

신윤진. 2021. “국제인권조약 당사국의 역외 인권의무” 『인권연구』 4(1): 101-176.
Shin, Yoon Jin. 2021. “Extraterritorial Human Rights Obligations of States under International Human Rights Treaties” *Journal of Human Rights Studies* 4(1): 101-176.
DOI: DOI: <http://www.doi.or.kr/10.22976/JHRS.2021.4.1.101>

[일반논문]

국제인권조약 당사국의 역외 인권의무

: ‘관할’의 의미와 초국경적 인권문제를 중심으로*

신 윤 진**

한글초록

초국경적 이동성과 지구적 상호의존성이 증대하고 인권침해와 인권 위기의 양상이 다변화, 초국경화되고 있는 현실에서 국제인권조약 당사국의 인권의무 범위에 대한 영토중심적 접근은 한계를 가질 수밖에 없다. 주권국가 간의 법적 권한 경계로서의 국제공법상 전통적 ‘관할권’ 개념과 국가와 인권주체 개인 간의 관계에 초점을 두고 국가가 가지는 인권의무의 상대방 범위를 정하는 국제인권조약상 ‘관할’(jurisdiction) 개념은 규범적으로 중요한 차이가 있다. 그러나 최근 까지 유럽인권재판소는 유럽인권협약 당사국이 부담하는 인권의무 상대방 범위로서의 ‘관할’의 의미가 원칙적으로 일반 국제공법상 해당 국가의 영토적 관할권과 일치한다고 보면서, 개별 사안에서 ‘실효적 지배’라는 개념을 통해 예외적으로 당사국의 역외 인권의무가 인정될 수 있는지를 판단하는 방식을 취하고 있다. 자유권규약위원회와 미주 인권재판소의 경우 초국경적 인권사안에 보다 적극적으로 대응하기 위한 새로운 해석적 접근을 제시하고 있으나, 의무의 존재 요건과 위반 요건을 혼용하는 등 이론적으로 정교하지 못한 모습을 보이고 있다. 한편 사회권규약위원회는 보편적 인권 실현을 위한 국제적 협력 의무를 강조하여 특정 개인과의 관할 관계에 구속되지 않는 방식의 인권의무 구성이 가능함을 확인하고 있다. 인권조약 당사국의 인권의무 상대방 범위에 대한 현재까지의 해석 실무와 그간 국제학계에서

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2020학년도 연구비 지원을 받았다.

** 서울대학교 법학전문대학원 조교수

제안된 대안적 해석론에 대한 비판적 검토를 통해 인권의무의 다양한 층위와 종류, 성격을 반영한 보다 체계적이고 세분화된 해석 모델의 필요성이 도출된다. 소극적 인권의무인 인권 존중 의무에 대해서는 관할이나 상대방 범위의 제한을 두지 않는 것이 타당하고, 적극적 인권의무인 인권 보호 의무와 인권 실현 의무의 경우 관련 국가의 입법 관할권과 국제 협력의무를 함께 고려한 종합적이고 맥락적인 접근이 필요하다. 국가의 역외 인권의무에 대한 보다 정교한 이론적 발전은 인권침해의 외주화 위험과 초국가적 인권사안에서의 인권보장 공백을 최소화하고 인권의 지구적 보편성을 지향하는 국제인권조약이 본래적, 그리고 시대적 역할을 수행하는 데 기여할 수 있다.

주제어: 인권의무 상대방, 실효적 지배, 유럽인권재판소, 인권의 보편성, 인권 존중 의무, 인권 보호 의무, 인권 실현 의무

목 차

- I. 서론
- II. 국제인권조약상 ‘관할’의 개념 및 일반 국제공법상 ‘관할권’ 개념과의 차이
- III. 주요 국제인권기구의 해석 태도
- IV. 대안적 해석 모델
- V. 결론

I. 서론

제2차 세계대전 이후 유엔의 탄생과 함께 본격적으로 발전하기 시작한 국제인권법은 인권의 보편성을 바탕으로 개인을 인권주체로서 국제법의 전면에 등장시킴으로써 전통적 국제공법체계와 국가주권의 개념에 큰 변화를 가져왔다. 그러나 국제인권조약 역시 국가의 동의를 기반으로 성립되고 국가를 주된 행위자이자 의무부담자로 규정하는

국가중심적 성격을 유지하고 있으며, 그간 국제인권시스템의 운영은 개별 국가가 자국의 영토 내에 있는 사람들을 어떻게 처우하는지에 주된 초점이 맞추어져 왔다.¹⁾ 지구적 이동성과 상호의존성이 증대, 심화되는 가운데 한 국가의 행위나 의사결정이 국경 밖에 위치한 사람들의 인권에 중대한 영향을 초래하는 사례가 증가하고, 초국경성을 본질로 하는 기후변화와 환경오염, 감염병, 과학기술의 발달 등이 인간의 삶에 새로운 위협을 가져오고 있는 현실에서, 국제인권조약 당사국의 인권의무에 대한 영토중심적 접근은 한계를 가질 수밖에 없다.²⁾ ‘국가는 국경 밖 사람들의 인권에 대해서도 의무를 지는가? 그렇다면 누구에 대하여 어떠한 내용과 정도의 인권의무를 부담하는가?’라는 질문은 초국경화되고 있는 오늘날의 인권 상황에서 진지한 성찰과 보다 정교한 이론적 접근을 요구한다. 국가의 역외 인권의무에 대한 타당한 해석과 효과적 이행의 중요성에도 불구하고 국제인권학계에서도 이 주제는 비교적 최근에 와서야 주목받기 시작하였고, 국내에서는 이에

1) Nehal Bhuta, “The Frontiers of Extraterritoriality: Human Rights Law as Global Law,” in *The Frontiers of Human Rights*, ed. Nehal Bhuta (Oxford: Oxford University Press, 2016), 2-8; Ralph Wilde, “The Extraterritorial Application of International Human Rights Law on Civil and Political Rights,” in *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, eds. Scott Sheeran and Nigel Rodley (London: Routledge, 2013), 151-3 참조.

2) Eyal Benvenisti, “Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders,” *American Journal of International Law* 107, no. 2 (2013): 295, 298 (“[I]n our contemporary global condominium, the “technology” of global governance that operates through discrete sovereign entities no longer fits. What had previously been the solution to global collective action problems has now become part of the problem of global governance. Sovereigns regulate resources that are linked in many ways and on a daily basis with resources that belong to others. Some states regularly shape the life opportunities of persons in faraway states by their daily decisions on economic development, conservation, or health regulation...”) 참조.

대한 연구가 아직 부족한 상태이다.

이러한 문제의식을 바탕으로 본 연구에서는 현대 국제인권조약 당사국의 인권의무 상대방의 범위와 역외 인권의무에 대한 타당한 해석론을 모색해보고자 한다. 우선 주요 국제인권조약에서 당사국의 의무 상대방 범위를 설정하는 역할을 하고 있는 ‘관할’(jurisdiction) 규정들을 개관한 뒤 국제공법상 전통적 ‘관할권’ 개념과의 차이점을 짚어보고, 국제인권법상 관할 개념에 대한 보다 정확하고 면밀한 이해가 필요함을 논하기로 한다(제II장). 이어서 당사국의 역외 인권의무에 대한 해석례를 다수 축적해온 유럽인권재판소의 대표적 판결들과 자유권규약위원회, 사회권규약위원회, 미주인권재판소의 해석 태도를 검토하여 현재까지 주요 국제인권해석기구의 실무에서 발견되는 접근방식의 의의와 이론적 문제점들을 파악해본다(제III장). 이와 함께 국가의 역외 인권의무에 대한 대안적 해석론을 제시하여 국제인권학계의 관련 논의를 이끌고 있는 Marko Milanovic의 견해가 가지는 기여와 한계점을 조명한 뒤, 인권의무의 종류와 성격에 따른 보다 체계적이고 세분화된 해석 모델의 필요성을 확인하고 그 타당한 구체화 방안을 제안하고자 한다(제IV장).

국가가 자국의 국경 밖 사람들에 대하여 가지는 인권의무는 종종 ‘인권조약의 역외 적용’(extraterritorial application of human rights treaties)이라고 일컬어지기도 하나 이는 정확하지 않은 표현이다. ‘역외 적용’이라는 개념은 국경 내부로 원칙적 적용범위가 제한된 개별 국가의 국내법을 국경 밖의 사람이나 행위, 사건에 적용할 수 있는지가 문제될 때 주로 쓰인다. 국제인권조약의 경우 본래적으로 지구적 보편적 적용을 전제로 하기 때문에, 특정 국가나 지역에 한정된 법체계를 그 경계 밖에서 적용할 것인지의 문제가 아니라, 당사국이면 모두 부담하는 인권의무가 누구를 향하는 것인지, 개별 국가가 국경 안과 밖에 위치한 사람들에게 동일한 인권의무를 부담하는지, 인권의무에 영토적 제한이 적용되는 경우가 있는지 등 인권의무의 역외성 또는 역외적 인권의무(extraterritorial human rights obligations)가 주된

문제가 된다. 사실 ‘역외’(extraterritorial)라는 용어 자체가 이미 관련 법개념에 대한 영토중심적 사고를 반영하는 것이기도 하다. 이 글에서는 ‘역외 인권의무’라는 표현을 사용하기는 하나, 국가의 인권의무가 원칙적으로 영토 내에서만 적용된다고 전제하여 그 예외로서의 역외성을 검토하는 것이 아니라, 오히려 국가의 인권의무에 대한 기존의 접근법이 가지는 영토중심성에 대하여 의문을 제기하고 인권의 보편성 원칙에 비추어 이를 비판적으로 고찰하도록 한다. 이를 바탕으로 국가의 인권의무 상대방 범위에 대하여 규범적으로 보다 타당한 해석 방향을 제시하는 것을 목표로 삼는다. 덧붙여 이 글에서 사용하는 용어와 관련하여, ‘extraterritorial’이라는 단어에서 ‘territory’는 한 국가의 주권이 미치는 범위로서 영토, 영수, 영공을 아우르는 영역(領域)을 의미하나, ‘영역’이라는 단어가 ‘area’와 같이 사물의 범위를 지칭하는 일반적인 용어로도 사용되기에 혼란을 방지하고 좀 더 직관적으로 의미를 전달하기 위하여 국경 내 주권이 미치는 범위로서의 territory를 편의상 ‘영토’로 표현하기로 한다.

II. 국제인권조약상 ‘관할’의 개념 및 일반 국제공법상 ‘관할권’ 개념과의 차이

1. 주요 국제인권조약의 관할 규정 개관

주요 국제인권조약 중 당사국의 기본 의무를 규정하면서 ‘관할’이라는 용어를 명시적으로 사용하고 있는 경우를 먼저 살펴보기로 한다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 ‘자유권규약’) 제2조 제1항은 다음과 같은 규정을 두고 있다.

Each State Party to the present Covenant undertakes to **respect** and to **ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction** the rights recognized in the

present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.³⁾

우선 이 조항은 당사국의 기본적 의무로서 규약상 권리를 존중하고 (to respect), 보장할(to ensure) 의무를 규정하고 있음을 확인할 수 있다. 이는 국제인권법상 국가의 3대 인권의무로 일컬어지는 인권 존중, 보호, 실현 의무(obligations to respect, to protect, and to fulfil human rights)를 지칭한다고 볼 수 있을 것인데, 이 중 인권 존중 의무는 사람의 인권을 침해하지 않을 의무(이른바 소극적 의무), 인권 보호 의무는 제3자에 의한 인권침해를 예방하고 이에 적절히 대응할 의무(적극적 의무의 한 형태), 인권 실현 의무는 국가가 단순히 인권을 침해하지 않는 것에서 나아가 적극적으로 인권의 향유와 실현을 가능하게 하고 이를 촉진할 의무(적극적 의무의 또 다른 형태)를 의미한다.⁴⁾ 위 조항상의 ‘respect’는 소극적 의무를, ‘ensure’는 인권 보호와 실현의 적극적 의무를 가리키는 것으로 볼 수 있다. 이 조항의 해석에서 의견 대립이 있었던 부분 중 하나는 인권의무 상대방의 범위로 제시된 ‘all individuals within its territory and subject to its jurisdiction’의 해석에 관한 것이었다. 이 문구에 대한 가장 협소한 해석을 주장해온 미국 정부의 경우, 자유권규약 당사국이 부담하는 인권 의무의 상대방에 해당하는 개인의 범위를 ‘당사국의 영토 내에 위치하고 있음과 동시에 그 국가의 관할에 속한 사람’으로 제한해야 한다

3) International Covenant on Civil and Political Rights [이하 ‘ICCPR’] art. 2, para. 1, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171 (이하 본문 및 각주 인용 문 내 강조표시 필자).

4) Office of the High Commissioner for Human Rights, “International Human Rights Law,” <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/internationallaw.aspx>; Olivier De Schutter, *International Human Rights Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 280-91 참조.

는 입장을 피력해왔다(즉, 위 문구의 ‘and’를 교집합의 의미로 해석).⁵⁾ 그러나 자유권규약위원회 및 대다수의 당사국들은 위 ‘all individuals’의 범위를 ‘당사국의 영토 내에 있는 개인들’ 및 ‘당사국의 관할 내에 있는 개인들’로 해석하여(‘and’를 합집합으로 해석) 당사국의 영토 내에 있지 않더라도 당사국의 관할 안에 있다고 인정되는 사람들에 대하여 규약상의 인권의무가 적용된다고 보고 있다.⁶⁾ 이는 ‘영토’와 ‘관할’은 그 범위가 다를 수 있고 서로 구별되는 개념임을 전제로 하고 있다. 따라서 비교적 범위가 명확한 ‘영토’ 외에 당사국의 ‘관할’에 속한다는 것의 의미와 범위를 어떻게 해석할 것인가가 국제인권 사안에서 자주 문제되고 있다. 한편 한국 외교부는 이 조항을 ‘이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 … 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다’로 번역하고 있는데, 위와 같은 해석상의 쟁점을 인식하고 이에 관한 특정한 입장을 채택하여 번역한 것인지는 분명하지 않다.⁷⁾

5) Commission of Human Rights, 6th Sess., Summary Record of the Hundred and Thirty-eighth Meeting, paras. 33, 34, U.N. Doc. E/CN.4/SR.138 (Apr. 6, 1950); Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Annex I, U.N. Doc. CCPR/C/USA/3 (Nov. 28, 2005). 자유권규약 해당 조항의 성안 과정에 대해서는 국제인권조약상 의무의 적용범위에 대하여 국내에서 드물게 수행된 연구 중 하나인 최지현, “국제인권조약의 장소적 적용범위 확대 - 역외적용 가능성에 대한 일반적 고찰,” 『안암법학』 34 (2011): 998-1005 참조.

6) Human Rights Committee, General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, para. 10, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004): “States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party.”.

이와 함께 자유권규약 관할 조항의 해석상 중요한 문제이나 최근까지 학계나 실무에서 제대로 조명되지 못한 부분은 위 ‘영토와 관할에 속하는 모든 개인들’이라는 문구가 해당 문장에서 위 문구 바로 앞에 위치한 인권 ‘보장’ 의무에만 적용되는지, 아니면 더 앞에 위치한 인권 ‘존중’ 의무에도 동일하게 적용된다고 볼 것인지 여부이다. 이는 인권조약 당사국의 인권의무 범위의 해석에 있어 핵심적인 문제와 연결되는 것으로 이 글의 후반부에서 보다 상세히 논하기로 한다.

유엔아동권리협약의 경우 제2조 제1항에서 “States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child **within their jurisdiction** without discrimination of any kind, ...”라고 규정하여 ‘영토’가 아닌 ‘관할’ 용어만을 사용하고 있다.⁸⁾

유럽인권협약은 제1조에서 ‘The High Contracting Parties shall **secure** to everyone **within their jurisdiction** the rights and freedoms defined in Section I of this Convention’이라고 규정하여 역시 영토가 아닌 ‘관할’만을 언급하고 respect나 ensure 대신 secure라는 동사를 사용하고 있다.⁹⁾ 여기서 secure가 ensure와 같은 의미로 인권 보

7) 외교부, http://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3835/contents.do.

8) 아동인권협약 성안 과정 초안에서는 관할 대신 영토라고만 표현되었다가 영토 밖에 위치하지만 당사국의 관할에 속한다고 볼 수 있는 아동이 배제되지 않도록 하기 위해 ‘jurisdiction’으로 대체되었고, 자유권규약이 관할과 영토를 병기함으로써 의미상의 모호함을 초래하고 있는 점과 유럽인권협약에서 영토라는 용어 없이 관할만을 사용하고 있는 점 등을 고려하여 현재와 같이 확정되었다. Sharon Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the “Travaux Préparatoires”* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992), 147 참조.

9) 이 조항의 초안에서는 ‘to all persons residing within the territories of the member States’로 되어 있었으나 ‘residing’이라는 용어가 법적인 의미의 거주로 제한적으로 해석될 우려가 제기되어 보다 사실적 차원의 표현인 ‘living in’으로 수정되었다가 이후 이 용어 역시 삭제되고 관할 내 존재하는 모든 사람을 포괄하고 영토라는 용어보다 탄력적 해석이 가능한 ‘everyone

호, 실현을 위한 적극적 의무만을 뜻하는지, 존중과 보장을 모두 포괄하는 의미로 쓰인 것인지 문언상으로 명확하지는 않다. 특히 동 조항의 부제가 ‘obligation to respect human rights’로 되어 있어 1950년 협약 제정 당시 인권 존중과 보장 의무의 구별에 대한 명확한 인식이 있었는지 의문의 여지가 있다. 이 조항의 해석 실무에 대한 검토 및 평가는 제III장에서, 타당한 해석방식에 대해서는 제IV장에서 다루기로 한다.

반면 미주인권협약은 당사국의 인권 존중 의무와 보장 의무에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, ...¹⁰⁾

주목할 것은 이 조항은 다른 인권조약들과 비교하여 볼 때 인권 존중 의무와 보장 의무를 매우 뚜렷하게 구별하여 규정하고 있으며, 인권 존중 의무는 상대방 범위에 특별한 제한을 두지 않는 방식으로, 인권 보장 의무에 대해서는 ‘관할에 속한 모든 사람들에 대하여 협약상 권리의 자유롭고 완전한 행사를 보장하는 것을 의무화하는 방식으로 규정되어 있다는 것이다.

한편 이와 같은 관할 조항을 두지 않는 인권조약들도 있다. 그 자체로 조약은 아니지만 현대 국제인권규범의 출발점이라고 할 수 있는

within their jurisdiction’으로 확정되었다. Maarten den Heijer and Rick Lawson, “Extraterritorial Human Rights and the Concept of ‘Jurisdiction,’” in *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, eds. Malcolm Langford et al. (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 160-1.

¹⁰⁾ American Convention on Human Rights art. 1, para. 1, Nov. 22, 1969, 1144 U.N.T.S.123.

세계인권선언은 국가가 아닌 개인을 주어로 모든 사람이 어디서든 보편적으로 누려야 하는 권리들을 선언하고 있으며, 국가가 가지는 인권 의무의 상대방 범위를 제한하는 조항을 두고 있지 않다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(이하 ‘사회권규약’)의 경우, 당사국의 기본적 의무를 규정하는 제2조 제1항에서 관할이나 의무 상대방에 관한 언급 없이 각 당사국들은 ‘개별적으로 그리고 국제적 지원과 협력을 통하여’ 규약상 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위한 모든 적절한 수단을 강구할 것을 규정하여 인권 실현을 위한 국제 연대의 중요성을 강조하고 있다.¹¹⁾

인종차별철폐협약의 경우 인종차별에 가담하지 않고 이를 근절하기 위한 모든 수단을 강구할 의무를 규정하는 제2조에서 관련 의무의 공간적 범위를 명시하지 않고 있다.¹²⁾ 단 인종분리의 성격을 가진 관행이 발생하지 않도록 예방, 금지, 근절할 의무에 대해서는 ‘자국의 관할하에 있는 영토에서’(in territories under their jurisdiction)라는 문구

11) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights art. 2, para. 1, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3: “Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and **through international assistance and cooperation**, especially economic and technical, **to the maximum of its available resources**, with a view to **achieving progressively the full realization of the rights** recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.”.

