

국제법상 개인의 청구권과 외교적 보호

김 부 찬*

목 차

- I. 서 론
- II. 외교적 보호제도
- III. 외교적 보호와 개인의 청구권
- IV. 개인의 청구권과 한·일간의 문제

I. 서 론

국제법상 국가는 자국민이 외국에서 입은 손해에 대하여 적절한 구제가 이루어지지 않는 경우 국제적 청구 등의 조치를 취할 수 있는 권리를 인정 받아 왔다. 이러한 권리를 '외교적 보호권'(right of diplomatic protection)이라고 한다. '외교적 보호'는 개인의 국제법상 청구권이 인정되지 않는 현실에서 자국민의 개인적인 손해를 자신의 손해로 간주하여 외국을 상대로 국제적 책임(international responsibility)을 추궁하기 위한 수단으로 활용되어 왔다. 그 동안 외교적 보호제도는 국제사회에 있어서 계속적인 상호의존의 중대, 인권 보호체제의 발달, 그리고 개인의 국제법주체성을 제고하려는 시도 등에 의하여 몇 가지 중요한 변화가 야기되어 왔다.

우리나라의 경우, 일제시대에 일본 당국에 의하여 강제노역에 동원되었거나 정신대로 끌려갔던 피해자들이 일본에 대하여 국제책임을 추궁하는 문제가 아직도 미해결의 과제로 남아있다. 이는 한국 정부의 자국민에 대한 외교적 보호와 깊이 관련된 문제이기도 하다.

* 제주대학교 법학부 교수

본 논문은 국제법상 외교적 보호제도의 의의 및 변화 과정을 검토하고 국제법상 개인의 청구권과 관련된 문제를 검토하고자 한다. 이를 통하여 일본에 대한 배상청구권 행사 등 한·일간 과거 청산과 관련하여 필요한 대응논리를 수립하는 데 기여할 수 있을 것으로 사료된다.

II. 외교적 보호제도의 의의

1. '외교적 보호'의 의의

1) 서설

지배적 관행 및 관례에 의하면 '외교적 보호'는 "개인들을 위하여 국가에 의하여 국제법을 위반한 다른 국가를 상대로 행해지는 보호"로 정의되어진다. 외교적 보호제도는 국제관습법상 확립된 제도임에도 불구하고 여전히 많은 논쟁점이 남아있는 분야이기도 하다.¹⁾

외교적 보호의 대상이 되는 개인은 자연인과 법인을 불문하고 '私人'(private individual)을 의미하며, 국가원수, 외무장관, 외교관, 그리고 영사 등의 국가기관은 제외된다. 국가나 국가기관에 대하여 직접 손해를 야기하는 행위는 외교적 보호에 의한 해결 대상이 아니라 바로 국제적 책임을 추궁할 수 있는 국제위법행위를 구성한다. 이처럼 양자의 기본적인 차이는 '국내구제의 원칙'(local remedies rule)의 적용 여부에 있다.

원래 외교적 보호제도는 외국에 체류하고 있는 자국민이 현지 체류국에 의하여 그 권익이 침해되는 경우에 '피해자의 국적국'(national State of the injured)²⁾이 외교적 수단을 통하여 그 구제를 청구할 수 있는 권리가 인정된다는 것으로, 오랫동안 주로 자연인에 대하여 적용되어 왔다. 그러나 법

1) R. B. Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester: Manchester University Press, 1984, p. 1.

2) '國籍國'을 '사국'이라고도 한다. 그러나 '多國籍企業'(transnational corporations)의 경우 '子會社'(subsidiary company)의 소재지국을 '受容國'(host State)이라고 하며 그 '本社'(mother company)의 국적국을 흔히 '본국'(home State)으로 부른다. 김부찬, "국제기업의 국제법주체성과 외교적 보호제도," 『국제법학회논총』, 제44권 2호, 1999, 12, p. 18 참조.

인의 해외활동이 이루어지고 다국적기업에 의한 해외투자 활동이 활성화되면서 법인, 특히 다국적기업에 대한 외교적 보호 문제가 국제법의 중요한 과제로 등장하게 되었다.

외교적 보호제도는 국제법상 개인 스스로가 자신의 권익을 보호하거나 실현하기 위하여 국제적 절차를 이용할 수 있는 능력이 부인되거나 극히 제한되어 왔다는 사실에 기초하여 인정되어 온 것이다. 어느 국가도 타국의 국제법 위반행위에 의하여 손해를 입은 경우에는 국제적인 청구를 통하여 법적 구제를 받을 수 있다. 그러나 국가가 타국의 국제법위반행위에 의하여 직접 손해를 입은 경우에는 바로 국제적 청구에 의하여 가해국의 책임을 추궁할 수 있는 데 반하여, 자국민이 외국에 의하여 손해를 입은 경우에는 그 본국이 곧바로 가해국의 국제책임을 추궁할 수 없다고 본다. 왜냐하면 개인이 외국에 나가서 거주하게 되는 경우 일단 그 국가의 법체계에 따라야 하는 의무도 생기는 것이 원칙이기 때문에,³⁾ 개인이 손해를 입은 경우에 그에 대한 구제도 일단 현지 가해국의 국내법에 따라서 이루어져야 하는 것이다.

가해국이 외국의 개인에게 야기한 손해에 대하여 위법행위에 따른 국제책임을 지는 경우 피해자의 국적국이 피해자를 위하여 외교적 보호권을 행사할 수 있기 위해서는 적어도 다음과 같은 조건이 충족되어야 한다: ① 가해국의 국제법 위반행위에 의하여 개인의 손해가 발생한 것이어야 하며, ② 외교적 보호를 행하는 국가와 그에 의하여 피해 구제를 받게 되는 개인은 위법행위에 의한 손해가 발생한 시점부터 최소한 청구가 제기되는 시점에 이르기까지 동일한 국적으로 연결되어야 하며, 그리고 ③ 외교적 보호권이 발동되기 전에 앞서 피해자가 가해국의 국내법상 활용할 수 있는 모든 구제절차를 완료하여야 한다는 것 등이다.

①의 조건은 국가의 국제위법행위에 따른 책임이 성립하기 위한 당연한 조건이며, ②, ③ 등의 조건이 개인의 손해에 대하여 국가가 국제적으로 가해국의 책임을 추궁하기 위한 외교적 보호가 행사될 수 있도록 하기 위한 전제조건(pre-requisite)이 되는 것이다. 이 때 ②의 조건을 '청구국적계속

3) David R. Mummery, "The Content of The Duty To Exhaust Local Remedies," *American Journal of International Law*, Vol. 58, 1964, p. 390.

(continuous nationality of the claims)의 원칙' 또는 '국적계속의 원칙'(principle of continuous nationality)이라고 하며, 3의 조건을 '국내구제완료의 원칙'(principle of exhaustion of local remedies)이라고 한다.

