

이 논문은 1992년도 한국 학술진흥재단 자유공모과제 학술연구 조성비에 의하여 연구되었음.

多者協約이 갖는 현대 관습국제법 규범형성에 있어서 宣言的 및 實證的 機能에 관한 고찰

金 榮 球*

〈目 次〉

- I. 序 論
- II. 현대 관습 국제법의 형성을 위한 慣行과 法的 確信
 - 1. 慣 行
 - (1) 國家慣行
 - (2) 國際機構의 決議와 慣行
 - (3) 私人的 慣行
 - 2. 慣行의 性質상 要件
 - (1) 慣行의 時間的 持續性의 要件
 - (2) 慣行의 反復性의 要件
 - (3) 慣行의 一般性의 要件
 - 3. 法的 確信
 - (1) 法的 確信 不要說
 - (2) 法的 確信 推定說
 - (3) 別個 規範 根據說
 - (4) 同意說
 - (5) D'Amato교수의 理論
- III. 現代 慣習 國際法의 特性
 - 1. 慣習 國際法의 問題
 - 2. 現代 慣習 國際法의 特性
- IV. 多者協約의 慣習 國際法 形成에 있어서의 實定的, 宣言的 機能
 - 1. 慣習 國際法과 條約의 일반적 關係
 - (1) 국제법의 法源 間に 계층적 구조는 존재하는가?
 - (2) 慣習 國際法과 條約의 抵觸
 - 2. 多者 條約의 慣習 國際法에 대한 實定的 機能
 - (1) 明瞭性과 確實性의 機能
 - (2) 體系性의 機能
 - (3) 法 改正의 機能
 - 3. 多者 條約의 慣習 國際法에 대한 宣言的 機能
 - (1) 法典化 條約과 前進的 立法
 - (2) 多者 條約의 宣言的 機能의 要件과 基準
- V. 1982년 U.N.海洋法 協約의 宣言的 機能
 - 1. 問題의 提起 및 概觀
 - 2. 宣言的 規程의 檢證
 - 國際海峽에의 通過通航制度는 慣習 國際法으로 성립되었는가?
- VI. 慣習 國際法의 多者協約에 대한 補助的 機能
 - 1. 慣習 國際法의 補助的 機能
 - 2. Vienna 條約法 協約 제31조 3항 (c)

* 本 大學校 海事法學科 副教授 法學博士(國際法)

I. 序 論

많은 國際協約들이 이어서 성립되고 이들이 빠르게 새로운 國際的 規範들을 창출해 내는 시대에 우리는 살고 있다.

이들 각종 협약은 그 당사국만을 기속하는 본래의 조약법상 효력을 넘어 그 성립, 발효 후는 물론이고 그 이전 草案의 협의 단계로 부터 벌써 당사국은 물론 제 3국에게 까지 조약법상으로는 잘 규명될 수 없는 광범위한 規範力을 미치고 현대 국제사회에서 각종 법주체들의 행위를 지배하고 있다. 기존의 國際法 이론으로서는 이를 慣習 國際法の 規範的 效力으로 밖에 설명할 수 없을 것이나 이에 관해서는 보다 신중한 法學的인 분석과 精明이 요구되며 이것이야 말로 현대 國際法の 중요한 숙제라고 할 수 있다.

특히 1982년 U.N.海洋法 協約은 13년간이라는 기나긴 협상과정을 거쳐 국제 사회의 거의 모든 국가들이 망라하여 그 입법과정에 참여해서 만들어 낸 海洋國際法の 大章典(Magna Charter)이다. 이 협약은 체결된지 이제 11년이되었다. 그 발효요건이 되어있는 60개국 비준서의 기탁이 지난 1993년 11월 16일 이루어 졌으므로 1994년 11월 16일에는 발효될 것으로 예상되고 있다.

아직 발효되지 아니한 이 협약은 이미 그 상당한 부분이 法規範으로서의 羈束力을 발휘하고 있다. 그리고 발효 후에 深海底 개발을 위한 「國際深海底 機構」가 발족하고 「海洋法 裁判所」가稼動되면 이 협약의 당사국은 물론이고 非當事國에 대해서도 이 협약이 규정하는 많은 제도들이 중요한 영향을 줄 것이다.

현실적으로 이 협약의 규정내용과 상치되는 많은 국가관행이 이 협약의 비준국을 포함한 여러나라들 사이에서 형성되고 있다. 또 이 협약이 갖는 관습 국제법 규범 형성에 관한 영향력에 대해서도 국가 및 국가群 간의 견해는 대립하고 있다. 예컨대 국제해협 통항을 위한 「통과통항제도」를 일부 선진국들은 관습 국제법으로 성립되었다고 하는 데 반하여 海峽 연안국들은 다자협약의 실질적 제도로서 협약 당사국에게만 적용될 수 있는 것으로 주장하고 있는 것이다.

따라서 어떤 중요한 다자협약이 관습 국제법 규범 형성에 있어서 어느 만큼의 선언적 또는 실질적 기능을 갖는가? 를 규명하는 것은 현대 국제법에 있어서 가장 시급한 과제이다.

본 연구에서는 현대 관습 국제법의 특성을 이론적으로 분석하고 이를 최근에 성립된 여러 중요한 다자협약들의 경우에 적용하여 이들 다자협약들이 실질적으로 어느 만큼 현대 관습 국제법의 형성에 기여하고 있는가? 를 정리해 보고자 한다. 특히 중요한 다자협약인 1982년 U.N.해양법협약이 관습국제법을 어떻게 형성시켜왔는가? 에 대한 중

합적 분석을 통하여 현대 국제법 학자들 사이에 다름이 많은 부분들에 관한 관습법규의 내용을 규명해 보려 한다.

II. 현대 慣習 國際法의 形成을 위한 慣行과 法的 確信

국제법 학자들은 매일 같이 관습 국제법을 인용하고 있지만 이것을 정의하는 데는 아직도 의견의 일치를 보지 못하고 있다. 국제 관습규범은 국가관행을 통하여 생성된다는 점에는 누구나 수긍한다. 그러나 이때 국가관행이란 실제로 어떤 것인가? 이러한 국가관행은 얼마나 반복되어야 하며 얼마나 지속 되어야 하며 또 얼마나 광범위하게 실시 되어야 하는가? 그 내용은 얼마만큼 일관성이 있어야 하는가? 국제 관습규범은 이러한 국가관행과 더불어 「法的 確信」(이른바 *opinio juris*)이 따라야 비로서 성립된다고 하는 것이 일반적으로 수긍되는 이론인 바, 정확히 이 「法的 確信이란 무엇인가? 규범이 법규범이 되는 데에 規範 受範者(norm-addressant)들의 잠재적 동의가 필요한 것인가? 등과 같은 法學의 기초적인 문제들에 관해서 까지 놀랍게도 아직도 國際法 학자들 간에 정설이 없으며 기회가 있을 때 마다 격렬한 논쟁을 펴는 것은 흥미있는 일이다.¹⁾

본節에서는 이러한 기본적 문제들에 관한 법적 논쟁 중에서 특히 관습 국제법을 성립시키는 慣行과 法的 確信에 관하여 학설과 판례를 검토해 보고자 한다.

1. 慣 行

관습 국제법을 구성하는 첫번째 요소는 慣行이다. 慣行이라함은 시간적으로 지속 되고 장소적으로 일관성 있게 시행되는 법 주체들의 동일행위의 반복을 의미한다. 물론 국제 사회의 전형적인 법 주체는 國家이므로 관습 국제법 규범의 생성에 있어 가장 중요한 慣行은 국가관행이다. 그러나 國際機構의 관행이 慣習 法規範을 만드는 경우가 현대에 와서 더욱 많아 졌으며 이론상으로는 일정한 범주의 개인의 행위의 동일한 반복도 국제 관습법을 만들 수 있다고 보아야 한다.

1) 이른바 「동의설」에 관한 논쟁은 최근에 해양법 협약의 관습 국제법적 기능에 관한 토의 중에 Tony D'Amato교수와 David Colson 사이에 재연된바 있다.

Jon M. Van Dyke ed., *Consensus & Confrontation : U.S. & the LOS Convention LSI Workshop Proceedings* (Honolulu : Univ. of Hawaii, 1984), pp.173-77. Infra. Note 68 과 그 본문 참조.

(1) 國家慣行

관습 국제법을 생성시키는 국가관행은 실제로 어떤 것인가? 에 대해서는 아직도 학자들 서로 간에 많은 異見이 있다.

가. 국가의 현실적 행위와 주장

즉 여기서 국가관행을 구성하는 국가행위란 국가의 물리적 조치로서 국제사회를 향해서 모종의 법적인 효과를 갖는 현실적 행위만에 국한한다는 견해가 있다.²⁾ 이 견해에 의하면 국가의 단순한 주장-물리적 조치가 수반되지 않는-은 국가관행을 구성하는 국가행위로 볼 수 없다는 것이다. 영국-노르웨이 간 어업분쟁사건 (Angro-Norwegian Fisheries case)의 ICJ 판결 중, Read 판사는 그의 반대 의견(dissenting opinion)에서,

... 연안국들의 확대된 주장만 있고 그 주장에 반대된 행위를 감행한 외국 선박에 대한 실제적인 주권의 행사가 따르지 않는다면 이러한 주장에는, 관습 국제법을 성립시킴에 있어서 그 의의를 인정할 수 없다.³⁾

라고 언명하고 있다. 그러나 국가의 주장에 그 국가의 현실적 주권행사 조치가 따를 때 국가관행의 요소로서의 의미가 가중되는 것은 틀림없으나, 어떤 물리적 조치가 수반되지 않는 주장은 어떤 경우에도 관습법의 요소로서의 국가관행에 포함될 수 없다는 견해는 정확한 것이 아니다. 어떤 국가의 주장에 실력적인 조치가 수반될 때만 그 법적인 의의를 인정한다는 것은 국가 평등의 원칙에 反한다. 왜냐하면 정치적, 군사적으로 열세인 국가에게 이러한 것은 항상 기대할 수는 없는 일이기 때문이다. 관습 국제법 생성의 요건으로서 국가관행을 논함에 있어서 특정한 국가가 어떻게 행위하는가? 와 어떻게 주장하는가? 를 엄격히 구별하는 것은 적절치 못하다. 國家承認에 있어서는 이른 바 승인의 행위는 일방적인 宣言 또는 주장에 불과한 것이다.

1969년 北海大陸棚 사건(North Sea Continental Shelf cases)에서 ICJ 는 미국의 Truman 선언과 기타 여러나라의 유사한 주장을 관습법 규범을 형성하는 국가관행의 요소로서 인정하고 있다.⁴⁾ 1974년 어업관할권 사건(Fisheries Jurisdiction case)에서 ICJ의 14명 판사 중 10명의 판사가 국가의 단순한 주장을 국가관행의 구성요소로 인정하였다.⁵⁾ 1958년 Geneva 해양법 회의와 그 이후의 U.N.해양법 회의에서 영해의 幅과 배타적 어업수역에 관한 각국의 주장은 그것이 실제로 그 국가의 일방적 조치로 시행되었는가의

2) D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1971), p. 88.

3) ICJ Rep. (1951) pp. 116, 191.

4) ICJ Rep. (1969), p. 3, at pp. 32-3, 47 and 53.

5) ICJ Rep. (1974) p. 3, at pp. 47, 56-8, 81-8, 119-20, 135 and 161.

여부와 상관없이 관습규범 형성의 요소로 인용되었다.⁶⁾ 국가의 공식적 주장이나 외교문서로 나타난 입장의 표명 등을 국가관행의 요소로 취급한 ICJ 판례의 취지는 1950년 비호권 사건(Assylum case), 및 1952년 Rights of United States Nationals in Morocco case 등에서도 발견 할 수 있다.⁷⁾

국제 사법법원에 제소된 사건의 당사국으로서 진술된 주장(Pleadings before the court))도 그 국가의 국가관행으로 다음사건에서 인용되거나 관습법 생성의 판단 자료로서 고려될 수 있다.⁸⁾

나. 국가의 原則聲明

국가의 주장과 유사한 것이지만, 구체적 분쟁을 전제로 하지않는 추상적인 원리 선언(abstract declaration) 또는 原則聲明(statements) 등은 국가관행을 구성하는가? D'Amato 교수와 같이 국가관행을 구성하는 국가 행위에 관하여 제한적인 입장을 택하는 학자들은 이 문제에 대해서도 틀림없이 부정적인 결론을 내릴 것이다. D'Amato 교수 보다는 좀더 덜 제한적인 견해를 갖고 있는 것으로 분류되는 Dr.Thirlway는 국가의 현실적 행위 뿐만 아니라 구체적인 분쟁사건을 전제로한 국가의 주장 및 국가의 立場 聲明 등을 국가관행의 구성요소로 인정하지만 추상적인 原理宣言(abstract declaration) 또는 국가의 原則聲明(statements) 등은 이를 배제하고 있다.⁹⁾

北海大陸棚 사건에서 和蘭과 덴마크는 해양관할권의 경계획정의 기준은 等距離 原則을 적용해야 한다는 原則聲明을 하였으나 채택되지 않았다. 그러나 ICJ가 이 原則聲明을 채택하지 않은 것은 等距離 原則이 lex ferenda로 주장되었을 뿐 lex lata로 주장된 것이 아니라는 이유 때문이었다.¹⁰⁾

요컨대, 국가의 原則聲明도 구체적 사건의 전제가 되고 있는 가? 의 與否 보다는 그것이 實定 規範(lex lata)으로 주장되었는가? 아니면 立法論的 立場의 표명(lex ferenda)으로 주장되었는가? 의 與否에 따라 판단되어야 하며 前者의 경우에 관련된 타국의 승인이 있다면 이는 훌륭한 관습법 형성의 증거가 될 수 있다고 본다.

다. 국내 입법 및 국내 판결

관습법 성립의 요건으로 잠재적 동의설을 신봉하는 Strup과 같은 학자에 의하건대,

6) Michel Arkehurst, "Custom as a Source of International Law", 47 *BYBIL* (1974-75), p. 2.

7) ICJ Rep.(1950) pp. 266 and 277.

ICJ Rep.(1952) pp. 176, 200.

8) Marek, *Repertoire des decisions et des documents de la C.P.J.I. et de la P.C.I.J.* Series I, vol.2, (1967), p. 847.

9) Thirlway, *International Customary Law and Codification* (1972), p. 58.

10) ICJ Rep. (1969), p. 3. at p. 38.

관습 국제법을 생성할 수 있는 국가관행은 국가의 명의로 조약을 체결할 수 있는 그러한 국가기관이 시행하는 조치만으로 이루어 지는 것이라고 한다. 따라서 국내 입법기관이 제정하는 국내입법은 국가관행을 구성하는 것으로 간주되지 않았다.¹¹⁾ D'Amato 교수나 Dr.Thirlway 도 국내입법과 국내 판결에 관해서는 그 관습 국제법 생성 요소로서의 의의를 다소 부정적으로 보고 있다고 이해된다.¹²⁾ 이러한 입장은 1927년 Lotus 號 사건(Lotus case)에 관한 PCIJ 판결 중 Nyholm판사와 Altamira판사의 반대의견(dissenting opinion)에서도 발견 된다.¹³⁾ 그러나 Lotus 사건에 대한 PCIJ 판결의 주된 취지는 이러한 반대의견에 따르지 않고 있으며 이 사건에서 당사국인 Turkey와 France는 자국의 주장을 변호함에 있어 여러나라의 국내입법을 인용하고 있다.¹⁴⁾

라. 부작위 또는 침묵

국가의 부작위 또는 침묵이 국가관행을 구성하는가? 에 대해서도 논쟁이 많았으나, 적극적 행위 뿐만이 아니고 부작위나 침묵도 「법적 확신」(opinio juris)이 따르는 관행이라면 관습법을 성립시킴에 있어 아무 구별도 있을 수 없다는 데에 견해가 일치되고 있다.¹⁵⁾

(2) 國際機構의 決議와 慣行

가. 國際機構의 決議

國際機構의 決議는 국제사회에서 중요한 사명과 기능을 갖는 특별한 法主體인 國際機構의 확정된 意思로 존재하므로 관습 국제법의 생성에 중대한 영향을 주고있다는 것과 또 그 決議의 채택이 그 國際機構의 구성국가의 대표자들의 행위로 이루어 졌다고 하는 두 가지의 의미를 갖는다.물론 後者의 의미로 파악한다면 이는 전형적인 국가관행에 속하므로 당연히 관습 국제법 생성의 요소로서 앞서 고찰한 내용들이 여기에 적용될 것이다. 따라서 여기서 특별히 고찰되어야 할 것은 前者의 의미로 파악되는 경우이다.

대체로 국제기구의 결의(Resolution)는 관습 국제법을 생성시키는 중요한 관행을 구성한다. 1945년 Nuremberg 국제군사재판의 판결을 함에 있어서 국제연맹(the League of Nations)과 凡美洲會議(Pan-American Conference)의 1927년 결의가 “침략은 犯罪行爲

11) Strup, Recueil des cours, 47(1934), pp.263, 313-14.

12) Supra Note.2 & 9.

13) P.C.I.J. Series A, No.10(1927), pp.59-60. and at p.96.

14) Marek, op.cit., pp.857, 864, 876, 887, 888

15) Tunkin, *Theory of International Law* (1974), pp.116-17.

D'Amato, op.cit., pp.61-3. and 88-9.

이다.”라는 규범이 국제적인 관행에 따라 확립된 법적 규범임을 확정하는 데 중요한 근거가 되었다.¹⁶⁾ 또 1955년 “앵그로 이라니안 石油會社 사건(Angro-Iranian Oil Co. case)과 관련된 재판에서 Italy 대법원은 U.N. 총회 결의를 관습법규의 근거로 명시하고 있다.¹⁷⁾ 1970년 바르셀로나 電鐵·電力會社 사건 (The Barcelona Traction, Light and Power Co. case)의 ICJ 판결 중 Ammoun 판사는 그의 반대의견에서, “국제기구 또는 국제회의 특히 U.N.과 같은 기구에서 각 국가대표가 취한 태도는 그 국가의 국가관행을 구성하며 관습 국제법 형성의 자료가 된다.”라고 주장하였다.¹⁸⁾ 이러한 견해는 다른 학자들의 저술에서도 많이 발견되고 있다.¹⁹⁾

1946년 12월 11일 U.N. 총회결의 96(I)은, “총회는 집단살해행위는 국제법상 범죄를 구성함을 확인한다.”라고 명시하고 있다. 이 처럼 국제기구의 결의문 속에 기존의 국제법 규범을 선언하는 취지가 명시되어 있을 경우 그 결의가 관습 국제법 확정의 근거가 되는 것은 당연하다. 그러나 결의문의 표현이 이처럼 명백한 경우는 극히 드물다 할 것이다. 결의문의 실제적 표현이 모호하거나 구체적으로 기존 국제법 규범을 확인하는 취지가 나타나 있지 않더라도 이러한 결의 그 자체를 국제법의 근거로 주장하는 예는 많다. 결의의 채택시 만장일치로 채택된 것이라면 관습 국제법으로 성립시키는데 그 결의문이 갖는 증명력은 매우 커질 것이다, 일반적으로는 다수결에 의하여 채택되는 것이 보통일 것이다. 이때 그 결의의 채택에 찬성한 국가는 물론이고 기권한 국가 까지도 그 결의의 내용이 관습 국제법 규범이 되는 데에 지지한 것으로 간주될 수 있으나 명백히 반대한 국가는 그러한 관습 규범의 성립에 반대한 것으로 해석되어야 할 것이다.

