

발간 등록 번호
11-1262115-000005-10

International
Law
Policy
Research

국제법 정책연구

2019년판



국립외교원 외교안보연구소
국제법센터

국제법 정책연구

2019년판

이 책자의 내용은 집필자의 개인적 견해를 바탕으로 작성된
2019년 국제법센터 정책연구용역 결과 보고서로서
외교부 및 국립외교원 외교안보연구소의 공식 입장과는 무관합니다.

Contents

목차

국제법 정책연구

제1장 북극해 환경보호에 대한 국제법 규범 체계 현황 및 전망
..... 1

김민경 | 국제해양법학회 감사 |

제2장 조약의 국가승계: ‘조중변계조약(朝中邊界條約)’을 중심으로
- 국가승계 법리와 남북한 특수관계론의 교합적 검토 -
..... 55

김태원 | 성균관대학교 법학연구원 선임연구원 |

제3장 최근 국가 실행을 통해 비춰본 무력 사용으로서 사이버 오퍼레이션
..... 85

박주희 | 고려대학교 사이버법센터 연구교수 |

제4장 남북한 통일 시 국제 위법행위 책임의 처리 방안에 관한 고찰
- 유해 행위 책임의 승계 불가능성을 중심으로 -
..... 119

이동은 | 서울대학교 아시아태평양법연구소 연구원 |

제5장 식량권과 특허권의 충돌에 대한 해결 방안 연구
..... 153

이인혜 | 한국지식재산연구원 선임연구원 |

제6장 국제투자 중재에서 공기업 행위의 투자 유치국 귀속 문제
..... 187

장석영 | 고려대학교 스페인라틴아메리카연구소 연구교수 |

제1장

북극해 환경보호에 대한 국제법 규범 체계 현황 및 전망

김민경

국제해양법학회 감사

목차

- I. 서론
- II. 북극해 환경보호·보전과 관련된 국제법적 규율
- III. '북극해 환경협약' 체결 가능성 검토
- IV. 한국의 참여 및 기여 방안
- V. 결론

I 서론

지구온난화로 인한 북극해의 만년빙 소실은 우리에게 북극해의 이용이라는 긍정적인 측면과 이로 인한 경제적, 사회적 및 환경적 비용의 부담이라는 부정적 측면을 동시에 가져다주고 있다. 우선 지금까지 청정 해역이었던 북극해의 환경오염과 생태계 변화의 가능성을 우려하지 않을 수 없다. 이제 북극해는 기후변화라는 자연과학적 측면에서의 검토는 물론 정치·경제적 관점에서 새롭게 조명되어야 할 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해 북극해를 효과적으로 규율하는 문제를 국제법적 측면에서 종합적으로 검토하는 것이 필요하다. 본 연구에서는 특히 환경의 관점에서 북극해를 규율하는 국제법적 규범 체계를 확인한다. 북극해의 변화된 현상을 별도로 규율하기 위한 통일된 규범 체계가 마련되어 있지 않은 현실적 제약 속에서 오늘날 북극해 지역에서 증가하고 있는 활동들을 규율하기 위한 법규범들은 부재한 것인지, 그렇지 않다면 어떠한 규범 체계가 기능하고 있는지에 대한 분석이 요구된다.

국제법적 규율이라 함은 북극해의 새로운 현상을 효과적으로 관리하는 데 필요한 관련 국제 협약들을 총칭한다. 이러한 점을 염두에 두고 본 연구는 관련 법규범의 진공상태를 방지하기 위해 북극해에 적용 가능한 규범들을 찾아보는 것을 주된 연구 범위로 설정한다. 이어서 이렇게 발견된 국제법 규범들이 과연 북극해의 새로운 현상들을 효과적으로 규율하고 관리할 수 있는지를 북극에서의 환경보호 및 생태계 보전의 문제와 관련하여 확인한다.¹⁾ 여기서 환경보호 및 생태계 보전은 항행 및 개발 등 다양한 오염원으로 인한 문제 등을 포함한다.

그러나 이러한 환경오염 방지와 관련된 문제들을 다룸에 있어서는 ‘유엔해양법협약’이 환경문제를 포함한 거의 모든 해양 관련 분야를 다루고 있다는 점에서 유엔해양법협약을 총칙적 규정으로 하고²⁾ 동시에 환경보호와 관련된 분야별 국제 협약들을 각론적 성격의 것으로서 검토한다. 이를 위해 전 지구적 차원의 환경 관련 일반 다자 협약들이 왜 북극해에도 적용되어야 하는지를 분석하며, 보다 구체적으로는 첫째, 협약들의 적용 범위가 북극해를 포함하는지, 둘째, 당사국 측면에서 북극

1) 본 연구에서 ‘보전’이라 함은 북극에서의 생물종 다양성 등 북극의 환경이 자연 상태 그대로 유지되도록 노력하는 것을 말한다(Preservation means attempting to maintain in their present condition areas of the Earth.). 한편, 보전은 ‘보존’과 구별되는 개념으로 보존은 북극해의 어족 자원 등 천연자원의 지속 가능한 사용과 관리를 의미한다(Conservation is the sustainable use and management of natural resources.). 따라서 본 연구에서 보존은 북극해 자원의 지속 가능한 이용과 관련하여, 보전은 북극해의 이용으로 인한 해양오염 방지 등을 통한 북극해 자연 생태계의 현상 유지와 관련하여 사용된다. 즉, 본 연구에서 보존은 지속 가능한 이용에 포함되어 검토되며 환경을 언급하는 경우, ‘보호’와 보전을 중심으로 한다.

2) 리우 후이룽, “기후변화와 북극해의 변화/2) 북극 지역의 법률현황과 문제점”, 『해양한국』 (2009. 7. 28), p. 94.

해 연안국을 포함하는 북극권 8개국 등 이해관계국들이 동 협약에 참여하고 있는 지, 셋째, 협약들의 내용이 현재 북극해를 규율하는 국제법 규범 체계가 부재한 상태에서 유엔해양법협약을 보완하여 과도기적인 국제법 규범으로 기능할 수 있는지에 대해 중점적으로 평가한다.

II 북극해 환경보호·보전과 관련된 국제법적 규율

1. 북극해 해양 환경보호 및 보전의 필요성

북극해의 해빙 현상과 관련하여 특히 중요한 쟁점은 해양오염 방지와 북극해 자연 생태계의 보호 및 보전이다. 해양오염 및 자연 생태계의 훼손은 북극해에서의 자원 탐사, 개발 및 항행에 의해 일어날 수 있다. 오늘날 북극해 연안에서 천연자원의 탐사 및 개발 활동이 점증하고 있으며, 현재 진행 중인 기후변화로 인한 북극해 해빙과 이로 인한 북극해의 용이한 접근은 자원 탐사 및 개발 활동을 더욱 확대시켜 나가게 될 것이다.³⁾

더욱이 이러한 해양 환경오염에 대한 우려는 Exxon사의 유조선 사고 이후 더욱 민감하고 중요한 문제가 되었다.⁴⁾ 동 사건은 북극해 항행이 가져올 위험성 및 북극해에서의 자원 탐사 및 개발이 가져올 수 있는 우려에 대한 하나의 심각한 경고였다. 이에 대한 대응책으로 북극이사회는 유엔해양법협약과는 별개로 북극해 연안에서의 '석유와 가스 개발 가이드라인'을 채택하고 동 가이드라인에 석유 및 가스 개발 활동을 위한 4개의 일반 원칙을 포함시켰다.⁵⁾

3) Arni Finsson, "Controversial Decision on Mining Lake Myvatn," WWF Arctic Bulletin 4.00 (2000): 최근 북극 환경에 대한 가장 큰 우려는 북극 지역에서의 자원 추출물 증가에 기인한다고 한다. 예컨대, 캐나다 북서 지역에서의 다이아몬드 채굴 및 아이슬란드 Myvatn에서의 규조토 광산 채굴, 북극해에서의 남획, 동시베리아에서의 원자력 산업의 확장, 러시아의 북극에서의 폐기물 수입과 저장을 허용하는 새로운 법률 등이 북극 환경 오염의 주범이다.

4) Alun Anderson, *After the Ice: Life, Death and Geopolitics in the New Arctic* (London: Publisher Virgin Books, 2009) pp. 181-195. 유엔해양법협약 발효 후 캐나다는 자국의 200해리 배타적 경제수역에서의 강력한 규제를 위해 1970년 북극해 해양오염방지법을 개정하면서 유엔해양법협약 제234조를 원용하였다. 특히 캐나다는 동 조항의 삽입을 통해 자국이 일반적으로 제정하였던 해양오염방지법의 정당성을 국제적으로 인정 받을 수 있게 되었다는 점에서 상징성이 크다고 할 수 있다.

5) PAME, A Working Group of Arctic Council, Arctic Offshore Oil and Gas Guidelines (2009), pp. 6-7. accessed November 26, 2017, <https://arctic-council.org/index.php/en/our-work/2/8-news-and-events/49-significant-products-from-arctic-council-working-groups>. 4개의 원칙은 다음과 같다. Principle of the

한편, 환경 변화 문제가 본격적으로 거론되기 시작하면서 북극해에 대한 우리의 관심은 지금까지의 군사적 또는 경제적 이해에서 더 나아가 본질적으로 북극해를 어떻게 지속 가능한 상태로 보존할 수 있는냐의 문제로 전환되었다. 여기서 북극해의 생태계 보전 문제에 대해 검토해 보는 것이 필요해진다. 독특하고 어려운 자연 환경에 인간의 손이 미치기 시작하면서 매우 취약한 상태의 자연 생태계는 더욱 빠른 속도로 변화하고 있으며, 우리는 이를 북극해에서의 자연 생태계 변화라는 문제로 다루고 있는 것이다.

더욱이 북극해의 이용도 증가는 외래종의 북극해로의 유입을 가져올 수 있으며 북극해 기후의 온난화는 이러한 외래종의 서식을 가능하게 할 수도 있을 것이다. 이는 북극해 생태계를 파괴할 수도 있다는 점에서 우리는 주목하여야 할 것이다. 즉, 기후변화는 궁극적으로 북극해 생태계에 상대적으로 커다란 영향을 미치고 지역 내 생물 다양성에도 부정적인 영향을 미친다.⁶⁾ 동시에 북극해의 경우 다른 지역에서 만들어진 오염 물질이 대기의 흐름에 의해 북극해의 환경에 피해를 줄 수 있다. 또한 북극해에서의 경제활동, 즉 관광, 항해, 자원 개발 및 군사 활동에 의한 오염의 가능성은 기왕에 시작된 기후변화 문제를 더욱 악화시킴으로써 북극해를 지구환경의 시험대로 만들게 될 것이다.⁷⁾

결론적으로 지구온난화 등 기후변화로 인한 북극해에의 손쉬운 접근과 이로 인한 인간의 활동으로 야기될 수 있는 환경 훼손과 오염 문제는 앞으로 인류가 직면하는 중요한 과제가 될 것이다. 이와 관련하여 현재 북극해의 환경보호를 위한 법규범들은 다양하게 존재하고 있지만 전적으로 북극해의 환경을 보호하기 위해 제정된 협약은 없다. 따라서 환경 분야를 포함한 거의 모든 해양 관련 문제를 규정하고 있는 유엔해양법협약을 우선적으로 검토한 후 북극해에도 적용 가능한 환경 관련 개별 협약 및 의정서 등을 검토함으로써 주요 사안별로 북극해에서의 효과적인 환경 관리를 위한 국제법 규범 체계에 대해 살펴보도록 한다.

Precautionary Approach based on Principle 15 of the Rio Declaration, Polluter Pay Principle reflected in Principle 16 of the Rio Declaration, Principle of Continuous Improvement of Health, Environment and Safety and Common Principle of Sustainable Development.

6) Overview GEO-2000, Global Environment Outlook, Chapter 2 (The State of the Environment), The Arctic, Biodiversity, UNEP, 2000, accessed November 1, 2019, <https://www.mekonginfo.org/assets/midocs/0002600-environment-global-environment-outlook-overview.pdf>.

7) 서원상, “국제법의 새로운 과제: 극지 효과적 관리와 극지법”, 『국제법 동향과 실무』, Vol. 14, No. 1, 통권 제 36권(2015), pp. 3-4. 북극의 북극곰, 일각고래 및 몇 가지 종의 바다새 등에 대한 위협을 경고하고 있다. 북극곰의 경우 가장 큰 위협은 기후변화이고 일각고래에게 위협이 되는 것은 상업적 수렵이며, 바다새의 경우 가장 뚜렷한 위협은 의도치 않은 포획이다. 노르웨이와 러시아 간 공해 어족이며 경계 왕래 어종인 북극해 대구 같은 종류의 해양 생물자원의 포획 및 관리도 마찬가지로 환경 보전이라는 측면에서 우려의 대상이 되고 있다.

2. 국제법적 규율

북극권 8개국이 북극환경보호전략(AEPS)을 통해 확인한 6개의 오염원을 포함하여 현재 북극해 환경의 보호 및 보전을 위한 국제법적 규범 체계가 요구되는 주요 이슈는 다음과 같다. 먼저 북극해의 이용과 관련하여 어업, 항행 및 자원 개발로 인한 북극해 해양 환경의 보호가 중요한 이슈로 부각될 것이다. 다음으로 기후변화 등으로 인한 북극 자연 생태계의 보전 문제가 제기될 수 있다. 이와 관련하여서는 예컨대, 잔류성 유기 오염 물질(persistent organic pollutants), 중금속(heavy metals), 방사능(radioactivity) 및 산성화 문제가 특히 국제법 규범 체계의 논의 과정에서 함께 검토될 수 있을 것이다.

북극해에서의 환경오염 방지 및 자연 생태계 보호를 위한 ‘북극해 환경의 효과적 관리(Arctic Environmental Governance)’라 함은 북극해 환경의 보호 및 보전을 위해 유엔해양법협약, 환경 관련 양자 및 다자 조약, 관련국의 국내법, 정부 간 기구 또는 비정부 간 기구에 의한 결의 등 soft law들을 포함하는 포괄적 성격의 국제법 규범 체계를 통해 국가 또는 비국가적 실체들의 행위를 평가·분석하고, 이어 어떠한 행위가 허용되고 금지되는가 및 어떠한 제재가 수반되는가를 결정하는 과정을 말한다.⁸⁾

이하 북극해에서의 환경보호 및 생태계 보전을 위한 국제법 규범 체계에 대하여 검토한다.

1) 유엔해양법협약

해양 환경보호와 관련된 다양한 국제 협약과 유엔해양법협약의 관계를 살펴보면 유엔해양법협약 이전에 제정된 협약은 이후 동 협약의 일부가 되었거나 국제 환경 관습법이 되었다. 예컨대 ‘1954년 유류에 의한 해양오염 방지를 위한 국제 협약’ 또는 ‘1972년 폐기물 및 기타 물질의 투기에 의한 해양오염 방지에 관한 협약’의 일부 내용과 원칙은 유엔해양법협약 제12부의 기초가 되었다. 유엔해양법협약 제12부의 제192조 및 제235조는 국가들이 해양 환경의 보호 및 보전에 관한 각자의 국제적 의무를 이행할 책임이 있다고 규정하고 있다. 나아가 유엔해양법협약은 해양 환경을 보호하고 보전하기 위해 현재 가용한 높은 수준의 전 지구적 차원의 규칙을 제공하고 있으며 이러한 제반 규칙들은 북극해에도 적용될 것이다. 따라서 협

8) Lawrence Juda, “Considerations in Developing a Functional Approach to the Governance of Large Marine Ecosystems,” *Ocean Development & International Law* Vol. 30, Issue 1 (1999) pp. 90-91.

약 제12부에 포함된 규정들은 본질적으로 근본 규범에 해당되는 것으로 이들 규정들은 모든 해양에 적용 가능한 국제법상 해양 환경의 보호와 보전을 위한 포괄적인 틀이 될 것이다. 이와 같은 관점에서 협약 제12부는 북극해를 포함한 전 지구적 해양 환경에 대한 훼손 및 위협을 다루는 국제법적인 틀을 구성하고 법전화한 첫 번째의 진지한 시도였다고 할 수 있으며,⁹⁾ 사실상 해양 환경의 기본법에 해당한다고 할 수 있다.

한편, 협약 제12부의 핵심 조항인 제194조는 해양을 오염시키지 않을 법적 의무를 강조하고 있는바, 동 조항은 국가들이 독자적으로 또는 협력하여 모든 가능한 오염 물질로 인한 해양 환경의 오염을 방지, 감소 및 규제하기 위해 필요한 모든 조치를 취할 것을 요구하고 있다. 여기서 오염이라 함은 육상 오염원에 의한 오염, 국가 관할권하의 해저 활동에 의한 오염, 심해저 활동에 의한 오염, 투기에 의한 오염, 선박에 의한 오염 및 대기에 의한 또는 대기를 통한 오염을 말한다.¹⁰⁾ 북극해 연안국들도 당연히 상기 협약상의 의무를 부담하게 되는 것이다. 한편, 유엔해양법협약은 해양을 보호하기 위한 국가들의 의무를 다음과 같은 두 가지 방식으로 규정하고 있다.¹¹⁾

첫째, 각국이 국제적으로 합의된 규칙, 기준, 권고된 관행과 절차를 고려하여 해양 환경오염을 방지, 경감 및 통제하기 위하여 법령을 제정한다고 규정함으로써 각국 정부로 하여금 해양 환경을 보호하고 생태계를 보전할 의무를 명백히 하고 있다.

둘째, 각국은 개발도상국의 지역적 특성, 경제적 능력 및 경제개발의 필요성을 고려하여 권한 있는 국제기구나 외교회의를 통하여 해양 환경오염을 방지, 경감 및 통제하기 위한 세계적 또는 지역적 규칙, 기준 및 권고된 관행과 절차를 확립하기 위하여 노력하여야 하며, 또한 이러한 관행과 절차는 필요에 따라 수시로 재검토된다고 규정함으로써 각국 정부가 전 지구적 및 지역적 차원에서 협력할 의무를 부과하고 있다.

또한 국가들은 자국 국민들에 대해 공해 생물자원의 보존을 위한 의무를 준수하도록 하기 위해 노력할 책임이 있다.¹²⁾

9) Christopher C. Joyner, "The Legal Regime for the Arctic Ocean," *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 18, No. 2 (Spring 2009), p. 220.

10) 유엔해양법협약 제12부 제5절(해양 환경의 오염의 방지, 경감, 통제를 위한 국제 규칙과 국내 입법).

11) 유엔해양법협약 제192조 및 제207조~제212조.

12) 유엔해양법협약 제117조~제119조.

2) 관련 다자 조약

유엔해양법협약의 문언과 정신에 따른 협약의 충실한 이행은 북극해에서의 해양 환경보호 및 보전에 크게 기여할 것으로 보이나 유엔해양법협약만으로 효과적인 대응이 이루어지고 있지는 않으며 따라서 다양한 성격의 개별 협약을 별도로 제정해 해양 환경보호 및 보전의 실효성을 높이고 있는 실정이다.¹³⁾ 결국 특히 분야별 개별 협약의 역할과 함께 soft law에 의한 보완이 필요하다.

이하 북극해에서의 해양오염 방지, 대기오염과 기후변화에의 대응, 방사능오염, 생물 다양성 및 자연 생태계 보호 등의 세부 분야를 규율하는 분야별 양자 및 다자 조약, soft law 등 관련 국제법 규범 체계의 현황에 대해 검토한다.

(1) 북극해 해양오염 방지

해양오염 방지를 위한 국제법 규범의 시작은 유엔해양법협약과 1970년 채택된 MARPOL협약 및 1972년 폐기물 및 기타 물질의 투기에 의한 해양오염 방지에 관한 런던협약이다. 또한 유엔환경계획(UNEP)에 의한 지침과 국제해사기구(IMO)가 제정한 규칙들도 해양오염 방지를 위한 중요한 국제법 규범 체계를 구성하고 있다. 이와 같이 해양 환경보호 문제를 다루는 거의 모든 국제협약들은 북극해에도 적용된다. 북극해에서 발생하는 해양오염의 주된 원인도 대체로 항행과 연안에서의 자원 탐사를 위한 시추 시설 등에서 야기된다. 또한 이렇게 야기된 해양오염은 궁극적으로 북극해의 자연 생태계를 파괴하는 악순환을 가져온다.

가) 해양 오염원에 대한 규제와 OSPAR협약

북극해 해양 오염원에 대한 규제의 출발점은 OSPAR협약이다. 이 협약은 북극해를 적용 대상 수역으로 포함하고 있는 북동대서양에서의 환경 분야 협력을 조율하기 위한 협약이다. 동 협약은 해양에서의 폐기물 투기에 관한 1972년 오슬로협약과 육상 기인 오염원에 의한 해양오염 문제에 대한 1974년 파리협약을 결합하여 발전시킨 협약으로 1992년 파리에서 채택되었으며 1998년 발효되었다. 협약은

13) Tatiana Saksina, "Making UNCLOS Rules Work in the Arctic," WWF International-Arctic Programme, SCPAR-Workshop on UNCLOS (Helsinki: November 18, 2009) pp. 3-4에 의하면 북극해는 지역해양협정(Regional Seas Agreement)과 같이 유엔해양법협약을 기초로 하면서도 다른 한편으로 북극 상황에 적합한 맞춤형 북극 지역 협정을 필요로 한다. 따라서 북극해 지역협정의 목표는 유엔해양법협약을 배척하는 것이 아니라, 지역적 차원에서 지역 차원의 규범 제정을 통해 유엔해양법협약이 북극해에서 효과적으로 기능하도록 하는 데 있다고 하면서 북극해의 해양 환경도 우리가 지역 차원의 협정을 가질 때 더욱 잘 보호될 수 있다고 보고 있다.

OSPAR 위원회에 의해 이행되고 있으며, 북극해에서의 환경보호 문제와 관련하여 매우 중요한 역할을 하고 있다는 점에서 특히 주목을 받고 있다. 이 협약은 국가 관할권이 미치는 수역 및 그 이원의 수역을 포함하여¹⁴⁾ ‘OSPAR Maritime Area’에 적용되는데 적용 범위는 대체로 북극해 수역의 대서양 부분과 중복된다.¹⁵⁾

협약은 전반적으로 해양오염을 방지·제거하고, 해양의 지속적인 이용을 유지하는 동시에 현재와 미래 세대의 수요를 충족시킬 수 있는 지속 가능한 방식으로 인간 활동을 관리하는 것을 목적으로 하고 있다.¹⁶⁾ 이러한 OSPAR의 목적에 따라 ‘OSPAR 생물 다양성 전략(Biodiversity Strategy)’¹⁷⁾은 OSPAR 위원회의 구체적인 활동 목표를 규정하고 있다. 나아가 OSPAR협약과 동 부속서 5(생태 체계 및 생물종 다양성의 보호 및 보전)는 유엔해양법협약 제12부의 이행을 위한 포괄적인 법적 틀을 제공하고 있다는 점에서 중요성을 가진다고 할 수 있다. OSPAR협약 규정에 따른 환경 관련 감시와 평가는 현재진행 중이거나 또는 앞으로 있을 북극해에서의 활동이 북동대서양의 해양 생물종 다양성에 심각하게 부정적인 영향을 미칠지의 여부를 평가하는 데 기여할 것으로 보인다.

OSPAR협약이 중요한 것은 런던협약보다 앞서가는 규제를 통하여 사실상 런던협약을 주도해 나가는 역할을 하고 있다는 점이다. 협약은 해양투기뿐만 아니라 육상 오염원, 연안해 오염원, 해상 소각 등 광범위한 해양 오염원에 대한 규제를 강화해 나가고 또한 사전 예방 원칙과 오염자 부담 원칙을 채택하는 등 국제사회의 새로운 인식 변화를 수용하고 있으며, 최상의 이용 가능한 기술(BAT: Best Available Technics)과 최상의 환경 관행(BEP: Best Environmental Practice) 및 청정 기술을 채택하도록 규정하고 있다. OSPAR 위원회는 구속력 있는 결정권을 가지고 있으며¹⁸⁾ 해양오염에 대한 국제적 규제의 방향을 제시하고 있다고 볼 수 있는바, 이러한 점에서 앞으로 OSPAR협약의 발전 과정은 상기 광범위한 해양 오염원이 북극해에 영향을 미칠 가능성과 관련하여 향후 북극해 해양 환경보호의 관점에서 주목할 필요가 있다.

14) OSPAR협약은 육상 오염원과 근해 오염원에 기인하는 해양오염의 예방 및 제거도 협약 범위 내에 포함하고, 국내 수역에까지 협약의 적용 범위를 확대하고 있다.

15) OSPAR Convention Article 1 (a). “‘Maritime area’ means... those parts of the Atlantic and Arctic Oceans and their dependent seas which lie north of 36° north latitude and between 42° west longitude and 51° east longitude...”

16) OSPAR협약 전문은 해양 환경보호를 위한 조치, 해양오염 방지를 위한 보다 엄격한 조치 및 인간 활동으로 인한 부정적 영향으로부터의 보호 등을 규정하고 있다.

17) OSPAR협약 이행의 중심은 동 협약과 전술한 5개의 부속서로서 이를 6개 전략이라고 한다. 동 전략에는 2003년에 포함된 생물 다양성과 생태계 전략(Biological Diversity and Ecosystem Strategy, OSPAR Biodiversity Strategy)이 포함된다.

18) OSPAR협약 제2조 2항 (b) 및 제3조.

한편, 이와 관련하여 참고할 수 있는 지역 협력 기구로 1992년 ‘발트해 해양 환경 보호를 위한 헬싱키협약’¹⁹⁾이 있다. 동 협약은 발트해에서의 해양 환경보호를 위한 지역협약으로 이 협약에 의해 헬싱키 위원회가 설립되어 조약의 이행을 담당하고 있다. 그 밖에 1993년 ‘유류 및 유해 물질에 의한 해양오염 규제 조치를 위한 협력에 관한 덴마크, 핀란드, 아이슬란드, 노르웨이 및 스웨덴 간 협정’²⁰⁾과 1983년 ‘해양 환경에 관한 협력을 위한 덴마크와 캐나다 간 양자 협정’²¹⁾이 있다. 동 협정들의 이행을 통해 북극해 해양 오염원에 대한 적극적인 규제가 시행되고 있다고 할 수 있으며 이는 현재 북극해 해양 환경오염을 방지하기 위한 국제법 규범이 잘 운용되고 있음을 보여주고 있다고 할 수 있다.

나) 해양오염 방지와 MARPOL 73/78협약

1969년 11월 채택된 ‘유류 오염 사고 시 공해상 개입에 관한 국제 협약’은 공해에서의 활동을 규율하는 중요한 협약이며,²²⁾ 동 협약은 유류 이외의 물질을 포함하는 1973년 의정서에 의해 보완되어졌다.²³⁾ 유류 오염 사고와 관련하여 무엇보다 중요한 협약으로는 ‘1973년 선박으로부터의 오염 방지를 위한 국제 협약’ 및 1978년 개정 의정서인 ‘MARPOL 73/78협약’²⁴⁾을 들 수 있다. 이 협약은 1954년에 채택된 ‘해상에서의 유류오염 방지를 위한 협약’²⁵⁾을 대체하기 위해 IMO에

-
- 19) Helsinki Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Areas, accessed November 1, 2019, https://www.helcom.fi/Documents/About%20us/Convention%20and%20commitments/Helsinki%20Convention/1992_Convention_1108.pdf.
- 20) Agreement between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden about Cooperation Concerning Pollution Control of the Sea after Contamination by Oil or Other Harmful Substances (1993), accessed November 1, 2019, <https://www.ust.is/library/Skrar/COPA/engelsk.pdf>.
- 21) Bilateral Agreement between Denmark and Canada for Cooperation Relating to the Marine Environment, Foreign Affairs, Trade and Development Canada, View Treaty - E101887, accessed November 1, 2019, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201348/volume-1348-I-22693-English.pdf>.
- 22) International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties, 1969, accessed October 31, 2019, <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/formidable/18/1969-International-Convention-relating-to-Intervention-on-the-High-Seas-in-Cases-of-Oil-Pollution-Casualties-1.pdf>.
- 23) Protocol Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Marine Pollution by Substances Other Than Oil, 1973. 11. 2, T.I.A.S. 10561.
- 24) International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, IMCO Doc. MP/ CPNF.WP.35/, 1973. 11. 2; Protocol of 1978 Relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, IMCO Doc. TSPP/CONF/11, 1978. 2. 17, 이들 두 개의 협약과 의정서는 MARPOL 73/78협약으로 함께 통합되어 적용되고 있다. ‘MARPOL’은 ‘Marine Pollution’의 약자이다.
- 25) International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil이며 1954. 5. 12 런던에서 채택, UNTS 4714 참조; accessed November 26, 2017, <https://www.admiraltylawguide.com/conven/oilpol1954.html>.

의해 성안되었으며 북극해를 포함한 전 지구적 해양을 관할 대상으로 하고 있다. MARPOL 73/78협약은 유해 물질에 의한 의도적인 해양 환경오염을 완전히 제거하기 위해서 또는 선박으로부터의 고의적이거나 부주의 또는 의도하지 않은 사고에 의한 유해 물질의 방출을 방지하기 위한 목적으로 제정되었다. 즉, 동 협약과 의정서는 선박으로부터 기인하는 오염 물질이 해양으로 흘러들어가는 것을 방지하고 규율할 목적으로 제정된 복합적인 국제법적 문서이며 이러한 과정을 통해 MARPOL 73/78협약은 해양 환경의 보호 및 보전에 크게 기여하고 있다.

MARPOL 73/78협약이 다루고 있는 유류에 의한 해양오염 문제의 범위는 매우 광범위하다. 2009년 현재 MARPOL 73/78협약은 6개의 부속서로 구성되어 있으며 각 부속서는 다양한 유형의 오염 물질을 다루고 있다.²⁶⁾ 이와 같이 MARPOL 73/78협약이 다루는 유해 물질들은 세계 대양의 일부로 연결된 북극해를 당연히 오염시킬 수 있다는 점에서 북극해의 환경보호 문제와 관련하여 중요성을 가진다. 이 점에서 선박 기인 오염 문제는 후술하는 육상 기인 오염 물질을 해상에 투기하는 해양투기(ocean dumping)와는 구분되어야 할 것이다. 참고로 MARPOL협약은 후술하는 1972년 런던협약에서 규율되지 않는 부분을 보완하기 위해 채택되었으며 양자가 상호 보완적으로 작용함으로써 해양에서의 선박 기인 오염 활동을 방지하는데 기여하고 있다.²⁷⁾

MARPOL협약은 대체로 성공적으로 기능하고 있는 것으로 평가되며 이러한 사실은 동 협약 채택 이래 선박 기인 오염이 감소하였다는 점에서도 알 수 있다. 특히 MARPOL협약은 북극해의 이용이 가시화되는 경우 예상되는 모든 해양오염 관련 문제들을 포괄적으로 관리할 수 있다는 점에서 북극해에 대한 국제법 규범 체계 형성에 있어 매우 유용한 협약이라고 할 수 있다.

그 밖에 '1969년 유류 오염 손해에 대한 민사책임에 관한 국제 협약(CLC협약)'²⁸⁾과 '1971년 유류 오염 손해배상을 위한 국제 기금 설립에 관한 국제 협약(FUND협약)'²⁹⁾은 선박으로부터 야기된 유류 오염 손해에 대한 책임과 보상 문제를 다루

26) 1998년 9월 유엔해양법협약 제211조에 따라 국가들이 확립할 것이 요구되는 새로운 규칙과 기준에 따라 선박으로부터의 대기오염 방지를 위한 MARPOL 73/78협약에 대한 새로운 부속서 VI가 채택됨으로써 총 6개의 부속서가 효력을 발생하고 있다. 동 부속서는 다음과 같다. '부속서 I(유류 오염 방지), 부속서 II(대량 유해 액체 물질에 의한 오염 규제), 부속서 III(포장 형태의 유해 물질에 의한 오염 방지), 부속서 IV(선박으로부터의 하수에 의한 오염 방지, 미발효), 부속서 V(선박으로부터의 쓰레기로 인한 오염 방지), 부속서 VI(선박으로부터의 대기오염 방지).'

27) Joyner, *supra* note 9, p. 226.

28) International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1954, accessed October 31, 2019, <https://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Oil-Pollution-Damage-%28CLC%29.aspx>.

29) International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1971, accessed October 31, 2019, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/>

고 있다. 동 협약들은 금지되지 않는 행위로 인한 사고 피해 발생 시 동 피해 규모가 선박 사업자가 감당할 수 없을 정도의 대규모인 점을 감안하여 통상의 국가책임에 의한 배상 제도를 보완하는 차원에서 마련된 협약으로 향후 북극해 대륙붕에서의 석유 및 가스의 개발 및 탐사로 인한 해양오염 시 이로 인한 피해 규모를 고려할 때 원용이 가능한 유용한 협약이라고 할 수 있다.

이 외에도 ‘선박 평형수 관리 협약’³⁰⁾, ‘선박의 유해방오시스템 규제에 관한 국제 협약’³¹⁾, 2008년 IMO ‘해양 환경보호위원회(Marine Environment Protection Committee)’가 채택한 ‘해양에서의 디젤엔진으로부터의 질소산화물 배출 규제에 관한 기술 규범(NOx Technical Code: Technical Code on Control of Emission of Nitrogen Oxides from Marine Diesel Engines)’에 대한 수정안으로 채택된 ‘2008 IMO NOx Technical Code’³²⁾도 북극해 환경보호에 이바지하고 있다. 또한, 유류 오염 방지 목적의 ‘2004년 북극해에서의 정제 석유나 석유 제품의 운반을 위한 가이드라인’³³⁾, ‘1998년 북극해에서의 유류 유출 사고 대응을 위한 현장 지침’³⁴⁾ 등이 환경 관련 일반 다자 조약들을 보완하고 있다.

다) 폐기물 해양투기 방지와 런던협약

런던협약으로 알려진 1972년 ‘폐기물 및 기타 물질의 투기에 의한 해양 오염 방지에 관한 협약(이하 ‘1972년 런던협약’)³⁵⁾은 해양오염 방지를 위한 규범을 실질적으로 강화하는 데 기여하고 있다. 이 협약은 비행기나 선박에서 나오는 쓰레기나

Volume%201110/volume-1110-I-17146-English.pdf.

- 30) International Convention for the Control and Management of Ships' Ballast Water and Sediment, 2004, accessed November 1, 2019, <https://library.arcticportal.org/1913/1/International%20Convention%20for%20the%20Control%20and%20Management%20of%20Ships%27%20Ballast%20Water%20and%20Sediments.pdf>.
- 31) International Convention on the Control of Harmful Anti-Fouling Systems on Ships, 2001, accessed November 1, 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236102/8284.pdf.
- 32) CIMAC, “The International Council on Combustion Engines,” *EMISSION CALCULATION CHECK GUIDE - IMO NOx Technical Code 2008, Set of Sample Measurement Data for Evaluation of Correct Calculation According to the Algorithms provided by the Code*. accessed November 1, 2019, <https://www.cimac.com/>.
- 33) Guidelines for Transfer of Refined Oil and Oil Products in the Arctic Waters (TROOPS), accessed October 31, 2019, https://arcticportal.org/images/stories/pdf/TROOP_-_English_2.pdf.
- 34) Field Guide for Oil Spill Response in Arctic Waters, EPPR, *Emergency Prevention, Preparedness and Response*, accessed November 1, 2019, https://www.pws-osri.org/wp-content/uploads/2018/08/EPPR_Field_Guide_2nd_Edition_20171.pdf.
- 35) Convention on the Prevention of Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (London Convention), 1046 UNTS 120, accessed October 31, 2019, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201046/volume-1046-I-15749-English.pdf>.

기타 물질의 투기로 인해 발생하는 해양오염을 막기 위한 협약이다. 실제로 북극해가 위험한 폐기물의 투기 장소로 이용되고 있기 때문에 동 협약은 북극해 환경보호 문제에 있어서 의미가 있다.³⁶⁾ 예로써 과거 소련이 실제로 북극해에 투기한 방사능 폐기물의 양은 지금까지 알려진 전 세계적 투기량의 거의 두 배에 해당된다.³⁷⁾ 따라서 북극해의 해빙이 본격화될 경우 북극해에 대한 해양투기 가능성이 높아질 수 있다는 점에서 런던협약의 적용은 특히 북극해의 경우 중요하다고 생각한다. 동 협약상 덤핑의 정의는 제3조에서 선박, 항공기, 플랫폼 또는 그 밖의 해양 인공 구조물로부터의 폐기물이나 기타 물질의 고의적인 해양 처분을 포함하는 개념으로 해상에서의 폐기물의 고의적인 처분으로 정의될 수 있다.³⁸⁾ 또한, 제1조에서 실질적인 조치를 취할 것을 의무로 규정하고 있다.³⁹⁾

한편, 1993년에는 방사능 물질의 투기에 대한 모라토리엄이 런던협약의 틀 속에서 채택되었으며,⁴⁰⁾ 1996년 11월에는 1972년 런던협약의 실효성이 문제시되어 배출 조건을 강화한 '1996년 런던협약 개정 의정서(이하 '1996년 의정서')가 채택되었다.⁴¹⁾ 해양투기를 허용하되 특정 물질의 해양투기를 금지한 1972년 런던협약과는 달리 1996년 의정서는 해양투기를 금지하되 특정 물질의 해양투기만 허용하고 있다. 즉, 부속서 1에 나열된 물질을 제외하고는 모든 투기를 금지함으로써 'reverse listing' 접근법을 도입하였다.⁴²⁾

36) Donald R. Rothwell, "Global Environmental Protection Instruments," in *Protecting the Polar Marine Environment—Law and Policy for Pollution Prevention* ed Davor Vidas (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 64.

37) Olav Schram Stokke, "Radioactive Waste in the Barents and Kara Seas: Russian Implementation of the Global Dumping Regime," in *Protecting the Polar Marine Environment—Law and Policy for Pollution Prevention* ed Davor Vidas (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 65.

38) 런던협약 제3조 제1항 (a).

39) 런던협약 제1조. "당사국은 개별적으로 그리고 집단적으로 해양 환경의 모든 오염원의 효과적인 규제를 증진하여야 하고 인간 건강에 해를 끼치거나, 생물자원과 해양생물에 손상을 입히고, 쾌적성에 손상을 입히거나 해양의 다른 합법적인 이용을 방해할 가능성이 있는 폐기물 및 기타 물질의 투기에 의한 오염을 방지하기 위한 모든 구체적인 방법을 취하는 데 특별히 전념하기로 서약하여야 한다."

40) "해양오염, 해양투기에 의한 해양오염", 산하온환경연구소. 1983년과 1985년의 핵폐기물 투기 동결에 관한 결의안 채택에도 불구하고 러시아가 극동 해역에 대규모의 투기 행위를 하여 국제사회에 큰 물의를 일으키게 되었으며 이에 따라 핵폐기물의 해양투기 금지의 필요성은 더욱 증대되었고 이것이 배경이 되어 1993년 11월 런던에서 열린 제16차 협의당사국회의에서 채택되었다. 이 안은 핵폐기물 해양투기를 영구적으로 전면 금지하기보다는 25년 후에 재검토하고 그 기간 동안 기술 발전을 통한 농도 희석 등을 추진함으로써 해양투기 재개의 가능성을 남겨두려는 의도를 내포하고 있는 것으로 평가된다. accessed October 31, 2019, https://sanhaon.or.kr/html/sub/sub0804_06.html.

41) Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter of 29 December 1972; "Report of the Secretary-General on Oceans and the Law of the Sea," UN Doc. A/52/487, paras. 288-95, 1997. 10. 20.

42) *Ibid.*, Article 4 (1) (1): "Contracting Parties shall prohibit the dumping of any wastes or other matter with the exception of those listed in Annex 1"; 참고로 한국은 1993. 12. 21 런던협약에 가입하였고, 1996년 의정서에는 2009. 1. 22 가입하였다.

북극해가 환경 청정 지역으로 남아 있기를 바라는 인류의 염원과 달리 북극해가 일부 국가들의 핵폐기물 처리장으로 이용될 가능성에 대비한다는 차원에서 이 협약은 비록 북극해를 대상으로 체결된 것은 아니지만 향후 북극해에서의 해양투기를 금지하기 위한 국제법 규범으로 작용될 수 있을 것이다.

라) 위험한 폐기물 유입 방지와 바젤협약

1989년 채택된 ‘유해 폐기물의 국가 간 이동 및 처리에 관한 바젤협약’⁴³⁾은 당사국들로 하여금 위험한 폐기물의 국제적 이동을 규제 및 감소시키고 불법 거래의 경우 이를 방지하고 처벌하여야 하는 의무를 부여하고 있다. 이 협약은 특히 경제적 이익을 위해 위험한 폐기물의 수입을 수락하는 러시아 때문에 북극해와 관련이 있다.⁴⁴⁾ 이 협약은 폐기물의 수출입에 관한 협약 당사국의 일반적 의무 사항과 협약 당사국 간 폐기물 이동절차와 불법 거래에 대한 규제 등을 통해 폐기물의 이동을 규제하고 있다는 점에서 북극해 환경보호 문제와 매우 밀접하게 관련되는 협약이다. 특히 예컨대 시베리아, 콜라반도와 같은 북극 지역에서 생산된 상당량의 산업폐기물 등이 북극해를 통해 운송될 가능성은 이 협약이 북극해와 무관하지 않음을 보여주고 있다.

참고로 북극 지역에 대한 규정은 따로 없으나 위험한 폐기물의 남극조약 적용 지역으로의 수출이 동 협약 제4조 제6항에 의해 금지되고 있다는 사실은 협약이 북극해에 대해서도 적용되어야 할 것임을 의미한다고 해석될 수 있을 것이다.

마) 극지 규범(Polar Code)⁴⁵⁾

① 성립 배경

‘극지 규범’ 탄생의 배경에 있는 ‘2002년 북극 결빙 해역 운항 선박을 위한 가이드라인’⁴⁶⁾과 2002년 가이드라인을 개정하여 2009년 가이드라인으로 알려진 ‘극

43) Basel Convention on the Control of Trans-boundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, UN Doc. UNEP/WG.190/4, UNEP/IG.80/3, accessed October 31, 2019, <https://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-e.pdf>.

44) Giles Whittell, “Russia to Accept Nuclear Waste- for \$30 Billion,” *Vancouver Sun*, December 22, 2000.

45) International Code for Ships Operating in Polar Waters (Polar Code), IMO, 2016, accessed October 31, 2019, <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/polar/Documents/POLAR%20CODE%20TEXT%20AS%20ADOPTED.pdf>.

46) “Guidelines for Ships Operating in Arctic Ice-Covered Waters,” Ref. T1/3.02 (December 23, 2002)는 북극 환경 보전을 위한 북극권 국가들 간 협력을 조정하는 역할을 수행하며, 당초 북극 항행으로 인한 안전과 환경오염을 규제하기 위한 강제 규범(mandatory set of standards)을 의도하였으나 미국의 반대로 자발적 이행 규범으로 변경되어 ‘북극 결빙 해역 운항 선박을 위한 가이드라인’으로 명칭을 변경하게 되었다. accessed October 31, 2019, <https://www.imo.org/en/Publications/Documents/Attachments/Pages%20>

지 해역 항행 선박을 위한 가이드라인(Guidelines for Ships Operating in the Polar Waters)⁴⁷⁾ 채택 이후 IMO와 국제사회는 2009년 가이드라인에 만족하지 않고 동 가이드라인을 보편적으로 구속력 있게 적용되도록 하기 위한 노력을 지속적으로 경주하여 왔다. 이에 따라 MSC 제86차 회의 시 ‘2009년 가이드라인’을 구속력 있는 규범으로 발전시키기로 합의하였다. 이를 위해 IMO는 동 극지 규범을 ‘해상에서의 인명 안전을 위한 국제 협약(SOLAS협약: International Convention for the Safety of Life at Sea)⁴⁸⁾ 및 ‘선박으로부터의 해양오염 방지를 위한 국제 협약(MARPOL협약: International Convention for the Prevention of Pollution from Ships)⁴⁹⁾의 ‘개정’ 형태로 흡수하여 구속력 있는 규범으로 성립되게 하였다. 이에 따라 극지 규범은 SOLAS협약과 MARPOL협약의 당사국에 대하여는 당연히 구속력이 부여되게 되었다.⁵⁰⁾

이러한 과정을 거쳐 채택된 극지 규범의 법적 성격은 이 규범의 전문과 서문에 잘 나타나 있는바, 이에 의하면 극지 규범은 기존의 IMO 규범들을 보충하는 방식으로 발전시킨 것으로써⁵¹⁾ 동 규범은 1974년 SOLAS협약과 MARPOL 73/78협약의 기존 요구 사항을 초과하는 수준의 요구를 극지 항행 선박에 추가 요구할 수 있도록 하고 있다.⁵²⁾ 그러나 이 규범의 내용도 2002년 가이드라인이나 2009년 가이드라인과 대동소이하며, 다만 특징은 동 규범이 구속력 있는 문서로 채택되었다는 점이다.

극지 규범은 2017년 1월 1일 자로 발효하였으며 IMO의 작업 중 역사적 중요성을 띠는 의미 있는 성과이다. 극지 규범은 남극과 북극의 주변 수역에서의 항행과 관련된 선박에 관한 광범위한 사안들을 규율하기 위해 제정되었는바, 예컨대 선박의 디자인, 제조, 장비, 운영 및 훈련, 수색 및 구조, 극지역의 독특한 환경 및 생태계의 보전 등과 관련된 중요한 사안을 다루고 있다. 동 규범은 비록 극지 수역

from%20E190E.pdf.

47) IMO Resolution A.1024(26), 2009. 12. 2 채택.

48) International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974(with Annex and Final Act of the International Convention on Safety of Life at Sea, 1974) Regulation 1.3, Chapter XIV. Concluded at London on November 1, 1974, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1184, No. 18961, p. 278.

49) Protocol of 1978 Relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships 1973 (with Annexes, Final Act and International Convention of 1973). Concluded at London on February 17, 1978, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1340, No. 22484, p. 62.

50) 극지 규범과 SOLAS협약 개정안은 IMO의 MSC 제94차 회기에서 채택되었으며, MARPOL협약 개정안은 2015년 해양 환경보호위원회(MEPC: Marine Environment Protection Committee) 제68차 회기에서 채택되었다.

51) 이근관, “북극 항로 이용에 관련된 법적 문제의 검토: The Opening of the Arctic Sea Route and International Law”, 한국해양수산개발원, 『독도연구』(2013. 4. 10.), p. 57.

52) IMO, MEPC 68/21/Add.1, Annex 10, Preamble para 2. 5, accessed November 1, 2019, <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/polar/Documents/POLAR%20CODE%20TEXT%20AS%20ADOPTED.pdf>.

전체를 대상으로 함으로써 북극해만을 대상으로 한 것은 아니지만 남극과 북극 수역의 환경 및 그 밖의 다양한 차이에도 불구하고 항행안전과 환경보호 문제는 공통 사항이 될 수 있다는 점에서 극지 규범이라는 하나의 규범으로 제정되었다.

② 주요 내용과 적용상의 한계

극지 규범은 항행 안전(Part I-A)과 오염 방지(Part II-A)를 규율하는 구속력 있는 조치와 권고적 조치(Parts I-B와 II-B)로 구성되어 있다. 이와 관련하여 극지 규범의 주요 내용을 상세히 검토하면 다음과 같다.

동 규범의 항행 계획(voyage planning)에 관한 부분은 항행 안전에 관한 장에 포함되어 있는데, 극지 규범 제11장에 수록된 항행 계획 요건들을 적시한 리스트는 “선박 회사, 선장, 선원에게 선박 및 승객의 안전과 또한 상황이 허용하는 경우에는 환경보호에 대한 적절한 고려를 가지고(with due consideration) 선박 운항이 가능하도록 충분한 정보가 제공될 수 있게 하여야 한다.”라고 되어 있다.⁵³⁾ 여기서 ‘적절한 고려(due consideration)’의 표현은 IMO가 북극해를 항행하는 선박·선원의 안전과 환경보호를 위해 고려되어야 하는 요소라고 판단하는 것들이다. 나아가 극지 규범 Part I-B에 규정된 항행 계획 요건에 대한 추가 지침은 해양 환경의 보호와 관련된 사항을 포함하고 있다. 보다 구체적으로는 선박의 항로가 문화유산 지역이나 문화적으로 중요한 지역 가까이 위치하고 있는 경우 항행 계획은 이들 지역에 대한 충격을 최소화하는 방향으로 수립되어야 하는 것이다.⁵⁴⁾ 따라서 항행 계획 요건 리스트와 동 추가 지침을 종합하면 항행 계획 요건 리스트는 선장이 북극해 항행 시 안전한 항로를 찾기 위해 판단하는 데 필요한 모든 항행 안전 관련 요소와 환경보호를 위한 환경적 고려 사항을 함께 포함하여 규율하고 있다고 할 수 있다.

참고로 한국 정부도 극지 규범의 강제적 시행에 대응하여 한국 선박을 대상으로 ‘극지 해역 운항 선박 기준 고시’를 제정하여 시행한다고 밝혔으며, 이에 따라 앞으로 극지 해역을 운항하는 선박은 극지 환경에 적합한 구조 및 안전 설비 등을 갖추고 극한의 해상 상태와 기상 여건 등 위험 상황에 대비한 극지 운항 매뉴얼을 구비하여야 한다. 또한 국제 협약에 따라 극지 안전 교육을 이수한 선원을 승선시켜야 하며 극지해역을 운항하는 동안 기름 등 해양오염 물질을 배출하는 행위가 원칙적으로 금지된다.⁵⁵⁾

53) Polar Code, *supra* note 45, Part I-A ch. 11.

54) *Ibid.*, Part. I-B ch. 12.

55) 극지 해역 운항 선박 기준 [시행 2017. 1. 1.], 해양수산부 고시 제2016-226호, 2016. 12. 29. 제정; 동 기준 제1조는 “선박안전법」 제26조 및 「개정된 1974년 해상에서의 인명안전을 위한 국제협약(이하 ‘국제해

여기서 극지 규범에 대한 전반적인 평가가 필요하다고 본다. 극지 규범은 첫째, 보편성이 확보되어 있는 SOLAS협약과 MARPOL협약이 극지 규범에 구속력을 부여하는 형식을 택함으로써 극지 규범을 보편성과 구속력을 가지는 규범으로 발전시켰다는 점, 둘째, 북극해를 위한 국제법 규범 체계가 현행 soft law 중심에서 궁극적으로는 hard law의 형식으로 발전되어나갈 것이며 그러한 노력이 향후 가속화될 수 있는 가능성을 보여주었다는 점에서 긍정적이다. 또한, 북극 항로의 이용에 큰 경제적 이해를 가지는 한국에 대해서는 북극해 항행과 관련된 국제법 규범 체계 형성 과정에 적극 참여하여 한국의 입장을 반영하기 위해 노력할 필요가 있음을 시사하고 있다.

그러나 극지 규범의 채택은 향후 북극해를 이용한 항행이 활발해지는 경우 항행 안전 및 환경보호를 위한 유용한 수단이 될 것이며 북극해에서의 항행과 관련하여 통일된 접근 및 조치를 위한 구속력 있는 조약이라는 점에서는 의미가 있지만 이행 준수를 기국에 의존한다는 점에서 실효성이 떨어진다는 지적이 제기되고 있다. 다시 말해서 유엔해양법협약이 제234조에서 '적절한 고려'에 대해 명확한 개념 정의를 하지 않은 것과 극지 규범이 규정 이행을 기국에 의존하는 것은 구속력 있는 조약의 존재에도 불구하고 북극해 항행 안전과 환경보호에 있어 한계가 될 수도 있을 것이다.

바) 북극이사회 채택 조약

북극해의 접근 가능성과 이로 인해 예상되는 환경오염 문제는 오늘날 국제사회의 중요한 관심사로 등장하고 있다. 이러한 배경하에 북극권 국가 및 비북극권 국가들을 비롯한 국제사회는 북극해와 관련된 제반 문제들을 해결하기 위해 공동 노력을 경주해 왔으며 이를 위한 북극권 국가들 간 협력은 이미 1980년부터 시작되었다고 할 수 있다. 이러한 협력의 출발점이 북극이사회의 성립이다. 북극이사회는 북극해에 대한 국제법 규범 체계 형성에 있어서 출발점이 될 수 있는 의미 있는 역할을 수행한다는 점에서 현재는 물론 앞으로도 매우 중요한 위치에 있다고 할 수 있다. 더욱이 북극이사회가 지금까지 만들어놓은 많은 soft law들은 향후 국제법 규범 체계 형성의 토대가 될 것이며 실제로 soft law 성격의 규범들 중 일부가 hard law로 발전한 사례에서 볼 수 있듯이 국제법 규범 체계 형성 과정은 북극이

상인명안전협약」 제14장, 「해양 환경관리법」 제4조 및 「1978년 의정서에 의하여 개정된 선박으로부터의 오염방지를 위한 1973년 국제협약(이하 '국제해양오염방지협약')」의 부속서 I 제11장, 부속서 II 제10장, 부속서 III, 부속서 IV 제7장, 부속서 V 제3장에 따라 극지해역을 운항하는 선박의 안전 운항을 보장하고 극지환경을 보호하기 위하여 필요한 선박의 구조, 시설 및 운항요건 등의 사항을 정함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있다.

사회의 발전과 궤를 같이하고 있다. 북극이사회가 다루고 있는 주요 현안은 크게 기후와 환경, 생물 다양성, 해양과 북극 원주민 등 4개 부문으로 나누어지는데, 1) 기후와 환경 부문에서는 기후변화와 환경보호가 주요 주제이며, 2) 생물 다양성 부문에서는 북극 생물 다양성의 모니터링과 평가가 주요 주제이다. 3) 해양 부문에서는 수색 및 구조(SAR)와 해양 현황 긴급사태 대응, 해양 환경, 해운 석유 및 가스가 주요 주제이다. 4) 북극 원주민 부문에서는 원주민의 건강과 복지, 언어와 문화, 커뮤니티, 경제활동 지속 가능한 개발 등이 주요 쟁점이다.

이와 관련하여 북극이사회는 2011년 북극이사회 8개 회원국 간 ‘북극 상공 및 해상에서의 수색 및 구조에 관한 협력 협정(SAR협정: Agreement on Cooperation on Aeronautical and Maritime Search and Rescue in the Arctic)’과 2013년 ‘북극 해양 유류 오염 방지 및 대응에 관한 협력협정(OPPR협정: Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic)’ 등 구속력 있는 협정을 채택하였다. 또한 2017년 5월 북극이사회 8개 회원국들은 ‘북극에서의 국제과학협력 증진을 위한 협정(Agreement on Enhancing International Arctic Science Cooperation)’에 서명하였다. 특히 2017년 채택된 북극에서의 과학 협력 증진을 위한 협정은 북극이사회가 채택한 세 번째 법적 구속력이 있는 협정으로, 동 협정들은 북극이사회가 soft law 중심에서 벗어나 hard law를 만들어가고 있는 과정에서 성립된 매우 의미 있는 조약이라고 할 수 있으며, 이는 향후 북극에서의 국제법 규범 체계가 형성될 수 있음을 보여주고 있다. 이 중 환경보호와 관련이 있는 협약에 대해 설명한다.

① 북극 해양 유류 오염 방지 및 대응에 관한 협력 협정

OPPR협정으로 불리는 이 협정은 북극이사회가 두 번째로 채택한 구속력 있는 조약으로 북극해에서의 유류 오염으로부터 해양 환경을 보호하기 위하여 유류 오염 방지 및 대응에 관한 당사국 간 협력, 조정 및 상호 지원을 강화하는 데 있다.⁵⁶⁾

이 협정의 주요 내용은 다음과 같다.

첫째, 전문에서 유엔해양법협약과 1990년 ‘유류 오염 방지 대응 및 협력에 관한 국제 협약’⁵⁷⁾과 1969년 ‘유류 오염 사고 시 공해상 개입에 관한 국제 협약’⁵⁸⁾을

56) Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic (OPPR), 2013, accessed October 31, 2019, <https://oarchive.arctic-council.org/handle/11374/529>.

57) International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response, and Co-operation (OPRC)는 1990. 11. 30. 주요 해양오염 사고 및 위협에 대처하기 위한 전 지구적 차원의 협력 틀을 제공하기 위해 채택되었다. accessed October 31, 2019, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201891/volume-1891-I-32194-English.pdf>.

고려하고, 환경법상의 주요 원칙의 하나인 ‘오염자 부담 원칙(polluter pays principle)’을 적용 원칙의 하나로 고려할 것을 선언하고 있다. 동시에 추가 기준과 규칙의 발전 및 채택을 위해 특히 IMO 역할의 필요성을 인정하고 있으며, 북극해 해양 환경의 보호를 위한 당사국의 의무와 환경 피해 예방을 위한 일차적인 수단으로써 예방 조치(precautionary measures)의 중요성을 확인하고 있다.⁵⁹⁾

둘째, 이 협정 당사국(북극이사회 8개 회원국)의 내수, 영해 및 당사국이 국제법에 따라 주권, 주권적 권리, 관할권을 행사하는 배타적경제수역 및 대륙붕 등을 포함하는 수역을 이 협정 적용 수역으로 하고, 동 수역에서 환경오염을 야기하거나 야기시킬 위험이 있는 유류 오염 사고 등을 적용 대상으로 한다고 규정함으로써 국가별 적용 수역을 분명히 하고 있다.⁶⁰⁾

셋째, 각 당사국은 사고의 신속하고 효과적인 대응을 위한 국내적 체계를 유지하고, 사고 방지 및 대응과 관련한 대응책을 사전에 마련할 것을 요구하고 있다. 나아가 동 협정의 운영을 위해 필요한 국내의 권한 있는 당국 및 연락 담당기관의 지정을 통해 국가 간 협력 체계를 증진하도록 하고 있다.⁶¹⁾

넷째, 이 협정의 원활한 운영을 위해 국가 간 사고의 통지, 모니터링, 협조 요청 및 비용 상환에 대해 규정하고 있으며 동시에 사고 처리 후의 공동 점검(joint review), 정보의 교환 등에 대해서도 상세히 규정하고 있다.⁶²⁾ 또한 필요한 경우 협정 비당사국과의 협력을 요청하는 방안도 규정하고 있다. 동 협정에 근거하여 긴급 예방, 대비 및 대응(EPPR) 실무 그룹이 당사국 간 공동 작전 및 훈련을 통해 협정의 실효성을 확보하기 위한 노력을 전개해 오고 있다.⁶³⁾

다섯째, 당사국이 이 협정의 운영을 지원하기 위한 방안의 하나로 일련의 운영 지침(Operational Guidelines)을 발전시키고 유지해 나가야 한다고 규정하면서 특히 상호 통보, 지원 요청, 공동 점검 등 전술한 사항들에 대한 구체성 있는 절차가 동 가이드라인에 포함될 것을 규정하고 있다.⁶⁴⁾

이 협정은 2013년 5월 스웨덴 키루나 각료회의에서 채택되었고 2016년 3월에 비준이 완료되었으며,⁶⁵⁾ 북극해 해양 환경보호를 위한 지역 차원의 매우 유용한

58) International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties, *United Nations Treaty Series*, Vol. 970, No. 14049, 1969.

59) OPRR협정 전문 및 제3조.

60) OPRR협정 제4~5조.

61) OPRR협정 제6~12조.

62) Arctic Council, "EPPR Meets in Reykjavik," accessed November 1, 2019, <https://arctic-council.org/index.php/en/our-work/eppr>.

63) *Ibid.*

64) OPRR협정 제21조.

65) Arctic Council, "Ratification Completed for Agreement on Oil Pollution Preparedness and Response,"

협정으로 의미가 크다. 앞으로 북극해의 이용 증가와 함께 중요성이 더욱 커질 것으로 보인다.

(2) 북극해 대기오염 방지

가) 기후변화와 관련된 협약

기후변화 문제는 특히 북극해 환경에 매우 중요한 영향을 미치고 있으며 이러한 사실은 북극해 환경문제의 심각성을 증명하여 주는 많은 기후변화 관련 회의에서도 입증되고 있다. 따라서 북극해 연안국들을 포함한 북극권 국가들의 경우 1992년 기후변화협약과 1997년 교토의정서⁶⁶⁾의 이행은 특히 중요하다고 본다. 동 기후변화협약과 교토의정서는 북극해에 대한 설명은 없지만 지구온난화에 심각한 영향을 미치는 온실가스의 배출을 규제하기 위한 정부 간 협력을 증진하기 위한 목적으로 유엔해양법협약과도 관련되는 중요한 협약이다. 그러나 지금까지의 기후변화 체제였던 교토의정서 체제는 2015년 12월 12일 한국 정부도 참여한 제21차 파리기후변화협약 당사국 총회(COP 21)에서 신기후변화 체제인 파리협정(Paris Agreement)에 의해 대체되었다. 신기후변화 체제는 교토의정서의 한계를 극복하였다는 점에 의의가 있으며, 협정의 실효성 확보라는 측면에서 볼 때 기후변화로 인한 북극해의 환경변화에 보다 기여하게 될 것으로 보인다.⁶⁷⁾

한편, ‘1985년 오존층 보호를 위한 비엔나협약’⁶⁸⁾과 ‘1987년 오존층 파괴 물질의 규제에 관한 몬트리올의정서’도 기후변화와 관련하여 매우 중요한 협약이다. 특히 극지방이 기후변화에 민감하고 취약한 지역임을 고려할 때 동 협약과 이의 이행을 위한 의정서는 북극해와 관련이 큰 협약이라고 할 수 있다. 이후 오존층 보호를 위한 구체적인 행동 의무가 1987년 오존층 파괴 물질의 규제에 관한 몬트리올의정서로 구체화되었다.⁶⁹⁾ 오존층 보호를 위한 비엔나협약과 몬트리올의정서 체제

accessed November 1, 2019, <https://www.arctic-council.org/index.php/en/component/tags/tag/23-emergency-preparedness>.

66) Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, accessed November 1, 2019, <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>.

67) “신기후변화체제 파리협정(Paris Agreement) 채택- 국내 산업에 미치는 영향”, SHIN&KIM/ 법무법인 세종, 2015. 12. 3, file:///C:/Users/HP/Downloads/SHIN&KIM_Environment_Legal_Update_201512_kor.pdf (검색일: 2019. 11. 1) 1997년 교토의정서 체제가 일부 선진국들만이 온실가스 감축 의무를 부담하였던 것과는 달리 파리협정은 전 세계 온실가스 배출량의 약 90%를 차지하는 선진국과 개발도상국, 총 195개국이 참여하였다는 점에서 진일보한 체제라는 평가를 받고 있다. 그러나 파리협정은 새로운 기후변화 체제를 향한 첫걸음에 불과하며, 향후 각국의 협정 비준, 각국이 제시한 감축 목표의 상향 조정 정도, 각국의 감축 의무 이행 확보 수단, 개발도상국에 대한 실질적인 재정 지원 등 다양한 쟁점을 해결해 나가야 하는 과제가 남겨져 있다.

68) Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, *United Nations Treaty Series*, Vol. 15 13, p. 293.

69) Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, accessed October 31, 2019, <https://>

는 국제사회에서 광범위한 호응을 얻어 현재는 이를 통하여 오존층 파괴 물질의 배출이 90% 이상 감축된 것으로 기대된다.⁷⁰⁾

반면 2015년 신기후변화 체제를 위한 파리협정이 북극해 지역의 환경보호에 긴요하다는 다른 북극권 국가들의 입장과는 달리 트럼프 미국 대통령은 기후변화에 대처하는 데 있어서 인간의 역할에 회의감을 표시하며 미국이 2020년 11월 파리협정에서 탈퇴할 계획임을 밝혔다.⁷¹⁾ 이러한 미국의 입장은 약 200여 국가가 협상에 참여하고 북극권 국가 모두가 지지하는 파리협정에 대한 도전으로 궁극적인 탈퇴 시 북극해의 해빙을 더욱 촉진할 수도 있다는 국제사회의 우려를 자아내게 한다. 미국의 이러한 태도는 북극해 환경보호를 위한 국제법 규범 체계의 온전성을 저해하는 것으로 향후 문제점으로 대두될 가능성도 배제할 수 없을 것이다.

나) 대기오염 방지와 관련된 협약

대기오염으로 인한 북극해의 생태계 보전과 관련한 중요한 협약으로 캐나다가 제안하고 미국의 지지를 받아 채택된 ‘2001년 잔류성 유기 오염 물질에 관한 스톡홀름협약(POPs 협약)’을 들 수 있다.⁷²⁾ 이 협약은 잔류성 유기 오염 물질(POPs)이 동 오염 물질과는 지리적으로 멀리 떨어진 곳에 거주하는 북극 주민들의 혈액, 심지어는 모유에서도 검출된다는 과학 조사에서 자극을 받아 만들어진 북극 지역 주민을 위한 특별한 협약으로⁷³⁾ 전문에서 북극해 생태계의 취약성과 특히 원주민 사회의 취약성을 인정하는 언급이 있다.⁷⁴⁾

한편, ‘1979년 대기오염의 장거리 국경 이동에 관한 협약(CLRTAP협약)’⁷⁵⁾ 및 관련 의정서는 유럽에서 산성비를 증명하는 과학적 증거가 나오게 되면서 이에 대한 대응으로 체결되었다. 동 협약은 1979년에 서명되고 1983년에 발효되었으며

treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201522/volume-1522-i-26369-english.pdf.

70) "Ozone Layer Depletion," Global Environment Facility, 2018, accessed November 1, 2019, <https://www.thegef.org/topics/ozone-layer-depletion>.

71) "미국 트럼프 행정부의 파리기후변화협정 탈퇴 결정과 파장", World Energy Market Insight, Weekly, 제 17-20호(2017. 6. 19).

72) Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, accessed October 31, 2019, https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/unep-pop/trt_unep_pop_2.pdf.

73) ICC, "Northern Contaminants and Global POPs Programme" in *Arctic Legal Regime for Environmental Protection*, IUCN, p. 24.

74) Earth Negotiations Bulletin, Summary of the Fifth Session of the Inter-governmental Negotiating Committee for an International Legally Binding Instrument for Implementing International Action on Certain Persistent Organic Pollutants(IISD: Winnipeg), 2000; Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants Preamble, accessed November 1, 2019, https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/unep-pop/trt_unep_pop_2.pdf.

75) Convention on Long-range Transboundary Air Pollution은 1975년 유럽안보회의에서 스웨덴 등 북유럽 국가 대표들이 국경을 넘는 대기오염 문제를 공식 제기하여 1979년에 채택된 국제 협약이다.

최초의 국제법적으로 구속력 있는 대기오염 관련 환경 협약으로서 국경을 넘는 대기오염 감소를 위해 제정되었다.⁷⁶⁾ 동 협약은 유엔유럽경제위원회(UNECE: United Nations Economic Commission for Europe)의 모든 회원국에게 참여가 개방되어 있기 때문에 산업화된 북반부 대부분 지역에 적용된다. 북극권 8개국 모두 당사국이며, 비록 협약에 북극이 언급되어 있지는 않지만 관련 의정서에는 북극이 언급되어 있는바, 동 협약과 의정서는 당연히 북극해에도 적용될 것이다. 참고로 장거리 월경 대기오염협약 관련 의정서로는 1994년 ‘황산화물 배출량 추가 감축에 관한 오슬로의정서’⁷⁷⁾가 유황의 배출을 규제하기 위한 장기 목표를 정하고 있고,⁷⁸⁾ 1998년 ‘중금속에 관한 오르후스의정서’⁷⁹⁾는 카드뮴, 납과 수은의 발산을 규제하는 데 주로 초점을 맞추고 있다. 또한 1998년 ‘잔류성 유기 오염 물질에 관한 오르후스의정서’⁸⁰⁾는 16개 물질(11개의 살충제, 2개의 산업 화학물질, 3개의 부산물/오염 물질)의 배출, 발산 등의 억제, 감소 및 제거에 초점이 맞추어져 있는 바, 동 의정서는 북극해 관련 사항을 네 곳에서 언급하고 있다.⁸¹⁾ 참고로 상기 두 의정서들 모두 북극해에서의 오염 감축을 목표로 하고 있지만 구체적으로 연간 발산량에 대한 일정한 비율의 삭감을 의무화하고 있지는 않다. 그 밖에 관련 의정서로 중요한 것은 1984년 ‘유럽 공기 오염 물질 장거리 이동 감시 및 평가를 위한 협력 프로그램의 장기 재원 의정서(EMEP 의정서)’⁸²⁾, 1999년 ‘산성화, 부영양화

76) 협약은 전문에서 ‘1972년 스톡홀름선언 제21원칙’을 인용하고 있으며, 장거리 월경 대기오염은 일반적으로 가능하지 않은 거리에 위치하는 타국의 관할 지역에 유해한 영향(adverse effect)을 초래하는 것을 말한다. 동 협약은 지역적 협력을 위한 일반 원칙을 규정하는 기본 합의로 오염자와 피해자 양쪽을 다 만족시키기 위한 상징적인 협약으로 당사국들은 단지 장거리 월경 대기오염을 포함한 대기오염을 제한하고 가능한 한 이를 점진적으로 감소시키고 방지하기 위해 노력할 것이 요구될 뿐이다.

77) Oslo Protocol on Further Reduction of Sulphur Emissions, UNECE, accessed October 31, 2019, https://www.unece.org/env/lrtap/fsulf_h1.html.

78) 오슬로의정서는 전문에 북극 관련 사항으로 “유황이나 다른 오염 물질의 발산을 억제하기 위한 조치들이 민감한 북극의 환경보호에도 기여함을 유념하고(…Mindful that measures to control emissions of sulphur and other air pollutants would also contribute to the protection of the sensitive Arctic environment)”라고 규정하고 있다.

79) Aarhus Protocol on Heavy Metals, UNECE, accessed October 31, 2019, https://www.unece.org/env/lrtap/hm_h1.html.

80) Aarhus Protocol on Persistent Organic Pollutants (POPs), UNECE, accessed October 31, 2019, https://www.unece.org/env/lrtap/pops_h1.html.

81) Aarhus Protocol Preamble paras 2, 5 and 6. para 2, Recognizing that emissions of many persistent organic pollutants are transported across international boundaries and are deposited in Europe, North America and Arctic, far from their site or origin, and that the atmosphere is the dominant medium of transport; para 5, Acknowledging that the Arctic ecosystems and especially its indigenous people, who subsist on Arctic fish and mammals, are particularly at risk because of the biomagnification of persistent organic pollutants; para 6, Mindful that measures to control emissions of persistent organic pollutants would also contribute to the protection of the environment and human health in areas outside the United Nations Economic Commission for Europe’s region, including the Arctic and international waters.

방지를 목표로 대기오염 물질 배출량 규제를 위한 의정서(예테보리의정서)⁸³⁾, 1985년 ‘이황화탄소의 방출 및 국경 이동을 최소한 30% 감축시키기 위한 의정서(헬싱키의정서)⁸⁴⁾, 1988년 ‘질소산화물의 감축 및 국경 이동 통제에 관한 의정서(소피아의정서)⁸⁵⁾를 들 수 있으며 이들 의정서에 의해 구체적이고 실효성 있는 내용이 갖추어지고 있다.

한편, 리우선언 제17원칙은 “환경에 심각한 영향을 초래할 가능성이 있고 권한 있는 당국의 결정을 필요로 하는 사업 계획에 대하여는 환경영향평가제도(EIAs: Environmental Impact Assessments)가 국가적 제도로서 실시되어야 한다.”⁸⁶⁾라고 규정하고 있으며, 이에 따라 1991년 ‘월경 차원의 환경영향평가에 관한 협약(Espoo협약)⁸⁷⁾이 제정되었다. 동 Espoo협약은 유엔해양법협약 제206조(활동의 잠재적 영향평가)의 해양 환경영향평가 조항과 관련하여 의미가 있다고 본다.⁸⁸⁾ 동 협약은 월경 환경영향평가를 위한 자세한 규칙과 절차를 수립하고 국가들로 하여금 국경을 넘는 환경 영향에 대해 EIAs를 시행할 것을 의무화하고 있다. 동 협약의 이행과 관련하여 중요한 soft law로는 1997년 ‘EIA 가이드라인⁸⁹⁾이 있다. 기후변화, 생태계와 사회문화적 특성과 같은 공통의 복극 양상을 다루기 위해 발전되어온 EIA 가이드라인은 북극 지역에서의 환경영향평가를 수행하는 데 필요한 실질적인

82) Geneva Protocol on Long-term Financing of the Cooperative Program for Monitoring and Evaluation of the Long-range Transmission of Air Pollution in Europe, UNECE, EMEP Protocol, accessed October 31, 2019, <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/lrtap/full%20text/1979.CLRTAP.e.pdf>.

83) Gothenburg Protocol to Abate Acidification, Eutrophication and Ground-level Ozone, UNECE, accessed October 31, 2019, <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/lrtap/full%20text/1999%20Multi.E.Amended.2005.pdf>.

84) Helsinki Protocol on the Reduction of Sulphur Emission or Their Trans-boundary Fluxes by at least 30 Percent, UNECE, accessed October 31, 2019, https://www.unece.org/env/lrtap/sulf_h1.html.

85) Sofia Protocol Concerning the Control of Emissions of Nitrogen Oxides or Their Trans-boundary Fluxes, UNECE, accessed October 31, 2019, https://www.unece.org/fileadmin//DAM/env/lrtap/nitr_h1.html.

86) Rio Declaration, Principle 17은 “환경에 심각한 악영향을 초래할 가능성이 있으며 관할국 당국의 의사 결정이 필요한 사업 계획에 대하여 환경영향평가가 국가적 제도로서 실시되어야 한다.”라고 규정함으로써 환경영향평가의 중요성에 대해 설명하고 있다. UNECE, Environmental Assessment, accessed October 31, 2019, https://www.unesco.org/education/pdf/RIO_E.PDF.

87) Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, accessed October 31, 2019, https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/Espoo_Convention_authentic_ENG.pdf. 그러나 동 협약은 미국, 러시아와 아이슬란드가 아직 비준하지 않은 상태여서 협약의 효용성이 의문시되고 있다.

88) 유엔해양법협약 제206조. “각국은 자국의 관할권이나 통제하에 계획된 활동이 해양 환경에 실질적인 오염이나 중대하고 해로운 변화를 가져올 것이라고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 경우, 해양 환경에 대한 이러한 활동의 잠재적 영향을 실행 가능한 한 평가하고 제205조가 규정한 방식에 따라 이러한 평가의 결과에 관한 보고서를 송부한다.”

89) AEPS, Guidelines for Environmental Impact Assessment (EIA) in the Arctic, 1997, accessed October 31, 2019, https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/EIAGuides/Arctic_EIA_guide.pdf.

조언을 제공하는 것을 목적으로 하고 있으며 환경 변화의 영향을 받는 문제들에 있어서 관련자들의 참여 기회를 제공하고 있다.

그 밖에 북극권 8개국 간 월경 차원의 환경영향평가를 규율하는 협약이나 가이드라인 또는 양자 및 지역 협정으로는 1974년 ‘노르딕 환경보호 협약’⁹⁰⁾, 1976년 ‘국경 부근에 건설된 핵 시설과 관련된 안보 문제에 대한 핀란드, 노르웨이, 스웨덴, 덴마크 간 소통을 위한 가이드라인’⁹¹⁾, 1975년 ‘기후변화 활동에 대한 정보 교환을 위한 미국과 캐나다 간 협정’⁹²⁾과 1991년 ‘미국과 캐나다 간 대기질 향상에 관한 협정’⁹³⁾ 등이 있다. 참고로 1992년 ‘산업재해의 국경을 넘는 영향에 관한 협약’⁹⁴⁾은 많은 예외를 포함하고 있으며, 더욱이 북극권 국가 중 러시아, 핀란드, 노르웨이, 스웨덴만이 당사국이어서 협약의 효용성이 문제시된다. 이 협약은 현재 불완전한 상태로 러시아와 Nordic 국가 간에 적용되고 있으며 2003년 의정서를 포함한 단일 문서로 이행되고 있다.⁹⁵⁾

한편, 유엔환경계획이 2013년 채택한 ‘수은에 관한 미나마타협약(UNEP Minamata Convention on Mercury)’은 수은의 부정적인 영향으로부터 인간의 건강과 환경을 보호하기 위한 조약으로 새로운 수은 광산의 금지, 기존의 수은 광산의 단계적 철폐, 수은의 대기 발산에 대한 규제 등을 목적으로 하고 있다. 동 협약은 현재 러시아를 제외한 모든 북극권 국가들이 당사국이다.⁹⁶⁾

90) Nordic Environmental Protection Convention, 당사국은 핀란드, 스웨덴, 노르웨이, 덴마크이다. 협약 전문은 Environmental Treaties and Resource Indicators (ENTRI), accessed October 31, 2019, <https://sedac.ciesin.org/entri/texts/acrc/Nordic.txt.html>.

91) Guidelines for Communication between Finland, Norway, Sweden and Denmark on Security Issues Related to the Nuclear Installations Constructed Near the Border: 당사국은 핀란드, 스웨덴, 노르웨이, 덴마크이다.

92) Agreement between the United States of America and Canada Relating to the Exchange of Information on Weather Modification Activities, accessed November 1, 2019, https://api.ning.com/files/kp5q9Lhw2YjzeaCrVeXcl8eB0UaBbYvAu7rmO8yvtiy9cYahEfG8SAAIgySUx6YLBtaXT2lQsXYgOU**43wy4t6ev0jhVvEz/canusweathmod.pdf.

93) Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America on Air Quality, accessed November 1, 2019, https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-07/documents/agreement_between_the_government_of_the_united_states_of_america_and_the_government_of_canada_on_air_quality.pdf.

94) Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents, accessed October 31, 2019, <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2006/teia/Convention%20E%20no%20annex%20I.pdf>.

95) The Protocol on Civil Liability for Damage and Compensation for Damage Caused by Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters to the 1992 Convention on the Protection and the Use of Transboundary Watercourses and International Lakes and to the 1992 Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents, accessed October 31, 2019, https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/civil-liability/documents/protocol_e.pdf.

96) UNEP, Minamata Convention on Mercury, accessed October 31, 2019, <https://www.mercuryconvention.org/Countries/Parties/tabid/3428/language/en-US/Default.aspx>.

상기 협약들은 환경 취약 지역인 북극해 지역에 특히 잘 적용될 것으로 보인다. 왜냐하면 이동성 대기오염 문제는 북극해의 이용이나 개발과 무관하게 기후변화에 의한 자연현상으로 나타나고 있다는 점에서 북극해의 미래에 심각한 영향을 미칠 것으로 예상되며, 이러한 점에서 상기 협약들의 북극해에 대한 적용은 이미 시작되었다고 할 수 있다.

다) 방사능오염 방지와 관련된 협약

북극해에서의 방사능오염 문제는 아주 심각한 우려의 대상이다. 이와 관련된 일 반 다자조약으로 1986년 ‘핵 사고 시 조기 통보에 관한 협약’⁹⁷⁾은 북극해에서의 핵 사고에 대비한 매우 유용한 협약이다. 동 협약에 의하면 핵 사고 발생 시 해당 국가는 직접 또는 국제원자력기구를 통하여 물리적 영향을 받거나 또는 받을 수 있는 국가 및 기구에 핵 사고 발생 사실과 그 성격, 발생 시간 및 적절한 경우 정확한 위치 등 상황의 판단을 위해 필요한 정보들을 즉시 통보하여야 하며, 관련 국가에서의 방사능의 영향을 최소화하기 위하여 유용한 관련정보를 신속히 제공하여야 한다. 동시에 방사능의 영향을 최소화하기 위하여 당사국은 협약 제1조에 명시된 것 이외의 기타 핵 사고의 경우에도 통보할 수 있도록 규정되어 있다. 또한 핵 사고 관련 정보를 제공하는 당사국은 방사능오염으로 인한 피해를 최소화하기 위하여 합리적으로 가능한 범위 내에서 피해 당사국에 의한 추가 정보 또는 협의 요청에 신속히 응하여야 하는 것 등을 주요 내용으로 하고 있다. 1986년 ‘핵 사고 또는 방사능 긴급사태 시 지원에 관한 협약’⁹⁸⁾ 등도 북극해와 관련하여 주목하여야 할 협약이다.

한편, 1994년 국제원자력기구가 채택한 ‘원자력 안전 협약’⁹⁹⁾도 북극 환경보호에 특히 책임이 있는 북극권 국가들에게 중요한 의미가 있는 협약이다. 이 협약은 당사국들이 협약에 따른 의무를 이행하기 위하여 자신의 국내법의 테두리 내에서 입법적, 행정적인 조치와 그 밖의 필요한 조치를 취할 의무와 이 협약상의 제반 의무 사항을 이행하기 위하여 취한 조치에 관한 보고서를 제출할 의무, 나아가 현존

97) Convention on Early Notification of a Nuclear Accident, IAEA, International Conventions and Legal Agreements, accessed October 31, 2019, <https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc335.pdf>.

98) Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency, accessed October 31, 2019, <https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc336.pdf>.

99) Convention on Nuclear Safety, IAEA, International Conventions and Legal Agreements, accessed October 31, 2019, <https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc449.pdf>. 이 협약은 국가의 조치와 적절한 경우 안전과 관련된 기술협력력을 포함한 국제 협력의 증진을 통하여 전 세계적으로 높은 수준의 원자력 안전을 달성·유지하고, 원자력 시설의 잠재적인 방사선 장애에 대한 효과적인 방어책을 도입, 운영함으로써 방사선의 유해한 영향으로부터 개인, 사회 그리고 주변 환경을 보호하며, 방사선의 영향을 일으키는 사고를 미연에 방지하고 사고가 일어나는 경우 그 영향을 완화하는 데 있다.