1924년 초에 *Mavrommatis Concessions cases*의 첫 판결에서 '상설국제사법재판소'(PCIJ)는 타국의 국제법 위반행위에 의하여 손해를 입은 자국민을 보호할 수 있는 국가의 권리를 '국제법의 기본원칙'(an elementary principle of international law)으로 규정한 바 있다.⁴⁾

2) 외교적 보호의 기초

(1) 가해국의 국제책임(international responsibility)

'외교적 보호'는 어느 국가가 외국인에 대한 국제위법행위로 인하여 책임을 지는 상황에서 이루어지는 것으로서 국가의 '국제책임' 또는 '국가책임' 이론과 밀접하게 관련되어 있다. 따라서 이는 '외국인의 손해에 대한 국가책임'(State responsibility for injuries to aliens)의 문제로 처리될 수도 있다.⁵⁾

외교적 보호가 이루어지기 위해서는 국제책임이 성립되어야 하며, 이를 위해서는 국제위법행위가 행해져야만 한다. 국가의 국제책임이 성립되기 위해서는 객관적인 요소와 주관적인 요소 등 두 가지 요소가 충족되어야 한다. 첫째로 '객관적 요소'(objective element)는 국제위법행위를 의미하며, 이는 국제법상의 의무위반 또는 불이행에 해당하는 국가의 작위(act) 또는 부작위(ommission)를 말한다. 둘째로, '주관적 요소'(subjective element)는 실제 위법행위자와 국가 사이에 특별한 연결 관계가 있음으로써 그 행위의 결과가 국가 자신의 행위로 인정될 수 있어야 한다는 점이다. 이를 '귀속성'(attributability or imputability)이라고 한다.⁶⁾

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

5) Para. 33(*First Report on Diplomatic Protection* by Mr. John R. Dugard, Special Rapporteur, A/CN.4/506): R.B. Lillich, "The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens," in R.B. Lillich (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Charlottesville: University Press of Virginia, 1983, pp. 1-3.

6) I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 436-438; Lung-Chu Chen, *An Introduction to Contemporary International Law*, New Haven and London: Yale University Press, 1989, pp. 407-408.

(2) 청구국의 간접손해(indirect injury)

외교적 보호제도는, 국기의 손괴, 대사관에 대한 약탈, 영토에 대한 침략, 영해의 오염, 영역 내에서의 외국의 강제조치의 집행, 국가면체의 침해 등 국가에 대하여 '직접적 손해'(direct injury)를 야기하는 경우와는 달리 개인이 다른 국가의 국제위법행위에 의하여 손해를 입은 경우에도 국가가 이를 근거로 자국민을 위하여 국제적인 청구를 제기할 수 있는 권리가 인정된다는 것이다. '청구국'(claimant State)은 '실제로는' 사인에게 발생한 손해를 근거로 외교적 보호권을 행사하는 것인데, 이 때 국가는 사인의 손해가 곧 국가 자신의 손해를 구성한다고 하는 '擬制'(fiction)를 기초로 '피청구국'(respondent State), 즉 가해국에 대하여 국제책임을 추궁하는 것으로 이해되어 왔다. 이와 같이 사인의 손해를 통하여 국가가 손해를 입는 것을 '간접적 손해'(indirect injury)라고 한다.⁷⁾ 이러한 '의제'와 이를 기초로 발달되어 온 외교적 보호제도는 특히 개인의 국제법적 지위나 능력이 부인되거나 극히 제한되고 있던 시대적 상황 속에서 성립되어 온 것이기 때문에, 오늘날 개인의 국제법적 능력이 크게 제고되고 있는 현실에서는 그 존재근거(*raison d'être*) 및 역할에 대한 재검토가 필요하다는 주장이 제기되기도 한다.⁸⁾

(3) 국적(nationality)

국제관습법상 국가들은 자신과 특별한 관련을 맺고 있는 개인들에 대해서만 외교적 보호를 행사할 수 있다. 이와 같이 국가와 개인간의 특별한 관련, 즉 국제법의 목적상 개인이 어느 국가에 속함을 인정하는 지위를 '국적'(nationality)이라고 한다.⁹⁾ *Panevezys-Saldutiskis Railway case*에서 PCIJ는 다음과 같이 판시하였다:

“개인을 위하여 외교적 보호나 국제재판 절차에 호소할 수 있는 국가의 권

7) Para. 36(A/CN.4/506).

8) Paras. 17-22(*ibid.*).

9) P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London and New York: Routledge, 1997, p. 263.

리는 자국민을 위한 간섭에 국한되는 것이다. 왜냐 하면 특별한 약정이 없는 경우에 외교적 보호권을 국가에 부여하는 것은 국가와 개인 사이의 '국적이라는 유대'가 있기 때문이다. 그리고 청구를 제기하고 국제법규에 대한 존중을 담보할 수 있는 권리가 인정될 수 있도록 하는 것이 외교적 보호의 역할이기 때문이다. 손해가 어떤 다른 국가의 국민에 대하여 이루어진 경우에는 그러한 손해에 기인하는 어떠한 청구도 어느 국가가 취할 수 있는 외교적 보호의 범주에 포함되지 않으며, 그로부터 그 국가가 후원할 수 있는 청구권도 발생되지 아니 한다."¹⁰⁾

자국민에 대한 외교적 보호는 국가들에 의하여 지속적으로 시행되어 왔다. 이러한 권리를 확인하는 국제위원회나 재판소의 수많은 결정들이 특별히 *Nottebohm case*¹¹⁾와 *Barcelona Traction case*¹²⁾ 등 '국제사법재판소'(ICJ)의 주목할 만한 판결을 이끌어냈다.

외교적 보호는 '국적'에 기초하여 자국민에 대해서만 행사될 수 있도록 제한되어 왔음에도 불구하고 보호국과 피보호국의 관계 등 국제법에서 인정되고 있는 특별한 조건하에서나 자국적의 선박에 승선하고 있는 외국인 승무원의 보호를 위한 경우 등에 있어서 국가는 '비국민들'(non-nationals)을 자국민으로 간주할 수 있도록 되어 있다.¹³⁾ 또한 예외적인 상황에서 영역권 또는 영역에 대한 국제책임은 국가로 하여금 그 영역 내에서 체류하고 있는 자국민이 아닌 주민들을 위하여 외교적 보호를 부여할 수 있는 권리가 인정될 수 있는가에 관하여 논란이 되고 있다.

3) 외교적 보호권의 행사 요건

(1) '청구국적계속(Continuous Nationality of the Claims)의 원칙'

"외교적 보호는 개인의 국적에 근거를 두고 있다."는 원칙으로부터 당연히 '국적계속의 원칙'이 도출된다. 일부 조약에서 예외가 규정되기도 하였

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

11) ICJ Reports (1955) p. 4, at p. 24.

12) ICJ Reports (1970) p. 4, at pp. 32, 33.

13) I. Brownlie, *op. cit.*, p. 482 참조.

지만,¹⁴⁾ 이 원칙은 2차 대전 이후에 체결된 수백 개의 '일괄처리 협정'(lump-sum Agreements)과 같은 수많은 조약을 통해서 재확인되고 있다. 무엇보다 이 원칙은 오랫동안 국제관습법의 규칙으로 인정되어 왔다.¹⁵⁾ '국적계속의 원칙'이 원칙의 첫 번째 요청은 외교적 보호를 받는 개인은 국제위법행위가 행해진 시점에서 '청구국'의 국적을 가져야 한다는 것이다. 그리고 두 번째는 청구가 외교적 보호 부여국에 의해서 제기되는 시점 또는 국제적 절차에 의하여 문제가 해결되는 시점까지 그 국적이 계속되어야 한다는 것이다. 논의의 여지가 있지만 지배적 관행과 의견은 문제해결 시점보다는 청구의 제기 시점까지를 더 지지하는 것으로 보인다.