나. 국제기구의 관행

국제기구는 국제사회에서 각기 중요한 사명과 기능을 갖는다. 이들이 그 사명을 위한 구체적 목적을 달성하고 기능을 발휘하게 하는 역할은 실제로 그 각국제기구의 기관(Organ)들이 수행하게 된다. 이들 기관-예컨대, U.N. 사무총장-의 행위가 일정한 시간적 지속성과 장소적인 일관성을 갖고 동일한 행위로 반복된다면 이는 관습 국제법의 생성에 중요한 의의를 갖는 慣行이 될 것이다.²⁰⁾ 제노사이드 協約의 유보에 관한 권고적 의견(1951 the Genocide case)에서 모든 ICJ 판사들이 사무총장의 관행을 인용하고 있다.²¹⁾

16) Cmd. 6964(1946), pp. 40-1.

17) I.L.R. 22(1955), pp. 23, 40-1.

18) ICJ Rep.(1970), pp. 3, 302-3.

19) Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations* (1963), pp. 4-7 and passim. ; Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations* (1960), part 2 and 3 ; Castaneda, *Legal Effects of United Nations Resolutions* (1969), chapter 7.

20) M. Arkehurst, *A Modern Introduction to International Law* second edition(1971). pp.56-7.

21) ICJ Rep.(1951), p.15, at pp. 25, 34-6.

다. 국제사법 법원의 판결과 절차적 관행

국제사법 법원의 판결은 국제법 체계가 前判例 구속의 원칙(principle of stare decisis)을 택하고 있지는 않으나 그 자체로서 중요한 재판의 준거가 되고 있으며 (ICJ 규정 제 38조 1항 d.호), 독립된 국제법 규범의 존재형식으로 간주되지는 않으나 적어도 관습법의 내용을 규명하는 중요한 증거가 된다는 점은 자명한 일이다. 이와 더불어 국제사법 법원의 절차적 관행들은 역시 관습법의 발견에 중요한 근거가 된다고 본다.²²⁾

(3) 私人の慣行

현대 국제법에 있어서 개인도 제한적 범위의 국제법 주체임은 널리 인정되고 있는 바이다. 그러므로 이론적으로 개인의 관행이 관습 국제법을 형성시키지 못할 바는 없다고 말할 수 있다.

그러나 국제사회에서 私人の 행위가 법적 의미있는 관행을 성립시키는 예는 거의 일어나지 않는다. 국제 商관습에 있어서 은행인수어음(banker's credits)은 국제거래상 개인에 의한 관행이라 볼 수 있으나 이는 국제법 규범은 아니다. 국제기구와 개인간에 맺어진 고용계약들로 부터 연유된 관행이 있을 수 있지만²³⁾ 이러한 관행이 국제기구의 고용행위를 기속하는 규범이 된다고 하더라도 이는 순전히 일방적으로 국제기구 또는 그 관련 가맹국이 이러한 관행 내지 규범들을 수용했기 때문이라고 보여진다.

일정한 형태의 개인의 행위에 대한 주권국가들의 반응이 귀납되어 관습 국제법을 이루는 경우가 있다 하더라도 이것도 국가관행으로 보던된다.

영향력 있는 국제법 학자의 견해는 그 자체로서 국제재판의 준거로 될 수 있는 만큼 (ICJ 규정 제 38조 1항 d.호), 이 경우를 개인인 국제법 학자의 행위가 관습 국제법의 생성에 기여하는 경우라 할 수도 있겠으나 학자의 탁월한 학설일 지라도 그것은 행위 주체인 주권국가들의 국제법상 행위로 수용되거나 국제사법 법원에 의해 받아들여 지는것을 전제로 해서만 그 효력이 인정된다는 점을 유의해야 할 것이다.

2. 慣行의 성질상 요건

本節의 서두에서, 관행이라함은 “시간적으로 지속되고 장소적으로 광범위한 곳에서 일관성있게 시행되는 법 주체들의 동일 행위의 반복을 의미한다.”고 정의 한바 있다. 이러한 정의는 이론적 분석에 앞서서 논의의 대상이 될 관습 국제법 규범의 구성 요소인

22) Arkehurst, BYIL, op.cit., p. 11.

23) McRae, *Canadian Yearbook of International Law*, 11(1973), pp. 87-99.

慣行의 가장 통상적인 의미를 제시하려는 편의적인 의도에 기인된 것일 뿐, 관습법의 이론적 고찰에서 이 慣行의 개념이 아무런 다름이 없이 이 定義처럼 확정적이라는 의미는 아니다. 고전적인 이론에 있어서, 관습 국제법을 구성하는 관행이란 시간적으로 얼마나 지속되어야만 하는가? 또 그것은 얼마나 「일반적」으로 시행되는 것이어야 하는가? 동일 행위는 반드시 「반복」되어야만 하는 것인가? 등에 관하여 많은 논쟁이 있어 왔고 많은 부분에 대해서 아직도 定說이 없다. 본 연구의 목적상 이 관행의 성질상의 요건에 관련된 학설들을 여기에서 정리해 두려 한다.

(1) 관행의 시간적 지속성의 요건

1927년 European Commission of Danube case에 관한 PCIJ 판결 중 Negulesco 판사는 그의 반대의견에서, “관습규범이란 까마득한 옛날 부터의 관행(immemorial usage) 이 있어야만 한다.”라고 주장하였는 데²⁴⁾, 이 주장은 관행의 시간적 지속성에 관한 논의 때마다 자주 인용되어 왔다. 1960년 인도 領 통행권 사건(Right of Passage case)에 대한 판결에서 ICJ는, 125년 이상 계속된 관행은 관습 국제법을 생성 시킨다고 판시하고 있다.²⁵⁾ 그러나 위 두개의 판례를 세심히 관찰하여 보면 보다 짧은 기간의 시간의 경과를 관습법의 성립을 저해한다는 취지가 아니었음을 알 수 있다.

大陸棚에 관한 관습 국제법의 성립 與否를 논함에 있어서 특히 시간의 경과 문제가 많이 논의되었다. 1958년 Geneva 해양법 회의에서 希臘은, “10년의 기간은 대륙봉 제도를 관습 국제법으로 성립시키기에 너무 짧은 기간이다.”라고 주장하였지만²⁶⁾ Israel은 이에 반대 의견을 표시하였고²⁷⁾ 다른 19개국도 대륙봉 제도가 이미 관습 국제법화 하였음을 인정하였다. 1969년 北海 大陸棚 사건에서 ICJ 는, “시간의 경과가 짧았다고 하는 그 자체는 관습 국제법 생성의 장애가 되는 것은 아니다.”라고 밝히고 있다.²⁸⁾ 이 사건 판결 중 반대의견에서 Tanaka 판사와 Lachs 판사도 같은 주장을 하고 있다.²⁹⁾ 특히 Lachs 판사는 현저하게 짧은 시간의 경과로 관습 국제법이 성립된 예로서 外氣圈 통항의 자유를 들고 있다.³⁰⁾

생각컨대, 현대 국제법에 있어서 관습 국제법의 생성을 위한 요건으로서의 시간의 경과는 다음 세 가지 계기로 인하여 그 의의를 상실해 가고있다고 본다.

24) P.C.I.J. Series B, No. 14.(1927), p. 105.

25) I.C.J. Rep.(1960) pp. 6, 40.

26) UNCLOS I *Official Records* (1958) vol.6, p. 6.

27) Ibid. p. 17.

28) I.C.J. Rep.(1969) pp. 43.

29) Ibid. pp. 176-9. and p. 230.

30) Loc cit.

첫째로 국내사회에 있어서는 관습법이 생성 되기 위하여 일정한 시간의 경과는 필수적 요건이 될 것이다. 왜냐하면 그 관습이 모든 국민들에게 규범으로 받아들여졌음을 증명하기 위하여는 국민들의 많은 행위가 장기간에 걸쳐 그 관행을 통하여 이루어 졌음을 지적하는 수 밖에는 없을 것이기 때문이다. 그러나 이와는 대조적으로 국제사회에서는 국가가 일정한 관습을 받아들였다고 하는 사실을 입증하는 확실하고 용이한 수단들이 많기 때문에 시간의 경과는 그만큼 덜 중요한 요건이 된다.³¹⁾

둘째로 교통과 통신 기술의 획기적인 발전으로 말미암아 어떤 국가가 국제법적 제도나 관행에 대하여 어떻게 반응하고 스스로 어떠한 국가관행을 성립시켜 나가는가? 하는 것들이 전체 국제사회에 대하여 즉시로 알려지기 때문에 더이상 시간의 경과는 중요한 요소가 될 수 없게되었다.³²⁾

세째로 현대 국제사회의 특징을 이루고 있는 것은 국제기구들의 발전이다. 국가들은 국제사회에서 활동의 목적과 기능에 따라 해당 분야의 국제기구에 참여하여 행동하게 된다. 따라서 이 국제기구를 통한 국가의 입장표명은 대부분 용이하게 이루어 지며 관습법의 수용도 즉시 즉시 이루어져 관습법의 발전에 시간의 경과가 필요없이 되는 것이다.³³⁾

(2) 慣行의 반복성 요건

관행은 단 한번의 행위로도 성립될 수 있는가? 아니면 일정한 동일 행위의 반복이 필수적인 요건인가? 많은 학자들이 관행이란 본질적으로 일정한 반복을 요건으로 한다는 데 일치된 견해를 보이고 있으나³⁴⁾ 단 한번의 행위로도 관습 국제법은 성립될 수 있다는 주장을 하는 학자들도 있으며³⁵⁾ 이 문제 역시 아직 定說이 없는 셈이다.

국제법원의 판례들도 초기에는 일정한 행위의 반복이 관습법 성립의 요건임을 명시하고 있다.³⁶⁾ 그러나 관습법의 성립에 있어 상당한 반복적 관행을 요건으로 보고있는 이들 판례의 취지를 자세히 관찰하여 보면, 판결의 취지에서 반복된 관행의 존재를 요구하고 있는 이유가, 상반된 내용의 관행이 존재하기 때문에 이를 극복하기 위한 증거가

31) MacGibbon, BYIL vol.33,(1957), pp. 115-120.

32) Wolfke, Custom in Present International Law (1964), p. 68.

33) Arangio-Ruiz, Recueil des cours, vol.137, (1972) pp. 419, 484-6.

34) Rousseau, *Droit International Public*, vol.I (1970), p. 317. ; Waldock, *Recueil des cours* vol. 106, (1962), pp. 1-44. Sorensen, *Lee Sources du droit international* (1946), p. 102.

35) D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1971), pp. 91-8. ; Cheng, *Indian Journal of International Law*, vol. 5, (1965), p. 23. ; Tunkin, *Theory of International Law* (1974), p. 114

36) Wimbledon case (1923) P.C.I.J. Series A, No.I, p. 25.

필요하거나,³⁷⁾ 「법적 확신」에 대한 충분한 입증이 없는 경우이거나,³⁸⁾ 또는 당사국이 주장하고 있는 관습법의 존재를 나타낼 만한 하등의 관행도 제시되지 않은 경우 등이다.³⁹⁾

생각컨대, 이 반복성의 요건(the requirement of repetition)은 시간적 지속성의 요건(the requirement of time)과 본질적으로 동일한 내용을 갖고 있다. 즉 이 둘은 같은 銅錢의 兩面과 같은 관계에 있다. 그러므로 앞서 시간적 지속성의 요건에 대하여 분석된 내용이 거의 그대로 이 반복성의 요건에 대해서도 타당하다고 말할 수 있다.

여러번 반복된 관행은 반복되지 아니한 관행 보다 관습법의 성립을 입증함에 있어 보다 확실한 근거를 줄 수 있는 입증자료가 될 것이다. 왜냐하면 충분히 반복된 관행만이 상반된 내용의 관행에 대한 우월적 반증이 될 수 있고, 이 관행이 성립시키는 관습법의 내용을 처음 부터 타투며 그 법 규범으로의 성립을 저지하고자 하는 국가가 이른바 “明白하고도 執拗한 반대”⁴⁰⁾를 하므로서 그 관습법규의 羈束에서 벗어날 수 있는 것도 관행의 반복이 이루어 지기 이전에만 가능할 것이기 때문이다.

일반적으로 단 한번의 행위 또는 한두번의 행위의 반복이 관습법규를 성립시킬 수 있다고 보겠는가? 초기의 고전적 학자들은 관습법의 속성으로 보아 있을 수 없다고 주장했을 것이며, 앞서 말했듯이 D'Amato교수는 단 한번의 행위도 관습법을 성립시킨다고 명쾌하게 말하고 있다.⁴¹⁾ 이 문제는 시간적 지속성의 요건전에 대해서 관찰했던 것과는 똑 같이 보다 종합적 분석이 요구된다.

국내법 사회에 있어서 관습법의 성립을 위해서는 어떤 동일한 행위의 態樣 이 장기간에 걸친 시간적 지속성을 보여야 할뿐만 아니라 상당한 량의 반복의 기록이 반드시 필요하다고 생각된다. 왜냐하면 국내법 사회의 법 주체인 국민 개개인이 어떤 행위의 態樣을 羈束的 法 規범으로 받아드렸는가의 여부를 확정하는 것은 이러한 방법 밖에 없기 때문이다.

그러나 국제사회에서는 사정이 전혀 다르다. 우선 전형적인 法 主體라 할 수 있는 국가가 통틀어 175개국 밖에 안되며, 획기적인 통신 기술의 발달과 국제기구들의 기능 확대로 어떤 국가가 어떤 관행에 어떤 입장을 취하고 있는가는 아주 용이하게 입증될 수 있게 되어있다.

37) Genocide case, I.C.J. Rep.(11950) pp. 15, 25.; Asylum case, ibid., pp. 266, 276-7.; Corfu Channel case, ibid., (1949) pp. 3, 99.

38) North Sea Continental Shelf case I.C.J. Rep. (1969), pp. 3 & 45.; European Commission of the Danube case, P.C.I.J. Series B, No.14, p. 105.

39) Nottebohm 사건에 관한 ICJ판결 중 Guggenheim 판사의 반대의견 참조.
The Nottebohm case, I.C.J. Rep. (1955), p. 55

40) 拙著, 「現代 海洋法論」(서울: 아세아 社, 1988), p. 9.

Stein, Harvard International Law Journal, vol.26,(1985), pp. 457-82.; Charney, BYIL, vol.56,(1985), pp. 1-24.

41) D'Amato, op.cit., pp. 91-8.

그러므로 어떤 행위가 몇번 반복되었는가? 또는 얼마나 시간적으로 지속되어 왔는가? 하는 것은 오히려 중요하지 않다. 현대 국제사회에서는 오히려 확정적인 의사로 다수의 국가가 단 한번의 행위에 참여하는 것으로도 관습법규를 형성시킬 수 있는 일반적 관행을 성립할 수 있다고 보여진다.

(3) 관행의 일반성의 요건

관행은 광범위한 곳에서 일관성있게 시행되어야 한다.는 이 요건은 당초에는 아주 엄격한 것이었다. 즉 관습법 규범이 성립되기 위해서는 모든 국가가 그 관행을 따르고 수용하여야 한다는 것이다.⁴²⁾ 그러나 후에 학자들은 ICJ규정 제 38조 1항 b호의 용어상 표현을 근거로 이론상 이 요건을 다소 완화하여, “획일적 관행”(universal practice)이 아니라 “일반적 관행”(general practice)이 요건이 된다고 보았다.⁴³⁾ 그러나 최소 한도로 어느 만큼의 일반성이 요구되는가? 하는 점에 대해서는 모호할 뿐만 아니라 학자간의 견해도 일치되지 않았다. Tanaka 판사는 대다수의 국가가 그 관행에 따라야 하나 소수의 반대 국가가 있어도 관습법의 완성에는 지장이 없다고 보았다.⁴⁴⁾ Ammoun 판사는 전 세계 국가의 절반이 참여하는 것만으로는 충분치가 않다고 하였다.⁴⁵⁾ 그러나 관행의 일반성 요건을 이 처럼 파악하는 것은 정확하지 않다. 전 세계의 51%의 국가가 그 관행에 따르고 있고 49%의 국가는 그 관행에 따르지 않을 때 이 관행은 관습 국제법으로 성립하며 그 49%의 국가를 포함한 모든 나라를 기속하게 된다고 단순히 말할 수 있겠는가?

관습 국제법을 성립 시키기 위한 관행의 일반성 요건이란 이처럼 평면적인 기준으로 파악될 수는 없는 것이다. 왜 우리는 관습 국제법 생성의 요소인 관행에 일반성의 요건(the requirement of generalizability)을 요구하는가? 를 생각해야 한다. 그것은 생성된 관습법이 법규범으로서의 모든 속성을 갖춘 행위의 일반적 준칙이 될 수 있어야 하기 때문이다.

이 일반성 요건의 내용에 부수되고 있는 모호성을 극복하기 위한 하나의 對案을 Arkehurst 교수는 다음과 같이 제시하고 있다. 즉, 비교적 소수의 국가들에 의해 형성된 관행일지라도 그 관행을 명시적으로 배척한 국가를 제외한 모든 국가를 기속하는 관습 국제법 성립의 기초로 할 수 있다는 것이다.⁴⁶⁾

42) Tinoco case (1923), R.I.A.A. vol.I, pp. 375-81.

Lotus 사건에 대한 상설국제사법법원 판결 중 Weiss판사의 반대의견 참조.

The Lotus case(1927), P.C.I.J., Series A, No.10, pp. 43-4.

43) Guggenheim, *Traite de droit international public*, vol.I(1953), p. 47.; Kunz, 47 AJIL(1953)666.; Tun-kin, *Theory of International Law*(1974), p. 118.

44) South West Africa cases, I.C.J. Rep.(1966), pp. 3, 291.

45) North Sea Continental Shelf cases, I.C.J. Rep.(1969), pp. 3, 130.

46) Arkehurst, op.cit., p. 18.

