

國際法上의 強行規範

金宇城
法學科

<요 약>

전통적 국제법의 구조는 현대국제법에 있어서 완전히 사라져 버린 것은 아니다. 오히려 오늘날에도 기본적으로는 국제법규범 사이의 병렬적 관계는 일반적으로 타당한 것으로 되어 있다. 그러나 전통국제법에서는 볼 수 없는 중대한 변화가 법규사이의 관계 및 법규의 성질에 나타나고 있다.

그 가장 현저한 것은 강행규범(jus cogens)의 출현에 따라서 강행규법과 임의규법 사이에 서열화가 시작되었다는 것이다. 강행규법과 저촉하는 어떠한 국제법(임의)규법도 그것이 강행규법보다 후법이거나 혹은 특별법일지라도 무효로 간주된다. 이에 국제법에도 기본적인 단계구조가 나타나게 되었다.

현재 형성과정에 있으며 더욱이 얼마되지 않는 강행규법이 무수히 많은 임의규법보다도 상위에 위치하게 된다. 이러한 의미에서 현대 국제법에 있어서 「상위규법이 하위규법에 우선한다」는 원칙이 타당하게 된다. 국제연합헌장의무의 우선을 정한 헌장 제103조는 강행규법이 아니고 국제법구조에 근본적 변동을 가져오는 규정도 아니다. 그러나 헌장규정 특히 국제연합의 목적 및 원칙을 나타내는 규정들은 현대국제법의 기본원칙으로서 존중되어야 한다는 것을 나타내기 위해서는 제103조가 갖는 의미는 중요하다.

A Peremptory Norm of International Law

Kim Woo Sung
Dept. of Law

<Abstract>

Viewed from the perspective of international law as understood in the first part of the 20th century, *jus cogens* seemed hardly conceivable, since at that time the will of States was taken as paramount: States could, between themselves, abrogate any of the rules of customary international law. During the formative phase of international law, the view was not the prevailing one.

As late as in the 19th century it was quite natural to state that treaties must have an object which is physically and morally possible.

After World War II the international community became conscious of the necessity for any legal order to be based on some consensus concerning fundamental values which were not at the disposal of the subjects of this legal order.

Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties defines a peremptory norm but gives no examples.

It is generally recognized that the fundamental principles of the UN Charter, especially the prohibition of the use of force(Art, 2/4), have the character of *jus cogens*, from which derogation is never possible.

It would seem correct to assume that all basic values of the international legal order may give rise to rules of *jus cogens* which thereby protect the community as a whole.

1. 序 論

傳統國際法에 있어서는 條約이거나 慣習法이거나, 그 형식적 法源에 關係없이 모든 國際法規가 병렬관계에 있는 것으로 간주되었다. 國際法의 창시자 Emer de Vattel은 자연법과 실정법의 양쪽에 타당성을 인정하였고, 그 경우 이론상으로는 자연법을 실정법의 上位에 두고 있으나, 실제에 있어서는 양자의 규정이 저촉하는 경우, 後者(完全法)가 前者(不完全法)에 優先하는 유효성이 인정되고 있었다.

그것은 主權國家를 초월하는 立法機關은 존재하지 않았고 병존하는 여러 국가들이 창출해 내는 實定國際法規範 사이에 우열을 정할 수가 없었기 때문이다. 따라서 傳統的 國際法의 구조는 단계적 서열을 구성하지 않고 단지 개개의 구체적 規範이 저촉하는 경우 「後法은 前法에 優先한다」(*lex posterior derogat priori*) 및 「特別法은 一般法에 優先한다」(*lex specialis derogat generali*)라는 원칙에 의하여 처리 된다고 생각되어서 겨우 법질서로서의 통일을 유지할 수가 있었다. 그리하여 法源 사이에 있어서는 서열은 없지만 일반적으로 條約이 규율하는 사항은 관습규칙보다 한층 특수하고 또한

보다 뒤에 성립되는 일이 많기 때문에 條約과 慣習法 사이에는 前者가 後法 혹은 特別法, 後者가 前法 혹은 一般法으로 간주되는 적이 많다.

이 경우에 兩者가 저촉되면 條約이 慣習法에 優先하게 된다. 단 그 역의 경우도 있을 수 있다. 예를 들면 條約締結後에 그것과 저촉하는 一般國際慣習法이 생성된 경우 慣習法이 條約에 優先될 수 있다. 그러나 法規의 내용을 기준으로 한 法規의 優劣(序列)을 정하는 것은 할 수가 없고 意思主義에 의하면 국가간의 形式的合意에 의하여 성립한 國際法規는 그 내용에 關係없이 모두 동등한 效力(任意規範性)을 가지는 것으로 간주되었다.

