

## 제노사이드 방지 의무의 역외적용

박 소 민\*

### 목차

I. 서론	III. 인권의무 역외적용 이론과의 연관성
II. 보스니아 제노사이드 사건	IV. 결론

### Ⅰ 국문초록 Ⅰ

본 글은 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 ICJ)가 보스니아 제노사이드 사건에서 채택한 제노사이드 방지 의무의 역외적용에 대한 해석을 인권의무의 역외적용론, 특히 기능적 접근법의 관점에서 재조명한다. 제노사이드 협약은 명확한 영역적 제한을 두지 않음에 따라 전통적인 장소적·대인적 모델을 통한 인권의무 역외적용 논의에 새로운 쟁점을 제기하며, 이러한 맥락에서 ICJ는 제노사이드 방지 의무의 역외적용 범위를 상당히 확장하는 판결을 내렸다. 본 연구는 해당 사건의 선결적 항변 및 본안 판결을 면밀히 분석하여, 국가가 영향을 미칠 수 있는 능력을 근거로 제노사이드 방지 의무의 역외적용을 인정한 점을 집중적으로 검토하였다. 분석 결과, ICJ의 접근법은 기능적 접근법과 매우 유사하며 기능적 접근법에 제기된 비판이 제노사이드 방지 의무에도 상당 부분 적용될 수 있음을 확인하였다. 방지 의무의 역외적용 범위를 명확히 하려는 이 같은 노력은 해당 의무의 적용 범위를 보다 구체화함으로써 제노사이드 방지라는 국제사회 전

\* 연세대학교 정치학과 BK21 교육연구단 박사후연구원

논문접수일 : 2026. 1. 19., 심사개시일 : 2026. 2. 6., 게재확정일 : 2026. 2. 20.

체의 목표를 효과적으로 달성하는데 기여할 것이다.

주제어 : 제노사이드 방지의무, 국제사법재판소, 역외적용, 기능적 접근법

## I. 서론

본 글은 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 ICJ)가 *보스니아 제노사이드 사건*<sup>1)</sup>에서 제노사이드 방지 의무의 역외적용에 대해 취한 접근법을 인권의무의 역외적용(extraterritorial application of human rights obligations) 관련 논의, 특히 기능적 접근법(functional approach)에 방점을 두고 분석하는 데 목표를 둔다. 해당 사건의 대상이 된 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 이하 제노사이드 협약)은 중대한 인권 위반을 다루는 여타의 협약에 비해 관할권 또는 영역적 제한에 대한 표현이 적다고 할 수 있다.<sup>2)</sup> 이처럼 제노사이드 협약상 대부분의 의무와 관련하여 영역적 제한이 구체적으로 등장하지 않는다는 점에서 이러한 의무들의 적용 범위는 많은 논란의 여지를 포함한다. 이러한 맥락에서 ICJ가 *보스니아 제노사이드 사건*에서 내린 판결은 제노사이드 방지 의무의 역외적용 가능성을

---

1) *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (이하, *보스니아 제노사이드 사건*)

2) 제노사이드 협약상 의무의 적용 범위를 포함하는 조항은 제6조가 유일하다. 해당 규정은 제노사이드가 발생한 국가, 즉 범죄발생지국의 재판소가 이를 처벌할 것을 명시한다. 이는 협약의 당사국이 영역적 연계성이 없는 제노사이드를 처벌할 가능성을 배제하는 것으로 해석되며, 제노사이드 협약이 소위 보편적 관할권을 상정하지 않는 것으로 평가하는 근거가 된다. (Paola Gaeta (ed), *The UN Genocide Convention: A Commentary* (Oxford University Press 2009) pp. 231-232.)

가히 무제한적으로 확장하는 것처럼 보였는데, 재판소는 제노사이드 방지 의무는 영역적으로 제한되지 않는다고 결정한 후, 해당 의무를 상당한 주의(duel diligence) 의무로 해석하여 국가가 제노사이드를 저지른 개인의 행동에 효과적으로 영향을 미칠 수 있는 능력(the capacity to influence effectively)이 있는 경우 이러한 의무가 역외로도 적용된다고 밝힌 것이다.

인권의무의 역외적용이란 일반적으로 조약상 의무가 역외의 개인에게 적용되는 경우로 이해되어져 왔다. 예를 들어 관련 연구를 선도하는 Marko Milanović은 문제가 된 인권 위반의 시점에, 해당 위반으로 자신의 인권이 침해받은 개인이 인권 위반을 저지른 것으로 의심되는 국가의 영역에 위치하지 않은 상황을 지칭한다고 언급한다.<sup>3)</sup> 즉, 이는 국가의 영토, 영수, 영공을 포함하는 영역을 넘어 인권조약상의 의무가 적용되는 것을 의미하며, 국가가 영역 외부에 있는 개인에게 인권의무를 부담하는 상황을 다루는 것으로 해석된다.<sup>4)</sup>

이러한 역외적용에 대한 논의는 주로 역외 지역에 대한 통제 또는 역외의 개인에 대한 통제에 기반하는 장소적 모델(spatial model)과 대인적 모델(personal model)을 중심으로 이루어져 왔다. 전자는 인권협약의 당사국이 특정 역외 지역에 실효적이고 전반적인 통제(effective overall control)를 행사할 경우 당사국의 인권의무가 이러한 지역에서도 계속 적용된다는 모델로서 ICJ, 유럽인권재판소(European Court of Human Rights, 이하 ECtHR), 시민적·정치적 권리위원회

3) Marko Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (Oxford University Press), p. 8.

4) Joana Abrisketa and María Nagore Casas, "Extraterritorial Application of Human Rights Treaties," *Oxford Bibliographies*, 28 April 2016 <<https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0136.xml>> (접속일: 2024. 12.20.)

(Human Rights Committee, 이하 HRC) 등의 판례법에서 그 설명력을 인정받아 왔다.<sup>5)</sup> 후자는 협약의 당사국이 역외에서 활동하는 대리인을 통해 역외에 있는 개인에게 권한 및 통제(authority and control)를 행사하는 경우 해당 국가와 개인 사이에 협약상 의무가 적용된다는 입장이다. 이러한 접근법은 최근 ECtHR의 판례법에서 발전되었지만 HRC, 고문방지위원회(Committee Against Torture), 미주 인권위원회(Inter-American Commission on Human Rights) 등의 판례법에서도 채택된 바 있다.<sup>6)</sup>

해당 결정이 나온 2007년 당시에는 이미 인권의무 역외적용의 장소적 모델을 확립한 ECtHR의 1995년 *Loizidou v. Turkey 사건*이 나오기 이후이며, 이후에도 ECtHR의 2001년 *Banković and Others v Belgium and Others 사건*과 ICJ의 2004년 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory 권고적 의견*에서 이러한 모델이 확인된 시점이었다. 반면, 해당 시기에는 인권의무 역외적용의 또 다른 일반론으로 여겨지는 대인적 모델을 확립한 것으로 평가되는 ECtHR의 2011년 *Al-Skeini and Others v UK 사건* 이전이다. 따라서 해당 사건은 인권의무가 역외로 적용되기 위해서는 적어도

---

5) European Court of Human Rights, *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Application no. 15318/89, Judgment, 23 March 1995, paras. 62-64; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 136, para. 111; Human Rights Committee, Concluding observations, Israel, UN Doc. CCPR/C/70/Add. 93, 18 August 1998, para. 10.

6) European Court of Human Rights, *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Application no. 55721/07, Judgment, 7 July 2011, paras. 136-137; Human Rights Committee, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para. 10; Committee Against Torture, General Comment No. 2, UN Doc. CAT/C/GC/2, 24 January 2008, para. 16; *Coard et al. v. United States*, Case No. 10.951, Report No. 109/99, Annual Report of the IACHR 1999, para. 37.

특정 지역에 대한 실효적이고 일반적인 통제가 행사되어야 한다는 장소적 모델이 확립되고, 아직 대인적 모델을 채택할 필요성이 제기되고 있는 시점에 나온 것이다.

해당 사건의 당사자인 신유고 연방(약칭 신유고)와 보스니아-헤르체고비나(약칭 보스니아)가 사건에서 표명한 입장 역시 인권의무 역외적용 방식에 대한 당시의 일반론을 보여주는 예가 된다. 신유고는 제노사이드 협약은 당사국이 협약 위반이 발생한 지역에 대해 영역적 관할권 또는 통제를 가지고 있는 경우에만 적용되며, 제노사이드를 방지하고 처벌할 의무는 필연적으로 국가 영역 또는 국가의 통제하에 있는 지역 내에서 입법 및 집행 관할권의 행사와 관련된다고 지적하였다. 따라서 이러한 의무의 위반에 대한 국가 책임이 발생하기 위해선 해당 지역에 대한 통제 능력이 필요하다는 입장이었다.<sup>7)</sup> 보스니아 역시 유사한 입장을 취했는데, 제노사이드를 방지하고 처벌할 의무가 영역적으로 제한되지 않는다는 해당 사건의 선결적 항변 판시를 인용하면서도, 이러한 의무가 역외로 적용되기 위해서는 역외 지역에 대해 제노사이드를 예방하고 중단할 수 있는 기능, 권한 또는 활동을 행사했는지 입증해야 한다고 주장하였다. 이는 제노사이드 방지 의무가 역외로 적용되기 위해서는 해당 영토에 대해 최소한의 통제권이 있어야 함을 인정한 것으로 볼 수 있다.<sup>8)</sup>

이처럼 *보스니아 제노사이드 사건*은 장소적 모델이 확립되고 대인적 모델에 대한 논의가 계속되던 시점에 나온 사건으로 따라서 당시의 해당 사건 관련 논의는 그 당시의 인권의무 역외적용의 발전 정도를 반영한다고 할 수 있다. 하지만 본 글이 해당 사건에 다시금 주목하는 이유는 해당 사건이 나온 당시에 비해 인권의무의 역외적

7) *보스니아 제노사이드 사건*, Verbatim Record, CR 2006/16, pp. 15 and 19.

8) *보스니아 제노사이드 사건*, Verbatim Record, CR 2006/34, p. 7.