그러나 이러한 설명 만으로는 충분치 않다. 어떤 관습 규범이 형성될 때 그 규범으로 인해 불이익을 받는 국가가 있다 하더라도 그 규범의 형성을 막을 적극적인 행위를 하지 않는 한 그 규범은 성립되며 그 국가는 그 규범에 기속된다. 그리고 그 적극적 행위란 그 국가의 단독적인 행위일 경우에는 원칙적으로 의미가 없다. 다만 그와 상반되는 관습 규범을 생성시키기에 충분한 다른 다수 국가의 관행을 성립 시켜야만 한다. 왜냐하면 관습 규범의 형성에 있어서도 모든 국가는 그 이해관계 如何에 불구하고 동일한 입장에 있기 때문이다.⁴⁷⁾ 그러나 관행의 형성 초기 부터의 “집요하고도 명시적인” 적극적 반대 의사표시로 관습법 생성을 반대한 국가에 대하여 그 규범의 기속적 적용을 배제 할 수도 있을 것이다.⁴⁸⁾

3. 「法的 確信」

관습 법규를 형성시킴에 있어서는, 앞서 논의된 主體的, 量的 요건과 성질상의 요건을 갖춘 慣行 만으로는 충분치 않다. 이른 바 그 관행을 법으로 받아드리는 「法的 確信」이 따라야 한다. 이 「法的 確信」의 요건에 관한 고전적인 입장이 北海 大陸棚 사건에 관한 ICJ 판결에 잘 나타나 있다. 즉,

(문제된 관습은)…그 관습에 따르는것이 법규범에 의한 의무라고 믿는다는 것을 입증할 수 있도록 수행되어야 한다. 즉 관련 국가들은 그 관습에 따르는 것을 법적인 의무에 의한 것과 똑 같이 羈束的인 것으로 느껴야 한다. 동일한 행위가 상당히 일관성 있게 반복되어 왔다는 것 만으로는 충분치 않다. 국제사회에서 많은 행위들이, 예컨대, 儀典的인 행위들은 거의 예외없이 동일한 態樣으로 수행되고 있으나 이들은 모두 禮讓이나 傳統 또는 일의 便宜를 위한 고려에서 이 처럼 일관성있게 반복되고 있는것일 뿐이며 그것이 법적인 의무로서 준수되는 것은 아니다.

라고 판시하고 있다.⁴⁹⁾ 이러한 취지의 판결은 ICJ⁵⁰⁾나 PCIJ⁵¹⁾의 다른 사례에서도 발견되고 있다. 또 ICJ규정 제 38조 1항 (b)호에서도 “…법으로서 승인된 관습…”이라는 표현을

47) D'Amato, “Comment,” Jon M. Van Dyke ed., Consensus & Confrontation : U.S. & the LOS Convention LSI Workshop Proceedings (Honolulu : Univ. of Hawaii, 1984), p. 173.

48) Supra Note 40.

49) North Sea Continental Shelf case, I.C.J.Rep., (1969), pp. 3, 44

50) Asylum case, *ibid.*, (1950), pp. 266, 277 ; Rights of United States Nationals in Morocco case, (1952), pp. 176, 200. ; Right of Passage case, *ibid.*, (1960), pp. 6, 42-3. 그리고 Fisheries Jurisdiction case에서 Dillard 판사의 반대의견 참조. *ibid.*, (1974), pp. 3, 58.

51) Lotus case(1927), P.C.I.J., Series A, No.10, pp. 28, 60 and 96-7

쓰므로서 이 「法的 確信」을 요건으로 한다는 취지가 나타나 있다.

그러나 「法的 確信」에 관한 이 고전적 定義는 논리적인 모순을 내포하고 있다. 즉 관습법 성립을 위한 이 「法的 確信」의 요건은 법 주체들(국가)이 아직 법 규범으로 성립되지 않은 규범을 이미 법으로 확립된 것 처럼 신뢰하기를 강요하는 것이 된다. 이는 이론상 錯誤를 강요하는 것과 같다.⁵²⁾ 지금 까지 성립된 모든 국제 관습법이 이러한 錯誤에 근거해서 성립해 왔다고 설명해야 한다면 이는 곤란한 일이다. 더구나 이러한 식의 定義로는 법사회의 발전에 따라 새로운 관습 규범이 생성되어지는 것을 설명할 도리가 없게 된다. 따라서 「法的 確信」에 대한 이 고전적인 定義의 모순을 극복하기 위해서 여러가지 다른 學說들이 시도되어 왔다.

(1) 「法的 確信」不要說

가장 극단적인 입장은, Kelsen이나 Guggenheim 처럼 관습법의 성립에 있어 아예 「法的 確信」의 요건은 불필요하다는 견해이다.⁵³⁾ 이들에 의하면 「法的 確信」은 관습법 성립의 별개 요건은 아니며 慣行의 부수적인 요소일 뿐이라고 한다.⁵⁴⁾

생각컨대, 결국 일관되고 반복적인 관행을 근거로 이 법 주체에게 부과되는 법적인 의무와 非 法的인 義務—예컨대 윤리적, 禮讓상의 의무 등—를 구별하기 위해서 이 「法的 確信」의 요건은 필수적이라 보아야 한다. 그러므로 이 「法的 確信」의 요건이 불필요하다는 견해는 적절하지 않다.

(2) 「法的 確信」推定說

또는 장기간에 걸친 일관되고 반복된 관행은 「法的 確信」을 推定시키므로 별도의 「法的 確信」의 입증은 불필요하다는 입장도 있다.⁵⁵⁾ 국제법원의 판례중에서도 이 「法的 確信」의 입증 없이 관습 국제법의 성립을 인정한 것들이 있다.⁵⁶⁾ 그렇지만 어느 판례에서도 명시적으로 「法的 確信」은 당연히 推定된다거나 요건상 불필요하다고 명시한 것은 없다.

52) Kelsen, *General Theory of Law and State*, (1945), p. 114.

53) Kelsen, *Revue internationale de la theorie de droit*, vol. I(1939), pp. 253, 264-6. ; Guggenheim, *Traite de droit international public*, 1st ed., vol. I(1953), pp. 46-8. 후에 이 두 사람은 그 견해를 약간 수정하였다.

54) Kopelmanas, *BYIL*(1937), pp. 127-51.

55) De Visser, *Theory and Reality in Public International Law*, (1957) p. 149. Asylum case에서 Azevedo판사의 반대의견 참조. *I.C.J. Rep.*(1950), pp. 266. 336.

56) Fisheries Jurisdiction case, *I.C.J. Rep.*, (1974) pp. 3, 24-6. ; Nottebohm case, *ibid.*, (1955) pp. 4, 21-3. ; Lauritzen vs. Government of Chile (1956), *I.L.R.* vol. 23 (1956), pp. 703, 729-31. ; Lagos vs. Bagianini(1953), *I.L.R.* vol. 22 (1955), p. 533.

(3) 別個 規範 根據說

반면에 이 요건과 관련된 앞서 지적한 것과같은 구조적인 모순을 회피하기 위하여, 이 「法的 確信」의 근거를 별개의 규범이나 국제사회의 필요 또는 正義觀念에서 구하려는 학설이 있다.⁵⁷⁾ 그러나 이 논리도 쉽게 수긍되어지지 못할 것이다. 왜냐하면 일반적인 정의관념, 사회적인 또는 윤리적인 의무가 관습 국제법을 성립시키지는 않기 때문이다. 즉 침략전쟁이 非倫理的인 임은 1928년 Kellogg-Briand Pact 以後의 관습법으로 전쟁이 국제법상 불법화되기 훨씬 이전 부터 共感되었던 것이다. 또 선진국들은 저개발 貧國을 경제적으로 원조해야 할 倫理的 의무가 있다는 것은 의심할 바 없으나, 선진국 중 과연 몇 나라나 이러한 경제 원조를 법적 의무라고 승인하겠는가? 오히려 역사적인 연유로 성립된 관습 국제법의 일부 중에는 倫理的 관점이나 또는 국제사회 正義의 관점에서 볼때 불합리한 차별과 예외를 내포한것이 얼마든지 있을 수 있다. 이러한 점은 South West Africa 사건에 관한 ICJ 판결에서도 잘 나타나 있다.⁵⁸⁾

(4) 同意說

관습 국제법이 성립하기 위해서는 일관되고 장기간 반복된 관행이 존재하는 것만으로 충분하지 않으며 이른바 「法的 確信」이라는 별도의 요건이 필요한데, 이 「法的 確信」이라 함은 그 관행에 참여한 국가가 그 문제된 관습을 법적 규범으로 받아드린다는 「명시적 同意」를 말한다고 한다.⁵⁹⁾ 국제법원의 판례들 중에도 어떤 관습규범이 피고국을 기속하기 위해서는 그 피고국의 「同意의 立證」이 필요하다는 論旨를 명시한 것이 일관되게 나타나고 있다고 지적하는 학자들도 있다.⁶⁰⁾ 특히 Dr.Wilfred Jenks는 英國·노르웨이 간 어업분쟁사건에 관한 ICJ 판결에서,

57) Le Fur 교수의 견해, *Recueil de cours*, 54(1935), pp. 5, 198.; 또는 G.Scelle교수의 견해, *ibid.*, 46(1933), pp. 331, 434.

그리고 Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), p. 114. Thirlway, *op.cit.*, (1972), pp. 53-4.; McDougal and others, *Law and Public Order in Space*(1963). p. 117.; D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1971), pp. 67-8, 215-29. 등 참조.

58) 이 판결에서는,

...주장의 전반적인 취지를 해석컨대, 인도주의적 고려가 그 자체만으로 법적 권리와 의무를 성립시킴에 부족함이 없는 것으로 나타나 있으나 본 법원은 이를 인정할 수 없다. 倫理的인 원칙은 그것이 법적인 형태로 표현되었을 때만 법원에 의해 본안 사건에 적용될 수 있는 것이다...

라고 판시하고 있다.

South West Africa case, .C.J. Rep., [1966] pp. 3, 34

59) Anatoly Kolodkin and Anatoly Zakharov, →The U.N. Convention on the Law of the Sea and Customary Law~, J.M.Van Dyke, *op.cit.*, LSI Annual Workshop Proceedings(1984), pp. 167-68.

60) Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication* (1964), p. 237.

Falk, "On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly," 69 *AJIL* (1966) 782.

「10 마일 규칙」은, 노르웨이가 일관되게 이 규칙을 노르웨이 海岸에 적용하는 것을 반대하여 왔으므로 이를 노르웨이에 대해서는 적용할 수 없다고 본다.

라고 판시한 것⁶¹⁾을 인용하고 있다.⁶²⁾ 그는 특히 이른 바 「法的 確信」의 요건(*opinio juris sive necessitatis*)에 따라 어떤 국가도 그가 문제된 관습을 규범으로 승인한다는 사실에 대한 입증이 없이는 그 규범에 기속되지 않는다는 ICJ의 일관된 태도를 극단적인 범실증주의적 폐단으로 지적하고 있다.⁶³⁾

이러한 同意說의 입장을 철저히 견지 하는 것은 주로 사회주의 국가들의 국제법 이론의 특징을 이루고 있다. 사회주의 국제법 이론에 의하면 관습이란 주권국가들의 “묵시적 合意”(Pactum Tacitum)로 간주된다.⁶⁴⁾

본래 Georg Jellinek가 주창한 이 “默示的 合意說”⁶⁵⁾은, 그들 공산권 법학에서는 법적 규범력의 기초에 관한 사회주의법학의 기초이론과 오히려 더 밀접히 연관되어 있다. 그들 이론에 의하면, 국제법적 규범력의 기초는 국가 意思의 상호 합치로 이루어진 「합의」(露語로; *soglasenie*)이다. 그러나 이는 서로 다른 계급간의 투쟁과 반목으로 국가 간의 의지의 공통적 합치란 기대할 수 없기 때문에, H. Triepel이 주장한 국가 意志의 결합(*Willens- verschmelzung*)을 통해 성립되는 共同意思(*Gemeinwille*)가 아니고 이들의 合意는 개별 의지의 병존적 결합이다.⁶⁶⁾ 그러므로 관습법은 이러한 국가 개별 意志에 의한 개별적 동의가 필요하다고 한다.⁶⁷⁾

20세기 초두에 풍미한 이 관습법에 관한 默示的 合意理論은 논리적으로 결국 관습국제법의 법적 성격을 부인하게 된다. 국가가 국제법상의 의무 부과를 수락하므로써 관습국제법의 기속력이 성립된다면 국가의사가 국제법 보다 上位에 있는 것이 되며 따라서 국가가 구속에 대한 同意를 철회하면 즉시 국제법의 구속으로 부터 해방되게 되므로 이는 국제법을 否認하는 결과가 된다. 물론 이러한 결론은 현대 국제법에서 채택할 수 없는 이론이다.⁶⁸⁾

61) *Angro-Norwegian Fisheries case*, I.C.J. Rep., 116, at 131.

62) Jenks, *op.cit.*

63) *Loc cit.*

64) G.I.Tunkin, “International Law in the International System”, *Recueil de cours* Vol.147, (1975) No.IV, pp. 124-31.

65) K. Strupp, *Elements de Droit International Public*, Vol.I, (Paris, 1930), p. 11. 그 밖에 이 *Doctrine of Pactum Tacitum*을 옹호한 학자들로는 T.J.Lawrence (*The Principles of International Law*, 7th ed. London, 1915); John Westlake(*International Law, Part I*, Cambridge, 1904); A.S.Hershey (*The Essentials of International Public Law*, 1921) 등이 있다.

66) Tunkin, *op.cit.*, pp. 16-22.

67) Theodor Schweisfurth, “Socialist Conceptions of International Law,” *Ency.of Pub.International Law*, vol. 7, (1984), pp. 417-23.

68) Joseph L.Kunz, “The Nature of Customary International Law”, 47 *AJIL* (1953) pp. 663-4.

多者協約이 갖는 현대 관습국제법 규범형성에 있어서 宣言的 및 實證的 機能에 관한 고찰 17

사회주의 법학 이론에서, 관습국제법에만 규범 수범자(norm-addressants)의 同意를 특별히 요구하는 것도 이론적으로 그 근거가 유지되기 어렵다고 보아야 한다. 공산권 특히 쏘련 학자들에 의한 이러한 주장들에 대해서 미국학자들의 반박은 분명하고 격렬한 것이었다. 특히 D'Amato교수는 Davit Colson과의 논쟁에서,

우리 미국의 견해는 관습법은 당사국의 동의에 의존되지 않는다는 것이다. 그것은 규범형성을 위한 특별한 “법 생성 기구”에 의하여 만들어 진다. 이러한 “법 생성 기구”는 때로는 미국의 意思와 배치될 수도 있다. 1960년대 초에 쏘련학자들이 주장한 것 처럼 모든 국가는 생성 되는 규범들에 대해서 개별적인 동의를 하지 않는 한 그 규범에 羈束되지 않는다는 것은 마치 은행강도가 強盜罪에 관한 형법 규정에 동의하지 않는 한 그 형법조항에 羈束되지 않는다고 주장하는 것과 같다. 또는 살인자가 殺人罪의 형법규정에 동의하지 않는 한 마음대로 아무나 살해할 수 있다고 하는 것과 같다. 세상의 어떤 법 체계 안에서도 이러한 규범은 존재하지 않는다...그 규범에 羈束될 規範-受範者의 同意에 依存하여 성립되는 법규범이란 이미 법 규범이 아니다.

라고 반박하고 있다.⁶⁹⁾

그렇지만 결론적으로 관습 국제법을 성립시키는 하나의 필수적 요건으로서 「法的 確信」이 있어야 하는 바 이는 윤리적, 및 禮讓상의 의무나 국제사회 정의 개념에서 요구된다는 것만으로는, 또 당연히 그러한 규범이 있어야 겠다는 입법론적 當爲(as *lex ferenda*)만으로도 부족하다. 이것은 어떤 내용의 규범이 지켜져야 하는 법규범(as *lex lata*)으로 이미 성립되었다고 하는 국제사회 전반의 共感으로 확인되어야만 한다. 이러한 국제사회 전반적인 共感의 확인은 반드시 특정 국가나 국가 群의 명시적인 신념의 표시로 이루어 져야 하는가? 앞서 지적한 것 처럼 Falk교수나 Dr.Wilfred Jenks 는 구체적인 同意의 표시를 요구한 ICJ 판례의 태도를 통렬히 비판하고 있다.⁷⁰⁾

생각컨대 이 문제는 국제법이 法으로서의 羈束力을 갖는 근거가 어디에 있는가? 라고 하는 이른바 國際法の 基礎(the basis of international law)와도 관계되는 이론인데 Oppenheim's International Law 최근 전면개정판(9th edition)에서는 종래의 이른 바 共同同意說(common consent theory)을 유지하면서

그러나 이 共同同意(common consent)란 국제법을 구성하는 규범의 구체적 내용에 대한 개별적인 同意를 명시적으로 모든 국가가 해야한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 이러한 同意란 실제적으로 이루어 질 수 없기 때문이다...여기

69) LSI Workshop Proceedings(1984), p. 174.

70) Supra Note 60.

서의 共同同意란 특정의 구체적 법규범에 대한 同意를 의미하는 것이 아니라 國際法을 구성하는 규범의 총체에 대한 모든 국가의 명시적 및 묵시적 共同同意를 말한다.

라고 설명하고 있다.⁷¹⁾

「法的 確信」은 어떤 내용의 慣習이, “지켜지고 있는 법규범”(as *lex lata*)으로 이미 성립되었다고 하는 국제사회 전반의 共感으로 확인되어야만 한다. 그런데 앞서 설명된 「法的 確信」에 관한 여러 학설이나 또 위와 같은 同意說이나, 共同同意說의 설명도 이러한 국제사회 전반적인 共感의 확인이 어떻게 표현되어야 할 것인가를 명확히 규명하고 있다고 볼 수 없다.

(5) D'Amato 교수의 理論

지금까지의 분석을 종합컨대, 「法的 確信」에 관한 理論的 定義나 구체적 사건에서의 판단 기준은 아직 확실한 定說로 나타난 것이 없다고 보는 것이 정확하다.