12) International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination art. 2, para. 1, Dec. 21, 1965, 660 U.N.T.S. 195: “States Parties condemn racial discrimination and undertake to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating racial discrimination in all its forms … and, to this end: (a) Each State Party undertakes to engage in no act or practice of racial discrimination against persons, groups of persons or institutions and to ensure that all public authorities and public institutions, national and local, shall act in conformity with this obligation…”.

를 두고 있다.¹³⁾ 고문방지협약도 이와 유사하게 ‘관할하에 있는 모든 영토’에서 고문행위를 방지하기 위한 입법, 행정, 사법 등 조치를 취할 것을 당사국의 의무로 규정하고 있다.¹⁴⁾ 앞서 살펴본 자유권규약, 유럽인권협약, 미주인권협약의 각 관할 조항은 당사국과 개인의 관계에 초점을 두고 의무 상대방인 사람의 범위를 정하는 역할을 하는 반면, 인종차별철폐협약과 고문방지협약에서 ‘관할’이라는 용어가 사용된 위 조항들은 ‘관할이나 영토 내에 있는 사람’을 규정하는 방식이 아닌, ‘관할이 미치는 영토에서 문제적 행위가 발생하지 않도록’ 필요한 조치를 실시할 것을 요구하는 방식을 취하고 있다. 이는 인종분리의 철폐에는 입법, 행정적 조치가 필수적으로 요청되고, 고문방지협약 제2조 제1항은 명시적으로 고문 방지를 위한 입법, 행정, 사법 조치를 취할 것을 요구하고 있기에 그러한 법적 권한을 행사할 수 있는 지역으로서 ‘관할하의 영토’라는 표현이 사용된 것으로 보인다. 이와 같이 ‘관할’이라는 개념은 맥락에 따라 그 의미와 기능이 달라질 수 있는데, 아래에서는 국제인권조약상 의무 상대방 범위로서의 관할과 일반 국제공법에서 전통적으로 사용되어온 ‘관할권’ 개념의 차이를 중심으로 이에 대하여 좀 더 면밀히 살펴보기로 한다.

2. 일반 국제공법상 관할권과 현대 국제인권법상 관할 개념의 차이

국제법에서 ‘jurisdiction’이라는 용어는 여러 가지 의미로 쓰이고 있

13) Ibid., art. 3: “States Parties particularly condemn **racial segregation** and apartheid and undertake to prevent, prohibit and eradicate all practices of this nature **in territories under their jurisdiction**.”.

14) Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment art. 2, para. 1, Dec. 10, 1984, 1465 U.N.T.S. 85: “Each State Party shall take **effective legislative, administrative, judicial** or other measures to prevent acts of torture **in any territory under its jurisdiction**.”.

다. 국제공법 분야에서 전통적으로 사용되어온 국가의 jurisdiction은 보통 ‘관할권’으로 번역되며 개별 국가가 합법적으로 사람이나 사물, 또는 상황을 규율할 수 있는 권한 또는 권능을 의미한다.¹⁵⁾ 국가의 관할권은 입법관할권(prescriptive jurisdiction), 집행관할권(enforcement jurisdiction), 재판관할권(adjudicative jurisdiction)을 아우르고 이는 국가주권(state sovereignty)의 구체적 발현으로 여겨진다.¹⁶⁾ 국제법의 전통적 기능 중 하나는 주권평등원칙을 바탕으로 각 국가의 관할권이 미치는 영역의 경계를 짓고 각국의 관할권 행사에 따른 충돌이나 침해, 갈등 사안을 조율하는 것이었다. 각 주권국가의 관할권은 동시적 관할권(concurrent jurisdiction)이 인정되는 경우를 제외하고는 주권에서 유래하는 공권력을 배타적, 독립적으로 행사할 수 있는 법적 권능을 의미하며 국가는 상호 간 이를 존중하고 타국의 관할권에 함부로 간섭, 개입해서는 안 되는 의무를 지닌다.¹⁷⁾ 이러한 국가 관할권의 범위는 통상 국경과 경계를 같이 하며, 관할권에 해당하는 권한을 다른 국가의 영역에서 행사하기 위해서는 국제법에 따른 정당화 사유가 요구된다.¹⁸⁾ 자국의 영토 밖에 존재하는 사람 또는 사건에 대한 관할권

15) Alex Mills, “Rethinking Jurisdiction in International Law,” *British Yearbook of International Law* 84, no. 1 (2014): 187-239; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), 297; Bernard H. Oxman, “Jurisdiction of States,” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>.

16) 정인섭, 『신국제법강의』 (서울: 박영사, 2020), 206-8.

17) U.N. Charter art. 2, para. 1: “The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.”; art. 2, para. 7: “Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the **domestic jurisdiction** of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter...”.

18) 이러한 원칙은 일찍이 상설국제사법재판소의 *Lotus* 판결에서 확인된 바 있다. *Lotus Case (France v. Turkey)* (1927), P.C.I.J. Series A, no. 10, para. 45: “Now the first and foremost restriction imposed by international

행사가 인정되는 예로는 외국에 체류 중인 자국민에 대한 형법, 세법, 병역법 등 입법관할권의 행사, 형사법 영역에서의 속인주의, 보호주의, 피해자 국적주의, 그리고 전통적으로 해적행위 등에 예외적으로 인정되어온 보편주의 등을 들 수 있다.¹⁹⁾ 아울러 공해상에 위치한 자국에 등록된 선박이나 항공기도 영토와 마찬가지로 취급된다.

일반 국제공법상 관할권 개념이 국가주권의 평등과 국내문제 불간섭 원칙에 기반하여 기본적으로 국가들 사이의 관계에서 각국의 ‘권한’ 행사 범위 분배와 경계 설정의 성격을 가지는 데 반하여,²⁰⁾ 1948년 이후 본격적으로 발전되기 시작한 국제인권법체계에서의 관할은 주로 국가가 인권주체인 개인과의 관계에서 부담하는 ‘의무’ 범위로서의 성격을 가진다는 점에서 차이가 있다. 즉, 위에서 본 자유권규약 제2조 제1항, 유럽인권협약 제1조와 같은 조항에서의 ‘관할’은 다른 국가가 침범해서는 안 되는 권한 또는 국가의 공권력을 합법적으로 행사할 수 영역으로서가 아닌, 국가가 인권을 존중 또는 보장할 의무를 부담하는 상대방에 해당하는 사람들의 범위를 설정하는 의미와 기능을 가진다.²¹⁾ 이러한 차이는 국가 간 상호 불가침의 배타적 권한으

law upon a State is that—failing the existence of a permissive rule to the contrary—it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense **jurisdiction is certainly territorial**; it cannot be exercised by a State outside its territory **except** by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.”.

19) 정인섭, 216-27. 해적행위 외 제노사이드, 인도에 반하는 죄 등 중대범죄에 대한 보편적 관할권을 도입한 개별 국가들의 예가 있으며, 보편주의가 적용된 민사관할권의 예로는 미국의 Alien Tort Claims Act (ATCA), 28 U.S.C. § 1350을 들 수 있다.

20) 정인섭, 206 (“국제법상 관할권 행사의 원칙을 달리 표현하면 국제사회에서 국가들의 권한 행사의 범위를 분배하는 기준이다. 행사의 의무를 부과하는 원칙이 아니라, 행사의 권한을 인정하는 원칙이다. … 국제법의 역할은 각국의 관할권 행사에 대한 한계 제시이다.”).

21) 의무 상대방 범위로서의 관할에 속하지 않는 사람에 대해서는 해당 국가가 관련 인권의무를 부담하지 않게 되므로 이러한 논리에 따르면 그 사람

로서 인식되던 전통적 국가주권이 국제인권규범체계의 등장, 발전과 함께 개인의 인권이라는 궁극적 가치의 수호와 실현을 위한 의무와 책임으로서 그 존재 목적이 재인식되고 국제법이 국가 중심의 법체계에서 인간 중심의 규범체계로 발전해가고 있는 과정과도 연관된다.²²⁾

의 인권을 침해하거나 보장하지 않았더라도 의무위반이나 책임을 구성하지 않게 된다. 이는 국가책임(state responsibility)의 성립요건으로서 국가의 특정한 행위 또는 부작위가 국제적 위법행위(internationally wrongful act)를 구성하는지의 문제와도 관련된다. International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries,” *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II(Part Two), art. 2: “There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.”.

²²⁾ Anne Peters, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty,” *European Journal of International Law* 20, no. 3 (2009): 513; Louis B. Sohn, “The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States,” *American University Law Review* 32, no. 1 (1982): 1-64; Kofi Annan, “Two Concepts of Sovereignty,” *The Economist* (1999); Mills, 188 (“Arguments are increasingly made that the foundations of international law have fundamentally shifted from state sovereignty to a greater concern with ‘humanity’, or from sovereignty as ‘right’ to sovereignty as ‘responsibility’.”); Ruti G. Teitel, *Humanity’s Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011) 참조 또한 국제인권과 국가주권에 관한 구 유고슬라비아 국제형사재판소의 다음 판시 참조: Decision, *Prosecutor v. Dusko Tadić* (IT-94-1-AR72), Appeals Chamber, 2 October 1995, para. 97: “[T]he impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrines, particularly after the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, has brought about significant changes in international law, notably in the approach to problems besetting the world community. A **State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach**. Gradually the maxim of Roman law *hominum causa omne jus constitutum est* (all law is created for the benefit of human beings) has

또한 전통적 국제공법에서의 관할권이 국내법을 합법적으로 제정, 집행, 적용하는 권한으로서 ‘법적’(de jure)인 성격을 가진 개념이라면, 국제인권법에서 인권의무 상대방 범위 설정 기준으로서의 관할은 다음 장에서 논하는 여러 실무례에서 보듯이 특정 장소나 사람 또는 특정 인권의 향유에 대한 국가의 실효적인 지배나 영향력을 의미하는 ‘사실적인’(de facto) 성격을 띠는 것으로 이해되고 있다.²³⁾ 또한 배타적, 독립적 성격이 강조되는 전통적 개념의 관할권과는 달리, 국제인권법의 맥락에서는 하나의 인권 사안에 대하여 여러 국가들이 함께 중첩적 또는 다면적인 인권의무를 부담하는 경우가 자주 발생할 수 있다. 보편적 인권이라는 국제사회의 공통된 이해 관심의 보장과 실현을 위하여 탄생한 국제인권법의 근본 취지와 목적을 고려한다면 개별 국가들의 인권의무는 서로 배타적, 경쟁적 관계가 아닌 공통된 가치를 지향하는 협력적, 보충적 관계로 이해하는 것이 보다 자연스럽고 타당하다고 볼 수 있다.²⁴⁾ 전통적 국제공법상 관할권은 다른 주권국가와

gained a firm foothold in the international community as well.”

23) Committee Against Torture, General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties, para. 7, U.N. Doc. CAT/C/GC/2 (2008): “The Committee also understands that the concept of ‘any territory under its jurisdiction,’ linked as it is with the principle of non-derogability, includes any territory or facilities and must be applied to protect any person, citizen or non-citizen without discrimination subject to the **de jure or de facto control of a State party.**”; para. 16: “The Committee has recognized that ‘**any territory**’ includes all areas where the State party exercises, directly or indirectly, in whole or in part, **de jure or de facto effective control**, in accordance with international law.”; Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 27; Heijer and Lawson, 164-5.

24) Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948) [이하 ‘UDHR’], preamble: “recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world”; “Member States have pledged themselves to achieve,

의 관계상 각국의 국경 내에서 행사되는 것을 원칙으로 하지만, 국제인권법상 관할은 권한이 아닌 의무의 범위에 관한 것으로서 인권의 지구적 보장과 실현이라는 목적, 그리고 갈수록 초국경적 양상이 심화되는 국제인권 사안의 특성을 충실히 고려하여 의무 상대방 범위를 해석하여야 하며, 단 주권평등원칙 및 다른 국제법 원칙들과 조화를 이루도록 하여야 할 것이다.²⁵⁾ 전통적 국제공법상 관할권과 현대 국제인권법상 관할 개념의 이러한 차이점들과 이를 반영한 해석 모델의 필요성은 국제학계에서도 비교적 최근에 와서야 주목받기 시작하였다. 연구자들은 공통적으로 두 법체계에서 사용되는 ‘jurisdiction’이라는 용어가 동음이의어(homonym)라는 사실을 인식하는 것이 인권조약상 관할 해석의 출발점이며, 두 개의 서로 다른 개념을 습관적으로 동일시하거나 혼동한 것이 국가의 인권의무 범위에 대한 그간의 해석 실무에서 나타난 혼란과 비일관성의 원인임을 지적한다.²⁶⁾

in co-operation with the United Nations, the promotion of universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms...”; Lea Brilmayer, “From ‘Contract’ to ‘Pledge’: The Structure of International Human Rights Agreements,” *British Yearbook of International Law* 77, no. 1 (2006): 163-202 참조.

²⁵⁾ Wilde, 127 (인권의 보편성에 기반한 역외 지향성(extraterritorial orientation)을 지닌 국제인권법의 성격); 151-3 (국제공법상 주권국가 간의 경계를 유지한 채 지구 공통의 가치를 지향하는 국제인권법체계가 가져온 국가주의와 세계주의의 변증법적 관계, 국가의 역외 인권의무 논의를 통한 국경의 유지와 초월의 공존 현상).

²⁶⁾ Heijer and Lawson, 155, 163 (“The main difficulty with this presumption is that it may disregard that jurisdiction under human rights law is not about whether a State is entitled to act, but primarily about delineating as appropriately as possible the pool of persons to which a State ought to secure human rights.”); Lea Raible, *Human Rights Unbound: A Theory of Extraterritoriality* (Oxford: Oxford University Press, 2020), 12 (“The conclusion of the survey is that the two concepts serve different normative purposes, are underpinned by different values, and that they are thus not the same. Accordingly, an account of their relationship

이상과 같은 이해를 바탕으로 국경 밖에 위치한 사람들에 대한 국가의 인권의무와 국제인권조약에서의 관할의 의미에 대한 보다 체계적인 이해와 타당한 해석 모델을 모색하기 위하여 우선 해당 주제에 대한 주요 국제인권해석기구 실무의 흐름을 살펴보기로 한다.

III. 주요 국제인권기구의 해석 태도

1. 유럽인권재판소

유럽인권협약은 전문에서 세계인권선언이 천명한 인권의 보편성과 그 효과적 보장과 실현을 지향함을 명시하면서도,²⁷⁾ 제1조에서는 당사국의 의무 상대방을 자국의 ‘관할’ 내에 위치한 사람들로 한정하고

should be approached with conceptual care.”), 19 (“[T]he term jurisdiction is a homonym.”); Milanovic, 53 (“[T]he word has several different and equally ordinary meanings in general international law itself, and the question is hence which of these meanings—which of these concepts—the jurisdiction clauses of human rights treaties refer to... Despite its name, it is not a legal competence, and it has absolutely nothing to do with that other notion of jurisdiction in international law which delimits the municipal legal systems of states.”). 한편 사법기관이 심리할 수 있는 사건의 범위를 뜻하는 법원이나 재판소의 ‘관할’은 이 단어의 또 다른 용례이다.

²⁷⁾ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Nov. 4, 1950), 312 E.T.S. 5 (European Convention on Human Rights), preamble: “Considering the Universal Declaration of Human Rights... aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared; Reaffirming their profound belief in those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the Human Rights... to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration...”.

있는 것처럼 규정하고 있다(‘shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms’). 그간 당사국의 국경 밖에 위치한 사람들에게 당사국의 협약상 인권의무가 적용되는지가 해석의 쟁점이 된 사안이 다수 제기되어 유럽인권재판소는 당사국의 역외 인권 의무에 관하여 그간 가장 많은 해석례를 축적해온 국제기구가 되었다. 최근까지 관찰되는 유럽인권재판소의 기본적인 해석 태도는, 우선 일반 국제공법에서의 관할권과 국제인권조약에서의 관할 개념이 동일하다는 전제에서 출발하여 유럽인권협약 제1조의 ‘jurisdiction’은 원칙적으로 영토(territory)를 의미하고 다른 국가의 영토권에 의한 제한을 받는다고 보면서, 관할의 범위를 당사국의 영토 밖으로까지 확장하는 예외를 인정하기 위한 특별한 정당화 사유가 개별 사안에서 존재하는지를 검토하는 것이다. 이러한 입장은 이후 살펴볼 *Banković* 사건의 아래 판시를 비롯하여 여러 판결에서 표명된 바 있다.

As to the ‘ordinary meaning’ of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, **from the standpoint of public international law**, the jurisdictional competence of a State is **primarily territorial**. While international law does not exclude a State’s exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, **as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States...** The Court is of the view, therefore, that Article 1 of the Convention must be considered to reflect this **ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction**, other bases of jurisdiction being **exceptional and requiring special justification** in the particular circumstances of each case...²⁸⁾

유럽인권재판소 해석 태도의 또 다른 특징은 소극적 인권 존중 의무와 적극적 인권 보장 의무를 구별하지 않고 동일한 관할 개념을 적용한다는 것이다. 재판소는 개별 사안에서 문제된 인권의무의 종류를 따지지 않고 협약 제1조상 관할의 역외 존재 여부 검토에 ‘실효적 지배’(effective control)라는 개념을 도입하여, 해당 사안에서 인권침해를 받은 개인이 문제된 국가의 실효적 지배에 속한다고 볼 수 있는지 여부를 판단하여 왔다. 이러한 ‘실효적 지배’의 의미 해석에 있어서 재판소가 그간 취해온 방식은 크게 두 가지 형태로 분류된다. 하나는 문제된 사건이 일어난 ‘지역’이 제소된 국가의 실효적 지배하에 놓여 있었는지를 검토하는 이른바 ‘장소적 모델’(spatial model)이고, 다른 하나는 인권침해를 입은 ‘사람’이 문제된 국가의 실효적 지배하에 있었다고 볼 수 있는지를 판단하는 ‘대인적 모델’(personal model)이다.²⁹⁾ 이하에서는 이러한 두 모델이 적용된 유럽인권재판소의 대표적 판결들을 차례로 살펴보기로 한다.

(1) 장소적 모델

유럽인권재판소는 *Loizidou v. Turkey* (1995) 사건에서 처음으로 유럽인권협약 당사국의 역외 인권의무에 대한 명시적 판시를 한 것으로 평가되고 있다. 이 사건 청구인은 터키의 북사이프러스 지역에 대한 군사점령이 지속되면서 입은 재산권 피해에 대하여 터키를 협약상 의무반으로 제소하였다. 이 사건에서 동 재판소는 협약 제1조에서 규정하고 있는 ‘관할’은 당사국의 영토로 한정되지 않으며, 당사국에 의

28) *Banković and Others v. Belgium and Others*, Application no. 52207/99, Decision, 12 December 2001 [이하 ‘*Banković*’], para. 61. 이 사건에서 재판소는 영토 외 관할이라는 예외적 경우는 군사적 점령, 상대국의 동의, 초청 또는 묵인을 통하여 통상 정부에 의하여 행사되는 공권력을 행사하는 경우에 인정된다는 해석을 제시하였다. *Banković*, para. 71.

29) 이러한 분류방식은 필자의 고유한 것이 아니라 Milanovic을 비롯한 여러 국제인권 연구자들이 일반적으로 동의, 채택하고 있는 분류방식이다.