용에 대한 논의가 상당 부분 진전되었기 때문이다. 대인적 모델이 확립되었을 뿐 아니라, 이러한 일반론에서 이탈하는 진보적인 접근법들이 등장하고 있다. 그 중에서도 본 글이 집중하는 관할권의 기능적 접근법은 기존의 역외적용 일반론과는 상당히 다르지만, 환경을 포함하여 다양한 분야에서 그 적용 가능성이 논의 및 확장되고 있다. 기능적 접근법 역시 국가의 활동이 개인의 인권에 영향을 주는 등의 요건을 충족하는 경우 인권의무를 역외적용하려는 시도로 이러한 요건이 상당한 주의 의무의 요건과 유사하다고 평가되어져 왔다.<sup>9)</sup> 이러한 맥락에서 본 글은 *보스니아 제노사이드 사건*에서 ICJ가 제노사이드 방지 의무의 역외적용과 관련하여 내린 판결을 인권 의무의 역외적용에 대한 논의에 비추어, 특히 기능적 접근법에 대한 논의에 방점을 두어 분석하고자 한다.

제노사이드 방지 의무의 역외적용에 대한 연구가 시의적절한 이유는, 최근 발생하는 다양한 국제적 현안과 관련하여 제노사이드 방지 의무의 범위를 2007년 ICJ의 판시에 근거해 사실상 무제한적으로 확장하려는 해석들이 등장하고 있기 때문이다. 대표적으로 Luciano Pezzano는 ICJ가 제노사이드 방지 의무에 대해 해석한 바에 기초하여, 해당 의무는 모든 국가가 부담하는 것이며, 특정 국가가 자신이 해당 제노사이드에 영향을 미칠 수 있는 위치에 있다면 가능한 모든 수단을 동원하여 이를 방지해야 한다고 주장한다. 나아가 그는 이스라엘을 제노사이드 협약 위반으로 ICJ에 제소한 남아프리카공화국의 행위를 이러한 제노사이드 방지 의무의 이행으로 평가하며, 방지 의무의 범위를 전 지구적 차원으로 확장하여 해석한 바 있다.<sup>10)</sup>

9) Alice Ollino, "The 'capacity-impact' model of jurisdiction and its implications for States' positive human rights obligations," QIL, Zoom-in 82 (2021), p. 82.

10) Luciano Pezzano, "The Obligation to Prevent Genocide in South Africa v. Israel:

이와 같이 2007년 ICJ의 판시에 기초한 학술적 논의가 점점 확장되고 있음에도 불구하고 제노사이드 협약의 역외적용은 기존 선행 연구에서 본격적으로 다루어지지 않았다. 인권의무의 역외적용에 대한 국내 논의는 다음과 같이 요약할 수 있다. 우선, 가장 최근의 논의로는 신윤진, “국제인권조약 당사국의 역외 인권의무: ‘관할’의 의미와 초국경적 인권문제를 중심으로,” 인권연구 제4권 제1호 (2021) 이 있다. 해당 글은 인권의무 역외적용에 대한 국외의 다양한 논의를 요약 및 분석하고 대안을 제시했다는 점에서 학술적 가치가 높지만, 제노사이드 협약에 대한 본격적 논의는 찾아볼 수 없다. 해당 논문 이전에는 최지현, “국제인권조약의 장소적 적용범위 확대-역외적용 가능성에 대한 일반적 고찰-,” 안암법학 제34호 (2011)이 인권조약 역외적용에 대한 전반적인 논의를 아우른 바 있다. 하지만 여기서도 제노사이드 협약에 대한 논의는 찾아보기 어렵다. 이 외에도 인권의무의 역외적용에 대한 논의가 다국적 기업의 인권침해 맥락에서 다루어지는데 대표적으로 이상수, “국제인권법상 국가의 역외적 인권보호의무,” 홍익법학 제22권 제3호 (2021)이 있으며, 이러한 논의가 환경관련 의무에 있어 가지는 시사점을 연구한 논의로 박소민, “인권조약상 환경 관련 의무의 역외적용에 대한 연구,” 국제법평론 제68호(2024)이 있다. 이처럼 역외적용에 대한 논의가 있음에도 불구하고 그 수가 한정적이며, 제노사이드 협약을 구체적으로 다룬 논의는 전혀 없다고 평할 수 있겠다.

한편 제노사이드 협약상의 의무를 인권의무로 규정하는 것이 타당한지에 대해서는, 이 글의 이론적 전제 자체와 관련된 문제로서

---

Finally a Duty with Global Scope?,” EJIL: Talk!, 4 January 2024 <<https://www.ejiltalk.org/the-obligation-to-prevent-genocide-in-south-africa-v-israel-finally-a-duty-with-global-scope/>> (접속일: 2026.02.20.)

의문이 제기될 수 있다. 특히 제노사이드 협약이 제노사이드 처벌과 관련된 여러 의무들을 중심으로 구성되어 있다는 점에서, 해당 협약을 인권 협약이 아닌 형사법적 협약으로 분류해야한다는 비판이 제기될 수 있겠다. 하지만, 어떤 의무의 성격을 판단함에 있어서는 조약 전체의 성격이 아니라, 그 조약에 포함된 개별 의무의 성격에 초점을 맞출 필요가 있다. 예를 들어, 고문 처벌에 관한 규정을 다수 포함하는 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 이하 고문방지협약)의 경우, 제2조 제1항은 당사국에 고문을 방지할 의무를 부여한다. 그리고 이러한 의무는 일반적으로 인권의무의 역외적용 이론의 적용 대상으로 논의된다.<sup>11)</sup>

또한, 인권의무는 통상 존중의무(duty to respect), 보호의무(duty to protect), 실현의무(duty to fulfil)로 구분되는데, 이 중 실현의무는 국가로 하여금 인권침해를 예방하고 처벌하기 위한 적극적 조치를 취할 것을 요구한다. 따라서 인권의무는 개인에게 직접 일정한 권리를 부여하는 의무에 한정되는 것이 아니라, 일정한 권리의 향유가 효과적으로 보장되도록 하기 위하여 예방이나 처벌과 같은 조치를 취할 것을 국가에 요구하는 의무까지도 포함하는 것이다.<sup>12)</sup> 이러한 점을 비추어 볼 때, 제노사이드 방지 의무를 인권의무의 역외적용 이론에 관해 논의할 수 없다는 비판은, 조약 전체의 형식적 성격이 아니라 개별 조항의 내용과 성질이 그 의무가 인권의무인지 여부를 결정한다는 점을 간과한 것으로 보인다.

11) Milanović, *supate note* 3, p. 12.

12) Frédéric Mégret, "Nature of Obligations," in Daniel Moeckli et al. (ed), *International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2018), p. 98.

William A. Schabas의 설명은 이러한 해석을 지지한다. 그는 인권 보호와 형사 처벌의 긴밀한 연계성을 언급하며 제노사이드 협약이 유엔 총회에 의해 첫 번째로 채택된 인권협약으로서 국가적, 인종적, 민족적, 종교적 소수자들을 그들의 존재 자체에 대한 위협으로부터 보호하는 데 기여한다고 설명한다.<sup>13)</sup> 즉, 제노사이드 방지 의무는 개인을 제노사이드로부터 보호하기 위해, 즉, 제노사이드로부터 해방될 그들의 인권을 실현하기 위해 고안된 인권의무라고 볼 수 있는 것이다.

이같은 배경에서 본 글은 다음의 순서로 연구를 전개한다. 첫째, *보스니아 제노사이드 사건*에서 제노사이드 방지 의무의 역외적용과 관련한 판시를 분석한다. 관련 내용은 본안 판결뿐 아니라 선결적 항변 판결에서도 확인할 수 있다. 따라서 이 둘을 총체적으로 분석하여 ICJ가 해당 사건에서 제노사이드 방지 의무의 역외적용에 대해 어떠한 입장을 개진하였는지 분석하고자 한다. 둘째, 이러한 ICJ의 판시 내용을 인권의무의 역외적용 이론에 비추어 분석한다. 이는 일반론으로 확립된 두 전통적 모델에 비추어 분석하는 것과, 최근 역외적용의 확장 시도로 빈번히 논의되는 기능적 접근법에 비추어 분석하는 것을 포함한다. 이러한 연구는 *보스니아 제노사이드 사건*을 재조명할 뿐 아니라 해당 사건을 인권의무 역외적용론에 비추어 총체적으로 이해하는데 기여할 것이다.

---

13) William A. Schabas, "Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide," United Nations Audiovisual Library of International Law (United Nations, 2008), p. 4.

## Ⅱ. 보스니아 제노사이드 사건

### 1. 사건의 배경

해당 사건은 국제법원이 제노사이드 협약에 따라 당사국이 다른 국가에서 발생할 가능성이 있는 제노사이드를 방지할 의무가 있음을 인정한 첫 번째 사례로, 구유고 연방의 해체라는 국제정치적 흐름에서 발생했다. 구유고 연방은 보스니아, 크로아티아, 마케도니아, 몬테네그로, 세르비아, 슬로베니아의 6개 공화국으로 구성되어 있었으나, 세르비아와 몬테네그로를 제외한 공화국들의 독립하면서 신유고로 재편되었다. 보스니아는 독립을 선언한 여러 공화국 중 하나로 1992년 4월 국민투표를 거쳐 독립을 선언했다. 이에 반대하는 보스니아 내 세르비아계 주민들이 보스니아 내 세르비아 공화국인 스텝스카 공화국 수립을 선언했고 보스니아 영역의 상당 부분에 대해 사실상의 통제를 행사하였다.<sup>14)</sup> 이후 1995년 7월 스레브니차 대학살이 발생했고, 같은 해 12월 보스니아, 크로아티아, 신유고 간에 데이턴 협정(Dayton Agreement on Implementing the Federation of Bosnia and Herzegovina)이 체결되면서 보스니아 내전은 종식되었다.

