

# 주한미군기지에서의 관할권의 문제

- 지방자치단체장의 토양환경보전법 집행가능성과 관련하여 -

채 영 근\*

## 차 례

- I. 서론
- II. 국가의 주권행사와 관할권
- III. 미군기지이전협정 및 SOFA에 기한 입법 및 집행관할권 포기여부
- IV. 지방자치단체의 미군에 대한 토양환경보전법상의 집행권
- V. 결론

## I. 서론

최근 주한미군은 반환예정인 일부 미군기지의 환경오염과 관련하여 한국정부와의 더 이상의 협의를 거부하고 일방적으로 기지를 반환하겠다고 나섰고 한미안보정책구상회의(SPI: Security Policy Initiative)에서 한국정부는 미군의 요구를 받아들여 '합의'하에 오염된 채로 기지를 반환받았다. 지난 1년여에 걸쳐 진행된 한미 양국간의 협의내용을 무시하고 오염원인자인 미국측은 자신이 일방적으로 정한 '치유의 기준'에 따라 치유하여 '기지이전협정상의 의무'를 다하였다고 주장하였고 한국측은 이에 대한 검증도 거치지 아니하고 반환에 '합의'하였다. 오염원인자가 임의로 정한 기준대로 오염원인자가 임의로 치유를 하고 오염원인자

\* 인하대학교 법과대학 교수

가 원한 시점에 책임을 모두 탕감해 준 것이다. 이는 미군기지에서 한국의 토양환경보전법의 내용과 절차가 완전히 무시된 것이다.<sup>1)</sup>

이와 같이 주권행사를 스스로 포기한 한국정부의 대안으로서 지방자치단체가 주한미군에 대하여 국내법을 적용하고 집행할 수 있을 것인가 논하는 것도 의미 있는 일이다. 한국정부가 주한미군에 대하여 환경정화책임을 면제해주고 그 책임을 모두 떠맡는다고 하더라도 주한미군은 여전히 토양환경보전법상 오염원인자로서 정화책임이 존재한다. 한국정부가 미군의 환경오염정화책임을 면제해 주고 기지를 반환받아 지배권을 행사하게 되면 한국정부는 미군의 책임을 포괄적으로 승계한 것이 되고 주한미군은 오염원인자로서 한국정부는 오염원인자의 지위를 승계한 승계인으로서 토양오염에 대하여 역시 정화할 책임을 지게 된다. 이미 반환받은 기지에 대하여는 한국정부가 미군의 책임을 승계하고 스스로 정화조치를 취하겠다고 한 만큼 지방자치단체가 주한미군을 상대로 정화명령을 내리고 대집행을 할 필요는 거의 없다. 그러나 앞으로 반환받을 예정인 기지에 대하여 미국측과 한국정부측 사이에 합의가 이루어지지 않을 경우, 토양환경보전법의 집행권자인 지방자치단체가 미국정부를 상대로 한국의 환경법을 적용하여 정화명령을 내리고 미국이 이에 응하지 아니할 경우 대집행을 하고 비용납부명령을 하고 미국이 이에 응하지 아니할 경우 미국소유 재산에 강제집행을 할 수 있는지 여부가 문제된다.<sup>2)</sup>

지방자치단체가 국내환경법인 토양환경보전법을 주한미군에 적용하여 집행할 수 있는지 문제를 탐구하기 위해서는 첫째, 국제법상 한국이 외국에 대하여 국내

- 
- 1) 한국정부의 토양환경보전법의 적용포기 가능성은 2004년 기지이전협정을 체결할 때부터 이미 예견되었다. 기지이전협정 본문에 미국의 환경정화책임을 명시하려는 노력을 기울이지 않은 채 한국에 불리하게 되어 있는 SOFA 및 관련합의에 따라 환경치유를 수행하도록 합의하였고 이러한 불리한 조항들을 잘못 해석하고 사실을 호도하여 국회가 기지이전협정을 서둘러 비준하도록 하였다. 2004년 기지이전협정의 문제점과 관련하여서는 줄고, 용산기지 이전협정의 문제점, 한국항공대학교 지역사회개발논총 제8집 193 (2004); 줄고, “주한미군기지의 반환과 미국의 환경정화책임”, 「저스티스」 2004/10 통권 제81호 (2004) 참조.
- 2) 이와 같은 강력한 법집행의지가 해당 지방자치단체에게 있는지 의문이지만 법적으로 가능한 것인지 여부는 여전히 논의의 가치가 있다.

법을 적용하고 집행할 관할권을 가지는가의 문제를 살펴보아야 한다. 국제관습법상 인정되고 있는 외국의 법정지국 재판관할권으로부터의 면제에 해당하는지 여부도 문제된다. 둘째, 한국이 조약을 통해 당해 관할권을 포기했는가의 문제를 살펴야 한다. 한미주둔군지위협정에서 주한미군에 대하여 법적용의 예외를 인정하고 있는지 그리고 재판관할권의 면제를 인정하고 있는지가 문제된다. 그리고 셋째, 한국정부의 입장에 반하여(추측컨대) 지방자치단체가 국내법을 미군에 대하여 적용 집행하는 것이 국내 지방자치법 및 국제법에 반하는 것은 아닌지 여부를 살펴야 한다.

일국이 영토고권에 기하여 자국에서 행해진 위법행위에 대하여 국내법을 적용하여 제재를 가하는 것은 당연한 주권행사에 해당한다. 위법행위가 국가에 의해서 저질러진 경우, 국가도 일반 개인과 마찬가지로 국내법의 준수의무를 지므로 법집행의 객체가 된다. 우리나라의 경우, 명문의 규정을 두고 있지는 않으나 헌법상 법치국가원리에 기초해 국가도 법의 지배를 받는다는 것은 당연시되고 있고 실무상으로도 지방자치단체는 국가가 행한 환경오염행위에 대하여도 토양환경보전법을 적용하여 사인과 다름없이 법집행을 해 오고 있다. 다른 선진 법치국가의 경우도 마찬가지이다.

그러나 그 위법행위의 주체가 외국국가인 경우 여러 문제가 발생한다. 우선 법적으로 국가와 국가 사이의 문제인 만큼, 국내법뿐만 아니라 국제법의 규율대상이 된다. 일국이 타국에 대하여 국내법을 적용하는 것이 국제법에 위반되는 것인지 문제된다. 영미법 국가의 판례를 통해 확립된 소위 국가면제이론은 최근 그 범위를 제한적으로 인정하는 추세이다. 즉, 외국의 주권적 행위에 한하여 관할권면제를 인정하고 있으며 특히 외국의 행위가 법정지국의 부동산의 사용 및 권리의 무에 관계된 것인 경우 주권면제를 인정하지 않고 있다. 주한미군의 기지사용과 토양오염행위는 일률적으로 주권적 행위라고 보기 보다는 일반 사인과 마찬가지로 부동산을 사용하고 오염을 유발한 행위에 해당한다고 보아 주권면제를 인정하지 않음이 마땅하다.

일국이 조약을 체결하여 외국에 대한 국내법의 적용을 면제<sup>3)</sup>해 주었다면 조약

상의 의무에 기해 국내법을 적용할 수 없게 되고 만약 국내법적용을 한다면 그것은 조약위반이 되고 위법한 법집행이 될 것이다. 미군기지의 반환을 합의한 2004년 연합토지관리계획협정과 용산기지이전협정에서는 반환기지에 한국의 토양환경법을 적용할 것인지 여부를 직접 다루지 아니하고 주둔군지위협정<sup>4)</sup>와 관련합의에 따르기로 한 바 있다. 주한미군은 SOFA에서 미군의 환경정화 책임을 인정하고 있지 않으므로 당연히 책임이 없다고 주장한다. 그러나 SOFA와 관련 합의 사항을 보면 반환기지에서의 환경책임에 관하여 명확히 논하고 있지 아니하며 기지 반환시 한미 양국의 협의에 의해 환경치유책임의 범위에 관하여 결정하도록 되어 있을 뿐이다.<sup>5)</sup>

한미SOFA에서 한국정부가 한국법의 적용을 면제해 준바 없고, 국제법상 주한미군이 야기한 기지내 환경오염행위에 주권면제가 인정되지 않는다면, 한국정부는 주한미군에 대하여 한국법을 적용하고 집행할 수 있다. 한국법의 내용상 지방

- 3) 이 문제를 살펴보기 위해 우선 국제법상 일국의 주권의 범위는 무엇이며 주권행사로써 국내에 주둔하는 외국군대에 대하여 국내법의 적용을 강제할 수 있는지 살펴보아야 한다. 대한민국은 주권행사로써 그 영토내에서 대한민국의 법을 누구에게든지 적용하고 집행할 수 있다. 그러나 동시에 이러한 권한을 스스로 포기할 수도 있다. 한국이 SOFA에 의거 또는 그 이후의 조약에 의거 한국법상의 토양오염정화책임을 미국에 대해 면제하였다면 토양환경보전법을 개정하여 토양환경보전법의 적용범위에서 미군기지를 제외시켰어야 했다. 이러한 규정이 존재하지 않는 한, 토양환경보전법과 이러한 면제를 약속한 조약 사이에 충돌의 문제가 발생한다. 이 경우 국내 헌법상 국가의 권한남용 또는 헌법위반의 문제가 야기될 수 있다. 국제조약에 의거 일국이 자국의 주권행사를 외국에 대하여 포기할 경우 성문조약을 통해 명백히 포기되어야 하는가 아니면 해석을 통해 또는 주권행사의 불선언이 반대해석으로 포기한 것으로 해석될 수 있는가? 접수국 국내법의 주둔군에의 적용의 문제는 우선 당사국이 맺은 조약(한미SOFA)에의 저촉여부를 살펴보아야 한다.
- 4) 대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정(1966)("SOFA"). 그러나 SOFA는 그 자체 구체적인 내용들로 구성된 완전한 문서라기보다는 대강을 정하고 구체적인 내용은 합의의사록 및 양해각서 등 부속문서를 통해 해석기준을 마련하고 있으며 필요한 경우 양국 정부 대표자들로 구성된 SOFA합동위원회의 합의를 통해 SOFA의 정신을 훼손하지 않는 범위내에서 구체적인 내용을 정하도록 하고 있다. 따라서 SOFA 조약원문이 아닌 부속 합의들도 SOFA의 중요한 부분을 구성하게 된다.
- 5) 이에 대하여는 즐고, "SOFA환경조항에 따른 미군반환기지 환경오염치유의 문제점", 「공법연구」 제34집 제1호, 371 (2005) 참조.

자치단체에게 그 집행권이 부여되어 있는 경우, 대한민국 정부가 아닌 지방자치단체가 외국정부인 주한미군에 대하여 직접 법집행을 하는 것이 국내법상 허용되는지 여부를 살펴보아야 한다. 토양환경보전법에 의하면 시·도지사 또는 시장·군수·구청장만이 법집행권을 가지고 있다. 환경부장관은 시·도지사 시장·군수·구청장 등에게 법집행권을 발동할 것을 요청할 권한만 가진다. 동 법률에는 시장·군수·구청장의 동권한이 미군기지에 미치지 않는다는 규정이 없다. 토양환경보전법상 집행권을 가진 시장·군수·구청장이 지방자치단체의 관할내의 주한미군기지에 대하여도 토양환경보전법을 적용하는 것은 동 법률에 반하지 않는다. 따라서 지방자치단체는 정화조치명령을 내릴 수 있다. 그러나 SOFA 제23조 제9항의 해석상 주한미군은 주한미군의 공무집행으로부터 발생한 문제에 있어서의 판결의 집행절차에 있어서는 민사재판권의 면제를 주장할 수도 있는 것으로 보여진다. 따라서 지방자치단체장은 대집행 등 강제집행을 행할 수는 없는 한계가 있다. 그리고 중앙정부는 지방자치단체장의 이러한 권한행사에 대하여 감독권을 발동하여 취소 또는 정지할 수 있다.

본 논문의 II에서는 외국정부에 대한 관할권으로서의 주권의 의미를 살펴보고 대한민국이 국제법상의 관할권면제이론에 비추어 주한미군에 대하여 관할권을 가지는지 살펴본다. III에서는 한국정부가 SOFA를 통하여 주한미군에 대하여 이러한 관할권의 포기를 인정하고 있는지 SOFA의 내용과 해석을 통해 살펴본다. IV에서는 지방자치단체의 토양환경보전법상의 권한을 살펴보고 주한미군에 대한 법집행의 한계를 살펴본다.

## II. 국가의 주권행사와 관할권

한 국가가 외국국가를 상대로 법률을 적용하고 재판을 통해 법집행을 할 수 있는가의 문제는 당해 국가의 판단과 결정에 의하는 것이다. 그러나 외국국가에 대한 일국의 법집행은 여러 가지 이유로 자제되어 왔고 세계 각국은 입법을 통해 이

리한 주권행사를 자제하는 입법을 마련한 바 있다. 우리나라의 헌법은 국제평화주의를 원칙으로 삼고 있으며 외국인에 대하여 상호주의에 입각한 보호를 하고 있다. 우리나라의 경우 외국국가에 대한 국내법의 적용여부에 관한 입법을 두고 있지 않다. 그러나 대법원은 국제적 관행을 좇아 외국에 대하여 제한적인 관할권 면제를 인정하는 판례를 내놓은 바 있다. 우리 정부가 주한미군에 대하여 집행관할권을 행사하는 것이 국제관습법 및 대법원판례의 취지에 어긋나는지 판단해 본다.

### 1. 주권의 의미와 국제법상 관할권

국내법상 주권은 “국내에서는 최고의 권력이고 국외에 대해서는 독립의 권력을 의미”한다고 한다.<sup>6)</sup> 그리고 주권은 “통치권 내지 현실적인 국가권력”으로 사용되기도 한다. 통치권이라 함은 “국가목적의 달성을 위하여 일반적으로 국민에게 명령하고 강제하는 것을 본질”로 한다.<sup>7)</sup> 통치권의 기저에는 명령하고 강제할 수 있는 사실상의 힘이 존재한다. 또한 주권은 “국가의 영토보전과 정치적 독립은 불가침이며, 각 국가는 자신의 정치적 사회적 경제적 그리고 문화적 체제를 자유롭게 선택하고 발전시켜 나갈 권리가 있다”는 것을 의미한다.<sup>8)</sup>

국내에서 통치권으로 이해되는 주권의 내용은 국제법상 각국의 관할권의 문제로 다루어지기도 한다. 국제법상 관할권(jurisdiction)이란 “한 국가가 사람, 물건, 사건 등에 대해 행사할 수 있는 권한의 총체, 또는 법규를 제정하고 집행하는 국제법상 국가의 권능”으로 개념된다.<sup>9)</sup> 국가의 주권행사의 여부는 주권국가의 국

6) 권영성, 「헌법학원론」 116, 2005.