청구국이 피해자인 국민의 손해를 통하여 스스로도 손해를 입은 것으로 간주되기 위해서, 국적이라는 유대는 분명히 가해국의 국제법 위반 시에 존재해야만 한다. '국적계속의 원칙'의 또 하나의 중요한 기능은 위법행위 시점과 최소한 청구제기 시점 사이에 다른 국적을 가지고 있는 사람에게 개인적 청구권이 양도되거나 피해자의 국적이 변경된 경우에는 외교적 보호가 제기될 수 없도록 하는 데 있다. 피해자의 국적 변경은 사망으로 인한 청구권의 상속, 외국인에 대한 청구권의 양도, 혼인, 인지, 입양 그리고 국가상속에 의한 국적 변경 등 여러 가지 사유로 일어날 수 있는 것이다. 그러나 피해자의 의사와는 관계없이 이루어지는 소위 '비자발적 귀화'(involuntary naturalization)의 경우에는 변경된 국적국이 외교적 보호를 행사할 수 있도록 해야 하며, 이미 舊국적국이 외교적 보호를 행사하고 있는 상태라고 한다면 新국적국과 舊국적국이 공동으로 행사하거나 아니면 신국적국이 단독으로 외교적 보호 조치를 속행할 수 있도록 해야 한다고 본다.

일반적으로 국가들은 최소한 국제청구의 제기 시점에 이르기까지 자신의 국적을 유지하지 않는 개인을 위하여 외교적 보호를 부여하지 않으려 하는 것이 사실이다. 그러나 외교적 보호의 기초가 되는 국적이 변경되었기 때문에 舊국적국이 외교적 보호를 계속할 수 없는 상황에서 新국적국으로 하여금 외교적 보호를 행사할 수 없게 하는 것은 피해자 구제 차원에서 매우 불합리한 결과를 초래할 것이기 때문에, 비록 'Vattel의 擬制'가

14) 예를 들어, 1952년의 독일과 이스라엘간의 협정(UNTS, Vol. 162), p. 206.

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

적용될 수 없는 경우이지만, 新국적국의 외교적 보호를 인정해야 한다고 본다. 다만 개인적 청구가 단지 강력한 외교적 보호를 확보하기 위하여 강대국의 국민으로 양도되거나 강대국으로의 국적 변경이 이루어지는 경우 '국적계속의 원칙'은 청구국의 외교적 보호에 대한 강력한 항변 사유의 기초가 되어야 한다는 점은 여전히 유효하다.

(2) '국내구제완료(Exhaustion of Local Remedies)의 원칙'

이 원칙은 국가는 국제위법행위에 대하여 가해국의 법에 따른 '국내적 구제절차'를 완료한 개인에 대해서만 외교적 보호를 부여할 수 있다는 것이다. 이러한 원칙은 많은 관련 조약들에서 발견될 수 있으며, 또한 국제관습법의 규칙으로 확립되어 온 것이기도 하다.¹⁶⁾ *Mavrommatis Concessions cases*와 같이 관습법 또는 조약 규정에 근거를 두고 행해진 상당수의 결정들이 이 원칙을 분명히 언급하고 있다. 1959년 *Interhandel case*¹⁷⁾는 '국내구제완료의 원칙'과 관련하여 특히 구제절차가 지나치게 지연되는 경우에도 여러 개의 가능한 구제절차를 완료하지 않으면 안 된다는 것을 보여준 판결로 인용되고 있다.

이 원칙은 문제가 되는 국제위법행위가 피청구국의 영역 내에서 이루어진 경우는 물론 피청구국의 법을 통하여 법적 구제가 가능하다는 전제가 인정되는 경우에는 예를 들어, 공해 또는 청구국의 영역에서 국제법 위반에 의한 손해가 발생한 경우에도 적용되는 것이다. 그러나 이용 가능한 실효적인 구제절차가 없거나, 국내법정이 피해자에 대한 구제를 제공하지 않을 것이 명백한 경우와 같이 국내적 구제의 완료가 명백히 무익한 경우에는 국내적 구제를 완료할 필요가 없다.¹⁸⁾

그리고 국내구제완료의 원칙이 적용되기 위해서는 피해자와 가해국간에 '자발적 관련성'이 있어야 한다는 '관련필요성' (necessity of link)의 원칙이 요구되고 있다. 따라서 불가항력(*force majeure*)이나 납치 등의 방법으로

16) 국내구제완료의 원칙에 대해서는 A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1983 참조.

17) ICJ Reports (1959), p. 6, at p. 27.

18) P. Malanczuk, *op. cit.*, p. 268.

피해자가 강제로 가해국의 영역 내로 들어간 경우나 가해국의 영역 밖에서 이루어진 가해국의 위법행위 자체로 인하여 피해자와 가해국이 연결되어진 경우에는 국내구제완료의 원칙이 적용되지 않는다고 본다.¹⁹⁾ 피청구국이 일방적으로 또는 청구국과의 조약 등 합의에 의하여 국내구제절차의 적용을 포기한 경우에는 역시 이를 완료할 필요가 없게 된다.²⁰⁾

‘국내구제완료의 원칙’은 자신의 사법기관을 통하여 문제를 해결할 권한을 가진 국가의 주권과 재판관할권을 존중하는 데 그 목적이 있다. 국내구제완료의 원칙의 역할 및 그 적용과 관련하여 이 원칙이 ‘실체법적 요소’인지 아니면 ‘절차법적 요소’인지 여하가 매우 중요하다. 이는 이론적인 문제일 뿐만 아니라 실제로도 중요한 의미를 가지고 있다. 국내구제완료의 원칙이 ‘실체법적’인 성격을 가지고 있다고 보는 학자들은 피청구국이 자국 내에서의 법적 구제를 통하여 위법행위에 따른 문제를 시정하지 않는 경우야 비로소 개인에 대한 위법적 대우가 국제의무 위반으로 간주될 수 있다고 보고 있다.

이에 대하여 국내구제완료의 원칙은 가해국의 국제위법행위에 기초하여 청구국이 국제적 청구를 제기하기 위한 전제조건이 되는 데 불과하다는 점에서 그 ‘절차법적’ 성격을 강조하는 입장이 대립되고 있다. 이러한 절차법적 성격을 강조하는 입장은 국제위법행위는 이미 개인에 대한 위법적 침해와 더불어 성립되고 있으며, 국내구제의 미완료는 국제위법행위의 성립을 부인할 수 있는 근거가 아니라 단지 외교적 보호권 행사에 대한 절차적 장애요소가 되는 데 불과하기 때문이라고 한다.²¹⁾ 이러한 입장에서는 가해국의 행위가 국내법과 국제법 모두를 위반함으로써 이미 국제의무의 위반이 인정되는 상황에서도 단지 외교적 보호가 이루어지도록 하기 위한 목적에서 ‘국내구제완료의 원칙’이 적용되어야 한다고 주장하며, 이러한 원칙은 ‘절차적’ 기능을 수행할 뿐이며 국제법위반행위의 성립과는 무관하다고 한다.²²⁾

19) 김정건, 『국제법』, 박영사, 1998, pp. 572-573.