이러한 국제정치적 배경 속에서, 1993년 3월 20일 보스니아는 신유고 연방이 제노사이드 협약상의 의무를 위반했다고 주장하며, 해당 협약의 분쟁회부조항인 제9조와 ICJ 규정 제36조 제1항에 근거하여 ICJ에 소송을 제기하였다.<sup>15)</sup> 제노사이드 협약 제9조는 협약의 해석, 적용 또는 이행과 관련한 체약국 간의 분쟁을 ICJ에 회부하도록

14) 보스니아 제노사이드 사건, *Judgment, ICJ Reports 2007 (이하, 2007년 본안 판결)*, p. 43, para. 235.

15) 보스니아 제노사이드 사건, *Application of the Republic of Bosnian and Herzegovina (20 March 1993)*, paras. 88-89.

규정한다. 보스니아는 신유고가 제노사이드 협약 제1조를 포함한 여러 규정을 위반했다고 주장했으며,<sup>16)</sup> 특히 신유고뿐 아니라 신유고의 통제를 받는 보스니아 내의 대리인(agents), 대행조직(surrogates), 준군사조직((para)military) 및 민병대(militia forces)를 통해 제노사이드가 발생했다고 고발했다.<sup>17)</sup> 사안의 심각성과 내전이 진행 중이라는 점을 고려하여, 보스니아는 두 건의 잠정조치 청구를 통해 보스니아 국민들에 대한 제노사이드를 중단할 것 등을 요청하였다.<sup>18)</sup>

제노사이드 협약 제1조는 제노사이드가 국제법상 범죄이며, 당사국은 이를 방지하고 처벌할 의무가 있음을 명시한다. 따라서 협약의 당사국들은 제노사이드를 방지하고 처벌할 두 개의 의무에 구속된다. 국제범죄에 대한 논의를 선도해 온 William Shabas가 언급한 바와 같이, 협약은 제노사이드를 처벌하기 위한 별도의 의무들을 규정하지만,<sup>19)</sup> 방지 의무와 관련해서는 제1조 외에 별다른 언급이 없으며, 협약의 성안과정 역시 해당 의무의 범위를 구체적으로 추정할 수 있는 근거를 제공하지 않는다.<sup>20)</sup> 하지만 해당 사건에서 협약 제1조가 본안 심리의 핵심을 구성하게 되면서, 방지 의무의 범위와 성격이 구체적으로 국제재판의 쟁점으로 다루어지게 되었다.

16) 2007년 본안 판결 p. 43, para. 64.

17) 보스니아 제노사이드 사건, Application of the Republic of Bosnian and Herzegovina (20 March 1993), para 20.

18) 보스니아 제노사이드 사건, Request for the Indication of Provisional Measures of Protection Submitted by the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina (20 March 1993); Request for the Indication of Provisional Measures of Protection Submitted by the Government of the Republic of Bosnia and Herzegovina (27 July 1993).

19) 제노사이드 협약 제4조, 제5조, 제6조.

20) William Schabas, *Genocide in international law: the crime of crimes* (Cambridge University Press, 2009, 2<sup>nd</sup> ed), p. 81.

## 2. 선결적 항변 판결

이러한 보스니아의 소 제기에 따라 1995년 6월 26일 신유고는 선결적 항변을 제기하였다. 신유고는 보스니아 사안이 내전에 해당하므로 제노사이드 협약 제9조에 따른 국제적 분쟁에 해당하지 않으며, 신유고는 이러한 분쟁의 당사자가 아니라는 입장을 취했다.<sup>21)</sup> 이에 대해 재판소는 협약 제1조를 해석하며 답변을 시작하였다. 우선, 제1조는 협약이 특정 유형의 분쟁 상황에서 발생한 제노사이드에만 적용된다고 규정하지 않으며, 평시와 전시를 구분하지 않고 제노사이드를 방지하고 처벌해야 한다고 명시하고 있다고 실시했다. 따라서 보스니아에서 발생한 사건이 내전인지, 국제적 성격의 무력 분쟁인지 여부와 상관없이, 협약상 방지 및 처벌 의무의 대상이 된다고 판단했다.<sup>22)</sup> 또한, 재판소는 협약의 문언적 해석을 통해, 제6조를 제외한 협약의 대부분 조항이 영역적 제한을 두고 있지 않음을 덧붙였다.<sup>23)</sup>

이어서, 1951년 *제노사이드 협약 유보 사건*에서 제노사이드 협약의 대상과 목적을 설명한 부분을 인용하였다.<sup>24)</sup> 재판소는 제노사이드 협약은 유엔의 제노사이드를 국제법상 범죄로 규정하고 처벌하려는 의도를 보여주며, 협약의 기본 원칙은 협약상 의무 없이도 국가를 구속하며, 제노사이드에 대한 비난과 이로부터 인류를 해방하기 위한 협력이 보편적임을 인정한 바 있다.<sup>25)</sup> 재판소는 이러한 논증에 기

21) *보스니아 제노사이드 사건, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, p. 595 (이하 1996년 선결적 항변 판결), para. 30.*

22) *1996년 선결적 항변 판결, para. 31.*

23) *Ibid.*, para 31.

24) *Ibid.*, para 31.

25) *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 15, p. 23.*

반하여, 협약상 권리와 의무는 대세적 성격을 가지며(erga omnes), 제노사이드를 방지하고 처벌할 의무는 영역적으로 제한되지 않는다고 결론 내렸다.<sup>26)</sup> 이는 협약 당사국이 다른 모든 당사국을 상대로 이러한 의무를 부담한다는 의미로, 이러한 의무를 이행할 책임이 특정 당사국에 국한되지 않음을 뜻한다. 특히 재판소는 이러한 의무가 국제사회 전체에 대한 의무라고 확인하며 해당 의무의 범위를 조약 체제를 넘어 확장한 것이다.<sup>27)</sup>

### 3. 본안 판결

이후 재판소는 본안 판결에서 제1조 상의 의무가 영역적으로 제한되지 않는다는 해석을 더욱 발전시켰다. 우선 재판소는 제노사이드를 방지할 의무와 처벌할 의무가 연관되어 있음은 분명하지만, 이 두 의무는 명확히 구분되는 독립적인 의무라는 입장을 취했다.<sup>28)</sup> 또한, 재판소는 제노사이드의 적절한 처벌이 제노사이드 예방에 기여한다는 점을 인정하면서도, 방지 의무는 처벌 의무와 별개로 존재하며, 처벌 의무에 통합되거나 그 구성 요소로 간주할 수 없다고 판시했다.<sup>29)</sup>

해당 사건에서 피소국과 문제가 된 제노사이드 사이의 연계성을 입증하기 위해, 재판소는 우선 제노사이드 방지 의무의 성격을 규정

26) 1996년 선결적 항변 판결, para. 31.

27) John Heieck, "Rohingya Symposium: Judicial Intervention and the Duty to Prevent Genocide in the Rohingya Genocide Case-The Role of Obligatio Erga Omnes and Nouvelle Protection Diplomatique," *OpinioJuris*, 25 August 2020 <<https://opiniojuris.org/2020/08/25/rohingya-symposium-judicial-intervention-and-the-duty-to-prevent-genocide-in-the-rohingya-genocide-case-the-role-of-obligatio-erga-omnes-and-nouvelle-protection-diplomatique/>> (접속일: 2024.12.23.)

28) 2007년 본안 판결 para. 425.

29) *Ibid.*, paras. 426-427.

하였다. 재판소는 제노사이드 방지 의무가 행위 의무이지 결과 의무가 아니므로, 국가는 제노사이드 방지에 성공해야 할 의무를 부담하는 것이 아니라고 실시했다. 오히려, 당사국의 의무는 가능한 한 제노사이드를 방지하기 위해 합리적으로 이용 가능한 모든 수단을 동원하는 것이라고 덧붙였다. 따라서 국가가 제노사이드 방지라는 목적을 달성하지 못했더라도, 자신의 권한 내에서 이를 방지하기 위한 모든 조치를 취했다면 이러한 의무 위반으로 인한 국가 책임은 발생하지 않는다고 설명했다. 이러한 맥락에서 재판소는 국가가 제노사이드를 방지할 의무를 제대로 이행했는지 여부를 평가하기 위해 상당한 주의 기준을 적용해야 한다고 설명하였다. 따라서 재판소는 영역 또는 개인에 대한 통제 여부가 아닌 제노사이드를 저지른 개인의 행동에 효과적으로 영향을 미칠 수 있는 능력(*the capacity to influence effectively*)에 근거하여 당사국이 특정 제노사이드에 대해 방지 의무를 부담하는지를 판단해야 한다고 실시했다. 또한, 이러한 능력은 사건 현장과 해당 국가 간의 지리적 거리, 해당 국가 당국과 사건의 주요 행위자 간의 정치적 유대 관계 및 기타 모든 종류의 유대 관계의 강도에 따라 달라진다고 덧붙였다. 재판소는 국가의 영향력 행사 능력은 법적 기준에 의해서도 평가되어야 하며, 각 국가의 행동 능력은 제노사이드 위협에 처한 상황과 해당 지역의 사람들에 대한 특정 법적 입장 또는 현실에 따라 달라질 수 있다고 실시했다.<sup>30)</sup>

이러한 기준을 설립한 재판소는 신유고와 스릅스카 공화국 및 군대 사이의 강력한 정치적, 군사적, 재정적 연계성을 고려하여, 신유고가 보스니아에 있는 세르비아인들에 대해 다른 당사국들과 구분

---

30) *Ibid.*, para. 430.

