

ILA-KOREA

2024년 춘계 연구발표회 및 임시총회

한국의 국제법 현안: 현황, 쟁점, 그리고 과제

일시 | 2024년 2월 29일(목) 09:30-17:50 (이후 만찬)

장소 | 프레이저 플레이스 남대문 서울 (남대문로 1층)

<http://www.fpns.co.kr/meeting-event/namdaemun-room>

주최 | 세계국제법협회 한국본부(ILA-KOREA) <http://www.ilakorea.or.kr/>

후원 | 전북대 동북아법연구소 <http://www.asianlaw.re.kr>

(사) 아시아국제법발전연구회(DILA-KOREA) <http://www.dila-korea.org/>



ILA-KOREA 2024년 춘계 연구발표회 및 임시총회

한국의 국제법 현안: 현황, 쟁점, 그리고 과제

February 29, 2024 (Thursday)

09:30 - 10:00 **개회**

▶ 인사말:

- 이석우 (ILA-KOREA 회장/인하대학교 법학전문대학원 교수)

▶ 기조강연:

- 최원목 (이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

: “평화적 국제분쟁 해결의 꿈”

10:00 - 11:00 **제1세션**

▶ 사회:

- 이장희 (ILA-KOREA 명예회장/한국외국어대학교 법학전문대학원 명예교수)

▶ 발표:

- 오승진 (단국대학교 법학부 교수)

: “북한주민의 법적 지위”

- 원재천 (한동대학교 법학부 교수)

: “독일의 보편적 형사관할권과 북한인권책임”

- 정민정 (국회입법조사처 입법조사관)

: “대한민국의 전쟁 중 국가에 대한 무기지원 관련 법적 검토”

▶ 지정토론:

- 이휘진 (전(前) 외교부 조약협력관/駐파푸아뉴기니 대사)

- 예대열 (순천대 인문학술원 연구교수)

11:00 - 12:00 **제2세션**

▶ 사회:

- 정찬모 (인하대학교 법학전문대학원 교수)

▶ 발표:

- 강준하 (홍익대학교 법학부 교수)

: “국가연락사무소(NCP) 이의신청제도에 관한 고찰”

- 정동원 (법무법인(유) 화우 변호사)

: “WTO 반덤핑조치와 우리나라 대법원 판례 분석 및 시사점”

- 김두수 (한국외국어대학교 연구교수)

: “나고야의정서 이행에 대한 한국의 농림업 유전자원의 보호 및 이용”

▶ 지정토론:

- 배정생 (전북대학교 법학전문대학원 교수)

- 박언경 (경희대학교 미래인재센터 객원교수)

12:00 - 13:00 오찬

13:00 - 14:00 제3세션

▶ 사회:

- 이창위 (ILA-KOREA 전임회장/서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

▶ 발표:

- 주진열 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

: “개인청구권 관련 국제분쟁에서 강행규범(lus cogens)에 대한 오해와 이해”

- 김세미 (한동대학교 법학부 교수)

: “한국의 이주민과 외국인 노동자 문제에 대한 국제법적 평가”

- 박미경 (영남대학교 사회과학연구소 선임연구원)

: “로마규정 제25조 제3항 공범의 기여요건 분석”

▶ 지정토론:

- 이석우 (ILA-KOREA 회장/인하대학교 법학전문대학원 교수)

- 조영관 (법무법인 덕수 변호사)

14:00 - 15:00 제4세션

▶ 사회:

- 권문상 (한국해양과학기술원(KIOST) 명예책임연구원/전(前) 해양수산과학기술진흥원장)

▶ 발표:

- 박지현 (영산대학교 법학부 교수)

: “사이버안보와 국제사회의 대응”

- 유준구 (외교부 국립외교원 객원교수)

: “인공지능(AI) 군사적 활용 규제 규범 논의 현황과 쟁점”

- 서진웅 (성균관대학교 미래정책연구원 선임연구원)

: “BBNJ 성안문서상의 자원이용에 관한 원칙규정 일고찰”

▶ 지정토론:

- 박찬호 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

- 이세련 (전북대학교 법학전문대학원 교수/동북아법연구소장)

15:00 - 16:00 제5세션

▶ 사회:

- 이규호 (ILA-KOREA 수석부회장(차기회장)/중앙대학교 법학전문대학원 교수)

▶ 발표:

- 장지용 (수원고등법원 고법판사)

: “국제상사법원 도입 논의”

- 이세인 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

: “국제카르텔과 손해배상”

- 이종혁 (서울대학교 법학전문대학원 교수)

: “인터넷상 명예훼손에 대한 금지청구의 국제재판관할”

▶ 지정토론:

- 김성호 (국립부경대학교 법학과 교수)
- 한창완 (법무법인(유) 태평양 변호사)

16:00 - 17:00 제6세션

▶ 사회:

- 천창민 (ILA-KOREA 부회장/서울과학기술대학교 기술경영융합대학 교수)

▶ 발표:

- 황윤정 (로이어항 법률사무소 대표변호사)
: “헤이그 아동탈취협약과 이행법률의 실무상 쟁점”
- 김종주 (국군드론작전사령부 해군법무관)
: “국제대리모계약과 모(母)의 결정”
- 서영수 (서울대학교 국제통상거래법센터 연구원)
: “국제사법상 보호적 관할규정의 채권양도/법정대위시 승계 문제”

▶ 지정토론:

- 이주연 (한양대학교 법학전문대학원 교수)
- 고유강 (서울대학교 법학전문대학원 교수)

SAVE THE DATE



<http://www.ilakorea.or.kr/>

**THE ASIAN CENTURY? FACT OR FICTION:
LEADERSHIP IN PUBLIC DIPLOMACY AND INTERNATIONAL LAW**

DATE: JUNE 10 – 11, 2024
VENUE: SEOUL, KOREA (TBC)

■ SAVE THE DATE



81st BIENNIAL INTERNATIONAL LAW CONFERENCE **ATHENS, GREECE: 25 - 28 JUNE 2024**

- ILA Committees (19):

<https://www.ila-hq.org/en/committees>

Alternative Dispute Resolution in International Law
Business and Human Rights
Comparative Diplomatic and Consular Immunities Privileges and Inviolabilities
Enforcing the Rights of Children in Migration
Global Health Law
Human Rights in Times of Emergency
International Law and Sea Level Rise
International Migration and International Law
International Monetary Law
International Protection of Consumers
International Securities Regulation
International Tax Law
Protection of People at Sea
Rule of Law and International Investment Law
Safeguarding Cultural Heritage in Armed Conflict
Space Law
Submarine Cables and Pipelines under International Law
Urbanisation and International Law - Potential & Pitfalls
Use of Force: Military Assistance on Request

- ILA Study Group (1):

<https://www.ila-hq.org/en/study-groups>

International Law of Regional Organisations

세계국제법협회(ILA) 한국본부 회원가입 신청서

※ 신청서를 작성하신 후 ilakoreanbranch@gmail.com 으로 보내주시기 바랍니다. <http://www.ilakorea.or.kr/>

인 적 사 항

* ILA 본부(런던 Headquarter)에 등록하기 위하여 영문 정보가 필요하오니, 꼭 기입하여 주시기 바랍니다.

| | | | | |
|------------|--------|--|--------|--|
| 성함 | 국문 | | 영문 | |
| 소속 및 직위 | 소속(국문) | | 직위(국문) | |
| | 소속(영문) | | 직위(영문) | |
| 연락처 | 휴대전화 | | 이메일 | |
| 주소 | 국문 | | | |

회 비 안 내

ILA 한국본부 회원은 이사 및 일반 회원으로 구분되며 금액 및 납부 방법은 다음과 같습니다.

| 이사 회비 | 일반 회비 |
|--------------------|-------------------|
| 15만원 (ILA 본부회비 포함) | 7만원 (ILA 본부회비 포함) |

■ 납부 계좌 : 국민은행 527801-01-292461 (예금주: 사단법인 세계국제법협회한국본부)

* ILA 런던본부 회원으로 등록하는 경우에 한하여 다음의 자격이 부여됩니다:

- ① ILA Biennial Conference 회원자격으로 참여
- ② ILA 홈페이지에서 ILA Proceedings 등 열람 (ILA 본부 홈페이지 ID, PW 제공)

* 회비를 납부하시거나 본 학회에 후원해주신 분들께 기부금 영수증 발급이 가능합니다.

※ 기부금 영수증 발급 문의: ilakoreanbranch@gmail.com

* 동 신청서에 첨부된 ILC Committee (위원회)와 Study Group (연구단) 리스트를 참고하시고, 관심 있는 위원회나 연구단 2개를 선택하여 체크(✓)하여 주시기 바랍니다. 현재 참여하고 있는 위원회나 연구단이 있는 경우에도 체크(✓)하여 주시고 “참여” 라고 표기하여 주시기 바랍니다.

<첨부> ILA Committee/Study Group List

| ILA Committees (https://www.ila-hq.org/en/committees) (총19개) | |
|---|--|
| 위원회 옆칸에 체크(✓) 또는 참여 표기 | |
| Alternative Dispute Resolution in International Law | |
| Business and Human Rights | |
| Comparative Diplomatic and Consular Immunities Privileges and Inviolabilities | |
| Enforcing the Rights of Children in Migration | |
| Global Health Law | |
| Human Rights in Times of Emergency | |
| International Law and Sea Level Rise | |
| International Migration and International Law | |
| International Monetary Law | |
| International Protection of Consumers | |
| International Securities Regulation | |
| International Tax Law | |
| Protection of People at Sea | |
| Rule of Law and International Investment Law | |
| Safeguarding Cultural Heritage in Armed Conflict | |
| Space Law | |
| Submarine Cables and Pipelines under International Law | |
| Urbanisation and International Law - Potential & Pitfalls | |
| Use of Force: Military Assistance on Request | |

| ILA Study Group (https://www.ila-hq.org/en/study-groups) (총1개) | |
|---|--|
| 연구반 옆칸에 체크(✓) 또는 참여 표기 | |
| International Law of Regional Organisations | |

평화적 국제분쟁 해결의 꿈

최 원 목

1. 역사적 노력

A. 부전조약

국제 분쟁의 평화적 해결을 통해 전쟁을 예방하려는 노력은 인류의 역사와 함께한다. 1928년 부전조약(General Treaty for the Renunciation of War)은 그러한 노력의 본격적인 시발점이다. 총 62개 국가가 이 조약에 서명하여 국가 정책을 실행하는 수단으로 전쟁을 사용하지 않겠다고 약속했다. 또한 분쟁을 해결하는 유일한 수단은 평화적 수단이라고 선언했다.

이러한 야심찬 조약이 위반의 경우에 대처할 수 있는 집행 메커니즘이 없었다. 주요 당사국인 일본이 1931년 만주를 침략하고, 독일이 1939년 폴란드를 침략하여 제2차 세계대전을 일으켰을 때 부전조약은 무용지물이 되었다. 이 조약이 국가 정책의 수단으로 전쟁을 사용하는 것에 대해 무력하다는 것은 명백해졌다. 이 켈로그-브리앙 조약의 이상주의적 접근은 무모했지만, 그것이 무의미한 것은 아니었다. 전후의 뉘른베르크 재판에서 켈로그-브리앙 조약 덕분에 평화에 대한 범죄(Crime against peace)라는 개념이 국제 사회에 성공적으로 도입되었기 때문이다.

B. 국제연맹 헌장

국제연맹헌장(1924)도 이러한 이상주의를 반영하고 있다. 우선 "파열(rupture)"이라는 흥미로운 개념이 채택된 것부터 그렇다. 즉, 파열로 이어질 가능성이 있는 어떤 분쟁이라도 중재, 사법재판, 또는 이사회의 조사와 같은 평화적 수단에 회부되도록 되어 있다. 일종의 집행기관으로 기능한 이사회(Council)는 영국, 프랑스, 이탈리아, 일본과 같은 4개의 상임이사국과 의회에서 3년 임기로 선출되는 4개의 비상임이사국으로 구성된다. 첫 번째 비상임이사국은 벨기에, 브라질, 그리스, 스페인이었다.

더 흥미로운 점은 국제연맹 회원국들이 평화적 수단이 진행되는 동안 전쟁을 수행하지 않을 것이며, 더 나아가 중재절차가 그 판정을 내린 후, 사법판결이 내려진 후, 또는 이사회가 보고서를 발표한 후 3개월 까지 전쟁을 하지 않을 것이라는 합의였다. 다시 말해, 전쟁 금지의 절대 기간이 설정된 것이다. 이것이 흥미로운 평화 메커니즘의 끝이 아니다. 중재 판정이나 사법판결 준수를 선언하는 회원국에 대한 전쟁도 금지되었다.

이것은 국제적 “파열” 중에 있는 나라가 중재, 사법재판 또는 이사회에 사안을 회부하는 것 중 하나를 간단히 선택하기만 하면 평화가 보장된다는 말이다. 그러면 그러한 기관들에 의한 조사나 심의 기간 동안은 전쟁에 휘말릴 위험에서 자유롭고, 그 이후에도 90일 동안 더 자유로울 수 있다. 그리고 해당국이 중재판정이나 재판 판결을 준수한다고 간단히 선언하기만 하면, 이 90일 기간이 지난 후에도, 전쟁의 위험으

로부터 자유로울 수 있다는 것을 의미한다. 원래 전쟁을 좋아하는 나라를 제외하고는 이런 평화체제는 매혹적이고 편리한 메커니즘이 아닐 수 없다.

타방 분쟁당사국이 해당 파열이 중재나 사법재판에 적합하지 않다고 주장할지라도 회원국은 통보를 통해 이사회에 해당 사안을 단독으로 회부할 수 있는 길이 열려있다. 이사회의 보고서가 분쟁 당사국을 제외한 회원국들이 만장일치로 동의하면, 보고서를 준수하는 당사국에 대한 전쟁은 금지된다. 이사회의 보고서가 만장일치로 채택되지 않는 경우에만, 이사회 절차가 완료된 후 90일이 지난 후에 전쟁을 벌일 수 있는 기회가 생기게 될 뿐이다.

또 다른 평화적 분쟁해결의 길도 마련되어 있다. 국제연맹의 모든 회원들이 모이는 총회(Assembly)에 회부하는 것이다. 총회의 보고서가 분쟁 당사국을 제외한 국제연맹 회원국들의 과반수와 모든 이사회 회원국들의 동의를 얻게 되면, 이 보고서를 준수하는 당사국에 대한 전쟁은 금지된다.

그러므로 회원국이 다른 회원국에 대해 전쟁을 금지시킬 수 있는 효과적 체제가 마련되어 있었다. 그럼에도 불구하고 한 회원국이 이를 무시하고 어쨌든 전쟁을 벌이게 되면 어떻게 되는가? 그런 경우, 그러한 전쟁은 국제연맹의 다른 모든 회원국에 대한 전쟁을 범한 것으로 간주된다. 다른 모든 회원국들은 위반국을 상대로 무역이나 금융 관계를 끊어야 하고, 국가간 모든 교류를 금지해야 하며, 모든 금융, 상업, 또는 개인적 교류를 차단할 의무가 발생한다.

그러므로, 위반국에 대해서는 집단적 보복이 즉각적으로 기다리고 있다. 집단적 군사 보복마저 기다리고 있다. 보복을 수행하는 데 있어 회원국들 간의 상호 협력이 의무화된다. 더 나아가, 위반국은 국제연맹에서 제명되게 된다.

이것은 1920년대의 극단적 월슨주의적 이상주의의 발현이다. 이런 국제연맹의 꿈은 제2차 세계대전의 발발을 막지 못했기 때문에 실패하고 말았다. 너무 큰 꿈은 현실과 너무 멀리 떨어져 있음을 의미하는 것일까.

C. 국제연합 현장

제2차 세계대전의 참화와 두 번째 야심찬 꿈의 실패 후, 유엔 현장은 특정한 무력의 사용이나 위협을 금지하는 길을 택했다. 다른 국가의 영토 무결성이나 정치적 독립을 침해하지 않고, 유엔 목적과 모순되지 않는 힘의 위협이나 사용은 명시적으로 금지되어 있지 않다. 최소한 이런 범위에서 특정한 목적의 전쟁을 수행할 수 있는 여지는 남겨 두고 있는 셈이다. 물론 평화의 위협이나 저해행위가 발생하면 안전보장이사회의 조사를 받게 되며, 이사회의 권고나 결정의 가능성이 있으므로 집단 안전보장 체제는 마련되어 있다.

전쟁을 행사할 수 있는 다른 기회는 자위권의 수단으로서 행사하는 것이다. 그러나 자위권의 행사는 안전보장이사회가 그 문제를 다룰 때까지만 가능하고 엄격한 요건하에서만 가능하다.

안전보장이사회를 통한 집단안보 메커니즘은 5대 상임이사국 중 하나의 거부권에

익해 종종 실효적 작동하지 못하고 있는 한계를 노출하고 있다.

2. 1990년대 분쟁해결 메커니즘의 성공과 한계

A. WTO 분쟁해결 절차

1995년부터 세계무역기구(WTO) 분쟁해결 절차(DSP)가 발동된 이후 10여 년 간은 인류역사상 국가 간 분쟁을 평화적으로 해결한 가장 성공적인 기간이었다. 그 주요 요인은 우루과이라운드 협상을 통해 WTO 시스템에서 ICJ 시스템과 달리 강제 관할권제도를 도입했기 때문이다. ICJ에 회부하려면 이러한 회부에 대한 분쟁당사국간의 합의가 존재해야 한다. 그러하기에 민감성이 높은 분쟁은 이러한 동의를 얻기가 어렵다. 따라서 수많은 진정한 국제분쟁들이 ICJ에 회부조차 되지 못하고 갈등이 유지되거나 증폭되고 있다.

반면 WTO 패널에 의한 강제 관할권으로 인해 당사자가 일방적으로 사법절차를 시작할 수 있기 때문에 진정한 무역 분쟁들이 많이 WTO 패널에 가게 된다. 이것이 WTO 분쟁해결절차(DSP)의 초기 성공을 가져온 원동력이었다. 그러나 지난 20여 년 간을 놓고 보면, DSP 시스템의 초기의 성공은 종종 발생하는 판정 불이행 문제로 인해 돌이킬 수 없는 갈등이 쌓이게 되었다. 판정 이행을 감소한 이유는 이행을 위해 허용된 기간을 지키지 못하고 계속 이를 연장하거나, 적절한 이행조치를 취했는지 여부가 또 다른 국제분쟁으로 연결되는 경우가 많아졌기 때문이다. 불행히도 DSP 시스템의 창시자이자 최대 지지국인 미국이 가장 빈번한 불이행국으로 전락하게 되었다. 미 의회의 이익 정치에 사로잡힌 미국이 반복적으로 이행 문제를 극복하지 못했다. 불이행 국가를 압박하기 위해 합법적 무역보복이 사용되기는 하지만, 이 접근 방식이 항상 국가를 이행하도록 강제하는 것은 아님이 드러나게 되었다.

WTO의 상소기구는 미국의 공식적인 반대로 인해 후임자를 선임하는 데 합의가 이루어지지 않아 마지막 상소기구 위원의 임기가 2020년 11월 30일에 만료된 이후로 기능을 멈추었다. WTO 분쟁해결 체제는 현재 심각한 위기에 직면해 있다.

B. FTA

많은 자유무역협정(FTA)들이 몇 가지 혁신적인 접근법으로 대체 분쟁 해결 시스템을 갖추기 시작했다. 무역보복의 대안으로 제안된 “금전 지불(monetary assessment)” 시스템은 그러한 접근법 중 하나다. 대표적인 예는 한미 FTA의 분쟁해결제도다. CPTPP에서 금전 지불 방안이 판정 이행시까지만 허용되는 임시 조치인데 반해, 한미FTA는 패널판정 이행의 영구적인 대안으로 금전 지불제도를 도입하고 있는 것으로 해석된다. 한미FTA가 금전 지불이 일시적 수단이라는 언급이 없는 상태에서, 패배한 당사자가 돈을 지불한다고 통보하면 승리한 당사자는 보복을 취하지 못한다고 규정하고 있기 때문이다.

패널 판정을 이행하는 것에 갈음하여 금전을 지불하는 것으로 분쟁을 종료시키는

것은 국제법 위반 문화를 상시화하게 되고, 국내 이익집단 정치를 촉진할 수 있다. 부유한 국가들은 개발도상국보다 이러한 대안 해결책을 더 자주 활용할 수 있게 되는 문제점도 있다.

C. MPIA

최근 유럽연합은 다자적 임시중재제도(MPIA)라는 접근법을 도입했다. 이 접근법은 중재판정이 WTO의 상소기구의 역할을 대신하도록 고안되었다. MPIA가입국간에는 WTO 패널 판정을 최종적인 것으로 승인하던지 아니면 WTO 상소기구가 아닌 MPIA 중재절차에 회부하여 이러한 중재판정을 최종적인 것으로 수용해야 한다.

이러한 구상은 WTO 패널 판정에서 패배한 당사국이 상소기구에 상소할 권리가 있으며, 상소기구가 기능하지 않기 때문에 상소기구가 기능할 때까지 기다릴 것이라고 주장하여 WTO 패널의 판정을 채택할 수 없다고 주장하여 절차를 지연시킬 수 없다는 것을 의미한다. 이미 마비된 상소기구에의 전략적 상소를 통해 패널판정을 무용지물로 만드는 것을 방지하기 위한 것이다.

이 MPIA는 WTO 분쟁해결 시스템을 마비시키려는 미국의 접근에 대한 전략적 반격이다. 문제는 MPIA의 회원국 수가 아직 제한적이라는 것이다. 중국과 일본은 회원국이지만, 싱가포르를 제외한 동남아시아 국가들, 한국, 인도, 대부분의 아프리카와 중동국가들도 회원국이 아니다. 따라서 현재의 26개 회원국(유럽연합은 하나로)을 확대하는 것이 중요한 과제다.

최근 유럽연합이 이러한 과제를 달성하기 위한 제도를 전격적으로 도입했다. MPIA 협정에 가입하지 않은 어떤 국가라도 유럽연합의 이익에 부합하는 WTO 패널의 결정을 이행하지 않으면 유럽연합이 이 국가에 대해 일방적인 보복을 행사할 수 있도록 자체적 무역보복제도를 설계했다. 국제분쟁해결 절차를 부당하게 지연시키는 경우에도 이러한 일방적 보복은 실현된다. 다시 말하면, MPIA에 가입하여 그 체제에 순응하던지, 아니면 WTO 패널판정을 최종적인 것으로 인정하도록 대외적 압박을 가하고 있는 셈이다. 이러한 MPIA 접근법과 유럽연합의 MPIA 비회원국들에 대한 일방적인 보복 위협이 결합하면 MPIA에 가입을 유도하는 효과가 발생할 수 있다고 보는 것이다.

하지만 최악의 시나리오에서는, 예를 들어 미국과 같은 MPIA 비당사국이 EU의 일방적 보복에 대해 다른 일방적인 보복으로 대응할 수 있는 유인책이 생길 수 있다. 이는 전방위적 보복의 악순환으로 이어질 수 있다.

D. 개인의 직접 청구(direct claim) 제도

피해를 입은 개인이 국제 중재 절차에 가해국을 상대로 직접 국제법적 클레임을 제기할 수 있는 권한을 부여하는 것은 또 다른 접근법이다. FTA와 양자 투자보장조약의 ISD(투자자-국가 분쟁해결) 시스템에 따라, 투자자들은 주권 국가에 대해 구속력 있는 중재청구를 제기할 수 있다. 본국이 제공하는 외교적 보호권에 의존해야 하는

전통적 국제분쟁 절차 개념은 투자자 보호 분야에서 근본적으로 바뀌고 있다. FTA에서 이러한 직접 청구를 도입하는 것은 한국 사회에서 한미 FTA의 비준 과정에서 볼 수 있듯이 극도의 논쟁과 사회적 토론 분위기를 불러일으키고 있다. 공공정책이 개인의 무분별한 공격에 국제법적으로 노출되는데 대한 적지 않은 우려와 문제점들이 제기되고 있다.

3. 한국인의 꿈

WTO 분쟁해결 절차의 교착상태를 극복하거나 미국의 정치적 요구에 응답하기 위해서 국제 분쟁해결 시스템을 개혁하기 위한 노력은 많은 창의적인 방법으로 이루어지고 있다. 국제 분쟁의 평화적 해결의 꿈이 실현되는 과정이 얼마나 길고 복잡하든, 그것은 글로벌 마인드를 가진 창의적인 사람들에게 시간과 에너지를 투자할 가치가 있는 작업이다.

한반도는 UN의 국제분쟁 해결 기능의 한계 속에서 수많은 국제적 갈등의 소용돌이에 놓여있다. WTO 상소기구 제도의 마비도 통상대국인 우리 국익에 해롭다. 한미 FTA에 도입된 금전 지불제도도 FTA패널 판정을 영구히 이행하지 않는 수단으로 활용되도록 미측에 의해 의도된 것임을 깨달아야 한다. 국산 반도체나 전기자동차에 대한 미국의 차별적 대우가 한미FTA 위반으로 판정되는 경우라도 미국이 이 판정을 합법적으로 이행하지 않고 금전 지불로 갈음할 수 있다는 말이다. 우리측이 이점을 인식한 상태에서 한미FTA 분쟁해결챕터에 합의했는지는 의문이다. 현행 FTA나 투자협정에 규정되어 있는 ISD조항들도 우리의 공공정책들을 수시로 공격해댈 수 있는 여지가 많다.

국제사회의 평화적 분쟁해결의 꿈은 한국인의 꿈이 되어버렸다. 한발 한발 쌓아올린 평화적 국제분쟁 해결의 꿈과 현실이 적절한 균형을 맞추어 또 다른 지속가능한 체제를 발전시켜 나가도록 우리가 앞장서야 할 일이다.//

북한주민의 법적 지위

오승진(단국대 법대)

1. 헌법 및 국적법

헌법 제2조 1항에 의하면 국민이 되는 요건은 법률로 정한다. 이에 의하면 국민인지 여부는 법률의 규정에 따라야 하며 헌법의 규정은 국민의 요건과 아무런 관련이 없다. 그러므로 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다는 헌법 제3조의 규정에 따라 북한도 대한민국의 영토이므로 북한주민은 대한민국 국민이라는 주장은 타당하지 않다. 국적법 제2조 1항 3호에 의하면 부모가 모두 분명하지 아니한 경우나 국적이 없는 경우에 한하여 대한민국에서 출생한 자는 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다.

국적법의 규정에는 북한주민이 대한민국 국민이라는 규정이 존재하지 않는다. 그러므로 입법론적으로 국민으로 포함되는 것이 바람직한 사람이 있다고 하더라도 법률에 근거규정이 없다면 국민이라고 볼 수 없다. 북한주민은 귀순, 관할권 복종으로 국민이 된다거나 북한주민의 법적 지위를 잠재적 국민, 현실적 국민으로 구분하는 것도 아무런 법적 근거가 없다. 다수의 견해는 대법원 판례(96누1221)가 북한주민을 대한민국 국민으로 본다고 해석하고 있으나 이 판례는 해방 이전에 조선인을 부친으로 출생한 자는 국적에 관한 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 대한민국 국적을 취득한 것이며, 그 이후 북한국적은 이에 아무런 영향을 미치지 않는다고 본 판결이다.

국적법은 출생에 의한 국적취득에 혈통주의를 채택하고 있다. 국적법 제2조 1항 1호 및 2호에 의하면 부 또는 모가 국민인 경우에 자녀는 대한민국 국적을 취득한다. 모든 국민은 가족관계등록에 관한 법률에 따라 가족관계등록이 되어야 하므로 이는 일종의 국적부이다. 부, 모가 국민인 경우에는 출생신고를 통하여 자녀가 등록된다. 부, 모가 국민으로 등록되어 있지 아니한 경우에는 귀화 등 본인의 국적을 확인, 취득하는 절차를 거쳐야만 등록될 수 있다.

북한이탈주민의 경우에는 그 부, 모가 가족관계등록에 국민으로 등록되어 있는 경우를 상정하기 어려우므로 본인의 국적을 확인, 취득하는 절차가 필요할 수밖에 없다. 이러한 절차는 출생신고가 아니므로 후천적인 국적취득이며, 이는 북한이탈주민이 선천적으로는 국민이 아니라는 것을 의미한다.

한국의 다수설은 북한주민을 당연히 국민이라고 해석하고 있으나 이는 법적인 근거가 없는 것을 넘어 한국법의 명백한 규정과 어긋난다. 북한주민은 재외공관 등에 직접 나타나 보호신청을 하는 경우에 통일부장관의 보호결정으로 국적을 인정받는다. 북한이탈주민이 제3국에서 난민의 지위를 신청하는 경우가 많은데, 여러 나라의 법원에서 한국 학자, 현지 대사관의 견해에 따라 북한주민은 한국 국민이라는 이유로 난민의 지위를 거부하고 있다. 한국 정부는 보호신청을 하기 이전의 북한주민을 국민으로 보호하지 않는다. 이는 정부 또는 공무원이 법적 의무를 소홀히 하는 것이 아니라 법률의 규정에 의한 것이다.

