

個人的 國際法的 地位

金 富 燦*

목 차

- I. 序 論
- II. 個人的 國際法主體性
 - 1. 國際法主體의 的의
 - 2. 個人的 국제법주체성
 - 3. 個人과 他國際法主體間의 성격 비교
- III. 個人的 國際法的 地位
 - 1. 人權의 主體로서의 個人
 - 2. 國際的 義務의 主體로서의 個人
 - 3. 國民으로서의 個人과 국제법
 - 4. 外國人의 國內적 지위와 국제법
 - 5. 犯罪人의 引渡와 亡命權 문제
- IV. 結 論

I. 序 論

오늘날 國際社會(international society)는 많은 변화를 겪고 있다. 근대 이후 전통적으로 국제사회는 主權國家(sovereign State)만을 구성원으로 하여 성립되어 왔으며, 국가만이 유일한 國際法主體(international legal subject)로서 인정되어 왔다.¹⁾ 그러나 19세기 후반부터 창설되기 시작한 國際組織(international organiz-

* 법정대학 법학과 부교수

1) Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* (Oxford : Clarendon Press, 1986), p. 74; L. Oppenheim, *International Law*, 2nd ed. (London : Longmans, 1912), p. 12 as cited in Edward Collins, Jr., ed., *International Law in a Changing World* (New York : Random House, 1970), p. 76.

ation)이 그 동안 매우 중요한 국제적 행위자로 활동해 왔으며, 오늘날은 그 國際法主體性이 확고히 인정되기에 이르렀다.

한편 個人(individual)의 경우, 과거에는 오로지 특정한 국가의 구성원, 즉 국민으로서의 지위만을 갖는 것으로 규정되어 왔으며 국가를 매개로 해서만 국제사회와 관련을 맺을 수 있다고 설명되어 왔다. 그러나 본래 개인은 보편적인 人類共同體의 일원인 인간으로서의 지위를 가지고 있다. 국가들이 속하고 있는 집단이 강력한 國家主義(nationalism)를 바탕으로 하는 주권국가들의 단순한 집합체(congeries of states)로부터 國際主義(internationalism)에 입각한 국제사회 발전하고, 나아가서 普遍主義(universalism) 내지 世界主義(globalism)를 바탕으로 하는 인류공동체(community of mankind)를 지향하는 世界化(globalization)의 단계에 접어들면서, 개인의 국제법적 지위도 더불어 향상되고 있다.²⁾

그리하여 오늘날은 개인이 더 이상 오로지 특정한 국가의 국민의 지위만을 갖고 있다고 보지는 않는다. 이제 개인에 대해서도 국가 및 국제조직과 더불어 직접적인 國際法主體로서의 지위가 인정되고 있는 것이다.³⁾ 다만 아직도 개인의 경우는 국제법의 주체로서보다는 國內法의 主體로서의 성격이 보다 강하며, 대부분의 경우에 자신이 소속되고 있는 本國의 法秩序에 의하여 그 權利·義務가 규율되고 있는 것이 사실이다.

그러나 앞으로 개인의 국제법적 지위는 점차적으로 향상되어 갈 것이며, 국가간의 국경을 존재하게끔 하고 있는 主權(sovcreignty) 개념이 약화되고 國際社會가 그 야말로 世界社會(world society) 내지 世界共同體(world community)로 발전되는 시점에서는 가장 중요하면서도 직접적인 세계사회의 구성원으로서 그 존재가 부각되어 나갈 것이다.⁴⁾ 法이 궁극적으로 人間을 위하여 존재하는 것이라고 한다면 원

2) 朴稚榮, “世界社會와 國際法發展”, 國際法學會論叢 제32권 제1호(1987), pp. 61-70; 金鍾洙, “國際法에서 世界法으로”, 國際法學會論叢 제20권 제1·2호(1975), pp. 125-48.

3) 鄭雲章, “個人的 國際法上的 地位,” 대구대학논문집 제4집 (1964), 147-59.

4) 세계사회의 특징으로서 ① 非極化(de-polarization), ② 非國家化(denationalization), ③ 相互依存(interdependence)의 심화를 들 수 있다. 그리고 세계사회는 分權的 성격을 지닌 국제사회에 비하여 共同利益에 대한 상당한 수준의 인식을 바탕으로 하여 조직화된 것을 의미한다. 즉, 국제사회에 있어서 국가주권 중심적인 同意(a sovereignty-oriented notion of consent)에 입각한 국제협력은 세계사회에 있어서는 共同體的 合意(a community-oriented notion of consensus)에 입각하여 이루어지게 된다고 한다. 朴稚榮, 前揭論文, pp. 65-66 참조.

칙적으로 국가간의 관계를 규율하는 國際法도 그 終局的인 목적은 인간의 福祉增進에 있다고 할 수 있을 것이며, 따라서 앞으로 國際法은 직접 개인과 관련되는 權利·義務에 보다 많은 관심을 갖게 될 것으로 전망된다.⁵⁾

本稿에서는 현행 국제법에서 인정되고 있는 개인의 국제법주체성의 의의 및 성격에 관하여 알아보고 개인의 國際法上的地位 및 權利·義務 가운데 중요한 몇 가지 사항에 관하여 事例를 위주로 설명하기로 한다.

II. 개인의 國際法主體性

1. 國際法主體의 의의

法の主體(subject of law)란 법률상의 權利·義務의 歸屬者를 말하며, 법의 主體로서의 지위를 특히 法人格(legal personality)이라고 한다. 따라서 國際法의 主體라고 하는 말은 곧 국제법상의 권리·의무가 직접적으로 귀속되는 자를 의미하는 것이다. 보통 국제법에 의하여 法人格이 인정되고 그에 따라 국제법이 적용되는 受範者(Adressat)와 동일한 의미로 사용되고 있다. 다시 말하면 국제법에 의하여 權利·義務의 주체가 될 수 있는 능력 즉, 權利能力(Rechtsfähigkeit)이 있는 實體(entity)가 곧 국제법의 주체로 규정되고 있는 것이다.⁶⁾

그러나 일부 학자들은 條約締結 또는 기타 국제법의 정립 능력이 있으며 또한 국제절차에 의한 訴訟行爲를 할 수 있거나 責任能力(Zurechnungsfähigkeit)이 인정되는 경우에 한하여 국제법의 주체로 인정될 수 있다고 주장한다. 따라서 개인의 국제법주체성이 인정되려면 개인이 자기 이름으로 국제법상의 권리를 주장하거나 자신의 의무 이행이 직접 강제되어지는 국제법상의 절차가 마련되어 있어야 한다고 주장하고 있다.⁷⁾

5) 崔載勳·鄭雲章, 國際法講義 (헌법사, 1990), p. 320 참조.

6) Edward Collins, Jr., op. cit., p. 72.

7) Ian Brownlie, *Public International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979), p. 61; Bengt Broms, "Subjects: Entitlement in the International Legal System", in R. St. J. Macdonald & D. M. Johnston, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986), p. 383.

한편 Starke는 國際法의 主體라고 하는 용어가 의미하는 것으로 (a) 國際法上的權利·義務의 귀속자, (b) 國際裁判所에 대하여 請求를 제기할 수 있는 節次的 權

그러나 법의 주체라고 하는 말은 앞에서 설명한 바 있듯이, 권리·의무의 직접적인 귀속자라는 의미를 가지고 있으며 그러한 권리의 실현 또는 의무의 이행 절차와는 직접적인 개념 관련성이 없는 것이다. 따라서 국제법상 권리 실현이나 의무 이행에 관한 절차가 마련되어 있지 않다고 하여 그러한 권리 또는 의무를 국제법상의 권리 또는 의무가 아니라고 할 수는 없다. 마찬가지로 그러한 권리·의무의 귀속자를 국제법의 주체가 아니라고 할 수도 없는 것이다. 국제법주체성을 논하면서 行爲能力(Handlungsfähigkeit) 내지 訴訟能力(Prozessfähigkeit) 또는 責任能力을 근거로 삼는 것은 法の主體의 기초인 權利能力과 기타의 능력을 혼동하는 오류를 범하고 있는 것이다.⁸⁾

2. 개인의 國際法主體性

1) 序 說

오늘날 國際法主體로서의 지위가 인정되고 있는 實體는 무엇인가? 여기에 관하여 여러 學說들이 제기되고 있다: ㉠ 國家만을 국제법주체로 하고 個人의 국제법주체성을 부정하는 입장, ㉡ 國家의 국제법주체성을 부정하고 個人만을 국제법주체로 인정하는 입장, 그리고 ㉢ 國家는 물론 個人에 대하여도 국제법주체성을 인정하는 입장 등이 그것이다.⁹⁾

㉠의 입장은 전통적으로 國內法이 개별국가의 구성원인 개인들에 관한 法으로 규정되어 온 반면에 國際法은 국가를 구성원으로 하는 국제사회의 법으로 성립하였으며 개념상 '國家間的 關係를 규율하기 위한 법'으로 규정되고 있다는 實證主義(positivism)적 입장에 그 근거를 두고 있다.¹⁰⁾ 그러나 앞서서도 언급한 바 있듯이 오늘날 國際社會는 더 이상 국가만을 구성원으로 하여 성립되고 있지는 않다. 국제사회 자체가 '發展的인' 현상인 만큼 국제법의 개념도 탄력적으로 규정되어야 하며, 국제법주체의 지위도 국가에만 한정시키는 것은 타당하지 않다고 본다.¹¹⁾

리의 보유자, 그리고 (c) 國際法에 의하여 보장되는 利益의 享유자 등이 있는데, 항상 이러한 개념적 의미가 그대로 적용되고 있는 것은 아니라고 한다. J. G. Starke, *An Introduction to International Law*, 8th ed. (London: Butterworths, 1977), p. 66.

8) 배재식, 國際法 I (한국방송통신대학출판부, 1989), pp. 196-99.

