

발간등록번호
11-1262115-000005-10

국제법 정책연구

2018년판



국립외교원

발간등록번호
11-1262115-000005-10

국제법 정책연구

2018년판



국립외교원



중견국가인 우리나라가 직면하고 있는 다양한 국제적·지역적 외교 현안이 국제법적 함의를 내포하고 있습니다. 이에 따라 국제법은 우리 국익을 확보하는 데 매우 중요한 역할을 맡고 있습니다. 외교부는 국제법에 대한 심도 있는 연구를 통해 외교정책을 지원하고, 국내외 국제법 관련 연구 네트워크를 발전시키려는 목적에서 2013년 11월 국립외교원에 국제법센터를 설립하였습니다.

국제법센터는 설립 이후 지금까지 국내·국제학술회의, 전문가 워크숍, 간담회 등을 개최하여 우리나라가 직면한 국제법 이슈와 글로벌 현안에 대한 깊이 있는 논의를 진행해왔습니다. 이를 통해 우리 정부의 외교전략 수립을 정책적으로 지원하고 국제법연구의 허브기관으로서의 역할을 수행하고 있습니다.

이러한 배경에서 2017년 국제법센터는 EU 투자법원 설립협정, 국제형사법상 개인형사책임, 국제법 주체, 미국의 대북경제제재, 기후변화 탄소배출권, UN 여성인권 논의동향, 국제기구의 면제 등 최근 국제법적 현안에 대한 국제법 전문가들의 연구를 진행하였습니다. 이에 동 연구 결과를 묶어 ‘국제법 정책 연구’를 발간하게 되었습니다.

바쁘신 가운데에서도 연구에 참여해주신 관련 분야 전문가들께 감사드리며, 동 보고서가 우리나라의 외교안보정책 관계자와 국제법 전문가들에 유용한 참고자료가 되기를 기대합니다. 또한 일반 국민들의 국제법에 대한 이해를 제고시키는 데도 널리 활용되기를 기대합니다.

국립외교원
원장 조 병 제



이 책자의 내용은 집필자의 개인적 견해를 바탕으로 작성된
2017년 국제법센터 정책연구용역 결과보고서로서,
외교부 및 국립외교원 외교안보연구소의 공식입장과는 무관합니다.





1. 최근 EU 투자법원 설립 협정 분석	1
- EU Regulation 및 FTA를 중심으로 -	
김두수 한국외국어대학교 강의교수	
2. 국제형사법상 개인형사책임 이론에 대한 연구	45
김상걸 국가안보전략연구원 부연구위원	
3. 국제법상 주체에 관한 새로운 조명 I	67
- 국제규범의 형성 방법 및 국제제도를 중심으로 -	
김성원 원광대학교 법학전문대학원 부교수	
4. 국제법상 주체에 관한 새로운 조명 II	103
- 세계무역기구(WTO)의 규범 형성을 중심으로 -	
유희진 안양대학교 국제통상유통학과 조교수	
5. 미국의 대북경제제재 법제: 세컨더리 보이콧 및 역외적용	117
박언경 경희대학교 객원교수	
6. 배출권거래제도 및 연계에 관한 연구	149
- EU사례를 중심으로 -	
소병천 아주대학교 법학전문대학원 교수	



- 7. 최근 유엔 여성인권 논의 동향과 국제규범 정립 문제: 181
무력분쟁 중 자행된 성폭력에 대한 국제형사규범 형성과 발전 중심으로
이혜영 | 대법원 사법정책연구원 연구위원 |

- 8. 국제기구의 면제에 관련된 이론과 최근의 동향에 관하여 223
- ‘사법에의 접근’의 관점에서 -
황명준 | 서울대학교 박사 |

최근 EU 투자법원 설립 협정 분석

- EU Regulation 및 FTA를 중심으로 -

김 두 수

한국외국어대학교 강의교수

목 차

- I. 서 언
- II. 리스본조약 이후 투자부문에 대한 EU의 배타적 권한 인정
- III. EU-캐나다 CETA상의 투자분쟁해결
- IV. EU-베트남 FTA상의 투자분쟁해결
- V. EU-US TTIP협상상의 투자분쟁해결
- VI. 결 언



I. 서 언

EU는 2009년 12월 1일 리스본조약의 발효로 EU운영조약(TFEU: Treaty on the Functioning of the European Union) 제206조 및 제207조에 따른 공동통상정책(CCP: Common Commercial Policy)에 외국인직접투자(FDI: Foreign Direct Investment)가 포함됨에 따라 EU의 ‘배타적 공동투자협정체결 권한’이 EU 자체에 부여되게 되었으며, EU는 대외 투자부문을 배타적 권한으로 하여 대외투자정책에 많은 관심을 가지게 되었다. 기존에도 EU는 EU 및 그 회원국들의 투자부문에 대한 관심이 많았으나, 이로써 기존에 EU의 개별 회원국들이 체결한 양자투자조약(BIT: Bilateral Investment Treaty)이 CCP상의 공동투자협정으로 대체되게 되었다.

먼저 EU 역내적으로는 ㉠ 규칙 1219/2012/EU¹⁾을 채택하여 ‘EU회원국과 제3국 간 체결된 양자투자협정들의 과도협정’을 규율하고자 하였고, ㉡ 규칙 912/2014/EU²⁾을 채택하여 중재 결과에 따른 EU와 그 회원국 간의 ‘재정적 책임 분담’을 명확히 설정하고자 하였다. 그리고 이후에는 EU 역내 투자법원 설립에 대한 논의를 전개하였으나 아직까지는 EU 역내 투자법원 설립에 대한 합의가 이루어진 것은 아니다.

그리고 EU 역외적으로는 EU-캐나다 CETA(Comprehensive Economic and Trade Agreement)³⁾ 및 EU-베트남 FTA(Free Trade Agreement)⁴⁾를 통하여 투자챕터를 구성하고 투자분쟁해결(ISDS)을 위한 ‘투자법원제도(investment court system 또는 investment tribunal system)’를 도입하였다.

이에 따라 향후 EU 집행위원회는 EU-캐나다 CETA 등의 합의사항을

1) Regulation 1219/2012/EU (OJ 2012 L351/40-46).

2) Regulation 912/2014/EU (OJ 2014 L257/121-134).

3) [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1504744957642&uri=CELEX:22017A0114\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1504744957642&uri=CELEX:22017A0114(01)) (2017년 11월 30일 최종 접속).

4) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf. (2017년 11월 30일 최종 접속).

출발점으로 하여 ④ 정부의 정당한 공공정책을 위한 ‘규제권한’ 보호,⁵⁾ ⑤ 재판부 명부의 사전 작성, ⑥ ‘재심’을 위한 상설 상소기구 설치(판정의 일관성(통일성) 확보),⁶⁾ ⑦ 국내법원의 판결을 번복하기 위한 수단으로서 ISDS 활용 금지(납소 방지-소송절차를 개시하는 단계에서 ‘국내법정’과 ‘ISDS’ 중 택일하도록 하거나, 국내소송을 진행 중이더라도 ISDS를 개시하는 경우 진행 중인 ‘국내소송’을 포기토록 함) 등 4가지 분야를 중점적으로 개선할 것으로 보인다.⁷⁾

아래에서는 EU의 역내 및 역외 투자분쟁해결(ISDS)에 대한 동향에 대하여 순차적으로 살펴보고, 새로운 시도인 ‘투자법원’ 설립을 통한 투자분쟁해결을 검토하고 대응하는데 착안하고자 한다.

II. 리스본조약 이후 투자부문에 대한 EU의 배타적 권한 인정

EU는 주요 국가와의 양자간 무역·투자 협정 체결을 통한 ‘시장진출’ 기회 확대를 통상정책의 핵심으로 설정하고 적극 추진 중이다. 그러면서 EU는 ‘기업의 영업비밀 보호’를 중요시 하고 있으며, 중소기업 배려를 중요하게 여겨

5) 기존의 ISDS는 정부의 공공정책 이행에 있어 사실상 상당한 ‘규제 위축(regulatory chill)’ 효과를 초래하였다는 것을 부인하기는 어려워 보인다. Kate Miles, *The Origins of International Investment Law* (Cambridge Univ. Press, 2013), pp.178-187 참조.

6) ICSID에는 불충분(deficient)하거나 오류(wrong)가 있는 판정(awards)에 대해 수정하거나 또는 취소할 수 있는 상소기구(appellate body)가 없다. 이는 ICSID의 조직운영상의 중요한 문제(institutional problem)로 지적되기도 하며, ICSID 판정에 대한 취소가 매우 제한적(extreme limited)인 것으로 ICSID가 분명히 과도한 권한(manifest excess of powers)을 갖고 있다는 것이다. Tullio Treves, Francesco Seatzu and Seline Trevisanut, *Foreign Investment, International Law and Common Concerns* (Routledge, 2014), pp.80-81; 김상찬, “ICSID 중재판정 취소제도”, 『중재연구』 제25권 제2호(2015.6), p.79.

7) EU가 미국과의 범대서양무역투자동반자협정(TTIP: Transatlantic Trade and Investment Partnership) 협상에서 제안하고 있는 ISDS 개선 사항으로 기존 중재판정부를 대체하는 새로운 투자법원의 도입, 상소(항소)절차의 도입, 중재법관의 윤리문제 감독강화, 그리고 비구속적 중재절차 도입을 들고 있다. 상소절차 도입 논의를 제외하고는 그동안 국제사회에서 심도 있는 논의가 진행되지 않았다는 견해도 있다. 이재민, “투자법원, 투자분쟁해결절차의 합리적 개선방안인가?-상설법원 도입 움직임의 제도적 함의 및 법적 쟁점”, 『통상법률』 통권 제132호(2016.12), p.72.



EU ‘중소기업(SME) 정의를 변경’하면서⁸⁾ 그 이익을 고려하고 있다. 2017년 2월 7일에 EU 집행위원회는 유럽투자계획(Investment Plan for Europe) 출범 2년에 즈음하여 그간의 추진실적을 발표하고 향후 투자정책 강화에 몰두하고 있기도 하다. 관련 법령으로는 ㉠ 2012년 12월 12일 채택된 규칙 1219/2012/EU, 그리고 ㉡ 2012년 6월 25일 제안⁹⁾되어 2014년 7월 23일 채택된 규칙 912/2014/EU이 있다.

1. 규칙 1219/2012/EU

규칙 1219/2012/EU에서는 ‘회원국과 역외국가(제3국)’와의 BIT에 관하여는 명확하게 규정하고 있으나, EU 역내 ‘회원국들 간’ BIT에 대해서는 명확히 규정하고 있지 않다. 그러나 비록 CCP에 FDI가 포함되어 있긴 하나, 회원국들이 기존 회원국들 간 BIT를 종료하고 EU법으로 대체한다는 공통의 합의(consensus)는 도달하지 않았다고 하겠다. 따라서 EU의 CCP상의 FDI에 관한 배타적 권한은 비록 향후 회원국들 간 새로운 BIT 체결을 저지할 수는 있지만, 반드시 기존 BIT의 종료를 강제하지는 않는다고 하겠다.¹⁰⁾

한편, 규칙 1219/2012/EU는 ‘회원국들과 역외국가(제3국)와의 BIT’에 관하여는 그 지위를 명확하게 규정하고 있다. 동 규칙은 제17조에 따라 공포 20일 후인 2013년 1월 9일에 발효되었다.

1) 회원국과 역외국가(제3국) 간 BIT의 경우

㉠ 2009년 12월 1일 이전에 체결된 회원국과 제3국 간 BIT는 집행위원회

8) EU의 중소기업(SME) 정의 관련 집행위원회 권고 2003/361/EC가 2003년 5월 6일 채택되었다. 동 권고상 중소기업(SME) 정의 기준은 ① 고용자수(staff headcount)와 ② 매출액(turnover) 또는 총자산(Balance sheet total)으로 하고 있다. Commission Recommendation 2003/361/EC (OJ 2003 L124/36-41).

9) COM (2012) 335 final.

10) 유준구, “EU 통합투자협정 추진의 쟁점과 시사점-EU의 국제투자 환경과 리스본조약 이후 변화를 중심으로”, 『국제경제법연구』 제11권 제2호(2013.7), pp.128-129.

의 검토를 전제로 향후 EU가 이를 대체할 투자협정을 체결하기 전까지 존속이 가능하다. 즉, 동 규칙 제2조는 회원국이 기존 제3국과의 BIT를 존속하기를 원하는 경우 집행위원회에 2013년 2월 8일 까지, (2013년 7월 1일 EU에 가입한 크로아티아 같은) 신규 가입 회원국은 가입 후 30일 이내에 그 의사를 통지하여야 한다.¹¹⁾ 그리고 제4조에 따라 집행위원회는 통지된 양자투자협정들을 관보(OJ: Official Journal of the EU)에 매 12개월 마다 수록한다.¹²⁾ 통지 후 집행위원회는 ‘향후’ 진행될 ‘EU차원의 양자투자협정’ 협상 및 체결에 ‘심각한 장애(serious obstacle)’를 초래하는지 여부를 평가해 그 존속 여부를 검토하여 EU의 후속 BIT 체결 전까지 기존 BIT의 효력을 유지할 수 있다.¹³⁾ 검토 후 회원국과 역외국가 간 기존 BIT가 EU의 향후 대체(progressive replacement) BIT를 위한 협상 및 체결의 진행에 ‘심각한 장애’가 되는 경우 집행위원회는 이 문제의 해결을 위해 해당 회원국과 ‘협의(Duty of cooperation)’를 진행하여야 하며, 이는 90일 이내로 진행한다.¹⁴⁾

그리고 ⑥ 리스본조약이 발효한 2009년 12월 1일부터 동 규칙이 발효한 2013년 1월 9일 사이에 체결된 회원국과 역외국가 간 BIT는 집행위원회에 통지 후 집행위원회가 EU법과 EU투자정책의 충돌 여부, 동일한 제3국과의 EU의 BIT 협상 및 체결의 ‘심각한 장애’를 초래하는지를 검토하여 그 존속 여부를 허가할 수 있다.¹⁵⁾

또한 ⑦ 2013년 1월 9일 이후에는 집행위원회의 ‘허가(authorization)’를 전제로¹⁶⁾ ‘기존 BIT의 개정’이나 ‘새로운 BIT 협상’을 제3국과 진행할 수 있고, 관련 협상 개시 최소 5개월 전에 협상 대상인 규정들에 대한 상세한 설명서를 제출하여야 한다.¹⁷⁾ 이를 검토하는 경우에는 ‘EU법과 충돌여부’ 뿐

11) 규칙 1219/2012/EU, 제2조.

12) 규칙 1219/2012/EU, 제4조.

13) 규칙 1219/2012/EU, 제3조, 제5조.

14) 규칙 1219/2012/EU, 제5조, 제6조 (1), (2).

15) 규칙 1219/2012/EU, 제12조 (1), (2), (3).

16) 규칙 1219/2012/EU, 제7조.

17) 규칙 1219/2012/EU, 제8조.



만 아니라 협상이 ‘EU의 양자투자협정 협상 및 체결에 심각한 장애’를 초래해서는 아니 되며, 해당 회원국에게 ‘EU투자정책’ 및 ‘EU법’에 양립가능토록 ‘특정 조항(any clauses)의 포함 또는 삭제를 요구’할 수 있다.¹⁸⁾

2. 규칙 912/2014/EU

2014년 7월 23일 채택되어 2014년 9월 17일 발효된 동 규칙에 따라 EU는 ‘EU’ 또는 ‘EU 및 회원국’이 당사자인 조약에 따른 ‘투자자-국가 분쟁해결제도(ISDS)’에 따라 타방 당사국 기업으로부터 피소를 당했을 경우, EU 또는 회원국 중 누가 소송당사자(respondent)가 되고, 누가 소송비용 또는 배상비용을 부담해야 하는지에 대하여 결정한다.

1) 비용 부담 원칙

㉔ 문제가 되는 조치가 EU 차원(즉, EU 기관(institutions, bodies, offices or agencies))에서 행해진 경우, EU가 중재판정에 수반되는 소송비용 및 예상되는 배상비용을 부담한다. 그러나 ㉕ 문제가 되는 조치가 회원국 차원에서 행해진 경우, 원칙적으로 중재판정에 수반되는 소송비용 및 예상되는 배상비용은 회원국이 부담한다.¹⁹⁾

2) 소송 당사자

㉔ 문제가 되는 조치가 EU 차원(즉, EU 기관(institutions, bodies, offices or agencies))에서 행해진 경우, EU가 소송당사자가 된다.²⁰⁾ 그러나 ㉕ 문제가 되는 조치가 전적으로 또는 부분적으로 회원국에 의해 취해진 조치인 경우, 원칙적으로 회원국이 소송당사자가 된다.²¹⁾

18) 규칙 1219/2012/EU, 제9조 (1), (2).

19) 규칙 912/2014/EU, 제1조.

20) 규칙 912/2014/EU, 제4조.

21) 규칙 912/2014/EU, 제5조.

III. EU-캐나다 CETA상의 투자분쟁해결

EU-캐나다 CETA는 2009년 5월 6일 협상 개시 이후, 2016년 10월 30일 서명하였고, 2017년 9월 21일 잠정 발효 되었다. 제8장(Chapter 8 Investment)이 투자챕터이며, 섹션 F(Section F Resolution of investment disputes between investors and states)에서 투자분쟁해결방식을 다루고 있는데, 가장 중요한 부분은 새로운 ISDS 메커니즘의 도입이다.

1. 협의 절차

제8.19조는 투자분쟁해결상의 ‘협의(Consultation)’ 절차에 관하여 규정하고 있다. 제8.19조 1항에 따라 분쟁은 가급적 우호적으로 해결해야 하며, 그러한 분쟁은 제8.23조에 따라 소송이 제기된 이후를 포함하여 어느 단계에서든지 합의(agreed)될 수 있다. 만약 분쟁당사자들이 장기간 동안 합의에 이르지 못하는 경우에는 제8.19조 4항에 따른 협의요청서 제출 60일 내에 ‘협의’ 절차가 개시된다.²²⁾

분쟁당사자가 달리 합의하지 않는 한, 문제가 된 조치의 장소에 따라 캐나다 조치의 경우에는 오타와(Ottawa)에서, EU조치인 경우에는 브뤼셀(Brussels)에서, 전적으로 EU회원국의 조치인 경우에는 그 회원국의 수도(capital)에서 협의절차가 진행된다.²³⁾

투자자가 중소기업(SMEs: small or medium-sized enterprise)인 경우에는 화상회의(videoconference)나 또는 적절한 다른 수단에 의하여 협의를 개최할 수 있다.²⁴⁾

투자자는 타방 당사자에게 협의를 요청할 수 있으며, 이 경우 제시되어야

22) CETA 제8.19조 1항.

23) CETA 제8.19조 2항.

24) CETA 제8.19조 3항.



하는 내용은 1) 투자자 및 기업의 주소와 이름, 2) 당사자가 여럿인 경우에는 각각의 투자자 및 기업의 이름과 주소, 3) 위반된 CETA협정상의 관련 규정, 4) 문제가 된 조치를 포함한 법적 및 사실상의 근거(기초), 5) 주장하는 구체 조치의 내용 및 손해의 정도(양) 등으로 이를 첨부하여야 한다.²⁵⁾

위의 제8.19조 4항의 내용은 협의를 ‘효과적’으로 진행하도록 그리고 방어(defence)를 준비하게 하기 위하여 ‘충분히 구체적’으로 제시되어야 한다.²⁶⁾

협의 요청은 투자가 유치 또는 투자 현지법인이 설립되고, 해당 투자자 또는 현지법인이 손실을 입었다고 주장하는 위반사태나 관련 정보와 손실이 확보된 후 3년 내에 제출될 수 있다.²⁷⁾ 또한, 당사국 법률에 의거한 국내법원(a tribunal or court)에서의 소송 제기나 절차를 중단하거나 또는 다른 방식에 의해 절차가 종료된 경우에는 10년 이내에 투자자와 현지법인이 손실 또는 손해를 입었음을 주장할 만한 정보가 취득되었을 때는 2년 내에 제출해야 한다.²⁸⁾

EU 또는 EU회원국의 위반행위에 대한 협의 요청은 EU에게 송부된다.²⁹⁾

투자자가 협의 요청서 제출 후 제8.23조에 따라 18개월 이내에 소송(claim)을 제기하지 않은 경우, 투자자는 협의 요청을 ‘철회’한 것으로 간주되고, ‘동일한 사안’에 대하여 소송을 제기할 수 없으며, 이러한 기간은 분쟁 당사자 간의 합의에 의하여 연장될 수 있다.³⁰⁾

2. 중개 절차

제8.20조는 투자분쟁 해결상의 ‘중개(Mediation)’ 절차에 관하여 규정하

25) CETA 제8.19조 4항.

26) CETA 제8.19조 5항.

27) CETA 제8.19조 6항 (a).

28) CETA 제8.19조 6항 (b).

29) CETA 제8.19조 7항.

30) CETA 제8.19조 8항.

고 있다. 분쟁당사자는 ‘언제든지’ 중개에 회부될 것에 ‘동의’할 수 있다.³¹⁾

중개는 제8장상 어느 당사자의 권리나 법적 지위에 저촉되지 아니하며, 분쟁당사자들이 합의하는 규칙(rules)에 따른다. 중개 규칙은 가능한 한 제 8.44조 3항 (c)에 따라 서비스-투자 위원회(Committee on Services and Investment)가 채택한다.³²⁾

중개자(mediator)는 분쟁당사자들이 합의하여 임명하며, 분쟁당사자들은 ICSID 사무총장에게 그 중개자를 임명(지명)하도록 요청할 수 있다.³³⁾

분쟁당사자들은 중개자의 임명 60일 이내에 분쟁해결에 이르도록 노력해야 한다.³⁴⁾

분쟁당사자가 중개 회부 절차에 동의하는 경우 제8.19조 6항, 제8.19조 8항상의 기간은 분쟁당사자들이 중개 회부 절차에 동의한 날로부터 중개가 종료되기로 결정하는 날까지는 적용되지 아니한다. 그리고 중개를 ‘종료’하기로 하는 어떤 분쟁당사자의 결정은 ‘서면’의 방식으로 중개자와 타방 당사자에게 각각 전달되어야 한다.³⁵⁾

3. 투자법원(the Tribunal)으로의 ‘제소’를 위한 ‘절차’ 및 기타 ‘요건’

제8.22조는 투자자가 제8.23조에 의거하여 투자법원에 소를 제기 위한 요건을 규정하고 있다. 투자자가 투자법원을 통해 분쟁을 해결하기 위해서는 ‘협의 요청서 제출로부터 적어도 180일’이 경과해야 하고, ‘피고 결정에 대한 요청 통지서 제출로부터 적어도 90일’이 경과해야 소를 제기할 수 있다. 그리고 이러한 ‘제소에서 언급’된 ‘위반 조치’와 관련하여 국내법 하에서 또는 국제법 하에서 1) 국내법원(a tribunal or court)에서 현재 진행 중인 어떠한 일체의 소송도 철회하거나 중단하며, 이와 관련된 2) 향후의 국내법원

31) CETA 제8.20조 1항.

32) CETA 제8.20조 2항.

33) CETA 제8.20조 3항.

34) CETA 제8.20조 4항.

35) CETA 제8.20조 5항.



(a tribunal or court)에서의 어떠한 소의 제기에 대한 권리도 포기해야 한다. 그리고 이러한 제8.22조 1항 (f), (g)와 관련하여 만약 피고 또는 투자자가 자국(host state) 소속인 경우에는 적용되지 아니한다. 만약 투자자가 제8.22조 1항과 2항의 요건을 충족하지 아니하는 경우 피고의 요청에 의하여 투자법원(the Tribunal)은 소의 제기를 기각한다.³⁶⁾

4. 투자법원으로서의 ‘제소(Submission of a Claim)’

제8.23조는 투자법원으로서의 소송 제기에 관하여 규정하고 있다. 분쟁이 ‘협일’ 절차를 통해 해결되지 못한 경우 1) 당사국은 자신을 위하여 자체적으로 소송을 제기할 수 있고, 2) 당사국은 직접적으로 또는 간접적으로 소유하거나 통제하고 있는 ‘현지 설립회사(locally established enterprise)’를 대신하여 소송을 제기할 수 있다.³⁷⁾

소송의 제기는 다음의 규칙(rules)상으로 제출될 수 있다: (a) ‘ICSID 협약(ICSID Convention)’ 및 ‘중재소송절차규칙(Rules of Procedure for Arbitration Proceedings)’, (b) 제8.23조 1항 (a)에 따른 소송 요건이 적용되지 않는 경우에는 ICSID 추가규칙(ICSID Additional Facility Rules), (c) UNCITRAL 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules), (d) 분쟁당사자들이 합의한 기타 규칙.³⁸⁾

제8.23조 2항 (d)에 따라 투자자가 관련 ‘규칙’을 제안하는 경우 피고는 수령 ‘20일 이내’에 투자자의 제안에 대하여 답변해야 한다. 분쟁당사자들이 수령 ‘30일 이내’에 관련 규칙에 관하여 합의하지 아니하는 경우 투자자는 2항 (a), (b), (c)에 제시된 규칙들 하에 소송을 제기할 수 있다.³⁹⁾ 그리고 제8.23조 1항 (b)에 따른 소송은 ICSID 협약 제25조 1항의 조건을 충족해야 한다.⁴⁰⁾

36) CETA 제8.22조.

37) CETA 제8.23조 1항.

38) CETA 제8.23조 2항.

39) CETA 제8.23조 3항.

40) CETA 제8.23조 4항.

투자자는 소의 제기 시에 투자법원의 ‘단독재판관(a sole Member of the Tribunal)’이 해당 소송을 심리하도록 제안할 수 있다. 그리고 피고는 1) 특별히 투자자가 중소기업(SMEs)이거나 또는 2) 배상(compensation)이나 손해(damages)가 비교적 경미(relatively low)한 경우에는 ‘호의적으로 고려(sympathetic consideration)’해 줄 수 있다.⁴¹⁾

투자분쟁해결을 위한 소송의 제기는 다음의 경우에 가능하다: (a) ICSID 협약 제36조 1항상의 요청을 ICSID 사무총장이 수령한 경우, (b) ICSID 추가 규칙 스케줄 C(Schedule C) 제2조상의 요청을 ICSID 사무국이 수령한 경우, (c) UNCITRAL 중재규칙 제3조상의 통지를 피고가 수령한 경우, (d) 소송 개시의 요청이나 통지를 제8.23조 2항 (d)상 분쟁당사자들이 합의한 관련 규칙에 따라 피고가 수령한 경우.⁴²⁾

5. 투자법원(the Tribunal)의 구성

제8.27조에 따라 ‘투자법원’은 제8.23조에 따라 제소된 사건에 대하여 판정을 내린다.

‘CETA 공동위원회(CETA Joint Committee)’는 본 협정이 발효되면 15명의 투자법원의 구성원을 선정한다. 투자법원의 5명은 EU회원국 국적자로, 5명은 캐나다 국적자로, 5명은 제3국 국적자로 선임된다. CETA 공동위원회는 투자법원 재판관 수를 ‘3배수’로 하여 증감할 수 있으며, 추가 선임의 경우 제8.27조 2항상의 법적 기초와 맥을 같이한다. 투자법원 구성원들은 각각의 국가 내에서 사법기관(judicial office)에 선임되었다든지 또는 능력을 인정 받은 법률가(jurists of recognised competence)이든지 등의 동 선임을 위해 필요한 자격(qualifications)을 갖추어야 하고, 이 투자법원의 재판관들은 국제공법(public international law)에 있어서의 전문지식(expertise)을 증명해야 한다. 이들 재판관들은 특히 ㉠ 국제투자법(international

41) CETA 제8.23조 5항.

42) CETA 제8.23조 7항.



investment law), ⑥ 국제통상법(international trade law), ⑦ 국제투자 또는 국제통상협정상 발생하는 분쟁해결(resolution of disputes)에 있어서의 '전문지식'을 가지는 것이 바람직(desirable)하다.⁴³⁾

투자법원의 재판관은 5년 임기로 선임되며 1회에 한하여 재임될 수 있으며, 다만 동 CETA 발효 직후 임명된 15명 중 7명은 무작위로(by lot) 결정되어 6년 연장된다. 공석이 발생하는 경우에는 이를 보충해야 한다. 투자법원의 임기가 만료되지 않은 어떤 재판관을 대체하여 '새로이 임명된 재판관'은 선임 임기의 '잔여기간 동안만'을 위하여 업무를 담당한다. 원칙적으로 투자법원에서 자신의 임기가 만료되는 어느 재판정(division)에서 직무(근무)하는 재판관은 '최종판정(final award)이 제시될 때까지' 해당 재판정에서 직무를 '계속'할 수 있다. 이 투자법원은 1인은 EU회원국 국적자, 1인은 캐나다 국적자, 1인은 제3국 국적자로서 '3인으로 구성된 재판정'에서 사건을 '심리'한다. 재판정은 제3국 국적자가 위원장이 된다. 그리고 투자법원 법원장은 제8.23조에 따른 '소의 제기 후 90일 내'에 사건에 대하여 교대로 의견을 청취(hearing)하여 투자법원 '재판정의 구성'을 위한 재판관들을 선임한다. 이때 재판정의 구성은 ① 무작위로 그리고 예측불가능한 방법으로 진행된다는 것이 보장되어야 하며, 동 투자법원의 ② 모든 구성원들(재판관들)에게 직무할 '동등한 기회'를 제공해야 한다. 그리고 투자법원 법원장 및 부원장은 동 기관의 업무에 관하여 책임을 지며, '제3국적 재판관들 중' 추첨에 의해 2년의 임기로 선임된다. 법원장 및 부원장은 'CETA 공동위원회 위원장의 추첨'에 의하여 교대로 직무를 수행한다. 부원장은 법원장의 부재 시 법원장을 대신하여 직무를 수행한다. 한편 제8.27조 6항(3명의 재판관이 심리를 진행)에도 불구하고 분쟁당사자들이 합의하는 경우 '제3국 국적자 재판관'을 무작위로 선임하여 '단독재판관(a sole Member of the Tribunal)'의 심리로 사건에 대한 심리가 진행된다. 피고는 단독재판관 심리를 요청하는 원고에게 특히 ③ 원고가 중소기업이거나, 또는 ④ 보상(compensation)이나 손해(damages)가 '비교적 경미'할 경우에는 호의적으로 고려(sympathetic

43) CETA 제8.27조 4항.

consideration)할 수 있다. 이러한 원고의 단독재판관 심리의 요청은 투자법원의 ‘재판정 구성 전’에 이루어져야 한다.⁴⁴⁾

6. 상소 법원(Appellate Tribunal)

제8.28조는 상소법원은 이 섹션(Section F) 하에 제공된 ‘판정의 재심’을 위하여 설립되었다. 상소의 인정 기준으로서, 상소법원은 ㉔ 적용법(applicable law)의 적용 또는 그 해석의 잘못(errors), ㉕ 관련 국내법의 이해를 포함하여 사실관계(facts)의 이해에 있어서의 명백한 잘못(manifest errors) ㉖ 상기 ㉔와 ㉕에 해당되지 않는 경우에는 ICSID협약 제52조 1항 (a)에서 (e)까지 규정된 경우에 근거하여 해당 ‘투자법원의 판정(the Tribunal’s award)’을 유지, 수정 또는 반복할 수 있다. 이 상고법원의 재판관들은 ‘CETA 공동위원회’가 제8.28조 7항상의 여러 내용을 결정함과 동시에 상고법원의 재판관들도 임명하며, 이들은 기존 CETA 투자법원 구성원들의 자격요건에 관한 제8.27조 4항 및 제8.30조의 자격요건을 충족해야 한다. 상소심리를 위하여 구성되는 상소법원의 ‘재판부(division)’는 상소법원 재판관들 중 ‘무작위로’ 임명되는 ‘3인’으로 구성된다. 제8.36조(절차의 투명성) 및 제8.38조(제3자 참여)는 상소법원에서의 소송절차에(도) 적용된다.⁴⁵⁾

제8.28조 7항에 따라 CETA 공동위원회는 상소법원의 운영(기능)에 관한 다음과 같은 후속적인 행정적 및 조직적 사안들을 확립하는 ‘결정’을 신속히 채택한다. 즉, ㉔ 행정적 지원, ㉕ 상소의 개시 및 시행을 위한 절차, 적절한 경우 ‘판정의 조정(adjustment of award)’을 위한 투자법원(the Tribunal)으로의 회송 절차, ㉖ 상소법원의 ‘공석’을 보충하는 절차, 상소 심리를 위해 구성된 상소법원 재판부(division)의 ‘공석’을 보충하는 절차, ㉗ 상소법원 재판관의 보수(급여), ㉘ 상소 비용에 관한 규정, ㉙ 상소법원 재판관들의 수, ㉚ 기타 상소법원의 효율적 운영을 위하여 필요한 사항.

44) CETA 제8.27조.

45) CETA 제8.28조.



서비스·투자위원회(Committee on Services and Investment)는 상소법원의 운영(기능)에 관하여 주기적으로 검토하며, CETA 공동위원회에 권고한다. CETA 공동위원회는 필요한 경우 제8.28조 7항상의 결정 내용을 ‘개정’할 수 있다.⁴⁶⁾

제8.28조 7항상의 결정 내용에 관하여, ㉔ 분쟁당사자는 그 발표(issuance) 후 ‘90일 내’에 이 섹션(Section F)에 따라 제시된 판정을 상소법원에 상소할 수 있고, ㉕ 이 섹션상의 ‘판정’에 관하여는 재심, 무효, 취소, 수정을 청구하거나 또는 어떤 다른 유사 소송(any other similar procedure)도 제기할 수 없다.⁴⁷⁾

제8.39조(투자법원에 의한 최종 판정)에 따라 제공된 판정은 그 자체로 ‘최종’인 것은 아니며, ㉖ 투자법원의 판정 발표 후 ‘90일이 경과’하기 전 그리고 ‘상소가 제기’되지 않을 때까지는, ㉗ 제기된 상소가 ‘기각’되거나 ‘철회’되기 전까지는, ㉘ 상소기구 판정으로부터 ‘90일이 경과’되기 전 그리고 상소기구가 투자법원에 해당 사건을 ‘환송’한다고 언급하지 않을 때까지는 해당 판정이 강제력을 갖는 것은 아니다. 그리고 상소법원의 최종판정은 제 8.41조(판정의 강제)의 목적을 위한 최종판정으로 간주된다. 상소법원에서는 투자법원과 달리 제8.41조 3항은 적용되지 않는다.⁴⁸⁾

7. 다자간 투자법원 및 상소법원 메커니즘의 설립

제8.29조는 당사자들인 EU와 캐나다는 ‘투자분쟁(ISD)’의 해결을 위하여 ‘다자간 투자법원 및 상소법원 제도(multilateral investment tribunal and appellate mechanism, 투자법원제도)’의 설립을 위해 역외 다른 무역 당사국들과 추진하도록 규정하고 있다. 이러한 다자제도(multilateral mechanism)의 설립에 관하여 CETA 공동위원회는 이 섹션(Section F)상

46) CETA 제8.28조 8항.

47) CETA 제8.28조 9항.

48) CETA 제8.28조 9항.

의 투자분쟁이 ‘이 다자제도에 따라 판결이 내려질 수 있다’는 결정을 채택할 수 있으며, 또한 CETA 공동위원회는 ‘적절한 과도적 준비(appropriate transitional arrangements)’를 할 수 있다.⁴⁹⁾

8. 윤리

제8.30조는 투자법원의 ‘윤리(ethics)’에 관한 규정이다. 투자법원의 재판관들은 (업무수행이) ‘독립적’이어야 하며, 어떤 정부에도 ‘소속’되어 있어서는 아니 된다. 이들은 해당 분쟁에 대한 어떠한 문제에 대하여도 일체의 기관이나 정부로부터 ‘지시’를 받아서는 아니 된다. 이들은 직접적으로 또는 간접적으로 ‘이해의 충돌’의 우려가 있는 일체의 분쟁에 대하여도 그 심리에 참여해서는 아니 된다. 이들은 ‘국제중재에 있어 이해충돌에 관한 국제변호사협회 가이드라인(International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration)’ 및 제8.44조 2항에 따라 채택된 ‘보완규칙(supplemental rules)’을 준수해야 한다. 게다가 이들의 선임에 있어서, 이들은 ‘계류 중인 사건’상이거나 또는 CETA나 기타 국제협정상의 ‘새로운 투자분쟁’상 ㉠ ‘변호사(자문)’로서 또는 ㉡ 당사자지정의 ‘전문가나 증인’으로서 행동하는 것을 삼가야 한다.⁵⁰⁾

분쟁당사국은 투자법원 재판관이 ‘이해관계의 충돌’이 있다고 판단되는 경우 국제사법재판소(ICJ) 소장에게 이러한 ‘재판관 임명’에 대한 이의제기에 대하여 결정(decision)을 내려 줄 것에 대한 ‘권고(invite)’를 요청할 수 있다. 이러한 이의제기는 ㉠ 투자법원의 ‘재판부 구성 후 15일 이내’에 국제사법재판소 소장에게 통지되고 분쟁당사자에게 전달되어야 하며, 또는 ㉡ 재판부 구성 시에 합리적으로는 이러한 ‘관련 사실’을 알 수 없었을 경우에는 ‘관련 사실을 알게 된지 15일 이내’에 국제사법재판소 소장에게 통지되고 분쟁당사자에게 전달되어야 한다. 이러한 이의제기는 그 이유를 진술해야 한다.⁵¹⁾

49) CETA 제8.29조.

50) CETA 제8.30조 1항.



9. 적용 법률 및 해석

제8.31조는 적용법 및 해석에 관하여 규정하고 있다. 투자법원은 결정의 제시 시에 ‘본 CETA 협정’을 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties), 기타 규칙(other rules), 당사자들 간에 적용될 수 있는 국제법 원칙(principles of international law)에 따라 ‘해석’하여 적용해야 한다.

투자법원은 이 CETA협정의 위반으로 제기된 ‘해당 조치의 당사국 국내법(domestic law of a Party)상의 합법성(legality)’ 여부를 결정하는 관할권을 갖지 않는다. 보다 명확하게 말하자면, 이 CETA협정에 대한 ‘어떤 조치의 합치성’에 대한 결정 시에 투자법원은 ‘당사국 국내법’은 사실문제로서(as a matter of fact)만 심리한다. 이렇게 함으로써 투자법원은 해당 당사국의 ‘국내법원 또는 관할기관’에게 ‘국내법에 대한 유력한 해석(prevaling interpretation)’에 따르도록 할 수 있다. 다만 투자법원이 제공하는 ‘어떤 의미(해석)’는 해당 당사국의 국내법원 또는 관할기관을 구속하지 아니한다. 만약 해석 문제와 관련하여 ‘투자’에 영향을 미칠 수 있는 심각한 문제(serious concerns)가 제기되는 경우, 서비스·투자 위원회(Committee on Services and Investment) 제8.44조 3항 (a)에 따라 이 ‘CETA 협정의 해석의 채택’에 대하여 CETA 공동위원회에 ‘권고’할 수 있다. CETA 공동위원회가 채택한 해석은 이 섹션(Section F)상 설립된 투자법원을 구속한다. CETA 공동위원회는 이 해석이 특정일로부터 효력을 가진다고 결정할 수 있다.⁵²⁾

10. 절차의 투명성(Transparency)

제8.36조에 따라 ‘UNCITRAL 투명성 규칙(UNCITRAL Transparency

51) CETA 제8.30조 2항.

52) CETA 제8.31.

Rules)’은 이 섹션(Section F) 하의 소송절차와 관련하여 적용될 수 있다. ㉔ 협의 요청, ㉕ 피고가 누구인지 결정해 달라는 요청서의 통지, ㉖ 결정된 피고의 통지, ㉗ 중재 합의, ㉘ 투자법원 재판관 선임에 대한 이의제기 통지, ㉙ 투자법원 재판관 선임에 대한 이의제기에 대한 결정, ㉚ 소송병합의 요청 등은 ‘UNCITRAL 투명성 규칙’ 제3조 1항 및 2항에 따라 ‘대중’이 이용할 수 있도록 ‘자료목록’ 및 ‘제출물’을 제공해야 한다.

UNCITRAL 투명성 규칙 제2조에도 불구하고, 투자법원 구성 이전에 캐나다와 EU는 시의적절하게 제8.36조 2항에 따라 ‘해당 사건에 대한 관련 자료’를 ‘대중’이 이용할 수 있도록 해야 한다. 다만, ‘기밀(confidential)’ 사항이거나 ‘보호법익이 있는 정보(protected information)’에 해당하는 경우에는 편집하여 제공될 수 있다. 그리고 모든 심리는 대중에게 공개된다. 투자법원은 분쟁당사자들과 협의하여 ‘심리공개’에 대한 ‘대중접근(public access)의 강화’를 위하여 ‘적절한 업무조직 협정(준비)(appropriate logistical arrangements)’를 결정해야 한다. 만약 투자법원이 ‘기밀’ 또는 ‘보호법익이 있는 정보’의 보호를 위한 필요성이 있다고 결정하는 경우 그 보호를 요하는 해당 심리에 대하여 ‘비공식적(in private) 심리’를 행하기 위한 적절한 협정(준비)을 강구해야 한다. 본 제8장(투자 챗터)은 피고로 하여금 ‘법률로써 정보공개가 요청’ 되는 ‘공공정보(public information)’를 보류하도록 요구하지 않는다.⁵³⁾

11. 최종 판정

제8.39조는 최종 판정에 관한 규정으로, 투자법원은 피고인에 대한 최종 판정 시에 ㉔ ‘금전적 손해’, ‘적절한 이자(applicable interest)’에 관해 판정을 내리며, ㉕ ‘부동산 보상’은 ‘수용(expropriation) 바로 직전’ 또는 ‘수용이 임박했음을 알게 된 시점’을 기준으로 하여 ‘공정한 시장가치(fair

53) CETA 제8.36조.



market value)를 환산'하여야 한다. 그리고 ㉔ '금전적 손해 또는 적절한 이자'에 대한 판정은 현지설립기업에게 지불될 총액을 제시하며, ㉕ '부동산 보상'의 판정은 현지설립기업에게 제공될 보상에 관하여 제시한다. ㉖ 투자자를 위한 '비용(costs) 판정'이 투자자에게 제시되어야 하며, ㉗ 제8.22조에 따라 '(소송)포기'의 의사표시를 한 경우 해당 '당사국의 국내법 하에' 금전 손해 또는 부동산과 관련하여 판정을 받을 수 있다.⁵⁴⁾

금전손해는 투자자 또는 현지설립법인이 입은 손해보다 과도해서는 아니 되며, 기 제공된 손해 및 보상에 의해 감액된다. 또한 투자법원은 금전손해의 산정 시에 부동산의 보상, 해당 조치(measure)의 폐기 또는 수정을 고려하여 손해를 감액할 수 있다.⁵⁵⁾ 그리고 투자법원은 징벌적 손해배상(punitive damages)의 판정을 하지 아니한다.⁵⁶⁾

투자법원은 소송비용을 '패소한 분쟁당사자'가 부담할 것을 명령하며, 만약 예외적인 상황이 존재하는 경우 이에 대하여 투자법원이 '소송의 정황상 할당(배분)하는 것이 적절하다'고 결정하는 경우에 투자법원은 분쟁당사자들 간 할당(배분)비용을 명령한다. 투자법원이 소송의 정황상 그러한 할당(배분)에 근거가 없다고 결정하는 경우에 '법정대리인 및 지원 비용'을 포함한 기타 모든 합당한 비용들은 패소 분쟁당사자가 부담한다. 오직 소송상 '일부 승소'를 하는 경우 그 비용은 소송상 '승소한 부분의 수와 범위'에 따라 적절히 조정된다.⁵⁷⁾

CETA 공동위원회는 당사자가 '자연인 또는 중소기업(SMEs)'인 경우 재정적 부담을 경감시키기 위한 보충규칙을 고려해야 한다. 이러한 보충규칙은 특히 '이들의 재원' 및 '청구된 배상액'을 고려해야 한다.⁵⁸⁾

투자법원과 분쟁당사자들은 분쟁해결과정이 시기적절하게 이행되도록 보장하기 위해 모든 노력을 다해야 한다. 투자법원은 제8.23조에 따른 소송

54) CETA 제8.39조 2항.

55) CETA 제8.39조 3항.

56) CETA 제8.39조 4항.

57) CETA 제8.39조 5항.

58) CETA 제8.39조 6항.

제기일 '24개월 이내'에 최종 판정을 내려야 한다. 만일 투자법원이 자신의 최종 판정을 내리기 위하여 추가 시간을 요청하는 경우 분쟁당사자들에게 그 지연 사유를 제시해야 한다.⁵⁹⁾

12. 판정의 집행(Enforcement)

이 섹션(Section F)에 따라 내려진 판정은 '분쟁당사자들을 구속'하며, '해당 특정 사건에 대하여 구속력'이 있다.⁶⁰⁾ 그리고 분쟁당사자는 판정에 대하여 지체 없이 인정하고 이를 이행해야 한다.⁶¹⁾ 다만, 분쟁당사자는 ② 'ICSID 협약상 내려진 최종 판정'의 경우 '판정일로부터 120일이 경과하기 전'까지 그리고 분쟁당사자가 '판정에 대한 수정이나 무효(취소)를 요청하지 않아야' 최종 판정의 강제집행을 추구할 수 있다. 이 경우 판정의 이행은 지체되고 수정 또는 무효(취소) 절차가 완료되어야 한다.⁶²⁾ 그리고 분쟁당사자는 ③ ICSID 추가규칙(ICSID Additional Facility Rules), UNCITRAL 중재 규칙(UNCITRAL Arbitration Rules), 그리고 제8.23조 2항(d)에 따른 기타 적용 법칙에 따라 내려진 최종 판정의 경우 '판정일로부터 90일이 경과하기 전'까지 그리고 분쟁당사자가 '판정에 대한 수정, 취하, 무효(취소)를 위한 절차를 개시하지 않아야' 최종 판정의 강제집행을 추구할 수 있다. 이 경우 판정의 이행은 지체되고 '판정에 대한 수정, 취하, 무효의 신청'을 기각하거나 허용한다.⁶³⁾

판정의 집행(실행)은 집행이 '추구되는 장소'에서 '판결(judgments) 또는 판정(awards)의 집행에 관한 법률'에 의한다.⁶⁴⁾ 이 섹션(Section F)에 따라 내려진 최종 판정은 '중재 판정(arbitral award)'으로서 뉴욕협약(New

59) CETA 제8.39조 7항.

60) CETA 제8.41조 1항.

61) CETA 제8.41조 2항.

62) CETA 제8.41조 3항 (a).

63) CETA 제8.41조 3항 (b).

64) CETA 제8.41조 4항.



York Convention) 제1조의 목적을 위한 ‘상사관계 또는 상거래’로부터 발생하는 소송과 관련된 것으로 간주된다.⁶⁵⁾ 보다 명확하게 말하면 소송이 제8.23조 2항(a)에 따라 제기되는 경우 이 섹션(Section F)에 따라 내려진 최종 판정은 ‘ICSID협약 Section 6의 Chapter IV 하의 판정과 같은 자격(qualify)’을 가진다.⁶⁶⁾

IV. EU-베트남 FTA상의 투자분쟁해결

EU-베트남 FTA는 2012년 6월 26일 협상 개시 이후 3년여의 협상을 거쳐, 2015년 8월 4일 원칙적 타결을 선언하였다. 이어 2015년 12월 2일에 Juncker EU 집행위원장과 Tusk 유럽이사회(European Council) 상임의 장은 Ngyuen Tan Dung 베트남 총리의 브뤼셀 방문을 계기로 양자회담을 갖고 EU-베트남 FTA에 서명하였으며 2018년 하반기 발효될 예정이다. 한편, 베트남은 금번 EU-베트남 FTA에서 ‘상소기구’를 포함한 상설 투자분쟁해결 제도 도입을 골자로 하는 EU의 새로운 투자보호에 대한 제안을 수용하였다. 전체 문서 중 제8장(Chapter 8 Investment)이 투자챕터이며, 섹션 3(Section 3 Resolution of Investment Disputes)에서 투자분쟁해결방식을 다루고 있는데, 가장 중요한 부분은 역시 EU-캐나다 CETA에서와 같이 새로운 ISDS 메커니즘의 도입이다.

1. 협의 절차

분쟁이 제3조에 따라 원만히 우호적으로 해결되지 못하는 경우 동 분쟁이 제1조 1항상의 적용대상 범위에 해당하는 경우에 ‘타방당사자에게 협의

65) CETA 제8.41조 5항.

66) CETA 제8.41조 6항.

(consultations)를 요청할 수 있다. 이러한 협의 요청 시 원고는 ㉠ 자신의 이름 및 주소, 현지설립회사를 대신하는 경우 회사의 이름 및 주소, ㉡ 제1조 1항상의 제소된 위반행위(사항)와 관련된 근거 규정, ㉢ 제1조 1항상의 위반행위 관련 조항을 포함한 제소의 법적 및 사실적 근거(이유), ㉣ 청구취지 및 손해의 양이나 정도, ㉤ 현지설립회사의 경우 원고가 그 소유자이거나 또는 통제(관리)를 하고 있다는 것을 보여주는 증거 등의 정보를 제시해야 한다.⁶⁷⁾

제4조 1항이 협의 요청 시 제시할 정보를 규정하고 있다면, 제4조 2항은 협의 요청의 ‘기한’에 대하여 규정하고 있다. ‘기한’과 관련하여 ‘협의 요청’은 제1조 1항상의 규정에 위반되는 조치를 알고 그리고 이로써 원고 또는 현지설립법인에게 손실이나 손해가 발생하였음을 알게 된지 ‘3년 이내’에 제시해야 한다.⁶⁸⁾ 또한 ‘협의 요청’은 국내법상의 사법기관(tribunal or court under domestic law)을 통한 소송절차 구하는 것을 중지한지 ‘2년 이내’에 제시해야 하며, 이는 어떤 경우에는 제1조 1항상의 규정에 위반되는 조치를 알고 그리고 이로써 원고 또는 현지설립법인에게 손실이나 손해가 발생하였음을 알게 된지 ‘7년’까지 그 기간이 연장된다.⁶⁹⁾

분쟁당사자가 달리 동의하지 아니하는 한, ‘협의의 장소’는 피소국이 베트남(문제의 조치가 베트남의 조치인 경우)인 경우에는 하노이, 피소국이 EU(문제의 조치가 EU의 조치인 경우)인 경우에는 브뤼셀, 피소국이 EU 회원국(문제의 조치가 EU회원국의 배타적 조치에 해당하는 경우)인 경우에는 EU 회원국의 수도가 된다. 협의는 ‘중소기업(SMEs)이 당사자’인 경우 영상회의(videoconference) 등의 수단에 의해 개최될 수 있다. 그리고 협의는 분쟁 당사자들이 기한의 연장에 동의하지 아니하는 한 협의 요청 후 ‘60일 이내’에 열려야 한다. 원고가 협의 요청 ‘18개월 내’에 제7조에 따라 제소하지 않은 경우, 원고가 이 섹션(Section 3) 하의 소송을 철회한 것으로 간주되고 이 섹션 하에서는 제소할 수 없다. 이 기간은 협의 관련 당사자들 간 동의로 연장될 수 있다.

67) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제4조 1항.

68) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제4조 2항 (a).

69) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제4조 2항 (b).



2. 중개(Mediation)

분쟁당사자들은 언제든지 ‘중개’에 회부할 것에 동의할 수 있으며, 이러한 중개는 ‘자발적’인 것으로서 양 당사자의 ‘법적 지위’에 영향을 주지 아니한다. 이 중개는 부속서 I(Annex I)에 규정된 규칙들에 따라 운영되며, 언제든지 분쟁당사자들 간 상호 합의에 의해 수정될 수 있다. 중개인(mediator)은 분쟁당사자들의 합의로 임명되며, 이러한 중개인의 임명에는 제12조(Tribunal) 2항에 따라 임명되는 ‘투자법원(Tribunal)의 재판관들’ 또는 제13조(Appeal Tribunal) 3항에 따라 임명되는 ‘상소법원의 재판관들’의 임명도 가능(포함)하다. 분쟁당사자들은 또한 투자법원장에게 투자법원의 재판관들 중에 EU나 베트남의 국적이 아닌 자를 중개인으로 선임할 것을 요청할 수 있다.⁷⁰⁾

분쟁당사자들이 일단 중개에 회부하기로 합의한 경우 제4조 2항, 제4조 5항, 제27조 6항, 제28조 5항상의 시한(time limits)은 ‘중개에 회부하기로 합의한 날로부터 양 당사자가 중개를 종료하기로 ‘서면으로’ 결정하는 날까지’ 중단(suspended)된다. 그리고 양 분쟁당사자들의 요청에 따라 투자법원 ‘재판부가 제12조(Tribunal)에 따라 설치된 경우’ 해당 투자법원 재판부는 분쟁의 양 당사자가 중개를 종료하기로 ‘서면으로’ 결정하는 날까지 그 소송 절차는 유지된다.

3. 소송 제기의 통지

분쟁이 협의요청 후 ‘90일 이내’에 해결될 수 없는 경우 원고는 이 섹션(Section 3)상의 분쟁해결을 위한 ‘제소 의향을 서면으로 구체화한 통지서(notice of intent)’를 전달해야 한다. 이때 제시되어야 할 정보는 협의 절차 때와 상당히 유사한데 ① 원고 자신의 이름 및 주소, 현지설립회사를 대신

70) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제5조 4항.

하는 경우 회사의 이름 및 주소, ⑥ 제1조 1항상의 제소된 위반행위(사항)와 관련된 근거 규정, ⑦ 제1조 1항상의 위반행위 관련 조항을 포함한 제소의 법적 및 사실적 근거(이유), ⑧ 청구취지 및 손해의 양이나 정도 등의 정보를 제시해야 한다. 이러한 ‘제소의향통지서’는 EU 또는 베트남에게 송부되어야 하며, 만약 EU회원국의 조치로 판명되는 경우에는 관련 EU회원국에게 또한 송부되어야 한다. 이 ‘제소의향통지서’가 EU에서 송부된 경우 EU는 따로 ‘피고’를 결정해야 하며, 그러한 결정이 있는 후 제소의향통지서 수령 60일 이내에 EU 또는 EU회원국 중 누가 ‘피고’가 되는지에 관하여 원고에게 통보해야 한다. 그리고 원고는 제7조에 따라 자신의 결정을 기초로 소를 제기할 수 있다. 그리고 투자법원 및 상소법원은 제6조 2항에 따른 결정(피고가 누구지에 대한 결정)에 구속된다(따라야 한다).⁷¹⁾

4. 소의 제기

협의 요청 후 6개월 내 분쟁이 해결되지 못하고 그리고 제6조에 따른 제소의향통지서 전달 후 3개월이 경과한 경우, 원고는 제9조(제소를 위한 절차 등에 관한 요건)의 요건을 충족하는 경우 제12조에 따라 설립된 투자법원에 소를 제기할 수 있다.⁷²⁾ ‘소의 제기’는 분쟁해결에 관한 규칙들인 ① ICSID, ② 상기 ① 항목에 따른 소송 요건이 적용되지 아니하는 경우 ICSID센터 사무국에 의한 소송행정을 위한 ‘추가규칙(Rules on the Additional Facility)’에 따른 ICSID, ③ UNCITRAL 중재 규칙, ④ 분쟁당사국이 합의한 일체의 규칙 중 하나에 따라 투자법원에 제출된다. 만약 분쟁당사자들이 일체의 규칙에 대하여 30일 내에 합의하지 못하거나 또는 피고가 아무런 응답을 하지 아니하는 경우 원고는 상기 제7조 2항 ①, ②, ③에 규정된 규칙들(rules) 하에 소를 제기할 수 있다.⁷³⁾ 상기 제7조 2항상의 분쟁해결 규칙들

71) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제6조 5항.

72) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제7조 1항.

73) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제7조 2항.



은 무역위원회(Trade Committee), 투자법원(Tribunal) 또는 상소법원(Appeal Tribunal)이 채택한 규칙(rules)에 의해 보완(보충)된다.⁷⁴⁾

한편, 원고는 제1조 1항상의 적용대상 범위 내에서의 ‘위반조치’와 관련하여 ‘동일한 조치로서 그리고 동일한 손실이나 손해’와 관련하여 원고가 ‘국내 법원이나 국제법원에서(domestic or international court or tribunal) 계류 중인 소송’을 철회하지 않는 한 이를 투자법원에 제소할 수 없다.⁷⁵⁾

5. 제소를 위한 절차요건 등

제9조는 제소를 위한 절차 및 기타 요건에 관해 규정하고 있다. 이 섹션(Section 3)상 투자법원으로의 소의 제기는 오직 다음과 같은 경우(요건)에 가능하다.

㉠ 소의 제기는 이 섹션(Section 3)에 규정된 절차에 따라 투자법원을 통한 분쟁해결에 대한 ‘원고의 서면동의’가 있어야 하며, 적용할 수 있는 분쟁해결규칙들로서 제7조(소의 제기) 2항에 규정된 ‘분쟁해결규칙들 중 하나를 원고가 서면으로 지정’해야 한다.⁷⁶⁾

㉡ 제4조(협의를절차)상의 ‘협의 요청서 제출로부터 최소 6개월’이 경과하고 제6조(제소의향통지)상의 ‘제소의향통지서 제출로부터 최소 3개월’이 경과해야 하며,⁷⁷⁾ ㉢ 이는 각각 산정된다.⁷⁸⁾

㉣ 해당 분쟁의 ‘법적 및 사실적 기초’는 제4조(협의를절차)상의 ‘기존의 협의 절차’에 따른다.⁷⁹⁾

㉤ 투자법원에 제소하는 ‘모든 주장들’은 제7조(소의 제기)에 따르며 제6조(제소의향통지)상의 ‘제소의향통지서에서 밝힌 조치(measures)’에 기초한다.⁸⁰⁾

74) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제7조 4항.

75) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제8조 1항.

76) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제9조 1항 (a).

77) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제9조 1항 (b).

78) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제9조 1항 (c).

79) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제9조 1항 (d).

80) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제9조 1항 (e).

6. 동의(Consent)

피고는 이 섹션(Section 3) 하에 소의 제기에 대하여 '동의'하며,⁸¹⁾ 원고는 제7조에 따른 소의 제기 시 이 섹션에 규정된 절차에 따라 '자신(원고)의 동의서'를 전달한다.⁸²⁾ 제10조 1항 및 2항상의 '동의'란, ㉠ 분쟁당사자들이 제29조(Final Awards by Appeal Tribunal)에 따른 '최종 판정' 이전에 이 섹션에 따라 제시된 어떠한 판정에 대한 집행을 삼갈 것,⁸³⁾ ㉡ 분쟁당사자들이 이 섹션에 따른 '판정'에 관하여 '항소, 무시, 취소(폐기), 수정을 자제'하거나 또는 '국제법원이나 국내법원에서 유사 소송을 제기하는 것을 삼갈 것'⁸⁴⁾을 의미한다.

그리고 '제10조 1항상의 동의'와 '이 섹션 하 소의 제기'는 다음의 요건을 충족해야 한다. ㉠ ICSID협약 제25조 및 분쟁당사자들 간의 '서면동의'에 대한 ICSID추가규칙, 그리고 ㉡ '서면합의'에 대한 '외국중재판정의 승인 및 집행을 위한 뉴욕 협약 제2조(Article II of the New York Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)'를 만족해야 한다.⁸⁵⁾

7. 제3자의 기금조성

분쟁당사자는 외부 제3자(third party)기금을 이용할 수 있다. 제3자기금 조성이 있는 경우 이를 이용하는 분쟁당사자는 ㉠ '타방당사자 및 투자법원 재판부'에 통지해야 하며, ㉡ 만약 투자법원 재판부가 없는 경우에는 '투자법원장'에게 기금조성약정의 '존재와 성격' 및 '제3자기금조성자의 이름과 주

81) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제10조 1항.

82) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제10조 2항.

83) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제10조 3항 (a).

84) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제10조 3항 (b). 이 제10조 3항 (b)는 제31조(판정의 강제집행) 3항과 관련해서도 적용된다.

85) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제10조 4항 (a), (b).



소'를 통지해야 한다.⁸⁶⁾ 이러한 통지는 '소의 제기 시'에 이루어지거나 또는 '소 제기 후'에 재정조달협정이 체결되거나 기부가 진행된 경우에는 동 재정조달협정이 체결되거나 기부가 진행된 즉시 지체 없이 통지되어야 한다.⁸⁷⁾ 이러한 제3자기금조성은 투자법원이 ㉔ 제22조(비용에 대한 보장)가 적용되거나, ㉕ 제27조(잠정 판정) 4항에 따른 결정이 내려지는 경우 그 '소송비용 결정 시' 제3자기금을 고려한다.⁸⁸⁾

8. 투자법원(Tribunal)

투자법원은 제7조(소의 제출)에 따라 제출된 소송을 심리하기 위하여 설립된다. 제34조 2항 (a)에 따라 무역위원회(Trade Committee)는 본 FTA가 발효되면 '투자법원 재판관 9명'을 임명하되, 3인은 EU회원국 국적자, 3인은 베트남 국적자, 3인은 제3국 국적자로 한다. 이를 대신하여 EU와 베트남 양 당사자는 다른 국적자나 시민 중에 '3인'을 임명하도록 지명할 수도 있다. 무역위원회는 투자법원 재판관의 수를 '3의 배수'로 증원하거나 감원할 수 있으며, 이때의 추가증원은 상기 제12조 2항상의 규정 같은 법적 기초에 근거한다.

투자법원의 재판관은 사법기관의 임명에 부합한 개별국가 내에서 자격을 가졌거나, 권한을 인정받은 법학자여야 한다. 이들 재판관은 국제공법상 전문 지식을 갖추어야 하며, 특히 국제투자법, 국제통상법, 국제투자나 국제통상 협정상의 분쟁해결에 관한 전문지식을 가지고 있어야 한다. 본 재판관의 임기는 4년이며, 한 번의 연임이 가능하다. 그러나 동 FTA가 발효되면 9명 중 추천된 5명의 임기는 6년인데, 이는 차후 공석을 방지하기 위함이다. 그리고 공석이 발생할 때마다 충원되며, 임기가 만료되지 않은 자를 위해 대체되는 재판관은 선임자의 잔여 임기 동안만 부임한다. 임기가 만료되었으나 투자법원 재판부에서 소송이 유지되는 경우 '해당 재판부 소송의 종결'까지 공무를

86) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제11조 1항.

87) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제11조 2항.

88) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제11조 3항.

계속 수행한다. 이 경우 오직 해당 목적을 위한 것으로서 다른 업무에는 관여할 수 없다.⁸⁹⁾

투자법원 재판부는 EU회원국 국적자 1인, 베트남 국적자 1인, 제3국 국적자 1인으로 구성된 '3인 재판부로 심리'를 진행하며, 재판장은 제3국 국민이 된다. 제7조에 따른 '소의 제기 90일 이내'에 투자법원장은 '재판부 재판관들 지명 시' 재판관들에게 공무를 수행할 동등한 기회를 부여하면서 지명하며, 예측 불가능하게 운번제로 재판부를 구성하는 것을 보장하면서 지명해야 한다. 투자법원장과 부원장은 2년의 임기로 무역위원회 위원장(Chair of the Trade Committee)의 추천에 의해 '제3국 출신 재판관들' 중 선출되며, 부원장은 투자법원장 부재 시 그를 대신한다.⁹⁰⁾

제12조 6항에도 불구하고 분쟁당사자들이 사건을 '제3국 재판관에 의한 단독재판관(sole Member)'의 심리에 동의하는 경우에는 이에 따르며, 투자법원장은 해당 단독재판관을 선임한다. 이 경우 피고는 특히 ㉠ 원고가 중소기업이거나 또는 ㉡ 보상이나 손해가 비교적 경미한 경우에 원고의 단독재판관 심리의 요청을 호의적으로 고려한다. 이러한 단독재판관 심리의 요청은 제7조에 따른 소송의 제기 시에 이루어져야 한다.

투자법원은 자체적인 실무절차를 위한 내규를 제정할 수 있으며, 이는 이 섹션(Section 3)상의 규정들 및 여타 관련된 분쟁해결적용규칙과 양립해야 한다. 이 경우 투자법원장은 투자법원의 여타 재판관들과 상의하여 실무절차내규초안(draft Working Procedures)을 작성하여 서비스투자정부조달위원회(Committee on Services, Investment and Government Procurement)에 제출한다. EU-베트남 FTA상 무역위원회(Trade Committee)가 이 실무절차내규초안을 채택한다. 만약 실무절차내규초안이 서비스투자정부조달위원회에 제출된 후 '3개월 내'에 무역위원회가 이를 채택하지 아니하는 경우, 투자법원장은 당사자들이 제시한 의견을 고려하여 실무절차내규초안에 '필요한 수정'을 한다. 투자법원장은 이후에 '실무절차내규초안 수정본'을 서비

89) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제12조 5항.

90) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제12조 8항.



스투자정부조달위원회에 다시 제출하며, 서비스투자정부조달위원회에 해당 수정안 제출 후 3개월 내에 양당사국이 기각하지 않는 한 무역위원회의 결정으로 해당 수정안은 채택된다. 이 섹션, 무역위원회 규칙, 실무절차내규 등에 포함되지 않는 ‘절차상의 문제’가 있는 경우 투자법원 ‘해당 재판부’는 이들 상기 규정들과 양립가능한 적절한 절차를 채택할 수 있다.⁹¹⁾

투자법원 재판부의 결정(decision, 판정)은 ‘합의(consensus)’가 원칙이 되, 합의에 이르지 못할 경우 표결(다수결)에 의한다. 여기서 재판부 재판관의 개인 의견은 익명으로 처리된다.⁹²⁾

ICSID사무국/PCA는 ‘투자법원 사무국’의 역할을 수행하며, 투자법원에 적절한 지원(조력)을 제공한다. 이때 이러한 ‘지원 비용’은 제27조 4항에 따라 분쟁당사자들 중 투자법원이 할당한다.⁹³⁾

9. 상소법원(Appeal Tribunal)

EU-베트남 FTA상의 투자법원제도는 제13조의 상소법원을 두는 양심제를 채택하였다. 상설상소법원(permanent Appeal Tribunal)은 제1심격에 해당되는 ‘투자법원이 내린 판정’에 대한 상소 심리를 위해 설립된다.

상소법원은 6인의 재판관으로 구성되며, 2인은 EU회원국 국적자, 2인은 베트남 국적자, 그리고 2인은 제3국 국적자가 각각 임명된다. 무역위원회(Trade Committee)는 EU-베트남 FTA 발효 후 제34조 2항 (a)에 따라 상소법원 재판관들을 임명한다. 이때 각 당사자는 3인의 후보자를 추천할 수 있으며, 이 경우 2인은 해당 당사국의 국적자 그리고 1인은 제3국 비국적자를 추천한다. 이후 무역위원회는 공동으로 재판관들을 임명한다. 이를 대신해 자기 국적자 2인을 추천하는 대신 각 당사자는 다른 국적자나 시민 2인을 각각 임명하도록 지명하는 것을 제안할 수도 있다. 무역위원회는 상소법원

91) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제12조 11항.

92) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제12조 12항.

93) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제12조 18항.

재판관의 수를 3의 배수로 증원하는데 동의할 수 있다. 이들 추가 임명된 재판관들은 제13조 2항 및 3항상 규정과 동일한 기초를 이룬다.⁹⁴⁾

상소법원 재판관의 임기는 4년이며 1회 연임할 수 있다. 그러나 EU-베트남 FTA 발효 즉시 임명된 6인 중 추천에 의해 3인은 '연장된 6년의 임기'를 갖는다. 투자법원처럼 공석은 발생할 때마다 충원되며, 임기가 만료되지 않은 자를 위해 대체되는 재판관은 선임자의 잔여 임기 동안만 부임한다.⁹⁵⁾ 한편 상소법원장 및 부원장은 2년의 임기로 '제3국 국적자 재판관들' 중 추천을 통해 선출되며, 무역위원회 위원장의 추천에 의해 윤번제로 직무를 수행한다.⁹⁶⁾

상소법원 재판관은 투자법원(1심법원) 재판관처럼 역시 국제공법상 전문 지식을 보유하고 있음을 증명해야 하며, 자국내 '고위' 사법기관(highest judicial offices)에 임명될 자격을 갖추고 있거나 공인된 법학자여야 한다. 그리고 국제투자법, 국제통상법, 국제투자나 국제통상협정상의 분쟁해결에 관한 전문지식을 가지고 있어야 한다.⁹⁷⁾

상소법원의 재판부도 투자법원(1심법원) 재판부와 같은 비율로 구성되는데 EU회원국 국적자 1인, 베트남 국적자 1인, 제3국 국적자 1인으로 구성된 '3인 재판부로 심리'를 진행하며, 재판장은 제3국 국민이 된다. 재판부의 재판관들의 구성은 상소법원장이 각 사건별로 설치하되, 윤번제로 예측불가능성에 입각해 모든 재판관들의 직무수행 기회를 제공하면서 설치한다. 상소법원 재판부에서 자신의 임기가 만료되거나 아직까지 자신의 직무를 계속하여 '수행하고 있는 재판관'이 있는 경우 상소법원장의 허가 하에 '해당 재판부 소송의 종결'까지 공무를 계속 수행한다. 이 경우 오직 해당 목적을 위한 것으로서 다른 업무에는 관여할 수 없다.⁹⁸⁾

상소법원도 투자법원(1심법원)과 같은 실무절차내규에 대한 규정을 갖추고 있다. 상소법원은 자체적인 실무절차를 위한 내규를 제정할 수 있으며,

94) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제13조 4항.

95) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제13조 5항.

96) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제13조 6항.

97) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제13조 7항.

98) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제13조 9항.



이는 이 섹션(Section 3)상의 규정들 및 부속서 IV에 규정된 사항들과 양립해야 한다. 이 경우 상소법원장은 상소법원의 여타 재판관들과 상의하여 실무절차내규초안(draft Working Procedures)을 작성하여 서비스투자정부조달위원회(Committee on Services, Investment and Government Procurement)에 EU-베트남 FTA 발효 1년 이내에 제출한다. EU-베트남 FTA상 무역위원회(Trade Committee)가 이 실무절차내규초안을 채택한다. 만약 실무절차내규초안이 서비스투자정부조달위원회에 제출된 후 '3개월 내'에 무역위원회가 이를 채택하지 아니하는 경우, 상소법원장은 당사자들이 제시한 의견을 고려하여 실무절차내규초안에 '필요한 수정'을 한다. 투자법원장은 이후에 '실무절차내규초안 수정본'을 서비스투자정부조달위원회에 다시 제출하며, 서비스투자정부조달위원회에 해당 수정안 제출 후 3개월 내에 양당사국이 기각하지 않는 한 무역위원회의 결정으로 해당 수정안은 채택된다. 이 섹션, 무역위원회 규칙, 실무절차내규 등에 포함되지 않는 '절차상의 문제'가 있는 경우 상소법원 '해당 재판부'는 이들 상기 규정들과 양립 가능한 적절한 절차를 채택할 수 있다.⁹⁹⁾

상소법원 재판부의 결정(decision)은 '합의(consensus)'가 원칙이되, 합의에 이르지 못할 경우 표결(다수결)에 의한다. 여기서 재판부 재판관의 개인 의견은 익명으로 처리된다.¹⁰⁰⁾

ICSID사무국/PCA는 '상소법원 사무국'의 역할을 수행하며, 상소법원에 적절한 지원(조력)을 제공한다. 이때 이러한 '지원 비용'은 제27조 4항에 따라 분쟁당사자들 중 상소법원이 할당한다.¹⁰¹⁾

10. 윤리

투자법원 및 상소법원의 재판관들은 (업무수행이) '독립적'이어야 하며, 어떤

99) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제13조 11항.

100) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제13조 12항.

101) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제13조 18항.

정부에도 ‘소속’되어 있어서는 아니 된다.¹⁰²⁾ 이들은 해당 분쟁에 대한 어떠한 문제에 대하여도 일체의 기관이나 정부로부터 ‘지시’를 받아서는 아니 된다. 그리고 투자법원 및 상소법원의 재판관들은 직접적으로 또는 간접적으로 ‘이해의 충돌’의 우려가 있는 일체의 분쟁에 대하여도 그 심리에 참여해서는 아니 된다. 게다가 이들의 선임에 있어서, 이들은 ‘계류 중인 사건’상 이거나 또는 동 FTA나 기타 국제협정이나 국내법상의 ‘새로운 투자보호분쟁’상 ④ ‘변호사(자문)’로서 또는 ⑤ 당사자지정의 ‘전문가나 증인’으로서 행동하는 것을 삼가야 한다. 한편 분쟁당사국은 어떤 재판관이 ‘이해관계의 충돌’이 있다고 판단되는 경우 투자법원장 및 상소법원장에게 각각 이러한 ‘재판관 임명’에 대한 ‘이의제기통보(notice of challenge)’를 한다. 이러한 이의제기통보는 ④ 투자법원 및 상소법원의 ‘재판부 구성 후 15일 이내’에 제기되어 분쟁당사자에게 전달되어야 하며, 또는 ⑤ 재판부 구성 시에 합리적으로는 이러한 ‘관련 사실’을 알 수 없었을 경우에는 ‘관련 사실을 알게 된지 15일 이내’에 제기되어 분쟁당사자에게 전달되어야 한다. 이러한 이의제기통보는 그 이유를 진술해야 한다.¹⁰³⁾

이의제기통보로부터 15일 이내에는 선임된 ‘문제의 재판관’은 해당 재판부에서 사임하는 것이 아니며, 투자법원장 및 상소법원장은 각각 ④ ‘분쟁당사국들’의 서면의견서를 수령한 후, 그리고 ⑤ ‘해당 문제의 재판관’에게 의견제시의 기회를 제공한 후 이의제기통보 수령 후 45일 이내에 ‘결정(decision)’을 내리며, 분쟁당사자들 및 해당 재판부의 다른 재판관들에게도 이러한 결정을 통보한다.¹⁰⁴⁾

‘상소법원장’의 합리적 권고(reasoned recommendation)가 있는 경우 또는 당사국들의 ‘공동발의’가 있는 경우, 당사국들은 무역위원회(Trade Committee)의 결정(decision)에 의해 ④ 투자법원 및 상소법원의 해당

102) 좀 더 정확하게 말하자면, 그렇다고 해서 정부로부터 보수(급료)를 수령하는 사람이라고 하여 그 자체로서 부적격자로 되는 것은 아니다. EU-베트남 FTA, Chapter 8 Section 3, 제14조 1항 각주 (27).

103) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제14조 2항.

104) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제14조 3항.



재판관의 행위가 제14조 1항 규정(윤리)상의 의무에 반하고, ⑥ 재판관으로서 지속적인 지위를 유지하기에 부적합함을 이유로 투자법원 및 상소법원에서 해당 재판관을 해임(제외)할 수 있다. 그런데 만약 문제의 행위가 상소법원장의 행위에 해당하는 경우에는 투자법원장이 합리적 권고를 제시한다.

