

국제법상 월경성 오염에 대한 국가책임
-미세먼지 피해에 대한 책임을 중심으로-
State Responsibility for Transboundary Pollution
in International Law
-Focusing on Responsibility for the
Particulate Matter Damage-

박 병 도*
Park, Byung-Do

목 차

- | | |
|-----------------------|---------------------------|
| I. 들어가며 | III. 월경성 미세먼지 피해에 대한 국가책임 |
| II. 국제법상 월경성 오염과 국가책임 | IV. 결론 |

이 논문은 월경성 오염을 규율하는 국제환경법상의 원칙을 분석하여 월경성 오염에 대하여 실제 국가책임 법리를 적용하는 경우에 나타나는 난점을 검토하고자 한다. 특히 문제가 되고 있는 중국발 미세먼지에 대하여 국가책임을 추궁할 수 있는지를 검토하기 위하여 국가책임 법리와 규칙을 살펴보고 이 경우 해결되어야 할 법적 쟁점들을 분석한다.

월경성 피해에 대해 국제법 차원에서 국가책임을 청구하는 사례는 오늘날에도 여전히 드문 일이다. 국가책임을 추궁하는 소송에는 수많은 장애물과 불확실성이 존재하기 때문이다. 국가책임을 추궁함에 있어서 개인 위법행위의 국가 귀속 문제, 국제의무위반의 확정 문제, 상당한 주의 의무의 내용 또는 기준 문제, 원고 적격 문제, 복수의 책임국 문제, 공동책임 또는 연대 책임 문제, 인과관계의 입증문제 등은 넘어야 할 장애물이다. 미세먼지를 발생시키는 행위는 대기를 오염시켜 인간의 건강과 생명을 비롯한 환경에

투고일 : 2017. 8. 29. / 심사의뢰일 : 2017. 9. 14. / 게재확정일 : 2017. 10. 11.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, School of Law, Konkuk University

위해와 피해를 야기할 수 있다는 점에서 이론적으로는 국가책임을 추궁할 수 있다. 그러나 미세먼지와 같은 월경성 피해의 경우 이런 장애물들을 모두 극복하여 국가책임 청구가 실현되기는 현실적으로 쉽지 않다. 다만 국가책임 논리와 규칙은 월경성 피해의 위험을 방지하거나 최소화하기 위한 예방적 노력을 촉진하는 억지효과를 가져올 수 있을 것이다. 또한 월경성 오염에 대한 국가책임 법리와 규칙은 월경성 피해를 예방하거나 최소화하는 노력을 자극할 것이다. 중국발 미세먼지 문제에 대해 국가책임을 논리와 규칙을 적용하는 것은 중국에게 미세먼지 경감을 위해 모든 적절한 조치를 취할 것을 요구하는 강력한 근거가 될 수 있을 것이다. 그리고 미세먼지를 예방하거나 최소화하도록 요구할 수 있는 법적 도구가 될 수 있을 것이다.

[주제어] 월경성 오염, 국가책임, 국제의무위반, 월경피해금지 의무, 상당한 주의의무, 인과관계의 입증, 미세먼지

I. 들어가며

국제법은 기본적으로 국가의 영토보전(territorial integrity)을 바탕으로 형성되고 발전되어온 법체계이다. 그런데 국제법은 영토보전원칙이 국경 밖에서 기원하는 물리적 피해로부터 국가를 완벽하게 지켜줄 수 없다는 점을 인정한다. 그래서 국제법은 이에 대한 대응방법을 모색해왔다. 그 주요 대응방법은 그러한 피해를 야기한 국가에게 책임을 부과하여, 이에 따라 피해를 야기하는 행위의 중단 또는 적절한 배상을 요구하는 것 등이다. 이런 국제법적 논리는 진부할 내용이지만 여전히 국제법의 근간이다. 그런데 영토보전이 훼손되는 결과, 즉 피해가 존재하는데도 이에 대해 행위국에게 책임을 물을 수 있는지에 관하여 의문이 끊임없이 제기되고 있는 문제가 있다. 바로 미세먼지와 같은 월경성 오염(transboundary pollution)¹⁾²⁾과 관련하여 피해국은 원인국에게 국제법상 국가책임을 추궁할 수 있는가? 피해를 야기하는 행위에는 책임이 따른

1) ‘transboundary(또는 transfrontier 또는 transnational) pollution’이라는 용어가 ‘월경오염’, ‘초국가적 환경오염’, ‘초국경적 오염’, ‘국경간 오염’, ‘국경을 넘는 오염’ 등으로 다양하게 번역되고 있다. ‘월경’(越境)이란 일본학자들이 만들어낸 용어로 한글로 표현했을 때 어감이 좋지 않으나 단어조합이 용이하고 의미 전달에 적합하다는 이유로 ‘월경성 오염’이라는 표현이 관행적으로 사용되고 있다.

2) 월경성 오염이란 어느 한 국가에서 유발된 오염원(pollutants)이 공유자연자원(shared natural resource)을 통하여 그 국경을 넘어 이동되어 다른 국가에 영향을 주는 것을 말한다(Stephen C. McCaffrey, “Pollution of Shared Natural Resource”, *Proceeding of ASIL*, Vol.71, 1977, p.56; Allen L. Springer, *The International Law of Pollution*(London: Quorum Books, 1983), p.13).

다는 법적 논리에서 보면, 월경성 오염으로 인한 피해가 존재한다면 이에 법적 책임이 수반되어야 한다. 그런데 실제 국제법상 책임을 추궁하는 사례는 흔하지 않다. 이러한 현상에 대한 법적 사유(事由)를 찾아보고 동시에 최근에 중국발 미세먼지에 대하여 중국 정부에 책임을 물을 수 있는지에 관한 논란에 해답을 찾아보고자 하는 것이 이 논문의 배경이며 목적이다.

국제법체계가 잘 갖추어졌더라도 한 국가가 다른 국가에서 야기된 원인으로 피해를 입게 되는 상황은 막을 수 없다. 그럼 이러한 상황이 발생하면 국제법은 어떤 대응방안을 제공할 수 있는가? 이런 문제에 대한 해답을 찾아보기 위해서, 오늘날 가장 심각한 환경 문제이면서, 월경성 오염에 해당하는 온실가스 오염이나 미세먼지 오염 등에 대해서 국제법상 국가책임 법리를 적용해 보는 것은 의미가 있다 할 것이다. 월경성 오염은 영토보전원칙을 침해하는 것이며, 또한 국가책임과 관련한 많은 법적 쟁점을 낳고 있는 사안이다.

논의 내용을 명확하게 하기 위해서 이 논문의 범위를 밝혀둘 필요가 있다. 월경성 오염은 원자력 사고나 화학물질 유출 등과 같은 단일의 사고나 특정한 물질의 방출로 인하여 발생할 수도 있고, 국경을 넘어 이동하는 오염원이 상당한 기간 동안 지속적으로 방출되어 발생할 수 있다.³⁾ 전자를 우발적 피해(accidental damage)로, 후자를 비우발적 피해(non-accidental damage)로 구별할 수 있다.⁴⁾ 이 논문은 비우발적 피해를 대상으로 논의를 전개할 것이다. 물론 우발적 피해에 대해서 국제법상 국가책임 법리와 규칙을 적용하는 것도 쉬운 것은 아니지만 비우발적인 피해에 비하면 국가책임법적 접근이 상대적으로 수월하다고 볼 수 있다. 즉 비우발적 피해에 대하여 국가책임을 추궁하고자 하는 경우 원고 적격, 위법행위와 피해 간의 인과관계 입증 등에 더 복잡한 장애물이 존재한다. 그리고 이 논문은 월경성 오염을 초래한 개인의 민사책임문제는 다루지 않는다.

3) 예를 들면, 기후변화, 지구온난화, 산성비와 오존층파괴 그리고 중국에서 불어오는 황사 등이 이러한 경우에 해당한다.

4) 우발적 피해란 갑작스럽고 예상할 수 없는 상황에서 발생한 사고로 인한 피해를 의미하고, 비우발적 피해는 점차적으로 완만하게 증대하는 영향으로부터 발생하는 피해 또는 반복되거나 계속적인 과정으로부터 발생하는 피해를 말한다. 그런데 어떤 특정한 사례는 두 피해 중에 어디에 해당하는지 명확하게 구별하는 것이 어려울 수도 있다. 우발적 피해와 비우발적 피해에 대한 자세한 설명은 Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp.11-15 참조.

II. 국제법상 월경성 오염과 국가책임

1. 월경성 오염을 다루는 두 가지 설명체계

오늘날 우리는 세계화 시대에 살면서 자유롭게 다른 나라를 여행할 수 있지만 그 때마다 항상 국경을 인식하지 않을 수 없다. 우리 인간은 오늘날 환경오염으로부터 자유롭지 못한 상태에서 살고 있지만 환경오염은 국경을 인식하지 못한다. 환경오염의 속성을 국제적 차원에서 읽어보면, 그 중에 하나가 ‘월경적’ 또는 ‘초국경적’(transboundary)라는 점이다. 한 국가에서 발생한 오염원이 다른 국가에 피해를 입힐 수 있는 잠재적 가능성은 매우 높다. 한 국가의 선박에서 원유가 유출되어 다른 국가의 해양환경을 오염시키는 경우, 한 국가에서 발생한 대형 화재로 인한 독한 연기가 다른 국가에게 피해를 주고 있는 경우, 국제하천 상류국의 오염행위가 하류국의 수질을 악화시키는 경우, 해안가에 있는 핵발전소에서 방사능물질이 누출되어 먼 바다까지 피해를 야기하는 경우 등이 월경성 오염에 해당하는 대표적인 사례이다.

국제사회에서는 월경성 오염의 사회적·경제적 비용에 대한 자각이 커지면서 이 문제를 다루기 위한 국제법적 대응방안을 모색하는 움직임이 나타났다. 우리나라에서도 월경성 오염에 해당하는 중국발 황사피해로 인해 이에 대한 국제법적 분석이 이루어진 바가 있으며,⁵⁾ 최근에는 중국발 미세먼지에 대한 관심이 증대하고 있으며, 미세먼지 피해에 대해 중국정부를 상대로 소송이 제기된 바도 있다.⁶⁾

월경성 대기오염문제에 대한 국제법적 논의를 전개하는데 주로 두 가지 설명체계(paradigms)가 활용된다.⁷⁾ 하나는 월경성 대기오염문제를 다루면서 고전적인 사례로 거의 예외 없이 인용되고 있는 Trail Smelter 사건⁸⁾의 중재판정 내용을 바탕으로 전개하는 국제법적 담론이다. 이는 월경성 오염에 대하여 국제법상 국가책임 법리를 적용하여

5) 소병천, “황사문제에 대한 국제법적 고찰”, 중앙법학 제5권 제3호, 중앙법학, 2003, 188-216쪽; 정서용, 동북아시아 환경협력: 황해와 황사, 집문당, 2006, 113-149쪽.