7) 권영성, 상계서 116.

8) 김대순, 「국제법론」 제9판 232, 2003.

9) 석광현, 「국제재판관할에 관한 연구-민사 및 상사사건에서의 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로-」, 서울대학교출판부, 41 (2001). 또 다른 정의에 의하며 “국가의 영역 국민 재산 등과 관련된 모든 상황에 대하여 국가가 행사할 수 있는 권한”이라고 하거나 (김정건, 국제법 325, 2004) 또는 “주권의 한 측면으로서 법적 이해관계에 작용되는 국가의 권능을 말하며 즉 개별국가의 입법 사법 행정 권력이 타국의 간섭 없이 행사될 수 있는 권한”(김정균 성재호, 국제법 155-156, 2003), “한 국가가 어떠한 행위 또는 사태의 결과 등에 대하여 규제할 수 있는 권한”(이성덕, “사이버공간에 대한 국가관할권의 문제

내법의 문제이며 국제법에 의해 결정되는 것은 아니다.<sup>10)</sup> 즉, 어느 나라가 자국의 영역내에서 행해지는 행위에 대하여 자국법을 적용 집행할 수 있는가의 문제는 전적으로 자국정부의 결정에 달린 문제이다. 이와 같이 주권국가로서 국가의 영토내에서 통치권을 행사하는 것은 주권의 가장 중요한 내용 중 하나이다.

관할권(jurisdiction)은 통상 입법관할권(jurisdiction to prescribe), 집행관할권(jurisdiction to enforce), 재판관할권(jurisdiction to adjudicate)으로 분류하거나 입법관할권과 집행관할권으로 이분하기도 한다. 이분하는 견해에 의하면 집행관할권을 다시 행정관할권(executive jurisdiction)과 사법관할권(jurisdiction to adjudicate)으로 분류하기도 한다. 입법관할권이란 국가가 입법부의 입법행위, 행정부의 명령과 규칙, 재판소의 선례 등을 통해 법규범을 선언하는 힘을 말하며, 집행관할권은 제정된 법규를 ‘행정적 또는 사법적’ 행동을 통하

-입법관할권을 중심으로 한 국제법적 조망-, 「서울국제법연구」 6권 2호 219, 222-223, 1999) 이라고 정의한다.

10) "국제법은 관할권행사를 요구하는 규칙을 직접 정하고 있지 않으므로 관할권의 행사 여부는 각국의 국내법에 의해 규율된다. 국제법상 문제되는 것은 관할권의 개념이 아니라, 각국이 자율적으로 행사하는 관할권행사의 적합성에 관한 것이다." (김정균 성재호, 상계서 155-156) 국가관할권은 "국가주권의 핵심적 요소로 간주되어, 당해국의 입법, 행정 혹은 사법부의 작위로 규율되는 것이 통상적"이다. 국제법에서 관할권의 문제는 "(i) 특정한 문제에 대해 관할권을 주장하는 국가가 갖는 국가이익의 합당성과 (ii) 그 문제에 대하여 경쟁적 주장을 하는 타국가의 이익에 대한 상대적 평가를 중심으로 결정된다고 볼 수 있다. 이런 목적을 위하여 (a) 문제의 행위와 관할권을 주장하는 국가와의 관련성(예를 들어 문제의 행위가 어느 정도 혹은 규모로 당해국의 영토 내에서 발생하였는가, 또는 문제의 범법행위가 영토국에 미치는 영향의 중요성, 그러한 영향의 직접적 관련성 여부, 그리고 예측가능한 장래 영향) (b) 국적, 거주지, 경제적 활동 등 ... 문제의 행위자에 대해 관할권을 주장하는 국가간의 관계 (c) 규율대상이 되는 행위의 성질, 또 그러한 규율이 관할권을 주장하는 국가에게 어떠한 중요성을 갖는가의 문제, 또 그러한 관할권 행사에 대한 타국들의 관행 등 (d) 그러한 규율로 인하여 얻어지는 결과의 합당성과 이에 대한 합당한 이유의 존재 여부 (e) 그러한 규율이 국제정치, 사법, 경제제도에 미치는 중요성 (f) 같은 문제에 대하여 타국들이 갖는 관심의 정도나 규모 (g) 그 문제에 대한 규율이 초래할 수 있는 타국과의 충돌가능성 등을 고려하여 관할권 주장의 합당성이 결정된다." (김정건, 상계서 325) 이와는 약간 다른 견해에 의하면 "국가관할권은 국제법 및 국내법적인 문제를 모두 내포하고 있다. 국제법은 국가관할권이 행사될 수 있는 한계를 결정하여 주는 반면에 국내법은 국가가 관할권을 주장하는 방법 및 정도에 대하여 대답한다." (이성덕, 상계 논문 222-223)

여 실제 사건에 적용하는 힘을 말한다. 국가관할권의 소재를 정당화하는 이론에는 여러 가지가 있지만 속지주의는 가장 기본이 되는 원리로서, 모든 국가는 자국 영토내의 모든 사람과 물건에 대하여 일반적 추상적 규율을 만들고(입법관할권) 자신이 제정한 법규를 자국 영토내에서 집행(집행관할권)할 수 있다.<sup>11)</sup> 집행을 동반하지 않는 입법은 무의미하기 때문에 입법관할권은 집행관할권에 의존한다.

속지주의에 기한 국가관할권을 가진 경우에도 일국은 국가관할권행사의 일부를 자제할 수 있다.<sup>12)</sup> 주권을 가진 국가는 자신의 주권제한에 동의하거나 주권의 포기에 동의할 권한이 있으며 국가의 주권제한이 이처럼 당해 국가의 자유의사에 기초하고 있는 한 이것은 정당한 주권행사이다.<sup>13)</sup> 이와 더불어 국제법은 일정한 경우 일국의 관할권행사를 제한하는 국제법원리를 다자조약 또는 국제관습법의 형태로 발전시켜왔다. 예를 들면, 외국국가, 외교관, 영사 등에 대한 재판관할권의 면제(immunity)를 인정하는 경우이다. 재판관할권의 면제는 입법관할권의 면제까지 포함하는 것은 아니다. 재판관할권이 면제되더라도 그 대상자인 외국, 외교관, 영사 등은 영토국의 국내법을 준수할 법적 의무가 있다.<sup>14)</sup>

11) 김정건, 상계서 326-327. 미연방대법원은 1812년 *The Schooner Exchange v. McFaddon* 사건에서 “자국의 영토내에서 한 국가의 관할권은 필연적으로 배타적이고 또 절대적이다. ... (그러므로) 관할권에 대한 모든 외적 요인에 근거한 제한은 묵시적으로, 그 제한된 범위 내에서 그 국가의 주권의 감소를 의미한다.”고 판시한 바 있다. 김정건교수는 동 판결을 영토고권에 기인한 국가관할권을 인정할 것으로 파악한다.

12) 김대순, 상계서, 290-91.

13) 김대순, 상계서, 232.

14) 김대순, 상계서 307. “이들[외교관]이 영토국의 입법관할권 그 자체로부터 면제되는 것은 아니라는 점이다. 영토국의 법령은 그들에게도 당연히 구속력이 있으며, 요컨대 그들은 보통의 외국인들과 마찬가지로 영토국의 국내법을 준수할 국제법 국내법상의 의무를 부담하고 있다.(1961년 비엔나 외교관계협약 41조 1항 참조) 그들에 대해서는 단지 집행관할권(특히 재판관할권)의 측면에 있어서 속지주의가 배제될 따름이다. 요컨대, 그들은 영토국의 민법 형법으로부터 면제되는 것이 아니라 민사소송법 형사소송법의 발동 내지 재판권의 행사로부터 면제되는데 불과하다.” 동지, 최태현, 외국과 사인간의 분쟁에 대한 국내법원의 관할권에 관한 연구-국가면제의 제한을 중심으로-, 14 (서울대학교 박사학위논문 1991) (이하 박사학위논문). “국가면제는 영역국의 법질서로부터의 면제에 해당되지는 않는다. 면제는 절차법, 즉 법적 절차 내지는 소송으로부터의 면제로서, 실체법이나 기본적인 국내 법규정으로부터의 면제는 아니다.”

## 2. 국가면제이론

### (1) 의의 및 이론적 근거

세계 각국의 관례 및 국내법은 국제법의 주체로서 국가가 다른 국가의 관할권행사로 부터 일정한 면제 대상이 되는 것을 인정하고 있으며 이를 “국가면제(State Immunity) 혹은 주권면제(Sovereign Immunity)라고 한다. 국가면제란 국가 또는 국가의 재산이 타국재판소의 관할권으로부터 면제됨을 의미한다. 동이론은 영국에서 ”왕은 자신의 법원에서 제소되지 않는다“는 법언에 나타난 것과 같이 국내주권자의 면제에서 출발하였고 외국의 주권자도 영국의 왕과 동등하게 주권적이고 독립적이라는 인식아래 외국주권자에 대한 관할권행사를 영국법원이 거부하면서 자리잡게 되었다.<sup>15)</sup>

동이론은 영미법 국가에서 재판관할권의 면제를 인정한 데서 출발하였다. 동이론이 법원의 재판절차가 아닌 즉, 일국의 행정권에 의한 집행관할권에도 적용될 것인가에 대해서는 명확하지 않다. 국가관할권을 입법관할권과 집행관할권으로 이분하는 견해에 의하면 통상 집행을 위해 행정권의 발동과 법원의 재판이 협력적으로 이루어지므로 이들을 통칭하여 집행관할권의 문제로 보며 관할권면제는 이와 같은 재판관할권을 포함하는 집행관할권의 면제로 보는 논리적 귀결에 이르게 된다.<sup>16)</sup> 어떤 외국이 관할권면제를 향유한다는 것은 “법정지국은 외국주권국가에 대하여 아무런 권력 내지 관할권을 가지거나 행사할 수 없다”는 것을 의미한다고 보는 견해가 바로 그것이다.

그러나 일반적인 견해는 국가면제에 있어서의 관할권면제(jurisdictional immunity)란 “재판과 관련된” 또는 “사법절차와 관련된“ 사법 행정권의 모든 측면에서의 면제를 의미하는 것으로 보고 있다.<sup>17)</sup> 오늘날 행정권의 역할이 강화되고 독자적인 법집행권이 널리 보장되고 있는 만큼 사법부에 의한 법집행과 행정권에 의한 법집행

15) 최태현, 박사학위논문 24.

16) S. Sucharitkul, "Immunities of Foreign States Before National Authorities", 149 Recueil des Courts 87 (1976-1), p.95. (최태현, 박사학위 논문, 14.에서 재인용)

17) 최태현, 박사학위논문, 16; 김대순, 상계서 324.

을 나누어 분류할 의미가 충분히 있다. 특히 영미법국가와 달리 대륙법계 국가의 경우 행정권에게 행정처분을 내리고 법원의 판결없이도 일정한 요건하에 강제집행 및 대집행을 할 수 있도록 하고 있는 만큼 재판관할권과 별개의 것으로서 집행관할권의 문제를 다룰 필요가 있다. 그러나 외국의 주권면제이론이 영미를 중심으로 발전한 탓에 재판관할권과 별개의 것으로서 행정부에 의한 집행관할권의 문제는 많이 논의되고 있지 않다.

국가면제를 인정하는 이론적 근거로는 다음과 같은 논거들이 제시되었다.<sup>18)</sup> 첫째, 주권평등원칙상 국가들은 모두 독립 평등한 결과 일국이 타국의 동의없이 그에 대해 국내재판권을 행사하면 그것은 후자의 주권평등을 해치는 것이 된다고 본다. 둘째, 상호주의 관점에서 외국의 명예와 권위를 인정해 줌으로써 국가간 우호관계를 계속 유지할 수 있다.(국제예양) 셋째, 국가는 국가적 임무를 수행하므로 외교사절보다 더한 면제를 향유할 필요가 있다. 넷째, 대등한 관계에 있는 외국정부를 상대로 승소판결을 얻어내더라도 판결을 집행하기가 실제로 곤란하다. 다섯째, “왕은 자신의 법원에서 제소되지 않는다” 또는 “왕은 악을 행할 수 없다”는 군주국가의 헌법규칙을 외국의 군주에게로 연장함으로써 군주간의 우호를 도모할 수 있다.

## (2) 제한적면제이론

외국의 행위에 대하여 법원은 원칙적으로 재판관할권 면제를 부여해야 한다는 의미의 절대적 면제이론은 19세기말까지 당연시 되었으나, 국가의 활동중 상거래적 활동이 증가되면서 국가의 비주권적 행위에 대해서까지 국가면제를 인정하는 것은 정당화될 수 없다는 주장이 받아들여지게 되었고 유럽대륙국가의 판례에서부터 국가의 일정한 행위에 대하여는 국가면제를 인정하지 않게 되었다. 20세기에 이르러 이러한 경향에 미국과 영국도 이에 가세하게 되었다. 미국의 경우 1952년 미국무성장관에게 보낸 법무고문 Jack Tate의 서한("Tate Letter"라고 불림)에

18) 김대순 상계서, 327; 최태현, 박사학위논문, 25.