9) 홍성화, "人權條約과 國際法主體論 小考", 아카데미論叢 제3집 (1975), pp. 9-14.

10) M. W. Janis, "Individuals as Subjects of International Law", in 17 *Cornell International Law Journal* (1984), pp. 61-4.

11) E. Collins, Jr., op. cit., pp. 77-8. 한편 舊蘇聯에서는 國家 및 '獨立을 쟁취하

㉔의 입장은 매우 특이한 것이다. 이는 국가 또는 국가를 대표하는 국가기관도 결국은 개인으로 還元되어 진다는 데 근거를 두고 있는 학설이다.¹²⁾ 그러나 오늘날은 생명 있는 존재인 自然人(natural person) 외에 法人(juridical person)에 대해서도 법적인 의미에서의 人格이 부여되고 있으며, 법학에 있어서 국가의 法人格은 부정될 수 없는 기본적 전제로 인정되고 있다. 만일 국가의 법인격 내지 국제법주체성이 부정된다면 이는 國際法學은 물론 지금까지 성립되어 온 모든 法學의 기초가 부정되는 결과를 가져 오게 된다.

따라서 국가는 물론 국제조직과 개인에 대해서도 국제법주체성을 인정하고 있는 ㉔의 입장이 이론적으로나 현실적으로 가장 타당하다고 본다. 이는 오늘날 國際法을, '國際社會의 法으로서, 國家는 물론 國際組織과 個人的 권리·의무도 아울러 규율하는 법'이라고 정의하는 추세와도 부합되는 것이다.¹³⁾

2) 개인의 國際法主體性的 인정 범위

㉔의 입장과 같이 개인의 국제법주체성을 인정하는 경우도 그 국제법주체성이 인정되는 범위와 관련하여 두 가지 견해로 나뉘고 있다. 앞에서 이미 언급하였듯이, 우선 이에 관하여 기본적으로 국제법에 의하여 권리가 부여되고 의무가 주어지고 있는 경우에는 다른 기준을 적용하지 않고 넓은 범위에서 개인의 국제법주체성이 인정된다고 보는 입장이 있다.¹⁴⁾ 반면에 국제법이 개인의 權利·義務를 규정한 것만으로는 개인의 국제법주체성을 인정할 수 없고 개인이 국가와는 별개로 자신의 의무 이행이 강제되거나 의무 위반에 대한 制裁가 국제적 절차에 의하여 이루어 지는 경우에 한하여 개인의 국제법주체성이 인정되어야 한다는 입장도 있다.

後者の 입장에서는 개인의 국제법상의 권리능력을 취득하기 위한 조건으로서, 국가의 外交的 保護權(right of diplomatic protection)에 의존하지 않고 개인이 스스

기 위하여 투쟁하는 人民들'(peoples fighting for their independence)을 基本的인(primary) 國際法主體로 보고 있었으며, 二次的(secondary) 國際法主體로는 政府間國際組織(intergovernmental organizations)만을 인정하고 반면 個人的 國際法主體性은 인정하지 않고 있었다. Kim Pilarski trans., *International Law* (Moscow: Progress Publishers, 1990), pp. 66-7; G. Tunkin, 이윤영 역, 국제체제에서의 법과 강제 (문맥사, 1988), p. 87.

12) Hans Kelsen, *Principles of International Law*(New York: Holt, Linehart & Winston, 1966), pp. 180-82; B. Broms, op. cit., pp. 412-13.

13) M. W. Janis, op. cit., pp. 74-8.

14) P. C. Jessup, *A Modern Law of Nations-An Introduction* (New York: Macmillan, 1956), pp. 16-42.

로 그 권리를 실현하기 위한 국제적 절차가 보장되어지는 것을 요구하고 있다. 만일 개인이 그 권리의 실현을 국내법상으로만 주장할 수 있다거나 국가의 외교적 보호에만 의존하여 실현할 수 있는 것이라면 그러한 권리는 어디까지나 국내법상의 권리에 불과하며 국제법상의 권리로 인정될 수는 없다는 것이다. 따라서 이러한 입장에서는 특히 國際裁判所에 대한 개인의 出訴權이 부여되는 경우에 한하여 국제법주체로서의 개인의 權利能力이 인정된다고 한다. 그리고 義務의 면에서 볼 때도 海賊行爲·戰時禁制品(contraband)의 수송·封鎖侵破(breach of the blockade) 등의 의무 위반행위에 대하여 실제로 制裁를 가하는 절차가 국제적인 차원이 아니라 국내적 차원에서 이루어지는 경우에는 이러한 의무를 國際法上的 義務로 인정할 수 없다는 것이다.¹⁵⁾

國際裁判所에 대한 개인의 출소권이 인정되는 경우는 아직 드물다. 그 예로서는, 이미 없어진 1907-1918년까지의 ‘中美司法裁判所’와 제1차 대전 후에 설치된 ‘混合仲裁裁判所’의 경우를 들 수 있고, 현존하는 재판소로서는 유럽聯合(EU) 또는 유럽共同體의 司法裁判所(the Court of Justice of the ECs)의 경우 및 ‘國際投資紛爭解決 센터’(International Center for Settlement of Investment Disputes : ICSID)에 의한 중재절차에 직접 당사자로 참여할 수 있는 권한을 인정받고 있는 경우를 들 수 있을 뿐이다.¹⁶⁾

이미 앞에서 설명한 바 있듯이, 후자의 입장은 權利能力的 개념과 行爲能力 또는 責任能力的 개념을 혼동하는 데서 비롯되고 있는 것이므로 이론상 전자의 입장이 타당하다고 본다. 권리라고 하는 것은 원칙적으로 그것이 침해되었을 때 법절차에 의하여 그 실현이 가능해야만 하는 것은 분명하지만, 국제법상 권리가 반드시 국제적 절차에 의해서만 실현되어야 한다는 이유는 없다. 극단적인 경우 권리 실현의 방법이 절차적으로 보장되지 않는 권리도 존재하고 있는 것을 보면 실제적인 권리의 존재와 권리의 실현을 위한 절차적인 보장은 별개의 문제라고 보아야 한다(예를 들어, 自然債權의 경우처럼).

따라서 국제법에 의하여 규정되고 있는 권리가 그 실현을 위한 절차가 국제법상 보장되어 있지 않다거나 단지 國內法에 근거를 두고 있다고 하여 그러한 권리 자체를 國內法上的 權利라고 하는 것은 옳지 않다.

15) 李漢基, 國際法講義(박영사, 1990), pp. 165-67.

16) 國際投資紛爭解決 센터(ICSID)에 의한 국제투자분쟁의 해결 및 法人(國際企業)의 出訴權에 관해서는 拙稿, “國際投資紛爭解決制度”, 제주대학교 논문집 제26집(1988), pp. 338-51 참조.

한편 후자의 입장에서는 국제재판소에 대한 出訴權이 아니라도 개인이 국제조직에 대하여 직접 請願할 수 있는 절차가 보장되어 있다거나¹⁷⁾, 申告權이 인정되어 있는 경우¹⁸⁾ 까지도 개인의 국제법주체성을 인정할 수 있다고 말한다. 나아가서 개인의 권리·의무를 규정하고 있는 조약이 自己執行的(self-executing)이거나, 국제조직이 조약상 의무의 이행에 직접 개입하는 등 국제법상 각국의 재량권을 제한하여 그 이행을 엄격히 의무화하는 경우에도 개인의 국제법상의 권리능력에 대한 국제적 승인이 있다고 보아야 한다고 하고 있다.

그러나 이러한 주장은 처음부터 국제법에 의하여 권리·의무가 규정되고 있는 범위에서 개인의 국제법주체성을 인정하여야 한다는 주장에 비하여 論理的인 一貫性을 결여한 것이다.¹⁹⁾

3. 개인과 他國際法主體間的 성격 비교

국가는 基本的·一般的·能動的 국제법주체이고, 국제조직은 派生的·制限的·能動的 국제법주체임에 비하여 개인은 派生的·受動的 국제법주체라는 데서 서로 비교될 수 있다. 아래에서 각 국제법주체 상호간의 이와 같은 성격상의 차이에 관하여 설명하기로 한다.²⁰⁾

1) 國 家

國家는 기본적으로 국제사회의 구성원인 동시에 국제법주체로서의 지위가 인정되어 온 實體이다. 국가들은 그 자신의 主權的 地位에 기초하여 國際法主體로서 인정되어 오고 있는 基本的(primary) 국제법주체이다.²¹⁾ 그리하여 국제법은 전통적으로 국가들의 실행(practice)을 기초로 한 慣習法(international customary law) 및 국가들간의 명시적 합의에 의한 條約(treaty)을 주된 法源으로 하여 성립되어 왔다. '分權的 構造'(decentralized structure)를 가지고 있는 국제사회에서 국제법은 주로

17) 예를 들어, 유엔 헌장 제87조 (b)에 의하여 信託統治 지역의 주민의 유엔에 대한 請願 절차가 인정되고 있다.

18) 예를 들어, 國際人權規約 B規約에 의하여 설치되고 있는 人權委員會나 유럽 人權規約에 의하여 설치되고 있는 유럽 人權委員會 또는 美洲人權委員會 등에 개인이 申告할 수 있는 권리가 인정되고 있다.

19) 배재식, 前揭書, pp. 196-99.

20) 최재훈·정운장, 前揭書, pp. 98-99 참조.

21) 舊蘇聯에서는 基本的 主體를 主權的 主體(sovereign subjects)라고 하며 여기에 國家 외에 독립을 쟁취하기 위하여 투쟁하는 人民들을 포함시키고 있다. 앞의 주 11 참조.

국가의 법정립 기능에 의하여 형성되어 왔으며, 국가들은 국제법의 定立者 (creators)로서 일정한 목적을 위하여 국제조직과 같은 國際的 實體(international entity)를 창설하고 이를 포함한 다른 실체들에 대하여 국제법주체성을 부여할 수 있는 능력을 가지고 있다. 이점에서 국가들을 제외한 나머지 국제법주체들은 派生的 (derived or borrowed) 主體²²라고 할 수 있을 것이다.