여러 학설 중에서 앞서 지적한 同意說이나 사회주의 법학에서의 이른바 *Doc trine of Pactum Tacitium*의 주장을 가장 명쾌하게 否定한 것은 D'Amato 교수의 이론이라고 할 수 있다. 앞에서 인용한 것 처럼 그에 의하면 관습법이란 일정한 규범 생성의 체계(*law creating mechanism*)를 통해 성립되는 것이지 규범에 기속될 규범 수범자들의 동의로 확정되는 것은 아니라고 지적하고 있다.⁷²⁾ 또한 그는 관습 국제법을 일반 관습 국제법과 특별 관습 국제법으로 준별하고 관련 당사국의 「法的 確信」에 대한 구체적 입증이 요구되는 것은 특별 관습 국제법의 경우에만 限한다고 밝히고 있다.⁷³⁾

그가 말하는 관습 규범 생성의 체계(*the law creating mechanism*)란 어떤 것인가? 그리고 관습 국제법을 일반 관습 국제법과 특별 관습 국제법으로 준별하므로써 「法的 確信」의 요건은 그 실체의 규명이 가능하게 되는지 D'Amato 교수의 논문을 중심으로 여기서 그 내용을 정리 분석해 본다.⁷⁴⁾

가. 관습법 생성의 체계

법을 생성하는 데는 몇가지 방식이 있다. 즉 議會입법(成文法 제정)과 慣習으로 부터의 規範형성이다. 특히 이 후자를 국제법에서는 관습법이라 하고 국내법에서는 이른 바

71) Sir Robert Jennings and ADW ed., *Oppenheim's International Law*, 9th edition (Avon: The Bath Press, 1992), p. 14.

72) *Supra* Note 69. 그리고 그 본문 참조.

73) Anthony D'Amato, "The Concept of Special Custom in International Law", 63 *AJIL* (1969) 211-223.

74) Anthony D'Amato, "The Law Generating Mechanisms of the Law of the Sea Conferences and Convention", *LSI Workshop Proceedings*, pp. 125-137.

“common law 방식의 입법”이라고 한다.

成文法の 제정과 관습법의 생성과정의 차이는 근본적으로 법이 무엇인가에 대한 기본적 태도의 차이에 있다고 본다. 成文法은 사전에 어떤 법이 제정되었는가에 관계없이 채택될 수 있다. 그리하여 新法과 舊法간의 불일치나 충돌은 얼마든지 있을 수 있다. 그러나 “common law 방식 입법”에서는 議會입법방식에 결여되어 있는 다른 중요한 요소를 갖는다. 그것은 모든 새로운 규범은 기존의 규범과 논리적 조리가 유지되어야 한다. common law 체계에서는 모든 사건은 前判例에 구속된다. 새로운 사건에서 前判例를 깨뜨리는 경우는 前判例에 있어서 보다 더 긴절한 논리적 연계가 발견될 경우에만 가능하다. 이리하여 새判例는 前判例를 올바르게 고쳐나가는 것이다. common law 체계에 있어서 법관의 임무는 현재 사건의 판결을 common law에 일치시켜 나가는 것이다. common law란 완벽하고 합리적인 규범으로 잠재되어 있으며 법관은 이것을 발견해 내고 이들을 각 구체적 사건에 적용하는 것이다. 즉 common law 체계란 自然法 체계와 같다. 규범이란 법 주체간의 계속적 관계 속에서 연역되어야만 한다. 自然法에는 이처럼 법규범을 연역하거나 귀납시키는 일정한 체계가 있다. 그리고 이것은 common law가 갖고 있는 체계와 동일하다. 실제로 법 주체가 어떻게 행동하는가를 확인하므로서만 어떤것이 실제적 규범인가를 확인할 수 있다. 즉 법 주체들의 행위로 부터 법 규범은 연역된다. 그런데 법 주체들의 행위에서 규범을 연역함에 있어서는 의미있는 사실만으로 부터 연역되어야 한다.

D'Amato 교수는 관습법의 생성 체계를 설명함에 있어서 인간의 행위를 지배하는 정신적 구조의 진리는 결국 물리학적 진리와 유사하다고 강조하면서 Henri Poincare의 木星質量(m)計算의 예를 인용하고 있다.⁷⁵⁾

즉 木星質量計算을 위해서는 ① 木星 衛星들의 동작을 측정하여 계산하는 방법(m_1)과 ② 主行星의 攪亂을 측정하는 방법(m_2) ③ 從行星의 攪亂을 측정하는 방법(m_3) 등이 있다. 그러나 이들 각 방법에 의한 결과적 木星質量들은 모두 다르다. ($m_1 \neq m_2 \neq m_3$) 각 계산 방법의 相異에 따른 木星質量의 불일치의 원인은 무엇인가? Poincare에 의하면 두 가지의 假說이 가능하다 즉 각 측정時마다 萬有引力 常數가 다르다는 假說과 引力常數는 언제나 일정한데 측정치의 오차가 木星質量의 차이를 나타낸다는 것이다. 전자의 假說이 전혀 成立 不可能한것은 아니나 후자의 假說을 채택함이 훨씬 簡明하고 온당하다고 한다.⁷⁶⁾

Poincare의 예에서 잠재된 물리적 사실은 「木星의 質量」이다. 처음부터 다른 行星에 軌道 攪亂을 야기시키는 원인이 되고 있는 木星의 質量이 어떤 참값으로 잠재하고 있

75) LSI Workshop Proceedings(1984), pp. 126-128.

76) Ibid. Note 2. : H, Poincare, Science and Hypothesis (1952) p. 146.

다는 것이 전제되고 있다. 또 하나 전제되는 것은, 木星의 質量 그 자체는 우리가 그것을 어떻게 측정하는가에 따라 변화되지 않는다는 것이다. Poincare에 의하면 언제나 실험적 사실들이 나오고 나서 그것을 설명할 이론들이 고안되는 것인데 가장 타당한 이론을 선택하는 것은 그 이론이 주어진 실험적 결과에 얼마나 구체적으로 들어맞는가에 기준할 것은 아니고 모든 실험적 결과들을 설명할 수 있는 가장 종합적이고 간명한 이론을 채택하는 것만이 眞理에 접근하는 방법이 된다고 한다. 그러므로 불합리하고 예외적인 실험적 사실들은 당연히 捨象되어야만 한다. 이는 마치 Poincare의 예에서 行星의 攪亂을 측정함에 있어서 아동용의 값싼 망원경으로 측정된 실험치를 사용해서 木星의 質量을 계산할 수 없는 것과 같다.

國際法 체계의 가장 두드러진 특징은 成文法 제정의 전담 기구가 없다는 점이다. 즉 국제법은 규범의 근거를 원시적 체계에 의존하고 있다. 그런데 이는 common law의 체계와 유사하다. 국제법을 이해하고 국제법 규범을 발견해 내는데 있어서 우리는 成文法 입법과정과는 판이한, common law 체계와 유사한 과정을 거쳐야 한다. 법 주체들의 행위 뒤에 잠재해 있는 국제법 규범들을 발견해 내기 위해서는 마치 과학자들이 다른 行星의 攪亂으로부터 木星 質量의 참값을 발견해 내는 것과 같은 감각으로 규범의 실체를 규명해 나가야만 한다. 國際法 학자들은 국가 간의 상호작용을 관찰하므로써 잠재된 규범의 단서를 얻게 된다. 이러한 관찰이 쌓여 나가면 국제법 학자들은 잠재된 국제법 규범에 대한 점점 더 명확한 내용을 얻을 수 있다. 이는 마치 과학자들이 木星의 質量을 측정키 위해서 다른 惑星과 衛星들의 攪亂行爲에 관한 여러개의 상이한 측정치로부터 점진적으로 木星 質量의 참값에 접근해 가는 것과 같다.

관습법의 생성 과정에 관해서 D'Amato 교수가 제시한 예 중에서 人道的 干涉에 관한 예가 있다. 그는 人道的 干涉에 관련된 국제적 사례 4가지를 들고 있다. 즉, ① 프랑스가 專制 暴政을 일삼는 중앙 아프리카 Bokassa정권을 무력으로 전복시킨 사실, ② 이스라엘 특공대가 Uganda를 침공, Entebbe에서 인질을 구출한 사실, ③ Tanzania가 Uganda를 침공, Idi Amin정부를 전복시킨 사실, 그리고 ④ 미국이 Granada를 침공, Hudson Austin정권을 전복시킨 사실 등이다. 그는 이들 국제적 사례에서 두 종류의 가설적 결론을 도출한다. 즉 ① 이들 사례들은 모두가 특별히 예외적인 사례로서 일반적 원칙을 여기로부터 도출할 수 없고, 다만 국제사회에서는 양자적 관계에 따라 이러한 무력적 간섭이 발생할 수도 있다는 것을 입증할 뿐이다 라는 결론과, ② 국제법은 원칙적으로 타국의 국경을 침범하는 무력의 행사를 금지하고 있으나 人道主義的인 干涉의 경우에는 예외적으로 이러한 무력의 행사를 “허용될 뿐만이 아니라 적법한 것”으로 볼 수 있는 새로운 규범이 생성되고 있다. 라는 결론이다. 그는 이 후자의 결론이 보다 “간명하며”, 관련된 “모든” 사례를 설명할 수 있기 때문에 잠재된 법적 규범의 내용을 나타내는 것이라고

설명하고 있다.⁷⁷⁾ 무력에 의한 국경 침범의 사례가, 설사 人道主義的 명분을 표방하였다 하더라도, 동떨어진 사례로 발생하였다고 하면 그것은 타국의 국경을 침해한 불법적인 무력의 행사로 단정될 것이다. 그러나 이런 종류의 사례가 빈번히 일어날 때, 人道主義的 干渉을 허용하는 새로운 규범이 존재하며 이는 군사력에 의한 타국의 국경 침범을 엄격히 금지하는 국제법 원칙에 대한 새로운 법적 예외를 구성하는 것으로 주장될 수 있다. 어떤 예외적 사례가 기존 관습 국제법의 위반이나 아니면 법적인 예외로서 기존의 규범을 수정하는 새로운 규범의 출발이나 하는 판단의 기준을, D'Amato 교수는 common law 체계에서 추구하는 일관된 합리성의 검증에서 찾으려 한다. Mansfield 卿이 영국 商慣習法(Law of Oleron 등 이른바 the rules of law merchant)을 정리할 때도 이와같은 common law 방식을 사용하였다고 그는 지적하고 있다.⁷⁸⁾

앞서 지적한 것 처럼 common law란 완벽하고 합리적인 규범으로 잠재되어 있으며 법관은 이것을 발견해 내고 이들을 각 구체적 사건에 적용하는 것이다. common law 체계에 있어서 법관의 임무는 현재 사건의 판결을 common law에 일치시켜 나가는 것이다. 규범이란 법 주체간의 계속적 관계 속에서 연역되어야만 한다. 自然法에는 이 처럼 법 규범을 연역하거나 귀납시키는 일정한 체계가 있다. 이 것은 common law가 갖고 있는 체계와 동일하다. 그리고 이것은 慣習 國際法 생성의 체계이기도 한 것이다. 관습 國際法은 실제로 법 주체가 어떻게 행동하는가를 확인하므로써만 어떤것이 실제적 규범인가를 확인할 수 있다. 즉, 법 주체들의 행위로 부터 법 규범은 연역된다.

앞서 지적한 「法的 確信」의 고전적 정의가 내포하는 논리적 모순, 즉 아직 법이 아닌 규범을 법으로 신뢰함을 요구하는 「錯誤의 요건」의 모순⁷⁹⁾도 D'Amato 교수의 common law 방식의 적용으로 극복될 수 있다고 생각된다.

ICJ 규정 제 38조 1항 (b)호에서는 “법으로 승인된 일반적 慣行의 증거로서의 국제 관습”이라고 관습 국제법을 정의하고 있다. 그런데 우리는 일반적으로 오히려 “법으로 승인된 일반적 관행을 국제 관습의 존재에 대한 증거”로 관념하고 있다. 「錯誤의 요건」의 모순도 바로 여기서 연유되고 있다. ICJ 규정 38조 1항 (b)를 좀더 엄격히 해석하면, 문제된 慣行은 국가가 이미 법적으로 의무적인 것이라고 믿었기 때문에 준수된 것이다. 그리고 그 의무의 근거는 적어도 그 관습(법)에 선행되는 것이다. 즉 관습법은 법적 의무라고 하는 신뢰(즉 「法的 確信」)의 淵源이 아니다.⁸⁰⁾ 그것은 다만 귀납적으로 확인되는 증거일 뿐이다. 그러므로 「錯誤의 요건」의 모순은 생기지 않는다. 그러나 논리적으로 그 문제된 慣行이 법적인 것으로 받아드러지는 별도의 淵源은 있어야 한다. 이 별도의 淵

77) D'Amato, "The Law Generating Mech.", LSI Workshop Proceeding, p. 127.

78) Ibid., Note 8. p. 130.

79) Supra Note 52.

80) Oppenheim's International Law, 9th ed.(1992), p. 26.

源을 우리는 “D’Amato 교수의 관습법 생성의 체계”, 즉 common law 체제에서 추구하는 “일관된 합리성의 검증”에서 찾을 수 있다.

나. 일반 관습법과 특별 관습법

D’Amato 교수는 관습 국제법을 일반 관습 국제법과 특별 관습 국제법으로 준별하고 관련 당사국의 「法的 確信」에 대한 구체적 입증요구되는 것은 특별 관습 국제법의 경우에만 제한한다고 밝히고 있다. 비호권 사건(Asylum case), 인도 領 통행권 사건(Right of Passage case) 등의 국제 사법법원의 판례들에서 ICJ가 문제된 관습 규범이 피고국을 기속하기 위해서는 그 피고국의 「同意의 立證」이 필요하다는 判旨를 견지하고 있으나 이들은 모두가 특별 관습 국제법에 관련된 사건이라고 D’Amato교수는 주장한다.⁸¹⁾

일반 관습법과 특별 관습법의 구별은 영국 common law와 로마법에서 유래한다. 먼저 로마법 상의 기원을 보면, Rome 제국의 영토가 확장됨에 따라 Rome의 중앙입법이 확장된 변경지역과 그 외래인(peregrini)에 까지 적용되게 되었다. 이때 그 중앙입법은 기존의 지방입법이나 지방관습법에 우선하여 적용되었다. 그러나 일정 지역에서 상당한 기간 동안 중앙입법의 적용 및 시행이 이루어 지지않는 경우 그 시행되지 않은 부분의 중앙입법이 폐기되는 이른바 「폐기의 원칙」(Principle of Desuetude)이라는 것이 성립되어 있었다. 이렇게 생성된 Desuetudo는 Rome의 일반 관습법인 Consuetudo와 구별되는 특별 관습법인 셈이다.⁸²⁾

또 영국 common law상의 기원을 보면, 영국의 common law는 전체 왕국에 통하는 일반적 규범으로서의 관습법이다. 이것을 「일반관습」이라 한다면 특정 지역의 거주민들에게만 적용되는 「특별관습」이 있다.⁸³⁾ 이 「특별관습」의 예로는 Kent지방의 “Gavelkind”라는 것을 들 수 있다. 이는 일반적인 장자상속 규범에 대한 예외로서 Kent지방에서만 적용되는 「특별관습」인데 모든 아들들이 동일한 지위로 아버지의 자산을 상속 받는다.⁸⁴⁾

그런데 common law에 있어서, 이 「특별관습」은 「일반관습」과 구별하기 위해서 엄격한 요건이 적용된다. Blackstone에 의하면, 「특별관습」은 ① 訴訟 등에서 구체적으로 주장되어야 하며, ② 陪審院의 인준을 받아야 하며, ③ 長期의 慣行이 있어야 하며, ④ 그 내용에 관해서 다툼이 없고, 합리적이며, 확정적이고 일관되어야 한다.⁸⁵⁾ ⑤ 그리고 대부분의 경우에 opinio juris의 제시가 요구되며, 피고 측에서도 그 「특별관습」이 법으로서 준수된다는 사실을 알고 있어야 한다.

81) D’Amato, “The Concept of Special Custom in International Law”, 63 AJIL (1969), p. 212.

82) Ibid., p. 213. ; Kelsen, *General Theory of Law and State* 119(1945).

83) Ibid. ; Blackstone, *Commentaries* 67.

84) Blackstone, *op.cit.*, pp. 74-75.

85) Ibid. p. 76-78.

결국 D'Amato교수에 의하면 「法的 確信」의 요건은 「일반관습」과 구별되는 「특별관습」을 원용하는 경우에 요구되어온 소송 절차상의 요건이라고 보고있다. 그에 의하면, Blackstone의 저술(the Commentaries)에서는 opinio juris가 관습법의 성립을 위한 별도의 요건은 아니었다고 보고있다.⁸⁶⁾ 이러한 D'Amato교수의 주장을 위해서는 일반 관습법과 특별 관습법의 구별 기준이 가장 중요한 문제가 된다. 그러나 유감스럽게도 D'Amato교수는 일반 관습법과 특별 관습법의 구별을 위해서 그다지 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다.

대체로 일반 관습 국제법은 모든 국가에 적용되는 관습적 규범, 원칙 등을 총칭한다. 이것은 어떤 사건에서 원고국 및 피고국을 이론상으로 다른 나라로 바꾼다고 해도 그 사건을 위해 원용하고 있는 그 규범의 내용이 아무런 영향을 받지 않는 국제법 규범이라고 定義될 수 있다. 또 특별 관습 국제법은 한정된 지역의, 또는 일정한 범위 안의 事案에서의 국제법 주체에게만 적용되는 국제법 규범이다. Blackstone에 의하면 이 두가지 규범의 구별은 오래된 경험과 연구를 통해서 이루어 지며 또 前 판례의 취지를 충실히 따르므로서 이루어 질 수 있다고 한다.⁸⁷⁾

위와 같은 定義와 Blackstone이 제시한 기준들에 의해서 이 두 Group의 관습 국제법이 구별 될 수 있다고 만 한다면 D'Amato교수의 法的 確信에 관한 理論은 현재로서는 가장 首肯할 수 있는 것이라고 생각된다.

III. 現代 慣習 國際法의 特性

1. 관습 국제법의 문제

관습 국제법에 있어서 주된 문제는 언제나 관습법의 確定(assertainment of customary international law)에서 연유된다. 그것은 국가 관행이 이질적이고 어느 때는 충분하지 못하다는 데서 오기도 하고, 관행의 예를 필요로 할때 마다 쉽게 얻을수 도 없다는 점도 그 이유의 하나가 된다. 관습법은 기록된 것이 아니라는 특성과 또 관습법의 이론적 근거에 관한 무수한 학설들도 이 곤란성을 가중시키는 데에 한 몫을 하고 있다.

이런 문제들에 비추어 국가 관행으로 부터 일반적이고 추상적인 규범의 내용을 추론해

86) Ibid., Note 14. opinio juris에 대한 지금과 같은 강조된 개념은 Geny가 그의 유명한 저서, *Methode d'interpretation et sources en droit prive positif* (1899)에서 이 용어를 잘못 사용한 데서 비롯된 것이라고 한다.

87) Ibid. 69-70.

내지 않으면 않될 뿐만 아니라 어떤 구체적 사건에 관해 그 관습 규범의 유효성과 적용 가능성 까지도 추론해 내야 한다는 것은 용이한 일이 아니다. 그러므로 결국 도출된 관습 규범의 내용이 극히 일반적인 것에 국한되는 것은 지극히 당연한 일이다.