서 Tate는 다른 대륙법 국가들의 제한적 면제설의 경향을 지적하고 국가의 사적 활동들 예를 들면 부동산관련 사건들 그리고 외국이 수익자가 되는 유증의 경우의 경우 국가면제를 인정할 필요가 없다고 주장하였고 미국관례 및 법률제정에 중요한 영향을 미치게 되었다. 유럽심의회는 1972년 “국가면제와 추가의정서에 관한 유럽협약”(the European Convention on State Immunity and Additional Protocol 1972)을 채택하였는데, 이 협약은 체결국간에 타방 법원에서 면제되지 않는 경우를 특정하고 있다. 즉 이 협약은 면제되지 않는 경우로서 “한 체결국이 마치 개인의 경우와 마찬가지로 타체약국의 영역 내에 있는 자국의 (여러 형태) 기관을 통하여 전개하는 공업·통상 혹은 재정적 활동과 관련되거나 혹은 그러한 활동과 관련된 소송”을 포함시키고 있다. 그리고 개별 국가의 경우도 동원칙을 입법화하고 있는데 미국의 1976년 “외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act)”(1988년 개정), 영국의 1978 “국가면제법(State Immunity Act of 1978)” 등이 그 예이다. 이 외에도 다수의 영미법계 국가가 이에 관한 국내법을 제정하여 외국에 대한 제한적인 재판관할권면제를 인정하고 있고 UN산하 국제법위원회(International Law Commission: 이하 ILC라 함)에서도 동원칙을 채택하여 법진화를 시도하고 있다.<sup>19)</sup> 그러나 이와 같은 제한적면제이론이 이미 국제관습법화 된 것인지에 관해서는 이론이 있다.<sup>20)</sup>

국가면제를 인정받으려면 일단 국가기관에 의한 행위임을 증명하여야 하며 그 행위가 권력적 혹은 공적인 것이어야 한다. 국가기관에 의한 행위라 하더라도 사적인 것이거나 상업적인 행위인 경우 국가면제를 인정하지 않는다는 것이 다수 국가들의 태도라고 하겠다.<sup>21)</sup> 국가면제가 인정되는 경우를 나누는 동 기준을 주

19) 이에 대하여는 최태현, “국가면제 제한의 새로운 발전”, 『서울국제법연구』 6권2호 447, 448, 1999; 김대순, 상계서 323-324 참조.

20) 제한적 주권면제이론이 국제관습법화 되었다고 보는 견해로는 석광현, “외국국가에 대한 민사재판권의 행사와 주권면제”, 『법조』 통권 531호 301, 2000, 단순히 일반적 관행이라고 보는 견해로는 김대순, 상계서 343, 어느 정도 법적 확신을 얻어가고 있다고 할 수 있으나, 그 제한의 정도가 어느 단계에 이르렀는지 일률적으로 말할 수 있을 만큼 명확하지 않으므로, 현재로서는 충분한 일반적인 법적 확신이 존재한다고 보기 어렵다는 견해로는 최태현, 박사학위논문 75 참조.

권적 행위와 사법적 행위로 나누어 보는 것은 대륙법상 이분법적인 사고의 영향이다. 그리고 국가의 주권적 행위와 사법적 행위를 구분하는 이론으로서의 목적 기준설과 성격기준설로 크게 준별할 수 있다. 상업적인 행위인지 여부를 판단하는 요소로는 국가기관이 행하는 행위의 목적 보다는 행위의 성격을 기준으로 판단해야 한다는 견해가 보다 많은 지지를 받고 있다.<sup>22)</sup>

21) 영국의 국가면제법에 의하면, 외국국가기관이 영국의 관할권으로부터 면제를 향유하는 경우는 (i) 당해 소송이 주권적 권한 행사와 관련된 경우와 (ii) 같은 상황하에서 만약에 국가자신이 직접 문체의 행위를 하였다면 면제되는 두 경우로 한정시키고 있다. 반대로 동법은 비면제의 경우로 다음을 포함한다고 명시하고 있다. “1) 국가에 의한 상업적 거래나 혹은 채무거래로서 그 거래의 일부 혹은 전부가 영국 내에서 이행되기로 된 경우. 여기서 상업적 거래라고 하는 것은 다음의 경우를 포함한다. 가. 물품이나 서비스의 공급을 내용으로 하는 모든 계약 나. 모든 채무 혹은 기타 재무적 의무관계 및 이에 대한 변상이나 보장에 관한 사항 다. 주권적 권한행사의 일환이 아닌 모든 거래나 활동 2) 면제를 포기한 경우; 3) 사망이나 신체적 손상과 관련되었거나 혹은 유형재산에 대한 손상이나 손실에 관한 소송으로서 그러한 결과가 영국 내에서 일어난 작위나 부작위로 인하여 발생한 경우; 4) 영국 내에 있는 부동산의 사용이나 소유 혹은 이에 관련된 국가의 이익과 관련된 소송; 5) 영국에 등록되거나 영국의 보호를 받거나, 그 국가에 귀속되는 특허나 의장과 관련된 소송 혹은 영국 내에서 국가가 특허 상표 의자 혹은 저작원의 침해사유에 의해 피의자로 지정된 소송 혹은 영국내에서 상호나 영업명의의 사용권과 관련된 소송; 6) 법인체나 비법인체의 회원 혹은 영국에서 영국의 회사법에 의하여 설립되었거나 혹은 영국을 주 상업거장소로 하는 조합으로서 그 조합의 회원이 국가가 아닌 소송; 7) 국가가 분쟁이 발생할 경우 이를 중재재판에 회부하기로 서면으로 합의한 경우.” 등을 들고 있다. 미국의 경우, 역사적으로 ‘상업적 활동’을 제외한 모든 활동에 대하여는 국가면제가 인정된다는 입장이었는데, ‘외국주권면제법’(The Foreign Sovereign Immunities Act)의 제정 이후, 국가의 공법적, 즉 통치적 행위가 아닌 모든 행위는 면제대상이 되지 않는다는 입장으로 바뀌고 있다. 그리고 이에 대한 입증의무도 당사국에게 있다는 입장이다. “외국주권면제법” 제1603조(d)에 의하면 ‘상업적 활동’을 ‘통상적인 상업적 행동이나 특정한 상업적 거래나 행위’라고 정의하고, ‘특정한 활동의 상업성 여부는 당해 행위의 목적 보다는 그 행위의 과정이나 특정한 거래나 행위의 성격을 중심으로 결정되어야 한다’고 규정하고 있다. 즉 미국은 면제의 대상이 되는 행위를 그 행위의 공공정책과의 관련성보다 그 행위자체의 성격을 중심으로 결정한다는 것이다. 제1605조에서 일반적으로 국가면제의 예외가 인정되는 경우를 열거하고 있는데, 1) 외국이 명시적으로 또는 묵시적으로 면제를 포기한 경우; 2) 외국에 의한 상업적 행위에 대하여 소송이 제기된 경우; 3) 외국의 상업적 활동과 관련하여 국제법에 위반하여 수용된 재산권이 쟁점이 된 사건에서 해당재산 및 그에 교환된 대체 재산이 미국에 존재하는 경우; 4) 미국내의 부동산의 상속, 증여, 또는 권리에 기해 획득된 재산권이 쟁점인 사건의 경우; 등 기타의 경우이다.

그 밖에 각국의 법률은 영토국의 부동산 관련 행위에 대해서는 국가면제를 인정하지 않고 있다. 영국의 국가면제법에 의하면 “영국 내에 있는 부동산의 사용이나 소유 혹은 이에 관련된 국가의 이익과 관련된 소송”의 경우 면제의 대상이 되지 않는다고 명시하고 있다. 미국의 외국주권면제법 제1605조에 의하면 “미국내의 부동산의 상속, 증여, 또는 권리에 기해 획득된 재산권이 쟁점인 사건의 경우” 외국의 주권면제가 인정되지 않는다고 명시하고 있다. ILC초안 제13조(a)도 법정지국의 부동산 관련 소송에 대해서는 면제를 부인하고 있다.<sup>23)</sup> 일본 동경지방 재판소는 “부동산은 특별히 그 소재지국 영토주권의 객체”라는 사실을 들어 그에 관련한 소송은 그 소재지국 재판소의 배타적 관할 하에 놓이지 않을 수 없다며 국가면제 주장을 배척한 바 있다.<sup>24)</sup>

### (3) 국내 판례 경향

우리나라는 현재 국가면제에 관한 국내입법이 존재하지 않으나 판례는 국가면제이론을 받아들이고 있다. 대법원은 일찍이 절대적 국가면제이론을 좇아 “본래 국가는 국제관계상 외국의 재판권에 복종하지 않게 되어 있으므로 특히 조약에 의하여 예외로 된 경우나 스스로 외교상의 특권을 포기하는 경우를 제외하고는 외국국가를 피고로 하여 우리나라가 재판권을 행사할 수는 없는 것이라 할 것이다”라고 하였다.<sup>25)</sup> 동 판례에 대해서는 제한적 국가면제이론이 일반적인 국가관

22) 석광현, 상계논문 304; 최태현, 상계논문, 468 (1999).

23) ILC초안 제13조. “관련 국가간에 달리 합의하지 않는 한, 국가는 다음 사항의 결정에 관련한 소송에서 권한있는 타국재판소 관할권으로부터의 면제를 원용할 수 없다. (a) 법정지국가에 소재하는 부동산(immovable property)에 대한 권리 이익 점유 사용 또는 의무, (b) 상속, 증여 또는 무주물(bona vacantia)에 의하여 파생되는 동산 또는 부동산에 대한 권리 또는 이익, 또는 (c) 신탁재산, 파산자의 재산, 또는 해산하는 회사의 재산 등과 같은 재산운영에 대한 권리 또는 이익“

24) Limbin Hteik Tin Lat v. Union of Burma, Japan, District Court of Tokyo (1954) (김대순, 상계서 336에서 재인용)

25) 대법원 1975.5.23. 자 74마281 결정. 동사건에서 항고인은 일본 동경에 거주하며 공유수면점용허가를 얻어 관광선 영업을 하던 중 동경도 당국은 공유수면을 매립하여 고속도로를 개설하려는 목적에서 아무런 보상도 지불하지 아니하고 항고인의 건물을 철거하였

행으로 나타나고 있는 세계추세에 역행하는 판결이라는 비판이 있었다.<sup>26)</sup>

1998년 대법원은 마침내 종전의 입장을 바꾸어 제한적 면제이론에 입각한 판결을 내놓게 되었다. 대법원은 주한미군에 고용되었던 자가 해고를 당한 후 미국을 상대로 해고의 무효 및 임금지급을 구하는 소송을 한국의 민사법원에 제기한 사건에서 다음과 같이 판시하였다. “국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 따라서 우리 나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리 나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 할 것이다. 이와 견해를 달리한 대법원 1975. 5. 23.자 74마281 결정은 이를 변경하기로 한다.”<sup>27)</sup>

당해 사건에서 대법원은 종전의 절대적 국가면제이론에 입각하여 원고의 청구를 각하한 원심법원의 판결을 파기하고 “원고가 근무한 미합중국 산하 기관인 ‘육군 및 공군 교역처’의 임무 및 활동 내용, 원고의 지위 및 담당업무의 내용, 미합중국의 주권적 활동과 원고의 업무의 관련성 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 이 사건 고용계약 및 해고행위의 법적 성질 및 주권적 활동과의 관련성 등을 살펴 본 다음에 이를 바탕으로 이 사건 고용계약 및 해고행위에 대하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있는지 여부를 판단하였어야 할 것이다”고 환송

다. 이에 항고인은 한국으로 돌아와 일본대사관 및 기타 재산권에 대하여 강제집행할 적법 규정의 확인을 구하기 위하여 소송을 제기하게 되었다. 대법원은 “제항고인이 원고로서 이 사건 제1심 법원에 제기한 법률적용확인 청구사건의 소장에 기재된 피고의 표시를 주한 일본국대사 개인이 아닌 일본국을 피고로 하여 제기한 소로 보고, 일본국과의 사이에는 위 국제관례상의 예외를 인정할 조약이 없을 뿐만 아니라 기록상 일본국이 스스로 외교상의 특권을 포기하고 있는 것으로 볼 만한 근거가 없어 본건은 소장을 송달할 수 없는 경우에 해당한다 하여 이 사건 제1심재판장이 명령으로 소장을 각하한 조치를 옳은 것이라 하여 제항고인의 항고를 배척한 원결정은 정당”하다고 판시하였다.

26) 최태현, 박사학위논문, 197.

27) 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결.

하였다.

대법원은 주권면제이론에 입각하여 외국정부의 국내법원에서의 관할권면제를 기본적으로 긍정하면서, 외국의 주권적 활동에 대하여는 이러한 관할권면제를 허용하겠지만 외국의 사법적 행위에 대하여는 재판권을 행사하겠다는 점을 분명히 하였다. 그러나 어떠한 행위가 주권적 활동에 해당하는지 사법적 행위에 해당하는지 여부는 개별적으로 제방 사정을 종합적으로 고려하여 판단하겠다는 입장을 밝히고 있다.<sup>28)</sup>

### 3. 강제집행으로부터의 면제

외국국가기관이 일국의 재판관할권으로부터 면제를 받는다는 것은 강제집행으로부터도 면제를 받는다는 것을 의미한다. 그러나 반대로 일국이 외국국가기관에 대하여 재판관할권을 행사한다고 하는 것이 곧 강제집행권 행사를 포함하는 것은 아니다. 즉, 외국에 대하여 강제집행을 하려면 외국의 재판관할권면제가 부인되어 원고가 승소를 해야하고 이후 강제집행을 할 수 있는지 여부가 다시 논의되어야 한다.

일반적으로 국내법에서는 법원이 재판권을 행사한다고 함은 재판절차를 진행하는 것뿐만 아니라 재판의 결과 판결을 집행하는 것도 법원의 권한에 속하는 것으로 본다. 그러나 외국에 대한 재판권행사의 문제에 있어서는 재판권행사 자체와는 별개로 외국기관 또는 외국재산에 대한 강제집행의 경우 외국의 주권을 침해하고 외국과의 외교적 마찰을 직접 초래할 가능성이 크므로 외국의 자발적인 판결복종과는 별개로 강제집행을 할 수 있는가의 문제는 재판관할권의 존재문제와 별개로 신중한 고려가 필요한 것으로 인정되어 왔다.<sup>29)</sup>

그러나 외국에 대하여 강제집행을 전면적으로 부인하는 것은 외국을 상대로 소송을 제기하는 사인의 입장에서는 소송을 제기하더라도 외국이 자발적으로 판결에 복종하지 않는 한 외국의 재산에 대하여 강제집행을 허용하지 않는다면 권리

28) 국내입법의 필요성을 강조한 논문으로는 석광현, 상계논문 301.