6) 경향신문, 2017.4.6, “중국발 미세먼지 피해 한·중 정부 상대로 손해배상 소송 제기”, <http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201704051143001&code=940301>, 검색일: 2017.8.20.

7) Alan Boyle, “Transboundary Air Pollution: A Tale of Two Paradigms”, in S. Jayakumar, Tommy Koh, Rebert Beckman and Hao Duy Phan (eds.), *Transboundary Pollution: Evolving Issues of International Law and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015, pp.233-234.

8) Trail Smelter case (United States v. Canada)(1941), *Reports of International Arbitral Awards*(이하 ‘RIAA’), Vol. III, p. 1905.

원인국의 책임 추궁(invocation)을 모색하는 하는 논의 구조로, 월경성 오염에 대한 국가 책임의 국제법적 틀을 세우는 것이다.⁹⁾ 또 다른 하나는 북유럽에서 발생한 산성비 피해가 단초가 되어 1979년에 체결된 ‘월경성 장거리 대기오염에 관한 협약’(CLRTAP¹⁰⁾)을 이정표로 삼아 관련 국가 간에 월경성 대기오염문제에 대처하기 위하여 협약을 체결하는 방안을 탐색하는 논의 구조이다.¹¹⁾ 월경성 대기오염문제를 해결하기 위한 조약체제를 구축하고자 하는 경우 어김없이 동 협약을 분석하여 시사점을 도출하고 있다. 이 논문에서는 첫 번째 설명체계, 즉 월경성 오염에 대하여 국가책임의 성립요소를 검토하고, 이를 바탕으로 미세먼지 피해를 중심으로 월경성 오염피해에 대하여 국가책임을 추궁하려는 경우 제기되는 쟁점을 분석하고자 한다.

Trail Smelter 사건은 양자관계에서 월경성 대기오염원의 발생과 그로 인한 피해가 명백한 구조를 띄고 있었으며 법적 책임(손해 배상)을 추궁할 수 있는 사안이었다. 다시 말해서 오염원인이 분명하고 인과관계도 밝혀질 수 있을 정도로 비교적 복잡하지 않은 사건이었다. 이에 비하여 동남아 연무오염이나 북유럽지역의 산성비 피해는 양자관계 내에서 제기되는 사안이 아니라 지역적이며 다자적인 관계에 놓여 있다. 본 논문에서 다루고자 하는 동북아지역 미세먼지는 양자관계 내에 있는지 아니면 지역적인 다자관계에서 제기되는 문제인지 간명하게 결론을 내리기 어려운 측면이 있다. 다만 우리나라에서 발생하는 미세먼지 중 국외요인의 비중이 가장 큰 국가가 중국이기 때문에 중국 발 미세먼지에 초점을 맞추어 논의를 전개할 것이다.

9) Trail Smelter 사건의 중재사건은 다음 각주 12)에서 설명하는 UN국제법위원회(ILC)의 2001년 “국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정초안”을 이끌어낸 선례이기도 하다(James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp.9-11).

10) 정식명칭은 Convention on Long-range Transboundary Air Pollution이며, 1979.11.13. 채택되어 1983.5.16. 발효하였다.

11) 예를 들면, Phoebe N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford University Press, 2000, pp.24-43; Hans Christian Bugge, “The Principle and Duty to Cooperate: the Case of Convention on Transboundary Pollution in Europe”, in S. Jayakumar, Tommy Koh, Rebert Beckman and Hao Duy Phan (eds.), *Transboundary Pollution: Evolving Issues of International Law and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015, 274-284; Harald Dovland, “Monitoring European Transboundary Air Pollution”, *Environment*, Vol. 29, No. 10 (December 1987), pp. 10-15; Armin Rosencranz, “The ECE Convention of 1979 on Long-Range Transboundary Air Pollution”, *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 4, 1981, pp. 975-982.

2. 월경성 오염에 대한 국가책임의 성립

월경성 오염에 대한 국가책임의 성립요소는 유엔국제법위원회(ILC)의 ‘국제위법행위에 대한 국가책임규정초안’¹²⁾에서 간명하게 찾을 수 있다.¹³⁾ 초안에 따르면, 국가의 모든 국제위법행위는 그 국가의 국제책임을 수반한다.¹⁴⁾ 국제법상 국가책임은 국제위법행위의 결과이다.¹⁵⁾ 따라서 청구국이 국가책임을 묻기 위해서는 다른 국가의 ‘국제위법행위’를 지적할 수 있어야 한다. 국제위법행위는 국가로 귀속되는 행위가 국제의무를 위반한 경우에 성립한다.¹⁶⁾ 즉 국제위법행위의 성립 요건은 두 가지 요소, 즉 행위의 국가귀속성과 국제의무위반이다.¹⁷⁾ 월경성 오염에 대해 국가책임을 청구하기 위해서는 그 원인행위가 피고국에게 귀속되어야 하고 그런 행위가 국제의무를 위반한 것이어야 한다.¹⁸⁾ 국가책임규정초안의 국가책임 성립요소를 기초로 월경성 오염행위로 인해 국가책임이 성립하기 위한 두 가지 요소를 검토해보자.

12) UN국제법위원회(International Law Commission; ILC)는 1954년부터 전통적인 국가책임과 관련한 조약문을 작성하기 위해 작업을 진행하여 2001년 말에 이에 관한 최종초안인 “국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정초안”(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)(이하 국가책임규정초안이라 함)을 채택하였다. Report of the International Law Commission, Fifty-third session(23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001), General Assembly, Official Records, Supplement No. 10(A/56/10), p.59. et seq.(이하 ILC Report(2001)로 약칭함), <<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/english/chap4.pdf>>, 검색일: 2017.8.15.

13) ILC의 국가책임규정초안은 아직 조약으로 채택되지는 않았지만 국가책임에 관한 국제관습법의 성문화로 간주되고 있다(Alain Pellet, “The ILC’s Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts”, in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p.87).

14) 국가책임규정초안 제1조.

15) C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*(New York Univ. Press, 1928), p.22; William W. Bishop, *International Law: Cases and Materials*(New York: Prentice-Hall, Inc., 1953), p.463; Gerhard von Glahn, *Law among Nations*, 5th ed.(New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 1986), pp.227; J.G. Starke, *Introduction to International Law*, 10th ed.(London: Butterworths, 1989), p.293; *Oppenheim’s International Law*, supra note 20, pp.500-501; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed.(Oxford Univ. Press, 2003), pp.420-421.

16) 국가책임규정초안 제2조.

17) 이 두 가지 요소에 대한 자세한 설명은 James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp.113-239 참조.

18) 박병도, *국제환경책임법론*, 파주: 집문당, 2007, 40쪽.

2.1 오염행위의 국가귀속

국가로 귀속되는 행위는 모든 국가기관의 행위이다.¹⁹⁾ 그러므로 모든 국가기관의 월경성 오염행위는 국가로 귀속된다. 그리고 국가기관의 행위에는 작위(action)와 부작위(omission)를 포함한다.²⁰⁾ 따라서 국제법상 요구된 행위를 하지 않는 경우에도 국가책임은 성립한다. 예를 들면, 국제환경협약의 당사국이 의무 이행에 필요한 국내 법률을 제정하지 않아 다른 국가에 환경피해를 야기한 경우에 국가책임이 성립한다. 그리고 중앙정부의 기관의 행위뿐만 아니라 지방자치단체의 행위 및 연방국가의 구성국의 행위도 당해 국가에 귀속된다.²¹⁾ 또한 국가기관은 아니지만 당해 국가의 국내법에 의하여 공권력을 행사할 권한을 부여받은 개인 또는 단체가 그 같은 자격으로 행동하였다면 그 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다.²²⁾ 그리고 사법인(私法人)이 국내법에 의해 특정의 임무를 부여받은 경우 그러한 사법인이 그 수입범위 내에서 행한 행위도 당연히 국가에 귀속된다고 보아야 할 것이다.²³⁾ 따라서 사기업이 국가로부터 권한을 위임받아 산업활동을 하다가 환경오염사고를 유발하여 인접국가에 손해를 미친다면 그 사기업에 권한을 위임한 국가가 국제책임을 부담하여야 할 것이다.²⁴⁾

2.2 환경과 관련한 국제의무위반

국제위법행위의 두 번째 요소는 국제의무위반이다. 국가책임은 국제의무위반의 결과로 제기된다. 따라서 국가책임은 먼저 국제의무가 존재하는지 그리고 그 범위를 확정할 필요가 있다. 일반적으로 조약상 어떤 국제의무가 존재하는지를 확인하는 것은 대체로 간단하다. 예를 들면, 어떤 국가가 조약상의 당사자라면 그 조약에서 부과하고 있는 국제의무를 확인하는 것은 그리 어려운 일이 아니다. 이와는 달리 조약상의 의무는 없지만 국제관습법상의 의무가 있는지 여부를 판단해야 하는 경우에는 국제의무의 존재여부를 확인하는 것은 매우 예리한 논쟁거리이다. 더구나 월경성 오염에 대하여 국가책임이

19) 국가책임규정초안 제4조

20) 국가책임규정초안 제2조: ILC Report(2001), pp.68-74.

21) 국가책임규정초안 제4조.

22) 국가책임규정초안 제5조: ILC Report(2001), pp.92-95.

23) 김석현, “국가책임 성립요건의 재검토”, 국제법학회논총 제39권 제1호, 대한국제법학회, 1994, 108쪽.

24) 박병도, 앞의 책, 42-43쪽.

성립하는지를 판단하기 위하여 두 번째 요소를 적용하는 데는 더 큰 여러 난관이 있다. 예를 들면, 미세먼지를 직접 다루고 있는 현존하는 조약이 없기 때문에 월경성 미세먼지에 적용할 수 있는 국제관습법상의 의무가 존재하는지 확인해야 그 다음 단계로 국가책임의 성립 여부를 결정할 수 있는데, 국제관습법상 월경성 미세먼지를 방지할 의무가 있는지 그리고 그 범위가 어디까지인지를 확인하는 것이 어려운 일이다.

