

碩士學位論文

外交的 保護에 관한 研究

- 人權保護體制와 關聯하여 -



濟州大學校 大學院

法學科

吳 承 辰

2002年 月

外交的 保護에 관한 研究

- 人權保護體制와 關聯하여 -

指導教授 金 富 燦

吳 承 辰

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함

2002年 6月

 제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY
吳承辰의 法學 碩士學位 論文을 認准함

審査委員長 _____ (印)

委 員 _____ (印)

委 員 _____ (印)

濟州大學校 大學院

2002年 6月

A Study on Diplomatic Protection

- in relation to the system of human rights protection -

Oh, Seung-Jin

(Supervised by Professor Kim, Boo-Chan)



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE
REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAW

Department of Law
GRADUATE SCHOOL
CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

2002. 6.

目 次

SUMMARY	1
第 1 章 序 論	3
第1節 研究의 目的	3
第2節 研究의 範圍 및 方法	6
第 2 章 傳統的 外交的 保護制度에 대한 檢討	8
第1節 序論	8
1. 概念	8
2. 外交的 保護制度의 發達	12
3. 外交的 保護에서의 三角關係	13
第2節 外交的 保護權의 法的 性質	15
1. 國家의 權利	15
2. 批判	19
第3節 外交的 保護의 前提條件	21
1. 請求國籍繼續의 原則	21
(1) 原則	21
(2) 批判	23
2. 國內救濟完了의 原則	24
(1) 意義	24
(2) 法的 性質	25
(3) 國內的 救濟의 適用範圍	28

第4節 外交的 保護와 國籍	29
1. 外交的 保護의 前提로서의 國籍	29
2. 自然人	30
(1) 原則	30
(2) 二重國籍 및 無國籍	33
1) 二重國籍	33
2) 無國籍	36
3. 法人	37
(1) 法人의 國籍決定基準	37
(2) 法人에 대한 外交的 保護	40
(3) 株主에 대한 外交的 保護	43
1) 原則	43
2) 株主에 대한 外交的 保護를 인정해야 할 경우	44
(4) 國際投資의 保護制度	45
1) 兩者投者條約(BIT)	45
2) 國際投資紛爭解決本部(ICSID)	46
4. 船舶과 航空機의 國籍	48
(1) 船舶에 대한 外交的 保護	48
(2) 便宜置籍의 問題	50
(3) 民間航空機에 대한 外交的 保護	51
第5節 外交的 保護의 手段	52
1. 手段選擇의 裁量性	52
2. 武力使用의 問題	53
第6節 外交的 保護와 國際機構	55
第 3 章 人權保護體制와 外交的 保護制度의 關係	58

第1節 새로운 人權保護體制	58
1. 새로운 人權保護條約	58
2. 유럽聯合	60
3. 人權保護體制的 限界	61
第2節 兩者의 關係에 대한 理論	63
1. 理論	63
(1) 歷史的인 連續性을 강조하는 見解	64
(2) 人權保護가 外交的 保護에 흡수되어 發達하였다는 見解	66
(3) 外交的 保護가 人權保護에 흡수되어 發達하였다는 見解	67
(4) 外國人(非自國民) 保護는 人權保護가 特殊化한 것이라는 見解	68
(5) 서로 類似點이 없다는 見解	70
2. 評價	72
第 4 章 人權保障體制로서의 外交的 保護(ILC草案의 立場) ..	76
第1節 外交的 保護에 관한 ILC草案作業의 經過	76
第2節 外交的 保護의 義務	78
1. 原則	78
2. 國家가 外交的 保護의 “義務”를 負擔하는 경우	79
第3節 外交的 保護의 人的對象의 擴大	81
1. 概觀	81
2. 二重國籍者에 대한 外交的 保護	84
(1) 다른 國籍國에 대한 外交的 保護	84
(2) 第3國에 대한 外交的 保護	86
(3) 外交的 保護의 共同行使	87
3. 無國籍者 및 難民에 대한 外交的 保護	87

第4節 國籍의 變動과 外交的 保護	91
第5節 脫北者 問題에 대한 檢討	95
1. 問題의 提起	95
2. 中國의 立場	96
3. 難民概念의 擴大 및 脫北者에 대한 保護	97
第 5 章 結 論	99
參 考 文 獻	103



SUMMARY

As a rule under customary international law, diplomatic protection is to be understood as the protection given by a State to nationals against a violation of international law by another State. Diplomatic protection is a procedural corollary to the international responsibility of States.

Although diplomatic protection has experienced some important changes in the international legal community, such as by the constantly growing interdependence, by the development of human rights, and by attempts to raise individuals more and more to the status of subjects of international law, it is still mainly based on customary international law

Traditional concept of diplomatic protection has several features. First, States are entitled to protect only those individuals with whom they have a special relationship through nationality. Second, a State has the right but not the duty to grant diplomatic protection to its nationals. Added to these, two prerequisites are required for the exercise of diplomatic protection, the rule of continuous nationality and exhaustion of local remedies.

The institution of diplomatic protection has been an important means to safeguard various benefits for individuals which arise from traditional treaties or a minimum standard of justice.

Diplomatic protection, however, has been criticized for neglecting to protect individuals properly, especially by demanding rigidly two prerequisites, although their positive effects are undeniable. The problems of double nationality and statelessness, and protection of legal persons and shareholders have been causing many controversies surrounding the diplomatic protection.

On the other hand, since the Second World War, new types of treaties which grant rights to all individuals as human beings, regardless of their nationality, has been concluded. This new type of treaties is called "the system of human rights protection" as a whole. It is not based on "do ut des"(reciprocity), protecting individuals as such.

Now, it becomes important how to understand the relationship between the system of diplomatic protection and human rights protection. Whether or not the two prerequisites of diplomatic protection should be applied to the system of human rights protection is a practical question. In relation to this, there are several viewpoints, stressing historical continuity or upholding absence of parallelism between the two systems.

Since 1996, International Law Commission(ILC) has been trying to codify and stimulate the progressive development of international law in regard to diplomatic protection. One of the interesting aspects of the draft Articles turned in by special rapporteur of ILC is that he understands that diplomatic protection could be employed as a means to promote human rights protection. Thus, he tried to formulate diplomatic protection as a method of human rights protection, imposing the duty to protect nationals on State and expanding the object of protection, even to stateless persons and refugees. I believe that the way ILC draft Articles take is absorbing human rights protection system into diplomatic protection.

In conclusion, in view of the fact that human rights system has not fully developed enough to make diplomatic protection unnecessary anymore, and that both, diplomatic protection and human rights protection, have interests in common protecting individuals, I think the way ILC takes is worth paying attention. And, the future progress of the two systems remains to be seen.

第 1 章 序 論

第1節 研究의 目的

교통이 발달함에 따라 사람들은 국경을 넘어 외국과의 교류를 빈번하게 하고 있다. 이에 따라 해외로 여행을 하거나 이주하거나 또는 아예 해외에서 출생하는 자국민들도 늘어나고 있다. 그리고 경제교류가 빈번해지고 그 규모도 커지면서 해외에 투자를 하거나 해외에서 기업을 직접 경영하는 사례도 급격하게 늘어나고 있다. 이에 따라 개인 또는 기업이 외국의 직접 또는 간접적인 위법행위로부터 피해를 입는 사례도 자주 발생하고 있다.

전통국제법상 개인은 국제재판소에 제소하거나 국제적인 차원에서 자신의 권리를 주장할 수 없으므로 이러한 경우에 당해 개인이나 기업은 우선 당해 가해 국가의 사법절차로부터 피해구제를 받게 된다. 그러나 그로부터 만족스러운 결과를 얻지 못하는 경우에는 당해 개인 또는 기업의 본국이 가해국가에 대하여 피해자를 위한 국제적인 청구를 할 수 있는데, 이를 外交的 保護(diplomatic protection)라고 한다.

외교적 보호를 행사하기 위해서는 외교적 보호를 행사하려는 국가와 자연인 또는 법인이 국적으로 연결되어야 한다. 전통적인 외교적 보호이론에 의하면 自然人 또는 法人의 國籍國만이 加害國을 상대로 외교적 보호를 할 수 있다.

그런데 2차 세계대전의 참화를 겪으면서 개인의 인권보호에 대한 관심이 어느 때보다 높아졌고, 이에 따라 유럽인권협약, 미주인권협약, 유엔인권규약 등 조약으로 인간을 어느 한 국가의 국민으로서가 아니라 인간자체로서 보호하고자 하는 움직임이 나타나게 되었다. 이들은 새로운 國際人權規範을 형성하기 시작하였

다. 이러한 새로운 조약들은 전통적인 외교적 보호제도와는 그 역사적 발생과정이나 개념이 다소 다른 것이었다. 그리하여 전통적인 외교적 보호제도와 관련하여 이와 같은 새로운 인권보호체제를 어떻게 이해할 것인가 하는 것은 중요한 문제가 아닐 수 없다.

전통적인 외교적 보호제도나 새로운 인권보호체제는 궁극적으로 개인의 권리를 보호하는 점에서는 그 목적이 같다고 볼 수 있지만, 역사적인 발생과정이나 구조는 다르다고 볼 수 있으므로 외교적 보호를 행사하기 위한 전제조건인 請求國籍의 原則, 國內救濟完了의 原則 등은 새로운 인권보호체제에서는 그대로 적용될 수 없는 측면이 있다.

그럼에도 불구하고 전통적인 외교적 보호제도와 새로운 인권보호체제는 모두 個人의 권리구제라는 공통의 목적을 가지는 것으로서 서로 긴밀한 관련을 가지고 있음을 부인할 수 없다. 그리고 二重國籍者, 無國籍者, 難民 등이 늘어나게 됨에 따라 國際人權法의 분야에서는 외교적 보호의 행사범위를 확대하면서 인권보호체제를 외교적 보호제도에 포섭하거나 종래의 국적의 개념 외에 외교적 보호의 행사근거가 되는 또 다른 기준을 제시하고자 하는 움직임도 있다.

그리하여 二重國籍者, 無國籍者 및 難民 등에 대하여는 과연 어느 국가가 어떠한 근거에 의하여 외교적 보호를 행사할 수 있는지가 문제가 되지만, 이 점에 관하여 종래의 전통적인 외교적 보호이론은 분명한 해답을 주지 못하고 있는 실정이다.

그리고 법인의 국적에 대하여는 전통적으로 設立準據法主義를 따르는 것이 보통이었으나 법인은 경제적인 관점에서 가장 유리한 국가에 설립을 하는 경우가 많아서 법인의 국적개념 자체가 경제적인 실체와는 유리되는 경향이 있다. 나아가 오늘날 多國籍企業들은 세계 여러 곳에 子會社를 설립하여 母會社의 통일적인 지휘통제 아래 세계적인 영업을 전개하고 있어서 법인의 실질적 소유자인 모회사의 국적과 자회사의 국적이 다르게 되는 경우가 많으므로 형

식적인 기준에 의하여 자회사의 국적국이 외교적 보호를 한다는 것이 과연 타당한 것인가 하는 의문이 든다. 이 경우에 자회사의 국적국이 가해국일 경우에는 외교적 보호의 행사자체가 불가능한 상황이 생길 수도 있을 것이다. 이와 같이 법인의 국적과 법인의 소유자인 주주의 국적이 분리되는 현상과 세계적으로 자회사를 거느린 다국적기업의 등장은 법인의 국적을 결정함에 있어서 많은 어려움을 주고 있다. 이는 법인이 국제적인 위법행위로 인하여 손해를 입은 경우에 주주의 국적국이 외교적 보호를 행사할 수 있는가 하는 문제와도 관련이 있다.

한편, 國際聯合 國際法委員會(UN International Law Commission; ILC)는 1996년 58차 회기에서 ‘국제법의 법전화 및 점진적 발달’(codification and progressive development of international law)을 위한 연구가 필요한 3가지 주제 중의 하나로 외교적 보호제도를 선정하고 法典化를 위한 작업을 하고 있다. ILC報告書는 외교적 보호는 개인의 인권보호를 위한 국제법의 유력한 수단이며, 비록 개인에 대하여 다른 국제적 구제절차가 부여되고 다양한 분쟁해결절차가 활용될 수 있다고 하더라도 전통적인 외교적 보호제도가 여전히 효용성을 가지는 것이라고 보고 있다. 이 ILC보고서는 기존의 외교적 보호에 관한 이론을 정리하고 현재 지적되고 있는 문제점을 논의하였을 뿐만 아니라 앞으로의 외교적 보호에 관한 국제법의 발전방향을 제시하였다는 점에서 의의가 있다고 하겠다.

본 연구는 변화과정에 있는 외교적 보호제도에 대하여 비판적으로 검토하여 보고, 외교적 보호제도와 새로운 인권보호체제의 관계를 집중적으로 파악하는 것을 주된 목적으로 하고 있다. 그리고 ILC초안작업의 결과를 살펴보고, 이를 평가해보는 것도 중요한 연구의 목적이다.

第2節 研究의 範圍 및 方法

제2장에서는 전통적인 외교적 보호제도에 대하여 전면적으로 검토한다. 외교적 보호권이 국가의 권리라는 전통적인 이론에 대하여 비판적으로 검토하고, 외교적 보호의 전제조건으로 인정되고 있는 청구국적의 원칙과 국내구제완료원칙의 내용을 살펴보고, 문제점을 알아본다.

이어서 외교적 보호제도와 국적의 관계에 관하여 살펴본다. 외교적 보호를 행사하기 위해서는 피해자와 청구국 사이에 국적이라는 유대가 있어야 한다는 것이 전통적인 이론이고, 피해자에는 자연인과 법인이 있을 수 있으므로 이를 별도로 검토하는 것이 필요하다. 자연인의 경우에는 이중국적자, 무국적자에 대한 외교적 보호가 특히 문제가 되며, 법인의 경우에는 법인의 국적결정기준과 법인 및 피해자인 법인의 주주에 대한 외교적 보호가 문제가 된다. 법인 및 주주에 대한 외교적 보호의 한계를 극복하기 위한 국제투자의 보호제도, 즉 양자투자조약(BIT), 국제투자분쟁해결본부(ICSID)에 관한 검토도 중요하다. 국제법상 선박과 항공기는 물건임에도 불구하고 자연인이나 법인과는 별도로 국적이 인정되고 있으므로 이에 대하여도 따로 검토한다.

국가가 외교적 보호를 위하여 선택할 수 있는 수단에 대하여는 재량이 인정되고 있지만, 무력의 사용도 허용되는가 하는 점에 관하여는 견해가 나뉘어져 있다. 국제기구가 그 직원이 입은 손해에 대하여 가해국을 상대로 보호를 할 수 있는가 하는 점에 대하여도 검토하기로 한다.

이어서 제3장에서는 새로운 인권보호체제의 내용과 그 한계에 대하여 살펴보고 이것이 기존의 외교적 보호제도와는 어떠한 관계를 갖는지에 관한 이론을 살펴본다. 양자의 관계에 대해서는 다양한 견해가 제시되고 있는바, 이를 살펴봄으로써 외교적 보호제도와 인권보호체제의 관계를 더욱 잘 이해할 수 있을 것으로 본다.

제4장에서는 국가가 일정한 경우에는 외교적 보호의무를 부담할 뿐만 아니라 외교적 보호의 인적대상을 확대하고 있는 ILC초안작업의 내용에 대하여 살펴본다. ILC초안작업은 외교적 보호제도가 인권보호의 수단으로 이용될 수 있다는 전제아래 보호의 대상을 확대하고 있는 바, 이는 기존의 전통적인 외교적 보호제도의 개념을 확대시킨 중요한 변화이다. 난민에 대한 보호와 관련하여 탈북자에 대한 보호에 대하여 살펴보는 것도 우리에게는 의미가 있다고 본다.

마지막으로 결론에서는 외교적 보호제도와 새로운 인권보호체제에 대한 평가와 전망을 제시하기로 한다.

이상과 같은 연구를 하기 위하여 주로 문헌연구의 방법을 사용하기로 한다. PCIJ, ICJ의 판례, 외교적 보호에 관한 ILC 특별보고자(Special Rapporteur)의 보고서, ILC 보고서 등은 1차 자료를 직접 검토하였다.



第 2 章 傳統的外交的保護制度에 대한 檢討

第1節 序論

1. 概念

외국에 체류하고 있는 자국민이 滯留國에 의하여 그 권리가 침해되는 경우에 피해자의 국적국이 외교적 수단을 통하여 그 구제를 청구할 수 있다. 이와 같이, 외교적 보호는 國際法의 主體가 다른 國際法主體의 國際法違反行爲가 있는 경우에 個人(individual), 즉 自然人(natural persons)과 法人(legal persons)에 대하여 주는 보호라고 인식되고 있다.¹⁾ 그리고 개인의 국적국이 외교적 보호를 할 수 있는 권리를 국가의 입장에서 파악하여 ‘外交的 保護權’(right of diplomatic protection)이라고 한다.

외국인에게 손해를 발생시키는 국제적인 違法行爲나 不作爲는 그러한 行爲(act)나 不作爲(ommission)에 대하여 귀책사유가 있는 국가에게 책임을 발생시킨다고 하는 思考는 1920년대에 이미 국제사회에서 넓게 수용되었다. 이는 국가가 외국인을 받아들일 의무는 없다고 하더라도 일단 받아들였을 경우에는 외국인의 국적국에게 그 국민이나 재산에 대하여 외국인이 받아야 할 국제적인 '最小限의 處遇基準'(the minimum international standard)에 따라 어느 정도의 보호를 제공해 할 의무가 있다는 것을 의미한다.²⁾

1) W.K. Geck, "Diplomatic Protection", in B. Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*(Amsterdam: North-Holland), 1987, p. 100.

2) Javier Pérez de Cuéllar, *A Diplomatic Handbook of International Law and Practice*, 3rd ed.

피해자의 국적국이 피해자를 위하여 외교적 보호권을 행사할 수 있기 위해서는 ① 가해국의 國際違法行爲(internationally wrongful acts)에 의하여 손해가 발생하여야 하며, ② 외교적 보호를 행하는 국가와 그에 의하여 피해구제를 받게 되는 개인은 위법행위에 의한 손해가 발생한 시점부터 최소한 청구가 제기되는 시점에 이르기까지 동일한 국적으로 연결되어야 하며, ③ 외교적 보호권이 발동되기 전에 앞서 피해자 개인이 가해국의 국내법상 활용할 수 있는 모든 救濟節次를 완료하여야 한다는 것 등이 필요하다.³⁾

개인에게 손해를 야기하는 국제법위반행위는 일반적으로 이미 발생한 사태에 대한 것이지만 예외적인 경우에는 발생하려고 하는 상황일 수 있다.⁴⁾ 외교적 보호는 자연인 또는 법인이 국제적인 관계로 바뀌는 절차를 始動하는 것이며, 국가의 國際責任(international responsibility)을 실효적으로 만드는 하나의 수단이라고 볼 수 있다.

외교적 보호를 받는 개인은 私人(private individual)이다. 公的인 자격을 가지는 國家元首, 閣僚, 外交官이나 領事는 국가 그 자체를 상징하는 것이다. 이러한 개인들에게 손해를 야기하는 국제적인 위법행위는 직접적으로 국가에 대한 위법행위가 된다.⁵⁾ 그러한 손해에 대한 보호는 직접적인 국가의 自己保護(direct self-protection)이며, 외교적 보호가 아니다. 물론 양자가 동시에 발생할 수도 있다. 그 차이는 주로 國內救濟의 原則(local remedies rule)이 적용되는지 여부와 관련되는 것이다.⁶⁾

(Kluwer Academic Publishers, 1988), pp. 334-335.

3) 김부찬, “국제관습법상 외교적 보호제도에 관한 고찰”, 『법학연구』 제42권 제1호 통권50호(부산: 부산대학교출판부, 2001. 12). p. 80. 참조.

4) W.K. Geck. *op. cit.*, p. 100.

5) 이를 국가에 대한 직접침해(direct injury)라고 하며, 이로 인하여 피해를 입은 국가는 가해국가에 대하여 국제책임을 추궁할 수 있다. 김대순, 『국제법론』 제6판(서울: 삼영사, 2001), p. 365. 참조.

6) 국가가 직접침해를 입은 경우에는 바로 가해국가에 대하여 국가책임을 추궁할 수 있지만, 자국민이 피해를 입어 국가가 간접침해를 입었음을 이유로 외교적 보호를 행사할 경우에는 가해

외교적 보호는 오랜 기간 동안 주로 자연인에 대하여 문제가 되어 왔다. 그러나 법인의 해외활동이 점차 많아지게 되고, 특히 多國籍企業(transnational corporations)에 의한 海外投資活動이 활성화되면서 법인에 대한 외교적 보호가 국제법에서 중요한 문제가 되기에 이르렀다.

외교적 보호는 원칙적으로 한 국가가 다른 국가에 대하여 행하는 것이다. 그러나 때로는 다른 國際法 主體, 특히 國際機構(international organization)도 외교적 보호를 행사하거나 그 상대방이 될 수 있다. 이러한 모든 경우에, 외교적 보호는 보호를 주는 국제법 주체와 보호를 받는 개인 사이의 일정한 관련을 필요로 하는데, 일반적으로 國籍(nationality)이 그 전제가 된다.

외교적 보호와 인도적 간섭은 개념은 구별된다. 인도적 간섭(humanitarian intervention)의 개념에 대하여는 아직까지 통일된 것은 없지만, 일반적으로 “국적에 관계없이 특히 인간의 생명권과 같은 기본적 인권의 중대한 침해를 예방하거나 정지시키기 위한 목적으로 관련 유엔 등 기구에 의한 권한의 부여없이 또는 간섭대상국의 합법적 정부에 의한 동의가 없이 행사되는 외국 또는 여러 나라에 의한 위협이나 무력사용”이라고 정의⁸⁾되고 있다.

인도적 간섭은 피해자의 국적에 관계없이, 특히 생명권과 같은 기본적 인권의 중대한 침해와 관련하여 그 허용성이 논의된다는 점에서 자국민의 권리침해에 한하며 기본적 인권침해에 한정되지 않는 외교적 보호와는 개념을 달리한다.

인도적 간섭에 대하여는 강대국이 약소국에 대하여 영향력을 확대하는 수단

국가의 국내구제절차를 완료해야만 한다. 김대순, 전게서, p. 366. 참조.

7) 국제기구의 공무원이 국제적인 불법행위로 손해를 입은 경우에 그 소속 국제기구가 기능에 의하여 국제책임을 추구하는 것을 기능적 보호(functional protection)라고 하며, 이는 1949. 4. 11. “UN 근무중 입은 손해에 대한 배상”(Reparation for Injuries Suffered in Service of the United Nations) 문제에 관한 ICJ 권고적 의견에서 인정되었다. 전순신, 「판례연구 국제사법 재판소」(I)(서울: 세종출판사, 1999), pp. 327-341. 참조.

8) William Durch(ed.), *The Evolution of Un Peacekeeping: Case Studies and Comparative Analysis*(New York: St Martin's Press, 1993). p. 474., 장복희, “현대국제법에서의 인도적 간섭의 적법성”, 「국제법학회논총」 제44권 1호(통권85호), 1999. 6. p. 306.에서 재인용.

또는 구실로 사용되었으며 유엔헌장도 인도적 간섭을 금지하고 있다는 견해가 다수설이다.⁹⁾ 이에 반하여 인권을 보호하기 위한 강제적인 간섭은 유엔헌장 제2조 4항의 일반적 무력금지에 대한 예외라고 주장하면서 인도적 간섭의 적법성을 주장하는 견해가 있으나¹⁰⁾ 해외의 자국민을 보호하기 위한 군사적인 구호활동은 인도적인 간섭에서 제외된다고 보는 것이 타당하므로¹¹⁾ 외교적 보호와 인도적 간섭의 문제는 서로 다르다고 볼 것이다.

외교적 보호라는 용어는 외국에서의 자국민의 단순한 이익의 증진이나 외국정부와의 우호적인 중재와 같은 개인의 이익보호를 위한 다른 외교적인 활동과의 한계를 명백하게 나타내주지는 못한다.¹²⁾ 이와 같이 양허(Concession)나 수용국(host State)으로부터 자국민을 위하여 정부계약을 얻어내기 위한 외교적 또는 영사적인 조치, 정당하게 수감된 자국민을 위한 법적인 방어의 제공 등은 외교적 보호가 아니다. 이러한 것들은 일반적으로 다른 국가에 대한 것도 아니며 국제법 위반에 바탕을 둔 것도 아니다. 다만, 이러한 것들은 넓은 의미에서 외교적 보호라고 부를 수도 있을 것이다.¹³⁾

국가가 외교적 보호를 행사하는 정도와 수준은 여러 가지 요인에 의하여 결정된다. 대규모로 상품이나 서비스 및 자본을 수출하는 국가들은 외교적 보호에 좀더 적극적일 것이다. 해외를 자유롭게 여행할 권리를 포함하여 국내적인 차원에서 자국민 개인의 권리를 제한하는 국가는 국제조약을 통하여 외국인에게 권리를 인정하거나 외교적 보호를 통하여 이러한 권리가 보호되는 것은 바람직하지 않다고 생각할 것이다. 강대국에 비하여 외교적 보호를 행사할 힘을 가지지 못한 국가는 대립하는 외교적 보호의 이해관계 안에서 청구국보다는 피청구국의 입장

9) 상계논문, p. 324. 참조: 김대순, 전계서, p. 848. 참조.

10) 상계논문, p. 324. 참조.

11) 상계논문, p. 308. 참조.

12) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 100.

13) *Loc. cit.*

에서 자신의 역할을 고려할 것이다.¹⁴⁾

2. 外交的 保護制度의 發達

외교적 보호제도는 중세의 復仇許可書(letter of reprisal)에서 기원한다는 것이 일반적인 견해이다.¹⁵⁾ 어느 국민이 해외에서 피해를 입은 경우에 본국의 군주에게 호소하면 군주는 복구허가서를 발급하게 된다. 그렇지만 이를 행사하는 것은 매우 위험한 일이었다고 한다. 그러나 16세기에 등장한 유럽의 民族國家들은 해외의 자국민을 보호하는데 노력을 기울이지 않았다. 당시의 민족국가들은 重商主義와 保護主義에 바탕을 두고 있었다. 그러므로 당시에는 해외의 자국민의 손해는 곧 국가의 손해라는 관념이 적지 않았다.¹⁶⁾

바텔은 1758년 자신의 저서 ‘國際法’에서 “누구든지 시민에게 해악을 끼치는 것은 그를 보호할 의무가 있는 국가를 간접적으로 공격하는 것”이라고 하여 외교적 보호에 관한 이론적인 토대를 제공하였다.¹⁷⁾

외교적 보호제도는 국제적 법적 공동체의 몇 가지 중요한 변화, 예를 들면, 국가간의 상호의존성이 지속적으로 증대하는 현상, 인권의 발달, 개인을 국제법 주체의 지위에까지 높이려는 시도에 의하여 영향을 받았다.¹⁸⁾ 그러나 18세기 바텔이 이론적인 기초를 제공하고 19세기 동안에 발달한 외교적 보호의 기본적인 원칙은 여전히 남아있다. 외교적 보호는 오랜 기간 동안 발달한 國際慣習法에 바탕을 두고 있다.

14) *Ibid.* p. 102.

15) Richard B. Lillich. *The human rights of aliens in comtemporary international law* (Manchester: Manchester University Press, 1984), p. 8.

16) *Ibid.* p. 9.

17) *Loc. cit.*

18) 김부찬, 전제논문, p. 77. 참조.

‘常設國際司法裁判所’(Permanent Court of International Justice; PCIJ)는 1924년에 Mavrommatis Concessions Case의 판결에서 국제법에 위반한 다른 국가의 행위로 피해를 입은 자국민을 보호할 국가의 권리를 ‘국제법의 기본적인 원칙’(an elementary principle of international law)이라고 하였다.¹⁹⁾ 나아가 국가가 외교적 보호를 행사할 권리는 1961년 「외교관계에 관한 비엔나 협약」(Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961) 제3조 (1) (b)와 1963년 「영사관계에 관한 비엔나협약」(Vienna Convention on Consular Relations, 1963) 제5조 (a) 및 (e)에 포함되었다.²⁰⁾ 많은 경우에 국제관습법은 부분적으로 국내구제의 완료나 외교적 보호의 합법적인 수단에 대한 제한과 관련하여, 特別法(*lex specialis*)인 조약에 의하여 대체되었다.