되는 영향을 미쳤다고 설명하였다. 그러나 신유고는 제노사이드를 막기 위한 주도적인 조치를 취하지 않았고, 이를 예방할 수 있는 수단이 충분했음에도 이를 사용하지 않았으므로 제노사이드 방지 의무 위반에 따른 국가 책임이 발생한다고 결론지었다.<sup>31)</sup> 따라서 재판소는 제노사이드를 방지할 의무는 특정 상황에서 제노사이드의 발생을 어느 정도 억제할 수 있는 권한을 가진 모든 당사국에 부과된다는 입장을 취한 것이다.<sup>32)</sup>

이러한 재판소의 판결은 다음과 같이 요약할 수 있다. 우선 제노사이드 방지 의무는 영역적으로 제한되지 않으며, 대세적 의무에 해당한다. 또한, 상당한 주의 의무이므로 영향을 미칠 능력에 근거하여 해당 국가가 이러한 의무를 부담하는지를 판단해야 한다. 그러나 이러한 판결은 반론에서 자유롭지 않았다. 우선 재판관들의 반론이 있었다. Tomka 판사의 경우 제노사이드 방지 의무가 영역적으로 제한되지 않는다는 재판소의 해석은 합리적인 방식으로 적용되어야 하며, 영향을 미칠 능력에 근거한 재판소의 새로운 접근법은 국가가 특정 영역 및 활동에 대해 통제를 행사한 경우에만 방지 의무가 발생한다고 주장한 두 당사국의 입장과 일치하지 않는다고 반박하였다.<sup>33)</sup> 또한 Tomka 판사는 제노사이드 협약 제1조에 따라 당사국은 자국 영역 밖에서 관할권을 행사하거나 특정 인물의 역외 활동을 통제하는 범위 내에서 역외에서 자행되는 제노사이드를 방지할 의무가 있으며, 이러한 의무는 자국 영역 내에서 자행되는 제노사이드를 방지할 의무에 추가되는 것이라고 밝혔다.<sup>34)</sup> Skotnikov 판사도 제노

---

31) *Ibid.*, para. 438.

32) *Ibid.*, para. 461.

33) 2007년 본안 판결 *Separate Opinion of Judge Tomka*, paras. 63-65.

34) *Ibid.*, para. 67.

사이드 방지 의무에 대해 재판소가 역외 관할권 유추의 핵심 요소인 통제가 아닌 상당히 주관적인 개념인 영향을 근거로 역외적용 여부를 결정한 것에 대해, 정치적으로는 매력적이지만 법률적으로는 애매모호하며 측정이 어렵다고 비판하였다.<sup>35)</sup>

### Ⅲ. 인권의무 역외적용 이론과의 관련성

#### 1. 두 전통적 모델과 제노사이드 방지 의무

이처럼 본안 판결의 내용과 상반되는 두 판사의 입장은 제노사이드 방지 의무가 상당한 주의 의무라고 하더라도, 모든 역외 활동에 적용되는 것이 아니라, 문제가 된 상황이 당사국이 통제하는 영역에서 발생했거나 당사국이 이러한 상황을 야기하는 활동에 대해 통제를 행사한 경우에만 적용된다는 입장이었다. 이는 인권의무의 역외적용에 관한 일반론으로 불리는 장소적 모델과 대인적 모델을 상기시킨다. 이러한 두 모델의 공통점은, 역외 지역 및 개인에 대한 어느 정도 수준의 통제를 요구한다는 점이다. 특히 장소적 모델과 관련하여 이러한 통제는 주로 실효적이거나 전반적이어야 한다는 수식어와 함께 오는데, 통제가 실효적이라는 뜻은 국가가 특정 지역과 그 주민들에 대해 광범위한 분야에서 자신이 원하는 것을 수행할 수 있을 만큼 충분한 권한을 가져야 함을 의미한다.<sup>36)</sup> 통제가 전반적이라는 함은, 당사국이 역외 개인의 인권을 침해한 행위자에 대해 세부적인 통제를 행사하지 않았더라도 해당 지역에 실효적이고 전반적인 통

35) 2007년 본안 판결 *Declaration of Judge Skotnikov*, p. 340.

36) Marko Milanović, *supra* note 3, p. 137.

제를 행사했다라면 당사국의 인권의무가 적용된다는 뜻이다.<sup>37)</sup> 이러한 통제여부가 입증된 사례는 대표적으로 군사 점령을 들 수 있으며, ECtHR는 공습만으로는 통제 기준을 충족할 수 없고, 당사국이 정부가 일반적으로 행사해야 하는 모든 또는 일부 공권력을 행사하는 경우 해당 지역에 대한 통제 요건을 충족한다고 설시한 바 있다.<sup>38)</sup> 대인적 모델은 당사국의 대리인이 당사국이 영역적 통제를 하고 있지 않은 지역에서, 즉 장소적 모델이 상정하는 지역에 대한 실효적이고 전반적인 통제 요건이 충족되지 않은 상황에서, 인권침해를 저지르는 경우 이러한 인권침해에 대응할 수 있는 것으로 여겨진다. 대인적 모델의 요건인 개인에 대한 권한 및 통제는 구금과 같이 개인의 신병을 확보하는 상황을 지칭하는 것으로 해석되곤 한다.<sup>39)</sup>

하지만 이러한 일반론은 모든 인권의무에 동일하게 적용되는 것은 아니다. 국제법상 인권의무는 보통 두 가지 차원으로 나뉜다. 국가의 인권의무란 개인의 기본권을 보장할 의무에 해당하는데, 이러한 의무는 개인의 권리를 존중할 수직적 차원과, 국가가 제3자로부터 개인의 권리를 보장할 수평적 차원의 두 차원으로 발현되는 것이다.<sup>40)</sup> 전자는 소극적 인권의무로 불리며, 이러한 부정적 의무는 국가가 시민의 기본권에 간섭하지 않도록 제한하는 의무를 부과하는데, 이러한 관점에서 국가는 시민을 살해하거나 시민의 사생활을 침해하지 않아야 한다. 반면, 적극적 의무는 국가가 인권을 보호하기

37) *Ibid.*, 136-137; European Court of Human Rights, Court, *Case of Loizidou v. Turkey*, Application no. 15318/89, Judgment, 18 December 1996, para. 56.

38) European Court of Human Rights, *Banković and Others v Belgium and Others*, Application no. 52207/99, Admissibility Decision, 12 December 2001, para. 71.

39) Marko Milanović, *supra* note 3, p. 187 et seq.

40) Dalia Palombo, “Extraterritorial, Universal, or Transnational Human Rights Law?,” *Israel Law Review*, Vol. 56, No. 1 (2022), pp. 92-93.

위해 행동할 의무를 부과하는 의무로서, 적극적 의무의 영역에는 다른 개인의 간섭으로부터 개인의 인권을 보호할 의무가 있다. 이러한 의무를 수평적 관계에서 인권을 보호할 적극적 의무라고 한다.<sup>41)</sup>

그리고 이러한 부정적/긍정적 의무의 구분은 인권의무 역외적용 논의에서도 주요한 시사점을 도출한다. 부정적 의무는 항상 적용되므로 국가는 자국의 영역 밖에서 행동할 때 인권을 침해하지 않아야 한다는 것이 일반적으로 받아들여지는 것이다. 일찍이 Milanović은 소극적 인권의무와 적극적 인권의무를 구분하여 전자의 경우 영역에 따라 제한되지 않는 것으로 해석하고, 후자의 경우 자국 영역 내로 한정하는 게 적절하다고 주장하였다.<sup>42)</sup> Antonio Coco역시 소극적 인권의무에 비해 적극적 인권의무에 있어서는 더욱 더 높은 강도의 통제가 인권의무의 적용 유무를 확인하기 위해 필요하다는 입장을 취한다.<sup>43)</sup> Maria Monnheimer 또한 국가는 자국 영역 밖에서 행동할

41) Stefan Somers, *The European Convention on Human Rights as an Instrument of Tort Law* (Intersentia, 2018), p. 7: Stefan Somers는 생명권의 예를 들어 이에 대한 설명을 덧붙인다. 그는 소극적 의무의 관점에서 생명권은 국가가 시민을 죽일 수 없음을 규정하며, 국가가 사람을 죽이는 경우 이러한 의무를 위반하는 것으로 설명한다. 하지만, 생명권은 국가 이외의 요인에 의해 위협받을 수 있으며, 예를 들어 식량의 부족이나 질병으로 인해 위협받을 수 있다고 덧붙인다. 따라서 적극적 의무의 관점에서 볼 때, 생명권은 국가가 국민에게 기본적인 건강과 식량을 제공할 의무를 부과하는 것이다. 또한, 사람들 사이에 살인이 발생할 수 있으므로, 국가는 인권을 보호할 적극적 의무를 이행하기 위해 생명권 침해 행위를 방지하고 구제할 수 있는 형사 및 민사법적 수단을 제공해야 한다고 설명한다.

42) Milanović, *supate* note 3, p. 210. see also, Demira Kamchibekova, “State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations,” *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 13 (2007) p. 98; Erik Roxstrom, Mark Gibney and Terje Einarsen, “The Nato Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection,” *Boston University International Law Journal*, Vol. 23, No. 1 (2005), p. 73.

43) Antonio Coco and Talita de Souza Dias, “‘Cyber Due Diligence’: A Patchwork for Protective Obligations in International Law,” *European Journal of International Law*, Vol. 32, No. 32 (2021), pp. 797-799.

때도 인권 침해를 자제해야 하는 소극적 의무에 계속 적용되는 반면, 긍정적 인권의무의 경우 특정 상황에 대해 충분한 통제력을 가진 경우에만 책임이 발생한다고 설명한 바 있다.<sup>44)</sup> 국내에서도 신윤진은 소극적 인권의무에 대해서는 관할이나 상대방의 범위의 제한을 두지 않는 것이 타당한 반면, 적극적 인권의무의 경우에는 국가의 입법 관할권과 국제 협력 의무를 함께 반영한 종합적이고 맥락적인 접근법이 필요하다고 주장한 바 있다.<sup>45)</sup>

이처럼 소극적 인권의무를 광범위하게 확장하는 해석은 인권 기구들에서도 지지된 바 있다. 예를 들어, HRC는 ICCPR 제2조가 당사국이 자국 영역에서 저지를 수 없는 위반 행위를 다른 국가의 영역에서 저지르도록 허용하는 것은 양심에 어긋나는 일이라고 밝힌 바 있다.<sup>46)</sup> 반면미주 인권 위원회는 적극적 의무의 경우 해당 상황에 대해 충분한 통제력을 가진 경우에만 인권의무가 발생한다고 판시한 바 있다.<sup>47)</sup>

이처럼 역외적용에 있어 소극적 인권의무와 적극적 인권의무를 구분하는 근거로는 두 인권의무의 특성상 전자에 비해 후자가 이행에 있어 더 높은 수준의 통제를 필요로 한다는 점이 언급된다. Milanović은 인권 존중 의무를 현실적으로 준수하기 위해서는 국가가 자국 공무원의 행위에 대해 통제할 수 있는 것 이상으로 통제할 수 있어야

44) Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law* (Cambridge University Press, 2021), p. 267.