완전한 主權國家로서의 국가들은 국제법 정립능력을 포함하여 제한 없는 권리능력을 인정받고 있다. 따라서 국가들은 一般的 國際法主體가 되는 것이다. 그리고 국가와 같이 스스로 국제법을 정립할 수 있는 능력을 가지고 있는 국제법 주체에 대하여 페어드로스(Verdroß)는 '能動的 國際法主體'(aktive Völkerrechtssubjekte)라고 하고, 반면에 국제법의 정립 능력이 없이 단지 他國際法主體에 의하여 성립된 국제법에 의하여 권리를 부여 받거나 의무를 부담하는 데 불과한 주체를 '受動的 國際法主體'(passive Völkerrechtssubjekte)라고 규정하고 있다.²³

이와 같이 국가의 국제법주체성의 특징은 한마디로, 基本的·一般的·能動的이라는 데 있다.

2) 國際組織

國際組織은 일정한 공동의 목적을 달성하기 위하여 국가들 사이에 設立條約(constitutive treaty)에 의하여 결성한 국제적 단체를 의미한다. 따라서 본래 국제조직은 국가를 대표하는 정부간의 합의에 의하여 성립된 '政府間國際組織'(intergovernmental organization)으로 성립되는 것이다. 국제법주체로서의 국제조직의 존재는 국가들간의 합의에 의존하고 있다. 국제조직이란 그 존재가 가맹국의 의사로부터 파생한 것이며, 또한 그 意思에 따라 目的 및 機能的으로 제한된 국제법상의 능력을 가진 국제법주체이다.²⁴

따라서 국제조직의 權利能力은 국가처럼 일반적이지 못하며, 단지 설립조약에 규정되고 있는 범위내에서 제한적으로 인정되고 있다는 특징이 있다.²⁵ 오늘날은 설립조약의 文面に 구속되어서 국제조직으로서의 기능을 원활하게 수행할 수 없게 되는 것을 방지하기 위하여 설립 조약에 규정된 국제조직의 목적과 관련되는 한 그 목적에 반하지 아니 하는 범위에서 보다 탄력적으로 국제조직의 권한을 인정할 수 있

22) Werner Levi, *Contemporary International Law: A Concise Introduction* (Boulder, Colorado : Westview Press, 1979), p. 71.

23) Alfred Verdross, *Völkerrecht*, 3 Aufl. (Wien : Springer Verlag, 1955), S. 85.

24) Werner Levi, op. cit., p. 70.

25) 이를 專門性的의 原則(principle of speciality)이라고 한다.

다는 '推定的 權限의 원칙'(doctrine of implied powers)²⁶⁾도 주장되고 있으나, 역시 국제조직의 권리능력의 범위는 국제조직의 專門性 및 機能的 性格에 기초를 두고 있으며 국가에 비하면 제한적이라고 하지 않을 수 없다.

그러나 정부간 국제조직은 '非政府間國際組織'(non-governmental organization)과는 달리 그 설립에 의하여 國際的 法人格 내지 國際法主體性을 인정받고 있으며, 職務保護權(right of functional protection)과 국가 또는 타국제조직과의 사이에 조약을 체결할 수 있는 능력도 인정되고 있다.²⁷⁾

이와 같이 국제조직은 派生的·制限的 국제법주체이지만 국가와 같은 能動的 國際法主體라는 데 그 특징이 있다.

3) 個人

個人的 경우는 이미 앞에서 설명한 바 있듯이, 기존의 국제법에 의하여 그 권리와 의무가 규정되고 있는 범위내에서만 제한적으로 국제법주체성이 인정되고 있다. 따라서 개인은 국제조직과 마찬가지로 派生的 主體이면서 또한 제한적 주체이다. 그러나 국제조직이 능동적 주체성을 인정받고 있는 것과는 달리 개인은 아직 受動的 主體性을 보유하는 데 불과하다는 점이 강조되고 있다.

그러나 오늘날 法人으로서의 多國籍企業 또는 國際企業(multinational enterprises, transnational corporations)이 국가와 체결하는 國家契約(state contract) 형태의 利權契約(concession contract)²⁸⁾에 安定化條項·準據法條項·仲裁條項 등이 포함되게 됨으로써 利權契約의 法的 性質과 국제기업의 법적 지위 내지 法主體性

26) 예를 들어, 유엔의 平和維持活動(peace-keeping operation)이나 유엔 총회의 決議에 의한 軍事的 制裁(military sanction)의 경우가 유엔의 推定的 權限에 따른 것이라는 설명이 있다. 推定的 權限의 원칙에 대해서는 W. Levi, op. cit., pp. 70-1 참조.

27) 國際組織과 개별국가 사이에 체결되는 條約으로, 국제원자력기구(IAEA)와 核武器非擴散條約(NPT)의 당사국간에 체결하도록 되어 있는 核安全協定(Nuclear Safeguard Agreement)과 유엔 헌장 제43조에 따라 安全保障理事會(Security Council)와 유엔 회원국간에 체결하도록 되어 있는 特別協定(Special Agreement) 등이 있다.

28) 일반적으로 國家가 一方當事者가 되어 私人和 체결하는 契約을 國家契約이라고 하며, 이 가운데 주로 개발도상국이 自國의 天然資源의 탐사 개발 이용을 위한 장기적 시설투자를 목적으로 하여 외국의 私企業에 이와 관련된 權利(concession)를 부여하는 것을 내용으로 하는 계약을 利權契約이라고 한다. I. Brownlie, op. cit., p. 547.

에 관하여 많은 논의를 야기시키고 있다.²⁹⁾ 이권계약의 脫國家化(delocalization)를 주장하는 입장에서는 특히 그 目的의 公共性도 감안하여 이를 條約에 準하는 ‘經濟開發協定’(economic development agreement)으로 불러야 한다거나, 아니면 이는 국내법상의 계약이 아니라 ‘국제화된 계약’(internationalized contract)이므로 ‘國際讓許契約’(international concession contract)으로 불러야 한다고 한다.³⁰⁾ 이러한 주장은 본래 私人에 불과한 계약의 일방 당사자인 국제기업에 대하여 타방 당사자인 국가에 준하는 국제법 정립능력을 부여하고자 하는 시도로 이루어지고 있다.³¹⁾ 그러나 아직 국제기업과 같은 대규모의 法人體의 경우에도 능동적 國際法主體性이 인정되는 단계는 아니다. 다만 利權契約에 포함되고 있는 準據法條項이나 仲裁條項 등은 이 契約과 관련된 분쟁의 성격을 國際化시키고 최소한 紛爭解決節次에 있어서 국제기업의 지위를 국가와 대등하게 만드는 데 기여하고 있다는 점은 확실하다.³²⁾

국제기업과 같은 예외적인 경우도 있지만 일반적으로 개인의 입장에서 보면 定立면에서나 紛爭解決節次면에서 국제법의 운용 과정에 참여하기에는 아직도 많은 제한이 있다는 점은 부정할 수 없는 사실이다. 결론적으로 개인의 국제법주체로서의 성격은, 派生的·制限的 그리고 受動的이라는 데 그 특징이 있는 것이다.

Ⅲ. 개인의 國際法的 地位

1. 人權의 主體로서의 개인

국제사회의 법질서는 점차 인간 중심의 질서로 발전하고 있으며, 이러한 변화는 개인의 법적 지위의 향상으로 나타나고 있다. 개인의 국제법상 지위가 단순한 국내법의 主體로부터 직접적인 국제사회의 구성원으로 발전하면서 개인은 국가 및 국제조직과 더불어 국제법의 직접적인 주체로 부각되기 시작하였으며, 특히 個人의 權

29) 拙稿, “國際投資紛爭解決制度,” pp. 315-22; 拙稿, “國際企業의 法的 規制,” 國際法學會論叢 제34권 제2호 (1989), pp. 141-8 참조.

30) Burns H. Weston et al., *International Law and World Order* (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1980), p. 714; 張孝相, 國際經濟法(박영사, 1985), p. 421.

31) 柳炳華, 國際法總論(一朝閣, 1981), p. 449; 李丙朝·仲範, 國際法新講(一朝閣, 1984), p. 302.

32) 國際企業(多國籍企業)이나 經濟開發協定の 法的 問題에 관해서는 宮崎繁樹 編, 多國籍企業의 法的 研究(東京:成文堂, 1980); 安藤勝美 編, 經濟開發協定の 法的 諸問題(東京:アジア經濟研究所, 1985) 참조.

利 문제는 국제적인 관심사로 대두되기에 이르렀다. 오늘날 모든 개인들은 특정 국가의 국민이기 이전에 인류사회의 구성원인 人間으로서의 地位를 가지고 있으며 그에 상응한 인간으로서의 권리를 가지고 있다는 점이 승인되고 있다.

國際法上 개인의 節次的 權利로 인정되고 있는 提訴權·請願權·申告權 등도 결국 개인들이 보유하고 있는 實體的인 權利들을 실현할 수 있도록 하며 궁극적으로는 각 개인들이 보유하고 있는 人權(human rights)이 충실히 보장되도록 하기 위한 것이다. 개별국가의 憲法上 보장되고 있는 국민의 基本權(basic rights)도 前國家的인 개인의 自然權(natural rights)에 대한 實定法的 規定이라고 설명하는 데서도 알 수 있듯이,³³⁾ 오늘날 모든 개인들은 특정 국가의 국민이기 이전에 보편적 人間存在(human being)로서 고유한 人權의 主體라는 점이 인식되고 있다. 따라서 人權의 국내적 보장을 위한 法體系가 憲法과 法律이라고 한다면, 人權의 국제적 보장을 위한 법체계가 바로 條約 기타의 國際法에 해당한다고 할 수 있다.