29) 김정건, 369-370.

구제를 받을 수 없고 재판절차에 불필요한 낭비를 한 셈이 되므로 사인의 구제에 소홀하게 된다. 이러한 문제를 고려하여 각국은 외국의 특별한 재산을 제외하고 강제집행의 면제를 제한하려는 입장을 취하고 있다. 즉 법정지국의 법원은 외국 의 통치적 행위와 관련되어 사용되는 재산에 대하여는 여전히 강제집행의 대상에서 제외하고 있다. 반면, 상업적 비권력적이거나 혹은 이 같은 목적을 위하여 사용되는 것은 압류 또는 강제집행으로부터 당연히 면제되는 것은 아니나, 이러한 용도의 재산이라 하더라도 그에 대한 압류 강제집행에 대해서는 좀 더 엄격한 기준을 정해놓고 있다.

미국의 경우, 외국의 미국내 존재하는 외국의 자산은 압류와 강제집행으로부터 면제된다는 것이 원칙<sup>30)</sup>이며, 단 예외적으로 미국내에 상업적 활동을 위해 사용되는 외국의 자산이나, 외국정부의 기관 또는 대리인이 상업적 활동을 위해 미국에서 보유하고 있는 자산의 경우 강제집행이나 강제집행을 위한 압류에서 면제되지 아니한다.<sup>31)</sup> 또한 국제기구면책법(International Organizations Immunities Act)상 각종 면책 및 면제의 보호를 받는 기구로 대통령이 지정한 기관의 재산의 경우 압류의 대상이 되지 아니하며 기금의 사용을 방해하는 사법절차의 대상이 되지 아니한다고 규정하고 있다.<sup>32)</sup>

ILC 초안에서는 외국재산에 대한 강제집행의 요건을 보다 엄격하게 규율하고 있다. ILC 초안 제18조는 국가재산에 대한 압류 및 강제집행과 같은 강제조치들은, 다음의 경우와 그 범위를 제외하고는, 타국재판소에서의 소송과 관련하여 취해질 수 없다. 그 국가가 국제협정에 의하여, 중재합의나 서면계약을 통하여, 또는 당사자간에 분쟁이 발생한 후 재판정에서의 선언 또는 서면통고에 의하여 적시된 그같은 조치의 채택에 명시적으로 동의한 경우, 그 국가가 소송의 객체인 청구의 만족을 위하여 재산을 할당 또는 귀표해 둔 경우, 또는 그 재산이 특별히 그 국가에 의하여 권력적 비상업적 목적 이외의 목적을 위하여 사용되고 있거나 사

30) FSIA s.1609.

31) FSIA s. 1610.

32) FSIA s.1611.

용될 의도로 있으며, 그리고 법정지국가의 영토 내에 있으며, 또한 소송의 객체인 청구와 관련이 있거나 소송의 대상이 된 (그 국가의) 대리인 또는 종속기관과 관련이 있는 경우이다. 그리고 재판관할권 행사에 대한 동의는 위 강제조치의 채택에 대한 동의를 포함하지 않으며, 따라서 후자를 위해서는 별도의 동의가 필요하다.

ILC초안 제19조 제1항은 제18조 1항(c)에서 말하는 ‘권력적 비상업적 목적 이외의 목적을 위하여 사용되고 있거나 사용될 재산’으로 간주되어서는 안 되는 경우를 열거하고 있는데, (a) 외국의 외교사절단 영사관 특별사절단 국제기구과 견사절단 국제기구기관 또는 국제회의 파견대표의 목적을 위하여 사용되고 있거나 사용될 예정인 (은행구좌를 포함한) 재산, (b) 그 성격이 군사적이거나 또는 군사적 목적으로 사용되고 있거나 사용될 예정인 재산, (c) 외국의 중앙은행 또는 기타 그 국가의 화폐당국의 재산, (d) 외국의 문화재 또는 공문서의 일부를 형성하는 것으로서 판매를 위하여 내놓았거나 내놓을 예정이 아닌 재산, (e) 과학적 문화적 또는 역사적 이해관계가 있는 물품전시회의 일부를 형성하는 것으로서, 판매를 위하여 내놓았거나 내놓을 예정이 아닌 재산 등이다.

#### 4. 소결

자국의 영토내에서 법을 만들고 적용·집행할 것인가의 문제는 전적으로 자국의 의지의 문제이다. 영토고권에 입각하여 자국내에서 외국 또는 외국인의 행위에 대하여 자국법을 적용하는 것은 정당하다.<sup>33)</sup> 그러나 사전에 조약을 통해 외국 또는 외국인에 대하여 국가관할권을 적용하지 않기로 약속하였거나 국제관습법상 영토국 관할권이 미치지 않는 것으로 널리 인정되고 받아들여지는 규범이 있다면 관할권행사는 조약 또는 국제관습법에 위반한 위법한 관할권행사에 해당하게 된다.

영미법계 국가들을 중심으로 널리 인정되어 온 국가면제이론은 제한적면제이론으로 변경된 채 국제관습법화 되어 널리 인정되고 있다. 국가면제의 내용은 재판관할권으로부의 면제가 그 핵심내용이라고 할 것인바, 재판을 수반하지 않는 행정

33) Bastone, Respect for the Law of the Receiving State, The Handbook of Visiting Forces 63 (2001).

권에 의한 집행권으로부터의 면제도 포함하는지 여부는 명확하지 않다. 국가면제 이론은 일반적으로 사인이 외국을 상대로 자국의 법원에 소송을 제기할 경우에 흔히 법정지국 법원에 의해 관할권면제를 이유로 한 각하판결을 내리는데 사용된 이론인 만큼, 재판관할권만의 면제를 인정하는 것이 마땅할 것이다. 우리나라 정부가 미국을 상대로 토양환경보전법을 적용·집행할 수 있을 것인가의 문제는 재판관할권의 문제라기보다는 행정부의 집행관할권의 문제이다.

그러나 국가면제이론이 배경으로 하고 있는 주권의 독립 및 평등의 원칙에 비추어 보면 일국은 국제법상 대등한 지위를 가지는 타국의 재판에 복종하지 않는다는 것이므로 일국의 재판권으로부터 자유로울 권리는 당연히 행정권에 의한 일방적 법집행으로부터의 자유도 포함하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 이미 언급한 바와 같이 영미국가의 경우 행정부에 의한 법집행도 사법절차를 통해 이루어지는 경우가 일반적이므로 행정부와 사법부에 의한 집행관할권을 포괄하는 의미로서 법원에 의한 재판관할권이 논의되어 왔다.

주한미군의 군기지 운용으로 인하여 야기된 기지내 환경오염은 주권적 행위로서 국가면제의 대상이 되는가? 주권면제가 인정되기 위해서는 국가의 행위가 주권적 행위에 해당해야 하는데 주권적 행위인지 여부를 판단함에 있어서는 행위의 목적과 행위의 성질을 고려하여 판단하여야 한다고 보고 있다. 그리고 여기서 판단의 대상이 되는 것은 소송원인이 된 활동이다. 주한미군의 환경책임의 원인은 미군의 기지사용 활동이다. 이러한 기지사용행위는 비록 그 목적은 한반도 지역 안보의 목적에서 행하는 군사기지의 운용과 유지라는 점에서는 주권적 행위라고 볼 수 있으나 토양오염을 유발하는 토지의 사용이라는 행위의 성질에 비추어 보면 일반 사인의 활동과 다르지 않다. 사격훈련이나 군기동훈련과 같은 군사작전의 수행중 야기된 토양오염행위는 그 성질에 있어서도 주권적·공권적 행위라고 할 수 있다. 그러나 기지의 운영과 관련하여 지하유류저장탱크의 설치 및 유지행위나 또는 폐기물의 관리와 처리 같은 행위들은 국가의 특징적인 주권적 활동이라기 보다는 누구든지 일반적으로 행하는 성질의 활동이라고 볼 수 있다. 주한미군의 공여지사용 관련 활동 중 오염의 원인이 된 활동의 종류에 따라 주권적 행위

이나 사법적 행위이나를 나누어 볼 수 있을 것이다.

그러나 미국법이나 영국법 그리고 국제법위원회의 초안에 의하면 법정지 국가에 소재하는 부동산(immovable property)에 대한 권리·이익·점유·사용 또는 의무 등에 관한 소송은 국가면제의 대상이 되지 않는다고 명시하고 있으며 세계 각국은 자국의 부동산과 관련한 분쟁의 경우 자국법의 영토고권을 더욱 강력히 행사하는 바이다. 우리나라 판례는 이러한 예외에 관하여 언급하고 있지 않다. 외국 및 국제관습법의 내용 및 취지를 반영한다면 주한미군이 한국정부가 공여한 미군기지를 사용하고 오염시킨 행위는 부동산의 사용상의 의무를 위반한 행위에 해당하고 우리나라의 영토주권이 강하게 작용하는 행위라고 볼 것이므로 주권면제를 인정하지 아니하는 것이 바람직하다.

그러하다면 국가면제의 범리를 당해 사안에 적용한다고 하더라도 대한민국은 주한미군기지 내에서 발생한 토양오염문제와 관련하여 당해 토양오염이 미군의 일상적인 토지의 사용으로 유발된 오염인 경우 미국의 주권면제 주장을 배척하고 한국법을 적용·집행할 수 있다고 볼 수 있다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 SOFA 제23조 제9항에서 한국정부는 주한미군의 구성원이 공무집행 중 발생한 문제에 있어서 그들에 대하여 행하여진 판결의 집행절차에 관한 경우 대한민국 법원의 재판권으로부터 면제를 주장할 수 있도록 하고 있다. 그러므로 재판에 따른 강제집행을 구할 수는 없다.

### III. 미군기지이전협정 및 SOFA에 기한 입법 및 집행관할권 포기여부

#### 1. 입법관할권 포기 여부

대한민국이 미국에 대하여 대한민국의 법준수 의무, 미국의 토양오염으로 인한 배상책임 또는 정화책임을 면제해 주었는지 여부가 문제된다. 조약상 대한민국 정부가 미군에 대하여 이미 환경책임을 모두 면제해주었다면 조약이 우선 적용되

어 한국법의 미군적용문제를 논의할 필요조차 없게 되기 때문이다. 조약의 내용과 후행 국내 법률의 우선여부의 문제나 조약의 위헌성여부는 별론으로 다룬 문제이다.<sup>34)</sup> 국제법상의 의무를 부담하는 국가는 자국법과 저촉된다는 이유나 자국법의 부재를 이유로 국제법상의 의무를 부인할 수 없다.<sup>35)</sup> 만일 SOFA에 미군의 권리가 명확히 인정되어 있는데 한국정부가 국내법을 이유로 미군의 권리를 제한한다면 이는 국제법위반에 해당할 수 있다. 한국정부는 조약상 부여된 미군의 권리를 보호해야 하고 이러한 미군의 권리와 저촉되는 국내법을 개정해야 할 의무가 있다. 2004년 기지이전협정에서는 한미양측이 SOFA 및 관련합의에 부합하게 반환기지의 환경오염을 치유한 후 반환하기로 합의하였다. 2003년 한미 SOFA 합동위원회가 합의한 “미군 반환/공여지 환경조사와 오염치유 협의를 위한 절차합의서”(“환경오염치유절차합의서”)에 의하면 반환기지에 대하여 공동으로 환경오염조사를 실시하고 환경오염의 치유수준, 방법, 사후관리방안 등에 대하여 협의하고 협의사항을 적절히 고려하여 반환되는 시설과 부지에 대하여는 미측의 비용으로 ‘SOFA와 관련합의서’에 부합하게 미측이 치유조치를 계획하여 실시하기로 합의하였다.

논란이 되고 있는 SOFA와 관련합의서의 조항들은 첫째, 기지반환시 미군의 원상회복의무를 면제하고 있는 SOFA 제4조, 둘째, 2001년 한미양국이 채택한 환경양해각서에서 채택한 “미국은 주한미군에 의하여 야기되는 인간건강에 대한 공지의 급박하고 실질적인 위험(known, imminent and substantial endangerment,

34) SOFA규정의 해석상 미군의 환경책임이 면제된 것이 아니라면, 협상을 통해 한국정부가 미국에 대하여 환경책임을 면제해 줄 수 있는지, 미군측의 정화책임을 면제해 준다면 정화에 소요되는 막대한 비용은 한국정부가 떠맡게 되는데 그러한 부담을 떠맡는 결정을 법적 근거 없이 정부 관료가 내릴 수 있는지 등의 문제를 남겨 두고 있다.

35) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 34-35 (6th Ed. 2003). 조약상 의무의 성격이나 국제관습법에 비추어 볼 때 국가는 국제법상의 의무에 부합하도록 국내법을 개정할 의무가 있다. 그러나 국내법을 그와 같이 바꾸지 않은 것 그 자체가 국제법 위반은 아니다. 해당국이 구체적인 상황에서 국제법상의 의무를 준수하는 것에 실패하게 될 때 비로소 해당국은 국제법을 위반하게 된다. 때로는 구체적인 국내입법이 그 자체로 국제법 위반에 해당하는 경우도 있다. 그러한 경우 그러한 위법의 확인을 구하는 국제재판에 회부될 수 있다.

KISE)을 초래하는 오염의 치유를 신속하게 수행한다는 정책을 확인한다”는 규정, 셋째, “주한미군이 한국법을 존중한다”는 규정들이다.

(1) 한미 SOFA 제4조

SOFA 제4조는 “1. 합중국 정부는 본 협정의 종료 시나 그 이전에 대한민국 정부에 시설과 구역을 반환할 때에 이들 시설과 구역이 합중국 군대에 제공되었던 당시의 상태로 동 시설과 구역을 원상회복하여야 할 의무를 지지 아니하며, 또한 이러한 원상회복 대신으로 대한민국 정부에 보상하여야 할 의무도 지지 아니한다. 2. 대한민국 정부는 본 협정의 종료 시나 그 이전의 시설과 구역의 반환에 있어서 동 시설과 구역에 가해진 어떠한 개량에 대하여 또는 시설과 구역에 잔존한 건물 및 공작물에 대하여 합중국 정부에 어떠한 보상도 행할 의무를 지지 아니한다.” 미국측은 동규정이 미국이 야기한 환경오염에 대한 책임도 포함하는 것이라고 주장하고 있다. 미군측은 지난 수십년간 투자한 기지 시설의 투자비에 대한 보상을 전혀 요구하지 않고 있으므로 한국측이 기지의 환경정화를 요구하는 것은 불공평하다고 주장하고 있다.