월경성 오염피해에 대하여 국가책임을 추궁하고자 하는 경우, 어떤 의무의 위반을 주장할 것인가를 확정해야 한다. 월경성 오염과 관련하여 가장 빈번하고 강력하게 인용되는 의무는 ‘다른 국가의 영토에 중대한 피해를 야기하는 방법으로 자국 영토가 사용되는 것을 허용하지 아니할 국가의 의무’²⁵⁾ 즉 월경피해금지의무이다. 국제환경법의 초창기에는 이러한 의무가 국제관습법상의 규칙인지에 대한 논쟁이 있었으나 최근에는 이를 긍정하는 견해가 우세하다.²⁶⁾ 국제관행을 보더라도 월경피해금지의무는 국제관습법으로 확립되었다고 볼 수 있다.²⁷⁾ 이 의무에 따르면, 국가는 다른 국가의 환경에 월경성 피해가 발생하지 않도록 예방할 의무가 있다. 그렇다면 월경성 오염에 대해서 이러한 의무를 위반한 것이라는 주장이 가능하기 때문에 이점에 대해서 자세히 들여다볼 필요가 있다. 원인행위국이 어떤 국제의무를 위반한 것인지를 검토하는 것은 월경성 오염에 대하여 국가책임을 추궁하기 위한 필수조건에 해당하므로 편의상 이 문제는 별도로 다룬다.

3. 다른 국가에 피해를 야기하지 않을 의무

환경을 보호하고 보존할 국가의 의무는 두 가지 형태로 나타난다.²⁸⁾ 첫째는 소극적

25) 이를 간단하게 ‘no-harm principle’이라고도 한다(Pierre-Marie Dupuy and Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2015, p.55); 김홍균 교수는 ‘월경피해 금지의 원칙’(김홍균, 국제환경법 2판, 서울: 홍문사, 2015, 61쪽), 노명준 교수는 ‘월경환경피해 방지의 원칙’(노명준, 신국제환경법, 서울: 법문사, 2003, 73쪽)이라고 표현하고 있다.

26) Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *International Environmental Law*, 3rd ed. (Transnational Publishers, Inc., 2004), p.130; Edith Brown Weiss, Stephen C. Mc Caffrey, Daniel Barstow Magraw, Paul C. Szasz and Robert E. Lutz, *International Environmental Law and Policy* (Aspen Publisher, Inc., 1998), p.317; David Hunter, James Salzman, Durwood Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, 5th ed., Foundation Press, 2015, p.473; 김홍균, 앞의 책, 63쪽.

27) 월경피해금지의무가 국제관습법이라는 증거는 다자간환경협정, 국제판례, 다양한 국제문서들 그리고 국가관행에서 찾을 수 있다는 주장은 박병도, 앞의 책, 95-107쪽 참조.

28) Catherine Redgwell, “Transboundary Pollution: Principles, Policy and Practice”, in S. Jayakumar, Tommy Koh,

의무인 월경피해금지의무, 즉 다른 국가에 피해를 야기하지 않을 의무이다. 다른 국가의 환경에 피해가 발생하지 않도록 예방할 의무는 일찍이 Trail Smelter사건의 중재판정에서 확인된 이후 관련 사건에서 자주 인용되고 있다. 그리고 최근의 살충제공중살포사건인 Aerial Spraying case²⁹⁾에서 이 의무가 다시 언급되었다. 이 의무가 국제사회에서 지지를 받기까지는 두 가지 장애물, 즉 국가주권과 천연자원에 대한 영구주권이라는 개념을 극복해야 했다.³⁰⁾ 국가주권과 천연자원에 대한 영구주권 개념은 자국 내에서 수행된 행위에 대해 다른 국가에 책임을 진다는 법리가 인정되는 것에 친숙할 수 없다. 그럼에도 일찍이 Oppenheim이 지적했듯이, “어느 국가도 그 영토의 자연조건을 변경하여 인접국가 영토의 자연조건을 해하는 결과를 야기해서는 안 된다는 것이 국제법상의 원칙이다”³¹⁾라는 점을 상기해 보면 국가주권과 천연자원에 대한 영구주권 개념이 결코 월경피해금지의무를 배척하는 것은 아니라고 해석해야 할 것이다. 두 번째는 적극적 의무이다. 특정분야의 조약에서 당사국에게 부과하고 있는 의무이다. 대표적인 예로 유엔해양법협약 제192조에 의하여 부여된 해양환경의 보호 및 보존 의무와 1991년 남극조약 환경보호 의정서 제2조상의 남극환경 보호 의무도 이에 해당한다.

그런데 월경성 대기오염을 예방하기 위하여 이러한 소극적 의무나 적극적인 의무를 부과하고 있는 현존하는 조약은 없다. 따라서 현단계에서 월경피해금지의무는 국제관습법에서 찾아야 한다. 앞에서 지적한 바와 같이 오늘날 월경피해금지의무는 국제관행을 통해 폭넓게 지지되고 있다. 국가는 자국의 영토, 관할권 또는 통제 내에서의 활동으로 인해 발생할 수 있는 월경성 피해를 예방·감소·통제할 의무가 있다. 이러한 내용은 연성법적 선언,³²⁾ UN총회에서 채택된 문서,³³⁾ ILC의 작업의제,³⁴⁾ 다자간 환경협정³⁵⁾

Rebert Beckman and Hao Duy Phan (eds.), *Transboundary Pollution: Evolving Issues of International Law and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015, pp.11-12.

29) Case concerning Aerial Herbicide Spraying(Ecuador v Colombia), Order of 13 September 2013,

30) Phoebe N. Okowa, *op. cit.*, pp.65-66.

31) Robert Jennings and Arthur Watts(eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed.(Harlow, Longman, 1992), p.408.

32) 예를 들면, 스톡홀름선언 원칙21, 리우선언 원칙2 등

33) 예를 들어, 1974년 국가의 경제적 권리의무헌장 제30조

34) ILC에서 국제법상 금지되지 않은 행위로 인해 발생한 해로운 결과에 대한 국제책임이라는 주제로 논의되다가 2001년 “위험한 활동에서 야기되는 월경성 손해 예방에 관한 규정초안”(Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities) (이하 2001년 월경성손해예방규정초안) 제6조에서 월경성 손해를 야기할 우려가 있는 활동에 대해 발원국(State of origin)은 사전허가제(prior authorization)을 적용하도록 요구하고 있다(Yearbook of ILC(2001), Vol. II(Part Two), p.157, para.2)

35) 예를 들면, 기후변화협정 전문, 생물다양성협약 제3조 등.

그리고 국제판결들의 내용 속에 나타나고 있다.³⁶⁾ 이를 더 구체적으로 살펴보자.

Trail Smelter 사건의 중재법정은 국제환경법의 표준 구절(*locus classicus*)로 간주되는 판정을 내렸다. 중재법정은 “어떠한 국가도 연기에 의하여 타국의 영토 또는 그 영토상의 재산 또는 사람들에게 연기에 의한 손해를 발생시키는 방법으로 자신의 영토를 사용하거나 이를 허가할 권리를 갖지 않는다”³⁷⁾ 라고 판정하였다.

1972년 유엔인간환경회의에서 채택된 스톡홀름선언 원칙 21은 ‘국가들은 자국의 관할권 또는 통제 내에서의 활동이 타국의 환경에 손해를 야기하지 않도록 보장할 책임이 있다’라고 천명하고 있으며, 1992년 유엔환경개발회의에서 채택된 리우선언 원칙2에도 이와 유사한 규정을 두고 있다.

국제사법재판소(ICJ)도 1949년 Corfu 해협 사건에서 “자국의 영토가 타국의 권리에 반하는 행위를 위하여 사용되는 것을 알면서도 이를 허용해서는 안될 모든 국가의 의무”³⁸⁾를 확인한 바 있다. 1973년 핵실험(Nuclear Test)사건³⁹⁾도 다른 국가 영토에 피해를 초래하는 핵실험을 진행해서는 안 된다는 취지의 판결을 내린 바가 있다. 또한 ICJ는 1996년 ‘핵무기의 위협 또는 사용의 합법성에 관한 권고적 의견’에서 “국가가 자국의 관할권이나 통제 내에서의 활동이 타국의 환경 또는 자국 관할권 밖의 영역의 환경을 존중할 일반적 의무가 있음은 이제 환경과 관련한 국제법체계의 일부이다”⁴⁰⁾라고 밝힌 바가 있다. 이외에도 ICJ는 1997년 Gabčíkovo-Nagymaros Project 사건의 판결에서 1996년의 위의 권고적 의견을 재확인한 바가 있다.⁴¹⁾ 2010년 Pulp Mills on the River Uruguay

36) Jacqueline Peel, “Unpacking the Element of a State Responsibility Claim for Transboundary Pollution”, in S. Jayakumar, Tommy Koh, Rebert Beckman and Hao Duy Phan (eds.), *Transboundary Pollution: Evolving Issues of International Law and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015, pp.62-63.

37) “no State has the right to use or permit the use of its territory in such manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein”(Trail Smelter case (United States v. Canada), *RIAA*, Vol. III, p. 1965).

38) “every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.” Corfu Channel Case (U. K. v. Albania), *ICJ Reports*(1949), p.22). 이 사건에서 국제적 환경피해문제를 직접 다루지는 않았지만 ICJ가 제시한 위와 같은 논리는 ‘다른 국가의 환경에 손해를 야기하지 아니할 책임원칙’으로 유추하여 적용할 수 있을 것이다.

39) Nuclear Tests(Austria v. France), *ICJ Reports*(1973), p.106; Nuclear Tests(New Zealand v. France), *ICJ Reports* (1973), p.142.

40) “The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.” Legality of the Treat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, *ICJ Reports*(1996), pp.241~242, para.29.

사건⁴²⁾과 2013년 파키스탄과 인도 간의 Kishenganga강 수력발전소 건설 프로젝트 (“KEHP프로젝트”)에 대한 중재판결⁴³⁾에서도 이러한 의무가 확인되었다. 특히 Pulp Mills 사건에서, ICJ는 “국가는 자국의 영토 내 또는 관할권 하의 영역 내에서 발생하여 다른 국가의 환경에 심각한 피해를 입히는 활동을 피하기 위해 자신의 처분 하에 있는 모든 수단을 사용할 의무가 있다”⁴⁴⁾라고 판시하였다.

III. 월경성 미세먼지 피해에 대한 국가책임

1. 의의

우리나라에서 논란이 되고 있는 중국발 미세먼지에 대한 법적 책임문제는 월경성 피해라는 성격을 지니고 있기 때문에 기본적으로 국제법적 틀에서 검토되어야 한다. 서론에서도 밝혔듯이 다른 국가의 행위로 인해 피해를 입은 국가가 있다면 그 국가는 행위국에게 대하여 법적 책임을 추궁할 수 있는 권리가 있다. 그렇다면 중국발 미세먼지로 인해 우리나라에 피해가 발생하고 있다면 앞에서(II장) 분석한 법리를 적용하여 실제로 중국에게 국가책임을 추궁할 수 있는지 여부를 판단해 볼 필요가 있다. 그런데 월경성 미세먼지에 대해 국가책임을 청구하고자 하는 경우, 미세먼지를 발생시킨 사인(私人) 행위의 국가귀속 여부, 미세먼지를 예방할 국제법상 국가의무의 내용, 미세먼지 예방에 요구되는 주의의무의 기준, 미세먼지 유발행위와 피해간의 인과관계 입증 등은 여러 법적 쟁점들이 해결되어야 할 것이다.⁴⁵⁾ 미세먼지 피해에 대한 국가책임 청구와 관련한 문제들을 실제적으로 분석하기 위해 먼저 우리나라에서 미세먼지의 국외기여율을 소개

41) Gabčíkovo-Nagymaros Project case(Hungary/Slovakia), *ICJ Reports*(1997), p.41, para.53.

42) Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, *ICJ Reports*(2010), p. 14(이하 Pulp Mills 사건이라 함).

43) Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India), Partial Award, 18 February 2013 and Final Award, 20 December 2013

44) “[a] State is obliged to use all the means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another State”(Pulp Mills 사건, p.56, para.101).

45) Patrica Birnie, Alan Boyle and Catherine Redgwell, *International Law and the Environment*, 3rd. ed., Oxford Univ. Press, 2009, pp.216-237 참조.

한 후, 월경성 오염에 대한 국가책임 법리를 미세먼지 문제에 적용하여 검토할 것이다.

2. 미세먼지 발생원인과 국외기여율

미세먼지(PM, Particulate Matter)는 지름이 $10\mu\text{m}$ 보다 작은 미세먼지(PM10)와 지름이 $2.5\mu\text{m}$ 보다 작은 미세먼지(초미세먼지, PM2.5)로 나뉜다.⁴⁶⁾ 미세먼지는 눈에 보이지 않을 만큼 매우 작기 때문에 대기 중에 머물러 있다 호흡기를 거쳐 폐 등에 침투하거나 혈관을 통과하여 체내로 들어감으로써 건강에 나쁜 영향을 미칠 수도 있다. 2013년 세계보건기구(WHO) 산하의 국제암연구소(IARC)는 미세먼지를 1군 발암물질(Group 1)로 지정하였다.⁴⁷⁾ 미세먼지의 발생원(發生源)은 자연적인 것과 인위적인 것으로 구분된다.⁴⁸⁾ 자연적 발생원은 흙먼지, 바닷물에서 생기는 소금, 식물의 꽃가루 등이 있다. 미세먼지를 만드는 대부분의 오염물질은 자동차 배기가스나 공장, 발전시설, 가정용 난방장치 등에서 석탄·석유 등 화석연료를 태울 때 생기는 매연, 건설현장에서 발생하는 먼지, 공장이나 소각장에서 발생하는 연기 등 인위적인 물질들이다. 자동차배기가스, 화석연료를 사용하는 공장에서 배출되는 오염물질 등이 미세먼지의 주범이다. 우리나라 미세먼지의 상당 부분은 중국 등 국외에서 발원하여 국내로 유입되는 것으로 알려져 있다. 이런 중국발 미세먼지에 대응하기 위해 무엇보다도 중요한 것은 국제사회로부터 신뢰를 받을 수 있는 과학적 자료의 축적이다. 국립환경과학원은 2017년 1월과 3월 국내 고농도 미세먼지의 해외기여율이 76%에 이른다고 발표한 바가 있다.⁴⁹⁾ 한·중·일의 동북아 장거리이동 대기오염물질 공동연구⁵⁰⁾(Long-range Transboundary Air Pollutants in Northeast Asia: LTP)⁵¹⁾의 2013년의 미세먼지(PM2.5) 배출원-수용지 영향분석 모델링 분석결과는 우리

46) 환경부, 미세먼지, 도대체 뭘까?, 환경부, 2016.4, 5쪽; WHO, WHO Air quality guidelines for particulate matter, ozone, nitrogen dioxide and sulfur dioxide: Summary of risk assessment, 2006, p.9, available at <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/69477/1/WHO_SDE_PHE_OEH_06.02_eng.pdf>, 검색일: 2017.8.17.

47) 환경부, 위의 책, 5-6쪽.

48) 미세먼지 발생원에 대한 자세한 설명은 환경부, 위의 책, 7-11쪽 참조.

49) 데일리 시사, “동북아 대기 오염 해결 방안 없나?...미세먼지 해외기여율 76%”, <[50\) 일반적인 공동연구와는 달리 한·중·일 3국이 각각 연구하는 방법을 취하고 있다.](http://www.dailysisa.com/default/index_view_page.php?board_data=aWR4JTNEMjczMDQIMjZzdGFydFBhZ2UIM0QIMjZsaXN0Tm8IM0QIMjZ0b3RhbmExpc3QIM0Q=&search_items=cGFydF9pZGhlM0QxNDU=>”, 검색일: 2017.8.15.</p>
</div>
<div data-bbox=)

51) 한·중·일 3국은 2000년부터 동북아 장거리이동 대기오염물질 공동연구(Long-range Transboundary Air Pollutants in Northeast Asia: LTP)를 시행하고 있다. 동북아 장거리이동 대기오염물질 공동연구의 결과는 20여년간 한·중·일 전문가들이 SO₂, NO₂, O₃, PM₁₀, PM_{2.5} 등의 월경(transboundary) 현상을 모니터링하고,

나라의 미세먼지 중 47.4%가량이 국내요인으로 분석되고 있으며, 나머지는 중국(중국북동부, 중국북부, 중국동부)의 영향과 북한의 영향을 받고 있는 것으로 나타나고 있다. 2017년 환경부는 미세먼지의 국외영향이 평상시 30~50% 정도이며, 고농도시에는 60~80%이라고 발표한 바 있다.⁵²⁾

3. 월경성 미세먼지에 대한 국가책임 청구와 관련한 쟁점

3.1 사인행위의 국가귀속

월경성 오염은 국가뿐만 아니라 비국가행위자들(non-state actors) 등 복수의 행위로 인해 축적된 피해와 관련이 있는 경우가 많다. 대부분의 월경성 오염의 경우에, 피해가 국가 자체의 행위로 인해 발생한 것이 아니라 사인(私人)⁵³⁾의 활동으로부터 발생한다. 국제법의 형성 초기부터 사인의 행위는 국가의 행위로 간주하지 않았고, 국가책임규정 초안도 원칙적으로 사인의 행위는 국가로 귀속되지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 국가와 직접적인 관계가 없이 이루어진 사인의 행위에 의해 유발된 월경성 오염의 경우에, 다른 국가에 야기된 피해에 대해 어떻게 그 국가에게 책임이 귀속되는지 문제가 제기된다. 예를 들어 기후변화와 관련하여, 개발도상국 등에서는 전력발전소 등의 온실가스 배출시설을 국가가 소유하는 경우도 있지만 환경위해를 야기하는 온실가스 배출은 주로 국가 보다 사인에 의해 이루어지는데, 이 경우 사인에 의한 온실가스 오염이 국가에게 책임이 귀속될 수 있는가? 온실가스 배출은 방산(放散)하는 현상이 강하고, 국가에 의하여 확인할 수 있고 통제할 수 있는 산업 및 전기 시설과 같은 고정원(stationary sources)으로 제한되지도 않는다는 점이 온실가스 배출에 대해 국가책임 논리와 규칙을 적용하는데 어려움이 있다. 국외 요인 미세먼지의 발생원인과 유발자가 다양하다는 점에서 이러한 어려움은 월경성 미세먼지에도 동일하게 나타난다. 예를 들면 미세먼지의

모델링에 대한 검증과 상호평가를 해온 자료이므로 신뢰성이 높은 자료라고 할 수 있다. LTP의 대표적 연구방법론은 배출원-수용지 영향분석 모델링이다. 여기서 배출원-수용지 영향분석이란 대기오염물질이 배출원에서 수용지로 장거리 이동하는 것을 정량적으로 분석하여 배출원에서의 수용지로의 기여도를 연구하는 방식을 말한다(국회입법조사처, 동북아 장거리이동 대기오염물질 공동연구(LTP), 지표로 보는 이슈 제89호, 2017.5.12, 14쪽).

52) Ibid.

53) 여기서 사인(私人)은 기업을 포함한 사적인 개인, 사적 그룹, 사적 실체 등 국가 이외의 실체(entities) 또는 행위자(actors)를 의미하는 것으로 사용한다.

발생원은 주로 미세먼지를 만드는 대부분의 오염물질은 자동차 배기가스나 공장, 발전 시설, 가정용 난방장치 등에서 석탄·석유 등 화석연료를 태울 때 생기는 매연, 건설현장에서 발생하는 먼지, 공장이나 소각장에서 발생하는 연기 등 인위적인 물질들이며, 이러한 물질들은 주로 다양한 사인의 활동으로부터 배출된 것이다.

국가책임 규칙에 의하면, 순전히 사인(私人)의 행위는 국가로 귀속되지 않는다.⁵⁴⁾ 그러나 비국가기관 또는 사인의 행위가 사실상 국가의 지시(instruction)에 따른 것이거나 지휘(direction)나 통제(control) 하에서 이루어진 경우에는 그 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다.⁵⁵⁾ 사인에 의한 오염행위가 그러한 행위가 이루어진 국가로 귀속될 수 있는지 여부는 그러한 행위가 지시에 따라 이루어진 것인지, 또는 지휘 내지 통제 하에 이루어진 것인지 여부에 달려있다.⁵⁶⁾ 이 문제는 국가기관 이외의 실체가 초래한 월경성 오염에 대하여 국가책임을 추궁하고자 하는 경우 매우 중요한 문제이다. 월경성 오염에 원인을 제공하는 개인이 국간의 지시 또는 지휘나 통제를 받고 있는 상황이라면 이들의 행위도 국가로 귀속될 수 있기 때문이다. 국제위법행위를 수행함에 있어서 국가의 ‘지시’에 따른 사인의 행위가 그 국가로 귀속되는 것은 이견이 없는 편이다. 다만 ‘지휘 또는 통제’는 ‘지시’에 비해 “좀 더 일반적인 상황”(a more general situation)과 관련이 있어 국가의 ‘지휘 또는 통제’는 그 범위가 명확하지 않다. ILC는 주석에서 “그러한 행위는 국가가 그 특정 활동(operation)을 지휘 또는 통제하였고 해당 행위가 그 활동의 불가분의 일부였던 경우에만 그 국가로 귀속될 수 있을 것”이라고 설명하고 있다. 통제의 정도와 관련하여, ICJ와 ILC는 ‘실효적 통제’(effective control) 기준을 요구한 반면, 국제형사재판소는 ‘전반적 통제’(general overall control) 기준을 제시하였다.⁵⁷⁾ 이와 같이 통제의 정도에 대한 국제사회의 기준이 일치하고 있지는 않지만 환경문제의 심각성과 각국 국내법의 환경의무 강화라는 측면을 고려해 볼 때 통제의 범위를 넓게 해석하는 것(통제를 덜 엄격하게 해석)이 바람직해 보인다. 사인의 미세먼지 유발행위라고 하더라도 이것이 중국정부의 지시에 의한 것이라면 이는 중국에게 귀속된다는 것은 이론의 여지가 없지만, 지휘 또는 통제 하에서 발생한 것이라면 상황에 따라 달라질 수 있으나

54) ILC Report(2001), Commentary to Art. 8, p.103, para.(1): James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.144.