傳統的 國際法의 구조는 現代國際法에 있어서 완전히 없어진 것이 아니고, 오늘날에도 기본적으로는 國際法規間의 병렬적 관계가 일반적으로 타당하고 法規相互間의 저촉의 경우에는 2개의 원칙이 작용하고 있는 것은 변함이 없다. 그러나 現代國際社會 특히 제2차세계대전후의 國際社會의 구조변화를 배경으로 國際法規間의 關係 및 法規의 성질에 傳統的 國際法에는 보이지 않는 중대한 변화도 나타나고 있다. 그 현저한 현상은 強行規範(jus cogens)의 출현 및 法典化와 점진적 발전, 더우기 一般多數國間條約의 체결을 통하여 國際立法이 지향되고 一般國際法의 형성이 진행되고 있는 것 등이다.

2. 強行規範의 意義

國內法規範 특히 私法規範은 強行規範과 任意規範의 2개의 범주로 구별된다. 國際法規範에 있어서도 소위 补充規範을 포함하는 任意規範의 존재를 확인할 수 있는데 대하여 國際全體가 다른 규율을 대체할 수 없다는 의미에서 國際全體가 강제된 규율을 구현하게 하는 強行規範의 존재가 문제였다.

強行規範은 형식적으로는 條約法條約 제53조의 서술과 같이 어떠한 逸脫도 허용되지 않는 一般國際法의 規範이고 후에 성립되는 一般國際法의 強行規範에 의해서만이 변경될 수 있는 規範이다. 그러나 當事國(條約을 締結하는 또는 一方行爲를 하는)의 의사에 의하여 逸脫이 허용되지 않는 이유에 대해서는 國際公共秩序등이 거론되는 등 아직 일치된 견해가 없다.

또한 창출하는 형식적 法源은 慣習法에 한정할 것인가 條約이라도 될 수 있는가 더우기 법의 일반원칙이나 國際聯合總會決議라도 가능한가에 대해서는 의논이 많다. 條約法條約의 심의과정에서는 強行規範은 慣習法뿐만 아니라 條約에 의해서도 창출된다는 견해가 다수를 짐한다. 모든 국가가 아니더라도 特別利害關係國을 포함한 압도적 다수의 국가들에 의하여 수용된다는 의미에서 「國際社會全體가 수용하고 인정하는」強行規範이 條約(일반다수국가간)의 형식을 취하는 것은 가능하다고 생각된다. 더욱 條約法條約 제64조라는 「새로운 強行規範」의 성립은 條約에 의하는 것을 반드시 배제시키지는 않았다.

그 위에 이와같은 強行規範과 任意規範과의 구별기준 및 強行規範의 내용에 관해서도 학설 및 國際實行上 아직 확고하게 된 단계에는 도달되지 않았다. 그렇지만 現代

國際社會에 있어서는 強行規範의 존재를 인정하는 規範意識이 고조되고 있고 그에 따라서 强行規範과 그 이외의 任意規範과의 사이에 序列화가 시작되고 있다.

強行規範과 저촉하는 어떠한 國際法規範도 그것이 强行規範보다도 後法이거나 혹은 特別法일지라도 그것은 무효로 간주된다. 그限에서는 國際法規相互間에 타당하였던 「特別法은 一般法에 優先한다」는 원칙 및 「後法은 前法에 優先한다」는 원칙의 적용은 배제된다. 이에 國際法에도 기본적인 단계구조가 나타났다고 볼 수 있다. 强行規範의 개념은 오늘날 아직도 형성과정에 있다. 그것에 해당한다고 생각되는 것도 많은 것은 아니다¹⁾. 强行規範은 무수히 존재하는 任意規範보다도 上位에 위치하게 된다.

이 의미에서 現代國際法에 있어서는 「上位規範은 下位規範에 優先한다」는 (lex superior derogat inferior) 원칙이 타당하게 된다. 强行規範의 도입은 종래의 法源의 상호關係에는 반드시 본질적인 영향을 미치지는 않지만 國際法의 規範構造에 종래 이상의 단계성과 통일성을 갖게 한다.

그리고 다른 條約義務와의 저촉의 경우에 國際聯合憲章義務의 優先을 정한 國際聯合憲章 103조는 强行規範이 아니며 國際法構造에 근본적 변동을 가져오는 규정이 아니다. 그러나 憲章規定 특히 國際聯合의 목적 및 원칙을 나타내는 여러 규정들은 現代國際法의 기본원칙으로서 존중되어야만 한다는 것을 나타내기 위하여 제103조가 갖는 의미는 중요하다.