2. 북한이탈주민보호법

북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률(북한이탈주민보호법)은 북한주민이 국적을 취득하는 절차를 규정하고 있다. 이 법은 '북한이탈주민'을 북한에 주소, 직계가족, 배우자, 직

장 등을 두고 있는 사람으로서 북한을 벗어난 후 외국국적을 취득하지 아니한 사람이라고 정의한다(제2조 1호). 이 규정에 의하면 ‘북한주민’은 북한에 주소, 직계가족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 사람임을 알 수 있다. 이 규정에 의하면 북한에 주소 등을 둔 중국국적의 화교는 북한주민에 해당하며, 북한에 주소 등을 두지 아니한 북한국적자는 북한주민에 해당하지 아니한다. 중국국적의 재북화교가 북한주민에 해당한다면 북한주민을 대한민국 국민이라고 해석하기는 어렵다.

북한이탈주민이 북한을 이탈하여 재외공관에서 보호신청을 하기까지는 상당한 시간이 걸리는 경우가 있으므로 이 경우에 북한에 주소, 직장을 가진 북한이탈주민으로 인정할 것인지, 사실상의 배우자도 포함할 것인지, 북한을 이탈한 이후에 북한의 직계가족이 사망한 경우에 북한이탈주민의 자격을 상실하는 것인지, 북한이탈주민이라고 주장하는 사람의 진술만으로 요건의 충족을 인정할 것인지(북한이탈주민이 자신의 신상에 관한 문서를 소지하고 이탈할 것을 기대하기는 어렵다), ‘...직장 등’이라는 표현을 사용하고 있으므로 위 4개의 사유 이외에도 추가적으로 북한이탈주민의 요건을 충족할 사정을 인정할 것인지 등 복잡한 문제가 발생한다. 그러므로 북한이탈주민인지 여부를 가리는 것도 쉽지 않으며, 통일부장관이 북한이탈주민에 해당하는지 여부를 판정함에 상당한 재량이 인정될 수밖에 없다.

북한이탈주민으로서 이 법에 따른 보호를 받으려는 사람은 재외공관 등에 보호를 직접 신청해야 하며(제7조 1항), 통일부장관은 심의를 거쳐 보호 여부를 결정한다(제8조 1항). 대한민국은 보호대상자를 인도주의에 입각하여 특별히 보호한다(제4조 1항). 항공기 납치, 마약거래, 테러, 집단살해 등 국제형사범죄자, 살인 등 중대한 비정치적 범죄자, 위장탈출 혐의자 등은 보호대상자로 결정하지 않을 수 있다(제9조 1항). 위 법이 말하는 보호는 국적의 부여와 관련이 없으며 정착지원의 의미만을 갖는다는 견해가 있으나 이러한 주장은 타당하지 않다.

첫째, 위 법은 반복하여 북한이탈주민에게 ‘보호 및 지원’을 한다는 취지를 규정하고 있다(제1조, 제2조 등 참조). 따라서 보호에는 정착지원 이상의 의미가 포함되어 있다. 북한이탈주민에게 정착지원을 하려면 보호신청인이 위 법에서 말하는 북한이탈주민에 해당하는지 여부가 먼저 판단되어야 하므로 보호에는 국적부여의 의미가 포함되어 있다. 북한이탈주민은 대한민국 국적을 취득하면서 스스로 정착지원을 받지 않겠다는 의사를 표시할 수도 있을 것이나 국적 취득을 하지 않으면서 정착지원만 받겠다는 의사를 표시하는 것은 허용되지 않을 것이다. 정착지원은 위 법상의 북한이탈주민에 해당하는 것을 전제로 하는 것이다. 그러므로 통일부장관의 보호결정은 북한주민에게 국적을 부여하는 절차라고 보는 것이 타당하다. 남북한 사이의 관계에 관한 법률에서 국가와의 사이에서 사용되는 용어를 사용하지 않는 경우는 흔하다. 예를 들어, 출입국관리법에 의하면 외국인이 출입국할 때에는 법무부장관의 출입국허가를 받아야 하지만 남북교류협력에 관한 법률에 의하면 남북한 주민이 남북한을 왕래할 때에는 통일부장관의 방문허가를 받아야 한다. 출입국허가와 방문허가는 그 대상이 북한주민인지 여부만 다를 뿐 실체가 동일하다. 마찬가지로 귀화허가와 보호결정은 이름만 다를 뿐 실체가 동일하다. 한국법상 북한이 대한민국 영토라는 것은 영토에 한정된 문제이며 이를 다른 법률문제에 적용하는 것은 타당하지 않다.

둘째, 북한이탈주민이 재외공관 등에서 보호신청을 한 경우에 통일부장관은 신청인이 북한에 주소 등을 두고 있는지, 북한을 벗어난 후 외국국적을 취득하지는 않았는지, 위장탈출은 아닌지 여부 등을 심사하여 보호 또는 비보호결정을 내리게 된다. 한국 정부는 보호를 신청하는 사람에게 무조건 국적을 부여할 수는 없으며, 북한이탈주민이라고 주장하는 사람이 진정으로 북한이탈주민인지 여부를 심사하는 기능을 포기할 수 없다. 그러므로 그 절차는 국적인정

이나 국적부여절차일 수밖에 없다. 신청인이 비보호결정을 받으면 국적을 취득할 수 없으므로 보호결정에는 국적부여의 의미가 포함되어 있다. 통일부장관은 법에 따라 북한이탈주민에 대하여 비보호결정을 통하여 국민으로 받아들이지 않을 수 있으며, 이는 법이 허용하는 것이다. 북한에 주소 등을 두지 않은 북한국적자(예를 들어, 제3국에서 난민지위를 인정받아 장기간 거주한 경우)에는 북한주민이 아니므로 비보호결정을 받으며, 이러한 사람들은 실무상 국적판정으로 국적을 취득할 수 있다(예를 들어, 북한이탈주민이 위조여권으로 입국한 이후 보호신청을 하지 않고 장기간 경과된 경우). 국적판정은 국내에서만 신청이 가능하므로 북한주민이 아닌 북한국적자가 국적판정을 신청하는 것은 극히 어렵다.

셋째, 비보호결정을 받은 신청인은 입국 및 국적취득이 거부되므로 심각한 불이익을 받는다. 이는 행정법상 행정행위에 해당하므로 불복의 대상이 된다. 만일, 보호결정에 국적취득의 의미가 포함되어 있지 않다면 비보호결정을 받은 신청인이 소송을 통하여 국적을 취득할 방법이 없어지게 된다. 현재, 적지 않은 보호신청인들이 재외공관의 조사과정에서 비보호결정을 받는 것으로 보이며, 이들은 아무런 법적 보호를 받지 못하고 있다.

넷째, 위 법은 위장탈출 혐의자를 보호대상에서 제외하고 있는데, 이는 진정으로 대한민국 국민이 될 의사가 없이 다른 목적으로 보호신청을 하는 사람을 말한다. 북한주민이 대한민국 국민이라면 위장탈출 혐의자를 보호대상에서 제외할 이유가 없으므로 이 규정은 보호결정이 국적부여의 의미를 갖는다는 점을 잘 보여준다. 국가유공자 및 월남귀순자특별원호법(1962), 월남귀순용사특별보상법(1979), 귀순북한동포보호법(1993)이 시행될 당시에는 북한에 항거하여 귀순한 정도에 이르는 북한주민만을 국민으로 받아들였으므로 보호에서 제외하는 규정을 둘 필요가 적었으나 북한이탈주민보호법의 시행으로 원칙적으로 모든 북한이탈주민을 국민으로 받아들여지게 됨에 따라 보호에서 제외되는 사유를 규정하게 되었다. 귀순이라는 용어는 한국법상 더 이상 사용되지 않는다.

다섯째, 재외국민보호를 위한 영사조력법은 외국에 거주, 체류 또는 방문하는 대한민국 국민을 재외국민이라고 정의하면서(제2조 1호), 국가는 영사조력을 통해 재외국민의 생명, 신체 및 재산을 보호하기 위하여 노력하여야 한다고 규정하고 있다(제3조 1항). 이에 반하여 북한이탈주민은 재외공관 등에 '직접 보호를 신청한 경우에 한하여 인도주의에 입각하여 특별히 보호'되므로 한국법상 국민과 북한이탈주민 사이에는 보호의 요건과 정도가 다르다. 이는 북한주민이 보호결정을 받기 이전에는 국민이 아니라는 것을 의미한다.

3. 결론

북한이탈주민은 다른 외국인과 달리 본인이 직접 재외공관에 나타나 보호를 신청하기만 하면 비교적 쉽게 국적을 취득할 수 있는데, 본인의 의사와 상관없이 이미 국민이라고 해석해서는 아니 된다. 제3국에서 난민지위를 신청한 북한이탈주민은 보호신청을 할 의사가 없는 것이므로 국민이 될 의사가 없는 것이다. 제3국 법원의 난민재판에서 북한주민은 대한민국 국민이라는 다수설의 견해를 참고하여 북한이탈주민에 대한 난민인정이 거부되는 것은 심각한 문제이다. 북한이 대한민국 영토라는 헌법 규정은 단지 영토문제에 관한 것일 뿐, 한국법은 북한과 북한주민과 관련된 특별한 입법을 다수 가지고 있다. 이러한 입법들은 그 취지에 맞게 해석되어야 하며 헌법의 영토규정을 들어 법률의 규정을 무시해서는 아니 된다. 한국법은 북한주민의 법적 지위에 관하여 비교적 명확한 규정을 두고 있으나 이에 대한 해석은 매우 잘못되어 있다. 이에 관한 올바른 해석만이 북한이탈주민의 인권을 조금이라도 보호하는 방안이다.

독일의 보편적 형사관할권과 북한인권책임

German Universal Jurisdiction Practice and Accountability of the North Korean Human Rights Crimes¹⁾

원재천/ 한동대학교 법학부 교수 및 국제법센터 소장

1. 북한인권책임과 국제형사법 (International Criminal Accountability)

1.1 북한인권침해는 인도에 반하는 범죄행위

유엔북한인권조사위원회 (Commission of Inquiry on Human Rights in the Democratic People's Republic of Korea: 이하 COI)는 보고서를 통해 북한 인권침해 상황이 북한이 주도한 “인도에 반하는 국가범죄”라는 것을 명시하였다. 사실상 COI 위원회는 유엔이란 보편적 국제기구를 통해 북한 인권범죄에 대한 형사 공소제기를 했다고 간주할 수 있다.

1.2 유엔 북한인권조사위원회 보고 내용

유엔 인권이사회는 2013년 3월 21일 채택한 결의안 22/13호를 통해 북한에 대한 유엔 인권조사위원회를 설치하였다. 2014년 본 위원회는 북한에서 자행되고 있는 ‘절멸, 살인, 노예화, 고문, 구금, 성폭행, 강제 낙태, 정치·종교·인종·성차별적 근거에 따른 박해, 주민의 강제 이주, 강제 실종, 그리고 고의적인 장기 기아 (famine) 사태’를 유발하는 한 것에 대한 직간접 증거를 수집하였고, 이를 바탕으로 결국 북한의 인권 침해행위는 조직적이고 광범위한 (systematic and widespread) 국가범죄 (State Crime)이며 국제형사법과 국제형사재판소 로마 규정에 명시된 “인도에 반하는 범죄”의 범죄구성요건을 충족한다고 명시하였다.

COI 위원회는 북한의 주요 가해자들에게 형사책임을 엄중히 물을 수 있도록 유엔 안전보장이사회가 북한을 국제형사재판소에 회부하는 방안과 유엔이 구 유고 전범재판소 같은 특별 재판소를 설립하여 북한 인권 책임 구현할 것을 권고하였다. 유엔 안전보장이사회는 현재까지 북한에 대한 국제 형사책임을 묻지 않고 있다.

2. 보편적 관할권 이해 (Universal Jurisdiction)

보편적 형사관할권이란 해적행위같이 범죄행위의 흉악성과 인류에 대한 피해의 상징성 때문에 피의자 및 피해자의 국적 및 범행 장소를 불문하고 범죄의 성질이 ‘모든 인류의 적’ (hostes humani generis, enemies of all mankind)으로 인정될 만큼 중대한 국제의무 위반일 경우 어느 국가든지 기소와 재판을 할 수 있다는 국제 공동체적 보편주의에서 유래했다.

보편적 관할권의 본질은 속지적·속인적 관련성이 없이 범죄의 성질 때문에 모든 국가가 역외 사건과 사람에 대한 관할권을 갖는다는 역외적 관할에 관한 원칙을 기반으로 한다. 즉 해당 국가는 외국에서 외국인에 의해 외국인을 상대로 이루어진 행위, 자기 영토 밖에서 행해진 행위를 처벌하는 경우 보편적 관할권을 행사한다고 볼 수 있다²⁾.

보편적 관할권은 1998년 칠레의 독재자 피노체트 (Pinochet) 사건으로 실질적으로 주목을 받기 시작했는데, 피노체트가 병 치료차 영국에 입국하자 스페인의 Garzon 치안판사는 피노

1) 본 발제문은 2024년 ILA 학회 발표용이며, 논문작성 중언바 인용 등을 삼가 요함

2) 보편적 관할권에 관한 프린스턴 원칙: The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton University Program in Law and Public Affairs, *Princeton Project on Universal Jurisdiction* (2001).

체트 재임 시 행한 범죄행위로 기소된 피노체트의 신병 인도를 영국에 요구했고 영국이 이를 받아들인 사건이다. 이는 스페인 법원에 칠레 독재 피해자들이 당시 책임자였던 피노체트를 스페인에 고소하고 스페인 검찰이 기소하면서 시작되었다.

일반적으로 보편적 관할권이 행사되는 범죄는 제노사이드 (집단살해죄), 전쟁범죄, 인도에 반한 죄 등이다. 그러나 최근 고문행위, 강제실종 (납치), 독재국가 지원행위, 유엔 제재 위반 등 다양한 위법행위에 대한 형사책임을 묻고 있다.

그렇다면 북한에서 북한 사람을 대상으로 행하여진 행위라도 범죄의 성질이 인류에 대한 폐해로 인정된다면 어느 국가든지 보편적 관할권을 행사할 수 있다는 것을 의미한다.

3. 독일의 보편적 관할권

유럽국가 중 현재 유의미한 보편적 관할권을 행사하는 국가는 독일이다. 독일은 2002년 국제형사재판소 로마 규약을 반영한 국제법위반범죄 이행법 (Code of Crimes against International Law: *Völkerstrafgesetzbuch-VStGB*)을 제정하여 보편적 형사 관할권을 법제화하였다. 이로써 독일 형법은 국제범죄가 독일과 구체적인 관계가 없다 하더라도 제노사이드 협약 및 제네바 협약, 로마 규약을 위반하는 모든 범죄에 대하여 관할권을 행사할 수 있음을 명시하고 있다.

독일에서는 보편적 관할권 사건에 대하여, 독일 검찰총장 (Federal Prosecutor General: *Generalbundesanwalt*) 이 수사를 주관·감독하고 독일연방수사청 (Federal Criminal Police Office: *Bundeskriminalamt*)이 수사한다.

주목할 만한 보편적 관할권 판례는, 2022년 독일의 법원이 보편적 관할권을 통해 시리아에서 저질러진 인도에 반한 범죄를 단죄하여 시리아 국적의 피고인에게 무기징역을 선고하였다.³⁾ 특이한 점은 독일의 “유럽 헌법과 인권 센터” (European Center for Constitutional and Human Rights)라는 민간단체가 피해자들을 대표하여 검찰에 고발장 (Complaints)를 제출하며 수사가 개시됐다는 점이다.

국제형사재판소나 유엔안전보장이사회에서도 해결할 수 없었던 시리아 내전 중 행하여진 국가 주도 인권범죄를 보편적 관할권으로 독일에서 가해자 책임을 물었다는 중요한 시사점을 가진다.

4. 독일 형사법 제도를 통한 북한인권책임 구현

4.1 북한의 국제법적 책임

북한은 1989년 제노사이드 협약에 가입하였고, 1957 제네바 협약 가입국으로 제노사이드 범죄, 인도에 반하는 범죄 등에 반하는 행위를 하면 안 되는 국제법적 책임이 있는 국가이다.

북한은 성분 제도를 기반으로 전 국민을 53계층으로 나누고 제도적으로 교육권, 건강권, 직업 선택권, 주거권 등을 차별하는 행위를 하고 있는데, 이러한 행위는 국가정책과 제도로 ‘조직적이고 광범위’ (systematic and widespread) 하게 이루어지고 있으며, 특히 기독교인 같은 특정 집단을 구분하고, 박해하며 절멸하는 행위는 최소한 ‘인도에 반하는 범죄’와 더불어 ‘제노사이드 범죄’의 구성요건도 충분히 충족시킨다고 사료된다.

3) 시리아 사건 사례 (Cologne Syrian Torture Trial):

두 명의 시리아 정보부 요원들이 2011년과 2012년 기간 중 알가티 수용소 (Al-Khatib)에서 자행한 중대한 국제법 위반죄로 보편적 관할권을 통해 독일 법정에서 재판을 받은 사건이다.

4.2 독일과 북한인권형사책임 구현

독일 형법상 독일은 용의자(피의자)가 독일에 존재하지 않아도 수사를 착수할 수 있다. 국제 인권침해 사건인 경우 피의자를 특정할 수 없는 경우에도 입건하여 피해 규모와 범죄 배경에 대하여 예비 수사 (Structural Investigation: *Strukturemittlungsverfahren*) 를 할 수 있다.⁴⁾

독일 검찰은 사건의 중대성과 독일인이 피해자나 가해자인가, 독일과 관계성과 독일에 대한 영향, 국제 인권 및 형사 정의의 당위성 등을 종합적으로 검토하여 정식으로 공소를 제기할 수 있다. 독일 법원은 피고인의 신병을 확보해서 재판을 개시하기 위해 피고인에 대한 국제 체포영장 (International arrest warrant) 을 발부한다. 원칙적으로 독일의 형사재판은 적법 절차 (due process)의 틀 안에서 피고인의 변호할 수 있는 권리를 보장하기 위해 피고인의 신병을 확보한 후 개시한다.

결론적으로, 이론과 실례를 볼 때 독일 사법당국은 보편적 관할권의 틀 안에서 북한 인권범죄를 수사할 수 있고, 2023년 국제형사재판소가 러시아 푸틴 대통령에 대하여 우크라이나 점령지 내 아동 납치(강제 이주) 사건으로 체포영장을 발부한 것처럼, 독일의 법원도 북한의 최고지도자에 대한 체포영장을 발부할 수 있다. 독일 검찰이 북한의 군과 당 지도부 등 북한 인권침해 가해 책임자에 대해 입건하여 예비조사를 착수하고 정식으로 기소하고 재판 개시를 위해 독일 법원이 피고인에 대한 체포영장을 발부한다면 북한인권책임 구현에 의미 있는 전환점이 될 것이다.

참고문헌

1. 단행본/보고서

박강우. 『통일 후 북한지역에 대한 불법청산 및 범죄자 처리방안 연구』. 서울: 한국형사정책연구원. 1999.

법무부. 『통일독일이 구동독 체제 불법청산 개관』. 과천: 법무부, 1995.

이규창 외. 『북한 책임규명 방안과 과제: 로마규정 관할범죄에 대한 형사소추 문제를 중심으로』

Collins Robert, *Marked for Life: Songbun, North Korea's Social Classification System*, The Committee for Human Rights in North Korea, Washington, DC 2012.

International Criminal Court. *Elements of Crimes*, Hague: International Criminal Court, 2011.

UN A/HRC/25/CRP.1: *Report of the detailed findings of the Commissions of Inquiry on Human Rights in the Democratic People's Republic of Korea* (May 2014)

Trial International. *Universal Jurisdiction Annual Review*, Geneva 2023.

2. 논문

김상걸. “인도에 반하는 죄의 상황적 구성요건.” 『국제법학회논총』, 제61권 제1호, 2016.

박병도. “국제범죄에 대한 보편관할권.” 『국제법학회논총』, 제49권 제2호.

이규창. “북한인권 침해행위에 대한 국제형사처벌.” 『국방연구』, 제57권 제3호, 2014.

최태현. “북한에서 인권의 중대한 위반을 행한 개인에 대한 형사책임의 추궁.” 『법학논총』, 제34권 제1호.

4) Section 1 VStGB.; BT-Drucksache 14/8524 p. 37 and 38

대한민국의 전쟁 중 국가에 대한 무기 지원 관련 법적 검토

정 민 정(국회입법조사처 입법조사관)

윤석열 대통령은 2023년 4월 8일 로이터 통신 인터뷰에서 “국제사회가 용인할 수 없는 대규모 민간인 공격, 대량학살, 전쟁법 위반 사안 발생시 인도적 및 재정 지원만 주장하기 어렵다”라고 언급하였다. 이에 대해 크렘린 대변인은 “한국의 무기 지원은 분쟁에 대한 일정 정도의 개입을 의미한다”라고 논평하였고, 러시아 외무부는 “우크라이나에 대한 어떤 무기 제공도 반러 적대행위로 간주하겠다”라고 밝힌 바 있다.

국내 일각에서는 교전 중인 국가에 무기를 지원할 때 국회의 동의를 받아야 한다는 주장이 나왔고, 이는 제21대 국회에서 「방위사업법」, 「군수품관리법」 개정안의 제안으로 이어졌다.

이 글에서는 분쟁당사국에 대한 무기 지원의 위헌성과 국회 통제 가능성을 검토하기 위해 우크라이나 무기 지원의 국제법적 의미와 해외 주요국 의회의 우크라이나 무기 지원 관여 양상에 대해 살펴보기로 한다.

선전포고, 해외파병에 대해서는 「헌법」 제60조제2항에서 명문으로 국회의 동의권을 규정하고 있으며, 지금까지 우리나라의 모든 파견 및 파견연장은 국회의 동의를 받았다. 하지만 무기 지원에 대해서는 명문의 규정이 없다.

국군의 해외파견이나 선전포고 등에 관한 결정은 국민의 생명과 신체의 안전뿐 아니라 크게는 국가의 운명이 걸려있는 매우 중요한 사항이다. 그 바람직한 결정을 위해 국제정치관계, 사회·경제적 사정 등 당시 주변의 여러 가지 상황에 대한 종합적 분석과 함께 앞으로의 국제관계의 변화와 그 속에서의 우리나라의 바람직한 위치, 국가가 앞으로 나아가야 할 방향 등 미래를 예측하고 목표를 설정해야 한다. 따라서 그 결정은 많은 사람의 지혜를 모으고 수많은 논의를 거쳐 이루어져야 하며 이를 위해 「헌법」 제60조제2항에서는 국민의 대의기관인 대통령과 국회가 상호견제 속에서 토론과 숙고를 거쳐 결정하도록 하고 있다. 이와 같은 논리는 우리나라가 중립국의 지위를 잃고, 공동교전자가 될 수 있는 위험에 빠뜨릴 수도 있는 무기 지원 결정에도 적용될 수 있을 것이다.

전쟁에의 참여는 단순히 한 국가 내의 문제가 아닌 국제법적인 사안이고, 헌법상의 전쟁 규정은 기본적으로 국제조약을 기반으로 하고 있다. 따라서 헌법상 전쟁에 해당하는지를 판단하기 위해서는 국제법적 논의를 살펴보아야 한다.

우크라이나 무기 지원의 국제법적 의미에 대해서는 ① 중립법규 위반이고 공동교전국으로 간주될 수 있다는 견해(긍정설), ② 제한적 중립(qualified neutral)에 따르면 중립법규 위반이 아니라는 견해(부정설), ③ 중립법규 위반이나 참전은 아니라는 견해(절충설)가 있다.

해외 주요국은 우크라이나 무기 지원과 우크라이나군 군사훈련 지도는 하고 있지만, 아직 어느 국가도 자국의 군대를 파견하지는 않고 있다. 해외 주요국은 ② 또는 ③의 견해에 따라 우크라이나 무기 지원과 우크라이나군 군사훈련 지도로 중립국으로서의 지위를 잃고 교전국으로 간주되는 것은 아니라고 해석하고 있다. 그래서 주요국 의회는 우크라이나 무기 지원에 대해 헌법상의 동의권 등을 행사하는 식으로 관여하는 대신 일상적인 국정 운영의 테두리 안에서 의회의 권한을 행사하고 있다.

우크라이나 무기 지원에 대해 의회가 특별법을 제정한 나라로는 미국(「우크라이나 민주주의 수호를 위한 2022년 무기대여법」)과 이탈리아(「우크라이나 위기의 경제적 및 인도적 영향에 대응하기 위한 긴급 조치」)가 있다. 독일은 분쟁지역으로의 무기 수출을 금지했던 정책 기조를 바꾸고, 의회에서 중화기 지원 결의를 하였다. 다른 국가들은 법률보다 하위규범의 형태로 특례 규정을 마련하여 우크라이나 무기 지원을 하고 있다.

그런데 제21대 국회에서 해외 무기 지원에 관한 국회 동의를 규정하는 법률안이 발의되었다. 우리 헌법은 전문에서 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지할 것을 헌법이념의 하나로 들고 있으며 이를 구체화하기 위하여 제5조제1항에서 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다”라고 규정하고 있다. 그리고 제60조제2항에서 선전포고에 대한 국회의 동의권을 규정하고, 제73조에서 대통령에게 선전포고 권한을 부여하는 동시에 제89조 제2호에서 선전을 국무회의의 의결사항으로 규정하고 있다. 유진오가 남조선과도정부 사법부 조선법전편찬위원회 헌법분과위원회의 위촉을 받아 작성·제출(1948. 5.)한 이른바 ‘유진오 헌법초안’을 보면 헌법제정 당시 우리나라가 엄정중립(嚴正中立)을 유지하고 중립국으로 나아가려는 의지가 상당히 있었음을 알 수 있다. 우크라이나 무기 지원만으로 우리가 공동교전국이 되지는 않아도 여전히 중립법규 위반이 될 수 있다는 견해도 꽤 설득력 있게 제시되고 있으므로, 헌법제정권자들이 염원한 엄정중립 유지를 위해 해외 무기 지원에 관한 국회 동의를 규정하는 입법안이 발의된 것으로 보인다.

하지만 해외 무기 지원에 관한 국회 동의를 규정한 법률안은 우리 법체계와의 정합성 문제가 있고, 다른 해외 주요국의 의회 대응과 균형이 맞지 않으며, 의도와는 다르게 국제사회에 부정적 시그널을 보낼 수 있으므로 입법에 신중할 필요가 있다.

「방위사업법 일부개정법률안」 제57조제6항과 「군수품관리법 일부개정법률안」 제15조의2 제1항에서는 주무부처의 장이 전쟁 중이거나 내전이 발생한 지역에 인명을 살상하는 전투장비 및 탄약 무기를 수출할 때에는 국회의 동의를 받아야 한다고 규정(신설)하고 있다. 이번 개정안과 가장 흡사한 해외 입법례는 미국의 「무기수출통제법」상 의회의 무기 거래 비승인 공동 결의안 규정이다. 미국의 경우 「미 헌법」에서 통상 규제 권한, 전쟁 선포 권한, 육군의 모집·편성·유지 권한, 해군의 창설·유지 권한 등을 의회의 권한으로 명시하고 있기 때문에, 미 의회는 이를 행정부에 위임하는 법률을 제정하면서 무기 거래 비승인 공동 결의안의 채택으로 행정부를 견제하고 있다. 우리 「헌법」의 제60조제2항에서는 선전포고에 대한 국회의 동의권을 규정하고 있는데, 해당 규정이 국회 동의 규정을 신설할 수 있는 헌법적 근거로 충분하지를 미국의 입법례와 비교하여 종합적으로 검토한 후 국회 동의 규정의 신설 여부를 결정할 필요가 있다.

「방위사업법 일부개정법률안」 제57조제7항과 「군수품관리법 일부개정법률안」 제15조의2 제2항에서는 비상사태가 발생한 때에는 대통령이 사전에 전항(前項)에서 규정하고 있는 국회의 동의를 받지 않아도 전시 또는 내전 중인 국가에 전쟁무기를 이전할 수 있고, 30일 이내에 국회의 사후동의를 받아야 하며, 국회의 동의를 받지 못하면 이후 대외 이전은 중지된다고 규정(신설)하고 있다. 이는 미국의 「무기수출통제법」에 있는 비상사태 면제 조항을 참고한 것으로 보이는바, 개정안은 행정부의 절차 우회를 방지하기 위해 국회의 사후동의라는 요건을 추가함으로써 미국보다 더 강력한 절차적 통제 수단을 마련하고 있다. 이러한 점을 비롯하여 현행 법체계와의 정합성 문제, 해외 주요국의 입법례 등을 종합적으로 검토한 후 입법정책적으로 결정할 사항으로 보인다.