한 군사행동의 합법성, 불법성을 불문하고 이를 통해 영토 외 지역에 대하여 실효적인 지배를 행사하는 경우 협약상 책임이 발생할 수 있고, 그러한 지역에서 인권을 보장(secure)할 의무는 당사국이 실효적 지배를 하고 있다는 사실로부터 도출되는 것이라고 판시하였다.³⁰⁾ 아울러 실효적 지배는 무장한 군대에 의하여 직접적으로 행사될 수도 있지만 문제된 국가에 종속된 해당 지역 지방정부를 통해서도 이루어질 수 있다고 보았다.³¹⁾ 이 사안에서 터키는 군사점령 및 이른바 북사이프러스터키공화국(TRNC) 수립을 통하여 해당 지역에 대한 실효적 지배를 행사하고 있기에 동 지역은 유럽인권협약 제1조상 터키의 관할지역에 속하고, TRNC의 재산권 침해 행위는 터키 정부의 책임을 발생시킨다고 판시하였다. 영토 외 지역에 대한 실효적 지배에 따른 관할과 유럽인권협약상 의무 및 책임의 성립에 관한 이러한 해석은 이후 터키의 북사이프러스 지역에 대한 점령, 러시아의 몰도바 트란스니스트리아 지역에 대한 군사개입 상황에서 주둔 군대 또는 그 영향하에 있는 지방정부에 의해 일어난 인권침해에 대하여 터키와 러시아 정부를 상대로 제기된 일련의 사건들에서도 유지되었다.³²⁾

³⁰⁾ *Loizidou v. Turkey*, Application no. 15318/89, Judgment, 23 March 1995, para. 62: “Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise **when as a consequence of military action—whether lawful or unlawful—it exercises effective control of an area outside its national territory.** The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, **derives from the fact of such control** whether it be exercised **directly**, through its armed forces, **or through a subordinate local administration.**”

³¹⁾ *Ibid.*

³²⁾ *Cyprus v. Turkey*, Application no. 25781/94, Judgment, 10 May 2001; *Ilaşcu and Others v. Republic of Moldova and Russia*, Application no. 48787/99, Judgment, 8 July 2004; *Manitaras and Others v. Turkey*, Application no. 54591/00, Decision, 3 June 2008; *Catan and Others v the Republic of Moldova and Russia*, Application no. 43370/04, Judgment, 19

2001년에 선고된 *Banković* 판결은 영토주의를 원칙으로 하는 장소적 모델의 문제점을 여실히 드러내어 학계로부터 많은 비판을 받은 바 있다. 1999년 나토군이 구 유고슬라비아연방공화국(FRY)에 대한 공습의 일환으로 베오그라드 시내 방송국을 폭파하여 다수의 민간인 사상자를 발생시킨 이 사안에 대하여 유럽인권재판소는 공습 당시 나토의 군용기가 FRY의 영토를 지배했다고 볼 수 없고, 영토적 지배 없이 공중에서 살상용 무기를 사용한 것만으로는 피해자들에 대한 유럽인권협약 제1조상의 관할이 성립한다고 볼 수 없다는 이유로 피해자와 유족들의 소를 각하하였다.³³⁾ 재판소는 특히 이러한 결론의 논거 중 하나로 ‘협약상 권리들은 문제된 역외 행위와 관련된 개별 정황에 맞추어 분할되거나 재단될 수 없다’는 논리를 제시하였다.³⁴⁾ 즉, 협약상 모든 인권에 대한 보장 의무가 인정될 수 없는 지역에서 특정 인권에 대한 일부 의무만 인정된다고 분리해서 볼 수 없으므로 그 어떠한 인권의무 관할의 존재도 인정할 수 없다는 입장을 피력했다. 그렇지 않을 경우 인권침해행위의 피해자이기만 하면 모두 해당 국가의 관할에 속하는 것이 되어 협약 제1조상의 ‘관할’이라는 개념이 독자적 의미나 기능을 상실하게 된다는 이유를 내세웠다.³⁵⁾ 재판소는 영토

October 2012.

³³⁾ *Banković*, paras. 75, 92.

³⁴⁾ *Ibid.*, para. 75: “[T]he Court is of the view that the wording of Article 1 does not provide any support for the applicants’ suggestion that the positive obligation in Article 1 to secure “the rights and freedoms defined in Section I of this Convention” can be divided and tailored in accordance with the particular circumstances of the extra-territorial act in question...”.

³⁵⁾ *Ibid.*, para. 75: “[T]he applicants’ submission is tantamount to arguing that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention. The Court is inclined to agree with the Governments’ submission that the

외 지역에서의 ‘실효적 지배’에 따른 관할은 군사점령이나 현지 국가의 동의 등에 의하여 통상 정부에 의해서 행사되는 공권력의 일부 또는 전부를 행사하는 예외적인 경우에만 성립되는 것으로 해석하고,³⁶⁾ 일회적 공습행위만으로는 그러한 지배가 성립되지 않는 것으로 보아, 피해자들이 나토군의 공습에 의해 사망하였더라도 공습에 참여한 국가들과 피해자들 사이에 어떠한 관할적 관련성(jurisdictional link)이 존재한다고 볼 수 없으므로 피해자들은 해당 행위로 인한 민간인 사상에 대하여 제소할 적격이 없다고 판단하였다.³⁷⁾

이후 유럽인권재판소는 *Issa and Others v. Turkey* (2004) 사건에서 장소적 모델의 완화와 대인적 모델로의 전환 가능성을 일부 보여준 것으로 평가받는다.³⁸⁾ 이 사건의 청구인들은 터키 국경과 인접한 이라크 북부지역 마을에서 양을 돌보던 민간인 피해자와 유족들로, 1995년 양몰이 일을 하고 있던 피해자들이 터키군인들의 총격에 의해 사망하고 신체훼손을 당한 것으로 추정되는 사안이었다. 결론적으로 당시 터키군인들이 해당 지역에서 군사행동을 하였다는 증거가 부족하다는 이유로 각하결정이 내려졌으나, 이 판결에서 재판소는 협약상의 관할이 당사국의 영토 내로 한정되지 않는다는 것을 재확인하면서 영토 밖에서의 행위 또는 영토 밖으로 효과를 발생시키는 행위로 인하여 당사국의 국경 밖에서 관할이 성립할 수 있음을 인정하였다.³⁹⁾

text of Article 1 does not accommodate such an approach to “jurisdiction”... the applicants’ approach does not explain the application of the words “within their jurisdiction” in Article 1 and it even goes so far as to render those words superfluous and devoid of any purpose.”.

36) Ibid., para. 71.

37) 이 결정에 대한 비평은 Heijer and Lawson, 176; Milanovic, 137 참조.

38) *Issa and Others v. Turkey*, Application no. 31821/96, Judgment, 16 November 2004, para. 71: “a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of **persons** who are in the territory of another State but **who** are found to be **under** the former State's **authority** and **control** through its agents operating—whether lawfully or unlawfully...”.

특히 외국 영토의 일부 지역에서의 군사행동에 의하여 ‘일시적’인 실효적 지배가 성립할 수 있음을 확인하였다.⁴⁰⁾ 아울러 ‘유럽인권협약 제1조는 당사국으로 하여금 자국 영토 내에서 저지를 수 없는 협약 위반행위를 다른 국가의 영토에서는 저지를 수 있도록 허용하는 방식으로 해석되어서는 안 된다’고 판시하여, 아래에서 볼 자유권규약위원회가 *Lopez Burgos* 사건에서 제시한 인권조약 해석의 중요한 원칙을 인용하였다.⁴¹⁾ 이는 유럽인권협약상 의무가 당사국의 영토가 아닌 지역, 특히 ‘유럽’ 지역 밖에서 일어난 당사국의 행동에 대해서도 적용될 수 있음을 확인한 것이기도 하다.

(2) 대인적 모델

Al-Skeini (2011) 판결은 유럽인권재판소가 기존의 장소적 모델과 분명히 구별되는 대인적 모델을 적용하여 당사국의 영토 외 관할과 협약상 책임을 인정한 대표적 사례로 평가되고 있다.⁴²⁾ 이 사건의 피해자들은 2003년 이라크에 주둔하고 있던 영국군에 의해 살해당한 이라크 민간인 6명으로 이 중 5명은 경찰 중이던 영국군인들에 의해 총에 맞아 사망하거나 구타당한 뒤 강에 던져져 익사하였고, 나머지 한 명은 현지 영국군 시설에 감금되어 영국군인에게 구타당하여 사망하였다. 유족들은 영국 정부가 이 사건들을 제대로 조사하지 않고 있는

39) *Ibid.*, para. 68: “In exceptional circumstances the acts of Contracting States performed outside their territory or which produce effects there (“extra-territorial act”) may amount to exercise by them of their jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention.”.

40) *Ibid.*, para. 74.

41) *Ibid.*, para. 71: “Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory.”.

42) *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, Application no. 55721/07, Judgment, 7 July 2011.

데 대하여 제소하였고, 우선 위 피해자들이 유럽인권협약 제1조상 영국의 관할에 속한다고 볼 수 있는지가 쟁점이 되었다. 재판소는 사건 당시 영국군이 이라크에 주둔하여 안보 유지 등 통상 주권국가에 속하는 공권력의 일부를 행사하고 있었음이 인정되고, 영국은 소속 군인의 안보 유지 활동 중 살해당한 개인들에 대하여 권한과 지배를 행사하였다고 볼 수 있으므로 피해자들과 영국 사이에 관할 관계가 존재함을 확인하면서, 영국은 피해자들의 사망에 대한 조사 의무를 이행하지 않은 데 대한 배상책임이 있다고 판시하였다.⁴³⁾ 특히 재판소는 이 판결에서 ‘협약상 권리는 개별 상황에 따라 분할되거나 재단될 수 없다’는 *Banković* 사건에서의 입장을 반복하면서, ‘국가가 자신의 대리인(agent)을 통하여 개인에게 지배나 권한을 행사할 경우 관할이 성립되고, 그 국가는 협약 제1조에 따라 그 개인의 상황[이 사안에서는 경찰 또는 구금 상황]과 관련 있는 협약상 권리와 자유를 해당 개인에게 보장할 의무를 진다’는 중요한 판시를 하였다.⁴⁴⁾ 그리고 관할 관계

43) Ibid., para. 149: “[T]he United Kingdom (together with the United States) assumed in Iraq the exercise of some of the public powers normally to be exercised by a sovereign government. In particular, the United Kingdom assumed authority and responsibility for the maintenance of security in South East Iraq. In these exceptional circumstances, the Court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basrah during the period in question, **exercised authority and control over individuals killed in the course of such security operations**, so as to establish a **jurisdictional link** between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention.”

44) Ibid., para. 137: “It is clear that, whenever the State, through its agents, **exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction**, the State is under an obligation under Article 1 to **secure to that individual the rights and freedoms** under Section I of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Convention rights can be “divided and tailored”.”

를 판단하는 데 중요한 것은 문제된 개인이 위치한 건물이나 선박 등의 장소에 대한 지배가 아니라 그 사람 자체에 행사된 물리적인 힘과 지배라는 점을 분명히 하였다.⁴⁵⁾

Jaloud (2014) 사건은 2004년 이라크에 주둔하던 서방 다국적군 중 네덜란드 소속 군인이 차량 검문 중 쏜 총에 맞아 사망한 이라크 민간인의 유족이 제기한 사건으로, 청구인은 네덜란드 정부가 이 사건을 제대로 조사하지 않은 것이 유럽인권협약 위반이라고 주장하였다. 재판소는 해당 총격 사건이 영국군 장교가 지휘하는 지역에서 일어났으나 유럽인권협약 제1조 관할의 해석상 해당 사건의 피해자는 네덜란드의 관할에 속한다고 판시하였다.⁴⁶⁾ 특히 재판소는 네덜란드가 해당 지역에 대한 영국군의 지휘에 동의하였다는 사실만으로 네덜란드의 협약상 인권의무 관할이 사라지지 않으며, 총기 사용에 대한 규정 부과 등 소속 군인에 대한 통제권을 여전히 보유하고 있었으므로 해당 군인의 행위에 따른 유럽인권협약상 책임을 진다고 보았다.⁴⁷⁾ 이 사

45) *Ibid.*, para. 136: “The Court does not consider that jurisdiction in the above cases arose solely from the control exercised by the Contracting State over the buildings, aircraft or ship in which the individuals were held. **What is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question.**”.

46) *Jaloud v. the Netherlands*, Application no. 47708/08, Judgment, 20 November 2014, para. 152.

47) *Ibid.*, paras. 143, 147. 최근 선고된 *Hanan v. Germany* (2021)에서도 아프가니스탄 Kunduz 지역에서 나토군 작전에 참여한 독일 군용기가 공급으로 민간인 사망자를 발생시킨 데 대한 독일 당국의 조사 미흡을 이유로 제기된 사건에 대하여, 유럽인권재판소는 독일이 작전에 참여한 자국 소속 군인에 대한 규율과 형사 사법처리에 대한 배타적 관할권을 가지고 있으므로 피해자들과 독일 사이에 관할 관계가 인정된다고 판시하였다. *Hanan v. Germany*, Application no. 4871/16, Judgment, 16 February 2021. 독일군이 Kunduz 지역에서 아프간 정부에 속한 공권력을 행사하지 않았고 공중에서의 격추행위는 실효적 지배를 구성하지 않으므로 독일이 해당 지역에서 협약상 관할을 가지지 않는다는 독일 정부의 주장은 받아들여지지 않았다. 한편 청구인들은 관할 판단은 문제된 국가가 해당 장소나 사람에 대하여 지배를 행

건은 네덜란드가 사건이 발생한 ‘지역’에 대한 실효적 지배를 행사하고 있지 않은 상황에서도 소속 군인에 의해 사망한 피해자와의 관계에서는 관할이 성립한다고 보았기에 실효적 지배에 관한 대인적 모델을 채택한 것으로 평가된다.⁴⁸⁾

위 판결들과 비교해볼 사례로서 *Ben El Mahi v. Denmark* (2006)는 덴마크 소재 신문사가 이슬람 예언자 무함마드에 대하여 의도적으로 모욕적인 묘사를 담은 만화 연재물을 게재하였음에도 덴마크 당국이 아무런 조치를 취하지 않은 점, 덴마크 검찰이 무슬림 단체의 고발에 대하여 불기소처분을 내리고 관련 민사소송에서도 패소판결이 내려진 점 등에 대하여 모로코에 거주하는 무슬림인 청구인들이 덴마크를 상대로 유럽인권재판소에 제소한 사안이다.⁴⁹⁾ 재판소는 유럽인권협약 제1조상 관할은 국제공법에 따라 원칙적으로 영토를 의미한다고 보아야 하며 군사행동이나 사람에 대한 지배나 권한의 행사 등 예외적인 경우에만 당사국의 영토 밖에서의 행위 또는 영토 밖으로 효과를 발생시키는 행위가 관할을 성립시킬 수 있다는 입장을 재확인하면

사하고 있었는지가 아니라, 사안과 관련된 ‘권리의 향유’에 대하여 해당 국가가 실효적 지배(effective control over the enjoyment of the rights of persons)를 가지고 있었는지(사건에 대한 조사권도 이에 포함)를 기준으로 삼아야 한다고 주장하였다. 이 사건의 배경과 청구인들의 주장에 대해서는 Dominik Steiger, “(Not) Investigating Kunduz and (Not) Judging in Strasbourg? Extraterritoriality, Attribution and the Duty to Investigate,” *EJIL: Talk!* (February 25, 2020), <https://www.ejiltalk.org/not-investigating-kunduz-and-not-judging-in-strasbourg-extraterritoriality-attribution-and-the-duty-to-investigate/> 참조.

48) 그 외 대인적 모델을 채택한 것으로 평가되는 유럽인권재판소 판결들로 *Öcalan v. Turkey*, Application no. 46221/99, Judgment, 12 March 2003; *Pad and Others v. Turkey*, Application no. 60167/00, Decision, 28 June 2007; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, Application no. 61498/08, Decision, 30 June 2009; *Medvedyev and Others v. France*, Application no. 3394/03, Judgment, 23 March 2010 등을 들 수 있다.

49) *Ben El Mahi v. Denmark*, Application no. 5853/06, Decision, 11 December 2006.

서, 이 사건에서는 그러한 예외적 상황이 존재하지 않는다고 보았다. 이에 반하여 *Kovačić and Others v. Slovenia* (2008) 사건에서 재판소는 슬로베니아 정부가 입법을 통해 크로아티아 국적의 예금자들이 슬로베니아 은행에서 예금을 인출하지 못하도록 조치한 사안에 대하여, 슬로베니아 정부가 이러한 입법을 통하여 자국 영토를 넘어선 인권 효과를 초래하였으며 슬로베니아는 유럽인권협약상 이에 따른 책임을 진다고 판시하였다.⁵⁰⁾ 이 사건은 재산권 침해라는 인권 효과가 영토 밖에 있는 사람들에게 미쳤으나 그 원인행위는 슬로베니아 영토 내에서 국내법을 통해 이루어졌다는 특징이 있으며 슬로베니아에 거주하지 않는 청구인들에 대한 관할 존재 여부가 특별한 쟁점이 되지 않고 본안 판단이 이루어졌다.⁵¹⁾

유럽인권협약 제1조상 관할 해석에 대한 대인적 모델은 사실 유럽인권재판소가 개인 청구를 접수하기 시작한 1998년 이전에 이에 대한 심사를 담당하였던 유럽인권위원회가 일찍이 채택하여 상당히 유연한 방식으로 적용해온 바 있다. 특히 국가가 외교관, 군대 등 자신의 대리인을 통하여 개인이나 그 재산에 대하여 사실적 권한을 행사하고 그에 영향을 끼친 경우 해당 개인과 국가 사이에 관할 관계가 성립한다고 보아, 대인적 관할이 사전에 존재하지 않았더라도 문제된 행위 자체를 통하여 성립될 수 있다고 해석한 것이 주목된다.⁵²⁾ 이후 유럽

⁵⁰⁾ *Kovačić and Others v. Slovenia*, Applications nos. 44574/98, 45133/98 and 48316/99, Judgment, 3 October 2008.

⁵¹⁾ 이와 비교해볼 사례로 유럽인권재판소는 최근 선고한 *M.N. and Others v. Belgium* 사건에서 시리아 국적 청구인들의 비자신청을 거부한 베이루트 소재 벨기에 영사의 행위는 영토 밖에서의 공권력 행사이기는 하지만 관할 관계를 성립하기에는 부족하다고 결정하였다. 이러한 판단에는 일반 국제법상 외국인의 입국에 대해서는 목적국이 주권적 재량을 가진다는 점이 고려되었다. *M.N. and Others v. Belgium*, Application no. 3599/18, Decision, 5 May 2020, para. 124. 이에 대한 비평은 Vladislava Stoyanova, “M.N. and Others v Belgium: No ECHR Protection from Refoulement by Issuing Visas,” *EJIL: Talk!* (May 12, 2020), <https://www.ejiltalk.org/m-n-and-others-v-belgium-no-echr-protection-from-refoulement-by-issuing-visas/>.

인권재판소의 *Louizidou* 사건에서 이와 다른 장소적 모델이 채택되고 *Banković* 사건에서 가장 보수적인 모습을 보이다가 이후 대인적 모델로 어느 정도 회귀하고 있다고 볼 수 있다.

(3) 평가

이상 살펴본 유럽인권재판소의 판결들은 국제인권조약에서 당사국의 인권의무 상대방의 범위를 설정하는 기준으로서의 관할의 의미와 필요성 및 그 타당한 해석방식에 대하여 여러 질문들을 제기한다. 특히 인권조약 당사국에 의하여 직접적인 인권침해가 일어났음에도 불구하고 피해자가 재판소가 별도로 정한 기준과 사후적 판단에 의하여 구획된 ‘관할’ 범위에 속하지 않는다는 이유로 소를 제기할 수 없도록 하고 인권침해 국가가 피해자에 대하여 아무런 의무와 책임을 부담하지 않는다고 보는 해석방식은 직관적 도덕관념으로도 쉽게 납득하기 어렵고 세계인권선언이 제시한 자유와 권리를 효과적으로 보장하겠다는 유럽인권규범체계의 설립 목적과 취지에도 어긋난다고 할 수 있다.