45) 신윤진, “국제인권조약 당사국의 역외 인권의무: ‘관할’의 의미와 초국경적 인권 문제를 중심으로,” *인권연구* 제4권 제1호 (2021).

46) Human Rights Committee, *Lopez Burgos v. Uruguay*, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979 (1984), para. 12.3; *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, *Decision of 29 July 1981*, *Communication No. 56/1979*, UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979, para. 10.3.

47) Inter-American Commission on Human Rights, *Armando Alejandro Jr. and Others v. Republica de Cuba*, *Decision of 29 September 1999*, *Case 11.589*, *Report No. 86/99*, para. 25.

하며, 인권 보호를 위한 적극적인 의무는 해당 영역에 대해 훨씬 더 높은 수준의 통제를 필요로 하며, 이는 국가가 정부 기관과 메커니즘을 만들고, 법을 제정하고, 그에 따른 위반 행위를 처벌할 수 있도록 하는 통제라고 설명한 바 있다.<sup>48)</sup>

그렇다면 이러한 일반론에 비추어 볼 때 ICJ가 *제노사이드 사건*에서 취한 접근법은 어떻게 평가할 수 있을까? 우선 재판소는 선결적 항변 판결에서 제노사이드 협약의 대부분의 조항이 영역적 제한을 두지 않으며, 협약의 대상과 목적 등을 고려할 때, 제노사이드를 방지할 의무가 영역적으로 제한되지 않는다고 판단하였다. 이러한 논증에 기반하여 본안 판결에서 제노사이드를 방지할 의무의 적용 여부는 상당한 주의 기준 따라 평가되어야 하며, 당사국이 제노사이드를 저지른 개인의 행동에 효과적으로 영향을 미칠 수 있는 능력을 핵심적으로 분석하였다. 이러한 재판소의 판결은 영역 및 개인에 대한 상당한 수준의 통제를 요구하며, 특히 적극적 인권의무의 경우보다 높은 강도의 통제를 요구하는 역외적용의 일반적 논의와는 상당히 상충하는 걸로 평가할 수 있겠다. 재판소는 오히려 해당 의무가 상당한 주의 의무에 해당하는 적극적 의무임을 적극적으로 활용하여 의무의 적용 범위를 넓힌 것이다. 그리고 이러한 재판소의 접근법과 유사한 해석이 최근 역외적용 관련 논의에서 활발하게 등장하고 있다. 이에 대한 검토는 다음 장에서 계속될 것이다.

## 2. 기능적 접근법과 제노사이드 방지 의무

### 가. 역외적용 일반론의 예외로서의 기능적 접근법의 등장

보스니아 제노사이드 사건에서 재판소가 취한 접근법은 이러한

48) Marko Milanović, *supra* note 3, p. 210.

일반론의 예외를 구성하는 기능적 접근법과 유사하였다. 이러한 접근법은 각 사례마다 동일한 표현으로 등장하진 않지만, 핵심은 국가가 인권의 향유에 영향을 미칠 수 있음을 역외적용 요건으로 보는 것으로, 앞서 논의한 전통적 접근법에 비해 역외관할권 설립 기준을 상당히 광범위하게 해석하려는 시도로 보인다.<sup>49)</sup> 이러한 흐름을 대표하는 사례로는 미주 인권 재판소(Inter-American Court of Human Rights)가 2017년 채택한 *환경과 인권에 관한 권고적 의견*<sup>50)</sup>이 있다. 해당 의견에서 재판소는 역외 효과와 환경법상 방지 의무를 근거로 하여, 초국경 환경피해와 관련된 국가와 역외 개인 간의 관할권 성립 여부를 결정하였다. 특히, 재판소는 상당한 주의 의무로 평가되는 국제관습법상 방지 의무에 따라 초국경 환경피해로 인해 역외 개인의 인권이 침해된 경우, 해당 개인은 환경피해를 초래한 행위가 이루어진 국가, 즉 피해발생지국의 관할권에 속한다고 판시하였다.<sup>51)</sup> 또한 재판소는 피해발생지국이 문제 행위에 대해 실효적 통제를 행사하는 국가이므로, 역외 개인의 인권에 영향을 미치는 초국경 환경피해를 방지해야 할 의무를 지닌다고 덧붙였다.<sup>52)</sup> 이에 따라, 재판소는 당사국이 국제환경법상 인정되는 방지 의무에 따라 자국 영역

49) Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 36 (Art. 6), UN Doc. CCPR/C/GC/36, 3 September 2019, para. 63; Paolo Busco, “Not All that Glitters Is Gold: the Human Rights Committee’s Test for the Extraterritorial Application of the ICCPR in the Context of Search and Rescue Operations,” *OpinioJuris*, 2 March 2021 <<https://opiniojuris.org/2021/03/02/not-all-that-glitters-is-gold-the-human-rights-committees-test-for-the-extraterritorial-application-of-the-iccpr-in-the-context-of-search-and-rescue-operations/>> (접속일: 2025.01.28.)

50) Inter-American Court of Human Rights, *Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017 Requested by the Republic of Colombia: The Environment and Human Rights* (이하 미주 인권 재판소, *환경과 인권에 관한 권고적 의견*).

51) *Ibid.*, para. 101.

52) *Ibid.*, para. 102.

내 또는 자국의 통제 및 권한 하에서 발생한 행위로 인한 초국경 환경피해의 피해자들에게 그들의 인권 침해에 책임을 져야 한다고 판단하였다.<sup>53)</sup> 해당 권고적 의견에서 미주 인권 재판소는 당사국이 통제하고 있는 활동으로부터 초국경 환경피해가 발생했다면, 당사국은 초국경 환경피해라는 역외 효과를 통해 역외 개인을 인권보호의 목적상 자신의 관할권에 두게 된다는 해석이었다. 이 또한 당사국이 역외 개인의 인권에 영향을 미치는지의 여부에 따라 인권의무의 적용 범위를 정하는 것으로 인권의무 역외적용의 기능적 접근법으로 분류할 수 있다.

환경권과 관련하여 등장하는 역외 관할권 기준의 확장 시도는 학자들에 의해서도 지지된 바 있다. 예를 들어, Alan Boyle은 기후 변화와 초국경 오염 문제를 인권의 문제로 접근한다면 국가가 타국에 위치한 개인의 인권을 어느 정도로 존중해야 하는지의 여부가 중요한 문제가 된다고 언급하면서<sup>54)</sup> 이러한 질문에 대한 직접적인 선례는 없지만 초국경 환경피해 환경피해의 영향으로 인권의 침해를 받은 역외의 개인이 이러한 환경 피해를 규율 또는 통제하는 데 실패한 국가의 관할권에 속하는 것으로 볼 수 있다고 주장하였다.<sup>55)</sup> 또한 Jorge E. Vinuales는 Alan Boyle의 이러한 논증을 수정 및 보완하며 초

53) *Ibid.*, para. 103. 해당 사건에 대한 자세한 논의는 박소민, “인권조약상 환경 관련 의무의 역외적용에 대한 연구,” 국제법평론 제68호(2024)을 참고하라.

54) Alan Boyle, “Human Rights and the Environment: Where Next?,” *European Journal of International Law*, Vol. 23, No. 3 (2012), pp. 638-641.

55) *Ibid.*, pp. 232-233: 저자는 이러한 주장에 대한 근거로 관련 인권법 판례들이 일관적이지 않다고 분석하였다. 그는 특히 인권에의 해로운 영향에 노출된 개인이 잠재적으로 피해를 야기한 국가의 관할권에 속한다는 소위 원인과 효과에 기반한 관할권 개념(cause-and-effect notion of jurisdiction)을 부정한 유럽인권재판소의 *Banković 사건*을 언급하면서도 해당 판례가 *Al-Skeini v. UK 사건* 등의 이후 재판소의 판례에서 채택되지 않았으며 다른 인권 기구들도 이러한 접근법을 따르지 않았다고 분석하였다.

국경 환경 오염에 대한 오염발생지국의 역외 관할권을 지지하는 주장을 펼쳤다. 그는 특히 오염의 원인에 대해 효과적 통제를 행사하는 국가가 발생한 인권 위반에 책임이 있을 수 있으며 국제 제재에 대한 경제적·사회적·문화적 권리위원회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights) 일반논평 제8호 등이 이러한 해석을 지지한다고 주장하였다. 해당 논평은 국제 제재와 관련하여 제3국이 한 국가의 상황에 대해 부분일지라도 책임을 부담한다면, 영향을 받는 사람들의 경제적, 사회적 문화적 권리를 보호하기 위해 그들의 권한내의 모든 행동을 취할 책임이 필연적으로 따른다고 언급한다.<sup>56)</sup> Vinuales는 이처럼 국제 제재의 경우에도 역외 효과를 가져오는 경우 역외의 개인을 보호할 책임이 따름에 비추어볼 때, 초국경 오염이 역외 개인의 인권에 미치는 효과에 기반하여 오염원에 대한 통제를 행사하는 국가의 국제인권법상 책임을 유추할 수 있다고 주장한다.<sup>57)</sup>

또한 HRC 역시 일반논평 제36호를 통해 유사한 접근법을 보여준 바 있다. HRC는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 ICCPR) 제2조 제1항상 당사국의 규약상 권리를 존중하고 보장할 의무를 해석함에 있어 특정 개인의 생명권 향유에 있어 당사국이 힘 또는 효과적 통제를 행사한다면 해당 개인은 해당 국가의 관할권에 속한다고 설명하였다.<sup>58)</sup> 이는 역외에 위치한 개인이라 할지라도 당사국이 그들의 생명

56) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 8: The Relationship between Economic Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/C.12/1997, 12 December 1997, para 13.