이제 人權 또는 基本權 보장 문제를 더 이상 國內問題(domestic affairs)로 간주하는 것은 용납되지 않는다. 外國人은 물론 內國民에 대한 人權保障의 문제에 대하여 '不干涉의 원칙'(principle of non-intervention)을 주장함으로써 인권 탄압에 대한 책임을 면하거나 국제사회 또는 외국의 개입을 배제할 수는 없는 시대가 된 것이다. 理想主義的인(idealistic) 관점이기는 하지만, 國際社會는 國際主義의 단계를 넘어서서 普遍的 理念으로서의 正義를 실현하고 모든 개인들이 하나의 共同體로 통합되는 것을 요구하는 世界主義의 理念에 바탕을 둔 世界社會로 나아가고 있다는 점에서 볼 때, 國際法이 보편적 인간으로서의 지위를 가지고 있는 모든 인류사회의 구성원들에 대하여 그들의 고유한 人權을 직접적으로 보장하고 있는 것은 매우 자연스러운 현상이다. 이제 人權의 國際的 保障은 현대 국제법의 중요한 특징 중의 하나라고 규정할 수 있는 것이다.

한편 오늘날 가장 강력한 영향력을 가지고 있는 국제조직인 유엔은 人權保障과 國際平和의 유지 또는 國際正義의 실현은 불가분의 관계에 있다는 것을 전제로 하여, 국제사회 전체의 과제로서 인권 문제를 다루고 있다. 헌장의 기본 취지는 세계인권선언과 集團殺害(Genocide)의 방지 및 처벌에 관한 협약을 비롯한 많은 인권 관련 조약의 체결을 통하여 실현되어 왔다. 지금까지 유엔을 중심으로 하여 형성되어 온 '國際人權法'(international human rights law)의 현황을 보면 다음과 같다:³⁴⁾

33) 拙著, 法學의 基礎理論 (대웅출판사, 1994), pp. 332-43.

34) 人權 및 國際人權法의 내용에 대해서는 H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights* (New York: Frederick A. Praeger, Inc., 1950); Alan S. Rosenbaum

㉒ 유엔헌장(1945년), ㉓ 세계인권선언(1948년), ㉔ 國際人權規約(1966년)³⁵⁾, ㉕ 集團殺害罪의 방지 및 처벌에 관한 협약(1948년), ㉖ 모든 형태의 인종차별 撤廢에 관한 국제협약(1965년), ㉗ 國際勞動機構(ILO)憲章 및 국제노동기구에서 채택한 900여개의 勞動者의 待遇 및 社會福祉에 관한 협약³⁶⁾, ㉘ 女성의 政治적 權利에 관한 협약(1952년), ㉙ 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(1979년), ㉚ 拷問과 기타 잔인하고 비인도적이거나 尊嚴을 훼손하는 대우 및 처벌 금지협약(1984년), ㉛ 타국에 체류하는 外國人의 人權에 관한 선언(1985), 그리고 地域的 條約으로서는, ㉜ 유럽 人權協約(1950년), ㉝ 美洲人權協約(1969년), ㉞ 아프리카 人權憲章(1981년) 등.

2. 國際的 義務의 주체로서의 개인

과거의 전통적인 국제법에 있어서도 개인은 제한된 범위에서 직접적인 국제법상의 의무의 주체가 될 수 있었다. 특히 少數者 保護, 海賊行爲의 금지, 그리고 전투행위의 규제 등에 관한 법규 및 관습법 등을 위반하는 개인에 대한 國際法的 制裁는 義務면에서의 개인의 국제법주체성을 뒷받침하는 근거로 인용되어 왔다. 나아가서 2차 대전 이후에는 전쟁의 개시 또는 수행에 관하여 책임 있는 개인을 戰爭犯罪者(war criminal)로 처벌할 수 있다는 국제적인 합의가 이루어지는 등, 개인의 國際的 義務 내지 國際犯罪(international crimes)의 관념이 확립되기에 이르렀다. 이와 관련하여 뉘른베르크(Nürnberg) 국제군사재판소는 1946년 9월 30일에 판결의 다음과 같이 지적하고 있다.

“국제법은 主權國家의 諸行爲와 관계가 있는 것이며 따라서 개인에 대한 처벌은 규정하고 있지 않다는 의견이 제출되었다. 同意見은 또한 문제의 행위가 국가의 행위(act of state)인 경우에는, 그것을 실행하는 자는 개인적으로 책임을 지지 않

ed., *The Philosophy of Human Rights* (Westport : Greenwood Press, 1980); B.G. Ramcharan, *Human Rights : Thirty Years after the Universal Declaration* (Hague : Martinus Nijhoff, 1979); T. Buergental, *International Human Rights in a Nutshell* (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1988) 참조.

- 35) 국제인권규약에는 ‘經濟的·社會的·文化的 諸權利에 관한 국제규약’(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A 規約)과 ‘市民的·政治的 諸權利에 관한 국제규약’(International Covenant on Civil and Political Rights, B 規約) 등 두 개의 인권규약이 포함되고 있다.
- 36) 이 가운데 중요한 것으로는 ① 結社의 자유 및 團結權 보호에 관한 협약, ② 團結權 및 團體交涉에 관한 협약, ③ 평등한 급여에 관한 협약, ④ 雇傭 및 職業差別에 관한 협약 등이 있다.

으며 國家主權理論(doctrine of the sovereignty of the state)에 의하여 보호받는다 고 주장하고 있다. 本裁判所의 견해에 의하면 이 兩主張은 배척되지 않으면 안 된다. 국제법이 국가에 대해서와 마찬가지로 개인에 대해서도 의무와 책임을 지우고 있다는 것은 오래 전부터 승인되어 온 사실이다. …… 國際軍事裁判所憲章의 본질은 바로 개인은 개별국가에 의하여 부과되는 국가적 복종의 의무(national obligations of obedience)를 초월하는 국제적 의무(international duties)를 부담한다는 점이다. 전쟁법규를 위반한 자는, 국가가 그러한 행동을 허가함에 있어서 국제법상의 권한을 일탈한 경우, 비록 그가 국가의 권위에 쫓아 행동하더라도 免除(immunity)를 획득할 수는 없다.”³⁷⁾

1946년 12월 11일 유엔 총회는 만장일치의 결의를 통하여 국제군사재판소헌장(Charter of the International Military Tribunal) 및 동재판소의 결정에 의하여 인정된 국제법의 諸原則을 확인하였다. 이는 2차 대전 이후 새로운 경향으로서 개인의 ‘平和에 대한 죄’(crime against peace) 및 ‘人道에 대한 죄’(crime against humanity)를 범해서는 안 되는 직접적인 의무의 주체가 되었음을 보여 주고 있다. 1948년 유엔총회가 채택한 ‘집단 살해의 방지 및 처벌에 관한 협약’(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)은 인도에 대한 개인적 범죄의 구체적인 형태인 집단살해죄에 관하여 제정되어진 것이다.³⁸⁾

개인은 ‘항공기의 不法拉致抑制를 위한 협약’(Convention for the Suppression of the Unlawful Seizure of Aircraft), 일명 헤이그 협약(Hague Convention)에 의하여 항공기를 납치해서는 안 되는 국제적 의무를 지고 있다. 이 조약의 당사국은 항공기 登録國, 착륙국, 임대 항공기의 賃借人의 주요 사업지국 및 常住地國, 납치범이 현존하는 국가로서 항공기 납치범에 대한 裁判管轄權의 행사가 인정되고 있으며, 자국 영토내에서 범죄 혐의자가 발견된 당사국은 그 혐의자를 다른 관할권이 있는 국가로 인도하지 않을 경우에는 반드시 처벌하도록 하고 있다. 항공기 拉致犯에 대한 각국의 刑罰權은 이른바 ‘普遍主義’(universality principle)³⁹⁾의 근거에 입각하고 있다고 보아도 좋을 것이다.

37) I. Brownlie, op. cit., p. 562.

38) Ibid., pp. 561-63.

39) 普遍主義 또는 世界主義라고 하는 것은 국제사회의 平和와 安全 그리고 正義의 실현을 위하여 反人類的인 國際犯罪(international crimes)의 개념을 인정하고, 이에 해당하는 범죄를 저지르는 자에 대해서는 범죄인의 國籍과 犯罪地를 불문하고 모든 국가에 대하여 刑罰權을 인정하는 원칙을 말한다.

3. 國民으로서의 개인과 국제법

1) 國籍의 국제법적 의미

國籍(nationality)이란 개인과 국가를 연결하는 法的 紐帶를 의미한다. 개인은 국적에 의하여 특정한 국가에 소속되고 그 국가의 국민(national)이 된다. 아무런 국적도 갖지 않는 개인은 無國籍者(stateless person)라고 하며⁴⁰⁾, 특정한 국가의 국적을 가지고 있는 사람이 자신의 本國을 떠나 타국에 재류하고 있는 경우 그러한 사람은 자신이 재류하고 있는 국가에 대하여 外國人(alien)의 지위를 갖는다. 국적은 개인에 대한 '屬人主義'(personal principle)적 법 적용의 기초가 되며, 국가의 입장에서 外交的 保護權의 대상을 결정하기 위한 중요한 판단 기준이 된다.⁴¹⁾

1955년의 노테봄 사건(Nottebohm Case)에서 國際司法裁判所(ICJ)는 국적이 국제적으로 타당성을 갖기 위해서는 그것이 단지 특정의 개인을 법적으로 국가에 연결시키고 있는 것만으로는 충분하지 않고 국가와 개인과의 사실상의 진정한 결합관계에 입각한 실효적인 국적을 부여하는 것이 아니면 안 된다고 하는 '眞正連結理論'(genuine link theory)을 제시하고 있다. 국적부여에 관하여 각국이 채택하고 있는 '血統主義'(jus sanguinis) 또는 '出生地主義'(jus soli)는 바로 이러한 眞正連結理論에 입각하고 있는 것이다.⁴²⁾

