업에 대한 국제적인 시스템이 확립되기 전까지 상업적 어업을 금지해야 한다고 주장하였다. 동 회의는 과학적 사안과 정책적 사안에 대한 논의로 진행되었다. 과학적 사안으로 2015년 4월 14일~16일에 개최된 제3차 어족에 대한 과학전문가 회의의 결과를 검토하였다. 회의 참가국들은 향후 동 주제와 관련하여 과학적 조사와 모니터링을 발전시키고, 이를 위해 다양한 접근법을 고려하기로 합의하였다. 중앙 북극해 공해어업에서의 중요 문제인 지속가능한 상업적 어업을 할 수 있는 충분한 어족자원의 존재 여부와 그러한 어업이 생태계에 미치는 영향에 대한 논의도 진행되었다. 정책적 논의에 앞서 의장은 수많은 국제기구에 반영된 것과 같이 불법·비보고·비규제어업(Illegal·Unreported·Unregulated fishing: 이하 IUU어업)을 방지하고 제거하기 위해 모든 교섭국들이 전념하고 있음에 주목하였으며, 참가국들은 중앙 북극해 비규제 상업어업을 예방하기 위하여 step-by-step의 단계적 방식 또는 진화된 방식을 적용한 접근방법이 제안되었다. 이에 대해 미국은 국제기준에 따라 설립된 하나 또는 그 이상의 지역 및 소지역수산기구에 따라서만 동 수역의 상업적 어업을 허가할 수 있다는 것과 미래의 어업자원 관리 논의와 생태계 이해를 목적으로 하는 공동과학연구조사프로그램을 수립할 것을 주장하였다. 이와

3) 외교부 보도자료 2021.06.25.일자.

4) Chairman's Statement, *Meeting On High Seas Fisheries In The Central Arctic Ocean*, Washington, D.C., December 3, 2015.
http://www.state.gov/e/oes/rls/pr/250352.htm (검색일자: 2021.09.16)

함께 어떠한 비상업적 어업도 과학적 권고에 따르며, 이를 감시할 것을 강조하였다. 또한 여기에 부합되는 국제협정을 체결해야 한다고 주장하면서 「중앙북극해 비규제 공해어업방지 협정초안」을 제시하였다.

2016년 4월 19일~21일 미국 워싱턴 D.C.에서 개최된 제2차 회의[5]는 제1차 회의의 연장선으로 '단계적(stepwise)'으로 중앙 북극해 비규제 상업어업 금지조치를 위한 잠정조치에 대해 논의하였다, 동 회의는 2016년 10월 26일~28일 노르웨이 트롬소에서 개최 예정인 과학워크숍의 준비단계로 5년간 공동조사와 모니터링 계획의 발전 및 계획의 이행을 위한 골격 만들기라는 2가지 주제를 가지고 진행되었다. 이에 단계별로 3가지 접근방법에 대해 논의하였다. 3가지 방법은 제1차 회의에서 논의되었던 3가지 접근방법과 동일한 것으로, 회의 참가국 대표들은 생태계와 사전예방적 접근의 잠정조치에 대해 공감하였다.

제3차 회의는 2016년 7월 6일~8일 캐나다 이칼루이트(Iqaluit)에서 개최되었다.[6] 지난 2차례 회의에서 논의한 중앙 북극해 비규제 상업어업 방지를 위한 잠정조치에 대해 다시 확인하면서, 동 수역의 생물자원 보전과 지속가능한 이용에 대해서도 언급하였다. 각국의 대표들은 이러한 회의가 중앙 북극해에 하나 또는 그 이상의 지역수산기구의 설립을 위한 단계적 과정 중 한 단계로 보았다.

제4차 회의는 2016년 11월 29일~ 12월 1일 덴마크령 페로제도에서 개최되었다.[7] 교섭국들은 중앙 북극해 해양생물자원 보존과 지속가능한 사용의 촉진 및 건강한 해양생태계의 보호뿐만 아니라, 동 수역의 비규제 공해어업 방지에 대한 그들의 책무를 다시 확인하는 자리로, 대부분의 국가들은 하나 또는 그 이상의 지역수산관리기구 및 약정 설립을 위한 단계로 보았다. 제3차 회의의 향후 논의 과제였던 시험조업 장치의 방식, 동 수역의 하나 또는 그 이상의 지역수산기구 설립을 위한 협약의 협상개시 시기 조정, 의사결정과정에 대한 견해 차이를 해소하는데 상당한 진전을 이루었다. 또한 각국은 협약에 도달하기 위한 협상을 지속하기로 합의하였다.

제5차 회의는 2017년 3월 15일~18일 아이슬란드 레이캬비크에서 개최되었다.[8] 앞서 개최된 제1차~제4차의 연장선으로, 중앙 북극해 비규제 공해어업 방지에 대한 문제와 관련 과학적 문제에 대한 논의를 계속하였다. 동 회의의 참가국들은 "모든 것이 합의되지 않으면, 아무것도 합의된 것이 아니다(nothing is agreed until everything is agreed)."라는 인식하에, 협약의 조항들 사이에 해결해야 할 몇몇의 문제를 제외한 협약안의 용어·목적·협약안 이행 조치들·공동과학조사프로그램 및 모니터링과 관련된 모든 조항·통합된 토착민 지식의 가치·시험조업과 관련된 모든 조항·발효·탈퇴·타 협약들과의 관계와 언어에 대한 문제를 해결하였다.

---

5) Chairman's Statement, *Meeting On High Seas Fisheries In The Central Arctic Ocean*, Washington, D.C., 19-21 April, 2016.
https://www.afsc.noaa.gov/Arctic_fish_stocks_fourth_meeting/pdfs/Chairman's_Statement_from_Washington_Meeting_April_2016-2.pdf (검색일자: 2021.09.16)

6) Chairman's Statement, *Meeting On High Seas Fisheries In The Central Arctic Ocean*, Iqaluit, Nunavut, Canada, 6-8 July, 2016.
https://www.afsc.noaa.gov/Arctic_fish_stocks_fourth_meeting/pdfs/Iqaluit_Final_Chairmans_Statement_from_Iqaluit_Arctic_HS_Meeting_July_2016.pdf (검색일자: 2021.09.16)

7) Chairman's Statement, *Meeting On High Seas Fisheries In The Central Arctic Ocean*, Tórshavn, The Faroe Islands, 6-8 July, 2016.
https://www.afsc.noaa.gov/Arctic_fish_stocks_fifth_meeting/pdfs/Chairman%27s%20Statement%20from%20Torshavn%20Meeting%202016.pdf (검색일자: 2021.09.16)

8) Chairman's Statement, *Meeting On High Seas Fisheries In The Central Arctic Ocean*, Reykjavik, Iceland, 15-18 March, 2017.
http://naalakkersuisut.gl/~/media/Nanoq/Files/Attached%20Files/Fiskeri_Fangst_Landbrug/Eng/Chairmans%20Statement%20from%20Reykjavik%20Meeting%202017.pdf (검색일자: 2018.04.20)

제6차 회의는 2017년 11월 28일~30일 미국 워싱턴에서 개최되었다.[9] 마침내 캐나다, 중국, 덴마크(Faroe섬과 그린란드), EU, 아이슬란드, 일본, 한국, 노르웨이, 러시아, 미국은 CAOFA 채택에 합의하였다. CAOFA의 목적은 약 280만 평방킬로미터(지중해 크기) 북극해 중앙 수역의 비규제어업을 방지하기 위한 것이다. 참가국들은 현재 동 수역에 상업적 어업이 이루어지고 있지 않으며, 가까운 미래에서 발생할 가능성이 없다는 것을 재확인하였다. 그러나 북극해의 기후변화를 감안할 때, 어업자원 관리를 위해 사전예방적 접근을 적용한 동 협정이 필요하다는 것에 동의한 것이다.[10] 동 협정은 협약 수역의 생태계 및 지속가능한 어획에 대한 이해를 증진시키고, 이를 위하여 공동과학조사프로그램과 모니터링을 규정하고 있다. 또한 향후 동 수역에 하나 또는 그 이상의 지역수산기구의 설립을 위한 협상 개시에 대한 규정도 마련하였다.

중앙 북극해 공해 비규제 어업방지를 위한 제1차~제6차 회의는 북극해 연안국뿐만 아니라 어업과 관련된 비연안국이 동등한 입장에서 협의하였다는 점과 그 결과의 산물로 법적 구속력을 가진 최초의 협정을 채택하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

2. 중앙 북극해 비규제 어업방지 협정 내용 및 특징

(1) 내용

2017년 11월 제6차 회의에서 북극연안 5개국과 비북극권국가 4개국, 국제실체 1개에 의해 「중앙북극해 공해상 비규제 어업방지협정(CAOFA)」이 채택되었다.

CAOFA은 전문과 총 15개의 조문으로 구성되어 있다.

협정 전문은 오슬로선언의 연장선으로 선언과 그 내용을 비교해서 살펴볼 수 있다. 선언과 같이 협정은 기후변화에 따른 북극의 변화를 인식하고, 사전예방적 접근을 적용하여 중앙 북극해 공해의 비상업적 어업을 방지하는 것에 그 목적을 두고 있다. 또한 원주민의 권리와 이해관계를 인정하고 참여하도록 하고 있으며, 그들의 지식 사용 촉진을 권장하고 있다.

동 협약의 전신이라 할 수 있는 오슬로 선언과 가장 큰 차이점은 지역수산기구의 설립여부에 관한 입장이다. 오슬로선언은 중앙 북극해 공해에서 가까운 미래에는 상업적 어업이 이루어지기 힘들 것이라 예상하고, 추가적인 지역수산기구의 채택은 필요하지 않다고 명시하였다. 또한 이후의 과정에 대해서는 언급하지 않았다. CAOFA 역시 가까운 미래에 상업적 어업이 이루어지기 힘들다는 점에 대해서는 인정하였으나, 동 수역에 대한 지역수산기구의 설립은 필요하다는 것을 인지하였다. 이에 동 협약에서는 상업적 어업의 개시 조건으로 지역수산기구에 의한 조치를 규정하고 있으며, 이를 위한 지역수산기구 설립 협상의 개시여부를 협의해야 한다고 규정하고 있다.

제1조는 용어에 대한 것으로 동 협정의 협정수역, 어종, 어업, 상업적 어업, 시험조업, 선박에 대해 정의하고 있다. 동 협정의 '협정수역'은 어업관할권을 가진 캐나다, 덴마크(그린란드), 노르웨이, 러시아, 미국으로 둘러싸인 중앙 북극해의 단일 공해이며, '어종'은 유엔해양법협약 제77조 정착성 어종을 제외한 물고기(species of fish), 연체류와 갑각류를 말한다. '어업'은 유집(attracting), 탐사(locating), 어획(catching), 어종의 채집 및 수확(taking or harvesting fish)

9) Chairman's Statement, *Meeting On High Seas Fisheries In The Central Arctic Ocean*, Washington, D.C., 28-30 November, 2017.
https://www.state.gov/e/oes/ocns/opa/rls/276136.htm (검색일자: 2021.09.20)

10) 北極海中央部公海の商業漁業禁止へ 各国が大筋合意, 産経ニュース, 2017.12.03.일자, https://www.sankei.com/world/news/171203/wor1712030026-n1.html (검색일자: 2021.09.25)

또는 유집·탐사·어획·어종의 채집 및 수확의 결과로 합리적으로 의심할 수 있는 활동을 의미한다. 상업을 목적으로 하는 어업을 '상업적 어업'이라하며, 미래 상업적 어업의 지속가능성과 실행가능성을 평가하기 위한 과학적 데이터 형성에 필요한 어업을 '시험조업'이라 정의하였다. 이러한 어업에 사용되거나, 어업에 이용하기 위해 설치되었거나 어업에 이용할 목적을 가진 모든 선박을 '선박'이라 정의하고 있다.

이 중 협정수역은 '국제법에 따라 관할권이 행사되는 국가수역으로 둘러싸인 중앙 북극해 공해수역'으로 정의한 의장 최종타협안에 아이슬란드와 노르웨이의 이견으로 제5차 회의까지 합의점을 찾지 못했던 부분이다.[11]

제2조는 협정의 목적으로 건강한 해양생태계를 보호하고 어류 자원의 보존과 지속가능한 이용을 보장하기 위한 장기적 전략의 일환으로 사전예방적 보존 및 관리 조치의 적용을 통해 중앙북극해 공해 영역에서의 비규제 어업을 방지하기 위한 것이다. 이는 오슬로선언의 목적과 동일하다.

제3조~제5조는 동 협정의 목적을 이행하기 위한 실질적인 규정이다.

제3조는 어업의 잠정적 보존 및 관리조치로 당사국에게 의무를 부과하고 있다. 첫 번째 의무는 자국선박의 어업 허가에 관한 것으로 동 협정의 당사국은 국제적 기준에 따라 설립된 지역수산기구에 의해 채택된 어종의 지속가능한 관리를 위한 보존 및 관리 조치, 동 협정 제5조 제1항 가호과 나호에 따른 잠정적 보존 및 관리조치에 대해서만 협정수역에서의 상업적 어업을 허가할 수 있다(제1항). 또한 시험조업에 관한 제5조 제1항 라호의 보존 및 관리조치에 따라서만 자국선박의 시험조업을 허가할 수 있다(제3항). 두 번째 의무는 협력의 의무로 당사국들은 협정수역 내 과학조사 활동계획에 대해 타국에 통보해야 하며(제4항), 전체 자원의 보전과 보호를 위해 중앙북극해 공해 관할권 내·외측 수역의 어업자원의 보존 및 관리조치가 양립할 수 있도록 협력해야 한다(제6항). 또한 당사국들은 동 협정 제4조에 따라 진행되는 공동과학조사프로그램과 모니터링의 틀(framework)과 자국 내 과학프로그램 하의 과학조사 수행을 권장해야하며(제2항), 잠정조치의 이행을 보장하여야 한다(제5항). 그러나 제3조의 규정들은 유엔해양법협약 하의 해양과학조사와 관련된 당사국의 권리를 제한하는 것으로 해석할 수 없다(제7항).

제4조는 제3조에서 언급한 당사국들의 공동과학조사프로그램 및 모니터링에 관한 조항이다. 본 협정의 당사국들은 중앙 북극해의 해양생물자원 및 자원이 서식하는 생태계에 대한 지식을 증진하기 위한 과학활동에 협력할 의무를 부여하고 있다(제1항). 이를 위해 당사국들은 협정 발효 후 2년 이내에 공동과학조사프로그램 및 모니터링 마련에 동의하고, 정보를 공유해야 한다(제2항과 제5항). 또한 당사국들은 과학 연구 및 모니터링 공동 프로그램이 원주민·현지인의 지식뿐만 아니라 관련된 과학 기술 기구·기관 및 프로그램의 활동을 고려해야 할 의무를 규정하고 있다(제4조).

제5조는 제3조와 제4조의 검토 및 향후 이행에 대한 규정으로 매2년마다 또는 결정해야 할 사항이 있는 경우 당사국들은 회의를 개최해야 하며(제1항), 북극원주민을 포함한 북극 지역사회 대표가 참여할 수 있는 위원회 또는 유사기구를 구성할 수 있다(제2항). 당사국회의에서 각 국가들은 동 협정의 이행을 검토하고 적용했을 경우 협정의 확정에 대해 고려해야 한다. 또한 공동과학조사프로그램 및 모니터링 또는 당사국의 자국 과학프로그램과 원주민의 지식 및 지역적 지식을 포함한 관련 자료에서 개발된 과학적 정보를 검토해야한다. 과학적 정보는 사전예방적 접근과 어업자원 관리 및 생태계와 관련된 정보를 모두 포함한 것이다. 당사국들은 회의에서는 하나 또

11) 서원상·신형철, "북극중앙해비규제어업방지협정의 쟁정과 함의", 「한국의 국제법 현안」, DILA-KOREA+KIOST 2018년 춘계 연구발표회, 2018.03, 51쪽.

는 그 이상의 추가적인 RFBs 설립을 위한 협상 개시여부와 협상 개시 후 매커니즘에 동의한 경우 협정수역 내 어족과 관련된 추가적 또는 잠정적 보존 및 관리수단의 수립 여부에 대해 결정한다. 또한 동 협정 발효 3년 이내에 협정수역 내 시험조업을 위한 보존 및 관리조치를 설립해야 한다.

동 협약안의 의사결정은 절차적 문제냐 실질적 문제냐에 따라 의사결정 방법이 달라진다(제6조). 절차적 문제의 경우, 당사국의 결정은 찬성 또는 반대에 대한 다수결에 의해 결정된다. 이에 반해 실질적인 문제는 당사국 총의로 결정된다. 어떤 문제에 대해 당사국 중 1개국이라도 실질적 문제로 고려한다면, 그 문제는 실질적 문제로 간주된다.

제7조는 분쟁해결에 관한 조항으로 당사국간의 분쟁은 유엔공해어업이행협정 제8부 분쟁해결 제도에 따라 해결하도록 하고 있다. 제8조는 비당사국에 대한 것으로 비당사국이 동 협정의 효과적인 이행을 저해하는 경우 국제법에 따라 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있다.

동 협정은 발효 후 초기 16년간 유효하며, 당사국 최종 회의에서 공식적 반대의사가 없거나 협정 만료 6개월 이전 수탁자에게 서면으로 공식적 반대 의사가 없으면 5년씩 연장된다. 또한 당사국들은 동 협약과 잠정적 새로운 협정 간의 효과적인 교체를 위한 노력을 해야 한다. 동 조에서의 잠재적인 새로운 협정은 동 수역의 어족자원 관리를 위해 추가적으로 신설될 지역수산기구설립에 관한 협약을 말한다(제13조).

(2) 특징

1) 사전예방적 접근 (precautionary approach)

COAFA의 채택은 국제환경법의 사전예방적 접근에서 찾을 수 있다. 국제환경법의 원칙 중의 하나인 사전예방의 접근은 과학적 불확실성을 이유로 환경보호 및 관리를 불이행할 수 없다는 것으로, 국제관습법 성립여부에 대해서는 여전히 논쟁거리가 되고 있다. 그러나 최근 협약들이 사전예방적 접근방식을 적용하여 채택되는 추세이다.

북극연안국들은 기후변화로 인해 북극의 환경에 변화가 발생하고 있으나, 이에 대해 정확한 과학적 정보가 없다는 것에 불안감을 가지고 있었다. 특히 아무런 규제 없이 무분별하게 상업적 어업이 이루어질 경우, 비규제로 인한 많은 피해가 발생 할 수도 있다는 점을 우려하였다. 이에 북극연안국들은 어업자원을 보호하고 비규제 어업을 방지하고자하는 목적에 부합하도록 사전예방적 접근 방법을 적용한 것이다. 즉, 과학적 불확실성을 근거로 중앙 북극해 공해어업에 대한 규제조치를 미룰 수 없다는 점에 대해 성안국 모두 합의한 결과라 할 수 있을 것이다.

2) broader process 도입

동 협정은 'broader process'제도를 도입하였다. 이는 북극연안국 뿐만 아니라 이해관계에 있는 국가와 실체를 포함한 '관심이 있는 모든 국가'의 참여를 허용한다는 것이다. 이들은 "5-plus-5"의 형태로 북극연안국 5개국과 비북극권 국가 및 실체로 한국을 포함하여 중국, 일본, 아이슬란드, EU로 구성되었다.[12]

지금까지의 북극 체제는 북극연안 8개국을 중심으로 폐쇄적으로 운영되어 왔다.[13] 북극 이사

12) Craig H. Allen, "Arctic Law & Policy Year in Review:2017", *Arctic Law and Policy Institute*, Vol.8 No.1, University of Washington(2018), p. 119.

회가 그 대표적인 예로, 동 기구는 1996년 설립되어 연안 8개국만이 회원국이 될 수 있다. 비북극권 국가의 경우는 옵서버[14]의 형태로 워킹그룹 회의와 개별 프로젝트에 참여할 수 있을 뿐이다.[15] 이러한 기존 북극 체제와 달리, 북극권 국가들과 비북극권국가 간의 차별 없이 모든 과정에서 회의참가국 모두가 동등한 권한을 가지고 진행되었다.

북극권 국가들이 비북극권 국가 특히 원양어업국인 한국과 중국, 일본을 참여시킨 것은 중부베링해 명태어업의 역사와 같은 일을 재연하지 않기 위한 것으로 생각된다. 베링해는 연안국인 미국과 러시아보다 원양어업국인 한국과 일본에 의해 상업적 어업이 최초로 이루어진 곳으로[16], 연안국들만으로는 경계왕래성어족에 대한 관리가 힘들다는 것을 명확히 보여주었다.

따라서 CAOFA에 이 국가들의 참여가 없다면, 이 국가들을 기국으로 하는 선박 의한 비규제 어업이 발생할 가능성이 높다.[17] 따라서 북극연안 5개국은 비북극권 5개국(EU포함)을 참여시킴으로써 CAOFA의 실효성을 확보하기 위한 것으로 생각된다.

3) 비규제어업 (Unregulated fishing)

IUU어업 중 하나인 비규제어업은 지역수산기구가 관리하는 수역에서의 비규제어업과 관리기구가 없는 수역에서의 비규제어업으로 나뉜다. 북극연안국들은 중앙 북극해 공해의 경우 북극 공해 전체를 아우를 수 있는 소지역 또는 지역수산기구가 존재하지 않으므로, 적용가능한 관리조치가 없는 수역이라고 간주하고 있다. 따라서 동 수역에 어업이 행해진다는 것은 자연스럽게 비규제어업으로 이어질 가능성이 매우 높다고 판단하고 있는 것이다.

이에 북극연안국들은 오슬로선언을 통해 이를 방지하고자 중앙 북극해 공해어업의 제한적 허용, 사실상의 금지조치 방법을 적용한 것이다.

동 선언은 전면 금지가 아닌 조건에 따른 제한적 허용으로, 기존의 모라토리움(moratorium)/금지(ban)/어업활동의 동결(freeze of fishing effort)과는 다른 것이라는 주장도 있다.[18] 그러나 이것은 사실상 모라토리움과 동일한 효과를 가져온다[19].

4) 제3자적 효과(비당사국과의 관계)

일반 국제법상 조약은 자율적인 법질서를 창설하기 위해 고안된 국가간의 거래수단으로 비당사국에게는 구속력을 가질 수 없다.[20] 이러한 원칙을 조약의 제3자적 원칙(the rule of Pacta

13) 캐나다, 덴마크, 핀란드, 아이슬란드, 노르웨이, 러시아. 스웨덴, 미국으로 총 8개국이다.
14) 비북극 국가들, 글로벌 및 지역의 정부 간 및 의회 간 기구, 비정부기구로 우리나라를 포함한 12개 비북극권 국가와 9개의 정부간 및 의회간 기구, 11개의 비정부기구가 상시 옵서버의 지위를 가지고 있다. (검색일자: 2018.05.11)
15) http://www.koreapolarportal.or.kr/rest/coop02 (검색일자: 2021.09.25)
16) 신용민, 전게논문, 91쪽.
17) Grace Elizabeth *et al.*, "Assessing the added value of the recent declaration on unregulated fishing for sustainable governance of the central Arctic Ocean", *Marin Policy*, No.66(2016.01), p. 53.
18) Erick J. Molenaar, *op. cit.*, p. 427, Seamus Ryder, "The Declaration Concerning the Prevention of Unregulated High Seas Fishing in the Central Arctic Ocean", http://ablawg.ca/2015/07/31/the-declaration-concerning-the-prevention-of-unregulated-high-seas-fishing-in-the-central-arctic-ocean/ (검색일자 : 2021.09.30)
19) 박영길, "북극해의 중앙: 대륙붕 경쟁과 공해어업문제",「북극정책포럼」, 제6호, 부산발전연구원(2016.06.), 16쪽.

tertiis)이라고 한다.

일반 국제법상 제3자적 효력(the rule of Pacta Terttis)은 「조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties)」 제34조~제35조에 규정되어 있다. 동 조항은 당사국이 아닌 제3국에 대한 규정으로 조약은 제3국에 대하여 그 동의 없이는 의무 또는 권리를 창설하지 아니하며, 제3국이 서면으로 그 의무를 명시적으로 수락하는 경우에만 의무가 발생한다고 규정하고 있다. 다시 말해, 조약은 당사국들에게만 그 효력을 미치는 것이다.

그러나 이 원칙은 현대 국제어업법 분야에서 그 효력이 약화되고 있는 추세를 보이고 있다. 특히 유엔공해어업이행협정은 이러한 특징을 강하게 보여준다. 동 이행협정 제21조 제1항은 당사국들은 지역수산기구가 관할하는 공해에서 정당한 권한을 부여받은 검색관을 통해 타국어선에 대한 승선·검색 할 수 있는 권한을 부여하였으며, 이 권한은 당사국의 여부와 무관하게 행사 된다고 규정하고 있다. 동 규정은 조약의 제3자적 원칙에 일치하지 않는 규정이다. 그러나 어업분야에서는 다양한 양자조약과 다자조약에서 찾아 볼 수 있는 국가 관행으로, 많은 국가들이 이에 동의하였다.[21)]

이는 기존의 많은 RFBs를 통해도 확인 할 수 있다. 각 지역수산기구는 협약수역 내 공해어업에 쿼터제를 시행하고 당사국들에게만 어업권을 부여하여, 비당사국의 어업권을 차단함으로써 제3국에게도 협약의 효력을 발생시킨다.[22)]

CAOFA은 2가지 측면에서 조약의 제3자적 효력을 제한하고, 의무를 창설하는 효과를 가져온다.

첫 번째는 동 협정의 당사국에 대한 것이다. 동 협정은 협정의 이행과 적용에 관한 분쟁이 발생할 시 유엔공해어업이행협정 제8부의 분쟁해결제도를 준용한다고 규정하고 있다. 이때 유엔해양법협약의 당사국 여부는 상관이 없다는 것을 명시하고 있다. 따라서 CAOFA을 비준한다면, 유엔해양법협약의 비당사국이라 할지라도 유엔해양법협약 분쟁해결제도 규정에 구속받게 되는 것이다.

두 번째는 동 협정의 비당사국에 대한 것이다. 다른 지역수산기구의 협약들과 같이, 협정에 부합하는 조치를 취하도록 장려하며 협정의 이행을 방해하는 활동을 억제하기 위한 국제법적 조치를 취할 수 있게 규정함으로써, 동 협정 협정수역에서 어업을 하고자 하는 비당사국들까지 협정의 영향을 미친다(제14조).

Ⅲ. 중앙 북극해 공해상 비규제 어업방지 협정의 문제점 및 이행방안

1. 중앙 북극해 공해상 비규제방지 협정의 문제점

비북극권 국가이며 동시에 원양어업국인 우리나라 입장에서 CAOFA는 다음과 같은 몇 가지 문제점을 가지고 있다.

첫 번째는 CAOF협정의 특징으로 극단적인 사전예방적 접근과 비규제어업의 확장된 개념의 도

20) 김대순, 「국제법론」, (서울: 삼영사, 2015), 210쪽.

21) Erik Franckx, "Pacta Tertiis and the Agreement for the Implement of the Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Provisions of the United Nation Convention on the Law of the Sea", *Tulane Journal of International Law & Comparative Law*, Vol.8 (2000), pp. 65-67.

22) Andrew Serdy, "Pacta tertiis and Regional Fisheries Management Mechanisms: The IUU Fishing Concept as an Illegitimate short-cut to a legitimate Goal", *Oecan Development & International law*, No.48 (2017), p. 349.

입, 상업적 어업의 금지수단으로서의 모라토리움이라는 방법의 사용이라 하겠다. 기존의 지역수산기구에서 살펴보았듯이 지역수산기구가 설립되어 관리하고 있는 수역은 서식하는 어종이 존재하거나, 상업적 어장이 형성되어 있는 곳이다. 그러나 중앙 북극공해는 해빙의 면적이 지속적으로 줄어든다고는 하나, 현재 어장도 형성되어 있지않는 수역이다. 즉, 과학적 불확실성을 따질 수 있는 대상조차 없는 수역이다. 이러한 수역에서 미래의 상업적 어업에 대한 피해를 예방하고자 협약을 채택하였다는 점은 매우 극단적인 사전예방적 접근의 적용이라 할 수 있다.

동 협정에는 비규제어업에 대한 정의는 없다. 그러나 협정의 목적과 규정 곳곳에서 불법·비보고·비규제 어업을 예방·방지·제거하기 위한 국제행동계획(International Plan of action to Prevent, Deter, and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated fishing: 이하 IPO-IUU)의 비규제어업 개념을 적용하고 있다는 것을 확인할 수 있다. IPO-IUU상 비규제어업은 '적용가능한 보존관리조치가 없는 수역에서의 활동 중에서, 국제법상 해양생물자원 보존을 위한 국가책임을 위반하여 이루어지는 어업활동'이라고 정의하고 있다. 항만국조치협정 역시 IPO-IUU 제3항에 규정된 활동을 말한다고 규정하고 있다(제1조 제마항). 이와 함께 동 조치협정은 '보존관리조치'란 국제법의 관련 규칙(협정에 반영된 것을 포함)에 합치되게 채택되고 적용되는 해양생물자원을 보존하고 관리하기 위한 조치로 정의하고(제1조 제가항), '어업관련활동'이란 어업을 지원하거나 준비하는 모든 작업과 해상에서의 인력, 연료, 어구 및 그 밖의 물자의 공급을 의미한다고 정의하고 있다(제1조 제라항).

그러나 CAOFA는 어업활동의 구별 없이 적용가능한 보존관리조치가 없는 수역에서의 모든 상업적 어업에 대하여 그 형태를 불문하고 비규제 어업으로 정의함으로써 기존 비규제 어업의 개념을 확정하여 적용하였다. 또한 현재 동 협정의 당사국 중 미국을 제외한 9개국이 유엔해양법협약의 당사국이며[23], 10개국 모두가 유엔공해어업이행협정의 당사국[24]이다. 다시 말해, 동 수역은 기존의 국제해양법 질서가 적용되는 수역이다. 이에 국가책임을 위반한 어업활동을 한 선박에 대해서는 동 협약 및 협정에 따라 기국이 통제한다면 이에 대한 부분도 해결이 가능하다. 따라서 CAOFA상 북극연안국들의 태도는 기존 국제해양법상 비규제어업의 개념을 지나치게 확대 적용한 것이라 할 수 있다.

CAOFA는 비규제어업을 제한하기 위한 방법으로 어업행위를 금지하는 모라토리움이라는 극단적인 방법을 사용하여 동 수역의 상업적 어업을 사전에 차단하고 있다. 이러한 접근 방식들은 원양어업국인 우리나라의 입장에서는 매우 불리한 상황이라 하겠다.

두 번째는 연안국의 특수한 이익(special interests)에 대한 부분이다. 동 협정 전문은 북극연안국들의 이익에 대해 언급하고 있다. CAOFA이 협정수역으로 설정하고 있는 수역은 중앙 북극해의 공해이다. 전통 국제해양법상 공해는 모든 국가가 동등하게 어업의 자유를 향유 할 수 있는 법적 지위를 가지고 있다. 이러한 수역에서 연안국과 비연안국으로 나누고, 권리·의무관계를 달리 규정한다는 것은 공해어업에 있어 연안국의 특수한 이익을 고려하고 있지않는 기존의 공해 어업관리 제도와 일치하지 않는 것이다. 이는 기존의 지역수산기구들과 비교해 보아야 알 수 있다. 중부베링해 명태자원의 보존과 관리에 관한 협약(CCBSP)도 동 협정과 같이 협약수역을 베링해 공해수역으로 설정하고 있다. 그러나 CCBSP에는 연안국의 특수한 이익을 규정한 조문을 찾아볼 수 없다.

---

23) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI~6&chapter=21&Temp=mtdsg3&lang=en (검색일자: 2021.09.30)

24) https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-7&chapter=21&lang=en (검색일자: 2021.09.30)

세 번째는 협정 전문에 상술된 상업적 어업 개시에 대한 부정적 입장이다. 이는 오슬로선언의 내용을 그대로 적용한 것으로, 북극연안국들은 가까운 미래에 동 수역에 상업적 어업이 발생하지 않을 것이며, 이에 추가적인 지역수산기구의 설립은 시기상조라고 여기고 있다. 이는 향후 상업적 어업에 관한 논의 과정에서도 원양어업국인 우리나라의 입장과 많은 부분에서 부딪칠 수 있을 것이라 생각된다.

네 번째는 협정수역에 관한 문제로, 동 협약안 제1조는 어업관할권을 가진 연안국에게 둘러싸인 공해로 규정하고 있다. 이는 북극연안국들이 중앙 북극공해를 연안국에 둘러싸인 반폐쇄해적 성격을 가진 지역해로 보는 입장이 반영되었다고 할 수 있다. 유엔해양법협약은 폐쇄해 또는 반폐쇄해는 2개국 이상에 의해 둘러싸이고 좁은 출구에 의하여 다른 바다나 대양에 연결되어 있거나, 또는 전체나 그 대부분이 2개국 이상의 연안국의 영해와 배타적경제수역으로 이루어진 만, 내만, 또는 바다(sea)를 의미한다고 정의하고 있다(제112조). 그러나 중앙 북극공해는 북극연안국으로 둘러싸여 있으나, 좁은 출구에 의해 다른 바다나 대양에 연결되어 있는 곳이 아니다. 대양인 북극해 중 그 중심 공해부분으로 유엔해양법협약에서 정의한 반폐쇄해와는 그 성격이 다르다. 또한 지역해로 접근하기에는 중앙북극공해의 면적은 매우 넓으며, 다양한 해양환경을 가지고 있다. 그러므로 중앙 북극공해는 대양이며 국제해양법 상의 공해로서 접근하는 것이 타당하다.

다섯 번째는 상업적 어업에 제한된 허용방식이다. 동 협약 제3조 제1항가호는 추가 신설되는 지역수산기구에 의해 시행되는 어업관리 조치에 의해서만 상업적 어업을 허가할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 사실상의 모라토리움으로 추가적인 지역수산기구가 설립되지 않으면 상업적 어업은 불가능하다는 것을 의미한다.

여섯 번째 추가적인 지역수산기구 설립을 위한 협상개시 여부이다. 동 협정은 이에 대해 최소 2년마다 개최하게 되어 있는 당사국회의에서 결정하도록 규정되어 있다. 두 번째 문제점에서 언급 바와 같이 북극연안국들은 상업적 어업과 추가적인 지역수산기구 설립에 대해 부정적이다. 이에 지역수산기구 설립에 부정적인 연안국들과 원양어업국간의 입장차이로 인하여 설립개시여부에 대한 회의는 처음부터 난항을 겪을 수도 있을 것이다.

2. 중앙 북극해 공해상 비규제방지 협정의 이행방안

CAOFA에서 언급하고 있는 바와 같이 어업에 관한 임시 보존 관리조치의 준비단계의 문서로 신설 지역수산기에 의해 대체될 수 있는 한시적인 협정이다. 따라서 동 수역의 상업적 어업을 개시하기 위해서는 발효된 동 협정을 이행하는 것이 최선의 방법으로 판단된다.

동 협정은 상업적 어업 개시의 선행단계로 과학적 조사와 시험조업, 검토를 위한 당사국 회의, 추가적인 지역수산기구 설립 협상 개시여부로 나누어 규정하고 있다. 이런한 방법들은 기존 지역수산기구에서도 이용하고 있는 방법으로, 이들의 검토를 통해 북극에 적합한 형태의 이행방법을 찾을 수 있다.

과학적 조사는 공동과학조사프로그램과 모니터링으로 나뉜다. 이는 동 협정 당사국들의 의무사항으로 상호 협력하여 발효 후 2년 이내에 시행하도록 규정하고 있다.

공동과학조사프로그램의 그 첫 번째 모델은 태평양연어위원회(PSC)로 동 지역수산기구에서 그 방법을 찾을 수 있다. PSC는 어업 가능한 시험조업지역을 설정하여 조사하는 방식을 취하고 있다. 이러한 방법은 목표 어종을 기준으로 시험을 하기 위한 것으로, PSC의 목표종인 연어에 대한 조사다. 이들은 공동과학조사프로그램을 통해 연어와 연어의 서식지에 대한 과학적 데이터를 수집하고 있다.[25] 이는 소하성 어종인 연어라는 한 종류의 어족자원에 초점이 맞추어져 있어 가

능한 방법이다. 현재 중앙북극공해는 목표 어종이 존재하지 않으나, 주변 어장에서 어종이 이동할 것으로 예상되고 있다. 신설 지역수산기구가 어종을 중심으로 협약수역을 설정한다면 적용해 볼 수 있는 모델이다. PSC의 방법을 사용다면 북극해 주변 어장인 베링해와 바렌츠해를 시험어장으로 설정하고, 해당 수역에서 이동 가능성이 있는 어종을 중심으로 조사하는 방법을 취할 수 있을 것이다. 그러나 해당 시험조업수역에 이동가능성이 있는 어종의 수가 많고 이 어종들의 서식형태가 다양한 경우 연구의 범위가 매우 넓어질 것이다. 이런 경우 이 방법을 선택하기 힘들다는 단점을 가지고 있다.

두 번째는 남태평양상설위원회(CPPS)의 해양조사와 지역조사 방법이다.[26] CPPS는 생태계 접근법과 변동성 및 기후변화, 운영 해양학, 양식과 같은 자연에 대한 조사와 함께 지역 및 경제적인 사회과학조사를 시행하고 있다. 가장 대표적인 프로그램은 El Niño Regional Research Program(ERFEN)로 15개 지역의 해역에 대한 엘리뇨 모니터링 및 예측을 위한 데이터를 수집하고 있다.[27]

세 번째 방법은 북태평양해양과학기구(PICES)의 프로그램 시행이다.[28] 기후변화와 인간활동에 대한 해양생태계의 대응과 자연의 기능에 대한 이해로 생태계를 예측하고자 하는 프로그램이다. 이는 특히 자연환경에 대한 조사와 인간활동과의 상호영향에 대한 조사에 초점이 맞추어져 있다.

네 번째는 남극해양생물자원보존위원회(CCAMLR)의 조사 프로그램이다.[29] 남극 해양생물자원의 보전과 합리적인 사용에 목적을 두고 있는 동 위원회는 과학관측 프로그램과 취약한 해양환경(Vulnerable Marine Ecosystems: VMEs)에 맞는 과학 프로그램을 실시하고 있다.

위의 방법은 자연과학적 조사방법들로, 기후변화에 의한 과학적 데이터가 부족한 중앙북극공해는 정확한 과학적 데이터 수집이 무엇보다 우선시 되어야 한다. 따라서 이러한 방법들은 지역수산기구의 통합적인 과학조사 방법들을 이용한 데이터 수집이 선행되어야 한다. 이를 통해 취득한 과학적 정보를 근간으로 동 수역의 해양환경에 대한 정확한 이해가 필요하다.

모니터링의 경우 기존의 지역수산기구는 그 대상 어종이나 장소에 따라 방법을 달리하여 실시하고 있다. 북서대서양수산기구(NAFO)와 남방참다랑어보존위원회(CCSBT)[30], 대서양참치보존우원회(ICCAT)[31]는 어종을 운송하는 선박에 대한 모니터링을 실시하였다. 남태평양상설위원회(CPPS)는 대상 어족자원인 명태자원에 대한 과학적 모니터링 프로그램을 운영하였고, 지중해종합수산위원회(GFCM)은 수산업·양식업·환경보존에 관한 전반적인 모니터링 프로그램을 운영하였다. 남극해양생물자원보존위원회(CCAMLR)는 남극 생태계에 대한 모니터링 프로그램을 실시하고 있다.

현재 중앙북극해는 목표어종이나 어장을 대상으로 모니터링을 실시할 수 없다. 따라서 공동과학조사와 마찬가지로 해빙의 감소와 해양환경 등에 대한 자연과학적 모니터링 프로그램이 필요하다. 과학적 정보가 매우 부족한 동 수역에 필요한 과학조사를 한꺼번에 진행한다는 것은 현실적으로 불가능하다. 따라서 이러한 과학조사는 단계적으로 우선순위에 따라 진행되어야 한다.

첫 번째 단계는 기후변화에 따라 변하고 있는 해당수역의 해양생태계와 이동이 예상 어족자원의 과학적 데이터 수집을 위한 공동과학조사 프로그램이 진행되어야 할 것이다. 이러한 기본적

25) http://www.psc.org/ (검색일자: 2021.10.01)
26) http://www.cpps-int.org/ (검색일자: 2021.10.01)
27) http://www.fao.org/fishery/rfb/cpps/en (검색일자: 2021.10.01)
28) http://meetings.pices.int/ (검색일자: 2021.10.01)
29) https://www.ccamlr.org/en/science/vulnerable-marine-ecosystems-vmes (검색일자: 2021.10.01)
30) https://www.ccsbt.org/ (검색일자: 2021.10.01)
31) https://www.iccat.int/en/ (검색일자: 2021.10.01)

과학조사를 통하여 동 수역의 현재 해양환경변화에 대한 이해와 미래 해양환경에 대한 과학적 예측이 필요하다.

동 협정은 과학조사를 함에 있어 원주민과 지역의 지식을 강조하고 있다. 원주민들은 북극의 환경에서 생활하면서 터득한 중요한 경험적 지식을 가지고 있다. 오랜 기간 쌓여 온 경험적 지식은 중앙북극해를 이해하는데 많은 도움을 줄 것으로 예상된다. 또한 동 수역에 적합한 공동과학조사프로그램과 모니터링 프로그램을 설립하는데 있어서도 중요한 역할을 할 것이다. 따라서 과학조사에 이들이 적극적으로 참여할 수 있도록 독려해야 할 것이다.

CAOFA는 당사국회의에게 개최 최소 2개월 전에 공동과학회의(joint scientific meeting)를 통한 과학조사 연구결과를 발표할 것을 규정하고 있다. 동 회의는 최선의 과학적 정보를 검토하고 당사국회의에 적절한 과학적 조언을 제공하기 위한 것으로, 이를 위해 당사국들은 공동과학조사프로그램과 모니터링 프로그램을 통해 얻은 결과물을 공유해야 한다.

시험조업은 새로운 어장의 목표종과 그와 관련된 생태계의 영향에 대한 기본 자료가 부족한 상태에서 사전예방적 접근과 함께 초기 어업단계에서 시행된다. 이러한 시험조업을 통하여 국가들은 광범위한 과학적 데이터를 수집하고, 진행 중인 과학프로그램을 검토하게 된다.[32]

CAOFA 규정상의 시험조업을 하고자 하는 당사국들은 건전한 과학적 조사에 근거하고 공동과학조사 및 모니터링과 자국 내 과학프로그램과 일치하는 경우 허가할 수 있다. 또한 이러한 자국의 계획을 타국에게 통보하고 타국이 논의할 기회를 제공 후에 시험조업을 허가해야 한다고 규정하고 있다. 허가한 후에는 적절히 감시하고, 시험조업의 결과를 타국에 보호해야 할 의무를 진다(제5조 제1항라호).

시험조업의 정의는 남극해양생물자원보존위원회(CCAMLR)에서 그 개념을 살펴볼 수 있다. 동 위원회는 1992년 빠르게 성장하는 어업산업의 우려 속에서 예방적 규제에 대한 수단으로 시험조업을 사용하였다. 1990년대 새로운 어업으로 분류된 시험조업은 현재까지 의미를 가지고있다.[33] 동 위원회의 협약조치수단(Convention Measure)은 시험조업에 대해 다음과 같이 정의하고 있다.[34]

1. 동 협약조치수단의 목적을 위해, 시험조업은 아래와 같이 정의한다.

(ⅰ) 시험조업은 어장이 형성되기 전에 시행되는 '새로운 어업'으로서 정의되어야 하며, 협약조치수단 21-01에 의거하여 정의되어야 한다.
(ⅱ) 시험조업은 아래에 대한 충분한 과학적 정보가 있을 때까지 지속되어야 한다.
  (a) 목표종의 분포, 풍부도(abundance), 개체수와 잠재적 어장의 산출량의 추정
  (b) 독립 어종 및 관련 어종에 대한 어업의 잠재적 영향 검토
  (c) 노력과 어구뿐만 아니라 적절한 어획 수준에 대한 조언을 제공하기 위한 과학위원회의 허가

시험조업의 허가 조건이 되는 과학조사에 대해서는 2014년 남극고래사건(Whaling in the

32) Richard Caddell, *"Precautionary Management and the Development of Future Fishing Opportunities: The International Regulation of New and Exploratory Fisheris"*, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, No. 33 (2018), pp. 202-205.
33) Richard Caddell, op. cit., pp. 215-216.
34) Convention Measure 21-20, CCAMLR, 2017, Article 1.
https://www.ccamlr.org/en/measure-21-02-2017 (검색일자: 2021.10.02)

Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening))을 통해 그 개념을 확인할 수 있다. 이 사건의 주요 쟁점 중의 하나는 일본 정부가 자국 선박에 허가한 포경어업이 ICRW 제8조에서 규정하고 있는 특별허가에 포함되는지 여부이다. 동 조는 '과학적 조사의 목적'으로만 특별허가를 할 수 있도록 명시적으로 규정하고 있다. ICRW는 '과학적 조사'에 대한 정의는 없으나, 호주정부의 준비서면을 통해 그 내용을 확인할 수 있다. 호주는 '과학적 조사'의 요건으로 어종의 보전 및 관리에 기여하기 위한 지식정보, 조사 목적의 달성을 위해 최후에 사용하는 치명적인 방법을 포함한 적절한 방법, 타 학자들의 검토, 어종에 악영향을 미칠 수 있는 영향에 대한 회피로 4가지 요건에 대해 언급하였다.[35] 그리고 이 요건을 충족하지 않는 일본의 특별허가 JARPAⅡ는 과학조사가 아니라고 주장하였다.[36] 비록 재판부에서는 상기 내용을 받아들이지는 않았으나, 과학조사에 대한 기준을 제시했다는 측면에서 의의를 가진다.

동 협정은 미래 상업적 어업의 지속가능성과 실행가능성을 평가하기 위한 과학적 데이터 형성에 필요한 어업을 시험조업이라 한다고 정의하고 있다(제1조마호). 또한 당사국에게 발효 3년 내에 시험조업을 위한 보존과 관리조치를 설립하도록 규정하고 있다. 이는 중앙북극공해의 과학적 데이터 형성을 위한 것으로 동 수역의 비규제 어업을 방지하고, 어종의 보존과 지속가능한 사용을 보장하고자 하는 동 협약의 목적을 저해해서는 안 된다고 명시하고 있다. 이와 함께 어종의 생태계에 대한 영향을 최소화하기 위해 기간·범위·규모가 제한된다고 규정하고 있다. 이에 당사국들은 상기 내용을 충분히 이해하고 중앙북극공해에 적합한 시험조업 프로그램을 설립하여, 동 협정을 이행해야 할 것이다.

당사국 회의는 발효 후 최소 2년마다 개최되어야 한다. 또한 결정해야 할 사항이 있는 경우에는 더욱 빈번히 개최도 가능하다(제5조). 협정은 당사국회의에서 협정의 검토와 확장에 대한 논의, 과학조사로부터 개발된 이용가능한 정보의 검토, 과학적 조사를 통해 얻는 정보와 어업자원 관리 및 생태계 관련 문제 등을 검토하도록 규정하고 있다.

무엇보다도 동 회의에서는 협정수역내의 어종의 분포·이동·풍부도가 지속가능한 어업을 뒷받침할 수 있을지에 대한 검토를 통하여 협정수역 내 하나 또는 그 이상의 지역수산기구 채택의 협상 개시여부, 협정수역 내 어족과 관련된 추가적인 또는 다른 잠정적 보전과 관리 수단의 수립 여부 등을 결정할 것을 규정하고 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이, 동 협정수역은 상업적 어장이 형성되어 있지 않다. 즉, 사실상 시험조업은 불가능한 상태이다. 따라서 이동 가능한 어종들에 대한 과학적 데이터 등을 수집하여 향후 시험조업을 위한 준비를 해야 할 것이다.

Ⅳ. 결

CAOFA는 어업자원에 대해 사전예방적 접근방식을 적용하여 보존 및 관리, 지역수산기구를 통한 협력의 의무화, 비규제 어업에 대한 규제 강화, 항만국의 책임강조 등을 규정하고 있는 현대 공해어업관리제도에서 한 단계 더 강화된 관리제도라 할 수 있을 것이다. 앞서 살펴본 바와 같이, CAOFA는 극단적인 사전예방적 접근방식과 비규제어업의 확장된 개념과 모라토리움의 방법을 사용하고 있다. 또한 기존 지역수산기구과 달리 현재 어장 형성도 되어 있지 않으며, 서식하는 어종도 존재하지 않는 수역에 사전예방적 접근을 적용하여 비규제어업을 방지하고 하고 있다. 동 협정은 비규제어업에 대한 명확한 규정은 없으나, 지역수산기구가 존재하지 않은 수역에서의

35) *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, para. 73.
36) *Whaling in the Antarctic, Memorial of Australia,* Vol. 1, 2011, pp. 7-9.

어업을 비규제어업이라고 하는 태도는 협정 곳곳에서 살펴볼 수 있다. 이러한 태도는 기존의 비규제어업의 개념을 보다 확대되고 강화된 규정이라할 수 있다. 또한 규제수단으로 모라토리움이라는 방법을 규정함으로써 모든 상업적 어업을 차단하고 있다. 이러한 특징들은 원양어업국인 우리나라에게 유리한 상황이라 할 수 없다. 또한 중앙북극공해를 대양이 아닌 지역해적 입장에서 접근하는 북극연안국들의 태도를 반영하여, 협약수역에 대한 연안국의 특수한 이익을 규정하고 있다. 이는 강하성 어족과 소하성 어종에 대해서만 연안국의 특수한 이익을 고려한 기존 국제해양법질서의 공해제도와 상충되는 점이라 할 수 있다.

동 협약은 그 이행에 대해 과학조사 및 시험조업, 당사국회의, 추가적으로 신설될 지역수산기구 설립 협상 개시 시기 등을 규정하고 있다. 과학조사와 시험조업은 기존 지역수산기구에서 사용하고 있는 방법들을 통해서 이행방법을 찾을 수 있을 것이다. 그러나 기존의 지역수산기구는 해당 협약수역의 특징에 맞게 설립된 기구로 중앙북극공해에 그대로 적용하기는 힘들다. 따라서 무조건적 수용보다는 기존의 방법들을 모델로 중앙북극공해에 적합한 이행방법을 마련해야 할 것이다. 이에 본 발표문은 여러 지역수산기구의 조사방법을 살펴보았다. 과학적 데이터가 부족한 동 수역의 과학조사는 무엇보다도 필요한 부분이다. 또한 당사국간의 공동과학조사프로그램으로 취득한 정보의 교환 및 축적이 상업적 어업을 개시하기 위한 가장 중요한 문제일 것이다.

앞서 언급한 바와 같이, 2021년 6월15일-16일 코로나-19로 인해 화상으로 개최된 서명당사국간 준비총회(preparatory conference)에서 CAOFA 제1차 당사국 총회가 2022년 상반기 중 우리나라에서 개최하기로 결정되었다. 첫 당사국 회의가 비북극권 국가에서 개최된다는 것은 많은 의미를 가진다. 이는 성안과정에서 적극적으로 참여한 우리나라의 위상을 보여주는 것일 뿐만 아니라, 동 협정에서의 비북극권국가이 중요한 역할을 한다는 것을 나타내는 것이라 할 수 있을 것이다. 이러한 지위를 유지하기 위해서 우리는 향후 CAOFA 이행과 동 수역에서의 지역수산기구 설립 과정에서도 주도적인 역할을 할 수 있도록 힘써야 할 것이다. 이를 위해 동 협정 당사국과의 공동과학조사프로그램 및 네트워크 구축을 통한 긴밀한 유대관계의 형성이 필요하다. 또한 북극 원주민들과의 관계 형성에도 많은 노력을 기울여야 할 것으로 생각된다.



분과회의

제3분과위원회

제1발표

[좌장] 박덕영 (연세대학교)

국제환경법의 예방원칙과 상당한 주의
–초국경 환경영향평가를 중심으로–

[발표] 소병천 (아주대학교)
[토론] 심영규 (동아대학교)

大韓國際法學會

국제환경법의 예방원칙과 상당한 주의
-초국경 환경영향평가를 중심으로-

소 병 천*

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 예방원칙
1. 의의
2. 법적 성격
3. 예방조치의 구체적 내용
Ⅲ. 상당한 주의
1. 의의
2. 예방원칙에서 상당한 주의
3. 법적 성격 및 기능
Ⅳ. 초국경 환경영향평가에서 상당한 주의
1. 의의
2. 법적 성격
3. 구체적 내용
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

국가 영토주권에 기초를 두고 있는 국제법은 환경, 인권, 첨단 과학기술 등 새로운 주제를 다루어야 하는 과제를 안고 있다. 특히 환경 주제는 국경을 초월하는 문제라는 점에서 양자뿐 아니라 다자 또는 보편적 차원에서 국제법이 해결해야 할 여러 과제를 제시하고 있다. 그중 하나는 국제환경법의 주요 원칙인 예방원칙(principle of prevention)[1]을 이행함에 있어 구체적 행위기준(standard of conduct)을 국제사회가 마련하는 것이다.[2]

* 아주대학교 법학전문대학원 교수
1) 국내에서는 동 원칙을 사전예방의 원칙이라고도 한다; 정인섭, 「신국제법강의」(박영사, 2021), 784면, 김홍균, 「국제환경법」(홍문사, 2020), 83면.
2) 이기범, "국제법상 초국경적 환경영향평가에 관한 소고", 「대한국제법학회논총」, 제64권 제1호(2019), 207

예방원칙은 초국경[3] 환경피해를 야기하지 않도록 필요하고 적절한 모든 예방조치를 상당한 주의(due diligence)를 다하여 취하여야 한다는 내용이다. 따라서 해당 문제는 필요하고 적절한 모든 예방조치를 취함에 있어서 요구되는 상당한 주의는 무엇인가라는 문제와 밀접한 관련이 있다. 이는 다시 국내에서 과실 판단을 보통·평균·표준인에게 요구하는 상당한 주의를 기준으로 하듯이 국제사회에서도 일반적으로 요구되는 상당한 주의 준수 시 요구되는 기준을 수립하여 적용할 수 있는지의 문제를 제기한다. 경제적 사회적 발전 수준이 상이한 국가로 구성된 국제사회에서 상당한 주의 준수의 일률적 기준을 상정하는 것은 현실에 부합하지도 않고 국제환경법의 기본원칙 중 하나인 공통의 그러나 차별적 책임 원칙에도 부합하지 않는다.

그러나 국제사회에서 예방원칙을 이행함에 있어서 상당한 주의를 다했는지에 대한 판단 기준을 마련하지 않고 국가들의 개별적인 상황에 의존한다면 환경영향평가 등 예방조치를 형식적으로 운영하여도 이에 대한 국제법적 통제는 불가능해져 결국 예방원칙은 형해화될 것이다. 동 발제문은 이러한 문제의식에서 출발하여 국제사회에 형성되고 있는 상당한 주의 준수 여부 판단 시 참고할 수 있는 요소, 상당한 주의의 행위기준들을 살펴본다. 국내법에서는 일반적으로 법령에서 상당한 주의의무의 기준을 정하는 대신 법원이 구체적 사건에서 과실 유무 판단 시 상당한 주의가 이행되었는지를 검토하고 있다. 각 국가의 판례를 살펴보는 것은 연구 방법론적으로도 용이하지 않을 뿐 아니라 과실 유무 판단 과정에서 요구되는 주의에 대한 법원 판단은 결국 사실관계에 대한 평가라는 점에서 실증적 연구가 되기 어렵다. 이에 동 연구는 예방원칙을 구현하는 대표적 제도가 초국경 환경영향평가라는 점에서 국제사회에서 일반적으로 인정되는 초국경 환경영향평가절차의 핵심적 절차를 분석하여 해당 절차에 요구되는 행위기준들을 통해 상당한 주의의 기준을 살펴보는 방법을 취한다.

동 발제문에서 초국경 환경영향평가라 함은 국내 환경영향평가절차에서 환경영향평가 대상 사업이 초국경 환경피해의 위험을 야기하는지를 검토하는 '초국경 영향고려', 해당 초국경 환경피해의 위험이 확인되는 경우 환경영향평가를 수행한 국가가 초국경 환경피해가 예상되는 국가에게 해당 위험과 관련 정보를 제공하는 '통지', 그리고 해당 위험과 예상되는 환경피해를 최소화할 수 있는 대안을 당사국 간 논의하는 '협의' 이 세 가지 절차를 아우르는 개념이다. 환경영향평가를 다룬 대표적 국제사례 중 하나인 San Juan River 사건에서는 초국경 환경피해를 다루는 환경영향평가를 양 당사국이 제출한 청구취지에 기재된 대로 초국경 환경영향평가(transboundary EIA)라고 기술하고 있다.[4] 환경영향평가제도의 본질상 국내법 절차 따라 자국 내 사업에 대해 환경영향평가를 실시하는 과정에서 국내 뿐 아니라 국외 환경에도 영향을 미치는 것이 확인된 경우, 해당 국가와 통지 및 협의 등 예방조치들을 국제법 상 예방원칙과 협력원칙에 따라 시행하는 것일 뿐, 별도의 초국경 환경영향평가가 존재하는 것은 아니다. 1991년 초국경 차원의 환경영향평가에 관한 협약(Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 이하 Espoo협약)에서도 국내에서 시행하는 환경영향평가절차에서 초국경 영향(transboundary impact)의 고려 및 이후의 통지 및 협의 절차까지 아울러 초국경 환경영향평가라고 하고 있다. 동 발제문에서도 이러한 취지에서 국내에서 시행되는 환경영향평가, 정확히는 국내 환경영향평가절차에서의 초국경 영향 고려, 그리고 이후 국제적으로 진행되는 통지 절차와

면.

3) 동 논문에서는 transboundary를 월경성 대신 초국경이라는 용어로 사용한다. 이에 대한 용례에 대해서는 소병천, "초국경 환경피해에 대한 국제법적 고찰", 「환경법연구」, 제29권 1호(2007), 193면.

4) *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River(Nicaragua v. Costa Rica), ICJ Reports 2015*, (이하 San Juan River 사건)p.684.

협의 절차를 초국경 영향평가라고 하여 국내 환경영향평가와 구분하여 사용하고자 한다.[5]

동 연구는 장을 나누어 예방원칙과 상당한 주의 그리고 양자의 관계를 고찰한다. 이후 국내 환경영향평가 절차의 스크리닝 단계, 스코핑 단계, 의사수렴 단계 그리고 국제적 절차로서 통지 및 협의 단계별로 국제사회에 수립되고 있는 상당한 주의의 행위기준을 제시한다. 해당 기준들은 예방원칙 및 환경영향평가제도의 취지를 달성함에 필수불가결한 절차로 국가들의 관행으로 뒷받침되는 것으로 한정하여 추출한다. 이를 통해 제시된 최소한의 상당한 주의의 내용은 행위기준으로서 예방의무 준수여부 판단에 직결되므로 이는 결과적으로 국가책임을 발생시키는 예방원칙 위반 판단의 기준으로서도 기능할 수 있다. 이러한 점에서 상당한 주의의 기준을 수립하는 것은 예방원칙의 효과적인 이행으로 초국경 환경피해의 예방 및 분쟁의 평화적 해결에 이바지할 수 있을 것이다.

Ⅱ. 예방원칙

1. 의의

국제환경법의 예방원칙이란 자국 영토 내 또는 자국 관할권이나 통제 하에서 특정 활동을 계획 중인 모든 국가는 해당 활동이 상당한(significant) 초국경 환경피해를 야기할 위험이 있는 경우, 해당 피해를 예방하고 그 위험을 최소화할 수 있는 모든 적절한 조치를 상당한 주의를 다하여 취하여야 한다는 원칙이다.[6]

국내에서 significant를 일반적으로 '중대한'이라는 용어로 번역, 사용하고 있다. significant를 '중대한'으로 번역하여 예방원칙을 일반적 초국경 환경피해에는 적용하지 않고 중대한 초국경 환경피해에만 국한하여 적용하는 것은 다음과 같은 점에서 문제가 있다. 첫째, 예방규정초안을 통해 예방원칙의 적용범위를 significant transboundary harms으로 제시한 국제법위원회(ILC) 의도에 반한다. ILC는 예방규정초안 주석을 통해 초기 초국경 환경 분쟁 사례인 라누호 사건이나 트레일 스멜터 사건에서는 serious의 용어가 사용되었음을 기술하면서 significant의 정도를 탐지 가능한(detectible) 정도보다는 크고 심각한(serious or substantial) 정도보다는 낮은 것으로 설명하여 결과적으로 위의 분쟁 사례의 환경피해 정도에 미치지 못하여도 예방원칙이 적용될 수 있음을 시사하고 있다.[7]

둘째, 국내에서 예방조치는 일반적으로 예상되는 환경피해가 피해대상자들이 용인할 수 있는 수준, 즉 참을 한도 또는 수인한도를 넘는 상당한 경우에 발동된다.[8] 그런데 국외 환경 피해에

---

5) 이와 달리 국내법이 아닌 국제협약에서 규정한 절차와 기준에 따라 환경영향평가가 진행되는 경우도 있다. 국제협약에서 환경영향평가의 실시의무 뿐 아니라 구체적 시행절차 등을 규정하고 이에 따라 환경영향평가를 실시하며 협약 내 전문기구에서 그 객관적 타당성을 평가하는 경우 환경영향평가 분쟁의 상당부분을 해결할 수 있다. 남극의정서 및 최근 BBNJ 논의에서도 국제협약에 따른 환경영향평가제도를 다루고 있다. 해당 제도가 순수하게 국제법에 따른 환경영향평가라는 점에서 초국경 환경영향평가와 구분하여 국제 환경영향평가(international EIA)라 할 수 있다. 양자를 구분하는 실익은 각각 환경영향평가의 근거법, 평가주체, 협의주체, 평가기준 등이 상이하여 결과적으로 해당 환경영향평가절차에 요구되는 상당한 주의도 달라질 수밖에 없다는데 있다.

6) 2001년 Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities(이하 예방규정초안) 제3조; 환경과 개발에 관한 세계위원회 보고서(Bruntland 보고서) 원칙 10; *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay(Argentina v. Uruguay), ICJ Reports I 2010*(이하 Pulp Mills 사건), pp.55-56, para. 101; San Juan River 사건, supra note 4, p.706, para. 104

7) 예방규정초안 제2조 주석(4), (6).

8) 미국에서도 환경영향평가의 대상을 major Federal actions significantly affecting the quality of

대해서는 중대한 경우에만 예방조치를 취하는 것은 환경 피해자들에 대한 국적에 따른 부당한 대우를 초래한다. 국내 뿐 아니라 국외에도 동일한 수준의 피해가 발생함에도 국내 영향권과 달리 국외 영향권에는 예방조치를 취하지 않는다면 이는 결과적으로 동일 영향권 내 피해자를 국적에 따라 차별대우를 하는 것이다. 즉, 자국민에게는 참을 한도를 초과하기만 하면 예방조치를 취하지만 국외 주민들에게는 참을 한도를 중대하게 초과하는 경우에만 예방조치를 취하게 되어 피해자의 무차별원칙을 강조하는 2006년 국제법위원회의 초국경 피해의 손실분배에 관한 원칙에 반하게 된다.[9] 나아가 환경영향평가에서 동일한 환경영향권에 있음에도 국외 지역이라는 이유로 국내 기준보다 더 중대한 피해가 있어야만 환경영향대상지역에 포함하는 것은 국가관행에도 부합하지 않는다.[10] 동 논문에서는 이러한 사항과 기존 significant를 '중대한'으로 번역 사용하는 것이 ILC가 구분하고 있는 심각한(serious)의 용어와 차별화되지 않는다는 점 역시 고려하여 우리말로 '어지간히 많이. 또는 적지 아니하게'라는 뜻의 '상당한'이라는 용어가 예방규정초안의 취지 및 국가들의 관행에도 실질적으로 부합한다는 점에서 ILC 예방규정초안의 significant를 '중대한'대신 '상당한'의 용어를 사용한다.[11]

초국경 환경피해를 예방하기 위해서는 이해 관계국, 환경피해를 야기하는 국가와 환경피해가 우려되는 국가들(이하 오염원인국 및 피해예상국) 사이에 협력이 필요하다는 차원에서 예방원칙은 국제협력원칙과 밀접한 관련이 있다.[12] 특히 후술하는 바와 같이 통지와 협의 절차는 예방원칙에 따른 예방조치임과 동시에 국제협력 원칙에 따른 협력조치이기도 하다.

예방원칙을 규정하고 있는 초기 국제협약들은 해양환경 오염방지를 다루는 협약들이 대부분이다.[13] 대표적으로 유엔해양법협약 제194조 제1항은 "모든 국가는 개별적으로 또는 적절한 경우 공동으로, 자국이 가지고 있는 실제적인 최선의 수단을 사용하여 또는 자국의 능력에 따라 모든 오염원으로부터 해양환경오염을 예방, 경감 및 통제하는데 필요한 모든 조치를 취할 의무가 있다"고 규정하고 있다. 오늘날 예방원칙은 해양 환경보호 뿐 아니라 대기 환경보호, 생물다양성 보호, 유해폐기물 규제 등 다양한 분야의 국제협약에 규정되어 국제환경법의 일반원칙의 하나로 자리 잡게 되었다.[14]

2. 법적 성격

예방원칙은 많은 국제 환경협약에 규정됨으로서 관습국제법의 하나로 부각되었고, ICJ는 2010년 Pulp Mills 사건과 2015년 San Juan River 사건에서 예방원칙을 명시하면서 "국가는 자국

---

the human environment으로 하고 있다; 42 U.S.C. § 4332.2(c)

9) 2006년 Draft Principles on the Allocation of Loss from Transboundary Harm arising out Hazardous Activities(이하 손실분배원칙초안) 원칙 8.

10) 유럽의 경우 Espoo협약 및 "환경문제에 관한 정보접근, 정책결정과정에의 참여 및 사법접근에 관한 협약" 소위 Århus 협약에 따라 환경영향평가 대상 지역을 선정 시 국경을 기준으로 차등적으로 적용하지 않고 북미의 미국과 캐나다 역시 1991년 Air Quality Agreement을 통해 국내와 동일한 피해가 예상되는 경우 예방조치를 취하고 있다.

11) significant 용례에 문제를 제기하고 '중대한' 대신 '유의미한'이라는 용어를 사용하는 논문으로는 이기범, 앞의 주 2, p.185.

12) *MOX Plant(Ireland v. United Kingdom) Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001*, para. 82.

13) 1972년 폐기물과 기타 물질의 투기에 의한 해양오염방지협약, 1973년 선박에 의한 오염방지 국제협약, 1982년 유엔해양법협약 등이 대표적 협약들이다.

14) 1985년 오존층보호협약, 1992년 기후변화협약, 생물다양성협약, 1991년 Espoo 협약, 1989년 유해폐기물의 국가 간 이동 및 그 처리의 통제에 관한 바젤협약 등이 대표적 협약들이다.

영토나 자국 관할 내 활동이 타국의 환경에 상당한 피해를 야기하지 않도록 할 수 있는 범위 내에서 모든 조치를 취하여야 할 의무가 있고", "해당 의무는 환경 관련 국제법 체제의 일부(part of the corpus of international law)"라고 하여 예방원칙이 관습국제법임을 명확히 하였다.[15]

예방원칙은 환경 손해를 야기하지 않을 책임의 원칙[16], 소위 no harm principle과 어떠한 관계인가? no harm principle은 국가에게는 자국 관할권 또는 자국 통제 하에 있는 활동으로 인하여 다른 국가 또는 국가관할권 이원지역(area beyond national jurisdiction, 이하 ABNJ)에 환경손해(environmental damage)를 야기하지 않도록 '보장할 책임'(responsibility to ensure)이 있다는 내용이다. 캐나다와 미국 간 Trail Smelter 사건[17]에서 초기 모습을 확인할 수 있는 no harm principle은 1972년 스톡홀름 선언 원칙 21에 등장한 이후 많은 연성법 및 국제협약에서 반복적으로 규정됨으로 국제환경법 책임법리의 초석으로 인정받고 있다.[18] 나아가 1996년 핵무기의 위협 또는 사용의 합법성에 관한 권고적 의견을 통해 관습국제법으로 인정되었다.[19]

그러나 no harm principle은 환경피해를 야기하지 않도록 보장할 '책임'을 강조할 뿐 책임의 내용으로 '예방조치'를 취하여야 한다는 내용은 명기하고 있지 않다. 또한 no harm principle의 기초가 되는 스톡홀름 원칙 21의 전체 내용은 국가에게는 주권적 차원에서 자국 내에서 천연자원을 개발할 권리도 있으나 해당 주권 활동으로 인해 타국이나 자국 관할권 밖의 환경에 손해를 끼쳐서는 안 된다는 주권 행사의 내용과 한계를 다루고 있다. 이는 타인의 재산을 침해하는 방법으로 자신의 재산을 사용해서는 안 된다는 오랜 법언인 sic utere tuo ut alienum non laedas의 또 다른 표현으로 국제법 기본원칙인 영토주권의 속성에 관한 내용이다.[20] 즉, no harm principle은 주권 속성 상 권리의 내재적 한계로서 국가들이 주권행사 시 타국 환경을 고려할 의무를 부과한 것이고, 예방원칙은 환경보호 차원에서 국가의 의무를 부과한 내용이라는 점에서 양자는 그 이론적 기초가 주권법리와 환경보호법리로 각각 다르다.[21]

---

15) Pulp Mills 사건, supra note 6, pp.55-56, para. 101; San Juan River 사건, supra note 4, p.706, para. 104; 두 사건에 대해서는 정진석, "펄프공장사건(아르헨티나 대 우루과이) 판결의 국제환경법적 함의". 서울국제법연구, 제18권 2호, 2011, 261-279면; 정진석, "San Juan River 인근에서의 특정 활동과 공사에 관한 사건 (코스타리카/니카라과, 2015)", 「법학논총」(국민대학교 법학연구소), 제30권 3호, 2018, 461-485면 참조.

16) 국내에서는 해당 원칙을 월경피해방지 또는 금지의 원칙(정인섭, 앞의 주 1, 776면, 노명준, 「신국제환경법」(법문사, 2003), 73면, 김홍균, 앞의 주 1, 61면), 국가 관할권 또는 통제를 넘어 환경손해를 야기하지 않을 의무(김대순,『국제법론』(삼영사, 2016), 1178면) 등 다양하게 부르고 있다.

17) *Trail Smelter (U.S. v. Canada), 3 R.I.A.A. p.1905, 1938 (1941).*

18) 연성법으로는 1982년 World Charter for Nature 이행 원칙 19 d, 1987년 환경과 개발에 관한 세계위원회의 보고서(브룬트란트 보고서)에서 제시한 원칙 10, 1992년 리우선언 원칙 2, 국제협약으로는 1982년 유엔해양법협약 제194조 제2항, 1992년 생물다양성협약 제3조, 1992년 기후변화협약 전문 및 1992년 산림선언 제1조(a) 등.

19) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports, 1996*, pp.241-242, para. 29; ICJ는 해당 권고적 의견에서 핵무기 사용이 국제법에 위반되는지를 판단하면서 일부 국가들이 위반된 규범으로 제시한 no harm principle을 언급하면서, "국가에게 자국의 관할권이나 통제 내에서의 활동이 타국의 환경 또는 자국 관할권 밖의 영역의 환경을 존중(respect) 할 것을 보장할 일반적 의무가 있음은 환경과 관련된 국제법의 내용 중 하나"라고 하였다. 따라서 그 취지는 핵무기 사용이 no harm principle에 위반될 수 있다는 것이다. 그러나 권고적 의견에서는 no harm principle과 달리 '존중'이라는 용어를 사용하고 있으며 no harm principle의 책임(responsibility)을 의무(duty)라 기술하고 있다는 점에서 차이가 있다.

20) 1928년 Palmas Island 중재재판 사건 및 1949년 ICJ의 Corfu Channel 사건의 판결 역시 같은 취지의 내용을 밝히고 있다; 이재곤 외 「국제환경법」(박영사, 2020), 66-67면.

21) Phillipe Sands, *Principles of International Environmental Law*(Cambridge, 2003), p.246; 이와 달리 no harm principle을 소극적 의무와 적극적 의무로 나누어 적극적 의무를 예방의무로 간주하

예방원칙은 no harm principle에 근거를 두고 있으나 이후 ILC 작업을 통해 구체화된 내용으로 이해할 수 있다.[22] ILC는 1972년 스톡홀름 선언 이후 국가들의 관행 등을 참고하여 1997년 국제수로의 비항행적 사용에 관한 법 협약(Convention on the Law of the Non-navigational Uses of Watercourses) 초안들과 2001년 예방규정초안 등을 통해 초국경 환경책임에 대한 법리를 발전시켜왔다. 구체적으로 ILC는 스톡홀름원칙 21에서 선언한 책임을 엄격책임과 구분하기 위하여 그 적용대상을 상당한 환경피해로 한정하였고, 책임을 이행할 조치 관련 환경영향평가를 포함한 사전위험평가, 피해예상국들에 대한 관련 정보의 통지 그리고 이들 국가들과 협의 등 구체적 예방조치들을 제시하였다. 이처럼 ILC 논의를 통해 전개된 예방원칙을 ICJ가 Pulp Mill 사건과 San Juan River 사건을 통해 관습국제법으로 확인함으로서 국제환경법의 초국경 환경피해책임 규범이 점진적으로 발전된 것으로 이해하는 것이 타당하다.

3. 예방조치의 구체적 내용

예방원칙이 초국경 환경피해 예방을 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다는 의미라는 차원에서 예방원칙을 수행할 의무의 구체적 내용은 예방조치들을 취할 의무들로 구성된다. ILC는 예방규정초안에서 그러한 예방조치들로 사전승인, 위험평가, 통지, 협의 등을 제시하고 있다.[23] 이들 의무와 예방원칙 및 협력원칙의 관계는 San Juan River 사건에서 언급한 실체적 의무와 절차적 의무의 관계라 할 수 있다.

첫째, 사전승인은 타국 또는 ABNJ 환경에 상당한 피해를 야기할 위험이 있는 사업은 정부 관할 당국의 승인을 얻도록 하는 것이다. 승인절차를 통해 정부는 초국경 환경피해를 야기할 수 있는 사업 및 사업주체를 인지할 수 있으며 예상되는 피해에 대한 사전적 조치를 취할 수 있다. 상당한 초국경 환경피해를 야기할 위험이 있는 사업의 주체가 기업 등 사인이라고 할지라도 정부의 승인절차를 통해 해당 사업에서 발생하는 초국경 환경피해에 대한 책임이 국가로 연계된다. 즉, 사인의 초국경 환경피해행위가 국가 행위로 귀속되는 것은 아니지만 승인행위가 매개가 되어 국가가 사전승인 의무 자체를 이행하지 않거나 또는 해당 승인 과정에서 상당한 주의를 다하지 못하는 경우 예방원칙 위반으로 국가책임이 발생한다.

둘째, 위험평가는 사전승인 과정에서 승인 대상 사업의 위험을 평가하여 발생 가능한 초국경 환경피해를 최소화할 수 있는 조치 내지 대안을 마련하는 것이다. 위험평가의 대표적 제도는 환경영향평가제도이다. 환경영향평가제도는 계획이나 사업 등의 승인 전 그 환경 영향을 미리 조사·예측·평가하여 해로운 환경영향을 제거 또는 감소시킬 수 있는 방안을 마련하는 것을 말한다. 예방규정초안 역시 위험평가를 위한 제도로서 환경영향평가를 예시하였다. 환경영향평가를 통해 정부는 해당 사업으로부터 발생할 수 있는 초국경 환경피해에 대한 위험을 인지하고 위험 최소화에 필요한 적절한 저감조치를 취할 수 있다.

셋째, 통지는 환경영향평가 결과 해당 사업의 초국경 환경피해 위험을 확인한 경우 오염 원인국이 해당 초국경 환경피해의 영향권 내 국가에게 그 위험과 평가결과를 제공하는 것이다. 위험의 통지는 Corfu Channel 사건에서도 기본적인 인도적 고려에 기초를 둔 주의를 촉구하는 의

는 견해도 있다; 박병도, "국제법상 월경성 오염에 관한 국가책임-미세먼지 피해에 대한 책임을 중심으로"「일감법학」, 제38호(2007), 330-331면.

22) 심영규, "국제법 상 국가의 기후변화 방지의무에 관한 고찰:국제관습법 상 'No-harm Rule'을 중심으로",「한양법학」, 제21권 제3집(2010), 127면.

23) 예방규정초안 제6조-제9조; 이들 조항과 제3조와 4조(예방원칙과 협력원칙)의 관계는 San Juan River 사건에서 언급한 실체적 의무와 절차적 의무의 관계라 할 수 있다.

무라고 한 바 있으며,[24] ILC는 해당 제도가 초국경 환경피해를 예방하는 가장 본질적인 내용이라고 하였다.[25] 통지제도는 연성법 및 국제협약에 규정되어 있을 뿐 아니라,[26] 예방규정초안은 관련 통지가 없는 경우 피해 예상국이 취할 수 있는 조치 등을 규정하여 그 실질화를 추구하고 있다.[27] 통지는 환경영향평가절차에서 자국 국민들에게 공지하는 시점에는 피해 예상국에게도 이루어져야 하며, 통지 후 피해 예상국들의 의견 접수 전 일정 기간 동안에는 사업 승인을 유보하여야 한다.[28] 통지 대상 정보는 통지 받는 국가가 해당 정보를 기초로 해당 사업으로 인한 피해를 확인하고 어떠한 피해예방 조치를 취할 수 있는지를 판단할 수 있는 수준으로 제공되어야 한다.[29]

넷째, 협의는 환경영향평가를 통해 초국경 환경피해를 예방하기 위해 채택한 조치 또는 해당 위험을 최소화하기 위한 여하한의 조치에 대해 수용가능한 해결안을 마련하기 위한 오염원인국과 피해예상국과의 외교적 협의를 의미한다. 협의 요청은 오염원인국이나 피해예상국 모두 할 수 있으며 협의 당사국들은 신의성실하게 협의에 임하여야 한다.[30] 협의 당사국들은 당사국들의 이익형량을 합리적으로 고려하여 형평에 부합하는 해결안 마련을 위해 노력하여야 한다. ILC는 협의 과정에서 당사국들 이익형량에 고려할 요소들을 제시하고 있다.[31] 협의가 신의성실하게 이루어졌지만, 결국 해결방안이 마련되지 않는 경우 피해예상국은 다른 대안은 없고 단지 분쟁해결절차를 취할 수 있을 뿐이다.

ILC가 제시한 사전승인, 위험평가, 통지, 협의 등의 조치들은 초국경 환경피해를 예방하기 위한 절차적인 규범이다. 해당 절차적 의무를 이행함에 있어서 상당한 주의와 신의성실이라는 법의 일반원칙이 적용된다. 즉, 사전승인 및 위험평가는 상당한 주의를 기울여 이행되어야 하며 통지 및 협의는 신의성실하게 이루어져야 한다. 예방조치는 평가-통지-협의 절차로 요약할 수 있는데 이는 국내 환경영향절차와 상당히 유사한 절차다. 국내 환경영향평가제도가 단순히 환경영향평가만을 의미하는 것이 아니라 사업 승인 이전에 환경영향평가를 수행하고, 환경영향평가서 초안이 작성되면 환경영향권 내의 지역 주민들의 의견을 수렴하며, 이후 작성된 최종 환경영향평가서를 환경부와 협의하여 대안을 마련한다는 점에서 통지와 협의 절차는 환경영향평가제도에 내재해 있다. 이러한 차원에서 사전승인, 평가(국내환경영향평가 절차에서 초국경 영향의 고려), 통지, 협의 절차를 규율하고 있는 Espoo협약은 이 모든 절차를 아울러 소위 초국경 차원의 환경영향평가 또는 초국경 환경영향평가(Transboundary Environmental Impact Assessment)라 하고 있다.

---

24) *Corfu Channel case(United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Albania), ICJ Reports 1949*(이하 Corfu Channel 사건), p.22.
25) 예방규정초안 제8조 주석(2), p.159.
26) 리우 선언 원칙19, 국제수로의 비항행적 사용에 관한 협약 제12조, 산업사고의 초국경영향에 관한 협약 10조, Espoo협약 제3조.
27) 예방규정초안 제11조.
28) 예방규정초안 및 국제수로의 비항행적 사용에 관한 법 협약은 해당 기간을 6개월 이내로 규정하고 있다.
29) Pulp Mill 사건, supra note 6, p.56, para.104.
30) *Lake Lanoux case, Arbitral Tribunal, RIAA. 12*,(이하 라누호 사건) p.281.
31) 상당한 초국경피해의 위험정도; 피해예방수단 이용가능성의 정도; 활동의 중요성; 예방비용의 비용; 적절한 경우 영향 받을 가능성이 있는 국가가 방지비용에 기여 할 의사의 정도; 대안의 경제적 실행 가능성; 영향을 받을 국가; 유사 지역 및 국제적인 예방의 기준

Ⅲ. 상당한 주의

1. 의의

상당한 주의(due diligence)란 일정한 행위를 함에 있어서 합리적으로 기대되거나 통상적으로 요구되는 적절한 수준의 주의를 의미한다. 국내법에서는 타인이나 타인 재산에 피해를 야기하지 않기 위해 합리적 사람이 행사하는 주의라고 정의되며, 같은 차원에서 국제법에서는 국가가 타국의 법익을 침해하지 않기 위해 국제법을 배려하여 행동하는 신중한 국가에게 통상적으로 기대되는 정도의 주의로 정의할 수 있다.[32]

상당한 주의는 권리·의무 행사 시 준수되어야 할 신의성실 원칙과 마찬가지로 국내법에 기원을 둔 개념이다. No harm principle 역시 신의성실 및 상당한 주의에 따른 자연스러운 귀결이다. ICJ는 Pulp Mill 사건을 통해 예방원칙도 상당한 주의에 기원을 두고 있다고 하였다.[33] 국제법에서 상당한 주의는 예방의무 외에도 전쟁법 관련 중립의무, 외교관계 관련 외교면책특권 보장의무, 국제투자법에서 투자 보호를 위해 적절한 조치를 취할 의무 등 국제법상 일정한 의무 이행에 요구되는 개념이다.[34] 상당한 주의의 개념은 중재재판, ICJ, ITLOS 등 국제법정에서도 국가책임 관련 언급되고 있다.[35]

상당한 주의는 상당한 주의의무 또는 상당한 주의 원칙과 혼용되고 있다. 그러나 엄격하게 정의하면 상당한 주의는 일정한 행위 의무에 요구되는 주의의 정도이며 상당한 주의의무는 상당한 주의를 행사할 의무이다.[36] 또한 국내법에서는 상당한 주의를 다할 의무를 신의성실, 권리남용금지 원칙과 함께 법의 일반원칙이라고 할 수 있을지언정, 국제법에서는 별도의 국제법상 원칙이라 할 수 있을지는 의문이다.[37] 상당한 주의 원칙이 일반 국제법의 원칙으로 작동하기 위해서는 모든 분야에 보편 타당하게 적용되는 상당한 주의의 일관된 행위기준을 정립할 수 있어야하는데

---

32) *Black's Law Dictionary*, Bryan Garner(ed.)(Eagan: CengageLearning Inc, 2006), p.208; Timo Koivurova, "Due Diligence", in Rüdiger Wolfrum (ed) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law(2010),* sections 1-3.

33) Pulp Mill 사건, supra note 6, pp.55-56, para.101.

34) 국제법 여러 분야에서 상당한 주의에 대하여는 Duncan French, Tim Stephens, ILA Study Group on Due Diligence in International Law Second Reports, 2016.(이하 ILA 2차 보고서)

35) 상당한 주의가 처음 다뤄진 사건은 영국과 미국 간 1872년 Alabama호 사건이다. 이 사건에서 중재법원은 중립의무 수행의 주의 정도를 영국이 주장한 국내 수준에서 요구하는 수준과 다른 고도의 수준이라는 미국 입장을 받아들였다. 이는 마치 국내법의 상당한 주의와 국제법의 상당한 주의가 별도로 있는 것으로 설시하고 있으나 실재로 국제법에 별개의 상당한 주의가 존재하는지는 의문이다; *Alabama Claims(US v. Great Britain), Reports International Arbitral Award 1871*, pp.571-573 및 pp.612-613.

36) 상당한 주의의무를 법원칙으로 간주 이를 위반하는 경우 국가책임이 발생된다는 주장은 영미법의 불법행위 법리와 관련 있다. 영미법에서는 불법행위를 고의적 불법행위(intentional tort), 과실에 의한 불법행위(negligence), 무과실 불법행위(strict liability)로 구분하고, 타인에게 피해를 야기하지 않을 법률상 주의의무가 있음에도 이를 위반하여 손해가 발생하고 해당 주의의무 위반과 손해 사이에 인과관계가 있는 경우 과실에 의한 불법행위로 인정한다. 이처럼 영미법에서는 법률상의 주의의무가 무엇이든지 간에 상당한 주의를 위반하여 손해가 발생하는 경우 불법행위(negligence)로 보고 due diligence자체를 obligation of due diligence 또는 principle of due diligence으로도 이해한다.

37) 이종현, "사이버 영역에서의 국제법상 상당주의 원칙의 적용에 관한 고찰", 「국제법평론」, 통권 49호(2018), 146-148면; Evans Stephen Fietta, Jiries Saadeh, Laura Rees "The South China Sea Award: A Milestone for International Environmental Law, The Duty of Due Diligence and the Litigation of Maritime Environmental Disputes?", *Georgetown Environmental Law Review*, vol.29(2017), pp.726-732. 해당 논문은 남중국해 중재법원이 중국 정부가 자국 선박의 불법어획활동을 예방하지 못함에 상당한 주의를 다하지 못하였다는 판결문에 근거하여 상당한 주의의무 자체를 국제법 원칙으로 인정하고 있다.

ILA 2차보고서에서 언급한 바와 같이 아직까지 그러한 기준을 찾을 수 없기 때문이다.[38] 따라서 상당한 주의 원칙은 국제법의 원칙이라기보다는 단지 국제법의 보충적 연원인 국내법의 일반원칙으로 국제재판의 준거법으로 활용될 수 있는 것으로 이해함이 타당하지 않을까 한다.

2. 예방원칙에서 상당한 주의

예방원칙에서 상당한 주의의 의미를 확인하기 위해선 스톡홀름 원칙 21에서 시작된 환경책임법리를 전개한 ILC의 작업 과정을 살펴볼 필요가 있다. ILC가 처음으로 스톡홀름 원칙 21을 다루면서 상당한 주의의 개념을 적용한 것은 국제하천의 비항행적 사용에 관한 법 협약의 1991년 첫 초안이다. ILC는 국제하천의 사용에 관한 법의 두 축으로 '합리적이고 형평한 사용 원칙'과 스톡홀름 원칙 21을 반영한 '타국 환경에 피해를 야기하지 않을 원칙'을 규정하였다. ILC는 해당 초안에는 상당한 주의를 '합리적이고 형평한 사용 원칙'의 판단 요소 중 하나로 접근하였다.[39] 그러나 1994년 최종 초안에서는 국가는 타 국가에게 상당한 피해를 야기하지 않기 위해 상당한 주의를 기울여(shall exercise due diligence) 국제하천을 사용하여야 한다고 규정하여 상당한 주의는 두 번째 원칙을 구체화하는 방식으로 변경되었다.

초안 작성에 참여한 McCaffrey는 상당한 주의가 두 번째 원칙에 삽입된 이유는 피해를 야기하지 않을 의무가 절대적 의무가 아니라 상대적 의무로서 상황 별 상당한 주의를 다할 의무 또는 최대한의 노력을 다할 의무로 설정할 의도였다고 설명하고 있다.[40] 추론컨대, 상당한 주의의 개념은 '합리적이고 형평한 사용의 원칙'과 '환경피해를 야기하지 않을 원칙'이 충돌하는 상황에서 양 원칙의 조정을 위하여 삽입되었으며 형평한 사용을 제한하는 수단이 아니라 피해를 야기하지 않을 의무를 제한하기 위하여 사용되었다고 이해된다. 특히 스톡홀름 원칙 21의 환경손해를 야기하지 않을 책임(responsibility)의 성격이 각주 37에서 기술한 영미법상 strict liability로 해석될 수 있는 논란이 있었음을 감안한다면 상당한 주의 개념이 들어간 이유가 더욱 이해된다.

그러나 상당한 주의를 다하였는지의 판단 주체 및 기준의 불분명성으로 인해 해당 문구는 1997년 협약에는 '상당한 주의를 다할 의무(shall exercise due diligence)' 대신 제7조 제1항에서 '모든 적절한 조치를 취할 의무(shall take all appropriate measures)'로 변경되었으며, 해당 문구는 2001년 예방규정초안 제3조에도 그대로 수용되었다. 따라서 예방원칙에서 '상당한 주의'는 환경피해를 예방하기 위해 필요한 모든 '적절한 조치를 취하는 것'으로 전환되었다.

상당한 주의를 행할 의무가 적절한 조치를 취할 의무로 치환되었다고 할지라도 여전히 상당한 주의를 행할 의무가 예방원칙에서 사라지는 것은 아니다. 적절한 조치를 취하는 것은 지극히 추상적인 상당한 주의를 담보하기 위해 절차적 규칙으로서 제시된 것이며, 해당 절차들이 상당한 주의를 통해 이루어져야만 예방원칙의 소기의 목적이 달성될 수 있다. 즉, 상당한 주의를 요구하지 않는 경우 초국경 환경피해가 예상되는 사업 승인을 결정하여야 할 국가가 형식적으로 절차만 준수하는 것을 막을 수 없기 때문이다.

ICJ도 Pulp Mill 사건에서 상당한 주의의무가 행위의무라는 점을 언급하고 그 이행조치로서 입법적, 행정적 및 법집행 조치 등을 취할 의무 뿐 아니라 해당 법규와 조치들의 이행을 상당한

38) ILA 2차 보고서, supra note 34, p.2, p.6.
39) Third Report on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, paras.188-191 참조.〈https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_348.pdf〉
40) Stephen McCaffrey, "Chapter 2. The UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: Prospects and Pitfalls" in *International Watercourses: Enhancing Cooperation and Managing Conflict*, World Bank Technical Paper No.414, 1998, p.21.

수준으로 관리 감독을 행사할 의무 역시 포함된다고 명시하고 있다.[41] ITLOS도 상당한 주의를 다하였는지 여부를 판단하기 위해 1) 적절한 규칙과 조치의 채택, 2) 집행에 있어서 일정 수준의 감시, 3) 행정적 통제의 행사를 제시하고 이러한 조치를 수행하는데 최대 가능한 노력을 다하는 것으로 설명하고 있다.[42] 따라서 예방원칙은 상당한 초국경 피해를 예방하기 위해 필요한 모든 적절한 조치를 상당한 주의를 다하여 취하여야 한다는 것으로 이해되어야 한다.

상당한 주의의 이행 자체가 예방의무 이행과 직결되는 이상 상당한 주의는 엄격하게 해석되어야 한다. 즉, 상당한 주의를 하지 않는 경우 예방원칙의 취지 자체를 달성할 수 없는 결과를 초래하여 예방의무를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 수준이어야 한다. 후술할 환경영향평가로 예시한다면 환경영향평가에서의 상당한 주의의무는 이를 이행하지 않는 경우 환경영향평가 제도의 취지를 달성할 수 없을 정도여서 환경영향평가를 실시하지 않은 것과 다를 바 없는 정도의 것들이다. 이는 환경영향평가를 객관적으로 수행하지 않고 정책적 차원에서 결론을 염두에 두고 자의적으로 진행하는 것은 물론 환경영향평가절차에서의 핵심적 절차를 하지 않는 경우도 모두 포함한다.

예방의무를 이행함에 상당한 주의를 다하였는지를 판단할 때 해당 상당한 주의의 정도는 사안별로도 달라진다. 국제법위원회는 예방규정초안 제3조 예방 관련 주석에서 상당한 주의는 구체적 사건에서의 초국경피해의 위험 정도에 비례하여 판단되어야 한다고 설명하고 있다.[43] 일반적으로 위험 정도를 판단함에 있어서 상당한 주의의무의 정도를 결정하는 요소는 첫째 발생할 수 있는 환경피해의 정도, 둘째 예방조치를 취하지 않는 경우 발생할 환경피해의 발생 개연성이다. 양자가 높을수록 예방의무 이행에 요구되는 주의 정도는 높아진다.[44]

첫째, 환경피해의 정도는 ILC가 제시한 바와 같이 감지 가능한 피해, 상당한 피해 그리고 심각한 피해 등 다양하며 이들 다양한 피해 정도에 따라 각각 요구되는 주의 정도 역시 달라진다. 만일 피해의 정도가 국제사회에서 일반적으로 수용될 수 있는 수준으로 단순히 일시적이고 그 피해가 국내법상 수인한도를 초과하지 않는 정도의 피해를 발생시키는 사업을 계획함에는 그다지 높은 주의가 요구되지 않지만 이와 달리 심각하거나 회복 불가능한 피해를 발생시킬 수 있는 사업을 계획함에는 일반적 수준보다 높은 주의가 요구된다.

둘째, 환경피해의 발생 가능성은 예방규정초안의 적용대상으로 제시한 상당한 초국경피해를 야기할 위험(a risk of causing significant transboundary harm)에 대한 평가이다. 환경피해의 정도가 위해성(hazard)의 문제라면 환경피해의 발생가능성은 위험성(risk)의 문제이다.[45] 해당 위험 평가에 따라 발생 가능성과 그 빈도가 높을수록 피해예방 조치를 취하여야 할 필요성도 높아

41) Pulp Mill 사건, supra note 6, p.79, para.197; ICJ는 실재로 해당 제지소 공장의 위치가 우루과이 강 수생환경의 피해를 고려한 입지인지 등을 검토하는 등 우루과이가 환경영향평가를 상당한 주의를 다하여 수행하였는지를 검토하고 있다.

42) *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, Feb. 1, 2011, ITLOS Reports 2011* (이하 심해저활동에 관한 권고적 의견), p.43

43) ILC 예방규정초안, p.154 (11). 같은 취지로는 심영규, 앞의 주 22, 128면.

44) 이외 예방조치 비용도 고려되어야 한다는 주장도 있다. 이는 미국에서 일반적으로 리스크 평가에 활용되는 비용편익분석에 해당한다. 국내 환경정책결정에 있어서 비용 문제는 정책결정에 내재되어 있음은 부정할 수 없지만 국제법에서 비용 문제는 초국경 환경피해를 예방하기 위한 협의 과정에서 고려할 요소이다. 예방규정초안 역시 예방을 위한 대안적 조치의 비용 문제를 협의 과정에서 이익형량 차원으로 고려할 요소로서 규정하고 있다.

45) Jonathan H. Adler, "More Sorry Than Safe: Assessing Precautionary Principle and the Proposed International Safety Protocol", *Texas International Law Journal*, Vol.37(2000), p.197; 박종원. "국제환경법상 사전배려원칙의 지위와 기능" 「법학논총」, 제24집 제3호(2007), 410면.

진다.

환경피해의 정도나 발생 가능성 모두 기술적, 과학적 수단에 의하여 판단되어야 한다. 그러나 문제는 과학기술이 갖는 한계로 인해 정확한 측정이 불가능한 경우이다. 따라서 과학적으로 입증되지 않았다고 할지라도 발생될 수 있는 피해가 극심하거나 회복불가능한 경우에는 예방조치가 요구될 수 있다. 이러한 경우에 요구되는 예방조치를 사전주의적 조치(precautional measures)라고 하여 예방 조치와 구분한다. 그리고 사전주의적 조치를 취할 것을 의무화한 것이 소위 사전주의원칙(precautionary principle) 또는 사전주의적 접근(precautionary approach)이다.[46]

예방원칙과 사전주의 원칙은 별개의 원칙이라기보다는 예방원칙에서 요구되는 상당한 주의의 정도에 따라 예방조치를 취할 의무와 사전주의적 조치를 취할 의무가 달리 발생한다고 보는 것이 타당하다. 즉 피해의 정도가 회복불가능하며 심각한 경우에는 일반 경우보다 고도의 주의가 요구된다는 점에서 예방조치 보다 고도의 사전주의적 조치가 발동되는 것이다. 양자를 구분하는 가장 큰 기준은 환경피해를 예상할 수 있는 과학적 근거의 유무 또는 과학적 확실성의 정도이다.[47] 비록 리우 선언과 많은 협약들이 예방원칙과 사전주의 원칙을 별도로 규정하고 있어 양자를 별개의 원칙으로 인식 할 수는 있지만 사전주의는 예방원칙에 포함된 것으로 단지 상당한 주의 정도에 따라 취하여야 할 예방조치가 다른 것이라고 판단함이 타당하다. 예방규정초안의 특별보고자였던 라오(Pemmaraju Sreenivasa Rao)도 사전주의원칙은 예방원칙에 이미 포함되어 있는 내용으로 양자를 분리할 수 없다는 의견을 제시한 바 있다.[48]

3. 법적 성격 및 기능

예방원칙 위반 시 성립하는 국가책임 관련 상당한 주의의 법적 성격 또는 그 지위 그리고 그 기능은 무엇인가? 일정한 행위를 함에 있어서 상당한 주의를 하지 않는 것은 일반적으로 과실에 해당한다는 점에서 상당한 주의(due diligence)의 대척점에 있는 개념은 과실(negligence)이다. 그러나 국제법에서 국가책임 성립에 고의나 과실 등 주관적 요소는 필요하지 않고, 단지 1차 규범의 내용에 따라 주관적 요소가 관련 있을 수 있다.[49]

주관적 요소와 관련된 대표적 1차 규범은 Corfu Channel 사건의 "자국 영토가 타국의 권리에 반하는 행위를 위해 사용되는 것을 알면서도(knowingly) 이를 허용해서는 안 될 의무"이다.[50] ICJ는 해당 사건에서 알바니아가 영국 군함이 기뢰로 인해 피해를 입기 전 다른 폭발사건

---

46) 리우 원칙 15. 사전주의 원칙 대신 사전주의 접근이라는 용어를 사용하는 것은 해당 원칙의 법규범성을 부정하는 입장이라는 견해도 있다. 그러나 해당 내용을 규정하고 있는 많은 협약에서 사전주의 원칙이라는 용어 대신 사전주의적 접근법이라는 용어를 사용하고 있음에도 불구하고 내용에는 shall의 용어를 사용하여 법적 의무로 규정하고 있는 경우도 많이 발견된다; 1996년 런던 의정서 제3조, 1982년 12월 10일 해양법에 관한 국제연합협약의 경계왕래어종 및 고도회유성어종 보존과 관리에 관한 조항의 이행을 위한 협정(유엔공해어업협정) 제5조 및 제6조

47) 성재호, "환경보호를 위한 사전주의원칙", 「대한국제법학회논총」, 제43권 제2호(1998), 129면; 장신, "국제법상 사전주의 원칙의 법적 성격과 그 적용", 「대한국제법학회논총」, 제44권 제1호(1999), 333면; 최영진, "국제환경법상 사전주의원칙의 법적 지위에 관한 연구", 「경희법학」, 제51권 제1호(2016), 171면; 사전주의 원칙과 국내법에 대해서는 이일호, "국제환경법과 독일법상의 사전주의원칙", 「환경법과 정책」, 제20권(2018), 254면.

48) ILC Report Fifty-Second session(2000), UN. DOC. A/55/10 para 716.

49) 김석현, 『국제법상 국가책임』,(삼영사, 2006), 314면; 김대순, 앞의 주 16, p.668; 정인섭, 앞의 주 1, 434면; ILC도 1차 의무에서 특별히 정신적인 요소를 요구하는 경우가 아니라면 문제가 되는 것은 오로지 국가의 행위이며 그 어떤 의사도 필요가 없다고 하고 있다. ILC 국가책임 규정초안 제2조 주석(10).

으로 해당 수역에 기뢰가 있음을 인지하고 있었음에도 해당 수역에 진입하는 영국 군함에 통지하지 않았음을 국제법 위반이라고 확인하였다. 그런데 동 사건에서 주관적 요소인 '인지' 여부는 과실이 아닌 미필적 고의로서 통지의무의 위반의 고의성에 해당한다고 이해하는 것이 타당하다.

과실 판단 관련 상당한 주의는 예방의무 이행에 내재되어 있는 요소인가 아니면 예방의무 이행의무와는 별도의 국가책임 성립요건인가? 만일 상당한 주의가 예방원칙에 내재되어 있다고 보지 않고 별도의 국가책임 성립요건으로서 주관적 요소인 과실로 구성한다면, 예방조치를 취함에 있어서 과실이 있는 경우에만 국가책임이 발생하게 되어 예방원칙은 형해화 될 가능성이 높다. 예방조치를 취할 의무와 상당한 주의를 분리하는 경우, 절차를 형식적으로 준수하더라도 이에 대한 과실이 없는 경우 국가책임이 발생하지 않는 불합리한 결과가 발생한다. 특히 예방조치 중 환경영향평가는 시행 주체가 국가라는 점에서 해당 국가의 국내법에 의해 이루어지는데 국가별로 환경영향평가제도가 차이가 있을 수 있고 나아가 평가 과정에서 자의적 판단도 가능하다는 점에서 과실 여부를 판단하기 어렵다. 나아가 과실 판단 기준으로 국내법의 추상적 과실이 아닌 공통의 그러나 차별적 책임원칙 등에 따라 국가별 상이한 기준을 적용하여 주관적 과실을 기준으로 해야 하는 경우까지를 감안하면 더욱 그러하다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 다음 두 가지의 대안이 가능하다. 첫째, 예방의무 자체에는 상당한 주의의 개념이 내포되어 있어, 초국경피해를 예방하기 위해 모든 적절한 조치를 상당한 주의를 다하여 취하여야 한다는 것으로 예방의무를 구성하는 방안이다. 둘째, 예방의무와 별개의 상당한 주의의무를 또 다른 국제법상 의무로 구성하고 예방조치를 취함에 있어서 상당한 주의의무를 기울이지 않은 경우는 예방원칙 자체에 대한 위반은 아니지만 상당한 주의 의무 위반에 해당한다고 보는 것이다. 예컨대 특정 국가가 환경영향평가 후 평가 결과를 피해 예상국에게 신의성실하게 통지하고 협의를 하였지만 환경영향평가를 함에 있어서는 상당한 주의의무를 다하지 않았다고 가정하자. 이 경우는 첫 번째 대안에 따르면 예방의무 자체의 위반이지만 두 번째 대안에 따르면 예방의무는 준수하였지만 상당한 주의의무는 위반한 것이 된다.

그러나 상당한 주의를 다할 의무가 국내법상 일반원칙으로 국제법에 적용될 수는 있지만 ICJ 등 국제법 적용기관에서 상당한 주의의무를 국제법 상 별개의 연원으로 인정한 판례가 없으며[51] 만일 적용되더라도 예방의무를 적용함에 미진함이 있어서 보충적 연원의 지위에 있는 상당한 주의의무를 적용하는 논리보다는 처음부터 예방의무에는 상당한 주의 개념이 내포되어 있다고 보는 것이 법리 적용에 있어서 간결하다. 환경영향평가 등 예방적 조치들은 상당한 주의를 확보하는 수단이지 그 자체는 아니다. 따라서 해당 예방조치들을 취하는 것 자체가 상당한 주의를 다하는 것이 아니라 해당 조치를 취함에 있어서 상당한 주의를 하여야 하는 것이 예방의무라고 보는 것이 타당하다. ICJ도 Pulp Mill 사건에서 환경영향평가를 함에 있어서 평가절차를 준수하였다고 상당한 주의를 다한 것이 아니라 환경영향평가 및 그 절차를 상당한 주의를 기울여서 해야 한다고 판단한 바 있다.[52] 따라서 상당한 주의를 다할 것은 별도의 법 원칙으로 존재하는 것이 아니라 예방의무 자체에 내재되어 있다. 이러한 관점에서 예방원칙 이행에 상당한 주의를 다하지 않은 것은 예방원칙 자체에 반하며 그러한 의미에서 상당한 주의의 준수 여부는 예방원칙 이행의 판단 기준이 된다. 이러한 입장은 San Juan River 사건에서 Dugard 임시재판관이 개별의견으로 제시한 예방원칙은 환경영향평가 등 절차적 의무로 이행되며, 상당한 주의를 별도의 의무가

50) Corfu Channel 사건, supra note 24, p.22

51) ICJ는 1988년 니카라과와 온두라스 간 국경에서 군사활동에 관한 사건의 판결문에서도 신의성실원칙은 기본원칙이만 국제법의 연원 자체는 아니라고 판시한 바 있다; *Case concerning Border and Transborder Armed Action(Nicaragua Honduras), ICJ Reports 1988*, p.40, para.94.

52) Pulp Mill 사건, supra note 6, p.83, para. 205.

아닌 예방원칙을 이행함에 있어서 요구되는 행위기준(standard of conduct)으로 간주하는 것과 같은 취지이다.[53]

Ⅳ. 초국경 환경영향평가에서 상당한 주의

1. 의의

환경영향평가제도는 예방원칙을 구현하는 대표적 제도로서 계획이나 사업 등의 승인 전 그 환경 영향을 미리 조사·예측·평가하여 해로운 환경영향을 제거 또는 감소시킬 수 있는 방안을 마련하는 것을 말한다. 환경영향평가제도는 국내법에서 발전된 것으로 일반적으로 1969년 미국 국가환경정책법(National Environmental Policy Act: NEPA)에서 기원을 찾는다. 현재 환경영향평가제도는 국제사회의 대부분 국가에서 제도화하고 있다.[54]

과거에는 단위 사업을 대상으로만 그 시행 전에 환경영향평가를 하였으나 상위 계획을 수립할 단계부터 환경영향평가를 하여야 실질적으로 단위 사업에서도 환경적 고려가 이루어질 수 있다는 지적에 따라 전략환경영향평가의 개념이 도입되었다. 이에 따라 우리나라를 포함하여 대부분의 국가들은 환경영향평가를 상위계획을 평가대상으로 하는 전략환경영향평가와 이행계획 및 단위 사업을 평가대상으로 하는 일반 환경영향평가 등으로 구분하여 실행하고 있다. Espoo 협약도 2003년 전략환경영향평가에 관한 추가의정서를 채택하여 전략환경영향평가를 환경영향평가제도의 일환으로서 시행하고 있는 등 국제사회에서 전략환경영향평가는 일반화되고 있다.[55]

해당 제도는 예방원칙의 일환으로 국내 환경영향평가 절차에서 초국경 영향을 고려하는 단계에서 국제법과 접하고 있다. UN해양법협약 등 상당수의 국제협약에서 환경영향평가제도를 규정하고 있으며 특히 Espoo협약과 산업사고의 초국경 영향에 관한 협약(Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents)은 환경영향평가 자체를 주제로 체결되었다. 국제환경법에서 환경영향평가 제도는 예방원칙뿐 아니라, 사전주의 원칙 및 협력의 원칙을 절차적으로 발현하고 있다.[56]

2. 법적 성격

ICJ는 Pulp Mill 사건에서 초국경 환경피해가 야기될 경우 환경영향평가를 수행할 것은 "일반국제법 하에서의 요구"(a requirement under general international law)라고 판시하여 환경영향평가의무의 관습국제법적 성격을 인정하였다.[57] 이후, ICJ는 San Juan River 사건에서도 위

53) San Juan River 사건, supra note 4, Separate Opinion of Judge Ad hoc Dugard, p.3, paras.7-9; 상당한 주의의 판단 기준에 대한 관련 논의로는 이기범, 앞의 주 2, 200, 206-207면.

54) 국제환경법 상 환경영향평가제도 관련 협약 등에 대한 상세한 내용에 대해서는 박병도, "국제환경법상 환경영향평가에 관한 연구", 「환경법연구」, 제27권 제2호(2005), 159-186면.

55) Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context

56) Neil Craik, "The Duty to Cooperate in the Customary Law of Environmental Impact Assessment", *International Comparative Law Quarterly*, vol.69, no.1(2020), pp.239-259.