20) 김대순, 『국제법론』, 제6판, 삼영사, 2001, pp. 408-413 참조.

21) W.K. Geck, "Diplomatic Protection," in Rudolf Bernhardt ed., *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 10, Amsterdam: North-Holland, 1987, pp. 110-111.

22) I. Brownlie, *op. cit.*, p. 497.

Ⅲ. 외교적 보호와 개인의 청구권

1. 외교적 보호에 대한 개인의 권리

국제관습법상 국가는 개인에 대하여 외교적 보호를 부여할 '권리'를 가질 뿐, 그 '의무'를 지지는 않는다고 본다. 그러나 국내법을 통하여 외교적 보호에 대한 개인의 권리를 규정하고 있는 경우도 있는 것을 보면 원칙적으로 국제법은 이러한 문제를 개별국가의 국내법에 위임하고 있다고 보여진다. 이와 관련하여 국가마다 다양한 입법례를 보이고 있으며 국가에 대하여 '재외국민의 보호의무'를 부과하고 있는 경우도 있다.²³⁾ 일부 국가의 경우에 '외교적 보호에 대한 개인의 불문헌법적 권리' 또는 최소한 일정한 전제조건이 충족되는 경우 개인에 대하여 '외교적 보호를 부여할 국가의 불문헌법적 의무'가 인정된다고 한다. 이러한 경우 개인은 본국의 국내법에 의하여 외교적 보호를 요청하는 등 '일종의' 법적 권리를 향유할 수도 있을 것이다.

국민들을 단지 국가권력의 대상이 아니라 국가의 주요한 구성원으로 간주하는, 진정으로 민주적인 사회는 최소한 외국을 상대로 자국민을 보호할 '도덕적 의무'(moral duty)가 있음을 인정해야만 할 것이다.²⁴⁾ 이러한 국가들의 경우에 외교적 보호에 대한 '개인의 권리'는 국가에 대하여 의무를 덜 부담하는 외국인 및 무국적자들과 비교할 때 그들이 부담하는 특별한 의무에 상응하는 의미를 가지고 있다. 외교적 보호에 대한 개인의 권리가 인정되더라도 이는 국내법적 의미를 가진 것이기 때문에 이러한 국가의 의무는 국제법상 모든 전제조건들이 충족되고 또한 외교적 보호가 국가의

23) 예를 들어, 중국의 1975년 헌법 제27조 (6)과 1982년 헌법 p. 106, 제30조는 "국가는 해외에 거주하는 자국민의 정당한 권리와 이익을 보호한다."고 규정하고 있으며, 현행 대한민국 헌법 제2조 2항은 "국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다."고 규정하고 있다. 이밖에도 수십 개국이 헌법상 개인의 '외교적 보호를 받을 수 있는 권리'나 국가의 '외교적 보호의무'를 규정하고 있다. Para. 80(A)(CN.4506) 참조.

24) Grotius나 Vattel과 같은 학자들도 국가는 개인을 위하여 외교적 보호의무를 지고 있는데, 다만 이러한 의무의 이행을 강제할 수 없기 때문에 이는 '일종의' '도덕적' 의무로 볼 수밖에 없다고 한다. Para. 77(*ibid.*).

결정적 이익과 상충되지 아니 하는 경우에 인정될 수 있을 것이다.²⁵⁾

국제법상 외교적 보호권은 국가의 권리로 확립되어 온 것이기 때문에 '외교적 보호에 대한 권리'를 갖고 있는 개인이라 할지라도 '칼보 조항'에 관한 논의에서 보듯이 스스로 '외교적 보호권' 자체를 포기하는 것은 불가능하다. 다만 개인은 스스로 국내법상 인정되고 있는 외교적 보호에 대한 요청권을 포기하는 것은 가능할 것이다. 이러한 경우에도 국가는 재량적인 판단에 의하여 외교적 보호권을 행사할 수 있게 되는 것이다.

2. 국제법상 개인의 청구권

1) 전통적인 조약과 국제관습법상 원칙

개인에 대한 손해를 야기하는 국제위법행위는 국가의 외교적 보호권 행사를 위한 필요조건이다. 개인에 대한 국제위법행위는 피청구국의 국내법의 일부로 편입되고 있는 조약의 위반에 의하여 성립될 수도 있다. 이러한 경우에 개인들은 국내법상 스스로 피해구제에 관한 실체적인 권리를 가진다고 볼 수 있다. 그러나 전통국제법상 조약의 당사국들은 통상적으로 개인이 아니라 다른 조약당사자인 국가들과의 사이에 국제적인 차원에서 의무를 부담하고 타당당국에 대해서만 실체적인 권리를 인정해 왔던 것이 사실이다. 따라서 이 경우 피해 당사자인 개인들은 국제법상 실체적인 권리의 보유자로서가 아니라 단지 진정한 '청구권 보유자'(holder of claims)인 본국을 통해서만 수혜자가 될 수 있는 것이다.

그러나 국가들만이 국제법상 권리를 향유하며 또한 그러한 권리는 조약이나 관습법에 의하여 개인들에게는 직접 인정되지는 않는다는 전통적인 입장은 많은 비판에 직면하고 있다. 외교적 보호에 관한 한 손해와 이익에 관한 이해관계의 주체는 국가가 아니라 바로 피해자 개인이라는 점에서 '국가' 위주의 전통적인 외교적 보호제도의 논리에 문제가 있다는 것이다. 국가가 비록 자신의 손해를 근거로 외교적 보호를 행사하지만 이는 '의제'에 기초하고 있다는 것은 명백한 사실이다. 개인이 손해를 입지 않고 그 본국이 손해를 입을 수는 없는 것이다. '국적계속의 원칙'이 요청되고 있는

25) W.K. Geck, *op. cit.*, pp. 105-106.

것은 바로 이 때문이다. 따라서 본국의 외교적 보호는 여전히 개인의 손해 발생 및 국적에 의존하게 되며 개인의 행위 여하에 따라 본국의 권리행사가 좌우될 수도 있다.

2) 칼보 조항과 개인의 청구권

국가들은 외교적 보호권 행사의 전제조건이 충족된 경우에도 피해 당사자인 개인을 위하여 국제적 청구를 제기할 것인지 여부에 관하여 전적인 재량권을 향유하여 왔다. 국제적 차원에서 자국민을 위한 절차적 권리를 행사할 수 있는 국가들의 배타적 권리는 '칼보 조항'(Calvo clause)의 문맥을 통해서도 확인할 수 있다. '칼보 조항'은 외국인 투자자를 받아들이는 라틴 아메리카 국가들이 외국인과 체결하는 경제관련 '양허계약'(concession contracts) 속에 어떠한 경우에도 계약관련 분쟁에 대한 관할권을 자국 재판소에 대해서만 부여하기로 하고 외국인으로 하여금 본국의 외교적 보호를 원용할 수 없도록 하는 내용을 규정하고 있는 계약 조항을 말한다.²⁶⁾

이러한 칼보 조항은 개인의 국제법상 청구권을 부정함은 물론 본국에 의한 외교적 보호도 제한하고자 하는 입장을 반영하고 있는 것이다. 그러나 국제법의 논리상 이러한 칼보 조항은 본국의 외교적 보호를 배제하고 투자 수용국(host country)의 국내법원으로 하여금 분쟁에 대한 배타적 관할권을 갖도록 하는 의미로는 규정될 수가 없다고 본다. 개인의 입장에서 본국이 자국민을 위하여 행사할 수 있도록 되어 있는 외교적 보호권을 포기할 수는 없기 때문이다.