1881년 독일에서 출생한 노테봄(Nottebohm)은 1905년 과테말라(Guatemala)에 이주하여 각종의 사업을 경영하고 있었다. 1941년 과테말라가 독일과 交戰關係에 들어가기 전인 1939년 10월에 노테봄은 몇 차례 방문한 일밖에 없는 리히텐슈타인(Liechtenstein)에 歸化를 신청, 리히텐슈타인의 國籍法의 특별규정에 의하여 귀화가 정식으로 인정되었다. 1943년 10월 과테말라 당국은 자국에 재류하고 있는 노테봄을 독일 국적의 적국인으로 간주하여 체포하고 그 身柄을 미군 당국에 인도함과 동시에 그의 재산을 몰수하는 절차를 개시하였다. 노테봄은 미국으로 이송되어 抑留되었다가 1946년에 석방이 되었으나 과테말라에의 입국이 거절되어 리히텐슈타인으로 갔다. 1949년에 과테말라는 전쟁관련 재산의 청산에 관한 법률을 제정하여 노테봄의 재산을 확정적으로 몰수하였다. 이에 리히텐슈타인은 1951년 12월 과테말라 정부의 조치에 의하여 노테봄이 입은 손해에 대한 구제를 위하여 과테말

40) 國際法에 있어서 國籍과 無國籍의 의미 및 그 기능에 대해서는 P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law* (Alphen aan den Rijn : Sijthoff & Noordhoff, 1979) 참조.

41) W. Levi., op. cit., p.149.

42) I. Brownlie, op. cit., pp.385-388.

라를 상대로 국제사법재판소에 제소하였다.⁴³⁾

이와 같이 리히텐슈타인이 노테봄에 대하여 외교적 보호권을 행사하려는 데 관하여, 國際司法裁判所는 리히텐슈타인이 노테봄의 歸化를 근거로 자신의 국적을 부여한 것은 眞正連結의 原則에 반한다고 하여 그 국적의 國際法的 妥當性を 인정할 수 없다고 하였다. 따라서 과테말라는 이러한 국적을 승인할 의무가 없으며 리히텐슈타인이 과테말라를 상대로 노테봄을 위하여 外交的 保護權을 행사할 자격도 없으므로 리히텐슈타인의 청구는 인정될 수 없다고 판시하였다.

Barcelona Traction회사는 1911년 캐나다법을 設立準據法으로 하여 캐나다의 토론토에서 설립되었다. 동회사는 스페인에서 전력개발사업을 하고 있던 몇개 회사의 지주회사였다. 1948년 스페인 법원은 동사의 파산을 선고하고 동시에 스페인 당국에 의해 그 회사를 침해하는 다른 조치가 취해졌다. 이러한 사태에 대하여 먼저 캐나다가 외교적 보호권의 행사를 시도하였으나 뒤에 중단하였다. 그래서 벨기에가 동사의 주식의 약 80%를 소유하고 있는 자국민을 위하여 청구권을 행사하였다. 벨기에는 동사에 대한 침해로부터 주주인 자국민이 피해를 받고 있다는 근거에서 국제사법재판소에 제소하였다. 스페인은 회사의 입장에서 國內的 救濟를 다하지 않았으므로 벨기에는 청구를 제기할 수 없다고 반대하였다.⁴⁴⁾

이 사례는 法人에 대한 外交的 保護에 관한 문제로서, 법인의 國籍決定 및 株主에 대한 외교적 보호의 문제를 포함하고 있다. 국제사법재판소는 Barcelona Traction회사가 캐나다에서 설립되었을 뿐만 아니라 캐나다에 本店이 있고 캐나다에서 활동하고 있는 점으로 보아 캐나다와의 사이에 항구적이고 긴밀한 관련이 있다고 하면서, 同社에 관하여 국제적 청구를 할 수 있는 것은 본국인 캐나다뿐이며 벨기에는 當事者適格(jus standi)이 없다고 판시하였다. 법인, 특히 주식회사의 국적결정의 기준으로서 設立準據法主義, 營業中心地主義, 支配權理論(control theory) 등이 있는데, Barcelona Traction Case에서 국제사법재판소는 소유(株式의 소유) 또는 경영을 지배하는 것을 진정한 관련으로 보고 지배적 주주 또는 최고 경영진에 속하는 임원의 국적을 기준으로 외교적 보호를 행사하려는 벨기에의 시도를 배척하면서, 전통적인 국적 결정의 원칙인 설립준거법주의 내지 영업중심지주의를 옹호하고 있다.

그러나 國際企業(法人)에 대한 외교적 보호의 경우에까지 형식에 치우친 전통적

43) Nottebohm Case(Liechtenstein v. Guatemala, I.C.J. Reports 1955); D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law* (London : Sweet & Maxwell, 1983), pp. 442-47.

44) I.C.J. Reports (1970), pp. 40-41.

인 企業의 國籍決定 원칙을 적용하는 것은 法人의 보호를 위하여 별로 實效性이 없다는 점에서 이러한 국제사법재판소의 판결에 대한 비판이 많이 제기되었으며, 이를 계기로 특히 株主에 대한 外交的 保護 문제가 상당한 관심사로 대두되었다.⁴⁵⁾ 근본적으로 國際企業(法人)을 포함한 개인의 國際的 法益侵害에 대한 救濟가 궁극적으로 本國의 외교적 보호에 의존해서만 이루어질 수 있다는 것은 문제이며, 따라서 개인이 직접 國際的 救濟節次에 當事者로 참여할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 할 필요가 있다고 본다.⁴⁶⁾

2) 국민에 대한 外交的 保護와 칼보 條項

국가는 외국에 재류하는 自國民이 그 외국으로부터 부당 또는 불법적인 침해를 받은 경우, 자국민에게 적절한 법적 구제가 이루어지도록 국제적인 청구를 행하거나 기타 외교 절차를 통하여 필요한 수단을 강구할 수 있는 국제법상의 권리를 갖는다. 이러한 권리를 外交的 保護權이라고 한다.⁴⁷⁾

국가가 외교적 보호권을 행사하기 위해서는 다음과 같은 조건이 필요하다: ㉠ 피해자 개인이 재류국에서 이용할 수 있는 모든 國內的 救濟의 수단을 먼저 밟아야 한다. 즉, 일단 피해자가 밟을 수 있는 국내적 구제절차가 완료되더라도 적절한 법적 구제가 이루어지지 않는 경우에 한하여 외교적 보호권을 행사할 수 있다. 이러한 조건을 '國內的 救濟完了의 원칙(exhaustion of local remedies principle)'이라고 한다. ㉡ 被害者 개인이 외교적 보호권을 행사하는 국가의 국적을 가져야 하며, 이 국

45) Barcelona Traction Case의 분석에 대해서는 Herbert W. Briggs, "Barcelona Traction: The *Jus Standi* of Belgium", in 65 *American Journal of International Law* (1971); D. Kokkini-Iatridou & P. J. I. M. de Waart, "Foreign Investments in Developing Countries- Legal Personality of Multinationals in International Law", in 14 *Netherlands Yearbook of International Law* (1980); F. A. Mann, "The Protection of Shareholders' Interests in the Light of the Barcelona Traction Case," in 67 *American Journal of International Law* (1973); 抽稿, "國際企業과 外交的 保護制度," 現代法學의 諸課題(松山出版社, 1987), pp. 676-80 참조.

46) D. Kokkini-Iatridou & P. J. I. M. de Waart, op. cit., pp. 129-30; Jonathan I. Charney, "Transnational Corporations and Developing International Law," in 1983 *Duke Law Journal* (1983), pp. 748-88; 抽稿, "國際企業과 外交的 保護制度," pp. 690-94.

47) I. Brownlie, op. cit., p. 521; Charles de Visscher (trans. by P. Corbett), *Theory and Reality in Public International Law* (New Jersey: Princeton University Press, 1968), pp. 277-78.

적은 침해를 받았을 때부터 외교적 보호가 부여될 때까지 계속 보유하고 있어야 한다. 다시 말하면, 침해를 받은 후에 새롭게 국적을 부여한 국가는 피해자를 위하여 외교적 보호권을 행사할 수 없다. 이러한 조건을 '國籍繼續의 원칙'(principle of continuous nationality)이라고 한다.⁴⁸⁾ 과거 외교적 보호권은 흔히 強大國의 弱小國에 대한 압력의 명분으로 원용되었던 경우가 많았다. 그리하여 국가가 외국인과 체결하는 계약에서 ㉠ 외국인은 계약에 관한 모든 사항에서 재류국의 국민으로 간주하며, ㉡ 여하한 경우에도 本國의 外交的 保護를 요구하지 않는다고 하는 조항을 삽입함으로써 외국인의 본국으로부터의 압력을 벗어나려고 하였다. 이러한 조항을 '칼보 條項'(Calvo clause)라고 한다.⁴⁹⁾

칼보조항은 아르헨티나의 국제법학자인 칼보(Calvo)가 라틴 아메리카 제국이 외국인과 체결한 계약에 관한 분쟁에 대하여 유럽강국이 빈번히 무력적으로 개입한 경험에 비추어 그러한 개입을 배제할 목적으로 제창한 것이다. 이 조항은 원래 라틴 아메리카 제국이 체결하는 계약에 삽입되는 것이 보통이나 지금은 개발도상국이 체결하는 國家契約에 삽입되는 경우가 많아지고 있다.