57) Jorge E. Vinuales, "A Human Rights Approach to Extraterritorial Environmental Protection? An Assessment," in Nehal Bhuta (ed.), *The Frontiers of Human Rights* (Oxford University Press, 2016), pp. 195-202.

58) Human Rights Committee, General Comment No. 36, UN Doc. CCPR/C/GC/36, 3 September 2019, para. 63: "[A] State party has an obligation to respect and ensure

권의 향유에 힘 또는 효과적 통제를 행사하는 경우 생명권을 존중 및 보장하기 위한 다양한 환경 관련 의무들이 적용된다는 해석을 지지하는 것으로 해석될 수 있다.

해당 논평에서 등장하는 역외 관할권 설립 요건으로서 인권에 영향을 미칠 수 있는냐의 기준은 해당 논평의 공동 보고관으로 활동했던 Yoval Shany의 기존 연구를 비추어 볼 때 더욱 심도 있게 이해할 수 있을 것이다. Shany는 해당 논평의 공동 보고관으로 활동하기 이전에 게재한 글에서 인권법의 역외관할권 모델로서 기능적 접근법을 소개한 바 있다. 그는 국가의 영역 밖에서의 지위 또는 활동의 성격에 따라 인권의무의 적용 여부를 결정하는 천편일률적인 접근법을 거부하며 국가들이 인권의무를 이행할 수 있는 상황인지 아닌지를 판별하는 것이 역외적용의 기준이 되어야 한다고 주장한다.<sup>59)</sup> 물론 국가의 능력 및 기능에 기반하는 Shany의 주장이 국가가 인권을 보호할 수 있는 모든 상황에서 인권의무를 부담한다는 결론으로 귀결되진 않는다. 그는 북한의 예를 들며 미국과 같은 강대국이 북한의 기아 문제를 해결할 수 있는 능력이 있다고 해서 곧 미국이 북한의 기아 문제를 해결할 인권법적 의무가 있다고 보기 어렵다고 설명한다. 뿐만 아니라, 온실 가스 방출에 책임이 있는 국가들이 지구 온난화로 피해를 받는 소도서국에 거주하는 개인들에게 피해를 입히지 않을 인권법상 의무가 있는 것은 아니라고 주장한다. 이러한 확장적인 해석을 경계하는 근거로 그는 문제가 되는 국가의 작위 및

---

the rights under article 6 of all persons who are within its territory and all persons subject to its jurisdiction, that is, all persons over whose enjoyment of the right to life it exercises power or effective control.”

59) Yoval Shany, “Taking universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law,” *The Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 7, No. 1 (2013) pp. 47-71, p. 67.

부작위의 잠재적 영향이 “직접적이고, 중대하며, 예견가능한” 경우에만 해당 국가가 인권법상 의무를 부담한다고 덧붙인다. 뿐만 아니라, 특정 국가가 어떠한 개인을 보호하기에 특별히 적절한 상황이 있을 경우, 즉, 해당 국가와 개인 사이에 특별한 관계가 성립되는 경우에만, 해당 국가의 인권의무가 발생한다고 덧붙인다.<sup>60)</sup>

일부 학자들은 이처럼 새롭게 등장한 접근법을 권리에 대한 통제 이론(control over rights doctrine), 영향 모델(impact model), 또는 능력-영향 모델(capacity-impact model) 등으로 칭한다.<sup>61)</sup> 또한, 이러한 접근법은 관할권을 국가의 기능적 측면에서 파악하려는 시도의 일종으로 볼 수 있는데, 관할권에 대한 기능적 접근법이란 국가의 활동이 직접적이고 합리적으로 예측할 수 있는 방법으로 개인의 인권에 영향을 주는 경우, 이러한 개인이 역외에 위치했을 경우라도, 해당 국가의 관할권에 속한다는 맥락에서 이해해 볼 수 있다.<sup>62)</sup> 이는 국가가 개인의 인권에 영향을 미칠 수 있는지에 따라 관할권의 범위를 정하는 것으로, 국가가 개인의 인권에 영향을 미칠 수 있는 경우에는 국가가 해당 인권을 보호할 수 있다고 여겨지므로 인권의무가 발동한다는 해석으로 귀결될 수 있다.<sup>63)</sup>

기능적 접근법의 특징은, 영향, 능력, 효과 등의 보통 상당한 주의 의무의 적용 요건이라 할 수 있는 요건을 역외적용의 요건으로 삼는다는 것이다. 해당 부분에서 바로 *보스니아 제노사이드 사건*과의 접점이 등장한다. ICJ는 *보스니아 제노사이드 사건*에서 제노사이드 방지 의무의 범위와 관련하여 해당 의무가 상당한 주의 의무이므로 국

60) *Ibid.*, pp. 68-69, 71.

61) Paolo Busco, *supra* note 49; Alice Ollino, *supra* note 9.

62) Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 36 (Art. 6), UN Doc. CCPR/C/GC/36, 3 September 2019, para. 63.

63) Paolo Busco, *supra* note 49.

가가 제노사이드를 저지른 개인의 행동에 효과적으로 영향을 미칠 수 있는 능력이 있는 경우 이러한 의무가 적용된다고 밝힌 것이다. 물론 ICJ는 제노사이드 방지 의무가 영역적으로 제한되지 않는다고 결정한 후 이러한 전제하에 상당한 주의 의무의 적용 요건으로 영향을 미칠 수 있는 능력을 검토하였다. 따라서 기능적 접근법에서 역외적용 자체의 확립 요건으로 영향, 능력, 효과 등을 검토한 것과는 구분되는 부분이 있다. 그럼에도 불구하고 ICJ가 제노사이드 방지 의무의 역외적용 요건에 대한 검토를 생략하고 바로 능력에 대한 검토로 넘어갔기 때문에, 결국 기능적 접근법과 매우 유사한 방식으로 제노사이드 방지 의무의 적용 여부를 결정한 결과가 되었다는 점에서 두 접근법을 매우 유사한 것으로 평가할 수 있는 것이다.

#### 나. 비판

이러한 접근법이 비판에서 자유로운 것은 아니다. 예를 들어, Alice Ollino는 유엔 기구에 의해 발전한 능력-영향 모델이 인권법상 관할권의 개념을 본질적으로 의미 없게 만든다고 비판한다. 그녀는 이러한 접근법이 의무의 내용과 적용 가능성을 혼동하는 것에 불과하며, 특정 상황에서의 힘 또는 영향을 미칠 능력, 예측 가능성, 합리성 등의 기준은 주로 국가의 상당한 주의 의무를 적용하는 과정에서 사용되는 요건들이라고 덧붙인다. 따라서 이러한 접근법은 국가가 애초에 인권의무를 부담하는지를 판단해야 하는 관할권 단계에서, 의무의 구체적인 내용을 규명하는 데 쓰이던 기준을 활용하는 것이다. 그 결과, 관할권 존재 여부를 판단하는 과정이 특정 상황에서 국가의 의무 범위를 설정하는 과정으로 대체된다고 비판한다.<sup>64)</sup>

64) Alice Ollino, *supra* note 9, p. 82.

이에 대해 Samantha Besson 역시 유사한 비판을 제기한다. 그녀는 인권의무의 역외적용 기준으로 국가가 잠재적인 권리 보유자에 대해 관할권을 행사하는지가 중요한 조건이며, 실효적 지배가 이를 충족하는 요건으로 널리 받아들여지고 있음에도 불구하고, 최근 일부 국제 인권 기구의 실행에서 이러한 해석에서 급진적으로 이탈한 사례들이 관찰된다고 지적한다. 특히, 이러한 해석은 역외 인권의무의 범위를 확대하여, 국가가 권리 보유자에 대한 효과적인 통제권을 행사하지 않더라도 해당 개인에게 잠재적 위해의 원인을 통제할 수 있는 경우까지 포함한다고 평가한다. 이러한 진보적 해석은 대부분 적극적 인권의무, 즉 제3자에 의해 발생하는 인권 침해를 예방, 보호 또는 구제할 국가의 의무와 관련이 있으며, 이는 많은 경우 국제법상 상당한 주의 의무로 분류된다고 덧붙인다. 그러나 그녀는 이러한 해석의 정당성을 반박하며, 이는 새로운 유형의 인권 관할권에 대한 논의라기보다, 상당한 주의 의무의 기준 자체가 이러한 해석을 주도하고 있다고 지적한다. 결과적으로, 이러한 해석은 권리를 보유한 개인에 대한 통제(즉, 인권 관할권이 발생하고 특정 인권의무가 개인에게 적용되기 위한 조건)과 권리 보유자에게 해를 끼치는 원인에 대한 통제(즉, 상당한 주의 의무가 발생하고 인권의무의 존재가 인정되기 위한 조건)을 혼동한다고 지적한 것이다. 이러한 혼동은 인권 관할권을 단순히 해를 끼칠 수 있는 능력으로 축소하여, 인권의 관계적 특수성을 희석하고 국제 인권법 전체의 일관성을 훼손할 위험이 있다고 우려하였다.<sup>65)</sup>

---

65) Samantha Besson, "Due Diligence and Extraterritorial Human Rights Obligations - Mind the Gap!," ESIL Reflections, Vol. 9, No. 1, 28 April 2020 <<https://esil-sedi.eu/esil-reflection-due-diligence-and-extraterritorial-human-rights-obligations-mind-the-gap/>> (접속일: 2025.01.23.)

이러한 기능적 접근법에 대한 비판은 해당 접근법과 유사한 해석을 취한 *보스니아 제노사이드 사건*의 판시에도 상당 부분 적용될 수 있다. 특히, 해당 사건에서 ICJ는 제노사이드 방지 의무 자체가 영역적으로 제한되지 않는다고 전제한 후, 상당한 주의 의무 적용 요건을 검토하였다. 그 결과, 의무의 적용 가능성과 의무의 내용을 혼동하게 되었으며, 결국 인권의무의 역외적용 여부를 검토하지 않은 채, 인권의무의 구체적인 내용만을 규명하는 데 그쳤다. 이로 인해, 효과적으로 영향을 줄 능력 등과 같이 본안 단계에서 의무의 내용을 검증하는 데 사용되는 요건을 기준으로 제노사이드 방지 의무의 범위를 설정하는 결과로 이어졌다.