다만 양허계약에 이러한 조항이 들어 있는 경우에 이를 외교적 보호권의 행사를 위한 '국내구제완료의 원칙'을 재확인하는 의미로 해석하는 경우에는, 그 범위에서 한정적인 유효성을 가진다고 볼 수도 있다.²⁷⁾ 즉, 칼보 조항이 포함되고 있어도 본국의 외교적 보호권 행사에는 하등의 영향

26) Donald R. Shea, *The Calvo Clause*, University of Minnesota Press, 1955, pp. 19-20.

27) 'The North American Dredging Co. case(Mexico v. United States), 1926'에서 1912년에 텍사스의 北美浚渫會社와 멕시코 정부간에 체결된 계약이 파기된 데 대하여 미국이 직접 仲裁절차에 의하여 손해배상을 청구한 데 대하여, 계약에 칼보 조항이 들어 있다는 이유로, 양국이 국내적 구제절차를 경유하지 않기로 별도로 합의하지 않고 회부된 중재 사건에 대하여 仲裁委員會는 이를 수리할 수 없다는 이유로 기각한 바 있다.

을 미칠 수 없게 되며, 다만 칼보 조항에 따라 우선적으로 수용국의 국내 절차에 따라 피해 분쟁이 해결될 수 있도록 해야만 한다는 것이다.

3) 새로운 인권 관련 조약과 개인의 청구권

전통적인 외교적 보호제도의 개념은 개인은 단지 그 본국의 일부분이라는 데 근거를 두고 있다. 그러나 개인이 단지 국적국의 일부로서 조약상 일정한 지위를 부여받는다고 하는 전제는 상호주의에 기초한 수많은 조약들에 의하여 뒷받침되고 있는 것이기도 하다. 개인이 국제법상 실체적 권리를 갖는다고 하더라도 그 피해 구제를 위한 절차적 권리를 본국이 갖는다고 하는 전통적인 견해는 피해 당사자인 개인 보호의 관점에서 보면 많은 문제가 있다. 이러한 전통적인 개념은 궁극적으로 국제법이 국가의 권익보다는 개인들의 권익을 보호하기 위하여 기능하여야 한다는 점증하는 요구에 직면하고 있다. 오늘날 '국제인권법'(international human rights law)은 바로 이러한 요구에 부응하기 위하여 발전되고 있는 것이다.

이러한 배경에서 전통적인 원칙에 기초하면서도 개인의 국제법적 지위를 강화하고자 하는 사람들은 개인에 대해서도 국제법상 '실체적 권리'가 있음을 인정하고 있다. 이와 관련해서 먼저 국가와 개인 모두가 '실체적 권리'를 갖는다는 입장이 있다. 개인은 특히 조약에서 정한 조건에 따라 대우받을 수 있는 '실체적 권리'를 향유하며, 국가는 개인으로 하여금 그러한 대우를 받게 할 수 있는 '실체적 권리'를 향유한다는 논리이다. 이에 대하여 조약에 의하여 일정한 대우를 받을 수 있는 '실체적 권리'는 오로지 개인들에게만 주어지고 있으며, 다만 국가는 국제적 차원에서 개인의 실체적 권리를 보호하기 위한 '절차적 권리'만을 갖는다는 견해도 있다.²⁸⁾ 그러나 이러한 입장들은 결국 절차법적 관점에서 개인에 대하여 국제법상 청구권을 인정하지 않는다는 점에서 한계를 가지고 있다고 본다.

그러나 2차 대전 이후에는, 국가 위주의 전통적인 외교적 보호의 기초나 법적 구조에 해당되지 않는 새로운 형태의 조약들이 나타나기 시작하였다.²⁹⁾ 여러 인권 관련 협약들(Human Rights conventions)이 이러한 조약

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

29) *Ibid.*

의 범주에 포함되어진다. 「유럽인권협약」(The European Convention on Human Rights, 1950)과 「미주인권협약」(American Convention on Human Rights, 1969), 그리고 「유엔 인권협약들」(UN Human Rights Conventions, 1966)은 매우 중요한 특징을 공통적으로 가지고 있다. 이는 당사국들이 더 이상 상호주의적(*do ut des*) 관점에서 외국인들에게 권리를 부여하지는 않고 있다는 점이다. 상호주의적 입장과는 무관하게 이들 조약상의 권리는 특히 국적과도 관계없이 모든 개인들에게 부여되어진다.

국가의 구성원으로서의 개인들의 이해관계는 인류 사회 구성원으로서의 개인의 이해관계로 대체되었다. 개인의 국적국을, 이러한 조약들에 의하여 개인들에게 부여되고 있는 권리의 보유자로서 인정하는 것은 이들 조약의 목적과도 반하는 것이다. 특히 이러한 개인의 권리는 그 본국을 상대로 하여 인정되고 있는 경우도 있기 때문이다. 이제 국가를 개인들에게 부여되고 있는 권리의 '공동보유자'(co-holder)로 인정하거나 국제적 차원에서 국가에게 개인들보다 우월한 지위를 인정하는 것도 불가능하다. 「유럽인권협약」 제24조 및 44조와 같이 인권협약들이 당사국을 통하여 개인들에게 특별한 보호가 이루어지도록 규정하고 있을 때도, 피해자의 본국이 다른 당사국에 비하여 우월적 지위에 놓여지는 게 아니다. 이러한 조약들은 개인의 본국의 이익을 위하여 체결된 것이 아니라 모든 개인들과 '국제공동체 자체의 이익'(international public order or good)을 위하여 체결된 것이다.³⁰⁾

조약상의 권리가 그 국적 여하에 불구하고 개인들에게 독립적으로 귀속되어짐으로서 국적국은 개인들을 무시하고 청구권 문제를 처리할 수 없게 되었다. 인권관련 협약 하에서는 개인들이 그 본국으로부터 독립(분리)된다고 보는 것은, 모든 개인들에게 자신의 본국에 대응하기 위한 권리를 인정하고 있는 조약들과 타국의 특정 개인을 위하여 그 본국을 상대로 소송을 제기할 수 있는 국가들의 권리를 통하여 분명히 확인될 수 있다. 「비엔나 조약법협약」(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제 60조 6항은 인도주의 관련 조약은 개인들을 어느 국가의 '국민'으로서가 아니라 '그 자체로'(as such) 보호하고 있다는 견해를 지지하고 있다.

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

그러나 이러한 실체적 권리가 절차적 권리를 수반하고 있는지는 여전한 의문이다. 본국으로부터 분리된 개인들은 이러한 인권관련 조약에서 모든 국가들을 상대로 인정되고 있는 '실체적 권리'에 관한 한 '국제법주체'(international legal subject)로서의 지위를 획득해 왔으나, 각 당사국들에서 이러한 권리가 존중되도록 보장할 수 있는 국제적 차원의 '절차적 권리'를 충분히 보유하지는 못하고 있는 것이 사실이다. 국제법상 개인의 절차법적 지위는 각 조약에서 다양한 방법으로 규정되고 있으나, 아직 결코 만족스러운 정도는 아니다. 개인들은 스스로에게 국제위법행위가 이루어지는데 대하여 그 방어수단이 부족하다. 특히 원상회복(restitution)이나 손해배상(reparation)을 청구함에 있어서 개인들의 국제적 제소권(international standing)이 확보되어야 할 과제이다.