이 글 제II장에서 본 것처럼 국제공법상 국가 간 권한 분배와 합법적 공권력 행사 영역 설정 기준이 되는 관할권과 국제인권법상 인권의무 상대방 범위로서의 관할은 그 목적과 기능에서 분명한 차이점을 가지고 있다. 이를 동일시하여 역외 인권의무의 존재를 부정하려는 시도를 지속해 온 대표적인 국가인 미국은 다른 국가에 미국의 영토적 관할권이 미치지 않는다는 이유로 미국 헌법상 기본권이 적용되지 않을 뿐 아니라 국제인권의무도 발생하지 않는다는 논리를 내세워 자유권규약이나 고문방지협약에 규정된 고문금지의무가 미국이 영토 밖에서 대테러 작전을 수행할 때에는 적용되지 않는다는 주장을 해왔다.⁵²⁾

⁵²⁾ EComHR, *Cyprus v. Turkey*, Applications nos. 6780/74 and 6950/75, 26 May 1975; EComHR, *Illich Sanchez Ramirez v. France and Freda v. Italy*, Application no. 8916/80, 7 October 1980; EComHR, *Vearncombe and Others v. Federal Republic of Germany and the United Kingdom*, Application no. 12816/87, 18 January 1989 등 다수.

미국 정부는 스스로 개발한 이러한 논리를 쿠바 관타나모 지역에 수용소를 건설하고 중동 지역에 비밀 감금시설을 설치하여 테러용의자들을 영장이나 혐의고지 없이 무기한 구금하고 심문과정에서 고문과 여러 가혹행위를 가하는 것을 정당화하는 근거로 사용하여 왔다.⁵⁴⁾ 인권의무의 범위를 설정하는 데 일반 국제공법상의 관할권 개념을 그대로 가져오는 것은 개별 국가가 의도적으로 자국의 영토 밖에서 고문행위를 비롯한 각종 인권침해행위를 자행하는 것을 관련 국제인권조약기구가 허용하겠다는 것과 다름없다. 인권조약상 관할 개념의 특성과 기능을 제대로 고려하지 않은 채 국제공법상의 영토적 관할권 개념을 그대로 적용한다면 초국경적 인권침해 문제가 증가하고 있는 상황에서 인권 보장에 커다란 공백이 초래될 것이다.⁵⁵⁾

유럽인권재판소가 국제공법상 법리에 따른 관할권 개념에 더하여 예외적이거나 실효적 지배라는 사실적 개념을 적용해온 것도 국제공법상 개념을 그대로 적용할 경우 발생하는 문제점을 일부 인식하였기 때문일 것이다. 그러나 유럽인권재판소는 기본적으로 유럽인권협약 제1조상의 관할 개념이 국제공법의 원칙에 따라 해석되어야 한다는 전제를 유지하고 있으며, *Banković* 사건에서 공습으로 사망한 피해자들

53) Memorandum from Patrick F. Philbin and John C. Yoo, Deputy Assistant Attorneys General, Office of Legal Counsel, to William J. Haynes II, General Counsel, Department of Defense, 28 December 2001; Memorandum from Jay S. Bybee to William J. Haynes, II, re The President's power as Commander in Chief to transfer captured terrorists to the control and custody of foreign nationals, US Department of Justice, Office of Legal Counsel, 13 March 2002, 22-25, <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/> 참조.

54) 자유권규약위원회와 고문방지위원회는 미국의 이러한 주장을 받아들이지 않았다. Human Rights Committee, Concluding Observations: United States of America, para. 10, U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 (2006); Committee Against Torture, Conclusions and Recommendations: United States, para. 15, U.N. Doc. CAT/C/USA/CO/2 (2006).

55) Heijer and Lawson, 164 참조.

에 대한 관찰과 의무, 책임의 성립이 부정된 것처럼 실효적 지배라는 개념 역시 문제된 지역이 사실상 해당 국가의 영토와 다름없다고 볼 수 있는 매우 예외적인 경우(예를 들어 포괄적 범위의 장기간 군사점령)에만 인정하는 방식으로 협소하게 해석, 적용될 수 있다. *Banković* 사건은 인권침해 사안에 전통적 관찰권 개념을 기계적으로 적용하는 해석 태도가 초래할 수 있는 문제와 함께, 실효적 지배의 해석에 있어 장소적 모델이 가지는 문제점을 선명하게 보여주었다. 유럽인권협약 당사국의 사전적 그리고 장소적 지배가 없었던 지역의 피해자들에 대해서는 살상이라는 사람의 인신에 대한 가장 강력한 지배력을 행사한 경우에도 협약상 아무런 의무와 책임을 지지 않는다는 해석은 유럽인권협약의 초국가적 인권규범으로서의 존재 이유를 몰각시킨다. 또한 당사국들에게 자국 영토 밖에서의 인권침해행위에 대한 부당한 동기를 부여할 수 있다.⁵⁶⁾ 또한 영토를 원칙으로 하는 장소적 모델의 경직성을 완화하기 위하여 ‘장소’ 개념을 점차 협소한 범위(예: 도시나 마을 등 넓은 지역이 아닌, 건물, 피해자의 숙소, 구급시설 등)로 해석해갈수록 장소적 모델이 가지는 이론적 타당성은 약화되고 대인적 모델과의 구별이 불분명해진다고 볼 수 있다.⁵⁷⁾ 유럽인권재판소 역시 *Banković* 사건을 계기로 장소적 모델을 엄격히 적용할 경우 규범적으로 납득하기 어려운 결론이 초래되는 문제점과 장소 개념이 가질 수 있는 자의성을 인식하고 해석기준을 좀더 유연화하면서 대인적 모델로 나아가는 모습을 보이고 있다고 할 수 있다.

대인적 모델은 장소적 모델이 가지는 몇 가지 문제점들을 어느 정도 해소하는 측면이 있는 것이 사실이다. 그러나 사람에 대한 실효적 지배의 기준이 무엇이고 그것의 명확한 설정이 가능한지의 문제, 실효적 지배와 인권침해행위 자체의 관계 및 개별 사안에서 두 요소의 구별이 어렵거나 사실상 동일한 경우에 대한 이론적 설명, 이와 같은

⁵⁶⁾ Kal Raustiala, “A Response to Milanovic,” *Opinio Juris* (December 2, 2011), <http://opiniojuris.org/2011/12/02/a-response-to-milanovic/>.

⁵⁷⁾ Milanovic, 134.

경우 인권침해행위에 대한 실제적 판단에 앞서 피해자가 당사국의 관할 내에 속한 사람일 것이라는 별개의 절차적 요건을 들 필요성과 타당성 등에 대하여 의문이 제기된다. *Al-Skeini* 사건에서 유럽인권재판소는 피해자들이 영국의 관할에 속한다고 판단하였는데 이는 당시 문제된 장소에서 영국군이 안보 유지 활동이라는 ‘국가 공권력에 속하는 활동’을 하고 있던 중이었다는 것이 인정 근거가 되었다. 만약 검문상황이나 구금시설, 안보 유지 활동이라는 상황적 전제가 없었던 경우 영국군에 의한 사망사건이 발생하였다면 판단이 달라졌을 수 있다. 만약 국가와 피해자 사이의 실효적 지배 관계가 문제된 행위 이전에 존재하여야 관할 및 인권의무가 성립할 수 있다고 본다면, 피해자를 검문 또는 감금하던 중 살해하는 것은 인권의무 위반이 되지만 피해자와 다른 접촉이 없었던 상황에서 습격하거나 공습 등으로 무차별 살해하는 것은 문제가 되지 않는다는 기이한 결과를 가져오게 된다.⁵⁸⁾

유럽인권재판소의 그간 판결례에서 발견할 수 있는 긍정적인 변화 중 하나는 *Banković* 사건에서 유럽인권협약상 권리들은 개별 사안에 따라 ‘분할되거나 재단될 수 없다’는 이유를 들면서 인권의무 관할의 판단에 있어서 ‘all or nothing’ 식의 태도(즉 문제된 국가가 특정 지역에 대하여 협약상 모든 권리를 보장할 상황에 있지 않다면 협약 제 1조상 관할의 성립을 인정할 수 없고 따라서 그 지역에 있는 사람들에게는 협약상 어떠한 인권의무도 부담하지 않는다고 보는 태도 예를 들어 해당 지역에서 선거권을 보장할 상황이 되지 않는다는 이유로 그 지역 주민들의 생명권을 침해해도 된다는 해석)를 취한 반면, *Al-Skeini*와 이후의 사건들에서는 이러한 입장을 폐기하고 문제된 사안과 관련된 특정 인권 또는 인권의무(예: 생명권, 사망 사건을 조사할 의무)의 맥락에서 당사국과 피해자 사이에 관할 관계가 존재하는지를 검토하는 태도를 보이고 있다는 것이다. 또한 유럽인권협약이 유

58) Milanovic은 대인적 모델의 이러한 문제점이 대테러 작전에서 용의자를 체포, 구금하기보다 드론 공격을 통해 즉시 살해하는 경우가 증가하고 있는 것과 무관하지 않다고 지적한다. Milanovic, 190-1.

립지역 국가를 당사국으로 하는 지역인권협약에 해당하지만, 당사국들이 자국의 영토 밖, 또는 유럽지역(소위 *espace juridique*) 밖에서 인권침해행위를 하는 경우 해당 사안에 유럽인권협약이 적용될 수 있다는 것을 근래의 여러 판결들에서 확인할 수 있다. 유럽인권협약 제1조가 당사국이 자국 영토 내에서 저지를 수 없는 인권침해행위를 다른 국가의 영토에서는 저지를 수 있다는 의미로 해석되어서는 안 된다는 *Issa* 사건의 판시는 이러한 맥락에서 중요한 의의를 가진다.

그러나 긍정적 변화를 보여준 *Issa* 판결이나 대인적 모델을 채택한 *Al-Skeini* 및 그 이후 판결들 역시 유럽인권협약 제1조상 관할이 원칙적으로 국제공법에서의 관할권과 동일하며 예외적으로 실효적 지배 개념을 통한 확장이 가능하다는 기본 입장을 고수하고 있다. 앞서 지적한 대로 국가의 행위로 인해 인권이 침해되고 인과관계와 주관적 인식 등의 요건을 모두 갖춘 경우에도 ‘관할’이라는 별도의 요건을 부과하여 상당수의 피해자들을 협약의 보호범위로부터 제외하고 인권을 침해한 국가를 관련 의무와 책임으로부터 면제시키는 것이 타당한지, 인권침해행위 이전에 피해자에 대한 실효적 지배가 사전적으로 요구된다고 보아야 하는지, 아니면 적어도 소극적 인권 존중 의무에 있어서는 관할 요건을 적용하지 않아야 하는지 등의 비판적 의문이 제기된다. 한편 인권 보호와 실현이라는 적극적 의무의 경우에는 국가의 입법이나 행정, 사법 권한의 행사가 요청되는 경우가 있을 것이므로 관할에 대한 논의가 필요하고 적절할 수 있다. 즉, 인권의무의 종류에 따른 관할 개념의 해석과 적용의 정교화가 요청된다. 이하에서는 자유권규약위원회를 비롯한 다른 주요 국제인권해석기구들의 태도를 살펴본 후 제IV장에서 인권의무 상대방 범위에 대한 해석 모델의 체계화와 구체화를 시도하기로 한다.

2. 자유권규약위원회

자유권규약위원회는 일찍이 개인통보사건 결정들을 통해 자유권규

약 당사국이 자국의 국경 밖에 위치하는 사람들에 대하여 인권적 영향을 끼친 경우 규약상 책임이 발생할 수 있음을 확인해왔다. 특히 1981년 *Lopez Burgos v. Uruguay* 사건에서 자유권규약 선택의정서 제1조상의 ‘jurisdiction’은 인권침해가 일어난 장소에 관한 것이 아니라, 그 장소가 어디든 인권침해를 입은 개인과 행위자 국가 사이의 관계에 관한 것임을 분명히 하였고,⁵⁹⁾ ‘자유권규약 제2조는 당사국들이 자국 영토에서 저지를 수 없는 규약 위반행위를 다른 국가의 영토에서는 행할 수 있도록 허용하는 방식으로 해석되어서는 안 된다’라는 중요한 해석원칙을 제시하였다.⁶⁰⁾

자유권규약위원회가 자국의 국경 밖에 있는 사람들에 대한 의무를 포함하여 당사국의 규약상 의무에 대한 일반적 원칙을 제시한 것은 2004년 제31호 일반논평을 통해서이다. 위원회는 ‘당사국은 영토 안에 위치하고 있지 않더라도 자국의 권력(power)과 실효적 지배 안에 있는 모든 사람들의 인권을 존중하고 보장할 의무가 있다’고 명시하였다.⁶¹⁾ 또한 자유권규약상 권리는 모든 개인이 국적 등에 관계 없이 누릴 수 있어야 하며, 이러한 원칙은 당사국의 군대가 국경 밖에서 활동하는 경우 그 권력이나 지배 안에 있는 사람들에게도 동일하게 적용됨을 확인하였다.⁶²⁾ 이는 관할의 해석에 있어 대인적 모델을 채

59) Human Rights Committee, *Lopez Burgos v. Uruguay*, para. 12.2, U.N. Doc. A/36/40 (July 29, 1981). Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights art. 1, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171: “A State Party to the Covenant that becomes a Party to the present Protocol recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from individuals subject to its **jurisdiction** who claim to be victims of a violation by that State Party of any of the rights set forth in the Covenant.”.

60) *Ibid.*, para. 12.3. 이 원칙은 앞서 보았듯이 유럽인권재판소의 *Issa* 판결에서도 인용된 바 있다.

61) Human Rights Committee, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, para. 10, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).

택한 것으로 평가되며, 실효적 지배와 함께 ‘권력’이라는 용어를 사용하고 있는 점도 특징이다.

이로부터 14년 뒤인 2018년 위원회는 생명권에 관한 일반논평 제 36호를 통하여 자유권규약 당사국의 역외 인권의무에 대한 새로운 해석적 접근을 제시하였다.

In light of article 2, paragraph 1, of the Covenant, a State party has an obligation to respect and to ensure the rights under article 6 of all persons who are within its territory and all persons subject to its jurisdiction, that is, all persons over whose **enjoyment of the right** to life it exercises **power** or **effective control**. This includes persons located **outside any territory** effectively controlled by the State, whose **right to life** is nonetheless **impacted** by its military or other activities in a **direct and reasonably foreseeable** manner.⁶³⁾

즉, 위원회는 우선 자유권규약 제2조 제1항에 따라 당사국은 자국 영토 내 존재하는 모든 사람 및 관할 내에 존재하는 모든 사람의 생명권을 존중하고 보장할 의무를 가진다는 것을 확인하면서, 이때 관할 내에 있는 사람이란 해당 국가가 ‘생명권의 향유에 대하여 권력이나 실효적 지배를 행사하는 모든 사람’을 의미한다고 해석하였다. 특히 여기에는 영토 밖에 위치하면서 당사국의 행위로 인하여 생명권에 ‘직접적이고 합리적으로 예견 가능한 방식으로’ ‘영향(impact)’을 받는 사람들이 포함된다고 명시하여, 이전에 위원회가 사용하지 않았던 개념요소들을 통해 관할에 속하는 사람의 의미를 보다 구체적으로 제시하고자 한 점이 주목된다. 이러한 해석은 해당 지역이나 사람에 대한

62) Ibid.

63) Human Rights Committee, General Comment No. 36: Article 6 (Right to Life), para. 63, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36 (2018).

물리적인 지배가 아닌, 개인이 인권조약상의 권리를 ‘향유하는 데’ 영향을 끼치는 것에 초점을 둔다는 특징이 있다. 이러한 2018년 일반논평은 위원회가 2004년 일반논평에서 제시한 대인적 모델을 대체하는 것으로 평가되고 있으며, Daniel Møgster가 지적한 바와 같이 그간 논란이 되어온, 미국이 드론을 이용해 테러용의자 등 외국에 있는 사람을 원거리에서 즉시 살해하는 표적살인(targeted killing) 등의 사안에서 인권의무 위반 결정을 보다 용이하게 내릴 수 있는 해석 기반을 제공할 것으로 기대된다.⁶⁴⁾ 이러한 접근법은 인권침해 사안에서 행위와 결과 사이의 객관적 인과관계(direct)와 주관적 인식 요소(reasonably foreseeable)가 인정되면 인권 책임을 물을 수 있도록 하여 기존 해석 모델하에서 관할이라는 개념이 인권침해의 책임 추궁과 피해 구제에 장애물로 작동해온 문제를 해소하는 데 기여할 수 있는 긍정적인 측면이 있다.

그러나 비판적인 검토가 필요한 지점들도 있다. 일부 당사국들이 이 논평에서 새로 등장한 개념인 ‘영향’의 범주가 지나치게 넓어질 수 있다는 우려를 표명하였다.⁶⁵⁾ 그 외 직접성, 합리적 예견가능성 등 개념의 모호성도 존재한다. 그러나 위 일반논평에서 제시된 관할 해석의 보다 근본적인 문제점은 의무의 ‘존재’를 판단하는 요소와 의무의 ‘위반’을 판단하는 요소를 혼동 또는 동일시한 데 있는 것으로 보인다. 인권침해라는 행위와 결과 사이의 직접적 인과관계나 합리적 예견가능성 등은 의무 위반 및 그에 따른 책임 성립이라는 실체적 판단의 고려 요소이지, 그 이전에 한 국가가 아직 특정되지 않은 개인에 대하여 부담하는 인권 존중 또는 보장 의무가 존재하는지, 또는 어떠한

⁶⁴⁾ Daniel Møgster, “Towards Universality: Activities Impacting the Enjoyment of the Right to Life and the Extraterritorial Application of the ICCPR,” *EJIL: Talk!* (November 27, 2018), <https://www.ejiltalk.org/towards-universality-activities-impacting-the-enjoyment-of-the-right-to-life-and-the-extraterritorial-application-of-the-iccpr/>. Møgster는 위원회의 이러한 접근을 ‘impact model’로 칭하고 있다.

⁶⁵⁾ Ibid.

개인이 해당 국가의 인권의무 상대방의 범위에 속하는지를 판단하는 단계에서 고려될 사항은 아니기 때문이다. 구체적 의무위반을 판단하기 위한 구성요건들을 의무의 존재 자체를 판단하는 데 사용함으로써 이론적으로 구별되는 판단의 두 단계를 뭉뚱그리고 결과적으로 생명권 존중 등 당사국의 기본적 인권의무의 존재 범위와 인권의무 상대방의 일반적 범위를 오히려 축소시키는 결과를 가져오게 되었다. 따라서 앞서 검토한 대인적 모델이 내포한 이론적 문제점들이 여전히 해결되지 않은 채로 오히려 해석상의 혼란이 가중된 측면이 있다고 생각된다.