11. 다자간 분쟁해결제도

당사자들인 EU와 베트남은 동 EU-베트남 FTA상의 분쟁에 적용될 수 있는 ‘다자간 투자법원 및 다자간 상소법원제도(multilateral investment tribunal and appellate mechanism, 투자법원제도)’의 설립을 위한 역외의 국제협정에 참여한다. 이에 있어서 양 당사국들은 이 섹션(Section 3)과 관련된 부분에 대한 이 다자제도의 ‘비적용’을 합의할 수 있다. 한편, 무역위원회는 이를 위하여 ‘필요한 과도적 준비(necessary transitional arrangements)’를 위한 결정을 채택할 수 있다.¹⁰⁵⁾

12. 적용 법률 및 해석

투자법원(Tribunal)은 문제의 해당 조치가 제1조(범위) 1항상의 규정들을 위반하였는지 여부를 결정한다.¹⁰⁶⁾

투자법원은 이를 결정함에 있어서 ① 당사국들 간에 적용될 수 있는 제1조 1항의 규정, 동 FTA상의 기타 규정, 기타 국제법 원칙들을 적용하며, ② 분쟁당사국의 관련 국내법은 사실문제로서만 고려해야 한다. 구체적으로 말하자면, 투자법원은 제소된 ‘해당 조치의 당사국 국내법(domestic law of a Party)상의 합법성(legality)’ 여부를 결정하는 관할권을 갖지 않는다. 동 FTA에 대한 ‘어떤 조치의 합치성’에 대한 결정 시에 투자법원은 ‘당사국 국

105) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제15조.

106) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제16조 1항.

내법'은 사실문제로서(as a matter of fact)만 심리한다. 이렇게 함으로써 투자법원은 해당 당사국의 '국내법원 또는 관할기관'에게 '국내법에 대한 유력한 해석(prevaling interpretation)'에 따르도록 할 수 있다. 다만 투자법원이 제공하는 '어떤 의미(해석)'는 해당 당사국의 국내법원 또는 관할기관을 구속하지 아니한다.¹⁰⁷⁾

또한 이를 결정함에 있어서 투자법원은 '동 FTA 규정의 해석이 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 및 국제공법상의 해석에 대한 관습법'에 따라 해석하여 결정해야 한다.¹⁰⁸⁾

만약 해석 문제와 관련하여 '투자'에 영향을 미칠 수 있는 심각한 문제(serious concerns)가 제기되는 경우, 무역위원회(Trade Committee)는 동 FTA규정에 대한 (유권)해석을 채택할 수 있다. 이러한 무역위원회의 (유권)해석은 투자법원 및 상소법원을 구속하며, 무역위원회는 이 해석이 특정일로부터 효력을 가진다고 결정할 수 있다.¹⁰⁹⁾

13. 소송(절차)의 투명성(Transparency of Proceedings)

'소송의 투명성'은 소송절차 진행상의 '기본 원칙'으로 제20조에 규정하고 있다.

제20조 1항에 따라 'UNCITRAL 투명성 규칙(UNCITRAL Rules on Transparency in treaty-based Investor-State Arbitration: UNCITRAL Transparency Rules)'은 하기의 몇 가지 원칙에 따라 이 섹션(Section 3) 하의 분쟁에 적용될 수 있다.¹¹⁰⁾

첫째, ㉠ 제4조상의 협의 요청서, ㉡ 제6조상의 피고가 누구인지 결정해 달라는 요청서의 통지 및 그 결정된 피고의 통지, ㉢ 제14조(윤리)상의 이의 제기 및 그 결정의 통지, ㉣ 제33조상의 소송병합(consolidation)의 요청서

107) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제16조 2항.

108) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제16조 3항.

109) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제16조 4항.

110) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제20조 1항.



등은 ‘UNCITRAL 투명성 규칙’ 제3조 1항¹¹¹⁾에 언급된 자료목록에 포함되며, 따라서 ‘대중’이 이용할 수 있도록 ‘자료목록’ 및 ‘제출물’을 제공해야 한다.¹¹²⁾ 한편, UNCITRAL 투명성 규칙 제3조 1항 및 2항에 해당(포함)되지 않는 경우 UNCITRAL 투명성 규칙 제7조에 따라 투자법원은 ① ‘자체적으로 또는 어느 일방당사자의 요청’에 의해 ② 분쟁당사자들과 협의를 한 후 ③ ‘법원에 제공되거나’ 또는 ‘법원이 제시한’ 기타 자료들(any other documents)을 어떻게 이용하게 할지에 관하여 결정할 수 있다. 여기에는 ‘피고가 동의’하는 경우 ‘증거서류’를 포함할 수 있다.¹¹³⁾

둘째, UNCITRAL 투명성 규칙 제2조에도 불구하고, EU와 베트남은 제20조 2항에 따라 ‘관련 서류목록 및 제출물들’을 수령한 후 즉시 비분쟁당사국(non-disputing Party)에게 이것들을 전달해야 하며, 이를 대중이 시의적절하게 ‘공개적으로 이용’할 수 있어야 한다. 다만, ‘기밀(confidential)’사항이거나 ‘보호법익이 있는 정보(protected information)’에 해당하는 경우에는 편집하여 제공될 수 있다.¹¹⁴⁾ 구체적으로 말하면, 기밀사항이나 보호정보의 대상에는 UNCITRAL 투명성 규칙 제7조 2항에 언급된 바와 같이 ‘정부문건정보(government information)’로 분류된 것을 포함한다.¹¹⁵⁾ 이처럼 제20조 2항, 3항, 4항에 언급된 자료들은 UNCITRAL 투명성 규칙이 또는 달리 정하는 원칙이 지정하는 등록기관에 전달함으로써 대중이 ‘공개적으로 이용’할 수 있다.¹¹⁶⁾ 이 EU-베트남 FTA 발효 후 3년 내에 무역위원회(Trade Committee)는 제20조 3항의 운영을 ‘검토’한다. 양 당사자의 요청에 의해 무역위원회는 제20조 3항의 적용 대신 ‘UNCITRAL 투명성 규칙 제3조 3항을 적용’하도록 규정하는 제34조 2항 (d)에 따라 결정을 채택한다.¹¹⁷⁾

111) UNCITRAL 투명성 규칙 제3조는 ‘문서 공개’를 규정하여 투자분쟁해결절차에서 분쟁당사자들이 제출한 광범위한 문서들을 원칙적으로 일반 대중에게 공개하도록 요구하고 있다.

112) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제20조 2항.

113) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제20조 3항.

114) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제20조 4항.

115) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제20조 4항 각주 (28).

116) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제20조 5항.

만약 투자법원이 ‘기밀’ 또는 ‘보호법익정보’에 대한 ‘정보지정’과 관련된 항의(항변)에 대하여 어떤 결정을 내리는 경우, 분쟁당사자들 및 투자법원 모두 ‘비분쟁당사자(제3자) 또는 대중에게’ 보호정보를 공개해서는 아니 된다.¹¹⁸⁾

분쟁당사자는 이 섹션(Section 3) 하의 소송 중 필요한 경우에 증인/전문가를 포함한 다른 사람들에게 이들 ‘편집되지 않은 자료’를 공개할 수 있다. 그러나 이 경우 분쟁당사자는 여기서 이 사람들이 이 ‘편집되지 않은 자료’에 있는 ‘기밀 또는 보호정보’를 보호한다는 것을 보장하는 것이 전제되어야 한다.¹¹⁹⁾

14. 잠정 판정(Provisional Awards)

소송에 대한 최종 판정이 확정되기 이전에 투자법원은 잠정 판정(provisional awards)을 취할 수 있다. 투자법원의 잠정 판정은 ‘제소자의 요청’ 후 투자법원이 ‘분쟁당사자들과 상의’ 후 ㉠ ‘금전 배상 및 그 이자’로써 ㉡ 재산에 대한 손해배상을 위해 이것이 불가능한 경우에는 이를 대신하는 ‘투자보호(Section II Investment Protection)와 일치하는 방법’으로 잠정 판정을 내릴 수 있다. 소송이 ‘현지설립회사를 대신’하여 제기된 경우 동 잠정 판정은 ‘일체의 금전배상 및 손해배상이 현지설립회사에게 지급’되도록 판정을 내려야 한다. 투자법원은 ‘잠정 판정 시’에 ‘관련 조치의 폐기’를 명령할 수 없다. 그리고 금전 배상의 경우, 오직 특정 조치가 침해한 ‘투자의 손실 및 손해의 범위’에 대해서만 보상해야 한다.¹²⁰⁾ 투자법원은 징벌적손해배상(punitive damages)의 판정을 할 수 없다.¹²¹⁾

투자법원은 소송비용을 ‘패소 분쟁당사자가 부담’하도록 명령할 수 있으며, 예외적 상황이 있는 경우 적절한 ‘할당비용(apportion costs)’을 결정할

117) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제20조 6항.

118) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제20조 7항.

119) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제20조 8항.

120) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제27조 2항.

121) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제27조 3항.



다. 투자법원이 할당이 불합리하다고 결정하지 않는 한 ‘법적 대리 및 조력 (legal representation and assistance)’을 포함하는 기타 합리적 비용들은 패소 분쟁당사자가 부담하여야 한다. 제소자가 ‘일부 승소’한 경우 ‘승소의 수 또는 범위(number or extent)’에 따라 비용을 조정한다. 상소법원 (Appeal Tribunal)은 소송비용을 이 조(제27조)에 따라 처리한다.¹²²⁾

무역위원회는 패소 분쟁당사자가 부담할 ‘법적 대리 및 조력’에 대한 최대 소송비용액을 결정하기 위한 ‘보충 규칙(supplemental rules)’을 채택할 수 있다. 이 보충 규칙은 당사자가 ‘자연인이거나 또는 중소기업(SMEs)’일 경우 그 재산의 양을 고려해야 한다. 무역위원회는 EU-베트남 FTA 발효 후 1년 내에 이 보충 규칙의 채택을 위해 노력해야 한다.¹²³⁾

투자법원은 잠정 판정을 제소 후 18개월 내에 내려야 하고, 만약 최종기한을 준수하기 어려운 경우 투자법원은 지연 이유를 명시하여 일정한 결정을 내린다.¹²⁴⁾ 이 잠정 판정은 내려진 지 90일이 경과해도 분쟁당사자 어느 누구도 상소법원(Appeal Tribunal)에 제28조(appeal procedure)에 따라 ‘상소’하지 않으면 ‘최종판정’으로 ‘확정’된다.¹²⁵⁾ 따라서 잠정 판정 후 90일 내에 분쟁당사자는 잠정 판정에 대한 상소절차를 진행할 수 있다. 이 ‘잠정 판정’ 규정은 EU-캐나다 CETA에는 없는 것이나 결국 이는 투자법원 재판부의 판정을 의미한다.

15. 상소절차(Appeal Procedure)

양 분쟁당사자는 누구든지 ‘잠정 판정이 내려진 지 90일 이내’에 상소법원에 그 잠정 판정에 대하여 상소할 수 있다. 상소의 이유(근거)로는 ㉠ 투자법원(1심법원)이 ‘적용법(applicable law)의 해석 또는 적용’에 잘못이 있거나, ㉡ 투자법원이 ‘관련 국내법 평가 등 사실 평가’에 잘못이 있거나, ㉢ 상

122) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제27조 4항.

123) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제27조 5항.

124) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제27조 6항.

125) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제27조 7항.

기 ㉔와 ㉕에 해당되지 않는 경우로서 ICSID협약 제52조 규정(즉, 중재재판부 구성의 하자, 중재관의 권한 남용, 절차상 중대한 하자가 발생한 경우)에 해당하는 경우가 있다.¹²⁶⁾ 상소법원은 상소가 근거 없다고 확인되면 동 상소를 기각한다. 상소법원은 상소 근거가 갖춰진 경우, ‘잠정 판정의 전부 또는 일부’의 ‘법적 판결 및 결론’을 수정 또는 파기(무효)한다. 이때 투자법원의 관련 판결이나 결론을 ‘어떻게 수정 또는 파기’하는지 구체적으로 명시해야 한다. 해당 사실들이 인정되는 경우 상소법원은 해당 문제에 대한 최종결정(final decision)을 내리고, 이것이 불가능한 경우 상소법원은 투자법원(1심 법원)에 문제를 재차 회부한다.

상소소송은 상소법원에 공식적인 상소 통지 후 ‘180일’ 내에 결정이 내려져야 하며, 그렇지 못한 경우 상소법원은 ‘지연 이유’를 ‘결정 예정 시기’와 함께 분쟁당사자에게 ‘서면 통보’해야 한다. 아울러 어떤 상소소송도 ‘270일’을 초과할 수 없다. 상소한 분쟁당사자는 ‘상소 비용’을 포함하여 상소법원이 사건의 정황에 의거해 결정하는 ‘합리적인 비용’에 관하여도 그 지분을 보장해야 한다. 상소절차에서는 제11조(제3자 기금), 제20조(소송의 투명성), 제21조(임시보호조치결정), 제23조(소송취하(중지)), 제25조(비분쟁당사국) 조항은 (필요한 변경을 가해) 준용(*mutatis mutandis*)된다.¹²⁷⁾

16. 최종 판정(Final Award)

양 분쟁당사자들이 제28조 1항에 따라 잠정 판정을 상소하지 않은 경우 그 잠정 판정은 ‘최종 판정’으로 확정된다. 잠정 판정이 상소됐으나 근거 불충분으로 상소법원이 기각(rejection)하거나 각하(dismissal)하는 경우 그 기각일 또는 각하일이 최종판정 확정일이 된다.¹²⁸⁾ 상소되고 상소법원이 잠정 판정을 수정하거나 파기한 경우 상소법원의 최종 결정 일이 최종 판정 확정

126) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제28조 1항.

127) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제28조 7항.

128) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제29조 2항.



일이 된다. 상소되고 상소법원이 해당 법적 판결이나 결론을 수정하거나 파기하여 투자법원에 해당 문제를 재차 회부한 경우 투자법원은 분쟁당사자들을 재차 심리하고 ‘잠정 판정’을 ‘수정’한다. 이때 투자법원은 상소법원의 판결에 구속된다. 투자법원은 상소법원으로부터 보고받은 후 90일 내에 수정 판정(revised award)을 내려야 한다. 마찬가지로 수정 판정 후 90일이 되면 ‘수정 잠정 판정’은 최종 판정이 된다. 여기서의 최종 판정이라 함은 제28조 4항에 따른 상소법원의 최종 결정(final decision)을 포함한다.¹²⁹⁾

17. 판정의 집행

이 섹션(Section 3)에 의한 최종 판정은 ㉔ 분쟁당사자들을 구속하며 ㉕ 해당 개별 사건에 관하여 구속력이 있다.¹³⁰⁾ 또한 최종 판정은 ㉖ 상소, 재검토, 무효, 폐기, 여타의 구제의 대상이 아님을 전제(무관하게)로 내려진다.¹³¹⁾ 양 당사국은 동 FTA에 따른 최종 판정이 마치 ‘자국 법원의 최종판결인 것과 마찬가지로’ 자국 영토 내에서 ‘구속력’이 있으며 또한 ‘금전적 의무’가 강제됨을 인정한다.¹³²⁾ 동 FTA 발효 5년이 경과하고 베트남이 피소국인 분쟁의 경우, ‘외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958)’에 따라 진행된다.¹³³⁾

이 섹션(Section 3)에 따라 내려진 최종 판정은 ‘중재 판정(arbitral award)’으로서 뉴욕협약(New York Convention) 제1조의 목적을 위한 ‘상사관계 또는 상거래’로부터 발생하는 소송과 관련된 것으로 간주된다.¹³⁴⁾ 보다 명확하게 말하면 소송이 제7조 2항 (a)에 따라 제기되는 경우 이 섹션(Section

129) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제29조 5항.

130) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제31조 1항 (a).

131) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제31조 1항 (b).

132) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제31조 2항.

133) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제31조 4항.

134) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제31조 7항.

3)에 따라 내려진 최종 판정은 ‘ICSID협약 Section 6의 Chapter IV 하의 판정과 같은 자격(qualify)’을 가진다.¹³⁵⁾

V. EU-US TTIP 협상상의 투자분쟁해결

1. 개관

2013년 7월 17일 EU를 대신하여 집행위원회가 협상하기로 개시를 결정한 TTIP 협상에서 EU는 2015년 5월 5일에 EU 통상담당 집행위원인 Cecilia Malmstrom이 발표한 구상서(Concept Paper)인 “Investment in TTIP and beyond - the path for reform(부제: Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court)”, 2015년 9월 16일에 집행위원회가 투자법원제도(ICS) 설립에 관하여 발표한 초안 “Draft text on Investment Protection and Investment Court System in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)”, 그리고 2015년 11월 12일 집행위원회가 투자법원제도(ICS: Investment Court System) 설립에 관하여 미국 측에 제시한 최종안 “EU final proposal for investment protection and Court System for TTIP” 등을 통해서 EU의 투자법원제도(ICS) 설립 제안을 중점적으로 제시하며 기존 ISDS에 대한 개선 의지를 반영하고 있다.

2. TTIP협상 투자챗터(안) 투자법원제도(ICS) 도입 논의

여기에서 중요한 점은 ‘투자이익 보호’와 ‘공익목적의 정부 규제권한’ 간의

135) EU-Vietnam FTA, Chapter 8 Section 3, 제31조 8항.



균형을 추구하고, 중재재판관들을 공정하게 선임하여 이들이 공평하게 행동하도록 보장하고, 재판절차를 공개하는 등 새로우면서도 개선된 내용을 포함시키는 것이다.

국제투자분쟁해결센터(ICSID)는 1965년 세계은행이 설립하여 투자자-국가 간 분쟁해결(ISDS)이라는 외국인 투자보호를 위한 국제적 법률시스템을 창설하는 데 중요한 역할을 수행해 왔다. 현재 많은 국제투자협정들(IAs)은 ICSID 중재규칙 및 1978년의 추가규칙 하의 중재를 통한 ISDS에 관하여 규정하고 있다. 그러나 이는 투명성의 부족, 상소의 미비 등 제도적으로 여러 문제점을 갖고 있다.

그리고 국제사회에서 ‘투자자유화’와 환경보호 목적과 같은 ‘공공정책’의 구현에 대한 ‘정부의 규제 권한’ 간에는 ‘규제 위축’이라는 논쟁을 유발하게 되었다. 2015년 11월 12일에 EU와 미국 간 TTIP 협상 하에서, EU는 공공정책을 위한 정부의 규제권한 보장, 제1심법원(Tribunal of First Instance)과 상소법원(Appeal Tribunal)을 갖춘 새로운 상설 투자법원제도(ICS)의 설립과 운영, 상소 메커니즘을 통한 ISDS 판정의 재심을 포함하는 최종안(EU final proposal for investment protection and Court System for TTIP)을 미국 측에 제안하였다. 이러한 EU의 제안은 기존의 ISDS에 대한 ‘개혁’의 과정으로서 공익을 목적으로 하는 공공정책의 구현에 대한 정부의 규제 권한을 강화시켜 줄 것이며, 상소 메커니즘을 통하여 판정 오류의 정정 및 예측가능성을 보장해 줄 것이며, 독립성 및 공정성의 보장을 강화시켜 줄 것이다. 또한 이는 기존의 ISDS 메커니즘을 현대적이며, 효율적이며, 투명하며, 공정성을 갖춘 ISDS 제도로 대체할 것으로 보인다.¹³⁶⁾

136) 김두수, “범대서양무역투자동반자협정(TTIP) 협상과 투자법원제도(ICS)”, 『국제법 동향과 실무』 제15권 제1호(2016.3), p.33.

VI. 결 언

EU의 기존 ISDS에 대한 개선 동향은 향후 우리나라와 EU와의 ‘FTA 개정 협상’, ‘새로운 투자협정의 체결’, 또는 ‘새로운 FTA 협상’을 진행하는 경우 새로운 의제로 제기될 소지가 있다.

그리고 이러한 선도적인 EU의 기존 ISDS에 대한 개선 사항은 향후 국제사회에서 ISDS 절차에 대한 제도개선 논의 및 협상에서 일종의 ‘가이드라인’으로 작용할 가능성이 크기 때문에 이에 대해 숙지할 필요가 있다. 즉, EU의 ISDS에 대한 새로운 논의는 자신이 제안하는 투자법원제도를 EU의 투자협정뿐만 아니라 향후 국제사회에서의 도입을 희망하는 국제투자법원을 지향하고 있기 때문에 그 귀추가 주목되고 있다.

이미 국제사회에서는 투자법원 설치에 관한 논의가 있었다. 과거 국제무역기구(ITO: International Trade Organization) 계획 당시 ‘통상’과 ‘투자’를 모두 규율하려고 시도하였을 때로부터 태동하여,¹³⁷⁾ 1980년에는 실제로 중동국가들 간 체결된 다자간 투자협정인 ‘아랍자본의 투자에 관한 통합협정(Unified Agreement for the Investment of Arab Capital)’에서 투자법원이 설치되었으나 활용도가 낮아 ICSID를 선호하였고, 2015년 UN무역

137) 2차 세계대전 이후부터 구 소련연방이 붕괴되기까지의 시기에는, 승전국들의 ‘대공황’의 경제침체와 ‘보호무역주의’에 대응책으로 다자간 무역체제 구축을 시도하였다. 국제무역기구(ITO: International Trade Organization) 설립협상 기간 동안 투자에 관한 논의가 있었으나, 허버트 현장 최종초안에는 간략한 언급만 있었고, 미국 상원의 비준 실패로 ITO설립이 무산되어, 관세와 무역에 관한 사항은 ‘GATT 1947’ 체제로 개편되었고, 국제투자법은 무역(통상)과 밀접한 관련이 있음에도 불구하고 각각 독자적으로 발전해 나가기 되었다. 이 시기의 BIT의 특징은 일반적으로 선진국, 자본수출국이고, 다른 당사국은 개도국, 자본수입국이라는 양상을 띠는 점이다. 자본수출국의 BIT 체결 목적은 궁극적으로 자본수입국 내에 존재하는 자국민 및 자국민의 재산 보호에 있었다. 전통적으로, ISD는 ‘BIT’에 의해 해결되기 보다는 ‘투자자-국가 간 맺은 계약’에 포함된 ‘중재조항’에 의해 다루어졌다. 박덕영 외, 「국제투자법」(박영사, 2012), pp.9-10; Andrew Newcombe and Lluís Paradell, Law and Practice of Investment Treaties (Kluwer Law International, 2009), p.45; 한편 WTO 무역관련 투자조치에 관한 협정(TRIMs: Agreement on Trade-Related Investment Measures)는 ‘상품무역’에 대해서만 다음으로써, 최근 증가하고 있는 ‘서비스무역’과 관련된 투자에 대한 규제는 다루고 있지 않다는 한계가 있어 왔다.



개발회의(UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development)의 ‘2015년 세계투자보고서(World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance)’에서도 투자법원 설치를 제안하기도 하였다.¹³⁸⁾

한편, 이러한 EU의 투자법원제도에 대한 우려가 없지 않다. 투자법원제도의 도입으로 검토해야 될 항목으로 ICSID협약과의 충돌 문제, 공동위원회의 역할과의 충돌 문제, 판정의 집행 문제가 제기될 우려가 있다는 것이다. 그런데

㉔ EU의 투자법원제도 제안은 투자협정별로 양당사국이 별도로 투자법원을 설립하는 것으로 동 판정을 ICSID의 중재판정과 동일한 것으로 간주하고 있어 다른 ICSID당사국이 이를 인정하겠는지 의문을 제기할 수 있으나, 이는 양국 간 투자분쟁해결상의 ‘차용’ 수준으로서 양국의 당사자들에게만 적용되는 법적 효과로 이해하면 불가능한 것만은 아니라고 하겠다. 재판부 구성에 있어서 투자협정의 양국과 제3국이 재판관 선임에 관여하여 ICSID 제37조 2항 (b)에 따라 외국인투자자가 1명의 중재인을 선정할 수 있는 권한이 침해된다는 우려와 관련해서는 동 투자법원제도의 ‘보다 객관적인’ 새로운 재판관 선임 과정으로 이해할 수 있을 것이다. 그리고 기존 ISDS 보다 제3자의 구두절차 등의 의견 개진 등 참여 권한이 확대된다는 점과 관련해서는 ‘양 당사자의 증명력 강화’ 차원에서 동등하게 인정되는 점을 고려하면 될 것이다.

㉕ 양국의 공동위원회를 통한 투자관련 유권해석에 대한 권한 부여가 재판부나 분쟁당사자의 ‘이의제기를 제한’하는 법적 구속력을 가지는 것이 문제가 된다는 우려가 있을 수 있으나, 이는 투자 챕터를 관장하는 소관 위원회(예를 들면, 서비스투자위원회)의 충분한 검토를 통한 권고 등에 의한 공동 위원회(또는 무역위원회)의 배타적 해석 권한으로 정당성이 부여될 수 있을 것이다.

㉖ 국제법원의 판결을 ‘국내법원이 승인하고 집행’하는 데 있어서 제약이 따라 의문을 제기할 수 있으나, 투자분쟁해결을 위한 새로운 시도로 볼 수 있고 그 집행과 관련하여 ‘외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral

138) 이재민, *supra* note 7, p.78 참조.

Awards, 1958)’ 제1조의 목적을 위한 ‘상사관계 또는 상거래’로부터 발생하는 중재판정으로 간주하는 경우 그 합의에는 문제가 되지 않을 수 있다.¹³⁹⁾

따라서 우리나라는 이러한 최근의 국제적 동향에 주목하여 뒤처지지 않도록 해야 한다. ISDS와 관련한 ‘새로운 제도적 도입 내용’과 관련해서는 우리나라의 개별 입장을 준비해 국제사회에 우리나라의 사정에 맞는 적절한 대안이 반영되도록 함과 아울러 우리나라에 불리한 사항에 대해서는 이를 적절히 방어하도록 해야 할 것이다. 그런데 현 ISDS에 대한 비판에도 불구하고 이것의 종료가 임박해 보이지는 않아,¹⁴⁰⁾ 새로운 투자법원제도의 주류화에는 상당한 시간이 소요될 가능성이 있다.

이에 기 타결된 EU-캐나다 CETA 및 EU-베트남 FTA상의 투자법원제도를 분석하여 참고하는 것은 의미가 크다.

139) Ibid., pp.88-96의 내용을 참조한 의견 제시.

140) EU-캐나다 CETA, EU-베트남 FTA, EU-US TTIP 협상 등을 통해 기존 ISDS 개혁에 관한 논의가 있어왔으나, 그럼에도 불구하고 기존 ISDS 체계가 급진적으로 종료될 것으로는 보이지 않는다는 견해도 있다. <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/148965/the-eus-proposed-reform-of-isds> (2017년 11월 30일 최종 접속).

국제형사법상 개인형사책임 이론에 대한 연구

김 상 결

국가안보전략연구원 부연구위원

목 차

- I. 서 론
- II. 국제법상 '개인형사책임' 개념의 發見
- III. 국제법상 '개인형사책임' 개념의 發展
- IV. 국제법상 '개인형사책임' 개념의 실무적 의의
- V. 범죄참가형태와 죄책
- VI. 정범이론으로서의 ICTY '공동범죄집단' 이론
- VII. ICC의 범죄참가형태 이론 개관
- VIII. 결 론



I. 서론

필자는 실체법적 측면에서 봤을 때 제노사이드, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄 그리고 침략범죄 등 로마규정 제5조가 규정하고 있는 네 가지 핵심국제범죄의 키워드는 ‘규모(scale)’라고 생각한다. 국제사회가 로마규정 전문을 통해 규탄하는 “국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄(the most serious crimes of concern to the international community as a whole)”가 되기 위해선 국제사회의 관심과 행동을 이끌 정도의 객관적 ‘규모(즉, 다수의 조직적 범죄자, 다수의 피해자, 광범위하고 체계적인 범죄실행 등)’가 전제되어야 하며, 이러한 객관적 ‘규모’의 현상, 실제 또는 사실은 핵심국제범죄의 ‘상황적 구성요건(contextual element)’이라는 구체적 규범형식으로 표현된다.¹⁾ 한편, 핵심국제범죄의 요체로서의 ‘규모’는 또한 ‘개인형사책임(individual criminal responsibility)’ 개념의 발전으로 이어질 수밖에 없었는데, 이는 다수의 조직적 범죄자 상호 간의 필연적 역할 배분을 법적으로 구분해야 할 국제형사재판의 현실적 필요성을 그 이유로 한다. 기본적으로 국가 또는 국가와 유사한 체계, 조직, 위계를 가진 단체에 의해서 저질러지는 핵심국제범죄에 있어서 행위 현장에서 범죄를 실행하는 하급자와 이를 지휘, 감독하는 중간간부, 그리고 범죄현장에서 멀리 떨어진 지휘본부에서 이 모든 작전을 고안, 계획, 지시하는 최상급자 각각의 행위에 대한 책임을 구분하지 않을 수 없는 것이다. 이러한 이유에서 국제법은 뉴렘베르그에서 시작하여 국제형사재판소(이하 ‘국제형사재판소’ 또는 ‘ICC’)에 이르기까지 그 기본규정들과 판례를 통하여 개인형사책임 이론—좀 더 구체적으로는 ‘범죄참가형태(modes of liability)’ 이론—들을 발전시켜 온 것이다.²⁾ 요컨대, 핵심국제범죄는 1인의 행위자에 의해서 저질러지는 것이 사실상 불가능하며, 다수

1) 이에 대한 좀 더 자세한 논의는, 김상걸, “인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건”, 『국제법학회논총』, 제61권 제1호, pp.71-102 (2016).

2) 국제형사법 실무와 학술서 등에서는 범죄참가형태를 지칭하는 말로 ‘modes of liability’라는 용어가 가장 많이 쓰이고, ‘modes of participation,’ ‘modes of criminal responsibility,’ ‘forms of participation’ 등의 용어도 사용된다.

의 행위자가 실행, 조력, 지시, 계획 등의 다양한 행위양태를 통해 합동하여 저지르는 것이므로 각자의 범죄참가형태를 구분하고 상이한 죄책을 지을 필요가 있는 것이다. 이에 대해 구유고국제형사재판소(ICTY) 항소심재판부는 다음과 같이 말하고 있다:

“대부분의 경우에 있어서 [핵심국제범죄]는 한 개인의 범죄적 성향으로부터 발생하지 않으며 집단적 범죄성의 나타남을 구성한다: 이 범죄들은 흔히 어떤 공통적 범죄 디자인을 좇아 행동하는 단체에 의해 실행된다. 비록 이 단체의 일부 구성원만이 실제 범죄 실행행위[...]를 행하였다고 하더라도 여타 단체 구성원들의 참여와 공헌은 흔히 해당 범죄 실현을 가능케 하는데 결정적 역할을 하는 것이다. 따라서 그러한 참여의 도덕적 심각성은 해당 행위를 실행한 자의 그것보다 덜하거나 다르지 않다.”³⁾

II. 국제법상 ‘개인형사책임’ 개념의 發見

오늘날 국제형사법 학계에서 ‘개인형사책임’이라는 주제는 일반적으로 다양한 ‘범죄참가형태(modes of liability)’ 이론들을 의미하지만, 이러한 ‘개인형사책임’ 개념의 ‘발전’ 단계 이전에 동 개념의 ‘발견’의 단계가 있었다. 국제법의 주체가 국가로 한정되어 있었던 시기에 국가의 국제법상 범죄 행위에 대하여 개인의 형사책임을 인정한다는 생각은 지금처럼 자연스러운 것이 아니었다. 실제로 유럽에서 웨스트팔리아 주권 개념이 공고화된 이후 오랜 기간 동안 개인은 국제법의 주요 논의 주체가 아니었다. 이러한 상황에서 개인형사책임 개념을 국제법의 중심으로 끌어오는데 큰 공헌을 한 사람이 바로 뉴렘베르그 재판 때 영국대표단을 자문했던 캠브리지대학교 교수 Hersch Lauterpacht였다. 그는 주권국가는 자국의 국민을 자기 마음대로

3) Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, Judgment, July 15, 1999 (“Tadić Appeals Judgment”), para. 191.



죽일 수도 살릴 수도 있다는 전통적 견해를 논박하며, 그러한 행위를 한 국가는 국제법상 범죄자가 될 수 있으며 따라서 그 국가를 대표해서 행위 한 개인도 국제범죄로 처벌될 수 있다고 주장하였다.⁴⁾ 여기서 ‘그 국가를 대표해서 행위 한’이라는 문구가 중요한데, 국가의 정책에 따라 국가를 대표해서 행위 한 경우가 아니고, 개인적인 자격으로 국제범죄를 행한 경우 그 범죄자들에게 개인형사책임을 부과한 예는 특히 19세기 초반부터 존재하였기 때문이다. 19세기 초반기 이후의 노예상인을 처벌했던 국제재판소, 해적에 대한 처벌, 그리고 일부 일탈 군인들의 전쟁범죄에 대한 처벌 등이 그 예가 될 수 있을 것이다.⁵⁾

Lauterpacht의 이러한 국제법상 개인형사책임 사상의 근거에는 국제법이 직접 개인에게 부과하는 ‘의무’ 개념이 있었다.⁶⁾ 그는 오랜 기간 국제법의 유일한 주체였던 ‘국가’ 개념 이전에 국가를 이루는 원천인 ‘사람(men)’에 주목하면서, 추상적 실체인 국가의 국제법상 권리와 의무는 바로 ‘사람(men)’의 권리와 의무임을 주장하였다.⁷⁾ 이러한 맥락에서 Lauterpacht는 유엔헌장상의 기본가치인 ‘기본적 인간 권리(fundamental human rights)’ 개념과 뉴렘베르그 헌장상의 기본가치인 ‘기본적 인간 의무(fundamental human duties)’ 개념 양자 모두가 국제법의 기본원칙임을 주장했다.⁸⁾ 그는 국제법으로서의 전쟁법(law of warfare)은 추상적 개념으로서의 독일이 아니라 독일 정부 구성원, 점령지에서 정부기능을 행했던 독일 개인들, 독일 장교들과

4) Philippe Sands, *East West Street: On the Origin of Genocide and Crimes Against Humanity* (New York: Alfred A. Knopf, 2016), p.282.

5) 노예상인에 대한 처벌에 대해서는 Jenny S. Martinez, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law* (New York: Oxford University Press, 2012).

6) Raphael Lemkin이 genocide라는 범죄개념을 통해 집단의 권리를 중시했다면, Lauterpacht는 crimes against humanity라는 범죄개념을 통해 개인의 권리를 중시했다고 할 수 있는데, Lauterpacht는 Lemkin의 genocide 개념에 냉담했다. 이는 집단을 강조하는 사이 개인의 보호가 간과될 위험성에 대한 염려에 기반 한 것으로 보이는데, 이러한 두 사람의 사상적 차이에 대한 면밀하면서도 가독성 높은 설명은 Sands, *supra* note 4, pp. 272-283, 317-353.

7) Sir Hersch Lauterpacht, "Draft Nuremberg Speeches," *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol.1, 2012, pp.62-63. 이 문서는 뉴렘베르그 재판에서 영국 chief prosecutor였던 Hartley Shawcross가 행했던 final speech를 출간한 것인데, 이 speech는 Lauterpacht가 쓴 것이었다.

8) *Ibid.*, pp.63.

독일 병사들에게 적용되며,⁹⁾ 세계평화의 수호를 통한 국제법의 미래가 “개인국제책임 원칙(the principle of individual international responsibility)”의 광범위한 적용에 달려있다고 주장하였다.¹⁰⁾ Lauterpacht의 이러한 사상은 뉴렘베르그 판결문으로 이어졌는데, 동 판결문은 “뉴렘베르그 헌장의 핵심은 개인이 개별 국가가 부과하는 국내적 의무를 넘어서는 국제적 의무를 지고 있다는 것이다(the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual state)”라고 선언하였다.¹¹⁾ 뉴렘베르그 재판 종료 후 1950년 유엔국제법위원회가 유엔총회의 요청에 따라 뉴렘베르그 헌장과 판결문으로부터 도출해낸 국제법 원칙들로서 국제관습법으로 인정받고 있는 7개 항의 ‘뉴렘베르그 원칙(Nuremberg Principles)’¹²⁾ 중 제2원칙은 국제법상 범죄를 구성하는 행위를 한 사람은 그의 국적국법에 그 행위에 대한 처벌 법규가 없더라도 국제법상 책임을 면치 못한다는 것인데, 이 제2원칙의 배경에는 여기 인용한 뉴렘베르그 판결문의 내용이 있었고, 또한 이 판결문 내용의 배경에는 Lauterpacht의 국제법상 개인의 의무 사상

9) Hersch Lauterpacht, “The Law of Nations and the Punishment of War Crimes,” British Yearbook of International Law, Vol. 21, 1944, p.64.

10) Lauterpacht, *supra* note 7, p.63.

11) Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, November 14, 1945–October 1, 1946, Published at Nuremberg, Germany, 1947, Volume 1, Official Text in the English Language, Official Documents, p.223.

12) Report of the International Law Commission on its Second Session, June 5 to June 29, 1950, Official Records of the General Assembly, Fifth session, Supplement No. 12, UN Doc. A/1316, paras. 95–127. 뉴렘베르그 원칙의 중요성과 관습법적 성격은 1990년대 초반 ‘구유고국제형사재판소 규정(ICTY Statute)’과 ‘르완다국제형사재판소 규정(ICTY Statute)’를 이어 ‘국제형사재판소 로마규정(Rome Statute)’에 이르기까지의 일련의 성문화 과정에서 잘 드러나는데, 뉴렘베르그 원칙상의 7개 항목 모두가 아래 표와 같이 1998년 로마규정에 성문화되었다.

뉴렘베르그 원칙	로마규정
제1원칙(개인형사책임 원칙)	제25조
제2원칙(국제법상 책임의 국내법 우선원칙)	제5조-제8조의2
제3원칙(국가원수 등 공적지위에 의한 면책 배제의 원칙)	제27조
제4원칙(상급자 명령에 따른 면책 배제의 원칙)	제33조
제5원칙(공정한 재판을 받을 원칙)	제21조, 제22조, 제66조, 제67조
제6원칙(국제범죄의 종류)	제5조-제8조의2
제7원칙(정범 이외의 범죄참가자의 처벌 원칙)	제25조



이 있었던 것으로 보인다.¹³⁾

조약에 국제법상 개인형사책임 개념이 등장한 첫 번째 예는¹⁴⁾ 제1차 세계 대전 종전 후 체결된 1919년 베르사이유 조약 제7편(Part VII)이었다.¹⁵⁾ 동 조약의 협의 시 미국과 일본 대표단은 국제법상 개인형사책임의 추궁이 가능한지에 대한 의문을 표시하였지만, 대다수의 국가들은 침략범죄에 대해서는 분명하지 않지만, 전쟁법 등에 대해서는 국제형사법이 존재함을 확신하였다.¹⁶⁾ 같은 맥락에서 베르사이유 조약 제7편 채택의 기초작업이었던 전문위원회의 보고서는 “개인책임(Personal Responsibility)”이라는 제목의 Chapter III에서 1차 대전 중 “전쟁법(laws and customs of war)” 및 “인도의 법(laws of humanity)”에 위반하는 범죄를 범한 “모든 사람(all persons)”이 형사소추의 대상이 됨을 선언하고 있다.¹⁷⁾ 이러한 과정을 통해 채택된 베르사이유

-
- 13) 제2원칙의 원문은 다음과 같다: “The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law.”
- 14) 비록 조약의 형식은 아니었지만, 1919년 베르사이유 조약 이전에 국제법상 개인형사책임을 인정한 중요한 예는 1915년부터 1917년까지 터키가 150만 명에 이르는 아르메니아인들을 학살한 사건(통칭 “Armenian Genocide”)에 대하여 학살 초기였던 1915년 5월 프랑스, 영국, 러시아가 합동하여 발표한 성명이었다. 원문은 다음과 같다: “In view of those new crimes of Turkey against humanity and civilization, the Allied governments announce publicly to the Sublime-Porte that they will hold personally responsible [for] these crimes[:] all members of the Ottoman government and those of their agents who are implicated in such massacres.” http://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation_detail.html.
- 15) 제227조부터 230조까지의 네 개 조항으로 이루어진 매우 짧은 길이의 제7편의 내용은 마치 압축해 놓은 국제형사재판소 로마규정 같은 느낌을 주는데, 그 안에는 국제범죄개념, 범죄인인도 및 증거인도 등 형사사법공조, 그리고 변호인의 조력을 받을 권리 등 피고인의 방어권 등을 지시하는 문구들이 존재한다.
- 16) 미국 대표단은 “전쟁법(laws and customs of war)” 및 “인도의 법 또는 원칙(laws or principles of humanity)”에 대한 위반행위를 범죄로 만들고, 그에 대한 처벌을 규정한 “국제 규정 또는 조약(international statute or conventions)”의 존재를 알지 못한다고 주장하였다. M. Adatci, “Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties: Report Presented to the Preliminary Peace Conference,” March 29, 1919, *American Journal of International Law*, Vol. 14, 1920, p.146. 미국의 의심이 국제법상 개인형사책임 개념 그 자체에 대한 것이었던 반면, 일본의 의심은 조금 다른 내용을 가졌는데, 일본은 국제법상 개인형사책임 개념에 대해서는 동의하면서도, 과연 전승국이 패전국의 구성원을 재판하는 것이 타당한지와 패전국 최고위급들을 일종의 부작위 책임인 ‘지휘관 책임(command responsibility)’ 논리에 근거하여 처벌하는 것이 적절한지 의문을 표시하였다. *Ibid.*, pp.151-152.
- 17) *Ibid.*, p.117.

조약 제7편 제227조는 “국제도덕과 조약의 신성함에 반하는 최고 범죄 (a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties)”로 독일황제를 소추하는 한편, 제228조는 “전쟁 법규 및 관습 (the laws and customs of war)”에 위반한 전쟁범죄를 저지른 여타 행위자의 개인형사책임을 인정하고 있었다.¹⁸⁾ 그러나 제227조가 재판에 대해 독일황제에게 은신처를 제공하고 있던 네덜란드 정부로 하여금 “독일 황제 (ex-Emperor)”를 인도하게 하는 것에 대한 내용을 포함하고 있었지만 결국 네덜란드는 독일 황제가 정치범이라는 이유로 이를 이행하지 않았고, 독일 황제에 대한 개인형사책임의 추구는 실현되지 못했다. 전승국에 의한 여타 행위자의 처벌도 독일이 그 행위자들의 인도를 완강히 거부하는 바람에 흐지부지되고 말았다.¹⁹⁾ 하지만 Gerhard Werle와 Florian Jessberger의 평가와 같이 베르사이유 조약은 국제법상 개인형사책임 개념이 조약에 의해 사상 처음으로 명시적으로 인정된 의의가 있다고 할 것이다.²⁰⁾

III. 국제법상 ‘개인형사책임’ 개념의 發展

이러한 ‘발견’의 단계를 거쳐 국제법상 개인형사책임 개념의 본격적 ‘발전’은 제2차 세계대전 종전 직후의 뉴렘베르그 재판부터라고 할 수 있는데, 국제법상 개인형사책임 개념은 이 재판을 통해 국제법의 일부로서 확고히 자리매김하게 된다. 뉴렘베르그 판결문은 “국제법상 범죄는 사람에 의해 저질러지며 추상적 단체에 의해 저질러지지 않고, 국제법은 그러한 범죄를 저지른

18) 제228조의 원문은 다음과 같다: “The German Government recognizes the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war.”

19) 전승국들은 대신 독일 자신에 의한 전범재판에 마지못해 동의했으며, 라이프찌히에 위치한 독일 최고재판소(Reichsgericht)는 독일 국내형법에 의거하여 13건의 재판을 진행했지만 보여주지식 재판이었던 것으로 평가되고 있다. Gerhard Werle and Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp.3-4.

20) *Ibid.*, p.4.



개인을 처벌함을 통해서만 강행되어질 수 있다”²¹⁾고 언명함으로써 이후 개인형사책임 개념 발전의 토대를 놓았다. 유엔국제법위원회의 ‘뉴렘베르그 원칙(Nuremberg Principles)’의 제1원칙은 “누구든 국제법상 범죄를 구성하는 행위를 한 자는 책임을 지며 처벌 받는다”²²⁾라고 선언함으로써 국제범죄에 대한 개인형사책임의 개념을 인정하는 한편, 제2원칙은 여기서의 개인형사책임이란 “국제법상의 책임(responsibility under international law)”임을 명확히 하고 있다.²³⁾ 실제로 뉴렘베르그 헌장의 모든 조항들은 개인형사책임 개념의 구현을 위한 것이고, 한편으로는 개인형사책임의 개념으로부터 잉태된 조항들이었다고도 말할 수 있다. 동 헌장에서 좀 더 명시적으로 개인형사책임 개념을 규정하고 있는 조항들을 꼽아본다면 제1조(“유럽 주축국의 전쟁 범죄자들에 대한 공정하고 신속한 재판을 위해 국제군사법원이 설립되어야 한다.”)와 제6조(“재판소는 [...] 개인으로서 또는 조직의 구성원으로서 [...] 다음과 같은 범죄를 저지른 사람들을 재판하고 처벌하는 권능을 가진다. 다음 행위들 [...]은 재판소의 관할권 안의 범죄들이며, 그에 대해서는 개인책임을 있어야 한다.”)를 들 수 있겠다.²⁴⁾ 제1조의 “범죄자들(criminals)”

21) 국제형사법 학자들의 글에 자주 인용되고 있는 문구로서 그 원문은 다음과 같다: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.” The Trial of Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany, Part 22, at 447, as cited by Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, October 2, 1995, para. 128. ICTY 항소심 재판부도 힘 있는 언어로 국제법상 형사책임의 토대는 “개인책임의 원칙(the principle of personal culpability)”이어야 함을 선언하였다. Tadić Appeals Judgment, *supra* note 3, para. 186 참조.

여기서 뉴렘베르그 판결문의 “국제법상 범죄는 사람에 의해서 저질러지며 추상적 단체에 의해 저질러지지 않는다”는 문구와 관련하여 한 가지 살펴볼 필요가 있는 것은 ICTY규정 제6조와 로마규정 제25조(1)항인데 두 조항 모두 각각의 재판소가 “자연인(natural persons)”에 대하여 관할권을 가짐을 규정하고 있다. 따라서 ICTY와 ICC는 법인에 대해서는 관할권을 행사할 수 없다. 지난 10여 년간 학계에서는 “corporate liability”라는 용어를 사용하면서 심각한 인권침해 행위에 연관된 법인의 경우 국제형사관할권 행사의 대상으로 삼아야 한다는 주장들이 제기되고 있다. 최근의 관련 논문은 Harmen van der Wilt, “Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring Possibilities,” Chinese Journal of International Law, Vol. 12, Issue 1, 2013, pp.43-77.

22) 제1원칙의 원문은 다음과 같다: “Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefore and liable to punishment.”

23) 제2원칙의 원문은 앞의 각주 13.

이라는 단어와 제6조의 “사람들(persons)”이라는 단어는 비록 ICTY규정 제7조나 로마규정 제25조처럼 명시적으로 ‘개인(individual)’이라는 용어를 사용하지는 않았지만 이들 단어들이 개인형사책임 개념을 지시하고 있음은 의심의 여지가 없다.²⁵⁾ 시간이 흘러가면서 1990년대 초중반의 ICTY규정, ICTR규정 그리고 1998년 로마규정에 이르면서 개인형사책임의 원칙은 더욱 더 분명하게 규정되게 된다.²⁶⁾

뉴렘베르그 이전 발견되었고 뉴렘베르그 이후 발전되기 시작한 국제법상 개인형사책임의 개념은 특히 1990년대 이후 ICTY, ICTR 그리고 ICC의 규정(statute)과 판례들을 통해 지속적으로 실제 사건에 적용되어 왔는데, 구체적으로는 핵심국제범죄라는 일반 국내범죄와는 전혀 다른 현상에 다양한 형태로 실행·가담·참여하는 각각의 개인에게 자신의 죄책에 상응하는 책임을 지우기 위한 이론들로 가다듬어져 갔다. 그러한 범죄참가의 다양한 형태를 인정한 최초의 규정은 1945년부터 1946년까지 진행된 뉴렘베르그 국제군사법원에 의한 재판 이후 미국, 영국, 프랑스, 소련 각국의 독일 점령구역에서의 나치 전범들에 대한 “후속 재판(subsequent proceedings)”의 기본법이었던 Control Council Law No. 10에서 찾아볼 수 있는데,²⁷⁾ 동 법 제2조(2)항

24) 이에 더하여 범죄집단의 구성원이었다는 사실만으로 “개인(individual)”을 처벌할 수 있다는, 매우 논란 많은 조항인 뉴렘베르그 헌장 제10조 참조. 같은 시기 국동국제군사법원(International Military Tribunal for the Far East) 헌장의 개인형사책임 관련 규정은 동 헌장 제5조 참조.

25) 유엔 국제법위원회는 ‘뉴렘베르그 원칙’ 중 제1원칙을 뉴렘베르그 판결문과 뉴렘베르그 헌장 제1조 만으로부터 도출해내었다. 동 위원회는 국제법이 국내법을 중간에 거치지 않고 개인에게 직접 의무를 부과할 수 있다는 “일반적 규칙(general rule)”이 제1원칙의 배경이라고 설명하면서, 뉴렘베르그 판결문의 다음과 같은 언명을 인용하고 있다: “국제법이 개인과 국가에게 의무와 책임을 부과할 수 있다는 것은 오랜 기간 동안 인정되어져 왔다.” Report of the International Law Commission on its Second Session, June 5 to June 29, 1950, Official Records of the General Assembly, Fifth session, Supplement No. 12, UN Doc. A/1316, paras. 98-99.

26) ICTY규정 제7조(1)항(“A person...shall be individually responsible for the crime.”); ICTR 규정 제6조(1)항(“A person...shall be individually responsible for the crime.”); 로마규정 제25조(2)항(“A person...shall be individually responsible and liable for punishment...”).

27) Control Council Law No. 10, 20 December 1945, Control Council for Germany, Official Gazette, January 31, 1946. 뉴렘베르그 국제군사법원의 재판 후, 미국, 영국, 프랑스, 소련은 각자의 독일 점령구역에서 ‘후속 재판’을 진행하였는데, 이 중에서도 미국 점령지에서 행해진 12건의 재판이 유명하데 관련 기록도 매우 잘 보존되어 있다. 이 12건의 재판에 대한 상세한 분석은, Kevin Jon Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2011) 참조. 유럽의 후속 재판들 보다는



은 핵심국제범죄에 있어서의 “정범(principal)”과 “종범(accessory)”을 구분하고 있는 것이다.²⁸⁾ 이 조항은 훗날 ICTY 등 여러 국제형사재판소들이 발전시켜 나아갈 각종 범죄참가형태 이론들의 맹아라고 평할 수 있겠다.

IV. 국제법상 ‘개인형사책임’ 개념의 실무적 의의

먼저 범죄참가형태 개념의 실무적 의의를 살펴보자. 국제형사재판소 실무 세칙 정도로 번역될 수 있는 ICC Regulations of the Court, Reg. 52는 기소장(document containing the charges)²⁹⁾에 반드시 포함되어야 하는 내용으로서 “공소사실(a statement of the facts)”과 “[공소]사실에 대한 법적 특정(a legal characterisation of the facts)”을 규정하고 있다.³⁰⁾

덜 알려져 있으나, 2차 대전 종전 후 아시아·태평양 지역에서도 미국, 영국, 호주, 중국, 필리핀 등에 의한 후속 재판이 행해졌던바, ‘지휘관 책임’이론을 대표하는 재판으로 유명한 Yamashita 재판이 그 일례이다.

28) 제2조(2)항은 다음과 같다:

“Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he was (a) a principal or (b) was an accessory to the commission of any such crime or ordered or abetted the same or (c) took a consenting part therein or (d) was connected with plans or enterprises involving its commission or (e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime or (f) with reference to paragraph 1(a) if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the financial, industrial or economic life of any such country.”

29) ICTY나 ICTR 등 여타 국제형사재판소들에서도 기소장이 이 두 가지를 반드시 기재하였다. 한편, 기존 ICTY와 ICTR에서는 기소장을 지칭하는 용어로 ‘indictment’를 사용하였으나, ICC에서는 ‘indictment’가 영미법계를 대표하는 느낌이 있다고 하여 이 용어 대신 ‘document containing the charges’라는 말을 사용하며, ICC 직원들은 짧게 줄여서 DCC라고 칭한다.

30) Reg. 52의 전문은 다음과 같다:

“Regulation 52[.] Document containing the charges

The document containing the charges referred to in article 61 shall include:

- (a) The full name of the person and any other relevant identifying information;
- (b) A statement of the facts, including the time and place of the alleged crimes, which provides a sufficient legal and factual basis to bring the person or persons to trial, including relevant facts for the exercise of jurisdiction by the Court;

즉, ICC검사는 하나의 공소사실을 분석하여 두 가지 “법적 특정”을 기소장에 반드시 기재하여야 하는데, 하나는 로마규정 제6조로부터 제8조의 2까지 규정된 네 가지 범죄 중 하나를 특정 하는 것이고, 다른 하나는 로마규정 제25조와 제28조에 규정되어 있는 여러 개인형사책임 이론들(다른 말로 하면 ‘범죄참가형태’들) 중 하나를 특정 하는 것이다.³¹⁾ 특히 Reg. 52는 범죄 특정의 경우와는 달리 범죄참가형태의 특정에 대하여는 “정확한(precise)” 특정을 요구하고 있는데, 이는 범죄참가형태 특정의 중요성과 어려움을 동시에 암시하는 것으로 생각된다.

국내형사법에서의 경우와 마찬가지로 국제형사법에 있어서의 유죄판결은 피고인의 죄책(criminal responsibility, criminal liability 또는 culpability)을 확정하게 되는데, 이 죄책의 판단은 범죄에 대한 판단과 범죄참가형태에 대한 판단의 두 부분으로 구성된다. 많은 수의 범죄가 단독범에 의해 행해지고 합동범의 경우에도 그 숫자가 많지 않은 국내범죄의 경우와 달리, 국가 또는 그에 버금가는 규모와 조직을 가진 단체에 의해 저질러지며, 핵심참가자들은 보통 실제 범죄현장에서 멀리 떨어져 범죄행위 자체의 실행이 아닌 계획하고 명령, 지시하는 최고위급 인사들인 핵심국제범죄의 경우에는 특히 범죄참가형태에 대한 판단은 피고인의 죄책 결정에 있어 상대적으로 큰 중요성을 지니게 된다.³²⁾ 실제로 국제형사재판소 검찰부의 실무에 있어서 ‘Trial Team’이라고 불리는 송무팀이 가장 신중하게 접근하는 일이 해당 피고인에게 적용할 범죄참가형태를 선택하는 것이다. 한편, 실무적으로 국제형사재판소 검사의 입장에서 생각해 보면, 그는 유죄판결을 도출해 내기 위해 네 가지의

(c) A legal characterisation of the facts to accord both with the crimes under articles 6, 7 or 8 and the precise form of participation under articles 25 and 28.”

31) 실제로 있어서 같은 공소사실에 대하여 하나 이상의 범죄를 특정하거나, 하나 이상의 범죄참가형태를 특정하여 기소장에 기재하는 것도 가능하다. 이는 경합범(cumulative charging 또는 cumulative conviction)이라는 주제로 이어지는 것인데 이곳에서는 더 자세히 논하지는 않겠다. 다만 한 가지 기억할 것은 특히 범죄참가형태를 한 개 이상 기소장에 기재하는 것은 피고인의 방어권 보장 측면에서 논란이 되곤 한다. 즉, 검사가 하나의 범죄참가형태를 특정하여야 피고인이 그에 대한 방어전략을 효율적으로 짤 수 있다는 의미에서 그러하다.

32) “those bearing greatest responsibility” (SCSL Statute, Art. 1); “the most senior leaders suspected of being most responsible for” (UNSC resolution 1534 (2004))



종류의 구성요건을 입증해야만 하는데, 객관적 범죄구성요건, 주관적 범죄구성요건, 객관적 범죄참가형태 구성요건, 주관적 범죄참가형태 구성요건이 그 네 가지이다. 즉, 범죄의 경우와 마찬가지로 범죄참가형태도 구성요건을 가지며 검사는 그에 대한 입증책임을 지는 것이다. 예를 들어, 검사가 어떤 피고인을 로마규정 제6조(a)항 ‘살해에 의한 제노사이드’로 기소하면서, 이 범죄에 피고인이 동 규정 제25조(3)(a)항의 세 가지 항목 중 두 번째 것인 ‘공동정범(co-perpetration 또는 joint perpetration이라 칭해짐)’으로 참여하였다고 기소장에 기재하였다면, 검사는 제6조(a)항 관련 객관적 및 주관적 구성요건 뿐 아니라 제25조(3)(a)항 두 번째 항목을 입증하기 위한 객관적 및 주관적 구성요건도 입증하여야 하는 것이다.³³⁾

ICTY와 ICTR의 경우에는 범죄구성요건 및 범죄참가형태 구성요건 양자 모두 판례를 통해 정립하였다. 때로는 재판부 간 엇갈린 견해가 존재했기에 이러한 두 가지 구성요건의 정립과정은 여러 가지 시행착오와 어려움들로 점철되어 있었다. ICC의 경우에는 상황이 좀 호전되었는데, 이는 로마규정 제9조에 의거하여 ICC 당사국 총회가 채택한 공식 범죄구성요건집이 존재하기 때문이다. 따라서 ICC의 검사와 재판관은 특정 범죄와 관련하여 그 구성요건이 무엇인지 고민할 필요가 없어진 것이다. 한편 ICC 당사국 총회는 범죄참가형태와 관련해서는 그 구성요건집을 채택하지 않고 ICC 재판부가 재판을 진행해 나가면서 판례를 통해 관련 구성요건을 정립해 나가도록 하였다. 이러한 사정을 배경으로 ICC에서는 범죄참가형태의 정의와 구성요건에 대하여 많은 논의가 오가고 있으며, 학자들도 이 주제에 깊은 관심을 보여 왔다.

33) 이러한 입증은 주로 두 가지 종류의 증거에 의존하게 되는데, 국제형사법 실무상 범죄 관련 증거를 ‘범죄 기반 증거(crime-based evidence)’, 그리고 범죄참가형태 관련 증거를 ‘연결증거(linkage evidence)’라고 부른다. 후자는 범죄와 피고인 개인을 연결시켜주는 증거라는 의미를 내포하고 있다.

V. 범죄참가형태와 죄책

범죄참가형태 결정의 의의는 두 가지로 볼 수 있는데, 첫째는 범죄인의 정확한 '죄책' 정도를 규범적으로 선언하는 것이며, 둘째는 결정된 범죄참가형태를 통해 표상되는 '죄책'이 양형에 반영될 수 있다는 것이다. 여기서 '죄책'은 영어로 'criminal responsibility' 또는 'criminal liability'라고 말할 수도 있고, 'culpability'라고 지칭할 수도 있는데, 이 개념은 1) 피고인을 형법적 의미에서 비난할 수 있는지,³⁴⁾ 그리고 2) 만약 비난할 수 있다면, 그 사람의 형법상 책임의 '정도(degree)'는 얼마나 되는지 라는 두 가지 질문을 던진다. 세계 각국의 형사법들이 서로에게 많은 영향을 주고받으며 점점 많은 공통분모를 소유하게 된 현실에서 그 현실적 효용성이 줄어들고는 있지만,³⁵⁾ 개인형사책임 개념에 대한 세계 각국의 접근법은 크게 다음과 같은 두 가지로 분류할 수 있다. 첫째는 미국, 프랑스, 이태리처럼 개인형사책임의 존재를 인정할 수 있는 최소경계선을 설정해 놓고 일단 그 선을 넘은 이상 더 이상 개인형사책임의 정도에 대해서는 논하지 않는 '일원화 모델(unitary model)'이고,³⁶⁾ 둘째는 스페인, 독일, 한국과 같이 개인형사책임의 존재가 인정된 후 이를 계량화하여 그 정도를 정하는 '차별화 모델(differentiated model)'이다.³⁷⁾ 전자는 여러 명의 범죄참여자들 각자가 독립된 범죄를 저지른다는

34) 이러한 형법상 비난 가능성 결정에 있어서 '주관적 범죄구성요건(mens rea)'의 존부는 특히 결정적인 역할을 하게 되는데, 바로 이러한 연유에서 주관적 요건의 정의 및 종류를 설명하는 미국 모범형법전(Model Penal Code)의 §2.02는 '주관적 요건'이라는 개념을 'culpability'라는 용어로 지칭하고 있다.

35) Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (New York: Oxford University Press, 2012), p.73.

36) 하지만 이러한 '일원화 모델' 국가들에서도 판사는 양형 단계에서 개인의 범죄참여 '정도'를 고려할 수 있다. A. Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), p.162. 미국의 경우 일반적으로 배심원에 의한 유무죄 결정 단계와 판사에 의한 양형 결정 단계는 분리되어 있으며, 유무죄 결정 단계에서는 '당사자주의(adversarial system)'에 따른 절차를, 양형 결정 단계에서는 '직권주의(inquisitorial system)'에 따른 절차를 밟게 된다.

37) '일원화 모델' 및 '차별화 모델'에 대한 설명은, Gerhard Werle and Bolis Burghardt, "Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the



견해로부터 출발하며(“a plurality of persons implies a plurality of offences”), 후자는 여러 명의 범죄참여자들이 하나의 범죄에 참여한다는 이해를 근거로 한다(“a multitude of persons and one single offence”).³⁸⁾ 따라서 엄밀히 말하자면 어떤 사람의 형법상 책임의 ‘정도(degree)’를 묻는 것은 ‘차별화 모델’과 연결된다고 하겠다. 이 차별화 모델은 지금까지 여러 국제형사재판소들이 채택, 적용하여 온 국제형사법에 있어서 주된 개인형사 책임 설명 방법이었으며,³⁹⁾ 정범과 종범 등 여러 종류의 죄책을 구분하여 각자의 죄책을 정확히 표현하고 선언한다.⁴⁰⁾ 비록 ICTY, ICTR, ICC 등의 적용법규에, 예를 들어 독일이나 한국 형법의 경우처럼, 상대적으로 낮은 죄책을 표상하는 ‘종범’의 경우 ‘정범’보다 낮은 형을 적용한다는 필요적 감면 규정은 없으나, 실제로 여러 국제재판소들의 판례들은 정범이 아닌 다른 형식으로 범죄에 참여한 자들에 대하여는 상대적으로 정범보다 낮은 형을 부과하고 있다.⁴¹⁾

ICC Statute,” in Elies van Sliedregt and Sergey Vasiliev(eds.), *Pluralism in International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2014), pp.302-303; van Sliedregt, *supra* note 35, pp.65-67.

38) *Ibid.*, p.66.

39) 반면에, 수년 전 캐나다 British Columbia 대학교 James G. Stewart 교수가 국제형사법 분야에서 지금까지 통용되어 왔던 ‘차별화 모델’을 비판하면서 ‘일원화 모델’의 적용을 주장한 이래, 국제형사법 학자들 사이에 이 두 가지 모델에 대한 논의가 꽤 진행되어 왔다. Stewart는 개인의 범죄참여 정도를 양형단계에서 고려하면 충분하다고 한다. James G. Stewart, “The End of “Modes of Liability” for International Crimes,” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25, Issue. 1, 2012, pp.165-219.

40) 이러한 의미에서 ‘차별화 모델’은 범죄자에게 꼬리표처럼 붙는 규범적 범죄표현이 그 사람의 범법 정도를 정확하게 표현하는 공정한 것이어야 한다는 ‘공정한 꼬리표의 원칙(principle of fair labelling)’과 상통하는 부분이 있다. 관련 국제 판례는 *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25-T, Trial Chamber Judgment, March 15, 2002, para. 173 (“the Trial Chamber has a discretion to choose which is the most appropriate head of responsibility under which to attach criminal responsibility to the accused.”); *Prosecutor v. Stakić*, IT-97-24-T, Judgment, March 31, 2003, para. 463 (“[...] the Trial Chamber has entered a conviction under the head of responsibility which better characterises the criminal conduct of the accused.”).

41) 대표적인 예외는 시에라리온특별재판소(SCSL)가 前라이베리아 대통령 찰스 테일러를 인도에 반한 죄와 전쟁범죄의 ‘종범(aiding and abetting)’으로 유죄판결을 내리면서 50년형이라는 국제형사 실무에 있어서는 상당히 높은 형을 선고 받았다. *Prosecutor v. Charles Taylor*, SCSL-03-01-T, Sentencing Judgement, May 30, 2012, p.40.

국제형사재판소들이 따르고 있는 ‘차별화 모델’의 핵심은 개인의 범죄참여 정도에 따라 ‘정범(principal)’과 ‘종범(accessory 또는 accomplice)’을 구분한다는 것인데, 이러한 구분을 위한 접근법에는 ‘자연주의적 접근법(naturalistic approach)’과 ‘규범적 접근법(normative approach)’의 두 가지가 있다. ‘자연주의 접근법’은 영미법계 국가들이 주로 채택하고 있는 접근법으로서 실제 범죄현장에서 자신의 몸으로 직접 범죄를 저지른 자를 ‘정범’으로 분류하며, ‘규범적 접근법’은 대륙법계 국가들이 주로 채택하고 있는데 범죄를 실제 자기 몸으로 실행했는지의 여부가 아니라 규범적으로 각 범죄참여자의 책임 정도를 따져 비록 범죄를 직접 행하지는 않았더라도 범죄 실현에 가장 결정적 영향력을 행사한 사람을 ‘정범’이라고 한다.⁴²⁾ 양 접근법 간의 이러한 차이를 고려할 때, 국가나 조직의 최상위자를 처벌하는 것을 주 업무로 하는 국제형사재판에 있어서는 ‘규범적 접근법’이 그들을 ‘종범’이 아닌 ‘정범’으로 분류함으로써 형사판결의 stigmatization효과 및 expressive효과를 극대화할 수 있는 더욱 적합한 접근법으로 생각된다.

“개인형사책임”이라는 제목 하에 규정되어 있는 ICTY규정 제7조(1)항은 ICTR규정 제6조(1)항과 동일하며, 범죄참가형태 이론이 대륙법계 만큼 정치하지 않은 영미법계 영향을 많이 받은 아래와 같은 형태를 취하고 있다:

“Article 7[.] Individual Criminal Responsibility

A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in article 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.”

이 규정은 ‘계획(planning)’, ‘교사(instigating)’, ‘명령(ordering)’, ‘저지름(committing)’, ‘방조(aiding and abetting)’ 등 ICTY에서의 개인형

42) van Sliedregt, *supra* note 35, pp.71-72.



사책임의 근거가 되는 다섯 가지 행위양태를 규정하고 있는데, ICTY와 ICTR의 판례들은 이 규정이 정범과 종범을 구분하고 있는 것으로 해석하여 왔으며 이 다섯 가지 중 ‘저지름(committing)’이 정범을 구성하는 행위양태로 본다. 여기서 ‘committing’이라는 단어는 ‘perpetrate’라는 단어와 같은 의미로서 국제형사실무와 학술논의에서는 두 단어를 혼용하는데, 국어로 번역하기가 쉽지 않지만 필자는 ‘저지름’이라고 번역해 보았다. 번역을 어떻게 하던 간에 국제형사법에서 통용되는 ‘저지름’ 개념의 핵심적 효과는 ‘정범’으로서의 책임을 진다는 의미이다. 그런데 국가 또는 그에 버금가는 단체가 범행 주체이고 그러한 집단의 최상급자를 주된 소추대상으로 하는 국제형사법에서는 일반 국내형법에서는 너무나 자연스러운 실제 자기 자신이 직접 방아쇠를 당기는 자를 ‘정범’으로 본다는 원칙은 거의 의미가 없게 된다. 이러한 맥락에서 국제형사법은 실제 범죄행위를 행하지 않고 하급자들을 조종하여 국제범죄를 범하는 최상급자를 ‘정범’으로 판단할 이론적 근거를 놓고 많은 고민과 토론을 이어올 수밖에 없었던 것이다. 이러한 의미에서 국제법상 개인형사책임 이론, 다른 말로 범죄참가형태 이론은 핵심국제범죄 자체에 대한 이론 체계보다 더욱 더 중요하고 흥미로운 분야라고도 말할 수 있다.⁴³⁾

VI. 정범이론으로서의 ICTY ‘공동범죄집단’ 이론

수많은 판례를 생산해 내며 현대 국제형사법의 토대를 놓은 ICTY의 재판관들이 이처럼 범죄현장에서 멀리 떨어져 있는 최상위자를 ‘정범’으로 구성하기 위해 활용한 이론이 바로 ‘공동범죄집단(JCE: Joint Criminal

43) Alexander Zahar and Goran Sluiter, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p.221. 이 책에서 저자들이 예를 든 보스니아 세르비아계 지도자 중 최고위층의 한 사람이었던 Momčilo Krajišnik에 대한 ICTY 1심판결문을 보면 피고인의 개인형사책임 판단에 대한 부분이 범죄성립 판단에 대한 부분의 두 배 분량을 볼 수 있다. Prosecutor v. Krajišnik, IT-00-39-T, Judgement, September 27, 2006, pp. 255-406. 범죄에 대한 부분은 50페이지인데 반해 개인형사책임에 대한 부분은 100페이지이다.

Enterprise)’ 이론이다. 이 이론은 ICTY활동 초기 동 재판소의 첫 사건이었던 Tadić case 항소심재판부의 판결문에서 유래한 것으로써,⁴⁴⁾ 이후 ICTY 실제 사건들에서 적극 활용되었다. 반면에 ICTR에서는 JCE이론이 그다지 많이 사용되지 않았는데 2005년 말에 가서야 JCE를 활용한 첫 사건이 나왔다.⁴⁵⁾ Tadic 항소심 재판부는 ICTY규정 제7조(1)항 안에 JCE이론이 암시되어 있으며, 이 이론은 국제관습법상 인정되는 것이라고 하였는데, 다시 한 번 강조하지만 ICTY에서의 JCE는 ‘정범(principal)’이론(좀 더 구체적으로는 ‘공동정범(co-perpetration, joint perpetration 또는 joint commission)’이론)이다. 필자가 JCE에 대해 읽어본 판결문이나 학자들의 설명 중 가장 쉽고 간결하게 JCE의 핵심을 말하는 것은 ICTY와 ICTR에서 재판연구관으로 일했던 Alexander Zahar와 암스테르담 대학교 교수인 Goran Sluiter의 설명인데 다음과 같다:

“예를 들어 ICTR의 Ntakirutimana 일심재판부가 실제로 활용했던 ‘저지름 (commission)’의 한 가지 개념에 의하면 Ntakirutimana는 1994년 4월 16일에 있었던 무고네로 경기장 학살의 와중에 단지 한 건의 살인만을 저질렀을 뿐이다. 반면에 JCE가 가능케 하는 느슨한 개념의 ‘저지름(commission)’에 따르면, 소수의 추가적 구성요건의 증명만 더한다면, 그는 수백 건의 살인뿐 아니라 학살의 와중에 저질러진 여타 범죄들도 ‘저지른’ 것으로 볼 수 있는 것이다. 따라서 JCE는 개인형사책임의 ‘확장기제(multiplier)’로서 기능하는 것이다.”⁴⁶⁾

즉, JCE 이론이 가능케 하는 것은 개인형사책임의 확장이며, 이 이론은 일정 객관적, 주관적 요건 하에 이러한 확장을 허락한다. 요컨대, 그러한 요건이 만족될 경우, 공동범죄집단인 JCE의 구성원은 역시 같은 JCE의 구성원인 타인

44) Tadić Appeals Judgment, *supra* note 3, paras.188 and 226. Tadić 사건 항소심재판부는 ‘joint criminal enterprise,’ ‘common purpose’ 그리고 ‘criminal enterprise’라는 용어들을 혼용하면서 같은 의미로 사용하였다.

45) ICTY 검찰부와 ICTR 검찰부 사이의 협력 부족 등 ICTR에서 JCE의 활용이 적었던 전반적 맥락에 대한 설명은 Zahar and Sluiter, *supra* note 42, pp.222-223.

46) *Ibid.*, pp.222-223. 필자가 독자들의 편의를 위해 직역이 아닌 의역하였다.



이 저지른 범죄에 대하여도 ‘정범’ (좀 더 구체적으로는 ‘공동정범’)으로서의 책임을 진다는 것이 JCE 이론의 요체이다.⁴⁷⁾ 이러한 확장의 전제조건이 되는 JCE의 핵심적 구성요건은 두 개의 객관적 요건—즉, ‘국제범죄와 관련된 공동 목적(common purpose, common plan 또는 common design)의 존재’ 및 ‘공동목적 실현에의 참가/공헌(participation/contribution)’--과 한 개의 주관적 요건—즉, ‘공동목적 실현을 향한 고의’--라고 말할 수 있는데,⁴⁸⁾ 이 중에서도 특히 이 주관적 요건—흔히 “공유하는 고의(shared intent)”라고 불림—이 JCE 책임을 ‘방조범(aiding and abetting)’ 책임이 아닌 ‘정범(principal 또는 perpetrator)’ 책임으로 분류하게 되는 가장 중요한 근거이다.⁴⁹⁾ 국제형사법상 ‘방조범’ 책임의 주관적 구성요건은 ‘인식(knowledge)’ 이면 충분한데, 이러한 인식의 수준을 넘어 JCE의 ‘공동계획’ 실현에의 고의를 가지고 있는 자에게 ‘방조범’ 책임을 지우는 것은 불충분하다는 의미이다.⁵⁰⁾ 여기서 공동목적에 포함된 범죄에 대한 고의를 공유함에 근거한 JCE책임은 특히 ‘JCE1’ 책임이라고 불리며, 공동목적에 포함되지 않은 범죄를 여타 JCE 구성원이 저질렀지만 그것이 ‘예견 가능할 경우(foreseeable)’에는 확장된 JCE개념인 ‘JCE3’에 근거하여 ‘정범’의 죄책을 질 수 있다. 특히 이 ‘JCE3’ 책임은 미국의 Pinkerton liability이론으로부터 유래한 것으로서 형법의 기본원칙에 위배되는 과도한 개인형사책임이라는 비판을 받아왔다.

47) Prosecutor v. Krnojelac, IT-97-25-T, Decision on Form of Second Amended Indictment, May 11, 2000, para.15 (“The law is that, where two or more persons carry out a joint criminal enterprise, each is responsible for the acts of the other or others in carrying out that enterprise.”).

48) Tadić Appeals Judgment, *supra* note 3, paras.227-228.

49) Prosecutor v. Milutinović et al, IT-99-37-AR72, Decision on Dragoljub Ojdanić’s Motion Challenging Jurisdiction - Joint Criminal Enterprise, May 21, 2003, para. 20. 국제형사법상 방조범(aiding and abetting) 책임의 주관적 구성요건은 일반적으로 ‘인식(knowledge)’ 이면 충분하다.

50) ‘정범(principal)’이론인 JCE 책임과 ‘정범 이외의 관여자(accessory)’이론인 ‘방조(aiding and abetting)’ 책임을 비교해보면, ICTY의 판례는 객관적 구성요건 측면에서는 방조책임에 대하여 더 높은 수준을 요구하며, 주관적 구성요건 측면에서는 JCE에 대하여 더 높은 수준을 요구한다. Tadić Appeals Judgment, *supra* note 3, para.229 참조.

VII. ICC의 범죄참가형태 이론 개관

한편, ICC의 경우를 살펴보면 동 재판소의 기본법인 로마규정 제25조 및 제28조가 개인형사책임에 대한 규정들이다. 이 중 제28조는 ‘지휘관책임(command responsibility)’이라는 국제형사법에 특유한 부작위에 의한 개인형사책임을 규정하고 있으며,⁵¹⁾ ICTY규정 제7조(1)항에 대응하는 일반적 개인형사책임에 대한 내용은 제25조가 규정하고 있다. 제25조는 다음과 같다:

“Article 25[.] Individual Criminal Responsibility

1. The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.

2. A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute.

3. In accordance with this Statute, a person as an individual, jointly with others and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with others or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;

(b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;

51) ICTY규정 제7조(3)항 및 ICTR규정 제6조(3)항도 ‘지휘관책임’을 규정하고 있다.



(c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission; [...]

(d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:

(i) Be made with the aim of further the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or

(ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime; [...]