55) 국가책임규정초안 제8조.

56) ILC Report(2001), Commentary to Art. 8, p.104, paras.(1)and (2); 김대순, *국제법론* 제19판, 삼영사, 2017, 658쪽.

57) 이에 대한 자세한 내용은 김대순, 앞의 책, 658-660쪽; James Crawford, *op.cit.*(*State Responsibility: The General Part*) pp.146-156 참조.

통제 기준을 완화하여 적용하면 중국의 행위로 귀속될 가능성은 높아 질 것이다.

오염행위의 국가귀속과 관련하여 유의해야 할 점은, 행위의 국가귀속성은 인간 활동을 대상으로 하는 것이기 때문에 자연작용에 대해서는 국가 귀속성을 판단할 필요가 없다는 점이다. 즉 순수한 자연현상은 국가로 귀속되는 행위가 아니며, 따라서 국가책임 법리가 적용되지 않는다. 미세먼지가 황사현상과 같이 순전히 자연적 작용으로 발생한 것이라면 그 발원국에 대하여 국가책임을 추궁할 수 없다.

3.2 상당한 주의의무의 기준

국제환경법상 월경피해금지의무(no-harm principle)의 중심적 역할에도 불구하고 이러한 의무를 이행하기 위하여 국가에게 요구되는 주의의 정도 또는 기준은 여전히 불명확하다. 그럼에도 일반적으로 주의의 정도로 ‘상당한 주의’(sue diligence)를 요구한다.⁵⁸⁾ 상당한 주의는 행위 의무이다. 즉 국가는 월경성 오염피해를 예방하고 월경성 환경위험을 최소화하기 위해 ‘모든 적절한 조치’(all appropriate measures)를 취해야할 의무가 있다.⁵⁹⁾ 이런 측면에서 볼 때 상당한 주의의무는 예방원칙과 사전주의원칙과 깊은 관련이 있다.⁶⁰⁾

상당한 주의 기준의 준수여부는 각각의 경우에 특별한 사정 그리고 관련 국가의 능력 및 역량을 고려하여 평가될 수 있을 것이다. 관련 국가의 경제적 기술적 능력의 고려, 책임 있는 국가가 예방적 조치를 취했는지 여부, 피해의 예측 가능성(foreseeability)과 피해를 줄이기 위해 선택한 조치들의 비례성(proportionality) 등은 상당한 주의를 다했는지를 판단하는 요소가 될 것이다.⁶¹⁾ 이러한 점은 2001년 월경성손해예방규정초안⁶²⁾에

58) Phoebe N. Okowa, *op. cit.*, p.83.

59) Pulp Mills사건에서는 “자신의 처분 하에 있는 모든 수단을 사용한다”(use all the means at its disposal)라고 판시하였다(Pulp Mills 사건, *op. cit.*, p.56. para.101).

60) Ellen Hey, *Advanced Introduction to International Environmental Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2016, pp.70-71.

61) Jacqueline Peel, “Unpacking the Element of a State Responsibility Claim for Transboundary Pollution”, in S. Jayakumar, Tommy Koh, Robert Beckman and Hao Duy Phan (eds.), *Transboundary Pollution: Evolving Issues of International Law and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015, p.55.

62) Report of the International Law Commission, Fifty-third session(23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001), General Assembly, Official Records, Supplement No. 10(A/56/10), p.366. *et seq.*(1977년 UN총회는 ILC로 하여금 ‘국제법에 의하여 금지되지 않은 행위로 인한 위험한 결과에 대한 국제책임’(International Liability for Injurious Consequences arising out of Acts not Prohibited by International Law)이란 제목의 문제에 대하여 작업을 하도록 요청하였고, 이에 ILC는 오랜 동안 검토한 끝에 2001년에 월경성손해예방규정초안, 즉 ‘위험한 활동에서

반영되었다고 볼 수 있는데, 동 초안은 “발원국은 중대한 월경성 손해를 예방하거나 또는 어떠한 경우에도 그것의 위험을 최소화하기 위한 모든 적절한 조치를 취해야 한다”고 규정하고 있다.⁶³⁾ ILC는 비록 완전한 과학적 확실성이 존재하지 않더라도 중대한 또는 회복할 수 없는 손해를 회피하거나 예방하기 위한 조치를 취해야 할 의무, 즉 사전주의(precautionary) 조치를 취할 의무를 중대한 월경성 손해를 예방하거나 또는 어떠한 경우에도 그것의 위험을 최소화하기 위한 모든 조치를 취할 의무의 일부라고 보고 있다.⁶⁴⁾ ‘모든 적절한 조치를 취할 의무’는 상당한 주의의무를 말하며, 환경보호와 관련하여 일반적 기준으로 인정되고 있다.

특히 개발도상국들과 관련하여, 월경성 오염을 예방할 환경기준을 입법하여 이행하고 시행할 수 있는 각국의 능력 등은 상당한 주의의 평가에서 결정적인 요소이다. 이와 관련하여 국제환경법상의 원칙 중의 하나인 ‘공통의 그러나 차별적 책임’(common but differentiated responsibilities: CBDR)도 어떤 특정의 행위가 해당 국가의 국제의무위반에 해당하는지 여부를 판단하는데 무게를 두어야 할 요소이다.⁶⁵⁾ 이와 같이 어떤 국가가 월경성 피해를 예방하기 위하여 상당한 주의의무를 다했는지 여부를 판단하는 경우 대체로 사실에 근거한 복잡한 평가를 수반한다.

상당한 주의는 결과의무가 아니라 행위의무이다. 따라서 상당한 주의는 모든 상황에서 특정 기준을 달성할 것을 요구하지 않는다. 기후변화와 관련하여 예를 들면, 기후변화 피해를 예방하기 위해서 개별 국가들에게 적절한 주의조치의 하나로 동등한 이산화탄소 배출감축을 요구하지 않는 대신에 관련 국가의 특별한 사정과 능력과 역량을 고려하여 결정해야 한다.⁶⁶⁾ CBDR을 원용하는 경우, 피청구국이 개발도상국이라면 자신들은 선진국에 비해 주의 기준이 덜 엄격하게 적용되어야 한다고 주장할 수 있을 것이다. 예를 들어, 월경성 연무 피해에 관련한 동남아 국가들간의 논쟁에서 인도네시아는 불법적인 벌목을 방지하기 위하여 개발도상국인 자신에게 합리적으로 기대되는 모든 조치를 취했다고 주장하였다. 그런데 호주 국내법에 의해 허가된 티모르 해(Timor Sea)에 있는 시설

야기되는 월경성 손해 예방에 관한 규정초안’(Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm From Hazardous Activities)을 채택하였다. 그런데 이 초안은 ILC의 검토 과정에서 애초에 다루었던 주제의 범위가 상당히 축소되어 방지(prevention)문제를 다루고 책임(liability)문제는 다루지 않았다.

63) 월경성손해예방규정초안 제3조.

64) 김대순, 앞의 책, 740쪽.

65) Jacqueline Peel, *op. cit.*, p.56.

66) 2015년 파리협정(Paris Agreement)도 각국에게 동일한 이산화탄소 배출 감소를 요구하지 않고, 국가결정기여(nationally determined contributions: NDC)에 따라 국가별 감축방안을 제출하도록 하고 있다.

에서 발생한 기름 유출사고에서 인도네시아는 선진국인 호주에게 더 높은 수준의 주의가 요구된다고 주장하였다.⁶⁷⁾

월경성 오염피해의 방지와 관련한 상당한 주의의 기준을 충족하기 위해서는 특정한 절차의 마련이 필요하다. 중대한 월경성 피해의 위험이 있는 활동에 대해서는 권한 있는 정부기관의 허가를 받도록 하는 절차규정을 마련하여 이를 준수하도록 해야 한다. 월경성 피해를 예방하기 위한 상당한 주의의무의 관행을 보여주는 핵심적인 절차적 의무는 환경영향평가의 수행이다. Pulp Mill 사건에서 ICJ는 ‘계획 중인 산업시설이 월경성 차원에서, 특히 공유자원에 심각한 악영향을 주는 경우 환경영향평가를 시행할 것을 요구하는 국제법상의 관행은 최근 들어 국가들 사이에서 폭넓게 수락되고 있다’고 판결하였다.⁶⁸⁾ ICJ는 “한 당사국이 강물의 질에 영향을 주는 작업을 계획하면서 그러한 작업이 미칠 잠재력 영향에 관한 환경영향평가를 실시하지 않았다면, 조심(vigilance)의무를 의미하는 상당한 주의 의무를 다했다고 간주되지는 않는다”고 판시하여⁶⁹⁾ 환경영향평가 요건을 상당한 주의의무의 주요한 내용으로 보았다. 생각건대, 상당한 주의의무에 수반되는 주의의 기준은 월경성 오염 원인의 유형에 따라 달라질 수 있다.⁷⁰⁾ 반면에 피해 위험의 예측을 등한시하거나 관련 절차를 시행되지 않는 경우, 또는 심각한 월경성 피해 위험을 야기할 수 있는 시설이 사전 환경영향평가 없이 허가된 경우 등은 주의 기준 위반의 강력한 증거가 될 것이다.⁷¹⁾

중국발 미세먼지와 관련하여 국가책임을 청구하기 위해서는, 중국정부가 상당한 주의의무, 즉 미세먼지 발생에 관하여 우리나라와 협의하고 관련 환경 정보를 통지했는지 그리고 미세먼지 유발 관련 산업활동 시에 환경영향평가를 절차에 따라 시행하고 있는지를 살펴보아야 할 것이다.

67) Jacqueline Peel, *op. cit.*, pp.63-64.

68) Pulp Mills사건, *op. cit.*, p.83, para.204.

69) *Ibid.*

70) 국제해양법재판소 심해저분쟁재판부(Seabed Disputes Chamber)에 심해저 활동에 관한 권고적 의견을 통해 상당한 주의는 “가변적 개념” variable concept이라고 언급하였다(Responsibility and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, *ITLOS Reports*(2011), p.43, para.117).

71) Jacqueline Peel, *op. cit.* p.67.

3.3 피해의 정도

월경성 오염의 모든 경우에 국가책임을 불러일으키는 것은 아니다. 월경성 피해의 정도가 어느 일정 정도에는 도달해야 국제법이 개입할 수 있다.⁷²⁾ 국가책임을 추궁하기 위해서는 청구국은 자신이 입은 피해의 정도 또는 내용에 관한 문제도 넘어서야 할 장벽이다.