국가연락사무소(NCP) 이의신청 절차에 관한 법적 고찰¹⁾

2023년 2월29일(목)

홍익대 법대 교수 강준하

1. NCP 이의신청 절차

NCP를 통한 이의신청 절차는 다국적기업의 기업행위가 국제기준인 OECD 다국적기업 가이드라인에 위배된다는 것을 이유로 이해관계인이 NCP에 문제를 제기하고 NCP가 주선(Good Office)이나 조정(Mediation) 등의 절차를 제공하여 당사자간 분쟁해결을 도모하는 절차이다.²⁾ NCP 이의신청 건수는 꾸준히 증가하고 있는데, 최근 수년간 매년 30-40여건의 사건이 접수되고 있다. 2000년부터 2023년까지의 NCP 분쟁처리 현황을 살펴보면, 접수된 총 595건 중 347건이 종결되었고, 203건은 추가 조사가 필요하지 않은 것으로 결정되었으며, 45건은 아직 진행 중이다.³⁾ NCP 이의신청 절차는 기본적으로 3단계로 나뉜다.⁴⁾ 1단계는 이의신청 사건 접수 및 1차 평가(initial assessment), 2단계는 주선, 조정 등을 제공하여 당사자간 합의 도출을 도모하는 단계, 3단계는 NCP의 최종성명서 공표 등 절차종결단계이다. 한국 NCP에 접수된 사건 수는 다른 국가와 비교해 볼 때 많지 않은 편이나, 한국 기업의 해외 투자 및 영입이 늘어날수록 그 과정에서 현지 근로자, 지역공동체, 환경단체, 노동단체 등의 이해관계자와 분쟁이 발생할 개연성이 크다.⁵⁾

2. NCP 이의신청 절차의 특징과 장점

NCP 이의신청 절차는 기업의 분쟁을 다룬다는 점에서 국내 소송절차 및 중재 등 다른 분쟁해결절차와 유사하지만 여러 측면에서 이들과는 다른 특징과 장점을 가지고 있다.⁶⁾ 첫째, NCP가 가이드라인 위반과 관련하여 발생한 분쟁을 해결하기 위한 논의와 협의의 장을 제공할 책임을 지고 있기는 하지만 국내 법원과 같은 사법기관은 아니며, 분쟁업무만을 전담하고 있지도 않다. NCP는 기본적으로 비사법적 고충처리 기능(Non-Judicial Grievance Mechanism)을 수행하면서, 그 외에도 가이드

- 1) 본고는 2023년 5월 외법논집 제47권 제2호에 게재된 내용을 ILA 세미나 발표를 위해 수정한 것임.
- 2) 용어와 관련하여, 국제법학자들은 “Mediation”을 “중개”로 번역하지만 한국 NCP는 이를 “조정”으로 번역한다. 본고에서는 이해의 혼선을 줄이기 위해 실무적으로 사용되는 용어인 “조정”으로 번역·사용하기로 한다.
- 3) NCP 이의신청 사건과 관련된 자세한 통계는 <https://mneguidelines.oecd.org/database/> 참조 (2023년4월23일 최종방문).
- 4) Procedural Guidance I.C 참조.
- 5) 한국 NCP 이의신청 사건 현황에 관하여는 <http://www.ncp.or.kr/servlet/kncp/kor/4000> 참조 (2023년3월24일 최종 방문).
- 6) NCP 이의신청 절차의 특징과 장점 그리고 한계에 관하여는 강준하, “분쟁해결기구로서의 국가연락사무소(NCP)의 기능과 역할”, 「홍익법학」 제19권 제1호 (2018.2), pp 411-440 참조.

라인의 확산과 증진을 위한 대외 활동을 수행한다.

둘째, NCP 이의신청 절차는 신청적격을 폭넓게 인정하고 있다. 통상적으로 소송의 경우에는 소송적격을 엄격하게 제한하지만 NCP 이의신청 절차에서는 직접 피해자가 아니더라도 일정한 이해관계를 가지고 있다면 이의신청을 할 수 있다. NCP 국가에서 기업활동을 하거나 NCP 국가에 근거를 두고 해외에서 기업활동을 하는 기업이 가이드라인을 위반한 경우, 정당한 이해관계를 가지고 있는 개인이나 기관은 이의신청을 제기할 수 있다. 많은 경우 피해를 입은 개인이나 마을 등은 권리구제에 취약하거나 관련 절차를 모르기 때문에, 노동조합(trade union)이나 비정부기구(NGO) 등이 이들을 대신해서 이의신청 절차를 제기한다.

셋째, NCP는 엄격한 규범의 적용과 해석 보다는 문제해결에 초점을 맞추어 당사자들에게 적합한 해결책을 모색하기 위해 시도한다. 이를 위해 NCP는 당사자들간에 회합하여 합의를 도출할 수 있도록 주선을 제공하며, 경우에 따라서는 조정 등의 절차를 제공하기도 한다. 이들 절차는 기본적으로 법원의 소송과 같은 대립적 구도를 염두에 둔 것이 아니라 당사자들간의 협의와 비대립적 해결방식을 전제로 하고 있다. 주선이나 조정은 당사자들간의 자발적 참여와 합의에 기초하기 때문에, 결국 문제해결의 관건은 당사자들이 얼마나 성의있게 해당 절차에 임하는지 여부이다.

넷째, NCP 이의신청 절차는 미래지향적이라는 점이다. 위에서 언급한 바와 같이 NCP는 법원과 같은 사법기관이 아니고 이의신청절차는 소송절차가 아니기 때문에, 기업이 가이드라인을 위반하더라도 기업에 직접적인 제재를 가하거나 기업에 배상을 강제할 수 없다. NCP 이의신청 절차의 장점은 이의신청 절차를 통해 단순히 해당 사건의 해결 뿐 아니라, 많은 경우 기업들로 하여금 문제가 되는 기업의 관행과 내부 절차를 개정하는 한편 궁극적으로 기업 자체의 정책까지도 변경하도록 한다는 점이다.⁷⁾

다섯째, 이의신청 절차는 분쟁해결 측면에서 효율성을 가진다. 이의신청 사건은 해당 분야의 전문성을 지닌 조정전문가들이 개입하여 해결을 도모한다는 점에서 장점을 가지고 있으며, 원칙적으로 12개월이라는 비교적 짧은 시간에 사건을 종결하기 때문에 시간과 비용측면에서도 효율적으로 분쟁해결을 도모할 수 있다.

3. 한국 NCP 이의신청 절차에 대한 제언

한국 NCP에 대한 동료심사는 서면 및 현지 실사를 중심으로 2019년~2020년 이루어졌으며, 2021년에 NCP 동료심사 최종보고서가 채택되었다.⁸⁾ NCP 동료심사 보고서는 이의신청 절차를 포함하여 한국 NCP의 전반적인 활동상황을 평가하고 개선

7) 실제로 2011년부터 2019년까지 1차평가를 거쳐 추가조사가 이루어진 사건 중 약 1/3이 당사자간 최종합의에 이르렀는데, 대다수 경우에서 기업 내부의 정책 변경이 이루어졌다. OECD, National Contact Points for RBC: Providing Access to Remedy-20 years and the Road Ahead (2020), pp 22-26 참조.

8) OECD, National Contact Point Peer Reviews: Korea (2021), p 5 참조.

사항을 권고하였다. 동료심사단은 NCP 위원회, 사무국, 조정위원회간의 업무분장 및 책임이 명확하지 않고, 이로 인해 이해당사자들이 이의신청 절차 과정에서 혼란을 겪을 수 있다는 점을 지적하면서 이에 대한 개선을 권고했다.⁹⁾ 둘째, 최종성명서에 담긴 권고가 일반적이고 추상적이며 제기된 문제에 대한 보다 직접적인 해법을 제시하지 못하고 있음을 지적하면서, NCP가 문제가 된 사안에 적용되는 가이드라인과 실사지침의 내용을 적시하고, 이에 기반하여 보다 구체적인 권고를 행할 것을 제안하였다.¹⁰⁾ 또한 한국 NCP 이의신청 절차에는 후속 이행점검 절차가 구비되지 않은 것을 보완할 점으로 지적하였다.¹¹⁾ 한편으로 일부 NCP가 이의신청 사건 처리 과정에서 한국과의 협조가 어렵다는 문제를 제기함에 따라 다른 가입국 NCP와의 협력관계를 강화할 필요성도 지적하였다.¹²⁾

가. NCP 구조 개선

한국의 NCP는 9명으로 구성된 위원회 형식의 구조로 되어 있으며, 산업통상자원부 투자정책관이 현재 위원장을 맡고 있다. 미국이나 영국 사례를 보면, NCP 조직은 전문성을 가지는 소수로 구성되며 이해당사자들이 폭넓게 참여하는 자문위원회를 두고 있다.¹³⁾ 한국 NCP도 이러한 사례를 참고하여 보다 효율적이고 효과적으로 기능할 수 있도록 구조 개편 방안을 모색해야 할 것이다.

나. 최종성명서의 권고 및 조정전문가 확충

최종성명서에서 문제된 사안에 적용되는 가이드라인의 내용을 보다 상세하게 적시하고, 당사자에 대한 권고도 사안에 맞춰 구체적으로 제시할 필요성이 있다. 또한 최종성명서의 권고와는 별개로 조정절차의 성공률을 높이기 위해 가이드라인에 대한 전문성을 갖춘 조정전문가를 확보할 필요성이 있다.

다. 이행점검 절차 구축

한국 NCP 운영규정에는 이행점검 절차를 별도로 규정하고 있지 않다. 따라서 종전 이의신청 절차에 포함되지 않았던 이행점검 절차를 고안하여 보강할 필요성이 있다.

라. 다른 NCP와의 협력관계 구축

한국 NCP 운영규정에서는 다른 NCP와의 협력에 관한 조항을 두고 있지 않다. 그러나 최근 다양한 형태로 여러 NCP가 관련되는 사건이 발생하고 있는 점을 감안할 때, 해외 관련 사건의 동향 분석을 통해 향후 유사한 사건이 발생할 경우 어떻게 대응해야 할 것인지 일종의 내부 지침을 마련해 두는 것이 필요하다고 사료된다.

9) *Ibid.*, p 29 참조.

10) *Ibid.*, p 29 참조.

11) *Ibid.*, p 29 참조.

12) *Ibid.*, p 30 참조.

13) 다양한 형태의 자문위원회 구조에 관하여는 OECD, Guide for National Contact Points on Structures and Activities (2019), pp 15-19 참조.

WTO 반덤핑조치와 우리나라 대법원 판례 분석 및 시사점

법무법인(유) 화우
변호사 정동원

I. 들어가며

무역위원회의 반덤핑조사·판정과 기획재정부의 덤핑방지관세 부과처분 관련하여 그 간의 행정소송의 판례들을 “소송요건(처분등의 존재와 원고적격)”을 중심으로 살펴보고, WTO 반덤핑협정, 미국 및 EU의 입법례 등에 비추어 시사점을 제시하기로 한다.

II. 일본산 공기압 전송용 밸브 행정소송 대법원 판결(‘대상판결’)

1. 덤핑방지관세부과처분의 경위

- '13. 12. 23. 국내산업, 일본산 공기압 전송용 밸브에 대해 반덤핑조사신청
- '15. 01. 20 무역위원회, 덤핑 및 산업피해 최종 긍정판정
- '15. 08. 19. 기획재정부, 덤핑방지관세부과규칙 공포

일본산 공기압 전송용 밸브에 대한 덤핑방지관세의 부과에 관한 규칙

[시행 2015. 8. 19.] [기획재정부령 제498호, 2015. 8. 19., 제정]

제1조(목적) 이 규칙은 「관세법」 제51조에 따라 덤핑방지관세를 부과할 물품과 공급자를 지정하고 해당 물품에 적용할 관세율을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(부과대상 물품) 덤핑방지관세가 부과되는 물품은 일본산 공기압 전송용 밸브[「관세법 시행령」 제98조에 따른 관세·통계통합품목분류표 번호 제8481.20.2000호에 해당하는 것을 말한다] 중 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 것으로 한다. 다만, 별표 1에 규정된 물품은 제외한다. *이하 생략*

제3조(부과대상 공급자) 제2조에 따른 부과대상 물품의 공급자로 한다.

제4조(덤핑방지관세율) 별표 2와 같다.

[별표1] 생략

[별표2] 덤핑방지관세율(제4조 관련)

| 공급자 | 덤핑방지관세율(%) |
|---|------------|
| 1. 에스엠씨(SMC Corporation) 및 그 회사의 물품을 수출하는 자 | 11.66 |

| | |
|---|-------|
| 2. 씨케이디(CKD Corporation) 및 그 회사의 물품을 수출하는 자 | 22.77 |
| 3. 토요오키(Toyooki kogyo Co., Ltd.) 및 그 회사의 물품을 수출하는 자 | 22.77 |
| 4. 그 밖의 공급자 | 22.77 |

2. 행정소송의 경과

- 1심 (서울행법 2017. 9. 1. 선고 2015구합76360 판결)
 - 원고 : 에스엠씨 가부시킴가이샤(=일본국 법률에 의하여 설립된 법인으로 일본에서 공기업 전송용 밸브를 생산하여 우리나라에 수출)
청구취지 : “이 사건 시행규칙 중 원고에 해당하는 부분을 취소”
 - 피고 : 기획재정부장관
 - 종국결과 : 원고 청구 인용
- 2심 (서울고법 2019. 7. 3. 선고 2017누73251 판결) : (피고의) 항소 기각
- 3심 (대법원 2022. 12. 1. 선고 2017누73251 판결) : (원고의) 소 각하

3. 위 대법원 판결 내용

대법원 판결의 요지는 덤핑방지관세부과에 관한 시행규칙(즉, 기획재정부령)은 원고의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래하지 않으므로 “처분”이라고 보기 어렵고, 덤핑방지관세를 납부하게 될 자는 덤핑물품을 수입하는 화주 등이지 원고와 같이 덤핑물품을 수출하는 자가 아니므로 원고적격이 없다는 취지이다.

법원은 중국 및 인도네시아산 백상지 덤핑방지관세부과처분 취소소송 판결에서 덤핑방지관세부과에 관한 시행규칙의 처분성을 인정한 이후, 여러 덤핑방지관세 취소소송에서 동 규칙의 처분성을 인정하여 본안판단을 하였으나, 이 대법원 판결에서는 동 규칙의 처분성을 부정하여 소를 각하하였고, 그 뒤에 선고된 중국산 FDY 덤핑방지관세 취소소송에서 당사자 사이에 다툼이 없었지만 법원은 동 규칙의 처분성을 부정하여 직권으로 소를 각하하였다.

【주 문】

원심판결을 파기한다. 제1심판결을 취소하고, 이 사건 소를 각하한다.

【이 유】

직권으로 판단한다.

1. 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 (...중략...) 상대방의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위이어야 하고, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로 상대방의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래하는 것이 아닌 일반적, 추상적인 법령 등은 그 대상이 될 수 없다.

2. (생략)

3. 앞서 본 법리에 비추어 이 사건 소의 적법 여부에 관하여 본다.

가. (...중략...) 이 사건 시행규칙에서 덤핑물품과 관세율 등 과세요건을 규정하는 것만으로 납세의무자에게 덤핑방지관세를 납부할 의무가 성립하는 것은 아니다.

나. 이 사건 시행규칙은 수입된 덤핑물품에 관한 세관장의 덤핑방지관세 부과처분 등 별도의 집행행위가 있어야 비로소 상대방의 권리의무나 법률관계에 영향을 미치게 된다.

다. ❶ 이 사건 시행규칙에 근거한 관세 부과처분 등에 따라 덤핑방지관세를 납부하게 될 자는 덤핑물품을 수입하는 화주 등이지 원고와 같이 덤핑물품을 수출하는 자가 아니다.

❷ 그리고 이 사건 시행규칙은 덤핑물품의 수출 또는 수입행위를 규제하거나 외국 수출자와 국내 수입자 사이의 덤핑물품에 관한 법률관계를 규율하지 않는다. 그러므로 이 사건 시행규칙이 그 효력 범위 밖에 있는 원고의 구체적인 권리의무나 법률관계에 직접적인 변동을 초래한다고 보기 어렵다.

라. 따라서 이 사건 시행규칙은 항고소송의 대상이 될 수 없고, 이 사건 시행규칙의 취소를 구하는 이 사건 소는 부적법하다.

III. 덤핑방지관세의 부과에 관한 시행규칙(=기획재정부령) 관련 행정소송 판결

1. 중국 및 인도네시아산 백상지 판결

◇ 덤핑방지관세부과 시행규칙은 항고소송의 대상인 행정처분에 해당

○ 행정입법이나 조례가 집행행위의 개입 없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례 등은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 것인바(대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결 참조).

❶ (---중략---) 관세법은 조사대상공급자에게 덤핑방지관세의 부과 절차상 잠정조치의 대상 또는 협상 상대방으로서의 법적 지위를 부여하고 있는 점 및

❷ 관세법 제50조 제1항 소정의 관세율표에 의한 기본세율 및 잠정세율과는 달리 덤핑방지관세는 덤핑으로 인하여 국내산업에 실질적인 피해가 있다고 인정되는 경우에

그 물품과 공급자 또는 공급국을 지정하여 당해 물품에 대하여 부과되는 것이기 때문에 그 물품의 우리나라에 대한 수출에 직접적인 영향을 미친다는 점 등을 종합하여 보면 이 사건 규칙은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당함

㉓ 또한, 원고들로서는 이 사건 규칙에 대하여 항고소송을 제기함으로써 위 규칙이 유효함을 전제로 하여 향후 조사대상물품을 수입하는 수입자들에게 부과될 관세부과처분과 관련된 모든 분쟁을 일거에 해결할 수 있을 것이므로, 이 사건 소는 분쟁해결을 위한 직접적이고 유효·적절한 수단임 (서울행정법원 2005. 9. 1. 선고 2004구합5911 판결)

2. 일본산 공기압 전송용 밸브 판결

◇ 1심부터 대법원까지 당사자 간에 “소송요건”에 관한 다툼이 없었고, 대법원은 직권으로 일본 수출자의 원고적격 부정 및 덤핑방지관세부과 시행규칙의 행정처분성 부정 (대법원 2022. 12. 01. 선고 2019두48905 판결)

IV. 일본산 공기압 전송용 밸브 대법원 판결(‘대상판결’) 검토

1. 대상판결은 반덤핑협정 제13조의 입법목적 내지 취지에 배치될 수 있음

AGREEMENT ON IMPLEMENTATION OF ARTICLE VI OF THE GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE 1994

Article 13

Judicial Review

Each Member whose national legislation contains provisions on anti-dumping measures shall maintain **judicial, arbitral or administrative tribunals or procedures** for the purpose, inter alia, **of the prompt review of administrative actions** relating to final determinations and reviews of determinations within the meaning of Article 11. Such tribunals or procedures shall be independent of the authorities responsible for the determination or review in question.¹⁾

WTO 반덤핑협정 제13조는 각 회원국은 조사당국의 반덤핑조치의 적법성을 판단할 수 있는 당국으로부터 독립된 재판소 또는 절차를 갖추도록 규정하고 있다. 다만, 사법심사에

1) 제13조 사법적 검토

자기나라의 국내법이 반덤핑조치 관련규정을 포함하고 있는 각 회원국은 특히 최종판정 및 제11조의 의미 내의 판정의 검토와 관련된 행정조치의 신속한 검토를 목적으로 하는 사법·중재 또는 행정재판소 또는 절차를 갖추어야 한다. 이러한 재판소 또는 절차는 당국판정 또는 검토를 책임지는 당국으로부터 독립적이어야 한다.

있어서 원고가 될 수 있는 자격(원고적격), 사법심사의 대상에 대한 구체적 규정은 없다. 하지만, 협정 제13조의 취지를 문언 그대로 단지 조사당국과 독립된 법원 또는 절차를 구비해야 한다는 취지로만 보는 것은 매우 협소하고, 회원국은 반덤핑조치에 관련된 이해관계인들(특히, 외국의 조사대상물품 수출업체들)에게 사법심사를 받을 수 있는 권리를 부여해야 한다는 취지로 해석하는 것이 타당하다. 또한 대상판결에 따르면 외국 수출자의 권리구제방안은 관세부과대상물품을 수출한 후에 세관장의 덤핑방지관세 부과처분을 기다려 수입자가 그 처분에 대해 취소소송 등 행정소송을 제기할 수 있는 바, 이는 협정 제13조가 명시하는 ‘행정조치의 신속한 검토’(prompt review)를 저해하게 된다.

2. 미국, EU는 외국 수출자의 원고적격 인정

미국과 EU는 덤핑방지관세부과 조치에 대해 직접 불복할 수 있는 절차를 별도로 마련하고 있다. 간략히 살펴보면, 미국 관세법에 따르면 외국 수출자도 반덤핑 최종판정이 연방관보에 게재된 날로부터 30일 이내에 미국 정부를 피고로 미국 국제무역법원(U.S. Court of International Trade)에 소송을 제기할 수 있다. 그리고 EU는 유럽연합운영조약에서 반덤핑조치에 불복하는 자는 유럽연합사법재판소(The Court of Justice of the European Union)에 반덤핑조치의 무효소송(actions for annulment)을 제기할 수 있도록 규정하고 있다.

VI. 시사점

앞에서 살펴 보았듯이 일본산 공기압 전송용 밸브에 대한 대법원 판결은 WTO 반덤핑협정 제13조의 입법 취지 내지 목적, 주요국의 입법례 및 우리나라 수출업체들도 미국·EU의 반덤핑조치 또는 상계조치를 미국, EU 법원에 소송을 제기한 실제 사례들에 비추어 쉽게 납득하기 힘든 측면이 있다. 무엇보다도 사법심사의 범위가 축소되어 반덤핑협정상 보장하고 있는 이해관계인의 권리, 특히 조사대상공급자인 외국 수출자의 권리보장 측면에서 미흡하다.

향후 덤핑방지관세 부과처분 취소소송 제기 시에는 우리나라 법원에 위와 같은 사유들을 적극적으로 피력할 필요가 있고 더불어 행정법상으로도 외국 수출자의 원고적격을 인정받을 수 있는 법리 등을 추가 발굴할 필요가 있다.

나고야의정서 이행에 대한 한국의 농림업 유전자원의 보호 및 이용

김두수 (한국외국어대학교 연구교수)

1. 나고야의정서 이행메커니즘과 한국의 유전자원법

1) 나고야의정서의 국내이행 메커니즘 : 나고야의정서의 국내이행에 대한 이해를 위하여 일반적으로 염두에 둘 내용으로는 첫째, 생물유전자원에 대한 ABS의 궁극적인 목적이 생물다양성협약(Convention on Biological Diversity: CBD) 및 나고야의정서에서 명시한 바와 같이 생물유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익의 공유가 전부가 아니라, 유전자원 제공국의 ‘생물다양성의 보전’, ‘지속가능한 이용’ 등 환경보호에 대한 기여도 있음을 상기할 필요가 있다.¹⁾ 둘째, 생물유전자원 이용자는 각 국가의 국가연락기관(National Focal Points: NFP)²⁾을 통해 국가의 ABS 법제에 대한 정보를 문의하여 획득할 수 있다. 그리고 동 의정서 이행의무준수(Compliance)와 관련하여, 생물유전자원의 이용자는 국가책임기관(Competent National Authority: CNA)³⁾에게 사전통보승인(Prior Informed Consent: PIC)⁴⁾을 취득해야 유전자원에 접근하여 이용할 수 있으며, 생물유전자원의 제공자와 상호합의조건(Mutually Agreed Terms: MAT)⁵⁾을 체결하여 금전적 또는 비금전적 이익 공유⁶⁾를 해야 하며, 국가점검기관(Checkpoints: CP)⁷⁾은 이용자의 이행의무준수를 감시한다. 셋째, 나고야의정서 당사국은 국내 ABS 이행 메커니즘을 통해 나고야의정서가 인정하고 있는 유전자원에 대한 주권⁸⁾을 수호할 수 있으며, 특히 이것은 생물유전자원의 부국인 제공국에게 유익하다.

2) 한국의 유전자원법 : 우리나라는 ‘유전자원의 접근·이용 및 이익 공유에 관한 법률’(유전자원법)을 제정·공포(2017년 1월 17)하였으며, 실질적 이행일은 다음 해인 2018년 8월 18일이었다.

[표 1] 유전자원법상 국가 관할기관의 지정 현황

| 기관 | 조항 | | 부처: 업무범위(해당생물유전자원, 근거법 등) |
|-------------|-------|--------|--|
| | 유전자원법 | 나고야의정서 | |
| 국가연락기관(NFP) | 제7조 | 제13조 | · 외교부: http://www.mofa.go.kr · 환경부: http://me.go.kr |
| 국가책임기관(CNA) | 제8조 | 제13조 | · 과학기술정보통신부: 생명연구자원 - “생명연구자원의 확보·관리 및 활용에 관한 법률” · 농림축산식품부: 농업생명자원 - “농업생명자원의 보존·관리 및 이용에 관한 법률” · 보건복지부: 병원체자원 - “병원체자원의 수집·관리 및 활용 촉진에 관한 법률” · 환경부: 생물자원 - “야생생물 보호 및 관리에 관한 법률”, “생물다양성 보전 및 이용에 관한 법률” · 해양수산부: 해양수산생명자원 |

1) CBD 제1조 및 나고야의정서 제1조.

2) 나고야의정서 제13조 1항.

3) 나고야의정서 제13조 2항.

4) 나고야의정서 제6조.

5) 나고야의정서 제5조.

6) 나고야의정서 제5조 4항 and Annex.

7) 나고야의정서 제17조 1항.

8) 나고야의정서 제6조 1항.

| | | | |
|-----------------|------|------|---|
| | | | - “해양수산생명자원의 확보·관리 및 이용 등에 관한 법률” · 과학기술정보통신부, 농림축산식품부, 산업통상자원부, 보건복지부, 환경부, 해양수산부 |
| 점검기관 (CP) | 제13조 | 제17조 | |
| 정보공유체계 (CHM) | 제17조 | 제14조 | · 환경부 유전자원정보관리센터 |

2. ABS상 생물유전자원의 주권 확보를 통한 생물다양성의 보전 및 지속가능한 이용

1) 국내 고유종 보전·복원·발굴 및 정보공유체계 활성화 필요 : 국내 자생하는 생물자원 가운데 고유종 비율은 약 5.73%에 불과하다⁹⁾. 즉, 국내 생물자원 대부분이 ‘일경성’(transboundary)으로 서식하며 생물자원에 대한 배타적인 주권확보가 현실적으로 어려움을 알 수 있다. 따라서 국내의 현지 내(in *Situ*) 서식 고유종에 대한 ‘보전·복원’과 ‘추가 발굴’이 이루어져야 하며,¹⁰⁾ 한국의 우수한 생물자원 이용이 선제적·대외적으로 확대될 수 있도록 ABS 전담 정보공유체계를 적극적으로 활용해야 한다. 물론 이러한 행위의 목적은 생물다양성보전 및 지속가능한 이용이어야 한다.

2) 생물다양성 보전 및 지속가능한 이용을 위한 접근상의 생물해적행위 감시 강화 필요 : 현재 한국의 ABS와 관련된 법제를 감안할 때, 한국은 생물해적행위(bio-piracy)에 대한 사전 감시 시스템이 구축되고 보다 강화될 필요가 있다. 즉 생물자원의 무단유출관리와 더불어 생물해적행위에 대한 추가적인 감시·고발 시스템의 구축도 고려될 필요가 있다. 이는 생물유전자원의 제공국이든 이용국이든 어느 입장을 갖는지와 관계없이 필요하다고 생각되며, 결국 생물다양성의 보전 및 지속 가능한 이용을 강화하는 데 필요하다.

3. 나고야의정서 대응 농림업 유전자원의 보존과 이용 방향

1) 국내 농림업 유전자원의 보존 및 관리 실태 : 일반적으로 농업식물유전자원의 보존은 현지 내(in *Situ*) 보존보다 ‘현지 외(ex *Situ*) 보존’이 중심이 되는데, [표 2]를 보면 한국 농촌진흥청(Rural Development Administration)이 보유하고 있는 농업식물유전자원은 나고야의정서 발효 이듬해 기준(2015년 2월 기준) 2,613종 229,916자원인데, 이 중 65.7%가 식량자원이다.¹¹⁾ 이처럼 생물유전자원은 미래 먹거리의 확보를 위해서도 중요하며, 한국의 경우 유전자원의 이용국입장이 강하지만 또한 제공국의 입장도 상당함을 알 수 있다.

[표 2] 농업유전자원센터 현지외(ex *Situ*) 보존 유전자원 현황¹²⁾

단위: 개, %

| 구분 | 종자 | | | | 영양체 | 계 |
|-----|---------|--------|--------|-------|--------|---------|
| | 식량 | 원예 | 특용 | 사료/기타 | | |
| 종수 | 269 | 533 | 352 | 463 | 996 | 2,613 |
| 자원수 | 151,096 | 25,359 | 21,826 | 3,608 | 28,027 | 229,916 |

9) 국립생물자원관, “한반도 고유종 특성평가 및 총람 발간 연구”, 2010.

10) 생물다양성법 제9조, 제15조, 제18조, 제20조 참조.

11) 김수석·허정희·이혜진. 나고야의정서에 대응한 농림업 유전자원의 보존 및 이용 방안. 한국농촌경제연구원 기본연구보고서, 2016, p.14.