더우기 現代國際法의 성질과 타당범위가 다양화하고 그 구조가 重層的으로 되는 양상을 나타내고 있다. 國際法規의 타당범위의 廣狹에 의하여 모든 국가(國際法主體)에 타당하는 對抗可能한(erga omnes) 一般規範과, 當事國間에만 타당하는 契約的規範으로 분류할 수가 있다. 또한 傳統的國際法시대에 있어서도 一般國際法과 特別國際法의 구별은 있었지만 意思主義下에서는 一般國際法의 증명은 어려웠다. 慣習法規範과 一般多數國間條約은 前자의 성질을 갖는 경우가 많고, 逆으로 兩國間條約은 契約的規範을 포함하는 것이 많다. 對抗可能한 規範과 契約的規範이 저촉하는 경우 반드시 前者が 後者를 무효로 하는 關係는 아니지만 前者の 優位가 인정되는 경우도 있다²⁾. 强行規範은 對抗可能한 規範으로 간주되기 때문에 이러한 對抗可能한 規範은 그것과 저촉하는 契約的規範을 무효로 한다는 것은 말할 필요도 없다.

최근에는 規範의 성격에 차인하여 hard law, soft law, 非法的(정치적,道의적)規範등으로 분류하는 경향이 두드러지고 있다. 이와같은 분류는 規範의 지표를 어디에 구하는가에 따라서 달라지지만, 規範의 重層構造를 촉진시키는 것임에 틀림없다. 국가 측에서 본다면 그 분류의 순서에 義務的 구속성의 정도는 낮아서 非法的規範의 受範者는 그것을 준수해야 할 法的義務를 지는 것은 아니지만 政治的·道義的 구속성을 받게 된다고 할 수 있다. 그러나 soft law를 수법자에 대해서 權利義務關係가 명료하지 않는 規範으로 풀이한다면 소위 예정법으로서의 이런 soft law가 具體的權利義務關係를 구현하는 hard law를 창출해 내는 기초가 될 수 있다는 의미에서 보다 上位의 規範으로 간주될 수 있는 경우도 있다. 요컨대 現代國際法의 성격 및 規範構造는 기본적으로는 다양한 主權國家의 병존으로 이루어지는 現代國際社會에서의 필요성에 상당

1) 그 첫째로 국제관계에 있어서의 무력행사금지의 원칙을 들 수 있다.

2) 국제연합헌장 제103조 참조.

한 정도 대응한 것이라 하겠다.

3. 國際社會의 發展과 強行規範의 전개

Vienna에서 개최된 國際聯合條約法外交會議³⁾에서 國際聯合의 國際法委員會에 의하여 作成된 草案을 根據로 한 토의의 결과 1969년 5월에 「條約法에 관한 vienna條約」(The Vienna Convention on the Law of Treaties)이 채택되었다. 이 條約은 條約이라는 國際法定立을 위한 기본방식에 관한 근본원칙을 정한 것으로 國際社會의 法的構造의 관계이라는 점에서 전후 國際聯合의 國際法委員會의 손을 거쳐서 만들어진 條約 가운데서도 가장 중요한 意의를 가지고 있다고 할 수 있다. 그 가운데는 최근의 國際社會의 동향이 상당히 강하게 반영되어 있어서 傳統的인 國際法下에서는 충분히 명확하게 되어 있지 않았던 새로운 원칙과 傳統的인 國際法의 원칙을 개정하였다고 간주되는 것이 많이 포함되어 있다. 그 중에서 가장 주목되는 것은 國際法上의 強行規範(jus cogens) 즉, 強行法規에 관한 규정이 설정된 점이다.

이에 관하여 규정하고 있는 것은 第53條와 第64條로서 第53條에 먼저 「一般國際法의 強行規範(peremptory norm of international law, jus cogens)에 抵觸하는 條約」로서 「締結時에 一般國際法의 強行規範에 저촉하는 條約은 부효이다. 이 條約의 적용상 一般國際法의 強行規範이란, 어떠한 逸脫도 허용되지 않는 規範으로서 또한 후에 성립한 같은 성질을 가지는 一般國際法의 規範에 의해서만이 변경할 수가 있는 規範으로서 국가에 의하여 구성되고 있는 國際社會全體가 수용하고 동시에 인정하고 있는 規範을 말한다.」라고 규정하고, 더우기 第64條에서 「一般國際法의 새로운 強行規範이 성립한 경우에는 해당 強行規範에 抵觸하는 기존의 條約은 효력을 상실하고 종료한다.」는 것으로 하고 있다.

이와같이 國際法上에 있어서 強行規範의 존재를 명확하게 인정하였다는 것은 국가의 자치권을 대폭적으로 인정하여 그것을 기초로 하여 구성되어 있던 傳統的인 國際法의 사고방식에 하나의 중요한 문제를 제기하였던 것이라 할 수 있겠다. 그렇다면 국제법에 있어서의 強行規範은 무엇을 말하는 것인가. 이 점을 먼저 명확히 하고자 한다. 強行規範에 관한 지금까지의 논의를 살펴본다면 強行規範이 무엇인가라는 점에 대해서는 약간의 혼란이 있는 것은 어쩔 수 없다.