이 점에 있어서 개인이나 개인의 집단으로 하여금 '유럽인권위원회'(European Commission of Human Rights)에 청원(petition)을 제출할 수 있도록 하고 나아가서 '유럽인권재판소'(European Court of Human Rights)에 제소할 수 있는 권리를 인정하고 있는³¹⁾ 「유럽인권협약」(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)의 경우가 특별히 주목을 받고 있다. 그리고 1965년 '국제부흥개발은행'(IBRD)의 주도하에 채택된 「국가와 타국 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약」(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States)에 의거하여 설치되는 '투자분쟁해결을 위한 국제센터'(ICSID)에 사적 투자자가 직접 제소할 수 있는 자격을 인정받고 있는 것도 중요한 의미가 있다.³²⁾

31) 원래의 체제에 의하면 협약당사국과 유럽인권위원회만이 유럽인권재판소에 제소할 수 있었으며, 개인이나 개인의 집단, 그리고 비정부간기구(NGOs)들은 단지 유럽인권위원회에 청원을 제기할 수 있는 데 지나지 않았으나, 1994년 발효된 '제9의정서'(Protocol No. 9)에 의하여 사적 주체들도 인권위원회에 청원을 제기한 뒤 인권재판소에 제소할 수 있게 되었다. 그리고 '제11의정서'에 의하여 제소절차가 더욱 간소화되었다. 이에 따르면 사적 주체들은 국내구제를 완료하고 바로 인권재판소에 제소할 수 있다. 제11의정서에 의하여 개정된 「유럽인권협약」 제34조 참조.

32) 김대순, 전게서, pp. 448-454 참조.

4) EU 시민의 개인적 권리

유럽연합(European Union: EU)은 유럽공동체들(European Communities: ECs), 공동의 외교·안보정책(a Common Foreign and Security Policy), 그리고 사법 및 내무 분야의 협력(Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs) 등 세가지 기둥으로 구성되고 있다.³³⁾ EU는 'EU 설립조약'(Treaty on European Union: TEU)³⁴⁾에 의하여 설립되었는데, 이는 3개의 공동체 설립조약들³⁵⁾과 긴밀한 관련이 있다. 이 가운데서도 유럽공동체(EC, 종래의 EEC) 설립조약은 특히 중요하다. 1993년부터 발효되고 있는 TEU는 'EU 시민권'(citizenship of the Union) 개념을 도입하고 있는데, 이는 개정된 'EC 설립조약'에 포함되고 있다.³⁶⁾ EU 회원국의 국민들은 단순한 회원국의 국민으로서의 지위를 벗어나서 'EU 시민'(citizen of the EU)으로서의 지위를 보유하게 되었다. 이러한 개인의 지위가 비록 EU 회원국의 국적을 보유하는 데 근거를 두고 있기는 하지만,³⁷⁾ 'EU 시민'들은 그 자체로서 각자의 국적국으로부터 독립 과정을 겪고 있다. EU의 '초국가조직'(supranational organization)으로서의 특성은 바로 이러한 EU 시민의 권리에 크게 의존하고 있다.

'유럽연합법'(EU 법) 하에서 각 개인은 스스로의 권리와 의무를 갖는 법의 주체로 인정되고 있다. 기본권 보호는 EU의 기본원칙으로 선언되고 있으며, 각 회원국의 차원을 넘어서 EU 차원에서 기본권을 보호할 수 있는 제도적 기반이 마련되고 있다. '질차적 권리'는 EU 법이 인정하는 기본

33) 이를 '三柱體制'(three-pillar system)이라고 부른다.

34) 'Maastricht Treaty'라고도 한다.

35) '유럽석탄철강공동체'(European Coal and Steel Community: ECSC), '유럽경제공동체'(European Economic Community: EEC), 그리고 '유럽원자력공동체'(European Atomic Energy Community: Euratom) 등의 창설조약이 그것이다.

36) TEU에 의하여 기존의 EEC는 '유럽공동체'(European Community: EC)가 되었다. EC 설립조약 제17조는 'EU 시민권'에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 연합의 시민권이 이로써 창설된다. 회원국의 국적을 보유한 모든 사람은 연합의 시민이 된다. 연합의 시민권은 국내시민권을 대신하는 것이 아니라 이를 보충한다.
2. 연합의 시민은 본 조약에 의하여 부여된 권리를 향유하며, 또한 그에 의하여 부과된 의무에 종속된다."

37) EU 시민권은 EU 회원국의 국적 내지 시민권의 하위개념이기 때문에 EU 시민권을 원용하여 현재의 국적이나 시민권을 타회원국으로 이전하는 것은 허용되지 않는다.

권을 보장하기 위한 중요한 수단으로 설정되고 있다. EU 시민이 가지는 중요한 절차적 권리로서 '청문권'과 '적법절차권'이 있으며,³⁸⁾ 나아가서 EU 시민들은 개인적으로 '유럽사법재판소'(European Court of Justice)에 대하여 직접 소송을 제기할 수도 있다.³⁹⁾

EU 자체의 권리·의무와 회원국의 권리·의무, 그리고 EU 시민의 권리·의무는 상호의존적이다. 일단 EU가 기능을 수행하기 시작하면 회원국의 국민에 대한 외교적 보호는 그 전형적인 삼각관계⁴⁰⁾로 환원될 수 없게 된다. 1991년 유럽이사회와 회원국 회의에서 채택된 결의에 의하면, "심각하고 지속적인 인권침해 또는 민주적 발전의 중대한 중단에 경우에는 공동체와 회원국들은 상황에 따라 객관적이고 형평한 기준에 합치되는 적절한 대응조치를 취할 것을 고려한다."는 원칙이 선언되고 있다.⁴¹⁾

전통적인 국제관습법상의 외교적 보호제도 하에서 허용되어 오던 것과 같은 일방적 청구 조치는 EU 법의 근본 원리와 양립될 수 없다. 따라서 이는 전통적인 회원국의 외교적 보호를, EU 법 하에서 취할 수 있는 모든 가능한 방법을 소진한 다음에 활용할 수 있도록 제한하려는 의미라기보다는 EU 시민의 개인적 청구권을 강화하는 동시에 국가에 의한 외교적 보호 수단을 전적으로 배제하려는 의도를 가지고 있다는 의미로 볼 수도 있다. 그러나 외교적 보호를 이처럼 완전하게 배제하려는 데 대하여 아직 회원국을 상대로 한 EU 시민의 절차적 권리가 불충분하다는 점과 이러한 권리의 보호를 위하여 EU의 각 기관에 부여되고 있는 재량권이 너무 크다는 데 근거하여 비판이 제기되기도 한다.⁴²⁾

38) '청문권'은 공공당국에 의해 개인의 이익이 침해된 EU 시민이 그의 견해를 알릴 수 있는 기회를 보장하는 권리이며, '적법절차권'은 당국에 의한 시민의 권리제한은 '적법절차'(due process of law)에 의해서만 가능하다는 것이다. 외교통상부 오윤경 외 20인, 『현대국제법』, 박영사, 2001, p. 131 참조.