보다시피 로마규정 제25조(3)항의 범죄참가형태 규정은 ICTY 제7조(1)항의 경우보다 훨씬 더 자세한 내용을 담고 있으며, 대륙법계 국가들과 영미법계 국가들의 적절한 타협의 산물로 이해되어지고 있다. 제25조(3)(a)-(c)항 중에서 (a)항은 ‘정범(principal 또는 perpetrator)’의 범죄참가형태를, 그리고 (b)항과 (c)항은 ‘정범 이외의 관여자(accessory)’의 범죄참가형태를 규정하고 있다. (a)항의 ‘정범’ 형태를 좀 더 자세히 살펴보면 세 가지 ‘정범’ 형태를 발견할 수 있는데, ‘단독정범(individual perpetration)’, ‘공동정범(joint perpetration 또는 co-perpetration)’, 그리고 ‘간접정범(indirect perpetration)’이 그 세 가지이다. 제25조가 규정하고 있는 ‘정범 이외의 관여자’에는 세 가지 형태가 있는데, 제25조(3)(b)항이 규정하고 있는 교사범, (c)항의 방조범, 그리고 (d)항의 ‘공동목적(common purpose)’에의 공헌 책임이 그 셋이다. “여타 그 외의 방법으로 공헌하는(in any other way contributes to)”이라는 문구가 암시하듯이 (d)항은 (a)-(c)항에 해당하지 않는 여타의 경우를 대비하기 위한 것으로, 혹자는 ICTY의 JCE 책임을 규정

한 것이라고도 주장하기도 하며, 그 정체가 명확하지 않은 면이 있고 ICC의 실무에서의 사용빈도는 낮은 편이다.

ICC의 재판 실무에서 가장 많이 활용되고 있는 범죄참가형태는 제25조(3)(a)의 두 번째 항목인 ‘공동정범’이론인데, ICC의 판례들은 ‘공동정범’ 구성을 위해 ICTY가 활용했던 JCE 이론 대신 독일형사법에서 유래한 ‘행위 지배이론(control theory)’을 제25조(3)(a)의 두 번째 항목 즉, “다른 사람과 함께...범죄를 저지름(commits...jointly with others)”이라는 문구의 해석론으로서 채택하고 있다. 이 공동정범 해석론은 JCE에 비해 객관적 구성요건을 중시하는 것으로서 최소한도의 공헌 내지 범죄참여행위를 요구하는 JCE에 비해 강도가 높은 “필수불가결한 공헌(essential contribution)”이 있을 경우에만 ‘정범’으로 인정할 수 있다고 한다. 즉 ICC가 적용하고 있는 ‘행위 지배이론’은 JCE 이론에 비해 주관적 구성요건의 요구수준은 낮추고 객관적 구성요건의 요구수준은 높인 것으로 볼 수 있다.

VIII. 결 론

뉴렘베르그 재판 이후 오랜 냉전 시대를 거쳐 1990년대 초반 구유고슬라비아와 르완다에서의 대규모 인권유린 사태와 마주친 국제사회는 제노사이드, 인도에 반한 죄, 그리고 전쟁범죄라는 핵심국제범죄에 대한 개인형사책임을 실제 국제형사재판을 통해 구현해 나가기 시작하였다. 국가 또는 국가와 비슷한 조직과 체계를 갖춘 단체들이 저지르는 기본적으로 집단적 성격의 범죄양태와 국제법상 개인형사책임의 구현이라는 목적 사이에서 국제재판관들과 학자들은 고민을 거듭하였다. 국제형사법의 성공적 적용이라는 목표와 피고인의 권리를 보장하며 죄형법정주의 등 형사법 기본원칙들을 준수해야 한다는 요구 사이에서 초기 ICTY재판관들은 JCE라는 확장적 개인형사책임 기제를 채택, 적용하였으며 이 이론은 1990년대 중반부터 십여 년간 국제형사재판의 꽃으로 그 역할을 수행하였다. 하지만 JCE의 개인형사책임의 확장



적 성격은 죄형법정주의 등 형사법 기본원칙을 강조하는 학자와 일부 재판관들의 반발을 불러왔고, 이에 2000년대 중반 그 본격적 활동을 시작한 국제형사재판소는 JCE의 적용을 자제하고, 형법의 기본원칙에 더욱 충실하다는 평가를 받는 독일의 행위지배이론에 입각한 개인형사책임 기제들을 사용하기 시작하였다. 제1차 세계대전 후 베르사이유 조약을 통해 발견되고, 제2차 세계대전 후 뉴렘베르그 재판을 통해 그 본격적 발전을 시작한 국제법상 개인형사책임의 개념은 핵심국제범죄와 함께 국제형사실체법의 양대 산맥을 이루며 그 이론적 및 실무적 무게를 더해가고 있다.

국제법상 주체에 관한 새로운 조명 I

- 국제규범의 형성 방법 및 국제제도를 중심으로 -*

김 성 원

원광대학교 법학전문대학원 부교수

목 차

- I. 서론
- II. 국제규범의 근거로서 국제공적권위의 행사
- III. 글로벌 거버넌스 메커니즘으로서 세계행정법
- IV. 비전형적 국제입법으로서 글로벌 법다원주의
- V. 결 론

* 본 정책연구는 김성원, “WTO 체계의 유효성에 관한 세계행정법 시각에서의 검토”, 『동아법학』, 제64호, (2014), pp. 205-232, 김성원, “국제공적권한 행사에 관한 일고찰”, 『동아법학』, 제67호, (2015), pp. 357-387, 김성원, “국제법 담론에서 법다원주의의 함의에 관한 연구”, 『국제법평론』, 제47호, (2017), pp. 81-116 을 바탕으로 작성되었음.



I. 서론

국제관계를 규율하는 법규범으로서 국제법의 역사는 국가 체제의 탄생과 밀접한 관련을 맺는다. 국제법과 국제관계학 분야는 공히 30년 전쟁의 결과로 1648년 웨스트팔리아조약 체결을 근대 국제관계의 등장 시기로 설정하고 있다. 1648년 이전에도 국가는 존재하고 있었지만, 대외적 독립성 및 대내적 최고성을 특징으로 하는 국가주권(state sovereignty)에 기반한 국가 간 관계, 즉 근대 국가제도 및 국제체제의 형성은 신성로마제국과 로마교회의 위계적 질서를 극복한 1648년에서 시작되었다고 보는 것이 통설이다.

1648년 이후 국제관계는 ‘국가중심적 국제관계(state-centric perspective on international system)’로 지속되어 왔다. 국가중심적 국제관계가 의미하는 바는 무엇인가? 국가가 국제관계의 가장 중요하고 포괄적인 법인격을 갖는 주체로 국제규범의 입법, 집행 및 해석에 있어서 독보적인 지위를 갖고 있는 것으로 이해될 수 있다. 중앙집권적 권력구조가 부재하는 국제사회에서 국제법의 가장 중요한 법원(法源)으로 설명되는 조약과 관습법은 국가에 의해서 형성되어 왔으며, 국제의무위반에 대한 일방적 및 집단적 제재조치 또한 국가 및 국가로 구성된 관련 국제기구에 의해서 실시되어 왔다. 아울러, 국내법적 의미로 강제관할권을 행사할 수 없는 국제사법재판소(ICJ)를 비롯한 국제사법기구 또한 국가의 영향력에서 벗어나지 못하고 있다. 이러한 맥락에서 당연한 귀결이지만, 국제법의 역사는 국제법 주체의 역사라고 해도 과언이 아닐 것이다.

국제법의 역사가 국제법 주체에 의해 막대한 영향을 받게 되는 것이라면, 상기에서 언급한 국제법 관련 입법, 행정 및 사법 조치는 결국 국제법 주체의 변화에 민감한 것이 된다. 이러한 맥락에서 국제법 주체에 대한 연구는 국제법의 시작과 끝이라고 이해하여도 큰 문제는 없을 것이다. 국제법 관련 모든 행위는 결국 국제법이 어떻게 규정하고 있는가에 따라 그 정당성과 적법성이 평가된다. 따라서 오늘날 국제사회가 적용받고 있는 국제법이 국제법 주체의 역동성을 반영하는 것인가에 관한 문제는 단순히 국제법의 존재 형식에 대한

연구로서 평가되기 어려울 것이다. 국제법 주체에 대한 연구는 국제법상 주체의 다양한 유형에 대한 연구에 초점을 맞추어 왔다. 상기한 국제법의 존재 형식에서 감지되는 변화는 결국 국가는 물론이고 국제기구 및 비국가주체의 역동성을 반영한 것으로 이해할 수 있다면, 국제법의 존재 형식에 대한 연구는 국제법 주체에 대한 새로운 조명을 인식하는 데 있어서 도움이 될 것이다.

상기와 같은 문제의식에서 본 정책연구는 출발한다. 본 정책연구는 국제법의 존재 형식, 나아가 국제법상 권리와 의무를 규율하는 새로운 국제입법형태를 검토하고자 한다. 상기 목적을 위하여 본 정책연구는 다음과 같이 진행된다. 첫째, 국제공적권위의 행사를 검토한다. 국제공적권위의 행사는 국제법의 법원(法源)에 대한 새로운 접근 방법을 취하고 있는데, 형식적이고 구속력을 갖춘 법규범뿐만 아니라, 비형식적이고 구속력을 갖추지 않은 법규범이 다양한 국제사회 주체의 권리와 의무에 어떠한 영향을 주고 있는지에 초점을 둔다. 둘째, 세계행정법의 등장을 검토한다. 행정법상의 관리 및 규율 형식을 국제관계에 도입하고자 하는 세계행정법의 접근을 통하여 국제법 주체의 행위가 어떠한 형식을 통해 규율되고 있는 것인지를 고찰한다. 셋째, 비국가주체가 형성하는 비국가법이 세계화 시대에서 어떠한 영향을 미치고 있는지를 검토한다. 특히, 글로벌 법다원주의 측면에서 비국가법의 역동성을 검토한다.

II. 국제규범의 근거로서 국제공적권위의 행사

1. 국제공적권위 행사의 의미

국제공적권위의 행사에서 우선적으로 정의가 필요한 것은 ‘권위(authority)’에 대한 것이다. 국제공적권위 행사 논의에서 권위는 타 법적 주체의 자유를 제한하는 것과 같이 타 법적 주체의 법적·사실적 상황을 일방적으로 변경 또는 구성할 수 있는 능력으로 정의된다.¹⁾ 국제공적권위의 행사에 있어서



‘행사(exercise)’는 결정, 권고 및 순위 매김과 같은 정보의 전파와 같은 ‘행위 기준(standard instruments)’의 작성을 통하여 권위를 구성하는 능력을 현실화하는 것으로 정의된다.²⁾

타 법적 주체의 법적·사실적 상황의 변경 또는 구성은 반드시 법적으로 구속력을 갖는 행위기준에 따라서 결정되는 것은 아니라는 점을 주목할 필요가 있다.³⁾ 개인의 자유와 권리에 영향을 미치는 국제제도 행위에 대한 초점 설정은 국제제도의 행위에 대한 정당성 및 적법성에 대한 규범적 검토 진행의 출발점이 된다. 정당성, 투명성 및 적법성 요건이 중요한 규범적 검토 기준으로 활용되어야 한다는 점에서 국제공적권위 행사에 대한 공법적 접근(public law approach)이 필요하게 된다.

국제공적권위에 대한 공법적 접근은 공법의 대표적인 법으로 알려진 헌법 또는 행정법이 활용하는 주요 원칙의 차용 및 적용 가능성을 전제로 하는 것이다. 투명성, 책무성, 사법심사 가능성 등과 같이 공법에서 활용되고 있는 개념은 그 이해에 있어서 특별한 어려움을 요하지 않는다. 그러나 국내적 차원과 국제적 차원, 나아가 세계적 차원의 성질상 상이함은 새로운 개념 정립을 위한 기존 개념의 유추적용에 있어서의 실효성을 상당히 제한할 수 있다는 점은 반드시 고려되어야 한다.

2. 국제공적권위 행사에 대한 공법적 접근의 필요성

국제제도의 모든 행위가 국제공적권위 행사로서 검토 대상이 될 수 없음은 명백하다. 즉, 개인의 자유와 권리에 영향을 미치는 국제제도의 행위가 국제공적권위 행사의 연구 대상이 되는 것이다. 국제공적권위 행사의 검토를

1) A. von Bogdandy, P. Dann & M. Goldmann, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework of Global Governance Activities*, 9 German Law Journal, 1375 (2008), pp. 1381-1382.

2) *Id.*, p. 1382. 행위기준에 관하여는 M. Goldmann, *Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority*, 9 German Law Journal, 1865 (2008) 참조.

3) von Bogdandy, Dann & Goldmann, *supra* note 1, p. 1382.

위하여 개인의 자유와 권리에 미치는 영향이 근본적 기준이 되는 이유는 무엇인가? 개인의 자유와 권리는 정당한 이유에 의하여, 적법한 절차를 거치는 방법에 의해서만 제한될 수 있다는 전제가 설정되어 있기 때문이다.

정당성과 적법성은 개인으로 구성된 사회 전체의 공공 이해(public interests)를 제고하기 위한 모든 행위의 유효성을 판단하는 기준으로 중요한 역할을 담당하고 있다. 공법의 주된 기능을 공공 이해의 제고를 위해 정당성을 적법성으로 전환시키는 것으로 이해하는 경우, 국제공적권위 행사에 대한 규범적 접근으로 공법적 접근은 필요불가결한 것이 되는데, 국제공적권위 행사 관련 논의는 다양한 유형의 국제제도가 시행하는 상이한 행위에 대한 정당성, 적법성 측면에서 규범적 통제를 주요 목적으로 하기 때문이다.

국제공적권위의 행사 관련 논의에서 공법적 접근의 필요성이 주장되는 이유는 무엇인가? 결론적으로 개인의 자유와 권리에 영향을 미치는 국제제도의 행위가 다양하거나 무정형(無定型)의 유형을 통하여 행사되고 있기 때문이다. 환언하면, 기존의 국제법 법원(法源)에서 포섭 가능한 구속력을 갖는 법(binding law)은 물론이고 ‘구속력을 갖지 않는 법(non-binding law)’ 나아가 ‘비법(非法)(non-law)’에 의해서도 개인의 자유와 권리에 영향을 미치는 행위가 국제제도에 의해서 시행되고 있다는 것이다.⁴⁾ 법학의 영역에서 법의 구속력 보유 여부 및 법규범과 법이 아닌 사회규범의 차이점은 다양한 기준에 의해서 식별될 수 있다.⁵⁾

그러나 이와 같은 개념상의 차이점을 통한 법규범의 식별이 국제공적권위 행사와 관련된 논의에서 중요한 쟁점이 되는 것은 아니다. 국제공적권위의 행사에서 중요한 쟁점은 관련된 국제제도의 행위가 무엇에 근거하고 있는 것

4) *Id.*, p. 1382.

5) K. Günther, *Legal Pluralism or Uniform Concept of Law?*, 5 No Foundations. Journal of Extreme Legal Positivism, 5 (2008), p. 6. 국제법상 다양한 유형의 문서가 갖는 상대적 규범성에 관하여는 R. Baxtor, *International Law in Her Infinite Variety*, 29 International and Comparative Law Quarterly, 549 (1980), p. 563; A. Boyle, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, 48 International and Comparative Law Quarterly, 901 (1999), p. 913; C. Chinkin, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, 38 International and Comparative Law Quarterly, 850 (1989), p. 866 참조.



인가와 관련된 형식적 측면의 검토보다 개인의 자유와 권리에 영향을 미치는 국제제도의 행위는 무엇인가와 관련된 실질적 측면의 검토와 관련된 것이다.⁶⁾ 환언하면, 국제공적권위 행사의 검토 대상인 개인의 자유와 권리에 영향을 미치는 국제제도의 행위는 관련 행위의 근거로 포섭 여부가 결정되는 것이 아니라, 행위의 실질적 영향력을 근거로 포섭 여부가 결정되어야 한다는 것이다.⁷⁾

이와 같은 접근 방법은 공법의 본질적 기능은 개인의 자유와 권리의 보호에 있는바, 법적 명령에 국한하여 국가의 공적 권위의 행사를 파악하는 것은 적합하지 않으며, 공법의 규율 범위는 국가 행위의 범위에 따라 규정되어야 한다는 공법상 접근과 상당한 공통점을 갖는 것이다.⁸⁾ 국가의 공적 권위의 행사는 구속력을 갖는 법적 명령 이외의 행위로도 개인의 자유와 권리에 영향을 미칠 수 있다. 예를 들어 국가의 정보 공개가 관련된 개인의 평판에 심각한 악영향을 줄 경우, 관련된 개인은 비록 구속력을 갖는 법적 명령에 따른 불이익을 받는 것은 아니지만, 평판의 회복이 정치적, 경제적으로 상당한 비용을 지불해야만 가능하게 된다면, 이는 실질적으로 법적 제재와 동일한 수준으로 관련 개인의 사실적 및 법적 상황을 변경시키는 효과를 유발하는 것으로 이해될 수 있다. 위의 사례에서 정보 공개가 비구속적 성격을 갖고 있다는 점을 이유로 규범적 통제 대상에서 제외되는 것으로 이해하는 것은 적절하지 못한 이해로 평가될 수 있다.⁹⁾

6) 법적 주체에 미치는 영향의 측면에서 국제법의 규범적 실효성을 분석하려는 시도에 관하여는 J. d'Aspremont, *The Politics of Deformalization in International Law*, 503 *Göttingen Journal of International Law*, 503 (2011), pp. 519-524 참조.

7) M. Goldmann, *Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority*, 9 *German Law Journal*, 1865 (2008), pp. 1872-1877.

8) E. Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen Und Aufgaben Der Verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2nd ed. (Springer, 2004), pp. 16-18; B. Kingsbury, *International Law as Inter-Public Law* (www.iilj.org/about/documents/InternationalLawasInter-PublicLaw.pdf, 2015.3.5.), pp. 348-349.

9) A. Guzman, *How International Law Works* (Oxford Univ. Press, 2008), pp. 71-117; M. Barnett & R. Duvall, "Power in Global Governance," in M. Barnett & R. Duvall, (eds), *Power in Global Governance* (Cambridge Univ. Press, 2005), pp. 1-31 참조.

국제제도가 국제공적권위의 행사로 채택하는 구속력이 없는 문서나 비법적 문서가 관련 국가의 의사결정 및 개인의 자유와 권리에 실질적으로 구속력을 갖는 문서와 동일한 영향을 미친다면, 구속력이 없거나 비법적인 문서 또한 구속력을 갖는 문서에 적용되는 동일한 수준의 정당성 및 적법성 검토가 필요하게 된다.¹⁰⁾ 국내적 차원과 달리 상대적으로 국제적 차원에서는 정당성 및 적법성 검토를 회피할 수 있는 가능성이 높다. 예를 들어, 국제제도의 내부적 의사결정 관련 사항이 국제제도의 총회와 같은 전체 기관에 의해서 채택되는 것이 아니라, 사무국 또는 이사회와 같은 기관에 의해서 채택되는 경우이다. 내부적 의사결정에 관한 규칙은 직접적으로 회원국의 권리나 의무에 영향을 미치지 못하는 못한다. 그러나 내부적 의사결정에 관한 운영규칙은 해당 국제제도에 의해서 직접적으로 이행되고 평판의 활용과 같은 방법에 따라 실질적으로 회원국의 권리나 의무에 영향을 미치게 되는바, 이에 대한 정당성과 적법성에 관한 규범적 통제가 필요하게 되는 것이다.¹¹⁾

3. 국제공적권위 행사 논의의 핵심으로서 행위규준에 대한 검토

국제제도의 행위가 모두 국제공적권위의 행사로 파악될 수 없음은 상기에 서 언급한 바 있다. 공법적 접근이 필요한 개인의 자유와 권리 및 국가의 자율성에 영향을 미치는 국제공적권위 행사의 정당성 및 적법성을 규범적으로 검토하기 위해서는 검토 대상이 되는 국제공적권위 행사의 유형이 확정되어야 한다. 국제공적권위의 구체화를 위한 행위의 근거를 유형화함으로써, 특정 유형에 속하는 행위에 대하여 수준별 규범성 검토가 가능해진다. 이리

10) M. Koskeniemi, *Global Governance and Public International Law*, 37 *Kritische Justiz*, 241 (2004); E. Benvenisti, 'Coalition of the Willing' and the Evolution of Informal International Law," in C. Callies, G. Nolte & P.-T. Stoll (eds.), *Coalition of the Willing: Avantgarde or Threat?* (Carl Heymanns Verlag, 2007), pp. 1-23; J. Klabbers, *Institutional Ambivalence by Design: Soft Organization in International Law*, 70 *Nordic Journal of International Law*, 403 (2001), pp. 403-421.

11) 예를 들면, UNESCO 세계유산위원회의 운영지침(the Operational Guidelines by the UNESCO World Heritage Committee)과 같이 관련 조약의 규정에 종속되나, 운영지침이 성공적으로 적용되기 위하여 회원국의 적극적인 준수를 필요로 하는 경우이다. Goldmann, *supra* note 7, p. 1895.



한 의미에서 국제공적권위 행사의 유형에 관한 행위규준의 개념은 국제공적 권위의 논의에 있어서 매우 중요한 위치를 차지하고 있다.

1) 식별규칙과 법적 체제의 중요성

행위규준의 개념에서 ‘식별규칙(rule of identification)’과 ‘법적 체제(legal regime)’는 핵심적 사항이다.¹²⁾ 행위규준은 국제공적권위의 행사에 법규범을 적용할 수 있는 기준을 제공한다. 식별규칙은 다양한 국제제도의 행위 중 법적 영향력을 갖는 행위를 특정 유형의 행위규준으로 분류하는 역할을 한다. 식별규칙에 따라 국제제도의 행위가 특정 유형의 행위규준에 속하게 되면, 이 행위는 소속된 행위규준의 운용을 담당하는 법적 체제에 의해서 규율되게 된다. 법적 체제는 이러한 과정을 통하여 행위규준을 합리화하고 표준화하는 역할을 한다.¹³⁾ 법적 체제에 의한 행위규준의 합리화 및 표준화는 법적 체제가 관련 행위규준의 정당성과 적법성을 위한 기준을 설정하는 것으로 이해될 수 있다.

행위규준의 개념은 유럽의 국가 중 독일과 이탈리아와 같은 대륙법계 국가의 공법, 특히 행정법의 발전에 결정적인 공헌을 하였다.¹⁴⁾ 행위규준은 행정 행위를 보다 효과적이고 적법하게 시행하고자 하는 목적을 달성하기 위한 주요 개념으로 개발되었으며, 이는 행정행위에 대한 사법심사를 통한 규범 통제의 중요한 수단으로 활용되었다.¹⁵⁾ 국내적 차원과 달리 행위규준은 아직까지는 국제적 차원에서 일반적으로 수용되고 있지는 않은 것으로 보인다.

그럼에도 불구하고 국제법의 연구 주제로 법원(法源)에 대한 ‘대안문서(alternative instruments)’에 관한 연구가 진행되고 있다는 점은 향후 행위규준이 국제적 차원의 법치주의 달성을 위한 중요한 도구로 활용될 수 있을 것이라는 전망을 가능하게 한다. 국제법상 대안문서에 대한 연구는 국제법상

12) *Id.*, pp. 1879–1880.

13) von Bogdandy & Goldmann, *supra* note 1, p. 29.

14) *Id.*, pp. 29–38.

15) Goldmann, *supra* note 7, p. 1880.

선언적 성격의 국제문서¹⁶⁾, 일반적으로 수용되고 있는 표준¹⁷⁾ 및 행위 준칙¹⁸⁾의 국제법상 성격에 관한 논의로 진행 중이며, 보다 개괄적으로 ‘비형식적 국제입법(informal international lawmaking)’¹⁹⁾에 관한 논의 측면에서 검토되고 있다.

2) 법의 상대적 개념과 내적 관점의 적용

국제공적권위 행사의 논의와 관련하여 Goldmann은 요소를 설정하고, 이를 활용하여 국제공적권위의 행사를 구체화하는 행위규준의 형식적 유형 및 법적 성격의 범주화(categorization)를 시도한다. Goldmann은 법의 상대적 개념(relative concepts of law)과 형식적 기준에 근거한 내적 관점(internal standpoints)을 행위규준의 개념화에 있어서 출발점으로 설정한다.²⁰⁾ Goldmann은 법의 상대적 개념을 활용하여 법적 구속력 유무에 의한 국제제도 행위의 구분을 배제한다. 즉, 법의 상대적 개념은 인식 가능한 법적 규범성의 상이한 단계 모두를 포함하는 것을 가능하게 하는바, 법의 상대적 개념을 활용하여 구속력을 갖지 않는 문서 또는 비법적 문서에 근거한 국제공적권위의 행사를 검토 대상으로 포함시키려 한다.²¹⁾

형식적 기준에 근거한 내적 관점은 국제공적권위의 행사에 관한 논의를

16) R.-J. Dupuy, “Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to “Soft Law,” in R. Akkerman, P. van Krieken & C. Pannenburg, (eds.), *Declaration on Principles: A Quest for Universal Peace* (Springer, 1977), p. 247; H. Chodosh, *Neither Treaty Nor Custom: The Emergence of Declarative International Law*, 26 *Texas International Law Journal*, 87 (1991) 참조.

17) B. Oxman, *The Duty to Respect Generally Accepted International Standards*, 24 *New York University Journal of International Law and Politics*, 109 (1991-1992) 참조.

18) H. Keller, “Codes of Conducts and their Implementation: The Question of Legitimacy,” in R. Wolfrum & V. Röben (eds.), *Legitimacy in International Law* (Springer, 2008), pp. 219-298 참조.

19) J. Pauwelyn, R. Wessel & J. Wouters, *The Exercise of Public Authority through Informal International Lawmaking: An Accountability Issues?*, Jean Monnet Working Paper 06/11(www.jeanmonnetprogram.org/papers/11/documents/JMWP06Wessel.pdf, 2015.3.7.) 참조.

20) Goldmann, *supra* note 7, p. 1880.

21) *Id.*, pp. 1872, 1876-1878.



국제기구법 측면에서 다루고자 하는 것이다. 기능주의(functionalism)에 근거하여 정치학, 경제학, 사회학 등 법학 이외의 학문으로 국제공적권위의 행사를 외적 관점으로 접근할 경우, 이에 대한 사실적 설명은 가능할 수 있겠지만, 국제공적권위의 행사에 대하여 정당성, 적법성, 책무성 및 투명성과 같은 실질적 요건에 근거한 형식적 기준에 의한 규범적 통제가 어렵게 된다. 국제공적권위의 행사를 구체화하는 행위규준의 규범적 검토를 위하여 대상이 되는 문서의 실질적 영향, 관련 쟁점 영역의 특이성, 국가의 준수 가능성 등을 분석할 수 있는 실질적 기준을 활용하는 형식적 메커니즘이 마련되어야 한다.²²⁾

Goldmann은 실질적 기준은 형식적 기준으로 설정되어야 함을 주장하는데, 왜냐하면 검토 대상이 되는 특정 문서의 유효성 및 적법성에 대한 판단은 문서의 법적 성격에 대한 형식적 기준이 마련되지 않는다면 불가능하기 때문이다.²³⁾ 이러한 맥락에서 Goldmann은 실질적 요건에 근거한 형식적 기준을 제공하는 것으로 국제기구법의 역할을 제시하고 있다.

3) 행위규준 유형화를 위한 요소

Goldmann은 요소를 활용하여 행위규준의 유형화를 제시한다. 요소는 구체적인 식별규칙의 수립을 위한 수단으로 활용된다. Goldmann은 ‘유전적 요소(genetic parameters)’, ‘문언적 요소(textual parameters)’ 및 ‘후속 조치와 관련된 요소(parameters concerning follow-up)’를 활용하여 행위규준의 유형화를 시도한다. 유전적 요소는 특정 문서가 존재하기까지의 일련의 과정에 관련된 상황과 관련된다. 즉, 유전적 요소는 누구에 의해서 작성되고, 어떠한 절차를 거쳐서 채택되고, 어떠한 유형으로 공포되는 것인가와 관련된 다양한 상황과 관련되는 요소이다.²⁴⁾

특정한 행위규준의 이행 여부는 관련 행위규준이 어느 정도의 유효성,

22) *Id.*, p. 1878.

23) *Id.*, p. 1879.

24) *Id.*, pp. 1884-1886.

정당성 및 적법성을 갖고 있는가에 따라 결정된다. 예를 들어, 패권적 지위에 있는 주체가 문서의 작성을 주도하고, 총회기관 등의 대표성을 갖는 기관에 의해서 채택 과정이 규율되고, 공식적 선언에 의해서 문서가 공포되는 경우, 이러한 행위규준은 다른 행위규준보다 높은 수준의 이행이 예상되는 행위규준 유형에 속하게 될 것이다.

문언적 요소는 행위규준에 표현되는 문언의 성격에 관한 것이다. Goldmann은 행위규준의 명칭, 적용 단계별 대상의 구분, 의무적 성격의 유무, 일반성 여부, 위계성 여부 등을 행위규준의 유형화를 결정하는 문언적 요소로 제시하고 있다.²⁵⁾ 예를 들면, EU법에서 규칙, 지침, 결정 등의 구분에 따라 관련 문서의 법적 성격이 결정되는데, 명칭에 따라 관련 문서의 이행 수준이 예측될 수 있다.²⁶⁾

적용 단계별 대상의 구분은 행위규준이 적용 대상이 되는 객체를 직접적으로 규정하고 있는지, 간접적으로 규정하고 있는지에 관한 것이다. Goldmann은 1단계 수신인(first level addressees)과 2단계 수신인(second level addressees)으로 설명하고 있다. 행위규준이 명시적으로 개인이나 집단을 1단계 수신인으로 규정하는 경우, 관련된 개인이나 집단은 국가의 매개를 통하여 행위규준의 내용이 적용되는 2단계 수신인인 개인이나 집단보다 직접적인 영향을 받게 된다. 이러한 경우, 관련된 행위규준은 보다 높은 수준의 규범적 통제가 필요한 행위규준의 유형에 포함되게 된다.

행위규준이 의무적 성격의 용어를 포함하고 있는지 여부에 따라 적용 대상이 되는 객체의 재량의 폭이 결정된다. 행위규준이 일반적 규칙을 설정하고 있는지 또는 적용 대상을 특정하고 있는지도 행위규준의 유형화에 큰 영향을 미치는데, 적용 대상으로 특정된 개인의 자유와 권리가 사법 심사와 같은 국내적 규범통제 메커니즘을 우회하여 행위규준에 의해서 영향을 받을 수 있기 때문이다. 민주적 정당성의 측면에서 행위규준의 위계성은 매우 중요하다. 즉, 행위규준이 다른 문서에 의해서 이행이 필요한 일반적인 내용을 담고

25) *Id.*, pp. 1886-1888.

26) J. Bast, *Grundbegriffe der Handlungsformen der EU* (Springer, 2006), p. 146.



있는 경우와 자체적으로 구체적 내용을 담고 있는 경우의 차이점은 매우 큰 것이다.

후속조치와 관련된 요소는 행위규준이 활용하는 이행 메커니즘에 초점을 두고 행위규준을 유형화하는 것이다. 즉, 행위규준은 제재 및 직접 이행을 통한 경성 집행, 사법기구를 통한 소송에 따른 집행, 감시, 보고 및 평판을 활용하는 연성 집행 중 어떠한 이행 메커니즘을 갖추고 있는가에 따라 구분될 수 있다.²⁷⁾ 후속조치와 관련된 요소에 대하여 연성 집행 메커니즘을 규정하고 있는 행위규준이 경성 집행 메커니즘을 규정하는 행위규준보다 국제공적권위의 행사에 있어서 개인이나 국가에 미치는 영향이 적은 것으로 이해되어서는 아니 된다. 평판에 영향을 주는 보고서의 채택이 직접적인 제재보다 관련된 개인이나 국가에 더욱 큰 영향을 줄 수 있기 때문이다.

4) 행위규준의 유형

Goldmann은 상기한 요소를 바탕으로 행위규준의 유형을 개인과 관련된 행위규준과 국가와 관련된 행위규준으로 구분하고 있다. Goldmann은 개인과 관련된 행위규준으로서 ‘국제행정적결정(international administrative decisions)’, ‘국제행정적권고(international administrative recommendations)’, ‘국제행정적정보행위(international administrative information acts)’를 제안하고²⁸⁾, 국가에 관련된 행위규준으로서 ‘국제공적결정(international public decisions)’, ‘국제공적권고(international public recommendations)’, ‘2차 국제법(international secondary law)’, ‘내부운영규칙(internal operational rules)’, ‘국제공적기준(international public standards)’, ‘국제이행기준(international implementing standards)’, ‘예비적 전문가 평가(preparatory expert assessments)’, ‘국가정책평가(national policy assessments)’를 제안하고 있다.²⁹⁾

27) Goldmann, *supra* note 7, pp. 1888-1890.

28) *Id.*, pp. 1891-1893.

29) *Id.*, pp. 1893-1899.

개인과 관련된 행위규준 중 국제행정적결정은 UN안전보장이사회의 알카에다 및 탈레반 제재위원회가 채택하는 문서와 같이 관련 개인에게 직접적인 영향을 미치는 결정을 담고 있는 행위규준을 의미한다.³⁰⁾ 행위규준 유형화의 요소로 보면, 국제행정적결정은 의무적 용어를 담고 있으며, 경성 집행 메커니즘을 갖는 행위규준으로 분류될 수 있다. 국제행정적권고는 단순히 권고적인 성격을 갖는 행위규준의 유형으로 OECD의 다국적기업 관련 절차 지침에 따라 국내연락사무소가 발표하는 성명과 같은 것이다.³¹⁾ 국제행정적 정보행위는 인터폴의 공지와 같이 의무적 내용이 아닌 정보제공을 담고 있는 행위규준의 유형이다.³²⁾

국가와 관련된 행위규준으로서 국제공적결정과 국제공적권고는 개인과 관련된 국제행정적결정과 국제행정적권고와 유사한 것이다. 2차 국제법과 내부운영규칙은 국제공적권위의 행사를 구체화하는 행위규준으로서 주목해야 하는 유형이다. 보통 2차 국제법 및 내부운영규칙은 그 자체로 관련 협약 체제가 규정하는 권리 및 의무에 직접적인 변경을 가져오거나, 회원국의 이행을 직접적으로 강제하는 것은 아니다.³³⁾ 그럼에도 불구하고, 2차 국제법과 내부운영규칙은 회원국에게 상당한 수준의 준수를 요구하고 관련 협약의 내용에 실질적인 영향을 미치는 경우가 있다.

예를 들어, 교토의정서의 당사국회의가 채택한 배출거래제도 관련 회계 규정은 회원국의 이행을 요구하며 이행위원회의 직접적인 집행조치에 구속된다.³⁴⁾ 이러한 경우, 2차 국제법은 의무적 용어를 담고 있으며, 경성 집행

30) C. Feinäugle, *The UN Security Council Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee: Emerging Principles of International Institutional Law for the Protection of Individuals?*, 9 German Law Journal, 1513 (2008) 참조.

31) G. Schuler, *Effective Governance through Decentralized Soft Implementation: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 9 German Law Journal, 1754 (2008) 참조.

32) B. Schöndorf-Haubold, *The Administration of Information in International Administrative Law-The Example of Interpol*, 9 German Law Journal, 1719 (2008) 참조.

33) 2차 국제법에 관하여는 M. Benzig, "International Organizations or Institutions, Secondary Law," in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. VI (Oxford Univ. Press, 2012), pp. 74-84 참조.

34) P. Lános, *Flexibility and Legitimacy-The Emissions Trading System under the Kyoto Protocol*, 9 German Law Journal, 1626 (2008) 참조.



메커니즘에 구속되는 일반적 내용을 담고 있는 행위규준으로 유형화될 수 있다.³⁵⁾ UNESCO 세계유산위원회의 운영지침은 성공적인 이행을 위해서 회원국에게 상당한 수준의 이행을 요구하고 있다.³⁶⁾ 내부운영규칙은 관련 조약이나 협약이 정상적으로 운용되는데 필요한 절차를 제공하는바³⁷⁾, 조약이나 협약의 운용에 결정적인 영향을 미치게 된다. 내부운영규칙은 관련 국제제도에 의해 직접적으로 이행되는바, 경성 집행의 유형에 속하는 행위규준으로 파악될 수 있다.³⁸⁾

국제공적기준은 OECD의 다국적기업 관련 절차지침³⁹⁾, CAC의 국제식품규격⁴⁰⁾, ILO의 노동자기본권선언⁴¹⁾, FAO의 책임 있는 수산업규범⁴²⁾ 등과 같이 관련 국제기구에서 작성되며, 경성 집행에 속하지 않는 행위규준의 유형이다. 국제이행기준은 일반적으로 2차 국제법 또는 국제공적기준에 종속되는 유형의 행위규준이다. 즉, FAO의 책임 있는 수산업규범의 구체화를 위한 규칙으로 FAO 사무국이 마련한 책임 있는 수산업을 위한 국제행동계획 및 기술지침은 국제이행기준의 유형에 속하는 행위규준의 좋은 표본이다.⁴³⁾

예비적 전문가보고서의 사례로 CAC가 채택한 문서를 언급할 수 있다. CAC가 채택한 문서는 FAO/WHO 공동 전문가 기구가 작성한 위험평가 보고서에 근거하고 있다. 위험평가보고서는 그 자체로 의무적 사항을 담고

35) Goldmann, *supra* note 7, p. 1895.

36) D. Zacharias, *The UNESCO Regime for the Protection of World Heritage as Prototype of an Autonomy-Gaining International Institution*, 9 German Law Journal, 1833 (2008) 참조.

37) 내부운영규칙에 관하여는 P. Klein, "International Organizations or Institutions, Internal Legal Rules," in Wolfrum, *supra* note 33, pp. 27-31 참조.

38) Goldmann, *supra* note 7, p. 1896.

39) Schuler, *supra* note 31 참조.

40) R. Pereira, *Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? - A Study of the Codex Alimentarius Commission*, 9 German Law Journal, 1693 (2008) 참조.

41) E. de Wet, *Governance through Promotion and Persuasion: The 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 9 German Law Journal, 1429 (2008) 참조.

42) J. Friedrich, *Legal Challenges of Nonbinding Instruments: The Case of the FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries*, 9 German Law Journal, 1539 (2008) 참조.

43) Goldmann, *supra* note 7, p. 1897.

있지 않지만, 기준 수립 절차에서 CAC와 전문가 기구 간의 역할 분담에 따라 예비적 전문가보고서는 공적권위를 행사하는데 관여하는바, 예비적 전문가보고서는 관련 분야에 대한 정보를 담고 있는 비의무적 성격의 행위 기준으로 유형화될 수 있다.⁴⁴⁾ 국가정책평가는 정보의 수집과 전파와 관련된 행위기준의 유형이다. OECD의 국제학업성취도평가정책은 회원국의 학업성취도에 대한 정보를 제공한다. 공개적이고 정기적인 평가보고서는 국가별 순위를 통하여 회원국의 교육 정책에 실질적인 효과를 미친다.⁴⁵⁾ 국가정책평가는 연성 집행 메커니즘을 갖는 비의무적 성격의 행위기준으로 분류될 수 있다.⁴⁶⁾

III. 글로벌 거버넌스 메커니즘으로서 세계행정법

‘세계행정법(GAL: Global Administrative Law)’은 글로벌 거버넌스를 ‘행정(administration)’으로 이해하는 데서 시작한다. 즉, 글로벌 거버넌스는 행정법상의 주요 원칙에 근거하여 규율되고 조직되어야 한다는 주장에 따라 등장하게 되었다.⁴⁷⁾ GAL은 글로벌 거버넌스의 효과적 운용을 위한 필수요건으로 기술적 성격의 행정적 기능에 주목한다. 즉, 규제적 행정 기능의 확대를 통하여 국가 및 비국가 단체로 구성되는 국제사회 행위자들의 다양한 이해를 조화시키려는 것이 GAL의 주요 목표이다.⁴⁸⁾

44) *Id.*, p. 1898.

45) von Bogdandy & Goldmann, *supra* note 1 참조.

46) Goldmann, *supra* note 7, p. 1899.

47) N. Krisch & B. Kingsbury, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, 17 *European Journal of International Law*, 1 (2006), p. 2.

48) B. Kingsbury, N. Krisch & R. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 *L. & Contemp. Probs.* 15 (2005), p. 15. GAL에 대한 일반적 논의는 A. Aman Jr., *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: from Government to Governance*, 8 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 379 (2001); N. Krisch & B. Kingsbury (eds.), *Symposium on "Global Governance and Global Administrative Law*



GAL의 주요 개념은 사실 세계화 시대 이전부터 국제행정법의 시각에서 제시되었었다. 1866년 Lorenz von Stein에 의해 처음으로 제시된 국제행정법은 국제적 및 국내적 법원(法源)으로 구성되며, 국제사회 전체에서 행해지는 행정적 활동을 공통으로 규율하는 법규범으로 이해되었다. v. Stein은 국제보건활동의 개념을 행정 측면에서 검토하였으며, 우편, 항행, 통신 등과 같은 다양한 분야에서 등장한 국제규제기구(international regulatory institutions)의 등장에 대해서도 유사한 검토를 진행하였다.⁴⁹⁾

국제규제기구는 회원국의 국내적 비준이 필요 없는 구속력 있는 2차 규범의 제정 능력을 행사하였는데, 국제행정법은 이와 같은 국제규제기구의 권능에 초점을 두었다. 국제규제기구의 구조 내에서 국내행정 행위자들 간의 협력이 심화되었으며, 이러한 국내행정 행위자의 협력은 관련된 국제기구 또는 국제레짐(international regime)의 성공적 운영을 위한 필수적 요소로 이해되었다. 즉, 국내행정 행위자의 국제규제기구에서 담당하는 역할의 중요성이 부각된 것이었다. 국제적 성격을 갖는 문제에 관하여 국제규제기구가 조치를 취하는 경우, 국제규제기구와 국내행정 행위자 간의 협력 및 조화가 당해 조치의 성패를 결정하게 되는 중요한 요인인바, 이를 ‘국제행정(international administration)’으로 이해한 것이다.⁵⁰⁾

in the International Legal Order, 17 *European Journal of International Law*, 1 (2006); S. Chesterman, *Globzalizing Rules: Accountability, Power, and the Prospects for Global Administrative Law*, 14 *Global Governance*, 39 (2008) 참조.

49) K. Vogel, ‘Administrative Law: International Aspects,’ in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (North-Holland, 1992), p. 23. 19세기 국제행정법과 이에 대한 법이론에 관한 논의는 M. Vec, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution: Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und geselleschaftlicher Selbstnormierung* (Vittorio Klostermann, 2006) 참조.

50) P. Reinsch, *International Administrative Law and National Sovereignty*, 3 *Amer. J. Int’l L.* 1 (1909); P. Négulesco, *Principes du droit international administratif*, 51 *Recueil des Cours* 579 (1935) (Brill, 1970) 참조.

1. 세계행정영역의 구조

GAL에 대한 논의는 세계 또는 초국가적 행정의 존재를 인정하지 않고서는 불가능하다. 따라서 GAL에 대한 논의의 진행에 있어서 선결적으로 분석되어야 할 것은 GAL이 규율하는 ‘세계행정영역(global administrative space)’의 개념이다. 세계행정영역은 다수의 행정규제기구의 유형을 포함하고, 이러한 규제 대상이 되는 국가, 개인, 기업 및 비정부간기구(NGOs)를 포함하는 포괄적 영역으로 정의된다.⁵¹⁾

이와 같은 포괄적 영역으로 세계행정영역을 정의하는 것에 대하여 반론이 제기되는데, 아직도 대다수의 국제법학자들이 행정을 국가 또는 EU와 같이 높은 수준의 통합성을 갖는 예외적인 기구의 영역에서만 가능한 것으로 이해하기 때문이다. 반론을 제기하는 학자들은 세계적 행정 기능으로 보이는 국제조치들은 각 국가의 행정 조치를 보완하거나 지원한 것에 불과한 것이며, 독자적 자율성에 근거하여 독립된 행정 조치를 취할 수 있는 능력이나 권한을 행사하는 세계 기구가 부재하기 때문에 세계행정영역이 존재한다는 주장은 부적절하다고 주장한다.⁵²⁾

그러나 이러한 반론은 행정적 구성요소와 기능을 갖춘 국제적 또는 초국가적 규제레짐(regulatory regime)의 급격한 발전을 직시할 때, 현실에 대한 정확한 판단으로 생각되지는 않는다. WTO의 각종 위원회를 통한 국제통상레짐에 관한 각종 규제 조치, 국제환경레짐에서 Kyoto 의정서체제가 수립한 청정개발제도를 통한 규제 조치, 국제안보레짐에서 UN 안전보장이사회와 제재위원회, 원자력 규제레짐에서 IAEA 및 화학무기협약의 감독 메커니즘 등이 활발하게 작동되고 있다는 점 및 각 분야별 규제레짐의 활동에 다양한 행위자가 참여하고 있다는 점을 감안할 때, 세계행정영역은 실제로 존재하고 있다고 생각된다.⁵³⁾

51) Kingsbury, Krisch & Stewart, *supra* note 47, p. 18.

52) *Id.*

53) *Id.*, pp. 18-19.



2. 세계행정의 다섯 가지 유형 및 주요 주체

Kingsbury, Krisch 및 Stewart는 세계행정을 다섯 가지 유형으로 구분하고 있는데, 다섯 가지 유형은 배타적이지 않고 밀접한 상호작용을 통하여 전체적인 세계행정을 구성하고 있다. Kingsbury, Krisch 및 Stewart는 세계행정을 담당하는 제도 또는 기구를 설립 유형 및 참여자를 기준으로 다섯 가지 유형으로 구분하고 있다. 다섯 가지 유형은 1) 공식적 국제기구에 의한 행정, 2) 국내 규제기관 간의 협력 및 초국가적 네트워크에 의한 집단적 조치에 근거한 행정, 3) 조약, 네트워크 및 기타 협력레짐에 근거한 국내적 규제에 따른 분산된 행정, 4) 정부와 사적단체가 협력하는 혼합적 장치에 근거한 행정 및 5) 규제 기능을 행사하는 사적제도에 따른 행정으로 구분된다.⁵⁴⁾

공식적 국제기구에 의한 행정은 가장 공식적인 형태로 조약 또는 기관 간 약정으로 형성된 정부간기구가 세계행정의 주요 행위자로 활동하는 유형이다. 즉, UN 안전보장이사회가 테러 관련 대상자에 대한 명단을 작성하고 이들을 대상으로 표적제재를 행사하는 것, 세계보건기구(WHO)가 세계보건에 대한 위험 평가를 수행하고, 위험경고 조치를 취하는 것과 같은 것이 이의 대표적인 사례이다.⁵⁵⁾

국내규제기관 간의 협력 및 초국가적 네트워크에 의한 집단적 조치에 근거한 행정은 공식적 국제기구에 의한 행정과는 대조적으로 구속력을 갖는 공식적 의사결정구조의 부재 및 국내규제기관 간의 비공식적 협력을 특징으로 한다. 이에 대한 대표적인 사례는 Basel 위원회의 활동인데, 동 위원회의 활동은 조약이라는 공식적인 구조를 활용하지 않고 은행의 자기자본비율과 같은 정책문제에 관하여 각국의 중앙은행에 논의의 장을 제공하고 있다. Basel 위원회의 이러한 활동은 비록 법적 구속력은 갖고 있지 않지만, 실질적으로 매우 효과적이라는 점에서 의의를 찾을 수 있다.⁵⁶⁾

54) *Id.*, p. 20.

55) *Id.*, p. 21.

56) *Id.*

조약, 네트워크 및 기타 협력레짐에 근거한 국내적 규제에 따른 분산된 행정은 각국의 국내 행정을 담당하는 기관이 국제적 행정분야에서 동시에 활동하는 경우이다. 특히, 역외규제관할(extraterritorial regulatory jurisdiction)의 행사가 이의 좋은 사례가 되는데, 이는 국가 외에서 행해지는 활동에 대하여 규제를 모색하기 때문이다. 즉, 이 유형의 행정은 국제적으로 확립된 실질 및 절차 요건에 의해 제한 가능한 것인데, 이러한 맥락에서 국내 행정의 적법성 여부가 결정된다.

환경 분야의 경우, 즉각적인 역외적 효과를 유발하지 않는 국내 행정 조치도 세계행정영역의 일부를 구성할 수 있는데, 온실가스 감축 및 생물다양성 보존과 관련된 국내 행정 조치들이 좋은 사례가 될 것이다. 또한, 국가들이 각국의 국내행정기관들이 설정한 기준과 인증절차를 상호 승인하는 것도 분산된 행정을 구성한다.⁵⁷⁾

정부와 사적단체가 협력하는 혼합적 장치에 근거한 행정은 다양한 형태를 취하고 있으며, 그 중요성이 크게 증가하고 있다. 국제식품규격위원회(CAO)가 좋은 사례인데, CAO는 식품안전성에 관한 의사결정절차에 정부대표는 물론 NGOs의 활발한 참여를 허용하며, 이들이 채택한 기준은 WTO 체제에서 SPSS협정을 통하여 준-의무적인 효과를 갖는다. 국제도메인규제기구(ICANN)는 NGOs가 설립한 것이지만, 정부대표를 포함하여 의사결정을 행함으로써, ICANN은 강력한 권한을 행사하게 되었다.⁵⁸⁾

마지막으로 규제 기능을 행사하는 사적 제도 또는 기구에 따른 행정은 다양한 분야에서 폭넓게 운용되고 있다. 예를 들어, 국제표준화기구(ISO)는 세계 전반에 상품과 절차규칙의 조화를 목적으로 하는 다수의 기준을 채택하고 있는데, 이러한 규칙의 실질적 유효성은 대단한 것이다. 기업 또한 다양한 산업분야에서 규칙을 제정하고 이에 따른 규제레짐을 발전시켜 왔다. 사적 제도 또는 사적 기구들은 공적 권한을 행사하지 않기 때문에 행정 주체라기보다 이익 집단으로 취급되나, 세계행정영역에서 국제공적제도가 부재하는

57) *Id.*, pp. 21-22.

58) *Id.*, p. 22.



상황에서 이들은 사실상 강력한 권한을 행사하며 활동의 중요성을 증가시키고 있다.⁵⁹⁾

3. 세계행정의 범위 및 GAL의 주요 법원(法源)

글로벌 거버넌스의 가장 큰 문제점은 글로벌 거버넌스에 참여하는 다양한 국제기구 및 행위자의 정당성 및 책무성을 어디에서 찾아야 하는 것인가와 밀접히 연관된다. 특히, 민주적 정당성의 문제는 글로벌 거버넌스의 운용에 있어서 가장 큰 문제인데, 이 문제에 대하여 GAL의 활용은 많은 도움을 준다. 글로벌 거버넌스를 연구하는 학자들은 규범적 관심사를 행정법의 기술적 측면으로 전환시키고, 세계행정영역에서 활동하는 다양한 행위자의 의사결정에 대한 책무성을 주목하는 GAL의 접근방법에 주목하고 있다.⁶⁰⁾

그러나 국내 행정법에 GAL을 직접적으로 유추하려는 시도는 조심스럽게 진행되어야 한다. 국내행정법은 실효적 공권력을 행사할 수 있는 동질적이고 통일적인 국내사회 질서가 마련되어 있지만, 세계행정영역은 GAL이 이와 같은 실효적 공권력을 행사할 수 있을 정도로 충분히 조직화되어 있지 않기 때문이다.⁶¹⁾ 그러나 적어도 국제규제행정 분야에서 유사한 기능을 수행하는 국제기구 또는 제도가 현실적으로 존재하고 있으며, 국제규제행정 분야에 참여하는 행위자의 규율이 필요한 세계행정영역이 점차 확대되고 있다는 점에서 GAL의 필요성은 분명히 존재한다.⁶²⁾

GAL의 법원(法源)은 조약, 관습법 및 법의 일반원칙과 같은 전통적인 국제법의 법원으로 구성되며, 또한 세계행정영역에서 활동하는 다양한 행위자가

59) *Id.*, pp. 22-23.

60) 글로벌 거버넌스에서 활동하는 행위자들의 책무성에 대한 개괄적 논의는 J. Pauwelyn, R. Wessel & J. Wouters, *Legal Approaches to Global Governance and Accountability: Informal Lawmaking, International Public Authority, and Global Administrative Law Compared* (Oxford Univ. Press, 2012) 참조.

61) Kingsbury, Krisch & Stewart, *supra* note 47, p. 28.

62) D. Eaty, *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law* 115 *Yale Law Journal*, 1490 (2006) 참조.

독자적으로 형성한 법규범의 총체로 볼 수 있다.⁶³⁾ 관련 레짐에 참여하는 행위자가 독자적으로 형성한 법규범이 GAL의 법원으로 포함될 수 있다는 점에서 GAL의 법원은 상인법(*lex mercatoria*)과 매우 흡사한 규범체제로 이해될 수 있다.⁶⁴⁾

GAL의 법원에 관한 논의 중 중요한 위치를 차지하는 것은 국내법의 GAL에서의 지위에 관한 것이다. 분산된 행정의 유형에서 이는 특히 중요성을 갖는데, 국내법이 세계행정의 구체적인 실시예 규범적 근거를 제공하기 때문이다. 특히, 세계행정에 관여하는 국제기구의 행위가 사적 개인의 이해에 영향을 미치는 경우, 국내법이 이러한 행위의 적법성, 정당성 및 책무성의 심사를 담당할 수 있으며, 이러한 심사를 통해서 GAL의 규범력이 판단될 수 있기 때문이다.⁶⁵⁾

4. GAL의 주요 운영 원리

세계행정영역에서 활동하는 분야별 레짐이나 기구의 활동에서 가장 중요한 쟁점은 이들의 활동과 관련된 적법성, 정당성 및 책무성을 확보할 수 있는 메커니즘의 수립 여부에 관한 것이다. 사적 행위자가 활발하게 활동하는 세계행정영역에서 관련 당사자들은 자신의 이해를 극대화하려는 경향이 농후한바, 이들의 활동에 대하여 적절한 견제 또는 감독이 이루어지지 않는다면, 세계행정영역은 무질서 상태에 놓이게 될 것이다.

다양한 국내기관이 세계행정조치에 대한 견제 또는 감독을 행하고 있지만⁶⁶⁾, 사법기관의 세계행정조치에 대한 견제 또는 감독이 대표적인 유형으

63) A. Mitchell & J. Farnik, *Global Administrative Law: Can It Bring Global Governance To Account?*, 37 Federal Law Review, 237 (2009), pp. 237-242.

64) GAL을 상인법에 비교하는 접근에 대한 개괄적 논의는 G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State* (Ashgate Publishing, 1997) 참조. Kingsbury, Krisch & Stewart는 GAL을 수정된 형태의 *ius gentium*으로 이해하고 있다. Kingsbury, Krisch & Stewart, *supra* note 47, p. 29.

65) A.-M.. Slaughter, *A New World Order* (Princeton Univ. Press, 2004), pp. 36-64.

66) D. Zaring, *Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration*, 5 Chicago Journal of International Law, 547 (2005) 참조.



로 제시되고 있다. 2000년 보스니아-헤르제고비나 헌법재판소의 보스니아 평화협정 이행 국제사회고위대표부(OHR)의 결정에 대한 심사는 이의 대표적인 사례이다. OHR은 1995년 Dayton협정에 의해 수립된 것으로, 동협정의 부속서에 따라 OHR은 관련 문제에 대하여 최고결정권자로서 활동하였다. 보스니아-헤르제고비나 헌법재판소는 OHR의 활동이 국제공무원으로서의 활동이 아니라 사실상 국내공무원으로서의 활동인 경우, 이는 보스니아-헤르제고비나 헌법에 따라 적법성 여부가 심사될 수 있다는 점을 지적하며 OHR의 활동을 심사했다.⁶⁷⁾

국내법원 또한 사적 세계행정기구의 결정을 심사해왔다. 국제스포츠레짐의 중요한 행위자인 국제올림픽위원회(IOC) 및 스포츠중재법원(CAS)이 내리는 도핑판정은 국내법원이 승인 가능하도록 적법절차 기준을 충족할 것을 요구하고 있는데, 이 또한 세계행정기구의 조치에 대한 국내법원의 심사 및 견제의 중요한 사례로 제시되고 있다.⁶⁸⁾

적법성, 정당성 및 책무성을 확보하고자 하는 노력은 세계행정기구가 채택한 내부 메커니즘에서도 찾아볼 수 있다. 세계은행기금계획의 건전성을 확보하기 위한 내부지침으로 수립된 세계은행조사패널(World Bank Inspection Panel)의 메커니즘이 이의 대표적인 예이다. 이 절차에 따라 세계은행 이사회는 은행 운영에 관한 일상적인 행정의 정당성, 적법성 및 책무성에 대한 추가적인 통제가 가능하며, 이러한 메커니즘은 다수의 지역 개발은행에서 활용되고 있다.⁶⁹⁾

세계행정영역에서 정부 간 비공식적 네트워크 또한 투명성과 참여에 대한

67) Case U9/00 (Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina) (Nov. 3, 2000), para. 9. 이에 대한 논의는 C. Stahn, *International Territorial Administration in the Former Yugoslavia: Origins, Developments and Challenges Ahead*, 61 ZaöRV, 107 (2001), pp. 158-159, 167-171 참조.

68) M. Mitten, *Judicial Review of Olympic and International Sports Arbitration Awards: Trends and Observations*, 10 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 51 (2009), pp. 62-67.

69) 세계은행조사패널에 대한 일반적 논의는 D. Clark et al. (eds.), *Demanding Accountability: Civil-Society Claims and the World Bank Inspection Panel* (Rowman & Littlefield Publishers, 2003), pp. 1-24 참조.

절차적 정당성, 적법성 및 책무성을 제고하기 위한 메커니즘이 고안되어 활용되고 있다. CAO는 의사결정절차에 NGOs를 직접 참여시킴으로써 투명성과 참여를 통한 관련 행위자의 책무성의 제고를 도모하고 있는데, 이 또한 좋은 사례가 될 것이다.⁷⁰⁾

Kingsbury, Krisch 및 Stewart는 세계행정영역에서의 효과적 행정조치의 시행을 위해서 1) 투명성과 참여에 대한 절차적 보장, 2) 행정조치에 대한 합리적인 근거 제공, 3) 행정조치에 대한 심사 메커니즘 수립 등을 GAL의 주요 요건으로 제시하고 있는데, 이는 모두 세계행정영역에서 책무성 강화를 위한 시도로 이해될 수 있다. 세계행정기구의 책무성을 강화하기 위한 절차적 보장 장치로서 투명성과 참여의 확보는 GAL이 설정한 가장 중요한 요건이다.

투명성과 참여를 위한 절차적 보장은 세계행정기구가 내린 결정에 영향을 받는 이해 당사자에게 충분한 소명기회를 주고, 세계행정기구의 의사결정 과정에 이해 당사자의 폭넓은 참여를 제공함으로써 가능해진다.

자금세탁방지위원회(Financial Action Task Force)는 자금세탁방지를 이행하지 않는 회원국들의 명단을 작성할 때, 비회원국이 상기 명단에 포함되는 경우에 이들에게 소명 기회를 제공하고 있다는 점에서 관련 조치의 투명성의 확보에 노력하고 있다. IOC도 도핑문제에 대하여 제재 대상이 된 개인에게 소명기회를 제공함으로써 투명성을 제고하고 있다.⁷¹⁾ 또한, 세계은행, 국제통화기금 및 WTO와 같은 국제기구들은 내부분서에 대하여 관련 당사자에게 활발한 접근을 제공하고 있는데, 이는 비밀스럽게 진행되는 내부적 의사결정에 대한 반대 및 비판에 대한 대응 방안으로서 투명성을 확보하려는 시도로 파악될 수 있다.⁷²⁾

행정조치에 대한 합리적인 근거의 제공 또한 GAL의 주요 요건이다. 세계행정영역의 확대로 세계행정기구의 조치는 직접 대상이 되는 개인 및 집단에게 영향을 주게 된다. 이러한 조치가 유효하게 집행되기 위해서는 조치 자체의 적법성 및 정당성이 확보되어야 함은 물론이며, 이러한 조치의 대상이 되는

70) Kingsbury, Krisch & Stewart, *supra* note 47, p. 35.

71) *Id.*, p. 38.

72) *Id.*, p. 39.



개인 또는 집단이 자발적으로 수용할 수 있도록 충분한 근거가 제공되어야 한다. 이를 위해서 조치의 대상이 된 개인 또는 집단에게 문제되는 조치에 대한 의사결정과정에서 적극적인 참여를 보장하고, 정보 공개 및 합리적 근거가 제공되어야 한다.⁷³⁾

개인의 권리에 영향을 주는 행정기관의 결정에 대한 독립적인 사법기관의 심사는 국내행정법에서는 널리 활용되고 있는데, 이러한 심사는 세계행정영역에서도 유사하게 진행되고 있다. 인권과 관련된 위법적 결정이나 조치에 대한 법원의 심사는 심사 메커니즘의 유효성에 관한 중요한 사례가 된다. 예를 들어, 유럽인권협약은 회원국들에게 회원국들이 참여하는 국제기구의 절차적 기준이 그들의 국내 기준과 합치되어야 할 것을 규정하고 있다.⁷⁴⁾

IV. 비전형적 국제입법으로서 글로벌 법다원주의

1. 법다원주의의 주요 내용

법다원주의는 복수의 법체계가 동일한 사회 영역에서 공존하는 것을 긍정하는 것으로부터 이론적 전개를 진행한다.⁷⁵⁾ 법다원주의의 선도적 연구자로서 Pospisil은 사회를 구성하는 모든 하부집단(subgroups)은 자신만의 법체계를 가지며, 이와 같은 하부집단의 법체계를 국가법 또는 공식법과 본질적으로 상이한 것으로 이해한다.⁷⁶⁾ Griffiths와 Merry는 법다원주의의 이론적 발전에 있어서 상당한 공헌을 하였다. Griffiths는 법다원주의를 ‘약한 법다원주의(weak legal pluralism)’와 ‘강한 법다원주의(strong legal

73) C. Harlow, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, 17 *European Journal of International Law*, 187 (2006), pp. 190-195.

74) Kingsbury, Krisch & Stewart, *supra* note 47, p. 40.

75) S. Merry, *Legal Pluralism*, 22 *Law and Society Review*, 869 (1988), p. 870.

76) L. Pospisil, *The Anthropology of Law: A Comparative Theory of Law* (Harper and Row, 1971), p. 107.

pluralism)’로 구분하여 설명하고⁷⁷⁾, Merry는 법다원주의를 ‘고전적 법다원주의(classic legal pluralism)’와 ‘신 법다원주의(new legal pluralism)’로 구분하여 설명하고 있다.⁷⁸⁾ Griffiths는 약한 법다원주의를 ‘법률가의 법다원주의(lawyers or juristic legal pluralism)’로, 강한 법다원주의를 ‘사회과학자의 법다원주의(social-scientists legal pluralism)’로 부연 설명하고 있다.

Griffiths는 약한 법다원주의는 진정한 법다원주의가 아니며, 강한 법다원주의가 법이론에 매몰되지 않고 사회현상을 현실적으로 파악할 수 있다는 점에서 이를 진정한 법다원주의로 제시한다.⁷⁹⁾ Griffiths의 약한 법다원주의와 강한 법다원주의의 구분 기준은 상이한 법체계가 국가법체계 내에 존재하는 것인지, 체계 외에 존재하는 것인지에 관한 것이다. 즉, 전자가 국가법 중심주의 입장에서 상이한 법체계를 국가법체계 내부로 수용하는 것이라면, 후자는 국가법 중심주의를 탈피하여 대등한 위치에서 상이한 법체계와 국가법체계의 병존 가능성을 인정하는 점에서 차이가 있다.⁸⁰⁾

Merry의 고전적 법다원주의와 신 법다원주의의 구분 기준은 법다원주의의 적용 범위에 따른 것이다. 즉, Merry는 식민국-피식민국의 상이한 법체계 간의 상호작용에 관한 법다원주의의 논의를 고전적 법다원주의로, 식민주의 맥락을 벗어나 산업사회 내부의 국가법과 비국가법 간의 상호작용에 관한 논의를 신 법다원주의의 주요 쟁점으로 설명하고 있다.⁸¹⁾ 신 법다원주의 논의의 핵심은 다원적 규범 질서(plural normative orders)가 거의 모든 사회에서 발견된다는 점을 지적하는 것이다.

인류학 및 사회학 분야에서 연구된 다원주의를 기반으로 전개된 법다원주의 논의는 ‘살아있는 법(living law)’의 개념을 주장한 Ehrlich에 의해서

77) J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?* 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1 (1986), pp. 1-55 참조.

78) Merry, *supra* note 75, pp. 872-874.

79) I. Shahrar, *State, Society and the Relations Between Them: Implications for the Study of Legal Pluralism*, 9 *Theoretical Inquiries in Law*, 417 (2008), pp. 421-423.

80) Griffiths, *supra* note 77 참조.

81) Merry, *supra* note 75 참조.



법학 분야에서 전개되기 시작하였다.⁸²⁾ Ehrlich는 교조주의(dogmatism)와 개념법학(Begriffsjurisprudenz)에 따른 법적 추론의 폐쇄성을 비판하며, 법은 지역적, 정치적 및 사상적 맥락을 고려하는 경우에만 비로소 이해될 수 있다고 주장하였다.⁸³⁾ Ehrlich의 살아있는 법은 사회적, 도덕적 맥락 및 사회의 자율규제능력을 고려하지 않는 법개념을 배척하고, 협소한 법률가의 법(law of lawyers)과 구분되는 사회적 현실에 기초한 법다원주의를 강조하고 있다는 점에서 적지 않은 의미가 있다.⁸⁴⁾

2. 글로벌 법다원주의의 전개

법다원주의에 관한 다양한 이론들 중에 Teubner의 체계적 다원주의(systemic pluralism)는 주목할 만한데, 세계화 시대에서 비국가 행위자가 자신들의 행위를 규율하기 위해 자발적으로 형성하는 비국가법을 이해하는데 도움이 되기 때문이다. Teubner는 법다원주의 관련 논의의 발전에 있어서 ‘살아있는 법(living law)’을 주장한 Ehrlich의 공헌을 높이 평가하고⁸⁵⁾, Luhmann의 체계이론(system theory)을 활용하여 체계적 다원주의를 제시하고 있다.⁸⁶⁾ Luhmann의 체계이론에서 주목해야 할 점은 사회는 다양한

82) Ehrlich와 살아있는 법에 대한 간략한 이해는 D. Nelken, *Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities*, 9.2 Theoretical Inquiries in Law, 443 (2008); M. Hertogh, “From ‘Men of Files’ to ‘Men of the Senses’: A Brief Characterisation of Eugen Ehrlich’s Sociology of Law,” in M. Hertogh (ed.), *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich* (Hart Publishing, 2009), pp. 1–18; S. Singh, *Eugen Ehrlich’s ‘Living Law’ and its Legacy for Legal Pluralism*, Comment Paper, University of Helsinki–Eric Castren Institute of International Law and Human Rights (2010) 참조.

83) E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (W. Moll trans, Harvard Univ. Press, 1936), p. 493.

84) 정채연, 『법에서 다원주의의 수용과 발전』, 박사학위논문, 고려대학교 (2010), p. 25.

85) G. Teubner, “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society,” in G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State* (Dartmouth Pub Co., 1996), pp. 3–30 참조.

86) Luhmann의 체계이론에 관하여는 N. Luhmann, *Social Systems* (J. Bednarz, Jr & D. Baecker, trans, Stanford Univ. Press, 1995) 참조. Luhmann의 체계이론에 관한 개략적 설명은 김연식, “체계이론에 따른 국제투자법의 이해”, 『이화여자대학교 법학논집』, 제18권 제1호, (2013), pp. 427–432 참조.

하부 체계로 분화되며⁸⁷⁾, 특히 사회는 인간이 아닌 소통(communication)으로 구성되는 사회적 체계(social system)로 이해해야 한다는 주장이다.⁸⁸⁾

Teubner는 인류학 및 사회학 분야의 법다원주의가 활용하는 경험주의적 기준에 근거하지 않고 Luhmann의 체계이론을 적용하여 국가법과 비국가법 간의 의사소통을 가능하게 하는 것이 무엇인지를 제시하는 것으로부터 이론을 전개한다.⁸⁹⁾ Teubner의 체계적 다원주의의 핵심 개념은 ‘이원적 코드(binary code)’이다. Teubner의 체계적 다원주의는 국가법의 우위에 근거한 법의 폐쇄성을 극복하고, 이원적 코드를 활성화시키는 의사소통절차에 따라 상이한 법체계의 병존을 인정한다는 점에서 세계화 시대가 야기한 분산되고 이질화된 법체계를 이해하는 데 도움을 준다.

세계화는 속지주의 및 국가법에 근거한 법의 폐쇄성을 해체하고 이질성을 반영하는 상이한 법체계의 확산을 가속화시키고 있는바, Teubner의 체계적 다원주의는 이러한 상황에서 발생하는 문제를 상이한 법체계 간의 효율적 소통에 따라 해결할 수 있다고 본다.⁹⁰⁾ 즉, 상이한 법체계 간의 충돌을 긍정하고 이러한 충돌을 위계적 단일성의 측면에서 통합하고자 하는 것은 무의미하며, 충돌은 상이한 법체계 간의 의사소통을 통하여 자율적으로 해결되어야 한다는 점은 Teubner의 체계적 다원주의에서 주목할 만한 주장이다.⁹¹⁾

세계화 시대에 있어서 법다원주의의 전폭적 수용 필요성은 Berman의 글로벌 법다원주의에 의해서 제시되고 있다. Berman의 글로벌 법다원주의는 상인법(*lex mercatoria*), 스포츠법(*lex sportiva*), 건축법(*lex constructionis*), 종교법(*lex religionis*) 등과 같은 비국가 행위자가 형성하는 비국가법의

87) N. Luhmann, *A Social Theory of Law* (Routledge, 1985), pp. 256–257.

88) N. Luhmann, “The Unity of the Legal System,” in G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (Walter de Gruyter, 1988), p. 18.

89) E. Melissaris, *The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism*, 13 *Social & Legal Studies*, 57 (2004), p. 62.

90) T. Piiparinen, “Exploring the Methodology of Normative Pluralism in the Global Age,” in J. Klabbers & T. Piiparinen (eds.), *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance* (Cambridge Univ. Press, 2014), p. 52.

91) A. Fischer-Lescano & G. Teubner (M. Everson trans.), *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, 25 *Michigan Journal of International Law*, 999 (2004), pp. 1017–1040.



규범적 효력에 초점을 두고, 이러한 비국가법이 국제법과 어떤 관계를 형성할 수 있는지, 국제법과 이러한 비국가법의 충돌 가능성이 있는지, 또는 이의 해결을 위한 현실적 방안은 무엇인가를 주요 연구 대상으로 설정하고 있다.⁹²⁾

Teubner의 체계적 다원주의가 Luhmann의 체계이론을 전폭적으로 수용하고 있는 것에 반하여, Berman은 사회과학 분야 또는 법학 분야의 특정 이론에 의존하기보다 세계화의 영향으로 나타나는 법규범 간의 상호작용을 기술(description)하고 있다는 점에서 Berman의 글로벌 법다원주의는 Teubner의 체계적 다원주의와 비교할 때 경험주의적 성격이 강하다.

Berman의 글로벌 법다원주의는 다양하고 이질적인 법규범의 현실적 규범력은 법규범의 제정 주체 측면에서 파악되어야 하는 것이 아니라, 법규범 수범자의 법적 의식에서 찾아야 함을 주장한다. 즉, Berman은 법규범을 형성하는 공동체의 ‘법적 의식(legal consciousness)’이 법규범의 규범력을 확보하는 데 있어서 가장 중요한 요소로 설명한다.⁹³⁾ 아울러, 세계화 시대에 있어서 중첩되는 관할권 문제는 ‘법적 설득(jurisprudence)’을 통하여 조화롭게 해결될 수 있음을 Berman은 주장한다.⁹⁴⁾ Berman 역시 다른 법다원주의자들과 같이 법실증주의에 기반한 국가법 중심주의를 법에 대한 환원주의(reductionism)으로 비판하고⁹⁵⁾, 세계화 시대에 있어서 국제법은 속지주의에 근거한 주권적 제약을 벗어날 것을 주장한다.⁹⁶⁾

Berman은 동일한 사회 영역에서 국가법과 비국가법의 공존 및 국가 및 비국가 행위자를 포함하는 다양한 규범형성주체의 공존을 ‘혼종성(hybridity)’

92) P. Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders* (Cambridge Univ. Press, 2012)(이하 ‘*Global Legal Pluralism*’) 참조; *idem.*, *From International Law to Law and Globalization*, University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers. Paper 23 (2005) (이하 ‘*Globalization*’); *idem.*, *Jurisgenerative Constitutionalism: Procedural Principles for Managing Global Legal Pluralism*, 20 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1 (2013) (이하 ‘*Jurisgenerative*’); *idem.*, “Non-State Lawmaking through the Lens of Global Legal Pluralism,” in M. Helfand (ed.), *Negotiating State and Non-State Law: The Challenge of Global and Local Legal Pluralism* (Cambridge Univ. Press, 2015)(이하 ‘*Non-State Lawmaking*’) 참조.

93) Berman, *Globalization*, *supra* note 92, pp. 493-497.

94) *Id.*, pp. 533-538.

95) Berman, *Global Legal Pluralism*, *supra* note 92, pp. 55-57.

96) Berman, *Globalization*, *supra* note 92, pp. 511-530.

으로 이해하고⁹⁷⁾, 이들 상호 간의 충돌 문제는 상위 규범 또는 원칙에 따라 해결되기 보다는 저축법에 따라 해결되어야 할 것을 주장한다. Berman은 법규범 간의 충돌 문제는 불가피한 것인바, 이에 대한 이론적인 사전적 예방보다 현실적인 사후적 해결방안의 모색이 보다 적절한 것임을 강조한다. 저축법은 관할권의 지정, 준거법의 선택 및 판결의 승인 등에 관한 절차적 메커니즘을 제공하는바, 이를 활용하여 혼종성에서 비롯되는 법규범 간의 충돌 문제를 해결할 수 있음을 Berman은 주장한다.⁹⁸⁾

글로벌 법다원주의 논의에서 주목할 점은 Berman이 글로벌 법다원주의를 설명하면서 ‘국제법’이라는 용어를 의도적으로 사용하고 있지 않다는 것이다. 즉, Berman은 글로벌 법다원주의의 내용을 구체화하는 법규범을 ‘법과 세계화(law and globalization)’로 지칭하고 있는데⁹⁹⁾, 이는 적지 않은 함의가 있다. 물론 Berman은 세계화로 야기된 변화된 현실에 대하여 국제법의 규범력이 제고되어야 할 것을 주장한다. 그러나 국제법의 정의(定意)를 유지하면서 동시에 국제법과 비국가 행위자가 형성한 비국가법 간의 상호관련성 문제의 해결을 국제법체계 내부에서 모색하는 것은 사실상 매우 어렵다는 점을 Berman은 인식하고 있는 것으로 생각된다.

국제법의 글로벌 법다원주의의 수용 여부에 관한 Merry의 입장 또한 Berman의 태도와 매우 유사하다.¹⁰⁰⁾ 즉, Berman과 Merry는 국제법 학자들이 세계화가 야기한 현상에 대하여 더욱 많은 관심을 기울일 것을 주장하면서도 세계화 시대의 혼종성에 대한 해결 방안을 국제법체계 내부에서 찾는 것이 용이하지 않다는 점을 소극적으로 인정하고 있는 것으로 보인다. 즉, 상기에서 언급한 정의제한접근을 회피하기 위하여 Berman이 국제법이라는 용어를 의도적으로 사용하지 않고 법과 세계화라는 용어를 사용하거나,

97) Berman, *Non-State Lawmaking*, *supra* note 92, pp. 26-28.