원자력 시설에 대한 안전성의 검토, 합리적으로 실행 가능한 개선책의 강구 또는 핵 시설 폐쇄 계획의 추진 등을 규정하고 있다. 이 협약은 북극권 국가 모두가 당사국(단, 덴마크는 그린란드와 페로제도에 대해 유보)이라는 점에서 협약의 실효성이 높다고 할 수 있다. 또한 1997년 ‘사용 후 핵연료 및 방사성폐기물 관리의 안전에 관한 공동 협약’¹⁰⁰⁾ 등도 북극해에서의 핵 안전과 관련하여 보편적으로 적용될 수 있는 유용한 협약들이다. 참고로 북극 지역 기구들 중 하나인 ‘바렌츠-유로 북극 지역(Barents-Euro Arctic Region)’도 과거 경제 분야에서의 협력에서 한 걸음 더 나아가 핵 사고 또는 방사능 유출 등의 사태에 대한 협력을 논의해 오고 있다.

(3) 북극해 자연 생태계 보전

북극해 자연 생태계 보전을 위한 진정한 노력은 1991년 북극이사회의 전신인 북극환경보호전략(AEPS: Arctic Environmental Protection Strategy)의 성립에서 찾아볼 수 있다. AEPS는 북극 모니터링 및 평가 프로그램(AMAP: Arctic Monitoring and Assessment Programme) 등 일련의 작업 계획을 통해 북극해 환경의 상태에 대한 정보를 수집하고 분석하는 데 초점을 맞추어왔으며 이후 북극이사회로의 발전을 통해 다양한 분야에서 다양한 방식으로 북극해 생태계의 변화 문제에 대처해 나가고 있다.

이하 북극해 자연 생태계 보전 문제를 생물 다양성 보전, 멸종 위기의 동식물 보호 등으로 나누어 검토한다.

가) 생물 다양성 보전과 관련된 협약

북극해 자연 생태계 보전과 관련하여 유엔해양법협약의 관련 규정들은 전술한 바와 같이 때로는 매우 원론적이며 추상적인 경우가 많아서 구체적인 사안에서 협약의 규율만으로는 충분하지 않다. 지금까지 기후변화, 수자원 보호, 지속적 발전, 동식물 보호 및 보전 등 전 지구적 주제들은 그동안 이미 존재하는 많은 국제 조약 및 관련 국제법 원칙들에 의해 규율되어왔다. 특히 국제환경법은 국가들 및 관련 국제적 또는 지역적 기구들과의 협력을 규정하고 있다. 이와 관련하여 북극해에

100) IAEA, Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management, accessed October 31, 2019, <https://www.iaea.org/sites/default/files/infocirc546.pdf>. 전 지구적 차원에서 최초로 사용 후 핵연료 및 방사성폐기물 관리의 안전에 관한 문제를 다룬 국제 협약이다. 이 협약의 목적은 국내 조치 또는 적절한 경우에는 안전과 관련된 기술협력을 포함한 국제 협력의 제고를 통하여, 사용 후 핵연료 및 방사성폐기물 관리에서 전 세계적으로 높은 수준의 안전을 달성·유지할 것과 방사선 영향을 수반하는 사고를 예방하고, 사용 후 핵연료 또는 방사성폐기물 관리의 모든 단계에서 발생하는 사고의 영향을 완화하는 것을 목적으로 하고 있다.

특별히 적용되어야 할 사항들을 규율하기 위한 전문적 성격의 조약들이 지역적 차원에서 체결되어왔다. 또한, 기후변화의 위험을 완화하기 위한 국제사회의 노력과는 별도로 북극해 연안국들은 특히 북극해에서의 환경보호 문제에 더욱 강한 의지와 관심을 보이며 협력을 강화하여 왔다.¹⁰¹⁾

북극해의 생태계 보호와 관련이 있는 조약들을 살펴보면, 무엇보다도 '1992년 리우 정상회의에서 채택된 생물 다양성 협약'을 들 수 있다. 이 협약은 전 지구적 차원에서의 생태계를 보호하고 보전하는 문제를 다루고 있으며 생물 다양성의 위기에 대한 법적 대응 조치의 일환으로 마련되었는바, 생물 다양성을 보전하고 그 구성 요소를 지속 가능케 하며 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익을 공평하게 공유하는 것을 목적으로 한다.¹⁰²⁾ 다시 말해서 동 협약은 생물 다양성의 본질적인 가치를 인정하고 있으며 생물 다양성의 보전, 생물자원의 지속적 이용, 생물자원의 지속적인 이용에서 유래하는 혜택의 공평한 배분 문제를 다루고 있다. 특히 이들 문제들과 관련된 법적 의무들은 동 협약의 본문과 그 밖에 협약의 당사국 회의에서 채택된 후속 결정에 포함되어 있다. 이 협약의 조항 중 북극해의 환경에 적용할 수 있는 조문은 제2조, 제7조 및 제8조이다.¹⁰³⁾ 이 협약은 생물 다양성 자체를 보전하기 위한 포괄적인 일반 조약으로 협약의 목적을 달성하기 위한 실질적인 수단은 마련하지 못하고 목표만을 설정하고 있는 기본 조약(framework treaty)에 불과하다.¹⁰⁴⁾ 따라서 협약이 요구하는 구체적인 의무가 없기 때문에 현재 많은 국가들이 당사국으로 참여하고 있다. 그럼에도 불구하고 생명공학의 결과와 그에 대한 지적 소유권 문제, 기술이전 등에 관한 대립으로 미국은 이 협약에 가입하지 않고 있다. 결국 북극권 국가 중 미국만이 당사국이 아니다. 그러나 북극이사회 실무 그룹의 하나인 북극 동식물보전 워킹그룹(CAFF: Conservation of Arctic Flora and Fauna)에 의해 지역적 차원에서의 생물 다양성 현상 보고서 및 전략 프로그램이 만들어져서 생물 다양성 협약의 문제점들을 보충하고 있다.

한편, 생물 다양성 협약의 구체적 이행을 위한 의정서로 2000년 '바이오 안정성에 관한 카르타헤나 의정서'가 채택되었다.¹⁰⁵⁾ 이 의정서는 현대 생명공학 기술의

101) 오히려 일부 비북극해 연안국들의 경우 과학 조사 및 경제적 동인에 의해 북극해 연안국들보다 북극에서의 환경보호를 위한 협력에 더욱 적극적인 경우도 볼 수 있다. 일례로 2007년~2008년 사이 북극에서의 야생 동식물과 관련된 20여 개 이상의 협력 사업에 60여 개국이 참여하였다. IASC Bulletin 06/07(Stockholm: Publisher IASC, 2008).

102) 생물 다양성 협약 제1조.

103) 생물 다양성 협약 제2조에 의하면 '생물 다양성'이라 함은 육상·해상 및 그 밖의 수중 생태계와 이들 생태계가 부분을 이루는 복합 생태계 등 모든 분야의 생물체 간의 변이성을 말한다. 이는 종 내의 다양성, 종간의 다양성 및 생태계의 다양성을 포함한다고 정의하고 있으며, 제7조는 확인 및 감시, 제8조는 현지 내 보전에 대해 규정하고 있다.

104) 정안섭, 『신국제법강의』 제4판(서울: 박영사, 2013) p. 659.

산물인 유전자 변형 생명체가 생물 다양성의 보전과 지속 가능한 이용에 부정적인 영향을 미치지 않도록 보장하려는 것을 목적으로 한다.¹⁰⁶⁾ 동 의정서의 북극해와의 상관성은 유전자 변형 생명체가 생물 다양성에 부정적인 영향을 미치고, 이것이 다시 북극해 생물종의 다양성에 미칠 가능성에 대한 우려이다. 이와 관련하여 동 의정서 제25조는 불법적 국가 간 이동에 대해 규정하고 있는바, 동 조 제1항은 각 당사국이 이 의정서의 관련 조항을 위반하여 이루어지는 변형 생물체의 국가 간 이동을 방지하고 처벌하기 위한 적절한 국내 조치를 마련할 것을 요구하고 있으며, 또한 불법적 국가 간 이동이 이루어지는 경우에 대한 구제 방안에 대해서도 규정하고 있다. 그러나 현재 이 의정서에는 북극권 국가 중 미국, 캐나다, 러시아 및 아이슬란드가 아직 당사국이 아니라는 점에서 북극해에의 적용에는 한계가 있다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 동 의정서는 오늘날 환경보호와 관련하여 제기되고 있는 무역과 환경의 문제라는 관점에서 앞으로 북극해 환경보호 및 보전과 관련하여 주목되어야 할 것이다. 나아가 1998년 IMO가 채택한 ‘유해한 해양 유기물과 병원균의 이동을 최소화하기 위한 선박의 밸러스트 관리 및 규제를 위한 가이드라인’¹⁰⁷⁾은 북극해를 포함하여 해양생태계의 생물 다양성 보전 및 지속적인 사용을 위한 생물 다양성 협약의 목적을 구현하는 데 기여하고 있다.

나) 멸종 위기의 동식물 보전과 관련된 협약

① CITES협약

1973년 ‘멸종 위기에 처한 야생 동식물의 국제 거래에 관한 협약(이하 ‘CITES 협약’)도 북극해의 자연 생태계 보호와 관련하여 매우 중요한 역할을 수행하는 조약이다.¹⁰⁸⁾ CITES협약은 야생 동식물 거래가 가져오는 경제적 이익이 결과적으로 동식물에 대한 무분별한 착취를 통한 동식물종의 멸종 위기를 가져올 수도 있다는 우려에 의해 채택되었다. CITES협약은 멸종 위기에 처한 종에 대한 거래를 규제하기 위한 국제 협력 체계를 수립함으로써 야생 동식물을 보호하고 있다. 동 협약의 부록에 첨부된 멸종 위기에 처한 종 중에는 북극 공해에 살고 있는 고래, 참돌고래(porpoises), 돌핀과 물개가 다수 포함되어 있는데, 물론 이들 중 대부분이 멸종

105) Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, accessed October 31, 2019, <https://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-en.pdf>.

106) 카르타헤나 의정서 제1조.

107) Guidelines for the Control and Management of Ships' Ballast Water to Minimize the Transfer of Harmful Aquatic Organisms and Pathogens, IMO A 20/Res.868, 1997 참조.

108) Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), accessed November 26, 2017, <https://www.cites.org/sites/default/files/eng/disc/CITES-Convention-EN.pdf>.

위기에 있는 것은 아니다.

동 협약에서 멸종 위기에 처한 동식물은 부속서 1에 나열되어 있으며 이는 거래에 의해 영향을 받는 멸종 위기의 모든 종을 포함하고 있다. 이 중 이 범주에 속하는 북극해 생물종은 국제포경위원회(IWC: International Whaling Commission)에 의해 모라토리엄이 선언된 모든 고래를 포함하고 있다. 노르웨이는 공식적으로 IWC의 모라토리엄과 CITES협약의 동식물 거래 금지에 반대하였는바, 노르웨이가 고래의 상업적 거래를 재개하기로 결정한 배경은 밍크고래의 개체수가 충분하고 멸종 위기에 대한 우려 없이 지속 가능한 방식으로 포획이 가능하다는 증거에 기초하고 있다.¹⁰⁹⁾ 또한 달리 심각한 위협에 처해 있는 종의 경우는 부속서 2에 열거되어 있는바, 당장은 멸종 위기에 처해 있지 않지만 이들 거래에 대한 규제가 엄격히 이루어지지 않을 경우 멸종 위기에 처할 우려가 있는 종을 포함하고 있다. 북극해의 생물종으로 부속서 2에 포함되어 있는 것은 북극곰과 일각고래(narwhals)이다. 부속서 3에는 지나친 포획과 채취를 방지하거나 규제하기 위하여 타국의 협력이 필요한 종들로 이들 종의 교역에 있어서는 대상 품목이 해당 국가의 국내법에 합당하게 포획 또는 채취되었다는 사실의 증명이 필요하다. 예컨대 캐나다는 바다코끼리(walrus)를 부속서 3의 종으로 구분하고 있다.

이 협약에는 전 세계 거의 모든 국가들이 당사국으로 참여하고 있으며 특히 북극권 국가들의 경우 미국만이 당사국이 아니라는 점에서 북극해 생태계 보호와 관련하여 문제점을 제기하고 있다. 그러나 미국이 비당사국이라는 점이 동 협약의 이행 및 나아가 북극해 환경 및 생태계 보호에 미치는 영향은 매우 제한적이라고 평가된다.

② CMS협약

1979년 본에서 채택된 ‘야생동물 이주종의 보전에 관한 협약(이하 ‘CMS협약’)’¹¹⁰⁾도 생태계 보호와 관련된 중요한 조약의 하나이다. 이 협약의 규정상 협약 당사국들은 첫째, 이주종에 대한 연구를 지원하고 협력하며, 둘째, 멸종 위기에 놓여 있는 이주종에 대한 즉각적인 보호를 제공하고, 셋째, 이주종의 보존 및 관리를 증진하기 위한 전 지구적 또는 지역적 차원의 협정을 체결하기로 합의한 바 있다. 이에 따라 이주종 보호에 대한 국제법 규범이 형성될 전망이다. 그러나 동 협약의 중

109) Government of Norway, “Norwegian Mink Whaling,” accessed November 1, 2019, <https://us.whales.org/issues/whaling-in-norway>.

110) Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (CMS), accessed October 31, 2019, <https://www.cms.int/en/document/cms-convention-text>.

요성에도 불구하고 현재 미국이 당사국이 아니라는 점이 한계로 지적될 수 있을 것이다. 이 협약이 특히 북극해와 관련하여 중요성을 가지는 이유는 취약한 북극해의 생태계가 이주종으로 인해 영향을 받을 가능성이 높기 때문이다. 아직까지 북극해 생태계 보호와 관련된 특이한 문제점은 확인되고 있지는 않지만 향후 문제가 제기될 가능성이 높다는 점에 협약의 중요성이 있다.

동 협약에 앞서 유일한 북극해의 종을 보호하기 위한 관리 체계가 이미 이전에도 존재하였으나 이들 조약들은 동 협약처럼 체계적이지는 않았다. 그 예로 북방물개(Northern Fur Seals)를 보호하기 위한 협약으로, 미국, 영국(캐나다를 대신), 일본과 러시아 간에 체결된 1911년 ‘북태평양에서의 물개 보전과 보호를 위한 조치에 관한 협약’¹¹¹⁾ 이 있다. 동 협약은 1957년 미국, 캐나다, 일본 및 구소련의 4개국이 체결한 ‘북태평양의 물개 자원의 보전을 위한 잠정 조약’¹¹²⁾으로 대체되었으나 1984년 미국 상원이 동 조약의 적용 기간 연장을 위한 의정서를 비준하지 않음으로써 1984년 유효기간이 재연장되지 않았다. 북극해에서의 물개 보호를 위한 법적 보호 장치는 ‘남극물개보존협약(CCAS 협약)’¹¹³⁾ 등에 의해 엄격하게 규제되고 있는 남극과 비교하여 매우 제한적이다. 그럼에도 불구하고 이들 협정을 통해 북극해와 가장 관련이 깊은 물개 또는 곰의 개체수 확보를 위한 국제법 규범 체계가 사실상 작동하고 있다고 할 수 있다.

③ 북극곰보존협정

1973년 ‘북극곰보존협정’은 ‘북극곰 조약’으로도 알려져 있는바,¹¹⁴⁾ 냉전이 고조되었던 시기인 1973년에 캐나다, 미국, 덴마크, 노르웨이와 구소련 간에 서명되었다. 동 협정은 신의 성실에 입각한 과학 조사, 보존 및 다른 생태계의 교란을 방지하기 위한 목적 및 원주민들에 의한 전통적인 삶의 수단으로 이용되는 경우를 제외하고는 북극곰의 사냥을 금지하고 있다.¹¹⁵⁾ 이 협정은 북극곰을 보호하기 위해 상호 간 활동을 조정하여야 할 책임이 북극권 국가들에게 있음을 인정하고 있다. 또한 이 협정은 당사국들이 건전한 보존 관행에 따라 북극곰 개체수를 관리하

111) Convention Respecting Measures for the Preservation and Protection of Fur Seals in the North Pacific Ocean, accessed October 31, 2019, <https://iea.uoregon.edu/treaty-text/1911-fursealsentxt>.

112) Interim Convention on Conservation of North Pacific Fur Seals, 314 UNTS 105, accessed October 31, 2019, <https://sedac.ciesin.org/entri/texts/acrc/1957FS.txt.html>.

113) Convention for the Conservation of Antarctic Seals (CCAS). 동 협약은 남극 물개의 보호, 과학적 조사와 합리적 이용을 통해 생태계의 만족스러운 균형을 유지하는 것을 목적으로 하고 있다.

114) 1973 Agreement on the Conservation of Polar Bears, accessed October 31, 2019, <https://sedac.ciesin.columbia.edu/entri/texts/polar.bears.1973.html>.

115) 북극곰보존협정 제3조.

도록 하고 있으며 제한된 목적과 방법에 의한 예외적인 경우를 제외하고는 북극곰을 사냥, 포획하는 것을 금지하고 있다. 특히 북극곰의 섭생 지역과 이동 경로를 보호하도록 규정하고 있다. 당사국들은 북극곰들의 생태계 보호를 위해 적절한 조치를 취할 것이 요구되며, 이러한 의무를 달성하기 위해 일부 북극권 국가들은 북극곰 보호 지역을 만들었다.¹¹⁶⁾ 동 협정은 비록 사무국 및 이행 메커니즘을 결여하고 있고 5개 당사국들에게 북극곰 보호를 위한 스스로의 관리 체계를 수립할 광범위한 자유를 부여하고 있다는 약점에도 불구하고 일반적으로 성공적인 것으로 평가되고 있다.

이후 동 협정은 2000년 러시아와 미국 간 양자 협정인 ‘알래스카-추콧카 북극곰 개체수의 보존 및 관리에 관한 미국과 러시아 간 협정’¹¹⁷⁾에 의해 보완되었다. 동 보완 협정은 임신 중인 곰의 포획 등을 금지하는 것을 내용으로 하고 있으며, 조약의 이행을 위해 ‘미국-러시아 북극곰 위원회(United States-Russia Polar Bear Commission)’의 설치를 규정하고 있다. 동 위원회에는 정부 공식 대표 외에 원주민 대표들도 적극 참여시킬 것을 명시하고 있다. 또한, 이 위원회는 서식지 보존 및 생물 정보 수집과 전체 북극곰의 건강에 대해 토착민들의 전통적인 사냥이 미치는 영향에 대해서도 평가하고 있다. 결론적으로 이 협정들은 국제적 보존 기준과 북극해에서 어업에 종사하는 사람들의 본국에 대한 법적 조치를 강조하고 있다. 이러한 방식을 통해 북극해에서 북극곰에 대한 국제적 보존과 보호를 실현할 수 있을 것이다.

그 밖의 관련 조약으로 1998년 서명되고 2000년에 보완된 캐나다 Inuvialuit와 미국 Inupiat 간 ‘남부 보퍼트해에서의 북극곰 관리 협정’¹¹⁸⁾과 2009년 캐나다, Nunavut 및 그린란드 간 체결된 ‘북극곰 개체수 관리 및 보존을 위한 양해각서’¹¹⁹⁾가 있다.

116) 참고로 미국 내무부는 2008년 북극곰을 1973년 Endangered Species Act에 따른 위기종(threatened species)으로 분류하였다.

117) Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Russian Federation on the Conservation and Management of the Alaska-Chukotka Polar Bear Population.

118) Inuvialuit-Inupiat Polar Bear Management Agreement in the Southern Beaufort Sea, accessed November 1, 2019, <https://pbsg.npolar.no/en/agreements/USA-Canada.html>.

119) Memorandum of Understanding between the Government of Canada, the Government of Nunavut, and the Government of Greenland for the Conservation and Management of Polar Bear Populations, accessed November 1, 2019, <https://pbsg.npolar.no/export/sites/pbsg/en/docs/GN-MOU-PB.pdf>.

④ IWC협약

‘1946년 포경 규제를 위한 국제 협약(이하 ‘IWC협약’)¹²⁰⁾도 북극해와 관련이 많은 조약이다. IWC협약으로 더 잘 알려진 이 협약에 의해 1946년 설립된 국제포경위원회(IWC)는 고래의 개체수 유지와 관련하여 포경 산업을 규율하기 위하여 조직되었다. 1982년 IWC는 모든 상업적 포경에 대해 zero-catch를 확립하는 방식으로 상업적 포경을 금지하기 위한 무기한 모라토리움을 채택하였다. 그러나 과학 조사 목적의 포경과 원주민들의 생계를 위한 포경을 허용하는 규정이 있어서, 포경이 예외라는 이름으로 아직도 행해지고 있으며 이를 허용하는 규정은 계속 논쟁의 대상이 되고 있다.¹²¹⁾ 이 협약은 포경이 이루어지는 모든 바다에 적용되며 상기 모라토리움은 현재도 계속되고 있지만 예외로 일본, 노르웨이, 아이슬란드 3개국이 동 모라토리움에 적극 반대하고 있다.¹²²⁾

1992년 북대서양 해양포유동물 위원회(NAMMCO)는 노르웨이, 아이슬란드, 그린란드와 페로제도 간 역내의 고래와 물개 등 해양 포유동물의 모든 종에 대한 보존과 관리에 대한 협력 메커니즘을 규정하고 있다.¹²³⁾ 이 협정은 IWC의 zero-catch 쿼터 제한에 대한 좌절로 탄생한 기구이다. 이와 관련하여 ‘해양 포유동물의 보존, 관리, 이용을 위한 전 지구적 활동 계획(A Global Plan of Action for the Conservation, Management and Utilization of Marine Mammal)’이 유엔환경계획(UNEP), 유엔식량농업기구(FAO), 국제포경위원회(IWC), 국제자연보호연맹(ICUN) 등에 의해 발전되어오고 있다.¹²⁴⁾

다) 중앙 북극해 공해상 비규제 어업 방지 협정

북극 공해상 불법 조업의 가능성을 사전에 막고 향후 수산자원 관리를 위한 공동 연구의 기반을 마련하기 위한 ‘중앙 북극해 공해상 비규제 어업 방지 협정(Agreement to Prevent Unregulated High Seas Fisheries in the Central Arctic Ocean)’ 문안이 2017년 11월 30일 미국 워싱턴에서 개최된 제6차 북극해

120) International Convention for the Regulation of Whaling, accessed October 31, 2019, <https://library.arcticportal.org/1863/1/1946%20IC%20for%20the%20Regulation%20of%20Whaling-pdf.pdf>.

121) IWC 제52차 연차회의(2000년 7월), accessed November 1, 2019, https://www.whales.org.au/govern/RS2075_Resolution_2000-2.pdf.

122) Michael Byers, *International Law and the Arctic*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p. 89.

123) NAMMCO Agreement Article 2. “The objective of the Commission shall be to contribute through regional consultation and cooperation to the conservation, rational management and study of marine mammals in the North Atlantic.”

124) Overview GEO-2000, *supra* note 6.

공해상 어업회의에서 합의되었다.¹²⁵⁾ 한국 정부도 2018년 10월 3일 이 협정에 서명하였으며 10개국이 비준하는 시점에 발효하게 된다.¹²⁶⁾ 이 협정의 채택은 북극해 해빙으로 인한 북극 공해 어업이 현실화될 가능성과 함께 향후 북극 공해에서의 무분별한 조업으로 인한 남획의 위험성에 대비한다는 점에서 채택의 실익이 크다. 협정의 주요 내용은 다음과 같다.

첫째, 협정의 목적은 적용 대상 지역인 북극해 연안 5개국의 배타적경제수역으로 둘러싸인 중앙 북극 공해 지역에서 해양 생물자원의 보존 및 지속 가능한 이용을 위해 ‘한시적’ 사전 예방 조치를 도입하는 데 있다.¹²⁷⁾ 사전 예방 조치는 국가가 환경에 악영향을 미칠 수 있는 결정과 관련하여 과학적 결론이 불확실하더라도 환경에 대한 주의를 다하여 행동하여야 한다는 원칙으로, 이는 1987년 제2차 북극해 보호를 위한 국제회의에서 채택된 오염 방지를 위한 각료선언¹²⁸⁾, 1992년 환경과 개발에 관한 리우선언 제15원칙¹²⁹⁾, 1992년 생물 다양성 협약¹³⁰⁾ 및 OSPAR협약¹³¹⁾에서도 확인되고 있다. 이러한 원칙은 1995년 유엔공해어업협정 제6조 제2항에서도 그 형태를 찾을 수 있다.¹³²⁾

둘째, 한시적 어업 관리 조치를 통해 지역 어업 기구가 존재하고 보존 조치에 따르는 경우에만 상업 조업을 허용하고, 향후 마련될 예정인 합의된 규칙에 따라서만 시험 어업이 가능하며, 당사국은 동 잠정 조치의 준수를 보장하고 또한 타 협정

125) U.S. Department of State, Meeting on High Seas Fisheries in the Central Arctic Ocean, Chairman's Statement, Washington D.C. 2017. 11. 28-30, accessed November 1, 2019, <https://oceanconservancy.org/wp-content/uploads/2017/11/Chairmans-Statement-from-Washington-Meeting-2017.pdf>.; “북극 공해 비규제 어업 방지 및 북극해 과학 연구 촉진을 위한 새로운 규범을 만든다”, 국정알림, 정부24, 외교부, 2017. 12. 1.

126) “북극 공해 비규제 어업 방지 및 북극해 과학 연구 촉진을 위한 새로운 규범을 만든다. -‘중앙 북극해 공해상 비규제 어업 방지 협정’ 서명”, 외교부 보도 자료, 2018. 10. 4.

127) International Institute for Sustainable Development (IISD), “Countries Agree to Prevent Unregulated Fishing in Central Arctic Ocean,” December 7, 2017.

128) Second International Conference on “the Protection of the North Sea: Ministerial Declaration Calling for Reduction of Pollution,” *International Legal Materials*, Vol. 27, No. 3(May 1988), pp. 835-48.

129) The Rio Declaration on Environment and Development(1992) Principle 15. “In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”

130) Convention on Biological Diversity, Preamble para 9. “...lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to avoid or minimize such a threat.”

131) OSPAR Convention Article 2(2)(a). “The precautionary principle, by virtue of which preventive measures are to be taken when there are reasonable grounds for concern that ...”

132) 유엔공해어업협정 제6조 제2항, 원문은 다음과 같다. “States shall be more cautious when information is uncertain, unreliable or inadequate. The absence of adequate scientific information shall not be used as a reason for postponing or failing to take conservation and management measures.”

과의 일관성을 유지한다.

셋째, 어업 가능성 검토 등 과학 데이터 축적을 위해 공동 연구 프로그램을 마련하고, 과학 활동 증진을 위해 당사국 간 또는 다른 과학 기구와의 협력을 강화한다.¹³³⁾ 또한, 유엔해양법협약 목적을 저해하지 않는 한 과학 조사를 자유로이 수행할 수 있으며(공해상 과학 연구의 자유 보장), 과학 조사 계획 및 결과를 공유한다.

넷째, 이행 및 과학 데이터 검토, 지역 수산 기구 설립 협상 개시, 시험 어업 규칙 마련 등을 위해 최소 2년마다 당사국 회의 및 과학 자문 회의를 개최한다.

결론적으로 이 협정은 한시적으로 북극 공해의 조업 활동을 유예하고 매 2년마다 정기적으로 참가국들이 모여 공동 과학 연구 프로그램을 추진함으로써 연구 성과를 공유하는 등 북극 공해상 어족 자원 보호 및 관리를 위한 협력 기반을 마련하는 데 그 목적이 있다고 할 수 있다. 한편, 과학 연구 조사 결과 북극 공해에서의 지속 가능한 조업이 가능하다고 판단할 경우 향후 지역 수산 기구로 발전될 전망이다.

이 협정은 북극 공해 환경 변화에 대한 경각심 및 과학 연구의 필요성에 공감한 북극해 연안 5개국 및 비연안 5개국(한국, 중국, 일본, 아이슬란드, EU)의 노력의 결실이다. 이에 앞서 2015년 5개 북극해 연안국들은 ‘북극해 중앙의 공해 수역에서의 상업적 목적의 불법 어업을 규제하기 위한 선언(Declaration concerning the Prevention of Unregulated High Seas Fishing in the Central Arctic Ocean)’을 채택하고 이를 구속력 있는 협정으로 발전시키기 위해 노력해 온 바 있다. 지금까지 북극 공해 지역에서 상업적 어업이 행해진 적은 없으며 가까운 장래에도 북극 공해에서 어업이 실현될 가능성은 크지 않다. 그럼에도 불구하고 현재 북극해에서 진행되고 있는 기후변화 등의 상황을 고려할 때 공해 어업에 대한 예방적 접근에 따라 이 협정을 성안하게 되었다. 특히 이와 관련된 ‘공동 과학 조사 및 모니터링(Joint Program of Scientific Research and Monitoring)’은 향후 북극해 생태계 보호에도 크게 이바지할 것으로 기대된다.

이 협정의 채택을 통해 그동안 북극해 연안국을 중심으로 폐쇄적으로 운영되던 북극 지역 자원 및 환경 관리에 있어 비북극권 국가들의 참여를 통한 국제사회 전체의 공동 노력이 실현되었다는 점에서 의의가 있다고 본다. 특히 한국의 경우 북극 공해에 대한 과학 연구 및 협력에 비북극권 국가로서 참여할 수 있게 되었고, 최초로 북극해에 대한 국제법 규범 체계 형성의 한 축을 담당했다는 점에서 의의가 크다.

133) IISD, *supra* note 127.

라) 서식지 보호와 관련된 협약

북극해에서 번식하는 조류의 보전 문제도 매우 중요한 사안이다. 북극해에서 오는 철새들은 남극 내륙 지방을 제외하고는 전 세계 어느 곳이라도 갈 수 있다. 많은 자연보호 관련 국제 협정 중 상당수의 협정들이 조류 및 조류의 서식지와 관련이 있다. 이 중 조류 보전 문제와 대체로 관련이 있는 조약으로는 전술한 CMS협약이 있으며, 그 외에 ‘유럽 야생동물 보호 및 자연 서식지 보존에 관한 베른협약’¹³⁴⁾, Ramsar협약, CITES협약과 생물 다양성 협약 등을 들 수 있다. 이와 관련하여 북극해에서 번식하는 조류들의 경우 하나 또는 그 이상의 구속력 있는 국제적 또는 지역적 협정에 의해 취해진 조치들에 의해 보호받고 있는 것으로 확인되고 있다.

먼저 1971년 채택된 습지협약(Ramsar협약)의 공식 명칭은 ‘물새 서식지로서 중요한 습지 보호에 관한 협약’¹³⁵⁾이다. 이 협약은 습지와 습지 자원을 현명하게 사용하고 보전하기 위한 국내적 조치 및 국제적 협력을 위한 틀을 제공하며, 각 당사국이 자국 내에서 생태학적, 식물학적, 동물학적, 수문학적 견지 등에서 국제적으로 중요하다고 판단되는 습지를 지정하여 이의 보전을 위한 계획을 수립하고 실행할 것을 요구한다. 이는 야생 동식물의 서식지를 보호하기 위한 최초의 조약으로서 지난 수십 년간 습지 보호의 중요성에 대한 국제적 인식을 고양시키고 실제로 중요한 습지를 보호, 보전하는 데 있어서 많은 중요한 기여를 하였다고 평가된다.¹³⁶⁾ 현재 동 협약의 대상이 되는 북극해 내 장소는 대부분의 북극권 국가들에 의해 지정되었다. 예컨대 캐나다에서는 5개의 Ramsar 습지가 지정된 바 있다.

한편, 야생 동식물의 수확은 북극해 내 천연자원의 이용에 있어서 가장 공통적인 특징이다. 이와 관련한 지침의 하나가 1997년 ‘북극 종의 소비 목적의 이용을 위한 지침’¹³⁷⁾이다. 여기서 문제가 되는 것은 지속적인 사용이 보장되고 그로부터의 혜택이 공유될 수 있는 경우 야생 동식물의 지속적인 사용 프로그램은 자연 서식지의 보전과 관련하여 실질적인 경제적 인센티브가 되고 있다는 점이다.¹³⁸⁾ 그러나 이에

134) Berne Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, accessed October 31, 2019, <https://rm.coe.int/1680078aff>.

135) Convention on the Conservation of Wetlands of International Importance Especially as Waterfowl Habitat, accessed October 31, 2019, https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/ram06e_all_greece.pdf.; Veit Koester, *The Ramsar Convention on the Conservation of Wetlands: A Legal Analysis of the Adoption and Implementation of the Convention in Denmark*, IUCN Enviro, December 1, 1989.

136) 정인섭, 앞의 주 104, p. 661.

137) Guidelines for Consumptive Use of Wild Species in Arctic, WWF, accessed November 1, 2019, <https://www.wcu.edu/inwr/digest/digest17.html#11>.

138) Linda Nowlan, “Arctic Legal Regime for Environmental Protection,” *IUCN Environmental Policy and Law Paper*, No. 44 (2001): p. 28.

대한 반대 입장도 적지 않은바, 특히 예컨대 많은 사람들이 고래와 물개 사냥에 반대하고 있다는 점에서 논쟁의 여지가 많다. 또한 세계순록협회(Association of World Reindeer Herders)의 활동도 중요하다. 순록의 가내 사육은 북극에서는 중요한 경제적 및 문화적 활동이다. 세계순록협회는 이러한 활동을 보장하기 위해 존재하고 있으며 북극이사회는 순록의 지속적인 사육을 위한 사업을 후원하고 있다.

이와 관련하여 ‘아프리카-유라시아 이동성 물새 협정(AEWA: Agreement on the Conservation of African-Eurasian Migratory Waterbirds)’도 북극해 환경의 보호와 관련하여 의미 있는 협정이다.¹³⁹⁾ 이 협정은 전술한 CMS협약의 후원에 체결되었지만 현재는 독립된 협정으로 기능하고 있다. 또한 이 협정은 특히 북극이 다양한 아프리카와 유라시아 철새 종(거위, 오리, 백조 등)들을 위한 서식지를 제공한다는 점에서 의미가 있다.

마) 문화 및 자연 유산의 보호와 관련된 협약

세계유산협약으로 알려진 1972년 ‘세계 문화 및 자연 유산 보호를 위한 협약’¹⁴⁰⁾도 북극해의 자연환경 보호와 전혀 무관하지는 않다고 본다. 현재 동 협약에 따라 북극권 국가들 내에서 세계유산 장소로 지정된 곳이 최소한 10곳이 된다. 예컨대 캐나다와 미국 간 공동 지역인 Kluane-Wrangell-St., Elias-Glacier, Bay-Tatsenshini, 알래스카와 러시아의 Kamchatca Volcanoes과 전통적으로 순록을 사육하는 사미족의 근거지인 스웨덴의 Laponian Area을 들 수 있다.

3) 북극해 연안국들의 국내법

북극권 국가들의 국내법은 국제법이 아니라는 점에서 다른 나라에 대해 구속력이 있는 것은 아니지만 일부 연안국의 국내법의 경우, 예컨대 캐나다나 러시아의 경우 자국 영해 이원의 연안에 대하여 역사적 내수의 개념을 적용하여 항행 안전 및 환경보호를 목적으로 동 수역을 항행하는 외국 선박에 대하여 자국법을 적용해 오고 있으며, 더욱이 이러한 국내법에 의한 규제에 대하여 유엔해양법협약 제234조가 부분적인 정당성을 부여하고 있음은 주지의 사실이다. 특히 북극해의 해빙과 관련 가장 중요한 현안인 북극 항로를 통한 항행의 가능성이 현실화되고 아직 이

139) AEWA, Agreement on the Conservation of African-Eurasian Migratory Waterbirds, accessed October 31, 2019, <https://www.unep-aewa.org/>.

140) Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, World Heritage Convention, UNESCO, accessed October 31, 2019, <https://whc.unesco.org/archive/convention-en.pdf>.

를 규율하는 국제법 규범 체계가 형성 중에 있는 상황에서 북극 항로의 운항과 관련된 항로 소재국인 러시아와 캐나다의 국내법은 매우 중요한 역할을 수행하고 있음을 알 수 있다. 따라서 캐나다와 러시아의 국내법은 북극 해양 환경보호의 차원에서라도 살펴볼 필요가 있음을 알 수 있다. 이와 관련하여 2017년 1월 1일 자로 시행된 극지 규범은 북극 항로에 대한 국제법적 규율과 러시아 및 캐나다의 상항행관련 국내법적 규율의 조화에 기여하게 될 것으로 보인다.

3. 북극권 국가 간 북극 환경보호를 위한 고려 사항

1) 미국의 유엔해양법협약 비준

과거 해양법 발전에 많은 기여를 해 온 미국이 아직 이 협약 당사국이 아니라는 점 등이 지적될 수 있을 것이다. 유엔해양법협약의 거의 대부분의 규정들은 이미 국제 관습법화되었다는 점에서 물론 미국이 유엔해양법협약의 당사국이 아니라는 사실이 북극해의 효과적인 관리에 부정적인 영향을 미치는 것은 아니지만 북극해에 대한 국제법 규범 체계의 중심에 유엔해양법협약이 있다고 할 경우 협약의 보편성 확보를 위해서도 미국의 비준은 중요하다. 미국이 비당사국으로서 유엔해양법협약상의 권리만 주장하고 의무는 방기한다면 이는 국제적 정의에도 부합되지 않는다고 할 것이다. 미국의 비준은 국제사회 전체의 이익이라는 측면에서만 아니라 실제로 미국 국익의 관점에서 필요하다고 본다. 왜냐하면 유엔해양법협약 규정에 의할 경우 미국의 대륙붕이 가장 넓어질 수 있다는 분석도 있기 때문이다.¹⁴¹⁾ 또한 미국의 ‘북극 지역에 대한 국가 전략’에서 국제법 관련 부분을 찾아보면 미국도 유엔해양법협약 비준 추진 등 유엔해양법협약 체계를 존중하고 있음을 알 수 있다.¹⁴²⁾ 트럼프 행정부의 등장 이후 지금까지 트럼프 대통령 및 동 행정부 관련 인사 어느 누구도 협약의 비준과 관련된 어떠한 공식적인 언급을 한 적이 없다는 점

141) Melissa Bert, “The Arctic Is Now: Economic and National Security in the Last Frontier,” *American Foreign Policy Interests* Vol. 34 (2012), p. 13. 이에 따르면 미국의 대륙붕은 330만 평방마일 이상으로 대륙붕이 적은 국가 최하순위 48개국의 대륙붕을 합친 면적보다도 넓다; Telis Demos, “Arctic Circle Oil Rush,” *Fortune* Vol. 156, Issue 4(2007. 8. 20), pp. 11-12. 미국의 대륙붕은 알래스카 면적의 1/2이며 석유와 가스 매장량은 약 150억 배럴로 추정된다고 보고 있다.

142) U.S. National Strategy for the Arctic Region, The White House, 2013. 동 전략은 경제적 기회 활용, 지속 가능한 생태계 보호, 책임 있는 북극 관리, 해난 구조, 오염 예방을 위한 국제 협력, 안보 이익 등을 주요 목표로 하고 있다. 이를 요약한 미국 정부의 정책 방향은 1) 미국의 안보 이익의 증진(Advance United States Security Interests), 2) 북극 지역에 대한 책임 있는 선도(Pursue Responsible Arctic Region Stewardship)와 3) 국제 협력의 증진(Strengthen International Cooperation)이다. accessed November 1, 2019, <http://polarconnection.org/us-national-strategy-arctic-region-may-2013/>.

에서 아직까지 구체적인 입장은 나타나고 있지 않으나 협약 비준 필요성에 대해서는 과거 행정부와 유사한 입장을 가지고 있다고 보인다.¹⁴³⁾

미국의 비준은 국제사회에 대해 미국이 북극 환경의 보호를 위해 적극적인 역할을 할 자세가 되어 있음을 국제사회에 보여주는 긍정적인 효과를 가져올 것으로 기대된다.¹⁴⁴⁾

2) IMO 채택 극지 규범(Polar Code)의 성실한 이행

극지 규범 중 유엔해양법협약과의 관계에서 해석상 차이가 있는 부분을 신중하게 검토하여야 할 것이며 또한 북극해 수역 중 항로 운항이 가능한 수역의 연안국인 러시아와 캐나다의 관련 국내법의 수정 또는 개정을 요구할 수도 있을 것이다.

3) 장거리 월경 대기오염에 대한 규제와 협력¹⁴⁵⁾

1979년 장거리 월경 대기오염협약(CLRTAP협약) 개정 의정서의 이행을 위한 북극권 국가들의 지도력 발휘가 요구되며, 이와 관련하여 동 협약하에서 확립된 블랙카본(black carbon) 규제의 효과성 확대를 위해 북극권 국가들의 아시아 내 배출국과의 협력 제고가 필요하다.

III '북극해 환경협약' 체결 가능성 검토

1. 체결 시 고려 사항

북극해에서의 해양 환경보호 및 보전을 위해 우리는 현행 국제법 규범 체계를 보완하는 방안으로 북극해 전체를 대상으로 하고 북극해의 특수성이 반영된 '북극

143) "Will Trump Support Ratification of UNCLOS Treaty?," *The Pavlovic Today*, April 10, 2017, accessed November 1, 2019, <https://thepavlovictoday.com/afterimage-review/spirit-mutual-understanding-cooperation/>.

144) The Arctic Council and Multilateral Environmental Agreements, Earthjustice, May 6, 2011, accessed November 1, 2019, <https://earthjustice.org/sites/default/files/EJ-ArcticCouncil-MultilateralEnvAgreements.pdf>.

145) *Ibid.*

해 환경협약의 체결을 생각해 볼 수 있다. 북극해 환경협약의 체결과 관련하여 시사점을 줄 수 있는 적절한 지역적 협약으로는 OSPAR협약이 있다. OSPAR협약은 지역적 협약 중 가장 발전된 형태로 지역 범위에 북극을 포함하고 있어서 북극해에서의 규범 체계 형성에 도움이 될 수 있을 것으로 보인다. 참고로 지금까지 많은 종류의 지역 차원의 환경 관련 협약들이 체결되었으며, 이러한 지역 차원의 환경협약들이 필요한 이유는 해당 지역의 특수성을 반영할 수 있다는 장점이 있기 때문이다. 북극해 환경협약의 체결도 이러한 점에서 의의가 있다고 본다.

한편, 북극해 환경협약 체결 시에는 동 협약의 특수성에 비추어 다음 사항이 고려되어야 할 것이다.

첫째, 국경을 넘는 다양한 인간의 활동에 의한 영향(trans-boundary effect)을 고려하여야 할 것이다.

둘째, 협약의 적용 지역인 북극해 지역은 평화적 목적으로만 이용되어야 할 것이다.

셋째, 단순히 강화된 형태의 환경 관련 협약이 아니라 지속 발전 어젠다(sustainable development agenda)도 포함되어야 할 것이다.¹⁴⁶⁾ 달리 말해서 북극해는 단순한 자연보호 구역이 아니므로 개발과 환경의 차원에서 접근되어야 할 것이다. 그렇게 함으로써 북극해 환경협약은 기국과 연안국 간 이해의 조화를 통해 북극해에서의 환경 분야를 규율하는 통합된 축이 될 수 있을 것이다.

넷째, 리우선언 등을 포함하여 확립된 국제 환경법의 원칙들 중 특히 북극해 환경에 중요한 법 원칙, 예컨대 사전주의 원칙, 세대 간 형평의 원칙, 오염자 부담 원칙과 환경 피해를 야기하지 않을 의무 등이 포함되어야 할 것이다.

다섯째, 보다 실질적인 조항으로 남극 환경과 관련하여 마드리드의정서 부속서¹⁴⁷⁾에 포함된 사항들이 함께 고려되어야 할 것인바, 환경영향평가, 북극 동식물 보전, 폐기물 처리 및 관리, 해양오염의 방지, 그 밖에 해양에서의 자원개발과 관련된 오염 방지 등에 관한 규정이 포함되어야 할 것이다.

여섯째, 구속력 있는 환경협약의 제정은 북극해 환경의 보호 및 보전을 위한 국제적 차원에서의 고도의 정치적 약속이므로 북극이사회가 겪고 있는 만성 적자 문제와 같은 재정적 문제의 해결을 위한 방안 등도 함께 고려되어야 할 것이다. 이와 관련하여 제도적 차원에서 당사국 간 관련 기술의 이전, 혜택 공유, 유엔해양법협

146) Nowlan, *supra* note 138, p. 57. 저자에 의하면 북극해 환경협약의 체결에 대한 국제사회의 시각은 상반되는데, 대체로 새로운 북극 환경협약의 체결을 주장하는 환경 단체, 정부 및 학계의 전문가 그룹은 환경보호 뿐만 아니라 지속 발전 문제도 포함시킬 것을 주장하고 있다고 한다. 반면 반대하는 입장은 지역 차원의 포괄적인 협약으로 해결하기 어렵다는 입장이다.

147) *Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty*, Eionet Reporting Obligations Database, Legislative Instrument Details: Madrid Protocol 참조, accessed November 1, 2019, <https://rod.eionet.europa.eu/instruments/576>.

약의 예에 따른 분쟁 해결 방안의 선택 문제 등도 폭넓게 고려되어야 할 것이다.

일곱째, 최근 발효된 극지 규범 중 환경 관련 사항이 고려되어야 할 것이다. 이 경우 두 개의 관련 조약이 별개의 제도로 운영되는 것이 아니라 상호 보완적으로 운영됨으로써 상승효과를 가져올 수 있을 것이다. 이를 위해 극지 규범 중 유엔해양법협약과의 관계에서 해석상 차이가 있는 부분을 신중하게 검토하여야 할 것이며 또한 북극해 수역 중 항로 운항이 가능한 수역의 연안국인 러시아와 캐나다의 관련 국내법의 수정 또는 개정을 요구할 수도 있을 것이다.

끝으로 협약 체결을 위한 교섭이 시작될 경우, 이 협약의 적용 대상이 비록 북극해라는 지역적 한계를 가지고 있지만, 협약이 전 지구적 환경보호 및 보전과 관련된 사항을 포함하고 있다는 점을 염두에 두고 모든 이해관계국의 의사 결정 과정에의 참여가 허용되어야 할 것이다.

2. 체결 시 예상 문제점

북극해의 환경 분야만을 대상으로 하는 별도의 협약을 체결하게 될 경우에는 다음의 문제점이 있음을 간과하여서는 안 될 것이다.

첫째, 북극해 환경보호를 위한 별도의 협약을 제정할 필요가 있다는 주장은 북극해에서의 해양 환경보호를 위한 새로운 강화된 형태의 협약은 필요 없다는 북극이사회 산하 북극해양환경보호(PAME) 실무작업반의 평가와 현재 soft law로 구성되어 있는 환경 관련 결의, 선언, 지침 등을 hard law로 발전시키는 문제에 대한 국제사회의 공감대가 아직은 형성되어 있지 않다는 점 등에 비추어 현실적인 대안이 되기에는 어려움이 있다.¹⁴⁸⁾

둘째, 앞에서 설명된 사항들을 포괄하는 협약의 체결은 아직은 오히려 이상에 가깝다는 점에서 비현실적이고, 그렇다고 이러한 요소들을 배제한 새로운 지역 환경 협약의 체결은 무의미할 수도 있다는 점에서 국제사회의 고민이 있다. 북극해 환경 협약의 제정은 그 필요성은 인정되지만 제반 상황에 비추어볼 때 아직은 시기상조라는 입장이 지배적인 것으로 관측되고 있다.¹⁴⁹⁾

148) Olav Schram Stokke and Geir Hønneland, eds., *International Cooperation and Arctic Governance Regime Effectiveness and Northern Region Building* (New York: Publisher Routledge, 2007), p. 165. 상기 학자들은 다양한 검토에도 불구하고 북극에 적용될 새로운 구속력 있는 문서를 만들어야 할 급박한 이유는 없다고 결론짓고 있다.

149) Nowlan, *supra* note 138, p. 59. 저자는 북극권 국가들이 아직 환경 관련 구속력 있는 조약 형태의 협약 제정을 고려하고 있지 않는 것 같다고 평가하면서, 협약 체결 시에도 이미 확립된 환경 관련 원칙들을 재확인하는 수준에 머물 수 있다는 점과 자칫 'treaty congestion' 또는 'treaty fatigue' 현상이 나타날 가능성을 우려하고 있다고 판단하고 있다.

셋째, 북극해 환경협약은 광범위하고 포괄적인 체계로 방대한 규모라는 점에서 교섭 과정에 많은 시간이 필요할 것으로 보이는데, 이는 동 환경협약을 추진하는 경우에도 절차적인 문제로 어려움이 많을 것임을 시사하고 있다.¹⁵⁰⁾ 다시 말해서 북극해의 경우 해양관할권 등 이해 대립이 현저하고 전반적인 협력 체계가 초기 단계이기 때문에 새로운 국제법 규범 창설까지 상당한 거래 비용이 발생할 것이다.

넷째, 북극해 환경 관련 다양한 사안들을 규율하기 위한 포괄적 성격의 북극해 환경협약의 체결이 어려운 경우 우선적으로 북극해에서의 초국경적 대기오염을 방지하기 위한 목적의 단일 협약의 성립을 생각해 볼 수 있을 것이다. 왜냐하면 초국경적 대기오염의 경우 이미 기존의 협약들에 의한 성과가 확인되었기 때문에 쉽게 합의에 도달할 수 있을 것이기 때문이다.¹⁵¹⁾ 그러나 이 경우 북극해 환경협약의 체결이라는 본래의 목적과 상치된다는 점이 지적될 수 있을 것이다.

새로운 대안의 도입 문제는 아직은 가능성의 영역에 남아 있으며 추후 상황 변화에 따른 검토 가능성을 완전히 배제하지 않는다는 점에서 지속적인 관찰과 함께 필요성 여부에 평가가 필요할 것이다.

IV 한국의 참여 및 기여 방안

1. 북극 정책 및 주요 활동

북극해의 해빙으로 인한 북극해 현상의 변화는 북극권 국가들만의 관심사가 아니라 우리 모두를 포함한 국제사회 전체의 이해와 관련된 문제이다. 한국도 2008년부터 북극해 현상의 변화에 주목하면서 북극해 해빙으로 발생할 수 있는 문제에 대응해 오고 있다. 국제사회의 성원으로서 북극해에 대한 한국의 관심은 단순히 북극해를 이용과 혜택의 영역으로만 보아서는 안 될 것이다. 한국의 관심은 북극해를 활용하면서도 다른 한편으로 북극해를 자연 그대로 보존하고 지속 가능한 상태로 발전시켜야 한다는 책임의 측면에서 함께 다루어야 할 것이다.

한국의 대(對) 북극 활동은 해빙의 문제가 본격화되기 이전인 2002년에 다산과

150) *Ibid.*, p. 59.

151) Yoshinobu Takei, "Polar Complications in the Law of the Sea: A Case Study of the Regime for Research and Survey Activities in the Arctic Ocean," Netherlands Institute for the Law of the Sea (Utrecht University, 2010), p. 9.

학기지를 설립하며 시작되었다. 그리고 2013년 5월 북극이사회 옵서버 진출을 계기로 범정부 차원의 중장기 전략을 마련하면서부터 본격적으로 추진되었다.

한국 정부는 2013년 12월 북극 항로 개척과 에너지 및 기타 자원 개발 등 북극 정책 전반에 대한 범정부 차원의 ‘북극 정책 기본 계획’을 마련하고¹⁵²⁾ 2015년 4월에는 ‘북극 정책 시행 계획’과 북극 정책 기본 계획의 세부 추진 계획을 채택한 바 있다.¹⁵³⁾ 북극 관련 한국 정부의 우선적 관심 사항은 북극권 과학 조사 촉진, 인간과 환경의 균형을 통한 북극의 지속 가능한 발전 도모, 육로 및 항로를 이용한 유라시아와의 연계성 강화를 목표로 하는 ‘유라시아 이니셔티브’의 한 축으로서 북극 개발에의 참여라고 할 수 있다. 또한 이러한 정책 목표의 실현을 위해 한국 정부는 북극이사회를 중심으로 북극권 국가들과의 협력을 강화해 오고 있다.

상기 대(對)북극 정책 방향에 따라 추진되어온 한국의 북극 관련 주요 활동 중 특히 국제법적 함의가 있는 양자 및 다자 협력 사항들을 정리하면 다음과 같다.¹⁵⁴⁾

첫째, 2012년 9월 스발바르 조약에 가입함으로써 스발바르 지역으로의 접근이 가능해졌으며 해당 지역에서 활동할 수 있는 권리를 확보하였다. 따라서 한국은 이 조약에 따른 동 지역에서의 어업, 광업 및 상업 관련 활동이 가능해졌다.

둘째, 북극이사회 옵서버로서의 지위를 획득하고 관련 회의에 참석하여 북극 관련 현안에 적극적으로 관심을 표명해 오고 있다. 구체적으로는 2013년 5월 노르웨이 니알스네에서 개최된 ‘니알스네 북극 국제 심포지엄’, 2013년 10월 캐나다 화이트호스와 2014년 3월 및 동년 10월 캐나다 옐로나이프, 2015년 3월 캐나다 화이트호스에서 개최된 북극이사회 고위관리(SAO) 회의에 참석한 바 있으며, 북극이사회 산하 작업반 및 태스크포스 회의에도 지금까지 총 16회 참석하였다. 또한, 2013년 10월 및 2014년 10월 두 차례에 걸쳐 아이슬란드에서 창설된 북극권(Arctic Circle) 회의에 참석하였으며, 노르웨이 외교부 후원으로 2007년부터 개최되는 북극 프런티어(Arctic Frontiers) 회의에도 2014년 1월, 2015년 1월 및 2017년 1월 3회 참가하여 활동하였다. 한편, 2015년 2월에는 보다 적극적으로 북극이사회 옵서버 활동 보고서를 제출하였으며, 북극이사회 작업반에 우리 전문가 10여 명을 추천하고 2015년 4월에는 캐나다 이콰루이트에서 개최된 북극이사회 각료회의에도 참가하는 성과를 보였다.

152) 북극 정책 기본 계획, 2013년 12월, 관계부처 합동, <https://www.arctic.or.kr/files/pdf/m4/korea.pdf> (검색일: 2019. 11. 10).

153) 2015년 북극 정책 시행 계획 수립, 해양수산부, 2015. 4. 7, <https://www.mof.go.kr/article/view.do?menuKey=376&boardKey=10&articleKey=7513> (검색일: 2019. 11. 10).

154) 우리나라의 북극 국제 협력 추진 현황, 외교부, 2015. 7. 3 및 외교부, 보도 자료, https://mcms.mofa.go.kr/news/pressinformation/index.jsp?menu=20_30 (검색일: 2018. 4. 29).

셋째, 북극권 국가들과의 협력을 강화하기 위한 정책 협의 등을 시행하고 있다. 예컨대 한·러시아 북극협의회 정례화(제1차 회의: 2017년 11월 서울), 한·노르웨이 북극협의회 정례화(제1차 회의: 2012년 5월 서울, 제2차 회의: 2015년 6월 오슬로, 제3차 회의: 2017년 12월 부산), 한·캐나다 북극협의회 개최(제1차 회의: 2017년 11월 서울), 한·덴마크 북극협의회 정례화(제1차 회의: 2015년 10월 코펜하겐, 제2차 회의: 2018년 3월 서울), 한·핀란드 북극협의회 정례화(제1차 회의: 2015년 10월 헬싱키, 제2차 회의: 2017년 12월 서울), 한·아이슬란드 북극협의회 개최(제1차 회의: 2016년 6월 서울) 등을 들 수 있다. 그 밖에 2015년 8월 미국 주도하의 북극 관련 외교장관회의 ‘Global Leadership in the Arctic: Cooperation, Innovation, Engagement and Resilience (GLACIER)’에 참석하였으며, 2016년 6월에는 한·러시아 대화 정경 회의에도 참가하였다. 동 회의는 정치, 국제관계 및 경제, 통상 분과위를 중심으로 정치·경제 분야에서의 협력을 증진하는 방안에 관한 논의로 2015년 3월 서울에서 제1차 회의가 개최된 바 있다. 한편, 상기 한·러시아 대화를 계기로 유라시아-북극 항로 연계성 행사를 북극 항로의 거점 도시인 상트페테르부르크와 무르만스크에서 개최하는 등 다양한 북극 관련 포럼 및 회의에 지속적으로 참가해 오고 있다.

넷째, 북극해 해빙으로 인한 자원 개발 및 북극 항로 상용화에 관심을 가지고 있는 동북아 국가들 간의 협력에도 노력을 기울이고 있다. 그간의 성과로 제1차 한·중일 고위급 북극협력대화(2016년 4월)가 개최되었는데, 이는 2015년 11월 제6차 한중일 정상회의 후속 조치로 신설된 협의체로서 동북아 국가들 간의 북극에서의 협력을 위한 의지를 확인할 수 있었던 회의였다. 제2차 회의는 2017년 6월에 개최되었으며 동 회의에서 3국 대표들은 각국의 북극 정책과 활동 현황 및 계획을 논의하고, 북극 과학 분야를 중심으로 3국 간 북극 협력을 지속적으로 강화해 나가기로 합의하였으며 향후 북극 협력의 비전을 담은 공동성명(Joint Statement)을 채택하였다.

다섯째, 한국 정부는 현재 북극 문제에 있어 주도적 역할을 강조하며 2017년 12월 열린 한·북극경제이사회 협력 세미나를 주최한 것을 계기로 ‘2017 북극협력주간(Arctic Partnership Week 2017)’ 행사를 개최하였고 나아가 한·캐나다 북극협의회 시 북극 관련 가장 중요한 논의의 장 중 하나인 북극권 회의의 지역 포럼을 2018년 12월 서울에서 개최한 바 있다.

그 밖에도 2017년 성안된 북극해 공해상 비규제 어업 방지 협정 등 글로벌 어젠다 논의에도 적극적으로 참여하고 있으며 북극이사회 프로젝트 참여(4건), 북극 과학 국제기구 진출(4인) 및 민·관·산·학 관련 MOU 체결(42건) 등 다양한 방면으

로 북극 관련 사안에서 주도적인 역할을 수행하고 있음을 확인할 수 있다.

한국정부의 대(對)북극 정책 및 활동은 앞으로 더욱 강화될 전망이며, 이러한 과정을 통해 궁극적으로는 북극해를 효율적으로 규율하고 관리하기 위한 국제법 규범 체계 형성 과정에도 적극적으로 참여할 수 있게 될 것이다.

한편, 민간 부문에서의 대(對)북극 관련 활동도 활발히 이루어지고 있다. 예컨대 북극해 석유가스 개발 과정에 한국의 기술을 활용한 참여 및 해양 플랜트 수출 기회 모색(2014년 대우조선해양은 러시아 천연가스전 개발 사업인 ‘야말 프로젝트’를 통해 쇠빙 LNG선 15척 수주)¹⁵⁵⁾, 2002년 다산과학기지 설립(노르웨이 스발바르 군도의 니알슨 소재)을 통한 본격적인 과학 조사 활동 수행(연간 약 50명의 과학자가 6개월여 기간 동안 상주하며 과학 조사 활동 실시) 및 2009년 쇠빙 연구선 아라온호 건조 이후의 극지해양 및 대기 환경과 해저 지층 연구 등의 활동들을 들 수 있을 것이다.¹⁵⁶⁾

2. 국제법 규범 체계 형성 과정에의 기여

전술한 바와 같이 한국은 2013년 북극이사회의 옵서버 국가로 참가하게 되었다. 북극이사회의 참여를 통해 한국이 북극과 관련하여 기여할 수 있는 방안이 무엇인가 신중하게 검토함으로써 국익에 부합하는 정책을 수립해 나가야 할 것이다. 이와 관련 하여 한국은 현재 발효 중인 다양한 다자 조약의 틀 속에서 당사자로서의 권리와 의무를 찾아야 할 것이다. 무엇보다도 북극 관련 한국의 역할은 북극이사회를 통한 다자 협력에의 참여라고 할 수 있다.¹⁵⁷⁾ 이를 위해 한국은 북극이사회의 제도 및 메커니즘에 대한 연구가 필요하며 향후 북극만을 위한 또 다른 형태의 다자 협력 체제가 구축되는 경우 한국이 보다 능동적으로 참여할 수 있는 틀을 만들어내야 할 것이다. 또한 필요시 북극권 국가 내지는 북극과 이해관계를 가지는 국가들과 양자 조약 협력을 통해 한국의 국익을 신장하기 위한 방안을 강구하여야 할 것이다. 이러한 점을 염두에 두고 북극해 지역 문제의 해결이 오늘날 기후변화로 인해 나타나고 있는 다양한 전 지구적 현상의 해결에의 기여라는 점, 국제사회가 추구하는 제반 가치는 북극해에도 그대로 적용된다는 점, 예컨대 환경보호, 원주민의 인권, 항행 안전, 북극해의 평화적 이용의 문제는 북극해에만 국한된 문제가 아니라 북극해

155) “대우조선 쇠빙 LNG선 야말, LNG 운송, 페트로나스 첫 직도입”, 『EBN』 2017.12.13.

156) 허순도, 이재일, 우주선, “극지연구”, 지질학회지 제53권 제4호(2017년 8월), pp. 487~488.

157) 문진영, 김윤옥, 서현교, “북극이사회의 정책동향과 시사점”, 연구자료 14-06, 대외경제정책연구원, 2014, pp. 107~108.

를 포함하여 전 지구적 차원에서 함께 논의되고 해결되어야 한다는 점에서 국제사회의 책임 있는 성원으로서 공동의 이익 실현에 기여하여야 할 것이다.

한편, 북극의 경우 남극과 달리 통일된 국제조약이 없고 유엔해양법협약에 따른 연안국의 배타적 권리가 인정되고 있는 상황인바, 북극해 진출을 위해서는 연안국과의 협력이 필수적이다. 특히, 북극해 지역의 자원 개발이나 해상 운송 등 북극해의 상업적 이용과 관련해서는 북극해 연안국들과의 양자적 협력 관계 구축이 무엇보다도 중요하다. 여기서 북극해 연안 5개국들의 북극 정책을 살펴보면, 이들 연안국들은 공통적으로 북극에서의 주권(국가 안보) 강화, 기후변화에 따른 환경적 충격에 대한 국가적 대응과 적응, 북극의 기후변화로 인한 광물 및 석유 자원 개발, 어족 자원 등에 대한 지속 가능한 개발과 관리를 역점 전략으로 하고 있으며, 자원 개발 및 수출, 해운, 항로 안정성, 자연환경 및 생태계 보존과 관리, 북극 관련 기술 개발, 대륙붕 연장 등이 주요 관심사이다. 한국 정부도 이러한 북극해 연안국들의 입장과 정책 방향을 잘 이해하면서 자원 개발, 어족 자원 관리, 항행 가능성 등을 염두에 두고¹⁵⁸⁾ 북극이사회 활동에 적극 참여하여야 할 것이다. 또한 북극해 대륙붕 확장과 관련한 북극해 연안국들의 입장과 대륙붕한계위원회의 평가를 잘 관찰하여 한국에 현안인 동중국해 대륙붕 경계 획정을 위한 시사점을 발견할 수 있도록 하여야 할 것이며, 북극해 심해저에 대한 개발 가능성에도 주목하여 국제 심해저 기구에서의 북극해 관련 논의에도 대비해 나가야 할 것이다.

북극해에 대한 국제사회의 관심이 높아지고 있고 국가 간 경쟁이 예상되는 오늘날 북극이사회 옵서버 국가의 지위를 획득한 한국으로서는 향후 북극이사회 옵서버 국가 간 경쟁에 대해서도 국제법의 테두리 내에서 대응책을 강구해 나가야 할 것이다. 그 밖에 북극이사회 외에도 북극 관련 문제들을 다루기 위한 여러 정부 간 포럼이 구성되어 활동 중임을 감안하여 이러한 다양한 기구의 활동에도 관심을 가지고 대비해 나가야 할 것이다. 동시에 북극해를 둘러싼 현상을 해결하는 방법론이 결국은 국제법 규범 체계를 만들어가는 과정이라고 할 때¹⁵⁹⁾ 한국은 새로운 규범 체계의 형성 과정에도 적극 참여할 수 있도록 북극해 연안국은 물론 비북극해 연안국들과의 협력도 강화해 나가야 할 것이다.

158) 북극 항로 이용 시 부산-로테르담 간 거리는 32%(22,000 → 15,000km), 일수는 10일 정도(40일 → 30일) 단축 가능(2013년 9월-10월 한국 현대글로벌비사가 북극 항로 시범 운항 실시).

159) 유준규, "북극해의 효과적 관리 현안과 과제", 국립외교원 외교안보연구소, 『주요국제문제분석』 (2012년 가을), p. 13. 현재 북극해의 효과적인 규율과 관리를 위한 다양한 형태의 국제 규범 창설 움직임이 나타나고 있고 또한 북극이사회의 거버넌스 과정이 배타적이어서 국제 규범 창설 과정에 직접적인 참여가 용이하지 않지만 창설되는 국제 규범은 북극권 국가뿐만 아니라 한국에도 적용되기 때문에, 북극이사회 및 관련 실무작업반 회의를 포함한 다양한 다자협의체에서 한국의 입장을 적극적으로 표명할 필요가 있다.

이러한 관점에서 북극에서 한국의 역할을 증진하고 동시에 북극해에 대한 국제법 규범 체계 형성 과정에 기여할 수 있는 방법론의 하나로 ‘아시아·태평양 북극 지역 위원회’의 창설 방안¹⁶⁰⁾에 대해 검토하는 것은 매우 시의적절하다고 본다. 김석환 박사 외 2인은 ‘한국의 북극 거버넌스 구축 및 참여 전략’ 제목의 논문에서 ‘아시아·태평양 북극 지역위원회’ 발족 시에는 북극권 국가인 러시아와 미국, 아시아·태평양 국가인 한국, 일본, 중국이 주요 참가국이 될 수 있다고 하면서 이들 국가들이 북극에 대한 국제법 규범 체계의 형성 과정에 참여하는 것이 필요하다는 점을 설명하고 있다.¹⁶¹⁾

V 결론

한국 정부는 기후변화로 인한 북극해의 해빙이 과연 혜택을 가져다주는 긍정적인 현상인지 또는 부정적인 측면은 없는지를 판단하여야 할 시점에 와 있다. 북극해 해빙은 일차적으로 항행과 자원 탐사 및 개발이라는 이용 가능성을 높여주고 있다. 동시에 이러한 이용은 북극해 환경오염 또는 자연 생태계의 훼손 등 쉽지 않은 과제를 제공하고 있다. 따라서 북극해의 변화와 관련된 현상을 긍정적인 측면과 부정적인 측면의 관점에서 어떻게 잘 조화시켜 나가느냐의 문제가 오늘날 북극이 직면하고 있고 또한 앞으로 직면하게 될 과제이다. 그러나 이러한 과제는 단순히 국가적, 지역적 차원이 아닌 초국가적 및 전 지구적 협력을 필요로 하고 있으며 그 중에서도 특히 북극에 이해를 가지는 북극권 국가, 더 좁게는 북극해 연안국들의 진정한 협력을 필요로 하고 있다. 우리는 이러한 협력을 국제법을 통한 북극해의 효과적인 규율과 관리로 설명하고 있다. 그럼에도 불구하고 아직까지 독특한 북극해 환경으로 인해 제기되고 있는 다양한 문제들을 다루기 위한 별도의 국제법 규범 체계는 마련되어 있지 않다. 여기서 어떻게 북극해의 효과적인 규율과 관리를 선도해 나갈 것인가의 문제가 제기되며 이에 대한 해답으로 이 논문은 현재 발효 중인 분야별 개별 협약과 soft law에 의해 보완되는 유엔해양법협약 중심의 현 국제법 규범 체계가 제대로 작동하고 있는가를 검토하였고 이어서 북극해의 이용과 환경보호의 측면에서 동 규범 체계의 적용 여부를 확인하였다.

160) 김석환, 나희승, 박영민, “한국의 북극 거버넌스 구축 및 참여 전략”, 한국대외경제정책연구원, 『전략지역심층 연구』 14-11 (2014), pp. 84-95.

161) 위의 주, 동 공저자들은 규범 형성 노력을 거버넌스 수립으로 설명하고 있다.

결론적으로 본 연구는 해빙의 속도가 가속화됨에 따라 북극해 관련 법 상황에 대한 인식이나 중요성이 높아지고 있는 현실에 직면하여 북극해를 효과적으로 규율하고 관리하는 데 필요한 국제법 규범 체계를 확인하는 데 목적이 있었다. 또한, 현행 규범 체계의 미래에 대한 평가와 함께 향후 발전적 방향을 제시하는 과정에서 북극이사회 옵서버 국가인 한국의 역할과 국제법 규범 체계 형성 과정에의 기여 방안에 대하여도 검토를 하며 마무리하였다.

참고 문헌

I. 국내 문헌

1. 단행본

정인섭. 『신국제법강의』 제4판. 서울: 박영사, 2013.

2. 논문

김석환, 나희승, 박영민. “한국의 북극 거버넌스 구축 및 참여 전략”. 『전략지역심층연구』 14-11. 한국대외경제정책연구원, 2014.

문진영, 김윤옥, 서현교. “북극이사회의 정책동향과 시사점”. 연구자료 14-06. 한국대외경제정책연구원, 2014.

서원상. “국제법의 새로운 과제: 극지 효과적 관리와 극지법”. 『국제법 동향과 실무』 Vol. 14, No. 1, 통권 제36권, 2015.

이근관. “북극 항로 이용에 관련된 법적 문제의 검토: the Opening of the Arctic Sea Route and International Law”. 『독도연구』, 한국해양수산개발원, 2013. 4. 10.

유준구. “북극해의 효과적 관리 현안과 과제”. 『주요국제문제 분석』, 국립외교원 외교안보연구원, 2012.

허순도, 이재일, 우주선. “극지연구”. 지질학회지 제53권 제4호, 2017.

3. 기타 자료

극지 해역 운항 선박 기준 [시행 2017.1.1.]. 해양수산부 고시 제2016-226호, 2016. 12. 29.

“대우조선 쇠빙 LNG선 야말, LNG 운송, 페트로나스 첫 직도입”. 『EBN』, 2017. 12. 13.

리우 후이룽. “기후변화와 북극해의 변화/(2) 북극 지역의 법률현황과 문제점”. 『해양한국』, 2009. 7. 28.

“미국 트럼프 행정부의 파리기후변화협정 탈퇴 결정과 파장”. World Energy Market Insight, Weekly, 제17-20호, 2017. 6. 19.

북극 정책 기본 계획. 2013. 12, 관계부처 합동.

북극 정책 시행 계획 수립. 해양수산부, 2015. 4. 7.

우리나라의 북극 국제 협력 추진 현황. 외교부, 2015. 7. 3.

“해양오염, 해양투기에 의한 해양오염”. 산하온환경연구소.

II. 국외 문헌

1. 단행본

Anderson, Alun. *After the Ice: Life, Death and Geopolitics in the New Arctic*. London: Publisher Virgin Books, 2009.

Byers, Michael. *International Law and the Arctic*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

- Koester, Veit. *The Ramsar Convention on the Conservation of Wetlands: A Legal Analysis of the Adoption and Implementation of the Convention in Denmark*. IUCN Enviro, December 1, 1989.
- Rothwell, Donald R. "Global Environmental Protection Instruments." In *Protecting the Polar Marine Environment-Law and Policy for Pollution Prevention*, edited by Davor Vidas. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Stokke, Olav Schram. "Radioactive Waste in the Barents and Kara Seas: Russian Implementation of the Global Dumping Regime." In *Protecting the Polar Marine Environment-Law and Policy for Pollution Prevention*, edited by Davor Vidas. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Stokke, Olav Schram and Geir Hønneland, eds. *International Cooperation and Arctic Governance Regime Effectiveness and Northern Region Building*. New York: Publisher Routledge, 2007.

2. 논문

- Bert, Melissa. "The Arctic Is Now: Economic and National Security in the Last Frontier." *American Foreign Policy Interests* Vol. 34, 2012.
- Demos, Telis. "Arctic Circle Oil Rush." *Fortune* Vol. 156, Issue 4, 2007.
- Joyner, Christopher C. "The Legal Regime for the Arctic Ocean." *Journal of Transnational Law & Policy* Vol. 18, No. 2, 2009.
- Juda, Lawrence. "Considerations in Developing a Functional Approach to the Governance of Large Marine Ecosystems." *Ocean Development & International Law* Vol. 30, Issue 1, 1999.
- Nowlan, Linda. "Arctic Legal Regime for Environmental Protection." *IUCN Environmental Policy and Law Paper* No. 44, 2001.
- Saksina, Tatiana. "Making UNCLOS Rules Work in the Arctic." WWF International-Arctic Programme, SCPAR-Workshop on UNCLOS, Helsinki, 2009.
- Second International Conference on "the Protection of the North Sea: Ministerial Declaration Calling for Reduction of Pollution." *International Legal Materials* Vol. 27, No. 3, May 1988.
- Takei, Yoshinobu. "Polar Complications in the Law of the Sea: A Case Study of the Regime for Research and Survey Activities in the Arctic Ocean." Netherlands Institute for the Law of the Sea, Utrecht University, 2010.

III. 기타 자료

1. 언론

- "Will Trump Support Ratification of UNCLOS Treaty?." *The Pavlovic Today*, April 10, 2017.

Whittell, Giles. "Russia to Accept Nuclear Waste- for \$30 Billion." *Vancouver Sun*, December 22, 2000.

2. 기타

Agreement between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden about Cooperation Concerning Pollution Control of the Sea after Contamination by Oil or Other Harmful Substances, 1993.

Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America on Air Quality.

Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Russian Federation on the Conservation and Management of the Alaska-Chukotka Polar Bear Population.

Agreement between the United States of America and Canada Relating to the Exchange of Information on Weather Modification Activities.

Arctic Council. "EPPR Meets in Reykjavik."

Bilateral Agreement between Denmark and Canada for Cooperation Relating to the Marine Environment, Foreign Affairs, Trade and Development Canada, View Treaty - E101887.

CIMAC. "The International Council on Combustion Engines." *EMISSION CALCULATION CHECK GUIDE - IMO NO_x Technical Code 2008, Set of Sample Measurement Data for Evaluation of Correct Calculation According to the Algorithms Provided by the Code.*

"Guidelines for Environmental Impact Assessment (EIA) in the Arctic." AEPS, 1997.

"Draft Sustainable Use of Wild Species - A Guide for Decision-Makers." Sustainable Use Initiative, IUCN, 2000.

Earth Negotiations Bulletin. Summary of the Fifth Session of the Inter-governmental Negotiating Committee for an International Legally Binding Instrument for Implementing International Arctic on Certain Persistent Organic Pollutants (IISD: Winnipeg), 2000.

Field Guide for Oil Spill Response in Arctic Waters. EPPR, *Emergency Prevention, Preparedness and Response.*

Finson, Arni. "Controversial Decision on Mining Lake Myvatn." WWF Arctic Bulletin 4.00, 2000.

Government of Norway. "Norwegian Mink Whaling."

Guidelines for Communication between Finland, Norway, Sweden and Denmark on Security Issues Related to the Nuclear Installations Constructed Near the Border.

Guidelines for Transfer of Refined Oil and Oil Products in the Arctic Waters (TROOPS).

ICC. "Northern Contaminants and Global POPs Programme."

International Institute for Sustainable Development (IISD). "Countries Agree to Prevent Unregulated Fishing in Central Arctic Ocean." December 7, 2017.

Inuvialuit-Inupiat Polar Bear Management Agreement in the Southern Beaufort Sea.

Memorandum of Understanding between the Government of Canada, the Government of Nunavut, and the Government of Greenland for the Conservation and Management of Polar Bear Populations.

Overview GEO-2000. Global Environment Outlook, Chapter 2-The Arctic-Biodiversity (Nairobi): UNEP, 2000.

“Ozone Layer Depletion.” Global Environment Facility, 2018.

Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty. Eionet Reporting Obligations Database, Legislative Instrument Details: Madrid Protocol.

Rio Declaration on Environment and Development. 1992.

U.S. National Strategy for the Arctic Region. The White House, 2013.

[첨부]

분야별 북극 관련 조약 현황

협약		채택일	북극권 국가 가입 현황
국문명	영문명		
유엔해양법협약(UNCLOS)	United Nations Convention on the Law of the Sea	Montego Bay, 1982	미국 x
멸종 위기에 처한 야생 동식물의 국제 거래에 관한 협약 (CITES/Washington협약)	Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora	Washington, 1973	북극권 8개국
북극곰보존협정	Agreement on the Conservation of Polar Bears	Oslo, 1973	북극해 연안 5개국
야생동물 이주종의 보전에 관한 협약(CMS협약)	Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals	Bonn, 1979	미국 x 캐나다 x 러시아 x 아이슬란드 x
아프리카-유라시아 이동성 물새 협정(AEWA)	Agreement on the Conservation of African-Eurasian Migratory Waterbirds	Hague, 1995	캐나다 x 러시아 x 미국 해당 x
포경 규제를 위한 국제 협약 (ICRW)	International Convention for the Regulation of Whaling	Washington, 1946	캐나다 탈퇴
유럽 야생동물 보호 및 자연 서식지 보존에 관한 협약(베른협약)	Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats	Berne, 1979	러시아 x 미국과 캐나다 해당 x
물새 서식지로서 중요한 습지보호에 관한 협약 (람사르협약)	Convention on the Conservation of Wetlands of International Importance Especially as Waterfowl Habitat	Ramsar, 1971	미국 x
세계 문화 및 자연 유산 보호를 위한 협약(세계유산협약/World Heritage 협약)	Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage	Paris, 1972	북극권 8개국
북동대서양에서의 해양 환경 보호를 위한 협약(OSPAR협약)	The Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic	Paris, 1992	미국 x 캐나다 x 러시아 x
발트해 지역 해양 환경 보호를 위한 헬싱키협약	Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Areas	Helsinki, 1992	미국, 캐나다, 노르웨이, 아이슬란드 해당 x
북대서양 해양 포유류 위원회 협정 (NAMMCO Agreement)	North Atlantic Marine Mammals Committee Agreement	Nuuk, 1992	핀란드 x 미국 x 캐나다 x 러시아 x 스웨덴 x

협약		채택일	북극권 국가 가입 현황
국문명	영문명		
유류 오염 사고 시 공해상 개입에 관한 국제협약	International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties	Brussels, 1969	미국 x 캐나다 x 러시아 x
유류 이외의 물질에 의한 사고 시 공해상 개입에 관한 의정서	Protocol Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Marine Pollution by Substances other than Oil	London, 1973	캐나다 x 아이슬란드 x
유류 오염 손해보상을 위한 국제 기금 설립에 관한 국제 협약 (FUND92)	International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage	1992	미국 x
선박 유해 방오 도로 시스템 사용 규제 국제 협약	International Convention on the Control of Harmful Anti-Fouling Systems on Ships	London, 2001	아이슬란드 x
대기오염의 장거리 국경 이동에 관한 협약	Convention on Long-range Transboundary Air Pollution	Geneva, 1979	북극권 8개국
산업재해의 국경을 넘는 영향에 관한 협약	Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents	Helsinki, 1992	미국 x 캐나다 x 아이슬란드 x
이황화탄소의 방출 및 국경 이동을 최소한 30% 감축시키기 위한 의정서(헬싱키의정서)	Protocol on the Reduction of Sulphur Emissions	Helsinki, 1985	미국 x 아이슬란드 x
황산화물 배출량 추가 감축에 관한 의정서(오슬로의정서)	Protocol on Further Reduction of Sulphur Emissions	Oslo, 1994	미국 x 러시아 서명 아이슬란드 x
중금속에 관한 오르후스의정서	Protocol on Heavy Metals	Aarhus, 1998	러시아 x 아이슬란드 x
질소산화물의 감축 및 국경 이동 통제에 관한 의정서(소피아의정서)	Protocol Concerning the Control of Emissions of Nitrogen Oxides	Sofia, 1988	아이슬란드 x
유럽 공기 오염 물질 장거리 이동 감시 및 평가를 위한 협력 프로그램의 장기 재원 의정서 (EMEP의정서)	Protocol on Long-term Financing of the Cooperative Programme for Monitoring and Evaluation of the Long-range Transmission of Air Pollution in Europe	Geneva, 1984	아이슬란드 x
산성화, 부영양화 방지를 목표로 대기오염 물질 배출량 규제를 위한 의정서(에테보리의정서)	Protocol to Abate Acidification, Eutrophication and Ground-level Ozone	Gothenburg, 1999	러시아 x 아이슬란드 x
유해 폐기물의 국가 간 이동 및 처리에 관한 협약(바젤협약)	Convention on the Control of Trans-boundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal	Basel, 1989	미국 x

협약		채택일	북극권 국가 가입 현황
국문명	영문명		
잔류성 유기 오염 물질에 관한 협약(스톡홀름협약)	Convention on Persistent Organic Pollutants	Stockholm, 2001	미국 x
오존층 보호를 위한 협약(비엔나협약)	Convention for the Protection of the Ozone Layer	Vienna, 1985	북극권 8개국
오존층 파괴 물질의 규제에 관한 의정서(몬트리올의정서)	Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer	Montreal, 1987	북극권 8개국
월경 차원의 환경영향평가에 관한 협약(Espoo협약)	Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context	1991	미국 x 러시아 x 아이슬란드 x
유엔기후변화협약(UNFCCC)	United Nations Framework Convention on Climate Change	New York, 1992	북극권 8개국
유엔생물 다양성협약(CBD)	United Nations Convention on Biological Diversity	Rio, 1992	미국 x
바이오 안전성에 관한 카르타헤나 의정서(카르타헤나의정서)	Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity	Montreal, 2000	미국 x 캐나다 x 러시아 x 아이슬란드 x
교토의정서	Kyoto Protocol to the UNFCCC	Kyoto, 1997	미국 x
파리협정	Paris Agreement on Climate Change	Paris, 2016	미국 탈퇴
선박 Ballast 관리 협약(Ballast Water Management Convention 또는 BWM Convention)	International Convention for the Control and Management of Ships' Ballast Water and Sediments	2004	미국 x
수은에 관한 미나마타협약	UNEP Minamata Convention on Mercury	Kumamoto, 2013	러시아 x
북극 해양 유류 오염 방지 및 대응에 관한 협력 협정(OPPR협정)	Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic	Kiruna, 2013	북극권 8개국
유류 오염 방지, 대응 및 협력에 관한 국제 협약(OPRC협정)	International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation	London, 1990	북극권 8개국
극지 운항 선박을 위한 국제 규범(극지 규범 또는 Polar Code)	International Code for Ships Operating in Polar Waters	2015	북극권 8개국
선박으로부터의 해양오염방지를 위한 국제 협약(MARPOL 73/78)	International Convention for the Prevention of Pollution from Ships 1973, as modified by Protocol of 1978	London, 1978	미국 MARPOL ANNEX IV x

협약		채택일	북극권 국가 가입 현황
국문명	영문명		
유류 오염 손해에 대한 민사책임에 관한 국제 협약	International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage	Brussels, 1969	미국 x (러시아, 캐나다, 노르웨이, 핀란드, 스웨덴, 덴마크, 아이슬란드 제외)
폐기물 및 기타 물질의 투기에 의한 해양오염 방지에 관한 협약(런던협약)	Convention on the Prevention of Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter	London, 1972	북극권 8개국
핵 사고 시 조기 통보에 관한 협약	Convention on Early Notification of a Nuclear Accident	Vienna, 1986	미국 x 러시아 x 아이슬란드 x
원자력 사고 또는 방사능 긴급사태 시 지원에 관한 협약	Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency	Vienna, 1986	북극권 8개국
사용 후 핵연료 및 방사성폐기물 관리의 안전에 관한 공동 협약	Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management	Vienna, 1997	북극권 8개국
해상에서의 인명 안전을 위한 국제 협약(SOLAS협약)	International Convention for the Safety of Life at Sea	London, 1974	북극권 8개국

제2장

조약의 국가승계:

'조중변계조약(朝中邊界條約)'을 중심으로

- 국가승계 법리와 남북한 특수관계론의 교합적 검토 -

김 태 원

성균관대학교 법학연구원 선임연구원

목차

I. 서론

II. '조중변계조약'의 체결 배경과 쟁점

III. 한반도 통일 시 '조중변계조약'의 승계:
국가승계 법리와 남북한 특수관계론

IV. 결론

I 서론

세계 유일의 분단국으로서 한반도는 정전협정 체제하에서 그동안 평화 국면의 유지 및 확산을 위해 남북한 간의 화해와 갈등을 수없이 반복해 왔다. 김정은 집권 이후, 북한의 6차 핵실험과 지속적인 미사일 도발에 따른 대북 제재가 국제사회에서 논의되는 동시에 남북·북미 간 대화를 통한 평화 정착 논의가 함께 이어지며 한반도 정세는 극한 상황과 극적 상황을 연출해 왔다. 이처럼 급변하는 정세 속에서 한반도 통일은 한민족의 역사적 과업인 동시에 한국 국민이 직면한 현실적 문제이기도 하다. 또한 한반도의 평화 체제는 한반도에만 국한되는 것이 아니라 동북아 안보 환경과도 직결되는 핵심 쟁점이다. 현 시점에서 정확한 통일의 시기를 예단하기는 어려우나 한반도 통일은 남북한 간 법적·제도적 통합을 기반으로 하여 완성될 것이다. 이러한 통합 과정에서 발생 가능한 각종 쟁점에 대한 기민한 대응 전략으로서 무엇보다 민주(民主)·평화(平和)·자주(自主)의 원칙에 근거한 한반도 통일 실현을 위한 중장기적 통일 전략 마련이 시급하다.