그뿐만 아니라, 이러한 ICJ의 접근법은 제노사이드 방지 의무의 적용 여부를 결정하는 데 있어, 잠재적인 권리 보유자와 국가 사이의 능력이나 영향력 같은 요소가 아니라, 인권 침해를 야기하는 제3자와 국가 사이의 사실적 관계를 기준으로 삼았다. 그런 이러한 해석은, 본질적으로 인권의무가 인권의무의 수혜자인 인권의 담지자를 상대로 하는 의무이므로, 국가와 제3자의 관계뿐만 아니라 국가와 권리 담지자 사이의 관계 역시 검토되어야 한다는 비판을 받기 쉽다. 이처럼 제3자에 대한 통제력이나 영향력 행사 여부와 같은 요소만을 고려할 경우, 인권의무의 범위가 비약적으로 확장되는 결과를 초래할 수 있는 것이다.

이러한 비판은 궁극적으로 인권의무의 역외적용과 관련하여, 국가가 누구를 대상으로 통제, 권력 또는 영향력을 행사해야 하는지는 본질적인 질문과 맞닿아 있다. 인권의무는 국가가 의무의 이행을 통해 특정 인권을 보호하고, 그 인권의 담지자인 개인을 보호하는 데 그 목적이 있다. 다시 말해, 인권의무의 역외적용 논의는 특정 인권의무가 개인을 대상으로 한다는 전제에서 상당 부분 기인한다. 따라

서 인권의무는 국가와 개인 사이에 적용되는 것으로 이해되며, 이는 인권의무의 특수성을 구성하는 중요한 요소이다. 이러한 본질을 고려할 때, 단순히 국가와 제3자 간의 관계만을 강조하는 해석은, 인권 보호의 수혜자인 인권의 담지자를 배제하는 해석으로 이어질 수 있다. 그러므로 인권의무의 역외적용 논의에서 상당한 주의 의무를 강조하며, 국가의 제3자에 대한 통제, 권력 및 영향력 행사 여부를 강조하는 접근법이 완전히 배제될 필요는 없지만, 이러한 해석이 인권 의무의 전체적인 구조 속에서 어떤 역할을 하는지 명확히 설정해야 할 것이다. 궁극적으로, 인권의무의 역외적용 논의가 국가와 인권의 담지자 사이의 관계를 배제하는 방식으로 전개된다면, 이는 인권 의무의 본질과 괴리된다는 비판을 피하기 어렵기 때문이다.

하지만 이러한 비판에 대해서는 반론도 가능하다. 우선 이는 인권 의무를 지나치게 협소하게 이해한 결과로 볼 수 있다. 인권의무는 국가가 특정 인권을 보호하고, 그 인권의 담지자인 개인을 보호하는데 그 목적이 있지만, 이러한 인권의무가 반드시 피해자와 국가 간의 관할권적 연계성을 전제로 하는 것은 아니기 때문이다. 대표적인 예로 일부 인권협약에서 채택된 보편적 관할권 조항이 있다. 예를 들어, 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 이하 고문방지협약)의 보편적 관할권 조항은 범죄혐의자가 당사국의 영역 내에 있을 경우 발동되도록 규정하고 있다. 범죄혐의자를 적절히 처벌하기 위해 고안된 해당 의무는 반드시 당사국과 피해자 사이에 관할권적 관계가 형성될 것을 요구하지 않는 것이다. 물론, 대부분의 경우 피해자가 법정지국(forum state)에서 범죄혐의자를 고발함으로써 피해자와 국가 간의 관할권적 관계가 성립되었다고 볼 수도 있다. 그러나 이

는 각국의 형사 절차 운영 방식에 따라 달라질 수 있는 부분이며, 피해자가 직접 소송을 제기하지 않더라도 원칙적으로 해당 국가는 관련 법제를 정비하고, 신병을 확보하며, 범죄인을 인도하고나 기할 의무를 부담한다.<sup>66)</sup> 이러한 보편적 관할권 의무의 궁극적인 수혜자가 해당 협약이 처벌하고 금지하는 범죄로부터 보호받을 수 있는 피해자라고 가정할 때, 보편적 관할권의 설립 및 행사는 피해자가 당사국의 영역 내에 있거나 소송을 제기하여 당사국의 법적 관계를 설립했는지 여부와 무관하게 이행되어야 할 의무이다.

이러한 분석은 곧 인권의무의 역외적용 기준을 논의할 때, 의무 자체의 성격에 대한 검토가 필수적임을 시사한다. 앞서 언급한 바와 같이, 보편적 관할권은 처벌을 목적으로 한다. 따라서, 이러한 의무의 이행 결과 고문이 적절히 처벌되고, 이로 인해 인권 보호가 증진되어 피해자가 혜택을 받는다 하더라도, 처벌을 위해 피해자와 당사국 간의 관할권적 연계성이 요구되지는 않는다. 만약 이러한 관할권적 연계성이 국적이거나 국가의 영역 내 소재 여부와 같은 엄격한 기준으로 요구된다면, 이는 보편적 관할권 개념과 상충하는 해석이 될 것이다.

이러한 고려는 곧 제노사이드 방지 의무의 성격에 대한 고찰로 이어진다. 즉, 특정 범죄를 방지할 의무의 성격상, 이를 이행하기 위해 반드시 피해자와의 관할권적 연계성을 전제로 할 필요가 없다는 해석도 가능하기 때문이다. 예를 들어, 기능적 접근법이 적용된 미주인권협약(American Convention on Human Rights 또는 Pact of San José)의 제1조 제1항은 당사국으로 자국의 관할권 내의 개인에게 협약상 인정된 권리와 자유를 존중할 의무를 부과한다. 따라서 Alice

66) 고문방지협약, 제4조 제1항, 제5조 제1항, 제6조, 제7조.

Ollino와 Samantha Besson의 비판이 상당 부분 적용될 수 있을 것이다. ICCPR의 제2조 제1항 역시 당사국이 영역 및 관할권에 속하는 개인에게 규약상 권리를 존중하고 보장할 것을 요구하므로 유사하게 비판할 수 있다. 그러나 제노사이드 방지 의무를 단순히 특정 개인의 인권 보호 의무로만 치환할 수 없다는 평가도 가능하다. 이러한 이유로, ICJ는 해당 협약의 목적과 대상뿐만 아니라, 제노사이드 방지 의무가 국제 사회 전체에 대한 의무이며, 국제사회의 단호한 결의를 반영한다는 점을 강조한 것으로 보인다. 또한, 제노사이드 금지가 강행규범(jus cogens)에 해당한다는 점 역시 역외적용에 대한 확장적 해석을 지지하는 또 다른 근거가 될 수 있다.

이러한 경향은 국제법위원회(International Law Commission)의 인도에 반한 죄의 방지 및 처벌에 관한 조항 초안(Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity) 관련 논의에서도 확인할 수 있다. 해당 초안 제3조 제2항은 모든 국가는 인도에 반한 죄를 국제법상 범죄로 인정하고 전시와 평시 구분 없이 이를 방지하고 처벌할 것을 의무화한다.<sup>67)</sup> 해당 조항의 주석은 보스니아 제노사이드 사건의 본안 판결을 인용하며, 이러한 의무는 상당한 주의 의무의 기준이 적용되어야 하며, 국가는 인도에 반한 죄를 저지르거나 그럴 가능성이 있는 개인에게 효과적으로 영향을 줄 능력(capacity to influence effectively)이 있는 경우 인도에 반한 죄를 방지하기 위한 최선의 노력을 해야 한다고 설명한다.<sup>68)</sup> 이는 ICJ가 제노사이드 방지 의무에 대해 취한 접근법이 거의 동일하게 적용된 사례

67) Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, Article 3(2).

68) Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, with commentaries, Article 3, Commentary, para. 7.

로, 인도에 반한 죄를 방지하고 처벌하기 위한 국제사회의 결의를 반영하는 것으로 평가할 수 있겠다.

이처럼, 일부 심각한 인권 침해에 대한 의무는 개인의 인권을 보호하는 차원의 문제일 뿐만 아니라, 그 자체로 국제사회가 금지하고 처벌해야 하는 중대한 국제 범죄에 해당하기도 한다. 이러한 맥락에서, 제노사이드와 같은 극악무도한 범죄에 대해서는 보다 확장적인 해석이 용인될 여지가 있다. 따라서, 제노사이드 방지 의무의 역외적용에 대한 ICJ의 해석은 기능적 접근법과 매우 유사하지만, 그 적용 대상이 국제사회가 절대적으로 용인할 수 없는 범죄라는 점에서 확장적 해석이 용인될 가능성이 있는 것이다.

#### IV. 결론

본 글은 ICJ가 *보스니아 제노사이드 사건*에서 제노사이드 방지 의무의 역외적용에 대해 취한 접근법을 인권의무의 역외적용론에 비추어 분석하였다. *보스니아 제노사이드 사건*의 선결적 항변 판결과 본안 판결에서 제노사이드 방지 의무의 역외적용에 대한 논의를 살펴본 후, 이를 인권의무의 역외적용 이론에 비추어 논의하였다. 분석 결과 ICJ의 접근법이 장소적 모델 및 대인적 모델의 역외적용 일반론과는 상충하지만, 일반론의 예외로서 특히 초국경 환경피해와 관련하여 최근 활발히 논의되는 기능적 접근법과 매우 유사함을 확인할 수 있었다. 특히 ICJ가 역외적용 여부를 검토하면서 상당한 주의 의무 요건을 적용한 부분에서는 기능적 접근법과 거의 동일하였다.

ICJ의 해당 판시와 기능적 접근법이 매우 유사하다는 점은 곧 기능적 접근법과 관련하여 제기되어 온 비판점이 제노사이드 방지 의

무의 역외적용에도 적용될 수 있음을 시사한다. 특히 효과적으로 영향을 미칠 능력과 같이 본안 단계에서 의무의 내용을 검토하는 데 사용되는 요건에 근거하여 제노사이드 방지 의무의 범위를 설정하는 방식은 의무의 내용과 의무의 적용 가능성을 혼동한다는 비판이 제기될 수 있다. 또한, 국가와 제3자 사이의 영향에 근거한 사실적 관계에 따라 인권의무의 범위를 설정함으로써 국가와 인권의 담지자인 개인과의 관할권적 연계성을 확보하는 데 실패했다는 비판도 가능하다.