동규정의 해석과 관련하여 ‘원상회복의무’ 면제의 통상적 의미는 한국정부가 동의한 범위의 변경행위에 대하여 그 ‘변경을 되돌릴 의무’가 양국 간의 합의에 의하여 면제되었다는 뜻일 뿐 한국정부가 동의한 바 없거나, 동의한 범위를 넘어선 ‘위법한’ 변경행위까지 면제한 것은 아닌 것으로 해석하여야 한다는 견해가 유력하다.<sup>36)</sup> 우리 헌법재판소의 해석도 마찬가지이다.<sup>37)</sup> 헌법재판소는 “이 사건 협정 제4조 제1항은 합중국 군대가 사용하던 시설과 구역을 반환할 때, 한미 공동방위의 필요에 따라 설치된 시설과 구역을 원래의 상태로 회복함이 사실상 불가능하므로 합중국 정부가 원상회복해야 할 의무를 지지 아니하며, 이러한 원상회복 대신으로 대한민국 정부에 보상하여야 할 의무를 지지 아니한다고 규정하고

36) 김기창, “SOFA 제4조와 환경손해-원상회복의무와 손해배상의무에 관하여-”, 『민사법학』 제26호, 2004.9.

37) 헌재 2001.11.29. 2000헌마462

있다. 한편 이 사건 협정 제4조 제2항은 대한민국 정부는 합중국 군대가 시설 및 구역을 개량한 것에 대하여 뿐만 아니라 시설 및 구역에 잔존한 건물 및 공작물에 대하여 합중국 정부에 보상할 의무를 지지 아니한다고 규정함으로써 상호주의 원칙을 적용하고 있다. 이 규정들은 합중국 군대가 공여받은 시설과 구역에 관한 보안조치나 그 반환에 관하여 규율하고 있을 뿐이고 환경에 관한 사항은 전혀 규율하고 있지 않다. 그리고 이 사건 협정 전체를 살펴보더라도 합중국 군대가 공여받은 시설 및 구역을 사용함에 있어서 자연환경이나 인간건강의 보호를 위하여 이행하여야 할 사항에 관하여는 전혀 규율하고 있지 않다. 따라서 이 규정들은 합중국군대에게 그 공여받은 바의 시설과 구역을 오염시킬 수 있는 권한을 부여하거나, 환경오염을 방지한 상태로 시설과 구역을 반환할 수 있도록 규정하는 것이 아[니다]”라고 판시한 바 있다.

미국은 2001년 이후 한국과 맺은 각종 합의에서 환경보호 정책을 확인하고 오염에 대한 치유책임을 인정하고 있다. 이러한 후속 합의사항의 정신에 비추어 보더라도 SOFA 제4조를 일체의 환경책임을 면제한 것으로 해석할 수는 없다.

## (2) 한미환경양해각서의 내용과 KISE의 해석

한국의 외교부장관과 주한미군사령관은 양국을 대표하여 2001년 1월 18일 환경보호에 관한 특별양해각서에 서명하였다. 동 각서에서 한미 양국은 환경관리기준을 만들되 정기적으로 검토하여 양국의 환경법 중 보다 엄격한 기준을 반영하기로 하였다. 그리고 환경과 시민의 건강에 영향을 미치는 환경문제에 관한 정보교환을 위하여 미군시설에 대한 출입절차를 만들어 실시하기로 하였다. 또한 미군에 의해 수행되는 환경이행실적을 평가하며 미군에 의해 야기된 환경오염에 대한 신속한 치유를 실시한다고 합의하였다. 미군기지 환경오염에 대한 치유에 관한 부분은 다음과 같다.

“합중국 정부는 주한미군 활동의 환경적 측면을 조사하고 확인하며 평가하는 주기적 환경이행실적 평가를 수행하는 정책을 확인하며, 이는

환경에의 악영향을 최소화하고, 계획 프로그램을 마련하여 이에 따라 소요되는 예산을 확보하며, 주한미군에 의하여 야기되는 인간건강에 대한 공지의 급박하고 실질적인 위험을 초래하는 오염의 치유를 신속하게 수행하며, 그리고 인간건강을 보호하기 위하여 필요한 추가적 치유조치를 검토하기 위한 것이다. The Government of the United States confirms its policy to conduct periodic environmental aspects of United States Forces Korea operations in order to minimize adverse environmental effects; to plan, program, and budget for these requirements accordingly; to promptly undertake to remedy contamination caused by United States Armed Forces in Korea that poses a **known, imminent and substantial endangerment ("KISE")** to human health; and to consider additional remedial measures required to protect human health.”

미국은 치유책임을 지더라도 그 기준인 KISE에 해당하는 오염에 한하여 치유하겠다는 입장이다. 그러나 어떠한 경우가 “인간의 건강과 안전에 대한 공지의 급박하고 실질적인 위험”인가에 대해 침묵하고 있고 “치유”의 개념도 모호하다. 문언대로 이해한다면 환경오염으로 인한 위험이 인간의 건강과 안전에 급박하고 실질적인 위험에 해당할 정도에 이르러야 하고 또한 그 위험이 이미 알려진 상태이어야 한다. 미국측의 입장은 미군이 반환하기로 한 기지의 경우 KISE에 해당하는 환경오염이 존재하지 아니하므로 미군이 치유책임을 부담하지 아니한다고 항변한다.

KISE와 유사한 요건은 미국법에서도 찾아볼 수 있다. 미국 CERCLA 제104(a)에 의하면, 미국 환경보호처(EPA)는 “어떤 유해물질이 환경에 방출되거나 방출될 실질적인 위험이 있다”고 판단하거나 또는 “어떤 오염물질(pollutant or contaminant)이 환경에 방출되거나 방출될 실질적인 위험이 있어 공공의 건강이나 복지에 급박하고 실질적인 위험을 초래할 수 있다(may present an **imminent and substantial danger** to the public health or welfare)”고 판단될 때에는 국가비상계획과 부합하게 제거활동과 치유활동을 수행할 권한을 가진다.<sup>38)</sup> 동법

물은 유해물질과 기타 오염물질을 구분하여 취급하고 있다. 기타 오염물질의 경우 오염물질이 환경에 방출되거나 방출될 위험으로 인하여 공공의 건강과 복지에 급박하고 실질적인 위험이 초래될 수 있는지를 환경부가 판단하여 행정조치를 취하여야 하나 유해물질이 환경에 방출되거나 방출될 위험이 있을 때에는 그러한 판단없이 곧바로 행정조치를 취할 수 있다.<sup>39)</sup> 오염물질이란 “환경에 위해를 초래할 것으로 합리적으로 예견되는 모든 물질”을 말한다. 유해물질은 환경보호처가 제102조에 근거하여 지정한 물질들과 다른 법률들에 근거하여 의회와 환경보호처가 지정한 유해물질, 독성물질, 또는 오염물질들 포함한다. 환경부는 102조에 근거하여 700개가 넘는 물질들을 유해물질로 지정하였다.<sup>40)</sup> 유해물질로 지정된 물질을 포함하는 합성물질도 역시 유해물질에 해당하는 것으로 법원은 판결하였다.<sup>41)</sup>

KISE와 유사한 요건은 미국법 RCRA에서도 사용되고 있다. RCRA는 폐기물의 감량과 적정처리를 규율하는 법률로서 우리나라의 폐기물관리법에 해당하는 법률이다. 동법에서는 폐기물을 잘못 관리하여 타인에게 손해를 야기한 경우 그 손해에 대한 배상청구소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 당해 시민소송(citizen suit) 조항은 원고가 지불한 과거의 정화비용에 대한 구체수단을 제공하기 위한 것은 아니다. 동법률 6972(a)(1)(B)조항은 사인이 폐기물 또는 유해폐기물이 건강과 환경에 급박하고 실질적인 위험을 야기할지도 모르는 경우

38) 42 U.S.C. s. 9604(a)(1)(1988).

39) Valerie M. Fogleman, Hazardous Waste Cleanup, Liability, and Litigation—A Comprehensive Guide to Superfund Law, 86 (1992). *Dickerson v. EPA* (1987) 977. (“Appellants contend that the EPA must demonstrate that the hazardous substance presents an imminent and substantial danger to the public and environment before initiating any action. The statute, however, provides that the EPA must establish “an imminent and substantial danger to the public health or welfare” only when it seeks to remove pollutants and contaminants.”)

40) *Id.* 139. 40 C.F.R. s.302.4 (1991)

41) *Commonwealth of Massachusetts v. Blackstone Valley Elec. Co.*, 777 F. Supp. 1036, 1039 (D. Mass. 1991); *City of New York v. Exxon Corp.*, 766 F. Supp. 177, 185 (S.D.N.Y. 1991); *United States v. Alcan Aluminum Corp.*, 755 F.Supp. 531, 538 (N.D.N.Y. 1991).

에 소송을 제기할 수 있다고 명시하고 있다.("may present an **imminent and substantial endangerment** to health or the environment.") 동조항의 제한은 명료하다. 위험이 "급박하다"는 의미는 "즉시 발생할 것으로 위협하다"는 의미이고 급박한 위해를 "야기할지도 모른다"는 의미는 "그러한 위험이 더 이상 존재하지 않는 폐기물"을 배제하는 의미이다. 그러나 동조항의 의미는 "위협의 영향은 훗날까지 느껴지지 않을 지도 모른다 하더라도 위험이 현재 존재함에 틀림없다고 추론될 수 있다."("there must be a threat which is present now, although the impact of the threat may not be felt until later") 동조항은 현재의 또는 미래의 급박한 위해의 위험을 치유하기 위해 마련된 조항이지 과거의 정화노력을 보상하기 위한 것이 아니라는 점을 미국연방 대법원은 분명히 했다.<sup>42)</sup>

SOFA가 채택한 KISE는 미국법상 유해물질이 아닌 기타 오염물질이 토양을 오염시킨 경우 적용되는 미국법의 위험에 기초한 기준을 채택하였으며 "공지의"(known) 이라는 수식어를 추가하여 그 요건을 더욱 까다롭게 한 차이점이 있다. 즉 오염물질로 인한 오염이 급박하고 실질적인 위험을 초래할지도 모르는 상황의 경우에 정화책임을 인정하고 있는 미국국내법의 경우와 달리 SOFA에서는 그러한 오염으로 인한 위험이 이미 인식된 상태이어야 한다는 점에 차이가 있다.

토양환경보전법은 동법에서 정한 토양오염물질 16종이 우려기준농도를 넘는 경우 정화조치의 대상이 되도록 하고 있다. 미국법의 경우 법정유해물질에 의한 오염의 경우 그 위험성이 높은 것으로 간주하고 행정당국이 그로 인한 위험의 정도를 따질 필요없이 정화조치를 취하도록 하고 있다. 그러나 법정유해물질 이외의 오염물질에 의한 오염의 경우에는 행정당국이 실질적인 위험의 정도를 판단하여 정화조치에 나설 수 있도록 하고 있다. 한국법과 다른 점은 유해물질이 토양에 누출된 경우 그 농도에 상관없이 정화의 대상이 되도록 하고 있는데 반해 우리나라의 경우 일정한 농도이상인 경우에만 정화의 대상이 되도록 하고 있다는 점이다. 우리나라는 미국에 비해 정화조치가 요구되는 요건이 낮은 셈이다. 그러나 미

42) *Meghrig v. KFC Western, U.S.* 485-86.

국법이나 한국법 모두 유해물질로 인한 오염의 경우 일정한 경우 그로 인한 위험에 대한 별도의 고려없이 정화조치의 대상이 되고 오염원인자는 이에 대해 책임을 져야 한다는 점에서 공통적이다.

그러므로 SOFA의 KISE를 해석함에 있어서 적어도 한국과 미국이 공통적으로 법령에서 유해물질로 지정한 물질에 의한 오염이 한국법상의 우려기준농도를 넘는 경우에는 “공지의 인간의 건강과 안전에 급박하고 실질적인 위험”이 있는 것으로 해석하여야 한다. 따라서 한국정부가 동 규정에도 불구하고 한국법상의 치유기준의 적용을 주장하는 것은 정당하다.

### (3) SOFA 제7조 및 합의의사록 ‘한국법을 존중한다’조항의 의미와 한국법적용의 문제

한국은 SOFA 및 합의의사록에서 미국이 동의한 “한국법을 존중한다”는 조항에 근거하여 한국법의 적용을 주장할 수 있는지 여부가 문제된다. 관련조항은 다음과 같다.

#### SOFA 제7조

합중국 군대의 구성원, 군속과 제15조에 따라 대한민국에 거주하고 있는 자 및 그들의 가족은 대한민국 안에 있어서 **대한민국의 법령을 존중하여야** 하고, 또한 본 협정의 정신에 위배되는 어떠한 활동, 특히 정치적 활동을 하지 아니하는 의무를 진다.

#### SOFA 합의의사록(2001)

제3조 para.2 대한민국 정부와 합중국 정부는 1953년 상호방위조약에 의한 대한민국에서의 방위활동과 관련하여 환경보호의 중요성을 인식하고 인정한다. 합중국 정부는 자연환경 및 인간건강의 보호에 부합되는 방식으로 이 협정을 이행할 것을 공약하고, **대한민국 정부의 관련 환경법령 및 기준을 존중하는 정책을** 확인한다. 대한민국 정부는

합중국 인원의 건강 및 안전을 적절히 고려하여 환경법령과 기준을 이행하는 정책을 확인한다.