3. 外交的 保護에서의 三角關係

외교적 보호제도가 변화하는 국제환경 속에서 상당한 안정성을 보여 준 것은 그러한 변화에도 불구하고 외교적 보호의 바탕이 되는 이해가 큰 변화를 겪지 않았기 때문일 것이다. 외교적 보호에는 다양한 정치적, 경제적 및 개인적인 이해를 가진 전통적인 행위자, 즉, 개인, 본국, 피청구국 사이에 삼각관계가 존재한다.²¹⁾

해외에서 사업을 하거나 거주하거나 단순히 여행하는 개인은 체류국이 국제적인 의무에 따라 자신의 법익을 적절하게 보호하여 줄 것을 기대한다. 특히, 중요한 양허를 얻거나 해외에 대규모로 투자를 하는 개인들은 자신들의 최대의 期待利益이 정당한 보상없이 沒收되거나 收用 또는 國有化되지 않을 것이라고 기대할 것이다. 그리고 이들 개인들은 체류국 내에서 부당한 권익침해를 받은 경우 일차적으로 해당 국가의 국내법적 절차에 호소하여 구제를 받게 되나 그것이 불충분하거나 불가능할 경우 본국의 외교적 보호를 요청하게 된다.

19) 유병화 외 2인, 「국제법 II」(서울: 법문사, 2000), p. 429.

20) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 101.

21) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 101.

본국(host State)은 다양한 요소를 고려한다. 본국은 특히 경제적인 이해가 관련된 경우에 보통 자국민(자연인 및 법인)에게 대한 의무의 위반을 자신의 권리에 대한 침해로 고려하려고 한다. 본국의 입장에서는 외국에 의한 자국민의 권익침해에 대한 책임추궁은 법원칙, 정치적인 위신 또는 경제적으로 중요한 문제이다.²²⁾ 본국은 해외의 자국민의 보호에 무관심하여 발생할 수 있는 국내적인 상황에 관한 부정적인 정치적 또는 경제적인 결과를 두려워할 수 있다.

이러한 고려들은 국가들이 외교적 보호에 대한 개별적인 요청을 무시할 수 없는 요소이다. 그러나 국가들이 외교적 보호를 행사하는데 부정적인 요인들도 있다. 외교적 보호를 요청하는 개인들의 본국은 미래의 역할의 변경가능성을 무시할 수 없다. 보호국, 즉 오늘의 청구국은 내일의 피청구국이 될 수 있다. 아울러 외교적 보호권의 행사여부를 결정함에 있어 정책적 고려가 불가피하다. 외교적 보호권의 행사로 기대되는 득보다 失이 클 경우 그러한 권리의 행사를 자제할 수 밖에 없을 것이다. 한 국가의 국민에게 유리한 국제법의 원칙이 명백하게 위반되고, 외교적 보호를 위한 다른 모든 전제조건들이 의문의 여지없이 충족되었다고 하더라도, 배상을 얻는 것은 매우 어렵거나 불가능할 수 있다.²³⁾

이해의 삼각관계의 세 번째 행위자(actor)인 피청구국(defendant State)은 원칙상 외교적 보호를 받아들일 수 있다. 그러나 구체적인 사안에서는 몇 가지 전제조건이 누락되어 있다고 생각할 수 있다. 더욱이 피청구국이 외교적 보호권의 행사를 자국에 대한 정치적인 적대감이나 그 법체제에 대한 전면적인 불신의 표현으로 볼 수 있다는 것이다.²⁴⁾ 일부 국가들은 국제관습법이나 조약에 따른 외국인에 대한 특별한 보호는 그와 같은 권리를 누리지 못하는 자국민들의 불만을 초래할

22) Loc. cit.

23) 피청구국은 분쟁해결을 거부할 수 있으며, 보호국은 평화적인 강제를 시도하기에는 정치적으로, 경제적으로 너무 약할 수 있다. 외교적 보호가 그 목적을 달성하는 것은 개별적인 사안에서는 가능한 것처럼 보여도, 본국과 그 국민들에게 요구되는 희생은 매우 높을 수 있다. W.K. Geck, *ibid.* p. 101. 참조

24) Loc. cit.

수 있다고 우려한다. 많은 국가들은 외교적 보호를 강대국의 국내관할권에 대한 경제적인 강압, 간섭, 침탈, 제국주의 및 신식민주의로 의심한다. 그러한 태도는 특히 라틴-아메리카국가들,²⁵⁾ 최근에 독립한 국가들, 국제법에 대한 사회주의적 개념을 따르는 국가들 사이에서 존재한다.

第2節 外交的 保護의 法的 性質

1. 國家의 權利

국가가 자국민을 위하여 국제적인 청구를 제기하는 경우에 국제법상 국가는 자신의 권리를 주장하는 것이며,²⁶⁾ 자국민을 대리하는 것은 아니다.²⁷⁾ 개인이 외교적 보호를 포기할 수는 없다.

전통국제법상의 원칙에 의하면 국가만이 국제법상의 주체로서 국제법에 따른 권리, 의무를 가진다.²⁸⁾ 그리고 조약의 당사자인 국가는 일반적으로 개인이 아니라 오직 국가 사이에 대하여만 국제적인 차원에서 의무를 부담하고 실제적인 권리를 부여한다.²⁹⁾ 예를 들면, 국민은 조약에 따라 입국, 거주 및 직업 또는 자유 및 재산권을 보장받을 권리에 관한 직접적인 이익(benefits)을 가진다. 그러나 그들은 국제적인 실제적 권리의 보유자가 아니라 진정한 보유자인 本國의 단순한

25) 이는 곧 라틴 아메리카 여러 나라에서 외교적 보호제도를 전면적으로 부인하는 칼보조항 (Calvo Clause)으로 나타난다. 김정균·성재호, 「국제법」 제3개정판(서울: 박영사, 2000), p. 206. 참조 .

26) Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised ed. (London and New York: Routledge, 1997), pp. 268-269.

27) W.K. Geck, *op. cit.* p. 112.

28) 이석용, 「국제법: 이론과 실제」 전정판(서울: 세창출판사, 1999), pp. 121-122. 참조.

29) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 111.

제3자로서 위와 같은 이익을 향유한다는 것이다.

전통적인 견해에 의하면 국가가 정당한 보상없이 외국인의 재산을 몰수하는 경우에 이는 국제법상의 권리를 가지지 못하는 외국인의 권리를 침해한 것이 아니라 국적국에게 손해를 가한 것이라는 것이다.³⁰⁾ 그러므로 청구를 제기할 것인가 여부도 피해자의 국적국이 결정한다는 것이다. 그 결과 국제법상 개인의 절차적인 권리는 극히 제한되어 있다.³¹⁾

바텔에 의하면, 국민의 자산은 다른 국가에 대하여는 국가의 자산으로 간주된다. 국가들이 개인에게 국제법상의 주체성을 인정하지 않는 한, 개인들이 국제적인 차원에서 자신의 이익을 추구하는 절차적인 권리가 결여된 것은 당연하다. 따라서 국제관습법은 이러한 개인의 권리보호를 위하여 그 본국에 대하여 ‘국제법이 요구하는 일정기준’³²⁾에 따라 자국민을 보호할 권리를 인정하여 온 것이다.

이와 같이 국가만이 자국민을 위하여 국제적인 청구를 제기할 수 있다는 견해는 *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, *Nottebohm Case*, *Barcelona Traction Co. Case*에서 반복적으로 확인되고 있다. PCIJ는 1924년 *Mavrommatis Palestine Concession Case*에서 다음과 같이 판결하였다.

30) Rosalyn Higgins, *Problems and Process*(New York: Oxford University, 1994), p. 51.

31) 이와 관련하여 외교적 보호권의 포기가 문제된다. 칼보조항(Calvo Clause)은 라틴아메리카 국가들이 19세기 중엽부터 외국인들과의 양허계약(Concession Contract)에 삽입한 것으로서 계약과 관련하여 분쟁이 발생하더라도 외국인은 본국 정부의 외교적, 사법적 보호를 요청할 권리를 포기하며, 계약당사국의 국내재판소에 분쟁을 부탁할 것을 동의한다는 것이다. 칼보조항은 국가에 의한 외교적 보호를 배제하려는 것인바, 그 국제법적 효력에 관하여는 의견이 나뉘고 있지만, 본국의 외교적 보호를 배제하고 수용국의 국내법원으로 하여금 배타적인 관할권을 인정하는 효력은 없다는 것이 다수설이다. 외교적 보호권은 국가가 재량으로 행사할 수 있는 국가의 권리이므로 개인이 이를 포기할 수는 없기 때문이다. 김부찬, 전제논문, pp. 98-99. 참조.

32) 국제법이 요구하는 외국인대우에 관한 기준으로는 국제최소기준(international minimum standard)과 내국민대우기준(national treatment standard)이 대립하고 있다. 김대순, 전제서, p. 429. 참조.

“자국민이 타국의 국제법위반행위로 인하여 손해를 입고 통상적인 방법으로 만족할 만한 구제를 받지 못한 경우에 소속국가가 자국민을 보호할 권리가 있다는 것은 국제법의 기본적인 원칙이다. 국가가 자국민의 편을 들어 국제책임을 추구한다는 것은 실제로는 자기권리를 행사하는 것이다.”³³⁾

그리고 PCIJ는 같은 판결에서 “일단 국가가 국제재판소에서 자국민을 위하여 사건을 떠 맡게 되면, 국제재판소의 눈으로 보면 그 국가가 유일한 청구인(sole claimant)이다.”라고 하였다.³⁴⁾

나아가 일반적으로 국가는 청구를 제기하거나 자국민의 상당한 손해를 감수하면서까지 자국민에 대한 불법적인 손해에 대하여 배상을 청구하지 않거나 피해를 입은 개인의 의사와는 상관없이 청구를 완전히 취하하는 자유를 누리고 있다.³⁵⁾ 국가의 자유裁量은 一括妥結協定(lump-sum agreement)에서 잘 나타난다.³⁶⁾ 일팔타결협정에서 피청구국은 청구국에게 피해를 입은 개인의 손해에 대하여 최종적인 분쟁해결로 일정한 금액을 지급한다. 종종 청구국은 개인들의 손해와 금액을 결정하기 위하여 국내에 청구권위원회를 설치한다. 2차 세계대전 이후에 체결된 거의 200여개의 일팔타결협정 가운데에, 일부는 순수한 피청구국의 국내법위반으로 인한 청구권을 다루고 있다. 그러나 이들 협정의 대부분은 국제적인 위법행위로 인한 배상을 다루고 있다. 최종적으로 개인에게 지급된 금액은 거의 실손해에 대한 완전한 보상에 미치지 못하며, 공정한 보상에도 미치지 못하는 경우도 있으며, 때로는 청구금액의 10퍼센트에도 미치지 못하는 경우도 있다고 한다.³⁷⁾ 협약상의 가장 낮은 보상도 개인의 본국이 과거를 청산할 의무를 조건으로 한다.

33) PCIJ Series A, No. 2(1924), p. 6 at p. 12.

34) 김대순, 전제서, p. 396. 참조

35) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 112.

36) *Loc. cit.*

37) *Loc. cit.*

어느 법이론에 기초한다고 하더라도 개인의 청구권은 국제적인 차원에서는 완전히 일괄타결협정에 묻히게 되고 청구국의 국내법의 영역에 돌아가게 된다. 본국의 국제적인 입장이 우월하다는 것을 보여주는 또 다른 예는 1973년 발표된 미국의 양해각서이다. 여기에서 미국은 일반적으로 요청에 의하여 행동하나 법적으로 피해를 입은 개인의 요청이 없어도 또는 그의 반대에도 불구하고 국제적인 청구를 할 수 있다고 하였다.³⁸⁾

중국의 1975년 헌법 제27조 (6) 및 1982년 헌법 제50조는 국가가 해외에 거주하는 중국인들의 합법적인 권리와 이익을 보호할 것을 규정하고 있으며³⁹⁾, 많은 국가의 헌법들이 이와 유사한 규정을 두고 있다.⁴⁰⁾ 대한민국헌법 제2조 2항은 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 이러한 규정들을 보면 국가가 해외의 자국민을 보호할 법적인 의무를 부담하는 것처럼 보인다. 그러나 이들 규정들은 국내법상의 국가의 의무를 규정하는 것일 뿐 국제법상 개인의 보호권은 말할 것도 없고, 보호에 대한 법적인 의무를 정립하는 것은 아니라는 것이 일반적인 견해이다.

국제관습법상 국가는 개인에 대하여 외교적 보호를 행사할 권리를 가지나 의무는 지지 않는다. 그러므로 국내법을 통하여 외교적 보호에 대하여 개인의 권리를 인정하는 경우에도 국제법은 원칙적으로 이에 대하여는 개별국가의 국내법에 맡기는 것이다. ‘국제사법재판소’(International Court of Justice; ICJ)는 Barcelona Traction Case에서 다음과 같이 판결하였다.

“국제법에 의하여 정해진 제한의 범위 내에서 국가는 보호를 부여할 것인가 여부, 보호의 부여정도, 정지시기 등을 결정할 유일한 판단할 수 있다. 국가의 청구는 그를 위하여 국가가 청구를 떠맡은 개인 또는 기업의 청구와 동일하지 않기 때문에 국가

38) *Ibid.* p. 113.

39) *Loc. cit.*

40) Para. 80(A/CN.4/506) 참조.

는 완전한 행동의 자유를 누린다.”⁴¹⁾

2. 批判

개인의 손해가 곧 국가의 손해라는 이론은 순전히 허구(fiction)라는 비판을 받고 있다.⁴²⁾ 국가만이 국제법의 주체로서 국제법에 따른 권리를 가지고, 전통적인 조약이나 관습으로부터 개인에게는 그러한 권리가 생기지 않는다고 하는 전통적인 견해는 상당한 비판을 받고 있다. 그리하여 개인은 한정된 범위 내에서 국제법상의 권리, 의무를 가진다고 하는 견해가 있으며,⁴³⁾ 국가만이 국제법상의 주체라는 개념을 부정하고, 국가나 국제기구, 개인은 모두 국제법상의 참여자(Participants)라는 견해도 있다.⁴⁴⁾ 이러한 견해들은 결국 외교적 보호에 관해서도 이것이 국가의 권리라는 전통적인 견해에 의문을 제기하는 것이다.⁴⁵⁾

그리고 개인에게 이익을 부여하는 국가들 사이의 조약은 상호주의(do ut des)에 바탕을 두고 있는데, 이러한 조약으로 우선적으로 이익을 보고 그 위반으로 손해를 입는 것은 개인이다. 개인에게 손해가 없다면 그 본국인 국가에도 손해가 없다. 나아가 개인이 국내적 구제를 마치지 않는 한(principle of exhaustion of local remedies), 그의 본국은 국제적인 청구를 할 수 없다. 개인이 입은 손해는 적어도 실제상 본국이 합법적으로 청구하게 되는 손해에 대한 기준이 된다. 청구국은 일반적으로 피청구국이 지불하는 배상을 피해를 입은 개인에게 지급한다. 원칙적으로 배상금은 피해의 정도에 따라 피해를 입은 개인들에게 분배된다.⁴⁶⁾

41) ICJ Reports 1970. p. 45(para 79).

42) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 111.

43) Rosalyn Higgins, *op. cit.*, p. 49. 참조.

44) *Ibid.* p. 50. 참조.

45) 이와 관련하여 Hersch Lauterpacht는 국가가 자신의 배타적인 권리를 행사하는 것이 아니라 국가가 국제적인 영역에서 자신의 권리를 주장할 수 없는 개인의 권리를 실행하는 것이라고 한다. *Ibid.* p. 53. 참조.

그리고 만일 개인의 손해가 국가의 손해라면 국가가 국제적 청구를 할 수 있도록 그러한 손해는 국가에게 보고 되어야 할 것이지만, 현실은 손해를 입은 개인이 스스로 구제절차를 취하다가 그것이 실패하는 경우에 자국정부에 대하여 사건을 맡아 줄 것을 요구하는 것이 보통이다.⁴⁷⁾ 나아가 많은 국가의 헌법들은 국가가 외교적 보호권을 행사할 의무를 부담한다는 취지의 규정을 두고 있으며,⁴⁸⁾ 이는 현대국제법의 인권보호경향과 부합한다.

이상과 같은 점을 고려하면 자국민이 조약위반으로부터 피해를 입은 경우에 국제적인 차원에서는 국가만이 유일한 실질적 권리를 보유한다고 하는 전통적인 견해가 현실과는 괴리가 있는 것이 분명하다. 나아가 국가가 외교적 보호를 행사하는 것은 어디까지나 국가의 재량에 속하므로 국가가 적극적으로 보호에 나서지 않는 경우는 외교적 보호의 문제점으로 지적될 수 있다.⁴⁹⁾ 전통적인 개념은 국제법이 궁극적으로 국가의 이익이 아니라 인간으로서의 개인을 위한 것이라고 하는 인식과도 배치된다.

외교적 보호가 전적으로 국가의 권리라고 본다면 국가가 그 권리를 행사하는데 있어서 완전한 自由裁量을 가진다고 보는 것은 자연스러워 보인다. 국가가 국민을 위하여 ‘어떠한 권리를 행사할 의무’라는 개념은 생각하기 어렵기 때문이다.

그러나 위에서 살펴본 바와 같이 외교적 보호가 전적으로 국가의 권리라고 하는 이론 자체가 많은 비판을 받고 있을 뿐만 아니라 최근에 개인의 국제법주체성을 적극적으로 인정하려는 움직임, 나아가 외교적 보호제도를 인권보호체제로 인정하려는 ILC초안의 입장⁵⁰⁾ 등에 비추어 보면 외교적 보호권의 행사에서 국가가 전적으로 裁量權을 가진다고 보기는 어렵다.

46) *Loc. cit.*

47) Rosalyn Higgins, *op. cit.*, pp. 51-52. 참조.

48) 예를 들어 대한민국헌법 제2조 2항 참조.

49) 김부찬, 전제논문, p. 101. 참조.

50) Para. 415(A/55/10).

국가가 재외국민의 합법적인 권리를 보호해야하거나 국민이 해외에 거주하는 동안 보호를 받을 수 있다는 취지의 표현을 가지는 헌법들이 이들 권리들이 국가의 국내법에 따라 강제될 수 있는 것인지 아니면 단순히 해외에서 피해를 입은 국민이 자국의 영사에게 접근할 권리가 있다는 점을 확실히 하고자 하는 것인지 여부에 대하여는 분명하지 않다.⁵¹⁾

일부 국가에서는 不文憲法的인 개인의 외교적 보호권 또는 적어도 보호를 부여하여야 할 불문헌법적인 의무가 몇 가지 전제조건이 충족되는 것을 조건으로 하여 인정되고 있다고 한다. 시민들을 국가권력의 대상이 아니라 국가의 구성요소로 간주하는 진정한 민주사회는 적어도 외국에 대하여 외교적 보호를 부여할 도덕적인 의무를 인정해야 할 것이다.⁵²⁾ 그러한 국가에서 시민들의 외교적 보호에 대한 권리는 상대적으로 외국인과 무국적자의 의무가 작음에 반하여 시민들의 의무는 특별한 점에 비추어 당연하다고 해야 할 것이다.



第3節 外交的 保護의 前提條件

1. 請求國籍繼續의 原則

(1) 原則

국제관습법 하에서 국제법주체는 자신과 특별한 관계가 있는 개인에 대하여만 보호할 권리가 있는데, 이러한 관계는 일반적으로 國籍(nationality)이다.⁵³⁾ 그

51) Para. 448(*ibid.*).

52) Para. 77(A/CN.4/506) 참조.

53) P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2nd ed.(Maryland: Sijthoff and Noordhoff, 1979), pp. 32-33.

리므로 국가는 자국민에 대하여만 외교적 보호권을 행사할 수 있다. 이를 請求國籍繼續의 原則(Rule of Continuous Nationality of the Claim) 또는 請求國籍의 原則이라고 한다.⁵⁴⁾ 이 원칙은 수많은 조약, 예를 들면, 2차 세계대전 이후에 체결된 거의 200개의 일괄타결협정에서 반복되었다. 이 원칙은 오랜 기간 동안 국제관습법의 일부로 간주되었다. PCIJ는 Panevezys-Saldustikis Railway case에서 다음과 같이 판결하였다.

“국가는 자신의 권리를 주장하는 것이다. ... 이 권리는 반드시 자국민을 위한 개입에 한정된다. 왜냐하면 특별한 협정이 없는 이상 국가에게 외교적 보호권을 주는 것은 국가와 개인 사이의 국적이라는 유대이다.”⁵⁵⁾

청구국적계속의 원칙은 개인이 외교적 보호권을 얻거나 강화하기 위하여 보다 강한 국가로 국적을 자의적으로 변경하지 못하도록 하기 위한 것이다.⁵⁶⁾ 개인은 국제적 위법행위 당시의 보호국의 국적을 보유하여야 하며, 보호국에 의한 청구가 제기되거나 국제적 차원에서 분쟁이 해결될 때까지 국적이 계속되어야 한다.⁵⁷⁾ 지배적인 관행과 의견은 해결시보다 청구제기시를 선호한다고 한다. 이것은 1965년 국제법연구소(Institut do Droit International)의 '바르샤바결의'(Warsaw Resolution of the Institut de Droit International, 1965)에 따른 것이다.⁵⁸⁾

청구국적계속의 원칙은 개인적인 청구권이 위법행위와 청구제기의 시점 사이에 상이한 국적의 보유자에게 이전되면 외교적 보호를 행사할 여지가 없다는 것을 의미한다. 이는 예를 들면, 사망에 의한 상속, 비자국민에 대한 양도, 국가승

54) Peter. Malanczuk, *op. cit.*, p. 263.

55) PCIJ Series A/b, No. 76, at 16.

56) 김대순, 전제서, p. 399.

57) *Loc. cit.*

58) W.K. Geck, *op. cit.*, 112.

계에 의한 피해자의 국적의 변동 등의 경우에 문제가 된다.

(2) 批判

국가를 유일한 국제적 청구의 보유자로 생각하거나 개인적인 청구권의 바탕이 되는 국적이 변동되었다는 이유로 국가가 국제적인 청구를 하지 못한다는 것은 논리상 수긍하기 어려운 점이 있다. 그러므로 피해자의 의사와는 상관없는 이른바 ‘非自發的 歸化’(involuntary naturalization)의 경우에는 변경된 국적국이 외교적 보호를 행사할 수 있어야 할 것이며,⁵⁹⁾ 이미 구국적국이 외교적 보호를 행사하고 있는 상태라면 신국적국과 구국적국이 공동으로 행사하거나 신국적국이 단독으로 외교적 보호를 할 수 있어야 할 것이다.⁶⁰⁾

그리고 전통적인 견해는 무국적자 및 난민에 대하여 국제법의 일반적인 정의나 형평에 의하여 인정된 최소한의 실질적인 권리도 인정하지 않게 된다.⁶¹⁾ 그리하여 수백만의 무국적자와 난민들을 보호의 범위 밖에 방치하는 결과가 될 수 있다는 비판을 받고 있다.

그러나 이러한 衡平과 論理에 기초한 당위론이나 비판은 國家慣行에는 거의 영향을 미치지 못하고 있는 것이 사실이다. 일반적으로 국가들은 적어도 청구제 기시점에서 자국민이 아닌 개인들에 대하여 외교적 보호를 부여하려고 하지 않는다. 이는 다른 어느 국가보다도 자국민을 보호하려고 하는 미국의 경우에도 마찬가지이다. 자연적으로 피청구국은 더욱 더 국적이 계속되지 아니한 청구를 인정하려고 하지 않는다.⁶²⁾

59) 김대순, 전계서, p. 399. 참조.

60) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 110.

61) *Ibid.*, p. 111.

62) *Loc. cit.*

2. 國內救濟完了의 原則

(1) 意義

國內救濟完了의 原則(Local Remedies Rule)은 국가가 국제법을 위반한 작위 또는 부작위로 인하여 개인에게 손해를 가한 경우에 그 개인이 그 국가의 실효적인 국내구제절차를 마친 경우에 한하여 개인의 본국이 외교적 보호를 줄 수 있다는 것이다.⁶³⁾ 이 원칙은 여러 관련 조약에서 발견될 수 있으며, 국제관습법으로 확립되었다. 많은 판결들이 관습이나 조약에 기초하여 이 원칙을 언급하고 있다.⁶⁴⁾ 국내구제의 원칙은 특히 ICJ의 1959년 *Interhandel Case*⁶⁵⁾에서 강조되었는데, 동판결은 국제소송이 개시되기 전에 국내적 구제수단이 완료되어야 한다는 규칙은 관습국제법상 충분히 확립된 규칙이라고 하였다.⁶⁶⁾

이 원칙은 국제법위반이 피청구국의 영토에서 일어난 경우에만 적용되는 것은 아니다. 예를 들어 공해상이나 청구국의 영토에서 일어난 국제법위반행위에 대하여도 적용이 된다.⁶⁷⁾ 국내구제의 완료는 단지 강제적인 조치를 위한 법적 전제조건은 아니다. 청구국은 도덕적 또는 정치적인 이유로 언제든지 청구를 제기할 수 있다. 그러나 피청구국은 국내적인 구제를 마치기 전까지는 국제법위반을 이유로 한 청구를 거부할 수 있다.

63) Peter Malanczuk, *op. cit.*, p. 267.

64) 특히 *Mavrommatis Case*에서 언급되고 있다.

65) 스위스 회사인 *Interhandel*은 독일의 회사와 관련이 있다는 이유로 적성(enemy character)이 인정되어 제2차 세계대전 기간 중 미국정부에 의하여 미국 내의 재산을 압류당하였다. 미국 법원에 재산반환청구소송을 제기한 지 9년이 흐르자 스위스정부가 미국을 상대로 ICJ에 제소 하였다. 사건이 ICJ에 계류중에 미국 연방최고법원은 이 사건에 대하여 새로운 심리를 명하였다. 그러자 ICJ는 국내구제수단이 완료되지 않았다는 이유로 스위스의 청구를 각하였다. 전순신, 전게서, pp. 221-235. 참조.

66) 전순신, 상게서, p. 235.

67) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 110.

이 원칙은 가해국가의 국가주권과 재판관할권을 존중하는 데에 목적이 있으며,⁶⁸⁾ 국내적 절차를 통하여 해결할 수 있는 문제를 국가간의 문제로 전환시켜 국제적 청구나 분쟁이 양산되는 것을 방지하여 국가간의 우호를 증진하는 목적도 가지고 있다.⁶⁹⁾

Ambatielos 중재판결에 의하면 피해자가 국내적 구제를 완료해야 한다는 의미는 “법원에 대한 부탁뿐만 아니라 국내법상 提訴者들이 재판소와 심판소에서 이용할 수 있는 절차적 편익의 사용”을 의미하는 것으로서 국내법이 제공하는 법적 보호의 전체계(the whole system of legal protection, as provided by municipal law)를 이용해야 한다는 의미이다.⁷⁰⁾

ICJ가 Interhandel Case에서 국내구제절차가 지나치게 지연되는 경우에도 활용 가능한 모든 구제절차를 완료하지 않으면 안 된다고 판시한 데서 알 수 있듯이⁷¹⁾ 이 원칙을 지나치게 엄격하게 요구하는 경우에는 피해자의 권리구제에 심각한 장애요소로 등장할 수 있는 것도 사실이다. 외교적 보호제도를 인권보호체제로서의 유용성을 인정하는 경우에 이 원칙의 문제점은 더욱 드러나게 될 것이다.

(2) 法的 性質

국내구제의 원칙과 관련하여 이것이 실제법적 요소인지 아니면 절차법적인 요소인지에 관하여 문제가 된다.⁷²⁾ 국내구제완료의 원칙이 절차법적 요건인가 아

68) 김대순, 전제서, p. 407.

69) Peter Malanczuk, *op. cit.*, p. 268. 참조.

70) 김대순, 전제서, p. 409.

71) 김부찬, “외교적 보호제도와 국내구제완료의 원칙”, 『국제법학회논총』 제46권 제3호(통권 제91호), 2001. 12. p. 7.

72) 국내구제완료의 원칙에 대하여는 A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*(Cambridge: Cambridge University Press, 1983). 김부찬, 상게논문 참조.

니면 실체법적 요건인가 하는 문제는 국가의 국제책임(international responsibility)의 성립시기를 결정하는 요소가 되며, 이에 따라 국제적 위법행위의 발생시점에서 외국인이 청구국의 국민일 것을 요하는 국적계속의 원칙에 영향을 미친다. 그리고 이 문제가 국제재판소의 절차진행에서 선결적 항변사유가 되는지 아니면 본안(merits)의 문제가 되는지에 관하여도 영향을 미치게 된다.