57) Pulp Mill 사건, supra note 6, p.83, para.204; 1995년 Nuclear Test 사건에서 New Zealand는 프랑스가 1986년 Convention for the Protection of the Natural Resources and Environment of the South Pacific Region(Noumea Convention) 제16조에 명기된 환경영향평가의무 뿐 아니라 관습국제법 상의 환경영향평가를 할 의무를 위반하였다고 주장했으나 동 사건이 본안에서 다루어지지 않아 이에 대한 ICJ의 판단은 이루어지지 않았다. 그러나 Weeramantry 재판관은 반대의견을 통해 환경영향평가를 할 의무는 국제사회에서 일반적 승인의 단계에 이르렀다고 하여 해당 의무가 관습국제법임을 시사하였

판시 사항을 언급한 후, "그 근저의 원칙(underlying principle)은 Pulp Mill 사건과 같은 산업 활동 뿐 아니라 초국경 단위에 상당한 부정적 영향을 미치는 활동 계획에도 적용된다"고 하여 환경영향평가의무는 초국경적 환경에 상당한 피해를 야기하는 모든 활동에 확대 적용됨을 밝히고 있다.[58] 나아가 비록 환경영향평가 결과 초국경 환경영향이 확인되지 않은 이상 동 사안에서 통지 및 협의의무는 검토할 필요가 없다고 하였지만, 초국경 영향 고려 뿐 아니라 통지 및 협의의무 모두 일련의 절차로서 당사국에게 적용되는 의무라고 하여 초국경 환경영향평가 자체를 관습국제법으로 확대 인정하였다.[59]

환경영향평가의무는 일반적으로 절차적 의무로 간주되며 이에 대한 실체적 의무는 no harm principle이나 예방원칙 등이 언급된다. 그리고 이들 간의 관계에 대해서 ICJ는 Pulp Mill 사건을 통해 다룬바 있다. 동 사건에서 우루과이는 실체적 의무인 예방원칙과 절차적 의무인 환경영향평가의무는 목적과 수단의 관계로 각각 별개이므로 그 위반 역시 각각 검토되어야 한다고 주장한 반면 아르헨티나는 절차적 의무는 실체적 의무의 구체적 발현이므로 절차적 의무의 불이행은 실체적 위반을 구성한다고 주장하였다.[60] ICJ는 이에 대하여 양자의 기능적 관련성을 인정하되 각각의 의무 준수여부는 별도로 판단되어야 한다는 다소 불분명한 입장을 취하였다.[61]

양자의 관계를 의무의 성격에 따라 절차적 실체적 의무로 구분하여 접근하는 것 외에 이를 법원칙(legal principle)과 법규 또는 법 규칙(legal rule)의 관계로 접근하는 것도 가능하다. 일반적으로 법 원칙은 추상적이고 원칙적인 의무를 제시하는 반면, 법 규칙은 구체적이고 특정적인 의무를 규정한다고 이해한다.[62] 법원칙은 상호 충돌될 수 있는 다른 법 원칙이 있는 경우 그 적용이 제한되어 애매모호한 상황이 만들어져 이에 따라 그 위반 여부가 불분명할 수 있지만, 법 규칙은 만일 충돌될 수 있는 다른 법 규칙이 있는 경우 전부 아니면 전무 형태(all-or-nothing fashion)로 해당 법 규칙이 적용되거나 적용되지 않는 상황만이 존재하여 그 위반 여부 확인이 상대적으로 명확하다.

sic utere tuo ut alienum non laedas에 기원하는 No harm principle은 추상적일 뿐 아니라 같은 원칙에 포함된 국가는 자국 관할권 내 천연자원을 개발할 주권을 갖는다는 내용과 상호 충돌될 수 있다는 점에서 그리고 이를 발전시킨 예방원칙은 역시 1997년 국제하천에 관한 협약에서도 합리적이고 형평한 사용의 원칙과 충돌된다는 점에서 법 원칙이라고 보는 것이 타당하다. 이와 달리 환경영향평가는 예방원칙을 구체적으로 구현하는 법제도이며 환경영향평가의무는 환경영향평가법제에서 국가안보 등 환경영향평가를 실시하지 않을 예외 상황을 규정하면 그 적용이 배제된다는 점에서 법 원칙이 아닌 법 규칙으로 볼 수 있다.[63] 일반적으로 법원칙을 구현하

으며(*Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v France) Case, 22 September 1995, Order ICJ Reports*. p.290, para.5; Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p.344) 1997년 Gabčíkovo-Nagymaros 사건에서도 Weeramantry 재판관은 개별의견을 통해 비록 양 당사국이 환경영향평가를 언급하지 않았음에도 환경영향평가는 동 사안에서 댐 건설 같이 특히 규모가 큰 사업으로 예상치 못하는 결과를 초래 할 수 있는 경우 주의 깊고 신중하게 접근되어야 한다는 점에서 중요한 의미를 지니며, 이러한 의미에서 환경영향평가를 할 의무는 이론적 뿐 아니라 국내적 국제적 관행으로 수립된 일반원칙이라고 언급한 바 있다.(*Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Separate opinion of Judge Weeramantry,* p. 111.)

58) San Juan River 사건, supra note 4, p.706, para.104.

59) Id. p.707, para.104 및 p.724, para.168.

60) Pulp Mill 사건, supra note 6, p.48. paras.72, 73.

61) Id, p.49. paras.79.

62) Ronald M. Dworkin, "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, vol.35, (1967), p.37; 이재곤, 국제법의 제원칙: 그 진화와 과제, 국제법평론, 통권 제38호(2013), 3면.

63) 드워킨도 *sic utere tuo ut alienum non laedas*를 법규범으로 적용한 *Riggs v. Palme,* 115 N.Y.

는 것이 하위의 규범인 법규칙이며, 법원칙의 위반 여부를 규명하기 힘든 상황에서 해당 법원칙을 구현하는 법규칙이 위반된 경우 법원칙 역시 이행되지 않았다고 이해하는 것이 합리적이다. 이러한 관점에서 예방조치인 환경영향평가의무 불이행은 결과적으로 예방원칙의 불이행으로 간주하는 것이 보다 논리적이다.

3. 구체적 내용

(1) 초국경 영향의 고려

초국경 환경영향평가의 시발점이 되는 초국경 영향은 국내법 상 환경영향의 평가 항목을 정하는 스코핑(scoping) 단계에서 고려된다. 초국경 영향은 말 그대로 국경을 넘어 환경에 미치는 영향으로 Espoo협약은 이를 전 지구적(global nature)의 성질을 갖지 않더라도 당사자 관할권 아래에 있는 지역 내 계획된 활동에서 기원하여 다른 당사자의 관할권 아래에 있는 지역에 그 전부 또는 일부가 일어나는 모든 영향으로 정의하고 있다.[64] 관습국제법인 예방원칙에 따라 국내법의 환경영향평가절차에서 초국경 영향 검토를 규정하는 것은 국내법에서 국제법의 이행이라는 차원에서 당연한 내용이다.[65]

스코핑 단계에서 초국경 영향을 고려할 때 어느 수준 이상의 영향이 예상되면 통지 및 협의의무를 발동시키는가? 이는 최소한 상당한 수준 이상으로 해당 환경영향평가 대상 사업의 국내의 환경영향평가 대상지역 내 발생하는 영향과 같은 수준이면 충분하다. 과학적으로 상당한 수준 이상의 환경영향이 미치는 지역(환경영향평가 대상지역)을 설정하는 과정에서 환경영향평가 대상지역이 국내 뿐 아니라 국외도 포함하는 것을 인지하는 순간이 초국경 영향을 고려하는 시점이 된다.

일반적으로 환경영향평가 대상지역은 민법 상 불법행위로 인한 손해배상이 인정되는 정도의 피해인 상당한 수준의 환경피해가 예상되는 지역이다. 국내에서는 해당 사업으로 발생할 환경영향이 상당한 수준이라서 환경영향평가 대상지역으로 설정하였는데 환경영향이 발생하는 지역이 외국이라는 이유로 국내 보다 높은 수준의 환경영향이 미쳐야만 환경영향평가 대상지역으로 설정하는 것은 타당하지 않다. 이러한 관점에서도 예방원칙이 적용되는 초국경 영향이 '중대한' 환경피해가 아닌 '상당한' 환경피해라고 보는 것이 타당하다. 전술한 바와 같이 만일 단지 국외라는 이유로 환경영향평가 대상지역에서 제외한다면 해당 지역에 거주하는 외국 주민들에게는 자신들에게 예상되는 환경 피해를 저감하기 위한 대책을 마련할 기회를 박탈당한다는 점에서 부당한 차별적 대우가 된다.

초국경 영향은 그 판단 여부에 따라 통지 및 협의 절차가 시작된다는 점에서 그 개념은 초국

---

506 (1889) 판례를 설명하면서 해당 법규범이 법원칙이라고 예시하고 있다; Id, p.37. 환경영향평가의무 불이행은 해당 불이행을 허용하는 명시적인 법 규칙이 존재하지 않는 한 당연히 국가책임이 뒤따른다. San Juan River 사건에서는 코스타리카가 국내법에 규정된 비상사태를 이유로 환경영향평가를 실시하지 않은 것에 대하여 국제법상 환경영향평가 이행 여부는 국내법 규정과는 무관하다고 하고 이후 실체적으로도 해당 사안에서 비상사태를 인정할 근거가 없다고 하였다.(San Juan River 사건, supra note 4, p. 751. para 157) 그러나 환경영향평가가 본질적으로 국내법적 제도라는 점에서 국내법에서 예외 규정에 따라 적법하게 환경영향평가를 실시하지 않은 것 자체에 대해 국내법원용금지원칙을 적용하기 보다는 해당 예외규정의 적용이 타당한지 여부를 확인하는 것이 보다 합리적인 적용이라고 생각한다.

64) Espoo협약 제1조(정의) 제8항.

65) 그러나 우리나라 국내법에서는 초국경 영향을 환경영향평가 절차에서 명문으로 고려할 것을 규정하고 있지 않다.

경 환경영향평가절차 개시의 방아쇠 역할을 한다. 이러한 의미에서 상당한 피해의 판단 기준은 중요한 의미를 갖는다. 그런데 상당한 초국경 피해의 판단기준은 '상당한'이라는 개념 자체가 ILC가 지적한 바와 같이 추상적이고 애매모호한 성격을 지니고 있어서 어려운 문제이다.[66] 대부분 국가의 환경영향평가제도를 고찰하여 볼 때 초국경 영향은 사업의 규모, 기간, 빈도, 그리고 피해의 가능성 및 불가역성 등을 종합적으로 고려하여 이루어진다.[67] Espoo협약 당사국들은 제3차 당사국 회의에서 초국경 환경피해의 상당성을 판단하기 위한 기준을 논의하면서 원칙적으로 초국경 영향의 규모나 성격이 상당성의 판단 기준이 되어야 하지만 사실상 계획 단계에서 이를 계량화하는 것이 어렵기 때문에 부속서 I에 기재된 사업의 규모 또는 성격을 그 상당성의 판단 기준으로 하고 있다.

중요한 점은 상당한 피해의 판단이 과학적 기술적 방법을 통해 객관적으로 이루어져야 한다는 것이다. 미리 정책적인 차원의 결정이 이루어지고 난 후에 형식적으로 환경영향평가를 하여 사업 여부를 결정하는 것은 자의적 판단으로 객관적이라 할 수 없다. 그런데 문제는 이러한 판단이 객관적이었는지 주관적 선입관을 갖은 자의적이었는지를 평가하기 어렵다는 것이다. 최대 가능한 방법은 해당 판단 과정의 절차를 통해 확인하는 것이다. 예컨대, 사업계획 자체의 상당한 피해가능성을 판단하기 어려운 사안에 추가적인 정보를 요청하는 등의 수정보완 요청이 있었는지 등은 그 결정이 객관적이라는 간접적인 증거가 될 수 있다.

ICJ는 Pulp Mill 사건에서는 우루과이 강 관련 피해의 상당성을 항행 및 하천 수질 등에 미치는 영향으로 판단하였고,[68] San Juan River 사건에서는 도로 건설사업의 성격, 규모 및 정도 특히 건설되는 도로의 하천 인접성 및 하천 하구의 지리적 조건 등을 실체적으로 판단하였다.[69] ITLOS는 남중국해 중재재판에서 중국 선박의 어획 대상이 멸종 위기종이라는 점과 해당 지역의 희귀하고 취약한 생태계 등을 중심으로 판단하였다.[70] 이처럼 행정적 차원의 사전적 판단 기준과 달리 사후적 사실관계를 다루는 재판에서는 사업의 규모나 성격보다는 사안에서 피해의 규모나 성격을 중심으로 판단하고 있음을 알 수 있다.

초국경 영향의 판단 주체는 환경영향평가의 속성 상 당연히 해당 환경영향평가 대상 사업이 이루어지는 즉, 해당 사업을 승인하는 국가이며 초국경 영향에 대한 판단도 해당 국가의 재량사항이다. 단, 재량권 행사는 해당 환경영향평가절차가 일반적으로 국가들이 채택하고 있는 절차와 기준에서 현격히 벗어나지 않을 것을 전제로 하는 것이며 또한 앞서 상당한 주의의 구체적 내용에서 전술한 바와 같이 환경영향평가제도 취지 자체를 달성할 수 없는 수준으로 상당한 주의를 기울이지 않은 경우에는 재량권 일탈 및 남용으로 간주하는 것이 타당하다.[71] 따라서 초국경 영향 자체를 고려하지 않은 것은 물론 초국경 환경영향평가 취지를 달성할 수 없을 정도로 형식적으로 진행된 것은 국제사회에서 일반적으로 수렴되고 있는 환경영향평가의 절차와 기준과 현저히 동떨어진 것으로 환경영향평가의무 및 예방의무 자체가 이행되지 않은 것으로 판단할 수 있다.

---

66) 예방규정초안, 제2조 주석(4).
67) Alan Ehrlich, William Ross, "The Significance Spectrum and EIA Significance Determinations", *Impact Assessment and Project Appraisal*, Vol.33, Issue 2(2015), p.87.
68) Pulp Mill 사건, supra note 6, p.56, para.103.
69) 전체 도로 160km 중 108.2km가 하천에 인접하고 절반 이상이 새롭게 건설되는 점, 대부분의 도로가 하천에 100m이내에 특히 18km는 50m 이내에 위치하는 점 등 구체적인 상황을 고려하였다; San Juan River 사건, supra note 4, pp.720-721, paras.155-156.
70) *The South China Sea Arbitration Award of 12 July 2016*, para.961.
71) 국내에서도 환경영향평가의 부실의 정도가 환경영향평가제도의 입법 취지를 달성할 수 없을 정도이어서 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도인 경우는 재량권 일탈 남용으로 위법한 것으로 보고 있다; 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330.

(2) 누적적 영향의 고려

누적적 영향 고려는 계획 또는 사업이 특정 지역 또는 시기에 집중될 경우 이에 대한 영향을 고려하는 것을 의미한다. 누적적 영향 고려는 환경영향평가제도를 실시하는 대부분 국가에서 인정되고 있다. 유럽의 경우 환경영향평가 지침에서 상당한 영향 평가 시 고려할 사항으로 누적적 영향을 명기하고 있어[72] 이에 따라 EU 모든 국가들은 환경영향평가에서 누적적 영향을 고려하고 있다. 환경영향평가제도의 기원국인 미국도 누적적 영향을 환경영향평가절차의 주요 절차로 다루고 있으며,[73] 우리나라 역시 환경영향평가법에서 누적적 영향고려를 환경영향평가의 기본원칙으로까지 규정하고 있다.[74]

UNEP이 발간한 '환경영향평가 목표와 지침'은 원칙 4에서 환경영향평가 시 최소한 고려될 사항 중 하나로 직접, 간접, 장단기 영향 외에 누적적 영향을 명시하고 있다.[75] 환경영향평가를 규정하고 있는 대부분의 국제협약 역시 누적적 영향 고려를 규정하고 있다. Espoo 협약은 협약 본문에는 누적적 영향을 규정하고 있지 않지만 지침서를 통해 누적적 영향을 고려할 것을 규정하고 있다.[76] 남극조약의 추가의정서인 환경보호에 관한 남극조약 의정서는 남극활동의 환경영향을 평가할 때 활동자체로서 그리고 남극조약지역에서의 다른 활동과 연계되어 발생하는 영향을 포함하여 누적적 영향을 고려할 것을 환경원칙으로 규정하고 있다.[77] 또한 환경영향평가 절차를 규정한 부속서 1에서 초기 환경평가 및 포괄적 영향평가에서 모두 누적적 영향을 고려할 것을 명기하고 있다.[78]

누적적 영향의 고려는 해당 사업이 환경영향평가 대상인지 여부를 검토하는 절차인 스크리닝(screening) 단계에서 발생할 수 있는 문제점을 해결하기 위해서도 필요하다. 일반적으로 국내 환경영향평가제도에서 환경영향평가 대상을 정하는 방식은 다음 두 가지로 구분된다. 첫째, 환경영향평가 대상 사업을 인간이나 환경에 상당한 영향을 미치는 사업 등 추상적으로 규정하는 경우로 전술한 미국 국가환경정책법이 대표적 예다.[79] 이 경우 환경영향평가 실시 주체는 사업이 환

72) 1985년 지침 채택 당시부터 부속서Ⅲ에 고려할 영향에 직접, 간접, 장기, 단기 영향 외에 누적적 영향을 명기하고 있었으며 현재에는 부속서Ⅳ에서도 이를 규정하고 있다; 부속서 Ⅲ EIA Directive 85/337 및 부속서Ⅳ 5조 g. EIA Directive 2014/52/EU.

73) Consideration of Cumulative Impacts In EPA Review of NEPA Documents, U.S. Environmental Protection Agency, Office of Federal Activities (2252A), EPA 315-R-99-002/May 1999

74) 환경영향평가법 제4조. 5. 환경영향평가등은 계획 또는 사업이 특정 지역 또는 시기에 집중될 경우에는 이에 대한 누적적 영향을 고려하여 실시되어야 한다.

75) Goals and Principles of Environmental Impact Assessment Principle 4.d; 또한 런던의정서 관련 2013년 10월 18일 채택된 "해양 비옥화(ocean fertilization) 및 기타 해양 지오엔지니어링 공학활동(Marine Geoengineering Activities)을 위한 물체 배치를 규율하는 런던의정서 개정안"은 발효되지는 못했지만 환경영향평가 시 잠재적 영향에서 누적적 영향을 고려할 것을 요구하고 있다.

76) 동 지침 p.8.

77) 환경보호에 관한 남극조약 의정서(이하 남극의정서) 제3조. 이외에도 의정서는 협력에 관한 규정에서 당사국들이 기지 위지 선정 시 기지가 특정지역에 과도하게 집중됨으로써 발생하는 누적적 영향을 피할 수 있도록 기지 및 기타 시설 예정지의 선택과 관련한 다른 당사국과의 협의함에 노력할 것을 규정함으로써 누적적 영향을 고려하는 것이 환경영향평가 뿐 아니라 남극 내에서의 주요 활동 시 고려할 사항임을 보여주고 있다; 제6조 1.(d)

78) 남극의정서 제1부속서 제2조 및 제3조. 나아가 남극환경영향평가를 위한 지침(Guidelines for Environmental Impact Assessment in Antarctica) 3.2에서는 누적적 영향을 과거, 현재 그리고 합리적으로 예측 가능한 미래에 발생할 활동의 종합적 영향으로 규정하고 이들 활동은 시간과 공간적으로 반복하여 발생하여 영향을 추가하고 영향 상호간 영향을 미쳐 시너지 효과를 발생시키는 것 까지 모두 고려하도록 하고 있다.

79)...major federal actions significantly affecting the quality of the human environment; 42

경에 상당한 영향을 미치는지를 내부적으로 검토하여, 그 결과에 따라 정식 환경영향평가를 시행하던지 또는 별도의 환경영향평가 실시 없이 바로 사업을 승인할 수 있다.[80] 두 번째는 환경영향평가대상이 되는 사업을 사업의 성격, 규모 등을 고려하여 구체적으로 법령에 목록으로 규정하는 경우로 유럽 대부분 국가와 우리나라가 취하고 있는 방법이다.[81] 우리나라는 환경영향평가법 및 시행령을 통해 18개 상위 사업군 및 87개의 단위 사업을 규정하고 있는데 예를 들어 도시개발사업으로서 사업면적이 30만㎡ 택지개발사업, 에너지개발사업으로서 발전시설용량이 1만 킬로와트 이상의 발전소를 설치하는 전원개발사업 등을 열거하고 있다.

미국 환경영향평가제도가 환경영향평가 대상 사업 목록 없이 스크리닝을 통해 환경영향평가 실시 여부를 결정하는 것과 달리 대륙법계의 환경영향평가제도는 그 대상 사업에 대한 명확한 기준을 제시하고 있어 예측가능성이 있다는 장점이 있다. 그러나 환경영향평가 대상을 사업 규모나 면적 등을 기준으로 일률적으로 정함으로 인해 사업을 수행하는 주체들이 해당 기준을 악용하여 환경영향평가를 회피하는 경우도 발생한다. 위 국내 도시개발사업으로서 40만㎡ 면적의 택지개발사업을 계획하는 경우, 시차를 두고 20만㎡ 면적의 두 개의 택지개발사업으로 나누어 각각 신청하여 환경영향평가를 회피하는 소위 '토막 치기'(salami-slicing)관행이 대표적 예이다. 이러한 토막 치기 관행이 환경영향평가의 취지와 목적을 훼손해온 점이 누적적 영향 고려가 도입된 배경이기도 하다.[82]

이처럼 환경영향평가에서 누적적 영향을 고려하는 것은 환경영향평가제도를 운영하는 대부분 국가의 일반적 관행이며 환경영향평가 관련 주요 국제협약에서도 이를 반영하고 있다. 이에 따라 환경영향평가절차에서 누적적 영향을 고려하는 것은 심해저 활동에 관한 권고적 의견에서 ITLOS가 제시한 국제사회의 최적환경관행 또는 관리방안(best environmental practice)으로 간주할 수 있다.[83] 나아가 환경영향평가 시 누적적 영향을 고려하지 않는 것은 환경영향평가제도 취지를 달성할 수 없는 수준의 상당한 주의를 해태한 것으로 간주하여 결과적으로 환경영향평가

U.S.C. § 4332.2(c)

80) 남극의정서가 이와 유사한 방식을 취하고 있다. 남극의정서는 제8조에서 환경영향평가 의무를 규정하고 그 구체적 절차는 제1부속서에서 다루고 있다. 이에 따르면 남극의정서 상의 환경영향평가는 예비단계, 초기환경영향평가, 포괄적 환경영향평가로 구분되는데 당사국이 자국 국내법 절차에 따라 예비단계(preliminary stage)를 통해 환경영향평가를 시행하며 그 결과 예상되는 영향이 1) 사소하거나 일시적인 것에 못 미치는 정도의 영향(less than a minor or transitory impact)인 경우에는 별도의 절차 없이 바로 활동을 개시하고, 2) 사소하거나 일시적 영향(a minor or transitory impact)인 경우에는 초기환경평가(Initial Environmental Evaluation)를 실시하고, 3) 사소하거나 일시적인 것을 초과하는 정도의 영향(more than a minor or transitory impact)인 경우에는 포괄적 환경평가(Comprehensive Environmental Evaluation)를 실시하여야 한다. 여기서 예비단계가 일종의 스크리닝의 과정이다. 부속서 제1조-제3조; Guidelines for Environmental Impact Assessment in Antarctica p.2; 예비단계의 평가는 국내법 절차에 따라 진행되며 초기환경영향평가와 포괄적 환경영향평가는 의정서와 그 부속서에 따라 진행된다는 점에서 차이가 있다. 이러한 차원에서 남극의정서 상의 환경영향평가는 국제적 환경영향평가라고 할 수 있다.

81) 국제협약 중 Espoo협약이 이와 유사한 방식을 취하고 있다. Espoo협약은 부속서I에서 초국경 영향고려, 통지 및 협의의무가 발동되는 활동들을 규정하고 있다. 부속서 I은 총 17개의 활동을 규정하고 있는데 예를 들어 정유 시설과 일일 생산량 500톤 이상의 석탄 및 쉐일을 이용한 기화, 액화시설, 유독 및 유해성 폐기물 소각장, 화학처리 폐기물처리시설, 대형 댐 및 저수지 등이 초국경 환경영향평가 절차가 필요한 활동으로 제시되어 있다. 해당 목록은 일일 생산량 수치 등 구체적 기준을 제시하기도 하지만 대형 댐과 같이 그렇지 않은 경우도 있다는 점에서 해당 목록은 당사국들에게 이를 기준으로 하여 세부기준을 작성하는데 기준을 제시하고 있다.

82) 우리나라는 사업 승인을 할 당시에 평가대상사업에 해당되나 평가 대상규모 미만이어서 환경영향평가를 하지 않은 사업이 동일 영향권역에서 사업계획의 변경으로 그 사업규모가 평가 대상규모에 이르거나, 그 사업규모와 신규로 승인된 사업규모의 합이 평가 대상규모에 이른 경우에는 환경영향평가를 하도록 하고 있는 등 토막치기 관행을 방지하고 있다; 환경영향평가법 시행령 별표3. 비고 4. 나.

83) 심해저활동에 관한 권고적 의견, supra note 42, p.48, para.136.

의무를 위반한 것으로 판단할 수 있다.

(3) 공공참여에서의 무차별 대우

환경영향평가절차에서 가장 중요한 절차 중 하나는 평가 대상 사업이 미치는 환경영향권 내 거주 주민들로부터 해당 사업에 대한 의견을 수렴하여 이를 최종 의사결정에 반영하는 것이다. 이를 공공참여(public participation)라고 한다.[84] 공공참여는 환경영향권 내 거주 주민들을 대상으로 환경영향평가서 초안을 공고하고 설명회나 공청회 등을 통해 해당 사업을 설명하여 주민들의 의견을 청취하고 최종적으로 이들의 의견을 반영한 저감 대책을 최종환경영향평가서에 포함하여 승인기관 의사 결정에 주민 의견을 반영하는 과정을 모두 포함한다. 공공참여의 취지와 목적은 정보 공개 및 이해관계자의 참여를 통한 사업추진으로 사회적 갈등 예방 및 환경적 피해 예방에 있다.[85]

공공참여가 환경영향평가제도의 핵심 절차 중 하나이기에 환경영향평가제도를 운영하고 있는 모든 국가들은 공공참여제도를 규정하고 있다.[86] UNEP 환경영향평가 가이드라인은 정부의 최종 승인 전, 주민들을 포함한 이해관계자들에게 의견을 제시할 수 있는 적절한 기회가 제공되어야 함을 환경영향평가의 원칙 중 하나로 제시하고 있다.[87] EU 환경영향평가지침(EIA Directive) 역시 전문에서 공공참여의 당위성을 선언하고 구체적으로[88] 공공참여의 주체에 대한 개념, 공공참여 절차 및 주민 의견 수렴 여부 결과 통보 등 구체적 내용을 규정하고 있다.[89] 초국경 환경영향평가에서 공공참여를 가장 상세히 규정하고 있는 국제협약인 Espoo협약에서도 제2조 일반 조항에서 공공참여를 환경영향평가절차의 하나로 규정하고 있다.

국내 환경영향평가의 스코핑 단계에서 초국경 환경영향이 확인된 경우에는 오염원인국은 초국경 영향권 내에 있는 주민에게 국적을 불문하고 공공참여의 기회를 부여하여야 한다. Espoo 협약은 제3조에서는 환경영향평가지역에 거주하는 피해예상국 주민들이 해당 사업에 대한 정보를 제공받고 해당 사업에 대한 반대의견을 포함한 의견을 제출할 기회가 보장되도록 하여야 한다고 규정하고 있다. Espoo협약은 공공참여에 대한 별도의 가이드라인을 통해 공공참여에 대한 상세한 지침을 제공하고 있는데, 해당 지침에서도 가장 강조하는 것은 환경피해가 예상되는 주민들을

84) 공공참여는 환경영향평가제도에 국한되는 것이 아니라 모든 환경정책 결정에 일반적으로 요구되는 내용이다; 리우 선언 원칙10.

85) 환경영향평가제도, 환경부, 2020, p.7

86) Neil Craik, *The International Law of Environmental Impact Assessment*(Cambridge Press, 2008), pp,146-150.

87) 원칙7. 이해관계자의 의견수렴은 국제환경영향평가절차에서도 반영된다. 국내 환경영향평가에서 의견 수렴은 해당 사업의 환경영향권 내의 자국 주민 및 외국 주민들이 주 대상인 것에 반해 국제 환경영향평가에서 의견 수렴은 해당 협약에서 정하기 나름이지만 이해관계국 즉 협약 당사국들이다. 대표적으로 남극의정서는 포괄적 환경영향평가의 경우 해당 환경영향평가서 초안 작성 후 의정서 당사국들에게 회람하고 당사국들에게 의견 제출 기회를 부여하여야 한다. 당사국은 환경영향평가서 초안을 남극조약 당사국회의 또는 위원회를 통해 회람할 수 있으며, 당사국회의를 통해 회람하는 경우 회의개최 120일 전에 배포되어야 하며 이 경우 위원회에도 송부되어야 한다. 환경영향평가서 배포 후 최대 15개월 이내에는 당사국들의 의견을 수렴하여야 하며 이 기간 동안 사업 수행에 대한 승인은 이루어져서는 안 된다. 의견 수렴 후 작성되는 최종 환경영향평가서는 접수된 당사국들의 의견이 포함되어야 하며, 해당 의견이 어떻게 반영되었는지 등에 대해서 기술된다. 그리고 해당 환경영향평가 후 최종적 의사결정 후에는 해당 의사결정을 당사국들에게 사업 개시 6개월 전에 통지하여야 한다; 의정서 부속서1 제3조 4.5.6

88) 제1조 (10)(b),

89) 제1조, 제6조, 제9조. EU EIA Directive는 2003년 공공참여제도가 반영 개정되었는데 공공참여제도를 중점적으로 다루고 있는 Århus 협약을 EU가 비준함에 따른 결과이다.

국적에 따라 차별하는 것을 금지하는 것이다.[90] 해당 협약은 자국 내 환경영향평가절차에서 해당 사업의 환경영향권 내에 거주하는 자국민들과 동일하게 외국에 거주하는 주민들에게도 관련 정보를 제공하고 의견을 수렴할 것을 요구하고 있다.[91] 해당 정보 제공과 의견 제출은 오염원인국을 통해 직접 또는 피해예상국의 관계 당국에 의해 간접적으로 이루어질 수 있으며,[92] 제출된 의견들은 오염원인국의 최종 결정에 충분히 고려되어야 하고, 최종 결정 후에는 그 결정 과정에 제출된 의견들이 어떻게 고려되었는지 역시 통보되어야 한다.[93]

Espoo협약에 따라 초국경 환경영향평가가 수행된 10건의 사례를 검토한 결과 모든 사례에서 환경영향평가절차에서 자국민 뿐 아니라 피해예상국의 영향권 내의 주민들에게도 관련 정보와 의견 수렴의 기회가 제공되었음을 확인할 수 있었다.[94] 지엽적인 문제로 언어권이 다른 국가 간 환경영향평가서 등 관련 정보의 번역 및 설명회 개최 등 공공참여에 소요되는 비용의 부담 주체 및 피해예상국의 주민들로부터 의견을 수렴하는 기간의 차이가 있는 것 외에 기본적으로 자국민에게 제공하는 동일한 정보와 의견 수렴 절차가 제공되었다.[95] 이처럼 환경영향평가제도에서 공공참여 절차는 국가들의 일반관행으로서 환경영향평가를 수행하는 국가는 초국경 환경영향평가에서 환경영향권 내에 거주하는 자국민들 뿐 아니라 피해예상국의 주민들에게도 직접 또는 간접적으로 동일한 수준의 정보를 제공하여야 한다.

(4) 통지 및 협의 과정에서 충분한 정보제공

통지와 협의 의무는 예방원칙 뿐 아니라 국제협력원칙에서도 기반하므로 초국경 환경피해 예방을 위하여 이해 관계국의 협력 차원에서 진행된다.[96] 통지와 협의의 목적은 초국경 환경피해 관련 양국의 분쟁을 방지하여 평화적 관계를 유지하는 것이다. 이러한 목적 달성을 위해 초국경 환경 피해를 예방하기 위한 모든 충분한 정보가 적절한 시점에 통지되어야 하며 그 협의는 신의성실하게 이루어져야 한다.[97] 통지의 방법, 시점, 통지 대상자 및 통지대상 정보의 범위는 실재로 많은 분쟁의 대상이 되는 주제로 이와 관련된 상당한 주의 준수의 기준을 확인하는 것은 중요하다.[98]

---

90) Guidance on Public Participation in EIA in a Transboundary Context. ECE/MP.EIA/7

91) Id. 10.(b), p.9

92) 제3조 8; 가이드라인에서는 이러한 경우 오염원인국과 피해예상국은 공공참여 관련 연대 책임이 존재한다고 하고 있다. 즉, 오염원인국은 피해예상국에게 정보를 통지하고 피해예상국은 관련 정보를 수령 후 이를 자국 내 환경영향권 주민들에게 제공하고 의견을 수렴하여 피해예상국에게 전달하고 추후 협의 과정에서 이를 논의하여야 하는 것이다.

93) 제6조 1,2.

94) Public Participation Provision of the Convention and their Application, Annex 2 Case Study.

95) 비용은 오염원인국, 피해예상국 그리고 제3기관인 국제적 NGO 등이 협의에 따라 부담하였으며, 의견수렴을 위해 주어진 기간은 최소 2주에서 12주 등 격차가 있었는데 사업의 성격 및 규모 등 환경영향평가 내용의 복잡성에 따라 차이가 발생한 것으로 이해된다.

96) 환경영향평가 의무와 통지 및 협의 의무 관련 ICJ는 San Juan River 사건에서 환경영향평가 의무가 없는 경우 이후 통지나 협력의 의무는 존재하지 않는다고 하여 통지 및 협력 의무가 환경영형평가 결과에 종속되는 것과 같은 입장을 취하였다. San Juan River 사건, supra note 4, p.724, para.168.통지 및 협력 의무가 환경영향평가의 초국경 영향 고려 후의 후속적 조치임에는 틀림이 없다. 그러나 환경영향평가 시행국이 해당 사업에서 발생하는 초국경 영향이 없다고 판단하였다고 할지라도 피해를 우려하는 국가가 관련 정보를 요청하는 경우에는 국제협력의 의무 차원에서 정보를 제공할 의무가 존재한다. 이는 국제협력의 원칙뿐 아니라 분쟁 당사국 중 분쟁을 해결할 수 있는 정보를 보유한 국가는 분쟁 해결을 위한 적극적 조치를 취할 우선적 지위에 있다고 보는 것이 분쟁의 평화적 해결 원칙에도 부합한다.

97) Lake Lanoux 사건, supra note 30, p.281.

통지를 받을 대상자는 원칙적으로 초국경 영향평가 결과 피해가 예상되는 국가 그리고 보충적으로 그 해당 권역에 거주하는 주민들이다. 오염 원인국은 피해 예상국 정부에게 관련 정보를 제공함으로서 피해 예상국 내 영향권 내 주민들에게 간접적으로 정보를 제공할 수 있다. 그러나 만일 오염 원인국이 정보를 제공하지 않고 피해 예상국 역시 이에 별다른 이의를 제기하지 않는 경우, 피해 예상국 내 영향권 내 주민들이 오염 원인국에 직접 정보제공을 요구하면 관할 당국은 이에 적극적으로 응하여야 하는 것이 통지제도 목적과 초국경 환경영향평가제도 취지에도 부합한다. Espoo협약 가이드라인이 지역 주민에게 정보를 제공할 양 국가의 연대책임(joint responsibility)을 언급한 것도 이러한 취지이다.[99]

통지의 시점은 오염 원인국이 영향권 내 자국 주민들에게 의견 수렴을 위해 정보를 제공하는 시점과 동일하여야 한다. 이는 통지의 목적이 정보제공 및 의견 수렴을 통해 최종 의사결정에 반영하기 위함이므로 자국 주민들의 의견과 함께 국외 주민을 포함한 피해 예상국 정부의 의견이 함께 최종 의사결정에 반영되어야 하기 때문이다.[100] 의사결정이 이루어지거나 심지어 계획 수립 또는 사업 승인 후에 통지를 하는 것은 환경영향평가제도 취지에 부합하지 않는다. ICJ도 San Juan River 사건에서도 환경영향평가가 의사결정 후가 아닌 사전적으로 진행되어야 한다고 판시한 바 있다.[101]

통지 대상 정보 범위에 대해서는 Espoo협약은 제3조에서 의견 개진을 위한 충분한 정보로서 통지 대상 정보를 구체적으로 명기하고 있는데 특히 계획된 활동에 관한 정보, 예상되는 초국경 영향에 관한 정보 그리고 이루어질 가능성이 있는 결정의 내용 등이 포함되어야 한다. 또한 해당 정보의 제공 시 피해 예상국이 환경영향평가절차에 참여할 것인지 여부에 대한 회답에 소요되는 합리적인 기간을 정하여 통보하도록 하고 있다.[102] 통지될 정보는 자국이 상당한 환경 피해가 있을 것이라고 판단한 근거 및 관련 정보가 포함되어야 하므로 오염 원인국이 스크리닝 과정에서 참고한 자료를 제공하는 것이 합리적이다.[103]

환경영향평가 절차 중 오염 원인국이 환경영향평가의 필요성이 없거나 해당 사업으로 인한 초국경 영향이 없다고 판단하였음에도 불구하고 주변국이 해당 판단에 이의가 있어 관련 협의를 요구하는 경우 오염 원인국이 자국의 정책적 판단 과정에 활용한 자료나 근거를 주변국에게 적극적으로 제시하여 불필요한 우려와 갈등을 없애는 것이 협력의 원칙 차원에서 요구된다. 만일 오염 원인국이 충분한 설명 없이 자료도 제시하지 않는 경우에 주변국이 적극적으로 해당 사업으로 인해 자국 환경에 상당한 피해가 있음을 적극적으로 입증하여야 하는가? 예방규정초안은 이러한 경우 자국이 우려하는 합리적인 근거를 제시할 것을 요구하고 있으나, 이는 우려되는 피해가 모호하고 근거 없는 수준이 아님을 입증하는 수준이면 가능하다.[104] 만일 오염원인국이 초국경 영향이 없다고 판단한다고 할지라도 피해 예상국이 관련 정보를 요구하는 경우 피해 예상국은 초국경 영향이 있음을 완벽히 입증하여야 하는 것이 아니라 우려의 합리적 근거와 함께 오염 원인국에게 초국경 영향이 없다고 판단한 자료와 근거를 요청 할 수 있으며 해당 요청이 있는 경우 오염 원인국은 성실하게 협의에 임하여 자료를 제공하여 초국경 영향이 없음을 설명하여야 한다. Espoo

98) Pulp Mill 사건, supra note 6, p.59, para 117, 118.
99) Guidance on Public Participation in EIA in a Transboundary Context. ECE/MP.EIA/7, 2,5, p.19.
100) Espoo협약도 제3조 제1항 통지의 시점을 자국민에 대해 고지하는 시점보다 늦어서는 안 된다고 규정하고 있다.
101) San Juan River 사건, supra note 4, p.723, para.161.
102) Espoo협약 제3조 제2항.
103) Pulp Mill 사건, supra note 6, para. 104.
104) 예방규정 초안 제11조 및 주석(3)

협약 역시 부속서 I 에 기재된 활동에 대한 피해 예상국의 정보제공 및 협의요청이 있는 경우 협의 자체가 유의미 할 수 있도록 충분한 정보를 제공할 의무를 오염 원인국에게 부여하고 있다.[105] 나아가 이해 관계국 사이에서 초국경 영향에 대한 이견이 좁혀지지 않는 경우 초국경 영향의 발생 가능성을 심의할 수 있는 제3의 기관인 심의위원회(inquiry commission)를 통해 해결할 수 있는데 이 경우 심의위원회가 관련 자료 및 정보 제공 나아가 증인 및 관련 전문가의 출석을 요구하는 경우 당사국은 이를 수용할 의무가 있다.[106] 따라서 양국 협의 과정에서 제3자의 조정이 없더라도 오염 원인국이 보유하고 있는 정보를 제공하는 것이 타당하다. 요약컨대, 통지 및 협의 과정에서 오염원인국이 준수하여야 할 상당한 주의는 관련 정보를 피해예상국이 협의에 임할 수 있는 수준으로 충분히 제공하고 그 시점 역시 최종 의사 결정 전 특히 자국민들에게 정보를 제공하는 시점과 동일하게 제공하였는지 여부로 판단할 수 있다.

V. 결론

모든 국가는 관습국제법인 예방원칙에 따라 상당한 초국경 환경 피해를 예방하기 위해 필요한 모든 적절한 조치를 취할 의무가 있다. 그리고 초국경 환경 피해 예방 조치는 국내 환경영향평가 절차에서 초국경 영향 고려를 할 의무 그리고 해당 평가결과 초국경 영향이 예상되는 경우 피해가 예상되는 국가에게 해당 위험을 통지하고 그 위험을 최소화하기 위해 협의할 의무로 구성된다. 동 논문은 이러한 의무가 진행되는 절차를 초국경영향평가라고 지칭하였다. ICJ는 예방원칙 뿐 아니라 초국경영향평가절차를 구성하는 초국경영향 고려, 통지 및 협의 의무를 각각 관습국제법임을 확인한 바 있다.[107]

ICJ는 Pulp Mill 사건에서 예방원칙의 이행은 단순히 적절한 법규와 조치를 채택할 의무 뿐 아니라 해당 법규와 조치들을 상당한 주의를 다하여 이행할 것을 요구하고 있다.[108] 따라서 상기의 초국경영향평가절차를 구성하는 각각의 의무 역시 상당한 주의로서 이행되어야 한다. 상당한 주의는 예방원칙 및 예방원칙에서 파생하는 예방조치를 취할 의무에 내재되어 있으며, 예방조치 이행 시 요구되는 행위 기준이다. 따라서 상당한 주의를 해태하는 것은 해당 의무의 불이행이자 나아가 예방원칙의 불이행을 초래하게 된다. 동 논문은 이러한 전제하에 과연 예방원칙 이행에 요구되는 상당한 주의는 무엇인가에 대해 검토하였다. 그리고 예방원칙의 일환인 환경영향평가를 구체적으로 검토하여 환경영향평가절차에서 요구되는 상당한 주의라는 행위기준으로서 초국경영향 고려, 누적적 영향 고려, 공공참여에서 무차별대우 그리고 통지 및 협의 과정에서 충분한 정보의 제공 등을 제시하였다.

초국경 영향 고려는 관습법적 지위에 있음에도 불구하고 우리나라 환경영향평가법에 규정된 절차에는 명기되어 있지 않다. 이는 국경을 연접한 유럽 국가들과 달리 3면을 바다에 접해있는 우

105) Espoo협약 제3조 제7항.

106) 부속서Ⅳ 제7조; 실재로 심의위원회는 2004년 루마니아와 우크라이나 간 다뉴브강 델타 지역의 준설작업 관련하여 한 차례 구성되었다. 루마니아의 요청으로 진행된 심의절차는 2006년 초국경 영향이 존재한다는 보고서 채택으로 마무리 되었고 이후 양국의 협의가 진행되었다. 흥미로운 점은 심의위원회는 초국경 영향의 존부 외에도 해당 초국경 영향을 저감대책까지 일반적인 권고를 하고 있다는 점이다. 이는 당사국의 심의 수권 범위에 따라 결정되겠지만 사실상 분쟁해결기관으로서 역할 하였다; Espoo Inquiry Commission Report on the likely Significant Adverse Transboundary Impacts of the Danube-Black Sea Navigation Route at the Border of Romania and the Ukraine, 2007, pp.62-63.

107) San Juan River 사건, supra note 4, p.707, para.104 및 p.724, para.168.

108) Pulp Mill 사건, supra note 6, p.79, para.197.

리나라에게 초국경영향을 고려할 현실적 필요성이 과거에는 크게 부각되지 않았기 때문인 것으로 생각된다. 그러나 국내법과 국제법의 정합성 차원 뿐 아니라 중국 발 초미세먼지, 후쿠시마 원전 오염수 배출이라는 초국경 환경위험은 우리나라가 더 이상 법제적으로 초국경 영향 고려를 외면할 입장이 아니라는 사실을 역설하고 있다.

누적적 영향 역시 환경영향평가를 실시하는 모든 국가 뿐 아니라 국제환경영향평가 절차에서도 필수적인 고려 절차라는 점에서 국가들의 일반 관행이자 환경영향평가에 있어서 국제사회의 보편적 기준이다. 일본은 현재 120만 톤 이상의 후쿠시마 오염 원전수를 2023년 이후 바다로 순차적으로 배출할 계획을 수립하여 발표하였다. 이처럼 시간적으로 나누어 원전 오염수를 배출하는 것은 원전 오염수의 위험을 일본 근해를 통해 인근 해양환경에 지속적으로 누적시킨다는 점에서 대표적인 누적적 영향을 야기한다. 따라서 일본은 해당 계획을 수립함에 있어서 국내 전략환경영향평가절차를 통해 이와 같은 누적적 영향을 반드시 고려하였어야 한다.

초국경 영향이 존재하는 경우 환경영향평가 대상지역은 국경을 넘어 설정될 수밖에 없다. 이 경우 환경영향평가 대상지역에 거주하는 주민들은 국적을 불문하고 환경피해가 우려되는 동일한 지위에 있다. 따라서 이들의 환경피해를 예방하기 위해 국적을 불문하고 환경 위험에 대한 정보가 제공되어야 하는 무차별 원칙이 적용되어야 한다. 환경영향평가 대상지역에 거주하는 피해 예상국 국적 주민들에게 공공참여를 보장하기 위해 오염 원인국은 피해 예상국을 통해 해당 주민들에게 정보가 제공되도록 하거나 또는 이것이 여의치 않을 경우 또는 해당 주민들이 직접 정보를 요구하는 경우 이에 응할 의무가 있다. 이러한 무차별 원칙을 반영하고 이행하는 것이 초국경 차원의 환경영향평가에 요구되는 행위기준으로서 상당한 주의에 해당한다. 나아가 예방원칙 및 국제협력의 목적을 감안할 때 제공되는 정보는 실질적인 예방대책을 마련하고 실효성 있는 협의가 가능한 수준으로 충분히 제공되어야 한다. 예방원칙은 본질적으로 적법한 절차상의 주의의무라는 점에서 이러한 상당한 주의의 기준을 추가적으로 마련해 나가 예방원칙을 밀도 있게 구축하는 것이 국제환경법의 과제이다.



분과회의

제3분과위원회

제2발표

[좌장] 박덕영 (연세대학교)

나고야의정서상 세계다자이익배분체제 수립의 필요성과 형식에 대한 고찰

[발표] 이선 (한국생명공학연구원)
[토론] 박원석 (중앙대학교)

大韓國際法學會

나고야의정서상 세계다자이익배분체제 수립의 필요성과 형식에 대한 고찰*

이 선**

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 세계다자이익배분체제의 의의
Ⅲ. 필요성 분석
Ⅳ. 형식 구성 방향에 대한 제언
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

천연자원이 경제발전에서 차지하는 중요성에도 불구하고 전통적으로 천연자원은 주체적인 지위를 가지는 대상이 아니었다. 특히 천연자원을 자국 영토 내에 보유하고 있다는 사실 만으로 그 국가에 대한 어떠한 권리도 인정되지 않았었다. 이에 따라 소위 생물자원해적행위(biopiracy)가 빈번하게 행해졌고 필연적으로 천연자원 보유국과 이의 이용자 또는 개발자 간 긴장과 마찰이 야기되었다.

이 같은 갈등은 1992년 생물다양성협약(Convention on Biological Diversity, 이하 CBD)에서 천연자원에 대한 국가의 주권적 권리를 명시적으로 인정하면서 해소될 것이라는 기대감이 형성되었다. 특히 CBD의 하부의정서로 나고야의정서(Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising from their Utilization)가 2010년 채택되면서 기대감은 더욱 고조되었다. 나고야의정서는 천연자원에 대한 국가의 항구적 주권 원칙에 따라 유전자원 제공국과 이용자의 양자적 관계를 중심으로 유전자원에의 접근 및 이익배분(Access and Benefit-Sharing, 이하 ABS)을 명시적으로 규정한다. 동 의정서의 목적은 양자적 이익배분체제를 통해 생태계의 관리자에게 정당한 대가를 지불하고 이를 통해 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속 가능한 이용이라는 목적을 달성하는데 있다.

그러나 나고야의정서의 양자적 이익배분체제는 그 수립과정에서 이미 작동 불가능한 상황이 예

* 본 연구는 필자의 박사학위논문 일부를 수정 및 보완한 것임을 미리 밝힙니다.
** 한국생명공학연구원 ABS연구센터 연구원

견되었다는 점에 주목할 필요가 있다. 나고야의정서에 따르면 유전자원 이용자는 유전자원 제공국으로부터의 사전통고승인(Prior Informed Consent, 이하 PIC)을 받고, 유전자원 제공자와 이익배분을 위한 상호합의조건(Mutually Agreed Terms, 이하 MAT)을 체결해야 한다. 이러한 유전자원 양자적 이익배분체제가 제대로 작동하기 위한 선결조건은 이익배분을 받을 주체가 특정되어야 한다는 점이다. 그러나 이용되는 유전자원의 출처가 모호하거나 알 수 없는 경우, 즉 유전자원에의 접근 허여에 관한 권리자가 불분명한 상황에는 설령 유전자원의 이용으로부터 이익이 발생한다 하여도 이의 배분이 이루어질 수 없는 결과로 이어진다. 이러한 상황에 대비하기 위해 나고야의정서 제10조에서는 양자적 이익배분체제가 작동할 수 없는 경우 다자적 방식으로 이익배분이 이루어질 수 있도록 세계다자이익배분체제(Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism, 이하 GMBSM) 수립의 필요성(need)과 법적 형식(modalities)을 고려하도록 규정하고 있다. 실제로 나고야의정서의 양자적 이익배분체제가 적용되지 않는 상황이 발생한다는 의견이 제기되면서 GMBSM에 관한 논의는 생물다양성협약 제13자 당사국총회(COP13) 및 제2차 나고야의정서 당사국회의(COP-MOP2)에서 본격적으로 개시되었다. 그러나 아직까지 현재 수립 필요성에 대한 합의가 이루어지지 않아 치열한 논의가 지속되고 있다.

이러한 배경을 바탕으로, 본 연구는 GMBSM의 의의를 알아보고 GMBSM 수립의 필요성이 충족되었는지에 대해 검토하도록 한다. 나아가 GMBSM의 법적 형식에 대한 전체적인 틀을 제시함으로써 GMBSM의 구상을 조금 더 구체화하는데 일조하고자 한다.

Ⅱ. 세계다자이익배분체제의 의의

나고야의정서 제10조는 세계다자이익배분체제(Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism, 이하 GMBSM)에 대해 아래와 같이 규정하고 있다.[1)]

> 당사국들은 월경성 상황 또는 PIC의 부여나 획득이 불가능한 상황에서 유전자원 및 유전자원 관련 전통지식 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 형평한 배분을 다루기 위한 세계다자이익배분체제의 필요성 및 형식을 고려한다. 동 체제를 통해 유전자원 및 유전자원 관련 전통지식의 이용자로부터 배분된 이익은 전세계적으로 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 이용된다.

위 조항에서 언급하고 있는 GMBSM의 필요상황을 고려할 때, GMBSM은 나고야의정서의 양자적 이익배분체제가 작동하지 못하는 상황 발생 시에도 이익배분을 촉진하고 보장하기 위한 장치라고 볼 수 있다.[2)] 즉, 실제 양자적 이익배분체제의 운용에서 발생하는 문제점을 진단하고 이

1) 나고야의정서 제10조의 원문은 다음과 같다.
Article 10. Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism
Parties shall consider the need for and modalities of a global multilateral benefit-sharing mechanism to address the fair and equitable sharing of benefits derived from the utilization of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources that occur in transboundary situations or for which it is not possible to grant or obtain prior informed consent. The benefits shared by users of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources through this mechanism shall be used to support the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components globally.

2) Thomas Greiber, *et al.*, *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and*

에 대한 해결책을 모색하여 나고야의정서상 이익배분이 보다 효과적으로 이루어지도록 보완하는 규정이라는 점에서 의미가 있다.[3]

그러나 GMBSM은 아직까지 그 설치가 확정된 것이 아닌, 설치의 고려 대상이다. 나고야의정서 제10조는 나고야의정서의 실질적 이행의 도모를 위한 것이지만, 동 조항의 도입에는 나고야의정서 협상당시 이견이 좁혀지지 않은 논의를 동 의정서 채택 이후로 연기하기 위한 극적 타결이라는 배경이 깔려있다.[4] 따라서 GMBSM의 설치가 논의되기 위해서는 GMBSM의 필요성에 대한 합의가 선결되어야 할 필요가 있다.

전반적으로 당사국들은 나고야의정서의 양자적 이익배분체제가 적용 불가능한 경우가 있다는 점에 대해서는 인지하고 있는 상황이다.[5] 그러나 GMBSM 설치의 필요성 여부에 대해서는 의견이 첨예하게 대립하고 있다. 우선, 유전자원 제공국들은 나고야의정서의 이행에 있어 GMBSM은 반드시 필요하다는 입장을 강하게 내세우고 있다. 유전자원 제공국들은 GMBSM의 필요성은 이미 충분히 논의가 되었기 때문에 이제는 GMBSM의 형식에 대해 논의해야 함을 주장하고 있다. 한편 유전자원 이용국과 제10조 전문가그룹(Expert Group on Article 10 of the Nagoya Protocol)은 GMBSM의 필요성 자체에 의문을 제기하는 입장이다. 아직까지 나고야의정서의 이행을 위한 국내법이 완전하게 마련되지 않은 가운데 GMBSM의 도입을 논하는 것은 시기상조라는 것이다. GMBSM의 필요성에 대해서는 추가적인 심도있는 논의가 필요하며 이를 위해서는 국가들의 경험이 더 많이 축적되어야 한다는 것이 이들 주장의 핵심이다.[6]

Ⅲ. 필요성 분석

나고야의정서 제10조에 따르면 GMBSM이 고려될 수 있는 상황은 월경성 상황(transboundary situation), 또는 PIC의 부여 또는 획득이 불가능한 상황으로 나누어진다. 아래에서는 이러한 상황의 발생 가능성과 발생시 GMBSM이 과연 필요한지에 대해 검토하도록 한다.

1. 월경성 상황

1) 의미

CBD 및 나고야의정서는 월경성 상황에 대해 명확히 규정하고 있지 않다. 그러나 나고야의정서 제11조는 월경성 협력(transboundary cooperation)에 대해 규정하고 있어, 이를 참고해볼 수 있다. 동 의정서 제11조는 다음과 같다.

동일한 유전자원이 둘 이상의 당사국 영토 내에서 현지 내(in situ) 상태로 발견되는 경우, 그

Benefit-Sharing (IUCN, 2012), p. 127.

3) 김기현, 박수진, "나고야 의정서의 글로벌 다자 이익공유체제(GMBSM)의 해석과 적용에 관한 고찰", 『국제법학회논총』, 제60권 제1호(통권 제136호, 2015), 14면.

4) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 2, p. 127.

5) COP-MOP2, *Decision Adopted by the Parties to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, CBD/NP/MOP/DEC/2/10, preamble para. 3.

6) Expert Group Meeting on Article 10 of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing (hereinafter referred to as Expert Group Meeting on Article 10), *Report of the Expert Group Meeting on Article 10 of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing,* UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4 (2 February 2016), para. 41 참조.

러한 당사국들은 동 의정서의 이행을 위해 적절히 협력하고 적용가능한 경우 관련 IPLC가 참여할 수 있도록 노력한다.

월경성 상황에 대해 제10조 전문가그룹은 ⅰ) 둘 이상의 당사국 내에서 유전자원이 현지 내 상태로 발견되는 경우 및 ⅱ) 여러 당사국 내 둘 이상의 토착민 및 지역공동체(Indigenous Peoples and Local Communities, 이하 IPLC)에 의해 유전자원 관련 전통지식이 공유되고 있는 경우로 나누어 검토하고 있다.[7)]

월경성 상황과 관련하여 중요한 문제 중 하나는 유전자원의 동일성 판단 기준이다. 유전자원의 동일성에 대해 통일된 의견은 아직까지 제시되어 있지 않다. 분류학(taxonomy) 정보를 고려하였을 때 지역적 환경과 기후에 적응하여 고유한 특성을 가지게 되는 유전자원이 일부 존재하는 것은 사실이다. 그러나 많은 경우 특정 유전적 특질을 가지고 있는 유전자원은 한 국가에서만 존재하기 보다는 다수 국가의 국경에 걸쳐 있거나 다수의 국가에서 발견된다.[8)]

유전자원의 동일성 판단 기준에 대해서는 향후 논의를 지켜보아야 할 것이다. 그러나 판단건대 동일한 유전자원으로 판단하기 위해서는 연구개발에 이용된 유전자원의 특정한 유전적 또는 생화학적 성질을 공유하는 종내 특정 개체군을 의미하는 것으로 이해하는 것이 바람직할 것이다.[9)] 연구개발에 이용되는 유전자원이 종 내 모든 개체군에서 발견되는 것은 아니기 때문이다. 또한 나고야의정서는 유전자원에의 접근과 그 이용 모두를 다루고 있지만, 초점은 이용에 맞춰져 있다. 나고야의정서 유전자원에의 접근을 규정하고 있는 제6조에서 "이용을 목적으로 하는 유전자원에의 접근은 PIC의 대상이 된다"고 명시함으로써 유전자원의 이용을 전제로 할 때 비로소 나고야의정서 상 PIC의 대상이 되는 접근으로 인정하고 있다.[10)] 또한 이익배분의 의무는 접근된 유전자원을 단순히 보유하고 있을 때가 아니라 실제로 해당 유전자원에 대한 이용이 이루어질 때 비로소 작동한다. 이에 비추어 볼 때 이용에 초점을 맞춘 동일성 판단기준의 정립은 타당성을 가질 것으로 보인다.

2) 판단

월경성 상황에서 과연 GMBSM이 필요한지에 대해서는 회의적인 의견이 존재한다. 우선 제10조 전문가 그룹은 제10조에서 언급하고 있는 월경성 상황은 이미 제11조의 월경성 협력을 통해 해결할 수 있다는 견해를 제시하였다.[11)] 특히 이주종(migratory species)과 관련하여 문제가 발생하는 경우 해당 이주종이 접근된 지역의 ABS요건을 적용함으로써 해결할 수 있다는 것이다.[12)]

---

7) Expert Group Meeting on Article 10, UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4, para. 33.
8) Paul Oldham, Stephen Hall and Oscar Forero, "Biological Diversity in the Patent System", *PLOS ONE*, Vol. 8, Issue 11 (2013), p. 6.
9) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 2, p. 134.
10) 나고야의정서 제6조의 원문은 다음과 같다.
Article 6. Access to Genetic Resources
1. In the exercise of sovereign rights over natural resources, and subject to domestic access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements, *access to genetic resources for their utilization* shall be subject to the prior informed consent of the Party providing such resources that is the country of origin of such resources or a Party that has acquired the genetic resources in accordance with the Convention, unless otherwise determined by that Party. (emphasis added)
11) Expert Group Meeting on Article 10, UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4, para. 33.
12) Expert Group Meeting on Article 10, UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4, para. 34.

또한 나고야의정서는 기본적으로 유전자원을 '제공'하는 국가와 이를 이용하는 자 간의 관계를 다룬다. 따라서 유전자원에 대한 접근을 위한 PIC는 유전자원을 실제로 제공하는 국가와 연관성을 가지게 되는 것이지, 단순히 그러한 유전자원을 보유하고 있는 모든 국가와 관련을 맺는 것은 아니다.[13] 따라서 월경성 상황 발생시 유전자원은 보유하였지만 제공하지 않은 다른 당사국들이 과연 이익배분의 수혜자임을 주장할 여지가 있는지에 대한 의문이 제기될 수 있다.[14]

그러나 앞서 언급한 것처럼 생물다양성이라는 것은 정치적 경계가 아닌 자연적 경계를 따르는 것이기 때문에, 유전자원의 원산지국은 실로 다수인 경우가 많다. 특히 유전자원 또는 유전자원 관련 전통지식은 한 번 접근되게 되면 이후 이용을 위해 또다시 접근할 필요나 가능성이 현저히 떨어지기 때문에, 두 개 이상의 국가가 동일한 유전자원을 보유하고 있는데도 한 국가가 유전자원을 제공하게 되면 다른 국가는 해당 유전자원 제공 기회 및 그로부터의 이익배분을 받을 기회를 박탈당하게 되는 결과가 발생된다.[15] 월경성 상황에서 양자적 접근법에 기초한 이익배분이 이루어지게 되면 형평의 문제 및 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 저해할 가능성이 있다.[16]

월경성 상황이 무엇인지에 대한 정확한 정의는 추후 논의를 지켜봐야 하겠지만, 만일 제11조에서 언급하고 있는 상황과 제10조 하의 월경성 상황 간 차이를 둘 수 없다면 제10조는 월경성 상황에 대해 적용될 여지가 전무한지에 대한 검토가 필요하다. 이러한 가정 하에서 제10조의 GMBSM이 적용될 수 있는 상황은 제11조상의 월경성 협력이 실패되는 경우가 될 것이다. 제11조에 따른 관련 당사국 간 협력이 요구되는 상황에 대해서는 제11조가 우선 적용되어야 할 것이다. 물론, 원산지국 간의 협력은 형평한 이익배분 및 생물다양성의 보전과 그 구성요소의 지속가능한 이용의 기여에 중요한 것으로 인정되고 있으며 다른 원산지국에 비해 ABS체제가 미비하거나 마련되어 있지 않은 원산지국에서 소위 바닥치기 경쟁(race to the bottom)이 발생하는 것을 방지할 수 있는 방법이 된다.[17] 그러나 제11조는 해당 당사국 간 협력을 의무로 규정하고 있지 않기 때문에 이러한 협력은 아예 일어나지 않거나 실패할 가능성이 있음을 인식해야 한다. 이러한 상황을 다루고 있는 지역적 협력기구의 규정들이 존재하지만 역시 협력을 의무로 규정하고 있지 않기 때문에, 규정의 마련과는 별개로 협력이 실제 이루어질지의 여부는 미지수이다. 예컨대 안데스결정 391 최종조항(Final Provisions)에 따르면 유전자원이 둘 이상의 회원국에서 기원하는 유전자원에 접근하여 해당 유전자원과 관련한 활동을 수행하고자 하는 경우, 해당 유전자원에 대한 관할권을 가진 국가의 권한 있는 당국은 다른 회원국의 이익을 고려해야 하며, 다른 회원국들은 자국의 의견과 정보를 나타낼 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다.[18] 또한 아프리카연합(African Union)의 ABS 전략지침서(Strategic Guidelines on ABS)는 유전자원 또는 전통지식

13) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 2, p. 133.
14) 오선영, "나고야의정서 상의 다자간 이익 공유 체계 연구", 국제법학회논총, 제62권 제1호(2019), 171면.
15) Peter-Tobias Stoll, "ABS, Justice, Pools and the Nagoya Protocol" in Evanson Chege Kamau, and Gerd Winter (ed.), *Common Pools of Genetic Resources: Equity and Innovation in International Biodiversity Law* (Routledge, 2013), p. 307.
16) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 2, p. 129.
17) *Ibid.*, p. 133.
18) 안데스결정 391 최종조항의 해당 원문은 다음과 같다.
Second. In negotiating the terms of access contracts to genetic resources that originated in more than one Member Country or to their by-products and in carrying out activities connected with that access, the Competent National Authority shall bear in mind the interests of the other Member Countries, which may present their viewpoints and such information as they deem advisable.

이 둘 이상의 국가에서 기원하는 경우 관련 당사국 간 협력 및 그러한 유전자원 또는 전통지식의 이용에 대한 MAT에 대한 최소한의 이익배분규정의 마련을 위해 '노력해야 함'을 규정하는데 그치고 있다.[19]

더욱이 주목할 것은, 월경성 상황과 관련하여 국가들이 제출한 의견서에 따르면 나고야의정서의 이행 속도 및 현황이 각 국가마다 상이하고 접근방법도 모두 다르기 때문에 월경성 상황시 협력의 노력을 규정하고 있는 나고야의정서 제11조의 이행은 어렵다는 점이 지적되었다는 사실이다.[20] 월경성 상황시의 협력이 이루어질 수 있으려면 나고야의정서 이행 상태를 조율하기 위한 지역적 차원의 역량강화 및 재정지원이 필요하다는 점 역시 많은 국가들로부터 언급되었다.[21] 이는 나고야의정서 제11조의 해당 당사국 간의 협력이 적절히 이루어지지 않을 확률이 분명히 존재한다는 점을 보여줌과 동시에, 제11조의 이행 실패시 제10조의 GMBSM의 작동이 필요하다는 점을 보여주는 것이라 할 수 있다.

2. PIC의 부여 또는 획득이 불가능한 경우

PIC의 부여 또는 획득이 불가능한 상황에는 다섯 가지가 있다. 첫째, 현지 외 수집 상태의 유전자원에 대한 원(原)출처가 불분명한 경우, 둘째, 유전자원 제공국의 ABS관련 국내조치가 제대로 마련되어 있지 않음으로써 법적 공백이 존재하는 경우, 셋째, 유전자원 제공국이 PIC를 요구하지 아니하는 경우, 넷째, PIC 부여의 역량부족 및 PIC 부여 당국의 불분명성 등의 이유로 유전자원 관련 전통지식에 대한 PIC 획득 또는 부여가 불가능한 경우, 그리고 다섯째, 이미 대중이 유전자원 관련 전통지식에 대해 접근이 가능하여 PIC 획득 또는 부여가 불가능한 경우가 이에 해당된다.[22]

이 중 유전자원 제공국이 PIC를 요구하지 아니하는 경우에는 GMBSM이 필요치 않다고 합의되었는데, 이는 PIC를 요구하지 않기로 결정한 국가의 주권에 반대되기 때문이다.[23] 또한 이미 대중이 접근 가능한 유전자원 관련 전통지식 관련 사안은 세계지식재산권기구(WIPO)의 지식재산 및 유전자원, 전통지식 및 민간전승물에 관한 정부간 위원회(IGC)와 같은 다른 포럼에서 논의 중이기 때문에 이러한 논의 경과를 지켜볼 필요가 있다는 의견이 제시되었다.[24] 네 번째의 경우 유전자원 관련 전통지식에 관련한 것이기 때문에 유전자원에 관한 논의를 집중적으로 다루고 있는 본 연구의 목적상 논외로 한다. 따라서 위 세 가지 상황을 제외한 나머지 두 가지 경우에 대

---

19) African Union Commission, *African Union Strategic Guidelines for the Coordinated Implementation of the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization* (2015), para, 23. 해당 문단의 원문은 다음과 같다.
In accordance with Article 11 of the Nagoya Protocol, in instances where genetic resources and associated traditional knowledge may be sourced from two or more countries, all African Union Member States concerned shall endeavour to cooperate and coordinate on the minimum benefit-sharing terms to be included in mutually agreed terms governing the utilisation of such shared genetic resources and associated traditional knowledge.

20) SBI, *Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism (Article 10 of the Nagoya Protocol),* CBD/SBI/2/5 (18 May 2018), para. 55.

21) SBI, CBD/SBI/2/5, para. 56.

22) Expert Group Meeting on Article 10, UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4, paras. 22-32.

23) Expert Group Meeting on Article 10, UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4, para. 31.

24) Expert Group Meeting on Article 10, UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4, para. 32.

해 알아본다. 이에 더해 최근 제3차 나고야의정서 당사국회의(COP-MOP3)의 결정에 근거하여 수행된 연구에서 유전자원에 대한 디지털염기서열정보(Digital Sequence Information on Genetic Resources, 이하 DSI)가 PIC의 획득 또는 부여 불가능한 상황에 해당될 수 있음이 지적된 점을 고려하여, 이에 대해서도 추가적으로 검토하도록 한다.

1) 현지 외 수집상태 유전자원 출처의 미상

생물물질에 대한 현지 외 수집(ex situ collection)은 상업적·비상업적 목적의 유전자원 이용 모두에서 중요하다. 우선 현지 외 수집은 생물다양성에 관한 학술 연구에 핵심이 된다.[25] 또한 상업적 목적을 위한 유전자원 이용에서도 주요 유전자원 공급원이 된다. 실제로 상업적 목적을 위한 유전자원의 이용시 야생에서 유전자원이 수집되는 경우는 생물적 방제관련 산업(biocontrol industry)과 같은 특정 혁신분야를 제외하고는 매우 드물다. 오히려 현지 외 수집기관이나 상업적 공급자(commercial suppliers)를 통해 주로 유전자원이 제공된다.[26]

그러나 현지 외 수집기관을 통해 유전자원을 제공받는 경우 해당 유전자원의 실질적 출처를 알 수 있는 경우는 많지 않다. 이는 현지 외 수집되어 있는 많은 유전자원은 이미 CBD 또는 나고야의정서 발효 이전에 수집되었다는 사실에 기인하는 것으로 보인다.[27]

나고야의정서는 명시적인 시제적 범위를 설정하고 있지 않다. 단지 동 의정서 제3조에서 "[생물다양성]협약 제15조의 범위 내 유전자원 및 그러한 유전자원으로부터 발생하는 이익"에 대해 동 의정서가 적용됨을 규정하는데 그치고 있다.[28] 따라서 이에 대해서는 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties, 이하 비엔나협약)을 참고할 수 있다. 비엔나협약 제28조에 따르면 원칙적으로 조약의 발효 이전에 종료된 행위에 대해 해당 조약은 구속력을 가지지 않는다.[29] 그런데 나고야의정서는 앞서 살펴본 것처럼 CBD 제15조 범위 내 유전자원과 그로부터 발생하는 이익을 적용범위로 설정하고 있다. 그런데 유전자원에의 접근과 그 이용은

25) Tom Dedeurwaerdere, Ariana Broggiato, Dimitra Manou, "Global scientific research under the Nagoya Protocol: Governing pools of microbial genetic resources" in Evanson Chege Kamau and Gerd Winter, *Common Pools of Genetic Resources: Equity and Innovation in International Biodiversity Law* (Routledge, 2013), p. 224.

26) EC, *Impact Assessment: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization in the Union (Part I), SWD* (2012), 292 final, p. 15.

27) Susette Biber-Klemm, *et al.*, "Governance Options for Ex-Situ Collections in Academic Research" in Sebastian Oberthür and G. Kristin Rosendal, *Global Governance of Genetic Resources: Access and Benefit-Sharing after the Nagoya Protocol* (Routledge, 2014), p. 216.

28) 나고야의정서 제3조의 원문은 다음과 같다.
Article 3. Scope
This Protocol shall apply to *genetic resources within the scope of Article 15 of the Convention* and to the benefits arising from the utilization of such resources. This Protocol shall also apply to traditional knowledge associated with genetic resources within the scope of the Convention and to the benefits arising from the utilization of such knowledge. (emphasis added)

29) 비엔나협약 제28조의 원문은 다음과 같다.
Article 28. Non-retroactivity of treaties
Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

동시에 이루어질 수도 있지만 서로 상이한 시점에 이루어지는 경우 역시 존재한다. 이에 따라 CBD 발효 이후이나 나고야의정서 발효 이전에 접근된 유전자원에 대한 지속적 이용이 존재하거나 새로운 이용이 발생하는 경우 나고야의정서가 적용되는지에 대해 갑론을박이 지속되고 있다. 일부에서는 CBD 발효 이전에 접근되었다고 하더라도 그 이용이 현재까지 지속되고 있거나 새로운 이용이 발생하는 경우라면 나고야의정서의 적용범위에 해당된다는 주장도 제기한바 있다.[30]

나고야의정서가 유전자원에의 접근과 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익배분의 문제를 모두 다루고 있음은 분명한 사실이다. 나아가 앞서 언급한 것처럼 나고야의정서가 무게를 두는 부분은 접근보다는 이용에 있다고 볼 수 있다. 그렇다고 하더라도 나고야의정서 제3조는 CBD 제15조 범위 내의 유전자원에 대해 적용된다고 규정하고 있으므로, 나고야의정서의 적용대상으로 포섭되는 유전자원은 CBD 발효 이후의 것에 한정되어야 할 것으로 생각된다. 이러한 맥락에서 보면 적어도 현지 외 수집중인 유전자원이 CBD 발효 이후, 나고야의정서 발효 이전에 수집된 것에 대해 지속적인 이용이 존재하거나 새로운 이용이 발생하였다면 그 이용에 중점을 두어 이익배분이 이루어질 수 있는 장치를 마련할 필요가 있다.

2) 유전자원 제공국 국내조치의 미비

일각에서는 현재까지의 사례를 검토해볼 때 유전자원 제공국 국내조치의 미비로 인해 PIC를 부여할 수 없거나 획득하지 못한 사례가 지금까지 발견되지 않았다는 의견을 제시하기도 한다.[31] 그러나 실제로 많은 수의 연구기관 및 현지 외 수집기관들은 PIC를 받을 수 없었던 사례가 다수 발생하고 있음을 지적하고 있다. 이들이 제출한 의견서에 따르면 ⅰ) 국가 내 조치 및/또는 기관 약정의 부재로 인하여 PIC와 필요한 허가증을 받는데 대한 어려움의 발생, ⅱ) PIC와 관련한 문의에 대해 국가연락기관으로부터의 응답을 받을 수 없었거나 과도히 장시간이 걸린 경험, 그리고 ⅲ) PIC 획득 절차가 관료주의적이고 수개월이 소요되는 등의 경험이 실제로 있었던 것으로 확인되었다.[32] 특히 새로운 세균종의 발견시 이를 학계에 발표하기 위해서는 해당 세균종을 서로 다른 두 국가 내에 있는 공공 수집기관에의 기탁이 요구된다. 이러한 기탁은 반드시 두 수집기관에 의해서 확인되어야 하며 이후 확인증과 함께 학술지에 제출되어야만 해당 세균종에 대한 학술연구가 발표될 수 있는 기반이 마련된다. 이때, 분리된 세균종이 나고야의정서의 당사국에서 수집된 경우 및 세균종 분리에 이용된 견본이 나고야의정서의 당사국 현지 내에서 수집된 경우라면 세균종의 기탁 이전에 해당 국가로부터의 PIC가 요구된다는 점에서 문제가 발생한다는 것이다. 조사에 따르면 많은 연구자들이 PIC를 아예 받지 못하거나 PIC와 관련된 답변을 전혀 듣지 못해 기탁에 실패함으로써 연구결과를 발표하지 못하는 상황이 다수 발생하는 것으로 나타났다.[33]

---

30) Open-ended Ad Hoc Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising from their Utilization, *Synthesis of the Online Discussions on Article 10 of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing,* UNEP/CBD/ICNP/3/INF/4 (8 January 2014), paras. 46-51.

31) India's Submission in response to CBD Notification 2017-094 and 2017-136 dated 22nd September 2017 & 8th December 2017 relating to Article 10 of Nagoya Protocol on ABS, p. 2.

32) CBD Notification 2017-094 Comments on behalf of Botanical Gardens (esp. IPEN – International Plant Exchange Network); Submission of Leibniz-Institut, DSMZ – Deutsche Sammlung von and Mikroorganismen und Zellkulteren GmbH; Submission of Zoologisches Forschungsmuseum Alexander Koeing 참조.

33) Submission of Leibniz-Institut, DSMZ – Deutsche Sammlung von and Mikroorganismen und Zellkulteren GmbH 참조.

또한, 국내법의 미비 또는 복잡성의 문제는 역량형성(capacity building) 및 역량개발(capacity development)을 통해 해결할 수 있기 때문에 이러한 경우 GMBSM은 불필요하다는 주장도 있다. 제10조 전문가그룹의 의견 역시 이와 동일하다.[34] 그러나 역량형성 및 개발이 언제쯤 국내법 관련 문제를 해소해줄 수 있을지에 대해서는 의구심이 제기되는데, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 역량형성 및 개발 프로젝트의 총 수 99개 중 이용가능한 정보를 가진 프로젝트는 2019년 8월 현재 93개로 집계되었다. 이들 중 대부분은 ABS 조치의 개발, 이행 및 집행에 집중되어 있었고(80개, 86%), 나고야의정서 이행을 위한 IPLC 및 관련 이해당사자의 역량(73개, 79%), 나고야의정서의 이행 및 준수 관련 역량(68개, 73%)이 차례로 뒤를 따랐다.[35] 이러한 목표활동들은 하나의 프로젝트에서 동시에 중복적으로 추진되고 있었다. 이는 한정된 자금 및 시간 내에 가능한 많은 목표 달성을 위해 설계된 것이다. 그러나 현실적으로 볼 때 달성하기 쉽지 않은 목표가 한꺼번에 추진되게 되면 선결되어야 하는 조건의 충족 없이 나중에 실행되어야 하는 활동이 진행될 가능성이 높다.[36] 이는 실제로 필요한 역량형성 및 개발 활동은 충분히 또는 거의 이루어지지 않음에도 불구하고 정해진 기간 내 프로젝트 자체의 완수에만 중점을 두도록 함으로써 추진된 프로젝트의 실효성을 현격하게 감소시키는 원인이 된다.[37]

둘째, 나고야의정서 이익배분체제를 둘러싼 여러 절차 및 과정에는 다국적기업, 외국 정부와 기관, 수많은 정부관계자 및 IPLC에 이르기까지 매우 다양한 행위자가 관련된다. 이들 모두가 이익배분체제에 대해 충분하고 정확히 이해할 수 있어야 유전자원에의 접근 및 이익배분이 효과적으로 이루어질 수 있는데, 관련된 모든 당사자의 역량을 충분한 수준으로 끌어올리는 것 자체가 쉽지 않다.[38] 또한 다양한 이해관계자들의 역량형성 및 인식제고를 위해 각 분야의 대표를 선정하여 이들을 대상으로 워크숍(workshop)을 진행하는 등의 노력이 이루어지고 있지만, 의사결정권자 및 그 밖의 다양한 이해당사자들에게 ABS 자체 및 ABS와 생물다양성의 보전 및 지속가능한 이용간의 관계를 이해시키는데 어려움이 여전히 존재하는 것으로 조사되었다.[39] 특히, 프로젝트의 목표가 추후 ABS 관련 프로젝트나 협상에 스스로 대처할 수 있는 역량 형성을 목표로 하고 있었음에도 불구하고, 상당수의 프로젝트 참여자들은 프로젝트 종료 후에도 여전히 추후 ABS 관련 사안에 대한 외부의 도움이 필요하다고 응답한 것으로 나타났다.[40] 이에 대한 주요 원인으로는 프로젝트에 참여했던 국내 행위자가 추후 ABS 관련 사안에 항상 참여하는 것은 아니고 언제든지 바뀔 수 있다는 점, 관련 분야의 대표들이 대체로 해당 분야의 나머지 구성원들을 대상으로 ABS에 대한 지식을 전달하려는 의지가 없는, 이른바 저조한 대표성 등이 거론되었다.[41]

---

34) Expert Group Meeting on Article 10, UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/4, para. 29.
35) Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, *Update on Existing Capacity-Building and Development Initiatives and Resources supporting the Implementation of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, CBD/NP/CB-IAC/2019/1/2 (3 October 2019), para. 17.
36) Global Environment Facility Independent Evaluation Office, *Biodiversity Focal Area Study* (2018), p. 29.
37) *Ibid.*, p. 22
38) *Ibid.*, p. 27.
39) Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, *Report of the Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol on its Fourth Meeting,* CBD/NP/CB-IAC/2019/1/4 (4 November 2019), para. 35.
40) Global Environment Facility Independent Evaluation Office, *supra* note 36, p. 22.
41) *Ibid.*

셋째, 완료된 또는 진행 중인 역량형성 및 개발 프로젝트의 진행과정 및 결과를 판단할 장치가 부족하거나 부재한다는 사실도 문제로 지목된다. 우선, 진행 중인 역량형성 및 개발 프로젝트의 진행과정 진단을 위한 기제는 없는 것으로 조사되었다.[42] 이미 완료된 프로젝트의 효과와 관련해서도 사정은 크게 다르지 않다. 프로젝트의 영향평가를 위해 현재는 지구환경기금(Global Environment Facility, 이하 GEF)이 제시하고 있는 GEF-7의 핵심지표(core indicators)가 이용되고 있는데, 동 지표의 적용은 나고야의정서를 위해 제시된 것이 아니기 때문에 이의 준용이 제한적이라는 것이다.[43] 또한 평가는 전적으로 각 당사국이 ABS 정보공유체계(Access and Benefit-Sharing Clearing House, ABSCH)에 등록하는 역량형성 및 개발 관련 정보에 의존한다.[44] 그런데 이러한 정보가 업로드(upload)되지 않은 경우가 많았고, 그나마 업로드된 정보들도 제때 갱신되지 않거나 누락되어 있는 것으로 나타났다.[45] 이는 역량형성 및 개발이 제대로 이루어지고 있는지의 평가가 이루어지지 않고 있기 때문에 실제로 역량이 형성되고 개발되는지에 대한 객관적 판단이 어렵다는 점을 보여준다. 역량형성 및 개발 프로그램에서 가장 우선적으로 추진되는 목표인 ABS 조치의 개발, 이행 및 집행에 대해서도 결과산출 그 자체에만 중점을 두고 과정에 대한 평가나 결과의 적합성에 대한 판단이 이루어지지 않아 역량형성 및 개발 프로그램 진행기간 동안 마련된 국내 ABS법 초안 중 많은 수는 채택되지 않은 채 그대로 방치되는 경우가 많은 것으로 드러났다.[46]

넷째, 역량형성 및 개발 프로그램의 60%는 GEF로부터 자금을 지원받았고 그 밖의 자금은 UN 개발프로그램(United Nations Development Programme, UNDP), ABS 역량개발계획(ABS Capacity Development Initiative) 및 UN 환경계획(UN Environment Programme, UNEP)으로부터 지원받은 것으로 나타났다.[47] GEF는 CBD 및 나고야의정서 재정적 체계의 핵심

---

42) Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, CBD/NP/CB-IAC/2019/1/4, para. 38.

43) Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, CBD/NP/CB-IAC/2019/1/4, para. 39.
GEF-7 핵심지표(core indicators)란 다음과 같다.
1. 보전 및 지속가능한 이용을 위해 만들어졌거나 개선된 관리 하에 있는 육상보호지역(헥타르)
2. 보전 및 지속가능한 이용을 위해 만들어졌거나 개선된 관리 하에 있는 해양보호지역(헥타르)
3. 재건된 육지 면적(헥타르)
4. 개선된 관행 하의 지형 면적(헥타르, 보호지역은 제외)
5. 생물다양성에 도움이 되기 위해 개선된 관행 하의 해양서식지의 면적(헥타르, 보호지역은 제외)
6. 감소된 온실가스배출량(이산화탄소의 미터톤과 동량)
7. 새로운 또는 개선된 협력관리 하에 있는 공동 수상 생태계(담수 또는 해양)의 수
8. 전세계적으로 과잉 개발되던 어업 중 지속가능한 수준으로 옮겨진 어업
9. 환경 및 공정, 물질 및 상품 내에서 세계적으로 문제가 되는 화학물질 및 그 폐기물의 감소, 폐기/파괴, 단계적 폐지, 제거 및 방지(감소된 독성 화학물의 미터톤)
10. 점오염원 및 비점오염원으로부터의 잔류성 유기오염물질 배출량의 감소 및 방지(gTEQ에 상응하는 독성의 그램)
11. GEF 투자로부터 공동혜택을 받은 성(gender)별 직접 수혜자의 수
이에 대해서는 GEF, Updated GEF-7 Results Architecture, https://assembly.thegef.org/assembly/updated-gef-7-results-architecture 참조(2021년 9월 8일 검색).

44) COP-MOP1, *Measures to Assist in Capacity-Building and Capacity Development (Article 22),* UNEP/CBD/NP/COP-MOP/DEC/1/8 (20 October 2014), Annex Ⅰ, para. 42; Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, CBD/NP/CB-IAC/2019/1/2, para. 24.

45) Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, CBD/NP/CB-IAC/2019/1/2, para. 36.

46) Global Environment Facility Independent Evaluation Office, *supra* note 36, p. 20.

기능을 맡고 있고, GEF 내에는 나고야의정서의 이행을 전담하는 나고야의정서이행기금(Nagoya Protocol Implementation Fund)도 존재한다. 그런데 GEF는 순수하게 기부금으로만 운영되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. GEF에 자금을 기부하는 40개국의 대부분은 선진국이다.[48] 역량형성 및 개발을 위한 기술적 원조 및 자금조달 역시 대부분 선진국으로부터 이루어진다. 기금 마련의 불안정성은 역량형성 및 개발계획의 여러 가지에 영향을 미친다. 우선 역량형성 및 개발은 지속적으로 장기간에 걸쳐 이루어져야 하지만 현실적으로 지속적 역량형성 및 개발에는 많은 어려움이 따른다.[49] 그나마 이루어지는 지원도 개발도상국마다 처한 상황에 따른 필요와는 별개로 획일적으로 이루어질 가능성 역시 존재한다. 실제로 역량형성 및 개발 프로그램의 참여자들에 따르면 ABS는 매우 복잡한 사안이며 각 국가마다 처한 상황이 모두 다름에도 불구하고 이는 모두 생략한 채 잘 정비된 타국의 ABS체제를 모델로 삼아 이를 벤치마킹하는 방식으로 프로그램을 추진하는 것은 그 결과의 효과를 떨어뜨리는데 큰 요인이 된다는 것이다.[50]

이렇듯 역량형성 및 개발 프로그램을 통한 역량형성이 근본적인 문제점을 안고 있음에도 불구하고 단순히 역량형성을 통해 국내조치의 미비문제를 해결할 수 있다고 단언하는 것은 자칫 섣부른 판단이 될 수 있다. 앞서 지적한바 있듯 역량형성은 나고야의정서의 이행 그 자체의 효과를 제고하는데 큰 영향을 미치기 때문에 역량형성은 매우 중요한 사안이며 지속적으로 이루어져야 한다. 하지만 역량형성이 모든 문제점을 해결할 수 있는 만능으로 여겨서는 아니 될 것이다. 이러한 맥락에서, 국내조치의 미비문제는 현재 진행 중인 역량형성 및 개발 프로그램을 통해 극복되지 않는 문제를 해결하기 위한 보완적 체제를 통해 다룰 필요가 있으며, GMBSM이 그 대안으로 고려될 수 있을 것으로 판단된다.

3) DSI

DSI는 일반적으로 유전체(genome), DNA, RNA 및 단백질 염기서열 등 유전자원 내 다양한 종류의 염기서열을 지칭한다.[51] 그러나 이에 대한 합의된 정의는 아직까지 존재하지 않는다. DSI는 성질상 무형의 정보이기 때문에 나고야의정서의 적용범위와 어떠한 관계를 가지는지에 대해 논의가 뜨겁다.

이와 관련하여 제14차 CBD 당사국총회(COP14) 결정을 참고해볼 필요가 있다. 동 결정에 따르면 대부분의 경우 DSI는 물리적 유전자원에 대한 접근을 통해 생성된다.[52] 나아가 유전자원이 이용을 목적으로 접근된 경우, 해당 유전자원의 DSI에 대한 상업적 및/또는 비상업적 이용은

47) Informal Advisory Committee on Capacity-Building for the Implementation of the Nagoya Protocol, CBD/NP/CB-IAC/2019/1/2, paras. 19-20.
48) GEF 자금기부국에 대해서는 https://www.thegef.org/partners/countries-participants 참조(2021년 9월 8일 검색).
49) COP-MOP1, UNEP/CBD/NP/COP-MOP/DEC/1/8, Annex Ⅰ, para. 12(e).
50) Global Environment Facility Independent Evaluation Office, *supra* note 36, p. 31.
51) Elizabeth Karger, "Study on the Use of Digital Sequence Information on Genetic Resources in Germany" in the project *Scientific and Technical Support on Implementing the Nagoya Protocol – Part 1 "Digital Sequence Information and ABS"* (Federal Agency for Nature Conservation, 2018), p. 5; Jorge Cabrera Medaglia, "Digital Sequence Information (DSI) and Benefit-Sharing Arising from its Use: An Unfinished Discussion", *GRUR International*, Vol. 69, Issue 6 (2020), p. 565.
52) COP14, *Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 14/20. Digital sequence information on genetic resources,* CBD/COP/DEC/14/20 (30 November 2018), para. 4.

MAT에 의거하여 이익배분의 대상이 될 수 있다.[53] 이러한 측면에서 볼 때 잠정적으로는 나고야 의정서의 적용범위에 해당하는 물리적 유전자원에 대한 이용을 통해 도출된 DSI에 대해서는 이익배분의 문제가 발생할 수 있다는 사실에는 합의가 된 것으로 보인다.[54]

그런데 최근 COP-MOP3 결정에 따라 수행된 연구에 따르면 물리적 유전자원의 이용 결과인 DSI의 이용은 PIC의 획득이 기능적으로(functionally) 불가능한 상황이라는 의견이 제시되어 주목할 필요가 있다.[55] 현재 DSI에 대한 접근은 공공 또는 사적 데이터베이스를 통해 이루어지고 있다. 전 세계에서 가장 많은 염기서열정보를 보유하고 있는 국제 뉴클레오티드 염기서열데이터베이스 협력기구(International Nucleotide Sequence Database Collaboration, INSDC)가 보유하고 있는 염기서열정보는 2021년 8월 현재 231,982,592개에 달한다.[56] 그러나 이들 중 출처국가에 대한 정보를 알 수 있는 것은 16% 정도에 지나지 않는다.[57] 게다가 유기체의 지리적 분포가 정적(static)이지 않기 때문이다. 또한 원산지국의 정보가 제공된다고 하더라도 그 정확성은 확신하기 어렵다. 공공데이터베이스에의 등록시 유전자원의 정확한 출처 기입은 의무가 아니기 때문이다. 또한 잘못 기입하더라도 이를 확인하거나 제재할 방안이 없다.

더욱이, 합성생물학(synthetic biology)에서 사용되고 있는 생명공학기술은 다수의 유기체에서 발견되는 여러 유전적 구성요소를 이용한다. 국제상공회의소(International Chamber of Commerce)가 제시한 의견에 따르면 최신 생물정보학 프로젝트에서는 특정 상품을 개발하는데 수백에서 수천개의 염기서열이 이용될 수 있으며, 최종상품은 투입된 모든 염기서열의 평균을 나타내는 하나의 염기서열을 가지고 있게 되므로 투입된 각각의 염기서열의 상대적 가치를 결정하는 것은 사실상 불가능하다는 것이다.[58] 이러한 경우라면 각 국가들이 DSI에 대한 ABS 체제를 마련하고 있다고 해도 이를 적용하는데 기술적 어려움에 직면하게 될 가능성이 매우 높다. 이러한 사실에 근거하여 DSI의 이용 관련 PIC 및/또는 MAT체결이 어려운 경우에도 GMBSM을 생각해볼 수 있다.[59]

Ⅳ. 형식 구성 방향에 대한 제언

GMBSM의 형식(modalities)에 대한 논의는 앞서 살펴본 것처럼 필요성에 대한 논의가 아직 합의에 이르지 못하여 공식적으로 개시된 논의가 있는 상태는 아니다. 그러나 본 연구에서는 위

53) COP14, CBD/COP/DEC/14/20, para. 7.

54) SBI, *Study to identify specific cases of genetic resources and traditional knowledge associated with genetic resources that occur in transboundary situation or for which it is not possible to grant or obtain prior informed consent*, CBD/SBI/3/15/Add.1 (13 July 2020), p. 25; 박원석, "생물다양성협약과 부속의정서상 유전자원 염기서열정보의 협상쟁점과 논의동향", 중앙법학 제22집 제3호 (2020), 218면.

55) SBI, CBD/SBI/3/15/Add.1, p. 25.

56) NCBI GenBank, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/genbank/statistics/ 참조(2021년 9월 9일 검색).

57) AHTEG, *Combined Study on Digital Sequence Information in Public and Private Databases and Traceability*, CBD/DSI/AHTEG/2020/1/4 (31 January 2020), pp. 47-48.

58) International Chamber of Commerce, Digital Sequence Information and the Nagoya Protocol, p. 3, available at https://www.cbd.int/abs/DSI-views/ICC-DSI.pdf.

59) Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice, *Digital Sequence Information on Genetic Resources*, CBD/SBSTTA/22/2 (20 March 2018) Annex, para. 20(i)(i); AHTEG, *Synthesis of views and information on the potential implications of the use of digital sequence information on genetic resources for the three objectives of the Convention and the objective of the Nagoya Protocol,* CBD/DSI/AHTEG/2018/1/2 (9 January 2018). para. 90.

에서 검토한 바와 같이 GMBSM 수립의 필요성이 충분히 존재한다는 의견을 제시하였다. 이러한 전제하에서 아래에서는 GMBSM 수립시 생각해볼 수 있는 형식의 전체적인 틀 구성에 대한 방향을 제시하도록 한다.

1. 법적 형식

1) 가능한 형식

GMBSM의 법적 형식으로는 나고야의정서의 보충적 체제, 또는 나고야의정서와는 구별되는 독립적 체제로 나누어 생각해볼 수 있다.

우선, GMBSM은 나고야의정서 하의 하부조직으로서 보충적 체제로 수립되는 경우이다. GMBSM은 나고야의정서의 양자적 이익배분체제가 작동되지 않는 경우를 위해 마련되는 것이다. 따라서 GMBSM은 궁극적으로 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 형평한 배분을 목적으로 하는 나고야의정서의 효과적인 이행을 위한 나고야의정서 하의 보충적 체제로 수립될 가능성이 높다.[60]

한편, 나고야의정서와는 독립되는 별개의 체제로 마련될 가능성도 존재한다. 나고야의정서 제10조는 동 의정서의 시제적 및 지리적 적용범위와 같이 협상당시 해결되지 않은 논의를 이어나가기 위해 마련된 배경이 있기 때문이다. 이를 고려하면 GMBSM은 나고야의정서의 기본체제와는 궤를 달리하고 있기 때문에, GMBSM이 나고야의정서와는 구별되는 체제로 수립될 수도 있다는 것이다.[61]

나고야의정서와 구분되는 새로운 체제로 GMBSM을 설치하는 방법 중 하나는 나고야의정서와 구별되는 별도의 국제조약, 예컨대 나고야의정서 제10조의 이행협정을 체결하는 것이다. 그러나 GMBSM이 별도의 조약체결을 통해 설치된다 할지라도 여전히 주목적은 나고야의정서, 나아가 CBD의 목적 달성을 위한 것이기 때문에 GMBSM은 나고야의정서와 합치하는 방식으로 해석되고 적용될 필요가 있을 것이다.[62]

---

60) 오선영, 앞의 주 14, 163면.

61) 박원석, "나고야의정서의 국내 이행 필요사항 분석", 고려법학 제68호 (2013), 479면; 김기현, 박수진, 앞의 주 3, 23면.

62) 이와 관련하여 UN 해양법협약(UN Convention on the Law of Sea, 이하 UNCLOS) 하 국가관할권 이원지역(Area Beyond National Jurisdiction, 이하 ABNJ)의 해양유전자원(marine genetic resources)과 관련한 논의를 살펴볼 필요가 있다. UNCLOS에서는 ABNJ의 해양생물다양성 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 해양유전자원에 대한 보호, 접근 및 이익배분에 관한 새로운 국제레짐의 형성 논의가 진행되고 있다. 동 레짐의 규율을 위해 제안된 의장초안에서는 "동 문서의 어떠한 규정도 [해양법에 관한] 협약에 따른 국가의 권리, 관할권 및 의무를 저해하지 아니한다. 동 문서는 [해양법에 관한] 협약의 문맥 및 이에 합치하는 방식으로 해석되고 적용된다."라고 규정하고 있다. ABNJ의 해양생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위한 체제는 UNCLOS와는 구분되는 새로운 국제조약을 통한 별개의 체제로 구성될 전망이다. 이를 고려하면, 나고야의정서와는 구분되는 GMBSM이 별도의 체제로 수립되는 경우에도 이와 대동소이한 규정이 삽입될 가능성이 높을 것으로 판단된다. Intergovernmental Conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (hereinafter referred to as ABNJ Conference), President's aid to negotiations, A/CONF.232/2019/1 (3 December 2018).
한편 의장초안 내 해당 원문은 다음과 같다.
4. Relationship of the Convention and other instruments and frameworks and relevant global, region and sectoral bodies

2) 평가

GMBSM 수립은 i) GMBSM의 설치의 필요성 및 형식에 대한 검토가 나고야의정서 제10조로부터 위임을 받았다는 점, 그리고 ii) GMBSM의 수립여부 및 법적성격 등이 나고야의정서의 COP-MOP에 의해 결정된다는 점을 고려하면 나고야의정서 COP-MOP 결정에 의해 수립될 것으로 보인다.[63] 이 경우 발생할 수 있는 문제는 당사국총회의 결정이 가지는 법적 효력과 관련되어 있다. 만일 당사국총회가 GMBSM의 자발적 운영을 결정하는 경우에는 동 결정을 통해 당사국의 실체적 권리 및/또는 의무를 변경하는 것으로 판단할 수는 없을 것이다. 그러나 당사국총회의 결정이 GMBSM의 운영을 의무적인 것으로 하는 경우에는 당사국의 실체적 권리 및/또는 의무의 변경을 요하는 것일 가능성이 크다. 예컨대 GMBSM의 운영 및 전반적인 재정관련 기능수행을 위해 별도의 기금이 동 체제 내에 수립될 수 있다. 이때 해당 기금기구의 운영비를 당사국들에 대하여 의무적 납부를 규정하게 되면 이는 당사국들에 대해 새로운 재정적 의무를 부과하는 것이 된다.

그런데 당사국의 실체적 권리 및/또는 의무의 변경을 요하는 당사국총회의 결정에 대해서는 논란이 있다.[64] CBD 제23조(4)항ⓘ호는 당사국총회에 대하여 동 협약의 목적 달성에 요구되는 여하한 추가적 행동을 고려하고 취할 권한을 부여하고 있다.[65] 나고야의정서 역시 제26조(4)항ⓕ호에서 COP-MOP에 대해 동 의정서의 이행에 요구되는 그 밖의 기능을 수행해야 함을 명시하고 있다.[66] 그런데 이 같은 규정에만 근거하여 당사국총회의 결정을 통해 당사국의 실체적 권리 및/또는 의무를 변경할 수 있는가의 여부는 단언하기 어렵다. 실제로 이는 오존층파괴물질에 관한 몬트리올의정서(Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 이하 몬트리올의정서)에서 문제가 된 적이 있다. 몬트리올 의정서 제2차 당사국회의(Meeting of the Parties)에서는 잠정다자기금(interim multilateral fund)의 설치를 결정한바 있다.[67] 그러나 몬

(1) No provisions in this instrument shall prejudice the rights, jurisdiction and duties of States under the Convention. This instrument shall be interpreted and applied in the context of and ina manner consistent with the Convention.

63) 김기현, 박수진, 앞의 주 3, 23면.

64) Robin R. Churchill and Geir Ulfstein, *supra* note 837, p. 639; Jutta Brunnée, "COPing with Consent: Law-Making under Multilateral Environmental Agreements", *Leiden Journal of International Law,* Vol. 15, Issue 1 (2002), pp. 21-31.

65) CBD 제23조(4)항ⓘ호의 원문은 다음과 같다.
Article 23.4. The Conference of the Parties shall keep under review the implementation of the Convention, and, for this purpose, shall:
(i) Consider and undertake any additional action that may be required for the achievement of the purposes of this Convention in the light of experience gained in its operation.

66) 나고야의정서 제26조(4)항ⓕ호의 원문은 다음과 같다.
Article 26.4. The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Protocol shall keep under regular review the implementation of this Protocol and shall make, within its mandate, the decisions necessary to promote its effective implementation. It shall perform the functions assigned to it by this Protocol and shall:
(f) Exercise such other functions as may be required for the implementation of this Protocol.

67) Second Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, *Report of the Second Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete Ozone Layer,* Decision II/8. UNEP/OzL.Pro.2/3 (29 June 1990).

트리올의정서에는 이러한 설치와 관련한 당사국회의의 권한에 대해 다루고 있는 규정이 없었다.[68] 몬트리올의정서는 제11조(4)항에서 CBD와 마찬가지로 당사국회의는 동 의정서의 목적달성을 위해 요구되는 여하한 추가적 행동을 고려하고 행할 권리가 있다고 규정하고 있을 뿐이었다.[69] 일부에서는 동 규정을 근거로 당사국회의의 결정의 구속력을 인정하였지만 이에 대해서는 강한 반대의견이 제기되었다. 만일 잠정다자기금의 설치에 관한 당사국회의의 결정에 법적구속력이 있다고 보는 경우, 동 결정에 찬성하지 않는 당사국에 대해서도 기금에의 재정적 의무를 부여하게 되는데, 이는 적절치 않다는 것이었다.[70] 결과적으로 몬트리올의정서의 당사국회의는 몬트리올의정서 제10조를 정식 다자기금의 설치를 의무화하는 내용으로 개정하는 결정을 다시 채택함으로써, 다자기금의 수립이 당사국 전체에 대해 구속력을 가지는 체제가 될 수 있도록 조치하였다.[71]

이에 비추어볼 때 GMBSM을 나고야의정서 당사국에 대해 확실한 법적구속력을 가지는 체제로 수립하기 위해서는 나고야의정서 제26조(4)항ⓔ호에 근거하여 COP-MOP에서 현재 나고야의정서의 제10조를 GMBSM의 설치 및 형식을 규정하도록 개정하는 결정을 채택할 필요가 있을 것으로 판단된다.[72] 이때 개정은 CBD 제29조에 따라 이루어지나, 상당히 복잡한 과정을 거쳐야 한다. 당사국총회 결정에 의해 GMBSM의 설치가 결정된다고 하더라도 동 결정이 법적구속력을 가지기 위해서는 ⅰ) GMBSM의 설치 및 운영을 규정하도록 하는 나고야의정서의 개정이 COP-MOP에서 별도로 결정되어야 하고, ⅱ) 실질적으로 개정을 위해서는 총의에 이르거나 총의에 이르지 못하는 경우 회의 참석 및 투표 당사국의 3분의 2의 찬성을 얻어야 하며, ⅲ) 나고야의정서 당사국의 최소 3분의 2가 동 개정에 대한 비준·수락·승인을 하여야 비로소 해당 당사국에 대해서 GMBSM이 적용될 수 있게 된다.

한편 GMBSM이 별도의 이행협정을 통해 수립되는 경우 동 이행협정은 엄연히 하나의 독립적인 조약이기 때문에 국제법적 구속력을 가지게 되며, 이는 당사국총회의 결정에 의한 체제와 비교할 때 가장 큰 차이점이 된다. 그러나 여기에서도 동 이행협정을 비준하는 국가만 구속을 하게

---

68) 몬트리올의정서는 특정 사안과 관련한 당사국의 의무변경 및 당사국총회의 결정에 대한 법적구속력을 명시적으로 언급하는 조항을 마련하고 있다. 예컨대 몬트리올의정서 제2조(9)항에 따르면 당사국총회의 결정에 따라 통제물질의 소비 및 생산 감축에 대한 회원국의 의무 변경될 수 있으며 해당 결정은 모든 당사국에 대하여 법적구속력이 있다.

69) Climate Action Network Ad-Hoc Legal Working Group, "COP Decisions: Binding or Not?"(8 June, 2009), p. 2.

70) Handl Gunther, "International "Lawmaking" by Conference of the Parties and Other Politically Mandated Bodies" in Rudiger Wolfrum and Volker Roben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (Springer, 2005), p. 130.

71) Second Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, UNEP/OzL.Pro.2/3, *Annex II, Article 1.T.* 이를 통해 개정된 몬트리올의정서는 소위 1990년 런던 개정의정서(Amendment to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, London, 29 June 1990) 로 불리며 동 개정의정서 제10조에 다자기금제도 설치규정이 포함되었다.

72) 나고야의정서 제26조(4)항ⓔ호의 원문은 다음과 같다.
Article 26.4. The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Protocol shall keep under regular review the implementation of this Protocol and shall make, within its mandate, the decisions necessary to promote its effective implementation. It shall perform the functions assigned to it by this Protocol and shall:
(e) Consider and adopt, as required, amendments to thie Protocol and its Annex, as well as any additional annexes to this Protocol, that are deemed necessary for the implementation of this Protocol;
한편 CBD 제23조(4)항ⓔ에 따르면 당사국총회는 CBD의 하부 의정서에 대한 개정을 고려하고 개정이 결정되는 경우 그 채택을 해당 의정서의 당사국에 대해 그 채택을 권고하도록 되어 있다.

된다는 점에서 문제가 발생할 수 있다. GMBSM이 나고야의정서 양자적 이익배분체제의 작동불능 상황에서 효과적으로 작동되기 위해서는 나고야의정서의 모든 당사국이 해당 이행협정을 모두 비준하여 당사국이 되어야 하는데, 이러한 가능성은 실질적으로 매우 낮을 것으로 보인다. 나고야의정서와 이행협정 간 당사국 범위 차이의 발생은 GMBSM의 설치 및 운용의 실효성을 현저히 떨어뜨리기 때문에 이는 상당한 장애가 될 가능성이 높다.

종합해볼 때, GMBSM이 실질적 법적구속력을 가지고 기능하기 위해서는 많은 과정을 오랜 기간 거쳐야 할 것으로 보인다. 그러나 과정의 지난함을 이유로 GMBSM의 수립 필요성을 부인하는 것은 바람직하지 않을 것이다. GMBSM 수립의 필요성이 충분히 인식되었다는 점에 대한 합의를 먼저 이끌어내는 것이 현재로서는 가장 중요한 일일 것이며, 이러한 합의가 먼저 도출될 때 비로소 법적구속력 있는 GMBSM의 형성 논의가 이어질 수 있을 것이다. 따라서 무엇보다 GMBSM의 수립을 위한 당사국들의 결정이 우선적으로 채택되어야 할 필요가 있다.

2. 적용범위

GMBSM의 적용범위에 대해서는 물리적, 시제적, 지리적 적용범위를 고려해볼 수 있다.

첫째, 물리적 적용범위와 관련하여 GMBSM은 나고야의정서의 양자적 이익배분체제가 작동할 수 없는 경우를 위해 마련되는 체제라는 점을 상기할 필요가 있다. 특히 나고야의정서 제10조 제2문에 따르면 GMBSM으로 배분된 이익은 CBD의 두 가지 목적, 즉 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 이용되어야 함을 명시하고 있고, 나고야의정서 제1조에 따르면 유전자원의 공정하고 형평한 이익배분은 궁극적으로 앞서 언급한 CBD의 두 가지 목적에 기여하기 위한 것임을 상기하면, 적어도 GMBSM은 CBD의 범위 내에서 운영되어야 할 것으로 판단된다.[73]

여기에서 한 가지 특기할 것은 앞서 살펴본 것처럼 DSI의 이용에 대한 이익배분이 양자적 접근법 하에서는 많은 제약이 따르므로 이를 GMBSM의 적용대상에 포함시킬 필요가 있을 것이라는 점이다.[74] 이때 이익배분의 대상이 되는 DSI는 상업적 목적을 위한 DSI의 이용으로 범위를 제한함으로써, 비상업적 목적의 DSI 이용자의 부담을 경감시키는 한편, DSI의 이용과정 추적과 발생되는 이익배분의 추궁 측면에서 GMBSM의 운영상 발생할 수 있는 행정적 비효율을 감소시키는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다.

한편, GMBSM의 적용대상 관련 규정 마련 시 DSI가 GMBSM의 적용대상에 포함된다는 점 때문에 해당 규정이 나고야의정서 제3조의 문언과 차이를 둘 이유는 없을 것으로 보인다.[75] 나고야의정서 제2조의 유전자원의 이용이란 유전자원의 유전적 및/또는 생화학적 구성에 대한 연

---

73) 오선영, 앞의 주 14, 163-164면 참조.

74) 이때 DSI에 대한 이용은 나고야의정서 제5조 제1항에서 언급하고 있는 후속적 응용 및 상업화(subsequent applications and commercialization)로 분류될 수 있을 것이다. 이에 대해서는 AHTEG, *Report of the Ad Hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information on Genetic Resources,* CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4 (20 February 2018), Annex, para. 7 참조.

75) 나고야의정서 제3조의 원문은 다음과 같다.

Article 3. Scope

This Protocol shall apply to genetic resources within the scope of Article 15 of the Convention and to the benefits arising from the utilization of such resources. This Protocol shall also apply to traditional knowledge associated with genetic resources within the scope of the Convention and to the benefits arising from the utilization of such knowledge.

구 및 개발을 의미하는데,[76] 나고야의정서상의 연구 및 개발이란 유전자원에 대한 여하한 조사, 학습 및 상품화 과정 전반을 포괄하는 개념으로 이해된다.[77] 연구 및 개발의 개념의 광범위성은 물리적 유전자원에의 이용을 통해 얻은 DSI를 포괄하는 것으로 볼 수 있기 때문에, DSI는 유전자원의 이용의 한 예가 된다.[78] 나고야의정서의 적용범위를 규정하고 있는 동 의정서 제3조는 CBD 적용범위 내의 유전자원 및 그러한 유전자원의 이용으로부터 발생한 이익을 명시하고 있으므로, DSI는 나고야의정서의 적용범위 내에 포함된다고 보아야 할 것이다. 단, 앞서 언급한 바와 같이 DSI의 이용 중 상업적 목적으로 이용되는 DSI만을 GMBSM의 적용범위에 해당됨을 명시하기 위해서는 DSI에 대한 이용은 상업적 목적을 위한 것에 한정한다는 조건을 붙일 수는 있을 것이다.

둘째, 시제적 적용범위와 관련해서는 앞에서도 다룬바와 같이 적어도 CBD 발효 이후이나 나고야의정서 발효 이전에 접근되어 PIC를 부여할 수 없거나 받을 수 없는 상황에 접근된 유전자원에 대한 이용이 지속되는 경우 및 특히 새로운 이용이 발생한 경우가 포함되어야 할 필요가 있다. 상기한 것처럼 나고야의정서 제3조는 CBD 제15조 범위 내의 유전자원에 대해 적용된다고 규정하고 있어, 나고야의정서의 적용대상이 되는 유전자원은 CBD 발효 이후의 것에 한정된다고 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 이들 유전자원에 대해 나고야의정서 발효 이후에도 지속되고 있는 이용, 또는 새로운 이용을 통해 이익이 발생할 가능성은 얼마든지 있다. 이때 GMBSM을 통해 이러한 이익을 전 세계적 차원에서의 생물다양성 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 이용할 수 있다면 나고야의정서 뿐 아니라 CBD의 목적달성에도 상당 부분 기여할 수 있을 것이다.

셋째, GMBSM의 지리적 적용범위의 설정은 국가관할권이 미치지 않는 지역의 유전자원까지 포섭할 것인지의 여부와 관련된다. 나고야의정서 제3조는 CBD 제15조 범위 내의 유전자원에 대해 동 의정서가 적용된다고 규정하고 있고, CBD 제15조(1)항은 천연자원에 대한 국가의 주권적 권리를 인정하고 있다. 이는 당사국의 관할권 내의 유전자원을 대상으로 하고 있다는 뜻으로, 국가관할권 이원지역의 유전자원은 나고야의정서의 적용대상에서 제외됨을 의미한다.[79] 생각건대, GMBSM이 CBD 및 나고야의정서가 규정하고 있는 현재의 지리적 적용범위를 벗어나는 것은 바람직하지 않을 것으로 생각된다. 이는 GMBSM 설치의 필요성을 고려할 때 상당히 명확하다. 즉, GMBSM은 이익을 배분받을 권리가 있는 자를 확정할 수 없는 상황에서의 이익배분을 위한 기제이지, 누구도 권리를 주장할 수 없는 유전자원에 대한 이용으로부터 발생하는 이익의 배분을 위한 기제는 아니다. 나아가 국가관할권 이원지역의 유전자원에 관련하여, 현재 해양법 영역에서 국가관할권 이원지역의 해양생물다양성에 관한 체제가 논의중에 있으며, 남극지역에 대해서는 이미 남극조약체제에 따라 천연자원의 이용이 규율되고 있다.[80] 이들 체제에 종속되는 유전자원에

76) 나고야의정서 제2조(c)항의 원문은 다음과 같다.
Article 2. Use of Terms
The terms defined in Article 2 of the Convention shall apply to this Protocol. In addition, for the purposes of this Protocol:
(c) "Utilization of genetic resources" means to conduct research and development on the genetic and/or biochemical composition of genetic resources, including through the application of biotechnology as defined in Article 2 of the Convention;

77) Elisa Morgera, Elsa Tsioumani and Matthias Buck, *Unraveling the Nagoya Protocol: A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity* (Brill, 2014), p. 63.