남북한 간 법적 통합 과정 중 주된 쟁점이 될 것으로 예견되는 조약의 국가승계(state succession of treaty)는 그 범위와 방식에 있어서 가장 핵심적이지자 국제법적으로 많은 논란이 제기되는 영역이다. 국제사회는 그동안 조약 승계에 관한 여러 관행을 축적하여 왔고, 1978년 ‘조약에 있어서 국가승계에 관한 비엔나협약(이하 ‘조약승계협약(1978)’)’¹⁾ 체결 등 국가승계에 관한 관습법 규칙의 법전화(法典化)를 시도하여 인적(personal)·정치적(political) 조약은 병합국의 소멸에 따라 종료되고, 비인적(impersonal)·처분적(dispositive) 조약은 승계국에게 자동 승계되는 등 일부 기본 원칙이 정착되기도 하였다. 그러나 이는 국제사회에서 확고히 정립된 원칙으로서 법리에 따라 일관되게 적용된 것이 아니라 국가 간 당시 상황에 따라 형성된 정치적 힘의 논리를 비롯한 기타 요인에 의해 유동적으로 해석 및 적용되어 온 측면이 크다. 특히 오늘날 국제사회에서 주요국들이 국경 안보(border security)를 강화하는 동시에 열린 국경(open border)을 유지하는 딜레마에 직면

* 본 정책 연구는 김태원, “국제법상 朝中邊界條約(북중경계조약)의 승계에 관한 연구: 국가승계 법리와 남북한 특수관계론의 교합적 검토”, 성균관대학교 박사학위논문(2018)을 기초로 수정 및 보완한 내용입니다.

1) 조약승계협약(1978)의 정식 명칭은 Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties(August 22, 1978)이며, 총 50개 조문과 부속서로 되어 있다. 동 협약은 영토주권 변동의 형태를 영토 일부의 승계(succession in respect of part of territory), 신생독립국(newly independent states), 국가의 합병 및 분리(uniting and separation of states) 등으로 분류하고 있다. *The Work of the International Law Commission*, 4th ed., United Nations (1988), p. 71.

한 상황을 감안할 때, 역사를 거쳐 시·공간적 경계로 정의되는 국경(國境)은 분리, 배제 그리고 연결, 포괄 등 상반된 두 개념을 함축한다.²⁾ 즉, 국경 조약(border treaty)의 경우, 여전히 영토를 둘러싼 다양한 쟁점을 야기하는 국제관계의 핵심 이슈로서 향후 한반도 통일 시 (가칭)통일한국(統一韓國)이 중국, 러시아 등 주변국과 마주하게 될 북방(北方) 경계와 직결되는 주요 쟁점이 될 것이다.³⁾ 이러한 이유로 통일 후 제기될 통일한국의 조약 승계, 특히 국경 조약의 승계 문제에 대하여 법리와 관행을 중심으로 면밀히 검토하는 자세가 필요하다.

본 연구는 조약 승계의 쟁점과 관련해 실증적(實證的) 기반 위에서 법리적(法理的) 검토를 통해 정책적(政策的) 함의를 도출하는 것을 주된 목적으로 한다. 한반도 통일 시 '조중변계조약(朝中邊界條約)'의 승계와 관련해 한반도의 북방 경계 획정에 따른 간도(間島)의 영유권 등 제반 문제, 조약승계협약(1978) 및 기존 관행이 국제관습법적 지위를 지닌 것으로 판단하기에 미흡하다는 한계 그리고 통일한국의 법적 안정성(legal stability)을 뒷받침하는 근거로서 국경 조약이 지닌 정치성(政治性)과 남북한 특수관계에 따른 분단국의 특수성을 살펴본다. 향후 통일한국이 직면하게 될 조중변계조약의 승계 문제와 관련한 각종 돌발 요인에 대한 해결책을 사전에 마련하기 위해 어떠한 법리(法理)와 관행(慣行)을 근거로 삼는 것이 이론과 실제 양면에서 가장 적합한 통일 정책 및 전략으로서 유익한지를 검토한다.

II '조중변계조약'의 체결 배경과 쟁점

1. 조중변계조약의 체결 배경

1950년대 중반 중국은 미국의 봉쇄·고립정책에 대응한 평화공존 5원칙(和平共處五項原則)⁴⁾ 외교 방침에 따라 국경분쟁으로 인한 동남아시아 주변국과의 긴장 해

2) 현승수 외, 『주변국 국경안보: 이론과 실제』 (통일연구원, 2017), pp. 9~23.

3) 국경 안보 측면에서 한반도의 주변국인 중국, 러시아, 일본 등 주요국은 지정학과 영토 갈등에 따른 위협에 대응 및 정치적·경제적 국익 추구를 위해 접경 지역의 군사적 국경 안보의 수위를 높이는 동시에, 국경 협력 측면에서는 초국경적 다자협력체 구축, 국경 지역의 경험 지대화, 국경 지역 지자체 간 교류 등 협력을 도모하고 있다.

4) 동 원칙은 1953년 12월 저우언라이 총리가 인도 대표단 접견 자리에서 티베트 문제 논의 시 처음 언급한 이후, 중국-인도 간 협상이 타결된 1954년 6월 동 원칙에 대한 공동성명이 채택되었다.

미국 중앙정보국(Central Intelligence Agency), "Sino-Indian Treaty of 29 April 1954 on Tibet," <https://www.cia.gov/library/readingroom/docs/CIA-RDP80R01443R000300080003-9.pdf>(검색일: 2019.10.20).

소를 우선 과제로 내세웠다. 당시 1955년 11월 중국·미얀마 국경 황과원(黃果園) 일대에서 양국 국경수비대가 착오로 일으킨 교전⁵⁾, 1956년 2월 신장 이리(新疆 伊犁) 분쟁 지역인 영탑이(英塔爾) 일대에서 중국·소련 국경수비대가 서로 경고 사격하는 사건⁶⁾ 발생 등 중국 정부는 1955년부터 국경 상황의 심각성을 자각하면서 국경 문제에 본격적으로 관심을 갖기 시작하였다.⁷⁾ 이러한 배경에서 1958년 7월, 저우언라이(周恩來)와 외교부장 천이(陳毅)의 지시에 따라 중국 국무원은 국경위원회(邊界委員會)를 설립⁸⁾, 중국 외교부와 국가측량총국, 총참모부 측량국 등 주요 기관이 참여하여 1959년 6월 중국의 첫 번째 국경 지도책 『중화인민공화국변계지도집(中和人民共和國邊界地圖集)』을 출판하는 등 직면한 국경 문제를 해결하고자 다양한 노력을 전개하였다.⁹⁾ 그 결과, 중국은 1960년 10월 버마(미얀마), 1961년 10월 네팔, 1962년 10월 북한, 1962년 12월 몽골, 1963년 3월 파키스탄, 1963년 11월 아프가니스탄과 국경 조약 또는 협정서를 체결하였다.¹⁰⁾

북한과 중국 간 국경 문제는 사회주의 형제 국가 관점에서 1949년 정식 수교 이후 기존의 전통적 국경선을 유지 및 존중하며 공존해 왔으나, 1958년 김일성 주석이 중국 방문 시 백두산(白頭山)이 중국의 영토로 취급되고 있음을 인지하면서 북한의 이의 제기를 시작으로 협상이 진행되었는데, 북한이 협상을 앞두고 천지 주변의 33km²를 중국에게 요구하자 저우언라이 총리는 중국 대표단에게 북한 요구를 수용할 것을 지시하였고, 그 결과, 9.8km² 면적의 천지 중 54.5%를 북한령, 45.5%를 중국령으로 획정하게 되었다.¹¹⁾ 북한과 중국은 1954년~1960년 총 15개에 달하는 국경 조약을 체결하였는데,¹²⁾ 그동안 양국 간 첨예하게 대립하였던 백두산 천지의 경계 획정, 압록강과 두만강의 섬(島嶼)과 퇴적섬(沙洲, 모래톱)의 귀속 근거

5) 馮月, 齊鵬飛, 『中緬邊界談判述略』(湖南科技大學學報, 2006), pp. 55~60.

6) “伊犁州外事分處關於伊犁地區中蘇邊境調查報告”, 1960. 9. 24, 新疆伊犁州檔案館, 11/1/134, pp. 3~14.

7) 저우언라이가 전국인민정치협상회의에서 “과거 채택했던 현상 유지 정책은 필요했고 합당한 것이지만 일시적 대책으로 장기적 정책이 아니기에 지속할 수 없다.”라고 지적한 것에서도 나타난다.

姚忠明, 『周恩來總理解決中緬邊界問題的輝煌業績』(研究周恩來-外交思想與實踐, 世界智識出版社, 1989), p. 95.

8) 1958년 4월 중국 외교부는 국경 문제의 인접성에 앞으로 주변국과 국경 문제의 해결이 진행될 것을 알리고, 동년 7월 외교부장 천이의 지시에 따라 국경 문제 협상 조직을 발족하여 국무원 산하 국경위원회를 설립하였다. 동 위원회는 외교부, 국방부, 내무부, 중국과학원의 역사연구소, 지리연구소, 국가측정총국, 민족사무위원회, 지도출판사, 총참모부측정국과 총참의 경비부의 책임 인사로 구성하였다. 이기태 외, 『북한과 주변국의 국경안보』(통일연구원, 2018), p. 42.

9) 沈志華, “A Historical Consideration of the Boundary Issue between China and North Korea(1950-1964)”, 『아태연구』(경희대학교 국제지역연구원, 2012), pp. 43-44.

10) 이기태 외, 전계서(각주 8), p. 39.

11) 焦潤明, “국경 분쟁을 해결하는 법리 원칙”, 동북아역사재단 편, 『중국의 동북변강 연구』(동북아역사재단, 2007), pp. 45~48. 북한이 협상을 앞두고 천지 주변의 33km²를 요구하자 저우언라이 총리는 중국 대표단에게 북한 요구를 수용할 것을 지시하였다. 그 결과, 9.8km² 면적의 천지 중 54.5%를 북한령, 45.5%를 중국령으로 획정했다. 이기태 외, 전계서(각주 8), pp. 28-39.

12) 국가정보원, 『北·中 간 국경업무 조약집』(국가정보원, 2006).

등 1960년대 초반 체결된 조중변계조약 체제는 당시 미국과 소련 간 협력 시대가 시작됨에 따라 중국이 우호 관계 유지가 필요했던 북한에게 제시한 대표적 회유책이었을 것으로 판단된다.¹³⁾

2. 한반도 통일 시 조중변계조약의 의의 및 주요 쟁점

분단 이후 북한은 1962년 중국과 비밀리에 조중변계조약을 체결함으로써 1334 km의 국경선을 잠정 확정함에 따라 압록강과 두만강을 북방 경계로 설정하고 있다.¹⁴⁾ 이는 1712년 백두산정계비(白頭山定界碑)에 기록된 내용과 상이할 뿐만 아니라, 1909년 '간도협약(間島協約)' 체결 시 경계와도 상당한 차이가 있다.¹⁵⁾ 이에 백두산 천지가 중국과 북한 간에 분할되어 간도(間島)가 중국으로 귀속됨으로써 한반도 통일 시 간도의 영유권 주장의 법적 기초를 상실한 것이다. 물론, 간도협약의 바탕이 되는 백두산정계비가 충분한 법적 효력을 지니는지 추가 검토가 필요하겠지만 만약 통일한국이 조중변계조약의 효력을 인정하게 된다면 간도의 영유권 주장은 법리적으로 더 이상 논점이 될 수 없는 것이다. 물론, 조중변계조약의 효력을 인정하는 것과 통일한국에게 동 조약이 자동 승계된다는 것은 별개의 사안이다. 이러한 법리상 충돌이 예상되는 가운데 조중변계조약의 체결을 두고 중국 내부에서 북한에게 과도하게 양보한 결과라는 부정적 평가와 의견이 지배적이며, 한국 입장에서도 역사학계를 중심으로 한반도 및 한민족 전체 실익 측면에서 불리하게 이뤄졌다는 주장이 적지 않게 제기된다. 이처럼 국익과 직결되는 국경 조약의 영토성(領土性)과 정치성(政治性) 측면에서 볼 때, 동 조약의 효력에 대해 인정 또는 부인하는 입장별로 그에 상응하는 각각의 난제가 존재한다. 이 밖에도 압록강 및 두만강의 경계 획정에 따라 동 조약 체결 당시 총 3000km² 이상의 섬과 퇴적섬의 귀속 문제를 포함해 조중변계조약의 쟁점이 북한과 러시아 간 체결한 국경 조약에 따른 연해주(沿海州) 및 녹둔도(鹿屯島)의 영유권 문제에도 영향을 주는 등 향후 통일한국과 관련국

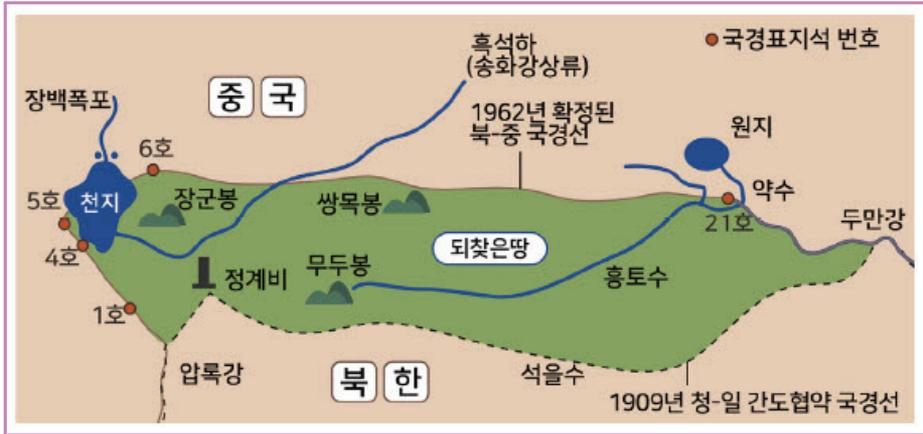
13) 조중변계조약이 체결되기 이전인 1960년대 초까지 중국은 북한과의 국경 문제에 대해 첫째, 양국 간 국경획정이 중대하지 않은 문제였고 간도협약에 따라 큰 쟁점이 존재하지 않았다는 것, 둘째, 담수 국경선의 새로운 획정과 수물 지역에 대한 획정 문제 등 지역적인 문제가 존재하지만 국지적인 해결이 가능하다는 것, 셋째, 장백산(백두산) 지역의 국경 문제 발생 가능성을 인지했으나 이의 해결이 쉽지 않을 것이라는 인식에 기반하고 있었다. 이기태 외, 전계서(각주 8), pp. 35-36.

14) 그러나 1962년 12월, 중국과 몽골 정부대표단의 접견 자리에서 저우언라이가 "한반도 통일 전 조중변계조약이 지닌 다분히 과도적이고 임시적 성격의 측면이 동 조약을 비공개 상태로 유지하게 된 주된 원인"이라고 별도 거론하였듯 북한과 중국 모두 대외적으로 체결 사실을 공표하지 않았다. 姬鵬飛, 『社会主义国家之间的边界谈判 - 中朝, 中蒙边界谈判与双边边界的划定(上)』, 史海钩沉, (2013.11), p. 19.

15) 간도협약 당시 '백두산정계비(白頭山定界碑) - 석을수(石乙水) - 두만강(豆滿江)'으로 확정되었으나 조중변계조약은 북방 경계를 '백두산 천지(天地) - 홍토수(紅土水) - 두만강(豆滿江)'으로 한다.

간의 마찰이 예견되는 부분이다.

〈그림 1〉 북한과 중국 간 백두산 지역의 경계 변화 지도¹⁶⁾



1) 백두산 천지 분할

조중변계조약 제1조는 국경 호수의 중간선 분할 원칙에 따라 백두산 천지를 북한 54.5%, 중국 45.5%로 분할, 천지 서북부와 동남부는 각각 중국과 북한에 귀속하는 백두산 천지의 분할을 명시하였다.¹⁷⁾ 이에 백두산 천지 일부와 백두산 최고봉인 해발 2750m 백두봉(북한 명칭: 장군봉)도 북한 영토에 속하게 되었다. 또한 양국은 백두산정계비에 규정된 ‘토문강(土門江)’ 대신 백두산으로 뻗어 있는 ‘도문강(중국 명칭: 图们江)’ 4개 지류(支流) 중 최상류에 있는 홍토수(紅土水)를 국경으로 확정함으로써 홍토수와 간도협약 상 석을수 사이만큼 양국 국경이 북쪽으로 상향조정되었다.¹⁸⁾ 그러나 무엇보다 간도 지역이 중국에 귀속됨으로써 한국 측 간도 영유권 주장의 법적 기초가 상실됨을 유념해야 한다. 백두산 천지 관련한 쟁점은 향

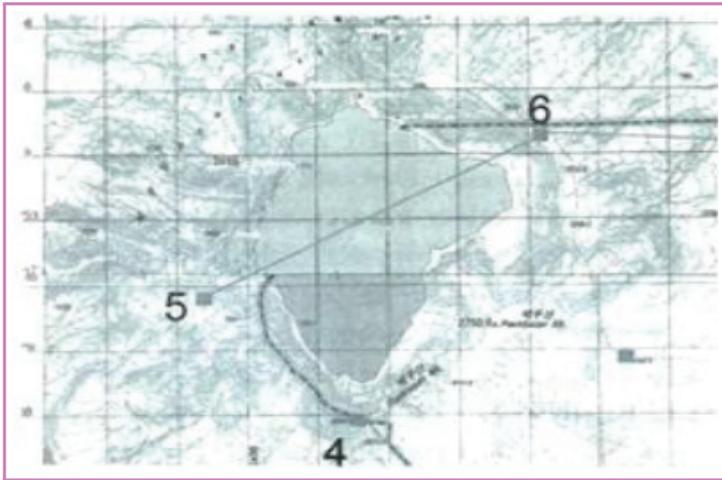
16) 이기태 외, 전계서(각주 8), pp. 35~36.

17) 백두산 일대의 구체적인 경계는 1964년 국경의정서에 규정된 국경비(國境碑), 즉 국경 팻말에 의해 확정되었다. 1962년 국경 조약 체결로 백두산 천지 일부와 백두산 최고봉인 해발 2750m의 백두봉도 북한 영토 안쪽에 속하게 되었다. 국경 팻말은 중국어 원문 국경의정서 상에 계장으로 명시되어 있다. 이 계장을 한글말로 옮기면 ‘경계 말뚝’이 된다. 1962년 국경의정서 제2조 제1항은 백두산 지대에 건립한 계장의 크기, 제조 방식 및 높이를 구체적으로 규정하고 있다. 이현조, “조중국경 조약체제에 관한 국제법적 고찰”, 대한국제법학회, 『국제법학회는총』 제52권 제3호 (2007), p. 182.

18) 백두산문화연구소 이형석 소장은 “이 조약 내용을 바탕으로 북한이 천지 등 백두산 일대를 되찾은 땅은 280km²로 서울시 면적의 45%에 해당하는 크기”라고 추정했다. 『중앙일보』, 2000. 10. 16.

후 한반도 통일 시 통일한국과 중국 간 가장 첨예하게 대립될 분쟁 사안에 해당한다. 특히 백두산의 경우 한민족의 단결과 겨레의 상징성을 기반으로 하여 통일한국이 중국에게 쉽게 양보하기 어려우며, 오늘날 대한민국과 북한은 한반도의 영토 분쟁 관련해 상호 지지하는 입장을 제시하는 경우가 많다는 사실도 이를 방증한다.¹⁹⁾

〈그림 2〉 백두산 천지 분할(分割)²⁰⁾



2) 국경 하천의 섬과 퇴적섬의 귀속

조중변계조약 제2조는 기득권 존중의 원칙과 지리적 인접성 원칙에 따라 국경하천의 섬과 퇴적섬의 귀속을 명시하고 있다. 조중변계의정서에는 조중변계연합조사위원회의 현지 조사를 통해 압록강에 있는 205개, 두만강에 있는 246개의 섬과 퇴적섬 총 451개에 대한 귀속을 구분하여 북한에 264개(압록강 127개, 두만강 137개), 중국에 187개(압록강 78개, 두만강 109개)가 속하는 것으로 확정하였다. 즉, 일반적인 국제조약의 주요 항로 중심에 따른 국경선 획정 방식이 아니라 북한과 중국 간의 협상에 따라 국경 하천의 섬과 퇴적섬에 대한 공동 소유와 공동 관리 방침에 따라 주권을 결정한 것이다.²¹⁾ 당초 북한과 중국 양국은 5년마다 한 번씩 조중변계연합조사위원회가 공동으로 연합 조사를 진행하기로 했으나 1972년 제1차 연합 조사 실시

19) 이기태 외, 전계서(각주 8), p. 54.

20) 서길수, 『백두산 국경 연구』 (서울: 여우당, 2009), p. 212.

21) 이기태 외, 전계서(각주 8), p. 37.

후 '제1차 조중변계연합조사의정서'를 작성한 이후, 1990년부터 제2차 연합 조사가 실시된 것으로 알려지고 있으나 당시 압록강 하류에 생긴 10개의 섬에 대한 귀속 문제를 두고 양국 간 이견이 발생하며 완결되지 못해 연합 조사가 보류된 것으로 파악된다.²²⁾ 그러나 북한과 중국 간 2009년 10월 4일 '국경 관리 제도와 관련한 협정'을 맺은 것으로 짐작해 볼 때, 귀속 결정이 보류되었던 10개의 섬에 대한 문제 해결과 함께 제2차 연합 조사가 재개되어 조사를 마쳤을 것으로 짐작된다.²³⁾

3) 압록강과 두만강의 공유

통상 강이나 호수를 국경으로 하는 경우 강이나 호수의 중앙이 국경이 되고, 국제법상 공유수면 관할권에 따라 공동으로 강이나 하천을 사용한다. 조중변계회담기 요 6항은 국경 너비에 대해 규정하고, 조중변계조약 제3조는 조중변계회담기요에서 규정한 '국경 너비=강의 수면 너비'라는 기준을 재확인하며 강은 두 나라가 공유한다는 내용을 추가한 바 있다. 또한 조중변계의정서 제3조에 따라 두 나라의 강과 호수에서 흘러내리는 강에 대한 규정도 분명히 하였다.²⁴⁾

북한과 중국은 1962년 조중변계조약에 따라 서해 영해 경계선 기점을 압록강 하구의 동경 124°10' 6"로 정하고 부위 39°31' 51"까지 영해로 적용, 동경 123°59' 26" ~ 124°26' 사이를 자유통행수역으로 설정한 바 있다. 그러나 이후 1977년 북한이 서해의 배타적경제수역(EEZ) 200해리를 일방적으로 선포함에 따라 양국 간의 중간선을 경계선으로 획정할 것을 주장하면서 북한과 중국은 해상 경계선 문제에 대해 담보 상태에 머무르고 있다. 이처럼 서해 해상 경계선 및 배타적 수역 획정 문제, 그 밖의 상당한 규모의 원유와 천연가스가 매장된 것으로 알려진 발해만 등 접경 지역에 대한 관할권과 개발권 문제, 압록강과 서해 지역의 어자원 갈등 문제 등 한반도 통일 시 경제안보적 측면에서 향후 통일한국과 중국 간의 잠

22) "鸭绿江口"《百度百科》2016.11.27.

23) 이종석, 『북한 - 중국 국경 역사와 현장』, 세종정책총서(세종연구원, 2017), pp. 74~75.

24) 한편, 북한은 이와 같은 국경 하천의 공동 이용에 대한 규정을 자신들에게 유리하도록 규정하였다고 설명한다. 최금숙, 「공화국내수역의 중요제도」, 『김일성종합대학학보: 역사법학』 제50권 제4호(평양: 김일성종합대학출판사, 2004), p. 71. 자세한 내용은 다음과 같다. "하천에 대한 법적제도에서 기본은 또한 압록강과 두만강의 리용질서를 규제한 것이다. 압록강과 두만강의 리용질서를 규제한 것은 이 압록강과 두만강이 두 나라의 공동국경으로 되고 있는 강이기 때문이다. 국제적으로 볼 때 두 나라의 공동국경이 되고 있는 강들은 일반적으로 두 나라가 공동으로 개발리용하거나 강에 국경선을 정하고 그 선으로부터 자기측에 있는 수역만을 리용하는 경우들이 있다. 우리 공화국은 중화인민공화국과 공동국경으로 되고 있는 압록강과 두만강을 공동으로 관리리용하도록 규제하였다. 그것은 강을 순수 배길로가 아니라 어업이나 수력자원의 개발 등 종합적으로 리용하는 원칙에서 볼 때 공동으로 리용하는 것이 더 유리하기 때문이다. 그러므로 우리 공화국은 중화인민공화국과 《조중국경 하천연합협조에 관한 협정》과 《조중국경하천 공동리용관리분야에서 호상협조할 데 관한 협정》, 《목재운송에 관한 의정서》등을 체결하여 압록강과 두만강을 공동관리, 공동리용하고 있는 것이다."

재적 갈등 소지가 매우 큰 사안이다.²⁵⁾

4) 간도의 영유권: 간도협약 및 백두산정계비와의 상관성

한국은 역사학계를 중심으로 간도의 영유권과 관련해 백두산정계비 상 '토문강'에 대해 '두만강'과 다르다는 입장을 고수해 왔으나, 중국은 백두산정계비 상 토문강은 두만강을 의미한다고 주장해 왔다. 조중변계조약 중국어 원문(原文)에서도 두만강을 '圖們江'으로 표기하였고 토문강에 대하여 별도 언급은 없다. 그러나 조중변계의정서에서 '흑석구(黑石溝: 土門江)'라는 표현이 두 차례 나오는데, 조중변계의정서 제7조 백두산 지역 국경선 상 설치된 각 경계 팻말 구간의 국경선 방향에 대한 설명에서 두만강과는 다른 '土門江'의 존재를 인정했다고 볼 수 있는 맥락으로서 간도 분쟁에 있어서 핵심적 사항이라는 견해도 있다.²⁶⁾ 반면, 중국과 북한은 토문강을 기준으로 국경을 획정하지 않았다는 사실을 분명히 했다고 볼 수 있다. 조중변계조약 부록 '섬과 퇴적점(모래톱)의 귀속 일람표' 상 두만강에 중국령으로 포함된 간도(間島)가 일람표 제363번에 명시된 점에 의미를 두는 견해이다. 이는 대한민국과 중국 사이에 간도 문제가 대립했을 때 중국은 간도의 명칭이나 문제 자체를 부인하면서도 간도 범주를 최소화시킨 경우 두만강 내 삼각주 정도라고 주장하였는데, 일람표 상 간도의 위치, 범주, 경지면적까지 알게 된 것은 중국이 '간도'라는 명칭 자체를 조선과 일본이 날조된 것이라고 주장²⁷⁾하는 내용과 정면으로 배치된다.²⁸⁾

구체적으로 한국 정부는 간도협약에 대하여 국제법적으로 무효이지만 간도 영유권이 한국에 귀속되는 것은 아니라는 입장을 견지한다.²⁹⁾ 동 협약은 백두산 대부분과 천지를 중국에 귀속시키고 '압록강 - 백두산정계비 - 석을수 - 두만강'을 국경선

25) 이기태 외, 전계서(각주 8), pp. 53-54.

26) 동 의정서에 의하면 토문강은 9호와 10호 경계비 사이에 있지만 도문강(두만강)은 21호 경계비에 있는 것으로, 도문강(두만강)의 원류 위치가 토문강과 분명히 다르다는 사실을 자신의 현지 답사를 통해서도 확인했다고 한다. 또한 박선영은 "조약 체결 당시 중국 정부는 국경 획정과는 별개로 역사적 사실은 사실로 인정하자고 생각했을 수 있다."라며 "중국이 토문강과 두만강이 다른 강임을 외교 문서에서 밝혔다는 것은 수백 년 지속된 간도 분쟁을 풀 수 있는 중요한 실마리"라고 평가했다. 박선영, "1960년대 중국의 국경 인식과 조선과 중국의 국경 조약", 『중국의 변경 인식과 갈등』(서울: 한신대학교출판부, 2007), p. 401; 『한국일보』, 2005. 8. 25.

27) 吳忠亞, 『吳祿貞與所謂'間島'問題』, 『中朝邊界研究文集』 pp. 891~892; 陳朝陽, 『中朝延吉界務之交涉(1882-1909)』, 『中朝邊界研究文集』, p. 967; 李峰, 『延邊略史-延邊歷史研究 1』, 延邊歷史研究所, 吉林省 內部出版物, 1986, p. 3; 王崇時, 『中朝以圖們江爲東段邊界的歷史回廊: 駁日帝蓄意製造的'間島'謬說』, 吉林師範學院古籍研究所, 『中朝邊界係史研究論文集』(吉林文史出版社, 1995), pp. 216-233.

28) 위 일람표의 내용에 따르면 위 간도는 경도 129°46' 39", 129°46' 49", 위도 42°45' 40", 42°45' 49"에 위치하며 총면적은 4만 3000㎡, 경지면적은 1만㎡이다. 박선영, "북한과 중국의 비밀 국경 조약", 『中國史研究』 제34집(2005. 2), p. 390.

29) 이석우, 『동아시아의 영토분쟁과 국제법』(서울: 집문당, 2007), pp. 31~34.

으로 규정하였다. 한편, 간도협약의 일방 계약 당사자는 중국(淸國), 타방 계약 당사자는 일본으로 한국(大韓帝國)이 아니므로 간도협약은 무효라는 주장에 관해 검토가 필요하다. 첫째, 동 협약 체결 당시 일본은 1905년 ‘을사보호조약’에 의거하여 한국에 대한 외교권을 갖고 있었으나 동 조약은 강박에 의해 체결된 조약이므로 이에 근거한 일본의 조약 체결은 무효라는 것이다. 둘째, 1965년 ‘한일기본관계조약’ 제2조는 “1910년 8월 22일 및 그 이전에 대한제국과 대일본제국 간에 체결된 모든 조약 및 협정은 이미 무효임을 확인한다.”라고 규정한다. 이에 한국 정부는 1910년부터, 일본 정부는 1945년부터 주장한다. 일본 측에 따르면 간도협약을 체결한 1909년 당시 을사보호조약(1905년)은 무효가 아니나 강박에 의한 조약으로 무효가 되었고 이에 근거한 간도협약도 무효라는 점이다. 한편, 간도협약이 유효라고 가정할 경우, 동 협약 계약 당사자는 일본과 중국(淸國)이고, 조중변계조약의 계약 당사자와 비교해 볼 때 중국만 공통된다. 즉, 후(後) 조약의 일방 계약 당사자는 일치하나 타방 계약 당사자는 불일치하는 저촉 문제로 신법 우선의 원칙이 적용되지 않는다. 상설국제사법재판소(PCIJ)가 ‘Austro - German Customs Regime Case(1931)’에서 후 조약이 무효·위법한 것이라고 판시³⁰⁾한 바에 따르면, 간도협약이 유효하고 조중변계조약이 위법·무효이다. 따라서 조중변계조약 제5조 “본 조약 체결 전의 양국 국경에 관한 일체의 문건은 … 즉시 효력을 상실한다.”라는 규정은 조선(北韓)과 중국 간에만 효력이 있고 조선(北韓)과 일본, 중국과 일본 간에는 효력이 없다. 요컨대 조중변계조약은 간도협약의 효력을 무효화할 수 없다.³¹⁾

한편, 1712년 백두산정계비는 조선(李朝)과 중국(淸國) 간 국경 조약으로 백두산정계비 동위토문(東爲土門)의 해석 회담이었던 1885년 을유감계(乙酉勘界會談)와 1887년 정해감계(丁亥勘界會談)를 통해 당시 조선과 중국이 백두산정계비를 공식 조약으로 보았다. 백두산정계비의 일방 계약 당사자인 중국(淸國)과 1962년 중국(中國大陸), 타방 계약 당사자인 조선(李朝)과 1962년 조선(北韓)의 국가 동일성이 인정된다면 백두산정계비와 조중변계조약의 양 계약 당사자는 동일해진다. 이에 백두산정계비와 조중변계조약의 관계는 동일한 당사자 간 선(先)·후(後) 조약의 관계이므로 조약 내용의 저촉 문제가 된다. 이는 신법 우선의 원칙에 따라 해결되므로³²⁾ 백두산정계비와 조중변계조약의 내용이 저촉될 경우 조중변계조약이 백두산정계비에 우선하여 적용된다. 즉, 조중변계조약 제5조 “본 조약 체결 전의 양국 국경에 관한 일체의 문건은 …

30) PCIJ, *Series A/B*, No. 41(1931), p. 37; 김명기, 『국제법원론(上)』 (서울: 박영사, 1996), p. 82.

31) 김명기, “통일 후 한중국경 문제와 조중국경 조약의 처리 문제”, 『남북법제연구보고서』 (법제처, 2011), pp. 101~102.

32) W. Karl, “Conflicts between Treaties,” *EPIL* Vol. 7(1984), p. 469; H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd, ed. (New York: Holt, 1967); 김명기, 전거서(각주 30), p. 80.

즉시 효력을 상실한다.”라는 규정은 당연한 주의 규정에 불과하다.³³⁾

상기한 대로 조중변계조약에 의해 간도는 중국에 귀속되었다. 동 조약과 관련한 비밀조약(secret treaty), 국제연합(UN) 사무국 등록 여부 등 여러 한계점에도 불구하고, 대한민국은 제3자로서 동 조약이 대한민국에 대해 효력이 없음을 주장할 수 있지만 조선이 간도의 영유권을 중국에 이양한 효력을 사실상 부인하거나 지지할 수 없다는 것이 현실이다³⁴⁾. 그럼에도 통일한국이 간도의 영유권을 중국으로부터 회복할 수 있는 방안은 남한에 북한이 흡수되어 북한은 소멸되고 남한은 존속하는 ‘병합(annexation)’, 남한과 북한 모두 소멸되고 새로운 통일국가로의 ‘합병(amalgamation)’ 형태로 이뤄질 경우 (가칭)통일조약에 북한이 제3국과 체결한 조약의 효력은 통일한국과 제3국이 협의하여 정한다는 규정을 두어 중국으로부터 간도의 영유권 회복을 법리적으로 주장할 수 있는 시도가 가능하다.³⁵⁾

III

한반도 통일 시 '조중변계조약'의 승계: 국가승계 법리와 남북한 특수관계론

1. 조중변계조약의 법적 한계

1) 북한의 국제법 주체성

국제법상 북한은 1948년 정권 수립 당시 국제적 차원의 감시와 지원 없이 점령

-
- 33) 동 규정이 없더라도 신법 우선의 원칙에 따라 백두산정계비는 조중변계조약에 우선 적용될 수 없다. 조선(北韓)과 중국 간 백두산정계비에 규정된 동위토문의 '토문'이 송화강 지류인 토문강을 뜻하느냐 두만강을 뜻하느냐의 논쟁은 종료된 것이다. 김명기, 전계서(각주 31), pp. 101~102.
- 34) 한국의 정통 정부, 즉 중앙적 법률상 정부(central *de jure* government)가 대한민국 정부이므로 지방적 사실상 정부(local *de facto* government)인 조선과 체결한 동 조약은 무효라는 대한민국 정부의 주장은 한국의 정통 정부를 조선 정부로 보고 있는 중국에 대해 아무런 효력이 없는 것이다.
- 35) 통일독일의 경우 통일 이전에 동독과 폴란드는 1950년 7월 6일 국경 조약(Görlitzer Vertrag)을 체결, 1) 독일 통일조약 제11조는 동독이 제3국과 통일 전에 체결한 조약의 효력은 통일독일과 제3국 간 협의로 정한다고 규정하였고, 2) 1990년 11월 14일 통일독일과 폴란드 간 새로운 국경 조약인 '독일-폴란드 간 국경선 조약(Vertrag Zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Rrepublik Polen über die Bestätigung der Zwischen ihnen bestehenden Grenze)'을 체결하여 국경 문제를 해결했다. Joch Abr, "The Reunification of Germany," *AJIL* Vol. 186, pp. 157-161; Ryszard W. Piotrowicz, "The Polish-German Frontier in International Law," *BYIL* Vol. 63(1992), p. 367; Jochen Abr Frowein, "The Reunification of Germany," *AJIL* Vol. 86(1992), pp. 157-161; *International Legal Materials* Vol. 29(1990), p. 1187; *International Legal Materials*, Vol. 30(1991), pp. 415, 417, 445, 450, 454, 504; *AJIL* Vol. 85(1991), p. 175.

국 소련에 의해 일방적으로 창설 및 승인된, 한반도 전체에 유효한 영토주권을 지닌 한국으로부터 분리되는 과정 속에서 유효한 독립을 달성하지 못한 사실상의 정권에 불과하다.³⁶⁾ 대내적으로 '1민족 1국가 2체제 2정부' 관계로서 남북한은 '1국가'이며 내부 관계는 '중앙적 법률상 정부'로 구성되는 대한민국과 '지방적 사실상 정부'로 구성되는 정치 실체 북한 간의 관계로 파악된다는 견해도 있다.³⁷⁾

대한민국은 1948년 광복 이후 유엔의 승인을 받은 한반도의 유일한 합법 정부이다. 1945년 중화민국(中華民國)의 유엔 가입으로 조중변계조약 체결 당시 중국은 유엔이 인정한 합법 정부가 아니었다. 이후 1971년 중국이 유엔에 가입하였지만, 조중변계조약은 국경을 접하는 공산 진영 중국과 북한이 국경분쟁을 해결하기 위한 잠정 조치라고 볼 수 있다. 즉, 조중변계조약을 체결한 1962년 당시 합법 정부로서 '중화민국'과 '대한민국'이 존재하고 있었으므로, 유엔이 인정하지 않고 있던 '북한'과 '중국'은 국제법상 국경 조약 체결권자로서의 자격이 문제시된다. 현재 중국은 일반적으로 북한을 포함한 12개 국가와 국경 조약을 체결, 국경 문제가 해결되었다는 인식을 갖고 있지만³⁸⁾ 중국 내에서조차 공식적으로는 동 조약이 비밀조약임을 받아들이고 있다.³⁹⁾⁴⁰⁾

국제법상 북한의 국가성이 인정되지 않는 한 통상 국가의 권능을 의미하는 조약 체결권은 제한될 수밖에 없다. 이와 관련해 북한의 체결 조약은 무효라는 견해, 북한은 사실상 지방정권에 불과하므로 한국 전체를 대표하는 조약 체결권이 없어 한국 전체 영토 조약은 무효라는 견해, 북한은 국제법적 주체이므로 조약 체결권이 있고 북한이 체결한 모든 조약은 유효하다는 견해 등이 있다. 1991년 대한민국과 북한은 유엔에 동시 가입하게 되었다. 유엔 가입은 평화애호국(peace-loving states)으로서 유엔헌장상의 의무 준수가 인정되는 경우에만 인정되므로 회원국으로서의 북한은 유엔헌장상의 국제법적 의무를 수락하고 준수하여야 할 책무가 있다. 뿐만 아니라, 유엔 가입이 국가 승인의 의미라는 데 일치된 의견이 존재하는 것도 아니다. 따라서 국제법적 의미에서 북한이 1991년 체결한 조약의 경우 그 법적 지위를 다루는 데는

36) James Crawford, *The Creation of States in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 1979), p. 282.

37) 국제법적 측면을 중심으로 하여 북한의 이중적인 법적 지위를 한마디로 규정한다면 '교전단체에 준하는 지방적 사실상의 정권'이라고 할 수 있을 것이라고 한다. 제성호, 『남북한 특수관계론 - 법적 문제와 그 대책 -』 (서울: 한울아카데미, 1995), p. 30. 한편, 남북한의 동등성과 상호성을 보다 철저히 관찰하여 북한을 단순히 지방적 사실상 정권으로 보는 것에서 한 걸음 더 나아가 일반적 사실상의 정부로 보겠다는 의미가 내포되어 있다는 견해가 있다. 이정희, 「독일통일이 남북한통일에 주는 법적 의미」, 대한국제법학회, 『국제법학회논총』 제36권 2호 (1991), p. 134.

38) 姬鵬飛, 『國際法』 (北京大學出版社), p. 113; 이현조, 전거서(각주 17), p. 178.

39) 姬鵬飛, *supra* note 14, pp. 18-19.

40) 임채정 외, 『간도에서 대마도까지 -한, 중, 러, 일 영토문제의 현장』 (동아일보, 2005), p. 22; 이현조, 전거서(각주 17), p. 178.

별도로 외교관계를 가진 제3국과의 관계 및 그렇지 아니한 국가와의 관계에 대한 대항력 등에 있어 어려운 문제가 남아 있다. 조중변계조약의 경우 그 채택 시점이 유엔 가입 이전이라는 측면도 법적 효력의 쟁점 사항으로 검토되어야 한다. 특히 북한이 합법적 존재로 인정받지 못하던 시기 체결한 조중변계조약은 한국의 영토 전체에 관한 사안인 만큼 조약 체결권의 정당성과 연계하여 검토되어야 한다.

2) 국제법상 미등록 조약(non-registered treaty)의 효력

국제법상 조약의 등록 및 공표 제도는 비밀조약 체결을 방지하고 외교 공개를 도모할 목적으로 국제연맹(League of Nations)에서 처음 규정되었다. '국제연맹규약' 제18조는 "앞으로 연맹국이 체결하는 모든 조약 또는 국제적 약속(every treaty or international engagement)은 즉시 연맹사무국에 등록하여야 하고, 연맹사무국은 가능하면 곧 이를 공표하여야 한다. 이와 같은 조약 또는 국제적 약속은 등록을 완료할 때까지는 구속력이 발생하지 않는다."라고 규정하였다. 그러나 국제연맹규약에는 미등록 조약(non-registered treaty)에 대한 제재나 가맹국과 비가맹국 간 체결 조약에 대한 등록 의무 여부를 문제로 남기며 실효를 거두지 못했는데, 조약 등록의 규정을 효력의 대항요건(counter conditions)이 아닌 성립 요건(requirements)으로 하였기 때문이다. 물론 조약 등록의 법적 성질에 대하여는 여러 의견이 있으나 "제18조의 문리 해석에 의하여 미등록 조약은 구속력을 갖지 않는다."라는 견해가 통설이며, 국제연맹 법률가위원회도 이를 권고하였으나 조약 등록에 지나치게 큰 효과를 인정한다는 비난이 있어 유엔총회에서 수락되지 않았다. 이를 감안하여 유엔헌장에서는 조약 등록을 조약의 성립 요건이 아닌 대항요건으로 완화하였다.⁴¹⁾⁴²⁾

이에 따르면 등록 대상 조약은 첫째, 유엔헌장이 발효된 1945년 10월 24일 이후 체결되었어야 하고, 둘째, 유엔 회원국 간 체결된 조약⁴³⁾이어야 한다. 조약 등록 의무는 회원국에만 있으며 회원국과 비회원국 간 체결 조약의 경우 회원국에게만 등록의무가 있다. 비회원국에게는 조약 등록 의무가 없다. 그러나 미등록 조약은 회원국이든 비회원국이든 유엔의 모든 기관에서 그 조약을 원용할 수 없다. 유

41) 그 밖에 등록 조약에만 법적 구속력이 발생하나 효력은 비준 시로 소급, 미등록 조약은 단순히 국제조직에서 원용하지 못할 뿐이며 구속력에는 영향이 없다는 의견 등이 있다. 이병조, 이종범, 『국제법신강』 (서울: 일조각, 2003), p. 62.

42) 조약 등록 기간과 관련해 유엔헌장상 단지 '가능한 한 신속히(as soon as possible)'라고 되어 있다. 따라서 조약 체결 후 수년간 또는 상당 기간 동안 등록되지 않는 비밀조약의 당사국이 그 후 유엔 기관에 원용할 필요가 있어서 등록하고자 할 경우 이를 허용할 것인지 문제될 수 있으나 국제법상 강행법규의 하나인 신의 성실의 원칙에 따라 등록이 허용되지 않는다고 볼 것이다.

43) Micheak Brandon, "The Validity on Non-Registered Treaties," 29 *BYIL* (1952), pp. 203-4.

엔은 이를 해결하기 위해 관행적으로 비회원국에게도 조약 등록을 허용하였다. 조약 체결 당시 비회원국이었으나 후에 회원국이 된 국가도 유엔 가입 전 체결한 조약을 유엔 기관에서 원용하기 위해서는 조약 등록을 해야 한다. 셋째, 모든 조약이 등록 대상이다. 즉, 조약의 성질, 형식, 중요성, 존속기간과 관계없이 모든 조약을 등록해야 한다. 기존 조약의 변경, 폐지, 가입도 국가 간 새로운 합의가 있는 경우 역시 등록해야 한다. 다만, 존속기간 만료에 의한 조약 소멸 또는 폐지 기간 경과에 의한 자동 연장은 새로운 합의를 필요로 하지 않기에 등록할 필요가 없다. 상술한 바에 따라 첫째, 조중변계조약은 1962년 10월 12일 체결된 것으로 등록을 요한다. 둘째, 북한은 1991년 9월 17일 유엔 가입, 중국은 1971년 10월 25일 유엔에서 대표권 승인을 받았으므로⁴⁴⁾ 조약 체결 당시 북한과 중국은 유엔 회원국이 아니었기에 등록을 요하지 않는다. 셋째, 등록을 요하는 조약은 명칭, 형식, 내용을 불문하고 모든 조약임을 요하는바, 동 조약도 등록을 요한다. 따라서 동 조약은 등록을 요하는 조약이 아니며 북한과 중국 양측에 의해서 등록되지 않았다. 등록을 요하지 않는 조약은 등록을 하지 않아도 유엔 기관에 원용 가능하므로 동 조약은 등록되지 않았지만 북한과 중국은 유엔 기관에 원용할 수 있다. 결론적으로 조약의 등록을 대항요건으로 한 현재 유엔헌장하 조중변계조약은 당사국인 북한과 중국 간에 유효한 조약으로 단지 미등록 조약이라는 이유만으로 무효라고 볼 수는 없으며, 오히려 유엔헌장 제102조 2항의 해석을 어떻게 하느냐에 따라 유엔 기관에 대해서도 원용이 가능할 수도 있다. 즉, 중국은 동 조약에 의해 간도의 영유권이 중국에 양도되었다고 주장할 수 있게 된 것이다.⁴⁵⁾

3) 비밀조약(secret treaty)의 효력

조중변계조약은 대내외적으로 체결 과정과 내용이 비공개된 비밀조약이다. 현재까지 중국 외교부의 기밀 해제 문건과 『저우언라이 연보(周恩來年譜)』 등 문헌 자료를 통해서도 양측이 접촉한 구체적인 상황과 회담 내용은 발견되지 않고 있으나,⁴⁶⁾ 비공개의 주요 원인으로 1962년 12월 저우언라이가 몽골인민공화국 총리를 접견한 자리에서 “얼마 전 중국은 북한과의 국경선 문제를 이미 해결했다. … (중략) … 단지 한반도 통일 전이라서 발표하지는 않았다.”라고 별도로 거론한 것으로

44) 대륙중국은 1971년 10월 25일 유엔총회 결의로 유엔에 가입한 것이 아니라 원 가입국인 중국의 대표권을 인정받은 것에 불과하지만(GA/Res. 2758(XXXI)) 그 이전에 대륙중국은 등록할 수 있는 실제로 보기 어렵다. 김명기, 전거서(각주 31), p. 99.

45) 김명기, 전거서(각주 31), p. 99.

46) 沈志華, *supra* note 9, p. 49.

추정해 볼 수 있다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 국제법상 비밀조약은 조약 자체 또는 별도 합의에 의해 조약의 존재(existence) 및 실제(substance)를 타국과 공중에게 비밀로 할 것을 합의한 조약⁴⁹⁾으로서 국제 관습 및 유엔 헌장상 금지되지 않아⁵⁰⁾⁵¹⁾ 조중변계조약은 합법적 조약이다. 조약승계협약(1978) 제26조에 따라 모든 조약은 당사자를 구속하고 전문 3항⁵²⁾ “약속은 지켜져야 한다(*pacta sunt servanda*).”라는 원칙은 보편적으로 승인되므로 당사국인 북한과 중국을 구속하는 법적 효력이 있다.⁵³⁾ 한편, 조중변계조약이 정치적으로 비밀조약의 문제성을 갖는 부분은 국제법상 영토분쟁은 우선 외교적으로, 불가능 시 양국 합의하에 국제사법법원을 통한 문제 해결이 바람직하다. 동 조약 체결 당시 유엔 비가맹국 중국은 조약 등록이 가능했음에도 유엔에 등록하지 않고 비밀리에 체결했기에 당사국을 제외하면 국제사회에서 조약의 존재 자체를 알지 못하는 실정이다.⁵⁴⁾ 한반도에 1948년 남북한 2개 정부가 탄생했지만 유엔이 인정한 유일 합법 정부는 대한민국이었고, 조약 체결 시점에서도 동일하므로 북한과 중국 간 체결한 조중변계조약의 국제법적 효력은 미약하다.⁵⁵⁾

2. 국가승계 법리와 관행

1) 조약의 국가승계

일국의 영토가 타국으로 이전되는 경우로는 할양이나 병합, 분리, 통합, 연방 등의 형태로 이루어지는데, 주권의 변화가 어떤 형태로 일어나든지 간에 법적 공동체

47) 姬鵬飛, *supra* note 14, pp. 18-19.

48) 중국의 입장에서는 1906년 중국과 일본 사이에 체결된 간도협약보다 북한에 더 많은 영토를 양보하게 되어 국내적 비판이 거셀 수 있었고, 북한 역시 남한과의 분단과 체제 경쟁의 과정에서 정치적 부담이 컸다는 측면에서 북한과 중국 모두 동 조약의 체결 사실을 비공개로 원했을 것이다. 이러한 배경에서 중국은 ‘승인도 부인도 하지 않는 방침’을, 북한도 ‘비밀협상주의’를 택한 것으로 보인다. 이기태 외, 전거서(각주 8), p. 122.

49) Karl Zemanek, “Treaties, Secret,” 7 *EPIL* (1984), p. 505.

50) Meinhard Schrodter, “Treaties, Validity,” 7 *EPIL* (1984), p. 513.

51) Karl Zemanek, *supra* note 49, p. 506.

52) Manferd Lachs, “Pacta Sunt Servanda,” 7 *EPIL* (1984), p. 369.

53) 조중변계조약 체제의 조약상 양 계약국이 공개하지 않는다는 규정이 없는 것으로 볼 때, 동 조약 이외의 서면, 구두의 별도 합의 형태로 비공개를 확약한 것으로 보인다.

54) 중화민국(대만)은 1945년 유엔 가입 후 안전보장이사회 상임이사국이 되었으나 1970년대 중국의 위상이 높아져 중화민국이 대만과 자유중국으로 격하되고, 중화인민공화국이 1971년 유엔에 가입했고 그 이전에는 비동맹 가입으로 유엔 활동을 해왔다. 중국은 대만을 23개 성 중 1개로 보고 있다. 대만에서는 통일중국과 분리대만을 주장하는 세력으로 구분된다.

<http://news.kotra.or.kr/user/nationInfo/kotranews/14/userNationBasicView.do?nationIdx=81>(검색일: 2019.10.20).

55) 물론 현재 남북한의 유엔 동시 가입이 이뤄진 상태이므로, 동 조약을 새로운 조약으로 대체하여 유엔 등록 후 대외적 공개를 통해 상기 결함을 보완하여 효력을 강화할 수도 있지만 현실 가능성이 낮아 보인다.

의 혼란이 일어날 수 있어 그러한 혼란의 결과를 최소화하는 데 필요한 법 규칙이 필요하게 된다. 이러한 규칙들이 국가승계라는 이론적 실체를 구성하게 되는 것이다.⁵⁶⁾ 지금까지 국가승계법 연구는 그 복잡성으로 인해 많은 어려움이 있었고, 그 이유 중 하나가 ‘국가승계(state succession)’라는 용어의 정확하고 수용 가능한 정의가 부족했던 데에 기인한다. 그런 이유에서 1978년과 1983년의 ‘국가승계에 관한 비엔나협약’상의 정의도 가장 적합하다고 보기 어렵다.⁵⁷⁾ 조약승계협약(1978)은 국가승계란 ‘국제관계에서 일국의 책임이 새로운 국가에 의해 대체되는 것’이라고 규정하고 있다.⁵⁸⁾ 국제법상 국가승계(국가상속)는 일정 영역에 대한 주권이 일국으로부터 타국으로 변경될 경우 그 변경되는 일정 영역에 대해 변경 전까지 주권을 행사하던 선행국(先行國, predecessor state)의 조약·국가 재산·문서·채무 등 기타의 권리·의무가 계승국(繼承國, successor state)에게 승계되는 것이다.⁵⁹⁾ 일정 지역을 통치하는 국가가 변경되었을 경우 그 지역을 새로이 통치하게 된 계승국이 선행국의 법적 지위를 어떻게 승계할지의 문제를 다루는 것이다.⁶⁰⁾ 국가승계는 매우 다양한 이론적 분석과 원칙이 있고 그 각각이 어느 정도씩은 받아들여질 만큼 다양한 관행을 보여주는 주제로서 학자에 따라서는 일반적 이론을 통한 접근보다 특정한 사례를 해결하는 방식으로 설명을 시도하여 왔다.⁶¹⁾ 이러한 연유로 국가승계에 관한 문헌들은 이 문제가 매우 혼란스럽고 명료한 설명이 어려운 공통적 특징을 나타낸다고 지적하기도 한다.⁶²⁾

국가승계에서 가장 중요한 사안은 ‘조약(treaty)’과 관련된 것이다. 조약은 본질적으로 인적(人的) 속성을 가지고 있어서 조약의 원당사국이 국제법상 법인격으로 존속하는가에 따라 결과가 달라진다.⁶³⁾ 후자는 조약상 권리 의무의 이전과 관련한 일반적 규칙이 없고, 조약관계의 최대한 계속 가능성을 취하는 일반적 원칙도 없다

56) D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed. (London: Stevens & Sons Ltd, 1970), p. 423.

57) Yilma Makonnen, "State Succession in Africa: Selected Problems," 200 *Recueil des Cours* (1986), p. 102.

58) 1978년 조약에 있어서 국가승계에 관한 비엔나협약 제2조 (b); Restatement (Third) of Foreign Nations Law §208 (1987).

59) D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1967), p. 3; Mervyn Jones, "State Succession in the Matter of Treaties," 24 *BYIL* (1947), p. 360; Robert Jennings and Arthur Watts ed., *Oppenheim's International Law*, 9th ed. Vol. 1 (London: Longmans, 1992), pp. 208-9; Wilfried Fiedler, "State Succession," *EPIL* Vol. 10(1986), pp. 446-47; Amons S. Hershey, "The Succession of State," 5 *AJIL* (1911), p. 285; V. Lowe, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 169.

60) 김정균, 성재호, 『국제법』 (제5개정판) (서울: 박영사, 2006), p. 224.

61) R. Y. Jennings, "General Courses of International Law," 121 *Recueil des Cours* (1967), p. 437.

62) Matthew C. R. Craven, "The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law," 9 *European Journal of International Law* (1998), p. 143.

63) R. Y. Jennings, *supra* note 61, p. 442.

고 한다.⁶⁴⁾ 조약의 국가승계에 관하여는 다양한 의견들이 존재하고, 정치적·이념적 동기에 기인한 독특한 주장들이 많고, 원칙에 초점을 맞추기보다 유형에 초점을 맞춘 논의가 많았다. 이러한 이유에서 조약의 국가승계에 관한 문제는 법적 논리에서 벗어나서 정치학이나 행정학의 한 부분이 되기도 했다.⁶⁵⁾ 까닭에 조약의 국가승계 문제에 관한 관행은 일치되어 있지 않고 특정한 접근 방법이 인정되지도 않았을 뿐만 아니라 이론적 논의는 매우 다양하게 존재하여 왔다.⁶⁶⁾ 최근의 연구들을 보면 정치적으로 혹은 이념적으로 유발된 경우가 많고, 원칙에 초점을 맞추기보다 형태적 논의에 초점을 맞추는 경향이 있다.⁶⁷⁾

1970년대 초까지 신생국은 선행국의 조약상 의무를 최대한 피하려 하면서 동시에 이들 조약으로 얻게 되는 이익은 최대한 누리려는 방향으로 법적·정치적 행태를 보여왔고, 국제사회도 이러한 경향을 최대한 인정하려는 태도를 보여왔다. 이러한 행태는 법적 장치나 법적 분석과 일치하는 것은 아니었기에, 조약의 국가승계 문제는 법학적 통합의 관점에서 검토하는 것이 필요하다.⁶⁸⁾ 국가승계의 이론과 관행은 19세기 이전의 포괄적 승계론(universal succession)과 19세기와 20세기 초의 백지상태이론(clean-slate doctrine), 그리고 제2차 세계대전 이후의 수정백지상태이론(modified clean-slate doctrine)이 시기적으로 등장하였다.⁶⁹⁾ O'Connell은 조약의 승계와 관련하여 인적(personal) 조약과 비인적(impersonal) 조약 또는 처분적(dispositive) 조약을 구분하고 있다. 인적 조약은 본질적으로 계약적인 것으로 합의된 목적의 관점에서 당사국 간의 상호성을 전제로 하는 것이고, 비인적 조약 또는 처분적 조약은 영역에 어떤 특정한 법적 지위를 붙이는 것으로 그 영역상 주권의 범위를 제약하게 되는 것이라고 설명한다.⁷⁰⁾ Brownlie는 백지상태이론과 같이 일반적으로 불승계를 원칙으로 하되, 일정한 경우 예외가 있다고 설명한다. 그러한 예외로는 일반 국제법상의 원칙을 입증하는 조약, '객관적 체제'나 지역화된 조약, 국경 조약 등을 들고 있다.⁷¹⁾

선행적 연구를 종합하여 보면 인적·정치적 조약은 국가의 소멸에 따라 종료되며,

64) J. G. Starke, *Introduction to International Law*, 9th ed. (London: Butterworth & Co Publishers Ltd, 1984), p. 314.

65) D. P. O'Connell, "Recent Problem of State Succession in Relation to New States," 130 *Recueil des Cours* II(1970), p. 170.

66) M. N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), p. 606.

67) D. P. O'Connell, *supra* note 65, p. 170.

68) *Ibid.*

69) Yilma Makonnen, *supra* note 57, p. 103.

70) D. P. O'Connell, *supra* note 59, p. 427.

71) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 1998), pp. 663-64.

물적·처분적 조약은 계승국에게 승계되고, 통상조약이나 범죄인 인도 조약 등의 조약은 관련 당사국과의 교섭에 의해 종료되거나 개정·유지된다. 이러한 분석은 국가승계에 관한 기본적 입장으로 간주되고 있으나, 한편으로 국제법의 안정성을 훼손할 개연성도 있다. 이에 국제법위원회는 국제법의 점진적 발전과 법전화를 위한 보완적 개념으로서 조약에 있어서 국가승계에 관한 비엔나협약(1978)과 ‘국가의 재산·공문서 및 채무에 있어서 국가승계에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts, 1978)’을 채택하였다. 조약승계협약(1978)의 경우 이 분야의 국제 관습을 성문화한 것이라는 주장도 있지만 실제로 국제관습법을 반영한 것인가에 대해서는 부정적 견해가 적지 않다. 혹자는 국가승계에 관한 국가 관행은 매우 다양해서 관습적 규칙을 찾아내려는 노력은 인위적인 것이거나 무의미한 것이라 하고 있다.⁷²⁾ 조약에 있어서 국가승계에 관한 비엔나협약은 조약의 계속성에 관한 결정을 위해 유용한 관습법 규칙을 내포하고 있는 것일 뿐이라거나⁷³⁾ 법전화를 위한 일부의 국제적 시도가 1978년에 반영된 것일 뿐 확립된 관습 규범이나 국가 관행이나 사법적 선례 및 의견에 일관된 명확한 법을 표현한 것이라 할 수 없다는 주장도 있다.⁷⁴⁾ 나아가 조약승계협약(1978)은 국가 간 조약과 관련해 국가승계의 효과, 특히 유엔헌장상 규정된 국제법 원칙과 국제법에 부합하여 발생하는 국가승계의 효과에 적용된다.

국제법위원회는 조약승계협약(1978) 초안 과정에서 영토적 조약에 관해 국제법 학자들 간 다양한 견해가 있음을 인정하면서 국제 관행 및 판결을 근거로 계속성 원칙을 제시하였다.⁷⁵⁾ 이는 조약승계협약(1978)에도 반영되어 제11조는 경계(국경)·획정조약이나 경계(국경) 체제와 관련된 조약상 권리 의무는 국가승계에 영향을 끼치지 않는다고 하고 있다. 조약승계협약(1978) 제11조는 초안 작성 시 ‘조약이 국경을 획정하는 경우’를 사정 변경의 원칙(principle of *rebus sic stantibus*)의 예외로 하였으나, 자구의 해석상 국경 획정 조약만 의미하는 것으로 볼 우려가 있어 영토 할양 조약도 포함하도록 ‘그 조약에 의해 획정된 경계’라고 변경하였

72) Robert D. Sloane, “The Policies of State Succession: Harmonizing Self-Determination and Global Order in the Twenty - First Century,” 30 *Fordham International Law Journal* (2007), p. 1290.

73) Paul R. Williams, “The Treaty Obligations of the Successor States of the Former Soviet Union, Yugoslavia, and Czechoslovakia: Do They Continue in Force?,” 23 *Denver Journal of International Law & Policy* (1994), p. 8.

74) Roda Mushkat, “Hong Kong and Succession of Treaties,” 46 *International & Comparative Law Quarterly* (46 INT'L & COMP. L.Q. 181, 191, 1997), p. 181.

75) 국제법위원회 ‘Free Zone of Upper Savoy and the District of Gex’ 사건에 관한 PCIJ 판결, 올란드 제도(Aland諸島) 사건에 대한 법률위원회의 결정, Preah Vihear 사원 사건 및 인도 영토의 통행권 사건에 대한 ICJ의 판결 등을 인용하고 있다. *Yearbook of the International Law Commission* Vol. II (1974), pp. 197-99, paras. 2-8.

다.⁷⁶⁾ 조약승계협약(1978) 제12조 1항은 영토의 이용 또는 이용 제한에 관한 조약에 의해 확립되고 영토에 부속된 것으로 간주되는 권리와 의무는 승계에 의해 영향을 받지 않는다고 규정하고 있다.⁷⁷⁾

조약승계협약(1978) 제11조와 제12조의 국경 조약 및 기타 처분적 조약의 계속성 원칙(continuity rule)은 법적 안정성 추구에 목적이 있으나, 모든 경우의 국가승계에 적용되는 것이 아니라 일정한 제약이 있음을 유의하여야 한다. 첫째, 동 협약 제6조는 “이 협약은 국제법 및 특히 국제연합헌장에 구현된 국제법의 원칙에 의거하여 발생하는 국가승계의 효과에만 적용된다.”라고 규정하고 있다. 즉, 동 협약은 합법적인 국가승계의 효과에만 적용된다. 따라서 불법적인 국가승계의 경우 계속성 원칙도 적용되지 않는다. 둘째, 제13조는 “이 협약의 어느 조항도 천연의 부와 자원에 대한 인민과 국가의 항구적인 주권을 확인하는 국제법 원칙에 영향을 미치지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 셋째, 제14조 “이 협약의 어떤 조항도 조약의 유효성에 관련되는 어떠한 문제에 관해 어떠한 면에 있어서도 침해하는 것으로 간주되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 영토적 조약에 따라 형성된 제도인 국경은 국가승계의 영향을 받는 것이 아니나, 조약의 무효·취소 사유의 경우 등은 직접적인 규율 대상이 된다는 것이다.⁷⁸⁾

2) 영토 및 국경 조약의 특수성: 정치성(政治性)

조약 승계와 관련하여 인적 조약과 처분적 조약 간에는 차이가 있다는 견해가 다수의 입장이다.⁷⁹⁾ 이는 17세기 이래 통치자의 사적(私的) 자격에서 행하는 행위와 공적(公的) 자격으로 행하는 행위가 구별되어왔고 영토와 주권 간 특별한 관련성이 있기 때문에, 이러한 구별이 영토 부차 조약이나 아니나의 구별로 전치된 것이다.⁸⁰⁾ 주권의 변화가 진화에 의한 일부 경우를 제외하고 선행국의 인적 조약은 계승국을 구속하지 않고,⁸¹⁾ 하천제방의 유지·국제철도 연결·수로 항행·관개수로 설

76) *Yearbook of the International Law Commission* Vol. II (1974), p. 119, para. 10.

77) 이와 같은 입장은 O'Connell, McNair 등 다수 학자의 지지를 받고 있으나, Brownlie는 예외를 입증해 주는 증거가 원칙상, 관행상으로 불충분하고 많은 관행이 모호하며 묵인에 근거하므로 해당 범주는 정의를 내리기가 어렵고 유독 이러한 조약들만 특별한 대접을 받아야 하는지 명확하지 않다고 반대한다.

78) Wilfred Fiedler, *State Succession, Encyclopedia of Public International Law*, 10 *Instalment* (Amsterdam: North - Holland Pub. Co., 1987), p. 450; 최태현, “국경문제에 대한 국제법적 고찰 - 영토분쟁사례 정리 및 향후 고찰 -”, 『한중관계사 연구의 성과와 과제』 (국사편찬위원회·한국사학회, 2004), p. 48.

79) D. P. O'Connell, *Independence and Problems of State Succession, The New Nations in International Law and Diplomacy*, W. V. O'Brien ed. (London: Stevens & Sons, 1965), p. 189.

80) D. P. O'Connell, *supra* note 79, p. 189.

81) D. P. O'Connell, *supra* note 59, p. 427.

정권·어로권·영토의 중립화나 비무장화 등의 처분적 조약은 주권에 대한 제약을 표시하는 지역권(地役權)으로 계승국은 동 제도에 구속된다고 보았다.⁸²⁾ 일반적으로 인간들이 사회적 정치적 공동체를 통하여 서로 소통하고 접촉함으로써 지리적 공간을 공유하면서 형성되는 ‘영토성(territoriality)’을 기반으로 이해되어온 국경 및 영토조약⁸³⁾, 즉 처분적 조약 승계의 대표적인 사례로 Åland Island 와 Free Zones 가 있다. 이러한 입장을 기반으로 영토조약상의 권리 의무는 영토주권의 변경에 관계없이 승계된다는 것이 일반적이 견해였다. 다시 말해, 영토 관련 조약은 영토에 부착된 것으로서 일단 유효하게 성립되면 그것을 만든 국가와 운명을 같이하지 않는다는 점에서 일종의 객관적 체제(objective regime)를 창설한다는 것이다.⁸⁴⁾

그러나 대부분의 조약이 이면에 정치적 동기가 깔려 있기 때문에 정치적 성격의 조약 여부는 조약의 계속성과는 충분한 관련성이 없다. 영토적 연관성을 가진 많은 조약이 강한 정치적 함의를 갖고 있기 때문에 ‘정치성(politicality)’ 기준은 인적·처분적 조약이라는 이분법을 관통하게 된다.⁸⁵⁾ 특히 인적 조약과 처분적 조약의 이분법적 구분은 국제사회가 매우 단순하고 조약의 수나 유형이 적었던 1900년대 문제를 다루는 데 적절한 것이지만, 현재는 이전에 비해 훨씬 다양한 상황이 전개되고 있다.⁸⁶⁾ 이와 관련한 국제적 관행은 다음과 같은 양상을 나타내고 있다. 첫째, 계속성 원칙으로, 백지출발주의에 기초하되 예외적으로 선행국이 체결한 특정 조약의 경우 계승국이 이를 승계하여야 한다는 이론이다. 계승국이 승계하여야 할 특정 조약으로는 통상 국제관습법과 국제 강행 규범(*jus cogens*)을 내용으로 하는 조약, 국경 제도에 관한 조약, 기타 영토 제도에 관한 조약을 들 수 있다. 둘째, 조약 경계 이동의 원칙(moving treaty - frontier rule)이다. 영역 일부에 대한 주권이 변경되어 해당 영역이 선행국 조약 체제에서 이탈하여 계승국 조약 체제로 편입되는 것을 말한다. 승계일로부터 선행국 조약이 해당 영역에 대하여 자동적으로 적용되지 않는 소극적 측면과 해당 영역에 대해 자동적으로 작용되는 적극적 측면을 가진다.⁸⁷⁾ 셋째, 현상 유지 원칙이다. 제2차 세계대전 이후 탈식민지화 과정에서 남미, 아시아, 아프리카 국가들이 탄생하며 분리·독립 이전에 확정된 국경을 대부분 승계하였다. 특히 19세기 초반 남미에서 스페인 식민지 독립 시 식민

82) *Ibid.*, pp. 427-32.

83) 이기태 외, 전거서(각주 8), p. 117.

84) 김대순, 『국제법론』 (서울: 삼영사, 2009), p. 894.

85) D. P. O'Connell, *supra* note 79, pp. 189-90.

86) O'Connell의 원문은 “70년 전의 문제를 다루는 데 적절”하다고 기술하고 있으나, 동 논문의 발표 시기가 1970년이므로 1900년대로 보정하였다. D. P. O'Connell, *supra* note 79, p. 191.

87) 김정균, 성재호, 전거서(각주 60), p. 229; L. Henkin, *International Law*, 4th ed. (Minnesota: West St. Paul, 2001), p. 206.

통치 당시 행정 경계선을 국경선으로 그대로 유지하는 'as you posses'를 뜻하는 라틴어로 'uti possidetis(현상 유지 또는 현상 승인)' 원칙을 택하였다.⁸⁸⁾ 이는 1964년 아프리카단결기구(OAU)가 “모든 회원국은 독립을 달성할 당시의 국경선을 존중할 것을 약속한다.”라는 결의를 채택함으로써 변형된 형태로 적용되었다. 미국도 독립 후 영국의 조약에 대한 승계를 부인하면서도 이전에 확립된 국경의 효력을 인정하였다. 1856년 William Marcy 국무장관은 “미국은 미주 내 유럽 식민지 독립 시 식민지의 영토적 경계를 그대로 승계한다는 공법과 국제적 권리를 확립된 원칙으로 간주한다. 이는 영미 간 독립전쟁을 종결한 파리협상에서 채택 합의한 것이다.”라고 선언하였다.⁸⁹⁾

종합하자면, 조약 승계 관련 주요 법원(法源)으로는 조약승계협약(1978)이 있으나, 2019년 10월 현재 가입국이 23개국에 불과하여 대다수 국가들이 추가 가입을 하지 않고 있는 실정이다. 동 협약의 규정 간에 계속성의 원칙 개념 관련한 상이성을 보 이고 기존 관행을 제대로 반영하지 못했다는 한계가 지적되며 국제관습법을 성문화한 것인지에 대한 이견이 적지 않다. 오늘날 대한민국, 북한, 조중변계조약의 타방 당사국인 중국 모두 미가입 상태이다.⁹⁰⁾ 따라서 남북한 간의 통일 시, 조약 승계에 대한 법원으로서 동 협약을 직접 적용하는 데에 명백히 한계가 있다. 물론, 상당수 학자들이 조약승계협약(1978)과 관행을 근거로 국경 조약을 승계하는 것이 국제관습법에 따르는 것이라고 주장하나 국경 조약이라 할지라도 이를 자동 승계해야 한다고 여길 만큼 국제법 원칙 및 관습법이 사실상 확립되었다고 보는 것은 타당하지 않다. 또한 조중변계조약이 지닌 법적 한계 역시 다분하다. 동 조약은 국제연합 사무국 미등록 조약이자 비밀조약으로서 조약의 효력이 미약하다. 물론, 국경 조약의 영토성 측면에서 동 조약이 국경 안정성의 가치를 기반으로 계속성의 원칙을 적용할 수 있음은 분명한 사실이다. 그러나 영토·국경 관련 조약의 체결 배경은 대다수 당사국 간 국내외 정치적 요인과 결코 분리될 수 없는 정치성을 전제로 한다. 동 조약의 승계를 인정하는 근거로서 계속성의 원칙은 해당 조약의 정치성 여부와 직접적인 관련

88) Edward McWhinney, *Self-Determination of Peoples and Plura Ethnic States - Secession and State Succession and the Alternative, Federal Opinion*, 294 *Recueil des Cours* (2002), p. 230ff; Malcolm N. Shaw, "The Heritage of States: The Principle of *Uti Possidetis Juris* Today," 67 *British Yearbook of International Law* (1996), pp. 81-97; Kaiyan Homi Kaikobad, "Some Observations on the Doctrine of Continuity and Finality of Boundaries," 54 *British Yearbook of International Law* (1983), pp. 119-41.

89) A. O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1967), p. 106.

90) 2019년 10월 기준, 유엔 조약 체결 현황에 따르면 동 협약의 비준국은 앙골라, 브라질, 칠레, 코트디부아르, 체코, 콩고, 에티오피아, 바티칸, 이라크 등 총 19개국이다. 국제연합(UN), "조약 체결 현황", https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-2&chapter=23&clang=_en(검색일: 2019.10.20).

성을 갖기 어렵다. 즉, 대부분의 조약이 이면에 정치적 동기(political motivation)가 있기에 정치성 여부는 조약의 계속성과 충분한 관련성이 없고, 인적·처분적 조약의 이분법을 관통한다. 특히 이러한 이분법적 구분은 오늘날과 달리 국제사회가 매우 단순하고 조약의 수나 유형이 적었던 1900년대 문제를 다루는 데 적절한 것이었다.⁹¹⁾ 즉, 백두산 천지 분할 등 역사상 미해결 문제로 남겨졌던 북한과 중국 간의 국경 문제가 조중변계조약의 체결로 급속히 진행될 수 있었던 이유는 조약 양 당사자가 처한 1960년대 대내외적인 정치 상황이 결정적 역할을 했다고 볼 수 있다.

3. 분단국의 특수성: 남북한 특수관계론

1) 남북한 특수관계론

분단국(divided entities)의 경우 영토 및 국경 관련 조약의 승계 쟁점 논의 시 각 분단국의 특수성이 주된 요인으로 고려되어야 하므로 역사적으로 서방국가와 제3세계 식민 국가 사례를 중심으로 적용되어온 법 원칙(legal principle)과 관행(legal practices)을 그대로 따르는 것은 부적합하다. 일각에서는 국경 조약의 승계 여부가 이미 국제관습법화되었으며 독일 통일 시 독일·폴란드 간 오데르-나이세 선(Oder - Neiße Grenze)의 승계 관행도 이를 뒷받침한다고 주장한다. 그러나 오데르-나이세 선의 승계는 서독(西獨)이 계속성의 원칙을 적용한 보편적 승계의 결과라고 단편적으로 해석하기보다 독일 통일 과정에서 수차례 관련국 간 정치적·외교적 협상을 통해 폴란드와 새로운 국경 조약을 체결한 것으로 보아야 하는 측면이 강하다.⁹²⁾ 또한 남북예멘의 통일 사례에서도 인접국 사우디아라비아에 대한 영토 분쟁의 존재를 주장한 유효성 선언 등 분단국 특수성과 관련한 선행 사례를 검토하여 통일한국에 반영할 필요가 있다.

오늘날 남북한은 여전히 상호 간의 국가성을 부인하고 있다는 점에서 국가 관계가 아님은 분명하다. 하지만 남북한 각각의 국내법상 헌법 조항만을 근거로 남북한 특수 관계에 있어서 국제법 원칙의 적용을 전적으로 배제하는 것은 다소 무리가 있다. 남북한이 국가만 회원 자격을 지니는 유엔에 동시 가입한 점, 2019년 10월 현재 동시 수교국이 158개국에 달하며 최근 정상회담 추진 등 북한 역시 다수 국가와 수교관계를 맺고 있는 점⁹³⁾, 분단국 통일에 따른 조약 승계 문제 발생 시 기존 조

91) D. P. O'Connell, *supra* note 79, pp. 189-91.

92) 김명기, "통일한국의 북중국경선조약의 승계에 관한 고찰", 외교통상부, 『국제법 동향과 실무』 제4권(2005), p. 39.

93) 외교부, "외교관계 수립 현황", https://www.mofa.go.kr/www/wpage/m_4181/contents.do(검색일: 2019.10.20).

약의 체결 당사국과의 이해관계가 감안되어야 하는 점 등을 종합해 볼 때, 한반도 통일 시 조약 승계 문제에 있어서 국가승계 법리가 기본적으로 적용되어야 한다. 더욱이 국제법 원칙의 준수를 제외한 국내법 원칙이 현 시점에서 부재한 상황이라는 현실적 고려도 반드시 수반되어야 한다.⁹⁴⁾ 따라서 한반도 통일 시점에 남북한 상호 간에 국가 승인이 이루어지지 않았더라도 일반적인 국제법 원칙의 적용이 가능하다고 할 것이다. 나아가 대한민국의 법인격이 존속하는 단일국가 형태의 통일한국은 남북한 특수관계론과 대한제국(大韓帝國) - 대한민국(大韓民國) - 통일한국(統一韓國)의 정통성을 중심으로 향후 통일 시점의 각종 대내외적 상황을 고려해야 한다.

2) 북한이 체결한 영토 및 국경 관련 조약의 승계

한반도 통일 시 통일한국의 북방 경계가 중국 및 러시아와 맞게 된다는 점에서 북한이 중국 및 러시아와 기존에 체결한 국경 조약 등 처분적 조약의 승계 문제는 가장 첨예한 쟁점이 될 것이다. 조약승계협약(1978)과 국제관습법에 따른 국가 관행상 처분적 조약은 계속성의 원칙과 국경 안정성의 원칙(stability of territorial frontiers)에 부합하여 자동 승계됨을 기본 원칙으로 삼고 있다. 그러나 동 협약이 분단국의 특수성을 감안하지 못한 점과 국가 관행상 일관되게 적용될 법 원칙이 국제관습법화되었다고 볼 수 없는 점은 통일한국이 북한의 기존 국경 조약 승계를 부인하는 데에 결정적인 근거가 될 것이다. 한편, 조약승계협약(1978) 및 국제관습법에 따른 적용 외에 국경이 불법 또는 부당하게 획정 또는 국제법상 정당성을 인정받지 못하는 체제하에서 획정된 경우 처분적 조약을 당연히 승계하는 것은 “*ex injuria jus non oritur*(불법행위는 법을 창설할 수 없다)”라는 로마법 원칙을 부정하게 될 수 있다. 따라서 영토 및 국경 관련 조약의 승계 문제는 한반도 통일을 기점으로 사전 및 사후 검토를 통해 당사국과 개별적인 협의를 거쳐 최종적인 합의에 도달해야 하는 사안이다.⁹⁵⁾ 물론, 오늘날 남북한의 동시 수교국인 중국과 러시아는 남북한을 합법적 국가로 인정하므로 기존에 체결한 국경 조약의 정당성을 주장할 것이나, 대한민국의 법인격이 존속하는 헌법합치적(憲法合致的) 단일국가 형태의 통일 시 북한의 법인격은 소멸됨으로써 통일한국과 관련국 간 재협상의 여지가 가장 큰 통일 유형에 해당함을 명심해야 한다. 한국이 체결 당사국이

94) 통일독일 사례에서도 통일 이전 동·서독 간에 국제법이 준용될 수 있다는 서독 연방헌법재판소의 판결이 있었으며 동독은 동·서독의 관계에서 일반적으로 승인된 국제법 원칙이 적용되는 것으로 보았다. 장효상, 『한국국제법학의 제문제: 통일과 국가승속』 (서울: 박영사, 1987), p. 103.