12) *Ibid.*, p.15.

| | | | | | | |
|-----------|----------|--------|--------|--------|---------------|--------|
| (비중)* | (65.7) | (11.0) | (9.5) | (1.6) | (12.2) | (100) |
| 한국원산 자원 수 | 52,821 | 5,226 | 9,686 | 1,056 | | 68,789 |
| (비중)** | (35.0) | (20.6) | (44.4) | (29.3) | | (29.9) |
| 보유기관 | 농업유전자원센터 | | | | 농촌진흥청 관리기관 | |

* 한국농촌진흥청 보존 전체 농업식물유전자원(229,916) 대비 비중임.

** 종자의 각 구분별 자원 수 대비 한국원산 자원 수의 비중임.

그리고 한국 국립수목원(National Arboretum)에 따르면, [표 3]과 같이 나고야의정서가 발효된 이듬해 기준(2015년) 한국에서 보존 및 관리되고 있는 식물유전자원의 전체 종 수는 9,942종인데, 이 중에서 종의 특성평가가 이루어진 4,896종의 구성은 83.9%가 고유종이고, 6.6%가 귀화종이며, 9.5%가 외래종으로 이루어져 있다.¹³⁾

[표 3] 특성평가가 이루어진 식물유전자원의 유형 분류¹⁴⁾

| 구분 | 목본 | 초본 | 계 |
|-----|--------------|---------------|---------------|
| 고유종 | 961 (80.4%) | 3,149 (85.1%) | 4,110 (83.9%) |
| 귀화종 | 7 (0.6%) | 314 (8.5%) | 321 (6.6%) |
| 외래종 | 227 (19.0%) | 238 (6.4%) | 465 (9.5%) |
| 계 | 1,195 (100%) | 3,701 (100%) | 4,896 (100%) |

2) 농림업 생물유전자원의 보전 및 이용에 대한 기본 방향

(1) 생물다양성 보전의 가치 : 생물다양성 보전은 인류 생존 및 과업에 있어서 중요한 본질적 사항이다. 오늘날 지구상의 생물종이 지속적으로 소멸되어가고 있는 이유는 자연자원의 과도한 개발과 이용, 환경오염으로 인한 서식지 파괴, 그리고 육종기술의 발전으로 인한 생물종의 균일화 때문으로 볼 수 있다.¹⁵⁾ 그런데, 생물종의 균일화에 따라 선택받지 못하는 고유종들은 그 종이 가지는 다양성 특성들이 전부 고려되지 않은 채 생산성 향상이란 단일적으로도 평가되어 사라지고 있다. 그런데 이들 고유종들이 가지고 있는 특성 중에는 내재해성 등 특이한 특성들이 내재될 수 있기 때문에 이들을 ‘생물종 다양성 차원’에서 보존하는 것이 지속가능한 자원 이용 측면에서 필요하다고 하겠다. 따라서 생물유전자원의 지속가능한 이용과 이익공유보다 더 관심을 가져야 하는 방향은 ‘생물다양성의 보전’이라고 할 수 있고, 이러한 맥락에서 국내 고유종의 보전은 향후 지구 생태계에도 중대한 영향을 미치게 될 것이다.

(2) 농림업 생물유전자원의 보전 및 이용을 위한 정책방안 : 생물유전자원의 ABS가 일반화되는 시대에 농림업 생물유전자원의 보전·관리의 중점도 생물유전자원으로서의 접근을 허용하되 출처공개와 관련된 원산지를 입증할 수 있는 근거를 마련하는 데에 주력하는 형태가 되도록 해야 할 것으로 보인다. 또한 농림업 생물유전자원의 잠재적 가치를 고려하여, 보존하고 있는 유전자원의 내재적 특성들을 지속적으로 연구하여 현재 활용되고 있지 않은 유전자원들이 신소재 또는 신 기능성 상품으로 개발될 수 있는 원소재가 되도록 많은 관심을 가져야 할 것이다. 나고야의정서 당사국 수도 지속적으로 증가하고 있는 상황에서, 생물유전자원에 대한 ABS가 일반화되는 현 시대에 나고야의정서와 같은 국제조약에 참여하는 것은 생물유전자원에 대한 접근 및 이용에 대한 안정성을 확보함과 동시에 생물다양성을 보전하고 지속가능한 이용을 촉진하는 수단이 된다.

13) *Ibid.*, p.19.

14) *Ibid.*

15) *Ibid.*, p.79.

개인청구권 관련 국제분쟁에서 강행규범(Ius cogens)에 대한 오해와 이해

주진열/ 부산대 법학전문대학원 교수

1. 국제법상 강행규범은 계약적 성격의 조약으로 배제할 수 없는 규범일 뿐¹⁾, 단독행위에 의한 국가책임을 규율하는 일반국제법이 아니므로, 개인청구권 관련 국제분쟁에서 강행규범을 논할 이유가 없다. 그럼에도 불구하고 강행규범이 일반국제법인 관할권면제를 부인하기 위한 논거로 적극 원용되고 있는 실정이다. 그러나 일반국제법을 무시한 주장(국내법원 판결 포함)은 분쟁을 심화시킬 뿐 분쟁해결에 도움이 되지 않는다.
2. Sinclair가 1969년 조약법 저술에서 강행규범은 하이드가 될 수도 있지만 지킬 박사가 될 수도 있다고 경고한 이래,²⁾ 강행규범을 판도라 상자,³⁾ 두 얼굴의 야누스,⁴⁾ 또는 국제법 분야에서 가장 모호하고 이론적으로 문제가 가장 많은 개념⁵⁾이라는 지적이 있어 왔다. 조약 무효 사유인 강행규범이 원래 의미와 기능을 넘어 자주 원용되는 이유에 대하여, Thirlway는 강행규범이 좋게 들리기 때문에 그 효력이나 기능을 최대한 확장시키고 싶은 유혹이 작용했기 때문이라고 하였다.⁶⁾ Shelton은 강행규범 논의의 확산을 소설 속 허구의 인물 셉록 홈즈를 사람들이 마치 실제 인물처럼 인식하는 과정에 비유하였다. 셉록 홈즈가 처음에는 소설가의 아이디어로 탄생하였지만, 소설가가 현실에서 일어난 주요 사건에 셉록 홈즈를 등장시켜 사람들의 관심을 끌었고, 나중에는 셉록 홈즈가 영화로 만들어져 모든 세대가 어디서든 다 볼 수 있게 되었고, 급기야 셉록 홈즈를 실제 인물로 인식하는 관광객들이 베이커 스트리트를 찾아가는 것과 흡사한 방식으로, 강행규범이 점차 확산되고 있다는 것이다.⁷⁾ 이러한 평가는 강행규범 확장론을 다원적 국제사회를 느슨하게 규율하는 국제법의 한계를 강행규범이라는 강렬한 용어로 극복하고 싶은 희망이나 열원이 작용한 결과로 본 것이다.
3. Crawford는 너무 중요하여 변경할 수 없는 규칙을 다른 차원에서는 자유롭게 이탈하는 것은 받아들이기 어렵다고 하면서, ‘비엔나협약 제53조의 “no derogation is permitted” 에서 “delegation” 은 조약으로부터의 이탈뿐 아니라 다른 행위로부터의 이탈도 포함하고, 강행규범은 조약 뿐 아니라 다른 행위도 무효로 할 수 있다고 주장하였

1) 조약법에 관한 비엔나협약의 강행규범 조항(제53조)은 착오(제48조), 기만(제49조), 강제(제51조 및 제52조) 등과 함께 조약의 효력을 부인하는 사유로서 규정된 것이다.

2) I. M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, 1969), p. 131.

3) Ulf Linderfalk, “The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora’s Box, Did You Ever Think About the Consequences?” 18 *European Journal of International Law* 853 (2007).

4) Andrea Bianchi, “Human Rights and the Magic of Jus Cogens,” 19 *European Journal of International Law* 491 (2008), p. 496.

5) Christopher A. Ford, “Adjudicating *Jus Cogens*,” 13 *Wis. Int’l L.J.* 145 (1994), p. 145.

6) Hugh Thirlway, *The Source of International Law* (Oxford University Press, 2014), p. 145.

7) Dinah Shelton, “Sherlock Holmes and the Mystery of Jus Cogens,” 43 *Netherlands Yearbook of International Law* 23 (2015), 48.

다.⁸⁾ Crawford 주장에 따르면 강행규범은 조약 무효 사유를 넘어 다른 법적 효과도 창출할 수 있게 된다.⁹⁾ 이러한 해석은 Crawford의 엄원일 뿐 객관적 근거가 없다. Derogate는 원래 규범의 폐지를 의미하는바, 임의규범은 계약에 의해 폐지될 수 있는데 비하여, 강행규범은 계약에 의해 폐지될 수 없다.¹⁰⁾ 따라서 ‘강행규범으로부터 이탈할 수 없다’는 ‘조약이라는 합의를 이용하여 강행규범으로 인정된 일반국제법을 폐지할 수 없다’는 의미로 이해하는 것이 타당하다. Brownlie와 Kelsen의 견해도 대체로 이와 같다.¹¹⁾

4. 19세기 초반부터 국내 법원들은 관할권면제를 국제관습법으로 인정해 왔고, 4할권면제에 관한 국내 법률은 국제관습법을 국내법으로 입법화한 것이다.¹²⁾ (물론 사인과 민사거래의 경우에는 (관할권면제 대상인 주권적 지위에서 활동한 것이 아니므로) 관할권면제의 묵시적 포기로서 볼 수 있기 때문에,¹³⁾ 관할권면제가 부인될 수 있다.)
5. 강행규범은 이탈이 허용되지 않는 규범이고 이를 위반한 국가의 책임을 추궁하는 과정에서 관할권면제가 인정되면 이탈 결과를 용인하는 방패가 되므로 부당하다는 주장도 있으나, 이러한 주장은 강행규범의 본질, 즉 계약적 성격의 조약으로 이탈할 수 없는 규범으로서 이탈의 결과는 해당 조약의 효력 부인에 국한된다는 점을 간과하고 있다. 강행규범 저촉은 국가의 정상적인 주권적 권력행위가 아니므로 관할권면제의 대상이 아니라는 주장¹⁴⁾도 있지만, 관할권면제라는 일반국제관습법이 형성된 주된 근거가 주권평등의 원칙과 국제분쟁 회피라는 점을 고려하면, 이러한 주장에도 동의하기 어렵다. 개인청구권 실현이라는 좋은 의도가 좋은 결과까지 보장하는 것은 아니며 오히려 혼란과 분쟁을 초래할 수 있다는 점에 유의해야 한다.
6. 강행규범 위반의 경우 관할권면제를 부인해야 한다는 주장은 주로 국제범죄 피해자의 손해배상청구권의 적극적 실현을 위한 것으로 이해된다. 국제범죄에 관한 일반국제법이 추후에 강행규범으로 인정될 수도 있지만, 그렇다고 해서 강행규범이 국제범죄와 일치하는 것은 아니고, 단독행위인 국제범죄를 강행규범 위반으로 칭하는 것도 부적절하다. 국내 형법상 범죄 조항은 이에 반하는 계약을 무효로 하는 강행법규이지만, 그렇다고 해서 범죄 행위(또는 형법 위반 행위)를 강행법규 위반이라고 하지 않는 것과 같다. 따라서 국제범죄는 강행규범 위반이라는 전제에서, 강행규범 위반으로 인한 피해자 청구권 사건에서는 국가 관할권면제에 관한 일반 국제관습법이 배제된다는 주장은 타당하지 않다. Schooner-Exchange 사건에서 알 수 있듯이 관할권면제를 인정하더라도, 별도의 중재제

8) James Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd. ed (Clarendon Press, 2006), p. 102.

9) Id., pp. 104-5.

10) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg (Harvard University Press, 1949), pp. 123-4.

11) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Clarendon Press, 1998), p. 516; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd ed. Revised and edited by Robert W. Tucker (Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1966), p. 483.

12) 예컨대, Lori Damrosch & Sean Murphy, *International Law*, 7th ed. (West Academic Publishing, 2019), 801.

13) Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd ed. Revised and edited by Robert W. Tucker (Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1966), 359-60, footnote 56.

14) 예컨대, Adam C. Belski et al., “Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law,” 77 Cal. L. Rev. 365 (1989), 377,

판으로 손해배상청구권 실현이 가능하다. 따라서 개인청구권 실현을 위해 관할권면제를 부인해야 하고 그 근거로 강행규범을 내세우는 주장에도 동의하기 어렵다.

7. 원고의 국적국 또는 제3국의 법원이 관할권면제를 부인하고 배상책임을 인정하고, 피고 국가 재산에 대해 강제집행을 하면 개인청구권은 실현될 수 있겠지만, 심각한 국제분쟁이 초래될 수 있다. 국제범죄 사실 존부와 관련하여 원고의 국적국과 피고 국가와 사이에 다툼이 존재하는 경우에는, 국내 법원이 나서서 강행규범 위반이라고 일방적으로 판단할 것이 아니라, 양국 정부가 합의한 방식으로 사실관계부터 먼저 공동 조사하고 그 결과에 따라 청구권 문제를 해결하는 것이 국제분쟁 해결 차원에서 바람직하다. (끝)

한국의 이주민과 외국인 노동자 문제에 대한 국제법적 평가 (영문)

김세미 (한동대학교, 조교수)

In recent decades, South Korea has been facing a challenge – a low fertility rate and an aging population. According to the World Bank, the Republic of Korea has a fertility rate of 0.8 and is ranked the lowest of fertility rate along with Hong Kong, SAR.¹ An increase in the aging population along with a low fertility rate will eventually affect a nation as a whole, including the economy.² Moreover, education is also affected. The Ministry of Education of Korea stated that a total of 3,896 schools closed nationwide between 1976 and 2022, mostly in rural areas, caused of the country’s rapid urbanization and low fertility rate.³ The government of Korea has been taking actions to respond to the aging population and low fertility rate, such as providing childcare and encouraging parents to take childcare leave.⁴ Nonetheless, the fertility rate of Korea continues to leave Korea at the bottom of OCED member states for fertility rate.⁵ In response to the low fertility rate and aging population leading to labor shortage and an economic downturn, the Korean government has been turning its focus to immigrants and migrant workers as a solution. For example, the Ministry of Justice of Korea recently proposed a need for a new government agency handling immigration affairs (“immigration agency”).⁶ While an increase in immigrants and migrant workers may help resolve the labor shortage and help boost the economy of the Republic of Korea, this paper aims to assess the current legal framework in Korea regarding migrants and foreign workers in Korea in light of international law. The question this paper asks is what are the legal obligations of Korea in order to implement its policy in increasing the number of migrant workers and immigrants in Korea?

Korea’s Law on Immigration and Migrant Workers

Immigration experts and policymakers agree with the need for a separate agency, as proposed by the Ministry of Justice, to handle immigration and migrant policies because these policies are being handled by different branches of government and a centralized agency is needed to deal with all immigrant and migrant policies.⁷ For example, the Ministry of Employment and Labour deals with migrant workers, while the Ministry of Education deals with international students.

First, what is the difference between migrant workers and immigrants? A migrant worker is “a person without the nationality of the Republic of Korea who provides or intends to provide his/her labor in return for wages in any business or place of business located within the Republic of Korea.”⁸ An immigrant is someone who moves into a new country with the intent to reside in that country.⁹ Accordingly, the

¹ Fertility Rate, The World Bank (2021) https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.TFRT.IN?most_recent_value_desc=true (last accessed 10 Feb 2024).

² See Sun Go, “The Effect of Population Aging on Local School Subsidies in Korea”, *The Korean Economic Review* Vol. 31 (1) 121-144 (2015).

³ Tae-Yun Kim and Esther Chung, “Rural Schools Struggle to Stay Open in the Face of Dwindling, Aging Population”, *Korea JoongAng Daily*, 25 January 2023. <https://koreajoongangdaily.joins.com/2023/01/25/national/socialAffairs/korea-population-aging/20230125190218762.html> (last accessed 20 Feb 2024).

⁴ Dong-Hoon Seoul, “Population Aging and International Migration Policy in South Korea”, *Journal of Korean Welfare State and Social Policy* Vol. 2(2), 73, 76-77 (2018).

⁵ Id.

⁶ Hyo-Jin Lee, “Korea Could Disappear from Map if it Doesn’t Welcome More Immigrants: Justice Minister”, *The Korea Times*, 7 Dec 2023. https://www.koreatimes.co.kr/www/nation/2024/02/113_364581.html (last accessed 20 Feb 2024).

⁷ Id.

⁸ Act on the Employment of Foreign Workers, Art. 2.

⁹ “Immigration”, Cornell Law School Legal Information Institute. <https://www.law.cornell.edu/wex/immigration> (last accessed 10 Feb 2024).

process of obtaining a visa would differ between an immigrant and a migrant worker. For example, since 2003, an Employment Permit System (EPS) was introduced in Korea which provided foreigners with long-term visas (E-9) who are eligible to work in Korea.¹⁰ On the other hand, various visas are provided for immigrants who have the intent to stay and reside in Korea, such as for overseas Korean that satisfy the concerned qualification (F-4) and for permanent residence (F-5).

Recently, the current Yoon administration proposed a new visa system to encourage foreign workers to work in Korea. The new visa system called the “Skilled Worker Points System Visa” provides foreign employees the right to change their status to an E-7-4 visa to extend their stay. Those eligible to apply for the E-7-4 visa are those who have worked legally in Korea for 5 years or more with the following visas: E-9 (Non-Professional), E-10 (Maritime Crew), or H-2 (Work and Visit) visas.¹¹

Second, Korea enacted several laws regarding migrant workers and immigrants. For example, in 2014, the Immigration Act was passed to deal with safe border controls through immigrant control.¹² Moreover, the Act on the Employment of Foreign Workers was enacted in 2003 that aims to “achieve the smooth supply and demand of manpower and the balance development of the national economy by systematically introducing and managing foreign workers.”¹³ The Act Concerning the Employment Permit for Migrant Workers (EPS Act) prohibits discrimination against foreign workers and protects foreign workers from any human rights violations.¹⁴ Nonetheless, reports show that migrant workers are still exposed to human rights violations, including but not limited to working excessive long hours, having their wages withheld, and experiencing high levels of verbal and physical abuse in the workplace.¹⁵

With a quota increase of foreign workers and immigrants, the question is whether Korea is ready to accept an increase in migrant workers and immigrants taking into consideration the ongoing human rights violations. This paper will briefly explain how Korea is complying with its human rights obligations regarding migrant workers and immigrants, and what needs to be done to be ready for the new changes in policy.

International Legal Issues on Immigration and Migrant Workers

International migration law deals with the movement of persons across borders, and within international migration law exists various sources of law including the Convention relating to the Status of Refugees (1951); the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (1990); the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000); and the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the UN Convention Against Transnational Organized Crime (2000). Moreover, most human rights treaties such as the International Covenant on Civil and Political Rights (1966) and the International

¹⁰ Seung-Cheol Jeon, “Foreign Workers in the Korean Labour Market: Current Status and Policy Issue”, BIS Papers No. 100, 209, 210.

¹¹ Hyun-Woo Nam, “Korea to Expand E-7-4 Skilled Worker Visas to Address Workforce Shortage”, The Korea Times, 24 August 2023, https://www.koreatimes.co.kr/www/nation/2024/02/113_357742.html (last accessed 10 Feb 2024).

¹² Immigration Act (2014), Art. 1.

¹³ Act on Foreign Workers’ Employment (2003), Art. 1.

¹⁴ Act on Foreign Workers’ Employment (2003), Chapter IV.

¹⁵ Amnesty International, “South Korea: ‘Migrant Workers are also Human Beings’”, August 2006.

Covenant on Economic, and Political Rights (1966) are relevant to migration.¹⁶ Compliance with such international treaties is of utmost importance for Korea to increase its quota on foreign workers and immigrants in response to recovering the economy due to the labor shortage caused by low fertility and the aging population. This paper provides a brief discussion of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (Migrant Workers Convention). While the Republic of Korea is not a party to the Convention, it is crucial to understand the fundamental principles and rights of migrant workers as they are taken from the basic instruments of the UN concerning human rights including the UDHR, ICCPR, ICESCR, the CEDAW, CRC and the CERD, of which the Republic of Korea is a party to.

The Migrant Workers Convention aims to protect the rights of all migrant workers, including their family members. Family members include “persons married to migrant workers or having with them a relationship that, according to applicable law, produces effects equivalent to marriage, as well as their dependent children and other dependent persons who are recognized as members of the family by applicable legislation or applicable bilateral or multilateral agreements between the States concerned.”¹⁷ According to the Migrant Workers Convention, both migrant workers and their family members are granted human rights such as the freedom of movement (Art. 8); protection by the State against violence, physical injury, threats and intimidation, whether by public officials or private individuals, groups or institutions (Art. 16); and the right to take join freely any trade union and any such association as aforesaid (Art. 26).

What is fundamentally important from the Migrant Workers’ Convention is the protection of the rights of migrant workers at their workplace. According to the report by Amnesty International, there have been human rights violations including (1) discrimination in freedom to seek work; (2) health and safety at work; (3) lack of mandatory health insurance for women migrant workers; (4) pay; and (5) violence and abuse in the workplace.¹⁸ For example, the Migrants’ Trade Union argues that foreign workers are restricted from moving workplaces and also forced to “endure low-paid, highly-intense and dangerous labor for long hours.”¹⁹ Moreover, another fundamental principle derived from the Migrant Workers’ Convention is the protection of rights of family members. If the Republic of Korea wants to increase the flow of foreign workers and immigrants, it must take into account their family members. Currently, the Republic of Korea provides the F-3-1 visa which is for unmarried minor children and spouses recognized from D-1 to E-7 visas, which ultimately excludes those migrant workers who obtained their visas via the EPS system (E-9).

While increasing the number of foreign workers and immigrants would be helpful to overcome the labor shortage and help boost the economy caused by the low fertility rate and the aging population, it is equally important to recognize the international obligations of Korea to provide and protect the rights of migrant workers and immigrants in Korea, and also the family members. One key recommendation for the Republic of Korea is to become a party to the Migrant Workers’ Convention as it is an important treaty regarding migrant workers. It would be paradoxical for Korea to increase the number of migrant workers but not ratify the Migrant Workers’ Convention.

¹⁶ Vincent Chetail, “Sources of International Migration Law”, Foundations of International Migration Law (edited by B. Opeskin, R. Perruchoud, J. Redpathcross) (CUP 2012).

¹⁷ International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (18 Dec 1990), Art. 4.

¹⁸ Amnesty International, “South Korea: ‘Migrant Workers are also Human Beings’”, August 2006.

¹⁹ Jae-Hyuk Park, “Korea Searches for Better Ways to Embrace Foreign Workers”, The Korea Times, 1 Jan 2024. https://www.koreatimes.co.kr/www/tech/2024/02/129_365596.html (last accessed 10 Feb 2024).

한국의 이주민과 외국인 노동자 문제에 대한 국제법적 평가 (국문)

김세미 (한동대학교, 조교수)

최근 수십 년 동안, 한국은 도전에 직면해 있다 - 낮은 출산율과 고령화. 세계은행에 따르면, 대한민국은 0.8 명의 출산율을 가지고 있고, 홍콩, SAR 와 함께 출산율 최하위에 위치해 있다.¹ 낮은 출산율과 함께 고령화 인구의 증가는 결국 경제를 포함한 국가 전체에 영향을 미칠 것이다.² 더욱이, 교육 또한 영향을 받는다. 한국 교육부는 한국의 빠른 도시화와 낮은 출산율로 인해, 1976 년에서 2022 년 사이에, 주로 농촌 지역에서, 총 3,896 개의 학교가 문을 닫았다고 말했다.³ 한국 정부는 보육을 제공하고 부모들이 육아 휴직을 하도록 권장하는 것과 같은, 고령화와 저출산에 대응하기 위한 행동들을 취해오고 있다.⁴ 그럼에도 불구하고, 한국의 출산율은 계속해서 OECD 회원국들 중 바닥으로 떠나고 있다.⁵ 노동력 부족과 경제 침체로 이어지는 저출산과 고령화에 대응하여, 한국 정부는 해결책으로 이민자와 이주 노동자들에게 초점을 돌려오고 있다. 예를 들어, 한국의 법무부는 최근에 이민 업무를 처리하는 새로운 정부 기관 ("이민청")의 필요성을 제안했다.⁶ 이민자와 이주 노동자의 증가가 노동력 부족을 해결하고 대한민국의 경제를 부흥하는 것을 도울 수 있지만, 이 논문은 국제법에 비추어 한국의 이주자와 외국인 노동자에 대한 현재 한국의 법적인 틀을 평가하는 것을 목표로 한다. 이 논문이 묻는 질문은 "한국에서 이주 노동자와 이주자의 수를 증가시키는 정책을 시행하기 위한 한국의 법적인 의무가 무엇이며 의무를 지키고 있는가?"이다.

이민법과 이주노동자 관한 국내 법률

이민 전문가들과 정책 입안자들은 이민과 이주 정책을 다룰 별도의 기관이 필요하다는 것에 동의하는데, 이는 정부의 다른 부서들이 이 정책들을 다루고 있고 모든 이주자와 이주자 정책들을 다룰 중앙 집중화된 기관이 필요하기 때문이다.⁷ 예를 들어, 교육부는 유학생들을 다루는 반면, 고용 노동부는 이주 노동자들을 다룬다.

먼저, 이주노동자와 이민자의 차이점은 무엇인가? 이주노동자는 "대한민국 내에 소재한 어떤 사업장이나 사업장에서 임금의 대가로 자신의 노동을 제공하거나 제공하려는 대한민국 국적이

¹ Fertility Rate, The World Bank (2021) https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.TFRT.IN?most_recent_value_desc=true (last accessed 10 Feb 2024).

² See Sun Go, "The Effect of Population Aging on Local School Subsidies in Korea", The Korean Economic Review Vol. 31 (1) 121-144 (2015).

³ e-Yun Kim and Esther Chung, "Rural Schools Struggle to Stay Open in the Face of Dwindling, Aging Population", Korea JoongAng Daily, 25 January 2023. <https://koreajoongangdaily.joins.com/2023/01/25/national/socialAffairs/korea-population-aging/20230125190218762.html> (last accessed 20 Feb 2024).

⁴ Dong-Hoon Seoul, "Population Aging and International Migration Policy in South Korea", Journal of Korean Welfare State and Social Policy Vol. 2(2), 73, 76-77 (2018).

⁵ Id.

⁶ Hyo-Jin Lee, "Korea Could Disappear from Map if it Doesn't Welcome More Immigrants: Justice Minister", The Korea Times, 7 Dec 2023. https://www.koreatimes.co.kr/www/nation/2024/02/113_364581.html (last accessed 20 Feb 2024).

⁷ *Id.*

없는 자"이다.⁸ 이민자는 그 국가에 거주할 의사를 가지고 새로운 국가로 이주하는 자를 말한다.⁹ 이에 따라, 비자를 취득하는 과정은 이주노동자와 이민자 간에 상이할 것이다. 예를 들어, 2003년부터 한국에서 일할 수 있는 자격이 있는 외국인에게 장기비자(E-9)를 제공하는 고용허가제(EPS)가 도입되었다.¹⁰ 한편, 국내 체류·거주 의사가 있는 이민자에게는 해당 자격을 충족하는 재외동포(F-4), 영주권(F-5) 등 다양한 비자가 제공된다.

최근, 현 정부는 외국인 노동자들이 한국에서 일하도록 장려하기 위해 새로운 비자 제도를 제안했다. "기능 근로자 포인트 제도 비자"라고 불리는 그 새로운 비자 제도는 외국인 노동자들에게 체류 기간을 연장하기 위해 E-7-4 비자로 그들의 신분을 바꿀 수 있는 권리를 제공한다. E-7-4 비자를 신청할 자격이 있는 사람들은 다음과 같은 비자들을 가지고 한국에서 5년 이상 합법적으로 일한 사람들이다: E-9 (비전문), E-10 (해양 승무원), 또는 H-2 (워크 앤 방문) 비자.¹¹

둘째, 한국은 이주노동자와 이민자에 관한 여러 법률을 제정하였다. 예를 들어, 2014년에 이민자 통제를 통한 안전한 국경 통제에 대처하기 위한 출입국관리법이 통과되었다.¹² 더욱이, "외국인 노동자를 체계적으로 도입하고 관리함으로써 원활한 인력 수급과 국민경제의 균형발전을 달성"하는 것을 목적으로 하는 외국인 노동자 고용에 관한 법률이 2003년에 제정되었다.¹³ 이주노동자 고용허가에 관한 법률(EPS 법)은 외국인 노동자에 대한 차별을 금지하고 외국인 노동자를 인권침해로부터 보호하고 있다.¹⁴ 그럼에도 불구하고, 보고서들은 이주노동자들이 과도한 장시간 노동, 임금 체불, 직장 내에서 높은 수준의 언어적, 신체적 학대를 경험하는 등 여전히 인권침해에 노출되어 있음을 보여준다.¹⁵

이민과 이주노동자에 관한 국제법적 쟁점

국제이주법은 국경을 넘는 사람들의 이동을 다루며, 국제이주법 내에는 난민지위협약(1951년); 모든 이주노동자와 가족의 권리보호에 관한 국제협약(1990년); 육해공 이주자 밀입국금지의정서, 유엔 초국가조직범죄협약 보완의정서(2000년); 개인, 특히 여성과 아동의 인신매매를 예방, 억제 및 처벌하는 의정서(2000년) 등 다양한 법적 근거가 존재한다. 또한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(1966년), 경제적·정치적 권리에 관한 국제규약(1966년) 등 대부분의 인권조약은 이주와 관련되어 있다.¹⁶ 이러한 국제조약의 준수는 한국이 저출산·고령화로 인한 노동력 부족으로 인한 경제회복에 대응하여 외국인 노동자와 이민자에 대한 수를 늘리는 데 있어 가장 중요하다. 본 논문은 모든 이주노동자와 가족의 권리보호에 관한

⁸ Act on the Employment of Foreign Workers, Art. 2.