39) 1989년에 '제1심 재판소'(Court of First Instance)가 설치되어 개인이 제기하는 소송은 우선 여기에 제기되도록 하고 있다. 김대순, 전제서, p. 977 참조.

40) 외교적 보호에 관련된 '삼각관계'는 개인, 개인의 국적국, 그리고 피청구국간의 관계를 말한다. W.K. Geck, *op. cit.*, p. 101 참조.

41) 제6항. 김대천, "EU법체제에 있어서 기본적 인권의 보호," 『국제법학회논총』, 제45권 2호, 2001, p. 95 참조.

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

새로운 협약체제하에서 당사국들이 조약에 규정된 방식을 통하여 자국민들의 권리를 확보하는 데 도움을 줄 수 있다면 이러한 우려도 불식되고, 통상적 의미에서의 외교적 보호와 크게 다른, 즉 타 국가도 제공할 수 있는 지원 내지 보호와 본질적으로 동일한 지원 내지 보호를 제공할 수 있게 될 것이다. 따라서 이제는 전통적인 '외교적 보호'가 아니라 조약에 기초를 둔, 그리고 특별한 조약에 의하여 규정되고 있는 방법에 한정되는 새로운 형태의 '인권 지원·보호' 체제를 강구하는 데 힘을 기울여야 할 때라고 본다.⁴³⁾

5) 주권면제와 개인의 청구권

가해국을 상대로 국내의 사법절차를 이용하는 경우 전통적으로 인정되어 온 '주권면제'(sovereign immunity)가 문제가 될 수 있다. '주권면제'는 국내 법원이 외국의 위법행위에 대해서 그 관할권을 행사할 수 없다는 국제법의 원칙이다. 과거에는 국가의 모든 행위가 주권면제의 대상이 되었으나 오늘날에는 '상업적 행위'(acta jure gestionis)를 제외한 '주권적 행위'(acta jure imperii)만이 주권면제의 대상이 될 수 있다고 하는 '제한적 주권면제'가 확립되고 있다. 그러나 이러한 주권면제는 국가의 '포기'(waiver)에 의하여 적용되지 않을 수 있다.

문제가 되는 것은 국가가 '강행규범'(jus cogens)을 위반함으로써 일종의 주권면제의 '포기'가 이루어졌다고 할 수 있는가 하는 것이다. *Princz v. Federal Republic of Germany case*⁴⁴⁾는 나치 당시 독일의 강행규범 위반행위로 인하여 주권면제의 포기가 인정될 수 있는가 하는 것이 미국 법원에서 문제가 되었던 사건이다. 처음에 지방법원에서는 이 경우에 「외국주권면제법」(the Foreign sovereign Immunities Act of 1976: FSIA)이 적용되

43) 그러나 그 제도는 여전히 '외교적 보호'라는 이름으로 통용될 가능성도 있다. 현재 ILC에서 추진 중인 '외교적 보호'의 법전화 작업 가운데 국제법의 점진적 발달을 명분으로 이루어지는 작업에는 새로운 형태의 인권보호체도를 '외교적 보호'의 범주에 포함시키려는 의도가 발견되기도 하기 때문이다. 그리고 EU 법체제에 있어서의 인권보호 제도에 대해서는 김태진, *전제논문*, pp. 79-97 참조.

44) 307 U.S. App. D.C. 102; 26 F. 3d 1166; 1994 U.S. App.(김성준, "국제법상 개인의 청구권," *국제법평론*, 제15호, 2001. 8. p. 13에서 재인용)

지 않는다는 근거에서 관할권을 행사하였으나, 독일의 항소에 의하여 진행된 항소법원 심리에서 Ginsburg 판사가 독일의 당시 행위가 강행규범의 위반에 해당된 것이라 할지라도 독일이 그 주권면제를 포기한 것은 아니라는 취지의 결정을 내린 바 있다. 그러나 이에 대하여 Wald 판사는 독일이 “노예화 및 집단학살을 규탄하는 국제법의 강행규범을 위반함으로써 그 주권면제를 포기했다.”고 반대의견을 제시하였다. 그는 뉴른베르크(Nürnberg) 재판을 인용하면서 ‘인도에 반하는 범죄’(crime against humanity)를 구성하는 행위는 이것이 단일의 주권국가의 영역 내에 한정된다 하더라도 주권면제의 보호막이 이러한 행위를 은폐하는 데 이용할 수 있다는 관념을 항구적으로 불식시켰다고 주장하였다. 즉 ‘인도에 반하는 범죄’는 이제 강행규범 위반으로 인정되고 있기 때문에 강행규범 위반의 어떠한 행위도 주권면제를 향유할 수 없다고 보았다. 즉 국제법상 국가가 강행규범을 일탈할 때는 주권면제의 포기를 의미한다는 점을 분명히 한 것이다.⁴⁵⁾ 따라서 가해국의 위법행위가 강행규범 위반에 의한 경우에는 국제법상 개인의 청구권이 여전히 인정될 수 있게 되는 것이다.

IV. 국제법상 개인의 청구권과 한·일간의 문제

1. 서설

최근 국제인권법의 발전에서 현저하게 발견되어지는 점의 하나는 조약체제 또는 국제기구를 통한 절차에 의하여 피해자가 국가를 상대로 진정을 하거나 청원을 할 수 있도록 하는 제도가 일반화되고 있다는 점이다. 이러한 추세는 개인들이 갖고 있는 인권의 중요성, 즉 인간의 존엄성에 대한 국제적 확인 및 준수를 전제로 한다. 1988년 당시 유엔 ‘인권위원회’(Commission on Human Rights: CHR) 산하의 ‘차별방지 및 소수자 보호 소위원회’(Sub-Commission on Prevention of Discrimination and

45) 김성준, 전계논문, pp. 13-15.

Protection of Minorities)⁴⁶⁾는 “인권 및 기본적 자유의 대량적 위반에 의한 모든 피해자는 개별적으로 또는 집단적으로 그들이 입은 여하한 손해에 대해서도 정당하고 공정한 보상을 받을 권리와 가능한 한 완전한 복구를 위한 수단이 부여되어야 한다.”는 선언을 채택하고, 계속해서 인권 및 기본적 자유의 대량적 위반(gross violation)의 피해자를 구제하는 문제에 대한 논의를 심도 있게 진행하고 있다.⁴⁷⁾

국가가 국제법위반 행위로 인하여 개인에게 손해를 야기한 경우 국가는 단지 ‘간접적인’ 손해를 입을 뿐인 데 반하여 ‘직접적인’ 피해자는 바로 손해를 입는 개인인 것이다. 이 때 국가는 국제법상 외교적 보호를 근거로 가해국을 상대로 국제적 청구를 제기할 수 있는 권리를 갖는 반면에 개인의 국제법상 청구권은 부인될 수밖에 없다는 것은 오늘날의 관점에서 본다면 시대착오적인 측면이 있다.⁴⁸⁾

이제 국제법상 개인의 ‘실체적인 권리’가 인정되고 있는 경우 절차적인 측면에서도 ‘개인의 청구권’이 인정될 수 있도록 하는 방향으로 이론이 전개되어 나가야 한다고 본다. 조약 등의 국제법규 자체에 개인의 국제적 절차에 의한 손해 구제를 청구할 수 있다는 취지와 그 절차가 명시되어 있는 경우는 물론 그 외에도 국제법 위반행위로 인한 손해 구제를 위하여 개인이 독자적으로 청구권을 행사할 수 있도록 해야만 할 것이다.⁴⁹⁾

일반국제법상 전통적인 국제책임이론이 전적으로 개인의 국제적 청구권을 인정하는 새로운 체제로 전환되어야 한다고 주장하는 것은 아직은 시기상조일 수도 있다.⁵⁰⁾ 따라서 현실적으로 국제재판소나 기타 국제적 절차에 의하여 개인의 청구권이 실현될 수 없는 상황이라면 국제법상 청구

46) 1999년부터 ‘인권소위원회’(Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights)로 명칭이 변경되었다. 외교통상부 오윤경 외 20인, 전게서, pp.177-178 참조.