그러나 외교적 보호권은 본래 국가 자신의 권리이며, 개인의 권리를 대신 행사하는 것은 아니다. 따라서 개인이 본국의 외교적 보호를 포기할 것을 규정하는 칼보 조항은 國內的 救濟完了의 원칙을 재확인하는 의미로 해석되는 한 유효하기는 하지만 거의 불필요한 규정이 되며⁵⁰⁾, 반면에 본국의 외교적 보호권의 행사를 저지한다는 의미로 규정되는 한 無效가 된다. 왜냐하면 개인이 국가의 권리를 포기할 수는 없기 때문이다. 따라서 칼보 조항에도 불구하고 본국은 여전히 외교적 보호권을 행사할 수 있게 된다.⁵¹⁾

미국과 멕시코는 1923년 조약을 체결하여 일방이 국제청구를 제기할 경우 국내적 구제의 원칙을 적용하지 않고 양국간에 설치되는 일반 청구위원회(General

48) 島田征夫, "多國籍企業の外交的保護," 宮岐繁樹 編, 前掲書, p.170; D. W. Grieg, *International Law* (London: Butterworths, 1976), p.580; M. S. McDougal, H. D. Lasswell, Lung-chu Chen, "Nationality and Human Rights: The Protection of the Individual in External Arenas," in 83 *The Yale Law Journal* (1980), p.908.

49) I. Brownlie, op. cit., p.546; Donald R. Shea, *The Calvo Clause* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955)

50) Rudolf Dolzer, "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property," in 75 *American Journal of International Law* (1981), p.571.

51) I. Brownlie, op. cit., p.546.

Claims Commission)에 의하여 처리한다는 데 합의하였다. 1912년부터 미국의 한 회사인 '北美浚渫會社'(North American Dredging Company)는 항내 준설에 관하여 멕시코 정부와의 사이에서, 契約會社와 그 감독하에 있는 모든 종업원은 그 계약에서 발생하는 모든 사항에서 멕시코 국민으로 간주되며 외국인으로서의 권리를 포기할 뿐만 아니라 본국 정부의 外交的 保護에도 호소하지 않을 것을 규정하는 칼보 조항(제18조)이 포함된 利權契約(concession contract)을 체결하고 사업을 계속해 왔는데, 조약 체결 이후 멕시코 정부는 이권계약의 내용을 위반하였다. 미국은 위의 조약에 의거하여 즉시 국제청구를 제기하였다.⁵²⁾

미국과 멕시코 양국간에 설치된 중재재판에서는 위 조약의 규정에도 불구하고 계약상의 칼보조항을 존중하여 당사자가 먼저 계약상의 의무를 이행한 후가 아니면 미국정부의 國際請求를 인정할 수 없다고 하면서 미국의 청구를 수리하지 않았다. 이는 칼보조항의 의미를 본국의 외교적 보호권의 남용을 방지하고 국내적 구제완료의 원칙을 확인하는 것으로 한정할 때는 유효한 것으로 볼 수 있다는 입장이다. 그러나 칼보 조항을 조약의 규정보다 우선하는 것으로 해석한다면, 칼보 조항이 포함되고 있는 利權契約이 제한적으로는 국가간의 條約과 대등한 효력을 갖는 것으로 전제되고 있는 결과가 된다.⁵³⁾

4. 外國人の 國內的 地位와 국제법

1) 外國人の 國內的 待遇에 관한 국제법 원칙

앞에서 이미 언급하였듯이, 外國人이란 어느 국가에 재류하면서 그 국가의 國籍이 아닌 다른 국가의 국적을 가지고 있는 사람을 의미한다. 한편 특정 국가의 국적을 갖지 않음으로써 모든 국가로부터 外國人으로서의 취급을 받을 뿐 자신을 국민으로 취급하는 국가를 갖지 못하는 者를 無國籍者라고 한다. 無國籍者는 자신이 거주하는 在留國에서 통상적으로는 一般外國人(ordinary alien)과 같은 취급을 받지만, 재류국으로부터 부당하게 취급되었을 경우 외교적 보호를 해 줄 국가가 존재하지 않는다는 점이 특이하며,⁵⁴⁾ 또한 本國으로부터 발급되는 旅券(passport)을 보유할 수

52) William W. Bishop, *International Law - Cases and Materials*, 3th ed. (Boston: Little, Brown and Company, 1971), pp. 811-17.

53) I. Brownlie, op. cit., pp. 546-47; 抽稿, "國際企業과 外交的 保護制度," pp. 687-90.

54) 無國籍者 외에 사실상 本國으로부터의 外交的 保護를 기대할 수 없는 者로서 難民(refugee)이 있다. 難民이란 本國에 대한 忠誠關係를 포기함으로써 本國과의 紐帶가 단절되어 있는 사람을 의미한다. 넓은 의미에서 政治的·宗教的·人種的·經濟

없게 됨으로써 해외여행에 심각한 제한을 받게 된다.⁵⁵⁾

無國籍者를 포함하여 외국인이 입국하면 그 때부터 외국인과 재류국 사이에는 일정한 관계가 성립하게 된다. 재류국은 '領土高權'(Gebietshoheit)에 의하여 외국인을 자국의 국내법 질서를 준수하게 할 수 있으며, 외국인은 재류국에 대하여 一時的忠誠(temporary allegiance)의 義務를 부담하게 되는 것이다.⁵⁶⁾ 외국인이 특정 국가의 국내에서 향유할 수 있는 權利의 종류 및 범위에 관한 일반 국제법상의 규칙은 없다.⁵⁷⁾ 그러나 외국인은 일반 국제법상 그 身體 및 財產에 대하여 재류국의 보호를 받을 권리가 있고 재류국은 그것을 보호할 의무가 있다. 다만, 보호의 정도에 관하여는 國內標準主義와 國際標準主義가 대립하고 있다.

국내표준주의 또는 內國民待遇基準(standard of national treatment)이라 함은 국가가 자국내의 외국인에 대하여 실질적으로 자국민과 같은 보호 및 권리를 부여하면 그것으로 외국인의 보호에 관한 국제적 의무를 다하는 것이라고 하는 주장을 말한다. 반면에 국제표준주의에서는 외국인의 대우에 있어서 국제적으로 반드시 지켜야 할 最小限의 基準(international minimum standard)이 있다고 한다. 이 입장에서는 국제사회 구성원들간에 법질서 및 문명의 수준이 서로 다른 상황이라 할지라도 외국인을 포함한 모든 국민들이 대우받아야 될 최소한의 기준이 필요하다고 하면서, 국제적 최소한의 기준을 적용함으로써 자국민을 차별 대우하게 되는 경우가 발생하는 것은 오히려 자국민의 대우 기준을 향상시킴으로써 해결해 나가야 한다고 주

的 기타의 이유에 의한 本國의 박해를 벗어나 外國에 도피하여 보호를 받고자 하는 것을 亡命이라고 하며, 이러한 망명을 구하는 개인 또는 집단을 難民이라고 한다. 李漢基, 前掲書, p. 449 참조.

- 55) Richard B. Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law* (Manchester : Manchester University Press, 1984), p. 64.

한편 無國籍者의 문제를 처리하기 위하여 두 개의 條約이 체결되었다. 하나는 1954년에 체결된 '無國籍者의 地位에 관한 協약'(Convention on the Status of Stateless Persons)이며, 또 하나는 1961년에 체결된 '無國籍의 減少를 위한 協약'(Convention on the Reduction of Statelessness)이다.

- 56) 金植鍵, 國際法 (박영사, 1993), p. 523.

- 57) 원칙적으로 外國人의 權利能力은 인정되며 재류국의 國內法에 의하여 구체적인 權利·義務가 규정되고는 있으나, 내국민에 비하여 제한된 권리를 향유하는 것이 보통이다. 외국인은 원칙적으로 選舉權이나 被選舉權 등 재류국의 공법상의 권리를 인정받지 못하며 또한 船舶·航空機·不動產 등의 소유가 제한되는 등 私法上의 권리 취득에도 제한이 있는 것이 보통이다.

장한다.⁵⁸⁾ 그러나 국내표준주의를 옹호하는 입장에서는 국제표준주의를 적용하는 경우 외국인에게 오히려 특권적 지위를 인정하는 결과가 되고 외국인의 本國으로 하여금 부당한 干涉의 기회를 제공할 수도 있다는 점을 지적하고 있다.

보통 외국인들에 대하여 적용되는 구체적인 대우 및 權利·義務의 내용은 국가간의 友好通商航海條約이나 기타 조약에 의하여 규정되고 있다. 이러한 조약에서 규정되는 것을 보면, 대체로 內國民待遇條項(national treatment clause) 또는 最惠國民待遇條項(most-favored-nation treatment clause)의 형태로 나타나고 있다. 내국민대우는 內·外國人을 평등하게 대우하는 것을 의미하며, 最惠國民待遇는 最良의 대우를 받고 있는 외국인의 수준에 맞추어 모든 내국민들을 대우하는 것을 의미하는 것으로서 재류외국인 상호간의 평등 대우를 확보할 수 있는 효과가 있다. 한편 世界人權宣言이나 國際人權規約의 조항들은 내국민뿐만 아니라 外國人도 당연한 人權의 主體로 규정하고 있으며, 內·外國人間의 차별 대우는 허용될 수 없다고 밝히고 있다.⁵⁹⁾

2) 외국인의 出入國上의 지위

국가는 友好通商航海條約 등에 의한 조약상의 의무를 지지 않는 한 외국인의 입국을 당연히 인정해야 할 一般國際法上의 義務는 없다. 국제인권규약 B 規約도 자유로운 출국과 일단 입국한 외국인의 居住移轉의 자유만을 보장하고 있을 뿐이다. 그리고 국가는 평등 대우에 관한 국제 관습법의 범위 내에서 원칙적으로 외국인의 入國 및 在留에 관한 조건을 자유롭게 정하거나 변경할 수 있다. 한편 외교관계를 체결하고 있는 국가들은 양자간의 友好通商航海條約에 의하여 상호적으로 입국 및 재류에 관한 사항을 정하고 있다.