98) Berman, *Global Legal Pluralism*, *supra* note 92, pp. 244-293; *idem.*, *Jurisgenerative*, *supra* note 82, pp. 675-680; *idem.*, *Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interest in a Global Era*, University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers, Paper 24 (2005) 참조.

99) Berman, *Globalization*, *supra* note 92 참조.

100) S. Merry, “International Law and Sociolegal Scholarship: Toward a Spatial Global Legal Pluralism?”, in Helfand, *supra* note 92, pp. 61-70.



Merry가 국제법에 있어서 인류학 및 사회학 접근을 강조하고 있는 점이 이러한 주장의 근거가 될 것이다. 이와 같은 Berman과 Merry의 다소 우회적인 입장을 감안할 때, 결국 주된 쟁점은 국제법체계 내부에서 법다원주의가 어느 정도로 수용될 수 있을 것인지에 관한 가능성의 예측과 관련된 것으로 이해할 수 있다.

3. 비전형적 국제규범과 국제공법 간의 조화 모색

국제사회의 법규범체계 형성에 있어서 국가 영향력의 감소는 *lex mercatoria*의 부활을 통해서 반증되고 있다. 즉, *lex mercatoria*의 소멸이 관련 사항에 대한 국가 체계의 완비에서 비롯된 것임을 가정할 때, 국가의 통제력이 상대적으로 쇠퇴하고 있는 세계화 시대에서 *lex*-의 부활은 당연한 귀결로 이해될 수 있다.¹⁰¹⁾ 비국가 행위자가 세계무대에서 형성하는 비국가법 소위, *lex*-와 국제법 간의 관계는 어떻게 형성될 수 있으며, 어떻게 형성되어야 하는가에 관한 논의는 법다원주의 관점의 직접적인 관심 대상이다.¹⁰²⁾

비국가법과 국제법 간의 관계 설정 또한 약한 법다원주의 관점에서 접근하는 것과 강한 법다원주의 관점에서 접근하는 것에 따라 상이한 결론에 도달하게 될 것이다. 비국가법과 국제법 간의 관계를 법다원주의 관점에서 검토하기 위하여 다음과 같은 전제가 필요하다. 비국가법을 비국가 행위자가 형성하는 *lex*-는 물론이며 조약이나 관습국제법과 같은 전통적 국제법 법원(法源)이 아닌 국제기구가 자체적으로 형성하는 비공식적 또는 비전통적 국제법 법원을 포함하는 것으로 전제한다.

약한 법다원주의를 적용하는 경우, 비국가법에 대한 국제법의 입장은 비국가법을 국제법체계 내부로 수용하려는 시도로 접근될 수 있다. 즉, 비국가 행위자

101) R. Michaels, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, 14 Indiana Journal of Global Legal Studies, 447 (2007), pp. 454-460.

102) *lex mercatoria* 측면에서 검토한 *lex*-의 특징 및 주요 운영 규칙에 관하여는, G. Teubner, *Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of lex mercatoria*, 5 European Journal of Social Theory, 199 (2002) 참조.

가 형성한 비국가법의 주요 내용 또는 비국가법 자체를 국제법화(國際法化) 또는 국제법체계 내부로 포섭하는 것이다. 사실상 종교법과 같은 비국가법은 법규범 수범자에 대하여 국가법과 비교할 때, 보다 강력한 의무를 부과하는 경향을 보여준다. 중요한 점은 비국가법의 규율 대상인 비국가 행위자들이 이에 대하여 거부감을 보이지 않는다는 점인데, 전문화된 분야에서 자신들의 이해를 제고하거나 결속력을 제고하는 데 있어서 이러한 비국가법은 중추적인 역할을 담당하기 때문이다.

예를 들어, 국제 재정(international finance)의 규율을 위하여 제정되는 다양한 비공식적 기준, 절차 및 합의에 내포된 규칙들은 은행과 신용기관을 강력히 구속하는데, 사실 이러한 규칙들은 국가나 정부와 같은 공식 기관과 무관하게 제정되는 것이다.¹⁰³⁾ 주목할 점은 국제법과 비국가법 간에 활발한 상호작용이 일어나고 있다는 점이다. WTO와 같은 정부간 국제기구가 WTO 관련 조약에 이와 같은 비국가법의 내용을 수용하는 현상이 증가되고 있다는 점은 비국가법과 국제법 간에 활발한 상호작용이 이루어지고 있다는 점을 보여준다.¹⁰⁴⁾

나아가, 비국가법이 국제법에 새로운 내용을 추가하는 현상도 발견된다. 2005년 덴마크 신문 Jylland-Posten이 무함마드를 폭탄 터번을 두른 테러리스트로 묘사한 만평에서 야기된 Fatwa와 같은 종교법상 의무와 국제인권 규범상 권리 간의 침해한 대립은 ‘종교적 명예훼손(defamation of religions)’에 관한 새로운 UN총회결의¹⁰⁵⁾를 도출함으로써 어느 정도 해소되었는데, 이는 비국가법의 내용이 국제법체계 내부로 수용된 것으로 볼 수 있다.¹⁰⁶⁾

상기의 사례를 감안할 때, 비국가법과 국제법 간의 관계 설정에 있어서 약한

103) J. Levit, *A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments*, 30 *Yale Journal of International Law*, 125 (2005), pp. 132-172.

104) *Id.*, p. 128.

105) *Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2007 [on the report of the Third Committee (A/62/439/Add.2)].* 62/154. *Combating defamation of religions*, (UN Doc. A/Res/62/154, Dec. 18, 2007)

106) T. Piiparinen, "Exploring the Methodology of Normative Pluralism in the Global Age," in Klabbers & Piiparinen, *supra* note 90, pp. 53-54.



법다원주의는 비국가법과 국제법 간의 상호작용 가능성 및 비국가법의 규범력을 인정한다는 점에서 비국가법과 국제법 간의 관계 설정에 활용될 수 있을 것으로 생각된다. 그러나 비국가법과 국제법의 상호 작용이 국제법을 중심으로 국제법화하는 것에 초점을 맞추는 약한 다원주의는 국가법 중심주의를 탈피하고자 하는 진정한 의미의 법다원주의에 정면으로 배치된다는 점을 감안할 때, 법다원주의 고유의 관점을 유지하고 있는 것으로 보기 어렵다.

비국가법과 국제법 간의 관계 설정에 있어서 강한 법다원주의는 비록 비국가법과 국제법이 동일 영역에 중첩되는 경향이 있음에도 불구하고, 비국가법, 특히 *lex*-와 국제법 간의 관계 설정은 불필요하거나 부적절한 것으로 이해한다. 왜냐하면 강한 법다원주의는 동일 영역에 대한 상이한 법체계의 공존을 중시하기 때문이다.

물론, 국제법은 “국가 간의 공적 관계”를, *lex*-는 “비국가 행위자 간의 사적 관계”를 각각 규율하는 법규범으로서 동일 영역 자체가 설정될 수 없다는 견해가 제시될 수 있다. 즉, 정의제한접근을 통하여 비국가법과 국제법 간의 관계 설정에 대한 논의의 전개를 원천적으로 차단하는 것이다. 그러나 이러한 입장은 이론적으로는 가능할 수 있겠지만 세계화 시대의 현실과는 유리된 것인데, 세계화의 영향에 따라 공적/사적 영역의 절대적 구분이 심각한 수준으로 붕괴되고 있기 때문이다.¹⁰⁷⁾

법다원주의는 법규범 수범자의 법규범에 대한 의식 또는 충성도에 적지 않은 의미를 부여하는데, 이는 중요한 참조점이 된다. 국제법이 중시하는 인권 보호, 국제평화와 안전의 유지가 국제법 수범자로서 개인, 특히 분쟁지역이나 전쟁상태에 있는 개인에게는 적지 않은 영향을 주겠지만, 사실 개인의 일상 생활은 국제법이 아니라 *lex*- 등과 같은 비국가법에 의해서 더욱 많은 영향을 받고 있다는 점을 부인하기 어렵다.¹⁰⁸⁾ 공적/사적 영역의 붕괴에 따라

107) R. Steinhardt, *The Privatization of Public Law*, 25 *George Washington Journal of International Law and Economics*, 523 (1991), p. 543; Berman, *Globalization*, *supra* note 92, pp. 518-523.

108) T. Piiparinen, “Exploring the Methodology of Normative Pluralism in the Global Age,” in Klabbers & Piiparinen, *supra* note 90, pp. 53-54.

개인이 국제법 및 비국가법의 직접적인 적용 대상이 되고 있는 상황에서 국제법과 *lex*-의 관계를 정의제한접근으로 이해하는 것은 피상적인 접근이 될 가능성이 크다. 인권 분야에 관련되는 *lex*-가 인권협약보다 인권의 보호와 보장에 더욱 큰 역할을 하게 된다면, 이는 *lex*-가 단지 비국가 행위자가 형성한 비국가법이라는 점을 이유로 국제법보다 경시될 이유가 없는 것이다.

강한 법다원주의 관점에서 국제법과 *lex*-는 어느 한 법규범체계를 중심으로 통합 또는 융합될 필요도 없을 뿐만 아니라 위계성에 따라 국제법과 *lex*-의 관계가 설정될 필요도 없으며 더욱이 이러한 시도는 회피되어야 한다. 비록 현실적으로 명확한 구분이 어렵지만, 강한 법다원주의 입장에서 국제법과 *lex*-는 공존하는 동일 영역에서 각각 공적인 사항과 사적인 사항을 규율하면 되는 것이다.

또한 국제법과 *lex*-가 충돌하는 상황은 자율성에 근거한 자기완비적 체계 간의 충돌과 유사한 것으로서 이의 해결은 위계성에 근거한 상위 규범 또는 보조성 및 보충성 원칙에 의한 것이 아니라, 정치적 타협 또는 의사소통을 통한 점진 규범의 수립을 통하여 시도되어야 하는 것이 강한 법다원주의의 입장이다. 이러한 결론은 일견 정의제한접근과 유사한 것으로 논의 자체에 실익이 없는 것으로 생각될 수 있다. 그러나 강한 법다원주의 관점을 국제법과 *lex*- 간의 관계에 적용함으로써 재확인할 수 있는 것이 있는데, 바로 국제(공)법의 규율 범위 설정과 관련된 사항이다.

이는 국제법과 *lex*-의 관계를 동일 영역에 공존하고 경쟁하는 자기완비적 체계로 이해하는 것과 유사한 것이다. 즉, Berman의 ‘법과 세계화(law and globalization)’¹⁰⁹⁾ 또는 Krisch의 ‘탈국가법(postnational law)’¹¹⁰⁾과 같이 국제법과 *lex*-를 구성 요소(constituent elements)로 하는 보다 포괄적이고 수평적으로 중복적인 법체계 내부에서 국제법과 *lex*-의 관계를 설정하는 것이다. 이러한 이해는 국제법과 *lex*- 각각의 규율 영역을 설정한다는 점에

109) Berman, Globalization, *supra* note 92 참조.

110) N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* (Oxford Univ. Press, 2012) 참조. Krisch의 접근에 대한 비판적 견해는 G. Shaffer, *A Transnational Take in Krisch's Pluralist Postnational Law*, 23 *European Journal of International Law*, 565 (2012) 참조.



서 중요한 의미를 갖는다.

즉, 부적절한 ‘국제법 확장주의(international law expansionism)’가 체계적으로 억제될 수 있다는 점이다. 물론 국제법 확장주의는 국제법 정의 그 자체로 제한될 수 있겠지만, 적어도 국제법이 국제사회에서 유일한 또는 근본적인 규범이라는 국제법 만능주의 주장은 강한 법다원주의 입장에서 설득력을 잃게 된다.¹¹¹⁾ 환언하면, 강한 법다원주의 관점에서 국제법의 확장은 어디까지나 국제법의 규율 영역에 한정해서 허용될 수 있을 뿐이다.

공적/사적 구분이 불분명한 동일 영역에서 국제법이 *lex*-와 경쟁적으로 공존하며 규범력을 제고하기 위해서, 환언하면 국제법 수범자의 충성도를 확보하기 위해서는 외부 환경보다 내부 환경에 보다 많은 관심을 기울여야 한다. 국제법과 *lex*- 간의 관계 설정에 있어서 강한 법다원주의를 적용함으로써 얻을 수 있는 결론은 국제법이 인권보호 및 국제평화와 안전의 유지 등과 같은 자신의 고유 영역에서 보다 실효적인 규범력을 갖출 수 있도록 자체적인 노력을 경주해야 한다는 것이다. 이러한 맥락에서 국제법과 *lex*- 간의 관계 설정에 있어서 강한 법다원주의는 국제법이 ‘살아있는 법(living law)’으로서 변용을 시도하는 데 있어서 함의를 가질 수 있다고 생각된다.

이러한 긍정적 측면에도 불구하고, *lex*-에 대한 자율성을 긍정하는 강한 법다원주의 입장은 *lex*-가 은폐하는 정치적 및 경제적 패권주의에 대한 국제법의 도전을 가로막는 장애가 될 수 있다. 예를 들어, 비국가 행위자가 자율적으로 형성하고, 이들에게 강력한 영향력을 미치는 *lex*-를 단지 공존하는 상이한 법체계로서 아무런 견제 없이 인정하는 것은 오히려 *lex*-가 관련 분야에서 야기하는 패권주의적 또는 제국주의적 성향을 증폭시키는 것이 될 수 있다.¹¹²⁾ 즉, *lex*-와의 공존을 긍정하되 *lex*-가 국제사회의 공통적 가치를 훼손하는 방향으로 운용되는 경우에 국제법은 이에 대한 적법하고 정당한 규제를 부과할 수 있어야 하는 것이다.

111) D. Pulkowski, *The Law and Politics of International Regime Conflict* (Oxford Univ. Press, 2014), p. 192.

112) S. Toope, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons* (Cambridge Univ. Press, 1990), p. 96.

V. 결론

국제법상 주체와 관련된 역동성은 국제법의 시작과 끝, 즉 국제규범의 입법과 집행 및 적용과 해석에 적지 않은 영향을 준다. 국제법 주체에 관한 연구는 서론에서 언급한 바와 같이 주체의 다양성 측면에 초점을 맞추어 진행되어 왔다. 국가 이외의 다양한 주체가 국제법상 어떠한 권리를 향유하며, 어떠한 의무를 부담하는 것인지에 연구의 초점이 맞추어져 왔다. 이에 비해 국제법 주체의 다양성 증가로 인하여 국제법 주체 행위의 근거가 되는 국제규범의 형성이 어떠한 영향을 받고 있으며, 이러한 영향은 법체계로서 국제법에 어떠한 영향을 주게 되는 것인가에 관한 연구는 상대적으로 더디게 진행되어 왔다.

세계화의 등장으로 국제법규범 형성의 측면에서 국제법의 헌법화, 국제공적권한 행사, GAL 및 비국가주체가 형성하는 비국가법에 대한 연구가 진행되고 있다. 이에 대한 연구는 다음과 같은 측면에서 국제법적 함의를 갖는다. 즉, 다양한 국제법 주체의 영향력이 어느 정도로 국제법의 형성에 영향을 주고 있는 것인가를 검토하는 데 도움이 된다. *Lex-* 관련 논의에서 언급한 바와 같이 국제규범은 비록 정의제한접근의 한계가 있지만, 더 이상 국가 및 국제기구의 독점을 통해서만 정립되는 것이 아니다. 이러한 의미에서 국제사회의 기본적 법규범으로서 국제법의 현 지위를 평가하는 기준이 새롭게 정립될 필요성의 인식에 도움이 된다. 환언하면, 다양한 국제법상 주체의 국제법 형성 과정에의 참여가 어떠한 결과를 도출하게 될 것인가를 예측하는데 도움이 될 것이다.

국제공적권한 행사의 실효성에 대한 검토는 국제기구를 포함한 국제적 의사결정단체 활동의 적법성과 정당성을 평가하는 데 도움이 될 것이다. 아울러, GAL을 통한 국제적 행정영역에서의 적법한 규율 메커니즘의 형성은 국제법 주체의 활동에 지침을 제공할 것으로 생각된다. 이와 같이 국제공적권한 행사, GAL 및 글로벌 법다원주의를 반영한 *Lex-* 관련 연구는 국제법상 주체에 대한 새로운 조명이 있어서 주체로 한정하여 접근되었던 기존의 연구 방법론의 한계를 극복하고 보다 다각적인 접근을 진행하는 데 도움이 될 것으로 생각된다.

국제법상 주체에 관한 새로운 조명 II

- 세계무역기구(WTO)의 규범 형성을 중심으로 -*

유 희 진

안양대학교 국제통상유통학과 조교수

목 차

- I. 머리말
- II. 국제입법: 양자적 성격의 합의, 그리고 다자적 메커니즘
- III. WTO 하의 “다자적 메커니즘”

* 이 정책연구는 유희진, “조약 해석에서 문맥과 함께 참작되어야 하는 추후합의와 추후관행의 의미: ILC의 작업 내용을 예시적으로 WTO협정의 해석에 적용”, 『홍익법학』, 제14권 제4호 (2013), pp. 629-659를 바탕으로 작성되었다.



I. 머리말

앞의 정책연구(“국제법상 주체에 관한 새로운 조명: 국제규범의 형성 방법 및 국제제도를 중심으로”)는 국제관계를 규율하는 법규범으로서의 국제법의 역사가 국제법 주체의 발생과 변화에 의해 영향받아 왔음을 주장하고 있다. 국제사회는 중앙집권적 권력구조를 갖추지 못하고 있고 그 결과 국가중심적 체제가 탄생한 이래로 국제법의 가장 중요한 법원인 조약과 관습법은 국가에 의해 형성되어 왔다. 한편 동 정책연구는 “국제법의 존재 형식”, 즉 “국제법상 권리와 의무를 규율하는 국제입법형태”의 변화를 감지하고 이에 주목하고 있다. 즉, 국제법의 존재 형식에 있어, 기존에 핵심적인 역할을 해왔던 국가 뿐 아니라 국제기구를 포함한 비국가 주체의 역동성이 감지된다는 것이다. 동 정책연구는 새로운 국제입법형태를 검토함에 있어 1) 국제법 법원에 대한 새로운 접근 방법으로서의 국제공적권위의 행사, 2) 세계행정법의 등장, 그리고 3) 글로벌 법다원주의 측면에서의 비국가법의 역동성을 검토하였다.

본 정책연구 역시 국제법의 존재 형식에 대한 연구가 국제법 주체에 대한 새로운 조명을 인식하는 데 있어 중요하다라는 앞의 정책연구의 문제의식에서 출발한다. 특히, 국제법에 있어 국가가 아닌 주체가 가지는 법적 지위를 파악하고자 한다면, 그러한 비국가주체가 “국제법을 형성하는 데에 있어 어떠한 역할을 하는가?”가 하나의 중요한 질문이 될 것이다. 이 정책연구에서는 세계무역기구(WTO: World Trade Organization) 체제를 하나의 예로 하여 이 질문에 대한 답을 탐색하고자 한다. 즉, WTO 체제에서 국가 이외의 비국가 주체가 규범을 형성하는 데에 있어 행하는 역할과 그의 법적 의미를 주요한 연구대상으로 한다. 이 정책연구에서 WTO 체제를 예시적으로 제시함에 있어서 특히 주목하는 비국가 주체는 WTO라는 국제기구 내의 기관, 그리고 WTO 밖의 실체—국제기구 포함—이다. 이 두 비국가 주체 모두 그 자체로서는 비국가 주체로 존재하지만 동시에 국가를 그 일원으로 하고 있다. 국가가 일원으로 참여하고 활동하는 곳이지만, 그 결과로서 채택되는 선언이나 권고, 결정은 해당 기관이나 실체가 그 자체로서 채택한 것이다.

II. 국제입법: 양자적 성격의 합의, 그리고 다자적 메커니즘

국제사회에는 국가에 법을 강제할 수 있는 국가 위의 입법기관이 존재하지 않는다. 따라서 적어도 조약 체결의 맥락에서는 국가는 자신이 구속받기로 동의한 규범의 적용을 받으며, 다수가 합의한 조약 규정을 이에 참여하지 않은 소수의 국가에 강제할 수단도 없다. 조약문을 채택하는 과정에서 총의(consensus)에 의하지 않고 다수결로 조약문을 채택하였고 어떠한 국가가 채택의 의사를 표한 다수의 국가에 참여하지 않았다면 해당 국가는 채택된 조약문에 대한 서명이나 비준을 하지 않음으로써 얼마든지 그 조약이나 조약 규정의 적용을 받지 않기를 선택할 수 있다. 즉, 국제입법의 상황에서 국가가 자신의 주권에 대한 일정한 제약을 수락하겠다고 표하는 합의는 기본적으로 국가 상호를 대해 하는 “양자적 성격의 합의”인 것이다. 이는 양자조약이 아닌 다자조약에서도 마찬가지이다.

국제관습법은 그 형성 과정이 조약과는 다르므로 이러한 설명을 그대로 적용할 수 없다. 국제관습법은 그 정의상 국가들의 실행에 근거하여 형성된 국가관행과 그 국가관행에 대한 국가들의 법적 확신으로 구성된다. 다만, 이러한 국가관행의 형성에 참여하지 않은 국가의 의사가 국제관습법의 형성에 어떤 의미를 가지는지는 불분명한 영역에 머물러 있다. 이 정책연구에서 초점을 맞추고 있는 WTO 체제는 조약에 의해 설립되었으며, WTO 법 하의 회원국의 권리와 의무를 보전하고 WTO 법을 명확히 하는 역할을 담당하는 WTO 분쟁해결제도는 WTO 협정(“분쟁해결을 규율하는 규칙과 절차에 관한 양해” 부속서 I에 명시된 협정)만을 대상협정(covered agreements)으로 하고, 국제관습법은 그 대상에 포함되지 않는다. “분쟁해결을 규율하는 규칙과 절차에 관한 양해” 제3조 2항에 따라 국제공법의 해석에 관한 관습 규칙에 따라야 할 뿐이다. 따라서 이 정책연구에서 국제관습법에 관한 사항은 포함시키지 않는다.

국가들은 조약 체결의 상황에서는 기본적으로 “양자적 성격의 합의”라는 관계를 형성하고 있다. 국가는 “양자적 성격의 합의”로 주권을 제한하기로



했다면 이 합의를 종료한다는 의사를 표시하여 이를 종료할 수도 있으며, 이를 수정하는 효과를 가지는 의사를 표시할 수도 있다.

이러한 회원국들의 “양자적 성격의 합의”를 통해 설립된 WTO는 지구 내에 특유의 의사결정 메커니즘을 마련하고 있다. 이러한 의사결정 메커니즘을 통하여 WTO 협정의 실제적 및 절차적 내용에 관한 WTO 기관의 문서(instrument)가 생산된다. 또한, 국가의 실제적 의무를 규정하고 있는 WTO 협정 중 일부는 WTO가 아닌 다른 국제적인 실체에서 채택된 문서(instrument)를 WTO 법 하의 의무의 준수와 연계하기도 한다. 전자는 WTO 설립협정 하의 의사결정 메커니즘이고, 후자는 “위생검역조치의 적용에 관한 협정(Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, 이하 ‘SPS 협정’)” 제3.1조와 제3.2조 및 “무역에 대한 기술장벽에 관한 협정(Agreement on Technical Barriers to Trade, 이하 ‘TBT 협정’)” 제2.4조가 그에 해당한다.

이러한 문서들은 WTO 내의 기관 또는 WTO 밖의 실체에서 채택된 것이다. WTO 기관 또는 WTO 밖의 실체에서 이러한 문서가 채택될 때 WTO 회원국이 참여하여 동의의 의사를 표하였을 것이 요구되지만, 이들 문서는 일단 채택되면 WTO 회원국 상호 간의 문서가 아니라 그 기관 또는 실체의 문서가 된다. 또한, WTO 기관 또는 WTO 밖의 실체의 문서는 일단 채택되면 WTO 법의 범위 내에서 회원국 상호 간의 의사 표시를 통하여 수정하거나 종료할 수 없다. 이를 “국제입법의 다자적 접근법”이라고 하고, 이 정책 연구에서는 이러한 접근법을 반영한 문서를 “다자적 메커니즘”이라고 한다. 양자적 합의로 채택된 다자조약 역시 채택된 후에는 이와 같은 결과가 나타난다. 특히 WTO 협정은 유보(reservation)를 허용하고 있지 않으므로 회원국 간 양자적 합의의 성격은 한층 제한적이다.

“다자적 메커니즘”은 “양자적 성격의 합의” 관계와는 구분된다. “다자적 메커니즘”을 통해 주권이 제한받게 된다면 그 “다자적 메커니즘”에 의해 채택된 문서의 적용을 선별해 배제할 수 없다. 해당 다자조약에서 탈퇴하는 것만이 그를 위한 유일한 방법일 것이다.

III. WTO 하의 “다자적 메커니즘”

WTO 협정은 새로운 협상 라운드를 통해 새로운 규범을 협상하고 채택하는 방법 외에도 WTO 법에 대해 규범적 의미를 갖는 문서를 채택할 수 있는 절차를 마련하고 있다. 아래에서는 이러한 절차 중 WTO 내의 절차로서 WTO 협정 제IX조 하의 유권적 해석과 같은 협정 제IV조 하의 WTO 각 기관의 행위에 대해 살펴본다. 이와 비교하여 WTO 협정 제X조 하의 개정과 같은 협정 제IX조 하의 면제, 그리고 WTO 밖의 절차로서 TBT 협정 제2.4조 하의 국제표준의 의미에 대해 분석한다.

1. WTO 하의 다자적 메커니즘은 어떠한 구조를 갖고 있는가?

1) 유권적 해석

WTO 협정은 WTO 회원국이 WTO 협정의 규정을 수정하거나 해석할 수 있는 방법으로 세 가지를 제시하고 있다.¹⁾ 이 세 가지는 (i) 동 협정 제X조에 따른 각료회의에 의한 개정, (ii) WTO 협정 제IX:3조에 따른 각료회의에 의한 면제(waiver), (iii) 동 협정 제IX:2조에 따른 유권적 해석(authoritative interpretation)이다. 이 중 유권적 해석에 관한 제IX:2조는 다음과 같이 규정하고 있다.

각료회의와 일반이사회는 이 협정 및 다자무역협정의 해석을 채택할 배타적인 권한을 갖는다. 부속서 I의 다자무역협정에 관한 해석의 경우, 각 협정의 운영을 규율하는 이사회의 권고에 근거하여 그 권한을 행사한다. 해석을 채택할 지에 관한 결정은 회원국 4분의 3의 다수결에 의해 이루어진다. 이 항은 제X조의 개정 규정을 저해하는 방식으로 사용되어서는 아니 된다.

1) 이는 WTO 상소기구가 언급한 바 있다. *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas – Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador*, complaint by Ecuador (WT/DS27/AB/RW2/ECU), Appellate Body Report, adopted on December 11, 2008, para. 378.



상소기구는 유권적 해석이라는 제도의 취지가 현행 의무의 의미를 분명하게 하는 데에 있다는 점을 확인한 바 있다.²⁾ WTO의 각료회의나 일반이사회는 이 규정을 명시적으로 원용하여 유권적 해석을 채택한 바가 없다. 또한, WTO 패널이나 상소기구 역시 각료회의나 일반이사회의 특정 문서를 유권적 해석이라고 인정하고 이를 WTO 협정 규정의 해석에 고려한 바는 없다. 다만, 국제법위원회(ILC: International Law Commission)가 “조약 해석에 관한 추후합의와 추후관행(Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties)” 작업의 주석에서 언급한 바와 같이 조약당사국들이 조약 해석에 관한 구속력 있는 합의를 두기로 규정을 마련하였다면 이러한 합의는 해석에 대한 결정적 역할을 하게 되며, 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 3항의 추후합의와 추후관행보다 조약해석 과정에 있어서의 무게가 훨씬 크다. WTO 협약 제IX:2조가 유권적 해석을 각료회의와 일반이사회의 배타적 권리라고 규정하고 있는 것이나, 이를 채택하기 위한 의사결정절차를 구체적으로 마련하고 있는 것으로 보아 유권적 해석은 구속력 있는 합의로 의도되었다고 보아야 한다. 또한, 분쟁 해결을 규율하는 규칙과 절차에 관한 양해(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 이하 ‘DSU’) 제 3.9조는 동 협정의 규정이 WTO 협정에 대한 유권적 해석을 구할 회원국의 권리를 침해하지 않는다고 규정하고 있어 유권적 해석이 본질적으로 분쟁 해결기구를 통한 WTO 협정 규정의 의미를 분명히 하는 절차와 구분되며 동시에 비교 가능한 구속력 있는 합의라는 점을 드러내고 있다.

이와 같이 ILC는 비엔나협약 제31조 3항 하의 추후합의와 추후관행과는 별개로 조약당사국들이 해석에 관한 구속력 있는 합의를 채택할 수 있는 가능성, 그리고 그러한 절차를 해당 조약 규정에 두는 가능성을 인정하고 있다. 반대로 제IX:2조의 존재가 비엔나협약 제31조 3항의 추후관행의 성립과 참작을 배제하는 장치로 작용하지도 않는다. 상소기구는 WTO 협정 제IX:2조의 존재에도 불구하고 회원국들이 비엔나협약 제31조 3항의 추후관행을

2) Appellate Body Report, *EC - Bananas III*(Article 21.5 - Ecuador II), para. 383.

형성할 수 있음을 인정한 바 있다.³⁾ 나아가 유권적 해석이 비엔나협약 제31조 3항 하의 추후합의나 추후관행으로 인정되어 WTO 협정의 해석에 참작될 가능성도 존재한다.

유권적 해석과 다른 두 가지 제도 중 특히 개정 간 차이점은 회원국의 권리와 의무의 내용에 영향을 미칠 수 있는지 여부이다. 제IX:2조는 유권적 해석이 회원국의 권리와 의무를 변경하는 것인지에 대해서 직접적으로 언급하고 있지 않으나 이는 다른 규정—이를테면 개정에 관한 규정—과의 관계에서 유추할 수 있다. 개정에 관한 제X조 중 제3항은 회원국의 권리와 의무를 변경하는 성격의 개정에 대해 규정하고 있는데, 이 개정은 회원국의 3분의 2에 의해 수락되어야 하며 이때에 수락한 회원국과 이후에 수락하는 회원국에 대해서만 효력을 갖는다. 회원국이 유권적 해석을 통하여 회원국의 권리와 의무를 변경할 수 있다고 해석한다면, 이는 제X:3조를 무력화할 수 있다.⁴⁾ 특히, 제IX:2조는 이 규정이 제X조의 개정 규정을 저해하는 방식으로 사용되지 않아야 한다고 명시하고 있으므로 개정과 유권적 해석은 회원국의 권리와 의무의 변경에 있어서는 차이를 갖는다고 보아야 한다.

2) 개정 제도와 의 비교

유권적 해석 제도를 개정 제도와 면제 제도와 각각 비교하면 다음과 같다. 제X조 하의 개정절차는 각료회의가 회원국에게 그 수락 여부를 묻는 방식을 취하고 있다. 즉, 각료회의가 회원국에게 개정을 제안하고, 그 제안을 회원국이 수락할 것을 요청하는 방식이다. 각료회의의 개정안 제안 여부는 총의 (consensus)에 의해 결정하도록 하고 있지만, 정해진 기간 내에 총의에 달하지 못한 경우 회원국 3분의 2의 다수결로 결정하도록 한다. 회원국의

3) *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, complaint by Brazil (WT/DS269/AB/R) and by Thailand (WT/DS286/AB/R), Appellate Body Report, adopted on September 27, 2005, para. 273.

4) C. Ehlermann and L. Ehring, "The Authoritative Interpretation Under Article IX:2 of the Agreement Establishing the World Trade Organization: Current Law, Practice and Possible Improvements," *Journal of International Economic Law*, Vol. 8(2005), pp. 808–811.



개정안 수락과 관련하여서 제X조는 개정안의 발효에 필요한 요건을 네 가지 유형으로 나누어 규정하고 있다. 즉, (i) 모든 회원국의 수락이 있어야 발효가 되는 경우, (ii) 회원국 3분의 2의 수락으로 개정안이 발효하며 수락한 회원국에 대해서만 발효가 되는 경우(이 경우, 각료회의는 수락하지 않은 회원국이 WTO에 남는 데에 동의할 것인지 자유의사로 탈퇴하도록 할 것인지와 관련하여 이 개정의 성격을 회원국 4분의 3의 다수결로 결정할 수 있다.), (iii) 회원국 3분의 2의 수락으로 개정안이 발효하는 경우(이 경우, 모든 회원국에 대해 발효한다.), 그리고 (iv) TRIPS 협정 제71.2조의 요건을 충족한 TRIPS 협정의 개정(지식재산권에 관한 다자협약 하에서 발효하고 모든 WTO 회원국에 의해 수락된 더 높은 지식재산권 보호수준으로 조정하기 위한 목적의 개정에 해당된다. 이 경우, TRIPS 이사회에서 총의로 개정안을 채택한 후 이를 각료회의에서 채택하면 이에 대한 회원국의 정식 수락은 필요하지 않다.)이 그것이다.

개정 제도에서 주목할 만한 부분은 네 가지 유형의 개정절차가 각각 서로 다른 유형의 WTO 협정 규정에 대해 적용되도록 되어 있다는 것이다. 개정절차 (i)의 경우, WTO 협정 제IX조(의사결정), GATT 제I조(일반적인 최혜국대우) 및 제II조(양허표), GATS 제II:1조(최혜국대우), 그리고 TRIPS 제4조(최혜국대우)에 적용된다. 모든 회원국의 수락을 얻어야만 발효할 수 있는 개정절차이므로 이들 규정이 WTO의 실제적인 의무(최혜국대우 및 양허표)와 절차적인 의무(의사결정)의 가장 핵심적인 부분에 해당한다는 것을 알 수 있다. 개정절차 (ii)는 WTO 협정의 기타 규정과 부속서1A(다자상품무역협정) 및 부속서1C(TRIPS 협정)의 다자무역협정의 규정[개정절차 (iv)에 해당하는 규정은 제외된다.] 중 회원국의 권리와 의무를 변경하는 성격의 개정에 적용되고, 개정절차 (iii)은 같은 규정 중 회원국의 권리와 의무를 변경하지 않는 성격의 개정에 적용된다. GATS와 관련하여서는 보다 명확한 구분을 두고 있다. 즉, GATS 제I부(범위와 정의), 제II부(일반적인 의무와 규범) 및 제III부(구체적인 약속), 그리고 이에 해당되는 부속서에 대해서는 개정절차 (ii)를 적용하고, GATS 제IV부(점진적인 자유화), 제V부(제도적 규정) 및 제VI부(최종규정)에 대해서는 개정절차 (iii)을 적용하도록 하고 있다. WTO 협정의

규정 및 부속서1A(다자상품무역협정) 및 부속서1C(TRIPS 협정)의 다자무역협정의 개정의 경우, 어떠한 개정이 “회원국의 권리와 의무를 변경하는 성격”의 것인지를 판단할 때에 GATS 각 부의 구분에서 이를 유추할 수도 있을 것이다.

개정 제도의 경우, 개정절차 (iv)를 제외하고는 발효를 위해 회원국의 수락이 요구된다. 따라서 개정은 각료회의의 행위가 아니며 회원국의 행위로 보아야 한다. 즉, 각료회의 또는 일반이사회의 문서인 유권적 해석과는 본질적으로 다른 성격을 띤다. 한 가지 주목할 부분은 개정절차 (iv)의 경우 회원국의 정식 수락이 요구되지 않고, TRIP 이사회와 각료회의의 총의에 의한 채택으로 발효할 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 이는 지식재산권에 관한 다자협약 하에서 발효하고 모든 WTO 회원국에 의해 수락된 더 높은 지식재산권 보호 수준으로 조정하기 위한 목적의 개정에만 예외적으로 적용되는 것이다. 개정절차의 한 요건인 각료회의의 개정안 채택은 총의로 이루어져야 한다.

3) 면제 제도와의 비교

WTO 협정 제IX:3조에 따라, 각료회의는 WTO 협정 또는 다자무역협정 하의 회원국의 의무를 면제하는 결정을 할 수 있다. WTO 협정 하의 의무에 대한 면제의 경우, 각료회의가 총의에 의해 결정하도록 규정하고 있으며, 기간 내에 총의에 도달하지 못한다면 회원국 4분의 3의 다수결로 결정할 수 있도록 하고 있다. 부속서1A(다자상품무역협정), 부속서1B(GATS) 및 부속서1C(TRIPS 협정)의 다자무역협정 하의 의무에 대한 면제의 경우, 각료회의가 회원국 4분의 3의 다수결로 결정하도록 규정하고 있다. 다만, 이 경우에도 과도기간 또는 단계적 이행기간의 적용을 받는 의무로서 면제를 요청하는 회원국이 해당 기간의 말까지 이를 수행하지 아니한 경우에는 총의에 의해서만 이를 결정하도록 규정하고 있다(각주 4). 면제 제도는 개정 제도와는 달리 각료회의의 결정 사항이며 개별 회원국의 정식 수락을 요하지 않으며, 이러한 점에서 유권적 해석과 같이 WTO 기관의 문서에 해당한다고 볼 수 있다. 면제의 대상이 되는 WTO 협정 규정의 규범적 성격에 따라, 각료회의가



이를 총의에 의해서만 결정할 수 있는지, 아니면 회원국 4분의 3의 다수결로 결정할 수 있는지를 구분하고 있다. *EC - Bananas III (Article 21.5)* 사건에서 상소기구가 실시한 바에 따르면, 면제는 WTO 협정의 기존 규정의 적용이나 해석을 변경시키지 않는다. 즉, 면제는 개별 회원국에 대해서 그 사유가 있는 경우 특정 의무를 잠정적으로 면제할 뿐이지 WTO 협정이라는 시스템을 구성하는 규범의 내용이나 해석을 변경시키고자 하는 제도가 아니다. 따라서 기존 규정의 내용이나 해석을 변경시키지 않는 제도라는 점에서 개정과 구분되고 유권적 해석과 유사한 성격을 갖는다. 또한, WTO 기관의 문서에 해당한다는 점에서 유사성을 갖는다. 다만, 유권적 해석은 WTO 협정이라는 시스템을 구성하는 각 규범에 대한 해석을 채택하는 제도인 데에 반해, 면제는 개별 회원국에게 잠정적으로 적용되는 면제를 결정하는 제도라는 점에서 차이가 있다. 유권적 해석과 면제 모두 회원국 4분의 3의 다수결로 결정하는 것이 원칙이지만, 면제의 경우 일정 규정(WTO 협정의 규정, 이행기간의 적용을 받는 의무로서 해당 기간에 대한 이행이 완료되지 않은 경우)의 경우 총의에 의하도록 규정되어 있다.

2. WTO 기관의 문서는 WTO 규범에 어떠한 의미를 갖는가?

WTO의 각 협정에 따라, 다수의 기관이 설치되어 있다. 이들은 각료회의, 일반이사회, 분쟁해결기구, 무역정책검토키구, 상품무역이사회, 서비스무역이사회, 무역관련지식재산권이사회, 위생검역위원회, 무역에 대한 기술장벽위원회, 보조금 및 상계조치 위원회 등이 있다. WTO 각 협정이 특정 사안에 대해, 또는 이보다 더 광범위하게 규범적 문서를 생성하는 행위를 하도록 위의 기관에 권한을 부여하기도 한다. 일례로 TBT 협정 제13조는 무역에 대한 기술장벽 위원회(TBT 위원회) 설치에 대해 규정하면서 이 위원회가 TBT 협정 운영 또는 동 협정의 목적의 진전에 관한 모든 문제를 협의할 기회를 회원국에게 제공하기 위한 목적으로 열리며 동 협정 또는 회원국이 부여한 책임을 수행한다고 규정하고 있다.

WTO 협정 제IV조는 이러한 WTO 기관이 채택한 결정의 구체적인 규범적 성격에 대한 규정을 두고 있지 않다. 이는 각료회의나 일반이사회의 결정뿐 아니라 개별 협정 하에서 설치된 위원회 역시 마찬가지이다. WTO 패널과 상소기구는 WTO 협정의 해석을 위해 WTO 기관의 문서를 다양한 방식으로 고려하여 왔다. *US - Gambling* 사건에서는 우루과이라운드에서의 서비스 양허를 위해 작성되었던 “SERVICES SECTORAL CLASSIFICATION LIST” 라는 제목의 문서 W/120 및 1993년 양허가이드라인(GATT 사무국에 의해 작성됨), 그리고 추후 작성된 2001년 서비스양허 가이드라인(서비스무역이사회에 의해 작성됨)이 회원국의 양허표를 해석함에 있어 고려되어야 할 것인지 여부가 검토되었다. *US - Poultry(China)* 사건에서는 SPS협정 제4조를 해석함에 있어 위생 및 검역위원회(SPS 위원회)가 채택한 결정(“SPS 협정 제4조의 이행에 관한 결정”)의 내용이 고려되었다. *EC - Pipe Fittings* 사건에서는 반덤핑위원회(ADP 위원회)가 채택한 권고(“반덤핑조사를 위한 자료 수집기간에 관한 권고”) 및 그 내용이 언급되었다. *EC - Trademark/GI(Australia)* 사건에서는 TBT 협정 부속서 1.1 하의 기술규정에 대한 정의의 한 부분에 대해 내린 패널의 해석을 TBT 위원회가 채택한 결정의 관련 부분을 통하여 확인하였다. *US - Shrimp* 사건 및 *US - Shrimp(Article 21.5 - Malaysia)* 사건에서는 다른 국제문서와 함께 무역환경위원회(Committee on Trade and Environment)의 보고서가 고려되었다.

WTO 기관의 문서가 WTO 협정 규정의 해석에 의미를 갖는다면 이는 비엔나협약 제31조 3항 하의 진정한 해석수단인 추후합의나 추후관행으로 인정되어 해석에 참작되거나 해당 문서 ‘그 자체의 능력으로’ 조약 해석에 대한 관련성을 갖는다고 인정되어 해석에 참작되어야 할 것이다. 위의 사례에서는 각 WTO 기관의 문서가 비엔나협약 제31조 하의 추후합의나 추후관행으로 명시적으로 인정되어 해석에 고려되었다기보다 사안의 해결을 위해서 고려하여야 할 사실로 검토되었거나 패널과 상소기구가 마련한 해석을 확인하기 위한 용도로 활용되었다. *US - Shrimp* 사건 및 *US - Shrimp(Article 21.5 - Malaysia)* 사건에서는 무역환경위원회의 보고서가 고려될 때에는 비엔나협약 제31조 3항 하의 추후관행의 증거로 인정되었으나 그에



대한 구체적인 분석은 제시되지 않았다.

보다 최근의 사례인 *US - Clove Cigarettes* 사건에서 상소기구는 도하 각료회의의 결정(“Doha Ministerial Decision on Implementation-Related Issues and Concerns,” Decision of 14 November 2001, MT/MIN(01)/17)이 비엔나협약 제31조 3항 (a)호의 추후합의에 해당하여 TBT 협정 관련 규정의 해석에 참작될 수 있다고 판정하였다.

해당 쟁점에서 해석의 대상이 된 TBT협정 제2.12조는 다음과 같다.

제10항에 언급된 긴급한 상황의 경우를 제외하고, 회원국은 수출 회원국 특히 개발도상 회원국의 생산자가 자신의 상품 또는 생산 방법을 수입 회원국의 요건에 적응시키는 시간을 허용하기 위하여 기술 규정의 공포와 그 발효 사이에 합리적인 시간 간격을 허용한다.

이에 관하여 도하각료결정(Doha Ministerial Decision on Implementation-related Issues and Concerns)은 제5.2항에서 다음과 같이 규정하고 있다.

“Subject to the conditions specified in paragraph 12 of Article 2 of the Agreement on Technical Barriers to Trade, the phrase “reasonable interval” shall be understood to mean normally a period of not less than 6 months, except when this would be ineffective in fulfilling the legitimate objectives pursued.” (emphasis added)

1) 패널의 판정

인도네시아는 제2.12조의 합리적인 시간 간격(reasonable interval)이 최소한 6개월이라고 주장하였다. 이 주장의 근거로 도하각료결정 제5.2항을 제시하면서 이 결정이 WTO협정 제IX:2조상의 “해석”이라고 주장하였다. 이에 대해 패널은 도하각료결정이 “WTO의 최상위 기관인 각료회의에서 모든 WTO 회원국이 동의”한 것이므로 TBT협정 제2.12조의 합리적인 시간 간격의 해석에 있어 이 결정을 따라야 한다고 보았다. 이러한 결론에 이르는

과정에서 패널은 이 결정이 제IX:2조 하의 “해석”에 해당한다는 인도네시아의 주장에 대해 검토하였다. 패널은 이 결정이 제IX:2조의 요건 중 하나인 “해당 문제를 관장하는 이사회에 권고에 근거할 것”이라는 요건을 충족하지 못하고 있음을 인정하면서도 이 것이 제IX:2조에 따른 유권적 해석이 아니라고 판단할 충분한 근거가 되지 못한다고 판단하였다. 또한, 패널은 이 결정이 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 3항 (a)호의 추후합의에 해당한다고 하였다.

2) 상소기구의 판정

이에 대해 상소기구는 위의 결정이 상품무역이사회(Council for Trade in Goods)의 권고에 근거하여 채택된 것이 아니므로 제IX:2조를 충족하였다고 볼 수 없다고 판정하였다. 그러나 이 결정이 추후합의에는 해당할 수 있다고 보았다. 이 결정은 TBT협정 제2.12조의 합리적인 시간 간격의 해석에 관한 결정이며 “shall be understood to mean”의 문언으로 보았을 때 이 용어의 해석에 관한 회원국들의 이해 또는 합의를 담고 있는 것으로 인정되므로 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 3항 (a)호의 요건을 충족한다는 것이다. 이와 같이 상소기구는 이 결정이 추후합의에 해당한다는 패널의 판정을 유지하였다.

미국의 조치는 2009년 6월 22일 제정되어 3개월 후 발효하였다. 미국은 인도네시아가 3개월이 합리적인 기간이 아니라는 점을 입증하지 못하였는데도 패널이 이 주장을 인정하였다고 이의를 제기했지만, 상소기구는 수입국이 기술규정의 공표와 발효 사이에 적어도 6개월의 시간을 허용하지 않았다는 것을 입증하기만 하면 제2.12조 위반이 일응 성립한다고 하여 미국의 청구를 기각하였다.

3) 추후합의인가? 문서 ‘그 자체의 능력으로’ 조약 해석에 대한 관련성을 갖는가?

위의 사건에서 상소기구는 해당 도하각료결정이 비엔나협약 제31조 3항 (a)호 하의 추후합의에 해당한다고 판단하고 이를 관련 규정의 해석에 참작



하였다. 위의 사건의 판정을 살펴보면, 패널과 상소기구는 해당 결정이 비엔나 협약 제31조 3항 (a)호 하의 추후합의인지 여부와 별개로 WTO 협정 제IX조 하의 유권적 해석인지 여부에 대해서도 검토하였다. 상소기구는 동 결정이 WTO 협정 제IX조의 요건을 충족하지 않았으므로 유권적 해석에 해당하지 않는다고 판정하였지만, 그렇다고 하여도 비엔나협약 제31조 3항 (a)호 하의 추후합의에 해당하는 데에는 전혀 문제가 없다고 판단한 것으로 보인다.

이러한 두 가지 경로 외에도 이 문서가 ‘그 자체의 능력으로’ WTO 협정 규정 해석에 대한 관련성을 가지는지에 대해 패널도 상소기구도 그 입장을 명확히 하지는 않은 것으로 판단된다. WTO 기관은 WTO 협정의 이행에 관한 사항과 WTO 협정 목적의 증진을 협의하기 위하여, 그리고 WTO 협정의 규정 또는 회원국에 의해 부여된 책임을 수행하기 위하여 설치되었다. 따라서 그러한 기관의 결정은 구속력을 가지지 않더라도, 또한 제31조 3항의 진정한 해석수단에 해당하지 않더라도 조약 해석에 관련성을 가질 수 있다. 앞서 설명한 바와 같이 WTO 협정은 기관의 문서가 어떠한 규범적 의미를 가지는지에 대해서는 침묵하고 있다. 따라서 어떠한 문서가 ‘그 자체의 능력으로’ WTO 협정 규정 해석에 관련성을 갖는다고 하기 위해서는 그 문서의 내용과 채택절차에 대해 분석하여 판단하는 수밖에 없을 것이다.

채택절차의 경우, 총의에 의하여 채택된 것이어야만 하는지 아니면 다수결(이른바 유권적 해석이나 면제의 일반적인 요건인 회원국 4분의 3의 다수결)에 의해 채택된 것이어도 되는지가 문제가 된다. 회원국의 개별적인 수락절차 없이 WTO 기관에서 채택된 문서가 WTO 회원국 모두가 포섭되는 WTO 시스템에 대해 규범적 의미를 갖게 되는 것이므로 총의에 의해 채택된 경우가 다수결에 의해 채택된 경우보다 문서 그 자체의 능력으로 협정 해석에 관련성을 가진다고 인정될 가능성이 높을 것이다. 특히, 각료회의와는 달리 조약체결권한을 정식으로 부여받지 않은 대표가 참석하는 각 협정 하에 설치된 위원회(이른바 TBT 위원회)의 문서라면 더더욱 그렇다고 보아야 한다. 그러나 유권적 해석의 채택 요건이 회원국 4분의 3의 다수결이라는 점을 고려할 때 총의에 의해 채택될 것이 반드시 요구된다고 할 수는 없을 것이다.

미국의 대북경제제재 법제: 세컨더리 보이콧 및 역외적용

박 언 경

경희대학교 객원교수

목 차

- I. 서 론
- II. 경제제재와 세컨더리 보이콧
- III. 세컨더리 보이콧의 국제법적 정당성에 대한 논쟁
- IV. 미국 주요 대북경제제재법제의 세컨더리 보이콧 관련성 검토
- V. 결 론



I. 서론

최근 북한의 핵실험을 포함한 WMD 확산 위협행위에 대한 대응으로 최근 미국은 자국의 국내법을 통한 비확산 제재조치의 직접적용을 포함한 강화된 행정조치를 실시하고 있다. 미국은 상무부, 국무부, 재무부 등의 부서에서 비확산을 위한 수출통제를 포함한 대북경제제재를 실시하고 있으며, 이는 다양한 법령에 기반하여 조치를 취하고 있다.¹⁾ 최근 미국의 대북경제제재의 특징은 경제제재의 효용성을 높이기 위한 수단으로 세컨더리 보이콧 조치의 반영을 시도하고 있다. 실제 미국은 2015년 대(對)이란 제재 당시 이란의 석유품목에 대한 세컨더리 보이콧을 통해 제재의 효과를 높인 바가 있기에,²⁾ 북한을 대상으로 한 제재에서도 세컨더리 보이콧 조항들을 보다 폭넓게 반영하려는 움직임을 보이고 있다. 최근에 채택된 미국의 대북제재법령 - 대북제재 강화법(2016), 북한 차단 및 제재 현대화 법(2017), 오토웬비어 법(2017) - 은 세컨더리 보이콧 내용을 담고 있다. 세컨더리 보이콧은 제재대상국과 교역하는 제3국의 기업에 대한 제재를 내용으로 하므로, 제3국과의 충돌문제, 특히 국제법적 정당성이 논란이 제기될 개연성이 높다.

본 연구에서는 미국의 대북경제제재 법령에 도입되고 있는 세컨더리 보이콧의 개념과 역외적용의 특성을 도출하고(제2장), 역외적용성을 가지는 세컨더리 보이콧의 국제법적 정당성에 대한 논쟁을 검토하고(제3장), 세컨더리 보이콧이 적용되고 있는 주요 대북경제제재 법제의 내용을 검토하고자 한다(제4장). 이전의 선행연구는 세컨더리 보이콧 조항의 역외적용의 불법성에 대한 비판적 시각을 제시하고 있으나, 최근 UN 안보리 결의 등의 내용을 바탕으로 미국은 자국법의 역외적용에 대한 정당성을 강조하고 있다. 이러한 변화하는 환경에서 세컨더리 보이콧의 정당성에 대한 검토와 구체적인 적용

1) 미국의 대북제재 법제는 상무부 주관의 물품, 기술 및 소프트웨어 등의 통제와 함께 재무부 주관의 북한의 자산동결이 함께 이루어지고 있는데, 동 법령의 규제조항들은 개개의 내용별로 세컨더리 보이콧의 내용을 담고 있다.

2) 대(對)이란 제재의 성공요인에 대한 자세한 내용은 한바란, “국제사회의 대이란 경제제재가 대북경제 제재의 2차제재 도입에 주는 시사점”, 「나라경제」, 한국개발연구원, 2016.10, pp.18-20 참조.

사례에 대한 연구를 통해 국제사회의 공조를 통한 대북제재의 효용성을 높이는 것과 동시에 우방국가 간의 충돌을 방지하는데 기여하고자 한다.

II. 경제제재와 세컨더리 보이콧

1. 경제제재의 유형으로서의 세컨더리 보이콧

경제제재(economic sanction)는 경제적 고통을 부과하거나 위협함으로써 대상국가의 행동과 정책결정을 변화시키거나 영향을 주기 위해 사용되는 조치이다.³⁾ 경제제재는 무력에 의한 분쟁해결이 금지되어 있는 현대 국제법 체계에서 국가의 대외정책적 목적을 달성하는데 있어 현실적인 수단이자, 가장 효용성이 높은 수단이다. 경제제재의 내용은 제재가 결정되는 상황과 관계국 간의 관계에 따라 다양하게 나타난다.⁴⁾ 미국은 대외정책의 도구로서 통상 규제를 가장 빈번하고 강력하고 광범위하게 행사해 온 국가로서, 타국의 군사적 침략행위는 물론, 정치범 박해행위, 인권위반행위, 인종차별정책, 차별적 이민정책, 국제테러행위, 인질납치행위, 내정간섭행위 등에 대해 다양한 경제제재 조치를 취하고 있다.⁵⁾

이러한 경제제재조치는 일반적으로 1차 제재(primary boycott)의 형태로 발현된다. 1차 제재는 관할권에 속하는 개인 또는 기업이 경제제재 법령을 위반하는 경우 이들에게 직접적으로 적용되는 제재이다. 전통국제법상 일국의 경제제재조치는 정당한 주권의 행사로 이해되지만, 개별국가의 자의적인 기준에 따라 직접 독자적으로 취하는 일방적인 경제적 강제조치는 주권평등의 원칙과 국내문제불간섭 원칙을 위반하는 불법적인 경제적 간섭에 해당한다.⁶⁾ 2차 제재(secondary sanction)로도 불리는 세컨더리 보이콧⁷⁾은 자국

3) 최승환, 「국제경제법」, 제4판, 법영사, 2014, p.532.

4) 김화진, "국제법 집행수단으로서의 경제제재와 금융제재", 「저스티스」, 통권 제154호, 2016.6, p.215.

5) 유형별 경제제재조치에 대한 자세한 내용은 최승환, 전거서, pp.521-522 참조.



의 제재를 받고 있는 국가의 대체적 수단을 활용한 교역을 감소하기 위하여, 제재를 부과하는 국가의 관할권의 적용을 받지 않는 해외의 행위자가 제재대상국과 교역을 실시하는 경우 제재규범을 적용하는 것을 의미한다.⁸⁾ 세컨더리 보이콧은 관할권 밖의 행위자 간에 이루어지는 상업적 교역을 중단하기 위한 역외적 조치이다.⁹⁾ 세컨더리 보이콧은 경제적 간섭(economic coercion)의 유효한 수단인 1차 제재(primary boycott)와는 뚜렷하게 구분된다.¹⁰⁾ 1차 제재가 국제법에 근거하여 관할권의 범위 내에서 유효한 경제제재를 실시하는 것에 비하여,¹¹⁾ 세컨더리 보이콧은 관할권 이외의 지역의 개인 또는 기업에 적용되는 역외적용적 성격¹²⁾으로 인해 그 유효성에 대한 비판이 제기된다.¹³⁾ 특히, 제3국의 국내법에 의해 불법이 아님에도 불구하고 제3국의 사인(私人)을 제재하는 것에 대한 정당성의 논쟁이 존재하고 있다. 하지만 세컨더리 보이콧은 1차 제재와 연계하여 작동함으로써 제3국이 제재대상국과와 교역을 실시하는 것을 억제하는 효과를 창출한다는 점에서 그 효용성이 인정된다.

6) 상계서, p.56.

7) “secondary boycott”에 대하여 국내 선행연구에서는 규범을 직접적으로 위반한 당사자에 대한 제재가 아닌 관할권 밖의 관여자에 대하여 국내법을 기초로 한 제재라는 의미에서 “2차 제재” 또는 “제3차 제재”의 용어가 혼용되어 사용되고 있음. 이 글에서는 세컨더리 보이콧으로 표기하되 의미전달을 위해 필요한 경우에는 2차 제재라는 용어를 사용함.

8) Thomas W. Wälde, *Managing the Risk of Sanctions in the Global Oil & Gas Industry: Corporate Response under Political, Legal and Commercial Pressures*, Texas International Law Journal (1997), Vol. 36, p.186.

9) Cedric Ryngaert, *Extraterritorial Export Controls (Secondary Boycotts)*, Chinese Journal of International Law (2008), Vol. 7, No. 3, p.626.

10) Andreas F. Lowenfeld, *Cuban Liberty and Democratic Solidarity(LIBERTAD) Act: Congress and Cuba: The Helms-Burton Act*, American Journal of International Law (1996), Vol. 90, p.429. ; David J. Santeusanio, *Extraterritoriality and Secondary Boycotts: A Critical and Legal Analysis of United States Foreign Policy*, Suffolk Transnational Law Review (1998), Vol. 21, p.390,

11) Howard N. Fenton, *United States Antiboycott Laws: An Assessment of Their Impact Ten Years After Adoption*, Hastings International and Comparative Law Review (1987), Vol. 10, pp.215-217.

12) 세컨더리 보이콧이 적용되는 예시는 다음과 같다. C국의 관할권에 있는 X가 B국과 교역을 한다면 X는 A국의 법령에 따라 A국과의 교역 또는 투자가 금지되는 것이다. Andreas F. Lowenfeld, *op cit*, p.429.

13) David J. Santeusanio, *op cit*, p.375.

2. 미 대북경제제재법의 역외적용성과 세컨더리 보이콧

1) 미 대북경제제재법의 체계와 특징

미국의 대북 경제제재입법은 다양한 법령에 기초하여 이루어지고 있다. 이들 법령은 모든 국가를 제재대상으로 하는 일반법 체계와, 특정 국가를 제재대상으로 하는 특별법 체계로 나누어진다. 이외에도 행정부의 행정명령 형식의 경제제재도 존재한다. 이외에도 행정부의 행정명령 형식의 경제제재도 존재한다. 일반법 체계의 대표적인 법령으로는 수출관리법(EAA: Export Administration Act), 국제비상경제권한법(IEEPA: International Economic Emergency Powers Act), 적성국교역법(TWEA: Trade With Enemy Act), 대의원조법(FAA: Foreign Assistance Act), 무기수출통제법(AECA: Arms Export Control Act), 애국법(Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act: Patriot Act) 등이 있으며, 특별법 체계의 법령으로는 이란, 북한, 시리아 확산금지법(Iran, North Korea, and Syria Nonproliferation Act), 북한확산금지법(North Korea Nonproliferation Act), 북한제재 강화법(North Korea Sanctions and Policy Enhancement Act), 북한 차단 및 제재현대화법(Korean Interdiction and Modernization of Sanctions Act), 오토웬비어 대북금융제재법(Otto Warmbier Banking Restrictions Involving North Korea Act) 등이 있다.

동 법령들은 국무부(Department of State), 상무부(Department of Commerce), 재무부(Department of the Treasury) 등의 부처에서 소관 법령에 근거하여 구체적으로 이행되고 있다. 대북 경제제재와 관련하여 핵심적인 역할을 수행하는 기관은 상무부이다. 상무부는 국제비상경제권한법(IEEPA)에 근거하고 있는 수출관리규정(EAR: Export Administration Regulations)을 토대로 이중용도물품의 수출통제를 담당하고 있다. 국무부는 군사물품과 관련한 통제를 담당하고 있다. 국무부는 국방교역통제실에서 군사적 목적으로 설계되거나 개발된 미국산 물품과 기술의 수출 및 재수출을



규율하는 국제무기거래규정(ITAR: International Traffic in Arms Regulations)에 근거하여 수출통제를 시행하고 있다. 미국의 수출통제제도의 가장 큰 특징 중에 하나는 재무부에 의한 금융제재이다. 재무부는 해외자산통제실(OFAC: Office of Foreign Assets Control)을 통하여 북한을 포함한 여타의 우려국가들과 미국의 관할권을 적용받는 개인 또는 법인의 교역을 차단하고 있다. 재무부는 적성국교역법(TWEA)에 근거를 두고 있는 해외자산통제규정을 통해 금융제재를 실시하고 있다.

[표 1] 미국 의회의 대북제재입법

법률명	제정 연도	제재용도
적성국교역법 Trade With Enemy Act	1917	한국전쟁 중 미국은 북한을 적국으로 규정 무역제재를 시작하였고 2008년 부시 대통령이 적성국교역법에 근거한 북한무역제재를 중단
수출입은행법 Export Import Bank Act	1945	북한이 마르크스레닌주의국가로서 수출입관련 금융제재
유엔참여법 UN Participation Act	1945	유엔 회원국으로서 유엔의 북한제제 결의 실행
원자력에너지법 Atomic Energy Act	1954	북한의 핵무기 확산관련 경제제재
대외원조법 Foreign Assistance Act	1961	북한의 인권문제를 근거로 경제제재. 테러지원국가 제재근거
무기수출통제법 Arms Export Control Act	1976	북한의 대량살상무기 확산관련 경제제재. 테러지원국가 제재근거
국가긴급사태법 National Emergencies Act	1976	북한의 핵무기 개발관련 경제제재
국제경제긴급사태권한법 International Economic Emergency Powers Act	1976	북한의 핵무기 개발관련 경제제재
국가긴급사태법 National Emergencies Act	1976	북한의 핵무기 개발관련 경제제재
수출관리법 Export Administration Act	1979	북한의 대량살상무기 확산관련 경제제재. 테러지원국가 제재근거

법률명	제정 연도	제재용도
국제종교자유법 International Religious Freedom Act	1998	북한의 종교자유 침해를 근거로 경제제재
인신매매피해자보호법 Trafficking Victims Protection Act	2000	북한의 인신매매 개입을 근거로 경제제재
이란, 북한, 시리아 대량살상무기확산금지법 Iran, North Korea, and Syria Nonproliferation Act	2000	북한의 대량살상무기 확산관련 경제제재
테러리즘을 가로막고 저지하는데 적절한 수단을 제공함으로써 미국을 단결시키고 강화시키는 법(미국 애국법) Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act (USA Patriot Act)	2001	북한의 불법적 자금세탁, 위조지폐, 밀수를 차단하기 위하여 경제제재
북한확산금지법 North Korea Nonproliferation Act	2006	북한의 핵무기 개발을 저지하기 위하여 제재
북한제재강화법 North Korea Sanctions and Policy Enhancement Act	2016	북한의 핵무기 개발을 저지하기 위하여 제재
북한 차단 및 제재현대화법 Korean Interdiction and Modernization of Sanctions Act	2017	북한의 핵무기 개발을 저지하기 위하여 제재
오토웜비어 대북금융제재법 Otto Warmbier Banking Restrictions Involving North Korea Act	2017	북한의 핵무기 개발을 저지하기 위하여 제재

출처) 변진석, “미국의 대북한 금융제재: 법제와 실행”, 『국제정치논총』, 제56권 4호, 2016.12, pp.52-53를 참조하였으며, 새로이 반영된 법령과 기존의 내용을 일부 보완하여 수정함.

2) 미 대북경제제재법의 관할권의 적용범위

국가가 사람이나 물건 또는 어떤 상황을 지배하거나 영향력을 행사할 수 있는 국제법상의 권한을 관할권(jurisdiction)이라고 한다.¹⁴⁾ 주권국가의 핵심적 요소인 국가의 관할권은 일반적으로 입법, 사법, 행정관할권으로 구분

14) 정인섭, 『신 국제법강의: 이론과 사례』, 제7판, 박영사, 2017, p.206.



되는데, 국가들은 다양한 관할권 이론을 토대로 자국의 관할권의 확대를 시도하고 있다.

대량파괴무기 확산과 관련된 이중용도물품의 수출통제를 목적으로 하고 있는 수출관리규정(EAR)은 적용범위를 다음과 같이 규정하고 있다. 우선 물질적 적용범위는 1) 미국의 대외무역지대 또는 외국으로부터 미국을 거쳐 다른 외국으로 운송되는 중의 물품을 포함한 미국 내에 존재하는 모든 물품, 2) 모든 미국산 물품, 3) 최소기준을 넘어서 외국에서 만들어진 외국제조품에 포함된 미국산 부품과 재료와 외국에서 제조된 소프트웨어에 포함된 미국산 소프트웨어 및 외국기술에 포함된 미국산 기술, 4) 외국에서 미국산 기술이나 소프트웨어를 이용하여 1차로 제조된 특정한 물품 또는 소프트웨어, 5) 미국산 기술이나 소프트웨어에 의하여 만들어진 1차 제조물품에 의하여 만들어지거나 중요한 부품이 구성된 미국 영역 외의 공장에 의하여 제조된 물품 등이다.¹⁵⁾ 인적 적용범위는 미국인을 대상으로 한다. 여기서 미국인은 개인, 법인을 포함한 미국 거주자 또는 미국국민인 특정 개인 및 국내법인에 의해 사실상 통제되는 외국 자회사, 계열사 또는 기타 국내법인의 외국 상설기구를 의미한다.¹⁶⁾ 수출관리규정(EAR)은 인적적용범위를 미국인으로 한정하고 있지만, 수출관리규정(EAR)의 물질적 적용범위는 역외적용성을 가지게 된다. 반면 최근에 제정된 대북제재 특별법들은 명시적으로 해외에 소재하는 제3국 기업에 대해서도 법령이 적용됨을 규정하고 있다.

국제관습법상 관할권은 원칙적으로 국가의 영역을 기준으로 성립되므로 1차 제재의 법률상 근거에 대해서는 다툼의 여지가 없으나, 세컨더리 보이콧의 경우는 역외적용성으로 인하여 법적 정당성에 대한 논쟁이 야기되고 있다.¹⁷⁾

15) 15 C.F.R. 734.3(a).

16) 15 C.F.R. 760.1(b).

17) Jeffrey A. Meyer, *Symposium Article: Second Thoughts on Secondary Sanctions*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law (2009), Vol. 30, p.933.

Ⅲ. 세컨더리 보이콧의 국제법적 정당성에 대한 논쟁

1. UN 헌장 제2조 4항에 의해 정당화 되는가?

UN 헌장 제2조 4항은 UN 회원국의 무력사용의 금지를 천명하고 있다. 모든 회원국은 그 국제관계에 있어 다른 국가의 영토보전이나 정치적 독립에 대하여 또는 국제연합의 목적과 양립하지 아니하는 어떠한 기타 방식으로든 무력의 위협이나 사용(threat or use of force)을 삼가도록 하고 있다. 이는 UN 헌장상의 원칙이자 국제관습법으로도 확립된 원칙으로 인식되고 있다.

동 조항과 세컨더리 보이콧의 국제법적 정당성의 연결점은 force의 개념이다. 세컨더리 보이콧은 일종의 경제적 간섭에 해당한다. 따라서 미국이 세컨더리 보이콧을 적용하여 제3국의 기업에 대하여 제재조치를 부과하는 것이 UN 헌장 제2조 4항의 무력에 해당하는지 여부이다. 즉, 경제적 간섭의 합법성을 평가하는데 있어 출발점이 UN 헌장 제2조 4항의 “force”의 해석이 되는 것이다. force의 개념과 관련하여 경제적 간섭까지 포함한다는 견해¹⁸⁾에 따르면, 세컨더리 보이콧 조치는 UN 헌장 제2조 4항을 위반하는 불법 조치에 해당한다.

과거 개도국들이나 동구권 국가들은 정치적 또는 경제적 force의 경우에도 무력에 포함하는 것을 지지하였다. 그러나 헌장 전문가나 UN 헌장 제44조에 사용된 force는 명백히 무력을 의미한다. 또한 정치적, 경제적 압력이 때로 국제법 위반에 해당하거나 평화에 대한 위협을 야기하는 경우도 있겠지만 그 자체가 헌장 제2조 4항에 의해 금지되어 있다고는 해석하기 어렵다.¹⁹⁾

다만 경제적 간섭이 UN 헌장 제2조 4항을 위반하는 조치가 아니라고 하여 세컨더리 보이콧이 정당화 되는 것은 아니다. 세컨더리 보이콧의 정당성은 다른 국제법상의 원칙을 위반하지 않을 때 인정된다.

18) Richard B. Lillich, *Economic Coercion and The International Legal Order*, in *Economic Coercion in the New International Legal Order* (Richard B. Lillich, ed. 1976) pp.75-79.

19) 정인섭, 전거서, p.1089 참조



2. 자위권에 의해 정당화 되는가?

세컨더리 보이콧의 정당성에 대한 논점으로 자위권도 논의된다. UN 헌장 제51조는 타국의 무력공격에 대한 대응으로 자위권을 인정하고 있으며, 이는 국가의 고유한 권리이다. 자위권이 타국의 무력공격에 대해 무력으로 대응하는 것을 허용하는 것이므로, 타국의 무력공격에 대하여 무력공격이 아닌 경제적 강제조치는 자위권의 행사로 정당화 된다.²⁰⁾

문제는 무력공격이 아닌 대량파괴무기의 확산행위에 대해 자위권의 행사로서 타국에 대한 경제제재가 정당화 될 수 있는가이다. 세컨더리 보이콧의 정당성을 지지하는 입장은 1차 제재처럼 세컨더리 보이콧도 자위권에 의해 정당화된다고 주장한다.²¹⁾ 특히 예방적 자위권을 지지하는 입장에서는 자위권에 대한 국제관습법에서는 무력공격이 자위권을 발동하기 위한 요건으로 하고 있지 않으며, 현대 무기의 발달과 파괴력에 비추어 볼 때 타국의 무력공격 이후에만 자위권을 행사할 수 있다는 주장은 현실과 괴리가 존재한다는 점을 강조한다. 이에 영미권의 학자들은 개별 국가는 UN 헌장 제51조상의 자위권 이외에도 국제관습법상의 자위권을 행사할 수 있으며, 여기에는 임박한 상대방의 공격을 예방하기 위한 목적으로 자위권을 행사할 수 있다고 주장한다.²²⁾ 그러나 UN 헌장에서 명백히 자위권의 발동요건으로 타국의 무력공격을 규정하고 있고, 국제관습법과 조약이 일차적 법원으로서 대등한 지위에 있지만 상호 충돌하는 경우에는 신법우선의 원칙 또는 특별법 우선의 원칙에 따라 적용되므로 1837년 캐롤라인호 사건에서 제시되어 확립된 국제관습법상의 자위권 요건과 1945년 채택된 UN 헌장상의 자위권 요건이 충돌하는 경우에는 UN 헌장의 내용이 우선 적용되는 것으로 해석하여야 할 것이다. 따라서 제2차 세계대전 이후에 자위권의 발동에 있어서 무력공격의 요건

20) 최승환, 전거서, p.61 참조

21) Stephen C. Neff, *Towards a Law of Unarmed Conflict: A Proposal for a New International Law of Hostility*, Cornell International Law Journal (1995) Vol. 28, pp.20-21; Richard B. Lillich, op cit., p.80.

22) Malcolm Shaw, *International Law* 7th ed. 2014, p.826.

이 필요하지 않다는 국제관습법이 발견되어 제시되지 않는 한 UN 헌장 제 51조의 요건이 적용됨이 타당하다.²³⁾ 현재 대다수의 국가들의 태도도 명백히 예방적 자위권의 개념을 수락하지 않고 있다.²⁴⁾

이러한 측면에서 본다면 UN 헌장상의 자위권은 타국의 무력공격이 있는 경우에만 행사하도록 규정하고 있으므로, 타국의 무력공격이 발생하지 않은 상태에서 세컨더리 보이콧의 행사는 자위권에 근거하여 정당화 될 수 없다.²⁵⁾

3. 속인주의에 의해 정당화 되는가?

속인주의(nationality principle)는 국가와 개인의 연결소인 개인의 국적을 기초로 하여 자국민의 소재지에 관계없이 자국의 관할권을 적용하는 원칙이다. 속인주의의 근거는 국민과 국가 간의 보호와 충성관계에서 도출된다.²⁶⁾ 속지주의와 속인주의는 관할권의 양립 또는 이중위협 가능성을 가지고 있기 때문에 많은 국가들이 그에 대한 한계를 두고 있으며, 이에 따라 속인주의의 적용은 매우 심각한 사건에 한정하곤 한다.²⁷⁾ 미국의 대북경제 제재법들은 미국이 자국민이 소유하거나 통제하는 해외소재 자국관련 법인에 대해서도 미국의 관할권을 적용하는 근거 규정들을 두고 있다는 특징이 있다. 더 나아가 역외에 소재하고 있는 미국산 물품, 기술 및 소프트웨어에 대해서도 국적개념과 유사한 자국관련성 개념을 적용하여 미국의 관할권을 적용하고 있다.

문제는 대북경제제재법제에 도입되어 있는 세컨더리 보이콧 규정이 속인주의에 의해 정당화 되는가 하는 점이다. 세컨더리 보이콧은 해외에 소재하는 제3국의 개인 또는 법인에 대하여 미국 대북경제제재법을 적용된다. 속인

23) Military and Paramilitary Actives in and against Nicaragua(Merits), para.176.

24) James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* 8th ed., 2012, p.751.

25) David J. Santeusano, *op cit*, p.376.

26) 정인섭, 전계서, p.215.

27) 최철영, 전계서, p.112.



주의가 성립되기 위한 이론적 기초는 국적이다. 따라서 해외에 소재하는 외국인에 대한 관련 법령의 적용은 속인주의에 의해 정당화될 수는 없다고 할 것이다. 법인 관련하여 법인의 국적 결정기준으로는 일반적으로 설립 준거법 주의나 본점 소재지주의가 널리 사용되고 있으나, 국가에 따라서는 자국민이 일정 지분 이상을 보유한 기업을 자국회사로 간주하고 있다.²⁸⁾ 이에 외견상 해외에 소재하는 외국법인의 경우 미국의 지분이 일정비율 이상 차지하고 있는 경우에는 속인주의 원칙에 따라 세컨더리 보이콧이 정당화 되는 것으로 인지될 수도 있다. 그러나 이러한 상황에 있는 외국법인의 경우는 관련 규정에 따라 미국 법령이 직접적으로 적용된다. 즉, 이 경우는 세컨더리 보이콧이 아닌 1차 제재에 해당하는 사항이기 때문에, 1차 제재에 있어서 관할권의 역외적용성의 정당화가 쟁점이 되는 상황이지 세컨더리 보이콧의 정당성이 논의되는 경우는 아니다. 요컨대 세컨더리 보이콧은 국적 및 법인의 지분이 미국인과 관련성이 없는 외국인에 대하여 적용되므로 속인주의에 근거하여 정당성이 인정되지는 않는다.

4. 보호주의에 의해 정당화 되는가?

보호주의(protective principle)는 외국에서 발생한 외국인의 행위라 할 지라도 그로 인해 국가적 이익을 침해당한 국가가 관할권을 행사할 수 있는 원칙이다.²⁹⁾ 보호주의는 외국인의 행위가 현지에서는 합법이라 할지라도, 자국의 이익에 대한 중대한 침해가 발생할 경우에는 해당국가의 관할권을 인정함으로써 국가이익을 보호토록 하고 있다. 다만, 보호주의가 남용되는 경우에는 국가 간의 중대한 마찰이 발생하게 될 우려가 있으므로 현재 개별국가들은 중요한 국가적 이익의 보호에만 제한적으로 활용하고 있다.³⁰⁾

28) 정인섭, 전거서, p.215.