⁹ "Immigration", Cornell Law School Legal Information Institute. <https://www.law.cornell.edu/wex/immigration> (last accessed 10 Feb 2024).

¹⁰ Seung-Cheol Jeon, "Foreign Workers in the Korean Labour Market: Current Status and Policy Issue", BIS Papers No. 100, 209, 210.

¹¹ Hyun-Woo Nam, "Korea to Expand E-7-4 Skilled Worker Visas to Address Workforce Shortage", The Korea Times, 24 August 2023, https://www.koreatimes.co.kr/www/nation/2024/02/113_357742.html (last accessed 10 Feb 2024).

¹² Immigration Act (2014), Art. 1.

¹³ Act on Foreign Workers' Employment (2003), Art. 1.

¹⁴ Act on Foreign Workers' Employment (2003), Chapter IV.

¹⁵ Amnesty International, "South Korea: 'Migrant Workers are also Human Beings'", August 2006.

¹⁶ Vincent Chetail, "Sources of International Migration Law", Foundations of International Migration Law (edited by B. Opeskin, R. Perruchoud, J. Redpathcross) (CUP 2012).

국제협약(이주노동자협약)에 대해 간략하게 논의한다. 대한민국은 이 협약의 당사국은 아니지만, 이주노동자의 기본적인 인권과 관련하여 UN의 기본적인 기구인 UDHR, ICCPR, ICESCR, CEDAW, CRC 및 CERD에서 가져온 것이므로 이주노동자의 기본적인 원칙과 권리를 이해하는 것이 중요하다.

이주노동자협약은 그들의 가족 구성원을 포함한 모든 이주노동자의 권리를 보호하는 것을 목표로 한다. 가족 구성원은 "이주노동자와 결혼했거나 그들과 관련된 법률에 따라 결혼에 상응하는 효과를 내는 관계를 맺고 있는 사람들뿐만 아니라 해당 법률 또는 관련 국가 간의 해당 양자 또는 다자간 협정에 의해 가족의 구성원으로 인정되는 그들의 종속 자녀 및 기타 종속적인 사람들"을 포함한다.¹⁷ 이주노동자협약에 따르면 이주노동자와 그 가족 구성원 모두 이동의 자유(Art. 8); 공무원이나 개인, 단체 또는 기관에 의한 폭력, 신체 상해, 위협 및 협박에 대한 국가의 보호(Art. 16); 그리고 앞서 언급한 모든 노동조합 및 그러한 연합에 자유롭게 가입할 수 있는 권리(Art. 26)와 같은 인권이 부여된다.

이주노동자협약으로부터 근본적으로 중요한 것은 이주노동자의 직장에서의 권리 보호이다. 국제앰네스티의 보고서에 따르면, 한국에서는 그동안 (1) 직업을 구할 자유의 차별, (2) 직장에서의 건강과 안전, (3) 여성 이주노동자에 대한 의무적인 건강보험 미가입, (4) 급여, (5) 직장 내 폭력과 학대 등의 인권침해가 있었다.¹⁸ 예를 들어, 이주노동조합은 외국인 노동자들이 직장 이동에 제한을 받고 또한 "저임금, 고강도, 위험한 노동을 장시간 견딜 수밖에 없다"고 주장한다.¹⁹ 더욱이, 이주노동자협약으로부터 파생된 또 다른 근본적인 원칙은 가족 구성원의 권리 보호이다. 대한민국이 외국인 노동자와 이민자의 흐름을 늘리려면, 이들의 가족 구성원을 고려해야 한다. 현재, 대한민국은 D-1부터 E-1 비자까지 인정되는 미혼 미성년 자녀와 배우자를 위한 F-3-1 비자를 제공하고 있는데, 이 비자는 궁극적으로 EPS 시스템(E-9)을 통해 비자를 취득한 이주노동자를 제외한다.

외국인 노동자와 이민자의 수를 늘리는 것은 노동력 부족을 극복하고 저출산 고령화로 인한 경제 활성화에 도움이 될 것이지만, 국내 이주노동자와 이민자, 그리고 가족 구성원의 권리를 제공하고 보호해야 할 한국의 국제적 의무를 인정하는 것도 마찬가지로 중요하다. 대한민국에 대한 핵심적인 권고 중 하나는 이주노동자 협약이 중요한 조약이기 때문에 이주노동자 협약의 당사국이 되는 것이다. 한국이 이주노동자의 수를 늘리되 이주노동자 협약을 비준하지 않는 것은 역설적일 것이라고 볼 수 있다. 따라서, 한국이 이주노동자 협약의 당사국이 되는 것이 중요하다.

¹⁷ International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (18 Dec 1990), Art. 4.

¹⁸ Amnesty International, "South Korea: 'Migrant Workers are also Human Beings'", August 2006.

¹⁹ ae-Hyuk Park, "Korea Searches for Better Ways to Embrace Foreign Workers", The Korea Times, 1 Jan 2024. https://www.koreatimes.co.kr/www/tech/2024/02/129_365596.html (last accessed 10 Feb 2024).

로마규정 제25조 제3항 공범의 기여요건에 대한 분석

영남대학교 사회과학연구소 선임연구원
박미경

1. 서론

- 국제형사재판소(International Criminal Court, 이하 ICC) 관할범죄인 제노사이드, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄, 침략범죄 등 핵심범죄(core crimes)는 다수의 사람에게 의해 광범위하고 조직적으로 범죄가 실행되는 경우가 대부분으로 이들을 가담 정도에 따라 올바르게 처벌하기 위해서는 정범과 공범을 구별하는 기준이 필요함
- ICC는 정범의 책임과 공범의 책임을 구별하기 위하여 범행에 대한 지배 여부를 중시하는 ‘범행지배이론’(control over the crime)을 채택하여 가담형태를 구분하고 있음
- 범죄를 실행한 정범의 책임을 추궁하는 것은 당연하지만, 핵심범죄의 조직성이라는 특징을 고려할 때 핵심범죄에 적극적으로 가담하지는 않았으나 범죄실행에 일상적 또는 가치중립적으로 기여한 가담자를 처벌해야 하는지, 처벌해야 한다면 그 형사책임을 어디까지 추궁해야 하는지에 대한 문제가 발생함

2. 로마규정상 공범의 유형

- 로마규정 제25조 제3항 (b)-(d)호는 범행지배성을 가지지 않는 ‘공범’에 대하여 규정하고 있음
- 로마규정 제25조 제3항 (b)호는 범죄를 ‘명령’(order), ‘권유’(solicit) 및 ‘유인’(induce)하는, 즉 범죄를 실행하는 사람에게 범죄 의도를 형성시켜서 범죄를 야기시키는 야기/격려(encouragement)의 공범 유형이 규정되어 있음
- 로마규정 제25조 제3항 (c)호는 범죄실행을 방조, 교사 또는 그 밖의 형태로 조력하는 것(aids, abets or otherwise assists)을 처벌한다고 규정하고 있음¹⁾

1) 방조범의 주관적 요건으로 “해당 범죄의 실행을 용이하게 할 목적으로”(for the purpose of facilitating the commission of such a crime)로 행위를 해야 한다고 규정하고 있는데 이는 특별(ad hoc) 재판소에서 요구한 단순한 ‘인식’ 이상의 기준을 제시하는 것으로 주관적 요건 성립 정도가 높은 것으로 평가된다. Mbarushimana, ICC(PTC), Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/10-465-Red (16 December 2011), paras. 274, 281.

- 로마규정 제25조 제3항 (d)호는 공통의 목적을 가지고 활동하는 집단에 의한 범죄실행을 전제로 하고 있는 ‘집단범죄에 대한 기여’에 관한 내용으로 집단적 범죄를 파악할 수 있는 규정임²⁾

3. 공범의 ‘기여’ 요건에 대한 ICC 판단기준의 변화

□ 초기 ICC 판례는 공범의 ‘기여’가 중요하고(significant) 실질적이어야(substantial) 한다는 기준을 제시

- 즉, 초기에는 제25조 제3항 (c), (d)호의 공범의 책임을 추궁하기 위해서는 기여의 최소한의 기준이 필요한 것으로 인식하였음
- 2011년 *Ruto et al.* 사건 전심재판부 범죄사실확인결정에서는 ‘방조범’으로서의 가담형태가 성립하기 위해서는 기여가 ‘실질적인’ (substantial)인 것이어야 한다고 제시됨³⁾
- 2011년 *Mbarushimana* 사건 전심재판부 범죄사실확인결정에서는 ‘집단범죄에 대한 기여’의 성립에는 기여가 ‘중요한’ (significant) 것이어야 한다는 기준이 제시됨⁴⁾
- 이후 동일한 유형에 대하여 최초로 유죄판결이 이루어진 2014년 *Katanga* 사건 1심재판부에서는 처음으로 ‘중요한’ 기여라는 기준이 명시적으로 채택되었음⁵⁾

□ 그러나 이후 ICC 판결에서는 ‘기여’에 대한 최소한의 기준은 존재하지 않는다는 것으로 태도가 변경되었음

- 2016년 *Bemba et al.* 사건 1심재판부 판결에서는 처음으로 방조범의 ‘실질적’인 기여 기준이 불필요하다고 판시함. 또한 기여 행위와 관계없이 방조범이 성립할 여지가 있다고 설명하였음⁶⁾
- 2016년 *Ongwen* 사건 전심재판부 범죄사실확인결정에서도 ‘집단범죄에 대한 기여’가 성립되기 위해서는 기여에 대한 최소한의 기준은 불필요하다고 명시적으로 제시되었음⁷⁾

2) ‘집단범죄에 대한 기여’의 성립요건은 다수의 판례에서 제시되어 있는데 ① 핵심범죄가 저질러졌을 것, ② 공통의 목적을 가지고 행동하는 사람의 집단에 의해 저질러진 것일 것, ③ 피고인이 범죄의 실행에 기여한 것, ④ 기여가 의도적인 것일 것, ⑤ 집단의 범죄목적이나 활동을 조장할 의도, 또는 집단의 범죄실행 의도를 인식하고 있을 것(둘 중 하나만 충족되면 됨). 또한 동 유형에는 ‘기타 여하한 방식으로 기여할 것’(in any other way contributes)도 포함되어 있기 때문에 동 유형을 제25조 제3항 (a)-(c)의 각 가담형식에 해당하지 않는 경우 적용되는 ‘잔여’(residual) 형태라고 한다. *Katanga*, ICC(TC), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436 (7 March 2014), paras. 1620-1621.

3) *Ruto et al.*, ICC(PTC), Decision on the Confirmation of Charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11-373 (23 January 2012), para 354.

4) *Mbarushimana*, ICC(PTC), Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/10-465-Red (16 December 2011), paras. 276-277.

5) *Katanga*, ICC (TC), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436 (7 March 2014) paras. 1671-1680.

6) *Bemba et al.*, ICC(TC), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/13-1989-Red (19 October 2016), paras. 90-95.

4. 공범의 ‘기여’ 요건과 관련한 ICC 태도 변화의 평가

- 초기 ICC는 공범의 기여가 범죄실행에 있어 ‘실질적인’ 또는 ‘중요한’ 것이어야 한다는 기준을 요구하였음
 - ‘방조’와 관련해서는 ICC 이전의 특별(*ad hoc*) 재판소의 기준이 그대로 활용되었고, ‘집단범죄에 대한 기여’의 경우 특별(*ad hoc*) 재판소에서 정범과 공범을 구별하기 위해 채택하였던 JCE(Joint Criminal Enterprise, 공동범죄집단) 이론을 참고하여 적용되었음

- 그러나 이후의 판례에서는 ‘기여’ 요건에 대한 제한을 점점 두지 않고 있음
 - 로마규정상 ‘방조’와 ‘집단범죄에 대한 기여’에 대한 책임을 추궁할 때 기여의 인과성을 명시적으로 요구하고 있지는 않음
 - 그러나 ICC 판례의 변화된 태도처럼 공범의 ‘기여’에 대한 최소한의 기준이 필요하지 않다고 하더라도 공범의 ‘기여’ 행위가 범죄실행에 있어 최소한의 영향을 주었다든지 범죄와의 인과성이 존재해야 한다는 등의 전제는 여전히 요구되고 있기 때문에, 공범의 ‘기여’를 책임추궁의 기준으로 사용하지 않는다면 다른 측면에서 그 내용을 구체화시키는 것이 필요하다고 생각됨
 - 이러한 기준이 없다면 사소한 기여를 한 경우에도 공범으로 처벌될 수 있으므로 공범의 처벌범위를 합리적으로 한정하기 위해서는 공범의 구성요건 특히 주관적 요건에 대하여 좀 더 명확하게 해석하는 것이 중요함

7) *Ongwen*, ICC(PTC), Decision on the Confirmation of Charges against Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/14-422-Red, 23 March 2016, para. 44.

As of 2022, several significant cybersecurity policies and laws have been enacted or proposed internationally. Here are some notable ones:

Types of cybersecurity attack that North Korea demonstrated

Financial Cybercrime: North Korean hackers have been involved in financially motivated cybercrimes, such as hacking banks and cryptocurrency exchanges to steal funds. One prominent example is the 2016 cyber heist targeting the Bangladesh Central Bank, where hackers attempted to steal nearly \$1 billion (though most of the attempts were thwarted).

Espionage: North Korean cyber operatives have conducted cyber espionage operations targeting governments, military organizations, and businesses. They have been known to steal sensitive information and intellectual property for espionage purposes.

Destructive Attacks: North Korea has been attributed to destructive cyberattacks aimed at disrupting systems and causing damage. For instance, the 2014 Sony Pictures Entertainment hack, allegedly carried out by North Korean hackers in retaliation for a film depicting the assassination of Kim Jong-un, resulted in significant data breaches and disruption to the company's operations.

State-Sponsored Cyber Operations: The North Korean regime is believed to sponsor and support various cyber units within its military and intelligence agencies. These units conduct cyber operations to advance the regime's strategic interests, including targeting political adversaries and supporting espionage efforts.

Case

SolarWinds Supply Chain Attack (2020-2021): This sophisticated cyberattack targeted SolarWinds, a software vendor used by numerous government agencies and businesses worldwide. Hackers inserted malicious code into SolarWinds' Orion software updates, allowing them to access the networks of SolarWinds' customers, including various U.S. government agencies and major corporations.

Colonial Pipeline Ransomware Attack (2021): Colonial Pipeline, one of the largest fuel pipeline operators in the United States, suffered a ransomware attack that disrupted fuel supplies along the U.S. East Coast. The cybercriminal group DarkSide was responsible for the attack, which led to fuel shortages and significant economic impacts.

Microsoft Exchange Server Vulnerabilities (2021): Multiple zero-day vulnerabilities were discovered in Microsoft Exchange Server, a widely used email server software. These vulnerabilities, collectively known as ProxyLogon, were exploited by threat actors to gain unauthorized access to email accounts, install malware, and steal sensitive information from organizations worldwide.

JBS Foods Ransomware Attack (2021): JBS Foods, one of the largest meat processing companies globally, suffered a ransomware attack that disrupted its operations in North America and Australia. The cybercriminal group REvil (also known as Sodinokibi) was reportedly behind the attack, demanding a significant ransom payment.

Kaseya VSA Supply Chain Attack (2021): Hackers exploited a vulnerability in Kaseya's VSA software, a remote monitoring and management tool used by managed service providers (MSPs), to deploy ransomware to thousands of businesses worldwide. The attack impacted various organizations, including schools, hospitals, and government agencies.

Policy and law

While the UN itself doesn't have a specific comprehensive cybersecurity law or treaty, it has facilitated discussions and agreements among member states regarding cybersecurity. Here are some key UN efforts in the realm of cybersecurity:

Group of Governmental Experts (GGE) on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security: The UN has convened multiple GGEs to study and make recommendations on cybersecurity-related issues. These groups have produced reports outlining norms, rules, and principles for responsible state behavior in cyberspace.

Tallinn Manual: Although not an official UN document, the Tallinn Manual, produced by independent legal experts, provides guidance on how international law applies to cyber conflicts and cyber operations. It has been influential in shaping discussions around the legal aspects of cyberspace within the UN and beyond.

Open-Ended Working Group (OEWG) on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security: Established in 2018, the OEWG is another UN initiative focused on discussing norms, rules, and principles for responsible state behavior in cyberspace. It aims to promote dialogue and cooperation among UN member states.

Global Cybersecurity Index (GCI): Developed by the International Telecommunication Union (ITU),

a UN agency, the GCI assesses the cybersecurity capabilities of UN member states and provides a global overview of cybersecurity measures and trends.

United Nations Office for Disarmament Affairs (UNODA): UNODA works on issues related to disarmament, including discussions on cyberspace and cyber weapons. It facilitates dialogue among member states on preventing conflicts in cyberspace and promoting international security.

OECD Recommendation on Digital Security Risk Management for Economic and Social Prosperity: This recommendation provides guidance to governments and organizations on managing digital security risks effectively to foster economic and social prosperity.

OECD Recommendation on the Protection of Critical Information Infrastructures: This recommendation aims to enhance the resilience of critical information infrastructures (CIIs) by providing guidelines for their protection against cyber threats.

OECD Digital Security Risk Management for Economic and Social Prosperity: OECD Guidance for Protecting Critical Information Infrastructures: This publication offers practical guidance on implementing the OECD Recommendation on the Protection of Critical Information Infrastructures.

OECD Digital Security Risk Management for Economic and Social Prosperity: Devising Policy Measures for Digital Security of SMEs: This document focuses on providing policy guidance for enhancing digital security among small and medium-sized enterprises (SMEs), which are often vulnerable to cyber threats.

OECD Going Digital Toolkit: While not specifically focused on cybersecurity, this toolkit provides comprehensive guidance for policymakers on various aspects of the digital transformation, including cybersecurity considerations.

European Union's General Data Protection Regulation (GDPR): Implemented in 2018, GDPR is a comprehensive data protection law affecting any organization handling personal data of EU citizens. It imposes strict requirements on data handling, including consent, data breach notifications, and the right to erasure.

California Consumer Privacy Act (CCPA): Enacted in 2018 and came into effect in 2020, CCPA grants California residents various rights regarding their personal information and imposes obligations on businesses handling such data. It is one of the most comprehensive state-level privacy laws in the United States.

NIST Cybersecurity Framework (CSF): Developed by the National Institute of Standards and Technology (NIST), the CSF provides voluntary guidelines and best practices for organizations to

manage and improve their cybersecurity risk management processes.

Cybersecurity Law of the People's Republic of China: Enacted in 2017 and implemented in 2018, this law aims to safeguard China's cyberspace sovereignty, national security, and development interests. It includes provisions for data localization, cybersecurity assessments, and the protection of critical information infrastructure.

Network and Information Security (NIS) Directive: Implemented by the European Union in 2018, the NIS Directive establishes cybersecurity requirements for operators of essential services and digital service providers within the EU. It aims to enhance the overall level of cybersecurity across member states.

Convention on Cybercrime (Budapest Convention): Drafted by the Council of Europe, the Budapest Convention is an international treaty aimed at harmonizing national laws, improving investigative techniques, and enhancing cooperation among signatory states in combating cybercrime.

Cybersecurity Strategy of the United States of America: The U.S. has various cybersecurity strategies and laws, including executive orders, congressional acts, and agency directives. These efforts focus on securing critical infrastructure, enhancing information sharing, and strengthening cybersecurity defenses against evolving threats.

Yes, South Korea has implemented various laws and regulations related to cybersecurity to address the growing threats in cyberspace and protect its digital infrastructure and data. Some key cybersecurity laws and regulations in South Korea include:

Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection (Network Act): This comprehensive law governs various aspects of information and communications technology (ICT) in South Korea, including cybersecurity. It establishes requirements for protecting personal information, securing communications networks, and preventing unauthorized access to computer systems.

Personal Information Protection Act (PIPA): PIPA regulates the collection, use, and handling of personal information by both public and private sector organizations in South Korea. It mandates measures to safeguard personal data and imposes penalties for violations of data protection requirements.

Information and Communications Network Act (ICNA): ICNA regulates the operation and management of information and communications networks in South Korea, including requirements for cybersecurity measures, data protection, and network security.

Act on Cyber Security (Cyber Security Act): This law aims to enhance cybersecurity measures and protect critical information infrastructure in South Korea. It establishes requirements for cybersecurity risk management, incident response, and information sharing among relevant stakeholders.

Data Protection and Cybersecurity Regulations for Financial Institutions: South Korea has specific regulations governing cybersecurity and data protection in the financial sector, including requirements for financial institutions to implement cybersecurity measures, conduct risk assessments, and report cybersecurity incidents.

1. 논의 배경

최근 인공지능(AD), 사이버, 우주 등 이른바 신기술(emerging technology) 또는 ‘파괴적 신기술(EDT: Emerging & Disruptive Technology)’ 이 급격히 발전하고 있다. 이러한 신기술들은 기본적으로 이중용도 성격인 관계로 군사 분야에 적용되면 국가안보 및 국제안보에 미치는 파급효과도 클 것으로 예측된다. 특히, 인공지능 기술의 경우 인식·인지증강 분야에서 급속도로 실용화되고 있고, 무기·정보·감시·정찰 시스템과 결합 시 군사·정보적 잠재력이 막대할 것으로 평가되고 있다. 우크라이나 전쟁에서 효력을 입증한 드론 기술 역시 정보통신기술(ICT) 발전과 더불어 정밀도가 크게 향상되었는데, 군용 무인장비가 널리 보급되고 있고 군용 드론과 인공지능이 결합한 자율무기체계(AWS)도 현실화 단계에 도달하고 있다.

이에 따라 EDT로서 인공지능 기술에 대한 국제적 논의도 기술 개발·획득 및 기술의 적용·이용 시 기술혁신을 통한 인류의 혜택을 인정하면서도 동시에 윤리적, 법적 측면을 고려하는 가이드라인 및 국제규범을 마련해야 한다는 데 초점을 두고 있다. 또한, 인공지능 기술 강국들 역시 EDT 위협 대응 차원에서 점차 체계적·종합적 국가안보전략을 바탕으로 지침 및 가이드라인을 수립·제시하는 추세이다. 다만, 인공지능 이용에 대한 글로벌 거버넌스 및 국제규범 정립 시도는 상업적 이용과 군사적 이용이 분리되어 진행되고 있으며, 군사적 이용에 관한 논의는 초기 단계이다. 즉, 인공지능의 상업적 이용에 대한 규제 논의는 UN, OECD, EU, G20 등 글로벌 협의체에서 인공지능의 이용에 대한 가이드라인을 제시해 왔다. 반면, 인공지능의 군사적 이용과 논의는 2013년 자율살상무기를 규제하는 LAWS GGE 창설 합의 후 수차례 회기를 진행하여 11개의 원칙(Guiding Principles)를 제시하였다. 다만, 상기 논의는 기본적으로 CCW(재래식무기협정)에 틀안에서 무기체계 관점의 논의인바, 무기체계 이외의 포괄적 차원의 국제적 논의는 부재한 상황이다.

2. 주요 현안과 쟁점

EDT로서의 인공지능의 군사적 이용 규제가 필요하다는 점에는 공감대가 형성되어 있지만 구체적 범위와 강도에 있어서는 컨센서스가 부재한 상황이다. 즉, 무기체계를 포함한 포괄적·원칙적 차원에서 인공지능의 군사적 이용에 따른 위협 요인을 규제하려는 방향과, 무기체계의 경우 기존 LAWS GGE에서 논의되고 있어서 중복성을 고려 무기체계를 배제한 채 논의하려는 경향이 있다. 반면, 미국, 영국, 호주 등 개별국가 차원에서는 무기체계를 별도의 지침 형태로 발표함은 물론 군사적 이용에 대한 정책적

가이드라인역시 구비하고 있다. 한편, 국제적 차원에서 인공지능을 활용한 자율무기 체계의 경우 기존 특정재래식금지협약(CCW)상 자율살상무기 정부전문가그룹(LAWS GGE)에서 진행되고 있다. 따라서, 11개 원칙(Guiding Principles) 규정 이후 실질적 성과를 도출하지 못하고 있는 LAWS GGE 논의의 지속여부와 맞물려 인공지능의 군사적 이용에 대한 규제 범위 문제는 향후 논의의 기본적 틀을 결정하는 쟁점이다.

사이버, 우주 등 여타 신기술 안보의 경우와 같이 국제안보 맥락에서 인공지능의 이용 역시 EDT로서 인공지능의 위협 요인을 구체화하는 것이 논의의 핵심이다. 이는 국가 간 인공지능의 기술적 격차가 상당한 상황에서 국가마다 위협 요인에 대한 입장차가 분명한 데서 기인한다. 또한, 주권, 인권 등 국제법 및 규범 그리고 국가의 개입 등에 대한 에 기본적 인식차도 위협 평가에 대한 컨센서스 도출에 어려움을 초래하고 있다. 그럼에도 불구하고 인공지능의 군사적 이용 시 기본적 인권의 보호, 인간의 의미 있는 통제, 인공지능의 오류 및 왜곡 가능성 등은 핵심적 위협요인으로 평가되고 있다. 규제범위와 위협평가와 관련 국가·진영 간 대립 역시 주목되는바, 인공지능의 경우 사이버, 우주와 달리 인공지능 기술 강국과 비동맹그룹이 기본적 대립구도이다. 이는 인공지능의 군사적 이용 시 기회 및 혜택과 위협을 동시에 고려해야 한다는 기술 강국과 위협을 중심으로 논의되어야 한다는 비동맹그룹 간 견해차에 기인한다. 상기 쟁점은 기존 LAWS GGE에서도 지속적인 국가·진영 간 대립구도인데, 제1차 REAIM 회의 최종 결과 문서인 2023 “Call to Action”에서는 상대적으로 인공지능의 군사적 이용 시 기회와 혜택 등 긍정적 측면이 강조되고 있다.

자율무기를 제외하고 군사 분야에서 책임 있는 인공지능 이용 논의가 최근 시작된 관계로 공식적 협의체 및 구체적 위임사항이 부재한 상황이다. 또한, EDT 논의의 주요 쟁점인 합의 문서의 성격도 기본적 방향성이 부재한 상황에서 향후 논의를 통해 구체화 될 것이다. 이와 관련 LAWS GGE 논의에서는 합의 문서의 목표와 성격에 대해 △법적 구속력 있는 조약 창설, △정치적 선언의 채택, △구체적 이행 조치 강화를 위한 가이드라인 설정 등 세 가지 선택에 대해서 국가·진영 간 입장차가 상존한다. 따라서, 인공지능의 군사적 이용에 대한 포괄적 논의를 시작한다는 차원에서 구체적 이행 조치를 위한 결과문서 혹은 정치적 선언 도출 시도 가능성이 높다. 사이버, 우주 등 특정 신기술 분야에서도 △법적 구속력 있는 조약 창설, △정치적 선언의 채택, △구체적 이행 조치 강화를 위한 규범 설정 등에 대해 국가, 진영 간 입장이 상이하다. 앞서 설명한 바와 같이 인공지능의 군사적 이용의 경우 대립구도가 미·서방과 중·러의 대립이 아닌 기술선도국과 비동맹 간 대립이었으나 최근 이에 대한 변화가 있어 주목되고 있다. 즉, 인공지능의 군사적 이용에서도 점차 미·서방과 중·러 간 대립 가능성이 있는바, 이는 미국이 LAWS GGE에서의 입장에서 변화하여 정치적 선언문 도출에 적극적인 데서 확인할 수 있는바, 미 국무부는 제1차 REAIM 회의 계기 “인공지능과 자율성에 대한 책임 있는 군사적 이용”의 정치적

선언을 발표하고 유사입장그룹의 동참을 유도하고 있다.