3. 사회권규약위원회

사회권규약위원회는 사회권규약상 개별 권리들에 대한 일련의 일반논평에서 당사국이 국경 밖에 있는 사람들에게 대하여 가지는 다양한 의무들을 실시하여 온 바 있다. 대표적으로, 식량권에 관한 일반논평 제12호에서 다른 국가에서의 식량에 대한 권리 향유를 존중할 의무와 적정한 식량에 대한 권리의 완전한 실현을 위한 국제 협력의무, 다른 국가에 대한 경제제재나 정치적 압력의 수단으로 식량에 대한 권리를 이용하지 말 것을 명시하였고,⁶⁶⁾ 건강권에 관한 일반논평 제14호에서도 다른 국가에 있는 사람들의 건강권 향유를 존중하고 입법적, 정책적 수단을 통해 가능한 경우 다른 국가 사람들에 대한 제3자(私人)의 건강권 침해행위를 방지할 것, 필수적인 보건시설과 재화, 서비스에 다른 국가 사람들이 접근할 수 있도록 자원이 가능한 범위 내에서 지원할 것, 국제협정 체결 시 건강권에 부정적 영향이 초래되지 않도록 할 것, 재난구호와 비상상황에서의 인도적 지원을 위한 국제 협력의무 등을 명시하였다.⁶⁷⁾ 물에 대한 권리에 관한 일반논평 제15호에서는

⁶⁶⁾ Committee on Economic, Social and Cultural Rights [이하 'CESCR'], General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant), paras. 36, 37, U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999).

다른 국가 사람들의 물에 대한 권리 향유를 존중할 당사국의 의무를 확인하면서, 당사국은 다른 국가에서의 물에 대한 권리 향유를 직접적으로 또는 간접적으로 방해하는 행위를 하지 말아야 하며, 당사국의 관할 내에서 행사된 어떠한 행위도 다른 국가가 그 관할 내 사람들의 물에 대한 권리를 실현할 능력을 박탈해서는 안 된다는 점을 강조하였다.⁶⁸⁾ 또한 국제 또는 지역 협정을 체결하는 경우 물에 대한 권리에 부정적인 영향을 주지 않도록 조치를 강구해야 하며, 특히 무역자유화에 관한 협정을 체결하면서 물에 대한 권리의 완전한 실현을 보장하기 위한 해당 국가의 능력을 축소 또는 박탈해서는 안 된다는 점을 지적하였다.⁶⁹⁾ 아울러 자국의 국민이나 기업이 다른 국가에 있는 사람들이나 공동체의 물에 대한 권리를 침해하지 않도록 방지하고 이를 위한 법적, 정책적 수단을 강구할 당사국의 의무를 명시하였다.⁷⁰⁾ 또한 재난 또는 비상상황에서 필요한 물의 적절한 제공을 포함하여 선진국들이 저개발국을 지원할 특별한 책임이 있음을 확인하였다.⁷¹⁾

그리고 기업 활동과 관련된 사회권규약 당사국의 의무에 관한 2017

67) CESCR, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), paras. 38-42, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

68) CESCR, General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant), para. 31, U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (2003).

69) Ibid., para. 35.

70) Ibid., para. 33.

71) Ibid., para. 34. 이외에도 CESCR, General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant), paras. 29, 30, U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006); General Comment No. 19: The Right to Social Security (Art. 9 of the Covenant), paras. 52-58, U.N. Doc. E/C.12/GC/19 (2008); General Comment No. 20: Non-discrimination (Art. 2, Para. 22 of the Covenant), para. 14, U.N. Doc. E/C.12/GC/20 (2009); General Comment No. 23: The Right to Just and Favourable Condition of Work (Art. 7 of the Covenant), paras. 66-73, U.N. Doc. E/C.12/GC/23 (2016) 등 참조.

년 일반논평 제24호에서는 당사국의 역외 의무에 대하여 별도의 장을 할애하여 일반적 사항을 확인하고, 인권 존중, 보호, 실현 의무로 항목을 나누어 관련되는 역외 의무를 보다 상세히 실시한 점이 주목된다.⁷²⁾ 특히 사회권규약이 여러 권리들을 규정하면서 초등교육 의무실시 규정을 제외하고는 영토나 관할 제한을 두지 않고 있는 점 및 규약 제2조 제1항이 규정하는 국제 지원과 협력 의무를 강조하면서, 사회권규약상 권리들에 대하여 각국의 역외 의무가 기본적으로 존재하며 특히 자국에 적을 두고 있거나 규제가 가능한 기업이 국경 밖에서 인권침해행위를 저지르지 않도록 일반 국제법이 허용하는 범위 내에서 가능한 예방조치들을 취할 의무를 명시하였다.⁷³⁾ 또한 자국 등록 기업의 외국에서의 인권침해행위에 대한 책임 추궁과 피해자들에 대한 효과적 구제 방안 마련을 위한 국제 협력을 강조하였다.⁷⁴⁾

한편 위원회는 이스라엘에 대한 정기이행심사에서, 이스라엘이 실효적 지배를 행사하고 있는 가자(Gaza) 및 서안(West Bank) 지구 등 팔레스타인 영토 주민들에 대하여 부담하는 사회권규약상의 의무를 재확인하고 장벽 건설, 봉쇄와 이주정책 등에 의한 해당 지역 주민들에 대한 인권침해에 대하여 우려를 표시하고 원상회복 등 구제조치를 취할 것을 반복적으로 권고하고 있다.⁷⁵⁾ 또한 해당 지역에 대한 규약

⁷²⁾ CESCR, General Comment No. 24: State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, paras. 25-37, U.N. Doc. E/C.12/GC/24 (2017).

⁷³⁾ Ibid., paras. 26, 27, 31.

⁷⁴⁾ Ibid., paras. 34, 35.

⁷⁵⁾ CESCR, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Israel, U.N. Doc. E/C.12/ISR/CO/4 (2019); CESCR, Concluding Observations: Israel, U.N. Doc. E/C.12/ISR/CO/3 (2011). 국제사법재판소도 Wall 사건에서 이스라엘이 팔레스타인 영토를 점령하여 행사하고 있는 관할은 자유권규약, 아동권리협약, 사회권규약상 의무를 적용하기에 충분하다고 판시한 바 있다. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Rep. 2004 (July

상 의무의 내용은 이스라엘이 각 지역에 대해 가지고 있는 권한과 지배력에 따라 적절하게 구성되는 것으로 해석하고 있다.⁷⁶⁾ 호주에 대한 정기이행심사에서는 탄소배출억제 등 기후변화에 관한 정부의 규제조치 강화를 권고하는 한편, 호주 정부가 나우루와 파푸아뉴기니에 설치하고 민간업체에 위탁하여 운영 중인 난민수용소의 인권상황에 대하여 우려를 표하면서 민간업체에 의한 사회권규약상 권리 침해를 방지할 명확한 규제제도를 마련하고 민간업체의 인권침해행위에 대한 조사와 법적 책임 추궁을 위한 조치를 강구할 것을 촉구하였다.⁷⁷⁾ 네덜란드 정부에 대하여도 네덜란드에 등록된 기업이 페루에서 활동하면서 지역 환경과 원주민의 생계에 끼친 피해에 우려를 표하면서 같은 취지의 권고를 한 바 있다.⁷⁸⁾

4. 미주인권위원회 및 미주인권재판소

미주인권위원회는 유럽인권재판소에 비하여 인권의무 범위로서의 관할 해석에 있어 상당히 유연한 태도를 보여왔다. 피해자의 국적이거나 위치한 장소가 아닌 개별 사안에서 국가의 영토 밖에서의 행위와 피해를 주장하는 사람이 입은 인권침해 사이의 인과관계를 판단하는 것이 심리의 초점이 되어야 한다는 입장을 취하고 있으며, 해당 국가와 피해자 사이의 권한 또는 지배 관계가 사전에 존재할 것을 엄격히 요구하지 않는다.⁷⁹⁾ 예를 들어, 영공 밖 공중에서의 민간항공기 격추 사

9), p. 136, paras. 107-12.

⁷⁶⁾ CESCR, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Israel, para. 11, U.N. Doc. E/C.12/ISR/CO/4 (2019).

⁷⁷⁾ CESCR, Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of Australia, paras. 12, 14, U.N. Doc. E/C.12/AUS/CO/5 (2017).

⁷⁸⁾ CESCR, Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of the Netherlands, paras. 11, 12, U.N. Doc. E/C.12/NLD/CO/6 (2017).

⁷⁹⁾ 예를 들어, *Ecuador v. Colombia*, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 112/10 (Oct. 21, 2011); *Coard et al. v. United States*, Case No.

건에서 격추행위 자체가 당시 항공기에 탑승하고 있던 피해자들이 해당 국가의 관할 내에 있었다고 인정하기에 충분하다고 해석한 바 있다.⁸⁰⁾

미주인권재판소는 2017년 ‘환경과 인권에 관한 권고적 의견’에서 당사국의 역외 인권의무에 관한 새로운 해석론을 제시하였다.⁸¹⁾ 재판소는 당사국과 국경 밖에 위치하는 사람들 사이에 미주인권협약상의 관할 관계가 성립되는 경우를 ‘when the State of origin exercises effective control over the activities that caused the damage and the consequent human rights violation’으로 해석하여, 실효적 지배의 대상을 장소나 사람이 아닌, 인권침해를 초래한 행위 자체라고 보는 접근법을 제시하였다.⁸²⁾ 즉, 국가가 문제된 ‘행위’에 대하여 지배를 행사하고 있었는지가 그러한 행위에 의해 환경 및 인권 피해를 입은 사람들에 대한 의무의 존재를 판단하는 핵심적인 요소라는 것이다. 미주인권협약상 권리에 영향을 끼치는 초국경적 환경 침해 사안의 경우, ‘자국의 영토에서 일어난 원인행위와 영토 밖에 위치한 사람들의 인권침해 사이에 인과관계가 인정된다면, 미주인권협약상 그 사람들은 원인행위가 발생한 국가의 관할 안에 속한다고 볼 수 있다’는 해석을 제시하였다.⁸³⁾ ‘당사국은 자국 영토에서 일어나는 활동들에 대하여 실

10.951, Inter-Am. Comm’n H.R., Report No. 109/99 (Sep. 29, 1999); *Alejandro et al. v. Cuba*, Case No. 11.589, Inter-Am. Comm’n H.R., Report No. 86/99 (Sep. 29, 1999); *The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case No. 10.675, Inter-Am. Comm’n H.R., Report No. 51/96 (Mar. 13, 1997) 등.

⁸⁰⁾ *Alejandro et al. v. Cuba*, para. 25.

⁸¹⁾ *State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity*, Advisory Opinion OC-23/17, Inter-Am. Ct. H.R. (Nov. 15, 2017).

⁸²⁾ *Ibid.*, para. 104(h).

⁸³⁾ *Ibid.*, para. 101: “For the purposes of the American Convention, when transboundary damage occurs that effects treaty-based rights, it is understood that the persons whose rights have been violated are under the

효적 지배를 가지고 있고 그러한 활동들이 국경 밖 사람들의 인권의 향유에 영향을 끼치는 초국경적 환경 침해를 야기하는 것을 방지할 수 있는 위치에 있다고 할 수 있으므로, 그러한 활동으로 인해 부정적 영향을 입을 수 있는 잠재적 피해자들은 해당 국가가 초국경적 환경 침해 발생을 방지하는 의무를 다하지 않은 데 대한 협약상의 책임 성립을 판단하는 데 있어서 그 국가의 관할에 속한다고 볼 수 있다고 해석한 것이다.⁸⁴⁾

자국 영토에서 발생한 원인행위가 초래한 초국경적 환경 피해와 그로 인하여 발생한 영토 밖 사람들에 대한 인권침해 사안의 경우, 관할 해석에 대한 기존의 실효적 지배 모델이 제대로 작동하기 어려운 측면이 있다.⁸⁵⁾ 초국경적 환경오염에 따른 인권침해(예를 들어 자국의 공업지대에서 발생한 미세먼지로 인한 외국 주민들의 건강권과 생명권 침해)의 피해자들이 원인행위가 발생한 국가의 장소적 또는 대인적 지배하에 있다고 해석하기에는 무리가 있기 때문이다.⁸⁶⁾ 미주인권 재판소가 위 권고적 의견에서 제시한 ‘원인행위에 대한 실효적 지배’ 모델은 기존의 해석론이 가지고 있던 인권 보장의 공백 문제를 상당 부분 해소하고 특히 초국경적 환경오염과 같은 ‘국내에서의 행위로

jurisdiction of the State of origin, if there is a causal link between the act that originated in its territory and the infringement of the human rights of persons outside its territory.”

⁸⁴⁾ Ibid., para. 102.

⁸⁵⁾ Jorge E. Viñuales, “A Human Rights Approach to Extraterritorial Environmental Protection?,” in *The Frontiers of Human Rights*, 190-200 (국제환경법상 국가 간 의무와 개인에 대한 국제인권의무 간의 병행과 교차에 대하여 논의하면서 환경오염 원인행위에 대한 실효적 지배의 존재가 관련 인권침해 사안에서의 관할 성립을 판단하는 데 충분하다고 보아야 함을 주장).

⁸⁶⁾ 이러한 종류의 사안으로서 국제사법재판소에 제소된 사건으로 *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, Order, I.C.J. Reports 2013 (Sep. 13), p. 278을 들 수 있다 (에콰도르와의 접경 지역에서 콜롬비아가 공중 살포한 유독성 제초제에 의한 피해에 대하여 에콰도르가 제소한 사건으로 이후 양국 간의 협정 체결로 종결).

인한 국경 밖 사람들에 대한 인권침해' 문제에 대하여 원인행위 발생국의 법적 책임을 묻는 데 효과적인 접근법이 될 수 있다. 그러나 이러한 해석방식은 자유권규약위원회의 최근 일반논평에서도 보았듯이 관할의 성립 요건과 관련 의무의 위반 및 실체적 책임 성립 요건 간의 구별을 어렵게 하는 난점이 있기도 하다.⁸⁷⁾ 또한 이와 같은 해석방식이 최근 여러 국제인권해석기구에서 유사하게 관찰된다는 점 자체가 조약 당사국의 인권의무에 일률적인 관할 개념을 적용하는 태도의 타당성에 대해 의문을 가지게 한다.

5. 참고사례: 독일연방헌법재판소

2020년 5월 19일 독일연방헌법재판소는 외국에 거주하고 있는 비독일인에 대한 통신감시를 포괄적으로 허용하고 있는 독일의 연방정보기관에 관한 법률 조항이 통신의 비밀과 자유 및 언론의 자유에 관한 독일기본법에 위배되어 위헌이라고 결정하였다(일명 BND 판결).⁸⁸⁾ 이 결정은 국제인권조약이 아닌 독일기본법상 국가기관의 기본권 준수 의무가 외국에 있는 사람들에게까지 미치는지에 관한 사안이지만 개별 국가의 국제인권의무에 관한 해석에도 중요한 시사점을 제공하고 있다. 이 사안은 외국에 있는 비독일인을 대상으로 한 통신감시에 관한 것이기에 유럽인권재판소의 장소적 모델이나 대인적 모델에 따른 경우 감시 대상자들에 대한 독일 정부의 실효적 지배가 없어서 이들

87) 유사한 취지의 비평으로, Giovanni Vega-Barbosa and Lorraine Aboagye, "Human Rights and the Protection of the Environment: The Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights," *EJIL: Talk!* (February 26, 2018), <https://www.ejiltalk.org/human-rights-and-the-protection-of-the-environment-the-advisory-opinion-of-the-inter-american-court-of-human-rights/>.

88) BVerfG, 1 BvR 2835/17, May 19, 2020. 이 결정에 대한 영문 번역은 독일연방헌법재판소, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200519_1bvr283517en.html.

에 대한 인권의무와 책임이 성립하지 않는다고 판단될 가능성이 높은 사안이었다. 그러나 자유권규약위원회나 미주인권재판소의 입장처럼 실효적 지배의 대상을 장소나 사람의 인신이 아닌 개인의 ‘권리’ 또는 문제된 ‘행위’로 해석한다면, 국가정보기관의 개인의 통신에 대한 감시와 데이터 수집, 관리 행위는 개인의 관련 기본권에 대한 지배력을 행사한 것으로서 관할과 의무의 존재가 인정될 수 있는 사안이었다.

독일연방헌법재판소는 독일기본법상 기본권 조항은 관련 장소가 영토 내부인지 여부나 개인의 국적과 무관하게 모든 국가기관을 항상 구속한다고 판시하였다.⁸⁹⁾ 또한 독일기본법상 기본권은 보편적 인권에 기반하고 있으며 기본권 조항은 독일의 국제인권법상 의무에 부합하게 해석되어야 함을 강조하고,⁹⁰⁾ 기본권 조항이 국경 안에서만 적용된다는 주장은 국가의 공권력이 국경을 넘어 행사되는 경우가 증가하고 있는 현실에서 국제인권규범과 헌법상의 인권의무에 역행하는 것이라고 지적하였다.⁹¹⁾ 특히 재판소는 유럽인권재판소의 실효적 지배 모델은 디지털 통신감시 사안에서는 명확한 해답을 제시하지 않고 있으며 독일기본법상 국가기관의 기본권 의무의 역외 적용을 방해하지 않는다고 실시하면서, 통신정보기술의 발달이 가져온 정보기관의 초국경적 감시 능력과 범위의 확장 및 이에 따른 인권에 대한 새로운 위협의 증가가 기본권 해석의 틀 안에서 중요하게 고려되어야 함을 강조하였다.⁹²⁾ 이는 국가의 기본권 준수 의무는 어디에서나 누구에 대

89) 1 BvR 2835/17, paras. 87-9.

90) Ibid., para. 94: “[T]he Basic Law acknowledges inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace, and of justice in the world. The Basic Law thus places fundamental rights in the context of international human rights guarantees that seek to provide protection beyond national borders and are afforded to individuals as human beings.”; para. 95: “the fundamental rights of the Basic Law must be interpreted in light of international human rights guarantees”.

91) Ibid., paras. 96, 105.

92) Ibid., paras. 97, 105-10.

해서든 항상 존재하고 국가기관이 국경 밖에 있는 사람들의 인권을 침해한 경우 그에 대한 책임이 발생함을 확인한 것으로서 인권 존중 의무에 있어서 관할이나 실효적 지배 개념의 적용이 적절하지 않음을 표명한 것이기도 하다.⁹³⁾

이와 같이 디지털 공간에서의 인권침해 등 기존의 관할 해석 모델이 제대로 포섭, 대응하지 못하는 초국경적 인권침해 사안이 증가하면서 인권 보장의 공백에 대한 우려도 증대되고 있다. 이 장에서 살펴본 바와 같이 국가의 인권의무 상대방 범위에 대한 국제인권기구들의 해석 태도가 지속적으로 변화, 발전하고 있는 것은 이러한 인권 현실을 반영한 긍정적인 모습으로 볼 수 있으나, 새롭게 제시되고 있는 해석방식들이 이론적 일관성이나 정밀성 등에서 아직 부족한 측면이 있는 것이 사실이다. 이러한 맥락에서 다음 장에서는 국제체계에서 주목되고 있는 대안적 해석 모델의 의의와 한계를 살펴본 후, 국가의 인권의무 상대방 범위에 대한 보다 세밀하고 종합적인 접근방안을 모색해보기로 한다.

IV. 대안적 해석 모델

1. Marko Milanovic의 대안 및 비평

국가의 역외 인권의무에 관하여 선도적인 연구를 해온 대표적 연구자인 Marko Milanovic은 그의 2011년 저서에서 기존의 해석론들이 가지는 이론적 문제점과 그러한 해석론이 적용된 사례들(주로 유럽인권재판소의 판례)을 비판적으로 분석한 뒤 인권조약상 관할에 관한 대안적 해석 모델을 제시하였다.⁹⁴⁾ 소극적 인권 존중 의무에 관해서

93) 독일연방헌법재판소의 이러한 태도는 자국의 독점규제법 등 경제 관련 국내법의 역외 적용은 적극적으로 주장하면서 국제인권규범과 헌법상 기본권 의무는 국경 안에서만 적용된다는 이중적 태도를 보이고 있는 미국 정부의 입장과 대조된다.