29) 상거서, p.216.

30) 우리나라는 형법 제5조(외국인의 국외범)에서 보호주의 원칙이 적용되는 범죄를 열거하고 있다. 보호주의에 따라 처벌되는 범죄는 1. 내란의 죄, 2. 외환의 죄, 3. 국기에 관한 죄, 4. 통화에 관한 죄, 5. 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄, 6. 문서에 관한 죄 중 제22조 내지 제230조, 7. 인장에 관한 죄

세컨더리 보이콧이 규정되어 있는 대북경제제재법령들은 대량파괴무기 확산, 특히 북한의 핵개발 억제를 목적으로 대량파괴무기 확산 행위 및 확산에 대한 기여하는 활동을 규제하고 있기에, 동 법령에 근거한 제재는 외견상 미국의 중대한 이익의 보호를 위한 활동으로 볼 수 있다.³¹⁾ 다만, 전술한 것처럼 보호주의에 입각한 관할권의 편의주의적 남용은 국가 간의 마찰로 비화될 가능성이 높다. 최근 미국이 북한과 거래하고 있는 중국 단둥은행에 대하여 세컨더리 보이콧 조치를 부과한 사례에서도, 단둥은행이 소규모의 금융기관 이기에 실질적인 영향은 크지 않았음에도 불구하고 중국의 강력한 반발을 불러일으켰다.

세컨더리 보이콧이 보호주의 이론에 의해 정당성을 평가하기 위해서는 다음의 요소가 고려되어야 한다. 우선 제재대상이 되는 제3국의 기업이 대량파괴무기 확산 행위 및 확산에 대한 기여하는 행위자여야 한다. 상기 단둥은행의 사례처럼 단둥은행의 금융활동이 북한의 대량파괴무기 개발 자금을 제공하는 활동인 경우 단둥은행에 대한 미국의 세컨더리 보이콧을 적용한 중국기업에 대한 제재는 정당성을 가지게 될 것이다. 그런데 문제는 단둥은행은 불법행위자이기에 보호주의 이론에 따라 제재를 가하는 것에 대한 법적 정당성을 부여할 수도 있지만, 단둥은행과 교역하는 제3국의 기업에 대해서도 세컨더리 보이콧을 적용하는 것이 타당한지에 대해서는 논란이 있다. 보호주의란 행위 주체를 처벌하는 것이지 이와 직접적인 관련성이 없는 제3국민을 처벌하는 근거가 될 수 없기 때문이다.³²⁾ 다음으로는 관할권 이론에서 보호주의 이론의 지위이다. 앞서 언급한 것처럼 보호주의 이론은 속지주의, 속인주의 원칙의 예외로서 지위를 가지고 있다. 이에 보호주의 이론이 자국이익의 중대한 침해라는 제한적인 요건 하에서만 적용되며, 동 요건은 구체적 내용이 적시되었을 때 의미를 가지게 될 것이다. 대량파괴무기 확산에 기여하는 행위라는 요건이 보호주의의 적용을 허용할 만큼 구체성을 가지는지, 또한 보호

중 제238조 이다.

31) 관할권의 역외적용의 적법성이 보호주의 이론에서 도출된다는 견해는 Cedric Ryngaert, *op cit*, p.642 참조.

32) 김석호, "미국 경제제재법의 국제적 불법성", 「법학연구」, 제29집, 2008.2.25., p.411.



주의를 적용하려는 국가의 자의적 판단을 억제할 수 있을 정도의 명확한 기준인지에 대해서는 여전히 의문이 존재한다. 특히 단둥은행과 같이 세컨더리 보이콧 제재대상기업과 교역을 하는 제3의 기업의 대해서도 세컨더리 보이콧을 적용하는 것이 구체성과 명확성에 근거한 제재라고 평가하기는 어렵다. 이러한 측면에서 볼 때 모든 세컨더리 보이콧 조치가 보호주의 이론에 의해 정당성을 부여받는다고 평가하기는 어려우며,³³⁾ 국제법적 정당성을 부여받는 UN 안전보장이사회가 결정한 제재대상자와 교역하는 제3국의 기업에 대하여 세컨더리 보이콧을 적용하는 경우에만 보호주의 이론에 근거하여 정당성이 부여된다고 평가할 수 있다.

5. 영향이론에 의해 정당화 되는가?

영향이론(effects doctrine)이란 자국 영역 밖에서 발생한 행위에 대해 관할권을 적용하기 위한 이론으로 미국의 독점금지법 분야에서 발달되었다. 동 이론은 문제의 행위가 자국 영역 밖에서 행하여졌다 하더라도 불법성을 가지는 행위의 결과가 자국 영역의 이익에 부정적인 영향을 미치는 경우 자국의 관할권을 적용한다.³⁴⁾ 영향이론과의 연결점을 가지는 대표적인 세컨더리 보이콧 관련 법령은 1996년 쿠바자유화민주연대법(Cuban Liberty and Democratic Solidarity(Libertad) Act of 1996, 이하 ‘Helms-Burton 법’)이다. 쿠바에 대한 제재강화를 목적으로 하는 동 법은 미국인의 재산권 보호를 위하여 관할권의 역외적용에 관한 근거규정을 두었다. 현재의 국제사법시스템이 재산의 불법적인 압류와 사용에 대한 완벽한 구제시스템을 갖추고 있지 않기 때문에³⁵⁾, 국제법은 국가의 관할권 내에 지속적인 영향을 미치는 의도가 있거나 영향을 미쳐온 관할권 밖의 행위에 대하여 법의 지배의 원칙에 따라 국가가 관할권의 행사를 승인하고 있음을 규정하였다.³⁶⁾

33) Andreas F. Lowenfeld, *op cit.*, p.430.

34) Najeeb Samie, *The Doctrine of "Effects" and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws*, Lawyer of the Americas (1982), Vol. 14, p.23.

35) Helms-Burton Act Section 301(8).

세컨더리 보이콧이 영향이론에 의해 정당화가 되기 위해서는 세컨더리 보이콧의 적용대상 기업이 제재조치국가에게 의도적이며 상당한 영향을 미쳐야 한다. 그런데 타국이 제재대상국과 무역을 하거나 투자를 한다고 하여 그것이 미국에 상당한 영향을 준다고 하기 어렵다는 문제가 제기된다.³⁷⁾ 제3국의 기업이 비록 제재대상국가 또는 제재대상기업과 교역을 한다는 문제는 제기되지만 통상적인 교역행위가 제재국가의 국가안보에 영향을 미치려는 의도 또는 대량파괴무기 확산에 직접적으로 기여하려는 의도가 있다고 하기에는 어려움이 있다. 이처럼 영향이론의 발동요건을 고려할 때 세컨더리 보이콧이 영향이론에 의해 근거하여 정당성이 부여된다고 평가하기 어렵다.

6. 국제통상규범에 의해 정당화 되는가?

GATT 및 WTO 협정은 자유무역과 공정무역의 원칙에 따라 차별적인 무역제한 조치를 금지하고 있다. 하지만 예외적으로 국가안보를 위한 통상규제는 허용되고 있다. 상품무역협정에 부속된 1994년 GATT 제21조, 서비스무역일반협정 제14조의2, 무역관련 지적재산권협정 제73조는 국가 안보상의 중대한 이익을 보호하기 위해 필요한 통상규제 조치를 허용하고 있으며, 대다수의 자유무역협정에서도 이와 유사한 규정을 두고 있다. 이른바 안보예외조항은 GATT 체제 하에서도 합법적인 수출입규제의 국제법적 근거로 원용되고 있다.³⁸⁾ 미국의 세컨더리 보이콧은 필연적으로 제재대상 기업에 대한 차별적인 무역조치를 수반하게 되므로 국제통상규범을 위반하는 조치이지만, 이들 조치는 안보예외조항에 의해 예외가 주장될 수 있다. 세컨더리 보이콧 조치의 대상이 전략물자 등의 물품거래에 해당하는 경우에는 GATT 제21조가, 금융거래에 해당하는 경우에는 서비스협정 14조의2가 조치의 정당성을 주장하는 국가에 의해 원용되게 될 것이다.

36) Helms-Burton Act Section 301(9).

37) 김석호, 전계논문, p.409.

38) 최승환, 전계서, p.568.



안보예외조항에 의한 정당성의 검토에 있어서 제기되는 이슈는 우선 개별 요건에의 충족여부이다. 세컨더리 보이콧이 전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 취하는 조치인 경우에는 자국의 안보이익의 보호를 위해 필요하다고 체약국이 간주하는 조치인 경우에는 정당성이 인정되며(제2항), 국제평화 및 안보의 유지를 위하여 UN 헌장 하의 의무에 해당하는 경우에도 정당성이 인정된다(제3항). 또한 안보예외조항은 일반예외조항의 두문에서 제시하고 있는 동일한 국가 간에 자의적이거나 부당한 차별의 수단 또는 국제무역에 대한 위장된 제한을 가하는 방법으로 적용되어서는 안 된다는 요건도 존재하지 않고 있다. 동 조항의 해석에 관하여 제3항의 경우에는 UN 안전보장이사회 결의에 의한 조치일 경우 적용성이 인정될 수 있다. 반면, 제2항의 경우에는 비상시 개념의 모호성으로 인한 해석상의 논쟁이 제기될 수 있다. 또한 필요성의 판단을 체약국에 부여하고 있는 문구로 인하여 분쟁해결기구가 관할권을 가지는지에 대한 논쟁도 제기될 수 있다. 이른바 자기판단조항에 해당하는가에 관한 부분에 있어서 1983년 미국-니카라과 사건에서는 당시 GATT의 패널은 GATT 이사회가 미국의 니카라과에 대한 금수조치가 안보예외에 해당하는지에 대한 판단을 연기하도록 권고한 사례도 있다.³⁹⁾ 또한 GATT 패널은 통상분야의 전문가로 구성되어 있어 국가안보에 관한 사항을 판단할 역량이 없기에 국가안보에 해당하는지에 대한 법률적인 판단은 패널에서 진행할 수 없다는 주장도 제기된다. 이러한 측면에서 본다면 안보예외조항이 원용된 사례에서는 원용국가의 판단이 존중되어 안보예외가 인정될 가능성이 높다고 할 것이다.

하지만 여전히 의문이 제기되는 것은 자국의 국가안보를 위한 조치가 국제법상의 관할권의 범위를 넘어 타국의 관할권에서도 적용되는 것이 국제법적으로 타당한가 하는 점이다. 위반기업에 대한 1차 제재의 경우는 안보예외조항을 원용하여 정당성을 주장할 수 있는 여지가 있다고 할 것이지만, 세컨더리 보이콧의 적용은 국제법상 관할권 밖의 제3국 기관에 대한 통제이기 때문

39) John h. Jackson *et al.*, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations* 3rd ed., 1995. p.985.

에 국제통상규범에 의해 정당화가 주장될 수는 없을 것으로 판단된다. 또한 안보예외에 해당하는지에 대해서도 원용국가의 판단은 어디까지나 안보를 위해 조치를 취할 필요성을 결정하는 것이지 그러한 조치를 취할 수 있는 상황을 결정하는 것은 아니므로⁴⁰⁾ 안보예외조항의 법률적 요건을 충족하는 상황인지에 대한 결정권은 패널 또는 항소기구에 있다고 보는 것이 타당하다고 할 것이다.

7. UN 안전보장이사회 결의에 의해 정당화 되는가?

유엔 헌장은 국제평화와 안전에 대한 위협, 평화의 파괴 또는 침략행위가 발생하는 경우에는 유엔헌장 제7장에 근거하여 강제조치를 취할 수 있도록 하고 있다. 안전보장이사회의 이러한 결정은 모든 회원국에게 구속력을 가지며(유엔헌장 제25조), 회원국의 다른 조약상의 의무보다 우선한다(유엔헌장 제103조). 제7장에 근거한 강제조치는 비군사적 강제조치(유엔헌장 제41조)와 군사적 강제조치(유엔헌장 제42조)를 모두 포함한다. 비군사적 강제조치는 경제관계의 단절, 교통 및 통신의 단절, 외교관계의 단절 등과 같이 군사적 활동을 수반하지 않는 강제조치를 의미한다. 현재 비군사적 강제조치의 가장 일반적인 형태는 경제제재이다.

북한의 지속적인 핵실험으로 인하여 안전보장이사회는 일련의 대북제재결의안을 채택하여 대북경제제재를 가하고 있다. 유엔 안전보장이사회 결의 1695호는 2006년 북한의 대포동 2호 발사조치에 대한 대응조치로 회원국에게 미사일 관련 물품 및 기술의 북한이전 금지와 대량파괴무기 확산관련 자금의 이전 금지를 회원국에게 요청하는 것을 내용으로 한다. 유엔 안전보장이사회 결의 1718호는 2006년 북한의 제1차 핵실험에 대응하기 위한 결의안으로 대량파괴무기 관련 물품 및 기술의 수출입을 금지하고 있으며, 7대 재래식 무기, 사치품, 대량파괴무기 확산프로그램에 연루된 금융자산의 동

40) 김석호, 전제논문, pp.418-419.



결, 대량파괴무기 확산연루자 및 가족의 입국이나 경우를 금지하고 있다. 동 사항은 국가들의 의무사항으로 규정된 것이 특징이다. 유엔 안전보장이사회 결의 1874호는 2006년 북한의 제2차 핵실험에 대응하기 위한 조치로 북한 산 또는 북한을 경유한 무기의 수출입 행위에 대한 전면통제, 무기수출과 관련된 금융거래·기술훈련·자문·서비스·지원행위의 통제, 화물검색조치의 강화, 대북 금융제재의 강화 등이 규정되었다. 유엔 안전보장이사회 결의 2087호는 2013년 북한의 장거리 미사일 발사실험에 대응하기 위한 조치로 자국의 사인이 북한 금융기관 단체와 연루되지 않도록 감시할 것이 촉구되었다. 유엔 안전보장이사회 결의 2094호는 2013년 북한의 3차 핵실험에 대응하기 위한 조치로 북한의 대량파괴무기 확산에 기여하는 금융서비스 및 자산의 대북이전을 금지함과 동시에 자국 내 자산에 대한 동결조치를 의무화하였다. 또한 북한의 대량파괴무기 확산에 연루된 기업에 대한 공적 금융지원 금지도 의무화 하였고, 북한 내 자국은행의 개설 및 자국 금융기관의 북한 계좌 개설 금지도 촉구되었다. 자국 관할권 하에 있는 북한 관련 선박에 대한 화물검색을 의무화하고, 항공기의 경우는 착륙·이륙·경유를 금지하는 것이 촉구되었다. 2016년 제4차 북한 핵실험에 대한 대응으로 UN 안전보장이사회 결의 2270호가 채택되었다. 동 결의안에서는 모든 재래식 무기의 대북수출 금지, 인도적 물품을 제외한 모든 대량파괴무기 확산 관련 물품의 금지, 북한으로의 이전되는 화물에 대한 전수조사의 의무화, 금지품목의 적재가 의심되는 항공기의 이륙·착륙·통과 금지, 북한 관련 항공기·선박에의 승무원 제공을 포함한 선박관련 여타의 활동 금지, 불법활동 의심선박에 대한 입항금지 등이 의무화 되었다. 이외에도 교역금지광물 범위의 확대, 항공유 등의 판매금지, 자산동결, 외환거래 은행개설금지 및 대량파괴무기 확산 연루 지점의 폐쇄 등이 규정되었다. 2016년 북한의 제5차 핵실험에 대한 대응으로 유엔 안전보장이사회 결의 2321호가 채택되었다. 동 결의안에서는 석탄수출 상한제가 도입되었으며, 교역금지 광물의 범위도 확대되었으며, 해외근로자 파견에 대한 차단 근거도 도입되었다. 2017년 8월 북한의 대륙간탄도미사일 발사에 대한 대응으로 유엔 안전보장이사회 결의 2371호가 채택되었다. 동 결의안은 석탄수출상한제를 폐지하고 전면 금수조치를 취하였으며, 해산물에 대한

교역을 금지한 것이 특징이다. 이외에도 북한과의 합작투투자사업의 확대를 금지하고 있다. 2017년 9월 북한의 제6차 핵실험에 대응하여 유엔 안전보장이사회는 결의 2375호를 채택하였다. 동 결의안은 정석유제품수출 상한제 도입, 원유공급량 동결, 콘덴세이트 및 액화천연가스 공급의 전면 금지, 북한의 섬유 수출 금지, 북한 해외노동자에 대한 신규 노동허가 발급 금지, 결의상 금지된 물품(석탄, 섬유, 해산물 등)의 공해상 밀수를 막기 위한 공해상 북한 선박과의 선박 간 이전 금지 조치가 도입되었다. 또한 금지품목 적재 의심선박의 경우는 기국의 동의 하에 공해상에서 검색이 가능하며, 동의하지 않을 시에는 해당 선박을 적절한 항구로 이동하여 검색을 할 수 있도록 하였다. 2017년 12월 북한의 대륙간탄도미사일 발사에 대응하여 유엔 안전보장이사회는 결의 2397호를 채택하였다. 동 결의안에서는 정유제품의 상한을 50만 배럴로 축소, 원유공급 상한제 도입, 북한 해외 노동자의 24개월 이내 송환, 수출금지품목의 확대, 어업권 거래 금지, 제재 위반이 의심되는 선박의 동결·역류의 의무화 등을 내용으로 하고 있다.

미국은 유엔 안전보장이사회의 결의안을 이행을 위한 다수의 국내 법령에서 세컨더리 보이콧 조치를 규정하고 있다. 물론 유엔 안전보장이사회의 결의안이 타국 관할권 내의 사인에게 관할권을 적용하는 세컨더리 보이콧 도입의 허용을 부여하는 명시적인 근거 규정은 존재하지 않는다. 하지만 유엔 안전보장이사회 대북제재 결의안의 내용이 대량파괴무기 확산에 기여하는 자금 이전의 차단을 위한 금융제재 및 해외노동자 송환, 그리고 북한에 직접적으로 타격을 주는 광물, 유류 등의 공급을 제한하는 방식으로 이루어지고 있으며, 해상검색의 강화도 이루어지고 있다. 이러한 내용들은 모든 회원국들의 의무사항으로 부여되는데, 이에 회원국들은 자국 관할권 내의 자국민들이 관련 활동에 연루되지 않게 할 의무를 지게 된다. 이러한 의무사항은 다른 조약상의 의무보다 우선하므로 유엔 안전보장이사회 결의안의 이행을 위하여 개별 국가가 취하는 조치는 정당성이 인정된다고 할 것이다. 안전보장이사회의 결의에 기반 한 세컨더리 보이콧 조치는 안전보장이사회 결의가 가지고 있는 국제법적 지위와, 개별국가의 상이한 이행체제에서 유발되는 흠결을 방지하고, 제재결의의 실효성을 높이기 위하여 실시된다는 목적의 정당성을



고려할 때 법적 정당성이 인정될 여지도 있다. 하지만 다른 한편으로는 모든 유엔 안전보장이사회의 결의가 세컨더리 보이콧의 역외적용에서 나타나는 불법적 요인을 치유하는지에 대해서는 여전히 의문이 제기된다.

8. 소결

미국 경제제재법제의 관할권의 역외적용성, 즉, 대외영토를 벗어난 지역에 서의 관할권의 행사는 국제법상 주권존중의 원칙, 주권평등의 원칙과의 충돌의 문제가 발생하게 된다. 따라서 영토외적 관할권 행사를 정당화시키는 다른 국제법 원칙에 의하여 허용되지 않는 한 영토외적 적용을 규정한 법규만으로는 타국 영역 내에서 자국법을 역외적용하여 집행하는 것을 정당화 할 수는 없다.⁴¹⁾ 본문에서 다양한 국제법 원칙에 따라 세컨더리 보이콧의 정당성에 대해 검토한 결과, 이를 정당화 하는 다른 국제법 원칙은 존재하지 않는 것으로 보인다.⁴²⁾

다만 세컨더리 보이콧의 법적 정당성에 대한 흠결은 유엔 안전보장이사회 결의안에 의해 보완될 여지가 있다. 유엔 안전보장이사회 결의안에서 국제평화를 위협하는 특정 국가의 대량파괴무기 확산행위를 방지하기 위하여 특정 국가만을 대상으로 세컨더리 보이콧을 포함한 실효성 있는 조치의 당위성과 방향성, 그리고 구체적인 내용을 결의안에 포함하는 경우에는 결의안의 내용과 동일한 내용을 국내적으로 이행하기 위한 제도로서 세컨더리 보이콧 제도를 도입하는 경우에는 정당성이 인정될 수 있을 것이다.

41) 최철영, 「미국의 대외경제제재관련법제 연구」, 한국법제연구원, p.110.

42) Howard N. Fenton, op cit., pp.215-17.

IV. 미국 주요 대북경제제재법제의 세컨더리 보이콧 관련성 검토

1. 무기수출통제법

방산물품 및 기술의 교역에 적용되는 1976년 미국 무기수출통제법(AECA)은 테러지원국의 지정근거가 된다. 동 법의 적용대상 물품 및 기술의 중개(brokering) 활동에 참여하는 모든 사람(every person)은 미국 국무부에 등록하도록 규정하고 있다.⁴³⁾ 무기수출통제법의 이행법률인 국제무기수출거래규정(ITAR: International Traffic in Arms Regulations)은 미국인뿐만 아니라 외국인(foreign person)에게도 관할권을 적용하고 있다.⁴⁴⁾ 여기서 외국인은 미국 영주권을 가지지 못한 자연인을 의미하며, 외국법인, 외국기업 등도 포함된다.⁴⁵⁾ 즉, 외국기업이 통제품목을 불법 이전하는 경우에는 미국과의 교역을 제한받을 수 있다.

관할권 밖의 외국인에게 무기수출통제법을 확대 적용한다는 점에서 관할권의 역외적용성의 정당성에 대한 비판이 제기된다. 특히 영향이론과 관련하여 무기수출통제법의 규정에 따라 국무부에 등록되지 않은 외국인의 중개행위는 미국에 부정적인 영향을 미치는 것으로 볼 수 없으므로 영향이론이 적용되지 않는다.⁴⁶⁾ 즉, 무기수출통제법은 미국 관할권 밖의 외국인이 테러지원국으로 지정된 국가와의 교역에 적용이 될 경우에는 세컨더리 보이콧의 성격을 가지고 있으나, 역외적용의 정당성에 대해서는 비판이 제기된다.

2. 국제비상경제권한법

1977년 제정된 국제비상경제권한법(IEEPA)은 국가안보, 대외정책, 국내

43) AECA, Section 38(b)(1)(A); 22 U.S.C. Section 2278(b)(1)(A)(ii).

44) 22 CFR Section 129.3(a).

45) 22 CFR Section 120.16.

46) Chinese JIL (2008) p.652.



경제와 관련하여 미국의 영역 밖에서 발생한 비상시의 위협에 대응하기 위하여 대통령에게 특별한 권한을 부여하고 있다.⁴⁷⁾ 대통령은 상기의 위협에 대하여 국가비상사태를 선언할 수 있으며, 이에 따라 수출통제, 외국환거래통제, 금융기관의 거래 통제 등을 실시할 권한을 가진다. 동 조치는 국가안보 등을 위협하는 외국 및 외국인과의 거래에 참여하는 것을 금지하고 있으며, 미국의 관할권이 적용되는 모든 개인 또는 재산에 적용된다.⁴⁸⁾ 동 법에 따른 권한은 동 법의 규정에 의한 비상사태가 종료된 경우에 철회된다. 동 법을 위반하는 경우에는 25만 달러 이하의 민사처벌, 고의적으로 위반한 경우에는 100만 달러 이하의 벌금이 부과되며 개인의 경우에는 20년 이내의 징역형이 병과될 수 있다.⁴⁹⁾

국제비상경제권한법(IEEPA)은 수출관리규정(EAR)의 근거법령이 된다는 점에서 중요한 의미를 가지고 있다. 본래 수출관리규정은 1979년 수출관리법(EAA)의 이행을 위하여 입법되었으나, 동 법이 1994년 효력을 상실하자 국제비상경제권한법(IEEPA)에 따른 행정명령으로 수출관리규정의 효력을 존속시키게 되었다. 수출관리규정(EAR)은 미국 관할권의 적용을 받는 이들의 수출행위를 규제한다. 더욱이 동 규정은 역외적용을 통한 대량파괴무기의 확산 차단을 의도한다.

국제비상경제권한법(IEEPA)은 모든 개인과 재산에 적용된다고 규정되어 있을 뿐 관할권에 관한 세부규정은 존재하지 않는다. 하지만 동 법에 의해 효력을 유지하고 있는 수출관리규정(EAR)에서는 관할권의 범위에 관한 세부 규정을 두고 있다. 수출관리규정(EAR)이 세컨더리 보이콧의 의미를 가지는 경우는 재수출통제 규정이 북한과 같이 특정 국가를 대상으로 한 금수조치 규정과 연계되는 경우이다. 수출관리규정(EAR)은 수출의 개념에 재수출까지 포함하고 있는데, 재수출(reexport)이란 미국산 물품을 수입한 국가가 제3국으로 수출하는 경우, 또는 미국의 물품 및 기술이 일정비율⁵⁰⁾ 이상 편입된

47) 50 U.S.C. 1701(a).

48) 50 U.S.C. 1702(a)(1).

49) 50 U.S.C. 1705.

50) 미국 수출관리규정은 미국산 물품 및 기술이 일정비율 이상 편입된 품목의 경우에도 미국 수출관리

외국산 물품을 제3국으로 수출하는 경우를 의미한다.⁵¹⁾ 또한 수출관리규정(EAR)은 2017년 12월 현재 쿠바, 이라크, 북한, 러시아, 우크라이나의 크림 지역, 이란, 시리아 등을 통제대상국으로 지정하여 특별조치를 부여하고 있다.⁵²⁾ 이 중 북한에 대해서는 UN 안전보장이사회 결의안 1718호의 이행을 위한 수출허가제도를 실시하고 있으며⁵³⁾, 해외자산통제국(OFAC)이 실시하는 대북제재를 유지하는 것을 규정하고 있다.⁵⁴⁾ 따라서 미국의 관할권을 적용받는 외국인이 해외에서 특별통제대상국과 교역하는 것은 수출관리규정(EAR)의 적용대상이 되는데, 이는 역외적용의 성격을 가짐과 동시에 세컨더리 보이콧의 모습을 지니게 된다.

3. 애국법

2001년 9월 24일 제정된 미국 애국법(Patriot Act)의 정식명칭은 테러리즘을 가로막고 저지하는데 적절한 수단을 제공함으로써 미국을 단결시키고 강화시키는 법(Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act: USA Patriot Act)이다. 테러리즘에 대한 국가안보의 강화를 목적으로 하고 있는 동 법은 제311조에서 자금세탁의 방지 조치에 관한 내용을 규정하고 있다. 동 법은 해외에서 활동하는 금융기관이 자금세탁에 관여된 경우에는 재무부가 미국 관할권 밖의 해외 금융기관에게 관련 자료의 제출 등의 특별조치를 요구할 수 있는 근거를 마련하고 있다.⁵⁵⁾ 동 법령이 적용된 대표적인 사례는 마카오의 방코델타아시아(BDA: Banco Delta Asia)를 우려대상

규정의 적용대상으로 하고 있다. 국가별로 10%, 25%의 기준을 적용하고 있으며 특정 암호화 품목의 경우에는 0%의 기준이 적용된다. 최소기준(*deminimis*)에 관한 자세한 내용은 15 C.F.R 734.4 참조.

51) 15 C.F.R 734.14.

52) 15 C.F.R 746.

53) 15 C.F.R 746.4(a).

54) 15 C.F.R 746.4(e).

55) 31 U.S.C. 5318A.



금융기관으로 지정한 사례이다. 당시 북한은 52개의 계좌에 2,500만 달러의 자금을 가지고 있었는데, 그중 35개 계좌의 1,300만 달러의 자금은 비교적 정당한 자금이지만 나머지 17개 계좌의 1,200만 달러는 마약, 위조지폐, 그리고 북한의 핵무기 개발자금이라고 간주되고 있었다.⁵⁶⁾ 미국 재무부가 방코델타아시아를 우려대상 금융기관으로 지정하자 동 은행과 거래하고 있던 타 금융기관들은 미국은행과의 거래에 있어 부정적인 영향을 미칠 것을 우려하여 방코델타아시아와의 금융거래를 즉각 중지하였으며, 마카오 금융당국은 방코델타아시아에 개설된 북한 계좌도 자발적으로 동결하는 조치를 취하였다.⁵⁷⁾ 북한이 보유하고 있던 계좌의 2,500만 달러의 자금은 러시아 중개은행을 통해 북한으로 이전되었고, 동 조치는 이후 6자 회담 때까지 지속되었다.⁵⁸⁾

미국 애국법의 주요 목적은 미국 내 금융기관을 적용대상으로 하고 있지만, 동시에 명백하게 해외 소재 금융기관을 대상으로도 동일한 내용이 적용된다는 점에서 역외적용성과 세컨더리 보이콧의 성격을 가지고 있다.

4. 대북제재강화법

북한이 2016년 1월에 실시한 제4차 핵실험에 대한 대응으로 미국은 대북 제재강화법(North Korea Sanctions and Policy Enhancement Act of 2016)을 2016년 2월 제정하였다. 동 법은 북한의 안전보장이사회 결의⁵⁹⁾를 위반하는 대량파괴무기 확산행위, 자금세탁행위, 무기판매행위무기, 마약거래 행위, 위조화폐제조행위, 사이버안보침해행위, 미국인의 지적재산권 침해 행위 등이 반복적으로 자행되어 오고 있음을 확인하고 있으며, 북한의 심각한 인권탄압 현황과 테러지원활동 등에 대한 우려를 제기하였다. 동 법은 북핵 문제를 포함한 일련의 안보리 결의 위반행위 및 인권 문제 등을 해결하기 위한

56) 변진석, 전계논문, pp.60-62 참조.

57) 임강택, "대북경제제재에 대한 북한의 반응과 대북정책에의 함의", 『통일나침반』, 2013.5, p.15.

58) Cedric Ryngaert, *op cit.*, p.653.

59) 안전보장이사회 결의 1695호(2006), 1718호(2006), 1874호(2009), 2087호(2013), 2094호(2013).

평화적 수단의 활용, 북한의 행동변화를 이끌기 위한 외교적 수단의 발현, 북한 주민의 고통 해소 및 2004년 제정된 북한인권법의 이행을 목적으로 하고 있다.⁶⁰⁾

동 법의 특징은 제재대상자에 대한 조치를 의무적 제재와 재량적 제재로 구분하여 적용하고 있는 점이다. 의무적 제재의 유형은 대량파괴무기 및 운반수단의 확산에 기여하는 행위자, 군수품의 거래에 기여하는 행위자, 사치품의 거래에 기여하는 행위자, 검열 및 인권침해에 기여하는 행위자, 자금세탁·위조화폐제조·대량현금 밀반입·마약거래 등에 기여하는 자, 대량파괴무기 확산 관련 산업에 이용을 위한 광물의 교역에 기여하는 자, 무기 및 관련물자의 거래에 기여하는 자 등에 대한 제재가 해당한다.⁶¹⁾ 반면 재량적 제재의 유형은 안전보장이사회 결의에 근거한 제재대상자, 북한정권을 위한 뇌물공여 및 민간자금횡령에 기여하는 자, 상기 재량적 제재행위에 재정적·물질적·기술적 지원을 한 자 등에 대한 제재가 해당한다.⁶²⁾ 미국 대통령은 모든 제재대상자에 대해서는 미국관할권 내의 자산동결, 자회사 및 거래처의 자산동결, 교역허가 거부 등의 조치를 반드시 시행하여야 한다.⁶³⁾ 반면, 외국 금융기관의 미국 금융시스템 접근금지, 미국 관할권 내 외국환의 거래금지, 금융기관 간의 신용 및 지불의 이전금지 등은 대통령의 재량적 조치사항에 해당한다.⁶⁴⁾ 다만 의무적 제재의 적용대상자에게는 조달계약금지, 북한출발·북한재산 운반·북한정부의 선박 및 항공기에 대한 압수 및 수색강화, 미국여행금지 등의 재량적 조치가 추가된다.⁶⁵⁾ 동 법을 위반하는 행위자는 국제비상경제권한법(IEEPA)에 따른 처벌이 부과된다.

동 법령은 미국인뿐만 아니라 제3국의 개인과 단체를 제재대상자로 지정하고 있으므로 세컨더리 보이콧에 해당한다. 다만 2010년 대(對)이란 제재법령과 달리 2016년 대북제재강화법은 대통령에게 특정 행위에 대해서는 제재

60) 22 U.S.C 9201(b).

61) 22 U.S.C 9214(a).

62) 22 U.S.C 9214(b).

63) 22 U.S.C 9214(c)-(e).

64) 22 U.S.C 9214(b)(2)(B)-(D).

65) 22 U.S.C 9214(b)(2)(A).



에 관한 재량권을 부여하고 있다는 점에서 차이가 존재한다.

5. 북한 차단 및 제재 현대화법

2017년 8월 제정된 제재를 통한 미적성국 대응법(Countering America's Adversaries Through Sanctions Act)은 이란, 러시아, 북한에 대한 제재를 내용으로 하고 있는 통합제재법이다. 동 법 제3장은 북한에 대한 제재를 내용으로 하고 있는데, 북한 차단 및 제재 현대화법(Korean Interdiction and Modernization of Sanctions Act)으로 불려진다. 동 법은 2016년 대북제재강화법의 수정정보안을 통한 대북제재의 실효성을 높이는 것을 목적으로 한다. 주요 내용은 외국인(foreign person)의 정의개념 신설하여 미국시민권이 없는 개인, 미국 영주권을 가진 외국인(alien) 또는 미국인이 아닌 법인으로 규정하여 미국 관할권 밖의 사인도 적용대상이 됨을 명백히 밝히고 있다.⁶⁶⁾

또한 의무적 제재와 재량적 제재의 범위 확대하여 제재의 효율성을 높이고 있다.⁶⁷⁾ 의무적 제재의 유형으로는 무기수출통제법상의 국방물자 및 서비스의 제공, 광물의 교역제한 범위 확대, 항공유 등의 교역, 제재대상 선박의 성능유지 관련활동, 북한관련 선박에의 보험제공, 북한 금융기관의 대리계좌 유지 등이 해당된다. 재량적 제재의 유형으로는 북한과 관련하여 UN 안전보장이사회 제재수량을 초과한 광물의 구매, 섬유구매, UN 안전보장이사회 결의를 위반한 정부의 자금 및 자산 이전, 현금·귀금속·보석 등의 이전, 원유·농축유·정유·액화천연가스 등의 판매 및 이전, 온라인 도박 등의 전자상거래, 어업권의 구입, 식품 및 농산품의 구입, 노동자의 해외수출, 수송·채굴·에너지·금융서비스 산업에의 관련활동 등이다. 이외에도 계좌의 대리개설 금지,⁶⁸⁾ 거래금지 물품의 개념을 군수품에서 방산물품으로 확대⁶⁹⁾, 위반 선

66) Korean Interdiction and Modernization of Sanctions Act sec. 302.

67) Korean Interdiction and Modernization of Sanctions Act sec. 311.

68) Korean Interdiction and Modernization of Sanctions Act sec. 312.

69) Korean Interdiction and Modernization of Sanctions Act sec. 313.

박·항공기·화물의 압류 및 몰수,⁷⁰⁾ UN 안전보장이사회 결의 이행을 위한 외국 항만 및 공항에서의 검색강화,⁷¹⁾ 300톤 이상의 북한관련 선박·2016년 대북제재강화법·UN 안전보장이사회 지정 외국선박의 미국 항만으로의 입항 금지⁷²⁾ 등도 2016년 대북제재강화법 보다 강화된 대북제재 내용이다.

2016년 법이 제3국의 개인과 단체를 제재대상자로 지정하고 있는 것에 비해, 2017년 북한 차단 및 제재 현대화법은 동 법의 적용대상으로 외국인과 외국법인을 명시하여 세컨더리 보이콧을 적용하고 있음을 나타내고 있다. 또한 제재대상 내용을 구체적으로 확대함으로써 세컨더리 보이콧을 통한 제재의 효율성을 높이는데 기여하고 있다.

6. 오토웜비어 법

2017년 7월 19일 미국 상원이 발의하여 2017년 11월 16일 통과된 오토웜비어 대북금융거래 제한법(Otto Warmbier Banking Restrictions Involving North Korea Act of 2017, 이하 ‘오토웜비어 법’)은 당초 대북 금융제한법(Banking Restrictions Involving North Korea(BRINK) Act of 2017)으로 발의되었으나, 북한에 투옥되었다가 2017년 6월 미국으로 송환 직후 사망한 오토 웜비어를 추모하기 위하여 오토웜비어 법으로 명명되었다.

동 법은 2006년 이후 유엔안전보장이사회가 채택한 9개의 대북제재 결의에도 불구하고 북한의 지속적인 대량파괴무기 개발행위의 불법성과 미국과 한국을 대상으로 한 사이버 공격에 대한 책임이 북한에 있음을 확인하고 있다.⁷³⁾ 특히 북한이 2016년에 실시한 다수의 미사일 발사실과 2017년 5월의 탄도미사일 발사실험은 단순한 발사체의 실험이 아니라 핵무기의 사용을 가능하게 하는 대륙간탄도미사일(ICBM)로 평가하고 있으며, 잠수함에서의

70) Korean Interdiction and Modernization of Sanctions Act sec. 314(d).

71) Korean Interdiction and Modernization of Sanctions Act sec. 315.

72) Korean Interdiction and Modernization of Sanctions Act sec. 315.

73) Otto Warmbier Banking Restrictions Involving North Korea Act of 2017 sec. 101(1)~(3).



미사일 발사실험을 포함한 다양한 발사실험을 통해 미국에 대한 핵공격 역량을 강화하고 있음에 대해 우려를 표명하고 있다.⁷⁴⁾ 이에 대한 대응으로 미국은 동 법을 통해 북한과 관련한 금융거래 및 금융투자에 대한 제한을 통해 북한의 대량파괴무기 확산 프로그램을 차단과 함께 유엔안전보장이사회 결의에서 채택된 무기 및 관련 군수품의 교역의 차단을 목적으로 하고 있다.⁷⁵⁾

동 법은 제재대상자와의 금융거래를 실시하는 외국금융기관에 대한 제재를 실시하고 있다.⁷⁶⁾ 2016년 대북제재강화법의 내용을 보완한 오토웹비어 법은 제재대상자에게 금융서비스를 제공하는 외국금융기관을 대상으로 자산 통제 및 계좌개설의 제한조치에 관한 권한을 재무부장관에게 부여하고 있다. 동 법은 국제비상경제권한법(IEEPA)에 근거를 두고 있기에 동 법의 처벌 규정이 그대로 적용된다. 북한에 대해 적용되던 기존의 금융제재조치도 오토웹비어 법에 그대로 포함되어 적용된다.

동 법은 의무적 제재의 범위도 확대하고 있다. 북한 정부에 상당량의 석탄·철·철광석 등의 구매 또는 공급, 북한정부로부터 섬유수입, 유엔 안전보장이사회 결의를 위반하는 자금 및 재산의 이전, 북한으로부터 해산물 구입, 북한정부 또는 노동당의 수익을 위한 노동자 송출, 북한으로 선박의 판매 또는 이전 등의 행위를 의무적 제재 대상으로 규정하고 있다. 이외에도 북한 정부 및 관계자에 대한 뇌물제공, 횡령·절도·착복 등에 기여하는 경우도 포함된다.⁷⁷⁾ 동 법령은 대통령에게 북한의 자금세탁을 방지하기 위한 국제협력 체제를 구축할 의무를 부여하고 있으며, 북한 공직자의 자산을 통제하고 북한정권의 도둑정치(kleptocracy)를 중단하기 위한 노력을 우선적으로 실시할 것을 규정하고 있다.⁷⁸⁾

동 법령의 가장 큰 특징은 국제금융시스템으로 북한 정부의 접근을 차단하는 것이다. 북한정부가 국제금융시스템의 실제소유자가 되어 수익을 향유하

74) Otto Warmbier Banking Restrictions Involving North Korea Act of 2017 sec. 101(4)~(6).

75) Otto Warmbier Banking Restrictions Involving North Korea Act of 2017 sec. 101(7).

76) Otto Warmbier Banking Restrictions Involving North Korea Act of 2017 sec. 111.

77) Otto Warmbier Banking Restrictions Involving North Korea Act of 2017 sec. 113.

78) Otto Warmbier Banking Restrictions Involving North Korea Act of 2017 sec. 115.

는 것을 방지하기 위하여 재무부장관은 의회에 현황에 관한 보고서를 제출할 의무를 가진다. 또한 상기조치와 아울러 미국이나 유엔 안전보장이사회의 대북제재대상 활동을 한 사인에게 주정부 및 지방정부의 투자를 금지하거나 사인에게 투자되어 있는 주정부 및 지방정부의 주식을 매각하도록 하고 있으며,⁷⁹⁾ 불법거래를 차단하기 위한 금융산업 조성에 관한 규정도 두고 있다.⁸⁰⁾

동 법령의 특징은 세컨더리 보이콧의 시행을 사실상 의무화 하고 있다는 점이다. 이전의 대북제재 법령에 비해 동 법령은 의무적 제재의 범위를 확대 하고 있는데, 이러한 제재조치는 미국 및 유엔안전보장이사회의 제재를 받고 있는 북한과 교역하는 모든 사인에게 적용된다. 세컨더리 보이콧을 통한 대북 금융제재의 확대는 북한으로 자금이전의 차단에 중점을 두고 있다.

7. 소결

미국 대북경제제재법은 다음과 같은 특징을 지니고 있다. 첫째, 행정명령 또는 의회입법의 형태로 제정되어 적용되고 있다. 둘째, UN 안보리 결의의 이행법령임을 명시하여 미국의 대북경제제재조치의 국제법적 정당성을 강조 하고 있다. 셋째, UN 안보리 결의안의 제재내용을 반영하여 새로운 의회입법을 제정하거나 또는 보다 신속한 개정 및 절차의 진행을 위하여 행정명령의 형태로 제재대상이 개정되고 있다. 동 개정을 통하여 제재대상 및 제재범위의 확대를 통해 제재의 효율성을 증대시키고 있다. 넷째, 최근의 대북경제제재법령의 제재조치를 의무적 조치행위와 재량적 조치행위로 구분하여 운영 하고 있다. 대(對)이란 경제제재법에서는 재량적 조치행위에 대한 규정이 없었으나, 대북 경제제재법에서는 재량적 제재조치에 관한 규정을 두어 세컨더리 보이콧의 적용에 있어서 행정부의 정책적 판단에 따라 선별적으로 적용이 가능하도록 하는 제도적 장치를 마련하고 있다. 다섯째, UN 안전보장이사회 결의안의 내용을 반영하여 인도적 차원에 해당하는 물품 등에 대해서는 규제

79) Otto Warmbier Banking Restrictions Involving North Korea Act of 2017 sec. 201~204.

80) Otto Warmbier Banking Restrictions Involving North Korea Act of 2017 sec. 301~306.



대상에서 제외하고 있다. 여섯째, 북한 대량파괴무기 확산행위의 차단 이외에도 북한 주민의 인권보호를 대북경제제재의 목적으로 함께 언급하고 있다. 일곱째, 대북 경제제재조치가 북한의 대량파괴무기 확산의 차단, 특히 핵무기 보유능력을 차단하기 위한 수단으로 자금확보를 차단하기 위한 조치를 강화하고 있다. 북한의 주력수출품인 지하자원의 수출제한, 북한 노동력의 해외활동 제한, 대북 금융제재의 강화 등 자금이동의 차단조치가 강화되고 있다. 여덟째, 북한체제에 직접적인 타격을 줄 수 있는 석유자원의 차단조치가 이행되고 있다. 아홉째, 미국 대북경제제재법의 위반행위에 대한 벌칙은 국제비상경제권한법(IEEPA)에 근거하여 적용된다. 마지막으로 미국 대북경제제재법은 역외적용성을 지니고 있어 미국의 영토를 벗어난 해외지역에 거주하는 개인 및 기업 등의 행위자에게도 적용이 된다. 미국 대북경제제재법의 역외적용성, 특히 세컨더리 보이콧의 적법성에 대해서는 전통 국제법상의 관할권 이론 측면에서는 논란이 존재하고 있으나,⁸¹⁾ UN 회원국의 의무인 UN 안전보장이사회 결의의 이행이라는 법적 근거를 토대로 1차 제재 및 세컨더리 보이콧 조항을 법령에 규정하여 적용하고 있다.

81) 세컨더리 보이콧과 관련하여 국제사회에서 적법성이 논의된 대표적인 사례는 1996년 3월에 발효된 쿠바자유민주화법(Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act, LIBERTAD) 관련 사건이다. 쿠바의 민주화 회복을 목적으로 하고 있는 동 법은 법률 제안자의 이름을 따 Helms-Burton 법으로 명명되었다. 동 법은 구체적인 실행수단으로 제3국의 국민이 미국인 소유의 재산을 거래하는 것을 금지할 뿐만 아니라, 미국인으로부터 획득한 쿠바인 소유의 재산을 거래하는 것도 금지하였다. 또한 동 법에서는 제3국 국민의 쿠바와의 교역 및 투자행위도 금지되었다. 동 법은 제3국 국민을 적용대상으로 하는 세컨더리 보이콧 법령이었다. 동 법에 대항하여 EU는 이사회 규칙 2271/96을 1996년 11월에 제정하였다. 아울러 EU는 1996년 10월 WTO에 Helms-Burton 법과 쿠바에 대한 미국의 금수조치에 대해 GATT 및 GATS 위반을 이유로 WTO 제소하였으나, 양자간의 합의로 사건은 종료되었다. 동 사건에 대한 자세한 논의는 Harry L. Clark, *Dealing With U.S. Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law (1999), Vol. 20 참조.

V. 결론

북한의 대량파괴무기 확산행위의 불법성은 UN 안전보장이사회 결의안을 통해 확인된다. 북한의 대량파괴무기 확산행위를 통제하기 위하여 유엔은 일련의 안보리 결의안을 통한 제재를 가하고 있으나, 북한은 여전히 핵실험과 대륙간탄도미사일 발사실험을 하고 있으며, 2017년 11월 29일에는 국가 핵무력 완성 성명을 발표하였다. 유엔 안전보장이사회에 의한 대북경제제재는 각 국가의 국내법에 따라 이행되는데 개별 국가의 이행체제가 상이하게 나타남으로 인해 조치의 흡결이 존재한다는 문제가 있다. 유엔 현장상의 해석으로는 유엔 안전보장이사회의 결의를 준수하지 않는 국가에 대해서도 제재가 가능하지만, 개별국가의 국내법의 흡결이나 강제적 조치가 반영되지 않은 국내이행규범을 통한 미비한 이행의 경우에는 제재 동참을 강제할 수 있는 법적 수단이 사실상 존재하지 않는다. 대북제재에 있어서도 북한의 대외무역 비중에서 90% 이상을 차지하고 있는 중국의 미온적인 대북제재 이행조치는 북한의 대량파괴무기 확산의 주요한 원인으로 인식된다.

이러한 환경에서 미국은 대북제재의 실효성을 높이기 위한 방안으로 세컨더리 보이콧을 도입·강화하고 있는 추세이다. 세컨더리 보이콧의 국제법적 정당성에 대해서는 국가 간의 논쟁이 존재하고 있으나, 이란의 핵확산 사태에서 확인하였던 것처럼 세컨더리 보이콧의 효과성에 대해서는 국제사회의 긍정적 평가가 내려지고 있는 것으로 보인다. 미국은 2010년 포괄적 이란제재법(CISADA)과 2012년 국방수권법(NDAA)에 따라 이란과 거래하는 해외 금융기관이 미국 금융기관과 거래하지 못하도록 했다. 이 조치에 따라 이란 경제는 실업률과 인플레이션이 치솟는 등 타격을 받았고, 결국 미국의 세컨더리 보이콧이 본격적으로 시행된 후 3년 만인 2015년 이란은 핵 동결에 합의하였다. 또한 방코델타아시아 은행의 규제사례에서처럼 북한을 대상으로 한 세컨더리 보이콧의 효용성도 확인되었다.

미국의 세컨더리 보이콧 조치는 금융거래 분야를 중심으로 진행되는 특징을 나타낸다. 이는 자금이전의 차단이 북한의 핵확산활동을 억제하는데 있어



서 가장 효과적이라는 미국의 시각을 반영한 것으로 보인다. 북한의 대(對)중 무역의존도가 높은 특수한 경제구조로 인해 국제사회의 대북제재가 이란처럼 가시적인 성과가 나타나고 있지 않는 상황에서 미국의 세컨더리 보이콧을 통한 중국 내 개인 및 법인에 대한 제재, 특히 금융제재는 상당히 의미 있는 조치라고 할 것이다. 하지만 여전히 세컨더리 보이콧의 국제법적 정당성에 대해서는 논란이 있으며 이는 향후 국가 간의 통상분쟁으로 야기될 우려도 존재하고 있다는 점도 유념하여 보다 효율적인 국제협력 체제를 모색하는 것이 필요하다.

배출권거래제도 및 연계에 관한 연구

- EU사례를 중심으로 -

소 병 천

아주대학교 법학전문대학원 교수

목 차

- I. 서 론
- II. 배출권거래제도
- III. 배출권거래제도 연계
- IV. 결 론



I. 서론

2015년 파리협정 채택으로 국제사회 기후변화대응의 정책적 방향은 강제적 감축량 설정이 아닌 국가들의 자발적 감축체제로 변화되었다. 그러나 구체적 감축수단은 교토의정서 시장메커니즘을 이용한 배출권거래제도(Emission Trading System)가 여전히 유효한 것으로 평가된다. 온실가스를 포함 특정대기물질의 배출권거래제도는 우리나라를 포함하여 유럽연합(EU: European Union), 미국 및 캐나다의 일부 주, 중국 일부 성에서 운영되고 있다. 가장 큰 온실가스배출국인 중국이 2020년 내에 자국 내 단일 배출권거래제도 운영을 목표로 하고 있어 그 실현 여부에 따라 배출권거래제도는 국제사회 온실가스감축의 주요 축으로 자리 잡을 공산이 크다.

국제적으로 배출권거래제도를 연계하는 경우 온실가스 감축비용 차이로 감축활동이 활성화될 수 있다는 차원에서 배출권거래제도 연계가 모색되고 있다. 배출권거래제도 연계는 연계 대상 국가의 경제규모 및 그에 따른 온실가스배출규모, 산업화 수준 및 특성 그리고 무엇보다도 온실가스감축에 대한 강한 의지 등 외적 변수에 따라 성공 여부가 결정 될 수 있다. 그러나 또 다른 요소로서 연계대상 배출권거래제의 법제도적 공통점 역시 중요하다.

동 연구는 배출권거래제도 및 연계에 대해 개요, 장·단점 및 사례 그리고 우리나라에 주는 시사점을 검토한다. 주 사례로는 상대적으로 긴 운영경험을 보유하고 있으며 호주 및 스위스와 연계를 시도한 바 있는 EU 배출권거래제도를 주 비교사례로 한다. 또한 유일한 성공사례로 알려진 미국 캘리포니아와 캐나다 퀘벡 간의 연계 운영 역시 검토한다. 그리고 성공적 연계의 요소로서 경제적 요인과 사회정치적 요소로 나누어 검토하고 이를 통해 EU와 우리나라 배출권거래시장의 연계에 대한 시사점을 제시한다.

II. 배출권거래제도

1. 의의

배출권거래제도(ETS: Emission Trading System)는 소위 총량제한배출권거래(Cap & Trade)의 개념으로 온실가스배출업체에게 배출권 형식으로 배출량을 할당하되 기존 명령통제(Command & Control)방식과 달리 배출권을 할당받은 업체 상호간 시장에서의 거래를 통해 자발적 배출량 감소를 촉진하기 위해 설계된 제도이다.¹⁾

배출권거래제의 개념은 1990년 개정된 미국 청정대기법(Clean Air Act)에서 처음 도입되었다. 연방의회는 산성비 피해가 극심해지자 그 원인인 이산화황(SO₂)을 줄이기 위해 뉴욕 주 등 주차원에서 논의되었던 배출권거래제도를 이산화황에 국한하여 연방법에 도입하였다.²⁾ 그리고 이러한 개념은 기후변화대응체제 내에서도 도입되어 소위 교토 메커니즘(Kyoto Mechanism)이라 통칭되는 시장기반유연접근방식의 하나로서 1997년 교토의정서 제17조에 규정되었다.³⁾

교토의정서의 배출권거래제도는 공동이행제도(JI: Joint Implementation), 청정개발체제(CDM: Clean Development Mechanism)와 상호 기능적으로 작동한다. 교토의정서의 배출권거래방식은 당사국들이 나라케시 당사국총회 결정을 통해 정한 틀 내에서 자국 제도를 통해 잉여할당량을 거래하거나(ETS), 해외 감축사업을 통해 획득한 감축분을 자국의 감축목표에 상쇄하는 방식(JI, CDM)이다.⁴⁾ 그러나 교토의정서상의 배출권거래제는 CDM 등

1) 이한규, EU에서의 교토메커니즘의 이행, 국제경제법연구, 제8권 2호, 2010, p. 91-92; 졸고, 기후변화 대응 국제논의의 쟁점 및 국제법적 함의, 서울국제법연구, 제16권 2호, 2009, p.11.

2) Title IV of the Clean Air Act - Acid Deposition Control, 40 CFR Parts 72-78.

3) 제17조

당사자총회는, 특히 검증·보고·책임 등에 관한 것을 비롯하여, 배출량거래에 관한 원칙·방식·규칙·지침을 규정한다. 부속서 B의 당사자는 제3조의 규정에 의한 공약을 이행하기 위하여 배출량거래에 참여할 수 있다. 이러한 모든 거래는 제3조의 규정에 의한 수량적 배출량의 제한·감축을 위한 공약의 이행을 위한 국내조치의 보조수단으로 활용되어야 한다.

4) Decision 18/CP.7; Modalities, rules and guidelines for emissions trading under Article



과 달리 구체적인 이행 관련 절차나 기구가 존재하지 않고 사실상 당사국들에게 JI나 CDM사업을 통해 국제시장에서 배출권을 확보하도록 만하고 있을 뿐이다.

총량제한배출권거래의 개념은 회원국 내에서의 배출권거래제도의 설립을 촉진하였다. 교토의정서는 국내 배출권거래제도에 대한 틀을 제공하고 있지는 않고 회원국에게 제도 설계에 많은 재량권을 부여하고 있다. 국내 배출권거래제도는 거래제에 참여하는 기업이 할당된 배출량 상한을 초과하는 경우 그 초과분을 국내배출권시장에서 구입하거나 해외 사업을 통해 배출권을 확보하도록 강제하고 있기 때문에 기업들은 적극적으로 배출량을 줄이려는 유인을 갖게 된다. 나아가 온실가스 배출권을 시장에서 현물처럼 거래할 수 있도록 하여 비용 효율적으로 온실가스감축목표 달성을 가능토록 하여준다. 이와 같은 배경 속에 미국과 같이 교토의정서 당사국이 아닌 국가들 역시 배출권거래제도를 운영하고 있다.⁵⁾

따라서 배출권거래제도는 기후변화협약과 교토의정서 당사국인 국가가 교토의정서 내 배출권거래제도를 이행하는 형태와 교토의정서 비당사국인 국가가 교토의정서와 상관없이 자체적 국내 제도를 통해 배출권거래제도를 운영하는 형태 두 가지로 나누어 볼 수 있다. EU 및 우리나라의 배출권거래 시장은 전자이고 교토의정서 비당사국인 미국의 배출권거래제도는 “지역 온실가스 이니셔티브(RGGI: Regional Greenhouse Gas Initiative)” 경우는 후자의 예 중 하나라고 할 수 있다.⁶⁾

17 of the Kyoto Protocol. 교토의정서 제12조에 명시된 청정개발체제(CDM)는 기후변화협약(UNFCCC)상 부속서 I 국가(선진국)가 부속서 I 국가(개도국)에서 감축활동을 통해 얻은 감축분을 자국의 감축 실적에 반영할 수 있게 하는 제도이다. 선진국은 CDM 사업을 통해 CERs (Certified Emission Reductions)을 획득하게 되며 개도국은 자국의 지속가능한 발전을 위한 재원과 기술 지원을 기대할 수 있다. 공동이행(JI: Joint Implementation)은 교토의정서 제6조에 의거하며 부속서 I 국가(선진국)가 다른 부속서 I 국가(선진국)에서 감축 사업을 실시하고 여기서 발생하는 감축분(ERUs: Emissions Reduction Units)을 자국의 감축목표 달성에 사용할 수 있도록 한다.

- 5) 현재 GDP기준 40%에 해당하는 국가 내에서 배출권거래제도가 운영되고 있으나 2030년에는 GDP기준 70% 이상 지역 내에서 배출권거래제도가 운영될 것으로 예상된다.
- 6) 교토의정서상의 배출권거래제도의 모델은 Cap & Trade라는 개념 외 구체적이지 않기 때문에 결국 교토의정서 하의 배출권제도이거나 비 교토의정서 하의 배출권제도 모두 실시 당국의 제도 설계에 따라 다소의 차이가 있을 뿐 본질적인 차이는 없다.

2015년 파리협정의 체결로 국제 기후변화대응체제는 일대 변화가 있었다. 가장 큰 변화는 기존 선진국만이 온실가스 감축의무를 가졌던 교토의정서와는 달리 파리협정은 모든 당사국의 온실가스 감축의무를 부여하였다. 단, 감축의무는 하향식이 아닌 상향식 방법을 채택하여 회원국이 자발적으로 정한 감축목표(INDC: Intended Nationally Determined Condition)를 달성하는 구조이다. 그러나 감축방법과 관련 파리협정만의 새로운 모델이 제시되지 않고 있다는 점에서 배출권거래제도를 포함한 기존의 교토메커니즘은 여전히 유효하다.

실제로 파리협정 채택 이후 INDC를 제출한 189개 당사국 가운데 122개국이 교토메커니즘을 사용할 계획을 포함하고 있으며, 특히 82개국은 국제 체제, 37개국은 지역적 체제, 9개국은 양자간 체제의 활용의사를 명시하였다.⁷⁾ 우리나라 역시 감축목표 달성 방안의 일환으로 국제 배출권거래제를 활용하겠다는 내용을 INDC에 포함하였다. 스위스, 터키, 모나코, 일본, 아이슬란드, 노르웨이 등은 역시 감축목표 달성을 위한 보조적 또는 추가적 조치로서 국내 조치가 불충분한 경우에 국제 배출권거래제를 사용할 의향임을 밝혔다.⁸⁾ 이처럼 각 당사국이 제출한 INDC 보고서를 통해 판단할 때 파리협정 체제 이후에도 배출권거래제도 등 교토 메커니즘은 온실가스감축의 주요한 역할을 할 것으로 예상된다.⁹⁾

2. 대한민국 배출권거래제도

1) 법적 근거

우리나라는 2010년 『저탄소녹색성장 기본법』에 총량제한배출권거래제

7) 문진영 외, 신기후체제 하에서의 국제 탄소시장 활용방안, 대외경제정책연구원 보고서 연구보고서 16-14, 2016. p. 57.

8) Id.

9) 2016년 기준 40개 국가가 국가 단위로 탄소배출권거래제도를 시행하고 있거나 시행할 예정이다; 유인식, 파생거래기법을 활용한 탄소자산관리, 기후변화와 녹색성장, 제13호, 2017, p.37.



도입의 근거규정을 두었다.¹⁰⁾ 그리고 이에 근거하여 2012년 『온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률』(이하 ‘배출권거래법’)을 제정하여 배출권거래 제도의 기본설계를 마련하였다. 이후 2년간의 준비 과정을 거쳐 2015년 1월 공식적으로 개장하였다.

2) 단계 설정

배출권거래법에 따르면 5년 단위의 계획 기간으로 단계가 나뉘는데 예외적으로 2015년부터 2017년까지 1차 시범단계와 2018년부터 2020년까지 2차 시범단계를 두고 2021년부터 5년 단위로 단계를 운영할 예정이다.¹¹⁾ 배출권거래법에서는 3년 또는 5년 단위의 단계를 계획기간, 그리고 단계 내의 매 년도를 이행연도라고 규정하고 있다.

3) 적용대상

배출권거래시장의 적용대상 온실가스는 교토의정서 하의 6개 온실가스(CO₂, NO₂, PFC, CH₄, HFC, SF₆)이다.¹²⁾ 적용 산업분야는 에너지 발전, 철강, 시멘트, 석유화학, 정유, 건설·교통, 폐기물, 항공 등 상당 대부분의 산업이 포함되어 있어 적용대상 산업에서 배출하는 온실가스배출량은 전체 국내 온실가스배출량의 67%를 차지한다.¹³⁾ 배출권거래제도의 적용을 받는

10) 제46조(총량제한 배출권 거래제 등의 도입) ① 정부는 시장기능을 활용하여 효율적으로 국가의 온실가스 감축목표를 달성하기 위하여 온실가스 배출권을 거래하는 제도를 운영할 수 있다.
② 제1항의 제도에는 온실가스 배출허용총량을 설정하고 배출권을 거래하는 제도 및 기타 국제적으로 인정되는 거래제도를 포함한다.
③ 정부는 제2항에 따른 제도를 실시할 경우 기후변화 관련 국제협상을 고려하여야 하고, 국제경쟁력이 현저하게 약화될 우려가 있는 제42조 제6항의 관리업체에 대하여는 필요한 조치를 강구할 수 있다.
④ 제2항에 따른 제도의 실시를 위한 배출허용량의 할당방법, 등록·관리방법 및 거래소 설치·운영 등은 따로 법률로 정한다.

11) 동법 제2조.

12) 저탄소녹색성장기본법 제2조 9호.

13) 채종오·박선경, 한국의 탄소배출권 거래제 시행 1년 후 현황과 개선방안, Journal of Climate Change Research 2016, Vol. 7, No. 1, p.44.

기업은 최근 3년간 온실가스 배출량의 연평균 총량이 125,000 이산화탄소 상당량톤(tCO₂-eq: 이하 ‘톤’) 이상인 업체이거나 25,000 톤 이상인 사업장의 해당 업체이다.¹⁴⁾ 현재 배출권거래제도 참여대상자는 약 525개 업체로 알려져 있다.¹⁵⁾

4) 할당

온실가스배출할당은 기획재정부 산하의 할당위원회에서 할당계획을 수립하여 할당대상업체의 이행연도별 배출권 수요 및 무역집약도 및 탄소집약도, 할당대상업체 간 배출권 할당량의 형평성 그리고 부문별·업종별 온실가스 감축 기술 수준 및 국제경쟁력을 고려하여 결정한다.¹⁶⁾ EU 배출권거래제와 비교하여 가장 큰 차이는 우리나라의 경우 할당이 이루어진 후 할당을 조정하는 것이 가능하다는 것이다. 이는 우리나라가 교토의정서 의무감축국인 부속서B국이 아님에도 배출권거래제를 도입하여 국내 산업에 위축을 가져올 수 있다는 부담감에서 할당조정제가 포함되었다.¹⁷⁾

배출권거래법 제16조에 따르면 조정은 두 가지 경우 가능한데 첫째, 할당 계획 변경으로 배출허용총량이 증가한 경우와 둘째, 계획기간 중에 시설의 신설 또는 증설, 생산품목의 변경, 사업계획의 변경 등으로 배출권의 추가 할당이 필요하거나 이행연도별 할당량의 조정이 필요한 경우로서 할당대상업체가 신청한 경우로 규정되어 있다. 첫 번째의 경우 할당계획의 변경이라는 일반적인 사유가 있는 경우이나 두 번째의 경우 할당대상업체의 개별적 사유에 따라 조정하는 것이기 때문에 신중히 접근하여야 할 것이며 조정을 하여 추가할당을 하는 경우라 할지라도 배출권총량에는 변화가 있어서는 안 되기

14) 이는 1) 사업장 하나에서 25,000톤 이상을 배출하는 경우 의무적용대상자가 되며, 2) 비록 한 사업장에서 25,000톤은 배출하지는 않지만 복수의 사업장을 가지고 있는 업체의 경우 전체 사업장에서 125,000톤 이상을 배출하는 경우 해당 업체 역시 의무적용대상자가 된다.

15) 총 525개의 배출권할당 대상업체 중 석유화학 업종이 84개로 가장 많고, 폐기물 업종 44개, 철강과 건물 업종이 각각 40개 순이다. 그러나 배출권할당의 규모로 보면 에너지발전, 철강, 석유화학 그리고 시멘트 순이다; 채종오·박선경 *supra* note 13. p.44.

16) 배출권거래법 제12조.

17) 동법 제16조.



때문에 예비분으로 남아있는 할당량의 범위 내에서 가능할 것이다.

또한 할당은 일정한 경우 취소도 가능하다. 예컨대 할당계획 변경으로 배출허용총량이 감소한 경우에는 감소된 배출허용총량에 상응하는 배출권을 전체 할당대상업체에게 각각의 기존 할당량에 비례하여 취소하거나, 특정 부문 또는 업종에 감소된 배출권의 전부 또는 일부를 취소할 수 있다. 또는 할당대상업체가 전체 시설을 폐쇄, 중지 및 가동하지 않은 경우 날짜에 비례하여 해당 할당대상업체에 할당된 배출권을 취소한다. 또한 할당대상업체가 거짓이나 부정한 방법으로 배출권을 할당받은 경우 배출권을 취소한다.¹⁸⁾

유·무상 할당 방식 관련 1단계는 99% 이상 무상할당을 할 수 있었는데 기업의 경제적 부담을 최소화하기 위해 전체 100% 모두를 무상할당 하였다. 내년 2018년부터 시작되는 2단계는 97% 이상 무상할당을 할 수 있는데 아직 유·무상할당이 공식적으로 발표되지 않았다. 3단계에는 90% 범위에서 무상할당을 할 수 있다.

5) 거래

배출권거래 참여자는 국내 배출권할당대상업체에 제한된다.¹⁹⁾ 배출권할당대상업체는 이행연도가 시작될 때 정부에 의해 할당받은 배출권을 배출권거래시장에서 거래하고 이행연도 종료 후 6개월 내에 할당받은 배출권을 정부에 제출하여야 한다. 따라서 이행연도 동안 배출량이 남거나 부족한 경우 배출권거래시장을 통해 이를 충당한다. 만일 배출권이 남는 경우 매도하는 대신 정부의 승인을 받아 계획기간 내 다음 이행연도 또는 다음 계획기간의 최초 이행연도로 이월할 수 있다.²⁰⁾ 또한, 할당대상업체는 배출권을 제출하기 위하여 필요한 경우에는 정부의 승인을 받아 계획기간 내의 다른 이행

18) 동법 제22조.

19) 그러나 최근 투자활성화를 위해 2021년 3단계부터 금융투자업자와 일반투자자 역시 배출권 거래에 참여할 수 있도록 하였다. 또한 배출권제도 연계를 대비하여 “배출권 거래시장의 연계 또는 통합을 위한 조약 또는 국제협정에 따라 외국 법인 또는 개인의 배출권 거래가 허용된 경우”를 상정하고 있다. 배출권거래법 시행령 제24조.

20) 동법 제28조.

연도에 할당된 배출권의 일부를 차입할 수 있다. 단, 배출권 차입의 한도는 할당된 배출권의 10%로 제한된다.²¹⁾ 또한 할당대상업체는 국제적 기준에 부합하는 방식으로 외부사업에서 발생한 온실가스 감축량을 정부의 승인을 통해 배출권으로 전환할 수 있다. 이를 상쇄(off set)라 하는데 상쇄 배출권 또한 총 배출권의 10%로 제한된다.²²⁾

6) 벌칙 등

할당대상업체가 이행연도 종료 후 배출권을 제출하면 관할당국은 그 내용에 대한 적합성을 평가하여 실제 온실가스 배출량을 인증한다. 만일 배출권이 인증한 온실가스 배출량보다 적은 경우에는 그 부족한 부분에 대하여 이산화탄소 1톤당 10만원의 범위에서 해당 이행연도의 배출권 평균 시장가격의 3배 이하의 과징금을 부과할 수 있다.²³⁾ 납부의무자가 과징금을 납부하지 않을 경우, 납부기한이 지난 날부터 1개월이 지날 때마다 1.2%의 가산금을 징수한다. 과징금 액수에 대해 산업계는 과징금이 과하여 기업들이 배출권을 시장에 내놓지 않고 보유하고 있는 것이 한국의 탄소 배출권 거래제가 활성화 되지 못하는 중요한 요인이라 지적하기도 하지만 만일 과징금이 배출권 가액보다 낮을 경우 거래제가 무의미하여 질 것이다.

7) 시장 현황

2015년 배출권거래시장 개장 당일 7,860원 580톤의 거래 이후 우리나라 배출권거래시장은 사실상 일 년 동안 거래가 존재하지 않았다. 거래량이 없던 이유로는 EU의 공급과잉으로 인한 시장 붕괴를 반면교사 삼아 가능한 할당을 엄격히 하여 공급량이 부족하였기 때문이다. 또한 이행년도 종료 시 할당받은 배출권을 정부에 제출할 때 부족분을 시장에서 구매하지 못하는 경우 시장가격의 3배를 과징금으로 내야하기 때문에 수요는 늘어나고 가격상승을

21) Id.

22) 동법 제30조.

23) 동법 제34조.



예상하여 공급 부족이 더 심화되기 때문이다. 이로 인해 개장 초기 7,860원에 시작한 배출권가격은 현재 23,000원이 넘는 가격이 형성되어 있다. 특히 2018년 2단계 시작 전 6개월 전에 할당계획이 수립되어 유·무상할당 등이 결정되어야 함에도 불구하고 관할당국의 변경 및 에너지정책의 변경 등 타 요인으로 인해 계획 수립이 늦어지고 있는 것도 시장의 불안정성을 높이고 있는 이유 중 하나이다.

3. EU 배출권거래제도

1) 법적 근거

EU는 2001년 10월 온실가스 저감 정책의 하나로 EU 내의 온실가스 배출권거래제도를 채택하기로 이사회를 통해 정책을 수립하였다.²⁴⁾ 그리고 이를 위해 2003년 온실가스배출권 거래제도의 시행에 관한 지침 2003/87²⁵⁾ 채택하였고, 2년의 준비 과정을 통해 2005년 1월 EU 배출권거래제도를 정식 출범하였다.

2) 단계

2005년에서 2008년의 시범기간인 1단계와 교토의정서 발효에 맞춘 2009년에서 2012년까지의 2단계를 거쳐 현재는 3단계(2013~2020)가 진행 중이다. 2021년부터는 2030년까지 4단계부터는 10년 단위로 단계가 설정될 것으로 예정 중이다.

24) EU의 환경정책은 EU 차원, 회원국 차원 그리고 회원국 지자체별 차원으로 다층적으로 추진된다. 온실가스배출권거래 정책 역시 마찬가지로써 EU 차원에서 배출권 거래제에 대한 아젠다를 설정, 회원국의 동의 하에 기본 틀을 제시한다. 그리고 각각의 회원국은 EU 차원에서 제시된 배출권거래제를 시행하고 각 지방자치단체들은 각 지역별로 EU법제가 허용하는 범위에서 지역특성에 맞는 추가 규제 및 보조금 등의 정책을 시행한다.

25) Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of October 13, 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC.

3) 적용대상

배출권거래제도의 적용대상 온실가스는 교토의정서 하의 6개 온실가스 중 CO₂, NO₂, PFC 만이 대상이다. 참여국은 28개 EU 회원국과 유럽경제지역/유럽자유무역연합(EEA-EFTA: European Economic Area/European Free Trade Association) 3개 회원국 아이슬란드, 리히텐슈타인 및 노르웨이가 참여하고 있다.

배출권거래제도에 참여하는 산업분야는 1단계에는 발전소 등 에너지산업 등으로 국한되었으나²⁶⁾ 2단계에는 일부 항공 분야(연 1만 톤 이상 배출하는 상업용 항공 산업이 2012년부터 적용)로 확대되었다.²⁷⁾ 3단계에는 석유화학, 알루미늄, 철금속, 비철금속, 석고, 암모니아, 질소 등으로 단계적으로 확대되는 중이다.²⁸⁾ 적용 시설로는 약 11,000여 개의 발전소, 제조사 및 항공사 등이 포함되며 이들의 배출량은 전체 배출량의 45%에 해당한다.²⁹⁾

4) 할당

배출권 총량을 할당하는 방식은 각 회원국들이 총 배출권량 및 할당방식 등을 명시한 국가할당계획(NAP: National Allocation Plan)을 EU에 제출하여 승인을 얻은 후 배출권을 무상 또는 유상으로 배분한다. 유·무상 여부는 1단계에는 99% 무상, 2단계에는 90% 무상 그리고 3단계에는 발전부분에서는 100%, 산업부분에서 20%, 그리고 항공부분에서 15% 등 분야별로 차이가 있으나 원칙적으로 유상의 범위를 확대해 나가는 것을 원칙으로 하고 있다.³⁰⁾

26) 1단계에 의무적 참여대상은 20MW 이상 규모의 연소시설, 석유 정제, 코크스 제조가마(coke ovens) 등의 에너지 활동, 제철 및 가공활동, 광물산업, 펄프와 종이 생산과 관련된 활동이다.

27) 비상업용 항공산업의 경우 3단계부터 적용되었다. 단 EU 회원국과 비회원국 간 노선을 운영하는 EU 회원국 항공사에게는 해당 노선에서만 그 적용을 보류하고 있다.

28) Directive 2003/87, Annex I.

29) Sonja Hawkins and Ingrid Jegou, Linking Emissions Trading Schemes, ICTSD Series on Climate Change Architecture Programme, ICTSD Programme on Global Economic Policy and Institution, March 2014, p.8.

30) 특히 3단계에는 1단계와 2단계 기간에서 적용되던 국가할당제를 없애고, EU 차원에서의 할당량을



5) 거래

배출권 거래방식은 런던 소재 유럽 배출권거래소(ECX)를 통한 장내거래와 장외거래를 통해 가능하다. 대부분의 배출권거래시장에서는 장내거래보다는 거래 당사자 상호간 협의와 장기 매매 계획이 가능한 장외거래가 선호되며 거래량 역시 장외거래가 압도적이다. 거래방식은 금, 석유 등 현물거래이다. CDM사업 또는 JI사업에 의한 상쇄는 할당량의 15%만 사용 가능하며 추가적으로 부족한 배출권은 EU 배출권거래시장에서 구매하여야 한다. 또한 배출권 이월 및 차입 관련 배출권은 같은 단계 내 이월과 차입이 가능하다. 예컨대 같은 1차 년도 내인 2006년에서 2007년으로는 이월이 가능하나 1차 년도가 끝나는 2007년 배출권이 남더라도 2차 년도가 시작하는 2008년으로는 이월할 수 없다.

6) 벌칙 등

의무불이행에 대해서는 온실가스 배출량만큼 차기 이행연도의 배출권이 공제되며 추가로 범칙금을 부과하는데, 1단계는 초과 배출된 CO₂ 1톤당 40유로를, 2단계에서는 100유로의 벌금을 부과하는 등 불이행에 따른 벌칙을 대폭 강화하고 있다.

7) 시장 현황

EU 배출권시장은 우리나라와 달리 공급과잉으로 인한 배출권가격 폭락 후 재정위기와 경기침체에 따라 배출권 수요 감소로 시장의 약세가 유지되고 있다.³¹⁾ 2017년 12월 초 현재 배출권가격은 7.5유로(약 9,600원)으로 이는

결정하는 EU 온실가스 배출 상한제도가 적용될 계획이다. EU 차원의 단일할당으로 전환되는 경우 보다 적극적 감축 정책이 가능할 것으로 예상된다; Kim Y, Jung H, A Study on the EU Emissions Trading Scheme(EU-ETS) and Implication for Korea, International Area Studies Review, Vol. 11. No. 1, 2007, pp.194-214.