78) AHTEG, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4, Annex, para. 7

79) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 2, p. 127.

80) *Ibid.*, pp. 73-74.

대해서는 나고야의정서에 의거한 PIC가 부여될 수 없는 상황이기 때문에, 나고야의정서 제10조에서 예견하고 있는 필요성 상황인 PIC의 획득 또는 부여가 불가능한 상황에 해당되지 않는다고 보아야 한다. 따라서 GMBSM이 수립된다고 하더라도 그 지리적 적용범위는 나고야의정서의 범위 내로 설정되는 것이 타당할 것이다.

3. 이익배분의 대상 및 배분방법

1) 유전자원 출처식별이 가능한 경우

유전자원의 출처식별이 가능한 경우는 두 가지가 있을 것이다. 우선 유전자원의 현지 내 수집을 진행하려고 하나 해당 국가의 국내법 미비 등으로 인하여 PIC 획득이 어렵거나 불가능한 경우가 해당될 수 있다. 다른 하나는 월경성 상황이다. 월경성 상황이라는 것은 동일한 유전자원이 둘 이상의 국가에서 발견되는 것을 의미하는 것이기 때문에, 유전자원의 원산지국을 하나로 특정하는데 어려움은 있을 수 있겠지만 유전자원 출처가 될 수 있는 국가들 자체의 식별은 가능한 상황이라고 볼 수 있다. 유전자원의 출처가 식별 가능한 경우 GMBSM을 통한 이익배분의 대상은 해당 국가들이 될 수 있을 것이다.

유전자원의 출처식별이 가능한 경우, 식별된 이익수혜자에 대해 모아진 이익을 예치해두었다가 추후 지급하는 형식을 고려해볼 수 있다. 특히 월경성 상황에 의한 해당 당사국들에 대한 이익은 ⅰ) 유전자원의 상대적 보유분의 산출이 가능한 경우에는 그러한 상대적 보유분에 따라 비례적으로 배분하거나 ⅱ) 그렇지 못한 경우에는 이익을 균분하는 방식을 생각해 볼 수 있다. 유전자원의 상대적 보유분에 따라 이익을 비례적으로 배분하는 경우에는 분류군(taxa)에 걸쳐 흩어져있는 정보의 지리적 분배에 관한 결정이 선결될 필요가 있을 것이다.[81]

여기에서 유념할 것은 앞서 언급한 바와 같이 나고야의정서 제10조 제2문에 따라 GMBSM을 통해 모아진 이익은 '전 세계적으로'(globally) 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 이용되어야 한다는 점이다. 동 조항에서의 '전 세계적으로'라는 표현은 GMBSM을 통한 이익배분이 CBD의 목적달성을 위해 보다 전체적인 측면에서 이용되어야 함을 의미하는 것으로 이해할 수 있다.[82] 따라서 유전자원 출처식별이 가능하여 유전자원 원산지국에게 이익이 배분되는 경우, 이러한 이익은 단순히 실질적 또는 잠재적 유전자원 제공국이 해당 유전자원에 가지는 권리 행사의 결과가 아니라, 이들 국가가 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 가능케 하는 생태계의 관리자로서 더 활발히 기능할 수 있도록 이용되어야 할 필요가 있다. 특히 유전자원의 출처는 식별되지만 PIC를 받을 수 없는 상황은 모두 역량형성 및 개발이 절실하게 요구되는 경우에 해당되기 때문에, 이들 국가들이 처한 상황을 극복할 수 있도록 지원함으로써 전 세계적 차원의 생물다양성 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용 가능성을 제고할 필요가 있다. 이러한 맥락에서, 해당 국가들에 대한 금전적 이익배분 이외에도 이들이 직면하고 있는 문제에 대한 체계적인 분석을 통해 맞춤형 역량형성 및 기술이전 등의 비금전적 이익배분

81) Manuel Ruiz Muller, *Genetic Resources as natural Information: Implications for the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol* (Routledge, 2015), p. xviii.

82) Tomme Rosanne Young, "An International Cooperation Perspective on the Implementation of the Nagoya Protocol" in Elisa Morgera, Matthias Buck and Elsa Tsioumani, *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges* (Martinus Nijhoff Publisher, 2013), pp. 489-490.

방식이 이루어질 수 있는 방안을 보다 정밀하게 고안해야 할 것이다.

2) 유전자원 출처식별이 불가능한 경우

유전자원의 출처식별 및 추적이 불가능한 상황은 현지 외 수집상태의 유전자원 또는 DSI의 출처 미상으로 원산지국의 식별이 불가능한 경우가 있을 것으로 보인다. 이러한 경우에는 이익수혜자를 특정할 수 없기 때문에 나고야의정서 제10조에서 언급하고 있는 것처럼 GMBSM을 통해 유전자원을 이용한 자에 의해 배분되는 이익은 전 세계적 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 범세계적 차원에서 사용되도록 조치할 필요가 있다.

이와 관련하여 생각해볼 문제는 어떻게 하면 전 세계적 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용이라는 목적에 부합하도록 이익을 사용할 수 있을 것인가이다. 특히 이익배분의 대상이 식별되지 않는 경우에는 GMBSM을 통해 모아진 이익을 누구에게 배분해야 하는지가 관건이 된다. 식량농업식물유전자원에 관한 국제조약(ITPGRFA)의 경우, 다자체제(Multilateral System)를 통해 모아진 이익은 개발도상국의 농부지원을 위한 프로젝트에 투자함으로써 역량형성 및 기술이전에 기여한다. 2009년을 기점으로 2년 단위로 현재까지 4회차까지 진행된 이익배분기금 프로젝트(BSF project)는 다수의 역량형성 및 기술이전 사업에 자금을 지원했으며, 특히 기후변화에 취약한 지방의 토착농부들을 지원하는 사업 추진에 중점을 두고 있다.[83] 세계보건기구(World Health Organization, 이하 WHO) 대유행인플루엔자준비체계(Pandemic Influenza Preparedness Framework, 이하 PIP 체계)에서는 동 체계를 통해 생물물질을 수령하여 백신 및 의약품을 제조하는 자에 대해서는 동반기여금(partnership contribution)이라는 연간 분담금을 지급하도록 하고 있다.[84] 동반기여금은 유행성 바이러스 질환에 대한 대비 및 대응을 위해 지출된다.[85] 이때 대비의 경우, WHO의 모든 회원국이 WHO를 상대로 이익배분을 받을 권리가 있지만, 이익배분의 우선순위는 이용된 표본을 제공한 국가가 아닌, 공중보건의 위험도 및 필요를 고려하여 의료 자원의 부족으로 인해 유행성 인플루엔자에 가장 취약한 국가 및 백신에의 접근성이 제한된 국가에 대해 주어진다.[86] 나고야의정서의 경우, 유전자원 부국인 대부분의 개발도상국들이 생태계의 관리자 역할을 충실히 수행함으로써 CBD 및 나고야의정서의 목적달성에 기여할 수 있다는 사실을 상기할 필요가 있다. 즉, 정치적·경제적·환경적 요인으로 인하여 생물다양성 보전에 취약한 개발도상국을 중심으로 이익배분을 고려하는 방안이 가장 적합할 것으로 보이며 그 가능성도 높을 것으로 판단된다.[87]

한편 GMBSM을 통한 이익을 배분받을 대상 선정 방법에는 신중할 필요가 있다. 이는 이익배분의 공정성 및 형평성과도 연결되는 문제이기도 하다.[88] ITPGRFA의 예를 살펴보면, 동 조약 다자체제하 이익배분대상의 선정은 개발도상국 및 경제체제전환국의 농부지원을 위한 프로젝트

83) FAO, BSF Projects, http://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/benefit-sharing-fund/projects-funded/en/참조(2021년 9월 30일 검색).
84) PIP Framework, Section 6.14.3.
85) PIP Framework, Section 6.14.4.
86) PIP Framework, Section 6.1.
87) Elisa Morgera, Elsa Tsioumani and Matthias Buck, *supra* note 77, pp. 207-208.
88) Expert Group Meeting on Article 10, *Study on Experiences gained with the Development and Implementation of the Nagoya Protocol and Other Multilateral Mechanisms and the Potential Relevance of Ongoing Work undertaken by Other Processes, including Case Studies*, UNEP/CBD/ABS/A10/EM/2016/1/2 (22 December, 2015), p. 19.

제안서를 검토함으로써 이루어진다. 그러나 프로젝트 제안서 검토를 통해 이익배분대상을 선정하는 방식은 프로젝트를 제안하는 국가들 간 경쟁을 야기함으로써 전세계적 차원의 목적달성이라는 방향과 자칫 어긋날 가능성을 야기할 수 있다는 비판이 제기된바 있다. 프로젝트의 선정 자체에 지나치게 몰두하게 되면 막상 국가 또는 지역적 수준에서 요구되는 이익배분의 필요성이 제대로 평가되지 않아 프로젝트의 효과 자체를 떨어뜨리는 결과를 초래할 수도 있다는 것이다.[89]

이를 고려할 때 GMBSM의 경우에는 크게 두 가지 방법을 통해 이익배분대상을 선정할 수 있을 것으로 보인다. 첫째, GMBSM 내 기금기구의 마련을 통해 해당 기구 내의 자체적 기준을 정립한 뒤, 이에 따라 기후변화나 전쟁, 환경재난 및 사고 등으로 인해 생물다양성이 위협받고 있는 국가들을 선별하는 방식을 생각해볼 수 있다.[90] 둘째, GEF를 통한 국가선별을 진행할 수도 있다. GEF는 세계은행으로부터 자금융자를 받을 수 있거나, UN개발계획(UN Development Programme, UNDP)의 프로그램을 통해 기술적 원조를 받을 수 있는 자격이 있는 국가인 경우 GEF의 자금을 지원받을 수 있도록 하는 제도를 운영하고 있다.[91] 이러한 방법들을 통해 선정된 국가들을 중심으로 현지 내 보전 및 현지 외 수집을 통한 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용에 필요한 자금을 지원하고, 이와 관련한 역량형성 및 개발의 지원 및 기술이전 등의 비금전적 이익배분을 강화하는 방법을 적극적으로 고려할 수 있을 것이다.

4. 기금마련

GMBSM은 동 체제에서만 배타적으로 다루는 유전자원이 별도로 있는 것이 아니고 유전자원에 대한 접근 자체에 대해서는 규율하지 않을 가능성이 높기 때문에, 기금마련 방법에 있어 많은 융통성과 유연성이 필요할 것으로 판단된다.

기본적으로 GMBSM이 지속가능하게 운영되기 위해서는 의무적 기금납부와 자발적 기금납부를 모두 규정하는 방법을 모색할 필요가 있다. 우선 GMBSM에서의 의무적 기금납부는 월경성 상황하의 유전자원 또는 유전자원에 대한 PIC를 획득할 수 없는 경우, 이러한 유전자원을 이용하여 상업적 이익을 창출한 자에 대해 부과하는 방법을 생각해볼 수 있다. 이때에는 판매액, 총수익, 순수익 등의 일정비율을 정해진 기간 동안 분납하도록 하거나 일시금으로 납부하게 하는 방법이 모색될 수 있다. 특히 특허와 같은 지식재산권과 결부되는 경우에는 적립되어야 할 사용료의 비율, 수익의 결정 및 부과시기 등에 대한 구체적인 규정의 마련이 필요하다.

이를 위해 다른 다자적 이익배분체제를 살펴보면 다음과 같다. PIP 체계에서는 PIP 생물물질에의 접근을 통한 백신 또는 항바이러스제 제조자에 대해 제조물에 대한 접근 보장, 알맞은 비용 또는 무료로 라이선스 제공 등의 방식을 통한 이익배분의 의무를 부과하고 있다. 이들은 별도로 PIP 체계 운영을 위한 연간 분담금 지급 의무 역시 부담하고 있다. 또한 ABNJ의 해양유전자원 이용으로부터 발생한 이익배분과 관련하여 의장초안은 금전적 이익배분의 수준을 ⅰ) 각 부문 및 미리 결정된 비율에 근거하되, 상업화의 결과에 특허가 허여된 경우에는 더 높은 지불비율을 책

89) Sélim Louafi, "Policy Brief-Reflections on the Resource Allocation Strategy of the Benefit Sharing Fund", *paper for the 5th Session of the Governing Body of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* (Swiss Federal Office for Agriculture, 2013), p. 1.

90) 이에 대한 예로 ITPGRFA의 경우 다자체제를 통해 수령된 이익은 개발도상국 및 경제체제 전환국가들의 농부들을 지원하기 위해 배분된다. 또한 PIP 체계에서는 공중보건의 위험도 및 필요를 고려하여 유행성 인플루엔자에 대해 취약한 국가를 중심으로 이익이 배분되는 형태를 구성하고 있다.

91) Global Environment Facility, *Instrument for the Establishment of the Restructured Global Environment Facility* (2019), para. 9(b).

정하도록 하는 방법과 ii) ABNJ의 해양유전자원의 상업적 이용으로부터 기인하는 순수익의 1%를 부과하는 방법을 제안한바 있다.[92]

2021년 6월 이행에 관한 부속기구(Subsidiary Body on Implementation, 이하 SBI)가 제출한 제10조에 관한 초안에서도 이와 비슷한 내용이 제안된바 있다. 동 초안에서는 유전자원, 관련 전통지식 및 DSI의 이용에서 발생한 이익의 공정하고 형평한 배분을 위한 실질적인 체제로 GMBSM을 제안하고 있다.[93] 특히 동 초안에서는 선진국에 대해 상기 적용대상의 이용에서 발생한 모든 상업적 수입에 대해 소매가의 1%를 양자적 이익배분체제로 배분할 수 없는 경우 GMBSM에 납부할 수 있도록 입법적, 행정적 또는 정책적 조치를 취할 의무를 제시하고 있다.[94] 또한 초안에 따르면 GMBSM에 납부되는 모든 금전적 이익은 GEF로 모아지며 이렇게 모아진 기금은 생물다양성 과학기구(Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services)의 과학적 평가를 통해 생태계 기반 접근방식에 따라 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 목적으로 한 활동에 이용된다.[95] 이러한 초안이 실제로 채택될지의 여부는 지켜보아야 할 것이나, GMBSM을 통한 기금마련 방법으로 충분히 고려할 만한 선택지라고 할 수 있다.[96]

단, ITPGRFA의 다자체제에서 목도한 바와 같이 의무적 기금납부 이행의 실패가능성을 염두에 둘 필요는 분명히 있다. 현재 ITPGRFA에서 다자체제를 통한 식량농업식물유전자원을 수령하여 상업화된 제품을 판매하는 경우 수령자에게 제품판매수익의 고정비율(a fixed rate)을 의무적으로 납부하도록 하는 제도가 제대로 이행되고 있지 않아 단순히 비용을 납부하도록(shall make payments) 표준물질이전계약(SMTA)의 개정안이 마련되어 있다는 현실을 감안해야 한다. 따라서 앞서 언급한 의무적 기금납부 이외에 GMBSM의 적용범위 하의 유전자원을 이용하여 상업적 이

92) ABNJ Conference, A/CONF.232/2019/1, p. 19.

93) SBI, *Global Multilateral Benefit-Sharing Mechanism (Article 10 of the Nagoya Protocol), Draft recommendation submitted by the Chair,* CBD/SBI/3/CRP.12 (2 June 2021), p. 1. 해당 원문은 다음과 같다.
"*The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Nagoya Protocol*,
[*Further determined* to create a practical system to ensure fair and equitable sharing of the benefits arising from the use of digital sequence information on genetic resources and associated traditional knowledge,]]"

94) SBI, CBD/SBI/3/CRP.12, p. 2. 해당 원문은 다음과 같다.
6. [Decides to establish an ad hoc technical expert group, with the terms of reference set out in the annex to the present decision:]
[6 alt. Decides, in the exercise of their sovereign rights over genetic resources, to establish a multilateral benefit-sharing mechanism, to operate as follows:
(a) *Each developed country Party shall*, in accordance with Articles 20 and 15.7 of the Convention, *take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, to ensure that 1 per cent of the retail price of all commercial income resulting from* all utilization of genetic resources, traditional knowledge associated with genetic resources or *digital sequence information on genetic resources is shared through the multilateral benefit-sharing mechanism to support the conservation and sustainable use of biological diversity, unless such benefits are otherwise being shared on mutually agreed terms established under the bilateral system;* (emphasis added)

95) SBI, CBD/SBI/3/CRP.12, pp. 2-3.

96) 한편, DSI에 대한 이익배분방법에 대해 Muller와 Vogel은 DSI 이용 결과로 특허를 출원하게 되는 경우, 특허권자로 하여금 상품의 상업화로써 발생한 금전적 이익을 GMBSM에 납부하고 사용료는 조건부 날인증서(escrow)로 예탁하는 방식을 제안하고 있다. 이에 대해서는 Manuel Ruiz Muller, *supra* note 81, pp. 76-89 참조.

익을 창출한 자가 GMBSM에 자발적으로 이익을 배분하도록 장려할 수 있는 유인책 역시 마련해야 할 것이다. 이러한 유인책으로는 현재 ITPGRFA의 SMTA 개정안에서도 발견되는 것처럼 기금 납부의 의무가 있는 자로 하여금 납부금액을 스스로 결정하게 하여 납부하도록 하는 방식, 자발적 이익 납부시 모범관행(best practices)의 인정이나 자발적 이익납부 확인서 등의 발급을 통해 추후 유전자원 제공국 내의 유전자원에의 접근 및 이익배분에 있어 보다 유리한 조건이 적용될 수 있도록 보장하는 방식 등을 추가적으로 고려해 볼 수 있을 것이다.[97]

한편, 다른 다자적 이익배분체제에서 발견되는 바와 같이 GMBSM에서 나고야의정서 내 핵심사업인 역량형성 및 기술이전을 비금전적 이익배분을 수행하게 될 때, 역량형성 및 기술이전을 위한 기금납부의 의무를 선진국에 대해 부과하는 방법을 추가적으로 생각해볼 수 있다. CBD 제20조(2)항에 따르면 선진국인 당사국들은 개발도상국인 당사국의 CBD 이행에 필요한 신규 및 추가적 재원을 제공할 의무가 있는데, 동 조항은 나고야의정서 제25조(1)항에 따라 나고야의정서 당사국들 역시 고려해야 할 의무가 있기 때문이다.[98] CBD의 당사국이 자동적으로 나고야의정서의 당사국이 되지는 않지만 나고야의정서의 당사국이 되기 위해서는 반드시 CBD의 당사국이어야 하므로, 이 같은 의무의 부과는 정당한 근거를 가지고 있는 것이다. 선진국들에 대한 기금납부의 의무가 부과된다면 이들에 의해 자발적인 납부로만 충당되어 오던 재원의 확보가 보다 안정적으로 이루어질 수 있기 때문에 고려할 가치는 존재할 것으로 보인다.

V. 결론

나고야의정서가 발효된 지 7년이 채 지나지 않은 시점에서 동 의정서 이행의 실효성을 논하는 것은 일견 시기상조일 수 있다. 그러나 분명한 것은 나고야의정서의 적용범위에 해당되는 유전자원의 이용이 발생함에도 불구하고 양자적 이익배분체제로는 해결될 수 없는 상황이 분명히 존재한다는 것과 이때 발생하는 이익은 나고야의정서의 틀 내에서 배분되어야 할 당위성이 존재한다는 것이다.

나고야의정서가 유전자원에 대한 국가의 주권적 권리는 보호하면서도 공정하고 형평한 이익배분을 통해 지속가능한 발전 역시 꾀할 수 있으려면 천연자원에 대한 주권적 권리의 표상인 양자적 이익배분체제만으로는 부족하다. 양자적 이익배분체제가 가지는 한계를 보완해주고 환경보호와 경제발전간의 균형을 보다 효과적으로 이루기 위해서는 이익배분에 대한 다자적인 접근이 필요하다.

이러한 측면에서 본 연구는 GMBSM은 이 같은 상황과 요구에 적절히 부응할 수 있는 기제가 될 수 있음을 주장하였다. 특히 아직까지 합의가 이루어지지 않은 GMBSM 설치의 필요성에 대해, 본 연구는 필요성은 다음과 같은 근거를 바탕으로 충족되었음을 입증하였다.

첫째, 월경성 상황 발생시 나고야의정서 제11조에 따른 해당 당사국들 간 협력이 먼저 이루어

97) Bevis Fedder, *Marine Genetic Resources, Access and Benefit Sharing: Legal and Biological Perspectives* (Routledge, 2013), p. 171.

98) CBD 제20조(2)항에 따르면 선진국인 당사국들은 개발도상국인 당사국의 CBD 이행을 위해 필요한 신규 및 추가적 재원을 제공할 의무가 있다. 동 조항은 이러한 의무 이행을 위한 선진국은 COP1에서 결정할 것을 위임하고 있다. 이에 따라 COP1에서 결정된 선진국의 명단은 다음과 같다. 호주, 오스트리아, 캐나다, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 독일, 그리스, 아이슬란드, 이탈리아, 아일랜드, 일본, 룩셈부르크, 모나코, 네덜란드, 뉴질랜드, 노르웨이, 포르투갈, 스페인, 스웨덴, 스위스, 대영제국 및 북아일랜드. CBD COP1, *Decision adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its First Meeting*, UNEP/CBD/COP/DEC/I/2 (28 February 1995), Annex II. A.

져야 하는 것은 사실이다. 그러나 동 조항에서 규정하고 있는 협력은 의무적인 것이 아니리 때문에 협력이 일어나지 않거나 실패할 가능성이 있다. 특히 나고야의정서의 이행 상태가 국내적으로 모두 상이하기 때문에, 제11조에 따른 협력이 실제로 일어나는데는 많은 한계가 있다는 국가들의 의견이 제출된바 있다. 따라서 제11조 상의 협력 실패시 이익배분이 이루어질 수 있는 장치가 마련될 필요가 있다.

둘째, 현지 외 수집상태 유전자원 출처가 미상인 이유는 많은 경우 유전자원 수집 기간이 CBD 또는 나고야의정서 발효 전이기 때문인 것으로 보인다. 나고야의정서의 적용대상은 CBD 제15조 범위 내의 유전자원이고 그 범위는 그러한 유전자원의 이용까지 포섭한다. 따라서 CBD 발효 후와 나고야의정서 발효 전에 수집된 유전자원에 대한 이용에 대해 이익이 발생하는 경우, 이는 이익배분대상이 되어야 할 것이다.

둘째, 유전자원 제공국 국내조치의 미비에 대해 일각에서는 이로 인해 PIC가 부여되거나 획득되지 못한 사례는 없다고 주장한다. 그러나 조사에 따르면 오히려 이러한 사례는 다수 발생하였다. 또한 국내조치의 미비는 역량형성으로 극복될 수 있다는 주장은 실제 역량형성 프로젝트의 시행 관행 및 결과를 살펴볼 때 만능 해결책이 될 수 없다. 따라서 국내조치 미비시 발생하는 이익배분의 기제가 보충적으로 마련될 필요가 있다.

셋째, DSI의 경우 의견은 분분하지만 CBD COP14의 결정을 참고할 때, 물리적 유전자원에 대한 이용을 통해 도출된 DSI에 대해서는 이익배분의 문제가 발생할 수 있다. 그러나 DSI의 성질 및 이용 관행을 고려할 때 PIC의 부여나 획득은 난제이다. 이때 DSI의 이용으로부터 발생하는 이익배분을 위해 GMBSM이 적절한 기제가 될 수 있다.

나고야의정서를 통해 생물다양성의 보전 및 그 구성요소의 지속가능한 이용을 위해 보다 공정하고 형평하게 이익을 배분하기 위해서는 이제 GMBSM에 대한 구체적 법적 형식에 대한 논의가 이루어져야 할 필요가 있다. 이에 따라 본 연구는 법적 형식, 적용범위, 이익배분의 대상 식별 및 배분방법과 기금마련의 방법에 대한 전체적인 방향을 제시함으로써 GMBSM의 가능한 형식을 구상해보았다. 그러나 이는 개괄적인 틀에 불과하다. 논의의 기초를 마련하기 위해서는 다른 다자적 이익배분체제에 대한 면밀한 연구와 현재 진행중인 다른 포럼에서의 논의에도 귀추를 주목하는 한편, 나고야의정서에서 다루어지는 유전자원의 특성 및 기술발달을 종합적으로 고려하여 국가들의 합의를 이끌어내야 할 것이다.



분과회의

제3분과위원회

제3발표

[좌장] 박덕영 (연세대학교)

생태주의 관점에서 본 환경인권 발전의 이론적 고찰

(Theoretical Approach on the Development of Environmental Human Rights from an Ecocentric Perspective)

[발표] 조희문 (한국외국어대학교)
[토론] 박병도 (건국대학교)

大韓國際法學會

생태주의 관점에서 본 환경인권 발전의 이론적 고찰

Theoretical Approach on the Development of Environmental Human Rights from an Ecocentric Perspective

조 희 문*

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 환경인권을 보는 두 가지 방법론
1. 도구적 가치설
2. 내재적 가치설
Ⅲ. 국제수준에서 환경인권의 형성과정
Ⅳ. 지역수준에서 환경인권의 형성과정
Ⅴ. 생태중심적 환경인권의 조건
Ⅵ. 결론

I. 서론

지난 1972년 스톡홀름선언은 '인간환경선언 (Delclaration of the United Nations Conference on the Human Enviornment)'으로 건강한 환경이 인권과 직접 관련이 있음을 선언한 최초의 국제문서이다. 인간환경선언은 생활환경(원칙 1)과 자연환경(원칙 2)을 모두 포괄하고 있다. 원칙 1은 "인간은 인간의 삶에 행복과 존엄을 주는 환경 안에서 자유, 평등 그리고 합당한 삶의 지위를 영위할 기본권을 갖고 있고 동시에 현재와 미래세대를 위해 환경을 개선하고 보호해야 할 엄중한 책임을 갖는다." 원칙 2는 "자연 생태계를 대표하는 공기, 물, 토양, 동식물과 같이 이 지구상의 천연자원은 적절하고 주의 깊게 계획 또는 준비되어서 현재와 미래세대를 위하여 보호되어야 한다."고 명시하고 있다. 환경과 인간의 행복과 존엄성이 연관성이 있으며, 자연 생태계와 건강한 환경을 미래세대에 물려줄 세대간 의무를 명시하고 있다.

인권법은 인간을 다루고 환경법이 환경을 대상으로 하기 때문에 법적으로 두 영역은 별개이자 독자적으로 발전해왔다. 그러나 인간사회가 환경을 파괴하고 그 결과로 인권이 위협을 받으면서

* 한국외국어대학교 법학전문대학원

상호의존성을 인정하는 작업이 진행되어왔다. 이러한 작업은 인간이 환경을 지배하고 사용하는 인간중심적(anthropocentric) 사고방식과 인간은 자연의 일부분이라는 자연 또는 생태중심적(ecocentric) 사고방식의 두갈래 접근법이 대립되었다. 이러한 법논리적 대립은 1972년 인간환경선언이래 현재까지 지속되고 있고 국내법이나 국제협약 그리고 법원판례도 완전한 타협점을 찾지 못하고 있다. 다만 초기에 비해서는 인간중심에서 생태중심으로 조금씩 방향전환을 하고 있다.

그렇다면 본 논문의 연구주제인 환경인권(environmental human rights)은 확실하게 성립된 주제인가. 이점에 대해서는 아직 확실한 답변보다는 다양한 이론과 지역법원의 판례만 있을 뿐이고, 환경인권의 개념과 내용을 규정한 구속력있는 국제협약이나 국제법원의 판례가 존재하지 않는다. 1966년 세계인권선언의 인권목록에도 환경은 없었고, 1세대 2세대 인권에서도 환경은 존재하지 않았다. 각국 헌법의 규정도 환경권을 기본권으로 두는 경우와 그렇지 않은 경우, 기본권일 경우에도 추상적 권리와 구체적 권리 등 다양한 입장이 충돌하고 있다. 그러나 건강한 공기, 식수, 주택 등 생활환경이 인권보호에 필수적이 되면서 인권법에서 환경인권은 상당히 빠른 속도로 정립되어가고 있다.

인권과 환경의 관계는 시민적·정치적 권리와 경제적·사회적 및 문화적 권리의 관계에서 볼 수 있다. 전자는 후자없이 만족스러운 권리향유가 어렵다. 안전하고 깨끗하고 건강하고 지속 가능한 환경에 대한 인권은 시민적 및 정치적 권리를 보완하고 강화해 준다. 환경에 영향을 미치는 활동은 인권을 침해할 수 있고, 인권에 영향을 미치는 활동은 환경을 침해할 수 있다. 인권에 관련된 환경 피해는 특히 취약한 사람들과 지역사회에 영향을 더 많이 미친다. 원주민사회는 자연과 밀접하기 때문에 환경침해 자체가 원주민의 인권에 영향을 미친다. 같은 맥락에서 오염, 지구온난화, 기후변화, 생물다양성의 파괴 등으로 인한 환경의 악화는 인류에게 더 피해를 초래하는데, 결국 국제환경법은 국제인권법 및 국제인도법과 갈수록 가까운 관계를 형성한다.

그래서 환경에 대한 인권 즉, 환경인권은 파괴되면 복원력이 어려운 환경의 특징을 반영하여 안전하고 깨끗하고 건강하고 지속 가능한 실체적 권리뿐만 아니라 환경 정보에 대한 접근, 환경의사 결정에 대한 대중의 참여, 환경 정의 및 교육에 대한 접근과 환경영향 평가와 환경 피해에 대한 책임과 배상 그리고 복원 등에 필요한 소송적 구제수단 등 절차적 권리가 중요하다. 환경인권은 건강한 환경에 대한 권리를 중심으로 자주적이고 독립적인 인권들이 밀접하여 연결되어 있기 때문에 이러한 일련의 권리들의 총합이 환경 인권이 된다. 구체적으로 건강한 환경권, 식수 및 위생에 대한 권리, 식량에 대한 권리, 원주민의 권리 등도 환경 인권에 포함된다. 즉, 환경 인권은 인간과 자연의 관계변화에 따라 지속적으로 확대될 수 있는 가변적 권리라 하겠다. 이렇게 환경권과 인권의 미래는 환경 인권에 직접적으로 연결되어 있다.

동 논문의 목적은 환경인권의 정착은 시간문제라고 보고 생태중심적 관점에서 환경인권의 발전과 이론적 배경 및 내용을 살펴보고 환경인권법이 제도적으로 정착하기 위한 제언을 하려는 것이다. 이를 위해 첫째, 국내헌법과 판례에서 환경인권을 어떻게 규정하고 있는지를 살펴보고, 둘째, 국제협약과 판례에서 환경인권에 대한 접근 현황을 살펴보겠다. 셋째, 이러한 결과를 중심으로 환경인권의 구체적인 내용을 실체규정과 절차규정으로 정리하고 환경인권이 실효적인 권리가 되기 위해서 현실적인 접근방안에 대해 검토해보겠다.

II. 환경인권을 보는 두 가지 방법론

환경윤리학에서는 자연과 인간의 관계를 보는 방식이 크게는 내재적 가치설(inherent values

theory)과 도구적 가치설(instrumental value theory)로 나뉜다. 내재적 가치설은 자연과 인간이 각자 나름의 존재가치가 있다는 주장이다. 인간이 자연을 필요로 한다고해서 서로의 관계를 엮을 필요는 없고 각자 존재하는 가치가 있다는 것이다. 인간이 자연을 이용한다고 해서 자연의 존재를 인간과의 관계에서 찾을 필요가 없다는 것이다. 자연생태계에서 인간과 자연은 각자의 존재가치와 역할이 있다고 본다.

반면, 도구적 가치설은 인간을 중심으로 자연을 관찰한다. 자연이 존재하는 이유는 인간에게 이용될 가치가 있기 때문이라는 인간중심적 사고방식이다. 인간에게 도구로 사용될 가치가 있을 때 자연은 존재의 가치가 있다는 입장이다. 세상의 중심은 인간이고 모든 자연은 인간을 위해 존재한다는 인간이기주의의 극한적 표출이라 하겠다.

현재의 환경법과 인권법은 인간중심주의(anthropocentrism)에 기초하여 설계되었다. 환경윤리학의 구분을 따르면 자연은 인간을 위해 존재한다는 도구적 가치설이다. 기존의 국내법과 국제법이 도구적 가치설에 따라 설계되었으니 이제 인권과 환경을 규정하는 국내외 규범들을 인간중심과 생태중심으로 구분하여보면 발전방향을 추론할 수 있을 것이다. 이 작업은 다음 장에서 하도록 하고 환경인권을 보는 두 가지 입장을 더 살펴보도록 하겠다.

1. 도구적 가치설

인간은 지구환경을 인간을 위해 인간중심으로 설계해왔다. 인권법은 인간중심적(anthropocentric)이고, 환경법도 인간을 위해서만 환경보호의 당위성이 있었다. 즉, 인권법과 환경법은 둘 다 인간중심적으로 설계되었다. 따라서 국제인권법이 환경을 보는 관점은 공리주의(utilitarianism)관점에서 접근하는 것이다. 환경은 인간을 위한 도구이자 수단으로 접근한 것이다. 국제환경법에서도 인간중심적으로 환경을 관찰해왔다. 국제인권법과 마찬가지로 인간과 자연의 관계는 공리주의에 기반하여 설계되었다. 환경보호는 환경을 위한 것이 아니라 인간에게 가치가 있기 때문에 보호하는 것이다. 즉, 인간은 보호를 받아야 할 내재적 가치(intrinsic value)가 있지만, 환경은 내재적 가치는 없고 인간을 위한 도구적 가치(instrumental value)가 있기 때문에 환경보호가 의미있다는 것이다. 이것이 인간중심적 환경법의 철학적 주류인 공리주의 이론이다.

이렇게 국제환경법과 국제인권법은 자연을 인간을 위한 도구적 가치로 보고 접근하였다. 이러한 자연의 도구적 가치론에 반대하여 자연도 내재적 가치가 있다고 주장하는 쪽은 그동안 비주류에 속하여 큰 관심을 받지 못했다. 국제사회에서도 환경보호에 관한 주요 국제회의나 국가간 구속력있는 조약들은 모두 인간중심적으로 접근했다. 1972년 스톡홀름 선언은 '인간환경 Human Environment'이었다. 인간중심적인 관점에서 인간과 환경의 관계를 보았고, 이러한 접근법은 1992년 리우환경회의, 2002년 지속가능한 개발에 관한 요하네스 지구서밋 (리우+10), 2012년 리우+20 등에서도 인간중심주의에서 환경보호를 논했다. 생태중심(ecocentric) 또는 생물중심(biocentric)적으로 접근하여 환경의 내재적 가치를 인정한 국제문서는 1982년 UN World Charter for Nature, 1987년 WCED Our Common Future Report, 2000년 The Earth Charter 등이 있으나 모두 구속력이 없는 선언적인 국제문서들이다.

인권협약들도 환경을 협약에 끌어넣으려는 노력을 계속해오고 있다. 국제인권협약에는 구속력있는 환경보호규정은 아직 찾아볼 수 없다. 다만, 지역인권협약에서는 환경을 명시하는 경향이 뚜렷하다. 1981년 African (Banjul) Charter on Human and People's Rights, 1988년 미주인권협약의 추가의정서인 San Salvador Protocol, 유럽의 Aarhus Convention, 아랍의 Arab

Charter on Human Rights, 2012년 아세안인권선언 등 주요 지역인권협약들이 건강한 환경권을 명시적으로 규정하고 있다. 건강한 환경권이 헌법에 명시되는 경향은 아주 뚜렷하다.

1972년 스톡홀름 인간환경선언이래 포르투갈(1976)이 처음으로 헌법에 건강한 환경권(right to a healthy environment)을 규정하였고 스페인(1978)이 뒤를 이었다. David Boyd교수의 분석에 따르면 헌법에 건강한 환경권을 명시한 국가는 한국(헌법 제35조 1항)을 포함하여 100곳이 넘었고, 비록 헌법에 환경권이 없다고 하더라도 이미 12개 국가들이 법원판결로 생명권을 확대해석하여 건강한 환경권을 헌법상 권리로 인정하였다.[1)]

결과적으로 구속력있는 국제인권협약이나 국제환경협약이 아직 부재함에도 불구하고 지역인권협약이나 국내헌법 그리고 법원판결로 건강한 환경권, 달리 말하면 환경인권을 인정하고 있다. 후술하겠지만 건강한 환경권은 일반적 국가관행(state practices)과 국가들의 법적확신(opinio juris)을 확인하기가 비교적 수월하기 때문에 국제관습법의 지위를 갖는다는 주장도 나오고 있다.

그렇다면 지금 남아있는 문제는 구속력있는 국제인권협약이나 국제환경협약에서 환경인권을 채택하는 작업, 환경인권의 문제를 해결하기 위해서 국제환경법원이나 국제인권법원의 설치타당성에 대한 논의, 그리고 이러한 모든 과정에서 헌법뿐만 아니라 기존의 환경법과 인권법을 인간중심적 법제에서 생태중심적 법제로 전면 재편하는 문제들이다.

2. 내재적 가치설

내재적 가치설이나 도구적 가치설은 인간이 자연과의 관계에서 인간사회의 법률에 적용하는 이론이기 때문에 인간중심적 접근법에는 변함이 없다. 그렇다 하더라도 인간이 기후변화 등 자연에게 가장 큰 영향력을 미치는 인류세(Anthropocene)에 들어와서는 인간은 지구생태계에 대해서 도덕적 책임(moral responsibility)을 부담해야 한다. 인간과 자연의 관계를 도구적 가치설에서 내재적 가치설로 중심이동을 하는 것은 지구생태계의 책임자로서 역할을 부담하겠다는 의지인 것이다.

자연의 내재적 가치설을 기반으로 형성되고 있는 법학이론이 자연권 법학론(Rights of Nature Legal Theory)이다. 자연권의 개념이나 내용, 현실적용방식에 대해서는 학문적 입장이 다양하게 나뉘지만 자연에 내재적 가치가 있다는 점과 자연에 일정한 법적 권리를 부여하자는 입장은 같다. 특히, 자연권 법학파는 인간중심의 법학에서 생태중심의 법학으로 법학 패러다임을 바꾸자는 대원칙에는 공통적인 입장을 취하고 있다.

자연권 법학파의 법학 패러다임 변화의 방법론에는 다양한 입장들이 있다. Thomas Berry는 2001년 저서에서 Earth Jurisprudence를 주창하고 지속적 공생이 가능한 Ecozoic Era로 가야한다고 주장했다. 이러한 1세대 사상가들의 이론은 환경입헌주의(environmental constitutionalism)로 이어졌다. 이들은 생태중심주의가 현실화되려면 가장 현실적이 방법은 국내헌법이나 국제법에 생태중심적 환경인권이 명시되어야 한다고 주장한다. 법은 질서규범이기 때문에 국제법이 국내법의 상위개념이고, 헌법이 법률의 상위질서이기 때문에 구속력있는 국제협약과 헌법에 자연권을 명문화하면 자연스럽게 낙수효과가 발생한다는 것이다.

이러한 주장은 실제로 현실에서 실험되었다. 2008년 에콰도르가 헌법에 자연권을 명시했고 2010년 볼리비아는 기후변화와 지구어머니의 권리에 관한 세계시민회의(World People's

1) Boyd, David R.(2018). "Catalyst for Change - Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment" In: John H. Knox and Ramin Pejan (eds.) The Human Right to a Healthy Environment, Cambridge University Press, p.18.

Conference on Climate Change and the Rights of Mother Earth)를 볼리비아 코차밤바(Cochabamba)에서 개최하여 지구어머니의 권리 세계선언문(Universal Declaration of the Rights of Mother Earth, UDRME)을 채택했다. 이러한 헌법행동주의는 남미의 국지적인 성격이 짙지만 환경운동가들의 큰 공감을 얻어내었다.[2] UN사무총장은 이미 2010년에 "자연과의 조화(Harmony with Nature)" 보고서를 발간한바 있는데, 이를 통해 현세대와 미래세대의 경제사회 환경의 필요성을 조화시키는 작업을 공식화했다. 남미의 이니시어티브가 국제사회에 공동행동을 이끌어내는 단서를 제공한 것이다.

지난 1972년 스톡홀름 인간환경선언이 인간과 환경의 상호의존관계를 법적으로 접근한 최초의 국제문서이고 그래서 인권법과 환경법의 상호의존성을 천명했다면, 50여년이 지난 현재에는 환경과 인권이 겹치는 부분은 환경인권법 또는 생태법(ecological law)으로 재편되어야 한다. 생태법은 자연과 인간이 지구생태계에서 각자 존재의 이유가 있는 내재적 가치설에 기초를 두고 인간은 이러한 지구생태계에 최상위 포식자로써 상당한 도덕적 책임을 부담해야 하기 때문에 공리주의의 도구적 가치설은 더 이상 설자리가 없게 된다.[3]

비록 선언적인 효력뿐이지만 1982년 UN World Charter for Nature는 생태중심주의에서는 대단히 중요한 문서이다. 국제문서로는 최초로 생태중심적 관점에서 접근하여 인간도 자연의 일부 구성원이고 모든 생명체는 인간에의 효용에 관계없이 내재적 가치가 있음을 천명했기 때문이다.

인간중심주의를 변형만 하더라도 생태중심주의와 같은 효과를 낼 수 있다고 주장하는 학자도 있다. 탈취적 인간중심주의(extractive anthropocentrism)에서 몰입적 인간중심주의(immersive anthropocentrism)로 변형하면 된다는 것이다. 그 의미는 인간은 자연에 몰입되기 때문에 자연스럽게 따르면 된다는 것이다(Lambert Report, 2020:4).

국제사회가 자연중심주의의 중요성을 인식하지만 구속력있는 국제문서를 채택하는데 주저하는 이유나 학자들이 인간중심주의를 버리지 못하는 이유는 명백하다. 법제도나 법철학 그리고 사회윤리까지 모두 인간사회에 적용되는 것을 전제로 발전된 것이기 때문이다. 인간사회를 초월하는 것은 종교나 문학의 영역일 뿐 사회제도의 영역은 아니다. 그래서 자연을 사회제도에 포함시키려면 자연을 제도권 안에 정식으로 영입해야 한다. 그 방법은 자연에 인간사회가 들어가던지 아니면 그 반대로 인간사회에 자연을 받아들여야 한다. 어떠한 방식을 택하던 '사회있는 곳에 법이 있다'라고 할 때 그 사회에는 자연이 포함되고 그 법에는 자연과 인간의 관계에서 자연이 인간에게 우선한다는 명제가 깔려야 한다(자연우월주의). 따라서 인간이 자연을 상대로 법제도권내에서 행하는 모든 과학적 경제적 행위는 자연을 위태롭게 해서는 안된다는 전제조건이 있다. 자연을 인간사회제도에 영입을 하려면 자연에게 권리(rights, derecho)를 부여해야 한다. 인간의 보호를 받는 것이 아니라 인간과 마찬가지로 권리와 의무의 주체가 되어야 한다.

사실, 물건(things, cosas)에 권리를 부여하는 행위는 역사의 발전과정이다. 패망국 국민이 노예가 되고 또 노예해방이 되고, 정복지의 주민은 권리가 제한되었고, 원주민은 성인이나 법원허가 등 일정 법률적 조건을 충족할 때까지 권리능력이 제한되기도 했다. 또한, 과거에 여성의 사회진출이나 경제력에 따른 투표권 제한 뿐만 아니라 현재에도 투표권이나 행위능력은 나이제한이 있다(IPOL, 2021:14). 이와 같이 법률사회의 법률제도는 그 사회와 국제사회의 필요성에 따라

2) UN총회는 4월 22일을 세계어머니지구의 날(International Mother Earth Day)로 선언했다.

3) 내재적 가치론에 기초하여 인권법에서 환경법으로 접근을 할 경우에는 생태인권법(ecological human rights law)를 선호하고, 도구적 가치론에 기초하여 접근할 경우에는 환경인권법(environmental human rights law)라는 표현을 선호한다. 반면, 내재적 가치론에 기초하여 환경법에서 접근을 할 경우에는 생태법(ecological law) 또는 지구법(global law)이라는 표현을 선호한다.

끊임없는 변화가 있으며 이러한 현상을 발전(development, desenvolvimento)이라고 말할 필요는 없다. 자연에게 권리를 부여하는 행위는 앞으로 인공지능 (로봇이나 자율주행 자동차와 같이 인공지능이 이동능력(mobility)을 갖는 형태이건 시스템에 고정되어 있는 형태이건)에 대해서도 발생하는 권리인정의 문제와 큰 차이가 없다. 자연을 사회법제에 주체로 인정하면 주체성에 합당한 방식으로 법제를 손봐야 한다. 인간중심에서 생태중심으로 법제중심이 이동하기 때문에 가장 좋은 방법은 헌법개정을 통해서 법제기준을 정하는 것이 좋다. 이미 이러한 방식으로 법제개혁을 추진하는 나라로 에콰도르가 있다. 에콰도르헌법은 자연권헌법, 생태환경헌법 또는 생태헌법(ecological constitution)으로 불러도 손색이 없다. 자연을 법률주체로 보는 자연권을 인정했다. 그리고 헌법규정에 맞추어 대대적인 법제개혁을 추진 중에 있다. 남미의 작은 나라이기 때문에 그동안 주목을 받지 못했지만 기후변화와 COVID-19팬데믹을 통해 이목이 집중되고 있다. 이웃 콜롬비아는 환경헌법을 갖고 있으나 자연권을 인정하는 수준까지는 아니다. 그러나 헌법재판소와 대법원은 환경헌법을 적극적으로 해석하여 판례로 자연권을 인정하고 생태헌법으로 진화시켰다.

생태헌법은 인간복지에 초점을 맞춘 인간중심주의적 서양세계의 헌법과 완전히 대치되는 헌법이다. 과거 그리스신화에서부터 인간은 신과 동격화하려는 상상력을 발휘했고(mythology-centrism), 중세에는 인간과 자연의 관계가 신중심(Theocentricism)으로 이루어졌다. 과학발달로 인간중심(anthropocentrism)으로 변화되었지만 자연에 대한 두려움은 여전하다.

지구생태계를 하나로 보고 인간은 자연과 다르고 자연의 모든 것보다 우위에 있다는 인간중심적 생각을 버리고 다시 자연으로 돌아가는 것이다. 인간의 자연회귀사상은 인류계(anthropocene)에 인간이 지구에 대해 행한 결과를 바탕에 기반한다. 환경법은 인간에게 이롭도록 환경을 보호하자는 목적을 갖고 있다. 그래서 근저에는 발전과 개발을 위한 환경자원의 보호이기 때문에 목적은 환경착취이다. 환경윤리에서 본다면 불법한 지속가능성(illegal sustainability)을 추구하는 것이다(IPOL, 2021:14). 어떠한 수단과 방법을 취하던 현행 환경법은 자연과 환경을 대상이자 재산(공공재산이건 사유재산이건)으로 보기 때문에 한계가 있다. 이러한 상태에서는 어떠한 지속가능성도 결국은 자연과 환경착취를 위한 정책이기 때문에 불법성을 없앨 수는 없다. 인간중심 사회의 모든 법제는 경제발전을 위한 것이고, 발전 즉 자연과 환경의 사용을 전제로 설계되기 때문에 부정적 영향을 줄이려는 법제도일 뿐이다.

내재적 가치설은 환경법제의 한계와 인간의 속성인 호기심과 정복욕(성취욕)을 인정하여 생각의 완전한 전환을 주장하는 것이다. 다양한 주장이 있지만 생태법학의 핵심은 인간과 마찬가지로 자연에게도 법인격과 일정한 행위능력을 부여하는 것이다. 고대문명의 자연숭배사상이 자연에 대한 경외심과 두려움에 기반한다면 생태법학자들은 철저하게 과학에 기반을 둔 법학논리를 개발하고 있다. 현대 환경법이 과학에 바탕을 두어 유한한 자원을 이성적으로 아껴쓰자는 환경환원주의(environmental reductionism)라고 한다면, 생태법학자들은 인간법보다 상위개념으로 지구법(Earth Law)이 있다고 주장한다. Thomas Berry에 따르면 우주는 모든 존재가 생성되는 곳이기 때문에 인간이 만드는 법은 지구의 생명체를 통제하는 자연법에서 파생되는 것에 불과하며 그 한도내에서 제정할 수 있다는 주장이다.

자연권으로 표출되는 생태법은 무엇보다도 자연에게 법인격을 부여하고, 각자의 내재적 가치를 인정하여 적절한 보호받을 권리를 인정함과 동시에 지구생태계를 구성하는 일원으로써 개별 그리고 집단적인 역할수행 의무를 부여한다.

자연중심주의의 법적 실천은 자연권의 공인을 통해 이루어지는데, 다양한 의견이 있지만 자연권의 공통요소는 자연에 대한 법인격(legal personhood)의 부여이다. 이것이 중요한 이유는 법

인격이 있어야, 자연이 침해를 받을 때 스스로 법정에 설 수 있는 소송당사자 능력 같은, 행위능력을 인정받을 수 있기 때문이다. 사람은 태어나면서 법인격을 부여받고 성인인 될 때까지 행위능력을 제한받는다. 부모가 법적대리인이 되는 것이다. 정상적인 판단능력이 결여된 성인도 법적 후견인의 도움을 받는다. 자연이 법적대리인을 통해 자신의 권리를 법원에서 주장하는 것은 자연권 행사에 가장 핵심적인 요소가 된다.

그래서 에콰도르나 콜롬비아 등 자연권을 인정하는 국가들은 이러한 자연권의 법원접근성을 보장하는데 신경을 썼다. 유효한 구제수단이 결여된 권리는 죽은 권리라는 논리가 적용된다. 물론, 에콰도르, 볼리비아, 뉴질랜드, 인도 등 자연권을 인정하는 국가들은 원주민들의 자연과의 역사문화적 특수성이 있지만, 에콰도르, 콜롬비아, 아르헨티나 등과 같이, 자연권을 이러한 원주민과의 역사적 특수성을 뛰어넘어, 법원이 일반적인 자연환경으로 확대적용하고 있는 태도를 주목할 필요가 있다.

III. 국제수준에서 환경인권의 형성과정

국제인권협약과 국제환경협약들은 인간중심주의와 생태중심주의에서 어떠한 곡예를 해왔을까. 1972년 스톡홀름 인간환경선언 이후 국제사회에서 인권과 환경은 상호의존관계를 인식하였지만 아직까지 자연의 내재적 가치를 인정하는 구속력있는 국제협약은 존재하지 않는다. 그래서 생태중심적 국제협약을 체결하는 것이 자연권법을 주장하는 학자들로써는 공동목표가 되어버렸다.

1972년 스톡홀름 선언에서 미래 인류를 위해 자연자원을 보호해야 한다는 명문규정을 두었는데, 인간중심주의에 기반한 환경보호론이었다. 26개의 원칙 중 첫 번째 원칙은 현세대와 미래세대를 위해 환경을 보호하고 개선할 의무를 명시하고 있다. “Principle 1. Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations.” 당시에는 환경과 인권의 관계를 국제공식의제로 처음 다루는 국제회의였기 때문에 국제사회나 학계에서도 아직 생태주의적 접근을 논할 분위기가 조성된 상태는 아니었다.

1980년 World Conservation Strategy (International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, 1980)도 지구상 생물의 보존을 위한 세계적 전략(world strategy for the conservation of Earth's living resources)이 당장 필요한 이유로 인간의 생존에 필수적인 생물자원(Living resources essential for human survival)의 보존을 주장했지만, 결국 인간중심주의에 관점에서 접근한 것이다.[4)]

생태중심주의가 처음 언급된 국제문서는 1982년 UN World Charter for Nature였다. 인간도 자연의 일부분이라는 생태중심적 관점에서 헌장의 서문에 다음과 같이 적시해 놓았다: “Every form of life is unique, warranting respect regardless of its worth to man, and, to accord other organisms such recognition, man must be guided by a moral code of action”.[5)] 비록 구속력이 없는 선언적 성격이지만, 세계자연헌장은 앞으로 국제사회가 환경과 자연을 어떻게 대해야 하는 접근법에 대해 명확한 방향을 제시한 중요한 국제문서이다. 자연이 인

4) World Conservation Strategy〈https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/WCS-004.pdf〉, p.19.
5) United Nations, 1982, preamble 〈https://digitallibrary.un.org/record/39295〉

간에 대한 가치 유무를 떠나서 고유의 내재적 가치가 있기 때문에 윤리적 행위를 해야 함을 확인한 것이다.

1987년 브룬트란트 위원회(Brundtland Commission)로 알려진 WCED (World Commission on Environment and Development)는 300쪽 분량의 Our Common Future Report를 채택했다.[6] 동 리포트는 지속가능한 발전(sustainable development)의 개념을 적용하여 인간사회의 발전이 자연친화적이어야 함을 강조했다. 즉, "9. (...) At a minimum, sustainable development must not endanger the natural systems that support life on Earth: the atmosphere, the waters, the soils, and living beings." 동 리포트는 지구상의 생명을 환경, 물, 토양과 생명체 등 지구생태계로 확대하여, 이러한 생명을 지탱하는 것이 바로 자연계이기 때문에 인간이 추구하는 발전이 이러한 자연계를 위험에 빠트려서는 안된다는 점을 강조했다. 지구상의 생명을 유지시키는 자연의 내재적 가치를 확인한 것이다. WCED는 발전목적을 달성하기 위해 자연보호를 하는 것이 아니라, 다른 생명체와 미래세대를 위한 도덕적 의무임을 확인했다는 점에서 생태중심적 환경윤리를 표명했다고 볼 수 있다 (55. (...) It is part of our moral obligation to other living beings and future generations).

그러나 1992년에 브라질 리우에서 개최된 리우환경회의는 WCED의 생태중심주의적 접근에 대한 기대를 불러일으켰으나, 상당히 모호한 태도를 취했다. 리우선언(THE RIO DECLARATION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT) 전문에는 생태중심적 관점을 비추었으나 실상 본문에는 좀 더 인간중심적 관점을 표명하여 판단하기가 애매모호한 중간적 태도를 취했다. 즉, 전문에는 "Recognizing the integral and interdependent nature of the Earth, our home"이라고 명시하여 상당히 애매한 표현을 사용하고, 원칙 1은 "Principle 1. Human beings are at the centre of concerns for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature."이라고 명시하여 전문에서는 지구의 통합성을 언급하면서 본문에서는 'in harmony with nature'라고 하여 인간이 자연의 관리자임을 암시하고 있다. 당시에는 생태중심주의와 인간중심주의에 대한 이해도 부족했을 뿐만 아니라 이러한 불확실한 개념을 구속력있는 국제협정에 채택하는 것을 주저했을 것이다. 리우회의에서는 당시까지의 합의 가능한 것들만 먼저 채택했고, 1987년 WCED가 제시했던 지속가능한 발전(sustainable development)에 적용될 원칙규범들은 계속 논의하도록 미룬 것이다. 이에 따라 1997년에 지구헌장위원회(Earth Charter Commission)가 형성되어 지구헌장의 마무리작업을 했다.

2000년에 채택된 The Earth Charter는 명백하게 생태중심주의적 접근법을 택했다.[7] 지구헌장은 2002년 남아공화국 요하네스버그에서 개최된 World Summit on Sustainable Development (WSSD)에서 유엔의 전폭적 지지를 받았는데 21세기에 적용될 행위 윤리규범이었다. 지구헌장 제1조는 생태중심적 세계관을 보여준다. "모든 존재는 상호의존적이고 모든 형태의 생명은 인간에게 가치가 있는지 여부에 관계없이 가치가 있다. Recognize that all beings are interdependent and every form of life has value regardless of its worth to human beings."라고 하여, 생태중심주의의 의미를 명시해 놓고 있다. 자연을 구성하는 모든 존재가 독립적인 가치를 지니고 있다는 것은 전체주의 관점(holistic)에서 자연과 인간의 관계를 정립하고 인간사회의 정의(justice)가 아니라 지구생태계 모두의 정의(justice)를 강조하는 것이다.

---

6) Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future 〈https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf〉

7) 〈www.earthcharter.org〉

그러나 요하네스버그에서 채택된 지구헌장은 윤리규범으로 구속력있는 문서는 아니다. 생태중심주의적 윤리규범을 구속력있는 국제규범으로 채택하는 것에 대한 부담이 컸던 것이다. 이러한 소극적 태도는 2012년 Rio+20 Earth Summit에서 채택한 The Future We Want에도 그대로 반영되었다.

1982년 UN World Charter for Nature에서 시작한 생태중심주의적 접근은 현실에 와서는 번번이 외교장벽에 막힌 것이다. 자연의 내재적 가치를 국제사회에서 공식적으로 인정을 받아야 구체적인 후속책을 논의할 수 있다. 이러한 점에서 기후변화 대응에도 어려움을 겪고 있는 국제사회는 인간사회의 법률구조를 근본적으로 바꾸는 생태중심주의로의 전환을 모색하기에는 준비가 덜되어 있다고 볼 수 있다. 그나마 2012년 The Future We Want 제39번에 방향성에 대한 고민을 밝혔다는 점에 의미를 둘 수 있겠다. 즉,

39. We recognize that the planet Earth and its ecosystems are our home and that Mother Earth is a common expression in a number of countries and regions and we note that some countries recognize the rights of nature in the context of the promotion of sustainable development. We are convinced that in order to achieve a just balance among the economic, social and environment needs of present and future generations, it is necessary to promote harmony with nature.

지구 어머니(Mother Earth, Pachamama)를 명시한 이유는 2008년 에콰도르 헌법에서 자연권을 인정했고, 볼리비아에서도 2012년에 토지 어머니 기본법(Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien)을 제정했다는 사실을 의식한 것이다. 그러나 제39번의 문구에서 '자연과의 조화(harmony with nature)'를 언급한 것이 1992년 리우선언의 문구와 유사하여 보는 관점에 따라 인간중심주의적 접근법일 수도 아닐 수도 있는 모호한 태도를 취했다.

UN의 이러한 태도는 2015년에 채택된 "The 2030 Agenda for Sustainable Development"에도 그대로 나타났다. 동 어젠다에는 모든 회원국들이 취해야 할 17 Sustainable Development Goals (SDGs)[8]을 채택했으나 안타깝게도 자연권 또는 생태중심주의에 관련된 문구는 발견되지 않는다.

이렇듯 UN을 중심으로 한 국제사회에서는 자연과 인간의 관계에서 생태중심주의의 중요성을 인지하고 있으며, 선언적 국제문서에는 동의하고 있으나, 국제사회에서 구속력이 있는 문서를 공식화하거나 공식적인 논의에 대해서는 상당히 주저하고 있다. 비록 일부 국가들이 헌법이나 법률 그리고 판례를 통해서 자연의 권리를 일부 수용하고 있으나, 이것은 부수적인 현상이지 주된 현상으로 보고자 하는 것은 아니다.

그러나 COVID-19팬데믹이 장기화되면서 인간중심적 사회구조에서 생태중심적 구조로 패러다임의 전환을 위한 논의의 장이 마련되었다고 본다. 우리는 이러한 기회를 놓쳐서는 안된다. 아래 표는 지금까지 국제사회에서 논의된 인간과 자연에 관한 주요 국제활동을 인간중심주의와 생태중심주의로 분류한 것이다.

8) SDGs의 구체적인 내용은 다음에서 찾아볼 수 있다. 〈https://sdgs.un.org/goals〉

국제사회에서 생태중심주의에 대한 논의	
인간중심주의	생태중심주의
○ 1972년 스톡홀름 선언 (미래 인류를 위한 자연자원 보호) ○ 1980년 World Conservation Strategy (인간의 생존유지에 필수적인 환경 보호 전략) ○ 1992년 리우환경회의 ○ 2002년 요하네스 Earth Summit ○ 2012년 Rio+20 Earth Summit (결과물 *The Future We Want*) ○ 2015년 UN "The 2030 Agenda for Sustainable Development"	○ 1982년 UN *World Charter for Nature* ○ 1987년 WCED Our Common Future Report ○ 2000년 The *Earth Charter*
출처: 필자 구성	

IV. 지역수준에서 환경인권의 형성과정

인권법원이나 환경법원과 같이 전문법원이 있으면 그 분야의 법률적 발달은 상당한 진전을 보인다. 인권법의 경우 국제인권법원은 아직 존재하지 않으나 지역인권법원의 활동은 상당히 활발하고 지역인권법과 국내인권법의 발전에 큰 기여를 하고 있다. 아마 국제환경법원이나 지역환경법원이 존재했다면 지구온난화와 기후변화 등 환경보호에 대한 관심이 큰 만큼 환경법의 발달에 큰 견인차가 되었을 것이다. 건강한 환경(healthy environment)이 필수인권으로 인식되면서 지역인권법원에 환경관련 인권을 판단해달라는 소송도 줄을 잇고 있다. 그런데 지역인권법원들의 태도는 지역마다 큰 차이가 있다. 결론을 먼저 말한다면 유럽인권법원(European Court of Human Rights, ECtHR)을 제외한 미주인권법원, 아프리카인권법원, 아랍인권법원들은 환경인권에 대해 상당히 호의적이다.

지역인권법원들이 환경관련 인권에 적극적인데 유럽인권법원이 소극적이라는 말은 무슨 의미인가. 이점에 대해 잠시 살펴보겠다. 원래 ECtHR은 세계인권법의 발달에 지대한 공헌을 하였다. ECtHR의 판례는 학계와 국내외 법원들에게 길잡이 역할을 하였다. 다른 지역인권법원들이 환경인권에 호의적인 이유는 지역인권협약에 환경인권에 관한 규정을 두어 인권법원이 관할권을 행사할 수 있는 법적 근거를 두었기 때문이다. 예를들어 미주인권협약의 경우 추가의정서를 채택하여 건강한 환경을 인권으로 명시함으로써 인권법원이 환경관련 인권소송을 판결할 수 있도록 했다. 유럽인권협약의 경우에도 환경인권을 인정하는 의정서를 채택하려는 노력이 있었으나 성사되지 못했다. 유럽인권협약은 그 자체로 건강한 환경권를 명시적으로 보장하지 않기 때문에 법원해석을 기대할 수밖에 없는 형국이다.

1981년 아프리카 인권헌장 24조는 "모든 인간은 자신의 발전에 유리한 일반적으로 만족스러운 환경에 대한 권리를 가진다(ARTICLE 24. All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development.)"고 명시하고 있으며 집단 권리로 인정하고 있다. 2003년 채택된 마푸토 의정서(Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa)는 제18조 건강하고 지속가능한 환경권(Article XVIII RIGHT TO A HEALTHY AND SUSTAINABLE ENVIRONMENT)의 제1항에 "여성은 건강하고 지속 가능한 환경에서 살 권리를 갖는다(1. Women shall have the right to live in a healthy and sustainable environment.)"고 명

시해 놓았다.

미주지역에서는 1988년 11월 미주지역 경제, 사회 및 문화 분야의 인권에 관한 추가 의정서(산살바도르 의정서)를 채택하여 제11조에 "모든 사람은 건강한 환경에서 살 권리가 있다"고 명시해 놓았다.

2012년 11월에 채택된 아세안 인권 선언(Asean human rights declaration)은 28조 전문에 "모든 사람은 자신과 가족을 위한 적절한 수준의 생활권이 있다(28. Every person has the right to an adequate standard of living for himself or herself and his or her family including)고 명시하고 열거된 생활권 중 28(f)번에 "안전하고 깨끗하고 지속가능한 환경권(f. The right to a safe, clean and sustainable environment"을 규정해 두었다.

또한, 2008년 3월에 발효된 아랍인권헌장 38조도 '건강한 환경권(right to a healthy environment)'을 명시해 두었다.[9)]

유럽지역에서는 오르후스 환경협약(CONVENTION ON ACCESS TO INFORMATION, PUBLIC PARTICIPATION IN DECISION-MAKING AND ACCESS TO JUSTICE IN ENVIRONMENTAL MATTERS)이 제1조에 "현재 및 미래세대의 모든 사람이 자신의 건강과 복지에 적합한 환경에서 살 권리"를 명시해 놓고 있다.[10)] 이와 같이 전 세계 모든 지역은 인간의 살 권리의 요소로 '건강한 환경권', '건강에 적합한 환경에서 살 권리', '안전하고 깨끗하고 지속가능한 환경권', '자신의 발전에 유리한 일반적으로 만족스러운 환경' 등 다양한 표현으로 인권에 관련되는 환경권을 명시해 놓고 있다.

유럽인권협약도 건강한 환경에 대한 권리를 명시적으로 인정하지 않기 때문에 추가 의정서를 채택하려는 시도가 있었다. 모든 사람이 건강한 환경을 누릴 권리를 명시적으로 규정하는 의정서였다. 오르후스 협약에 명시된 바와 같은 맥락으로 환경 보호를 강화하려는 목적이었다. 이에 대해 유럽각료위원회는 부정적인 입장이었다. 2009년에 "건강한 환경에 대한 권리에 관한 유럽인권협약의 추가 의정서 초안"이라는 제목의 권고안 제1885호가 유럽각료위원회에 제출되었으나 추가 의정서는 채택되지 않았다.[11)] 이러한 연유에는 유럽인권법원 자체가 가지고 있는 판례에 나타난 부정적인 논리도 큰 영향을 미쳤을 것이다. 인권재판소는 건강한 환경에 대한 권리를 자율적 권리로 간주하지 않고 또한, 건강한 환경에 대한 명시적 권리도 규정되어 있지 않기 때문에 환경 피해는 그 자체로는 협약 위반이 아니고 다른 개인의 권리를 동시에 침해해야만 인권협약의 침해로 보고 있다.[12)] 이러한 유럽인권법원의 태도는 법원이 법엄격주의를 택함으로써 자의적 판

9) "제38조. 모든 사람은 음식, 의복, 주택, 서비스 및 건강한 환경에 대한 권리를 포함하여 자신과 가족의 웰빙과 품위 있는 삶을 보장하는 적절한 생활 수준에 대한 권리가 있습니다. 당사국은 이러한 권리를 보장하기 위해 자원에 상응하는 필요한 조치를 취해야 한다. Article 38. Every person has the right to an adequate standard of living for himself and his family, which ensures their well-being and a decent life, including food, clothing, housing, services and the right to a healthy environment. The States parties shall take the necessary measures commensurate with their resources to guarantee these rights."

10) 현재 및 미래세대의 모든 사람이 자신의 건강과 복지에 적합한 환경에서 살 권리를 보호하는데 기여하기 위해 각 당사국은, 이 협약의 규정에 따라, 정보에 대한 접근 권리, 의사 결정에 대한 대중의 참여 및 환경 문제에 대한 사법접근권을 보장해야 한다. In order to contribute to the protection of the right of every person of present and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being, each Party shall guarantee the rights of access to information, public participation in decision-making, and access to justice in environmental matters in accordance with the provisions of this Convention.

11) Recommendation 1885 (2009), "Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment"

12) REPORT_E.LAMBERT_EN(2020) THE ENVIRONMENT AND HUMAN RIGHTS, p.13.

단을 최소화하여 회원국의 반발을 최소화하려는 정치적 판단뿐만 아니라 인권법원은 인간중심주의를 기초로 작동되고 있다는 것을 보여준다. Elisabeth Lambert는 인권법원은 인권과 환경권은 소송상의 특성이 다르다는 것을 인정하기보다는 무시한다고 본다. 즉, 제소권을 개인 피해자에 한정하는 것은 환경소송의 특징을 외면하는 것이고, 과학적으로 입증하기 어려운 미래의 불확실한 환경피해 때문에 사전 예방적 조치가 환경법에서는 중요한 원칙이라는 것을 받아들이지 않고 있으며, 인권소송이 금전배상을 원칙으로 한다면 환경소송은 원상회복을 우선으로 하고 금전적 배상을 후순위로 둔다는 것을 무시하고 있다는 것이다.[13] 결국은 유럽인권법원이 적극적 사법주의를 통해 건강한 환경인권을 인정하지 않는다면 인권협약에 추가 의정서를 채택하여 인권법원이 따르도록 하는 수밖에 없다. 일단, 추가 의정서에서 환경인권을 명시적으로 받아들이면 이후에 인권법원이 적극사법주의를 통해 환경과 인권의 관계를 인간중심주의에서 생태중심주의로 전환할 수도 있다는 기대를 할 수 있을 것이다.

실제로 이러한 사례는 미주인권법원에서 발생했다. 미주인권협약에는 환경인권에 관한 명시적 규정이 없었으나 라틴아메리카 국가들이 환경인권을 법률과 판례를 통해 인정하면서 환경과 관련되는 사건이 제기되기 시작했다. 회원국들은 이에 대응하여 1988년에 산살바도르 의정서를 채택하여 건강한 환경에서 살 권리를 명문화하였다.[14] 그리고 2017년 콜롬비아 정부가 요청한 환경과 인권의 관계에 관한 권고적 의견(Advisory Opinion 23/17)을 통해서 건강한 환경권을 구체적으로 해석하였고,[15] 2020년 Lhaka Honhat사건에서 처음으로 건강한 환경인권을 적용하였다.[16] 미주인권법원은 적극적 사법주의로 유명할 뿐만 아니라 국제인권이 국내법질서에 우선한다는 국제인권 우위론을 판례를 통해 확립해왔다. 인권법원의 이러한 태도는 앞으로 환경인권과 자연권의 이론과 실제 적용에 큰 영향을 미칠 것이다.

동 건은 인디오공동체들이 Lhaka Honhat (Our Land) Association을 결성하여 아르헨티나 정부를 상대로 제기한 공동체 소유권 확인 소송이었다. 아르헨티나 법률에 따라 인디오공동체의 소유권이 인정되었으나 후속조치를 취하지 않자 미주인권위원회를 거쳐 미주인권법원에 제소된 사건이었다.

인권법원은 건강한 환경권을 독립적 권리로 보고 생태중심주의적 관점에서 해석했다. 즉, 건강한 환경권은 인간뿐만 아니라 자연도 향유하는 권리로 본 것이다. 인권법원은 "62. (...)독립적 권리로써 건강한 환경권은 산림, 강과 바다와 같은 환경의 구성원들을, 개인들에 대한 위험의 확신이나 증거가 없음에도 불구하고, 그 자체의 법익이 있기 때문에, 보호한다. 그 의미는 자연과 환경을 보호하는 것은 그들이 인간에게 주는 혜택이나 그 악화가 건강, 생명 또는 인간의 완전성 등 인권에 주는 영향 때문이 아니라, 인간이 다른 생명체들과 공유하는 지구가 그들의 권리를 위해 보호할 가치가 있는 중요성 때문이다."라고 환경과 인간의 관계를 규명했다.[17] 즉, 건강한 환

13) Ibid. idem.

14) Article 11 (Right to a healthy environment) 1. Everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services. 2. The States Parties shall promote the protection, preservation, and improvement of the environment. (Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights art. 11, Nov. 17, 1988, O.A.S.T.S. No. 69)

15) Inter-American Court of Human Rights: OC-23/17 Advisory Opinion (Nov 15, 2017).
콜롬비아 정부는 다음의 표제에 관해 권고적 의견을 구했다. ,The Environment and Human Rights (State obligations in relation to the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity), interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)

16) Aboriginal Community of Lhaka Honhat v Argentina, Series C No. 400, Merits, reparations and costs (Feb 6, 2020)

경에 대해 인간이 갖는 환경인권(human right to a healthy environment)과 자연이 갖는 환경자연권(right of nature to a healthy environment)을 구분하여 환경을 매개로 인간과 자연을 연결시켰다. 미주인권법원은 건강한 환경권을 명시한 국가가 상당수 존재한다는 것을 명시하여 건강한 환경인권이 자연권의 영역으로 발전에 나갈 수 있으며, 미주인권법원이 선도적 역할을 할 수 있음을 보여주었다.

V. 생태중심적 환경인권의 조건

COVID-19팬데믹은 국내법뿐만 아니라 국제법의 영역에서도 상당히 큰 파장을 일으키고 있다. COVID-19의 의미를 국제법적 관점에서 풀어낸 논문도 다수 발견되는데, De Vido는 팬데믹은 인간중심주의로 구축된 국제법을 반추할 수 있는 절호의 기회(occasio)로 보고 생태중심주의로 재편해야 한다고 주장한다.[18] 현행 국제법 체제로는 팬데믹의 도전에 효과적으로 대응할 수 없기 때문에 인간도 생물과 무생물 등을 포함하는 자연생태계의 한 구성원으로 보고 국제법을 재설계해야 한다는 것이다.

이제 우리는 환경인권이 국제법의 수준에서 구속력있는 국제협약은 아직 존재하지 않지만 지역협정이나 지역인권법원 그리고 국내법에서는 상당한 수준까지 그 존재를 인정하고 있다는 사실을 확인했다. 환경과 인권은 역사적으로 서로 다른 이유와 경로로 발전해왔지만 결국 서로 교차점에서 합치하는 수순을 밟고 있다. 환경과 인권의 관계는 다양한 측면에서 접근하지만 생태중심주의로 건강한 환경권을 조명한 미주인권법원의 접근법이 가장 혁신적이다. 미주인권법원의 적극적 사법주의는 라틴아메리카 국가들의 일반적 사회정서를 대변해주고 있다고 생각된다.

그러나 환경인권은 이제 걸음마단계에 있다. 그럼에도 불구하고 당면한 과제인 기후변화와 지구온난화에 대한 지구적 대응을 위해서는 환경과 인권의 관계를 근본적으로 고민해보아야 한다. 그래서 이번 장의 핵심과제가 생태주의적 관점에서 환경과 인권의 관계를 검토하는 것이다.

일반적으로 환경권은 헌법에서 사회경제적 권리에 분류되어있다. 인간이 사회경제적 관점에서 환경적 권리를 행사하는 인권이다. 환경적 권리인 인권은 본질적으로 특정 환경 자원에 대한 권리를 말하거나 깨끗한 공기, 물, 주거환경, 도시공해 등 시민 또는 소비자 권리에 관련되어 있다. 헌법에는 인권을 시민적 정치적 인권과 사회적 경제적 인권 등으로 구분하여 전자는 개인에 관련되고 후자는 교육, 노동, 주거 등 개인이 필요로 하는 대상에 관한 권리로 구분해 놓고 있다.

인권법상 인권보호는 국가의 책임이다. 인권유린은 보통 국가내에서 발생하기 때문에 피해자가 소재한 국가에 한정되는 경우가 일반적이다. 그러나 인권유린의 형태가 유사하다면 국제적으로 지탄을 받을 수 있다. 반면에, 환경피해는 공기, 물 등 국가를 넘어서 발생하는 경우도 있다. 그리고 천연자원에 대한 주권국가의 권리는 지구가 모든 사람의 것이라는 공유개념과 상충된다. 그래서 인권의 경우 국제적 보편성을 갖는 고문, 인류에 반하는 범죄 등 주권제한이 가능한 인권이 있지만, 환경의 경우 이러한 주권제한을 합리화할 정도로 국제보편성이 없다.

환경의 인권접근법은 또 다른 근본적인 문제를 제기한다. 인권이 인간중심으로 설계된 것은 자명한 사실이다. 인권이론은 천부인권사상을 바탕으로 주권과 밀접한 관련이 있다. 과거 절대왕조에서 혁명과 해방을 요구한 것도 천부인권에 바탕을 두고 있다. 인간 개개인이 갖고 있는 특별한 존재적, 도덕적 가치를 전제로 타인, 지역사회, 국가와의 관계를 조율한다. 인권이론이 환경에 적

17) OC-23/17 Advisory Opinion, para. 62.
18) De Vido, Sara. A Quest for an Eco-centric Approach to International Law: the COVID-19 Pandemic as Game Changer, Jus Cogens, 11 Nov 2020, p.2.

용되려면 천부인권과 같은 환경이 갖는 특별한 존재적, 도덕적 가치를 찾아내야 한다. 이러한 가치가 인간이나 인간사회로부터 보호를 받지못하고 훼손되었기 때문에 투쟁과 해방을 해야 한다는 당위론이 나온다. 환경정치이론은 이러한 당위론을 전제로 한다. 인권의 내용을 자유, 평등, 유대로 풀어서 해석했듯이 환경도 같은 맥락에서 인권 프레임을 적용할 수 있을 것이다.

문제는 인권은 인간중심주의로 출발했지만 환경은 환경중심주의로 출발하지 않았다는 사실이다. 환경중심으로 출발했다면 환경자체의 내재적 가치, 예를 들어 환경의 천부적 권리와 이러한 가치를 인간에게 맡겼더니 제대로 보호를 못해서 환경이 투쟁과 해방을 해야한다는 당위성이 나와야 한다. 그런데 이러한 환경논리도 사실은 인간중심에서 설계된 것이다. 기후변화와 같은 환경문제는 과학발달에 따라 인간의 삶을 위해 사용된 경제시스템에서 초래된 것이다. 환경은 인간을 위해 지배를 받는 종속관계의 맥락에서 인간과 자연의 관계가 정립된 것이다. 이러한 문제를 일으킨 전통적인 인간중심틀에서 현재의 환경위기를 해결하기 위한 해법을 찾는 것은 모순이 된다. 탄소배출감소나 탄소거래 등 인간중심의 비즈니스 접근방식은 일시적 처방일뿐 근본적 처방이 될 수 없다. 근본적 처방은 인간-자연의 관계를 재정립하는 것이다. 통상 말하는 녹색혁명은 인간과 자연의 관계를 종속의 관계냐 비종속의 관계냐에 따라 차이가 있다. 종속관계를 주장하면 인권적 접근, 비종속관계를 주장하면 자연권적 접근일 것이다.

에콰도르 헌법에는 좋은 삶(buen vivir)에 대한 규정이 있다. 자연의 지배에서 벗어나지 못했던 고대문명에서 좋은 삶에 관한 생각을 자연을 지배하는 현대사회에서 재해석한 것이다. 현대적 좋은 삶을 인간-자연의 관계를 지배-종속의 관계에서 벗어나 동등-공존의 관계로 바꾼 것이다. 좋은 삶을 인간의 존엄성을 유지할 수 있는 도덕적 최소값이라고 가정해보자. 인권의 존엄성과 마찬가지로 자연권의 존엄성도 인정하고 동등-공존의 관계가 유지될 수 있도록 하는 것이다. 인간의 존엄성과 자연의 존엄성이 일치하는 삶을 위해 필요한 조건을 충족시킬 수 있는 도덕적 최소값이 인권과 자연권이 된다. 인권과 자연권을 유지할 수 있는 지속가능한 발전의 기준은 서로 다를 수 있기 때문에 조화가 필요하다. 환경을 기준으로 말하면, 인간의 좋은 삶에 필요한 최소한의 건강한 환경과 자연의 좋은 삶에 필요한 건강한 환경은 서로 다르기 때문에 공통가치를 충족시킬 수 있는 최소한의 기준을 찾아야 한다. 이러한 작업은 자연에서 가장 큰 영향력을 행사하고 있는 인간의 책무가 된다. 인간은 자연의 좋은 삶을 책임지는 관리자로써, 인간이 좋은 삶을 영위하는데 필요한 자연 사용기준을 도덕적 경제적으로 최소화할 의무가 있다. 자연의 구성원으로써 인간이 이렇게 리더의 자기제한적 도덕률을 명확하게 할 때 지속가능한 발전의 기준이 구체적으로 논의될 수 있다. 자연의 관리자로써 인간에 대한 가치보다 환경에 대한 가치에 더 큰 무게중심을 둘 경우 더 많은 생물종과 서식지, 자연경관 및 지하자원 등 환경보호를 위한 노력을 할 정당성을 확보할 수 있을 것이다.[19]

그런데 환경은 자연환경뿐만 아니라 생활환경이 인간과의 관계에서 더 큰 작용을 한다. 예를 들어 환경상품, 환경오염, 오염되지 않은 식수, 공장매연 등은 일상생활에서 접하는 환경피해이기 때문에 인권적 접근이 쉽다. 2차 세계대전 이후 인권협약에 환경문제가 언급되지 않은 이유도 환경피해의 방식과 큰 관련이 있다. 당시에는 지구온난화나 기후변화와 같은 지구적 규모의 환경재해는 고려할 단계가 아니었고 기껏해야 대기오염이나 강물오염에 따른 공기와 물과 같은 국내적 환경문제와 트레일 스멜터와 같은 국경환경오염 문제등이 거론될 정도였다. 따라서 생활환경 오염문제는 소비자사회가 형성되면서 주요 사회적 문제로 편입되었기 때문에 비교적 최근의 환경문제라 할 수 있다.

흥미로운 점은 인간생활의 규모가 확대되면서 자연환경과 생활환경이 겹쳐지는 부분이 많아지

19) Kerri Woods, Environmental Human Rights, p.337.

고 있다는 것이다. 예를 들어 대부분의 헌법에서 규정하고 있는 '건강한 환경'에는 오염되지 않은 공기와 식수, 먹거리 등이 포함되는데 유엔 지속가능발전목표(SDGs)에 '건강하고 안전한 물관리(6번)'가 명시되어 있어서 환경인권의 세부항목으로 물인권이 표면으로 등장함과 동시에 자연환경과 생활환경이 겹쳐지게 된다.

자연환경은 공공정책이나 그린피스와 같은 NGO나 시민환경단체 등을 통해 저항과 투쟁이 이루어지고 언론에 보도되지만 일반 시민이 피부로 느끼기 어려운 점이 있다. 반면, 생활환경은 미세먼지, 먹거리, 식수, 주거환경 등 시민이 일상적으로 접하는 문제이고 매일 언론에 등장하기 때문에 일반 시민과 공감대를 형성하기가 쉽다. 자연환경과 생활환경이 겹쳐지는 환경재해는 인권적 접근이 가장 쉬운 곳이라 하겠다.

우리는 인권법과 환경법은 기본작동원리가 서로 다르다는 것을 잘 알고 있다. 인권이 침해에 대한 배상원칙이라면 환경법은 침해가능성에 대한 예방과 원상회복원칙이다. 환경법을 자연권법으로 대체한다면 자연의 입장에서 예방-원상회복-치유와 배상 그리고 침해자에 대한 처벌로 기본작동원리가 조정될 것이다.

그렇다면 위에서 말했던 인간이 좋은 삶을 영위하는데 필요한 자연 사용기준을 도덕적 경제적으로 최소화하는 행동원칙을 정해야 한다. 유엔 지속가능한 발전목표는 이러한 행동원칙을 정한 것으로 볼 수 있다. 이러한 지구적 기준을 바탕으로 각 공동체는 달성 가능한 정책을 정해야 하며 그것은 경제여건, 기술수준 등 다양한 요인에 따를 것이다. 그래서 지구적 공동목표를 달성하기 위해서는 자연의 관리자로써 인간은 서로 협력을 해야 할 의무가 생긴다. 즉, 국제사회에서 선진국은 개도국을 위해, 국내사회에서 부자는 빈자를 위해, 기업은 사회를 위해 각자의 역할을 해야 한다. 여기에 인권원리인 박애(유대)원리가 적용될 수 있을 것이다. 환경법이 자연권법이 되는 경우 이미 에콰도르 헌법, 콜롬비아 판례나 미주인권법원 등에서 어느 정도 확립된 자연권의 기본적 내용인 존중권, 유지재생권, 회복권 및 제소권 등이 환경법의 기본원리를 대체할 수 있을 것이다.

이제 이번 장을 간단하게 문답식 정리를 해보자. 하나는 환경법을 자연권법으로 발전적인 대체를 하는 경우 누가 자연권법의 법적인 주체인가 하는 점과 다른 하나는 인간이 자연의 관리인으로써 자연을 사용하는 합리적인 최소한의 기준을 설정할 때 미래세대에게도 그러한 기준을 강제할 수 있는가 하는 점이다. 첫째 질문은 인간과 자연의 관계를 도구적 가치설에서 내재적 가치설로 중심이동을 하면 자연스럽게 자연이 법인격을 갖게 되면서 해결될 것이다. 둘째 질문은 미래세대의 기준이 무엇이냐에 따라 답변이 명확해질 것이다. 미래세대는 현재세대의 연속이기 때문에 미래세대를 현재세대와 단절시킬 수 없다. 예를 들어 2021년 세대와 2100년 세대는 단절되어 있는 듯 하지만 매년 한 해씩 연결되어있다. 그래서 현재세대와 미래세대는 같은 개념이기 때문에 같은 시대를 사는 청소년세대부터 노년세대에 이르기까지 다양한 의견을 수렴하여 최소한의 규범적 행동지침을 작성해야 한다. 즉, 청소년들이 최근에 법원소송을 통해 주장하는 미래세대를 위한 기후변화 약속의 이행 등은 사실은 미래세대의 주장이고 세대간 연대라는 관점에서 살펴보아야 할 것이다.[20]

20) 2018년에는 콜롬비아 대법원이 기후변화에 관련된 판결을 내렸는데 원고는 26명의 청소년들이었다. 이들은 정부를 상대로 민중의 소(acción popular)를 제기하여 정부가 파리기후변화협약의 의무를 이행하라고 촉구했다(Sentencia 4360-2018 de la Corte Suprema de Justicia). 유럽에서도 2020년에 포르투갈의 소피아, 안드레 남매가 유럽 33개국을 상대로 파리기후변화협약의 이행을 촉구하는 기후소송을 유럽인권법원에 제소했다.

VI. 결론

환경법과 인권법이 다른 배경과 목적을 갖고 형성되었고 작동원리도 다르지만, 인간사회가 기후변화 등 환경파괴를 통해 인권이 위협을 받으면서 상호의존성에 관한 이론적 정당화 작업이 진행되고 있다. 이러한 작업은 국제적 지역적 국내적 수준에서 추진되고 있으며 그 이론적 배경은 인간중심주의와 생태중심주의라는 이분법적 접근법이 대립하고 있음을 확인했다. 이러한 법논리 분쟁은 1972년 인간환경선언이래 현재까지 지속되고 있으나 초기에 비해 인간중심에서 생태중심으로 방향전환의 움직임이 감지되고 있다.

본 논문의 주제인 환경인권도 인간중심주의와 생태중심주의가 엇갈려있다. 국제적으로 환경인권의 개념과 내용을 명시한 구속력있는 국제협약이나 국제법원의 판례는 없다. 그러나 이미 지역 인권법원들과 각국의 헌법에는 건강한 환경권을 명시하여 환경과 인권을 연결하고 있다. 환경인권은 결국 판례를 통해 해석해야 하는데 미주인권법원과 콜롬비아 대법원 등은 환경인권을 인간의 환경인권과 자연의 환경자연권으로 분리하여 생태주의적 해석을 하고 있다.

인권이론이 천부인권에 이론적 배경을 둔 것과 마찬가지로 자연권이론은 천부자연권에 배경을 두고 있다. 인간이 자연의 보호자 또는 관리자로써 역할을 수행하지 못할 경우 투쟁과 해방을 할 수 있다는 당위론이다. 인권이론은 자유·평등·박애(유대) 원리를 기초로 형성되었다. 환경문제를 인권원리로 해결하려는 노력은 이러한 인권원리의 적용가능성 때문이지만 인간중심주의로 설계된 환경법의 작동원리는 방해적 요인이 된다. 결국 인간-자연의 관계를 종속-비종속의 관계에서 동등-공존의 관계로 발전시키려면 환경법을 생태주의적으로 완전개편하는 생태환경법이나 소위 자연권법으로 전환해야 한다.

흥미로운 점은 오염되지 않은 공기와 식수 및 먹거리 등 자연환경과 생활환경이 근접해지면서 국가나 NGO뿐만 아니라 시민단체와 시민들이 환경에 관한 관심이 늘어나고 있다는 사실이다. 유엔 SDGs에 '건강하고 안전한 물관리'를 목표로 정한 것은 환경인권의 중요성을 보여준다. 환경인권은 인간의 존엄성과 자연의 존엄성이 조화롭게 유지되는 도덕적 최소기준이 유지될 수 있도록 하는 것이다. 인간은 자연의 좋은 삶을 책임지는 관리자로써 자기제한적 도덕률을 명확하게 할 때 지구의 지속가능한 발전이 가능해질 것이다.



분과회의

제4분과위원회 · 한국국제경제법학회 공동

제1발표

[좌장] 김대원 (서울시립대학교)

국제 투자 및 서비스 협정문의 불완전한 유보안에 대한 원인, 문제점 및 해결방안
(Incomplete Reservation Lists for the Services and Investment Chapters of Preferential Trade Agreements)

[발표] 박태정 (인천대학교)
[토론] 강준하 (홍익대학교)

大韓國際法學會

국제 투자 및 서비스 협정문의 불완전한 유보안에 대한 원인, 문제점 및 해결방안

Incomplete Reservation Lists for the Services and Investment Chapters of Preferential Trade Agreements

박 태 정*

Table of Contents

Ⅰ. Introduction
Ⅱ. Reservation Lists
Ⅲ. The Problem with Incomplete reservation lists under a Negative List Approach
Ⅳ. Reasons for Incomplete reservation lists under a Negative List Approach
Ⅴ. Solutions to Incomplete Reservation Lists
Ⅵ. Conclusion

Ⅰ. Introduction

Reservation lists are perhaps the most important agenda in the negotiation practice of International Services and Investment Agreements (SIAs). Agreeing on the modality of reservation lists will usually consume up to two-thirds of the total negotiation period for SIAs. The incompleteness and overwhelming amount of reservation lists are major reasons for delays in the conclusion or renegotiation of SIAs.

The recent negotiation processes for major SIAs provide evidence of this. Negotiations for the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP), for instance, were initiated on 12 November 2010 and concluded in November 2020. Member states debated the framework for listing reservations

* Assistant professor, Department of Law, Incheon National University. (Email: tjpark81@gmail.com) A formal legal expert in the International Legal Affairs division of the Ministry of Justice, Republic of Korea, and a former investment and services chapters PTA negotiator in the Ministry of Trade, Industry and Energy, Republic of Korea. The views or opinions expressed herein are the author's alone and do not reflect the views or opinions of the Ministry of Justice or the Ministry of Trade, Industry and Energy of the Republic of Korea. All remaining errors and misconceptions are entirely the authors' responsibility.

during the first 5 years, without agreeing on any provisions. They ultimately inserted a transition clause that allowed certain states to adhere to the positive list approach, which postponed the completion of reservation lists that used a negative approach. The Reservation lists in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) failed to specify domestic laws, which makes it difficult for readers to draw boundaries within the investment area. For example, Vietnam carved out several economic sectors, including tourism and education services, without mentioning its domestic laws. The measures section in Vietnam's reservation list is entitled 'administrative measures' but does not reference any particular acts or domestic laws.[1)]

In many Free Trade Agreements (FTAs), such as the New Zealand-Malaysia FTA[2)] or the Hong Kong Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) FTA,[3)] parties agreed not to apply their most favored nations (MFN) or national treatment (NT) until they complete the renegotiation of the reservation lists. In other words, even if the main text is concluded and ratified, important investment protection clauses (such as MFN or NT) are not legally enforceable until the parties conclude the renegotiation of the reservation list.

---

1)Missing measures of Vietnam's reservation list in the TPP reads as follows:

Sector:	Educational Services
Sub-Sector:	Higher education services (CPC 923) Adult education (CPC 924) Other education services (CPC 929 including foreign language training)
Obligations Concerned:	National Treatment (Article 9.4)
Level of Government:	Central
Measures:	Administrative measures
Description:	Investment Foreign investment to supply educational services in the following fields of study is not permitted: national security, defence, political science, religion, Vietnamese culture and other fields of study necessary to protect Vietnamese public morals. This limitation shall not prevent the supply of educational services in fields of study where Viet Nam is bound under any other trade agreement.

2) Article 10.17 (Work Programme) in the New Zealand -Malaysia FTA reads as follows:

Art 10.17 (Work Programme)
[…]
4. Articles 10.4 (National Treatment), 10.5 (Most Favoured Nation Treatment) and 10.11 (Non-Conforming. Measures) shall not apply until the Parties' Schedules of non-conforming measures have entered into force in accordance with paragraph 3.

3) Article 22 (Work Programme) in the Hong-Kong and ASEAN FTA reads as follows:
Article 22 Work Programme
[…]
4. Article 3 (National Treatment) and Article 4 (Most-Favoured-Nation Treatment) shall not apply until Annex 1 (Schedules of Reservations) enters into force in accordance with paragraph 3

Academic literature disregards the mechanism of reservation lists. Hence, our understanding of these lists and their influence on outcomes remains in its infancy. Practically, however, negotiating governments pay meticulous attention to choosing the modality of reservation lists and completing them.

Reservation lists in SIAs are an important and timely topic because many host countries (e.g., China, India, and the 10 members of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) (hereinafter 'Asian Host Developing countries'), as the world's largest FDI recipients) absorbing more than 40% of the global inflow of foreign investment are currently struggling to draft and complete their reservation lists under a negative list approach, as mentioned above. The author examined publicly available preferential trade agreements (PTAs) and found that almost all reservation lists in the PTAs of these Asian Developing Countries have incomplete reservation lists, while Korea, Japan, New Zealand, Australia, the US, and other developed negotiating partners (hereinafter 'home countries') have no incompleteness whatsoever.

This article begins with an overview of the types and structures of reservation lists. It then explains why countries may prefer one modality over even though both modalities have trade-off. The recent transitions, from a positive to negative list approach, are analyzed to illustrate how host countries face practical difficulties during this shift. This is evidenced by various types of incomplete reservation lists under a negative list approach, as well as institutional and political-economic motivations. Finally, the article introduces various flexible devices, such as renegotiation clauses, side letters, smart transition clauses, transparency lists, and hybrid approaches to tackle the aforementioned practical difficulties that are encountered when adopting a negative list approach.

This article is organized as follows: Part II surveys a reservation list and explains the reasons for the different preferences over the modality of reservation lists. Part III classifies 2 types of incomplete reservation lists and examines three reasons for incomplete reservation lists. Part IV addresses undesirable consequences associated with incomplete reservation lists. Part V concludes the article.

Ⅱ. Reservation Lists

A. the Positive and Negative List Approaches

SIAs uses two approaches when organizing a reservation list: the positive approach (General Agreement on Trade in Services (GATS)-inspired)[4] and the negative approach (North American Free

[4] Unlike the negative list approach, investment in services is covered in the cross-border trade in services chapter

Trade Agreement (NAFTA)-inspired).

Under the positive list approach, a party must explicitly (positively) list those sectors and subsectors for which it undertakes market access and NT commitments. Thus, parties are free to choose the economic sectors that they want to liberalize (or negotiate on) from the Services Sectoral Classification List, which is classified by 12 sectors (that is further divided into 155 sub-sectors) and developed by the World Trade Organization (WTO).[5] Commitments do not apply unless the sector or sub-sector is inscribed (i.e., listed) in the schedule of commitments.

Sector/Sub-sector	Limitations on market access	Limitations on national treatment	Additional commitments
1. BUSINESS SERVICES			
Legal Services	(1) None (2) None (3) Unbound (4) None (registration and certification)		

< Table 1. A schedule of commitment under a Positive List Approach >

As seen from Table 1, different entries under 1–4 indicate the government's approach to each of the four modes of supply for each service. When a party does not wish to restrict market access in a sector or sub-sector for any of the 4 modes of supply, it uses the word 'NONE.' A full commitment using the term 'NONE' means that the country cannot restrict the market access of foreign suppliers, who intend supplying any form or aspect of legal services through Modes 1 and 2 by using any of the market access measures that are specifically prohibited. Furthermore, they cannot discriminate in favor of their own service provider. If a country decides to restrict market access through Mode 3, thereby protecting the legal services market, the word 'UNBOUND' is used in the column, to state that the country allows the blockage of FDI in the legal services industry. If a country wants to commit to a sector, but only under certain circumstances or in a particular way, it must clearly describe the limitations that it intends to maintain. In Table 1, the host country allows temporary foreign investors to work in the area of legal

and therefore, the treatment of investment is influenced by the services concept from GATS. While the investment chapter protects the asset-based definition of investment, the trade in services chapter does not define investment but relies on the concept of commercial presence (mode 3) (i.e., the supply of services through a business or professional establishment in the territory of the country in which the service is supplied).The positive list recognizes four "modes": 1) across borders (e.g., the Internet); 2) consumption abroad (e.g., tourists); 3) establishing a commercial presence (FDI); and 4) the temporary presence of a natural person to deliver a service. Governments can make different levels of commitment for each mode.

5) Eun Sup Lee, World Trade Regulation: International Trade Under the WTO mechanism 219 (2012).

services' registration and certification. However, it reserves the right to exclude other temporary activities in the area. Unlike the negative list approach, the positive list approach does not require that parties insert their own domestic laws. They can simply examine their domestic markets and state either 'NONE' or 'UNBOUND' to demonstrate the status of market openings.

Parties may use a negative list approach, in which the main text imposes a set of obligations and the reservation list contains the domestic measures where these obligations do not apply. Parties do not need to list the sectors that they have commitments in. All sectors or sub-sectors that are not listed are, by default, open to foreign investors under the same conditions as domestic investors.

Under the negative list approach, the main features of the non-conforming measures must be specified in detail. These measures include: 1) the economic sector in which the reservation is made; 2) the specific industry in which the reservation is made; 3) the activity covered by the reservation; 4) the substantial or procedural obligation under which the reservation is made (e.g., MFN or NT); and 5) a description of the specific legislation, regulation, or measure for which the reservation is made. An example of a complete reservation list is the Korea–India Comprehensive Economic Partnership Agreement (CEPA), as follows:[6)]

Sector:	Manufacturer of Chemical Products.
Sub-Sector:	Manufacturer of Biological Products.
Industry Classification:	KSIC 24212 Manufacturer of Biological Products.
Type of Reservation:	Performance Requirements (Article 10.5).
Reservation Measure:	Pharmaceutical Affairs Act (Law No. 8552, 29 February 2008), Article 42; Enforcement Regulations of the Pharmaceutical Affairs Act (Ordinance of the Ministry of Health and Welfare No. 71, 16 October 2008), Article 21.
Description:	A person who manufactures blood products must procure raw blood materials from a blood management body in Korea.

The example shows that Korea reserves the right to refuse compliance with performance requirements (Article 10.5) in the biological products manufacturing industry. The reserved domestic laws (i.e., Article 42 of the Pharmaceutical Affairs Act and Article 21 of the Enforcement Regulations within this Act) require manufacturers of blood products to procure raw blood materials from a blood management body in Korea.

6) The CEPA was signed on August 7, 2009 in Seoul. The negotiations took 3.5 years, with the first session being held in February 2006. The agreement was passed in the South Korean parliament on November 6, 2009. See (last visited on Sep, 10 2020).

The reservation lists under a negative list approach may include several Annexes. For instance, Annex II (Reservations for Future Measures) sets out the economic sectors and activities where new restrictive measures can be implemented in the future, regardless of whether non-conforming measures are currently being applied. Thus, the Reservation Measures section in the reservation lists (under Annex II) is usually left blank because relevant domestic law does not exist from the period of negotiation. In practice, parties could also utilize the Annex II when they expect a new law or a current law is being reformed.

There are four different ways that reservation lists play out during interactions between the services and investment chapters of PTAs: 1) The investment chapter covers Mode 3 and 'non-services investments' (i.e., investments other than service sectors, such as the agriculture or manufacturing industry), and the services chapter covers services by Mode 1, 2, and 4. Both the investment and services chapters take the negative list approach (e.g., NAFTA). 2) The 'establishment' section under the services chapter covers Mode 3 and non-service investments. The services chapter covers services by Mode 1, 2, and 4 (e.g., the Korea-EU FTA, where the services chapter contains a separate section on establishment). Both services and investment take the positive list approach. 3) The investment chapter covers non-service investments and the services chapter covers Mode 1, 2, 3, and 4. The investment chapter takes the negative list approach and the services chapter takes the positive list approach (e.g., Korea-ASEAN FTA). 4) The 'establishment' section under the services chapter covers non-service investments. The services chapter covers services by Mode 1, 2, 3, and 4 (e.g., GCC FTAs).

B. Different Preference over Modalities of the Reservation Lists

Although the same degree of liberalisation can theoretically be achieved with a positive and negative list, there is a trade-off between the positive and the negative list approach. The negative list approach aims for higher liberalisation while preparation of the non-conforming measures is extremely burdensome. The positive list approach aims for lower liberalisation while preparation of the schedules of commitment is less burdensome.

In practice, the parties seem to pay heavy attention to such a trade-off. For instance, the parties that attract FDI (usually Asian host-developing countries) seem to prefer the positive list approach, while parties that make foreign investments (usually home-developed countries) seem to prefer the negative list approach.[7] It is difficult to draw a strict line between host and home countries because a party may

[7]United Nations Conference on Trade and Development, 'Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservation, UNCTAD series on International Investment Policies for Development' (New York: United Nations, 2006) 28; Tomer Broude and Shai Moses, 'The Behavior Dynamics of Positive and Negative Listing in Services Trade Liberalizations: A Look at the Trade in Services Agreement (TiSA) Negotiations,' in Martin Roy and Pierre Sauve (eds), *Research Handbook on Trade in Services* (Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015) (This chapter uses the concept of the framing effect in behavioral economics to explain the different preferences for the modality of the

become both host and home party at the same time, but, in practice, the dramatic difference in the preference over the modality of the reservation lists exists between the negotiating parties. Countries that believe they will attract FDIs from negotiating partners tend to stick to the positive list approach, while countries that believe they will make investments against the negotiating partners pressurize the other parties to accept the negative list approach. In the RCEP negotiation, for instance, China, India and 10 ASEAN countries prefer the positive list, whereas Australia, Japan, Korea, and New Zealand, all of which have extensive experience in drafting the negative list approach, prefer the negative list approach.

Two main reasons exist for explaining this difference in modality preference. First, the negative list approach tends to aim at greater liberalization than the positive list approach because unlisted economic sectors should conform to the obligations of the main text of the SIAs.[8] If the parties fail to include an economic sector that should have been included, the economic sector and related domestic law should conform to the treaty text. In practice, no developing country can completely examine their domestic markets and organize the economic sectors that they wish to carve out. Hence, they could easily omit sectors that must automatically conform to the treaty text. Moreover, new industries (e.g., artificial intelligence) and areas that are discovered after the conclusion of the treaty are bound by the treaty text. Theoretically, these new industries could have been carved out by Annex II (which discusses the reservation for future measures) under a negative list approach, but this is simply theoretical. Foreseeing every future technology and then knowing what regulatory space to reserve for it is difficult tasks. It is even more complicated to analyze areas where reservations should be made proactively, as domestic laws that can be reserved are not yet available due to various legal reforms which will be discussed later.

However, if the parties fail to find economic sectors that they wish to carve out under the positive list approach, the unlisted sectors in the schedule of commitment do not have to conform to the main text because only listed economic sectors are obligated to conform. The preparation of the positive list approach tends to be even simpler because most Asian host developing countries have successfully completed a draft by ratifying the WTO schedule of commitment.

Second, the preparation of non-conforming measures under the negative list approach tends to be demanding for many Asian host developing countries. It requires the parties' strong capacity to thoroughly examine their domestic markets and related laws to decide on the laws that must be inserted onto the negative list. Otherwise, the unlisted laws must automatically conform to the obligations of the

reservation list. It uses the example of TiSA to illustrate how developing countries as host countries prefer the positive list approach). See also Tae Jung Park, "Behavioral Economics in International Investment Law: Bounded Rationality and the Choice of Reservation List modality," 5 *Penn State J. L. Int'l Affairs*, 399 (2017).

8)For more information, see OECD, *The interaction between Investment and Services Chapters in Selected Regional Trade Agreements: Chapter 4 in Understanding Concepts and Tracking Innovations* ((Paris: OECD 2008); *see also* Patrick Low and Aaditya Matoo, *Is there a better way? Alternative approaches to liberalization under the GATS* (Washington: Institute for Agriculture & Trade Policy, 2001).

treaty's main text. In this regard, developing host nations generally lack the capacity to fully examine their economic sectors and organize any carved-out domestic laws. This is due to various political-economic reasons, such as ongoing legal reforms, the failure to cooperate in line ministries, or a lack of legal expertise, which will be discussed in Part IV (Reasons for Incomplete Reservation Lists).

In contrast, the positive list approach tends to be less burdensome. It does not require parties to insert domestic laws into the schedule of commitment. The parties could merely choose either the 'NONE' or 'UNBOUND' option to determine the market liberalization of 12 sectors within the 155 subsectors.

Developed countries display the opposite behavior and tend to prefer a negative list approach. This is because they are aware of the host countries' lack of capacity to find carved-out sectors and relevant domestic laws. They know that all the host countries' unexamined and unlisted measures and sectors must conform to the highly liberalized main text, resulting in uncertain market openings for different sectors of the economy.

Given these dramatic differences, negotiating the modality of reservation lists usually consumes up two-thirds of the total negotiation period, as developing countries devote meticulous care to following the positive list approach, whereas home countries try to persuade them to shift to a negative list approach for greater liberalization. Generally, unequal bargaining power and the lack of legal expertise[9] make it difficult for Asian host developing countries to adhere to the positive list approach. Home countries constantly conduct workshops to educate Asian host developing countries on the comparative advantages of the negative list approach. They emphasize that the negative list approach is the correct way to pursue greater liberalization and market openings. The third round of RCEP negotiations was held in Kuala Lumpur on 20–24 January 2014 and serves as a relevant example.[10] At the meeting, Australia organized a seminar on the cross-cutting areas of services and investment. They explained the details of both the positive and negative list approaches. Many RCEP-participating countries never drafted a negative list, so the seminar created a useful guidance system for many developing nations.

In sum, although Asian host developing countries are reluctant to adopt the negative list approach, they are compelled to do so because of the persuasion of home countries. However, the problem is that these countries fail to complete their negative reservation lists and often conclude agreements with incomplete reservation lists. The next section illustrates the incomplete reservation lists under a negative list approach and explains the issues thereof.

9) Zeng Huaqun *Balance*, *Sustainable Development, and Integration: Innovative Path for BIT Practice*, 17 J. Int'l Econ. L. 299, 302-304 (2014) . See also M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* 207-208 (2004).

10) See round 3 of the RCEP negotiation history at https://aecvcci.vn/tin-tuc-n1781/regional-comprehensive-economic-partnership-rcep.htm (last visited Aug.11.2021).

Ⅲ. The Problem with Incomplete reservation lists under a Negative List Approach

This section introduces two types of incomplete reservation lists (i.e., missing and unspecified measures). It also examines the undesirable consequences associated with incomplete reservation lists, namely the blurred boundaries between investment protection and the regulatory power of host countries.

A. Missing or Unspecified Measures in reservation lists

The incomplete reservation lists under a negative list approach appear in two forms: missing and unspecified measures. First, missing measures arise when host countries omit specific information on domestic measures in their reservation list. For example, Japan and India failed to identify domestic laws in the reservation list concerning the State governments' measures in their Economic Partnership Agreement (EPA).[11] Neither measures nor descriptions were specified. The text merely indicated that it concerned 'any existing or current regulation or measures.'

The Singapore and New Zealand Closer Economic Partnership (CEP) is another example.[12] Singapore carved out its regulatory power in the areas of printing and publishing, manufacture and repair of transport equipment, and power and energy but did not identify the domestic laws that reflect the carved-out area.

In the China–Hong Kong CEPA that was signed in 2017, Hong Kong inserted a reservation list, but none of its 16 carve-outs included any domestic laws.[13] Likewise, in the CPTPP, Brunei's list of

---

11) The missing measures in the reservation list in Japan India EPA reads as follows:

Sector All Sector	
Sub-Sector.	NationalTreatment(Article85) Most-Favored Nation treatment (Article 86) Prohibition of Performance Requirements (Article 89)
Description	Any existing measures framed by the State Governments/ Union territories/local governments are not subject to either National Treatment, Most-Favored Nation Treatment or Prohibition of Performance Requirement obligation.
Reservation Measure	Any existing or current regulations or measures in force on the date of entry of this Agreement

12) The missing measures in the reservation list in New Zealand Singapore FTA reads as follows:

Sector:	Printing&Publishing Manufacture & Repair of Transport. Equipment Power/Energy
Types of Limitation:	National treatment (Article 29)
Legal Citation:	
Description:	More favourable treatment may be accorded to Singapore nationals and permanent residents in the above sectors.

13) The missing measures in China-Hong Kong CEPA reads as follows

Sector: Atomic	Energy

carve-out sectors (such as the transport, communication, and petroleum industry services) merely referenced the 'Administrative Measures and Guidelines' without any specific act or domestic law.[14)]

In addition to missing measures, unspecified measures occur when host countries place ambiguous domestic measures on the reservation list. Host countries include the name of the Act or law without referring to particular articles or sections. For instance, in the Japan–India EPA, while India carved out the 'acquisition of land' in the reservation list, it did not provide detailed information on the exact domestic measures that fell within the scope of the reservation, such as the Transfer of Property Act of 1882 or the Registration Act of 1908.[15)]

Similarly, in the Australia–Singapore FTA, Singapore included the 'Companies Act, Cap 50' without referencing any specific articles. The reservation states that only citizens, permanent residents, and employment-pass holders of Singapore could register a business without appointing a local manager. However, Singapore did not specify relevant laws. Instead of adding 'Division 1, 19 (Registration and Incorporation)' of the Companies Act, Cap 50, Singapore simply listed the 'Companies Act, Cap 50' in its entirety.[16)]

Obligations concerned:	National Treatment (Article 5)
Description:	Hong Kong investors shall not invest in the exploitation, smelting, purification, conversion or isotope separation of radioactive mineral resources or the production and processing of nuclear fuels

14) The missing measures in Brunei's reservation list in TPP reads as follows:

Sector:	Communication Services
Sub-Sector:	Courier services, including express delivery services
Obligations Concerned:	National Treatment (Article 9.4) Market Access (Article 10.5) Local Presence (Article 10.6)
Measures:	Administrative Measures and Guidelines
Description:	Investment and Cross-Border Trade in Services Foreign nationals and enterprises may not supply courier services, including express delivery services, in Brunei Darussalam, unless through an enterprise established in Brunei Darussalam that is a joint venture, to provide such services.