문제는 여기서 그치지 않는다. 관습 국제법은 그 특성상 그 규범들이 산만하고 통일성이 결여된 것으로 낙착되는 난점이 있다. 관습 국제법은 그 성립 요건 즉 국가 관행의 일반성, 일관성, 계속성 및 법적 확신이 상호 밀접하게 연관되어 요구되고 있기 때문에 관습법의 확정은 개개 사건의 상황에 절대적으로 의존되어 있다. 관습 규범의 이러한 상대적 특질은 법규범의 예측 가능성, 안정성을 저해하게 된다. ICJ의 판결로도 이러한 곤란성은 잘 극복되지 아니한다. 관습법에 관련된 ICJ의 판결들을 분석해 보면 ICJ는 관습 국제법의 유효성과 적용 가능성을 확인함에 있어서 아주 엄격한 기준을 적용하고 있음이 판명되었다.⁸⁸⁾

일반적으로 관습 국제법의 성립 요건을 엄격하게 요구하는 것이 강조되고 있는 이유는 이 관습 국제법이라는 法源이 갖는 奔放하고 상대적인 특성 때문이다. 아주 엄격한 표준을 요구하므로서 관습 국제법은 국제사회에서 받아드려져 遵守되고 그 執行까지도 보장될 수 있기 때문이다.

관습 국제법에 관련된 이들 일련의 문제들은 최근에 와서 U.N.의 법령기초 작업으로 획기적으로 보완되었으며 관습법 일반에 대한 부정적 인식이 개선되었다. U.N.의 작업은 관습법의 형성과 발전의 과정을 촉진할 뿐만 아니라 관습 국제법의 성립 요건인 국가 관행의 일반성, 일관성 및 법적 확신 등의 내용을 규명하는 데에도 기여하였다. 즉 이 U.N.체제는 관습법 형성 단계에 있어야 할 노력을 구체적으로 집중시켰다.

원칙적으로 관습법이란 단숨에 생성되지는 아니한다. 관습 국제법은 일정한 성립 요건과 법적 확신을 갖춘 국가관행을 통하여 반복적으로 확인되므로서 성립한다. 즉 국가 관행은 관습 국제법을 형성시킬 뿐만 아니라 그 내용을 계속적으로 定義해 나간다. 국가 관행의 내용이 변경되면 관습 국제법의 내용도 바뀐다. 이러한 관습 국제법의 구조 때문에 법의 변경은 꾸준하게 또 빈번하게 이루어 진다.

국가 관행을 통하여 관습 국제법이 형성되나간다는 것은 그 국가 관행이 변경되면 관습 국제법도 바뀌게 된다는 것을 의미한다. 즉 관습 국제법은 변화에 친화성이 있는 규범이며 그 고유의 특성은 融通性和 動的인 성격이라 할 수 있다.

Schindler교수가 적절히 주장하고 있는 것 처럼 관습 국제법은 그 규범적 효력을 정지, 변경시키기 위해 이른 바 “事情變更約款”(causula rebus sic stantibus)의 개념은 불필

88) North Sea cases, ICJ Reports 1969. p. 49.
Asylum case, ICJ Reports 1950. p. 276ff
Fisheries case(UK vs Norway), ICJ Reports 1951. p. 131
Lotus case, PCIJ(1927) Series A No.10 at 27.

多者協約이 갖는 현대 관습국제법 규범형성에 있어서 宣言的 및 實證的 機能에 관한 고찰 25

요하다.⁸⁹⁾ 오히려 관습 국제법이 더 이상 국제사회의 필요를 반영하지 않을 때 그 관습 법은 終止되거나 새로운 관습 국제법으로 변경된다.

2. 현대 관습 국제법의 특성

현대 국제사회는 법 주체들의 행위 態樣이 多樣化되고 그 변화의 속도가 加速化 되므로서 관습법의 생성과 규범력에 관한 새로운 분석이 필요하게 되었다. 그러나 일반적으로 관습 국제법에 관한 한 다음과 같은 특성들을 지적할 수 있을 것이다.

첫째로 현대 국제사회 에서는 국가가 일정한 관습을 받아들였다고 하는 사실을 입증하는 확실하고 용이한 수단들이 많기 때문에 관습 국제법의 성립에 있어서 시간의 경과를 그만큼 덜 중요한 요건이 된다.⁹⁰⁾

둘째로 교통과 통신 기술의 획기적인 발전으로 말미암아 어떤 국가가 국제법적 제도나 관행에 대하여 어떻게 반응하고 스스로 어떠한 국가관행을 성립시켜 나가는가? 하는 것들이 전체 국제사회에 대하여 즉시로 알려지기 때문에 관습 국제법의 확정은 명확하게, 그리고 즉시 이루어 질 수 있다.⁹¹⁾

셋째로 현대 국제사회의 특징을 이루고 있는 것은 국제기구들의 발전이다. 국가들은 국제사회에서 활동의 목적과 기능에 따라 해당 분야의 국제기구에 참여하여 행동하게 된다. 따라서 이 국제기구를 통한 국가의 입장표명은 대부분 용이하게 이루어 지며 관습법의 수용도 즉시 즉시 이루어져 관습법의 발전에 시간의 경과가 필요없게 되었다.⁹²⁾

IV. 多者 條約의 慣習 國際法 形成에 있어서 實定的, 宣言的 機能

1. 관습 국제법과 條約의 일반적 관계

(1) 국제법의 法源 간에 계층적 구조는 존재하는가?

국내법에 있어서 헌법, 법률, 법령, 규정들 간에는 정연한 계층 구조가 성립되어 있다.

89) Schindler D., "Contribution a l'etude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international," Recueil des Cours 46(1933 IV) 274

90) MacGibbon, BYIL vol.33, (1957), pp. 115-120.

91) Wolfke, Custom in Present International Law (1964), p. 68.

92) Arangio-Ruiz, Recueil des cours, vol.137, (1972) pp. 419, 484-6.

그러면 국제법에 있어서도 이러한 계층 구조가 존재하는가? 즉 한쪽의 法源이, 그것이 관습법이든 條約이든, 그 법적 기원, 내용, 유효기간 등에 관계없이 다른 法源의 規程들에 우선한다고 볼 수 있는 경우가 있는가?

첫번 째의 답변이 國際司法裁判所 規程 제 38조에서 발견된다. 동조 1항 a-c호에서 규정한 法源 간의 優先 順位를 검토해 보면 동 38조는 條約과 관습법 간에 계층적 구조를 인정하고 있지 않다.⁹³⁾ 일부의 학설은 동조가 條約法을 慣習法에 앞서 언급하므로써 최소한도 法源의 사실상의 중요도에 관한 서열을 구별하고 있다고 주장한다.⁹⁴⁾ 그러나 동 제 38조에서는 法源 간의 계층적 서열을 명문으로 규정하고 있지 않고 있으며, 본래 관습 국제법과 條約은 규범의 형성, 존재, 및 그 終了 등의 조건에 있어 독립적인 法源이고 그들 조건은 한 法源이 다른 法源의 조건에 상관되거나 의존되어 있지 아니하다. 그러므로 국제법 질서에 있어서 규범 상호간의 계층적 구조는 전혀 관계가 없는 개념이라고 보아야 하며 38조의 규정이 이를 정확히 반영하고 있다고 보아야 한다.

이 두 法源의 독립적 특성은 관습 국제법과 條約이 평등한 지위를 갖게한다. 일부 학자들의 논문에서는, 條約과 관습 국제법은 서로 다른 法源을 자극하고 영향을 줄 수 있기 위하여 독립적이어야 한다고 설명되기도 한다.⁹⁵⁾ 그러나 이는 상호 독립성의 결과이지 그 원인이 될 수는 없다. 정확히 말한다면 관습 국제법과 條約은 상호 독립적이기 때문에 서로 영향을 줄 수 있다. 계층적 관계에 있다면 어느 일방만이 타방에 대하여 영향을 줄 수 있는 것이다. 그러므로 이러한 평등적 지위에서 다음의 결론을 도출해 낼 수 있다.

첫째 관습 국제법과 條約의 법적 羈束力은 동일하다.

그 결과 어떤 규범이 관습 국제법으로 성립되는가? 또는 條約法으로 구현되는가? 하는 것은 그 羈束力에 있어서는 전혀 차이를 갖어오지 않는다. 둘째 한쪽 法源에 속한 규범이 다른 쪽 法源에 속한 규범에 優先될 수 있으며 이는 법의 변화와 발전을 의미하게 된다. 국내법에서 처럼 동일한 종류의 규범만이 그 범주의 다른 규범을 개정할 수 있다는 원칙은 국제법에 적용되지 않는다. 따라서 국가는 새로운 條約을 체결하므로써 어떤 관습 국제법을 폐기할 수 있고 반대로 새로운 관습 국제법의 대두로 條約法은 수정될 수 있다.

(2) 관습 국제법과 條約의 抵觸 문제

관습 국제법과 條約은 평등한 지위의 法源이므로 동일한 法 客體를 서로 다르게 규

93) P.Guggenheim, *Traite de Droit international public*, Vol.I, 2nd ed. (Geneva : 1967), p. 112.

94) A. Verdross, B. Simma, *Universelles Volkerrecht* (Berlin : 1976) reprint in 1981, p.268. ; G.Schwarzenberger, *International Law*, Vol I, 3rd edition (London : 1957), p. 55.

95) P.Reuter, "Principes du droit international public," *Recueil des Cours* 103(1961 III) 484ff ; M.Sorensen, *Les sources du droit international*. Etude sur la jurisprudence de la Court permanente de justice internationale, (Copenhagen : 1946), p. 239.

울할 때, 즉 서로 양립되지 않는 결론이 나오도록 규정하고 있을 때 양 法源 間에는 抵觸, 衝突의 문제가 발생한다. 물론 법 해석의 기술적 처리로 극복될 수 있는 사소한 차이일 경우에는 이러한 抵觸과 衝突은 용이하게 해소될 수 있다. 그러나 본질적이고 중요한 抵觸이 있는 경우에는 단순한 해석적 技巧만으로 해결될 수 없으며 다음과 같은 일정한 원칙과 기준으로 이를 解消하여야만 한다.

첫째는 「後法 優先의 原則」을 적용하는 방법이 있다. 그러나 이 원칙을 적용하기 위해서는 관습 국제법 성립의 정확한 時期를 확정시켜야 하는 문제가 제기되며 어떤 경우에 이는 그 자체로서 매우 어려운 과제가 된다.

둘째는 「特別法 優先의 原則」을 적용하여 法源간의 抵觸을 해결할 수 있다. 이 원칙에 의하면 보다 細部の 법 규범이 一般的 법 규범을 優先한다. 여기서 이른 바 특별법이란 人的特別法과 物的特別法으로 분류할 수 있다. 人的特別法(*lex specialis ratione personae*)은 다수의 당사국을 갖는 광범위한 條約의 경우라도 국제사회 전체를 羈束하는 일반 국제법과 구별되는 것으로서 어느 제한된 범위의 주체만을 규율하는 특별법을 말한다. 物的特別法(*lex specialis ratione materiae*)이란 동일한 법 객체에 대하여 보다 세밀하게 규율하고 있는 구체적인 관습이나 規程으로 어느 경우에는 일반적 규정에 反하는 예외적 내용까지 포함하는 것을 말한다.⁹⁶⁾

그러면 特別法과 新法과의 관계는 어떠한가? 이들은 우선 상호 보완적일 수 있다. 어떤 학자들은 舊法이라도 特別法이 一般法에 우선한다(*Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali.*)라고 주장한다.⁹⁷⁾ 생각컨대 이는 소수 당사국에 한정된 條約이 일반 관습 규범에 우선하는 효력을 견지토록 해석하려는 의도로 이해된다. 물론 成文 規範은 그 명확성, 구체성의 장점에 따라 새로운 일반 관습 규범에 優先당하지 않는 特別法을 구성할 수도 있으나 이러한 것은 아주 특별한 예외적인 경우로 봄이 온당할 것이므로 이러한 주장은 언제나 수긍 되는 것은 아니다. 새롭게 생성되고 있는 관습 국제법의 내용을 法典化하는 成文 協約의 경우에 거의 예외 없이 이 一般 新法(예컨대 ICNT)은 特別 舊法(예컨대 1958년 Geneva Conventions)들에 우선한다고 보아야 하며 후술하는 多者 條約의 宣言的 機能에 의거하여 成文 協約의 草案이 일반적 규범을 폐기하는

96) 튀니시아와 리비아 간의 대륙붕 경계획정 사건(Continental Shelf case—Tunisia/Libya, ICJ Reports (1982), p.38. para 24)에서 ICJ는 제3차 U.N. 해양법회의에서 대두된 새로운 관습법의 내용과 관련하여, 판결문에서 의심할 바 없이 관련 당사국들은 해양법에 있어서 이러한 새로운 관행을 특별협약 속에서 명시하므로써 “특별법”으로서 그들 당사국간에 羈束力있음을 선언할 수 있다라고 판시하고 있다.

이와 유사한 취지는 North Sea case ICJ Reports(1969) p.24. para25.; The Right of Passage case ICJ Reports(1960) p.40,43.; The Diversion of Water from the Meuse case PCIJ(1937) Series A/B No.70, at 16. 등에서도 散見된다.

97) D.P. O'Connell/I.A. Shearer, *The International Law of the Sea*, Vol I, (Oxford : 1982), p. 47.; Morelli, *Annuaire de l'Institut de droit international* 52(1967 I) 297.

새로운 관습 규범을 생성하는 경우를 생각해 보면 더욱 분명하여 진다고 말할 수 있다.

2. 多者 條約의 관습 국제법에 대한 實定的 機能

多者 條約은 국제법에 있어 成文 規範으로서 관습 국제법에 대하여 宣言的 機能과 實定的 機能을 갖는다. 條約의 관습 국제법에 대한 實定的 機能이란 成文 規範이 갖는 명료성, 확실성 및 체계성으로 관습 규범의 결점을 제거, 제한 및 보완하는 기능을 말한다. 그 實定的 機能의 내용을 보기로 한다.

(1) 明瞭性과 確實性의 機能

앞서 논의한 바와 같이 관습 국제법의 내용을 확정시키는 것은 쉽지 않다. 그러나 條約은 成文 規範으로 규범의 내용을 명료하게 표현하므로 혼돈과 모호함을 회피할 수 있고 따라서 규범으로서 적절하게 기능하여 많은 분야에서 선호된다. 여기서 明瞭性에는 成文의 規程만이 갖일 수 있는 正確性과 精密性이 내포되어 있다. 그러므로 관습 국제법 보다는 條約法에서 더 세밀한 규범을 정할 수 있다. 또 본질적으로 成文의 規範에는 安定性, 確實性, 永久性이라는 특성이 있다. 이러한 특성은 流動的인 관습 국제법의 성질에 비하면 대조적인 것이다. 따라서 동일한 문제에 대한 여러 相衝하는 규범이 混在하는 경우와 같은 이른 바 상대적 불확실성의 경우나, 규범의 내용이 원초적으로 정의되어 있지 않는 절대적 불확실성의 경우에 成文의 규범은 選好된다. 條約은 또 이 確實性으로 인하여 규범으로서의 예측 가능성을 보장하므로 법질서를 유지하는 중요한 기능을 하게 된다.

條約이 관습 국제법에 대하여 갖는 實定的 機能 중에 가장 중요한 것은 流動的이고 모호한 관습 규범의 내용을 확정시켜 그 動的인 성격을 제한하는 것이다. 실제로는 모호하거나 상충하는 관습 규범이 있을 때 이에 상당하는 성문의 조약법을 국가들이 선호하므로 관습 규범의 動的 성격이 終止되는 것으로 이는 나타나게 될 것이다.⁹⁸⁾

그러나 이른 바 이 “明瞭性”이란 상대적인 것이다. 條約의 文案에 있어서 실제로는 명백하고 절대적인 辭典的 의미의 用語란 존재하지 아니한다. 그러므로 成文의 規範도 얼마든지 모호하고 의미없는 것으로 될 여지는 있는 것이다. 1969년 Vienna 條約法 協約(이하 VCT로 약칭함) 제 31조 및 32조(해석의 규칙, 해석의 보충적 수단)는 條約의 해석 규칙을 규정하고 있는 바, 條約 文案의 用語를 다양한 체계의 고려사항에 따라 해석할 수 있게 하였다. 그러므로 평상적 의미의 용어에 라도 고도의 象徴的 의미나 또는

98) Julius Stone, “On the Vocation of the International Law Commission,” *Columbia LR* 57(1957) 19.

多者協約이 갖는 현대 관습국제법 규범형성에 있어서 宣言的 및 實證的 機能에 관한 고찰 29

어떤 경우에는 모호한 성격을 갖는 의미를 부여 할 수 있게 된다.

條約 해석에 있어서의 이러한 相對性은 成文 規範의 肯定的 資産이기도 하다. 왜냐하면 해석의 융통성은 국가 및 기타 주체로 하여금 새로운 환경에 적응할 수 있게 하며, 條約 당사자의 변화되는 필요에 副應할 수 있게 한다.

(2) 體系性的 機能

관습 국제법은 일련의 관행을 전제로 해야 하므로 그 규범의 내용에 통일적인 체계가 유지되기 어렵다. 반면에 條約 등 成文의 規範은 그 明瞭性, 精密性 그리고 豫測 可能性을 갖추므로서 전체적으로 羈束力 있고 체계화된 法的 機構의 성립을 가능케 한다. 성문의 규범은 의도적으로 상호 연관되게 규율할 수 있으며 상관적 체계를 이룩하게 할 수 있다. 또 용의 주도하게 起草하므로서 三段論法을 위한 主 前提와 從屬 前提를 마련할 수도 있다. 例外와 종속 규범을 명시하여 成文法規가 적용되어질 일정한 조건을 설정하고 특 정의 해석 체계를 유도할 수도 있다.⁹⁹⁾ 그러나 현대 국제법에 있어서 成文 法典化 및 법 발전을 위한 U.N.체제안의 다양한 機構들—각종 특별회의, 외교회의, 기타 세계적 및 지방적 기구들—의 중 복된 試圖들은 오히려 羈束力 있는 통일적 법 제도의 창출을 저해하는 경우가 있다.¹⁰⁰⁾ 그러므로 병행 적인 상호 모순된 규정을 방지하고 동일한 객체에 대한 相衝된 條文의 立案을 회피하기 위해서는 다양한 立法 機構들 간에 상호 협력이 필요하다.

(3) 法 改正의 機能

成文 規範의 기능 중에서 가장 중요한 것은 종래의 기존 규범에 결점이 있는 것으로 판명되었을 때에 이를 즉시 改正할 수 있다는 것이다.