이에는 세 가지 견해가 있다. 첫째로 가해국의 국제적 위법행위는 국내적 구제가 실효성없이 완료될 때까지는 완성되지 않는다는 견해이며, 이를 실체법적 입장(substantive school)이라고 한다.⁷³⁾ 이 견해는 피청구국이 국내적인 구제를 통하여 이를 시정하지 않는 경우에 비로소 개인에 대한 위법적인 처우가 국제적인 위법행위가 되는 것이라고 생각한다. 이러한 견해는 국가책임에 관한 ILC의 최근의 경향이며⁷⁴⁾ 국가책임에 관한 ILC초안 제1부 제22조의 이론적인 기초가 되고 있다. 위 조항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“당해 외국인이 이용가능한 실효성있는 국내구제수단을 완료하였지만 그 의무에 의하여 요구되는 대우 또는 이것이 가능하지 않은 경우에는 그에 상응하는 대우를 받지 못했을 경우에만 의무의 위반이 존재한다.”⁷⁵⁾

둘째의 견해는 국제적 위법행위는 이미 개인에 대한 손해로부터 발생하는 것이며, 국내구제를 거치지 아니한 것은 단지 외교적 보호에 대한 절차적인 방해가 될 뿐이고, 국제적 위법행위 그 자체의 요건은 아니라는 견해이다.⁷⁶⁾

셋째로는 위 입장을 절충하여 개인의 손해가 국제법 위반에 이르지 않는 단

73) Paras. 54-55(A/CN.4/514).

74) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 110.

75) “... there is a breach of the obligation only if the aliens concerned have exhausted the effective local remedies available to them without obtaining the treatment called for by the obligation or, where that is not possible, an equivalent treatment.”

76) Para. 59(A/CN.4/514); W.K. Geck, *op. cit.*, pp. 110-111.

순한 국내법 위반에 의하여 야기된 경우에 국제책임은 오로지 피해자 개인이 국내법위반에 대한 구제를 얻기 위하여 시도하는 과정에서 피청구국의 사법기관에 의하여 행해지는 재판의 거부(denial of justice)에 해당되는 작위 또는 부작위를 근거로 하여 발생하며 이 때 국내구제의 완료원칙은 실체법적 조건이 된다. 그리고 외국인의 손해가 국제법 위반에 의하여 발생하는 경우 국제책임은 손해의 발생 시점에서 성립되며 외교적 보호를 위하여 국내구제가 완료되어야 한다는 요건은 절차법적 요건이라고 한다.⁷⁷⁾ 1977년 국가책임에 관한 초안과 관련하여 ILC가 실체법적 접근을 취하기 전까지는 절차법적인 견해를 취하는 흐름이 다수였다고 한다.⁷⁸⁾ 이와 관련하여 외교적 보호에 관한 ILC초안 제12조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“국내구제가 완료되어야 한다는 요건은 국내법과 국제법 모두가 위반됨으로써 자국민에게 가해진 국제위법행위로부터 야기된 손해를 근거로 국가가 국제적 청구를 제기하기 위하여 반드시 이행되어야 하는 절차적 전제조건이다.”⁷⁹⁾

그리고 같은 초안 제13조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“외국인이 어느 국가의 국제법 위반에 이르지 않는 국내법 위반을 근거로 구제를 청구하기 위하여 그 국가의 국내법원에 법적 절차를 제기하는 경우, 당해 국가는 외국인에 대한 재판의 거부가 존재하는 경우에 국제책임을 부담하게 된다. 제14조에 따라 손해를 입은 외국인은 자신을 위하여 국제적 청구가 제기될 수 있도록 하기 위해서

77) Para. 32(A/CN.4/514).

78) Paras. 36-43(A/CN.4/514).

79) 초안 제12조(A/CN.4/514, p. 15.)

“The requirement that local remedies must be exhausted is a procedural precondition that must be complied with before a State may bring an international claim based on injury to a national arising out of an internationally wrongful act committed against the national where the act complained of is a breach of both local law and international law.”

는 가능한 다른 국내적 구제를 완료하지 않으면 안 된다.”⁸⁰⁾

초안 제12조의 규정은 국내구제완료의 원칙을 절차법적 입장이나 제3의 입장에서 접근하고 있으며, 제13조의 규정은 재판의 거부와 국내구제완료의 원칙을 별개의 관점에서 보는 절차법적 접근에 해당한다고 보여진다.⁸¹⁾

(3) 國內的 救濟의 適用範圍

국내구제완료의 원칙은 가해국의 국가주권과 재판관할권을 존중하고 가해국이 자신의 국내법체계 내에서 그 위반행위에 대한 시정을 할 수 있도록 기회를 부여하는 것이다. 그러므로 국내법체계에서 이용가능한 실효적인 구제절차가 없거나 국내법원이 피해자에 대한 구제를 제공하지 않을 것이 명백한 경우에는 국내적 구제를 완료할 필요가 없다고 본다.⁸²⁾ 그리고 피해자와 가해국 사이에 자발적인 관련성(voluntary link)이 없는 경우에도 국내구제완료의 원칙은 적용되지 않는다.⁸³⁾ 예를 들어 피해자가 불가항력이나 납치 등의 방법으로 강제로 가해국의 영역 내로 들어간 경우나 가해국의 영역 밖에서 이루어진 가해국의 위법행위 그 자체로 인하여 피해자와 가해국이 연결된 경우에는 국내구제완료의 원칙이 적용되지 않는다고 본다.

80) 초안 제13조(A/CN.4/514, p. 15.)

“Where a foreign national brings legal proceedings before the domestic courts of a State in order to obtain redress for a violation of the domestic law of that State not amounting to an international wrong. The State in which such proceedings are brought may incur international responsibility if there is a denial of justice to the foreign national. Subject to article 14, the injured foreign national must exhaust any further local remedies that may be available before an international claim is brought on his behalf.”

81) 김부찬, “외교적 보호제도와 국내구제완료의 원칙”, supra note 71, p. 12. 참조.

82) Peter Malanczuk, *op. cit.*, p. 268.

83) 김대순, 전제서, p. 408.

第4節 外交的 保護와 國籍

1. 外交的 保護의 前提로서의 國籍

국제관습법상 국가들은 자신과 특별한 관련을 가지고 있는 사람들에 대하여만 외교적 보호를 행사할 수 있다. 이와 같이 국가와 개인간의 특별한 관련, 즉 국제법의 목적상 개인이 어느 국가에 속함을 인정하는 지위를 국적이라고 한다.⁸⁴⁾ PCIJ는 *Panevezys-Saldutiskis Railway Case*⁸⁵⁾에서 다음과 같이 판시하였다.

“개인을 위하여 외교적 보호나 국제재판절차에 호소할 수 있는 국가의 권리는 반드시 자국민을 위한 개입에 한정된다. 왜냐하면, 특별한 협정이 없는 경우에, 국가에게 외교적 보호권을 부여하는 것은 국가와 개인 사이의 국적이라는 유대이다. 그리고 청구권을 행사하고 국제법원칙에 대한 존중을 보장하는 권리가 구현되어야 하는 것은 외교적 보호의 기능의 한 부분이다. 다른 국가의 국민에 대하여 침해가 있을 때에, 그러한 침해로 생기는 어떠한 청구권도 외교적 보호가 아니다.”⁸⁶⁾

국가들은 지속적으로 자국민들을 보호하여 왔다. 이러한 권리를 확인하는 국제위원회나 재판소의 수많은 결정들이 *Nottebohm case*와 *Barcelona Traction case* 등 ICJ의 주목할 만한 판결을 이끌어냈다.

외교적 보호는 ‘국적’에 기초하여 자국민에 대하여만 행사될 수 있도록 제한되

84) Peter Malanczuk, *op. cit.*, p. 263.

85) 이 사건은 다음과 같다. 1918년에 제정러시아로부터 독립한 리투아니아와 에스토니아가 러시아의 사기업인 철도를 인수하였다. 리투아니아는 1919년에 이 철도시설들을 접수하였고, 이를 경영하고 있던 회사는 에스토니아에 양도되었다. 리투아니아의 시설접수에 대하여 보상요청이 제기되었으며, PCIJ에 제소되었다. PCIJ는 외교적 보호를 행사하려면 피해자가 청구당시 뿐만 아니라 판결이 확정되는 시점까지 청구국의 국적을 보유하여야 한다고 판시하면서 에스토니아의 청구를 기각하였다. 장효상, *신고 국제경제법*(서울: 법영사, 1998), p. 171.에서 재인용.

86) PCIJ, Series A/B, No. 76(1939) p. 4, at p. 16.

어 왔음에도 불구하고 보호국과 피보호국의 관계 등 국제법에서 인정되고 있는 특별한 조건하에서 또는 자국적의 선박에 승선하고 있는 외국인 승무원의 보호를 위한 경우 등 국가는 ‘다른 개인들’(non-nationals)을 자국민으로 간주할 수 있다.

2. 自然人

(1) 原則

원칙적으로 국적에 대한 규제는 각 국가의 國內管轄權의 문제이다.⁸⁷⁾ 그렇다고 하여 국가가 국적에 대한 규제에서 무한정의 자유를 누리는 것은 아니며, 조약 등에 의한 일정한 한계는 있다. 1930년 헤이그에서 서명된 「국적법의 충돌에 관한 몇 가지 문제에 대한 협약」(Convention on Certain Questions Relating to the Conflict on Nationality Laws) 제1조는 “각 국은 국내법에 따라 국민을 정의할 수 있다. 이러한 법은 국제협약, 국제관습, 국적에 관하여 일반적으로 인정되는 법의 원칙에 부합하는 한 다른 국가들에 의하여 인정된다.”고 규정하고 있다. 이 조항은 국제관습법의 일반원칙을 기술한 것이라는 것이 공통적인 견해이다.⁸⁸⁾

일반적으로 국가는 출생, 혈통, 귀화 등을 근거로 하여 개인에게 국적을 부여하고 있다. 출생에 의한 국적부여의 원칙으로서 ‘출생지주의’(jus soli)나 ‘혈통주의’(jus sanguinis)는 광범위하게 채택되고 있으며,⁸⁹⁾ 출생 이후 당사자의 신청에 의한 국적부여인 ‘귀화’(naturalization)도 인정되고 있다.

Nottebohm Case⁹⁰⁾에서 ICJ는 독일인 노테봄(Nottebohm)이 리히텐슈타인

87) I. Brownlie, *Principle of Public International Law*, Fifth Edition(Oxford: Oxford University Press, 1988), p. 385.

88) P. Weis, *op. cit.*, pp. 65-70. 참조.

89) I. Brownlie, *op. cit.*, p. 391.

90) 독일인 노테봄은 독일에서 태어나 1905년에 과테말라로 이주하여 그곳에서 사업을 하였다. 그는 1939. 10. 9. 리히텐슈타인에 입국하여 귀화절차를 마쳤다. 그 후 과테말라로 돌아와 사

(Liechtenstein)으로 귀화한 것은 리히텐슈타인의 국내관할에 따른 행위라고 판결하였다. 그러면서 재판소는 이러한 귀화가 리히텐슈타인에게 노테봄이 오랫동안 거주하였던 과테말라에 대하여 노테봄을 보호할 권리를 부여하는가 여부에 대하여 검토하였다. 재판소는 국적의 법적인 유대인 사실적 기초인 사회적인 관련사실, 즉 노테봄과 리히텐슈타인 사이의 진정한 관련(genuine link)이 결여되어 있다고 판결하였다. 그러므로 재판소는 과테말라가 노테봄의 국적을 인정해야 할 의무가 없다고 보았으며, 리히텐슈타인은 과테말라에 대하여 노테봄을 보호할 수 없다고 하였다. 이 판결은 국가가 외교적 보호를 행사하기 위하여 국가와 자연인 사이에 이른바 실효적인 유대가 있어야 한다는 '진정연결의 원칙'(genuine link rule)을 제시하였다.

Nottebohm Case는 이중 또는 복수국적의 경우뿐만 아니라 국민이 하나의 국적을 가진 경우에도 개인과 국적국 사이에 실효적인 유대가 있어야 한다는 입장을 인정한 것으로 보여진다.⁹¹⁾ 이 판결에 대하여는 진정한 관련의 원칙을 바람직한 것으로 보고, 그 근거로서 이중국적의 경우의 해결기준이 되고, 좀더 많은 사람들이 국제적인 구제수단에 접근할 수 있으며 외교적 보호권의 행사에 국적의 형식적 요건은 사라지고 대신 개인과 그를 보호하는 국가 간에 유효한 관련성만이 요구될 것이라고 하는 견해도 있다.⁹²⁾

그러나 이 판결에는 상당한 비판이 가해지고 있다.⁹³⁾ 비판은 주로 다음과 같

업을 계속하였으며 과테말라정부는 외국인등록부의 국적을 변경하여 주었다. 미국은 1941. 6. 17. 노테봄을 적국민으로 판단하여 1946년까지 구금하였다. 노테봄은 석방된 후 과테말라에 입국하고자 하였으나 거부되었으며 리히텐슈타인에 거주하던 중 과테말라 정부가 그의 재산을 압류하였다. 이에 리히텐슈타인은 과테말라의 조치가 국제법을 위반한 것이며 이에 대하여 배상을 해야 한다고 ICJ에 제소하였다. ICJ는 노테봄의 귀화당시를 보면 그의 주거, 가족관계, 활동범위, 이해관계 그 어느 것도 리히텐슈타인과 진정한 관련을 맺고 있지 않고 있다는 이유로 리히텐슈타인은 과테말라에 대하여 노테봄을 보호할 자격이 없다고 판단하였다. ICJ Reports(1955) p. 4.

91) Para. 457(A/55/10).

92) Leigh 교수가 이러한 주장을 한다. 김정건, "기업에 대한 외교적 보호권설정의 국제법적 기준에 관한 연구", 『국제법학회논총』 제34권 제1호(통권 제65호), 1989. 6. p. 49. 참조.

다. 즉, 진정한 관련성의 기준은 이중국적(dual nationality)의 특정한 사안에서 유용하기는 하지만 문제된 사안에서는 적용되어서는 안 되며, 외교적 보호는 국적으로부터 단절되어서는 안 된다는 것이다.⁹⁴⁾ Nottebohm Case에서 ICJ는 국제법에 따른 귀화의 유효성을 검토했어야 했으며,⁹⁵⁾ 재판소가 귀화가 무효라고 판단하지 않았기 때문에 노테봄은 외교적 보호에 관하여 무국적자가 되어서는 안 된다는 것이다. 그리고 재판소가 설명한 진정한 관련이라는 요건은 너무 막연하다.⁹⁶⁾ ICJ 자체가 습관적 거주, 이해의 중심, 가족적 유대, 공공생활의 참여, 사회적 애착 등을 언급하였으나 이 요건은 당시 시행중인 많은 국적법과도 모순되었다. 국적은 일반적으로 출생지주의나 혈통주의에 따라 취득된다. 어느 경우에도 국가와 개인 사이의 사회적인 유대는 노테봄의 귀화보다 강하지 않을 수 있다는 점이 지적되고 있다.⁹⁷⁾

Flegenheimer Claim case에서 미국-이탈리아 조정위원회(the Italian-United States Conciliation Commission)은 진정연결의 원칙에 기초한 ‘실효적 국적’(effective nationality) 또는 ‘국적의 실효성’(nationality's effectiveness) 원칙은 ‘이중국적’의 문제를 해결하기 위한 경우에 한하여 적용된다고 밝혔다.⁹⁸⁾ 위원회는 개인의 정치적인 공동체와의 유대가 실효적임을 드러내는 어떠한 증명된 기준이 존재하는지 여부에 관하여 의문을 표시하였다. 진정한 관련이라는 요건은 일반관습법원칙이라고 볼 수 없다는 것이다.⁹⁹⁾

93) I. Brownlie, *op. cit.*, pp. 413-414.

94) 김부찬, “국제관습법상 외교적 보호제도에 관한 고찰”, *supra note 3*, p. 84. 참조.

95) P. Weis, *op. cit.*, p. 179.

96) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 104.

97) 귀화의 경우에는 거주뿐만 아니라 언어, 헌법, 직업활동 등에 대한 철저한 조사를 거쳐서 국적이 부여되지만 출생지주의에 의한 국적취득은 아주 우연한 사실에 지나지 않으며, 개인은 일생을 해외에서 보낼 수도 있다. 혈통주의에 의한 국적취득의 경우에도 개인의 조상은 물론 당해 개인도 국적국에는 거주하지 않을 수도 있다. P. Weis, *op. cit.*, p. 181. 참조.

98) P. Weis, *op. cit.*, p. 184.

99) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 104.

Nottebohm Case의 판결을 일반화하여서는 안 된다는 주장이 설득력을 얻고 있다.¹⁰⁰⁾ 우선, 리히텐슈타인이 국내법에 따라 노테봄에게 국적을 부여한 행위가 합법적인 것인가에 대한 의문이 남아 있었다. 둘째는 노테봄은 리히텐슈타인보다는 확실히 과테말라와 보다 밀접한 관련을 가지고 있었다. 그러므로 ICJ가 모든 국가들에 대한 관계에서 노테봄의 리히텐슈타인 국적의 지위에 대하여 선언한 것은 아니라고 보는 것이 타당하다. ICJ는 신중하게 리히텐슈타인이 노테봄을 위하여 과테말라에 대하여 외교적 보호를 행사할 권리에 대하여만 판단하였으며, 그러므로 리히텐슈타인이 과테말라가 아닌 다른 국가에 대하여도 외교적 보호를 할 수 있었을 것인가 하는 문제는 여전히 남게 되는 것이다.

‘진정연결의 원칙’의 적용과 관련하여 국가관행에 관한 정보는 거의 없으며, 학설은 나뉘어져 있다.¹⁰¹⁾ 이 원칙을 수용하게 되면 외교적 보호의 범위를 심각하게 훼손할 것이다. 현대의 세계에서는 세계화와 이민의 결과로 출생이나 혈통에 의하여 국적을 취득한 많은 사람들이 그 국적국과 실효적인 유대를 가지고 있지 않기 때문이다. 그리하여 진정한 유대원칙이 엄격하게 적용되어서는 안 되며, 여기에서 일반적인 원칙이 추론되어서는 안 된다는 견해가 우세하다.¹⁰²⁾

(2) 二重國籍 및 無國籍

1) 二重國籍

二重國籍(dual nationality)은 개인이 2 개국 또는 그 이상의 국가의 국민일 경우에 존재한다. 이는 국적부여에 관하여 그 기준을 선택할 수 있는 국가의 기본적인 자유 때문에 생길 수 있다.¹⁰³⁾ 종종 이중국적은 혈통주의와 출생지주의가

100) Para. 457(A/55/10).

101) Para. 458(A/55/10).

102) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 104.

103) Albrecht Randelzhofer, "Nationality", in: R. Bernhardt(ed.), *Encyclopedia of Public International*

우연히 겹치는 경우에 생긴다. 예를 들면, 출생지주의 국가에서 태어난 혈통주의 국가의 부모의 자식은 사실상 양국의 국적을 취득한다.¹⁰⁴⁾ 출생에 의하여 취득된 국적에 새로운 국적이 보태져도 복수국적이 생기게 된다. 예를 들면, 다른 국가의 공무원이 되거나 결혼, 입양, 인지 또는 귀화를 통하여 새로운 국적을 취득하고, 원래의 국적국의 국내법이 그러한 경우에 국적박탈을 규정하지 아니한 경우에 생긴다.¹⁰⁵⁾

① 國籍國 상호간의 外交的 保護

이중 또는 그 이상의 국적을 가진 개인에 대한 외교적 보호는 두 가지 중요한 문제를 야기한다. 첫째, 하나의 국적국이 다른 국적국을 상대로 외교적 보호를 할 수 있는가 하는 점이다. 그러한 경우에 학자들은 1930년 「국적법의 충돌에 관한 몇 가지 문제에 대한 헤이그협약」(Hague Convention Governing Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws) 제4조에 나타난 평등의 원칙을 지지한다.¹⁰⁶⁾ 이 원칙은 “국가는 그 개인의 국적을 가지는 또 다른 국가에 대하여 자국민을 위하여 외교적 보호를 할 수 없다”는 것이다.¹⁰⁷⁾ ‘유엔근무중에 입은 손해에 대한 배상에 관한 권고적 의견’(Advisory Opinion on Reparation for Injuries Suffered In Service of UN)에서 ICJ는 다른 국가가 동시에 자국민으로 간주하는 자국민을 보호하지 않는 국가의 관행을 “일반적인 관행”(the ordinary practice)이라고 하였다.¹⁰⁸⁾

그러나 일부 국제위원회와 중재법정은 그러한 경우에 實效的(effective) 또는

Law, Instalment 8(Amsterdam: North-Holland, 1981) p. 422.

104) 유병화 외 2인, 「국제법 (I)」(서울: 법문사, 1999), p. 371. 참조.

105) Albrecht Randelzhofer, *op. cit.*, p. 422.

106) I. Brownlie, *op. cit.*, p. 403.

107) Albrecht Randelzhofer, *op. cit.*, p. 423.

108) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 104.

좀더 정확하게는 지배적(prevalent) 국적의 원칙을 적용한다. 위 헤이그 협약 제5 조는 지배적 국적을 “개인이 습관적으로 그리고 주로 거주하는 국가의 국적 또는 개인이 사실상 가장 밀접하게 관련되는 것으로 보이는 국가의 국적”이라고 설명하고 있다.¹⁰⁹⁾

지배적 국적의 원칙이 적용된 가장 중요한 판결은 1955년의 Mergé Claim 일 것이다.¹¹⁰⁾ Mergé Claim의 결론은 “이중국적자의 국적국 상호간에 외교적 보호의 행사를 배제하는 主權平等의 원칙은 實效的 國籍의 原則(principle of effective nationality)에 양보하여야 한다.”는 것인바, 이는 부분적으로는 Canevaro Claim Arbitration과 Nottebohm Case의 이론구성에 기초하고 있다.¹¹¹⁾ Mergé Claim의 결론은 Nottebohm Case의 진정한 관련개념을 전제로 하고 있다. Mergé Claim 판결은 외교적 보호의 문제에 관하여 국적이 인정되는 개인을 무국적자의 지위로 만들지 않는다는 이점이 있다.

이와 같은 접근방법인 이란-미국 청구권법정(Iran-US Claims Tribunal)에 의하여도 재확인 되었다.¹¹²⁾ 즉, 이란 국적과 미국 국적을 동시에 가지고 있는 자가 이란-미국 청구재판소에 청구를 제기할 수 있는가의 여부가 문제된 사건에서 재판소는 관련기간 중 청구인의 ‘支配的이고 實效的인 國籍’(dominant and effective

109) Loc. cit.

110) Mergé는 1909년 뉴욕에서 태어나 미국국적을 취득하였다. 24세때 이탈리아인과 결혼하여 이탈리아 국적도 취득하였다. 그는 1937년까지 이탈리아에 거주하다가 남편을 따라 동경에서 살게 되었다. 그는 1946년까지 일본에 살다가 미국을 잠시 방문한 후 이탈리아로 돌아갔다. 그는 미국대사관에 미국민으로 등록하였다. 1948년 미국은 이탈리아에 대하여 1947년 평화조약에 따라 Mergé의 재산상 손해의 배상을 구하였다. 이탈리아는 Mergé가 이탈리아인이라는 이유로 손해배상을 거부하였고 이 사건은 ‘미, 이탈리아 조정위원회’에 회부되었다. 위원회는 Mergé가 미국에 주소를 두지 않으며 미국에서 생활이 이루어지지 않았으므로 밀접성이나 유효성에서 이탈리아에 비하여 미국국적이 우선한다고 볼 수 없으며, 평화조약 78조상의 미국인으로 볼 수 없다고 하였다. 결국 위원회는 미국이 이탈리아에 대하여 보호를 할 수 없다고 판단하였다. RIAA, vol. 14, p. 236 참조.

111) W.K. Geck, *op. cit.*, pp.104-105.

112) Javier Pérez de Cuéllar, *op. cit.*, p. 332.

nationality)이 미국이었기 때문에 그가 이란을 상대로 제기한 청구에 대하여 裁判管轄權을 가진다고 판결하였다.¹¹³⁾

② 第3國에 대한 國籍國의 外交的 保護

둘째의 문제는 이중 또는 다중국적을 가진 개인에 대한 외교적 보호는 각 본국이 국제법의 제3의 주체에 대하여 외교적 보호를 부여하려고 할 때에 발생한다. 위 헤이그협약 제5조에 의하면, 제3국은 이중국적자의 국적 중에서 그가 통상 거주하는 국가의 국적이거나 아니면 그가 사실상 가장 긴밀한 관련을 맺고 있는 것으로 보이는 국가의 국적과 부합하는 국적 내지는 ‘진정하고 실효적인 국적’(real and effective nationality)을 승인해야 한다.¹¹⁴⁾

2) 無國籍

사람은 출생시에 국적을 취득하지 못하거나 또는 후천적으로 기존의 국적을 상실함으로써 무국적(statelessness)이 될 수 있다. 국가가 국제법상 국적을 부여할 의무는 없으므로 무국적이 생기는 것은 피할 수 없으나 무국적자가 증가하는 것은 바람직하지 않으므로 이를 방지하기 위한 국제적인 노력이 있어 왔다.¹¹⁵⁾

외교적 보호는 국적에 따르기 때문에 국가는 무국적자에 대하여는 이를 행사하지 않을 수 있다.¹¹⁶⁾ 그리고 사실상의 무국적자인 난민은 필연적인 결과로서 본국이 외교적 보호를 행사하지 않거나 난민 자신이 본국의 외교적 보호를 받지 않으려고 할 것이다.¹¹⁷⁾ 청구국적의 원칙에 따라 국가는 일반적으로 무국적자에

113) 김대순, 전제서, p. 404. 참조

114) Albrecht Randelzhofer, *op. cit.*, p. 423.

115) 그 자세한 내용에 대하여는 P. Weis, *op. cit.*, pp. 161-169. 참조

116) 그리하여 무국적자를 공해를 향해하는 선박이나 새 또는 무주지에 비유하기도 한다. 정인섭, “「무국적자의 지위에 관한 협정」의 연구”, 『국제법학회논총』 제35권 제2호(통권 제68호), 1990. 12, p. 220.

117) 난민은 정치적, 경제적, 사회적 이유로 박해를 피하여 국적국의 보호를 떠난 사람들이므로

대하여는 보호를 부여할 수 없다고 하는 원칙이 인정된다.¹¹⁸⁾ 이는 1931년 7월의 Dickson Car Wheel Company Case에서 미국-멕시코특별청구권위원회가 확인하였다.¹¹⁹⁾

그럼에도 불구하고 국가관행은 과거에 종종 일정한 상황에서는 예외를 인정하는 것이 바람직하다는 점을 인정하여 왔다. PCIJ는 명백하게 Panevezys-Saldutiskis Railway Case에서 그러한 예외가 조약을 필요로 한다고 하였다. 좀더 덜 엄격한 입장이 ICJ에 의하여 ‘유엔근무중에 입은 손해의 배상에 관한 사건’에서 채택되었는데, 여기서 법원은 국적원칙에 대한 중요한 예외를 인정하였다.

3. 法人

(1) 法人의 國籍決定基準

자연인만이 외교적 보호의 대상이 되는 것은 아니다. 그 객체에는 당연히 법인까지도 포함된다. 법인의 외교적 보호는 우선 19세기 말에 시작되었다. 오늘날 국가가 자국민인 법인에 대하여 외교적 보호를 하는 것은 확립된 국제관습법원칙이다.¹²⁰⁾

그런데 그 동안의 외교적 보호에 관한 논의는 대부분 자연인을 기준으로 전

국적국에 의한 보호를 기대할 수 없다. 이들에 대하여는 1950년대부터 보호를 위한 국제적인 노력이 있어 왔으나 아직 미약한 형편이다. 난민보호에 관한 국제적인 노력에 대하여는 장효상, “난민의 법적 지위와 처우”, 『국제법학회논총』 제26권 제1호(통권 제49호), 1981. 10.; 장복희, “국제법상 난민보호와 그 문제해결”, 『국제법학회논총』 제42권 제2호(통권 제82호), 1997. 12. 참조.

118) 이갑주, “국제법상 외국인의 인권에 관한 연구”, 박사학위논문(원광대학교 대학원 법학과, 1998), p. 79. 참조.

119) “국가는 국적을 갖고 있지 않은 개인에 대하여 손해를 야기함으로써 국제적 불법행위를 범하게 되지는 않는다. 따라서 어느 국가도 그러한 손해의 전후를 막론하고 그를 위하여 개입하거나 청구를 제기할 권한이 없다.” Para. 175(A/CN.4/506); P. Weis, *op. cit.*, p. 162.

120) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 106.

개되어 왔다. 국적의 취득상실은 원래 각 국이 국내법으로 정할 수 있는 것이지만 실제로 각 국의 국내법은 자연인의 국적에 관하여만 규정하고 법인의 국적에 관하여는 아무런 규정을 두지 않는 것이 일반적이다. 그러나 법인의 경우에는 자연인처럼 국가와의 사이에 忠誠關係로 맺어진 것이 아니므로 국적문제에서 자연인과 법인 사이에는 근본적인 차이가 있다고 볼 수 밖에 없다. 법인에 대한 외교적 보호와 관련하여 문제가 되는 것은 외국법인의 외교적 보호를 위한 결정 기준과 주주에 대한 외교적 보호 여부이다.

법인의 외교적 보호가 문제가 되는 것은 법인의 국적국은 실질적인 이해관계가 적은 자국적회사의 외교적 보호에 소극적인 반면 주주의 국적국이 회사의 국적국보다 적극적으로 외교적 보호에 나서려고 할 수 있기 때문이다.

외교적 보호제도가 여러 가지고 취약점과 제약요인을 가지고 있지만 오랜 국가관행을 통하여 발달해온 제도이며 법인에 대하여도 海外直接投資에 대한 보호 방법으로서의 의미를 가지고 있음을 주목해야 할 것이다.¹²¹⁾

법인에 대한 국적의 결정기준도 자연인과 마찬가지로 국내법의 규율에 맡겨져 있으므로 통일된 기준은 없는 형편이다. 그 기준으로는 크게 회사가 설립된 국가의 국적을 회사에 부여하는 英美法係의 設立地主義, 영업의 중심지에 따라 회사의 국적을 결정하는 大陸法係의 營業中心地主義로 나뉘어 진다.¹²²⁾

회사의 準據法뿐만 아니라 법적 존재나 주소지는 회사가 설립된 국가의 법에 의한다는 원칙은 영미법계의 국가에서 잘 확립되어 있다.¹²³⁾ 이와 대조적으로 대륙법계에서는 법의 선택문제를 위해 회사의 국적을 결정하기 위해 중요한 사업결정이 이루어지고 경영과 통제가 행해지는 營業의 中心地나 本店所在地를 선호한다.¹²⁴⁾

121) 장효상, 「신고 국제경제법」(서울: 법영사, 1998), p. 726. 참조.

122) 김민서, “다국적 기업의 국적과 관할권에 대한 국제법적 연구”, 박사학위 논문(서울: 연세대학교 대학원, 1999), p. 103.

123) 상계논문 p. 85.

설립지주의는 설립지를 쉽게 확인할 수 있어서 법적인 안정성이 있다는 장점이 있으나 법인의 국적이 경제현실과는 동떨어질 수 있다는 것이 단점으로 지적될 수 있을 것이다. 이에 반하여 영업중심지주의는 경제현실을 반영할 수 있다는 장점이 있으나 영업중심지를 결정함에 있어서 사실판단의 문제를 제기한다.¹²⁵⁾

ICJ는 *Barcelona Traction Case*¹²⁶⁾에서 회사의 국적을 결정함에 있어서 설립지주의를 강조한 것으로 보이지만 법인의 국적과 주주의 국적이 분리되는 상황에서 법인의 국적국에 의하여 법인이 국제적인 위법행위에 의한 피해를 입을 경우가 생기는 경우에 과연 어느 국가가 외교적 보호를 행사할 수 있는가 하는 문제점과 특히 모회사가 세계 여러 곳에 자회사를 설립하고 모회사의 지배통제에 따라 세계적인 영업을 하는 多國籍企業¹²⁷⁾의 경우에는 그 자회사의 국적이라는 것은 명목에 불과한 것이 될 수 있다는 점에서 현실적인 적용상의 어려움이 생길 수 있다. 그리하여 법인의 국적을 결정함에 있어서도 자본 또는 경영관리와 같은 법인의 실질적인 요소를 중시하여야 한다는 統制理論(control theory)이 등장하게



124) *Loc. cit.*

125) *Ibid.*, p. 86.

126) *Barcelona Traction Company*는 1911년 스페인 내의 전력공급을 위하여 캐나다법에 의하여 토론토에 설립되었으며, 스페인에 자회사를 두고 있었다. 1948년 스페인 법원이 이들 회사에 대하여 파산선고를 내렸으며 스페인 당국에 의하여 회사자산압류, 내국법인으로의 변경조치가 취해졌다. 캐나다가 외교적 간섭을 시도하였다가 곧 철회하였다. 벨기에인들이 회사주식의 88퍼센트를 소유하고 있었으므로 벨기에 정부는 스페인 당국의 행위로 자국민 주주들이 입은 손해와 관련하여 배상을 청구하였다. 이에 대하여 ICJ는 문제의 침해행위가 회사 자체에 대한 것이고 주주에 대한 것이 아니므로 벨기에 정부는 원고적격이 없다고 판단하였다. 장효상, 전계서, pp. 732-736. 참조.

127) UN다국적기업위원회의 다국적기업행위준칙초안(Draft Code of Conduct on Transnational Corporations)에 의하면 다국적기업은 하나 또는 그 이상의 정책결정본부에서 결정을 내리는 하나의 체제하에서 공동의 경영전략에 따라 일관성있는 정책들을 추구해나가는 2개국 이상에서 활동하는 업체들로 구성되는 기업으로서, 이들 업체들이 소유나 기타 방법으로 서로 연계관계를 맺고 있어서 그 중의 하나나 두 업체가 여타 업체들의 활동에 대하여 막강한 영향력을 행사하고, 특히 상호간에 전문지식, 자원, 책임을 나누어 가지도록 할 수 있는 기업이다. 이는 조약에 의하여 설립되는 국제기업(international enterprise)과는 구분된다. 장효상, 전계서, pp. 179-181. 참조.

되었다.¹²⁸⁾

그러나 統制理論¹²⁹⁾도 구체적인 경우에 어떠한 기준으로 법인의 국적을 결정하는가 하는 점에 관하여는 불명확한 점이 많으므로 외교적 보호를 위한 전제가 되는 국적결정기준으로서 統制理論을 채택하기에는 여러 가지로 난점이 있다고 본다. 그리고 외교적 보호의 주체와 관련하여 형식적인 국적과 실효적인 국적이 달라져 국적의 경합이 생기고 법적인 안정성을 해칠 수 있는 문제점이 있다.¹³⁰⁾

회사의 국적을 결정함에 있어서 모든 경우에 적용될 수 있는 기준이 있다고 어려운 측면이 있다. 예를 들면 회사의 敵性を 판단하거나 국유화 후의 보상문제를 경우에는 국가는 회사의 국적뿐만 아니라 주주의 국적이나 기타 사정을 참작하게 된다. 그러나 입법목적에 따라 회사의 국적 외에 회사의 주주, 이사, 임원 등의 국적이나 구성비율 등을 고려하는 국가의 관행은 사실 당해 목적에 한정되는 것이므로 회사의 국적결정기준 및 그에 따른 외교적 보호와는 직접적인 관련은 없는 것이다.¹³¹⁾

ICJ도 Barcelona Traction Case에서 戰時에 회사의 敵性問題나 國有化 이후의 補償問題와 같이 특수한 경우에는 주주의 국적이 회사의 국적을 결정함에 있어서 기준이 될 수 있다고 한 바 있다.

(2) 法人에 대한 外交的 保護

법인에 대하여는 어느 국가가 특정한 회사를 보호할 권리를 갖는가와 어느 국가가 회사를 보호할 권리를 가지지 못하는 경우에 그 회사가 입은 손해와 관

128) 김부찬, “국제기업의 국제법주체성과 외교적 보호제도”, 「국제법학회논총」 제44권 제2호(통권 제86호), 1999. 12. p. 26. 참조.

129) 통제이론을 지배이론으로 번역하기도 한다. 상계논문 p. 26. 참조.

130) 김부찬, 전계논문 p. 26. 참조.

131) 김민서, 전계논문, p. 103.

련하여 그 회사의 주주인 자국민을 보호할 수 있는가 하는 것이 외교적 보호와 관련하여 매우 중요하다. ICJ는 Barcelona Traction Case에서 다음과 같이 판결하였다.

“외교적 보호를 위하여 국가에 대한 법인의 위치를 정함에 있어서, 국제법은 제한된 범위에서만 개인의 국적을 규율하는 원칙을 유추하고 있다. 전통적인 원칙은 법인체의 외교적 보호권을 그 법인이 설립되고 그 등록사무소가 위치한 국가에게 있는 것으로 본다. 이 두 가지 기준은 오랜 관행과 수많은 국제기구에 의하여 확인되었다. 이에도 불구하고 외교적 보호권이 존재하기 위해서는 추가적인 또는 다른 연결이 필요하다고 종종 이야기된다. 일부 국가는 자국법에 의하여 설립된 회사가 그 주사무소나 경영 또는 통제본부를 자국영토에 두고 있는 경우에만, 대다수 또는 상당한 주식이 당해 국가의 국민에 의하여 소유되고 있는 경우에만 외교적 보호를 주는 것이 관행이다. 그러한 경우에만 회사와 당해 국가 사이에 국제법의 다른 분야와 유사한 진정한 관련이 존재한다고 주장되어 왔다. 그러나 법인체의 외교적 보호라는 특별한 분야에서, 진정한 기준이라는 절대적인 기준은 일반적으로 수용되지 않았다.”¹³²⁾

ICJ는 Barcelona Traction Case에서 회사의 국적은 법인이 설립되고 등록사무소가 위치한 곳이라고 하였으며, 회사와 주주의 분리라는 회사의 법인성을 바탕으로 하여 회사에 대한 손해와 주주에 대한 손해를 명확히 구분하여 회사에 대한 손해는 회사의 국적국만이 외교적 보호권을 행사할 수 있다고 하였다.

위 판결에 대하여는 많은 비판이 제기되었다. 법인이 국적국으로부터 침해를 받은 경우에는 외교적 보호를 행사할 국가가 없게 될 수 있으며, 사실상 회사의 국적국보다는 주주들의 국적국이 국제청구를 함에 있어서 더욱 큰 이해관계를 가진다는 점 등이 주된 비판이다.¹³³⁾ 위 ICJ판결에서 Jessup판사는 회사의 설립지

132) ICJ Reports 1970, p. 43(para. 70).

133) 장효상, 전제서, p. 737.

국만이 외교적 보호를 할 경우에 불합리한 결과가 초래될 수 있다고 하였으며, 국제법은 설립준거법외에도 경영관리자, 운영 및 납세지, 경영통제자의 국적과 같은 연계들을 간과할 수 없다고 하면서 몇 가지 대체기준을 제시하였다.¹³⁴⁾

설립지국가 또는 등록사무소국가가 제3국에 대하여 우선적으로 외교적 보호를 행사할 권리를 가지는가 여부는 아직 불분명하다. 그러므로 이러한 경우에 지배적 국적의 이론을 적용하는 것도 하나의 방법으로 생각해 볼 만하다.¹³⁵⁾ 그러나 청구국 및 피청구국이 모두 선의로 문제된 법인을 자국민으로 주장할 수 있는 경우에는 법적 평등의 이론만이 가능한 것으로 보인다.¹³⁶⁾

이중국적을 가진 회사의 보호의 문제를 보면, 국가들은 일반적으로 서로 경쟁관계에 있는 법인을 보호하기를 매우 꺼려한다고 한다. 양자가 선의로 이 법인을 자국민으로 주장할 수 있는 경우에는 더욱 그러하다. 중요한 사안은 예를 들면, 미국과 스위스의 국가관행이다.¹³⁷⁾ 외교적 보호의 맥락의 여러 가지 목적으로 미국은 미국법에 의하여 설립되고 적어도 그 50퍼센트가 미국민에 의하여 소유될 때에만 그 회사를 자국민으로 간주하며, 스위스는 주로 스위스국민이 소유하는 회사에 대하여만 외교적 보호를 부여한다.¹³⁸⁾ 그러나 이러한 경제적인 통제의 기준은 등록이나 회사의 주사무소에 중점을 두는 기준보다 더욱 현실적인 반면, 統制理論의 적용은 불확실성과 새로운 어려움을 유발한다. 합작투자회사의 경우에는 최종적인 경제적인 이해를 명백히 하는 것도 불가능할 수 있다.

이와 같이 통제이론을 적용할 경우에 생길 수 있는 불확실성과 어려움 등을 고려한다면 ICJ가 설립지에 근거하여 회사의 국적국을 결정하고 회사의 국적국만이 외교적 보호를 행사할 수 있다고 한 것은 충분히 이해할 수 있다고 본다.

134) 장효상, 전제서, p. 737.

135) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 107.

136) *Loc. cit.*

137) *Loc. cit.*

138) *Loc. cit.*

다만 형식적으로 회사의 국적을 결정할 경우에 생길 수 있는 문제점에 대하여는 다음에서 보는 바와 같이 주주에 대한 외교적 보호를 인정하는 방법을 적극적으로 검토할 필요가 있다고 생각한다.

(3) 株主에 대한 外交的 保護

1) 原則

국가가 주주인 자국민을 보호할 수 있는지 아니면, 외교적 보호가 단순히 법인, 회사만을 보호하는지는 실제로 중요한 문제이다. 이 문제는 다시 말해서 국가가 법인과 별도로 그 주주에 대하여 외교적 보호를 할 수 있는가 하는 문제이다. 이에 대하여 ICJ는 Barcelona Traction Case에서 다음과 같이 판결하였다.

“주주 그 자체에 대한 외교적 보호이론을 채택하는 것은 대립하는 외교적 청구권을 발생시킴으로써 국제경제관계에서 혼란과 불안정한 분위기를 만들 수 있다. 위험은 그 활동이 국제적인 회사의 주식이 넓게 흩어져 있고 자주 소유권이 변동된다는 점에서 더욱 크다.”¹³⁹⁾

그러나 기업과는 별도로 개별주주에 대한 외교적 보호를 인정하는 국가관행 및 판례들이 존재하고 있으며,¹⁴⁰⁾ 또 실질적인 보호국이 없는 상황에서 형평의 고려에서 개별주주에 대한 외교적 보호를 인정할 필요성이 있다. 그러므로 예외적인 상황에서는 회사의 실체를 무시하여 주주의 본국에 대하여 외교적 보호권을 부여해야 할 것이다.

위 사안에서는 ICJ가 이러한 예외적인 조건을 발견하지 못하였기 때문에, 벨기에는 스페인에 대하여 조치를 취하고 캐나다회사의 88퍼센트를 소유한 벨기에

139) ICJ Reports 1970, p. 50(para. 96).

140) 장효상, 전제서, pp. 729-731. 참조.

주주들을 보호할 권리가 없다고 보았다. 그러나 판결은 대립하는 청구권의 위협성을 지나치게 과장하여 지나치게 엄격한 기준을 적용하여, 경제적인 현실을 무시하였으며, 진정한 손해를 입은 사람을 보호하지 않았다는 이유로 비판을 받고 있다.¹⁴¹⁾ 주주와 주주의 본국 자체가 경제적으로 부정적인 영향을 받았다면 주주의 본국이 외교적 보호를 할 권리가 있다는 것이다. Delagoa Bay Railway Arbitration, Orinoco Steamship Co. Arbitration, Lump Sum Agreement와 같이 본국이 주주에 대한 보호를 할 수 있다고 하는 중재판정이나 조약규정도 있다.¹⁴²⁾

2) 株主에 대한 外交的 保護를 인정해야 할 경우

이 문제에 대한 국제관습법은 포괄적이지도 분명하지도 않다. 다만, 두 가지 전제에 관하여 합의가 있는 것 같다. 첫째, 국가는 주주들의 권리가 국제법에 위반하여 직접적인 손해를 입은 경우에는 주주로서 자국민을 보호할 권리가 있다.¹⁴³⁾ 가장 중요한 예는 적정한 보상이 없는 주식의 수용과 회사의 주주에 대한 적정한 이익의 지급금지이다. 그러나 그러한 경우에 적용할 외교적 보호에 관하여 보건데, 주주에 대한 직접적인 손해가 발생하였으므로 법인격의 외피를 부인하여 법인과 관련하여 외교적 보호가 인정되었다고 보기는 어려우며 주주 개인에게 독자적으로 외교적 보호가 인정되었다고 해야 할 것이다.¹⁴⁴⁾

둘째, 주주가 회사의 손해를 통하여 손해를 입은 특정한 경우에 법인격을 부인하는 것을 생각해 볼 수 있다. 예를 들어 회사가 소멸하거나¹⁴⁵⁾ 회사의 국적국이 그 회사를 위하여 외교적 보호를 할 수 없는 경우¹⁴⁶⁾이다. 회사는 수용되거나

141) W.K. Geck. *op. cit.*, p. 108.

142) *Loc. cit.*

143) Barcelona Traction Case의 Jussup 판사의 별개의견, ICJ Reports 1970. p. 190.

144) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 108.

145) ICJ Reports 1970. p. 41(para. 64).

146) *Ibid.*, p. 72.

해체될 수 있다. 이 경우에 법적인 구제가 회사 및 그 본국을 통하여만 가능하다고 하면 주주는 법적인 구제를 받을 수 없다. 그러한 경우에, 강력한 정의와 형평을 이유로 주주의 본국에게 외교적 보호를 부여할 권리를 인정해야 한다는 것이다. 이러한 상황은 회사가 그 본국에 의하여 수용되어 다른 나라의 국적을 가진 주주들이 피해를 입을 때에 명백히 발생한다. 주주의 본국에 의한 외교적 보호를 합법적으로 인정할 수 있는 여러 형태의 사안들을 상정해 볼 수 있다. 하나의 예는 완전히 회사가 그 경제적인 목적을 달성하지 못하도록 방해하고 주주들이 영향력을 행사하지 못하도록 하는 등 회사의 활동을 본국이 엄격하게 제한하는 것이다. 회사가 완전히 마비되거나 실질적으로 존재하지 않게 되어 본국이 보호할 권리가 없거나 보호하지 않으려는 하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에 회사들은 여러 가지 이유에서 주주를 위하여 행동할 수 없다. 주주들의 본국이 이러한 경우에 주주를 보호할 권리가 있다는 점에 대하여 일반적인 합의는 없지만, 주주들의 외교적 보호에서 경제적인 현실을 좀더 고려할 필요는 있는 것으로 보인다.¹⁴⁷⁾



(4) 國際投資의 保護制度

1) 兩者投資者條約(BIT)

외국인 투자의 촉진과 보호를 목적으로 하는 兩者投資條約(bilateral investment treaties:BIT)은 相互主義를 토대로 상대국 투자자에 대한 대우기준을 준수하겠다는 법적으로 구속력이 있는 당사국간의 합의이다. 미국은 19세기 이후 국가간 교역을 촉진하기 위하여 ‘友好通商航海條約(treaties of friendship, commerce and navigation)을 체결하여 왔으며 1960년대에 일부 유럽국가들은 이와는 다른 유형의 양조조약을 체결하기 시작하였다. 독일은 1959년에 파키스탄과 처음으로 BIT

147) W.K. Geck. *op. cit.*, p. 108.

를 체결한 유럽국가가 되었다.¹⁴⁸⁾ BIT에서 규정하는 법적인 기준들은 소재국내에서의 투자자에 대한 자의적이고 차별적인 조치로부터 투자자의 재산과 상업적 이익을 보호하기 위한 것이며, 이는 소재국내의 안정적인 투자환경을 조성하는데에 기여한다.

많은 BIT에서는 투자와 투자가에 대하여 “正當하고 衡平한 待遇”(fair and equitable treatment)를 부여할 것을 규정하고 있으며, 내국인대우와 최혜국대우를 규정하여 외국의 투자자가 자기에게 더 유리한 기준을 선택할 수 있도록 허용하고 있다.¹⁴⁹⁾ 그리고 BIT는 송금을 보장하고 수용은 ‘공적인 목적을 위하여’, ‘비차별적 방식으로’, ‘보상을 지급하고’, ‘일정형식의 사법심사를 규정하여’ 행해지는 경우에만 허용하는 것이 보통이다. 그리고 분쟁해결에서는 조약당사국 사이의 분쟁은 협의 또는 외교적 채널을 통하여, 그리고 이것이 실패하는 경우에는 임시중재재판관(ad hoc arbitration)에 회부된다. 그리고 개인과 국가간의 분쟁은 ICSID에 회부될 것을 요구하는 것이 보통이다.¹⁵⁰⁾



2) 國際投資紛爭解決本部(ICSID)

전통적인 분쟁해결절차에서 벗어나 국제기업을 어느 한 국가에 소속된 실체로 보도 전통적인 외교적 보호제도를 통하여 국제기업의 권익을 보장하려는 태도를 지양하고 국제기업으로 하여금 스스로 국제적인 청구를 제기하거나 분쟁해결절차에 참가할 수 있는 자격을 인정하는 것이 효과적인 보호방안이 될 수 있다. 국제기업에 절차법적인 능력을 부여하여 보다 적극적으로 국제기업의 국제법주체성을 인정하려는 움직임이 있다.¹⁵¹⁾

그리하여 1965년 3월 18일 IBRD(국제부흥개발은행, 일명 World Bank) 이사회

148) 김대순, 전게서, p. 445.

149) 최승환, 「국제경제법」(서울: 법영사, 1998), p. 661. 참조.

150) 김민서, 전게논문, pp. 108-116. 참조.

151) 장효상, 전게서, p. 808. 참조.

의 결의로 ‘국가와 타국국민간의 투자분쟁해결협약’(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, ICSID협약)이 채택되어 1966년 10월 14일에 발효하였다. 이 협약에 따라 '投資紛爭解決을 위한 國際本部'(International Center for the Settlement of Investment Disputes : ICSID)가 설치되었다. ICSID에 의한 분쟁해결절차에 따르면 타국 국민으로서 국제기업은 어느 한 국가에 종속된 존재가 아니고 스스로 국제재판소의 분쟁해결절차에 참가할 수 있는 當事者適格을 가지게 된다.¹⁵²⁾ 즉, 국제적인 민간투자분쟁을 정부와 투자자가 해결하도록 한 제도로서 개인은 직접 국가를 상대로 國際法院에 제소할 수 있게 된다.¹⁵³⁾

ICSID협약은 외국인 투자자와 수용국 사이의 분쟁을 효과적으로 해결하려고 시도하였다. 즉, 수용국의 중재재판이나 및 사법재판으로 효과적인 구제를 받지 못할 위험, 교섭력이 강한 국가에게 유리한 판결이 나올 가능성 등이 기존의 분쟁해결방법이 안고 있었던 문제점이었는바, ICSID는 국제적인 조정이나 중재를 통한 단일한 분쟁해결방법을 추구하고 있는 것이다.

ICSID는 법적 안정성을 보장하여 외국인 투자를 촉진하는 수단이 될 수 있을 것이다. 만일 국제기업이 직접 당사자로서 국제적인 분쟁해결절차에 참여할 수 있게 된다면 그 한도 내에서 외교적 보호제도는 그 존재의의를 상실하게 될 것이다. 이 제도는 결국 개인의 국제법주체성을 적극적으로 인정함으로써 국가가 외교적 보호제도를 통하여 개입 또는 간섭하는 것을 최소화하는 기능을 한다고 볼 수 있으며¹⁵⁴⁾, 그 점에서는 외교적 보호제도의 제한이라고 말할 수 있다. 다만, 분쟁당사자의 동의가 있어야만 협약상의 절차를 이용할 수 있는 합의관할제도를 채택하고 있는 것이 약점으로 지적되고 있다.

152) 최승환, 전계서, p. 899. 참조.

153) 김민서, 전계논문, pp. 120-126. 참조.

154) 장효상, 전계서, p. 809. 참조.

4. 船舶과 航空機의 國籍

(1) 船舶에 대한 外交的 保護

선박과 관련하여 중요한 문제는 소유자와 승무원뿐만 아니라 선박 자체도 외교적 보호의 기초가 될 수 있는 국적을 가지는 것으로 취급된다는 사실에서 기인한다. 모든 국가는 자국 국기를 게양한 선박을 공해에서 자유롭게 항해시킬 수 있으며 공해상의 자국선박에 대하여 관할권을 행사할 수 있다. 선박의 국적은 일반적으로 등록을 전제로 하는 국기를 게양할 권리에 기초한다. 「유엔해양법협약」(The United Nations Convention on the Law of the Sea) 제91조 1항은 본질적으로 1958년의 「공해협약」을 반복한 것이며, 국제관습법을 반영한 것이다.¹⁵⁵⁾ 위 협약 제91조 1항은 “모든 국가는 선박에게 국적을 부여하고 그 영토안에서 선박을 등록하고, 그 국기를 게양할 권리에 관한 조건을 정해야 한다. 선박은 국기를 게양할 권리가 있는 국가의 국적을 보유한다.”고 규정한다.

이와 같이 국제법상 선박 자체가 별도의 국적을 가지는 것이 인정되고 있으므로 국제적인 위법행위로 인하여 선박이 손해를 입은 경우에 어느 국가가 외교적 보호를 행사할 것인지가 문제가 된다.

그리고 일반적으로 선박에 대하여 국적을 부여할 권리는 각 국가의 주권에 속하는 것이라고 인정되고 있는바, 이와 관련하여 외국인 소유의 선박에 대하여 자유로이 등록을 허용하고 세금, 선원 등에 관하여 아주 관대한 규정을 가진 국가의 선박국적인 이른바 “便宜置籍”(flags of convenience)은 개인의 국적에서 논의되고 있는 것과 마찬가지로 진정한 관련이론의 적용될 수 있을 것인지가 문제가 된다.

국제법에 위반하여 상선에게 가하여진 손해는 항상 그 소유자가 자연인인지 법인인지를 불문하고 선박 외에 소유자에 대한 손해를 의미하며, 승무원에 대한

155) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 108.

손해일 수도 있다. 그러므로 소유자의 본국이나 승무원의 본국은 각자 외교적 보호를 할 권리가 생기게 된다. 이는 개인이 복수국적을 가지거나 회사의 국적국과 주주의 국적국이 다른 경우에 생길 수 있는 비슷한 어려움을 야기할 수 있다. 그리고 서로 다른 국적이거나 이중국적을 가진 승무원들도 있을 수 있다. 소유자가 불확실한 국적을 가지는 법인일 수도 있다. 그러나 자연인이 승무원이나 상인 또는 관광객으로서 국제적인 손해를 입었는가 여부는 본질적인 차이가 아니다. 나아가 선박의 소유자에게 가하여진 손해나 부동산 또는 회사의 소유자에게 가하여진 손해 사이에 기본적인 차이가 없다.

旗國은 선박에 대한 管轄權과 統制權을 가지므로 기국은 선박과 관련하여 행해진 국제적인 위법행위에 대하여 외교적 보호를 할 권리를 가진다고 본다. 이러한 견해가 지배적이며 관행도 마찬가지이다.¹⁵⁶⁾

그러나 기국에 기초한 외교적 보호가 선박의 소유자나 승무원에 기초한 외교적 보호보다 우월적인가 여부는 확실하지 않다. 또한 국가가 이들 요소 중의 하나로 선박과 관련된 국가에 대하여 보호를 할 수 있는가 하는 문제에 대하여도 불확실하다.

I'm alone Case의 중재재판관은 한편으로는 선박소유자의 본국을 기국의 그것보다 강조하였으나 다른 한편으로는 기국의 국민이 아닌 승무원을 보호할 기국의 권리를 부인하지 아니하였다. 이러한 판결은 눈에 띄는 것이기는 하지만, 국제관습법상의 규칙을 충분히 證據하는 것은 아니다.¹⁵⁷⁾

생각건대 소유자 및 승무원의 본국이 기국에 대하여 외교적 보호를 할 수 있다는 것은 다소 부자연스러운 것으로 보인다.

156) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 109.

157) *Loc. cit.*

(2) 便宜置籍의 問題

선박은 국제법상 반드시 특정한 국가의 국적을 가지게 되며 어느 선박에 대하여 국적을 부여할 권한은 각 국가의 주권에 속한다. 그러므로 각 국가는 선박의 국적부여를 위한 국내법을 가지고 있는 것이 보통이다. 선박등록의 요건으로, 선박 소유권이 자국민에게 속하고 선장 등 선원이 모두 자국민인 경우에 국적을 부여하는 입장, 외국인 소유의 선박에 대하여도 자유롭게 국적을 부여하는 입장, 선박의 소유권을 기초로 하고 선원에 대하여 추가적인 조건을 정하여 선박의 국적을 정하는 절충적인 입장이 있다.¹⁵⁸⁾ 절충적인 입장에서는 선박의 소유자가 자연인의 경우에는 선박의 소유자, 선장, 선원과 선박의 국적 부여국 사이에, 선박의 소유자가 법인인 경우에는 설립지, 본점소재지 등과 선박의 국적부여국 사이에 일정한 조건을 설정하여 진정한 관련을 유지하려고 하게 된다.¹⁵⁹⁾ 한편, 1958년 「공해협약」 제5조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“모든 국가는 선박에 대한 자국의 국적부여, 자국 영역내에서의 선박의 등록 및 자국 국기를 게양할 권리에 관한 조건을 정하여야 한다. 선박은 그 국기를 게양할 권리를 가진 국가의 국적을 가진다. 국가와 선박 사이에는 진정한 관련이 존재하여야 한다. 특히 행정적, 기술적, 사회적 문제에 관하여 자국의 국기를 게양하는 선박에 대하여 관할권 및 관리를 유효하게 하여야 한다.”