EDT의 군사적 이용 규제 논의는 필연적으로 규범 정립 및 국제법 적용문제와 연관되는 문제인바, 인공지능 분야의 경우도 규범 및 국제법이 부재한 관계로 동 이슈가 주요 현안 및 쟁점이다. 단기적으로 조약 창설 가능성이 낮은 관계로 가이드라인으로서의 규범 정립과 기존 국제법의 적용을 확인하는 시도가 우선시되고 있다. 규범 정립의 경우 위협 평가를 고려하여 위협 요인을 경감하는 합의 가능한 일련의 조치들을 정립하는 작업으로 진행되고 있다. 구체적인 규범 정립의 원칙과 관련 LAWS GGE 및 NATO가 제시한 6개 원칙(Lawfulness, Responsibility & Accountability, Explainability and Traceability, Reliability, Governability, Bias Mitigation)이 논의의 준거점이 될 수 있다. 인공지능 분야는 사이버, 우주와 달리 초기 논의 수준인 관계로 국제법 적용의 경우 △주권 및 관할권, △자위권 및 대응조치, △국가책임, △국제인도법 및 인권 등 개별 국제법 원칙을 확인하는 수준에 미치지 못하고 있다. 국가 간 인공지능의 기술적 역량 수준에 따라 규범 정립 및 국제법 적용 쟁점에서도 국가·진영 간 입장이 상이하다. 상기 이슈와 관련 LAWS GGE의 경우 국제인도법 적용을 전제로 금지 및 규제 대상 자율무기체계를 구분하는 등 구체적인 조치들을 규정하고 있다. 반면, 비구속적 가이드라인을 제시한 제1차 REAIM 회의 결과 문서의 경우 많은 국가의 동참을 유도하기 위해 상대적으로 금지행위 보다는 이행이 용이한 조치들을 규정하였다. 또한, 국제법 적용 역시 REAIM 결과 문서에서는 국제의무를 준수하고 국제법에 부합해야 한다는 원칙적 수준으로 제시되고 있다. 다만, 인공지능의 군사적 이용의 필수적인 데이터는 구체적으로 규정하되, 국가, 지역, 국제적인 데이터와 관련한 법적인 프레임워크, 데이터 기준, 데이터 보호 등을 강조한 것이 주목된다.

3. 정책적 시사점

현재 한국은 인공지능에 관한 기본 개발 전략은 있으나 주요 기술 강국처럼 군사안보 이슈를 포괄한 국가전략으로서의 인공지능 전략·정책이 부재한 상황이다. 이로 인해 인공지능 기술의 거버넌스 및 규범이 빠르게 변화하고 있는 국제적 추세에 대응하는 데 한계가 있는 상황이다. 따라서, REAIM 개최 계기 국제적 차원에서 기본적 가이드라인 제시는 물론 국내적 차원의 종합적인 국가 전략을 재검토할 시점이다. 과거 사이버스페이스 총회를 계기로 사이버스페이스에 대한 국제적인 프레임워크를 제시하여 글로벌 거버넌스를 주도하면서도 이를 활용하여 국가 사이버안보 전략의 기본 틀을 마련했다는 것은 인공지능 논의에서도 시사점이 크다 할 것이다.

BBNJ 성안문서 상의 자원이용에 관한 원칙규정 일고찰
- 인류공동유산과 공해자유를 중심으로 -

서진웅

1. 인류공동유산

UN해양법협약 하의 인류공동유산은 심해저 상의 광물자원에 대하여 한정적으로 적용되는 특별규정에 해당한다.¹⁾ 그러나 국가관할권이원지역협정에서는 하나의 원칙으로 규정되어 있다.²⁾ 다만, 특기할 만한 부분은 “The principle of the common heritage of humankind which is set out in the Convention”으로 규정하고 있다는 것이다.

1.1 Principle

UN해양법협약 상 인류공동유산은 심해저와 그 자원에만 적용되는 원칙이다.³⁾ 제11부 제2절의 표제가 ‘심해저를 규율하는 원칙’이며, 제136조에 ‘심해저와 그 자원은 인류의 공동유산이다.’고 명기한 바와 같이, 인류공동유산은 제한적 범위에서 그 원칙성을 가질 뿐 전체 해양법 체계 내에서 원칙의 지위를 가지지 아니하였다.⁴⁾

국가관할권이원지역협정의 협정문 제7조는 동 협정 상의 원칙과 접근방법을 규정하고 있으며, 특히 제2호에 원칙으로 인류공동유산을 규정하고 있다. 이와 같은 규정은 UN해양법협약 상의 인류공동유산 규정과 큰 차이점이라 할 수 있다.

동항의 ‘principle’이 가지는 의미를 명확히 해석할 필요가 존재한다. 인류공동유산의 경우 공해자유와 달리 후단에 ‘which is set out in the Convention’이라고 제한적인 규정을 두고 있는 바를 볼 때, 국가관할권이원지역협정 전체의 기본적인 원칙으로 규정되었다고 보기엔 무리가 존재한다. ‘which is set out in the Convention’이라는 제한에 따라서 UN해양법협약 상 인류공동유산이 규정된 한도 내에서 국가관할권이원지역협정 상 원칙성을 가지는 것으로 보아야 한다.

1.2. Common Heritage of Humankind

UN해양법협약 제11부는 인류공동유산을 common heritage of ‘mankind’로 규정하고 있으나, 협정문 제7조 제2호는 common heritage of ‘humankind’로 규정하고 있음에 차이점이 있다. mankind와 humankind 간의 용어의 변경이 가지는 특별한 함의가 있는 것인지 아니면 정치적 올바름(political correctness)이 반영된 것인지에 대한 명확한 해답이 협정문 상 제공되지 않고 있다. 다만 후단에 ‘which is set out in the Convention’이라고 제한적인 규정을 두고 있는 바를 볼 때, common heritage of humankind가 새로운 용어 내지는 개념을 담지하는 것은 아님을 확인할 수 있다.

1.3 which is set out in the Convention

1) 서진웅·성재호, “해양법상 국가관할권이원지역(ABNJ)의 규율원칙”, 『성균관법학』 제29권 제4호, 2017, p. 125.
2) Certified True Copy of the Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, Art.7(2).
3) UN해양법협약 제136조.
4) see Yoshifumi Tanaka, 『The International Law of the Sea』, Cambridge University Press, 2012, p. 13.

인류공동유산의 경우 'which is set out in the Convention'를 명기하여 한정되도록 설계되어진 조문이다. 동조 제3항의 공해자유에 'which is set out in the Convention'과 유사한 제한이 없다는 점과 비교하여 보면, 명백히 본 후단 단서의 의미를 확립할 수 있다. 즉, UN해양법협약 상 인정되는 범위 내에서 인류공동유산이 적용됨을 의미한다고 봄이 타당하다.

동 후단에 특별한 방점을 두는 또 다른 이유로는 협정문 제1조 제2항은 "'Areas beyond national jurisdiction" means the high seas and the Area"라고 규정하고 있다는 점에 있다. 심해저를 나타내는 'the Area'는 UN해양법협약 제1조 제1항 제1호에 의하여서만 그 의미가 확정된다. 동조는 "'Area" means the sea-bed and ocean floor and subsoil thereof beyond the limits of national jurisdiction"규정함으로써 명확히 'the Area'의 범위를 확정하고 있다. 반면에 협정문 제1조 제2항에서는 'the Area'에 대한 UN해양법협약 상의 규정을 따르는 개념임을 명시하지 않고 있다. 인류공동유산과 심해저 두 용어 모두 UN해양법협약에 명시된 용어임에도 불구하고 인류공동유산의 경우 '협약에 명시된'이라는 부연설명을 단 반면에 심해저의 경우 'the Area'라고만 표기하고 있다는 점에서 비교해볼 가치가 있다.

2. 공해자유

공해자유와 관련하여 협정문 제7조 제3호는 'The freedom of marine scientific research, together with other freedoms of the high seas'라고 간략히 규정하고 있다. 이러한 규정은 UN해양법협약 제87조의 규정과 비교할 때 매우 간략한 표현에 해당한다. 또한 인류공동유산과 달리 원칙임을 명시하고 있지 아니하며, 'which is set out in the Convention'과 같은 제한규정도 존재하지 아니한다.

2.1 원칙성

첫 번째는 구조적인 해석에서 나온다. 협정문 제7조를 살펴보면, 제1항, 제2항 및 제4항은 원칙임을 규정하고, 제5항은 적절한 경우에 따라서 원칙 내지 접근방법으로 규정하고, 6항 이후는 접근방법으로 규정하고 있다. 이러한 조문의 구조를 볼 때, 제3항의 공해자유 역시 원칙으로 규정되었음을 추론할 수 있다.

아울러 UN해양법협약 상 제87조에 규정된 공해자유 역시 조문 상에 원칙이라는 단어는 존재하지 아니하지만, 전통국제법상 공해에 적용되는 원칙으로 이해되고 있다. 이에 더하여 UN해양법 제87조는 전통적인 국제관습법인 공해자유원칙을 성문화한 것에 해당한다.⁵⁾ 따라서 협정문 제7조 제3호의 공해자유 역시 원칙성을 가지는 규정으로 봄이 타당하다.

2.2 제한규정의 부재

협정문 제7조 제3호는 UN해양법협약 제87조와 달리 간략히 규정하고 있다. 공해자유에 대한 규정내용이 기타의 공해자유를 포함하여 해양과학조사의 자유로 규정함으로써, 해양과학조사의 자유를 중심으로 하고 있다. 이는 UN해양법협약 제87조 제1항 (f)에 규정된 내용을 그 중심내용으로 함을 확인할 수 있다.

기타의 공해자유는 무엇을 의미하는가의 문제가 남게 된다. 비록 협약문 조문 상 기타의

5) 성재호·김정균, 「국제법」 제5개정판, 박영사, 2006, pp. 472-473.; Yoshifumi Tanaka, "Reflections on the Conservation and Sustainable Use of Genetic Resources in the Deep Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction", 『Ocean Development & International Law』 vol. 39, 2008, p. 13.

공해자유를 포함한다는 단서가 존재하기는 하지만, 그 범위가 명시적으로 규정되어 있지 않기 때문이다. 협정문 제7조 제2호와 같이 'which is set out in the Convention'과 같은 후단 조항이 존재하였다면 UN해양법협약 상의 공해자유가 전면적으로 허용되는 것으로 볼 수 있을 것이나, 공해자유에 대해서는 제한조건을 달지 아니한 채, 기타의 공해자유라고 넓게 규정하고 있는 특징이 있다.

협정문 제7조 제3호의 공해자유는 'which is set out in the Convention'과 같은 제한조건은 존재하지 아니하지만, 그 실질적 내용에서 'which is set out in the Convention'을 포함하며, 동시에 국가관할권이원지역협정의 목적의 범위 내에 제한된 공해자유로서 이해됨이 타당하다.

이러한 자유로는 항행의 자유, 상공비행의 자유, UN해양법협약 제6부에 따른 해저전선과 관선 부설의 자유, UN해양법협약 제6부에 따라 국제법상 허용되는 인공섬과 그 밖의 시설 건설의 자유를 포함하는 것으로 봄이 타당하다.⁶⁾ 또한 공해자유원칙은 UN해양법협약 상의 공해자유원칙의 범위에 대한 논의와 동일하게 그 내용이 열거적이며, 비소진적으로 규정되어 있는 바, 과학기술의 발전에 따라서 추가적인 자유가 포함될 수 있을 것이다.⁷⁾

3. 결론

향후 두 원칙 간의 해석에 대한 대립은 협정문 성안과정에서 보아온 것과 같이 치열하게 진행될 것이다. 향후 국가관할권이원지역협정의 운영이 어느 원칙을 우선으로 하게 될지에 대하여서는 국가관할권이원지역의 이행 상황에 따른 추가적 연구가 이루어 져야 할 것이다.

그러나 그보다 먼저, 국가관할권이원협정이 발효하기 위하여서는 60개국 이상이 비준·발효하여야 한다. 이 중 해양선진국이 얼마나 참여할지 자체가 국가관할권이원지역협정의 미래를 결정할 것이다. 해양선진국들이 비준하지 아니하는 한, 국가관할권이원지역협정은 그들만의 리그로 전락할 수도 있다. 이는 '1982년 12월 10일자 해양법에 관한 국제연합협약 제11부 이행에 관한 협정(1994년 이행협정)'이 도출된 과정을 살펴볼 때 예견 가능하다 할 수 있다. 1982년 UN해양법협약이 채택된 후 11년이 경과하여 발효되기 직전인 1993년 9월 협약을 비준하거나 가입한 60개 국가 중 한 국가만이 개발도상국이 아닌 국가였다(아이슬란드, 1985년 6월 21일 비준). '해양의 최대 사용자이자 최대 오염자이며, 해양에서의 최종요 분쟁당사자'인 선진국들의 불참 속에 발효되는 것은 비극과 같다는 인식 하에, UN사무총장 하비에르 페레스 데 케야르(Javier Perez de Cuellar)는 협약의 불가피한 발효 이전에 제11부에 관한 문제를 해결하기 위하여 일련의 비공식 협의회를 소집하였다. 이 협의회에서 사무총장 특별대리인인 피지 대사 사티아 난단(Satya Nandan)의 노력에 힘입어, '1994년 이행협정'이 1994년 7월에 UN총회에서 채택되었다.⁸⁾ 이러한 해양법의 역사를 환기할 때, 국가관할권이원지역협정은 협정문이 나온 지금 끝난 것이 아니라, 새로운 출발점에 서게 된 것으로 보아야 한다.⁹⁾

6) UN해양법협약 제87조

7) Robin Rolf Churchill/Alan Vaughan Lowe, 『The Law of the Sea』, 3rd ed., Manchester University Press, 1999, p. 205.

8) UNGA Resolution A/RES/48/263, 1994.

9) see Rachel Tiller/Elizabeth Mendenhall, "And so it begins - The adoption of the 'Biodiversity Beyond National Jurisdiction' treaty", 『Marine Policy』 vol. 157, 2023, pp. 1-2.

국제상사법원의 도입 논의

수원고등법원 고법판사 장지용

1. 국제상사분쟁해결수단 – 중재와 소송

국제상사분쟁의 해결을 위하여 국제중재절차가 많이 이용되고 있다. 자유로운 준거법과 절차의 선택, 전문가인 중재인의 선임, 중재판정의 강제집행력,¹⁾ 유연성 및 비밀 보장 등이 중재의 장점으로 손꼽히는 반면, 절차의 지연, 높은 비용은 국제상사중재의 단점으로 지적되고 있다.

이와 달리 소송절차는 불복할 기회가 존재하는 점, 절차 내에서 당사자들에 대한 제재, 증거수집절차나 임시처분에서 제3자에 대한 강제력, 중립성 및 공정성²⁾ 등이 강점으로 꼽히고 있다.

2. 국제상사법원의 등장

중재와 소송의 장점을 결합하기 위하여 국제상사법원이 새로운 분쟁해결수단으로 등장하였다.³⁾ 유럽에서는 Brexit를 계기로 영국 상사법원⁴⁾을 대체하는 상사분쟁해결의 허브가 되기 위하여 국제상사법원이 설립되었다.⁵⁾ 싱가포르 국제상사법원은 국제상사분쟁해결의 허브가 되기 위하여 설립되었는데 외국 법관을 허용하며,⁶⁾ 싱가포르 국제중재센터(SLAC) 등과 상호작용을 통하여 높은 평가를 받고 있다. 중동에서는 무역, 상업, 경제의 허브가 되기 위하여 국제금융특별 구역을 만들면서 구역(금융센터) 내의 분쟁을 해결하기 위하여 국제상사법원을 만들었다.⁷⁾ 중국은 일대일로를 추진하면서 이와 관련하여 증가하는 국제상사분쟁, 국제투자분쟁을 다루기 위

1) 뉴욕협약에 따라 중재판정의 강제집행이 가능하다. 재판의 승인, 집행에 대하여는 헤이그채판협약(2023년 발효), 조정절차에서의 화해합의에 대하여는 싱가포르협약(2020년 발효)이 있다.

2) 국제상사법원에 관한 연구(주 1), 14면.; 대한상사중재원 중재조항 삽입 실태조사 및 국제중재 사건 유치 증대를 위한 개선방안

3) 이하는 연구책임자 김정환(연구참여자 이수진, 장지용), 국제상사법원에 관한 연구, 사법정책연구원, 2020 및 이정아, “분쟁해결시스템의 통합경향과 국제상사법원과 관련된 제반 문제”, 국제거래법 연구회 발표자료 참조.

4) 영국 고등법원(High Court)의 여왕좌부(Queen’s Bench Division)에 속해 있다.

5) 벨기에에서는 브뤼셀에 Brussels International Business Court 설립안이 제출되었으나 의회를 통과하지 못하였다. 독일에서는 프랑크푸르트를 금융의 중심지로 만들기 위하여 2018년부터 프랑크푸르트 지방법원에 영어 변론을 허용하고 전문법관제도를 도입한 상사재판부를 설치하였다.

6) 두바이, 카타르, 아부다비, 카자흐스탄의 국제상사법원도 외국법관을 허용하고 있다.

7) 이는 외국인 투자자들이 안심하고 투자할 수 있도록 하기 위함이다.

하여 국제상사법원을 설립하였다.

| 설립연도 | 국가 (도시) | 국제상사법원 |
|------|--------------|----------------------------|
| 2005 | UAE (두바이) | 두바이 국제금융센터법원 (DIFC Courts) |
| 2009 | 카타르 (도하) | 카타르 금융센터법원 (QFC Court) |
| 2015 | UAE (아부다비) | 아부다비 금융자유구역법원 (ADFM Court) |
| 2015 | 싱가포르 | 싱가포르 국제상사법원 (SICC) |
| 2018 | 프랑스 (파리) | 프랑스 국제상사법원 (ICCP) |
| 2018 | 독일 (프랑크푸르트) | 프랑크푸르트 국제상사재판부 (FRC) |
| 2018 | 중국 (선전, 시안) | 중국 국제상사법원 (CICC) |
| 2019 | 네덜란드 (암스테르담) | 네덜란드 상사법원 (NCC) |
| 2019 | 카자흐스탄 (아스타나) | 아스타나 국제금융센터법원 (AIFC Court) |

3. 국제상사법원의 특징

국제상사법원은 절차 진행에서 영어 사용을 그 특징으로 하고 있다. 또한 전문적이면서도 신속하고 경제적인 분쟁 해결을 위하여 국제상사사건에 전문성을 가진 법관을 임명하며(외국 전문가를 법관으로 임명하는 법원도 상당수 있다), 외국 변호사의 소송대리를 인정하기도 한다. 국제상사법원은 불복가능성을 부여하여 일관성과 예측가능성을 높이면서도 소송을 지연시키지 않기 위하여 대부분 2심제를 채택하고 있다(별지 참조).

4. SIFoCC

2017년 영국 상사법원의 주도하에, ① 상사에 관한 모범 실무례를 공유하고, ② 상호협력을 통해 법의 지배를 확립하며, ③ 개도국 등 투자자에게 상사분쟁 해결을 위한 효율적인 수단을 제공하기 위하여, 상사법원에 관한 상설 국제포럼(Standing International Forum of Commercial Courts, ‘SIFoCC’)을 발족하였다. SIFoCC은 금전지급에 관한 상사판결의 집행에 관한 다자간 메모랜덤 등을 발간하였고, 우리 대법원도 2022년 SIFoCC에 가입하였다.⁸⁾

8) 고 윤성근 서울고등법원 부장판사가 가입을 주도하였다.

5. 국제상사법원 설립의 필요성

우리나라는 보통법과 대륙법계의 혼합형 법체계를 취하고 있고, 전자소송, 영상재판 등 정보화에서 앞서 있으며, 재판절차의 신속성, 효율성이 높다는 점이 국제상사법원 도입시 장점이 될 수 있다. 반면 영어재판의 어려움, 외국법관 임명 및 외국변호사 대리가 어려운 점 등은 단점으로 지적된다. 국제상사법원이 성공하기 위해서는 국제중재와의 상호보완이 필수인데, 우리나라가 중재지로 선택되는 비율이 높지 않다는 점도 단점이 될 수 있다. 국제상사사건과 해상사건을 함께 처리하기 위하여 해상국제상사법원을 설치하기 위한 법원조직법 개정안이 21대 국회에서 발의되었으나 통과되지 못하였다.

국제상사분쟁사건을 전담으로 심리하는 국제상사법원의 도입은 한국 사법부의 국제적 위상을 제고하는 동시에 외국 기업의 투자유인 증대, 법률서비스 시장의 확대 등 국가적 차원에서의 이익도 수반한다는 점에서 긍정적으로 고려할 필요가 있다. 최근 국제상사분쟁사건의 유치(Forum Selling)를 위하여 세계 각국의 법원이 노력하고 있는데, 우리나라도 이와 같은 경쟁에 적극적으로 참여할 필요가 있다.

각국의 국제상사법원 비교

| | 영어 사용 | 외국 법관 허용 여부 | 외국 변호사 대리 여부 | 관할 중 역외사건 인정 여부 | 심급 |
|----------------|------------------|---------------------------------------|--------------------------|-----------------|----------------------------------|
| 영국 상사법원 | ○ | ○ | ○ | ○ | 3심제 |
| 싱가포르 국제상사법원 | ○ | ○ | ○ | ○ | 2심제 |
| 두바이 국제 금융센터법원 | ○ | ○ | ○ | ○ | 2심제 |
| 카타르 금융센터법원 | ○ | ○ | ○ | ○ | 2심제 |
| 아부다비 금융 자유구역법원 | ○ | ○ | ○ | ○ | 2심제 |
| 아스타나 국제금융센터법원 | ○ | ○ | ○ | ○ | 2심제 |
| 중국 국제상사법원 | X | X(중국인과 외국전문가로 구성된 국제상사전문가위원회를 산하에 구성) | X | X | 단심제(극히 제한적으로 최고인민법원에 의한 재심절차 존재) |
| 네덜란드 상사법원 | ○ | X | X(EU회원국 또는 스위스 관련 예외 허용) | ○ | 3심제 |
| 프랑스 국제상사법원 | X(증거조사, 구출변론 예외) | X | X | ○ | 1심제 |

국제카르텔과 손해배상: 2014가합504385 판결에 대한 논의

(서울중앙지방법원 2023.11.23. 선고)

이세인 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

I. 사안의 배경과 법원의 판단

- LG전자와 LG전자의 해외법인(6개 업체)들이 대만 업체들을 상대로 2014년 1월초 TFT-LCD 가격담합으로 인한 손해배상 청구->공정거래법 제19조 제1항 제1호, 제3호 (부당한 공동행위 금지) 위반한 불법행위임을 주장. 소송과정에서 2개 업체 (AU Optronics, Hanstar Display)를 제외한 업체들에 대해서는 소를 취하.
- 원고들은 모니터, 노트북 컴퓨터, 텔레비전 등의 제품 생산을 위해 피고들이 생산·판매하는 TFT-LCD 제품을 구매하였고, 판매 기간은 2003.10 ~ 2006.12.
- 공정거래위원회의 조사에 의해 이 사건 공동행위가 공정거래법 제19조 제1항 제1호, 제3호를 위반하였다는 이유로 2011. 12. 1. 피고들에게 시정명령 및 과징금 납부명령이 있었음(의결번호: 2011-212, AU Optronics 284억4천2백만원, Hanstar Display 8억7천1백만원). 이후 고등법원 판결을 통해 Hanstar Display 과징금 30% 감액. ● TFT-LCD 담합에 대해서는 미국과 EU등 해외 경쟁당국에 의해서도 벌금 및 과징금 부과조치가 있었고 국내 기업들도 연루되어 자진신고를 하거나 과징금을 부과받았음.
- 서울중앙지방법원의 판단: AU Optronics에 총291억여원, Hanstar Display에는 총37억9000여만원을 배상하라고 판결함.

II. 쟁점별 법원의 판단

1. 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정되는지 여부

(구)국제사법 제2조 제1항: 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다....

- **피고들의 주장:** 피고들은 모두 외국법인들로 국내에 영업소가 없음. 원고 C를 제외한 해외 법인들은 원고 C와 독립된 주체로서 거래를 하였음. 이 사건 공동행위에 관한 주요 사항들은 매월 대만에서 개최되는 회의에서 결정되었고, 회의를 주최하고 자료를 준비한 피고들은 모두 대만에 소재한 법인들임. 원고C는 피고들에 대한 손해배상청구권의 소멸시효가 완성되었음.

- **법원의 판단:** 대한민국 법원에 국제재판관할권이 있음.

- 원고 해외법인들과 피고들 사이의 거래는 원고C의 주도 내지 밀접한 관여 한에 이루어진 것으로 보이므로 피고들로서는 대한민국 법원에 소를 제기당할 수 있다는 점을 합리적으로 예측할 수 있었음.
- 피고들이 대한민국에서 소송대리인을 선임하여 응소하였음. 대한민국에서 소송을 진행하는 것이 특별히 불리해 보이지 않음. 대한민국 법원의 국제재판관할권을 부인하여 각각의 원고들 소재지 법원에서만 심리해야 한다면 피고들의 응소부담을 현저히 가중시켜 소송경제에 심각하게 반하는 결과를 가져오게 됨.
- 공정거래위원회의 조사를 통해 사실관계가 밝혀졌고, 사건과 관련한 자료들이 대한민국에

소재하고 있음. 회의들 중 상당수는 대한민국에서 이루어지기도 하였음.

▶ 2022. 7. 5. 개정 국제사법 시행: 국제재판관할에 관하여 원칙 규정 (제2조)에 추가하여 국제재판관할에 대한 총칙 및 각칙 등 35개 규정이 신설되고, 기존 62개 조문 중 7개 조문도 정비되었음. 국제재판관할에 관한 예측가능성을 높이고자 하는 취지.

▶ 본 사안에 개정 국제사법이 적용된다면? 제44조를 적용하거나 제2조에 의한 실질적 관련성을 통해 관할 인정 가능할 것으로 보임.

제44조 (불법행위에 관한 소의 특별관할) 불법행위에 관한 소는 그 행위가 대한민국에서 행하여지거나 대한민국을 향하여 행하여지는 경우 또는 대한민국에서 그 결과가 발생하는 경우 법원에 제기할 수 있다. 다만, 불법행위의 결과가 대한민국에서 발생할 것을 예견할 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 준거법의 결정

● **피고들의 주장:** 국제사법 제32조 제3항, 제8조 적용-> 원고들이 물품공급계약을 제출하지 않았으나, 그 동안의 관행과 계약 실행에 비추어 미국법이나 싱가포르법 등 제3국의 법을 준거법으로 택했을 가능성이 상당함. 제8조에 따라 피고들이 소재한 대만이 가장 밀접하고도 실질적인 관련이 있으므로 대만법이 적용되어야 함.

(구)국제사법 제32조 제1항: 불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의한다.

(구)국제사법 제32조 제3항: 가해자와 피해자간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 그 법률관계의 준거법에 의한다.

(구)국제사법 제8조: 이 법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조: 국외에서 이루어진 행위라도 그 행위가 국내 시장에 영향을 미치는 경우에는 이 법을 적용한다.

● **법원의 판단:** 국제사법 제32조 제1항, 공정거래법 제3조 적용 -> 대한민국 민법과 공정거래법을 준거법으로 봄이 타당함.

- 원고들과 피고들 모두 물품공급계약을 제출하지 못함. 대한민국법 외에 제3국의 법으로 준거법을 합의했다는 객관적 증거를 제출 못하고 있음.

- 국제사법 제32조 제1항 적용->원고 해외법인들과 원고C는 하나의 기업집단을 이루고 있으므로 손해의 결과 발생지는 원고 C가 소재한 대한민국으로 볼 수 있음.

- 대한민국 공정거래위원회는 피고들에 대해 공정거래법을 적용하여 과징금 및 시정명령을 부과한 점 (공정거래법이 역외적용 되었음).

▶ 준거법 결정에 대한 의견

1) 본 판결에서 서면의 계약서를 확보하지 못했다 하더라도 국제사법에 따른 계약의 준거법 판단이 가능하므로 계약의 준거법을 판단하여 종속적 연결을 통해 이를 불법행위의 준거법으로 하는 것이 타당하다고 판단됨.

2) 불법행위(계약)의 준거법이 대한민국법이 아닌 외국법으로 지정된 경우는?

참고 판례; 2013나2006955 (2015.2.5. 선고): 소프트웨어 거래에 관해 구입강제로 인해 공정

거래법 제56조 제1항에 의한 손해배상책임 및 소프트웨어 업그레이드 약정 위반으로 인한 손해배상책임을 주장한 사안으로 당사자들이 계약의 준거법을 미국 캘리포니아주법으로 명시적으로 선택함.

법원의 판단: “ ... 공정거래법의 입법목적과 관련규정을 고려하면, 당사자간의 준거법 지정합의 및 국제사법 제32조 제3항에도 불구하고 공정거래법은 당사자의 합의에 의하여 적용을 배제할 수 없을 뿐만 아니라, 계약관계의 준거법이 외국법으로 지정되었다고 그 적용이 배제되지 않는 강행규정에 해당한다 할 것이다 (서울고등법원 2010.2.11. 선고 2009나31323판결 참조). 따라서 공정거래법 위반 여부와 그로 인한 손해배상채무의 발생 및 그 손해배상채무의 승계여부에 관하여는 대한민국법을 준거법으로 한다.”

(구) 국제사법 제7조: 입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다.