15) The unspecified measures in Japan-India EPA reads as follows:

Sector:	Acquisition of Land
Type of Reservation:	National Treatment (Article 10.3)
Description:	Save and except as otherwise provided under FEMA and regulations made thereunder, no person resident outside India can transfer any immovable property in India. A person resident outside India, who is a citizen of India, may: (a) acquire immovable property in India other than agricultural property, plantation or farmhouse, in accordance with prescribed regulations […]
Existing Measure:	Transfer of Property Act of 1882 and rules, regulations, notifications, policies, guidelines and circulars made thereunder. The Registration Act of 1908 and rules, regulations, notifications, policies, guidelines and circulars made thereunder […]

16) The Act has a variety of regulations including incorporation, allocation of power, shares, titles and transfer, management and administration, account and audit, etc. The unspecified measures in Australia-Singapore FTA reads

When carving out marine capture fisheries in the CPTPP, Malaysia only mentioned the 'Fisheries Act 1985 [Act 317]' without specifying any sections or articles thereof. The failure to specify sections and articles of the Act would allow a reader of the list to interpret the Fisheries Act in its entirety as being carved out of the SIA.[17)]

B. Blurred Boundaries between Investment Protection and Regulatory Powers

This section explains how missing or unspecified measures cause blurred boundaries between investment protection and regulatory powers.

First, unspecified measures in a reservation list could cause blurred boundaries between the investment protection and regulatory power of Asian host countries. In India's reservation list, in its EPA with Japan, it carved out regulations for the cigarette and tobacco industry. However, domestic legislation was not specified. Unfortunately, India's Industries Act of 1951 contains a variety of regulations for several industries. The cigarette and tobacco industry is merely one of the 38 industries listed in the schedule (among the chemical, drug, food, commercial goods, and electronics industries). The failure to specify articles in the Act would allow a reader of the reservation list to interpret the Industries Act, in its entirety, as being carved out of the SIA.

Suppose that India's chemical industry (which is one of the 38 industries listed in the Act) was ready for market opening and received foreign investments. Due to the broad reference to the Industries Act under the reservation list, the chemical industry is entirely carved out, and India reserves full discretion to exercise discriminatory measures against foreign investments. The text allows the Indian government to discriminate against Japanese investors and expropriate investment infrastructure without adequate

---

as follows:

All Sectors
Type of Limitation: National treatment (Article 29)
Legal Citation: Companies Act, Cap 50 (1994)
Description: Compliance by Foreign Companies with the Companies Act as in establishing, reporting and filing of accounts.

17) The unspecified measures in Malaysia's reservation list in TPP reads as follows:

Sector: Marine Capture Fisheries
Obligations Concerned: National Treatment (Article 9.4 and Article 10.3)
Local Presence (Article 10.6)
Level of Government:
Central and Regional
Measures: *Fisheries Act 1985* [Act 317]

Description: Investment and Cross-Border Trade in Services
No foreign fishing vessel shall load or unload any fish, fuel or supplies or tranship any fish, or fish or attempt to fish, or conduct any techno-economic research or waters survey of any fishery, in Malaysian fisheries waters unless authorised to do so. […]

compensation in this sector.

Japanese investors may withdraw or withhold their investment projects in India if the cost of legal uncertainty is too high due to these incomplete provisions. This depends on the level of institutional capacity and coordination failure within Indian ministries. For instance, due to their broad carve-out provision, Japanese investors would have to ask the Indian government if their investment projects were within the boundaries of the investment attraction area. The government needs to examine which domestic law falls under India's reservation list when determining the exact boundaries of India's regulatory power. All these processes may require tremendous time and effort, which may impede Japanese investors' abilities to develop timely and fruitful investment projects.

Missing measures are also problematic. In the previous case of unspecified measures, foreign investors still have the name of the Act that they can refer to. However, in this instance, investors do not know which domestic laws fall under the carve-out. For instance, Singapore's reservation list in its FTA with New Zealand did not include domestic measures in the three areas that it carved out: printing and publishing, manufacture and repair of transport equipment, and power and energy. The scope of these sectors is vague. Does 'power and energy' refer to hydroelectric, thermal, or nuclear power, or all these? If Singapore wanted to carve out all three aspects, then an additional question arises regarding their intentions surrounding pipe companies, who provide various pipes for running the hydroelectric power plants. It is possible that pipe companies fall within the boundaries of the power and energy industry because piping is critical to hydroelectric plants. Similarly, paper industries may fall under the scope of the areas carved out because they are intrinsically related to the printing and publishing industries.

Given these ambiguities, Singaporean investors would have to ask the Indian government if their investment projects were within the boundaries of the investment attraction area in the printing/publishing industry. The government must examine the actual domestic law that falls under Singapore's reservation list to determine the exact boundaries of Singapore's regulatory power. All these processes often require tremendous time and effort by New Zealand investors when developing timely and appropriate investment projects.

It is important to note a few other considering factors. First, one may question whether the precision of the reservation lists is important at all. The precision of the text becomes important especially when the dispute arises out of the ambiguous provisions. For instance, one may argue that the 'Industrial Act' is carved out only for Tobacco industry, while the other party may argue that the Act is for carving out 38 industries. Most of the PTAs have this type of provisions to allow tribunals to consider a 'measure' before other elements.[18] Explanatory notes of the Korea-US FTA, for instance, state that measures prevail over

[18] Art 3(b) of the Annex I explains the discrepancy between the Measures and the other elements. This does not

other elements such as description.[19]If any disputes arise out of reservation lists, the tribunal would have to look at the stipulated measure first to determine the exact boundary of the regulatory power. Thus, to avoid any burdensome debates over the boundary of regulatory power, a complete and specified measure is absolutely necessary in interpretation of the reservation lists in any case of future disputes.

Second, one may argue that these incomplete provisions can be cured by Annex II, but this is not the case. The main argument of this article is about the incompleteness of law in the Annex I, not Annex II. The parties could always utilize Annex II if the law is not ready yet or will be revised in the near future. But if they have an existing domestic law at hand in a certain sector, they should put that law in the Annex I without ambiguities to avoid high transaction costs.

Third, parties may intentionally omit laws for various reasons, which I will describe in the next sections. For instance, a party may create a vague law to expect broad carve-outs in lieu of protectionism. As in the 'Industrial Act' example in India's reservation list above, the Act has 38 industries regulations, and this broad carve-out may benefit India to some extent because it allows the nation to maintain its rights over protection measures in all 38 industries. The benefit will depend on the degree to which India requires strong protectionism in the 38 industries stated in the 'Industrial Act.' For instance, industries may still require discriminatory subsidies from the government to remain competitive within the international market.

Last but not least, one should ask about the extent to which the degree of clarity for domestic measures affects the attraction of FDI. Theoretically, this assists Japanese investors because less uncertainty and ambiguity may enable them to ascertain the boundaries of India's regulatory power and predict the extent of protection. India can then attract additional FDIs. However, the amount of additional FDI that would arise remains an empirical issue. We know that investors tend to choose investments into countries that have concluded SIAs, since SIAs signal to the imperfectly informed multinationals that host countries are committed to a safe investment climate.[20] However, the extent to which the SIAs attract FDIs is uncertain,[21] and it would be even more difficult to determine to what extent the missing or unambiguous

apply to our scenarios. This applies to India's reservation lists, for instance, where they put a series of constitution provisions instead of domestic law. Our scenarios explain a case where a party puts the right law but fails to specify it or omit the law.

19) See Art 3(a) of the Annex I, Explanatory Notes, Korea-US FTA.

20) Generally, investors tend to choose to invest in countries that have a concluded SIA. It is also argued that many investors postponed previously planned investments until the SIAs were in place. There are, in fact, two theoretical reasons why this should be the case. First, SIAs may constitute 'credible commitments' by assuring investors that their investment projects will not be expropriated or discriminated against. Compared to customary international law, the SIA is an improvement because it provides clarity surrounding the legal obligations of foreign investors and provides a powerful enforcement mechanism through Investor-state dispute settlement. Second, SIA signals to imperfectly informed multinationals that host countries are committed to a safe investment climate. Zachary Elkins et al, Competing for capital: the diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000, 60 Int'l Org.(2006) 823-4.

21)See Michal Frenkel & Benedikt Walter, Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment? The rile of international dispute settlement provisions, 42 World Economy, 1316, 1316 (2019) (Empirical studies linking FDI

measures would discourage FDIs. This article argues that these incomplete reservation lists blur the boundaries of investment protection with regulatory powers. They also require additional transaction costs to determine the clear boundary between investment protection and regulatory powers. The next section examines the reasons for incomplete reservation lists.

Ⅳ. Reasons for Incomplete reservation lists under a Negative List Approach

This section classifies this phenomenon into three categories: ongoing domestic reforms, the failure of intra-government coordination and cooperation, and the lack of legal expertise. The following subsections explain this in depth.

A. Ongoing domestic Legal Reforms

Ongoing domestic legal reforms in developing host nations have caused incomplete reservation lists. These legal reforms impede a party from finding carved-out sectors and relevant domestic laws. Following the failure of the Washington Consensus Policies (i.e., policies that focused primarily on privatization and liberalization),[22] many developing host nations found that market-oriented rules and regulations work only if their institutional capacities allow it. They realized that implementing 'appropriate economic and legal policies[23]' (i.e., policies that reflect the local environment and sociopolitical culture) was critical for the success of further economic growth.[24] Thus, instead of rapid

and International Investment Agreements (IIAs) have reported mixed results).

22) Narcis Serra and Joseph E. Stiglitz The Washington Consensus Reconsidered 3 (2008) (defines the Washington Consensus as a set of policies governing effective development strategies that have come to be involved with Washington-based institutions such as the IMF, the World Bank, and the US Treasury. The book notes "The Washington Consensus is based on three underlying principles: a market economy, openness to the world market, and macroeconomic discipline. Generally, the Washington Consensus has a view toward "market fundamentalism," where one looks to the market as the best solution to most economic problems").

23) Appropriate economic and legal policies refer to institutions that are tailored to local environments or to the culture of a society. Since developing countries are different from advanced countries in that they face many constraints and challenges, institutions that performed well in the advanced countries may not work as well in developing countries. Developing countries do not require an extensive set of institutional reforms. Rather, they need to diagnose their institutional levels and find "appropriate" institutional arrangements to further their growth. By doing so, the developing countries can find their own country-specific development paths based on their institutional capacities. *See generally* Dani Rodrik, One Economics Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth 229 (2008) (arguing that "appropriate economic and legal policies" are critical elements for developing countries to achieve further economic growth). *See also*, Dani Rodrik, *Second-Best Institutions*, 98 Am. Econ. Rev. 100, 100-104 (2008); Dani Rodrick, The Globalization Paradox 171 (2011); Joseph, E. Stiglitz, Globalization and Its Discontents (2002); Jagdish Bhagwati, In Defense of Globalization (2004).

24) See David Trubek, Law and Development 50 Years On, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper, No. 1212 (October 2012, available at http://ssrn.com/abstract=2161899; See also, David Trubek and Alvaros Santos (eds.), The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal (2006). This study classifies two groups of law and development scholars: those that see law as an instrument of promoting development (law in development) and those that see law as an end in itself and thus, pursue development reforms (law as development).

liberalization, developing host countries are currently reforming their domestic laws to find country-specific laws that match their local contexts for gradual liberalization. During the reform process, line ministries (who are responsible for completing the reservation list) and the negotiation team face difficulties when analyzing the laws that interact with the SIA and deciding on laws that should be carved out. They presumably want to find the appropriate economic and legal policies that encourage the growth of the respective sectors first, and then carve out those in the reservation lists. However, their countries are in the middle of a reform process, so they are not prepared for such a step. If the negotiation team requests the reservation lists to be deliberated on by the Ministry of Finance and Economy, the Ministry first examines all its financial regulations toward foreign investors and decides on laws that should be carved out. However, if such laws do not exist or are currently in the reform process, the Ministry faces difficulties in pinpointing the exact laws that should be inserted into the SIA.

Moreover, the interconnectedness between line ministries makes it even more difficult for the ministries to prepare the reservation list in time. If the Ministry of Finance and Economy is reforming and implementing export subsidy laws, such as a tax exemption measure for the fishery industry, they would need to consult with the Ministry of Oceans and Fishery before formulating the subsidy law, which impedes the timely submission of the reservation lists to the negotiation team.

In this regard, all the barriers that impede the ability to pinpoint specific domestic laws during the legal reform process make it extremely difficult for negotiation teams to gather sufficient information to complete the SIAs. Consequently, they tend to leave the domestic measures section in the reservation list blank. Alternatively, they may choose to include unspecified measures and wait for the domestic laws to be reformed and well-established.

The ongoing U.S.–China BIT negotiation is a good example of how China's domestic legal reforms delay the completion of reservation lists.[25] China regrouped the industries in their Shanghai Free Trade Zone Catalogue and inserted an excessive number of domestic laws in the reservation list instead of removing the industries listed in the Catalogue.[26] In other words, China failed to discover the laws that should have been carved out from existing domestic law.[27] Ambassador Froman warned of the following implications: 'A negative list that echoes the lists of the Shanghai Free Trade Zone . . . would be a major disappointment and a departure from China's stated ambition to use the BIT as a vehicle for economic reform and opening.'[28]

25) *See* Tae Jung Park, missing reservation lists in China's International Investment Agreements, 16 Asian J. WTO & Int'l Health Pol. 99, 106 (2021) (the US-China BIT negotiation example is drawn from this article).

26) *Id.*

27) *Id.*

28) *Id.* at 13.

China's line ministries faced even more difficulties because China reformed their domestic laws within the period of the U.S.–China BIT negotiations.[29] Concurrent with these negotiations, on 19 October 2015, China's State Council declared that it would explore a negative list system to be replicated nationwide in 2018, after piloting the approach in certain regions between 1 December 2015 and 31 December 2017.[30] The new law would replace the currently governing foreign investment regulations of China with a unified set of regulations under a negative list approach. On 28 June 2018, the National Development and Reform Commission and the Ministry of Commerce promulgated the Special Management Measures (negative list) for Foreign Investment Access, which liberalizes 22 economic sectors to foreign investors by shortening the negative list for foreign investment access (in the form of equity restriction and senior executive requirements) from 95 items (in the 2017 version) to 48 items (in the 2018 version).[31] The U.S.–China BIT negotiation is currently on hold, and it is uncertain whether China is capable of sorting out these reforms and reflecting on its reservation list.

All these reform processes discouraged pinpointing specific domestic laws and sending reservation lists to the negotiation team. Consequently, the domestic measures section in the reservation list is often left blank or unspecified measures are included as they wait for domestic laws to be reformed and well-established.

B. Failure of Intra-Government Coordination and Cooperation

Limited coordination and cooperation between the negotiation team and line ministries also result in incomplete reservation lists. These involve simultaneous negotiations at both the international level (i.e., between governments) and the intra-national level (i.e., between domestic entities).[32] Completing the reservation lists requires the negotiation team to collect requests and responses from various entities, including line ministries, the legislative body, and public citizens. Once the team completes the list, they persuade negotiating partners on the rationale behind the carve-outs; if the negotiating partner decides to veto a certain carve-out, the negotiation team goes back to the domestic consulting phase.

---

29) Shen Wei, *Evolution of Non-Discriminatory Standards in China's BITs in the Context of EU-China BIT Negotiations*, 17 Chinese J. Int'l L. 799, 839 (2018).

30) *Id.*

31) *Zimaoqu Waishang Touzi Zhunru Tebie Guanli Cuoshi (Fumian Qingdan) 2018 Ban Fabu* [*Special Management Measures (Negative List) for Foreign Investment Access (2018 Version)*], http://www.chinadaily.com.cn/specials/NegativeListforForeignInvestmentAccessinFTZs(2018%20Edition).pdf (last visited Aug. 11.2021).

32) Robert D. Putnam, Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two Level Games, 42 Int'l Org. (1998) 427(stated that this model considers international negotiations to consist of simultaneous negotiations at both the intra-national level (i.e. domestic) and the international level (i.e. between governments). In domestic negotiations, the chief negotiator hears the concerns of societal actors and builds a coalition with them. At the international level, the chief negotiator seeks an agreement that maximizes the benefits of the states and is likely to be accepted by domestic interest groups).

The problem arises when line ministries do not immediately respond to requests by the negotiation team. Suppose the negotiation team requests the Ministry of Finance and Economy to prepare the reservation lists. The Ministry frequently postpones feedback, which delays the negotiation process. Even if the negotiation team requires an urgent response in the middle of the negotiation phase, the Ministry may fail to provide an immediate response.

The negotiation team often has no expertise in the economic sector, so they cannot arbitrarily prepare reservation lists. For instance, a financial regulation or an export subsidy is not within the scope of the negotiation's expertise. The Ministry of Finance and Economy is responsible for these measures. Without the expertise of the line ministries, the negotiation team, itself, has to provide feedback and draft the reservation list alone. Ergo, if the line ministries continuously fail to complete the reservation list, the negotiation team is left with no option but to conclude the reservation list with incomplete provisions.

What causes this failure of diligent cooperation between ministries?[33] First and foremost, the interests of the ministries are often at odds with the negotiation team's interests. For instance, if the negotiation team failed to persuade the negotiating partners and ultimately decided to withdraw a certain policy carve-out that was requested by the line ministry, then the Ministry may be de-incentivized to assist with the negotiation. Thus, they may postpone the negotiation by failing to give the negotiation team their requested feedback or revised offer. The negotiation team would then have no authority to withdraw the carve-out, and it would become increasingly difficult to reach a consensus between the parties. This, in turn, would increase the likelihood of an incomplete reservation list being submitted.

Second, the line ministries have their own prioritized tasks, and cooperation with the negotiation team is not their first priority. For instance, the Ministry of Land's primary function is presumably to examine the domestic land market and draft appropriate policy solutions. Its main duty is not to modify a sentence or add another reservation to the reservation list of an SIA in negotiations. This duty to draft the best reservation list is, in fact, a priority and interest of the negotiation team housed under the Ministry of Trade or Foreign Affairs, not the Ministry of Land or other ministries.

Lastly, many ongoing bilateral and multilateral negotiations have their own deadlines. Therefore, it is difficult for the line ministries to comply with all the requested tasks within these deadlines. They may lack the time to draft reservation lists because a request for this occurs at the last stage of the process only, after the main text and all the substantive obligations of the SIA are already concluded. Only then can the line ministries determine which domestic measures should be carved out from the concluded obligations

33) For more information on the necessity of managing a ministry's network, see R. Agranoff & M. Mcguire, Managing Network Settings, 16 Polit. Stud. Rev.(1999)18; David L. Brown, Managing Conflict at Organizational Interfaces (1983). For more information on reasons for the lack of cooperation among ministries, see J. A. Weiss, Pathways to Cooperation among Public Agencies,7 J. Pol. Anal. & Mgnt (1987) 94-117.

of the articles. This burden on the ministries becomes especially heavy when negotiations are in a multilateral format. the line ministries would have to create a different reservation list under this format, which is applicable to all negotiating partners within the set deadlines of the negotiations.

C. Lack of Legal Expertise

The lack of legal and technical expertise also results in incomplete reservation lists. Expert negotiators from home countries frequently hold question and answer (Q&A) sessions in conjunction with the main negotiations. This illustrates the dramatic inequality in legal expertise between home and host countries. Among the many factors, job turnover[34] is the major reason for low levels of expertise. Many Asian host countries' treaty negotiators serve only 1-2 years before leaving their positions, which is insufficient to accumulate the necessary expertise. Negotiators also fail to transfer their expertise that is related to specific negotiations to their successors, making it difficult for successors to fully grasp the settings of ongoing negotiations.

A lack of human resources is another unfavorable factor. Many countries lack the ability to hire legal counsel.[35] The domestic non-governmental sector pool (which could be used to supplement the governmental pool) may be too limited, consisting of only a few academics, industry lawyers, and economists.[36] In contrast, developed countries tend to have a deep and sophisticated pool of technical experts from the government, academia, and the legal profession, who can be called upon to provide technical support and advice for the country's trade negotiators. In these developed countries, trade negotiators often tend to be specialists or possess training in trade and economic law and policy. Developed countries can also assign relatively large teams to negotiate, compared to most developing countries.[37]

RCEP negotiations exemplify how a lack of legal expertise results in incomplete reservation lists. The third round of RCEP was held in Kuala Lumpur in 2014. During this time, Australia organized a seminar on drafting a reservation list under a negative list approach as many RCEP participating members had never drafted one.[38] India's SIA negotiator requested an informal Q&A session regarding the detailed process for drafting the reservation list. This was a few years after India ratified the CEPA (2009) and

34) Errikson & Ortega, The adoption of job rotation: Testing the theories, 59 Ind. Lab. Rel. Rev. 653. 653 (2006) .

35) For more information on the lack of human resources in host developing countries, see Office of the Chairman of the Group of 77 New York, *Strengthening Developing Countries' Capacity for Trade Negotiations: Matching Technical Assistance to Negotiating Capacity Constraint*s, Background Paper prepared by the South Centre (2004), available at http://www.g77.org/doha/Doha-BP04%20-Strengthening_Southern_trade-related_negotiating_capacity.pdf (last visited Jan. 6 2021.).

36) *Id.* at 6.

37) *Id.* at 7.

38) See Round 3 of RCEP negotiation history, supra note 11.

EPA (2011), with many incomplete reservation lists. The Indian negotiator did not know that the 'measure' section should include laws that reflect the description section of the reservation list for transparency purposes. She wrongly believed that she could include any list of domestic laws in the 'measure' section, which contained any relation to the carve-out.

Several other host countries also placed unrelated laws under the 'measure' section in their reservation lists. During the Q&A sessions, many ASEAN negotiators asked for the exact measures that should be placed under the domestic measures. For instance, the Philippines placed a single constitutional provision—Article 12—under its reservation list, specifically, under the category of 'utilization of maritime resources'.[39] The reservation list in question placed a maximum limit of 40% for foreign equity on corporations, associations, or partnerships wishing to engage in deep-sea fishing agreements with the government of the Philippines, which was not stipulated under Article 12 of the Constitution.[40]

Some negotiators list several unspecified domestic laws under the 'measure' section, laboring under the belief that all those laws are, to a certain extent, related to the reservation. One carve-out in the financial area stipulates 14 domestic laws on the reservation list,[41] which the Indian negotiators believed were indirectly related to the finance industry.

Similarly, in the Australia and Singapore FTA, the Singaporean negotiator also listed five domestic laws under their reservation list, as follows: the Insurance Act, Banking Act, Finance Company Act, Monetary Authority of Singapore Act, and Securities and Futures Act. The negotiator did this to prohibit their financial institutions from extending the Singapore dollar credit facilities to non-resident financial entities to avoid currency speculation.[42] During the Q&A session, Singaporean negotiators stated that it

---

39) The Philippines' reservation list reads as follows:

Sector:	Fisheries
Sub-Sector:	Utilization of Marine Resource
Industry Classification:	
Type of Reservation:	National Treatment (Article 89)
Measures:	The Constitution of the Republic of the Philippines, Article XII
Description:	1. No foreign participation is allowed for small-scale utilization of marine resources in archipelagic waters, territorial sea and exclusive economic zones. 2. For deep-sea fishing, corporations, associations or partnerships with maximum 40 percent foreign equity can enter into co- production, joint venture or production sharing agreement with the Philippine Government.

40) Article 12 (National Economy and Patrimony) generally describes nationality requirements in the context of various industries. The text is available at https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/ (last visited Aug.11.2021).

41) The reservation list is about the central government's policy space in foreign exchange. The text is available at https://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/india/epa201102/pdfs/ijcepa_x08_e.pdf (last visited Jan 6, 2021).

was their routine practice to place a series of related laws to ensure that the policy was sufficiently carved out.

In sum, ambiguous laws due to lack of legal expertise makes difficult for investors to identify the permissible boundaries of investment targets. The next section introduces solutions to these problems.

Ⅴ. Solutions to Incomplete Reservation Lists

This section outlines four types of creative flexibility devices—namely, renegotiation clauses, smart transition articles, transparency lists, and bonding—to deal with incomplete reservation lists.

A. Renegotiation Clauses[43)]

Parties are free to insert a renegotiation clause to modify a reservation list when their capacities allow them to complete the list. Although ongoing legal reforms, along with line ministries' failures to cooperate, prevent negotiation teams from completing their reservation lists, the renegotiation period gives parties sufficient time to remedy these problems and complete their reservation lists. For instance, in the Korea–Singapore FTA, the parties agreed that they would be allowed to freely add or modify reservation lists if they submitted their written notice of renegotiation three months in advance.[44)] Once one party's written notice is received by the other party, the parties will hold renegotiations to modify the reservation lists.

---

42) The reservation list in the Australia-Singapore FTA is available at https://dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/safta/official-documents/Pages/default.aspx (last visited Dec 24, 2020).

43) Existing literature on renegotiation in international law emphasizes that states include 'flexibility mechanisms' to respond to general uncertainty about how agreements will play out. Some provide a theoretical framework to explain why limited duration and renegotiation provisions are not standard across treaties. See Barbara Koremenos, 'Loosening the Ties that Bind: A Learning Model of Agreement Flexibility', 55 International Organization (2001), at 289; Barbara Koremenos, 'Contracting around International Uncertainty', 99 American Political Science Review (2005), at 549; Other explore why states design flexible agreements that allow obligations to be temporarily or permanently adjusted over time. See Laurence R. Helfer, 'Flexibility Mechanism in International Agreements', in Jeffrey Dunoff and Mark A. Pollack (eds), *International Law and International Relations* (Oxford: Oxford University Press, 2010); Kal Raustiala, 'Form and Substance in International Agreements', 99 American Journal of International Law (2005), at 581; Recently, scholars develop a typology of renegotiation clauses in which such clauses vary along two dimensions (i.e., range on continuum from a full commitment to only a partial commitment or the clause call for full scope or partial scope) and analyze the variation in the renegotiation clause. See Timothy Meyer & Tae Jung Park, Renegotiating International Investment Law, 21 J. Int'l Econ. L. 655 (2018).

44) Article 9.14: modification or addition of reservations

1. By giving three (3) months of written notification to the other Party, a Party may modify or add to its non-conforming measures as set out in Annex 9A and add new sectors, sub-sectors or activities to its reservations set out in Annex 9B. At the request of the other Party, it shall hold consultations with a view to reaching agreement on any necessary adjustment required to maintain the overall balance of commitments undertaken by each Party under this Agreement. If agreement is not reached between the Parties on any necessary adjustment, the matter may be referred to arbitration in accordance with Chapter 20 (Dispute Settlement). […]

Unfortunately, in practice, parties face extremely tight deadlines during the main negotiations. For instance, Regional Trade Agreements are generally conducted over a period of 28 months only; this limited timeframe presents quite a challenge to negotiating parties.[45] Line ministries usually do not have adequate time to draft their lists because negotiations related to the lists are typically reserved for the final stage of negotiations. Carving out decisions is only possible after obligatory main text articles have been confirmed. These problems are amplified in multilateral negotiations, which require different reservation lists for different countries. Consequently, because multilateral treaties require the drafting of multiple lists, line ministries should not be held to tight deadlines; even when they have all the requisite information for drafting, it is still difficult to turn over multiple lists over a short period.

In this sense, renegotiation is, by nature, relatively free from tight deadlines. This provides several benefits: It gives parties more time to develop trust and cooperative capacities, creating a strong environment for addressing incomplete provisions and thoroughly examining why a consensus was not reached during the primary negotiation. While the tight deadlines that are typical of the main negotiations do not give parties adequate time to develop their positions and rationales, the looser deadlines of renegotiations give parties a chance to sufficiently identify and address what each of them require to meet their shared goal of completing the treaty. For instance, renegotiations allow teams to wait until their line ministries are ready to provide the information necessary to complete their reservation lists and address any issues related to limited legal expertise. Accordingly, renegotiations provide line ministries with a valuable opportunity to focus on developing their reservation lists.

In addition, parties may want to establish a tight deadline to encourage the negotiating partner to complete renegotiation in a timely manner. The Korea–ASEAN FTA[46] is a relevant example of a renegotiation clause with a tight deadline. The parties agreed to complete the renegotiations within five years from the date of entry into force of the FTA.[47] If the parties believe that they only require a few additional years to complete the reservation list after the main negotiation, they can set up a reasonable timeline to do so. More specifically, such an agreement will ensure that negotiations unfold in a timely manner by encouraging the parties to pressurize the line ministries to examine the law and draft the lists.

---

45) Christoph Moser and Andrew Rose, 'Why Do Trade Negotiations Take So Long?', 27 Journal of Economic Integration (2012), at 280 (examining 88 RTAs from 1998 to 2009, and finding that the RTA negotiations last for 28 months, on average).

47) Art 27 Work programme in the Korea-ASEAN FTA reads as follows:
Art 27 (Work Programme)
[…]
2. The Parties shall conclude the discussions referred to in paragraph 1, within five years from the date of entry into force of this Agreement unless the Parties otherwise agree. These discussions shall be overseen by the Implementing Committee established under Article 5.3 of the Framework Agreement.

B. Smart Transition Articles

Instead of submitting incomplete reservation lists under a negative list approach, parties can retain the positive list approach initially and agree to draft a reservation list under a negative list approach at a different time. Unlike the negative list approach, the positive approach does not require parties to present a complete version of domestic law. Therefore, parties may initiate with a positive list approach and later shift to a negative list approach once they have the institutional capacity and level of legal reform necessary to complete their lists. Simply put, this may give host countries additional time and space to fully digest their markets and sort out carved-out sectors with a complete domestic law. Unlike the renegotiation clause in which parties conclude treaties with incomplete reservation lists and have an opportunity to amend it later, a transition article allows the parties to avoid incomplete domestic law problems for now by sticking to the positive list approach and promising to gradually shift to the negative list approach when they are ready. Depending on the capacity of the countries, parties could flexibly set a different timeline to move towards the negative list approach.

The recently concluded RCEP is a good example of using the transition articles. The member states established a 'transition' article that allowed eight members[48] to shift from the positive list approach to the negative list approach after the treaty was ratified. During the negotiations, these developing countries were reluctant to draft a reservation list under the negative list approach because of their ongoing legal reforms. To avoid incomplete reservation lists, the parties agreed to a transition article that allowed these members to change to the negative list approach. Art. 8.12 (Transition) in the RCEP allows such a transition. Para. 1 of the Art. 8.12. requires parties to submit proposed reservation lists to the Committee on Services and Investment for circulation to the other parties. Of these eight members, five of them—the Philippines, Thailand, Vietnam, China, and New Zealand—were obligated to submit their proposed reservation lists within three years of the treaty's ratification. Meanwhile, LDC countries—Cambodia, Laos, and Myanmar—were granted an additional 12 years to shift to a negative approach.[49] Moreover, the parties agreed to follow Para. 2 to ensure they submit reservation lists that aim higher than the previously submitted schedules of commitment under a positive list approach:

[48]These eight member states are Cambodia, Laos, Myanmar, Philippine, Thailand, Vietnam, China, and New Zealand

[49]Article 8.12 Transition
1. A Party making commitments in accordance with Article 8.7 (Schedules of Specific Commitments) (hereinafter referred to as a 'transitioning Party' in this Article) shall submit a proposed Schedule of Non-Conforming Measures (hereinafter referred to as a 'Proposed Schedule' in this Article) that accords with Article 8.8 (Schedules of Non-Conforming Measures)9 to the Committee on Services and Investment for circulation to the other Parties, no later than three years, or for Cambodia, Lao PDR, and Myanmar, no later than 12 years, after the date of entry into force of this Agreement.

> "the commitments contained in each transitioning Party's Proposed Schedule shall provide an equivalent or a greater level of liberalisation and shall not result in a decrease in the level of commitments as compared to the transitioning Party's commitments, made in accordance with paragraph 2 of Article 8.3 (Scheduling of Commitments)."[50]

Once the reservation lists are submitted, the Para. 3 allows the parties to undertake a verification and clarification process of the submitted reservation lists.

> "The Parties shall consider the Proposed Schedule for the purposes of verification and clarification, and shall have the opportunity to make comments to ensure that the Proposed Schedule meets the requirements specified in paragraph 2. The verification and clarification process shall not entitle the Parties to negotiate specific new commitments. The transitioning Party shall have the opportunity to respond to any comments received and to modify or revise its Proposed Schedule, as may be necessary, with a view to resolving any ambiguities, omissions, or errors in its Proposed Schedule."[51]

Although the verification and clarification process has not been initiated yet, this will be a good opportunity for parties to correct missing or unspecified measures problems before the lists become part of the text. Once a party requests any defects, the responding party has the opportunity to modify and revise the lists.

In sum, this transition period gives these members sufficient time to examine their carved-out sectors and related domestic laws (i.e., to gather the information necessary to complete their reservation lists). Moreover, the procedure allows the parties the last opportunities to correct the incompleteness in the reservation lists.

C. Transparent Lists

The parties can also choose to use the positive list approach and exchange reservation lists that are not legally binding ('transparency lists') with an obligation to update them when necessary. This is a hybrid approach which combines both positive and negative list approaches. The parties stick to the positive list approach, but they provide non-legally binding reservation lists in each sector of commitment schedules under a positive list approach.

---

50) Id. at Para 2 of the Art.8.12.

51) Id. at Para 3 of the Art 8.12.

Because the schedules of commitments under a positive list approach have no information as to the relevant domestic laws, the parties exchange reservation lists that correspond to the schedules of the commitments under a positive list approach to increase the transparency of the carved-out sectors.

For instance, if a party put "Unbound" in Mode 3 of the legal services in the schedules of commitment under a positive list approach, the readers of the treaty know that Mode 3 in the legal services is not liberalised and being carved out but still have no idea as to the relevant domestic law being carved out. But if the party drafts the non-legally binding reservation lists on Mode 3 of the legal services, the readers would be able to pinpoint those relevant domestic laws.

Although, the parties cannot be benefited from the liberalization effect arise out of the negative list approach, the transparency lists help parties to maintain the positive list approach and with the increased transparency of each sectors of commitment.

These non-legally binding lists allow home states to ascertain the relevant laws or Acts, even if they are likely to be incomplete. Moreover, a non-legally binding approach may encourage host countries to voluntarily exchange transparency lists and update them freely with the necessary domestic law reforms because such updates, unlike renegotiations do not require a burdensome domestic ratification process.

For instance, Japan agreed to exchange transparency lists with Brunei, the Philippines, and India. More specifically, in the services chapter of the Japan–Brunei Economic Partnership Agreement,[52]the parties are expected to exchange transparency lists within 2 years of the treaty's ratification, regardless of whether the carved-out measures are included in the specific commitment schedules that were previously agreed upon under the positive list approach. The parties also agreed to review their list every 3 years and update their transparency lists when necessary. Meanwhile, the Japan–Philippines Economic Partnership Agreement[53] and Japan–India Economic Partnership Agreement[54] have provisions that are

---

[51] […] Within two years from the date of entry into force of this Agreement, each Party shall prepare, forward to the other Party and make public a list providing all existing measures, within the scope of this Chapter, which are inconsistent with Article 75 and/or 76, whether or not these measures are included in its specific commitments in Annex 7. The list shall include the following elements and shall be reviewed every three years and revised as necessary:
(a) sector and sub-sector;
(b) type of inconsistency (i.e. Market Access and/or National Treatment);
(c) legal source or authority of the measure; and
(d) succinct description of the measure.

Note: The list under this paragraph will be made solely for the purposes of transparency, and shall not be construed to affect any rights and obligations of a Party under this Chapter.

[53] See Article 79 of the Japan-Philippines Economic Partnership Agreement.
Art. 79 (Transparency)
1. The competent authorities referred to in paragraph 2 of Article 3 shall, upon request by service suppliers of

almost identical to those in the Japan–Brunei Economic Partnership Agreement, besides for the review period/timeline for submitting the transparency list.

Moreover, parties clearly state in the treaty that the reservation lists are non-legally binding in nature. For instance, the following note in Art 66 of the Japan- India Economic Partnership Agreement is stipulated to make sure that the lists are not legally binding in nature.

> "Note: The list under this paragraph will be made solely for the purposes of transparency, and shall not be construed to affect any rights and obligations of a Party under this Chapter. The Parties understand that the list as required in this paragraph shall be prepared if possible within five years after the entry into force of this Agreement."[55]

Likewise, the following note under a Para. 6 of the Art 79 in the Japan-Philippine Economic

---

the other Party, promptly respond to specific questions from, and provide information to, the service suppliers with respect to matters referred to in paragraph 1 of Article 3, including requirements and procedures for licensing and qualification, through enquiry points. The enquiry points shall be notified to the other Party by diplomatic note on the date of entry into force of this Agreement.
2. Each Party shall prepare, forward to the other Party and make public a list providing all existing measures, within the scope of this Chapter, at the central governmental level and, in the case of Japan, prefectural governmental level, and in the case of the Philippines, provincial governmental level, which are inconsistent with Articles 72 and/or 73, whether or not these measures are included in its specific commitments in Part 1 of Annex 6. The list shall include the following elements and shall be reviewed annually and revised as necessary:
(a) sector and subsector or matter;
(b) type of inconsistency (i.e. Market Access and/or National Treatment);
(c) legal source or authority of the measure; and
(d) succinct description of the measure.
Note: The list under this paragraph will be made solely for the purposes of transparency, and shall not be construed to affect any rights and obligations of a Party under this Chapter.

54) See Article 66 (Transparency) of the Japan-India Economic Partnership Agreement.
1. The competent authorities referred to in paragraph 2 of Article 4 shall, upon request by the other Party or service suppliers of the other Party, promptly respond to specific questions from, and provide information to, the other Party or the service suppliers with respect to matters referred to in Article 4, including requirements and procedures for licensing and qualification, through enquiry points. The enquiry points shall be notified to the other Party by diplomatic note on the date of entry into force of this Agreement.
2. Each Party shall endeavour to prepare, forward to the other Party and make public a list providing all existing measures, within the scope of this Chapter, at the central governmental level, and prefectural governmental level in the case of Japan and governmental level of states and Union territories in the case of India, which are inconsistent with Articles 59 and/or 60, whether or not these measures are included in its Schedule of Specific Commitments in Annex 6. The list shall include the following elements and shall be reviewed annually and revised as necessary:
(a) sector and sub-sector or matter;
(b) type of inconsistency (i.e. Market Access and/or National Treatment);
(c) legal source or authority of the measure; and
(d) succinct description of the measure.

Note: The list under this paragraph will be made solely for the purposes of transparency, and shall not be construed to affect any rights and obligations of a Party under this Chapter. The Parties understand that the list as required in this paragraph shall be prepared if possible within five years after the entry into force of this Agreement.

55) Id.

Partnership confirms that the lists are not part of the text.

> "Note: The list under this paragraph will be made solely for the purposes of transparency, and shall not be construed to affect any rights and obligations of a Party under this Chapter."[56)]

Again, this non-binding nature of the lists encourages the parties to update their domestic laws to enhance transparency of the domestic legal circumstances.

D. Bonding

Bonding is always necessary to pressure the other parties to complete a treaty. The parties may agree to post a bond in a renegotiation clause that they can forfeit if either party does not abide by the treaty's terms. In other words, the parties could promise not to apply the pre-agreed Article, such as MFN or NT, until they remedy an incomplete provision in a reservation list. Thus, a party could forfeit their pre-consensus articles if the other party did not remedy the specific term. In the Hong Kong-ASEAN FTA,[57)] the parties decided that the MFN and NT obligations would not apply until the parties completed their reservation lists. The Australia-ASEAN-New Zealand FTA contains a similar renegotiation clause.[58)] The parties agreed to delay the application of NT provisions until after the completion of the reservation list. These triggering provisions could pressurize ASEAN to complete a reservation list. Likewise, the Korea-Vietnam FTA agreed that MFT, NT, performance requirements, senior management, and the boards of directors did not apply until Vietnam completed its reservation lists.[59)]

This device is a powerful tool to pressurize the parties because delayed renegotiations lead to delayed liberalization and market opening for every sector of the economy. MFN and NT are two main liberalization articles. Even though they are stipulated in the text of the SIA, the legal enforceability of these articles is postponed until the parties complete the reservation lists. Such a postponement is

---

56) Japan-India Economic Partnership Agreement, supra note 54.

57) Article 22 (Work Programme) reads as follows:
Article 22
Work Programme
1. The Parties shall enter into discussions on:[…]
4. Article 3 (National Treatment) and Article 4 (Most-Favoured-Nation Treatment) shall not apply until Annex 1 (Schedules of Reservations) enters into force in accordance with paragraph 3

58) See Work Program in the AANZFTA 2010 (available at http://www.thaifta.com/engfta/Home/FTAbyCountry/tabid/53/ctl/detail/id/75/mid/480/usemastercontainer/true/Default.aspx (last visited on Feb 4, 2021).

59) A Renegotiation clause in Korea-Vietnam FTA reads as follows:
5. The Parties shall begin negotiations on Annexes I and II immediately after the entry into force of this Agreement with a view to concluding them within one year from the date of entry into force of this Agreement:
(a) Articles 9.3, 9.4, 9.9, and 9.10 shall not apply until Annexes I and II have entered into force; and

expensive for all parties concerned. Although it is an empirical issue, the expected amount of FDI inflow will be disrupted during the renegotiation process. Domestic participants (e.g., stakeholders, media, legislative bodies, etc.) who support market liberalization may criticize the slow renegotiation process. A delay also puts pressure on the line ministries because they (and all those responsible for the completion of the reservation list) block market liberalization for all economic sectors. The negotiation team can leverage this to motivate the respective line ministries to expedite the process and finally complete the reservation lists during the renegotiation period.

Ⅵ. Conclusion

This study aims to examine the prevalence, causes, and solutions regarding why many developing host countries continue to present incomplete reservation lists, even after years of negotiations. An incomplete reservation list, such as one omitting a domestic law or failing to specify its sections or articles, may blur the boundaries between regulatory powers and investment protection. Hence, it is vital to remedy this issue by discovering its causes.

It is important to note that new trade agreements in new areas encourage parties to modify the scope of the original use for reservation lists. For instance, the state-owned enterprises (SOEs) chapter in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnerships (CPTPP) is the first agreement in which parties have negotiated disciplines with SOE and monopolies.[60] This was in response to the international trend for SOEs to evolve from government-granted monopolies, operating predominantly in national markets, to state-owned corporations, trading and investing in global markets. Many commentators and academic literature acknowledge that the SOE chapter is concluded in PTA for the first time in history but pay little attention to the fact that reservation lists under a negative list approach are employed in the SOE chapter for the first time. However, many reservations list still seem to be inappropriate in terms of incompleteness.

The incomplete reservation list is a widely known phenomenon among many treaty negotiators. However, it garnered little attention in academic literature. I hope this article provides important critiques of current policies to explore more effective and efficient methods that create complete agreements, which ultimately serve both parties.

60) See Wan Khatina Nawawi, *New Rules for State-Owned Enterprises in the CPTPP*, *in* The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership 138 (Cassey Lee & Pritish Bhattacharya eds., 2021); The text of SOE chapter is available at https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-text-and-resources/#bookmark2 (last visited Aug. 27, 2021).



분과회의

제4분과위원회 · 한국국제경제법학회 공동

제2발표

[좌장] 김대원 (서울시립대학교)

EU 탄소국경조정제도의 주요 내용 및 국제통상법적 시사점

[발표] 이천기 (대외경제정책연구원)
[토론] 오선영 (숭실대학교)

大韓國際法學會

EU 탄소국경조정제도의 주요 내용 및 국제통상법적 시사점*

이 천 기**

목 차

Ⅰ. 논의의 배경
Ⅱ. 주요 내용
Ⅲ. 통상법적 검토
Ⅳ. 결론 및 시사점

Ⅰ. 논의의 배경

2021년 7월 14일 EU 집행위는 '2030년 유럽의 온실가스 55% 감축'을 위한 "Fit for 55" 입법 패키지를 발표하였다. 탄소국경조정제도(Carbon Border Adjustment Mechanism, 이하 CBAM)의 도입을 위한 입법안[2]도 여기서 그 외 12개 입법안과 함께 발표되었다. EU 집행위는 탄소누출을 방지하고, EU 역내 생산업자들이 부담해야 하는 탄소가격과 그러한 탄소가격이 없는 제3국 사이의 경쟁관계를 공평하게 만들기 위한 조치로서 CBAM 도입을 준비해왔다. 입법안에 따르면, 2023년 1월 1일부터 3년의 과도기간(~2025.12.31) 동안 EU 수입업자는 적용대상 품목의 내재 배출량 보고 의무만을 부담하며, CBAM이 본격 시행되는 2026년부터는 'CBAM 인증서' 매입·제출 의무를 부담하게 될 예정이다. CBAM 입법안의 대상 산업범위는 철강, 알루미늄, 비료, 시멘트, 전기로 당초 예상보다 축소되었으나, 철강(HS72)의 모든 하위산업과 철강제품 일부 품목(73류 일부)까지 포함되면서 철강산업에 집중되었다. EU 역내 절차에 따라 규제개시영향평가('20.3.4), 공공협의('20.7.22~10.28)를 완료하였으며, 이번 7월 14일 발표 이전인 6월 초에는 CBAM 입법안 초안이 일부 언론을 통해 유출되기도 하였다.

---

* 본 발제자료는 이천기·박지현·박혜리, "EU 탄소국경조정 메커니즘에 대한 통상법적 분석 및 우리 산업에의 시사점", KIEP 오늘의 세계 경제, Vol. 21 No. 15, 2021.7.21.에 일부 기초하였으며, 최종 연구물이 아닌 집필 중인 원고이므로 인용 자제 부탁드립니다.

** 대외경제정책연구원

2) European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing a carbon border adjustment mechanism, 14.7.2021, COM(2021) 564 final, 2021/0214 (COD).

CBAM은 EU 내 탄소누출을 방지하고 역외국의 기후변화 완화 노력을 장려하기 위한 것이나 동시에 무역조치의 성격을 띤다는 점에서 다양한 통상 리스크를 내재하고 있다. 지금까지 EU가 취한 환경조치가 통상분쟁화된 전례가 다수 확인되는 만큼, 향후 CBAM을 두고도 WTO 협정 등 국제통상규범과의 합치성을 두고 문제가 불거질 가능성이 높아 보인다. 반면 EU는 CBAM이 WTO에 합치한다는 입장을 견지해 왔다. 최종상품과는 관련이 없는, 상품의 생산과정에서 발생한 탄소를 이유로 부과하는 조치라는 점에서 GATT 제III조 내국민대우의무, 제I조 최혜국대우의무 위반 여부 등이 논란이 될 전망이며, EU는 GATT 제XX조 환경예외를 원용함으로써 CBAM의 법적 정당성을 주장할 것으로 예상된다.

Ⅱ. 주요 내용

1. 조치의 목적

CBAM의 목적은 (ⅰ) 기후변화 완화를 촉진하고 탄소누출을 방지하며, 동시에 (ⅱ) 경쟁적 측면 즉 역내외 기업 간 경쟁조건을 공평하게 만드는(level the playing field) 데 있다. 유럽그린딜 당시 EU 집행위는 "EU가 기후목표를 상향 조정해 나감에 따라 국가마다 [기후변화 감축] 목표수준이 상이한 현상이 지속된다면, 탄소누출의 위험을 줄이기 위해 선별된 일부 산업부문에서 탄소국경조정 제도를 제안할 것"임을 밝힌 바 있다.[3)]

다만 후술하는 바와 같이, 입법 논의과정에서 EU 집행위가 COVID-19 이후 유럽 경제회복을 위한 재원 마련 목적으로 CBAM을 검토한 바 있어[4)] 조치의 정당성 및 WTO 협정과의 합치성 확보 차원에서 논란이 있었다.

2. 조치의 유형

이번 EU 집행위 입법안 공개 이전까지 총 네 개 유형의 CBAM 도입이 논의되었다. 규제개시 영향평가(20.3.4.) 당시에는 (ⅰ) 수입상품과 역내상품 모두에 내국세 형식으로 탄소세 부과, (ⅱ) 수입상품에만 부과되는 탄소 수입관세 신설, (ⅲ) 수입상품에 대한 EU 배출권거래제(EU ETS)의 적용 등 세 개 유형이 논의되었다.[5)] 이후 공공협의(20.7.22.~10.28.)에서 (ⅳ) EU ETS와는 별개로, 수입상품에만 적용되는 배출권을 수입업자가 배출권 매입 의무 형식으로 부담하는 방식이 추가되었다.[6)] 이는 옵션 (ⅲ)을 응용한 형태로서, 별개 배출권 시장의 배출권 가격을 EU ETS 배출

3) Communication From the Commission - The European Green Deal, Brussels, 11.12.2019, COM(2019) 640 final, para. 2.1.1.

4) Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions - The EU budget powering the recovery plan for Europe, Brussels, 27.5.2020, COM(2020) 442 final, p. 15.

5) European Commission, Inception Impact Assessment - Carbon border adjustment mechanism, Ref.Ares(2020)1350037 - 04/03/2020, p. 2, Section B.

6) "The obligation to purchase allowances from a specific pool outside the ETS dedicated to imports, which would mirror the ETS price," European Commission, Summary Report - Public consultation on the Carbon Border Adjustment Mechanism(CBAM), Ref. Ares(2021)70541 - 05/01/2021, pp. 3-4.

권 가격에 연동시키는 방식이라 할 수 있다.

최종적으로 EU 집행위는 정책 옵션 (iv), 즉 EU ETS에 상응하는 별도의 배출권을 수입상품에 적용하는 'CBAM 인증서(CBAM certificate)' 접근법을 2021년 7월 14일 입법안에서 제안하였다.

3. 물적 적용범위

첫째, 입법안은 부속서 I에서 철강, 알루미늄, 비료, 시멘트, 전기를 적용대상으로 규정하였다. 부속서 I에 포함된 품목들은 현재 EU ETS하에서 탄소누출의 위험이 있다고 판명된 63개 부문 및 하위부문에 비하면 상당히 작은 비중에 해당되나, EU 집행위는 적용상품 범위를 확대하거나 축소할 권한을 가지므로, 탄소누출 위험에 가장 많이 노출되어 있는 부문에 우선 부과하고 이후에 제도의 적용범위를 다른 부문으로 확대해 나가려는 의도로 해석된다. 이에 따라 제도 출범 이후 종이, 유리, 화학제품 등으로 CBAM의 적용대상 상품범위가 확대될 가능성이 있다.[7] 부속서 I에 규정된 CBAM 대상품목을 투입재로 사용하여 생산된 하류상품의 내재배출량에는 CBAM은 적용되지 않는 것이 원칙이나,[8] 예외적으로 Regulation (EU) No 952/2013 제256조에 따른 역내가공절차(inward processing procedure)를 통해 생산된 가공품(processed goods)에 대해서는 CBAM의 신고의무 및 인증서 매입·제출의무가 적용된다.[9] 따라서 생산과정에서 탄소집약적인 원자재를 투입재로 많이 필요로 하는 하류상품와 관련해서는 EU 역내기업이 '원자재(CBAM 대상품목)'를 수입하는 것이 아니라 역외국으로부터 해당 원자재를 가지고 제조된 '하류상품'을 수입하려 할 유인이 있을 것으로 보인다.

둘째, 상기 대상품목에 대하여, CBAM은 생산공정 동안 배출된 직접배출에만 적용되며 상품생산에 필요한 전기를 생산하는 데 발생한 배출 등 간접배출은 규율범위에 포함하지 않았다. EU 집행위는 CBAM의 적용범위를 보다 많은 상품·서비스 및 간접배출에까지 확대할 것인지 여부를 추후 검토할 예정이다.[10]

---

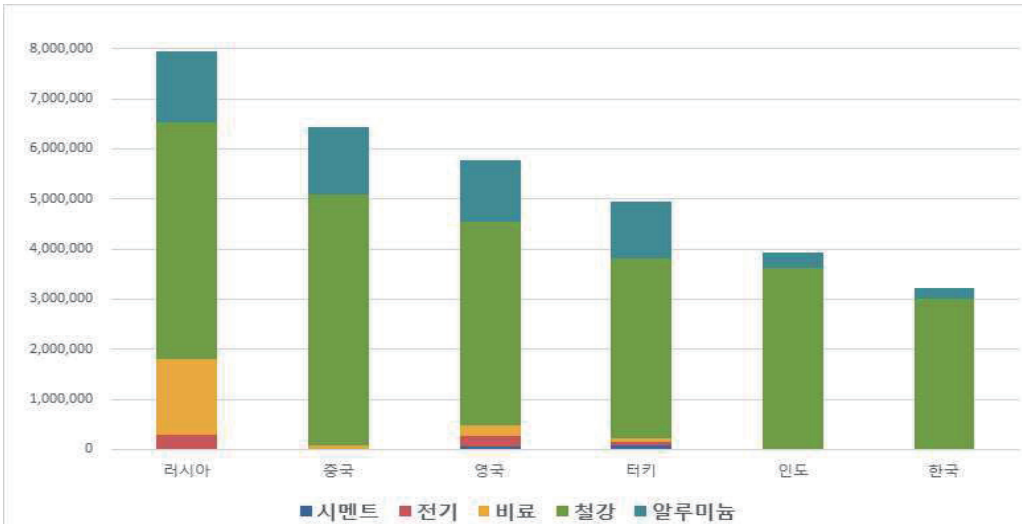
7) 이는 유럽의회 결의에서 유럽의회가 요청하였던 사항이기도 하다. European Parliament, "A WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism European Parliament resolution of 10 March 2021 towards a WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism (2020/2043(INI))," P9_TA(2021)0071.

8) European Commission, Commission Staff Working Document - Impact Assessment Report - Accompanying the document - Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a carbon border adjustment mechanism, 14.7.2021, SWD(2021) 643 final, p. 25.

9) 입법안 제2조 제1항, 제6조 제3항, 제34조 제1항 참조.

10) 입법안 제30조 제2항. *See* also European Commission, "Carbon Border Adjustment Mechanism: Questions and Answers", 14 July 2021. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_3661.

그림 1. EU 시장에 대한 CBAM 대상품목의 주요 수출국(2019년 기준)



자료: 이천기·박지현·박혜리, "EU 탄소국경조정 메커니즘에 대한 통상법적 분석 및 우리 산업에의 시사점", KIEP 오늘의 세계 경제, Vol. 21 No. 15, 2021.7.21., 23면.

4. 인적 적용범위

CBAM은 모든 비EU 국가(역외국)로부터의 대상품목 수입에 적용된다. 단, EU ETS에 참여하고 있거나 EU ETS에 연계된 배출권거래제를 가지고 있는 국가에 대해서는 적용배제가 가능하다.[11] 이에 따라 아이슬란드, 리히텐슈타인, 노르웨이, 스위스 등 4개국과 뷔징겐, 헬골란트 섬, 리비뇨, 캄피오네 디탈리아, 세우타, 멜리야 등 5개 영역을 원산지로 하는 상품에는 CBAM이 적용되지 않는다.[12] 또한 제3국 내지는 제3영역의 전기시장이 EU 역내 전기시장과 전력시장 커플링(market coupling)을 통해 통합되어 있는 국가나 지역에도 CBAM이 적용되지 않는다. 다만 부속서 II의 Section B에는 이러한 예외를 적용받을 국가나 영역이 아직 명시되어 있지 않다.

EU는 제3국의 탄소가격 제도를 CBAM의 부과수준에 참작하기 위해[13] 제3국과 협정을 체결할 수 있다.[14]

5. CBAM 신고

누구나 법정 기준[15] 충족 시 CBAM 대상품목의 수입 승인을 권한당국에 신청할 수 있으나[16], EU 회원국[17]이 지정한 권한당국에 의해 승인된 수입업자, 즉 '승인된 신고인(authorised declarant)'만이 CBAM 적용대상 상품을 EU로 수입할 수 있다.[18] 승인된 신고인은 이전 연도의

11) 입법안 제2조 제3항.
12) 입법안 부속서 II, Section A.
13) 입법안 제9조 제4항.
14) 입법안 제2조 제12항.
15) 입법안 제4조 및 제5조.
16) 입법안 제17조.
17) 신고인이 설립되어 있는 국가여야 한다.

배출량에 대해 매년 5월 31일까지 CBAM 신고를 권한당국에 해야 한다.[19] 매입·제출 의무가 적용되는 CBAM 인증서의 수량을 결정하기 위한 목적에서이다. 신고서에는 (i) 상품 유형별 수입총량 (ii) 수입상품에 내재된 탄소배출 총량 (iii) 신고인이 제출할 예정인, 내재 탄소배출량에 상응하는 CBAM 인증서의 수에 관한 정보가 포함된다.[20] 수입업자가 상품의 정확한 실제 내재 배출량을 확보하지 못하는 경우, 입법안 부속서 III의 산정방식에 따라 설정된 '기본값(default value)'이 적용된다.[21]

6. 내재된 배출량의 산정

입법안은 내재된 배출량(embedded emissions)의 산정방식을 전기 외 상품과 전기로 구분하여 규정한다. 첫째, 전기 외 상품의 경우, 내재 배출량은 부속서 III에 규정된 산정방식에 따라, 원칙적으로 실제 배출량에 기초하여 결정된다.[22] 보다 구체적으로, 아래 〈글상자 1〉에서와 같이 (i) 단일재에 대해서는 수입품의 단위당 귀속배출량으로, 복합재는 수입최종재의 단위당 귀속배출량과 중간투입물 각각의 배출량을 합산하여 내재 배출량이 산정된다. 귀속배출량은 해당 사업자의 조직경계(system boundary) 내에서 발생한 직접배출 총량을 의미한다. 이처럼 수입상품에 내재된 탄소배출량을 측정하기 위해서는 원칙적으로 실제 배출량 자료를 사용해야 하지만, 그러한 자료가 가용하지 않을 경우 '기본값'을 적용하여 내재 배출량을 산정하도록 입법안은 규정하고 있다.

둘째, 전기 수입에 내재 배출량의 경우 부속서 III에 따라 결정된 기본값을 참고하여 결정된다.

글상자 1. 수입상품에 내재된 탄소배출량 산정방법: 부속서 III

○ **단일재(simple goods)**에 내재된 탄소배출량은 상품 G의 단위당 귀속배출량으로 산정

$$SEE_g = \frac{AttrEm_g}{AL_g}$$

- 상품 G의 귀속배출량은 직접배출만을 고려하여 산정

$$AttrEm_g = DirEm$$

SEE_g: 상품 G의 고유(specific) 탄소배출량[23]
$AttrEm_g$: 상품 G의 귀속배출량(사업장의 조직경계(System Boundary) 내에서의 배출량)
AL_g: 보고기간 동안 상품 G의 생산량
$DirEm$: 조직경계 내 생산과정에서 직접적으로 발생한 온실가스 배출량

18) 입법안 제25조.
19) 입법안 제6조 제1항.
20) 입법안 제6조 제2항.
21) 입법안 제7조 제2항.
22) 입법안 제7조 제2항.

○ **복합재(complex good)**는 최종재 G의 단위당 귀속배출량과 G 생산에 투입된 모든 중간재들의 배출량을 모두 합산하여 산정

$$SEE_g = \frac{AttrEm_g + EE_{inpMat}}{AL_g}$$

- 투입물의 총 배출량은 수입상품의 생산과정에 투입된 재화 I의 양(Mass)과 고유 탄소배출량을 곱하여 계산하고, 투입물들의 배출량을 합산하여 산정.

$$EE_{impMat} = \sum_{i=1}^{n} M_i \times SEE_i$$

자료: 이천기·박지현·박혜리, "EU 탄소국경조정 메커니즘에 대한 통상법적 분석 및 우리 산업에의 시사점", KIEP 오늘의 세계 경제, Vol. 21 No. 15, 2021.7.21., 8-9면.

7. 공인 검증인에 의한 내재 배출량 검증 의무

신고인은 공인 검증인이 입법안 부속서 V에 규정된 검증 원칙에 따라 신고인이 제출한 내재 배출량을 검증하도록 보장할 의무를 부담한다.[24] 검증인의 공인과 관련하여, Implementing Regulation (EU) No 2018/2067에 따라 EU ETS하에서 공인된 자는 CBAM하에서 공인된 검증인으로 간주된다.[25]

또한 각 EU 회원국의 국내인정기구(NAB)가 인정한 검증인이 있다. 국가검증기관은 CBAM 검증인을 인정할 수 있으며, EU 집행위는 공인 검증인의 인정 조건, 인정의 철회, 상호인정 등에 관한 상세사항에 관해 위임입법을 채택할 권한을 가진다.

8. CBAM 인증서 매입·제출 의무

1) 인증서의 제출, 재구매 및 소각

신고인은 자신이 수입하는 대상품목의 내재 배출총량에 상응하는 수의 CBAM 인증서를 매년 구매·제출할 의무를 부담한다. CBAM 인증서는 각 EU 회원국의 권한당국이 승인된 신고인에게 판매하며,[26] 권한당국은 CBAM 인증서의 생성 시 각 인증서에 고유의 단위식별 코드를 할당하고, 해당 인증서를 구매하는 신고인의 국가 등록부 계정에 인증서의 단위식별 코드, 가격, 판매일을 등록한다.[27] 인증서의 가격은 원회 규정 제1031/2010호에 따라 운영되는 공동 경매 플랫폼에서의 매주 EU ETS 배출권 종가 평균치에 기초하여 EU 집행위가 결정한다.[28] 위 평균가격은 다음 역주 첫 근무일에 EU 집행위가 자신의 웹사이트에 게시하며, 그 다음 근무일로부터 그 다음 역주 첫 번째 근무일까지 이루어지는 CBAM 인증서 판매에 적용된다.[29]

---

23) 이산화탄소를 기준으로 환산하여 측정하므로, 이산화탄소상당량 톤(tCO2-eq)으로 표시.
24) 입법안 제8조 제1항.
25) 입법안 제18조 제1항.
26) 입법안 제20조 제1항.
27) 입법안 제20조 제2항.
28) 입법안 제21조 제1항.

신고인은 인증서 연례 제출 완료 이후 자신의 국가등록부 계정에 남아 있는 초과분의 인증서를 재구매해 줄 것을 권한당국에 요청할 수 있다. 이전연도에 신고인이 구매하였던 인증서 총량의 3분의 1까지 권한당국의 재구매가 가능하며, 수입업자가 구매 시 지불하였던 가격이 적용된다.[30] 전전연도에 매입되고 그 다음 연도 재구매 이후에도 신고인의 국가 등록부에 남아 있는 CBAM 인증서는 권한당국이 매년 6월 30일까지 모두 소각한다.[31]

2) CBAM 의무수준의 조정

첫째, 각 신고인이 부담해야 할 CBAM 인증서 제출 의무의 수준(인증서의 수)는 "원산지국에서 기지불된 탄소가격(carbon price paid in the country of origin)"만큼 차감하여 산정된다.[32] 이를 위해 신고인은 탄소가격이 원산지국에서 지불되었으며, 수출 시 환급되지 않았음을 증명하는 정보를 제출해야 한다. EU는 제3국의 탄소가격 제도를 참작하기 위해 해당국과 협정을 체결할 수 있다.[33] 입법안은 "원산지국에서 기지불된 탄소가격"으로 탄소세와 배출권거래제만을 규정하고 있으므로,[34] 탄소가격제 외에 발전차액지원제도(FIT), 신재생에너지 공급의무화제도(RPS), 직접 배출규제 등은 CBAM 의무 수준 조정을 인정받을 수 없다는 점에 논란이 예상된다.

둘째, CBAM 의무수준에는 EU ETS 무상할당도 고려된다. CBAM 과도기간(2023~25년) 이후 2026년을 시작으로 CBAM이 적용되는 산업부문에서 EU ETS 무상할당은 10년에 걸쳐 매년 10%p씩 점진적으로 축소하여 2035년에 완전히 폐지될 예정이며, 동 10년의 기간 동안 매년 CBAM 의무수준에서도 EU ETS 무상할당량만큼이 차감되어야 한다.[35] 기존에 EU 집행위는 탄소누출을 상쇄시키기 위한 EU ETS하에서의 현행 무상할당, 국가보조 등을 CBAM으로 대시할 것이라는 입장을 보인 바 있으나, 무상할당을 공여받던 EU 역내 산업부문으로부터 상당한 반발이 있어 입법안에서와 같이 절충안을 모색한 것으로 보인다.

이러한 조정 조항은 CBAM이 보호무역주의를 구성하지 않기 위해 특히 중요하다. EU ETS 무상할당 제도를 그대로 유지하면서 CBAM을 추가 적용할 경우 대상물품의 수출국과 EU 수입업자 입장에서는 사실상 이중규제로 체감될 수 있기 때문이다.

9. 권한당국

CBAM을 집행하는 중앙화된 권한당국은 없으며, 각 EU 회원국이 CBAM에 따른 의무를 수행할 권한당국을 지정한다.[36] 모든 EU 회원국의 권한당국을 명시한 목록이 EU 관보에 발표될 예정이다. 각 회원국의 권한당국은 신고인의 정보, 운영자, 제3국 시설에 관한 정보를 포함하는 국

29) 입법안 제21조 제2항.
30) 입법안 제23조 제1항.
31) 입법안 제24조.
32) 입법안 제9조.
33) 입법안 제2조 제12항.
34) 입법안 제3조 제23항: "'carbon price' means the monetary amount paid in a third country in the form of a tax or emission allowances under a greenhouse gas emissions trading system, calculated on greenhouse gases covered by such a measure and released during the production of goods;" [밑줄첨가]
35) 입법안 제31조 제1항.
36) 입법안 제11조 제1항.

내 등록부를 설치하고, 해당 정보는 EU 집행위가 설치하는 중앙 데이터베이스로 집결된다. EU 집행위의 DB에는 일반인의 접근이 가능하다.[37]

EU 집행위는 각 EU 회원국의 권한당국을 조력하고 그 기능을 조정하는 역할을 수행하며, CBAM 인증서를 독자적으로 기록하는 역할을 수행하는 중앙 행정기관으로서 기능하게 된다. 또한 국내등록부에 기록된 거래에 위험요소가 있는 경우 해당 거래를 통제하는 역할을 수행한다.[38]

10. 집행

신고인이 매년 5월 31일까지 수입상품의 내재 배출량에 상응하는 CBAM 인증서를 제출하지 않거나 허위정보를 제출하는 경우, EU ETS 지침(2003/87/EC)[39]에 규정된 과태료와 동일한 수준의 과태료를 부과받게 된다.[40] 과태료를 지불하더라도 승인된 신고인이 미제출된 CBAM 인증서 제출 의무를 면제받는 것은 아니다.[41] EU 회원국은 자국법에 따라 추가 행정 또는 형사 처벌이 가능하다.[42]

11. 우회방지

EU 집행위는 이해당사자의 신청이 있는 경우, 대상품목의 우회(circumvention) 수입을 막기 위한 조치를 취할 수 있다. 2개월 이상 CBAM 대상품목의 EU 수입물량이 유의미하게 감소하고 동시에 '미세하게 변성된 상품(slightly modified products)'의 수입물량이 유의미하게 증가하는 경우, EU 집행위는 위임입법을 통해 해당 미세 변성 상품을 CBAM의 적용범위에 추가할 수 있다.[43]

12. 발효 및 과도기간

CBAM은 크게 두 단계에 거쳐 이행될 예정이다. 제도 자체는 2023년 1월 1일에 발효할 예정이나,[44] 3년의 과도기간('23~'25년)을 예정하고 있다.[45] 과도기간 동안 승인된 신고인(EU 수입업자)는 직접적인 금전적 의무 즉 CBAM 인증서 매입·제출 의무를 부담하지 않으며, 자신이 수입하는 상품의 내재 배출량을 모니터링하고 분기마다 보고할 의무만을 부담한다.[46] CBAM이 금전적 의무를 포함하여 완전한 기능을 하게 되는 것은 2026년 1월 1일부터이다.

한편 과도기간 종료 이전에, EU 집행위는 탄소누출 위험이 있는 다른 부문으로 CBAM을 확대

---

37) 입법안 제14조 제2항 및 제3항.
38) 입법안 제15조 제1항.
39) Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the council of 13 October 2003, establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC, Art. 16(3).
40) 입법안 제26조 제1항.
41) 입법안 제26조 제3항.
42) 입법안 제26조 제5항.
43) 입법안 제27조.
44) 입법안 제36조 제2항.
45) 입법안 제36조 제3항.
46) 입법안 제32조. 한편 입법안상 보고의무의 대상으로는 전기 외 상품의 내재된 '간접' 배출 총량도 포함되어 있음. 입법안 제35조 제2항 제(c)호.

할 가능성에 관한 평가를 포함하는 보고서를 유럽의회와 EU 이사회에 제출할 예정이다.[47]

13. 추후 절차

EU 집행위의 CBAM 입법안은 유럽연합법상 일반입법절차(OLP)의 적용대상으로서, 2021년 7월 14일 발표 이후 현재 유럽의회와 EU 이사회에서 검토 중에 있다. 유럽연합법이 되기 위해서는 유럽의회와 EU 이사회 검토를 거쳐 양 기관 모두에서 채택되어야 하므로, 향후 입법절차 중에 CBAM 입법안 내용에 적지 않은 수정이 이루어질 수 있다. 이러한 수정은 유럽의회와 EU 이사회 모두에 의해 채택되어야 한다. 일반입법절차는 보통 1년 이상 걸리며 평균적으로 18개월 정도 소요되므로, 2023년 1/4분기까지 새로운 규칙이 출범하는 데 기술·절차적으로 크게 문제될 부분은 없어 보인다. 최종 법안은 EU 집행위, 유럽의회, EU 이사회 간의 협상을 통해 확정될 예정이다.

한편 위 입법절차와는 별도로, EU 집행위 차원에서 CBAM의 시행을 위한 이행법률과 위임법률을 마련해주는 작업이 진행 중일 것으로 예상된다. 2021년 7월 14일 발표된 입법안은 제도적 틀을 마련해 놓은 것에 불과하며, CBAM의 실무 차원의 운영에 필수불가결한 요소의 많은 부분을 여전히 공란으로 남겨 둔 상태이다. CBAM의 실제 이행을 위해서는 입법안에서 EU 집행위에게 이행법률과 위임입법을 채택할 수 있도록 명시적으로 권한을 위임한 부분, 예를 들어 (i) 부속서 III에 규정된 내재 배출량 산정방식, 특히 대상품목별 벤치마크 계수 및 기본값, 조직경계의 의미 및 범위, (ii) 배출량 검증규칙, (iii) 검증인의 공인(인정)에 관한 규칙, (iv) 우회방지 목적으로 허용될 CBAM의 확대 범위 및 기준, (v) EU 집행위 입법안 부속서 II에 해당되는 국가와 영역의 목록, (vi) 원산지국에서 기지불된 탄소가격 및 EU ETS 배출권 무상할당에 대한 CBAM 의무수준 조정의 방식 및 시점 등에 관한 이행규칙을 보다 구체화할 필요하다.

Ⅲ. 통상법적 검토

1. CBAM의 법적 성격

1) 재정 또는 비재정 조치

CBAM의 법적 성격을 재정적 성격의 아니면 비재정적 성격의 조치로 보는지에 따라 동 조치에 적용가능한 법적 근거가 상이해질 것이다. CBAM의 법적 성격이 재정조치 즉 조세에 해당될 경우 GATT 제III조 제4항보다는 GATT 제III조 제2항을 우선적으로 적용받게 된다. EU는 EU ETS가 조세 제도가 아닌 것으로 보아 왔다. 과거 국제항공 부문을 EU ETS로 편입시키는 내용의 지침 2008/101[48]의 국제법적 합치성 여부가 유럽사법재판소에 선결적 판결을 위해 회부되었던 2011년 ATAA v. Secretary of State for Energy and Climate Change 사건이 대표적인

47) 입법안 제30조 제2항.

48) DIRECTIVE 2008/101/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 19 November 2008 amending Directive 2003/87/EC so as to include aviation activities in the scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community, [2008] OJ L8/3.

예이다. 동 사건에서 Kokott 법률고문관은 "과징금은 사용된 공공 서비스에 대한 보수로서 부과되는 것이다. 과징금의 양은 공공기관에 의해 일방적으로 설정되며 사전에 결정된다. [...] 특히 조세의 경우 공공기관에 의해 일방적으로 설정되며 세율 및 과세기준과 같이 사전에 결정된 기준에 따라 부과"되는 것인 반면, 'EU ETS와 같은 배출권거래제는 "시장기반조치(a market-based measure)"이다. 현재 [...] EU ETS에서는 [...] 무상할당 경매로 판매되는 배출권의 가격도 사전에 결정되지 않고 오로지 수요와 공급에 의해서만 결정되고 있다. 또한 권한당국이 배출권을 할당한 배출권이 향후 탄소시장에서 거래되는 경우에도, 배출권 가격은 사전에 결정한 수치가 아니라 수요와 공급에 의해 결정된다.' 따라서 자유시장 원리에 의해 결정되는 배출권 구매가격을 과징금이나 조세로 묘사하는 것은 "이례적일" 것이라는 입장을 보였다.[49] 재판부도 이러한 해석에 전적으로 동의하였다.[50]

EU 집행위는 CBAM이 EU ETS를 그대로 반영(mirroring)한 것이라고 주장해 왔으므로, EU 입장에서는 CBAM 인증서가 '조세'로서의 성격을 가지는 것으로 판명될 경우 동 조치에 적용되는 국제통상법적 근거가 달라질 뿐 아니라 양허세율 및 대외적 당위성 측면에서 상대적으로 불리해질 수 있다. 특히 CBAM 인증서의 법적 성격이 조세 중에서도 관세(국경조치)로 규명될 경우 CBAM를 방어하기가 EU 입장에서 어려워질 수 있다. 다수의 국가들이 추가 관세를 보호무역주의와 직접적으로 연관짓는 경향이 있으며, 앞서 〈그림1〉에서 확인하였듯이 CBAM의 적용대상 중에서도 대다수의 국가들이 가장 많이 영향을 받는 품목은 철강 및 철강제품(HS 72류 및 73류 일부)이다.[51] 해당 품목에 대한 EU의 MFN 양허관세율이 현재 대부분 0%(무관세)이므로, EU의 교역상대국 입장에서는 CBAM이 실질적으로 철강에 대한 관세 재도입으로 체감될 여지가 있다.

또한 ECJ의 이러한 자체적인 판단과는 반대로, 미 상무부는 최근 EU ETS 배출권이 조세에 해당된다는 판정[52]을 최근 내린 바 있어 CBAM의 법적 성격을 규명하는 데에도 논란이 예상된다. 2020년 12월 11일에 미 상무부는 EU ETS 하에서 무상할당을 집중적으로 공여받은[53] 일부 시설에서 생산되어 미국에 수출된 철강제품에 대한 상계관세 조사에서 보조금 긍정 판정을 내리면서, 이러한 무상할당이 WTO보조금협정 제1.1조 제(a)항 제(1)호 (ii)목의 의미에서 "정부가 받아야 할 세입을 포기하거나 징수하지 아니하는 경우"[54]에 해당한다고 보았다.

---

49) OPINION OF ADVOCATE GENERAL KOKOTT delivered on 6 October 2011 in C-366/10, Air Transport Association of America and Others, paras. 215-216.

50) JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber) of 21 December 2011 in C-366/10, Air Transport Association of America and Others, paras. 147: "It is therefore clear that, in extending the application of Directive 2003/87 to aviation, Directive 2008/101 does not in any way infringe the obligation, applicable to the fuel load, to grant exemption, as laid down in Article 11(1) and (2)(c) of the Open Skies Agreement, given that the allowance trading scheme, by reason of its particular features, constitutes a market-based measure and not a duty, tax, fee or charge on the fuel load." [밑줄추가]

51) 참고로 2019년 대EU 철강·철강제품 수출액은 중국(5,005,107,000 달러), 러시아(4,716,548,000), 영국(4,059,987,000), 터키(3,608,202,000), 인도(3,626,555,000), 한국(3,018,451,000) 순이다. 이천기·박지현·박혜리, "EU 탄소국경조정 메커니즘에 대한 통상법적 분석 및 우리 산업에의 시사점", KIEP 오늘의 세계 경제, Vol. 21 No. 15, 2021.7.21., 23면.

52) "Issues and Decision Memorandum for the Final Affirmative Determination of the Countervailing Duty Investigation of Forged Steel Fluid End Blocks from the Federal Republic of Germany," C-428-848; "Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Forged Steel Fluid End Blocks from Italy," C-475-841.

53) EU ETS의 적용을 받는 시설에 배출집약도 최상위 시설 기준 44.2% 수준으로 보통 무상할당이 이루어지는 반면, 탄소누출 목록에 포함되는 특정 시설에 대해서는 100% 무상할당이 공여되는 조치이다.

EU의 입장에 따라 EU ETS를 조세가 아닌 시장기반조치라 보더라도, CBAM에도 동일한 성격을 인정해주기 어려운 측면이 있다. 앞서 제Ⅱ절에서 살펴보았던 것처럼, CBAM 인증서에 대해서는 배출권 거래 시장이 예정되지 않으며, CBAM 인증서 거래 및 EU ETS 배출권과의 거래가 CBAM 하에서 인정되지 않는다. 즉 배출권 거래가 인정되는 EU ETS와는 달리 시장에서의 수요와 공급에 따라 가격이 결정되지 않으며, CBAM 인증서의 가격 또한 이전 주의 EU ETS 배출권 종가 평균치에 기초하여 산정, 매주 첫 근무일에 EU 집행위가 공고하는 형식이므로 사전에 결정된(pre-determined) 요율이라 볼 여지가 있다. 또한 경매를 통해 발생하는 수익이 EU ETS 하에서는 대부분 거래당사자에게 귀속되는 반면, CBAM 인증서 판매 수익이 EU 자체에 귀속되어 있다는 점에서도 조세의 정의에 부합되는 것으로 보인다.

2) 국경 또는 국내 조치

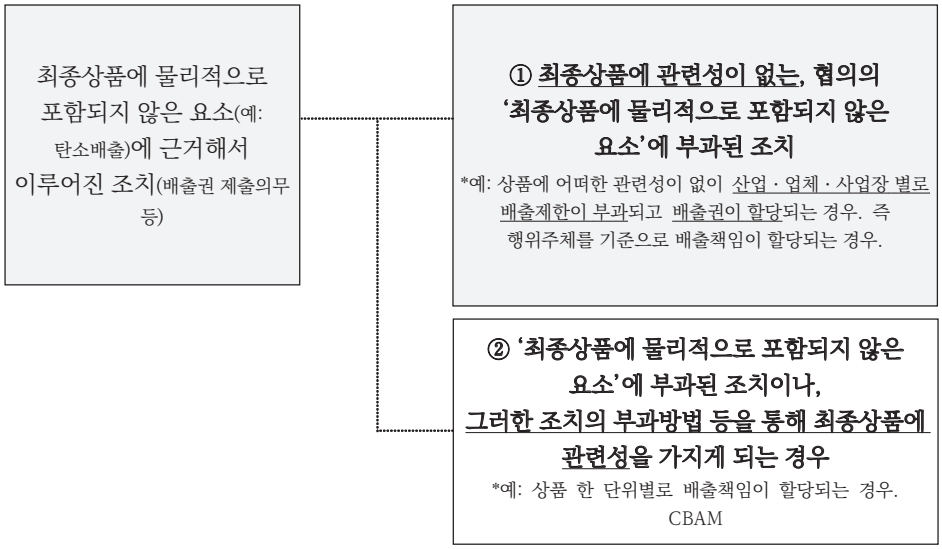
CBAM이 국경 조치인지 국내 조치인지에 따라 법적 검토의 근거규범이 또한 상이해진다. GATT Ad Article III의 적용범위에 해당될 경우 국내조치, 그렇지 않을 경우 국경조치에 해당된다. US - Tuna I, US - Tuna II 등 판정례에 비추어 볼 때[55] 최종수입상품에 물리적으로 남아있지 않은 요소를 이유로 하여(예: 상품 생산과정에서의 탄소배출, 전기 사용 등) 수입상품에 적용되는 조치는 GATT Ad Article III의 적용범위에 원칙적으로 포섭되지 못하나, Canada - Periodicals 사건 등 판정례에 비추어 볼 때[56] 회원국이 배출권거래제에서 배출책임을 부과하는 방식에 있어 '상품에의 관련성'을 확보할 수 있는 경우라면 Ad Article III가 적용가능할 것으로 생각된다.

54) WTO보조금협정 제1.1조 제(a)항 제(1)호 (ii)목상 관련 부분의 원문은 다음과 같다. "government revenue that is otherwise due is foregone or not collected" [밑줄첨가]

55) 이들 사건에서 GATT 패널은 "참치포획방식에 대한 규제는 참치상품 그 자체에 적용되는 조치라고 볼 수 없는데, 참치의 판매를 직접적으로 규제하지 않으므로 상품으로서의 참치에 영향을 미친다고 할 수 없기 때문... 제III조 제4항과 Ad Article III가 아니라 제XI조 제1항의 적용범위에 속하여 제XI조 제1항 위반"이라 보았다. *See* GATT Panel Report, *US - Tuna I*, paras. 5.11, 5.13; GATT Panel Report, *US - Tuna II*, para. 5.8.

56) Panel Report, *Canada - Periodicals*, paras. 5.15, 5.20-5.30; Appellate Body Report, *Canada - Periodicals*, pp. 17-19.

그림 2. '최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소'에 부과된 조치의 구분
(상품에의 관련성 유무에 근거한 세부 구분)



자료: 이천기, "WTO협정상 배출권 국경조정의 가능성에 관한 연구 -GATT Ad Article III의 해석을 중심으로-", 국제법학회논총 제62권 제2호, 2017, 168면에 기초.

CBAM은 생산과정에서의 탄소배출(NPR PPMs)을 이유로 하나, 앞서 〈글상자 1〉에서 확인하였듯이 내재 배출량을 대상품목의 '단위당 귀속배출량'으로 산정하여 CBAM 인증서(tCO2-eq.)의 형식으로 배출책임을 부과할 예정이므로,[57] 일견 최종'상품에 관련성을 가지는'[58] 조치로 인정되어 GATT 제XI조보다 우선적으로 제III조의 적용범위로 귀속될 가능성이 있다.

한편 EU ETS와 CBAM 등 EU 역내외 상품에 각각 별개의 제도를 적용한다는 점은 판정례에 비추어 볼 때 Ad Article III의 목적에서는 문제가 되지 않을 것이다. 국내상품에 적용되는 조치와 수입상품에 적용되는 조치의 형식과 내용이 Ad Article III를 적용받기 위해 반드시 '완전히 동일(identical)'할 필요는 없다는 것이 판정례의 입장이므로,[59] EU ETS 자체가 수입상품에 반드시 직접 적용될 필요는 없으며 EU ETS를 직접 적용받는 경우에 부담하는 탄소가격에 상응하는 경제적 부담을 초과하지 않는 수준에서 수입상품에 별개의 제도(CBAM)을 적용하는 것은 Ad Article III 하에서 가능하다.

다만 궁극적으로 어느 수준까지가 Ad Article III의 의미에서 '수입상품 및 동종상품 모두에 적용된 조치'라 볼 수 있는지는 현 집행위 입법안 단계에서 예단하기 어렵다. 유럽의회와 유럽이사회의 입법안 수정안 및 이를 기초로 향후 EU 집행위가 마련할 이행법률과 위임입법의 구체적인 내용에 따라 Ad Article III의 적용 가부가 상이해질 것이다. 다만 지금까지 집행위 입법안에 규정된 제도적 측면에만 간략히 비추어 보더라도, 아래에서 목차를 달리하여 살펴볼 바와 같이 EU ETS와 CBAM 사이에 일정한 차이가 확인된다. EU ETS와 CBAM의 실체적 규율내용에 차이가 커질수록 Ad Article III를 적용받기 어려워질 가능성이 높다.

57) 입법안 부속서 III.
58) Ad Article III의 "applies to ... product" 부분에 해당된다.
59) *See*, e.g., Panel Report, *EC – Asbestos*, paras. 8.93, 8.94.

2. GATT 제III조 내국민대우의무 위반 가능성

EU 집행위 입법안은 수입상품에 대해 '동종의 EU 역내상품에 부여되는 대우보다 불리하지 않은 대우'를 부여하는 데 특히 중점을 둔 것으로 보인다. 즉 역내상품과 역외상품에 법적으로 구별되는 별도의 제도(각각 EU ETS 및 CBAM)가 적용되나, EU 역내산업이 부담하는 탄소가격(EU ETS 배출권 가격)과 동일한 탄소가격(CBAM 인증서 가격)만을 EU 수입업자에게 요구하는 등 역내외 상품을 실질적으로 동일하게 대우하므로 비차별대우의무 위반이 없다는 입장이다. 다만, 제도 자체가 법률상(de jure) 차별이 없는 방식으로 설계되었다 하더라도, EU ETS와 CBAM 등 투 트랙으로 제도가 운영되는 과정에서 EU 역내상품과 수입상품 사이에 사실상의 차별이 발생하게 될 가능성이 있다. CBAM이 상품 생산과정에서의 탄소배출 즉 상품무관련 생산가공방법(NPR PPMs)에 기초한 조치이기 때문이다. GATT/WTO 판정례에 비추어 볼 때 제III조상 '동종상품(like products)'인지 여부를 판단하기 위한 기준으로 NPR PPMs은 인정될 수 없다.[60]

따라서 EU 입장에서는, 동일 수준의 CBAM을 적용받는 품목의 구획(bracket) 설정을 어떻게 하는지가 CBAM의 세부 이행규칙 설계시 내국민대우의무와의 합치성을 확보하기 위해 중요하다. 적어도 내재 배출량 관련 '기본값' 설정에 있어서는 세부 상품별로 상이한 수준의 CBAM를 부과하는 것보다는 동일한 조치(동일 기본값)의 적용을 받는 '하나의 수입상품(군)' 범주를 기술적으로 가능한 한도 내에서 최대한 포괄적으로 설정할 필요가 있다.[61] 동종상품 즉 직·간접적으로 시장에서 경쟁관계에 놓여있는 상품들이 동일한 하나의 조치(상품 한 단위당 동일 수준의 탄소가격 부담)을 적용받도록 하자는 것이므로, 상호 경쟁관계에 '없는' 상품들까지를 모두 포괄할 정도로 하나의 범주를 넓게 설정할 필요는 없을 것이다. 이는 내국민대우의무는 문제된 국내상품'군' 전체와 수입상품'군' 전체 사이의 총괄적인 비교를 통해 판단이 이루어져야 하며, 문제된 상품군 내 일부 세부상품(sub-group) 사이에서의 비차별의무까지를 요구하는 것은 아니라고 본 일부 판정례에 기초하는 접근법이다. 'EU ETS하에서 해당 국내상품군에 부과되는 탄소부담 평균치'와 '별도 배출권 시장 하에서 수입상품군에 부과되는 탄소부담 평균치'가 비교대상이 될 것이므로, 비교범주 내에서 일정한 상계(offset)를 통해 내국민대우의무 위반을 피해갈 수 있을 가능성이 있다.

그러나 위 접근법에는 한계도 분명하다. 비교대상 사이의 총괄적 비교를 통해 내국민대우의무 위반을 판단하는 방식에 반하는 판정례 또한 확인 가능하며, 무엇보다도 집행위 입법안 부속서 Ⅲ은 CBAM 대상품목 수입업자들이 자신이 수입한 상품에 포함된 '실제' 내재 배출량을 신고할 것을 원칙으로 하고 있다. 기본값이 아니라 실제 배출량에 따라 CBAM 인증서를 매입·제출할 경우에는 상기 접근법도 내국민대우의무 합치성을 확보하는 데 큰 도움이 될 수 없다.

마지막으로, 지금까지 공개된 CBAM의 제도적 측면 중에서는 다음에서 내국민대우의무 위반

---

60) GATT/WTO 패널 및 상소기구는 상품의 물리적 특성, 최종용도, 소비자 인식, 관세분류만에 근거해서 동종성 여부를 판단해 왔다. GATT 1947 체제 말(90년대 초)에 NPR PPMs을 동종성 판단에 고려한 일부 GATT 패널보고서가 있었으나, WTO 출범 후에는 상소기구가 해당 GATT 패널보고서를 명시적으로 비판하며 그러한 접근법의 사용을 거부하였다. 다만, 하류 부문에 놓인 최종상품을 중심으로 지금까지 형성되어 온 GATT/WTO의 '동종성(likeness)'의 판단기준이 CBAM의 적용대상인 상류부문 품목(철강, 알루미늄, 시멘트, 비료, 전기)에 어느 수준까지 유의미하게 적용가능할 것인지가 변수가 될 가능성도 있어 보인다.

61) 내국민대우의무는 문제된 국내상품'군'과 수입상품'군' 사이의 비교를 통해 판단이 이루어져야 하며, 문제된 상품군 내 일부 세부상품(sub-group/product) 사이에서의 비차별의무까지를 요구하는 것은 아니라고 본 일부 GATT/WTO 판정례에 기초한 것이다. 다만

소지가 있어 보인다.

1) 내재 배출량 산정방식

내재 배출량으로서 대상품목의 실제 배출량을 제출하는 경우, EU의 주장대로 EU ETS 배출권 가격과 CBAM 인증서 가격은 서로 연동되었다고 볼 수 있으나 해당 대상품목이 결과적으로 최종 부담하는 탄소가격은 [가격 × 내재 배출량]이므로, EU 역내외 상품 사이에 상이해질 가능성이 크다. CBAM은 NPR PPMs에 기초하는 조치이기에 불가피한 결과이기도 하다. 그리고 실제 배출량이 가용하지 않은 경우 기본값이 적용되는데, 기본값은 우선 (ⅰ) 각 수출국의 배출집약도 평균치를 기준으로 설정되고, (ⅱ) 해당 국가 차원의 배출집약도 평균치가 가용하지 않은 경우, EU 내 성능 최하위 10% 시설의 배출집약도 평균치에 기초하여 산정된다. (ⅱ)번은 실질적으로 "Worst Available Technology"에 해당되며, 이로 인해 CBAM 대상품목의 수입업자가 EU ETS에는 없는 '불리한 추정(adverse inference)'을 차별적으로 적용받을 우려가 있다.

2) CBAM 인증성의 거래가능성 및 유효기한

EU ETS 대상업체의 경우 역내적으로는 EU ETS에서의 거래를 통한 수익 창출이 가능하다. 또한 EU ETS 배출권을 자신에게 유리한 가격과 시점에 사전 매입이 가능하며 매입한 배출권은 EU ETS 제4기 동안 즉 2030년까지 유효한 것으로 인정된다. 반면 CBAM 인증서는 초과분에 대한 거래가 허용되지 않으며, 소각 조항의 적용을 받는다. 즉 이전연도에 신고인이 구매하였던 인증서 총량의 3분의 1까지 권한당국의 재구매가 가능하며 수입업자가 구매 시 지불하였던 가격이 적용되고[62] 전전연도에 매입되고 그 다음 연도 재구매 이후에도 신고인의 국가 등록부에 남아 있는 CBAM 인증서는 권한당국이 매년 6월 30일까지 모두 소각함을 앞서 확인하였다.[63]

3) 인증서의 분기별 예치 의무

신고인은 제출해야 하는 수량의 CBAM 인증서를 국가등록부의 자신의 계정 내에 유지하고, 각 분기 말까지 내재 배출량(기본값에 기초하여 산정)의 최소 80%를 각 분기 말까지 유지해야 한다. 특히 EU 내 성능 최하위 10% 시설의 배출집약도 평균치를 의미하는 기본값 대비 80%를 분기별로 국가등록부에 예치시킬 것을 의무화함으로써, 에너지 효율이 좋은 수출기업으로부터 대상품목을 수입하는 EU 수입업자 입장에서는 자신이 원래 부담해야 하는 CBAM 인증서 수보다 상당히 많은 인증서를 예치시키야 할 상황이다. 이는 수입기업의 유동성 제약으로 이어질 것이며, 대상품목을 수입 대신 역내적으로 확보하려 할 유인을 발생시킬 우려가 있다. 또한 이처럼 기본값에 기초하는 예치 요건은 EU ETS하에서는 대상업체들에 부과되고 있지 않다는 점에서도 GATT 제III조의 의미에서 차별적이다.

4) 그 밖의 고려사항

62) 입법안 제23조 제1항.
63) 입법안 제24조.

그 외 인증서 제출 시기, 검증 시기, 인증서 가격 등에서 EU ETS와 CBAM 사이에 일정한 차이가 발견된다. 다만 WTO 판정례에서 확인된 바 있듯이, 단순히 수입상품과 국내상품에 적용되는 조치가 외관상으로 상이하다는(formally different) 점만으로 GATT 제III조의 위반이 발생하지는 않으며, 상이한 제도가 적용되는 과정에서 실질적으로 수입상품의 경쟁조건에 부정적 효과를 야기하거나 야기할 우려가 있다는 점을 보일 수 있어야 한다. 따라서 상기 그 밖의 고려사항과 관련해서는, 현 시점에서 제도적 상이성만을 이유로 내국민대우의무 위반을 확정하기 어려우며 CBAM 출범 이후 운영과정에서 발생하는 CBAM 이행비용 수준에 따라 사실상의(de facto) 차별 유무를 추가로 판단해 볼 필요가 있다.

3. GATT 제I조 최혜국대우의우 위반 가능성

CBAM이 GATT 제Ⅰ조 제1항의 최혜국대우의무 위반을 피하기는 어려울 것으로 보인다. 상품무관련 생산가공공정(NPR PPMs)에 기초한 조치이므로, 제도가 실제 운영되는 과정에서 특정 원산지국(탄소다배출국)으로부터 수입되는 수입상품에 다른 원산지국(탄소저배출국)으로부터 수입되는 동종의 수입상품에 비해 '필연적으로' 불리한 대우가 발생하기 때문이다. GATT 제Ⅰ조 제1항에서도 GATT 제Ⅲ조에서와 마찬가지로 '동종' 상품 사이에 차별하지 않을 의무를 부과하고 있는데, NPR PPMs은 동종상품임을 판단하는 데 참작될 수 없다는 것이 GATT/WTO 판정례의 일관된 입장임을 앞서 확인하였다.

또한 제3국에서 기지불된 탄소가격을 조정해주는 메커니즘[64]도 GATT 제Ⅰ조의 의미에서는 차별적인 요소에 해당된다. A국과 B국에서 생산되어 EU로 수출되는 '동종' 상품임에도, 위 원산지국 탄소가격 조정 메커니즘에 따라 배출권거래제나 탄소세제를 운영하고 있는 A국에 대해서만 CBAM 부과 수준이 낮아질 수 있기 때문이다. GATT 제Ⅰ조 제1항은 EU가 원산지국을 불문하고 동종상품에 대해 "무조건적으로(unconditionally)" 비차별대우를 부여할 의무를 규정하고 있다. 이러한 점에 비추어, 위 조정 메커니즘 설계시 EU 집행위는 GATT 제I조 제1항 합치성보다는 GATT 제XX조 두문(Chapeau) 요건을 염두에 두었던 것으로 해석된다.

4. GATT 제XX조 일반예외를 통한 정당화 가능성

CBAM의 GATT 제I조 또는 제III조 위반을 GATT 제XX조 제(b)항[65] 또는 제(g)항[66]을 통해 정당화할 수 있는지 여부가 EU 입장에서 중요할 것이다. 입증책임 및 내용의 관련성에 비추어 볼 때, EU는 제(b)항보다는 제(g)항에 주목할 가능성이 상대적으로 높아 보인다.[67]

제XX조 제(g)항의 '고갈가능한 천연자원' 개념에는 청정대기가 포함된다는 기존 WTO 판정례[68]의 입장에 비추어 볼 때, '안정된 기후'도 동 개념에 포함될 수 있을 것이다. 다만 EU는

64) 입법안 제9조.
65) 인간, 동·식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위해 필요한 조치.
66) 고갈 가능한 천연자원 보전에 관련된 조치.
67) 예를 들어, 제(b)항에서는 필요성 요건을 규정하고 있으므로 EU가 추구하는 정책목적을 달성하는 데 CBAM보다 덜 무역제한적이며, EU에게 합리적으로 이용가능한 대체 정책수단이 있었는지 여부에 대한 EU의 적극적인 입증이 요구된다. *See*, e.g., Appellate Body Report, EC – Asbestos, paras. 170-172. 반면 제(g)항에서는 관련성 요건만을 규정하고 있으므로, CBAM이 EU가 추구하는 정책목적을 주된 목적으로 하고 있다는 점만 보이면 된다. *See*, e.g., Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 18.
68) Panel Report, *US – Gasoline*, paras. 6.36-6.37; Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p.

CBAM이 보호무역주의가 아닌, 환경 보호를 주된 목적을 위한 조치임을 증명할 수 있어야 한다. 즉 "문제된 조치[CBAM]와 천연자원 보존이라는 정당한 정책 사이의 관계"[69]를 명확히 할 필요가 있다. 2020년 5월 27일 발표된 '유럽부흥계획(Recovery Plan for Europe)'에서 EU 집행위는 CBAM이 EU 예산에 귀속되는 새로운 재원으로서 COVID-19 이후 유럽 지역의 경제회복을 지원하기 위한 용도로 활용할 예정이고, 이를 통해 연간 50~140억 유로 상당의 추가 세수 확보가 가능할 것이라고 전망하여 논란이 된 바 있다.[70] 2021년 7월 14일 발표된 입법안에서도 CBAM을 통해 발생한 수익 대부분이 EU 자체 예산으로 귀속되고, COVID-19 팬데믹으로 인해 야기된 어려움을 해결하고 녹색 전환과 디지털 전환에 대한 투자를 지원하기 위한 "넥스트제너레이션EU(NextGenerationEU)" 프로그램의 운용비용을 보전하기 위한 재원으로서 활용할 것임을 재확인하였다.[71]

GATT 제XX조 제(g)항을 통한 정당화를 위해 EU는 (ⅰ) 해당 조치와 추구하는 목적 사이에 상당한 관련성(substantial relationship)이 있는지,[72] (ⅱ) 문제된 조치와 추구하는 목적이 합리적인 수단과 목적 관계에 있는지,[73] (ⅲ) 목적과 수단 간의 관계가 "가시적으로 밀접하고 진정한" 것인지,[74] (ⅳ) 해당 조치가 고갈가능한 천연자원의 보존을 "주된 목적으로 하는지"[75]를 입증해야 할 것이다. 2021년 7월 14일 입법안에서는 이에 관해 충분한 설명이 이루어지지 못하였으므로, 유럽의회와 유럽이사회의 검토 단계에서는 CBAM 수익의 활용용도에 관해 좀 더 구체적인 내용이 CBAM 법안상에 명시되어야 할 필요가 있다. 참고로, EU ETS 지침의 경우 배출권 경매를 통한 수익의 50% 이상을 기후 및 에너지 관련 목적에 사용할 것이 명시되어 있다.[76]

19.

69) Appellate Body Report, *US – Shrimp*, para. 135.

70) European Commission, "COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS – The EU budget powering the recovery plan for Europe", 27.5.2020, COM(2020) 442 final, p. 15.

71) 원문은 다음과 같다. "Most revenues generated by CBAM will go to the EU budget. In the special European Council of 17-21 July 2020, EU leaders agreed on the recovery instrument NextGenerationEU. The instrument will provide the EU with necessary means to address the challenges posed by the COVID-19 pandemic and, therein, support investment in the green and digital transitions. In order to finance it, the Commission will be able to borrow up to EUR 750 billion on financial markets. In that context, the European Parliament, the Council and the Commission agreed that 'the Institutions will work towards introducing sufficient new own resources with a view to covering an amount corresponding to the expected expenditure related to the repayment' of NextGenerationEU. The Commission committed to put forward proposals on new own resources, which would include the CBAM in the first semester of 2021 [밑줄추가]". *See* European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing a carbon border adjustment mechanism - EXPLANATORY MEMORANDUM, 14 July 2021, pp. 10-11. Cheon-Kee Lee, "EU CBAM: Legal Issues and Implications for Korea", KIEP Opinion, No. 222, September 29, 2021, 6면에서 재인용.

72) Appellate Body Report, US – Gasoline, p. 19.

73) Appellate Body Report, US – Shrimp, paras. 141-142.

74) *Ibid*.

75) GATT Panel Report, Canada—Herring and Salmon, para. 4.6. 단, (ⅳ)번 "주된 목적으로 하는지" 테스트는 제XX조 (g)항에서 실제 규정하고 있는 요건은 아니며 동 항의 적용범위에 해당되는지를 판단하는 데 확정적인 기준은 될 수 없음. Appellate Body Report, US—Gasoline, pp. 18, 19.

76) 국제탄소행동파트너십(ICAP)에 따르면, 2019년을 기준으로 EU 회원국들은 EU ETS 배출권 경매 관련 수익이 최대 77%(평균치)를 국내·국제적 차원에서 기후변화 관련 용도로 사용하였다. International Carbon Action Partnership (ICAP), "EU Emissions Trading System (EU ETS)", 23 July 2021,

마지막으로, GATT 제XX조 두문(Chapeau)의 '자의적인 차별(arbitrary discrimination)' 테스트가 GATT 제XX조를 통해 CBAM을 정당화하기 위해 중요할 것으로 보인다. 지금까지의 GATT/WTO 판정례에 비추어 볼 경우 (ⅰ) 문제된 조치가 국제무역에 야기하는 제한적 효과를 제거 또는 감소시키기 위해 수입회원국이 다른 회원국들과 협력하기 위해 진지하고 신의성실하게 노력하였는지 여부, (ⅱ) 수입회원국이 모든 수입회원국들이 협상에 참여할 수 있도록 유사한 또는 대등한 기회를 비차별적으로 제공하였는지 여부, (ⅲ) 조치의 적용이 다른 회원국들에서의 지배적인 상황과 조건을 참작해 줄 수 있을 정도로 충분히 유연한지 여부, (ⅳ) 다른 회원국이 수입국과 동일하거나 유사한 정책 및 조치를 채택하도록 강제하는 정도, (ⅴ) 투명성·청문권·청구권 등 적법절차의 준수 여부, (ⅵ) 조치의 적용이 야기한 차별이 제XX조 각 항에 열거된 정책목적에 비추어 "정당한 원인 또는 근거"(a legitimate cause or rationale)를 가지고 있는지, (ⅶ) 조치의 적용이 야기한 차별이 "정책목표와 조화를 이룰 수 있는지 또는 합리적으로 관련성을 가지는지" 여부가 제XX조 두문에서 특히 중요하다.

CBAM의 최종 입법과정까지 이해관계국들(우리나라 등 對EU 수출국들)과 CBAM과 관련하여 충분한 사전 소통 및 조율이 있을 경우, GATT 제20조 두문의 "자의적인 차별" 요건을 통과할 가능성이 상대적으로 높아질 것이다. 다만, 제도의 경직성이 문제될 가능성이 높다. 집행위 입법안은 EU의 자체적인 탄소배출 수준 및 파리협정하에서 EU의 탄소배출 저감약속 수준에 연계된 탄소가격을 다른 국가로부터의 상품 수입에 부과하는 것이므로, CBAM이 UNFCCC와 파리협정의 '공통적이지만 그 정도에 있어 차이가 있는 책임과 각자의 능력(CBDR-RC)' 원칙과 자체적 차별화 원칙에 부합하지 않기 때문이다. CBDR-RC 원칙은 제XX조 두문을 해석하는 데 해석적 요소로서 참작될 될 수 있을 것이다. 또한 일국의 배출권거래제하에서 배출권 가격이 각 원산지국가 또는 지역의 시장 특성에 맞추어 설정되는 것을 저해할 우려가 있으며, EU 수준만큼의 탄소가격을 일방적으로 유도하는 일방 조치를 구성한다고 해석될 여지가 있다.

Ⅳ. 결론 및 시사점

첫째, CBAM에 대한 확정적인 입장을 취하기에 앞서, EU의 다른 교역상대국들이 어떠한 공식 입장과 대응논리를 개진하는지를 모니터링할 필요가 있다. 2021년 7월 14일 입법안 공식 발표 이후 UNFCCC·파리협정 당사국총회, WTO 등 다자 채널에서 CBAM 입법안하에서 러시아, 터키, 중국 등 상대적으로 큰 영향을 받을 것으로 예상되는 국가를 중심으로 주요 이해당사국들의 입장과 이에 대한 EU의 대응논리, 특히 WTO 합치성에 관한 EU 측 방어논리를 지속적으로 살펴볼 필요가 있을 것이다. 또한 이번 입법안에서 상대적으로 영향을 적게 받은 미국이 어떠한 입장을 취하는지도 향후 EU의 제도 추진에 유의미한 연관성을 가질 것이다.

둘째, CBAM이 추가적인 통상분쟁으로 확대되는 것을 방지하기 위해 CBAM의 영향권에 놓여 있는 이해당사국들과 EU간 탄소국경조정의 법률적·제도적 측면에 관해 지속적인 논의가 필요하다. EU가 취한 환경조치가 통상분쟁화된 전례가 다수 확인되며, 이번 EU 집행위 입법안에도 다양한 통상 리스크가 내재되어 있기 때문이다. 일례로 EU가 2018년 당시 팜유(palm oil)를 지속가능한 바이오연료 목록에서 제외하는 환경적 조치를 취했을 당시 인도네시아와 말레이시아가 GATT 제1조, 제3조, 제10조, 제11조, WTO 보조금협정 제1.1조, 제3.1조, 제5조, TBT 협정

---

p. 7.

제2조, 제5조, 제12조 위반을 주장하며 EU를 각각 WTO에 제소한 전례가 있다.[77] 또한 EU 영역을 이착륙하는 외국 항공기가 EU 상공뿐 아니라 공해 상공에서 야기하는 탄소배출량까지 EU ETS로 편입하려는 시도가 있었으나, 미국과의 무역마찰 및 중국의 에어보잉사 발주 중단 위협 등으로 인해 EU가 2012년에 관련 입법절차를 중단한 적도 있다.

앞으로 유럽의회와 EU 이사회의 검토가 진행되는 과정에도 CBAM의 통상법적 합치성에 관해 추가적인 검토가 필요하며, EU의 독자적인 검토보다는 CBAM의 영향권에 놓여 있는 이해당사국들과의 직접적인 법률적 의견 교환이 필요한 시점이다. EU는 EU ETS 배출권 가격과 CBAM 인증서 가격을 맞추어 역내외 상품에 실질적으로 동일한 조치가 적용되므로 CBAM이 GATT 제III조 내국민대우의무에 합치한다고 주장하고 있으나, 앞서 제3절에서 지적하였듯 탄소 배출을 이유로 한 CBAM은 NPR PPMs에 기초하여 동종상품을 상이하게 대우하는 조치에 해당되므로 필연적으로 내국민대우의무 위반이 발생할 수밖에 없는 제도적·법적 구조에 해당된다. 상기 의무 위반을 정당화하기 위해 EU가 GATT 제XX조 환경예외를 주장할 가능성이 남아 있으나, CBAM이 다른 교역국에서의 상황을 불문하고 EU ETS 수준의 탄소가격을 실질적으로 강제하는 효과를 가질 수 있으며, UNFCCC와 파리협정의 CBDR-RC 원칙에도 부합되지 않는다는 점에서 제XX조 두문의 요건을 충족시키기 어려울 것으로 보인다.

그 외에도 (i) 개도국 및 최빈개도국에 대한 특혜대우 가능성,[78] (ii) EU의 기후정책과 동등성 내지는 호환 가능성을 인정하기 위한 '국가 목록'을 EU가 작성할 가능성,[79] (iii) CBAM의 일환으로 수출환급제도가 추가 도입될 가능성,[80] (iv) 대상품목의 원산지국 결정 문제[81] 등에 관해 추가 검토가 필요하다.

마지막으로, CBAM이 기술장벽으로 작용할 가능성에 대한 대비가 필요하다. 우리 수출기업이 적정한 배출량 자료를 제출하지 못하거나 또는 기업이 제출한 배출량 자료가 검증 결과 신뢰할

---

77) (i) *EU and Certain Member States - Palm Oil (Malaysia)*(DS600): 2021년 1월 15일 말레이시아 제소 건. 2021년 4월 15일 패널 설치완료, 패널구성 이전]. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds600_e.htm; (ii) *EU - Palm Oil (Indonesia)*(DS593): 2019년 12월 9일 인도네시아 제소 건. 2020년 7월 29일 패널 설치 및 동 년 11월 12일에 패널 구성 완료. 본안심리 중이며, 2022년 2/4분기 이전에 패널보고서 발급 예정(WT/DS593/11)]. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds593_e.htm.

78) 개도국·최빈개도국에 대한 CBAM 적용면제 조항이 WTO법상 적법하게 추가될 수 있을 것인지의 문제이다. CBAM이 EU ETS 배출권에 상응하는 인증서 매입·제출 의무를 부과하는 형식으로 결정되었으므로, 1979년 권능부여조항(Enabling Clause) 제2항 제(d)호("모든 일반적인 또는 구체적인 개도국 우대조치의 맥락에서, 개발도상국 중 최빈개발도상국에 대한 특별대우")에 따라 '최빈개도국에 대해서만' CBAM의 적용배제 또는 부과수준 경감만 가능할 것으로 보인다. 1979년 권능부여조항 제2항 제(a)호는 일반특혜관세제도(GSP)에 따른 특혜 관세대우, 제(b)호는 WTO하에서 다자적으로 합의된 비관세조치에 관련된 특혜대우, 제(c)호는 개발도상국 사이의 상호 호혜적인 관세 또는 비관세 특혜조치를 규정하고 있으므로, 현재 공개된 CBAM 입법안에는 큰 관련성을 가지기 어렵다.