급속하게 변화 발전해 가는 현대 국제 사회는 그에 맞는 새로운 국제법 질서의 수립을 긴절하게 요구하고 있다. 일반적으로 국제법상 새로운 과제가 생성되거나 국내법적 법 객체가 국제법적 성격의 것으로 전환되는 경우에 成文 規範은 이들에 대한 새로운 규 범을 마련할 수 있다. 많은 사회적 요구들이 계속해서 발생 하고 그 내용이 변화되는 속도는 너무나 빨라서 관습 국제법이 그 변화되는 필요에 따라가기에 곤란할 정도이다. 成文의 規範은 이론상으로는 입법자가 pen을 한번 늘리면 그 변화를 수용할 수 있기

99) Hans Kelsen/R.W.Tucker(ed), Principles of International Law 2nd ed. (New York : 1966), p. 441.

100) 동일한 法 起草 機構(예컨대 ILC) 안에서도 중복과 충돌은 일어날 수 있다. 1966년 條約法 協約 草案起草委員會 議長이었던 H. Briggs는 “지난 5년 동안 협약 起草작업과정 중에 어떤 경우에는 동일한 用語를 상이한 條文에서 서로 다른 의미로 사용한 예가 있다.”고 지적하고 있다. YBILC, Vol I. No.2, p.291. para 45.

때문에 확실히 이상적 이라고 말할 수 있다.¹⁰¹⁾

그러나 새로운 법 질서와 그에 따라가는 法典化의 통일적 효과들은 일정한 가치와 목표들에 관한 법 주체들 간의 공동적 합의를 전제로 해야만 한다. 이러한 법 주체들 간의 공동적 합의는 어느 경우에는 잘 이루어 지지 않는 경우가 있다. 成文 規範이 갖는 法 改正의 기능에서 종종 문제되는 점은 이러한 법 주체 특히 저개발 신생국들이 다양한 법 개정의 起草과정에 참여할 수 있는 수단과 능력을 갖추지 못하는 경우가 있다는 사실이다. 그러므로 사실상 성문의 규범을 입법하거나 개정함에 있어서는 실제로 수 많은 복잡한 문제들이 개입된다는 점을 간과해서는 않된다. 성문의 규범에서 사용되고 있는 기록된 언어들만 명료하고 확실하며 예측 가능성마저 갖었다고는 하나 그것이 정치적으로 결국 받아들여지지 않는 한, 그것이 쓰여진 종이 값 만치도 가치가 없게 된다.

1969년 VCT에서 그랬던것 처럼 多者 條約에 나타난 규범의 내용은 아주 유리한 여건 하에서도 그 잠재된 관습법이 법 규범으로 완성되기에 걸리는 시간보다 훨씬 더 많은 시간이 걸려서야 비로서 발효되는 경우가 적지 않다. 제3차 U.N. 海洋法 會議를 통해 입법된 1982년 海洋法 協約의 경우를 본다면 입법을 위한 協議만도 1973년 부터 1982년 까지 9년간 계속되었으며 條約이 성립 체결된 이후, 그 발효의 요건이 충족되는데에 다시 11년의 시간이 걸렸다. 발효요건이 충족된 시점으로 부터 1년의 유예기간이 있으므로 이 성문의 규정들을 얻는데 걸린 시간은 전부 21년이 넘는 셈이다. 海洋法 協約의 이처럼 완만한 입법과정 중에 많은 관습 국제법의 규범들이 성립되었으며 성문의 協約 보다 먼저 羈束力을 갖추어 발효되고 적용되어 오고 있다.

3. 多者 條約의 관습 국제법에 대한 宣言的 機能

(1) 宣言的 機能의 概念

多者 條約은, 많은 경우에 兩者 條約도 그렇지만 관습 국제법의 증거로 자주 인용되고 있다. 즉 Nottebohm case¹⁰²⁾에서 ICJ는 “1868년 Bancroft조약¹⁰³⁾이나 1906년 歸化한 國民의 법적 지위에 관한 凡 美洲協約¹⁰⁴⁾ 및 1930년 二重國籍 방지에 관한 Hague 협약¹⁰⁵⁾에 반

101) Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Leiden : 1972), p. 2.

102) ICJ Reports(1955), p.4. at pp.22-23.

103) 1868년 7월 19일 미국과 Baden간에 체결된 歸化에 관한 협약.

Molly, *Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements between U.S. and Other Powers 1776-1909*. Vol I (1910), p. 53.

104) Pan-American Convention of 1906 on the Status of Naturalized Citizens, 1906년 1월 13일 Rio de Janeiro에서 체결됨

British and Foreign States Papers, Vol.103, (1909-10), p. 1010.

105) Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws. 1930년 4월 12일 Hague에서 체결.

LNTS Vol.179, p. 89.

영된 국가 관행에 비추어”, 어떤 개인에 관한 국제적 청구를 함에 있어서 국가와 그 개인 간에는 “진정한 관련”이 있어야 한다고 판시한 바 있다.

또한 많은 碩學들은, 條約은 그것이 多者條約이든 兩者條約이든 조약법을 관습 국제법으로 전환시키는 광범위한 과정에 있다는 점을 근거로 해서 국제법의 法源으로 기능한다고 보고있다.¹⁰⁶⁾ 그러므로 어떤 의미에서 條約 특히 多者 條約은 관습 국제법에 관해서 본질적인 증명력을 갖고 있다. 이러한 국면을 多者條約의 관습 국제법에 대한 선언적 기능이라고 할 수 있다.

(2) 法典化 協約과 前進的 立法

Baxter교수는 이 선언적 기능을 기존 관습 국제법을 法典化 하는 경우(codification)와 협약의 규정이 새로운 관습법을 형성시키는 경우 즉 進步的 立法(progressive development)의 두 가지 경우로 구분하고 있다. 그러나 물론 그는 이 두 가지 기능이 명확히 구별되어 단절되는 것이 아니고 상호 상관적 발전관계에 있음을 지적하는 것을 잊지 않고 있다.¹⁰⁷⁾

法典化라 함은 이미 실정법으로 성립하고 있는 관습법의 내용을 성문법의 형태로 전환하는 일체의 입법적 조치를 말한다. 그러므로 法典化는 어떤 특정 분야의 법 규범에만, 또는 어떤 특정의 법 객체에만 해당되는 개념은 아니다. Cecil Hurst卿에 의하면, “法典化란, 그것이 規範으로서 적절한가? 이미 낡은 것인가? 아니면 아직도 법 사회적 여건을 잘 반영하여 규범으로서의 기능을 보지하고 있는가? 그 法典化 立案者의 개인적 관점에서 보아 정의로운 규범인가? 등의 문제를 개입시킴이 없이 既存의 관습법 규범을 확인하고 宣言하는 것을 의미한다.”고 定義하고 있다.¹⁰⁸⁾ 이 비교적 엄격한 定義는 영미 법적 思考에서 연유된 것으로서, 法典化를 관습법 규범의 내용 여하를 불문하고 순수하게 成文의 형태로 “再 宣言하는 것”(pure restatement)으로 간주하는 태도에 속한다.¹⁰⁹⁾ 그러나 본래 관습법이란 일반적으로 모호하며 정밀하게 존재하는 것도 아니므로 있는 그대로의 관습 규범으로 부터 成文 형태의 단순한 複製 規範을 만든다는 것은 용이하지도 않고 또 바람직 한것도 아니다.¹¹⁰⁾

Jennings교수가 적절히 지적하는 바와 같이, “기록되지 않은 상태의 관습 규범을 기록된

106) Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law*(1965). p.34. ; Friedmann, “The Changing Dimensions of International Law,” *Columbia Law Review* 62(1962). pp. 1147-63.

107) Ibid. pp. 278-79.

108) *Transactions of the Grotius Society* 32(1946) 146.

109) W.K.Geck, “Volkerrechtliche Verträge und Kodifikation,” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 36(1976), p. 105. ; W. Kaegi, “Kodifikation,” *Wörterbuch des Völkerrechts*, (Berlin : 1960), Vol II. p. 229.

110) Kaegi, op.cit., p. 230.

法源으로 전환시킨다는 그 자체가 벌써 중요한 변화인 것이다.”¹¹¹⁾ 그러므로 法典化의 과정은 필연적으로 모호하고 비 체계적인 관습 규범을 보다 정밀하고 체계적인 것으로 整理하게 된다. 즉 개별적으로 산만하게 존재하는 각개의 규범들을 유형별로 체계화하고 각 규범들 간의 상관적 관계를 정립해 주게 된다. 또 法典化 協約의 立案者들은 규범의 유형별 체계화의 과정에서 누락된 부분을 보완하고 시대에 뒤떨어진 규범을 폐기하며, 나아가 최근의 법리적 理論들을 도입하는 것이 자연스러운 과정이 된다. 따라서 法典化의 작업은 필연적으로 創造的 要素를 내포하게 되며 어느 만큼의 법적 규범의 발전적 변화를 갖어오게 된다.¹¹²⁾

반면에 多者協約에 의한 進步的 立法이란, 국제법 규범으로 규율된적이 없는 법 개체에 대한 새로운 규범을 協約의 내용으로 새롭게 규정하거나, 또는 아직 국가간의 관행이 충분히 발전되지 않아 국가간의 행위 규범으로 완성되지 않은 관습을 協約으로 규정함으로써 새로운 규범으로 만드는 것을 말한다.¹¹³⁾ 당연히 이는 기존 규범의 본질적인 변경은 물론이고 전혀 새로운 규범의 창출까지 포함하는 광범위한 개념이다.

일반적으로 進步的 立法은 외교회의나 기타의 국가간의 관계를 통하여 새로운 규범의 생성이 요구되고는 있으나 국가관행의 축적이 하나의 관습법을 성립시키기에 아직 미진한 경우에 多者條約에서 이를 명시적으로 규정함으로써 규범으로 창출하는 경우에 이루어 진다.

進步的 立法과 法典化의 구별은 어디에서 발견되는가? 이는 결국 多者 協約 등 成文 規範의 立案者가 그 규범의 내용을 立案할 당시 그 규범이 관습법으로 완전히 성립되어 있는가? 의 여부에 달렸다고 보아야 한다. 그러나 이러한 구별은 언제나 본질적이라기보다 정도의 문제에 불과하게 될 것이다.¹¹⁴⁾

(3) 多者 協約의 選言的 기능의 要件과 基準

모든 多者 協約이 언제나 宣言的인 것은 아니다. R.R. Baxter 교수는 多者條約의 선언적 성격과 구별해야 할 경우를 6가지나 나열하고 있다.¹¹⁵⁾

協約 체결 당시에 존재하는 관습 국제법의 내용을 成文化 했다고 주장하는 어떤 法

111) *Schweizerisches Jahrbuch fur internationales Rechts* 37(1981) 62.

112) The Comment of the Expert Consultant at the 1969 Vienna Conference, Sir Humphrey Waldock, *Official Records*, 1969 Committee of the Whole. p. 337.

113) International Law Commission Statute Article 15.

...the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States.

114) R.Jennings, "The Progress of International Law," *BYBIL*, 34 (1958) 345.

115) R.R. Baxter, "Multi-lateral Treaties as Evidence of Customary International Law," *BYIL* 41(1965-66) 276-277.

多者協約이 갖는 현대 관습국제법 규범형성에 있어서 宣言的 및 實證的 機能에 관한 고찰 33

典化 協約을 상당한 수의 국가가 가입하였다면 이는 관습 국제법의 강력한 입증이 될 것이다. 그리고 이러한 협약은 그 羈束力이 非加盟國에 까지 미치게 될것이다. 왜냐하면 이러한 多者 協約은 상당한 수의 국가관행에 대한 명백하고 현대적인 규명이되므로, 부분적이고 일관되지 않으며 수시로 변하는 국가 관행들 보다 더 확실한 관습법의 立證 資料가 될 수 있기 때문이다.

가. 慣習法 宣言의 4가지 類型

條約 특히 多者 協約이, 宣言的 성격을 標榜하므로써 그 非加盟國에 까지 法的 羈束 力을 미치게 하는 데에는 다음 4가지의 방식이 있다.

첫째는 協約 前文에서 이 協約이 관습법의 선언적 協約임을 명시하는 방식이며, 둘째는 입법회의의 最終文書(Final Act)에서 이 協約이 관습법의 선언적 條約으로 起草되었음을 명시하거나 그 회의과정 등의 條約成立 準備資料(travaux preparatoire)에서 이러한 취지가 명백히 표현되는 경우, 셋째는 協約 내의 어떤 특정 條項이 이러한 普遍的 羈束 力을 갖는 宣言的 規範임을 條約成立 準備資料(travaux preparatoire)에서 명백히 표현하는 경우, 넷째는 위의 이러한 특정 條項이 그 내용의 해석이나 국가 관행 등과의 비교 분석을 통하여 관습 국제법의 정확한 재구성임이 인정되는 경우이다.¹¹⁶⁾

ILC가 起草한 U.N.의 각종 法典化 條約들에 있어서 명시적으로 기존 국제법을 成文化하였음을 밝혀놓은 경우는 오히려 드물다고 해야 할 것이다. 1958년 Geneva에서 열린 제 1차 U.N.海洋法 會議에서 채택된 4개의 海洋法 協約들은 기존의 관습법을 成文化하고 국제법의 진진적 발전을 도모하는 총회의 憲章상의 책임하에 起草되었다.¹¹⁷⁾ 그런데 1958년초, 총회가 그 외교회의에 부과한 임무는, “...해양법을 분석함에 있어서 법적인 측면 뿐만이 아니라 技術的, 生物學的, 經濟的 및 政治的 측면 까지도 참작하여 그 결과를 協約으로 成文化하는” 것이었다.¹¹⁸⁾ 여기서 技術的, 生物學的, 經濟的 및 政治的 측면의 분석이란 단순히 기존 국제법의 法典化 이상의 것을 암시하는 것이다. 이는 나중에 ILC의 성명에서도 입증되었는 바, ILC는 어느 조항이 法典化 條項이고 어느 것이 前進的 立法인가를 구별하는 것을 포기하였노라고 밝히고 있다.¹¹⁹⁾ 그러나 이 4개의 海洋法 協約들 중에 예컨대 公海協約은 그 前文에서 기존의 관습법을 法典化하고 있음을 명시하고 있다.¹²⁰⁾ 그러므로 이는 앞에서 제시한 첫번째 類型에 속한다고 볼 수 있다.

116) Ibid., p. 287.

117) U.N.憲章 제 13조 1항 a.

118) U.N.G.A. Res.1105(XI), 21 Feb. 1957, G.A. Official Records, Supplement No.17.(A/3572. 1957), p. 54.

119) ILC Yearbook (1956-II), p.253 at pp. 255-56.

120) 「公海에 관한 協約」前文에서는 “本 協約의 당사국은, 公海에 관한 국제법의 규칙을 成文化할 것을 희망하고, 1958년 Geneva海洋法會議가 확립된 국제법의 제 원칙을 일반적으로 선언한 규정으로서” 라고 명시하고 있다.

「外交關係에 관한 Vienna協約」을 成案한 1961년의 Vienna會議를 개최하기 위한 決議에서는 기존 관습 국제법을 成文化한다는 목적을 명시하고 있지만 역시 前進的 立法을 배제하지 않았다.¹²¹⁾ 「領事關係 協約」의 경우에도 ILC는 그 보고서에서 法典化 條項과 前進的 立法이 함께 들어 있다고 보고하였다.¹²²⁾ 이 두 Vienna會議의 最終文書(Final Act)와 양 協約의 前文에서는 기존 관습 국제법을 法典化 했는지의 여부에 대해서는 아무런 언급이 없다. 다만 이들 協約에서 다루어 지지않은 부분은 관습 국제법에 따른다고만 명시할 뿐이다. 「1969년 條約法에 관한 Vienna 協約」의 草案을 U.N.총회에 제출하면서 ILC는, 이 協約에는 “法典化 條項과 前進的 立法의 條項들이 모두 포함되어 있으며 어느 특정 條項이 이 두 범주 중에 어디에 속하는가를 밝히는 것은 부적절하다.”고 보고하고 있다.¹²³⁾

나. 宣言的 規程의 基準과 要件

多者協約의 적용 대상 범위가 확대되고 그 내용이 더욱 정밀화 해 감에 따라 관습 국제법의 주요 규범들은 이들 협약 속의 각 규정과 더욱 밀접하게 연관되어 발전되게 되었다. 그러나 위와 같은 사정을 보전대, 앞서 제시한 慣習法 宣言의 4가지 類型 중에서 첫 번째나 두 번째의 방식 보다 기타의 방식이 더 일반적이기 때문에 多者協約 속에 있는 宣言的 規程의 普遍的 羈束力을 인정키 위한 객관적 요건과 명확한 기준이 더욱 필요하게 된다고 말할 수 있다.

ICJ는 多者 協約의 어느 條項이 일반적 구속력이 있는 관습 국제법 규범의 宣言的 規程인가를 확정시키는 새로운 방법을 「1969년 北海 大陸棚 事件」(The North Sea Continental Shelf case)의 판결을 통하여 제시하였다. 물론 ICJ는 이 판결 이전에도 여러 사건의 판결에서 협약과 관습 국제법 간의 관계를 중시하여 왔지만 특히 이 事件의 판결에서 多者協約의 宣言的 性질의 요건을 정밀하게 규명하고 있다. A. D'Amato교수는 이를 “明白한 意圖의 法則”이라고 命名하고 그 내용을 상세히 분석하고 있다.¹²⁴⁾

ICJ가 이 1969년 北海 大陸棚 事件에서 제시하는 새로운 要件과 基準은 그 이전 까지 여러 학자들의 학설에서 발견되고 있는 접근 방식과는 다르며 成文 協約 規程의 宣言的 性질의 객관적 요건을 요구하는 현대 국제법의 특성에 잘 副應하는 분석이라고 판단된다. 즉 이 방식은 사실상 어떤 것이 관습 국제법을 창설하는 規程인가를 결정짓는 데에 과학적이고 객관적인 근거를 제공한다. ICJ는 이를 추상적 이론으로 제시하기 보다는

121) U.N.G.A. Res. 1450(XIV), 7 December 1959, G.A. *Official Records*, 14th Session, Supplement No.16 (A/4354 1960), p. 55.

122) ILC Yearbook (1960-II), p. 143 at 145-6.

123) U.N.G.A. *Official Records*, 21st Session, Supplement No. 9, (A/6309/Rev.I, 1966), p. 10.

124) A. D'Amato, "Manifest Intent and the Generation by Treaty of Customary Rules of International Law," 64 *AJIL* 892-902.

1969년 北海 大陸棚 事件 이라는 구체적 판결을 통하여 규명하고 있다. 즉 이 北海 大陸棚 事件에서는 ICJ의 이 새로운 분석 방식을 구체화시키는 특이한 문제가 제기되었던 것이다.