95) 한명선, “남북통일과 북한이 체결한 국경 조약의 승계: 조중국경 조약의 승계 문제를 중심으로” (파주: 한국학술정보, 2011), pp. 253-254; 이순천, 『조약의 국가승계』 (파주: 열린책들, 2012), pp. 278-279.

아닌 처분적 조약의 경우 해당 조약의 개정 및 폐지와 관련한 최종적인 입장에 대한 유보 선언, 상대국과 후속적인 교섭 진행 등⁹⁶⁾ 통일한국은 한반도 전체의 실익 차원에서 북한이 체결한 기존 조약의 처리를 판단하여, 필요 시 무효 원인을 찾고 이를 바탕으로 재협상을 진행할 수 있는 논리를 개발해야 한다.

통일 한국의 형태에 따라 영토 및 국경 관련 조약의 승계 문제를 살펴보면, 남북한 간의 합의에 따른 대한민국의 '1국가 1체제 1정부'의 경우 국경 획정 조약 등 영토 및 국경 관련 조약은 국가 관행상 국가승계의 원인에 의해 소멸되거나 조정되는 것이 아니므로 조약의 효력 상실의 원인에 의거해서 승계 문제를 해결하는 것이 합리적이다. 북한이 주장하는 '1국가 2제도 2정부'의 통일 형태는 남북한의 일부 기능을 통합국의 특정 기관에 이양하되 여전히 각자의 영역을 스스로 통치할 수 있으므로 완전한 통일국가에 이르지 못한다. '1국가 2제도 2정부'의 통일 시 조약 승계는 통일 이전 체결된 남북한의 조약들은 원칙적으로 해당 지역에 한하여 유효하나 경우에 따라 남북한과 관련 당사국 간의 합의를 통해 조약 목록을 선별해 영토적 범위를 한반도 전체로 확대 적용할 수 있을 것이다. 다만, 처분적 조약은 조약승계협약(1978) 및 국제관습법상 국가승계의 사유로 인해 별다른 영향을 받지 않으며 북한의 법인격이 존속하므로 헌법합치적 단일국가 형태 시 가능한 재협상의 여지가 없다는 점에서 북한의 '1국가 2제도 2정부'의 연방제안은 사실상 영토 및 국경 문제와 관련해 통일한국에 있어서 불리한 형태라고 볼 수 있다.

IV 결론

대한민국 헌법에 따른 한반도 통일 시, 북한이 체결한 영토 및 국경 조약을 통일한국이 그대로 승계하여야 하는 것인지 당사국들의 역사적 배경과 법적 지위 등 여러 가지 사항이 종합적으로 맞물려 복잡한 양상을 보이고 있다. 국제법상 조약의 승계 문제는 매우 어려운 과제이고, 특히 국경 조약의 승계는 당사국 및 관련국 간의 역사적·정치적 맥락 속에서 다양한 이해관계가 맞물려 있어 첨예한 법리적 논쟁의 소지를 안고 있다. 1948년 분단이 고착된 이후, 북한은 인접한 중국 및 러시아와 영토 및 국경 관련 조약을 체결한 바 있는데, 북한과 중국 간 조중변계조약의 체결로 한반도 경계를 획정함으로써 간도는 중국으로 귀속되었다. 조중변계조약은 기존 역사적 인식과는 다른 경계선을 포함하고 있기에 동 조약의 승계 문제는 국

96) 이석우, 전개서(각주 29), pp. 261~280; 이순천(2012), p. 281.

제법상 면밀한 법리적 검토가 필요하다.

조중변계조약은 압록강과 두만강을 한반도 북방 경계로 설정하고 있는데, 이는 1909년 간도협약 체결 시의 경계와는 적지 않은 차이를 갖고 있다. 즉, 간도협약 당시에는 '백두산정계비 - 석을수 - 두만강'으로 획정되었으나, 조중변계조약은 북방 경계를 '백두산 천지 - 홍토수 - 두만강'으로 하고 있다. 백두산 천지가 중국과 북한 간에 분할되어 그 일부가 중국에 귀속되는 형태가 된 것이다. 이로 인하여 한반도 통일 시 통일한국의 간도 영유권 주장의 법적 기초를 상실하게 되었다. 이 밖에도 압록강 및 두만강의 경계 획정에 따른 섬과 모래섬의 귀속 문제를 포함해 조중변계조약의 쟁점이 북한과 러시아 간 체결한 국경 조약에 따른 연해주 및 녹둔도의 영유권 문제에도 영향을 주는 등 향후 통일한국과 관련국 간의 마찰이 예견되는 부분이다. 2019년 10월 현재, 북한과 중국 정부 모두 공식적으로 조중변계조약의 체결 과정을 포함하여 그 실태를 공개하고 있지 않을 뿐만 아니라, 국제연합 사무국에도 등록하지 않은 상태이다. 그러나 사실상 당사국에 의해 동 조약에 따른 국경 체제는 암묵적으로 시행되고 있는 것으로 보인다.

한편, 국제법상 국경 조약의 국가승계 문제에 있어서 계속성의 원칙과 백지상태 이론으로 이원화하여 적용 가능한 법 원칙을 양자택일하는 방식을 취하는 것은 특정 원칙이 지닌 한계를 극대화할 우려가 있다. 무엇보다 분단국 간의 통합에 따른 국가승계 문제는 그 특수성이 반드시 고려되어야 하므로 역사적으로 서방국가와 제3세계 식민 국가 사례에서 적용된 법 원칙을 그대로 따르는 것은 상당히 부적합한 부분이 있다. 일각에서는 국경 조약의 승계 여부가 이미 국제관습법화되었으며 대표적인 분단국 통합 사례인 독일 통일 과정에서 독일과 폴란드 간의 오데르-나이세 선 승계 관행도 이를 뒷받침한다고 주장한다. 그러나 오데르-나이세 선의 승계 문제는 서독이 계속성의 원칙을 적용한 보편적 승계(universal succession)의 결과로 단정하기에 무리가 있다. 당시 서독 및 통일독일과 폴란드를 포함한 관련국들 간의 수차례 정치적·외교적 협상을 통해 이뤄낸 새로운 국경 조약의 확인으로 해석될 여지도 크기 때문이다.

조약 승계의 법원으로 조약승계협약(1978)이 있으나 동 협약이 국제관습법을 성문화한 것인지 여전히 이견이 적지 않고, 2019년 10월 현재 대한민국, 북한 그리고 중국 모두 동 협약에 미가입 상태로서 한반도 통일 시 직접 적용하는 데에 한계가 있다. 상당수 학자들이 국경 조약을 승계하는 것이 국제관습법에 따르는 것이라고 주장하나 국가승계 이론 및 관행의 발전 양상을 볼 때, 조약 승계 문제 발생 시 국경 조약을 자동 승계해야 하는 것으로 여길 만큼 국제법 원칙 및 관습법이 확립되었다고 보는 것은 항상 타당하지 않다. 향후 통일한국이 조중변계조약을 비롯한 제

3국과의 국경 조약을 자동 승계해야 하는 법적 의무는 절대적이지 않다는 의미이다. 또한 대부분의 영토 및 국경 조약의 경우 일반적으로 조약들이 그 이면에 지닌 정치적 동기보다도 훨씬 높은 수준의 정치성을 지니고 있다. 조중변계조약이 국경 조약으로서 기본적으로 갖고 있는 영토성 외에 정치성은 통일한국의 조약 승계 문제를 다루는 데에 핵심적인 사항으로서 남북한 특수관계론을 중심으로 한 분단국의 특수성 관점에서 주된 요인으로 고려되어야 한다. 그러므로 한반도 통일 시점에 최적화된 통일한국의 국력, 즉 실익을 극대화할 수 있는 중장기적 통일 정책 수립 측면에서 북한이 기존에 중국, 러시아 등과 체결한 국경 조약의 효력 및 승계 문제의 처리와 관련한 중층적 차원의 법리와 관행의 검토가 필요하다.

물론, 오늘날 국제 정세를 감안할 때 현실적으로 향후 통일한국과 중국 간 국경 조약 체결 협상의 결과를 지난 1960년대 조중변계조약에 따라 확정된 북방 경계보다 통일한국의 국력 강화에 보다 실익이 되는 방향으로 이끌기는 결코 쉽지 않을 것이라는 견해도 상당하다. 그러나 이러한 현실성을 미리 감안하여 조중변계조약으로 확정된 북방 경계의 현상 유지를 최상의 목표로 삼는 태도는 후속적으로 북방 경계의 쟁점에 해당하는 사항들을 논의하는 데 있어서 자칫 협상 시 과도하게 양보하는 결과를 초래할 수 있으며, 관련 주장을 제기하는 것 자체의 법리적 기반을 상실하게 될 위험으로 이어질 소지가 농후하다. 또한 <중변계조약의 승계 문제는 비단 통일한국과 중국 간의 문제에서 그치는 것이 아니라, 기존에 북한과 러시아 간 체결한 국경 조약의 승계에도 직접적인 영향을 줄 가능성이 크다. 한 국가의 국익과 직결되는 영토 및 국경 조약의 협상과 관련해 일반적으로 국가 간 협상의 결과는 당초 제시한 각자의 주장보다 상호 간의 양보를 통해 타협안으로 완성되는 경향이 있다. 그러므로 조중변계조약에 따른 한반도의 북방 경계를 전략적으로 현상 유지하는 결과를 도출하기 위해서라도 최소한 우리는 간도의 영유권 주장까지 가능한 선에서 통일한국의 실익을 극대화하는 노력을 시도해야 할 것이다. 더욱이 동 조약이 북한보다 중국에게 불리하게 이뤄졌다는 중국 내부의 평가가 지배적인 상황을 감안한다면, 이러한 현실적 측면을 적극 고려해 통일한국이 새로운 협상 여지를 최대한 확보해야 한다.

한반도 통일은 '자주, 평화, 민주'의 원칙, 즉 무력이 아닌 대화와 협상으로, 민주적 원칙에 입각한 절차와 방법으로, 그리고 민족자결의 정신에 따라 남북 당사자가 중심이 될 때 평화와 번영의 한반도로서 실현 가능할 것이다. 현 시점에서 통일 시기를 정확히 예견할 수는 없으나 대한민국 법인격이 존속하는 단일국가 형태의 통일한국이 그 당시의 대내외적인 상황을 종합적으로 판단함으로써 가급적 통일한국이 상대국과 새로운 영토 및 국경 관련 협정을 체결할 수 있는 법리적 근거를

마련해야 한다. 따라서 통일한국이 관련 상대국과 합의를 추진 및 새로운 국경 조약을 체결하는 데에 법리와 관행을 시의 적절하게 적극 활용할 수 있는 방안을 사전에 마련해 통합 과정상 법적 안정성을 기반으로 한 중장기적 통일 정책 및 전략을 수립해야 할 시점이다.

참고 문헌

1. 국내 문헌

1. 단행본

- 국가안전기획부 편. 『북한조약집(1948.9~1996.12)』. 국가안전기획부, 1997.
- 국가정보원 편. 『北·中 간 국경업무 조약집』. 국가정보원, 2006.
- 국토통일원 편. 『대한민국의 민족사적 정통성』. 국토통일원조사연구소, 1976.
- 국토통일원 편. 『동서독 조약·협정 자료집』. 국토통일원, 2003.
- 국회도서관 편. 『간도영유권관계 발췌문서』. 국회도서관, 1975.
- 국회도서관 편. 『독일통일관련 법령목록』. 국회도서관, 2016.
- 김득황. 『백두산과 북방경제』. 사사연, 1995.
- 김명기. 『간도연구』. 서울: 법서출판사, 1999.
- 김명기. 『간도의 영유권과 국제법』. 한국학술정보, 2013.
- 김명기. 『남북기본합의서요론』. 국제문제연구소, 1992.
- 동북아역사재단 편. 『中·朝, 中·蘇, 中·蒙 관계 條約, 協定, 議定書 집성』. 2007.
- 법무부 편. 『북한법연구(5): 국제조약』. 법무부, 1987.
- 서길수. 『백두산 국경연구』. 서울: 여유당, 2009.
- 손선홍. 『독일통일 한국통일』. 서울: 푸른길, 2016.
- 이동률. 『중국의 영토분쟁』. 동북아역사재단, 2008.
- 이석우. 『동아시아의 영토분쟁과 국제법』. 서울: 집문당, 2007.
- 이순천. 『조약의 국가승계』. 경기 파주: 열린책들, 2012.
- 이종석. 『북한-중국관계 1945-2000』. 중심, 2000.
- 이종석. 『북한-중국 국경 역사와 현장』. 세종연구소, 2017.
- 통일부 편. 『2018 통일문제이해』. 통일부, 2018.
- 통일원 편. 『백두산 및 간도지역의 영유권 문제』. 통일원, 1969.
- 한명섭. 『남북통일과 북한이 체결한 국경 조약의 승계』. 한국학술정보, 2011.

2. 연구논문

- 김명기. “통일한국의 북중국경선조약의 승계에 관한 고찰”. 『국제법 동향과 실무』 제4권, 2005.
- 김명기. “통일 후 한중국경 문제와 조중국경 조약의 처리 문제”. 『남북법제연구보고서』, 2011.
- 노영돈. “간도영유권을 둘러싼 법적 제문제”. 『白山學報』 제84호, 2009.
- 노영돈. “白頭山地域에 있어서 北韓과 中國의 國境紛爭과 國際法”. 『국제법학회논총』 제35권 제2호, 1990.
- 노영돈. “북한과 러시아의 국경체제에 관한 연구”. 『白山學報』 제87호, 2010.
- 박선영. “북한과 중국의 비밀 국경 조약”. 『중국사연구』 제34권, 2005.
- 박용현. “條約의 承繼에 관한 연구”. 『한국동북아논총』 제3권, 1996.
- 신각수. “條約에 관한 國家承繼: 1977年 Vienna協約의 法的 檢討”. 『국제법학회논총』 제27권 제1호, 1982.

- 이근관. “통일 후 한-중 국경 문제에 관한 국제법적 고찰”. 『국제법학회논총』 제55권 제4호, 2010.
- 이근관. “1948년 이후 남북한 국가승계의 법적 검토”. 『서울국제법연구』 제16권 제1호, 2009.
- 이성덕. “間島 歸屬과 관련한 몇 가지 국제법적 문제에 대한 管見”. 『중앙법학』 제10권 제2호, 2008.
- 이장희. “통일후 조중국경 조약의 국가승계문제”. 『白山學報』 제91호, 2011.
- 이종석. “1960년대 북한-중국 간 백두산 국경획정 과정”. 『백두산, 현재와 미래를 말한다』. 경기 성남: 한국학중앙연구원 출판부, 2010.
- 제성호. “남북통일과 국가승계, 북한의 조약체결현황 및 향후 처리 방안”. 『남북교류협력법제 연구』. 제36차 남북법령연구특별분과위원회 학술회의. 법무부, 2010.

II. 국외 문헌

1. 단행본

- 과학백과사전종합출판사 편. 『현대국제법연구』. 평양: 과학백과사전종합출판사, 1988.
- 김일성종합대학출판사 편. 『국제법학(법학부용)』. 평양: 김일성종합대학출판사, 1992.
- 사회과학출판사 편. 『국제법사전』. 평양: 사회과학출판사, 2002.
- 문화보존사 편. 『백두산 천지』. 평양: 문화보존사, 1995.
- 篠田治策. 『白頭山定界碑』. 樂恨書院, 1930.
- 曲星. 『中國外交50年』. 江蘇人民出版社, 2000.
- 吉林省革命委員會外事辦公室 編. 『中朝条约、协议、议定书续编』. 中國 吉林省: 吉林省 革命委員會外事辦公室, 1981.
- Zimmermann, Andreas. “State Succession in Respect of Treaties.” In *State Practice Regarding State Succession and Issues of Recognition* edited by Jan Klabbers et al. Boston: Kluwer Law International, 1999.
- O’Connell, D. P. *State Succession in Municipal Law and International Law* Vol. I. Cambridge: Cambridge University Press, 1967.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Crawford, James. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- Marek, Krystyna. *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2nd ed. Geneva: Librairie Droz, 1968.
- Shaw, Malcolm. N. *International Law* Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- Craven, Matthew C. R. *The Decolonization of International Law: State Succession and the Law of Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

2. 조약집

- 国际问题研究所 編. 『国际条约集 (1958-1959)』. 商务印书馆, 1974.
- 国际问题研究所 編. 『国际条约集 (1960-1962)』. 商务印书馆, 1975.

- 国际问题研究所 編. 『国际条约集 (1963-1965)』. 商务印书馆, 1976.
- 国际问题研究所 編. 『国际条约集 (1966-1968)』. 商务印书馆, 1978.
- 国际问题研究所 編. 『国际条约集 (1969-1971)』. 商务印书馆, 1980.
- 吉林省革命委員會外事辦公室 編. 『中朝, 中蘇, 中蒙 有關條約, 協定, 議定書 滙編』. 中國 吉林省: 吉林省 革命委員會外事辦公室, 1974.
- 吉林省革命委員會外事辦公室 編. 『中朝条约、协议、议定书续编』. 中國 吉林省: 吉林省 革命委員會外事辦公室, 1981.
- 吉林省革命委員會外事辦公室 編. 『中朝中韩关系文件资料汇编(上中下册) (1919-1949)』. 北京大学韩国学研究中心韩国学丛书, 2000.

3. 연구 논문

- 姬鵬飛, 社会主义国家之间的边界谈判-中朝, 中蒙边界谈判与双边边界的划定(上下册), 史海钩沉 2013.11.
- Zimmermann, Andreas. "State Succession in Respect of Treaties." *Ad Hoc Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI)*, Council of Europe. 1998. 9.
- O'Connell, D. P. "Independence and Problems of State Succession." *The New Nations in International Law and Diplomacy*, W. V. O'Brien. London: Stevens and Sons Ltd., 1965.
- Treviranus, Hans-Dietrich. "Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties." *10 En. P. Int'l L.* (1986).
- Frowein, J. A. "The Reunification of Germany." *86 Am. J. Int'l L.* (1992).
- Zemanek, Karl. "Treaties, Secret." *7 En. P. Int'l L.* (1984).
- Shaw, Malcolm N. "State Succession Revisited." *5 Finn. Y. B. Int'l L.* (1994).
- Shaw, Malcolm N. "The Heritage of States: The Principle of *Uti Possidetis Juris* Today." *67 Brit. Y. B. Int'l L.* (1996).
- Craven, Matthew C. R. "The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law." *Eu. J. Int'l L.* (1998).
- Fravel, M. Taylor. "Regime Insecurity and International Cooperation: Explaining China's Compromises in Territorial Disputes." *30 International Security*, No. 2 (2005).
- Oeter, Stefan. "German Unification and State Succession." *51 ZaöRV*, No. 2 (1991).
- The Harvard Law Review Association. "Taking Reichs Seriously: German Unification and the Law of State Succession." *104 Harvard L. R.*, No. 2 (1990).
- Makonnen, Yilma. "State Succession in Africa: Selected Problems." *200 Recueil des Cours* (1986).

제3장

최근 국가 실행을 통해 비춰본 무력 사용으로서 사이버 오퍼레이션

박 주 희

고려대학교 사이버법센터 연구교수

목차

- I. 서론
- II. 사이버공간의 이용과 *Jus ad Bellum*
- III. 무력 사용으로서 사이버 오퍼레이션
- IV. 최근 국가 실행의 평가 및 정책적 시사점
- V. 결론

I 서론

사이버공간은 육지, 바다, 상공 또는 우주와 같은 기존의 물리적 공간과는 다른 특성을 가진다. 첫째, 사이버공간은 자연의 산물인 육지, 바다, 상공 또는 우주와 달리 기술 발전을 통해 인간이 만들어낸 공간이다. 둘째, 사이버공간은 물리적 요소와 비물리적 구성 요소가 혼합되어 형성된 공간이다. 셋째, 사이버공간은 네트워크를 통해 연결된 초국경적 공간이다. 사이버공간이 갖는 이러한 독특한 특성으로 인해, 국제법적으로 국가의 악의적인 사이버공간의 이용이 어떻게 규율되고 있으며, 어떻게 규율해야 할지에 관한 국가들의 입장이 명확하게 정립되지 않았다.

오늘날 국가들은 사이버공간의 이용을 규율하는 새로운 국제 규범을 창설하기보다 기존 국제법의 적용을 통한 규율을 시도하고 있다. 그러한 시도는 유엔을 비롯한 국제기구 차원에서 논의되고 있다. 특히 유엔 차원에서는 국제 안보 맥락에서의 정보통신 분야의 발전에 관한 유엔정부전문가그룹(UNGGE: United Nations Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security)이 유엔총회 내에서 군축 및 국제 안보에 관한 사항을 다루고 있는 제1위원회하에 설치되어 어떻게 기존 국제법이 사이버공간의 이용에 적용되는지 그리고 사이버공간의 특성으로 말미암아 새로운 규범이 마련될 필요가 있는지에 초점을 맞추어 논의하고 있다.

기술 발전은 인간의 삶을 이롭게 하나, 동시에 국가가 무력을 행사하는 능력과도 결부된다. 정보 통신 기술의 경우도 마찬가지이다. 과거에는 화기(火器)와 같은 키네틱 무기나 신경가스와 같은 생화학 무기가 무력이 행사되는 주요 수단이었다. 그러나 기술 발전을 통해 사이버공간이 등장하고 디지털화의 심화로 인해 데이터에 대한 의존도가 높아지면서, 군사적 이익을 취함에 있어 사이버공간은 매력적인 수단이자 표적이 되었다. 이렇듯 기술적 환경이 변화하자, 국가들은 *jus ad bellum*이 사이버공간에 어떻게 적용될 수 있는지에 관하여 많은 관심을 가져왔다.

이러한 배경하에 본 연구는 사이버 오퍼레이션에 유엔헌장 제2조 4항의 무력 사용의 개념을 적용하는 접근법에 대하여 검토해 보고, 최근까지의 국가들의 실행을 고려하여 그러한 접근법을 평가해 보고자 한다. 본 연구는 제III장에서 먼저 사이버공간의 이용에 대한 *jus ad bellum*의 적용 가능성의 근거를 제시하고, *jus ad bellum*의 핵심 개념인 무력 사용의 의미를 설명한다. 특히 '강압'의 요소를 중심으로 무력 사용 금지의 원칙이 갖는 규범적 특성의 이해를 시도한다. 제III장에서는

유엔헌장 제2조 4항의 무력 사용의 개념을 사이버공간을 이용한 행위에 적용하는 접근법들을 검토해 본다. 제IV장에서는 이러한 접근법들을 최근까지의 국가들의 실행에 비추어 평가해 보며, 한국의 정책적 시사점을 도출한다. 마지막 제V장 결론에서는 이를 종합하여 정리한다.

II 사이버공간의 이용과 *Jus ad Bellum*

1. 사이버공간의 이용에 대한 *Jus ad Bellum*의 적용

*Jus ad bellum*은 무력에 대한 호소(resort to armed force)를 규율하는 법으로, 언제 무력 사용이 허용되는지를 결정하는 규칙을 말한다.¹⁾ 오늘날 무력 사용에 관한 국제법은 유엔헌장 제2조 4항과 제7장에 기초하고 있다. 그에 따르면, 무력 위협을 포함하여 무력 사용은 금지된다.²⁾ 그러나 예외적으로 무력 공격이 발생한 경우, 그에 대하여 자위권을 행사하여 무력을 사용할 수 있다.³⁾ 또한 유엔안전보장이사회의 승인에 따라 무력 사용이 허용된다.⁴⁾

국가가 행하는 사이버 오퍼레이션(cyber operations)에 대한 *jus ad bellum*의 적용의 타당성은 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* 사건(이하 ‘*Nuclear Weapons* 사건’)에 관한 ICJ의 권고적 의견을 통해 뒷받침된다.⁵⁾

1) Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 7th ed., 2014), p. 847; Mary Ellen O’Connell, “Historical Development and Legal Basis,” in *The Handbook of International Humanitarian Law*, ed. Dieter Fleck (3rd ed., 2013) 1, p. 1; 김대순, 『국제법론』 제17판 (서울: 삼영사, 2013), p. 1496.

2) 유엔헌장 제2조 4항.

3) 유엔헌장 제51조.

4) 유엔헌장 제42조.

5) 사이버공간을 이용하는 행위를 지칭하기 위하여 ‘컴퓨터 네트워크 공격(computer network attacks)’ 또는 ‘사이버 공격(cyber attacks)’ 등 여러 가지 용어가 사용되어왔다. 그러던 중 2013년 ‘사이버전에 적용 가능한 국제법에 관한 탈린 매뉴얼(Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, 이하 ‘탈린 매뉴얼 1.0’)’과 2017년 그 후속편인 ‘사이버 오퍼레이션에 적용 가능한 국제법에 관한 탈린 매뉴얼 2.0(Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to cyber Operations, 이하 ‘탈린 매뉴얼 2.0)’이 출간되어, “사이버공간에서 또는 사이버공간을 통하여 목적을 이루기 위한 사이버공간의 이용”을 지칭하는 용어로 사이버 오퍼레이션이라는 용어가 제시되면서, 사이버공간의 이용에 대한 국제법 적용의 맥락에서 사이버 오퍼레이션이라는 용어가 많이 쓰이고 있다. Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013); Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2017). 탈린 매뉴얼 1.0과 탈린 매뉴얼 2.0

Nuclear Weapons 사건에 관한 권고적 의견에서, ICJ는 유엔헌장 제2조 4항을 비롯하여 제51조와 제42조는 특정한 무기를 언급하지 않았으며, 이용되는 무기와 관계없이 모든 무력 사용에 대하여 적용된다고 지적한 바 있다.⁶⁾ 이는 곧 사이버 오퍼레이션의 형태로 무력이 사용되었는지, 아니면 기존의 키네틱 무기를 통해 사용되었는지 여부에 관계없이, 무력 사용에 해당한다면 *jus ad bellum*이 적용될 수 있다는 것을 의미한다.

또한 사이버 오퍼레이션에 대한 *jus ad bellum*의 적용 가능성의 인식은 국가들의 실행을 통해서도 나타난다. 특히 유엔 차원에서는 UNGGE가 활동하고 있는데, 제4차 UNGGE에 참여한 정부전문가그룹은 국가들의 정보 통신 기술의 이용에 대하여 국제법을 적용함에 있어, 타국의 영토적 보전 또는 정치적 독립에 반하여, 또는 유엔헌장과 합치하지 않는 다른 방식으로 무력을 사용하거나 위협하는 것을 금지하는 원칙을 국가들이 준수하는 것이 상당히 중요하다는 점을 언급하였다.⁷⁾ 제4차 UNGGE의 정부전문가그룹은 유엔헌장 제2조 4항의 문언을 그대로 명시함으로써, 동 조항에 명시된 무력 사용 금지의 원칙이 국가들의 정보 통신 기술의 이용(즉, 사이버공간의 이용)에 적용될 수 있다는 점에 동의한 것이다. 또한 제4차 UNGGE의 정부전문가그룹은 국가들의 정보 통신 기술의 이용에 국제법이 어떻게 적용되는지에 관하여 국제법에 합치하고 유엔헌장에 인정된 조치를 취할 국가의 '고유한 권리(inherent right)'를 주목하였다.⁸⁾ 비록 '자위(self-defence)'라는 용어가 직접적으로 명시되지는 않았으나, 유엔헌장에 인정된 조치를 취할 국가의 고유한 권리는 '개별적 또는 집단적 자위의 고유한 권리(inherent right of individual or collective self-defence)'를 의미하므로,⁹⁾ 제4차 UNGGE 보고서에서의 이러한 언급은 자위권에 관한 국제 규범 역시 국가의 사이버공간의 이용에 적용될 수 있다는 점을 정부전문가그룹이 동의하였다는 것을 시사한다.

또한 NATO 회원국들이 2016년 Warsaw 공동성명을 통해서 사이버공간도 육지,

은 국가의 사이버 오퍼레이션에 기존 국제법이 어떻게 적용될 수 있는지에 관한 국제법 분야 전문가들의 의견이 담겨 있으며, 사이버공간의 이용에 대한 기존 국제법의 적용을 다룬다는 점에서 UNGGE의 논의의 흐름과도 유사하다고 평가된다. 박노형, 정명현, "사이버전의 국제법적 분석을 위한 기본개념의 연구 - Tallinn Manual의 논의를 중심으로 -", 『국제법학회논총』 제59권 제2호(2014), p. 90.

6) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, July 8, 1996, ICJ Reports (1996), 226, para. 39.

7) UN General Assembly, Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, UN Doc. A/70/174 (July 22, 2015), para. 26. 제4차 UNGGE에는 대한민국을 비롯하여 벨라루스, 브라질, 중국, 콜롬비아, 이집트, 에스토니아, 프랑스, 중국, 가나, 이스라엘, 일본, 케냐, 말레이시아, 파키스탄, 러시아, 스페인, 영국, 미국의 정부 전문가가 참여하였다.

8) UN Doc. A/70/174, para. 28(c).

9) 유엔헌장 제51조에 개별적 또는 집단적 자위의 고유한 권리가 언급되어 있다. 유엔헌장 제51조 참조.

바다, 상공에서와 마찬가지로 작전 영역으로서 NATO가 효과적으로 방어해야 하는 공간으로 인정하였으며, 사이버 방어는 NATO의 집단적 방어의 핵심적 업무의 일부라는 점에 동의하였다는 점을 주목해 보아야 한다.¹⁰⁾ NATO의 집단적 방어 체계는 집단 자위권을 통해서 작동한다.¹¹⁾ 따라서 Warsaw 공동성명에서의 이러한 선언은 사이버 오퍼레이션에 대하여 NATO 차원의 집단적 자위권을 행사할 수 있다는 점을 NATO 회원국들이 인정한 것으로 볼 수 있다. 또한 각 국가들은 악의적인 사이버 오퍼레이션으로부터 자국을 방어하기 위하여 전쟁법 매뉴얼 또는 국방부 전략을 정비하고 있는데, 특히 미국의 전쟁법 매뉴얼을 주목해 볼 만하다. 미국의 전쟁법 매뉴얼에는 유엔헌장 제2조 4항상 금지되는 무력 사용을 구성하는 사이버 오퍼레이션은 금지되며, 무력 공격의 수준에 이르거나 임박한 무력 공격의 위협을 구성하는 사이버 오퍼레이션에 대하여 유엔헌장 제51조에서 인정된 자위의 고유한 권리가 행사될 수 있다고 언급되어 있다.¹²⁾ 이처럼, 국가들은 국제기구를 통하여 또는 자국의 국방 전략을 정비함으로써 무력 사용과 자위권에 관한 기존 국제 규범을 사이버공간에서 또는 사이버공간을 통해 수행되는 국가의 행위에 적용될 수 있음을 인정하고 있다.

요컨대, 사이버 오퍼레이션에 대한 *jus ad bellum* 적용의 타당성은 *Nuclear Weapons* 사건에서의 ICJ의 권고적 의견과 사이버 오퍼레이션에 대한 *jus ad bellum*의 적용 가능성을 국가들이 지지하고 있다는 사실을 통해 뒷받침한다. 물론 사이버공간이 갖는 특성으로 인해 적용에 있어서 어려움이 발생할 수 있다. 그러나 그러한 어려움으로 인해 *jus ad bellum*의 적용이 불가능하다고 볼 수는 없다. 오히려 기존 국제법의 사이버공간 이용에의 적용 가능성 자체에 대한 논의보다, 기존의 국제법상 무력 사용의 개념이 사이버공간을 이용한 행위에 어떻게 적용되는지 그리고 *jus ad bellum*의 영역에서 사이버공간의 특성을 반영한 새로운 규범이 발전되어야 하는 영역은 무엇인지에 대한 논의에 집중하는 것이 현재까지의 국가 실행에 비추어볼 때 더욱 바람직할 것이다.

2. 무력 사용의 해석

1) 유엔헌장 제2조 4항

1945년 유엔헌장의 채택을 통하여, 자위권을 행사하거나¹³⁾ 유엔안전보장이사회

10) NATO, Warsaw Summit Communiqué (July 9, 2016), para. 70.

11) 북대서양조약 제5조.

12) U.S. Department of Defense, *Law of War Manual* (June 12, 2015), pp. 998-1000.

의 수권에 의한 경우를 제외하고,¹⁴⁾ 국가의 일방적인 무력 사용이 포괄적으로 금지되게 되었다. 유엔헌장 제2조 4항에 무력 사용의 금지가 규정됨으로써, 국가들이 그들의 국제관계에 있어서 다른 국가의 영토 보전이나 정치적 독립에 대하여 또는 그 밖에 유엔의 목적과 합치하지 아니하는 방식으로 무력을 사용하거나 무력의 사용을 위협하는 것은 금지된다.¹⁵⁾ 유엔헌장 제2조 4항의 문언이 1970년 유엔총회 결의로 채택된 ‘유엔헌장에 따른 국가들 사이의 우호관계 및 협력에 관한 국제법 원칙에 관한 선언(Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 이하 ‘우호관계선언’)'에 그대로 도입되면서 무력 사용의 금지는 국제법의 기본 원칙 중 하나로 자리 잡게 되었다.¹⁶⁾ 이 선언을 통해 유엔헌장 제2조 4항의 내용은 점차 유엔 회원국뿐만 아니라 비회원국에 대해서도 구속력이 있는 국제관습법으로서 지위를 갖게 되었다.¹⁷⁾ 또한 오늘날 무력 사용 금지의 원칙은 강행 규범(peremptory norm 또는 *jus cogens*)의 성격을 갖는다.¹⁸⁾

사실 유엔헌장 제2조 4항의 영문 문언에는 단순히 ‘force’로 언급되어 있어, 그 의미에 혼란을 주곤 한다. 그러나 여기서 force는 ‘armed force’를 의미하며 국문으로 무력(武力) 또는 군사력(軍事力)을 의미한다.¹⁹⁾ 이러한 해석은 유엔헌장의 문

13) 유엔헌장 제51조.

14) 유엔헌장 제42조.

15) 유엔헌장 제2조 4항.

16) 우호관계선언은 유엔헌장에 천명된 원칙의 법적 해석에 관한 국제 공동체의 합의로 간주되고 있다. UN General Assembly, 2625(XXV). *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, UN Doc. A/RES/25/2625 (October 24, 1970). ICJ는 *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* 사건(이하 ‘Kosovo 사건’)에 관한 ICJ의 권고적 의견에서 우호관계선언이 국제관습법을 반영하고 있다고 언급한 바 있다. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, July 22, 2010, ICJ Reports (2010) 403, para. 80.

17) *Nicaragua* 사건에서 ICJ는 유엔헌장 제2조 4항에 명시된 무력 사용의 금지 원칙의 국제관습법으로서 지위에 관하여 언급하였는데, 특히 법적 확신(*opinio juris*)의 요소를 우호관계선언에 대한 국가들의 태도를 통해 추론해 낼 수 있다고 판시한 바 있다. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14, paras. 187-90. 이 외에도 다음을 참조. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, July 9, 2004, ICJ Reports (2004) 136, para. 87.

18) 강행 규범은 어떠한 이탈도 허용되지 않으며 동일한 성격을 갖는 일반 국제법의 추후 규범에 의해서만 수정될 수 있는 규범으로, 국제 공동체 전체가 수락하고 인정한 규범을 말한다. 조약법협약 제53조 참조. 무력 사용 금지의 강행 규범적 성격에 관해서는 다음을 참조. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14, para. 190.

19) Albrecht Randelzhofer and Oliver Dörr, ‘Article 2(4),’ in Bruno Simma et al. (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. 1 (3rd ed., 2012) 200, p. 208; Ian Brownlie, *International*

맥과 조약의 준비 문서를 통한 해석을 통해 뒷받침된다.²⁰⁾

유엔헌장 제2조 4항에서 무력 사용은 포괄적으로 금지된다. “다른 국가의 영토적 보전이나 정치적 독립에 반하여”라는 문구가 언급되어 있는데, 이는 금지되는 무력 사용의 형태를 제한하기 위하여 도입된 것이 아니다. 이는 바로 다음에 나오는 “또는 유엔헌장의 목적과 합치하지 않는 다른 방식으로”라는 문구를 통해서도 확인할 수 있다. 다시 말해, “영토적 보전”이나 “정치적 독립”이라는 문구는 특별히 중대한 무력 사용의 형태를 강조하기 위하여 도입된 것일 뿐이다.²¹⁾ 이는 곧 모든 형태의 무력 사용이 금지된다는 것을 의미한다. 다만, “그들의 국제관계에 있어서”라는 표현은 국가가 자국 내의 개인을 상대로 무력을 사용 또는 위협하는 것은 유엔헌장 제2조 4항에 의해서 금지되는 행위가 아니라는 것을 뜻한다.²²⁾

또한 유엔헌장 제2조 4항의 문언에 언급된 바와 같이 무력의 ‘사용’뿐만 아니라 무력의 ‘위협’ 역시 금지된다. 무력의 위협은 한 국가가 그 국가의 특정 요구를 수락하지 않을 경우 무력에 호소하겠다는 명시적 또는 묵시적 약속이라고 볼 수 있

Law and the Use of Force by States (Oxford: Oxford University Press, 1963), p. 362; Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2nd ed., 2005), p. 56; Malcolm N. Shaw, *supra* note 1, p. 816; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 8th ed., 2012), p. 747.

20) 조약법협약 제31조 2항에 따라, 문맥적 해석을 위해서는 기본적으로 전문과 부속서를 포함한 조약문을 살펴볼아야 할 것이다. 조약법협약 제31조 2항. 유엔헌장에서는 제2조 4항 이외에도 force라는 단어가 여러 번 언급된다. 먼저 전문에서 “공동의 이익을 위한 경우를 제외하고 무력(armed force)이 사용되지 아니한다는 것을 원칙의 수락과 방법의 설정을 통해 보장하고”라고 언급되어 있다. 또한 유엔헌장 7장의 유엔안전보장이사회의 비군사적 조치에 관한 제41조에 따르면, “유엔안전보장이사회는 그의 결정을 집행하기 위하여 무력(armed force)의 사용을 수반하지 않는 어떠한 조치가 취해져야 할 것인지를 결정할 수 있으며”라고 규정되어 있으며, 이러한 조치의 예로 경제관계, 철도, 항해, 항공, 우편 전신 무선통신 및 그 밖에 다른 통신 수단 전체적 또는 부분적 단절, 외교관계의 단절이 언급되어 있다. 유엔안전보장이사회의 군사적 조치에 관한 제42조에 따르면, 유엔안전보장이사회는 “국제 평화와 안전을 유지하거나 회복하기 위하여 필요할 공군, 해군 또는 육군(air, sea and land forces)에 의한 조치를 취할 수 있다.” 그러한 조치의 예로 유엔 회원국의 공군, 해군 또는 육군에 의한 시위(demonstrations), 봉쇄(blockade) 그리고 그 밖에 다른 작전이 언급되어 있다. 더욱이 제44조에 따르면, “안전보장이사회가 무력(force)을 사용하기로 결정한 경우, 안전보장이사회에서 대표되지 않는 회원국에게 군대(armed forces)를 제공하도록 요청하기 전에, 그 회원국이 희망한다면, 그 회원국의 군대(armed forces) 중 파견부대의 사용에 관한 안전보장이사회의 결정에 참여하도록 그 회원국을 초청한다.”라고 규정되어 있다. 유엔헌장 전문, 제41조, 제42조 및 제44조 참조. 조약법협약 제32조에 따라 조약 해석의 보충적 수단으로 준비 문서(preparatory work)를 참고할 수 있다. 조약법협약 제32조. 그러한 준비 문서로서 1945년 샌프란시스코 회의에서 논의된 사항을 담은 문서를 참고할 수 있다. 샌프란시스코 회의는 유엔헌장을 탄생시킨 1945년 6월 25일부터 26일까지 개최된 ‘국제 기구에 관한 유엔 회의(The United Nations Conference on International Organizations)’를 말한다. 샌프란시스코 회의에서 유엔헌장 제2조 4항의 금지 범위에 경제적 강압(economic coercion)까지 포함시키자는 브라질의 제안이 거부되었다는 점을 미루어볼 때 ‘force’를 ‘무력’ 또는 ‘군사력’이라고 해석하는 것이 타당하다. United Nations Information Organizations, *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, Vol. VI (United Nations Information Organizations, 1945), p. 609.

21) Albrecht Randelzhofer and Oliver Dörr, *supra* note 19, p. 216; Hersh Lauterpacht (ed.), *Oppenheim's International Law*, Vol. 2 (Longmans, 7th ed., 1952), p. 154.

22) Albrecht Randelzhofer and Oliver Dörr, *supra* note 19, p. 214.

다.²³⁾ *Nuclear Weapons* 사건에 관한 ICJ의 권고적 의견에서 ICJ는 “구상 중에 있는 무력 사용이 자체로 불법이라면, 그것을 사용하겠다고 명시한 준비 태세는 유엔헌장 제2조 4항상 금지되는 위협이 된다.”고 보았다.²⁴⁾ 따라서 유엔헌장과 합치하는 방식으로 무력을 사용하겠다고 선언하는 것은 유엔헌장 제2조 4항에서 금지하는 무력의 위협에 속하지 않는다. 예컨대, 자위권을 행사하여 무력을 사용하겠다고 위협하는 경우(물론, 자위권 행사 요건이 성립한다면), 유엔헌장에 합치하는 방식으로 무력을 사용하는 것이므로, 위법한 무력의 위협이 아니다.

직접적인 무력 사용뿐만 아니라 간접적인 무력 사용도 금지된다. 직접적인 무력 사용은 정규군에 의한 무력의 사용을 말한다. 반면, 간접적인 무력 사용은 국가가 타국가에 대하여 제3국 또는 사인을 통하여 무력을 사용하는 것이다. 간접적 무력의 사용 금지는 우호관계선언에서 확인되며,²⁵⁾ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* 사건(이하 ‘*Nicaragua* 사건’)에서 ICJ는 반란 단체(동 사건에서는 콘트라 반군)를 ‘무장시키는 것(arming)’과 ‘훈련시키는 것(training)’을 무력 사용이라고 간주하였다. 그러나 ‘단순한 자금의 지원(the mere supply of funds)’은 무력 사용이 아니라고 판시하였다.²⁶⁾

2) 강압과 무력 사용

유엔헌장 제2조 4항의 ‘force’의 의미는 ‘강압(coercion)’의 개념을 이해함으로써 더욱 명확해질 수 있다. 유엔헌장 제2조 4항에 언급된 force는 모든 형태의 힘이 아니라 무력(armed force)만을 의미한다는 점을 앞서 확인하였다. 요컨대, 유엔헌장 제2조 4항은 정치적, 경제적 또는 외교적 강압은 금지하지 않으며, 오로지 무력적 강압(armed coercion)만 금지하고 있다. 이는 1945년 샌프란시스코 회의에서 유엔헌장 제2조 4항의 금지 범위에 경제적 강압(economic coercion)까지 포함시키려는 브라질의 시도가 거부되었다는 점을 통해 명확히 드러난다.²⁷⁾ 사실 강압이라는 요소는 금지되는 간섭(intervention)의 본질을 구성하는 요소이다.²⁸⁾

23) Ian Brownlie, *supra* note 19, p. 364.

24) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, July 8, 1996, ICJ Reports (1996) 226, para. 47.

25) UN Doc. A/RES/25/2625.

26) *Nicaragua* 사건에서 ICJ는 단순한 자금 지원의 경우는 무력 사용으로 간주될 수 없으나 불간섭 원칙의 위반을 구성한다고 판시하였다. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14, para. 228.

27) United Nations Information Organizations, *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, Vol. VI (United Nations Information Organizations, 1945), p. 609.

28) 관여(interference)와 간섭(intervention)이라는 용어가 혼용되어 쓰이곤 한다. 본고에서 ‘관여’는 타국의 국내

이하에서는 강압의 요소를 중심으로 유엔헌장 제2조 4항에서 금지하는 무력 사용의 특징을 짚고 넘어가고자 한다.

(1) 강압과 불간섭 원칙

불간섭 원칙은 국제관습법적 지위를 갖는다.²⁹⁾ 불간섭 원칙은 1970년 유엔총회 결의로 채택된 우호관계선언의 제3원칙으로서 “유엔헌장에 따라, 국가의 국내 관할에 있는 문제에 대하여 간섭하지 않을 의무에 관한 원칙”으로 표현되어 있다.³⁰⁾ 불간섭 원칙의 규범적 내용은 1986년 *Nicaragua* 사건에 대한 ICJ의 판결에 잘 나타난다.

금지되는 간섭(intervention)은 주권의 원칙에 의해 국가가 자유로이 결정하도록 허용되는 사안과 관련된 간섭이어야 한다. 이들 중 하나가 정치, 경제, 사회 및 민족적 체계 그리고 해외 정책의 형성에 관한 선택이다. 간섭은 자유로운 상태로 있어야 하는 그러한 선택에 대하여 강압의 방법을 이용하였을 때 위법하다.³¹⁾

Nicaragua 사건에 대한 ICJ의 판결에서 볼 수 있듯이, 금지되는 간섭은 한 국가의 주권에 의해 그 국가가 자유로이 결정하도록 허용된 사안, 즉 ‘국내 관할 사안(domaine réservé, reserved domain)’에 대하여 ‘강압’을 이용하였을 경우 발생한다.

국내 관할 사안은 국제법에 의해 규율되지 않는 사안을 의미한다.³²⁾ 각 국가는 자신의 국내 관할 사안에 대하여 ‘유일한 결정자(sole judge)’가 된다.³³⁾ 이러한

문제에 대한 개입이 있는 경우를 모두 포괄하며 그중 강압이 있는 경우를 ‘간섭’이라 정의한다. 강압은 국제법상 금지되는 간섭의 본질을 이루기 때문이다.

- 29) 국제관습법으로서 불간섭 원칙에 대하여, 법적 확신의 요소는 가장 대표적으로 유엔총회 결의로서 총의(consensus)로 채택된 1970년 우호관계선언 제3원칙에서 찾아볼 수 있다. UN Doc. A/RES/25/2625. 또한 1986년 *Nicaragua* 사건에서 ICJ는 불간섭 원칙이 국제관습법의 일부라고 판단했다. ICJ는 “국제관습법상 불간섭 원칙의 존재에 관한 법적 확신의 표현은 무수하며 발견하기 어려운 것이 아니다.”라고 밝혔으며, “불간섭 원칙에 대한 국가들의 법적 확신의 존재는 확립되고 상당한 관행에 의해 뒷받침되고 있다.”라고 언급한 바 있다. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14, para. 202. 국제관습법상 존재하는 국가들 사이의 관계에 있어서의 불간섭 원칙은 유엔의 간섭을 금지하고 있는 유엔헌장 제2조 7항과 구분된다. 유엔헌장 제2조 7항은 국가들의 간섭 행위가 아니라 유엔이라는 국제 기구의 간섭 행위를 금지한다. George Nolte, ‘Article 2(7),’ in Bruno Simma et al. (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. 1 (3rd ed., 2012) 280, p. 284; Hans Kelsen, *Principles of International Law* (Rinehart, 1952), pp. 63-64.
- 30) UN Doc. A/RES/25/2625.
- 31) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14, para. 205.
- 32) *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion, PCIJ Series B, No. 4, February 7, 1923, pp. 23-24.

영역에는 국제조약, 국제관습법 또는 그 밖에 다른 국제 규칙이 규율하지 않는 모든 사안이 속할 것이다. 그러나 다양한 분야에서 국제조약이 체결되고, 국제관습법이 발전해 옴에 따라, 오늘날 어떠한 사안이 주권의 원칙에 의해 국가가 자유로이 결정하도록 허용된 사안인지 여부를 결정하는 것은 쉽지 않다.³⁴⁾

간섭은 한 국가의 국내 관할 사안에 대하여 강압의 방법을 이용하였을 때 비로소 금지된다. 강압의 요소는 금지되는 간섭을 정의하고, 그것의 본질을 구성하는 요소이기 때문이다.³⁵⁾ 1970년 우호관계선언에서의 언급에 따르면, “어떤 국가도 타국으로부터 타국의 주권적 권리의 행사를 예측하기 위해 그리고 어떤 종류로든 이익을 확보하기 위하여 타국을 강압하는 경제적, 정치적 또는 어떠한 다른 형태의 조치를 사용하거나 그러한 조치의 사용을 장려할 수 없다.”³⁶⁾ 이는 곧 한 국가가 취하는 조치와 타국의 주권적 권리 행사의 예측과 이익의 확보 사이의 관련성(nexus)이 있는지 확인을 통해 강압이 존재하는지 여부가 결정될 수 있다는 것을 의미한다.³⁷⁾

(2) 무력적 강압과 무력 사용

강압이 행사되는 수단을 크게 무력적 수단과 경제적 또는 정치적 수단과 같은 비무력적 수단으로 나누어볼 수 있는데, 무력적 수단을 통한 강압만이 금지되는 무력 사용을 특징짓는 본질을 구성한다.³⁸⁾ *Nicaragua* 사건에서 ICJ는 금지되는 간섭을 정의하고 실제로 그러한 간섭의 본질을 형성하는 강압이라는 요소는 특히 무력이 사용되는(직접적인 형태의 군사적 행위이든 또는 타국 내의 체제 전복적인 무

33) *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion, PCIJ Series B, No. 4, February 7, 1923, p. 24.

34) *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco* 사건에 관한 PCIJ의 권고적 의견에 따르면, 어떤 사안이 한 국가의 관할 안에만 있는지 여부의 문제는 본질적으로 상대적인 문제라고 언급하면서 당시 국제법의 상태에 있어 국적(nationality)이 국내 관할 사안에 속한다고 판시한 바 있다. *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion, PCIJ Series B, No. 4, February 7, 1923, p. 24.

35) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14, para. 205.

36) UN Doc. A/RES/25/2625.

37) Antonio Cassese는 경제적 조치가 불간섭 원칙에 반하는지 여부를 판단하면서 다음과 같이 언급하였다. “Only those economic measures designed ‘to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind’ (§2 of Principle III of the UN Declaration of 1970) may be regarded as running counter to the principle of non-interference in internal affairs. It is not easy to ascertain whether the aforementioned conditions are fulfilled in specific cases: often the nexus between economic measures and the intended subjugation of the will of another State is impalpable.” Antonio Cassese, *supra* note 19, p. 55.

38) Albrecht Randelzhofer and Oliver Dörr, *supra* note 19, p. 210.

력 행위나 테러리스트의 무력 행위를 지원하는 간접적인 형태로든) 간접의 경우 명백하게 나타난다고 설명하였다.³⁹⁾ 또한 동 사건에서 ICJ는 불간섭 원칙의 위반을 구성하는 행위가 직접적으로 또는 간접적으로 무력 사용을 수반할 경우 국제관계에 있어 무력 사용 금지 원칙의 위반을 구성한다고 언급하였다.⁴⁰⁾ 요컨대, 무력적 강압이 행사된 경우는 불간섭 원칙뿐만 아니라 무력 사용 금지 원칙의 위반을 구성한다. 이는 곧 유엔헌장 제2조 4항은 무력이라는 강압의 단 한 가지 수단만을 금지하는 반면, 불간섭 원칙은 경제적 또는 정치적 강압을 포함한 그 외의 다른 수단을 통한 강압까지 금지한다는 것을 의미한다.⁴¹⁾

사실 무력적 조치와 비교해 보았을 때, 경제적, 외교적, 정치적 또는 그 밖에 다른 비무력적 조치를 취하는 경우는 그러한 조치가 강압을 구성하는지 여부를 판단하는 것은 쉽지 않다.⁴²⁾ 다만, 중요한 점은 무력 사용에 해당하는 무력적 조치와 비무력적 조치의 구분은 그러한 조치에 의해 야기되는 ‘피해의 정도(즉, 얼마나 많은 피해가 나타났는지)’에 달려 있지 않다는 점이다. 예컨대, 경제적 강압의 대표적인 금수 조치(embargo)가 취해진 경우도 한 국가에 대하여 총포 한 발이 발사된 경우보다 더 많은 피해를 야기할 수 있다.⁴³⁾ 무력적 강압과 비무력적 강압의 구분은 피해의 정도보다 전통적으로 ‘무기’의 사용이 수반되었는지 여부를 통하여 결정되어왔다.

39) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14, para. 205.

40) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14, para. 209. *Armed Activities on the Territory of the Congo* 사건에서 ICJ는 불간섭 원칙을 위반하는 행위가 만일 직간접적으로 무력의 사용을 수반한 경우 국제관계에 있어서 무력 사용을 금지하는 원칙의 위반을 구성한다는 점을 재확인하였다. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, December 19, 2005, ICJ Reports (2005) 168, para. 164.

41) Albrecht Randelzhofer and Oliver Dörr, *supra* note 19, p. 210.

42) 김대순, 앞의 주 1, p. 385.

43) 1960년대부터 쿠바에 대하여 이루어진 미국의 금수 조치로 인하여 쿠바에 발생한 피해 사례를 주목해 볼 만하다. 쿠바에 대한 미국의 식품과 의약품 및 의료 기기 판매 금지로 인해 쿠바의 민간인 상당수의 건강과 영양 상태에 악영향이 발생하였으며, 사망자도 발생했다. 그러나 국가들은 이를 무력 사용이 아닌 불간섭 원칙의 측면에서 바라보았다. UN General Assembly, *Necessity of Ending the Economic, Commercial and Financial Embargo Imposed by the United States of America against Cuba*, UN Doc. A/RES/47/19 (November 24, 1992). 쿠바에 대한 미국의 금수 조치의 영향에 관하여 다음을 참조. American Association for World Health, Denial of Food and Medicine, *The Impact of the U.S. Embargo on Health and Nutrition in Cuba* (1997). 추가적으로 다음을 참조. Cassandra LaRae-Perez, “Economic Sanctions as a Use of Force: Re-evaluating the Legality of Sanctions from an Effects-based Perspective,” 20 *Boston University International Law Journal* (2002) 161, pp. 179 and 187.

III 무력 사용으로서 사이버 오퍼레이션

유엔헌장 제2조 4항을 사이버 오퍼레이션에 적용하기 위한 시도들을 주목해 볼 필요가 있다. 크게 두 가지 접근법이 나타난다. 효과 중심적 접근법과 표적 중심적 접근법이 그것이다. 이하에서는 먼저 전통적 접근법인 수단 중심적 접근법에 따라 사이버 오퍼레이션이 유엔헌장 제2조 4항상 무력 사용으로 간주될 수 있는지 여부를 검토한 후, 효과 중심적 접근법과 표적 중심적 접근법을 최근까지의 국가 실행을 반영하여 평가해 본다.

1. 수단 중심적 접근법

유엔헌장 제2조 4항에 언급된 무력 사용이 존재하는지를 결정하기 위한 전통적인 접근법은 수단(즉, 무기) 중심적 접근법이다. 무기가 사용되었는지 여부를 통해 무력 사용이 존재하는지 여부가 결정되는 것이다. 무력이 사용되었는지 여부는 단순히 타국에 대하여 한 국가의 군대가 동원되었는지 여부에 달려 있지 않다. 예컨대, 무장하지 않은 군인들이 타국이 요청하지 않은 상황에서 그 국가에 인도적인 도움을 주는 경우를 무력이 사용된 경우로 간주할 수 없을 것이다. 군대가 동원되었다 하더라도 ‘군사 무기의 특별한 특징’이 존재하지 않는 경우까지 무력의 사용으로 간주하는 것은 적절하지 않기 때문이다.⁴⁴⁾ 사실 영문 ‘armed force’에서 ‘armed’라는 표현은 ‘무기를 갖춘(equipped with a weapon)’ 또는 ‘무기의 이용을 수반하는(involving the use of a weapon)’을 의미한다.⁴⁵⁾ 일찍이 Kelsen

44) Oliver Dörr, *Use of Force, Prohibition of*, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2015), paras. 18–19. Dörr가 지적한 것처럼, 단순히 타국에 대하여 한 국가의 군대가 이용되었다는 사실만으로 무력이 사용되었다고 간주하는 것은 무리가 있다. 국가는 자국의 정규군을 통해서뿐만 아니라 무장시킨 민병, 경찰 부대와 같은 단체들을 이용할 수 있으며, 심지어는 타국의 영토 내에 있는 반란 단체(insurgents)를 통해서도 무력을 사용할 수 있다. 간접적 무력 사용의 금지는 우호관계선언에도 언급되어 있으며, *Nicaragua* 사건에서 ICJ 역시 반란 단체(동 사건에서는 콘트라 반군)를 무장시키는 것(arming)과 훈련시키는 것(training)이 무력 사용에 해당한다고 판시한 바 있다. 상기 예처럼 군대가 동원되더라도 ‘무기의 특별한 특징’을 수반하지 않는 경우는 금지되는 무력 사용보다는 주권의 침해로 다뤄질 가능성이 높다. UN Doc. A/RES/25/2625; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14, para. 228; Ian Brownlie, *supra* note 19, p. 361.

45) Bryan A. Garner(ed.), *Black’s Law Dictionary* (West Group, 7th ed., 2000), p. 103. 또는 ‘화기를 갖추거나 지닌(equipped with or carrying a firearm or firearms)’이라는 사전적 의미를 갖는다. Oxford English Dictionary, accessed November 2, 2019, <https://en.oxforddictionaries.com>.

도 무력을 ‘무기의 사용으로 행사되는 힘(force exercised by the use of arms)’으로 정의한 바 있다.⁴⁶⁾ 또한 김석현 교수도 유엔헌장 제2조 4항에서 금지되는 힘은 무력(군사력)을 의미하며, “병력 또는 무기가 동원되는 경우”를 전제로 한다고 주장한다.⁴⁷⁾ 이처럼 타국을 상대로 무기가 사용되었는지 여부를 통해 무력이 사용되었는지 여부를 결정하는 접근법을 ‘수단(무기) 중심적 접근법(instrument-based approach)’이라 한다.

유엔헌장이 채택될 당시 구상된 무기의 형태는 키네틱 무기였다. 제2차 세계대전 이전 진행될 당시 국가들이 경험하였던 무기의 주된 형태는 폭탄이나 미사일과 같이 충격파와 열을 수반한 폭발적인 효과를 가진 키네틱 무기였다. 유엔헌장을 채택할 당시 국가들은 이러한 형태의 무기를 구상하며 유엔헌장 채택에 참여하였기 때문에, 전통적으로 키네틱 수단이 이용될 때 무력이 사용된 것으로 간주되어왔다.⁴⁸⁾ 키네틱 무기의 사용은 곧 물리력의 사용을 의미하므로, 무력 사용은 물리력의 사용과 동일시되곤 하였다.⁴⁹⁾

46) Hans Kelsen, “Collective Security under International Law,” 49 *International Law Studies Series* (1954) 34, p. 57, footnote 5. 물론, Kelsen은 유엔헌장 제2조 4항의 무력 사용의 범위에 무기가 사용된 경우뿐만 아니라 무기의 사용은 없더라도 한 국가의 영토에 대하여 ‘힘(power)’이 행사되어 국제법을 위반한 경우도 포함한다고 주장하였다. 그러나 이에 대하여 Brownlie는 1945년 샌프란시스코 회의가 진행될 당시와 그 이후 국가들의 관행을 미루어보아 Kelsen의 주장은 근거가 부족하며, 유엔헌장 제2조 4항이 강압적 성격의 경제적 조치에까지도 적용되는지 여부가 매우 의심스럽다고 주장한 바 있다. Brownlie의 주장대로 그리고 전술한 바와 같이 비무력적 강압은 유엔헌장 제2조 4항의 범위에 속하지 않는다. Ian Brownlie, *supra* note 19, p. 362. 이 외에도 Bond는 누가 무력을 사용했느냐가 아니라 무력 사용의 수단이 무력을 정의하는 요소라고 설명하였다. 그는 유엔헌장 제2조 4항의 무력은 물리적 형태의 힘이 고려되었으며, 경제적 및 정치적 강압은 고려되지 않았음이 명확하다고 주장한다. 또한 Joyner 등은 금지되는 국가 간 무력의 사용은 곧 인간의 상해를 가하는 ‘폭력적 무기(violent weapon)’에 호소하는 것을 의미한다고 주장한다. James N. Bond, *Peacetime Foreign Data Manipulation as One Aspect of Offensive Information Warfare: Questions of Legality under the United Nations Charter Article 2(4)* (U.S. Department of Commerce, National Technical Information Service, 1996), p. 78; Christopher C. Joyner and Catherine Lotrionte, “Information Warfare as International Coercion: Elements of a Legal Framework,” 12 *European Journal of International Law* (2001) 825, p. 845.

47) 김석현, “유엔헌장 제2조 4항의 위기: 그 예외의 확대와 관련하여”, 『국제법학회논총』 제48권 제1호(2003), p. 74.

48) 전통적으로 무력의 사용은 키네틱 무기류의 사용을 요구해 왔다. Katharina Ziolkowski, “General Principles of International Law as Applicable in Cyberspace,” in Katharina Ziolkowski (ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace* (2013) 135, p. 173.

49) Tom Ruys, *‘Armed Attack’ and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 55. 하천의 상류국이 대량의 물을 방출하는 경우나 초국경적으로 방화가 일어나는 경우처럼 물리력이 사용되었으나 비군사적인 성격인 경우 금지되는 무력 사용인지 여부에 대해서 논란이 있다. Brownlie는 이 경우를 무력 사용으로 간주하기 어렵다고 지적하였다. Randelzhofer와 Dörr는 물리적 힘이 군사적 힘의 사용만큼 국가에게 심각하게 영향을 미칠 수 있다는 점을 인정하였으나, 유엔헌장 제2조 4항은 군사적인 힘이라는 강압의 단 한 가지 수단만을 금지한다고 주장하였다. 따라서 이 경우는 금지되는 무력 사용보다는 불간섭 원칙이나 영토 보전의 원칙과 같은 다른 규칙에 따라 그 행위의 합법성이 결정된다고 주장한다. 김석현 교수도 이러한 입장을 지지하여 유엔헌장 제2조 4항의 무력 사용을 보다 엄격하게 해석한다고 언급하였으며, 이 경우는 금지되는 무력 사용보다는 영토 보전의 원칙이나

무력 사용이 물리력의 사용과 동일시되었다는 점은 유엔헌장의 문맥을 통해서도 확인된다. 무력을 수반한 안전보장이사회의 조치에 관하여, 유엔헌장 제42조에 따르면, 유엔안전보장이사회는 국제 평화와 안전을 유지하거나 회복하기 위하여 필요할 수 있는 공군, 해군 또는 육군에 의한 조치를 취할 수 있다. 그러한 조치의 예로 유엔 회원국의 공군, 해군 또는 육군에 의한 시위, 봉쇄 그리고 그 밖에 다른 작전이 언급되어 있다.⁵⁰⁾ 또한 1974년 침략의 정의에 관한 유엔총회 결의에서 제시된 침략 행위의 예를 살펴보아도 무력 사용이 물리력의 사용과 동일시되었다는 것을 확인할 수 있다. 침략(aggression)은 무력 사용에 해당하는데,⁵¹⁾ 침략 행위로 간주될 수 있는 행위에는 침공, 공격, 폭격, 항구나 해안의 봉쇄가 포함된다.⁵²⁾ 물론 유엔헌장 제42조와 침략 정의 결의에서 대표적으로 언급된 무력의 형태들은 예시일 뿐이며 망라적인 것이 아니다. 다만, 이는 유엔헌장과 침략 정의 결의를 채택할 당시 국가들이 주로 염두에 두었던 무력 사용이 형태가 물리적 형태였음을 보여주고 있다.

무기의 사용 내지 물리력의 사용을 통해 무력이 사용되었는지를 판단하는 것은 유엔헌장 제2조 4항에서 금지하는 무력 사용에 해당하는 무력적 강압과 그러한 금지에 속하지 않는 비무력적 강압의 구분을 용이하게 하는 장점이 있다. 예컨대, 봉쇄(blockade)와 금수 조치(trade embargo)를 비교해보자. 봉쇄는 유엔헌장 제42조와 1974년 침략의 정의에 관한 유엔총회 결의에 따라 무력 사용에 해당한다. 반면 금수 조치는 무력 사용보다는 불간섭 원칙을 통해 규율되어왔다.⁵³⁾ 비록 양자가 유사한 효과를 야기할지라도 봉쇄가 수반하는 ‘물리적 강압’으로 인해 봉쇄의 경우만 무력 사용으로 간주되는 것이다.⁵⁴⁾

불간섭 원칙에 반할 것이라고 주장한다. 반면, Silver는 한 국가가 타국에 대하여 비군사적 물리력을 의도적이고 적대적으로(hostile) 사용할 경우, 그것이 물리적 효과에 있어서 군사력과 충분히 닮았을 경우, 그러한 사용은 제2조 4항의 범위에 속한다고 주장한다. 박기갑 교수는 “대규모 방화 내지 댐 붕괴시키는 행위 등의 도발, 즉 화공(火攻)과 수공(水攻)은 역사적으로 각종 전투에서 사용되었기 때문에 넓은 의미에서 무력 공격의 한 형태에 속한다고 볼 수 있을 것이다.”라고 언급하였다. Ian Brownlie, *supra* note 19, p. 362; Albrecht Randelzhofer and Oliver Dörr, *supra* note 19, p. 210; Daniel B. Silver, “Computer Network Attack as a Use of Force under Article 2(4) of the United Nations Charter,” 76 *International Law Studies* (2002) 73, pp. 82-83; 김석현, “무력행사금지원칙의 역사적 발전과 그 의의”, 『국제법평론』 제30호 (2009) 1, p. 29; 박기갑, “사이버 전쟁 내지 사이버 공격과 국제법”, 『국제법평론』 제32호 (2010), p. 60.

50) 유엔헌장 제42조.

51) 침략의 정의에 관한 유엔총회 결의에 부속된 ‘침략의 정의(Definition of Aggression)’ 제1조에서 침략이 무엇인지 정의되어 있다. 유엔헌장 제2조 4항의 문언과 유사하면서도 ‘force’라는 용어 대신 ‘armed force’라는 용어가 사용되었으며, ‘위협(threat)’이란 문구가 빠져 있다는 점 등에서 차이가 있다. UN General Assembly, 3314(XXIX). *Definition of Aggression*, UN Doc. A/RES/3314(XXIX) (December 14, 1974).

52) 침략의 정의에 관한 유엔총회 결의에 부속된 침략의 정의 제3조. UN Doc. A/RES/3314(XXIX).

53) 국가들은 1960년대부터 쿠바에 대하여 이루어진 미국의 금수 조치를 무력 사용이 아닌 불간섭 원칙의 관점에서 바라보았다. UN Doc. A/RES/47/19.

수단 중심적 접근법에 따른 경우, 주로 키네틱 무기와 같이 물리적인 특징을 갖는 수단이 이용되었는지에 따라 무력이 사용되었는지 여부가 결정된다. 그러나 키네틱 특징을 갖는 무기가 이용되는 경우로만 제한하여 무력 사용의 개념을 적용할 경우, 기술의 발전에 따라 다양한 형태의 무기가 등장하여 군사적으로 이용되는 현실을 제대로 반영하지 못하게 된다. 사실 기술이 발전하면서 “충격파나 열을 발생시키는 폭발적인 효과”를 수반하지 않는 다양한 형태의 무기들이 출현하였다. 대표적으로 생화학 무기가 이용되는 경우는 전통적인 무기의 형태처럼 물리력이 이용되는 경우라고 볼 수 없다. 그러나 그러한 무기가 사용될 경우 사람의 사망이나 재산의 파괴가 발생할 수 있다.⁵⁴⁾ 더욱이 수단 중심적 접근법에 따라 사이버 오퍼레이션이 무력 사용인지 여부를 판단할 경우, 그 효과가 어떠한지 여부에 관계없이, 키네틱 형태의 무기가 사용되지 않았다는 이유로 사이버 오퍼레이션은 결코 무력 사용으로 간주될 수 없다는 결론에 이르게 된다. 사이버 오퍼레이션의 물리적 행위는 기껏해야 컴퓨터의 자판기를 두드리는 행위가 전부이기 때문이다. 이러한 문제로 인해 수단 중심적 접근법은 융통성이 없다고 비판받곤 한다.⁵⁶⁾

다양한 수단이 군사적으로 이용되면서 동시에 민간 목적으로도 이용되게 되자, 특정한 수단을 무기로 특정하기가 점차 어렵게 되었다. 특히 사이버 오퍼레이션은 사이버공간, 컴퓨터 또는 컴퓨터 코드를 수단으로 수행된다.⁵⁷⁾ 미사일과 같은 전통적인 무기와 달리 이들은 소위 ‘이중 용도(dual-use)’의 특징을 갖는다. 군사적 목적으로도 이용될 수 있으면서, 동시에 민간에서도 자유롭게 이용할 수 있는 수단이기에 때문에 이들을 무기로 특정하기가 어렵게 된 것이다. 요컨대, 수단 중심적 접근법은 기술의 발전에 따라 다양한 형태의 수단이 군사적으로 이용되는 현실을 유연하게 따라잡지 못한다는 한계를 드러낸다. 특히 사이버 오퍼레이션이 무력 사용인지 여부를 판단할 때, 수단 중심적 접근법은 그러한 한계가 더욱 두드러진다.

54) Reese Nguyen, “Navigating *Jus ad Bellum* in the Age of Cyber Warfare,” 101 *California Law Review* (2013), 1079, p. 1118.

55) Brownlie는 독가스나 신경가스처럼 세균성, 생물학적, 또는 화학적 장치의 경우는 충격파나 열을 발생시키는 폭발적인 효과를 수반하지 않음에도 불구하고 이러한 장치를 무기로 사용하는 경우도 무력 사용으로 간주되어야 한다고 주장한다. 그는 이러한 무기가 생명과 재산의 파괴를 위해 이용된다는 사실을 그 근거로 들었다. Ian Brownlie, *supra* note 19, p. 362.

56) Reese Nguyen, *supra* note 54, p. 1118. 수단 중심적 접근법에 따른 경우, 스틱스넷 worm의 경우처럼 대량으로 사람의 사망이나 상해 또는 물자의 파괴를 야기할 수 있는 사이버 오퍼레이션의 경우도 미사일이나 폭탄과 같은 키네틱 무기가 아닌 악성 소프트웨어(malware)가 사용되었다는 이유로 금지되는 무력 사용으로 간주될 수 없게 된다. Reese Nguyen, *ibid.*, p. 1119.

57) Heather A. Harrison Dinness, “The Nature of Objects: Targeting Networks and the Challenge of Defining Cyber Military Objectives,” 48 *Israel Law Review* (2015) 39, p. 68.

2. 효과 중심적 접근법

기술이 발전하면서 다양한 수단이 군사적으로 이용됨에 따라, 점차 수단(무기)보다는 효과를 중심으로 무력이 사용되었는지 여부가 결정되어야 한다는 주장이 나타나게 되었다. Brownlie는 독가스와 신경가스처럼 세균성, 생물학적, 또는 화학적 장치를 무기로 사용하는 경우도 무력 사용으로 간주되어야 한다고 주장하였다. 그 근거로 이러한 무기들이 생명과 재산의 파괴를 위해 이용된다는 사실을 들었다.⁵⁸⁾ 효과 중심적 접근법은 ‘무기’가 갖는 물리적 특성보다는 ‘효과’의 물리적 특성에 집중한다. 효과 중심적 접근법에 따를 경우 이용된 무기 자체가 키네틱한지 여부보다는 키네틱 무기를 이용했을 때와 유사한 결과가 발생하였는지 여부를 통해 무력이 사용되었는지가 결정된다. 키네틱 무기가 이용될 경우의 효과는 사람의 사망이나 상해 또는 물리적 재산의 파괴와 같은 물리적 효과이다. 따라서 효과 중심적 접근법에 따르면, 이러한 물리적 효과를 야기하는 사이버 오퍼레이션은 무력 사용으로 간주될 것이다.

효과 중심적 접근법은 탈린 매뉴얼의 국제전문가그룹이 취하는 적용 방법이다.⁵⁹⁾ 또한 탈린 매뉴얼의 집필을 이끈 Schmitt는 효과 중심적 접근법의 대표적 지지자이기도 하다. 그는 무력 사용의 개념을 적용하는 데 있어서 국가들이 중시하는 것은 이용된 수단이 아니라 그들이 겪은 결과라고 주장한다.⁶⁰⁾ 그는 효과 중심적 접근법의 타당성을 다음과 같이 설명하였다.

유엔헌장의 초안이 마련될 당시에는 수단 중심적 접근법이 이치에 맞는다. 사이버 오퍼레이션이 출현하기 이전에 국가들이 일반적으로 회피하고자 했던 결과는 수단 중심적 범주(*instrument-based categories*)와 일치하였기 때문이다. 사이버 오퍼레이션은 이러한 패러다임에 잘 들어맞지 않는다. 왜냐하면 사이버 오퍼레이션은 키네틱하지는 않으나, 사이버 오퍼레이션의 결과는 단순한 짜증의 수준에서 사망의 수준의 범위에까지 이를 수 있기 때문이다.⁶¹⁾

유엔헌장이 채택될 당시에는 당시에 주로 이용되던 무기(즉, 키네틱 무기)의 성격을 통해 무기로 인해 야기되는 결과를 쉽게 예측할 수 있었으나, 사이버공간을 수단으로 수행되는 사이버 오퍼레이션의 경우는 그렇지 못하다는 것이다. 또 다른

58) Ian Brownlie, *supra* note 19, p. 362.

59) Michael N. Schmitt (ed.), *supra* note 5 (Tallinn Manual 2.0), p. 328.

60) Michael N. Schmitt, "Cyber Operations and the *Jus ad Bellum* Revisited," 56 *Villanova Law Review* (2011) 569, p. 573.

61) Michael N. Schmitt, *Ibid.*, p. 573.

효과 중심적 접근법의 지지자인 Dinstein은 유엔헌장 제2조 4항상 무력은 폭력을 의미하며, 폭력을 유발하기 위하여 어떠한 특정 수단이 이용되었는지는 중요하지 않다고 주장한다. 그보다 폭력이 발생하거나 폭력의 위협이 있었다는 최종 결론이 있어야 한다고 주장한다.⁶²⁾ 따라서 그는 키네틱 수단을 통한 공격과 전자적 수단을 통한 공격을 구별해야 할 근거가 없으며, 중요한 것은 수단 자체가 아니라 취해진 행위의 폭력적 결과라고 주장한다.⁶³⁾

사실 유엔헌장이 채택된 이후 초기에는 키네틱하거나 물리적인 수단이 사용되었는지 여부를 통해 무력이 사용되었는지 여부를 결정하는 데 무리가 없었다. 왜냐하면 무기의 성격을 통해 그러한 무기를 사용했을 경우의 결과를 비교적 쉽게 예측할 수 있었기 때문이다. 즉, 키네틱 무기가 사용될 경우 ‘수단과 결과의 일치 (consequence-instrument congruence)’가 발생한다.⁶⁴⁾ 예컨대, 폭탄의 경우는 폭탄이라는 ‘수단’의 성격이 키네틱하며 물리적이다. 또한 폭탄이 터졌을 경우 인간의 사망이나 상해 또는 물자의 피해와 같은 물리적 피해라는 ‘결과’가 나타날 것이라는 것을 누구나 쉽게 예측할 수 있다. 그러나 기술이 발전함에 따라, 다양한 형태의 수단이 무기로 이용될 수 있게 되면서 그러한 수단을 사용했을 때의 결과를 쉽게 예측하기 어렵게 되었다. 따라서 단지 키네틱한 특징을 갖는 ‘수단’에 집중하여 무력 사용인지 여부를 결정하는 수단 중심적 접근법은 오늘날 적절하지 않다. 효과 중심적 접근법은 기술이 발전함에 따라 다양한 수단이 군사적으로 이용되는 상황에도 무력 사용의 개념 적용이 가능하게 한다. 이것이 바로 오늘날 효과 중심적 접근법이 많은 지지를 받고 있는 이유이기도 하다.⁶⁵⁾

62) Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (Cambridge: Cambridge University Press, 5th ed., 2011), p. 88.

63) Yoram Dinstein, “Computer Network Attacks and Self-Defense,” 76 *International Law Studies* (2002) 99, p. 103. 이 외에도 사이버 오퍼레이션이 야기하는 효과를 중심으로 무력 사용의 개념이 적용되어야 한다는 주장은 다음을 참조. Daniel B. Silver, *supra* note 49, pp. 84 and 89; Marco Roscini, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp. 49–50; Katharina Ziolkowski, “Jus ad Bellum in Cyberspace – Some Thoughts on the ‘Schmitt-Criteria’ for Use of Force,” in Christian Czosseck, Rain Ottis and Katharina Ziolkowski (Eds.), *2012 4th International Conference on Cyber Conflict* (2012) 295, pp. 298–99; Oona A. Hathaway et al., “The Law of Cyber-Attack,” 100 *California Law Review* (2012) 817, pp. 847–48; Herbert S. Lin, “Offensive Cyber Operations and the Use of Force,” 4 *Journal of National Security Law and Policy* (2010) 63, p. 73; Walter Gary Sharp, *Cyberspace and the Use of Force* (Ageis Research Corp, 1999), pp. 88–93; Jason Barkham, “Information Warfare and International Law on the Use of Force,” 34 *International Law and Politics* (2001) 57, p. 79; Christopher C. Joyner and Catherine Lotrionte, *supra* note 46, p. 856.

64) Michael N. Schmitt, “Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework,” 37 *Columbia Journal of Transnational Law* (1999) 885, p. 911; Daniel B. Silver, *supra* note 49, p. 88; Reese Nguyen, *supra* note 54, p. 1122.

65) 사이버 오퍼레이션에 무력 사용의 개념을 적용하는데 효과 중심적 접근법을 지지하는 학자들은 다음과 같다.

효과 중심적 접근법이 갖는 첫 번째 한계는 행위의 '효과'만을 고려할 경우 유엔 헌장 제2조 4항에서 금지하고 있는 무력 사용에 속하는 무력적 강압과 그 외의 경제적 또는 정치적 강압과의 전통적 구분이 모호해진다는 점이다.⁶⁶⁾ 전통적으로 무력적 강압과 비무력적 강압을 구분 짓는 가장 명확한 기준은 무기(즉, 물리력)를 사용하는 행위가 있었는지 여부를 묻는 것이다.⁶⁷⁾ 그러나 사실 효과만을 고려하게 될 경우, 비무력적 강압(예컨대, 경제적 강압)이 사용된 경우도 결과적으로 물리적 피해(예컨대, 사람의 사망)를 야기할 수 있으므로, 효과 중심적 접근법을 따를 경우 유엔헌장 제2조 4항의 범위에 속하지 않는 비무력적 강압까지도 금지되는 무력 사용에 속하게 될 가능성이 있다. 그러나 비무력적 강압은 유엔헌장 제2조 4항에서 금지하는 무력 사용의 범위에 속하지 않는다는 점은 앞서 확인한 바 있다.⁶⁸⁾

Silver는 다음과 같이 설명한다. “전투를 수행하는 데 이용되는 수단도 기술이 발전함에 따라 진화해 왔다. 무엇이 무력을 구성하는지에 대한 일반적인 이해도 진화한다. 그렇지 않으면, 유엔헌장 제2조 4항의 금지는 제2차 세계대전 말경에 존재했던 군사기술의 수준에 경직되어 있을 것이기 때문이다. 따라서 한 국가가 타국에 물리적 피해를 야기하기 위하여 의도적으로 새로운 형태의 전투의 수단들(예컨대, 생물학적 및 화학적 무기 등)을 이용한다면, 그러한 새로운 형태의 전투의 수단들이 군사력을 구성할 것이라는 점을 인정하는 데 어려움이 없다. 이는 수단 그 자체가 (레이저 빔처럼) 내재적으로 해롭지는 않으나 다양한 이로운 목적으로 이용될 경우에도 적용된다.” Daniel B. Silver, *supra* note 49, pp. 84 and 89. Roscini는 수단 중심적 접근법을 취하면서도 효과 중심적 접근법의 결과와 동일한 결과를 도출해 내었다. 그는 무력 사용은 이용되는 수단, 즉 무기에 따라 결정되어야 한다고 주장한다. 다만, 무기가 무엇인지에 대하여 *ius ad bellum*과 *ius in bello*에 있어서 국제법적으로 구속력 있는 정의가 없다고 지적했다. 그는 무기의 사전적 의미와 ICRC 연구를 참조하여 무기는 그것이 파편나 피해를 발생시키는 ‘방식(mechanism)’을 통해서가 아니라 무기의 ‘효과’를 통해서 결정된다고 판단했다. 무력이 무엇인지를 결정하는 것은 이용된 수단(무기)이지만, 무기는 그것의 (폭력적) 효과를 통해서 확인된다는 것이다. 이러한 방식으로 그는 수단 중심적 접근법과 효과 중심적 접근법을 결합한 주장을 펼친다. Marco Roscini, *supra* note 63, pp. 49-50. 이 외에도 다음을 참조. Katharina Ziolkowski, *supra* note 63, pp. 298-99; Oona A. Hathaway et al., *supra* note 63, pp. 847-48; Herbert S. Lin, *supra* note 63, p. 73; Walter Gary Sharp, *supra* note 63, pp. 88-93; Jason Barkham, *supra* note 63, p. 79; Christopher C. Joyner and Catherine Lotrionte, *supra* note 46, p. 856.