47) 김성준, 전계논문, p. 9.

48) 상계논문, p. 3 참조.

49) A. Randelzhofer, “The Legal Position of the Individual under Present International Law,” in A. Randelzhofer and C. Tomuschat eds., *State Responsibility and the Individual*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 231-242 참조.

50) C. Tomuschat, “Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law,” A. Randelzhofer and C. Tomuschat eds., op. cit., pp. 1-25 참조.

권에 근거하여 국내 사법절차를 이용할 수 있도록 보장하는 것도 한 가지 대안이 될 수 있을 것이다.

2. 「한·일 청구권협정」과 개인 청구권의 문제

한·일간에 일제하에서 일본의 불법행위로 인하여 손해를 입은 피해자의 '개인적 청구권'이 1965년 「한·일 청구권협정」(이하 '청구권협정'으로 약칭)에 의하여 포기되었는가 하는 것이 문제가 되고 있다.⁵¹⁾ 일본의 불법행위에 기인하는 이러한 배상청구권은 지금까지는 주로 일본의 국내법 및 국내재판소 차원의 개인청구권으로 논의되어 왔으나, 이제는 본질적으로 국제법상 피해 당사자에게 인정되어지는 개인청구권으로 이해할 필요가 있다고 본다.

청구권협정 제2조 1항은 "양 체결국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체결국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 ... 일본국과의 평화조약 제 4조 (a)에 규정된 것을 포함하여 완전히 그리고 최종적으로 해결된다는 것을 확인한다."고 규정하고 있다. 그리고 동 협정의 합의의사록 (I)에서 한국 측이 제출한 "한국의 대일청구요강"(8개 항목)이 그 '청구권'의 내용을 구성하고 있다.

그러나 협정에 의해 최종적으로 해결되어진 청구권은 '배상청구권'이 아니라 8개 항목에 국한된 '보상청구권'의 성격을 갖고 있으며, 「대일평화조약」 제4조의 대일청구권 역시 제14조의 연합국이 갖는 '배상청구권'과는 다른 '보상청구권'으로 보아야만 한다. 따라서 당시 일본의 불법행위로 인하여 한국 자신과 한국 국민이 개인적으로 입은 손해에 대한 '배상청구권'은 청구권협정의 규정에도 불구하고 여전히 존재한다고 해야 한다.

그리고 청구권협정 제2조 1항에 규정되고 있는 '청구권'에 모든 형태의 청구권, 즉 '배상청구권'도 포함되고 있다는 주장을 인정한다고 하더라도 협정에 의한 '청구권의 포기'는 정부와 국민 모두에 있어서 체결국 및 국

51) 이에 관한 전반적인 내용에 대해서는 박배근, "1965년 '한일청구권협정'과 개인의 청구권," 『국제법평론』, 동권 제14호, 2001. 2, pp. 15-38; 김창록, "「한일협정」과 한국인 개인의 권리," 『법학연구』, 제43권 제1호, 부산대학교, 2002. 12, pp. 99-113 참조.

민의 '재산, 권리 및 이익'과 양채약국 및 국민간의 '청구권'의 완전한 포기를 의미하는 것으로 보아서는 안 된다.

여기서 포기된 것으로 해석될 수 있는 것은 국민이 가지는 '개인적 청구권'을 제외한 '국가의 청구권'과 국민이 가지고 있는 개인적 청구권에 대한 국가의 '외교적 보호권'뿐이다.⁵²⁾ 개인이 국가의 외교적 보호권을 포기하는 것도 불가능하지만, 국제법상 독자적으로 인정되고 있는 개인의 청구권을 국가가 임의로 포기하는 것도 마찬가지로 불가능한 것이다.⁵³⁾

따라서 한국 국민이 일본 정부를 상대로 가지고 있는 개인적 청구권은 정부 차원의 청구권이나 외교적 보호권과는 별도로 가능한 '국내적 절차'와 '국제적 절차'를 통하여 그 행사가 이루어질 수 있다고 보아야 한다. 다만 이와 관련하여 일본 정부는 청구권협정에 의하여 일본 정부나 국민에 대하여 한국 국민이 가지는 '재산, 권리 및 이익'이 소멸되지 않았기 때문에 국내적 입법조치, 즉 법률 제144호의 제정을 통하여 별도로 그것을 소멸시키는 조치를 취한 바 있다. 그리고 일본 국내법상으로 한국 국민의 그러한 권리를 소멸시키는 조치에 대하여 한국 정부는 이의를 제기하지 않을 것을 청구권협정에서 약속하였다고 본다. 이로써 한국 국민의 일본정부 및 국민에 대한 '재산, 권리 및 이익'에 근거한 개인적 청구권이 행사될 수 있는 현실적 방법이 소멸되었으며, 이에 대한 한국 정부의 외교적 보호권도 포기된 것으로 해석될 수 있다.

이와 같이 일본은 국내적 입법조치를 통하여 일본 정부나 국민에 대한 한국 국민의 '재산, 권리 및 이익'을 소멸시키는 조치를 취하였지만, '청구권'을 소멸시키는 조치를 취한 바는 없다.⁵⁴⁾ 왜냐하면 청구권협정상 '청구권'은 "권리의 법적 근거 유무 자체가 문제로 되어 있는 경우 제소 등을 통하여 청구를 제기할 수 있는 지위"를 의미하는 것으로서 아직 구체적으로 그 내용이 확정되지 않은 권리이므로 법적 권리로 확정될 때까지는 소멸시키는 것이 불가능하였기 때문이다.

결론적으로 말하여 일본 정부와 국민에 대하여 한국 국민이 갖고 있는

52) 박배근, 전제논문, p. 37.

53) C. Tomuschat, *op. cit.*, pp. 6-7; 김성준, 전제논문, 9-12 참조.

54) 박배근, 전제논문, p. 37; 김창록, 전제논문, p. 13.

'청구권'은 일본의 국내법상 그것을 소멸시키는 조치가 취하여진 바 없으며, 다만 그에 대한 한국 정부의 외교적 보호권만이 포기된 상태로 보아야 한다. 따라서 일본의 국내법상으로도 한국 국민의 '개인적 청구권'이 행사될 수 있다고 보아야 한다.