위 공해협약 제5조는 선박과 기국 사이에 진정한 관련이 존재하여야 한다고 규정하였으나 그 구체적인 기준은 제시하지 않았으며, 위 규정의 입장은 1982년 「유엔해양법협약」에도 제91조와 제94조에서 그대로 유지되었다.¹⁶⁰⁾

158) 주동금, “선박의 국적과 편의치적 문제”, 「국제법학회논총」 제38권 제2호(통권 제74호), p. 262.

159) 주동금, 전제논문, 같은 면 참조.

160) 상계논문, pp. 266-267. 참조.

1986년 2월에 ‘유엔무역개발회의’(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)는 선박등록조건에 관한 협약을 채택하였다. 이 협약은 선박의 국적부여에 관한 최초의 국제적 협약인데, 1958년 공해협약이나 1982년 해양법협약이 선박의 국적부여에 관한 구체적인 조건을 국내법에 위임한 것과는 다르다. 이 협약도 선박과 기국 사이에 진정한 관련이 있어야 함을 선언하고 있으나 진정한 관련을 구성하는 핵심적인 조항의 준수여부를 각 국가가 임의로 선택할 수 있도록 허용하고 있을 뿐만 아니라 아직 발효되지 않고 있으므로 국제법상으로도 편의치적은 여전히 허용되고 있다고 볼 수 밖에 없을 것이다. ICJ도 1960년 6월 8일자 권고적 의견에서 선박의 국적은 형식적인 등록만으로 판단되어야 한다고 하였다.¹⁶¹⁾

그러므로 현재의 국제법상으로는 편의치적국이라고 하더라도 선박의 국적국으로 유효하다고 볼 것이며, 선박과 국적국 사이에 진정한 관련이 없다고 하더라도 국적의 유효성을 부인할 수는 없을 것이다. 따라서 편의치적국은 자국선박으로 등록된 선박이 국제적인 위법행위로 인하여 손해를 입은 경우에 외교적 보호를 행사할 권리를 부인당하지 않는다고 본다.

(3) 民間航空機에 대한 外交的 保護

민간항공기의 외교적 보호와 관련하여, 법적 문제는 선박의 경우와 유사하다. 원칙적으로, 민간항공기는 하나의 국적, 등록국적만을 가지며, 주로 그 국가의 관할권 및 통제하에 놓이게 된다. 몇몇 사안에서는 등록국 및 민간항공기의 승객의 본국이 비행기와 관련하여 제3국에 의하여 행해진 국제법위반에 대한 보상을 청구한 적이 있다.¹⁶²⁾

161) 상계논문, pp. 271-272. 참조.

162) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 109.

第5節 外交的 保護의 手段

1. 手段選擇의 裁量性

외교적 보호를 위한 수단은 다양한 요인에 의하여 결정된다. 자국민에게 외교적 보호를 부여할 것인지 아니면 거부할 것인지에 관한 결정은 주로 정치적인 고려에 따른다. 이러한 고려가 보호의 수단에 관한 결정에 영향을 미치는 것은 당연하다. 영향을 미치는 요소들은 다음과 같다. 생명, 재산, 자유 등 피청구국에 의하여 피해를 입은 개인의 권리의 종류, 피해의 정도, 피해가 개인 및 본국에게 미치는 중요성, 피청구국의 법체계 및 정치적 지향점에 대한 본국의 태도, 과격한 조치로 인하여 피청구국과의 관계가 악화될 위험성, 외교적 보호를 청구국의 다른 정치적 또는 경제적인 이익을 증진시킬 도구로 이용할 가능성, 피청구국에 우호적인 또는 해로운 정치적 또는 경제적인 블록에서의 회원자격, 그리고 해외 및 국내에서의 정치적인 위신과 영향력 있는 개인이나 단체를 통한 국내적인 압력 등이다. 청구국이 국내법에 따라 외교적 보호를 부여해야 할 의무를 부담하는 드문 경우에서도 수단을 선택하는 데에는 상당한 재량이 인정된다.

일반적으로 청구국은 비공식적인 외교적 행위나 공식적인 抗議(formal protest) 또는 協商(negotiation)을 시작할 것이다. 많은 청구들은 이러한 방법에 의하여 해결될 수 있다. 다른 경우에 청구국은 국제법정이나 재판소에 제기할 권리가 있거나 다양한 형태의 압력을 행사할 수 있을 것이다. 가능한 비우호적인 행위나 보복으로는 외국정부의 승인거부나 외국의 입법 및 행정적 조치의 승인거부 등이 있다. 청구국은 피청구국에 유리한 조약의 체결을 거부하거나 피청구국의 국민에 대한 特權(privilege)의 부여를 유보할 수 있다. 미국의 법에 의하면 일부 미국의 국제은행의 이사들은 자국에서 미국민의 재산권을 방해한 국가에 대한 차관을 거부해야 한다고 한다.¹⁶³⁾ 청구국은 「조약법에 관한 비엔나 협약」 제60조의 범위

내에서 조약상의 의무를 정지시키거나 피청구국 또는 그 국민의 자산을 수용할 수 있다. 미국은 대부분의 유럽국가들보다 더욱 자주 일괄협정을 끌어내기 위하여 외국자산을 동결해왔다. 청구권에 관한 분쟁을 해결하는 데에는 상당한 기간이 소요되는 것이 보통이다.

2. 武力使用의 問題

국제법은 사건마다 다른 방법으로 외교적 보호의 수단을 제한한다. 외교적 보호를 할 수 있는 조약의 중재조항은 보호의 수단으로서 중재만을 허용한다. 다른 조약들, 예를 들어 일반중재(general arbitration) 및 조정조약(conciliation treaties) 또는 분쟁의 평화적 해결에 관한 유럽협약(European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes)은 주선(good offices), 조정(conciliation) 및 중개(mediation), 중재(arbitration) 또는 국제법정의 결정(decisions of international courts and tribunal), 특히 혼합위원회(mixed commissions) 및 혼합중재법정(mixed arbitral tribunals) 또는 ICJ의 도움에 의한 평화적인 분쟁의 해결에 관한 의무를 포함할 수 있다.¹⁶⁴⁾ 조약상의 의무가 없는 경우에 외교적 보호는 오로지 국제관습법에 의한 제한을 받는다. 가장 중요한 제한은 무력의 사용에 관한 것이다. 이에 관하여는 두 가지 문제가 있다. 하나는 국제법상 해외의 자국민을 보호하기 위하여 무력적 개입이 허용되는가 하는 점이며, 두 번째는 이 문제가 외교적 보호의 범위에 포함되는가 하는 점이다.

유엔헌장은 국제분쟁의 평화적 해결을 규정하고 있으며(헌장 제2조 3항) 무력의 위협 또는 사용을 금지하고 있다(헌장 제2조 4항). 유엔안전보장이사회의 授權에 의한 무력사용과는 별도로 유엔헌장이 인정하는 국가에 의한 일방적인 무

163) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 116.

164) *Ibid.*, 117.

력사용은 헌장 제51조의 규정에 의한 自衛權의 行使뿐이다.¹⁶⁵⁾ 국제법상 자위권은 1945년 이전에 이미 인정되고 있었지만 자국민을 무력으로 보호할 권리는 상당히 남용되어 온 것이 사실이다.¹⁶⁶⁾

이와 관련하여서는 우선, 외교적 보호에서는 무력의 사용은 허용되지 않는다는 견해가 있다. 1907년의 「계약채무의 변제를 위한 무력사용의 제한에 관한 협약」(Convention Respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts, 일명 Drago-Porter협약)이래 무력사용의 금지는 외교적 보호의 발달에서 중요하며, 이것이 유엔헌장 제2조 4항에 구현되었으므로 어떠한 경우에도 외교적 보호의 수단으로 무력을 사용할 수 없다는 것이다.¹⁶⁷⁾ 이 견해에서는 자위권의 개념이 해외에 있는 자국민의 보호, 즉 외교적 보호까지 확장될 수 없다고 본다.

이에 반하여 무력사용의 문제는 외교적 보호의 문제가 아니며 전체적으로 무력의 사용 및 유엔헌장의 적용문제와 관련이 있으며, 이에 따라 다른 국제법의 원칙에 따라 정당화되거나 용인될 수도 있다는 견해가 있다.¹⁶⁸⁾ 이 견해에서는 해외의 자국민의 생명이 위태로운 경우에는 자위권을 행사하면서 무력을 사용할 수 있다고 본다. 그러나 국가의 관행으로는 해외의 자국민을 보호하기 위한 무력의 사용을 유엔헌장 제51조의 자위권이 아닌 외교적 보호의 수단으로 인식하는 경우가 많다.¹⁶⁹⁾

생각건대, 유엔헌장이 헌장 제51조의 규정에 의한 자위권의 행사와 안전보장이사회의 授權에 의하여 지역적 협정이나 지역적 기구가 헌장 제53조의 규정에 따라 강제조치를 하는 경우를 제외하고는 일반적으로 무력의 사용을 금지하고

165) 김대순, 전계서, pp. 843-844. 참조.

166) Para 431(A/55/10).

167) Para 434(*ibid.*).

168) Para 436(*ibid.*).

169) Para 439(*ibid.*).

있는 점, 헌장 제51조가 ‘무력공격이 발생한 경우’(if an armed attack occurs)에 한하여 자위권의 행사를 허용하고 있는 점 등에 비추어 보면 국제법상 외교적 보호의 수단으로서 무력의 사용은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.¹⁷⁰⁾

第6節 外交的 保護와 國際機構

개인들은 국제법을 위반한 국제기구의 행위에 의하여 피해를 입을 수 있다. 그러한 사례의 수는 국제기구가 개인들에게 권리를 부여하는 조약이 많이 체결함에 따라 증가하게 될 것이다.¹⁷¹⁾ 국제기구가 국제법의 주체이고, 개인의 본국이 그 회원국인 경우 또는 본국이 국제기구의 법인격을 승인하고 있는 경우 위에서 말한 외교적 보호와 유사한 접근이 필요하다. 국내구제의 원칙과 관련하여 일부 수정이 필요하지만 본국이 국제기구에 대하여 외교적 보호를 행사할 권리가 인정되어야 할 것이다. 외교적 보호를 부여함에 있어서 회원국의 법적 지위는 비회원국의 그것보다 더 제한될 수 있다. 예를 들어 유럽연합(European Union)에서는 EU 시민권의 독자성 때문에 그 본국은 EU를 상대로 외교적 보호를 행사할 수 없다고 본다.¹⁷²⁾

국제기구의 직원인 개인이 입은 손해에 대하여 국제기구가 국가를 상대로 하는 보호는 다소 복잡하다. ICJ는 ‘유엔 근무중에 입은 손해의 배상’(Reparation for Injuries Suffered in Service of the UN)에 관한 권고적 의견(advisory opinion)에서 기능적 접근(functional approach)을 하였다. ICJ는 국제기구가 직원이나 그로부터 권한을 위임받은 사람이 입은 손해를 위하여 배상을 청구할 권리, 즉 기능적

170) 김대순, 전제서, pp. 843-848. 참조.

171) *Ibid.*, p. 119.

172) *Loc. cit.*

보호권(right of functional protection)이 있다고 판결하였다.¹⁷³⁾

위 견해는 법이론상 많은 지지를 받았다. American Law Institute's Foreign Relations Law of the United States은 다음과 같은 견해를 취한다.

“(1) 만일 개인이 국가에게 책임이 있는 행위로 인하여 유엔의 직원으로서 기능을 수행함과 관련하여 피해를 입은 경우에, 가해국은 피해자의 국적국에 대하여 책임을 지는 한도만큼 기구에 대하여 책임을 진다. 그러한 책임은 유엔의 직원이 피청구국의 국민인 경우에도 발생한다.

(2) 국제법의 주체이고, 독립적인 직원에 관한 헌법을 가지는 다른 국제기구의 경우에, 피청구국이 기구의 회원국이거나 달리 그 국제적 법인격을 인정하고 문제가 된 기능의 수행에 동의하였다면 동일한 책임이 발생한다.”¹⁷⁴⁾

국제기구의 ‘기능적 보호’는 국가에 의한 외교적 보호와 동일한 것은 아니지만 유사한 측면이 많다. 그런데 외교적 보호와 기능적 보호가 서로 충돌하는 경우는 문제가 된다. 개인은 국제기구의 직원이 된다고 하여 그 국적을 잃는 것은 아니지만 유엔헌장 제100조 1항¹⁷⁵⁾에서 보듯이 본국과는 일정한 구분이 있다. 모든 공식적인 행위에서, 직원은 법적으로 본국과는 분리되며 기구에 대하여만 책임을 진다. 그러므로 공식적인 자격을 가지는 직원에게 손해를 가하는 국제적인 위법 행위는 본국에게 손해를 가하는 것이라기보다는 오히려 국제기구에게 손해를 가하는 것이다.

국제기구의 기능적 청구권이 직원의 본국의 국가적 청구권과 경합한 사례는

173) ICJ는 묵시적 권한(implied powers)이론에 따라 기구는 명시적으로 부여받은 권한 이외에 필연적인 추론에 의하여 그 임무수행에 필요불가결하다고 간주되는 부수적인 권한을 가진다고 하였다. 전순신, 전게서, p. 334. 참조.

174) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 119.

175) “사무총장과 직원은 그 임무의 수행과 관련하여 여하한 정부로부터도 또는 이 기구 이외의 여하한 당국으로부터도 지시를 받거나 또는 지시를 구하여서는 아니된다...”

알려지지 않고 있다.¹⁷⁶⁾ ICJ는 청구권의 경합가능성에 대하여 큰 문제를 예상하지 않았다. 피청구국이 이증으로 배상금을 지급할 필요가 없음은 명백하다. 두 청구권자 사이의 호의적인 해결도 가능하다고 본다. 피청구국이 피해를 입은 직원의 본국이라면 기능적인 접근이 국적원칙보다 우선하여야 한다고 본다. 어떠한 국제기구도 직원이 없이는 활동할 수 없으며, 어느 직원도 본국과의 일정한 단절이 없이 기구의 배타적인 이익만을 위하여 활동할 수 없다. 특히 본국의 이익에 반하여 행동할 직원의 법적인 의무가 현실화하면, 기구에 의한 기능적 보호는 사실상 직원이 그 의무를 이행하는데 필요한 전제조건이 될 것이다.¹⁷⁷⁾



176) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 119.

177) *Ibid.*, pp. 119-120.

第 3 章 人權保護體制와 外交的 保護制度的 關係

第1節 새로운 人權保護體制

1. 새로운 人權保護條約

전통적인 외교적 보호에 관한 이론에 의하면 개인은 단순한 국가의 구성부분이며, 국제재판소에 제소하거나 국제적인 차원에서 자신의 권리를 주장할 수 없다고 본다. 개인이 단지 본국의 일부분으로서 일정한 조약상의 지위를 인정받고 있다는 견해는 국가들 사이의 전통적인 상호주의에 입각한 수많은 조약에 의하여 지지되고 있다. 그러나 세계 2차 대전 이후 외교적 보호의 전형적인 3자적 이해관계¹⁷⁸⁾나 이 제도의 법적 구조에 적합하지 아니한 새로운 형태의 조약들이 생겨나게 되었다.¹⁷⁹⁾

인권협약들은 그 세부적인 내용은 상당히 다르지만 이러한 범주의 조약에 해당한다. 1950년 「유럽인권협약」(European Convention on Human Rights, 1950), 1969년의 「미주인권협약」(American Convention on Human Rights, 1969), 1966년의 「유엔인권규약」(Human Rights Covenants, 1966)은 하나의 공통적인 특징을 가지고 있다. 국가들은 외국인의 본국이 자국민들에게 부여하는 권리와 상환으로 외국인들에게 권리를 부여하지 않는다. 상호주의와는 관계없이 조약상의 권리는 국적과 상관없이 인간으로서의 개인에게 모두 인정된다. 국가의 일부분으로서의 개인의

178) 3자적 이해관계란 피해자인 개인, 외교적 보호를 행사하는 청구국, 그 상대방이 되는 피청구국을 의미한다.

179) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 113.

이해가 인류의 구성부분으로서 개인의 본질적인 존엄과 평등, 절대적인 권리가 인정된 인간으로서의 개인의 이해로 대체된 것이고 볼 수 있다.¹⁸⁰⁾

예를 들어 유럽인권협약은 「시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Rights) 이전에 이미 개인에게 권리를 인정하였으며, 제1조는 모든 체약국이 ‘모든 사람’(Everyone)의 권리를 보장하여야 한다고 규정한다. 그리고 국가는 국내법에 따라 개인의 권리를 인정할 의무가 있을 뿐만 아니라 개인은 인권침해에 대하여 유럽인권위원회(European Commission of Human Rights)에 제소할 권리가 있다.¹⁸¹⁾

이러한 조약들에서 국가가 조약에 의하여 개인들에게 인정된 권리를 보유한다는 것은 조약의 목적과 양립하지 않는다. 이러한 권리들은 본국에 대하여도 인정되는 것이기 때문이다. 나아가 국가가 자국민에게 인정된 권리를 공동으로 보유한다고 보거나 국제적 차원에서 개인의 지위보다 우월한 지위를 인정하는 것도 어렵다. 유럽인권협약 제24조 및 제44조는 피해를 입은 개인의 본국이 다른 국가보다 더 우월한 지위에 있지 않음을 잘 보여준다.¹⁸²⁾ 이러한 조약들은 개인들의 본국의 국가적 이익을 위한 것이 아니라 모든 개인의 이익과 공동체를 위한 것이기 때문에, 조약의 준수는 모든 국가당사자에 의하여 동등하게 감시된다.¹⁸³⁾ 그러므로 피해자의 본국이 피해자보다 우월한 지위에서 분쟁을 해결할 수 없다. 그리고 모든 개인은 본국에 대하여도 권리를 행사할 수 있고, 모든 국가들이 어느 개인을 위하여서든지 절차를 개시할 수 있다.¹⁸⁴⁾ 「조약법에 관한 비엔나협약」

180) Loc. cit.

181) Albrecht Randelzhofer and Tomuschat(eds.), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*(Hague: Kluwer Law International, 1999), p. 237. 참조.

182) 협약 제24조는 어느 체약당사국은 다른 체약당사국에 의한 협약위반을 위원회에 제소할 수 있다고 규정하고 있으며, 협약 제44조는 체약당사국만과 위원회만이 재판소에 제소할 권리가 있다는 규정이다.

183) W.K. Geck, *op. cit.*, p. 113.

184) *Ibid.*, p. 114.

제60조 6항은 인도적 성격을 가지는 조약은 개인을 국민이 아닌 ‘그 개인 그 자체’(as such)로 보호한다는 견해를 지지하고 있다.

인권협약의 당사자인 국가가 조약에 규정된 수단을 통하여 자국민이 조약상의 권리를 달성하는데 도움을 준다고 하더라도 이는 일반적인 의미에서의 외교적 보호와는 상당히 다르다. 이를 외교적 보호라고는 부를 수는 없지만 조약법에 바탕을 두고 특별한 조약에 의하여 규정된 수단에 한정되는 새로운 형태의 인권보호제도라고 부를 수 있을 것이다.

이러한 새로운 인권보호제도는 2차 세계대전 이후에 등장한 것이므로 전통적인 외교적 보호제도와는 그 역사적인 근거가 다르다. 그러나 전통적인 외교적 보호제도와 새로운 인권제도의 관계를 이해하는 입장은 다양하다. 양 제도의 성격을 어떻게 이해하는가에 따라 국내구제완료의 원칙, 청구국적계속의 원칙 등 전통적인 외교적 보호제도에서 인정되고 있는 원칙들이 새로운 인권제도 아래에서도 적용되는가 여부 등에 영향을 미치게 된다.



2. 유럽 聯合

유럽연합(Europena Union; EU)은 유럽공동체(European Communities; ECs), 공동의 외교·안보정책(a Common Foreign and Security Policy), 그리고 사법 및 내무분야의 협력(Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs) 등으로 이루어진다.¹⁸⁵⁾ EU는 ‘EU설립조약’(Treaty on European Union; TEU)에 의하여 설립되었는데 TEU는 ‘EU시민권’(citizenship of the Union) 개념을 도입하였다. EU회원국의 국민들은 회원국의 국민으로서의 지위 외에 ‘EU시민’(citizen of the EU)의 지위를 갖는다.¹⁸⁶⁾ ‘EU법’(EU law)에서 EU시민은 스스로의 권리와 의무를 가지는 법주체

185) 김대순, 전계서, p. 953. 참조.

186) 상계서, p. 954. 참조.

로 인정된다. EU시민이 가지는 중요한 절차적 권리로는 ‘청문권’과 ‘適法節次權’이 있으며 ‘유럽사법재판소’(European Court of Justice)에 제소할 권리가 있다.¹⁸⁷⁾

개인에게 인정된 권리는 단순히 그의 본국의 이익을 위한 것이 아니라 동시에 전체적으로 공동체의 기본적인 원칙을 위한 것이다. 공동체는 EU시민의 기본적인 권리가 없이는 존재할 수가 없다. 초국가기구로서의 특징은 대부분 이러한 권리에 바탕을 둔다. EU시민 자체는 공동체 및 그 기구와 직접적인 관계를 가진다. 공동체법 하에서 개인은 그 자신이 권리와 의무를 가지는 법적 주체이다. EU 그 자체, 회원국, 그리고 EU시민의 권리와 의무는 상호의존적이다. 이들은 상호밀접하게 관련되어 있다. 이와 같이 EU체제의 회원국과 EU시민 사이에서는 관습적인 외교적 보호제도에서 허용되는 것과 같은 국가의 일방적인 청구권의 행사는 이러한 기본적인 원칙과 양립할 수 없다. 여기에서는 공동체법 하에서 다른 모든 수단을 이용하고서도 목적을 달성하지 못하였을 경우에 마지막 수단으로 외교적 보호를 행사하는 것이라기보다는 외교적 보호가 전적으로 배제된다고 본다.

그러나 이와 같이 외교적 보호를 전적으로 배제하는 것은 EU시민의 회원국에 대한 절차적 권리가 적절하지 못하고 이러한 권리를 보호하는데 있어서 공동체 기관에게 자유재량이 인정된다는 비판에 직면하고 있는 것도 사실이다.¹⁸⁸⁾

3. 人權保護體制의 限界

20세기 국제인권법의 발달은 현저한 바가 있어서 그 범위는 계속 확대되고 있다. 이와 같은 국제공동체에 의한 인권존중의 원칙은 전통국제법에 대한 중대한 도전이라고도 이야기된다.¹⁸⁹⁾ 그리하여 한 국가내에서의 인권문제는 전적으로 그

187) 상계서, p. 977. 참조.

188) W.K. Geck, *op. cit.*, pp. 115-116.

189) 김대순, 전계서, p. 460.

국가의 문제가 아니며, 국제주권의 절대성에도 한계가 있다는 견해가 나오고 있다.¹⁹⁰⁾ 그리고 인권을 존중해야 할 국가의 의무는 자국민에 대해서 뿐만 아니라 외국인에게도 동일하게 적용되며,¹⁹¹⁾ 다수의 인권의무가 국제관습법화 되었으며, 그 대부분이 ‘對世的 義務’(obligations erga omnes)가 되었다¹⁹²⁾는 주장도 나오고 있다. 2차 세계대전 이후의 국제인권법의 발달은 괄목할 만하다.

그러나 아직도 개인은 국제적인 차원에서 실제적인 권리를 보장받을 만한 상응하는 절차적인 권리를 가지지 못한다. 개인의 국제적인 절차적 지위는 각 협약에 조금씩 다른 모습으로 나타나 있지만 어느 것이나 만족스럽지 못하다. 개인은 향후 발생하려고 하는 국제적인 위법행위에 대하여는 방어수단을 갖지 못한다. 손해의 회복(restitution)이나 손해배상(reparation)을 청구함에 있어서 개인의 국제적인 提訴權(international standing)에 관하여는 미진한 점이 많다.

이러한 점에서 개인이나 개인의 집단으로 하여금 ‘유럽인권위원회’(European Commission of Human Rights)에 청원(petition)을 제출할 수 있도록 하고 ‘유럽인권재판소’(European Court of Human Rights)에 제소할 수 있는 권리를 인정하고 있는 유럽인권협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)이 주목된다.¹⁹³⁾ 그리고 1965년 ‘국제부흥개발은행’(IBRD)이 채택한 「국가와 타국 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약」(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States)이

190) 박기갑, “21세기 국제인권법의 과제와 전망”, 박기갑(편) 「21세기 국제인권법의 과제와 전망」, (서울: 범우사, 1999), pp. 10-20. 참조.

191) 이에 관하여 R. Higgins는 상대주의적 가치관이 국가중심적 사고방식에서 연유하는 것이며 보편적 인권개념은 충분히 가능하다고 주장한다. Rosalyn Higgins, *Problems and Process*, (New York: Oxford University, 1994), pp. 96-110. 참조.

192) Rosalyn Higgins, *ibid.*, p. 95.

193) 원래 개인은 유럽인권재판소에 대한 제소권을 가지지 못하다가 1994년 발효된 제9 의정서의 제3조에 의하여 제소권을 가지게 되었다. 그러나 유럽인권재판소가 모든 체약국에 대하여 강제관할권을 가지는 것은 아니다. 김호·임석봉, “인권보장제도”, 박기갑(편) 전제서, p. 61. 참조.

‘투자분쟁을 위한 국제센터’(ICSID)에 사적 투자자가 직접 제소할 수 있는 자격을 인정하고 있는 사실도 중요하다.

국가들이 개별조약에서 규정된 것 이상으로 개인들의 권리보호를 위하여 국제적인 의사결정 및 강제절차를 받아들였는가 하는 점은 확실하지 않다. 유럽인권협약 제26조를 포함한 인권협약이 국제관습법에 의하여 인정된 구제책으로서 외교적 보호를 명시적으로 배제하지 않고 있다는 것도 사실이다. 이러한 점에 비추어 보면, 2차 세계대전 이후에 발달한 인권보호제도에도 불구하고, 개인의 권리구제를 위한 절차로서는 충분하지 않다고 볼 수 있으며, 개인의 권리구제제도로서의 외교적 보호제도가 낡은 것이 되었다거나 새로운 인권보호제도가 외교적 보호제도를 대체하였다고 보는 견해에는 동의하기 어렵다. 이러한 점에서 새로운 인권보호체제는 아직도 한계를 가지고 있다고 볼 수 있다.

第2節 兩者의 關係에 대한 理論

1. 理論

외교적 보호제도와 새로운 인권보호체제는 그 역사적인 발달과정 및 전제조건이 다르고, 외교적 보호제도가 국적국에 의한 인권침해를 방지하지 못하고 개인의 권리구제에 불충분하다는 반성에서 인권보호조약 등이 탄생하였다는 명백한 차이에도 불구하고, 외교적 보호제도와 새로운 인권보호체제는 모두 개인의 권리구제를 위한 국제법상의 제도라는 점에서 공통되는 목적을 가지고 있다.

이와 같이 외교적 보호제도와 새로운 인권보호체제의 궁극적인 목적이 개인의 권리구제인 점을 강조하여 두 제도를 동일한 개념 내지는 차원에서 이해하려는 노력도 적지 않다. 특히 ‘외교적 보호’에 관한 ILC초안은 외교적 보호제도가 인

권보호의 기능을 담당할 수 있음을 인정하여 전통적인 외교적 보호제도에 인권 보호제도를 접목하려는 노력을 하고 있어서 주목된다. 외교적 보호와 새로운 인권보호체제 사이의 관계를 이론적으로 구분하여 보면 다음과 같은 5가지 견해가 가능할 것이다.