66) Jason Barkham, *supra* note 63, pp. 58 and 88.

67) Reese Nguyen, *supra* note 54, p. 1118.

68) Schmitt는 효과 중심적 접근법이 갖는 한계점을 해결하고자 비군사적 강압과 무력의 사용의 구분을 위해 고려해야 할 요소로 몇 가지를 제시했다. 그는 그러한 요소로 심각성(severity), 즉각성(immediacy), 직접성(directness), 침입성(invasiveness), 효과의 측정 가능성(measurability of effects), 추정적 정당성(presumptive legitimacy)을 먼저 제시하였는데, 이후 탈린 매뉴얼을 통해 군사적 성격(military character)과 국가 관여(state involvement)라는 두 가지 기준이 더 추가되었다. Michael N. Schmitt, *supra* note 64, pp. 914-15; Michael N. Schmitt (ed.), *supra* note 5 (Tallinn Manual 2.0), pp. 48-51; Michael N. Schmitt (ed.), *supra* note 5 (Tallinn Manual 2.0), pp. 334-36. 탈린 매뉴얼 2.0에 언급된 여덟가지 기준을 간략히 요약하면 다음과 같다. 심각성의 기준에 따르면, 최소 허용 가능한 기준(*de minimis* rule)을 조건으로, 개인이나 재산에 물리적 피해를 수반한 결과는 그 자체로 무력 사용으로서의 사이버 오퍼레이션으로 인정될 수 있다. 그러나 단순한 불편이나 짜증과 같은 결과로는 무력 사용으로 간주될 수 없다. 또한 즉각성의 기준은 사이버 오퍼레이션의 결과가 빨리 나타날수록, 국가가 분쟁의 평화적 해결을 구하거나 그것의 해로운 효과를 달리 방지할 수 있는 기회가 더 적어지게 된다는 점을 고려한다. 따라서 이 기준에 따르면 국가는 지체되거나 천천히 발전하는 결과보다는 즉각적인 결과에 대하여 보다 큰 우려를 갖게 되며, 즉각적인 결과를 야기하는 사이버 오퍼레이션을 무력 사용으로 간주하기 쉽다. 직접성의 기준에 따를 경우, 시차 행위와 그 결과와의 관계가 약할수록 국가가 무력 사용 금지 위반에 대하여 행위자의 책임을 인정하기가 더 어렵게 된다. 즉각성 기준이 결과의 시간적 측면에 집중한다면, 직접성 기준은 인과성을 검토한다. 침입성은 사이버 오퍼레이션이

둘째, 효과 중심적 접근법은 물리적 효과만을 고려하는 접근법이라는 점에서 한계를 갖는다. 효과 중심적 접근법은 재래식 무기가 이용되었을 경우와 유사한 효과(즉, 사람의 사망이나 상해 또는 물자의 파괴와 같은 효과)를 야기하는 사이버 오퍼레이션을 무력 사용으로 간주하는 접근법이다. '사이버공간'은 컴퓨터 네트워크를 이용하여 데이터를 저장, 수정 및 교환하기 위한 물리적·비물리적 구성 요소로 형성된 환경을 의미하므로⁶⁹⁾ 육지, 바다, 상공 및 우주와 같은 물리적 공간과 달리 비물리적 구성 요소도 사이버공간을 구성하는 요소에 해당한다. 따라서 무력 사용의 개념을 적용함에 있어서 이러한 비물리적 효과도 고려되어야 할 것인데, 효과 중심적 접근법은 비물리적 효과를 야기하는 사이버 오퍼레이션을 무력 사용으로 간주하는 데 있어서 충분한 근거를 제공하고 있지 못하다.

3. 표적 중심적 접근법

사이버 오퍼레이션이 무력 사용인지 여부를 결정하기 위하여 나타나고 있는 또한 가지 접근법은 바로 '표적 중심적 접근법'이다. 표적 중심적 접근법은 사이버 오퍼레이션의 표적의 성격에 집중한다. 이 접근법에 따르면, 국가 핵심 기반 시설(national critical infrastructure)을 상대로 행해지는 사이버 오퍼레이션은 무력 사용에 해당한다. 표적 중심적 접근법은 국가의 핵심 기반 시설이 한 국가의 안전과 공공의 안전을 위하여 갖는 중요성에 기초한 접근법이다. 표적 중심적 접근법의 대표적 지지자 Sharp는 평시에 이루어진 모든 정부 컴퓨터 시스템에 대한 침입에 대하여 예방적 자위로 대응할 권리가 적용되는 것은 아니지만, 한 국가의 필수적 국가 이익에 핵심적이며 민감한 정부 컴퓨터 시스템에 대한 침입에 대해서는 예방

표적 국가 또는 표적 국가의 사이버 시스템에 그 국가의 이익에 반하여 침입한 정도를 의미한다. 효과의 측정 가능성은 국가들이 사이버 오퍼레이션으로 인한 결과가 명백할 때 그러한 행위를 더욱 무력 사용으로 특징지으려 하려는 의지가 강하다는 것을 의미하는 요소이다. 군사적 성격의 기준에 따르면, 사이버 오퍼레이션과 군사 작전 사이의 관련성(nexus)에 따라 그러한 사이버 오퍼레이션이 무력 사용으로 인정될 가능성이 높아지게 된다. 국가 관여의 기준에 따르면, 사이버 오퍼레이션과 한 국가 사이의 관련성이 더욱 긴밀할수록, 다른 국가들은 그러한 사이버 오퍼레이션을 그 국가에 의한 무력 사용으로 특징을 짓기 쉽게 된다. 마지막으로 추정적 합법성의 기준에 따르면, 국제법상 금지되지 않는 행위는 허용된다. 따라서 명시적인 조약이나 수락된 국제관습법상 금지가 없는 경우, 행위는 합법적으로 추정된다. 예컨대, 국제법은 선전, 심리전, 간첩 행위, 또는 단순한 경제 제재 압박 그 자체를 금지하고 있지 않다. 따라서 이러한 범주에 속하는 행위는 무력 사용으로 간주되기 어려울 것이다. Michael N. Schmitt (ed.), *supra* note 5 (Tallinn Manual 1.0), pp. 48-51; Michael N. Schmitt (ed.), *supra* note 5 (Tallinn Manual 2.0), pp. 334-36. 다만, 탈린 매뉴얼 2.0에 제시된 이 요소들은 국가들이 사이버 오퍼레이션을 무력 사용으로 결정하기 위하여 비중 있게 다루어야 할 요소로서 이 기준들을 언급한 것이며, 법적인 기준이 아님을 밝히고 있다. Michael N. Schmitt (ed.), *supra* note 5 (Tallinn Manual 2.0), p. 333, para. 9.

69) Michael N. Schmitt (ed.), *supra* note 5 (Tallinn Manual 2.0), p. 564.

적 자위권이 적용될 수 있어야 한다고 주장한다.⁷⁰⁾ 또 다른 지지자 Jensen은 어떤 사이버 오퍼레이션이 무력 공격을 구성하지 않을지라도, 만일 그것이 국가의 핵심 기반 시설을 중심으로 수행된 경우, 그에 대한 국가의 예방적 자위권을 포함한 자위의 고유한 권리를 인정하는 방향으로 법이 진화해야 한다고 주장한다.⁷¹⁾ 특히 그는 효과 중심적 접근법과 표적 중심적 접근법을 비교하였는데, 전자가 국제법의 현재 관점에서는 더욱 정확한 관점이라고 지적하면서도, 후자는 보다 미래 지향적 관점을 반영한다고 설명하였다.⁷²⁾

표적 중심적 접근법은 국가의 핵심 기반 시설을 보다 적극적으로 보호하여, 국가 안전을 적극적으로 지킬 수 있다는 이점이 있다.⁷³⁾ 그러나 표적 중심적 접근법은 다음과 같은 한계점을 갖는다. 첫째, 표적 중심적 접근법은 사이버 오퍼레이션의 효과나 심각성에는 중점을 두지 않는다. 따라서 사이버 오퍼레이션이 사소한 결과를 야기하는 경우에도 국가의 핵심 기반 시설을 표적으로 수행되기만 하면 무력 사용에 해당하기 때문에 과도하게 포괄적이라는 비판을 받는다.⁷⁴⁾ 비록 국가의 핵심 기반 시설을 대상으로 사이버 오퍼레이션이 수행됐다 하더라도, 사소한 효과를 야기하는 경우까지 무력 사용으로 간주할 경우, 지나치게 한 국가의 안전만을 강조하게 될 수 있다. 한 국가가 자국의 안전을 일방적이고 무분별하게 추구할 경우 힘의 균형이 파괴되어 확전의 위험이 야기되고 국제 안전에 해로운 영향이 미칠 수 있다. 따라서 표적 중심적 접근법은 ‘국가 안전’과 ‘국제 안전’ 사이의 균형을 깨트릴 수 있다.⁷⁵⁾

둘째, 핵심 기반 시설에 대한 통일된 정의가 없어 핵심 기반 시설의 범위가 국가마다 다르며, 자의적으로 그 범위가 넓어질 수 있다. 물론 유엔총회 차원에서 핵심 기반 시설의 보호에 관한 논의가 이뤄지고 있으며, 그러한 논의를 통해 핵심 기반 시설의 예시들이 제시되었으나, 아직 명확한 핵심 기반 시설의 정의가 국제적 차원에서 정립된 상태가 아니다.⁷⁶⁾ 물론 표적 중심적 접근법은 점차 사이버 오퍼

70) Walter Gary Sharp, *supra* note 63, pp. 129–32.

71) Eric Talbot Jensen, “Computer Attacks on Critical National Infrastructure: A Use of Force Invoking the Right to Self-Defense,” 38 *Stanford Journal of International Law* (2002) 207, p. 229.

72) Eric Talbot Jensen, *ibid.*, p. 228. 이 외에도 표적 중심적 접근법을 주장하는 사람은 Sean M. Condron이다. Sean M. Condron, “Getting It Right: Protecting American Critical Infrastructure in Cyberspace,” 20 *Harvard Journal of Law & Technology* (2007) 403, p. 419.

73) Oona A. Hathaway et al., *supra* note 63, p. 846.

74) Stephenie Gosnell Handler, “The New Cyber Face of Battle: Developing a Legal Approach to Accommodate Emerging Trends in Warfare,” 48 *Stanford Journal of International Law* (2012) 209, pp. 227–28; Marco Roscini, *supra* note 63, p. 47; Reese Nguyen, *supra* note 54, p. 1120.

75) Oona A. Hathaway et al., *supra* note 63, p. 846; Rüdiger Wolfrum, “Chapter I Purpose and Principle,” in Bruno Simma et al. (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. 1 (3rd ed., 2012) 107, p. 111.

레이션으로부터 핵심 기반 시설을 보호할 필요성에 국가들의 인식이 모아지고 있다는 점을 반영할 때 고려해 볼 만하다. 다만, 사이버 오퍼레이션의 대상의 성격이 해당 사이버 오퍼레이션을 무력 사용으로 특징짓기 위한 결정적인 요소로 작용할 수 없을 것이다. 그보다 사이버 오퍼레이션의 대상이 핵심 기반 시설인지 여부는 해당 사이버 오퍼레이션이 무력 사용인지 여부를 결정할 때 고려되는 요소 중 하나가 될 수 있을 뿐이다. 특히 사이버 오퍼레이션이 물리적 효과를 야기하지 않을 경우는 더욱 그러한 고려가 중요할 수 있다.⁷⁷⁾

IV 최근 국가 실행의 평가 및 정책적 시사점

1. 최근 국가 실행의 평가

상기 검토한 바와 같이, 어떠한 사이버 오퍼레이션이 금지되는 무력 사용을 구성하는지 여부를 결정하기 위한 세 가지 접근법 모두 완벽히 만족스럽지는 않다. 먼저 ‘무기’의 성격을 중심으로 무력 사용 여부를 결정하는 수단 중심적 접근법은 사이버 오퍼레이션에 적용하기 어렵다. 또한 표적 중심적 접근법은 사이버 오퍼레이션의 효과가 얼마나 심각한지 여부에 대한 고려 없이, 사이버 오퍼레이션의 대상의 성격에만 지나치게 집중하고 있다는 점에서 한계를 갖는다. 또한 표적 중심적 접근법에 따를 경우 핵심 기반 시설에 대한 통일된 정의가 없어 무력 사용의 개념이 자의적으로 적용될 여지가 있다는 점에서도 한계가 나타난다. 또한 효과 중심적 접근법은 무력 사용과 비무력적 강압 사이의 전통적 구분을 모호하게 할 수 있다는

76) 유엔총회 결의를 통해 핵심 기반 시설의 예로 에너지의 발전, 전송 및 분배, 항공 또는 해양 운송, 은행 및 금융 서비스, 전자 상거래, 물 공급, 식품 분배 및 공공 보건과 같은 분야에 이용되는 기반 시설이 언급되었다. UN General Assembly, 58/199. *Creation of a Global Culture of Cybersecurity and the Protection of Critical Information Infrastructures*, UN Doc. A/RES/58/199 (January 30, 2004); UN General Assembly, 64/211. *Creation of a Global Culture of Cybersecurity and Taking Stock of National Efforts to Protect Critical Information Infrastructures*, UN Doc. A/RES/64/211 (March 17, 2010).

77) 따라서 표적 중심적 접근법은 효과 중심적 접근법을 보충하는 방식으로 적용되어야 한다는 의견이 제시되곤 한다. Nils Melzer, *Cyberwarfare and International Law*, UNIDIR 2011, p. 14; Nicholas Tsagourias, “Cyber Attacks, Self-defence and the Problem of Attribution,” 17 *Journal of Conflict and Security Law* (2012) 229, p. 231; Marco Roscini, *supra* note 63, p. 58; Carlo Focarelli, “Self-defence in Cyberspace,” in Nicholas Tsagourias and Russell Buchan (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace* (2015) 255, p. 269.

점에서 한계를 나타내며, 지나치게 '물리적 효과'만을 고려하여 사이버 오퍼레이션이 물리적 효과를 야기하지 않고도 한 국가의 안전을 위협할 수 있다는 점을 간과한다는 점에서 한계를 갖는다.

각각의 접근법이 가지는 한계점에도 불구하고 현재 사이버 오퍼레이션이 무력 사용인지 여부를 판단하는데 효과 중심적 접근법이 국제법 학자들 사이에서 가장 많은 지지를 받는 접근법임은 부인하기 힘들다.⁷⁸⁾ 또한 아직 기존 국제법이 사이버 오퍼레이션에 어떻게 적용되는지에 관한 명확한 입장을 표명하고 있는 국가들이 많지는 않으나, 최근 국가들의 실행을 살펴볼 때, 서방국가를 중심으로 효과 중심적 접근법을 지지하는 입장들이 나타나고 있다. 대표적으로 미국 국방부의 전쟁법 매뉴얼을 보면 미국이 효과 중심적 접근법을 취하고 있음을 알 수 있다.

특정한 상황에서 사이버 오퍼레이션은 유엔헌장 제2조 4항과 국제관습법의 의미상의 무력 사용을 구성할 수 있다. 예컨대, 만일 사이버 오퍼레이션이 전통적인 물리적 수단에 의해 야기된다면 *jus ad bellum*상 무력 사용으로 간주될 수 있는 효과를 야기한 경우, 그러한 사이버 오퍼레이션은 무력 사용으로 간주될 것이다.⁷⁹⁾

미국은 그러한 사이버 오퍼레이션의 사례로는 핵 발전소의 용융(meltdown)을 유발하거나, 인구가 밀집된 지역에 댐을 개방하여 파괴를 야기하거나, 또는 항공교통 통제 서비스를 불능화하여 항공기의 충돌을 야기하는 경우를 언급하였다.

또한 미국은 무력 사용의 개념을 사이버 오퍼레이션에 적용할 때, 그것이 야기하는 물리적 효과에만 집중하고 있지 않다. 미국 국방부의 전쟁법 매뉴얼에는 군대의 병참 체계와 군대의 군사작전을 수행하고 지속할 능력을 불능화하는 사이버 오퍼레이션 역시 *jus ad bellum*하의 무력 사용으로 간주될 수 있다고 밝히고 있다.⁸⁰⁾ 물론 사이버 오퍼레이션의 효과 이외에 다른 요소들도 사이버 오퍼레이션이 무력 사용을 구성하는지에 관하여 관련될 수 있다는 여지를 남겨두었다.⁸¹⁾ 또한 미국은

78) Maogoto는 “기술이 발전함에 따라, 키네틱 영향을 넘어 결과 지향적인 접근법으로 나아가고 있다.”라고 주장한다. Jackson Maogoto, *Technology and the Law on the Use of Force: New Security Challenges in the Twenty-First Century* (Routledge, 2014), p. 13. 이 외에도 무력 사용의 개념을 적용함에 있어서 효과 중심적 접근법을 지지하는 의견은 다음과 같다. Michael N. Schmitt, *supra* note 60, p. 573; Daniel B. Silver, *supra* note 49, pp. 84 and 89; Marco Roscini, *supra* note 63, pp. 49–50; Katharina Ziolkowski, *supra* note 63, pp. 298–99; Oona A. Hathaway et al., *supra* note 63, pp. 847–48; Herbert S. Lin, *supra* note 63, p. 73; Walter Gary Sharp, *supra* note 63, pp. 88–93; Jason Barkham, *supra* note 63, p. 79; Christopher C. Joyner and Catherine Lotrionte, *supra* note 46, p. 856.

79) U.S. Department of Defense, *Law of War Manual* (June 12, 2015), pp. 998–99.

80) U.S. Department of Defense, *Law of War Manual* (June 12, 2015), pp. 998–99.

81) U.S. Department of Defense, *Law of War Manual* (June 12, 2015), pp. 998–99.

UNGGE 논의에 대한 자국의 입장을 표명한 바 있는데, 이를 통해 미국이 *jus ad bellum*을 사이버 오퍼레이션에 적용할 때, 물리적 효과만을 고려하고 있지 않다는 점을 확인할 수 있다.

위협 행위자와 동기가 알려지지 않았고 상당한(substantial) 사망이나 물리적 파괴를 직접적으로 야기하지 않은 효과가 발생하였을 때, 무력 공격이 발생하였는지 여부에 관한 다른 결론에 도달할 수 있다. 그러나 그러한 모호성과 의견 불일치가 있을 여지는 사이버공간에 특정적이며 새로운 법적인 체계가 필요하다는 것을 시사하지 않는다. 대신에 그들은 단지 많은 맥락에서 이미 존재하는 유연현장 체제를 적용하는데 있어서의 어려움을 반영할 뿐이다. 그럼에도 불구하고, 일부 상황에서는 사이버공간상 지장을 주는 행위가 무력 공격을 구성할 수 있다.⁸²⁾

미국의 이러한 입장은 곧 사이버 오퍼레이션이 무력 사용 또는 무력 공격인지 여부를 판단하는 데 반드시 물리적 효과만을 고려하지 않을 것임을 시사한다. 물리적 효과 없이, 지장을 주는 행위의 경우도 때때로 무력 사용 또는 무력 공격을 구성할 수 있다는 점을 밝힌 것이다.

다음으로 네덜란드가 취하고 있는 입장도 살펴볼 만하다. 네덜란드의 외교부 장관, 국방부 장관, 안전법무부 장관은 외교자문위원회(Advisory Council on International Affairs, 이하 'AIV')와 국제공법자문위원회(the Advisory Committee on Issues of Public International Law, 이하 'CAVV')로 하여금 사이버 안전에 관한 권고 보고서를 준비하도록 요청하였다.⁸³⁾ 2011년 발간된 보고서에서는 *jus ad bellum* 차원에서의 사이버 오퍼레이션의 문제를 다루고 있다. 이후 네덜란드 정부는 동 보고서에서 다뤄진 무력 사용과 자위권에 관한 내용이 정부의 입장과 '동일하다(in line with)'고 밝힌 바 있다.⁸⁴⁾ 동 보고서에 따르면 네덜란드의 입장도 기본적으로는 효과 중심적 접근법을 지지하고 있는 것으로 보인다.

82) UN General Assembly, *Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, UN Doc. A/66/152 (July 15, 2011), p. 18.

83) Advisory Council on International Affairs and Advisory Committee on Issues of Public International Law, *Cyber Warfare*, No. 77, AIV / No. 22, CAVV, (December 2011), forward.

84) Government of the Netherlands, *Government Response to the AIV/CAVV Report on Cyber Warfare*, Parliamentary Papers II, 2011/12, 33000 X, No. 79, (April 6, 2012), p. 5.

컴퓨터나 정보 시스템에 대하여 사이버 오퍼레이션의⁸⁵⁾ 결과가 전통적이거나 비전통적인 무기를 갖고 행해진 공격의 효과와 상응할 경우, 무력 공격으로 간주하지 않을 이유가 없다. 즉, 사이버 오퍼레이션이 상당한 수의 사망자 또는 핵심 기반 시설, 군사 플랫폼 또는 시설 또는 민간 재산에 대하여 물리적인 피해 또는 파괴를 야기한 경우, 확실히 유엔헌장 제51조의 의미상 무력 공격으로 간주될 수 있다.⁸⁶⁾

또한 동 보고서에 따르면 네덜란드는 표적 중심적 접근법도 고려하고 있는 듯하다.

실제의 또는 잠재적인 사망자나 물리적 피해가 없는 경우 무력 공격인지 여부를 결정하는 것은 어렵다. 국가의 필수적인 기능에 대한 심각한 조직적인 사이버 오퍼레이션은 만일 그것이 국가의 기능에 심각한 지장을 야기할 수 있거나 야기한 경우 또는 국가의 안정에 대한 심각한 장기적 결과를 야기할 수 있거나 야기한 경우는 아마도 유엔헌장 제51조의 의미상 무력 공격으로 간주될 수 있을 것이다.⁸⁷⁾

특히 물리적 피해를 야기하지 않는 사이버 오퍼레이션에 대하여 해당 행위가 무력 사용 내지는 무력 공격으로 판단하는데 ‘국가’의 필수적인 기능’과 같은 요소가 고려될 수 있음을 명시하고 있다.

2018년 5월 23일 영국 법무부 장관 Jeremy Wright가 채텀하우스 연설을 통해 사이버공간에 적용되는 국제법 원칙에 관하여 언급하였다.⁸⁸⁾ 무력 사용과 관련하여서는 다음과 같이 언급하였는데, 이를 통해 영국도 효과 중심적 접근법을 취하고 있음을 엿볼 수 있다.

만일 항공교통 통제 타워에 폭탄을 투하하여 민간 항공기를 격추시키는 효과를 초래하는 것이 국제법의 위반이라면, 적대적인 사이버 오퍼레이션을 이용하여 항공교통 통제 시스템을 불능화하여 궁극적으로 동일한 치명적 효과를 초래하는 것 역시 국제법의 위반이 될 것이다.⁸⁹⁾

85) 동 보고서에서는 ‘cyber attack’이라는 용어를 사용하였으나, 본고에서 의미하는 사이버 오퍼레이션과 유사한 성격의 개념으로 이해되므로 사이버 오퍼레이션으로 번역하였다.

86) Advisory Council on International Affairs and Advisory Committee on Issues of Public International Law, *Cyber Warfare*, No. 77, AIV / No. 22, CAW, (December 2011), p. 21.

87) Advisory Council on International Affairs and Advisory Committee on Issues of Public International Law, *Cyber Warfare*, No. 77, AIV / No. 22, CAW, (December 2011), p. 21.

88) UK Attorney General’s Office and The Rt Hon Jeremy Wright MP, *Cyber and International Law in the 21st Century*, May 23, 2018.

89) UK Attorney General’s Office and The Rt Hon Jeremy Wright MP, *Cyber and International Law in the 21st Century*, May 23, 2018.

프랑스는 2019년 6월 UNGGE 논의에 대한 자국의 입장을 밝히면서, 유엔헌장 제2조 4항에 따라 금지되는 무력 사용의 기준은 사이버 공격의 수단보다 그것의 효과에 달려있으며, 재래식 무기의 효과와 유사한 효과의 사이버 오퍼레이션은 무력 사용을 구성할 수 있다고 언급하며 효과 중심적 접근법을 취하였다.⁹⁰⁾ 동일한 입장은 2019년 9월 9일 프랑스 국방부(Ministère des Armées)에서 발표한 ‘사이버 공간에서의 작전에 적용되는 국제법(Droit International Appliqué aux Opérations dans le Cyberspace)’을 통해 재확인된다.⁹¹⁾ 동 문서에 따르면, 프랑스는 “디지털 공간에서, 무력 사용의 임계치(threshold)를 넘어서는 것은 이용된 디지털 수단이 아니라 사이버 오퍼레이션의 효과에 달려 있다.”라는 입장을 취하였으며,⁹²⁾ “한 국가가 타 국가에 대하여 수행하는 사이버 오퍼레이션은 만일 그것의 효과가 재래식 무기의 이용으로 초래되는 효과와 유사할 경우 무력 사용의 금지를 위반한다.”라고 언급하였다.⁹³⁾

프랑스는 물리적 효과를 수반하지 않는 사이버 오퍼레이션이 무력 사용으로 특 징지워지는 가능성을 배제하지 않고 있다. 물리적 피해가 없는 경우의 사이버 오퍼레이션은 몇 가지 기준에 따라 무력 사용으로 간주될 수 있는데, 그러한 기준에는 해당 사이버 오퍼레이션의 발생지, 행위자의 성격, 침입의 정도, 오퍼레이션의 실제 또는 의도된 효과, 의도된 표적의 성격 등이 있다. 예컨대, 프랑스의 국방 역량을 취약하게 하기 위하여 군사 시스템에 침입하는 것 또는 프랑스에 대하여 사이버 공격을 수행하기 위하여 개인에게 자금을 제공하거나 훈련시키는 것을 무력 사용으로 간주될 수 있다고 보고 있다.⁹⁴⁾

반면, 중국과 러시아를 위시한 비서방국가들은 사이버공간의 전장화(militarization) 반대라는 기조하에 사이버공간에 자위권 및 국제인도법의 적용에 소극적인 입장을 취하고 있다. 이에 무력 사용의 개념을 비롯한 *jus ad bellum*의 주요 개념들의 사이버공간의 적용에 관하여 비서방국가들의 입장은 명확하게 표시되고 있지 않다. 이미 각국의 군대 조직 내에 사이버 오퍼레이션을 수행하는 조직을 편성하고 있는 상황에서 사이버공간의 전장화 반대를 명분으로 *jus ad bellum*과 국제인도법의 적용을 거부하려는 비서방국가들의 움직임이 언제까지 지속될 수 있을지 의문이다.⁹⁵⁾

90) UN General Assembly, *Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, UN Doc. A/74/120 (June 24, 2019).

91) Ministère des Armées, *Droit International Appliqué aux Opérations dans le Cyberspace*, 2019, p. 7.

92) Ministère des Armées, *Droit International Appliqué aux Opérations dans le Cyberspace*, 2019, p. 7.

93) Ministère des Armées, *Droit International Appliqué aux Opérations dans le Cyberspace*, 2019, p. 7.

94) Ministère des Armées, *Droit International Appliqué aux Opérations dans le Cyberspace*, 2019, p. 7.

95) 박노형, 정명현, “국제사이버법의 발전 - 제5차 UNGGE활동을 중심으로”, 『국제법학회논총』 제63권 제1호

이상에서 살펴본 바와 같이, 서방국가를 중심으로 무력 사용의 개념을 적용하는 접근법에 대한 입장들이 나타나고 있다. 종합해 보면, 첫째, 이들은 대부분 무력 사용의 개념을 적용함에 있어서 효과 중심적 접근법을 취하고 있다. 조약의 개정이나 새로운 조약의 체결을 위해 많은 시간과 노력이 요구되는 국제법 체제에서, 효과 중심적 접근법은 기술이 발전함에 따라 다양한 수단이 군사적으로 이용되는 상황에서 무력 사용의 개념 적용을 가능하게 하는 장점이 있기 때문으로 이해된다. 둘째, 무력 사용의 개념을 사이버 오퍼레이션에 적용함에 있어서, 미국, 네덜란드 그리고 프랑스는 비물리적 효과도 고려될 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 이들은 물리적 효과 중심적 접근법으로는 유엔헌장 제2조 4항의 무력 사용의 개념을 사이버 오퍼레이션에 적용하는 데 충분하지 않다고 인식하고 있는 것으로 보인다. 특히 프랑스는 비물리적 효과를 나타내는 사이버 오퍼레이션의 경우도 사이버 오퍼레이션의 발생지, 행위자의 성격, 침입의 정도, 오퍼레이션의 실제 또는 의도된 효과, 의도된 표적의 성격 등과 같은 요소들을 고려하여 무력 사용으로 간주될 수 있다는 입장을 취하고 있다.

적어도 서방국가들 사이에서는 효과 중심적 접근법이 확산되고 있다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 효과 중심적 접근법이 갖는 한계는 보충되어야 할 것이다. 앞서 효과 중심적 접근법이 갖는 첫 번째 한계점으로 효과 중심적 접근법은 행위 자체가 아닌 ‘효과’만을 고려하기 때문에 무력 사용과 비무력적 강압 사이의 구분을 모호하게 할 수 있다는 점을 지적하였다. 이러한 한계는 유엔헌장 제2조 4항에서 금지하는 무력 사용과 불가침 원칙 사이의 규범적 구분을 모호하게 한다. 향후 국가들이 사이버 오퍼레이션에 대한 무력 사용의 개념을 적용함에 있어서 효과 중심적 접근법이 갖는 한계들을 어떻게 고려해 나가는지 주목해 보아야 할 것이다.

2. 한국의 사이버 안보 정책에 대한 함의

유엔헌장 제2조 4항의 무력 사용의 개념이 사이버공간을 이용한 행위에 적용되는 방법은 자위권 행사의 근거가 되는 무력 공격의 개념과도 밀접하게 관련된다. *Nicaragua* 사건에서 ICJ는 ‘가장 중대한 형태(the most grave forms)’의 무력 사용과 ‘그 밖에 덜 중대한 형태(other less grave forms)’의 무력 사용을 구분하였으며, 전자만이 자위권 행사의 근거가 되는 무력 공격을 구성하는 것으로 간주하였다.⁹⁶⁾ 또한 ICJ는 ‘단순한 국경 사건(mere frontier incident)’과 무력 공격을

(2018), p. 50.

96) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of*

구분하면서, 양자는 규모(scale)와 효과(effect)에 따라 구분된다고 설명하였다.⁹⁷⁾ 무력 공격과 그 밖에 덜 중대한 형태의 무력 사용을 구분하는 중대성은 규모와 효과를 기준으로 결정되는 것이다. 따라서 사이버공간을 이용한 행위에 무력 사용의 개념을 적용하는 방식은 자위권 행사에 근거가 되는 무력 공격의 임계치를 결정하는 문제와도 연결되므로 주의 깊은 접근이 필요하다.

2018년 12월 유엔총회는 두 가지 결의를 채택함으로써 제6차 UNGGE와 동시에 개방형 작업반(OWEG: Open-ended Working Group) 설치를 결정하였다.⁹⁸⁾ 두 가지 프로세스 모두 국가의 정보 통신 기술의 이용에 국제법이 어떻게 적용되는지와 더불어 국가의 책임 있는 행동 규칙, 규범 및 원칙에 관한 논의를 지속해나간다. 이전의 UNGGE 논의와 마찬가지로 제6차 UNGGE에는 형평한 지리적 배분에 따라 총 25개국 출신의 정부 전문가들이 참여한다.⁹⁹⁾ 아쉽게도 한국은 이번 제6차 UNGGE에 정부 전문가로서 참석하는 것은 어렵게 되었다. 한편, OEWG에는 모든 유엔회원국이 논의에 참여가 가능하다. 지난 9월 9일에서 13일까지 OEWG 프로세스의 첫 번째 실체회의(substantive session)가 진행되었다. 국가들은 제3차 및 제4차 UNGGE 보고서를 통해 합의한 바와 같이, 기존 국제법이 사이버공간에도 적용된다는 점을 확인하였으나 그것이 어떻게 적용되어야 하는지에 대해서는 진영별로 의견이 달리 나타났다. 여전히 비서방국가들은 사이버공간에서의 기존 국제법의 적용이 사이버공간의 전장화를 야기할 우려가 있다는 점을 강조하였고, 이러한 주장은 서방국가들의 비판을 받았다.¹⁰⁰⁾

이러한 현실에서 국가들의 논의가 무력 사용의 개념이 구체적으로 적용되는 방식에 대한 논의까지 이르기에는 많은 노력과 시간이 필요할 수 있다. 이에 국가들은 점차 각국의 공식 문서를 통해 기존 국제법이 사이버공간의 이용에 어떻게 적용되는지를 정리하여 입장을 밝히며 국가 실행을 쫓아가고 있다. 특히 서방국가들이 무력 사용의 개념을 적용함에 있어서 효과 중심적 접근법을 지지하는 입장을 명확하게 표시하고 있다는 점은 한국에게도 시사하는 바가 크다. 한국도 국제법이

America), Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14, para. 191.

97) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14, para. 195.

98) UN General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly on December 5, 2018, UN Doc. A/RES/73/27 (December 11, 2018); UN General Assembly, Resolution adopted by the General Assembly on December 22, 2018, UN Doc. A/RES/73/266 (January 2, 2019).

99) 제6차 UNGGE 논의에는 호주, 브라질, 중국, 에스토니아, 프랑스, 독일, 인도, 인도네시아, 일본, 요르단, 카자흐스탄, 케냐, 모리셔스, 멕시코, 모로코, 네덜란드, 노르웨이, 루마니아, 러시아, 싱가포르, 남아프리카공화국, 스위스, 영국, 미국, 우루과이의 정부 전문가가 참여한다.

100) Josh Gold, "The First Ever Global Meeting on Cyber Norms Holds Promise, But Broader Challenges Remain," September 30, 2019.

어떻게 사이버공간의 이용에 적용되는지에 대한 나름의 입장을 정립하고 대외적으로 알릴 필요가 있다. 특히 무력 사용의 개념을 적용함에 있어서는 효과 중심적 접근법을 따르는 것도 고려해 볼 만하다. 다만, 앞서 효과 중심적 접근법의 한계로 효과 중심적 접근법은 행위 자체가 아닌 효과만을 고려하기 때문에 무력 사용과 비무력적 강압 사이의 구분을 모호하게 할 수 있다는 점을 지적하였다. 더불어 물리적 및 비물리적 요소로 구성된 사이버공간의 특성을 고려하여 무력 사용 개념의 적용에 있어서 비물리적 효과를 고려할 필요성을 지적하였다. 한국은 주변국들(특히, 서방국가들)이 이러한 한계들을 극복하기 위하여 무력 사용의 개념을 적용함에 있어서 사이버 오퍼레이션의 어떠한 효과를 고려해 나가는지 주목해 보면서, 나름의 기준을 정립할 필요가 있을 것이다.

V 결론

기술 발전은 인간의 삶을 이롭게 하나, 동시에 국가가 무력을 행사하는 능력과도 결부된다. 정보 통신 기술의 경우도 마찬가지이다. 과거에는 화기(火器)와 같은 키네틱 무기나 신경가스과 같은 생화학 무기가 무력이 행사되는 주요 수단이었다. 그러나 기술 발전을 통해 사이버공간이 등장하고 그 이용이 다방면으로 확대되면서 군사적 이익을 취하려는 자에게 사이버공간은 매력적인 수단이자 표적이 되었다. 이에 국가들은 사이버공간을 이용한 행위에 무력 사용을 규율하는 국제법인 *jus ad bellum*이 어떻게 적용될 수 있는지에 관심을 기울여왔다.

제3차 UNGGE 논의를 통해 사이버공간의 이용에 기존 국제법 적용의 합의가 이루어진 이래로 지속적으로 사이버공간에의 *jus ad bellum*의 적용과 관련한 국가들의 입장이 나타나고 있다.¹⁰¹⁾ 한편, 2013년과 2017년에 걸쳐 발간된 탈린 매뉴얼 시리즈를 통하여 유엔헌장 제2조 4항의 무력 사용의 개념을 사이버공간의 이용에 적용함에 있어서 효과 중심적 접근법이 국제법 학자들 및 국가들 사이에 전파되어 평가되어왔다. 그 이후 서방국가를 중심으로 그러한 효과 중심적 접근법을 따르는 입장들이 나타나고 있다. 이들의 입장들을 살펴보면 특히 사이버 오퍼레이션에 무력 사용의 개념을 적용함에 있어서 비물리적 효과도 고려하고 있음은 주목할만하다. 컴퓨터와 같은 물리적 요소뿐만 아니라, 데이터, 소프트웨어와 같은 비물

101) UN General Assembly, *Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, UN Doc. A/68/98 (June 24, 2013).

리적 요소로도 구성되는 사이버공간의 특수성을 고려하였을 때, 이러한 움직임은 바람직하다고 평가할 수 있다.

다만, 효과 중심적 접근법이 갖는 한계는 보충되어야 할 것이다. 앞서 효과 중심적 접근법이 갖는 첫 번째 한계점으로 효과 중심적 접근법은 행위 자체가 아닌 효과만을 고려하기 때문에 무력 사용과 비무력적 강압 사이의 구분을 모호하게 할 수 있다는 점을 지적하였다. 이러한 한계는 유엔헌장 제2조 4항에서 금지하는 무력 사용과 불간섭 원칙 사이의 규범적 구분을 모호하게 한다. 향후 국가들이 사이버 오퍼레이션에 대한 무력 사용의 개념을 적용함에 있어서 사이버 오퍼레이션의 어떠한 효과를 고려해 나가는지 주목해 보아야 할 것이다.

참고 문헌

I. 국내 문헌

1. 단행본

김대순. 『국제법론』 제17판. 서울: 삼영사, 2013.

2. 논문

김석현. “유엔헌장 제2조 4항의 위기: 그 예외의 확대와 관련하여”. 『국제법학회논총』 제48권 제1호, 2003.

김석현. “무력행사금지원칙의 역사적 발전과 그 의의”. 『국제법평론』 제30호, 2009.

박기갑. “사이버 전쟁 내지 사이버 공격과 국제법”. 『국제법평론』 제32호, 2010.

박노형. 정명현, “사이버전의 국제법적 분석을 위한 기본개념의 연구 - Tallinn Manual의 논의를 중심으로 -”, 『국제법학회논총』 제59권 제2호, 2014.

박노형, 정명현. “국제사이버법의 발전 - 제5차 UNGGE활동을 중심으로”, 『국제법학회논총』 제63권 제1호, 2018.

II. 국외 문헌

1. 단행본

Brownlie, Ian. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford: Oxford University Press, 1963.

Cassese, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2nd ed., 2005.

Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 8th ed., 2012.

Dinstein, Yoram. *War, Aggression and Self-Defence*. Cambridge: Cambridge University Press, 5th ed., 2011.

Kelsen, Hans. *Principles of International Law*. Rinehart, 1952.

Lauterpacht, Hersch. (ed.), *Oppenheim's International Law*, Vol. 2. Longmans, 7th ed., 1952.

Maogoto, Jackson. *Technology and the Law on the Use of Force: New Security Challenges in the Twenty-First Century*. Routledge, 2014.

Roscini, Marco. *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Ruys, Tom. *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Schmitt, Michael N. (ed.) *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Schmitt, Michael N. (ed.) *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*. 2nd., Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Sharp, Walter Gary. *Cyberspace and the Use of Force*. Ageis Research Corp, 1999.
 Shaw, Malcolm N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 7th ed., 2014.

2. 논문

- Barkham, Jason. "Information Warfare and International Law on the Use of Force." 34 *International Law and Politics*. (2001) 57.
- Condon, Sean M. "Getting It Right: Protecting American Critical Infrastructure in Cyberspace." 20 *Harvard Journal of Law & Technology*. (2007) 403.
- Dinniss, Heather A. Harrison. "The Nature of Objects: Targeting Networks and the Challenge of Defining Cyber Military Objectives." 48 *Israel Law Review*. (2015) 39.
- Dinstein, Yoram. "Computer Network Attacks and Self-Defense." 76 *International Law Studies*. (2002) 99.
- Focarelli, Carlo. "Self-defense in Cyberspace." In Nicholas Tsagourias and Russell Buchan (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*. (2015) 255.
- Handler, Stephenie Gosnell. "The New Cyber Face of Battle: Developing a Legal Approach to Accommodate Emerging Trends in Warfare." 48 *Stanford Journal of International Law*. (2012) 209.
- Hathaway, Oona A. et al. "The Law of Cyber-Attack." 100 *California Law Review*. (2012) 817.
- Jensen, Eric Talbot. "Computer Attacks on Critical National Infrastructure: A Use of Force Invoking the Right to Self-Defense." 38 *Stanford Journal of International Law*. (2002) 207.
- Joyner, Christopher C., and Catherine Lotrionte. "Information Warfare as International Coercion: Elements of a Legal Framework." 12 *European Journal of International Law*. (2001) 825.
- Kelsen, Hans. "Collective Security under International Law." 49 *International Law Studies Series*. (1954) 34.
- LaRae-Perez, Cassandra. "Economic Sanctions as a Use of Force: Re-evaluating the Legality of Sanctions from an Effects-based Perspective." 20 *Boston University International Law Journal*. (2002) 161.
- Lin, Herbert S. "Offensive Cyber Operations and the Use of Force." 4 *Journal of National Security Law and Policy*. (2010) 63.
- Nguyen, Reese. "Navigating *Jus ad Bellum* in the Age of Cyber Warfare." 101 *California Law Review*. (2013) 1079.
- Nolte, George. "Article 2(7)." In Simma, Bruno et al. (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. 1. (3rd ed., 2012) 280.
- O'Connell, Mary Ellen. "Historical Development and Legal Basis." In Fleck,

- Dieter, ed., *The Handbook of International Humanitarian Law*. 3rd ed., 2013.
- Randelzhofer, Albrecht, and Oliver Dörr. "Article 2(4)." In Bruno Simma et al. eds. *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. 1. (3rd ed., 2012) 200.
- Schmitt, Michael N. "Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework." 37 *Columbia Journal of Transnational Law*. (1999) 885.
- Schmitt, Michael N. "Cyber Operations and the *Jus ad Bellum* Revisited." 56 *Villanova Law Review*. (2011) 569.
- Silver, Daniel B. "Computer Network Attack as a Use of Force under Article 2(4) of the United Nations Charter." 76 *International Law Studies*. (2002) 73.
- Tsagourias, Nicholas. "Cyber Attacks, Self-defence and the Problem of Attribution." 17 *Journal of Conflict and Security Law*. (2012) 229.
- Wolfrum, Rüdiger. "Chapter I Purpose and Principle." In Simma, Bruno et al. eds. *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. 1. (3rd ed., 2012) 107.
- Ziolkowski, Katharina. "General Principles of International Law as Applicable in Cyberspace." In Katharina Ziolkowski ed. *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace*. (2013) 135.

3. 기타 문서

- Bond, James N. *Peacetime Foreign Data Manipulation as One Aspect of Offensive Information Warfare: Questions of Legality under the United Nations Charter Article 2(4)*. U.S. Department of Commerce, National Technical Information Service, 1996.
- Melzer, Nils. *Cyberwarfare and International Law*. UNIDIR. 2011.
- Ziolkowski, Katharina. "Jus ad Bellum in Cyberspace - Some Thoughts on the 'Schmitt- Criteria' for Use of Force." In Christian Czosseck, Rain Ottis and Katharina Ziolkowski Eds. *2012 4th International Conference on Cyber Conflict*. (2012) 295.

4. 국제기구 문서

- United Nations Information Organizations. *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, Vol. VI. United Nations Information Organizations, 1945.
- UN General Assembly, 3314(XXIX). *Definition of Aggression*, UN Doc. A/RES/3314 (XXIX). December 14, 1974.
- UN General Assembly, *Necessity of Ending the Economic, Commercial and Financial Embargo Imposed by the United States of America against Cuba*, UN Doc. A/RES/47/19. November 24, 1992.

UN General Assembly, *58/199. Creation of a Global Culture of Cybersecurity and the Protection of Critical Information Infrastructures*, UN Doc. A/RES/58/199. (January 30, 2004).

UN General Assembly, *64/211. Creation of a Global Culture of Cybersecurity and Taking Stock of National Efforts to Protect Critical Information Infrastructures*, UN Doc. A/RES/64/211. (March 17, 2010).

5. 판례

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, July 8, 1996, ICJ Reports (1996) 226.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, June 27, 1986, ICJ Reports (1986) 14.

Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion, PCIJ Series B, No. 4, February 7, 1923.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, December 19, 2005, ICJ Reports (2005) 168.

제4장

남북한 통일 시 국제 위법행위 책임의 처리 방안에 관한 고찰

- 유해 행위 책임의 승계 불가능성을 중심으로 -

이 동 은

서울대학교 아시아태평양법연구소 연구원

목차

- I. 서론
- II. 책임 승계 논의 시 의무 내용 고찰의 필요성
- III. 국제법상 유해 채무의 불승계 원칙
- IV. 승계 불가능한 책임과 남북한 관계에의 시사점
- V. 결론

I 서론

남북한 통일 시 통일 이전에 자행되었던 국제 위법행위로 인한 국가 책임은 어떻게 처리되어야 할까? 기존의 책임 관계는 모두 없었던 것으로 취급되고 백지 출발하게 되는 것인가 아니면 통일이후에 기존의 책임을 모두 이행해야 할 것인가? 국제 위법행위로 인한 국가책임의 승계 문제에 관련되는 상기 질문에 대한 답은 분명 전술한 양 극단의 중간지점에서 결정될 것이며, 그 지점을 결정함에 있어 국제법은 중요한 판단 기준이 될 것이다.

전통적으로 국가승계는 선행국과 별개의 법인격을 가지는 새로운 국가의 탄생을 전제하였고, 불법행위의 속인적 성격이나 국가 주권의 평등 원칙, 국가는 자신의 행위에 대해서만 책임을 이행한다는 국가책임법의 기본적 관념에 따라 국가승계 시 국가책임은 승계되지 않는다고 여겨져왔다. 그러나 국가의 행위로 인한 인권침해 피해자의 구제 필요성이라는 측면에서 국가책임도 경우에 따라 승계되어야 한다는 주장이 제기되었고, 객관적 책임 원칙에 입각한 2001년 국가책임법 초안에 기초하여 국가책임의 승계에 관한 조약화 논의가 탄력을 받게 되었다. 이에 저명한 민간 학술단체인 국제법학회(III)는 2015년 국가책임의 승계 문제에 관한 결의를 채택하였으며, 유엔국제법위원회(ILC)에서도 2017년부터 국가책임의 승계에 관한 조약화 작업이 진행 중이다.

그런데 기본적으로 III의 2015년 결의 내용과 대동소이한 방향으로 논의되고 있는 ILC의 작업 내용을 살펴보면 전통적으로 국가승계와 관련하여 중요한 기능을 하였던 형평의 원칙을 올바르게 구현하고 있지 않아 문제가 있다. 이는 국가책임을 야기한 의무 위반 행위의 성격에 대한 고찰 없이 국가책임의 승계 문제에 대해 일원론적으로 접근하는 방식과 관련이 있다. 즉, 2001년 국가책임법의 2차 규칙적 성격에 기초하여 1차 규범의 내용에 관계없이 국가책임의 승계에 관한 일반 원칙을 도출하고자 하는 시도에서 비롯된 문제라고 하겠다. 특히 한국과 깊은 관계를 가지는 국가 통합에 관한 조항은 특별한 단서 없이 책임이 승계되는 것으로 규정하고 있는데, 가령 남북한과 같이 장기간 상호 적대적 관계에서 대립해온 상이한 두 주체의 행위 책임이 통일이라는 현상으로 인해 모두 통일국가로 귀속된다는 것은 수용하기 어려운 측면이 있다.

국가책임의 승계 논의는 어느 국가승계의 문제와 마찬가지로 모든 관련 요소들에 대한 비교 형량을 통해 형평한 결과를 실현하기 위한 과정이며, 그러한 과제를 실천하기 위해서는 위반된 의무 내용에 대한 고찰이 요구된다. 그리하여 전통적 국

가승계의 법리상 승계되지 않는 책임의 문제를 구별해 내고, 승계 가능한 책임에 대해서는 적절한 책임 분배를 실현할 필요가 있다. 승계되지 않는 책임을 구분하는데 있어 유해 채무의 불승계 원칙은 하나의 지침을 제공하는 것으로 판단된다.

이에 국가승계법상 형평의 원칙이 의미하는 바와 그 기능이 무엇인지를 검토한 후 국가책임의 승계 문제를 논함에 있어 위반된 의무 내용을 살펴볼 필요가 있음을 확인한다. 이어 유해 채무의 불승계 원칙을 바탕으로 승계되지 않는 책임의 문제를 고찰하고 남북한 통일에 대비한 현실적 과제를 확인한 후 논의를 마무리한다.

II 책임 승계 논의 시 의무 내용 고찰의 필요성

1. 국가승계법상 형평의 원칙

국제법상 형평의 개념은 자연법에 기초를 둔 ‘정의’ 관념을 포함하며 흔히 형평, 자연법, 정의라는 용어는 혼용되는 경향이 있다.¹⁾ 1983년 ‘국가 재산, 문서 및 부채에 관한 국가승계 협약(이하 ‘1983년 협약’)의 성안 과정에서 ILC는 국가승계 시 재산의 이전에 관한 규칙 내에 형평의 원칙이 이미 내재되어 있으며, 형평의 원칙은 이전되는 국가 재산과 영토 간의 관련성(linkage)이라는 측면에서 ‘합리성(reasonableness)’이 담보될 수 있도록 균형적 또는 교정적 역할을 한다는 입장을 제시하였다.²⁾ 재산 분배의 결정적 기준은 선행국의 동산(movable property)과 이전되는 영토에서 이루어진 선행국의 활동 간에 존재하는 관련성(connection)에 있으며, 형평은 재산의 이전에 관한 일반 원칙에 균형 또는 교정의 역할을 한다.³⁾ 즉, 형평의 원칙은 별도로 존재하는 일반 원칙의 적용 결과가 부당한 상황을 초래하지 않도록 일종의 보조적 역할을 한다는 것으로 이해된다.⁴⁾

1) Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London and New York Routledge (1997), p. 55.

2) *ILC Yearbook 1981*, Vol. II, Part Two, p. 19, para. 76.

3) Wladyslaw Czaplinski, "Equity and Equitable Principles in the Law of State Succession," in *Succession of States*, ed. Mojmir Mrak Martinus Nijhoff Publishers (1999), p. 63.

4) 이 같은 시각은 형평의 개념을 법적 정의(legal justice)의 영역에 투영하면서 형평의 교정적 역할을 강조하였던 아리스토텔레스의 관점에 입각한 것으로 보인다. 아리스토텔레스는 모든 법의 보편성(universality)을 전제하면서도 법의 일반적 적용이 부정의(injustice)를 초래하는 예외적인 경우에 형평이 교정(rectification)의 역할을 한다고 보았다(Christopher R. Rossi, *Equity and International Law: A Legal Realist Approach to International Decisionmaking*(Transnational Publishers Inc. 1993), p. 23); 아리스토텔레스는 실정법의

1983년 협약상 형평의 원칙은 특정 승계 유형과 관련하여 특히 중요한 역할을 한다. 이전의 대상이 된 영토에 소재한다는 이유만으로 모든 동산이 승계의 대상이 되어서도 아니 될 것이며, 영토 밖에 소재한다는 이유만으로 모든 재산이 승계의 대상에서 자동적으로 배제되어서도 아니 될 것이라는 점에서 승계 유형에 따른 형평한 조정이 필요해진다.⁵⁾ 가령, 이전되는 영토 내 선행국의 활동과 관련되지 아니한 국가 재산의 이전이나 국가승계의 대상이 된 영토 밖에 소재하는 부동산의 이전, 부채나 문서의 이전 문제와 관련하여 특히 분리 독립이나 해체, 영토 일부의 이전 등의 맥락에서 형평의 적용이 요구된다.⁶⁾ 이에 분리 독립⁷⁾이나 해체⁸⁾ 시 재산의 승계, 영토 일부 이전이나 분리 독립, 해체 시 국가 부채의 처리 문제⁹⁾, 그리고 해체 시 문서의 처리 문제¹⁰⁾와 관련하여 형평의 원칙이 도입되었다. 각 조항들은 형평한 비율(equitable proportions)이나 형평한 배상(equitable compensation), 형평한 방식(equitable manner) 등 다양한 표현을 사용하여 형평의 기능을 강조한다.¹¹⁾¹²⁾

적용 결과에 대한 교정을 통해 더 나은 정의의 실현을 추구하였던 것으로 평가되기도 한다(이기범, “국제법상 ‘형평(Equity)’ 개념에 대한 ‘실증주의적’ 고찰”, 『국제법학회논총』 제59권 제1호(2014), p. 93.

- 5) *ILC Yearbook 1981*, Vol. II, Part Two, p. 29, para. 8.
- 6) *ILC Yearbook 1981*, Vol. II, Part Two, p. 19, para. 77.
- 7) 1983년 협약 제17조.
- 8) 1983년 협약 제18조.
- 9) 1983년 협약 제37조, 제40조, 제41조.
- 10) 1983년 협약 제31조 제2항. Czaplinski는 국가 문서와 관련해서는 형평의 요소가 반영되지 아니하였으며 그 이유는 국가 문서가 지닌 경제적 중요성이 낮기 때문이라고 분석한다(Czaplinski, *supra* note 3, p. 62). 그러나 국가 문서의 경우에도 영토 관련성이 없는 문서와 관련하여 형평한 방식으로(in an equitable manner) 문서를 이전할 것이 규정되어 있다(1983년 협약 제28조 제2항, 제31조 제2항).
- 11) 형평의 원칙에 대해서는 재판관의 주관적 정의를 법 원칙이라는 이름으로 위장하는 것이며 예측 가능성을 어렵게 한다는 이유로 비판이 제기되기도 하지만(Sir Robert Y. Jennings, “The Judicial Function and the Rule of Law in International Relations”, in *Le Droit international à l’heure de sa codification: études en l’honneur de Roberto Ago = Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione: studi in onore de Roberto Ago = International law at the time of its codification: essays in honour of Roberto Ago*, v. 3 (Milano: Giuffrè, 1987), p. 144; L.D.M. Nelson, “The Roles of Equity in the Delimitation of Maritime Boundaries”, *A.J.I.L.* Vol. 84, (1990), p. 853) ILC는 형평의 원칙이 국제법상 독자적인 법원을 구성한다는 입장이다(*ILC Yearbook 1981*, Vol. II, Part Two, pp. 19-20, para. 82). 국가승계의 맥락에서 도입된 형평의 기준은 ICJ 규정 제38조 제2항상의 형평과 선(*ex aequo et bono*)에 따른 판단 가능성과는 명시적으로 구분된다(*ILC Yearbook 1981*, Vol. II, Part Two, p. 20, para. 85). 주지하듯 ICJ 규정 제38조 제2항은 국가들의 합의가 존재하는 경우 ICJ가 형평과 선에 따라 판단할 수 있음을 규정한 것으로 법 밖의 행위(an extra-judicial activity)에 이르는 독립적 형평(independent equity), 즉 법 상충적 형평(equity *contra legem*)과 동일한 법 개념(jurisconsult)을 가진 것으로 이해되기도 한다(*Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun in North Sea Continental Shelf*, p. 139, para. 37).
- 12) 1983년 협약상 형평의 원칙을 도입하는 문제와 관련하여 이론이 없었던 것은 아니다. Sette Câmara는 형평의 원칙에 관한 국가들의 불신(mistrust)이 존재함을 지적하고 ICJ 규정 제38조 제2항의 형평과 선(*ex*

그렇다면 ILC가 상정하는 형평의 원칙이라는 개념은 무엇인가? ILC는 ICJ의 *North Sea Continental Shelf* 사건¹³⁾과 *Fisheries Jurisdiction* 사건¹⁴⁾ 판결 결과를 통해 관련 개념을 설명하고 있다.¹⁵⁾ *North Sea Continental Shelf* 사건에서 ICJ는 형평과 형평의 원칙을 구분하였으며, 형평의 원칙이란 “정의와 신의칙의 매우 일반적인 인식”에 기초한 “실질적인 법 규칙(actual rules of law)”이며 추상적 정의(abstract justice)의 문제로서 단순히 형평을 적용하는 것이 아니라 형평한 원칙의 적용을 요건으로 하는 법 규칙의 적용 문제¹⁶⁾라는 점을 강조하였다.¹⁷⁾ 이러한 판결 내용을 토대로 ILC는 형평의 원칙과 관련하여 다음과 같이 결론짓고 있다.

형평의 개념에 관한 국제사법재판소의 분석을 유념하며 위원회는 형평이 초안 규정 전체에 있어 보충적인 역할을 할 뿐 아니라 구체적인 조항의 실질적인 내용의 일부로 사용되고, 관련 당사자들 간 명시적 합의가 있는 경우에만 재판소의 원용이 가능한 형평과 선(*ex aequo et bono*)의 개념과는 동등하게 사용되지 아니할 것임을 강조하고자 한다.¹⁸⁾

정리하면 형평의 원칙은 실질적인 법 규칙이라는 점에서 추상적 정의로서의 형평과 구별되며 형평과 선 개념과도 상이하다. 특히 “재판소가 정의를 논하거나 법을 선언하는 경우 그러한 결정은 규칙 내의 고려 요소들 속에서 객관적 정당성(objective justification)을 확보하는 것이며 이 분야에서는 형평 원칙의 적용을 요구하는 것이 법규범(the rule of law)이다.”¹⁹⁾라는 설시는 법규범 내에서 요구되

aequo et bono)이 사용되지 아니한 이유를 그러한 맥락에서 설명하였다(*ILC Yearbook 1976*, Vol. I, A/CN.4/SER.A/1976, p. 171, para. 28). Francis Vallat 경은 형평이 유동적(mobile)이고 정치적 속성을 가지고 있어 한 국가에게 형평한 것이 다른 국가에게는 그렇지 아닐 수 있다는 점을 지적하였다(*ILC Yearbook 1978*, Vol. I, A/CN.4/SER.A/1978, p. 157, para. 14). 이들은 모두 형평의 원칙이 가지는 불확정성의 측면에 입각하여 형평이 자칫 사법적 재량의 남용으로 이어지게 될 것을 우려하였다.

13) *North Sea Continental Shelf*, Judgment, ICJ Reports (1969), p. 3.

14) *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, ICJ Reports (1974), p. 3; and *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Merits, Judgment, *Ibid.*, p. 175.

15) ILC는 이들 판결을 근거로 형평의 원칙이라는 개념을 설명하고 있으며(*ILC Yearbook 1981*, Vol. II, Part Two, p. 20, paras. 83-84), 이는 1983년 협약상의 형평한 원칙이 ICJ의 해석과 동일하게 이해되어야 할 것임을 전제한다고 판단된다(Czapinski, *supra* note 3, p. 63).

16) *North Sea Continental Shelf*, *supra* note 13, pp. 46-47, para. 85.

17) *ILC Yearbook 1981*, Vol. II, Part Two, p. 20, paras. 83-85.

18) *ILC Yearbook 1981*, Vol. II, Part Two, p. 20, para. 85.

19) *North Sea Continental Shelf*, Judgment, ICJ Reports (1969), p. 48, para. 88. 관련 원문은 다음과 같다: “[...] when mention is made of a court dispensing justice or declaring the law, what is meant is that the decision finds its objective justification in considerations lying not outside but within the rules, and in this field it is precisely a rule of law that calls for the application of

는 형평 원칙의 적용을 위해 다양한 요소들에 대한 고려를 바탕으로 객관적 정당성을 확보할 필요가 있음을 강조한 것이라 하겠다.²⁰⁾

ILC는 각 조항에 요구되는 형평의 원칙이 구체적으로 무엇인지는 규정하지 아니하였다. 다만, 1983년 협약의 내용과 주석의 설명을 통해 고려되어야 할 요소들 간접적으로 확인할 수 있다. 예컨대 부채 배분 시 요구되는 형평한 비율을 결정하기 위해서는 특히 승계되는 ‘재산, 권리, 이익’이 고려되어야 하며,²¹⁾ 사안에 따라 모든 관련 요소들(all the relevant factors)을 고려하여야 한다.²²⁾ 생각건대 형평 개념의 자의적 적용을 방지하기 위해서는 관련 사정들을 명확히 하는 작업이 필요할 것이다. 가령, 국가승계 이후 선행국과 승계국 간 또는 승계국 상호 간 영토나 인구, 재정 능력의 비율 등은 부채의 형평한 배분 비율을 결정하는데 객관적인 지표로 기능할 수 있을 것이다.²³⁾

equitable principles. [...]”

- 20) 이창열, 성재호, “국제법상 형평의 규범적 기능과 한계: 재판 규범적 가치를 중심으로”, 『성공관법학』 제21권 제2호 (2009), p. 609.
- 21) 1983년 협약 제37조 제2항, 제40조 제1항, 제41조.
- 22) *ILC Yearbook 1981*, Vol. II, Part Two, p. 91, para. 38. 당초 ILC는 국가 분리와 해체의 경우 영토 일부 이전의 경우와 달리 ‘모든 관련 사정(all relevant circumstances)’을 고려하여 형평한 비율로 이전할 것을 규정하였다. 국가 분리의 경우 영토 일부의 이전보다 복잡한 형태로 나타날 수 있으며 해체의 경우 선행국이 소멸한다는 점에서 영토 일부 이전의 경우보다 다양한 요소들에 대한 고려를 통해 부채의 이전을 결정하려는 특별보고자의 노력이 반영된 결과였다(*Summary Records of the 37th Meeting of the Committee of the Whole*, March 28, 1983, Doc. A/CONF.117/C.1/SR.37, in *Official Records of the United Nations Conference on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts (Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole)*, pp. 234-37). 그러나 다수의 국가들은 ‘모든 관련 사정’이라는 조건의 모호함을 지적하며 영토 일부 이전의 경우와 동일한 구조의 조문 구성을 주장하였고 최종적으로 영토 일부 이전의 경우와 동일하게 ‘재산, 권리, 이익’을 특히 고려하는 것으로 문안이 수정되었다(Report of the Committee of the Whole, Doc. A/CONF.117/11 in *Official Records of the United Nations Conference on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts (Documents of the Conference)*, Vienna, March 1 - April 8, 1983, Vol. II, pp. 115-16, paras. 221-32). 다만, 영토 일부 이전에 관한 조항의 주석에는 명시적으로 ‘모든 관련 요소들’이 고려되어야 한다고 실시되어 있으므로 문안 수정의 결과로 고려할 요소들이 달라졌다고 판단되지는 않는다.
- 23) Gruber는 선행국 영토 대비 승계국 영토의 비율, 인구의 비율, 재정 능력의 세 가지 기준을 재산 또는 부채의 주요 분배 기준으로 제시한다(Annie Gruber, *Le Droit International de la Succession d'Etats* (Bruylant, 1986), pp. 127-28); Degan은 인구, 영토, GNP에의 기여와 같은 일률적인 기준만으로는 재산 등의 형평한 배분을 결과할 수 없으며 모든 관련 사정을 종합적으로(combination) 고려하여야 한다고 주장한다. 특히 외국 채권자들의 필요도 반드시 고려되어야 하는 조건으로 제시된다(Vladimir Djuro Degan, “Disagreements over the Definition of State Property in the Process of State Succession to the Former Yugoslavia,” in Mojmir Mrak (ed.), *Succession of States* (Martinus Nijhoff Publishers, 1999), pp. 58-59); 실제 사례를 보자면 체코슬로바키아는 인구 비례에 따라 체코와 슬로바키아 사이의 자산 및 책임을 2:1의 비율로 분배하였고, 구소련은 분열된 각 국가들의 수출입에의 기여 정도, GNP 비율, 인구 비율 등을 고려하여 러시아가 61.34%, 우크라이나 16.37%, 벨라루스 4.13%, 아르메니아 0.86%, 투르크메니스탄 0.70%의 비율로 분배를 하였다. 한편, 세계은행과 IMF는 SFRY 대비 분열된 각 국가들의 경제 규모를 비교하여 슬

이 같은 협약의 규정 방식은 형평의 원칙을 도입하고 있는 국제법의 제 영역에서 유사하게 나타난다. 1982년 ‘유엔해양법협약’ 제74조 제1항 및 제83조 제1항은 EEZ 및 대륙붕의 경계 획정 목적이 형평한 해결(equitable solution)에 이르는 것임을 명시하고 있다. 형평한 해결이란 결과의 형평을 추구하는 것으로 형평한 해결이라는 결과를 도출하기 위해 고려되어야 하는 ‘관련 사정들(relevant circumstances)’이라는 개념이 중요하게 간주된다.²⁴⁾ 1997년 ‘국제하천의 비항행적 사용에 관한 협약’ 제5조는 국제수로가 형평하고 합리적인 방식으로 이용되어야 한다고 규정하고, 제6조에서 형평한 이용이라는 목적 달성을 위해 고려되어야 할 관련 요소 및 사정들(relevant factors and circumstances)을 역시 나열하고 있다. 해양 경계 획정에 적용되는 형평의 원칙과 국제하천의 이용 문제에 적용되는 형평의 원칙이 동일한 것인지에 대해서는 이론이 있을 수 있다. 그러나 두 경우 모두 형평한 해결 또는 형평한 이용이라는 목적을 위해 개별 사건에서의 관련 요소들을 도출하고 그에 대한 비교 형량을 수행해야 한다는 점에서는 큰 차이가 없다.²⁵⁾ 그리고 이 같은 측면은 국가승계에 대해서도 동일하게 적용된다. 국가승계 이후 국가 재산이나 부채, 문서의 이전을 결정하는 문제는 모든 관련 요소들에 대한 비교 형량을 통해 형평한 결과를 실현하기 위한 과정이기 때문이다.

2. 국가책임의 승계 논의상 형평의 원칙

1) IIL 결의 및 ILC 초안

2015년에 최종 채택된 국가책임의 승계 문제에 관한 IIL 결의 곳곳에서는 형평의 원칙을 강조하고자 한 흔적들이 확인된다. 그러한 강조의 노력은 심지어 1983년 협약을 능가하는 것으로 판단된다. 1983년 협약이 일부 승계 유형들에 대해서 ‘형평한(equitable)’ 비율이나 방식, 배상을 강조하고 있는 것과 달리 IIL 결의는 전문에서부터 형평을 강조하고 있다. 법과 형평의 측면에서 선행국의 국제 위법행위로 인한 권리와 의무의 귀속 주체를 규명하는 것이 요구되며, 형평의 원칙은 동의, 신의칙, 약속은 준수되어야 한다(*pacta sunt servanda*)는 원칙과 마찬가지로

로베니아 16.39%, 크로아티아 28.49%, FRY 36.52%, 보스니아-헤르체고비나 13.20%, 마케도니아 5.40%로 책임을 분배하였다(Czaplinski, *supra* note 3, pp. 71-72).

24) 이기범, *supra* note 4, p. 106.

25) Stefan C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 401-4; 이기범, *Ibid.*, p. 108.

보편적으로 인정되는 원칙이라는 것이다.²⁶⁾ 전자의 형평은 ‘법과 형평(law and equity)’이라고 하여 법과 함께 병렬적으로 제시된 것을 보건대 영미법적 사고에 기초한 형평의 개념²⁷⁾을 반영한 것으로 생각되며²⁸⁾ 후자의 형평은 동의의 원칙이나 신의칙, 약속은 준수되어야 한다는 원칙과 병치된 것을 볼 때 법의 일반 원칙으로서의 형평을 염두에 둔 것으로 판단된다. 생각건대 III 결의 전문은 도덕적 관념으로서의 형평이 아니라 법규범으로서의 형평을 강조하고자 하였던 것으로 이해된다.

형평의 원칙은 III 결의의 본문에서도 확인된다. 승계국이 둘 이상인 경우에 관한 결의 제7조는 국제 위법행위로 인한 권리 또는 의무가 모든 국가들에 의해 형평한 방식(in an equitable manner)으로 인수되어야 함을 규정하며 권리와 의무의 형평한 배분(equitable apportionment)을 위해 고려할 요소들을 나열하고 있다. 또한 승계 유형들 중 특별히 국가 분리의 경우에 대해서는 선행국과 승계국 간 권리 또는 의무의 형평한 배분을 위하여 고려할 요소를 나열하고 결의 제7조의 준용을 규정하고 있다.²⁹⁾ 다만, 해체에 관한 제15조에는 형평한 배분이나 제7조와의 관련성에 관한 언급은 부재하며 권리나 의무의 승계를 결정하기 위한 ‘관련 요소(a relevant factor)’만을 언급하고 있다. 결의 채택을 위한 논의 과정에 Reisman과 Arsanjani는 결의 제15조상 제7조와의 관계를 분명히 할 필요성을 강조하였고 Reisman은 특히 의무의 승계 여부를 결정하는 문제에 관한 제3항에 관련되는 요

26) 1983년 협약 전문에서 확인되는 “Noting that the principles of free consent, good faith and *pacta sunt servanda* are universally recognized”와 유사한 III 결의 전문의 구문은 “Noting that the principles of free consent, good faith, *equity* and *pacta sunt servanda* are universally recognized”이다. 밑줄로 강조한 바와 같이 전문에서부터 형평이라는 표현을 사용함으로써 형평의 원칙을 강조하였다.

27) 영미법계에서는 법원에서의 판단 대상이 되는 법률 소송(legal claim)에 포섭되지 아니하는 문제와 관련하여 무제한적 관할권을 보유한 왕에게 구제를 요청하는 절차가 허용되었는데, 이러한 절차가 특별한 구제의 방식으로서 형평으로 정착하였다(Rossi, *supra* note 4, p. 34). 왕은 이 같은 청원을 관례적으로 ‘왕의 양심의 수호자(the keeper of the king’s conscience)’이자 성직자와 다름없는 수장(chancellor)에게 보내어 처리하였는데, 에드워드 1세 재임기에 형평 법원(the equity court)으로 알려진 The Office of Chancery가 설치되어 독자적인 법질서를 가진 제도와 절차를 발전시켰고 이후 형평의 원칙으로 발전하게 되었다(*ibid.*, pp. 34-37). 반면 성문법을 중심으로 발전한 대륙법계에서는 형평의 원칙도 법 문언으로서 성문법 체계 내에 도입되었으며 엄격한 법의 내용을 완화하기 위한 수단으로 활용되었다(*ibid.*, pp. 37-38). 이로써 영미법계에서 법과 형평이 각각 독자적으로 대등한 형태로 발전하였다면, 대륙법계에서는 법 내에 형평의 원칙이 녹아들어가 법을 보조하는 수단으로 활용되었음을 알 수 있다.

28) 결의 채택을 위한 논의 과정에 Mrs. Infante Caffi는 ‘법과 형평’의 의미를 명확히 할 것을 요청하였으며 Mr. Bogdan은 법과 형평을 분리하는 것은 대륙법과 다른 영미법 체계의 접근 방식으로 국제법상 형평이 포함되었다는 점에서 법과 형평이라는 표현이 동어반복적 성격을 지닌다고 지적하였다. 그러나 의장 Müllerson은 법이 형평을 ‘포함’하였는지는 별개의 실체적 문제라고 언급하며 논의를 마무리하였다(Délibérations de l’Institut, Quatrième Séance Plénière, Août 25 Mardi, 2015 (après-midi), in *III Yearbook 2015*, p. 651). 회의 기록상 이에 관한 추가적인 언급은 확인되지 아니한다.

29) III Resolution, Art. 12, para. 5.

소를 구체적으로 명시할 필요에 대해 언급하였다.³⁰⁾ 그러나 Hafner는 결의 제7조가 책임을 분배하는 것에 관계된다면 제15조는 어느 국가에게 책임이 있는지를 규명하는 것에 관계될 뿐 책임의 배분과는 관련이 없다는 점에서 양자가 구별된다고 보았고 특별보고자는 이에 동의하였다.

생각건대 III 결의 제15조는 해체 시 승계국들 중 어느 국가(들)에게 권리 또는 의무가 부여되는 것인지를 결정하는 데 관련되며, 반면에 제7조는 그리하여 복수의 국가에게 권리 또는 의무가 부여되는 경우 그것을 배분하는 문제에 관련되는 조항이라는 것이 특별보고자의 입장인 것으로 보인다. 결의 제15조와 달리 분리 독립에 관한 제12조 제5항은 제7조를 준용한다고 규정하고 있다. 선행국과 승계국들 간 권리 또는 의무의 형평한 배분에 관하여 규정하면서 제7조가 준용된다는 내용을 덧붙이고 있는 것을 볼 때 선행국과 승계국들 간 형평하게 분배된 책임의 내용을 승계국들 상호 간 분배하는 경우 제7조에 따르도록 규정하고 있는 것이라 하겠다. 이에 III이 제시하는 형평한 배분의 기준은 국가책임은 야기한 행위와의 특별한 관련성(special connections), 영토의 크기, 인구의 규모, 승계일 기준 GDP에 대한 기여도, 부당이득 방지의 필요, 그리고 그 외 다른 사정들이다. 이는 일단 승계되는 권리와 의무의 내용이 규명된 경우 그것을 배분하는 기준에 관련되는 요건들이다.

그렇다면 선행국이 자행한 국제 위법행위로 인한 권리와 의무는 모두 승계의 대상이며 이들은 모두 상기 기준에 따라 배분되어야 하는가? III의 입장은 분명히 이를 긍정하는 것으로 해석된다. III 결의 제15조 제1항은 국가가 해체되어 소멸하고 두 개 이상의 승계국이 형성되는 경우 국제 위법행위로 인한 권리 또는 의무가 하나 또는 그 이상의 승계국들에 이전된다(pass)고 규정하고 있으며, 권리 또는 의무의 이전 조건에 관한 동 조 제2항 및 제3항에는 예외의 인정 가능성이 언급되어 있지 않다. 나아가 승계국들 간 책임의 배분에 관한 결의 제7조 제1항은 하나의 승계국을 결정하기 불가능한 경우 모든 승계국들이 형평한 방식으로 권리를 향유하거나 의무를 인수할 것임을 규정하고 있다. 다시 말해 책임 승계의 주체를 확정하는 것이 불가능한 상황이라면 모든 승계국들이 공동으로 책임을 이행해야 한다는 것이다. 생각건대 III 논의 자체가 국제 위법행위로 인한 결과가 미해결 상태로 남아 있어서는 아니 된다는 관념에서 출발하였다는 점에서³¹⁾ 이 같은 규정 방식은

30) Délibérations de l'Institut, Quatrième Séance Plénière, Août 25 Mardi, 2015 (après-midi), in */// Yearbook 2015*, p. 649.

31) Délibérations de l'Institut, Quatrième Séance Plénière, Août 25 Mardi, 2015 (après-midi), in */// Yearbook 2015*, p. 650. 이 같은 내용은 “국가승계의 상황이 국제 위법행위로 인한 결과를 이행하지 아니하는 사유가 되어서는 아니 된다.”라고 규정하고 있는 결의 전문과 2015년 III 보고서 곳곳에서도 확인된다.

일견 III의 정책적 기초와 논리 일관적인 것으로 여겨진다.

그러나 이 같은 접근 방식은 형평에 내재된 정의 관념에 상응하지 않는 것으로 보인다. III이 강조하고 있는 피해자 구제는 분명 중요한 과제이지만 그로 인해 승계국에 지나친 부담을 가중시킬 수는 없기 때문이다. 게다가 국가 분리의 경우 영토 일부의 이전보다 복잡한 형태로 나타날 수 있으며, 해체의 경우 선행국이 소멸한다는 점에서 국가 분리나 해체의 경우에는 보다 다양한 요소들에 대한 고려를 통해 부채의 이전을 결정할 필요가 있을 것이다. 그러나 책임 승계 논의에 관한 ILC 특별 보고자의 입장 또한 III과 별반 다르지 않은 것으로 보인다. ILC 특별보고자는 국가승계 이후 선행국이 소멸하는 경우 구제 청구의 필요성이 더욱 긴요해진다는 측면에서 선행국 소멸의 경우 불승계 원칙이 승계 추정으로 대체되어야 한다고 설명한다.³²⁾ 국제 위법행위에 대한 유책국은 여전히 선행국이며, 그러한 사실에는 변함이 없지만 그러한 위법행위로 인한 법적 결과가 남아 있다는 측면에서 승계국에 책임 이행의 의무가 이전되어야 한다는 것이다.³³⁾

그러나 국제 위법행위의 귀속성과 국가책임에 대한 구제 청구의 가능성을 분리하는 ILC의 ‘책임 승계에 관한 초안 규정’의 규정 방식은 피해자 구제라는 대원칙 하에서 국가책임의 법리를 회피하고 있어 문제가 있다. 특별보고자는 분쟁의 ‘형평’하고 ‘합리적’ 해결이라는 ‘국제법의 목적’이라는 차원에서 책임 불승계 원칙이 승계 추정의 원리로 대체되어야 하며,³⁴⁾ 선행국 소멸 시 불승계 원칙을 적용하는 것

32) Pavel Šturma, *Second Report on Succession of States in Respect of State Responsibility* (이하 ‘*Second Report on Succession to Responsibility*’) (A/CN.4/719), International Law Commission 70th session, April 6, 2018, p. 39, paras. 147–48. 해당 내용은 구체적으로 다음과 같다.

147. [...] 유책국은 더 이상 존재하지 아니하나 그 위법행위로 인한 결과는 지속된다. 그러한 상황에 불승계의 일반 원칙을 적용하는 것은 어떠한 국가도 국제 위법행위로 인한 의무를 이행하지 아니하게 될 것임을 의미한다. 그러한 해결 방식은 분쟁의 형평하고 합리적인 해결을 추구하는 국제법의 목적에 부합하지 아니한다.

148. 이것이 초안 규정 제6조와 관련하여 구분이 요구되는 중요한 이유이다. 한편, 이러한 상황에서도 국가승계는 국가승계일 이전에 자행된 국제 위법행위에 대한 귀속 문제에 영향을 미치지 아니한다. 그러나 다른 한편, 행위의 법적 결과(즉, 구제 의무)는 사라지지 아니한다. 그리하여 불승계의 일반 원칙은 국가책임으로 인한 의무와 관련하여 승계가 추정된다는 것으로 대체되어야 한다. 물론 이는 무제한적이거나 절대적 승계는 아니다. 그러한 의무의 이전에 대한 추정은 필요 시 의무의 분배에 대한 합의 를 포함한 제 합의를 통해 확정되거나 반박, 수정될 수 있기 때문이다.

33) 다만, 이에 관한 사항이 특별보고자가 제안한 책임 승계에 관한 초안 규정 제6조에는 명시적으로 반영되어 있지 아니하다. 일반 원칙이라는 제하의 제6조는 단지 선행국이 존재하는 경우 국가승계 이후에도 선행국에 책임 추궁 및 구제 청구를 할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다(책임 승계에 관한 규정 초안 제6조 제2항). 물론 선행국의 위법행위로 인한 침해에 대해 다른 조항들의 조건에 따라 승계국(들)에 구제를 청구할 수도 있다고 규정하고 있기는 하지만(책임 승계에 관한 규정 초안 제6조 제4항) 이 같은 규정 내용은 국가책임이 승계되지 아니한다는 전통적 관념에 수긍하면서 필요한 경우 국가승계의 범위 밖에서 구제를 모색할 수 있음을 우회적으로 규정한 것에 불과한 것으로 여겨진다.

34) Šturma, *Second Report on Succession to Responsibility*, p. 39, para. 147.

이 ‘정의’라는 관념에 반하는 것이라고 설명한다.³⁵⁾ 그러나 부채와 같이 승계국에 대한 부담으로 작용하는 국가책임의 승계 문제와 관련하여 피해자 구제의 문제에 무조건적인 우선순위를 부여하여 선행국이 소멸해 버린 경우에도 결과적으로 모든 책임이 자동적으로 승계되어야 한다고 주장하는 목적적 접근 방식은 형평의 측면에 반하는 것으로 보인다.

2) 흠결된 고려 요소: 위반된 의무의 성격

형평의 원칙은 법 규정을 통해 일률적 또는 일반적으로 접근하는 것이 불합리한 분야에서 다양한 요소들에 대한 고려를 통해 가장 정의에 부합하는 결과를 도출하고자 도입된 수단이라고 할 것이다. 특히 둘 이상 당사자의 이익이 관계되어 있어 여러 가지 요소들을 고려하여 비교 형량할 필요가 있는 분야에 적용 가능한 원칙이다. 국가책임의 승계에 있어서도 지나친 형식주의에 입각하여 승계의 유형만을 책임 승계의 판단 기준으로 삼을 것이 아니라 형평의 원칙에 입각하여 관련되는 모든 요소들에 대해 신중히 고려할 필요가 있다는 명제에 반대하기는 어려운 것이다.³⁶⁾ 다만, 형평 원칙의 남용 가능성을 방지하기 위해서는 이 원칙의 적용을 위한 객관적인 기준의 도입이 필요하다. 그리고 이러한 기준은 관련되는 요소들에 대한 정리 및 선례에 대한 분석을 통해 수립되어야 한다.

이 같은 측면에서 위반된 국제 의무의 성격이나 내용 또한 동시에 고려하는 것이 필요하다. 국가 실행이나 법원 판결의 내용을 살펴보면 모든 위반행위에 대한 책임이 승계 대상이라고 판단하기는 어려운 것으로 보인다. ILC는 책임 승계에 관한 초안 규정 제6조 제4항의 맥락에서 위반된 의무의 성격과 위반의 특별한 상황, 승계의 유형 등 모든 관련 요소들을 고려하여 구제의 유형을 확인할 필요가 있다고 설명하고 있으나³⁷⁾ 실제 위반된 의무의 성격과 관련해서는 지속성 여부를 가지는지 여부만을 논의 대상으로 하고 있어 추가적 논의가 요구된다. 특히 흔히 부채

35) Šturma, *Second Report on Succession to Responsibility*, p. 45, para. 167.