여기서 제기된 문제는, 等距離 原則이 덴마크, 西獨, 和蘭 등 北海 隣接 沿岸國들 간의 共有 大陸棚 分割을 결정함에 있어서 국제적으로 받아드려 질 수 있는 규범적 기준이 되는가? 하는 것이었다. 그런데 이 等距離 原則은 1958년 大陸棚 協約 제 6조 2항에서 규정되고 있다. 동 協約의 가맹국은 그 당시 39개국이었으며 본 분쟁 당사국 중 덴마크와 和蘭은 가입하고 있었으나 西獨은 署名만 하고 결국 비준하지 않았다. 그런데 이 非加盟國인 西獨이 이 等距離 原則의 기속력을 否認한 것이다.¹²⁵⁾

이 문제에 관하여 條約成立 準備資料(travaux preparatoire) 등을 검토한 ICJ의 견해는, 첫째, 等距離 原則은 凹凸이 있는 해안에 대해서 적용되는 경우를 고려한 원칙이 아니다.

둘째, 오히려 海岸의 지리적 형태에 따라서 이 等距離 原則의 적용은 衡平치 못한 결과를 초래할 수 있다는 점에 대한 일반적 인식이 존재한다.

셋째, 따라서 동 協約 제 6조 2항은 모든 경우에 적용될 수 있는 일반적 규범으로立法된 것으로 볼 수 없다.

라는 것이었다.¹²⁶⁾

그리고 이 결론을 도출하는데 있어서 ICJ는 관습 국제법 규범을 창출하는 明白하고도 確定的인 協約 자체의 意圖를 객관적으로 규명하는 새로운 방식을 개발하였다. 우선 ICJ는 일반적으로 多者 協約이 그 조항에서 어떤 규범적 내용을 規定하므로써 관습 국제법을 창출할 수 있다는 것과 이러한 경우에 그 多者 協約은 規範 創設的 性質(norm-creating character)을 갖게된다는 것을 처음으로 분명히 지적하였다.¹²⁷⁾ ICJ는 大陸棚 協約의 첫번째 條文(제1조 부터 제3조 까지)을 規範 創設的 條項으로 分類하였다.¹²⁸⁾ 당연히 協約의 規程 중 規範 創設的 條項은 非加盟國에 대하여도 法的 羈束力을 갖는데 反하여 다른 條項들에는 이러한 보편적 效力이 인정되지 아니한다.

그러면 어떤 條項을 “規範 創設的 條項”이라고 分類할 수 있는 基準은 무엇인가?

北海 大陸棚 事件에서 ICJ가 택한 判斷의 方式은 다음과 같다.

等距離 原則은 관념적으로는 하나의 국제법 규범으로 일반화 될 수 있는 原則이다.

125) [1969] ICJ Rep.3, at p. 26.

126) Ibid. at p. 36.

127) Ibid., p. 43.

128) Ibid., p. 40-43.

1958년 大陸棚 協約

제 1 조 ; 大陸棚의 定義 및 範圍

제 2 조 ; 沿岸國의 權利

제 3 조 ; 上部 水域, 上空의 法的 地位

그러면 1958년 大陸棚 協約은 이 等距離 原則을 慣習 國際法으로 창설하려는 명백한 意圖가 확인될 수 있는 形式으로 표현되고 있는가? 이러한 명백한 意圖를 객관적으로 확인할 수 있는 기준은 무엇인가? 이러한 질문들에 답하기 위하여 ICJ는 條文 表現의 形式과 이 條項과 그 협약 내의 다른 規程들 간의 構造的 關係를 이러한 구별의 기준으로 삼았다. 즉 多者協約의 어떤 條文이 規範創設的 條項인가의 여부는 그 條文의 形式과 構造로 나타나는 協約의 명백한 意圖에 依해 결정된다는 것이다.

(a) 條文 形式의 要件

먼저 문제된 大陸棚 協約 제 6조 2항의 條文 形式에 관하여 ICJ는 다음과 같은 것을 지적하고 있다.

첫째, 이 條項에서 大陸棚 境界 劃定을 위해 等距離 原則은 당사국 간의 합의에 의한 劃定을 시도한 후에 적용되도록 규정되어 있다. 이처럼 관련법 주체의 합의가 의무적으로 우선되도록 규정되어 있는 제 6조 2항에서는 동 협약이 이 等距離 原則을 慣習 國際法으로 창설시키려는 의도가 있는지를 의심하지 아니할 수가 없다. 왜냐하면 법 규범이란 強行規程은 물론이고 任意法規라도 相關법 주체들의 의사의 합치가 법 효력의 기본적 전제로 될 수는 없을 것이기 때문이다.

둘째, 동 6조 2항에서 等距離 原則은, “이러한 (當事國 간의)합 의가 없고, 또한 特別한 事情에 의하여 다른 境界線이 정당화 되지 않는 경우에”만 적용되도록 규정되어 있다. 그러면 이 等距離 原則에 의한 境界線이 아닌 特別한 事情의 境界線은 “누구에 의하여 정당화 되어야 하는가?”라는 질문이 당연히 제기된다. 물론 當事國 자신들은 아닐 것이다. 왜냐하면 이 경우 이들은 合意에 이르지 못했기 때문이다. 따라서 特別한 事情에 의한 境界線은 仲裁 裁決이나 기타 司法的 判決에 의해서만 正當化될 것이 예기되고 있다고 보아야 한다. 그리고 이러한 正當化는 결국 當事國 중 누군가가 그 “特別한 事情”을 이유로 하여 다툼(訴)을 제기함을 전제로 하고 있는 것이다. 결론적으로 大陸棚 協約 제 6조 2항은, 大陸棚 境界가 等距離 原則 이외에 당사국들의 의사의 합치나 또는 特別한 事情 등에 의하여 달리 결정될 수 있도록 開放된 규정으로서 等距離 原則을 大陸棚 境界 劃定에 적용될 일반적 법 규범으로 창설시키기 위한 명백한 意圖가 결여되어 있다고 판단될 수 밖에 없다.

(b) 構造的 關係

동 大陸棚 協約 제 12조 1항은, “모든 국가는 署名, 比準, 또는 加入시에 제 1조에서 제 3조 까지를 제외한 본 協約의 모든 조항에 대하여 留保를 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 즉 大陸棚 協約 제 6조 2항은 留保가 가능한 條項으로 규정되어 있다. 이를 근거로 大陸棚 協約 제 6조 2항의 構造的 關係에 관하여 ICJ는,

條約상 規定이나 義務는 그 當事國들이 일방적 留保로 배제할 수 있다. 그러나 慣習 國際法상의 규범이나 義務는 그 본질상 국제사회의 모든 법 주체에 대하여 동일한 효력을 갖어야 하므로 어느 當事國의 일방적 姿意에 의하여 그 효력을 배제할 수 없다고 본다.¹²⁹⁾ ...즉 그러므로 留保에 의하여 동 協約과는 독립적으로 존재하는 海洋法상의 義務가 배제될 수 없다.¹³⁰⁾

라고 지적하고 있다.

종합적으로 北海 大陸棚 事件에 있어서 ICJ의 判旨에 의하건대, 이 協約의 構造的 關係를 보면 제 1조 부터 제 3조 까지의 規範 創設的 條項과 제 4조 부터 제 7조 까지의 特別 條項으로 구분할 수 있다. 이러한 구별은 제 6조가 規範 創設的 條項이 될 수 없는 構造的 關係에 있음을 확인케 한다는 것이다.¹³¹⁾ Ammoun判事は 위의 判旨에 동의하면서 동 協約이 제 6조를 留保 可能 條項으로 規定하는 것은 제 6조에서 제시하는 等距離 原則이 慣習 國際法으로서의 法的 確信(opinio juris)을 결여하고 있다는 것을 의미한다고 보았다. 그는 “그 條項의 적용을 배제할 수 있는 권리가 인정되는 한 그 規程이 羈束的인 것이 아니라고 하는 것은 自明한 것이다.”라고 지적하였다.¹³²⁾

그런데 規範 創設的 條項을 발견키 위해 留保可能條項과 留保不可條項을 구별하여 규정된 이러한 方式은 1958년 에 채택된 海洋法 協約들 중에 大陸棚 協約만이 유일한 경우이다.¹³³⁾ 그러므로 留保可能 與否가 즉시 規範 創設的 條項과 特別 조항을 구별하는 근거가 될 수 있는 것인가는 일단 의문을 갖일 수 있다. 이 문제에 관하여 ICJ의 判旨에 동의하는 것은 Ammoun判事 이외에도 Padilla Nervo 判事 및 Tananka判事 등이 있다.¹³⁴⁾ 그러나 Morelli判事나 Marx Sorensen 判事は 다른 견해를 갖고 있다. 즉 Morelli判事は, “留保를 부치는 것은 그 協約 상 契約的 義務에 대해서만 효력을 미친다고 보아야 한다.”라고 주장하며, Sorensen 判事は,

목시적이건 명시적이건 締約국들에게 개별적인 留保를 허용하는 것이 그 전체 協約 또는 특정 條項의 宣言的 性質을 排除시킨다고 볼 필요는 없다...留保는 그 協約으로 創設될 慣習 國際法에 관하여 留保 國家와 특별한 關係가 수립되는 效果를 줄 뿐이다.¹³⁵⁾

129) Ibid., p. 38 para 63.

130) Ibid., p. 40. para 65.

131) Ibid., p. 43.

132) Ibid., p. 131.

133) 다만 「漁業 및 公海 生物資源 保存協約」에서는 紛爭 解決에 관련된 條項을 모두 留保不可條項으로 하고 있지만 이는 規範 創設的 條項을 구별하는 문제와 무관하다.

134) Ibid., p. 97, 130, 182.

135) Ibid., p. 248.

라고 주장한다.

생각컨대 Genocide條約의 留保에 관한 勸告的 意見(1951 Reservations to Genocide Advisory Opinion)에서는 ICJ도 留保行爲의 쌍무적 성질을 인정하여 留保는 모든 條約國에 의해서 받아들여 지지않는 한 효력이 없다고 강조하고,¹³⁶⁾ 이러한 계약상 의무와 관계없이 條約國을 기속하는 일반적 관습법적 성격의 선언적 규범들이라도 留保와 양립할 수 없는 것은 아니라고 밝힌 바 있다.¹³⁷⁾ 그러나 이러한 예외적 판결의 취지는 신중히 해석되어야만 한다. 위의 勸告的 意見에서 ICJ는 “하나 또는 수개의 條約國이 留保로 인하여 그 條約의 효력에서 배제된다면 그 條約의 일반적 적용은 제한된다.”라고 부연하고 있다.¹³⁸⁾

결국 留保와 慣習 國際法의 창설적 기능을 갖는 선언적 條約 規程과의 관계는 留保行爲의 법적 성격을 분석하므로서 판단되어야 한다. VCT 제 2조 1항 d에서도 留保는 條約國의 “一方的 行爲”로 定義되고 있다. 관습법적 의무는 어떤 국가든지 그 일방적 조치로 이를 면하지 못할 것이므로 留保 行爲가 條約國의 일방적 행위인 한, 그것은 선언적 협약 규정과 양립할 수 없는 것으로 볼 수 밖에 없다.¹³⁹⁾

V. 1982년 U.N.海洋法 條約의 宣言的 機能

1. 問題의 提起 및 概觀

(1) 問題의 提起

바다에 관한 일반적이고 포괄적인 국제법 규범을 成文化 하겠다는 목표와 열로서 시작된 海洋法의 成文化작업은 史上 유례가 없는 대규모의 국제 입법회의인 제 3차 U.N.海洋法 會議를 탄생시켰으며 이 회의는 또 史上 최장기의 국제회의의 기록을 남기고 인류가 지금까지 갖어본 것 중에서 가장 포괄적인 U.N. 海洋法 條約을 성립시켰다. 그러나 제 3차 U.N.海洋法 會議의 당초 목표와는 달리 U.N.海洋法 條約은 모든 국제 사회의 법 주체들이 망라하여 받아드리는 일반적 국제법 규범이 되지 못한 것이다. 즉 미국을 비롯한 일부 선진 해양국가들은 이 條約에 반대하고 그 發效 요건인 60개국의 比準書 기탁이 이루어진 지금 까지 署名 조차 거부하고

136) ICJ Reports(1951), p. 21.

137) Ibid., p. 23.

138) Ibid., p. 24.

139) ICJ Reports(1969), p. 38 para 63.

있는 실정이다. U.N.海洋法 協約의 이러한 흠결은 일반적 규범력을 갖춘 海洋法典을 완성코져 했던 당초의 목표와 열성에 비례하는 만큼의 좌절과 혼돈을 가져왔다.

여기서 당연히 제기되는 문제는 U.N.海洋法 協約과 慣習 國際法과의 관계이며, 즉 U.N.海洋法 協約의 내용은 慣習 國際法으로 성립되었는가? 하는 문제이다.

(2) 概 觀

U.N.海洋法 協約은 아직 發效되지 않은 多者協約에 불과하지만 그 내용이 일반 慣習 國際法을 宣言한 것일 때는 어떤 법 주체가 이 協約에 署名, 比準하였는가? 에 관계없이, 또 이 協約이 多者協約으로서 發效되었는가? 와 관계없이 법적 羈束力을 갖게 될 것이다. 그러나 구체적으로 U.N.海洋法 協約의 어떤 규정이 慣習 國際法을 宣言한 것이냐? 하는 것은 앞에서 논의한 요건과 기준에 따라 엄격히 검토되어야만 할 것이다.

대체로 概觀컨대, U.N.海洋法 協約과 慣習 國際法의 관계를 분석하기 위해서는 이 協約의 내용을 다음 4가지 範疇로 분류할 수 있다.¹⁴⁰⁾

範疇 1.; 1958년 Geneva에서 채택된 海洋法 協約들 중에서 慣習 國際法의 내용이 成文化되었던 부분을 1982년 U.N.海洋法 協約에서 답습한 것. 그러나 漁業 및 公海生物資源의 保存에 관한 協約의 내용은 제외되는 것이 많을 것이다.

範疇 2.; 1958년 海洋法 協約들 以後에 새롭게 생성된 慣習 國際法의 내용.

範疇 3.; 아직 慣習 國際法은 아니나 1982년 U.N.海洋法 協約에서 成文化됨으로서 장차 慣習 國際法이 될 가능성이 높아진 協約상의 규정.

範疇 4.; 순수한 協約상 제도로 協約 發效 후에 締約國 간에 만 법적 효력을 갖는 규정.

등이다.

1982년 U.N.海洋法 協約의 제 2장 領海 및 接續水域과 제 7장 公海, 제 8장 島嶼 制度 등의 중요한 내용들은 1958년 領海協約과 公海協約을 그대로 답습하고 있다. 이들은 대체로 「範疇 1」에 속한다고 볼 수 있다. 「範疇 2」에 속하는 慣習 國際法은 1958년 以後 국제사회의 변모와 해양 활동의 발전에 따라 급격히 생성된 것이다. 그 전형적 부분은 群島國家制度이며 排他的 經濟水域 및 大陸棚 制度도 원칙적으로 여기에 속한다고 볼 수 있다. 제 3장 國際海峽에의 通過通航 制度를 이 範疇에 속

140) J.K.Gamble Jr. & Maria Frankowska, "1982 Convention and Customary Law of the Sea: Observation, a Framework and a Warning," 21 *San Diego Law Review* (1984) 492 에서는 3개의 範疇로 분류하고 있다.

하는 것으로 보는 견해가 있으나¹⁴¹⁾ 반대의견이 많다.¹⁴²⁾

群島國家制度, 國際海峽에의 通過通航制度, 排他的 經濟水域制度 및 大陸棚 제도에 관하여 그 원칙적인 規範들은 慣習 國際法으로 확립되었다고 볼 수 있으나 많은 세부적 규정들은 아직 「範疇 3」에 머물러 있는 것으로 보아야 할 것이다. 深海底地域의 海底 鑛物資源 開發에 관한 제 11장의 구체적 규정들은 「範疇 4」에 속한다고 보아야 할 것이다. 그러나 人類共同遺産의 原則(common heritage of mankind principle)만은 慣習 國際法으로 확립되었다고 보는 見解¹⁴³⁾가 유력하다.¹⁴⁴⁾

2. 宣言的 規程의 檢證 - 「通過通航制度」는 慣習國際法으로 성립되었는가?

慣習 國際法의 宣言的 規程의 範疇에 관한 위와 같은 概觀은 말할 필요도 없이 앞서 논술된 요건과 기준에 따라 檢證되어야만 한다. 여기서는 가장 論難이 많고 제도적 중요성이 강조되는 國際海峽에의 通過通航制度에 관하여 檢證해 보고자 한다.

UN 海洋法協約이 성립된지도 12년이나 되었으므로 이 協約에서 새롭게 정립한 「通過通航制度」에 관한 法解釋상의 論議는 이미 낡은 論爭이 되었다. 대체로 많은 모호성이 있는 채로 通過通航制度는 실질적으로 沿岸國의 領海인 國際海峽에서 潛航通航을 포함한 自由通航을, 軍艦을 포함한 他國船舶들이 慣習 國際法상의 權利로서 享有하는 것으로 받아드려지고 있는 듯하다. 한동안 深海底 發制度에 관한 協約 11장의 내용에 반대하고, 이 協約을 전면 거부하는 미국이 협약 11장 이외의 協約상 다른 규정, 특히 이 「通過通航制度」상의 通航權을 慣習國際法의 내용이 되었다고하여, 협약과 관계없이 援用하려는 주장에 대하여 沿岸國 측으로 부터 심한 반발도 있었으나 중요 海峽의 沿岸國들이 특히 미국과는 정치적, 군사적으로 우호적인 관계에 있고 많은 경우에 미국 軍用航空機의 海峽上空飛行이나 미국 軍艦들의 海峽通航에 특별한 異議를 제기하지 않았으므로 自由通航을 보장하는 내용으로서 「通過通航制度」는 정착되었다고 간주될 수 있는 여지는 많게 되었다고도 주장되고 있다.

그러나 國際海峽通航 問題는 필연적으로 海峽使用國家의 군사적 경제적 국가이익에 중요한 전략적 의의를 갖고 있는 동시에 海峽沿岸國에게는 沿岸隣接水域의 環境保存과 점차로 폭주하는 海上交通의 합리적 통제라는 실제적 문제 뿐만이 아니라, 자국의 主權의 領域에 관한 管轄權의 유지라는 심각한 문제가 관련되어 있는 만큼 어느 국가에게나 또 어느 시대에나 여전히 심각하고 중요한 문제로 남는다.

141) UN Doc.A/CONF.62/PV.192 at 2(1983) Statement of US Delegation.

142) Jon M Van Dyke, op.cit., pp. 281-311.

143) Gonzalo Biggs, "Deep Sea-bed Mining and Unilateral Legislation," 8 ODIL(1980) 223-52 at 241.

144) 拙稿, "深海底에 관한 國內法 措置의 國際法상 效力," 「國際法學會論叢」 제 26권 1호(1981), pp. 86-107.at 86.