31) 1단계 중반까지 배출권의 평균가격은 18유로를 유지하였으나 2007년에는 0.7유로로 가격이 폭락하였다. 가격 폭락의 가장 큰 요인은 배출권의 공급과잉 상황에서 2단계로 배출권이월 금지로 평가된다.

2008년 최고가의 20%에 불과하다. 그 이유는 과잉 공급된 배출권 외에도 유럽의 경제, 정치 문제 등 내부적 상황으로 인하여 배출권 거래가 활성화되지 못하였기 때문이다. EU는 단계적으로 유상할당량과 배출권 거래 대상을 넓히고 나아가 EU 차원의 단일 할당제도 도입 등을 통해 온실가스 배출권시장의 안정화를 기대하고 있다.

[표 1] 한-EU 배출권거래제도 주요 사항 비교

	대한민국	EU
시장 유형	총량제한배출권거래제	
배출권총량	연 543 MtCO ₂ e (2020년 예상)	연 1777 MtCO ₂ e (2020년 예상)
계획기간	1단계: 2015~2017	1단계: 2005~2007
	2단계: 2018~2020	2단계: 2008~2012
	3단계: 2021~2026	3단계: 2013~2020
적용 대상 온실가스	CO ₂ , NO ₂ , PFC, CH ₄ , HFC, SF ₆ ,	CO ₂ , NO ₂ , PFC
전체 온실가스 대비 적용률	67%	45%
무상할당	1단계: 100%	1단계: 99% 이상
	2단계: 97% 이상	2단계: 90% 이상
	3단계: 90% 이상	3단계: 분야별 유상
할당방법	Grandfathering	
할당 조정	가능	불가
신규진입 및 공장폐쇄	전체 보유량 5%에서 할당	예비할당분에서 허용
이월	동일 계획 기간 내 제한 없음	
차입	규제 금지 조항 없음	동일 계획 기간 내 10%
상쇄	할당량 내 10%	할당량 내 15%
MRV	매년 보고, 독립된 기관의 검증	
벌칙금	1단계: 40유로 2단계: 100유로	10만원 범위 내에서의 배출권 시장이 3배의 과징금
시장안정화조치	존재	존재



Ⅲ. 배출권거래제도 연계

1. 배출권거래제도 연계의 의의

1) 의의

배출권거래제도의 연계란 두 개 이상의 관할권(국가, 주정부 및 지방정부) 하에서 운영되는 배출권거래시장의 각각의 참여자가 상호간 또는 일방적 방식으로 타 배출권거래시장에서 탄소배출권을 구매 또는 매도 가능하도록 하는 시장의 연동을 의미한다. 교토의정서상의 배출권거래제도 역시 당사국 간 배출권거래를 염두에 두고 있기 때문에 국내 배출권거래시장의 연계는 배출권거래제도 초기부터 가상적이거나 상정되어 있었다. 이에 따라 대부분의 국내 배출권거래제도는 국제적 연계를 염두에 둔 조항을 두고 있다. 우리나라 온실가스배출권거래법 역시 교토의정서 체제 하 또는 국제적으로 신뢰성 있게 온실가스 배출량을 측정·보고·검증하고 있다고 인정되는 국가와의 합의서에 기초하여 국내 배출권 시장을 국제 탄소시장과 연계하도록 노력하여야 한다고 규정하고 있다.³²⁾

배출권거래제도의 연계는 다수 당사자가 참여하는 다자연계와 양자연계가 있고 그 방식에 따라 직접연계와 간접연계 그리고 직접연계는 양방연계와 일방연계가 있을 수 있다. 직접연계는 당사자 간 직접적으로 연계되거나 간접연계는 제3당사자를 통해 연계되는 형식이다. 예를 들어 A국은 B국과, B국은 C국과 연계되어 있는 경우 A국과 C국은 직접적 연계가 없더라도 자국이 할당한 배출권이 상호 시장에서 거래될 수 있다. 양방연계는 양 당사자의 탄소배출권이 상호 시장에 거래되거나 일방 거래는 한 당사자만이 매수할 수 있거나 매도할 수 있을 뿐이다. 실제로 후술할 EU와 호주의 배출권거래제도의 연계는 일방연계로서 호주의 배출권거래시장 참여자가 EU시장에서 EU가 발행한 배출권을 구매할 수 있을 뿐이었다.

32) 동법 제36조 (국제 탄소시장과의 연계 등).

2) 연계의 장·단점

(1) 장점

배출권거래제도의 연계로부터 얻을 수 있는 가장 큰 경제적 장점은 상호 다른 시장의 연계로 인해 상대적으로 적은 비용으로 배출량감축을 달성할 수 있다는 경제적 효율성이다.³³⁾ 이는 경제개발수준에 차이가 있는 선진국과 개발도상국 간의 시장연계에서만 얻어지는 것은 아니다. 만일 같은 경제적 수준을 향유하는 국가 간이라 할지라도 국가 간 산업구조가 차이가 있는 경우 상호 경쟁력 있는 분야에서의 온실가스감축투자활성화를 가능케 한다. 예컨대 자동차 산업이 발전한 A 국가와 철강 산업이 발전한 B 국가 상호간에는 비교우위에 있는 산업에서 더 많은 탄소감축이 가능한 기술 확보가 가능하기 때문에 시장의 확대에 따라 온실가스감축의 기회가 늘어나며 동시에 이로써 그 비용 역시 절감하는 것이 가능하다.

둘째, 배출권거래제도 연계로 인한 시장 확대는 거래자, 거래대상 배출권량의 증가를 가져오므로 시장 안정성을 도모하여 보다 효율적 온실가스감축이 가능케 한다.³⁴⁾ 작은 시장에서 거대 시장참여자만 있는 경우 시장은 왜곡될 가능성이 높다. 또한 작은 시장일수록 시장의 불안정성이 상존한다. 연계로 인한 시장 확대는 투자확실성 제고 및 시장충격흡수 등 제 경제적 요소로 인해 가격안정성 증진을 가능케 한다. 뿐만 아니라 시장 확대는 수수료 등 시장참여자의 거래비용 역시 감소시킬 수 있다.

셋째, 시장연계는 자국 내 배출권할당량이 적어 자체적인 배출권거래시장 설립이 비효율적인 국가군에게 배출권거래시장의 유동성을 제고시켜 배출권거래시장 설립 자체를 가능케 한다. 실질적으로 배출권거래시장을 운영하기 위해서는 제도설계, 배출권 등록부 설립 및 관리 등 많은 기술적·경제적

33) 예컨대 선진국인 A국에서 온실가스를 100톤 감축하는데 소요되는 비용이 100만 달러라고 가정하고, 개발도상국 B국에서 같은 양의 온실가스를 감축하는데 소요되는 비용이 50만 달러라고 가정하는 경우, 양국의 배출권거래시장을 연결하는 경우 합리적인 온실가스배출시설의 운영자 또는 투자자에게는 B국 배출권거래시장을 통해 50만 달러를 투자하여 100톤의 탄소감축분을 취득할 것이다.

34) A Global Carbon Market Prospects for Linking the EU ETS to Other Carbon Market, Carbon Market Watch Report, May 2015, p.4.



비용이 소요되므로 비용편익차원에서 거래시장설립을 하지 않는 것이 바람직한 경우도 있다. 시장연계는 아니지만 EU 내 회원국 역시 독일 및 프랑스 등 주요 국가를 제외하고는 자체적인 시장설립이 아닌 영국 기후변화거래소의 시장을 이용하는데 이 역시 비용편익차원에서 이해가 가능하다. 또한 시장연계는 배출권거래시장의 설계 및 운영 관련 지식 및 경험 공유가 가능해져 배출권거래시장 운영의 행정적 비용 역시 감소시킨다.

마지막으로 이러한 경제적 장점 외에 배출권거래제의 연계는 국제적 협력을 강화하는 계기가 되어 장기적인 관점에서 기후변화정책의 다자간 공조를 공고히 할 수 있다. 이는 경제적으로도 시장 투자자들에게 시장의 안정성을 현시하는 계기도 될 것이며 또한 연계로 인한 비용 효율적 상황은 연계 참여 국가들에게 보다 높은 감축목표의 설정도 가능케 할 수도 있다.³⁵⁾

(2) 단점

경제적 효율성이 배출권거래제도 연계의 가장 큰 장점으로 논의되지만 상호 다른 시장의 연계는 경제적 악영향도 가져올 수 있다. 시장 규모 차이가 큰 주체 간의 연계는 필연적으로 규모가 큰 시장이 작은 시장에 미치는 영향이 클 수밖에 없으며 작은 시장의 가격불안정성과 같은 시장불안요소도 큰 시장에게 악영향을 미치는 것 역시 가능하다. 시장 참여자들의 불행평성도 야기하게 되는데 이는 연계 이전 배출권가격이 크게 상이하였다면 가격이 평준화되는 과정에서 시장 주체들에게 시장 상황에 맞지 않는 가격조정이 있기 때문이다.³⁶⁾ 예를 들면 배출권가격이 톤당 10달러였던 A국과 20달러였던 B국의 시장연계는 필연적으로 기존의 A국 배출권 매도자와 B국 배출권 매수자에게는 경제적 이익을 그리고 기존의 A국 배출권 매수자와 B국 배출권 매도자에게는 반대의 경제적 불이익이 있을 수밖에 없다.

그러나 보다 근본적인 문제는 온실가스감축기술 개발노력이 소홀히 될 수 있어 장기적으로 기후변화대처능력이 저감될 수 있다는 것이다. B국의 기업

35) Id.

36) Lessons Learned from Linking Emissions Trading Systems: General Principles and Applications, Partnership Market Readiness Technical Note 7, February 2014, p.9.

들은 연계 이전에는 비싼 배출권 가격으로 인해 기술개발을 통해 온실가스 감축에 노력을 경주하는 대신 A국의 저렴한 배출권을 구매하는 방식으로 할당량을 충족하려 할 것이기 때문이다.³⁷⁾ 그러나 이는 국내시장에서도 마찬가지이다. 따라서 이러한 문제점을 보완하기 위해 대부분의 배출권거래제도는 자국 내에서도 상쇄에 제한을 두고 있다. 이런 차원에서 배출권거래제도의 연계 시 상쇄 제한 규정에 정책적 조정이 필요하다.

경제적 차원을 넘어 다른 문제점으로 지적되는 것은 배출권거래제도를 투자 또는 경제성장의 동력으로 삼으려는 정책이 왜곡될 경우 환경정책의 본질과는 다른 역효과를 가져올 수 있다. 예컨대 연계로 인한 경제적 이익을 확대하기 위해 배출권총량을 점진적으로 줄여나가는데 원칙이 무너질 수 있다. 즉, 적정수준보다 많은 배출권을 할당하고 이를 매도하여 경제적 이익을 얻으려는 잘못된 정책의 등장도 가능하다. 마지막으로 배출권거래제도의 연계는 두 개 이상의 관할당국의 정책조정이 필수적이라는 점에서 자국 환경정책 또는 배출권거래시장에 대한 통제력이 제한될 수 있다는 점이다. 연계 시 협약을 통해 양 관할당국의 시장교란을 야기하는 조치를 제한하게 되는데 이는 결과적으로 자국 배출권거래시장의 조정능력이 제한됨을 의미하기 때문이다.

경제·사회적 발전단계의 상이성이 있는 복수 이상의 배출권거래제도의 연계에는 상기에서 본바와 같이 장·단점이 각각 존재한다. 배출권거래제도의 도입배경에는 시장의 자율성 체제를 활용한 온실가스감축 그리고 국제적 교류를 통한 온실가스감축이라는 정책적 방향이 있다. 이러한 차원에서 장점은 극대화시키고 단점을 최소화 할 수 있는 접근 방법이 필요하다.

2. 성공적 연계의 요인

1) 연계의 법적 근거 및 기본 요건

우리나라나 EU 모두 배출권제도 연계를 염두에 두고 이에 관한 법적 근거

37) Id, p.5.



를 구비하고 있다. 우리나라의 경우 배출권거래법 제36조에서 교토의정서 체제 여부를 떠나 MRV체제를 구축하고 있는 국가와 국제협정을 통해 연계가 가능하다고 규정하고 있다. EU의 경우 2008년 수정된 배출권거래에 관한 지침에 따르면 교토의정서 당사국 여부를 떠나 어떤 국가 또는 연방 하 또는 지역 차원의 주체(sub-federal or regional entities)가 운영하는 “절대적인 배출상한 하의 법정 온실가스배출거래제(mandatory greenhouse gas emissions trading systems with absolute emissions caps)”인 경우 연계가 가능하다고 규정하고 있다.³⁸⁾

우리나라의 연계의 실질적 요건인 MRV는 총량제한의 기초가 되는 제도이고 EU의 경우 연계의 요건인 배출총량이 유동적으로 변동되지 않고 할당량의 총합이 총배출거래량이 되며 동시에 배출권의 거래가 법적으로 보장되는 제도라는 점에서 모두 총량제한배출권거래제라는데 공통점이 있다. 따라서 양 체제 모두 이러한 요건만 부합한다면 교토의정서의 부속서 B국가가 아닌 국가 또는 교토의정서 비당사국 그리고 연방정부나 중앙정부가 아닌 주정부 또는 지역정부가 운영하는 배출권거래제도라 할지라도 국제협약 체결을 통해 배출권거래제의 연계에 합의할 수 있다.³⁹⁾

2) 총량제한거래제를 충족하는 요인

(1) 절대적 총량 유지 여부

배출권거래의 전제는 거래참여자들의 배출권의 총합이 제한된다는 것이다. 이로써 거래대상이 한정되기 때문에 시장 자체가 성립할 수 있다. 시장 참여자들은 수시로 총량이 변화하여 가격불안정이 상존하는 경우 거래 예측

38) 2003년 EU 배출권거래제도 설립에 관한 지침 제25조는 연계대상국가를 교토의정서 당사국 중 부속서 B국가로만 한정하고 있었다; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading system of the Community Article 25. 1a.

39) EU 조약체결절차는 유럽집행위원회가 유럽이사회로부터 연계 협상을 할 권한을 부여 받아 할당량 상호인증 등 쟁점 사항에 있어 회원국의 협조를 통해 협상을 진행한다. 협상안이 채택되면 집행위원회와 이사회가 연서로 유럽의회 상정하고 의회승인 후 이사회는 해당 협상안 그대로 협약으로 체결하는 결정(decision)을 함으로써 협약에 비준하는 절차를 밟는다.

가능성이 저하되며 이는 결국 시장불안정으로 배출권거래제 실패의 요인이 된다.⁴⁰⁾ 배출권총량을 근본적으로 변경 가능케 하는 제도 설계는 안정적인 배출권거래제도뿐 아니라 그 연계에도 영향을 미친다.

예를 들어 배출권거래제도 참여 후 소급하여 시장에서 탈퇴를 가능케 하는 것은 안정적 시장운영에 위해가 된다. 실제로 후술하는 스위스의 경우 1단계에서 일정 온실가스배출업체에게 자발적으로 배출권거래제도에 참여토록 하고, 참여하더라도 이행연도 종료 시 배출권을 제출할 때 할당량을 충족시키지 못하는 경우 사후적으로 배출권거래제에서 탈퇴하고 탄소세로 갈음할 수 있도록 하였다.⁴¹⁾ 이는 스위스와 EU 배출권거래제 연계논의 당시 가장 큰 장애물이었다. 이는 총량제한이라는 기본 틀에 부합하지 않을 뿐 아니라 사후적 선택을 가능케 하는 것은 거래 초기에 정한 배출권총량에 영향을 미쳐 시장을 불안하게 하기 때문이다.

(2) 배출권의 할당의 적정성 및 검증 여부

배출권거래제도에서는 시장 참여업체에게 할당하는 배출권의 총량이 전체 배출 총량으로 제한되기 때문에 개별 업체의 할당되는 양과 할당 방식이 배출권거래제도의 취지에 부합하도록 준수되어야 한다. 만일 할당되는 양이 실제 배출되는 온실가스의 양과 지나치게 차이가 있는 경우 이는 거래제도의 전제가 되는 배출권 총량에 오류를 가져오게 된다. 실제로 EU의 경우 1단계부터 실제 배출량보다 지나치게 많은 배출권을 할당 받아 배출권공급과잉이 이루어져 배출권가격이 폭락하게 된 이유 중 하나로 꼽힌다.

할당량을 정확히 계측하는 것이 배출권거래제에 중요한 의미를 갖는다는 차원에서 이를 담보할 수 있는 측정·보고·검증(Measurement, Reporting, Verification) 제도의 시행 여부는 연계에 있어서도 중요한 의미를 갖는다. 그러나 기본적인 MRV의 취지를 살린 제도가 존재하는 것이 중요하지 시장 참여자가 아닌 독립된 기관에서 MRV를 수행하여야 한다는 것은 연계에 있

40) Sonja Hawkins and Ingrid Jegou, *supra* note 28, p.20.

41) Carbon Market Watch Report, *supra* note 33, p.8.



어서 중요한 의미를 갖지 못한다. 예를 들어 스위스의 경우 EU와 달리 1차적으로 업체가 정부가 정한 기준에 따라 자체적인 검증을 수행하고 정부는 2차적으로 사안별로 검증을 하도록 하였는데 이러한 상이성은 연계 논의 과정에서 큰 쟁점으로 부각되지 못하고 단지 MRV제도가 정상적으로 작동하는지 여부만이 문제가 되었다.⁴²⁾

(3) 가격관리제도의 존재 여부

배출권거래제가 시장기반 방식이라는 점에서 배출권 가격은 시장에서 공급과 수요의 원칙에 의해 결정되어야 한다. 따라서 배출권가격을 고정하는 경우 일종의 배출권 당 부과되는 탄소세로 보아야 할 것이다. 또한 가격의 상한과 하한을 정하는 것 역시 시장안정화조치로서 극히 예외적인 기간 동안 시행하는 것 외에는 시장기반 방식에 근거한 배출권거래제의 취지에 부합하지 않는다. 호주의 경우 배출권거래제 설계 당시 15~20 호주 달러 사이에서 배출권 가격이 형성되고 변동되도록 하였다.⁴³⁾ EU와의 연계 논의 당시 호주정부는 가격상한제는 경제에 미치는 영향을 고려하여 유지하기를 희망하였으나 EU측의 시장논리가 배출권거래제의 취지에 부합하는 것이라는 주장에 따라 결국 가격상한제를 포기하였다.

(4) 상쇄·이월·차입의 제한 여부

배출권거래제의 특성상 배출권을 할당받은 업체의 경우 배출권거래시장에서 배출권을 자유로이 거래하고 할당량을 초과하여 배출한 업체의 경우 시장에서 매수한 배출권으로 자신의 할당량 부족을 상쇄할 수 있어야 한다. 그러나 배출권거래제의 취지가 자발적 감축을 도모하는 것이기에 감축노력을 하지 않고 부족량의 대부분을 시장을 통해 상쇄하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 상쇄할 수 있는 범위를 제한하는 것이 필요하다. 우리나라와 EU 등 대부분의 배출권거래제도는 할당량의 약 10% 내에서만 상쇄를 허용하고 있는

42) Id, p.9.

43) Id. pp.10-11.

데 상쇄의 제한 범위가 지나치게 약하게 하는 것은 연계에 부정적 영향을 미칠 수 있다. 이월과 차입 역시 어느 정도 제한이 있을 수 있다. 그러나 단지 이월과 차입 자체가 존재하지 않는 등 시장거래에 부합하지 않는 경우가 아니라면 연계에 부정적 영향을 미치는 것은 아니다. 실제로 EU의 경우 차입에 제한이 없는데 반해 우리나라의 경우 10% 이상의 차입의 경우 제한을 두고 있다.

(5) 시장개입 조치 가능성 정도 여부

안정적인 배출권거래시장을 위해서는 때로는 정부의 적극적인 시장개입이 필요한 경우도 있다. 이러한 경우라도 정부개입은 시장자율성을 해치지 않는 범위에서 법적으로 규정한 범위 내에서 이루어져야 할 것이다. 대부분의 시장안정화조치는 할당량의 추가조정을 통한 공급을 통제하는 경우도 있지만 일정 기간 배출권사용을 제한하는 경우도 있다. 실질적으로 EU는 2단계에서 배출권가격 폭락세가 지속되자 3단계에서 일정분의 배출권 사용을 금지하는 소위 백-로딩(Back-Loading)의 도입까지 고려한 바 있다. 우리나라 역시 배출권가격 급등이나 급락의 경우 거래량 급증 시에 주무관청이 배출권 예비분의 최대 25% 추가할당, 최소·최대 보유한도의 설정, 상쇄배출권 제출 한도의 확대·축소 그리고 일시적인 최고·최저 가격의 설정 등의 방식으로 시장안정화조치를 할 수 있도록 하고 있다.⁴⁴⁾

3) 정치적·사회적 요인

배출권거래제도의 성공적 연계에 있어 시장의 특성을 반영한 경제적 요인도 중요하지만 그 외의 정치적·사회적 요인도 중요하다. 예를 들어 연계 대상 국가의 온실가스배출감축에 대한 명확한 목표 및 정치적 의지, 유사한 경제

44) 배출권거래법 시행령 제31조에 따르면 ① 배출권의 가격이 6개월 연속으로 직전 2개 연도 평균 가격 보다 3배 이상 급등한 경우, ② 최근 1개월의 평균 배출권 거래량이 직전 2개 연도의 같은 월 평균 거래량 중 많은 경우보다 2배 이상 증가하여 직전 2개 연도의 평균 가격보다 2배 이상 급등한 경우, ③ 최근 1개월 동안의 배출권 평균가격이 직전 2개 연도 평균 가격의 60%보다 낮은 경우에 시장 안정화 조치를 취할 수 있도록 하고 있다.



규모 및 경제성장 단계 등은 어쩌면 전술한 총량제한배출권거래제라는 제도 설계보다 더 중요할 수도 있다. 국가차원의 온실가스감축목표는 결국 배출권 거래시장에서 거래대상이 되는 온실가스총량과 밀접한 관련성을 갖는다. 만일 한 국가가 기후변화에 적극적으로 대처하기 위해 높은 수준의 감축목표를 정하고 단계적으로 온실가스의 배출을 줄여나가는 경우 온실가스총량의 제한으로 시장은 활성화되고 배출권가격은 상승할 것이다. 그러나 반대의 경우 시장은 활성화되지 못하고 불안정한 상태로 유지될 공산이 크다. 따라서 기후변화정책에 대한 유사한 정치적 의지가 있는 국가들 간의 배출권거래 시장의 연계는 시너지 효과를 낼 수 있지만 그렇지 않은 경우는 시장불안정성의 확대로 인해 연계에 부정적 효과가 있을 수 있다.

또한 연계 대상 국가의 경제규모는 실질적으로 연계에 가장 큰 고려요소가 된다. 경제규모가 큰 국가의 배출권거래제도는 배출권총량이 더 많은 것이 상례이기 때문에 시장의 연계에서 배출권총량이 적은 국가에 더 큰 영향을 미치며 나아가 시장의 종속을 가져올 수도 있다. 경제규모가 6배 차이가 나는 미국 캘리포니아 주와 캐나다 퀘벡 주 간의 배출권거래제도 연계는 퀘벡 주가 캘리포니아 시장에 더 많은 영향을 받고 있으며 퀘벡 주 측의 상대적으로 더 많은 배출권매수로 퀘벡 주의 자산이 캘리포니아 주로 이전하는 경향이 나타나고 있다.⁴⁵⁾

3. 배출권거래제도연계 사례

1) EU·스위스 배출권거래제 연계 논의

스위스는 기후변화협약 및 교토의정서 당사국이지만 EU의 비회원국이다. 스위스는 1999년 이산화탄소법을 통해 탄소세와 배출권거래제도를 도입하고 기업들이 양 제도 중 하나를 선택할 수 있도록 운영하고 있다.⁴⁶⁾ 즉, 만일

45) Carbon Market Watch Report, *supra* note 33, p.11.

46) *Id.* p.8

기업이 탄소세를 부과받기를 희망하지 않는 경우 자발적으로 배출량을 제출하고 관계 행정당국으로부터 이를 바탕으로 배출권을 할당 받아 배출권거래 시장에 참여할 수 있다. 스위스 배출권거래제도는 시범 단계였던 1단계에서 온실가스 연간 배출량 25,000 톤 이상의 기업을 거래제도 자발적 참여대상으로 하되 사후적으로 거래제도를 포기하고 탄소세로 회귀할 수 있는 길을 열어두었다. 즉, 거래제도를 선택한 기업이 자신의 할당량 이상으로 온실가스를 배출하여 할당기준을 충족하지 못할 경우 탄소세에 이자를 포함한 액수를 소급하여 납부하는 것이 가능하였다.⁴⁷⁾ 스위스의 배출권거래시장은 2008년 시작되어 2012년까지 자발적 시범운영인 1단계 후 2013년부터 2020년까지 2단계에 있다.

EU와 스위스 간의 지역적 관계 및 여러 경제교류협력 관계를 고려하여 양 배출권제도 연계의 필요성이 제기되었다. 이에 2010년 유럽집행위원회는 유럽이사회로부터 스위스 배출권거래제도연계 관련 협상전권을 부여받아 2011년 3월부터 공식적 협상을 진행하였다. 협상단에 의해 연계의 장애로 지적된 사안은 스위스에서는 배출권거래제도가 의무제가 아니라는 점이었다.⁴⁸⁾ 이에 2011년 12월 스위스 정부는 법 개정을 통해 배출권거래제도를 의무화하는 등 EU 배출권거래제도와와의 상이성을 줄이는 작업을 하였다. 특히 스위스 정부는 EU 배출권거래시장과의 연계를 염두에 두고 자국의 온실가스감축목표를 EU의 수준과 일치하도록 2단계가 마무리되는 2020년까지 1990년 온실가스배출수준의 20% 감축으로 정하였다.⁴⁹⁾ 이외에도 벌칙제도, 무상할당 그리고 국제상쇄제도의 허용 등 스위스와 EU배출권거래시장과의 연계를 위한 조치를 취하였다. 아직 미세한 차이는 EU의 전체 배출할당량이 EU 집행위원회에 의해 정하여지는데 스위스는 EU회원국이 아닌 이상 자국 내에서 참여기업 배출량의 합으로 결정된다는 점과 스위스 기업은 배출량할당을 위해 정부 당국에 매년 제출하는 배출량의 자체적 검증을 가능케 하고 있으며 정부는 사안별로 검증을 한다는 점이 EU 제도와 차이가 있다.⁵⁰⁾

47) Id.

48) Id.

49) Id.



순조로운 협상과정에서 가장 큰 장애로 돌출된 것은 온실가스배출권거래 제도의 적용대상 산업으로 항공산업의 추가 여부이다. 스위스 정부는 항공산업의 경우 배출권거래제도 적용대상 산업에 추가하는 것에 거부하였으며 EU 역시 EU회원국이 아닌 국가로 운항하는 항공기에서 배출되는 온실가스는 EU배출권할당 총량에 포함하지 않는 문제로 손쉽게 해결되지 못하고 있다. 이에 스위스 정부는 자국 항공사 중 배출권거래제에 자발적 참여기업만을 포함시키는 법률개정을 하였으나 참여를 위한 배출량정보 등 수집 및 검증 등을 가능케 하는 시행령 등이 아직 통과되지 못하고 있어 협상은 마무리되고 있지 않다.⁵¹⁾ 그리고 스위스는 2030년 온실가스감축목표를 1990년 대비 50%로 기후변화당사국총회에 2015년 제출하였는데 이 중 30%는 자국 내에서 그리고 20%를 국제시장에서 상쇄를 통해 충족하기로 하였지만 EU는 감축목표인 40% 전부 EU 내에서만 감축하고 국제시장을 통한 상쇄는 포함하고 있지 않은 점도 잠재적인 장애요인으로 작동할 여지가 있다. 그러나 EU와 스위스 간의 배출권거래시장연계는 향후 협상에 따라 결과가 다르겠지만 그 연계 가능성이 높은 것으로 이해된다.⁵²⁾

2) EU·호주 배출권거래제 연계 논의

호주는 세계 탄소 배출량에서 차지하는 비율은 1.5%에 불과하지만 1인당 배출량은 연간 27.3톤으로 세계 최고 수준이다.⁵³⁾ 이는 전력 생산의 80%를 석탄에 의존하기 때문인데 이로 인해 호주 의회는 석탄 사용량을 줄이기 위한 탄소세 부과하는 방안을 오랫동안 논의하였다. 2011년 11월 상원은 청정 에너지법(Clean Energy Act)을 통과시켜 2012년 7월 탄소가격제(CPM: Carbon Pricing Mechanism)를 실시하였다.⁵⁴⁾ 탄소가격제는 일종의 탄소

50) 그러나 실질적으로 노르웨이 역시 스위스와 유사한 제도를 두고 있어 이는 큰 장애물로 인식되지 못하고 있다.

51) Id.

52) Id.

53) Id. p.10.

54) 김은정, 국제탄소시장연계에 대비한 법제연구, 법제연구원, 2013. pp.39-41.

세로서 배출권거래제도와 달리 탄소 1톤당 고정가격(23 호주 달러)을 설정하여 할당량 이상 초과 배출한 기업에게 초과배출 1톤당 해당 가격을 정부에 납부하여야 하는 제도이다. 당시 발표안에 따르면 매년 온실가스배출량 25,000톤 이상 500개 기업에 대해 2012년 7월 1일부터 3년간 부과한다.⁵⁵⁾

또한 호주 정부는 탄소가격을 시장에서 결정하는 배출권거래시장의 운영을 2015년 7월부터 시작하고 나아가 국제적 연계로서 2018년부터 호주의 기업이 EU의 배출권시장에서 배출권을 구입·사용할 수 있도록 하는 소위 EU 배출권시장과의 일방적 연계(One-way link) 계획을 공식적으로 선언하였다. 호주정부는 배출권가격에 호주달러 20달러의 가격상한을 두되 매년 5%씩 인상하고 15달러의 가격하한(price flooring)제도 역시 운영할 방침이었다.⁵⁶⁾ 그러나 호주 정부는 EU와 협상을 통해 순조로운 연계를 위해 가격하한제를 운영하지 않고 2015년에서 2018년간 운영할 가격상한제 역시 2018년 연계 시에는 폐지하기로 합의하였다. 또한 국제상쇄를 활용하는데 제한을 하지 않도록 제도개편을 선언하였다.⁵⁷⁾

호주와 EU 배출권거래제도의 적용 대상 산업은 거의 유사하나 호주의 경우 광업과 목축업에서 주로 나오는 메탄의 경우 EU와 달리 적용대상이라는 점이 차이가 있을 뿐이었다. 불이행 시의 벌칙 역시 고정가격제에서는 1.3배의 세금이 부과되며 배출권거래제도 이행 시에는 평균거래가의 2배에 해당하는 벌금을 부과하는 것으로 별 차이가 없다.⁵⁸⁾

호주와 EU 배출권거래제도 연계는 최초의 대륙 간 시장연계라는 점 그리고 스위스의 총온실가스배출량(2013년 5.6MtCo₂e)에 비해 대형(2012년 500MtCo₂e) 탄소시장과의 연계라는 점에서 전문가들의 관심을 야기하였다. 그러나 2013년 호주정부의 교체로 인해 해당 정책은 폐기되고 배출저감 기금(Emission Reduction Fund)을 마련하여 배출량 저감을 희망하는 기업에게 기금을 공여하여 자발적 감축을 지원하는 제도로 변경하였다.⁵⁹⁾

55) Id.

56) Carbon Market Watch Report, *supra* note 33, p.11.

57) Id.

58) Id.



호주와 EU의 배출권거래제 연계는 논의 초기 우리나라에 많은 시사점을 제공하였다. 스위스와 달리 비유럽국가이며 교토의정서의 당사국인 호주는 우리나라와 법적 지위가 유사하였고 양방향 연계가 아닌 일방연계 역시 이상적인 모델은 아니지만 실질적으로 2018년 시범적 연계가 이루어지면 그 운영 과정을 눈여겨보아 시사점을 찾을 수 있을 것이라는 기대가 있었다. 그러나 배출권거래제도가 시범 실시되기도 전에 정치적 사유로 연계가 무산되어 아쉬움이 있다. 이는 연계 대상 국가들에서 기후변화대처정책 또는 온실가스 감축방안에 대한 국민적 합의의 공고함, 즉 정치적 의지의 유사성이 중요함을 상기시키는 사례라 할 수 있다.

3) 캘리포니아·퀘벡 연계 사례

미국 캘리포니아 주와 캐나다 퀘벡 주는 2013년 9월 양 주의 배출권거래 시장의 연계에 합의하는 협약에 서명하였다. 협약은 2014년 1월부터 양 시장에서의 시장참여자들이 상호의 시장에서 탄소배출권을 매매 및 상쇄하는 것을 명시적으로 허용하였는데 이는 현재까지 세계 최초의 배출권거래제의 연계이다. 캘리포니아와 퀘벡 주는 미국 서부 및 캐나다 일부 주들이 참여하는 서부기후변화구상체(Western Climate Initiative)의 일원으로 각각 자체적인 탄소시장을 운영하여왔다.⁶⁰⁾ WCI는 자발적 협의체로서 자체 규제체제는 아니며 단지 참여주의 온실가스배출권거래시장을 상호 연계할 것을 지향하여왔는데 동 연계가 WCI 하의 첫 연계사례라고도 할 수 있다.

59) Id.

60) 서부기후변화구상체(WCI: Western Climate Initiative)는 2007년 캘리포니아를 포함하여 애리조나, 오리건, 워싱턴 그리고 뉴멕시코 주로 시작하여 2008년 미네소타 및 유타 주가 그리고 캐나다의 브리티시 콜롬비아, 온타리오, 매니토바 그리고 퀘벡 주가 참여하고 있는 자발적 기후변화대응 협의체 성격을 갖는다. WCI 참여 주(partners)의 경제규모는 미국 참여 주는 미국 전체 GDP의 20% 그리고 캐나다 측 참여 주는 캐나다 전체 GDP의 76%를 차지한다. WCI 온실가스배출을 WCI 내에서 2020년까지 2005년 수준보다 15% 감소를 목표로 제시하고 주간 온실가스배출을 상시적으로 측정 및 추적하며 승용차의 친환경 배출기의 공통기준을 채택하는 등 여러 기후변화대응 정책을 공유하고 있다. 이 중 하나로 배출권거래제도를 권고하고 가능한 경우 참여 주들의 시장 연계도 권고하여 왔다.

양 시장은 기본적으로 미국의 청정대기법의 Cap & Trade 개념을 모델로 하여 제도의 유사성이 높았다. 시장 적용대상범위, 시장 운영단계 주기, 이월 제도 및 벌칙제도를 포함하여 온실가스가격정책에 상당한 유사성이 있었으며 단지 온실가스할당방식 및 상쇄관련 분야의 제한 등에서 상이성이 있었을 뿐이다. 2013년 협약은⁶¹⁾ 양 배출권거래시장의 통합을 위한 협의과정과 같은 절차적 조항,⁶²⁾ 규제조화, 상쇄절차 및 준수 관련 상호 인정과 같은 주요 상이성을 조화를 위한 조항,⁶³⁾ 그리고 협약운영을 위한 협의기구,⁶⁴⁾ 이행감독⁶⁵⁾ 조항들로 구성되어 있다. 동 협약은 기본적으로 양 배출권거래시장을 통일적으로 운영하기 위한 규제제도를 설계하기보다는 양 시장이 연계 작동되는데 방해가 될 수 있는 규제적 차이를 상호 조정해나가도록 하는 것이 주목적이라고 할 수 있다. 이에 협약의 운영을 위한 협의기구(Consultation Committee) 역시 양 시장의 조정을 모니터링 하여 매년 보고하며 각 시장의 규제제도를 일치시키기 위해 주기적으로 협의하고 자체 규제가 변경될 필요가 있는 경우 상호 협의를 통해 조정해 나갈 것을 원칙으로 하고 있다.⁶⁶⁾

상쇄 활용 제한 관련 양 시장 모두 준수이행기간 동안 할당량의 8% 이상을 시장에서 구매하는 것을 제한하는 등 유사한 점도 있었으나 상쇄가능분야로서 퀘벡 주와 달리 조림(forest)분야를 캘리포니아는 포함하고 있지 않았다. 또한 캘리포니아 주의 경우 상쇄 프로젝트의 실질 운영 결과를 주 당국이 검증한 결과 배출량감소가 미미한 경우 일정 책임을 부과하는 구매자책임제(Buyer Liability)제도를 운영하는 등 퀘벡 주와는 차이가 있다.

퀘벡정부는 캘리포니아와의 배출권거래제도 연계를 통해 상대적으로 많은 영향을 받고 있다. 경제규모 자체가 캘리포니아는 2012년 기준 퀘벡 주의 경제규모의 6배에 이르며, 온실가스 배출량의 규모 역시 캘리포니아가 퀘벡 주

61) 공식 명칭은 “캘리포니아 대기자원국과 퀘벡 주 정부 간 온실가스배출감축을 위한 Cap & Trade 프로그램의 조화와 통합을 위한 협약”으로 총 5개장 20개 조항으로 구성되어 있다.

62) 동 협약 제3조.

63) 동 협약 제4조~제7조.

64) 동 협약 제12조.

65) 동 협약 제10조.

66) 동 협약 제12조 및 제4조.



보다 6배가량 크기 때문에 캘리포니아 시장에 사실상 종속되는 경향이 나타나고 있다.⁶⁷⁾ 또한 배출량 감축비용이 캘리포니아에서보다 퀘벡 주에서 고비용이다. 이는 대부분의 배출량감축분이 전기발전분야에서 손쉽게 얻어질 수 있는데 퀘벡의 경우 화력발전보다 감축이 어려운 수력발전이 전기발전원의 주이기 때문에 결국 발전분야 외의 분야에서의 감축을 하여야 한다는 점에서 캘리포니아보다 감축비용이 상대적으로 비싼 이유이다. 시장 연계 후 캘리포니아에서 온실가스가격은 다소 상승하였는데 퀘벡 주는 상대적으로 더 많이 하락하였다. 퀘벡은 캘리포니아로부터 초과 배출할당량을 구매하여 퀘벡 주의 자산이 캘리포니아로 이동하는 경향이 나타나고 있다.⁶⁸⁾

IV. 결론: 한·EU 배출권거래시장 연계 시사점

기존의 강제적 감축량 설정이라는 하향식 방식이 아니라 국가들이 스스로 정한 감축목표를 스스로 달성하는 상향식 구조인 파리협정 후 기후변화대응 체제는 자발성이라는 차원에서 시장에서 온실가스배출업체들의 자율적 감축 노력을 도모케 하는 배출권거래제도와 같은 결을 갖고 있다. 일부에서는 배출권거래제도가 시장기반규범방식으로 기대한 효율성이 예상보다 낮다는 평가를 하고 있다. EU 시장 역시 지나치게 낮은 배출권가격이 지속되어 시장의 역할을 수행하지 못하고 있으며 우리나라 시장 역시 2017년 배출권 수요 증대 및 공급부족으로 시장가가 2배 가까이 폭등한 바 있으며 3년간의 시험 단계의 마지막인 2017년 올해 2단계의 할당계획수립이 늦어짐으로써 시장의 불안이 야기되고 있다. 그러나 이러한 시행착오는 제도설계 및 시장자체의 결함이라기보다는 시장 운영에 있어 시장제도에 부합하지 않는 시장운영이 원인이라고도 할 수 있다.

67) 캘리포니아의 배출량이 459만 톤인데 비해 퀘벡 주는 7천8백만 톤에 불과하다; Carbon Market Watch Report *supra* note 33, p.11.

68) *Id.*

현재 배출권거래제도가 원활히 운영되지 않음을 고려할 때 배출권거래제도의 연계 논의는 선부르거나 시기상조일 수도 있다. 그러나 시장제도가 인간의 본성을 통찰한 인류가 개발한 가장 최선의 제도라는 차원에서 배출권거래제도는 일정한 시행착오 후에는 안정적 운영이 가능할 것으로 예상된다. 배출권거래시장의 연계는 시장의 확대를 통한 경제적 효율성과 반대로 사회적·경제적 차이 및 시장 보유의 환경기술의 차이로 인해 불형평성을 야기할 수도 있지만 향후 국제적 차원에서 그 연계는 불가피할 수도 있다.

배출권거래시장의 연계를 위해서는 연계 대상 시장의 제도 설계가 반드시 동일한 필요는 없다. 모든 국가의 산업 발전 단계 및 주요 산업이 다르기 때문에 이에 따른 기존의 환경정책도 다를 수밖에 없어 관련 배출권거래제도 역시 다르게 설계될 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 전술한 바와 같이 시장의 연계에는 반드시 필요한 요소로서 기본적으로 배출권거래제도의 존재 근거인 시장제도의 특성 또는 총량제한배출권거래의 특성에서 파생하는 경제적 요소들이다. 상호 다른 배출권거래시장의 연결을 위해서는 총량제한배출권거래제 자체의 근거가 되는 요인들 예컨대 배출권총량제, 할당 방식, 가격 조정, 상쇄의 양적·질적 제한 등 배출권거래시장운영 관련 제도의 유사성 및 탄력성 등이 중요하다. 또한 온실가스배출감축에 대한 명확한 목표 및 정치적 의지 및 시장거래제도에 대한 충분한 이해와 존중과 같은 정치적 요소와 유사한 경제규모 및 경제 성장단계 등의 요인 역시 중요하다.

우리나라와 EU는 배출권거래제도적 차원에서 상이성이 적다. 이는 우리나라가 배출권거래제도를 설계할 당시 여러 제도를 비교하였는데 이 중 EU의 모델을 가장 선도적 모델로 삼았기 때문이다. 또한 EU는 우리나라와 같이 시장제도를 존중하는 국가이며 사회적으로 법절차에 대한 준수의 필요성도 공감하고 있어 상대적으로 사회적 요인도 공유한다고 할 수 있다. 단지 할당의 유·무상의 계획이 EU의 경우 우리나라보다 유상할당을 확대해나가는 속도가 빠르다는 우려도 존재한다. 그러나 산업계가 주장하는 바와 같이 경제성장에 미치는 영향을 고려하여 유·무상 전환의 속도를 고려하여야 하지만 원칙적으로 배출권거래제도가 온실가스 배출행위 자체가 갖는 외부효과를 내부화한다는 차원에서 도입되었음을 고려한다면 EU와 마찬가지로 적극적인



유상할당으로의 전환이 필요하기도 하다.

단지 배출권시장의 규모가 우리나라보다 월등히 크다는 점에서 조심스럽게 접근할 필요가 있다. 현재 운영되는 배출권거래제도 중 EU가 가장 온실가스 감축의지가 상대적으로 강하다고 할 수 있다. 이러한 점을 고려할 때 자칫하면 두 제도의 연계로 우리나라의 배출권거래시장이 EU 시장에 지나치게 큰 영향을 받아 결국 국내 기후변화정책에 대한 조정능력의 약화를 가져올 수도 있다. 이러한 차원에서 우리나라와 경제적 수준과 규모가 비슷한 국가와의 시범적 연계사업을 하는 것도 고려할 수 있을 것이다.

배출권거래제의 연계에 대한 정책적 고려할 사항은 여러 가지가 있을 것이다. 그러나 배출권거래제도의 연계는 어느 의미에서 어느 한 관할권 하의 체제가 국제협약을 통해 타 관할권 하의 체제와 부분적으로 통합되는 것이다. 이는 국제법적으로는 국제화라는 시대의 조류 속의 주권의 제한이라는 함의도 있다. 이러한 관점에서 배출권거래의 연계를 조망하는 것도 한 의미가 있다 할 것이다.

참고문헌

1. 국내 문헌

- 김은정, 국제탄소시장연계에 대비한 법제연구, 법제연구원, 2013.
- 문진영 외, 신기후체제 하에서의 국제 탄소시장 활용방안, 대외경제정책연구원 연구보고서 16-14, 2016.
- 소병천, 기후변화 대응 국제논의의 쟁점 및 국제법적 함의, 서울국제법연구, 제16권 2호, 2009.
- 유인식, 파생거래기법을 활용한 탄소자산관리, 기후변화와 녹색성장, 제13호, 2017.
- 이환규, EU에서의 교토메커니즘의 이행, 국제경제법연구, 제8권 2호, 2010.
- 채종오·박선경, 한국의 탄소배출권 거래제 시행 1년 후 현황과 개선방안, Journal of Climate Change Research 2016, Vol. 7, No. 1.
- Kim Y, Jung H, A Study on the EU Emissions Trading Scheme and Implication for Korea, International Area Studies Review, Vol. 11, No. 1, 2007.

2. 외국문헌

- A Global Carbon Market Prospects for Linking the EU ETS to Other Carbon Market, Carbon Market Watch Report, May 2015.
- Lessons Learned from Linking Emissions Trading Systems: General Principles and Applications, Partnership Market Readiness Technical Note 7, February 2014.
- Sonja Hawkins and Ingrid Jegou, Linking Emissions Trading Schemes, ICTSD Series on Climate Change Architecture Programme, ICTSD Programme on Global Economic Policy and Institution, March 2014.

최근 유엔 여성인권 논의 동향과 국제규범 정립 문제: 무력분쟁 중 자행된 성폭력에 대한 국제형사규범 형성과 발전 중심으로

이 혜 영

대법원 사법정책연구원 연구위원

목 차

- I. 서 론
- II. 유엔 안보리 결의: 무력분쟁 중 성폭력에 대한 불처벌의 종식 촉구
- III. 무력분쟁 중 성폭력에 대한 국제형사규범의 형성 및 발전
- IV. 결 어



I. 서론

고대로부터 현대에 이르기까지 여성은 무력분쟁 중 만연한 성폭력에 늘 노출되어 왔다.¹⁾ 20세기에 자행된 예를 들면, 1937년 난징 침략 시 중국 여성들을 상대로 자행된 일본군의 집단 강간, 제2차 세계대전 중 유대인과 소비에트 여성들을 상대로 한 독일 나치군의 집단 강간과 한국여성 등을 성노예화하였던 일본군의 만행, 1971년 방글라데시 독립 전쟁 중 파키스탄 군인이 방글라데시 여성을 상대로 저지른 집단 강간, 베트남 전쟁 중 베트남 여성들에 대한 미군의 집단 강간, 르완다 내전 중 투치족 여성을 대상으로 자행된 후투족 남성들의 집단 강간과 후투족 난민들을 대상으로 벌어진 투치족 남성의 집단 강간, 구유고슬라비아 전쟁 중 특정 민족 집단을 상대로 한 무력 공격마다 동반되었던 집단 강간이 있다.²⁾ 이렇듯 역사를 걸쳐 거의 대부분의 무력분쟁 상황에서 살인이나 방화, 약탈만큼이나 주로 여성을 상대로 한 집단적인 성폭력은 만연하게 자행되어 왔다. 그러나 다른 범죄와는 달리 성범죄는 무력분쟁 중이라는 특수한 상황에서 통제되지 않은 남성 군인들이 성욕을 절제하지 못해 저지르는 개인적이고 부수적인 기회주의적 범죄로 취급되어 왔으며, 국제인도법이나 국제인권법, 국제형사법의 규범 발전 과정에서 범죄 규모와 피해의 심각성에 비해 충분히 주목을 받지 못하였다.³⁾ 여성인권

1) Alona Hagay-Frey, *Sex and Gender Crimes in the New International Law: Past, Present, Future* (Martinus Nijhoff Publishers, 2011), p.1. 성폭력이나 성범죄, 성차별범죄와 같은 개념들은 그 자체로는 성중립적인(gender neutral) 개념으로서 여성 피해자뿐만 아니라 남성 피해자도 포괄하지만, 역사를 걸쳐 무력분쟁 중 성폭력이 사실상 주로 여성 피해자를 상대로 남성 가해자에 의해 자행되어 왔기에, 무력분쟁 중 성폭력에 대한 규범 형성 및 발전은 주로 여성인권 신장을 위한 노력의 일환으로 이루어져왔다[Chile Eboe-Osuji, *International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), p.xv].

2) Nicole Eva Erb, "Gender-Based Crimes under the Draft Statute for the Permanent International Criminal Court," *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 29(1998), pp.401-402; Alona Hagay-Frey, *supra* note 1, p.59.

3) Sarah Schwartz, "Wartime Sexual Violence as More than Collateral Damage: Classifying Sexual Violence as Part of a Common Criminal Plan in International Criminal Law," *UNSW Law Journal*, Vol. 40, No. 1(2017), pp.57, 60; Alona Hagay-Frey, *supra* note 1, pp.59-62.

신장과 관련한 국제규범의 정립의 관점에서 이 문제가 본격적으로 다뤄진 것은 상대적으로 최근이며, 따라서 지난 20여 년간 해당 영역에서의 국제 규범의 발전 양상은 특기할 만하다.

무력분쟁 중 성폭력 범죄가 국제형사규범 정립의 측면에서 본격적으로 다뤄지기 시작한 것은 1990년 이후이다. 1990년에 들어서서 구유고슬라비아와 아프리카 각지에서 벌어진 집단 강간의 피해 규모와 심각성은 국제사회에 큰 충격을 안겨다 주었고, 유엔이 설립한 구유고슬라비아국제형사재판소(ICTY: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia)와 르완다국제형사재판소(ICTR: International Criminal Tribunal for Rwanda)가 강간 등 성폭력을 주목하여 다루기 시작함에 따라 국제형사법에서 성범죄 및 성차별범죄에 관한 법리적 발전이 활발하게 이루어지기 시작하였다.⁴⁾ 이와 더불어서, 2000년 유엔 안전보장이사회(이하 '안보리')가 역사상 처음으로 평화와 안보 영역에서 여성을 보호하고 여성의 참여를 보장할 것을 결의한 결의 1325호를 채택하였고,⁵⁾ 이후 연이은 추가 결의들을 통해서 무력분쟁 중 자행된 성폭력의 책임자 처벌을 촉구하는 국제적인 운동이 전개되었다.⁶⁾ 이러한 배경을 바탕으로, 1998년 채택된 상설국제형사재판소(ICC: International Criminal Court)의 로마규정(Rome Statute)은 역사상 선례가 없다고 평가받을 정도로 광범위한 성범죄 및 성차별범죄를 포함시켰는데, 이는 강간, 성노예, 강제 매춘, 강제 임신, 강제 불임, 이에 상당하는 기타 중대한 성폭력, 출산을 막기 위해 의도된 방법에 의한 집단살해, 성차별적 박해 등을 포괄하였다.⁷⁾ 또한, 수사, 기소, 재판 전 과정에 걸쳐 여성 및

4) Alona Hagay-Frey, *supra* note 1, pp.79-80.

5) S.C. Res. 1325, U.N. Doc. S/RES/1325 (2000. 10. 31.) 참조. 우리 정부는 2014년 5월 23일, '여성, 평화와 안보에 관한 유엔 안보리 결의 1325호'의 체계적이고 효과적인 국내 이행을 위하여 '국가행동계획(NAP: National Action Plan)'을 수립하고 유엔에 제출하였다. 우리 정부가 제출한 국가행동계획은 국제협력을 통한 성폭력 예방 시스템 구축에 관한 내용도 포함하고 있다[외교부, "여성, 평화와 안보를 위한 유엔 안보리 결의 1325호" 우리나라 국가행동계획 수립", 외교부 보도 자료, http://www.mofa.go.kr/www/brd/m_4080/view.do?seq=350441 (2014. 5. 23.)].

6) UN Women, "Global Norms and Standards: Peace and Security," <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/peace-and-security/global-norms-and-standards> (2017. 11. 29. 확인).

7) *Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N. doc. A/CONF. 183/9, 37 I.L.M. 1002, 2187 U.N.T.S. 90 (1998. 7. 17.), arts. 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii), and 8(2)(e)(vi)



성폭력 문제에 관한 전문가의 참여를 보장하였고,⁸⁾ 법을 적용하고 해석함에 있어서 성인지적 관점의 중요성을 강조하였다.⁹⁾ 이러한 입법적 발전은 소추기관의 수사 및 기소 실무 및 정책의 변화로도 이어졌다. 대표적인 예로, 2014년 ICC 소추관은 ‘성범죄 및 성차별범죄에 관한 정책보고서’를 발표하였고, 성범죄 및 성차별범죄에 대한 수사과정에서의 효율성을 향상시키기 위하여 적극적으로 노력하고 있다.¹⁰⁾ 또한, 2016년 ICC 재판부는 *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* 사건(이하 ‘Bemba 사건’)에서 ICC 역사상 처음으로 성범죄 혐의에 대하여 유죄판결을 선고하였다.¹¹⁾ 해당 판결의 법리적 해석은 중요한 규범적 발전을 반영하고 있어서 주목할 만한 가치가 크다.

이 글은 지난 20여 년간 무력분쟁 중 자행된 성폭력에 대해 책임 있는 자를 처벌하기 위한 국제형사규범의 발전 양상을 조망함으로써 해당 영역에서의 국제규범 형성 과정을 검토하는 것을 목적으로 한다. 이러한 목적을 염두에 두면서, 제2장은 무력분쟁 중 성폭력에 관한 국제형사규범의 발전과 병행하여 채택된 유엔 안보리 결의들에 대해 우선적으로 살펴본다. 지난 20여 년간 안보리는 무력분쟁 중 성폭력을 근절하고 예방하기 위한 정책 방향을 형성함에 있어서, 가해자에 대한 불처벌의 관행을 종식시키는 것의 중요성을 강조하는 쪽으로 내러티브를 형성하였고, 이는 무력분쟁 중 성범죄에 관한 국제형사규범이 발전할 수 있는 배경이 되어주었다. 제3장은 무력분쟁 중 성폭력에 관한 국제형사규범의 형성 및 발전 과정을 조망한다. 이를 위해 규범형성의 역사적 배경을 먼저 살펴본 후, ICC 실행을 통한 규범의 현 주소를 진단한다. 규범의 현 주소를 진단함에 있어서, ICC 로마규정 채택에 따른

[hereinafter Rome Statute].

8) Rome Statute, arts. 36(8)(a)(iii), 42(9), 43(6), and 44(2).

9) Rome Statute, art. 21(3).

10) ICC Office of the Prosecutor, “Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes,” <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes-June-2014.pdf> (2014. 6.) 참조.

11) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute(Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/18-3343 (2016. 3. 21.) 참조 [hereinafter *Bemba Judgment*].

성범죄 및 성차별범죄에 대한 입법적 발전, 소추관의 수사 및 기소 단계에서의 실무 관행 및 정책의 발전, 판례에 의한 법리적 발전을 구체적인 예와 함께 검토한다. 마지막으로, 제4장에서 필자의 평가를 간략히 제시하면서 글을 맺고자 한다.

II. 유엔 안보리 결의: 무력분쟁 중 성폭력에 대한 불처벌의 종식 촉구

지난 20여 년 동안 무력분쟁 중 만연하게 자행되어 온 성폭력 근절을 위한 국제적 노력이 정치, 학계, 시민사회 전반에 걸쳐 총체적으로 전개되었다. 특기할 만한 것은, 무력분쟁 중 자행된 성폭력 근절을 위한 정책적·규범적 대응 방향이 가해자에 대한 형사처벌을 통하여 성폭력 범죄에 대한 불처벌의 관행을 종식시키는 것을 통한 해결을 강조하는 방향으로 이루어져왔다는 것이다.¹²⁾ 자이나브 하와 반구라 전임 분쟁 중 성폭력에 관한 유엔 특별대표(2012~2017)가 “가해자에 대한 형사처벌 없이는 분쟁 중 성폭력을 근절시킬 수 없다”고 선언한 것은 이러한 방향성을 상징적으로 보여준다.¹³⁾ 이렇듯 분쟁 중 성폭력 근절을 위한 국제적 노력의 방향이 가해자에 대한 형사처벌의 중요성을 강조하는 것으로 전개되어 온 과정에서 안보리가 선봉적 역할을 하였다.

안보리 결의는 국제평화와 안보 분야에서의 국제사회의 정책 방향과 의지를 보여주는 것이며, 국제규범 형성에 있어서 매우 중요한 위치를 차지하고 있다. 따라서 2000년, 안보리가 역사상 처음으로 여성, 평화, 안보에 관한 결의 1325호를 채택하였을 때, 국제사회는 이를 무력분쟁 및 평화 재건 영역

12) Anette Bringedal Houge & Kjersti Lohne, “End Impunity! Reducing Conflict-Related Sexual Violence to a Problem of Law,” *Law & Society Review*, Vol. 51(2017), pp.755-757.

13) *Ibid.*, p.756.



에서 여성인권 신장을 가져다 줄 중요한 규범적 발전을 견인하는 역사적 성취라고 높게 평가하였다.¹⁴⁾ 해당 결의는 안보리가 전쟁과 평화, 안보의 영역에서 여성을 고려한 최초의 결의라는 점에서 그 중요성이 크며, 이후 유엔 전기관적 차원에서 무력분쟁 중 주로 여성을 상대로 자행되는 성폭력을 근절하기 위한 실천적 노력을 전개하게 하는 시발점이 되었다. 이후 안보리는 여성, 평화, 안보에 관한 7개의 추가 결의[결의 1820호(2008), 1888호(2009), 1889호(2009), 1960호(2010), 2106호(2013), 2122호(2013), 2242호(2015)]를 채택함으로써 정책 방향을 구체화시켜 나갔다.¹⁵⁾

안보리 결의를 통해서 무력분쟁 중 성폭력에 대한 불처벌의 관행을 종식시키는 것이 필수적이라는 국제 여론이 형성되는 과정에서 크게 3단계의 내러티브가 관찰된다.¹⁶⁾ 첫째, 안보리는 성폭력이 민간인 공격을 위한 전술(tactic of war)이나 민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 사용됨으로써 국제 평화와 안보 회복을 심각하게 저해하는 요인이 되고 있다는 문제 진단을 하였으며, 둘째, 무력분쟁 중 성폭력을 근절·예방하기 위해서는 가해자에 대한 불처벌의 관행을 종식시키는 것이 필수적이라고 강조하였고, 셋째, 유엔 전 기관과 회원국 모두에게 가해자 처벌을 위해서 실천적 조치를 취할 것을 촉구하였다. 다음은 안보리 결의에서 나타난 3단계의 내러티브를 순차적으로 살펴본다.

1. 무력분쟁 중 성폭력의 성격: 민간인 공격을 위한 전술 내지 민간인에 대한 체계적이거나 광범위한 공격의 일부로서 사용되는 성폭력

안보리 결의는 궁극적으로 구체적인 행동을 촉구하는 것을 목적으로 하는

14) S.C. Res. 1325, U.N. Doc. S/RES/1325 (2000. 10. 31.); *Ibid.*, pp.764-765.

15) UN Women, *supra* note 6; S.C. Res. 1820, U.N. Doc. S/RES/1820 (2008. 6. 19.); S.C. Res. 1888, U.N. Doc. S/RES/1888 (2009. 9. 30.); S.C. Res. 1889, U.N. Doc. S/RES/1889 (2009. 10. 5.); S.C. Res. 1960, U.N. Doc. S/RES/1960 (2010. 12. 16.); S.C. Res. 2106, U.N. Doc. S/RES/2106 (2013. 6. 24.); S.C. Res. 2122, U.N. Doc. S/RES/2122 (2013. 10. 18.); S.C. Res. 2242, U.N. Doc. S/RES/2242 (2015. 10. 13.).

16) Anette Bringedal Houge & Kjersti Lohne, *supra* note 12, pp.763 and 768.

문서로서 뚜렷한 형식적 구조에 따라 작성된다. 즉, 결의문은 크게 전문과 본문으로 구성되어 있으며, 보통 결의의 배경이 된 이전 결의나 정황을 전문에서 확인한 후, 유엔 기관 및 회원국이 실천해야 할 결의의 핵심적인 본문 내용을 아라비아 숫자를 매겨 서술하는 구조로 되어 있다. 따라서 안보리 결의에서 전문 다음에 숫자 1로 시작되는 본문의 첫 문단은 결의의 핵심적인 내용을 드러내는 것으로 그 중요성이 크다. 이런 측면에서 볼 때, 여성, 평화, 안보에 관한 첫 결의였던 결의 1325호(2000)의 본문 첫 문단이 회원국들에게 분쟁의 예방 및 운영, 해결을 위한 모든 결정 과정에서 여성의 참여를 보장할 것을 촉구하는 내용으로 시작한 이래, 추가적으로 채택된 결의 1820호(2008), 1888호(2009), 1960호(2010), 2106호(2013)가 본문 첫 문단을 동일한 내용으로 시작하고 있는 것에 주목할 필요성이 있다.¹⁷⁾ 즉, 상기한 4개의 추가 결의들에서 안보리는 무력분쟁 중 성폭력이 민간인 공격을 위한 전술(tactic of war)이나 민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 사용될 때, 무력분쟁 상황을 심각하게 악화시키며 국제 평화와 안보 회복을 저해한다는 것을 강조한다는 내용으로 본문을 시작하고 있다.¹⁸⁾ 다음은 상기한 결의의 본문 첫 문단에서 동일하게 반복되는 내용이다.

1. [*The Security Council*] stresses/reaffirms that sexual violence, when used or commissioned as a tactic of war (in order to deliberately target civilians) or as a part of a widespread or systematic attack against civilian populations, can significantly exacerbate situations of armed conflict and may impede the restoration of international peace and security, affirms/emphasizes in this regard that effective steps to prevent and respond to such acts of sexual violence can significantly contribute to the maintenance of international peace and security...¹⁹⁾

17) *Ibid.*, pp.770-771.

18) *Ibid.*

19) S.C. Res. 1820, U.N. Doc. S/RES/1820 (2008. 6. 19.), p.2, ¶1; S.C. Res. 1888, U.N. Doc. S/RES/1888 (2009. 9. 30.), p.3, ¶1; S.C. Res. 1960, U.N. Doc. S/RES/1960



안보리 결의가 무력분쟁 중 성폭력이 전술이나 민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격 수단으로 사용되고 있음을 선언한 것의 의의를 이해하기 위해서는 무력분쟁 중 성폭력의 원인 및 성질에 관한 학문적·정책적 논의들에 대한 이해가 선행되어야 한다. 무력분쟁 중 유독 심각하고 광범위한 성폭력이 만연한 이유에 대한 설명을 제공하기 위한 학문적·정책적 노력을 보면 크게 두 가지 측면에서 해답을 찾고 있음을 알 수 있다.

첫째는, 무력분쟁이라는 혼란스러운 상황이 개별 군인들이 성폭력을 쉽게 저지를 수 있는 기회를 제공한다는 측면에서 이를 기회주의적 범죄로 보는 관점이 있다.²⁰⁾ 이는 무력분쟁 중 성범죄의 성질에 대한 전통적인 시각으로서, 이러한 시각에 근거할 경우, 무력분쟁 중 개별 군인들의 행위를 통제하고 엄격한 규범 집행이 이루어지도록 하는 것이 중요해진다.²¹⁾

이러한 전통적 시각은 무력분쟁 중 자행되고 있는 성폭력의 성격에 대한 부분적 설명을 제공하기는 하였지만 온전한 설명이 되지 않는 못하였다. 특히 1990년대 언론을 통하여 국제적으로 보도된 전시 성범죄의 실상은 통제되지 않은 병사들이 저지르는 개인적인 범죄에 그치는 것이 아니었다. 보스니아 사태 동안 보스니아에는 여성들을 장기간 억류해 놓고 강간을 저지르기 위한 강간캠프가 19군데나 존재했는데 1992년 한 해 동안만 6만 명에 달하는 여성들이 피해자가 되었으며, 코소보 전쟁 중 세르비아군은 알바니아계 주민들을 쫓아내기 위한 전략으로서 집단 강간을 사용했고, 르완다 대학살 시 후투족 지도부는 투치족 여성이 후투족 남성을 열등하게 생각한다는 프로파간다를 펼침으로써 후투족 남성들이 민족적 우월성을 증명하기 위하여 투치족 여성들을 집단 강간하도록 조장하였다.²²⁾ 라이베리아에서 지속된 14년의

(2010. 12. 16.), p.3, ¶1; S.C. Res. 2106, U.N. Doc. S/RES/2106 (2013. 6. 24.), p.2, ¶1. 핵심 내용은 거의 동일하게 반복되고 있으나, 결의 1960호와 2106호에서는 'in order to deliberately target civilians' 문구가 삭제되었다.

20) Anette Bringedal Houge & Kjersti Lohne, *supra* note 12, pp.759-760.

21) *Ibid.*: 무력분쟁 상황 자체의 특수성을 감안하여, 무력분쟁 중에는 상급자가 부하들이 성범죄를 저지르거나 저지를 것임을 알았을 때뿐만 아니라, 상급자는 항상(at all times) 자신의 지휘와 통솔 하에 있는 부하들이 성폭력 범죄를 저지르지 않도록 합리적이고 필요한 조치를 취할 법적 의무를 부담해야 한다는 주장이 있는데, 이에 대해서는 Chile Eboe-Osuij, *supra* note 1, pp.97-144 참조.

내전 기간 동안 전체 여성 중 40%가 집단 강간이나 성노예 등 성폭력의 희생자가 되었고, 2006년 통계에 의하면, “13세 미만의 소녀 5명 중 4명이 임신 중이거나 아이를 출산하였다.”²³⁾ 이러한 예들은 분쟁 중 성범죄가 살인이나 신체 절단 등의 다른 유형의 범죄와 마찬가지로 적군 지역의 민간인에게 효과적으로 공포심을 주어 점령을 용이하게 하고 민족정체성을 훼손시키고 말살시키기 위해 조직적이며 집단적으로 사용되는 전술이자 전쟁 무기로 사용되고 있음을 보여 주었다. 이에 따라, 무력분쟁 중 성범죄가 이토록 만연한 이유는 이것이 민간인 공격을 위한 효과적인 전술이자 민간인에 대한 체계적이거나 집단적인 공격의 일부로서 사용되고 있기 때문이라는 설명이 주목을 받기 시작했다.²⁴⁾ 안보리 결의는 이 두 번째 설명이 무력분쟁 중 성폭력의 실상을 반영한 것임을 공식적으로 선언함으로써 무력분쟁 중 성폭력이 국제평화와 안보에 미치는 심각성을 부각시켰다.²⁵⁾

2. 인과관계 확인 및 정책 방향: 가해자에 대한 불처벌 종식 필요

안보리는 2000년 이래 반복된 결의를 통해서, 성폭력이 계속해서 전쟁 수단으로 사용될 수 있는 것은 이를 계획하고 실행하였거나 알면서도 방치한 핵심 지도자에 대한 불처벌의 관행이 지속되고 있기 때문이라고 강조하였다. 즉, 철저한 형사처벌 없이는 이 문제는 궁극적으로 해결될 수 없다고 봄으로써, 이 문제에 대한 해결 방향의 초점이 형사책임 추구에 있음을 강조하였다.²⁶⁾

구체적으로 살펴보면, 여성, 평화, 안보에 관한 첫 결의였던 안보리 결의 1325호(2000)는 모든 국가는 여성 및 여아를 대상으로 한 성폭력을 통한 집단 살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄에 대한 불처벌의 관행을 종식시킬 책임이

22) 강윤희, “제2장: 여성, 평화, 안보의 국제규범 형성과 확산 - 유엔 안전보장이사회 결의안 1325호를 중심으로”, 『세계정치』 제19권(2013), pp.64-65.

23) 위의 주, p.66.

24) Anette Bringedal Houge & Kjersti Lohne, *supra* note 12, p.760; Sarah Schwartz, *supra* note 3, pp.59-62.

25) 관련해서 Sarah Schwartz, *supra* note 3, pp.59-62 참조.

26) Anette Bringedal Houge & Kjersti Lohne, *supra* note 12, pp.772-774.



있음을 강조하였고, 이러한 범죄들은 사면 대상에서 가능한(where feasible) 제외되도록 할 필요성이 있음을 강조하였다.²⁷⁾ 이후 채택된 결의 1820호(2008)는 불처벌의 관행을 종식시킴으로써 여성과 여아를 대상으로 한 모든 종류의 폭력을 제거하는 것이 중요함을 재확인하였고, 이전 결의보다 강한 어조로 가해자에 대한 형사처벌의 중요성을 강조하였다. 즉, 이전 결의에서는 무력분쟁 중 자행된 성범죄를 사면 대상에서 ‘가능한(where feasible)’ 제외시키도록 하였으나, 결의 1820호에서는 ‘가능한’ 문구가 삭제되었다.²⁸⁾

2009년 채택된 결의 1888호는 모든 국가가 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄에 대한 불처벌의 관행을 종식시킬 책임이 있음에도 불구하고 성범죄의 가해자 중 일부만이 형사처벌의 대상이 되고 있는 현실적 한계에 대한 우려를 표하였고, 무력분쟁 중 자행된 과거 범죄를 매듭지고 미래에 같은 범죄가 반복되지 않도록 예방하기 위해서는 불처벌의 관행을 종식시키는 것이 필수적이라고 강조하였다.²⁹⁾ 이러한 입장은 이후 추가 결의에서도 반복하여 강조되었다. 예를 들어, 2106호(2013)는 성범죄에 대한 일관되고 철저한 소추는 범죄 발생을 억제하고 예방하기 위한 핵심이라고 강조하였으며, 이는 성폭력을 문화적 현상이나 전쟁의 불가피한 부산물, 또는 다른 범죄에 비해

27) S.C. Res. 1325, U.N. Doc. S/RES/1325 (2000. 10. 31.), p.3, ¶11(“11. *Emphasizes* the responsibility of all States to put an end to impunity and to prosecute those responsible for genocide, crimes against humanity, and war crimes including those relating to sexual and other violence against women and girls, and in this regard *stresses* the need to exclude these crimes, where feasible from amnesty provisions.”).

28) S.C. Res. 1820, U.N. Doc. S/RES/1820 (2008. 6. 19.), p.3, ¶4(“*stresses* the need for the exclusion of sexual violence crimes from amnesty provisions in the context of conflict resolution processes, and...”); Anette Bringedal Houge & Kjersti Lohne, *supra* note 12, p.773.

29) S.C. Res. 1888, U.N. Doc. S/RES/1888 (2009. 9. 30.), pp.1-2(“*Recalling* the responsibilities of States to end impunity and to prosecute those responsible for genocide, crimes against humanity, war crimes and other egregious crimes perpetrated against civilians, and in this regard, noting with concern that only limited numbers of perpetrators of sexual violence have been brought to justice, while recognizing that in conflict and in post conflict situations national justice systems may be significantly weakened, *Reaffirming* that ending impunity is essential if a society in conflict or recovering from conflict is to come to terms with past abuses committed against civilians affected by armed conflict and to prevent future such abuses...”).

서 경한 범죄라고 생각하는 잘못된 신화를 뒤엎기 위해서 중요하다고 하였다.³⁰⁾ 또한, ICC와 임시국제형사재판소, 혼합형사재판소, 특별 국내형사재판부 등에서 무력분쟁 중 자행된 성범죄에 대한 책임 있는 지도자들을 소추하고 처벌하고 있는 일련의 실행들이 불처벌의 관행을 종식시키고자 하는 노력을 더욱 강화시켰다고 긍정적으로 평가하였고, 이러한 실행들이 계속되기를 촉구하였다.³¹⁾ 이에 더하여, 무력 분쟁 해결 과정에서 사면 규정으로부터 성범죄가 제외될 필요성을 반복해서 강조하였다.³²⁾

3. 행동 촉구: 유엔 전 기관과 회원국에 대하여 가해자 형사처벌을 위한 실천적 조치를 취할 것을 촉구

안보리 결의는 궁극적으로 모든 회원국에게 가해자에 대한 철저한 형사처벌이 이루어지도록 실천적 조치를 취할 것을 촉구하였다. 예를 들어, 결의 1820호(2008)는 모든 회원국으로 하여금 가해자를 철저히 소추하고 엄정하게 처벌해야 하는 의무를 준수함으로써 불처벌 관행이 종식될 수 있도록 노력할 것을 촉구하였으며,³³⁾ 이러한 촉구는 이후 후속 결의에서도 계속해서 반복되었다.³⁴⁾

2009년 채택된 결의 제1888호는 유엔 사무총장에게 무력분쟁 중 성폭력에 관해 일관되고 전략적인 리더십을 제공할 수 있는 특별 대표를 임명할 것을 요청하였고,³⁵⁾ 이에 따라 분쟁 중 성폭력에 관한 유엔 사무총장의 특별대

30) S.C. Res. 2106, U.N. Doc. S/RES/2106 (2013. 6. 24.), p.1.

31) S.C. Res. 2106, U.N. Doc. S/RES/2106 (2013. 6. 24.), p.3, ¶3("3. Notes that the fight against impunity for the most serious crimes of international concern committed against women and girls has been strengthened through the work of the ICC, ad hoc and mixed tribunals, as well as specialized chambers in national tribunals; reiterates its intention to continue forcefully to fight impunity and uphold accountability with appropriate means.").

32) S.C. Res. 2106, U.N. Doc. S/RES/2106 (2013. 6. 24.), p.4, ¶12.

33) S.C. Res. 1820, U.N. Doc. S/RES/1820 (2008. 6. 19.), p.3, ¶4.

34) 예를 들어, S.C. Res. 1889, U.N. Doc. S/RES/1889 (2009. 10. 5.), p.3, ¶3 참조.

35) S.C. Res. 1888, U.N. Doc. S/RES/1888 (2009. 9. 30.), p.4, ¶4.



표가 임명되었다.³⁶⁾ 또한, 모든 회원국에게 무력분쟁 중 성범죄의 가해자에 대한 형사처벌이 이루어질 수 있도록 필요한 입법적, 사법적 개혁을 단행하는 등 실천적인 조치를 취할 것을 촉구하였다.³⁷⁾ 이후 결의 1960호(2010), 2106호(2013), 2122호(2013)은 반복해서 유엔 사무총장을 비롯하여 유엔 전 기관에서 회원국과 협조하여 불처벌의 관행을 종식시키기 위해 노력할 것을 촉구하였다.

이러한 노력들을 바탕으로 2014년, 무력분쟁 중 성폭력 근절을 위한 세계 정상회의가 런던에서 개최되었다. 이 회의는 무력분쟁 중 성폭력 근절을 위해서는 불처벌의 관행이 종식되는 것이 필수적으로 선행되어야 하는 것에 대하여 세계 정상들이 공식적으로 합의한 역사적인 성취였다.³⁸⁾ 120개국 참가단과 70명의 외교부 장관들, 100개가 넘는 시민사회 대표들이 참가하였으며, 이들은 무력분쟁 중 성폭력 가해자에 대한 형사책임을 통한 책임규명을 위한 구체적인 실천을 하겠다는 합의를 하였다.³⁹⁾ 특기할 만한 것은, 당시 200장이 넘는 ‘분쟁 중 성폭력에 관한 자료수집과 수사를 위한 국제 프로토콜’이 소개되었는데, 제1판이 2014년에 발간된 이래 2017년 3월, 제2판이 발간되었으며, 이 프로토콜은 9개국의 언어로 번역되어 법조인, 경찰, 의료인, NGO에 의해 유럽, 아프리카, 아시아, 중동과 남미 등에서의 효과적인 수사와 기소를 위한 지침으로 사용되고 있다.⁴⁰⁾

이렇듯 2000년, 결의 1325호가 채택된 이래 계속 채택된 안보리의 추가 결의들, 분쟁 중 성폭력에 관한 유엔 특별대표의 활동, 유엔 전 기관 및 각국의

36) UN Office of the Special Representative of the Secretary-General on Sexual Violence in Conflict, “About the Office,” <http://www.un.org/sexualviolenceinconflict/about-us/about-the-office/> (2018. 1. 13. 확인).

37) S.C. Res. 1888, U.N. Doc. S/RES/1888 (2009. 9. 30.), p.4, ¶¶6 and 7.