36) 이근관은 국가승계법에 관한 전통적 논의가 동일성이나 계속성, 국가승계 유형과 같은 형식적 또는 존재론적(ontological) 지표나 범주에 과대한 중요성을 부여하였다는 점을 지적하며, 가령 구소련의 대외 채무 문제에 대한 협상 과정을 보면 이러한 지표들은 외국 채권자들의 채권 안정성 확보나 기존 구소련 구성국들의 세계 금융시장에의 조속한 편입 가능성과 같은 기능적(functional) 목표에 비하여 다분히 부차적인 역할을 수행하는데 그쳤다고 평가한다(李根寬, “舊蘇聯의 분열과 國家相續: 舊蘇聯의 外債問題를 中心으로”, 『一鑑法學』 제3권(1998), p. 15). Bühler도 동일성이나 계속성과 같은 전통적인 이론적 유형은 지나치게 엄격하고 오래되어 다양한 국가 실행에 대하여 적절한 설명을 제공하지 못하는바 더 이상 현실에 부합하지 아니한다고 설명한다.(Konrad G. Bühler, *State Succession and Membership in International Organizations: Legal Theories versus Political Pragmatism*, Kluwer (2001), p. 309).

37) *Ibid.*

의 승계 문제와 관련하여 승계 부정의 유형으로 제시되는 유해 채무의 경우 전통적인 책임 불승계 주장의 핵심이라 할 수 있는 ‘주관적 책임의 인적 속성’과 밀접하게 관련되어 있다는 점에서 국가책임의 승계에 관한 논의를 전개함에 있어 보다 깊이 있는 논의를 요한다. 이러한 맥락에서 특히 유해 행위 책임의 승계 문제에 관해 살펴볼 필요가 있으며, 논의의 전제로서 우선 유해 채무의 처리 문제에 대해 살펴해보도록 한다.

III 국제법상 유해 채무의 불승계 원칙

1. 유해 채무의 개념 및 유형

유해 채무나 체제 부채 등이 도덕 원칙에 따라 모든 승계 가능성에서 배제되어야 한다는 이론은 역사적으로 영미계 법학자들에 의해 발전되어왔다.³⁸⁾ 그러나 유해 채무의 정의 및 유형과 관련해서는 학자들마다 다양한 견해를 제시한다. 대표적인 학자로는 ‘유해 채무’라는 용어를 처음 사용한 것으로 알려진 Sack³⁹⁾과 1983년 협약의 특별보고자 Bedjaoui⁴⁰⁾ 등을 들 수 있다. 이후의 연구들은 대체로 이 두 학자들 모두 또는 이들 중 하나의 견해를 바탕으로 발전시킨 것들이다.⁴¹⁾ 따라서 Sack과 Bedjaoui의 견해를 각각 개별적으로 살펴본 후 이후의 개념적 발전 현황을 살펴해보도록 하겠다.

38) *Ibid.*, p. 67, para. 116.

39) Alexander N. Sack, *Les Effets des Transformations des Etats sur Leurs Dettes Publiques et Autres Obligations Financiers*, 1927 (이하 ‘Sack (1927)’); Alexander N. Sack, *La Succession aux Dettes Publiques d’Etat*, 1929 (이하 ‘Sack (1929)’).

40) Mr. Mohammed Bedjaoui, *Ninth Report on Succession of States in Respect of Matters Other Than Treaties* (Doc. A/CN.4/301), April 13 and 20, 1977 in *ILC Yearbook 1977*, Vol. II, Part One, pp. 67-74.

41) P.K. Menon, *The Succession of States in Respect of Treaties, State Property, Archives and Debts*, (Lewiston, N.Y.: E. Mellen Press, 1991); P.K. Menon, “The Succession of States and the Problem of State Debts,” *Boston College Third World Law Journal* (1986), Vol. 6, Issue 2, pp. 116-17; Ashfaq Khalfan, Jeff King and Bryan Thomas, *Advancing the Odious Debt Doctrine*, CISDL Working Paper, March 11, 2003; Lee C. Buchheit, G. Mitu Gulati and Robert B. Thompson, “The Dilemma of Odious Debts,” *Duke Law Journal* (2007), Vol. 56, No. 5; Robert Howse, “The Concept of Odious Debt in Public International Law,” *UNCTAD Discussion Papers* No. 185, July 2007.

Sack은 국가의 필요 또는 국가의 이익을 위해 발행된 것이 아니라 독재 체제(despotic regime)의 공고화 또는 국민 탄압을 위해 발행된 채무는 전체 국가의 국민들에게 유해한 것으로 국가에는 의무를 부과하지 아니하며 채무를 발행한 체제의 부채(regime debts) 또는 해당 체제 내 권한자의 개인 채무로 보아야 한다고 주장하였다.⁴²⁾ 특히 그러한 채무가 영토 전체를 구속하지 아니하는 이유는 국가 부채가 국가의 필요나 국가의 이익을 위하여 발행 및 사용되어야 한다는 기본 요건을 충족하지 아니하기 때문이다.⁴³⁾ Sack에 따르면 그러한 채무의 채권자 또한 채무국 국민들에게 적대적인 행위(hostile act)를 한 것이므로 해당 채무는 무효라고 한다.⁴⁴⁾ 그는 또한 어떤 영토의 일부 주민을 예속(subjugate) 또는 식민화하기 위해 발행된 부채는 그러한 영토 내의 국민들에게 유해한 부채이며, 교전상황에 있는 두 국가 중 일방의 필요에 따른 부채는 상대방에 대한 적대 행위를 구성하는 것으로 그러한 전쟁 채무(war debts)도 유해 채무에 해당한다고 보았다.⁴⁵⁾

오늘날 유해 채무의 요건으로 세 가지 정도가 제시되는데, Sack은 그 기초가 되는 내용을 다음과 같이 제시하였다.

1. 새로운 정부는 다음의 사실을 반드시 입증하여야 하고 국제재판소는 다음의 사실이 확인된 것으로 판단하여야 한다.
 - (a) 선행 정부가 체결한 특정 부채가 '유해한' 것이며 선행국 영토의 전체 또는 일부 주민의 이익에 명백히(evidently) 반하는 것이라는 요건의 충족; 그리고
 - (b) 채권(bonds) 발행 시점에 그러한 유해한 목적에 대한 채권자의 인지
2. 상기 두 가지 요건이 입증된 경우에 채권자는 그러한 채권을 통해 발생된 기금이 - 전체 또는 일부 국민에게 피해를 입히는 - 유해한 목적에 사용되지 아니하였으며 국가의 일반적인 목적을 위해 사용된 것으로 유해한 성격을 지니지 않는다는 사실을 입증하여야 한다.⁴⁶⁾

이러한 요건하에서 유해한 것으로 판단되는 부채는 인적 채무로 분류되고 체제의 소멸과 함께 경감의 대상이 된다.⁴⁷⁾ Sack은 유해성 여부가 국제재판소의 판단 기준으로 인정되어야 하며, 다만 채권자에게도 유해 채무 주장을 반박할 권한이 인정된다는 점을 인정하고 있다.⁴⁸⁾ Sack이 제시한 유해 채무의 요건 중 첫 번째 문

42) Sack (1927), p. 157.

43) *Ibid.*

44) *Ibid.*

45) *Ibid.*, pp. 163-65.

46) *Ibid.*, p. 163.

47) *Ibid.*, p. 157.

48) Lee C. Buchheit et al., *supra* note 41, p. 1223.

단은 신생국에 유해 채무임을 입증할 책임을 부과하고 있으며, 두 번째 문단은 그에 대한 채권자의 반박 권한에 관한 것으로 이해된다. 다시 말해 Sack의 입장은 모든 유해 채무가 무효로 처리되는 것은 아니고 개별 구체적 분석을 통해 판단해야 한다는 입장이었던 것으로 보인다.⁴⁹⁾ 이러한 추정은 공공 부채는 국가의 영토에 대해 부과되는 것이라고 보았던 그의 주장이나 제정러시아 채무가 경감의 대상이며 구소련은 그러한 권리를 가진다던 주장에 대한 그의 공개적 비판을 통해서도 확인 가능하다.⁵⁰⁾

한편, 1983년 협약 성안 과정에서 유해 채무에 관한 사항을 명문화할 필요가 있다고 판단하였던 특별보고자 Mohammed Bedjaoui는 아홉 번째 보고서에 유해 채무의 정의 및 국가승계 시의 처리 방안에 관한 내용을 포함시켰다.⁵¹⁾ Bedjaoui에 따르면 유해 채무란 선행국이 (a) 승계국 또는 이전된 영토의 주요 이익에 반하는 목적을 달성하기 위해 체결한 모든 부채, 그리고 (b) 국제법, 특히 유엔헌장에 구현된 국제법 원칙에 합치하지 아니하는 목적에 따라 체결한 모든 부채를 의미하며⁵²⁾ 이러한 유해 채무는 승계되지 아니한다. Bedjaoui는 유해 채무라는 용어는 일종의 속(屬, genus)에 해당하며 전쟁 채무나 정복 채무(subjugation debts)는 그러한 속을 구성하는 종(種, species)에 해당한다고 설명하면서 일반적 유형에 속하는 유해 채무의 하위에 전쟁 채무나 정복 채무 등 다양한 유형의 부채가 존재한다고 보았다.⁵³⁾ 이 때 전쟁 채무는 일국이 타국에 대한 전쟁을 지속하기 위하여

49) Sack은 유해 채무 중 일부 국민들에게만 부담을 주는 부채의 경우에는 유해성을 입증하는 것이 좀 더 복잡할 것이라고 보았으며, 전쟁 채무도 경우에 따라 채무 이행 의무가 발생할 수 있다고 보았다. 즉, 독재 체제하에서 발생된 모든 채무가 무효인 것은 아니며 각각의 부채에 대한 개별적인 평가를 통해 유·무효를 판단해야 한다고 보았다(*Ibid.*, pp. 166 and 168).

50) Lee C. Buchheit et al., *supra* note 41, pp. 1223-24.

51) *ILC Yearbook 1977*, Vol. II, Part One, pp. 67-74. Bedjaoui의 아홉 번째 보고서는 유해 채무 문제와 관련한 중요한 선행 연구로 평가되며, 유해 채무에 대해 다루고 있는 대부분의 교과서들은 Bedjaoui의 보고서 내용을 기초로 서술하고 있다(Christoph G. Paulus, "The Evolution of the 'Concept of Odious Debts,'" *ZaöRV* (2008), Vol. 68, p. 408). 한편, 이란은 미국이 이란의 이전 정부와 체결한 1948년 계약에 기초한 채무가 유해 채무에 속한다고 주장하며 부채의 불승계 판정을 주장하는 청구를 미국-이란 청구위원회에 제기하였는데, 재판소는 Bedjaoui가 제시한 유해 채무의 정의에 입각하여 검토한 뒤 해당 채무의 유해성 여부를 부정하였다(*The United States of America v. The Islamic Republic of Iran*, Award (Award No. 574-B36-2), December 3, 1996, para. 51).

52) *ILC Yearbook 1977*, Vol. II, Part One, p. 70. 원문은 다음과 같다.

Article C. Definition of odious debts

For the purposes of the present articles, "odious debts" means:

- (a) all debts contracted by the predecessor State with a view to attaining objectives contrary to the major interests of the successor State or of the transferred territory;
- (b) all debts contracted by the predecessor State with an aim and for a purpose not in conformity with international law and, in particular, the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.

발행한 채무를 의미하며, 정복 채무란 해방운동(insurrectionary movement)이나 해방전쟁(war of liberation)을 억압하는 등의 방식으로 주민들을 복속하거나 영토를 식민화하기 위한 목적에서 발행한 채무를 말한다.⁵⁴⁾ 이러한 유해 채무들은 이전된 영토나 승계국의 주요한 이익(major interests)에 반하는 것이다.⁵⁵⁾

개념적인 측면에서는 Sack과 Bedjaoui의 주장에 큰 차이가 존재하는 것으로 판단되지 아니한다. Bedjaoui는 유해 채무의 범주를 부채 자체가 유엔헌장을 비롯한 국제법에 반하는 경우까지로 확장하고 있지만 그러한 유해 채무의 예로 들고 있는 사항은 Sack과 별반 차이가 없다. Sack은 독재 정권의 예속 채무와 전쟁 채무를 예로 제시하며, Bedjaoui는 전쟁 채무와 정복 채무를 예로 들고 있어 용어상의 차이만이 있을 뿐 사실은 같은 내용에 대해 문제 삼고 있다.⁵⁶⁾ 물론 이들 학자들이 공히 전쟁 채무 또는 정복 채무라고 설명하고 있는 용어들의 구체적인 개념이나 범주에는 차이가 있을 수 있으며, 각각 유해성의 판단 기준으로 제시하는 ‘이익’의 개념이나 범주에도 차이가 존재할 것이다. 그러나 전쟁 채무나 예속 채무와 같은 채무의 유형을 승계가 거부되는 유해 채무로 보아야 한다는 데에는 이론적 공감대가 형성되어 있음을 분명히 확인할 수 있다.

다만, Sack과 Bedjaoui가 주장하는 바는 적용 범위의 측면에서 차이를 노정한다. Sack은 정부승계의 측면에서 유해 채무 문제를 다루고 있다면 Bedjaoui는 이러한 유해 채무의 개념을 국가승계의 영역까지 확대하고자 시도한 것으로 보인다. 유해성 판단 기준을 제시함에 있어 Sack은 ‘주민들’의 이익에 반하는지 여부를 제시하고 있는 반면 Bedjaoui는 ‘승계국’의 주요 이익이라는 표현을 사용하고 있다. 주지하다시피 Bedjaoui가 특별보고자로 참여한 1983년 협약의 논의 대상에는 정부승계가 배제된 국가승계의 문제만이 포함되었다. 결론적으로 Sack과 Bedjaoui 모두 ‘주요 이익’에 반하는지 여부를 유해성 판단의 기준으로 제시하고 있지만 그러한 이익의 귀속 주체는 새로 생겨난 정부와 새로 탄생한 국가로서 각기 상이하다.

53) *Ibid.*, p. 67, para. 117.

54) *Ibid.*, p. 67, para. 118; p. 72, para. 157.

55) *Ibid.*, p. 67, para. 121.

56) 유사한 개념에 대해 상이한 용어를 사용하는 것은 Sack이나 Bedjaoui 이후 유해 채무 논의를 전개한 다른 학자들의 주장에서도 확인되는데, 가령 Stern은 정복 채무라는 용어 대신 ‘노예화(enslavement)’에 대한 채무라는 용어를 사용한다(Brigitte Stern, “Responsabilité Internationale et Succession d’Etats,” in Laurence Boisson de Chazournes and Vera Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/L’ordre Juridique International, un Système en Quête d’Equité et d’Universalité. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, The Hague, Martinus Nijhoff (2001), pp. 341-42). 그러나 개념적으로 양자간에는 큰 차이는 없는 것으로 보인다.

2. 국가승계 시 유해 채무 처리에 관한 국가 실행

국가승계를 경험한 국가들의 실행에서 전술한 전쟁 채무나 정복 채무, 즉 유해 채무는 대체로 승계되지 아니하였던 것으로 보인다. 우선 전쟁 채무의 불승계와 관련한 사례는 주로 전쟁 이후에 체결된 강화조약들의 내용을 통해 확인할 수 있다. 가령, 1807년 7월 9일 프랑스와 프로시아 간에 체결된 ‘틸지트조약(the Treaty of Tilsit)’ 제24조에는 “프로시아 왕이 전쟁 발생 *이전에* 본 조약하에서 양도 또는 포기하려고 하는 영토나 재산, 수익에 대해 수락 또는 계약한 모든 부채 및 의무, 약속은 유보 또는 예외, 제한 없이 새로운 소유주에게 귀속된다(revert).”라는 내용이 규정되어 있다.⁵⁷⁾ 이와 관련하여 Feilchenfeld는 “전쟁 *중에* 프랑스와 프로시아 간에 계약된 부채”는 승계 대상에서 배제된 것으로 분석한다.⁵⁸⁾ 이처럼 전쟁 채무를 배제하는 조항은 19세기까지 체결된 다수의 전후 조약들에서 발견할 수 있다.⁵⁹⁾

제1차 세계대전 이후 체결된 ‘베르사유조약’을 살펴봐도 독일제국의 전쟁 부채는 승계국에 이전되지 아니하였으며, 단지 1914년 8월 1일 이전에 발생한 공공 부채만 동 조약 제254조의 조건하에 승계되었음을 확인할 수 있다.⁶⁰⁾ 1919년 ‘생제르맹조약’,⁶¹⁾ 1920년 ‘트리아농조약’⁶²⁾, 1923년 ‘로잔조약’⁶³⁾ 등 다수의 강화조약에도 이처럼 전쟁 기간 동안 체결된 부채를 승계 대상에서 배제하는 내용의

57) *Treaty between Prussia and France — Conditions of Peace between His Majesty the Emperor of the French and King of Italy, and His Majesty the King of Prussia, done at Tilsit, the 9th July, 1807*, https://en.wikisource.org/wiki/Treaty_of_Tilsit,_9_July_1807#ART.XXIV 참조.

58) Ernst H. Feilchenfeld, *Public Debts and State Succession* (New York: [s.n.], 1931), p. 91.

59) *ILC Yearbook 1977*, Vol. II, Part One, p. 70, paras. 142–44.

60) *Treaty of Versailles by the Allied and Associated Powers and Germany*, June 28, 1919, Part IX. Financial Clauses Article 254.

The Powers to which German territory is ceded shall, subject to the qualifications made in Article 255, undertake to pay:

(i) A portion of the debt of the German Empire as it stood on 1 August 1914, calculated on the basis of the ratio between the average for the three financial years 1911, 1912, 1913, of such revenues of the ceded territory, and the average for the same years of such revenues of the whole German Empire as in the judgment of the Reparation Commission are best calculated to represent the relative ability of the respective territories to make payment;

(ii) A portion of the debt as it stood on 1 August 1914, of the German State to which the ceded territory belonged, to be determined in accordance with the principle stated above.

Such portions shall be determined by the Reparation Commission. [...]

61) *Treaty of Saint-Germain-en-Laye*, September 10, 1919, Article 203.

62) *Treaty of Trianon*, June 4, 1920, Article 186.

63) *Treaty of Lausanne*, July 24, 1923, Article 50.

조항이 삽입되어 있다. 특히 제1차 세계대전 이후의 강화조약에서는 전쟁 부채의 범위를 넓게 보아 전쟁 중 체결된 부채를 모두 승계가 배제되는 전쟁 채무의 범위에 포함시켰던 것으로 확인되며,⁶⁴⁾ 전쟁 채무를 승계 대상에서 배제하는 현상은 제2차 세계대전 이후에도 계속 유지되었다.⁶⁵⁾

전쟁 채무 불승계 현상이 강화조약의 형태로만 나타난 것은 아니다. *S. Th. v. German Treasury* 사건에서 독일 국내 재판소는 “전쟁 행위 또는 전쟁과 관련된 행위로 인한 부채에 대해 승계국이 책임을 지는 사례는 없었다.”라고 판시하였다.⁶⁶⁾ 이 사건에서는 독일의 식민지였던 독일령 동아프리카(German East Africa)에서 원고가 발행한 개인적인 채무가 문제되었는데 재판소는 해당 채무를 제1차 세계대전 당시 영국 등 연합군에 대항한 독일의 군사작전을 돕기 위해 발행한 채무로 판단하여 승계의 대상에서 배제하였다.

경우에 따라 전쟁 채무는 승계 대상이 되기도 하였는데, 대표적인 사례는 제1차 세계대전 이후 체코슬로바키아의 채무 승계 사례이다. 체코슬로바키아는 오스트리아에 과중한 채무 부담이 부과됨에 따라 33퍼센트의 채무를 승계하기로 결정하였는데, Bedjaoui는 이 같은 체코슬로바키아의 결정이 단지 정치적 이유에 따른 예외적 현상이었을 뿐이라고 분석하고 있다.⁶⁷⁾

한편, 정복 채무의 불승계와 관련하여 대표적으로 제시되는 사례는 쿠바의 부채 문제에 관계된다. 미국과 스페인 간의 전쟁은 1989년 12월 10일 ‘파리조약(the Treaty of Paris)’ 체결로 종결하였는데, 파리조약 체결 과정에 쿠바 점령 및 쿠바 내 해방전쟁을 진압하기 위해 스페인이 발행한 부채의 상환 문제가 제기되었다. 미국은 스페인의 부채가 쿠바의 의지에 따른 것이 아니며 쿠바의 동의를 결하여 발행되었다는 점, 그리고 스페인은 쿠바의 이익이 아닌 자국의 목적을 달성하기 위해 그러한 채무를 발행한 것이라는 점에 기초하여 해당 부채에 대한 쿠바의 책임을 부정하였다.⁶⁸⁾ 스페인은 자신이 발행한 채무가 쿠바의 이익을 위해 사용되었고 실제로 쿠바의 경제 발전을 증진하였다고 반박하였지만⁶⁹⁾ 그러한 주장은 받아들여지

64) *ILC Yearbook 1977*, Vol. II, Part One, p. 71, para. 150.

65) *Ibid.*, paras. 151-52.

66) *S. Th. v. German Treasury*, German Reichsgericht in Civil Matters, June 3, 1924, in *Annual Digest of Public International Law Cases: Being a Selection from the Decisions of International and National Courts and Tribunals Given during the Years 1923 to 1924*, pp. 59-60.

67) *Ibid.*, paras. 149, 153. 다만, 이러한 사례를 바탕으로 전쟁 채무도 승계의 대상이라고 주장하는 학자들도 존재하였다. 가령, De Louter, *Le Droit International Public Positif* (Oxford: Oxford University Press, 1920), Vol. I, p. 229 참조. 또한 Pufendorf는 채권자의 기득권에 기초하여, Feilchenfeld는 전쟁 채무의 경우 승계가 부정된다는 내용의 국제관습법이 부재한다는 점을 이유로 전쟁 채무의 승계를 주장하였다 (Feilchenfeld, *supra* note 58, pp. 718-21; *ILC Yearbook 1977*, Vol. II, Part One, pp. 71-72, paras. 155-56).

68) *ILC Yearbook 1977*, *Ibid.*, p. 72, paras. 159-61.

지 않았다.

네덜란드의 인도네시아 군사 점령 과정에서 발행된 부채의 승계가 거부된 것도 유해 채무의 승계 사례로 제시된다. 인도네시아는 특히 1947년 7월 21일에서 1948년 1월 17일의 기간, 그리고 1948년 12월 20일에서 1949년 8월 1일의 게릴라 작전 비용에 관련되는 부채의 승계 거부 의사를 분명히 하였고, 협상 끝에 1949년 11월 2일 인도네시아의 일부 부담에 관한 사항이 최종 합의되었으나 1956년 인도네시아가 이에 대한 비판을 제기하면서 결국 정복 채무의 불승계 사례로 여겨진다.⁷⁰⁾ 이 외에 다양한 국가승계의 사례에서 정복 채무의 승계가 부정된 것으로 확인된다.⁷¹⁾

3. 유해 채무 불승계 원칙의 국제법상 지위

다양한 사례들을 통해 국가승계 시 유해 채무는 비교적 일관되게 승계가 거부되어 왔음을 확인할 수 있다. 오늘날 정부승계의 맥락에서 유해 채무의 승계가 인정되는가에 대해서는 논란이 존재하지만 국가승계의 맥락에서는 대체로 유해 채무가 승계되지 않는다는 데에 견해가 일치되어 있는 것으로 보인다. 이와 관련하여 미국-이란 청구위원회는 다음과 같이 판정한 바 있다.⁷²⁾

51. 재판소는 1948년 계약하에서 발생한 부채가 국제법에서 이해되는 ‘유해 채무’의 개념에 따라 분류하기 어렵다는 입장이다. 해당 계약은 이란의 정당한 이익에 반하는 목적에 입각한 것이 아니었으며 국제법에 부합하지 아니하는 목표 및 목적에 따라 체결된 것도 아니었다.

54. 재판소는 국제법상 ‘유해 채무’의 개념에 관한 이론적 논쟁에 관하여는 아무런 태도도 취하지 아니한다. 어떠한 경우든 해당 개념은 국가승계법의 영역에 속하는 것이라는 점을 언급하는데 그치고자 한다. [...] 이란에서의 혁명적 변화는 국가의 계속에 속하는 것이지 국가승계에 속하는 것이 아니다. [...]

이 같은 재판소의 설시를 통해 유해 채무의 개념에 관한 이론적 논쟁이 존재하

69) *Ibid.*, para. 162.

70) *Ibid.*, pp. 73-74, paras. 169-70.

71) Jeff A. King, “Odious Debt: The Terms of the Debate,” North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 32, No. 4, pp. 29-46.

72) Iran-U.S. Claims Tribunal, *The United States of America v. The Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case No. B36, Award (Award No. 574-B36-2), December 3, 1996.

기는 하나 국가의 정당한 목적에 반하며 국제법에 부합하지 않는 목표 및 목적하에 체결된 계약에 기초한 부채는 유해 채무에 해당한다는 것이 국제법상 받아들여지고 있으며, 특히 정부승계가 아닌 국가승계의 상황이라면 그러한 부채의 불승계가 인정된다는 것을 확인할 수 있다.⁷³⁾

그렇다면 1983년 성안 과정에 제기되었던 유해 채무 관련 조항이⁷⁴⁾ 최종적으로 채택되지 않았다는 사실은 어떻게 이해할 수 있을까? 생각건대 1983년 협약상 유해 채무 관련 내용이 배제되었다는 사실로 인하여 유해 채무의 불승계 원칙 자체가 거부되었다고 판단하는 것은 적절하지 아니하다. 위원회는 유해 채무의 불승계 원칙을 부정한 것이 아니라 구체적인 조항의 도입이 없이도 1983년 협약상 각 승계 유형과 관련하여 도입된 규칙들을 통해 유해 채무의 문제를 적절히 처리하기에 충분하다고 판단하였다.⁷⁵⁾ 2회의 회독 이후 최종적으로 유해 채무 관련 조항을 배제하기로 결정하면서 위원회는 유해 채무 문제의 중요성을 인정하지만 당초 입장과 마찬가지로 각 승계 유형과 관련하여 도입된 규칙들을 통해 해당 문제가 적절히 해결될 수 있을 것이라 판단하였다는 점을 확인하였다.⁷⁶⁾ 즉, 형평한 배분 및 국가 간 합의(agreement)를 강조하는 방식을 채택함으로써 유해 채무의 처리에 관한 명시적 조항이 없이도 관련 문제가 원만히 해결될 수 있을 것이라 판단하였던 것으로 이해된다.⁷⁷⁾ 국가승계 이후 유해 채무의 문제가 해결 과제로 남아 있다면 형평한 배분의 원칙에 입각하여 국가들 간 합의를 통해 적절한 해결이 가능할 것이라 판단한 것이다.

문안위원회의 검토를 통해 최종 확정된 문안이 유엔총회의 전권대표 회의로 넘겨진 이후 현 1983년 협약 제33조의 ‘국가 부채’의 정의에 “국제법에 부합하게 발생한 선행국의 금전적 의무”라는 표현이 추가되면서 최종적으로는 1983년 협약에서 유해 채무의 논의는 배제가 되었다. 그리고 해당 문안에 대한 투표 과정에서 기

73) 다만, Tinoco 사건의 중재판정부는 정부승계 상황이었음에서도 Tinoco가 체결한 대부 계약을 통해 실제 인출된 금전이 계약 당시에 의도한 공공 목적이 아니라 해외여행 등 사적 목적에 사용되었다는 점에서 채무 이행 의무를 부정한 바 있다(*Great Britain v Costa Rica (the Tinoco Arbitration)*, *UN Reports of International Arbitral Awards* (1924), Vol. 1, p. 369; reprinted in *American Journal of International Law* (1924), Vol. 18, pp. 149-54).

74) *ILC Yearbook 1977*, Vol. II, Part One, p. 74, para. 172. 관련 원문은 다음과 같다.

Article D. Non-transferability of odious debts

[Except in the case of the uniting of States,] odious debts contracted by the predecessor State are not transferable to the successor State.

75) Documents of the Thirty-Third Session in *ILC Yearbook 1981*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1981/Add.1 (Part 1).

76) ILC Report to the General Assembly on the Work of its 33rd Session, in *ILC Yearbook 1981*, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1981/Add.I.

77) King, *supra* note 71, p. 639.

권을 행사하며 불만을 표출하였던 독일이나 미국, 영국, 프랑스, 호주 등의 입장을 통해⁷⁸⁾ 협약상 유해 채무의 문제를 명시적인 불승계 대상으로 규정하지 아니한 데 대한 국가 간의 입장 차이를 확인할 수 있다. 현재까지 1983년 협약이 발효하지 않고 실패한 협약으로 거론되고 있는 이유 중에는 이러한 측면이 반영되어 있다는 점을 부인하기 어렵다. 다만, 확실한 것은 명시적으로 유해 채무의 불승계를 성문화하지 않았다고 하여 해당 원칙 자체가 국제법상 부정된 것은 아니며 특히 미국, 영국, 독일 등 강대국들은 유해 채무의 불승계를 지지하고 있다는 것이다.

IV 승계 불가능한 책임과 남북한 관계에의 시사점

1. 유해 채무와 국제 위법행위 책임의 관계

유해 채무의 승계가 부정된다는 측면에서 볼 때 국제 위법행위로 인한 모든 국제 책임이 승계의 대상이라는 동일한 출발선상에 놓일 수 있다는 발상에는 동의하기 어려운 측면이 있다. 주지하는 바와 같이 국가책임의 승계에 관한 논의는 국가승계라는 현상이 발생하기 이전에 국제 위법행위로 인하여 야기된 원상회복, 금전배상, 만족의 이행 의무가 국가승계 이후에도 유효한 것인지를 파악하는 것에 관계된다. 특히 위법행위에 대한 완전한 배상의 유형이 국가책임법 초안 제36조의 금전배상에 해당하는 것으로 판명된 경우라면 1983년 협약 등 부채(debts)의 승계에 관한 국제법상의 규칙이 적절한 적용 규범이 될 것이다.⁷⁹⁾ 국가책임의 승계 문제에 관한 ILC의 특별보고자 Šturma도 불법행위에서 기인한 의무가 1983년 협약의 규율 대상인 ‘미확정 부채(illiquid debts)’에 속하는 것인지를 판단하는 것이 쉽지 않은 문제라

78) United Nations Conference on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts, Vienna, Austria, March 1 – April 8, 1983, Doc. A/CONF.117/C.1/SR.31, 31st meeting of the Committee of the Whole, Extract from Volume I of the *Official Records of the United Nations Conference on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts (Summary Records of the Plenary Meetings and of the Committee of the Whole)*.

79) Marcelo G. Kohen, “Succession of States in the Field of International Responsibility: The Case for Codification,” in Marcelo G. Kohen, Robert Kolb and Djacoba Liva Tehindrazanarivelo (eds.), *Perspectives of International Law in the 21st Century* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), p. 167; Marcelo G. Kohen, *Final Report on State Succession in Matters of State Responsibility*, Institut de Droit International, 14th Commission, Tallinn Session, in Yearbook of Institute of International Law 2015, Vol. 76, p. 527, para. 33.

는 점을 지적하면서도 이에 긍정적인 견해를 표명하고 있다.⁸⁰⁾ 특히 불법행위(tort)에 대한 O'Connell의 견해를 근거로 부채라 함은 “가치가 고정적인 또는 확정 가능한 자산에 대한 이익(an interest in assets of a fixed or determinable value)”이라고 실시하면서 불법행위의 법적 결과에서 기인한 것이라도 국가승계 이전에 국제재판소나 중재법원 등을 통해 금전적 가치가 확정된 경우라면 부채에 해당된다고 설명한다.⁸¹⁾ 그렇다면 국제 위법행위로 인한 국가책임과 국가 부채는 적지 않은 부분에서 중복되며, 유해 채무의 불승계 원칙이 국가책임의 승계 문제를 논함에 있어 여전히 유효하게 남아 있음을 부정하기 어렵다.

게다가 최근 유해 채무의 범위를 확대하고자 하는 일각에서의 논의는 국가책임의 승계가 전통적인 국가승계법상의 논리와 상충되는 측면을 내포하고 있음을 환기시킨다. 예컨대 Menon은 승계국의 주요한 이익이나 생존권(right of survival), 독립에 반하여 발행된 채무 또는 국제법상의 강행 규범에 위반하여 발행된 채무는 유해 채무로서 승계가 거부되어야 한다고 주장한다.⁸²⁾ 이 같은 주장은 Bedjaoui의 유해 채무 정의와 맥을 같이하면서도 여러 국제법 위반 행위들 중 강행 규범 위반 행위를 특별히 적시하고 있다는 점이 특징적이다. 이와 유사하게 유해 채무의 이행 결과가 강행 규범을 위반하는지 여부를 문제 삼아 유해 채무의 무효를 인정해야 한다는 견해도 확인되는데,⁸³⁾ 그에 따르면 국제법으로서의 확립 여부가 불투명한 유해 채무 개념에 기대어 어떠한 채무가 유해 채무에 포섭되는지 여부에 따라 채무의 무효화를 논할 것이 아니라 강행 규범에 위반하는 계약은 무효라고 하는 조약법에 관한 비엔나협약(VCLT, 이하 '조약법협약') 제53조의 잘 확립된 국제법상의 원칙에 기초하여 유해 채무의 존재 자체가 강행 규범에 위반하는 경우 무효화되는 것으로 보아야 한다는 논리를 구성한다.

사실 채권국의 행위 측면에 초점을 두고 생각해 보면 이러한 주장의 타당성은 더욱 분명해진다. 즉, 국가책임법 초안 제16조의 맥락에서 생각할 때 유해 채무를 제공해 준 채권국의 행위는 타국의 위법행위를 원조 또는 지원(aid or assistance)한 행위에 해당하여 그 자체로 국제법 위반에 해당한다. 특히 민족자결 원칙과 같이 강행 규범으로 취급되는 원칙을 거스르는, 민족해방운동을 억압하는 목적의 비

80) Pavel Šturma, *First Report on Succession of States in Respect of State Responsibility* (이하 'First Report on Succession to Responsibility') (A/CN.4/708), International Law Commission 69th session, May 31, 2017, p. 21, para. 76.

81) Šturma, *Ibid.*, pp. 21-22, paras. 77-79.

82) Menon, *The Succession of States in Respect of Treaties, State Property, Archives and Debts*, *supra* note 41, p. 163.

83) Andreas Fischer-Lescano, "Odious Debts und das Weltrecht," *Kritische Justiz* (2003), Vol. 36, No. 2, pp. 234-35.

용을 제공하고자 채권 채무 계약(또는 협약)을 체결하였다면 그러한 계약(또는 협약)은 무효일 가능성이 높다. 체결 당시 일반 국제법의 강행 규범(*jus cogens*)과 충돌하는 조약은 조약법협약 제53조에 따라 무효가 될 것이기 때문이다. 게다가 오늘날 유엔헌장 제2조 4항의 도입으로 무력 사용이 금지된 현실에서 전쟁이나 정복에 따른 행위 자체는 이미 국제법 위반이자 강행 규범에 반한다는 점에 이론이 없을 것이다. 강행 규범의 정의나 범위가 여전히 불분명하기는 하나 국제법의 이론적 측면에서 유해 채무를 무효화하는 근거가 되기에 충분하다.

이제 다시 국제 위법행위로 인한 국가책임의 문제로 돌아가서 생각해 볼 때 과연 국제 위법행위가 강행 규범 위반에서 기인한 것이거나 혹은 국제 위법행위가 강행 규범 위반으로 귀결된 경우 그러한 책임도 승계된다고 볼 수 있는가? 주지하다시피 심지어 보편적 승계를 주장하는 학자들조차도 불법행위(*ex delicto*)에 대해서는 책임의 승계를 부정하는데, 그 대표적인 이론적 근거는 국가책임의 인적 속성에 기초한다.⁸⁴⁾ 특히 국가책임 판단에 개입되는 고의나 과실 등 주관적 속성의 문제는 책임 승계 부정의 기초가 되는 일신전속성 논리의 타당성을 제기하였고 국가책임의 승계 가능성을 차단하는 요소로 기능하였다.⁸⁵⁾ 그런데 ‘집단살해’와 같은 강행 규범 위반 행위의 경우 국가책임의 성립 여부를 판단함에 있어 주관적 속성을 요건으로 하며, 인도에 반한 범죄나 전쟁범죄, 침략 범죄의 경우에도 고의성 요건과 분리하여 판단하기는 어려운 것으로 보인다.⁸⁶⁾ 국제 범죄행위로 인한 국가책임과 고의성의 문제가 분리 불가능하다는 사실은 일신전속적 행위의 승계 불가능성 법리가 여전히 유효할 수 있음을 확인시켜준다.⁸⁷⁾

84) Cavaglieri, *supra* note 3, p. 374; Manlio Udina, “La Succession des Etats Quant aux Obligations Internationales Autres Que les Dettes Publiques,” *Recueil de Cours* (1933-II), Vol. 44, p. 767; *Hawaiian Claims, U.N.R.I.A.A.* (1925), p. 158. 관련 원문: “The analogy of universal succession in private law, which is much relied upon by those who argue for a large measure of succession to liability for obligations of the extinct State, even if admitted (and the aptness of the analogy is disputed), would make against succession to liability for delicts.”

85) Udina, *ibid.*, p. 767.

86) 분명 개인의 국제 형사책임과 국가책임은 별개의 책임 체제하에 속하지만 각각의 책임은 동일한 1차 의무 위반에 관계되며 국제재판소는 국제 형사책임과 국가책임의 성립을 판단하는데 유사한 기준을 적용하는 것으로 분석된다(Beatrice I. Bonafé, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes* (Martinus Nijhoff, 2009), p. 71). 심지어 ICJ는 개인의 국제 형사책임과 국가책임을 연계하여 전자가 인정되는 경우에만 후자도 인정되는 것으로 판단하는 경향이 있다고 평가되기도 한다(Beatrice I. Bonafé, “Reassessing Dual Responsibility for International Crimes,” *Sequência (Florianópolis)*, Vol. 73 (2016), pp. 23, 35–36). 물론 Bonafé는 국제 범죄행위 전체와 관련하여 이 같은 분석 결과를 도출하면서도 분석의 기초가 되는 ICJ의 판결이 오직 제노사이드에 국한된다는 점을 인정한다.

87) 이동은, “국가책임의 승계에 대한 일원적 접근방식에 관한 비판적 고찰”, 2019 국제법학자대회 발표 자료, pp. 68 and 92.

2. 유해한 행위 책임의 문제

O'Connell은 '유해 채무' 논리를 '유해한 행위(odious acts)'로까지 확장 적용하고 있는데, 이는 위법행위의 속성에 따라 책임의 승계 여부가 달라져야 한다는 관념을 바탕으로 하고 있는 것으로 이해된다. O'Connell은 벨기에령 콩고의 위법행위에 대한 청구가 콩고에게 승계되지 아니하였던 사례를 언급하며, 이 같은 결론이 표면적으로는 위법행위 책임에 대한 청구가 불승계됨을 보여주는 것처럼 여겨질 것이나 근본적으로는 유해 채무 문제와 다르지 아니하다고 설명한다.⁸⁸⁾ 즉, 승계 여부를 결정하는 것은 문제된 사건이 위법행위의 속성을 지닌 것인지 여부가 아니라 승계국이 선행국의 비난할 만한 행위(reprehensible actions)에 대해 책임져야 한다는 것에 대한 혐오성(repugnancy) 여부의 문제라는 것이다.⁸⁹⁾ O'Connell의 견해는 위법행위 책임의 승계 여부를 결정하는 것이 결국 선행국의 행위에 대한 책임을 승계국이 기꺼이 수락할 만한 것인지 여부에 달려 있다는 입장인 것으로 보인다. 선행국의 '비난할 만한' 행위란 어떠한 채무를 유해 채무에 포섭하기에 충분할 만큼 '유해한' 성격을 지닌 것으로 그러한 행위의 성격으로 인해 승계국이 책임을 이행하는 데 반감을 느끼게 되는 정도라면 유해 채무가 승계되지 아니하는 것처럼 책임도 승계되지 않는다는 것이다. Dumberry도 유해 채무 불승계에 관한 논리를 국제 위법행위의 책임 문제에 적용하는 것에 긍정적인 입장이다.⁹⁰⁾

실제 책임 승계가 인정되었던 *Lighthouses* 중재사건의 Claim No.4와 관련하여 중재재판부는 “Claim No.11과 달리 Claim No.4의 경우 그리스에 *유해하지 아니하며* 청산(liquidation)이 용이하므로 책임이 인정되어야 한다”라고 판정하였다.⁹¹⁾ 이를 반대 해석하면 청구가 '유해한' 행위에 관련되었다면 재판부가 승계국의 책임을 인정하기가 어려웠을 것이라는 결론에 이르게 된다.⁹²⁾ 재판소는 '부채' 보다는 넓은

88) D. P. O'Connell, *Recent Problems of State Succession in Relation to New States*, (A. W. Sijthoff, Leyden), Extract from the *Recueil des Cours*, Vol. II, 1970, pp. 164-65.

89) *Ibid.*, p. 165.

90) Patrick Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, Martinus Nijhoff Publishers (2007), p. 295. 다만, Dumberry는 책임 승계에 관한 책을 펴내면서 선행국과 승계국 상호 간의 위법행위가 문제되는 경우는 논의의 범위에서 배제한다고 명시하고 있다(*Ibid.*, p. 28). 다시 말해 유해 채무의 문제가 오직 제3국의 행위와 관련되는 경우에만 해당 저서에서 다루게 될 것임을 전제하고 있어 사실상 본문에서 유해행위에 대한 책임의 승계 문제에 대해서는 깊이 있게 다루지 아니하였다.

91) *Affaire Relative à la Concession des Phares de l'Empire Ottoman (Grèce, France) (Lighthouses Arbitration)*, Award of 24/27 July 1956, in *Reports of International Arbitral Awards/ Recueil des Sentences Arbitral*, Vol. XII, p. 199. 한편, 관련 원문은 다음과 같다: “Le Tribunal estime par conséquent que, contrairement à la réclamation n° 11, la réclamation n° 4, qui au surplus n'a rien d'odieux pour la Grèce et est susceptible de liquidation aisée, doit être admise.”

92) Dumberry, *supra* note 90, p. 296.

의미를 가진 것으로 생각되는 ‘의무(obligations)’나 ‘책임(liabilities)’이라는 용어를 사용함으로써 어떠한 행위의 유해한 성격에 집중하고 있음을 추정케 한다.⁹³⁾

다만, 승계되지 않는 유해행위 책임의 요건을 설정하는 것이 하나의 문제로 대두될 수 있으나⁹⁴⁾ 유해 채무에 관한 상기의 논의들을 바탕으로 유해 행위의 유해성 판단 기준에 접근할 수 있을 것이다. 예컨대 승계국 또는 승계국 국민의 (주요) 이익에 반하는 채무, 가령 전쟁 채무나 징복 채무가 유해 채무에 해당한다는 데에는 국제사회의 컨센서스가 존재한다는 측면에서 승계국 또는 승계국 국민의 (주요) 이익에 반하는 행위, 가령 승계국에 대한 전쟁 수행 과정이나 전쟁 수행 목적에서 행해진 국제 위법행위나 승계국의 영토 일부 또는 전체를 징복하거나 점령하기 위해 행해진 국제 위법행위는 유해한 행위로 분류하기에 충분하다. 그리고 그러한 국제 위법행위에 대한 책임은 승계되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

3. 통일한국에 대비한 현재의 과제

1) ILC 조약화 과정상 형평 원칙의 적절한 구현을 위한 노력

전통적인 국가승계의 법리를 고려할 때 국가책임의 승계 문제에 대한 논의 과정에 위반된 의무의 내용을 고려할 필요가 인정된다. 가장 분명한 방법은 국제 의무의 내용을 구분하여 각 경우의 승계 가능 여부를 구분하는 것이겠지만 오늘날과 같이 국제법 영역이 세분화되고 전문화된 현실에서 국제 의무의 유형을 망라하는 것은 사실상 불가능한 것으로 보인다. 위반된 의무의 내용에 따라 달리 접근할 필요를 인정한다 하더라도 ILC는 승계 불가능한 책임을 구체적으로 나열하기보다는 1983년 협약의 성안 과정에서 유해 채무의 문제와 관련하여 보여주었던 접근 방식을 취할 것으로 판단된다. 즉, 각 승계 유형별로 도입된 규칙에 입각하여 형평의 원칙 및 합의에 기초한 문제 해결을 장려할 것으로 보인다.

실제 특별보고자는 ILC의 조약화 결과에 대해서는 보충적 성격(subsidiary nature)을 부여하는 것이 타당하며 보충적 성격의 문서 채택을 통해 1) 국가승계를 경험하는 국가들이 적절한 수정을 통해 활용할 수 있는 유용한 모델을 제시하고, 2) 당사자들 간 합의가 부재한 경우 적용 가능한 기본 원칙(a default rule)을 제시할 수

93) *Ibid.* 가령, 영국 고등법원(the High Court of Justice)의 *West Rand Central Gold Mining Company Ltd. v. The King* 사건에서 “국제법에 따르면 다른 규정이 없는 한 문명국이 다른 문명국을 정복하여 병합한 경우 병합국은 전쟁 과정에서 또는 전쟁의 목적상 야기된 책임을 제외한 피병합국의 모든 계약적 의무를 승계(takes over)한다.”라고 하였던 제소 측의 주장 또한 같은 맥락에서 이해할 수 있을 것이다(*Ibid.*).

94) *Ibid.*, p. 297.

있다는 입장이다.⁹⁵⁾ 그리하여 원칙적으로 관련 국가들 간의 합의(agreement)에 우선권(priority)을 부여한다는 것이 ILC의 기본적인 입장이다.

그러나 각 승계 유형과 관련하여 제시된 초안 규정을 보건대 선행국이 존속하는 경우에 해당하는 분리 독립(separation)이나 신생독립국가, 영토 일부의 이전에 해당하는 승계 유형의 경우 기본적으로 존속하는 선행국이 책임을 이행하도록 하면서 예외적으로 ‘특별한 상황에 따라 필요한 경우(If particular circumstances so require)’ 또는 ‘국가가 합의한 경우(If States agree)’라는 단서에 따라 승계국에 책임이 이전될 수 있음을 규정하고 있다. 그리고 선행국이 소멸해 버린 국가 해체(dissolution)의 경우에는 영토적 관련성(territorial link) 및 형평한 비율, 기타 관련 요소들(other relevant factors)을 고려하여 합의에 따라(subject to an agreement) 책임이 이전된다고 규정하고 있다. 그러나 통일의 경우에는 그것이 둘 이상의 국가가 통합하여 하나의 새로운 국가를 건설하는 경우이든 혹은 한 국가가 다른 국가를 흡수 통합하는 경우이든 관계없이 별다른 단서를 규정하지 않은 채 선행국 책임이 승계국에 이전된다고 규정하고 있다.

국가 실행이나 학자들의 견해를 보건대 국가 통합의 경우에는 국가책임이 승계국에 이전된다는 데 별다른 이견이 없다는 것이 ILC의 기본적인 입장이다.⁹⁶⁾ 그러나 흔히 대표적인 통일의 사례로 제시되는 독일의 사례만 보더라도 모든 국가책임이 승계된 것으로 분석되지는 아니한다.⁹⁷⁾ 따라서 통일의 경우에도 다양한 관련 요소들에 대한 고려를 바탕으로 국가 간 합의를 통해 책임의 승계 여부가 결정되어야 한다는 점이 반영되어야 할 것이다. 이에 다양한 통로를 통해 관련 내용이 삽입될 수 있도록 노력을 기울일 필요가 있다.⁹⁸⁾

2) 국제 의무의 유형별 책임의 처리 방향에 관한 사전적 고찰

유해 행위에 대한 책임의 문제에 대해서까지 유해 채무의 논리를 적용하고자 한 O'Connell의 주장은 특히 장기간 대치해 온 둘 이상의 국가가 통일에 이르는 등

95) Šturma, *First Report on Succession to Responsibility*, p. 23, paras. 85-86. IIL 결의도 부수적 성격 을 규정하고 있다.

96) Šturma, *Second Report on Succession to Responsibility*, p. 45, para. 165.

97) 이동은, *supra* note 87, pp. 73 and 78.

98) 현재 ILC 위원으로 활동 중인 박기갑 교수는 특별보고자의 2차 보고서에 대한 입장문을 통해 통일의 경우에도 “subject to the consent of the successor State,” “subject to an agreement” 등 승계국의 동의를 요건으로 한다는 점을 설명하는 적절한 표현이 추가되어야 하며, 국가 해체의 경우와 마찬가지로 형평한 비율 및 기타 관련 요소들에 대한 고려 필요성을 추가할 필요가 있음을 강조한 것으로 확인된다(ILC Seventieth Session, *Provisional Summary Record of the 343rd meeting*, Held at the Palais des Nations, Geneva, on Tuesday, July 17, 2018, A/CN.4/SR.3431, p. 14).

이전 국가와는 완전히 대립되는 이념 및 체제를 바탕으로 새로이 탄생한 국가에 대해 그 적용상의 타당성이 더욱 인정된다.⁹⁹⁾ Dumberry도 유해 채무 불승계에 관한 논리를 국제 위법행위의 책임 문제에까지 확대하는 것과 관련하여 기본적으로 그 타당성을 긍정하면서 특히 선행국과 승계국이 상호 적대 행위를 한 경우에 긍정적 측면이 더욱 배가된다는 견해를 표명하고 있다.¹⁰⁰⁾ 승계국이나 승계국의 국민들이 법적, 도덕적으로 타당하지 아니한 행동이라고 비난해 온 선행국의 국제 위법행위에 대해 단지 승계국이라는 이유로 온전히 책임을 이행하도록 강요하는 것은 불합리한 측면이 있다.

남북한이 통일하여 통일한국을 이룩하는 경우, 특히 대한민국 중심의 흡수 통합 상황을 전제할 때 북한이 자행한 국제 위법행위의 책임을 통일한국이 승계하여야 하는가에 대해서는 위법행위의 성격에 대한 고찰을 통해 판단할 필요가 있다. 다행히 국가승계 상황에 놓인 국가에게 협상의 권리를 우선적으로 인정한다는 것이 ILC의 입장인바 다양한 상황에 대한 사전적 고찰이 필요하다. 유해 행위 책임의 승계 불가능성이라는 측면에서 고려할 때 통일 과정에서 무력이 동반된다면 전쟁 과정에서 발생하는 국가책임의 문제는 승계 대상이 아니라고 할 것이다.

그러나 책임 승계의 문제를 고찰함에 있어 핵심적인 논의 대상은 과연 통일 이전에 자행된 국제 위법행위 책임이 승계국에 이전되는가에 관련된다. 우선적으로 생각해 볼 사항은 현재 북한이 자행하고 있는 핵실험과 장거리 미사일 발사 등의 행위로 인한 책임의 문제이다. 주지하다시피 북한은 핵실험과 장거리 미사일 발사 등의 행위로 수차례 유엔 안보리 제재를 받은 바 있다. 그런데 독재 체제의 유지 또는 공고화의 목적으로, 혹은 국제사회에서 자국의 힘을 과시하기 위한 목적에서 무력을 사용하거나 무력적 위협을 가하여 타국의 재산 또는 인적 자원에 피해를 야기한 경우 그로 인한 금전배상 책임에 대해 승계국이 어느 부채의 경우와 동일하게 이행 의무를 부담할 필요는 없는 것으로 보인다. 특히 그러한 국제 위법행위가 승계국에게도 위협적 요인이었던 경우, 다시 말해 승계국 또는 승계국 국민의 이익을 위한 것이 아닌 경우 더욱 그러하다.

Bedjaoui는 인접한 두 개의 국가가 상호 위협을 느끼며 군비경쟁을 강화하다가 종국에는 평화적으로 통합된 경우를 상정하고 이 경우 발생한 채무는 유해 채무에 해당한다는 견해를 피력한 바 있다.¹⁰¹⁾ 이는 정확히 남북한의 상황을 보여주는 것

99) *ILC Yearbook 1977*, Vol. II, Part One, pp. 68-69, paras. 130-31.

100) Dumberry, *supra* note 90, p. 295. 한편, Dumberry는 책임 승계에 관한 책을 펴내면서 선행국과 승계국 상호 간의 위법행위가 문제되는 경우는 논의의 범위에서 배제한다고 명시하고 있다(*ibid.*, p. 28). 다시 말해 유해 채무의 문제가 오직 제3국의 행위와 관련되는 경우에만 해당 저서에서 다루게 될 것임을 전제하고 있어 사실상 본문에서 논의 대상이 된 문제에 대해서는 깊이 있게 다루지 아니하였다.

같아 흥미롭다. 주지하다시피 북한은 장기간 독재 체제를 형성하고 있으며 국제사회로부터 체제 존속에 대한 위협을 받고 있는 상황에서 대한민국을 비롯해 한국과 우호적 관계를 맺고 있는 주변국들에게 지속적으로 무력 사용에 대한 위협을 가하고 있고 그로 인해 주변국들이 공포를 느끼는 상황이다.¹⁰²⁾ 이 경우 실제로 미사일 발사로 인해 피해를 입게 되는 국가가 발생한다면, 그리고 그에 대한 책임이 확정된 후에 남북한이 통일하여 국가승계가 발생한다면 통일한국은 북한의 위법행위에 대한 책임을 지고 금전배상을 이행해야 할 것인가? 유해 채무 논리에 기초할 때 이에 대한 답은 부정적이다.

보다 심각한 문제는 북한의 인권침해 문제에 관계된다. 북한은 외국인 납치 및 강제 실종과 같은 반인도적 행위로 국제사회의 비난을 받고 있으며,¹⁰³⁾ 정부는 유엔 등 국제기구와 관련 국제 규약 등에 근거하여 납북자 문제 및 강제 실종 문제를 해결하고자 노력하고 있다.¹⁰⁴⁾ 예컨대 1970년 국제민간항공기구(ICAO)는 1969년 KAL기 납치 사건과 관련하여 북한의 항공기 납치를 규탄하였고, 같은 해 유엔 안보리와 총회에서도 북한의 항공기 납치를 규탄하는 결의문을 채택하였는데, 이러한 과정에 정부는 국제사회와 긴밀히 협력하였다. 또한 2006년 제61차 유엔 총회에서 납북자 문제를 포함하고 있는 북한 인권 결의에 찬성하여 결의안이 채택되도록 노력하였으며, 2008년부터는 북한 인권 결의에 찬성하고 공동 제안에 참여하는 등 보다 적극적인 활동을 전개하고, 2014년부터는 북한 인권 결의에 북한을 국제형사재판소에 회부하도록 권고하는 내용을 추가하는 데 일조하였다. 강제 실종 문제와 관련하여 정부는 유엔 인권위원회 산하 ‘강제적·비자발적 실종에 관한 실무그룹(WGEID)’에 납북자 생사 확인 등을 위한 진정서 제출을 지원하였고, 2015년 6월 개설된 서울 유엔 인권사무소의 활동을 적극 지원 및 협력하는 등 북한 인권

101) *ILC Yearbook 1977*, Vol. II, Part One, pp. 68–69, paras. 130–31.

102) 김은정, “北미사일이 美와 동맹 위협 안해도 요격 검토: CNN 보도…美 선제 대응 목소리”, 『조선일보』, 2017. 9. 21. 종합 A4면; 김덕한, “하와이에 北核 날아오면…’美 냉전 후 첫 核대피훈련 한다: 北核 공포가 미국민을 방공호로”, 『조선일보』, 2017. 7. 24. 종합 A2면; 정인실, 이미아, “북한, 1000km 늘려 또 미사일 도발… 광으로 방향 틀면 한국 상공 통과”, 『한국경제』, 2017. 9. 16. A4면; 박병진, “‘살라미 전술’ 식 미사일 도발… 광 포위사격 능력 과시”, 『세계일보』, (2017. 9. 15), <https://www.segye.com/newsView/20170915004290>.

103) 납북자 문제와 관련하여 다음의 자료를 참조할 것. A Special Report by the Committee for Human Rights in North Korea, *Taken! North Korean’s Criminal Abduction of Citizens of Other Countries*, Committee for Human Rights in North Korea (Washington, DC), May 12, 2011; H.Con.Res.168 – Condemning the Democratic People’s Republic of Korea for the abductions and continued captivity of citizens of the Republic of Korea and Japan as acts of terrorism and gross violations of human rights, Referred in Senate, 12 July 2005, <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/house-concurrent-resolution/168/text> (검색일: 2019.11.16).

104) 이와 관련하여 통일부 홈페이지 참조. <https://reunion.unikorea.go.kr/abduct/html/effortSociety.html> (검색일: 2019.11.16).

개선을 위해 노력하고 있기도 하다.

이러한 상황에도 불구하고 남북통일 시 통일한국은 북한에 의해 자행된 반인도적 행위에 대한 국제 책임을 자동적으로 승계해야 하는가? 가령 ‘워비어 사건’ 이후 워싱턴 DC 연방법원은 북한 정부에게 미화 5억 113만 달러의 배상 책임을 판결하였는데, 이 같은 국제 위법행위로 인한 국가책임이 추후 자동적으로 통일한국을 구속하는 이행 부담이라고 단언하는 것은 부당한 측면이 있다. 피해자 구제의 측면에서 통일한국이 책임을 인수할 ‘필요’가 있다는 사실과 국가책임의 승계라는 측면에서 책임이 자동적으로 이전된다는 ‘당위’의 측면은 분명히 구분이 필요하다. 전자는 정책적 결단의 영역이며, 후자는 법리적 판단의 영역이다. 단지 피해자 구제의 측면에서 국가책임법 및 국가승계법의 법리상 수용하기 어려운 사항을 승계국에 강요할 수는 없다. 특히 그러한 인권침해의 과정에 고문이 자행되어 강행 규범 위반이 문제되는 경우,¹⁰⁵⁾ 혹은 인권침해의 문제가 제노사이드나 인도에 반한 죄 등 소위 국제범죄에 관련되는 경우에는 주관적 속성 및 고도의 불법성에 입각한 일신전속성 논리에 따라 승계를 부정하는 전통적 국가승계법의 법리가 적용되며, 국가책임의 승계는 부정된다고 봄이 타당하다.

한편, 외국 기업의 국유화나 외국인 자산에 대한 동결, 수용, 몰수 등의 행위는 국가책임을 유발하는 대표적 사례에 해당한다.¹⁰⁶⁾ 북한의 경우 2008년 말 북한에 ‘고려링크’라는 회사를 설립하여 이동통신 사업을 해왔던 이집트의 오라스콤(ORASCOM)이 북한 당국의 외환 통제 등으로 수익 회수에 어려움을 겪고 있다고 알려진 바 있으며,¹⁰⁷⁾ 중국 요령성의 시양그룹은 지난 2012년 북한 광산에 투자했다 투자금을 회수하지 못하고 철수한 바 있다.¹⁰⁸⁾ 이 외에도 언론에 보도되지 아니한 유사한 사례들이 적지 않을 것으로 예상되는데, 책임 승계의 사례로 거론되는 사건들은 대부분 국유화나 수용 등의 행위에 관련되는 것으로 분석된다.¹⁰⁹⁾ 이 같

105) 구유고 국제형사재판소는 Delalić 판결에서 국제재판소로서는 처음으로 고문 금지가 강행 규범에 해당한다고 판단하였으며(Prosecutor v. Z. Delalić et al., ICTY Judgment, Case No. IT-96-21-T (1998)), 유럽 인권재판소도 2001년 Al Adsani 판결에서 고문 금지를 강행 규범이라고 확인하였다(Al Adsani v. The United Kingdom, Application No. 35763/97, Judgment, November 21, 2001, para. 61). 한편, ICJ는 2012년 고문 금지가 국제관습법의 일부이자 국제법상의 강행 규범이라고 판단하였다(Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, ICJ Reports 2012, para. 99).

106) Czaplinski, *supra* note 3, p. 340.

107) 이용수 외, “이집트 移通社, 北서 빈털터리로 쫓겨날 위기”, 『조선일보』, 2016. 1. 4. 종합 A1면; 황일도, “대북 투자 함정에 빠진 오라스콤: 이동사업 수익 분국 송금 막막 … ‘신의성실의 원칙’ 모르쇠 평양도 자중수”, 『주간동아』, 제997호(2015. 7. 20.), pp. 16-17.

108) 『조선일보』 사설, “개성공단 ‘세금 폭탄’ 보면서 누가 북에 투자하겠나”, 『조선일보』, 2012.10.19. 독자 A39면; 안용현, “북·중, 나선·황금평 개발 합의했지만 전망은 불투명”, 『조선일보』, 2012.8.16. 종합 A4면; 홍찬식, “중국 기업에 ‘사기꾼’ 강도’ 욕먹는 북한의 商道義”, 『동아일보』, 2012.8.10. A27면.

109) 이등은, *supra* note 87, p. 73.

은 경향이 나타나는 이유는 사적 권리의 보전이라는 측면도 있겠지만 기득권의 원칙이나 부당이득에 관한 원칙 등 국제 사법상의 법 원칙에 입각한 것으로 보인다.¹¹⁰⁾ 국가승계 이후 국제사회의 일원으로서 경제활동에 참여하기 위한 국가 정책적 차원의 결정이 개입된 부분도 없지 않다고 생각된다. 이 같은 측면에서 북한의 국유화 또는 수용 등으로 인한 모든 책임 관계를 반드시 승계해야 할 필요는 없지만 관련국 간 합의를 통해 전략적으로 접근할 필요는 있을 것으로 보인다.

V 결론

흔히 승계국이나 그 국민의 이익에 반하는 사유로 인해 발생한 국가 채무를 유해 채무라고 하며, 이러한 성격의 채무까지 승계국에게 이행 책임을 지라고 하는 것은 정당하지 않다는 측면에서 채무 승계의 예외 사유에 해당하는 것으로 여겨진다.¹¹¹⁾ 최근에는 법학자들보다도 비법학자들¹¹²⁾이나 비정부기구의 노력을 통해 유해 채무의 범위를 확대하여 국가승계 시 이전되는 채무의 대상에서 배제하려는 노력이 나타나고 있다. 예컨대 2003년에 발간된 CISDL(Center for International Sustainable Development Law) 작업 보고서는 적대적 채무나 전쟁 채무와 같이 기존의 유해 채무 논의에서 인정되었던 채무 유형 이외에 제3세계 부채라는 개념을 도입하고 있는데, 이는 저개발 국가의 국민들이 독재 체제하에서 국민의 이익에

110) 크로아티아와 세르비아 간 제노사이드 사건에서 Kreća 판사는 반대 의견을 통해 양허 계약 위반 책임이 문제되었던 *Lighthouses* 중재 사건의 경우 사인과 국가와의 관계가 문제된 사건으로 국제 공법이 아니라 국제 사법에 관련된 사례인데, 제노사이드 협약 위반에 대한 책임과 같이 인적 속성을 지닌 책임의 경우 흔히 책임 승계를 주장하는 학자들에 의해 승계의 근거로 제시되는 기득권의 원칙이나 권리 의무의 이전에 관한 원칙, 부당이득에 관한 원칙 등을 적용하는 것이 부적절하다고 지적한 바 있다(*Separate Opinion of Judge Ad Hoc Kreća*, in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, ICJ Reports (2015), pp. 489–92, paras. 64–65.4).

111) 정인섭, 『신국제법강의-이론과 사례』(제8판)(서울: 박영사, 2018), p. 592; Rudolf Streinz, "Succession of States in Assets and Liabilities: a New Régime? The 1983 Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts," *German Yearbook of International Law* (1983), p. 204; Stern은 유해 채무 불승계 원칙이 1983년 협약에 포함되지는 않았지만 그럼에도 국제관습법으로 인정해야 한다고 주장한다(Stern, *supra* note 56, p. 341); Dumberry, *supra* note 90, p. 295; 한편, 유해 채무 불승계 원칙에 대한 비판적 견해는 Albert H. Choi and Eric A. Posner, "A Critique of the Odious Debt Doctrine," *University of Chicago Law School*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 323 (2007). https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=law_and_economics.

112) Patricia Adams, *Odious Debts: Loose Lending, Corruption and the Third World's Environmental Legacy*, Probe International (1991).

관계없이 체결된 부채로 인해 과중한 부담을 느끼고 있는 현실을 반영하여 고안해 낸 유해 채무의 유형이다.¹¹³⁾ 보고서 작업에 참여한 Jeff King은 그동안 유해 채무의 문제가 성문화 대상이 되지 아니한 것을 비판하며 보고서의 내용이 유해 채무라는 도덕적으로 긴요한(morally compelling) 원칙에 대한 설득력 있는 법적 논거가 되길 희망한다는 주장을 피력하기도 하였다.¹¹⁴⁾

주지할 점은 오늘날 유해 채무의 논의가 인권의 측면이나 인도적 논의에 대한 고려를 바탕으로 확대되는 측면이 있다는 것이다. 오늘날의 국제사회는 인권의 측면을 강조하여 채무와 같은 재정적 문제를 해결하는 데 있어서도 인권이나 인도적 측면, 정의의 측면에서의 형평을 강조하며¹¹⁵⁾ 전통적인 유해 채무의 관념에서 벗어나 독재 체제와 같은 유해 체제하에서의 채무 전체를 무효화하려는 논의까지 등장시키고 있다.¹¹⁶⁾ 이러한 논의는 주로 채무 변제 의무의 예외라는 맥락에서 전개되고 있을 뿐 국가승계의 맥락에서는 더 이상의 깊은 논의가 진행되고 있지 않다.

그러나 국가승계에서 중시되는 형평한 결과의 실현이라는 측면에서 볼 때 유해 채무뿐 아니라 유해 행위 책임의 승계 문제에 대한 보다 깊이 있는 논의가 필요하다. 유해 채무의 문제는 전통적인 국가승계법상 승계 부정의 가장 근본적인 원인이라고 지적되는 행위의 주관적 속성 및 일신전속성 논리와 밀접히 관계되어 있다. 그런데 ILC는 이러한 측면에 대한 구체적인 논의 없이 2001년 국가책임법이 객관적 책임 원칙 및 2차 규칙의 속성에 입각하여 채택되었다는 측면에서 모든 위법행위 책임을 동일한 성격으로 보아 단지 국가승계 유형만을 지표로 하여 책임 승계 논의를 전개하고 있다. 그러나 ILC가 국가책임법 논의 과정에 객관적 책임주의를 채택하였던 이유는 국가책임을 논함에 있어 고의나 과실을 더 이상 문제 삼지 않겠다는 것이 아니라 고의나 과실이 국가책임의 성립 요건인지 여부에 관한 일반적 원칙이 존재하지 않는다는 시각에 입각한 것이었다.¹¹⁷⁾ 고의나 과실의 문제는 1차 규칙의 대상과 목적에 따라 관련 규칙을 해석하고 상이한 법 영역의 기능을 고려하여 판단할 사항이라고 판단하였던 것이다.¹¹⁸⁾ 그렇다면 국가책임의 승계 여부를 판단함에 있어 1차 규칙상 고의나 과실에 대한 판단이 요구되는 경우와 무과실책

113) Ashfaq Khalfan et al., CISDL Working Paper, *supra* note 41.

114) Jeff King, "The Doctrine of Odious Debt under International Law: Definition, Evidence and Issues Concerning Application," *Ibid.*, p. 48.

115) Robert Howse, "The Concept of Odious Debt in Public International Law," United Nations Conference on Trade and Development, Discussion Papers, No. 183, July 2007, pp. 7-9.

116) Lee C. Buchheit et al., *supra* note 41, pp. 1220-24.

117) James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 13.

118) *Ibid.*

임을 요건으로 하는 경우를 구분하여 살펴야 할 필요가 인정되며, 다시 말해 위반된 의무의 내용에 대한 고찰을 바탕으로 책임의 승계 여부를 판단할 필요가 있다.¹¹⁹⁾

게다가 국가승계의 유형 중 한국의 상황과 밀접한 관련을 가지는 통일의 경우에는 형평한 고려 가능성을 명문화하고 있지 않아 문제가 있다. 이에 형평한 고려의 가능성이 명문화될 수 있도록 지속적인 관심과 노력이 필요할 것이며, 특히 유해 채무를 비롯한 특정 행위 책임은 전통적인 국가승계법의 법리상 승계 불가능한 책임에 속한다는 측면을 염두에 두고 개별 구체적 사건에서 형평한 결과가 도출될 수 있도록 대처할 필요가 있겠다. 특히 국제 위법행위로 인한 피해자의 입장을 고려한다는 명분하에 책임 이행의 주체가 되는 승계국의 수인 가능 범위를 넘어서는 불합리한 결론이 도출되지 않도록 적절한 대처가 필요한 시점이다.

119) 이등은, *supra* note 87, p. 68.

참고 문헌

I. 국내 문헌

- 李根寬, “舊蘇聯의 分裂과 國家相續: 舊蘇聯의 外債問題를 中心으로”, 『一鑑法學』 제3권 (1998).
- 이기범, “국제법상 ‘형평(Equity)’ 개념에 대한 ‘실증주의적’ 고찰”. 『국제법학회논총』 제59권 제1호 (2014).
- 이동은, “국가책임의 승계에 대한 일원적 접근방식에 관한 비판적 고찰”. 2019 국제법학자 대회 발표 자료.
- 이창열, 성재호, “국제법상 형평의 규범적 기능과 한계; 재판 규범적 가치를 중심으로”. 『성균관법학』 제21권 제2호 (2009).
- 정인섭, 『신국제법강의-이론과 사례』 (제8판) (서울: 박영사, 2018).

II. 국외 문헌

- Adams, Patricia. *Odious Debts: Loose Lending, Corruption and the Third World's Environmental Legacy*. Probe International. 1991.
- Agó, Roberto. *Le Droit international à l'heure de sa codification: études en l'honneur de Roberto Ago = Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione: studi in onore de Roberto Ago = International law at the time of its codification: essays in honour of Roberto Ago*, v.3. Milano: Giuffrè, 1987.
- Boisson de Chazournes, Laurence and Vera Gowlland-Debbas (eds.). *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/L'Ordre Juridique International, un Système en Quête d'Équité et d'Universalité. Liber amicorum Georges Abi-Saab*. The Hague, Martinus Nijhoff, 2001.
- Bonafè, Beatrice I. *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*. Martinus Nijhoff, 2009.
- Bonafè, Beatrice I. “Reassessing Dual Responsibility for International Crimes.” *Sequência (Florianópolis)* Vol. 73 (2016).
- Buchheit, Lee C. and G. Mitu Gulati, Robert B. Thompson. “The Dilemma of Odious Debts.” *Duke Law Journal* Vol. 56, No. 5 (2007).
- Bühler, Konrad G. *State Succession and Membership in International Organizations: Legal Theories versus Political Pragmatism*. Kluwer, 2001.
- Choi, Albert H. and Eric A. Posner. “A Critique of the Odious Debt Doctrine.” *University of Chicago Law School*. John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 323, 2007.
- Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

- Czaplinski, Wladyslaw. "Equity and Equitable Principles in the Law of State Succession." In *Succession of States*, edited by Mojmir Mrak. Martinus Nijhoff Publishers, 1999.
- De Louter, J. *Le Droit International Public Positif*, Oxford: Oxford University Press, 1920, Vol. I.
- Dumberry, Patrick. *State Succession to International Responsibility*. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Feilchenfeld, Ernst H. *Public Debts and State Succession*. New York: [s.n.], 1931.
- Fischer-Lescano, Andreas. "Odious Debts und das Weltrecht." *Kritische Justiz* Vol. 36, No. 2. (2003).
- Gruber, Annie. *Le Droit International de la Succession d'Etats*, Bruylant, 1986.
- Howse, Robert. "The Concept of Odious Debt in Public International Law." *UNCTAD Discussion Papers* No.185 (July 2007).
- Khalfan, Ashfaq, and Jeff King Bryan Thomas. *Advancing the Odious Debt Doctrine*, CISDL Working Paper, March 11, 2003.
- King, Jeff A. "Odious Debt: The Terms of the Debate." *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 32, No. 4.
- Kohen, Marcelo G. and Robert Kolb, Djacoba Liva Tehindrazanarivelo (eds.). *Perspectives of International Law in the 21st Century*. Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed.. London and New York Routledge, 1997.
- McCaffrey, Stefan C. *The Law of International Watercourses*, 2nd ed.. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Menon, P.K. "The Succession of States and the Problem of State Debts." *Boston College Third World Law Journal* (1986), Vol. 6, Issue 2.
- Menon, P.K. *The Succession of States in Respect of Treaties, State Property, Archives and Debts*. Lewiston, N.Y., E. Mellen Press, 1991.
- Mrak, Mojmir (ed.). *Succession of States*. Martinus Nijhoff Publishers, 1999.
- Nelson, L.D.M. "The Roles of Equity in the Delimitation of Maritime Boundaries." *A.J.I.L.* (1990), Vol. 84.
- O'Connell, D.P. *Recent Problems of State Succession in Relation to New States*, (A. W. Sijthoff, Leyden). Extract from the *Recueil des Cours*, Vol. II, 1970.
- Paulus, Christoph G. "The Evolution of the 'Concept of Odious Debts'." *ZaöRV* (2008), Vol. 68.
- Rossi, Christopher R. *Equity and International Law: A Legal Realist Approach to International Decisionmaking*. Transnational Publishers Inc., 1993.
- Sack, Alexander N. *Les Effets des Transformations des Etats sur Leurs Dettes Publiques et Autres Obligations Financiers*. 1927.
- Sack, Alexander N. *La Succession aux Dettes Publiques d'Etat*. 1929.
- Streinz, Rudolf. "Succession of States in Assets and Liabilities: a New Régime?"

The 1983 Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts.” *German Yearbook of International Law* (1983).
 Udina, Manlio. “La Succession des Etats Quant aux Obligations Internationales Autres Que les Dettes Publiques.” *Recueil de Cours* (1933-II), Vol. 44.

III. 기타

Bedjaoui, Mohammed. *Ninth Report on Succession of States in Respect of Matters Other Than Treaties*, April 13 and 20, 1977, A/CN.4/301.

Šturma, Pavel. *First Report on Succession of States in Respect of State Responsibility*, May 31, 2017, A/CN.4/708.

Šturma, Pavel. *Second Report on Succession of States in Respect of State Responsibility*, April 6, 2018, A/CN.4/719.

ILC Yearbook 2015.

ILC Yearbook 1976, Vol. I.

ILC Yearbook 1977, Vol. II, Part One.

ILC Yearbook 1978, Vol. I.

ILC Yearbook 1981, Vol. II, Part Two.

Affaire Relative à la Concession des Phares de l'Empire Ottoman (Grèce, France) (Lighthouses Arbitration), Award of 24/27 July 1956.

Al Adsani v. The United Kingdom, Application No. 35763/97, Judgment, November 21, 2001.

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, *ICJ Reports 1974*, p. 3.

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, *ICJ Reports 1974*, p. 175.

Great Britain v Costa Rica (the Tinoco Arbitration), *UN Reports of International Arbitral Awards* (1924).

North Sea Continental Shelf, Judgment, *ICJ Reports 1969*, p. 3.

Prosecutor v. Z. Delalić et al., ICTY Judgment, Case No. IT-96-21-T (1998).

S. Th. v. German Treasure, German Reichsgericht in Civil Matters, June 3, 1924.

The United States of America v. The Islamic Republic of Iran, Award (Award No. 574-B36-2), December 3, 1996.

Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, *ICJ Reports 2012*.

제5장
식량권과 특허권의 충돌에 대한
해결 방안 연구

이 인 혜

한국지식재산연구원 선임연구원

목차

- I. 서론
- II. 식량권과 특허권의 충돌
- III. 충돌의 해결 방안
- IV. 대안적 해결 방안으로서의 메커니즘
- V. 결론

I 서론

인구 증가와 기후변화로 인해 식량 위기가 고조되고, 미래 먹거리에 대한 수요가 증가하자 기존의 종자 기업 외에 초국경적 농화학 기업들까지 종자 시장에 뛰어들었다. 종자 개발은 외부 환경 요인으로 인한 곡물 가격 상승으로부터 자유로울 수 있고 안정적으로 곡물 공급이 가능하기 때문에 이를 통해 고수익을 확보하고자 몬산토(Monsanto), 신젠타(Syngenta), 듀퐁(DuPont)과 같은 거대 기업들이 유전자 재조합(GM: Genetically Modified) 종자 시장에 막대한 투자를 하게 되었으며, 현재 독점적 지위를 누리고 있다.¹⁾ GM 종자는 식량 생산 증대를 유도한 종자로, 대규모의 단일 재배 방식에 적합하다. 그러나 이러한 방식은 각 지역마다 전통적으로 재배되던 고유종을 침식시키고, 종자의 다양성을 감소시킨다. 다양성 감소는 기후변화나 재난, 병충해에서의 종자 생존율과 지속 가능성을 떨어뜨려 식량 안보에 위협 요인이 될 수 있다.²⁾ GM 종자로 인한 또 다른 문제점은 식량 자원인 종자를 특허화함으로써 가격 상승을 초래하였다는 것이다. 예컨대 면화의 경우 1에이커당 종자 가격이 1975년 5.88달러에서 2011년 96.48달러로, 약 516% 상승하기도 하였다.³⁾ 특히 GM 종자를 판매하는 기업에서 종자만 별도로 판매하지 않고, 종자와 함께 농약, 비료를 패키지로 판매하여 식량 생산자들에게 재정적 부담을 가중시키고 식량 자원에 대한 경제적 접근성을 떨어뜨렸다.

이에 따라 개량된 종자를 특허권으로 보호할 의무와 인류의 식량권을 보장할 의무 사이에 충돌이 발생하게 되었다. 식량권의 필수적인 요소 중 경제적인 접근성, 물리적인 접근성, 나아가 지속 가능성 및 이용 가능성에 있어 종자에 대한 특허권이 일정 부분 침해하게 되는 것이다.

이러한 충돌 가능성에 대해서는 유엔 인권 보호와 증진을 위한 소위원회(UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights)가 결의 2000/7호에서 잠재적인 충돌 가능성의 네 가지 영역 중 하나를 지적한 바 있으며,⁴⁾ 2009년 식량권에 관한 특별보고관이 종자에 대한 특허권으로 새

1) 현재 이러한 거대 기업들은 인수, 합병 등을 통해 종자 시장을 과점화하고 있다. 2015년 DuPont과 Dow Chemical의 합병, 2017년 ChemChina의 Syngenta 인수, 2018년 Bayer의 세계 최대 종자 기업 Monsanto 합병 등으로 전 세계 종자 시장의 70%를 상위 6개 기업이 차지하게 되었다. Bloomberg, Bayer Closes Monsanto Deal to Cap \$63 Billion Transformation, June 7, 2018.

2) 필리핀의 경우, 1960년대 3000종 이상의 토종 벼 종자가 있었으나 GM 종자 확산 이후 현재 2종만 남아 있다. 발렌틴 투른 외 저·이미옥 역, 『무엇을 먹고 어떻게 분배할 것인가』(서울: 예코리브르, 2017), p. 72.

3) Center for Food Safety, Seed Giants vs. U.S. Farmers, February 13, 2013, p. 16.

4) 충돌 가능성의 네 가지 영역은 1) 개발도상국에 대한 기술 이전의 장애, 2) 유전자조작 유기체의 특허화 및 식물

로운 종자에 대한 접근성이 떨어지고 식량 가격이 상승하여 결과적으로 가난한 사람의 식량 접근권이 떨어진다고 지적하기도 하였다.⁵⁾

그러나 식량권과 종자 특허가 충돌하는 부분에 대한 지적만 존재할 뿐 구체적으로 이러한 충돌을 해결하는 방안에 대해서는 다루어지지 않고 있다. 식량권과 종자 특허가 충돌하는 경우 무엇을 기준으로 권리의 우위성을 판단해야 하는지, 식량권을 상위의 권리로 보고 특허권을 제한할 수 있는지, 그렇다면 어떤 근거로 제한이 가능한지에 대한 연구가 필요하다. 이에 따라 본 논문에서는 두 권리가 충돌할 때 해결 방법으로 권리의 우위를 판단하는 방법과 이를 통한 해결이 어려운 경우의 대안적 해결 방법을 제시하고자 한다.

II ▶ 식량권과 특허권의 충돌

1. 식량권

적절한 식량에 대한 권리(right to adequate food)란 유엔 경제적·사회적·문화적 권리 위원회(Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, 이하 ‘사회권규약위원회’)의 일반논평(General Comment) 12호의 정의를 참고하면 “모든 남자, 여자, 그리고 아동이 개별적으로나 집단으로서 언제나 적절한 식량, 또는 식량을 조달할 수 있는 수단에 대한 물리적 및 경제적 접근성을 보유할 때 실현되는 권리”를 말한다.⁶⁾ 그러나 일반논평은 법적 구속력이 없는 지침으로, 식량권에 대한 국제법적 근거는 ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제 규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 이하 ‘사회권규약’) 제11조, ‘식량 및 농업을 위한 식물 유전자원에 관한 국제조약(ITPGRFA: International

다양성 등 식량권 향유에 관한 문제, 3) 생물 해적 행위(bio-piracy)와 유전자원 및 천연자원, 문화적 가치를 통제하는 토착민 공동체의 감소, 4) 건강권 향유와 의약품 특허에 대한 접근성에서의 제한이다. UN Sub-Commission on Human Rights Resolution 2000/7, Intellectual Property Rights and Human Rights, UN Economic and Social Council, E/CN.4/SUB.2/RES/2000/7 (August 17, 2000), p. 1. 유엔 인권 보호와 증진을 위한 소위원회는 2006년 위원회가 인권이사회(Human Rights Council)로 개편됨에 따라 소위원회도 인권자문위원회(Human Rights Council Advisory Committee)로 개편되었다.

5) UN General Assembly, The Right to Food: Seed Policies and the Right to Food: Enhancing Agrobiodiversity and Encouraging Innovation, A/64/170 (July 23, 2009), paras. 26, 34.
6) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11), E/C.12/1999/5 (May 12, 1999), para. 6.

Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture)', 국제인도법 관련 조약들에서 찾을 수 있다. 다만, 해당 조약들에서는 식량권에 대한 보장 의무만을 명시하고 있어, 식량권의 구체적인 특정을 위해서는 일반논평 12호, 식량권에 관한 특별보고관의 보고서, 유엔식량농업기구(FAO: United Nations Food and Agriculture Organization)의 발간 문서, 유엔인권최고대표사무소(OHCHR: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights)의 문서 등을 참고해야 한다. 관련 조약 및 국제 문서들은 아래 표를 참고할 수 있다.

〈표 1〉 식량권을 규정한 조약

구 분	내 용
사회권규약 제11조	<p>1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 적당한 식량, 의복 및 주택을 포함하여 자기 자신과 가정을 위한 적당한 생활수준을 누릴 권리와 생활 조건을 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.</p> <p>2. 이 규약의 당사국은 기아로부터의 해방이라는 모든 사람의 기본적인 권리를 인정하고, 개별적으로 또는 국제 협력을 통하여 아래 사항을 위하여 구체적 계획을 포함하는 필요한 조치를 취한다.</p> <p>(a) 과학·기술 지식을 충분히 활용하고, 영양에 관한 원칙에 대한 지식을 보급하고, 천연자원을 가장 효율적으로 개발하고 이용할 수 있도록 농지 제도를 발전시키거나 개혁함으로써 식량의 생산, 보존 및 분배의 방법을 개선할 것.</p> <p>(b) 식량 수입국 및 식량 수출국 쌍방의 문제를 고려하여 필요에 따라 세계 식량 공급의 공평한 분배를 확보할 것.</p>
ITPGRFA 전문	<p>식물 유전자원의 보존을 증진하고 농부의 권리를 보호하는 것을 중점으로 하고 있는 조약으로, 식물 유전자원의 지속적인 사용은 식량권의 점진적 실현에 있어, 그리고 식량과 영양 안보의 성취에 있어 기본적인 내용이라 언급하며, 이에 따라 식량권 실현에 대한 구체적인 내용을 규정하고 있음.</p>
국제인도법 관련 조약	<p>전투 방법으로서 민간인의 기아 작전 금지, 또는 식료품 및 식료품 생산을 위한 농경 지역, 농작물, 공급 시설 등에 대해 공격, 파괴 등 금지와 같은 내용으로 식량권이 규정되어 있으며, 이러한 내용을 포함하고 있는 국제인도법 조약은 다음과 같음.</p> <p>(집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약, 포로의 대우에 관한 제네바협약, 아파테이드 범죄의 진압 및 처벌에 관한 국제협약, 제네바 제 협약에 대한 추가 및 국제적 무력 충돌의 희생자 보호에 관한 의정서(제1추가의정서), 제네바 제협약에 대한 추가 및 비국제적 무력 충돌의 희생자 보호에 관한 의정서(제2추가의정서), 고문방지협약, 국제형사재판소에 관한 로마 규정)</p>

〈표 2〉 식량권을 규정한 국제 문서

구 분	내 용
세계인권선언 제25조	모든 사람은 의식주, 의료 및 필요한 사회복지를 포함하여 자신과 가족의 건강과 안녕에 적합한 생활수준을 누릴 권리와, 실업, 질병, 장애, 배우자 사망, 노령 또는 기타 불가항력의 상황으로 인한 생계 결핍의 경우에 보장을 받을 권리를 가진다.
일반논평 12호	사회권규약 제11조의 의무에 대한 일종의 가이드적 문서로, 적절한 식량에 대한 권리가 인간의 천부적 존엄성과 불가분의 관계에 있으며 국제인권장전에 규정된 기타 인권의 실현에 필수 불가결한 권리임을 확인하고 있음. 제6항에서 “모든 남자, 여자, 그리고 아동이 개별적으로나 집단으로서 언제나 적절한 식량, 또는 식량을 조달할 수 있는 수단 에 대한 물리적 및 경제적 접근성을 보유했을 때 실현되는 권리”라고 정의하고 있음. 또한 식량권이 사회 정의와 불가분의 관계에 있어 빈곤 퇴치 및 만인을 위한 모든 인권의 실현을 지향하는 국내 및 국제적 차원의 적절한 경제적, 환경적 및 사회적 정책의 채택이 필요함을 언급함.
식량권 특별보고관	식량권은 재정적 구매 또는 직접적으로 소비하는 사람들이, 문화적 전통에 부합하며 양적 및 질적으로 충분한 식량에 정기적이고 영구적으로, 자유롭게 접근할 수 있으며, 두려움 없이 물리적 또는 정신적으로, 개인적 또는 집단적으로 충족되고 존엄한 삶을 보장하는 권리라고 정의하고 있으며, 약 60건이 넘는 보고서를 통해 식량권과 관계된 이슈들을 분석하고 당사국에 권고 사항을 제시하고 있음.
FAO UN인권최고 대표사무소	식량권이란 포괄적인 권리이며, 단백질, 칼로리 등과 같은 특정 영양소에 대한 최소한의 권리를 의미하는 간단한 것이 아니고, 건강하고 활동적인 생활과 이러한 삶에 접근할 수 있게 하는 수단으로써 필요한 모든 영양적 요소에 대한 권리라고 정의하고 있으며, 관련된 여러 권고 사항을 보고서로 제출하고 있음.

사회권규약위원회에서는 식량권을 ‘접근 가능성’, ‘이용 가능성’, ‘지속 가능성’의 요소로 구성되어 있다고 설명하였다. 접근 가능성은 적절한 식량 획득과 관련된 재정적 비용이 다른 기본적 욕구의 성취 및 만족을 위협하거나 제한하지 않을 정도의 경제적 접근성, 모든 사람이 물리적으로 접근 가능하여야 한다는 물리적 접근성이 포함되며,⁷⁾ 이용 가능성은 생산지나 기타 천연자원으로부터 먹을 것을 직접 구할 수 있는 가능성이거나 생산지에서 필요로 하는 곳으로 식량을 운반할 수 있는 분배, 가공 및 시장 제도의 순기능적인 가능성을 포함한다.⁸⁾ 지속 가능성은 식량이 현재 및 미래 세대 모두에 접근 가능할 것을 포함하며, 장기간의 이용 가능성과 접근 가능성의 개념을 모두 포괄한다.⁹⁾

7) UN Economic and Social Council, The Right to Food: Report by the Special Rapporteur on the Right to Food, Mr. Jean Ziegler, submitted in accordance with Commission on Human Rights Resolution 2000/10, E/CN.4/2001/53 (February 7, 2001), p. 21; UN Committee on Economic, *supra* note 6, para. 13.

8) *Id.*, para. 12.

9) UN Economic and Social Council, *supra* note 7, p. 18; UN Committee on Economic, Social and

식량권의 포괄적인 개념 정의로 인해 생명권과 동일시되는 수준의 권리인 식량권과 보충적 수단으로서의 식량에 대한 권리 모두가 포함되지만 본 사안에서 다루는 특허권과 충돌하는 식량권의 범위는 생명권과 동일시되는 권리 수준은 아니나 생명권에 포함되는 수준의 식량권을 의미한다. 즉, 특허권이 침해하는 식량권은 국제인도법상 규정하고 있는 기아의 금지, 강제 이주, 생활 수단의 파괴와 같은 수준의 즉각적인 극도의 식량권 침해가 아닌 식량자원에 대한 접근성, 종자 다양성, 지속 가능성에 대한 침해 상황을 말한다. 그러므로 보충적 수단으로서의 식량에 대한 권리도 여기서의 논의 대상에 포함되지 않는다.

2. 종자 특허

종자에 대한 특허는 품종개량을 통해 이전과는 다른 신규하거나 진보성이 있는 특성의 종자를 개발하여, 해당 종자의 육종 기술에 대해 특허를 부여하고 일정 기간 동안 독점 배타적으로 권리를 보호하는 것을 말한다. 일반적인 특허권의 성립 요건과 동일하나 특허권의 대상이 '특정 종자를 만드는 기술' 또는 '해당 기술을 이용하여 만든 종자'라는 것에 차이가 있다.

일반적인 특허에 대한 권리는 '산업재산권의 보호를 위한 파리협약(Paris Convention for the Protection of Industrial Property)', '특허협력조약(PCT: Patent Cooperation Treaty)', '특허법조약(PLT: Patent Law Treaty)' 등의 세계지식재산권기구(WIPO: World Intellectual Property Organization) 관장 조약에서 규정하고 있으며, 사회권규약에서도 특허에 대한 권리를 인권으로 보호하고 있다(〈표 3〉 참고). 특허권을 통한 종자의 보호는 '식물 신품종 보호를 위한 국제협약(International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, 이하 'UPOV협약')과 산업재산권의 보호를 위한 파리협약, 세계무역기구(WTO: World Trade Organization)의 부속 협정인 '무역관련 지식재산권에 관한 협정(TRIPS: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)'에서 규정하고 있다.

〈표 3〉 특허에 대한 권리가 규정된 조약

구 분	내 용
사회권규약 제15조	제15조 1. 이 규약의 당사국은 모든 사람의 다음 권리를 인정한다. (a) 문화생활에 참여할 권리 (b) 과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리 (c) 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리

〈표 4〉 종자에 대한 품종보호권/특허권이 규정된 조약

구 분	내 용
식물 신품종 보호를 위한 국제 협약 제5조	제5조 보호 조건 1. [총족되어야 할 조건] 품종은 다음 각 항목의 조건을 갖춘 경우 육성자 권리가 부여된다. 가. 신규성 나. 구별성 다. 균일성 라. 안정성 2. [그 밖의 조건] 육성자 권리를 부여함에 있어서, 품종이 제20조의 규정에 따라 명명되었고, 출원인이 출원을 접수한 당국이 속하는 체약 당사자의 법률이 정한 형식을 충족하였으며, 출원인이 소정의 수수료를 납부하는 경우에는, 그를 초과하거나 그와 다른 조건이 부과되지 아니한다.
산업재산권의 보호를 위한 파리협약	제1조 산업재산권의 범위 2. 산업재산권의 보호는 특허, 실용신안, 의장, 상표, 서비스 마크, 상호, 원산지 표시 또는 원산지 명칭 및 부당 경쟁의 방지를 그 대상으로 한다. 3. 산업재산권은 최광의로 해석되며 본래의 공업 및 상업뿐만 아니라 농업 및 채취 산업과 포도주, 곡물, 연초염, 과일, 가축, 광물, 광수, 맥주, 꽃 및 곡분과 같은 모든 제조 또는 천연 산품에 대해서도 적용된다.
TRIPS 협정 제27조(3)(b)	3. 회원국은 또한 아래 사항을 특허 대상에서 제외할 수 있다. a. 인간 또는 동물의 치료를 위한 진단 방법, 요법 및 외과적 방법 b. 미생물 이외의 동물과 식물, 그리고 비생물학적 및 미생물학적 제법과는 다른 본질적으로 생물학적인 식물 또는 동물의 생산을 위한 제법. 그러나 회원국은 특허 또는 효과적인 독자적 제도 또는 양자의 혼합을 통해 식물 변종의 보호를 규정한다. 이 호의 규정은 세계무역기구 협정의 발효일로부터 4년 후 재검토된다.

위의 조약에 의하면 품종보호권은 신규성, 구별성, 균일성, 안정성을 갖춘 경우 품종을 보호받을 수 있으며, 동 협약에 규정된 경우를 제외하고는 공공 이익 이외의 이유로 제한되지 않고, 육성자의 권리가 부여된 날로부터 최소 20년간, 수목류

및 덩굴류의 경우 최소 25년간 보호된다. TRIPS 협정 제27조 (3) (b)에 의하면 특허 또는 효과적인 독자적 제도 또는 양자의 혼합을 통해 식물 변종의 보호를 규정할 수 있도록 하고 있다. 이에 따라 동 조약 당사국은 특허법에 의한 종자특허권 또는 품종보호권으로 각각 보호하거나 양자의 혼합으로 보호할 수 있다.

3. 식량권과 종자 특허의 충돌 내용

식량권의 충돌 내용을 조약에 근거하여 보면, 사회권규약 내에서 식량권과 특허에 관한 권리, 즉 발명가의 권리가 충돌하는 것으로 볼 수 있다. 이를 위해 식량권에 대해 규정하고 있는 가장 기본적인 인권 조약인 사회권규약과 식량권의 일부로서 농부의 권리를 포함한 식량 농업 식물 관련 조약인 ITPGRFA와 특허권에 대해 규정하고 있는 사회권규약 및 TRIPS 협정을 중심으로 네 가지의 유형으로 구분해 보았다. 다만, 파리협약은 TRIPS 협정에서 파리협약을 대체하는 높은 수준의 보호 규정을 담고 있기 때문에 충돌 유형에서 제외한다.

〈표 5〉 식량권과 종자 특허의 대표적 충돌 유형¹⁰⁾

특허권 식량권	사회권규약	TRIPS 협정
사회권규약	식량권(§11) v. 발명권(§15(1)(c))	식량권(§11) v. 무역 관련 지재권(전체)
ITPGRFA	농부권(§9) v. 발명권(§15(1)(c))	농부권(§9) v. 무역 관련 지재권(전체)

이에 따라 충돌의 유형을 정리해 보면 사회권규약 내에서의 식량권과 발명권의 충돌, 사회권규약상의 식량권과 TRIPS 협정에서의 특허 관련 규정, 식량 자원에 대한 ITPGRFA에서 농부권과 사회권규약상의 발명권, ITPGRFA의 농부권과 TRIPS 협정에서 특허 관련 규정들이 충돌하는 것으로 정리해 볼 수 있다. 각각의 충돌이 모두 식량권과 특허권의 충돌을 대표하는 것으로 언급되었으나 사회권규약상 발명권은 발명에 대한 이익을 보상받을 수 있는 발명가의 권리로 특허권과 반드시 동일한 것은 아니다. 다만, 식량권의 강조로 인해 특허권이 제한되는 상황에서는 발명가의 권리가 침해될 수 있다. 또한 TRIPS 협정의 경우 WTO의 부속 협정으로 무역을 위한 지식재산권 보호가 목적이므로, 목적 자체가 식량권 및 농부권의 인권적 요소와 대립될 가능성이 있다.

10) CBD나 나고야의정서 등과 같은 간접적으로 식량권을 반영하고 있는 조약은 제외하였으며, 충돌하는 각 권리들을 약칭하였다.

III 충돌의 해결 방안

식량권과 종자 특허의 충돌은 어느 한 권리의 제한을 통해서만 해결 가능하다. 그런데 식량권과 종자 특허의 충돌 발생 가능성은 특정 식량에 대해 기존에는 존재하지 않았던 특허권이 발생하여 충돌을 일으키는 것이므로, 식량권을 제한하느냐 특허권을 제한하느냐의 선택 문제가 아니라 식량권을 제한하는 특허권의 효력을 존치하느냐 제한하느냐의 선택 문제라고 보아야 할 것이다.

특허권을 제한하는 방법에는 특허권의 효력을 제한하는 방법과 특허 대상에서 종자를 제외하여 특허권의 발생 자체를 제한하는 방법이 있다. 또한 이미 발생한 특허권에 대해 효력은 인정하되 강제실시권으로 실시를 허락하는 방법도 있다. 다음에서는 이와 같은 세 가지 특허권 제한 조치를 통해 식량권과 종자 특허의 충돌을 해결하는 방법을 살펴보고자 한다.

1. 특허권의 효력 제한 조치

식량권과 종자 특허가 충돌하는 경우는 식량권을 규정하고 있는 국제법과 종자에 대한 특허권을 규정하고 있는 국제법이 충돌하는 경우로, 양자 중 어느 한 규범을 적용하는 경우 다른 한 규범의 적용은 배제된다. 이렇게 국제법상 둘 이상의 규범이 충돌하는 경우, 충돌하는 규범 간의 위계(hierarchy)를 판단하여 충돌을 해결해야 한다. 두 규범이 충돌하는 경우, 한 규범이 상위의 규범이라면 하위의 규범은 후순위가 되어 규범 선택에 대한 충돌 문제가 용이하게 해결되기 때문이다.

충돌하는 규범들 중 타 규범보다 우선 적용하도록 명시되어 있거나 타 규범과의 양립성을 명시하고 있는 경우에는 해당 내용에 따라 규범 적용의 순위를 정할 수 있다. 그렇지 않은 경우 위계를 판단하기 위해서는 일반적 충돌 해결의 원칙인 신법 우선의 원칙,¹¹⁾ 특별법 우선의 원칙,¹²⁾ 상위법 우선의 원칙, 강행 규범 우위의 원

11) 신법 우선의 원칙은 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제30조에 따라, 동일한 주제에 관한 양립 불가능한 두 조약 사이에 후(後) 조약이 선(先) 조약에 우선한다는 것이다. Gabrielle Zoe Marceau, "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties," *Journal of World Trade*, Vol. 35, No. 6, p. 1081-1131, 2001, p. 1090; Peter Malanczuk, *supra* note 1, p. 56.

12) 특별법 우선의 원칙은 둘 중 하나가 특별법인 경우, 특별법이 우선한다는 것이다. Gabrielle Zoe Marceau, *supra* note 20, p. 1090; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law(7th)* (Routledge, 1997), p. 56; 김영석, 『국제법』 (서울: 박영사, 2010), p. 73.

칙들을 적용할 수 있으며, 이러한 원칙들은 국제사법재판소(ICJ: International Court of Justice) 규정 제38조에서 재판 준칙으로 언급하고 있는 네 가지 중 법의 일반 원칙에 해당되기 때문에 분쟁 해결을 위한 국제법상의 법원으로 적용할 수 있다.¹³⁾

본 사안에서 식량권 및 발명에 대한 권리를 규정하고 있는 사회권규약과 농부권에 대해 규정하고 있는 ITPGRFA, 종자에 대한 특허권 또는 품종보호권이 가능하도록 규정하고 있는 TRIPS 협정에서 충돌하는 상대 규범보다 우선 적용하거나 상대 규범과의 양립성을 명시하는 규정이 없으므로 일반적 충돌 해결의 원칙을 적용하여 판단해야 한다.

충돌하는 각 규범들은 조약법에 관한 비엔나협약 제53조에 따른 강행 규범에 해당되지 않으므로,¹⁴⁾ 동일 위계의 임의 규범 간의 충돌에서 신법 우선의 원칙이나 특별법 우선의 원칙을 적용할 수 있는지 살펴봐야 한다. 그러나 사회권규약의 경우 동일 조약 내에서 규범 간의 충돌로 살펴봐야 하고, 사회권규약과 TRIPS 협정, ITPGRFA와 TRIPS 협정은 동일한 주제에 관한 양립 불가능한 조약들이 아니며, 계승적인 조약도 아니고, 동일한 당사국을 보유하고 있지 않으므로 신법 우선의 원칙이나 특별법 우선의 원칙도 적용할 수 없다.

그러므로 1) 사회권규약 내의 규범의 충돌과 2) 사회권규약과 TRIPS 협정, 또는 ITPGRFA와 TRIPS 협정의 상이한 조약 간 충돌에서의 위계를 판단해야 한다.

1) 동일한 조약 간 규범 충돌 시

사회권규약 제11조 (1)의 식량권과 제15조 (1) (c)의 발명에 대한 권리의 위계 판단은 동일 조약 내의 규범이기 때문에 사회권규약 내에 위계에 대한 명시적 규정이 있는지를 검토해 보아야 한다. 그러나 사회권규약의 해석에 관한 제4조와 제24조에서는 각각 공공복리 증진의 목적인 경우에만 타 조약에 의해 사회권규약상

13) ICJ 규정 제38조에서는 ICJ에 회부된 분쟁을 국제법에 따라 재판하는 경우 '분쟁국에 의하여 명백히 인정된 규칙을 확립하고 있는 일반적인 또는 특별한 국제 협약', '법으로 수락된 일반 관행의 증거로서의 국제 관습', '문명국에 의하여 인정된 법의 일반 원칙', '법칙 결정의 보조 수단으로서의 사법 판결 및 제국의 가장 우수한 국제법학자의 학설'을 재판 준칙으로 적용하도록 하고 있다.

14) 비엔나협약 제53조에서는 일반 국제법의 절대 규범(강행 규범)과 충돌하는 조약은 무효라고 하고 있어, 일반 국제법의 상위에 있음을 알 수 있다. 동 조는 "조약은 그 체결 당시에 일반 국제법의 절대 규범과 충돌하는 경우에 무효이다. 이 협약의 목적상 일반 국제법의 절대 규범은, 그 이달이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 후속의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로, 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정하는 규범"이라고 정의하고 있다. 현재까지 국제적 합의가 형성된 강행 규범에는 공격(aggression), 노예, 노예무역, 집단 학살, 인종차별, 아파르트헤이트, 고문의 금지와 국제인도법상의 기본 원칙들, 그리고 민족자결권이 포함된다. Olivier De Schutter, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 65.

의 의무가 제한될 수 있다는 것과 유엔헌장과 전문 기구의 헌장을 침해하는 것으로 해석하지 않는다는 것만을 명시하고 있어, 직접 위계를 판단해야 한다.

먼저 충돌하는 규정의 해석을 통한 방법을 시도할 수 있다. 사회권규약의 해석에 있어서는 동 조약 제4조를 참고할 수 있는데, 동 조는 동 조약에 따른 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서 공공복리 증진의 목적으로만 권리를 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 만약 식량권의 실현을 우선하는 것이 ‘공공복리의 증진’에 해당한다면 제4조에 따라 특허권을 일정 수준 제한할 수 있으며, 그 반대의 경우도 발생할 수 있는 것이다. 그러나 ‘공공복리’의 범위가 어디까지인가를 먼저 살펴봐야 할 것이다. 사회권규약의 이행에 관한 림버그 원칙(Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)을 참고하면, 공공복리는 국민 전체의 복지를 증진시키는 것이며,¹⁵⁾ 국가 안보, 공공질서, 공중 보건, 도덕, 권리, 기타 자유 등이 포함된다.¹⁶⁾ 여기서 공공질서(public order)란 사회의 기능을 보장하는 규칙들 또는 사회 설립을 위한 기본 원칙들의 총합이며, 경제적, 사회적, 문화적 권리에 대한 존중이 공공질서의 일부이다.¹⁷⁾ 그러므로 동일한 식량권이라도 생존을 위해 필수적인 식량과 필수적이지 않은 식량을 분리해서 보아야 한다. 전자의 경우는 생명과 직결된 필수적인 식량으로, 이에 대한 권리는 공공복리 증진의 사유로 볼 수 있으며, 필수적인 식량에 대한 권리를 특허권이 제한하는 경우에는 제4조에 따라 제한할 수 있을 것이다. 만약 후자의 경우와 같이 필수적이지 않은 식량, 즉 보충적인 식량 생산이나 바이오 안전성 검사로 인해 접근이 제한된 특정 식품, 가뭄 등으로 인해 보충적인 물 자원에 대한 제한 급수를 실시하는 경우 등에 있어서는 식량권의 실현이 공공복리 증진에 해당한다고 볼 수 없으므로 특허권과 충돌 시에도 우선하지 않는다.¹⁸⁾

두 번째 방법으로 비례성 원칙(principle of proportionality)을 적용하여 판단할 수 있다.¹⁹⁾ 이에 관해서는 상이한 조약 간의 충돌에서도 동일하므로, 항을 달리

15) Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights E/CN.4/1987/17, January 8, 1987, para. 52.

16) 사회권규약 제4조에 대한 명확한 해석 부재로, 사회권규약위원회는 자유권규약의 제12조 등 유사한 규정에 대한 해석을 차용하였다. Ben Saul et al., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 250.

17) Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights E/CN.4/1987/17, January 8, 1987, para. 66.

18) Ben Saul et al., *supra* note 16, p. 251.

19) 비례성 원칙이란 일정한 목적을 실현하기 위하여 비례적인 수단을 사용하도록 요구하는 원칙으로, 다양한 환경에서 사용되며 구분된 기능을 갖고 있다. H. Grosse Ruse-Khan, “Proportionality and Balancing within the Objectives of Intellectual Property Protection,” in *Intellectual Property and Human Rights: Enhanced Edition of Copyright and Human Rights*, ed. Paul L. C. Torremans (Wolters Kluwer, 2008), p. 161. 비례성의 원칙에서 ‘비례적인 수단’이란 일정한 목적을 실현하는 데 ‘적합한’ 수단, 일정한 목

하여 논의하기로 한다.

2) 상이한 조약 간 규범 충돌 시

사회권규약과 TRIPS 협정, ITPGRFA는 본질적으로 다른 주제에 관한 조약들이므로 각각의 충돌에 대해 이익 형량을 통해 위계를 판단해야 한다. 동일 조약 내의 충돌에서는 충돌 규범 해석에 의한 판단과 비례성 원칙을 통한 판단으로 우선 적용의 순위를 구분하였는데, 상이한 조약 간의 충돌인 경우에는 동일한 해석의 원칙을 적용할 수 없으므로 상대적 비중과 중요도를 통한 비교 형량으로 판단한다.

이를 위해서 상술한 바와 같이 비례성 원칙이 적용된다. 비례성 원칙이 적용되는 분야는 국내법부터 시작해서 국제법의 여러 영역까지 다양하지만 식량권과 종자 특허의 충돌에 있어서는 WTO법상 GATT 제20조의 공공 정책으로 인한 예외에 해당하는지 판단하는 비교 형량을 적용하도록 한다.²⁰⁾ GATT 제20조는 일반적 예외에 관한 규정으로,²¹⁾ 동 조에 따라 일반적 예외로 인정하려면 일정한 조건에 부합

적을 실현함으로써 피해를 입는 다른 목적에 대한 '피해를 최소화하는' 수단, 일정한 목적과 그것을 실현함으로써 피해를 입는 다른 목적을 '균형적으로 실현하는' 수단을 의미한다. 이준일, "헌법상 비례성원칙", 『공법연구』 제37집 제4호(한국공법학회, 2009), p. 26.

- 20) WTO법에 비례성 원칙을 적용하는 경우는 일반적으로 GATT 제20조와 같이 공공정 책으로 인한 예외 판단의 경우와 '위생 및 식물 위생 조치의 적용에 관한 협정(SPS: Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures)'이나 '무역에 대한 기술 장벽에 관한 협정(TBT: Agreement on Technical Barriers to Trade)'의 당사국에게 부과되는 적극적 의무에 대한 예외 판단의 두 가지가 있다.
- 21) GATT 제20조 [일반적 예외] 다음의 조치가 동일한 여건이 지배적인 국가 간에 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단을 구성하거나 국제무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로, 이 협정의 어떠한 규정도 체약 당사자가 이러한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.
- (a) 공중도덕을 보호하기 위하여 필요한 조치
 - (b) 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치
 - (c) 금 또는 은의 수입 또는 수출과 관련된 조치
 - (d) 통관의 시행, 제2조 제4항 및 제17조하에서 운영되는 독점의 시행, 특허권·상표권·저작권의 보호, 그리고 기간적 관행의 방지와 관련된 법률 또는 규정을 포함하여 이 협정의 규정에 불합치되지 아니하는 법률 또는 규정의 준수를 확보하기 위하여 필요한 조치
 - (e) 교도소 노동 상품과 관련된 조치
 - (f) 예술적, 역사적 또는 고고학적 가치가 있는 국보의 보호를 위하여 부과되는 조치
 - (g) 고갈될 수 있는 천연자원의 보존과 관련된 조치로서 국내 생산 또는 소비에 대한 제한과 결부되어 유효하게 되는 경우
 - (h) 체약 당사자단에 제출되어 그에 의하여 불승인되지 아니한 기준에 합치되는 정부 간 상품 협정 또는 그 자체가 체약 당사자단에 제출되어 그에 의하여 불승인되지 아니한 정부 간 상품 협정의 의무에 따라 취하여지는 조치
 - (i) 정부의 안정화 계획의 일부로서 국내 원료의 국내 가격이 국제 가격 미만으로 유지되는 기간 동안 국내 가공 산업에 필수적인 물량의 국내 원료를 확보하기 위하여 필요한 국내 원료의 수출에 대한 제한을 수반하는 조치. 단, 동 제한은 이러한 국내 산업의 수출 또는 이러한 국내 산업에 부여되는 보호를 증가시키도록 운영되어서는 아니되며 무차별과 관련된 이 협정의 규정으로부터 이탈하여서는 아니된다.

해야 하는데, 조치의 일반적인 설계가 제20조 (a)~(j)의 예외 중 하나에 해당하여야 하며, 조치의 적용이 제20조 두문(Chapeau)에 부합해야 한다.²²⁾ 2가지 조건을 기준으로 당사국의 판단에 따라 자국의 공공 정책 또는 공공 정책을 위한 보호 수준이 GATT 제20조 일반적 예외 사유에 해당하는지 결정할 수 있다.²³⁾

본 사안에 적용하기 위해서 먼저 GATT 제20조가 무역과 무역이 아닌 인권, 환경 등의 가치와의 사이에서 이익의 균형을 판단할 때 기준이 되는 역할을 하는 TRIPS 협정의 전문과 제7조, 제8조를 중심으로 살펴본다.²⁴⁾ TRIPS 협정 전문에서는 “개발 및 기술 목표를 포함한 지식재산권 보호를 위한 국가적 제도의 기본 공공 정책 목표”를 인정하고 있고, 제7조에서는 “지식재산권의 보호와 시행은, 기술 혁신의 증진과 기술의 이전 및 전파에 기여하고 기술 지식의 생산자와 사용자에게 상호이익이 되고 사회 및 경제 복지에 기여하는 방법으로 권리와 의무의 균형에 기여하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 그러나 상세한 규정이 아니므로 해석의 보충적 수단으로 비엔나협약 제31조 (3) (c)에 따라 국제법 관계 규칙인 국제인권법상의 조약들을 적용할 수 있다. 특히 TRIPS 협정은 WTO 회원국에 모두 적용되므로, 유엔헌장 및 사회권규약에도 구속받기 때문에 해석의 보충적 수단으로 활용하기에 적합하다고 볼 수 있다.²⁵⁾

이러한 보충적 수단을 이용해 TRIPS 협정의 전문을 해석하면,²⁶⁾ 전문에서 말하

(j) 일반적 또는 지역적으로 공급이 부족한 상품의 획득 또는 분배에 필수적인 조치. 단, 동 조치는 모든 체약 당사자가 동 상품의 국제적 공급의 공평한 몫에 대한 권리를 가진다는 원칙에 합치되어야 하며, 이 협정의 다른 규정에 불합치되는 동 조치를 야기한 조건이 존재하지 아니하게 된 즉시 중단되어야 한다. 체약 당사자단은 1960년 6월 30일 이전에 이 호의 필요성을 검토한다.

22) U.S.-Gasoline 사건에서 항소 기구는 이러한 조건을 두 가지 단계로 설정하였다. Panel Report, United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, para. 6.20, WT/DS2/R (January 29, 1996); Mads Andenas and Stefan Zleptnig, “Proportionality: WTO Law: In Comparative Perspective,” *Texas International Law Journal*, 2007, 42 (3), pp. 371-27, 2007, p. 22.

23) 이제까지 공공 정책적 이유로 일반적 예외 사유에 해당한다고 주장하는 당사국의 권리가 WTO 분쟁 해결 기구의 패널이나 항소 기구에서 문제된 적은 없다. EC-Asbestos 사건(WT/DS135/AB/R (March 12, 2001))에서 항소 기구는 “WTO 회원국이 자국 상황에 맞게 건강 보호 수준을 결정하는 권한이 있음에는 논란의 여지가 없다.”라고 하였으며, U.S.-Gasoline 사건(WT/DS2/R(January 29, 1996))에서 항소 기구는 “WTO 회원국이 자국의 환경 목표를 정하는 것은 자유이나 이러한 목표의 이행은 GATT 조항과 일치되어야 한다.”라고 하였다. Mads Andenas and Stefan Zleptnig, *supra* note 22, p. 22.

24) H. Grosse Ruse-Khan, *supra* note 19, p. 162.

25) *Id.*, p. 191.

26) [전문] 회원국들은, 국제무역에 대한 왜곡과 장애를 줄이는 것을 희망하며, 지식재산권의 효과적이고 적절한 보호를 증진할 필요성을 고려하여 지식재산권을 시행하는 조치 및 절차가 그 자체 정당한 무역에 대한 장벽이 되지 아니하도록 보장하기를 희망하며, 이를 위하여 다음에 관한 새로운 규칙과 규율의 필요성을 인정하며, 가. 1994년도 GATT의 기본 원칙과 관련 국제 지식재산권 협정 또는 협약의 적용 가능성 나. 무역 관련 지식재산권의 취득 가능성, 범위 및 사용에 관한 적절한 기준과 원칙의 제공 다. 국가의 법적 제도의 차이를 고려한, 무역 관련 지식재산권의 시행을 위한 효과적이고 적절한 수단의 제공 라. 정부 간 분쟁의 다자간 예방 및 해결을 위한 효과적이고 신속한 절차의 제공, 그리고 마. 협상 결과에의 최대한 참여를 목적으로 한 경과 조치

고 있는 ‘적절한 보호’나 ‘적절한 수단’은 개별적 상황을 토대로 평가해야 한다.²⁷⁾ 즉, 개별국 상황에 맞게 정책적인 재량으로 국내법에서 지식재산권을 보호할 필요성을 말하며, 그러한 보호가 ‘효과적’이어야 한다는 것은 지식재산권 보호 자체가 최종 목적이 아니라 경제성장을 통해 전 세계의 생활수준을 향상시키는 목적을 고려하여 효과적인 보호를 해야 한다는 것을 의미한다.²⁸⁾ 그러므로 TRIPS 협정의 목표가 지식재산권 보호를 통한 사회 및 경제 전반의 복지 향상이므로 이러한 맥락에서 효과적으로 지식재산권을 보호하며, 각국의 상황과 필요에 맞게 지식재산권 보호 체제를 조정할 수 있다는 것을 의미한다. 이와 같이 TRIPS 협정 전문에서 공공 정책적 목적을 강조하고, 사적인 권리로서의 특허권을 언급한 것은 개인의 발명에 대한 권리와 이익 보상에 대한 권리보다 공공 정책적 목적에서의 권리가 더 우선적인 것으로 해석할 수 있다.

제7조는 “기술 지식의 생산자와 사용자에게 상호 이익”이 되어야 한다고 규정하고 있는데,²⁹⁾ 이는 기술의 혁신을 촉진하고 그 결과 얻어진 지식과 기술을 이전하고 전파하는 목적에서의 타협점을 규정하고 있는 것이다.³⁰⁾ 즉, 기술혁신의 촉진을 위해 새로운 발명품에 대한 보상으로서 인센티브를 제공하는 것과 혁신 기술을 공중에 전파하고 이전하는 것을 동등하게 보장하는 것 사이에서 자국의 상황을 고려하여 적절하게 이익 형량해야 한다는 것이다.³¹⁾

또한 제8조에서는 “공중 보건 및 영양 상태 보호”를 위해, “사회경제적 및 기술적 발전에 매우 중요한 분야의 공공 이익을 증진”시키기 위해 필요한 조치를 취할 수 있도록 하고 있다.³²⁾ 또한 지식재산권의 남용이나 불합리하게 무역을 제한하는

위조 상품의 국제무역을 다룰 원칙, 규칙 및 규율의 다자간 틀의 필요성을 인정하며, 지식재산권은 사적 권리임을 인정하며, 개발 및 기술 목표를 포함한 지식재산권 보호를 위한 국가적 제도의 기본 공공 정책 목표를 인정하며, 또한 최빈개도국의 건전하고 실행 가능한 기술적 기반의 창출이 가능하도록 하기 위하여 법률 및 규정의 국내적 이행에 있어서 최대한의 융통성에 대한 이들의 특별한 필요를 인정하며, 다자간 절차를 통하여 무역 관련 지식재산권 문제의 분쟁을 해결한다는 강화된 약속의 달성을 통한 긴장 완화의 중요성을 강조하며, 세계 무역기구와 세계지식재산권기구 및 다른 관련 국제기구와의 상호 협조적인 관계의 수립을 희망하면서, 다음과 같이 합의한다.

27) H. Grosse Ruse-Khan, *supra* note 19, p. 171.

28) *Id.*, p. 172.

29) 제7조 [목적] 지식재산권의 보호와 시행은, 기술혁신의 증진과 기술의 이전 및 전파에 기여하고 기술 지식의 생산자와 사용자에게 상호 이익이 되고 사회 및 경제 복지에 기여하는 방법으로 권리와 의무의 균형에 기여하여야 한다.

30) H. Grosse Ruse-Khan, *supra* note 19, p. 174.

31) *Id.*

32) 제8조 [원칙] 1. 회원국은 자기 나라의 법 및 규정을 제정 또는 개정함에 있어, 이 협정의 규정과 일치하는 범위 내에서 공중 보건 및 영양 상태를 보호하고, 자기 나라의 사회경제적 및 기술적인 발전에 매우 중요한 분야의 공공 이익을 증진시키기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다.

2. 이 협정의 규정과 일치하는 범위 내에서, 권리자에 의한 지식재산권의 남용 또는 불합리하게 무역을 제한하거나 국가 간 기술 이전에 부정적 영향을 미치는 관행을 방지하기 위하여 적절한 조치가 필요할 수 있다.

조치 등에 대해서도 적절한 조치가 필요할 수 있다고 규정하고 있다. 그러므로 식량권을 보장하는 것이 공중 보건이나 영양 상태 보호에 해당하고, 사회경제적 및 기술적 발전에 있어 중요한 분야의 공공 이익을 증진시키는 것이라면, 이를 위해 특허권을 제한하는 조치가 필요한 조치라고 볼 수 있는 것이다. 생존에 필수 불가결한 식량에 대해 특허권이 부여되어 식량권을 위협하게 된다면 제8조 (2)에서 언급하고 있는 것과 같이 지식재산권의 남용으로 보아 특허권을 제한하는 조치도 적절한 조치로 판단될 수 있다.

정리하면, 생존에 필수 불가결한 식량에 대해 특허권이 부여된 경우, 이를 제한하는 조치가 정당화되기 위해서는 해당 조치가 TRIPS 협정 전문, 제7조, 제8조에서 규정하고 있는 공공 정책에 해당되어야 한다.

또한 특허권을 제한하는 조치를 취한 국가가 개발도상국이나 최빈국으로 기술력의 수준이 낮고, 해당 특허로 인해 침해받고 있는 식량권이 농부들 및 국민의 생존권을 위협할 만큼의 수준이며, 특허권의 제한 외에 다른 대안이 없는 상황이라면, 이러한 조치는 정당화될 수 있다. 특히 제8조에 의해 ‘필요한 조치’를 취하고 있음을 주장하기 위해서는 GATT 제20조의 일반적 예외를 판단하는 경우에 사용되는 비례성 원칙을 통해 판단할 수 있는데, 제8조에서 규정하고 있는 예외 상황인 공중 보건, 영양 및 필수적인 사회적·경제적 문제에 해당해야 한다. 그러므로 종자 특허를 제한하는 조치가 일반적 예외에 해당하기 위해서는 특정 작물을 재배하는 농부들에게 있어 해당 특허권으로 보호되는 기술이 생존에 필수적인 기술인 경우, 해당 기술을 사용할 수 없는 경우 막대한 피해가 초래되는 것과 그 피해 수준이 단순히 물질적인 재산상의 손해를 넘어 식량에 대한 접근권을 보장하기가 어려운 수준이라는 것까지 입증해야 할 것이다.

아직까지 WTO에서 식량권의 보장을 위한 특허권 제한의 사례가 존재하지는 않으나 식물 다양성이 점차 줄어들고 있는 환경적인 변화 양상을 고려한다면 향후 충분히 발생할 수 있는 일이다. 민간 부문에서는 종자를 특허권으로 독점하고 있는 개별 기업과 농부의 권리를 지키고자 하는 단체 등이 개별적으로 법적 소송을 진행하는 일이 다수 발생하고 있다.³³⁾

33) Monsanto의 경우 2005년 기준, 미국 내 농부들에 대해서만 약 90건의 소송을 제기하였으며, 해당 소송들은 147명의 농부들과 39개의 농업 관련 소기업을 대상으로 하고 있다. Center for Food Safety, Monsanto vs. U.S. Farmers, 2005, p. 4; 이러한 기업의 종자 독점 행위를 비판하는 여러 단체들로 No patents on Seeds, OpenSourceSeeds, Oxfarm, European Consortium for Organic Plant Breeding, Save our Seeds (SOS), SwissAid, WeMove Europe 등이 있다.

2. 특허 대상에서 제외 조치

종자에 대한 특허를 제한하는 조치로, 특정 종자를 TRIPS 협정 제27조 (2)를 통한 불특허 대상으로 지정하는 방안도 존재한다.³⁴⁾ 동 조는 공공질서와 도덕성에 근거하여 사람·동물·식물의 생명, 건강의 보호 또는 환경에 대하여 중대한 손해를 방지하기 위한 불특허 사유를 규정하고 있는데, 동 조의 '건강'에 적절한 식량에 대한 권리도 포함되는 것으로 해석할 수 있다.³⁵⁾ 만약 이러한 논리로 종자를 특허 대상에서 제외하였다면 GATT 제20조의 필요성 조건에 따라 1) 해당 조치가 해당 작물 분야를 재배하는 것을 생업으로 하는 농부들의 생명 및 건강을 보호하기 위한 범주에 속하는 조치인지, 2) 해당 조치가 이를 위해 필요한 조치인지, 3) TRIPS 협정의 목적에 합치되는 조치인지 고려하여야 한다.

여기서 두 번째 고려 사항인 필요성 요건을 판단하기 위해서는 다시 1) 해당 조치가 보호하려는 사회적 이익과 가치의 중요성을 판단해야 하며, 2) 해당 조치가 제27조 (2) 예외에 의해 추구되는 목적의 실현 가능성에 어느 정도 기여하는지, 3) 합리적으로 이용 가능한 다른 대안적 조치가 존재하는지를 판단해야 한다. 먼저 특허권의 제한을 통해 보호되는 사회적 이익은 식량권이며, 식량권의 중요성 판단을 위해서는 이익 형량의 방법 중 하나인 침해 정도를 비교하는 것으로 판단해 볼 수 있다. 즉, 일부 종자에 대한 특허를 제한함으로써 발생하는 발명권자의 발명에 대한 권리와 이익 침해는 재산권적 침해이며, 침해되는 권리로 인해 생존이 불가능한 정도에 이를 가능성은 매우 적다. 그러나 식량권이 침해되는 경우에 식량의 생산자는 생계에 가장 기본적인 수단인 자원(종자)의 보급이 보장되지 않으므로 인해 생계 및 생활을 존속하기 어려운 중대한 사유가 발생할 가능성이 있다. 이러한 경우의 식량 생산자들은 대부분의 국민이 농업에 종사하며, 소농이 다수를 차지하는 최빈국이나 개도국의 국민일 가능성이 높기 때문이다. 개별 상황마다 비교 형량해야 하지만 최빈국이나 개도국의 식량 생산자의 식량권이 침해되는 상황에서는 발명권자의 재산권적 침해가 다소 경미한 수준으로 보이므로, 식량권의 가치가 더 중요하다고 볼 수 있다.

또한 해당 특허를 제한하지 않고 다른 방법으로 식량권과 종자 특허의 충돌 문

34) 제27조 (2) 회원국은 회원국 영토 내에서의 발명의 상업적 이용의 금지가 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호를 포함, 필요한 경우 공공질서 또는 공서양속을 보호하거나, 또는 환경에의 심각한 피해를 회피하기 위하여 동 발명을 특허 대상에서 제외할 수 있다. 단, 이러한 제외는 동 이용이 자기 나라 법에 의해 금지되어 있다는 이유만으로 취해서는 아니된다.

35) UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 376.

제를 해결하기 위해서는 식량 자원에 대한 막대한 원조 비용이 발생할 수 있으며, 일반적으로 이러한 식량권 침해 상황이 발생 가능한 국가가 최빈국 또는 개도국인 상황을 고려하면 단순히 자원에 대한 원조를 통해서만 문제를 근본적으로 해결하기 어렵다. 그러므로 본 사안에서 균형을 위한 가장 효과적인 해결책은 해당 특허를 제한하는 것이며, 국내적 정책 또는 국내적 이익을 위한 국가의 조치가 TRIPS 협정상 분쟁 가능성이 있는 경우 TRIPS 협정 전문과 제7조, 제8조를 통해 비례성 원칙을 적용하여 균형을 맞출 수 있다. 특히 본 사안과 관련하여서는 국제인권법에 의해 보장되는 식량권을 우위에 둬으로써 TRIPS 협정과 공공의 이익, 인권과의 균형을 추구할 수 있다.

3. 강제실시 조치

특허권 제한을 통해 충돌을 해결하는 세 번째 방법은 TRIPS 협정의 유연성을 적용하여 해당 문제에 강제실시권을 적용하는 것이다. 특허권은 사적 재산권이며 독점 배타적인 권리지만 필요한 경우 특허권자의 의사에 관계없이 국가 또는 제3자에 의한 실시를 허락해야 하는 경우가 발생한다. TRIPS 협정 제31조는 이러한 강제실시권을 규정하고 있다.³⁶⁾ 동 조는 TRIPS 협정 회원국 법률이 정부 또는 정부의 승인을 받은 제3자에 의한 사용을 포함하여, 권리자의 승인 없이 특허 대상의 다른 사용을 허용하는 경우 준수되는 일정한 사항들, 즉 개별적으로 사안을 고려할 것, 특허의 사용 예정자가 특허권자로부터 승인을 얻기 위한 노력이 전제될 것, 사용의 양태, 권리자에 대한 적절한 보상, 양도 가능성 등에 대해 규정하고 있다.

이제까지 강제실시권이 발동된 사례는 대부분 의약품 접근성 부분이었으나 Olivier De Schutter 식량권 특별보고관의 2009년 보고서에서는 식량 안보에 영향을 미칠 수 있고, 작물 생산성 감소와 같은 국가 비상 상황이나 극도의 긴급 상황에서 특허권이 연구를 제한한다면, TRIPS 협정 제31조의 강제실시권을 허용할 수 있다고 하였다.³⁷⁾ Carlos M. Correa도 식량 안보나 식량 접근 가능성의 위협을 이유로 특정한 농업상의 목적을 충족하기 위해서 국가가 강제실시권을 발동할

36) 1883년 산업재산권의 보호를 위한 파리협약에서 처음 '강제실시권(compulsory licenses)'이라는 용어를 사용하여 해당 내용을 규정하였으며, 파리협약에서의 불명확한 강제실시권 요건을 보완하여, TRIPS 협정 제31조에서 상세히 강제실시권을 규정하고 있다. 또한 최근에는 2001년 'TRIPS 협정과 공중 보건에 관한 선언문(Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)'에 따른 개정이 2017년 1월 이루어져(제31조의 2 신설), 기존 의약품 강제 실시에 있어 수입에 의존하지 않고는 필수 의약품 공급이 어려운 개도국의 강제 실시권의 실제적 사용이 어려웠던 문제를 일정한 조건하에 제31조 (f)가 적용되지 않도록 함으로써 해결하였다.

37) UN General Assembly, *supra* note 5, para. 32.

수 있다고 한다.³⁸⁾ 그는 이러한 강제실시권 발동을 위해서는 일정한 조건이 충족되어야 하며, 그 조건은 첫째, 육종가가 라이선스를 특허권자로부터 부여받지 못한 경우, 둘째, 육종가가 그의 품종이 특허받은 발명과 관련하여 상당한 경제적 이익을 주는 기술적 진보를 구성함을 보여줄 수 있는 경우, 셋째, 관련 특허권자가 식물 다양성에 대해 '교차 라이선스'를 얻을 수 있는 경우이다.³⁹⁾ 유럽 생명공학 지침 제12조에서는 "육종자가 선행 특허권을 침해하지 아니하고는 식물품종권을 취득하거나 이용할 수 없는 경우, 보호되는 식물 품종의 이용에 필요한 한도 내에서 적절한 로열티의 지불을 조건으로 특허로 보호되는 발명의 비배타적 이용을 위한 강제 실시를 청구할 수 있다."라고 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 또한 미국의 경우 특허법상 강제실시권을 규정하고 있지는 않으나 '식물품종보호법(Plant Variety Protection)'에서 강제실시권을 규정하고 있다. 동 법 제2404조에서 관계 장관은 미국 내 식량의 적절한 공급을 확실히 하기 위해 필요하다고 판단될 때 보호 품종을 사용할 수 있도록 선언할 수 있다고 규정하고 있다.⁴¹⁾

TRIPS 협정이 최소한의 기준으로서 특허권의 보호를 목표로 하고 있으나 동 협정 내 존재하는 권리 제한 규정들은 공익적 목적에 따라 권리를 제한하는 것을 가능하게 규정하고 있으므로, 식량권 보장을 위해서 이러한 규정들을 적극 활용하여 공익이 실현될 수 있도록 해석할 필요가 있다.

38) Carlos M. Correa 교수는 Buenos Aires 대학의 교수로, UNCTAD, UNIDO, WHO, FAO, Inter American Development Bank, INTAL, World Bank, SELA, ECLA, UNDP 등에서 자문위원을 역임하고 FAO의 패널로 활동하고 있으며, 다수의 TRIPS 협정 관련 저서 및 논문을 발간했다. Carlos M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*, (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 357.

39) *Id.*, p. 15.

40) 박영규, "생명공학적 발명의 보호와 한계: 유럽연합의 생명공학지침(Directive 98/44/EC)을 중심으로", 『비교법학』 제15권 제2호(한국비교사법학회, 2008), p. 396.

41) South Center, *Accelerating Climate-relevant Technology Innovation and Transfer to Developing Countries: Using TRIPS Flexibilities under the UNFCCC*, August 2009, p. 18, para. 61.; 윤권순, "미국 '특허강제실시' 제도의 진화와 그 함의", 지식재산연구 제10권 제1호, 한국지식재산연구원, 2015, pp. 3-4; 정연덕, "신기술분야의 강제실시제도의 적용에 관한 연구", 특허청, 2009, p. 44; 제2404조(Public interest in wide usage)의 내용은 다음과 같다. "The Secretary may declare a protected variety open to use on a basis of equitable remuneration to the owner, not less than a reasonable royalty, when the Secretary determines that such declaration is necessary in order to insure an adequate supply of fiber, food, or feed in this country and that the owner is unwilling or unable to supply the public needs for the variety at a price which may reasonably be deemed fair. Such declaration may be, with or without limitation, with or without designation of what the remuneration is to be; and shall be subject to review as under section 2461 or 2462 of this title (any finding that the price is not reasonable being reviewable), and shall remain in effect not more than two years. In the event litigation is required to collect such remuneration, a higher rate may be allowed by the court."

IV ▶ 대안적 해결 방안으로서의 메커니즘

1. 종자 특허풀의 형성

특허풀(patent pool)은 다수의 참여자들에 의한 특허의 집합이며, 특정 제품을 만들거나 특정 기술을 구현하기 위해 요구되는 필수적 조건에 접근할 수 있도록 하는 필수적이거나 보충적인 특허의 집합을 말한다.⁴²⁾ 최초의 특허풀은 19세기 재봉틀에 관한 특허풀로 알려져 있으며, 그 후 제1차 세계대전 당시 항공기에 대한 특허풀 등이 이용되다 최근에는 정보 통신, IT 분야에서 이용되고 있다.⁴³⁾ 특히 이러한 첨단산업의 경우 기술을 표준화하여 모든 기업에 공통적으로 발생 가능한 R&D 비용을 절감하기 위한 수단으로 특허풀을 이용하고 있다. 그러나 IT 분야처럼 개발을 위한 비용을 줄이려는 의도 외에도 제약 분야의 특허풀처럼 의약품 접근에 대한 문제를 해결하기 위해 기술 이전 및 접근성 축진의 일환으로 이용되기도 한다. 세계보건기구 산하의 공중 보건, 혁신, 지식재산권에 관한 워킹그룹(IGWG: Intergovernmental Working Group on Public Health, Innovation and Intellectual Property)은 공중 보건 관련 기술이전을 위해 의약품에 대한 자발적 특허풀 형성이 공중 보건에 대한 새로운 메커니즘이라고 제시하기도 하였다.⁴⁴⁾ 미국 법무부와 연방거래위원회(FTC: Federal Trade Commission)도 개발도상국에서 기술 이전 및 접근성 축진을 위한 잠재적 유용성이 있다고 평가하였다.⁴⁵⁾ 현재 WHO의 협력 기관인 국제의약품구매기구(UNITAID) 이사회 결의로 설립된 ‘의약품 특허풀(MPP: Medical Patent Pool)’이라는 기관을 운영하며 HIV/AIDS, C형 간염, 결핵 등의 치료에 중점을 두고 최빈국 및 개발도상국의 의약품 접근성 향상 및 개발 축진을 위해 운용되고 있다.⁴⁶⁾

42) Dianne Nicol and Jane Nielsen, "Opening the Dam: Patent Pools, Innovation and Access to Essential Medicines," in Pogge, Thomas, *et al.*, *Incentives for Global Public Health: Patent Law and Access to Essential Medicines*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 241.

43) Krista L. Cox, "The Medicines Patent Pool: Promoting Access and Innovation for Life-Saving Medicines Through Voluntary Licenses," *Hastings Science and Technology Law Journal*, Vol. 4, No. 2(2012): p. 297.

44) Krista L. Cox, *supra* note 43, p. 293; Dianne Nicol and Jane Nielsen, *supra* note 42, pp. 236-37.

45) Krista L. Cox, *supra* note 43, p. 297.

46) 현재까지 16개의 항레트로 바이러스제(antiretrovirals), 3개의 C형 간염 항바이러스제, 17개의 결핵 의약품, HIV 기술 플랫폼 등을 보유하고 있다. Medical Patent Pool 웹사이트 <https://www.medicinespatentpool.org> (검색일: 2019.10. 9.).

이러한 의약품 특허풀과 같이 종자 분야에서도 동일한 목적을 위한 특허풀이 논의되고 있다. 종자 특허풀이 생성되기 전, 먼저 종자를 공동풀(common pool)로 다루어야 한다는 의견이 제기되었으며, ITPGRFA라는 조약을 체결하여 식물 유전자원의 접근을 촉진하고 그에 따른 이익을 공평하고 공정하게 공유할 수 있도록 하는 다자 체제를 설립하여 종자의 공동풀 역할을 수행하도록 하였다.⁴⁷⁾ ITPGRFA는 다자 체제 운영을 위해 부속서 1(Annex 1)에서 64종의 작물 리스트를 포함하고 있는데, 이는 식물 유전자원의 100만 개 이상의 표본을 구성하는 식량 작물들로, 식량 및 농업의 연구와 이용, 보존을 목적으로 하는 경우에 한하여 해당 리스트에 있는 식물 유전자원에 접근할 수 있도록 하고 있다.⁴⁸⁾ 또한 국제농업연구자문그룹(CGIAR: International Agricultural Centres of the Consultative Group on International Agricultural Research) 산하 국제농업연구센터(IARC)가 ITPGRFA 공동풀에 참여하여,⁴⁹⁾ 부속서 1의 목록에는 포함되어 있지 않지만 동 연구센터가 수탁·보유하고 있는 식량 농업 식물 유전자원은 동 연구센터와 FAO 간의 협정에 따라 유전물질 이전 협정의 규정에 의해 공개되도록 하고 있다.⁵⁰⁾

이 외에 대표적인 종자 특허풀의 예로는 ‘황금쌀(Golden Rice)’에 형성된 특허풀을 들 수 있다. 황금쌀이란 섭취하여 소화가 되면 비타민 A로 바뀌는 베타카로틴이 함유된 쌀로, 개발도상국의 기아 문제를 해결하기 위해 6개의 주요 특허권자들로부터 패키지 형태로 실시권을 무료로 부여받아 개발도상국에 재실시허락(Sub-license)의 형태로 제공하였다.⁵¹⁾ 유사한 목적을 위해 형성된 특허풀로 ‘농업용 공공 지식재산 자원(PIPRA: Public Intellectual Property Resources for Agriculture)’이 있다. 동 특허풀은 개발도상국의 식량 위기 해결을 위한 곡물 개발 및 공급을 목적으로 연구자그룹의 컨소시엄을 설립한 것으로, 현재 15개국 이상에서 50개국 이상의 대학, 연구소, 비영리단체가 참여하여 운용되고 있다.⁵²⁾ 동 컨소시엄은 신제품 개발을 위해 이미 특허권이 설정된 선행 기술을 이용해야만 개발이 가능한 경우의 해당 선행 기술의 접근 문제를 해결하기 위해 특허 정보와 상업화 전략에 대한 서

47) UN General Assembly, *supra* note 5, paras. 20-21.

48) ITPGRFA 제11조에서 다자 체제의 범위로 부속서 1에 나열된 식량 및 농업을 위한 식물 유전자원이 대상이라 명시하고 있으며, 부속서에 포함되지 않은 식량 농업 식물 유전자원의 이익 공유는 CBD, 나고야의정서에 따라 이루어질 수 있다. UN General Assembly, *supra* note 5, para. 22.

49) 국제농업연구자문그룹은 15개의 독립적인 연구 기관으로 이루어져 있으며, 70개국 이상의 과학자, 연구원, 기술자 등 8000명이 세계 빈곤 문제 해결을 위해 연구하고 있다. 현재 세계에서 가장 큰 농업 혁신 네트워크이며, 국제부흥개발은행(International Bank for Reconstruction and Development), 세계은행(World Bank) 등으로부터 자금을 지원받고 있다. CGIAR, CGIAR Financial Report 2016, 2017, p. 8.

50) ITPGRFA 제15조.

51) Dianne Nicol and Jane Nielsen, *supra* note 42, p. 429.

52) UN General Assembly, *supra* note 5, para. 31; 신혜은, “생명공학분야 특허풀의 필요성과 형성촉진을 위한 제언”, 『강원법학』 제43권(강원대학교 비교법학연구소, 2014), p. 429.

비스를 제공하고 있다.⁵³⁾ 유사한 또 다른 사례로는 ‘아프리카 농업기술기금(African Agricultural Technology Foundation)’이 있다. 해당 특허품은 영국에서 설립된 것으로, 아프리카 농부들이 선진국의 농업기술에 접근하고 이를 이용하여 자국의 농업 생산을 향상시켜 식량 공급을 개선할 수 있도록 관련 특허를 공동으로 사용할 것을 검토하고 있다.⁵⁴⁾

이와 같이 특허품의 형태를 이용하여 식량 생산 및 공급에 필수적인 종자를 공동품로 제공하는 경우, 선행 기술에 대한 진입 장벽을 낮춰 필수 식량 생산에 대한 연구가 활발해질 수 있으며 이에 따라 개도국 및 최빈국의 식량 보급에도 활용될 수 있다는 장점이 있다.

2. 오픈소스 종자의 형성

종자 특허품과 유사한 개념으로 오픈소스 종자를 형성하는 방안도 고려해 볼 수 있다. 오픈소스(Open Source)란 오픈소스 소프트웨어에서 유래된 개념으로, 1984년 소프트웨어의 자유로운 사용을 주장하던 자유소프트웨어재단(FSF: Free Software Foundation)에 의해 탄생한 개념이며, 초기에는 ‘자유 소프트웨어(Free Software)’로 불렸다. 자유소프트웨어재단의 설립자인 Richard Stallman은 자유 소프트웨어에 대하여 ‘FS 4원칙(Four Freedoms of Free Software)’을 제시하며 자유 소프트웨어의 개념을 정립하였고, 오픈소스 소프트웨어에까지 일부 내재되었다.⁵⁵⁾ FS 4원칙은 네 가지의 자유 원칙으로, 프로그램을 어떠한 목적을 위해서도 실행할 수 있는 자유, 프로그램의 작동 원리를 연구하고 이를 자신의 필요에 맞게 변경시킬 수 있는 자유, 이러한 자유를 위해 소스코드에 대한 접근이 선행되어야 하고 이웃을 돕기 위해 프로그램을 복제하고 배포할 수 있는 자유, 프로그램을 향상시키고 이를 공동체 전체의 이익을 위해 다시 환원시킬 수 있는 자유이다.⁵⁶⁾ 이 네 가지 자유에 대한 철학은 개발자에 대한 경제적인 보상 부분에 있어서 산업 생태계에 큰 제약 조건이 될 수 있다는 우려 때문에 오픈소스에는 변형되어 적용되었으나 이러한 개념에서 출발하였다는 것은 주목할 만하다.

소프트웨어 분야에 있어서 오픈소스는 기업 및 단체, 개발자 커뮤니티에 의하여 지속적인 개발 및 참여가 가능하며, 구매 대가나 사용료를 지불하지 않고 이용할

53) *Id.*, p. 429.

54) *Id.*, p. 430.

55) 김병선, 「오픈소스 개념 및 주요동향」, 『정보와 통신』 제35권 제5호(한국통신학회, 2018), p. 46.

56) *Id.*

수 있도록 하여, 복잡한 소프트웨어를 개발하는 데 소요되는 비용을 절감하고 시간을 단축시키는 장점을 갖고 있다.⁵⁷⁾ 사용자들이 사용에 대한 권리뿐 아니라 마음대로 복제, 배포할 수 있도록 하고, 소스코드까지 제공하여 수정을 자유롭게 할 수 있도록 하고 있으며,⁵⁸⁾ 로열티를 요구하지는 않으나 저작권, 개발자 및 기여자 정보의 표시, 코드를 수정한 경우 수정한 정보의 표시, 라이선스 정보의 제공, 동일한 라이선스로 재배포할 것, 소스코드를 제공할 것 등의 몇 가지 의무 사항이 존재한다.⁵⁹⁾

이러한 오픈소스의 장점을 이용하여 필수 식량을 위한 종자 분야에 적용하면 소프트웨어에서의 진입 장벽을 낮춘 것과 마찬가지로 종자 개발에 있어서의 시간과 비용을 절감하는 장점을 활용할 수 있다. 이러한 논리로 이미 지식재산권 분야에 있어서도 독점의 문제점 해결과 대안적 혁신 모델로 오픈소스가 적용되기 시작하였다.⁶⁰⁾ 특허풀과 유사하게 의약품 분야와 종자 분야에서 오픈소스가 적용되기 시작하였는데, 종자 분야에서는 ‘생명공학 오픈소스 이니셔티브(BiOS: Biological Open Source Initiative)’와 ‘오픈소스 종자 이니셔티브(OSSI: Open Source Seed Initiative)’ 등이 있다. BIOS는 지식 재산 정보 및 분석, 혁신 제도의 구조 개혁, 개방형 접근 기술의 공동 개발 등을 통해 정보 기술에 소외된 지역에 정보를 제공한다.⁶¹⁾ BIOS는 모든 국가의 사람들이 자유롭게 로열티 없이 관련 기술을 사용할 수 있도록 하고 있으며, 모든 계약이 비배타적으로 체결된다.⁶²⁾ 또한 OSSI는 전 세계 식물 유전자원에 대한 공정하고 공개된 접근을 위해 현 세대와 미래 세대의 농부, 재배가, 육종가, 지역사회에 대한 생식 물질의 이용 가능성 보장을 위해 조직된 이니셔티브로, 소수의 기업이 종자 및 농부에 대한 지배력을 강화하는 데 특허권이 미치는 영향력을 우려하여 최소한 일부 종자에 대해서는 특허권을 통한 지배가 되지 않도록 하고자 하는 목표로 설립되었다.⁶³⁾ 이에 따라 OSSI에 참여하고자 하는 기업은 최소 1개 이상의 종자를 제공하여야 하며, 종자의 자유로운 사용, 저장, 재생 및 개선을 위한 권리를 보존하고자 한다. 현재 미국, 유럽, 호주 지역을

57) *Id.*

58) 이철남, “소프트웨어 저작권과 오픈소스 라이선스, 그리고 특허”, 『정보와 통신』 제35권 제5호(한국통신학회, 2018), p. 61.

59) *Id.*, pp. 61~62.

60) Krishna Ravi Srinivas, “Open Source Drug Discovery: A Revolutionary Paradigm or a Utopian Model?,” in Pogge, Thomas, et al., *Incentives for Global Public Health: Patent Law and Access to Essential Medicines* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 263.

61) UN General Assembly, *supra* note 5, para. 31; BIOS 웹사이트 <https://www.bios.net> (검색일: 2019.10.11); Krishna Ravi Srinivas, *supra* note 60, p. 264.

62) *Id.*

63) Open Source Seed Initiative 웹사이트 <https://osseeds.org> (검색일: 2019.10.11).

중심으로 한 약 62개 기업이 참여하고, 38개 종자와 350개의 변형 종자가 등록되어 있다.⁶⁴⁾

이와 같이 종자 특허로부터 자유로운 종자의 사용, 개선을 위해 다양한 방식의 대안적 이니셔티브가 등장하고 있다. 이러한 오픈소스 종자 이니셔티브는 특허 덩불과 같은 식량 농업 식물의 재배와 발명에 대한 연구에서 특허권이 주는 장애를 극복하기 위해 도입된 개념이라는 점에서 특허풀과 유사하다고 할 수 있다. 그러나 특허풀은 기본적으로 특허가 직접적인 대상이 되고, 오픈소스 종자는 종자가 대상이 된다는 점에서 차이가 있다.⁶⁵⁾

3. 이익 공유 메커니즘의 개선 및 확대

개발 위주의 과거와 달리 현재는 미래의 지속 가능성을 고려하는 사회가 되었다. 과도한 환경 개발로 양성 보존과 지속 가능성을 위해 국제적인 논의가 시작되었다. 그 결과 천연자원의 이용에 있어 추출 작업, 산림, 해양자원, 토양 이용 등의 분야에서 논의되던 이익 공유(benefit sharing)가 환경문제에 있어 생물 다양성 보존과 기후변화 문제까지 적용되게 되었다.⁶⁶⁾ 또한 대규모 농지에 대한 기업의 투자에 있어서 지역사회와 협상 시 적절한 이익 공유가 보장되어야 한다는 주장과 종자 유전자원 또는 종자 관련 전통 지식에 있어 ‘생물 다양성 협약(CBD: Convention on Biological Diversity)’ 또는 ITPGRFA에 따른 이익 공유가 이루어져야 한다는 주장이 제기되기도 하였다.⁶⁷⁾ 국제법상 이익 공유는 1992년 CBD를 통해 도입되었다. CBD에서는 “당사국은 연구·개발의 결과와 유전자원의 상업적 및 그 밖의 이용으로 발생하는 이익을 그 자원을 제공하는 국가와 공정하고 공평하게 공유하기 위하여 적절히 그리고 제16조 및 제19조에 따라 그리고 필요한 경우에는 제20조 및 제21조에 의하여 설치된 재정 체계를 통하여 입법적·행정적 또는 정책적 조치를 취한다”, “이러한 공유는 상호 합의된 조건에 따른다.”라고 하여 유전자원의 이용에 관한 이익 공유를 규정하고 있다.⁶⁸⁾ 동 조항은 CBD의 부속 의정서인 ‘유전

64) *Id.*

65) 이인혜, “국제법상 식량권 보장에 관한 연구: 특허권과의 충돌을 중심으로”, 이화여자대학교 박사학위논문 (2019), p. 205.

66) Morgera, Elisa, “The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing,” *European Journal of International Law*, Vol. 27, Issue 2, May 1, 2016, 353-83, p. 354.

67) UN General Assembly, Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, Olivier De Schutter: Large-Scale Land Acquisitions and Leases: A Set of Minimum Principles and Measures to Address the Human Rights Challenge, A/HRC/13/33/Add.2 (December 8, 2009), para. 33.

자원에 대한 접근 및 공평하고 공정한 이익 공유에 관한 나고야의정서(Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity)'에도 반영되었는데, 동 의정서는 생물 유전자원 이용에 대한 접근과 이익 공유가 주된 내용이다. 나고야의정서에서는 유전자원에 대한 적절한 접근, 유전자원과 기술에 대한 모든 권리를 고려한 관련 기술의 적절한 이전, 그리고 적절한 기금 조성을 포함한 방법 등을 통하여, 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익을 공평하고 공평하게 공유하고, 생물 다양성 보전과 그 구성 요소의 지속 가능한 이용에 기여하는 것이 목적이라 명시하고 있다.⁶⁹⁾ 또한 동 의정서 제5조에서는 “유전자원 이용 및 후속하는 응용 및 상용화에 따라 발생하는 이익은 그러한 자원의 원산지 국가로서 그러한 자원을 제공하는 당사국 또는 협약에 따라 유전자원을 획득한 당사국과 공평하고 공평한 방식으로 공유되어야 한다”라고 규정하고 있으며, 그러한 공유는 “상호 합의 조건”에 따르도록 되어 있다.⁷⁰⁾ 이를 이행하기 위해 각국이 입법적, 행정적, 정책적 조치 등의 적절한 조치를 취해야 하며,⁷¹⁾ 금전적, 비금전적 이익 공유의 방식을 취하도록 하고 있다.⁷²⁾ 이러한 이익 공유는 유전자원 외에도 유전자원 관련 전통 지식에까지 적용되도록 하고 있다.⁷³⁾ CBD와 나고야의정서로 구체화된 ‘접근 및 이익 공유 체계(ABS: Access and benefit-sharing)’는 유전자원과 전통 지식이 접근될 수 있는 방법에 대한 사전 통보 승인(PIC: Prior informed consent)이나 그 사용으로 인한 이익을 공유하는 방법에 대한 상호 합의 조건(MAT: Mutually agreed terms), 적용 범위, 의무 준수를 위한 점검 기관의 설치 등에 대해 규정하여 이익 공유의 방식 등에 대한 제도적 체계를 확립하였다.⁷⁴⁾ ABS 절차는 유전자원을 통해 연구나 개발, 연구개발을 위한 표본 채취 등의 사전 활동을 하고자 하는 자는 유전자원 제공국이 정한 절차에 따라 제공자로부터 PIC를 받아야 하며,⁷⁵⁾ PIC를 받기 위해 신청서에 유전자원 이용 목적, 기간, 지리적 범위, 자원 내용, 자금 등에 대해 기재하여야 한다.⁷⁶⁾ 이

68) CBD 제15조 (7).

69) 나고야의정서 제1조.

70) 나고야의정서 제5조 (1).

71) 나고야의정서 제5조 (3).

72) 나고야의정서 제5조 (4).

73) 나고야의정서 제5조 (5).

74) 이인혜, *supra* note 65, p. 208.

75) 환경부·국립생물자원관, 『나고야의정서 가이드북』(2011), p. 24.

76) *Id.*, p. 25. 신청서의 서식과 내용은 국가마다 상이하며, CBD의 이익 공유의 방법 및 절차에 관한 ‘본 가이드라인(Bonn Guidelines)’을 참고하면 PIC를 위해서는 1) 신청자/수집자의 법적 자격 및 소속, 신청자가 기관인 경우에는 담당자, 2) 접근을 요청하는 유전자원의 종류와 양, 3) 활동 개시일 및 기간, 4) 지리적 탐사 범위,

후 이익 공유를 위해 이용하려는 유전자원의 종류, 수량, 목적, 기간 및 공유하는 이익의 종류와 방법, 분쟁 해결 절차 등이 기재된 MAT를 체결하고 이에 따른 실시를 하게 된다.⁷⁷⁾ 대체로 금전적 이익으로는 표본에 대한 접근료, 선급금, 이행 단계 중도금, 로열티, 상용화 시의 면허료, 연구 지원금, 지식재산권 공동 보유 등이 있고, 비금전적 이익에는 연구 개발 결과의 공유, 제품 개발 참여, 교육 및 훈련에서의 협력, 지식 및 기술 이전, 제도적 역량 강화, 지역 경제 기여, 식량 안보 및 생계 유지의 이익 등이 있다.⁷⁸⁾ 또한 이익의 공유는 일회성이 아니라 지속적으로 지급되는 것이 일반적이다.⁷⁹⁾

CBD, 나고야의정서 ABS 외에 ITPGRFA에 의한 이익 공유 메커니즘도 존재한다. 동 메커니즘은 동 조약 부속서 1에 명시된 64종의 식물 리스트에 대해서만 이익 공유가 적용되며, 64종의 식물 리스트는 나고야의정서의 적용 대상에서 제외된다.⁸⁰⁾ 제4조 (4)의 특별 문서 지위로 보아 나고야의정서 적용 대상에서는 제외된다. ITPGRFA는 지속 가능한 농업과 식량 안보를 위하여 CBD에 따라 식량 및 농업을 위한 식물 유전자원의 보전 및 지속 가능한 이용, 그리고 이들 자원의 이용으로부터 발생하는 이익을 공정하고 공평하게 공유하는 것이 목적임을 밝히고 있으며,⁸¹⁾ 농민 또한 식량 및 농업을 위한 식물 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익 공유에 공평하게 참여할 수 있는 권리가 있음을 명시하고 있다.⁸²⁾ 그러므로 나고야의정서에서의 양자 체제에서 적용되는 PIC나 MAT의 요건이 필요하지 않으며, ITPGRFA의 다자 체제하의 표준물질 이전 계약서(SMTA)를 통해서 접근이 이루어진다. ITPGRFA에서의 이익 공유는 제12조 (3)의 조건에 따라 제공된다. 먼저 1) 화학적, 의약적, 또는 식량 및 사료 산업을 제외한 여타 산업적 용도가 포함되지 않은 식량 농업 분야의 연구, 육종, 교육을 위한 이용 및 보전에 대해서만 접근이 가능하고, 2) 개별적 접근을 추척할 필요가 없이 무료 또는 수수료를 부과할 경우 최소비용을 초과하지 않는 수준에서 접근이 신속히 허용된다. 3) 이용 가능한 모든

5) 접근을 부여하는 대상의 상대적인 비용 및 효과를 판단하기 위해 접근 활동이 생물 다양성의 보전과 지속 가능한 이용에 어느 정도로 영향을 미치는지에 대한 평가, 6) 의도한 이용에 관한 정확한 정보, 7) 연구개발이 수행되는 장소의 지정, 8) 연구 개발을 시행하는 방법에 관한 정보, 9) 연구 개발을 공동 수행하는 지역 기관의 지정, 10) 참여 가능성이 있는 제3자, 11) 수집, 연구 목적 및 예상 성과, 12) 유전자원의 상업적 또는 기타 이용에서 발생하는 파생물, 제품의 이익을 포함하여 유전자원의 접근에서 발생할 가능성이 있는 이익의 종류나 형태, 13) 이익 공유 조치의 지정, 14) 예산, 15) 비밀 정보의 취급 등을 기재하게 되어 있다.

77) 환경부·국립생물자원관, *supra* note 75, p. 28.

78) 나고야의정서 부속서.

79) 환경부·국립생물자원관, *supra* note 75, p. 33.

80) ITPGRFA를 나고야의정서 제4조 (4)의 특별 문서 지위에 해당하는 것으로 보아 나고야의정서 목적에 일치하고, 침해하지 않는 범위 내에서 나고야의정서 적용 대상에서 제외한다.

81) ITPGRFA 제1조.

82) ITPGRFA 제9조.

허가 자료와 적용 가능한 법에 따라 비밀로 분류되지 않는 여타 관련 설명 정보가 식물 유전자원과 함께 제공되고, 4) 수령자는 다자 체제로부터 제공받은 형태로 식량 및 농업을 위한 식물 유전자원 또는 그 일부분이나 구성 요소에 대해 용이하게 된 접근을 제한하는 지식재산권 또는 여타 권리를 주장할 수 없다. 5) 농민이 개발 중인 물질을 포함하여 개발 중에 있는 식량 농업 분야 식물 유전자원에 대한 접근은 개발 기간 동안 그 개발자의 재량에 맡겨야 하며, 6) 지식재산권 또는 여타 재산권에 의해 보호받는 식량 및 농업을 위한 식물 유전자원에 대한 접근은 관련 국제 협정 및 국내법에 일치해야 한다. 7) 수령자가 이러한 조건하에서 그러한 식물 유전자원을 계속 이용할 수 있도록 하며, 8) 동 조의 여타 규정에 영향을 미치지 않고 계약 당사자는 국내법 또는 관련법이 없는 경우 집행 기구가 설정하는 기준에 따라 현지 내 여건에서 발견되는 식량 및 농업을 위한 식물 유전자원에 대한 접근을 제공하기로 합의하여야 한다.

ITPGRFA의 이익 공유 비율은 성과물을 상품화한 경우, 수령자가 그 상품의 판매액에서 30%를 차감한 금액의 1.1%, 또는 매출의 0.5%를 신탁기금으로 지불하게 되어 있다.⁸³⁾ 지불된 기금은 식량 농업 식물 유전자원을 보존하고 지속 가능한 방법으로 이용하는 개발도상국, 경제체제 전환국에 지급된다.⁸⁴⁾ 이러한 비율로 인해 실질적으로 유전자원의 제공국이 받는 금액이 매우 적다는 지적이 있으며,⁸⁵⁾ 이러한 이익 공유의 한계를 극복하기 위해 향후 문제점 개선을 위한 방안을 모색할 필요가 있다. 그러므로 ITPGRFA에서의 이익 공유 비율을 확대하는 것이 개도국의 입장을 충족할 수 있는 것이겠으나 조약의 개정은 현실적으로 어려움이 따르므로, 다자 체제에서 규정하고 있는 64종 외의 필수적 식량에 대한 종자에 대해서 나고야의 정서의 ABS 체계를 따르되 이익 공유의 비율을 높이는 방안을 고려해 볼 수 있다. 비록 기존 ABS 체제가 양자적 방식으로 운영되고 있으나 환경적 요인이나 사회경제적인 상황으로 인해 특정 식량 분야 식물 유전자원에 대해 예외적으로 이익 공유 비율을 확대할 수 있도록 하는 최소한의 가이드라인을 FAO 등의 국제기구에서 제공하여 자발적인 참여를 독려하는 것이다. 그 밖에 나고야의정서의 비당사국에 대한 국제사회의 지속적인 가입 요청도 식량 농업 분야 식물 유전자원 제공국의 식량에 대한 기본적인 권리를 보전하기 위한 최소한의 방법 중 하나가 될 수 있다.

83) UN General Assembly, *supra* note 5, para. 23.

84) *Id.*

85) 2009년 6월 튀니스에서 개최된 운영 기구 3차 회의에서 11개의 개발도상국이 주요 작물의 종자와 유전자원 보존에 대한 이익 공유 기금으로 각각 5만 달러(미국 달러 기준)를 받게 될 것이라는 발표가 있었으며, 이에 대해 식량권에 관한 특별보고관은 보고서를 통해 보상액이 너무 적다고 지적하였다. UN General Assembly, *supra* note 5, para. 23.

4. 기술 이전 가능성의 검토

식량 증자에 대한 특허권으로 인해 식량권에 대한 기본적 보장이 되지 않는 경우, 이러한 국가를 상대로 선진국이 관련 기술을 지원하거나 이전하는 것을 검토해 볼 수 있다. WTO 도하 각료회의에 의해 조직된 WIPO, FAO, World Bank가 참여하는 무역과 기술 이전에 관한 워킹그룹(Working Group on Trade and Transfer of Technology)은 과학, 기술, 혁신 및 지식의 공유에 대한 접근을 위해 국제 협력 강화의 필요성을 강조하는 유엔 지속가능발전 17(SDG 17)을 위해서도 기술 이전을 통한 개도국의 개발이 필수적이며,⁸⁶⁾ WTO 회원국들은 지식재산의 역할, 특히 국가 혁신 시스템에서 대학과 공공 연구 기관의 발전이 하는 역할에 대해 살펴보고 기아, 식량 불안정, 영양실조, 농촌의 빈곤을 해소하는 데 도움이 되는 기술의 잠재력과 기술 이전의 가능성에 대해 고민해야 한다고 발표한 바 있다.⁸⁷⁾

유사한 사례로, 유엔기후변화협약(UNFCCC: United Nations Framework Convention on Climate Change) 제4조 (1) (c)에서는 “에너지·수송·산업·농업·임업 그리고 폐기물 관리 분야를 포함한 모든 관련 분야에서 몬트리올의정서에 의하여 규제되지 않는 온실가스의 인위적 배출을 규제·감축 또는 방지하는 기술·관행 및 공정을 개발·적용하고, 이전을 포함하여 확산시키는 것을 촉진하고 협력”하도록 규정하고 있어, 선진국이 개도국에게 온실가스 배출 규제·감축 또는 방지 기술 등에 대한 기술협력이나 기술 이전, 또는 자금 원조 등을 하도록 하고 있다.

기술 이전을 요구하는 개도국 주장의 근거는 TRIPS 협정상의 규정들이다. TRIPS 협정 제7조, 제8조 (1), 제8조 (2), 제66조 (2)를 통해 기술 이전이 반드시 이루어져야만 하는 필요한 조치라고 주장한다. 먼저 TRIPS 협정 제7조에 따라 기술혁신의 증진뿐 아니라 기술 이전 및 전파에 기여하는 것도 지식재산권의 보호와 집행의 목적이므로, 지식재산권자의 이익을 최소한으로 보호하여 지식재산의 공공정책적 목적을 달성할 수 있어야 한다고 강조한다.⁸⁸⁾ 또한 TRIPS 협정 제8조 (1)에서 공중 보건 및 영양 상태 보호 등 사회경제적 및 기술적 발전에 중요한 공공 이익 증진을 위해 ‘필요한 조치’를 취할 수 있도록 하고 있는 점과 제8조 (2)의 지

86) SDG 17은 지구촌 협력 확대의 목표로, 이행 수단 강화와 지속 가능 발전을 위한 글로벌 파트너십의 활성화를 규정하고 있다.

87) WTO, WTO Annual Report 2019 (June 2019), p. 98.

88) South Center, *supra* note 41, p. 10, para. 26.; TRIPS 협정 제7조 목적 조항은 다음과 같다. “지식재산권의 보호와 시행은, 기술혁신의 증진과 기술의 이전 및 전파에 기여하고 기술 지식의 생산자와 사용자에게 상호 이익이 되고 사회 및 경제 복지에 기여하는 방법으로 권리와 의무의 균형에 기여하여야 한다.”