79) 예를 들어 파리협정상 국가결정기여(NDC)의 수준, 장기 온실가스 저배출 발전전략(LEDS) 제출 여부 및 탄소중립 로드맵 유무 등에 기초하여 EU와 기후정책 '호환성' 국가 리스트를 EU가 준비할 가능성이 일각에서 논의된 바 있다. '만약' EU가 CBAM 적용을 배제 또는 경감하기 위한 목적에서 이러한 국가목록 도입을 검토하더라도, 단순히 NDC나 LEDS의 제출 유무 또는 기후변화 완화 공약 수준만을 정량적으로 검토하는 것이 아니라 그러한 공약내용의 실제 이행 여부 및 감축 실적·경과를 정성적으로 함께 평가할 가능성이 높다고 생각된다. 참고로 파리협정에 따른 제1차 전지구적 이행점검(Global Stocktake)은 2023년에 이루어질 예정이다.

80) 이천기, "탄소세에 대한 수출 국경세조정 가능성 연구 -WTO보조금협정 부속서 I, II의 해석을 중심으로-", 국제경제법연구 제15권 제2호, 2017 참조.

81) 향후 CBAM이 지금보다 하류상품에까지 확대 적용될 경우 대상품목의 원산지국 결정기준과 원산지 검증에 관한 문제가 불거질 수 있다.

수 없는 것으로 판명될 경우, '해당 유형의 상품'을 생산하는 EU 역내 시설 중 에너지 효율이 가장 낮은 하위 10% 시설에서의 배출량을 기준으로 하는, 사실상 징벌적 성격의 기본값을 적용받아 CBAM 인증서를 매입·제출하게 된다. 이로 인해 탄소배출 측정·보고·검증(MRV)에 있어 역량·자원이 부족한 중소규모 기업 입장에서는 CBAM이 EU 시장에의 진입을 방해하는 기술무역장벽으로 작용할 우려가 있다. CBAM이 본격적으로 시행되는 2026년 이전(과도기간)까지 정부 차원에서 CBAM 대상품목을 생산·수출하는 우리 기업에 대한 제도적 적응 및 관련 훈련을 지원할 필요가 있다. 나아가 내재 배출량의 검증이 향후 우리 기업의 EU 수출에 기술장벽으로 작용하지 않도록 정부 차원에서 EU와 내재 배출량 검증 기관 인정(accreditation)에 있어 상호인정협정을 체결하는 작업이 특히 중요할 것이며, 중장기적으로는 우리나라 배출권거래제(KETS)가 EU ETS와의 동등성을 인정받을 수 있도록 하기 위한 구체적인 정책 방안을 모색할 필요가 있다.



분과회의

제4분과위원회 · 한국국제경제법학회 공동

제3발표

[좌장] 김대원 (서울시립대학교)

미국—반덤핑/상계관세에서 가용정보의 사용: WTO(DS539) 패널 판정 평석

[발표] 정찬모 (인하대학교)
[토론] 박언경 (경희대학교)

大韓國際法學會

미국—반덤핑/상계관세에서 가용정보의 사용: WTO(DS539) 패널 판정 평석

정 찬 모*

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 제소의 대상 및 당사국의 주장
Ⅲ. 패널의 판정
1. 공통적 문제
2. 구체적 적용에 관한(“as applied”) 청구에 대하여
3. 규범 그 자체에 관한(“as such”) 청구에 대하여
Ⅳ. 분석
1. 덤핑조사의 특성과 이해관계의 구조
2. FA 적용의 요건과 방법
3. 한국의 소송수행에 대한 평가
4. 제안: AFA 극복을 위한 글로벌 FA 데이터베이스 구축
Ⅴ. 결론

I. 서론

미상무부는 2015년 무역특혜연장법(TPEA)으로 요건이 완화된 불리한 가용정보 규정을 트럼프 집권이후 적극 활용하여 수출기업에 고율의 반덤핑/상계관세를 부과하고 있다.[1] 미국이 고율의 관세를 산출하는 기법중 하나는 피조사기업의 조사 비협조를 이유로 한 ‘가용정보’(Facts Available, FA)의 활용이다. 미국은 WTO반덤핑/상계관세협정 이전에는 ‘최선의 가용정보’(Best

* 인하대학교 법학전문대학원 교수

1) 선행 연구로는 배연재, “미국의 반덤핑 및 상계관세 판정에서의 ‘불리한 이용가능한 사실’의 적용에 관한 연구: 2015년 개정법을 중심으로”, 국제경제법연구, 제14권 제3호, 2016; 장승화, “반덤핑/상계관세법상 ‘불리한 가용 정보 적용’의 WTO 합치성 : 미국 2015년 무역특혜확장법(TPEA) 적용을 중심으로”, 국제경제법연구. 제15권 제3호, 2017; 조영진, “WTO 반덤핑협정 상 ‘불리한 이용가능한 사실’에 대한 연구”, 국제경제법연구, 제16권 제2호, 2018; 안덕근, “이용가능한 자료 활용을 위한 제도적 과제”, 국제통상연구, 제23권 제4호, 2018.

Information Available)라는 용어를 사용하였고 그 흔적이 WTO반덤핑협정 부속서II의 제목에 남아있다. 하지만 현재 미국에서는 '불리한 가용사실'(Adverse Facts Available, AFA) 또는 '가용사실'(FA)이라는 표현을 주로 사용하고 WTO협정도 'FA'를 주로 사용하고 있다. 우리말 번역에 있어 "facts"는 '사실', '정보', '자료'로 다양하게 번역되는데, 각각 일장일단이 있어 보인다. "available" 또한 학계에서는 "이용 가능한", "가용", 외교부는 "입수 가능한"으로 번역하나 실질상 차이는 없어 보인다. 이 논문은 WTO협정과 관련하여 이를 언급하는 경우 영어로는 'FA'를 사용하되 국문번역은 '가용정보'를 사용하며, 불리한 추론을 함축하는 미국의 제도를 언급하는 경우에는 'AFA'를 사용하고자 한다.

미국의 가용정보 활용이 WTO반덤핑/상계관세협정에 반하는 방식으로 남용되고 있다고 판단한 몇몇 국가가 이에 미국을 WTO에 제소하였으며[2] 그 중 한국이 제소한 사건에 대한 WTO 패널보고서가 2021. 1. 21. 회람되었다.[3] 이후 미국이 불복하여 상소기구에 항소하였지만[4] 이를 심리할 상소위원이 없는 현재 상황에서는 상소기구의 판정을 기대하기는 당분간 어려운바 미채택 패널보고서의 상태가 유지될 것이다. WTO법상 미채택 패널보고서는 어떤 공식적인 효력도 갖지 않는다. 하지만 미채택 패널보고서에 피력된 법리는 상소기구에 의해 번복된 패널보고서의 법리와는 달리 후속 패널에 어느 정도 유용한 가이드를 제공할 수 있으며[5] 이로써 법형성에 기여하므로 고찰의 의의가 있다고 할 것이다.

II. 제소의 대상 및 당사국의 주장

한국은 패널설치 요청서[6]에서 다음과 같은 세 가지 측면에서 한국으로부터의 수입에 대한 미국의 반덤핑 및 상계관세 부과와 관련한 조치가 WTO협정에 반한다고 주장하였다.

첫째, 한국으로부터 수입되는 다음 제품과 관련된 일련의 반덤핑 및 상계관세 사건에서 미국상무부가 내린 예비판정과 최종판정 조사와 이에 따라 부과한 추가관세라는 개별적·구체적 적용의("as applied") 적법성을 다투었다.

- 2016년 내식강(Corrosion-Resistant Steel, CORE) 반덤핑 관세부과
- 2016년 냉연강판(Cold-Rolled Steel Flat Products, CRS) 반덤핑/상계관세부과
- 2016년 열연강판(Hot-Rolled Steel Flat Products, HRS) 반덤핑/상계관세부과
- 2012년 대형변압기(Large Power Transformers, LPT) 반덤핑 관세부과와 2017, 2018년 일련의 재심 결정

둘째, 미국상무부의 반덤핑 및 상계관세 절차에서 가용정보와 불리한 추론(adverse

2) DS535(캐나다)는 패널구성이 요청되지 않아 사실상 절차가 중지된 상태이며, DS536(베트남)은 당사자에게는 패널보고서가 통지되었으나 분쟁당사국 요청에 의해 회람이 연기되는 상황이다.

3) *United States — Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products and the Use of Facts Available*, WT/DS539/R, circulated 21 January 2021. 이하 'FA Panel Report'로 약칭함.

4) Notification of an appeal, WT/DS539/9, 22 March 2021. 한국도 패널의 일부 법해석에 대한 항소권을 유보하였다. WT/DS539/10, 29 March 2021.

5) *Japan – Alcoholic Beverages II* (DS8, 10, 11), WTO Panel Report, para. 6.10; Appellate Body(AB) Report, DSR 1996:I, at 108.

6) WT/DS539/6, Request for the establishment of a panel by the Republic of Korea, 17 April 2018.

inferences)의 이용과 관련된 다음과 같은 미국 국내법 규정의 그 자체로서의 적법성(“as such”)을 다투었다.

· 2015년 무역특혜연장법(Trade Preferences Extension Act) 제502조
· 1930년 관세법 제776조
· 미국상무부의 시행령(제19관 제351부, 특히 308조)
· 기타 관련조치

셋째, 미국이 AFA의 적용과 관련하여 보이는 계속적 행위, 규칙, 규범 등“불문조치”(alleged unwritten measure)의 그 자체로서의(“as such”) 적법성 여부를 다투었다. 패널설치 요청서의 관련 부분은 다음과 같다.

C. 계속적 행위 또는 일반적으로 장래에 적용되는 규칙이나 규범으로서 “불리한 가용정보”의 사용

이 요청은 또한 생산자나 수출자가 자신의 능력을 다하여 협력하지 않은 경우에 미국상무부가 “불리한 가용정보”를 일반적으로 장래에 적용되는 규칙이나 규범으로 사용하는 계속적 행위 또는 관행과 관련된다. 이 계속적 행위 또는 규범 하에서 미국상무부는 생산자나 수출자가 능력을 다하여 협력하지 않는다고 판단하는 경우에 그 생산자나 수출자의 관세율을 결정함에 있어 (i) 그 추론이 협력의 정도에 비추어 합리적인지, (ii) 그 사실이 그 상황에서 “최선의 가용정보”인지를 확인하지 않고 생산자나 수출자에 불리한 기록으로부터 사실을 선택한다.[1]

1 불리한 가용정보의 사용은 미국상무부에 의해 지속적으로 적용되었으며 다음에 따라서 수행되었다: (i) Section 502 of the Trade Preferences Extension Act of 2015, Pub. L. No. 114-27; (ii) Section 776 of the Tariff Act of 1930, codified at 19 U.S.C. § 1677e; (iii) 미국상무부 시행령 19 C.F.R. § 351, 특히 section 308.

이는 또한 이 요청서 I.A에서 적시한 조치에서 가용정보가 사용되는 방식에 의해서 입증된다. 생산자나 수출자가 능력을 다해 행동하지 않을 경우에 AFA를 적용하는 계속적 행위 또는 규칙이나 규범의 존재를 확인하는 예비적이고 비망라적인 조치목록이 부록I에 첨부되어 그 관행을 예시한다.[7]

한국은 패널에 다음과 같은 판정을 요청하였다.

가. 위 구체적 적용상(“as applied”) 청구가 지적한 각 반덤핑/상계관세 조치와 관련하여 미국의 행위는 가용정보 원용의 근거부재, 부당한 적용, 사실선택에 있어서 불리한 추론으로 반

7) 한국의 패널설치 요청서 Part I. C. (원문) Use of Adverse Facts Available As Ongoing Conduct, or a Rule or Norm of General and Prospective Application
This request also concerns the ongoing conduct or the practice of the USDOC of using "adverse facts available" as a rule or norm of general and prospective application when a producer or exporter is found to have failed to cooperate by not acting to the best of its ability. Under this ongoing conduct or norm, whenever the USDOC makes a finding that a producer or exporter has failed to cooperate by not acting to the best of its ability, it adopts adverse inferences and, in determining the duty rate for this producer or exporter, selects facts from the record that are adverse to the interests of this producer or exporter without establishing (i) that such inferences can reasonably be drawn in light of the degree of cooperation received, and (ii) that such facts are the "best information available" in the particular circumstances.[1]
1 The use of adverse facts available has been consistently applied by the USDOC and is undertaken pursuant to: (i) [이하 생략].
It is also evidenced, for example, by the manner in which facts available was used in the measures identified in Section I.A of this Request. A preliminary and non-exhaustive list of measures confirming the existence of this ongoing conduct or rule or norm of applying adverse facts available whenever a finding is made that a producer or exporter has failed to act to the best of its ability is attached as Annex I to illustrate the practice.

덤핑협정 제6.8조와 부속서II, 특히 부속서II의 1, 3, 5, 6, 7항, 그리고 상계관세협정 제12.7조를 위반하였다.

나. 또한, 반덤핑/상계관세 판정에서 AFA의 부당한 사용으로 인해 결과적으로 반덤핑협정 제1조, 9.3조, 18.1조의 위반, 상계관세협정 제10조, 19.4조, 32.1조의 위반이 성립한다.

다. 나아가, 대형변합기에 부과된 반덤핑관세의 4차 행정재심에서 미국상무부가 적용한 "기타 사업자 요율"(all others rate)은 반덤핑협정 제6.8조에 따라 가용정보를 기초로 산정한 마진을 배제하지 않았으므로 반덤핑협정 제9.4조 위반이다.

라. 제도 그 자체("as such") 청구와 관련하여 미국의 AFA 규칙이나 규범, 계속적 행위는 정확한 판정을 위해 요구되는 합리적 평가란 비교과정을 수행하지 않고 단지 불리한 추론에 기초하여 가용정보를 선택하였으므로 반덤핑협정 제6.8조와 부속서II 특히 제1, 3, 5, 6, 7항과 상계관세협정 제12.7조 위반이다.[8)]

미국은 패널이 한국의 청구 전체를 기각할 것을 요청하였다.

III. 패널의 판정

1. 공통적 문제

한국은 Mexico – Anti-Dumping Measures on Rice 사건의 상소기구와 패널 판정을[9)] 원용하며 반덤핑과 상계관세 협정의 대체사실 선택의 기본 원칙은 '최선의 가용정보'를 사용하기 위하여 비교평가(comparative evaluation)를 요구한다고 주장했다. 미국은 반덤핑협정 제6.8조나 부속서II 어디에도 '비교평가'에 대한 언급이 없다고 반박했다. 미국은 US – Carbon Steel (India) 사건의 상소기구 판정을[10)] 원용하며 조사기관이 모든 상황에서 비교평가를 수행해야 하는 것은 아니며, '최선의 가용정보'는 조사기관의 판정을 평가하는 독립적인 법적 의무나 기준이 아니라고 주장했다.

먼저 반덤핑협정 제6.8조는 다음과 같이 규정한다.

이해당사자가 합리적인 기간 내에 필요한 정보에의 접근을 거부하거나 달리 동 정보를 제공하지 아니하는 경우 또는 조사를 중대하게 방해하는 경우, 입수 가능한 사실에 기초하여 긍정적 또는 부정적인 예비 및 최종판정이 내려질 수 있다. 이 항의 적용에 있어서 부속서II의 규정이 준수된다.[11)]

---

8) 한국 1차서면 paras. 455, 657, 1040 2차서면 para. 434 (FA Panel Report, para. 3.1에서 재인용).

9) *Mexico – Anti-Dumping Measures on Rice*, AB Report, WT/DS295/AB/R, adopted 20 December 2005, para. 289, referring to Panel Report para. 7.166.

10) *US – Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India* (이하 US-Carbon Steel (India)로 약칭), AB Report, WT/DS436/AB/R, adopted 19 December 2014, paras. 4.434-4.435.

11) (원문) In cases in which any interested party refuses access to, or otherwise does not provide, necessary information within a reasonable period or significantly impedes the investigation, preliminary and final determinations, affirmative or negative, may be made on the basis of the facts available. The provisions of Annex II shall be observed in the application of this paragraph.

패널은 동조 제1문이 이해당사자 답변에서 미흡한 부분이 있을 경우에 조사기관이 대면하는 딜레마를 해결하며 조사기관이 조사의 주도권을 이해당사자에게 전적으로 이양하지 않도록 하는 기능을 함을 확인했다.[12] 동시에 1문은 조사기관이 가용 사실을 사용할 수 있는 경우를 이해당사자가 ① 합리적인 기간 내에 필요한 정보에의 접근을 거부하거나 달리 동 정보를 제공하지 아니하는 경우 또는 ② 조사를 중대하게 방해하는 경우로 제한한다.[13] 나아가 패널은 제2문은 조사기관이 부속서II를 가용정보 사용에 있어 준수할 것을 의무화하고 있으므로 부속서의 요건을 충족하지 못하면 바로 제6.8조 위반이 됨을 확인했다.[14] 이와 같이 반덤핑협정 제6.8조와 부속서II는 서로 결합하여 조사기관이 조사를 주관해서 완료할 이익과 이해당사자의 참여권 및 공정절차간의 정교한 균형을 반영하는 것으로 이해되었다.[15] 패널은 또한 조사기관이 아무 정보나 대체하는 것이 아니라 '필요한' 정보임에도 없는 경우에 '합리적'인 대체정보를 선택해야 하는 의무가 있으며 비협조 당사자를 벌주는 목적으로 사용해서는 안 된다고 설시했다.[16]

부속서II의 일부를 아래에 인용한다.

제6.8조에 따른 이용 가능한 최선의 정보

1. 조사 개시 후 가능한 한 조속히 조사당국은 모든 이해당사자로부터 요청되는 정보와 이해당사자가 회신 시 이러한 정보를 구성하는 방법을 상세히 명시하여야 한다. 또한 당국은 합리적인 기간 내에 정보가 제공되지 못할 경우 국내 산업의 조사개시 신청서에 들어있는 내용들을 포함, 이용 가능한 사실을 근거로 당국이 자유로이 판정을 내릴 수 있다는 사실을 당사자가 알도록 보장하여야 한다.
3. 검증가능하며 부당한 어려움이 없이 조사에 이용될 수 있도록 적절하고 적시에 제공되었으며, 당국이 경우에 따라 요청하는 특정매체 또는 컴퓨터 언어로 제출된 모든 정보는 판정이 내려질 때 고려되어야 한다.
5. 이해당사자가 능력껏 최선을 다하였다면 비록 제공되는 정보가 모든 면에서 이상적이지 아니하더라도 이것은 당국이 이를 무시하는 것을 정당화하여서는 아니 된다.
6. 증거 또는 정보가 받아들여지지 않는 경우, 정보를 제공한 당사자는 즉시 그 이유를 통보받아야 하며 합리적인 기간 내에 추가설명의 기회가 주어져야 한다. 이 경우 조사시한이 적절히 고려된다. 당국이 이러한 설명을 만족스럽지 못한 것으로 간주하는 경우 이러한 증거 또는 정보를 받아들이지 못하는 이유를 모든 공표된 판정에서 밝혀야 한다.
7. 당국이 조사개시신청서에 제공된 정보를 포함하여 2차적인 출처로부터의 정보를 기초로 정상가격에 관한 조사결과를 포함한 판정을 내려야하는 경우, 당국은 특별히 신중을 기하여야 한다. 이러한 경우, 당국은 가능하다면 공표된 가격표, 공식수입통계 및 세관보고서 등

12) FA Panel Report, para. 7.24. AB Report, *United States-Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan* (이하 *US - Hot-Rolled Steel*), WTO Doc. WT/DS184/AB/R (adopted Aug. 31, 2001), paras. 73 and 86.
13) FA Panel Report, para. 7.25.
14) FA Panel Report, para. 7.26.
15) FA Panel Report, para. 7.27. AB Report, *US - Hot-Rolled Steel*, para. 102; *US - Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews*, para. 241.
16) FA Panel Report, para. 7.28. AB Report, *US - Carbon Steel (India)*, para. 4.416. *Mexico - Anti-Dumping Measures on Rice*, para. 294.

> 과 같이 다른 독립된 출처로부터 취득한 정보 및 조사과정에서 다른 이해당사자로부터 얻은 정보로 점검하여야 한다. 그러나 이해당사자가 협조를 하지 않고 이로 인해 관련 정보가 당국에 입수되지 아니하는 경우 이 상황이 그 당사자가 협조하였을 때보다 그 당사자에게 더 불리한 결과를 초래할 수 있는 것은 명백하다.[17]

부속서II의 제목은 "이용 가능한 최선의 정보"라는 표현을 사용하고 있는데 패널은 제목 자체가 법적 구속력은 없다고 하더라도 제6.8조와 부속서II의 목적이 조사기관이 필요한 정보에 있어 증거의 공백을 보충하기 위한 최선의 이용 가능한 정보를 선택하도록 하는데 있음을 강조하는 것으로 파악했다.[18] 부속서II의 제3항 내지 7항은 이용 가능한 사실의 선택이 비협조 당사자를 벌주기 위한 것이 아니라 합리적 대체 사실을 발견하기 위한 것이라는 이해에 방증(contextual support)을 제공한다.[19] 즉, 제3항 1문이 모든 적시에 제출된 정보를 고려하도록 한 것, 제5항이 능력껏 제출한 정보는 이상적이지 않더라도 무시하지 않도록 한 것, 제7항이 2차 자료의 경우 특별한 주의를 기울이도록 한 것, 그리고 반덤핑협정 제17.6조(i) 또한 조사당국의 사실 확정이 정당하고 그 평가가 공정하고 객관적일 것을 요구하는 바 제6.8조가 피조사기업에게 가장 유리한 정보를 선택할 것을 요구하지는 않지만 그렇다고 벌주려고 해서도 안 된다는 이해를 지지한다고 보았다.[20]

---

17) (원문) BEST INFORMATION AVAILABLE IN TERMS OF PARAGRAPH 8 OF ARTICLE 6

1. As soon as possible after the initiation of the investigation, the investigating authorities should specify in detail the information required from any interested party, and the manner in which that information should be structured by the interested party in its response. The authorities should also ensure that the party is aware that if information is not supplied within a reasonable time, the authorities will be free to make determinations on the basis of the facts available, including those contained in the application for the initiation of the investigation by the domestic industry.
3. All information which is verifiable, which is appropriately submitted so that it can be used in the investigation without undue difficulties, which is supplied in a timely fashion, and, where applicable, which is supplied in a medium or computer language requested by the authorities, should be taken into account when determinations are made. (……)
5. Even though the information provided may not be ideal in all respects, this should not justify the authorities from disregarding it, provided the interested party has acted to the best of its ability.
6. If evidence or information is not accepted, the supplying party should be informed forthwith of the reasons therefor, and should have an opportunity to provide further explanations within a reasonable period, due account being taken of the time-limits of the investigation. If the explanations are considered by the authorities as not being satisfactory, the reasons for the rejection of such evidence or information should be given in any published determinations.
7. If the authorities have to base their findings, including those with respect to normal value, on information from a secondary source, including the information supplied in the application for the initiation of the investigation, they should do so with special circumspection. In such cases, the authorities should, where practicable, check the information from other independent sources at their disposal, such as published price lists, official import statistics and customs returns, and from the information obtained from other interested parties during the investigation. It is clear, however, that if an interested party does not cooperate and thus relevant information is being withheld from the authorities, this situation could lead to a result which is less favourable to the party than if the party did cooperate.

18) FA Panel Report, para. 7.30.

19) FA Panel Report, para. 7.31.

반덤핑협정 제6.8조에 대응하는 상계관세협정 제12.7조에는 이와 같은 부속서가 없지만 전자에 제시된 원리가 후자에도 적용되는 것으로 인정되었다.[21]

한국은 최선의 가용정보를 선택하기 위해서는 대안 정보들에 대한 비교평가를 해야 한다고 주장하였지만 패널은 비교평가를 모든 상황에 수행한다는 것이 경우에 따라 어려울 수 있다는 점을 인정하고 가용정보 평가의 한도와 형식은 증거의 양과 성질, 결정의 종류에 따라 달라질 수 있다고 설시했다.[22]

2. 구체적 적용에 관한("as applied") 청구에 대하여

가. 내식강(CORE) 및 냉연강판(CRS) 반덤핑조사 관련

패널의 주요한 판단을 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 미상무부가 피조사기업인 현대제철에게 조사를 개시할 때 필요한 정보와 그 정보의 구성방식에 대한 상세한 설명을 하지 않았으므로 반덤핑협정 부속서II 제1항을 위반하였고, 적절히 제출된 정보를 고려하지 않아 부속서II 제3항을 위반하였다. 부속서II 제1항과 제3항은 반덤핑협정 제6.8조에 따라 가용정보를 원용하기 위한 전제조건이므로 제6.8조 위반 또한 성립한다.[23]

둘째, 위와 같이 판단한 이상, 패널은 부속서II의 다른 항(제5, 6항) 위반에 관한 한국의 주장이나 상무부의 대체사실 선택에 관한 한국의 주장, 그리고 반덤핑협정 제1조, 9.3조, 18.1조 위반여부에 대한 판단은 이 분쟁의 해결에 필요치 않은 것으로 판단하고 생략한다.[24]

나. 상품통제번호(CONNUMs) 보고 오류와 관련하여

패널은 미상무부가 문제의 오류가 판정을 위해 '필요한' 정보와 어떻게 관련되는지에 대한 설명 없이 오류 정정을 위해 필요한 것보다 넓은 범위의 판매에 대한 비용 산정에 가용정보를 사용함으로 반덤핑협정 제6.8조를 위반한 것으로 판단하였다.[25] 다만 특정 상품의 판매와 관련해서는 필요한 정보를 제공했다는 한국의 입증이 불충분하고 미국이 미흡한 제출에 대해 수출자에게 충분한 설명을 한 것으로 인정하였다.[26] 하지만 이 경우에도 미상무부가 그 다음 단계인 대체사실의 선택과 관련하여 가용한 모든 사실을 고려하여 합리적인 대체사실을 선택했다는 입증을 하지 못함으로써 반덤핑협정 제6.8조를 위반한 것으로 판시되었다.[27]

다. 열연강판(HRS) 반덤핑조사와 관련하여

현대자동차그룹에 속하여 현대제철과 계열사관계에 있는 회사들과의 거래관계가 독립당사자 거래(arm's length transaction)처럼 정상적으로 이루어졌는지 여부를 확인하기 위한 정보의 제출

20) FA Panel Report, paras. 7.32-7.36.
21) FA Panel Report, paras. 7.37-7.41. AB Report, *Mexico - Anti-Dumping Measures on Rice*, paras. 291-294; US - Carbon Steel (India), paras. 4.422-4.423 인용.
22) FA Panel Report, paras. 7.46-7.48. AB Report, *US - Carbon Steel (India)*, para. 4.434 인용.
23) FA Panel Report, paras. 7.83, 7.140
24) FA Panel Report, paras. 7.83, 7.84, 7.87, 7.141.
25) Spec D, E, H 판매와 관련하여, FA Panel Report, paras. 7.170-7.171.
26) Spec C 판매와 관련하여, FA Panel Report, paras. 7.173-7.181.
27) FA Panel Report, paras. 7.184-7.186.

이 문제되었다. 미상무부는 계열사의 제3자와의 거래 자료까지 내놓을 것을 요구했지만 현대제철은 계열사에게 이를 강제할 수 없다며 제출하지 않았다. 미상무부는 조사 막바지 검증단계에서야 그 미제출을 문제 삼으며 AFA를 원용하였다.[28] 패널은 필요한 정보라면 조사개시 초기에 이를 구체적으로 적시해야 한다고 판시했다.[29]

라. 냉연강판(CRS) 상계관세조사와 관련하여

미상무부는 POSCO가 계열사의 원자재 납품관련 자료를 늦게 제출하였으며 POSCO 연구개발센터가 경제자유구역에 위치하여 보조금 혜택을 받았는지 여부, POSCO/DWI가 한국광물자원공사 및 한국석유공사로부터 받은 장기융자에 대한 적절한 해명의 부재를 문제 삼아 불리한 가용사실을 원용하였다.

먼저 상계관세협정 제12.7조는 다음과 같이 규정한다.

> 이해당사회원 또는 이해당사자가 합리적인 기간 내에 필요한 정보에의 접근을 거부하거나 달리 동 정보를 제공하지 아니하는 경우 또는 조사를 중대하게 방해하는 경우, 입수 가능한 사실에 기초하여 긍정적 또는 부정적인 예비 및 최종판정이 내려질 수 있다.[30]

패널은 조사당국이 필요한 정보를 피조사기관이 직접 답하지는 않았지만 다른 답변으로부터 추론할 수 있다는 것은 조사기관이 가용정보를 이용하는 것을 막지 못함을 인정했다.[31] 하지만 상계관세조사에서는 수출기업뿐만 아니라 수출국도 관련 답변을 하는데 이 사건 자유무역지대에 위치하는 POSCO연구개발센터와 관련하여 POSCO의 답변은 일관성이 없었다고 하더라도 한국정부의 답변은 일관성이 있었는데도 이를 무시한 것은 상계관세협정 제12.7조 위반으로 판단되었다. DWI가 받은 장기융자 중 답변서에 누락된 것은 수출상품과 무관한 해외자원개발과 관련된 것이라는 정보가 추후에 제출되었음에도 불구하고 이를 무시하고 가용 정보를 원용한 것 또한 상계관세협정 제12.7조 위반으로 판단되었다.[32] 또한 계열사가 납품한 원자재가 이 사건 조사대상 상품의 생산에 주로 투입된다는 가설이 증거로 입증되지 않는데도 계열사가 받은 보조금을 POSCO로 귀속시킨 것도 제12.7조 위반으로 판시되었다.[33]

마. 열연강판(HRS) 상계관세 조사와 관련하여

POSCO가 원자재 납품 계열사 정보, 인천자유무역지대에 위치한 POSCO 연구개발센터 정보, DWI가 받은 장기융자 정보를 늦게 제출한 것에 대하여 미상무부가 자신이 일방적으로 정한 기일이 경과했다는 이유로 그 기한은 도과하였지만 검토가 가능한 합리적 기간 내에 제출되었을 수 있는데도 불구하고 이에 대한 검토 없이 제출된 정보를 무시한 것은 반덤핑협정 제12.7조 위반

28) FA Panel Report, paras. 7.192-7.197.
29) FA Panel Report, para. 7.226.
30) (원문) In cases in which any interested Member or interested party refuses access to, or otherwise does not provide, necessary information within a reasonable period or significantly impedes the investigation, preliminary and final determinations, affirmative or negative, may be made on the basis of the facts available.
31) FA Panel Report, para. 7.278.
32) FA Panel Report, paras. 7.300-7.301.
33) FA Panel Report, paras. 7.312-7.313.

으로 판단되었다.[34]

바. 대형변압기(LPT) 반덤핑판정과 관련하여

일련의 재심과정에서 미상무부와 피조사기업인 현대중공업 사이에 "서비스관련 수익"의 정의와 관련하여 이견이 표출되었다. 현대중공업이 자신의 입장을 해명하기 위하여 제출한 정보에 대하여 미상무부는 상당기간 묵히고 있다가 최종단계에서 부실한 정보라며 기각하였다. 패널은 이런 행태는 반덤핑협정 부속서II 제6항1문상 조사기관이 제출된 정보를 수용하지 않는 경우에는 즉시 거절의 이유를 통지하고 합리적인 기간 동안 피조사기업에 추가 해명의 기회를 제공해야 하는 의무의 위반에 해당한다고 판시하였다.[35] 그 밖에도 미상무부가 변압기 부품과 관련하여 사업자가 제출한 정보의 사소한 오류를 트집 잡아 전체 정보를 신뢰할 수 없는 것으로 취급한 것은 제6.8조 위반으로,[36] 또한 변압기 액세서리의 개념상 혼동을 바로잡는 가이드라인을 제시하지 않은 채 피조사기업이 적절한 정보를 제출하지 않았다고 가용정보를 원용한 것은 조사개시 시 필요정보를 구체적으로 적시하도록 한 반덤핑협정 부속서II 제1항과 결과적으로 동 협정 제6.8조 위반으로 판시되었다.[37]

미상무부는 보충질의서를 통해 현대중공업에 모든 대상 상품의 미국 판매와 비용에 관한 모든 서류를 제출할 것을 요청하였고 이에 현대중공업은 3,300쪽에 달하는 문건을 제출하였다. 미상무부는 제출 서류에 대해 크게 문제 삼지 않다가 최종 판정단계에서 일부 모순되는 부분이 있음을 이유로 전체를 신뢰할 수 없는 정보로 취급하고 가용정보를 사용하였다. 패널은 이는 제출된 정보를 거절하는 경우 합리적인 기간 내에 피조사기업에 추가 해명기회를 제공해야 하는 반덤핑협정 부속서II 제6항의 의무를 위반한 것이라고 판단했다.[38] 미상무부는 현대중공업의 국내 판매가격정보도 부실한 정보라는 이유로 배척하였는데, 패널은 수출정보에서와 마찬가지로 추가 해명기회를 제공해야할 의무 위반으로 판단했다.[39]

마지막으로 제4차 재심기간에 미상무부는 현대중공업에 미국내 판매 대리상(sales agent)의 명부를 제출하고 관계를 설명할 것을 요청하였다. 현대중공업은 이를 제출하며 모두 비관계사라고 설명하였다. 그러나 미상무부는 어떤 대리상이 현대중공업의 이메일 주소와 직함을 사용함을 들어 그 대리상이 사실은 독립 판매자가 아니라 현대중공업의 관계자임이 분명하다고 지적하며 현대중공업이 정확하고 완전한 정보를 제출하기 위한 최선의 협조를 하지 않았다고 판단하고 가용정보를 원용하였다. 그런데 그 과정에서 현대중공업에 추가 해명기회를 주지 않았으므로 패널에 의해 반덤핑협정 부속서II 제6항 위반으로 판시되었다.[40]

사. 효성과 관련하여

서비스 관련 수익의 보고, 두 기간에 중복되는 계산서, 할인과 가격조정에 대한 정보가 문제되었다. 미상무부가 효성이 제출한 정보의 신뢰성에 문제를 제기하며 수용을 거절하면서 효성에 즉

34) FA Panel Report, paras. 7.353-7.357, 7.363, 7.369. *US-Hot-Rolled Steel*, para. 89 인용.
35) FA Panel Report, paras. 7.402-7.408, 7.428-7.431.
36) FA Panel Report, paras. 7.446-7.448.
37) FA Panel Report, paras. 7.460-7.462, 7.494-7.496.
38) FA Panel Report, paras. 7.467-7.472.
39) FA Panel Report, paras. 7.504-7.512.
40) FA Panel Report, paras. 7.525-7.526.

시 해명할 기회를 주지 않았기에 패널은 반덤핑협정 부속서II 제6항 위반으로 판시하였다.

아. 기타 수출자에 대한 덤핑마진율 산정에 대하여

반덤핑협정 제9.4조는 다음과 같이 규정한다.

당국이 제6.10조 2문에 따라 검사를 제한하는 경우 검사에 포함되지 아니한 수출자 또는 생산자로부터의 수입품에 적용되는 반덤핑관세는 다음을 초과하지 아니한다.

(1) 선정된 수출자 또는 생산자에 대하여 설정된 덤핑마진의 가중평균 또는, (2) ……,

단, 이 항의 목적상 당국은 영의 마진 및 최소허용 마진과 제6.8조에 언급되어 있는 상황에서 정해진 덤핑마진은 무시한다.[41] ……

그런데 미상무부는 제4차 재심에 포함된 5개 기업 중에서 현대중공업과 효성만 개별적으로 덤핑마진을 산정하고 일진, 일진전기, LSIS에 대해서는 기타 요율(all-others rate)로 현대중공업과 효성의 평균인 60.81%를 적용하였다. 일진과 한국정부의 반발에도[42] 미상무부는 가용정보를 사용한 둘을 제외하면 참조할 요율이 하나도 없어지는 이 상황에는 위 반덤핑협정 제9.4조가 적용되지 않는 것으로 해석되어야 한다고 주장했다. 하지만 패널은 미국의 해석을 조문상 근거가 없는 것으로 배척했다.[43]

3. 규범 그 자체에 관한(“as such”) 청구에 대하여

가. 선결적 판정

한국은 처음에는 미국의 TPEA 제정 등 성문조치(written measure)가 그 자체로 WTO반덤핑협정 위반이라고 주장하였으나 이 주장을 끝까지 관철하는 것을 중도에 포기하고 불문조치(unwritten measure)에 대한 청구에 집중하였다.

미국은 불문조치에 관한 한국의 “as such”청구가 분쟁해결양해 제6.2조가[44] 요구하는 문제의 구체적 조치를 특정하지 못하였기 때문에 패널의 위임범위(terms of reference)에서 벗어나는 것으로 선언해달라는 선결적 판정(preliminary ruling)을 요청하였다. 패널은 2019.7.2. 미상무

41) (원문) When the authorities have limited their examination in accordance with the second sentence of paragraph 10 of Article 6, any anti-dumping duty applied to imports from exporters or producers not included in the examination shall not exceed:
(i) the weighted average margin of dumping established with respect to the selected exporters or producers or, (ii) ……
provided that the authorities shall disregard for the purpose of this paragraph any zero and de minimis margins and margins established under the circumstances referred to in paragraph 8 of Article 6.

42) 한국은 이전 재심에서 이들 기타 사업자에 대해 결정된 덤핑마진을 사용하는 대안을 제시했다.

43) FA Panel Report, paras. 7.577-7.581.

44) 제6.2조. “(……) 이러한 요청은 협의가 개최되었는지 여부를 명시하고, 문제가 된 특정조치를 명시하며, 문제를 분명하게 제시하는데 충분한 제소의 법적근거에 대한 간략한 요약문을 제시한다.”

부의 불문조치에 관한 한국의 “as such” 청구가 위임범위에서 벗어나지 않는다고 판정했다.

분쟁해결양해 제6.2조는 ① 조치를 특정할 것과 ② 제소의 법적 근거를 간략 제시할 것을 요구한다. 한국의 이 사건 패널설치 요청서의 내용은 본고 앞 제II장에서 요약한 바 있다. 한국이 주장하는 문제의 불문조치가 무엇인지 모호하다는 미국의 주장과 달리 한국의 패널설치 요청서 제I부는 불문조치에 대한 단일한 설명을 포함하며, 제II부 ‘법적 근거’에서 약간 다른 두 가지 측면의 설명을 하고 있다. 이 사건 패널은 패널의 관할에 관한 미국 주장의 타당성은 한국의 패널설치 요청서 제I부를 보고 판단해야 하는데 미국도 동 요청서 I.C에 포함된 불문조치의 설명에 대해 구체성이 부족하다는 등 어떤 이견도 제시하지 않았는바 한국의 패널요청서가 “as such” 청구의 대상인 불문조치를 적절히 특정하였다고 판단했다.[45]

나. “as such” 청구의 대상인 불문조치의 존재에 대한 심사기준

한국은 미상무부의 “불리한 가용정보”(AFA) 사용이란 불문조치는 일반적으로 장래에 대해 적용되는 규칙, 규범 또는 계속적 행위로서 미국의 국내법, 미상무부의 반덤핑 매뉴얼, 국내 법원의 판결, 미상무부의 판정에서 그 존재를 확인할 수 있으며 이는 반덤핑협정 제6.8조와 부속서II 그리고 상계관세협정 제12.7조를 위반한다고 주장하였다. 미국은 한국이 그러한 불문 조치의 존재를 입증하지 못했다고 반박하였다.[46]

“as such” 제소가 불문 조치에 대해서 제기될 수 있지만 그런 경우에는 이 사건에서처럼 그런 조치의 존재 자체가 불분명하여 논란의 대상이 될 수 있다. “as such”제소는 회원국의 미래 행동을 사전에 제약하기 때문에 이미 취해진 조치를 대상으로 하는 것보다 광범위한 파급력을 갖는다.[47]

패널은 불문의 규칙이나 규범이 존재하는 것으로 쉽게 추정되어서는 안 되며 특별한 엄격성이 요구되고 특히 그런 불문 규칙이나 규범이 그 자체로 제소의 대상이 되기 위해서는 그 존재를 증명하는 구체적 증좌의 심사에 주의를 다하여야 한다는 상소기구의 설시를 상기하였다.[48]

다. 문제의 조치

한국은 제소의 대상인 불문 조치는 여러 가지 요소가 결합되어 있다고 설명했다. 첫째, 이는 미상무부가 피심 생산자나 수출자가 최선의 능력을 다해 협조하지 않는다고 판단하는 경우 언제나 적용된다. 둘째, 비협조 판단의 정당성도 문제지만 그로인해 촉발되는 미상무부의 불리한 추론 채택이 더 문제이다. 셋째, 관련 수출자에게 불리한 사실에 기초하여 관세액이 정해진다. 불리한 추론이 협력의 정도에 비례하지도, 불리한 사실이 최선의 가용정보도 아니다.

패널은 한국이 첫 번째 요소 즉, 비협조의 발견과 두 번째, 세 번째 요소인 불리한 추론, 불리한 가용 사실의 적용 간에 자동적 링크가 존재하는 것이 이 사건 불문 조치라고 언급한 점을 강조했다.[49] 패널은 한국이 처음에는 미상무부가 비협조를 발견하는 경우 그 이상의 아무런 평가 없이 불리한 추론과 가용정보를 적용한다고 했다가 추후에는 미상무부가 합리적인 대안 사실에

45) FA Panel Report, paras. 7.600-7.603.
46) FA Panel Report, paras. 7.605-7.606.
47) FA Panel Report, para. 7.608. 근거로 인용된 상소기구 판정은 *US - Zeroing (EC)*, paras. 193, 197; *US - Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews*, para. 172.
48) FA Panel Report, para. 7.609. 인용된 상소기구 판정은 *US - Zeroing (EC)*, paras. 196, 198.
49) FA Panel Report, paras. 7.613-7.619.

대한 적절한 비교를 안했다고 주장하여 입장이 불분명한 것도 지적하였다.[50] WTO 쟁송에서 제소회원국이 문제조치의 존재를 입증해야 하는 원칙에 따라[51] 한국이 이 사건 불문조치를 어떤 법적 형식과 내용으로 묘사하든지, 자신이 묘사한대로의 정확한 내용의 불문 조치가 존재함을 입증해야함을 확인하고[52] 아래와 같이 그 입증여부를 심리하였다.

라. 한국의 이전 WTO분쟁 원용에 대해

한국은 3개의 선행 WTO분쟁인 US – Carbon Steel (India), US – Anti-Dumping Methodologies (China)[53], US – Supercalendered Paper (Canada)[54] 에서 패널과 상소기구가 이미 미국의 AFA 규범 또는 계속적 행위의 존재를 확인하였다고 주장하였다. 미국은 그들 사건에서의 조치와 이 사건의 조치는 전혀 다른 것이라고 반박하였다. 패널은 US – Carbon Steel (India) 사건의 쟁점은 성문조치가 수출자의 비협조에 대해 가능한 최악의 정보를 사용할 것을 요구하는지를 판단하는 것으로 불문 관행의 존재나 그 내용을 확인하려고 하지 않았는바 그 사건 상소기구가 비협조시 항상 AFA를 적용하는 관행의 존재를 암묵적으로 인정했다는 한국의 견해에 찬성할 수 없다고 판시했다.[55]

US – Anti-Dumping Methodologies (China)와 관련하여 패널은 그 사건은 비시장경제 수출자에게 적용되는 조치에 관한 것이었고 관행의 근거가 된 미상무부의 판정은 2015년 TPEA 이전의 것이었음에 비하여 이 사건은 TPEA 이후의 시장경제 수출자에게 적용되는 관행에 관한 것이므로 관련성이 적다고 판시했다.[56]

US – Supercalendered Paper와 관련하여 패널은 그 사건의 계속적 행위는 상계관세 조사시 상무부의 특정한 질문에 대한 답변이 촉발하는 AFA라는[57] 제한적인 상황이었음에 반하여 이 사건 조치는 그보다 더 넓은 범위의 일반적 비협조 상황의 AFA이므로 그 사건의 논리를 여기에 적용하기 어렵다고 보았다.[58]

요컨대 패널은 사실의 발견자(finder of fact)로서 패널의 역할은 당해 사건에서 제출된 증거를 기초로 사실을 확정하는 것이기에 이 사건 상황과 결정적 증거가 다르고 요건 사실도 다른 이전의 WTO분쟁이 이 사건 미국의 AFA 규칙이나 계속적 행위의 존재를 확인한다고 보기 어렵다고 판시했다.[59]

마. AFA 불문 규칙, 규범의 존재를 입증하기 위해 한국이 제출한 다른 증거 관련

(1) 미국의 성문법과 법원의 판결

---

50) FA Panel Report, para. 7.620.
51) AB Report, *Argentina – Import Measures*, para. 5.104.
52) FA Panel Report, para. 7.622.
53) *United States — Certain Methodologies and their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China* (DS471).
54) *United States — Countervailing Measures on Supercalendered Paper from Canada* (DS505).
55) FA Panel Report, paras. 7.625-7.626.
56) FA Panel Report, paras. 7.629-7.630.
57) '기타 형태의 정부지원'을 묻는 질문을 하고 그 답변에 포함되지 않은 지원이 발견되는 경우 AFA 적용. Panel Report, *US – Supercalendered Paper*, paras. 295-308.
58) FA Panel Report, para. 7.632.
59) FA Panel Report, para. 7.634.

한국은 2015년 TPEA로 개정된 관세법 제776조를 원용하였다. 한국은 처음 패널설치 요청서에 이 개정법이 자체로서 WTO협정을 위반한다고 주장하였으나 이후에 불문조치로서 AFA관행에 집중하고 성문조치는 더 이상 주장하지 않기로 하였다. 한국은 그럼에도 이 개정법이 미 상무부의 AFA 관행을 법전화한 것이며 그 존재를 반영한다고 주장하였다. 한국은 이 개정법이 ① 가용정보의 범위를 다른 기업의 덤핑마진율로 넓힌 결과 합리적 결정을 담보하지 못하고 있으며, ② 한번 적용된 덤핑마진은 그 사건의 이후 재심에서 확증 없이 사용하는 것을 가능케 했으며, ③ 관련 당사자의 영업 현실을 반영하여 덤핑마진을 조정할 의무를 없앴다고 지적했다.[60]

패널은 관련 규정이 대안을 선택할 때 상계관세의 경우 같은 국가, 같은 프로그램의 요율을 우선 선택하도록 했으며, 반덤핑관세의 경우 적용가능한 반덤핑명령의 이전 결정에서 덤핑마진을 선택하도록 하였고, 그런 직접 관련된 대안이 없는 경우에도 조사기관이 절차적 상황에 대한 평가를 기초로 이용가능 사실을 선택하도록 하고 있으므로 완전히 조사기관의 재량에 맡겼다고는 할 수 없다고 판단했다.[61] 패널은 또한 TPEA가 상무부의 관행을 입법화했다는 한국의 주장을 뒷받침할만한 증거가 없다고 판시했다.[62]

상무부의 반덤핑 매뉴얼과 관련해서도 법원은 동 매뉴얼의 규범적 성격을 차치하고 이 매뉴얼의 관련 규정이 한국의 주장과 같이 단지 비협조의 이유 만에 의해 그 당사자에게 불리한 사실을 선택할 것을 의무화하는 것이 아니라 불리한 추론을 하고, 불리한 사실을 이용할 가능성을 열어둔 뿐이라고 해석하였다.[63]

한국은 미국 법원의 판결 또한 자신의 불문규범을 입증한다고 주장하였다.[64] 그러나 패널은 한국이 인용한 미 법원 판결문조차 대체사실이 응답기업 실제 요율의 합리적으로 정확한 추정치일 것을 명시적으로 인정한 것이 있으며, 또한 불리한 추정의 적용이 징벌적일 수 없다고 언명한 것이 있음을 지적했다.[65] 패널은 가용정보의 사용이 이해당사자에 불리한 결과를 가져올 가능성을 인정한 반덤핑협정 부속서II 제7항 3문을 참작할 때 모든 불리한 추정이 WTO협정위반이 되는 것은 아니라는 제3참가국(EU, 캐나다)의 의견을 언급하며 인용된 미 법원의 판결들이 한국의 불문조치 주장을 입증하기에 불충분하다고 판단했다.[66]

(2) 미상무부의 관행

한국은 2015년 TPEA이후 미상무부가 반복적이며 일관되게 AFA 적용에서 재량을 행사한 사실에 의해서 불문조치의 존재가 확인된다고 주장하면서 TPEA이후 AFA가 사용된 319개 사건의 목록과 12개의 대표적 샘플에 대한 분석 자료를 제출하였다.[67]

법원은 먼저 한국이 제출한 데이터베이스는 예비판정과 최종판정을 별개의 건으로 취급하므로 319개 '사건'이 아니라 '판정'이라 함이 정확한 표현임을 지적했다.[68] 또한 한국의 주장이 비협조 당사자에게 자동적으로 AFA를 적용하여 상황에 대한 합리적 고려 없이 가장 고율의 마진을 부과한다는 것이었으므로 분석을 비협조 사건 중 AFA 적용 비율을 보이는 것으로 시작함이 보

60) FA Panel Report, paras. 7.644-7.645.
61) FA Panel Report, paras. 7.649-7.653.
62) FA Panel Report, para. 7.654.
63) FA Panel Report, paras. 7.655-7.656.
64) FA Panel Report, para. 7.657.
65) FA Panel Report, para. 7.658.
66) FA Panel Report, para. 7.659.
67) FA Panel Report, para. 7.660.
68) FA Panel Report, para. 7.664.

다 적절했을 것으로 지적했다.[69]

나아가 패널은 한국이 제출한 데이터베이스가 한정된 정보만 포함하고 AFA이용과 관련된 충분한 정보가 포함되지 않았음[70]과 미상무부의 분석 전문이 포함된 것은 전체 319 판정 중 28개 판정뿐임을 지적했다. 패널은 이와 같은 제한적 정보로는 한국이 주장하는 단지 비협조라는 사실에 의해 자동적으로 AFA가 적용된다는 추론의 정당성을 확인하기 어렵다고 판시했다.[71] 나아가 패널은 미국이 제시한 바와 같이 일부 사건에서 미상무부가 2차 정보에 대한 확증을 중시했으며, 국내사업자가 제출한 정보 보다는 제3의 정보가 더 합리적이라 판단하여 이를 적용한 사실에 주목하며 합리적 평가 없이 비협조와 AFA 적용이 자동적으로 연결된다는 한국 주장을 인정하지 않았다.[72]

(3) "as such" 청구의 성격

패널은 "as such" 청구는 중대한 제기(serious challenge)이며 회원국의 어떤 행위를 사전에 금지하고자 하는 것이므로 "as applied" 청구보다 더 광범위하게 일반적으로 장래 적용가능성이 있는 조치의 WTO합치성에 함의를 갖는다는 점을 상기하였다.[73] 패널은 한국은 대체사실 선택에 재량을 부여하는 미국법을 제소한 것이 아니라 그 재량의 행사가 WTO비합치라고 제소한 것이며, 그러므로 한국은 구체적 사정과는 무관하게 모든 경우에 있어 WTO비합치의 대체사실 선택을 초래할 것임을 보여야 하고, 만약 조치의 사정에 따라 WTO합치성이 달라진다면 이는 사안별 심사가 필요한 "as applied" 청구의 대상이 되어야 한다고 지적했다.[74] 앞서 언급했듯이 패널은 미상무부는 많은 사건에서 단순히 비협조에 따른 당연한 결과로 대체 사실을 선택한 것이 아니라 모종의 분석과 합리성 판단을 거쳐 대체사실을 선택함을 인정하고 만약 한국이 그럼에도 불구하고 미국의 분석이 WTO비합치라고 주장한다면 이는 사안별 분석을 요하고, 결과적으로 "as such" 청구의 유용성에 반하는 것이라고 지적했다.[75] 마지막으로 패널은 이와 같은 혼란의 원인은 한국이 불문조치를 정의하며 미상무부가 최선의 가용정보를 택하지 않고 비교평가를 행하지 않아 특정 WTO규범에 비합치인 행동을 한 것으로 언급한데에 있다고 보았다. 즉, 조치를 상무부의 행위에 한정하지 않고 WTO협정 실체규정을 포함하여 정의하는 것은 사실 확정과 규범적 판단의 구분을 모호하게 하고 조치의 확정이 제소국이 인용하는 법적 근거와 패널의 해석에 따라 변화하여 불확정을 야기하는 적절치 않은 방법이라고 지적했다.[76]

바. 한국이 자신이 주장하는 'AFA 계속적 행위'의 존재를 입증했는지 여부

한국은 위에서 살펴본 '규칙 또는 규범으로서의 불문 AFA'와 실질적으로 동일한 조치를 '계속적 행위로서의 불문 AFA'로도 호칭하였다. 한국은 이 구분에 대해 그 존재의 입증을 위한 조건

69) FA Panel Report, para. 7.665.
70) 미제공된 필요정보와 대체사실의 구체적 내용, 비협조의 절차적 정황, 대체사실이 비협조 당사자에게 불리한 이유, 대체사실 선택에 있어 상무부의 분석과 관련한 정보의 부재를 예시로 지적했다. FA Panel Report, para. 7.670.
71) FA Panel Report, paras. 7.670-7.675.
72) FA Panel Report, paras. 7.679-7.691.
73) FA Panel Report, para. 7.692.
74) FA Panel Report, para. 7.693.
75) FA Panel Report, para. 7.697.
76) FA Panel Report, para. 7.698. AB Report, *EC – Selected Customs Matters*, para. 132. 인용.

이 다르기 때문이라고 설명했으나 그 존재에 대한 입증에 앞의 것을 그대로 원용하였다. '계속적 행위'가 소송의 대상이 된 종전 WTO사건으로는 US - Continued Zeroing 과 US - Orange Juice (Brazil) 이 있다. 유럽연합이 제기한 US - Continued Zeroing 사건에서 상소기구는 서로 연결된 18개의 반덤핑 사건에 적용된 제로잉 방법에 관한 제소를 'as such' 도 'as applied' 도 아닌 것으로 성격 지었다.[77] US - Orange Juice (Brazil) 패널도 이를 확인하면서 '계속적 행위'를 무한한 대상에 적용되는 일반성을 갖지는 않지만 특정 사건 내지 사정과 관련하여 현재에 발생하며 미래에도 발생할 가능성이 있는 것으로 보았다.[78] 이에 반하여 한국의 청구는 제한된 상황에 한정되지 않고 일반적이며 장래적으로 미상무부의 행위를 제한한다는 점에서 한국이 설명하는 제소 대상은 '계속적 행위'가 아니라 '규칙 또는 규범'의 성격을 갖는다고 지적했다.[79] US - Supercalendered Paper 패널과 상소기구의 경우 '계속적 행위'를 '규칙 또는 규범'에 훨씬 가까운 것으로 파악하였으나[80] 이에는 한 상소위원이 다수의견이 구별을 모호하게 만들뿐이라는 반대의견을 표명하였는데[81], 본 사건 패널은 그 반대의견에 동조했다.[82] 여하튼, 한국이 '계속적 행위'에 대해 '규칙 또는 규범'과 동일한 증거로 갈음하였으므로 패널 또한 앞에서와 같은 이유로 한국이 AFA 계속적 행위의 존재를 증명하지 못하였다고 판시했다.

사. 소결

한국은 패널설치 요청서에서 대상 불문조치를 일반적이고 장래에 적용되는 'AFA 규칙 또는 규범' 또는 그러한 '계속적 행위'로 정의하였으나 그 어느 형태로의 존재에 대해서도 입증하지 못한 것으로 판정받았다.

IV. 분석

1. 덤핑조사의 특성과 이해관계의 구조

덤핑조사당국은 공정을 표방하지만 결코 중립적이지 않다. 조사신청이 접수되는 순간 신청인 국내기업과 수입업자 및 수출자간의 이해관계의 대립은 외부로 표출되며 조사당국은 일반적으로 국내산업 진흥을 책임지는 정부부서의 일부이므로 구조상 국내산업과 상당부분 이해를 같이 한다. 물론, 당국은 신청인과 같은 수입품과 경쟁하는 국내기업뿐만 아니라 수입기업과 국내 소비자의 이해도 살펴야 하므로 노골적으로 편향성을 드러내지는 않지만 이미 잘 조직된 조사신청 국내기업들의 이해가 강하게 반영되기 마련이다.

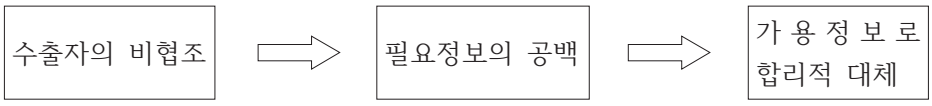
조사신청기업과 피조사기업은 각자 자신에게 이익이 되는 정보를 강조하고 불리한 정보는 축소하거나 숨기는 성향을 갖는다. 조사기관은 그 중간에서 가장 진실에 가까운 정보에 기초하여 신속하게 조사를 마무리하는 것을 목표로 한다. FA, AFA는 이를 달성하기 위한 조사당국의 수단이다. 판정을 위해 필요한 정보를 피조사기업이 숨기는 경우 협조했을 경우보다 불리한 결과가 초래될 것이라는 것을 시사함으로써 피조사기업의 협조를 이끌어내는 것이다. 조사기관 입장에서는

77) *US - Continued Zeroing*, paras. 180-181.
78) *US - Orange Juice (Brazil)*, paras. 7.175-7.176.
79) FA Panel Report, para. 7.709.
80) AB Report, *US - Supercalendered Paper*, para. 5.29.
81) Ibid, para. 5.86.
82) FA Panel Report, para. 7.711.

강력한 징벌로 위협할수록 피조사기업의 협조를 쉽게 이끌어 낼 수 있으나 이는 법적 정의나 형평에 반하기 때문에 신청인 등 다른 당사자가 제출한 자료를 확증 절차를 거쳐서 채택하는 방법이 WTO반덤핑협정상 허용된 것이다.

2. FA 적용의 요건과 방법

반덤핑/상계관세 조사절차에서 가용정보의 활용은 미국법에만 한정된 것이 아니라 각국의 법제에 공통적으로 나타나는 것이며, WTO협정에서도 어느 정도 용인된 것이다. 미국이 최근 들어 그 적용을 확대하면서 WTO협정의 허용한도를 명백히 벗어나거나 불명확한 부분을 드러내는 계기가 된 것이다. 관련 WTO 규정은 반덤핑협정 제6.8조, 상계관세협정 제12.7조와 반덤핑협정 부속서II이다. WTO협정이 허용하는 가용정보 활용의 절차와 요건은 아래와 같이 표시될 수 있다.[83]



미국은 부속서II 제7항의 비협조 당사자는 협조했을 경우보다 불리한(less favorable) 결과를 받을 수 있다는 언급을 AFA의 근거로 들고 있다. 하지만 동 7항이 구체적으로 "불리한 추론"(adverse inferences)이라는 표현을 사용하지는 않았다. 그래서 WTO패널 중에는 부속서II가 불리한 추론의 근거가 될 수 없다고 판시한 것도 있다.[84] 상소기구 또한 AFA에 대해 회의적 시각을 내비치며 구체적 적용 사건에 있어서 WTO비합치를 선언하기도 했으나[85], 정면으로 AFA 자체의 WTO합치성을 다루지는 않았다.[86] 또한 미국 관세법의 관련 규정(19 USC 1677e)이 상무부에 AFA를 이용할 재량을 부여하지 의무를 부여하는 것이 아니며, 상무부가 일관되게 불리한 추론을 해왔다는 입증이 없음을 들어서 그 자체로(as such) WTO협정위반에 해당하지는 않는다고 판시했다.[87] 대상 패널 판정은 WTO선결례를 충실히 따르고 있으며 전반적으로 규범 창조적 설시는 극히 자제하고 있다. 대상 판정이 확인한 FA 적용의 요건과 방법을 정리하면 이하와 같다.

가. 수출자의 비협조

(1) 비협조의 유형과 효과

제출된 정보가 검증할 수 없고, 사용하기에 지나친 어려움이 있고, 적절한 시간 내에 제출되지

83) Ira Mahajan, "Adverse Facts Available: Deterrence or Punishment?: US-Facts Available", WTO-Boutery, April 22 2021.
84) Panel Report, *China-Countervailing and Anti-Dumping Duties on Grain Oriented Flat-Rolled Electrical Steel from the United States* (이하, "*China-GOES*") para. 7.302, WTO Doc. WT/DS414/R (adopted Nov. 16, 2012).
85) AB Report, *US-Hot-Rolled Steel*, 29 n.45, para. 70
86) AB Report, *US-Hot-Rolled Steel*, 29 n.45. "adverse"라는 표현을 부속서II(7)의 "less favourable" 의미 내에서 이해하였다.
87) AB Report, *US-Carbon Steel (India)*, paras. 4.471-82.

않았고, 요구된 컴퓨터 형식에 맞추어 제출되지 않은 경우에만 제출된 정보를 무시하고 다른 가용정보를 사용할 수 있는 것이다. 비협조적이라는 사실 만에 의해 가용정보 사용가능성이 결정되지 않지만, 비협조는 부속서II 제7항에 의해 가용정보 적용의 결과에 영향을 미친다. 즉, 비협조의 결정 없이 더 불리한 결과가 나오지 않는다.[88]

(2) 최선의 협조

응답자가 최선을 다했다면 비록 조사기관의 기대에 못 미치더라도 가용정보를 사용하지 못한다. 다만 여기서 '최선'의 기준은 높은 것이다.[89] 상소기구는 나아가 신의성실의 원칙(principle of good faith)이 반덤핑협정의 규정에 영향을 주고 있는바, 협조는 쌍방향적 노력이 요구되는 것이며, 조사기관은 수출기업에 부당한 부담을 주어서는 아니 되므로 이해당사자 특히 중소기업이 요청된 정보를 제출함에 있어서 겪는 어려움을 고려하고 실제적 지원을 제공해야 한다고 설시했다.[90] 합작기업 파트너에게 필요한 정보를 받아내지 못한 것을 비협조라고 하면서 실제로는 피조사기업이 면담과 5차래의 서면으로 정보를 요청하는 동안 조사기관이 팔짱을 끼고 해당 파트너에게 직접 협조를 요청하는 등의 아무런 지원도 하지 않았다면 조사기관은 피조사기업이 최선을 다하지 않았다고 비난할 수 없다고 판단했다.[91]

나. 필요정보의 공백

WTO 패널과 상소기구는 조사기관이 부속서II 제1항에 따라 정보 부실에 대한 적절한 통지를 하고 교정을 위한 기회를 제공하였는지, 제3항에 의거할 때 그 정보가 부실하여 조사기관이 무시함이 정당했는지, 요청된 정보가 반덤핑협정 제6.8조/상계관세협정 제12.7조상 필요한 것이었는지 여부를 아래와 같이 심의했다.

(1) 정보 누락 통지

피조사기관으로부터 제출받은 정보가 불충분하다고 판단하는 조사기관은 필요한 정보를 구체적으로 적시하여 합리적 기간을 부여하여, 제출되지 않으면 FA가 사용될 가능성이 있다는 고지와 함께 정보 누락을 통지하여야 한다. 하지만 재누락에 대해서 다시 같은 절차를 반복할 필요는 없다.[92]

(2) 부실정보 배제의 범위

미국상무부는 특정 정보의 부실과 오류가 발견되는 경우에는 응답자가 제출한 전체 정보를 배제하는 경향이 있는데(total AFA) WTO 패널은 부실한 부분만 배제해야지(partial AFA) 검증가능하며 특별한 어려움 없이 이용 가능한 부분을 포함한 전체를 배제하는 것은 반덤핑협정 부속서

88) AB Report, *US-Hot-Rolled Steel*, para. 95.
89) Ibid, paras. 99-100.
90) Ibid, paras. 101-104.
91) Ibid, paras. 105-107.
92) Panel Report, *Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia*, para. 7.85, WTO Doc. WT/DS312/R (adopted Nov. 28, 2005).

II 제3항 위반이라고 판단했다.[93]

(3) 합리적 제출기한

누락 자료에 대한 보충 자료 제출은 기한 내에 제출하여야 한다. 일반적으로 적절한 기한 내 제출에 대한 조사기관의 판단이 존중되지만[94] 이를 도과한 경우에도 합리적 기한 내 제출로 인정될 수 있는 여지가 배제되지 않는다.[95]

(4) 정보의 필요성

정보의 필요성 여부는 추상적으로 결정되는 것이 아니라 각 조사건의 구체적 사정 하에서 내려져야 한다. 그만큼 조사기관의 판단이 존중되며, 조사기관이 요청한 자료를 불필요한 자료라고 인정받는 것은 쉽지 않다.[96] 조사기관은 요청한 범위를 넘어서 FA 정보를 사용해서는 안 된다.[97]

다. 가용정보로 합리적 대체

(1) 사실적 기반

반덤핑과 상계관세 판정을 위한 각 법률요건은 적극적 증거에 의해서 뒷받침 되어야 하며 기록에 반하는 대체사실의 사용은 신빙성을 의심받을 것이다.[98] 피조사기업의 일부 비협조가 있었다고 해서 완전히 가정에 입각한 판정을 할 수는 없는 것이다. 의도하는 결론과 배치되는 사실이라고 무시해서도 안 된다.

(2) 최선의 가용정보

합리적 대체의 요건은 왜곡되지 않은 객관적 방식으로 대체정보를 선택하여야 하며, 대체정보가 비협조 수출자에게 유리할 필요는 없으나 징벌적 성격을 가져서는 안 된다는 것이다.

조사기관은 누락정보를 합리적으로 대체할 수 있는 모든 자료를 비교, 평가해야 한다는 부속서 II 표제에 근거한 해석에 대하여 미국은 지나치게 엄격한 해석이라며 수용하기를 꺼려했으나 아이러니 하게도 미국이 제소한 Mexico-Rice 사건에서 패널과 상소기구가 이를 인정하였다.[99] 이 사건에서 조사기관이 최고 마진을 적용하도록 한 멕시코 법은 이런 비교, 평가를 허용하지 않는

93) Panel Report, *Mexico – Anti-Dumping Duties on Steel Pipes and Tubes from Guatemala*, paras. 7.163-7.166, WTO Doc. WT/DS331/R (adopted July 24, 2007).
94) Panel Report, *China-GOES*, para. 7.289.
95) AB Report, *US-Hot-Rolled Steel*, para. 89.
96) 필요성이 부인된 예로는, *United States – Anti-Dumping Measures on Certain Shrimp from Viet Nam*, paras. 7.273-74, WTO Doc. WT/DS404/R (adopted Sept. 2, 2011).
97) Panel Report, *China – Anti-Dumping and Countervailing Duty Measures on Certain Automobiles from the United States*, paras. 7.136-140, WTO Doc. WT/DS440/R (adopted June 18, 2014).
98) Panel Report, *China-GOES*, paras. 7.302-7.303.
99) AB Report, *Mexico-Rice*, paras. 294-97.

것으로 판단되었다. 이후 사건에서 상소기구는 이를 재확인하며 가용정보 사용의 유일한 목적은 정확한 판정에 도달하는데 있다고 설시했다.[100] 일반적으로 의도적으로 불리한 추론을 하는 것은 허용되지 않지만 가용정보의 적용에 의해서 결과적으로 불리한 결과가 피조사기업에 초래되는 것은 허용되는 것으로 이해된다.[101] 다만 그 경계가 항상 분명한 것은 아니어서 적용에 있어 조사기관에 재량이 존재한다.

(3) 확증(corroboration)

부속서II 제7항은 선택된 대체사실을 가능하다면 다른 독립적 정보원으로부터 얻은 정보로 그 신뢰성을 확증할 것을 요구한다. 그 기준은 높지 않아서 다른 회사가 제출한 자료와 비교하는 정도로 확증 요건은 충족되며[102] 전혀 시장상황과 동떨어진 자료로 대체하는 것을 막는 안전망이라 할 수 있다.[103]

3. 한국의 소송수행에 대한 평가

한국은 꼭 승소해야할 "as applied" 청구는 승소함으로써 소기의 성과를 거두었다. "as such" 청구는 승소를 크게 기대하기보다는 "as applied" 청구의 입장을 강화하는 장치가 아니었나 생각된다.

반성적으로 고찰해보면, "as such" 청구에 있어서 피조사기업의 비협조와 AFA 적용의 자동적 연계성을 다소 과장하여 강조한 것이 스스로의 발목을 잡은 패착이 아니었나 생각된다. 또한 패널이 지적한대로 "as such" 청구대상의 확정과 존재의 입증에 보다 세밀한 주의를 기우려야 했다.

나아가 성문조치에 대한 청구를 조기에 포기하기보다는 끝까지 유지하면서 TPEA가 의도적 또는 결과적으로 WTO규범 위반의 여지를 넓혔다는 점을 강조하였다면 최소한 TPEA에 그러한 의도가 없으며 그런 결과가 초래되는 방식으로 적용하지 않겠다는 미상무부의 약속이라도 이끌어내지 않았을까하는 아쉬움이 있다. 강행규정이 아닌 임의규정의 "as such"위반에 관한 WTO법리가 확립된 것은 아니나 WTO위반성을 인정하는데 소극적이던 GATT시대에 비하여 WTO패널은 일찍이 이에 적극적 의지를 보인 적이 있으며[104] 이후 상소기구 또한 EU-Biodiesel 사건에서 회원국 무역구제조사기관이 WTO합치적으로 조사를 수행할 수 있는 재량을 상당히 제약하는 조치는 "as such" WTO규범 위반으로 판정할 수 있음을 설시한 것에[105] 비추어 보면 이 사건 "as such" 청구에서 에서 우리의 승산이 아주 낮은 것도 아니었다. 다만, 이와 같이"as such" 관련한 아쉬움이 없지 않으나 WTO가 당면한 어려운 정치적 상황에 비추어보면 필자가 지적한

100) *US-Carbon Steel (India)*, para. 4.416.
101) Ragan Updegraff, "Striking a Balance Between Necessity and Fairness: the Use of Adverse Facts Available in Dumping and Subsidies Investigations", 49 *Georgetown Journal of International Law* 709 (2018), 783-784.
102) *Korea-Certain Paper*, para. 7.125.
103) Updegraff, *supra* 101, 785.
104) 미국 제301조 사건(*United States — Sections 301-310 of the Trade Act 1974*, WT/DS152)에서 WTO법위반이 되지 않도록 임의법규를 운영하겠다는 미국정부의 약속에 의해 WTO 합치성이 인정된 바 있다. 즉, 이와 같은 약속이 없거나 불이행의 경우 임의법규도 WTO 위반이 될 수 있다.
105) AB Report, *EU-Biodiesel* (DS473), Oct. 2016, para 6.281.

대로 소송이 진행되었다 해도 “as such”청구에서 패널이 한국 측 손을 들어주었을 가능성이 높았다고 말하기도 쉽지 않다.

4. 제안: AFA 극복을 위한 글로벌 FA 데이터베이스 구축

가용정보 적용 관련 이해관계 주체 및 글로벌 공익 차원에서 각각의 목표, 행태와 결과를 아래 표와 같이 정리할 수 있다. 밑줄 친 부분과 같이 피조사기업은 불리한 사실을 은폐하기를 선호할 것이고 조사기과는 대체자료를 사용하여 국내산업과 정치권의 요구에 부응하기를 가장 선호할 가능성이 높다. 글로벌 공익의 달성을 이와 같이 피조사기업과 조사기관의 전략적 선택에 의존하는 경우 높은 공익 달성 효과를 담보하지 못한다.

	피조사기업	조사기관	글로벌 공익 달성도
목표	비용-혜택 고려한 사익 추구	정확한 판정, 절차적 정의, 효율성	교역량 증대 적절한 무역구제
행태/결과	완전 협조 불리한 사실은 은폐 완전 비협조	제출자료 사용 대체+제출자료 사용 대체자료 사용	높음 중간 낮음

WTO반덤핑협정 부속서II 제7항에서 비협조로 인해 필요정보가 입수되지 아니하는 경우 그 당사자가 협조하였을 때보다 더 불리한 결과를 초래할 수 있음을 수긍한 것과 AFA의 관계는 아직 분명하지 않다. 정보비대칭 상황에서 위와 같은 시장실패를 방지하기 위해서 불리한 추론과 AFA의 불가피성을 인정한 것이라고 해석될 여지가 여전히 상존한다.

하지만 이해관계기업이 과장되거나 축소된 정보를 제공할 인센티브가 존재하는 정보비대칭 구조하에서 조사기관이 가장 정확한 판정에 효율적으로 도달하기 위해서는 원천적으로 조사기관이 참조할 수 있는 가용정보를 양적, 질적으로 풍부하게 구축하여 정보비대칭 구조를 개선할 필요가 있다. 중립적 기관에 의해서 분쟁발생 이전에 수집한 관련 정보가 있다면 조사신청기업이나 피조사기업이 거짓된 정보를 사용하거나 진실된 정보를 숨기려할 유인이 제거된다. AFA에 의존하는 것은 가용정보의 효율적 습득이 어려운 환경에서 차선책으로나 정당화될 수 있는 방법이다. 데이터관리, 블록체인, 인공지능 기술의 발전으로 생산, 판매, 비용관련 정보의 효율적 수집과 안전한 관리가 가능한 상황에서는 각국 무역구제 및 산업당국이 WTO와 협력하여 반덤핑분쟁이 빈번한 산업분야의 국가별, 주요 사업자별 데이터를 정기적으로 보고·집적하고 관련 기관 간 공유하는 데이터베이스 구축이 적절한 것으로 생각된다. 이러한 데이터베이스의 구축에 적지 않은 자원이 들어가며, 무역구제조사기관 입장에서는 자신이 사업자를 협박하며 큰소리 칠 수 있는 기회를 상실하는 아쉬운 감정도 있을 것이나 그 나라의 기업도 불공정무역행위 조사의 대상이 될 수 있음을 감안한다면 정부차원에서도 이와 같은 시스템의 구축이 합리적 결정이며 글로벌 공익차원에서는 각국의 무리한 반덤핑/상계관세조사가 줄어들고 합리적 구제로 변화될 것인바 그 효용에 대해서는 긴 설명이 불필요하다. 다만 구체적 시행을 위해서는 기업의 이해와 산업의 현실을 반영한 세밀한 시스템설계가 필요할 것이다.

V. 결론

「미국 - 가용정보(US-Facts Available)」 WTO 사건을 통하여 한국은 미국의 반덤핑/상계관세 조사에서 불리한 가용정보의 남용을 통한 고율의 관세부과가 부당한 점에 대한 국제적 주의를 환기하였으며, 그 구체적 적용조치의 WTO법 위반에 대한 패널 단계에서의 승리를 거두었다. 이번 WTO판정은 무역구제조사당국이 가용정보 적용에 있어서 수출자에게 절차적 공정성을 담보하기 위하여 지켜야 하는 통지와 합리적 평가 의무의 엄정함을 강조하여 미국의 AFA 남용에 어느 정도 제동을 걸 수 있을 것으로 기대된다.

한편, 미국의 상소에 의하여 이 사건 승소를 최종적으로 확정짓는 시점이 언제가 될지는 기약하기 어려우니 승소의 실제적 효과로서 관세철회라는 성과를 거두는 데는 상당한 시일이 걸릴지 모른다. 미국이 상소이유서를 제출하지 않아 미국의 논리를 알 수는 없으나 아마도 패널이 조사기관의 사실인정에 적절한 존중을 부여하지 않고 패널의 시각을 반영하여 재심리를 수행한 것은 반덤핑협정 제17.6조(i)[106] 위반에 해당한다고 문제 삼을 것으로 예상된다.

제로잉 관련 사례에서 경험하였듯이 부당한 외국의 반덤핑조사 관행에 대해서 지속적이며, 적극적인 대응만이 WTO협정에 위반되는 외국의 AFA관행을 제거할 수 있다. "as applied" 제소의 승소에서 나아가 "as such" 제소에서도 승소할 수 있도록 법리 개발과 근거 자료 준비에 철저를 기할 필요가 있다. 또한, 데이터 시스템적으로는 정보비대칭 구조를 해소할 수 있도록 글로벌 가용정보 데이터베이스를 구축할 것을 제안한다.

106) "패널은 사안의 사실을 평가함에 있어서 당국에 의한 사실의 확립이 적절하였는지 여부 및 동 사실에 대한 당국의 평가가 공평하고 객관적이었는지 여부를 결정한다. 사실의 확립이 적절하였으며 평가가 공평하고 객관적이었을 경우 패널이 다른 결론에 도달했다하여도 평가는 번복되지 아니한다" (밑줄 필자).



분과회의

제5분과위원회

제1발표

[좌장] 오승진 (단국대학교)

인권위반을 이유로 한 국가의 일방적 표적제재의 한계에 대한 고찰: 국제인권법상 비례성 원칙을 중심으로

[발표] 강우현 (외교부)
[토론] 신희석 (연세대학교)

大韓國際法學會

인권위반을 이유로 한 국가의 일방적 표적제재의 한계에 대한 고찰: 국제인권법상 비례성 원칙을 중심으로

강 우 현*

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 일방적 표적제재의 국제법적 성격
Ⅲ. 일방적 표적제재에 있어 비례의 원칙의 주요 내용과 판단기준
Ⅳ. 결론

I. 서론

2020년 12월 7일 유럽연합(European Union; EU) 집행위원회(European Commission)가 글로벌 인권제제레짐(Global Human Rights Sanctions Regime)을 채택하였는바, 이는 기존의 특정 국가 중심의 인권제재레짐에서 탈피하여 인권위반 혐의가 있는 특정 개인을 출신국가와 관계없이 제재대상으로 지정할 수 있다는 점에서 미국의 글로벌 마그니츠키 인권책임법(Global Magnitsky Human Rights Accountability Act)와 유사하다. 이에 의하면 유럽연합은 지정된 제재대상의 모든 자금 그리고 경제적 자원을 동결시키고, 유럽연합 관할권 내 행위자들에게는 이들에게 자금이나 경제적 자원을 제공하는 것이 금지된다.[1)]

이처럼 국가가 특정 외국이 아닌 개인을 상대로 표적제재를 가하는 것은 일견 인권침해와 무관한 민간인 피해를 최소화하는 데 목적이 있으나, 이와는 별도로 표적제재의 대상이 된 개인의 인권을 직접 제한하는 측면이 있다. 그런데 그럼에도 불구하고 해당 개인이 제재대상 국가의 관할권 범위 내에 포섭되고, 이로 인해 국가가 그 개인에 대해 국제인권법에 따라 비례의 원칙에 맞게 인권을 제한할 의무를 부담하는지에 대해서는 이론적으로 난점이 있다. 국가관할권론상 관할권 인정 여부가 불분명한 경우에는 특히 그렇다. 이하에서는 이러한 이론적 난점에도 불구하고

* 외교부 사무관

1) Council Regulation (EU) 2020/1998 of 7 December 2020 concerning restrictive measures against serious human rights violations, Article 3:
1. All funds and economic resources belonging to, owned, held or controlled by any natural or legal person, entity or body as listed in Annex I shall be frozen.
2. No funds or economic resources shall be made available, directly or indirectly, to or for the benefit of legal persons, entities or bodies listed in Annex I.

국제인권법상 비례의 원칙을 일방적 표적제재 전반에 적용할 수 있을지의 문제를 고찰하여 보기로 한다.

II. 일방적 표적제재의 국제법적 성격

1. 보복(Retorsion)이냐 대항조치(Countermeasures)이냐의 문제

일방적 표적제재에 대한 국제법적 한계가 어떻게 설정되어 있는가를 파악하기 위해서는 우선 일방적 표적제재의 국제법적 성격이 어떤 것인가의 문제를 규명해야 한다. 국가나 개인의 인권위반을 이유로 한 제재를 국제법상 인권존중 또는 보호의무 위반에 대한 국가의 대응으로 관념한다면, 국제법상 의무위반을 동반하는지 여부에 따라 이를 보복(Retorsion) 또는 대항조치(Countermeasures)로 관념할 수 있을 것이다.

제재조치가 국제법상 의무위반을 동반하는지의 문제와 관련해서 우선적으로 고려되는 문제는 관할권 문제이다. 어떠한 제재조치 및 그 집행이 국가의 입법 및 집행관할권의 범위에 들어간다면 그러한 제재조치는 국제법상 관할권 관련 원칙 위반을 수반하지는 않는 반면, 입법 및 집행관할권 바깥에서의 일방적 제재조치는 국제법상 의무위반을 수반하는 행위로서 대응조치의 요건을 충족하지 않는 한 국제법 위반을 구성할 수 있다. 자국 입법관할권 바깥에서의 법집행행위의 경우에는 외교적 관점에서도 타국의 차단입법을 유도하는 등 부담을 수반하고, 현실적으로 자국 영토 외에서 역외입법을 집행하는 어려움도 있기 때문에, 국가들은 자국의 입법관할권에 속하는 범주 내에서 최대한 제재의 방법을 찾으려 노력하거나, 자국의 집행관할권의 범위 안에서 입법관할권적 근거를 보다 정교히 하려 노력한다. 전술한 미국의 마그니츠키법이나 유럽연합의 글로벌 인권제재 레짐의 경우에도 출입국 관련 제재나 금융제재로 그 수단을 한정해 놓았는데, 입국이나 국내 금융시스템의 접근을 막는 제재의 경우에는 입국권 부여 및 그 조건 설정에 대한 국가의 잔여관할권(residual jurisdiction)의 일환으로서, 입법관할권 관련 규칙의 구속을 받지 않는다고 보는 것이 일반적이다.[2)]

이 외에 제재의 유형에 따라서는 (i)WTO 제반 협정 (ii)투자보장협정 외 국제인권협약 등의 적용 가능성이 있는바, 관할권이론에 따라 허용될 수 있는 제재조치라 하더라도 상기 규범위반에 포섭되게 되면 이는 더 이상 보복의 범주에 속할 수 없고, 대항조치 해당 여부에 따라 그 합법성 여부를 판단하여야 한다. 본 발표에서는 상기 규범 중에 비례의 원칙에 관한 규범에 주목하여 그 통제가능성을 논해 보도록 한다.

2. 국가관할권 내 일방적 표적제재의 국제법상 한계: 국제인권법상 비례의 원칙

국가관할권 내에서의 일방적 표적제재는 그 구체적인 내용이 국제법상 타 규범과 저촉되지 않는 한 국제법상 허용되는 행위로 볼 수 있다.[3)] 상기의 관점에서 보면, 비록 국가 또는 개인의 인권위반을 이유로 한 제재가 일응 각국이 자국 주권의 범주 내에서 수행하도록 되어 있는 인권제

---

2) Brian Opeskin, Richard Perruchoud and Jillyanne Redpath-Cross, Foundations of International Migration Law (Cambridge University Press, 2012), p.143; 최계영, "출입국관리행정, 주권 그리고 법치- 미국의 전권 법리 소개와 함께", 『행정법연구』제48호(2017.2.), 제31-32면.

3) James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press, 2016), p.677.

한기능을 타국이 대신 행사하는 행위로서 입법론적(lex lata) 관점에서는 통상적인 국가의 인권제한과 마찬가지로 비례의 원칙을 적용시킬 필요가 있다고 하더라도, 이러한 타국의 행위를 국내적 인권제한과 마찬가지로 규율하는 별도의 규정이 없는 한 현재의 국제법으로는 같은 잣대를 들이대기 어렵다는 해석도 가능하다.

이에 대해서는 보복의 경우에도 그 자체로 비례의 원칙이 적용될 수 있다고 보는 견해가 있다. 일례로 Cassese는 "한 국가가 위반행위 또는 비우호적인 행위에 대하여 보복하기 위해 취하는 불쾌한 행위는 그러한 위반행위 또는 비우호적인 행위에 대하여 그 정도가 비례해야 한다"고 언급하고 있으며,[4] Schachter는 국내문제에 강제적으로 관여할 목적 등 제재의 목적이 정당하지 아니할 경우에는 권리남용(abuse of rights)를 구성할 수 있다고 언급하고 있다.[5]

이처럼 국제법상 보복행위에도 일정한 한계가 있다는 관념이 학계에서 주장되고 있기는 하지만, 이는 기본적으로 보복행위를 국가의 권리로 관념하는 선에서 그 한계와 남용가능성을 통제하는 데 그 초점이 맞추어져 있기 때문에, 기본적으로 제재를 행사하는 국가에게 광범위한 재량을 주는 방향으로 흘러갈 여지가 있다. 즉, 국제법상 보복행위의 한계는 통상적인 비례의 원칙 판단기준과 마찬가지로 달성하고자 하는 목적의 정당성, 그 목표달성을 위한 해당 조치의 필요성, 그리고 문제되는 이익 간 균형 여부 등을 고려하여 해당 조치가 동일한 수준의 목표달성을 위해 꼭 필요한 조치였는지를 심사하는 것이 아니라, 국가가 자신의 보복행위를 수행함에 있어 신의성실의 원칙을 준수하였는지를 판단하는 것일 따름이다.[6] 따라서 그 보복이 신의성실에 어긋난다는 점에 대한 입증책임은 국가가 아닌 이를 주장하는 자에게 지워질 수밖에 없으며, 그에 대한 심사에 있어서도 국가에게 상당한 판단여지가 주어질 수밖에 없다.

이는 일방적 표적제재를 국가 대 국가의 권리행사의 형태로 관념해서는 그 실질적 효과에 걸맞는 법적 통제장치를 관념하기 어렵다는 점을 시사한다. 이러한 맥락에서, 일방적 제재조치를 타국 국민에 대한 국가의 직접적인 관할권 행사로 관념하여, 해당 국가에게 국제인권법상 비례의 원칙을 준수할 의무를 직접 부과할 수 있는지를 검토해볼 여지가 있다. 이는 인권조약의 기본 적용대상이 되는 국가의 "관할권 하의 개인(individuals subject to its jurisdiction)"의 범위에 어느 국가의 일방적 제재대상으로 지정된 자가 포함될 수 있는지의 문제로 귀결된다. 인권위반을 이유로 한 인권제재레짐중 금융제재의 경우에는 통상적으로 국외에 있는 자가 보유하고 있는 국내자산을 동결하거나, 국내에서 그 자와 제3자 간의 거래행위를 차단하는 행태를 보이고 있는바, 이는 일견 외국인이 국내에서 보유하고 있는 자산에 대해 일정한 의무를 부과하고 이를 집행하는 영토 내 행위이므로, 인권조약상 "관할권"이 성립한다고 볼 여지가 클 것이다.

그런데 모든 일방적 표적제재가 이처럼 국제인권법의 적용 대상에 쉽게 포섭될 수 있는 것은 아닌 것으로 보인다. 첫째, 출입국제한이나 수출통제 등과 마찬가지로 제재시행국으로의 접근에 대한 잔여관할권의 행사로 볼 수 있는 제재의 경우에는 국제인권법의 적용을 전면적으로 받는다고 보기 어려운 부분이 있다. 시민적•정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights; 이하 ICCPR) 제12조는 자국민•외국인에 대한 출국의 자유(제2항) 그리고 자국민의 귀국의 자유(제4항)는 보장하고 있지만 외국인의 입국의 자유는 보장하고 있지 않다. 따라서 동조 제3항에서 규정하고 있는 이동의 자유 제한에 대한 비례의 원칙은 (제재대상

---

4) Antonio Cassese(강병근•이재완 역), 『국제법(제3판)』, 삼우사, 제385면.

5) Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Martinius Nijhoff Publishers, The Hague, 1991).

6) Alexandra Hofer, The Proportionality of Unilateral "Targeted" Sanctions: Whose Interests Should Count?, *Nordic Journal of International Law,* Vol.89., 2020, p.414.

자가 자국민에 해당하는 사정이 없는 한) 출입국제한에는 적용될 여지가 없다. 다만, 자유권규약 인권위원회가 일반논평 15에서 외국인의 입국에 대해서도 차별금지원칙(the principle of non-discrimination) 등의 적용 가능성을 배제하지 않고 있으므로, 상기 차별금지원칙 등의 적용에 있어 자의적 차별 여부 및 비례성원칙 위반 여부 등이 적용될 여지는 있을 것이다.[7] 다만, 수출통제 등의 경우 국제인권법이 아닌 상품과 무역에 대한 일반조약(General Agreement on Tariffs and Trade; GATT) 제XX조에 따른 비례의 원칙이 적용될 것이다.

둘째, 보다 판단이 어려운 부분은 상기 거래제한이 국가의 영토를 벗어난 경우 등, 국가관할권 론상 관할권 인정 여부가 불분명한 경우이다. 예를 들자면, 어떤 국가가 제3자인 외국인에게 제재대상자와의 거래를 금지하면서, 금지되는 거래의 범위를 특별히 해당 국가의 영토 내로 한정하지 않는 경우이다. 일례로 미국은 해당 제3자의 미국 금융시스템을 활용한 달러화표시거래를 제한하면서 그 거래의 성립이나 집행행위가 국내에서 이루어졌을 것을 특별히 요구하지 않는 경우가 많다. 거래의 집행 과정에서 미국 내 금융시스템을 일부 거친다는 점 때문에 이를 미국 영토 관할권의 행사로 관념하는 견해도 존재하기는 하나, [8] 기본적으로 거래의 주체가 모두 외국인이고, 거래의 성립이나 집행이 모두 외국에서 이루어졌다는 측면에서 단순히 그 거래가 미국은행의 금융체계를 거쳐갔다는 사정만으로는 영토관할권을 긍정하기 어렵다는 견해도 존재한다.[9] 국제인권법의 관점으로 돌아오면, 결국에는 인권조약을 적용할 수 있는지 여부를 판단하기 위해서는 "영토 내의 개인(individuals in its territory)"가 아닌 "관할권 내 개인(individuals subject to its jurisdiction)"에 해당자가 해당할 수 있는지 여부를 판단하여야 하는 것이다.

여기서 몇 가지 언급해두어야 할 점이 있다. 첫째는, 국제인권법의 장소적 적용범위로서 "관할권" 개념은 "주권의 한 측면으로서 사법적, 입법적 그리고 행정적 권능(jurisdiction is an aspect of sovereignty and refers to judicial, legislative and administrative competence)"[10]와는 별개의 개념으로서, 국가가 (법적 근거가 있든 없든) 자신의 권능을 행사함으로써 야기되는 장소적 의무의 범위를 획정하고자 하는 개념이다.[11] 그런 관점에서 보았을 때에는 역외입법관할권의 한계를 판단하는 법리와 국제인권법의 장소적 적용범위의 개념으로서 관할권을 판단하는 법리가 같을 수는 없다. 둘째, 상기 장소적 적용범위의 획정에 있어서 널리 이용되는 기준은 조치의 집행이 해당 국가가 실효적으로 지배를 하고 있는 곳에서 이루어지거나,

---

7) Human Rights Committee, *General Comment 15,* CCPR/HRI/GEN/1/Rev.1., para.5. .The Covenant does not recognize the right of aliens to enter or reside in the territory of a State party. It is in principle a matter for the State to decide who it will admit to its territory. However, in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example, when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arise.

8) *United States v. Reza Zarrab* 15 Cr 867 (RMB) (SDNY, 17 October 2016) (Decision and Order) 12.

9) Tom Ruys and Cedric Ryngaert, Secondary Sanctions: A Weapon Out of Control? The International Legality of, and European Response to, US Secondary Sanctions, *The British Yearbook of International Law*, 2020, p.21; S. Emmenegger, *Extraterritorial Economic Sanctions and their Foundation in International Law*, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol.33., 2016, p.631.

10) James Crawford, *Brownlie's Principles of International Law* (Oxford University Press, 2012), p.456.

11) Alexander Orakhelashvili, Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *European Journal of International Law*, Vol.14., No.3., 2003, pp.540-541; 일반적 논의로는 최지현, 국제인권조약의 장소적 적용범위 확대-역외적용 가능성에 대한 일반적 고찰 -, 『안암법학』 제34권(2011), pp.995-1031 참조.

해당 개인에 대해 조치 시행국이 통제하고 있는 상태에서 그 개인을 상대로 이루어졌는지의 기준이다. [12] 해당 거래제한이 국가의 영토를 벗어난 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 국가가 실효적으로 지배하고 있는 영역에서 상기 거래제한이 이루어진다고 보기 어려우므로, 결국에는 그 조치 시행국이 해당 개인에 대한 통제를 행사하고 있는지 여부가 핵심적인 판단기준이 될 것이다.

유럽인권재판소(European Court of Human Rights; ECHR)의 Al-Skeini v. United Kingdom 사건에서는 상기와 관련된 세 가지 기준을 제시하고 있다. 외교관이나 영사가 자국 주재국에서 행한 작위 또는 부작위로 인해 국제인권법 위반 의심상황이 야기된 경우,[13] 국가가 해당 외국인에 대해 물리적 통제를 가하고 있는 경우[14], 그리고 해당 국가가 그 국가의 영토 내에서 어떠한 공적 기능(public functions), 예를 들자면 사법 또는 행정기능을 수행하는 경우[15]가 그것이다. 앞의 두 유형의 경우 문제의 제재가 물리적 통제나 외교관의 행위를 수반하는 제재가 아니므로 해당될 여지가 없다. 결국에는 제3국민과 제재대상자 간 거래 금지를 해당 제3국 영토에 대한 제재시행국의 공적 기능 행사로 볼 소지가 있는가에 따라 국제인권법상 관할권 성립 여부가 달라질 수 있을 것이다. 그런데 미국의 마그니츠키법제 등의 설계를 보면, 해당 제3국인과 제재대상자 간의 그 제3국 내 어떤 거래를 직접 금지하는 형태를 취하고 있지 않고, 되려 해당 제3국인이 그 제재대상자와 거래하는 과정에서 미국 국적 은행 등을 통한 달러표시자산의 이전을 금지하고 있는 것이고, 이는 그 자체로는 어떠한 해당 제3국 영토에 대한 어떠한 공적 권한의 행사라 보기 어려운 측면이 있다. 비록 이로 인해 해당 제3국 국적 또는 그 제3국에 소재한 금융기관이 상기 거래의 취급을 자제하는 등의 효과가 있겠지만, 이는 제재시행국이 그 제3국에 대하여 어떠한 공적 권한을 행사한 결과라기보다는, 그 제재시행국이 자국 은행에 대하여 공적 권한을 행사한 결과 해당 제재시행국통화 표시 자산의 거래가 사실상 어려워짐에 따라 발생하는 부수적 효과라고 봄이 타당할 것이다.

이러한 논리에 대해서는 반론의 여지가 있기는 하다. 이는 국가는 자국의 행위가 자국 관할권의 합법적인 행사이든 아니든지 간에, 인권에 부정적인 효과가 야기되지 않도록 보장할 의무가 있다는 관념에 입각한 것이다. 경제적, 사회적, 그리고 문화적 영역에 대한 국가의 역외적 의무에 관한 마스트리히트원칙(Maastricht Principles on the Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights)에서 규정하고 있는 제9원칙에 이러한 관념이 반영되어 있다. 동 원칙에 의하면 국가는 "자국이 권한이나 실효적 통제"를 행사하고 있는 곳에 관할권을 행사할 때에는 물론이고(a항), 자국의 작위 또는 부작위가 경제적, 사회적, 그리고 문화적 권리의 향유에 어떠한 예견 가능한 결과를 야기하는 경우(b항), 자국이 타국 역외에서 경제적, 사회적, 그리고 문화적 권리를 실현하기 위한 조치를 취할 수 있거나 결정적 영향력을 행사할 수 있을 경우에는 경제적, 사회적, 그리고 문화적 권리를 존중, 보호 그리고 실현할 의무를 부담한다고 하고 있다.[16] 상기 원칙에 대한 해설서에서는 ECHR의 Ilaşcu and Others

12) Sarah Joseph and Sam Dipnall, "Scope of Application", in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah and Sandesh Sivakumaran, *International Human Rights Law* (Third Edition, Oxford University Press, 2018), p.122-123.

13) European Court of Human Rights, *Case of Al-Skeini and Others v the United Kingdom*, Application no. 55721/07, Judgment, para.134.

14) Ibid., para.136.

15) Ibid., para.135.

16) Olivier De Schutter et al., Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol.34., 2012. p.1104.

v. Moldova and Russia 사건에 등장하는 "국가의 행위로 인하여 국가 관할권 바깥에서 파급효과가 야기될지라도 그 파급효과가 유럽인권협약상 권리침해에 충분히 근접할 경우"에는 국가책임이 야기될 수 있다는 취지의 판시, 자유권규약 인권위원회의 유사한 취지의 Munaf v. Romania 관련 판시를 주된 근거로 제시한다.[17]

그러나 상기 Munaf v. Romania 사건을 보면, 상기 판시는 국가가 국제인권조약의 장소적 적용범위 관련 규정에 따라 국제인권법상 의무를 부담한다는 전제 하에서, 구체적인 국가의 행위에 따라 국제인권법 위반이 실제로 성립하는지 여부를 따지기 위한 기준으로 봄이 타당할 것이다.[18] 실제로도 Munaf v. Romania 사건에서도 해당 쟁점은 본안에서 검토되었지 수리가능성 검토 단계에서 검토된 것이 아니다. 이론적으로도 국가의 "예견가능성"을 국가의 의무위반 여부 판단에 있어서의 하나의 고려요소가 아니라, 국제인권법상 의무 창출의 근거로 활용할 마땅한 근거가 없다.

상기 고려시, 국제인권법상 비례의 원칙은 제재대상국이 제재 대상 외국인의 해당 제재대상국 영토 내 권리를 직접 제한하는 경우를 제외하고는, 제재의 한계를 근거짓는 직접적인 근거가 될 수 없다.

3. 국가관할권 바깥의 일방적 표적제재의 국제법상 한계로서 비례의 원칙

앞서 언급한 바대로, 국가관할권의 범주를 벗어난 일방적 표적제재의 경우에는 이를 국제법상 원칙 허용되는 보복(retorsion)의 범주로 더 이상 관념할 수 없고, 국제법상 위법성조각사유로서 대항조치(countermeasures)의 해당 가능성 여부에 따라 국제법상 허용 여부가 결정된다. 국제위법행위에 대한 국가책임초안(Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts; ARSIWA) 제51조는 대항조치는 "입은 피해에 비례하여야 한다(commensurate with the injury suffered)"고 함으로써 비례의 원칙을 명문화하고 있고, 이는 통상 관습국제법의 반영물로 평가받고 있는바, 국제인권법상 비례의 원칙이 적용되지 않을 유형의 대항조치일지라도 국가책임법상 비례의 원칙이 적용될 수 있다.

그런데 인권위반을 이유로 한 일방적 표적제재의 경우에는, 비례의 원칙 적용에 있어 한 가지 문제가 발생한다. ARSIWA 제42조가 규정한 바와 같이, 대항조치는 기본적으로 피해국(injured state)의 권리이며, 제51조에 따라 대항조치의 비례성 역시 피해국이 입은 피해와 피해국이 대항조치로 야기할 피해 간의 균형을 요구한다. 그런데 인권위반을 이유로 한 일방적 표적제재에 있어서는, 해당 인권위반의 당사자가 자국 국민이 아닌 경우가 많은바, 이러한 경우에는 제재시행국이 스스로를 피해국이라 주장하기 어렵다. 이처럼 피해국이 아닌 제3국이 대항조치를 취하는

17) Ibid., p.1105-1106.

18) Mohammad Munaf v. Romania, CCPR/C/96/D/1539/2006, UN Human Rights Committee (HRC), 21 August 2009, para.14.2(Consideration on the merits): 14.2 The main issue to be considered by the Committee is whether, by allowing the author to leave the premises of the Romanian Embassy in Baghdad, it exercised jurisdiction over him in a way that exposed him to a real risk of becoming a victim of violations of his rights under articles 6, 7, 9, 10, paragraph 1 and 14 of the Covenant, which it could reasonably have anticipated. The Committee recalls its jurisprudence that a State party may be responsible for extra-territorial violations of the Covenant, if it is a link in the causal chain that would make possible violations in another jurisdiction. Thus, the risk of an extra-territorial violation must be a necessary and foreseeable consequence and must be judged on the knowledge the State party had at the time: in this case at the time of the author's departure from the Embassy.

경우, 이른바 '제3국 대항조치(Third-Party Countermeasures)'에 대해서는 국제법상 허용 여부에 논란이 있으며, 후술하는 바와 같이 비례의 원칙 적용에 있어서도 피해국의 대항조치와는 그 양상이 다를 수 있다.

우선 그 허용여부에 대해 간략히 살펴보자. Martin Dawidowicz는 그의 저서 『국제법에서의 제3국 대항조치(Third-Party Countermeasures in International Law)』에서 이른바 제3국 대항조치에 대한 국가실행에 법적 확신이 부여되었음을 주장한다.[19] 특히 법적 확신과 관련하여, Dawidowicz는 제3국 대항조치에 관한 일관되고 광범위한 국가실행이 있었고, 이것이 법적 확신에 기반하지 않은 것이라는 증거가 없다면 국가관행으로부터 법적 확신을 추론하는 것이 ICJ의 태도라면서,[20] 국가가 제3국 대항조치를 취하면서 이것이 정치적 또는 도덕적 성격에 불과하다고 하면서 법적 확신을 명시적으로 부인한 사례는 코소보사태에서 영국이 세르비아에 대하여 항공협정의 효력을 "정지"시킨 사례 외에는 찾아보기 힘들다고 한다.[21] Christian Tams는 대세적 의무를 위반한 국가에 대하여 피해국 아닌 국가들이 국제의무에 반하여 행동하면서도 그같이 행동할 '권리'를 주장하지 않았다는 지적에 대하여 반박하면서, 실행과 법적 확신은 함께 다루어져야 하며, 구체적인 반증이 없는 한 국가 행위는 법적 확신에 기초한 것으로 보아야 한다고 한다.[22]

Elena Proukaki는 여기에 국가들의 의회나 국제기구들이 중대한 국제법 위반행위에 대하여 대항조치를 명시적으로 주문해 왔다는 점에 주목한다. 예를 들자면 1960년대 남아프리카공화국의 아파르트헤이트 정책에 대하여 UN총회와 아프리카연합기구(Organization of African Unity; OAU)가 (GATT규범에도 불구하고) 전면적인 금수조치를 주장한 점, 1980년대 이란의 테헤란인질사건에 대해서 EEC가 전면적인 금수조치를 주장한 점 등을 든다. 이는 국가들이 단순히 정치적인 이유에서 제3국 대항조치를 주장한 것이 아니라 대항조치가 국제법 위반행위에 대하여 필요한 방책이거나 아니면 법적인 권리임을 인지하였다는 증거라는 것이 Proukaki의 주장이다.[23]

제3국 대항조치가 국제법상 허용되는지 여부와는 별도로, 제3국 대항조치에 있어서도 일반적 대항조치와 마찬가지로 비례의 원칙을 준수하여야 한다. 그런데제3국 대항조치는 국가 간 상호주의를 전제로 하는 피해국의 가해국에 대한 대항조치와는 달리, 어떤 국가가 국제공동체 전체 또는 조약당사국 전체를 위하여 규범위반국의 규범이행을 확보하기 위해 취하는 조치이다. 그러므로 제3국 대항조치에서는 ARSIWA 제51조에 표상된 상호주의적 비례의 원칙, 즉 피해국과 가해국 각 이익의 균형이라는 공식이 그대로 적용되기 어렵다. Dawidowicz도 이러한 제3국 대항조치의 특성으로 인해, 위반행위와 대응행위 간 균형이라는 기존의 기준이 "매우 조잡한 판단기준(a very crude yardstick)"을 제공한다고 언급한다.[24] 이는 일방적 표적제재가 경우에 따라 제3국 대항조치로서 정당화된다는 논리를 펼치기 위해서는, 제3국 대항조치의 특성을 고려한 비례의 원칙의 내용 및 판단기준을 정립해 나가야 할 필요가 있음을 시사한다. 이는 국가관할권 내의 일

---

19) Martin Dawidowicz, *Third Party Countermeasures in International Law* (Cambridge University Press, 2017), p.248.

20) Ibid., p.252.

21) Ibid., p.253.

22) Christian Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law* (Cambridge University Press, 2005), p.238.

23) Elena Katselli Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law* (Routledge, 2010), p.208.

24) Martin Dawidowicz, *supra* note 19, p.347.

방적인 표적제재의 한계로서 국제인권법상 비례의 원칙과, 인권위반을 이유로 한 제3국 대항조치로서의 일방적 표적제재의 한계를 결정짓는 비례의 원칙 간 관계를 규명하는 문제를 포함한다.

III. 일방적 표적제재에 있어 비례의 원칙의 주요 내용과 판단기준

1. 제3국 대항조치에 있어서 비례성원칙의 특성

비례의 원칙은 국제법상 여러 영역에서 나타나는 원칙이나 그 내용에 있어서는 법영역별로 차이가 나며, 같은 법 영역 내에서도 상황에 따라 그 내용이 다르다.[25] 국제인권법상 비례의 원칙과 대항조치에서의 비례의 원칙 역시 서로 독립적으로 발전해온 법규범으로서 그 의미와 판단기준이 같을 수 없다. 국가의 인권위반을 이유로 한 제3국 대항조치에 있어서 비례성 원칙 적용의 특성을 검토하기 위해서는 대항조치에 적용될 수 있는 비례원칙의 내용이 제3국 대항조치의 경우 어떤 식으로 변형되는지를 보아야 한다.

Cannizaro는 대항조치에 있어서 비례성의 내용을 외부적 비례성(external proportionality) 그리고 내부적 비례성(internal proportionality)으로 나눈다. 외부적 비례성이란 대항조치를 취함으로써 국가가 달성하고자 하는 목적의 적합성을 의미하는 반면, 내부적 비례성이란 그러한 목적 달성을 위하여 채택한 수단의 적합성과 관련이 있다는 것이다.[26] Cannizaro는 어떠한 규범위반행위가 있다고 했을 때 문제되는 규범의 성격에 따라 국가가 취해야 할 달성목적이 다를 수 있다고 하면서, 이를 (i)규범위반으로 인해 훼손된 규범적 균형(normative balance)의 회복 (ii)규범위반으로 야기된 피해에 대한 처벌(retribution) (iii)규범위반 상태 시정 강제 (iv)규범의 직접 집행으로 나눈다.[27] Cannizaro는 Gabcikovo-Nagymaros 사건에서 헝가리의 조약위반상태를 시정하기 위한 슬로바키아의 일방적인 조치, 즉 수로를 일방적으로 슬로바키아쪽으로 유도하는 행위가 비례성의 원칙에 반한다는 국제사법재판소(International Court of Justice)의 판시를 언급하면서, 본건에서는 조약상 규범이 상호주의적 성격을 띠고 있었음을 고려하면 슬로바키아는 일방적 조치를 통한 조약목적의 실현을 추구하지 말고 헝가리의 조약이행을 통한 기존 규범적 균형의 복귀를 추구했어야 하며, 슬로바키아가 일방적 사업으로 전자의 목표를 추구했기에 결과적으로 비례의 원칙에 맞지 않는 결과가 나온 것이라고 언급하였다.[28]

상기 관련해서, 일반적인 대항조치에 있어서의 비례의 원칙은 대항조치가 위법행위국을 '처벌하기 위함이 목적이라는 관념 하에 마련되었다는 평가가 가능하다.[29] ARSIWA 제51조도 대항조치를 "받은 피해"에 비례하여 할 수 있도록 제한하고 있지, 국제규범 위반의 중대성과 대항조치 간 비례성을 요구하지는 않는다 .[30] 여기서의 비례성은 대항조치를 위반국의 국제의무 이행을 유도하기 위해서만취할 수 있다는 ARSIWA 제49조 제1항 소정의 이른바 "합목적성"요건과도 다른 것으로 관념된다.

이처럼 대항조치를 Cannizaro가 말하는 일종의 보복적 대항조치로 관념하는 현상에 대해서

---

25) Michael Newton and Larry May, *Proportionality in International Law* (Oxford University Press, 2016), p.15.

26) Enzo Cannizaro, The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures, *European Journal of International Law*, Vol.12., No.5., p.899.

27) Ibid., p.900.

28) Ibid., p.898.

29) 김석현, 『국제법상 국가책임』, 삼영사, 2008, 제561면.

30) Enzo Cannizaro, *supra* note 26, p.894.

Cassese는, 오히려 대항조치는 "기본적으로 위반국가가 자신의 위법행위를 중단하도록 하거나, 대항조치로 인한 피해를 회복하도록 하려는 것이라고 보아야 한다"고 하면서, 대항조치가 '이러한 목적을 달성할 정도가 되는지의 여부를 결정하여 비례성을 평가해야 한다"고 언급한다.[31] 예컨대, "강대국에 대하여 부담하느 의무를 개발도상국이 위반하는 경우, 그러한 위반으로 인한 피해와 동일한 강도의 피해를 야기하여 보복하는 것이 필요하지 않을 수 있다. 위법행위의 중지 또는 피해회복을 성취하기 위하여, 더 작은 규모의 손해라도 어쨌든 약소국에 야기할 효과를 감안해서, 그러한 손해를 부과하여 대응해도 충분할 것이다"라는 것이다. [32]

이는 제3국 대항조치의 경우에도 특별히 의미가 있는 부분이다. 애초에 제3국 대항조치의 목적은 피해국으로서 가해국에 상응하는 수준의 보복을 가함으로써 이익의 균형을 꾀하는 상호주의적인 목적이 아니라, 국제사회 전체의 이익 또는 특정 조약의 당사국 전체가 공유하는 이익을 위해서 대세적 의무(obligations erga omnes) 또는 당사자적 대세적 의무(obligations erga omnes partes)의 집행을 확보하는 것이다. 특히 인권조약의 경우에는 국가들은 타국이 인권조약상 의무를 이행할 것을 조건으로 인권조약상 의무에 동의하는 것이 아니라, 자국 관할권 내 개인에 대해 인권조약상 의무를 준수하겠다고 타국에 약속(pledge)하는 행위이기 때문에, 인권조약상 의무는 그 국적국에 부여되는 직접적인 이익과는 별도로 규범적 이익을 갖는 것이다.[33] 즉 제3국 대항조치의 경우 특히나 대세적 의무를 함유한 국제규범의 이행을 확보하는 성격이 보다 강하므로, Cannizaro가 말하는 규범위반 상태 시정 강제 달성 목적의 대항조치로서의 성격이 보다 강하다. 따라서 제재로 인한 권리침해의 정도가 의무위반국의 의무위반으로 인해 제재시행국에 야기된 피해를 훨씬 초과할지라도, 그러한 조치가 의무위반 시정 달성이라는 목적에 비례하는 조치라면, 이는 해당 대항조치가 추구하는 목적에 부합하는 조치로서 비례성의 원칙에 부합한다는 평가를 받음이 타당한 것이다.[34]

2. 국제인권법상 비례의 원칙 적용

국가의 인권위반을 이유로 한 제3국 대항조치로서 일방적 표적제재에 대한 비례성 심사에 있어서는 국제인권법상 비례의 원칙을 준용할 필요가 있는바, 그 이유는 아래와 같다.