38) Anette Bringedal Houge & Kjersti Lohne, *supra* note 12, pp.755-756.

39) United Kingdom Government, “Collection: 2014 Global Summit to End Sexual Violence in Conflict,” <https://www.gov.uk/government/collections/2014-global-summit-to-end-sexual-violence-in-conflict> (2017. 3. 9.).

40) Sara Ferro Ribeiro & Danaé van der Straten Ponthoz, “International Protocol on the Documentation and Investigation of Sexual Violence in Conflict” (2nd ed.), Foreword, https://ici.global/0.5/wp-content/uploads/2017/08/International_Protocol_2017_2nd_Edition.pdf (UK Foreign & Commonwealth Office, 2017).

실천적 노력, 여성인권 신장을 위한 NGO의 활발한 활동이 어우러져, 지난 20여 년간 국제형사법 영역에서 주로 여성을 대상으로 자행된 심각하고 광범위한 성폭력 범죄에 대한 규범이 폭발적으로 증가하고 소추와 처벌의 실행이 발전할 수 있는 배경이 되어 주었다.

III. 무력분쟁 중 성폭력에 대한 국제형사규범의 형성 및 발전

1. 역사적 배경

1) 1949년 이전: 법의 침묵 시대

대규모 무력분쟁 상황에서 주로 여성을 대상으로 한 심각한 성폭력은 무구한 역사를 걸쳐 항상 존재해 왔음에도 불구하고, 제2차 세계대전이 발발하기 전까지만 해도 이에 대해서 국제법은 침묵해 왔다. 성폭력은 전쟁의 어쩔 수 없는 부산물 내지 부작용으로 취급되었으며, 가해자에 대한 형사처벌은 거의 이루어지지 않았다.⁴¹⁾ 1907년 육전 법규 및 관습법에 관한 헤이그 협약도 강간 등 성폭력 행위를 명시적으로 규율하지 않았다.⁴²⁾

국제 재판소에서 성범죄가 다루지기 시작한 것은 제2차 세계대전 이후 부터이지만, 당시에도 여전히 살인이나 다른 범죄 행위에 비해 성범죄는 큰 주목을 받지 못하였다. 제2차 세계대전 중 독일 나치군이 자행한 체계적이고 집단적인 성범죄에 관한 증거가 만연하였음에도 불구하고,⁴³⁾ 국제형사재판소의 모태로 여겨지는 뉘른베르그재판소 헌장은 강간을 전쟁범죄나 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 범죄행위로 명시하지 않았고, 강간이나 기타 성범

41) Alona Hagay-Frey, *supra* note 1, pp.59-62.

42) 동 협약 제46조가 “가정의 명예 및 권리(family honour and rights)”가 지켜져야 할 것을 요구하고 있고 이를 성폭력 행위를 포함하는 것으로 해석할 수 없는 것은 아니지만, 그러한 광의의 해석은 실제 실행으로 받아들여지지 않았다[*Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land (and Annexed Regulations)*, Oct. 18, 1907, 36 Stat. 2277, art. 46.].

43) Alona Hagay-Frey, *supra* note 1, p.63.



죄를 근거로 재판소에 기소된 자도 없었다.⁴⁴⁾

이러한 실행에 변화가 생기기 시작한 것은 도쿄재판소로부터였다. 도쿄 재판소 헌장은 강간 등 성범죄를 국제형사범죄를 구성할 수 있는 행위로 명시하고 있지 않았지만,⁴⁵⁾ 피고인들은 승인된 관습과 전쟁 협약을 위반하여 강간 등을 저질렀다는 혐의로 기소되고 재판을 받았다.⁴⁶⁾ 또한 몇몇의 일본 공직자들은 1937년 난징에서의 집단 강간과 관련하여 유죄판결을 받기도 하였다.⁴⁷⁾ 그러나 여전히 도쿄재판소에서도 강간은 재판소의 주요 관심사는 아니었으며, 전쟁범죄를 구성하는 살인 등의 다른 범죄에 비해 성범죄는 부수적으로 다루졌고, 일본군에 의해 자행된 많은 성범죄는 처벌되지 않은 채 역사 속으로 사라졌다. 대표적인 예로, 도쿄재판소는 일본군이 점령지 여성들을 성노예화하거나 강제매춘을 하도록 한 행위에 대한 증거를 다루지 않았다.⁴⁸⁾ 그럼에도 불구하고 도쿄재판소에서 성범죄를 이유로 가해자가 기소되고 유죄판결을 받은 것은 이전까지 전시 성폭력에 대해 법이 침묵으로 일관해 왔던 역사를 깬 것이었다는 점에서 의미가 크다.⁴⁹⁾

44) *Ibid.*, pp.62-65; *Charter of the International Military Tribunal*, Aug. 8, 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279, art. 6. 뉘른베르그재판소에 강간 혐의로 기소되고 처벌된 자는 없었지만, 재판소가 강간 및 성폭력에 대한 증거를 다른 범죄에 포괄되는 행위 중 하나로 다루었다는 기록은 있다[Dianne Luping, "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court," *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, Vol. 17(2009), pp.440-443.].

45) *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, Jan. 19, 1946, amended Apr. 26, 1946, T.I.A.S. No. 1589, art. V(c).

46) Alona Hagay-Frey, *supra* note 1, p.65.

47) John A. Appleman, *Military Tribunals and International Crimes* (1971), p.259 참조, Nicole Eva Erb, *supra* note 2, p.410에서 재인용; Dianne Luping, *supra* note 44, pp.437-438.

48) Dianne Luping, *supra* note 44, p.439.

49) Alona Hagay-Frey, *supra* note 1, p.66. 이후 1945년 12월, 연합국은 뉘른베르그재판소에서 다루지 못한 전쟁범죄 등의 가해자들을 연합국의 점령지에서 처벌하기 위하여 Control Council Law No.10(CCL10)을 채택하였는데, 특기할 만한 것은 제3조 제1항 제(c)호에서 "강간(rape)"을 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 행위로 명시하였다. 다만 전쟁범죄를 구성할 수 있는 범죄로 명시하지는 않았다[*Control Council Law No. 10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, December 20, 1945, 3 Official Gazette Control Council for Germany 50-55(1946), reprinted in David Weissbrodt et al., *Selected International Human Rights Instruments and Bibliography for Research on International Human Rights Law*(4th ed.) (LexisNexis, 2009), pp.508-512.].

2) 1949~1993년: 규범의 제한적 형성

제2차 세계대전 이후, 1949년 채택된 제4제네바협약은 무력분쟁 중 여성이 보호되어야 함을 인지하고 강간을 국제인도법 위반 행위로 규정함으로써, 무력분쟁 중 성범죄를 국제법의 테두리 안에 위치시켰다.⁵⁰⁾ 그러나 강간 등 성범죄를 ‘여성의 명예(honor)에 대한 공격’이라 프레임함으로써, 여성의 인간으로서 존엄성이 성행위에 의해 결정된다는 잘못된 인지적 오류를 범하였고, 강간을 보편적 관할권의 대상이 되는 중대한 위반을 구성하는 행위로 명시하지 않음으로써 분쟁 중 성범죄의 심각성을 외면하였다.⁵¹⁾

이후 1977년에 채택된 제네바협약의 추가의정서들은 국제전과 비국제전에서 강간과 같은 성범죄를 비교적 광범위하게 금지함으로써 새로운 국제형사규범 형성의 단초가 되었다는 평가를 받았으나, 추가의정서들은 제네바협약에 비해 전 세계적인 지지를 받지 못하였다는 측면에서 해당 규범이 일반 국제법의 형성을 의미할 수 없다는 한계도 동시에 지적되었다.⁵²⁾ 이외에도, 20세기에 걸쳐 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(1966), 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐 협약(1979), 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(1984) 등의 많은 국제인권협약들이 채택되었으나, 이 협약들은 무력분쟁이나 전시 상황에서의 성폭력 문제를 직접적으로 다룬 것은 아니었다.⁵³⁾

3) 1993년 이후: 국제형사재판소들의 실행과 국제형사규범의 발전

이렇듯 무언의 용인의 영역으로 경시되거나 다른 범죄에 비해 경한 범죄로

50) *Ibid.*, p.69.

51) Sarah Schwartz, *supra* note 3, pp.59-60; Nicole Eva Erb, *supra* note 2, pp.410-416; Alona Hagay-Frey, *supra* note 1, pp.69-74; *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention)*, Aug. 12, 1949, 75 UNTS 287, art. 27(“Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault.”).

52) Alona Hagay-Frey, *supra* note 1, pp.75-76.

53) *Ibid.*, pp.76-77.



여겨졌던 무력분쟁 중 성폭력의 심각성에 대한 인식이 큰 전환기를 맞은 것은 1990년 이후의 일이었다. 1990년대 초 구유고슬라비아와 르완다를 비롯한 아프리카 국가들에서 발생한 조직적이고 광범위한 강간과 성범죄는 여론을 통해 국제사회에서 널리 알려져 국제여론을 환기시켰으며, 성범죄가 단지 통제되지 않은 병사들이 정욕을 주체하지 못해서 저지르는 개인적 범죄가 아니라, 민간인을 공격하기 위해 사용되는 전술 내지 전쟁 수단으로 사용되고 있음을 보여주었다.⁵⁴⁾

이러한 1990년대의 국제여론의 변화는 당시 유엔 및 국제NGO들에 의해 주도되어오던 국제여성운동과 맞물려 전기를 맞이하였다. 유엔 안보리는 1993년 구유고슬라비아 전쟁 기간 동안 자행된 국제형사범죄의 처벌을 위해 ICTY의 설립을 결의하였고,⁵⁵⁾ 1993년 채택한 ICTY 헌장 제5조는 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 강간을 명시하였다.⁵⁶⁾ 그러나 여전히 ICTY 헌장은 강간을 전쟁범죄를 구성할 수 있는 범죄로 명시하지는 않았다.⁵⁷⁾ 한편, 1994년 유엔안보리 결의로 설립된 ICTR의 헌장은 강간을 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 행위로 명시하였을 뿐만 아니라, 이에 더하여 1949년 제네바 협약의 공통3조 위반을 구성할 수 있는 범죄인 ‘개인의 존엄성에 대한 잔학 행위(outrages to personal dignity)’의 예로 강간과 강제 매춘, 기타 성추행을 명시하였다.⁵⁸⁾

ICTY과 ICTR은 설립 이래 성범죄에 대한 불처벌의 관행을 종식시키는 것을 재판소의 주요 목적 중 하나로 삼았으며, 실제 수많은 선도적인 판결로

54) 강윤희(주 22), pp.63-66.

55) *The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, S.C. Res. 808, U.N. SCOR, 48th Sess., 3175th mtg., U.N. Doc. 5/INF/49 (1984).

56) *Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, S.C. Res. 827, U.N. SCOR, 48th Sess., 3217th mtg., U.N. Doc. S/RES/827 (1993), art. 5 [hereinafter ICTY Statute].

57) ICTY Statute, arts. 2 and 3 참조.

58) *Statute of the International Tribunal for Rwanda*, Nov. 8, 1994, 33 I.L.M. 1598, arts. 3(g) and 4(e) [hereinafter ICTR Statute].

법리 발전에 크게 기여하였다.⁵⁹⁾ 재판소 헌장의 규범적 미비는 소추관의 기소 관행과 재판부의 판결을 통해 보완되었으며, 재판소는 강간을 통하여 집단 살해죄를 저지를 수도 있고, 고문의 한 형태로 강간을 할 수도 있다는 혁신적인 판결을 선고하기도 하였다.⁶⁰⁾

그러나 ICTY와 ICTR은 임시재판소로서 특정 시기에 특정 영토 위에서 벌어진 범죄에 대한 제한적인 관할권을 행사한다는 내재적 한계를 가지고 있었다.⁶¹⁾ 이에, 1998년 채택되어 2002년 발효한 로마규정에 따라 설립된 상설 재판소인 ICC의 실행이 국제형사규범 형성 및 발전에 미치는 영향과 중요성이 더욱 크다고 할 것이며, ICC의 실행을 통해서 무력분쟁 중 성폭력 범죄에 관한 오늘날 규범의 현 주소를 짐작할 수 있을 것이다.

2. 규범의 현 주소: 국제형사재판소(ICC) 실행

1) 입법적 발전: 로마규정과 성범죄 및 성차별 범죄, 성인지적 관점

(1) 개관

규범의 형성 및 발전을 가장 명백하게 보여주는 것은 법적 구속력 있는 확정된 문자에 의한 입법적 발전일 것이다. 국제형사재판소 로마규정은 광범위한 성범죄 및 성차별범죄를 명시적으로 규정하고 있고, 수사과 기소, 재판 전 단계에서 성인지적 관점이 반영되도록 하고 있다는 점에서, 국제형사법

59) ICTY/ICTR에 의한 규범형성 및 발전 과정은 Alona Hagay-Frey, *supra* note 1, pp.79-102 참조; 법리 발전에 기여한 대표 판례에 대한 설명은 Clay Anthony, "In the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo: Cementing Sexual Violence and Command Responsibility within International Criminal Law," *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 25(2017), pp.408-410 참조. 한편, ICTY/ICTR에서의 성범죄에 대한 기소 및 처벌 실무에 대해서 여전히 한계를 지적하는 의견도 있는데, 이에 따르면 ICTY에서 기소된 성범죄가 실제 유죄판결을 받은 비율은 51%였고, ICTR의 경우에는 더 낮아서 25%에 불과했고, 이는 전체 피고인의 기소 대비 유죄판결 비율인 67%보다 훨씬 낮은 것이어서 여전히 성범죄에 대해서는 유죄판결 비율이 낮음이 지적되었다[Sarah Schwartz, *supra* note 3, pp.57-58].

60) Louise Chappell, *The Politics of Gender Justice at the International Criminal Court: Legacies and Legitimacy* (Oxford University Press, 2015), p.93.

61) Alona Hagay-Frey, *supra* note 1, p.102.



영역에서 여성인권 신장을 보여주는 기념비적인 성취로 평가받고 있다.⁶²⁾

대표적인 예를 들면, 로마규정 제21조 제3항은 법 적용과 해석 원칙을 명시함에 있어서, 이 조항에 따른 법의 적용과 해석은 국제적으로 승인된 인권과 부합되어야 하며, 성별(gender)과 같은 사유에 근거한 어떠한 불리한 차별도 없어야 한다고 선언하고 있다.⁶³⁾ 또한, 제54조 제1항 제b호는 수사관이 재판소 관할범죄의 효과적인 수사 및 기소를 위한 적절한 조치를 취함에 있어서 피해자 및 증인의 연령 및 성별과 같은 개인적인 정황을 존중하고, 특히 성폭력의 경우에는 범죄의 성격을 고려하도록 하고 있다.⁶⁴⁾ 이뿐만 아니라, 제42조 및 제43조에 따라, 소추부에 성폭력 범죄 등에 관한 전문지식을 가진 자문관을 두도록 하였고, 사무국에 성폭력 범죄와 관련된 정신장애 전문가를 포함시키도록 하였다.⁶⁵⁾ 또한 제36조 제8항에 따라, 당사국들은 재판관을 선출함에 있어서 여성 및 남성 재판관의 공정한 대표성이 보장되도록 고려해야 하며, 여성이나 아동에 대한 폭력에 대한 법률 전문지식을 가진 재판관을 포함시킬 필요성을 고려하여야 한다.⁶⁶⁾

이렇듯 로마규정이 수사과 기소, 재판의 전 과정에서 성인지적 관점이 반영될 수 있도록 규정한 것도 특기할 만하지만, 로마규정의 가장 큰 성취는 아무래도 역사상 선례가 없을 정도로 광범위한 성범죄 및 성차별범죄를 집단살해죄와 인도에 반한 죄, 전쟁범죄를 구성할 수 있는 범죄행위로 열거한 첫 범문서라는데 있을 것이다.⁶⁷⁾ 로마규정상 성범죄 및 성폭력범죄의 정의 및 구성요건에 대해 소개하기 전, 우선 성범죄(sexual crimes)와 성차별범죄(gender-based crimes)의 용어의 의미를 명확히 할 필요가 있다.⁶⁸⁾ ICC에

62) Louise Chappell, *supra* note 60, pp.1-2 and 32-50.

63) Rome Statute, art. 21(3).

64) Rome Statute, art. 54(1)(b).

65) Rome Statute, arts. 42(9) and 43(6).

66) Rome Statute, arts. 36(8)(a)(iii) and 36(8)(b).

67) Dianne Luping, *supra* note 44, pp.454-455.

68) 다만 국제 재판소들에서의 실행을 보면 성폭력, 성범죄나 성차별범죄란 용어를 엄격히 구별해서 사용하지 않는 경우가 종종 있으며, sexual crimes/sexual violence/sexual and gender-based violence는 상기한 성범죄 및 성차별 범죄를 아우르는 의미로서 사용되는 경우가 있음을 염두할 필요가 있다[Case Matrix Network, *Sexual and Gender-Based Violence Crimes: Legal Requirements* (Centre for International Law Research and Policy, 2017), p.14].

서 사용되는 용례에 따르면, 성범죄는 성적 성질(sexual nature)을 가진 범죄행위로서, 신체적 행위와 비신체적행위를 모두 포괄한다.⁶⁹⁾ ICC가 관할권을 가지는 성범죄는 로마규정에 명시되어 있는 6가지 유형의 범죄행위, 즉 강간, 성노예, 강제매춘, 강제임신, 강제불임, 기타 성폭력을 의미한다.⁷⁰⁾ 한편, 성차별범죄는 특정 사람의 성(sex) 및/또는 사회적으로 구성된 성역할(gender roles)로 인하여 저지르는 범죄를 의미하는데, 성폭력의 한 형태로 범해질 수 있지만 성적인 성질이 전혀 없는 공격(non-sexual attacks)에 의해서도 범해질 수 있다.⁷¹⁾ 대표적인 예로, 여성이란 이유로 박해를 가함으로써 저지르는 인도에 반한 죄가 있다. 로마규정은 국제 재판소로는 최초로 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 범죄로 ‘박해(persecution)’을 규정하면서 성(gender)에 기초한 박해를 명시적으로 포함시켰다.⁷²⁾

로마규정상 국제형사범죄를 구성하는 요건 사실을 크게 두 가지로 나누어서 이해할 수 있다. 첫째는 정황적 요건(contextual element)이고, 둘째는 기저 행위(underlying acts)이다. 가해자가 저지른 기저행위(살인, 강간, 고문, 박해, 강제실종, 감금 등)가 정황적 요건(집단 살해, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄가 될 수 있도록 만드는 정황적 요건)을 만족시킴으로써 ‘국제’ 형사범죄를 구성하게 된다.⁷³⁾ 인도에 반한 죄를 예로 들면, 민간인에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 살해, 절멸, 노예화, 주민의 추방 또는 강제이주, 국제법의 근본원칙을 위반한 구금 또는 기타 신체적 자유의 심각한 박탈, 고문, 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임, 또는 이에 상당하는 기타 중대한 성폭력 등을 저질러야

69) ICC Office of the Prosecutor, *supra* note 10, p.3. 따라서 폭력을 동반하지 않고 성적 접촉도 없이 강요에 의해 나체로 있도록 하는 행위도 성범죄를 구성할 수 있다.

70) *Ibid.*

71) *Ibid.* 한편, 로마규정 제7조 3항은 ‘젠더(gender)’를 사회적 정황 내에서 남성과 여성을 의미한다고 규정하고 있다[Rome Statute, art. 7(3)].

72) Rome Statute, art. 7(1)(h)[“Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court.”]; Louise Chappell, *supra* note 60, p.102.

73) Case Matrix Network, *supra* note 68, p.7.



한다.⁷⁴⁾ 여기서 살인, 절멸, 기타 나열된 행위가 기저행위이고, 이러한 행위가 ‘민간에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고’ 행해진다는 정황적 요건을 충족한 경우에만 인도에 반한 죄를 구성하게 된다. 이를 염두에 두면서, 로마규정에 따라 성범죄가 ICC가 관할권을 가지는 국제형사범죄를 구성하는 경우를 도표로 정리하면 다음과 같다.

[표 1] ICC 관할범죄와 성범죄⁷⁵⁾

국제범죄/정황적 요건 성범죄/ 기저 행위	집단살해죄 (ICC Art. 6)	인도에 반하는 죄 (ICC Art. 7)	전쟁범죄-국제전 (ICC. Art. 8(2)(b))	전쟁범죄-비국제전 (ICC. Art. 8(2)(e))
강간	중대한 신체적 또는 정신적 피해를 끼치는 행위 (ICC Art. 6(b))	✓	✓	✓
성노예		✓	✓	✓
강제매춘		✓	✓	✓
강제임신		✓	✓	✓
강제불임		✓	✓	✓
기타 성폭력		✓	✓	✓
출생을 방지하기 위해 의도된 조치에 의한 집단 살해	✓			

74) Rome Statute, art. 7(1); 김영석, 『국제법』 (박영사, 2010), 233면.

75) Case Matrix Network, *supra* note 68, p.6.

강간, 성노예, 강제매춘, 강제임신, 강제불임 및 이에 상당하는 기타 중대한 성폭력은 인도에 반한 죄,⁷⁶⁾ 전쟁범죄(국제전),⁷⁷⁾ 전쟁범죄(비국제전)⁷⁸⁾를 구성할 수 있다. 로마규정에는 강간이 비록 집단살해죄를 구성할 수 있는 행위로 명시되어 있지 않지만, ICC 범죄구성요건(ICC Elements of Crimes)에 따르면, 집단살해죄를 구성할 수 있는 행위인 중대한 신체적 또는 정신적 위해를 끼치는 행위에 강간이 해당할 수 있다.⁷⁹⁾ 또한 특정 공동체 내에서 출산을 방지할 의도로 행해진 조치를 취함으로써 집단살해죄를 범할 수 있다.⁸⁰⁾ 각 범죄와 정의와 구성요건은 다음과 같다.

(2) 정의(구성 요건)

가) 강간(Rape)

하나의 국제협약에서 강간이 인도에 반한 죄 뿐만 아니라 전쟁범죄(국제전과 비국제전 모두)를 구성할 수 있는 행위로 명시된 것은 로마규정이 최초이다.⁸¹⁾ 비록 강간이 로마규정상 집단살해죄를 구성할 수 있는 행위로 명시되지는 못했지만, ICC 범죄구성요건에 따라, 집단살해죄를 구성할 수 있는 행위인 중대한 신체적 또는 정신적 위해를 끼치는 행위에 강간이 포함될 수 있음은 상기한 바와 같다.⁸²⁾ 또한 ICC 범죄구성요건은 국제형사법 역사상 처음으로 인도에 반한 죄와 전쟁범죄를 구성할 수 있는 근거행위로서 강간의

76) Rome Statute, art. 7(1)(g).

77) Rome Statute, art. 8(2)(b)(xxii).

78) Rome Statute, art. 8(2)(e)(vi).

79) Rome Statute, art. 6(b); *Rome Statute of the International Criminal Court, Elements of Crimes*, U.N. doc. A/CONF. 183/9 (1998. 7. 17.), <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/ElementsOfCrimesEng.pdf>, art. 6(b)(1)-note 3 [hereinafter ICC Elements of Crimes].

80) Rome Statute, art. 6(d).

81) Dianne Luping, *supra* note 44, p.459; Rome Statute, arts. 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii), and 8(2)(e)(vi).

82) ICC Elements of Crimes, art. 6(b)(1)-note 3("This conduct may include, but is not necessarily restricted to, acts of torture, rape, sexual violence or inhuman or degrading treatment."); ICC 범죄구성요건에 강간이 집단살해죄를 구성할 수 있는 중대한 신체적 또는 정신적 위해를 끼치는 행위를 구성할 수 있음이 명시되었던 과정에 대한 설명은 Louise Chappell, *supra* note 60, pp.100-101 참조.



정의를 제공하였다.⁸³⁾ ICC 범죄구성요건의 강간의 정의의 주요 특징은 다음과 같다.

첫째, 강간을 피해자나 가해자의 신체 부위에의 삽입(penetration)을 유발하는 행위를 통해 사람의 신체를 침범(invasion)하는 것으로 규정하였고, 피해자나 가해자의 성기뿐만 아니라 신체의 어느 부분에서나 삽입이 행해질 수 있다고 보았으며, 피해자의 항문이나 성기에 물건이나 다른 신체의 일부를 삽입하는 것도 강간이 될 수 있다고 정의하였다.⁸⁴⁾ 강간을 구성하는 행위로서 침범이라는 개념은 피해자가 여성인지 남성인지를 가리지 않고 적용될 수 있는 광의의 의미를 의도한 성중립적(gender-neutral) 개념이다.⁸⁵⁾

강간의 정의로서 ‘침범’ 개념이 처음 소개된 것은 ICTR의 *Prosecutor v. Akayesu* 사건이었는데, 해당 판결에서 재판부는 강간을 “강압적인 상황에서 사람에게 대하여 자행된 성적 성질을 가진 신체적 침범(a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive)”이라고 정의하였다.⁸⁶⁾ 이로써 강간을 남성 성기를 여성 성기로 삽입하는 것으로만 보던 좁은 의미에서 벗어나 피해자의 신체의 완전성을 침해하는 폭력이라는데 초점을 맞추므로써 강간의 개념을 확장한 바 있다.⁸⁷⁾ 다만 *Akayesu* 사건의 강간의 정의에 대해서는 형사책임의 근거가 되

83) Dianne Luping, *supra* note 44, p.473.

84) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-1 para 1, 8(2)(b)(xxii)-1 para 1, and 8(2)(e)(vi)-1 para 1 (“The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body.”).

85) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)-1 para 1, 8(2)(b)(xxii)-1 para 1, and 8(2)(e)(vi)-1 para 1 (“The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration...”).

86) *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement(Trial Chamber I), Case No. ICTR-96-4-T (1998. 9. 2.), ¶1688 [hereinafter *Akayesu* Judgment]

87) Kiran Grewal, “The Protection of Sexual Autonomy under International Criminal Law: The International Criminal Court and the Challenge of Defining Rape,” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10(2012), p.378; Hilmi M. Zawati, *Fair Labelling and the Dilemma of Prosecuting Gender-Based Crimes at the International Criminal Tribunals* (Oxford University Press, 2014), p.72; Chile Eboe-Osuji, *supra* note 1, pp.145-146.

기에는 광범위하고 포괄적인 정의라는 비판이 있었고, 이에 ICTY 재판부는 *Prosecutor v. Furundzija* 사건에서 강간을 강압이나 무력 또는 무력의 위협으로 피해자의 질이나 항문에 가해자의 성기나 물건을 삽입하거나 피해자의 구강에 가해자의 성기를 삽입하는 것으로 정의하였다.⁸⁸⁾ 이러한 정의에 따라 ICTY 재판부는 *Furundzija* 판결에서 구강성교를 강압적으로 한 것도 강간으로 보았다.⁸⁹⁾

둘째, ICC 정의는 침범행위에 폭력(force)이 동반될 것을 필수적으로 요구하지 않으며, 침범이 “폭력의 위협 또는 강요에 의하거나...[중략]...또는 강압적인 환경을 기회로 하여 이루어진 것이거나, 침범이 진정한 동의를 할 수 없는 사람을 대상으로 자행된 경우”에도 강간이 될 수 있도록 하고 있다.⁹⁰⁾ 즉, 침범에 있어서 강압적인 환경만 존재한다면 피해자 동의를 부존재를 증명하지 않아도 강간이 될 수 있으며, 피해자가 진정한 동의를 할 수 없는 상황에서는 동의가 있음을 이유로 형사 책임을 면할 수 없음을 명시한 것이다.⁹¹⁾ 이는 ICTR의 *Akayesu* 사건에서 재판부가 성행위가 강압적인 환경에서 이루어지는 것만으로 강간을 구성할 수 있으며, 강압적인 환경이 폭력 사용이 있는 환경임을 요구하지 않는다고 한 것을 계승한 것으로 보인다.⁹²⁾ *Akayesu* 판결에서 ICTR 재판부는 무력분쟁 상황이나 군대의 등장은 그 자체로 본질적으로 강압적인 환경이라 하였다.⁹³⁾

88) *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Judgement(Trial Chamber), Case No. IT-95-17/1-T (1998, 12. 10), ¶185 [hereinafter *Furundzija* Judgment]; Chile Eboe-Osuji, *supra* note 1, pp.146-147.

89) *Furundzija* Judgment, ¶¶174 and 183.

90) ICC Element of Crimes, art. 7(1)(g)-1 para 2, 8(2)(b)(xxii)-1 para 2, and 8(2)(e)(vi)-1 para 2(“The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent.”).

91) Louise Chappell, *supra* note 60, p.101.

92) *Akayesu* Judgment, ¶¶596 and 688.

93) *Ibid.*, ¶688(“[t]hreats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or military presence...”).



나) 성노예(Sexual Slavery)

무력분쟁 중 성노예는 노예화(enslavement)의 일종으로서 국제관습법상 강행규범 위반으로 여겨졌음에도 불구하고, 국제인도법이나 인권법 조약, 국제재판소 규정이 성노예를 국제형사범죄를 구성할 수 있는 독립 범죄로 명시한 적은 없었다.⁹⁴⁾ 성노예를 국제형사범죄를 구성하는 범죄로 명시한 것은 국제재판소 역사상 로마규정이 최초이고, ICC 범죄구성요건은 성노예에 관한 법적 정의를 처음으로 제공하였다.⁹⁵⁾

ICC 범죄구성요건상 정의에 따르면, 첫째, 성노예는 한 명 이상의 사람에 대하여 소유권에 부착된 일부 또는 모든 권한을 행사하는 것을 의미한다.⁹⁶⁾ 예를 들면, 한 명 이상의 사람을 매수, 매도, 임대, 교환하거나 이와 유사한 자유의 박탈을 가하는 것을 들 수 있다.⁹⁷⁾ 둘째, 성노예 범죄가 성립되기 위해서는, 가해자가 소유권의 일부 또는 모든 권한에 부착된 권리를 행사하는 한 명 이상의 사람으로 하여금 하나 또는 그 이상의 성적 성질이 있는 행위(acts of a sexual nature)에 관여하도록 야기하여야 한다.⁹⁸⁾ 피해자가 강간을 당했음을 요구하지 않고, 성적 성질을 가진 행위에 가담된 것으로 충분하다.

다) 강제매춘(Enforced Prostitution)

로마규정은 국제 재판소 역사상 처음으로 전쟁범죄와 인도에 반한 죄를 모두 구성할 수 있는 행위로 강제매춘을 명시하였다.⁹⁹⁾ ICC 범죄구성요건상 정의에 따르면, 강제매춘은 한 명 이상의 사람으로 하여금 성적 성질이 있는 하나 이상의 행위에 가담하도록 야기하는 것을 의미한다.¹⁰⁰⁾ 가해자가 피해

94) Dianne Luping, *supra* note 44, p.462.

95) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-2, 8(2)(b)(xxii)-2, and 8(2)(e)(vi)-2.

96) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-2 para 1, 8(2)(b)(xxii)-2 para 1, and 8(2)(e)(vi)-2 para 1.

97) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-2 para 1, 8(2)(b)(xxii)-2 para 1, and 8(2)(e)(vi)-2 para 1.

98) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-2 para 2, 8(2)(b)(xxii)-2 para 2, and 8(2)(e)(vi)-2, para 2.

99) Dianne Luping, *supra* note 44, p.463.

자로 하여금 이런 행위로 가담하도록 야기함에 있어서 폭력을 사용할 것이 요구되지는 않으며, 폭력의 위협 또는 강요에 의하거나, 강압적인 환경이나 피해자가 진정한 의미의 동의를 할 수 없는 무능함을 기회로 하여 이루어진 경우에도 강제매춘이 될 수 있다.¹⁰¹⁾ 따라서 피해자에게 직접적인 실력 행사가 없었다고 할지라도 무력분쟁 상황이나 점령군의 존재와 같이 그 상황만으로 강압적인 환경에서 이루어진 매춘은 강제매춘이 될 수 있으며, 가해자는 피해자의 동의를 진정한 동의로 볼 수 없는 상황에서 동의를 이유로 강제매춘에 대한 형사 책임을 피할 수 없다. 성노예의 경우와 마찬가지로 피해자가 강간을 당했음을 요구하지 않고, 성적 성질을 가진 행위에 가담된 것으로 충분하다.

라) 강제임신(Forced Pregnancy)

ICTR은 *Akayesu* 사건에서 강제임신이 특정 공동체의 민족적 구성을 바꿀 의도로 사용되는 경우에는 집단살해죄를 구성한다고 판시한 바 있었다.¹⁰²⁾ 이후 살펴보겠지만, 강제임신은 로마규정 제6조상의 집단살해죄를 구성할 수도 있다. 이에 더하여, 로마규정은 국제재판소 역사상 처음으로 강제임신이 전쟁범죄와 인도에 반한 죄를 모두 구성할 수 있음을 규정하였다.¹⁰³⁾ ICC 범죄구성요건은 강제 임신을 다음과 같이 정의하고 있다. 첫째, 한 명 이상의 여성이 강제적으로 임신되도록 억류해야 한다.¹⁰⁴⁾ 여기서 불법적 억류는 국제법규에 반하여 신체적 자유를 어떤 식으로든지 억압하는 것을 의미하며, 그 억압 정도가 중대할 것을 요구하지는 않는다.¹⁰⁵⁾ 강제적일 것을 요구하는 것은 폭력의 행사까지 요구하는 것은 아니며 어떤 종류든 강요

100) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-3 para 1, 8(2)(b)(xxii)-3 para 1, and 8(2)(e)(vi)-3 para 1.

101) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-3 para 1, 8(2)(b)(xxii)-3 para 1, and 8(2)(e)(vi)-3 para 1.

102) *Akayesu* Judgment, ¶1507.

103) Dianne Luping, *supra* note 44, p.464.

104) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-4 para 1, 8(2)(b)(xxii)-4 para 1, and 8(2)(e)(vi)-4 para 1.

105) Dianne Luping, *supra* note 44, p.479.



가 될 수 있는 행위이면 충분하다.¹⁰⁶⁾ 강제임신은 성범죄 중 유일하게 그 범죄의 특성상 피해자가 여성일 수밖에 없다. 둘째, 가해자는 인종적 구성에 영향을 줄 의도나 국제법의 다른 중대한 위반을 범할 의도로 상기한 행위를 하여야 한다.¹⁰⁷⁾ 여기서 다른 중대한 국제법 위반은 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄를 구성하는 모든 행위를 포괄한다.¹⁰⁸⁾

마) 강제불임(Enforced Sterilization)

강제불임이 국민적·민족적·인종적·종교적 집단의 구성원을 전부 또는 일부 파괴하려는 의도를 가지고 이루어진 경우에는 집단살해죄를 구성할 수 있음은 명백하다.¹⁰⁹⁾ 국제재판소가 전쟁범죄와 인도에 반한 죄를 구성하는 행위로 강제불임을 명시한 것은 로마규정이 최초이다.¹¹⁰⁾

ICC 범죄구성요건은 강제불임이 되기 위해서는 한 명 이상의 사람의 생물학적 재생산 능력을 박탈할 것을 요구하고 있다.¹¹¹⁾ 이러한 박탈 행위는 의학적인 치료나 병원 치료로 정당화되거나 시술받는 자의 진정한 동의에 따라 이루어진 경우가 아니어야 한다.¹¹²⁾ 기만에 의해 취득된 동의는 진정한 동의로 보지 않는다.¹¹³⁾

106) *Ibid.*

107) ICC Element of Crimes, arts. 7(1)(g)-4 para 1, 8(2)(b)(xxii)-4 para 1, and 8(2)(e)(vi)-4 para 1.

108) Dianne Luping, *supra* note 44, p.480.

109) Rome Statute, art. 6.

110) 다만, 제2차 세계대전 직후 Allied Control Council Law 10에 따른 재판에서, 여러 가지 인체 실험 및 의학적 시술을 한 이유로 전쟁범죄와 인도에 반한 죄로 유죄 판결을 받은 예들은 있는데, 당시 의학적 시술 개념은 강제 불임 시술도 포괄하는 것이었다(Dianne Luping, *supra* note 44, p.464).

111) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)-5 para 1, 8(2)(b)(xxii)-5 para 1, and 8(2)(e)(vi)-5 para 1("The perpetrator deprived one or more persons of biological reproductive capacity.").

112) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)-5 para 2, 8(2)(b)(xxii)-5 para 2, and 8(2)(e)(vi)-5 para 2("The conduct was neither justified by the medical or hospital treatment of the person or persons concerned nor carried out with their genuine consent.").

113) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)-5 n. 20, 8(2)(b)(xxii)-5, n. 20, and 8(2)(e)(vi)-5 n. 20("It is understood that "genuine consent" does not include consent obtained through deception.").

바) 기타 성폭력(Any Other Form of Sexual Violence)

강간이나 다른 열거된 범죄행위에 해당하지 않는 기타 성폭력도 전쟁범죄를 구성할 수 있음은 로마규정 이전에도 1949년 제4제네바협약과 1977년 제네바 협약의 추가 의정서, ICTR 규정에 언급되었었다.¹¹⁴⁾ ICTY도 *Prosecutor v. Furundzija* 판결에서 “국제형사규범은 강간뿐만 아니라 실제 삽입에 이르지 않는 심각한 성추행도 처벌한다”고 판시한 바 있다.¹¹⁵⁾

ICC 범죄구성요건은 성폭력(sexual violence)을 다음과 같이 정의하고 있다. 첫째, 성적 성질이 있는 행위를 한 명 이상의 사람에게 범하거나, 그 사람이 성적 성질이 있는 행위에 가담하도록 해야 한다.¹¹⁶⁾ 둘째, 이에 폭력의 행사가 동반되지 않아도 폭력 행사의 위협이나 강압적인 환경이나 피해자가 진정한 동의를 할 수 없는 무능력을 기회로 이용하여 저지르면 충분하다.¹¹⁷⁾ 또한, 가해자의 행위가 인도에 반한 죄나 전쟁범죄를 구성할 수 있는 다른 범죄

114) *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention)*, 75 U.N.T.S. 287 (1949. 8. 12.), art. 27(“Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault.”); *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 1125 U.N.T.S. 3 (1977. 6. 8.), art. 76(“Women shall be the object of special respect and shall be protected in particular against rape, forced prostitution and any other form of indecent assault.”); *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, 1125 U.N.T.S. 609 (1977. 6. 8.), art. 4(e)(“Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault.”); ICTR Statute, art. 4(e)(“Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault.”).

115) *Furundzija* Judgment, ¶186.

116) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)–6 para 1, 8(2)(b)(xxii)–6 para 1, and 8(2)(e)(vi)–6 para 1(“The perpetrator committed an act of a sexual nature against one or more persons or caused such person or persons to engage in an act of a sexual nature...”).

117) ICC Elements of Crimes, art. 7(1)(g)–6 para 1, 8(2)(b)(xxii)–6 para 1, and 8(2)(e)(vi)–6 para 1(“...by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment or such person’s or persons’ incapacity to give genuine consent.”).



행위와 견주어 볼 때 비슷한 정도의 상당한 중대성을 가지는 행위여야 한다.¹¹⁸⁾

그렇다고 해서 성폭력이 강간과 같이 신체적 침범, 삽입이나 접촉을 요구하는 것은 아니다. ICTR 규정이 인도에 반한 죄를 구성할 수 있는 행위로 강간 이외의 기타 성폭력을 명시하고 있지 않았지만, *Akayesu* 판결에서 재판부는 성폭력은 인도에 반한 죄를 구성하는 다른 비인도적 행위(*other inhumane acts*)를 구성한다고 보았고, 피고인이 부하들로 하여금 여성들의 옷을 벗겨서 공공장소에서 나체로 체조를 하도록 한 것도 이러한 다른 비인도적 행위를 구성한다고 판결한 바 있다.¹¹⁹⁾ ICTY의 경우, *Furundzija* 판결에서 실제 신체적 삽입에 이르지 않은 성추행도 처벌의 대상이 된다고 보았고,¹²⁰⁾ *Prosecutor v. Todorovic* 판결은 음경을 물어뜯거나 음부를 걷어차는 행위도 성추행을 구성한다고 판시하였다.¹²¹⁾ *Prosecutor v. Kvočka* 판결에서 ICTY 재판부는 성폭력은 강간보다 넓은 개념으로, 강제 불임에 이르지 않는 정도의 성기 손상, 성노예에 이르지 않는 정도의 강제 결혼, 강제 낙태와 성적 학대도 성폭력을 구성할 수 있다고 판시하였다.¹²²⁾

사) 출생을 방지하기 위해 의도된 조치에 의한 집단살해죄(*Genocide by Imposing Measures Intended to Prevent Births within the Group*) 로마규정 제6조 제(d)항은 “집단 내 출생을 방지하기 위해 의도된 조치를 취함”으로써 집단살해죄를 범할 수 있음을 명시하고 있다. 이는 로마규정에서 새롭게 등장한 것은 아니고, ICTY와 ICTR 규정에서 이미 명시적으로 포함하고 있었던 것을 계승한 것이다. ICTR 재판부는 *Akayesu* 사건에서 강간

118) ICC Elements of Crimes, arts. 7(1)(g)-6 para 2, 8(2)(b)(xxii)-6 para 2, and 8(2)(e)(vi)-6 para 2.

119) *Akayesu* Judgment, ¶¶688 and 692-694.

120) *Furundzija* Judgment, ¶186.

121) *Prosecutor v. Stevan Todorovic*, Sentencing Judgement(Trial Chamber), Case No. IT-95-9/1-S (2001. 7. 31.), ¶¶38 and 66.

122) *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*, Judgement(Trial Chamber), Case No. IT-98-30/1-T (2001. 11. 2.), ¶180, and note 343.

이 여성을 임신시키거나 출산을 못하게 함으로써 인종 구성을 변화시키는데 체계적으로 사용될 수 있다고 판시한 바 있다.¹²³⁾

ICC 범죄구성요건에 따르면, 한 명 이상의 사람에게 특정 조치를 취해야 하는데, 조치의 대상이 된 사람은 특정 국민적·민족적·인종적·종교적 집단에 속해야 한다.¹²⁴⁾ 가해자는 그러한 집단의 구성원의 전부 또는 일부를 파괴하려는 의도를 가지고 그 집단 내 출산을 방지할 의도로 해당 조치를 취해야 한다.¹²⁵⁾

2) 소추관의 실무 관행 발전: 수사 및 기소 정책의 변화 및 성과

(1) 초기 실행(2002~2014년 초)

로마규정상 광범위한 성범죄 및 성차별범죄 조항과 성인지적 관점을 강조한 조항들이 진정으로 의미 있기 위해서는, 실제 해당 범죄가 자행된 데에 대하여 책임 있는 상급자가 국제형사재판소에 기소되고 처벌되는 실행이 뒤따라야 할 것이다. 그러나 국제형사재판소 소추부의 초기 실행은 로마규정의 이상이 실현되었다고 하기에는 부족하다는 평을 받았다.¹²⁶⁾

국제형사재판소가 설립된 후 ICC 소추관이 처음으로 기소한 사건은 콩고 민주공화국 반군 지도자였던 *Thomas Lubanga*에 대한 기소였다. 당시 *Lubanga*가 이끄는 반군 병사들에 의해 집단적이고 광범위한 강간 등 성폭력 범죄가 자행되었다는 증거가 무수히 많았음에도 불구하고 소추관은 *Lubanga*를 소년병 관련된 범죄로만 기소하였고 성범죄를 독립범죄로 하여 기소하지 않았다.¹²⁷⁾ 비록 소추관이 소년병이 관련된 성범죄를 이후 다루기는 하였지만, 성범죄를 독립범죄로 기소하지 않음으로써 이러한 소추관의 소추 전략은 국제적인 비난을 받았고, *Lubanga* 반군에 의해 성범죄의 대상이

123) *Akayesu Judgment*, ¶507.

124) ICC Elements of Crimes, art. 6(d) paras 1-2.

125) ICC Elements of Crimes, art. 6(d) paras 3-4.

126) Louise Chappell, *supra* note 60, p.103.

127) Sarah T. Deutch, "Putting the Spotlight on the Terminator: How the ICC Prosecution of Bosco Ntaganda Could Reduce Sexual Violence during Conflict," *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 22(2016), p.673.



되었다고 주장되어지는 10만 명이 넘는 피해자의 목소리가 외면됨에 따라 재판의 정당성을 실추시켰다는 평가를 받았다.¹²⁸⁾

이후 소추관은 성범죄에 대해 적극적으로 수사하고 기소하기 시작하였으나, 2014년 초까지 1심재판부에 의해 성범죄 및 성차별범죄 혐의에 대해 유죄판결이 선고된 경우는 한 건도 없었다. 단계별로 살펴보면, ICC 소추부는 2002년부터 2014년 7월까지, 20개 사건에서 성범죄 및 성차별 범죄와 관련된 총 57건의 혐의에 대해 체포영장이나 법정출두명령의 청구를 하였고, 이 중 전심재판부는 51건의 혐의를 인정하였다.¹²⁹⁾ 공소사실확인 단계에서는, 전심재판부가 공소사실확인에 관한 결정을 내린 11개의 사건에서 소추관은 35개의 성범죄 및 성차별 범죄 관련 혐의에 대한 청구를 하였고, 이 중 전심재판부는 20건에 대해 공소사실확인결정을 하였다.¹³⁰⁾ 2014년 초까지 1심재판부는 총 3건의 사건에서 판결을 선고하였는데, 이 중 성범죄 혐의에 대해 유죄확정 판결을 한 것은 한 건도 없었다. 즉, ICC 소추부는 총 57건의 성범죄 및 성차별범죄 혐의에 대해 수사하여 체포영장이나 법정출두명령을 청구하였으나, 이 중 최종 유죄판결에 이른 혐의는 한 건도 없었던 것이다.

1심재판부가 판결을 선고한 3건의 사건 중 상기한 *Lubanga* 판결은 성범죄를 독립범죄로 다루지 않았기 때문에 제외하면, 1심재판부는 *Mathieu Ngudjolo Chui*와 *Germain Katanga*에 대하여 판결을 선고하였다. 이 중 *Ngudjolo*에 대해서는 2012년 12월, 모든 혐의에 대한 무죄판결이 선고되었다.¹³¹⁾ 반면, 2014년 3월 *Katanga* 사건에서 재판부는 살인, 민간인 공격, 재물 파괴 및 약탈을 근거로 인도에 반한 죄와 전쟁범죄에 대한 유죄판결을 내리면서, 성범죄 혐의에 대해서는 무죄 선고를 하였다.¹³²⁾ *Katanga* 판결

128) *Ibid.*, p.674.

129) Louise Chappell, *supra* note 60, pp.104-105.

130) *Ibid.*, p.105.

131) *Ibid.*

132) ICC 소추관은 *Katanga*의 병사들이 저지른 살인 등의 다른 범죄행위와 함께 *Bogoro* 지역에서 일어난 강간과 성노예를 근거로 기소하였다(Sarah T. Deutch, *supra* note 127, p.674); International Criminal Court, "The Prosecutor v. Germain Katanga"(Case Information Sheet), <https://www.icc-cpi.int/drc/katanga/Documents/katangaEng.pdf> (last updated: 2017. 3. 27.).

에서 재판부가 성범죄 혐의에 대하여 무죄 판결을 선고한 배경에는 소추부에서 피고인이 성범죄 발생에 관해 책임이 있음을 입증할 만한 충분한 연관 관계를 보여주는 증거를 제출하지 못했던 것이 주원인으로 작용하였다.¹³³⁾ 이에 더하여, 처음에는 1심재판부의 결정에 대해 항소할 의사를 표현했던 소추관이 이후 항소 의사를 철회함에 따라, 소추관이 무력분쟁 중 자행된 성범죄에 대한 재판을 포기함으로써 수많은 희생자들의 고통을 외면했다는 비판의 목소리는 더욱 높아졌다.¹³⁴⁾

(2) 2014년 ‘성범죄 및 성차별 범죄에 관한 정책보고서’ 발표와 이후 노력

소추부는 ICC가 재판관할권을 행사하기 시작한 2002년부터 12년이 지난 2014년 초까지 단 한 건의 성범죄 혐의에 대한 유죄 판결도 선고되지 않은 것에 대한 반성적 노력으로서 2014년 ‘성범죄 및 성차별 범죄에 관한 정책 보고서’를 발표하였다.¹³⁵⁾ 이 보고서는 소추부가 앞으로 수사 및 기소, 재판의 전 단계에서 성범죄 및 성차별 범죄를 우선하여 특별히 다룰 것이라는 정책 방향을 선언하기 위하여 발표된 것이었다.¹³⁶⁾ 이 보고서는 소추관의 수사 및 기소 관행이 구조적·사회적·실행적으로 성범죄 및 성차별범죄의 근절과 예방에 미칠 영향을 인지하고 있음을 보여주었고, 소추부의 수사 및 기소 전 단계에서 성범죄에 대한 철저한 대응을 선언하였다는 점에서 그 자체로 큰 의미가 있다고 평가받고 있다.¹³⁷⁾

이 정책보고서에서 소추부는 예비심사, 수사, 기소의 전 단계에서 성범죄 및 성차별범죄에 대해서는 특별한 주의를 기울임을 강조하였고, 성인지적 관점을 바탕으로 이러한 범죄들이 양성 불평등과 특정 정황에서 성역할을 형성

133) Sarah Schwartz, *supra* note 3, pp.81-85; Louise Chappell, *supra* note 60, p.121.

134) Recent Policy Paper, "International Criminal Law - Sexual and Gender-Based Crimes - ICC Outlines Policies to Improve Prosecutorial Outcomes - The Office of the Prosecutor of the ICC, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes," *Harvard Law Review*, Vol. 128(2014), p.793; Louise Chappell, *supra* note 60, p.121.

135) ICC Office of the Prosecutor, *supra* note 10, p.5.

136) *Ibid.*

137) Recent Policy Paper, *supra* note 134, pp.794 and 800.



하는 다양한 상황들과 어떻게 관련 있는지를 검토한다고 하였다.¹³⁸⁾ 또한, 성범죄 및 성차별범죄 수사 및 기소에 따르는 특별한 장애가 있음을 지적하였는데, 즉 사회, 문화, 종교적 이유로 피해를 알리기를 꺼려하는 경향이 있으며, 피해자에 대한 낙인 효과, 국내 수사의 한계, 시간의 경과에 따라 증거가 쉽게 소실되는 점, 국가 차원에서 필요한 후원의 부족 등을 지적하면서도, 소추부가 이러한 어려움을 수사 첫 단계부터 인지하고 있음을 강조하였다.¹³⁹⁾ 이에 더하여, 성범죄 및 성차별범죄의 피해자와 증인 보호의 중요성을 강조하였고, 성범죄를 기소함에 있어서 강간 등의 독립된 성범죄뿐만 아니라 고문이나 박해와 같은 성적 성질이 없는 다른 범죄로도 함께 소추할 수 있음을 분명히 하였다.¹⁴⁰⁾ 더불어서, 가능한 모든 책임자에게 형사책임을 추궁하기 위하여 로마규정이 허용하는 모든 책임 유형을 고려할 것임을 분명히 하였고, 구형을 함에 있어서도 피해자 및 가족과 공동체에 미친 영향과 범죄의 중대성을 고려하겠다고 하였다.¹⁴¹⁾ 피해자 보상의 문제에서도 성인지적 접근을 반영할 것을 분명히 하였으며, 성범죄 및 성차별범죄의 효과적인 수사 및 기소를 위해 국가들의 협조와 국제·국내 기구, 시민사회와의 네트워크와 협력의 필요성을 강조하였고, 직원과 전문가 교육 등의 중요성도 강조하였다.¹⁴²⁾ 마지막으로, 이러한 정책이 잘 시행되는지 정기적으로 모니터링할 것임을 밝혔다.¹⁴³⁾

이 정책보고서가 발표된 날로부터 2년 후, ICC 소추부는 *Bemba* 사건에서 성범죄에 대한 첫 유죄 판결을 이끌어 냈다.¹⁴⁴⁾ 또한, 2014년 6월, *Bosco Ntaganda*에 대하여 콩고민주공화국 사태 관련 강간과 성노예화 혐의로 재판 전 공소사실확인결정을 이끌어내었으며,¹⁴⁵⁾ *Laurent Gbagbo*에 대하여

138) ICC Office of the Prosecutor, *supra* note 10, p.5.

139) *Ibid.*

140) *Ibid.*, p.6.

141) *Ibid.*, pp.6-7.

142) *Ibid.*, p.7.

143) *Ibid.*, p.8.

144) *Bemba Judgment*, ¶752.

145) Sarah Schwartz, *supra* note 3, p.88; International Criminal Court, "The Prosecutor v. Bosco Ntaganda"(Case Information Sheet), <https://www.icc-cpi.int/drc/ntaganda/>

코트디부아르 사태 관련하여 강간 혐의로 재판 전 공소사실확인결정을 이끌어 내었다.¹⁴⁶⁾ 특히 *Ntaganda* 사건의 경우, 재판소 역사상 성노예화에 대한 첫 기소 사건인 점에 비추어 볼 때, 향후 재판 진행과 결과에 대해 국제사회가 주목하고 있다. 또한, 2016년 1월, *Dominic Ongwen*에 대하여 재판소 역사상 가장 광범위한 성범죄, 즉 강간, 고문, 성노예, 강제 결혼, 강제입신 혐의 등에 대한 공소사실확인결정을 이끌어내었고, 2016년 12월 재판이 시작된 이래 현재 재판 계속 중이다.¹⁴⁷⁾ 향후 이 사건에 대한 판결이 선고되면, 가장 다양한 성범죄를 총체적으로 다룬 판결이 될 것으로 예상되고 있다.

3) 판례에 의한 법리 발전: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* 판결 중심으로

ICC가 2002년 설립된 이래 성범죄에 관한 첫 유죄판결이 선고되기까지 자그마치 약 14년이란 세월이 흘러야 했다.¹⁴⁸⁾ 2016년 3월 21일, ICC 제3심 재판부(Trial Chamber III)는 마침내 *Jean-Pierre Bemba Gombo*(이하 ‘*Bemba*’)에 대하여 살인과 강간에 기한 인도에 반한 죄와, 살인과 강간, 약탈에 기한 전쟁범죄에 상급자로서 책임이 있다고 보아 유죄를 선고하였다.¹⁴⁹⁾ 이는 ICC 설립 이래 처음으로 성범죄로 유죄 판결이 선고된 것이었을 뿐만 아니라 처음으로 상급자 책임에 근거하여 유죄를 확정판결이었던 것이다.

Bemba 판결에서 재판부는 크게 3단계의 판단을 순차적으로 하였다. 첫째, *Bemba*가 이끌던 반군 단체인 콩고해방운동(MLC: Movement for the Liberation of the Congo)에 의해 자행된 각종 행위가 기저행위, 즉 인도

Documents/ntagandaEng.pdf (updated: 2017. 1.).

146) Sarah Schwartz, *supra* note 3, p.88; International Criminal Court, “The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé”(Case Information Sheet), <https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude/Documents/gbagbo-goudeEng.pdf> (updated: 2016. 1.).

147) Dieneke De Vos, “A Day to Remember: Ongwen’s Trial Starts 6 December,” Europe an University Institute, <https://me.eui.eu/dieneke-de-vos/blog/a-day-to-remember-ongwens-trial-starts-6-december/> (2016. 12. 5.).

148) ICC 재판부의 성범죄에 관한 초기 판단에 대한 비판적 고찰은 Louise Chappell, *supra* note 60, pp.110-120 참조.

149) *Bemba* Judgment, ¶752.



에 반한 죄를 구성할 수 있는 살인, 강간과, 전쟁범죄를 구성할 수 있는 살인과 강간, 약탈에 해당함을 판단하였다. 둘째, MLC의 기저행위를 전쟁범죄와 인도에 반한 죄로 격상시켜주는 정황적 요건이 충족되었음을 판단하였다. 마지막으로, 직접 범죄행위를 수행한 자가 아닌 피고인 *Bemba*가 로마규정상 제28조 제a항에 따른 상급자 책임(commander responsibility) 규정에 따라 상급자로서 개인적으로 해당 범죄에 책임 있음을 판단하였다. 이 중 성범죄와 관련하여 특히 중요성을 가지는 것은 첫 번째 단계에서 강간의 정의에 대한 해석과, 세 번째 단계에서 상급자 책임에 관한 해석이다.

(1) 강간의 정의

성범죄와 관련하여, 재판부는 *Bemba*에 대하여 강간에 의한 인도에 반한 죄와 강간에 의한 전쟁범죄의 유죄 판결을 선고하였다. 인도에 반한 죄와 전쟁범죄를 구성할 수 있는 강간의 정의는 동일하기 때문에, 재판부는 양 범죄를 구성할 수 있는 강간의 구성요건 해당성을 함께 판단하였다.¹⁵⁰⁾ 재판부는 ICC 범죄구성요건의 강간의 정의를 적용함에 있어서 크게 3개의 중요한 해석을 하였다.

첫째, ICC 범죄구성요건상의 젠더 중립적인 광의의 정의를 확인하였다. 즉, 강간은 피해자나 가해자의 신체 부위에의 삽입을 유발하는 행위를 통해 사람의 신체를 침범하는 것으로서, 피해자나 가해자의 성기뿐만 아니라 신체의 어느 부분에 삽입이 행해질 수 있다고 보았으며, 피해자의 항문이나 성기에 물건이나 다른 신체의 일부를 삽입하는 것도 강간이 될 수 있다고 보았다.¹⁵¹⁾ 이에 근거하여 이 사건에서 여성 피해자뿐만 아니라 남성 피해자도 다뤄졌으며, 구강성교나 피해자의 성기에 물건이나 다른 신체 부위를 삽입하는 것도 강간을 구성할 수 있음을 확인하였다.¹⁵²⁾ 다만 강간이 다른 기타

150) *Ibid.*, ¶98.

151) *Ibid.*, ¶99.

152) Dienneke De Vos, "Historic Day for the ICC: First Command Responsibility and Sexual Violence Conviction," European University Institute, <https://me.eui.eu/dienneke-de-vos/blog/historic-day-for-the-icc-first-command-responsibility-and-sexual->

성폭력과 구별되는 특징은, 피해자나 가해자의 신체의 일부에의 ‘삽입’이라는 결과를 낳는 것에 있음을 확인하였다.¹⁵³⁾ 따라서 실제 삽입에 이르지 않은 중대한 성추행은 기타 성폭력을 구성할 수는 있어도 강간은 될 수 없다고 하였다.

둘째, 강간을 구성하는 침범행위는 다음의 네 가지 중 하나의 상황에서 일어나야 하는데, (i) 폭력이나, (ii) 폭력의 위협 또는 강요, (iii) 강압적인 환경을 기회로 하여 이루어진 것이거나, (iv) 침범이 진정한 동의를 할 수 없는 사람을 대상으로 자행된 경우여야 함을 확인하였다.¹⁵⁴⁾ 즉, 강간에 폭력이나 위협이 필수적이지 않고 강압적인 환경이 있으면 충분하며, 진정한 동의를 할 수 없는 사람을 대상으로 한 경우에는 어떤 다른 상황도 요구하지 않음을 명확히 하였다. 재판부는 소추부가 피해자의 동의가 부존재 함을 합리적인 의심의 여지없이 증명할 필요는 없다고 하면서, 피해자의 동의의 부존재는 로마규정상 강간의 구성요건이 아님을 명확히 하였다.¹⁵⁵⁾ 재판부는 입법자가 ‘동의’의 부존재를 강간의 정의에 명시적으로 언급하지 않은 것은 의도적인 것으로서, 동의의 부존재를 요구함으로써 소추 과정에서 발생하는 사실상 장애를 고려한 것이라고 보았다.¹⁵⁶⁾ 이로써 상기한 네 가지 상황 요건 중 하나를 충족함으로써 곧 피해자 동의가 부존재함을 의미하는 것으로 간주된다고 하였다.

마지막으로, 재판부는 강간을 구성하는 강압적인 환경을 충족시키는 경우를 확장하였다. 즉, 민간인들 사이에 군대의 존재와 같은 상황뿐만 아니라 가해자가 강압적인 환경을 조성하는 것에 이바지 하는 요소들의 예를 들었는데, 즉 범죄에 동원된 사람 수, 전투 상황 동안이나 직후에 강간이 범해졌는지 여부, 강간 외의 다른 범죄가 동반되었는지 여부가 고려될 수 있다고 하였다.¹⁵⁷⁾ 국제형사범죄가 일어나는 대부분의 상황이 이미 강압적인 환경을 충

violence-conviction/ (2016. 3. 22.); *Bemba Judgment*, ¶¶99-101.

153) *Bemba Judgment*, ¶99.

154) *Ibid.*, ¶102.

155) *Ibid.*, ¶¶105-106.

156) *Ibid.*, ¶105; Clay Anthony, *supra* note 59, p.415.

157) *Ibid.*, ¶104.



족시키는 경우가 많음을 고려할 때, 재판부가 좀 더 피해자 중심적인 접근을 취한 것으로 볼 수 있다.¹⁵⁸⁾

(2) 상급자 책임

국제형사법에서 범죄(crimes)와 책임의 형식(mode of liabilities)을 구분하고 있으므로, 국제형사법의 판결 구조는 특정범죄가 범하여졌는지 여부를 결정한 이후에 피고인이 해당 범죄에 대하여 개인적으로 형사 책임을 지는지 여부를 따진다. 국제형사재판이 대부분 지도자의 처벌을 겨냥하고 있는 만큼, 직접 강간 등 기저행위를 범한 행위자가 아닌 지도자로 하여금 부하의 행위에 대한 책임을 지도록 하기 위한 법리가 발달해 왔다.¹⁵⁹⁾ 로마규정 제 25조는 개인의 책임 유형을 규정하면서, 공동의 목적을 가지고 활동하는 집단에 의한 범죄의 실행에 고의적으로 기여한 경우의 책임도 함께 규정하고 있다.¹⁶⁰⁾ 또한 이와 별도로 제28조에서 상급자가 자신의 실효적 통제권 하에 있는 자가 재판소의 관할 범죄를 범하고 있거나 범하려 한다는 사실을 알았거나 알았어야 함에도 불구하고 범죄 발생을 방지하거나 억제하는 등의 필요하고 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우 형사 책임을 지도록 하고 있는데, 이를 상급자 책임이라고 한다.¹⁶¹⁾ *Bemba* 사건에서 재판부는 제28조의 상급자 책임은 제25조의 책임 유형과 구별되는 것이며 범죄를 직접 저지른(commits) 자가 자신의 행위에 대하여 책임을 부담하는 것과 분명한 개념적 차이가 있으므로, 제28조 상급자 책임은 독특한(*sui generis*) 책임 유형으로 보아야 한다고 하였다.¹⁶²⁾

158) Igor Vuletic, "Rape as a War Crime with a Special Reference to Croatian Criminal Law," *2017 Jura: A Pecsí Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Karának tudományos lapja* (2017), p.175.

159) ICTY를 예로 들면, 행위자가 아닌 지도자를 처벌하기 위하여 '상급자 책임(superior responsibility)' 과 '공동범죄집단(joint criminal enterprise)'의 법리가 발달하였다. 이에 대한 설명은 Sarah Schwartz, *supra* note 3, pp.65-72 참조.

160) Rome Statute. art. 25.

161) Rome Statute, art. 28.

162) *Bemba* Judgment, ¶¶173-174.

피고인 *Bemba*는 MLC의 총사령관으로서, MLC 군인들이 중앙아프리카 공화국에서 2002~2003년 동안 저지른 범죄에 대하여 로마규정 제28조에 따른 상급자 책임에 근거하여 재판을 받았다. 피고인은 해당 범죄를 스스로 범한 행위자는 아니었지만, 부하들이 범죄를 저지르고 있음을 알았음에도 불구하고 필요하고 합리적인 조치를 취하지 않았다는 혐의로 재판을 받은 것이다. 재판부는 피고인에게 상급자 책임에 근거하여 형사 책임을 지울 수 있는지를 판단함에 있어서 크게 5단계의 판단을 하였다.¹⁶³⁾

첫째, 혐의의 대상이 된 ICC 관할 범죄가 MLC 군인들에 의해 범하여졌다는 것을 확인하였다. 재판부는 범죄를 실행한 가해자들에 대한 증거를 검토한 후, 2002년 10월부터 2003년 3월 사이에 MLC 군인들이 살인과 강간 등에 의한 인도에 반한 죄와 전쟁범죄를 중앙아프리카공화국 영토 위에서 합리적 의심의 여지없이 범하였음을 확인하였다.¹⁶⁴⁾

둘째, 피고인이 (i) MLC의 군지휘관이나 사실상 군지휘관으로 행동하는 자로서, (ii) 범죄를 저지른 MLC 군인들이 피고인의 실효적인 지휘와 통제 하에 있거나 또는 경우에 따라서는 실효적인 권위와 통제 하에 있었는지를 판단하였다.¹⁶⁵⁾ 재판부는 로마규정 제28조가 피고인이 군지휘관이나 사실상 군지휘관으로 행동하는 지위에 있는 자일 것을 요구하는 것과, 피고인이 MLC 군인들에 대하여 실효적인 권위와 통제를 가지는 것을 요구하는 요건은 서로 중첩된다고 보았고, 이 두 요건에 대하여 같이 판단하였다.¹⁶⁶⁾ 즉, 피고인과 범죄를 저지른 MLC 군인들 간에 상급자-부하관계(*superior-subordinate relationship*)가 있는지를 판단한 것이다.¹⁶⁷⁾ 어느 정도의 실효적인 통제권이 있어야 하는지에 관해서, 재판부는 ICTY의 *Delalic* 판결에서 채택된 기준을 사용하였다.¹⁶⁸⁾ 즉 범죄의 발생을 예방하거나 억제하거나 권한 있는 당국에 사안을 회부할 수 있을 정도의 상당한 능력을 갖출 것을 요구하는 것으로,

163) *Ibid.*, ¶170.

164) *Ibid.*, ¶694.

165) *Ibid.*, ¶696.

166) *Ibid.*, ¶696.

167) *Ibid.*, ¶184.

168) Clay Anthony, *supra* note 59, p.416.



단지 상당한 영향력을 미치는 정도와 같은 낮은 정도의 통제권으로는 부족하다고 하였다.¹⁶⁹⁾ 궁극적으로 이 사안에서 재판부는 피고인이 혐의를 받는 범죄가 범해진 기간 동안 MLC의 수장이자 최고사령관으로서 MLC에 대해 최고 결정권한, 인사권, 징계권, 재정사항 결정권을 가지고 있었으며, 현장 군인들과 직접 의사소통을 주고받는 명령 체계가 있었고 이를 통해 실제 운영 명령을 내렸음을 확인함으로써, 피고인이 사실상 MLC의 군지휘관으로 행동하는 자로서 MLC에 대해 실효적인 권한 및 통제력을 가졌음을 확인하였다.¹⁷⁰⁾ 또한 재판부는 비록 피고인이 대부분 콩고 그바돌리테의 본부에 머물러 있었으나, 그는 중앙아프리카공화국에 파견한 MLC 파견부대 군인에 대해서 파견 기간 동안 실효적인 권한 및 통제를 행사하고 있었다고 판단하였다.¹⁷¹⁾ 즉, 피고인이 파견 부대의 파견 및 철수를 결정하는 결정권자였고, 파견 기간 동안 파견 부대 상급자들로부터 정기적이고 직접적인 보고를 받았으며, 계속해서 파견 부대에게 필요한 물자 및 무기를 공급하였고, 필요한 경우 직접 작전 명령을 내리기도 하였고, 외부적으로 파견 부대의 대표자로 행위하였으며, 파견 부대 군인들에 대한 우선적 징계권을 가지고 있었음을 확인하였다.¹⁷²⁾

셋째, 재판부는 피고인이 MLC 군인들이 해당 범죄를 범하고 있거나 범하려 한다는 사실을 알았거나 정황상 알았어야 하는지를 판단하였다. 재판부는 제출된 증거들을 검토한 후, 피고인이 성범죄 등이 자행되고 있음을 명확히 알고 있었다는 결론을 내렸고, 이에 따라 피고인이 정황상 알았어야 했는지에 대한 판단은 하지 않았다.¹⁷³⁾ 구체적으로, 재판부는 피고인이 정기적으로 파견 부대 간부로부터 부대 상황에 관한 보고를 받았을 뿐만 아니라, 언론, NGO, MLC 보고서 등을 통하여 당시 자행되고 있는 범죄에 대해 알고 있었고, 이에 근거하여 사실 조사단을 보내기도 하였고 유엔 대표 등을 만나 혐의

169) *Bemba Judgment*, ¶183.

170) *Ibid.*, ¶697.

171) *Ibid.*, ¶700.

172) *Ibid.*, ¶¶700-705.

173) *Ibid.*, ¶¶717-718.

범죄에 대한 보고를 듣기도 하였음을 확인하였다.¹⁷⁴⁾

넷째, 피고인이 범행을 방지하거나 억제하기 위하여 자신의 권한 내의 모든 필요하고 합리적인 조치를 취하지 않았다고 판단하였다. 재판부는 피고인이 MLC 군인들의 범죄 혐의 사실에 대하여 알게 된 후, 조사단을 꾸려서 사실 조사를 하도록 하고, 직접 중앙아프리카공화국을 방문하여 유엔 대표를 만나고, 소수의 하급 병사를 약탈 등의 제한된 혐의로 재판하기도 하였으나, 피고인이 취한 조치는 범행을 방지하거나 억제하기에는 지나치게 제한적인 조치였다고 판단하였다.¹⁷⁵⁾ 또한, 재판부는 피고인이 취한 조치들은 공공연하게 지적된 범죄 혐의에 대한 제한적인 조치에 그쳤고, 그러한 제한적인 조치조차도 신실하게 집행하지 않았던 점으로 미루어 볼 때, 피고인이 조치를 취한 우선적 동기는 범죄 발생의 예방이나 억제가 아니었으며 단지 MLC의 공공 이미지 쇄신을 위한 것이었다고 보았다.¹⁷⁶⁾ 이에 더하여, 재판부는 피고인의 광범위한 권한으로 미루어볼 때, 피고인은 MLC 군대가 국제인도법 등을 잘 준수할 수 있도록 훈련시켰어야 했고, 자행된 범죄에 대해 진정한 조사를 실시하여 가해자를 적절한 재판을 통해 처벌했어야 하며, 범죄가 반복되지 않도록 분명한 명령을 통해 범죄 발생을 예방했어야 하고, 파견 군대와 민간인과의 접촉이 최소화되도록 군대를 재배치하고, 범죄를 저지른 병사들을 해임하고 중앙아프리카공화국 당국과 관련된 정보를 공유하여 그들이 형사 혐의를 조사할 수 있도록 지원하였어야 한다고 하였다.¹⁷⁷⁾ 이에 더하여, 재판부는 피고인이 최종 징계권한을 가지고 있었음에도 불구하고 필요한 수사를 하지 않았고, 사안을 중앙아프리카공화국 당국에 회부하거나 해당 범죄에 대해 수사하려는 국제적 노력에 협조하지 않았음을 지적하였다.¹⁷⁸⁾

다섯째, 피고인이 상기한 조치를 취하지 않았음으로써 적절한 통솔을 하지 못한 것이 MLC 군인들이 범행을 저지를 위험성을 증가시켰다는 인과관계에

174) *Ibid.*, ¶¶706-718.

175) *Ibid.*, ¶¶719-734.

176) *Ibid.*, ¶¶726-728.

177) *Ibid.*, ¶729.

178) *Ibid.*, ¶733.



대하여 판단하였다. 재판부는 만약 피고인이 자신의 지위와 권한을 활용하여 MLC 파견 부대에게 전시 상황에 지켜야 할 국제규범에 대해 충분한 훈련을 제공하였고, 소속 병사들이 저지른 범죄에 대하여 충분한 조치를 취하고, 소속 병사들이 혐의 범죄를 저지르지 않도록 억제하고 예방하는 적절한 노력을 기울였더라면, MLC 군인들이 민간인을 상대로 범행을 저지르는 위험성은 더 줄어들었을 것이라고 판단하였다.¹⁷⁹⁾ 이에 따라 재판부는 합리적 의심의 여지없이, MLC 군대에 의해 자행된 범죄는 *Bemba*의 적절한 통솔의 실패의 결과라고 결론을 내림으로써, 피고인 *Bemba*에 대하여 자신의 권한 및 통솔 하에 있던 군인들에 의해 자행된 강간 등 범죄에 대하여 책임이 있다고 결정하였다.¹⁸⁰⁾

IV. 결 어

지금까지 무력분쟁 시 자행된 성폭력에 대한 국제형사규범 형성과 발전 과정을 살펴보았다. 전쟁의 어쩔 수 없는 부산물로서 목인과 용인의 영역이었던 성폭력 문제가, 해당 영역에서의 국제형사법의 발전과 유엔 내 여성과 평화, 안보 영역에서의 규범적 발전에 힘입어 최근 20여 년 동안 급진적인 변화를 보이기 시작했다. 21세기에 들어서면서부터 국제법은 더 이상 분쟁 중 성폭력을 용인의 영역이나 부수적인 범죄로서 경시하지 않으며, 오히려 핵심 범죄로서 우선적으로 처벌하고 근절해야 할 범죄로 보고 있다. 성범죄가 민간인 공격을 위한 전술이자 민간인에 대한 체계적이거나 광범위한 공격의 일부로서 사용되고 있음이 확인되었고, 책임자에 대한 형사 책임 추구를 위하여 해당 영역에서 국제형사규범이 급진적으로 발전하였다. 먼저 입법적으로는 광범위하고 다양한 유형의 성범죄가 명시적으로 집단학살, 인도에 반한

179) *Ibid.*, ¶¶735-741.

180) *Ibid.*, ¶741.

죄, 전쟁범죄를 구성할 수 있는 범죄로 규정되었다. 성범죄에 대한 수사과 기소의 효율성도 증대되었는데, ICC 소추관은 정책적으로 성범죄와 성차별범죄를 특별히 우선하여 수사하고 기소하는 방향으로 정책을 수립한다고 선언하였다. 판례에 의한 법리적 해석도 발전하여, 강간의 정의에 성인지적 관점이 반영되고 있고, 분쟁 중 상황이라는 특수한 상황에서 보다 피해자 중심적인 접근에 기초한 정의가 발전하였다. 또한 상급자 책임에 근거한 유죄판결이 선고됨에 따라 분쟁 중 성폭력에 책임 있는 상급자에 대한 형사처벌이 이루어지고 있다. 이러한 규범적 변화가 궁극적으로 무력분쟁 시 성폭력에 대한 불처벌의 관행을 종식시키고, 더 나아가서는 성폭력을 근절하고 예방하여서, 평화와 안보의 영역에서 여성인권 신장에 기여하기를 기대해 본다.

국제기구의 면제에 관련된 이론과 최근의 동향에 관하여 - ‘사법의 접근’의 관점에서 -

황 명 준

서울대학교 박사

목 차

- I. 전제적 논의 - 주권면제의 전개
- II. 서론: 국제기구의 면제
- III. EU 영역 내에서의 실행: 대체수단 심사의 등장
- IV. UN 계열의 국제기구의 실행
- V. 소 결



I. 전제적 논의 - 주권면제의 전개

국제적 관습으로부터 유래하여 발전한 면제 제도는 일정한 국제법적 주체에게 그와 다른 국가의 재판관할권, 행정관할권에 복속되지 않도록 하는 권능의 존재를 시사한다. 통상적으로 면제라고 지칭하는 경우, 법적 의무나 책임, 그리고 소송 과정으로부터 포괄적으로 벗어날 수 있음(exemption), 또는 그러한 상태를 의미하게 된다.¹⁾ 특히, 개별 주권국가에게 부여되는 주권면제는 근대 국제법이 확립된 이래 오랜 기간 독점적인 주체로서 위상을 확립하여 왔던 개별 주권 국가의 이익에 전속적으로 기여하여 왔음은 주지의 사실이며, 이는 ‘국가 간의 법(Law of Nations)’으로 표상되는 근대 국제법의 존재 형태이기도 하였다.