외국인은 자유롭게 출국할 수 있으나,⁶⁰⁾ 재류국에서 정한 在留條件을 위반하거나 기타 歸責事由가 인정되는 경우에는, 출국의 금지 또는 強制出國의 처분을 받을 수 있다. 그러나 특히 강제출국의 경우에 본인은 명백한 이유의 제시를 요구할 수 있고 처분에 관한 재판 기타의 구제절차가 부여되는 등의 절차상의 보장이 이루어지도록 되어 있다.⁶¹⁾ 強制出國을 행함에 있어서 재류국이 人權·基本的自由·保健上의 義務에 관한 규칙을 위반한 경우 국제법 위반이 되며, 이러한 경우 國內問題라는 것을

58) Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law* (London : George Allen and Unwin, 1984), pp. 89-91.

59) 世界人權宣言 제1,2조; 國際人權規約 B 規約 제2조 1항 참조.

60) 세계인권선언 제13조 2항 참조.

61) 국제인권규약 B 規約 제13조 참조.

이유로 유엔 기타의 國際組織의 개입을 거부할 수 없게 된다.⁶²⁾

3) 外國人財産의 보호와 國有化의 문제

외국인의 보호, 특히 그 재산의 보호에 있어서 근래 들어 빈번히 문제로 제기되고 있는 것은 國有化(nationalization)의 경우이다. 국유화라고 하는 것은 국가의 사회적·경제적 개혁을 목적으로 개인의 재산을 국가의 소유로 강제 이전시키는 것이다. 국유화는 대규모로 이루어지는 것으로서 一般的 收用(general expropriation)이라고 한다.⁶³⁾ 국유화의 대상이 자국민의 재산인 경우 이는 국내법상의 문제가 되지만, 외국인의 재산인 경우 이는 국제법상의 문제가 되는 것이다.

國際法上 國有化가 합법적으로 이루어지기 위한 요건으로 다음과 같은 세 가지가 있다: ㉠ 公益 또는 公共目的의 원칙, ㉡ 無差別의 원칙, ㉢ 補償支給의 원칙 등이다.⁶⁴⁾ 이 가운데 특히 문제가 되고 있는 것은 보상 지급의 원칙이다. 일부 학자들은 일반 국제법상 보상의 의무를 부정하기도 하지만 통설은 無補償으로 외국인의 재산을 국유화하는 것은 국제법 위반으로 간주하고 있다.

그리고 보상이 실시되는 경우, 그 정도와 방법에 관해서도 의견이 대립되고 있다. 종래 선진국들은 주로 외국으로 자국 기업을 진출시키는 입장에서 國際標準主義를 내세워 '迅速·充分·實效의인 補償'(prompt, adequate and effective compensation)을 주장하는 반면,⁶⁵⁾ 後進國이나 開途國들은 주로 외국 자본이나 기업을 받아들이는 입장에서 '합리적인 보상'(reasonable compensation)을 주장하고 있다.⁶⁶⁾

한편 1962년 12월에 유엔총회에서 채택된 '天然資源에 대한 永久的 主權에 관한 결의 1803'(Resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources)에서는 모든 국가가 천연자원에 대한 불가양의 권리를 갖는다고 하면서, 국유화의 경우에는 國內法과 國際法에 따라 '적절한'(appropriate) 보상을 지급해야 한다고 규정

62) 유엔 憲章 제2조 7항 참조.

63) 國有化의 개념 및 용어에 대해서는 Wil D. Verwey & Nico J. Schrijver, "The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective?" in 15 *Netherlands Yearbook of International Law* (1984), p. 4 참조.

64) W. D. Verwey & N. J. Schrijver, op. cit., p. 9; Paul E. Sigmund, *Multinationals in Latin America - The Politics of Nationalization* (Wisconsin: the University of Wisconsin Press), p. 7; 張孝相, 前掲書, pp. 105-8.

65) W. D. Verwey & N. J. Schrijver, op. cit., p. 9.

66) P. E. Sigmund, op. cit., pp. 13-8.

하고 있다.⁶⁷⁾

1933년 당시 이란의 前身인 페르시아와 영국의 국영석유회사인 '英·이란 석유회사'(Anglo-Iranian Oil Co.) 사이에 石油利權契約이 체결되었는데, 이 계약은 1933년까지 유효하며 그 이전에는 일정한 조건을 충족하고 仲裁裁判에 회부된 후에만 종료될 수 있다고 규정되고 있었다. 그러나 제2차 대전후 이란에서는 민족주의적 혁신정당의 세력이 신장하여 1951년에 전석유사업국유화법을 제정하였고, 그 결과 同國의 석유자원을 대부분 그 지배하에 두고 있던 영국계 英·이란 석유회사의 資産은 국유화되고 신설된 이란 國營石油會社에 귀속되었다. 영국은 이란 정부의 國有化法이 期限前에 利權契約을 일방적으로 폐기하였다는 것과 외국인 재산의 국유화에는 충분하고 효과적이며 신속한 보상이 필요한데도 불구하고 국유화법은 無補償으로 국유화를 시행하고 있다는 이유를 들어서 이에 반발하였다. 영국은 분쟁을 仲裁裁判에 회부하려고 하였으나 실패하고 일방적으로 유엔안전보장이사회와 國際司法裁判所에 제소하였다.⁶⁸⁾

국제사법재판소는 석유개발을 위한 利權契約이 영국 정부와 이란 정부 사이에 체결된 條約이 아니라 이란(國家)과 外國企業間에 체결된 私法上的 契約에 해당하므로 이란의 계약 위반 행위에 관련된 분쟁이 國際紛爭이 될 수 없다는 이유로 당 재판소에 관할권이 없다고 하면서 本案審理에 들어가지 않았다(1952년 7월 22일 결정). 영국은 이란 국영석유회사로부터 他國이 구매한 원유에 대한 所有權을 주장하면서 영국의 보호령인 아덴 대법원과 동경 고등법원에 제소하였다. 1953년 1월 9일 판결에서 아덴 대법원은 보상 없는 국유화는 不法的인 沒收에 해당하므로 국제법 위반이며 따라서 이란의 국유화법은 무효이기 때문에 선박에 적재 중인 원유의 소유권은 原告에게 있다고 판시하였다. 반면 1953년 9월 11일 판결을 통하여 동경 고등법원은 國際司法裁判所와 같은 이유로 국유화조치의 合法性을 심리할 권한이 없다고 함으로써, 반사적으로 국유화법의 효과를 인정하는 결과가 되었다.

1971년과 1974년에 리비아가 영국계 석유기업인 British Petroleum Exploration Co. (BP)와 미국계 석유기업인 Texaco Overseas Petroleum Co. (TOPCO), 그리고 Libyan American Oil Co. (LIAMCO) 등을 국유화하는 조치를 취한 데 대하여, 영국과 미국은 이 조치가 恣意的이고 差別的이며 政治的 報復을 목적으로 하고 있다는 이유로 국제법상 국유화의 合法性의 要件을 결여한 것이며, 특히 이들 기업과 리비아가 체결한 石油利權契約에 포함되어 있는 '安定化條項'(stabilization-of-rights provision)을 위반한 것이기 때문에 국제법 위반이라고 항의하였다. 그리고

67) D. J. Harris, op. cit., p. 423.

68) 김정건, 前掲書, p. 414 참조.

이 기업들은 계약에 포함되어 있는 仲裁條項(arbitration provision)에 의하여 중재 절차를 개시하였다.⁶⁹⁾

이에 따라 BP 중재, TOPCO/CALASIATIC 중재, 그리고 LIAMCO 중재 등 세 가지 仲裁節次가 이루어졌다.⁷⁰⁾ 여기서 중재 재판관들은 仲裁判定(Awards)을 통하여 安定化條項 및 仲裁條項 등을 규정하고 있는 石油利權契約의 準國際法的 성격을 인정하고 리비아의 일방적인 계약파기 및 국유화 조치는 계약 위반인 동시에 국제적 의무의 위반에 해당되므로 리비아는 국제법 위반에 따른 책임을 져야 한다고 판시하였다.⁷¹⁾

5. 犯罪人の 引渡와 亡命權 문제

범죄인의 引渡(extradition)는 외국에서 범죄를 저지른 犯罪人(被疑者 및 囚刑者 포함)이 자국의 영역으로 도주해 온 경우 그 외국의 청구에 응하여 이를 체포하여 인도하는 것을 말한다. 인도되는 범죄인은 통상 외국인이기 때문에 범죄인의 인도는 넓은 의미에서 외국인의 強制出國에 해당한다. 범죄인의 인도는 국가간의 犯罪人引渡條約에 따라서 이루어지는 것이 원칙이나 인도 조약이 없는 경우에도 國際禮讓(international comity)에 의하여 범죄인의 인도가 행해지는 수도 많다.

범죄인 인도 조약이나 국제 예양에 의하여 범죄인의 인도가 이루어지는 경우에도

69) Robert B. von Mehren & P. Nicholas Kourides, "International Arbitration between States and Foreign Private Parties: The Libyan Nationalization Cases," in 75 *American Journal of International Law* (1981), pp. 476-552 참조.

70) Ibid.; Rudolf Dolzer, "British Petroleum v. Libya Arbitration," in Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Installment 2 (1981), pp. 40-2; R. Dolzer, "Libya-Oil Companies Arbitration," in Bernhardt (ed.), op. cit., pp. 168-71.

71) 利權契約 또는 國際讓許契約의 파기가 그 자체로 (*per se*) 國際法違反이 되는가 여부는 물론, 위법한 國有化에 따른 國際責任의 解除方法이 原狀回復인가 아니면 損害賠償인가에 대해서도 많은 논란이 있다. 본 리비아의 국유화에 따른 仲裁裁判의 경우를 보면, 利權契約의 파기가 그 자체로서 국제책임을 야기한다는 데 의견이 일치되고 있으나, 책임의 解除方法에 있어서는 TOPCO/CALASIATIC 仲裁節次에서만 原狀回復이 결정되고 나머지 두 仲裁節次에서는 金錢損害賠償의 방법이 채택되었다. 자세한 내용은 R. B. von Mehren & P. N. Kourides, op. cit.; 장효상, 前掲書, pp. 455-59; 拙稿, "國際企業의 國有化의 法的 問題," 제주대학교 논문집 제23집 (1986), pp. 225-47 참조.