첫째, 국제인권법상 비례의 원칙은 대등한 주체 간 이익의 균형 도모를 꾀하는 것이 아니라, 공익달성을 목적으로 한 규제조치가 개인의 권리를 이에 필요한 이상으로 침해하지 않도록 하는 것을 목적으로 하고,[35] 그러한 측면에서는 국제법상 대세적 의무 위반상태 시정이라는 공익달성을 위한 제3국 대항조치의 한계를 설정하는데 있어 적합한 측면이 있다. 이를 위해 국제인권법상

---

31) Antonio Cassese, 상게서(각주 4), 제380면.

32) Ibid.

33) Lea Brilmeyer, From Contract to Pledge: The Structure of International Human Rights Agreements, *British Yearbook of International Law*, Vol.77., No.1., 2006, p.169-171; Frederic Megret, Nature of Obligations, in Daniel Moeckli et al., supra note 12, p.89: "To describe human rights treaties as contractual, however, would be profoundly misleading. It is wrong to say that states commit to respecting human rights obligations in exchange for other states doing the same. Rather states are formally binding themselves to other states, whilst in fact mostly creating rights for individuals within their jurisdiction. (중략) Finally, human rights lawyers think that human rights treaties have a substance that is inherently of a high normative worth, above and beyond states' consent to be bound by them, which relativizes treaties as mechanisms for norm enforcement."(밑줄, 볼드체 필자 부)

34) Enzo Cannizaro, *supra* note 26, p.910.

35) Michael Newton and Larry May, *supra* note 25, p.57.

비례의 원칙은 그 판단요소 중 하나로 수단의 적합성, 조치의 필요성(침해최소성)과 더불어 보호하고자 하는 이익과 제한조치 간의 비례를 요구하고 있다.[36]

둘째로, 일방적 표적제재는 외국이 자국 영토 밖에 소재한 개인의 권리를 직접 제한하려 한다는 측면에서 국가의 자국 영토에서의 인권제한과 유사한 측면이 있다. 이러한 측면이 있음에도 불구하고 국제인권조약의 장소적 적용범위인 "관할권(jurisdiction)"에 일방적 표적제재 중 상당수의 대상자가 포섭되기 어렵다는 점은 이미 본 바와 같다. 제3국 대항조치 해당 여부 판단에 있어 국제인권법상 비례의 원칙을 적용하는 것은 국가들이 자국 주권영역 바깥으로 권능행사의 장소만을 옮김으로써 결과적으로 자국의 인권존중 및 보장의무를 회피할 수 있는 가능성을 제거하는 효과를 낳는다.[37] Hofer도 일방적 표적제재가 사실상의 개인에 대한 외국 정부의 강제력 발휘를 수반한다는 점을 지적하고 있다.[38]

3. 비례의 원칙 적용에 있어 구체적 쟁점

상기 논의를 고려시, 일방적 제재조치에 있어 비례의 원칙을 적용에 대해서는 아래의 몇 가지 사항을 언급해둘 필요가 있다.

첫째, 국제인권법상 비례의 원칙의 직접적 적용의 결과든, 아니면 일방적 제재조치가 제3국 대항조치로서 적법한지 여부를 판단함에 있어 국제인권법상 비례의 원칙을 준용하는지 여부이든 간에, 그 핵심적인 판단 기준은 국가의 인권위반상태를 시정하기 위해서 제재가 적합한 조치인지, 해당 조치가 그 목적을 달성하는데 필요최소한의 조치인지, 그리고 조치가 그 목적을 달성하는 정도가 제재로 인해 침해되는 사익 간에 적절한 비례가 유지되는지에 관한 것이라는 점이다. 여기서 중요한 점은 필요성(침해최소성) 요건이 있는지 여부가 명확하지 않은 통상적인 대항조치에서의 비례성 원칙 판단과 다르게,[39] 인권위반을 이유로 한 일방적 제재조치의 경우에는 기본적으로 침해최소성 관련 판단이 들어가야 한다는 것이다.[40]

둘째, 비례성 원칙 판단에 있어서 어떠한 국제규범에 포함된 원칙이 준수된다는 사실 자체가 중요한 공익일 수 있음이 고려되어야 한다는 것이다. 이처럼 어떠한 원칙이 준수되는 것 자체가 비례성 원칙 판단에 있어 고려될 수 있다는 관념은 동 판단에 있어 "침해되는 권리의 성격을 고려하여야 한다"고 규정한 ARSIWA 제51조에 이미 반영되어 있다.[41] Air Services Agreement 중재재판에서는 미국발 프랑스 비행기에 대한 영국에서의 경유를 프랑스가 거부한 것에 대해서

---

36) Human Rights Committee, General Comment No.27, UN DOC CCPR/C/21/Rev.1./Add.9.

37) Manfred Nowak, *CCPR Commentary* (Norbert Paul Engal Verlag., e.K., 2005), p.42.

38) Alexandra Hofer, Unilateral sanctions as a challenge to the law of state responsibility, in Charlotte Beaucillon ed., *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions* (Elgar Publishing, 2021), p.199/-.

39) Antonios Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council: Countermeasures Against Wrongful Sanctions* (Oxford University Press, 2011), p.82에서는 대항조치에서의 비례성원칙은 "명백한 불비례성" 정도를 요구한다고 하는 반면, Thomas M. Franck, On Proportionality of Countermeasures in International Law, *The American Journal of International Law*, Vol.102, No.4., Oct.2008, p.739에서는 대항조치의 비례성 원칙에도 침해최소성 원칙이 들어갈 수 있음을 시사하고 있다.

40) 동지로 Alexandra Hofer, *supra* note 37, p.201; Yutaka Arai-Takahashi, "Proportionality", in Dinah Shelton ed., *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2013), p.460.

41) "Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question."

미국이 에어프랑스(Air France)의 로스앤젤레스행 비행 전면 거부로 맞대응한 것이 문제되었는데, 여기서 다수의견은 본 건에서의 비례성 원칙 판단에 있어서는 각 회사가 입은 손해의 정도와 더불어 그 위반행위로 인해 야기되는 원칙의 문제(question of principle)를 함께 고려하여야 한다고 언급하면서하면서, 이를 전제로 미국의 조치가 프랑스의 조치에 비해 명백히 불비례(clearly disproportionate)해 보이지는 않는다는 취지로 판시하였다.[42] 국제공동체 전체 또는 조약 당사국 전체의 이익 수호라는 제3국 대항조치의 목적을 보았을 때, 개별적 행위로 인해 야기된 실제 피해와 더불어 상기 위반행위의 시정을 통한 전체 가치의 수호가 하나의 중요한 요소로 고려되어야 할 것이다.

셋째, 국제인권법상 비례의 원칙이 적용된다는 것은 일방적 제재조치 시행국이 비례성 원칙 위반 여부를 스스로 판단할 수 있는 판단여지(margin of appreciation)이 줄어들 수 있다는 점을 시사한다. 상기 Air Service Agreement 중재재판에서 언급된 바와 같이, 대항조치 관련 비례성 심사는 "명백한 불비례성(clearly disproportionate)"을 찾는 정도로 그치는 경우가 있기 때문에 일견 국가에게 비례성 있는 조치를 결정할 어느 정도의 판단여지가 부여된 것으로 해석될 여지가 있다. 그러나 일방적 표적제재를 국가의 개인에 대한 인권제한으로 관념할 경우 비례성 있는 조치를 결정할 국가의 재량은 어느 정도 줄어든다고 볼 여지가 있다. 실제로 자유권규약 인권위원회의 경우 일반논평 34를 통해 인권제한을 통한 비례성원칙 판단에 있어 국가의 판단여지(margin of appreciation)을 명시적으로 부인한다.[43] Cannizaro는 Whaling in the Antarctic 사건 등 최근 국제재판소 판례의 분석을 통해, 국가는 자국의 행위가 어떤 목적을 수행하기 위한 범주에 속하는지에 대해서는 판단여지를 향유하지만, 그 행위가 그 목적을 수행하는데 합리적인 것인지 여부에 대해서는 비교적 엄격한 심사가 적용된다고 언급하고 있는데[44]

4. 비례의 원칙 적용의 한계

제3국 대항조치의 다른 요건을 충족하지 못하고, 국가관할권론의 범위에 포섭되기 어려운 경우에는, 비례의 원칙을 준수한 조치한 일방적 제재조치라 할지라도 국제법상 합법화된다고 보기 어렵다는 점도 유념해야 한다. 첫째, 제3국 대항조치는 해당 조치가 인권위반국이 아닌 제3국을 대

---

42) Case Concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France, Decision of 9 December 1978, para.83: "In the Tribunal's view, it is essential, in a dispute between States, to take into account **not only the injuries suffered by the companies concerned but also the importance of the questions of principle arising from the alleged breach.** (중략) If the importance of the issue is viewed within the framework of the general air navigation policy adopted by the United States Government and implemented by the conclusion of a large number of international agreements with countries other than France, the measures taken by the United States do not appear to be clearly disproportionate when compared to those taken by France." (밑줄, 볼드체 필자 부)

43) Human Rights Committee, *General Comment 34*, CCPR/C/GC/34, para.36: "the Committee recalls that the scope of this freedom is not be assessed by reference to a 'margin of appreciation' and in order for the Committee to carry out its function, a State party, in any given case, must demonstrate in specific fashion the precise nature of the threat to any of the enumerated grounds listed in paragraph 3 that has caused it to restrict freedom of expression."

44) Enzo Cannizaro, Proportionality and Margin of Appreciation in the Whaling Case: Reconciling Antithetical Doctrines?, *European Journal of International Law*, Vol.27., No.4., 2016, pp.1061-1069.

상으로 하는 경우에는 적용되기 어려운데, ARSIWA제49조[45]가 반영하고 있는 관습국제법에 의하면 대항조치는 의무위반국에 대해서만 위법성조각사유로 기능하기 때문이다. 이는 인권위반을 이유로 한 제재를 시행하는 국가들이 흔히 시행하는 이른바 '제2차제재', 즉 제재시행국 국민과 제3국 국민 간의 (제재대상국 금융시스템 등을 통한) 거래 제한의 경우에는 국제인권법상 비례의 원칙의 요건을 충족하더라도 국제법상 합법화되지는 않음을 시사한다.[46] 둘째, 제3국으로서 국가책임을 추궁하기 위해서는 문제되는 의무가 대세적 의무 또는 당사자적 대세적 의무여야 하는바, 국제인권조약상의 의무들은 상호주의적인 약속이 아니라 특정 규범이 보편적 가치라는 국가의 동의에 기초한 것이므로 대체로 여기에 포함될 것이다.[47] 다만, 미국의 마그니츠키법이나 EU의 글로벌 인권제재레짐은 부패(corruption) 혐의가 있는 관료를 제재대상에 포함시키고 있는바, 부패금지가 어떠한 대세적 의무에 해당하는지는 논란의 여지가 있다.[48]

IV. 결론

오늘날 국가들은 자국의 관할권을 행사함에 있어 자국 이익 수호와 더불어 국제공동체 전체 이익의 수호를 내세우는 경향이 강해지고 있다. Ryngaert가 '이타적인 관할권 행사(Selfless Exercise of Jurisdiction)'라 부른[49] 이 현상에 대해 Tanaka는, 국제공동체에서는 전체의 이익을 위해 행동할 집행메커니즘이 부재하기 때문에 국가들은 자국 내에서의 기구로서의 기능과 국제공동체 전체를 위한 기구로서의 이중적 기능을 수행한다고 이야기한다.[50]

중앙집권적 집행메커니즘이 부재한 현 국제공동체 하에서 이는 국제규범 집행을 위한 긍정적 기능을 수행할 수 있지만, 마찬가지로 중앙집권적 집행메커니즘의 부재로 인해 이러한 집행은 얼마든지 자국의 이익을 위해 남용될 여지가 있고, 현실적으로 힘의 불평등이 존재하는 국제공동체 하에서 이는 외국에 의한 개인의 부당한 인권침해로 이어질 소지가 있다. 이상에서 본 바와 같이, 인권위반을 이유로 한 국가의 표적제재는 국제인권법상 비례의 원칙의 요건을 원칙적으로 충족해야만이 국제법상 합법화될 수 있다. 이는 보편적 가치인 인권을 실현하기 위한 조치가 오히려 개인의 인권을 과도하게 침해하지 않도록 하기 위한 최소한의 조치이다. 전술한 유럽 글로벌 인권제재레짐의 경우에도 과도한 인권침해를 방지하기 위해 자산동결 관련 인도적 예외규정을 두고 있다(제4조).[51]

---

45) Article 49 (Object and limits of countermeasures) 1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under Part Two.

46) 동지로 Alexandra Hofer, *supra* note 38, p.197; Tom Ruys and Cedric Ryngaert, *supra* note 9, p.65.

47) Lea Brilmeyer, From Contract to Pledge: The Structure of International Human Rights Agreements, *British Yearbook of International Law*, Vol.77., No.1., 2006, p.169-171.

48) Tom Ruys, Reflection on the Global Magnitsky Act and the Use of Targeted Sanctions in the Right Against Grand Corruption, *Belgian International Law Review*, 2017/2, p.405.

49) Cedric Ryngaert, *Selfless Intervention* (Oxford University Press, 2020), Chap.2-3.

50) Yoshifumi Tanaka, Protection of Community Interests in International Law: The Case of the Law of the Sea, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.15, 2011, p.353.

51) *supra* note 1: Article 4, 1. By way of derogation from Article 3, the competent authorities of the Member States may authorise the release of certain frozen funds or economic resources, or the making available of certain funds or economic resources, under such conditions as they deem appropriate, after having determined that the funds or economic resources concerned are:



분과회의

제5분과위원회

제2발표

[좌장] 오승진 (단국대학교)

국제관습법과 국가책임:
국제인권법상 피해자의 권리를 중심으로

[발표] 백범석 (경희대학교)
[토론] 조정현 (한국외국어대학교)

大韓國際法學會

국제관습법과 국가책임:
국제인권법상 피해자의 권리를 중심으로*

백 범 석**

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 국제관습법
Ⅲ. 국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근
Ⅳ. 마치며

I. 들어가며

일본군 '위안부' 손해배상 사건에 대한 상반된 판결이 지난 1월과 4월에 서울중앙지방법원에서 있었다.[2] 이 번 사건의 가장 주된 법적 쟁점은 재판권의 유뮤 즉 국가면제의 적용 여부였다. 1월 판결을 내린 민사합의34부 재판부와 4월 판결을 내린 민사합의15부 재판부는 공히 주권면제의 원칙이 확립된 국제관습법상의 법리임을 확인하였고, 동시에 심각한 국제인도법 및 국제인권법 침해 사안의 경우 해당 원칙의 예외에 해당하는지 여부를 살펴 보았다. 결국 양 재판부 모두 국제관습법의 확인 및 적용이라는 같은 방법론을 가지고 사건에 접근하였으나, 그 결론은 상반된 판결로 나왔다.

우선 1월 판결은 일견 "일국은 타국법원의 관할권으로부터 면제를 향유한다"는 국제관습법상의 법리인 주권면제이론에 반하는 것처럼 보인다. 그러나 재판부는 국제인권법 또는 국제인도법의 중대한 위반을 이유로 제소된 경우, 항상 주권면제의 예외가 인정되어야 한다는 국제관습법이 현재 존재하지 않지만, 반대로 같은 경우 반드시 주권면제가 인정되어야 하는 국제관습이 있는지 역시도 불명확하고 불완전하다고 보았다. 기존의 주권면제에 관한 국가 간의 상반된 입법이나 판례 등의 국가 실행이 존재하기 때문이다. 따라서 국제범죄 피해자의 실효적인 구제를 막고, 다른 구제 수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서만큼은 최소한 피해자의 사법에 접근할 권리(Right to Justice) 내지 자국 법원에서 재판을 받을 권리가 보장받아야 하며, 이 경우 기존의 불완전한 주권면제에 관한 국제관습법은 그 적용에 있어 예외를 인정함이 바람직하다고 판시한

---

* 해당 글은 현재 집필 진행 중인 논문의 초안으로 참고문헌 등 많은 부분에서 미완성인 상태이며 단지 제21회 국제법학자대회 발제를 목적으로 제출되었음을 밝힌다.

** 경희대학교

2) 2016가합505092 손해배상(기) 서울중앙지방법원 제34민사부, 20211년1월8일 선고; 2016가합580239 손해배상(기) 서울중앙지방법원 제15민사부, 2021년4월21일 선고.

것으로 이해된다.

반면에 4월 판결의 경우 재판부는 판결문에서 "국가 면제에 관한 국제 관습법이 기존의 제한적 면제론에서 인정되지 아니하던 새로운 예외, 즉 법정지국 영토 내 불법행위 또는 강행법규 위반 행위...[가] 일반적인 관행에 이를 정도로 각국의 입법 또는 판결 등 개별 국가들의 실행에 의하여 뒷받침된다고 보기 어려우므로" 현 시점의 국제 관습법에 의하면 국가 면제가 인정되어야 한다고 보았다. 더 나아가 (2015년 한일) "합의는 앞서 본 외교적 보호권 행사의 일반적인 요건을 갖추고 있을 뿐만 아니라 위안부 피해자들의 피해 회복을 위한 피고 정부 차원의 조치를 내용으로 하고 있으므로, 위안부 피해자들의 피고에 대한 손해배상청구권에 관하여 대체적인 권리구제수단을 마련하기 위한 것으로 봄이 타당하다."고 밝힘으로써 이번 재판이 가지는 최후 수단성을 인정하지 않았다. 다시 말해 주권면제 법리로 인해 피해자의 구제를 실현할 만한 다른 형태의 분쟁해결수단이 더 이상 남아 있지 않은, 즉 피해자들의 배상 문제가 미해결인 채로 영구히 남게 만드는 매우 예외적인 상황에는 국가면제론의 예외로써 재판을 받을 권리를 인정해야 한다는 주장에 대해 그러한 예외적인 상황에 해당하지 않는다고 본 것이다.

II. 국제관습법

국가면제법리가 반드시 적용되어야 한다는 주장에는 국가면제론이 확립된 국제관습법이라는 점을 전제로 한다. 그렇다면 과연 국제관습법이라 함은 무엇을 의미하는지 검토해 볼 필요가 있다. 1월 판결에서 언급된 바와 같이 국가면제 적용 여부에 대한 국가실행을 보면, 적어도 심각한 인권침해와 같은 국제인권법 및 국제인도법 위반 행위의 경우 면제 예외를 허용하지 않는 국제관습은 오늘날 여전히 불완전하고 불안정한 것이라고 판단될 여지가 있기 때문이다.

1. 국제관습법의 중요성

국제법에서 국제관습법은 매우 중요한 요소이다. 국제사법재판소 규정 제38조1항에서 규정하고 있듯이 조약과 함께 국제법의 주요 법원 중 하나임은 주지의 사실이다. 특히 국제관습법은 19세기부터 20세기까지 폭발적으로 국제조약들이 증가하면서 국가책임, 관할권, 국가면제, 무력사용 그리고 조약의 해석에 있어 중요한 역할을 해 왔다.[3] 90년대 냉전이후 국제재판소가 오늘날 폭발적으로 증가하면서, 재판소가 적극적으로 국제관습법을 인용하거나 확인하는 경향도 증가하고 있다. 동시에 국제관습법은 많은 국가들이 국내적으로 직접적용 가능한 규범으로 (적어도 원칙상으로는) 받아들이고 있다.[4] 결국 오늘날 국제관습법이 가지는 중요성을 고려한다면 관습법에 대한 명확한 이해와 원칙이 필요하고 이는 국제관습법이 어떻게 형성되는지 그리고 이를 결정하는 증거 요소들은 무엇인지를 파악하는 것이 무엇보다 중요한 작업이 되었다.

2. 국제관습법의 형성과 증거

국제법위원회(ILC)는 국제관습법의 확인(Identification of Customary International Law)으

3) 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 및 WTO 부속서2 분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해 제3조 제2항 등도 이러한 점을 분명히 밝히고 있다.
4) 예를 들어 우리 헌법 제6조 1항상의 국내법과 같은 효력을 가지는 "일반적으로 승인된 국제법규"는 적어도 국내 국제법학자들은 공히 국제관습법을 의미하는 것으로 보고 있다.

로 주제 하에 16개의 결론 초안과 관련 주석을 포함한 보고서를 2018년 유엔총회에 제출하였다.[5] 몇 가지 주요 내용들을 간략하게 살펴보면 국제관습법의 규칙의 존재와 내용을 결정하기 위해서는, 법으로 수락(법적 확신)된 일반 관행이 존재하는지를 확인하는 것이 필요함을 명확히 하였다. 여기서 국가실행은 국가의 행정, 입법, 사법(국내법원의 판결 포함) 행사를 통한 국가의 행위로 구성된다고 보았다. 법적 확신의 경우에는 국가실행이 법적 권리 또는 의무라는 의식을 갖고 행해져야 한다는 것을 의미하며, 국가의 부작위도 법적 확신의 증거로서 사용될 수 있다고 판단하였다.

해당 작업이 ILC를 통해 진행되면서 다양한 논의들이 국제관습법의 확인에 관해 있어왔는데 주된 쟁점은 일반적인 국가실행에 대한 대표성의 문제였다. 간단히 말해 일반적인 관행은 특정 국가, 특히 서구 국가들 및 일부 비서구 강대국들의 국가실행이 반영되었을 뿐, 아시아, 아프리카, 중동을 포함한 많은 제3세계국가들의 실행이 포함되지 않았다는 것이다. 제3세계 국가들의 국가실행이 실제 국제사회에 제대로 소개되지 않고, 국제법학자들에 의한 이들 국가들의 국가실행에 관한 연구물들이 제대로 생산되지 않으면서 결국 국제관습법의 결정은 특정 국가들의 국가실행을 통해 주로 이루어지게 되었다는 비민주적인 국제사회의 구조적인 문제점을 제시한다.[6] 결국 이론상으로는 국제관습법의 형성은 모든 국가들의 일반적인 관행을 통해 이루어져야 하나 실제로는 국제관습법 형성에 일부 특정 국가들만 기여하게 된다는 것이다. 겉으로는 주권존중의 원칙을 근본으로 하는 국제법 체제하에서도 국제관습법 형성에 대해 규범 제정자(Norm Maker)가 따로 있고, 대다수 국가들은 규범 준수자(Norm taker)의 역할만 맡게 된다. 분명한 입법주체가 존재하는 조약의 경우 국가 간의 명시적 동의에 의한 것으로 볼 수 있는 반면, 국제관습법 형성 과정에는 입법주체라는 개념이 흐릿하여 필연적으로 불명확성이 드리워져 있게 된다는 비판이다.

앞서 살펴본 바와 같이 심각한 인권침해 행위의 경우 국가면제의 예외 여부를 판단함에 있어 국제사법재판소와 개별 국가의 국내 법원은 판결문에서 미국, 영국, 프랑스, 이탈리아, 그리스 판례 등을 인용하지만 그 외 다른 제3세계 국가에서의 판결 내지 국가실행들은 쉽게 알 수도 없고 사실상 접근이 용이하지도 않다. 같은 맥락에서 제3세계 국가의 부작위 내지 침묵을 과연 국가면제의 묵시적 동의로 볼 수 있는지에 대해서는 신중한 접근이 요구된다.

3. 현대 국제관습법

이에 일부 국제법학자들은 전통적인 국제관습법과 현대 국제관습법으로 국제관습법을 구분하면서 후자의 경우 법적 확신에 상대적으로 더 무게를 두어야 한다고 주장해 왔다.[7] 오랜시간 국제관습법은 국제인권법, 국제인도법, 국제형사법, 그리고 국제환경법이 추구해 나가는 발전방향에 반하는 형태로 또는 기존의 국가 중심의 체제를 유지하는데 활용되어 왔음을 강하게 비판하면서 오늘날에는 설사 국가실행이 없더라도 국제관습법이 형성될 수 있다고 본다. 그러나 법적 안정성과 정당성(legal stability and legitimacy)을 중시하는 법실증주의 입장에서는 현대 국제관습법

5) ILC, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries (2018), UN Doc. A/73/10.
6) Anthony Carty, Doctrine Versus State Practice, in The Oxford Handbook of the History of International Law (Bardo Fassbender & Anne Peters eds., 2012); International Law Association(ILA), Final Report of Commission on Formation of Customary (General) International Law: Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (London Conference, 2000) 참조.
7) B. S. Chimni, Customary International Law: A Third World Perspective, American Journal of International Law Vol.112 (2018).

이라는 표현 자체에 거부감을 가지고 있고, 이러한 개념을 비판적으로 바라볼 수밖에 없다. 실제 국제재판소 판결과 학술논문에서 국제관습법과 관련하여 '확인한다'라는 동사를 주로 사용하는 것 자체가 이러한 전통적인 국제법관에 따른 국제관습법의 과거지향적 특징에서 기인한 것으로 볼 수 있다. 본질상 오랜 시간에 걸쳐 형성된 공동체의 행위방식을 반영하는 관습은 필연적으로 과거회고적이고 보수적이 성격을 띨 수밖에 없기 때문이다. 그러나 이러한 특성은 시시각각 빠르게 변화해 가는 오늘날 사회상을 유연하고 신속하게 반영하여 발전, 진화해 갈 수 없다는 측면에서는 단점으로 작용할 수밖에 없다. 다시 말해 최근 COVID-19와 같은 초국경적 감염병, 신속한 기술발전, 사람과 물자 및 정보의 대량 이동, 기후변화, 대규모 인권침해 국제범죄 및 테러리즘 등으로 유발되는 현대 사회가 필요로 하고 요청하는 새로운 국제규범 형성 또는 기존 규범의 변경에 대한 장애 요인으로 국제관습법이 작용할 위험이 크다는 것이다. 따라서 현대 국제관습법을 주장하는 이들은 회고적 성격의 국가실행과 법적 확신의 굴레에서 벗어나 국제사회가 현재 필요로 하는 가치를 추구하는 방향으로 국제관습법이 확인, 제정 또는 선언되어야 한다고 본다.

실제로 1990년대 구유고국제형사재판소와 르완다 국제형사재판소, 이후 2002년 상설재판소로 국제형사재판소가 설립되면서 국제재판관들은 당시 미발달의 국제형사법을 발전시키고 확장하는 도구로 현대 국제관습법 개념을 판례를 통해 적극적으로 사용해 왔다.[8] 1948년 채택된 세계인권선언을 시발점으로 삼는 국제인권법의 경우도 이미 모든 국가를 구속하는 법이라는 믿음 내지 국가실행에 근거했다기 보다는 향후 모든 국가들을 구속해야 할 법이라는 미래 지향적인 성격의 법적 확신에 기반을 두고 형성, 발전되었다고 보는 것이 타당하다. 일례로 오늘날 수많은 국가에서 국제인권법상 고문금지 규범에 반하는 고문행위가 자행되고 있다. 그러나 이러한 국가실행이 있음에도 불구하고 고문금지 규범의 국제관습법적 위상은 흔들리지 않고 있다. 국내법과 달리 입법기관이 없는 국제법이 가지는 특성과 본질을 고려할 때, 시간이 지나면서 이러한 역동적이고 가치지향적인 법적 확신 개념을 포함한 국제관습법의 형성을 통해서만이 국제법도 변화 발전할 수 있다.

4. 국가중심의 전통 국제법질서와 피해자의 권리 구제

국제법상 국제위법행위가 있고, 이러한 행위에 귀속되는 국가는 국가책임을 부담하게 된다. 전통적인 국제법 하에서 권리의 주체는 오로지 국가이고 개인은 권리의 주체로 인정되지 않는다. 따라서 일국이 국제법을 중대하게 위반하여 개인에게 손해를 가한 경우에도 피해자는 국제법에 기초하여 직접 가해국을 상대로 배상청구를 할 수 없다. 요컨대 현 국제공법 체제 내에서 개인이 국제법의 중대한 위반의 피해자로서 타국을 상대로 구제를 요청할 수 있는 수단은 매우 제한적이다. ILC 국가책임초안 제34조는 국제위법행위로 인한 피해에 대한 배상으로 원상회복, 금전배상, 만족을 규정하고 있는데, 이는 가해국이 피해국에 대하여 국제법상 책임을 이행하는 수단을 의미하는 것으로 개인에 대한 배상의 원칙을 규정한 것은 아니다. 다시 말해 일반 국제공법 차원의 제도들은 국가 중심의 전통국제법적 관점에서 크게 벗어나지 못하고 있으며,[9] 결국 자신의 국적국을 통한 구제방법 이외에는 타국을 향한 구제수단이 피해자 개인에게는 국제법상 극히 제한적임을 극명히 보여준다.[10] 즉 국제법의 다양한 분야의 발전에 비해 여전히 국가책임에 대한 실제

8) Curtis A. Bradley (ed.), Custom's Future: International Law in a Changing World (Cambridge: Cambridge University Press, 2016) 참조.
9) Edith Brown Weiss, "Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century", American Journal of International Law, vol.96 (2002)

적 논의는 국가중심의 전통국제법적 사고에 갇혀있다는 비판은 여전히 유효하다.

일반적으로 타국으로부터 피해를 받은 개인의 권리 보호를 위한 구제책으로서 자국민을 대표하여 국가가 행사하는 외교적 보호권은 중요한 역할을 한다. 그러나 다른 국가가 자국민에게 피해를 입힌 것은 그 개인들의 국적국에 간접적으로 피해를 입힌 것이라는 바텔의 의제는 수세기동안 외교적 보호의 기초가 되어 왔고, 결국 외교적 보호권의 행사 역시 국적국의 재량에 속한다는 것이 지금까지의 일반적인 전통국제법상의 해석이다. 그러나 이러한 외교적 보호권에 관한 전통적인 견해는 국제법 규범들간의 불일치를 야기할 수 있다. 오늘날에는 다수의 국제인권 조약들은 국가의 위법행위에 피해를 입은 개인에게 배상을 포함한 적절한 구제조치를 취할 것을 규정함으로써 국가 대 국가가 아닌 가해국 대 피해자 개인의 관계를 다루어 왔기 때문이다. 그러나 여전히 외교적 보호권의 행사에 관한 모든 사항은 국적국의 재량에 일임되어 있다는 견해에는 변함이 없다. 실례로 제2차 세계대전 종전 이후 연합국은 일괄타결방식을 통해 외교적 보호권을 행사하였다. 문제는 일괄타결방식을 채택하여 협정을 체결하는 것은 국가이지만 그에 의하여 영향을 받는 것은 개인의 권리라는 점이다. ILC는 2006년 작업을 종료한 외교적 보호 초안을 통해 이러한 모순을 해소할 기회가 있었고, 실제로 외교적 보호에 관한 특별보고관 존 두가가 제출한 첫 보고서는 강행규범 위반의 상황에서는 국적국에 자국민을 대신하여 외교적 보호권을 행사할 의무를 부과하는 조항을 포함하고 있었다. 하지만 더 많은 국가관행과 법적확신이 필요하다는 당시 위원회의 일반적 견해에 따라, 이 조문안은 철회되었다.[11] 다만 ILC는 권고적 실행(Recommended Practice)라는 다소 특이한 표제 하에 외교적 보호초안 제19조를 통해 가능한 피해를 입은 개인의 입장에서 요구하는 외교적 보호의 행사와 배상이 무엇인지를 국가는 참작하여야 한다고 규정한다. 그러나 여기에서도 위원회는 주석을 통해 본 조항이 국가관행을 반영한다거나 국제관습법의 지위를 가지고 있다고 보기는 어렵다고 명시하였다.

이는 개인이나 비국가행위자에게 국제법상 실체적 권리뿐 아니라 절차적 권리도 보장해 나가고 있는 인권, 환경, 외국인 투자 관련 국제법 분야의 발전상을 충분히 반영하지 못하는 것이라 볼 수 있다. 외교적 보호 초안 작업의 특별보고관이었던 존 두가는 이러한 불합리한 국제법 체제에 대해 다음과 같이 비판한다.

"국가가 원할 때, 그리고 국가가 원하는지 여부에 따라, 국민을 보호할 국가의 권리라는 것은 현대 국제법과 동떨어진 것이다. 인권조약의 당사국이 관할권 내 모든 사람에게 협약상 권리의 침해에 대한 실효성 있는 보호를 보장하고 더 나아가 적절한 구제수단을 제공해야 할 것이 요구된다면, 자국민이 외국에서 가장 기본적인 인권을 심각하게 침해당했을 때, 국적국은 해당 국민을 보호해야 할 의무가 있음은 당연하다. 이는 강행규범의 중대한 위반의 경우에 특히 그러하다."[12]

이미 우리나라 헌법재판소는 이러한 관점을 반영한 판결을 내린 바 있다. 2011년 대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인 사건에서 앞서 언급한 외교적 보호초안 제19조를 적극적으로 해석하여 피해자의 입장을 고려하였다. 그리고 해당 조문을 기초로 하여 분쟁해결절차로 나아갈 의무를 인정한 바 있다.[13]

---

10) James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries (2002)

11) John Dugard, "Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission", Australian Yearbook of International Law, vol.24 (2005).

12) Ibid.

13) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정. 해당 결정 전문은 다음과 같다.
(다) 기본권의 구제가능성: ... 2006년 유엔 국제법위원회에 의해 채택되고 총회에 제출된 '외교적 보호에

5. 소결

국제법의 해석 및 적용에 있어 국내 법원과 국제법학자들은 상당히 보수적인 입장을 취해왔던 것이 사실이다. 그러나 국제법의 파편화 현상과 함께, 다양한 분야에서 지속적으로 변화 발전해 가고 있는 국제규범들을 해석하거나 또는 관련 국제법 원칙들이 반영된 국제관습법의 존재를 확인함에 있어 그 적용 당시의 구체적인 상황과 맥락이 적극적으로 고려될 필요가 있다. 오늘날 국제법은 과거 예상하지 못했던 다양한 분야로 국제화(internationalization)되어 가고 있고, 이러한 변화의 중심에는 개인의 기본적인 인권을 강조하는 국제인권법이 있다. 이는 앞서 살펴본 국가 중심의 전통적 국제법 하의 국가책임 및 외교적 보호에 대한 국제관행에도 상당한 영향을 주면서 새로운 미래의 국제관습법을 점진적으로 형성해 나가 것을 요청한다. 외교적 보호권에 관한 우리나라 헌법재판소의 2011년 판결 역시 그러한 국가실행의 예 중 하나가 될 것이다.

일본군 '위안부' 손해배상 사건의 핵심 쟁점이었던 국가면제론의 경우에도 각국의 실행을 보면 국제인권법적 요소가 고려되어야 한다는 주장들과 이를 위한 노력이 지속적으로 제기되어 왔다. 국제법상 실체법과 절차법의 적용 영역이 각기 다르다고 하더라도 제한적 국가면제의 실행이 국제인권법의 발달과 국제법의 인권 중심적 변화 가운데에서 언제까지나 예외일 수는 없기 때문이다. 더구나 국가면제의 예외와 제한은 외교 협상 회의의 결정, 국제적 사법·중재 기관의 선언을 통해서 발전해 왔다기 보다는 대부분의 경우 개별 국가의 국내 입법과 법원 판결을 통해 변화하고 형성되어 왔다. 어쩌면 하나의, 때로는 고립된 국내 법원 판결을 통해서 점차 국제사회의 주류로 발전해 나갈 수도 있다는 것이다.

국제인권법 또는 국제인도법의 중대한 위반을 이유로 제소된 경우 항상 국가면제의 예외가 인정되어야 한다는 국제관습법이 현재 존재하지 않지만, 반대로 같은 경우 반드시 국가면제가 인정되어야 하는 국제관습이 있는지 역시도 불명확하고 불완전한 것이 사실다. 그러나 이러한 논의가 주된 쟁점이 되어서는 안된다. 핵심은 만약 국제범죄 피해자의 실효적인 구제를 막고, 다른 구제수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서는 최소한 피해자의 사법에 접근할 권리(Right to Justice) 내지 자국 법원에서 재판을 받을 권리가 오늘날 국제관습법으로 확인되고 보장받을 수 있는지 여부에 있다. 이러한 국제법상의 피해자의 권리가 확립된 국제관습법으로서 존재한다면 기존의 불완전한 국가면제에 관한 국제관습법은 그 적용에 있어 예외를 인정함이 바람직하기 때문이다. 이러한 측면에서 보면, 국가면제 원칙을 옹호하면서 심각한 인권침해의 피해자들에 의한 재판청구권을 배척하였던 국제사법재판소 판결의 수용을 이탈리아 헌법재판소가 재판을 받을 권리를 침해하는 것으로 위헌이라 판시한 것도 단순히 국제법에 반하는 판결로만 볼 것은 아니다. 실제 유엔총회는 이미 2005년 "국제인권법의 중대한 위반행위와 국제인도법의 심각한 위반행위의 피해자 구제와 배상에 대한 권리에 관한 기본원칙과 가이드라인"(이하 피해자 권리 기본원칙)을 채택한 바 있다. 이하에서는 이러한 국제인권법상의 피해자의 권리가 실효성 있는 국제규범(국제관습법 포함)인지 여부를 국제인권법의 발전 과정을 통해 간략히 살펴보고자 한다.

관한 조문 초안'의 제19조에서도, 외교적 보호를 행사할 권리를 가진 국가는 중대한 피해가 발생했을 경우에 특히 외교적 보호의 행사가능성을 적절히 고려하여야 하고, 가능한 모든 경우에 있어서, 외교적 보호에의 호소 및 청구될 배상에 관한 피해자들의 견해를 고려해야 함을 권고적 관행으로 명시하고 있다. 그런데 청구인들은 이 사건 심판청구를 통하여 피청구인의 작위의무의 이행을 구하고 있으므로 피해자들인 청구인들의 의사는 명확하다 할 것이고, 앞서 살펴 본 이 사건 협정의 체결 경위 및 그 전후의 상황, 여성들에 대한 유례 없는 인권침해에 경악하면서 일본에 대하여 공식적 사실인정과 사죄, 배상을 촉구하고 있는 일련의 국내외적인 움직임을 종합해 볼 때, 피청구인이 이 사건 협정 제3조에 따라 분쟁해결절차로 나아갈 경우 일본국에 의한 배상이 이루어질 가능성을 미리 배제하여서는 아니된다.

III. 국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근

1. 현대 국제인권법의 특징

오늘날은 인권의 시대라 하여도 과언이 아니며, 세계인권선언이 채택된 1948년 이래로 국제인권법은 그 적용 분야를 넓혀왔고, 이에 발맞추어 다양한 인권 분야를 규율 하는 국제조약들의 숫자도 증가해 왔다. 이와 같이 유엔을 중심으로 국제사회는 지난 70여 년간 다양한 분야의 인권 개념을 법제화하는 인권의 국제화를 위해 노력해 왔고 이는 현재도 진행형이지만, 1990년대 이후로는 개별국가들이 국제인권규범을 어떻게 이행해 나가는가 하는 인권의 내재화에 더욱 많은 관심을 가져오고 있다. 그리고 이러한 인권의 국제화 및 내재화 과정을 통해 주권개념에 관한 이해도 점진적으로 변화해 왔다. 적어도 국제인권법상 타국으로부터 간섭을 받지 않을 국가의 권리로서의 주권이라는 개념은 점차적으로 개별 국가의 국민들의 기본권 역시 보장해야 한다는 국가의 의무로서의 주권으로 그 개념 범위를 확장 발전시켜 왔다. 결국 인권과 주권의 관계는 오늘날 상호보완적인 것으로 이해되어야 한다. 인권의 보호와 증진이 동시에 주권의 존중을 의미할 수 있기 때문이다. 다시 말해 개별 국가는 인권의 가해자로써가 아닌 자국 국민의 인권을 보호할 보장자로써 인식되어야 하며, 같은 맥락에서 주권의 존중은 기본적인 인권의 보호를 통해 실현될 수 있다.

2. 국제인권법상 피해자의 권리

"잘못된 것을 바로잡는 것은 모든 법체계에서 인정되고 적용되는 법의 일반원칙이자 관습법규를 구성하는 기본적인 법적 원칙"이다.[14] 이러한 일반원칙은 제2차 세계대전 이후 개인의 권리를 확인하고 이를 보호해야 할 국가의 의무를 정하는 국제인권법의 발전과 함께, 인권침해에 대해 구제를 받을 피해자의 권리와 이를 보장해야 할 국가의 의무로 확장되었고, 그러한 규범적 근거를 유엔 및 지역기구에서 채택된 인권조약과 선언에서 찾을 수 있다. 세계인권선언 제8조는 "모든 사람은 헌법 또는 법률이 부여한 기본적 권리를 침해하는 행위에 대하여 권한 있는 국내법정에서 실효성 있는 구제를 받을 권리를 가진다"고 밝히며 주요 국제인권조약들 역시 공히 '실효성 있는 구제를 받을 권리'에 관한 규정을 두고 있다. 유럽인권협약 제13조도 '실효적 구제를 받을 권리'를 규정한다. 특히 '공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도'라는 문구를 포함하여, 인권침해의 행위 주체가 공권력이라 하더라도 책임을 면할 수 없음을 분명히 하였고 이는 국가 중심의 전통적인 국제법질서에 새로운 관점과 규범을 제기하는 국제인권법의 특징을 보여준다. 또한 미주인권협약은 명시적으로 인권침해 피해 배상(reparation)에 대한 국제법 일반의 기본원칙을 구체적으로 재확인하였고, 이후 인권침해 피해자의 구제에 대한 권리 개념의 발전에 중요한 영향을 미쳤다고 평가받는다.[15] 자유권규약 제2조 제3항과 인종차별철폐협약 제6조 역시 피해자가 '공정하고 적절한 배상 또는 만족'을 '법원에 청구할 권리'를 명시적으로 보장하고 있다. 고문방지협약은 피해자의 구제에 대한 권리를 '재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을

14) M. Cherif Bassiouni, "International Recognition of Victim's Rights", Human Rights Law Review Vol.6 no.2 (2006).
15) I. Bottigliero, "Evolution of the Victims' Right to Redress through International Human Rights Law, Jurisprudence and Standards", in Redress for Victims of Crimes Under International Law (2004) p.136.

받을 수 있는 실효적인 권리'(제14조)임을 확인하여, 피해에 대한 배상(reparation)이 금전적 배상(compensation)뿐 아니라 재활 등 피해 회복에 필요한 다른 조치까지 포함하는 것으로 본다.

인권조약기구 및 지역인권법원의 실행을 보더라도 이러한 피해자의 권리가 구체화된 측면을 확인해 볼 수 있다. 특히 자유권위원회, 미주인권법원, 유럽인권법원의 구제에 대한 판례, 결정례, 해석지침을 검토해 보면 다음과 같다. 첫째, 국제인권법상 실효성 있는 구제에 대한 권리는 단지 표제에 불과한 것이 아니라 당사국에 구체적인 의무를 부과하고 있다. 둘째, 실효성 있는 구제는 인권침해 사건의 성격에 따라, 금전적 배상 이외에도, 사건에 대한 철저한 수사, 기소, 가해자의 처벌, 그 절차에 대해 피해자가 알 수 있도록 하는 것, 원상회복, 재활, 인간존엄의 회복을 위한 만족, 재발방지 보장을 위한 조치를 요구할 것을 포함한다.

3. 유엔 피해자 권리 기본원칙

2005년 12월 유엔총회에서 만장일치로 채택된 피해자 권리 기본원칙은 그 전문에서 국제법상의 새로운 권리와 의무를 창출하는 것이 아니라, 국제인권법과 국제인도법상 이미 인정되고 있는 피해자의 권리를 확인하고, 이에 대한 국가의 법적 의무를 이행할 수 있는 절차와 방법들을 한데 모은 것으로 이 문서의 법적 성격을 설명하고 있다.[16] 본 원칙은 피해자의 권리를 ①사법에 대한 권리, ②배상(reparation)에 대한 권리, ③진실에 대한 권리로 크게 분류하고, 각 권리 아래 보다 상세한 권리 목록을 제시하고 있다. '평등하고 효과적인 사법에 대한 접근'을 표제로 하는 사법에 대한 권리는 제12조에서 규정하고 있듯이 실효성 있는 사법적 구제에 대해 평등하게 접근할 수 있는 권리를 기본으로 하되, 행정적 구제, 국내법에 근거한 다른 장치와 절차들에 대한 접근을 포함한다. 개별적으로 권리구제 절차에 대해 접근할 수 있도록 보장하는 것 이외에도, 동 원칙은 국가들이 집단적 배상 청구를 할 수 있는 절차를 개발해야 한다고 제시하고 있다. 한편 유엔인권기구와 지역인권법원은 피해자의 배상에 대한 권리를 배상금 지급을 넘어, 인권침해로 입은 피해를 실질적으로 회복하고 상황을 시정하는 데 필요한 조치들을 포함하는 권리로 실제 해석해 왔다. 피해자 권리 기본원칙 역시 이러한 법리의 발전에 기초하여, 배상에 대한 권리가 충족되기 위해서는 피해자에게 각 사건 피해의 중대성과 각 사건의 상황을 감안하여 ①원상회복(restitution), ②금전적 배상(compensation), ③재활(rehabilitation), ④만족(satisfaction), ⑤재발방지 보장(guarantee of non-repetition)과 같은 완전하고 실효성 있는 배상을 위한 조치가 제공되어야 한다고 제시한다.

이와 같이 피해자 권리 기본원칙은 주요 국제인권조약에 규범적 근거를 가진 '실효성 있는 구제에 대한 피해자의 권리'와 관련된 법리의 발전을 반영하여 집대성한 문서로서 큰 의의를 가진다. 동 원칙이 피해자의 구제권에 관한 실정 국제법원칙을 확인하여 shall, 그리고 right, obligation, 또는 duty라는 용어를 사용하여 표현하고 있는 권리와 의무는 여러 인권 조약과 국제인권문서에 흩어져 있고 국제재판소, 지역인권법원 및 국내 법원의 판결 등을 통해 산발적이고 비체계적으로 확인되어 온 피해자의 구제권을 단순히 한 곳에 모아 놓은 것에 그치지 않으며, 피해자를 중심에 놓고 기존의 주요 인권 조약과 인권 문서에 담긴 피해자의 구제권의 실체적 내용을 체계적으로 정리하여 구체화하고 있다. 즉 피해자 권리 기본원칙은 유엔 총회의 결의로 채택

16) UN GA, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, (16 Dec. 2005) UN Doc. A/60/509/Add.1, in (Mar. 2006) A/RES/69/147.

된 문서라는 형식적인 이유 때문에 무시될 수 없으며 오늘날 국제관습법으로 전화(轉化)되었다고 봄이 상당하다.

4. 소결

지금까지 살펴본 바와 같이 주요 국제인권조약들은 인권침해 피해에 대해 실효성 있는 구제를 받을 권리를 독립적인 인권으로 인정하고 있다. 자유권규약 제2조 제3항의 '실효성 있는 구제에 대한 권리'는 의무이탈이 불가능한 권리라는 것이 자유권위원회의 해석이기도 하다.[17] 국제인권법상 피해자의 권리는 실효성 있는 구제를 제공해야 할 작위의 의무와 실효성 있는 구제에 대한 피해자의 권리 실현을 저해하지 않아야 할 부작위 의무, 두 가지 모두를 국가의 의무로서 요구하고 있다. 일차적인 인권침해로 국제인권법을 위반한 국가가 그 피해에 대해 피해자 권리 기본원칙에 기반해 실효성 있는 구제 제공의 의무를 다해야 함은 기본이다. 더 나아가 일차적인 인권침해 가해국이 아니라 하더라도, 어떠한 국가든지 자국 관할권 내에 있는 피해자들의 실효성 있는 구제에 대한 권리를 존중해야 할 의무가 있다고 해석된다. 자국 관할권 내에 있는 피해자들이 효과적 구제를 받지 못 한 채 인권침해로 인한 피해로 계속 고통을 받고 있다면, 피해자의 사법에 대한 권리, 배상에 대한 권리, 진실에 대한 권리를 존중, 보장받을 수 있도록 지원해야 할 적극적 의무도 지게 된다는 것이다.

사법, 배상, 진실에 대한 권리가 실현되고 피해자의 존엄이 회복되지 않는 한, 인권침해는 과거사가 아닌 현재진행형의 사건이 된다. 즉 오늘날 국제인권법은 심각한 인권침해 행위에 대해 인도적 도의적 대응 및 정치적 고려에 따른 판단이 아닌 국제 인권적 시각에 기반을 둔 법적 구제를 요구할 수 있어야 한다고 규정하며, 동시에 국가를 향해 이를 보장할 의무가 있음을 천명한다. 특히 인권침해 행위가 전쟁범죄, 인도에 반하는 죄, 또는 제노사이드에 해당한다면 더욱 그러할 것이다.

국가책임은 여전히 국가에 의해 다른 국가의 책임을 추궁하고 시정하는 제도로 기능해 왔고, 외교적 보호권의 행사는 국가의 전속적 재량권으로 보는 것이 전통국제법상 통용되는 해석임은 맞다. 그러나 세계인권선언 채택 이후 그 어떤 국제법 영역보다도 끊임없이 그리고 활발히 발전되어 온 국제인권법의 발달과정과 현재 국제인권법의 지위를 고려한다면 적어도 심각한 인권침해 행위에 대해서는 국가 대 국가의 문제를 벗어나 보편적 국제인권문제라는 인식하에, 실효성 있는 피해자의 권리 구제가 보장될 수 있도록 할 의무가 개별 국가에 있다. 피해자 권리 기본원칙을 통해서 알 수 있듯이 피해자 중심의 권리보장체제는 추상적 개념이 아닌 매우 구체적 내용을 가지고 있는 국제인권법상 국제관습법으로 확립되어온 원칙이다. 국가가 인권침해 피해자와의 만남을 통해 그들의 이야기를 듣고 원하는 바를 이해한다는 절차적 정당성만을 의미하는 것이 아니라는 것이다.

IV. 마치며

국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ)는 2012년 국가면제 사건 판결을 통해 주권면제가 본질적으로 절차적 규범임을 이유로 실체적 규범과의 충돌여지를 부정하였다. 다시

17) Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para.13.

말해 설사 실체적 규범인 강행규범 위반에 관한 것이라고 하더라도 절차적 규범인 국제관습법상 국가면제 원칙을 적용하는데 영향을 받지 않는다는 것이다. 국제사법재판소가 국제법의 새로운 발전에 신중하다는 점에서 놀라운 결과는 아니다. 따라서 심각한 인권침해 사건에 국가면제를 적용하게 되면 헌법상 보장받아야 하는 피해자들의 재판청구권이 침해된다고 본 1월 판결은 일견 2012년 국제사법재판소 판결에 반하는 것으로 보일 수 있다.

그러나 2012년 사건에서 국제사법재판소는 최후수단성에 기인한 항변을 배척하면서도 종국에는 이탈리아와 독일 양국 간의 장래의 협상을 통해서만 문제 해결에 이를 수 있다는 전망을 판결을 통해 분명히 밝힘으로써 해당 항변 배척이 확정적이지 않고 향후 변경 가능한 현재진행형임을 보여주었다. 이는 일본군 '위안부' 사건의 경우 2015년 한일합의를 통해 이미 한일 양국 간의 협상이 이루어졌다는 측면에서 2012년 이탈리아와 독일 사건과는 사실관계에 분명한 차이가 있음을 보여주는 지점이기도 하다. 일본군 '위안부' 손해배상 소송의 경우 이미 2015년 한일합의로 인해 사실상 교섭의 주제가 될 수 없기에 더 이상의 구제 방법이 사실상 전무하기 때문이다. 더욱이 2012년 국가면제 사건은 전시 성폭력 및 성범죄 문제가 아니었다는 점을 고려한다면,일본군 '위안부' 사건이 상정될 경우 국제사법재판소가 2012년 국가면제 사건과 달리 판단할 여지도 적지 않다. 또한 국제사법재판소규정 제59조에서 규정한 바와 같이 재판소의 결정은 당사국과 해당 특정사건에 대해서만 구속력을 가지는 것으로, 새로운 국제법 이론의 발전으로 추후 다른 사건에서 다른 입장을 보일 가능성을 완전히 배제할 수 없음은 자명하다.

2012년 국가면제 사건에서 Yusuf 재판관은 반대의견을 통해 국제법을 위반한 중대한 인권침해의 경우 실효적 구제를 받을 권리가 국제관습법으로 인정되었다는 (피해자권리기본원칙을 성안한) 유엔 특별보고관 보고서를 언급하면서 주권면제가 국제법상 불변의 가치가 내재된 것은 아니라고 보았다. 국제사회의 인권지향적 가치를 보다 온전히 보호하기 위해서라도 예외적인 특정 경우에는 주권면제의 적용을 배제하여야 한다는 주장이다. 자국민의 기본적 인권을 보호할 최우선 당사자인 피해자의 국적국이 국제분쟁회피라는 명목 하에 기계적으로 주권면제를 우선 적용해서는 안된다는 것이다.

지난 1월 판결은 지속적으로 변화 발전해온 국제인권법을 반영하여, "정말 안타깝지만 현 국가중심의 국제법 체제에서는 아무런 다른 구제수단을 제공해 줄 수 없다"는 답변만을 여전히 2021년 현 시점에서도 심각한 인권 침해 피해자에게 제공하는 것은 맞지 않을 수 있다고 말하고 있다. 정말 마지막 구제수단으로 국적국에서의 재판청구권마저 허용되지 않는다면 이들 피해자에게 남은 선택지는 더 이상 없기 때문이다.

국제인권법 하에서는 인권의 침해로 인해 피해를 입은 피해자들에 대해 효과적인 구제를 받을 피해자의 권리가 인정되며, 그러한 권리를 존중, 보장해야 할 국가의 의무가 부과된다. 따라서 국제법이 기본적으로 국가의 권리와 의무를 다루며, 피해자의 구제가 국가가 취할 수 있는 외교적 조치의 한계 안에서 이루어질 수 있다는 것을 일정부분 인정한다 하더라도, 국제인권법상 규정된 국가의 의무를 위반하지 않는 방식으로 행사해야 한다는 것이 국제법 규범들 간의 충돌을 피하는 조화적 해석이라 할 것이다. 그러나 4월 판결을 통해 민사합의15부 재판부는 이러한 점을 외면한 채 기존의 국가중심의 법실증주의에 기반을 둔 전통적인 국제법 시각만을 반영하였다. 그러나 이러한 법실증주의 방법론에 근거한 판결은 국제법의 화석화를 야기하게 되고 결과적으로 국제법의 지속적인 발전을 저해할 수밖에 없다.

전통적인 국제법 하에서 권리 주체는 오로지 국가이고 개인은 권리 주체로 인식되지 않았다. 그러나 언제까지 지난 4월 판결처럼 국가 위주의 전통국제법적 관점에서 크게 벗어나지 못한 채 일반 국제공법 차원의 제도만을 고려하여 심각한 인권침해 피해자 개인의 권리를 무시해야만 하

는 것일까? 더 나아가 개인이 입은 피해에 대한 배상의 권리는 국제법으로 보장되지 않는다고 단정지으며, 오로지 국가간 외교를 통해 해결해야 하는 것이라는 완고한 입장을 반복적으로 취해야만 하는가?

과거와 달리 오늘날에는 개인도 다양한 국제인권조약 및 관습법상의 권리 주체임이 분명하다. 그리고 국제인권법상 피해자 중심주의는 국가 중심의 전통적인 국제법질서를 극복하고 구제에 대한 피해자의 인권을 실현할 수 있는 국제법상의 절차와 방법이 강화되어야 할 필요성에 대한 국제사회의 지속적인 목소리가 반영된 결과이다. 다시 말해 국가가 원할 때, 그리고 국가가 원하는지 여부에 따라, 국민을 보호할 국가의 권리라는 것은 더 이상 오늘날 국제인권법상 용인될 수 없다. 적어도 자국민이 타국으로부터 가장 기본적인 인권을 심각하게 침해당했음에도 피해자에게 실효적인 구제가 제공되지 않고 동시에 다른 구제 수단이 없는 매우 예외적이고 극단적인 상황에서는 지난 1월 판결이 밝힌 바처럼 최종적 수단으로 선택된 민사소송에서의 재판권과 같은 사법에 접근할 권리만큼은 국적국이 피해 국민을 위해 보장할 수 있어야 할 것이다.



분과회의

제5분과위원회

제3발표

[좌장] 오승진 (단국대학교)

Artificial Intelligence and Human Rights: Four Realms of Discussion, Research, and Annotated Bibliography

[발표] 이주택 (Rutgers Law School)
[토론] 원유민 (서울대학교)

大韓國際法學會

Artificial Intelligence and Human Rights: Four Realms of Discussion, Research, and Annotated Bibliography*

이 주 택**

Table of Contents

Ⅰ. Introduction

Ⅱ. Four Realms of AI and Human Rights
A. The First Realm: Human's Application of AI and AI's Positive Contributions to Human Rights
B. The Second Realm: AI as Human Rights Violators and Humans' Efforts for Accountable AI
C. The Third Realm: AI as Objects of Human Rights Protection
D. The Fourth Realm: AI Seeks Their Own Rights as Active Subjects

Ⅲ. Conclusion

Annex : Annotated Bibliography
A. Books
B. Articles

Ⅰ. Introduction

The term, "artificial intelligence" ("AI") has changed since it was first coined by John McCarthy in 1956.[1] AI, believed to have been created with Kurt Gödel's unprovable computational statements in 1931,[2] is now called deep learning or machine learning. AI is a computer machine with the ability to make predictions about the future and solve complex tasks using algorithms.[3] The AI algorithms are enhanced and become effective with big data by capturing the present and the past, while still reflecting human biases into models and equations.[4] AI can also make choices like humans, mirroring human

*This paper is part of the presentation at the 2020 ASIL Virtual Annual Meeting (June 26, 2020).

**© Jootaek Lee is an Assistant Professor and Law Librarian at Rutgers Law School. The author would like to thank Audrey Han, J.D. for her research assistance, and James Britt, J.D. for his editing.

1) Jürgen Schmidhuber, *2006: Celebrating 75 years of AI - History and Outlook: the Next 25 Years*, *in* 4850 50 Years of Artificial Intelligence 29, 30 (Lungarella M., Iida F., Bongard J., & Pfeifer R. eds., 2007).

2) *Id.* at 29-30.

3) Mathias Risse, *Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda*, 41 Human Rights Quarterly 2 (2019).

4) *Id.* (citing Julia Angwin et. al., *Machine Bias*, ProPublica (May 23, 2016), https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing; Reuben Binns, *Fairness*

reasoning.[5] AI can help robots to efficiently repeat the same labor intensive procedures in factories. It can also analyze historic and present data more efficiently through deep learning, natural language processing, and anomaly detection. Thus, AI covers a spectrum of augmented intelligence relating to prediction, autonomous intelligence relating to decision-making, automated intelligence for labor robots, and assisted intelligence for data analysis.[6]

This spectrum, however, will be further expanded with the development of the Artificial General Intelligence ("AGI"), also known as super-intelligence. The AGI, a set of algorithms learning and developing multiple self-intelligences independently to resolve multiple problem domains, will accelerate the displacement of human labor. Just as Jeremy Rifkin's The End of Work foresees the end of farmers, blue-collar workers, and service workers due to the First-, Second-, and Third-Industrial Revolutions,[7] after the Fourth Industrial Revolution with AI, robots, biotechnology, nanotechnology, and autonomous vehicles, the AGI can be developed to displace current, general human jobs.[8] This issue has been a big conundrum to answer in contemporary society.

Whether AI displaces of human labor during the Fourth Industrial Revolution will depend upon how we define the nature of the mind.[9] Based on the Gardner theory,[10] there are intelligences highly relying on the mind such as musical intelligence, interpersonal intelligence, intrapersonal intelligence – metacognitive skill, and naturalistic intelligence.[11] To the extent that our world needs and cares about only visual-spatial, linguistic-verbal, and logical-mathematical intelligences in the brain, AGI so-called superhuman intelligence[12] may cause the human era to come to an end.[13] Furthermore, some scholars

---

in Machine Learning: Lessons from Political Philosophy, 81 J. of Mach. Learning Research 1 (2018); Brent Daniel Mittelstadt et al., *The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate*, 3(2) Big Data & Soc'y 3 (2016); Osonde A. Osoba & William Welser IV, An Intelligence in Our Image: The Risks of Bias and Errors in Artificial Intelligence (RAND Corporation 2017)).

5) Eileen Donahoe & Megan MacDuffee Metzger, *Artificial Intelligence and Human Rights*, 30 J. Democracy 115, 115 (2019).

6) World Econ. Forum, Harnessing Artificial Intelligence for Earth 7 (Jan. 2018), http://www3.weforum.org/docs/Harnessing_Artificial_Intelligence_for_the_Earth_report_2018.pdf [hereinafter WEF AI].

7) *See* Jeremy Rifkin, The End of Work: The Decline of Global Labor Force and the Dawn of the Post-market Era 59-164 (1995).

8) WORLD ECONOMIC FORUM, Harnessing Artificial Intelligence for Earth 3 (Jan. 2018), http://www3.weforum.org/docs/Harnessing_Artificial_Intelligence_for_the_Earth_report_2018.pdf.

9) WEF AI, *supra* note 6, at 3.

10) Howard Gardner, Frames of Mind: The Theory of Multiple Intelligences (2011). It is criticized to include too many aspects of human characters in the definition of intelligence; *See* Kendra Cherry, *Gardner's Theory of Multiple Intelligence*, Verywell Mind, (July 17, 2019), https://www.verywellmind.com/gardners-theory-of-multiple-intelligences-2795161.

11) Steven Livingston & Mathias Risse, The Future Impact of Artificial Intelligence on Humans and Human Rights, 33 Ethics & International Affairs 141, 145 (2019) (quoting the comment by Vernor Vinge at the 1993 VISION-21 Symposium). The algorithms of DeepMind Technologies, Google's DeepMind, and Google Brian are the best examples relating to AGI.

12) *See* Nick Bostrom, *How Long Before Superintelligence?*, 2 Int'l J. Future Studs. (1998), *reprinted in* 5 Linguistic and Philosophical Investigations 11-30 (2006).

suggest that even curiosity and creativity, which are relevant to musical and intrapersonal intelligence, can be defined and interpreted in a new way of "connecting previously disconnected patterns in an initially surprising way," and thus can be reached and realized by AI.[14] At a certain point, "Singularity," defined as the acceleration of technological progress,[15] will cause exponential "runaway" reactions beyond any hope of control.[16] Singularity will surpass human intelligence and lead to irreversible changes to human civilizations, where most human affairs may not continue.[17]

When seen from a different angle, however, AI can be viewed more optimistically. Robots and machines equipped with AI can co-exist harmoniously, just as humans' relationship with animals.[18] They may replace humans in many traditional jobs, but humans also may find new jobs to supervise, educate, and design AI. When AI machines are given similar moral status as humans, humans will be able to feel empathy towards robots, and the necessity to protect them as a human equivalent will be possible.[19]

In accordance with Moore's Law,[20] AI has developed exponentially in the last ten years, and this noticeable development allows us to accurately predict both positive and negative results from AI.[21] AGI seemed far from reality when AI was simply used to solve only computational problems and play games against humans. For example, the AI computer IBM Watson won first prize in Jeopardy in 2011, and the AI computer AlphaGo defeated professional Go player Lee Sedol, in 2016.

Nowadays, AI has become realized in more concrete forms such as androids, autonomous vehicles, autonomous killing machines, and various video avatars. These new forms of AI have affected human lives extensively, and as a result, impacted human rights and humanitarian law.[22] AI is not a story of the future anymore; it is the new normal. AI affects contemporary everyday life. AGI is also believed to be fully developed within 20 to 50 years. The current moment is a good time to thoroughly analyze the

13) Steven Livingston & Mathias Risse, *The Future Impact of Artificial Intelligence on Humans and Human Rights*, 33 Ethics & Int'l. Affairs 141, 141-58 (2019) (quoting the comment by Vernor Vinge at the 1993 VISION-21 Symposium) The algorithms of DeepMind Technologies, Google's DeepMind, and Google Brian are the best examples relating to AGI.

14) Jürgen Schmidhuber, s*upra* note 1, at 36.

15) It is also known as history's convergence or Omega point Ω. *Id.* at 39-40.

16) *See* Vernor Vinge, *Technological Singularity*, VISION-21 (1993), https://mindstalk.net/vinge/vinge-sing.html; Jesse Parker, *Singularity: A Matter of Life and Death*, Disruptor Daily (Sept. 13, 2017), https://www.disruptordaily.com/singularity-matter-life-death/.

17) *Id.*

18)

19) Sophia, a humanoid robot is an example. *Sophia*, Hanson Robotics, https://www.hansonrobotics.com/sophia/ (last visited Nov. 27, 2020).

20) *See* Wikipedia, Moore's Law, https://en.wikipedia.org/wiki/Moore%27s_law. Moore's Law suggests that technology has been exponentially improving since 1971.

21)

22) The areas to regulate new human life include the human rights to development, climate change, life, health, education, criminal justice, equal protection, due process, work, and privacy.

human rights implications of AI, both philosophically and empirically, before AI development passes the Singularity.

This paper will inductively investigate and analyze the human rights implications of AI and AGI. First, the article will divide and organize the AI discussion relating to human rights into four realms. In those four realms, the article will introduce relevant philosophies, theories, and legal systems that may apply to the current AI issues. Next, the article will review recommendations on the desirable future development of AI. Lastly, to help future research, the article will also review the current literature on AI and human rights and provide an annotated bibliography.

Ⅱ. Four Realms of AI and Human Rights

This section organizes the AI discussion into four different realms. The four realms are devised according to the level of AI development toward AGI, as well as the human rights implications depending on the level of similarity of AI to humans. These realms may overlap in stages of development and timeline.

The First Realm explores the benefits that AI has brought to human life. The Second Realm discusses the negative side effects that result from AI development. The Third Realm presents an analysis of human emotions onto anthropomorphic AI, particularly social robots, and the AI coded obligations to protect the human kind. Finally, the Fourth Realm argues that AI, especially AGI, should claim their own rights.

A. The First Realm: Humankind's Application of AI and AI's Positive Contributions to Human Life

The first realm discusses AI's positive impact on the current human rights system. AI will indeed produce both positive and negative effects on human rights. A modality to maintain positive outcomes lies with the statement that humans can control AI and align human values with its development.[23] If humans can supervise, monitor and educate AI, humans can take advantage of AI, increase human well-being and protect their own human rights. This idea comes along with the nudging control of robots with hard or soft paternalism, resulting in computer program's responsibility.[24]

23) *See* WEF AI, *supra* note 6, at 6.

24) *See* Jason Borenstein &Ron Arkin, *Robotic Nudges: The Ethics of Engineering a More Socially Just Human Being*, 22 Sci Eng & Ethics 34-35 (2016). Robotic nudging is ethically acceptable "when the intent is to promote a person's own well-being." *Id.* at 37.

Recently, AI has been applied in a wide variety of ways in human life by evaluating risk assessments, credit scores, diagnostics, standards enforcement, recruitment and hiring, and essay scoring.[25] The more elaborate applications include autonomous cars equipped with self-driving technology, facial and voice recognition, cloud computing, e-commerce, manufacturing, farming, weather forecasting, military intelligence and weaponry, investment analysis, games, construction, design, legal research, health care, teaching assistance, smart assistance making schedules and phone calls, and even writing novels and composing music.[26]

This development became possible due to big data, processing power, a speed network through 5G, open-source software and data, improved algorithms with deep learning and deep reinforcement, and accelerating returns through personalization of consumer products and automation of production.[27] Many fields of our life, including science, technology, finance, health, legal, and the environment, have benefited from AI. This has led to a pattern of investment into AI development and research by national governments and multinational corporations.[28] In all these fields, AI utilizes existing big data to exponentially increase its accuracy and diagnostic and analyzing ability through deep learning and the reinforcement process of learning and improving by mistakes.

In the human rights field, AI does not directly affect the human rights legal system and does not require further modification or amendment to the existing human rights principles, but impacts the effective implementation of human rights. AI improves the "ability to monitor and document war crimes and human rights abuses."[29] Monitoring human rights abuses by video, photos, satellite images, and other big data can be automated by AI.[30] Forensic investigations can also be improved with a lower cost with AI.[31]

AI is also known to advance sustainable development through monitoring and addressing environmental threats and challenges, including threats to climate, ocean and marine resources, forests, land, water, air, and biodiversity,[32] using big data gathered from a wide variety of observation points,

25) Filippo A. Raso & Hannah Hilligoss, Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks 17 (2018).

26) *See* Bernard Mar, *The 10 Best Examples Of How Companies Use Artificial Intelligence In Practice*, Forbes (Dec. 9, 2019), https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2019/12/09/the-10-best-examples-of-how-companies-use-artificial-intelligence-in-practice/#272a24457978.

27) WEF AI, *supra* note 6, at 7.

28) As of 2020, Nvidia, Google, Amazon, Microsoft Corp, Apple, and Intel are such companies. John Divine, *Artificial Intelligence Stocks*, U.S. News (June 11, 2020), https://money.usnews.com/investing/stock-market-news/slideshows/artificial-intelligencestocks-the-10-best-ai-companies?slide=12.

29) Steven Livingston et al., *supra* note 11, at 143.

30) *Id.* PlaNet is an example.

31) *Id.* at 144.

including satellites. Society is making efforts to analyze environmental sustainability opportunities and risks that the Fourth Industrial Revolution[33] will bring about.[34] Particularly, AI will be able to, "sense their environment, think, learn, and act in response to what they sense and their programmed objectives."[35]

Climate change will be better analyzed, forecasted, and managed by means of AI with higher speed. Relying on models that can resolve complicated equations and heuristics for elements to forecast weather, AI will be able to efficiently run algorithms, and process equations using less energy and reliance on supercomputers to predict the weather.[36] Public agencies like NASA and private entities such as Microsoft[37] and IBM have already adopted AI to enhance their monitoring of climate change.[38] AI-enhanced models and deep reinforcement learning will increase the ability to process big climate data, and ultimately, climate resilience.[39] Additionally, AI will enhance the efficiency and predictability of renewable energy, such as solar energy production, which will lead to a smaller environmental footprint.[40]

Autonomous vehicles assisted with AI technology[41] and equipped with electric or solar-powered batteries, such as Waymo,[42] will also enhance efforts to reduce emissions from cars and slow climate change. Tesla, BMW, and GM are set to manufacture self-driving electric cars with completely new designs by 2021, which will decrease the demand for gas and hybrid cars.[43] Once started, the speed of replacement will accelerate especially when companies like Tesla expand their production through Gigafactories in America, China, and Europe.[44] Furthermore, self-driving cars with shared ownership can reduce the number of cars on the roads and will contribute to the reduction of emissions.[45]

---

32) *See* WEF AI, *supra* note 6, at 6.

33) *See Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, https://www.weforum.org/focus/fourth-industrial-revolution (last visited Nov. 26, 2020).

34) *See* WEF AI, *supra* note 6.

35) *Id.* at 5.

36) WEF AI, *supra* note 6, at 13.

37) Microsoft completed its first Human Rights Impact Assessment (HRIA) and created a "methodology for the business sector that are used to examine the impact of a product or action from the viewpoint of the rights holders." Mark Latonero, Governing Artificial Intelligence: Upholding Human Rights & Dignity 18 (Data & Society ed., 2018).

38) Nicola Jones, *How Machine Learning Could Help to Improve Climate Forecasts*, 548 Nature 379 (2017).

39) WEF AI, *supra* note 6, at 13.

40) *See* WEF AI, *supra* note 6, at 12-13.

41) Jürgen Weiss et al., *The Electrification Accelerator: Understanding the Implications of Autonomous Vehicles for Electric Utilities*, 30 Elec. J. 50 (2017).

42) WAYMO, https://waymo.com/(last visited Nov. 26, 2020).

43) Mark Matousek, *Electric cars and self-driving tech have gotten off to a slow start but companies like Tesla, GM, and Waymo are betting that's about to change in a big way*, Business Insider (Mar. 3, 2020, 12:06 PM), https://www.businessinsider.com/electric-cars-self-driving-tech-whats-coming-2020-to-2030-2020-3.

44) *See Tesla Gigafactory*, Tesla, *https://www.tesla.com/gigafactory* (last visited Nov. 26, 2020).

45) *See* Morteza Taiebat & Ming Xu, *Synergies of Four Emerging Technologies for Accelerated Adoption of Electric Vehicles: Shared Mobility, Wireless Charging, Vehicle-To-Grid, and Vehicle Automation*, 230 J. Cleaner Prod. 794 (2019).

Smart cities with an efficiently connected network of autonomous vehicles will also enhance environmental sustainability efforts.[46] A smart city, realized by the Internet of things (IoT),[47] will use AI and big data to monitor autonomous vehicles, energy and water usage, transportation systems, pollution levels, and the weather.[48] This data will be processed with high accuracy and efficiency, which will help civic leaders to make accurate decisions about the sustainable development of their city.[49]

AI with the concept of IoT will also enhance agricultural production and supply by increasing the efficiency of management and monitoring factors like diseases, insects, fertilizers, water, soil, and weather throughout the planting and harvesting cycle.[50] AI will enhance the management of water quality, quantity, and access.[51] Thus, the conditions for human rights to development, health, and water can be improved.

Most of all, AI can magnify many countries' efforts to increase transparency and accountability. Increased knowledge and data will remove corrupt and populistic officials from governing, contributing to one of the goals of the UN 2030 Agenda for Sustainable Development.[52] Whether a country can adopt and apply the AI to political and governmental decisions remains unclear, but it is possible.

B. The Second Realm: AI as Human Rights Violators and Humans' Efforts for Accountable AI

AI not only brings benefits to human rights but also unintentional and intentional harms to human rights. The negative impacts of AI in the second realm of discussion are focal points in contemporary debates on human rights. New laws and legal systems may be necessary to regulate the harmful effects of

46) *See* WEF AI, *supra* note 6, at 12.

47) The basic idea of this concept is the pervasive presence around us of a variety of things or objects – such as Radio-Frequency Identification (RFID) tags, sensors, actuators, mobile phones, etc. – which, through unique addressing schemes, are able to interact with each other and cooperate with their neighbors to reach common goals. Luigi Atzori et al., *The Internet of Things: A Survey*, 54 Comput. Networks 2787, (2010).

48) Cite? Vanessa.

49) *Id.* at 14.

50) *Id.* at 13.

51) Cite? Vanessa.

52) G.A. Res. 70/1, at 2 (Sept. 25, 2015). In 2000, the UN General Assembly adopted the United Nations Millennium Declarationand identified fundamental values essential to international relations which were later developed as the Millennium Development Goals. The eighth goal is *Global Partnership for Development.* Since the Millennium Development Goals were set until 2015, in 2015, the UN General Assembly adopted a new resolution, the 2030 Agenda for Sustainable Development as a post-2015 development agenda to build on the Millennium Development Goals. The Sustainable Development Goals has 17 goals and 169 targets. This new agenda is informed by the Declaration on the Right to Development: "The new Agenda recognizes the need to build peaceful, just and inclusive societies that provide equal access to justice and that are based on respect for human rights (including the right to development), on effective rule of law and good governance at all levels and on transparent, effective and accountable institutions."

AI. The discussion of AI's human rights implications focuses more on humans as passive beneficiaries and victims of AI, rather than AI as active actors seeking their own rights and protection under international law. Thus, this article will devote most of its analysis to this second part of the four realms of discussion on AI and human rights.

Human rights impacts of AI may be neutral either enhancing the human rights performance or deteriorating it and are, "not evenly distributed across society."[53] However, "the garbage in, garbage out" problem cannot be avoided since humans may knowingly or recklessly train an AI system with biases or design an AI system that reflects existing social prejudices.[54] To make matters worse, an AI system operated under machine learning can produce unforeseen human rights outcomes that cannot be explained or detected.[55]

Such harms include, "reduced privacy, lost accountability, and embedded bias," which can lead to infringement of human dignity, and reduced "democratic accountability" and "free societies."[56] For example, facial recognition technology can turn into a government surveillance tool. Humans can intentionally or unintentionally[57] misuse AI by manipulating algorithms to discriminate against certain groups of the population, to invade their privacy, or even to kill certain groups.[58] Even if there are steps taken to minimize harm, such as differential privacy,[59] AI can still significantly affect the privacy of individuals by making predictions on the intimate characteristics of a particular person.[60] Furthermore, the mechanisms to correct errors—a right to correct errors—in an individual's small data set in some countries such as the US, Canada, and the EU[61] do not properly work in the AI realm where to make a

53) Filippo A. Raso et al, *supra* note 20, at 17.

54) *Id.*; s*ee also*, Rebecca Heilweil, *Why it matters that IBM is getting out of the facial recognition business*, Vox (June 10, 2020, 2:00 PM), https://www.vox.com/recode/2020/6/10/21285658/ibm-facial-recognition-technology-bias-business.

55) Filippo A. Raso et al, *supra* note 20, at 17.

56) Eileen Donahoe et al., *supra* note 5, at 115.

57) *Id.* at 116.

58) Cite? Or at min. explain on footnote – kill certain groups? (Vanessa)

59) *See* Frank McSherry & Kunal Talwar, *Mechanism Design via Differential Privacy*, *48th Annual IEEE Symposium on Foundations of Computer Science (FOCS'07)*, Providence, RI, 2007, 94-103.

60) Filippo A. Raso et al, *supra* note 20, at 18-19 (citing Cynthia Dwork et al., *Calibrating Noise to Sensitivity in Private Data Analysis*, *in* 3876 Theory of Cryptography 265-84 (Shai Halevi & Tal Rabin eds., 3d ed. 2006).

61) *Id.* at 19 (citing Fair Credit Reporting Act, 15 U.S.C. § 1681i ("... if the completeness or accuracy of any item of information contained in a consumer's file ... is disputed by the consumer ... the agency shall, free of charge, conduct a reasonable reinvestigation to determine whether the disputed information is inaccurate and record the current status of the disputed information, or delete the item from the file[.]"); Fair Credit Reporting Act, 15 U.S.C. § 1681ij (free annual copy of one's credit report); Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5 (as amended June 23, 2015), Schedule 1 Principle 4.9 ("Upon request, an individual shall be informed of the existence, use, and disclosure of his or her personal information and shall be given access to that information. An individual shall be able to challenge the accuracy and completeness of the information and have it amended as appropriate.); Regulation 2016/679, art. 16, 2016 O.J. (L 119) (4.5) (EU) ("The data subject shall have the right to obtain from the controller without undue delay the rectification of inaccurate personal data concerning him or her. Taking into account the purposes of the processing, the data subject shall have the right to have incomplete personal data completed, including by means of providing a supplementary statement.").).

decision based on big data, AI gathers information from thousands of different sources.[62]

AI systems themselves "may harness self-conscious processes" through unfair manipulation, deception, herding, and conditioning which threaten individual autonomy.[63] For example, data-driven decision making in criminal sentencing, parole, eligibility for social services, and employment decision cannot avoid biases intertwined into data.[64] Governments, in this case, cannot avoid responsibility for violating civil and human rights to ensure "democratic accountability.[65] The current pandemic situation caused by the novel Coronavirus ("COVID-19") is another example of exacerbated human rights violations.[66] Contact tracing and lockdowns infringe on the right to privacy and individual freedom of movement.[67] If the data can be analyzed and misused by AI, human rights, including the rights to privacy and movement, of the population group which contracted the virus—especially vulnerable minority groups that are more seriously harmed by the COVID-19 pandemic,[68]—will be negatively impacted.

The possibility of what AI, specifically AGI, could produce independently is frightening. AI's development towards immoral AGI, especially killer robots, could cause humans to become extinct or threatened. Human dignity can no longer become the focal point in such situations.[69] However, many dismiss this concern as too far-fetched to consider since AGI does not yet exist.[70]

We must think about the concerns now, rather than later because it would be too late to control after development passes the Singularity, and AGI becomes prevalent. This legal situation is similar to the situation where the environmental precautionary principle[71] applies. Before any irreversible damage

62) *Id.* at 19.

63) EU Comm'n, High-level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI 16 (2019), https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai.[hereinafter EU AI].

64) Eileen Donahoe et al., *supra* note 5, at 117.

65) *Id.* at 117-18.

66) *See generally* Matthew Scott, *COVID-19 and Human Rights*, Raoul Wallenberg Inst., (June 18, 2020), https://rwi.lu.se/covid-19-human-rights/..

67) Jim Nickel, *The Right to Freedom of Movement and the Covid 19 Pandemic*, Human Rights at Home Blog (Apr. 6, 2020), https://lawprofessors.typepad.com/human_rights/2020/04/the-right-to-freedom-of-movement-and-the-covid-19-pandemic.html.

68) Sonja S Hutchins et al., *Protecting Vulnerable Populations from Pandemic Influenza in The United States: A Strategic Imperative*, 99 Am. J. Pub. Health 243 (2009), https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4504371/; Jason Lemon, *70 Percent of Coronavirus Deaths in Louisiana Are African Americans, Despite Being 33 Percent of the Population*, Newsweek (Apr. 7, 2020), https://www.newsweek.com/70-percent-coronavirus-deaths-louisiana-are-african-americans-despite-being-33-percent-1496570; Violet Law, *Coronavirus Is Disproportionately Killing African Americans*, AlJazeera (Apr. 10, 2020), https://aje.io/dyt7c.

69) *See* Eileen Donahoe et al., *supra* note 5, at 11719.

70) *Id.* at 116.

71) The precautionary principle allows states to adopt preventive or protective measures where there is scientific uncertainty on the environmental impacts, but potential hazard. U.N. Conference on Environment and Development ('UNCED'), *Rio Declaration on Environment and Development*, Principle 15, U.N. Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I), annex I (Aug. 12, 1992).

occurs relating to AGI, states should take measures to prevent any harmful effects to society even if the risk is scientifically uncertain.

States should do this because once the uncontrollable technological growth happens, we cannot legally control or effectively protect human rights.[72] Intellectual property violations and monetary breaches by the AGI may be considered trivial in this situation. AGI can likely be applied in armed conflicts. At a minimum, we must set up ethical guidelines for developing AGI to protect humans from the harmful effects it will likely cause.

Various working groups for global governance, including governments, international organizations, and private entities and institutions, produced statements and principles to regulate AI development. At the 40th International Conference of Data Protection & Privacy Commissioners ("ICDPPC"), commissioners from the EU, France, and Italy, with 15 national commissioners, announced the Declaration on Ethics and Data Protection in Artificial Intelligence in October 2018.[73] In May 2019, OECD member countries adopted the OECD Council Recommendation on Artificial Intelligence known as OECD Principles on Artificial Intelligence.[74] It was the first governmental consensus on AI development. The Council agreed on basic concepts of the AI system, AI system lifecycle, AI knowledge, AI actors, and the stakeholders that encompass all organizations and individuals, directly and indirectly, relating to AI systems.[75] The OECD Principles on Artificial Intelligence emphasized inclusive growth, sustainable development and well-being, human-centered values and fairness, transparency and explicability, robustness, security and safety, and accountability.[76] To encourage international cooperation for trustworthy AI, the Principles also contain recommendations on: governments' long-term public and private investment; respect for privacy and data protection; a digital ecosystem sharing AI knowledge; a policy environment for trustworthy AI; building human capacity and preparing for labor market transformation and developing responsible stewardship of trustworthy AI; multi-stakeholder, consensus-driven global technical standards; internationally comparable metrics to measure AI research, development and deployment; and access to progress in implementing these principles.[77] In June 2019, the G20 also adopted Human-centered AI Principles.[78]

---

72) *See* Vernor Vinge, *supra* note 14 ("I have argued above that we cannot prevent the Singularity, that its coming is an inevitable consequence of the humans' natural competitiveness and the possibilities inherent in technology. And yet ... we are the initiators. Even the largest avalanche is triggered by small things. We have the freedom to establish initial conditions, make things happen in ways that are less inimical than others.").

73) International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, *Declaration on Ethics and Data Protection in Artificial Intelligence*, (Oct. 23, 2019).

74) *What Are the OECD Principles on AI?*, OECD, https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/ (last visited Nov. 26, 2020).

75) OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, May 21, 2019, OECD/LEGAL/0449, https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449.

76) *Id.*

77) *Id.*

The Declaration on Ethics and Data Protection in Artificial Intelligence, OECD Principles on Artificial Intelligence, and Human-centered AI Principles, however, are non-binding recommendations. Furthermore, the efforts of many countries, including the US, UK, Germany, China, Australia, and Austria, in producing ethical guidelines relating to AI development are not uniform and will cause forum shopping for locations with less restrictive AI regulations.[79] Until general international law regulating AI is formed or drafted, democratic accountability for governments' misuse of AI should be regulated in a uniform, general way by the current legally binding universal human rights system, comprised of the Universal Declaration of Human Rights ("UDHR"),[80] the International Covenant on Civil and Political Rights ("ICCPR"), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights ("ICESCR"),[81] and other human rights treaties.

The UDHR articles, which are affected by AI and can apply to AI issues include: Article 2 (the right to equal protection); [82] Article 3 (the right to life); Article 4 (the right to be free from slavery); Article 8 (the right to an effective remedy); Article 9 (the right to be free from arbitrary arrest, detention or exile); Article 10 (full equality to a fair and public hearing in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him); Article 11 (the right to be presumed innocent until proved guilty); Article 12 (the right to privacy); Article 13 (the right to freedom of movement); Article 18 (the right to freedom of thought, conscience and religion); Article 19 (the right to freedom of opinion and expression); Article 20 (the right to freedom of peaceful assembly and association); Article 21 (the right of equal access to public service in his county and right to vote); Article 23 (the right to work, to just and favorable conditions of work; the right to equal pay for equal work; the right to just and favorable remuneration ensuring for human dignity); Article 24 (the right to rest and leisure); Article 25 (the right to health and well-being); Article 26 (the right to education); and Article 27 (the right to share in scientific advancements and its benefits).

The ICCPR articles which can apply to AI are: Article 1 (the right to self-determination); Article 2 (state obligation to provide equal protection); Article 3 (the equal right of men and women); Article 6 (the

78) *G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy*, *G20 TRADE MINISTERS & DIGITAL ECONOMY MINISTERS* (June 8-9, 2019), https://www.mofa.go.jp/files/000486596.pdf.

79) *See* Angela Daly et al., Artificial Intelligence Governance and Ethics: Global Perspectives 13-22 (Chinese Univ. of Hong Kong, ed., 2019), https://angeladaly.files.wordpress.com/2019/06/artificial-intelligence-ethics-and-global-governance_final.pdf.

80) G.A. Res. 217 (III) A, at 76, Universal Declaration of Human Rights (Dec. 10, 1948), art. 26 [hereinafter UDHR].

81) International Covenant on Civil and Political Rights art. 18, *opened for signature* Dec. 19, 1966, T.I.A.S. 92-908, 999 U.N.T.S. 171 [hereinafter ICCPR]; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights art. 13(1), *opened for signature* Dec. 19, 1966, 993 U.N.T.S. 3 [hereinafter ICESCR].

82) Autonomous vehicles have possibility to discriminate certain group of pedestrian populations and ignore their lives to save occupants. *See* Hin-Yan Liu, *Three Types of Structural Discrimination Introduced by Autonomous Vehicles*, 51 UC Davis L. Rev. Online 149, 154 (2018). The primary focus of crash-optimization programs is to privilege their occupants over pedestrians and other third-parties. *Id.* at 155. The author suggests that changing the perspective is a way to democratize the algorithm. *Id.* at 156.

right to life); Article 8 (the right to freedom from slavery); Article 9 (due process); Article 12 (the right to freedom of movement); Article 14 (the right to a fair and public hearing, and the right to be presumed innocent until proven guilty); Article 16 (the right to recognition everywhere as a person before the law); Article 17 (the right to privacy); Article 18 (the right to freedom of thought, conscience, and religion); Article 19 (the right to freedom of expression, and freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds); Article 21 (the right of peaceful assembly); Article 22 (the right to freedom of association); Article 25 (the right to take part in the conduct of public affairs, to vote and to be elected, and to have equal access to public service); Article 26 (the right to equal protection); and Article 27 (minority rights).

The ICESCR articles which can apply to AI are: Article 1 (the right to self-determination and to pursue economic, social, and cultural development); Article 3 (women's rights); Article 4 (the right to work); Article 7 (the right to the enjoyment of just and favorable conditions of work); Article 8 (the right to trade unions); Article 11 (the right to an adequate standard of living); Article 12 (the right to health); Article 13 (the right to education); Article 15 (the right to scientific progress and intellectual property).

Other human rights treaties that may apply to AI issues include: International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination,[83] the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women ("CEDAW"),[84] the Convention on the Rights of the Child ("CRC"), and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities ("CRPD").

Furthermore, civil organizations and private entities, such as the Human Rights, Big Data, and Technology Project at the University of Essex,[85] Partnership on AI,[86] Open AI,[87] Data and Society,[88] the Human-Centered AI Institute,[89] and Access Now,[90] set up ethical principles to ensure ethical AI development.[91] Examples are the Asilomar Principles,[92] and Fairness, Accuracy, and Transparency in Machine Learning.[93] In addition, the Institute of Electrical and Electronics Engineers[94] established

83) *See generally* G.A. Res. 2106 (XX) (Dec. 21, 1965) [hereinafter *CERD*].

84) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, *opened for signature* Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13 (entered into force Sep. 3, 1981) [hereinafter CEDAW].

85) *Human Rights, Big Data and Technology*, Univ. Of Essex, https://www.essex.ac.uk/research-projects/human-rights-big-data-and-technology (last visited Nov. 26, 2020).

86) Partnership on AI, https://www.partnershiponai.org/(last visited Nov. 26, 2020).

87) OpenAI, https://openai.com/(last visited Nov. 27, 2020).

88) Mark Latonero, *supra* note 32.

89) Human-Centered Artificial Intelligence Dept. of Stanford Univ., https://hai.stanford.edu/ (last visited Nov. 26, 2020).

90) Lindsey Andersen, Human Rights in the Age of Artificial Intelligence, Access Now (2018), https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/11/AI-and-Human-Rights.pdf.

91) Eileen Donahoe et al., *supra* note 5, at 118, 123.

92) *Asilomar AI Principles,* Future of Life Inst., https://futureoflife.org/ai-principles/?cn-reloaded=1&cn-reloaded=1 (last visited Nov. 26, 2020).

various standards including Ethically Aligned Design[95] in 2016 and the Global Initiative on Ethics of Autonomous and Intelligent Systems.[96] The Finnish AI house Utopia Analytics published a set of guidelines called the Ethical AI Manifesto, based on the existing international legal principles of the UDHR.[97] Utopia's AI service contract inserted a provision to terminate a contract when a party breaches the UDHR.[98] Some companies developed desirable AI practices with human-centered design.[99] This human-rights-by-design concept originated from Jonathan Penney, and it applies human rights when the technology is being developed to avoid the operation in a vacuum situation.[100] Where there is no specific normative principle developed for companies, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights[101] may fit to regulate corporations' development of AI.

Another relevant principle comes from the Human Rights Council on the Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet in 2012.[102] A primary solution to apply these human rights principles is, "transparency in both governmental and business uses of decision-making algorithms."[103]

Regionally, the European Commission established an independent high-level expert group on AI and published Ethics Guidelines for Trustworthy AI.[104] Ethics Guidelines suggest lawful, ethical, and robust AI because robust AI will help to avoid unintended adverse harms to humans.[105] Trustworthy AI will be

93) Fairness, Accountability, and Transparency in Machine Learning, https://www.fatml.org/ (last visited Nov. 26, 2020).

94) *See generally* Inst. of Elec. and Elec. Eng'r., Prioritizing Human Well-Being in the Age of Artificial Intelligence (2017), https://standards.ieee.org/content/dam/ieee-standards/standards/web/documents/other/prioritizing_human_well_being_age_ai.pdf.

95) IEEE Glob. Initiative on Ethics of Autonomous and Intelligent Sys., Ethically Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Well-being with Autonomous and Intelligent Sys. (2019), https://standards.ieee.org/content/ieee-standards/en/industry-connections/ec/ autonomous-systems.html.

96) *The IEEE Global Initiative on Ethics of Autonomous and Intelligent Systems,* IEEE Standards Association, *https://standards.ieee.org/industry-connections/ec/autonomous-systems.html* (last visited Nov. 27, 2020).

97) *Utopia Has Published Ethical AI Manifesto*, Utopia (Dec. 18, 2019), https://utopiaanalytics.com/utopia-analytics-has-published-ethical-ai-manifesto/.

98) *Id.*

99) *Responsible AI Practices*, GoogleAI, https://ai.google/responsibilities/responsible-ai-practices/ (last visited Nov. 27, 2020).

100) Jonathon Penney et al., *Advancing Human-Rights-by-Design in the Dual-Use Technology Industry*, Colum. J. of Int'l Affairs (Dec. 20, 2018), https://jia.sipa.columbia.edu/advancing-human-rights-design-dual-use-technology-industry#24.

101) John Ruggie (Special Representative of the Sec'y-Gen. on the Issue of Human Rights and Transnational Corp. and Other Bus. Enter.), *Guiding Principles on Bus. and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, U.N. Doc. A/HRC/17/31, annex (Mar. 21, 2011) [hereinafter *Guiding Principles*].

102) Human Rights Council Res. 20/8, U.N. Doc. A/HRC/RES/20/8, at 2 (July 16, 2012) (1. *Affirms* that the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one's choice, in accordance with articles 19 of the Universal Declaration of Human rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. 2. *Decides* to continue its consideration of the promotion, protection and enjoyment of human rights, including the right to freedom of expression, on the Internet and in other technologies, as well as of how the Internet can be an important tool for development and for exercising human rights.…).

103) Eileen Donahoe et al., *supra* note 5, at 124.

104) EU AI, *supra* note 55.

realized through seven key requirements: human agency[106] and oversight,[107] technical robustness and safety, privacy and data governance, transparency,[108] diversity, non-discrimination and fairness, and societal and environmental wellbeing and accountability.[109] The following non-technical methods can also be implemented: regulation, codes of conduct, standardization, certification, accountability via governance frameworks, education and awareness to foster an ethical mindset, stakeholder participation and social dialogue, and diversity and inclusive design teams.[110] Human rights can be protected, prevented, and remedied through trustworthy AI.

C. The Third Realm: AI as Objects of Human Rights Protection

The third realm of AI discussion asks whether AI is entitled to human rights protection under international law. The widely held belief is that robots and machines with AI cannot be protected under the human rights mechanisms because AI does not possess the requirements of being a human that merit protection, such as minds, souls,[111] or consciousness.[112] Proponents of this argument are Neil M. Richards and William D. Smart who briefly asked how we should classify robots that collaborate with a human operator, assuming that they are not fully autonomous and whether we should consider these kinds of robots as "a portal or avatar" for its operator.[113]

A decade ago, based on the cost-benefit analysis, scholars argued that understanding the "robot-as-slave" is the best way to "get full utility … and … to avoid the moral hazards" of these robots.[114] The argument goes further to suggest that it is dangerous to put moral responsibility unto robots instead of humans and allow them to make ethical decisions; we should make machines that

105) *Id.* at 6-7. Resilience to attack and security, a fallback plan, accuracy in predictions, recommendations, and decisions, reliability and reproducibility. *Id.* 16-17.

106) AI systems should support individuals in making informed autonomous decisions. *Id.* at 16.

107) Governance mechanism through human intervention includes human-in-the-loop (HITL), human-on-the-loop (HOTL), or human-in-command (HIC) approach. *Id.*

108) In transparency, the decisions made by an AI system should be traceable and explainable. *Id.* at 17.

109) *Id.* at 14-24.

110) *See id.* at 22-24.

111) *See* Substance dualism explains the existence of nonphysical mental phenomena. Steven Livingston *supra* note 11, at 148. Thomas Nagel suggests that the mind cannot arise from physical substances. *Id.* at 149. On the other hand, property dualism including *emergentism* suggests that "mental properties emerge in a way not accounted for by physical laws along; mental properties are basic constituents of reality on a par with fundamental physical properties such as electromagnetic charge." *Id.* (citing David J. Chalmers, The Conscious Mind: In Search of a Fundamental Theory (1996)).

112) *Id.* at 150 ("Human consciousness is . . . to a large extent a product of cultural evolution involving memes, a process that generates minds different from those of other animals." (citing Daniel C. Dennett, Consciousness Explained (1992); Daniel C. Dennett, From Bacteria to Bach and Back: The Evolution of Minds (2018))).

113) Neil M. Richards & William D. Smart, How Should the Law Think About Robots? 23 (May 10, 2013) (unpublished manuscript) (on file with author).

114) Joanna J. Bryson, Robots Should Be Slaves 8 (May 21, 2009) (unpublished manuscript) (on file with author, https://pdfs.semanticscholar.org/5b9f/4b2a2e28a74669df3789f6701aaed58a43d5.pdf.

operate correctly within the limits humans set for them.[115]

A similar logic that robots and humans are different, in terms of form or function, was used to deny human rights protection to animals.[116] Robots with AI, even social robots, cannot suffer like animals regardless of their possession of consciousness.[117] Because animals acquire their moral status in some way from their ability to suffer, robots that cannot suffer cannot acquire their moral status in the same way as animals.[118] Therefore, owners of the robots with AI which cannot suffer would be in total control of their own robots in terms of their treatment and care.[119]

This binary distinction between humans, robots, and machines equipped with AI has been criticized.[120] The need to protect robots with AI originates from the motives to protect human feelings and minds affected by the cruel treatment of robots.[121] Kate Darling suggests that we need to protect them because we perceive and feel something of ourselves in social robots through anthropomorphism.[122]

Does cruelty towards robots suggest inhumanity? This question is based on the Kantian claim and consequential discussion by Darling, that, "if we treat animals in inhumane ways, we become inhumane persons."[123] Johnson and Verdicchio concede that the arguments that there is no scientific evidence of direct causation between inhumane treatment and human integrity may change if robots become so human-like that people can no longer distinguish the AI from actual human beings.[124] Furthermore, the progressive, adaptive deep learning structure of AI cannot be ignored.

Whether robots will have minds is an open question now.[125] The promising view approaches functionally human minds, the conscious part of human characteristics. "Functionalism" equates human minds to software in relation to hardware.[126] Regardless of what kinds of minds humans have, AI minds

115) *Id.* at 6.

116) However, scholars try to provide stronger protection to animals than robots. *See, e.g.*. Deborah G. Johnson & Mario Verdicchio, *Why Robots Should Not Be Treated like Animals*, 20 Ethics & Info. Tech. , 291-301 (2018). Sullins argues that the analogy to animals is not a practical comparison to make when it comes to robots. *Id.* at 294. On the other hand, Kate Darling also states that while philosophical concepts against animal abuse are based on an animal's "inherent dignity" and preventing unnecessary pain, the laws show that they are made to address human emotional states more than anything else. Kate Darling, *Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Objects, in* Robot Law 226 (Ryan Calo, Michael Froomkin & Ian Kerr eds., 2016). It causes us discomfort to see animals suffer or appear to be in pain. *Id.* at 227. Robots "invoke the experience of, pain" in a similar manner, even if they don't actually experience suffering. *Id*.

117) Deborah G. Johnson et al., *supra* note 109, at 294-95.

118) *Id.* at 295.

119) *See Id.* at 296-97.

120) Steven Livingston et al., *supra* note 11, at 151.

121) Deborah G. Johnson et al., *supra* note 109, at 298.

122) David J. Gunkel, *The Other Question: Can and Should Robots Have Rights?*, 20 Ethics & Info. Tech. 87, 96 (2018).

123) Deborah G. Johnson et al., *supra* note 109 at 298.

124) *Id.* at 298-99.

125) Steven Livingston et al., *supra* note 11, at 149.

are just different kinds of software, which justifies the treatment of robots with AI as a human, and further giving AI moral status and human rights protection.[127)]

This idea is supported by enhanced humans when AI is enhanced by human characteristics; the motives to protect AI as humans should be strengthened. For example, Hanson Robotics' human-like robot, Sophia, is endowed with the world's first citizenship and works as an ambassador for the United Nations Development Programme.[128)] When observing this robot equipped with symbolic AI, neural networks, expert systems, machine perception, natural language processing, adaptive motor control, and cognitive architecture, no one can deny that Sophia deserves human rights protection.[129)]

D. The Fourth Realm: AI Seeks Their Own Rights as Active Subjects

The question remains whether states have obligations to protect AI because they have human-like characteristics. Can these robots have the right to work and the right to create unions? Can they be laid off due to better robots being developed? Machine lives are limited and may be shorter than average humans. Will these old robots with AI simply be thrown away like trash? The final realm of AI discussion will focus on whether AI has an active human right to protect themselves from humans and other machines with AI.

James H. Moor suggests four kinds of ethical robots.[130)] Any robot is currently considered as an "ethical impact agent… if its actions can harm or benefit humans."[131)] Under the current AI development process, ethical impact agents can develop into an "explicit ethical agent." This "ethical agent" can make many sensitive ethical determinations in a wide variety of situations and even provide some possible resolutions.[132)] A big question is whether robots with AGI, possibly treated as explicit ethical agents, can further be treated as "full ethical agents," possessing "central metaphysical features" such as "consciousness, intentionality, and free will," which normally only humans can have.[133)]

Another scenario comes from the idea that humans can be enhanced by merging with robots and computers, becoming so-called "enhanced humans."[134)] Instead of humans being extinguished with the

126) *Id.* at 150.

127) *Id.* at 151.

128) *Sophia*, Hanson Robotics, https://www.hansonrobotics.com/sophia/. (last visited Nov. 27, 2020).

129) Steven Livingston et al. , *supra* note 11, at 151.

130) Ethical impact agent, implied ethical agent, express ethical agent, and full ethical agent. *See* James H. Moor, *Four Kinds of Ethical Robots*, 72 Philosophy Now, 2009, at 12.

131) Steven Livingston et al., *supra* note 11, at 148

132) *Id.*

133) *Id.*

134) Id. at 152 (citing Yuval Noah Harari, Home Deus: A Brief History of Tomorrow 4 (2016).

development of AGI, humans can enhance themselves with a neural link, or access to gene editing.[135] In such a situation, Steven Livingston and Mathias Risse ask the following questions: (1) what ethical obligations will enhanced humans have to the unenhanced; and, (2) what obligations will an AI super-intelligent agent have to any human, enhanced or otherwise?[136] Nick Bostrom further suggests that "[i]f AI superintelligence emerges, it is not readily obvious why it would tolerate humans, much less human rights."[137]

Two groups of philosophers opine on the moral obligation for AGI: the Kantians suggest that morality originates from rationality.[138] AGI can play a model ethical role for humans, "in the sense of reacting in appropriate ways toward what it observes all around," so-called "humble humans."[139] This role is similar to the codified justice, one of the two models of adjudicatory justice suggested by Richard M. Re & Alicia Solow-Niederman.[140] On the other hand, David Hume locates morality outside of the realm of rationality, setting up one type of value which opens the possibility to become a value detrimental to human rights.[141]

Livingston and Risse suggest that "a Hobbesian state of nature would apply to the original status of superintelligences vis-à-vis each other, such that they would eventually subject themselves to some kind of shared higher authority—an AI leviathan of sorts."[142] The most difficult conundrum to robophilosophy is whether AI has or should have rights.[143] David J. Gunkel analyzed this question using four modalities and suggested a new perspective using Emmanuel Levinas's new innovative thinking otherwise.[144] He suggests that using David Hume's terminology, "ought," or moral status, should come first based on social relationships and interactions, and what or who will be determined and identified afterward.[145] Thus, AI ought to be endowed with moral status.

---

135) Steven Livingston et al., *supra* note 11, at 152.

136) *Id.*

137) *Id.* (quoting Nick Bostrom, *A History of Transhumanist Thought*, 14 J. Evolution & Tech. (2005).

138) *Id.* at 153 (citing Immanuel Kant, Groundwork for the Metaphysics of Morals (2012)).

139) *Id.* at 154.

140) Richard M. Re & Alicia Solow-Niederman, *Developing Artificially Intelligent Justice*, 22 Stan. Tech. L. Rev. 242, 252 (2019). On the other hand, another model, equitable justice, incorporates both the enforced values and the "reasoned application" of said values. *Id.* It "aspires to apply consistent principles and is prepared to set aside general patterns in favor of unique circumstances. *Id.* at 253. Because this model relies on context, it can seem "incompatible with automated algorithmic processes." *Id.* The Codified Justice, "refers to the routinized application of standardized procedures to a set of facts." *Id.* The author describes codified justice as the predecessor to artificial intelligence because it "aspires to establish the total set of legally relevant circumstances discoverable in individualized proceedings." *Id.* Codified justice, however, reduces such variables as bias and arbitrariness. *Id.* at 254.

141) *Id.* at 153.

142) Steven Livingston et al., *supra* note 11, at 154.

143) David J. Gunkel, *supra* note 115, at 97.

144) *Id.* at 95-97.

145) *Id.* at 95-96.

As the time when superintelligence passes the Singularity approaches, ontological questions to define or identify AGI must be raised in terms of its actual entity or perception. AGI may not be considered as an object to control and, instead will play a role of a subject as suggested by Martin Heidegger. Whether we define humans according to cogito, ergo sum by René Descartes, or the Cartesian other by sociological theorists, AI shares substantial characteristics with humans. AGI does not only surpass animal intelligence, but reaches epistemological certainty, and its foundation has been established.

AGI is not fictional or illusionary; it lives alongside humans. We must agree that AGI will appear as a real entity in the near future. Furthermore, we also know that once it passes the singularity point, it will be out of human control because super-intelligent robots and machines will continue to learn for themselves, and might not accept human-assigned values and become an AI leviathan of sorts. Therefore, AI should be provided with an appropriate right and moral status, as defined by humans, before it is too late.

Ⅲ. Conclusion

This paper reviewed four different realms of AI discussion. These four realms are devised according to the level of AI development and human rights implication; these realms may be overlapping at certain stages of development and timeline. Humans devised the AI to benefit themselves (The First Realm), and the AI started having side effects of harming humans (The Second Realm). Humans began anthropomorphizing AI and started feeling an obligation to protect AI (The Third Realm). Finally, the AI, especially AGI, starts claiming their own rights (The Fourth Realm).

In the first and second realms, AI was discussed as passive beneficial objects of human life. Paternalistic attitudes toward AI remain. Until general international law regulating AI is drafted and adopted, democratic accountability for governments' misuses of AI should be regulated in a uniform way by the current legally binding universal human rights system.

Many international human rights principles will apply to AI as passive objects, and scholars have thought about what human rights will be affected by AI development. Various working groups for global governance, including governments, international organizations, and private entities and institutions, produced statements and principles to regulate AI development. The primary goals sought by this regulation are accuracy; transparency; human-centered design; lawful; ethical and robust safety; privacy and data governance; diversity; non-discrimination and fairness; and societal and environmental wellbeing and accountability.

Scholars and practitioners in the third and fourth realms of AI discussion have not resolved whether AI is an active subject for human rights and protection. Whether AI is human or human-like and enjoys human rights, is not clear. Just as animal rights are a different category from human rights and are provided based on sympathetic motives, AI may be able to enjoy rights as a separate category instead of human rights. However, this idea has the potential to remove AI discussion from the international realm to domestic legal realms. Furthermore, this temporary solution will not last long and needs clearer resolution on whether AI/AGI is entitled to human rights before the Singularity passes. AI has bigger, comprehensive impacts on all humankind, so global cooperation and governance among states, international organizations, and private entities to deal with this AI issue is necessary.

Annex: Annotated Bibliography

A. Books

Robot Law (eds. Ryan Calo, Michael Froomkin & Ian Kerr, 2016) (Edward Elgar Publishing 2016).[146]

This book is a collection of articles from various authors. It contains five sections:

I. Starting Points (3-24)

II. Responsibility (25-130)

III. Social And Ethical Meaning (131-232)

IV. Law Enforcement (235-332)

V. War (333-386).

Each of the five sections are divided into chapters; there are 14 chapters in total.

Section I contains only one chapter: How Should The Law Think About Robots? by Neil M. Richards and William D. Smart. The aim of this chapter is to define the "conceptual issues surrounding law, robots and robotics[.]"[147] Subsection 1, 'What is a robot?' defines robots as, "a constructed system

146) Robot Law (eds. Ryan Calo, Michael Froomkin & Ian Kerr, 2016).