Trail Smelter 사건에서 중재법정은 ‘중대한’(serious) 피해를 요구하였다.⁷³⁾ 반면에 스톡홀름 선언 원칙21은 피해의 양이나 질에 대해서 특정하지 않았다. 국제관행은 다양하다. 피해의 정도와 관련하여 중대한(serious),⁷⁴⁾ 중대한 것 보다는 낮은 수준인 ‘심각한’(significant)⁷⁵⁾ 또는 ‘매우 심각한’(substantial)⁷⁶⁾ 수준의 피해를 국제법의 규율대상으로 하고 있다.⁷⁷⁾ ILC는 국제수로의 비항행적 이용에 관한 작업을 하면서 serious에서 appreciable로 변경했다가 최종적으로는 significant를 채택하였다. 이것은 국제수로를 이용할 때 하안국(河岸國)에게 요구되는 주의 기준을 설정하는데 어려운 점이 있다는 것을 보여주고 있다. 2001년 월경성피해예방규정초안은 ‘심각한’(significant) 월경성 손해를 야기할 위험을 수반하는 경우에 적용된다.⁷⁸⁾ 여기서 significant는 detectable한 것 이상의 어떤 것에 해당하지만 그러나 반드시 serious하거나 substantial한 것에는 이르지 않는

72) 국제법상 소송이 가능한 환경손해의 기준점에 대해서는 Patrica Bimie, Alan Boyle and Catherine Redgwell, *International Law and the Environment*, 3rd. ed., Oxford Univ. Press, 2009, pp.186-188; Philippe Sands, Jacqueline Peel, Adriana Fabra, Ruth Mackenzie, *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp.708-711 참조.

73) Trail Smelter 사건, *op. cit.* RIAA, Vol.III, p.1964.

74) 예를 들면, Trail Smelter 사건의 중재판정(RIAA, Vol.III, pp.1965-1966); 1992년 산업재해의 국제적 영향에 관한 협약(Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents) 제1조 등.

75) 예를 들면, 1982년 자연환경선언(World Charter for Nature) 제11조; 1991년 초국경적 환경영향평가에 관한 협약(Convention on Environmental Impact Assessment in Transboundary Context(Espoo Convention)(Espoo협약) 제2조 제1항; 1997년 국제수로의 비항행적 사용법에 관한 협약(Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses) 제7조 제1항와 제21조; 미국 대외관계법(Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States 1987) 제601조 제1항(b) 등.

76) 예를 들면, 1966년 국제법협회의 국제하천의 수로이용에 관한 헬싱키규칙(The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers) 제10조; 1982년 국제법협회의 월경성 오염에 적용가능한 국제법에 관한 몬트리올규칙(ILA Montreal Rules of International Law Applicable to Transfrontier Pollution) 제3조; 환경과 개발에 관한 세계위원회(WCED) 법원칙선언 제11조 제1항 등.

77) 이외에도, 1993년 환경에 해로운 활동으로 인한 피해에 대한 민사책임협약(Convention on Civil Liability for Damages Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Lugano 협약) 제8조(d)에서는 ‘수인할 수 있는 수준’(tolerable level)의 피해를 책임 발동의 기준으로 규정하고 있다.

78) 월경성손해예방규정초안 제1조.

수준을 의미한다.⁷⁹⁾ ILC의 견해에 따르면, 법적인 문제로 연결되기 위해서는 피해가 적어도 “통상적으로 용인할 수 있는 단순한 생활방해(nuisance) 또는 사소한 피해(insignificant harm) 보다 더 큰 것”이어야 한다.⁸⁰⁾

보통 단일의 개별적 오염 사고가 국제의무위반문제를 제기하는데 필요한 ‘중대하거나 심각한’ 손해의 발생이라는 문지방을 넘는 경우는 흔하지 않다. 이에 비하여 복수의 오염행위자의 다수의 행위로 인해 발생한 누적적 피해는 ‘중대하거나 심각한’이라는 필수적 기준을 충족할 수 있지만 청구국이 책임국, 즉 피고국을 지정하고자 할 때, 특히 단일의 국가에게 책임을 귀속시키고자 하는 경우 더욱 더 어려운 국면에 처할 것이다.

생각건대, 피해가 어느 정도 이상으로 요구는 되지만 일률적인 기준을 적용할 수 없다. 구체적으로 어느 정도의 피해가 국가책임을 야기하는 중대하거나 심각한 피해인지의 여부는 사실인정의 문제이기 때문에 법원을 포함한 판단주체에게 폭 넓은 재량이 주어지고 있다. 어느 정도의 피해가 중대한 것인지에 대한 판단은 객관적이어야 하지만 그 판단은 모든 피해국에게 일률적으로 적용되기 보다는 사례별로(case-by-case) 다루어야 할 것이다.⁸¹⁾ 중국발 미세먼지가 우리나라에 1급 발암물질로 피해를 준다면 분명 절박한 위해(imminent harm)이며, 이에 미치지 않는 수준이라도 그 피해가 위에서 제시하는 중대하거나 심각한 수준에 도달하여야 할 것이며, 최소한 ‘통상적으로 용인할 수 있는 단순한 생활방해’ 또는 사소한 피해 보다 더 큰 것”이어야 할 것인 바 그 피해가 이러한 정도 이상인지 객관적으로 평가될 수 있는 과학적 자료가 축적되어야 할 것이다.

3.4 원고적격

실질적 법익의 침해를 주장할 수 있는 국가는 국제법원에서 원고(청구국)가 될 수 있다. 월경성 미세먼지와 관련하여 보면, 미세먼지가 구체적으로 어떤 실질적 피해를 주고 있는지를 밝혀야 중국에게 국가책임을 추궁할 수 있을 것이다. 따라서 미세먼지로 인한 피해의 존재, 유형, 내용, 정도를 밝혀내야 한다. 이러한 문제들은 해결되지 않은 여러 쟁점들과 관련이 있다. 월경성 피해를 예방할 의무의 위반으로 국가책임은 성립하는 것이고 별도로 실제 환경피해의 발생을 요구하지 않는가? 앞에서 설명한 바와 같이

79) 김대순, 앞의 책, 738-739쪽.

80) Yearbook of ILC(1990), Vol. II(Part One), pp.89-89 and p.105.

81) Prue Taaylor, *An Ecological Approach to International Law*, London: Routledge, 1998, p.91.

국가책임규정초안은 행위의 국가귀속성과 국제의무위반이라는 두 가지 요소만 국가책임의 구성요소로 규정하고 있다. 실질적 손해가 국가책임의 구성요소인지 여부는 1차 규칙에 달려있다. 다시 말해서 국가책임규정초안은 2차 규칙을 정하고 있는 것이기 때문에 손해가 국가책임의 성립요소인지는 개별 국제법규, 즉 1차 규칙에 따라 판단하여야 할 것이다. 따라서 1차 규칙에 해당하는 개별 국제법규에서 의무의 내용이 손해를 요구하는 경우, 손해가 발생할 때까지 의무는 위반된 것이 아니다.⁸²⁾ 이런 경우 원칙적으로 손해가 발생하지 않으면 국가책임은 성립하지 아니한다. 이 점을 미세먼지에 적용해 보면, 미세먼지 피해가 발생할 때까지는 중국에게 국가책임을 청구할 수 없다는 불합리한 상황에 놓이게 된다. 우리나라에 실질적 손해가 발생할 때까지 기다리다보면 건강과 생명뿐만 아니라 다른 물질적 피해가 돌이킬 수 없는 결과를 가져올 수 있다. 예상되는 피해만으로 소송이 허용가능한지 여부는 확실하지 않다. 이점은 국가책임의 한계를 보여주는 것이나 국가책임이 환경위해에 대한 예방적 대응이 아니라는 점과는 상통한다. 확인할 수 있는 물리적 손해가 발생하지 않은 경우, 청구국은 소송이 가능한 피해가 어떤 유형인지를 제시해야 한다.⁸³⁾ 핵실험 사건에서, 소송 당시 원고국인 뉴질랜드의 영토는 방사능 낙진으로부터 발생하는 물리적 피해를 입지 않았다. 뉴질랜드는 이러한 문제를 우회하여 위해(危害)는 자국 주민의 걱정, 불안, 우려(apprehension, anxiety and concerns of its population)를 포함한다고 주장하였다.⁸⁴⁾ 그런데 안타깝게도 ICJ는 본안에 서 이 문제를 다루지 않았기 때문에 이에 대한 ICJ의 입장을 알 수는 없다.

3.5 복수의 피해국 및 책임국

동일한 국제위법행위로 인한 피해국이 복수로 존재할 수 있다. 이들 피해국은 각자 개별적으로(separately) 그 국제위법행위를 행한 국가를 상대로 국가책임을 주장할 수 있다는 점은 명백하다.⁸⁵⁾ 이와 대조적으로 복수의 국가가 동일한 국제위법행위에 책임이 있는 경우는 복수의 피해국이 존재하는 경우에 비해 다소 복잡한 문제가 제기된다. 실제 온실가스 오염이나 미세먼지 오염으로 인하여 복수의 피해국이 존재한다. 미세먼

82) B. Graefrath, "Responsibility and Damagee Caused: Relationship between Responsibility and Damages", 1984 II, *Recueil de Cours* 19, pp.34-61.

83) Prue Taaylor, *op. cit.*, p.92

84) *Ibid.*, p.93.

85) 국가책임규정초안 제46조.

지는 여러 국가가 동시에 배출한 오염원의 결합으로, 즉 여러 국가의 독립적인 행위들이 결합하여(in aggregate) 피해를 야기하고 있다. 그래서 논리적으로 보면, 미세먼지 피해국은 주요 발원국들을 피청구국으로 하는 것이 더 타당할 것이다. 그런데 여기서 검토해 볼 문제는 국제법에서 복수의 국가를 피고국으로 소송을 제기하는 것이 가능한지 여부이다. 국제법에서는 영미법상의 공동책임(joint and several responsibility)⁸⁶⁾ 또는 대륙법상의 연대책임은 인정되지 않고 있다.⁸⁷⁾⁸⁸⁾ 이러한 책임이 인정되지 않는다면 온실가스 오염과 같은 지구적 차원에서 발생하는 환경오염에 대하여 국가책임의 논리와 규칙으로 접근하는 방법은 더욱 더 커다란 벽에 부딪히고 말 것이다. 국가책임규정초안은 “복수의 국가가 동일한 국제위법행위에 책임이 있는 경우, 그 행위와 관련하여 각각의 국가들의 책임이 추궁될 수 있다”⁸⁹⁾고 규정하고 있다. ILC의 해석에 따르면, 이 규정은 영미법상의 공동책임(joint and several responsibility)을 인정하는 것은 아니며, 복수의 위법행위국들은 각자의 위법행위에 대하여 개별적으로 책임을 진다는 것이다.⁹⁰⁾ 다시 말해서 둘 또는 그 이상의 국가들이 동일한 국제위법행위를 행한 경우 이러한 복수의 행위국들은 각자의 국제의무와 관련하여 각자의 행위에 대해서만 책임을 진다는 것이다.⁹¹⁾ 다만 책임국 상호간에 상환청구권(right of recourse) 행사가 가능하다고 규정하여⁹²⁾ 복수의 책임국 중 한 국가가 손해에 대한 배상금 전액을 지불한 경우 그 국가는 다른 책임국에게 구상권

86) ‘joint and several responsibility’는 영미법상의 용어로서, 대륙법에서 사용하는 연대책임과 동일하다(*Black’s Law Dictionary*, 7th ed., 1999, p.926); ILC는 공동책임(joint responsibility) 또는 연대책임(solidary responsibility)은 법적 전통의 다름에서 유래하는 것이기에 유추는 주의하여 적용되어야 한다고 주장한다(ILC Report(2001), Commentary to Art. 47, para.(3), p.314).

87) Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Part I, Oxford: Clarendon Press, 1988, p.189; Smith는 국제법에서 ‘joint and several liability’의 적용 가능성에 대해 의문을 제기하였다(B.D. Smith, *State Responsibility and the Marine Environment: The Rules of Decision*, Oxford: Clarendon Press, 1988, pp.61-62): 국가책임규정초안의 특별보고자 Crawford는 복수 국가에 의한 공동위법행위에 대하여 국제법은 연대책임을 인정하지 않으며, 이 경우 각국은 자신의 행위에 대해서만 개별적으로 책임을 진다고 설명한다(James Crawford, “The Third Report on State Responsibility”, A/CN.4/507, 2000, p.25, para. 272).

88) 다만 1972년 우주물체에 의하여 야기된 손해에 대한 국제책임에 관한 협약 제IV조 제2항에서 공동책임(joint and several responsibility)을 인정하고 있다. 그러나 이 협약은 특별법(lex specialis)이며, 위법행위에 대한 책임과 관련이 있는 것이 아니라 적법행위에 대한 책임과 관련이 있다(ILC Report(2001), Commentary to Art. 47, pp.316-317, para.(5)).

89) 국가책임규정초안 제47조 제1항. “Where several States are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each State may be invoked in relation to that act.”

90) ILC Report(2001), Commentary to Art. 47, pp.316-317, paras.(5)~(7).

91) 김석현, 국제법상 국가책임, 삼영사, 2007, 526-527쪽.

92) 국가책임규정초안 제7조 제2항 (b)호.

을 행사할 수 있을 길을 열어 놓았다.⁹³⁾

복수의 발원국에 의한 미세먼지 오염에 대해 국가책임을 추궁하고자 하는 경우 다음과 같은 문제가 제기된다. 첫째, 미세먼지를 유발하는 원인이 다양할 뿐만 아니라 중국뿐만 아니라 몽골, 북한, 일본 등도 원인제공국이라는 점에서 보면, 그 원인을 구별하는 것도 어려운 일이지만 어느 국가에게 책임의 비중을 더 둘 것인가 또 개발도상국과 선진국 간의 차이는 없는지 또는 특정 원인이 다른 원인에 비해 더 책임이 있는가⁹⁴⁾ 등을 밝혀내는 일은 더욱 어려운 일이다. 둘째, 개별적인 오염행위자가 야기한 피해를 분리하여 한정할 수 있다면, 배상의 범위도 그 특정된 피해로 제한할 수 있다.⁹⁵⁾ 그런데 현재의 과학적 지식으로는 미세먼지 피해를 분리하는 것이 가능하지 않다. 또한 책임국들 사이에서 미세먼지 발생에 대한 책임을 어떻게 분담하도록 할 것인가? 셋째, 피해를 각각의 책임국들에게 분배할 수 없다면, 책임국은 배상금 전액에 대해서 각각 개별적으로 (severally) 책임을 져야 하는가?⁹⁶⁾ 결론적으로 이러한 문제들은 복수의 책임국을 상대로 국가책임을 추궁하는 것이 국제법 영역에서는 어렵다는 점을 보여주는 것이다.

3.6 인과관계의 입증

ILC의 견해에 따르면, 피해의 존재와 이를 예방하지 못한 피고국의 행위 사이에 직접적인 인과관계를 입증할 필요가 있다.⁹⁷⁾ 그런데 한 국가에 귀속되는 국제의무의 위반 행위와 다른 국가가 입은 피해 간의 인과관계를 증명하는 일은 월경성 오염에 대하여 국가책임을 추궁하고자 하는 경우 만나게 되는 가장 큰 장애물이다. 이 문제는 대기 오염, 연무 오염, 미세먼지 오염, 온실가스 오염(기후변화) 등과 같은 월경성 오염에 대한 법적 책임과 관련한 쟁점 중 가장 예민한 문제이기도 하다. 특히 오염기여자가 다수이고, 더욱이 다수의 다양하고 복합적인 오염행위인 경우 그 피해가 방산(放散)하는 경우 인과관계 입증은 더욱 복잡하고 어렵다.

93) 김석현, 앞의 책, 528쪽.

94) 예를 들면, 건설공사현장에서 발생하는 부유먼지는 화석연료를 사용하는 것 보다 책임이 덜한가 아니면 무거운가?

95) B.D. Smith, *op. cit.*(State Responsibility and the Marine Environment), pp.59-62.

96) Smith는 피해를 분리할 수 없는 경우에는 오염행위국들이 개별적으로 책임이 있다고 주장하였다. 그리고 오염행위국 중 한 국가의 행위만으로 피해를 입히기에 충분하였다면 이 주장을 받아들일 수 있다고 말했다 (Ibid. pp.61-62).

97) Yearbook of ILC(1978), Vol. II(Part Two), pp.82-83.

미국과 캐나다 간에 진행되었던 Trail Smelter 중재재판에서 제기된 것과 같은 양국간 월경성 오염 문제는 국가의 행위에 귀속시킬 수 있는 피해의 입증은 과학적 증거와 과학적 조사 평가에 의해 이루질 수 있다. Trail Smelter 사건에서 중재법정은 피해가 ‘명백하고 설득력 있는 증거에 의하여’(by clear and convincing evidence) 입증되어야 한다고 판시하였다.⁹⁸⁾ Trail Smelter 사건에서 양국이 사건을 중재법정에 회부하기로 합의한 내용을 담고 있는 특별협정(compromise)⁹⁹⁾은 제8조에서 필요한 경우 중재법정이 과학적 조사를 실시할 수 있도록 권한을 부여하였는바, 중재법정은 이러한 권한을 발동하여 중재재판과정에서 전문가들을 동원하여 과학적 조사를 실시하였다. 중재법정은 제련소의 아황산가스 배출과 워싱턴 주의 농작물, 삼림, 토양, 수로 등의 피해와의 관련성에 관하여 독립적인 과학자들로부터 자문을 받았고 다양한 전문가들로부터 의견을 청취하였다. 중재법정은 여기서 얻은 내용을 근거로 아황산가스가 대기오염을 유발하는 메커니즘을 밝혀냈고 워싱턴 주의 농작지 등이 입은 피해의 정도를 판단하였다. 이렇듯 중재법정은 과학적 조사를 근거로 판결 이유(ratio decideni)를 제시하여 양국의 자발적인 판정 이행을 유인하였을 뿐만 아니라 중재법정의 판정에 신뢰할 수 있는 권위를 부여하는데 기여하였다.

Pulp Mills 사건에서 당사국인 아르헨티나와 우루과이는 각자의 주장을 뒷받침하는 방대한 양의 사실적이고 과학적인 자료를 제출하였다.¹⁰⁰⁾ 여기에는 우루과이 정부에 의해, 강둑 위에 건설 및 가동이 허가된 펄프 및 제지 공장으로부터 배출된 오염원이 우루과이 강의 오염을 발생시켰다는 내용이 포함되어 있었다. 양국은 또한 각자가 위임한 전문가와 컨설턴트가 작성한 보고서와 연구서를 제출하였다. 전문가들 중 일부는 또한 증거를 제공하기 위해 당사국의 보좌인(counsel)으로 법원에 출두하기도 했다.

Trail Smelter 사건이나 Pulp Mills 사건에서 인과관계 입증은 상대적으로 간단하였다. 이에 비해 미세먼지 오염은 매우 복잡하다. 중국발 미세먼지 피해에 인과관계가 인정되기 위해서는 다음과 같은 점이 연결되어야 한다. 중국은 자국 영토에서 미세먼지 배출을 통제하기 위한 적절한 조치를 취하지 않았다. 그 결과 실제로 미세먼지가 발생하여 한반도로 이동하였다. 이러한 미세먼지가 한국에 실질적인 영향을 미쳐서 국민의 생명과

98) Trail Smelter 사건, *op. cit.*, RIAA, Vol. III, p.1965.

99) Convention for the final Settlement of the Difficulties Arising through Complaints of Damage Done in the State of Washington by Fumes Discharged from the Smelter of Consolidated Mining and Smelting Company, British Columbia, April 15, 1935, 162 L.N.T.S.74 이 협약은 두 국가가 분쟁을 중재에 회부하기로 합의한 내용을 담고 있다.

100) Pulp Mills 사건, *op. cit.*, p.72, para.165,

건강 그리고 정상적인 활동이 절박한 위협에 처하게 되었다.

이러한 사실 주장들 사이에 인과관계가 ‘명백하고 설득력 있는 증거에 의하여’(by clear and convincing evidence) 입증될 수 있는가? 국가책임 추궁이 가능하기 위해서는 오염행위자와 오염원인을 명백하게 밝힐 수 있어야 한다. 미세먼지는 이 점이 가능한가? 그리고 자기 자신도 오염원인국인 경우 다른 국가에게 피해의 일부에 대해서 국가책임 청구가 가능한가? 미세먼지가 전적으로 중국을 비롯한 국외 요인에 기인하는 것이 아니라 50%이상을 상회하는 요인이 국내에 있다. 미세먼지가 국내에서 발생한 것인지 중국에서 발생한 것인지 그리고 몇 %가 중국에서 온 것인지에 대해서 과학적으로 신뢰할 만한 증거가 아직은 없다. 중국 정부는 한국 미세먼지가 중국에서 날라 간 것이라 공식적으로 인정한 적 없다. 더구나 미세먼지는 모든 인간활동으로 발생한다. 모든 국가들이 관련되어 있어서 자신의 활동도 문제로 삼아야 하는 상황에서 국가책임의 추궁은 어울리지 않은 대응이다.