식재산권 남용이나 불합리하게 무역을 제한하는 등 국가 간 기술 이전에 부정적 영향을 미치는 관행을 방지하기 위해서도 ‘적절한 조치’가 필요할 수 있다고 규정하고 있는 부분도 근거로 들고 있다.⁸⁹⁾ 마지막으로 최빈개도국 회원국에 대한 규정인 TRIPS 협정 제66조 (2)를 통해 선진국 회원국이 최빈개도국 회원국에 기술 이전을 촉진시키고 장려하기 위한 유인을 제공해야만 한다는 것을 강조한다.⁹⁰⁾ Sussex Energy Group이 발표한 보고서에 의하면 환경친화 기술을 보유한 선진국의 기업들은 높은 로열티 비용, 라이선스 거절, 에버그리닝(ever-greening) 전략, 특허 소송, 혁신 장애 전략 등을 통해 해당 기술에 개도국이 접근하는 것을 지연시키기도 한다.⁹¹⁾

그러나 선진국은 온실가스 절감에 있어서 특허약처럼 들어맞는 기술을 찾기란 쉽지 않으며, 강제실시권 부여를 통해 특허권의 효력을 제한하는 방법은 맞지 않는다고 주장한다. 환경 관련 기술에 대한 특허권에 강제실시권을 부여하는 경우, 이에 대한 연구 및 개발의 투자를 회수할 기회가 상실되어 기술 개발의 유인이 사라지고 이에 따라 관련 기술의 지속성이 떨어지게 되기 때문이다.⁹²⁾

이러한 개도국과 선진국의 논의를 식량 종자에 대한 특허 이슈에 대입하여 살펴보면, 필수 식량이 되는 종자에 대한 특허에 대해 기술 이전을 실시하는 것이 TRIPS 협정상 의무에 해당하는 것인지 먼저 살펴보아야 할 것이다. 그러나 TRIPS 규정에서 기술 이전은 제7조를 제외하고는 강행 규범이 아니며, 제7조의 내용은 “기술의 이전 및 전파에 기여하고”, “상호 이익이 되고”, “권리와 의무의 균형에 기여하여야 한다.”라고만 규정하고 있어 동 조에 의해서 기술 이전을 강조할 수는 있으나 강제하기는 어려워 보인다.

V 결론

이상에서는 식량권과 종자 특허의 개념과 근거 조약, 상호 충돌의 영역에 대해 살펴보고, 두 권리 간의 충돌을 해결하기 위한 방안에 대해 살펴보았다. 식량권과

89) South Center, *supra* note 41, p. 10, para. 27.

90) *Id.*, p. 11, para. 28: TRIPS 협정 제66조 (2)는 다음과 같다. “선진국 회원국은 최빈개도국 회원국이 건전하고 자생력 있는 기술적 기초를 조성할 수 있도록 하기 위해 자기 나라 영토 내의 기업과 기관에게 최빈개도국 회원국으로의 기술 이전을 촉진시키고 장려하기 위한 유인을 제공한다.”

91) South Center, *supra* note 41, p. 13, para. 37.

92) 한국지식재산연구원, “특허제도를 보완하기 위한 기술공유화에 대한 연구”, 특허청(2010), p. 32.

종자 특허는 거듭되는 GM 기술의 발전으로 인해 충돌이 불가피하며, 특히 농업이 대부분의 국가 산업인 경우에 문제가 더 심각해진다. 국민 대부분이 농업으로 생계를 유지하는 개도국이나 최빈국의 경우에는 농업 유지를 위한 공적 지원을 받는 것이 생계를 지속할 수 있는 유일한 방법이며,⁹³⁾ 이에 따라 상업적 종자 체계, 즉 상업용 패키지를 통해 종자, 비료, 농약이 한 번에 제공되는 지원을 받아 사용하는 체계를 수용할 수밖에 없는 상황에 놓이게 된다. 공적 지원 외에도 상업적 종자 생산이 대규모로 이루어지며, 기업과의 거래에 있어 불합리한 구조 속에 놓이게 되어 식량 생산의 자원으로 특허 종자를 구매할 수밖에 없는 상황이 된다.⁹⁴⁾ 이러한 생태계 구조는 농업 분야에 있어서 식량의 전통적인 생산자에게 악순환을 지속시키며, 종 다양성의 감소로 미래 세대의 식량에 대한 접근 가능성, 지속 가능성을 위협한다.

식량권에는 식량 생산을 위한 기본적인 자원과 수단인 토지, 종자, 물, 기타 자원들, 그리고 이를 구매할 수 있는 비용, 시장 접근성의 보장이 내재된 것으로,⁹⁵⁾ 종자 특허로 인해 이러한 식량권의 구성 요소와 기본적 요건들이 충돌하게 되었고, 이러한 충돌이 구체적으로는 농부의 권리, 소농의 권리, 종자 접근권과 종자 다양성, 전통 농업 지식, 토양 산성화 및 환경오염으로 인한 지속 가능성 침해부터 식량 안보에 대한 위협까지 발생시켰다. 뿐만 아니라 식량권의 전제 조건이 되는 사회권규약 제15조 (1) (b)의 과학기술의 이익을 향유할 권리도 침해된다. 사회권규약은 적절한 식량에 대한 권리와 함께 당사국에 식량권 실현을 위한 적당한 조치, 과학·기술 지식의 활용 등의 의무를 준수하도록 하고 있는데,⁹⁶⁾ 제15조 (1) (b)가 종자 및 품종개량 관련 기술에 대한 접근권을 정당화해 주는 상호 보완적인 관계이기 때문이다.⁹⁷⁾

본 논문에서는 이러한 충돌을 해결하기 위해 조약 간 위계 판단의 방법과 비례성의 원칙을 통하여 비교하였으며, 우선적으로 보장해야 하는 권리를 식량권이라고 판단하였다. 이러한 식량권을 특허권보다 우선적으로 보장하기 위해 특허권을 제한하는 세 가지의 방법을 제시하였다. 특허권을 제한하는 방법으로는 비례성의

93) UN General Assembly, *supra* note 5, para. 7.

94) *Id.*

95) UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), The Right to Adequate Food, Fact Sheet No. 34, (April 2010), p. 3.

96) 사회권규약 제11조 (2).

97) UN General Assembly, *supra* note 5, para. 7; UN General Assembly, Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, Farida Shaheed: The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications, A/HRC/20/26 (May 14, 2012), para. 67.

원칙을 통하여 특허권의 효력을 제한하는 방법과 필수 식량으로서 불특히 대상에 종자를 포함하는 방안, 이미 발생한 특허권에 대해 강제실시권을 발동하는 방안을 제시하였다.

인간의 권리와 존엄성에 반하는 과학적 및 기술적 진보의 이용을 방지하기 위해서 이러한 특허권의 제한은 정당하다고 볼 수 있다. 그러나 종자 특허를 제한하는 과정에서 오히려 특허권자에 대한 부당한 침해로 당하지 않도록 하기 위해 생존에 필수적인 식량 생산에 종자 특허의 제한이 필수적인 상황임을 상세히 입증해야 할 것이다.

또한 식량권과 종자 특허와의 충돌을 최소화하거나 분쟁을 예방하기 위해 종자 특허권을 형성하거나 오픈소스 종자를 구축하여 필수적인 식량 종자가 특허권과 충돌하지 않도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 현재 소규모의 형태이나 종자에 대해 특허권을 구축하고 오픈소스 종자로 접근성을 높이는 방안이 추진되고 있으며, 이러한 기술 공개 방법에 대해 국제적으로 관심을 높일 필요가 있다.

또한 기존에 존재하는 나고야의정서 및 ITPGRFA의 이익 공유 메커니즘에서 이익 공유의 대상을 확대하거나 이익 공유 비율을 증대시키는 방안 등 기존의 이익 공유 메커니즘을 개선하는 방안도 고려해 볼 수 있다. 이러한 적용 범위 확대 움직임의 하나로 ITPGRFA의 식물 유전자원의 접근 및 이익 공유를 위한 워킹그룹 회의(working group meeting on access and benefit-sharing of plant genetic resources)에서는 동 조약상의 이익 공유가 표준물질 이전 계약서(SMTA)에 의해 일률적으로 적용되고, 보상액이 적다는 문제점을 개선하기 위해 SMTA를 개정하는 것을 논의하였고, 지난 2019년 6월 회의에서 ITPGRFA 부속서 1의 목록을 개정하여 제한된 수의 고유종에 대해 국가적 면제를 허용하고, 현지 외 조건에서 공공의 영역에 있는 식량과 농업을 위한 모든 식물 유전자원을 부속서에 포함시키는 것으로 잠정 합의하였다.⁹⁸⁾

마지막으로 최빈국과 개도국에 식량 종자 관련 기술 이전을 통해 기술 격차를 낮추는 방안도 고려해 볼 수 있다. TRIPS 협정 제7조에서는 기술혁신의 증진뿐 아니라 기술 이전 및 전파에 기여하는 것도 지식재산권의 보호와 집행의 목적이라고 규정하고 있으므로, 이에 따라 특허권자의 이익을 최소한으로 보호하여 지식재산 제도의 공공 정책적 목적을 달성할 수 있도록 선진국의 자발적인 기술 이전 참여를 독려하는 국제사회의 노력이 필요하다.

98) IISD, Consensus within Reach for Plant Treaty Working Group to Revise ABS System, June 27, 2019, <https://sdg.iisd.org/news/consensus-within-reach-for-plant-treaty-working-group-to-revise-abs-system/>.

참고 문헌

I. 국내 문헌

- 김병선. “오픈소스 개념 및 주요동향”. 『정보와 통신』 제35권 제5호. 한국통신학회, 2018.
- 김영석. 『국제법』, 서울: 박영사, 2010.
- 발렌틴 투른 외 저·이미옥 역. 『무엇을 먹고 어떻게 분배할 것인가』 서울: 에코리브르, 2017.
- 박영규. “생명공학적 발명의 보호와 한계: 유럽연합의 생명공학지침(Directive 98/44/EC)을 중심으로”. 『비교법학』 제15권 제2호. 한국비교사법학회, 2008.
- 신혜은. “생명공학분야 특허권의 필요성과 형성 촉진을 위한 제언”. 『강원법학』 제43권. 강원대학교 비교법학연구소, 2014.
- 윤권순. “미국 ‘특허강제실시’ 제도의 진화와 그 함의”. 『지식재산연구』 제10권 제1호. 한국지식재산연구원, 2015.
- 이인혜. “국제법상 식량권 보장에 관한 연구: 특허권과의 충돌을 중심으로”. 이화여자대학교 박사학위논문, 2019.
- 이준일. “헌법상 비례성 원칙”. 『공법연구』 제37집 제4호. 한국공법학회, 2009.
- 이철남. “소프트웨어 저작권과 오픈소스 라이선스, 그리고 특허”. 『정보와 통신』 제35권 제5호. 한국통신학회, 2018.
- 정연덕. “신기술분야의 강제실시제도의 적용에 관한 연구”. 특허청, 2009.
- 한국지식재산연구원. “특허제도를 보완하기 위한 기술공유화에 대한 연구”. 특허청, 2010.
- 환경부·국립생물자원관. 『나고야의정서 가이드북』, 2011.

II. 국외 문헌

- Andenas, Mads and Stefan Zleptnig. “Proportionality: WTO Law: In Comparative Perspective.” *Texas International Law Journal*, 2007, 42(3) (2007): pp. 371-427.
- Bloomberg. “Bayer Closes Monsanto Deal to Cap \$63 Billion Transformation.” June 7, 2018.
- Center for Food Safety. *Monsanto vs. U.S. Farmers*, 2005.
- Center for Food Safety. *Seed Giants vs. U.S. Farmers*, 2013.2.13.
- CGIAR. *CGIAR Financial Report 2016*, 2017.
- Correa, Carlos M. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Cox, Krista L. “The Medicines Patent Pool: Promoting Access and Innovation for Life-Saving Medicines Through Voluntary Licenses.” *Hastings Science and Technology Law Journal*, Vol. 4, No. 2, 2012.
- De Schutter, Olivier. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Grosse Ruse-Khan, H. “Proportionality and Balancing within the Objectives of Intellectual Property Protection.” In *Intellectual Property and Human Rights*:

- Enhanced Edition of Copyright and Human Rights edited by Paul L. C. Torremans Wolters Kluwer, 2008.
- IISD. Consensus within Reach for Plant Treaty Working Group to Revise ABS System, June 27, 2019.
- Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights E/CN.4/1987/17, January 8, 1987.
- Malanczuk, Peter. Akehurst's Modern Introduction to International Law(7th). Routledge, 1997.
- Marceau, Gabrielle Zoe. "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties." *Journal of World Trade*, Vol. 35, No. 6(2001): pp. 1081-131.
- Morgera, Elisa. "The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing." *European Journal of International Law*, Vol. 27, Issue 2. May 1, 2016: pp. 353-83.
- Nicol, Dianne and Jane Nielsen. "Opening the Dam: Patent Pools, Innovation and Access to Essential Medicines." In Pogge, Thomas, et al., *Incentives for Global Public Health: Patent Law and Access to Essential Medicines*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Saul, Ben, et al. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Srinivas, Krishna Ravi. "Open Source Drug Discovery: A Revolutionary Paradigm or a Utopian Model?." In Pogge, Thomas, et al., *Incentives for Global Public Health: Patent Law and Access to Essential Medicines*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- South Center. *Accelerating Climate-relevant Technology Innovation and Transfer to Developing Countries: Using TRIPS Flexibilities under the UNFCCC*. August 2009.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11), E/C.12/1999/5 (May 12, 1999).
- UN Economic and Social Council. *The Right to Food: Report by the Special Rapporteur on the Right to Food, Mr. Jean Ziegler, submitted in accordance with Commission on Human Rights Resolution 2000/10, E/CN.4/2001/53* (February 7, 2001).
- UN General Assembly. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, Farida Shaheed: *The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications*, A/HRC/20/26 (May 14, 2012).
- UN General Assembly. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the Right to Food. Olivier De Schutter: *Large-Scale Land Acquisitions and Leases: A Set of Minimum Principles and Measures to Address the Human Rights Challenge*, A/HRC/13/33/Add.2 (December 8, 2009).

- UN General Assembly. The Right to Food: Seed Policies and the Right to Food: Enhancing Agrobiodiversity and Encouraging Innovation, A/64/170 (July 23, 2009).
- UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). The Right to Adequate Food, Fact Sheet No. 34, (April 2010).
- UN Sub-Commission on Human Rights Resolution 2000/7. Intellectual Property Rights and Human Rights. UN Economic and Social Council, E/CN.4/SUB.2/RES/2000/7 (August 17, 2000).
- UNCTAD-ICTSD. Resource Book on TRIPS and Development. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- WTO Panel Report. United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, para. 6.20, WT/DS2/R (January 29, 1996).
- WTO. WTO Annual Report 2019 (June 2019).

제6장

국제투자 중재에서 공기업 행위의 투자 유치국 귀속 문제

장 석 영

고려대학교 스페인라틴아메리카연구소 연구교수

목차

- I. 서론
- II. 공기업이 국가기관에 해당할 수 있는지 여부
- III. 공기업의 공권력 행사
- IV. 공기업 행위에 대한 국가의 지시, 지휘, 통제
- V. 기타 조항의 적용
- VI 결론

I 서론

국제투자 중재를 살펴보면 공기업의 행위로 인해 공기업의 국적국인 투자 유치 국에 국가책임이 발생하는 경우가 많이 있다. 공기업의 행위로 인해 그 국적국에 국가책임이 성립하기 위해서는 공기업의 국제 위법행위가 있어야 하고, 그 행위가 국가에 귀속되어야 한다. 따라서 국제투자 분쟁에서 행위의 국가 귀속 문제는 매우 중요한 문제이며, 국제법상 귀속(attribution)이란 개인 또는 실체(entity)의 특정 행위를 국제법상 국가의 행위로 간주하는 기능을 일컫는다.¹⁾ 관련 국제투자 조약에 국가 귀속에 관한 특별법이 있다면 특별법이 적용되겠지만, 별도의 특별법이 없다면 국제관습법을 성문화한 것으로 여겨지는 국제법위원회(ILC: International Law Commission)의 국가책임초안(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)상 국가 귀속에 관한 규정이 적용된다.²⁾ 그동안 다수의 국제투자 중재에서 국가 귀속 문제가 다루어져왔으며 ILC 국가책임초안의 국가 귀속에 관한 조항이 적용되어왔지만, 그 해석과 구체적인 적용 기준이 확립되어 있지 않으며 중재판정의 내용이 일치하지 않는 경우가 많다.³⁾

따라서 이 논문에서는 ILC 국가책임초안의 국가 귀속에 관한 규정을 적용한 다양한 중재판정을 분석하여 국제투자 중재에서 ILC 국가책임초안상 국가 귀속에 관한 규정이 어떻게 적용되는지 검토하고, 특히 공기업 행위의 국가 귀속이 인정되는 구체적인 기준을 도출해 보려고 한다. 이를 위해 아직 견해가 대립하거나 기준이 불명확한 부분을 중심으로 국제투자 중재에서 공기업 행위의 국가 귀속 문제에 대해 살펴볼 것이다.

-
- 1) Luigi Condorelli and Claus Kress, "The Rules on Attribution: General Considerations," in *The Law of International Responsibility* eds, J. Crawford, A. Pellet and S. Olleson (OUP Oxford, 2010), p. 221.
 - 2) Georgios Petrochilos, "Attribution," in *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* ed, Katia Yannaca-Small (Oxford: Oxford University Press on Demand, 2010), p. 289; Kaj Hobér, "State Responsibility and Investment Arbitration," (2008) 25 J. Int'l Arb. 545, p. 545; *Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt (Award)*, [2008] ICSID Case No. ARB/04/13, para. 156.
 - 3) James Crawford, "Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility," (2010) 25:1 ICSID Review 127, p. 131; Csaba Kovács, *Attribution in International Investment Law* (Kluwer Law International, 2018), p. 49.

II 공기업이 국가기관에 해당할 수 있는지 여부

ILC 국가책임초안 제4조는 국제법상 확립된 원칙인 국가 단일성의 원칙(principle of the unity of the State)을 담고 있으며, 이에 따라 모든 국가기관의 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다.⁴⁾ 특히 제1항에서는 국가기관(state organ)을 매우 넓게 규정하고 있고, 기관의 구조적(structural)인 면을 강조하고 있으며, 국가의 행위로 간주되는 국가기관의 행위에 제한을 두고 있지 않으므로 공적 행위(public acts, *acta jure imperii*)와 상업적 행위(commercial acts, *acta jure gestionis*)를 구분하지 않고 모든 행위가 국가에 귀속된다.

1. 국가기관의 판단 기준

1) 국내법에 따른 판단

국가기관의 구성과 기능은 각 국가가 결정할 문제이므로 국가기관을 판단하는 기준은 국가마다 다르며, 국제법상 국가기관을 판단하는 기준은 없다. 따라서 제4조 제2항에서도 국가기관을 판단하는 하나의 기준으로 국내법을 언급하고 있다.

그런데 제4조에서 말하는 국가기관 해당 여부를 판단할 때 국내법상 분류가 결정적인지와 관련하여 중재판정의 내용은 일치하지 않는다. *EDF (Services) Limited v. Romania* 사건에서 국제투자분쟁해결센터(ICSID: International Center for Settlement of Investment Disputes) 중재판정부는 제4조 제2항에 따라 국내법상 국가기관으로 인정되면 이것은 달리 증명되지 않는 한 그 기관의 모든 행위가 국가에 귀속되는 것으로 추정(presumption)된다고 하였다.⁵⁾ 반면 *Toto Construzioni v.*

4) ILC 국가책임초안 제4조 [국가기관의 행위]

1. 모든 국가기관의 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다. 이는 그 기관이 입법, 행정, 사법 또는 기타 다른 기능을 수행하는지 여부, 그 기관이 국가조직상 어떠한 위치를 차지하고 있는지 여부, 그 기관의 성격이 중앙정부기관 또는 그 국가의 영토적 단위에 속하는 기관인지를 불문한다 (The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State).
2. 기관은 그 국가의 국내법에 따라 그 같은 지위를 가진 모든 개인 또는 실체를 포함한다 (An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State).

5) *EDF (Services) Limited v. Romania (Award)*, [2009] ICSID Case No. ARB/05/13, para. 188.

Lebanon 사건에서는 제4조 제2항에 따라 국내법상 국가기관으로 인정되는 기관은 의심할 나위 없이(unquestionably) 국제법상 국가기관에 해당한다고 하였다.⁶⁾

또한 국내법에 따른 판단은 국내법에서 국가기관에 대해 정의하고 있지 않거나 너무 좁게 정의하고 있다면 문제가 될 수 있으며, 국내법상 국가기관에 해당하지 않더라도 국제법상 그 실체의 행위가 국가에 귀속되는 경우가 있을 수 있다.⁷⁾ 따라서 기관의 명칭 또는 국내법상의 분류에 의존하기보다는 국가와 그 기관이 실질적으로 어떤 관계에 있는지 확인하는 것이 중요할 것이다. 또한 ILC 국가책임초안에 대한 주석에서도 강조하고 있듯이, 국가는 국내법상의 구분을 근거로 국가기관의 행위로 인한 책임을 회피할 수 없다.⁸⁾

2) 국내법상 지위에 관계없이 국제법상 국가기관으로 인정된 사례

국내법상 지위에 관계없이 국제법상 국가기관에 해당하므로 ILC 국가책임초안 제4조에 따라 그 행위가 국가에 귀속된다고 본 사건으로는 *Eureko v. Poland* 사건과 *Bilcon v. Canada* 사건 등이 있다.

먼저 *Bilcon v. Canada* 사건에서 캐나다는 공동평가위원회(Joint Review Panel)가 국내법상 국가기관에 해당하지 않는다고 주장하였지만, 중재판정부는 공동평가위원회가 중립적인 판단을 내리는 기구이므로 제4조에서 말하는 사법 기능을 수행하고 있으며, 그 구성원은 환경부에서 임명하므로 제4조의 국가기관으로 볼 수 있다고 하였다.⁹⁾

Eureko v. Poland 사건에서는 폴란드의 재무부(State Treasury)를 국제법상 국가기관으로 볼 수 있는지가 문제되었는데, 일반적으로는 재무부를 국가기관으로 보지만 폴란드 민법에 의하면 재무부는 독립적인 법인격을 가지며 민사관계에서 국가 재산에 대한 권리 및 의무의 주체로 여겨지기 때문이었다.¹⁰⁾ 이 같은 사실을 언급하면서 폴란드 정부는 공기업을 민영화하는 과정에서 재무부가 상업적인 매매 계약을 체결한 것은 공권력을 행사한 것으로 볼 수 없으므로 폴란드에 귀속될 수

6) *Toto Costruzioni Generali S.p.A v. The Republic of Lebanon (Decision on Jurisdiction)*, [2009] ICSID Case No. ARB/07/12, para. 45.

7) Kaj Hobér, *supra* note 2, p. 550.

8) United Nations, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (A/56/10)*, YILC, 2001/II(2), Commentary on Art. 4, para. 11.

9) *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada (Award on Jurisdiction and Liability)*, [2015] PCA Case No. 2009-04, paras. 308, 315, 318.

10) *Eureko BV v. Republic of Poland (Partial Award)*, [2005] Ad Hoc Arbitration (UNCITRAL), paras. 119-120.

없다고 주장하였지만, 중재판정부는 폴란드 정부가 공기업을 민영화하기로 결정하고 이에 따라 주식을 매도한 것은 국가기관의 행위로 볼 수 있으며, 국내법상 재무부의 지위에 관계없이 국제법상 폴란드는 재무부의 행위에 대해 책임을 부담한다고 하였다.¹¹⁾

2. ILC 국가책임초안 제4조에 따른 ‘사실상 국가기관(*de facto* organs)’

1) 법률상 국가기관과 사실상 국가기관

국가책임법에서 ‘사실상 국가기관(*de facto* organs)’이라는 용어는 ILC 특별보고자(Special Rapporteurs)였던 Robert Ago의 세 번째 보고서에서 ILC 국가책임초안 제8조와 관련하여 사용되었고, 이후 제8조에 따른 행위의 국가 귀속이 인정되는 상황에서 주로 언급되어왔다.¹²⁾ 그러나 국내법상 국가기관이라는 공식적인 지위가 없어도 행위의 국가 귀속과 관련하여 특정 실체를 국가기관과 같이 볼 수 있을 때에는 제4조 제2항에 근거하여 사실상 국가기관을 인정하기도 한다.¹³⁾

이에 따르면 제4조의 국가기관은 법률상 국가기관(*de jure* State organs)과 사실상 국가기관(*de facto* State organs)으로 구분할 수 있으며, 국제분쟁에서 제4조를 적용할 때 어떤 실체가 법률상 국가기관에 속하는지 여부는 비교적 명확하게 확인할 수 있으므로 국내법상 국가기관에 해당하지 않는 실체를 사실상 국가기관으로 볼 수 있는지가 문제된다.¹⁴⁾

2) 제8조에 따른 귀속과의 구분

사실상 국가기관 관련하여서는 국제사법재판소(ICJ: International Court of Justice)의 *Bosnia Genocide* 사건에서 자세한 내용을 확인할 수 있으며, 이 사건

11) *Ibid.*, paras. 123, 129, 134.

12) United Nations, *Third Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility (A/CN.4/246 and Add.1-3)*, YILC, 1971/II(1), p. 264, para. 191; James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p. 126.

13) Paolo Palchetti, “*De Facto* Organs of a State,” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, paras. 7, 10, <https://opil.ouplaw.com/oca.korea.ac.kr/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1394?rskey=6sJx2u&result=1&prd=EPIL>; Crawford, *supra* note 12, pp. 124-26.

14) Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law* (Kluwer Law International, 2010), p. 7.

에서는 제4조와 제8조를 구분하여 사실상 국가기관을 검토하였다.

ICJ는 먼저 스레브레니차(Srebrenica)에서 대량 학살을 행한 자들이 유고슬라비아연방공화국(Federal Republic of Yugoslavia) 국내법상 국가기관에 해당하는지를 살펴보았지만 국가기관으로는 볼 수 없다고 하였고, 이어서 여기에 속하지 않는 실체라도 사실상 국가기관으로 보아 그 실체의 모든 행위가 국가에 귀속된다고 볼 수 있는지에 대해서 검토하였다.¹⁵⁾ 이때 ICJ는 *Nicaragua* 사건을 언급하면서 해당 실체가 국내법상 그와 같은 지위를 갖고 있지 않다고 하더라도 국가에 완전히 의존(complete dependence)하여 행동하였다면 국가기관과 동일하게 여겨질 수 있다고 보았다.¹⁶⁾ 다만, 매우 예외적인 경우에만 사실상 국가기관으로 간주될 수 있다고 하였다.¹⁷⁾ 그리고 여기에서 말하는 완전한 의존은 국가와 그 실체가 강하게 연결되어 있다는 것만으로는 부족하고 완전히 국가에 소속되어 자율성이 인정되지 않을 정도(lacking any real autonomy)로 통제되는 것을 의미한다고 설명하였다.¹⁸⁾

이후 제8조에 대한 검토로 넘어가면서 ICJ는 제4조를 적용하여 사실상 국가기관인지 여부를 검토하는 문제와 제8조의 적용 문제는 전혀 다른 별개의 문제라고 설명하였다. 다시 말해서, 제4조를 적용하기 위해 사실상 국가기관인지 여부를 검토하는 것이 해당 실체와 국가를 동일하다고 볼 수 있는지의 문제라면, 제8조에서 다루는 문제는 국가기관이 해당 실체에 지시, 지휘 또는 통제한 행위가 국제 의무 위반 행위를 발생시키는 원인이 되었는지 여부를 묻는 것이라고 하였다.¹⁹⁾

3. 공기업이 사실상 국가기관에 해당할 수 있는지 여부

국내법상 국가기관의 지위를 갖고 있지 않은 실체라고 하더라도 사실상 국가기관에 해당한다면 제4조가 적용될 수 있으므로 공기업도 여기에 해당할 수 있는지가 문제된다. 이는 공기업 행위의 국가 귀속 문제와 관련하여 제4조가 적용될 수 있는지를 묻는 것이며, 공기업이 문제되었을 때 제4조, 제5조, 제8조를 고려해야 하는지 아니면 제5조와 제8조만을 고려하면 되는지에 관한 문제이다. 국가 귀속

15) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment*, [2007] ICJ Reports 43, paras. 385-395.

16) *Ibid.*, para. 392.

17) *Ibid.*, para. 393.

18) *Ibid.*, para. 394.

19) *Ibid.*, para. 397.

문제에서 제4조가 적용될 수 있는지 여부가 중요한 이유는 제4조의 국가기관에 해당할 경우 그 실체의 모든 행위가 국가에 귀속되지만 제5조 및 제8조만 적용될 경우 문제된 행위만 귀속되기 때문이다.

이와 관련하여 일반적인 견해는 공기업은 독립적인 법인격을 갖고 있으므로 제4조의 국가기관에 해당하지 않는다는 것이다. 그러나 공기업도 특별한 경우에는 제4조의 국가기관이 될 수 있다는 견해가 있다.²⁰⁾ 그리고 이 견해는 제4조의 문구를 검토했을 때, 제1항에서 “그 기관이 국가조직상 어떠한 위치를 차지하고 있는지”를 불문한다고 규정하고 있는 점에 근거하고 있다.²¹⁾

이와 관련하여 ICSID 중재판정부는 *Bayindir v. Pakistan* 사건에서 제4조를 검토하면서 National Highway Authority (NHA)가 파키스탄과 어느 정도 관련이 있다고 해서 이것이 두 실체를 구분할 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니며, NHA는 독립적인 법인격을 갖고 있으므로 제4조가 적용될 수 없다고 하였다.²²⁾ *EDF (Services) Limited v. Romania* 사건과 *Tulip v. Turkey* 사건에서도 ICSID 중재판정부는 같은 입장을 보였으며, 특히 *Tulip v. Turkey* 사건에서는 국가가 공기업의 주식을 소유하고 있다는 것이 국가 귀속 문제에 영향을 미칠 수는 있겠지만 이것이 독립적인 기업체를 국가의 기관으로 만들어주는 것은 아니라고 하였다.²³⁾ 이후 *Hamester v. Ghana* 사건에서도 가나코코아위원회(Ghanaian Cocoa Board)가 제4조에서 말하는 국가기관에 해당하는지 여부를 검토하였으나, 국내법상 국가기관에 해당하지 않으며 법인으로 설립되었으므로 제4조가 적용될 수 없다고 하였다.²⁴⁾ 이처럼 일반적으로 중재판정부는 공기업을 국가기관으로 보는 데에 소극적이다.

그러나 ILC 국가책임초안의 주석을 살펴보면 제4조는 국내법상 독립적인 법인격 존재 여부에 관계없이 모든 국가기관의 행위에 대해 국가의 책임을 인정하려는 의도로 초안이 작성된 것임을 알 수 있다.²⁵⁾ 또한 *Deutsche Bank v. Sri Lanka* 사건에서 ICSID 중재판정부는 공기업이 국가기관으로 여겨지는 것은 매우 예외적

20) Nick Gallus, “State Enterprises as Organs of the State and BIT Claims,” (2006) 7 J. World Investment & Trade 761; Csaba Kovács, *supra* note 3, pp. 112-29.

21) United Nations, *supra* note 8, p. 39, para. 7.

22) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan (Award)*, [2009] ICSID Case No. ARB/03/29, para. 119.

23) *EDF (Services) Limited v. Romania (Award)*, *supra* note 5, para. 190; *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v. Republic of Turkey (Award)*, [2014] ICSID Case No. ARB/11/28, para. 289.

24) *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana (Award)*, [2010] ICSID Case No. ARB/07/24, para. 184.

25) United Nations, *supra* note 8, p. 39, para. 7.

인 경우이긴 하지만 이는 공기업이 진실로 독립적일 때에만 적용되는 내용이며, 그 공기업이 별개의 법적 실체로 존재한다는 사실은 국가기관인지 여부를 판단하는 데에 결정적인 요소는 아니라고 하였다.²⁶⁾

4. 관련 사례

공기업이 국제법상 국가기관에 해당하는지 여부를 검토한 국제투자 중재 사례는 다수 찾아볼 수 있다.

Ulysseas v. Ecuador 사건에서 중재판정부는 5개 단체 및 기업이 사실상 국가기관에 해당하는지 여부를 검토하였는데, 이 단체 및 기업들이 에콰도르의 공공부문에 속하고 국가의 통제 체계하에 있었다고 하더라도 이 같은 점이 이들이 국가기관임을 나타내는 것은 아니라고 하였다.²⁷⁾ 또한 *Jan de Nul v. Egypt* 사건에서 ICSID 중재판정부는 수에즈운하당국(Suez Canal Authority)이 공적인 사업을 수행하고 있는 점은 사실이나 사실상 국가기관에 해당하지는 않는다고 하였으며, 그 근거를 행위의 상업적 성격과 독립적으로 운영되는 예산에서 찾았다.²⁸⁾ 2016년 *Almás v. Poland* 사건에서는 중재판정부가 명시적으로 사실상 국가기관을 언급하며 이에 대해서 검토하였는데, 위 사건들을 인용하면서 폴란드 농업자산청(Polish Agricultural Property Agency)의 독립적인 법인격과 자율적인 경영 및 자산 상태를 고려했을 때 이는 제4조에서 말하는 국가기관으로 볼 수 없다고 하였다.²⁹⁾ 이는 특정 실체가 공공 분야에 속해 있거나 공적 업무를 수행한다고 하더라도 독립적인 예산을 갖고 있고 상업적인 활동을 하고 있다면 사실상 국가기관으로 볼 수 없다는 점을 확인한 것이라고 할 수 있다. 또한 *Nicaragua* 사건과 *Bosnia Genocide* 사건에서의 ICJ 판결처럼 국제투자 중재에서도 국내법상 국가기관이 아닌 실체에 제4조를 적용하기 위해서는 매우 엄격한 요건이 요구된다는 점을 알 수 있다.

그러나 앞에서 살펴본 *Deutsche Bank v. Sri Lanka* 사건에서 ICSID 중재판

26) *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (Award)*, [2012] ICSID Case No. ARB/09/2, para. 405 (“While it may be unusual for a state enterprise to be considered an organ of the State, this is only the case where the state enterprise is genuinely independent - the fact that it takes the form of a separate legal entity is not decisive”).

27) *Ulysseas, Inc v. The Republic of Ecuador (Final Award)*, [2012] PCA Case No. 2009-19 (UNCITRAL), para. 135.

28) *Jan de Nul v. Egypt*, *supra* note 2, para. 161.

29) *Mr Kristian Almás and Mr Geir Almás v. The Republic of Poland (Award)*, [2016] UNCITRAL, PCA Case No. 2015-13, para. 208.

정부는 독립된 실체로 존재하는 공기업이 국가기관에 해당할 수 있는 가능성에 대해 설명하면서 공기업인 Ceylon Petroleum Corporation (CPC)를 사실상 국가기관으로 보았다. 이때 국가가 CPC의 지분을 전부 소유하고 있으며, 스리랑카의 석유부 장관이 임원을 임명하고, 정부에 의해 재정 및 운영에 관한 통제를 받고 있으며, 설립 목적이 국익을 위해 스리랑카의 석유 정책을 수행하기 위한 것이었다는 점을 고려하였다.³⁰⁾ 또 다른 사건인 *Kardassopoulos v. Georgia* 사건에서도 ICSID 중재판정부는 공기업인 SakNavtobi는 국가가 주식을 전부 보유하고 있고, 국가로부터 석유, 가스, 에너지 관련 사항에 관하여 정부를 대표할 수 있는 배타적 권한을 부여받았으며, 그루지아의 주요 송유관 운영과 관련하여 정부의 관련 부서와 동일한 실체로 보이므로 제4조의 국가기관에 해당한다고 보았다.³¹⁾

2016년에는 위 두 사건에서 한 걸음 더 나아가서 사실상 국가기관이라는 표현을 사용하여 제4조에 따른 귀속을 인정한 중재판정이 등장하였다. 이전 *Deutsche Bank v. Sri Lanka* 사건과 *Kardassopoulos v. Georgia* 사건에 대한 판결에서는 사실상 국가기관이라는 표현을 직접적으로 언급하지는 않았지만, 앞에서 살펴본 *Almás v. Poland* 사건과 *Flemingo v. Poland* 사건에서는 제4조를 적용하면서 사실상 국가기관이라는 표현을 사용하였다.³²⁾ *Flemingo v. Poland* 사건에서 PCA 중재판정부는 폴란드 공항공사(PPL: Polish Airport State Enterprise)가 제4조의 국가기관에 해당하는지 여부를 검토하면서 다양한 요소를 검토하였는데, PPL의 모든 주식을 폴란드 재무부가 소유하고 있으며, 재무부가 상당한 통제를 행사하고 있을 뿐만 아니라 교통부의 관할하에 운영되고 있고, 일반적으로 국제공항의 운영 및 관리는 국가의 전략적 기능 수행과 관련되어 있으므로 민간기업이 담당하지 않는다는 점 등을 고려하였다.³³⁾ 그 결과 PPL은 사실상 국가기관에 해당하므로 그 행위는 피신청인에 귀속된다는 결론을 내렸다.³⁴⁾

아직까지 공기업이 제4조에서 말하는 국가기관에 해당한다고 본 사례는 소수에 불과하며 공기업의 행위가 제4조에 따라 투자 유치국에 귀속되는 경우는 매우 예외적인 경우에 해당한다. 그러나 위 사례들은 독립적인 법인격을 가진 공기업도 제4조의 국가기관에 해당할 수 있음을 보여준다. 그리고 중재 신청인의 입장에서는

30) *Deutsche Bank v. Sri Lanka*, *supra* note 26, para. 405.

31) *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia (Award)*, [2010] ICSID Case No. ARB/05/18, paras. 274-75.

32) Dimas Kuncoro Jati, "Current Development on State Attribution in International Investment Arbitration: *Flemingo v. Republic of Poland*," (2017), p. 5, <https://ssrn.com/abstract=2998641>.

33) *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. the Republic of Poland (Award)*, [2016] UNCITRAL, paras. 427-30.

34) *Ibid*, para. 435.

문제된 공기업이 제4조에서 말하는 국가기관에 해당한다면 행위의 상업성 여부를 검토할 필요 없이 모든 행위가 국가에 귀속될 것이므로 당연히 국가 귀속 문제와 관련하여 제4조의 적용을 가장 먼저 주장할 것이다. 따라서 제4조의 국가기관에 해당하는지 여부를 판별할 때 독립적인 국내법인격의 유무는 결정적인 요소라고 할 수 없고 국내법상의 분류에 관계없이 해당 공기업이 사실상 국가기관에 해당하는지 여부를 검토해 보아야 할 것이다.

III 공기업의 공권력 행사

ILC 국가책임초안 제4조에서 말하는 국가기관에 해당하지 않을 경우, 제5조에서 규정하고 있는 기능적(functional) 기준에 따라 해당 실체의 행위가 국가에 귀속되는지 여부를 판단하게 된다.³⁵⁾ 이 조항은 국내법에 의하여 공권력을 위임받은 실체가 행한 위법행위의 국가 귀속에 대해 규정하고 있다. 공기업 행위의 국가 귀속 문제를 판단할 때에는 제5조의 적용을 검토하는 것이 가장 중요하며, 특히 민영화된 공기업이 여전히 공적 기능을 수행하고 있는 경우에 이 조항에 따른 판단이 중요한 역할을 한다.³⁶⁾

1. 공권력 행사의 의미

제5조에서는 실체(entity)라는 용어를 사용하고 있는데, 이는 넓은 의미로 이해해야 하는 개념이므로 공기업은 여기에 당연히 포함될 수 있을 것이다.³⁷⁾ 그러나 가장 중요한 문구인 ‘공권력(governmental authority)’이 무엇을 의미하는지에 대해서는 초안에 별도의 언급이 없다.

35) ILC 국가책임초안 제5조 [공권력을 행사하는 개인 또는 실체의 행위]

제4조에 따른 국가기관에 해당하지 않으나 그 국가의 법에 의하여 공권력을 행사하도록 권한을 위임받은 개인 또는 실체의 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다. 단, 이는 그 개인 또는 실체가 구체적 경우에 있어서 그러한 자격으로 행동하는 경우에 한한다 (The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance).

36) James Crawford, *supra* note 3, p. 133.

37) United Nations, *supra* note 8, Commentary on Art. 5, para. 2.

초안 주석에 따르면 ‘공적(governmental)’이라는 개념의 구체적인 내용은 해당 국가의 역사와 전통을 살펴봐야 알 수 있다.³⁸⁾ 또한 이를 판단하는 데에 권한의 내용, 해당 실체에 권한이 부여된 방식, 권한 행사의 목적, 해당 실체가 권한 행사로 인해 부담하는 책임의 범위가 중요하다고 설명하고 있다.³⁹⁾ 그러나 이 같은 방식의 해석에 따르면 각국의 사정에 따라 그 의미가 달라질 수 있으므로 해석상의 차이가 분쟁을 야기할 수 있다. 따라서 비교 평가하는 방식에 근거하여 객관적으로 보았을 때 일반적으로 공적인 것으로 여겨지는 행위라면 이를 공적 행위로 판단하는 방식이 하나의 대안이 될 수 있을 것이다.⁴⁰⁾ 또한 일반적으로 공권력의 행사로 여겨지는 행위에는 화폐 발행, 세금 부과, 환율 조정, 금융정책의 채택 및 이행, 금융 분야의 감독, 천연자원 관리, 공기업의 민영화, 수용 자산 관리, 세관 및 입국 관리 등이 있으며, 이와 같은 행위를 공기업이 수행하였다면 제5조에 따라 행위의 국가 귀속이 인정될 가능성이 높다고 할 수 있다.⁴¹⁾

2. ILC 국가책임초안 제5조에 따른 귀속의 요건

제5조에 따라 공기업의 행위가 국가에 귀속되기 위해서는 두 가지 요건을 충족해야 한다. 먼저 1) 국내법에 의하여 공권력을 행사하도록 권한을 위임받았어야 하고, 다음으로 2) 해당 행위가 실제로 공권력을 행사한 것이어야 한다. 이때 신청인이 주장하는 위법행위 모두를 각각 검토해야 한다.⁴²⁾

초안 주석을 보면 제4조는 행위의 성격에 관계없이 국가기관의 모든 행위가 국가에 귀속된다고 보지만, 제5조는 공적 행위와 상업적 행위를 구분하고 있다.⁴³⁾ 따라서 다수의 중재판정은 문제된 행위가 실제 공권력을 행사한 것인지 여부를 판단할 때 문제된 행위가 공적 행위와 상업적 행위 중 어디에 해당하는지 검토하여 상업적 행위를 귀속 가능한 행위에서 제외하는 방식을 적용해 왔다.⁴⁴⁾ 그러나 *Jan de Nul v. Egypt* 사건에서는 제5조의 적용에서 중요한 것은 공권력을 행사했는지

38) *Ibid.*, Commentary on Art. 5, para. 6.

39) *Ibid.*

40) R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP Oxford, 2012), p. 222.

41) Georgios Petrochilos, *supra* note 2, pp. 302-03.

42) Michael Feit, “Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity,” (2010) 28 Berkeley J. Int’l L. 142, p. 150.

43) United Nations, *supra* note 8, Commentary on Art. 4, para. 6; Commentary on Art. 5, para. 3.

44) Andrey V. Kuznetsov, “The Perils of Noble Ventures and the Value of Preserving the Distinction between a State Entity’s Acts of Commercial and Governmental Character for the Purpose of Attribution in Investment Treaty Arbitration,” (2010) 19 Currents: Int’l Trade LJ 51, p. 52.

여부이며, 행위의 공적 요소는 판단에 참고할 수 있는 요소일 뿐이라고 하였다.⁴⁵⁾ 그런데 제5조의 규정 취지는 국가가 국가기관이 아닌 다른 실체에 공권력을 행사할 권한을 위임함으로써 책임으로부터 회피하는 상황을 방지하고자 하는 것이며, 국가가 법으로 위임하는 사항 중에는 상업적인 성격의 행위도 있을 수 있으므로 공적 행위와 상업적 행위를 구분하여 전자만을 귀속 대상으로 보는 것이 타당할 것이다.⁴⁶⁾

중재판정에서 제5조가 적용된 사례를 살펴보면, 다수의 판정에서 중재판정부는 공기업에 공권력을 행사할 권한이 위임된 것은 맞지만 문제된 행위는 공권력의 행사에 해당하지 않으므로 국가에 귀속될 수 없다는 결론을 내렸다.⁴⁷⁾ 즉, 첫 번째 요건은 충족하였지만 두 번째 요건을 충족하지는 못했다고 판단한 것이다. *Jan de Nul v. Egypt* 사건, *EDF (Services) Limited v. Romania* 사건 등이 여기에 해당하며, 이 두 사건에서는 Suez Canal Authority (SCA)와 AIBO 및 TAROM이 공권력을 행사하도록 권력을 위임받은 점에 대해서는 당사자 간 이견이 없었고, 피신청인의 주장에 따라 두 번째 요건에 대해서만 다루어졌다. 그리고 중재판정부는 각 사건에서 SCA와 AIBO 및 TAROM이 일반 계약 당사자와 같이 행동했으므로 공권력을 행사한 것으로 볼 수 없다고 하였다.⁴⁸⁾

이 사건들에서 볼 수 있듯이, 제5조를 적용할 때에 첫 번째 요건인 공권력 행사를 위임받았는지 여부는 비교적 쉽게 인정되는 것으로 보인다. 따라서 문제된 행위가 공권력 행사에 해당하는지 여부가 제5조에 따른 귀속 여부를 판단할 때 중요하다고 할 수 있으며, 이와 관련하여 사건 배경은 유사하지만 다른 내용의 중재판정이 내려진 두 사례를 비교해 보려고 한다.

3. 사례 비교

비교할 사례는 *Bosh v. Ukraine* 사건과 *Flemingo v. Poland* 사건이며, 먼저 *Bosh v. Ukraine* 사건에서 ICSID 중재판정부는 키예프대학교(University of Kiev)

45) *Jan de Nul v. Egypt*, *supra* note 2, para. 170 (“What matters is not the ‘service public’ element, but the use of ‘prérogatives de puissance publique’ or governmental authority.”).

46) James Crawford, *supra* note 3, p. 130; Luca Schicho, “Attribution and State Entities: Diverging Approaches in Investment Arbitration,” (2011) 12 J. World Investment & Trade 283, p. 287; Srilal M. Perera, “State Responsibility: Ascertaining the Liability of States in Foreign Investment Disputes,” (2005) 6 J. World Investment & Trade 499, p. 512.

47) Luca Schicho, *supra* note 46, p. 287.

48) *Jan de Nul v. Egypt*, *supra* note 2, paras. 169-70; *EDF (Services) Limited v. Romania (Award)*, *supra* note 5, paras. 169, 197, 198.

가 독립적인 법인이고 높은 수준의 자율성을 향유하고 있다는 점을 고려하면서도 우크라이나 법에 따라 공권력을 행사할 수 있는 권한을 가진 실체에 해당한다고 보았다.⁴⁹⁾ 이 과정에서 제5조에 대한 주석을 인용하였는데, 그 내용은 공적 기능을 행사하는 자율적인 기관에도 제5조가 적용될 수 있다는 것이다.⁵⁰⁾ 이후 *Flemingo v. Poland* 사건의 중재판정부는 PPL이 공권력을 행사하는 기관이라는 점을 인정하면서 *Bosh v. Ukraine* 사건을 언급하였고, 키예프대학교는 학술 기관인 만큼 PPL에 비해 공적인 기능을 매우 적게 행사한다고 볼 수 있는데도 불구하고 중재판정부가 제5조의 첫 번째 요건을 충족하는 것으로 판단한 점을 강조하였다.⁵¹⁾ 이처럼 두 사건에서 모두 중재판정부는 문제된 실체가 국가의 법에 의하여 공권력을 행사하도록 권한을 위임받았으므로 제5조의 첫 번째 요건을 충족한다고 보았다.

그러나 두 번째 요건과 관련하여서는 두 사건에서 서로 다른 결과가 나왔다. 먼저 *Bosh v. Ukraine* 사건에서 중재판정부는 키예프대학교가 대학교 캠퍼스의 보수 및 개발에 관한 계약을 체결 및 종료한 행위는 그 계약의 성격 및 목적상 공권력을 행사한 것으로 볼 수 없다고 하였다.⁵²⁾ 그러나 *Flemingo v. Poland* 사건에서는 공항 터미널 개선 작업과 관련하여 PPL이 임대계약을 종료한 행위가 공권력의 행사에 해당한다고 보았다.⁵³⁾ 두 사건 모두 계약의 종료는 문제되었지만 서로 다른 결과가 나온 이유는 *Bosh v. Ukraine* 사건에서는 키예프대학교가 대학교 캠퍼스의 보수 및 개발에 대해 완전한 자율성을 갖고 있었고, 그 내용이 상업적인 행위에 해당한다고 여겨졌기 때문이다.⁵⁴⁾

결국 공기업이 문제된 행위에 완전한 자율성을 갖고 있고, 그 행위가 일반 기업과 같이 행동한 상업적인 행위에 해당한다면 이 행위가 제5조에 따라 국가에 귀속된다고 보기 어려울 것이다. 그리고 이것은 공권력 행사를 어떻게 해석하는지에 따라 제5조의 적용 범위가 결정되며, 그 범위가 매우 좁을 수 있음을 의미하는 것이기도 하다.

49) *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine (Award)*, [2012] ICSID Case No. ARB/08/11, paras. 172-73.

50) United Nations, *supra* note 8, Commentary on Art. 5, para. 4.

51) *Flemingo v. Poland*, *supra* note 33, para. 441.

52) *Bosh v. Ukraine*, *supra* note 49, paras. 177-78.

53) *Flemingo v. Poland*, *supra* note 33, para. 447.

54) *Bosh v. Ukraine*, *supra* note 49, para. 177; *Flemingo v. Poland*, *supra* note 33, para. 444.

IV 공기업 행위에 대한 국가의 지시, 지휘, 통제

제8조는 개인의 행위는 국가에 귀속될 수 없다는 국제법상 일반 원칙에 대한 예외를 규정하고 있으며, 국가의 지시, 지휘 또는 통제 여부에 따라 행위의 귀속 여부를 판단한다.⁵⁵⁾ 그동안 이 조항은 국제분쟁 해결 시 개인 또는 개인 집단의 무력사용과 관련하여 매우 중요하게 다루어져 왔는데, 이에 비해서 국제투자 분쟁에서는 동 조항이 적용된 사례가 제5조에 비해서는 적은 편이다.⁵⁶⁾

1. ILC 국가책임초안 제8조에서 요구하는 국가의 지시, 지휘, 통제의 의미

이 조항에 따르면 국가의 지시(instructions), 지휘(direction), 통제(control)라는 세 가지 요소 중 한 가지를 만족하면 개인 또는 개인 집단의 문제된 행위가 국가에 귀속되는데, 이 중에서 통제라는 용어에 비해 지시와 지휘는 상대적으로 개념이 명확하며 행위자와 국가가 상하관계 또는 대리관계에 있음을 나타낸다.⁵⁷⁾ 따라서 제8조를 적용할 때에 가장 유념해서 보아야 할 요소는 통제이며, 통제의 유무를 어떻게 확인할 수 있는지, 그리고 어느 정도의 통제가 요구되는지와 관련하여서는 다양한 의견이 존재한다.

어느 정도의 통제가 요구되는지와 관련하여 전반적인 영향력 또는 통제로는 충분하지 않고 구체적이고 실효적인 통제를 증명할 수 있어야 한다는 견해가 있다.⁵⁸⁾ 이 견해에 따라 공기업 행위의 국가 귀속이 문제된 경우에 실효적 통제(effective control) 기준을 적용한 다수의 중재판정을 찾아볼 수 있다.⁵⁹⁾ 한 예로 *Jan de Nul v. Egypt* 사건에서 ICSID 중재판정부는 ICJ의 *Nicaragua* 사건을 인용하면

55) ILC 국가책임초안 제8조 [국가에 의하여 지휘 또는 통제된 행위]

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

56) James Crawford, *supra* note 3, p. 134.

57) Albert Badia, "Attribution of Conducts of State-Owned Enterprises Based on Control by the State," in *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, ed. Crina Baltag (Kluwer Law International, 2016), p. 192.

58) Luca Schicho, *supra* note 46, p. 288.

59) Albert Badia, *Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2014), p. 34.

서 제8조에 따라 행위가 국가에 귀속되기 위해서는 실효적 통제 기준이 적용되어야 한다고 하였다.⁶⁰⁾ 또한 이는 매우 엄격한 기준에 해당하며, 1) 관련 실체에 대한 국가의 전반적인 통제와 2) 문제된 행위에 대한 구체적인 통제 모두를 요구하는 것이라고 하였다.⁶¹⁾ *Deutsche Bank v. Sri Lanka* 사건에서도 위 사건과 동일하게 1) 전반적인 통제와 2) 행위에 대한 구체적인 통제 두 가지를 검토하는 방식이 적용되었으며, CPC가 스리랑카의 직접적인 지시(direct instruction) 하에 행동했으므로 구체적인 통제가 있었다고 보았다.⁶²⁾ *Tulip v. Turkey* 사건에서는 터키 부동산 투자신탁인 Emlak이 1) 국가기관의 관리, 통제를 받고 있지만, 2) 문제된 계약의 이행, 유지, 종료와 관련된 Emlak의 행위를 국가가 공적인 이익을 위해서 통제했다는 점을 입증할 수 없으므로 국가에 귀속될 수 없다고 하였다.⁶³⁾ 이 사례들을 보면, 실효적 통제 기준을 적용한 중재판정에서 두 단계로 나누어 통제 여부를 검토하였으며, 이때 문제된 행위에 대한 구체적인 통제가 있었는지 여부를 증명하는 것이 쉽지 않다는 점을 알 수 있다.

또한 기업과 관련된 사례는 아니지만 2015년 *Von Pezold v. Zimbabwe* 사건에서도 ICSID 중재판정부는 국가의 통제 여부를 검토하였는데, 문제된 토지에 새로 정착한 사람들의 침범 행위를 정부가 개입하고 장려했다는 점이 충분히 증명될 수 있다고 하더라도 이것이 제8조에 따른 지시 또는 통제를 만족할 정도는 아니라고 하여 높은 수준의 통제를 요구하였다.⁶⁴⁾ 이처럼 ICSID 중재판정부는 다수의 판정에서 통제의 정도와 관련하여 엄격한 기준을 적용하고 있으며, 기업의 독립적인 법인격을 고려했을 때 제8조의 해석과 관련하여 엄격한 기준이 필요하다는 입장을 취하고 있다.⁶⁵⁾

그러나 *Bayindir v. Pakistan* 사건에서 볼 수 있듯이, 제8조를 국제투자 분쟁에서 적용하는 경우와 개인 또는 개인 집단의 무력 사용 또는 국제인도법 위반과 관련하여 적용하는 경우는 통제의 정도에서 차이가 있다고 주장하는 견해도 있다.⁶⁶⁾ 즉, 국제투자 또는 국제 통상 분쟁에서는 ICJ의 *Nicaragua* 사건 및 *Bosnia Genocide* 사건과 같이 무력 사용 또는 국제인도법 위반에 대해 적용되는 실효적

60) *Jan de Nul v. Egypt*, *supra* note 2, para. 173.

61) *Ibid.*

62) *Deutsche Bank v. Sri Lanka*, *supra* note 26, para. 405.

63) *Tulip v. Turkey*, *supra* note 23, para. 326.

64) *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe (Award)*, [2015] ICSID Case No. ARB/10/15, para. 448.

65) Paul Blyschak, "State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: When are State-Owned Entities and Their Investments Protected," (2010) 6 J. Int'l L. & Int'l Rel. 1, pp. 21-22.

66) R. Dolzer & C. Schreuer, *supra* note 40, p. 222.

통제 기준보다 낮은 기준이 적용되어야 한다고 보는 것이다.⁶⁷⁾ 특히 국제투자 중재는 민사사건에 해당하므로 국제인도법 위반의 경우와는 사건을 바라보는 시각 자체가 달라야 한다고 주장하기도 한다.⁶⁸⁾

이처럼 실효적 통제 기준보다 낮은 기준이 적용되어야 한다는 관점에서 *Bayindir v. Pakistan* 사건의 중재판정부는 계약을 종료하기로 한 NHA의 결정에 대한 파키스탄 정부의 개입 정도를 검토하였으며, 그 결과 계약의 종료는 파키스탄 정부의 명시적 승인(express clearance)에 따라 결정된 것이므로 제8조에 따라 NHA의 행위가 파키스탄에 귀속된다고 하였다.⁶⁹⁾ 또한 실효적 통제라는 언급이 없었고 낮은 기준이 적용된 사례로 주로 언급되는 *EDF (Services) Limited v. Romania* 사건에서는 교통부가 ASRO (E.D.F. ASRO S.R.L.)의 주주로서 AIBO (EDF, C.N. Bucarest Aeroport Otopeni)와 TAROM (Compania de Transportaeri Aeriene Romane Tarom S.A.)이 행사할 권리를 이사회 임원을 통해 지시 및 통제했다는 사실이 제8조에 따른 국가 귀속의 근거가 된다고 보았다.⁷⁰⁾ 국가와 기업 간 깊이 연결된 관계 또는 국가가 기업에 내리는 이행하지 않을 수 없는 지시가 제8조에서 말하는 통제를 나타낸다고 보았던 것이다.⁷¹⁾

그런데 이 사건들에서 실효적 통제 기준보다 낮은 기준을 적용했다고는 하지만 두 단계로 나뉘어서 검토하지 않았다는 사실 외에 통제의 정도에 있어서는 큰 차이를 발견하기 어렵다. 또한 중재판정 중에는 실효적 통제 또는 전반적 통제와 같은 문구를 언급하지 않은 경우도 많이 있으며, 통제의 정도와 관련하여 중재판정은 일

67) *Bayindir v. Pakistan*, *supra* note 22, para. 130; ICJ는 *Nicaragua* 사건에서 콘트라 반군의 행위가 미국에 귀속되기 위해서는 미국이 위반 행위가 행해지는 동안 군사적 또는 준군사적 행위에 대해 실효적 통제(effective control)를 하고 있었음을 입증해야 한다고 하였다. 그러나 구유고 국제형사재판소(ICTY)의 *Tadić* 사건에서 항소심 재판부(Appeals Chamber)는 개인이 군사적 집단과 같이 위계질서를 갖춘 조직된 단체에 속해 있는 경우에는 행위 귀속을 위해 국가가 그 단체에 전반적 통제(overall control)를 미치는 것으로 충분하다고 하였다. 그리고 이후 ICJ에서 이 문제를 다시 *Bosnia Genocide* 사건에서 다루었는데, *Nicaragua* 사건의 실효적 통제 기준을 적용하면서 *Tadić* 사건에서 제시한 전반적 통제 기준을 받아들일 수 없는 이유를 제시하였다. 그 이유는 첫째, ICTY는 이 사건에서, 그리고 일반적으로도 국가책임 문제를 판단하도록 요청받지 않고 형사문제에 대해 관할권을 가지며, 둘째, 전반적 통제 기준은 무력 충돌을 국제적 무력 충돌로 볼 수 있는지를 판단하기 위해 적용된 것이었고, 셋째, 전반적 통제 기준을 적용할 경우 국가책임의 범위가 너무 넓어질 수 있다는 것이었다. (*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, *supra* note 276, para. 115; *Prosecutor v. Tadić*, [1999] ICTY-94-1-A, para. 120; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *supra* note 15, paras. 400, 403-6).

68) Albert Badia, *supra* note 57, p. 192.

69) *Bayindir v. Pakistan*, *supra* note 22, para. 125.

70) *EDF (Services) Limited v. Romania (Award)*, *supra* note 5, paras. 205, 208.

71) Benoit Mayer & Mikko Rajavuori, "National Fossil Fuel Companies and Climate Change Mitigation under International Law," (2016) 44 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 55, pp. 81-82.

관되지 않은 모습을 보이고 있다.

2014년 *Yukos v. Russia* 사건을 보면 제8조의 요건을 충족하기가 매우 어렵다는 점을 다시 확인할 수 있다. 이 사건에서 중재판정부는 러시아 정부가 Rosneft의 전부 또는 70% 이상의 주식을 소유하고 있으며, 임원을 임명할 권한이 있고, 이사회 구성원 중 다수가 정부 고위 관료직을 겸하고 있음에도 불구하고 이 같은 사실만으로는 Rosneft가 국가의 지시, 지휘 또는 통제하에 행동했다고 인정하기 어렵다고 하였다.⁷²⁾ 그러나 최종적으로는 제8조에 따른 귀속이 인정되었는데, 이는 2004년 12월 23일에 러시아 푸틴 대통령이 외신 기자들과 기자회견을 하면서 Rosneft의 YNC 주식 매수에 관해 언급한 내용이 국가의 지휘를 명시적으로 인정한 것으로 여겨졌기 때문이었다.

결국 제8조에서 요구하는 통제가 어느 정도인지 명확한 답변을 내리기는 쉽지 않고 사건마다 다르다고 할 수 있지만, 국가가 기업의 특정 행위를 구체적으로 통제하였다는 사실을 기반으로 높은 수준의 통제를 요구하고 있는 것으로 보인다.

2. 공기업의 행위에 대한 국가의 통제 여부를 결정하는 요소

공기업과 관련된 국제투자 분쟁에서 중재판정부가 통제 여부를 확인하기 위해 검토한 요소를 살펴보면 제8조에서 말하는 통제의 의미를 더 잘 이해할 수 있다. *Tulip v. Turkey* 사건에서 ICSID 중재판정부는 터키 정부가 Emlak라는 부동산 투자신탁의 주식을 39% 소유하고 있다는 점은 제8조에 따른 귀속을 인정하기에는 불충분하며, 다수의 의결권을 통제하였고 이사회 구성원의 다수를 점하고 있는 것이 통제의 존재를 보여준다고 하였다.⁷³⁾ 또한 *Deutsche Bank v. Sri Lanka* 사건에서는 CPC가 100% 국가 소유이며, 정부가 임원 임명권을 갖고 있고, 인사권, 재정, 의사 결정에 상당한 영향력을 미치고 있음이 분명하므로 국가의 통제가 있었다는 점이 확실하다고 하였다.⁷⁴⁾

이처럼 중재판정을 토대로 통제가 존재했다고 판단한 경우를 살펴보면, 주식 소유 정도, 기업 이사회 임원에 의무 부과, 운영 및 계획 관련 결정의 승인, 또는 의사 결정 기구 구성원의 일부 또는 전부가 공무원인 경우 등을 검토하였다.⁷⁵⁾

72) *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (Final Award)*, [2014] UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, paras. 1468-69.

73) *Tulip v. Turkey*, *supra* note 23, paras. 306-7.

74) *Deutsche Bank v. Sri Lanka*, *supra* note 26, para. 405.

75) Luca Schicho, *supra* note 46, p. 288.

3. 주식 소유와 통제의 관계

국가가 공기업을 소유한 경우에는 통제가 있다고 할 수 있는지가 문제되는데, 이는 곧 국가가 단순히 기업의 주주인지 또는 통제권자인지 여부를 묻는 것이라고 할 수 있다.

우선 국가가 공기업을 소유한다는 점은 해당 공기업을 국가가 통제하고 있다는 점을 강하게 추정하게 해준다.⁷⁶⁾ *Vacuum Salt v. Ghana* 사건에서는 통제를 결정하는 기준은 명확하지 않지만 100% 주식을 소유하고 있다면 기업을 통제하고 있다고 할 수 있고, 주식을 전혀 갖고 있지 않다면 통제가 없다는 것이 거의 확실하다고 하였다.⁷⁷⁾ 그리고 *Occidental v. Ecuador* 사건에 따르면, 이와 같은 추정은 국가의 통제에 대한 의심을 갖게 하는 특별한 요인이 있을 때에만 번복될 수 있다.⁷⁸⁾

그러나 국가의 통제를 주식 소유만으로 판단할 수는 없으며, 이 같은 내용은 중재판정에서도 확인할 수 있다. *LETCO v. Liberia* 사건의 ICSID 중재판정부는 LETCO가 프랑스의 통제하에 있었다고 보았는데, 이것이 기업 주식이 전부 프랑스 국민의 소유였다는 사실 때문은 아니며, 프랑스 국민이 기업의 의사 결정 기구를 장악하고 있고, 다수의 임원이 모두 프랑스인인 점에 근거하여 통제가 있었다고 판단한 것이라고 설명하였다.⁷⁹⁾ 이 사건은 공기업에 대한 정부의 통제와 관련된 사건이 아니라, 이를 통해 ICSID 중재판정부가 통제의 의미를 어떻게 해석했는지를 알 수 있다. 또한 *Vacuum Salt v. Ghana* 사건에서 국내에 설립된 기업이 외국의 통제하에 있었다고 판단한 이전 중재판정들을 분석한 결과, *LETCO v. Liberia* 사건과 *AMCO v. Indonesia* 사건에서는 외국이 지분을 100% 소유하고 있었고, *Klöckner v. Cameroon* 사건에서는 51% 소유하고 있었다고 하였다.⁸⁰⁾ 그리고 이를 비교해 보았을 때, ‘통제’ 여부를 인정하기 위해 특정 비율의 지분 소유라는 조건을 만족해야 하는 것은 아님을 알 수 있다고 하였다.⁸¹⁾ 또한 만일

76) Thomas W. Walde, “Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration: Controversial Issues,” (2004) 5 J. World Investment & Trade 373, p. 405.

77) *Vacuum Salt Products Ltd v. Republic of Ghana (Award)*, [1994] ICSID Case No. ARB/92/1, para. 43.

78) *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador (Decision on Annulment of the Award)*, [2015] ICSID Case No. ARB/06/11, para. 104.

79) *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia (Award)*, [1986] ICSID Case No. ARB/83/2, 2 ICSID Reports 343, p. 351.

80) *Vacuum Salt v. Ghana*, *supra* note 77, para. 31.

소유한 지분이 적다면 그만큼 다른 요소를 통해 국가의 통제가 존재함을 보여야 한다고 하였다.⁸²⁾

결국 공기업을 국가가 소유한 경우에도 일단 그 기업은 국가로부터 독립되어 있고 그 행위는 상업적인 것으로 여겨진다고 할 수 있다. 따라서 국가의 소유보다는 통제 여부를 중심으로 행위의 국가 귀속 여부를 검토해야 할 것이며, 국가가 공기업의 주식을 갖고 있다는 것이 제8조에 따른 통제 여부의 판단에 결정적이지 않다는 점을 알 수 있다.

4. ILC 국가책임초안 제4조, 제5조, 제8조의 관계

지금까지 공기업 행위의 투자 유치국 귀속 문제와 관련하여 ILC 국가책임초안 제4조, 제5조, 제8조를 살펴보았다. 중재 절차에서 신청인은 일반적으로 가장 먼저 해당 공기업이 사실상 국가기관에 해당한다고 주장하며(제4조), 사실상 국가기관에 해당하지 않더라도 그 공기업은 공권력을 위임받아 이를 행사하였다고 주장하고(제5조), 추가적으로 공기업의 해당 행위에 대해 국가의 지시, 지휘 또는 통제가 있었다고 주장한다(제8조). 따라서 중재판정부는 공기업 행위의 국가 귀속 문제를 다룰 때 3개 조항을 모두 검토하는 경우가 많은데, 이때 각 조항은 개별적으로 검토되어야 한다.⁸³⁾

특히 제4조와 제5조를 구분해서 검토하는 것이 중요한데, 그 이유는 공기업이 제4조의 국가기관에 해당한다면 그 기업의 모든 행위가 국가에 귀속될 것이고, 공기업에 제5조가 적용된다면 관련 행위를 중심으로 판단하게 될 것이기 때문이다.⁸⁴⁾ 제8조 또한 제5조와 마찬가지로 관련 행위를 중심으로 국가의 지시, 지휘 또는 통제가 있었는지 여부를 검토하게 된다. 따라서 공기업이 제4조에 따른 국가기관에 해당하는지 여부는 신청인과 피신청인 모두에게 매우 중요한 문제이며, 제4조는 순서상 가장 먼저 검토되어야 한다.

81) *Ibid.*, para. 43.

82) *Ibid.*, para. 44.

83) Luca Schicho, *supra* note 46, p. 288.

84) Luca Schicho, *supra* note 46, p. 289; *Jan de Nul v. Egypt*, *supra* note 2, para. 155.

V 기타 조항의 적용

ILC 국가책임초안상 국가 귀속에 관한 규정 중에서 공기업과 관련하여 일반적으로 문제되는 조항은 제4조, 제5조, 제8조이며 위에서 이 세 조항에 대해 살펴보았다. 이제 다른 국가 귀속에 관한 조항을 더 살펴볼 것이다.

공기업이 사실상의 국가기관 또는 공권력을 행사하도록 권한을 위임받는 경우에 자신의 권한을 넘어서 또는 지시를 위반하여 행동하는 경우가 있을 수 있다. 그러나 이 경우에도 ILC 국가책임초안 제7조에 따라 공기업의 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다.⁸⁵⁾ 그리고 지금까지 국제투자 중재에서 ILC 국가책임초안 제7조의 적용은 큰 논란이 되지 않은 것으로 보인다.⁸⁶⁾

공기업인 SakNavtobi가 제4조의 국가기관에 해당한다고 본 *Kardassopoulos v. Georgia* 사건에서도 중재판정부는 이 공기업이 체결한 합작 투자 및 양허 계약이 그루지아 법상 당연 무효(void *ab initio*)이므로 국가의 행위로 볼 수 없다는 그루지아의 주장을 받아들이지 않았으며, 계약 협상에 고위 관료가 깊이 관여하였고, 관련 정부 부처가 양허 계약을 체결 및 비준했다는 점 등을 고려했을 때 비록 그루지아 법상 해당 공기업의 행위가 적법하지 않다고 하더라도 그루지아는 중재 신청인에 그의 투자가 조약에 따른 보호를 받을 것이라는 정당한 기대를 부여한 것이라고 보았다.⁸⁷⁾ 이는 ILC 국가책임초안 제7조와 제11조를 모두 적용한 사례에 해당하며, 제11조에 따라 국가가 국가에 귀속되지 않는 공기업의 행위를 자신의 행위로 채택하고 승인하는 경우에는 그 범위 내에서 국가의 행위로 간주된다.⁸⁸⁾

85) ILC 국가책임초안 제7조 [월권 또는 지시 위반]

국가기관 또는 공권력을 행사하도록 권한을 위임받은 개인 또는 단체의 행위는 그 기관, 개인 또는 단체가 그 자격으로 행동하는 경우, 그 행위자가 자신의 권한을 넘어서거나 또는 지시를 위반한다고 하더라도, 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다(The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions).

86) Csaba Kovács, *supra* note 3, p. 189.

87) *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia (Decision on Jurisdiction)*, [2007] ICSID Case No. ARB/05/18, paras. 190-194.

88) ILC 국가책임초안 제11조 [국가에 의하여 자신의 행위로 승인되고 채택된 행위]

앞의 조항들에 의하여 국가로 귀속되지 않는 행위도, 국가가 그 문제된 행위를 자신의 행위로 승인하고 채택하는 경우, 그 범위 내에서 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다(Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own.).

VI 결론

ILC 국가책임초안상 국가 귀속에 관한 원칙을 중심으로 국제투자 중재에서 공기업의 위법행위가 국가에 귀속될 수 있는지 여부를 살펴보았다.

이를 정리해 보면, 먼저 공기업이 국내법상 국가기관은 아니지만 사실상 국가기관에 해당하여 제4조에 따른 행위의 국가 귀속이 인정되는 경우가 있을 수 있다. 그러나 이는 그 공기업이 국가에 완전히 의존하고 있는 경우에 한하므로 매우 예외적인 경우에 해당한다. 다음으로 제5조에 따른 행위의 국가 귀속은 공기업이 실제로 공권력을 행사했는지 여부가 중요하며, 해당 공기업이 완전한 독립성을 갖고 일반 기업과 같은 상업적인 행위를 한 경우라면 공기업 행위의 국가 귀속을 인정하기 어려울 것이다. 또한 공기업에 대한 국가의 지시, 지휘 및 통제가 있었는지와 관련하여서는 특히 '통제'를 어떻게 이해할 것인가가 중요하다. 통제의 정도와 관련하여 무력 사용이 관련된 분쟁보다 낮은 기준이 적용되어야 한다는 견해가 있으며 중재판정의 입장은 일관되지 않은 모습을 보이고 있지만, 실효적 통제 기준을 언급하지 않은 중재판정에서도 사실상 낮은 정도의 통제가 요구되었던 점을 고려하면 제8조의 통제 요건도 충족하기 쉬운 요건이라고 할 수 없다. 또한 통제 여부를 판단할 때에는 소유권 외에 임원 임명권, 의사 결정권 등을 종합적으로 고려해야 한다. 결론적으로 국가가 아닌 행위자의 행위를 국가의 행위로 인정하는 것은 일반 원칙에 대한 예외를 구성하므로 국가 귀속에 관한 요건을 충족했는지와 관련하여서는 자세한 검토가 필요할 것이다.

또한 국내법상 공기업으로 구분하지 않는 기업이 국제법상 공기업에 포함되거나 공기업으로 분류하고 있는 기업이 국가기관으로 여겨질 수도 있는데, 한국의 경우에도 최근 중재판정이 나온 *Dayyani v. Korea* 사건에서 공기업인 한국자산관리공사의 국제법상 지위가 문제되었다.⁸⁹⁾ 중재판정부는 한국자산관리공사가 ILC 국가책임초안 제4조에 따라 국가기관에 해당한다고 보았고, 이에 따라 한국자산관리공사의 모든 행위가 한국에 귀속된다고 보았다.⁹⁰⁾ 한국 정부는 2018년 7월 3일 중재판정 취소소송을 제기하면서 한국자산관리공사는 한국의 국가기관으로 볼 수 없고 그 행위가 한국에 귀속된다고 볼 수도 없으므로 관할권이 성립하지 않는다고

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

90) Derains & Gharavi, "Derains & Gharavi Secures a US\$ 68 Million Award against the Republic of Korea," <https://www.derainsgharavi.com/2018/06/derains-gharavi-secures-a-us-68-million-award-againstthe-republic-of-korea/>.

주장하였지만, 2019년 현재 취소소송은 아직 진행 중이다.⁹¹⁾

이처럼 공기업과 관련된 국제투자 분쟁이 발생했을 때, 한국 국내법상의 분류 또는 지위보다 국제법상 그 공기업을 어떻게 판단하는지가 중요하다고 할 수 있으며, 한국 공기업 중 일부는 국가의 지분 소유 정도와 임원 임명권, 기업의 운영 및 재정 등에 대한 정부의 관여 정도 등을 고려했을 때 국제법상 국가기관으로 여겨질 가능성이 있고, 국가기관에 해당하지는 않는다고 하더라도 ILC 국가책임초안 제8조에 따라 공기업의 행위에 대한 국가의 통제가 인정될 여지가 높다. 따라서 공기업의 행위가 투자 유치국에 귀속된 사례를 지속적으로 검토하여 그 기준을 더 명확히 이해하고, 이를 통해 국제투자 분쟁에서 한국 공기업의 행위가 국가에 귀속되는 경우에 대비하여야 할 것이다.

91) 금융위원회 보도 자료, “이란 다니아가와의 ISD 중재판정에 대한 취소소송”, 2018년 4월, https://www.fsc.go.kr/info/ntc_news_view.jsp?bbsid=BBS0030&page=1&sch1=subject&sword=이란&r_url=&menu=7210100&no=32566.

참고 문헌

- Badia, Albert. *Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2014.
- Crawford, James. "Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility." (2010) 25:1 ICSID Review 127.
- _____. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Dolzer, R. and C. Schreuer. *Principles of International Investment Law*. OUP Oxford, 2012.
- Kovács, Csaba. *Attribution in International Investment Law*. Kluwer Law International, 2018.
- Hobér, Kaj. "State Responsibility and Investment Arbitration." (2008) 25 J. Int'l Arb. 545.
- Sasson, Monique. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*. Kluwer Law International, 2010.
- Badia, Albert. "Attribution of Conducts of State-Owned Enterprises Based on Control by the State." In *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, edited by Crina Baltag. Kluwer Law International, 2016.
- Blyschak, Paul. "State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: When are State-Owned Entities and Their Investments Protected." (2010) 6 J. Int'l L. & Int'l Rel. 1.
- Condorelli, L. and C. Kress. "The Rules on Attribution: General Considerations." In *The Law of International Responsibility*, edited by J. Crawford, A. Pellet and S. Olleson. OUP Oxford, 2010.
- Feit, Michael. "Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity." (2010) 28 Berkeley J. Int'l L. 142.
- Gallus, Nick. "State Enterprises as Organs of the State and BIT Claims." (2006) 7 J. World Investment & Trade 761.
- Jati, Dimas Kuncoro. "Current Development on State Attribution in International Investment Arbitration: Flemingo v. Republic of Poland." (2017), <https://ssrn.com/abstract=2998641>.
- Kuznetsov, Andrey V. "The Perils of Noble Ventures and the Value of Preserving the Distinction between a State Entity's Acts of Commercial and Governmental Character for the Purpose of Attribution in Investment Treaty Arbitration." (2010) 19 Currents: Int'l Trade LJ 51.

- Mayer, B. and M. Rajavuori, "National Fossil Fuel Companies and Climate Change Mitigation under International Law." (2016) 44 Syracuse J. Int'l L. & Com. 55.
- Palchetti, Paolo. "De Facto Organs of a State." In *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, paras. 7, 10, <https://opil.ouplaw.com.oca.korea.ac.kr/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1394?rskey=6sjx2u&result=1&prd=EPIL>.
- Perera, Srilal M. "State Responsibility: Ascertain the Liability of States in Foreign Investment Disputes." (2005) 6 J. World Investment & Trade 499.
- Petrochilos, Georgios. "Attribution" in *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, edited by Katia Yannaca-Small. Oxford: Oxford University Press on Demand, 2010.
- Schicho, Luca. "Attribution and State Entities: Diverging Approaches in Investment Arbitration." (2011) 12 J. World Investment & Trade 283.
- Walde, Thomas W. "Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration: Controversial Issues." (2004) 5 J. World Investment & Trade 373.
- United Nations, *Third Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility (A/CN.4/246 and Add.1-3)*, YILC, 1971/II(1).
- _____, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (A/56/10)*, YILC, 2001/II(2)
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, [2007] ICJ Reports 43.
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan (Award)*, [2009] ICSID Case No. ARB/03/29.
- Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe (Award)*, [2015] ICSID Case No. ARB/10/15.
- Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada (Award on Jurisdiction and Liability)*, [2015] PCA Case No. 2009-04.
- Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine (Award)*, [2012] ICSID Case No. ARB/08/11.
- Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (Award)*, [2012] ICSID Case No. ARB/09/2.
- EDF (Services) Limited v. Romania (Award)*, [2009] ICSID Case No. ARB/05/13.
- Eureko BV v. Republic of Poland (Partial Award)*, [2005] Ad Hoc Arbitration (UNCITRAL).
- Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. the Republic of Poland (Award)*, [2016] UNCITRAL.
- Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana (Award)*, [2010] ICSID Case No. ARB/07/24.

- Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia (Decision on Jurisdiction)*, [2007] ICSID Case No. ARB/05/18.
- Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia (Award)*, [2010] ICSID Case No. ARB/05/18.
- Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt (Award)*, [2008] ICSID Case No. ARB/04/13.
- Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of the Republic of Liberia (Award)*, [1986] ICSID Case No. ARB/83/2, 2 ICSID Reports 343.
- Mohammad Reza Dayyani, et al v. The Republic of Korea*, [2018] UNCITRAL, PCA Case No. 2015-38.
- Mr Kristian Almås and Mr Geir Almås v. The Republic of Poland (Award)*, [2016] UNCITRAL, PCA Case No. 2015-13.
- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador (Decision on Annulment of the Award)*, [2015] ICSID Case No. ARB/06/11.
- Prosecutor v. Tadić*, [1999] ICTY-94-1-A.
- Toto Costruzioni Generali S.pA v. The Republic of Lebanon (Decision on Jurisdiction)*, [2009] ICSID Case No. ARB/07/12.
- Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v. Republic of Turkey (Award)*, [2014] ICSID Case No. ARB/11/28.
- Ulysseas, Inc v. The Republic of Ecuador (Final Award)*, [2012] PCA Case No. 2009-19 (UNCITRAL).
- Vacuum Salt Products Ltd v. Republic of Ghana (Award)*, [1994] ICSID Case No. ARB/92/1.
- Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (Final Award)*, [2014] UNCITRAL, PCA Case No. AA 227.
- Derains & Gharavi, “Derains & Gharavi Secures a US\$ 68 Million Award against the Republic of Korea,” <http://www.derainsgharavi.com/2018/06/derains-gharavi-secures-a-us-68-million-award-againstthe-republic-of-korea/>.

금융위원회 보도자료, “이란 다야니가와외의 ISD 중재판정에 대한 취소소송”, 2018년 4월, https://www.fsc.go.kr/info/ntc_news_view.jsp?bbsid=BBS0030&page=1&sch1=subject&sword=이란&r_url=&menu=7210100&no=32566.

국제법 정책연구

2019년판

인 쇄 2019년 12월

발 행 2019년 12월

발 행 처 국립외교원 외교안보연구소 국제법센터

발 행 인 국립외교원장

주 소 서울시 서초구 남부순환로 2572

홈페이지 www.knda.go.kr / www.ifans.go.kr

디자인·인쇄 유월애 (02-859-2278)

© 국립외교원 외교안보연구소, 2019

비매품

ISSN 2508-2515



국립외교원 외교안보연구소
국제법센터



9 772508 251000

ISSN 2508-2515