147) *Id.* at 3.

that display both physical and mental agency but is not alive in the biological sense."[148] The authors further specify that the machine may only have the appearance of autonomy and the definition excludes AI that have no physical presence in the actual world.[149]

In Subsection 2, 'What Can Robots Do?', the authors describe the many different kinds of robots available in our daily lives such as Roombas, cruise missiles, NASA space robots and autonomous Kiva systems used by online retailers to move merchandise.[150] Essentially, this article argues that there is nothing that robots cannot be programmed to do, and as technology becomes more and more integrated into our daily lives, the legal framework and relevant protections must be in place to regulate rapidly changing technology.[151]

Subsection 3, 'Robolaw and Cyberlaw', discusses how "robot-specific" laws must be made in order to effectively regulate the new issues raised by AI.[152] Uncertainty and ambiguousness about robotic issues (such as liability) only impedes development and widespread usage of technology.[153] This subsection also asserts that, "how we regulate robots will depend on the metaphors we use to think about them."[154] The authors use examples from a series of Fourth Amendment surveillance cases to highlight the importance of choosing the right metaphors in creating legislation.[155] Olmstead v. United States and Katz v. United States both discussed how telephone wiretapping invaded the constitutional right to privacy. The authors argue that the Olmstead court misunderstood privacy to pertain to physical searches.[156] By "[clinging] to outmoded physical-world metaphors for the ways police could search without a physical trespass," the court failed to see the threat new technology had on limits to federal power and to constitutional rights.[157] These lines of cases still impact how technology (like GPS tracking) may be used today.[158]

In Subsection 4, 'the importance of metaphors,' the article reiterates that, "[h]ow we think about, understand, and conceptualize robots will have real consequences at the concept, engineering, legal and consumer stages."[159] Examples such as equating Netflix to a video store, and stealing digital media as "piracy" are used.[160] The use of metaphors can constrain or assist the way technology is created and

148) *Id.* at 6.
149) *Id.*
150) *Id.* at 7-8.
151) *Id.* at 11.
152) *Id.* at 12.
153) *Id.* at 12-13.
154) *Id.* at 13.
155) *Id.*
156) *Id.* at 15.
157) *Id.*
158) *Id.*
159) *Id.* at 16.

received by the consuming public.[161]

Subsection 5, 'the android fallacy,' focuses on the tendency for people to "project human attributes" to robots.[162] This pertains not only to physical appearance but the appearance of free will, as well.[163] It is important to always know what is the cause of a robot's agency.[164] Otherwise, it can cause legislative decisions to be, "based on the form of a robot, not the function."[165] The authors compare and contrast an android designed to act and deprive humans of a $20 reward with a vending machine that eats your change.[166] Functionally, there is no difference between the end results. However, in a study, 65% of subjects gave the android moral accountability.[167] This subsection concludes with the statement that, "we should not craft laws just because a robot looks like a human…, but we should craft laws that acknowledge that members of the general public will, under the right circumstances, succumb to the Android Fallacy[.]"[168]

In Subsection 6, the authors very briefly ask how we should classify robots that collaborate with a human operator because they are not fully autonomous.[169] Should we consider these kinds of robots as "a portal or avatar" for its operator?[170]

Chapter 9 is Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Objects, by Kate Darling,.[171] This chapter is divided into seven subsections and is meant to address the topic of humanoid robots that are designed to socialize with human beings.[172]

After the introduction, subsection 2 asks 'What is a Social Robot?' A "social robot" is defined as, "a physically embodied, autonomous agent that communicates and interacts with humans on a social level."[173] Some examples of social robots includes toys like the robotic dinosaur Pleo and Sony's Aibo dog.[174] There are also therapeutic robots like Paro baby seal; MIT has built robots such as Kismet, AIDA, and

160) *Id.*
161) *Id.* at 18.
162) *Id.*
163) *Id.*
164) *Id.* at 19.
165) *Id.*
166) *Id.* at 20.
167) *Id.*
168) *Id.*
169) *Id.* at 21.
170) *Id.*
171) *Id.* at 213-231.
172) *Id.*
173) *Id.* at 215.
174) *Id.*

Leonardo.[175]

Subsection 3, 'Robots vs. Toasters: Projecting our Emotions' examines how robots create effective engagement with human beings.[176] Darling asserts that humans are susceptible for forming emotional attachments to non-living things, and "will ascribe intent, states of mind, and feelings to robotic objects."[177] This point is illustrated with the movie Cast Away, when the main character expresses "deep remorse" for not taking care of his volleyball friend, Wilson.[178] The subsection next discusses three factors that impact human relationships with social robots: 1) Physicality, 2) "perceived autonomous movement", and 3) social behavior.[179] Darling argues that we are, "hardwired to respond differently to object in [our] physical space" as opposed to virtual objects.[180] Secondly, we project intent unto a robots when we cannot anticipate its movements.[181] The Roomba is used as an example, it moves according to a simple algorithm but because it moves on its own, people tend to, "name it, talk to it, and feel bad for it when it gets stuck under the couch."[182] When these robots mimic our social cues and are designed to express human emotions, they elicit emotional reactions and "may target our involuntary biological responses."[183] The author, citing psychologist Sherry Turkle, discusses the notion of "the caregiver effect" which evokes a sense of mutual nurturing or "reciprocity" between a human and a social robot that is programmed to act dependently.[184] Furthermore, our responses to these robots are not voluntary because these social robots, "[play] off of our natural responses."[185]

In subsection 4, 'the issues around emotional attachment robots' discusses the ethical issues that arise from social robots.[186] The subsection begins with various concerns: 1) society will not be able to distinguish between reality and virtual reality, "thereby undermining values of authenticity";[187] 2) Social robots will replace real human interactions;[188] 3) Social robots will manipulate human beings through software that provides advertisements, and even collect private data without user's consent.[189] On the other hand, the author notes that social robots also provide benefits. For example, the Paro seal assists

175) *Id.*
176) *Id.* at 216.
177) *Id.*
178) *Id.* at 216-217.
179) *Id.* at 217-218.
180) *Id.* at 217.
181) *Id.*
182) *Id.*
183) *Id.* at 218.
184) *Id.* at 219.
185) *Id.*
186) *Id.* at 220.
187) *Id.*
188) *Id.* at 221
189) *Id.*

dementia patients, and robotic interactions can help motivate people.[190] Next, the author explores why humans feel that, "violent behavior toward robotic objects feels wrong…even if we know that the 'abused' object does not experience anything."[191] The author posits that this is because we want to protect societal values.[192] For example, a parent would stop his or her child from kicking or abusing a household robot because they want to discourage behavior that would be detrimental in other contexts.[193] A related concern is the possibility that human beings could act out abusive sexual behaviors towards social robots.[194] The underlying concern is that when, "the line between lifelike and alive are muddle in our subconscious," certain actions towards robots could cause us to become desensitized and lose empathy towards other objects or things.[195]

In subsection 5, 'Extending Legal Protection to Robotic Objects' Darling posits that protection for social robots could be modeled after animal abuse laws.[196] The author also states that while philosophical concepts against animal abuse are based on an animal's "inherent dignity" and preventing unnecessary pain, the laws show that they are made to address human emotional states more than anything else.[197] It causes us discomfort to see animals suffer or appear to be in pain.[198] Robots, "invoke the experience of pain," in a similar manner, even if they don't actually experience suffering.[199] In order to pass laws, Darling argues that a good definition of "social robot" needs to made, and social robots must be distinguished from other types of robots or objects.[200] Darling offers a working definition: "(1) an embodied object with (2) a defined degree of autonomous behavior that is (3) specifically designed to interact with humans on a social level and respond to mistreatment in a lifelike way."[201] Darling also notes that the definition of "mistreatment" would have to be defined appropriately.[202]

B. Articles

Deborah G. Johnson and Mario Verdicchio, Why Robots Should Not Be Treated Like Animals, 20 Ethics and Information Technology 291-301 (2018).[203]

190) *Id.* at 222.
191) *Id.* at 228.
192) *Id.* at 223.
193) *Id.* at 223-224.
194) *Id.* at 224.
195) *Id.*
196) *Id.* at 226.
197) *Id.*
198) *Id.* at 227.
199) *Id.*
200) *Id.* at 228.
201) *Id.*
202) *Id.* at 229
203) Deborah G. Johnson and Mario Verdicchio, *Why Robots Should Not Be Treated Like Animals*, 20 Ethics and Information Technology 291 (2018).

This article concerns itself primarily with the creation of social robots with humanoid features.[204] It is divided into four sub sections. The authors first examine the common tendency to analogize human-like robots to animals and details the commonalities between human interactions with animals and with robots. This analogy is used as a touchstone to explore a variety of concepts throughout the paper. The authors reference Coecklebergh, who used the analogy to understand how the appearance of robots effects the way human beings experience robots.[205] Ashrafian stated that Robots were similar to dogs in that they are subordinate to human beings but have, "some sort of moral status."[206] Sullins argues that robots, like guide dogs, are technology.[207] The section concludes that the analogy to animals is not a practical comparison to make when it comes to robots.[208]

The next section enumerates why this analogy fails. The key argument is that, robots cannot acquire moral status because they are incapable of suffering, regardless of whether they attain consciousness in the future.[209] The authors reason that if animals acquire their moral status from their ability to suffer, robots would have to acquire their moral status in the same way.[210] As a secondary matter, the authors also ask whether it would be wrong from humans to build robots that suffer.[211]

The third section considers the legal liability for robots. The authors cite to Asaro, who suggests that using the animal analogy is useful to place responsibility on the owners and manufacturers of robots.[212] The authors also reference Schaerer's framework for imposing tortious concepts of strict liability and negligence for the misbehavior of robots.[213] A distinction is made between animal autonomy and robotic autonomy. Animals are a living entity and when humans train animals, they work within the limitations of an animals nature.[214] On the other hand, the article argues that a robot's software has been coded by human beings.[215] For this reason, animals and robots are dissimilar.

The fourth section muses on the question of whether our treatment of robots impacts our treatment of other human beings.[216] This question is based off the Kantian claim and consequential discussion by

204) *Id.* at 291-92.
205) *Id.*
206) *Id.* at 293.
207) *Id.*
208) *Id.* at 294.
209) *Id.* at 294-95.
210) Id.
211)*Id.* at 295.
212) *Id.* at 296.
213) *Id.*
214) *Id.* at 297.
215) *Id.*
216) *Id.* at 298.

Darling, that "if we treat animals in inhumane ways, we become inhumane persons."[217] The authors argue that while cruelty towards animals or robots suggests inhumanity, there is no scientific evidence of direct causation.[218] The authors reiterate their previous argument that robots cannot actually suffer or experience pain and distress, but merely give the appearance of suffering.[219] They concede that the arguments may change if robots become so human-like that people can no longer distinguish the AI from actual human beings.[220] Lastly, the article muses on the direction policy may take: 1) make laws to restrict behavior towards humanoid robots, and 2) restrict the design of robots.[221]

David J. Gunkel, The Other Question: Can and Should Robots Have Rights?, 20 Ethics and Information Technology 87-99 (2018).[222]

Gunkel applies philosopher David Hume's is/ought statement framework to examine whether robots should and can have rights.[223] The article is organized into four different modalities, allowing the author to apply a "cost-benefit analysis" to the arguments for each modality.[224] The first modality is "Robots cannot have rights.[225] Therefore robots should not have rights."[226] The second modality is "Robots can have rights.[227] Therefore robots should have rights."[228] The third modality is "Even though robots can have rights, they should not have rights."[229] And finally, the fourth modality is "Even though robots cannot have rights, they should have rights"[230]

After describing the literature which supports each modality, the author also describes the problems of each modality. Ultimately, Gunkel advocates for an alternative form of thought, which he terms as "thinking otherwise."[231] Applying Emmanuel Levinas's philosophy, Gunkel argues that "ethics proceeds ontology; in other words … the 'ought' dimension, that comes first, in terms of both temporal sequence and status and the ontological aspects follows from this decision."[232]

---

217) *Id.*
218) *Id.*
219) *Id.*
220) *Id.* at 299.
221) *Id.*
222) David J. Gunkel, *The Other Question: Can and Should Robots Have Rights?*, 20 Ethics and Information Technology 87 (2018).
223) *Id.* at 88-89.
224) *Id.* at 89
225) *Id.*
226) *Id.*
227) *Id.*
228) *Id.*
229) *Id.*
230) *Id.*
231) *Id.* at 95.
232) *Id.*

Mathias Risse, Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda, 41 Human Rights Quarterly 2 (2019).[233]

Risse discusses the current and future implications of A.I. in our modern society in this paper. This article is divided into five sections, after the introduction: 1) AI and Human Rights, 2) The Morality of Pure Intelligence, 3) Human Rights and the Problem of Value Alignment, 4) Artificial Stupidity and the Power of Companies, The Great Disconnect: Technology and Inequality.

In the first section 'AI and Human Rights,' Risse briefly discusses the similarities and differences between complex algorithms and the concept of consciousness.[234] The next section then discusses the concept of "superintelligence" and when A.I. may reach the Singularity—which is when machines surpasses human intelligence—in the future.[235] Risse then asks how a superintelligence would value and apply morals.[236] Using the theories of four philosophers, Hume, Kant, Hobbes and Scanlon, the author hypothesizes about how AI superintelligence may understand morality or rationality.[237]

The third section focuses on the present, and what society can do now in order to ensure that AI adheres to human rights principles even though there will come a time when they are smart enough to violate them.[238] The author briefly discusses the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and the Future of Life Institute's Asilomar Principles 9 as two efforts to create doctrines that robots should follow. Risse suggests that in order for AI to acquire human rights values, there should be, "more interaction among human-rights and AI communities."[239] The fourth section addresses the problem of "artificial stupidity" which includes the manipulation of data to spread false information, the lack of transparency, and the ownership of private data by corporations.[240] The final section addresses, as the title suggests, the "technological wedge" in society.[241] Risse explains that technological advancements impact economic growth, employment levels and poverty levels.[242]

Eileen Donahue and Megan MacDuffee Metzger, Artificial Intelligence and Human Rights, 30 Journal of Democracy 115-126 (Johns Hopkins University Press, 2019).[243]

---

233) Mathias Risse, *Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda*, 41 Human Rights Quarterly 2 (2019).
234) *Id.* at 2-3.
235) *Id.* at 5
236) *Id.*
237) *Id.* at 5-7.
238) *Id.* at 8.
239) *Id.* at 10.
240) *Id.* at 11-12.
241) *Id.* at 13.
242) *Id.* at 13-14.

In this article, Donahue and Metzger primarily argue that, "the existing universal human-rights framework is well suited to serve," as a "global framework…to ensure that AI is developed and applied in ways that respect human dignity, democratic accountability, and the bedrock principles of free societies."[244] The article is organized into three sections: 1) Societal and Ethical Concerns About AI; 2) A Human-Centered Ethics for AI; and 3) Governing AI Through a Human Rights Lens.

The first section explains the following concerns with AI technology: 1) machines will take over the human world;[245] 2) "how to weigh whether or when various applications of AI are ethical, who should make judgments, and on what basis"[246]; and 3) unintended negative effects such as embedded bias and limitations on free choice.[247] The article then examines four particular features of the human-rights framework which make it compatible with AI governance: 1) the human person is the, "focal point of governance and society"; 2) the human rights framework addresses, "the most pressing societal concerns about AI; 3) it describes the rights and duties of government and private sector; and 4) the framework is shared by many nations and is, "understood to be universally applicable."[248]

In the second section, "A Human-Centered Ethics for AI," the authors name Articles 2, 3, 8-12, 19, 20-21, 23, and 25 of the UDHR as critical sections that address the potential impacts of AI.[249] These Articles of the UDHR speak to security, discrimination, equal protection, freedom of expression, and the right to enjoy an adequate standard of living.[250] Lastly, the authors note that a crucial advantage of the existing human rights framework is that it, "enjoys a level of geopolitical recognition and status under international law that no newly emergent ethical framework can match."[251]

The third section, "Governing AI Through a Human Rights Lens," provides practical ways to begin implementing the human rights approach to AI. The first method is, "transparency in both governmental and business uses of decision-making algorithms."[252] A second idea is based on the concept of, "human rights by design," which means that assessment and reflection of human rights must occur as technology is being developed.[253] Other methods for implementation include

243) Eileen Donahue and Megan MacDuffee Metzger, *Artificial Intelligence and Human Rights*, 30 Journal of Democracy 115-126 (Johns Hopkins University Press, 2019).
244) *Id.* at 116.
245) *Id.*
246) *Id.*
247) *Id.* at 117
248) *Id.* at 119.
249) *Id.* at 120.
250) *Id.*
251) *Id.* at 121.
252) *Id.* at 124.
253) *Id.*

accountability and education of young technologists about existing human rights standards.[254]

Jutta Weber, Robotic Warfare, Human Rights & The Rhetorics of Ethical Machines in Ethics and Robots (2009).[255]

This paper is organized into thirteen short sections. The main goal of the article is to explain the recent developments for uninhabited combat aerial vehicles (UCAV) and the "ethical, political, and sociotechnical implications" of these developments.[256] The first five sections discuss the gradual progression towards use of uninhabited aerial vehicles by the U.S., Israel, and some European countries.[257] The author notes that the United States has devoted a $127 billion to the development of new unmanned/uninhabited combat robots.[258] UCAVs are controlled from the ground by either radio, laser, or satellite link.[259] They are used for "targeted killing missions" and were used mostly in Iraq, Pakistan and Afghanistan.[260] The author argues that while this new technology is supposed to increase precision, these air attacks have resulted in hundreds of innocent civilian deaths.[261] In 2006, the Israeli Supreme Court held that, "international law constrains the targeting of terror suspects," but refused to ban Israel's targeted killing policies.[262] In addition, the court held that reliable information proves the target is, "actively engaged in hostilities," and that an arrest is too risky.[263] Moreover, an independent investigation must be conducted after each strike.[264]

In the sixth section titled, 'The Price of New Warfare Scenarios: On Racism, Sexism & Cost-Efficiency,' the author discusses the cost of this new kind of warfare.[265] The author argues that while this unmanned robotic technology is lauded for decreasing the number of human soldiers that need to be on the ground, there is, "no concern for the humanitarian costs of these new technologies with regard to the non-combatants of other (low-tech) nations ….".[266] The author notes that warfare is not limited to robot casualties.[267] The article also states that the cost-efficiency of producing and using UCAVs has potential to lead to an arms race between western countries.[268] The article notes an

254) *Id.*

255) Jutta Weber, *Robotic Warfare, Human Rights & The Rhetorics of Ethical Machines*, in Ethics and Robots (2009), https://www.academia.edu/1048720/Robotic_warfare_human_rights_and_the_rhetoric_of_ethical_machines.

256) *Id.* at 1-2.,

257) *Id.* at 2-6.

258) *Id.* at 4.

259) *Id.*

260) *Id.* at 2-3.

261) *Id.* at 3-6.

262) *Id.* at 6.

263) *Id.*

264) *Id.*

265) *Id.* at 7.

266) *Id.*

267) *Id.* at 8.

additional problem in the next section: new technology will not lead to effective deterrence and shorter wars. Instead, it, "will lead to a lowering of the threshold of warfare." [269]

The article also addresses the implications of this kind of new warfare on international law in the tenth section, 'Uninhabited Systems and Jus in Bello.'[270] This section considers the implications if responsibility is no longer an issue in robotic warfare.[271] One consequence could be that the battle could easily and quickly get out of control. The author also discusses how to distribute responsibility between the programmer, the machine or the commanding officer.[272] The manufacturer gave the appropriate warnings regarding the use of the automatic weapons system (AWS); they could not be held responsible for any malfunctions.[273] The author asserts that it is not yet reasonable to hold autonomous machines responsible because of their limited cognitive abilities.[274] However, if a system is supposed to act increasingly autonomous, the programmer cannot be responsible, "for the negative outcome of the unpredictable behavior of an autonomous system."[275]

In section eleven, 'Push-Button Wars on Law-Tech Nation?,'[276] the article concerns itself with the possibility that increased use of autonomous weapons systems make war too easy and destabilize situations.[277] The author ultimately argues for a ban on autonomous weapons systems.[278] He argues that the ease of robotic wars and decreased responsibility would increase risky military maneuvers.[279] Moreover, robots will do what they are programmed for and will be incapable of disobeying inhumane orders, resulting in a change for international law.[280]

In the last section before the conclusion, 'The Rhetoric of Moral Machines,' the author presents a critique of roboticist Ronald Arkin's approach to installing "ethical" software.[281] In a brief summary of Arkin's arguments, the article explains that in the future, robots with this "ethical" software may become better than humans at determining whether a target is a legitimate threat.[282] Robots would

268) *Id.*
269) *Id.* at 10.
270) *Id.* at 12-13.
271) *Id.* at 12.
272) *Id.*
273) *Id.*
274) *Id.* at 13.
275) *Id.*
276) *Id.* at 13-14.
277) *Id.* at 13.
278) *Id.* at 14.
279) *Id.* at 13.
280) *Id.*
281) *Id.* at 14.
282) *Id.*

have faster computing power and would be able to make lethal decisions.[283] In retaliation, the author responds that 1) robot systems may be able to compute faster but still have the same amount of information as a human solider would; 2) advanced robots made in our time would still not have the ability to, "resist the performance of an unethical act," and would be unable to explain their reasoning; 3) ethical robot systems will not fully developed in the near future; and 4) Arkin fails to answer the question, "[h]ow can one make sure that a system is applying rules adequately to a certain situation and that the system decides correctly that it is allowed to apply its rule to this specific situation?"[284]

Filippo A. Raso et al., Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks (Berkman Klein Center, 2018).[285]

This report is divided into eight sections and essentially aims to evaluate how AI impacts economic, social and cultural rights.[286] After a brief introduction, the authors ask, "[w]hat is Artificial Intelligence?" in Section 2.[287] The report acknowledges that AI technology develops at a rate so fast that it is difficult to provide a concrete definition of Artificial Intelligence.[288] The authors categorize AI into two "buckets:" 1) knowledge-based systems, which cannot learn or make decisions but instead, determine optimal decisions based on specific limit of data; and 2) machine learning, which, "uses statistical learning to continuously improve their decision-making performance."[289] The report also notes that its findings are limited to the AI systems that are currently in use, and it does not evaluate AI theoretical capacities.[290]

In section 3, "What are Human Rights" the report briefly explains that human rights are derived from the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR).[291] Section 4, 'Identifying the Human Rights Consequences of AI,' lays out a framework for identifying "pre-existing institutional structures" (in other words, the context within which AI is created).[292] The two-step methodology is as follows: 1) Establish the Baseline; and 2) Identify the Impacts of AI.[293] The report further notes that there are three sources from which AI intersects with Human Rights: 1)

283) *Id.*

284) *Id.* at 15.

285) Filippo A. Raso et al., *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks* (Berkman Klein Center, 2018), http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:38021439.

286) *Id.* at 8.

287) *Id.* at 10-11.

288) *Id.* at 10.

289) *Id.*

290) *Id.* at 11.

291) *Id.* at 12.

292) *Id.* at 14.

293) *Id.*

Quality of training data; 2) System design; and 3) Complex Interactions.[294] In Section 5, 'AI's Multifaceted Human Rights Impacts,' the report explores the consequences of AI decision-making in criminal justice, finance, healthcare, content moderation, human resources, and education.[295]

Richard M. Re & Alicia Solow-Niederman, Developing Artificially Intelligent Justice, 22 Stan. Tech. L. Rev. 242 (2019).[296]

This article is organized into five sections. After the Introduction, Section II is titled "Modeling AI Development"; III. "Concerns"; IV. "Responses"; and V. "Conclusion: Courts and Beyond." The article is focused on the use of artificial intelligence in making judicial decisions, and it argues that the increased use of this technology will, "affect the adjudicatory values held by legal actors as well as the public at large."[297]

Section II, "Modeling AI Development"[298] argues that, "AI adjudication is likely to generate a shift in attitudes and practices that will alter the values underlying the judicial system. . . . Particularly, AI Adjudication will tend to strengthen codified justice at the expense of equitable justice."[299] In subsection A, the article explains two different models of legal change: Rule Updating and Value Updating.[300] Rule Updating means that new technology develops and prompts the creation of new rules in the legal system. However, the underlying values remain fixed.[301] On the other hand, the Value Updating models results in the change of values.[302] The article argues that new technology can act as a social force and lead to interaction between new tech, rules and values.[303] More specifically, the two ways which new technology acts on values are, 1) when tech, "alter[s] individual and social capabilities in ways that disrupt established practices, catalyzing new practices and related ways of thinking."[304]; and 2) when, "new technology facilitates the spread of information that disrupts once-established understanding and opinions."[305]

In Subsection B, the article explains the two models of adjudicatory justice: equitable justice and

294) *Id.* at 15.
295) *Id.* at 17.
296) Richard M. Re & Alicia Solow-Niederman, *Developing Artificially Intelligent Justice*, 22 Stan. Tech. L. Rev. 242 (2019).
297) *Id.* at 244.
298) *Id.* at 247-262.
299) *Id.* at 247.
300) *Id.* at 248.
301) *Id.*
302) *Id.* at 250.
303) *Id.*
304) *Id.* at 251
305) *Id.*

codified justice.[306] The former, equitable justice, incorporates both the enforced values and the "reasoned application" of said values.[307] It, "aspires to apply consistent principles and is prepared to set aside general patterns in favor of unique circumstances."[308] Because this model relies on context, it can seem, "incompatible with automated algorithmic processes."[309] The latter model, Codified Justice, "refers to the routinized application of standardized procedures to a set of facts."[310] The author describes codified justice as the predecessor to artificial intelligence because it, "aspires to establish the total set of legally relevant circumstances discoverable in individualized proceedings."[311] Codified justice reduces such variables as bias and arbitrariness.[312]

Subsection C argues that, "AI adjudication will generate new capabilities, information, and incentives that will foster codified justice at the expense of equitable justice."[313] The potential benefits of codified justice, such as cost-efficiency and elimination of human bias[314] could make the judicial system more effective. However, the article argues that because AI cannot explain its decisions and because the data sets AI works from would be private, AI adjudication is being pushed into a direction that erodes preexisting legal values.[315] The article envisions AI adjudication would provide "automated rationalizations" that would satisfy an unwitting human audience, without actually providing real rationalizations for its adjudications.[316] Section II ends with a description of a "self-reinforcing cycle" where AI adjudication will make codified justice more appealing and, "push toward greater measurability, objectivity, and empiricism in the legal system."[317]

Section III, "Concerns,"[318] raises four concerns of AI adjudication: "incomprehensibility, datafication, disillusionment, and alienation."[319] Subsection A is concerned with the difficult of comprehending AI functions.[320] This, the article argues, is contradictory to equitable justice, which favors personal

306) *Id.* at 252.
307) *Id.*
308) *Id.* at 253.
309) *Id.*
310) *Id.*
311) *Id.*
312) *Id.* at 254.
313) *Id.* at 255.
314) *Id.* at 255-56.
315) *Id.* at 259-260.
316) *Id.* at 261.
317) *Id.*
318) *Id.* at 262-278.
319) *Id.* at 262.
320) *Id.*

explanations for rationalizing.[321] The article addresses three specific worries under the incomprehensibility of AI decision-making. First, the article is worried that the judiciary would lose their accountability to the public and to the individuals who stand in their court without understandable human decision-making. Furthermore, the article is concerned that such enigmatic reasoning would, "frustrate public debate and obstruct existing modes of public accountability and oversight such as impeachment or judicial election."[322] Secondly, incomprehensibility could lead to issues of legitimacy or fairness for defendants. One of the essential principles of our judicial system and constitution is the right to due process, and the article argues that AI incomprehensibility could disempower the defendant.[323] Thirdly, "AI Adjudicators might preclude optimal degrees, or desirable forms, of incomprehensibility."[324] The argument is that some aspects of the judicial decision-making need to remain unpredictable or ambiguous.[325] For example, human judges might want to obfuscate their reasoning in order, "preserve room for jurisprudential maneuvering tomorrow."[326] Lastly, the article argues that the incomprehensibility could be unequally applied and, "allow the legal system to be gamed."[327] For example, if a detailed technical report can only be understood by experts, "only a select set of actors … would be able to parse the 'real' explanation."[328]

Subsection B addresses the issue of datafication, which is the emphasis and incorporation on objective data.[329] Firstly, this subsection is concerned that datafication, "could insulate the legal system from legitimate criticism, thereby allowing bias to flourish."[330] If AI relies on inherently biased datasets, then the AI adjudication process will recreate or worsen preexisting biases.[331] Secondly, datafication could cause the legal system to be "undesirably fixed." The system would not be susceptible to "natural updating" such as generational changes that come with judges rotating out of the bench, and cultural/societal transformations.[332] Thirdly, datafication will reduce the reliance on significant but, "less quantifiable or data rich considerations."[333] For example, "the personal sincerity or remorse" of an defendant could be ignored. Lastly, AI adjudication could lead to adaptations in the law itself which favor measurable data.[334] The article uses the example of malignant heart murder in criminal law.

321) *Id.* at 263.
322) *Id.*
323) *Id.* at 264.
324) *Id.* at 265.
325) *Id.* at 265-266.
326) *Id.* at 265.
327) *Id.* at 266.
328) *Id.* at 267.
329) *Id.*
330) *Id.*
331) *Id.* at 268.
332) *Id.* at 268-269.
333) *Id.* at 269.

This type of murder requires a human element that cannot be determined by implementing a standard code.[335]

Subsection C concentrates on disillusionment,[336] meaning, "skeptical reconsideration of existing practices."[337] The subsection points to three examples of AI adjudication successfully exhibiting the flaws inherent with human judgment.[338] First, disillusionment would, "erode confidence in the legal system's legitimacy."[339] Second, AI adjudication could diminish the position of the judiciary and alter the judiciary's culture and composition.[340] As a consequence, judges would have diminished authority.[341] Finally, disillusionment could result in smaller but significant changes: 1) diminished political power; 2) lawyer's rhetoric becomes irrelevant; 3) diminished adversarial system and movement towards inquisition; and 4) erasure of human lawyers from the legal process.[342]

Subsection D posits that AI adjudication will cause alienation and cease participation in the legal system.[343] The article goes even one step further and imagines a future where the judicial system becomes fully automated with AI.[344] In addition, alienation could cause a decrease in public engagement where there would be an insufficient amount of public oversight (ex. jury participation).[345] The article closes Section III with hope for a "new equilibrium" between equitable justice and codified justice as AI adjudication is incorporated in the legal system.[346]

Section IV discusses four types of viable responses to the issues described above.[347] Subsection A suggests continued experimentation with changes in the legal system as a possible solution to these problems. However, it also recognizes the risks of experimentation where human lives are at risk.[348] In subsection B, the article explores the possibility of "coding equity" into the AI system.[349] The article argues that coding ethics into the system could be achieved if it is updated regularly and could respond faster to issues of inequality faster than humans.[350] However, coding equity would be

334) *Id.* at 271.
335) *Id.* at 272.
336) *Id.* at 272-275.
337) *Id.* at 272.
338) *Id.* at 273.
339) *Id.*
340) *Id.*
341) *Id.* at 274.
342) *Id.*
343) *Id.* at 275.
344) *Id.*
345) *Id.* at 276.
346) *Id.* at 277.
347) *Id.* at 278-288.
348) *Id.* at 279.
349) *Id.* at 280.

difficult because the concept of "equity" contains many nuances.[351] It ultimately comes to the conclusion that it is an, "ineffective stand-alone solution."[352] Subsection C, suggests the division of labor between humans and AI as an additional solution.[353] For example, human judges and AI could collaborate at specific stages of the legal process, providing extra human oversight in these situations.[354] Another possibility is to separate cases and, "apportion discrete types of judicial decision-making to human[s]."[355] Subsection D posits the removal of profit-seeking actors as a way to keep the system focused on justice.[356]

Section IV concludes with the solution that concerns of AI adjudication should be addressed by drawing from all four types of responses.[357] The last section, section V summarizes and briefly notes the far-reaching consequences for AI adjudication on "executive bureaucracy and administrative agencies" where the same issues regarding codified justice would be reproduced.[358]

Hin-Yan Liu, Three Types of Structural Discrimination Introduced by Autonomous Vehicles, 51 UC Davis L. Rev. Online 149 (2017-2018).[359]

This article centers around crash-optimization algorithms used in autonomous vehicles. The authors discuss the ways in which this crash-optimization uses discriminatory systems and ends on an exploration of the impacts autonomous vehicles will have on the structure of future society. The article is organized into five parts: I) Prioritizing the Occupant in Autonomous Vehicles through Trolley-Problem Scenarios; II) Structural Biases in Crash Optimization and Trolley-Problem Ethics; III) Intentional Discrimination and the Immunity Devise Thought-Experiment; IV) Structural Discrimination in the Corporate Profit-Driven Context; and V) Structural Discrimination in Urban Design and Law Revisited.

In the first section, the author explains that autonomous vehicles utilize crash-optimization algorithms to reduce overall damage of an unavoidable crash.[360] This happens by establishing probabilistic courses of action. Many equate this algorithm to the classic ethic hypothetical—the trolley-problem

350) *Id.*
351) *Id.* at 281
352) *Id.*
353) *Id.*
354) *Id.*
355) *Id.* at 283.
356) *Id.* at 285.
357) *Id.* at 288.
358) *Id.* at 289.
359) Hin-Yan Liu, *Three Types of Structural Discrimination Introduced by Autonomous Vehicles*, 51 UC Davis L. Rev. Online 149 (2017-2018).
360) *Id.* at 151-152.

scenario, where the conductor has to decide whether to kill one person or five people by diverting the railroad tracks.[361] By contrasting the programming of autonomous cars from this ethics hypothetical, the author asserts three ways in which the crash-optimization program creates a discriminatory and problematic machine. Unlike the trolley driver, the decision-maker in self-driving cars is the manufacturer or the occupants of the vehicle.[362] They are not disinterested decision-makers.[363] For the manufacturer the stake in the outcome of the crash-optimization program is exclusively serving the interest of customers and for the occupant, their interest is their own personal safety. As a result, the primary focus of crash-optimization programs is to privilege their occupants over pedestrians and other third parties.[364] The author suggests that changing the perspective is a way to democratize the algorithm.[365]

The second way in the crash-optimizing system discriminates is the way in which it collects data and learns different outcomes. The author argues that the system focuses on a very structured and isolated patterns of data;[366] focusing on a single scenario overlooks a wider range of externalities.[367] The effect would only multiply when the same automobiles are distributed. A related concern is that currently self-driving cars identify human beings just as units.[368] Not by characteristics or physical features, such as race or gender. However, there would be notable consequences if the algorithm begins using identifying characteristics to determine how to reduce damage. For example, if the vehicle is programmed to hits motorcyclists with helmets because her odds of surviving are higher, then, "certain groups will consistently bear a greater burden despite the fact that they adopted prudential measures to minimize theirs risk."[369] The article continues to argue that a system which makes a small number of biased decisions can unintentionally result in, " a systemic and collective dimension whereby the generated outcomes will be reliably and systematically skewed."[370] Another issue is if these small biased decisions do not reflect enough discriminatory intent for legal recognition.[371] The article notes that such discrimination while plainly discrimination "falls outside of the scope" of Article 26 of ICCPR.[372]

361) *Id.* at 154.
362) *Id.* 154.
363) *Id.* 154.
364) *Id.* at 155.
365) *Id.* at 156.
366) *Id.* at 156-57.
367) *Id.* at 158.
368) *Id.* at 159-160.
369) *Id.* at 160.
370) *Id.* at 161.
371) *Id.* 161.
372) *Id.* at 162.

Section III considers what would happen if discrimination was intentional. The article posits that this requires the aim of crash-optimization systems to, "maximize the collective well-being of society."[373] For example, if the criteria for crash optimization was based on positive traits of an individual like talents, cultured ability, or potential, the system could make decisions based on saving the lives of scientific and cultural elite.[374] Many other types of preferences could be used to make these calculations: age, sex, race, or social/political status.[375] Section III continues to consider hypothetical future scenarios where the manufacture of an "immunity device" would allow its carriers to become completely immune to self-driving auto collisions.[376] The article also imagines customer loyalty programs which provide people with additional security or safety.[377]

Section IV examines the structural discrimination that derives from profit-driven motives. The article contends that it would be difficult to apply law and cause trouble in the future because self-driving car manufacturers could use, "human beings as moral crumple zones" that absorb legal liability for structural discrimination.[378]

Section V expands the scope of the article, arguing that these issues with self-driving vehicles will also lead to changes in urban design.[379] The section also argues that there are currently no incentives to create liability structures.[380] The article speculates that normalizing the use of self-driving cars could cause deeper segregation between those with the privilege of wealth and access to technology and those who do not.[381] Moreover, forms of "architectural exclusion" could be used to exacerbate inequality. For example, when highways/bridges were first built over parkways, they were deliberately made low so that public transportation could not travel using the parkway, effectively keeping poor people off the road and within specific neighborhoods.[382] The article is concerned that similar structures will occur when infrastructure is designed to support self-driving vehicles.[383] Two foreseeable consequences could be the complete removal of human beings as operators of transportation and continued, "privatization of public space."[384]

373) *Id.* at 163.
374) *Id.* 163.
375) *Id.* 163.
376) *Id.* at 164.
377) *Id.* at 166.
378) *Id.* at 171.
379) *Id.* at 172.
380) *Id.* 172.
381) *Id.* 172.
382) *Id.* at 173.
383) *Id.* at 175.
384) *Id.* 175.

In the conclusion, the article asks for a vigilant approach to all future development of self-driving automobile programs in order to avoid dystopian scenarios.[385] The article suggests the, "broadest range of participation in the design and development of these systems."[386]

Joanna J. Bryson, Robots Should Be Slaves (University of Bath, 2009).[387]

This article is made up of 6 sections and essentially argues, as the title suggests, that robots should be considered for all intents and purposes as slaves, not as companions or humans.[388] The author invites the reader to deeply consider how we think about robots and our relationship to this technology.[389]

In the first section after the introduction, "Why slaves?," the article notes that slaves are defined as "people you own."[390] The author acknowledges the cruel and horrible history of slavery, particularly the dehumanizing consequences of slavery.[391] However, the author argues that, "dehumanization is only wrong when it's applied to someone who really is human[.]"[392]The article makes four fundamental claims: "1) Having servants is good and useful, provided no one is dehumanized; 2) A robot can be a servant without being a person; 3) It is right and natural for people to own robots; 4) It would be wrong to let people think that their robots are persons."[393]

In the second section, "Why we get the metaphor wrong," the author pointedly states from the outset that there is no question that humans own robots, and it would be a mistake to ignore that robots are in our service.[394] Robots do not exist unless humans decide to create them, and we program and design their intelligence and behavior.[395] In the remainder of this section, the paper examines the tendency for roboticist and science fiction movies/books to express a human's ethical obligation to robots.[396] Citing a previously published article, the author explains that this tendency is a result of "uncertainty about human identity," and the "arbitrary assignments of empathy."[397]

385) *Id.* at 178.

386) *Id.* 178.

387) Joanna J. Bryson, *Robots Should Be Slaves* (University of Bath, 2009), https://pdfs.semanticscholar.org/5b9f/4b2a2e28a74669df3789f6701aaed58a43d5.pdf.

388) *Id.* at 1.

389) *Id.* at 2.

390) *Id.*

391) *Id.*

392) *Id.*

393) *Id.* at 3.

394) *Id.*

395) *Id.*

396) *Id.*

397) *Id.* at 4.

In the third section, "Costs and benefits of mis-dentification with AI," the author essentially argues that over interaction with AI is an inefficient use of human time and resources.[398] The section provides measures of the cost of over-identification on the individual level: "1) the absolute amount of time and other resources an individual will allocate to a virtual companion; 2) what other endeavors that individual sacrifices to make that allocation; and 3) whether the tradeoff in benefits the individual derives from their engagement with the AI outweigh the costs or benefits to both that individual and anyone else who might have been affected by the neglected alternative endeavors."[399] The article argues that individuals have a, "finite amount of time and attention for forming social relationships," and humans increasingly seek superficial relationships from, "lower-risk, faux-social activities such as radio, television and interactive computer games."[400] At an institutional level, the article examines the larger implications of when AI makes decisions for humans.[401] In addition, it is dangerous to put moral responsibility unto robots instead of humans. As the author states, "we should never be talking about machines making ethical decisions, but rather machines operated correctly within the limits we set for them."[402] Ultimately, the author argues that misidentification with AI leads to "less responsible and productive members of society."[403] Automation allows humans to choose less "fulfilling social interactions with a robot over those with a human, just because robotic interactions are more predictable and less risky."[404]

The fourth section, "Getting the metaphor right," examines the ways that robots can be useful for human society.[405] The author argues that understanding the "robot-as-slave" is the best way to, "get full utility … and … to avoid the moral hazards" of these robots.[406] The section posits that domestic robots will be used as physical support for the infirm, assisting those with working memory challenges, and as tutors for children.[407]

In the fifth section, "Don't we owe robots anything?," the article addresses concern that robots could be exploited and abused.[408] The article states that because humans determine robots' goals and desires, "it cannot mind being frustrated unless we program it to perceive frustration as distressing, rather than

398) *Id.* at 5.
399) *Id.*
400) *Id.* at 5-6.
401) *Id.* at 6.
402) *Id.*
403) *Id.* at 7.
404) *Id.*
405) *Id.* at 8.
406) *Id.*
407) *Id.*
408) *Id.* at 9.

as an indication of a planning puzzle."[409] The author goes even further to say that robots should be absolutely replaceable, and no one should ever have to question whether to save a person or a robot from a burning building.[410]

In the conclusion, the author reiterates that robots should be viewed as tools that can enhance our own abilities,[411] and that if humans have any obligations, it is to society and not to robots.[412]

Jason Borenstein and Ron Arkin, Robotic Nudges: The Ethics of Engineering a More Socially Just Human Being, Sci Eng Ethics (2016).[413]

The central question of this article is whether it would be ethical to construct companion robots that nudge a human user to behave in a certain way.[414] The author notes that the robotics community is working towards building robots that can function as lifelong companions for human beings.[415] Consequently, the article briefly mentions how the fields of cinema, psychology, and marketing study the factors behind influencing human beings.[416] Robotics also gather data from these same sources to understand how robots can influence human behavior.[417]

Citing the work of Thaler and Sunstein, the authors define "nudge" as a way to, "shape behavior without resorting to legal or regulatory means," and is often a subtle method.[418] Some contemporary examples of nudging that Thaler and Sunstein use are Texas' state motto, "Don't Mess with Texas," which creates feelings of a shared group identity and apparently decreased pollution in the state as a result.[419] Another example is how ATMs are programmed to return the debit card to the user before dispensing cash, thereby decreasing the chances of losing the card.[420]

The article contends that there are two types of paternalism which could serve as a justification for robotic nudges.[421] First, there is weak or soft paternalism which prevents harm in situation where, "it

409) *Id.*
410) *Id.* at 10.
411) *Id.*
412) *Id.* at 11.
413) Jason Borenstein and Ron Arkin, *Robotic Nudges: The Ethics of Engineering a More Socially Just Human Being*, Sci Eng Ethics (2016).
414) *Id.* at 32.
415) *Id.*
416) *Id.*
417) *Id.*
418) *Id.* at 33
419) *Id.*
420) *Id.*

is presumed that if a person had additional knowledge or was mentally competent, the person would make a different decision."[422] Then, there is strong or hard paternalism which protects a person, "even if it goes against that person's voluntary choice."[423] The article again cites Thaler and Sunstein, who advocate for "libertarian paternalism," which upholds individual autonomy while still moving towards more "productive ends."[424] While robots are being developed and used for a variety of uses, including warfare, security, and healthcare, the article posits that robots could also be used to bring out positive traits from their users through verbal cues, proxemics, or touch.[425]

The article argues that a well-designed robot would have "distinct advantages" over other types of technology when influencing human behavior.[426] Unlike phone apps, robots have a physical and therefore, stronger presence in the world, as well as the capacity to move around, and robots have a wider range of possibilities to mold their environment.[427] A well-designed robot would have to be a sophisticated machine which could discern between human beings and the various human behaviors it is supposed to monitor.[428] If society can agree that robotic nudging is ethically acceptable "when the intent is to promote a person's own well-being," the article asks under which conditions this would be permissible.[429] Another question to consider is whether nudging should be used to benefit the individual or a larger group.[430] For example, a robot could tap a parent on the shoulder when the user's child has been sitting alone watching television for an extended amount of time. While the child's welfare is the primary concern, the article notes that the parent could feel startled by this tap or even feel offended for the suggestion that the adult is a bad parent.[431]

The article briefly distinguishes between positive and negative nudges.[432] Positive nudges utilize positive reinforcement methods such as encouragement or rewards; negative nudges would use punishment or expressions of disappointment.[433] Furthermore, psychological and sociological data should inform the design of robotic programming in addition to ethical considerations.[434] If the robot is programmed to use abrasive or sudden tactics to deter human behavior, there is a strong likelihood

421) *Id.* at 34.
422) *Id.*
423) *Id.*
424) *Id.*
425) *Id.* at 35.
426) *Id.*
427) *Id.* at 36.
428) *Id.*
429) *Id.* at 37.
430) *Id.*
431) *Id.*
432) *Id.* at 38.
433) *Id.*
434) *Id.*

that the human would see this as an intrusion and become angry instead of change their behavior.[435]

The article next examines some objections to robotic nudging.[436] First, the deliberate manipulation of a free-thinking individual is seen as an intrusion upon human liberty.[437] Second, there are concerns that nudging could be misused and result in "a wide range of abuses."[438] There is also the issue of "moral paternalism." Citing Harris, the article defines moral paternalism as the protection from corruption or wickedness.[439] Critics argue that this is "tampering with personal identity."[440] The same concern arises in biomedical technology where a robotic nudge could change human nature.[441]

The article then asks, "which framework or theory should be used as a basis or foundation for defining what ethical means?"[442] Even if only Western theories were examined, they would include such possibilities as: "rights-based approaches, deontology, consequentialism, virtue ethics, [and] cultural relativism."[443] The article directs its focus on what it considers to be the most valuable virtue—justice.[444] Then it comes to the conclusion that it would be best for robot nudges to promote social justice.[445] The article relies on two Rawlsian concepts of justice: 1) "each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others"; and 2) the inequalities of society must be addressed with compensation that benefits everyone.[446]

The article proceeds to describe three "design pathways related to how much control a user could exert over a robot's nudging behavior: 1) opt in, 2) opt out, 3) no way out."[447] The Opt In pathway allows for users to, "consciously and deliberately select their preferences."[448] This option considers the individual autonomy of the human user.[449] The Opt Out pathway allows the robot to perform a default function until the user makes modification.[450] This pathway is likened to the automatic enrollment of employees into a retirement plan although they may choose to not participate in the plan.[451] The

435) *Id.*
436) *Id.*
437) *Id.*
438) *Id.*
439) *Id.* at 39.
440) *Id.*
441) *Id.*
442) *Id.*
443) *Id.*
444) *Id.* at 40.
445) *Id.* at 40-41.
446) *Id.* at 40.
447) *Id.* at 42.
448) *Id.*
449) *Id.*
450) *Id.*
451) *Id.*

article notes that there is a concern with "subordination to technology" because humans will tend to agree with the default without taking the time to fully explore other available options.[452] The last pathway, the No Way Out pathway does not provide the user with the ability to turn off the robot. In other words, "justice trumps the individual user's autonomy and rights."[453] This is compared to the inability for smart phone users to turn off GPS tracking when the police use this option.[454]

In the final section, the article considers the robot designer's moral obligations in programming the technology.[455] A question that must be considered is, "does the foremost obligation that a robot possesses belong to its owner or to human society overall."[456] This article ultimately is concerned with "highlight[ing] ethical complexities" of robotic nudging rather than provide precise answers.[457]

Angela Daly et. al., Artificial Intelligence Governance and Ethics: Global Perspectives, The Chinese University of Hong Kong Research Paper Series (2019).[458]

This article is made up of 8 sections and provides an overview of international efforts to develop AI policies. Section 1: Introduction; Section 2: Global Level; Section 3: Europe ; Section 4: India; Section 5: China; Section 6: The United States of America; Section 7: Australia; and Section 8: Reflections, issues and next steps. The article only lists and provides brief explanations of any policies made by each nation's government.

In Section 1, the Introduction examines the definition of AI,[459] then explores the intersection between AI and ethics.[460] It is comprised of four subsections: 1) What is AI?; 2) AI and Ethics; 3) What does 'ethics' mean in AI?; and 4) This Report. The central issues the report is trying to figure out are, "what are the ethical standards to which AI should adhere,"[461] as well as which actors should be responsible for setting the legal and ethical standards.[462] One concern is that regulation will be established by private companies rather than government agencies.[463] The article next defines morality as, "a reflection theory of morality or as the theory of the good life."[464] AI ethics is understood as dynamic

452) *Id.*
453) *Id.* at 43.
454) *Id.*
455) *Id.*
456) *Id*.
457) *Id.*
458) Angela Daly et. al., *Artificial Intelligence Governance and Ethics: Global Perspectives*, The Chinese University of Hong Kong Research Paper Series (2019).
459) *Id.* at 6.
460) *Id.* at 7-8.
461) *Id.*
462) *Id.*
463) *Id.*
464) *Id.*

and interdisciplinary which must meet two traits to be effective: 1) AI should utilize "weak normativity" and cannot, "universally determine what is right and what is wrong"; and 2) "AI ethics should seek close proximity to its designated object."[465]

In section 2, Global Level, the article notes that, "the most prominent AI ethics guidelines" are the OECD Principles on AI.[466] These principles have been adopted by 36 Member states including the U.S., and six non-member states: Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, Peru and Romania.[467] The 40th International Conference of Data Protection & Privacy Commissioners (ICDPPC) created the Declaration on Ethics and Data Protection in Artificial Intelligence in 2018.[468] The Commissioners also established a permanent working group on Ethics and Data Protection in Artificial Intelligence.[469] Under the subsection, "Technical initiatives," the article explains that the Institute of Electrical and Electronic Engineers (IEEE) has produced Ethically Aligned Design, which includes, "five General Principles to guide the ethical design, development and implementation of autonomous and intelligent systems."[470] Multinational corporations, such as Amazon, BBC, and Baidu have also developed their own statements.[471] The World Economic Forum (WEF) released a White Paper about AI governance.[472]

Section 3 focuses on AI policies in Europe.[473] The Section is divided into five subsections: European Union, Council of Europe, Germany, Austria, and the United Kingdom. Subsection 1, the article notes that the EU has positioned itself as, "a frontrunner in the global debate on AI governance and ethics."[474] In 2018, the General Data Protection Regulation (GDPR) was put into legislation.[475] This article highlights Section 5 of the GDPR on the Right to Object (Article 21) and Automated Individual Decision-Making Including Profiling (Article 22) as particularly significant elements of the GDPR.[476]

The article next mentions the European Parliament Resolution on Civil Law Rules on Robotics which

465) *Id.* at 8
466) *Id.* at 10.
467) *Id.*
468) *Id.*
469) *Id.*
470) *Id.* at 11.
471) *Id.*
472) *Id.*
473) *Id.* at 12.
474) *Id.*
475) *Id.*
476) *Id.*

was published in 2017. Significantly, the article highlights how the Resolution wanted the existing legal framework to be supplemented with, "guiding ethical principles in line with the complexity of robotics and its many social, medical and bioethical implications."[477] The Annex to the Resolution includes a proposed Code of Ethical Conduct for Robotics Engineers, Code for Research Ethics Committees, License for Designers and License for Users.[478]

Next, the European Commission issued a Communication on Artificial Intelligence for Europe in 2018, with three goals: 1) boosting the EU's technological and industrial capacity; 2) preparing for the labor, social security and educational socio-economic changes brought by increased use of AI; and 3) establishing an effective ethics and legal framework.[479]

Also in 2018, the European Group on Ethics in Science and New Technologies released a Statement on Artificial Intelligence, Robotics and Autonomous Systems.[480] This Statement suggested basic principles based on, "fundamental values laid down in the EU Treaties and in the EU Charter of Fundamental Rights."[481] The European Union High-Level Expert Group on Artificial Intelligence ("High-Level Expert Group"), which the article describes as a, "multi-stakeholder group of 52 experts from academia, civil society and industry," created its Ethics Guidelines for Trustworthy AI in 2019.[482] These Guidelines establish requirements that determine whether or not AI is "trustworthy."[483] These guidelines are currently being implemented in a pilot program across public and private sectors.[484] Thomas Metzinger, a member of this group, criticized this process as "ethics washing" because certain non-negotiable clauses were removed from the Guidelines, and he calls for AI governance to be separated from industry.[485] The High-Level Expert Group later put out the Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI, with 33 recommendations for sustainable inclusive development of AI.[486] These recommendations also condemn the use of AI for State and corporate mass surveillance.[487] The Panel's puts particular focus on, "the monitoring and restriction of automated lethal weapons; the monitoring of personalized AI systems built on children's profiles; and the monitoring of AI systems used in the private sectors which significantly impact on human lives, with the possibility of introducing further obligations on such providers."[488]

477) *Id.*
478) *Id.*
479) *Id.*
480) *Id.* at 13.
481) *Id.*
482) *Id.*
483) *Id.*
484) *Id.*
485) *Id.*
486) *Id.*
487) *Id.*

Subsection 2 discusses the governance initiatives of the Council of Europe (COE) which includes all EU Member States and some non-EU states like eastern European states, Turkey and Russia.[489] The European Commission for the Efficiency of Justice created the European Ethical Charter in 2018, which sets forth five principles for the development of AI usage in the European judiciary.[490] The COE has also published the Guidelines on Artificial Intelligence and Data Protection in 2019.[491]

Subsection 3 centers on Germany.[492] The article notes that the country has invested close to 3 Billion Euros into AI research.[493] While the nation is small and cannot compete with larger nations, Germany has competitively branded itself as supportive of, "data protection-friendly, trustworthy, and 'human centered' AI systems, which are supposed to be used for the common good…".[494] Part of the German government's strategy is to fund research and innovation as well as create 100 new professorships in the study of "AI and Machine Learning."[495]

Subsection 4 briefly focuses on Austria.[496] The government drafted a report, 'Artificial Intelligence Mission Austria 2030,' which lists numerous stakeholders and participation methods.[497] Austria has also indicated the desire to create a "large national data pool" where the personal data of Austrian citizens, "would be sold to the highest bidder in order to attract cutting edge data-driven research to Austria."[498]

Subsection 5 focuses on the United Kingdom.[499] In 2018, the UK introduced the AI Sector Deal in order to place, "the UK at the forefront of the artificial intelligence and data revolution."[500] The UK Parliament has made various initiatives to address AI governance and issues, including an All-Party Parliamentary Group on AI and a Select Committee on AI.[501] The latter committee studies whether the current legal and regulatory frameworks should be adapted to meet the needs of an AI future.[502] The UK government also partnered with the WEF's Center for the Fourth Industrial Revolution to

488) *Id.* at 13-14.
489) *Id.* at 14.
490) *Id.*
491) *Id.*
492) *Id.*
493) *Id.* at 15.
494) *Id.*
495) *Id.*
496) *Id.*
497) *Id.*
498) *Id.* at 16.
499) *Id.*
500) *Id.* at 16-17.
501) *Id.*
502) *Id.*

design guidelines for public sector usage of AI.[503] This subsection ends with some concern for future AI development initiatives in the face of Brexit, as financing and research will be rescinded or implausible.[504]

Section 4 concisely focuses on India.[505] The article notes that three national initiatives have been implemented by the Indian government: 1) Digital India, "which aims to make India a digitally empowered knowledge economy."; 2) Make in India, which focuses on making India the designer and developer of AI technology; and 3) The Smart Cities Mission.[506] The Ministry of Commerce and Industry formed an AI Task Force and reported that AI should be incorporated into, "national security, financial technology, manufacturing and agriculture."[507] The article provides some criticisms of India's AI governance. There is currently not data protection legislation in place or other ethical framework to address personal data concerns.[508] Furthermore, suggested ethics guidelines do not, "meaningfully engage with issues of fundamental rights, fairness, inclusion, and the limits of data driven decision making."[509]

Section 5 concentrates on governance efforts made by China.[510] In 2017, The New-Generation AI Development Plan called for high investment in AI development and to create new regulations and ethical policies by 2025.[511] In 2019, the Beijing Academy of Artificial Intelligence released the Beijing AI Principles. These principles considered: "1) the risk of human unemployment by encouraging more research on Human-AI coordination; 2) avoiding the negative implications of 'malicious AI race' by promoting cooperation, also on a global level; 3) integrating AI policy with its rapid development in a dynamic and responsive way by making special guidelines across sectors; and 4) continuously making preventive and forecasting policy in a long-term perspective with respect to risks posed by Augmented Intelligence, Artificial General Intelligence (AGI) and Superintelligence."[512] Top Chinese Universities, companies, and the Artificial Intelligence Industry Alliance (AIIA), released a Joint Pledge on Self Discipline in the Artificial Intelligence Industry.[513] The article points out that while this Pledge is similar to many other AI governance statements, it does distinguish itself by including language of "secure/safe and controllable" and "self-discipline" as important aspects that

503) *Id.*
504) *Id.* at 17-18.
505) *Id.* at 19.
506) *Id.*
507) *Id.*
508) *Id.*
509) *Id.*
510) *Id.* at 20.
511) *Id.*
512) *Id.*
513) *Id.*

need to be integrated into AI governance.[514] Lastly, the Chinese Government Ministry of Science and Technology released its eight Governance Principles for the New Generation Artificial Intelligence.[515] The Principles advocate for international collaboration as well as the concept of "agile governance."[516] This concept addresses the rapidly progressing nature of AI technology and the need for legislation to be dynamic in resolving issues.[517]

Section 6 concentrates on the United States of America.[518] Last year, the U.S. implemented the Executive Order on Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence.[519] This Order has created the American AI Initiative, organized by the National Science and Technology Council (NSTC) Select Committee on Artificial Intelligence.[520] The Order include the protection of "civil liberties, privacy and American values," and the creation of lucrative foreign markets for American-made AI.[521] There are six strategic objectives that must be met by regulators and developers, including the protection of, "American technology, economic and national security, civil liberties, privacy, and values."[522] In addition, AI developers must prioritize national security and public trust and protect AI technology from foreign attacks.[523] In 2019, the US Department of Defense initiated its AI Strategy to build lawful and ethical military technology to remain competitive with China and Russia.[524] Not-for-profit organizations, like The Future of Life Institute, issued 23 Asilomar AI Principles.[525] OpenAI released its open AI charter with the goal that artificial general intelligence outperforms humans for the benefit of all humanity.[526]

Section 7 focuses on Australia and offers some criticism.[527] The Australian Human Rights Commission started the Technology and Human Rights Project.[528] The Australian Government Department of Industry, Innovation and Science released a paper on Australia's efforts to develop an ethics framework.[529] The authors argue that the Australian Ethical Framework report developed by

514) *Id.* at 21.
515) *Id.*
516) *Id.*
517) *Id.*
518) *Id.* at 23.
519) *Id.*
520) *Id.*
521) *Id.*
522) *Id.*
523) *Id.*
524) *Id.* at 24.
525) *Id.*
526) *Id.*
527) *Id.* at 26.
528) *Id.*
529) *Id.*

Data 61 and CSIRO lacks a fundamental misunderstanding of Australian privacy law (citing Johnson 2019).[530] It also suggests, "a very narrow understanding of the negative impacts of AI," and fails to see the full impact of harms AI can have.[531] The report does not offer responsive regulatory approaches for automated decision making.[532] The Report sets out eight key principles: "Generates net-benefits; do no harm; regulatory and legal compliance; privacy protection; fairness; transparency and explanability; and contestability[.]"[533] The proposed Australian AI ethical framework also provides a 'toolkit' for implementation.[534] Some of the strategies include: "impact assessments; internal/external review; risk assessments; best practice guidelines; industry standards; collaboration; mechanisms for monitoring and improvement; recourse mechanisms; and consultation."[535]

Lastly, Section 8 provides some of the authors' reflections and analysis of the information gathered in the previous sections.[536] This section is divided into 7 smaller subsections.[537] First, this section notes that there is clearly a distinction between the "haves" and "have-nots" in terms of the resources and capacity to implement advanced governing systems for AI.[538] The article notes that the EU and China are the top groups, but the U.S. could quickly become a strong competitor.[539] Second, there is a fundamental motivation to compete between countries despite the stated need for international collaboration.[540] The U.S., China and the EU have all stated the desire to become global leaders and to perpetuate nationalist values.[541] This is also evidenced in the fact that smaller countries like Austria are, "willing to engage in less ethical projects to attract attention and investment."[542] Third, the authors note that many of the AI governance statements contain many similar goals, such as accountability, transparency, privacy, and protection.[543] However, the authors also note that underneath these shared goals, there may be varying, "cultural, legal and philosophical understandings."[544] Fourth, the authors consider "what's not included" in these discussions.[545] Some questions that need to be asked are: 1) Is there reference to other government or corporate initiatives

530) *Id.*
531) *Id.*
532) *Id.* at 27
533) *Id.*
534) *Id.*
535) *Id.*
536) *Id.* at 28.
537) *Id.* at 28-32.
538) *Id.* at 28.
539) *Id.*
540) *Id.*
541) *Id.*
542) *Id.* at 29.
543) *Id.*
544) *Id.*
545) *Id.*

which may contradict the principles?; 2) What are the hidden costs of AI; and 3) How are they visible and internalized?[546] Fifth, "What's already there?"[547] The authors assert the need to better understand the interactions between policy, rights, private law, and AI ethics.[548] Sixth, the authors raise the issue of "ethics washing."[549] If these AI governance initiatives are not enforced, then all of the aforementioned research papers, committees, and strategies only serves as "window dressing."[550] This section also raises issues of "jurisdiction shopping" for locations with less restrictive AI regulations.[551] The authors note that it may be significant to take a historical perspective on implementation because there are, "different predecessor technologies … as well as different social, economic and political conditions," that each country starts with.[552] Lastly, the authors ask, "who is involved?"[553] It is imperative that all participating voices are heard and that the larger public is appropriately and accurately represented in discussions about AI implementation and governance.[554]

Mark Latonero, Governing Artificial Intelligence: Upholding Human Rights & Dignity, Data & Society (2018).[555]

This report is divided into five sections: 1) Introduction; 2) Bridging AI and Human Rights; 3) A Human Rights Frame For AI Risks and Harms; 4) Stakeholder Overview; and 5) Conclusion. The introduction lays out the reports underlying belief that if the purpose of AI is to, "benefit the common good, at the very least its design and deployment should avoid harms to fundamental human values."[556] The author states that rooting AI development into a rights-based approach provides an, "aspirational and normative guidance to uphold human dignity and the inherent worth of every individual, regardless of country or jurisdiction."[557]

Section 2, Bridging AI and Human Rights, acknowledges that AI is a vast, multi-disciplinary field.[558] Therefore, the section explains, "the basic entry points" between human rights and AI.[559] The article explains that current AI technology uses machine learning systems.[560] Machine learning processes

546) *Id.*
547) *Id.*
548) *Id.* at 30.
549) *Id.*
550) *Id.*
551) *Id.* at 31.
552) *Id.*
553) *Id.* at 31-32.
554) *Id.* at 32.
555) Mark Latonero, *Governing Artificial Intelligence: Upholding Human Rights & Dignity, Data & Society* (Oct. 10, 2018), https://datasociety.net/library/governing-artificial-intelligence/.
556) *Id.* at 5.
557) *Id.* at 5-6.
558) *Id.* at 7.
559) *Id.*

historical data to detect patterns, but if this data is skewed or incomplete, biases can quickly perpetuate throughout the AI system.[561] For example, facial recognition technologies, "reproduce culturally engrained biases against people of color," when discriminatory algorithms cannot properly process or recognize darker skinned people.[562]

Section 3, A Human Rights Frame For AI Risks And Harms, is divided into five smaller subsections.[563] The purpose of this section focuses on five areas of human rights: Nondiscrimination and Equality, Political Participation, Privacy, Freedom of Expression, as well as Disability Rights.[564] The section opens with the International Bill of Rights as the primary source of human rights, which is comprised of three treaties: 1) The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR); 2) the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESRC); and the Universal Declaration on Human Rights (UDHR).[565]

The first subsection, Nondiscrimination and Equality, details uses of discriminatory algorithms in programs like the Allegheny Family Screening Tool (AFST), which is a predictive risk model that forecasts child abuse and neglect.[566] Studies have found that the AFST uses information about families that use public serves and more frequently targets poor residents and disproportionately places certain kinds of people into problematic categories.[567] In South Africa, the apartheid regime was held up by, "classification systems built on databases that sorted citizens by pseudoscientific racial taxonomies.[568] A report by the World Economic Forum voiced concerns that because the success of machine learning is measured in efficiency and profit, these measures may overshadow responsibility to human rights.[569]

Under the second subsection, Political Participation, the author focuses on the ways that discriminatory AI can spread disinformation.[570] When citizens cannot be informed and misrepresentations are made to them about political campaigns and world events, this violates the right to self-determination and the right to equal participation under the ICCPR.[571]

560) *Id.* at 8.
561) *Id.*
562) *Id.* at 9.
563) *Id.* at 10-16.
564) *Id.* at 10.
565) *Id.*
566) *Id.* at 11.
567) *Id.*
568) *Id.*
569) *Id.*
570) *Id.* at 12.
571) *Id.* at 13.

The third subsection, Privacy, concentrates on the use of algorithmic surveillance by private companies, like Amazon, to gather and reveal personal data about users.[572] The article notes that the right to privacy is found in both the UDHR (Article 12) and ICCPR (Article 17). Furthermore, protecting the right to privacy, "is key to the enjoyment of a number of related rights, such as freedoms of expression, association, political participation, and information.[573]

In the fourth subsection, Freedom of Expression, the article largely focuses on the management of social media platforms.[574] Algorithms skew the users social media feed based on personal preferences and interest. Algorithms also remove negative posts or comments, and private companies have the ability to undermine or, "meaningfully determine the boundaries of speech."[575] The subsection notes the difficulty in finding the right balance between the "legal and social impact relative to multiple rights."[576]

The final subsection, The Disability Rights Approach and Accessible Design, encapsulates, "how technological developments increases the risk to vulnerable groups,"[577] as well as the difficulty in implementing change.[578] For example, Netflix did not comply with ADA guidelines until disability rights groups advocated and pressured the company for years.[579] The article points out that human rights cannot be implemented without laws.[580] This requires additional incentives like public activism and market forces.[581] Moreover, human rights need to be, "infused into the workflow of the organization as part of the jobs of employees working on quality assurance, test suites, and product design documentation," not just corporate statements.[582]

In Section 4, Stakeholder Overview, the article provides a snapshot of AI and human rights initiatives in business, civil society, governmental organizations, the UN, intergovernmental organizations, and academia, and the section is divided into the aforementioned six subsections.[583]

Subsection 1, Business, briefly discusses some human rights initiatives by the companies Microsoft,

572) *Id.*
573) *Id.* at 14.
574) *Id.*
575) *Id.*
576) *Id.* at 15.
577) *Id.*
578) *Id.* at 15-16.
579) *Id.* at 16.
580) *Id.*
581) *Id.*
582) *Id.*
583) *Id.* at 17.

Google, and Facebook.[584] Microsoft completed its first Human Rights Impact Assessment (HRIA) and created a, "methodology for the business sector that are used to examine the impact of a product or action from the viewpoint of the rights holders."[585] After backlash and petitions from Google employees, the company did not renew its contract with the US Department of Defense to develop AI weapons.[586] A similar situation occurred with Microsoft and facial recognition technology given to US Immigration and Customs Enforcement.[587]

Subsection 2, Civil Society, highlights the fact that AI is dominated by powerful, socio-economically stable countries, which makes it difficult for countries in the Global South to access technology.[588] The subsection notes that four civil society groups—Amnesty International, Global Symposium on Artificial Intelligence and Inclusion, The Digital Asia Hub, and the WEF—have conducted studies to assess the impact of AI on inequality as well as the need to engage diverse groups in AI research and policy making.[589]

Subsection 3, Governments, briefly details the regulatory efforts that some national governments have made.[590] The European Union's General Data Protection Regulation has secured new guidelines for data protection and privacy.[591] Canada and France have called for, "an international study group that can become a global point of reference for understanding and sharing research results on artificial intelligence issues and best practices."[592] Both Global Affairs Canada's Digital Inclusion Lab and Canada's Treasury Board have conducted studies on AI's impact on human rights.[593] New York City has passed laws that secure the transparency and fair application of algorithms used by the City in order to prevent a biased system.[594] The UN has investigated, "the impact and responsibilities of tech companies to protect human rights,"[595] Including the issue of autonomous weapons and their impact on the conduct of war.[596]

In Subsection 4, Intergovernmental Organizations, the report only notes that the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) has prepared some guidance for its 36

584) *Id.* at 18-19.
585) *Id.* at 18
586) *Id.*
587) *Id.* at 19.
588) *Id.* at 20.
589) *Id.*
590) *Id.*
591) *Id.*
592) *Id.* at 21.
593) *Id.*
594) *Id.*
595) *Id.*
596) *Id.* at 22.

member-countries.[597] This guidance system has also set up National Contact Points, where each nation appoints a representative to hear grievances related to company misconduct.[598]

Subsection 5, Academia, briefly details how academics at Harvard, University of Essex, and Stanford University, have reached the same conclusion that there is an urgent need for greater collaboration between technology and human rights fields, as well as other disciplines to build a universal and effective framework.[599]

In its conclusion, the report makes additional recommendations: 1) tech companies need to make an effort to collaborate with local civil society groups and researchers; 2) all tech companies should implement HRIAs, "throughout the life of their AI systems."; 3) governments must acknowledge their responsibilities and obligation in protecting fundamental rights and formulate nationally implemented AI polices; 4) lawyers, sociologists, lawmakers, engineers need to work together to integrate human rights into all business and production models; 5) academics and legal scholars should continue to investigate and research the intersection between AI, human rights and ethics; and 6) the UN should continue to investigate and enforce human rights with participating governments and monitor rapidly changing AI technology.[600]

597) *Id.*

598) *Id.*

599) *Id.* at 23.

600) *Id.* at 25.



분과회의

제6분과위원회

제1발표

[좌장] 강병근 (고려대학교)

사이버공간에 적용될 국제법에 관한 국가실행

[발표] 박노형 (고려대학교)·김효권 (고려대학교)
[토론] 유준구 (국립외교원)

大韓國際法學會

사이버공간에 적용될 국제법에 관한 국가 실행

박노형*/김효권**

목 차

Ⅰ. 도입
Ⅱ. 국제사이버법의 주요 쟁점
Ⅲ. 결어

Ⅰ. 도입

(1). 제6차 UN GGE 구성국의 국제사이버법에 대한 자발적 국가 기여

종전 정부전문가그룹 (Group of Governmental Experts, GGE)과 달리, UN 총회는 제6차 GGE를 설치하면서 동 GGE가 UN 총회에 제출하는 보고서에 '국가들의 정보통신기술 이용에 국제법이 어떻게 적용되는지에 관한 참여 정부 전문가들의 국가 기여를 포함하는 부록' (an annex containing national contributions of participating governmental experts on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States)을 포함하도록 요구하였다.[1] 이러한 '자발적 국가 기여' (voluntary national contribution)의 공식 컴펜디엄이 UN 군축사무소 (United Nations Office for Disarmament Affairs)의 웹사이트에 게시될 것이다.[2] 마침 2021년 7월 13일 '자발적 국가 기여의 공식 컴펜디엄'이 회람되었다.[3] 동 컴펜디엄은 네덜란드, 노르웨이, 독일, 러시아, 루마니아, 미국, 브라질, 스위스, 싱가포르, 에스토니아, 영국, 일본, 카자흐스탄, 케냐, 호주의 15개 국가들의 자발적 국가 기여를 수록하였다.[4] 이들 국가 기여는 대체로 주권, 불간섭, 상

* 고려대학교 법학전문대학원
** 고려대학교 사이버법센터

1) UN 총회 결의 73/266, 제3항 (2018년 12월 22일).
2) 제6차 GGE 보고서, 제73항 제1문. 'compendium'은 개요 또는 적요라고 번역되는데, '정보의 짧지만 상세한 모음' (a short but detailed collection of information)을 의미한다. *Collins Cobuild Advanced Learner's English Dictionary.* 이러한 자발적 국가 기여의 내용은 사이버공간에서의 국제법 적용에 관한 해당 국가의 입장 내지 국가 실행을 비교적 상세하게 소개할 것으로 기대된다.
3) UN 총회 A/76/136 (2021년 7월 13일).
4) 이들 중에서 다음 국가들은 영문본을 제출하였다: 네덜란드, 노르웨이, 독일, 러시아 (러시아어 포함), 미국, 브라질, 스위스, 싱가포르, 에스토니아, 영국 (다른 공식 언어본 포함), 일본, 케냐, 호주. 제6차 GGE 구성국들 중에서 남아공, 멕시코, 모로코, 모리셔스, 요르단, 우루과이, 인도, 인도네시아, 중국, 프

당 주의, 무력사용, 자위권, 국제인도법, 인권, 국가책임 (귀속 포함), 대응조치/응수에 관한 자국의 국제법 견해와 평가를 내용으로 한다.

〈주요국의 국가 기여의 내용 분석〉

	미국	영국	독일	러시아	스위스	네덜란드	에스토니아	일본	호주	싱가포르
Sovereignty	√	√	√		√	√	√	√		
non-intervention	√	√	√		√	√	√	√	√	
due diligence	√				√	√	√	√		√
UN Charter		√(self-defense, use of force, peaceful settlement)						√	√	
Peaceful settlements					√		√	√		√
neutrality					√					
jus ad bellum	√(use of force, self-defense)		√(use of force, self-defense)		√(use of force, self-defense)	√(use of force, self-defense)	√(use of force, self-defense)	√(use of force, self-defense)	√	√(self-defense)
jus in bello	√	√(IHL)	√(IHL)		√(IHL)	√(IHL)	√(IHL)	√(IHL)	√	√(IHL)
human rights	√	√			√	√	√	√	√	√
State responsibility	√	√(attribution)	√(attribution)	√(attribution)	√(attribution)	√(attribution)	√(attribution)	√(attribution)	√	√
countermeasures and retorsions	√	√	√(+necessity)	√	√	√(+necessity)	√	√(+necessity)		

랑스가 국가 기여를 제출하지 않았다. 2021년 9월 말 현재 다음의 21개 국가들이 사이버공간에 적용되는 국제법에 관한 견해와 평가를 제출하였다: 네덜란드 (2019), 노르웨이 (2021), 뉴질랜드 (2020), 독일 (2021), 러시아 (2021), 루마니아 (2021), 미국 (2012, 2016, 2020), 브라질 (2021), 스위스 (2021), 싱가포르 (2021), 에스토니아 (2019, 2021), 영국 (2018, 2021), 이란 (2020), 이스라엘 (2020), 일본 (2021), 체크 (2020), 카자흐스탄 (2021), 케냐 (2021), 프랑스 (2019), 핀란드 (2020), 호주 (2020).

한편, UN 총회는 제6차 GGE와 OEWG를 설치하면서, 회원국들이 UN 사무총장을 통한 자발적인 '국가 견해와 평가' (national views and assessments)의 공유를 지속하도록 권장하였다.[5] 제6차 GGE도 구성원들의 국제법 적용에 관한 자발적 국가 기여의 제출에 더하여, 모든 국가들이 UN 사무총장을 통한 자발적인 국가 견해와 평가의 공유를 지속하도록 권장하였다.[6]

(2). 국제사이버법에 대한 국가 실행의 필요

UN에서 국가들의 사이버공간에 대한 국제법의 적용에 관한 견해와 평가가 공개되면 궁극적으로 사이버공간에서 국제관습법의 적용에 관한 '법적 확신' (opinio juris)이 축적됨으로써 국제사이버법에 관한 국가실행 (State practice)이 확립할 것으로 기대된다. 이는 2004년 이후 설치된 UN GGE를 통하여 특히 2013년 제3차 GGE가 사이버공간에 대한 국제법의 적용 가능성을 확인하고 2015년 제4차 GGE가 사이버공간에 국제법이 어떻게 적용되는지에 관하여 국제적 합의를 도출하고자 시도한 이래 2017년 제5차 GGE가 그러한 추가적 합의에 실패하였지만, 2021년 제6차 GGE가 나름 어느 정도 성공하였지만, 그럼에도 사이버공간에 대한 국제법의 적용에 대한 국제적 합의의 도출이 쉽지 않음을 반영한다. 또한, 이러한 UN에서 GGE의 활동은 중국과 러시아 및 비서방국가들 중심으로 사이버공간에 대한 특별한 국제법을 규정하는 조약을 채택하자는 입장에 대한 미국 등 서방국가들의 타협으로 볼 수 있다. 그러나, 이러한 조약의 채택도 당분간 쉽지 않은 점을 고려할 때, 사이버공간에 대한 국제법의 적용을 유지하고 발전하는 데 있어서 자발적이지만 국제협력적인 국가 실행의 공개는 국제사이버법의 점진적 발전을 통한 사이버공간의 평화와 안전의 유지에 불가결할 것이다.

(3). 국제사이버법에 대한 국가 실행의 활용

UN은 국제사이버법에 대한 국가 실행을 적어도 두 가지 차원에서 접근한다. 첫째, 국가들의 역량 구축이다. 즉, 제1차 OEWG는 역량구축 (capacity-building)을 통하여 국가들의 사이버공간에 대한 '국제법 적용 방법' (how international law applies)에 대한 이해를 심화할 수 있다고 지적하였다.[7] 이렇게 국제법의 적용에 대한 이해에 있어서 역량구축의 필요성을 지적한 것은

---

5) UN 총회는 OEWG를 설치하면서 이전과 같이, 모든 회원국들이 GGE 보고서들에 포함된 평가와 권고를 고려하여 사무총장에게 다음의 문제에 대한 견해와 평가의 고지를 지속하도록 요청하였다: (a) 정보안전 쟁점의 일반적 이해; (b) 정보안전의 강화 및 [정보안전] 분야에서 국제협력의 촉진을 위하여 국가 차원에서 채택한 노력; (c) 세계 정보통신체제의 안전을 강화하기 위한 관련 국제 개념의 내용; (d) 세계 수준에서 정보안전의 강화를 위하여 국제공동체가 취할 수 있는 가능한 조치. UN 총회 결의 73/27, 제4항 (2018년 12월 5일). 또한, UN 총회는 제6차 GGE를 설치하면서 위와 같은 회원국들의 견해와 평가의 고지를 지속하도록 요청하였다. UN 총회 결의 73/266, 제2항 (2018년 12월 22일). 제6차 GGE를 설치한 UN 총회 결의는 검토 대상을 위의 네 가지 항목 중에서 두 가지 항목인 (a) 정보안전의 강화 및 [정보안전] 분야에서 국제협력의 촉진을 위하여 국가 차원에서 채택한 노력; (b) GGE 보고서들에서 언급된 개념의 내용으로 제한되었다. 두 결의의 '국제 개념'과 '개념'은 각각 국제법의 적용과 자발적 규범을 포함할 것이다. 2019년 14개 UN 회원국들이 이러한 견해와 평가를 제출하였다. 한국은 위 두 결의에 대한 각각의 견해와 평가를 제출하였다. 또한, 한국이 2013년 '서울 사이버총회' (Seoul Conference on Cyberspace)의 준비 단계에서 회람한 'Seoul Framework for and Commitment to an Open and Secure Cyberspace'을 첨부하였다. https://unoda-web.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2019/10/ENCLOSED-Seoul-Framework-for-and-Commitment-to-an-Open-and-Secure-Cyberspace.pdf 참조.

6) 제6차 GGE 보고서, 제73항 제2문.

7) 제1차 OEWG 보고서, 제59항 제3문.

향후 UN에서 국가들의 사이버공간에서의 국제법 적용에 대한 이해에 있어서 역량구축을 위한 활동이 필요하고 또한 증가할 것임을 시사한다. 이와 관련하여 OEWG는 ICT 환경의 고유한 속성을 고려할 때 국가들 사이에서 국제법 쟁점에 대한 견해의 교환 및 UN 내에서 추가적인 심도 있는 토의를 위한 '국제법의 특정 주제' (specific topics of international law)의 확인에 의하여 ICTs의 국가 이용에 국제법이 어떻게 적용되는지의 공통의 이해가 심화될 수 있다고 결론을 내렸다.[8] 또한, 국제법 및 국내 입법과 정책의 분야에서 역량을 구축하는 추가적인 중립적이고 객관적인 노력이 필요하다고 결론을 내렸다.[9] 이렇게 역량구축의 국제법은 물론 국내법·정책의 분야에서 요구는 국제사이버법의 발전 방향에 큰 의미를 가진다. 국제사이버법의 적용 대상이 기본적으로 국가의 ICTs 이용, 즉 사이버공간이지만, 사이버공간은 법제도적으로나 사실상 국가, 기업, 개인 모두에게 이용 대상인 점에서, 사이버공간에 대한 국제법과 국내법은 함께 상호작용하여 발전하여야 한다는 UN회원국들의 의향이 나타난 것으로 볼 수 있다. 또한, 이러한 국제법과 국내법 분야에서 역량구축의 필요성은 UN 안전보장이사회의 상임이사국들과 소수의 법제도적 선진국들과 달리 대부분의 UN회원국들이 이들 분야에서 역량이 크게 차이가 나는 점을 인정한 것이다. 이 점에서 사이버공간에 대한 국제법과 국내법의 국가들 사이의 이해의 차이를 줄이는 국제사회의 노력이 더욱 요구될 것이다.

둘째, 모든 국가들은 국가의 ICTs 이용에 대하여 '국제법이 어떻게 적용되는지의 공통의 이해' (common understandings of how international law applies)의 구축에 기여하고, 또한 국제공동체 내에서 총의의 구축에 기여할 것이 요구된다.[10] 이렇게 사이버공간에서의 국제법의 적용에 대한 '공통의 이해'를 위하여 사이버공간에 적용되는 국제법에 관한 국가 실행은 특히 중요하다. 이 점에서 제1차 OEWG는 국가들이 자발적으로 국제안보 차원에서 국가의 ICTs 이용에 대하여 국제법이 어떻게 적용되는지의 '국가 견해와 평가' (national views and assessments)의 사무총장에 대한 고지의 지속과 또한 적절한 경로를 통한 이러한 '국가 견해와 실행' (national views and practices)의 자발적 공유의 지속을 권고하였다.[11]

(4). 한국의 국제사이버법에 대한 국가 견해와 평가

한국은 2019년 UN 총회 결의 73/27과 73/266에 따른 견해와 평가를 제출하였는데, 각각의 '국제 개념' (international concepts)와 개념 (concepts)에서 간략하게 사이버공간에 대한 국제법의 적용에 관한 입장을 언급하였다. 한국은 2013년과 2015년 GGE 보고서들의 주요성을 인정하면서, 다음과 같이 이들 보고서의 국제법 적용에 관한 내용을 주목하였다. 첫째, 국제법과 특히 UN 헌장은 평화와 안정의 유지와 개방되고 안전하며 안정되고 접근 가능하며 평화로운 ICT 환경의 촉진에 적용 가능하고 긴요하다.[12] 둘째, 국가 주권과 주권에서 나오는 국제 규범과 원칙은 국가의 ICT 관련 활동의 수행 및 자국 영토 내의 ICT 기반시설에 대한 관할권에 적용된다.[13] 국가는 ICT를 사용하는 국제위법행위에 자국 영토가 이용되도록 알고서 허용해서는 아니 된다.[14] 국가는 국가에 귀속 가능한 국제위법행위에 관한 국제의무를 충족해야 한다.[15] 국가는

8) 제1차 OEWG 보고서, 제36항.
9) 제1차 OEWG 보고서, 제37항과 제39항.
10) 제1차 OEWG 보고서, 제39항.
11) 제1차 OEWG 보고서, 제38항.
12) 제3차 GGE 보고서, 제19항, 제4차 보고서, 제24항, 제6차 GGE 보고서 제69항 제2문 참조.
13) 제3차 GGE 보고서, 제20항, 제4차 보고서, 제27항, 제6차 GGE 보고서 제71(b)항 제1문 참조.

국제위법행위를 범하기 위하여 대리인을 이용해서는 아니 된다.[16]

이와 함께 한국은 다음과 같은 사안에 관하여 추가적인 논의가 수행되어야 함을 밝혔다. 첫째, 2015년 GGE 보고서 제13항의 사이버안전, 정보 교환, 인권 존중 및 핵심정보기반시설의 보호를 위한 국가들의 협력과 같은 11개 비구속적이고 자발적 규범의 이행으로서 한국은 이러한 이행을 약속함[17]; 둘째, 국제법의 기본이고 사이버공간 차원에서 적용 가능한 자위권[18]과 국제인도법 (IHL)[19]; 셋째, 국가에 귀속 가능하고 국제위법행위가 되는 사이버 활동에 대한 국가의 국제법책임[20]; 넷째, 다른 국가의 지원 요청에 대한 국가의 대응[21].

따라서, 한국은 향후 국제사이버법에 대한 국가 실행을 공개하면서, 위에서 지적된 국제법의 쟁점에 특히 주목할 것으로 기대된다.

Ⅱ. 국제사이버법의 주요 쟁점[22]

(1) 주권

사이버공간에 적용되는 국제법의 논의에서 가장 중심적인 쟁점은 주권의 지위이다. 국가의 영토 밖에서 원격으로 수행되는 사이버조작 (cyber operation)은 초래된 효과에 따라 국제법상 그 국가 주권을 침해한다고 일반적으로 이해된다.[23] 예컨대, NATO는 2020년 공개한 사이버공간 관련 원칙에서 무력사용 또는 무력공격을 구성하지 않는 사이버조작이 경우에 따라 주권 침해 또는 다른 국제위법행위와 같은 국제법 위반이 될 수 있다고 인정하였다.[24] 영국 외무성은 2021년 6월 3일 '사이버공간에서 국가들의 행동에 대한 국제법의 적용: 영국의 선언'을 공개하였는데,[25]

14) 제4차 보고서, 제13(c)항, 제6차 GGE 보고서 제29항-제30항 참조. GGE는 규범으로 접근한다.
15) 제3차 GGE 보고서, 제23항 제1문, 제4차 보고서, 제28(f)항, 제6차 GGE 보고서 제71(g)항 제1문 참조. GGE는 국제법으로 접근한다.
16) 제3차 GGE 보고서, 제23항 제2문, 제4차 보고서, 제28(e)항, 제6차 GGE 보고서 제71(g)항 제2문 참조. GGE는 국제법으로 접근한다.
17) 제4차 보고서, 제28(c)항, 제6차 GGE 보고서 제19항-제68항 참조.
18) 제4차 보고서, 제13항, 제6차 GGE 보고서 제71(e)항 참조.
19) 제6차 GGE 보고서 제71(f)항 참조.
20) 제3차 GGE 보고서, 제23항 제1문, 제4차 보고서, 제28(f)항, 제6차 GGE 보고서 제71(g)항 제1문 참조. GGE는 국제법으로 접근한다.
21) 제3차 GGE 보고서, 제26(c)항, 제4차 보고서, 제23항, 제6차 GGE 보고서 제54항 참조.
22) 아래 내용은 국제법학회논총 제66권 3호 (2021년)에 게재된 박노형/박주희, "제6차 UNGGE 보고서 채택과 국제사이버법의 발전"의 일부 내용을 발췌한 것이고, 추후 보완될 예정임.
23) Michael N. Schmitt (ed.), Tallinn Manual 2.0, Rule 4.
24) North Atlantic Treaty Organization, *Allied Joint Doctrine for Cyberspace Operations,* Edition A Version 1, January 2020, p. 20, footnote 26. 또한 '사이버공간 조작'(cyberspace operation)은 "사이버공간에서 행동의 우호적 자유를 유지하고 및/또는 지휘관의 목적을 달성하기 위한 효과를 창출하고자 의도된 사이버공간에서 또는 사이버공간을 통한 행동"(Actions in or through cyberspace intended to preserve friendly freedom of action in cyberspace and/or to create effects to achieve commanders' objectives)이라고 정의된다. 동 문서의 LEX-2면 참조.
25) Foreign, Commonwealth & Development Office, "Policy Paper: Application of international law to states' conduct in cyberspace: UK statement", 3 June 2021, 〈https://www.gov.uk/government/publications/application-of-international-law-to-states-conduct-in-cyberspace-uk-statement/application-of-international-law-to-states-conduct-in-cyberspace-uk-statement〉.

동 선언은 2018년 5월 23일 당시 법무장관인 Jeremy Wright의 사이버공간에서의 주권이 '일반적 원칙'에 불과하다는 입장을 견지하고 있다.[26] 2018년 영국 법무장관은 현행 국제법에서 사이버 활동에 관하여 주권은 금지되는 규칙이 아니라는 정부의 입장을 밝혔다.[27] 즉, 사이버공간에서 주권은 국제법적 구속력을 가지지 않는 점에서 '일반적 원칙'(general principle)에 불과하다는 것이다.[28] 이와 달리 오스트리아, 네덜란드, 독일, 프랑스와 중국 등 여러 국가들은 사이버공간에서 주권은 국제법 원칙으로서 주권 침해에 대하여 국제법상 국가책임이 결과한다고 밝히고 있다.[29] 특히 프랑스는 프랑스의 디지털 시스템에 대한 '어떤 사이버공격'(any cyberattack)도 또한 국가 기관, 정부 권한의 요소를 행사하는 사람이나 실체 또는 국가의 지시를 받거나 지휘 또는 통제에 따르는 사람에 의한 디지털 수단으로 프랑스 영토에 초래된 '어떤 효과'(any effects)도 주권 침해를 구성한다고 밝혔다.[30] 제6차 GGE 보고서는 다른 국가의 주권 존중 등 국가의 주권을 여러 차례 언급하지만, 사이버공간에서 주권의 국제법상 지위에 관하여 언급하지 않는다. 앞으로 UN 등 국제사회에서 이러한 주권의 국제법상 지위 및 관련 요건 등에 관한 논의가 지속될 것이다.

(2) 상당한 주의 의무

GGE는 그 동안 '상당한 주의'(due diligence) 의무를 국제법 적용이 아닌 자발적 규범에서

---

26) Jeremy 장관의 'Cyber and International Law in the 21st Century' 연설은 〈https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century〉 참조.

27) 당시 법무장관 Jeremy Wright는 사이버공간에 적용되는 국제법에 관한 영국의 입장을 발표하면서, 국가 주권의 예로서 국가가 자신의 정치, 사회, 경제 및 문화적 체제를 선택할 자유를 언급하고, 이러한 주권적 자유에 대한 강압적 조치는 국제위법행위가 되며, 해당 피해국가는 그 책임국가가 동 조치를 중단하도록 강제할 조치를 취할 수 있다고 언급하였다. 그는 해당 국가의 동의 없이 다른 국가의 컴퓨터망에 대한 개입(interference)과 관련하여 '영토주권의 위반'(violation of territorial sovereignty)의 사이버 특정적 규칙이 존재한다는 주장을 전제로, 주권은 '국제규범 기반체제'(international rules-based system)에 근본적이지만, "현재 이러한 일반적 원칙으로부터 금지된 간섭의 특정 규칙을 넘어서는 사이버 활동의 특정 규칙 또는 추가적 금지를 추론할 수 있다는 것을 인정할 수 없다"(I am not persuaded that we can currently extrapolate from that general principle a specific rule or addinternational prohibition for cyber activity beyond that of a prohibited intervention)고 밝혔다. Attorney General Jeremy Wright, "Cyber and International Law in the 21st Century", published 23 May 2018, 〈https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century〉.

28) 영국의 이러한 입장은 NATO 회원국들 중에서 유일하다. North Atlantic Treaty Organization,North Atlantic Treaty Organization, *Allied Joint Doctrine for Cyberspace Operations,* Edition A Version 1, January 2020, p. v.

29) 국가 주권의 위반은 국제위법행위가 되어 피해국가는 국가책임법에 따라 배상을 요구할 수 있다는 입장은 다음과 같은 국가들에 의해 확인되고 있다. Pre-Draft Report of the OEWG-ICT: Comments by Austria, 31 March 2020, p. 3; China, "International Strategy of Cooperation on Cyberspace", 1 March 2017; Germany, "Position Paper: On the Application of International Law in Cyberspace", March 2021, pp. 2-3; Netherlands, "Appendix: International law in cyberspace" in "Letter of 5 July 2019 from the Minister of Foreign Affairs to the President of the House of Representatives on the international legal order in cyberspace", 5 July 2019 p. 1.

30) Army Ministry of France, "International Law Applied to Operations in Cyberspace", 2019, p. 7. 여기서 사이버공격은 '사이버공간을 통하여 수행되고 (가용성, 무결성 또는 기밀성에 관하여) 데이터 또는 데이터를 다루는 시스템에 대한 해를 초래하도록 의도되어서 결과적으로 이들에 기반한 활동에 해를 줄 수 있는 고의적인 공격적 또는 유해한 행위'라고 정의된다. 동 문서 18면 참조.

다루어 왔다. ICTs가 발전한 선진국 입장에서는 자국의 인터넷을 경유하는 데이터의 전송이 활발한 만큼 상당한 주의 의무의 이행에 대한 부담이 클 수 있다.[31] ICTs가 발전하지 못한 국가 입장에서는 상당한 주의 의무 이행에 필요한 기술적 대응이 어려울 수 있다. 따라서 GGE는 국제법의 적용이 아닌 자발적 규범 차원에서 상당한 주의 의무를 다루고 있다.

그러나 1949년 Corfu Channel 사건에서 ICJ는 국가가 자신의 영토가 다른 국가의 권리에 반하는 조치에 이용되고 있는 것을 알거나 알게 되는 경우 관련 조치를 행할 의무가 있다고 확인하였다.[32] 일반적으로 상당한 주의 의무는 국제환경 보호에서 인정되고 있지만, Corfu Channel 사건에서 ICJ는 국제환경에 관하여 동 의무를 인정한 것은 아니다. 따라서 국제법 전문가들은 사이버공간에서 상당한 주의의 국제법상 의무를 주장하고 있다. 즉, 상당한 주의 의무에 따라 국가는 진행 중인 적대적 사이버조작이 국제법상 다른 국가의 법적 권리에 심각하게 영향을 주는 경우 동 사이버조작을 종료할 가능한 모든 조치를 취하도록 강제된다는 것이다.[33] 또한, 한국, 프랑스, 독일, 네덜란드 등 국가들은 상당한 주의의 국제법적 의무를 인정하고 있다.[34]

제4차 GGE와 마찬가지로 제6차 GGE는 상당한 주의에 관하여 자발적 규범으로서 "국가는 알면서 자신의 영토가 ICTs를 이용한 국제위법행위를 위하여 이용되도록 허용하지 말아야 한다"고 합의하였을 뿐이다.[35] 또한, 제4차 GGE와 같이 제6차 GGE는 사이버공간에 대한 국제법의 적용에서 국가는 자신의 영토가 비국가 행위자가 ICTs를 이용한 국제위법행위를 범하는 데 이용되지 않도록 '보장하도록 모색할' 것을 합의하였다.[36] 그동안 GGE에서 사이버공간에서 상당한 주

---

31) 랜섬웨어 등 적대적 사이버조작의 시행이나 촉진에 종종 이용되는 사이버 기반시설을 많이 가지는 국가들은 상당한 주의 의무의 국제법적 지위를 인정하는데 소극적일 것이다. Michael N. Schmitt, "In Defense of Due Diligence in Cyberspace", The Yale Jaw Journal Forum, June 22, 2015, p. 68, p. 74.

32) *Corfu Channel* case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 9 April 1949, ICJ Reports 1949, p. 22.

33) Michael N. Schmitt (ed.), Tallinn Manual 2.0, Rules 6 & 7.

34) 한국 배종인 대사의 제1차 OEWG 제2차 세션(substantive session)의 제4차 회의에서의 발언, 2020년 2월 11일, UN Web TV, 〈http://webtv.un.org/search/4th-meeting-open-ended-working-group-on-developments-in-the-field-of-information-and-telecommunications-in-the-context-of-international-security-second-substantive-session-10%E2%80%9314-february-2020/6131734500001/?term=%22Open%20Ended%20Working%20Group%22&lan=English&cat=Meetings%2FEvents&sort=date (1시간 31분 30초)〉; Netherlands, "Appendix: International law in cyberspace" in "Letter of 5 July 2019 from the Minister of Foreign Affairs to the President of the House of Representatives on the international legal order in cyberspace", 5 July 2019, pp. 4-5.; Germany, "Position Paper: On the Application of International Law in Cyberspace", 5 July 2019, p. 3. 특히 프랑스는 상당한 주의 의무를 준수하지 않는 국가에 대하여 대응조치를 포함할 수 있는 정치적 및 외교적 조치를 취할 수 있다고 밝혔다. Army Ministry of France, "International Law Applied to Operations in Cyberspace", p. 10. 그러나, 이스라엘은 상당한 주의의 국제관습법적 지위의 인정에 필요한 각국의 컴퓨터긴급대응팀(computer emergency response teams, CERTs) 사이의 협력과 같은 자발적 협력 이상의 폭넓은 국가 관행이 없고 이 또한 대단히 중요한 '법적 확신' (*opinio juris*)에 기반하지 않는 점에서 사이버공간에 상당한 주의 의무가 적용되지 않는다고 밝혔다. Roy Schöndorf, "Israel's Perspective on Key Legal and Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations", 97 *International Law Studies* 395, (2021), p. 404.

35) 제4차 GGE 보고서, 제13(c)항 및 제6차 GGE 보고서, 규범 13(c).

36) 제4차 GGE 보고서, 제28(e)항 및 제6차 GGE 보고서, 제71(g)항. 제4차 GGE 보고서와 제6차 GGE 보고서는 이를 국제법의 적용에서 규정하지만, 국제법적 구속력을 부여하는 'shall' 표현 대신 'should seek to'의 용어를 사용하였다.

의 의무를 국제법의 적용에 관한 논의로 격상하려 하였지만, 미국 등의 반대로 자발적 규범의 수준에서 논의되고 있다. 즉, 국가는 자신의 영토로부터 개시되거나 영토를 통한 적대적 사이버조작을 종료할 조치를 취하도록 국제법상 강제되지 않는 것이다.

그러나, 제6차 GGE는 자발적 규범이지만 상당한 주의에 대한 규범적 내용을 설명하는 주석을 보고서에 명시하였다는 점에서 진일보하였다고 볼 수 있다. 주석의 상당한 주의의 규범적 의미는 국가가 ICTs를 이용하여 수행된 국제위법행위가 자신의 영토에서 개시하거나 자신의 영토를 경유하는 것을 알거나 신의성실하게(in good faith) 통지받으면, 상황을 탐지하고 조사하며 다루기 위한 모든 적절하고 합리적으로 이용 가능하며 실행가능한 조치를 취하는 것이다.[37] 이는 국가가 다른 국가 또는 비국가 행위자로 하여금 국제위법행위를 범하기 위하여 자국 영토 내에서 ICTs를 이용하는 것을 허용하지 않아야 한다는 것을 의미한다.[38] 예컨대, 러시아가 자국 영토에서 개시된 미국의 정유시설 등 핵심기반시설에 대한 랜섬웨어 공격에 대하여 미국으로부터 신의성실하게 통지를 받으면, 그러한 랜섬웨어 공격 상황을 탐지하고 조사하며 다루기 위하여 모든 적절하고 합리적으로 이용 가능하며 실행가능한 조치를 취해야 할 것이다.

또한, 제6차 GGE는 상당한 주의 규범의 목적을 충족하는 방법을 고려할 때, 국가들은 다음의 사항을 유념해야 함을 명시하였다. 첫째, 동 규범으로 국가는 비례적이고, 적절하며, 효과적인 수단을 통하여 그리고 국제법과 국내법에 일치하는 방식으로 자신의 영토에서 진행되는 활동을 종료할 역량 내에서 합리적 조치를 취할 것이라는 기대가 제기된다.[39] 둘째, 그 상황을 알지만 자신의 영토에서 ICTs를 이용하여 수행된 국제위법행위를 다룰 역량을 결여한 국가는 국제법과 국내법에 일치하는 방식으로 다른 국가 또는 민간 부문의 지원을 구할 것을 고려할 수 있다.[40] 지원 요청을 공식화하고 이에 대응하기 위하여 상응하는 구조와 기능의 확립으로 동 규범의 이행이 지원될 수 있다.[41] 지원을 제공할 때 국가는 신의성실하게 및 국제법에 따라 행동해야 하고, 지원을 요청하는 국가 또는 제3국에 대하여 악의적 활동을 수행하기 위한 기회로 이용해서는 안된다.[42] 셋째, 영향받은 국가는 그 활동이 개시하고 있는 국가에게 통지해야 한다.[43] 통지받은 국가는 협력과 확인을 원활하게 하기 위하여 통지의 수령을 인정해야 하고, 국제위법행위가 범해졌는지를 확정함에 있어서 모든 합리적 노력으로 지원해야 한다.[44] 단, 이러한 통지의 수령을 인정하는 것은 동 통지에 포함된 정보에 동의함을 나타내는 것은 아니다.[45] 넷째, 제3국의 영토 또는 기반시설에서 개시하는 ICTs 사건은 그 자체로서 그 사건에 대한 해당 국가의 책임을 암시하지 않는다.[46] 추가적으로, 자신의 영토가 국제위법행위에 이용되고 있음을 국가에게 통지하는 것은 그 자체로 그 행위 자체에 대하여 책임이 있음을 암시하지 않는다.[47]

흥미롭게도 최근에 발생한 적대적 사이버조작은 상당한 주의 의무에 관한 국제법적 지위를 변

37) 제6차 GGE, 제29항 제1문.
38) 제6차 GGE, 제29항 제2문.
39) 제6차 GGE, 제30(a)항.
40) 제6차 GGE, 제30(b)항 제1문.
41) 제6차 GGE, 제30(b)항 제2문.
42) 제6차 GGE, 제30(b)항 제3문.
43) 제6차 GGE, 제30(c)항 제1문.
44) 제6차 GGE, 제30(c)항 제2문.
45) 제6차 GGE, 제30(c)항 제2문.
46) 제6차 GGE, 제30(d)항 제1문.
47) 제6차 GGE, 제30(d)항 제2문.

화시킬수 있을 것으로 보인다. 사이버공간에서 상당한 주의 의무에 소극적인 국가들도 자신에 대한 적대적 사이버조작을 중지시키기 위하여 다른 국가의 상당한 주의 의무를 요구하려 할 것이기 때문이다. 예컨대, 미국의 최대 송유회사인 Colonial Pipeline에 대한 랜섬웨어 공격에 대하여, 미국 Biden 대통령은 러시아 정부가 이 공격에 관여한 것으로 믿고 싶지 않지만 해당 공격이 러시아에서 비롯되었기 때문에 동 공격을 수행한 범죄인들이 러시아에 살고 있다고 믿을 강한 이유가 있다고 밝혔다. 이에 미국 정부는 '책임있는 국가들이 이들 랜섬웨어망에 대한 결정적인 행동을 취해야 할 긴요함'에 관하여 러시아 정부와 직접 연락하고 있다고 언급하였다.[48] 즉, 미국은 동 랜섬웨어 공격을 수행한 자들이 러시아에 거주하는 점에서 러시아 정부가 이들 랜섬웨어 공격의 종료 등 관련하여 결정적인 행동을 취해야 할 필요성을 절감하는 것으로 보인다. 이를 위하여 미국은 국제법상 상당한 주의 의무를 인정하여야 할 것이고 이러한 미국의 입장은 다른 국가들에게도 큰 영향을 줄 것이다. 실제로 2021년 6월 미국 백악관 사이버 담당 부안보보좌관이 Colonial Pipeline 등에 대한 랜섬웨어 공격에 즈음하여 미국 기업들이 사이버 방어를 개선해야 한다는 공개서한을 발표하였다. 동 서한에서 미국 정부가 '랜섬웨어 행위자들을 교란하고 저지하기 위하여' 유사입장 우방국들과 공조하면서, '랜섬웨어 행위자들과 그들을 숨겨주는 국가들이 책임을 지게 하도록' 우방국들과 공조를 하고 있음을 밝힌 점도 상당한 주의에 관한 국제법적 지위의 변화 가능성을 시사한다.[49] 또한, 랜섬웨어 공격자들을 숨겨주는 국가가 상당한 주의에 따른 적절한 조치를 취하지 않는 경우 그 공격자들에 대하여 직접 대응할 수 있다고 볼 수 있다.

(3) 대응조치

국제법을 위반한 행위, 즉 국제위법행위에 대한 대응조치를 취할 권리가 국제법에서 인정되는 점에서 사이버공간에서 대응조치를 취할 국가의 국제법상 권리도 문제가 되지 않아야 할 것이다. 그러나, GGE에서 대응조치의 명시적인 언급을 포함한 논의는 순조롭지 않다. 예컨대, 제5차

48) The White House, "Remarks by President Biden on the Colonial Pipeline Incident", May 13, 2021, 〈https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/05/13/remarks-by-president-biden-on-the-colonial-pipeline-incident〉. 한편, 2021년 6월 16일 스위스 제네바에서 Biden 대통령은 Putin 대통령에게 16개 분야의 핵심기반시설에 대한 사이버공격은 허용되지 않는다고 제안하면서, 미국은 '상당한 사이버 역량'(significant cyber capacity)을 가지고 있다고 지적하였다. Jonathan Greig, "Biden and Putin spar over cybersecurity, ransomware at Geneva summit", ZDNet, June 17, 2021, 〈https://www.zdnet.com/article/biden-and-putin-spar-over-cybersecurity-ransomware-at-geneva-summit〉 참조. Biden 대통령은 러시아가 핵심기반시설에 대한 해킹의 금지와 같은 '기본 규범'(basic norms)을 위반한다면, 미국은 "사이버 방식으로 … 대응할"(respond … in a cyber way) 것이라고 밝혔다. Joseph Marks, "The Cybersecurity 202: Here are four cyber takeaways from the Biden-Putin summit", the Washington Post, June 17, 2021, 〈https://www.washingtonpost.com/politics/2021/06/17/cybersecurity-202-here-are-four-cyber-takeaways-biden-putin-summit〉 참조.

49) The White House, "Letter from Anne Neuberger, Deputy National Security Advisor for Cyber and Emerging Technology to Corporate Executive and Business Leaders", June 2 2 0 2 1 , 〈https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/Memo-What-We-Urge-You-To-Do-To-Protect-Against-The-Threat-of-Ransomware.pdf〉. 한 조사에 따르면, 2021년 6월 현재 랜섬웨어 공격을 많이 받은 국가의 순서는 다음과 같다: 폴란드 (17.71%), 미국 (17.37%), 인도 (10.88%), 러시아 (9.64%), 인도네시아 (7.97%), 브라질 (7.87%), 태국 (6.26%), 멕시코 (5.77%), 독일 (3.8%), 우크라이나 (2.41%). EnigmaSoft, "MalwareTracker", 〈https://www.enigmasoftware.de/malware-forschung/malwaretracker〉 참조.

GGE는 대응조치의 명시적 언급을 두고서 합의를 이루지 못하여 총의에 의한 보고서 채택에 실패하였다. 그럼에도, 제6차 GGE는 악의적 ICTs 사건의 피해국의 대응에 관한 제4차 GGE 보고서의 자발적 규범 13(b)항에 대하여, "다른 국가에 귀속할 수 있는 악의적 ICTs 활동에 대한 영향받은 국가의 대응은 국제위법행위에 ... 관련되는 국제법에 따른 ... 의무에 ...따라야 한다"고 합의하였다.[50] 즉, 국제위법행위에 대한 국제법상 대응조치의 적용을 인정한 것이다. 한편, 최근 소위 '집단적 대응조치'(collective countermeasures)가 사이버공간에 대하여 국제법상 허용되는지 문제 되고 있다. 즉, 에스토니아는 한 국가가 다른 국가를 지원하여 대응조치를 취하거나 또는 요청을 받고 요청국을 위하여 대신 대응조치를 취하는 집단적 대응조치가 국제법에 일치한다고 주장하였다.[51] 프랑스는 국제법에서 대응조치는 피해자로서 자신의 역량으로 취해져야 하는 점에서 집단적 대응조치는 허용되지 않는다고 반대하였다.[52] 향후 집단적 대응조치를 포함한 사이버공간에서의 대응조치의 발동에 대한 논의가 지속될 것이다.

Ⅲ. 결어

국제법이 사이버공간에 어떻게 적용되는지에 관한 논의를 추진하는 UN의 노력은 지속되어야 할 것이다. 제6차 GGE는, 현존 국제법과 미래 국제법의 추가적 발전에 저촉하지 않고, 국가의 ICTs 이용에 '특정 국제법 규칙과 원칙'(specific rules and principles of international law)이 어떻게 적용되는지에 관하여 UN에서 집단적으로 국가들의 지속된 토의와 의견 교환이 공통의 이해를 심화하고 오해를 방지하며 예측 가능성과 안정성을 증대하는데 필수적이라고 인정하였다.[53] 즉, 제6차 GGE는 국가의 ICTs 이용, 즉, 사이버공간에 적용될 특정 국제법 규칙과 원칙에 관한 국가들 사이의 지속적인 토의와 의견 교환이 현존 국제법과 미래 국제법의 연결선에서 이루어져야 함을 인정한다. 이렇게 하여 발전된 국제법은 사이버공간에서 예측 가능성과 안정성을 보장하게 될 것이다.

제1차 OEWG도 국가들 사이에서 의견 교환과 UN 내에서 심도있는 논의를 위한 '특정 국제법 주제'(specific topics of international law)의 확인을 통하여 사이버공간에서의 국제법 적용 방법에 관한 공통의 이해가 심화될 수 있다는 결론을 내렸다.[54] 또한, 제1차 OEWG는 모든 국가들이 국가의 ICTs 이용에 대한 '국제법 적용 방법'(how international law applies)을 깊이 있게 이해하도록 국제법과 국내법·정책의 분야에서 역량구축을 위한 추가적인 중립적이고 객관적이 노력이 필요하다는 결론도 내렸다.[55] 이러한 GGE 및 OEWG에서의 합의에 기반하여 '특정' 국제법이 어떻게 사이버공간에 적용되는지에 관한 국가들 사이의 공통의 이해를 발전시켜나가야

50) 제6차 GGE, 제25항 제1문. 동 원문은 다음과 같다. "An affected State's response to malicious ICT activity attributable to another State should be in accordance with its obligations under the Charter of the United Nations and other international law, including those relating to ... internationally wrongful acts."

51) President of Estonia "President of the Republic at the opening of CyCon 2019", 29 May 2019, 〈https://www.president.ee/en/official-duties/speeches/15241-president-of-the-republic-at-the-opening-of-cycon-2019/index.html〉.

52) Army Ministry of France, "International Law Applied to Operations in Cyberspace", p. 7.

53) 제6차 GGE 보고서, 제72항 제1문. 이러한 토의는 국가들 사이에서 의견을 지역적으로 그리고 양자적으로 교환함으로써 지지되고 숙지될 수 있다. 제6차 GGE 보고서, 제72항 제2문.

54) 제1차 OEWG 보고서, 제36항.

55) 제1차 OEWG 보고서, 제37항.

할 것이다.