IV. 결론

미세먼지를 발생시키는 행위는 대기를 오염시켜 인간의 건강과 생명을 비롯한 환경에 손실과 피해를 야기할 수 있다는 점에서 이론적으로는 국가책임을 추궁할 수 있는 가능성이 있지만, 월경성 미세먼지 문제는 월경성 피해에 국가책임 법리를 적용할 때 부딪히게 될 수 있는 난관을 더욱 더 증폭시키기 때문에 실제로 국제재판이 개시되어 소송절차가 진행될 여지는 거의 없다. 월경성 오염에 대한 국가책임 청구에 있어서 제기되는 여러 가지 장벽을 지적하면서, 월경성 오염 문제는 국제환경법의 ‘걱정거리’이고, 이를 해결하기 위해 국가책임 법리의 적용 가능성을 주장하는 것을 ‘헛된 꿈’ 내지는 ‘그림의 떡’이라고 비판하는 견해도 있다. 심지어 월경성 오염에 대한 국가책임은 종이(paper)에서는 존중되지만 실제로는 주로 무시된다라는 시각도 있다. 국가는 자신의 영토 또는 관할권이나 통제 하에서 활동으로 인해 다른 국가의 환경적 피해를 야기하지 않아야 할 책임을 반영하고 있는 국제조약이나 국제문서들은 ‘쇠귀에 경 읽기’에 불과한 것이 아닌가하는 비판도 따른다. 일리 있는 주장이다. 그렇다고 국가책임 법리가 시시하고 보잘 것 없는 것은 절대 아니다.

실제 발생한 월경성 오염 피해에 비해 국제법 차원에서 월경성 오염에 대하여 국가책

임을 청구하는 사례는 오늘날에도 여전히 드문 일이다. 그래서 실제 국가들은 심지어 소송을 제기하기에 적합한 법적 근거가 있음에도 다른 국가를 상대로 소송을 제기하는 것을 꺼린다. 더구나 국가책임을 추궁하는 소송에는 수많은 장애물과 불확실성이 존재한다. 국가책임을 추궁함에 있어서 사인에 의한 위법행위의 귀속 문제, 국제의무위반의 확정 문제, 상당한 주의 의무의 내용 또는 기준 문제, 원고 적격 문제, 공동책임 또는 연대 책임 문제, 인과관계의 입증문제 등은 넘어야 할 문턱이다. 미세먼지와 같은 월경성 피해의 경우 이런 문턱들을 모두 통과하여 국가책임 청구가 실현되기는 현실적으로 쉽지 않다. 다만 월경성 오염문제를 다룰 때 국가책임 논리와 규칙의 중요성은 월경성 피해의 위험을 방지하거나 최소화하기 위한 예방적 노력을 촉진하기 위한 억지효과(deterrent effect) 어느 정도 가져오느냐에 달려 있다. 월경성 오염에 대한 국가책임 법리와 규칙은 월경성 피해를 예방하거나 향상된 위험 관리를 통하여 손해를 줄이기 위한 더욱 구체적 노력을 활성화시킬 것이며 보상이나 배상과 관련한 메커니즘을 발전시키는 주요한 역할을 할 것이다. 중국발 미세먼지 문제에 대해 국가책임을 논리와 규칙을 적용하는 것은 미세먼지문제 해결을 위한 한국측의 법적 수사(legal rhetoric)로, 중국과의 협상에서 주요한 미세먼지 발생국가에게 미세먼지 경감을 위해 모든 적절한 조치를 취할 것을 요구하는 강력한 근거가 될 수 있을 것이며 미세먼지를 예방하거나 최소화하도록 요구할 수 있는 법적 도구가 될 수 있을 것이다. 그러나 중국발 미세먼지에 대해 중국에게 국가책임을 청구하는 국제소송이 진행되는 것은 실제 가능하지 않다고 보인다.

참고문헌

1. 단행본

- 김대순, 국제법론 제19판, 삼영사, 2017.
- 김석현, 국제법상 국가책임, 삼영사, 2007.
- 김홍균, 국제환경법 2판, 홍문사, 2015.
- 박병도, 국제환경책임법론, 파주: 집문당, 2007.
- 정서용, 동북아시아 환경협력: 황해와 황사, 집문당, 2006.
- 환경부, 미세먼지, 도대체 뭘까?, 환경부, 2016.
- Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *International Environmental Law*, 3rd ed., Transnational Publishers, Inc., 2004.
- Allen L. Springer, *The International Law of Pollution*, London: Quorum Books, 1983.
- B.D. Smith, *State Responsibility and the Marine Environment: The Rules of Decision*, Oxford: Clarendon Press, 1988.
- C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York Univ. Press, 1928.
- David Hunter, James Salzman, Durwood Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, 5th ed., Foundation Press, 2015.
- Edith Brown Weiss, Stephen C. Mc Caffrey, Daniel Barstow Magraw, paul C, Szasz and Robert E Lutz, *International Environmental Law and Policy*, Aspen Publisher, Inc., 1998.
- Ellen Hey, *Advanced Introduction to International Environmental Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2016.
- Gerhard von Glahn, *Law among Nations*, 5th ed., New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 1986.
- Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford Univ. Press, 2003.
- _____, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Part I, Oxford: Clarendon Press, 1988.
- James Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

- _____, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Patrica Birnie, Alan Boyle and Catherine Redgwell, *International Law and the Environment*, 3rd. ed., Oxford Univ. Press, 2009.
- P.N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford University Press, 2000.
- Pierre-Marie Dupuy and Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2015.
- Philippe Sands, Jacqueline Peel, Adriana Fabra, Ruth Mackenzie, *Principles of International Environmental Law*, 3rd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Prue Taylor, *An Ecological Approach to International Law*, London: Routledge, 1998.
- Robert Jennings & Arthur Watts(eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Harlow, Longman, 1992.
- S. Jayakumar, Tommy Koh, Rebert Beckman and Hao Duy Phan (eds.), *Transboundary Pollution: Evolving Issues of International Law and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015.
- William W. Bishop, *International Law: Cases and Materials*, (New York: Prentice-Hall, Inc., 1953.
- Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003.

2. 학술지

- 김석현, “국가책임 성립요건의 재검토”, 국제법학회논총 제39권 제1호, 대한국제법학회, 1994, 103-124쪽.
- 소병천, “황사문제에 대한 국제법적 고찰”, 중앙법학 제5권 제3호, 중앙법학회, 2003, 185-215쪽.
- Alan Boyle, “Transboundary Air Pollution: A Tale of Two Paradigms”, in S. Jayakumar, Tommy Koh, Rebert Beckman and Hao Duy Phan (eds.), *Transboundary Pollution: Evolving Issues of International Law and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015.

- Armin Rosencranz, “The ECE Convention of 1979 on Long-Range Transboundary Air Pollution”, *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 4, 1981.
- Alain Pellet, “The ILC’s Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts”, in James Crawford, Alian Pellet and Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Harald Dovland, “Monitoring European Transboundary Air Pollution”, *Environment*, Vol. 29, No. 10, 1987.
- Jutta Brunnée, “Of Sense and Sensibility: Reflections on International Liability Regime as Tolls for Environmental Protection”, *International Law and Comparative Law Quarterly*, Vol53, 2004.
- Stephen C. McCaffrey, “Pollution of Shared Natural Resource”, *Proceeding of ASIL*, Vol. 71, 1977.

3. 자료집 또는 보고서

국회입법조사처, “동북아 장거리이동 대기오염물질 공동연구(LTP)”, 지표로 보는 이슈 제89호, 2017.5.12.

ILC Report(2001).

Yearbook of ILC(1978), Vol.Ⅱ(Part Two).

Yearbook of ILC(1990), Vol.Ⅱ(Part One).

Yearbook of ILC(2001), Vol.Ⅱ(Part Two).

ITLOS, Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011.

4. 웹문서

NOAA and AMS, *State of the Climate in 2016*, 2017.8, <http://www.ametsoc.net/sotc2016/StateoftheClimate2016_hires.pdf>, 검색일: 2017.8.20.

Report of the International Law Commission, Fifty-third session(23 April - 1 June and 2 July - 10 August 2001), General Assembly, Official Records, Supplement No.

10(A/56/10), p.59. et seq. : <<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/english/chap4.pdf>>.

검색일: 2017.8.15.

WTO, WHO Air quality guidelines for particulate matter, ozone, nitrogen dioxide and sulfur

dioxide: Summary of risk assessment, <<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/>

69477/1/WHO_SDE_PHE_OEH_06.02_eng.pdf>, 검색일: 2017.8.17.

5. 신문기사

경향신문, 2017.4.6, “중국발 미세먼지 피해 한·중 정부 상대로 손해배상 소송 제기”,

<http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201704051143001&code

=940301>, 검색일: 2017.8.20.

데일리 시사, “동북아 대기 오염 해결 방안 없나?...미세먼지 해외기여율 76%”,

<http://www.dailysisa.com/default/index_view_page.php?board_data=aWR4JTNE

czMDQIMjZzdGFydFBhZ2UIM0QIMjZsaXN0Tm8IM0QIMjZ0b3RhbExp c3QIM0Q

=||&search items=cGFydF9pZHglM0QxNDU=||>, 검색일: 2017.8.15.

[Abstract]

State Responsibility for Transboundary Pollution in International Law

**—Focusing on Responsibility for the
Particulate Matter Damage—**

Park, Byung-Do*

This article provides a overview of the principles of international environmental law governing transboundary pollution and examines the practical applications of the state responsibility doctrine in the context of transboundary pollution. In particular, This article examines the rules of state responsibility in international law whether it is possible to claim legal responsibility for particulate matter damage from China.

State responsibility claim for the transboundary damages in international law is still rare today. There are numerous obstacles and uncertainties in such state responsibility claim. In pursuing state responsibility invocation, it is necessary to overcome the problem of state attribution of individual offenses, the issue of determination of violation of international obligations, the content or standard of due diligence obligations, locus standi, multiple responsible states, joint liability or solidarity responsibility, proof of causation and so on. Proving causality and so on. The act of generating particulate matter can theoretically pose a state responsibility in that the pollution of the atmosphere can cause harm and damage to human health and life and environment. However, in the case of transboundary damage such as particulate matter, it is not practical to overcome all of these obstacles, difficulties and then realize the claim of state responsibility. However, jurisprudence and rules of state responsibility could bring some deterrent effect to promote preventive efforts to prevent or minimize the risk of transboundary damages. In addition, jurisprudence and rules of state responsibility for transboundary pollution will stimulate efforts to prevent or minimize

* Professor, School of Law, Konkuk University

municipal damage. Applying jurisprudence and rules of state responsibility for particulate matter damage from China could be a strong basis for demanding that China take all appropriate measures to mitigate particulate matter. It could also be a legal tool that could require prevention or minimization of particulate matter.

[Key Words] transboundary pollution, state responsibility, no harm obligation, due diligence, proof of causation, particulate matter