는 관할 개념의 도입 없이 타인의 인권을 침해하지 않을 의무가 어디서든 보편적으로 적용되도록 하고, 인권을 보장(보호 또는 실현)할 적극적 의무에 대해서는 영토적 모델(territorial model)을 적용하는 것이다. 이때 ‘영토’란 국가의 ‘실효적 전반적 지배’(effective overall control)가 이루어지고 있는 지역을 의미한다. 인권을 침해하지 않을 소극적 의무는 언제든지 준수가 가능한 반면, 적극적 인권 보장 의무는 국가가 해당 지역에 대하여 충분한 지배력을 가지고 있는 경우에만 이행이 가능하다는 이유를 든다. 소극적 의무의 경우 장소적 모델이나 대인적 모델을 채택할 경우 구체적 타당성을 위하여 지배의 의미나 범위를 사안에 맞게 축소 또는 변형하여 적용할 수밖에 없게 되는데, 그럴수록 그러한 지배 범위의 안과 밖에 위치하는 사람들을 차별 취급하는 데 정당성을 찾기 힘들고 관할이라는 요건의 설정과 적용이 자의적이 될 수밖에 없다는 것이다.⁹⁵⁾ 적극적 인권 보장 의무의 경우 이를 위한 제도와 기구를 마련하고 법과 정책을 집행할 필요가 있기 때문에 해당 지역이나 장소에 대한 실효적이고 전반적인 지배가 요구된다고 본다.⁹⁶⁾ 따라서 이러한 장소는 기본적으로 각국의 영토가 될 것이고 국가의 기관이나 대리인이 영토 밖에서 인권침해행위를 한 경우 그에 대한 조사를 실시할 의무를 제외하고는 실효적 전반적 지배가 없는 지역에서 적극적 의무를 부담하지 않는다는 입장을 취하고 있다.⁹⁷⁾

이러한 대안 모델을 제안하면서 Milanovic은 그간 유럽인권재판소의 해석 실무의 바탕에 자리해온 두 가지 고려 요소, 즉 인권의 보편성(universality)과 인권의무의 실효성(effectiveness) 간의 긴장관계를 분석하고, 이러한 요소들을 고려하면서도 사안에 따른 정책적, 정치적 판단이 아닌 보다 타당하고 일관성 있는 원칙과 이론에 기반한 해석

94) Milanovic, 209-22.

95) Ibid., 119.

96) Ibid., 210.

97) Ibid., 216-7.

모델 정립의 필요성을 강조한다. 인권조약의 관할 조항은 문언적 해석만으로는 명료한 의미가 도출되지 않으며, 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조에서 규정하고 있듯이 인권조약의 대상과 목적을 고려한 규범적 해석이 필요함을 지적한다.⁹⁸⁾ 인권조약은 본질적으로 가치지향적인 성격을 가지며 ‘보편적 인권과 존엄’은 여러 인권조약들의 근본적인 원칙이자 궁극적인 목적임을 상기하여야 인권의무의 범위에 대해서도 타당한 해석이 도출될 수 있다는 것이다.⁹⁹⁾ 피해자에게 분명한 인권 침해행위가 가해졌고 객관적, 주관적 구성요건을 충족함에도 피해자가 가해 국가의 영토 또는 관할 밖에 위치한다는 이유로 해당 국가가 아무런 책임을 지지 않는다는 것은 인권의 보편성 원칙과 국제인권규범의 목적에 명백히 위배되는 해석이며, 특별한 정당화 사유가 요구되는 사안은 인권의무 범위의 확장을 주장하는 경우가 아니라 인권의무의 보편적 적용을 부정하려 드는 경우라고 강조한다.¹⁰⁰⁾ 즉 영토나 국적 등을 기준으로 인권의무의 적용범위를 제한하려는 주장이 제기된다면 그러한 기준 자체가 정당화 심사의 대상이 되어야 한다는 것이다. 한편 Milanovic은 이러한 보편성이라는 가치와 함께 국가의 의무 이행 능력과 가능성이라는 실효성의 측면도 고려하여야 하며, 인권 존중 의무에는 관할을 요구하지 않고, 인권 보장 의무에는 영토적 관할 개념을 적용하는 것이 인권의 보편성과 의무 부과의 실효성을 균형 있게 반영한 모델이라고 주장한다.¹⁰¹⁾ 또한 유럽인권협약 제1조가 ‘shall secure to everyone within their jurisdiction the rights’이라고 규정하고 있으므로 인권 보장 의무에 대해서만 관할 제한을 두고 있는 것으로 해석할 수 있고, 자유권규약 제2조 제1항과 미주인권협약 제1조 제1항 역시 관할의 제한을 인권 보장 의무에만 두고 있는 것으로 문언 해석이 가능하다는 점을 지적한다.¹⁰²⁾

98) Ibid., 224; Raible 참조.

99) Milanovic, 56.

100) Ibid.

101) Ibid., 76, 211.

Milanovic의 대안 모델에 대하여 그간 몇 가지 비판이 제기되었다. Yuval Shany는 이러한 모델이 소극적 의무와 적극적 의무를 이분화하여 서로 반대되는 처방(영토 모델의 폐기 vs 적용)을 내림으로써 인권의 불가분성, 상호의존성이라는 중요한 특성에 역행하고, 국제법 분야 전반에서 지속되어온 공사이분적 접근의 문제를 가중시킬 수 있다고 지적한다.¹⁰³⁾ 사인의 행위에 의하여 영토 밖에 위치한 사람들에게 대한 인권침해가 발생한 경우 그 사인이 소속된 국가가 아무런 의무를 부담하지 않는다고 보는 Milanovic의 견해에 대해서도 비판이 제기되고 있다.¹⁰⁴⁾ 거대 기업과 같이 막강한 영향력을 보유한 주체들에 의한 초국경적 인권침해가 증가하고 침해가 발생한 국가의 대응 능력이나 의지가 미흡한 경우가 적지 않은 상황에서 이러한 이론은 인권 보호에 커다란 공백을 초래할 수 있기 때문이다. 다양한 성격의 적극적 의무를 구별하여 접근하지 않고 일괄적으로 영토 중심의 장소적 모델의 적용을 주장함으로써 국가가 인권 보호와 실현 의무를 충분히 이행할 수 있고 이행이 요청되는 상황에서도 그러한 의무를 면제하게 되는 문제가 지적된다.¹⁰⁵⁾

그리고 국제공법상 관할권과 국제인권조약상 관할이 완전히 다른 개념이며 이들 사이에는 아무런 연관이 없다고 주장하면서 국제인권조약상 관할은 순수하게 사실적 개념으로 파악되어야 한다는

¹⁰²⁾ Ibid., 223-4.

¹⁰³⁾ Yuval Shany, “Bad Cases Make Bad Law, But Good Law Books!,” *EJIL: Talk!* (December 1, 2011), <https://www.ejiltalk.org/bad-cases-make-bad-law-but-good-law-books/>.

¹⁰⁴⁾ Ibid.; Irimi Papanicolopulu, “A Response to Milanovic on Extraterritorial Application of Human Treaties: The Significance of International Law Concepts of Jurisdiction,” *EJIL: Talk!* (December 4, 2011), <https://www.ejiltalk.org/a-response-to-milanovic-on-extraterritorial-application-of-human-treaties-the-significance-of-international-law-concepts-of-jurisdiction/>.

¹⁰⁵⁾ Shany (Milanovic이 *Banković* 사건 등에 대하여 비판해왔던 ‘all or nothing’ 식의 태도를 적극적 의무에 대해서는 스스로 취하고 있다고 비판).

Milanovic의 견해와 달리, 국제공법상 관할권을 가진 국가가 입법관할권을 행사하여 자국의 구성원에 의한 인권침해를 예방하고 방지할 적극적 의무가 있다고 보는 것이 타당한 것처럼 두 개념은 완전히 분리되어 있지 않다는 비판이 제기되고 있다.¹⁰⁶⁾ 예를 들어 자국에 등록된 선박이 공해상이나 외국에서 인신매매, 노동력 착취 등의 인권침해에 사용되지 않도록 최소한의 기준을 마련하여 규제할 의무가 있다고 보아야 하며, 선박에 대한 입법관할권이 있음에도 사실상의 물리적 지배가 어렵다는 이유로 이러한 인권의무에서 자유롭다고 보는 해석론은 부당하다는 것이다.¹⁰⁷⁾ 또한 타국의 군사공격 등으로 자국의 영토 일부에서 실효적 전반적 지배를 상실하였다더라도 해당 지역 사람들에 대한 적극적 인권의무에서 완전히 면제된다고도 볼 수 없다.¹⁰⁸⁾ 즉, 인권 보호와 실현이라는 적극적 의무와 관련하여서는 국제공법상 관할권과 사실적 개념으로서의 관할이 모두 의미와 기능이 있을 수 있다.

2. 인권의무 상대방 범위에 대한 세분화된 해석 방안

이상의 논의를 통해 국제인권조약 당사국의 인권의무 상대방 범위로서의 ‘관할’의 의미를 인권 원칙에 부합하면서도 인권의무의 다면성을 반영하는 방식으로 구체화해야 할 필요성을 확인할 수 있다. 인권의무 관할의 해석에서 ‘실효적 지배’라는 개념이 널리 사용되어 온 것에서도 알 수 있듯이, 인권조약에서의 관할은 합법적으로 국가의 공권력을 행사할 수 있는 권한이라는 국제공법상 개념과는 구별되며, 인권

¹⁰⁶⁾ Papanicolopulu.

¹⁰⁷⁾ Ibid. 제III장에서 본 것처럼 사회권규약위원회도 일반논평 제15호, 제24호 등에서 자국에 등록된 기업이 외국에서 인권침해행위를 저지르지 않도록 규제할 의무를 명시하고 있다.

¹⁰⁸⁾ 이러한 맥락에서 유럽인권재판소는 *Ilaşcu and Others v. Republic of Moldova and Russia* (각주 32) 사건에서 몰도바가 자국민에 대하여 협약상 인권 보장 의무를 부담함을 확인한 바 있다.

에 실제적인 영향을 끼칠 수 있는 상황과 능력, 위협 등이 중요한 요소가 되는 사실적인 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다. 그러나 실질이 중시되는 이러한 측면이 관할이라는 개념이 규범적 성격과 무관함을 의미하는 것은 결코 아니다. 인권조약상 관할은 보편성을 본질로 하는 인권에 대하여 국가가 부담하는 의무의 범위를 설정한다는 규범적 중요성을 가진다. 인권조약 내 모호하거나 추상적인 개념들은 국제인권규범의 목적에 부합하게 해석되어야 하며, 변화하는 지구적 환경에서 새롭게 등장하거나 증대되는 인권침해 양상에 효과적으로 대응하기 위해 규범적으로 타당하면서도 맥락에 따른 유연하고 확장적인 적용이 가능한 원칙 수립과 구체화 작업이 필요하다.

그간 인권의무의 역외 적용범위를 최대한 좁게 해석하려 했던 판례나 당사국의 입장의 근거에는 역외 인권의무를 한 번 인정하기 시작하면 다른 국가 주민들에 대한 원조와 지원 제공 등도 적극적 의무로 인정되어 개별 국가의 부담이 가중될 수 있다는 우려가 작용하였을 것으로 추측된다. 그리하여 여러 종류의 인권의무의 총체적 적용을 인정할 수 없는 상황이라면 아무런 인권의무도 인정되지 않는다고 보는 ‘all or nothing’ 식의 태도를 취하게 된 것으로 보인다. 국제인권조약은 세계인권선언에서 확인한 ‘인권의 보편성’을 구속력 있는 조약의 형태로 구체화한 것으로 모든 인간의 평등한 존엄과 인권은 조약 해석의 기본적인 기준이 된다.¹⁰⁹⁾ 그러나 모든 사람이 평등한 인권을 가진다는 인권 ‘주체’의 보편성이 모든 국가가 모든 개인에 대하여 동일한 내용, 정도, 방식의 의무를 가진다는 인권의무의 단일성을 의미하지는 않는다. 개별 국가들의 실질적 지지를 이끌어내면서 국제인권

109) UDHR art. 1: “All human beings are born free and equal in dignity and rights.”; art. 2: “Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind...”; ICCPR, preamble: “Considering the obligation of States under the Charter of the United Nations to promote universal respect for, and observance of, human rights and freedoms...”.

조약의 본래적 목적을 효과적으로 달성할 수 있는 해석을 제시하기 위해서는 인권의무의 여러 층위와 성격을 반영한 세분화된 접근이 필요하다고 할 것이다. 이하에서는 인권의무의 종류와 맥락에 따른 의무 상대방 범위의 타당한 설정 방식과 그 이론적 근거를 보다 정교화하는 방안을 모색해보고자 한다.

(1) 인권 존중 의무

소극적 의무인 인권 존중 의무, 즉 타인의 인권을 자신의 행위로 침해하지 않을 의무의 경우, Milanovic의 제안처럼 관할 개념에 의한 제한을 두지 않는 것이 바람직하다. 사람의 인권에 함부로 피해를 주지 않을 의무는 모든 국가와 개별 주체들이 항상 누구에 대해서나 부담하는 보편적 의무라고 보는 것이 타당하다. 개별 국가들이 자국민이나 자국 영토 내 사람들의 인권만 존중하면 되고 국경 밖에 위치한 사람들의 생명과 자유, 존엄은 마음대로 해하여도 된다면 국제인권규범의 존재 이유와 인권의 보편성 원칙에 명백하게 위배되는 해석이 될 것이다. 인권 존중 의무의 경우 상대방 범위에 제한을 두지 않는 것은 국제인권조약의 목적에 부합할 뿐만 아니라 앞서 살펴본 자유권 규약, 유럽인권협약, 미주인권협약의 각 해당 조문에 대한 문언적 해석의 가능한 범위 내에 속한다. 자유권규약의 경우 ‘to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction’ 문구는 바로 앞의 ensure 동사만을 한정한다고 해석하는 것이 가능하고 문법적으로도 자연스럽다(respect 동사는 위 문구 다음에 위치한 목적어 the rights와 바로 연결된다고 해석). 유럽인권협약의 경우 관할의 제한을 받는 의무 자체가 secure로만 규정되어 있어 소극적 의무의 경우 그러한 제한을 받지 않는다는 암묵적 전제를 두고 있다는 해석이 가능하다. 미주인권협약의 경우 가장 분명하게 인권 존중 의무와 보장 의무를 구별하고 보장 의무에 대해서만 관할 제한을 두고 있어 인권 존중 의무에는 이러한 제한이 적용되지 않는다고 보는 것이 문언에도 가장 충실한 해석이다.

소극적 의무에 관할 제한을 두지 않는 모델에 따르면 인권 존중 의무는 항상 누구에 대해서나 기본적으로 부담하고 있는 것이므로, 의무 위반 주장이 제기된 경우 실제적으로 객관적, 주관적 요건(인과관계, 고의성, 위법성이나 책임조각사유 등)을 갖추었는지를 판단하여 인권 침해의 성립과 그에 따른 책임을 판단하면 될 것이고, *Banković* 사건에서처럼 관할이라는 별도의 사전적, 절차적 요건을 설정하여 실제적 인권침해가 인정됨에도 피해자들의 소를 각하하고 가해 국가를 일체의 의무와 책임으로부터 자유롭게 하는 해석을 하여서는 안 될 것이다.

한편 자유권규약위원회나 미주인권재판소의 견해에서 보듯이 기존의 해석 모델이 가진 문제점을 인식하고 당사국이 사람의 생명권 등 인권을 침해하는 행위를 하였다면 그 자체로 피해자에 대한 실효적 지배가 있었던 것으로 볼 수 있으므로 대인적 관할이 인정되고 따라서 피해자에 대한 의무와 책임을 물을 수 있다는 해석이 제기되기도 한다.¹¹⁰⁾ 그러나 행위 자체로 관할이 발생한다고 보아 관할 요건을 충족하는 것으로 해석하는 방식은 그 자체로 적극적 행위에 의한 인권침해 사안에서 관할 개념의 무용성을 방증하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 의무(obligation/duty), 행위(act), 책임(responsibility)은 각 구별되는 개념으로 의무가 행위나 책임보다 선행하여 존재하며 이를 행위를 통해 위반하면 법적 책임이 발생하는 관계에 있다.¹¹¹⁾ 그런데 인

110) Orna Ben-Naftali and Yuval Shany, "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories," *Israel Law Review* 37, no. 1 (2003): 17 - 118의 논지도 이와 같은 취지로 볼 수 있다.

111) 이와 함께 역시 구별되어야 할 개념으로 어떠한 문제된 행위가 '국가의 행위'로 간주될 수 있는지에 관한 일반 국제공법의 국가책임법상 국가행위 '귀속성'(attribution)의 문제가 있다. 이는 '2001년 국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정 초안'(각주 21) 제4조 - 제8조에서도 규정하고 있듯이 공무원 등 국가기관뿐 아니라 국가로부터 공권력에 해당하는 권한 행사를 법적 또는 사실적으로 위임, 지시, 감독 받은 개인이나 단체의 행위는 국가의 행위로 간주되어 그에 따른 국가책임이 발생한다는 행위 귀속성 차원의 문제

권침해행위로 인해 피해자에 대한 실효적 지배가 발생하여 관할이 성립한다고 보면 의무와 행위의 선후관계가 역전되고 가해자가 이미 인권을 침해한 피해자와의 사이에서만 관할 관계가 성립하고 그 사람에게 대해서만 인권 존중이라는 기본적 의무를 지닌다고 보게 되는 해석론이 되어 채택하기 어렵다. 또한 인권의무를 역외로 확장하게 되면 현지 국가의 주권을 침해할 위험이 있으므로 영토 내로 한정되어야 한다는 주장이 있으나, 최소한 인권 존중 의무의 맥락에서는 타당성이 인정될 수 없다. 다른 국가의 거주민에 대한 인권침해는 그 국가에 대한 주권 침해에도 해당한다고 볼 수 있을지언정 그 국가의 주권을 존중한다는 이유로 그 국가에 거주하는 사람들의 인권을 존중할 의무가 없다고 주장하는 것은 궤변에 가깝다고 할 수 있다.¹¹²⁾

관할이나 실효적 지배라는 개념에 따른 제한 없이 인권 존중 의무를 보편적으로 적용함으로써 인권 주체인 개인이 위치한 장소나 상황에 따라 인권침해에 대한 용인 여부가 좌우되는 불합리한 결과를 방지하고 인권침해행위를 영토 밖으로 외주화(outsourcing)하려는 경향도 억제할 수 있을 것이다. 또한 소극적 인권의무 사안에서 관할 요건을 고수하여 사안에 따라 자의적, 비일관적 해석을 내리거나 의무의 존재 요건과 위반 요건을 혼용하는 이론적 혼란도 해소될 수 있다. 이러한 인권 존중 의무의 보편성은 자유권이나 사회권 등 인권의 종류를 불문하고 인정되며, 인권침해행위 자체가 역외에서 일어난 경우(예: 드론에 의한 표적살인)와 영토 내에서의 원인행위가 역외에서의 인권침해 효과를 발생시키는 경우(예: 국가의 환경오염 행위에 의한 초국경

이다. 이 글에서 다루고 있는 국가의 인권의무와 그 상대방의 문제는 인권을 국가의 행위로 침해하지 말아야 할 의무뿐 아니라 위와 같은 귀속관계가 없는 사인에 의한 인권침해 사안에서의 인권 보호 의무, 보다 포괄적, 적극적 차원의 인권 실현 의무를 포함하는 인권의무의 존재와 그 의무 상대방의 범위에 관한 것으로, 행위 귀속성의 문제와 부분적으로 연결되는 지점은 있으나 이와 개념적으로 구별되는 주제이다.

112) 이러한 주장은 *Al-Skeini* 사건에 대한 영국 귀족원 Appellate Committee의 판결에서 제시된 바 있다. Milanovic, 61-2 참조.