하지만 이러한 비판이 곧 제노사이드 방지 의무의 역외적용이 ICJ가 해석한 바와 같이 확장적으로 발전할 가능성을 완전히 배제하는 것은 아니다. 이는 제노사이드 방지 의무의 경우 특정 범죄 방지의 방점을 두며 이를 위한 국제사회의 단호함을 반영한다는 점에서 기능적 접근법이 적용된 여타의 사례에 비해 관할권 확장 시도가 비교적 용이하게 받아들여질 가능성이 있기 때문이다. 앞서 검토한 바와 같이 특정 범죄의 방지 및 처벌과 관련된 인권의무의 경우 반드시 피해자와의 관할권적 연계성을 필요로 하지 않는다. 또한 제노사이드 방지 의무는 국제 공동체 전체에 대한 의무라는 측면도 있다.

이처럼 한 인권의무의 역외적 적용범위를 보다 실질적으로 고찰하기 위해선 단순한 형식적 접근을 넘어 개별 의무의 성격 및 역할을 종합적으로 고려해야 한다. 이는 이들이 실제적으로 적용될지 여부에 대한 결정을 보다 실효성 있게 내리는 데 기여하며 역외적용론이 각 의무의 성격에 맞추어 보다 현실적으로 발전하는 데에도 도움을 줄 것이다. 이와 관련하여, 역외적용에 대해 유사한 접근법을 채택하는 것으로 보이는 인도에 반한 죄의 방지 및 처벌에 관한 조항 초안이 향후 어떻게 발전할지 주시하는 것도 향후 연구 과제로 남겨둘 만하다.

1944년 제노사이드라는 범죄가 명명되고, 그 극악무도함으로 인해 국제사회 전체가 해당 범죄를 규탄하기로 결의했음에도 이는 오늘날에도 여전히 발생하고 있다. 그리고 해당 범죄의 방지를 위한 의무 범위는 다소 법리적으로 여러 비판점을 가지고 있는 ICJ의 2007년 판결 이래로 이렇다 할 결정적인 합의가 이루어지지 않고 있는 실정이다. 이러한 의무 범위의 불확실성은 어느 국가가 어떠한 범위까지 해당 의무를 부담하는지의 문제를 답하기 어렵게 만들며, 이는 그 이행 가능성을 더욱 불투명하게 만들 수 있다. 제노사이드 방지가 국제사회의 중대한 가치일수록 해당 방지 의무의 범위에 관해서도 보다 명확하고 합의된 법리적 틀이 요구된다. 이러한 법리의 형성과 구체화에 기여하고자 하는 본 연구는 향후 관련 논의를 위한 하나의 분석적 단서를 제공하는 데 그 의의를 두고자 한다.

## 참고문헌

### 〈국내 문헌〉

- 신윤진, “국제인권조약 당사국의 역외 인권의무: ‘관할’의 의미와 초국경적 인권문제를 중심으로”, 「인권연구」 제4권 제1호, 2021.
- 박소민, “인권조약상 환경 관련의무의 역외적용에 대한 연구”, 「국제법평론」 제68호, 2024.

### 〈외국 문헌〉

#### [단행본]

- Frédéric Mégret, “Nature of Obligations,” in Daniel Moeckli et al. (ed), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2018.
- Jorge E. Vinuales, “A Human Rights Approach to Extraterritorial Environmental Protection? An Assessment,” in Nehal Bhuta (ed.), *The Frontiers of Human Rights*, Oxford University Press, 2016.
- Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021.
- Marko Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press.
- Paola Gaeta (ed), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, Oxford University Press 2009.
- Stefan Somers, *The European Convention on Human Rights as an Instrument of Tort Law*, Intersentia, 2018.
- William Schabas, *Genocide in international law: the crime of crimes*, Cambridge University Press, 2009, 2<sup>nd</sup> ed.

#### [논문]

- Alan Boyle, “Human Rights and the Environment: Where Next?,” *European*

*Journal of International Law*, Vol. 23, No. 3, 2012.

Alice Ollino, “The ‘capacity-impact’ model of jurisdiction and its implications for States’ positive human rights obligations,” *QIL*, Zoom-in 82, 2021.

Antonio Coco and Talita de Souza Dias, “‘Cyber Due Diligence’: A Patchwork for Protective Obligations in International Law,” *European Journal of International Law*, Vol. 32, No. 32, 2021.

Dalia Palombo, “Extraterritorial, Universal, or Transnational Human Rights Law?,” *Israel Law Review*, Vol. 56, No. 1, 2022.

Demira Kamchibekova, “State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations,” *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 13, 2007.

Erik Roxstrom, Mark Gibney and Terje Einarsen, “The Nato Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection,” *Boston University International Law Journal*, Vol. 23, No. 1, 2005.

Yoav Shany, “Taking universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law,” *The Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 7, No. 1, 2013, pp. 47-71

#### [조약]

Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide

#### [국제판례]

*Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*.

*Coard et al. v. United States*, Case No. 10.951, Report No. 109/99, Annual Report

of the IACHR 1999.

European Court of Human Rights, *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, Application no. 55721/07, Judgment, 7 July 2011.

European Court of Human Rights, *Banković and Others v Belgium and Others*, Application no. 52207/99, Admissibility Decision, 12 December 2001.

European Court of Human Rights, *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Application no. 15318/89, Judgment, 23 March 1995.

European Court of Human Rights, Court, *Case of Loizidou v. Turkey*, Application no. 15318/89, Judgment, 18 December 1996.

Inter-American Commission on Human Rights, *Armando Alejandro Jr. and Others v. Republica de Cuba*, Decision of 29 September 1999, Case 11.589, Report No. 86/99.

Inter-American Court of Human Rights, *Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017 Requested by the Republic of Colombia: The Environment and Human Rights*.

*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, para. 111.

*Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 15.

[국제기구 자료]

Committee Against Torture, General Comment No. 2, UN Doc. CAT/C/GC/2, 24 January 2008.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 8: The Relationship between Economic Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/C.12/1997.

Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 36 (Art. 6), UN Doc. CCPR/C/GC/36, 3 September 2019.

Human Rights Committee, Concluding observations, Israel, UN Doc. CCPR/C/

70/Add. 93, 18 August 1998.

Human Rights Committee, General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004.

Human Rights Committee, Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Decision of 29 July 1981, Communication No. 56/1979, UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979.

Human Rights Committee, Lopez Burgos v. Uruguay, UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, 1984.

William A. Schabas, "Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide," United Nations Audiovisual Library of International Law, United Nations, 2008.

#### [기타자료]

Joana Abrisketa and María Nagore Casas, "Extraterritorial Application of Human Rights Treaties," Oxford Bibliographies, 28 April 2016.

<<https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0136.xml>> (접속일: 2024.12.20.)

John Heieck, "Rohingya Symposium: Judicial Intervention and the Duty to Prevent Genocide in the Rohingya Genocide Case-The Role of Obligatio Erga Omnes and Nouvelle Protection Diplomatique," OpinioJuris, 25 August 2020. <<https://opiniojuris.org/2020/08/25/rohingya-symposium-judicial-intervention-and-the-duty-to-prevent-genocide-in-the-rohingya-genocide-case-the-role-of-obligatio-erga-omnes-and-nouvelle-protection-diplomatique/>> (접속일: 2024.12.23.)

Luciano Pezzano, "The Obligation to Prevent Genocide in South Africa v. Israel: Finally a Duty with Global Scope?," EJIL: Talk!, 4 January 2024. <<https://www.ejiltalk.org/the-obligation-to-prevent-genocide-in-south-africa-v-israel-finally-a-duty-with-global-scope/>> (접속일: 2026.02.20.)

Paolo Busco, “Not All that Glitters Is Gold: the Human Rights Committee’s Test for the Extraterritorial Application of the ICCPR in the Context of Search and Rescue Operations,” *OpinioJuris*, 2 March 2021.

<<https://opiniojuris.org/2021/03/02/not-all-that-glitters-is-gold-the-human-rights-committees-test-for-the-extraterritorial-application-of-the-iccpr-in-the-context-of-search-and-rescue-operations/>> (접속일: 2025.01.28.)

Samantha Besson, “Due Diligence and Extraterritorial Human Rights Obligations - Mind the Gap!,” *ESIL Reflections*, Vol. 9, No. 1, 28 April 2020.

<<https://esil-sedi.eu/esil-reflection-due-diligence-and-extraterritorial-human-rights-obligations-mind-the-gap/>> (접속일: 2025.01.23.)

<Abstract>

## **Extraterritorial Application of the Obligation to Prevent Genocide**

Park Somin\*

This study re-examines the interpretation of the extraterritorial application of the obligation to prevent genocide adopted by the International Court of Justice(ICJ) in the Bosnian Genocide Case, from the theories of the extraterritorial application of human rights obligations, particularly the functional approach. The Genocide Convention, by not imposing clear territorial limitations, raises several issues for the discussion of the extraterritorial application of human rights obligations under traditional spatial and personal models. In this context, the ICJ rendered a judgment significantly expanding the scope of the extraterritorial application of the obligation to prevent genocide. This study closely analyzes the preliminary objections judgment and the judgment on the merits, focusing on the ICJ's recognition of the extraterritorial application of the obligation to prevent genocide based on a state's capacity to influence. The analysis confirms that the ICJ's approach is very similar to the functional approach, confirming that the criticisms directed at the functional approach are largely applicable to the obligation to prevent genocide as well. Such efforts to clarify the extraterritorial scope of the obligation to prevent genocide will contribute to achieving the prevention of genocide, by delineating their scope of application in a more concrete manner.

**Key Words** : obligation to prevent genocide, international court of justice, extraterritorial application, functional approach

---

\* Postdoctoral Researcher, Department of Political Science BK21, Yonsei University