(1) 歴史的인 連續性を 강조하는 見解

이 견해는 외교적 보호와 인권보호의 ‘역사적인 연속성’(historical continuum)을 강조하여 외교적 보호가 인권보호체제로 이행하였다는 견해이다.¹⁹⁴⁾ M.G. Cohn은 자국민에 대한 국가책임과 관련하여 피해를 입은 개인이 자국민이라는 이유만으로 국가가 국제적인 책임을 면하는 것은 아니며, 영토주권 뿐만 아니라 대인주권도 일정한 조건과 한계를 가진다고 주장하였다.¹⁹⁵⁾ 이 견해는 자국민에 대한 국가의 국제책임을 주장하였다는 점에서 외교적 보호와 인권보호 사이에서 유사점을 발견한다. 이에 해당하는 예로 베를린조약(발칸국가들이 자국민들에게 일정한 기본적인 권리를 부과할 의무를 부담하고 그 위반이 책임을 구성하는 조약)과 국제연맹(League of Nations) 하의 소수자조약(일정한 국가가 일정한 범위의 자국민들에게 권리를 부여할 국제적인 의무를 부담하는 조약) 등을 들 수 있다.¹⁹⁶⁾ 그리하여 이 견해에서는 인권이 직접적으로 국제법에 기초한다고 주장한다.

그러나 현대국제법이 일반적으로 인권을 보호하기 시작한 것은 최근의 일이다. 이전에는 해외의 자국민, 소수자, 위임통치령의 거주민, ILO체제 하에서의 노동자 등 일정한 범위의 개인들만 보호되었다. 2차 세계대전 이후에야 인권의 보호가 전통국제법 하에서 보호를 받지 못하였던 범위의 사람들을 포함하면서 일반적으로 개인에게 확대되었다. 이러한 인권보호는 대부분 체약국의 조약상의 의

194) A.A. Cançado Trindade, *op. cit.*, p. 18.

195) *Loc. cit.*

196) *Ibid.*, p. 19.

무에 기초하고 있으나, 일정한 기본적인 인권은 오늘날 일반국제법의 한 부분을 형성하고 있는 것으로 보인다. 외교적 보호와 인권보호체제 사이에 일정한 연속성이 있다는 것은 역사적인 사실이다. 종전에 국가책임은 외국인과 관련되었으나 최근에는 보호의 대상은 조약에 의하여 국적에 상관없이 개인들에게 확대되고 있으며, 점차적으로 국가에 의존하지 않게 되는 경향이 있다.

Hermann Mosler는 전통적인 국제법에서의 외국인 보호에 관한 이론은 개인을 그 자체로서 보호하는 것이라고 주장한다. 그는 국가만이 자국민을 보호할 청구를 할 수 있는 경우에도 외국인 보호를 위한 진정한 목적은 외국인을 그 자체로 보호하는 것이라고 하였다.¹⁹⁷⁾ 특정한 외국인 보호에 대신하여 일단 국제조약에 규정된 인권규칙이 반복적으로 작동하기 시작하면 조약의 당사국들은 피해자가 자국민이 아닌 경우에도 인권침해의 피해자를 위하여 개입할 권리가 인정되며, 이것이 외교적 보호의 체제가 인권보호체제로 역사적인 진전하는 전환점이라는 것이다.

이 견해에 의하면 고대의 私的 復仇로부터 국가에 의한 승인체제(외교적 보호)로, 그리고 최근에는 개인적인 조치(직접적인 접근 또는 개인의 청원권)로 이동하였다는 것이다.¹⁹⁸⁾ 종전에 국가의 국제적인 책임은 외국인과 관련하여서만 강제될 수 있었으나 최근의 보호는 조약에 의하여 국적을 불문하고 개인 그 자체에게로 확대되어 모든 체약국이 강제할 수 있게 되었다.

이 견해에서는 외교적 보호를 새로운 인권보호체제의 역사적인 전조로 생각하여 외교적 보호는 그 생명을 다했다고 주장하기도 한다. 이 견해는 외교적 보호와 인권보호체제의 역사적인 연속성을 지나치게 강조함으로써 오늘날 인권보호가 외교적 보호를 대체하였다는 결론에 이를 수 있다.

국제관습법에서 발달한 외교적 보호가 대부분 조약상의 의무로 나타나고 있

197) A.A. Cançado Trindade, *op. cit.*, p. 20.

198) *Ibid.*, p. 22.

음에 불과한 인권보호에 포함되거나 그에 의하여 대체되었다고 하는 것은 지나치다. 그것이 바람직하든 아니든 현재의 국제법에서 양 체제의 공존도 가능하다고 보며, 역사적인 접근방법은 이 점을 간과하고 있다.

(2) 人權保護가 外交的 保護에 흡수되어 發達하였다는 見解

이 견해는 인권의 보호체제가 외교적 보호체제로 흡수되어 발달하였다는 입장이다.¹⁹⁹⁾ Dumas는 피해를 입은 외국인이 직접 국제기관에 제소할 권리를 가져야 하며, 전통적인 외교적 보호의 이론이 자국민의 손해로 국가가 손해를 입었다고 전제하는 것은 옳지 않다고 주장하였다.²⁰⁰⁾ Borchard는 개인이 그 자체로 손해를 입힌 국가에 대하여 자국의 개입이 없이 국제기구에 제소할 권리를 가져야 한다고 주장한다.²⁰¹⁾

그는 이 주제가 외교적 보호가 아니라 ‘국제기구에 대한 개인의 접근’과 관련이 있다고 한다. De la Pradelle은 국가가 정치적인 고려없이 외교적 보호를 해야 하며, 외교적 보호의 행사에서 국가의 권리의 측면보다는 피해를 입은 개인을 강조한다. 그러나 Borchard는 개인의 손해는 집단의 손해이며, 국가의 이익은 개인의 이익을 흡수한다는 가정을 지지하였다.²⁰²⁾

De La Pradelle은 외교적 보호의 과정에서 개인의 이익을 강조하여, 피해를 입은 개인이 국가의 개입이 없이 직접적으로 국제법정에 제소할 권리를 가져야 한다고 함으로써 국가가 보호권을 가진다는 전통적인 외교적 보호의 전제를 뛰어넘기도 하였다. 이들은 외교적 보호에 인권보호라는 새로운 요소를 도입하고자 하였던 것이다. 실제로 그 중 일부의 내용은 2차 세계대전 후에 실제로 인권보호

199) *Ibid.*, p. 24.

200) *Loc. cit.*

201) *Loc. cit.*

202) *Ibid.* pp. 25-26.

체제에 도입되었다.

그러나 Borchard가 적절하게 지적하는 바와 같이 개인의 권리보호를 위하여 국제기구에 직접 호소할 수 있다는 사고는 외국인의 손해에 대한 국가책임법의 영역에 속하지 않는 것이다.²⁰³⁾ 외교적 보호의 전제는 명백히 개인을 개인으로서 보호하려는 인권보호와는 기본적인 전제가 다르다. 그러므로 인권보호체제의 요소를 외교적 보호의 체제에 통합하려는 시도는 실패할 가능성이 높다는 것이 이 견해의 단점으로 지적되어야 할 것이다.²⁰⁴⁾

(3) 外交的 保護가 人權保護에 흡수되어 發達하였다는 見解

이 견해는 외교적 보호제도가 인권보호체제에 흡수되고 그에 의하여 발달하였다는 입장이다. Garcia Amador는 외교적 보호제도의 외국인대우기준인 ‘국제적인 정의의 기준’(international standard of justice)²⁰⁵⁾과 인권보호제도의 ‘내국인과 외국인의 평등원칙’(equality of nationals and alies)은 전통적인 이론에서는 조화를 이룰 수 없지만 기본적인 인권보호를 향한 국제법의 발달에 비추어 볼 때 보호의 목적을 위한 내국인과 외국인의 구분은 더 이상 존재근거가 없다고 하였다.²⁰⁶⁾ 그리하여 양자의 기본적인 요소를 통합하고 그 목적을 달성하는데 필요한 하나의 새로운 원칙을 재구성하고 만들 수 있다고 한다.

이 견해는 개인은 국적에 상관없이 인권의 국제화에 의하여 보호를 받으므로 개인이 자국민인지 외국인인지는 중요하지 않으며 외국인의 보호에 관한 전통적인 기준은 낡은 것이 되었다고 본다. 그러므로 국제적인 인권보호라는 새로운 법

203) *Ibid.*, p. 26.

204) *Loc. cit.*

205) 국제적인 정의의 기준에서도 국제최소기준(international minimum standard)과 내국민대우 기준(national treatment standard)이 대립하고 있다. 김대순, 전게서, p. 429. 참조.

206) A.A. Cançado Trindade, *op. cit.*, pp. 27-28.

체제가 위 두 가지 원칙을 정확하게 ‘통합’(synthesis)하는 것이다. 국제법에서 인권에 관한 의무는 ‘대세적 의무’이므로 침해를 받은 개인이 자국민이거나 가해국가의 국민이거나 제3국의 국민인지를 불문하고 어느 국가도 침해의 중지를 요구할 수 있다. 그러므로 국가가 자국민의 이익을 위하여 인권의 문제를 제기할 때에 외교적 보호를 행사한 것인가 여부를 판단하는 것은 쉽지 않다.

인권에 관한 일반국제법의 원칙에 의하면 대부분의 경우에 국적에 따라 보호되는 개인들을 구분하지 않으므로 외교적 보호의 개념이 인권보호체제에 흡수되어 발달하였다고 볼 수 있지만, 국가들이 자국민이 관련되는 경우에는 더욱더 보호하려고 하는 경향이 있는 것도 사실이다. 이 견해는 외교적 보호와 인권보호의 기본적인 전제가 다르며 양자는 조화를 이루어 통합될 수 없다는 비판을 받고 있다.²⁰⁷⁾

(4) 外國人(非自國民) 保護는 人權保護가 特殊化한 것이라는 見解

이 견해는 외국인에 대한 보호와 외교적 보호제도는 인권보호제도가 특수화한 것이며, 인권보호의 일부분에 해당한다는 견해이다. 유엔경제사회이사회(UN Economic and Social Council)는 1973년 54차 회의에서 ‘차별금지과 소수자보호에 관한 유엔소위원회’(UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities)에 대하여 인권보호를 위한 기존의 국제법규정을 외국인인 개인에게 적용하는 문제에 대하여 검토하도록 요구한 바 있다.²⁰⁸⁾

위 소위원회의 특별보고자인 Lady Elles는 일반적으로 국제관습법상의 “최소한대우의 원칙”(minimum standards of treatment)은 국가의 영토관할 하에 있는 사람들에게 적용되어야 하며, 이 원칙은 국내 또는 해외거주를 불문하고 모든 자국

207) *Ibid.* p. 29.

208) *Ibid.* p. 30.

민을 보호할 국가의 권리에 바탕을 둔다고 하였다.²⁰⁹⁾

Lady Elles는 인권에 관한 국제협약은 자국민과 비자국민을 구분하거나 아니면 비자국민에게 적용되는지가 애매하다고 하였다. 따라서 외국에 살거나 일하기 위하여 이주하는 사람들의 인권을 보호를 필요가 있다고 하였다.²¹⁰⁾ 영국의 대표는 해외에 거주하는 외국인의 인권에 대한 선언초안을 제안하였다. 이 초안은 주로 비자국민, 즉 합법적으로 영구적으로 또는 반영구적으로 해외에 거주하는 개인이 누리는 대우와 실제적인 권리에 관한 것이었다.²¹¹⁾

우루과이(Uruguay) 대표는 인간의 본질적인 속성으로서의 기본적인 인권의 존재는 개인이 자국민인가 아닌가 여부로 결정되는 것이 아님을 재확인하였다. 경제적인 이유로 외국에 거주하는 사람들이 증가하고 있는 점을 고려하여 긴급한 결정이 필요하다고 하였다. 국제법 및 국가의 헌법에 구현된 평등의 원칙은 가능한 한 적용되어야 하지만, 모든 사람에게 인정된 권리와 국가내의 권리와 의무를 수반하는 국적과 관련된 권리는 구분되어야 한다는 지적도 있었다.²¹²⁾

Lady Elles는 이와 같이 유엔헌장에 나타난 평등과 차별금지 원칙에 비추어 보장되어야 하는 외국인의 인권보호에 대하여 언급하였다. Lady Elles는 유엔인권협약의 규정에서 모든 개인에게 적용되는 권리, 외국인에게 적용되는 권리, 국민에게 적용되는 권리를 구분한다.²¹³⁾

그러나 유엔인권선언은 특별히 국적에 대하여 언급하지는 않고 있으며, 유엔인권규약은 모든 개인에게 적용될 수 있다. 외국인의 보호는 인권의 국제적 보호

209) *Loc. cit.*

210) *Loc. cit.*

211) *Loc. cit.*

212) *Ibid.* p. 31.

213) Lady Elles는 외국인의 범주에 난민, 무국적자, 추방된 사람, 외교관 또는 해외에 근무하는 국제기구의 직원, 비자국민인 영주권자, 이주노동자, 외국의 영해에 있는 선원, 외국인의 처 또는 자국민의 처, 외국인 기자, 피점령지의 민간인을 포함하는 개념으로 보고 있다. *Ibid.* p. 32.

체제의 특수화에 지나지 않는다고 말할 수 있다. 그리고 일반적으로는 국가가 아니라 국제기구가 보호를 담당한다. 나아가 이러한 인권보호와 관련하여서 문제되는 상황은 난민, 무국적자 및 이주노동자 등 전형적인 인권상황이다.

외교적 보호와 관련된 전통적인 해외자국민 보호는 일반적으로 국제거래와 관련된 것이며, 이것은 일반적으로 개인이 스스로 당해 가해국가와 관련을 맺는 상황에서 발생한다. 그러므로 비자국민의 보호체계에 관한 문제는 일반적인 인권 보호의 범위에 포함되며, 자국민의 보호와 관련된 전통적인 외교적 보호와는 맥락이 다르다는 점이 지적되어야 할 것이다.

(5) 서로 類似點이 없다는 見解

이 견해는 전통적인 외교적 보호제도가 새로운 인권보호제도와 기본적인 전제가 다르고, 서로 유사점이 없다는 견해이다.²¹⁴⁾ 여기에는 전통적인 외교적 보호원칙이 기본적인 권리와 인간의 자유라는 현대적 개념과 양립할 수 없다는 견해도 있으며, 인권보호가 발전되고 강화됨에 따라 외교적 보호가 그 중요성을 잃었다는 견해도 있다.²¹⁵⁾

그러나 이 견해에서도 현재로서는 인권보호제도가 실행상의 어려움이 있으므로 인권보호체제가 외교적 보호제도를 전적으로 대체할 것으로는 보지 않으며, 외교적 보호제도가 일부 기본적인 인권에 관한 내용을 포함하게 되는 경우에도 외교적 보호제도는 독자적인 발전을 계속할 것으로 본다.

인권보호의 원칙과 관련하여 외교적 보호가 외국인만을 보호하는 것이므로 기본적인 원칙의 집행에 결함을 가지고 있다고 주장하는 것은 외교적 보호와 인권보호의 관계를 피상적으로 인식하는 것이다. 전통적인 국제관습법도 제한적이

214) *Ibid.* p. 33.

215) *Loc. cit.*

기는 하지만 일정한 범위의 외국인을 보호하여 왔으며, 외국인의 손해에 대한 국가책임법과 외교적 보호의 관행은 2차 세계대전 이후의 인권보호체제에 나타난 기본적인 원칙들이 등장하기 인정되기 이전에도 상당한 기간 동안 발전하여 왔다. 그러므로 인권이 상당한 정도로 국제법에서 실효적으로 된 경우에도 직접적으로 인권보호의 원칙을 원용하지 않고, 외교적 보호라는 기본적인 틀 안에서 이해하는 것은 여전히 필요할 것이다. 인권의 국제적인 보호는 여전히 궁극적으로는 개별국가의 협력에 의지하는 것이지만, 그러한 보호의 실행이나 집행은 외국인의 대우에 관한 법과는 달리 일반적으로 국제기구에 의하여 행해진다.

전통적인 외교적 보호체제의 전제는 국가들 사이의 안정적인 국제거래를 위하여 통일된 사회경제적 질서를 유지하는 것이며, 바텔의 공식에 바탕을 두어 개인의 경제적 이익을 국가의 이익과 동일시하는 것이다. 그러나 개인의 국제적인 지위를 부정하는 것은 분쟁해결을 위한 국가 사이의 정치적인 요소를 지나치게 강조한 것이 아닐 수 없다. 개인에게 절차적인 지위와 청원권을 인정하는 것은 전통적인 보호체제의 단점을 보완해 줄 수 있다고 본다. 국제기구를 통하여 권리를 회복하는 것은 국제적인 차원에서의 분쟁의 평화적 해결에 기여할 것이다. 그와 같은 개인의 권리가 국가로부터 연유하는 것이 아니라 개인에게 기본적으로 존재하는 것이라는 개념은 인권에서는 본질적인 것이다.

실효적인 인권체제가 외교적 보호체제를 불필요하게 할 수 있다고 하여 양 체제 사이에 필연적인 상관관계가 있다고 보기는 어렵다. 그러한 결과가 실현된다고 하더라도 이는 근본적으로 상이한 전제에 바탕을 둔 양 체제의 발달의 결과에 불과하다. 인권보호는 본질상 포괄적이어서 외국인과 국민 모두에게 확대됨에 따라 외국인 보호만을 위한 체제는 불필요한 것이 될 수도 있으나 외국인 보호에 관한 법은 인권보호가 효과적으로 기능할 수 없거나 경제적 영역에서의 증가하는 국제적인 의무 때문에 의미를 가질 수도 있다. 그러므로 외교적 보호와 인권보호는 필연적인 상호작용이나 유사점은 없다고 볼 수 있다.²¹⁶⁾

이러한 전제에 선다면 19세기 외교적 보호의 관행에서 발전한 국내구제원칙은 오늘날의 인권보호의 맥락에서는 재검토되어야 한다고 본다. 이 원칙은 외교적 보호에서는 긴장을 최소화하고 국내법에 의한 해결을 강제하여 유익한 점이 있었으나 인권보호체제에서는 피해를 입은 개인에게 무거운 부담을 지우고 있으며 사법적인 조치를 통하여 인권을 보장하려는 청구국의 노력을 방해하고 있다고 볼 수 있다.

2. 評價

전통적인 외교적 보호제도와 새로운 인권보호체제 사이에는 역사적인 맥락에서 본다면 제도의 발생과정이나 전제가 서로 상이하다. 역사적인 접근은 현재 외교적 보호와 인권보호가 공존하고 있는 현실을 적절히 드러내지 못한다. 이는 서로를 흡수하거나 대체하는 것으로 보는 견해도 마찬가지이다.²¹⁷⁾ 양 체제 사이에 유사점이 없다는 견해가 보다 실제에는 부합하지 않은가 생각할 수 있지만 위에서 살펴본 여러 견해들은 고립된 것이 아니라 서로 접점을 가지고 있음도 주목할 필요가 있다고²¹⁸⁾ 생각한다.

2차 세계대전 이후에 등장한 새로운 형태의 인권보호체제는 전통적인 외교적 보호제도와는 그 전제와 역사적인 탄생과정의 면에서 많이 다르므로 외교적 보호제도의 전제조건으로 인정되는 청구국적의 원칙과 국내구제완료의 원칙이 새로운 인권보호체제 아래서도 동일하게 적용된다고 볼 근거는 없다고 본다. 다만, 외교적 보호제도나 인권보호체제는 모두 개인의 권리구제를 위한 공통의 목적을 가지고 있는 만큼, 서로 접점을 가지고 있다고 볼 것이고, 그 범위 내에서는 양

216) 인권과 외교적 보호는 명백하게 구분되어야 하며, 이 양자가 혼동될 경우에는 많은 문제점이 나타나고 해결되지 않을 것이라는 견해도 있다. Para. 452(A/55/10).

217) A.A. Cançado Trindade, *op. cit.*, p. 47.

218) *Loc. cit.*

제도가 조화를 이루거나 융합할 여지는 있을 것이다.

외교적 보호제도나 인권보호체제는 모두 개인의 권리구제라는 공통의 목적을 기초로 하고 있다. 특히 외교적 보호에 관한 ILC초안은 무국적자 및 난민에 대하여 외교적 보호를 행사할 수 있는 근거를 두고 있는바,²¹⁹⁾ ILC초안의 입장은 전통적인 외교적 보호제도에 인권보호체제를 포섭하려는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 실행상의 장애 때문에 어느 한쪽이 다른 쪽을 전적으로 대체할 것 같지는 않다. 그러므로 현재로서는 외교적 보호가 더욱 발전된 구체체제인 인권보호에 의하여 대체되었다고 말할 수는 없으며, 양자는 각자 독립적인 기능을 하면서도 접점을 찾는 과정이라고 볼 수 있다. 이러한 점에 비추어 보면 전통적인 외교적 보호제도와 조약에 기초한 새로운 인권보호체제는 상당한 기간 독자적으로 발달하면서도 밀접한 영향을 주고 받으면서 서로 침투(permeation)하는 과정을 거칠 것으로 생각된다.

외교적 보호의 행사조건인 국내구제완료의 원칙은 관련국가의 국내적인 사법 행정의 기준을 개선하는 압력으로, 그리고 대부분 국제적인 법적 분쟁으로 발전할 있는 문제를 국내적인 차원에서 해결하는데 도움을 주는 작용을 해왔다. 그러나 국내구제완료의 원칙이 그 적용되는 영역에 상관없이 본질적인 가치를 가지는 것은 아니다.²²⁰⁾

외교적 보호의 맥락에서 국내구제의 원칙은 주권평등의 원칙에 따라 국가의 독립성을 존중하며, 불필요한 다툼을 피하도록 해준다. 이 원칙에 따라 진정으로 검토할 만한 가치가 있는 사안만이 국제적인 법정에 제소되는 것이 허용되어야 한다.

국내구제원칙은 외교적 보호의 체제 안에서 발전했다. 외교적 보호의 구조 안에서 국내구제의 이론적 근거에 대한 접근은 외국인이 가능한 모든 국내적인 조

219) 초안 제1조 2항(A/CN.4/506, p. 11). 참조

220) A.A. Cançado Trindade, *op. cit.*, p. 47.

치를 다하지 않은 한 어떠한 보호도 행해질 수 없다는 의미에서 부정적인 것이다. 그러나 인권보호체제에서는 개인에게 청구를 위한 조건을 직접적으로 규정하여 ‘請求의 受理可能性의 조건으로서’(as a condition of admissibility of complaints) 기능한다.²²¹⁾ 인권보호체제는 여전히 국가가 주권을 행사하여 특정한 조약상의 의무를 승인하는 체제이다.

유럽협약 제26조²²²⁾는 국내구제와 관련하여 “일반적으로 인정된 국제법원칙에 따라”(according to the generally recognized rules of international law)라는 문구를 두고 있는바, 이것이 외교적 보호와 인권보호체제에 대한 오해를 불러 일으키고, 전체적인 문제를 상당히 애매하게 하였다고 볼 수 있다.²²³⁾

외교적 보호와 인권보호의 체제는 본질적으로 다른 전제에 기초하고 있는 것이므로, 국내구제원칙을 적용함에 있어서도 이러한 차이를 고려하여야 할 것이다. 외교적 보호의 체제에서 국내구제의 원칙은 보호의 행사를 위한 전제조건이다. 현대의 인권보호체제에서 이 원칙은 청구의 수리가능성으로 기능하므로 이 체제에서는 원칙의 해석과 적용에서 보다 유연함이 필요하다.²²⁴⁾

예를 들면 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)에 이어 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 및 모든 종류의 차별철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)은 명백하게 국내구제가 부당하게 지체되는 경우에는 국내구제원칙이 적용되지 않는다고 규정한다.²²⁵⁾ 이는 외교적 보호와 비교하여 인권보호의 특징적인 모습을 보여주는 것이다. 이는 인권

221) *Ibid.* p. 54.

222) 유럽인권협약 제26조의 내용은 다음과 같다.

“The Commission may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognized rules of international law...”

223) A.A. Cançado Trindade, *op. cit.*, p. 52.

224) *Ibid.*, p. 54.

225) *Loc. cit.*

보호체제의 구조에서 국내구제에 관한 일반국제법원칙을 손상하지 않고 국내구제완료를 규율하는 특수한 규칙의 체계를 위한 중요한 진전으로 볼 수도 있다.

국제관습법상의 제도인 외교적 보호는 점차적으로 범위가 적어지고 인권보호에 자리를 내줄 가능성도 있지만 여전히 중요한 국제관습법의 하나이다. 기본적인 인권은 점차적으로 일반국제법의 영역으로 침투하고 있다. 외교적 보호와 인권보호의 기본적인 전제가 상이하므로 양 체제의 국내구제원칙도 서로 다른 방법으로 접근하여야 한다.

인권보호에서의 국내구제의 원칙을 검토함에 있어서는 국제관습법의 유추에서 생길 수 있는 혼란을 피해야 한다. 대부분 조약상의 의무에 바탕을 둔 인권보호체제에서는 국내구제에 관하여 특수한 기준을 제공할 가능성이 항상 있기 때문이다. 외교적 보호와 인권보호 사이에는 역사적인 배경이나 근거가 많이 다를 수 있다. 그리고 양 체제의 차이는 국내구제의 근거에 대한 올바른 이해, 해석 및 적용에 대하여 직접적인 의미를 가진다.



第 4 章 人權保障體制로서의 外交的 保護 (ILC草案의 立場)

第1節 外交的 保護에 관한 ILC草案作業의 經過

ILC는 1996년 48차 회기에서 ‘외교적 보호’의 주제를 조문화와 점진적인 발달에 적합한 3가지 주제중의 하나로 확인하였다. 같은 해에 총회는 1996년 12월 16일 결의 51/160에서 위원회가 주제에 대하여 좀더 검토하고, 제6위원회(the sixth committee)의 논의에서 이루어진 논평과 의견, 정부들의 서면논평에 비추어 그 범위와 내용을 제시하도록 요청하였다. 1997년 제49차 회기에 위원회는 위 총회결의에 따라 2477차 회의에서 주제에 대한 實務班(working group)을 구성하였다.²²⁶⁾

1997년 7월 11일 2501회 회의에서 위원회는 주제에 대한 特別報告者(Special Rapporteur)로 Mohamed Bennouna를 임명하였으며,²²⁷⁾ 총회는 52/156 결의 8절에서 ‘외교적 보호’를 안건으로 포함시키기로 한 위원회의 결정을 승인하였다.²²⁸⁾

1999년 51차 회기에서 위원회는 Bennouna가 舊 유고 國際刑事裁判所의 재판관으로 선출된 후에 Christopher John R. Dugard를 주제에 대한 특별보고자로 임명하였다.²²⁹⁾

2000년 제52차 회기에서 위원회는 특별보고자의 1차 보고서²³⁰⁾를 제출받아 검

226) 실무반은 (a)가능한 한 주제의 범위를 명확하게 하고, (b)주제의 맥락에서 연구되어야 할 문제를 확인하려고 시도하였다. *Official Records of the General Assembly, Fifth-fifth Session*, Supplement No. 10(A/55/10), para. 406 참조.

227) Para. 407(A/55/10).

228) Para. 408(*ibid.*).

229) Para. 408(*ibid.*).

230) A/CN.4/506, Corr. 1 및 Add. 1

토하였다. 위원회는 시간부족으로 이 보고서에 대한 검토를 다음회기로 연기하였다. 같은 회기에서 위원회는 제1조, 제3조, 제6조에 관하여 특별보고자가 의장이 되는 개방적인 비공식 협의회(Informal Consultation)를 구성하였다. 이어 위원회는 2635차 회의에서 비공식 협의회의 보고서를 검토하였으며, 같은 회의에서 비공식 협의회의 보고서와 함께 제1조, 제3조, 제5조 내지 제8조의 안을 起草委員會(Drafting Committee)에 회부하기로 결정하였다.²³¹⁾

특별보고자는 첫째, 외교적 보호는 인권의 보호를 증진시키는 수단으로 채용될 수 있다는 견해를 취하였다.²³²⁾ 국가가 국제관계에서 지배적인 행위자로 남는 한, 자국민의 권리침해에 대하여 국가의 청구권을 인정하는 것은 인권의 보호에 대한 가장 효과적인 구제책이라는 것이다. 특별보고자는 외교적 보호제도가 유용성이 다하였다고 보고 약화시키기보다는 이를 구성하는 원칙들을 강화하기 위한 모든 노력이 행해져야 한다고 보았다.