적 인권침해) 모두에 적용된다고 할 것이다.¹¹³⁾

(2) 인권 보호 의무

적극적 인권의무 중 인권 보호 의무는 국가행위자가 아닌 사인에 의한 인권침해를 국가가 예방하고 침해가 발생했을 경우 이에 적절히 대응할 ‘상당한 주의의무’(due diligence)를 의미한다.¹¹⁴⁾ 이는 자국에 소속된 사인이 인권침해행위를 범하지 않도록 입법이나 행정상 의무를 부과하고 만약 인권침해행위가 발생한 경우 사건 조사, 가해자 처벌, 피해 구제를 위한 적절한 조치를 취할 의무를 포함한다.¹¹⁵⁾ 이러

113) 이러한 소극적 의무의 보편성을 지구적으로 적용함으로써 과거 식민주의 경제정책과 구조적 착취, 선진국의 이해관계를 중심으로 운영되는 현재의 지구경제시스템으로 인한 지구적 경제불평등의 심화와 빈곤 문제의 인과관계를 파악하고, 지구경제시스템에 참여하고 있는 모든 국가와 행위주체들은 현재의 지구적 불평등과 인권문제를 악화시키지 않을 보편적 소극적 의무를 부담하며, 과거 인권침해행위를 주도하였던 국가들은 그로 인한 피해에 대한 구제조치의 일환으로서 현재의 지구경제시스템을 보다 공정하고 인권친화적으로 바꾸어갈 의무가 있다는 주장이 설득력을 얻고 있다. 예를 들어, Thomas Pogge, “Severe Poverty as a Violation of Negative Duties,” *Ethics & International Affairs* 19, no. 1 (2005): 55-83; Sarah Joseph, *Blame it on the WTO?: A Human Rights Critique* (Oxford: Oxford University Press, 2011).

114) *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Judgment, Inter-Am.Ct.H.R. (ser. C) Report No. 22/86, (July 29, 1988), para. 172: “An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention.”.

115) *Ibid.*, para. 174: “The State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within

한 인권 보호 의무는 영토 안에서뿐만 아니라 외국이나 공해상 등 국경 밖에서의 자국 소속 사인에 의한 인권침해행위, 자국에 등록된 선박이나 항공기 등에서의 인권침해행위, 자국 영토 내 사인의 행위로 인하여 영토 밖에 위치한 사람들의 인권에 피해가 초래된 경우에도 적용된다고 봄이 타당하다.¹¹⁶⁾ 당사국이 사건 발생 지역에 대한 실질적 지배를 행사하고 있지 않은 경우 사인에 의한 인권침해 사안에서 인권 보호 의무를 부정하는 Milanovic의 견해와 대조되는 지점이다. 앞서 언급하였듯이 인권 보호 의무의 경우 국가의 입법, 행정, 사법 작용이 의무 이행에 효과적이고 필요한 경우가 많으므로 사실적 지배

its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation.” 주의의무 위반이 성립하기 위해서는 인권침해 위협에 대한 인지 또는 인지가능성 및 위협을 방지하기 위해 국가의 권한 내에서 합리적 기대가능성이 있는 조치를 취하지 않았을 것이 요구된다. 유럽인권재판소 *Osman v. the United Kingdom*, Application no. 23452/94, Judgment, 28 October 1998, para. 116 참조

116) 제III장에서 논의한 사회권규약위원회 일반논평 제14, 15, 24호; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43 (제노사이드를 방지할 주의의무는 영토 내에 한정되지 않음을 설시); International Law Commission, Draft Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities, U.N. Doc. A/61/10 (2006) (Principle 4: “each State should take all necessary measures to ensure that prompt and adequate compensation is available for victims of transboundary damage caused by hazardous activities located within its territory or otherwise under its jurisdiction or control”); *Trail Smelter (United States of America v. Canada)*, Reports of International Arbitral Awards, vol. 3 (1941), p. 1965 (“no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence”) 참조.

뿐만 아니라 국제공법상 관할권의 존재가 인권의무의 존재와 범위 설정에 중요한 요소가 된다고 할 수 있다.¹¹⁷⁾ 사인에 의한 초국경 인권침해 사안의 경우 사인이 소속된 국가 외에 인권침해 피해가 발생한 국가도 사건 조사와 책임 추궁, 피해자 보호와 구제 등의 의무를 부담하게 되므로 국가 간의 협조와 협력이 요구되는 경우가 있을 것이다. 아울러 국가가 영토 밖에서 실효적 지배를 행사하고 있는 지역이 있다면, 그 지역에서는 영토 내에서의 마찬가지로 행위자의 국적이나 소속과 관계없이 사인에 의한 인권침해가 발생하지 않도록 예방할 의무와 인권침해가 발생한 경우 이에 적절히 대응할 의무가 있다고 할 것이다.¹¹⁸⁾

(3) 인권 실현 의무

한 국가의 활동이나 정책이 국경을 넘어 세계 여러 지역 사람들의 삶에 크고 작은 영향을 미치고 기후변화와 감염병 등 전지구적 인권 위기 상황이 가중되고 있는 오늘날, 국가의 인권 실현 의무의 상대방 범위를 설정하는 일은 더욱 중요하고 복잡한 문제가 되어가고 있다. 가장 복잡적이고 적극적인 실천이 요구되는 인권 실현 의무는 다른 의무에 비하여 영토와 자국민을 중심으로 사고되는 경향이 더욱 강한 것으로 평가되며 그에 따라 초국경적 인권의무의 내용과 범위에 대한 이론적 구체화도 가장 더딘 분야에 속한다. 이 글에서 해당 주제에 관한 완결된 해석이론을 제시하는 것은 어려움이 있으나, 현재까지 존

117) Shany 참조.

118) 군사점령 지역에서의 인권 보호 의무를 판시한 사안으로 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, para. 178: “duty to secure respect for the applicable rules of international human rights law and international humanitarian law, to protect the inhabitants of the occupied territory against acts of violence, and not to tolerate such violence by any third party”.

재하는 국제인권규범의 관련 내용을 점검하고 지구화 시대에 규범적 타당성과 적실성을 가지는 국가의 인권 실현 의무 상대방에 대한 이해와 해석 방향을 고찰해보고자 한다.

모든 인권에는 그러한 인권을 침해받지 않을 소극적 측면과 해당 권리의 보다 완전한 실현을 추구하는 적극적 측면이 함께 존재하며, 인권 실현을 위한 적극적 의무는 사회권으로 분류되는 권리뿐 아니라 자유권을 포함한 모든 권리에 수반된다.¹¹⁹⁾ 인권 실현 의무의 위반과 책임이 문제되는 경우는 그러한 작위의무를 이미 부담하고 있는 상태에서 이를 전혀 이행하지 않거나 미흡하게 이행한 태만이 문제되는 경우이다. 즉 평소 작위의무를 부담하는 경우에만 ‘부작위’가 의무위반을 구성하게 되기 때문에 그러한 의무 상대방의 범위 설정이 중요해진다.

적극적 인권 실현 의무에 대하여 Milanovic은 영토적 모델을 적용하여 국가가 ‘실효적이고 전반적인 지배’를 행사하고 있는 지역에 있는 개인들에 대해서만 이러한 의무를 부담한다고 주장한다. 그러나 유엔헌장과 국제인권법의 관련 규정을 종합적으로 살펴보면 이러한 일괄적인 제한적 해석은 이미 존재하는 법규범의 요청을 제대로 반영하지 못한 것으로 평가된다.

유엔헌장은 제1조 제3항에서 유엔의 목적 중 하나로 경제적, 사회적, 문화적, 인도적 성격의 국제문제 해결과 모든 사람의 인권과 기본적인 자유에 대한 차별 없는 증진을 위한 국제적 협력을 달성하는 것을 규정하고, 제55조에서 보다 높은 삶의 수준과 완전 고용, 국제적 경제, 사회, 보건 문제 해결, 문화와 교육 분야에서의 협력, 인권의 평등한 보장을 증진하는 것을 유엔의 의무로 규정하고 있다.¹²⁰⁾ 세계인권

119) Godefridus J.H. van Hoof, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views,” in *The Right to Food*, eds. Philip Alston and Katarina Tomasevski (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1984), 97-110.

120) UN Charter art. 1, para. 3: “To achieve international co-operation in

선언은 제22조에서 국가적 노력과 국제적 협력을 통해, 그리고 각 국가의 조직과 자원에 부합하는 방식으로 인간 존엄과 자아실현에 필수적인 경제적, 사회적, 문화적 권리의 실현에 대한 모든 사람의 권리를 선언하고 있으며, 제28조에서 ‘모든 사람은 이 선언에 규정된 자유와 권리가 완전히 실현되는 사회적, 국제적 질서를 보장받을 권리가 있다’는 중요한 원칙을 규정한다.¹²¹⁾ 1986년 유엔총회에서 채택된 ‘발전에 대한 권리선언’에서도 주권평등과 상호의존관계에 기반하여 인권 실현을 도모하는 새로운 국제경제질서를 구축해갈 각국의 의무와 발전권(right to development)의 완전한 실현을 앞당기는 국제 정책의 수립, 개발도상국의 발전을 위한 효과적 국제 협력의무 등 국제적 차원의 적극적 의무를 규정하고 있다.¹²²⁾

solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion”; art. 55: “[T]he United Nations shall promote: a. higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development; b. solutions of international economic, social, health, and related problems; and international cultural and educational cooperation; and c. universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.”.

¹²¹⁾ UDHR art. 22: “Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality.”; art. 28: “Everyone is entitled to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized.”.

¹²²⁾ Declaration on the Right to Development, G.A. Res. 41/128, arts. 3, 4, U.N. Doc. A/RES/41/128 (Dec. 4, 1986). 또한 United Nations Millennium Declaration, G.A. Res. 55/2, VIII, U.N. Doc. A/RES/55/2 (Sep.

제II장에서 본 것처럼 사회권규약 제2조 제1항은 규약상 권리의 완전한 실현을 위한 국제적 지원과 협력 의무를 규정하면서 관할이나 상대방 범위 제한을 두지 않고 있으며, 사회권규약위원회는 국제 지원과 협력이 가능한 위치에 있는 국가들의 적극적 프로그램 수립과 참여를 촉구하고, 개발도상국들이 사회권 실현 의무를 다할 수 있도록 특히 경제적, 기술적 지원과 협력을 제공할 선진국들과 다른 가능한 국가들의 책무를 명시한 바 있다.¹²³⁾ 또한 제III장에서 살펴보았듯이 사회권규약상 개별 권리들에 대한 일반논평에서도 인권 실현을 위한 국제 협력과 지원을 강조하고 있다.

인권 실현을 위한 국제적 협력의무는 영토 외 특정 지역이나 인구에 대한 관할적 관련성이나 실효적 지배 여부와 무관하게 국제사회의 일원으로서 상호의존적 지구 환경과 경제시스템에 참여하고 있는 모든 국가가 일반적으로 지고 있는 의무이며, 다만 그 방식과 정도는 관련된 인권의 특성과 개별 국가의 사정에 따라 다양할 수 있는 분업, 분배, 연대와 보충성(예를 들어 개발도상국이 인권 실현 의무를 다할 수 있도록 선진국이 지원을 제공)의 관계에 있다고 봄이 타당하다.¹²⁴⁾ 사회권규약이 관할 조항을 두지 않고 있는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.¹²⁵⁾ 이러한 의무는 유엔체제 안에서 분담금이나 다국적

18, 2000) 참조.

¹²³⁾ CESCR, Statement on Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, para. 16, U.N. Doc. E/C.12/2001/10 (May 10, 2001).

¹²⁴⁾ Rolf Künnemann, “Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,” in *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, eds. Fons Coomans and Menno T. Kamminga (Antwerp: Intersentia, 2004), 201-2; Joseph, 255 (“In a world of global economic interdependence, where many States are incapable of making serious progress towards the fulfilment of economic, social, and cultural rights beyond minimalist protections without international assistance and cooperation of some sort, extraterritorial duties are arguably necessary to give such rights meaning.”); Raible, 39.

개발프로그램에의 참여 등을 통해 이미 일정 부분 구조화되어 있다고 볼 수 있다.

조약의 성격은 아니지만 각국의 인권 연구자들과 NGO들이 함께 성안하여 2011년 발표한 ‘경제적, 사회적, 문화적 권리 분야에서의 국가의 역외 의무에 관한 마스트리히트 원칙’(이하 ‘마스트리히트 원칙’)은 사회권 영역에서의 적극적 의무를 포함한 역외 인권의무에 관한 국제인권규범의 현재를 확인하고 이를 구체화하는 과정의 중요한 이정표로 평가받고 있다.¹²⁶⁾ 이 글에서는 지면의 한계상 인권 실현 의무와 관련하여 특히 주목할 부분만을 소개하기로 한다. 우선 동 원칙은 전문에서 ‘각 국가들은 모든 사람들이 인권이 완전히 실현되는 사회적, 국제적 질서 속에서 살아갈 권리가 있음을 인식하고 모두의 보편적 인권 존중과 보장을 위한 공동의 그리고 개별적인 노력을 해오고 있음’을 확인한다. 이 원칙의 주석은 ‘역외 의무는 영토적 의무와 달리 다른 국가들과 공유될 수 있다. 한 국가가 세계에 있는 모든 사람들의 경제적, 사회적, 문화적 권리를 개별적으로 모두 실현시킬 역외 의무가 있는 것은 아니다. 국가들은 이 원칙이 제시하는 조건과 상황에 맞게 영토 밖에 위치한 사람들에 대한 의무를 부담한다’고 밝히고 있다.¹²⁷⁾ 마스트리히트 원칙 제8조는 역외 인권의무를 크게 두 가지로 구분한다. 하나는 영토 밖에서의 인권의 향유에 영향을 끼치는

¹²⁵⁾ Heijer and Lawson, 184 (“The omission of a general jurisdictional clause in the ICESCR underscores that the duty of international cooperation and assistance does not necessarily depend upon a prior ‘jurisdictional link’.”).

¹²⁶⁾ Extraterritorial Obligations Consortium, Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights [이하 ‘Maastricht Principles’], <http://www.etoconsortium.org>.

¹²⁷⁾ Olivier De Schutter et al., “Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights,” [이하 ‘Commentary’] *Human Rights Quarterly* 34, no. 4 (2012): 1084, 1097. Wilde는 이러한 의무를 ‘shared obligations’이라고 표현한다. Wilde, 154.

국가의 영토 안 또는 밖에서의 특정 행위나 부작위와 관련된 의무이고, 다른 하나는 유엔헌장과 국제인권문서에 규정된 인권의 보편적 실현을 위한 개별적, 그리고 국제 협력을 통한 공동의 조치를 시행할 전지구적 성격을 가지는 의무(obligations of a global character)이다.¹²⁸⁾ 즉 역외 인권의무를 국가의 특정 행위 또는 부작위와 결부된 의무와, 특정 행위와 무관하게 항상 존재하는 지구적 성격의 의무로 구별하고 있다. 후자인 지구적 성격의 의무는 상시적 경제적 상호의존 관계에 기반하여 항상 존재하고 작동하는 협력의무로서 그 발생에 특별한 행위나 특정 개인과의 관할 관계를 요구하지 않으며, 이는 인권의 보편성에 대한 세계주의적 인식을 반영하는 것이기도 하다.¹²⁹⁾ 이어서 제9조는 경제적, 사회적, 문화적 권리를 존중, 보호, 실현할 의무를 부담하는 경우로 다음 세 가지를 제시한다.

- a) situations over which it exercises **authority or effective control** ...;
- b) situations over which State acts or omissions bring about **foreseeable effects on the enjoyment of** economic, social and cultural **rights**, whether **within or outside** its territory;
- c) situations in which the State, acting separately or jointly,

¹²⁸⁾ Maastricht Principles, Principle 8: “For the purposes of these Principles, extraterritorial obligations encompass: a) obligations relating to the acts and omissions of a State, within or beyond its territory, that have effects on the enjoyment of human rights outside of that State’s territory; and b) obligations of a global character that are set out in the Charter of the United Nations and human rights instruments to take action, separately, and jointly through international cooperation, to realize human rights universally.”.

¹²⁹⁾ Wilde, 156; Commentary, 1103 (“while the beneficiaries of the human rights obligations are the rights-holders who are under a state’s authority and control, the legal obligations to ensure the rights in question are owed to the international community as a whole”).

whether through its executive, legislative or judicial branches, is in a position to exercise decisive influence or to take measures to realize economic, social and cultural rights extraterritorially, in accordance with international law

위 원칙에 따르면 각 국가들은 자국의 권한이나 실효적 지배를 행사하는 상황에서뿐 아니라 자국의 행위나 부작위가 영토 인편에서 경제적, 사회적, 문화적 권리의 향유에 예견 가능한 효과를 야기하는 경우, 그리고 입법이나 행정, 사법 작용을 통하여 영토 밖에서의 경제적, 사회적, 문화적 권리의 실현에 결정적인 영향력을 행사하거나 그 실현을 위한 조치를 취할 수 있는 위치에 있는 경우, 인권 존중, 보호, 실현 의무를 부담한다. 특히 실효적 지배 관계나 특정 행위에 기반하지 않고 인권 실현을 위한 조치를 취하거나 영향력을 행사할 수 있는 ‘능력’이 있는 경우 인권 실현 의무가 발생한다고 보는 c)항의 규정이 주목된다. 이때 ‘in accordance with international law’라는 단서는 인권 실현 의무의 이행이 국제법상 주권평등원칙 등에 위배되지 않도록 다른 국가의 주권과의 조화 속에서 이루어져야 함을 의미한다고 볼 수 있다. 인권 실현 의무의 이행 방식 중 하나인 국제 협력에 대하여 동 원칙 제30조는 사회적, 경제적, 문화적 권리의 보편적 실현을 위한 효과적인 협력을 달성하기 위해 국가들이 상호 간의 책임 분배 등을 조율할 의무를 규정하고, 제31조에서 자국 영토 외에서의 이러한 권리의 실현을 위해 ‘각국의 경제적, 기술적 능력, 가능한 자원, 국제적 의사결정에서의 영향력 등에 비추어 적절한 정도로’ 기여할 의무를 규정하고 있다.¹³⁰⁾

이와 같이 유엔헌장과 사회권규약에서 확인되고 마스트리히트 원칙에서 구체화하고 있는 인권 실현 의무는 각 국가의 영토나 전반적인

130) 이러한 의무는 지구적 성격을 가진 과제에 대한 각국의 ‘공통되면서도 차별화된 책임’과 의무분담의 조율을 요구하는 의미로 이해되고 있다. Commentary, 1149 (“common but differentiated responsibilities among states”).

실효적 지배가 미치는 공간에만 한정되지 않는다. 각 국가의 입법관할권이 미치는 영역에서는 개별화된 법과 제도를 통하여 보다 직접적인 인권 실현 의무 이행이 요구된다고 할 것이고, 실효적 지배 관계가 없는 사람들의 인권 실현에 대해서도 지구적 차원의 협력과 각 국가의 능력과 상황에 따른 의무 분담을 통해 기여할 일반적 의무를 부담한다고 보는 것이 타당하다. 또한 특정 지역에서 부분적인 실효적 지배를 행사하고 있는 상황이라면, 해당 지역에 대한 전면적인 지배가 없다는 이유로 아무런 인권 실현 의무도 부담하지 않는다고 볼 것이 아니라, 해당 지역 또는 사람들에 대하여 가지고 있는 지배 또는 영향력의 태양과 정도, 인권 보장을 위한 조치를 취할 수 있는 능력과 그러한 조치의 합법적 행사 가능성에 따라 인권 실현 의무의 정도와 이행 방식도 달라질 수 있다고 보는 접근이 필요하다. 예를 들어 외국의 일부 지역에 대한 군사점령 상황의 경우, 해당 지역 주민들의 모든 사회권을 실현할 의무는 없다고 하더라도 최소한의 생존과 안전, 건강권, 생계유지 활동을 보장할 의무가 있다고 할 것이다.¹³¹⁾ 그러나 해당 지역에서 입법관할권이 없는 상태라면 주민들의 선거권이나 의무교육을 위한 제도를 수립하고 실시할 의무까지 있다고는 볼 수 없으며 이는 현지 국가에 대한 주권침해행위에 해당할 수 있다.¹³²⁾ 실효적 지배를 단순한 유무가 아닌 정도에 따라 판단해야 하므로 의무

¹³¹⁾ Joseph, 249. 실효적 지배의 정도에 따라 부분적인 적극적 의무가 있을 수 있다는 것은 *Banković* 사건 청구인들의 주장이기도 했다. *Banković*, para. 75: “[The applicants] claim that the positive obligation under Article 1 extends to securing the Convention rights in a manner proportionate to the level of control exercised in any given extra-territorial situation.”.