앞에서도 지적했다시피, 미국의 政策專門家의 주장에 의하면 미국 軍用航空機는 24해리 미만의 폭을 갖는 세계의 중요 海峽들을 적어도 평균 1일 1회 정도는 통과하고 있다고 하며, 따라서 國際海峽의 通過通航權은 慣習國際法상의 권리로서 일반적으로 받아드려지고 있다고 주장한다.¹⁴⁵⁾ 그러나 중요 海峽 沿岸國들의 태도를 보면 전혀 상반된 느낌을 갖게 된다. 즉, Babel Mandeb와 Hormuz 海峽의 沿岸國인 Yemen과 Oman은 UN 海洋法協約 署名시 協約310조에 의거한 解釋宣言에서,

國際海峽의 경우에도 領海내에서 국제법상 인정된 領土의 평화와 안전을 위한 措置權을 보유하고 있다고 강조하고 있고,¹⁴⁶⁾ 또 Gibraltar 海峽의 沿岸國인 Spain은 역시 協約 署名시의 解釋宣言에서, 協約 제3장에 규정된 海峽通航制度는 항공기의 通過通航을 방해하지 않는 한도내에서 沿岸國이 國際航行用 海峽의 上空에 대한 독자적인 航空規則을 制定하고 이를 施行할 수 있는 權利와 兩立한다고 보는 것이 Spain 政府의 解釋이다.

라고 설명하고 있다.¹⁴⁷⁾ 또한 Hormuz 海峽의 다른쪽 沿岸國인 이란은,

U.N.海洋法 協約의 일부 규정은 既存의 慣習 國際法을 成文化하여 宣言한 것이 아니라, 同價의 相關의 對象인 關係로 協商 妥結된 결과이므로 Vienna 條約法 協約 제34조에 규정된 바 대로 본 協約의 當事國 만이 協約상의 권리의 주체가 된다고 보는 바이다. 특히 海峽通航에 관한 通過通航權이 이에 該當한다.

라고 강조하고 있다.¹⁴⁸⁾

가장 주목되어야 할 解釋聲明은 Tiran 海峽과 Aqaba灣의 通航權에 관한 Egypt와 Israel의 聲明이다. Egypt는 1983년 8월 26일 UN 海洋法協約에 批准하면서 解釋聲明을 발표하였는데 海峽通航에 관한 부분은 다음과 같다.

Egypt와 Israel간에 Tiran 海峽과 Agaba灣의 通航에 관해 합의된 1979년 平和條約의 각 條項들은 U.N.海洋法協約 제3장에 규정된 國際海峽의 일반적 通航制度和 일치한다. 이 合意에서, 海峽의 일반적 通航制度는 海峽을 형성하는 연안수역의 법적지위를 변경하지 아니하며 海峽 沿岸國의 질서유지와 안전을 위한 通航國의 일정한 의무를 포함한다고

145) William L.Schachte,Jr., "Foreign Policy and Ocean Affairs : Political and Military Implications of the New Law of the Sea," Kim, Dalchoong and et al(ed), *Global Ocean Poltics*(Seoul : Ins. of East and West Studies, Yonsei Univ., 1988), p. 36.

146) *The Law of the Sea, Status of the United Nations Convention on the Law of the Sea*(New York : United Nations, 1985)., p. 22, p. 29.

147) Ibid. p. 25.

148) Ibid. p. 18.

규정되고 있다.¹⁴⁹⁾ 위의 Egypt 聲明과 관련하여 Israel은 1984년 12월 11일, 다음과 같은 聲明(Note)을 발표하였다.¹⁵⁰⁾

……더구나 UN 海洋法協約과 충분히 兩立하고 있는 平和條約의 通航制度는 계속해서 유효하며 그 海峽地域에 적용될 것이다. Egypt 아랍공화국이 U.N.海洋法協約 批准시 위 宣言과 관련하여 행한 解釋宣言은 海峽에서의 자유통항과 상공비행권을 최대한으로 보장코져 하는 Israel 政府의 의도를 표시한 위의 聲明과 뜻을 같이한다고 이해하는 바이다.

라고 하였다. 사실상 1979년 Egypt와 Israel간 平和協定에서 규정한 Tiran 海峽과 Agaba 灣의 海峽通航規定¹⁵¹⁾은 ICNT 草案이 나온 이래 海峽通航에 관한 최초의 외교문서이며, 비록 그것이 兩者協約의 형태를 취하고 있었지만 國際海峽 通航制度에 관하여 示唆하는 바가 많은 協定이었다.

이 協定에는 通航船舶과 航空機의 의무에 대한 아무런 언급도 없으며 沿國의 권한의 제한에 관한 규정도 없기 때문에 ICNT상 『通過通航制度』의 模糊性을 통렬히 지적하고 이러한 규정으로 부터는 潛航通航權을 허용하는 公海制度和 같은 航行의 自由權을 인정할 수 없다고 주장한 Reisman 教授조차도 이러한 平和協定의 文脈이라면 歪曲되고 詭辯적인 해석이 불필요하다고 지적하면서 여기서는 “문제된 전통적인 航海의 自由權만이 있다.”고 해석한 바가 있다.¹⁵²⁾

그러나 이 平和協約도 그 文脈과 附屬書를 精査하면, 여기서 규정하고 있는 航行의 自由와 上空飛行自由權의 행사는 領海내에서 인정되는 沿岸國의 領域에 의해 제한되고, 조정되는 것임을 인정할 수 밖에 없다.¹⁵³⁾ 결국, Reisman교수가 UN 海洋法協約 규정과는 달리 명쾌하게 自由通航만을 보장한 것이라고 칭찬한 이 平和協定상의 海峽通航權도, 國際共同體의 자유교통권을 확고히 규정하면서 한편으로는 沿岸國의 自己保存, 保護의 권한을 확실히 보장하는 UN 海洋法協約상의 海峽通航權과 유사한 것으로 ; 平和協約 當事國들은 合意로서 정한것이라고 보아야 한다.

Egypt와 Israel의 解釋聲明과 確認書翰(Note)은 이러한 해석을 타당한 것으로 확인시켰으며 위의 일련의 解釋聲明들은 이른바, 公海制度에서 인정되는 航行의 自由와 上空飛行의 自由權이 通過通航權의 내용이 될 수 있다고 주장하는 어떤 理論이나 慣行에

149) Ibid. p. 35.

150) Ibid. p. 46.

151) *Treaty of Peace, Egypt-Israel, Mar.26,1979*.reprinted in 18*ILM* 362(1979)

152) W.M.Reisman.op.cit, p. 76.

153) Mohamed El Baradei, “The Egyptian-Israeli Peace Treaty and Access to the Gulp of Agaba : A New Legal Regime.” 76*AJIL*(1982)551
Treaty of Peace, Ann.1, Art IV (3).

관련해서도 慣習國際法이 성립되기에 충분한 法的確信(opino juris)은 존재할 수 없다는 근거가 될 것이다. 다시말해서 앞에서 분석한 協約의 條文 形式의 分析상 法規創設的 規程으로서의 요건이 결여된 경우라고 보아야 할 것이다.

無害通航과 달리 通過通航에서 새롭게 인정된 海峽의 上空飛行權을 자세히 검토하여 보면, 協約 39조 3항 a는 “通過通航중인 航空機는 國際民間航空機構(ICAO)가 制定한 航空規則을 준수하여야 한다.”고 규정하고 있으나 國際民間航空機構가 어떤 특정지역의 航空規則을 직접 制定하는 것은 아니다. 각 締約國은 ICAO가 制定한 標準節次와 基準에 따라 자국 관할구역에서의 航空規則을 정하게 되는 것이다. 그러므로 通過通航權을 행사하는 航空機가 준수할 航空規則이란 결국 領域國의 航空規則을 말하는 것이다. 다만 이들 個別 領域國의 航空規則이 國際航空의 圓滑과 效率을 위하여 國際的 標準에 따르고 있을 뿐이다.(『시카고협약』 제 37조, 38조참조) 그러므로 미국의 軍用航空機가 평균 1일 1회이상 미국과 友好的인 政治的 關係에 있는 海峽 沿岸國의 領空을 上空飛行한다고 하는 것이 그 沿岸國의 領空에 대한 排他的 主權을 排除시킬 수 있는 새로운 慣行을 성립시키지도 않으며 더구나 이와 관련된 慣習法이 형성된다고 보기는 어렵다.

특별히 通過通航이라는 새로운 制度가 내포하는 규범상의 模糊性 때문에 海峽의 上空飛行에 관련된 견해의 차이가 惹起되고 있으므로 이러한 混同과 摩擦을 의식하여 Gibraltar 海峽의 沿岸國인 Spain은 協約에 관한 解釋聲明을 통해 領域國의 권한을 확인하고 있는 것이다.

다른 한편, 潛水艦의 通航에 관해서 검토하여 보면,

예컨대 Malacca 海峽에서 미국이나 소련의 SSBN이 潛航通航을 하는 경우를 생각해 보면, 이 海峽에서 65 feet의 최대수심을 갖는 이른바 深水路(Deep Water Route : DWR)의 폭은 어느 경우에 2000YDS 미만이 되는데 이런 狹水路를 通航統制를 전혀 받지 않는 原子力 核潛水艦이 부단히 潛水航行한다면 틀림없이 대형 海上衝突事故를 惹起하게 될 것이다. 600해리나 되는 이 기나긴 狹水路를 通航하는 선박은 1일 140척이나 되기 때문이다.¹⁵⁴⁾

그러므로 현대와 같이 거의 모든 海峽의 海上交通量이 暴走하는 상황에서 모든 潛水艦은 자신의 航海상의 안전을 위해서라도 浮上 航行하면서 沿岸國의 通航統制를 받아야 할 것이다. 특히 海路指定을 받아 通航分離된 水路를 通航하는 경우에는 陸上의 通航統制所와의 交信을 위해서 필히 浮上航行하는 수 밖에는 없을 것이다.

실제로 潛航通航이란 그 행위의 특성이 은밀한 것이기 때문에 설사 다수의 강대국 戰略潛水艦이 중요 海峽을 성공적으로 潛航通過한 일이 있었더라도 그것으로 부터 새로운 慣行이 성립된다고 보기는 더욱 어려운 일이다.

154) *Malaysian Digest*, Kuala Lumpur, 15 Aug.1976

결국 이 國際海峽에의 通過通航에 관한 U.N.海洋法 協約의 規程들은 條文의 形式이나 構造의 관계로 보아 慣習法의 法規創設의 성질을 인정하기 곤란하다고 결론지을 수 밖에 없다.

VI. 慣習 國際法의 多者協約 解釋에 있어서의 補助的 機能

본 연구의 목적은 현대 관습 국제법의 특성을 이론적으로 분석하고 이를 최근에 성립된 여러 중요한 다자협약들의 경우에 적용하여 이들 다자협약들이 실질적으로 어느 만큼 현대 관습 국제법의 형성에 기여하고 있는가? 를 정리해 보는 것이었다. 특히 중요한 다자협약인 1982년 U.N.해양법협약이 관습국제법을 어떻게 형성시켜왔는가? 에 대한 종합적 분석을 통하여 현대 국제법 학자들 사이에 다툼이 많은 부분, 특히 國際海峽에의 通過通航에 관한 관습법규의 내용을 분석해 보았다.

그러나 본래 多者 協約과 慣習 國際法은 相互 補完的 관계에 있다고 할 수 있다. 그러므로 多者 協約이 慣習 國際法의 규범 형성에 있어서 중요한 기능을 하는 그 만큼 또 慣習 國際法은 多者 協約에 대하여 중요한 보조적 기능을 하고 있는 것이다. 그러므로 본 節에서는 이러한 慣習 國際法의 기능을 고찰함으로써 이 연구의 마무리를 지으려 한다.

(1) 成文 協約의 解釋에 있어서의 慣習 國際法의 補助的 機能

만일 慣習 國際法의 일부만이 法典化된 경우라면 그 나머지 규범은 慣習法의 형태로 적용 가능하다. 이러한 慣習 國際法은 協約 規程의 흠(空白)을 부가적으로 보충하는 기능을 갖게 된다. 그리고 나아가 慣習 國際法은 成文法의 내용을 확인하고 구체적 요건을 확정하는 役割을 하게 된다.

英佛 大陸棚 境界劃定 仲裁事件(1977-1978 Anglo-French Continental Shelf Boundary Arbitration case)에서 仲裁 法院은가大陸棚 協約가제 6조의 적용과 관련하여,

…제 6조는 等距離 原則 및 특별한 사정의 원칙을 적용할 구체적 요건을 명시하지 않고 있다…그러므로 慣習 國際法은 제 6조의 規程을 해석하고 적용함에 있어서 가장 적절하고 본질적인 수단을 제공한다.

라고 밝히고 있다.¹⁵⁵⁾

155) *ILR* 54(1979)75, para 75

그러므로 慣習 國際法이 成文 協約의 해석과 적용에 있어서 갖는 보조적 기능을 요약해 보면, 첫째로 協約의 규정이 규범의 내용과 요건을 명확히 규명하고 있지 않을 경우에는 慣習 國際法에서 이를 발견해 내야 한다.¹⁵⁶⁾ 둘째로 관습법의 내용이 성문 협약의 규정과 대체로 일치하는 경우에도 국제사회의 새로운 요구와 변화된 환경을 감안한 새로운 의미를 成文 協約에 부여하게 하는 근거를 제공한다. 셋째로 더 나아가서 필요한 경우에는 協約의 입법 주체가 미처 생각치 못한 새로운 규범적 의미를 協約 規程에 부여할 수 있다.

(2) Vienna條約法 協約 제 31조 3항 (c)

慣習 國際法の 위와 같은 보조적 기능에 관하여는 VCT 제 31조 3항 (c)가 명시적으로 規定하고 있다. 이 제 31조 3항 (c) 자체가 전형적인 선언적 규정으로서 일반 慣習 國際法の 내용과 일치한다고 보아야 한다. 이 조항의 내용은 ILC에서 條約法 協約의 논의가 있기 훨씬 전 부터 자명한 것으로 반이드러져 왔다. 그러므로 실제로 條約法 協約의 토의과정에서는 거의 모든 ILC 회원국들이 이를 다름이 없이 당연한 내용으로 인정하였다. 이하에서는 이 규정의 沿革과 내용을 나누어 보기로 한다.

가. VCT 제 31조 3항 (c)의 沿革

VCT 제 31조 3항 (c)의 취지는 20세기 초 PCIJ의 판결에서 그 연원을 발견할 수 있다. PCIJ는 오델 江의 領域管轄에 관한 사건(1929 Territorial Jurisdiction of the River Oder case)에서 “協約은 국제법의 일반 원칙과 관습 규범에 따라 해석되어야 한다.”라고 밝히고 있다.¹⁵⁷⁾ ICJ의 판결 중에서도 條約 規程의 의미는 U.N.憲章과 국제법의 원리에 따라 그 법적 내용이 파악되어야 한다고 명시한 것이 있다.¹⁵⁸⁾

VCT 제 31조 3항 (c)의 최초의 草案은 Waldock의 제 3 보고서에서 발견된다. 그의 條約 解釋에 관한 규정 초안은 다음과 같다.

제 70조 일반적(해석) 규칙

1. 條約의 용어는 다음에 따라 해석되어야 한다.

...

156) M Schweitzer, Das Volkergewohnheitsrecht und seine Geltung für neuentstehende Staaten, (Bad Homburg etc., 1969), p. 461.

157) PCIJ (1929) Series A No.23 & 20. 같은 취지의 판례로는, 단치히에서의 폴란드 국민의 처우에 관한 사건(1932 The Treatment of Polish Nationals in Danzig case) PCIJ (1932) Series A/B No.44, 32.이 있다.

158) 모록코에 있어서 미국국민의 지위에 관한 사건 (US Nationals in Morocco case) ICJ Reports (1952), p. 189.

(b) 그 協約이 존재하는 당시에 유효한 국제법 규범의 내용¹⁵⁹⁾

이 草案은 1964년 ILC의 집중적 토의를 거쳐 다음과 같이 수정되었다.

제 69조 일반적 (해석)규칙

1. 條約의 용어는 다음에 따라 해석되어야 한다.

...

(b)그 條約의 체결 당시에 유효한 일반적 국제법 규범의 내용¹⁶⁰⁾

ILC는 1966년 條約法協約 草案의 심의에서도 이 부분을 세밀히 검토하였으며 그 1966년 草案에서는,

제 27조 條約 解析의 일반 규칙

...

3항 條約 文案의 내용은 다음을 참작하여 해석되어야 한다.

...

(c)條約 當事國 간에 적용 할 수 있는 적절한 국제법 규범.¹⁶¹⁾

라고 수정되었다. 이 최종 草案은 1969년 Vienna회의에서 결국 그대로 채택되어 VCT 제 31조 3항 (c)가 되었다.

나. VCT 제 31조 3항 (c)의 내용¹⁹⁴⁵

이 조항이 직접적으로 거론된 판례는 많지 않으나 1971년 나미비아에 관한 勸告的 見解(Namibia Advisory Opinion)에서 ICJ는,

본 法院은 지난 반 세기 동안 이룩되어온 변화를 참작해야 하며 국제연맹 규약 제 22조의 해석에 있어서도 U.N.憲章과 기타 慣習 國際法의 내용에 따라 그 간의 國際法 발전을 감안하지 아니할 수 없다. 즉 國際 協約은 그 해석 당시에 존재하는 전체적 법 체계에 따라 해석되고 적용되어야 한다.

라고 判示하고 있다.¹⁶²⁾

이제 VCT 제 31조 3항 (c)의 내용을 요소 별로 분석해 보면, 첫째로 “國際法 規範”(rules of international law)인데, 國際司法裁判所 規程 제 38조 1항에 의거하여 이 國際法

159) YBILC (1064) II, p. 52ff.

160) YBILC 1964 II p. 202 para 11.

161) Ibid., II p. 217

162) ICJ Reports(1971), p. 31.

규범에는 당연히 慣習法이 포함된다고 보아야 한다. 둘째로 문제된 법 객체에 “적절한 규범”(relevant rules)이라는 요건인데, 이는 그 문제된 成文 協約 規程과 관련된 慣習法 규범을 말한다고 보아야 한다. 마지막으로 이들 적절한 규범이 條約 當事國 간에 “적용될 수 있는 것”(applicable)이어야 한다는 요건이다. 이는 모든 條約 當事國에 대하여 法的 羈束力이 있는 규범을 말한다고 보아야 한다. 관계된 모든 條約 當事國에 법적 羈束力이 있는 규범이란 일반 慣習 國際法은 물론이고 地域 慣習 國際法 까지를 포함하는 것으로 보아야 한다.¹⁶³⁾



163) The Comment of E. Castren *YBILC*(1966) I, No. 2, p. 188. para 49