“존중한다(respect)”는 용어에 대해서는 개념정의가 존재하지 않는다. 미군은 동규정을 한국법을 훼손하는 행위를 회피할 것을 의미할 뿐 한국법을 그들 스스로 준수할 것을 의미하지는 않는 것으로 보고 있다.<sup>43)</sup> 유럽의 NATO SOFA에도 유사한 조항이 존재하는데 ‘접수국법의 존중’ 조항의 의미에 관하여 1960년대 독일과 유럽에서 많은 논의가 있었다.<sup>44)</sup> 동조항의 의미는 ‘주둔군은 접수국의 실체법과 절차법에 구속되지 않으나 법의 입법목적은 존중해야 할 뿐으로서 예를 들면, 물관련법의 경우 주둔군은 접수국 정부로부터 허가를 받아야 하는 것은 아니나 수질오염을 규제하려는 입법목적은 존중해야 한다’는 견해에서부터 ‘접수국의 법이 주둔군에 적용되며 따라서 주둔군은 해당 법을 존중해야 한다’는 견해도 있었다. 일설에 의하면, 동규정은 주둔군의 심리적인 측면에서 중요성을 가진다고 한다. 즉 주둔군이 접수국의 국민들과 그들의 법과 조화를 이루어 지내야 한다는 점이 SOFA 전체에 깔려있는 정신을 이루고 있다고 보았다.<sup>45)</sup>

43) Richard A. Phelps, *Environmental Law for Overseas Installations*, 40 A.F.L.Rev. 49, 58. (1996) “respect” the law of the host-nation has been interpreted by the sending states to require that they avoid actions which would derogate host-nation law--not that the sending states have made themselves subject to, or have agreed to specifically comply with, the laws of the host nation.

44) NATO SOFA 제2조는 한미SOFA 제7조와 유사하다. “It is the duty of a force and its civilian component and the members thereof as well as their dependents to respect the law of the receiving State, and to abstain from any activity inconsistent with the spirit of the present Agreement, and, in particular, from any political activity in the receiving State. It is also the duty of the sending State to take necessary measures to their end.”

45) Serge Lazareff, *Le Statut des Forces de l'OTAN et son Application en France* (Paris, 1964) vii. 113-14. (Bastone, *Respect for the Law of the Receiving State, The Handbook of Visiting Forces* 61 (2001)에서 재인용) 독일의 Helmut Rumpf 교수도 동조항이 주둔국들로 하여금 독일의 법을 준수할 것을 설득하는 데는 도움이 되지 않았다고 토로한 바 있다. Bastone, 62 각주 6 참조.

평화시, 접수국의 법이 주둔군에 적용되는가에 관한 일반조약은 존재하지 않는다. 그러한 사항에 관한 국제관습법도 존재하지 않는다. SOFA에는 접수국법의 적용 또는 불적용에 관한 규정이 존재하지 아니하며 일정한 경우 SOFA 규정에 구체적으로 특정한 접수국법이 적용된다는 규정이 있다고 해서 반대로 나머지의 경우 접수국법이 적용되지 않는다고 해석할 수도 없다. 국제관습법이나 국제사법의 원칙상 접수국의 법이 주둔군에 대하여 적용되지 않는다는 조항은 존재하지 않으며 그렇게 하는 것은 주둔군에게도 바람직하지 못한 결과를 초래한다. 예를 들면, 주둔군이 접수국에서 물자를 획득하는 계약이 법적인 효력이 부인되거나 제3자로부터 주둔군이 손해를 입는 경우 법적 책임이 인정되지 않는다면 이는 주둔군에게 불리한 결과를 가져오게 된다. 이와 같은 이유에서 접수국의 사법은 주둔군과 제3자간에 발생하는 사실관계에 적용된다.

행정법 및 공법이 주둔군대에 적용되는가의 문제는 많은 논란을 불러 일으켰다. 만약 접수국의 공법이 주둔군과 군속에 적용되지 않는다고 하면, 많은 곤란을 야기한다. 공법규정의 대상이 되는 행위들의 경우, 예를 들면, 공유수면에서의 폐수 배출행위와 같은 경우, 그 위반이 형사제재의 대상이 된다. 허가에 위반하거나 허가를 받지 아니하고 폐수를 배출하는 행위는 형사범죄에 해당한다. SOFA에서는 미군의 공무중 위법행위에 대하여 형사책임 면제를 규정하고 있지 않다. 미군이 나 군속이 폐수를 허가없이 또는 허가사항에 반하여 방류할 경우 접수국의 법에 따라 형사제재의 대상이 된다. 그리고 그러한 폐수방류 행위가 균형법상 범죄를 구성하지 아니하는 경우, 이에 대하여 접수국은 배타적관할권을 가지게 된다.

이러한 문제점을 고려하더라도 주둔군은 접수국의 행정법 및 공법의 준수를 해야하며 그 구체적인 방안을 신중히 고려할 필요가 있다. 특히 중점적으로 고려해야 할 부분은 주둔군이 그 임무를 수행하면서 행정 및 허가절차에 있어서 따라야 하는 정도, 접수국법의 적용의 방법, 그리고 접수국법에 따른 적용이 적합하지 않은 영역들에 관하여 심도있는 논의가 필요하다.<sup>46)</sup>

46) 주둔군은 접수국의 영토내에 존재하는 목적을 달성할 수 있도록 조약을 이행할 것이 신의칙상 요청된다. 조약의 목적이 접수국과 훈련프로그램을 수행하기 위한 목적에서 주둔하

## 2. 절차적 권리(집행관할권)의 포기 여부

국가의 주권행사 또는 관할권은 해당국가 스스로 제한하거나 포기할 수 있다.

고 있다면 접수국이 그러한 훈련프로그램의 수행을 방해하는 것은 신의칙상의 의무에 반한다. 그러나 이러한 문제는 발생할 여지가 적은 반면, 접수국의 공공의 그리고 사적인 이익의 보호가 주둔군의 활동을 제약하게 되는 경우가 발생한다. 접수국법과 절차에 대한 지식의 부재 그리고 언어장벽 등이 주둔군에 의한 주둔군의 행동에 대한 인허가등의 신청을 적용하는 것을 어렵게 한다. 그리고 만약 접수국의 행정법상의 인허가 또는 그 거부가 분쟁이 되는 경우, 주둔군 또는 군속들을 접수국의 법정에 세워야 한다는 문제 또한 발생한다. 이러한 문제들 때문에 주둔군은 접수국 법의 목적과 의도를 존중해야 할 것은 요청되지만 접수국의 법을 준수해야 할 의무는 지지 않는다고 주장한다. 그러나 이러한 문제들은 접수국과 협조절차의 마련을 통해서 해결할 수 있는 문제들이다. 그 좋은 예가 독일 보충협정 제53A이다. NATO-독일보충협정에 의하면 주둔군이 독일 내에서 군사시설을 사용함에 있어서 독일법을 준수해야 한다고 명확히 규정하고 있다. 이러한 독일법의 준수의무는 보다 구체적으로, 미군이 독일법상 규제되는 행위를 함에 있어 독일당국의 허가를 받을 것을, (1993 NATO-독일보충협정 제53A, 문항1. “Where German law applies in connection with the use of accommodation covered by Article 53 of the present Agreement, and requires that a special permit, license or other form of official permission be obtained, the Germany authorities shall, in cooperation with the authorities of a force and following consultation with them, submit the necessary applications and undertake the relevant administrative and legal procedures for the force.” (밑줄은 강조를 위해 추가됨)) 특별히 미군이 독일 환경법에 따라 저공해 연료만을 사용할 것을, 그리고 유해물질을 운송할 때도 독일법을 준수할 것을 구체적으로 명시하고 있다. 독일당국과 주둔군 당국 간의 협조를 통해 시설의 사용과 관련한 독일법상 필요한 허가에 대한 신청을 하는 것이 가능하고 주둔군의 이익을 후속절차를 통해 보호받게 된다. 주둔군은 독일법상 유효한 결정에 따라야 할 의무를 지지만 동시에 그러한 결정은 강제집행의 대상으로부터 면제를 해주고 있다. 우리나라 SOFA의 경우 이러한 행정권발동의 직접적인 규정이 없으며 2001년 개정된 SOFA 양해사항 제3조에 따르면, “공여 시설 및 구역 안에서 “설정 운영 경호 및 관리에 관한 필요한 모든 조치”를 취하는 합중국의 권리에 부합하여, 합중국은 계획된 (1) 당초 건물의 개조 또는 철거(이전) 및 (2) 관련 공익사업과 용역을 제공하는 지역 한국업체 또는 지역사회의 능력에 영향을 미칠 수 있거나 지역사회 건강 및 공공안전에 영향을 미칠 수 있는, 합동위원회에 의하여 범위가 정하여진, 신축 또는 개축을 대한민국 정부에 대하여 적시에 통보하고 협의한다. 합중국은 대한민국 정부가 지방정부와의 조정하에 건축계획을 검토할 수 있도록 충분한 시간을 두고 대한민국 정부에 대하여 통보하고 협의하며, 이러한 통보 및 협의에는 최초계획서의 제공이 포함될 수 있다. 합동위원회는 “최초계획서”의 형식을 개발한다. 대한민국 정부는 지방정부와의 어떤 조정 결과에 관하여도 합중국 군대와 협의한다. 합중국은 대한민국이 표명한 견해에 대하여 적절히 고려한다. 이러한 절차는 합중국 군대가 계획목적을 위하여 지방정부와 직접 조정하는 것을 배제하지 아니한다.“는 규정을 마련하는데 그쳤다.

관할권행사의 포기여부는 해당국가가 체결한 국제조약에 명시할 수 있다. 우리나라가 미국과 맺은 SOFA에 과연 이러한 관할권의 포기가 명시되어 있는지 문제이고 관할권포기가 명시되지 아니한 경우 우리나라는 주한미군에 대하여 주권행사로서 법령을 직접 적용하고 집행할 수 있는지 문제된다.

자국에 주둔하는 외국의 군대에 대하여 자국은 어느정도 관할권을 행사할 것인가의 문제는 외국군대 주둔의 성격, 주둔기간, 전시 또는 평시 여부 등 다양한 요소들을 고려하여 외국군대의 주둔을 허용하는 일국의 판단에 따라 달라지게 된다. 외국군대에 대하여 자국의 관할권 면제를 허용하는 것은 곧 외국군대에 대하여 절대적이고 배타적인 관할권을 인정하는 것을 의미하며, 반대로 외국군대에 대하여 영토고권에 기한 자국의 관할권을 행사한다고 하더라도 외국군대는 주둔기간 내에서 자기구성원에 대하여 관할권을 부분적으로 병존적으로 행사할 수 있다.

#### (1) SOFA상의 형사재판관할권

SOFA 제22조는 주한미군 당국이 군대의 구성원, 군속 및 그들의 가족에 대하여, 미국 법령이 부여한 모든 형사재판권 및 징계권을 대한민국 안에서 행사할 권리를 가진다고 규정하고 '오로지 합중국의 재산이나 안전에 대한 범죄, 또는 오로지 합중국 군대의 타 구성원이나 군속 또는 그들의 가족의 신체나 재산에 대한 범죄, 공무집행 중의 작위 또는 부작위에 의한 범죄'에 대하여는 주한미군 당국이 제1차적 재판관할권을 가진다고 규정하고 있다. 그러나 SOFA합의의사록 제22조 1항에서 평화시에는 미군은 미군속 및 가족에 대하여 형사재판권을 가지지 아니한다고 규정하고 있다.

동시에 대한민국 당국은, 합중국 군대의 구성원, 군속 및 그들의 가족에 대하여 대한민국의 영역안에서 범한 범죄로서 대한민국 법령에 의하여 처벌할 수 있는 범죄에 관하여 재판권을 가진다고 규정하고 위에서 열거한 범죄 이외의 기타 범죄에 관하여는 대한민국 당국이 제1차적 관할권을 가진다. 또한 대한민국 당국은 미국 군대의 구성원이나 군속 및 그들의 가족에 대하여, 대한민국 법령에 의하여서는 처벌할 수 있으나 미국 법령에 의하여서는 처벌할 수 없는 범죄에 관하여

전속적 재판권을 행사할 권리를 가진다고 규정하고 있다.

## (2) 민사청구권의 포기 및 손해배상 방법

SOFA 제23조 청구권조항에 의하면, 양국 정부는 자국이 소유하고 자국의 군대가 사용하는 재산에 대한 손해에 관하여, 다음의 경우에는 타방 당사국에 대한 모든 청구권을 포기한다. 첫째, 손해가 타방 당사국 군대의 구성원 또는 고용원에 의하여 그의 공무집행 중에 일어난 경우, 둘째, 손해가 타방 당사국이 소유하고, 동국의 군대가 사용하는 차량, 선박, 또는 항공기의 사용으로부터 일어난 경우, 다만, 손해를 일으킨 차량, 선박, 또는 항공기가 공용을 위하여 사용되고 있었을 때, 또는 손해가 공용을 위하여 사용되고 있는 재산에 일어났을 때에만 한한다. 해난 구조에 관한 일방 당사국의 타방 당사국에 대한 청구권은, 이를 포기한다. 다만, 구조된 선박이나 선하가, 타방 당사국이 소유하고 동국의 군대가 공용을 위하여 사용중이던 경우에만 한한다.(제23조 제1항)

그러나 그 손해가 어느 일방 당사국이 소유하는 기타 재산에 일어난 경우에는, 양 정부가 달리 합의하지 아니하는 한, 1인의 중재인이 타방 당사국의 책임문제를 결정하고 또한 손해액을 사정한다. 이 중재인은 또한 동일 사건으로부터 발생하는 어떠한 반대의 청구도 재정한다. 당해 중재인은 양 정부간의 합의에 의하여, 사법 관계의 상급 지위에 있거나 또는 있었던 대한민국 국민 중에서 이를 선정한다. 중재인이 행한 재정은 양 당사국에 대하여 구속력 있는 최종적인 것이다. 중재인이 재정한 모든 배상금은 미국만이 책임이 있는 경우 한국이 25%를 미국이 75%를 부담하는 비율로 이를 분담한다.(제23조 제2항)

미군기지는 한국정부의 소유이며 미군이 야기한 기지내 환경오염은 손해에 해당하므로 SOFA 제23조 청구권의 문제를 야기할 수 있다. 미군기지의 환경오염에 의한 손해는 미군의 공무집행 중에 일어난 손해로서 한국이 소유하고 한국군대가 사용하는 재산이 아닌 기타 재산에 일어난 경우이므로 SOFA 제23조 제2항이 적용된다. 한미간에 기지반환과 환경치유책임에 관한 협상이 결렬될 경우, 한미양국이 합의에 의하여 중재인을 선정하여 중재인의 재정에 의해 손해배상청

구권을 행사할 수도 있다. 미군기지 환경오염의 경우 미국만이 책임이 있는 경우 이므로 한국이 25%를 미국이 75%를 부담하는 비율로 비용을 분담하게 된다. 그러나 한국정부는 기지이전협정에서 협의에 따라 미군기지의 반환에 합의하고 미군의 환경치유책임을 면제해 주었으므로 한국정부가 동조의 청구권조항을 활용하기는 난망하다. 그리고 지방자치단체는 미군기지로 오염으로 인하여 직접적인 피해를 입은 경우가 아닌 한 민사청구권을 행사하는 것은 불가능하다.