둘째, 그는 현재 다양한 분쟁해결장치(mechanism)에 대하여 개인들이 접근 가능하기 때문에 외교적 보호는 낡은 것이 되었다는 데에 동의하지 않았다. 개인들은 국제법체제의 參加者(participants)이면서 국제법에 따른 권리를 가지지만, 그들의 구제책은 여전히 제한되어 있다고 보았다.²³³⁾

셋째, 그는 외교적 분야에 있어서 선결과제로서 다음 두 가지를 제시하였다. 그 하나는 외교적 보호의 행사에서의 武力使用의 문제(제2조에서 논의되었다)와 국가가 외교적 보호를 행사할 의무가 있는가 하는 문제(제4조에서 논의되었다)이다.²³⁴⁾

구조에 관하여, 그는 A/CN.4/506 문건에서 제안된 8개의 條文案(draft)이 2개의 그룹으로 나뉜다고 하였다. 첫 번째 그룹(1내지 4조)중에서 제1조, 제3조는 대개

231) *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10(A/56/10)*, para. 163.

232) Para. 415(A/55/10).

233) Para. 416(*ibid.*).

234) Para. 417(*ibid.*).

기본적인 것인 반면, 제2조, 제4조는 특히 논란이 많았다. 두 번째 그룹인 제5조에서 제8조는 모두 국적에 관련된 문제를 다루고 있는바, 이들 조항에 대해서도 논란이 있었다.²³⁵⁾

위 특별보고자의 견해에서 주목할 만한 것은 다양한 紛爭解決手段이 마련되어 있음에도 불구하고 외교적 보호가 여전히 효과적 수단이며, 인권보호에 있어서도 외교적 보호제도는 중요한 역할을 담당하고 있음을 인정한 것이다.

第2節 外交的 保護의 義務

1. 原則

전통적인 외교적 보호의 이론에 의하면 국가는 국제적 청구의 행사 여부 또는 청구의 취하에 관하여 완전한 재량권을 행사한다. 외교적 보호에 관한 ILC 초안 제3조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“국적국은 다른 국가에 의하여 위법적으로 피해를 입은 국민을 위하여 외교적 보호를 행할 권리를 가진다. 국적국은 ... 이 권리의 행사에 자유재량권을 가진다.”²³⁶⁾

위 초안 제3조는 전통적인 형태로 외교적 보호의 원칙을 조문화하려고 한 것이다. 제3조는 외교적 보호를 국가의 권리이며, 국가는 국민이 위법적으로 다른 국가에 의하여 피해를 입은 경우에는 언제라도 자유재량으로 이를 행사할 수 있

235) Para. 418(*ibid.*).

236) 초안 제3조(A/CN.4/506, p. 22.)

“The state of nationality has the right to exercise diplomatic protection on behalf of a national unlawfully injured by another State. Subject of article, the State of nationality has a discretion in the exercise of this right.”

다고 파악하였다. 국적국의 외교적 보호는 대규모 및 조직적인 인권침해의 경우에 한정되지 않으며, 개인이 인권 또는 외국인 투자협정에 따라 구제를 받는 경우에도 이 권리를 행사하는 것을 자제할 의무가 없다.²³⁷⁾ 관행상, 국가는 개인이 구제책을 가진 경우에는 보호를 하는 것을 자제하거나 문제가 된 조약상의 권리를 개인과 함께 주장하게 될 것이다. 국민이 위법적으로 피해를 입은 때에 국가 자신의 권리가 침해된 것이기 때문에, 국가는 위와 같은 자제를 할 의무는 없는 것이다.

2. 國家가 外交的 保護의 "義務"를 負擔하는 경우

그런데 ILC초안 제4조는 일정한 경우에는 국가가 외교적 보호를 행사할 의무가 있으며, 다시 예외적인 경우에는 그 의무를 면한다고 규정하고 있다. 초안 제4조의 내용은 다음과 같다.



“1. 피해를 입은 사람이 권한이 있는 국제법원이나 법정에 피해에 대한 청구권을 행사할 수 없는 경우에는 그 피해가 다른 국가에게 책임이 있는 심각한 강행규범의 위반으로 초래된 것이라면 그 사람의 국적국은 요청에 의하여 피해자를 위하여 외교적 보호를 행사할 의무가 있다.

2. 다음과 같은 경우에는 국적국은 이러한 의무를 면한다.

- (a) 외교적 보호의 행사가 월등하게 우월적인 국가와 국민의 이익을 심각하게 위협하는 경우
- (b) 다른 국가가 피해자를 위하여 외교적 보호를 행사한 경우
- (c) 피해자가 실효적, 지배적인 국적을 가지지 않는 경우

237) Para. 443(A/55/10).

3. 국가는 이 권리가 권한이 있는 국내법원이나 기타 독립적인 국가기관에서 강제될 수 있도록 국내법에 규정해야 한다.”²³⁸⁾

초안 제4조의 내용은 일정한 경우에는 국가가 외교적 보호를 행사할 의무가 있다는 규정이므로 이는 그 행사에 국가가 재량권을 가진다는 전통적인 외교적 보호의 이론과는 거리가 있는 것이다. 다만, 위 초안 제4조는 국제관습법을 조문화한 것이 아니라 '점진적인 발달을 위한 제안'(proposal de lege ferenda)이라고 볼 수 있다. 전통적인 이론에 의하면, 국가는 국민을 위하여 외교적 보호를 행사할지 여부를 결정할 수 있는 절대적인 권리를 가진다. 이를 행사할 의무는 없다.

ILC의 특별보고자는 외교적 보호에는 다음과 같은 제한이 있다고 하였다.²³⁹⁾ 첫째, 외교적 보호는 강행규범에 위반하여서는 안 되는 권리다. 둘째, 국가는 폭넓은 판단의 여지를 가지며, 국가이익과 다른 경우에는 자국민을 보호하도록 강요되어서는 안 된다. 셋째, 국가는 개인이 국제법정에서 구제책을 가지고 있는 경우에는 그와 같은 의무를 부담하여서는 안 된다. 넷째 다른 국가가 개인을 복수 또는 다중국적으로 보호할 수 있는 경우에는 그와 같은 의무를 부담하지 않는다. 마지막으로 국가는 국적국과 진정한 또는 실효적인 유대를 가지지 않은 국민을 보호할 의무를 부담하여서는 안 된다.

238) 초안 제4조(A/CN.4/506, p. 27.)

“1. Unless the injured person is able to bring a claim for such injury before a competent international court of tribunal, the State of his/her nationality has a legal duty to exercise diplomatic protection on behalf fo the injured person upon request, if the injury results from a grave breach of a jus cogens norm attributable to another state.

2. The state of nationality is relieved of this obligation if:

(a) The exercise of diplomatic protection would seriously endanger the overriding interests of the State and/or its people:

(b) Another State exercises diplomatic protection on behalf fo the injured person:

(c) The injured person does not have the effective and dominant nationality of the State.

3. States are obliged to provide in their municipal law for the enforcement of this right before a component domestic court or other independent national authority.”

239) Para. 449(*ibid.*).

국가가 외교적 보호의 행사에서 완전한 자유재량을 행사하는 것은 인권보호의 측면에서 바람직하지 않으며, 현재의 국제인권법의 발달은 국가가 피해 국민에게 외교적 보호를 부여할 일정한 의무를 부여할 것을 요구한다고 한다.²⁴⁰⁾ 이 규정은 이를 반영한 것이다.

第3節 外交的 保護의 人的對象의 擴大

1. 概觀

위에서 살펴본 바와 같이 외교적 보호에서는 청구국적의 원칙에 따라 자국민만을 보호할 수 있다. 이는 국제관습법상 확립된 원칙이다. ILC초안 제5조는 다음과 같이 규정하고 있다.



“자연인을 위한 외교적 보호의 목적을 위한 ‘국적국’은 외교적 보호가 행사되는 개인이 출생, 혈통 또는 선의의 귀화에 의하여 국적을 취득한 국가를 의미한다.”²⁴¹⁾

초안 제5조는 국적법을 지배하는 두 가지 기본원칙에 의존한 것이다. 첫째는 외교적 보호를 행사하는 국가의 권리는 국가와 개인 사이의 국적의 유대에 기초하며, 둘째는 각 국가는 법에 의하여 자신의 국민을 결정할 수 있다는 것이다. 이는 선언, 판례법, 국제관습 및 법의 일반원칙에서 설명되는 바와 같이 국민을 위하여 외교적 보호를 행사할 국가의 권리는 절대적인 것이 아니라 상대적인 것

240) Para. 455(*ibid.*).

241) 초안 제5조(A/CN.4/506, p. 34.)

“For the purposes of diplomatic protection of natural persons, the “State of nationality” means the State whose nationality the individual sought to be protected has acquired by birth, descent or by bona fide naturalization.”

이라는 사실을 고려한 것이었다. 출생과 혈통은 국적의 부여와 외교적 보호를 위한 국적의 확인에 충분한 유대요소로 간주된다. 결혼, 입양의 경우에 자동적으로 또는 거주요건을 충족한 후에 개인의 신청에 의한 것이든지, 귀화를 통한 국적의 부여도 마찬가지다.²⁴²⁾

반면에 국제법은 사기적인 방법으로 이루어진 귀화, 차별적인 방법으로 부여된 귀화나 국적국과 개인 사이의 조건의 유대도 없이 부여된 귀화는 인정하지 않는다. 그러한 경우에 국적을 부여한 국가의 권리의 남용은 악의의 귀화가 된다. 선의의 귀화를 특히 명시한 것이 특별한 의미는 없다고 본다.²⁴³⁾

위 초안에 대하여도 비판은 있다. 즉, 국적에 따른 외교적 보호의 권리의 근거가 되는 제5조는 특정한 정치적, 사회적인 현실을 고려하지 않았다는 것이다. 예를 들면, 많은 전통적인 사회에서는 출생의 등록에 관한 규정이 없으며, 그러한 사회에서는 많은 문맹자들이 자신들의 국적을 증명하느라 어려움을 겪을 것이다. 또한 다급하게 그리고 일반적으로는 여행증명서가 없이 국경을 넘어서, 자신들이 속하는 원래의 국가(국적국)에 대하여 오직 구두증거만을 제출할 수 밖에 없는 전쟁의 희생자나 난민들의 경우도 있을 것이다. 그러한 사람들에게 국적의 증거, 특히 서류증거를 요구하는 것은 명백하게 의미가 없다. 그러한 의미에서 실효적 국적의 원칙은 다른 경우라면 불가능했을 국적의 증거에 대한 기초를 제공해 줄 수 있다는 점에서 유용하다는 것이다.

오늘날 점점 더 자주 국민들은 해외에 거주한다. 그러므로 거주자는 거주지국과의 사이에 국적과 동일한 정도의 실효적인 유대를 창설하게 된다. 물론 이는 전통적인 외교적 보호의 한계를 넘는 것이기는 하지만 현대적인 삶의 한 부분이므로 거주는 부가적인 요소가 아니라 사실상의 紐帶要素로 간주되어야 한다는 견해도 경청할 만하다.

242) Para. 458(A/55/10).

243) *Ibid.*

“習慣的인 居住”(habitual residence)가 중요하기는 하지만 외교적 보호의 맥락에서 지나치게 강조되어서는 안 된다는 점도 지적될 수 있다. 그렇게 하지 않으면, 개인이 다른 나라의 국적을 屬地主義나 屬人主義 또는 善意의 歸化를 통하여 취득하였다고 하여도, 한 국가 내에서의 개인의 습관적인 거주가 그 거주국가에 외교적 보호를 행사할 권리를 부여하는가에 관한 의문이 떠오른다.²⁴⁴⁾ 다만, 관련 개인이 무국적이거나 난민이라면 상황은 달라질 것이다.

또 다른 문제는, 개인이 속지주의나 속인주의, 귀화를 통하여 국적을 취득한 국가가 만일 그 관련 개인이 일상적으로 다른 국가에 거주하면 외교적 보호권을 상실하는가 하는 점이다. 이들 문제에 대한 답변은 부정적인데, 이는 그렇지 않다고 보면 일상적인 거주가 자연적으로 외교적 보호를 어렵게 하기 때문이다.

국가관행에서는 국적이 아니라 지속적인 거주(residence)를 분쟁의 해결에서 고려되어야 하는 유대요소로 본다. 현실세계에서, 거주는 다른 경우라면 정상적인 서류에 의하여 증명하기 어려운 외교적 보호의 근거를 제공하여 줄 수도 있다는 이점이 있다.²⁴⁵⁾

국가는 개인에 대하여 국적을 부여하는 주권적인 특권에 제약을 가하려고 할 경우에 민감하게 반응할 것이다. 따라서 국가들은 개인에 대하여 자유롭게 국적을 부여할 수 있다고 보는 것이 바람직할 것이다. 특정한 개인이 특정한 국가의 국적을 가지고 있는가 하는 문제는 그 국가의 입법의 적용을 의미하는 것이며, 국가 자신의 결정에 맡겨 두어야 한다고 본다. 국적 요건에 접근하는 방법은 이 중국적 등의 경우에 다른 국가들에게 국가와 국민 사이의 실효적 유대의 존재를 다룰 수 있도록 허용하는 것이다.²⁴⁶⁾

244) Para. 461(*ibid.*).

245) Para. 459(*ibid.*).

246) Para. 462(*ibid.*).

2. 二重國籍者에 대한 外交的 保護

(1) 다른 國籍國에 대한 外交的 保護

어느 국적국이 다른 국적국에 대하여 이중국적자를 위하여 외교적 보호를 행사할 수 있는가 하는 점에 대하여 전통국제법상의 이론과 국가의 관행은 주권평등의 원칙상 다른 국적국을 상대로 외교적 보호를 행할 수 없다는 것이다. ILC 초안 제6조는 이중국적자에 대한 외교적 보호에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

“제9조 4항의 조건아래 국적국은 개인이 (지배적)(실효적) 국적을 가지는 경우에는 피해국민을 위하여 다른 국적국에 대하여 외교적 보호를 행사할 수 있다.”²⁴⁷⁾

최근의 견해들은 일정한 조건 아래 제6조의 원칙을 지지한다고 한다.²⁴⁸⁾ 한 국적국은 피해국민을 위하여 다른 국적국에 대하여 그 개인의 ‘지배적인 국적’(dominant nationality)이 자신의 국적일 경우에는 외교적 보호권을 행사할 수 있다는 것이다.²⁴⁹⁾ 지배적 또는 실효적인 국적의 기준은 중요하며, 법원은 관련 개인이 다른 국가보다 한 국가와 밀접한 유대를 가지고 있는지를 신중하게 검토해야 한다.

실효적 또는 지배적인 국적의 문제를 결정하는 것이 어렵기는 하지만 이는

247) 제6조(A/CN.4/506, p. 42.)

“Subject to article 9, paragraph 4, the State of nationality may exercise diplomatic protection on behalf of an injured national against a State of which the injured person is also a national where the individual’s (dominant)(effective) nationality is that of the former State.”

248) Para. 472(A/55/10).

249) *Ibid.*

가능하다. 두 국적국 사이에서는, 국적의 균형이 명백하게 청구국으로 유리할 경우에는 청구국이 사실상 우선한다. 청구국과 피청구국 사이에 실효적 또는 지배적인 국적이 존재하는지 여부에 관하여 의문이 있는 경우에는 피청구국에게 유리하게 해석되어야 한다고 본다.²⁵⁰⁾

지배적 또는 실효적 국적의 원칙의 발전으로 이중 또는 복수국적을 가지는 사람들을 위한 외교적 보호의 행사의 문제에 대한 접근방법에서 중요한 변화가 생기게 된 것은 주목할 만하다. ILC초안의 특별보고자는 Nottebohm Case에서 이란, 미국 청구권법정의 법이론까지 이중국적의 경우에서의 지배적 또는 실효적 국적의 원칙의 적용에 관한 주로 사법적 결정의 많은 예를 제시하였다. 그는 “제 6조에 포함되어 있는 원칙은 국제관습법의 현재의 위치를 반영하며, 국적국에 대하여도 개인에 대한 법적인 보호를 부여하는 국제인권법의 발전과 부합한다.”는 것이라고 하였다.²⁵¹⁾

많은 국가들은 여전히 국내법에 1930년 헤이그협약 제3조에 포함되어 있는 원칙, 즉, “이중 또는 그 이상의 국적을 가진 사람은 국적을 가지고 있는 각 국가에 의하여 자국민으로 간주될 수 있다”는 규정을 가지고 있다고 한다. 이중국적의 경우에 지배적 또는 실효적인 국적이 무차별적으로 적용될 경우에 불합리한 결과를 가질 수 있으며, 주권을 훼손할 수 있다는 견해도 있다.²⁵²⁾ 이중국적은 이중국적을 가진 사람에게 많은 이익을 주며, 마찬가지로 불이익을 당하지 않으면 안 되는가 하는 의문도 제기되는 것이다.

이중국적의 경우에 관련 개인의 어느 국적국이 제3국에 대하여 외교적 보호를 행사할 때에 지배적 또는 실효적인 국적의 원칙이 존재할 여지가 있다는 점이 강조된다. 그러나 관련 개인의 또 다른 국적국에 대한 원칙의 적용에 관하여 보면,

250) Para. 475(*ibid.*).

251) Para. 477(*ibid.*).

252) *Ibid.*

아직까지는 그러한 원칙의 조문화에 대한 국제관습법의 지지가 충분하지는 않은 것으로 보인다. 나아가, 제6조가 국제법의 점진적인 발달의 맥락에서 제안된다면, 국적국이 다른 국적국에 대하여 외교적 보호를 행사할 수 있는가 여부를 결정하는 중요요소는 청구국의 지배적 국적이어서는 안 되며, 관련 개인과 피청구국 사이에 진정하고 실효적인 유대가 없어야 한다는 점이 지적되어야 할 것이다.

개인이 국적국과의 모든 관계를 포기하고, 다른 국가의 국적을 얻었으나 아직 공식적으로는 종전의 국가와 국적의 유대로 연결되어 있는 사례가 일어날 수도 있다. 이는 개인이 종전의 국가에 의하여 손해를 입는다면, 두 번째의 국적국이 보호를 할 수 없을 수 있기 때문에 제6조는 의미가 있다고 할 수 있다.²⁵³⁾

(2) 第3國에 대한 外交的 保護

ILC초안 제7조 1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“이중 또는 그 이상의 복수국적을 가지고 있는 국민의 어느 국적국도 제5조에 열거된 기준에 따라 그 국민을 위하여 비국적국(제3국)을 상대로 자국민을 위하여 외교적 보호를 할 수 있다.”²⁵⁴⁾

위 초안은 국적국은 이중 또는 복수국적을 가지고 있는 국민을 위하여 아무런 조건없이 제3국을 상대로 외교적 보호를 행사할 수 있다고 규정한다.²⁵⁵⁾ 위 초안은 대체로 전통적인 이론을 반영하는 것이라고 볼 수 있다.

253) Para. 480(*ibid.*).

254) 초안 제7조 1항(A/CN.4/506, p. 54)

“1. Any State of which a dual or multiple national is a national, in accordance with the criteria listed in article 5, may exercise diplomatic protection on behalf of that national against a State of which he or she is not also a national.”

255) Para. 481(A/55/10).

(3) 外交的 保護의 共同行使

전통적인 이론은 이중국적자의 국적국은 각자 제3국을 상대로 외교적 보호를 행사할 수 있으나 피청구국은 모든 국적국의 외교적 보호를 수용할 필요는 없으며, 개인과 실효적으로 연결되어 있는 국적국의 외교적 보호만을 인정하면 된다고 설명하고 있다. 이점에 관하여 ILC초안 제7조 2항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“둘 또는 그 이상의 국적국은 제5조가 의미하는 범위 내에서 복수국적을 가지고 있는 국민을 위하여 공동으로 외교적 보호를 행사할 수 있다.”²⁵⁶⁾

ILC초안은 둘 또는 그 이상의 국적국에 의한 외교적 보호의 ‘공동행사’(joint exercise)개념을 인정하고 있다. 초안은 이중국적자의 국적국이 공동으로 외교적 보호를 행사할 수 있다고 규정함으로써 이중국적자를 두텁게 보호하려고 하고 있다는 점이 주목된다.

3. 無國籍者 및 難民에 대한 外交的 保護

請求國籍의 原則에 따르면 국가는 自國民에 대하여만 외교적 보호를 행사할 수 있는 것이므로 무국적자나 난민에 대하여는 외교적 보호가 행사될 여지가 없는 것이다. 그러나 ILC초안은 무국적자나 난민에 대하여도 외교적 보호가 가능하도록 길을 열어두고 있다. 국제법상 인권에 관한 의무는 전형적인 ‘대세적 의무’(obligations erga omnes)이므로 침해를 받은 개인이 자국민이거나 가해국의 국

256) 초안 제7조 2항(A/CN.4/506, p. 54.)

“Two or more States of nationality, within the meaning of article 5, may jointly exercise diplomatic protection on behalf of a dual or multiple national.”

민이거나 제3국의 국민인지를 불문하고 어느 국가도 침해의 중지를 요구할 수 있다. ILC초안은 외교적 보호를 전통적인 개념에서 나아가 새로운 인권보장제도로 인식하거나 외교적 보호의 틀 속에 새로운 인권보호의 장치를 마련하려는 노력을 하고 있음을 보여주는 것이라고 생각된다.²⁵⁷⁾ ILC초안 제1조 2항은 다음과 같다.

“제8조에 규정된 예외적인 상황에서 외교적 보호는 비자국민에게 적용될 수 있다.”²⁵⁸⁾

이어 ILC초안 제8조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“국가는 무국적 그리고/또는 난민인 피해자에 관하여, 그 피해자가 통상적으로 청구국의 법적인 거주자인 경우(그리고 청구국과 실효적인 연결을 가지는 경우에) 그 손해가 피해자가 청구국의 법적인 거주자가 된 이후에 발생한 경우에 한하여 외교적 보호를 행사할 수 있다.”²⁵⁹⁾

ILC초안 제8조에 제시된 규칙은 무국적자 및 난민들을 위한 외교적 보호의 행사에 관한 것인데, 국제법의 점진적인 발전의 예라고 본다. 이는 명백히 *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States*에서 나타난 전통적인 입장²⁶⁰⁾에서 벗어나는 것이다. 무국적자 및 난민들에 대하여는 특히 2차 세계대전

257) 국제인권법상에서는 국적을 불문하고 대부분의 다른 구성원들과 구별되며 또한 수적으로 소수의 위치에 있는 사람들(people), 또는 그들에 의하여 구성되는 집단을 ‘소수자’(minority)라고 정의하여 난민을 포함한 외국인들, 무국적자들을 여기에 포함되는 것으로 보고 있다. 김부찬, 국제법상 소수자의 권리, 『동아시아 연구논총』 제8집(제주대학교, 1997), p. 2. 참조.

258) 초안 제1조(A/CN.4/506, p. 11.)

“In exceptional circumstances provided for in article 8, diplomatic protection may be extended to a non-national.”

259) 초안 제8조(A/CN.4/506, p. 57.)

“A State may exercise diplomatic protection in respect of an injured person who is stateless and/or a refugee when that person is ordinarily a legal resident of the claimant State(and has an effective link with that State?): provided the injury occurred after that person became a legal resident of the claimant State.”

이후에 많은 협약들이 채택되었다. 그러나 이들은 외교적 보호의 문제에 대하여는 다루지 않았다. 많은 학자들은, 일부 국가들이 난민들과 무국적자들을 보호할 위치에 있음이 분명하므로 이들을 간과하는 것은 수정되어야 한다고 주장하였다. 거주지가 국가에 대한 개인의 관계의 중요한 면이라는 점을 고려하면, 이란-미국 청구권법정의 법이론에서 입증된 바와 같이 적절한 국가는 거주국(State of residence)이다.²⁶¹⁾

제8조가 국제법의 점진적인 발달을 보여주는 것이라는 점에 대하여는 일반적으로 합의가 있다. 그와 같은 국제법의 점진적인 발달은 난민들과 무국적자의 어려움에 무관심할 수 없는 현시점의 국제법에 의하여 정당화될 수 있을 것이다. 제8조는 국제법의 기본적인 목표를 달성하는데 있어서의 외교적 보호제도의 역할, 정의에 기초를 둔 문명화된 공존의 목표를 재확인한 것이다. 그러한 범주에 있는 사람들은 전세계적으로 수백만을 넘기 때문에 무국적자와 난민들의 보호의 문제는 밀접하게 관련이 있다.

그러므로 무국적자와 난민 등과 특별한 상황에서 ‘국적에 대한 대안’(alternatives to nationality)이 있으며, 그들의 ‘습관적인 거주’가 ‘국적에 상응하는 개념’(parallel with nationality)가 될 수 있는지를 검토할 필요가 있다고 본다.²⁶²⁾ 이러한 점에서 위 제8조는 국제법의 점진적인 발달로 국적을 대신할 개념으로 ‘법적인 거주자’(legal resident)를 제시하였다는 점에서 의미가 있다.

무국적자와 난민에 대한 외교적 보호는 아직 시기상조라는 견해도 있지만²⁶³⁾,

260) “국가는 국적을 갖지 않고 있는 개인에 대하여 손해를 야기함으로써 국제적 불법행위를 범하는 것은 아니다. 따라서 어느 국가도 그러한 손해의 전후를 막론하고 그를 위하여 개입하거나 청구를 제기할 권한이 없다.” Para. 175(A/CN.4/506).

261) Para. 486(A/55/10).

262) Para. 487(*ibid.*).

263) 사실, 난민수용소를 설치한 국가나 난민, 무국적자들을 수용하는 국가에 대하여 추가적인 부담을 부과하는 것은 위험할 수 있다. 난민보호와 관련된 문제는 상황을 개선하려고 하다가는 더욱 더 나빠질 수 있다는 점이다. 국가들이 난민의 지위를 부여하는 것이 국적을 부여하는 첫 단계이고, 국가가 난민에게 외교적 보호를 행사하는 것이 사실상 개인에게 국적을

고전적인 의미에서의 난민의 지위는 박해나 충분한 근거가 있는 박해의 위협으로부터 개인을 보호하는 극히 중요한 무기이다. 국가에 대한 부담이 가중되면, 고전적인 체제를 유지하는 데에 이미 존재하는 심각한 어려움이 더욱 악화될 것이다. 그러나 외교적 보호가 개인의 권리가 아니라 국가의 자유재량이 폭넓게 인정된다면 위 ILC초안 제8조는 그러한 보호가 행사될 수 있는 조건과 관련하여 일부를 수정하기만 하면, 좀 더 잘 받아들여질 수 있을 것이다. 수용국에게 부여된 선택이 사실상 부담으로 바뀔 위험성이 있음에도 불구하고 거주국은 자신들의 영토에 있는 무국적자와 난민들을 위하여 외교적 보호를 행사할 권리를 부인당하여서는 안 된다고 본다. 그러한 권리는 자주 행사되지 않을지도 모른다. 그러나 일반적으로 유보되어서는 안 된다고 생각된다.

거주의 문제와 관련하여 외교적 보호를 요청하기 이전에 난민 또는 무국적자가 수용국에게 일정한 기간동안 계속적으로 거주할 것을 요하는 것이 필요하다고 견해도 있지만 대다수는 “실효적 유대” 요건을 선호한다.²⁶⁴⁾

난민의 지위가 인정되기 이전에 발생한 문제에 관련된 청구권에 관하여는 난민의 국적국에 대하여 외교적 보호가 행사되어서는 안 되며, 난민의 지위가 인정된 후에 국적국에 대한 청구권과 관련하여서만 외교적 보호가 주어져야 한다고 본다.

난민들에 대한 외교적 보호가 수용국들에게 줄 수 있는 부담에 대하여 우려하는 견해에서는 국제기구가 직원들에 대하여 기능적인 보호를 제공하는 것과 마찬가지로 방법으로 유엔難民高等辦務官(UN High Commissioner of Refugees: UNHCR)이 난민들에 대하여 ‘機能的 保護’(functional protection)를 제공하여야 한다고 주장되기도 한다.²⁶⁵⁾

인정하는 것을 암시하는 것이라고 판단될 경우 이는 난민의 지위를 인정하는 데에 또 다른 장애물이 될 것이다.

264) Para. 491(*ibid.*).

265) Para. 493(A/55/10).