3) 외국법으로 지정된 준거법과 대한민국의 강행규정과의 관계: 제7조의 취지는 준거법이 외국법이라 하더라도 해당 강행규정을 적용한다는 취지이고, 해당 외국법의 적용을 모두 배척해야 된다는 의미는 아님. 따라서 위와 같은 사안에서 공정거래법이 강행규정으로 우선 적용되어야 하겠으나 공정거래법이 다루지 않는 그 외의 부분에 대해서는 여전히 외국법이 준거법으로 적용되어야 할 것으로 보임. 한 예로, 지연이자의 계산에 있어서 채권채무관계를 규율하는 준거법이 외국법인 경우 대법원은 대한민국의 ‘소송촉진등에 관한 특례법’을 적용하지 않고 해당 준거법에 따라 지연이자를 산정하도록 판단해 왔음.

3. 손해배상액의 산정

- 손해액 산정을 위해 가상경쟁가격 (담합행위가 없었을 경우에 형성되었을 가격)을 계량경제학적 분석방법 (회귀분석)을 통해 추정.

- 책임제한: 불법행위로 인한 손해배상사건에서 불법행위 발생 경위나 진행 경과, 그 밖의 제반 사정을 종합하여 피고들의 책임비율을 제한하는 것이 가능함.

법원의 구체적 판단

1) 계량경제학적 분석방법은 통계학적 추정방식으로 필연적으로 어느정도의 불완정성이 내재되어 있음

2) 피고들이 공정거래위원회로부터 과징금 납부명령을 받았는데, 이는 행정상 제재의 성격과 함께 부당이득 환수의 성격도 있음.

3) (앞선 손해액 산정에 있어서 피고들의 손해전가 관련 주장에 대해서는 받아들이지 않았으나) 최종 소비자들에게 손해를 전가하였을 가능성이 높은 점 등, 손해의 공평, 타당한 분담이라는 손해배상제도의 이념에 따라 앞서 인정한 손해액의 70%로 제한함.

▶ 담합으로 인한 손해배상액을 산정하는 것은 비용과 시간이 많이 소요되는 일. 법원이 책임제한 논리에 의해 30%를 감액한 것은 이 정도면 사회적으로 받아들여질 만하다고 판단한 것으로 보임. 구체적인 타당성이 부족하다는 생각도 있으나 아직까지 대안을 제시하기도 어려운 상황임.

인터넷상 명예훼손에 대한 금지청구소송의 국제재판관할

이종혁(서울대학교)

1. 인터넷상 명예훼손의 특수성

다른 사람의 명예를 훼손하는 방법은 다양하다. 전통적으로는 인쇄매체(도서, 신문, 잡지 등), 시청각매체(영화, 라디오, 텔레비전 등)와 같은 대중매체(mass media)를 통하여 불특정 다수에게 명예훼손적 정보를 전파하였다. 그러다가 인터넷을 위시한 신매체(new media)가 등장하여 명예훼손의 방법이 다양해지고 전파범위도 넓어졌으며 파급효과도 커졌다. 대개 인터넷상 명예훼손은 명예(또는 신용, 평판, 명성)라는 법익이나 인격권이라는 권리를 침해하는 불법행위를 구성하고, 그 불법행위의 피해자는 자연인일 수도 있고 법인일 수도 있다. 명예훼손의 피해자는 자연인이든 법인이든 일단 명예라는 비재산적 법익이 침해되고 경우에 따라서는 재산, 즉 재산적 법익도 침해될 수 있다. 명예 또는 재산이라는 법익의 침해로 인하여 피해자는 자연인이든 법인이든 재산적 손해를 입을 수도 있고 비재산적 손해를 입을 수도 있다.¹⁾

그런데 인터넷의 편재성(遍在性)[또는 도처성(到處性)](ubiquity)은 명예훼손적 온라인 콘텐츠가 인터넷상 게시되는 행위가 있는 국가 이외에도 그것이 게시된 웹페이지에 접속할 수 있는 모든 국가에서 인터넷상 명예훼손에 의한 손해가 그 정도에 차이를 두고 발생할 수 있도록 한다. 그러므로 복수의 국가가 개재된 인터넷상 명예훼손의 경우 그에 관한 손해배상청구와 금지청구, 즉 온라인 콘텐츠 정정(rectification)·삭제(removal)·접속차단(blocking) 청구는 국제민사소송의 형태로 제기되지 않을 수 없고,²⁾ 필연적으로 국제재판관할, 준거법 결정, 외국재판 승인·집행이라는 광의의 국제사법 쟁점을 노정할 수밖에 없다. 게다가 그 경우 인터넷상 명예훼손은 불법행위의 행동지(온라인 콘텐츠의 인터넷상 게시행위지)와 결과발생지(온라인 콘텐츠에 의한 법익침해지)가 서로 다른 국가에 있는 격지불법행위(隔地不法行爲, Distanzdelikt)임과 동시에, 잠재적으로는 전세계 모든 국가가 결과발생지에 해당할 수 있는 산재불법행위(散在不法行爲, Streudelikt)이므로, 국제사법 문제의 해결은 더 어려워진다.

더욱이 명예훼손은 피해자의 인격권 보호와 가해자의 표현의 자유라는 서로 다른 기본권이 경합하는 사안이므로 양자의 긴장과 조화를 고려하여야 하는데, 인터넷상 명예훼손 사안에는 필연적으로 복수의 국가가 개재되므로 기본권 경합 역시 복수의 국가의 법체계를 고려하여 판단하여야 한다는 어려움이 있다.

2. 금지청구소송의 국제재판관할의 불가분성? — 유럽사법재판소 *Bolagsupplysningen* 판결의 비판적 검토

- 1) 법인은 육체와 정신이 존재하지 않으므로 법인이 비재산적 손해를 입을 수 있는지는 논란이 있다. 긍정하는 입장으로는 투시이론(법인 구성원의 비재산적 손해를 법인의 그것으로 의제)과 분리이론(법인의 목적사업 수행 제한을 법인의 비재산적 손해로 의제)이 대표적이다. 근자에 대법원 2022. 10. 14. 선고 2021다250735 판결은 법인을 상대로 하는 특정한 언동으로 법인이 ‘직접 피해자’로서 명예나 신용이 훼손될 수 있다고 판시하였다. 대법원 2008. 10. 9. 선고 2006다53146 판결은 법인에 발생한 재산 이외의 손해 중 ‘수량적으로 산정할 수 없으나 사회통념상 금전평가가 가능한 무형의 손해’를 배상할 책임이 있다고 한다.
- 2) 금지청구가 보전처분의 형태로 제기되는 경우 국제보전소송의 국제재판관할이 문제된다. 그러나 한국을 비롯한 대다수 국가는 승인 대상인 외국재판을 확정된 중국재판으로 제한하고 있으므로 보전처분이 외국에서 승인되기는 대체로 어렵다.

유럽사법재판소(European Court of Justice, ECJ)는 격지불법행위이자 산재불법행위에 해당 하는 국제적인 명예훼손 사건에서 일련의 선결적 결정(preliminary ruling)을 통하여 특유의 법리인 모자이크 접근법(mosaic approach)과 이익중심지(centre of interests) 개념을 정립하고 구체화해왔다. 특히 Bolagsupplysningen 판결³⁾(이하 “대상판결”)은 온라인 콘텐츠 접속가능지 법원에 금지청구소송의 불법행위지 특별관할을 부정하고, 이를 전체손해배상청구소송의 관할이 인정되는 가해자의 설립지 또는 피해자의 이익중심지 법원에만 인정하였다. 이는 금지청구소송의 관할의 국가별 양적 분할가능성을 부정하는 태도이다. 대상판결(제48문단)은 eDate 판결⁴⁾(제46 문단)과 마찬가지로 그 근거를 온라인 콘텐츠의 편재성과 그 배포범위의 보편성에 비추어 금지 청구는 ‘단일한 불가분의 청구’(single and indivisible application)라는 점에서 찾았다.

그러나 시간·위치·맥락 특정성(time/location/context specificity)을 특징으로 하는 지리적 위치 정보 기술(geo-location technology)이 등장 및 고도화되면서 인터넷의 무국경성(borderlessness)은 벌써 오래전부터 타당하지 않아졌고 온라인 콘텐츠의 편재성과 그 배포범위의 보편성이라는 전제도 더 이상 통용될 수 없어졌다. 또한 지리적 위치정보 기술을 이용한 인터넷 공간의 영토적 파편화(territorial fragmentation)가 가능해짐으로써(예컨대 지오블록킹 기술을 이용하여 인터넷 이용자의 IP 주소의 지리적 위치를 근거로 특정한 온라인 콘텐츠가 게시된 웹페이지로의 접속차단이 가능함), 특정한 국가(들)로 범위를 제한한 금지명령(injunctive relief)을 발하는 것이 얼마든지 가능해졌다(예컨대 피해자와 이해관계 있는 국가에서 접속하는 경우에만 문제된 웹페이지에 접속할 수 없도록 지오블록킹(geo-blocking)을 하거나, 피해자와 이해관계 없는 국가에서 접속하는 경우에는 문제된 것과 동일한 온라인 콘텐츠를 게시한 다른 웹페이지로 리디렉션(redirection)을 하는 방법). 그리하여 금지청구는 모자이크 접근법이 적용될 수 없는 ‘단일한 불가분의 청구’라는 전제는 더 이상 유지될 수 없어졌다. 다만, 특정한 국가(들)로 한정하여 금지명령을 발하더라도 실제로는 그 국가(들)을 넘어서는 범세계적 효과가 발생하는 경우에는 분할가능성의 판단이 어려워질 수 있다. 그러나 제3자가 가상사설망(virtual private network, VPN)을 통하여 명예훼손적 온라인 콘텐츠에 접속하는 경우와 같이 가해자와 피해자 모두 통제할 수 없는 예외적 현상까지 모두 고려에 넣을 수는 없다.

대상판결이 전제하고 있는 금지청구의 불가분성은 기술적 차원에서뿐만 아니라 법리적 차원에서도 면밀한 검토를 요한다. 대상판결은 유럽사법재판소의 선결적 결정이므로 해당 쟁점에 관하여 유럽연합 회원국 법원들을 구속한다. 이를 금지명령의 효력의 영토적 범위가 유럽연합 역내로 한정된다는 의미로 해석한다면, 대상판결이 말하는 금지청구의 불가분성은 단일시장을 지향하는 유럽연합의 정책에도 부합한다. 그러나 금지청구의 불가분성이라는 명제로부터 금지명령의 효력의 영토적 범위가 유럽연합 역내로 한정된다는 결론을 바로 도출해내기는 어렵다. 그렇다고 하더라도 금지청구의 불가분성에만 근거하여 유럽연합 회원국 법원이 유럽연합을 넘어서 범세계적 금지명령(worldwide blocking/removal injunction relief)을 발할 수 있다고 해석하는 것은 논란의 여지가 있다.

국제공법의 관점에서 보면, 이는 금지명령의 역외적용 문제로서, 각국이 금지명령에 관하여 입법관할권과 집행관할권을 어느 범위까지 행사할 수 있는지, 즉 외국의 자연인이나 법인에 대하여 내국법에 따른 금지명령을 발할 수 있는지, 그리고 범세계적 금지명령이 유럽연합

3) *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v. Svensk Handel AB*, Case C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766.

4) *eDate Advertising GmbH v. X and Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*, Joined Cases C-509/09 and C-161/10, [2011] ECR I-10269, ECLI:EU:C:2011:685.

역외 국가와의 관계에서 예양(comity)에 반하는지가 문제될 수 있다. 원칙적으로 금지명령의 효력(집행력)은 발령국의 국가관할권이 미치는 영토적 한계에 구속되고, 전통적인 인쇄매체와 시청각매체에 의한 명예훼손에 대한 금지명령은 영토적 한계의 준수에 어려움이 없었으나, 국경의 제한이 없는 인터넷의 등장으로 그 준수가 어려워졌다. 국제사법의 관점에서 보면, 금지명령의 영토적 범위는 국제재판관할의 양적 범위의 문제인지, 아니면 준거법에 따라 결정되는 금지명령의 효력의 문제인지, 그리고 금지명령을 발한 유럽연합 회원국 법원의 확정 재판이 유럽연합 역외 국가에서 승인·집행될 수 있는지, 특히 발령국이 자국 국내법에 따른 명예훼손의 규율을 외국의 자연인이나 법인에 대하여 강제하는 것이 승인국의 공서(특히 승인국의 헌법상 표현의 자유)에 반하는지가 문제될 수 있다.⁵⁾ 금지명령의 영토적 범위를 국제재판관할의 문제로 인식한다면, 승인·집행의 측면에서는 간접관할(또는 승인관할)의 문제로 인식될 것이다.

3. 우리 국제사법 제44조⁶⁾의 해석론

명예라는 법익은 생명, 신체 또는 재산이라는 법익과 달라서 해당 법익의 주체의 소재지라는 이유만으로 결과발생지로 확정되는 것은 아니다. 자연인이 상거소지에 거주하고 있고 그곳에서 인터넷을 통하여 명예훼손적 온라인 콘텐츠가 게시된 웹페이지에 접속할 수 있다는 사실만으로 명예라는 법익이 침해되는 것은 아니다. 그러니까 피해자가 사회적 생활관계 및/또는 경제적 이해관계를 형성하고 있는 제3자가 명예훼손적 온라인 콘텐츠의 열람자(독자 또는 시청자)로 등장하여야만 비로소 자연인의 상거소지를 결과발생지로 확정할 수 있다. 이때 제3자가 열람자로 등장한다는 것은 기술적으로는 해당 온라인 콘텐츠가 게시된 웹페이지에 접속할 수 있어야 하고 언어적으로는 해당 온라인 콘텐츠가 작성된 자연어를 — 예컨대 웹브라우저가 제공하는 자동번역서비스를 이용하더라도 — 이해할 수 있어야 한다는 의미이다. 바꾸어 말하면, 열람자가 상정되어야 한다는 사정은 결과발생지를 확정하는 과정에서 내재적으로 고려되어야 한다.

명예훼손적 온라인 콘텐츠 게시에 의한 명예훼손 사안의 국제재판관할 판단에 있어서 우리 국제사법 제44조의 해석론으로 유럽사법재판소가 제시한 ‘이익중심지’라는 개념을 도입하고 한국이 이익중심지인 경우에는 한국법원에 전제손해배상청구소송과 금지청구소송의 국제재판관할을 인정하되 한국이 이익중심지가 아닌 단순한 접속가능지인 경우에는 한국법원에 한국에서 발생한 손해를 한도로 하는 손해배상청구소송의 국제재판관할만을 인정할 필요는 없다. 다만, 유럽사법재판소가 이익중심지 판단기준으로 제시한 ① 피해자의 영업활동의 중심, ② 피해자의 상업적 평판의 중심, ③ 가해자가 온라인 콘텐츠를 게시한 웹사이트의 운영지, ④ 가해자가 온라인 콘텐츠를 작성한 언어(또는 대상독자) 중에서 전부 또는 중요한 일부가 한국을 지시하고 있는 경우에는 가해자의 불법행위가 한국을 향하고 있다고 인정할 수 있다. 청구의 국가별 양적 분할가능성은 유럽사법재판소 판례처럼 손해배상청구는 그것이 인정되고 금지청구는 그것이 인정되지 않는다고 일률적으로 단정할 것이 아니라, 지리적 위치정보 기술의 발전과 명예훼손에 대한 국가별 입법태도의 차이를 고려하여 판단하면 충분할 것이다.

5) 우리 민사소송법 제217조 제1항 제1호 및 제3호 참조.

6) “제44조(불법행위에 관한 소의 특별관할) 불법행위에 관한 소는 그 행위가 대한민국에서 행하여지거나 대한민국을 향하여 행하여지는 경우 또는 대한민국에서 그 결과가 발생하는 경우 [대한민국] 법원에 제기할 수 있다. 다만, 불법행위의 결과가 대한민국에서 발생할 것을 예견할 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다.”

1. 논의의 배경

본 발표자는 헤이그 국제아동탈취협약(국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약³⁾, 이하 ‘협약’) 이행에 관한 법률(이하 ‘이행법률’)에 근거한 아동반환청구 사건(이하 ‘헤이그 아동반환 사건’)을 수행하면서 실무상 문제점을 인식하게 되었다. 본 발표에서는, 헤이그 아동 반환 사건에서 심리가 지연되거나 아동 반환이 이루어지지 않는 이유, 그에 대한 개선점 등 실무상 쟁점에 관하여 논해보고자 한다.

2. 헤이그 국제아동탈취협약의 목적

협약은 1980년 성안되었고, 대한민국은 2012. 12. 협약에 가입하였으며, 이행법률은 2013. 3.부터 시행되었다. 협약의 목적은 불법적으로 이동 또는 유치된 아동의 신속한 반환과 다른 계약국의 양육권 판단을 존중하는 데 있다(협약 제1조).

3. 실무상 쟁점

가. 아동의 상거소

협약 제4조에서는 협약이 양육권 또는 면접교섭권이 침해되기 직전에 계약국에 상거소를 가졌던 모든 아동에 적용된다고 정하고 있는바, 아동반환을 결정함에 있어 우선 아동의 상거소가 정해져야 한다. 대한민국 법원에서는 아동의 상거소를 아동이 이동 또는 유치 직전에 상시 거주하던 장소로 보고, 상시 거주를 판단함에 있어 거주 의 일상성·지속성 등을 주요 기준으로 삼고 있는데, 아동의 상거소 판단 기준 시점을 탈취 직전으로 보아 아동이 탈취된 이후 새로운 장소에 어느 정도 적응했는지에 관하여는 별도로 판단하지 않는 것으로 보인다. 아동의 상거소를 정할 때는 몇 가지 특수한 쟁점이 제기될 수 있는데, (i) 신생아가 곧바로 국외로 이동 또는 유치되었을 경우 어느 나라를 상거소지국으로 볼 것인지, (ii) 아동이 이동 또는 유치된 후 일정 기간이 경과하여 어느 정도 적응을 하게 되었을 때 상거소가 변경되는지, (iii) 아동의 주관적 의사를 어느 정도 존중할지 등이다. 그러나 대한민국 법원에서는 위 각 쟁점에 대한 판단 기준을 구체적으로 실시한 판례가 충분히 축적되지 않은 상황이며, 이 때문에 심문 과정에서 미국이나 유럽 등 외국 판결을 인용하는 사례가 발생한다.

나. 심판 기간

협약 제11조에 근거하여 이행법률 제14조에서는 심판 청구일 또는 조정 신청일로부터 6주 이내에 결정에 이르지 못한 경우 청구인 또는 법무부장관의 신청에 따라 그 지연이유를 서

1) ILA-KOREA 2024년 춘계발표회 발표문(2024. 2. 29.)

2) 로이어황 법률사무소(www.lawyerhwang.com)

3) CONVENTION ON CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

면으로 알려야 한다고 정하고 있다. 그러나 실제로 심판 청구일로부터 6주 이내에 심문기일 조차 지정되지 않는 경우가 많다.⁴⁾

한편, 아동반환청구가 인용되어도 상대방은 항고, 재항고를 할 수 있고, 대법원에서 인용 결정이 확정(재항고 기각)될 때까지 통상 1년 정도의 시간이 소요된다. 이러한 과정에서 아동은 새로운 환경에 적응하게 되고, 상거소지국으로 반환되는 것이 과연 아동의 복리에 부합하는 것인가에 대한 의문이 충분히 제기될 수 있다. 아동의 신속한 반환을 위해서 각 심급에서의 심문 및 심리 기간을 최대한 단축하는 노력이 필요하다고 판단된다.

다. 양육권 본안 판단 금지 원칙

협약은 아동반환에 대하여만 판단하는 것이 원칙이고, 상대 체약국의 양육권 판단을 존중하는 차원에서 양육권 본안 판단⁵⁾을 금하고 있다. 그런데 탈취부모 측에서 양육환경, 양육비 등 양육권 본안판단 관련 사항을 근거로 반환 청구가 기각되어야 한다고 주장하면서 심리를 지연시키는 경우가 있다. 심문과정에서 양육권 본안판단이 금지된다는 점이 명확히 고지될 필요가 있다.

라. 반환 예외 사유

협약 제13조 및 이행법률 제12조 제4항에서는 반환 청구를 기각할 수 있는 사유로 (i) 아동의 불법적인 이동 또는 유치일로부터 1년⁶⁾이 경과하였고, 아동이 이미 새로운 환경에 적응한 경우, (ii) 아동의 보호자가 아동의 이동 또는 유치 당시에 실제로 양육권을 행사하지 아니하였거나 이동 또는 유치에 동의하거나 추인한 경우, (iii) 아동이 반환될 경우, 육체적·정신적 위해에 노출되는 등 중대한 위험에 처하게 될 경우, (iv) 아동이 반환에 이의를 제기하고, 아동의 의견을 고려할 만큼 아동이 성숙한 경우를 들고 있다.

탈취부모가 반환을 거부하면서 가장 빈번하게 제시하는 사유는 아동이 반환될 경우 중대한 위험에 처할 가능성이 있다는 것이다. 그런데 탈취부모 측에서 실제 아동이 위험에 처할 가능성과는 무관하고 오히려 혼인 파탄 사유에 관련된 탈취당한 부모와의 갈등 상황을 주장하는 경우가 있다. 법원에서 중대한 위험에 대한 기준을 사전에 명확히 제시하여 아동이 중대한 위험에 처할 가능성과 무관한 주장은 배척하고, 부모 간 소모적인 감정싸움 등 불필요한 공방으로 인하여 심리가 지연되는 사태를 방지할 필요가 있다.

마. 사전처분

- 4) 본 발표자가 수행한 사건 중 결정이 지연되고 있는 상황에서 탈취당한 부모(의뢰인)의 요청에 따라 촉탁국의 중앙당국에서 대한민국 법무부로 요청하여 법무부가 법원에 지연이유 고지를 요청하였고, 이후 결정이 곧바로 내려진 사례가 있었다.
- 5) 협약 제16조에 따라 아동반환 지원 신청이 있거나 아동반환청구가 있을 경우, 양육권 본안 재판이 진행 중인 법원에 법무부 장관 또는 탈취당한 부모의 통지 또는 청구에 의해 본안재판이 중지된다(이행법률 제7조). 실제로 탈취부모가 아동 탈취 후 국내에서 이혼 소송을 제기하는 경우가 종종 발생하는데, 이 때 아동반환청구에 대한 결정이 내려질 때까지 본안 재판 절차가 중지된다.
- 6) 1년의 경과 여부는 아동 반환청구가 법원에 제출된 때를 기준으로 판단해야 하고, 그 기산점은 아동이 불법적으로 이동한 날이 되며, 민법 제157조에 의하여 그 초일은 산입되지 않는다.

탈취당한 부모는 이행법률 제12조 제3항에 따라 면접교섭 등 사전처분을 신청할 수 있다. 그런데 사전처분 결정은 통상 심문이 진행된 후 내려지기 때문에 심문기일 지정이 지연될 경우, 탈취당한 부모가 아동을 면접교섭할 때까지 오래 기다려야 하는 상황이 발생한다. 심지어 사전처분 신청이 인용되어도 탈취부모가 그 이행을 거부하는 경우가 발생하기도 한다.⁷⁾ 사전처분의 실효성이 확보될 수 있도록 사전처분 결정과 제재 처분 결정이 보다 신속하게 이루어지는 실무 체계가 수립되어야 할 것이다.

바. 집행

아동반환청구가 인용되더라도 실제 반환이 이루어지지 않는 경우가 대다수이다.⁸⁾ 이러한 문제를 해결하기 위해 최근 ‘헤이그 국제아동탈취협약에 따른 아동반환청구 사건의 집행에 관한 예규’ (이하 ‘예규’)가 제정되어 올해 4월부터 시행될 예정이다. 기존에는 헤이그 아동반환사건의 아동반환 집행 절차는 민사집행법 제257조 유체동산 압류의 방법에 의하였다. 단, 유아인도를 명하는 재판의 집행절차(이하 ‘기존 예규’)에 따라 유아가 의사 능력이 있어 인도를 거부할 경우 집행할 수 없었다. 기존 예규를 대신하기 위해 새로 제정된 예규에는 아동의 거부로 인한 집행불능 조항이 포함되지 않았고, 집행관이 아동의 상태를 살필 수 있고, 아동의 심리적 안정을 위하여 아동 관련 전문가가 집행보조자로 동석할 수 있다는 점이 규정되어 있다. 그러나 아동 반환이 자발적으로 이루어지지 않고, 집행 단계까지 이르게 된 상황에서 예규상 보장된 절차만을 통해서 집행이 순조롭게 이루어질지 의문이 든다. 집행관이 집행 과정에 적극적으로 개입할 수 있도록 그 권한을 폭넓게 인정할 필요가 있으며, 필요시 경찰의 원조를 요청할 수 있는 규정이 필요하다. 또한 채권자(탈취당한 부모)의 대부분이 외국인이기 때문에 통역 지원 절차도 마련되어야 한다. 뿐만 아니라, 집행의 목적은 아동을 다시 상거소지국으로 반환하는 데 있으므로, 아동을 국외로 인도하는 절차에 대한 고려도 필요하다.

사. 반환 거부시 제재

탈취부모가 아동반환을 거부할 경우 과태료, 감치 등의 제재를 가할 수 있으나 각 처분에 대한 결정이 내려지는 데 적지 않은 시간이 소요되는바, 이를 단축하는 실무 체계의 개선이 필요하다. 또한 간접강제금 등 추가적인 제재 수단도 마련되어야 할 것이다. 미성년자 약취에 대한 형사처벌도 가능하나 실행이 나오지 않는 이상 위하 효과는 미미할 것으로 판단된다. 그런데 그나마 이러한 형사상 제재도 한국에서 고소하여야 가능한 것이고, 외국 수사기관에 고소하여 탈취부모를 국제 수배한다고 하더라도 한국에서는 자국민 보호 우선 원칙에 따라 수사, 체포 등에 소극적인 경우가 많아 처벌이 이루어지지 않는 경우가 발생할 수 있다. 이에 따라 국제아동탈취에 대한 국제 형사 공조 시스템 강화가 필요하다.

7) 탈취부모는 보통 외국에 있고, 면접교섭을 위해 심문기일 전에 한국에 입국하는 경우가 있는데, 본 발표자가 대리한 탈취당한 부모는 미국에서 한국에 입국하여 심문기일에 출석 후 면접교섭 사전처분 결정을 받았음에도 탈취부모의 거부로 인하여 3주 동안 단 한 차례도 아동을 보지 못하고 본국으로 돌아간 사례가 있다.

8) 본 발표자가 탈취당한 부모를 대리하여 수행한 사건 하나를 일례로 들겠다. 아동반환청구를 하여 인용 결정을 받고, 탈취부모의 항고, 재항고가 모두 기각되어 대법원에서 위 결정이 확정되었음에도 탈취부모가 아동을 반환하지 않아 유아인도명령, 과태료 부과 처분 신청을 하였으며, 이 과정에서 탈취부모를 미성년자 약취죄로 고소하여 탈취부모가 유죄 선고(징역형의 집행유예)를 받았음에도 탈취부모는 끝내 아동을 반환하지 않았다. 결국 위 탈취당한 부모는 탈취부모에 대한 감치신청을 하였고, 감치결정이 내려지기 직전 아동이 이미 한국 생활에 적응한 사실을 인식하고서는 아동의 복리를 고려하여 아동을 반환받는 것을 포기하고, 탈취부모와 위약벌을 포함한 면접교섭 합의서를 작성한 후 감치 신청을 취하하는 결정을 내리게 되었다.

국제대리모계약과 모(母)의 결정

김종주(해군 법무관)

1. 논의의 배경

대리모계약이란 난임부부와 제3의 여성 간에 부와 처 사이의 체외수정란을 착상하거나 부의 정자를 인공수정 혹은 자연수정을 하여 자(子)를 인도할 목적으로 출산하기로 하는 계약이다.¹⁾ 국내에서는 대리모계약이 민법 제103조의 사회질서에 반하여 무효이며 법률상 모(母)는 출산한 대리모가 된다는 견해가 다수설이다.²⁾³⁾ 결국, 대한민국의 난임부부가 대리모 출산아를 친생자로 받아들이기 위해서는 의뢰부부를 친생부모로 인정할 수 있는 제도가 마련된 국가의 법⁴⁾이 친생자관계 성립의 준거법이 되도록 하여야 한다. 실제로 대한민국의 난임부부가 우크라이나 등 외국인 대리모와 국제대리모계약을 체결하고 자신들을 친생부모로 기재하여 외국에서 자의 출생증명서를 발급받거나 외국법원으로부터 친자관계를 인정받는 사례가 적지 않다.⁵⁾

이처럼 국제대리모계약을 준비하는 난임부부는 국제사법 논점을 마주할 수밖에 없다. 국제사법 제57조는 친생자관계에 관한 사건에 있어서 자녀의 상거소지관할⁶⁾, 국적관할 등 특별관할을 규정하고 있기에 대한민국 법원에 국제재판관할을 인정하는 것은 문제가 되지 않는다. 그러나, 국제사법은 대리모 출산아의 친생자관계 성립에 관한 준거법 규정을 두고 있지는 않다. 따라서 본고에서는 i) 국제대리모계약에서 모의 결정을 위한 준거법 설정과 ii) 외국법에 따라 의뢰모가 법적 모로 인정받은 경우 국내에서 그 효력을 인정할 수 있는지를 논의한다.