국가가 향유하는 주권면제는 근대 국제법의 발상지인 서유럽 역사를 기준으로 볼 때, 영역 내의 구성국이나 정치적 실체(entity) 사이의 종래의 차등적 국제 질서를 극복하려는 시도로부터 유래되었던 것이다. 즉, 주권평등원칙과 그에 따른 내정간섭의 지양이라는 견지에서 한 국가는 타국의 관할권 아래 복속되지 아니한다는 취지로 이론과 실행 양자가 전개되어 왔던 것이다. 주권면제는 “대등한 자 상호 간에는 지배권을 행사하지 못한다(*par in parem non habet imperium*)”라는 명제로부터 유래되었으며, 이 명제는 Westphalia 체제가 예정하였던 고전적인 국제 관계와도 적절히 부합되기도 하였다. 따라서 근대 국제법 질서는 유일한 주체인 국가 간의 관계를 수평적으로 규율하기 위한 법적 장치로 정리될 수 있으며, 특히 19세기적 기준에서 이른바 문명사회의 일원으로서 새로이 공인받게 된 약소국 입장에서는 국가의 위신, 존엄성 문제로 귀결되는 주권 침해를 차단할 수 있는 필수적 장치이기도 하였다. 그리고 국제법을 비롯한 규범의 주요 목적이 법적 안정성의 확보에 있음을 감안한다면, 주권면제는 분명 당대의 요청에 부합하는 긍정적, 적극적 함의를 일정 부분 내포하고 있었다고 평가될 수 있다.

1) Black's Law Dictionary, 4th pocket edition, West, 2011, pp.364-365.

하지만 이러한 주권면제 운용을 개인 권리라는 시점에서 파악한다면, 그에 대한 평가는 다르게 전개될 개연성이 존재한다. 근대에 있어서의 국가 간 주권 평등을 관철, 담보한다는 본래적 기능과는 대조적으로 소송상 청구를 하거나 피해를 구제받고자 하는 개인 입장에서 볼 때, 주권면제는 기본권으로서의 '사법예의 접근(access to justice; access to court)'의 견지에서 그 행사를 불가능하게 하는 증대한 장애사유로 다가오기 때문이다. 하지만 현대 국제법 질서 하에서는 불가양적 기본권을 이유로 하는 개인의 법적 구제 문제에 대하여 소송상 청구 상대방이 주권 국가라는 사실, 그리고 국가에게 주권 면제 항변이 존재함을 근거로 관련 청구를 간단하게 배척하는 것으로 사안이 단순하게 해결되기는 어려울 것이다.

절차적 성질을 내포하는 주권면제가 피해자 개인의 '사법예의 접근'과 원래의 청구 실현에 대하여 법적 장애사유로 작용하게 되는 것은 함수 관계가 아니다. 즉, 실제적 권리로서의 피해자 개인의 배상청구권 확보는 이행불능의 미해결 상태에 빠지는 등 면제 항변을 행하는 측의 위법성은 해소되지 아니한 채 잔존한다. 그리고 법적 흠결을 남겨둔 채로 사안을 종결하게 되는 구도는 국제기구 면제의 경우에도 유사하게 재연된 끝에 개인에게 불리한 결과를 초래하게 될 것인바, 그렇게 된다면 인권의 증진에 부합되는 문제 해결의 모습으로 보기는 어렵다. 왜냐하면 국제인권법의 맥락에서 적어도 주요한 actor로서 실행의 형성에 기여하여 온 피해자 개인의 입장에서 볼 때, 구제의 공백이라는 위법상태를 용인한다는 것은 도저히 기대가능성이 없는 것이며, 주권면제와는 논의의 평면이 다르다는 '기술적 분리 방식'만으로 문제의 본질을 회피할 수 없는 단계에 현대 국제법이 위치하고 있기 때문이다. 더구나 제소 상대방이 국제법상 면제를 향유하는 외국 국가라는 우연한 사정으로 인하여 개인의 재판청구권이 봉쇄된다면, 당장 헌법을 정점으로 하는 각국의 국내법 체계 하에서 평등권 침해의 문제가 야기될 수도 있다. 결국, 각종 면제에 관련된 비판적 쟁점은 바로 근본적 문제 해결과 관련한 이행불능상태가 계속되고 있으며, 이는 현대 국제법 뿐만 아니라 각국의 국내법적 관점에서 보더라도 수인가능성을 초과하게 되는 일련의 흠결로부터 유래한다고 볼 것이다.



물론, 19세기 후반부터 국가들이 사적인 거래관계에 있어서도 당사자로 적극 참여하면서 국가행위의 법적 성질도 복잡한 양상으로 전개되었다. 따라서 국가행위는 본래적인 '주권적 공법행위(*acta jure imperii*)'의 범주로만 포섭될 수 없는 경우도 빈번하게 되었다. 그러므로 사적 부문에 국가가 개입하게 되는 경우의 '상업적 사법행위(*acta jure gestionis*)'가 법률관계 해석의 쟁점이 되는 경우라면, 일정한 경우에 한하여 종래의 '절대적 주권면제이론'의 귀결에도 불구하고 주권면제 이익을 제한, 부인함으로써 피해자 개인의 '사법에의 접근' 여지를 배제하지 않으려는 경향이 대두되기도 하였다.

그렇지만 제한적 주권면제 실행이 점진적으로 확산되었다 하더라도 이는 평시의 부수적, 비전형적 국가행위에 국한하여 주권면제 이익을 제한하는 수준에 지나지 아니하였다. 따라서 개인의 '사법에의 접근'의 확보라는 견지에서 근원적 해법은 제시되지 못하였으며, 미봉책에 불과하였다. 오히려 그러한 경우조차 개인의 '사법에의 접근'의 보장보다는 외국 국가의 시점을 중심으로 하는 예측가능성, 법적 안정성의 확보가 관련국들에게는 사활적 관심사였던 것이다. 그러한 예가 2004년 UN 주권면제협약 제12조 본문²⁾의 해석에 관한 다음의 실행이다.

이 조문은 국제법상 불법행위를 자행함으로써 외국 국가가 개인에게 심각한 손해를 야기한 경우에 당해 외국이 주권면제를 엄폐물로 원용할 수 없음을 명시한 것으로서, 문제되는 작위나 부작위의 법적 성질에 대하여 공법적이거나 사법적이라는 등의 틀에 국한하지 아니하고 있음이 특징이다.³⁾ 부연하자면, 국가에 의하여 자행된 불법행위에 기인하는 '인적 피해 및 재산상의 손해(*personal injuries and damage to property*)'의 범위에 있어서 국가행위의 종래의 관습국제법적 이분법을 극복할 수 있는 여지가 발견되는데,

-
- 2) 국가는 자신에게 귀속된다고 주장되는 작위 또는 부작위로 인한 개인의 사망, 부상, 또는 유형 재산의 손해, 손실에 대한 금전적 보상이 문제된 소송에 있어서 권한 있는 타국 법원으로부터의 관할권 면제를 주장하지 못한다.
 - 3) 황명준, 국제법 위반의 중대성에 따른 주권면제 부인 가능성, 서울대학교 법학박사학위논문(2017.8), p.94 참조. 참고로 동 협약 제12조 단서에서는 "위의 작위 또는 부작위는 전체적, 부분적으로 그 타국의 영토에서 발생하고, 이의 행위자는 그러한 작위 또는 부작위가 발생할 당시에 그 영토에 소재하고 있었어야 한다"는 취지로 행위자, 행위와 관련한 장소적(영토적) 제약을 두고 있다.

일단 본문 규정에 포섭되는 행위이기만 하면 ‘주권적 공법행위’라 하더라도 주권면제 제한 가능성이 존재하는 취지로 해석될 여지가 문언상으로 존재하게 되는 것이다.⁴⁾ 하지만 ‘사법에의 접근’이라는 견지에서의 이러한 부분적 변화 가능성마저도 주권 국가들에 사이의 역방향의 consensus로 인하여 사실상 형해화 되어가는 실정이다.

일례로 2004년 10월 25일 UN 총회 제6위원회에서 UN 주권면제협약을 위한 *Ad Hoc* Committee 의장 Gerhard Hafner가 “협약 초안은 군대 활동(military activities)에는 적용되지 아니한다는 일반적 인식이 형성된 상태에서 준비되었음”⁵⁾을 명시하여 조문과 별도의 유권해석을 덧붙였다. 또 UN 주권면제협약의 내용에 관한 국제법위원회 연감의 해설서를 통해서도 동 협약 제12조에 대하여 물적 제한이 부과되어 있는데, 이 부분에서도 본 조문이 무력 분쟁을 포함하는 상황에는 적용되지 아니한다고 확인하였다.⁶⁾ 이러한 흐름은 해석을 통한 수정, 변경을 통하여 주권면제를 통한 타국 관할권에의 복속을 최대한 저지하려는 것이다. 하지만 주권면제협약의 관련 조문이 비교적 간결하여 별도의 해석적 보충 여지가 존재하지 아니함에도 불구하고 국제법위원회가 해설서를 통하여 별도의 내용을 첨가한 것은 주권면제의 관철 정도를 근대 국제법이 통용되던 시절 수준으로 돌리려는 효과를 가져온다고 하지 않을 수 없을 것이다.

이에 더하여 위의 해설서는 UN 주권면제협약 제12조는 법정지국의 영역 내에서 일상적으로(routinely) 발생하는 사고와 관련하여 적용될 것을 예정하고서 제정된 것이라는 점, UN 주권면제협약상의 인적, 물적 피해는 이른바 ‘보험으로 전보할 수 있는 위험(insurable risk)’에 국한되는 것으로 보인다는 점에 관해서도 구체적으로 부가하고 있다.⁷⁾ 해설서의 입장에 따르면,

4) *ibid.*, pp.94-95.

5) 2004년 10월 25일 UN 총회 제6위원회 제13차 회의 요약기록 (A/C.6/59/SR.13), p.6 (para.36).
(http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.6/59/SR.13) (last visited on December 8, 2017)

6) *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II (2), pp. 45-46 (para.10).
(http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1991_v2_p2.pdf) (last visited on December 8, 2017)

7) *ibid.*



‘주권적 공법행위’에 대하여 ‘사법에의 접근’이 봉쇄됨은 물론이고, ‘상업적 사법행위’에 대해서조차 소위 부보가능성의 존재 여부까지 검토하여 주권면제 제한 조치에 참조하겠다는 것이다. 이렇게 되면 보험 회사들이 주권면제 제도라는 엄폐물을 구실로 삼아 책임 면탈을 시도할 위험성이 존재하는 각종 교통사고 수준의 지엽적 사건들에 국한하여 주권면제를 부인하겠다는 수준의 주관적, 자의적 논리로까지 이어지게 된다.⁸⁾ 이는 ‘상업적 사법행위’에 관련된 사안만큼은 주권면제 부여 대상이 아니라는 기왕의 국제법적 성과조차 무위로 돌아갈 일말의 가능성을 보여주는 것이다. 그리고 주권면제와 관련하여 지엽적이라 할 수 있는 보험 회사의 원용 가능성을 거론하는 자체가 국제법의 중대한 위법이라는 국제법의 본질적 문제에 수반되는 제약이라는 논의 방향성에 부합되지 않는다. 이는 다만 국가 주권의 수호라는 명제에 엄정하게 충실하기 위하여 협약 제12조의 조문 내용을 축소하려는 작위적 수사(rhetoric)라고 보아야 한다. 그리고 위의 자의적 논리에 따를 때, 그 자체로 주권면제를 ‘주권적 공법행위’의 경우에만 적용하기 위한 종래의 장치인 이분법(dichotomy)의 행위 구분은 거의 무용지물이 되어 버리는바, 행위 구분이 능사가 아님이 드러나는 것이다.

국제법상 주권면제 이론과 실행에는 이처럼 부단히 근대 국제법의 수준으로 회귀를 추구하는 경향성이 일정 부분 드러난다. 그러한 배경에는 개별 국가의 주권이 위치하고 있다. 그리고 다면적, 다층적 국가행위를 질적, 양적 차이를 불문하고 흑백논리로 일관하려는 방식도 문제가 있는 것이다. 그러한 경향성에 비례하여 현대 국제법 단계에 있어서도 개인의 ‘사법에의 접근’의 위상은 불확실성을 면하지 못하게 되는 것이다. 그러므로 오히려 ‘주권적 공법행위’의 범주에 강행규범 위반이나 그에 준하는 국제법의 중대한 위반에 있어서는 질적 차이를 간과한 채로 포괄적으로 아우르는 현재적 실행을 지양할 대안이 필요하다.

일례로 강행규범 위반이나 그에 준하는 불법행위에 대하여 별도로 유형화

8) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, Dissenting Opinion of Judge Koroma, para.6. 이러한 논리 자체가 주권면제 부인 여지를 최대한 축소하려는 취지에서 유래하는바, 다분히 부작위적이다.

하여 잔혹행위(*delicta imperii*)로 범주화함으로써 통상적인 행위로만 ‘주권적 공법행위’ 개념을 국한하는 식의 이론 구성도 상정할 수 있으며, 현대 국제법은 그러한 작업이 요구되는 시점에 진입하여 있다고 판단된다.⁹⁾ 그리고 부분적이거나 국제법적 주체로 논의되는 행위 인자인 개인의 시점(perspective)을 어떠한 형태로 제도에 반영할 것인가가 새로운 과제라고 생각된다.

현대 국제법의 발전 과정에서 인권 개념의 발달과 독자적 위상의 확립에도 불구하고 주권면제 실행이 외부적 변화에 비탄력적인 이유는 개별 국가들이 ‘至上의 權力(*suprema potestas*)’으로서 대외적 독립성과 대내적 최고성을 표상하는 주권을 최대한 관철시키려고 하지 이를 억제하려 들지는 않기 때문이다.¹⁰⁾ 즉, 국가에 부여되는 면제는 주권이 존재한다는 사실에 기인하며, 주권면제는 이를 구체화시킨 결과물로서 해석될 수 있다. 따라서 관습국제법과 조약의 발전에 있어서도 주권의 침해 우려가 저항 요소이다.

하지만 이러한 속성의 주권을 기준으로 하여 반대해석을 시도할 필요가 있다. 즉, 주권의 존재가 전제되지 않은 국제법적 실체의 경우라면 그와 관련된 면제 법리의 형성에 있어서 보다 실용적 접근이 가능하기 때문이다. 상호평등한 복수의 국가군 간에 주권의 대외적 완전성을 기하려는 개념이 국제기구에 있어서 과연 문자 그대로 적용될 수 있는 것인가? 적어도 국제기구의 불법행위에 의하여 피해가 발생할 경우라면, ‘주권’과 같은 법적 장애가 존재하지 않는 관계로 인권법의 흐름에 부합되는 국제 사회의 개입 여지는 더 원활하게 확보될 수 있으리라 생각된다. 특히, 현대 국제법상 국제기구의 경우 주권의 주요 근거로 작용하였던 자연법의 관념이 개입될 여지는 크지 않을 것이며, 보편적 공동선에 입각하여 실용적으로 문제 해결을 도모할 공간이 조약 등을 매개로 하여 확보될 수 있을지도 모른다. 국제기구의 성질과 그 기능적 속성으로부터 유래되는 행위와 관련하여 국제기구 면제가 문제될 경우 주권의 속성에 고유한 면제 실행이나 그 기초를 그대로 유추, 원용할

9) *Supra* note 8, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, paras.160, 184 참조.

10) 허영, 한국헌법론, 전정11판(박영사, 2015), p.147.



수 있는가? 즉, 면제의 여지를 최대한 확보하고자 하는 접근 단계에서 국제법상 문제가 일단락되는 것인지 숙고해 보아야 한다. 일견 주권면제와 국제기구 면제가 상호 유사한 제도로 인식된다 하더라도 개인의 ‘사법에의 접근’이라는 견지에서는 이를 비판적으로 바라볼 필요성이 존재할 것이다.

II. 서론: 국제기구의 면제

복수 혹은 상당수의 국가들 사이에서 공동의 목표 아래 합동행위 형태의 국제적 합의를 바탕으로 하여 창설되는 국제기구는 개별 이해관계국과는 별개의 기관을 통하여 활동하게 되는데, 세계적 차원에서의 정치, 경제적 영향력이 날로 증대되고 있음에도 불구하고 결국에는 특정 국가 내에 소재하고 그러한 법률상 주소지를 중심으로 임무를 수행하게 된다.¹¹⁾ 국제법상 국제기구는 그 위상이 날로 중요해지고 있으며, 관장하는 분야에 있어서 국제법상 지도적 위치를 점한다. 하지만 연혁적 측면에서 볼 때, 국가와 비교하더라도 역사가 일천할 뿐만 아니라 당해 기구의 창설 단계에 있어서 사안별 이해 당사국을 중심으로 주권 국가의 의사가 크게 개입되는 특성을 내포하는 관계로 국제기구가 관장하는 업무나 그 기능의 범위 역시 설립 목적에 의거하게 될 것이다.

따라서 현대 국제법상 국제기구에 대하여 법적 주체성이 인정되는지 여부는 개별 설립 근거인 창설 조약의 내용에 따르게 될 수밖에 없다.¹²⁾ 국제기구의 법적 지위와 관련하여서 일찍이 1948년 ICJ에서는 *Reparation Case*에서의 권고의견을 통하여 UN에 대하여 국제법에 있어서의 주체성(international personality)을 인정한 바 있었다.¹³⁾ 이 권고적 의견에서는 ‘국가들 간의 법

11) 최태현, ‘국제기구의 재판권면제 - 그 제한가능성을 중심으로’, 국제법학회 논총 제48권 제3호 (2003), p.262; Philippe Gautier, ‘The Reparation of Injuries Case Revisited: The Personality of the European Union,’ *J.A. Frowein and R. Wolfrum (eds.), Max Planck UNYB (2000)*, p.334.

12) Philippe Gautier, *supra* note 11, p.334.

(Law of Nations)'이라는 근대의 국제법적 주체의 틀이 지양되고 있으며, UN의 기능과 운용에 대한 고민이 드러나고 있는바, 이를 위한 기능적 면제의 간접적 근거라고도 평가할 수 있다.

UN의 국제법적 주체성 확립을 계기로 각종 국제기구에 의한 국제 사회 참여가 증가되었으나 그 행위능력에 있어서의 근원적 한계는 존재하고 있었다. 이는 국제기구는 국가 간 합의에 의거 목적성, 지향성을 가지고 창설되었다는 사실에 기인하는 것이다. 그러므로 원칙적으로 포괄적 행위능력을 향유하는 주권국가에 비하여 그 권한의 범위가 제한적일 수밖에 없으며, 국제기구는 설립 목적과 기능을 효과적으로 달성하기 위하여 요구되는 범위에서의 제한적 국제법 주체이다.¹⁴⁾ 또 국제기구가 자신의 목적, 기능을 효율적으로 수행하기 위해서는 특단의 사유가 존재하지 않는 한, 그 지리적·공간적 현실에도 불구하고 소재지 또는 파견지를 관할하는 국가의 법적 간섭으로부터 자유로울 필요성이 존재한다.¹⁵⁾ 일국의 국내법원이 국제기구의 법률행위에 대하여 사법 심사를 할 수 있게 된다면 그만큼 국제기구의 자율성과 독립성에는 중대한 제약이 수반되기 때문이다.¹⁶⁾ 국제기구의 면제는 이러한 측면에서

13) *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949*, p.174, pp.178-179 참조.

14) 최태현, *supra* note 11, p.262 참조.

15) *ibid.* 이 부분에서는 UN을 중심으로 국제기구의 존재를 논하였으나, 향후 여러 형태의 국제기구가 들어올 수 있을 가능성에 대하여 대비할 필요성이 있을 것이다. 본부를 대한민국에 두는 최초의 국제기구로서 국제백신연구소(International Vaccine Institute)가 1997년 설립된 이래 20여 년간 국내에는 적지 않은 수의 국제기구가 활동하고 있다. 2016년 3월 현재 서울특별시에는 2020년까지 50개 국제기구를 유치할 계획을 가지고 있으며, 인천광역시도 국제기구 전담팀을 설치하여 UN 지속가능발전연구소(UNOSD), UN 아시아태평양 정보통신교육원(UN-APCICT), UN 재해방지 국제전략(ISDR) 동북아시아사무소 등 13곳이 넘는 국제기구를 유치하고 있다. 이에 따라 대한민국에서도 당해 기구들의 국내법인격의 내용으로서의 각종 권리, 그리고 국제기구 면제의 범위를 명시할 분부 협정 등을 적절하게 설정할 것이 요망된다. 이 내용과 관련하여 조선일보 2016년 3월 30일자 기사, 김경하 기자 - "서울에서 국제기구 직원 댈볼까" 참조. http://news.chosun.com/misaeng/site/data/html_dir/2016/03/30/2016033001051.html (last visited on January 14, 2018)

16) 최태현, *supra* note 11, p. 264 참조. 참고로 최근의 일본 일각에서는 제1차 세계대전 후 독일의 전쟁배상 결제사무 처리 기관으로서 출범한 이래로 현재까지 활동하는 국제결제은행(Bank for International Settlements)이 향유하는 특권, 면제와 관련해서도 논의가 이루어졌다. 소위 대일 평화조약에 있어서 상기 국제결제은행이 언급된 이래 일본 내에서 장기간 논의가 이루어지지 않다가 시피 하고 있었으나, 21세기 들어 '대외국 민사재판권법' 입법과정에서의 의견서에 의하여 문제가 부각되었다. 입법과정의 담당자 시안에 대하여 당해 은행 측의 의견은 '각국 중앙은행의 기관인 국제결제은행의 행위는 모두 주권적 행위이거나 또는 그와 밀접한 연관성을 지니는 것이며, 국내법 상



논의의 실익이 존재하게 된다.

하지만 국제기구의 재판권 면제 역시 거의 필연적으로 개인의 ‘사법예외의 접근’이라는 측면에서 재판청구권과는 대립 관계에 놓이게 된다.¹⁷⁾ 특히, 국제기구에는 주권 국가의 경우와는 달리 자신에 대한 법률상 분쟁을 다룰 수 있는 사법기관이 설치되어 있지 아니한 것이 특징이다.¹⁸⁾ 즉, 주권면제 사안의 경우에는 실효적 구제가능성이 불가능하거나 의문시되더라도 형식적일지언정 사법적 심사를 청구할 수 있는 외국법원이 최소한 존재하는데, 일련의 국제기구 내에 자체의 사법부나 이에 준하는 기구가 보편적으로 설치되고 있는지는 불투명한 것이다.

따라서 국제기구가 자신의 면제 이익을 자진하여 포기하고 소재지의 재판관할권에 복속하지 아니하는 한 청구는 사실상 절대적 면제주의에 따른 법적 효과를 받게 되는바, 개인의 ‘사법예외의 접근’은 원천적으로 봉쇄되고 만다.¹⁹⁾ 이러한 실행이 종국적 법적 귀결이라면 그것은 정당한 것인가? 법익간 이익형량을 통하여 개인의 기본권이 제한되었다는 결론 자체는 형식적으로는 문제가 없다고 판단될지 모른다. 하지만 개인의 사법적 구제에 있어서 소위 ‘책임 공백 지대(accountability vacuum)’²⁰⁾가 초래될 위험성이 존재

그 자산에 관하여 각국 중앙은행 자산과 동일한 면제특권을 인정하는 법역이 증가하고 있음은 심본 감안하여, 일본 역시 그와 같은 입장을 견지하여야 한다’는 것이었다. 그렇지만 당해 은행이 자신의 법적 성격을 주장하는 취지가 가사 인용된다고 하더라도 이는 각국 국내기관의 총합의 성격을 내포하는 국제결제은행의 특수성의 귀결에 지나지 아니하는 것으로 보아야 하며, 이 사례를 두고 곧바로 국제기구 면제를 외국이 향유하는 주권면제의 연장선상에서 파악할 수는 없다고 할 것이다. 특히, 문제가 된 국제결제은행이 특정 국가의 기관으로서가 아닌 국제기구로서 활동하고 있는 점, 주권면제와 국제기구 면제 간에는 성질상 근본적 차이가 존재하는 것으로서, 후자는 조약에 의하여 규율되고 있다는 점을 감안한다면 당해 문제제기는 맥을 잘못 짚은 것이다. 이에 대해서는 水島朋則 『主權免除の國際法』名古屋大學出版會 (2012), pp.91-92; 法制審議會主權免除法制部會, 部會資料 7 (『主權免除法担当者試案』に関する意見募集の結果について) <<http://www.moj.go.jp/content/000012185.pdf>> p.16 참조.

- 17) 岡田陽平 「國際機構の裁判權免除と裁判を受ける權利 - 歐州人權裁判所判例法理の分析 -」 國際協力論集 第24卷 第2號 (2017), p.15.
- 18) *ibid.* 이 부분의 보완 여부가 국제기구 면제 운용의 향방을 결정하게 될 것이다.
- 19) 최태현, *supra* note 11, p.263; *ibid.* 단, 이 부분에서 岡田는 이러한 ‘사법예외의 접근’에 대한 제약이 곧바로 재판받을 권리에 대한 침해를 구성하는지는 논의의 여지가 존재한다고 부연하고 있다.
- 20) Cedric Ryngaert, “[case note] Jones v. United Kingdom: The European Court of Human Rights Restricts Individual Accountability for Torture,” *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 30(79)(2014), p.49 참조. 만일, 주권면제의 국제법적

한다면 이를 무한정 방치하는 것이 현대 국제법 질서에 있어서의 타당한 해결이라고 보기는 어렵다. 따라서 우선은 상기 국제기구의 면제 항변으로 인하여 반사적으로 존재하게 되는 책임의 공백과 관련하여 피해자 개인을 위한 기타 구제가능성이 결여되었다는 점에 착안하여 면제 실행의 절대성을 극복하는 논의가 이루어져야 한다.

덧붙여, 국제기구에는 어떤 맥락에서 설립되었는지를 불문하고 주권적 속성은 내재되어 있지 않다. 설사, 각주 16에서 언급되었던 각 주권국가 기관의 총합으로서의 국제기구(국제결제은행) 형태가 존재할 수 있다 하더라도 그러한 사실만으로 통상의 국제기구보다는 주권적 실체에 가깝다는 식으로 평가되기 어렵다. 따라서 국제기구에게 재판권 면제를 부여함에 있어서 대등하고 독립적인 외부적 실체를 상징하기 어려우며, 이는 국가 간 합의인 조약에 의거하여 부여된 기능적 특권인바, 기본협정상의 규정은 논외로 하더라도 개별 국가들이 주권면제를 관철시킴으로써까지 추구하는 불가침적 법익이 국제기구에게 존재한다고 보기 어렵다. 결론적으로 국제기구 면제에 대해서도 절대적 보호를 부여할 필연적 이유도 없으며, ‘사법예외의 접근’과의 관점에서 조정이 필요한 사안이다.

비록 해석의 여지는 존재하지만, 국제기구의 면제는 ‘국제기구의 임무수행에 필요한 행위(necessary for the performance of an international organization's duties)’에 대한 기능적 고려에서 비롯되는바, 그러한 기능 범위에 비례하여 면제의 부여 범위도 제한적일 수밖에 없다. 따라서 국제기구의 기능적 목적이 일단 충족되는지 여부, 불법행위가 발생한 행위의 맥락이 본래적 임무수행의 과정에서 발생한 것인지가 중요하며, 국제기구의 활동이 공법행위인지 사법행위인지 여부는 지엽적 문제이며, 그 실익조차 미미한 부적절한 분류법이라 할 것이다.²¹⁾ 따라서 절대적 또는 제한적 주권면제

의의가 절차법적인 측면에 국한된다고 판단하게 되면, 구제 가능성의 차단이 발생하더라도 이를 법적 불비라고 평가하기는 어렵게 된다. 그로 인하여 사법적 구제에서 제외되는 영역이 발생하여도 사실적, 반사적 효과에 불과하고 평가될 것이다. 이 부분에서의 ‘법적 구제의 공백 지대’는 법적, 사실적 공백이 발생하는 경우를 포괄하는 취지이다.

21) 岡田陽平, *supra* note 17, p.17; 최태현, *supra* note 11, pp.264-265 참조. 설사 국제기구가 사법적 계약 관계가 참여하는 경우를 상징한다 하더라도 이 역시 자신의 특정한 목적, 기능의 범주



론 역시 국제기구의 재판권 면제를 논하는 수단으로서는 적절하지 아니하며, 본 논의는 이러한 주권국가의 이익으로 귀속되는 척도를 규명하지 아니한다. 오히려 개인의 ‘사법에의 접근’에 조력할 여지가 존재하는 이론적 실행의 가능성을 기조로 하여 최근의 관련 판례의 동향을 살펴보기로 한다. 아래에서 살펴보게 되는 일련의 공법, 사법적 쟁점에서는 국제기구의 면제 이론과 실행에 공히 적용될 수 있는 한계와 제한 척도를 탐구하게 될 것이다.

III. EU 영역 내에서의 실행: 대체수단 심사의 등장

우선 1999년 ECtHR에서는 유럽우주기관(European Space Agency)의 재판권 면제와 개인의 재판받을 권리(유럽인권조약 제6조 제1항) 간의 균형을 도모하기 위하여 “Waite and Kennedy 사건”에 있어서 ‘대체수단 심사’를 공식화하였다.²²⁾ 구체적으로는 “유럽인권조약 제6조 제1항이 보장하고 있는 재판받을 권리는 절대적이지 않으며, 제한받을 수 있다”는 점에 대하여 환기하면서도 “해당 개인의 본질적 권리를 침해하는 방식으로 접근권의 제한, 축소가 이루어지지 말아야 한다는 점”을 확인하고 있다.²³⁾ 그러면서 “만일 해당 제한이 정당한 목적(a legitimate aim)을 추구하지 아니하거나 사용되는 수단과 달성하려는 목적 사이에 합리적 비례관계(a reasonable relationship of proportionality)가 존재하지 않는다면, 그러한 제한은 제6조 제1항의 규정과 양립되지 아니함”을 확인하였던 것이다.²⁴⁾

특히, ECtHR에게 있어 “유럽우주기관에 대하여 독일의 재판 관할권으로부터의 면제를 부여하는 것이 유럽인권조약이 형성하는 질서 하에서 허용될

내에서 이루어지는 것이다. 당해 범주에 포섭되는 이상 주권면제에 있어서도 적지 않은 내재적 모순이 존재하였던 국가행위의 이분법적 구분은 실익이 없다.

22) 岡田陽平, *supra* note 17, p.18.

23) *Case of Waite and Kennedy v. Germany* (Application no. 26083/94), 1999, para.59.

24) *ibid.*

수 있는지를 좌우하는 결정적 요소(a material factor)는 신청인들이 당해 조약으로부터 유래하는 권리를 실효적으로 보호받기 위하여 합리적 대체 수단(reasonable alternative means)을 활용할 수 있었는지의 여부이다”²⁵⁾ 라고 확인한 대목은 의의가 크다. 이를 부연한다면 통상적 의미에서 ‘합리적 대체수단’이 활용 가능하다고 인정되는 경우에는, 개인의 재판청구권 행사를 제약하고 국제기구에 대하여 재판권 면제를 부여하였다 하더라도 권리 침해 를 구성한다고 볼 수 없게 되기 때문이다.²⁶⁾ 따라서 당해 국제기구 내에 최소한 준사법적 성격의 심판위원회 등이 설치되어 있으며, 계속된 분쟁과 관련하여 실효성 있는 심사가 이루어질 여지가 존재한다면, 당해기구 외부의 국내법원에 소를 제기할 여지나 실익도 크지 아니할 것이며, 설혹 그런다 하더라도 국제기구의 면제가 원칙에 의거하여 옹호되어야 할 것이다. 피해자 개개인이 향유하는 ‘사법예의 접근’은 반드시 협의의 사법기관에 의한 판단을 받을 권리를 의미하는 것이 아닌, 그에 준하는 심판이 가능한 기관으로서 기능의 실효성이 담보된다면 충분할 것으로 보인다.

“Waite and Kennedy 사건”에서 ‘대체수단 심사’의 척도가 확인되었던 이래로 이 원칙은 EU 회원국들의 국내법원 의하여 수용되기 시작하였으며, 이는 서유럽 동맹(Western European Union), 아프리카 개발은행 등의 국제기구에 있어서의 직원 해고 조치에 관한 쟁송²⁷⁾ 에 있어서도 활용되었다. 이들 사례에서는 “Waite and Kennedy 사건”에서 확립되었던 법리에 대하여 구체화함으로써, 대체수단의 존재를 심사한 연후에 개별 국제기구가 향유하는 면제 항변에 대하여 부정하고 본안 판단으로 나아갔던 것이다.²⁸⁾

25) *ibid.*, para.68.

26) 岡田陽平, *supra* note 17, p.19. 결국 본 사건에서는 결론적으로 유럽우주기관 직원인 원고가 당해 기관 내부의 독립적 심판위원회에 당해 사건과 관련하여 청구할 여지가 있었다면, 응당 이를 경유하여야 하였음을 이유로 ECtUR은 독일이 유럽인권조약 제6조 제1항을 위반하였다고는 인정하지 않았다. (paras.69-74)

27) 예를 들어 각각의 최종심을 기준으로 Union de l'Europe Occidentale c. S. M., Cour de Cassatio de Belgique, 21 Décembre 2009, *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, t. 62 (2011); Banque Africaine de Développement c. Degbiem Cour de Cassation, Chamber Sociale, 25 Janvier 2005, *Revue Générale de Droit International Public*, t. 110 (2006) 등.

28) 岡田陽平, *supra* note 17, pp.20-21 참조.



하지만 간과되어서는 안 되는 논점은 국제기구 면제에 있어서의 ‘대체수단 심사’의 법리를 발전시켜 온 위의 판례들이 모두 유럽, 아프리카에 있어서의 특정사항을 관장하는 지역적 기구와 직원 간의 고용 분쟁 사건이었다는 사실이다.²⁹⁾ 당해 사건의 청구 원인인 고용 계약의 사법(私法)적 성격은 논외로 하더라도 본질적으로 이는 국제기구 내부적 사정인 직원에 대한 고용 유지의 문제에서 불거진 사건이라는 특수성은 감안되어야 한다. 조직 내부에 국제기구의 결정에 대하여 다툴 수 있는 준사법적 심사기관이 설치되어 있는지 여부가 일응의 잣대가 될 것이나, 고용 계약의 성질에 따라 실효성에 대한 척도는 강화되거나 완화될 수 있을 것이다. 따라서 고용 외의 사안에서도 당연히 이와 같은 기초가 유지될 것인지에 대해서는 추가적 논의가 필요하다고 생각된다.

즉, 어떤 국제기구라도 대외적 관계에 있어 불법행위를 자행하는 입장에 처하게 되는 경우에는 내부 관계와는 맥락에 있어서 차이가 존재한다는 전제에서 대체수단 심사가 수행될 필요가 있을 것이다. ‘대체수단 심사’의 적용 가능성을 감안할 때, 대외적 관계에 있어서의 국제기구의 행위가 본래적 임무 수행에 가깝다는 사정도 고려되어야 한다. 더불어 피해자 개인의 시점에서 기구 내의 구제기관이 부존재 시에 국제기구 면제에도 불구하고 이를 직접 국내법원에 제소함을 정당화하는 사유나 수준이 무엇인지도 연구 대상이 되어야 한다. 그 외에도 개별 국제기구의 성립 근거가 상이하다는 점이 국제기구 면제와 대체수단의 향방을 판단함에 있어 핵심적 고려 사안이라면, UN 등 전후 안보를 관장하는 기관에서의 국제기구 면제 실행과는 별도의 맥락에서 판단할 필요성이 존재한다.

29) *ibid.*, p.24 참조.

IV. UN 계열의 국제기구의 실행

1. 공법적 사건

1) Stichting Mothers of Srebrenica 사건 등

이 사안은 구 유고슬라비아 연방이 장기간의 민족 분규 끝에 1991년 발발한 내전을 통하여 해체되던 당시를 배경으로 한다. 연방 이탈 움직임이 가속화되던 보스니아-헤르체고비나에서 역내 세르비아계 민병대에 의하여 무슬림(Bosniak) 주민들에 대한 학살 사건이 자행되었는데, 그 피해자, 유족들에 의한 손해배상청구가 문제되었던 사안이다. 특징적인 것은 원심과 ECtHR에서의 청구가 직접적 가해자가 아닌 보스니아-헤르체고비나의 Srebrenica 지역에 주둔하던 UN 보호군(United Nations Protection Force)의 보호의무 위반을 근거로 삼았다는 점이다. 즉, 1995년에 세르비아계 민병대에 의하여 자행되었던 제노사이드와 관련하여 UN의 군대가 그 방지 임무를 제대로 수행하지 못한 결과 인종청소라는 비극적 결과가 초래되었음을 이유로 피해자, 유족 등이 UN과 네덜란드를 상대로 네덜란드의 국내 재판소에 제소함으로써 사안이 시작되었는데, 국제기구 면제가 인용됨에 따라 동국 원심에서의 패소 이후 ECtHR에서는 UN 평화유지활동의 과정에서 일어난 상기 불상사에 대하여 국제기구 면제가 부여되는 것이 합당한지가 문제되었던 것이다.³⁰⁾

이 사안에서 ECtHR은 ‘대체수단 심사’를 직접 수행하지는 않았으며, 다만 UN 조직법 체계와 네덜란드 국내법 체계에 있어서 그러한 대체수단은 존재하지 않았을 것이라는 점에 대해서만 재확인하는 수준에 머물렀다.³¹⁾ 다만, ECtHR은 그 대신에 UN헌장 제105조 제1항³²⁾ 및 UN특권면제조약 제II조 제2항³³⁾의 문언을 직접 인용하면서, 그 당시까지 국제기구 재판권 면제가 문

30) *ibid.*, p. 21; *Stichting Mothers of Srebrenica and Others against the Netherlands* (Third Section Decision) (Application no. 65542/12) (2013), paras. 16–20, 29, 38. 당시 Srebrenica에 주둔하고 있던 UN 부대가 네덜란드 군이었다.

31) *Supra* note 30의 판례, para.163.

32) 기구는 그 목적의 달성에 필요한 특권 및 면제를 각 회원국의 영역 안에서 향유한다.



제되었던 사례는 기구와 직원 간의 분쟁 사안이었음을 확인하였다.³⁴⁾

이 대목은 종래 ‘대체수단 심사’가 인정되어 오던 법적 실행이 본 사안과 성질을 달리하는 것이라는 취지로 선을 긋고 원점에서 판단하겠다는 의지로 풀이된다. 이렇듯 논지를 전개하는 부분에서 ECtHR가 일견 예외 여지가 없다고 생각되는 UN헌장상의 규정을 거론한 것 자체가 ‘대체수단 심사’에 대하여 인용하지 않으리라는 방향성을 피력한 것으로 보인다. 나아가 당해 사안이 원고와 UN 간에 발생한 분쟁으로서 그 원인 행위인 UN 보호군의 행위는 UN헌장 제7장에 의거 안보리의 권한 행사에 기인한다는 점을 확인하였다.³⁵⁾ 이 부분도 원고가 ‘대체수단 심사’의 근거로 원용하였던 국제기구와 직원 간의 고용 계약 관련 선례들과 이번 사안이 질적, 양적인 차원에서 근본적으로 사안을 달리하는 것인바, 그러한 기초에 따를 수 없음을 표명하기 위한 포석이라고 판단되는 것이다.³⁶⁾

결국 그러한 권한 행사는 국제 평화와 안전의 확보라는 UN의 본래적 임무에 있어서 핵심을 구성하는 관계로 안보리의 작위, 부작위에 대하여 UN 자신의 동의 없이 일국의 국내법원에 복속시켜 판단을 받게 하는 형태로 유럽 인권조약을 해석할 수는 없다는 점, 만일에 이를 허용하게 된다면 UN의 본연의 임무 수행과 목표 달성에 있어서도 개별 국가의 국내 법원을 통한 간섭을 허용하게 되는 것인바, 수용 불가능하다고 판단하였던 것이다.³⁷⁾

결국 네덜란드 사법부는 대체적 구제수단이 존재하지 아니함에도 국제기구의 면제를 인정하였다는 사실 자체만으로는 재판받을 권리에 대한 침해를 구성한다고 볼 수는 없다는 결론에 도달하게 되었다.³⁸⁾ 따라서 Stichting Mothers of Srebrenica 그룹이 주도한 본 사건 피해자들의 ‘사법외의 접근’은 봉쇄되었다. 이러한 판결은 적지 않은 비판의 여지를 남기게 되었는데,

33) The United Nations “shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity.”

34) *Supra* note 30의 판례, paras.147-149.

35) *Supra* note 30의 판례, para.152.

36) *Supra* note 30의 판례, para.165.

37) *Supra* note 30의 판례, para.154; 岡田陽平, *supra* note 17, p.22.

38) *Supra* note 30의 판례, para.164.

ECtHR 등의 판단과는 별도 차원에서 국제법상 대체적 수단의 필요성 문제는 해소되었다고 볼 수 없다. 이에 대한 비판은 다음과 같이 전개된다.

2) 비판

위의 판결에 있어서 ‘대체수단 심사’의 척도가 채택되지 아니하고 간과되었던 것 외에도 다음과 같은 비판이 가능하다. 우선, 상기 결정의 바로 직전 시기에 내려졌던 ICJ의 ‘독일 대 이탈리아 사건’³⁹⁾의 주권면제 판결의 논의 과정을 별다른 단서조차 부착하지 아니한 채로 본 사안에 그대로 원용하였다는 점이다.⁴⁰⁾ 누차 언급한 바와 같이 이론적 발전의 배경과 형성수단이 근본적으로 다른 주권면제에 관하여 원고인 독일의 청구를 대폭 인용하여 주권 국가의 면제 이익을 옹호하였던 ICJ의 법정의견을 국제기구 면제 사안에 있어서 이론적·논리적 여과 과정도 없이 원용하였다는 사실은 결론은 논외로 하더라도 방법론 자체부터 심각한 오류를 범하고 있다고 생각되는바 비판을 면할 수 없다고 생각된다.⁴¹⁾ 특히, 국제기구 면제의 이론적 근거는 기능적 필요성으로부터 유래되지만, 주권면제의 근거는 국가의 존립 근거인 주권의 확보일 것이다. 양자는 개인의 재판청구권과의 관계에서 이를 저지하는 효과를 내포하는 면제(immunity)라는 점에서 일견 공통점이 존재할지 모른다. 하지만 제도적 유래, 보호법익과 같은 측면의 차이에 착안한다면, 단일하게 상호 유추할 수 있는 제도로 보기는 어렵다. 오히려 위와 같은 유추는 국제기구의 이익에 과도하게 경도된 결과를 야기하였다고 볼 것이다.

국제기구는 전후의 현대 국제법의 출범을 계기로 그 주체로서 본격 자리매김하게 되었는데, 이는 국제적 평화 증진과 안전 보장에 조력하며, 주권국가들의 갈등을 조정하는 기능을 수행하는 것이다. 따라서 주권 국가들이 사할

39) *Supra* note 8의 판례.

40) *Supra* note 30의 판례, para.164. 이 부분에서는 대체수단이 부재함에도 왜 그것이 재판받을 권리에 대한 침해를 구성하지 않는지에 대한 유의미한 추론도 보이지 않고 있다. 다만, ICJ의 주권 면제 판결에 대하여 비판적 접근을 결여한 채로 면제 사안에 있어서의 대표성을 지니는 것처럼 속단하고 있다.

41) 岡田陽平, *supra* note 17, pp.23-24.



적 이해관계를 가진 국의 추구, 내정 불간섭과 같은 속성을 지니고 있지 아니한바, 국제기구는 주권이나 대외적 완전성을 표상하는 가치를 내포하는 실체가 아니라 오히려 국제사회의 제반 대립을 조정, 조율하기 위하여 제공되는 장(forum)으로서 기능한다. 그러한 국제기구 본연의 임무수행의 과정에서 불법행위가 발생할 경우에는 설사 자체의 면제 제도가 존재하더라도 이를 국내법원에 문의하는 단계로 피해자 개인이 나아가기 전에 자체적인 법적 해결을 도모함이 훨씬 바람직할 것이다. 그러한 맥락에서도 대체수단의 존재에 대한 논의는 실익이 있다.

그럼에도 불구하고 ECtHR의 논지는 “Waite and Kennedy 사건”의 선례에 비추어 볼 때, 논지의 일관성마저도 결여하고 있다.⁴²⁾ 일견 대체수단의 불비에 대하여 그 자체를 네덜란드의 책임으로만 돌릴 수 없으며, 이들에 대하여 사법부를 통한 적극적 개입을 구하는 방식으로 유럽인권조약이 해석되지 않는다는 논지⁴³⁾도 그 자체로는 문제없을지 모르나, 이를 근거로 하여 권리침해가 존재하지 아니한다고 확정짓게 된다면 ‘대체수단 심사’는 그 존립 가치에 있어서 거의 형해화된 수준으로 후퇴하는 것이라는 비판도 가능할 것이다.⁴⁴⁾ 만일에 대체수단의 불비에 대하여 네덜란드의 책임으로 돌릴 수 없다면, UN 차원의 법적 대안의 마련은 불가능한 것인가? UN 차원에서 국제기구의 면제를 정당하게 주장하였으면, 사안은 그것으로 종결되는 것인가? 국내 법원이 국제기구를 상대로 본안 단계로 나아가는 수준의 개입을 행하였음은 그 자체가 피해자들의 최후의 수단일 경우이며, 보충성을 충족한 경우에 한하는 것이다. 만일에 대체수단 심사를 간략히 생략하고자 하였다면, 적어도 UN과 네덜란드 사이에 국제법상 상기 위반행위에 대한 부진정연대책임 정도는 명시되었어야 한다고 판단된다.

더욱이 형평성이라는 견지에서 접근한다면 상기 판례의 문제점은 명확하게 된다. ECtHR이 본 사안에의 원용을 거부한 “Waite and Kennedy 사건” 등은 국제기구와 직원 간의 내적 분쟁에 기인하는 것이다. 하지만 이 사건의

42) *ibid.*

43) *supra* note 30의 판례, para.165.

44) 岡田陽平, *supra* note 17, p.24.

원고들은 자발적 의사로 해당 국제기구와의 고용 계약을 체결하고 민사적 법률관계에 편입되었던 사람들인 관계로 민사상 위험부담의 일종으로 부각될 수 있는 국제기구의 면제에 대하여 인식할 개연성이 존재하였던 경우임에 반하여, UN의 임무수행 실패의 피해자들은 당해 국제기구의 권위, 역할에 대하여 상당 수준의 신뢰가 기대 가능하던 경우였을 뿐만 아니라 어떠한 사전적 계약 관계조차 없이 국제법상 심각한 불법행위 위반으로 인하여 회복 불가능의 손해를 입게 된 경우였다.⁴⁵⁾ 따라서 어떠한 귀책사유조차 없이 불가역적인 손해를 입게 되었던 피해자들에 대한 보호 필요성은 더욱 높아지게 되는데, 이러한 피해자 개인이 재판청구권을 확보할 수 있는 수단은 대체수단의 심사에 다름 아닐 것이다.⁴⁶⁾

또 일찍이 주권면제라는 제도적 장벽에 직면하여 왔던 ICJ의 ‘독일 대 이탈리아 사건’의 일련의 원심 피해자들의 처지와 비교하여 보더라도, 본 사안에서의 보스니아 무슬림 피해자들의 입장은 훨씬 열악하다. 비록 독일과 이탈리아 간의 일련의 전후 조약과 조치에 따라 독일 국내 법원에서의 실효적 구제 가능성이 없었던 관계로 이탈리아 국내 법원까지 사안이 계속된 경우였지만, 이탈리아인 강제노동 피해자들의 경우에 적어도 법률상 청구나마 가능한 사법의 장(forum)이 독일 국내에 존재하기라도 하였다. 하지만 보스니아의 피해자에게는 그러한 장조차 존재하지 아니하였다는 점에서 대체수단의 존재는 요긴하다는 것이다.

UN과 같은 국제기관이 면제를 원용하기 전에 요구되는 것은 당해 조직에 대한 신뢰의 제고라는 측면에서도 자체적 분쟁해결 기관을 마련하는 길이라고 생각된다. 비록 직접적 규범의 도출 근거는 아닐지언정 UN 헌장 제105조 제3항을 보면, UN과 그 직원이 향유하는 특권 및 관련 세칙을 결정하기 위하여 권고하거나 그에 관한 협약을 제안할 수 있도록 규정되어 있다. 이 부분을 근거로 논의를 발전시킨다면, 국제기구 면제의 사안에 있어서도 합리적 제약이나 분쟁조정기관 설립의 실마리를 찾을 수 있을 것으로 기대한다.

45) *ibid.*

46) *ibid.*



3) EU 차원의 대안 가능성

국제법상 개인 권리의 행사 대상이 직접적으로 국제기구가 되는 경우에는 이들 기구를 상대로 한 청구를 허용하는 것이 합리적일 것이나, 국제기구 면제로 인하여 이는 통상으 봉쇄당하게 된다.⁴⁷⁾ 따라서 제한적으로나마 EU 기구의 행위에 대한 취소를 ECJ 등의 국제법원에 개인이 직접 청구할 수 있는 여지를 열어두고 있으나, EU 회원국이 EU 법을 집행하는 경우에 비하여 당해 기구의 조치에 대한 청구는 엄격한 요건 하에서만 가능하다.⁴⁸⁾ 이러한 요건을 종합하여 볼 때, 국제기구로서의 EU에 대하여 피해자 개인이 제소함은 관련 권리가 부여되었음에 기인하는 것이 아니라 직접적·개인적 이해의 존부에 직결되어 있는 것이라 하겠다.⁴⁹⁾

결국 EU의 경우 자체 행정조직의 행위에 대한 사법 심사와 ‘탈중앙화’ 된 각 회원국의 행위에 대한 심사 간에는 불일치가 발생하게 되는데, 이러한 간극은 EU의 행정 기능을 보다 원활하게 보장하기 위한 것이기는 하지만, 법의 지배(rule of law)의 관점에서 볼 때 문제점을 내포하게 된다.⁵⁰⁾ 이 부분에서는 결국 개인의 사법에의 접근 여지를 일정 정도 확장하기 위한 EU 차원의 제도적 모색이 존재하는지에 대하여 간략하게 언급하고자 한 것이다. 다만, EU의 시도는 여러 방향에서 이루어져야 할 필요성이 있다. 예를 들어 EU가 향유하는 국제기구 면제에 의하여 봉쇄되는 개인의 청구권과 관련하여 ECJ와 같은 역내 재판소에서의 행사 기회를 부여함에 더하여 추가적 보완이 필요할 수 있다. EU 차원에서 재판소는 아닐지라도 이에 준하는 행정심판기관을 행정 단위 별로 설치토록 함이 실용적일 수 있다고 생각되는 것이다.

47) Anne Peters, *Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge (2016), p.488.

48) *ibid.*

49) *ibid.*

50) *ibid.*, p.489.

2. 초기의 사법적 사건

UN의 본래적 임무 수행에 있어서의 불법행위와 관련하여서 국제기구 면제의 우위가 주로 관철되어 왔던 점에는 UN헌장의 조문 구조도 한 몫을 하였으리라 생각된다. 그러나 근본적 원인을 해소하려는 의지, 즉, 입법적·정책적 의지의 결여나 국제기구 면제 운용의 선례에 기인하는 바가 있으리라 생각된다. 그러한 실행은 위에서 논의되었던 국제기구의 경우와 비교하여 볼 때, 심사 과정에 있어서부터 면제를 강력하게 관철하는 방향으로 경도된다.

일본 도쿄에는 UN의 자치적 보조기관, 교육연구기관으로서의 UN대학이 설치되어 있는데, 일찍이 1970년대에 UN대학의 재판권 면제와 관련하여 일본 국내법원 내에서 다투어졌던 선례가 존재한다.⁵¹⁾ 이 UN대학에 기간제로 고용된 직원이 기간 만료 이후의 고용갱신을 거절당하게 되자 이 조치가 부당하다면서 지위보전의 가처분을 신청하였던 사안이다.⁵²⁾ 다만, 결론부터 언급하자면 일본 사법부는 본안으로 나아갈 것도 없이 사안을 부적법 각하하였다.⁵³⁾

주요 실시내용으로서 첫째, UN대학은 일본의 국내법 체계상 독립적인 법인격을 지니는 기관인바, 소송상 권리능력을 향유한다고 취급하는 것이 상당하며, 따라서 채권자가 본 건 지위보전신청의 상대방으로서 UN대학을 특정하였다는 점 자체는 적법하다는 점을 주지한 다음, 둘째, UN헌장상의 규정이나 국제기구의 면제에 관한 협정 자체가 일본을 구속한다고 단정할 수는 없으나, 당해 UN대학과 체결한 대학본부협정 등을 종합적으로 살펴볼 때, 국제기구의 면제와 관련된 상기 권리도 더불어 향유하고 있음을 인정할 수 있는바, 문제의 UN대학이 국제기구의 면제를 명시적으로 포기한 경우를 제외하고는 당해 면제를 부여하지 아니할 수는 없다고 해석된다는 점 등이 주요 골자였다.⁵⁴⁾ 그리고 결론에 도달하는 과정에서 이를 최고재판소, 외무부

51) 東京地方裁判所 1977(昭和52)年9月21日 決定 昭和52年(ヨ) 第2441號 地位保全處分申請事件

52) 別冊 ジュリスト 國際法 判例百選, No. 156 (April 2001), p.62.

53) *ibid.*

54) *ibid.*



로 하여금 회람토록 하여 이들 기관의 판단을 경유한 결과, 국제기구에 면제를 부여한다는 실행을 존중하기로 하였는바, 원고가 제기한 지위보전신청을 각하하기에 이르렀던 것이다.⁵⁵⁾

이 사건은 앞서 논의하였던 ECtHR에서의 일련의 판결과 비교하여 볼 때, 30여 년 이전에 문제되었으며, 대체수단의 심사 등의 개념도 별도로 논의되지 않았다. 당해 직원의 고용 조건이 기간제 채용이었다는 배경도 존재하였던 관계로 통상의 고용계약 사건이라는 근본적 성질로부터 자유롭지는 않았으리라 생각된다. 그럼에도 불구하고 국제기구 면제 사안에 있어서 UN과 그 보조기관 등에 있어서의 운용과 관련하여 지나치게 단순명료한 태도로 일관하였음은 초기적 선례라는 점을 감안하더라도 아쉬움이 남는다. 일본 국내법원은 위에서 UN 헌장상의 규정이나 국제기구 면제에 관한 협정 자체의 구속력에 대하여 불분명한 태도를 견지하면서도 결론적으로는 이를 일본이 당사국이 된 본부협정의 규정으로 수렴시켜 해석하고 있다. 국제기구 면제 근거를 관련 조약(협정)에서 구하였던 것은 적절하였다고 보이나, 대체수단의 심사에 대한 고려는 없었다.

한편, 이러한 사안을 최고재판소나 외무부에 회람하도록 조치함은 하나의 국제법적 사안에 있어서 행정부, 사법부 간에 또는 사법부 내부에서 상충하는 판단이 내려질 가능성을 회피하려는 시도이다. 이는 국가의 대외적 일관성의 견지에서는 합리적 실행으로 볼 수 있지만, 국제기구 면제 등의 사안에서 일본 국내법원과 같은 회람 조치를 취할지 여부는 각국에 일임된 정책적 사안이기도 하다. 따라서 국내 기관 간의 입장 조율은 국가 시점에서의 예측가능성의 문제이지 국제법상의 당위나 필연성의 문제는 아니라 할 것이다. UN대학에서의 고용 관계를 떠나 논의되었더라면 국제기구 면제 역시 예외가능성이 존재함을 논증 과정에서 언급하는 쪽이 국제법의 현 실태를 환기한다는 점에서 바람직하였으리라 생각된다.

당해 직원의 고용 조건에 기인하는 한계가 존재하였을 수는 있겠으나, 본 사건은 21세기의 국제인권법의 관점에서 모범적 선례로 원용하기에는 주변

55) *ibid.*

적 사안일 뿐만 아니라 시일이 경과하여 논리 전개상 취할 바도 많지 않다. 오히려 국제기구 내부적 차원에서 고용관계에 관련된 조치를 판단할 수 있는 실효적 심판 기구가 설치되어야 하는 당위에 있어서 한계를 내포하는 선례로서 언급될 수 있을 것이다. 그리고 각국 내부 사정상 부처 별로 입장을 사전 조율하는 실행이 정책된 경우라면 모르되, 국제기구 면제와 관련하여 사법부의 독자적 판단을 자제하는 논거로 수용되어서는 곤란하다고 생각된다.

3. 최후 수단성의 이론

이 부분에 있어서 대체수단의 존재에 관련된 이론 구성을 심화할 필요성이 존재한다. 이를 위해서는 ‘독일 대 이탈리아 사건’에 있어서의 이탈리아 측에 의하여 제기되었던 최후 수단성(last resort)의 항변 또한 유용한 판단 척도가 될 수 있을 것이다. 이는 비록 주권면제 사안에서 제기된 논점이었으나, 그러한 유추로 인한 이익이 ‘사법예의 접근’을 구하는 피해자 개인에게 귀속된다는 측면에서 국제기구 면제에 있어서도 유용한 참조 사항이 되리라 생각된다.

이탈리아 국내의 법원에서 다양한 부류의 희생자들에 대한 손해배상청구를 보장해 주기 위하여 고안된 논리 전개와 더불어 이탈리아가 제시하였던 예비적 논지는 ‘최후 수단성’에 관련된 항변이었다.⁵⁶⁾ 즉, ‘독일 대 이탈리아 사건’에서와 같이 심각한 인권침해가 발생하고 그 부정적 효과가 장기간 이어지고 있는 경우에는 통상적이라면 독일이 향유하고 있었을 주권면제를 이탈리아 국내 법원이 부인함으로써 관련 국제법 위반(주권면제 부인)의 구성요건을 일단 충족시켰다고 할지라도 피해자 개인에게 남은 구제수단이 달리 존재하지 아니한다는 ‘초법규적 위법성 조각사유’가 면제 부인의 정당화 사유가 된다는 것이 그 골자이다.⁵⁷⁾

이러한 주장에 대하여 독일은 제2차 세계대전 종결 이래 통일되기 이전부터

56) *Supra* note 8, para.98.

57) *ibid*; 황명준, *supra* note 3, p.138 참조.



일괄적인 국가 간 조정을 거쳐 상당한 재정적 출연을 실시함으로써 이탈리아에 대한 배상은 이미 완료하였다고 반론하였다.⁵⁸⁾ 그리고 전범국 지위에서의 피해배상이라 하더라도 이는 이행 당시의 채무국의 경제적 사정과 능력을 고려한 전제 위에서 조약과 국내 이행법률에 따라 실시되어야 하는 성질의 것이지, 희생자들이 겪은 세부적 손실까지 총망라하여 감안, 산입하는 방식의 금전배상은 가능하지 아니할 뿐만 아니라 국제적으로도 그 선례가 없음을 강조하였다.⁵⁹⁾

이에 대하여 ICJ는 제2차 세계대전 종반에 전쟁범죄와 인도에 관한 죄가 자행됨으로 인하여 초래되었던 이탈리아인 희생자들에 대하여 그동안 독일이 표명하여 왔던 배상 노력에 대해서는 평가할 여지가 존재한다고 언급하면서도, 정작 ‘이탈리아 출신 군사 피억류자’라는 특수한 부류에 해당되는 동국 희생자들에 대하여 전쟁포로는 강제 노동에 기인하는 손해의 금전배상 대상자가 아님을 이유로 실무상 수혜 대상에서 제외하여 왔던 사실에 주목하였다.⁶⁰⁾ 실제로 이들에게는 사실상 전쟁포로 지위가 부정되었음에도 불구하고 독일이 사각지대에 놓였던 피해자들에 대한 책임을 부정하였을 뿐만 아니라 후속적 시정조치도 적절히 이행하지 아니하였던 그간의 경위에 대하여 ICJ는 놀라움과 유감을 표명하였으며,⁶¹⁾ 주문에서 이러한 전시 피해자들에 대한 처우와 관련하여 장래에 있어서의 협상 여지가 필요함을 주문하기도 하였다.⁶²⁾

58) *Supra* note 8, para.98.

59) *ibid.*; Elena Sciso, “Italian Judges’ Point of View on Foreign States’ Immunity,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.44 (2011), pp.1226, 1229 참조.

60) *Supra* note 8, para.99.

61) *ibid.*

62) *ibid.*, p.104. 하지만 ICJ가 양국 간의 장래의 협상 여지를 언급한 것과 관련하여, 이는 사법적 구제에 한계가 존재한다는 이유로, 그에 대한 해결을 관료 조직에게 떠넘기려는 ‘파산 선고’에 불과하며, 어떠한 실체적 성과가 기대됨이 없는 가운데, 희생자들에게 미미한 수준의 위로를 한 것에 불과하다 라는 비판이 존재하였다. 즉, 주권면제 법리를 부분적으로라도 인용함에 대한 부담을 양 주권국가의 몫으로 떠넘겼다는 시각도 가능할 것이다. 이와 관련하여 Michael Bothe, “Remedies of Victims of War Crimes and Crimes against Humanities: Some Critical Remarks on the ICJ’s Judgment on the Jurisdictional Immunity of States,” in Peters, Anne, Evelyne Lagrange, Stefan Oeter and Christian Tomuschat (Eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (Brill/Nijhoff, 2015), p.114 참조.

위와 같은 논지에도 불구하고, ICJ는 결론적으로 ‘최후 수단성’ 항변에 기인하는 이탈리아의 주장 역시 배척하였다.⁶³⁾ 그러면서 관습국제법이 도출되는 국가 실행에 비추어 볼 때, 현대 국제법의 단계에서도 주권면제 부여가 국제법의 중대한 위반에 있어서의 손해배상을 보장하는 효과적 대체 수단의 존재에 따라 좌우된다고 하는 여하간의 근거도 발견되지 아니하고 있음을 결론의 이유로 들었으며, 각국 입법과 판례, UN 주권면제협약, 그리고 유럽국가 면제조약을 살펴보더라도 주권면제 부인의 문제에 있어서 효과적 대체 수단의 존재라는 선결조건은 드러나지 않았다고 첨언하였던 것이다.⁶⁴⁾

이에 대하여 배상 경로를 확보할 기타 수단이 더 이상 존재하지 아니하는 반면에 희생자들에게 적절한 배상을 제공하지 아니한 가해국이 국제인도법의 중대한 위반 사실 자체는 인정하고 있는 ‘독일 대 이탈리아 사건’과 같은 비전형적인 경우라면, 이탈리아 국내 법원이 관할권을 행사하는 것은 양국간의 조화로운 관계를 저해하는 것이 아니라 오히려 국제 인권의 고양과 국제인도법 준수에도 기여하는 것으로 평가되어야 한다는 소수의견이 존재하였다.⁶⁵⁾ 즉, 이 의견은 이탈리아 군사 피억류자 같은 경우에 있어서의 국내 법원의 개입은 독일, 이탈리아 사이에 놓여 있는 궁극적 문제 해결에 기여하는 가능성에 착목하였던 것이다.

소수의견을 제기한 Yusuf 재판관은 주권면제의 이론과 실행 역시 국제법상 불변의 실체로 머무를 수는 없으며, 비록 그 역할과 의의가 축소되었다는 것은 아니지만 그에 대한 예외 범위가 점진적으로 증가하고 있다는 사실 자체는 주지하여야 한다고 고찰하였던 것이다.⁶⁶⁾ 이는 국제기구의 임무 수행 중의 불법행위의 책임이 기구 자신에게 귀속될 경우에 유용한 유추의 척도가 되리라고 생각된다. 국제기구의 면제를 부인하여 피해자 개인의 ‘사법예외의 접근’을 보장하는 취지는 일개 개인의 사정을 빙자하여 당해 기구의 원활한 업무 수행을 방해하고자 함이 아니다. 오히려 국제기구의 설립 취지와 행위

63) *Supra* note 8, para.101.

64) *ibid.*

65) *Supra* note 8, Dissenting Opinion of Judge Yusuf, para.59.

66) *ibid.*, para.35.



능력을 감안한다면, 당해 기구에 의한 불법행위에 있어서 손해배상 등의 부단히 사후적 조치를 취하는 것 역시 본래적 업무의 일환으로서 고려되어야 한다.

그리고 단순히 국가 실행의 누적이나 판례가 부존재함을 이유로 ‘최후 수단성’의 항변을 배척할 수 없으며, 기타의 제반 규칙과의 연관 속에서 주권면제의 규범이 해석되었어야 한다는 Bennouna 재판관의 별개의견도 주목을 요하는 부분이다.⁶⁷⁾ 그 요지는 구체적으로 국제법상 국가책임 이론과 실행이 피하고자 하는 함의를 종합적으로 고려하지 아니한 채로 주권면제에 대한 순수 법학적 해석과 적용을 시도하여서는 곤란하다는 것이다.⁶⁸⁾ 이 별개의견은 국제법상 실체적, 절차적 규범이 따로 분리되어 존재하는 것이 아니며, 비록 양자 간에 논리적 연관 관계가 직접적으로 존재하지는 않을지라도 큰 틀에서 바라보자면 상호 작용이 이루어질 수 있는 것임을 전제하는 것으로 생각되며 국제법상 ‘최후 수단성’의 확립 가능성에 대하여 원론적 차원에서나마 암시하는 것으로 판단된다.⁶⁹⁾ 적어도 실체적·절차적 규범의 상호 작용이 개인의 권리 구제에 있어서 사실상의 영향력을 미침은 부정되기 어려움을 감안한다면, 타당성이 존재하는 이론 전개라고 판단된다.⁷⁰⁾ 이러한 견지에서 대체수단 심사에 있어서도 형식적인 순수 법학적 접근을 경계하고 피해자의 ‘사법예의 접근’에서 유연하게 접근하는 방법론이 모색될 수 있으리라 본다.

최후 수단성에 근거한 항변은 비록 국제사법재판소의 다수의견에 의하여 배척되기는 하였지만, 그로 인하여 향후 유사한 제소가 이루어지지 않는다는 보장은 없는바, 본 문제는 완료형이 아닌 현재 진행형이라고 보아야 한다. 마찬가지로 최후 수단의 존부와 연관성을 지니는 대체수단의 심사 척도 또한 앞으로도 부단히 고려 대상으로 부각될 성질의 것이다. 국제법상 개인의 법적 지위는 여전히 미약한 상태에 놓여 있지만, 소속 국가의 역량의 한계에

67) *Supra* note 8, Dissenting Opinion of Judge Bennouna, para.27.

68) *ibid.* 이는 단순한 실증법적 해석이 전능의 해결책이 아님을 시사하는 대목이다.

69) 황명준, *supra* note 3, p.141 참조.

70) Thomas Weatherall, “*Jus Cogens* and Sovereign Immunity: Reconciling Divergence in Contemporary Jurisprudence,” *Georgetown Journal of International Law*, Vol.46 (2015), p.1212 참조.

기인하는 구제 가능성 차단이라는 위험 부담을 온전히 희생자 개인에게 전가하는 실행 역시 현대 국제법상 정의 관념에 부합하기 어렵기 때문이다.⁷¹⁾ 결국 이 부분에 대해서는 추가적 이론 검토가 필요할 것으로 생각된다.

이는 국제기구 면제가 문제되는 사안에 있어서도 많은 시사점을 제공하게 될 것이다. 실효성에 논란이 존재할지언정, 외국의 국내법원에서의 제소 가능성 이나마 존재하는 주권면제 사안과는 달리 국제기구 내에 사법기관에 준하는 심판기관조차 없는 경우에는 피해자 개인의 제소는 문언 그대로 최후수단으로서의 성격을 지니게 되기 때문이다. 국제기구 면제를 이유로 청구를 배척함으로써 수호되는 법익이 피해자 청구의 원인이 되었던 문제 해결에 기여하지 못한다면, 어떤 형태로든지 모순이 재발할 것이다. 그 직접적 효과로서 초국가적 사안을 관장하게 되는 당해 국제기구에 대한 주권 국가, 개인의 신뢰 저하를 들 수 있다. 국제기구가 특정 국가에 주재하는 근거가 되는 본부협정의 여하간의 규정 취지에도 불구하고 적어도 주권면제에 비하여 강력한 보호를 부여하여야 하는 필연성은 국제기구의 속성을 감안할 때 존재하지 아니한다고 보아야 한다.

V. 소 결

UN 산하기관의 본래적 임무 수행과 관련된 일련의 사례에서는 비록 논리 전개에 있어서의 차이는 드러나지만 UN의 재판권 면제를 확고히 지지한다는 점에서는 위에서 언급되었던 ECtHR의 'Stichting Mothers of Srebrenica 사건'과 유사점을 보이고 있다.⁷²⁾ 그리고 '대체수단 심사'를 배척하고서 UN의 임무수행 중의 과실에도 불구하고 재판권 면제를 지지하는 판결의 흐름은

71) 황명준, *supra* note 3, p.141 참조.

72) 이 사안의 네덜란드 국내법원 원심에서는 UN헌장 103조의 헌장상 의무에 대한 우위를 근거로 청구를 배척한 바 있었다. *Stichting Mothers of Srebrenica et al. v the State of the Netherlands and the United Nations*, Supreme Court of the Netherlands, Judgment, April 13, 2012.



2016년 UN 아이티 안정화미션(MINUSTAH)의 작선 수행 과정에서 예하 부대의 관리 부실로 인한 콜레라 유행 피해 사건에 있어서도 기본적으로 유사한 형태로 드러나는 실정이다.⁷³⁾

이 사안에서는 아이티 대지진 발발 이후 이 나라에서 창궐한 콜레라에 있어서 국제기구 면제에도 불구하고 UN 군의 책임이 거론되었다. 일단 지진 피해 이후 2010년 동안 아이티에서는 17만 명이 콜레라에 감염되었으며, 그 중 3,600명이 사망하는 비극이 발생하였는데, 이는 필요한 대처자원의 심각한 결여나 중과실이 개입되었음을 암시하는 것이었으며, 동국을 지원하는 국제 사회의 과실도 배제할 수 없는 것이었다고 보인다.⁷⁴⁾ 특히, 지진 발생 후 1년이 경과한 시점에서 자연 재해로 인한 난민 캠프 중 37.6 퍼센트에는 물이 공급되지 아니하였으며, 25.8 퍼센트에는 화장실이 설치되지 않았던바, UN 군의 과실 이외에도 콜레라 창궐의 환경적 위험 요소는 상존하고 있었음은 감안될 필요가 있다.⁷⁵⁾ 다만, 문제된 콜레라가 UN 아이티 안정화미션의 임무 수행 차 Mirebalais 기지에 주둔하던 네팔 군의 오물 하수처리가 제대로 이루어지지 못한 채로 Artibonite 강에 투기된 것으로부터 촉발된 것으로 판명되었는데, 이 수계에 따라 콜레라가 창궐함으로써 위와 같은 막대한 인명 피해가 발생하게 되었으며 이로 인하여 아이티 내에서 당해 미션에 대한 여론이 급속도로 악화되어 이들에 대한 비난은 물론이요 철수를 요구하는 시위도 빈발하게 되었던 것이다.⁷⁶⁾

물론 당해 사안은 심각한 재난을 입은 지역에 대한 구호, 안정화라는 지고의 국제적 선의(international goodwill)가 최악의 참사를 초래한 경우라 할 것이다. 이런 경우에 UN 아이티 안정화 미션의 업무 수행상의 과실 내지 중과실을 이유로 미국의 국내법원에 있어서 피해자들에 의한 제소가 이어지

73) *Georges v. United Nations*, No. 15-455 (2d Cir. 2016) 참조. 단, 이 사안에 대해서는 당시의 반기문 UN사무총장이 2016년 8월 18일자 성명을 통하여 UN의 도의적 책임에 대하여 인정한 바 있다.

74) Justin Podur, *Haiti's New Dictatorship - The Coup, the Earthquake and the UN Occupation*, Pluto Press (2012), p.140.

75) *ibid.*

76) *ibid.*, pp.140-141. 특히, 네팔 군이 파견될 당시 네팔 국내는 콜레라의 창궐이 심각한 상태였다고 한다.

는 사실에 대하여 향후의 국제기구 기능의 위축 등을 이유로 하는 우려나 반발에도 충분히 납득할 만한 사정이 존재한다. 다만, 그러한 우려 속에서 아이티 측의 ‘대체수단의 부재’를 매개로 하는 사실상의 국제기구 책임의 거부가 고착화되는 것은 아닌지도 고려되어야 할 것이다. 사실 관계에서도 드러났듯이 이미 UN 아이티 안정화 미션의 업무는 자초한 중과실로 인하여 아이티인들의 반발에 직면하고 있었는데, 국제기구 면제를 강하게 주장하게 된다면, UN이 벌이는 사업의 본래 취지로부터 더욱 유리되는 결과가 초래된 것이 아닌가 생각된다. 오히려 UN 내부에 아이티인 콜레라 피해자와 같은 선의의 피해자들에 대하여 준사법적 행정 심판 등의 구제 경로를 이미 설치한 상태였다면, 피해자들로서도 구제 가능성이 불확실한 최후 수단인 미국 국내법원에의 제소를 택하지 아니하였으리라 생각되며, 국제기구에 대한 아이티인들의 민심 이반도 방지할 수 있었으리라 보인다.

이렇듯 사안의 질적 차이를 감안하고서 국제법상 주권면제와는 달리 대체수단 자체가 근본적으로 결여되기 쉬운 국제기구의 면제의 특수성에 주목할 필요가 존재한다. 따라서 국제기구의 면제를 관철하기 위한 선결조건으로서 “Waite and Kennedy 사건”에 있어서와 대체수단의 존재여부, 이를 발전시켜서 동일한 기구 내의 사법기관 또는 준사법기관의 확보는 향후에도 지속적으로 연구되어야 할 과제라고 생각된다. 이러한 논의를 생략한 채로 ‘대체수단의 결여’에 대한 함의를 간과한다면, 단기적으로는 주요 국제기구의 직무 수행상의 변잡한 손해배상 문제를 외면할 수 있을지는 모르나, 장기적으로는 당해 기구의 직무 수행에 있어서 보편적 신뢰성이 하락할 가능성도 존재하게 될 것이다.

이를 염두에 두고서 대체수단의 법리를 유지, 발전시켜야 한다. 본부협정 등의 규정에도 불구하고 국제기구 면제 사안은 고전적 주권면제에 있어서의 절대적 면제 실행 수준으로 수렴될 성질의 것이 아니다. 오히려 면제의 타당성에 대한 이의가 제기되기 이전 단계에서 피해자 개인의 입장에 착목하여 대안을 마련한다면, 역설적으로 국제기구 면제의 제안 가능성에 대한 논의의 실익이 감소될 것이다.

요컨대, 국제기구의 면제 항변을 보다 견고하게 할 수 있는 방안은 기구의



업무 수행과정에서의 불법행위가 문제될 경우 관련 피해자 개인들에 대하여 이를 다룰 수 있는 병렬적인 사법 기관을 설치하거나 또는 이에 준하는 행정 심판 기구를 구비하는 것이다. 그러한 전제에서라면 주권면제나 국제기구 면제에 있어서 이를 거듭 재확인하더라도 국제인권법의 견지에서 하자도 발생하지 않으리라 생각된다.

국제법 정책연구

2018년판



인 쇄 2018년 3월

발 행 2018년 3월

발 행 처 국립외교원 외교안보연구소 국제법센터

발 행 인 국립외교원장

주 소 서울 서초구 남부순환로 2572

홈페이지 www.knda.go.kr / www.ifans.go.kr

디자인·인쇄 웃고문화사 (02-2267-3956)

© 국립외교원 외교안보연구소, 2017

비매품

ISSN 2508-2515



국립외교원



9 772508 251000

ISSN 2508-2515