일반적으로 政治犯(political criminal)은 제외되는 것이 원칙이다.⁷²⁾ 이러한 것을 '政治犯不引渡의 원칙'(principle of non-extradition of political criminals)이라고 한다. 이는 국제관행상 또는 조약상 일반적으로 지켜지고 있다. 이러한 관행은 오늘날 거의 일반 국제법상의 원칙으로 확립되어 가고 있다고 해도 좋을 정도이다. 그리고 이는 19세기말 이래 政治犯에 대하여 '領土的 庇護'(territorial asylum)⁷³⁾를 부여하는 관행이 성립되어 온 것과 일치하고 있다.

領土的 庇護라 함은 외국으로부터 피신해 온 政治犯이나 狹義의 政治的 難民(political refugee)에 대하여 그들이 재류하고 있는 국가가 자국 영역 내에서 이들을 庇護하는 것을 말하며, 在外外交公館에서 비호하는 '外交的 庇護'(diplomatic asylum)와 구별되고 있다. 오늘날 영토적 비호권은 인정되고 있으나, 외교적 비호를 비롯하여 기타 領事館이나 軍艦 등에서 이루어지는 '領域外的 庇護'(extra territorial asylum)는 특히 조약에서 인정되는 경우를 제외하고는 (예를 들어, 1928년의 Havana조약, 1954년의 Caracas조약) 일반 국제법의 원칙으로 확립되어 있지 않다. 다만 외교 공관이나 군함 등은 外交的 特權·免除(diplomatic privileges and immunities)에 의거하여 不可侵權을 향유하고 있으므로 영역국의 관헌이 피신하고 있는 범죄인을 체포하기 위하여 임의로 들어갈 수 없다는 점에서 잠정적으로 비호가 부여되는 것과 같은 효과가 나타나는 경우도 있다.

1989년 5월 북경에서 자유화 및 민주화를 요구하는 대규모 시위가 발생하였다. 천안문 광장에서 대학생들 중심으로 전개된 반정부시위가 점차 확산되어가자, 중국정부는 계엄을 선포하고 무력으로 진압하기 시작하였다. 이와 함께 정부당국이 반정부시위의 주동자들을 검거하기 시작하자 그 동안 반체제 물리학자로 널리 알려져 온 方勵之와 그 부인은 6월 5일 북경주재 미국대사관으로 피신한 바 있다. 중국 정부당국은 6월 11일 반혁명적 선전 및 선동을 이유로 이들에 대한 拘引令狀을 발부받아 미국대사관 당국으로 하여금 인도하여 줄 것을 요구하였다.⁷⁴⁾

72) 프랑스나 독일과 같은 大陸法(civil law)系의 국가들은 政治犯 외에 自國民인 犯罪人에 대해서도 외국에 引渡하지 않는다는 입장을 견지하고 있다. 그러나 미국이나 영국 등의 衡平法(common law) 국가들은 자국민도 외국으로 인도하는 것을 원칙으로 삼고 있는 데서 알 수 있듯이 '自國民不引渡의 原則'이 '政治犯不引渡의 原則'처럼 一般國際法の 규칙으로 확립되어 있는 것은 아니다.

73) asylum 또는 right of asylum이라고 하는 것은 국가의 입장에서 보면 庇護權으로 번역되고 개인의 입장에서는 '庇護請求權' 즉, '亡命權'으로 번역될 수 있다.

74) 金燦奎, "外交公館의 庇護權과 特權 및 免除," 法律新聞 (1989년 7월 6일자), p. 11 참조.

방려지 부부를 인도해 주도록 하는 중국의 요구에 대하여 미국은 계속하여 비호를 부여하다가, 중국측이 미국으로부터의 最惠國待遇를 연장받기 위하여 방려지 부부를 영국으로 보내는 데 합의해 줌으로써 해결을 보았다.

政治犯에 대한 領土的 庇護가 국가에 의하여 이루어지고 있다고 하더라도 이는 어디까지나 庇護權에 근거를 둔 국가의 裁量的 行爲로서 이루어지는 것일 뿐, 개인의 입장에서 在留國 또는 外國에 대하여 庇護를 요청할 수 있는 권리, 즉 亡命權에 입각하여 이루어지는 것은 아니다. 사실 政治犯 또는 政治的 難民에 대한 보호를 위해서는 亡命權을 國際法上 확립된 개인의 권리로 규정하려는 노력이 필요하다. 참고로, 이에 관하여 세계인권선언 제14조는 다음과 같이 규정하고 있다: “① 사람은 그 누구를 막론하고 迫害을 피하여 타국에 避難·居住할 권리를 가진다. ② 이 권리는 순전히 非政治的인 犯罪나 유엔의 목적과 원칙에 위반되는 행위로부터 야기되는 訴追의 경우에는 원용할 수 없다.” 그러나 세계인권선언은 현재로서는 法的 拘束力이 없는 政治的 宣言에 불과한 것으로서 이에 근거하여 개인이 亡命權을 주장하기는 어렵다.

개인에 대한 亡命權의 인정을 포함하여 人權의 실효적 보장은 곧 國家主權의 制約을 수반하는 것이기 때문에 각국은 인권보장에 대한 일반적인 理念에는 찬동하면서 그 실시에는 소극적인 태도를 보이는 경우가 많이 있는 것이 사실이며, 이는 인권의 국제적 보장 내지 실시를 위하여 국제사회 차원에서 해결해야 할 課題로 남아 있다.⁷⁵⁾

IV. 結 論

오늘날 국제사회는 질적으로 변화하고 있으며 전통적인 국제법의 구조에도 많은 변화를 초래하고 있다. 과거 주권국가를 중심으로 형성되어 오던 국제질서는 이제 국제조직은 물론 개인과 같은 새로운 국제사회의 구성원들을 중심으로 재편되어 가는 과정에 있다. 국제사회의 구조적 변화에 있어서 매우 중요한 의미를 갖고 있는

75) 최재훈·정운장, 前掲書, pp. 354-55; 아직 국제사회는 國家들을 중심으로 성립되고 있으며 개인들의 國際法上 權利의 취득 및 그 행사에 있어서 國家主權과의 긴장 관계가 현실적인 문제로 대두된다. 국제법상 人權이 실효적인 權利로 인정되기 위해서는 개인이 특정 국가의 국민으로서의 지위에 의존하지 않고 직접 국제사회의 구성원으로서 이를 실현할 수 있도록 하는 法·制度的 裝置를 마련하도록 하여야 할 것이다. 이한기, 前掲書, pp. 437-438 참조.

것이 '個人的 國際法的 地位'에 대한 새로운 인식이다.

전통적인 국제법의 무대에서 개인은 주체적인 역할을 담당하지 못하고 기껏해야 국가를 매개로 해서만 국제사회 및 국제법과 연결될 수 있었다. 개인은 단지 國內法의 주체로만 인정되고 있었으며 국제법에 있어서는 主體(subject)가 아니라 그 규율 대상인 客體(object)로서 인식되어 왔다. 다만 개인에 관하여 국제법은 주로 外國人의 國內的 待遇 및 保護 문제에 관심을 가지고 있었으나 전 인류적 차원에서의 개인의 人權問題에는 관심을 갖지 못하고 있었다.

主權國家들은 자신의 관할권 축소를 두려워 한 나머지 개인들의 국제적 권리의 인정에 소극적이었기 때문에, 개인들은 오랫동안 자신의 이름으로 국제적 행위를 하는 것이 제한되고 있었다. 따라서 개인들은 本國의 外交的 保護權에 의존해야만 외국의 국제법 위반행위에 따른 損害에 대하여 적절한 救濟를 받을 수 있었던 것이다.

그러나 이제 개인들이 本國의 외교적 보호를 통하지 않고 스스로 외국에 대하여 자신의 권리와 이익을 주장하고 보호할 수 있는 법·제도적 절차가 나타나기 시작하였으며, 개인의 법적 지위도 개별국가의 범주를 벗어난 國際的 次元에서 논의되기에 이르렀다. 이에 따라 개인이 직접 國際裁判所에 提訴할 수 있는 권한도 인정되고 있으며, 개인의 국제적 권리 및 의무를 명시하기 위한 조약, 기타의 국제법의 발달도 두드러지고 있다. 國際人權規約을 비롯한 人權保障에 관한 많은 條約의 체결과 아울러, 특히 제2차 대전 후 열린 뉘른베르크 國際軍事裁判所의 判決의 규칙 및 集團殺害(Genocide) 犯罪의 방지 및 처벌에 관한 협약 등은 개인이 국제법의 주체로 인정되고 있음을 보여 주는 분명한 예이다. 그리고 최근에 와서는 國際企業에 한정된 것이기는 하지만 個人的 能動的 主體性까지도 적극적으로 논의되는 단계에 이르렀다.

국가 중심의 전통적인 국제사회는 개인의 지위가 부각됨에 따라 점차 人類共同體 내지 世界社會로 발전하는 과정에 있다는 견해도 유력하다. 국가 중심의 國際秩序는 이제 인간 중심의 世界秩序로 발전하고 있으며, 주로 국가간의 관계를 규율하기 위하여 성립된 國際法도 단일한 世界社會의 法 즉 世界法으로 발전하고 있다는 것이다. 그러나 현재의 국제사회는 어디까지나 主權國家의 존재를 기초로 성립되고 있는 것이다. 따라서 개별국가들의 主權이 소멸되고 국제사회가 통합된 하나의 세계 사회로 완전히 변화되지 않는 한, 국제사회에 있어서의 個人的 法的 地位도 결국 주권국가의 존재를 근거로 성립되고 있는 國際法の 범주 속에서 논의될 수밖에 없다는 점도 부정할 수 없다고 본다.