- 1) 한상인·김상현, “대리모계약의 효력에 관한 소고”, 외법논집 제37권 제1호(한국외국어대학교 법학연구소, 2013), 164면. 대리모계약의 법적 성격에 관하여는 가족법상의 특수한 계약으로 보고 있는데, 친생자 관계의 설정이 대리모계약의 핵심 내용이므로 타당한 견해라고 생각된다.
- 2) 윤진수 편, 주해친족법 제2권(박영사, 2015), 1710-1711면(석광현 집필부분). 이하에서는 위 주석서를 “석광현(2015)”의 방식으로 인용한다. 이병화, “국제대리모계약에 관한 연구”, 국제사법연구 제22권 제1호(한국국제사법학회, 2016), 145면; 서울가정법원 2018. 5. 9.자 2018브15 결정.
- 3) 우리 민법상 혼외자에 대한 친권자를 우선 당사자의 협의로 결정하도록 하는 등(민법 제909조 제4항) 친권자 결정문제와 관련하여 당사자의 의사가 존중되는 점에 비추어 볼 때, 무효행위 전환의 법리(민법 제138조)에 의해 친권자 결정의 사전 약정으로 유효한 법률행위가 될 수 있다고 보는 견해도 있다(엄동섭, “代理母契約”, 저스티스 제34권 6호(한국법학원, 2001) 105면 참조). 그러나, 친권자 결정의 사전 약정에 대리모에게 금전을 지급하는 내용이 결부된 이상 법률행위의 요건을 갖추었다고 보기 어려우므로 일률적으로 위와 같은 약정의 효력을 인정하는 것은 타당하지 않다.
- 4) 가령, 우크라이나에서는 대리모가 동의하면 의뢰부부를 출생증명서에 기재할 수 있다. 또한, 캘리포니아주, 메사추세츠주 등 미국의 일부 주에서는 의뢰부부가 법적 친부모가 될 수 있도록 법원에서 사전 출생 명령(pre-birth order)을 받을 수 있다("A Preliminary Report on the Issues arising from International Surrogacy Arrangements", Hague Conference on Private International Law, 2012, para 27).
- 5) 김재환, ‘음지 속 이어지는 대리모계약, 사기·협박 연루되기도’, 국민일보, 2023. 12. 18. URL: <https://www.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0924335322&code=11131100&cp=nv>
- 6) 신생아인 대리모 출산아의 상거소를 정하는 기준에 관하여도 논의가 필요하다.

2. 국제대리모계약에서 모의 결정의 준거법

국제대리모계약의 준거법은 대리모 출산아의 지위를 직접 규율하지는 않는다⁷⁾. 따라서 국제대리모계약의 당사자가 계약의 준거법을 합의하였다더라도, 대리모 출산아의 모를 결정하는 준거법은 국제사법 제67조에 의하여 혼인 중의 부모·자녀관계의 성립 여부를 판단하고, 그것이 성립하지 않는 경우에는 제68조에 의하여 혼인 외의 부모·자녀관계의 성립 여부를 판단해야 한다.⁸⁾⁹⁾ 이때 제67조의 ‘부부’의 의미에 대하여 의뢰부부와 대리모부부가 모두 해당한다는 견해¹⁰⁾, 친자관계에 대한 본안판단을 구하는 부부라는 견해¹¹⁾가 존재한다. 전자의 견해는 사안과 관련성이 적은 외국인 대리모의 남편의 본국법도 연결점이 될 수 있다는 점, 의뢰모에게 친생모 지위를 부여하는 국가의 국민과 대한민국의 난임부부가 국제대리모계약을 체결한 경우 어느 법에 의하여도 친생모를 정할 수 없다는 점에서 문제가 있다. 후자의 견해에 따르면 의뢰부부와 대리모부부가 동시에 본안판단을 구하는 경우 준거법을 정하기 어려울 것이다.

한편, 외국인 대리모의 본국법이 준거법으로 설정되었다고 그 국가의 저촉법규정에 따라 한국으로 반정¹²⁾이 될 수 있다는 점을 주의해야 한다. 우리나라는 숨은 반정도 허용하고 있으므로 국제재판관할규정에 의하여도 한국으로 반정이 될 수 있다.¹³⁾ 나아가, 의뢰모에게 친생모 지위를 부여하는 외국법이 준거법이 되어도 국제사법 제23조¹⁴⁾ 공서조항에 의하여 그 외국법의 적용이 배제될 수 있다(공서조항의 방어적 기능). 공서조항이 적용되기 위하여는 외국법을 적용한 결과가 공서에 명백히 위반되어야 하며, 공서란 민법 제103조의 국내적 공서보다 좁은 개념으로서 ‘국제적 공서’를 의미한다. 공서 위반 여부는 각 국가의 관념에 따라 개별적으로 판단될 수밖에 없지만, 외국의 관념도 참작해야 한다는 것이다.¹⁵⁾ 공서위반이 인정되는 경우 한국법이 적용되므로 의뢰모가 아닌 대리모가 친생모로 인정될 것이다.

3. 의뢰부부를 친생부모로 인정하는 외국재판 승인 가부¹⁶⁾

7) 석광현(2015), 1710면.

8) 석광현(2015), 1711면.

9) §67 ① 혼인 중의 부모·자녀관계의 성립은 자녀의 출생 당시 부부 중 한쪽의 본국법에 따른다.

§68 ① 혼인 외의 부모·자녀관계의 성립은 자녀의 출생 당시 어머니의 본국법에 따른다.

10) 이병화, 전개논문(주2), 170-172면.

11) 이동수, “외국에서의 대리모출산과 친자관계 결정의 문제에 대한 소고 -독일과 우리나라 판례의 동향을 중심으로-”, 가족법연구 제33권 제2호(한국가족법학회, 2019), 390면.

12) §22 ① 이 법에 따라 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 따라 대한민국 법이 적용되어야 할 때에는 대한민국의 법(준거법의 지정에 관한 법규는 제외한다)에 따른다.

13) 석광현, 국제사법 해설(박영사, 2013), 170-173면 참조.

14) §23 외국법에 따라야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 명백히 위반될 때에는 그 규정을 적용하지 아니한다.

15) 석광현, 전개서(주13), 174-179면. 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결도 외국중재재판 승인 요건으로서 공서의 개념을 국제적 공서의 개념으로 제한하고 있다.

16) 법원의 역할이 단순히 공증적 기능에 그치는 경우, 그러한 확인재판은 민사소송법 제217조에서 예정하고 있는 외국재판이 아니라는 견해도 주장될 수 있다(석광현, “우리 대법원 판결에 비추어 본 헤이그 관할합의 협약의 몇 가지 논점”, 국제사법연구 제25권 제1호(한국국제사법학회, 2019), 489-490면). 위 견해에 따를 경우, 법원의 사전 출생 명령이 공증적 기능만 갖고 있다면, 외국재판 승인의 방법으로 대리모 출산아와 친생자관계를 성립할 수 없게 된다. 위 견해의 타당성 및 사전 출생 명령에

민사소송법 제217조 제1항 제3호는 ‘확정재판등의 승인이 대한민국의 공서에 위반 되지 않을 것’을 외국재판의 승인 요건 중 하나로 규정하고 있다. 여기서 ‘확정재판등의 승인’이라 함은 그 외국판결을 승인한 결과를 의미하고, 공서는 ‘국제적 공서’를 의미한다.¹⁷⁾ 따라서, 의뢰부부에게 친생부모의 지위를 인정한 외국재판을 승인하는 것이 공서에 위반되는지는 대리모계약 체결 경위 및 계약의 내용, 대리모 출산아의 복리, 외국의 선례 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사안마다 개별적으로 판단해야 한다.¹⁸⁾ 다만, 외국재판이 공서에 반하지 않는다고 판단할 경우, 한국법을 회피하여 국제대리모계약을 이용하는 것을 적극적으로 장려하는 결과를 초래하므로 공서 위반 여부를 엄격히 판단해야 한다.¹⁹⁾ 현재까지 한국 법원에서 의뢰부부에게 친생부모 지위를 인정한 외국재판의 승인 여부를 다룬 사례는 없는 것으로 보인다.

참고할 만한 사례로서 독일²⁰⁾ 연방대법원 2014. 12. 10. 판결²¹⁾이 있다. 위 판결은 의뢰부부에게 대리모 출산아를 인계하는 것이 대리모의 자발적 결정에 의한 것이라면 이는 입양과 유사한 것으로 대리모의 인간 존엄성을 침해하였다고 보기 어려운 점, 양육할 준비가 된 의뢰부부를 친생부모로 인정하는 것도 대리모 출산아의 복리에 부합하는 점 등 다양한 사정을 종합적으로 고려하여 캘리포니아주 법원에서 의뢰부부를 친생부모로 인정한 재판을 승인하였다. 한편, 일본 최고재판소는 2007. 3. 23. 판결²²⁾에서 일본 민법상 모자 관계는 일의적으로 결정해야 하는데, 대리모가 출산함에 따라 대리모 출산아와 모자 관계가 당연히 성립하므로 네바다주 법원에서 의뢰부부를 친생부모로 인정한 재판을 승인하는 것은 공서에 반한다고 판단하였다.

4. 결 어

난임부부에게 대리모계약은 자신들의 유전자를 물려받은 자녀를 갖기 위한 최후의 수단이다. 대리모 출산아를 친생자로 받아들이는 것이 무조건 금지된다면 난임부부의 행복추구권 내지 사생활 형성의 자유가 보장되기 어렵다. 대리모 출산아에 대한 입양으로 대신하는 방안은 의뢰부부가 변심할 경우 대리모 출산아의 지위가 불안정하게 되고, 대리모도 아이를 돌보지 않는다면 대리모 출산아의 복리가 심각하게 침해될 수 있다는 점에서 온전한 대안이 되기는 어렵다. 앞으로 국제사법이 공서를 지키면서도 대리모 출산아의 복리를 위해 구체적 타당성 있는 결론을 도출할 수 있는 방향으로 나아가기를 바란다.

대한 추가 연구가 필요하다.

17) 석광현, 국제민사소송법(박영사, 2012), 373-374면 참조.

18) 이동수, 전계논문(주11), 387면도 같은 취지이다.

19) 이병화, 전계논문(주2), 160면도 대리모 출산아를 둘러싼 개별적 구체적 상황에 따른 분쟁해결 방식은 신중해야 한다고 밝히고 있다.

20) 독일에서는 1990년 대리모에게 인공수정을 행하거나 인간의 배아를 이식하는 것을 금지하는 「배아 보호법」(Embryonenschutzgesetz)이 제정된 이후, 대리모계약은 강행법규위반으로서 독일 민법 제 134조에 의해 무효가 된다고 봄이 일반적 견해다(엄동섭, “代理母契約에 관한 外國의 立法例”, 가족법연구 제19권 제2호(한국가족법학회, 2005), 64-65면).

21) Bundesgerichtshof 10. 12. 2014, XII ZB 463/13. 사안에서 의뢰부부는 동성의 생활동반자였다.

22) 最高裁 平成 19. 3. 23. 民集 61-2, 619.

국제사법상 보호적 관할규정의 채권양도 또는 법정대위시 승계 문제

서영수(서울대 국제통상거래법센터 연구원)

I. 문제의 소재

정형화된 사회경제적 약자 보호의 관점에서 마련된 특별한 국제재판관할을 이른바 ‘보호적 관할(protective jurisdiction)’이라고 한다. 2022년 개정 국제사법은 기존 소비자계약 및 근로계약의 보호적 관할규정에 더해 부양사건에도 보호적 관할규정을 추가로 두게 되었다. 그 핵심은, 약자에게 유리한 특별관할을 인정하고 약자에게 (일응)¹⁾ 불리한 관할합의·변론관할을 제한·배제하는 것이다(별첨 <표> 참조).

위와 같은 보호적 관할규정은, 당초 적용이 예정되었던 약자로부터 제3자에게 채권이 이전된 경우에도 적용되는가? 예컨대, 다른 부양채무자를 대신하여 부양채무를 변제하여 부양료채권자를 법정대위하는 자 역시 ‘부양권리자의 상거소지국 법원’에 소제기를 허용하는 국제사법 제60조 제1항을 원용할 수 있는가?²⁾ 이를 긍정한다면, ‘법정대위자’와 ‘원래의 부양채권자’ 중 누가 위 조항의 ‘부양권리자’인가? 국제사법상 법정대위의 준거법에 관한 규정(제55조)은 존재하나, 그 국제재판관할에 대한 규정은 없어 이는 해석에 맡겨져 있다. 채권양도도 같다.

이 질문에 답하기 위하여, 우선 유럽의 학설을 살핀다. 이후 유럽사법재판소의 세 건의 판례를 본다. 이를 토대로 우리 국제사법상 소비자계약사건·근로계약사건·부양사건의 채권이 이전되는 경우 보호적 관할규정(합의관할·변론관할 제한·배제 규정 포함)의 승계 여부를 논한다.

II. 학설 - 브뤼셀Ia규정 하의 견해대립

1. 인적 특권설과 청구권 내재적 속성설

브뤼셀Ia규정³⁾에 관한 주석서에는, 부양채무를 대위변제한 국가기관이 법정대위자로서 청구를 하는 경우 위 규정상 부양사건의 특별관할 규정(부양권리자의 주소지국 법원 또는 상거소지국 법원에 관할을 인정, 위 규정 제5조 제2항)이 승계되는지에 대한 논의가 있다.⁴⁾

청구권의 승계는 청구권의 성격을 변경시키지 않으므로, 대위변제로써 청구권을 승계한 국가기관의 청구권 역시 기존 부양청구권과 마찬가지로 브뤼셀Ia규정의 규율범위 내에 있다. 그런데, 브뤼셀 Ia 규정 제5조 제2항의 특별관할 규정이 ① 원래의 부양채권자인 원고들에 한하여 ‘인적 특권(personal privilege)’을 부여하는 것이므로 이를 법정대위한 자는 그 특혜를 받지 못하게 되는 것인지(이하 ‘인적 특권설’이라 한다), ② 아니면 관할상의 이점은 ‘청구권 자체’에 내재된 것(the jurisdictional benefit is inherent in the claim)이어서 법정대위자도 원고관할의 특혜를 누릴 수 있게 되는 것인지(이하 ‘청구권 내재적 속성설’이라 한다) 문제된다. 인적 특권설에 따르면, 법정대위자에게 채권이 이전되면 원래의 특별관할은 사라진다. 반면, 청구권 내재적 속성설에 따르면, 법정대위자도 특별관할의 이익을 누릴 수 있으며, 이때 특별관할의 근거가 되는 주소지 및 상거소지는, ‘원래의 부양권리자’를 기준으로 판단한다.

2. 인적 특권과 청구권 내재적 속성 간 구별 기준

위 주석서는, 특별관할의 근거의 그 판단기준(test)을 다음과 같이 제시한다. 만약 특별관할의 근거로서 사용된 연결점(connecting factor)이 통상적으로 약자인 당사자(weaker party)

1) ‘일응’이라고 표현한 이유는, 위 합의관할·변론관할 배제·제한 규정은 부양사건에 관하여서는 의도와 달리 오히려 약자에게 불이익하게 작용하는 측면이 있기 때문이다.

2) 참고로, 권재문, “개정 국제사법에 대한 해석론 - 후견, 부양을 중심으로 -”, 서울법학 제30권 제4호, 2023, 45-51면은 국제사법상 부양사건의 범위 설정과 관련하여, 가사비송사건만 부양사건에 해당할 수 있다는 전제(근거로는 국제사법 제15조 제2항을 든다)하에, 제2차 부양의무자가 제1차 부양의무자를 상대로 지출한 부양료의 상환청구를 하는 사건은 우리 판례가 민사소송사건으로 보고 있어 국제사법상 부양사건이 아니라고 주장하나, 동의하기 어렵다.

3) Council Regulation(EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters (OJ. L. 12. 16.1.2001.)

4) 이하의 내용은 Ulrich Magnus, Peter Mankowski, *Brussels I Regulation*. Vol 2nd rev. ed. Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers: 2012. 222-224면에서 가져온 것이다.

의 인적 속성(주소지, 상거소지 등)을 표현하고 있다면, 특별관할은 인적 특권에서 기인하는 것으로 보아야 한다(즉, 법정대위자는 특별관할의 이익을 누릴 수 없게 된다). 반면, 만약 특별관할의 근거인 연결점이 원래의 채권자의 인적 속성을 언급하지 않거나 이와 독립적이라면 특별관할의 근거는 청구권 자체에 내재되어 있다고 보아야 한다.⁵⁾

III. 유럽사법재판소의 판례 - 부양료채권의 법정대위 및 소비자계약상 채권의 양도 사안

1. 부양료채권의 법정대위 시 특별관할의 판단 문제 - 청구권 내재적 속성설로의 판례 변경 가. 브뤼셀 Ia 규정 하에서 인적 특권설을 취한 판례

유럽사법재판소는 종래 부양채권의 법정대위 사안에서 인적 특권설을 취하였다.⁶⁾ 유럽사법재판소는, 위 제5조 제2항이 “부양과 관련된 문제(matters relating to maintenance)”에 적용된다는 포괄적인 문언을 두고 있지만 이는 ‘원래의 부양채권자’에게만 적용될 뿐 법정대위자에게는 적용되지 않는다고 해석하였다. 논거는 ‘관할규정의 약자 보호 취지’이다. 특별관할은 약자 보호를 위해 약자를 ‘원래의 부양채권자’는 약자이지만, 법정대위자는 약자가 아니고 오히려 청구를 당하는 피고가 약자에 가까우므로 일반관할 규정만을 적용한다고 보았다.

나. 부양규정 하에서 청구권 내재적 속성설로의 판례 변경

부양규정⁷⁾은 브뤼셀 I 규정의 부양사건의 특별관할 규정을 흡수하면서 일부를 변경 및 구체화하였다. 부양규정은 제3조(일반규정)에서 피고의 상거소지국 법원(a호), 채권자의 상거소지국 법원(b호) 등에 관할을 부여한다. 여기서 제3조 b호의 ‘채권자의 상거소지국 법원’이 부양채권이 법정대위된 경우에도 적용될 수 있는지 논란이 있었고, 최근 유럽사법재판소는 이를 긍정하여 종전 2004년 판결의 법리를 변경하였다.⁸⁾

논거는, ① 부양채무자는 언제든지 부양채권자의 상거소에서 제소당할 수 있음을 예견할 수 있었기 때문에, 법정대위자가 부양채권자의 상거소에서 소를 제기할 수 있게 한다고 하더라도 부양채무자의 이익이나 예견가능성을 해치지 않는 점, ② 브뤼셀협약과 부양규정의 규정형식의 차이점,⁹⁾ ③ 부양규정 제3조 b호는 부양채권자 자신에 의해 소가 제기되어야 한다고 명시하지 않아 법정대위자에 의해 소가 제기된 경우를 배제하지 않는 점 등이다.

2. 소비자계약상 채권의 양도 시 인적 특권설을 취한 판례

유럽사법재판소는, 소비자의 주소지국 법원에 관할을 인정하는 브뤼셀 I 규정 제16조 제1항이 소비자계약상 채권이 양도된 경우에도 적용되는지 문제된 사안에서, 이를 부정하였다.¹⁰⁾

5) 위 주석서는, 위 기준에 따르면, 인적 특권설을 적용할 경우는 브뤼셀 Ia 규정 중 부양사건(제5조 제2항), 보험사건(제8조부터 제14조), 소비자계약사건(제15조부터 제17조), 고용계약사건(제18조부터 제21조)이다. 관할근거가 약자의 인적 특성과 결합된 조문들이다. 반면, 청구권 내재적 속성설을 적용할 경우는 제5조 제1항(계약사건의 특별관할로 의무이행지 관할을 인정), 제3항(불법행위의 특별관할로 불법행위지 관할을 인정) 및 제5항(지점·대리인·기타 기관의 활동에 의하여 분쟁이 발생하는 경우 지점·대리인·기타 기관의 소재지 관할을 인정)이다. 연결점이 청구권 자체와 관련되어 있는 조문들이다.

6) Freistaat Bayern v. Jan Blijdenstein, (Case C-433/01) (2004) ECR I-981, I-1002. 원고 바이에른 주가 네덜란드에 주소지를 둔 피고 Jan Blijdenstein이 그의 자녀에게 부담하는 부양료채무를 대위변제하였음을 이유로 피고에게 구상금청구의 소를 뮌헨 법원에 제기한 사안이었다. 쟁점은 ‘바이에른 주가 부양료채권을 법정대위하여 행사하는 경우에도 브뤼셀협약(=부양사건에 관하여는 브뤼셀 Ia 규정과 동일) 제5조 제2항이 적용되어 뮌헨 법원에 관할이 있는가’였다.

7) Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (OJ L 10.1.2009).

8) Case C-540/19, Landkreis Harburg (Subrogation of a public body to the claims of a maintenance creditor), 2020. 사안의 구조는 앞서 본 2004년 판례와 유사하므로 생략한다.

9) 브뤼셀협약은 ‘일반관할’(제2조)과 ‘특별관할’(제5조 제2항)이 원칙과 예외의 형식으로 규정되어 있어 특별관할 조항의 해석은 엄격히 하여야 했으나, 부양규정은 일반조항인 제3조에서 접속사 ‘or’을 사용하여 병렬적으로 피고의 상거소지국 관할(a호)과 부양채권자의 상거소지국 관할(b호)을 나열한다.

10) Case C-498/16. Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited., 2018. 원고는 전 세계 25,000명 이상의 Facebook 이용자(소비자)로부터 Facebook에 대한 권리를 양수한 다른 Facebook 이용자이자 개인정보보호 활동가이다. 원고는 피고(Facebook 아일랜드 법인)를 상대로 소송을 자신

논거는 다음과 같다. ① 소비자계약에 관한 보호적 관할은 영업자보다 약자인 계약당사자인 소비자를 보호하기 위해 도입된 것이므로, 소비자계약의 당사자가 아니라면 소비자계약에 관한 관할규정의 혜택을 받을 수 없다. ② ‘계약 상대방에 대해 제기하는 소(proceedings against the other party to a contract)’라는 제16조 제1항의 문언상, 위 규정은 소비자의 계약상대방에 대한 소송에서만 적용된다고 보아야 한다. ③ 국제적 소비자 집단소송을 활성화하고자 하는 정책적 목표를 위한 법원의 입법(judicial legislation)은 자제되어야 한다.¹¹⁾

IV. 우리 국제사법상 보호적 관할의 법정대위 또는 채권양도 시 승계 문제에 관한 검토

소비자계약에 기한 채권이 이전되는 경우, 인적 특권설이 타당하다. 왜냐하면 우리 국제사법 제42조 제1항은 ‘소비자’를 주어로 하여 그가 ‘계약의 상대방’인 ‘사업자’를 상대로 하는 경우에 소비자의 상거소지국 법원에도 제소할 수 있다고 규정하며, 제42조 제2항은 ‘사업자가 소비자에 대하여 제기하는 소’라는 문언을, 제42조 제3항은 ‘소비자계약의 당사자 간에 제8조에 따른 국제재판관할의 합의가 있을 때’라는 표현을 사용하기 때문이다. 채권을 이전받은 자는 당초 채무자와 계약 상대방 관계에 있지 않아 위 조항의 적용요건이 충족되지 않는다. 전술한 Schrems v. Facebook 판결의 논거들도 위 결론을 지지하는 데 모두 적용될 수 있다.

근로계약에 기한 채권이 이전되는 경우에도 인적 특권설이 타당하다. 제43조 제2항, 제3항의 보호적 관할은 문언상 채권의 이전 시 법정대위자 또는 채권양수인에게 승계되지 않는다고 보아야 한다. 논거는 소비자계약의 경우와 같다. 제1항도, 이견이 가능하나,¹²⁾ 마찬가지로 본다.

반면에 부양사건의 보호적 관할은 모두 채권양수인¹³⁾ 또는 법정대위자에게 승계된다고 보아야 한다(청구권 내재적 속성설). 특별관할 규정부터 본다. ① 제60조 제1항은 소제기의 주체가 부양권리자 자신이어야 한다고 규정하지 않는다.¹⁴⁾ ② 관할이익¹⁵⁾의 관점에서 청구권 내재적 속성설이 정당화된다. 첫째, 당사자이익의 관점에서 불리해지는 자가 없다. 원래의 부양채권자는 법정대위자와 부양채무자 간 구상금청구소송에 참가하고자 할 수도 있는데, 그렇다면 원래의 부양채권자의 상거소지국에서 소송이 진행되는 것이 오히려 유리하게 될 수 있다. 부양채무자는 애초에 부양채권자의 상거소지에서 제소당할 수 있음을 예상할 수 있었기 때문에 더 불리해지지 않는다. 법정대위자 역시 선택할 수 있는 법정지가 늘어나므로 유리하게 된다. 둘째, 법원이익도 극대화된다. 부양채권자의 상거소지에서 재판을 할 때 부양채권자의 생활상황 등을 조사하기 용이하며, 준거법(부양권리자의 상거소지법, 국제사법 제73조 제1항 본문 참조)과 관할의 병행이 이루어질 가능성이 커 법원이 재판하기에 편리하다. 셋째, 당사자의 정당한 이익을 침해함이 없이 실효적인 권리보호 등 공익을 추구할 수 있다(국가이익의 관점).

한편, 부양사건에서 합의관할과 변론관할에 관한 보호적 관할 규정은 어떠한가? 제60조 제2항, 제3항도 채권의 귀속 주체를 따지지 않는다는 점에서 문언상으로는 승계를 인정할 수 있다. 그러나, 합의관할과 변론관할에 관한 보호적 관할 규정의 승계는 관할이익의 관점에서 정당화할 만한 이유가 보이지 않으므로, 특별관할 규정만 승계된다고 볼 여지도 충분하다.

의 주소지국 법원(오스트리아 법원)에 제기하였다. 유럽사법재판소는 원고가 (1) 오스트리아에 주소지를 둔 다른 소비자, (2) 다른 EU 회원국에 주소지를 둔 소비자, (3) 비회원국에 주소지를 둔 소비자들로부터 각 양도받은 소비자계약상 채권 모두에 관하여 오스트리아 법원의 관할을 부정하였다.

11) 위 논거 중 ①, ②는 위 판결에 적시되었고, ③은 Advocate General의 보고서(Case C-498/16 Schrems EU:C:2017:863, Opinion of Advocate General Bobek, paras 119-123)에 등장한다.
 12) 제43조 제1항은 소송을 제기하는 주체가 ‘근로자’로 한정되어 있지 않아 문언상으로는 논란이 있을 수 있다. 그러나, 현행 국제사법 제43조 제1항에 상응하는 개정 전 국제사법 제28조 제3항은 소제기의 주체로 ‘근로자’를 명시하고 있으며, 현행 국제사법은 위 조항을 다듬은 것일 뿐 의미 변동을 의도한 것은 아닌 점을 고려하면, 마찬가지로 보호적 관할이 승계되지 않는다고 보아야 한다.
 13) 채권의 양도가능성은 양도되는 채권의 준거법에 따른 사항이므로(국제사법 제54조 제1항 단서) 부양료채권의 준거법에 따라서 우리 민법과 달리 부양료채권의 양도가 허용되는 경우가 있을 수 있다.
 14) 아울러 우리 국제사법은 브뤼셀 Ia 규정과 달리 일반관할-특별관할을 원칙-예외로 규정하지 않는다.
 15) 관할이익 설명은 석광현, 국제재판관할법: 2022년 개정 국제사법 해설, 박영사, 2022, 36면 이하 참조.

〈 표 : 채권의 이전시 보호적 관할규정의 승계 여부 〉

| 승계 여부 사건유형 | 보호적 관할규정 | 법정대위시 보호적 관할 승계 여부 | 채권양도시 보호적 관할 승계 여부 |
|--|--|--------------------------|--------------------------|
| 소비자계약 (인적 특권설) | 소비자가 사업자를 상대로 한 소의 경우, 소비자 상거소지국 법원(부가적) (國私 42조①) | × | × |
| | 사업자가 소비자를 상대로 한 소의 경우, 소비자 상거소지국 법원(전속적) (國私 42조②) | × | × |
| | 소비자계약 당사자 간 관할합의의 제한 (國私 42조③) | × | × |
| 근로계약 (인적 특권설) | 사용자를 상대로 한 소의 경우, 일상적 노무제공지국(부가적) (國私 43조①) | × (△) | × (△) |
| | 사용자가 근로자를 상대로 한 소의 경우, 상거소지국 또는 일상적 노무제공지국(전속적) (國私 43조②) | × | × |
| | 근로계약 당사자 간 관할합의의 제한 (國私 43조③) | × | × |
| 부양사건 (청구권 내재적 속성설) ¹⁶⁾ | 부양권리자의 상거소지국 법원 (國私 60조①) | ○ | ○ |
| | 부양사건에 관한 관할합의의 제한 (國私 60조②) | ○ (△) | ○ (△) |
| | 부양사건에 관한 변론관할의 배제 (國私 60조③) | ○ (△) | ○ (△) |

16) 참고로, 개정 국제사법상 상속사건 역시 부양사건과 동일한 구조로 합의관할이 제한되고(國私 70조 ②) 변론관할이 배제된다(國私 70조③).