¹³²⁾ Lawson, 169; Shany; Sarah Cleveland, “A Response to Milanovic”, *Opinio Juris* (December 5, 2011), <http://opiniojuris.org/2011/12/05/a-response-to-milanovic-2/> (“the *travaux* do not convey a clear intent to preclude extraterritorial operation of the Covenant[ICCPR] in all circumstances, but rather, only the states’ desire to avoid affirmative obligations to ensure rights in situations over which they lacked significant legislative authority...”).

범위와 내용 설정에 여전히 불확실성이 따를 수 있지만, 관련된 국가들 간의 분배적, 보충적, 그리고 협력적 인권의무 관계를 인정함으로써 인권 보장의 공백을 줄이고 보다 효과적인 인권 실현의 가능성을 제공하는 해석론이 될 수 있다고 본다.¹³³⁾ 즉 역외 인권 실현 의무에 있어서는 개별 국가의 특정 지역이나 인구에 대한 실효적 지배의 정도와 태양에 따른 유연하고 다층적인 접근과, 실효적 지배나 특정 상대방과의 관계와 무관하게 일반적, 지구적 차원에서 존재하는 국제 협력과 지원 의무를 함께 적용하여 의무 범위를 구성하는 것이 타당할 것이다.

V. 결론

이 연구는 초국경적 인권침해 문제의 증가와 지구적 상호의존관계의 심화에도 불구하고 이론과 실무의 발전이 상대적으로 미흡했던 분야인 국가의 역외 인권의무, 특히 인권의무 상대방 범위에 대한 보다 종합적이고 세밀한 접근과 발전적 해석 방향을 모색하였다. 인권의 보편성을 지향하면서 전통적 국가주권의 개념에 커다란 변화를 가져온 국제인권법이 국가의 인권의무 해석 실무에 있어서는 전통적 관할권

¹³³⁾ Bhuta, 18 (“In these situations, ‘whoever happens to be able to exert brute force over the civilians at a given moment … such that they have some sliding degree of control will have some sliding degree of human rights obligations.’”); Cleveland; Joseph, 262 (“The balance between local and extraterritorial duties could be determined by a standard of reasonableness or proportionality.”). 참고로 Margot Salomon은 공정한 세계 경제질서 수립을 위한 각 국가들의 지구적 책무의 분배기준으로, 과거 식민주의 등으로 현재의 지구적 불평등과 빈곤 문제 발생에 원인을 제공한 정도, 국제사회에서의 상대적 영향력, 경제적 상황상 국제 지원을 제공할 수 있는 위치에 있는지, 현 국제경제질서에 따른 부와 자원의 배분으로부터 이익을 얻고 있는 정도를 제시하고 있다. Margot E. Salomon, *Global Responsibility for Human Rights: World Poverty and the Development of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 193.

개념과 영토중심적 시각에 머물러 규범적으로 부당한 결과를 초래하기도 하고, 변화하는 인권침해 양상에 대응하기 위해 고안한 새로운 해석론들이 아직 이론적으로 정밀하지 못한 모습을 보이고 있기도 하다. 이는 초국가성을 띠는 보편적 인권과 영토성에 기반해온 국가주권이 긴장관계를 유지하면서 국제인권규범체계 내에서 지속적 상호작용을 통해 새로운 인권 과제와 질문들에 대한 해답을 찾아나가는 과정이라고도 볼 수 있다.

이 글에서는 소극적 인권의무에 대해서는 상대방의 범위에 제한을 두지 않고, 적극적 인권의무의 경우는 그 종류와 성격에 따라 의무 상대방 범위에 대한 해석을 맥락화, 세분화하는 방안을 제안하였다. 특히 인권 보호 의무에 대해서는 사인에 의한 인권침해를 방지할 의무를 초국경적 사안에서 적극적으로 적용할 필요성을, 인권 실현 의무에 대해서는 상대방 범위의 제한을 두지 않는 국제 협력의무의 중요성과 실효적 지배의 정도와 태양에 따른 맥락적 접근을 강조하였다. 이러한 구체화 방안은 인권의 고유한 특성인 불가분성이나 상호의존성에 반하는 것이 아니라, 오히려 이론의 정교화를 통해 ‘all or nothing’ 식의 해석 태도가 초래하는 인권 보장의 공백을 없애고 인권의 분절이 아닌 보다 두터운 실현에 기여하기 위한 노력의 일환이라고 할 수 있다. 이 연구를 통해 제안한 대안적 접근 역시 여러 미흡한 부분과 더욱 발전시켜야 할 점들을 가지고 있으나 이러한 시도를 통하여 국내외 학계에서의 관련 논의가 조금 더 진전되고 국제인권조약의 해석 실무가 인권의 보편성과 그 효과적 실현을 위한 의무 이행의 실효성을 함께 달성해가는 데 참고가 될 수 있기를 희망한다. 아울러 본 연구는 국가의 인권의무 해석에 초점을 두고 진행되었으나, 사인에 의한 초국경적 인권침해의 규모와 심각성이 증대하고 있는 인권 상황에서 국제인권조약의 주된 의무수범자를 국가로 한정하고 있는 현재의 접근방식에 대해서도 근본적인 성찰과 규범 발전의 노력이 보다 본격적으로 진행되어야 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본, 학술지 논문 등

- 외교부. http://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3835/contents.do.
- 정인섭. 2020. 『신국제법강의』. 서울: 박영사.
- 최지현. 2011. “국제인권조약의 장소적 적용범위 확대 - 역외적용 가능성에 대한 일반적 고찰.” 『안암법학』 34: 995-1031.
- Annan, Kofi. September 16, 1999. “Two Concepts of Sovereignty.” *The Economist*. <https://www.economist.com/international/1999/09/16/two-concepts-of-sovereignty>.
- Ben-Nafli, Orna and Yuval Shany. 2003. “Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories.” *Israel Law Review* 37(1): 17-118.
- Benvenisti, Eyal. 2013. “Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders.” *American Journal of International Law* 107(2): 295-333.
- Bhuta, Nehal (Ed). 2016. *The Frontiers of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Brilmayer, Lea. 2006. “From ‘Contract’ to ‘Pledge’: The Structure of International Human Rights Agreements.” *British Yearbook of International Law* 77(1): 163-202.
- Brownlie, Ian. 2003. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cleveland, Sarah. December 5, 2011. “A Response to Milanovic.” *Opinio Juris*. <http://opiniojuris.org/2011/12/05/a-response-to-milanovic-2/>.
- De Schutter, Olivier, Asbjørn Eide, Ashfaq Khalfan, Marcos Orellana, Margot Salomon and Ian Seiderman. 2012. “Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights.” *Human Rights*

Quarterly 34(4): 1084-1169.

- De Schutter, Olivier. 2014. *International Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Detrick, Sharon. 1992. *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux Préparatoires"*. Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Heijer, Maarten den and Rick Lawson. 2012. "Extraterritorial Human Rights and the Concept of 'Jurisdiction'." In: Malcolm Langford, Wouter Vandenhole, Martin Scheinin and Willem van Genugten (Eds). *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- International Law Commission. 2001. "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries". *Yearbook of the International Law Commission, vol. II*.
- Joseph, Sarah. 2011. *Blame it on the WTO?: A Human Rights Critique*. Oxford: Oxford University Press.
- Künemann, Rolf. 2004. "Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights." In: Fons Coomans and Menno T. Kamminga (Eds). *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Antwerp: Intersentia.
- Milanovic, Marko. 2011. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Oxford: Oxford University Press.
- Mills, Alex. 2014. "Rethinking Jurisdiction in International Law." *British Yearbook of International Law* 84(1): 187-239.
- Møgster, Daniel. November 27, 2018. "Towards Universality: Activities Impacting the Enjoyment of the Right to Life and the Extraterritorial Application of the ICCPR." *EJIL: Talk!*. <https://www.ejiltalk.org/towards-universality-activities-impacting-the-enjoyment-of-the-right-to-life-and-the-extraterritorial-application-of-the-iccp/>.

- Office of the High Commissioner for Human Rights. “International Human Rights Law.” <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/internationallaw.aspx>.
- Oxman, Bernard H. 2007. “Jurisdiction of States.” In: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1436>.
- Papanicolopulu, Irini. December 4, 2011. “A Response to Milanovic on Extraterritorial Application of Human Treaties: The Significance of International Law Concepts of Jurisdiction.” *EJIL: Talk!*. <https://www.ejiltalk.org/a-response-to-milanovic-on-extraterritorial-application-of-human-treaties-the-significance-of-international-law-concepts-of-jurisdiction/>.
- Peters, Anne. 2009. “Humanity as the A and Ω of Sovereignty.” *European Journal of International Law* 20(3): 513-544.
- Pogge, Thomas. 2005. “Severe Poverty as a Violation of Negative Duties.” *Ethics & International Affairs* 19(1): 55-83.
- Raible, Lea. 2020. *Human Rights Unbound: A Theory of Extraterritoriality*. Oxford: Oxford University Press.
- Raustiala, Kal. December 2, 2011. “A Response to Milanovic.” *Opinio Juris*. <http://opiniojuris.org/2011/12/02/a-response-to-milanovic/>.
- Salomon, Margot E. 2007. *Global Responsibility for Human Rights: World Poverty and the Development of International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Shany, Yuval. December 1, 2011. “Bad Cases Make Bad Law, But Good Law Books!” *EJIL: Talk!*. <https://www.ejiltalk.org/bad-cases-make-bad-law-but-good-law-books/>.
- Sohn, Louis B. 1982. “The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States.” *American University Law Review* 32(1): 1-64.
- Steiger, Dominik. February 25, 2020. “(Not) Investigating Kunduz and

(Not) Judging in Strasbourg? Extraterritoriality, Attribution and the Duty to Investigate.” *EJIL: Talk!*. <https://www.ejiltalk.org/not-investigating-kunduz-and-not-judging-in-strasbourg-extraterritoriality-attribution-and-the-duty-to-investigate/>.

Stoyanova, Vladislava. May 12, 2020. “M.N. and Others v Belgium: No ECHR Protection from Refoulement by Issuing Visas.” *EJIL: Talk!*. <https://www.ejiltalk.org/m-n-and-others-v-belgium-no-echr-protection-from-refoulement-by-issuing-visas/>.

Teitel, Ruti G. 2011. *Humanity's Law*. Oxford: Oxford University Press.

Van Hoof, Godefridus J.H. 1984. “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views.” In: Philip Alston and Katarina Tomaševski (Eds). *The Right to Food*. Dordrecht: Martinus Nijhoff.

Vega-Barbosa, Giovanni and Lorraine Aboagye. February 26, 2018. “Human Rights and the Protection of the Environment: The Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights.” *EJIL: Talk!*. <https://www.ejiltalk.org/human-rights-and-the-protection-of-the-environment-the-advisory-opinion-of-the-inter-american-court-of-human-rights/>.

Wilde, Ralph. 2013. “The Extraterritorial Application of International Human Rights Law on Civil and Political Rights.” In: Scott Sheeran and Nigel Rodley (Eds). *Routledge Handbook of International Human Rights Law*. London: Routledge.

II. 판례

1. 국제사법재판소, 상설국제사법재판소

Lotus Case (France v. Turkey) (1927), P.C.I.J. Series A, no. 10.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of

the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007.

2. 유럽인권재판소

Loizidou v. Turkey, Application No. 15318/89, Judgment, 23 March 1995.

Osman v. the United Kingdom, Application No. 23452/94, Judgment, 28 October 1998.

Cyprus v. Turkey, Application No. 25781/94, Judgment, 10 May 2001.

Banković and Others v. Belgium and Others, Application No. 52207/99, Decision, 12 December 2001.

Öcalan v. Turkey, Application No. 46221/99, Judgment, 12 March 2003.

Ilaşcu and Others v. Republic of Moldova and Russia, Application No. 48787/99, Judgment, 8 July 2004.

Issa and Others v. Turkey, Application No. 31821/96, Judgment, 16 November 2004.

Ben El Mahi v. Denmark, Application No. 5853/06, Decision, 11 December 2006.

Pad and Others v. Turkey, Application No. 60167/00, Decision, 28 June 2007.

Manitaras and Others v. Turkey, Application No. 54591/00, Decision, 3 June 2008.

Kovačić and Others v. Slovenia, Applications Nos. 44574/98, 45133/98 and 48316/99, Judgment, 3 October 2008.

Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom, Application No. 61498/08, Decision, 30 June 2009.

Medvedyev and Others v. France, Application No. 3394/03, Judgment, 23 March 2010.

Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, Application No. 55721/07,

Judgment, 07 July 2011.

Catan and Others v the Republic of Moldova and Russia, Application No. 43370/04, Judgment, 19 October 2012.

Jaloud v. the Netherlands, Application No. 47708/08, Judgment, 20 November 2014.

M.N. and Others v. Belgium, Application No. 3599/18, Decision, 5 May 2020.

Hanan v. Germany, Application No. 4871/16, Judgment, 16 February 2021.

3. 미주인권위원회, 미주인권재판소

Ecuador v. Colombia, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 112/10, 21 October 2010.

Coard et al. v. United States, Case No. 10.951, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 109/99, 29 September 1999.

Alejandro et al. v. Cuba, Case No. 11.589, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 86/99 29 September 1999.

The Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States, Case No. 10.675, Inter-Am. Comm'n H.R., Report No. 51/96, 13 March 1997.

Velasquez Rodriguez v. Honduras, Judgment, Inter-Am.Ct.H.R. (ser. C) Report No. 22/86, 29 July 1988.

State Obligations in relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to life and to Personal Integrity: Interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1) in relation to Articles 1(1) and 2 of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion OC-23/17, Inter-Am. Ct. H.R., 15 November 2017.

4. 기타

Trail Smelter Case (United States of America v. Canada), Reports of

International Arbitral Awards, vol. 3 (1941).

Prosecutor v. Dusko Tadić, IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 2 October 1995.

BVerfG, 1 BvR 2835/17, 19 May 2020.

III. UN 문서

CESCR(Committee on Economic, Social and Cultural Rights). 1999. General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant). U.N. Doc. E/C.12/1999/5.

CESCR. 2000. General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant). U.N. Doc. E/C.12/2000/4.

CESCR. 2001. Statement on Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. U.N. Doc. E/C.12/2001/10.

CESCR. 2003. General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant). U.N. Doc. E/C.12/2002/11.

CESCR. 2006. General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant). U.N. Doc. E/C.12/GC/18.

CESCR. 2008. General Comment No. 19: The Right to Social Security (Art. 9 of the Covenant). U.N. Doc. E/C.12/GC/19.

CESCR. 2009. General Comment No. 20: Non-discrimination (Art. 2, Para. 22 of the Covenant). U.N. Doc. E/C.12/GC/20.

CESCR. 2011. Concluding Observations: Israel, U.N. Doc. E/C12/ISR/CO/3.

CESCR. 2016. General Comment No. 23: The Right to Just and Favourable Condition of Work (Art. 7 of the Covenant). U.N. Doc. E/C.12/GC/23.

CESCR. 2017. General Comment No. 24: State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in

- the Context of Business Activities. U.N. Doc. E/C.12/GC/24.
- CESCR. 2017. Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of Australia. UN Doc. E/C.12/AUS/CO/5.
- CESCR. 2017. Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of the Netherlands. UN Doc. E/C.12/NLD/CO/6.
- CESCR. 2019. Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Israel. U.N. Doc. E/C.12/ISR/CO/4.
- Commission of Human Rights. 1950. 6th Sess., Summary Record of the Hundred and Thirty-eighth Meeting. U.N. Doc. E/CN.4/SR.138.
- Committee Against Torture. 2006. Conclusions and Recommendations: United State. U.N. Doc. CAT/C/USA/CO/2.
- Committee Against Torture. 2008. General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties. U.N. Doc. CAT/C/GC/2.
- Declaration on the Right to Development. 1986. G.A. Res. 41/128. U.N. Doc. A/RES/41/128.
- Human Rights Committee. 1981. *Lopez Burgos v. Uruguay*. U.N. Doc. A/36/40.
- Human Rights Committee. 2004. General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.
- Human Rights Committee. 2005. Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Annex I, U.N. Doc. CCPR/C/USA/3.
- Human Rights Committee. 2006. Concluding Observations: United States of America. U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1.
- Human Rights Committee. 2018. General Comment No. 36: Article 6 (Right to Life). U.N. Doc. CCPR/C/GC/36.
- International Law Commission. 2006. Draft Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising out of

Hazardous Activities. U.N. Doc. A/61/10.

Universal Declaration of Human Rights. 1948. G.A. Res. 217 (III) A.
U.N. Doc. A/RES/217(III).

United Nations Millennium Declaration. 2000. G.A. Res. 55/2 (VIII). U.N.
Doc. A/RES/55/2.

<Abstract>

**Extraterritorial Human Rights Obligations of States under
International Human Rights Treaties
: The Meaning of “Jurisdiction” and Transnational Human
Rights Problems**

Shin, Yoon Jin*

With the growth of transnational mobility and global interdependence, human rights violations are increasingly acquiring transnational features. A territorial approach to the scope of states' international human rights obligations is inadequate for effectively responding to the diverse and complex aspects of transnational human rights problems. It is first necessary to recognize important normative differences between the traditional concept of jurisdiction under public international law that delimits the scope of a sovereign state's legal competence and the meaning of jurisdiction under international human rights law that is focused on the relationship between the state and the individual rights-holder. The European Court of Human Rights, however, interprets the term 'jurisdiction', a standard for defining the scope of protected individuals under the European Convention on Human Rights, as in principle identical to territorial jurisdiction as understood in general public international law. In relevant decisions, the Court has proceeded to review whether there are justificatory grounds in individual cases for the

* Seoul National University School of Law

exceptional recognition of extraterritorial human rights obligations of states parties. While the Human Rights Committee and the Inter-American Court of Human Rights have in recent years sought to deliver new interpretive approaches that more proactively address today's transnational human rights issues, those attempts exhibit theoretical loopholes, conflating elements of the existence of obligations and those of their violations. On the other hand, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights has confirmed the possibility of constituting human rights obligations in a way that does not confine the scope of protected individuals on the basis of specific jurisdictional links and instead emphasizes international cooperation for the universal realization of human rights. A critical examination of recent practices and scholarly proposals illuminates the urgent need to develop a systemic and detailed interpretive model that adequately reflects the diverse dimensions, types and features of human rights obligations. For negative human rights obligations (the duty to respect), jurisdictional restrictions on the scope of protected individuals should be eliminated. With regard to positive human rights obligations, including the duty to protect and the duty to fulfil, more comprehensive and contextualized approaches are needed that take into account the prescriptive jurisdiction of the relevant state and a duty of international cooperation. More precise interpretive approaches to states' extraterritorial human rights obligations will reduce the gap in human rights protection and the risk of outsourcing human rights violations, and ensure that international human rights law will accomplish its intrinsic and contemporary roles in widely transnationalizing human rights realities.

176 인권연구 제4권 제1호(2021. 6.)

Keywords: Rights Holders, Effective Control, European Court of Human Rights, Universality of Human Rights, Duty to Respect, Duty to Protect, Duty to Fulfil