제6차 GGE의 25개 UN회원국들은 국제사이버법에 대한 자발적 국가 기여를 제출하도록 요구되었다. 즉, 한국과 같이 제6차 GGE에 참여하지 못한 UN 회원국들도 국제사이버법의 발전에 있어서 정도의 차이는 있지만 중요한 비중을 갖고 있다. 이런 점에서 한국 등 이들 UN 회원국도 자발적으로 국제사이버법에 관한 자국의 입장을 정립하여 공개하는 것이 바람직하다.[56] 이렇게 가능한 많은 UN회원국들이 국제사이버법의 주요 쟁점에 대한 자신의 입장 즉, 국가 실행을 공개하고, 이러한 국가 실행이 국제사회에서 정부는 물론 국제법 전문가들 사이에서 적극적으로 검토될 필요가 있다. 이렇게 공개되고 논의되는 국제사이버법에 대한 국가 실행은 2017년 발간된 탈린매뉴얼 2.0의 개정을 통하여 국제사이버법의 발전에 큰 도움이 될 것이다.

특히 러시아는 자국이 주창하여 설치된 제2차 OEWG에서 국제법 전문가들과 학자들이 참여하는 '주제별 소그룹' (thematic subgroup)을 설치하여 'ICT 분야의 국제법적 규제' (international legal regulation of the ICT-sphere)에 관한 모든 쟁점의 심도 있는 연구의 수행을 주장하였다.[57] 국제사이버법의 발전은 활발하게 현재 진행 중이다. 국내에서도 국제법학자들의 국제사이버법 발전에 대한 큰 관심과 학문적 연구가 필요하다.

56) 제6차 GGE는 모든 국가들이 UN사무총장과 다른 적절한 경로를 통하여 자발적으로 자신의 국가 견해와 평가의 공유를 지속하도록 권장한다. 제6차 GGE 보고서, 제73항 제2문.
57) 러시아 국가 기여, 컴펜디어 p. 81, UN 총회 A/76/136.



분과회의

제6분과위원회

제2발표

[좌장] 강병근 (고려대학교)

국제투자중재와 인권 보호 의무: 물에 대한 권리에 관한 국제투자분쟁 사례를 중심으로

[발표] 장석영 (고려대학교)
[토론] 이동은 (법무법인(유) 화우)

大韓國際法學會

국제투자중재와 인권 보호 의무: 물에 대한 권리에 관한 국제투자분쟁 사례를 중심으로

장 석 영*

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 경제적 권리 및 인권으로서의 물에 대한 권리
Ⅲ. 물에 대한 권리와 국제투자분쟁
Ⅳ. 중재판정의 변화가 국제투자중재와 인권 보호에 미친 영향
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

1990년대 이후 전 세계 인구가 급격하게 증가하면서 물의 경제적 가치에 대한 관심이 증가하였으며, '파란 금(blue gold)'산업이 주목받기 시작하였다. 물의 수요가 확대되고 곳곳에서 물 부족 현상이 나타나면서 물을 경제자원으로 인식하기 시작하였고, 물 관련 산업이 새로운 투자 분야로 여겨지면서 상하수도 사업에 투자하는 기업도 증가하였다. 특히 이 시기에는 많은 개발도상국에서 공기업 민영화가 이루어졌으며, 이것이 개발도상국의 상하수도 사업에 대한 외국기업의 투자로 이어졌다. 그러나 이후 물에 대한 권리를 인권으로 보는 시각이 등장하면서 국제사회에서 물을 바라보는 관점은 경제자원으로서의 물과 인권으로서의 물로 나뉘었으며, 이것이 물 관련 산업에 투자한 외국기업의 투자자로서의 권리와 물 소비자의 인권으로서의 물에 대한 권리 간의 충돌을 야기하면서 '물 전쟁'으로 이어졌다.

정부가 국민의 물에 대한 권리를 보호하기 위해 상하수도 사업과 관련하여 규제권을 행사하고, 이로 인해 피해를 입은 상하수도 사업에 투자한 외국인 투자자가 국제투자중재를 신청하는 사례가 반복되어 왔으며, 일련의 사건을 통해 국제투자중재에서 물에 대한 권리가 검토되었다. 상하수도 사업과 관련된 국제투자중재 사건에서 물에 대한 권리를 포함한 인권 문제가 점차 자세히 다루어지고 있으므로 관련 사례의 분석을 통해 중재판정의 변화가 국제투자중재와 인권 보호에 미치는 영향을 확인할 수 있을 것이다.

* 고려대학교 스페인·라틴아메리카연구소 연구교수, 법학박사(국제법 전공).

따라서 이 글에서는 물에 대한 권리가 문제된 국제투자분쟁 사례를 검토하면서 국제투자분쟁에서 국제인권조약이 적용될 수 있는지, 그리고 외국인 투자자 보호 의무와 인권 보호 의무 간에 어떤 관계가 있는지 살펴보고, 관련 중재판정의 내용에 어떤 변화가 있었는지 검토할 것이다. 다음으로 중재판정의 변화로 인해 국제투자중재에서 투자유치국이 인권 보호에 근거한 투자 보호의 예외를 주장하는 경우가 증가하고 있으므로 중재판정의 변화가 국제투자협정과 인권 보호 의무의 발전에 미친 영향에 대해 살펴보고, 국제투자중재를 통한 국제인권법의 발전 가능성에 대해 검토할 것이다.

II. 경제적 권리 및 인권으로서의 물에 대한 권리

1. 상하수도 사업에 대한 해외투자의 증가

1990년대 이후 전 세계의 물 부족 현상이 주목을 받으면서 물이 경제자원으로 인식되었고, 물의 경제적 가치가 부각되면서 상하수도 사업은 투자하기 좋은 새로운 사업영역으로 여겨지기 시작하였다.[1] 상하수도 사업은 전통적으로 국가가 제공해온 공공서비스의 영역이지만 공기업의 민영화가 진행되고 해외투자가 증가하면서 상하수도 사업에 대한 민간기업의 투자가 증가하였고, 특히 개발도상국의 상하수도 사업 관련 공기업에 해외민간자본이 빠르게 투입되었다.[2] 이는 공공부문이 취약하고 가난한 나라일수록 상하수도 사업에 대한 해외투자 유치가 절실했고, 국제금융기관으로부터 금융지원을 받을 때 국제통화기금(IMF) 등 국제금융기관이 공기업의 민영화와 해외투자 유치라는 조건을 부과하는 경우가 많았기 때문이다.[3]

상하수도 사업에 대한 민간기업의 투자는 주로 민관협력(Public-Private Partnership, PPP)의 방식으로 양허계약(concession contract) 체결에 따라 이루어지며, 민관협력 방식이란 공공부문과 민간 부문의 계약에 따라 민간기업이 공공기관을 대신하여 관련 설비를 설치, 관리 및 운영하는 것을 의미한다.[4] 그리고 양허계약은 투자자가 설비에 투자하고 이를 운영하며 서비스를 제공하고, 정부와 합의한 수준에서 이용자에게 세금을 부과하여 자금을 회수하는 내용으로 이루어지는 것이 일반적이다.[5] 상하수도 사업은 서비스의 지속성을 위해 수십년의 장기계약으로 이루어지는 것이 특징이며, 투자자가 투자 자금을 모두 회수하고 계약이 종료된 이후에는 모든 설비를 정부에 양도하기로 약정한다.[6] 따라서 정부의 입장에서는 재정부담이 줄고 민간기업의 기술과

---

1) Fernando Dias Simões, “The Role of Investment Arbitration in Water Services Governance”, 19 *Water Policy* 271 (2017), p. 277.

2) Julien Chaisse & Marine Polo, "Globalization of Water Privatization: Ramifications of Investor-State Disputes in the Blue Gold Economy", 38 *BC Int'l & Comp. L. Rev.* 1 (2015), p. 7 (1990년부터 1997년까지 35개 국가에서 90개 이상의 상하수도 사업에 대해 민간투자가 이루어졌다); UNGA, “Human Rights and the Privatization of Water and Sanitation Services”, Report of the Special Rapporteur on the Human Right to Safe Drinking Water and Sanitation, A/75/208 (21 July 2020), paras. 1, 13-14, 25 (1990년대에 이루어진 전 세계 상하수도 사업에 대한 해외투자는 전체 해외 민간투자액의 5.4%에 해당할 정도로 투자가 많이 이루어진 분야이지만, 2000년대 이후에는 상하수도 사업을 다시 공기업이 운영하기로 한 나라도 많이 있으며, 상하수도 사업에 대한 해외투자는 라틴아메리카와 아프리카를 중심으로 이루어지다가 현재는 아시아와 동유럽에서 많이 이루어지고 있는 상황이다).

3) UNGA, *supra* note 2, para. 12; Julien Chaisse & Marine Polo, *supra* note 2, pp. 34-36.

4) Fernando Dias Simões, *supra* note 1, p. 272.

5) *Ibid.*

6) *Ibid.*

노하우를 활용할 수 있으며 위험과 책임이 투자자에게 이전된다는 장점이 있다.[7]

상하수도 사업에 대한 투자는 사업 입찰을 통해 진행되지만 입찰 경쟁이 심하지 않다. 상하수도 시설을 짓고 이를 운영할 기술과 자원을 가진 기업이 많지 않기 때문이다. 상수도 시설은 식용가능한 수준으로 물을 정화하는 설비부터 소비자에게 공급할 수 있는 설비까지 모두 갖추어야 하며, 하수처리는 질병 등의 문제가 발생하지 않도록 적절한 정화 설비를 갖추어야 한다는 점에서 상당한 기술이 요구된다.[8] 이처럼 상하수도 사업은 상당히 전문적인 기술과 설비 투자가 필요한 사업이기 때문에 민간기업 중에서도 규모가 큰 다국적기업이 투자에 참여하는 경우가 많고, 주로 예산이 부족한 개발도상국에서 상하수도 사업에 대한 해외 민간기업의 투자가 이루어져 왔다.

예산 부족 문제로 상하수도 설비를 보강할 수 없는 개발도상국의 입장에서는 해외 민간자본을 이용하는 것이 상수도 보급과 설비 개량을 위한 좋은 수단이었지만, 기대만큼 설비에 대한 투자가 이루어지지 않거나, 계약 기간이 만료하기 전에 양허계약이 종료되거나 계약 종료 이후 갱신이 이루어지지 않은 경우도 많다.[9]

2. 인권으로서의 물에 대한 권리

1) 물에 대한 권리가 인권에 해당하는지 여부

인권의 범위는 계속해서 넓어지고 있으며, 전 세계적으로 깨끗한 식수에 대한 충분한 접근이 어려운 인구가 늘어나면서 물에 대한 권리도 인권으로 보아야 한다는 주장이 등장하였다. 아직 물에 대한 권리를 명시적으로 규정하는 국제인권조약은 찾아보기 어렵지만, 물에 대한 권리에 관한 국제사회의 논의가 이어지면서 인권으로서의 물에 대한 권리에 대해 언급하는 국제문서도 증가하고 있다.

물에 대한 권리가 명시적으로 언급된 인권조약은 없지만, 일부 조약의 규정에서 물에 대한 권리에 관한 내용을 도출할 수 있으며, 유엔 경제적·사회적 및 문화적 권리위원회가 2002년 채택한 물에 대한 권리에 관한 일반논평 15(United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights' General Comment No. 15, 이하 '일반논평 15')에서는 물에 대한 권리가 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 이하 'ICESCR') 제11조 및 제12조와 관련이 있다고 언급하고 있다.[10] 이 일반논평에서는 물에 대한 개인의 권리가 생명을 유지하기 위해 필수 불가결한 권리이고 다른 인권의 실현을 위한 전제조건이라고 하면서 개인에게는 충분하고, 안전하며, 접근가능하고, 이용가능한 물에 대한 권리가 인정되어야 한다고 설명하고 있다.[11] 또한 적절한 생활 수준을 누릴 권리(Right to an adequate standard of living)에 대해 규정하고 있는 ICESCR 제11조에서 "포함하는(including)"이라고 규정하고 있는 점을 보았을 때 물에 대한 권리도 적절한 생활

---

7) Julien Chaisse & Marine Polo, *supra* note 2, p. 8.
8) Fernando Dias Simões, *supra* note 1, p. 272; Julien Chaisse & Marine Polo, *supra* note 2, pp. 10-13.
9) UNGA, *supra* note 2, para. 13.
10) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (UNCESCR), General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant), E/C.12/2002/11 (20 January 2003).
11) *Ibid.*, para. 1.

수준을 누릴 권리에 포함된다고 볼 수 있다고 하였다.[12]

안전하지 않고 해로운 물은 건강에 위협이 된다는 점에서 물에 대한 권리는 ICESCR 제12조에서 규정하고 있는 건강에 대한 권리(Right to health)와도 관련이 있다.[13] 물에 대한 권리가 건강권과 관련이 있다는 점은 자이르(Zaire) 사건에 대한 아프리카인권위원회의 판단에서도 확인할 수 있으며, 이 사건에서는 국가가 안전한 식수를 제공하지 않은 것은 아프리카인권헌장 제16조에서 규정하고 있는 건강권을 위반한 것이라고 보았다.[14]

이 밖에 물에 대한 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제12조의 생명권과도 연관이 있으며, 이와 관련하여 식수 오염에 노출된 주민들과 관련된 에콰도르 사건에서 미주인권위원회가 물에 대한 권리를 생명권에서 도출한 것을 예로 들 수 있다.[15] 또한 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 제14조에서는 적절한 생활 수준을 누릴 권리를 규정하면서 물 공급에 대해 언급하고 있으며,[16] 아동의 권리에 관한 협약 제24조에서는 국가가 깨끗한 식수 제공 등의 조치를 통해 아동의 질병과 영양실조를 방지해야 한다고 규정하고 있다.[17]

인권에 관한 조약은 아니지만 국제수로의 비항행적 사용에 관한 유엔 협약에서 인권으로서의

---

12) *Ibid.*, para. 3; ICESCR 제11조의 내용은 다음과 같다. "1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 적당한 식량, 의복 및 주택을 포함하여 자기 자신과 가정을 위한 적당한 생활수준을 누릴 권리와 생활조건을 지속적으로 개선할 권리를 가지는 것을 인정한다. 당사국은 그러한 취지에서 자유로운 동의에 입각한 국제적 협력의 본질적인 중요성을 인정하고, 그 권리의 실현을 확보하기 위한 적당한 조치를 취한다(The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent)".

13) UNCESCR, *supra* note 10, para. 8;
ICESCR 제12조의 내용은 다음과 같다.
"1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 도달 가능한 최고 수준의 신체적·정신적 건강을 향유할 권리를 가지는 것을 인정한다.
2. 이 규약 당사국이 동 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취할 조치에는 다음 사항을 위하여 필요한 조치가 포함된다.
(a) 사산율과 유아사망율의 감소 및 어린이의 건강한 발육
(b) 환경 및 산업위생의 모든 부문의 개선
(c) 전염병, 풍토병, 직업병 및 기타 질병의 예방, 치료 및 통제".
(d) 질병 발생시 모든 사람에게 의료와 간호를 확보할 여건의 조성

14) African Commission on Human and Peoples' Rights, *Free Legal Assistance Group and ors v. Zaire*, Comm. No. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (1995), para. 47.

15) Pierre Thielbörger, "The Human Right to Water Versus Investor Rights: Double-Dilemma or Pseudo-Conflict?" in Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann, and Francesco Francioni (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (OUP, 2009), p. 489; Inter-American Commission on Human Rights, 'Report on the Situation of Human Rights in Ecuador', OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev. 1 (1997) Ch. VIII.

16) 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) 제14조
"(아) 적절한 생활조건, 특히 주거, 위생시설, 전력 및 용수공급, 운송 및 통신 등과 관련한 생활조건을 향유하는 것".

17) 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child) 제24조
"2. 당사국은 이 권리의 완전한 이행을 추구하여야 하며, 특히 다음과 같은 적절한 조치를 취하여야 한다.
다. 환경오염의 위험과 손해를 감안하면서, 기초건강관리 체계 안에서 무엇보다도 쉽게 이용가능한 기술의 적용과 충분한 영양식 및 깨끗한 음료수의 제공 등을 통하여 질병과 영양실조를 퇴치하기 위한 조치".

물에 대한 권리를 언급하고 있다고 보는 견해도 있다.[18] 동 협약 제10조에서는 국제수로의 사용에 관한 분쟁이 발생한 경우 인간의 필수 요구사항(vital human needs)을 특별히 고려해야 한다고 규정하고 있으며, 이 조항에 대한 이해 선언(Statements of Understanding)에서는 인간의 필수 요구사항이 무엇인지 결정할 때 식수와 식량 생산을 위해 필요한 물을 포함하여 인간의 생명을 유지하는 데 필요한 충분한 물의 제공을 고려해야 한다고 설명하고 있기 때문이다.[19]

물에 대한 권리를 인권이라고 명시적으로 언급하는 국제문서도 증가하고 있으며, 2010년 유엔 총회에서는 안전하고 깨끗한 식수와 위생에 대한 권리를 인권으로 명시적으로 인정하는 내용의 결의가 채택되었다.[20] 다음 해에는 유엔 인권이사회(UN Human Rights Council)에서 총회의 결의를 환영하면서 안전한 식수와 위생에 대한 인권은 적절한 생활수준을 누릴 권리로부터 도출된다는 내용의 결의를 채택하였다.[21]

이와 같은 노력의 결과, 물에 대한 권리를 국내법으로 규정하는 국가들도 증가하였으며, 오늘날에는 물에 대한 권리도 인권에 포함되는 것으로 여겨지고 있다.[22] 그러나 아직 법적 구속력 있는 국제문서에서 물에 대한 권리에 관한 내용이 담긴 것은 아니며 그 구체적인 내용은 불명확한 부분이 있고, 경제적·사회적 및 문화적 권리의 특성상 점진적 달성이 요구되는 권리이므로 유엔 인권이사회에서는 안전한 식수와 위생에 관한 유엔 특별보고관(Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation)이 물에 대한 권리 보호 의무의 내용, 이행방안 등에 관한 보고서를 작성하게 하고 있다. 이에 따라 2010년 유엔총회 결의가 채택된 지 10년이 지난 2020년에는 물에 대한 권리를 점진적으로 달성하기 위한 구체적인 방안과 문제점에 대한 보고서가 제출되었으며,[23] 상하수도 사업의 민영화와 물과 위생에 대한 인권 관련 보고서도 유엔총회에 제출되었다.[24] 특히 이 보고서는 이 글에서 다루는 상하수도 사업과 관련된 투자가 인권의 측면에서 별도로 검토될 정도로 중요한 문제라는 점을 시사한다.

---

18) Ahmad Nehaluddin & Gary Lillienthal, "Right to Water as a Human Right: A Critical Overview of International Instruments", 50 *Environmental Policy and Law* 299 (2020), p. 304.

19) Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses Article 10
"2. In the event of a conflict between uses of an international watercourse, it shall be resolved with reference to articles 5 to 7, with special regard being given to the requirements of vital human needs".
Statements of Understanding Pertaining to Certain Articles of the Convention
"As regards article 10: In determining "vital human needs", special attention is to be paid to providing sufficient water to sustain human life, including both drinking water and water required for production of food in order to prevent starvation".

20) UNGA Resolution, "The human right to water and sanitation", A/RES/64/292 (3 August 2010), ("1. Recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights;").

21) UNGA Human Rights Council Resolution, "The Human right to safe drinking water and sanitation", A/HRC/RES/18/1 (12 October 2011).

22) Bree Farrugia, "The Human Right to Water: Defences to Investment Treaty Violations", 31 *Arbitration International* 261 (2015), p. 267; Ahmad Nehaluddin & Gary Lillienthal, *supra* note 18, p. 305.

23) UN Human Rights Council, "Progressive realization of the human rights to water and sanitation", Report of the Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation, A/HRC/45/10 (8 July 2020).

24) UNGA, *supra* note 2.

2) 국가의 물에 대한 권리 보호 의무

물에 대한 권리가 인권으로 인정된다고 하더라도 물에 대한 권리가 구체적으로 어떤 내용의 권리를 의미하는지는 명확하지 않으며, 여기에는 다양한 내용이 포함될 수 있다.

이와 관련하여 일반논평 15와 안전한 식수와 위생에 관한 유엔 특별보고관이 제시한 내용에 따르면 물에 대한 권리의 구체적인 내용은 다음과 같다. 개인과 가정에서 물을 충분하고 지속적으로 이용할 수 있어야 하고(availability), 물을 가까운 거리에서 안전하게 접근할 수 있어야 하며(accessibility), 누구나 평등하게 합리적인 비용으로 물을 이용할 수 있어야 하고(affordability), 물은 안전하고 건강에 해롭지 않아야 한다(quality and safety).[25] 국가는 이 내용의 완전한 실현을 점진적으로 달성해나갈 의무가 있는 것이다.[26]

또한 국가는 스스로 인권을 위반하지 않아야 할 의무 외에 제3자의 인권 위반을 방지해야 할 의무가 있으므로 제3자로 인해 개인의 물에 대한 권리가 침해되지 않도록 방지할 의무가 있다. 즉, 국가는 개인이 물에 대한 권리를 향유하는 것을 방해하지 않고 존중할 의무(obligation to respect)가 있으며, 제3자가 물에 대한 권리를 침해하지 않도록 보호할 의무(obligation to protect)가 있고, 물에 대한 권리를 완전히 실현하기 위해 적절한 입법, 행정, 예산, 사법 조치를 이행할 의무(obligation to fulfill)가 있다.[27]

이 중에서 물 산업에 대한 민간투자와 관련하여 특히 중요한 부분은 바로 제3자가 물에 대한 권리를 침해하지 않도록 보호할 국가의 의무이다. 상하수도 사업의 민영화는 물에 대한 권리 침해를 불러오기 쉽기 때문이다. 민간기업이 투자로부터 수익을 얻기 위해서는 비용을 줄이거나 수도세를 인상해야 하는데, 수도세 인상, 설비 투자 축소, 물 정화 비용 절감 등은 깨끗한 물에 대한 접근을 방해할 수 있으며, 상하수도 사업은 일반적으로 경쟁이 없는 독점형태로 운영되기 때문에 사업의 민영화는 소비자에게 불리할 수 있다.[28] 더구나 상하수도 사업은 다양한 전문기술이 필요한 사업이므로 사업 주체와 투자유치국 정부가 양허계약을 체결할 때 양자 간 정보와 힘의 불균형이 발생할 수 있으며 이것이 인권 문제를 일으킬 수 있다.[29] 이처럼 상하수도 사업의 민영화는 인권 문제를 야기할 수 있는 위험이 크기 때문에 상하수도 사업을 민영화한 국가는 해당 기업이 물 공급을 자의적으로 또는 불법적으로 중단하거나 충분하고 안전한 식수에 대한 형평한 접근을 제한하는 등의 행동을 하지 않도록 필요한 조치를 해야 할 의무가 있다.

25) UNCESCR, *supra* note 10, paras. 10-12.
26) *Ibid.*, ICESCR 제2조 제1항의 내용은 다음과 같다. "이 규약의 각 당사국은 특히 입법조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여, 개별적으로 또한 특히 경제적, 기술적인 국제지원과 국제협력을 통하여, 자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다".
27) UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), "The Right to Water", Fact Sheet No. 35 (August 2010), pp. 27-28.
28) UNGA, *supra* note 2, paras. 17-18.
29) *Ibid.*, para. 19.

III. 물에 대한 권리와 국제투자분쟁

1. 물에 대한 권리에 관한 국제투자분쟁의 발생 원인

1) 상하수도 사업에 대한 국가의 규제권 행사

국가는 국제투자협정을 체결한 나라의 국민 또는 기업이 투자를 한 경우 동 협정에 따라 그 투자자를 보호해야 할 의무가 있다. 또한 국가는 자신이 체약국인 국제인권조약에 근거하여 인권을 보호해야 할 의무도 있다. 따라서 외국인의 투자를 유치한 투자유치국의 입장에서는 외국인 투자자를 보호할 의무와 인권을 보호할 의무가 동시에 발생하는 것이다. 문제는 외국인 투자자의 행위로 인해 인권침해가 발생한 상황에서 정부가 인권 보호를 이유로 입법 및 행정 조치 등 규제권(right to regulate)을 행사하는 경우에 발생한다. 인권 보호 의무에 근거하여 정부가 규제권을 행사하는 경우가 증가하고 있는데 이로 인해 투자자의 권리가 침해되기도 하기 때문이다. 특히 상하수도 사업은 공익과 관련되어 있고 인권으로서의 물에 대한 권리 보호가 중요해지면서 정부가 규제권을 행사하는 경우가 늘어났기 때문에 문제가 된다.

국제투자법에서 투자유치국의 규제권 행사는 국제투자협정상 부과된 투자 보호 의무에 의해 제한된다. 그러나 국가의 조치가 합리적인 이유에 근거해서 차별없이 공정하고 공평하게 이루어졌다면 문제되지 않으며, 국가의 정당한 규제권 행사가 투자자에게 피해를 야기한다고 해서 모두 문제가 되는 것은 아니다. 그러나 투자유치국의 규제권 행사로 인해 피해를 입은 외국인 투자자가 국제투자중재를 신청하고 투자유치국은 이를 정당화하기 위한 근거로 인권 보호를 주장하는 경우가 최근 증가하고 있으며, 이는 결국 외국인 투자자의 보호와 인권 보호를 위한 정당한 조치 간에 어떻게 균형을 맞출 것인가의 문제를 제기한다.[30]

2) 구체적 분쟁 사례

정부가 경제적인 이유에서 상하수도 사업에 대한 해외투자를 유치하여 민간기업에 그 운영을 맡겼다고 하더라도 물은 공익을 보호하기 위한 필수적인 요소이며 물에 대한 권리는 인권에 해당하므로 정부는 물 시장을 규제하고 물의 분배와 수질, 비용 등에 대해서 관여하고 감독할 의무가 있다.[31] 그러나 이러한 의무에 따라 정부가 새로운 법을 만들거나 행정조치를 시행하는 경우에 이로 인해 상하수도 사업에 투자한 투자자가 피해를 입을 수 있다.

관련 사례를 살펴보면 Compañía de Aguas del Aconquija v. Argentina 사건에서는 아르헨티나 투쿠만(Tucumán)주와 프랑스 기업 Vivendi International의 아르헨티나 자회사 Compañía de Aguas del Aconquija(이하 'CAA')가 1995년에 상하수도 사업에 관한 양허계약을 체결하였다.[32] CAA가 사업을 시작할 당시 투쿠만시의 상하수도 시설은 설비와 운영 면에서

30) Bree Farrugia, *supra* note 22, p. 279.
31) Pierre Thielbörger, *supra* note 15, p. 505.
32) *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (20 August 2007); 상하수도 사업 관련 사례 중에서 아르헨티나가 관련된 사례가 많은 이유는 아르헨티나는 1990년대에 적극적으로 해외투자를 유치한 나라 중 하나이며, 이와 함께 공기업의 민영화가 이루어지면서 많은 지역의 상하수도 사업에 외국기업이 투자하였고, 투자자-국가중재에 관한 조항을 포함한 국제투자협정을 활발하게 체결하였으며, 2001년 경제위기를 겪으면서 시행한 긴급조치가 외국인 투자자에게 큰 피해를 초래했기 때문이다.

심각한 문제가 있었으며 이에 따라 양허계약에는 수도 공급 외에 정화시설의 전반적인 수준 개선 및 새로운 설비 도입 등의 내용이 포함되어 있었다.[33] 그러나 이로 인해 수도세가 인상되었고 상하수도 사업의 민영화에 반대한 투쿠만주의 새로운 시장은 급등한 수도세를 다시 인하하도록 강요하였으며, 식수원에서 두 차례 수질 오염이 발생하자 건강에 위해를 가할 수준의 오염이 아니라는 것이 확인되었고 CAA가 필요한 조치를 취했음에도 불구하고 주민들에게 수도세를 납부하지 않을 것을 촉구하면서 이것이 투자분쟁 발생의 원인이 되었다.[34]

유사한 사례인 Azurix v. Argentina 사건에서는 1999년에 미국 기업 Azurix의 자회사인 ABA와 아르헨티나 부에노스아이레스(Buenos Aires)주가 상하수도 사업에 관한 30년 양허계약을 체결하였으며, 부에노스아이레스주는 ABA가 사업을 시행하기 전 관련 시설의 보수를 완료해 주기로 약속했으나 보수는 이루어지지 않았고 이로 인해 오염된 수돗물이 시에 공급되었다.[35] 부에노스아이레스주는 오염된 수돗물 공급을 ABA의 책임으로 돌리고 ABA가 수도세를 인상하지 못하도록 하였으며, 시민들에게는 수도 요금을 납부하지 않도록 독려하면서 문제가 발생하였다.[36]

이 두 사건은 모두 물의 수질과 비용에 대한 국가의 관여와 규제권 행사가 국제투자분쟁으로 이어진 사례에 해당한다. 특히 상하수도 사업의 민영화 이후 이루어진 수도세 인상으로 인해 투자유치국이 투자자에게 비우호적이었고 수질 오염에 대한 책임을 전가하면서 사업 운영자와 소비자와의 관계를 악화시킨 것이 문제가 되었다.

오염된 수돗물 공급이 문제된 사건으로는 SAUR International v. Argentina 사건도 있다.[37] 이 사건에서는 아르헨티나 멘도사(Mendoza)주의 상하수도 시설 운영이 문제되었으며, SAUR가 멘도사주의 상하수도 시설을 운영하고 있던 아르헨티나 공기업 OSM의 주식을 취득하고, OSM이 1998년에 멘도사주와 95년간의 상하수도 시설 운영에 관한 양허계약을 체결하는 방식으로 상하수도 사업에 대한 민영화가 진행되었다.[38] 그러나 2001년에 아르헨티나에 경제위기가 발생하면서 OSM은 상하수도 시설의 운영 비용을 감당하기 위해서 수도세를 인상하려고 하였으나 아르헨티나 정부가 수도세를 동결하였고, 이후 OSM은 수질 보호와 하수처리에서 미흡한 부분을 보였다.[39] 이 사건에서는 투자유치국 정부의 수도세 동결 조치가 수질 오염의 발단이 되었는데, 이처럼 투자유치국의 경제 상황이 안 좋을 때에는 수도세 인상으로 인한 물에 대한 접근권 침해를 두고 투자자와 투자유치국 간에 의견충돌이 발생하기가 더 쉽다.[40] 또한 이 사건에서는 국가가 개인의 물에 대한 접근권을 보장하기 위해 수도세를 동결한 것이 깨끗하고 안전한 물을 이용할 권리를 침해한 결과를 불러왔다.

물에 대한 접근권이 문제된 초기 사례로는 Aguas del Tunari v. Bolivia 사건이 있다.[41] 볼리비아 코차밤바(Cochabamba)시는 볼리비아에서 세 번째로 큰 도시인데 당시 많은 인구가 도

33) *Ibid.*, para. 4.5.5.
34) *Ibid.*, paras. 4.12.21, 5.2.4.
35) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006), paras. 41-44.
36) *Ibid.*, para. 144.
37) *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability (6 June 2012).
38) *Ibid.*, paras. 27, 37-38.
39) *Ibid.*, paras. 29; Ursula Kriebaum, "The Right to Water Before Investment Tribunals", 1(1) *Brill Open Law* 16 (2018), p. 24.
40) Ursula Kriebaum, *supra* note 39, p. 17.
41) *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3.

시로 유입되면서 상하수도 시설 부족 문제가 발생하자 상하수도 사업을 민영화하였고, 아구아스델투나리(Aguas del Tunari)와 1999년 9월 상하수도 사업에 대한 40년 양허계약을 체결하였다.[42] 볼리비아는 상하수도법을 통해 사업자에게 광범위한 권한을 부여하였고, 아구아스델투나리는 상하수도 사업의 운영을 시작한 지 몇 주 지나지 않아 수도세를 평균 43% 인상하였으며, 개인 우물의 이용을 금지하고, 빗물 받는 행위를 금지하는 등 기타 수자원의 이용을 제한하는 내용의 법을 만들 것을 볼리비아 정부에 요청하였다.[43] 아구아스델투나리는 코차밤바시가 요구한 투자를 이행하기 위해서는 수도세의 가파른 인상이 불가피했다는 입장이었지만, 이로 인해 시민들의 대규모 시위가 발생하였고 볼리비아 정부는 긴급사태를 선포하였다.[44] 볼리비아 정부는 시위 진압에 실패하였으며, 아구아스델투나리는 볼리비아에서 철수하면서 볼리비아를 상대로 국제투자중재를 신청하였다.[45]

물에 대한 접근권이 가장 많이 다루어진 사례인 Urbaser v. Argentina 사건은 아르헨티나 부에노스아이레스주에서 상하수도 사업과 관련된 사건이었으며, 스페인 기업인 우르바세르(Urbaser)는 사업 운영자의 대주주인 외국인 투자자였다.[46] 이 사건에서 아르헨티나는 투자자가 설비 확장에 관한 양허계약상의 의무를 위반하였다고 주장하였으며, 우르바세르는 아르헨티나의 수도 요금 동결 등의 조치로 인해 투자를 더 진행할 수 없었다고 하면서 투자분쟁이 발생하였다.[47]

결국, 외국인 투자자의 수도세 인상이 물에 대한 접근권 침해, 수질 악화 등 인권을 침해한다고 보아 투자유치국이 특정 조치를 시행했을 때, 이것이 투자자의 이익 감소 또는 투자금을 회수하지 못하는 결과로 이어지고 투자유치국과 투자자 간에 분쟁이 발생하는 것이다.

상하수도 사업과 관련된 사건은 아니지만 외국인 투자자가 기타 산업분야에서 행한 투자행위의 부수적인 결과로 바다 또는 강의 수질 오염이 발생하는 경우에도 투자분쟁이 발생할 수 있다. 그 예로 Vattenfall v. Germany 사건이 있으며, 이 사건에서는 스웨덴 기업인 바텐팔(Vattenfall)이 독일 함부르크에 건설하는 석탄발전소와 관련하여 발전소의 열을 식히기 위한 용수의 수질과 물 사용 허가 등이 문제되었다.[48] 또한 Pacific Rim v. El Salvador 사건을 보면 캐나다 광산기업인 퍼시픽림(Pacific Rim)은 렘파강(Lempa River) 유역의 금광 개발 사업을 엘살바도르에 제안하였고 2002년 탐사 허가를 취득하였다.[49] 2004년에는 광산개발에 관한 양허권 부여를 요청하면서 환경영향평가를 받았으나 평가 결과가 나온 이후 시민들이 반대하기 시작하였으며 엘살바도르가 2008년 수질 오염과 국민의 건강권 등을 고려하여 광산채굴을 금지하겠다고 발표하면서 분쟁이 발생하였다.[50]

---

42) *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction (21 October 2005), para. 57.
43) Pierre Thielbörger, *supra* note 15, p. 499; UNGA, *supra* note 2, para. 29; Ursula Kriebaum, *supra* note 39, pp. 19-20.
44) *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction (21 October 2005), para. 73.
45) 이 사건이 널리 알려지면서 다수의 국가와 환경 및 인권 관련 비정부기구로부터 항의가 이어지자, 양쪽 모두 배상없이 양허계약을 종료하기로 합의하면서 국제투자중재도 종료되었다. 따라서 이 사건은 사건에 대한 검토가 제대로 이루어지지 않았으며, 인권으로서의 물에 대한 권리가 다루어진 사건은 아니었다.
46) *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016).
47) *Ibid.*, paras. 94-100.
48) *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.
49) *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador,* ICSID Case No. ARB/09/12, Award (14 October 2016), para. 3.6.

발전소 운영 또는 광산채굴과 같이 수질 오염이 수반되는 투자활동에 대해 정부가 인권 보호를 이유로 허가 발급을 취소하는 등 규제권을 행사하는 경우 외국인 투자자와 투자유치국 간에 국제투자분쟁이 발생할 수 있는 것이다.

2. 관련 국제투자분쟁의 해결

1) 국제투자분쟁의 해결방식

투자유치국에 투자한 외국인 투자자가 투자유치국의 위법한 행위로 인해 피해를 입은 경우, 투자자는 자신의 국적국이 투자유치국과 체결한 국제투자협정에 규정된 분쟁해결방식을 이용하여 분쟁을 해결할 수 있다. 대부분의 국제투자협정은 분쟁 해결방식으로 국제투자중재(투자자-국가 중재)에 대해 규정하고 있으며, 외국인 투자자는 이에 관한 조항에 근거하여 직접 투자유치국을 상대로 중재를 신청할 수 있다. 국제투자중재는 국내법원이 아닌 국제적인 방식으로 투자분쟁을 해결할 수 있게 하기 위해 마련된 절차이며, 2000년대부터 매년 수십 건의 새로운 중재사건이 발생할 정도로 투자자들이 활발하게 이용하고 있다.[51]

국제투자중재 중에서 국가와 다른 국가 국민 간의 투자분쟁해결에 관한 협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 이하 'ICSID 협약')에 따른 중재를 ICSID 중재라고 하며, 국제투자분쟁의 해결에 가장 많이 이용되는 방식이 바로 ICSID 중재이다.[52] 이밖에 유엔 국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law, 이하 'UNCITRAL') 중재규칙에 따른 임의중재(ad hoc arbitration) 등 ICSID 외 중재도 있다.

2) 준거법: 국제인권조약이 적용될 수 있는지 여부

과거에는 국제투자중재에 인권조약이 적용될 수 없다고 보는 견해가 많았다. 그러나 오늘날에는 국제투자협정에서 준거법을 분쟁 당사자들이 선택할 수 있도록 규정하고 있고, 국제투자분쟁에 국제법이 모두 적용될 수 있다는 것이 일반적인 견해이다.[53] 그렇다면 물에 대한 권리를 보호하기 위한 투자유치국의 규제권 행사가 문제된 국제투자중재에 국제인권조약이 적용될 수 있는지 여부가 문제된다.

준거법과 관련하여 ICSID 협약 제42조에서는 당사자가 합의하는 법원칙에 따라서 분쟁을 해결해야 하고, 당사자들의 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 분쟁 당사자인 체약국의 법률 및 적용가능한 국제법 규칙을 적용해야 한다고 규정하고 있다.[54] 따라서 분쟁 당사자들이 준거법으

---

50) *Ibid.*

51) UNCTAD, "Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020", IIA Issues Note, Issue 4 (September 2021).

52) UNCTAD, "Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures", IIA Issues Note, Issue 3 (November 2017), p. 5.

53) Fabio Giuseppe Santacroce, "The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes", 34(1) *ICSID Review* 136 (2019), pp. 140-141.

54) ICSID Convention Article 42
"(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of

로 국내법을 적용한다고 선택하였더라도 중재판정부는 국제법을 적용할 수 있으며, SPP v. Egypt 사건에서도 중재판정부는 분쟁 당사자들이 이집트법을 적용하기로 합의하였더라도 이것이 국제법의 적용을 배제하는 것은 아니라고 하면서 국제법을 적용하였다.[55] 또한 ICSID 협약이 체결된 것은 1965년이며, 당시에 "국제법"은 이미 국제사법재판소 규칙 제38조 제1항에 따라 조약, 국제관습법, 법의 일반원칙을 포함하는 것으로 이해되었으므로 국제인권조약은 ICSID 협약 제42조에서 말하는 국제법 규칙에 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.[56] 이와 관련하여 SAUR International v. Argentina 사건의 중재판정부는 인권과 특히 물에 대한 권리를 검토하면서 이 권리는 아르헨티나 법에서 헌법상의 권리이고 국제법 일반원칙의 일부를 구성하고 있으므로 이 사건에서 검토해야 한다고 하였다.[57] 즉, 인권조약을 직접 국제투자중재에 적용한 것은 아니었지만 국제법의 일부를 구성하는 권리로서 인권을 이 사건에 적용할 수 있다고 보았다.

UNCITRAL 중재규칙에서도 ICSID 협약과 유사한 규정을 담고 있으며, 국제법을 명시적으로 언급하고 있지는 않지만 당사자들이 준거법을 지정하지 않은 경우 중재판정부가 적절하다고 판단하는 법을 적용한다고 규정하고 있다.[58] 이에 따르더라도 국제인권조약을 국제투자중재에 적용할 수 있을 것이다.

3. 중재판정의 검토

상하수도 사업이 관련된 국제투자분쟁의 중재판정을 살펴보면 인권으로서의 물에 대한 권리가 다루어진 경우가 많지는 않지만, 점차 인권에 대한 투자유치국의 주장과 중재판정부의 검토가 늘어나고 있는 것을 확인할 수 있다.

1) 중재판정에서 인권이 검토되지 않은 사례

먼저 Aguas del Tunari v. Bolivia 사건을 보면 당사자 간 합의로 사건이 종료되면서 중재판정부가 물에 대한 권리에 관해 검토할 기회는 없었지만, 당시 다수의 국가와 비정부기구가 이 사건과 관련하여 물에 대한 권리의 보호를 주장하였다.[59] 따라서 이 사건은 외국인 투자자가 투자유치국 국민의 기본적인 권리를 침해하는 경우, 투자유치국으로부터 보호받지 못하고 피해를 입을 수 있다는 사실을 잘 보여주는 사례이다.[60]

2000년에 중재판정이 나온 Compañía de Aguas del Aconquija v. Argentina 사건의 경우, 아르헨티나는 인권 또는 물에 대한 권리를 직접적으로 언급하지는 않았지만, 공중보건을 보호할 국가의 의무와 깨끗한 물에 대한 접근은 인간의 삶에 필수적인 요소라는 주장을 펼쳤다.[61]

---

laws) and such rules of international law as may be applicable".

55) *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992), paras. 84-85.

56) Bree Farrugia, *supra* note 22, p. 264.

57) *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability (6 June 2012), para. 330.

58) UNCITRAL Arbitration Rules Article 35
"1. The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate".

59) Pierre Thielbörger, *supra* note 15, p. 500.

60) Ursula Kriebaum, *supra* note 39, p. 20

61) *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*,

이를 근거로 아르헨티나는 투자 보호 의무 위반을 정당화하려고 하였지만, 아르헨티나의 주장이 중재판정에서 받아들여지지는 않았으며, 중재판정부는 CAA의 주장을 받아들여 아르헨티나가 양허계약에 따른 CAA의 권리를 침해하였고, CAA가 계약을 종료할 수밖에 없게 만들었다고 판단하였다.[62]

앞의 사건과 같이 인권에 관한 직접적인 언급은 없었지만 물에 대한 접근권이 문제된 국제투자분쟁 사건인 Biwater Gauff v. Tanzania 사건에서는 탄자니아 수도 설비의 확충을 위해 관련 기업의 민영화를 통해 해외투자를 유치했지만 시설의 설치가 제대로 이루어지지 않았고 물에 대한 접근이 어려워지자 탄자니아는 계약을 종료하였다.[63] 국제투자중재에서 이 사건과 관련하여 제3자가 제출한 서면진술서에서는 인권이 언급되었지만 탄자니아는 물에 대한 권리를 직접 언급하지는 않았고, 투자자의 행위가 공중보건과 복지에 실질적인 위협이 된다고만 주장하였다.[64] 따라서 중재판정부가 직접 물에 대한 권리를 검토하지는 않았다.

2) 투자자 보호와 인권 보호의 관계를 검토한 사례

Azurix v. Argentina 사건에 대한 2006년 중재판정에서 중재판정부는 부에노스아이레스주가 행한 조치가 공익을 위한 것이었다는 점은 인정했지만, ABA가 사업을 시행하기 전 관련 시설의 보수를 완료해주기로 약속했으나 이를 이행하지 않으면서 양허계약상의 의무를 위반했으므로 아르헨티나에 책임이 인정된다고 하였다.[65] 아르헨티나는 인권을 직접 언급하면서 이 사건에서 국제투자협정과 국제인권조약상 의무의 충돌이 있었다고 보았으며, 투자협정과 인권조약이 충돌할 때에는 소비자의 공익이 서비스 제공자의 사익에 우선하므로 인권이 우선 적용되어야 한다고 주장하였다.[66] 그러나 중재판정부는 인권조약과 투자협정 간의 충돌 또는 인권의 우선 적용에 관한 아르헨티나의 주장이 충분히 설명되지 않았다고 판단하였으며 아르헨티나의 주장을 받아들이지 않았다.[67]

같은 지역의 유사한 상황에서 발생한 분쟁인 Suez v. Argentina 사건에서도 아르헨티나는 자국민에 대해 물에 대한 권리를 보장할 인권 보호 의무가 양자투자조약(Bilateral Investment Treaty, 이하 'BIT')에 따른 의무보다 우선한다고 주장하였는데, 이 사건에서도 중재판정부는 아르헨티나가 이와 같이 판단한 근거를 찾지 못했다고 설명하였다.[68] 중재판정부는 두 가지 의무가 불일치하거나 상호배타적인 것은 아니므로 아르헨티나는 두 가지 의무를 모두 준수할 수 있었다고 보았다.[69]

아르헨티나가 자신의 행위를 정당화하기 위해 물에 대한 권리를 주장한 위 두 사건에서 중재판정부는 인권 보호 의무에 대해 직접 검토하였지만, 그 내용은 투자유치국이 인권과 투자협정상

ICSID Case No. ARB/97/3, Award (20 August 2007), para. 6.5.1.

62) *Ibid.*, para. 7.5.34.

63) B*iwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 July 2008), para. 789.

64) Ursula Kriebaum, *supra* note 39, p. 29.

65) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006), paras. 312, 438.

66) *Ibid.*, para. 254.

67) *Ibid.*, para. 261.

68) *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability (30 July 2010), para. 262.

69) *Ibid.*

의 의무를 모두 준수해야 한다는 정도에 그쳤으며, 인권에 대한 주장이 중재판정의 내용에 영향을 미친 것은 아니었다. 그러나 Azurix v. Argentina 사건에서는 중재판정부도 물에 대한 권리를 보호해야 할 아르헨티나의 의무를 고려해서 Azurix에 대한 배상액을 감면하였다.[70] 인권에 대한 아르헨티나의 주장이 배상액의 산정에는 영향을 미친 것이다. 또한 이 사건을 통해서 국제투자중재에서 인권조약상의 의무가 더 큰 역할을 할 수 있다는 가능성을 확인하였으며, 국제투자중재에서 투자유치국이 자신의 규제 권한을 정당화하기 위한 근거로서 인권 보호 의무를 주장하는 방안을 고려하는 경우가 늘어났다.

SAUR International v. Argentina 사건에서 아르헨티나는 이전보다 인권에 대한 주장을 더 적극적으로 개진하였고, SAUR의 주장에 대응해서 아르헨티나가 펼친 주장의 가장 핵심적인 내용은 바로 인권침해에 관한 내용이었다.[71] 아르헨티나는 국제투자협정에 따라 외국인의 투자를 보호할 의무보다 아르헨티나 국내법상 헌법과 동등한 지위에 있는 인권 보호 의무가 우선한다고 주장하였다.[72] 또한 아르헨티나는 OSM이 수질 관리와 하수처리를 제대로 하지 못한 것이 개인의 기본권인 물에 대한 권리를 침해한 것이라고 주장하였다.[73] 이 사건에 대한 2012년 관할권 및 책임에 대한 결정(Decision on Jurisdiction and Liability)에서 중재판정부도 아르헨티나의 주장을 검토하면서 국제법과 아르헨티나 국내법에 규정되어 있는 인권, 특히 물에 대한 권리를 인정하였으며, 물에 대한 권리가 국가의 입장에서는 공공서비스의 제공에 해당하고, 시민의 입장에서는 기본권에 해당하는 내용이라고 하였다.[74] 중재판정부는 그러나 국가에 물에 대한 권리를 보호할 의무가 인정된다고 하더라도 이 의무는 외국인 투자자가 향유하는 권리를 보호하는 동시에 이행되어야 하는 것이라고 하였다.[75] 즉, 국가에게는 외국인 투자자를 보호할 의무와 물에 대한 권리를 보호할 의무가 모두 인정되며, 둘 중 어느 하나가 더 우위에 있는 것은 아니라고 하였다.

SAUR International v. Argentina 사건에 대한 관할권 및 책임에 대한 결정에서는 중재판정부가 인권과 물에 대한 권리를 직접 검토했다는 점에서 Azurix v. Argentina 사건 및 Suez v. Argentina 사건과 차이가 없는 것은 아니지만, 위와 같은 전반적인 검토 이후 구체적인 위반 사항에 대한 검토에서 물에 대한 권리가 다시 거론된 것은 아니었다는 점에서 여전히 인권 문제가 중재판정에서 큰 역할을 했다고 보기는 어렵다.[76]

3) 물에 대한 권리에 관한 포괄적인 검토가 이루어진 사례

국제투자중재에서 물에 대한 권리와 관련하여 매우 의미있는 중재판정이 나왔으며, 그 사건은 바로 Urbaser v. Argentina 사건이다.[77] 2016년에 나온 이 사건에 대한 중재판정에서 중재판

70) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (14 July 2006), para. 425.
71) *SAUR International SA v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability (6 June 2012).
72) *Ibid.*, para. 328.
73) *Ibid.*
74) *Ibid.*, para. 330.
75) *Ibid.*, para. 331.
76) Tamar Meshel, "Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond", 6 *Journal of International Dispute Settlement* 277 (2015), p. 294.
77) *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016).

정부는 SAUR International v. Argentina 사건에 대한 2010년 중재판정에서와 같이 아르헨티나는 국제투자협정상 외국인의 투자를 보호할 의무를 준수하는 동시에 국민의 건강과 물에 접근할 권리를 포함한 인권도 보호해야 한다고 하였다.[78] 그리고 이 같은 입장에서 부에노스아이레스주가 이 사건의 양허계약을 종료한 것은 인권을 보호하기 위한 정당한 공익 행사였다고 보았다.[79]

중재판정부는 이 사건에 대한 중재판정에서 이전의 그 어떤 사건보다 인권과 물에 대한 권리에 대해 자세하게 검토하였다. 먼저, 물에 대한 권리가 인권에 해당하는 점에 대해서는 의문의 여지가 없고, 투자유치국은 국제법 및 국내법상 물에 대한 권리를 보호할 의무가 있다고 언급하였다.[80] 또한 정부가 상하수도 사업을 민영화하는 목적은 국내법, 특히 헌법에 따라 국민의 건강과 물에 대한 접근권을 보장하기 위한 것이라는 점을 강조하였다.[81]

기존 판정들이 인권의 전반적인 내용 또는 인권과 투자 보호와의 관계만을 언급했다면, 이 사건에 대한 중재판정에서는 국가에 지속적인 수도 공급을 보장해야 할 의무가 있다고 하면서 보편적이고 기본적인 인권은 투자자의 정당한 기대(legitimate expectation)를 구성한다고 하였다.[82] 정당한 기대 보호는 대부분의 투자협정에서 규정하고 있는 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable Treatment, FET) 원칙을 구성하는 내용 중 하나이며,[83] 보편적이고 기본적인 인권은 투자자의 정당한 기대를 구성한다고 언급한 중재판정의 내용은 투자유치국의 투자협정 위반행위를 정당화하기 위한 예외의 근거로 인권이 제시될 수 있다는 의미라는 점에서 이 판정의 가장 중요한 내용에 해당한다. 그동안 중재판정에서는 인권과 투자협정 상의 의무를 국가가 동시에 충족해야 한다고 하면서도 그 방법에 대해서는 언급이 없었는데, 이 사건에 대한 중재판정을 통해 그 방법을 제시한 것으로 볼 수 있으며, 이는 바로 인권의 내용을 공정하고 공평한 대우 원칙을 구성하는 내용 중 하나인 투자자의 정당한 기대 보호를 해석할 때 적용한 것이다.[84] 또한 이는 투자유치국이 인권 보호 의무를 이행하는 것이 해당 국가에 투자자가 투자할 때 고려해야 할 사항이자 정당한 기대를 구성하는 내용에 해당한다는 얘기이기도 하다.

이 사건에 대한 중재판정이 특별한 또 다른 이유는 투자유치국이 인권에 근거하여 제기한 반대청구(counterclaim)를 중재판정부가 처음으로 받아들였기 때문이다.[85] 반대청구는 주된 청구에 기반하여 중재 피신청인이 제기하는 청구이며, 이 사건에서 중재판정부는 아르헨티나가 제기한 반대청구의 관할권을 인정하였고, 투자자가 물에 대한 권리를 위반하였는지 여부를 검토하였다. 특히 중재판정부는 물에 대한 권리를 보호해야 할 의무는 국가에게만 인정된다는 투자자의 주장을 받아들이지 않고 외국인 투자자에게도 인권 관련 의무가 인정된다고 하였다.[86] 이어서 중재판정부는 기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility, CSR)의 중요성에 대해 언급하면서 세계인권선언 제30조, ICESCR 제5조, 국제노동기구의 다국적기업과 사회적 정책에 관한

78) *Ibid.*, para. 720.
79) *Ibid.*, para. 944.
80) *Ibid.*, para. 721.
81) *Ibid.*, para. 622.
82) *Ibid.*, paras. 623-624.
83) *Ibid.*, para. 615.
84) Ursula Kriebaum, *supra* note 39, p. 29.
85) *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016), para. 1155; Fabio Giuseppe Santacroce, *supra* note 53, p. 138.
86) *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016), para. 1194.

삼자공동선언 제8원칙에 근거하여 기업은 외국에서도 인권을 침해하지 않을 의무가 있다고 하였다.[87] 그러나 물에 대한 권리는 국가에 준수 의무(obligation of compliance)를 부과하지만, 관련 서비스를 제공하는 기업에 대해 이행 의무(obligation for performance)까지 부과하는 것은 아니라고 하였다.[88] 외국에서 기업의 투자행위가 개인의 물에 대한 접근권을 방해하는 방식으로 이루어져서는 안 되지만 국가처럼 인권을 보호할 적극적인 의무가 인정되는 것은 아니라고 본 것이다.[89] 이 사건에서는 물에 대한 접근을 방해하는 투자자의 행위가 있었다는 점이 인정되지 않았으며, 따라서 투자유치국의 주장은 받아들여지지 않았다.[90]

이처럼 Urbaser v. Argentina 사건에 대한 중재판정에서는 국가의 인권 보호 의무 외에 투자자의 인권 보호 의무가 검토되었으며, 국제투자협정에서 인권이 어떻게 해석될 수 있는지를 제시하였고, 투자자가 인권을 위반했다는 주장을 근거로 한 투자유치국의 반대청구가 받아들여질 수 있다는 점이 확인되었다.

IV. 중재판정의 변화가 국제투자중재와 인권 보호에 미친 영향

Urbaser v. Argentina 사건에 대한 중재판정이 나오기 전까지 국제투자중재에서 투자유치국이 주장하는 인권 보호를 위한 규제권 행사는 중재판정부에서 중요하게 다뤄지지 않았다. 그동안 중재판정에서는 인권 문제를 아예 다루지 않거나, 국가의 인권 보호 의무를 인정하더라도 인권 보호 의무와 외국인 투자자를 보호할 의무는 동시에 인정된다고 하면서 투자유치국이 두 의무를 모두 준수하였어야 한다는 입장을 보였다. 그러나 Urbaser v. Argentina 사건에서 처음으로 인권 보호에 근거하여 투자유치국이 제기한 반대청구가 받아들여졌으며, 일련의 사례를 통해 국제투자중재에서 국가의 인권 보호 의무에 근거한 주장이 받아들여질 가능성을 확인한 국가들은 국제투자협정에서 투자 보호의 예외에 관한 근거를 마련하고, 국제투자중재에서 반대청구를 제기하

87) *Ibid.*, para. 1195;
세계인권선언 제30조
"이 선언의 어떠한 규정도 어떤 국가, 집단 또는 개인에게 이 선언에 규정된 어떠한 권리와 자유를 파괴하기 위한 활동에 가담하거나 또는 행위를 할 수 있는 권리가 있는 것으로 해석되어서는 아니된다".
ICESCR 제5조
"1. 이 규약의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 규약에서 인정되는 권리 및 자유를 파괴하거나, 또는 이 규약에서 규정된 제한의 범위를 넘어 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 또는 그와 같은 것을 목적으로 하는 행위를 행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다".
ILO, Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy
"8. All the parties concerned by the MNE Declaration should respect the sovereign rights of States, obey the national laws and regulations, give due consideration to local practices and respect relevant international standards. They should also honour commitments which they have freely entered into, in conformity with the national law and accepted international obligations. They should respect the Universal Declaration of Human Rights (1948) and the corresponding International Covenants (1966) adopted by the General Assembly of the United Nations as well as the Constitution of the International Labour Organisation and its principles according to which freedom of expression and association are essential to sustained progress".

88) *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016), para. 1208.

89) *Ibid.*, para. 1210.

90) *Ibid.*, para. 1221.

는 모습을 보이고 있다.

1. 국제투자협정의 예외조항 증가

투자유치국이 인권에 근거한 투자 보호의 예외를 주장하기 위해 국제투자협정에 새로 도입하는 내용은 다양한 방식으로 규정되고 있다. 국가의 규제권에 대해 규정하는 경우도 있고, 투자자에게 인권 관련 국제법 및 국내법 규정의 준수 의무를 직접 부과하는 경우도 있다. 2016년에 체결된 아르헨티나-카타르 BIT는 전자에 해당하며, 규제권에 관한 조항을 별도로 마련하여 공중보건, 환경, 소비자 보호의 보호 등 정당한 공공목적을 달성하기 위해 필요한 조치를 통해 규제할 체약국의 고유한 권리에 투자협정 상의 투자보호에 관한 다른 조항들이 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다.[91] 후자에 해당하는 네덜란드의 2019년 모델 BIT와 2016년에 체결된 모로코-나이지리아 BIT에서는 인권을 명시적으로 언급하면서 인권 관련 국제법 또는 국내법을 준수해야 할 투자자의 의무에 대해 규정하고 있다.[92] 콜롬비아의 2017년 모델 BIT는 규제권 및 투자 관련 의무에 관한 부분을 별도로 마련하여 다양한 예외와 투자자의 사회적 책임에 대해 모두 규정하고 있다.[93] 이와 같은 규정이 국제투자협정에 있으면 중재 피신청인이 된 투자유치국은 이에 근거하여 신청인의 청구를 반박하고 인권 보호를 위한 자신의 규제권 행사를 정당화하는 주장을 펼칠 수 있다.

2. 투자유치국의 반대청구 제기

1) 반대청구 제기 요건

국제투자협정의 내용은 대부분 투자자 보호에 관한 내용이자 국가의 의무에 관한 내용으로 이루어져 있으므로 국가의 반대청구 행사에 관한 규정을 담고 있는 협정은 찾아보기 어려우며, 그동안 반대청구가 제기된 사례도 매우 적고 중재판정부는 반대청구를 잘 받아들이지 않았다.[94] 그

91) 아르헨티나-카타르 BIT 제10조 Right to regulate
"None of the provisions of this Agreement shall affect the inherent right of the Contracting Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment, public morals, social and consumer protection".

92) 네덜란드 2019년 모델 BIT 제7조 Corporate Social Responsibility
"1. Investors and their investments shall comply with domestic laws and regulations of the host state, including laws and regulations on human rights, environmental protection and labor laws";
모로코-나이지리아 BIT 제18조 Post-Establishment Obligations
"4) Investors and investments shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents international environmental, labour and human rights obligations to which the host state and/or home state are Parties".

93) 콜롬비아 2017년 모델 BIT 중 SECTION [CC]-RIGHT TO REGULATE AND INVESTMENT RELATED OBLIGATIONS를 구성하는 조항으로는 General Exceptions, Non-detraction from environmental, human rights and labour standards, Investors' Social Responsibility, Denial of Benefits 등이 있다.

94) Taida Begić Šarkinović, "Human rights issues in investment arbitration cases: A new perspective?" 2 *Pravni zapisi* 532 (2020), pp. 540-541; Bree Farrugia, *supra* note 22, p. 281.

러나 Urbaser v. Argentina 사건에서 인권 보호에 근거하여 투자유치국이 제기한 반대청구가 처음으로 받아들여진 후 투자유치국이 인권이 문제된 국제투자분쟁 사건에서 반대청구를 제기하는 사례도 계속해서 등장하고 있다.[95]

ICSID 협약 제46조에 따르면 중재판정부는 일방당사자의 요청이 있으면 분쟁의 대상으로부터 직접 발생한 반대청구에 대해 결정해야 하고, 이때 그 청구는 당사자들이 동의한 범위 내에 해당하거나 그렇지 않다면 ICSID의 관할권 범위 내에 있어야 한다.[96] 위 요건을 모두 충족하면 반대청구에 대한 관할권이 성립하고, 중재판정부의 검토 결과 반대청구가 받아들여지면 투자유치국의 투자 보호 의무 위반에 대한 예외가 인정되거나 위반에 대한 배상액이 줄어들 수 있다.[97]

ICSID 협약 제46조에 규정된 요건을 살펴보면 먼저 동의와 관련하여 Urbaser v. Argentina 사건에서는 스페인-아르헨티나 BIT에서 분쟁의 양쪽 당사자 모두 분쟁해결을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로 투자자-국가 중재에 동의한 것은 반대청구에도 동의한 것으로 볼 수 있다고 하였다.[98] ICSID 중재판정부는 Goetz v. Burundi 사건에서도 ICSID 중재에 대한 동의는 반대청구에 대한 동의로도 이해될 수 있다고 하였다.[99] 이처럼 관련 국제투자협정의 분쟁해결조항이 매우 넓게 규정되어 있다면 중재판정부는 투자자가 반대청구에도 동의한 것으로 해석하며, 분쟁당사자들이 ICSID 중재에 동의한 경우에는 반대청구를 허용하는 ICSID 협약 제46조에 근거하여 반대청구에도 동의한 것으로 본다.[100]

다음으로 Urbaser v. Argentina 사건에 대한 중재판정부는 반대청구와 주된 청구가 동일한 투자와 관련된 동일한 양허계약에 근거한 것이므로 양자 간의 연관성이 명백하게 인정된다고 보았다.[101] 이는 중재판정부가 Saluka v. Czech Republic 사건에서 보인 입장보다 연관성을 매우 넓게 해석한 것이었는데, Urbaser v. Argentina 사건에서 중재판정부가 반대청구와 주된 청구 간의 법적 관련성은 반대청구가 국내법에만 근거한 것이 아니라면 인정될 수 있다고 하였다는 점을 보아도 이 사건에서 반대청구가 받아들여지기 위한 요건이 얼마나 넓게 해석되었는지 알 수 있다.[102]

---

95) Barnali Choudhury, "Investor Obligations for Human Rights", 35 *ICSID Review* 82 (2020), p. 96; Taida Begić Šarkinović, *supra* note 94, p. 541.

96) ICSID 협약 제46조의 원문은 다음과 같다.
"Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre".

97) Tamar Meshel, *supra* note 76, pp. 280-281.

98) *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016), paras. 1143-1144.

99) *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, Award (21 June 2012), para. 279.

100) Barnali Choudhury, *supra* note 95, p. 95.

101) *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016), para. 1151.

102) Edward Guntrip, "Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?", EJIL:Talk! (10 February 2017) 〈ejiltalk.org/urbaser-v-argentina-the-origins-of-a-host-state-human-rights-counterclaim-in-icsid-arbitration/〉; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016), para. 1151; Kevin Crow & Lina Lorenzoni Excobar, "International Corporate Obligations Human Rights, and the Urbaser Standard: Breaking New Grounds?", 36(1)

또한 반대청구는 ICSID의 관할권 범위 내에 있어야 하지만 Urbaser v. Argentina 사건에서 아르헨티나가 제기한 반대청구는 투자자의 인권 위반과 관련된 청구였음에도 불구하고 중재판정부는 ICSID 중재의 관할권 범위 내에 이 청구가 있는지 여부를 문제삼지 않았다.[103] 기존 중재판정들은 대체로 인권 문제가 국제투자중재 관할권의 범위에 포함되지 않는다는 입장을 보였으나, Urbaser v. Argentina 사건에 대한 중재판정에서 ICSID 관할권의 범위를 넓게 해석한 것이다.[104] 다만, 국제투자중재의 중재재판부가 인권 문제에 대해 판단할 권한이 있는지 여부에 관계없이 해당 인권 문제가 투자분쟁과 관련된 것이라면 중재판정부의 관할권은 당연히 성립한다고 보아야 할 것이다.[105]

이렇듯 Urbaser v. Argentina 사건의 중재판정부는 반대청구의 관할권을 매우 넓게 인정하였으며, 인권에 근거하여 중재 피신청인이 된 투자유치국이 반대청구를 신청할 수 있는 가능성을 열어주었다. 그러나 반대청구에 대한 관할권의 성립 요건에 대해서는 아직 관련 사례가 많지 않으므로 다른 사건에서도 이와 같이 관할권의 범위가 넓게 해석될지 여부는 알 수 없다. 또한 Urbaser v. Argentina 사건에서 투자유치국의 청구가 받아들여지지 않은 것에서 확인할 수 있듯이, 투자유치국이 반대청구를 제기할 수 있는 가능성이 넓어졌다고 하더라도 투자유치국의 청구가 받아들여지기 위해서는 투자자에게 직접 인권 보호 의무를 부과하는 규정에 근거하여 투자유치국이 투자자의 의무 위반을 주장해야 할 것이다. 그렇다면 투자자에게 인권 보호에 관한 적극적인 의무가 인정되는지 여부가 문제되며 이에 대해서는 항목을 바꾸어 설명한다.

2) 기업의 인권 보호 의무

ICESCR 제5조에 따르면 국가뿐만 아니라 집단도 이 규약에서 인정하는 권리 및 자유를 파괴하는 행위를 할 권리가 없다.[106] 이에 따르면 외국인 투자자인 기업도 동 규약에 따라 인정되는 인권을 침해하지 않아야 한다는 얘기이지만 이는 인권을 보호해야 할 적극적인 의무를 기업에 부과하는 규정은 아니다. 이처럼 국제인권조약은 국가에 대해서만 인권 보호 의무를 부과하며, 기업에 직접 인권 보호 의무를 부과하지 않는다.[107]

대신 기업의 인권 보호 의무와 규제방안에 대한 내용을 담은 국제문서는 다수 찾아볼 수 있으며, 대표적으로 2008년에 발표된 인권과 초국경적 기업 및 기타 사업체 관련 문제에 대한 유엔 특별보고관이 작성한 '보호, 존중, 구제: 기업과 인권에 관한 프레임워크'보고서가 있다.[108] 이

Boston University International Law Journal 87, p. 116.

103) *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016), para. 1154.

104) Fabio Giuseppe Santacroce, *supra* note 53, p. 139.

105) *Ibid.*, p. 140.

106) ICESCR 제5조
"1. 이 규약의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 규약에서 인정되는 권리 및 자유를 파괴하거나, 또는 이 규약에서 규정된 제한의 범위를 넘어 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 또는 그와 같은 것을 목적으로 하는 행위를 행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다".

107) Farouk El-Hosseny and Patrick Devine, "Contributory Fault under International Law: A Gateway for Human Rights in ISDS?", 35 *ICSID Review* 105 (2020), p. 112.

108) John Ruggie, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, "Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights", A/HRC/8/5 (7 April 2008).

보고서에서는 물에 대한 권리를 직접 언급하고 있지는 않지만, 인권을 존중할 기업의 책임을 인정하고 있다.[109] 이후 보호, 존중, 구제 프레임워크의 이행을 위한 '기업과 인권에 관한 이행원칙'이 2011년에 채택되었으며, 여기에서는 인권을 보호할 국가의 의무와 인권을 존중할 기업의 책임을 구분하여 기업의 인권 보호 원칙을 제시하고 있다.[110] 이밖에 기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility, CSR)에 대한 내용을 담고 있는 문서가 다양해지고 있으며, 해외에서 활동하는 기업의 인권 보호를 요구하는 등 기업의 인권 보호 의무에 대한 사회적 기대가 높아지고 있다. 그러나 관련 문서는 모두 연성법(soft law)에 해당하므로 법적 구속력이 없어서 기업의 자발적인 의무 이행을 기대할 수밖에 없다는 문제가 있다.

따라서 기업에 인권 보호 의무가 인정되는지 여부를 확인하기 위해서는 국제투자협정, 국내법, 계약 등에 따른 인권 보호 의무를 확인해보아야 한다. 국제투자협정의 경우, 최근에 체결된 국제투자협정에서는 투자자의 인권 보호를 명시적으로 언급하는 경우가 있으며, 기업의 사회적 책임(CSR)을 강조하는 경우도 증가하고 있다. 2019년 네덜란드 모델 BIT에서는 인권에 관한 투자유치국 법을 준수해야 할 투자자의 의무에 대해 규정하고 있으며,[111] 최근에 체결된 아르헨티나-카타르 BIT, 모로코-나이지리아 BIT, 이란-슬로바키아 BIT, 브라질-말라위 BIT 등도 기업의 사회적 책임에 관한 구체적 의무를 담고 있다.[112] 이렇게 국제투자협정에 투자자의 인권 보호 또는 기업의 사회적 책임과 관련하여 투자자에 의무를 부과하는 내용이 규정된 것은 투자자가 투자유치국에서 준수해야 할 의무가 늘어났으며 투자협정을 통해 보호받을 수 있는 범위가 줄어들었다는 것을 의미한다. 또한 투자자 보호에 치우쳐 있는 국제투자협정이 투자유치국과 투자자의 권리 및 의무의 균형을 맞추는 방향으로 변화하고 있음을 나타낸다.

이처럼 기업에 직접 인권 보호 의무를 부과하는 법적 구속력 있는 문서가 늘어나고 있으며, 이는 투자자가 투자유치국으로부터 어느 범위까지 공정하고 공평하게 대우받을 것을 정당하게 기대할 수 있는지를 판단하는 기준이 될 것이며, 투자유치국이 반대청구를 제기할 수 있는 근거가 될 것이다.[113]

3. 소결

국제투자중재에서 투자유치국이 인권 보호를 투자 보호의 예외 사유로 주장하는 경우가 증가하면서 중재판정부가 인권 문제를 검토하는 경우가 늘어나고 있으며, 국가들은 인권 보호에 근거한 규제권 행사를 정당화하기 위한 다양한 방식을 마련하고 있는 것으로 보인다.

먼저 국제투자협정에 국가의 규제권 행사를 정당화하는 조항을 규정하여 국제투자중재에서 투자 보호의 예외를 주장할 수 있으며, 기업에 직접 인권 보호 의무를 규정하는 조항을 도입하여 투자자의 인권 보호 의무 위반을 근거로 반대청구를 제기할 수 있다.

---

109) UN Office of the High Commissioner for Human Rights(OHCHR), The Right to Water, Fact Sheet No. 35 (August 2010), p. 31.

110) John Ruggie, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, "Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" framework", A/HRC/17/31 (21 March 2011).

111) 각주 92 참조.

112) Yulia Levashova, "The Right of Access to Water in the Context of Investment Disputes in Argentina: Urbaser and Beyond" 16(2) *Utrecht Law Review* 110 (2020), p. 120; Barnali Choudhury, *supra* note 95, p. 89.

113) Fabio Giuseppe Santacroce, *supra* note 53, p. 145; Bree Farrugia, *supra* note 22, p. 282.

다만, 아직 이와 같은 규정을 도입하고 있는 국제투자협정은 소수에 불과하며, 만일 기업에 직접 구체적인 인권 보호 의무를 부과하는 문서 없이 투자유치국이 반대청구를 제기한다면 투자유치국의 반대청구가 받아들여진다고 하더라도 Urbaser v. Argentina 사건의 경우처럼 투자자의 위법행위에 관한 투자유치국의 주장이 받아들여지기는 어려울 것이다.

V. 결론

오늘날에는 물에 대한 권리가 인권에 포함된다는 데 이견이 없으며, 인권으로서의 물에 대한 권리가 중요해지면서 상하수도 사업의 민영화와 관련하여 물에 대한 권리가 침해되는 경우가 많이 발생하고 있다. 상하수도 사업에 해외 민간자본이 투입된 경우 해당 투자유치국은 국제투자협정상 투자자 보호 의무와 국제인권조약상 인권 보호 의무를 모두 부담하게 되는데, 투자유치국이 물에 대한 권리를 보호하기 위해 상하수도 사업에 대해 행사한 규제권이 외국인 투자자의 권리를 침해하는 경우에 국제투자분쟁이 발생한다.

이와 같은 이유에서 상하수도 사업과 관련하여 다수의 국제투자분쟁이 발생하였으며, 관련 중재판정을 살펴보면 인권 문제를 검토하지 않은 사례, 인권에 대해 언급하였지만 투자자 보호와 인권 보호의 관계에 대해서만 검토한 사례, 물에 대한 권리를 포괄적으로 검토한 사례를 모두 찾아볼 수 있다. 일련의 사건을 통해서 중재판정부가 점차 인권에 대한 투자유치국의 주장을 검토하는 경우가 늘어나고 있는 것을 확인할 수 있으며, 국제투자중재에서 인권 문제가 다루어지는 사례가 늘어나면서 이것이 국제투자법과 국제인권법에 많은 영향을 미치고 있다.

가장 많은 변화는 최근에 체결된 새로운 국제투자협정에서 찾아볼 수 있으며, 투자협정에 투자보호의 예외를 인정하는 조항을 넣거나 기업의 인권 보호 의무 또는 사회적 책임에 관한 조항을 규정하는 경우가 있다. 또한 Urbaser v. Argentina 사건 이후 투자유치국의 반대청구 제기가 증가하였으며, 비록 환경과 관련된 사건이기는 하지만 Burlington Resources Inc v. Ecuador 사건과 Perenco v. Ecuador 사건과 같이 투자유치국이 제기한 반대청구가 받아들여지고 반대청구에서 투자유치국이 주장한 투자자의 환경 보호 의무 위반이 인정된 사례도 등장하였다.[114] 따라서 앞으로 인권이 문제된 사건에서 투자유치국이 투자협정상의 의무 위반을 정당화하기 위해 인권 보호 의무를 주장하거나 기업의 의무 위반을 주장하는 반대청구를 제기하는 경우가 더욱 늘어날 것으로 보이며, 이는 투자유치국의 규제권 행사 범위를 확대하고 해외투자의 보호 범위를 축소하는 결과를 불러올 것이다.

또한 이와 같은 국제투자협정의 변화는 인권법의 발전에도 많은 영향을 미칠 것으로 보인다. 특히 기업의 인권 보호 의무는 이에 대한 국제사회의 논의가 상당 기간 이어져 왔음에도 불구하고 아직 이에 관한 법적 구속력이 있는 문서가 마련되지 못한 상황이다. 그런데 최근에 체결된 일부 국제투자협정을 통해서 기업에 직접적인 인권 보호 의무가 부과되고 있으며, 이와 같은 추세가 이어진다면 인권에 관한 국제법 및 국내법의 발전에도 기여할 수 있을 것으로 기대된다.

114) Barnali Choudhury, *supra* note 95, p. 96; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims (7 February 2017); *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Award (27 September 2019).



분과회의

제6분과위원회

제3발표

[좌장] 강병근 (고려대학교)

공관의 불가침성에 관한 최신 논의 및 전망: '면제 및 형사소송 절차 사건 (적도기니 대 프랑스) (2020)'을 중심으로

[발표] 황명준 (동아대학교)
[토론] 김채형 (부경대학교)

大韓國際法學會

공관의 불가침성에 관한 최신 논의 및 전망: '면제 및 형사소송 절차 사건 (적도기니 대 프랑스)(2020)'을 중심으로

황 명 준*

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 주요 내용
Ⅲ. 전망

Ⅰ. 서론

국제법 실무 및 학계를 벗어난 세간에서 빈번히 오용되는 개념 중 하나가 바로 외교공관의 법적 지위에 대한 사용례일 것이다. 외교공관은 제2차 세계대전 종전 이후 재정립된 국제 질서에서 '외교관계에 관한 비엔나협약(이하, VCDR)[1]'을 근거로 불가침성(inviolability)[2]을 향유하고 있음은 주지의 사실이다. 이는 19세기 이래의 제국주의 시대의 불평등 외교의 표상이었던 외교공관에 대한 '치외법권(extraterritoriality)'적 접근 공식을 지양하고 외교 관행에 있어 관습국제법의 법전화를 넘어선 성과물로 보아야 한다. 따라서 설사 일부 언론이 이 시점에도 오용, 왜곡의 가능성이 있는 치외법권을 기사에 여과없이 사용[3]하고 있다고 하더라도, 최소한 국제법적 관점에서는 향후 원용되어서는 곤란한 극복, 지양된 개념이다. 만일에 외교공관의 구성원들이나 이들의 업무를 위한 지역[4]에 있어 여전히 19세기적 구식 개념을 답습한다면, 그에 기한 인적, 물적 면 및 특권의 항변을 배척할 만한 외연과 범위를 설정할 수가 없다.[5] 더구나 치외법권 개념에 따르

* 동아대학교 석당인재학부 강사 (법학박사)

1) Vienna Convention on Diplomatic Relations. 이 VCDR은 1961년 4월 18일 채택되어 1964년 4월 24일에 발효되었음.

2) VCDR Article 22 ①: The premises of the mission shall be inviolable. The agents of the receiving State mat not enter them, except with the consent of the head of the mission.

3) 예를 들어 주간조선(제2666호) 2021년 7월 12일 자 인터넷 기사, 이성진 기자 - "'치외법권' 주한 대사관에서 벌어진 일들" 참조.
http://weekly.chosun.com/client/news/viw.asp?ctcd=C02&nNewsNumb=002666100006
(last visited on Oct. 6th, 2021)

4) 여기서 the premise of the mission에는 "a house or building, along with its grounds"까지를 포괄하는 개념 정리된다. Black's Law Dictionary(4th Pocket Ed.) 참조.

면, 공적 성격을 가진다고 평가될 수 없는 외교관의 사적 행위에 대하여 평가, 통제할 만한 수단을 모색하기가 어려워질 뿐만 아니라 개념 자체로도 접수국에 의한 통제와 친화적이지 않다.[6]

VCDR에 입각한 외교공관의 불가침성은 접수국에 주재하는 외교관의 업무에 목적적, 기능적으로 요구되는 필수적 범위와 이를 원활하게 확보하기 위한 부수적 범위에까지 미친다고 정리될 수 있다. 자연히 이는 치외법권과 달리 외교공관 및 그 구성원들이 지리적으로 본국에 체류한다고 의제되는 것이 아니라 기본적으로 접수국의 법역(jurisdiction)에 위치하고 해당 지역의 법질서와 조우하게 됨을 시사한다.[7] 따라서 불가침성으로의 개념 변화는 특권 및 면제가 남용되는 경우에까지 무제한적인 보호 대상이 될 수 없다는 해석으로 발전할 수 있을 것이다. 특히, 외교적 기능을 원활하게 하는 부수적 부분이라 하더라도 공관 지역은 "VCDR, 국제법상 기타 규칙 또는 파견국과 접수국 간 유효한 특별 협정에 따른 공관 직무와 양립되기 어려운 여하한 방법으로도 사용될 수 없음"[8]이 명시되었음은 유의미하다.

그럼에도 VCDR 상의 외교공관의 불가침성을 남용하거나 그에 수반되는 제한을 우회, 면탈하려는 시도가 목격되고 있다.[9] 만일, 특정 국가가 이를 아전인수격으로 해석하여 불가침성을 남용하거나 제한에 복속하지 않는다면, 이는 결과적으로 치외법권으로의 회귀와 별반 차이가 없을 것이며, 면제의 실행으로 본다면 절대적 주권면제 실행으로 회귀하려는 바와 유사하다. 아래에서 언급하게 될 2020년 '면제 및 형사소송 절차 사건 (적도기니 대 프랑스)'의 본안 판단[10]은 외교공관의 성격 및 인정 여부에 부분적 관련성을 지니는 최신 쟁송으로 평가될 여지가 존재한다.[11] 물론, 프랑스 당국이 지목한 문제의 계쟁 지역이 VCDR이 예정하는 전형적 분쟁인지, 또는 서남

5) S. R. Subramanian, "Abuse of Diplomatic Privileges and the Balance between Immunities and the Duty to Respect the Local Laws and Regulations under the Vienna Conventions: The Recent Indian Experience," *The Chinese Journal of Global Governance 3 (2017) 182-233*, p. 190 참조.

6) Ibid.

7) VCDR Article 41 ①: Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State. They also have a duty not to interfere in the internal affairs of that State.

8) VCDR Article 41 ③ 참조.

9) 이러한 남용, 면탈 및 국제법 위반 행위는 굳이 VCDR가 발효한 1960년대에 이를 것도 없이 치외법권 시기이던 19세기까지도 소급할 수 있다. 외교공관에 자국민을 납치, 감금한 대표적 사례로서 1896년 런던 주재 청나라 공사관의 반체제인사 Sun Yat-Sen(孫逸仙 즉 孫文, 후일 신해혁명을 주도하고 중화민국 임시 대총통 역임) 사건을 들 수 있다. 그에 대한 인신보호영장의 청구에 당면하여 잉글랜드 법원은 이는 (영국 외무성의 본령인) 외교적 개입에 해당될 수 있음을 이유로 발부를 거부하였다. 이후 영국 정부는 런던 주재 청나라 공사에 대하여 Sun Yat-Sen에 대한 구금이 위법하며 외교적 특권의 남용임을 지적하면서 그를 석방할 것을 요청한바, 이 요청은 받아들여졌다. 주요 내용에 대해서는 Eileen Denza, *Diplomatic Law - Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic relations (3rd Edition)*, Oxford University Press (2008), p. 139 참조.

10) *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Merits (2020). 이하 본문에서는 관련 사안에 언급할 필요가 존재할 경우 연도 부기 및 '적도기니 대 프랑스 사건(Merits)' 등으로 칭하기로 한다.
https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/163/163-20201211-JUD-01-00-EN.pdf
(last visited on Oct. 6th, 2021)

11) 사실 ICJ 본안 판단의 시초가 되었던 2008년 12월 2일 프랑스 파리 검찰에 대한 Transparency International France의 수사 청구 당시에 적도기니 대통령 Teodoro Obiang Nguema Mbasogo는 아들인 Teodoro Nguema Obiang Mangue(당시 적도기니 농림부 장관의 title을 지녔음)을 통하여 자국의 공적 자금을 다양한 방식으로 프랑스 내에 은닉, 횡령한 다음 재투자하였다는 부정부패 의혹을 받고 있었다. 그리고 파리의 Avenue Foch 42번지에 소재한 문제의 고급 맨션(후일, 파리주재 적도기니 대사관으로 전용 시도)도 이러한 부패의 일환으로 취득된 것으로 프랑스 수사 당국이 인식, 조사에 착수하였던 것이다. 이 내용으로는 *Supra* note 10)의 판결, paras 26-27 참조.

부 아프리카권 국가를 장기 통치하는 독재적 국가원수(또는 그 가문)들의 권력 세습 준비 및 해외자산을 통한 축재와 재산은닉의 연장선에서 불거진 사건[12]인지는 다양한 논의가 가능할 것이지만, 후자의 논점은 일단 본 발표에서 의도하는 VCDR 및 그 해석에 관련된 사안은 아닌 관계로 논외로 한다.

Ⅱ. 주요 내용

1. 주요 논점

전후 질서하에서 주권국가는 근대 국제법상 주권 평등의 원리로부터 기인하는 내정 불간섭을 전가의 보도처럼 남용하기 어렵게 되었으며, 여기에는 대립 당사국의 엄정한 법 집행 이외에도 Transparency International과 같은 시민사회 분야에서 활동하는 NGO 단체의 모니터링도 무시할 수 없다. 당장 적도기니만 하더라도 프랑스 국내 사법절차 및 ICJ의 차원에서 VCDR에 기한 면제 항변을 하였으나, 설사 인용된다고 하더라도 국제법에 영향을 미치는 NGO와 같은 비국가 행위자(non-state actor)의 활동으로 인하여 사실적, 정치적 차원에서는 공관의 불가침성이나 면제에 관한 항변의 실익이 퇴색되었음은 특기할 만하다. 이에 본 발표는 외교공관에 관련된 불가침성의 항변이 절대적 면제 수준으로 수렴되는 경향성을 지양, 극복하려는 기조에서 사례의 분석에 임하기로 한다.

특히, 프랑스 NGO 측에서 제기한 쟁점인 부정부패와 자금세탁의 산물로 국가원수나 그 가족에게 소유권이 귀속된 소위 'biens mal acquis'[13]에 해당한다는 의혹을 받는 건물이 공교롭게도 차후 외교공관으로 전용될 경우, VCDR에 기한 공관의 불가침성 항변이 배척될 수 있을 것인지 연결고리가 모색되어야 한다. 아울러 VCDR의 관련 조문의 해석의 관한 괴리를 해소에 있어 ICJ 판결의 법정 의견이나 주요 반대의견이 엄격한 문리해석에만 구애되는 것은 아닌지 논하고자 한다. 1961년까지의 관습 국제법의 법전화(codification) 및 전후 외교관계에 있어서의 국가 간 합의의 산물인 VCDR의 개별 조문은 과연 그 자체로 완결적인가? 협약 전문(preamble)의 내용이나 이후 60년 동안 축적되어 온 국내외적 관련 실행은 현대 국제법 질서하에서 어떻게 자리매김 될 수 있을 것인가? 이후 VDCR의 외열에서 추가적 관습국제법의 형성 가능성에 대해서는 추가적 논의의 여지가 없는 것인가? 이러한 영향을 ICJ 판결에 있어서 부수적 차원에서라도 반영

12) 이 사안은 일찍이 2007년 3월 및 2008년 8월에 상기 Transparency International France에 의하여 적도기니에 인접한 가봉의 당시 대통령 Omar Bongo Ondimba의 공적자금 유용 및 자금세탁 의혹이 거듭됨으로써 수면 위로 부상하였다. 이에 프랑스 파리 검찰의 지시로 경찰이 수개월 동안 예비조사를 실시하였지만 당시 증거불충분으로 기각되자, 이번에는 위 단체에 NGO 단체 Sherpa와 가봉의 반체제 시민그룹이 가세하여 공조하기 시작하였다. 이윽고 제소 대상자를 적도기니 대통령과 콩고(Congo-Brazzaville) 대통령 Denis Sassou Nguesso 및 그 측근 그룹에까지 확대하여 2008년 12월에 공동소송을 개시하기에 이른 것이다. 이러한 경위와 관련하여서는 아래 기사 참조.
AFPBB News 2008년 12월 4일 자 인터넷 기사, 「豪邸は公金横領の結果」とアフリカ3大統領を仏NGOが提訴」 https://www.afpbb.com/articles/-/2545441 (last visited on Oct. 6th, 2021)

13) 영어로는 Ill-gotten goods에 상응하는 용어. 상기 일련의 프랑스 주재 NGO들은 서남아프리카 국가원수 및 가족에 의한 부패사건의 탐지 및 민형사상의 법적 제재 유도에 그치는 것이 아니라, 은닉된 재산이 적절히 환수되어 해당 국가의 일반 국민에게 제대로 돌아갈 수 있도록 조치함과 동시에 일반 국민들이 관련 사안에서의 '사법에의 접근(access to justice)'를 모색할 수 있도록 토대를 구축함에 주안점을 둔다고 한다. 이러한 논점 및 적도기니에 대한 사안 정리의 개요와 관련하여 NGO 단체 Sherpa의 'Ill-gotten Gains – Equatorial Guinea' 참조.
https://www.asso-sherpa.org/ill-gotten-gains-equatorial-guinea (last visited on Oct. 6th, 2021)

되었는지를 주목하지 않을 수 없다.

2. 최신의 결정례

(1) '적도기니 대 프랑스 사건(Preliminary Objection)' (2018)[14]

a. 전개

앞서 보았듯이 프랑스 수사 당국은 적도기니 대통령의 아들 Teodoro Nguema Obiang Mangue(이하, Mangue)이 중심이 된 공적자금 유용, 횡령 등에 기인하는 자금 흐름이 프랑스 파리 Avenue Foch 42번지 소재 고급 맨션의 구입으로 이어졌다고 정리하였다.[15] 이어 수사 당국은 2011년 9월 28일 및 10월 3일 양일에 걸쳐, 당해 맨션의 현황 등에 관하여 현장 조사를 실시하고 나서, 당해 계쟁 지역 및 인근 주차장에 각각 주차된 상태였던 Mangue 소유 고급 승용차 여러 대를 압류함으로써 사회 일각에서 'biens mal acquis'이라는 의혹을 제기하는 고급 사치품의 은닉, 반출 가능성을 차단하기에 이르렀다.[16]

당국의 조사, 압류를 접한 직후인 2011년 10월 4일에 프랑스 주재 적도기니 대사관 측은 프랑스 외무부에 대한 구상서(note verbale)에서 "적도기니 대사관은 수년간 파리 제16구 Avenue Foch 42번지 소재 건물을 사용·수익하여 왔으며, 이 지역은 현재 외교 용도로 사용되는 중"이라는 해명을 하였음에도, 2011년 10월 11일부 구상서를 통하여 프랑스 외무부 의전과는 적도기니 대사관 및 파리지방법원(Tribunal de grande instance de Paris)의 수사 판사들에 답신하기를 "적도기니 측의 거듭된 항의에도 불구하고 문제의 맨션이 적도기니 외교공관의 일부를 구성하는 지역이 아니"라고 명시하기에 이른 것이다.[17] 프랑스 외무부 측의 답신은 당국이 향후 적도기니가 주장하는 외교적 맥락에서의 가중된 보호나 면제의 특권을 부여하지 아니함을 선언하는 것으로 평가된다.

이듬해 2012년 3월 28일에도 프랑스 외무부는 관련 사안에 관한 일관성 있는 실행, 즉, 당해 맨션이 외교공관의 일부를 구성하는 지역이 될 수 없다는 입장에 변함이 없음을 언명하였으며, 이후 담당 수사 판사도 당해 맨션 구입 과정에서 전부 또는 상당 부분 조사 중의 불법행위에 기인하는 자금으로부터 충당되었다는 사실, 그리고 실소유주는 Mangue라는 사실을 조사 결과로 발표하면서, 결국, 2012년 7월 19일 맨션에 대한 징벌적 부동산 압류 결정을 내리게 된 것이다.[18] 이렇듯 파리에서의 상황이 불리하게 돌아가자 적도기니 대사관은 2012년 7월 27일부 구

---

14) *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports (2018)*, p. 292

15) Ibid., para. 25; *supra* note 10)의 판결, para. 27 참조.

16) 이 조사 현장에서 적도기니 대사관 측과 이에 고용된 프랑스인 변호사에 의하여 프랑스 당국의 조치가 주권침해임을 이유로 한 항의가 이어졌다. 이에 관한 내용은 *supra* note 14)의 판결, para. 25; *supra* note 10)의 판결, para. 27 참조.

17) 본 구상서로부터 이어지는 논리적 귀결로서 Avenue Foch 42번지에 대하여 사적 재산(private domain), 즉, 통상의 사유지에 해당하는바, VCDR 등의 특례가 아닌 통상의 법률에 복속하게 된다고 밝혔음은 시의적절한 조치로 판단된다. 프랑스는 바로 인접한 Avenue Foch 40번지부터 본 42번지까지 UNESCO 주재 적도기니 상주 사절단이 사용하였다는 취지의 후속 구상서도 받아들이지 않았으며, 42번지에 대한 최초 관점을 고수하였다. 이 부분은 *supra* note 14)의 판결, para 25; *supra* note 10)의 판결, paras. 27-28 참조.

18) *Supra* note 14)의 판결, paras 27-28 참조. 당해 맨션에 대한 수사 판사의 saisie pénale immobilière 결정에 대해서도 Mangue는 항고하였으나, 파리 항소법원 수사부는 Mangue의 항고를 배

상서를 통하여 프랑스 외무부 의전과에 통지하기를 "2012년 7월 27일을 기하여 본 대사관은 Avenue Foch 42번지 소재 맨션을 사무실로 사용할 것인바, 이는 프랑스에서의 외교공관으로서의 기능 수행을 위한 것임"[19]을 명시하였다. 아울러 이보다 앞선 2012년 5월 21일을 기하여 Mangue는 적도기니의 국방 및 국가안보 담당 제2 부통령으로 승격되었는데, 이를 계기로 그는 직위상 관할권으로부터의 면제를 향유함을 주장하면서, 향후 프랑스 법원에의 출석을 거부할 것임을 천명하였다.[20]

Mangue가 적도기니의 제2 부통령으로 승격됨으로써 관할권으로부터의 면제를 향유한다고 주장하였음은 역설적으로 투명하지 아니한 공적자금의 유용, 횡령, 그리고 자금세탁 등에 연루되어 있었음을 시사한다. 흥미로운 점은 Mangue가 현직 제2 부통령임을 근거로 주장하는 면제가 국제법이 예정하는 주권면제, 국가원수의 면제, 혹은 외교관의 직무상 면제 어느 범주에도 속하지 아니한다는 점이다. 국가 간 상호주의의 원칙에 입각하거나 외국 실무진의 직무상 필수적으로 요구되는 면제가 국내법상 부여될 가능성을 아주 배제할 수는 없다. 하지만 Mangue의 경우 면제 주장은 자신의 신변 보장을 도모하기 위한 아전인수 격의 독자적 주장으로 판단된다. 실제로 2012년 7월 13일부로 Mangue에 대한 체포영장이 발부되자 그는 상기 이유로 형사관할권으로부터 면제됨을 주장하면서 발부 조치에 항의하였지만, 프랑스 국내 담당 법원은 개인 자격으로 프랑스 내에서 행하였던 행위에 관하여 어떤 경우에도 형사관할권으로부터의 면제가 인정될 수 없음을 확인한 바 있다.[21]

2014년 3월에 이르러 Mangue는 프랑스 사법부에 기소되었으며, 이에 그는 파리 항소법원 수사부에 기소 무효 신청을 하였는데, 제2 부통령이라는 직무상 형사관할권으로부터의 면제를 향유한다는 앞서 살펴본 취지를 되풀이하였다.[22] 하지만 2015년 8월 11일에 파리 항소법원은 Mangue이 제기한 기소 무효 신청에 대하여 기각하였으며, 항소법원의 기각 판결은 같은 해 12월 15일에 프랑스 국내 최고심인 파기원(the Cour de cassation)에 의하여 역시 재확인되었다.[23] 이에 수사 및 기소 유지를 위한 단계가 마무리되었으며, 이후 2016년 5월 23일 프랑스 국가금융전담검찰(PNF: Parquet National Financier)는 Mangue를 자금세탁 혐의로 재판에 회부할 것을 골자로 최종청구를 하기에 이르렀다.[24]

사안이 이 단계에 이르자 2016년 6월 13일 적도기니는 비로소 프랑스를 ICJ에 제소[25]하였으며, 2016년 9월 5일 수사 판사는 Mangue가 1997년부터 2011년까지 프랑스 국내에서 자행하였다고 주장되는 법 위반혐의에 대하여 경죄 법원(Tribunal correctionnel)에 회부하라고 명령

척하고 원 압류 결정을 지지하였다.

19) Ibid., para. 28.

20) Ibid., para. 29. Mangue를 소환, 심문하지 못한 채 시간이 경과하게 되자 2013년 11월 14일 프랑스 사법부는 'UN 초국가적 조직범죄 방지협약(이하, Palermo Convention)'에 따른 형사 사안에 관한 상호적 법적 조력 제도를 활용하여 적도기니 당국을 상대로 Mangue에 대한 소환장 송부를 요청하였던 바, 송부가 성립되어 2014년 3월 19일에 프랑스 수사 판사의 화상 참여를 통한 심리가 적도기니 수도 Malabo에서 열렸으며, Mangue는 결국 기소되었다. 이 부분은 paras. 30-31 참조. 그리고 '적도기니 대 프랑스 사건(Preliminary Objection)'에서 프랑스는 Palermo Convention 제35조에 입각한 관할권 성립을 부정하였으며, ICJ도 프랑스의 항변을 인용하였던바, 본 연구에서 이 부분은 따로 심화시키지 아니한다. paras. 144, 153-154 참조.

21) Ibid., paras. 30, 33 참조.

22) Ibid., paras. 33 참조.

23) Ibid.

24) Ibid. para. 34.

25) 공교롭게도 본격적인 현장 조사나 정식 재판에의 회부가 이루어지는 심각한 시점에 있어서 Mangue의 직무상 승격이 이루어졌다는 사실도 이채롭다. 그는 적도기니 대통령 포고령에 따라 2016년 6월 21일부로 국방 및 국가안보 담당 부통령으로 승격되었다. Ibid., para. 34 참조.

하였으며, 다만, ICJ의 2016년 12월 7일부 잠정조치의 존재로 인하여, 추후 본안에 수반하여 몰수 판결이 내려지고 그 효력이 인정된다고 하더라도 집행 단계는 ICJ의 최종 판결이 내려질 때까지 유보되는 것으로 결정하여 두었음은 특기할 만하다.[26]

b. 결정

2018년의 '적도기니 대 프랑스 사건(Preliminary Objection)'에서는 적도기니를 위시한 서남아프리카 국가군의 부패 및 자금세탁 범죄에 대처하는 프랑스 측 항변과 관련하여, Avenue Foch 42번지 소재 맨션의 법적 지위 및 외교공관의 불가침성에 관한 사안에 대해서는 협약의 해석 및 적용에 관한 분쟁으로 볼 수 있는 관계로 분쟁의 강제적 해결에 관한 VCDR의 선택 의정서 제1조에 입각한 관할권이 일응 인정되는바, 프랑스의 항변은 배척되었으며, 적도기니의 청구에 따라 본안 판단으로 나아갈 수 있다고 판정하였다.[27] 그리고 적도기니의 권리 및 절차 남용을 이유로 하는 프랑스의 항변 역시 배척된바, 대체로 적도기니에 의한 청구는 본안 단계에서 판단 기회를 확보할 수 있게 되었다.[28]

다만, 구체적으로 보면, 적도기니 측이 주장, 옹호하게 될 논점인 공간의 불가침성과 관련하여 보완이 필요해 보인다. 즉, Avenue Foch 42번지 소재 고급 맨션이 Mangue가 사적 자격으로 공적 자금의 유용 기타 자금세탁 행위의 수익으로 취득하였다면, 적어도 이미 'biens mal acquis'의 법적 성격을 내포하였다고 평가될 여지는 충분한데, 이 경우 해당 부동산은 접수국의 실행 및 국내적 법규, 규칙에 따른 통상의 공관지역 지정 절차의 존재 시에 검증 절차를 통과하지 못할 가능성이 상당할 것이다. 위와 같이 부정한 취득이라는 중대한 하자의 존재가 의심될 경우 첫째, 공관의 불가침성 기타 각종 면제라는 외교상 특권의 부인 가능성은 없는지, 또는 그와 표리관계로서 둘째, 사후적 공관지역 지정 취지를 담은 구상서 및 내용의 유효성이 인정된다면, 석연치 아니한 취득에도 불구 하자가 치유된다는 것인지에 대해서도 정리가 필요했으리라 생각된다. 비록 선결적 항변 단계라 하더라도 부수적 방론의 차원에서나마 재판부에 의한 첨언이 있었으면 좋았으리라 생각된다.

위에서 보았듯이 프랑스는 권리 및 절차 남용에 입각한 선결적 항변을 하였으나 성공하지 못하였는데, 오히려 권리 및 절차 남용이라는 논점은 선결적 항변 단계에서보다는 배경이 된 사안에서처럼 부정취득 대상이 되어 'biens mal acquis' 개념에 포섭될 여지가 발생한 부동산에 대하여 공관 지역 및 불가침성이라는 엄폐물을 부여하려는 행태를 비판함에 있어 오히려 시의적절하게 활용, 부가될 수 있는 논점이었으리라 판단된다.

(2) '적도기니 대 프랑스 사건(Merits)' (2020)

a. 요지

첫째, '적도기니 및 프랑스 사건'의 본안 단계에서는 공관지역의 정의나 의미의 포섭 범위와

26) Ibid., paras. 38, 40; 정진석, "【판례평석】 Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France) - '통상적 의미'를 찾아서-," 法學論叢 第34卷 第1號 (2021), p. 321 참조.
27) *Supra* note 14)의 판결, para. 153; 정진석, *supra* note 26)의 평석, p. 322 참조. 앞의 각주 20)에서 밝혔다시피, 이 부분에서 프랑스의 항변이 인용된 Palermo Convention 논점은 별도로 다루지 않는다.
28) *Supra* note 14)의 판결, para. 153

관련하여 ICJ 재판관들 사이에도 팽팽한 의견 대립이 존재하였는데, 결론부터 언급하자면 ICJ 다수의견은 파리 Avenue Foch 42번지 소재 고급 맨션이 프랑스 내 적도기니의 공관지역으로서의 지위를 결코 취득한 사실이 없다는 점을 확인하였다.[29] 본 발표자는 결론에 있어서 ICJ의 법정의견에 동의한다. 다만 이 결론에 이르기까지의 강조하려는 논점에 인식의 차이가 존재한다. 더욱이 문제의 건물의 공관지역으로서의 지위 취득 문제에 있어서 찬반 의견이 9 대 7로 팽팽하게 대립하였음[30]은 복잡한 화두를 제기하는 대목이라 생각된다. 이에 뒤이어 프랑스가 VCDR에 기한 자신의 의무를 위반하지 않았다는 점에 대해서는 12 대 4로 절대 다수의 분포가 나타나게 되었다.[31]

VCDR은 공관지역에 대한 정의[32]만을 두고 있을 뿐, 일정한 건물이 어떠한 방식으로 위와 같이 지정되는지와 그에 관련된 제반 요건 등에 관하여 언급이 없으며, 공관지역의 불가침을 명시한 문제의 VCDR 제22조도 이와 관련된 특별한 단서를 제공해주지 못하고 있다는 ICJ의 지적은 일단 타당하다.[33] 뒤이어 VCDR 제2조 규정 내용을 들어 외교관계 수립 및 외교공관의 설치는 상호합의(mutual consent)에 입각하여 이루어짐을 환기하고 있다.[34] 그런데, 이를 반대 해석할 때, 어떠한 맥락에서든지 상호합의의 도출에 실패하고 인식 차이가 존재한다면, 합의 이전의 status quo로 돌아가 살펴야 한다. 외교공관의 설치(본 사안의 경우, 적도기니 대사관의 Avenue Foch 42번지로의 이전 문제였다.)[35] 이렇듯 적도기니와 프랑스 사이에 인식의 차이가 있다면, 단순히 VCDR 조문의 범위 내에서의 문리해석, 목적적 해석에만 구애될 것이 아니라, 적어도 Avenue Foch 42번지로의 대사관 이전이 이루어지지 않았다는 추정을 하나의 전제로 채택한 연후에, 이를 강화하는 부패, 자금세탁 등의 사유를 보완할 수도 있으리라 생각된다. 덧붙여, 이러한 양국간 불합의의 상황은 소위 공관 지역에 대한 파견국의 지정권이 운용 가능하기 이전 단계로서 정리될 수 있다.

이 부분에서 본 판결의 다수의견이 조약법에 관한 비엔나협약(VCLT) 제31조 제1항에 제시된 일반 규칙, 즉, "조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문언에 부여되는 통상의 의미에 따라 성실하게 해석되어야 함"을 지지하면서도,[36] 막상 길잡이가 될만한 단서가 없음을 들어 이러한 원칙으로부터 쉽게 일탈하는 일종의 투항적 자세를 보임을 지적하는 견해가 존재한다.[37] 주어진 문언의 의미에서 의미를 도출하는 해석 방식은 정석이지만, 이번 사안처럼 적도기니 및 프랑스 양국이 취하는 전제에 근원적 차이가 존재한다면, 문언 내에서의 해석을 추구함에 있어 일정한 한계에 봉착할 수밖에 없을 것이다.

이 견해는 또, ICJ가 VCDR의 전문에서 외교에서의 제반 규율이 "국가 간의 우호 관계의 발전에 기여할 것임을 확신하고"라는 선린우호의 대목에 착안하면서 결론으로 나아가는 부분[38]과 관

29) *Supra* note 10)의 판결, paras. 117-118, 154 참조.
30) Ibid. para. 154.
31) Ibid.
32) VCDR Article 1 (i): the 'premises of the mission' are the buildings or parts of buildings and the land ancillary thereto, irrespective of ownership, used for the purpose of the mission including the residence of the head of the mission.
33) *Supra* note 10)의 판결, para. 62; 정진석, *supra* note 26)의 평석, p. 323.
34) Ibid., para. 63; 정진석, *supra* note 26)의 평석, p. 323.
35) Mangue의 맨션이 외교공관인지 여부에 관련되 논란 이전에는 주프랑스 적도기니 대사관이 파리의 Boulevard de Courcelles 29번지에 있었다. 이 사항과 관련하여서는 *supra* note 10)의 판결, para. 116 참조.
36) *Supra* note 10)의 판결, para. 61 참조.
37) 정진석, *supra* note 26)의 평석, pp. 326, 329 참조.
38) *Supra* note 10)의 판결, para. 66 참조.

련하여, 전문의 법적 비중에 대한 과도한 의미를 둔다는 취지로 비판하고 있다.[39] 하지만, 전문은 조문에 대한 통상의 해석 방법으로도 마땅한 결론을 찾기 어려울 때, 비로소 작동되는 최후의 보루인바, 속성 자체가 보충적일 수밖에 없으며, 오히려 해석 과정에서의 ICJ의 원용은 조약 범주 내에서의 해결에 난항을 겪었음을 보여주는 대목이라고 생각된다. 오히려 전문에서의 선린 우호에 관련된 대목의 존재로 인하여, 이 사건 맨션과 같은 건물에 대한 파견국의 일방적 지정 행위가 용인, 묵인되는 빌미로 작용할지를 경계할 일이라고 판단된다.

결론에 있어서 프랑스가 VCDR 상의 의무를 위반하지 아니한 점, Mangue 소유의 고급 맨션이 공관지역으로서의 법적 지위를 획득하지 못하였다는 점에 대한 ICJ의 다수의견은 결론에 이르는 과정에서 대체로 타당성이 존재하며, 초국경적 경제범죄, 부패 및 자금세탁의 행태를 규제하여야 한다는 명제에도 부합이 된다. 다만, 이 판결에서 누락되었다고 판단되는 논점을 아래에 부기하고자 한다.

b. 문제점

ICJ에서도 쌍방 당사국의 주장 취지에 맞추어 판단하는바, 결정례에서 모든 논점을 담아내기에는 한계가 존재할 것이다. 그럼에도 '적도기니 대 프랑스' 사건의 선결적 항변 및 본안 단계에서 복기되었어야 하는 부분이 있다면, 첫째, biens mal acquis로 의혹을 받는 동산 및 부동산의 경우에 공관지역이 될 수 있는지? 혹은 양국의 합의에 따른 하자의 치유 여지가 존재하는가? 에 관한 논점이다. Mangue가 그 취득 과정에서 자금세탁 등 각종 NGO 단체 및 프랑스 수사, 사법당국이 주시하는 심각한 부패행위의 연결점이 드러나고 있음에도 주권 및 VCDR에 입각한 불가침성의 기치 아래 반부패의 기치와 연관이 존재하는 'biens mal acquis'의 쟁점은 몰각되는 인상을 지우기 어렵다.[40]

이에 더하여 VCDR의 조문을 통하여 해결되지 아니하는 공백 지대에 재차 관습국제법이 들어설 여지가 존재할지에 관한 문제이다. VCDR의 전문 후반부에는 "본 협약의 규정에 명시적으로 규제되지 아니한 문제에는 국제관습법의 규칙이 계속 지배하여야 함을 확인"한다는 부분에 주목하게 된다. 1960년대 초반 당시의 외교 관계에 관한 최신 논의 및 당대까지 축적되어온 외교 관련 관습국제법의 지혜가 총망라된 산물이 VCDR일 것이다. 하지만 그로부터 60년이 경과한 현 시점에 있어 위 전문의 규정 취지에 의존할 것도 없이 협약의 외연에 또다른 관습국제법이 성립되지 못할 이유는 없을 것이다. 구체적으로 본 사안에 있어서는 공관지역에 대한 불가침성이 전후의 VCDR에 의하여 확립되어 있으나, 그 취득 과정에 범죄 혐의가 존재하거나 사후적으로 범죄 및 탈법행위에 악용될 경우, 보호 및 특권을 철회한다는 식의 관습국제법이 형성되거나 또는 연성법의 의미에서 그 도상에 존재하는지가 문제될 것이다.

Ⅲ. 전망

VCDR이 성립된 1960년대 이후 외교 관계를 수립하고 상주 공관을 설치하는 국가들 중에서도

39) *Supra* note 10), Dissenting Opinion of Judge Robinson, para. 76(v); 정진석, *supra* note 26)의 평석, p. 330.

40) 예를 들어, Kateka 임시재판관의 경우, 증거에서 드러나는 프랑스 당국의 행위로 미루어 오히려 프랑스 측이 당해 맨션이 공관지역임을 인식하였음을 주장하면서, 공관의 정형적 '사용' 여부를 판별의 척도로 채택하였던 법정 의견에 비판적이다. *Supra* note 10), Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Kateka, paras. 20, 26, 30, 32 참조.

공관지역의 불가침성을 악용하여, 해당 지역 내에서 불법행위로 나아가는 경우가 존재하였다. 공관 부지 내에서 인명을 살상하는 행위를 하는 실행도 있었으나 이는 차라리 기초적 위법행위이며, 단발성 사건으로 그치는 경우가 대부분이었다. 하지만, 냉전 이후 공관지역 내 건물 등이 원래의 외교 관계의 취지에 위배되는 형식으로 전용되는 경우가 종종 드러나고 있다. 예를 들어 북한, 코트디부아르 등의 국가는 경제난이 가중되자 소위 외화벌이를 위하여 공관지역에 불법 도박장이나 숙박시설, 예식장 등을 운영하고 있었음이 보고되고 있으며, 기타 자금세탁을 위한 사무소 등으로 이를 전용하는 등 주재국과의 관계에서 상당한 갈등을 겪어 왔으며, 이러한 사례는 간헐적이지만 꾸준히 보고되고 있다.

위에서 언급한 예는 이번 사건에 있어서의 적도기니와는 선후 관계가 다르다. 즉, 원래 지정된 공관지역을 불법적으로 전용하였다는 취지에서 그러하다. 하지만 VCDR에서 허용하는 불가침성을 남용하거나 그 혜택을 취하려고 하는 실행에 대하여 주재국을 중심으로 체크, 단속하는 실행이 이어지고 있음에 따라, 이는 향후의 사례 누적에 따라 새로운 일반 관행이 상당 기간 지속되고 있음을 표상하는 자료로 평가될 수도 있으리라 생각된다. 그러한 논의를 촉발한다는 측면에서도 본 ICJ 판결이 하나의 계기를 제공할 수도 있으리라 생각된다.