미국은 대한민국 법원의 민사재판권에 관하여, 합중국 군대의 구성원 또는 고용원의 공무 집행으로부터 발생하는 문제에 있어서 대한민국 안에서 그들에 대하여 행하여진 판결의 집행 절차에 관한 경우, 또는 청구를 완전히 충족시키는 지급을 한 후의 경우를 제외하고는, 합중국 군대의 구성원 또는 고용원에 대한 대한민국 법원의 재판권으로부터 면제를 주장하여서는 아니 된다. 합중국 군대가 사용하고 있는 시설과 구역 안에 대한민국 법률에 의거한 강제집행에 따른 사유동산(합중국 군대가 사용하고 있는 동산을 제외한다)이 있을 때에는, 합중국 당국은, 대한민국 법원의 요청에 따라, 이러한 재산이 대한민국 당국에 인도되도록 그의 권한 내의 모든 원조를 제공한다.

제 9항에서 미국은 미군의 구성원 또는 고용원에 대한 민사재판관할권의 면제를 포기하고 있다. 그러나 그들의 공무집행으로부터 발생한 문제에 있어서의 판결의 집행절차에 있어서는 예외로 함을 명시하고 있다. 즉 공무집행으로 인한 미군의 민사책임에 대해서 강제집행을 하는 것이 불가함을 규정하고 있는 것이다.

### 3. 소결

한국과 미국 사이에 체결된 SOFA는 조약본문에 환경문제와 관련한 규정을 둔 바 없다. 2001년 이후 개정된 SOFA 부속문서에 비로소 환경문제의 중요성을 공감하는 내용들을 삽입하였으나 그 형식이나 내용은 법적 구속력을 갖는 합의로서의 성격보다는 신사협정으로서 또는 정책적 선언으로서의 성격을 가진다. 이러한 문서들이 합의의 목적과 의미대로 미군의 환경오염방지 노력과 환경오염치유 책임을 강화하는데 기여하기는커녕 오히려 미군의 책임을 부인하는 근거로 이용

되는 것은 아이러니가 아닐 수 없다.

SOFA와 그 부속합의서 그 어느 곳에서도 한국정부는 미군의 환경정화책임 면제해 준바 없고, 한국법의 적용을 배제하는 규정을 둔 바 없다. 재판관할권의 분배에 있어서도 형사재판권의 극히 일부분만을 미군측에 인정하고 있고 특히 민사재판권의 경우 한국법원이 재판권을 향유하고 있다. 단 미군의 공무집행으로부터 발생하는 문제에 있어서 그들에 대하여 행하여진 판결의 집행절차에 관한 경우 한국법원의 민사재판관할권으로부터의 면제를 주장할 수 있다고 되어 있다. 비록 행정권에 기한 법집행은 재판권과는 다른 개념이나 법원의 판결에 따른 강제집행도 부인하고 있는 SOFA 제23조 제9항의 취지를 볼 때 재판없이 수행하는 지자체의 대집행은 허용될 수 없다고 하겠다. 따라서 지방자치단체는 주한미군에 대하여 정화조치명령은 내릴 수 있을지 몰라도 이를 대집행할 수는 없다고 본다.

비록 한미SOFA는 미군이 '한국법을 존중한다'라는 불명확한 표현만을 사용하고 있으나 동조항이 미군이 한국법을 지키지 않아도 되거나 한국정부가 한국법을 미군에 대하여 적용하지 않겠다고 인정한 것으로 해석될 수는 없다. 그리고 강제집행의 민사재판관할권의 면제를 인정하였다고 하여 한국법원이 미국의 책임에 관한 재판관할권까지 면제하고 있는 것은 아니다.

#### IV. 지방자치단체의 미군에 대한 토양환경보전법상의 집행권

지방자치단체는 미군에 대하여 오염원인자의 정화책임을 주장하며 정화조치명령을 내리고 대집행을 하는 것이 지방자치법상 허용될 수 있는지 문제된다.

##### 1. 토양환경보전법상의 지방자치단체의 권한

우리나라 토양환경보전법에서는 정화책임을 대상이 되는 오염의 정도와 정화

의 기준 및 방법 그리고 정화책임을 지는 오염원인자 등을 규정하고 있다. 토양환경보전법은 私人 뿐만 아니라 국가와 지방자치단체 등 공공기관에 모두 적용된다.<sup>47)</sup> 주한미군기지의 경우도 대한민국 영토이므로 역시 토양환경보전법이 적용되며 동법이 정한 우려기준을 넘어선 토양오염이 발생한 경우 오염원인자는 정화책임을 있다.

토양오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 오염원인자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다.(토양환경보전법 제10조의3 제1항) 주한미군은 반환대상 기지에 토양오염물질을 토양에 누출 유출시키거나 투기 방치함으로써 토양오염을 유발시킨 자로서 오염원인자에 해당하게 된다.(동법 제10조의3 제3항 제1호) 미군기지의 경우 그 대부분 우리 정부가 민간으로부터 수용하여 미군이 무상으로 사용하도록 제공하고 있다. 토양환경보전법상 오염에 원인을 제공하지 아니한 토지의 소유자는 정화책임을 있는 오염원인자에 포함되지 아니하므로 우리 정부는 원칙적으로 정화책임을 없다. 그러나 한국정부가 합의에 의해 주한미군에 대하여 환경정화책임을 면제해주고 그 책임을 모두 떠맡는 경우 한국정부는 주한미군의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자로서 토양환경보전법상 오염원인자가 된다.(동법 제10조의3 제3항 제3호) 그러나 주한미군은 여전히 토양환경보전법상 오염원인자로서 정화책임을 존재한다.<sup>48)</sup>

시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 토양정밀조사의 결과 우려기준을 넘는 경우 오염토양의 정화조치를 실시하도록 오염원인자에게 명할 수 있다.(동법 제15조 제3항) 이미 반환받은 기지에 대하여는 한국정부가 미군의 책임을 승계하고 스스로 정화조치를 취하겠다고 한 만큼 지방자치단체가 주한미군을 상대로 정화명령을 내리고 대집행을 할 필요는 거의 없다. 또한 국제법상 주체인 국가뿐만 아니라

47) 부산 문현지구 육군정비창의 경우 부산 남구청은 국방부를 상대로 정화조치명령을 내렸고, 국방부는 122억원 예산으로 2년여에 걸쳐 정화조치를 완료하였다.

48) 토양환경보전법상의 정화책임을 공법상의 책임이므로 일신전속적 성격의 책임이다. 그러므로 제3자에게 이전시키는 것이 적합하지 않다. 따라서 당사자간에 약정을 통해 책임을 포괄적으로 승계하는 것이 당사자사이에 유효한 것은 별개로 하고 오염원인자의 공법상의 정화책임을 면제되는 것은 아니다.

국가로부터 권한을 위임받아 처리하는 지방자치단체도 이러한 국가의 국제법적 의무를 준수하여야 한다.<sup>49)</sup> 따라서 지방자치단체의 토양환경보전법의 적용과 집행 역시 이러한 한계 내에서 행사될 수 있다. 기지이전협정과 SOFA는 모든 사무를 양국의 협의와 협력에 의해 처리한다는 것이므로 한국이 미국과의 합의를 무시하고 일방적으로 미국에 대하여 국내법을 국내절차에 따라 내국인과 동일하게 집행한다면 국제법위반이 될 수 있다. 그러므로 지방자치단체는 미국이 한국과의 합의를 어기고 일방적으로 기지를 반환하려 하고 한국정부와 미국정부 사이에 합의가 결렬되는 예외적인 경우에만 이러한 토양환경보전법상의 행정권을 발동할 수 있다고 하겠다.

시장·군수·구청장은 피명령자가 위 정화조치명령을 이행하지 아니하는 경우 행정대집행법에 따라 대집행을 할 수 있다.(동법 제24조) 이와 더불어 정화조치명령을 이행하지 아니한 경우에는 2년이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으며(동법 제29조) 행위자와 함께 법인에 대하여 양벌을 과하도록 하고 있다.(동법 제31조)

49) “단일국가의 경우, 모든 국가권력은 헌법에 의하여 중앙정부에 귀속되어 있다. 물론 이같은 국가들의 경우에도 이른바 지방자치제도를 통하여 일정 입법권을 지방당국에 부여하기도 하지만, 그러나 중앙정부는 국가에 따라 헌법개정이나 의회입법에 의해 지방당국의 권한을 축소하거나 아예 폐지시킬 수도 있다. 즉, 단일국가들의 경우, 중앙정부의 입법적, 행정적 권한은 불가분(indivisible)하다는 관념에 의하여 규율되고 있다. 단일국가들도 물론 공적 직무의 집행을 위해 (지방자치 등) 하부입법 행정단위에 의존하곤 하지만, 이들 하부단위들은 ‘박탈당할 수 없는’ 그들 자신의 권한을 보유하고 있는 것으로는 생각되고 있지 않다. 그들의 모든 권한은 국가의 중앙입법부나 중앙정부에 의하여 단지 위임된(delegated) 것이며, 따라서 중앙이 원하는 경우에는 관련법률을 개정하거나 또는 헌법을 개정해서라도 언제든지 회수당할 수 있다고 생각되어 지고 있다.” 김대순, 상계서 196-197. “대내적 사항에 관한 정부권한은 중앙정부와 개개 주들간에 배분된다. 그러나 대외적 사항에 관한 정부권한은 이렇게 배분되지 않고 중앙정부에 배타적으로 귀속된다. ... 그리고 이 규칙은 treaties에 대해서는 헌법 제6조 2항의 명시적 규정에 의하여 확립되어 있지만, 국제적 사항에 대한 완전한 권한이 중앙정부에게 있고 따라서 개개 주들에 의한 삭감 또는 간섭에 종속되지 않으며 종속될 수도 없다는 바로 그 사실로부터 다른 모든 international compacts와 agreements에 대해서도 동일한 규칙이 도출된다. ... 모든 국제적 교섭과 합의에 관하여 그리고 우리들의 대외관계 일반에 있어 주경계선은 사라진다. 그러한 목적에 관해서는 뉴욕주란 존재하지 않는다.”(United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937)(김대순 상계서 198 재인용)

그러나 이미 위에서 살펴본 바와 같이 SOFA 제23조 제9항을 통해 미군은 미군 구성원 또는 고용원의 공무집행으로부터 발생하는 문제에 있어서 대한민국 안에서 그들에 대하여 행하여진 판결의 집행절차에 관한 경우 법원의 재판권으로부터 면제를 주장할 수 있다고 보여진다. 한국정부는 주한미군에 대하여 강제집행권으로부터의 면제를 인정하고 있는 것이다. 행정권에 의한 행정대집행과 민사재판에 의한 강제집행은 그 절차에 있어서 분명히 다른 것이나 법적 책임과 의무를 국가 공권력에 의해 실효적으로 행사하는 것이므로 행정권에 의한 행정대집행도 동조약이 정하고 있는 강제집행의 재판관할권에 포섭되는 것으로 볼 수 있다.

정화조치명령을 이행하지 아니하였음을 이유로 형사처벌을 할 수 있는가의 문제가 있을 수 있다. SOFA 제22조 제2항은 대한민국 당국은 미국 군대의 구성원이나 군속 및 그들의 가족에 대하여, 대한민국 법령에 의하여서는 처벌할 수 있으나 미국 법령에 의하여서는 처벌할 수 없는 범죄에 관하여 전속적 재판권을 행사할 권리를 가진다고 규정하고 있다. 한국지방자치단체의 행정명령에 응하지 아니한 범죄이므로 오로지 한국법령에 의하여 처벌할 수 있는 경우에 해당한다. 그러나 합의의사록 제22조에서는 제2항에 관하여 대한민국은, 합중국 당국이 적당한 경우에 합중국 군대의 구성원, 군속 및 그들의 가족에 대하여 과할 수 있는 행정적 및 징계적 제재의 유효성을 인정하여, 합중국 군 당국의 요청에 의하여 제2항에 따라 재판권을 행사할 권리를 포기할 수 있다고 규정하고 있다.

## 2. 도양환경보전법의 집행권자로서의 지방자치단체와 국가의 문제

도양환경보전법의 집행권은 중앙정부로부터 지방자치단체에 이양되어 시장·군수·구청장이 행사하고 있다. 도양환경보전법을 외국정부기관인 미군에 대해서도 우리의 지방자치단체가 동법을 적용하는데 지방자치법상 저촉되지 않는지 살펴볼 필요가 있다.

도양환경보전법에 의하면 시·도지사 또는 시장·군수·구청장만이 법집행권을 가지고 있다. 환경부장관은 시·도지사 시장·군수·구청장 등에게 법집행권을 발동할 것을 요청할 권한만 가진다. 동 법률에는 시장·군수·구청장의 동권

한이 미군기지에 미치지 않는다는 규정이 없다. 토양환경보전법상 집행권을 가진 시장·군수·구청장이 지방자치단체의 관할내의 주한미군기지에 대하여도 토양환경보전법을 적용 집행하는 것은 동 법률에 반하지 않는다.