그러므로 무국적자 및 난민에 대한 외교적 보호를 규정한 제8조에 대하여는 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다. 첫째, 수용국은 외교적 보호권을 보유하며, 이 문제에서 재량권을 가진다. 둘째, 개인들이 피난하고 있는 국가는 원래 그 개인이 속하였던 국가에 대하여 조치를 취할 수 있다는 규정은 없다. 셋째, 이 규정이 남용될 가능성은 거의 없다. 특정 국가에서 거주하는 무국적자 및 난민들은 거주국이 여행증명서를 발급해야 하기 때문에 자주 해외여행을 할 여지는 없다. 개인이 그러한 증명서를 사용하고 원래의 소속국가가 아닌 제3국에서 피해를 입었을 경우에만, 외교적 보호가 행사될 필요가 있을 것이다.²⁶⁶⁾

第4節 國籍의變動과 外交的 保護

국적은 혼인, 인지, 입양, 귀화 등 다양한 사유로 변동될 수 있으며, 그 자발성 여부에 따라 자발적 변동과 비자발적 변동으로 나눌 수 있다. 국적의 변동과 외교적 보호의 관계에 관하여 ILC초안 제9조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“ 1. 피해자가 손해를 입은 후에 선의의(bona fide) 국적변경이 이루어진 경우, 신국적국은 원래의 국적국이 국적변경이 이루어진 시점에서 피해자를 위하여 외교적 보호를 해오지 않았거나 하지 않는 경우 그 피해자의 손해구제를 위하여 외교적 보호를 행사할 수 있다.

2. 이 규정은 청구가 다른 국가의 국적을 가지고 있는 개인이나 개인들에게 선의로 양도되는 경우에도 적용된다.

3. 피해자의 국적이 변경되거나 타국 국민에게 청구권이 양도되는 것은 구국적국이

266) Para. 494(*ibid.*).

피해자가 자국민이었을 동안에 발생한 자신의 손해를 근거로 청구를 제기할 수 있는 권리를 해하지 않는다.

4. 新국적국은 피해자가 舊국적국의 국민이었을 때 입은 손해에 관하여는 舊국적국을 상대로 외교적 보호를 행사할 수 없다.²⁶⁷⁾

청구국적의 원칙은 피해자 개인이 가장 유리한 보호를 부여할 수 있는 국가로 국적을 변경함으로써 강대국들이 “請求機關”(claim agencies)으로 활용되는 것을 금지하고자 하는 데 있다.²⁶⁸⁾

그러나 전통적 견해는 외교적 보호제도의 기초가 되어 온 바텔의 擬制와 ‘국적계속의 원칙’이 반드시 양립 가능한 것은 아니라는 점을 비롯하여,²⁶⁹⁾ 여러 가지 이유에서 비판을 받아 왔다. 이러한 비판을 고려하여 ILC는 전통적 견해에 대하여 재검토하고 외교적 보호의 최종적 수혜자로서의 개인의 지위를 강화할 수 있는 보다 탄력적인 규칙을 채택할 필요가 있다고 보았다.²⁷⁰⁾

267) 초안 제9조(A/CN.4.506/Add. 1, p. 2.)

“1. Where an injured person has undergone a bona fide change of nationality following an injury, the new State of nationality may exercise diplomatic protection on behalf of that person in respect of the injury, provided that the State of original nationality has not exercised or is not exercising diplomatic protection in respect of the injured person at the date on which the change of nationality occurs.

2. This rule applies where the claim has been transferred bona fide to a person or persons possessing the nationality of another State.

3. The change of nationality of an injured person or the transfer of the claim to a national of another State does not affect the right of the State of original nationality to bring a claim on its own behalf for injury to its general interests suffered through harm done to the injured person while he or she was still a national of that State.

4. Diplomatic protection may not be exercised by a new State of nationality against any previous State of nationality in respect of an injury suffered by a person when he or she was a national of the previous State of nationality.”

268) Para. 168(A/56/10).

269) Para. 184(*ibid.*).

270) *Ibid.*

특별보고자는 국적의 ‘비자발적’ 변경 시에 예외적으로 외교적 보호를 인정하는 전통적인 견해는 불충분하다는 점을 지적하였다. 따라서 특별보고자는 舊국적국에 의하여 피해자의 손해에 대한 구제를 위하여 외교적 보호가 이루어져 오지 않았거나 이루어지지 않고 있는 경우에 한하여 舊국적국 이외의 국가에 손해가 귀속되는 시점 이후에 그 국가가 ‘선의로’(in good faith) 자산의 국적을 취득한 피해자를 위하여 청구를 제기할 수 있도록 하는 새로운 방법을 채택하고 전통적인 규칙을 폐기하는 방안을 제안하였다.²⁷¹⁾

핵심 쟁점은 ‘외교적 보호’와 국제법상 ‘개인의 보호’와의 관계이다. 새로운 방안을 지지하는 견해는 ‘국적계속의 원칙’이 국제법에 의하여 ‘개인의 권리’가 인정되고 있는 오늘날 세계에서 그 유용성이 상실되었다고 주장한다. 외교적 보호를 행사하는 국가는 그 자신의 권리가 아니라 개인의 권리에 대한 존중을 추구한다는 견해도 있다. 그리하여 이 견해는 청구시의 국적만이 문제가 된다고 주장한다.²⁷²⁾

그러나 국적계속 원칙은 아직도 유효하다는 견해가 유력하다. 개인을 보호함에 있어서 국가는 피해자의 ‘인권’을 반드시 고려해야 하는 반면에 ‘외교적 보호’는 그 자체로서는(perse) 인권 보호를 위한 제도는 아니다. 그리고 외교적 보호가 본질적으로 국가의 재량에 의존하고 있는 특성을 감안할 때 외교적 보호는 인권 보호를 위한 최선의 제도가 아니다. 주로 조약에 의거하고 있는 현대의 외교적 보호는, 국가간의 관계에 있어서 “立法者”(legislator)로서의 국가의 역할과, 당해 권리의 궁극적 보장자로서의 국가의 역할이 서로 분리될 수 없는 국가간의 ‘교섭 절차’(process of negotiation)에 크게 의존하고 있다는 점도 지적되고 있다. 문제는 양자간의 미묘한 균형을 해하지 않으면서 어떻게 개인의 권리와 국가의 권리를 보장하는가 하는 것이다.²⁷³⁾

271) Para. 174(*ibid.*).

272) Para. 175(*ibid.*)

273) Para. 176(*ibid.*)

나아가 바람직하지 못한 결과를 배제할 수 있는, 보다 탄력적인 규칙이 정립되어야 한다는 데 대해서는 합의가 이루어졌다. 특별보고자의 제안을 지지하는 위원들이 이를 위해서는 규칙 자체의 변경을 필요로 한다는 입장임에 반하여, 대부분의 위원들은 개인이 달리 국가에 의한 보호를 받을 수 있는 가능성이 없는 경우에 일정한 예외를 인정한다는 조건하에 전통적인 규칙을 유지하는 방식의 중도적인 입장을 선호하고 있다.²⁷⁴⁾ 그러한 예외로서는 국가승계, 혼인, 그리고 입양 등에 의한 피해자의 ‘비자발적 국적 변경’(involuntary change of nationality)과 관련되어져야만 한다는 제안과 相續과 代立에 의하여 청구인의 국적이 달라진 경우에도 확대되어야 한다는 제안이 있었다. 그리고 무국적자와 ‘국가의 해체 또는 분할’(dissolution or dismemberment)로 인하여 원래의 국적국의 소멸됨으로써 ‘國籍繼續의 原則’을 적용할 수 없는 경우에도 추가적으로 예외가 인정되어야 한다는 제안도 있었다. 그러나 국적의 ‘自發的’(voluntary) 변경과 ‘비자발적’(involuntary) 변경의 구별이 모호하다는 지적도 있었다.²⁷⁵⁾

2항에서, 법인간의 ‘請求權의 讓渡’(transfer of claims)와 자연인간의 양도 사이에 구분이 이루어져야 하며, 법인들의 경우는 이 조항의 적용이 배제되어야 한다는 제안이 있다. 특별보고자는 법인의 경우에 적용되는 ‘국적계속의 원칙’과 ‘청구권의 양도가능성’(transferability of claims)에 관한 특별한 조항을 마련할 의사가 있음을 밝혔다.²⁷⁶⁾

274) Para. 177(*ibid.*)

275) *Ibid.*

276) Para. 179(*ibid.*).

第5節 脱北者 問題에 대한 檢討

1. 問題의 提起

탈북자는 북한을 이탈하여 제3국에 체류하거나 제3국의 협조를 받아 국내에 귀순하는 북한주민을 말하며,²⁷⁷⁾ 북한이 중국과 국경을 마주하고 있는 관계로 현재 탈북자의 대부분은 중국의 동북 3성²⁷⁸⁾에 체류하고 있는 실정이다. 현재 탈북하여 중국내에 머무르고 있는 사람의 수는 상당한 것으로 추정되고 있다.²⁷⁹⁾ 이들은 일시적으로 식량을 구한 후 다시 북한으로 돌아가기도 하고, 아예 북한으로 돌아가지 않으면서 일정한 거처없이 중국내를 떠돌아 다니기도 한다. 그리고 그 중 일부는 여러 경로를 통하여 한국으로 입국하고 있으며, 그 숫자도 적지 않다.²⁸⁰⁾

국제법상으로 볼 때 탈북자들은 대한민국이 아닌 북한국적을 지닌 제3국인으로 볼 여지가 많다. 大韓民國憲法 제3조²⁸¹⁾의 규정 및 대법원판결²⁸²⁾의 해석상으로는 북한주민이 대한민국의 국적도 가지는 것이라고 주장할 여지가 있지만 이 경우에도 중국은 진정한 관련 또는 실효적이고 지배적인 국적을 승인할 수 있으므로 국제법상 대한민국이 탈북자 문제에 적극적으로 관여할 수 있는 근거는 약

277) 오윤경 외 20인, 「현대국제법」(서울: 박영사, 2000), p. 194.

278) 길림성, 요녕성, 흑룡강성을 말한다.

279) 통일부가 2002. 2. 국회에 제출한 자료에 따르면 탈북자 규모에 관하여 중국정부가 1만명 이하, 우리 정부가 2만 내지 3만명, 유엔난민고등판무관실(UNHCR)이 3만명 정도로 추산하고 있다고 한다. 그리고 국내 NGO인 '좋은 벗들'은 중국내 탈북자 규모를 20만 내지 30만명으로 추산하고 있다. 한겨레신문, 2002. 3. 14. 자 사회면 참조.

280) 2001년 한 해 동안 우리나라에 온 탈북자 수는 583명이라고 하며, 이는 해를 더할수록 증가 추세에 있다고 한다. 한겨레신문 2002년 1월 3일자 정치면 기사 참조.

281) 헌법 제3조(영토)는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”라고 규정한다.

282) 대법원은 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하여 중국 주재 북한대사관으로부터 북한의 해외공민증을 발급받은 자라 하더라도 북한지역 역시 대한민국 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미치지므로 북한주민도 대한민국국민이라고 판시한 바가 있으나 국제법상의 이론으로는 다소 무리가 있는 것으로 보인다. 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결 참조.

한 것이 사실이다.

그러나 남북한은 지리적, 문화적, 인종적으로 동질성이 세계의 그 어느 지역보다도 밀접하고, 남북한은 현재 停戰狀況이므로 남북한을 국제법상 완전한 별개의 국가로 보는 것은 지나치게 형식논리라 아니할 수 없다. 그러므로 탈북자의 문제는 단순히 북한과 중국의 문제만은 아니다. 그렇다면 대한민국이 탈북자문제에 관여할 수 있는 근거는 무엇인가가 문제된다.

2. 中國의 立場

중국은 이들 중국내 탈북자들을 밀입국한 불법체류외국인으로 파악한다. 영토국은 불법체류외국인을 추방 또는 強制退去시킬 수 있다. 그리고 중국과 북한은 출입국문제를 규율하기 위한 조약²⁸³⁾을 체결하여 시행하고 있다. 그리하여 중국은 1951년 「난민의 지위에 관한 협약」(Convention Relating to the Status of Refugees) 및 1967년 「난민의 지위에 관한 의정서」(Protocol relating to the Status of Refugees)의 당사국이면서도 탈북자들에 대하여 난민의 지위를 인정하는 바는 없다. 중국은 위 난민협약 및 난민의정서상의 규정을 가장 엄격하게 해석하여 주로 정치적 난민만을 난민으로 인정하고 있으므로 탈북자들에 대하여는 난민의 지위를 인정할 수 없다는 입장이다. 그리고 탈북자의 처리문제는 중국의 주권사항으로서 중국과 북한이 해결할 문제이며, 제3국 정부나 국제기구가 관여할 사항이 아니라는 입장을 견지하고 있다.

그리하여 중국은 지금까지 난민의 지위인정여부가 문제가 된 몇 건의 탈북자 사건 처리에 있어서 난민의 지위를 인정하지 않고 탈북자를 제3국 추방이라는 형식으로 해결해온 바 있다.²⁸⁴⁾

283) 1986년 체결된 중, 북한 변경지역 관리에 관한 의정서가 그것이다. 이 의정서 제4조에 의하면 중국과 북한은 서로 주민의 불법월경방지를 위하여 협력한다고 규정되어 있다. 오윤경 외 20인, 전게서, p. 198-209. 참조.

3. 難民概念의 擴大 및 脫北者에 대한 保護

난민협약 및 난민의정서가 채택된 이후 대규모의 인권침해, 무력충돌 등 난민이 발생하는 모습은 매우 다양하게 변모하고 있으며, 이들도 역시 보호할 필요성이 있다는 국제사회의 공감대가 넓어지고 있다. 1969년 체결된 ‘아프리카의 난민문제에 관한 OAU협정(Organization of African Unity)’과 1984년 중남미 콜롬비아에서 채택된 ‘난민에 관한 Cartagena 선언’은 난민의 정의를 폭넓게 규정하고 있다. 그리고 UNHCR의 실제관행도 1960년대부터 아프리카 등지에서 대규모로 발생하고 있는 경제적 난민, 환경난민 또는 전쟁난민들을 사실상 난민으로 간주하고 구호 및 원조를 제공하여 왔다.²⁸⁵⁾

이와 같이 탈북자들은 엄격한 의미에서 난민협약상의 난민은 아니라고 할지라도 광의의 난민에 속한다고 보아야 할 것이다. 탈북자들이 경제적인 이유에서 북한을 이탈하였다고 하더라도 강제송환되는 경우에는 박해가 예상된다는 점에서 인도적으로 보호되어야 하며 재난이 발생한 북한으로 되돌려 보내져서는 안 될 것이다. 그리고 이러한 이유에서 정치적 난민으로 인정될 여지도 있을 것이다. 탈북자들에게도 난민의 지위가 인정될 경우에는 ILC초안 제8조의 규정에 따라 탈북자들이 거주하는 중국이 탈북자들에 대한 외교적 보호를 행사할 여지도 있을 것이나 중국은 이에 나서지 않을 것이다. 탈북자들은 여러 경로를 통하여 대한민국에 들어오고 있으며, 많은 탈북자들이 중국내의 대사관등에 진입하여 한국행을 요구하고 있다.²⁸⁶⁾ 앞서 살펴 본 바와 같이 대한민국의 헌법이 북한도 대한민국의 영토에 속한다고 규정하고 있으며, 대법원은 북한주민이 대한민국의 국

284) 예를 들어 2001년 6월 장길수 가족이 베이징 주재 UNHCR에 들어가 망명을 요구한 사건 및 2002. 3. 14. 탈북자 25명이 베이징 주재 스페인 대사관에 진입하여 한국행을 요구한 사건에서 중국은 제3국인 필리핀으로의 추방형식으로 서울행을 허용하였다. 한겨레신문, 2002. 3. 18. 자 사회면 참조.

285) 오윤경 외 20인, 전거서, p. 202.

286) 한겨레신문 2002. 6. 11. 자, 정치면 기사 참조.

민임을 선언하고 있는 점, 남북한이 현재 정전상태로서 궁극적으로는 평화적인 통일을 지향하고 있는 점 등에 비추어 보면 대한민국이 탈북자들에 대하여 외교적 보호권을 행사하는 것은 충분히 이론적으로 근거를 가진다고 본다. 대한민국이 북한국적자들을 일반적인 외국인과 동일하게 취급하는 것은 지나치게 형식논리에 치우친 것이라고 본다. 이러한 사정은 국제법상으로도 충분히 고려되어야 된다고 본다.



第 5 章 結 論

외교적 보호는 국제적인 조약이나 최소한의 정의의 기준에서 발생하는 개인의 다양한 이익들을 보장하는 수단이다. 외교적 보호는 국가의 경계를 넘는 사람, 상품, 자본, 용역의 이동을 용이하게 하여 개인의 자유를 확대하는데 특별히 도움이 될 수 있다. 이와 같이 외교적 보호는 국제적인 경제적 교류를 증대하는 이점이 있다. 자국민을 보호할 국가의 권리는 개인에게 이익을 부여하는 조약이나 관습국제법을 무시하기 쉬운 국가에 대한 경고의 기능을 할 수 있다. 이는 특히 해외에 있는 개인의 처우에 특히 긍정적으로 작용할 수 있다. 보호의 전제조건, 특히 국내구제의 원칙, 그리고 보호의 수단에 대한 다양한 법적인 제한은 강대국들이 이 제도를 지나치게 자주 사용하거나 남용하는 것을 막아준다.

법인의 외교적 보호에 있어서 전통적인 설립지주의에 따른 외교적 보호만으로는 실질적인 법인의 소유자인 주주에 대한 보호에 미흡한 감이 없지 않다. 그러나 법인의 국적에 대한 개념을 확대하는 것에도 일정한 한계가 있는 만큼 법인의 국적국이 외교적 보호권을 행사할 수 없는 경우, 주주권이 직접적으로 침해된 경우 등 예외적인 경우를 제외하고는 주주의 국적국에 대하여 외교적 보호권을 인정하기는 어려울 것으로 보인다.

전통적인 외교적 보호제도는 국가만이 국제법의 주체이며 개인 또는 기업의 국제법주체성을 인정하지 않는 데서 출발한다. 그러나 전통적인 외교적 보호제도의 개념에 대한 반성아래 최근에 한정된 범위 내이기는 하지만 개인 및 기업의 국제법주체성을 인정하려는 노력이 보이고 있다. BIT와 ICSID 등은 다국적기업과 국제투자를 보호하기 위하여 자본수출국의 주도로 이루어진 국제적인 노력의 산물인바, 이러한 국제적 보호장치로 인하여 외교적 보호의 법적 근거인 국적의 중요성은 상대적으로 감소하였다고도 볼 수 있다. 그러므로 다국적 기업과 국제

투자분야에서의 외교적 보호를 둘러싼 국제관습법의 발달은 여전히 미약한 반면에, 실질적으로는 국제적인 보호장치가 상당히 발달하여 외교적 보호의 한계로 인한 문제는 어느 정도로 개선되었다는 점을 지적할 수 있다.

그러나 전통적인 외교적 보호제도는 상당한 결함을 가지고 있는 것도 사실이다. 국내구제완료의 원칙은 국가가 외교적 보호를 행사하는데 장애요소가 된다. 청구국적계속의 원칙은 많은 무국적자를 보호받지 못하도록 한다. 청구국적계속의 원칙은 상당한 수의 개인들에게 많은 어려움을 줄 수 있다. 그러한 점에서 ILC초안이 무국적자 및 난민에 대하여 외교적 보호 또는 인권보호의 차원에서 국적을 대신할 수 있는 고려요소로 들고 있는 “합법적 또는 습관적인 거주”에 대하여 긍정적으로 검토해볼 필요가 있다고 본다.

ILC초안의 입장은 특별보고자가 지적한 바와 같이, 외교적 보호제도가 인권보호를 위한 수단으로 채용될 수 있으며, 현재 등장하고 있는 다양한 분쟁해결제도에 불구하고 외교적 보호제도는 여전히 중요한 의미를 갖는다는 전제에서 출발한다. 이는 일정한 전제를 달기는 하였지만 국가가 외교적 보호를 행사할 의무를 부담하고, 무국적자와 난민에 대하여도 외교적 보호를 행사할 수 있는 근거를 두고 있으며, 국적의 변경이 있는 경우에 일정한 조건 아래 신국적국이 외교적 보호를 할 수 있다고 규정한 점에서 분명하게 드러난다.

이와 같은 ILC초안의 입장은 현단계에서는 불가피한 것으로 보인다. 20세기 들어 국제인권법 및 개인의 권리구제를 위한 인권보호체제가 발달하기는 하였지만 아직도 개인은 국제적인 차원에서 실제적인 권리를 보장받을 만한 만족스러운 절차적인 지위를 갖지 못하고 있다. 따라서 한정된 범위에서나마 인권보호체제를 외교적 보호제도에 편입하려는 ILC초안의 입장은 정당성을 가질 수 있다고 본다. 특히 외교적 보호제도를 통하여 무국적자 및 난민을 보호하려는 ILC초안의 입장은 지지되어야 할 것으로 생각된다.

외교적 보호가 인권협약의 발달을 통하여 상당부분 불필요하게 될 것이라는

희망은 아직까지 실현되지 못하였다. 현실적인 관점에서 본다면, 이러한 조약들은 개인들에게 새롭고 매우 근본적인 실체적 권리를 부여하는 것이나 그들의 본국이 부여하는 외교적 보호를 대체할 정도의 권리구제절차를 제공해주지는 않는 것이 현실이다. 이러한 조약들은 모든 개인들에게 국적을 불문하고 새로운 형태의 인도적인 지원이나 보호를 부여할 권리를 모든 국가당사자들에게 인정할 뿐이다. 대부분의 조약에서 조약의 장치가 부적당하며, 국가당사자들은 일반적으로 그러한 부적당한 장치마저도 이용하려고 하지 않는다.

외교적 보호가 허용되는가 그리고 어느 정도 허용되는가, 그리고 주어진 사안에서 어느 정도의 배상이 적당한가 하는 문제에 관하여 쉬운 해답은 없다. 아직까지 모든 국가들이 자신들의 관련 분쟁을 독립적이고 중립적인 기관의 구속력이 있는 결정을 통하여 평화적으로 해결해야 한다는 일반적인 의무도 없다. 그러므로 청구국 및 피청구국은 종종 사안의 결과가 당사자간의 상대적인 힘에 의존하게 되는 결과가 될 수도 있다.

한편으로는 개인들이 적절한 보호를 받지 못한다고 주장이 있는가 하면, 다른 한편으로는 강대국, 특히 초강대국들이 외교적 보호가 아닌 다른 수단으로 목적을 달성할 가능성이 있는 주장도 있다. 외교적 보호의 수단으로서의 해상시위 및 봉쇄는 과거의 일처럼 보이지만, 경제적 위협, 힘의 정치, 침략의 위협성 기타 다른 형태의 제국주의는 아직 완전히 사라진 것이 아니다. 그러나 오늘날의 세계에는 외교적 보호의 행사로 인하여 생기는 문제보다는 마땅히 외교적 보호를 행사하여야 할 상황에서 이를 하지 않음으로써 생기는 문제가 많은 것은 아닌가 하는 생각이 든다.

ILC초안은 단순히 전통적인 외교적 보호제도의 내용과 개념을 확인하는데 그치지 않고 문제점을 지적하고 적용범위 및 실효성을 확대, 강화할 수 있는 내용, 예를 들면 무국적자와 난민에 대한 보호와 같이 전통적인 외교적 보호제도와는 다른 형태의 인권보호체제를 외교적 보호제도에 포함하려는 노력을 하고 있다. 이는 결

국 외교적 보호에 관한 국제법의 점진적 발달을 위한 시도이며, 앞으로 그 발전의 방향을 주시할 필요가 있다고 생각된다. 이상과 같이 외교적 보호제도는 여러 가지 단점에도 불구하고 인권보호체제를 포함하는 방향으로 발전하면서 외국에서의 개인의 법적 지위를 개선하는 불가결한 수단으로 남을 것으로 보인다.



參 考 文 獻

(1) 國內文獻

1) 單行本

- 金大淳, 「國際法論」 제6판, 서울: 三英社, 2001.
- 金正均·成宰豪, 「國際法」 제3개정판, 서울: 博英社, 2000.
- 朴基甲(編), 「21세기 국제인권법의 과제와 전망」, 서울: 삼우사, 1999.
- 吳潤卿 外 20人, 「現代國際法」, 서울: 博英社, 2000.
- 柳炳華 外 2人, 「國際法 I」, 서울: 法文社, 1999.
- 柳炳華 外 2人, 「國際法 II」, 서울: 法文社, 2000.
- 李錫龍, 「國際法」 전정판, 서울: 세창출판사
- 張孝相, 「新稿 國際經濟法」, 서울: 법영사, 1998.
- 全淳信(編), 「判例研究 國際司法裁判所(I)」, 서울: 세종출판사, 1999.
- 崔昇煥, 「國際經濟法」, 서울: 법영사 1998.

2) 論文

- 金富燦, “國際企業의 國際法主體성과 外交的 保護制度”, 「國際法學會論叢」 제44권 제2호(통권 제86호), 1999. 12.
- _____, “외교적 보호에 관한 연구”, 대한국제법학회 외교통상부 연구용역 결과 보고서, 2001. 9.
- _____, “外交的 保護制度和 國內救濟完了의 原則”, 「國際法學會論叢」 제46권 제3호(통권 제91호), 2001. 12.

- _____, “國際慣習法上 外交的 保護制度에 관한 考察”, 「法學研究」 제42권 제1호 (통권 제50호), 釜山大學校, 2001. 12.
- 金奭賢, “人權保護를 위한 安保理의 介入”, 「國際法學會論叢」 제40권 제1호(통권 77호), 1995. 6.
- 金楨鍵, “企業에 대한 外交的 保護權 設定의 國際法的 基準에 관한 研究”, 「國際法學會論叢」 제34권 제1호(통권 제65호), 1989. 6.
- 朴基甲, “국가승계가 자연인의 국적에 미치는 영향(UN 국제법위원회의 최근 작업 결과를 중심으로)”, 「國際法學會論叢」 제46권 제3호(통권 제91호), 2001. 12.
- 張孝相, “難民의 法的 地位와 處遇”, 「國際法學會論叢」 제26권 제1호(통권 제49호). 1981. 10.
- 張福姬, “國際法上 難民保護와 그 問題解決”, 「國際法學會論叢」 제42권 제2호(통권 제82호), 1997. 12.
- _____, “現代 國際法에서의 人道的 干涉의 適法性”, 「國際法學會論叢」 제44권 1호(통권 제85호), 1999. 6.
- 鄭印燮, “無國籍者 地位에 관한 協定의 연구”, 「國際法學會論叢」 제35권 제2호(통권 제68호), 1990. 12.
- 朱東錦, “船舶의 國籍과 便宜置籍 문제”, 「國際法學會論叢」 제38권 제2호(통권 제74호), 1993. 12.

3) 學位論文

- 金民瑞, “多國籍企業의 國籍과 管轄權에 대한 國際法的 研究”, 博士學位論文, 延世大學校 大學院, 1999. 12.
- 李甲株, “國際法上 外國人의 人權에 관한 研究”, 博士學位論文, 圓光大學校 大學院, 1988.

(2) 外國文獻

1) 公文書

International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, 1964, 1970.

UN General Assembly, ILC Report on the Work of its Fifty-second Session(Official Records Fifth-fifth Session, Supplement No. 10(A/55/10)), 2000.

UN General Assembly, Report of the ILC, Fifty-third Session(Official Records Fifty-Sixth Session, Supplement No. 10(A/56/10)), 2001.

UN General Assembly, First Report on Diplomatic Protection by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur(ILC, Fifty-second Session (A/CN.4/506)), 2000.

UN General Assembly, Second Report on Diplomatic Protection by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur(ILC Fifty-third Session(A/CN.4/514)), 2001.

2) 單行本

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law, Fifth Edition*, Oxford: Oxford University Press, 1998.

De Cuéllar, Javier Pérez, *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, 3rd ed., Kluwer Academic Publishers, 1988.

Geck, W.K., "Diplomatic Protection," in B. Rudolf (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, Amsterdam: North-Holland, 1987.

Hansen, Randall and Weil, Patrick, *Towards a European Nationality Citizenship, Immigration and Nationality Law in the EU*, New York: Palgrave, 2001.

Harris, Brett, *Blond's International Law*, Second Edition, Sulzburger and Graham

- Publishing, Ltd., 1995.
- Higgins, Rosalyn, *Problems and Process*, New York: Oxford University Press, 1994.
- Lauren, Paul Gordon, *The Evolution of International Human Rights*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998.
- Lillich, Richard B., *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester University Press, 1984.
- Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised ed., London and New York: Routledge, 1997.
- Randelzhofer, Albrecht, "Nationality", in R. Bernhardt(ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Installment 8, Amsterdam: North-Holland, 1981.
- Randelzhofer, Albrecht and Tomuschat, Christian(Eds.), *State Responsibility and the Individual*, Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Trindade, A.A. Cançado, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: its Rationale in the international Protection of Individual Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 1983.
- Weis, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, Maryland: Sijthoff & Noordhoff, 1979.