당해 사무가 국가사무에 해당하고 국가로부터의 기관위임사무라면 지방자치단체의 권한은 국가의 하부기관으로서의 성격에서 행사하는 것이므로 지방의회가 조례나 의결로서 관여할 수 없는 반면 자치사무이거나 단체위임사무인 경우 지방의회가 조례나 의결로서 관여할 수 있다. 토양환경보전법상의 시장·군수·구청장의 법집행권한이 기관위임사무에 해당하는지 자치사무에 해당하는지 여부는 일률적으로 말할 수 없고 그 구별 실익도 크지 않다. 자치사무나 단체위임사무에 해당하는 경우 지방자치법 제157조 제1항에 의거 감독청 즉 주무부장관 및 시도지사는 지방자치단체장이 내린 명령이나 처분을 취소하거나 정지할 수 있다. 그리고 기관위임사무의 경우 위임의 근거규정인 행정권한의위임및위탁에관한규정 제6조에 근거하여 감독청은 시정명령을 내려 지방자치단체장이 행한 처분이나 명령을 취소 또는 정지할 수 있다. 즉, 사무의 성격에 상관없이 국가는 지방자치단체장이 내린 처분에 대하여 시정명령을 내릴 수 있다. 따라서 지방자치단체가 주한미군에 대하여 정화조치명령을 내리더라도 중앙정부는 당해 조치가 공익에 반한다고 판단할 때에는 이를 취소할 수 있다.

지방자치단체는 국제법상 일반적으로 인정되는 주체는 아니다. 그러나 오늘날 국제법의 역할과 기능이 커지면서 국제법상의 주체의 범위도 점점 넓어져 가고 있다. 지방자치단체가 외국정부를 상대로 직접 법을 적용하여 행정명령을 내리는 것이 영토고권에 입각한 정당한 법적용이라면 국제법의 원칙에 반하는 것은 아니다. 그러나 지방자치단체의 이러한 권한행사가 법적으로 문제가 없다 하더라도 현실적으로 이를 강제할 수 있는 방안이 없다는 한계는 분명히 존재한다.

그러나 법의 실효성이 전통적인 강제수단에 의해서만 성취되는 것이 아니라 비구속적 합의, 교섭, 문화, 예양 등 다양한 원인에 의해서도 성취될 수 있다는 주장이 국제법에서 설득력 있게 받아들여지고 있다.<sup>50)</sup> 미군기지가 위치한 지방자

50) 최근 구속력이 없는 형태의 국제규범("soft law")의 역할에 대하여 많은 국제법학자들이

치단체가 사인, 한국정부 뿐만 아니라 외국정부에 대하여 똑같이 이 땅의 법을 준수하라고 선언하는 것을 일관되게 지속적으로 반복한다면 미국도 서서히 인식을 달리하고 행동을 달리할 가능성이 존재하는 것이다. 미국과의 관계에서 주권행사를 충분히 못하는 중앙정부의 부족함을 지방자치단체가 채워줄 수 있다면 우리나라의 법치주의를 더욱 살찌우게 하는 결과가 될 것이다.

## V. 결론

외국정부가 타국에서 재판을 받지 않는다는 것은 법정지국 주권의 상당한 제약을 의미한다. 절대적 주권면제는 오늘날 오히려 예외적인 경우에 해당된다. 국가라 하더라도 외국의 법원에 의해 재판을 받아야 하는 경우가 많아졌다. 이는 곧 모든 국가가 주권국가로서 자국의 법을 적용하고 집행할 수 있는 여지가 넓어졌다는 의미이며 또한 국가라 하더라도 재판권으로부터 면제를 받던 특권이 줄어들

---

그 중요성을 인정하고 있다. 구속력 없는 규범 형식들은 변화하는 현실에서 각국이 융통성을 발휘할 수 있도록 하고 참여국들이 교섭 과정에서 신속하게 합의에 이를 수 있는 장점이 있다. 특히 수많은 요인들이 결합하여 나타나는 환경문제를 해결하기 위해서는 신속히 창설하고 변경할 수 있는 soft law 규범들이 유용하게 사용된다. 전통적으로, 구속력이 있는 조약은 사법적 구제수단을 통해 의무 준수를 강제할 수 있으므로 비법규적 규범들보다 더 실효성이 큰 것으로 인식되어 왔다. 그러나 실증적 연구에 의하면 서명국들이 조약의 의무를 준수하는 이유는 조약이 담고 있는 강제이행수단의 존재 때문이 아니라 국제사회에서의 국제관계를 지속하려는 심리 때문이라고 한다. Soft law에 국내 연구논문은 김석현, “국제법에 있어서 Soft Law”, 「국제법평론」 1997-I, 21, 통권 제8호, 1997; 이재근, “국제환경법에 있어서의 소프트로”, 「법학연구」 제8권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1997; 문규석, “국제환경법의 법원--Soft Law를 중심으로--”, 「외법논집」 2, 423, 한국외대, 1995 등이 있다. 흔히 soft law라고 표현되는 이와 같은 법형식들은 선언(declarations), 헌장(charters), 지침(guidelines), 결의(resolutions), 행동강령(codes of conduct), 국제기구결정(decisions of international bodies) 등의 형식으로 나타난다. 이와 같은 비법규적인 규범형식의 중요성에 대해서는 Edith Brown Weiss, Understanding Compliance with International Agreements: the Baker's Dozen Myths, 32 U. Rich. L. Rev. 1555, 1566-69 (1999) 참조.

었다는 것이다. 즉, 법은 사인들만 지키는 것이 아니라 국가도 지켜야 하는 것이며 외국도 지켜야 하는 것이다.

일국의 법을 적용하고 집행하는 역할은 중앙정부와 지방정부가 함께 수행한다. 법원은 권력분립의 원칙상 수동적으로 그 임무를 수행하는 반면 정부는 많은 인력과 강제력을 행사할 수 있는 실력을 갖추고 있어 보다 적극적으로 법을 적용하고 집행한다. 법은 강제력과 실효성을 전제로 한다. 아무리 정부가 법의 준수를 명하고 법을 위반한 자에 대하여 법의 준수를 명령한다고 하더라도 피명령자가 정부의 명령을 따르지 않을 수 있다고 한다면 그것은 전통적인 의미에서의 법이라고 할 수 없다. 국제관계에서 법의 기능과 역할이 제한되는 이유는 바로 약소국이 강대국을 움직일 수 없다는 데에 있다. 한국정부가 미국정부를 상대로 한국법이 정한 절차와 행정권을 행사하기 곤란한 것은 바로 그것의 실현을 이끌어 낼 사실상의 힘이 부족하기 때문이다. 미국이 거부하는 것을 강제로 하려 할 경우, 한미간 무력충돌이 발생하거나 한미관계가 악화되고 한국정부는 국제적 고립을 자초하게 될 우려도 있다. 따라서 외국에 대하여 한국의 법을 적용하고 집행하는 문제는 국제법상 허용가능성의 문제뿐만 아니라 사실상의 국제관계 및 국가이익도 고려하지 않을 수 없는 문제인 것이다.

따라서 한국정부와 미국정부 사이에서는 한국법의 절차와 기준을 한국이 강제하기 곤란하다. 대한민국의 법이 적용되는가의 문제(입법관할권의 문제)는 곧 실체법적 문제(외국군대에 대한민국의 법을 준수해야 할 의무가 있고 이에 따라 의무와 책임을 지는가?)인 반면 대한민국 법을 집행할 수 있는가의 문제(집행관할권의 문제)는 곧 절차법적 문제(외국군대에 대한 책임을 묻기 위한 대집행, 형사처벌, 강제집행 등을 할 수 있는가?)이다. 국내의 법적 문제는 대개 실체법과 절차법에 따른 결론이 일치하며 법의 실현이 가능하다. 그러나 국제법적 세계에서는 실체법과 절차법이 반드시 일치하는 것은 아니다. 즉, 실체법적 권리는 인정되더라도 절차법적으로 권리를 실현할 수 없는 경우가 많다.

미군의 공여지는 한국의 영토내이고 치외법권 지역이 아니므로 원칙적으로 한국법이 적용된다. 우리정부는 SOFA와 관련합의서의 어느 곳에서도 미국에 대하

여 한국법 적용을 면제해 주거나 미군의 환경오염 정화책임을 면제해 준비 없다. 미국이 점유하고 배타적인 관리권을 행사하는 동안 현실적으로 한국법을 적용할 수 없을 뿐이다. 그러나 이미 기지가 폐쇄되고 한국정부에 반환될 예정인 기지에 대하여 한국정부는 오염실태를 파악하고 오염원인자에게 한국법을 적용할 수 있다. 지방자치단체는 토양환경보전법에 의거 오염원인자인 미국에 대하여 정화명령을 내릴 수 있다. 그러나 이러한 지방자치단체의 행정권한도 대한민국과 미국이라는 국제법주체의 권한과 의무의 범위내에서 수행되어야 하는 한계가 있다. SOFA 제23조 제9항에서 미국에 대한 강제집행 관할권의 면제의 가능성을 인정하고 있어 지방자치단체가 행정대집행을 미국 재산에 대하여 할 수는 없다. 또한 한국정부가 미국정부의 환경정화책임을 면제해주고 기지반환에 합의를 하였다면 지방자치단체는 이러한 행정권한을 행사할 수 없다.

## 참고문헌

- 권영성, 「헌법학원론」, 2005.
- 김기창, “SOFA 제4조와 환경손해-원상회복의무와 손해배상의무에 관하여-”, 「민사법학」 제26호 2004년 9월, 2004.
- 김대순, 「국제법론」 제9판, 2003.
- 김석현, “국제법에 있어서 Soft Law”, 「국제법평론」 1997-I, 21, 통권 제8호, 1997.
- 김정건, 「국제법」, 2004.
- 김정균·성재호, 「국제법」, 2003.
- 이재곤, “국제환경법에 있어서의 소프트로”, 「법학연구」 제8권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1997.
- 문규석, “국제환경법의 법원--Soft Law를 중심으로--”, 「외법논집」 2, 423, 한국외대, 1995.
- 석광현, “외국국가에 대한 민사재판권의 행사와 주권면제”, 「법조」 통권 531호 301, 2000.
- 석광현, 「국제재판관할에 관한 연구-민사 및 상사사건에서의 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로-」, 서울대학교 출판부, 2001.
- 이성덕, “사이버공간에 대한 국가관할권의 문제-입법관할권을 중심으로 한 국제법적 조망-”, 「서울국제법연구」 6권 2호 219, 1999.
- 최태현, “국가면제 제한의 새로운 발전”, 「서울국제법연구」 6권 2호, 468, 1999.
- 최태현, “외국과 사인간의 분쟁에 대한 국내법원의 관할권에 관한 연구-국가면제의 제한을 중심으로-”, 14, 서울대학교 박사학위논문, 1991.
- 채영근, “용산기지가전협정의 문제점”, 「지역사회개발논총」 제8집 193, 한국항공대학교, 2004.
- 채영근, “주한미군기지의 반환과 미국의 환경정화책임”, 「저스티스」 2004/10 통권 제81호, 2004.

채영근, “SOFA환경조항에 따른 미군반환기지 환경오염치유의 문제점”, 「공법연구」 제34집 제1호, 371, 2005.

Edith Brown Weiss, Understanding Compliance with International Agreements: the Baker's Dozen Myths, 32 U. Rich. L. Rev. 1555, 1999.

Richard A. Phelps, Environmental Law for Overseas Installations, 40 A.F.L.Rev. 49, 1996.

Dieter Fleck (ed), The Handbook of Visiting Forces, 2001.

Valerie M. Fogleman, Hazardous Waste Cleanup, Liability, and Litigation - A Comprehensive Guide to Superfund Law, 1992.

Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 6th Ed., 2003.

Barry E. Carter & Phillip R. Trimble, International Law, 2nd Ed., 1995.

<Abstract>

**A Study Concerning Jurisdiction to Enforce Korean Soil Protection Act  
in the US Military Bases**

Chae, Young Geun

The Korean government agreed to accept the US proposal to return 15 military bases and received the possession of those bases. Those bases were not remedied as the Korean government requested during the past consultation which lasted more than 1 year. The Korean government gave up making more efforts to persuade the US counterpart at the US sudden hard line. The Korean acceptance of those returns is humiliation to Korean sovereignty. The government conceded the US Force the right to override Korean environmental law.

There is no justification not to apply Korean environmental law to the US Force. The "Base Relocation Treaty" signed by two countries in 2004 does not explicitly mention the US responsibility to remedy those bases which it returns to Korea. Instead the treaty mentioned that the two parties will act in accordance with the SOFA and relevant agreements. In 2003, the SOFA Joint Committee had reached an agreement on the "Procedures for Environmental Survey and Remediation of Contamination in Facilities and Areas Designated to be Granted or Returned." According to the agreement, the two governments will consult on the methods and extent of environmental remedy.

The US should have remedied those bases according to the consultation before it return. However the US violated that agreement by ignoring the consultation and unilaterally declaring return of bases. The Korean government took into account the unity and friendship of the two countries rather

than its sovereignty.

Under the theory of sovereignty, a state has the power to prescribe, enforce and adjudicate. Any state may voluntarily give up the right to foreign states by signing treaty. The international customary law also developed some theory that the foreign sovereign has immunity from jurisdiction of other states. However, such a rule does not apply when the sovereign state acts as commercial entity or relating any interest of immovable property of other state. The US Forces Korea also had used Korean immovable properties and contaminated those. The US cannot assert for the sovereign immunity.

The SOFA does not provide the US Forces any immunity from Korean law. The Korean government can apply Korean Law to the US Forces. The Korean government can exercise its criminal jurisdiction over US armed forces, civilian component or a dependent for their criminal offenses against Korean law. The Korean civil court also has civil jurisdiction against the US armed forces, civilian component or a dependent. However, the SOFA Article 23 para.9 provides that the US shall not claim immunity from the jurisdiction of the armed forces in respect of the civil jurisdiction of the courts of the Republic of Korea except in respect of proceedings for the enforcement of any judgment given against them in the Republic of Korea in a matter arising from the performance of their official duties or except after payment in full satisfaction of a claim. This provision prevent any enforcement measure to be taken by the local government against the US forces concerning the soil pollution at those bases to be returned.

주 제 어 : 기지이전협정, SOFA, 토양환경보전법, 재판관할권, 환경오염, 치유책임, 주권면제이론

Keywords : Jurisdiction, SOFA, Environmental Contamination at Military Base, US Responsibility, State Immunity, Sovereign Immunity