強行規範 즉 強行法規는 말할 필요도 없이 任意法規(jus dispositivum)에 대한 관념이다. 양자의 틀리는 가장 중요한 점은 任意法規의 경우에는 적어도 當事國의 關係에 관한 한 當事國은 合意에 의하여 그것과 내용이 다른 條約을 체결하는 것은 가능하지만 強行規範의 경우에는 예를들면 當事國이 동의하였을 지라도 그러한 條約을 체결하는 것은 허용되지 않는 것이다. 즉 強行規範의 경우에는 가령 當事國相互關係에 있어서 일지라도 合意에 의하여 그것으로부터 離脫하는 것은 허용되지 않는다.

強行規範에 대해서는 때로는 國際社會一般에 적용되는 기본적인 國際法規인 것처럼

3) 제1회 회의에는 103개국, 제2회 회의에는 110개국이 참가하였지만 그 가운데는 독일, 바티칸, 리히텐슈타인, 대한민국, 베트남, 산·마리노, 스위스 등의 국제연합비가입국도 포함되어 있었다.

설명되기도 한다. 그러나 그것은 반드시 적당한 설명은 아니다. 그러한 일반적인 기본 원칙이라는 것만으로는 強行規範이라고 간주할 수는 없다. 예를들면 公海自由의 원칙은 國際社會一般에 적용되는 國際法의 중요한 원칙이지만 그러나 1924년이래 미국이 일정한 국가와 체결한 소위 Liguoer Treaties⁴⁾에서 볼 수 있는 바와 같이 當事國間에서 合意하면 當事國間에 그것과 다른 rule을 적용하는 것은 가능하다. 強行規範이라고 일컬어지기 위해서는 설령 當事國間일지라도 그의 적용을 배제하는 내용의 合意를 當事國이 하는 것은 불가능하다. 즉 離脫하는 것이 인정되지 않는 것이 아니면 안된다. 公海自由의 원칙의 경우에는 當事國 사이에서 이탈하는 것이 가능하였던 것으로 그러한 의미에서 強行規範이라고 말할 수가 없다.

國際法에 있어서는 국가의 자치권이 광범하게 인정되어 여태까지 일반적으로 「特別法은 一般法에 優先한다」라는 원칙이 인정되어 있어서 설령 一般國際法에 反하는 내용의 條約을 체결하였을 지라도 當事國相互間에 있어서는 條約으로서의 效力이 인정되는 것이 보통이었다. 強行規範은 이것에 대한 예외가 되는 것으로 설령 當事國間의 關係에 限한 것일지라도 그것에 저촉하는 경우에는 無效로 되는 것이다.

強行規範의 특징은 Vienna條約의 규정에서도 명백한 바와 같이 그것에 위반하는 條約은 당초부터 無效(void ab initio)라는 것이다. 단지 취소할 수 있다던가(voidable), 義務違反에 근거하는 국가책임을 발생시키는 데 그치지 않는다. 國際聯合憲章에 나타나 있는 여러 원칙이 強行規範으로서의 성질을 가지고 있다고 주장하는 근거로서 Vienna條約法會議에서 憲章 第103條를 거론한 국가대표가 있었지만 第103條는 憲章上의 義務와 기타의 國際協定에 근거하는 義務가 抵觸하는 때에는 前者가 優先(prevail)하는 것을 인정한다고 後者が 당연히 무효로 되는 것은 아니다. 따라서 이것만으로 곧 國際聯合憲章上의 여러 원칙이 強行規範으로 된다고 볼 수는 없다.

國際法上에 있어서의 強行規範의 문제가 크게 취급된 것은 國際法委員會의 의견서에서 서술하고 있는 바와 같이 최근의 현상이라고 말할 수 있다. 從來에 있어서는 적어도 當事國의 關係에 대하여는 국가의 자치권을 광범하게 인정하는 것이 보통이었다. 예를 들면 Oppenheim의 International Law의 1905년판은 「違法한 義務」(illegal obligations)라는 제목하에 「보편적으로 승인된 國際法上의 원칙에 저촉하는 義務가 條約의 대상이 될 수 없다는 것은 인정된 國際慣習法上의 규칙이다」라고 하여 그 예로서 상대국이 公海의 일부를 점거하거나 혹은 그 국민이 해적행위를 하는데介入하지 않을 것을 국가가 條約에 의하여 약속하는 경우를 예로 들어⁵⁾ 그러한 경우에는 公海自由의 원칙에 반하는 것으로 무효(null and void)로 된다고 서술하고 있지만, 그러나 이 경우는 條約當事國外의 第三國의 權리를 침해한다는 의미에서 무효로 되는 것으로 앞에서 서술한 의미에서의 强行規範의 예로 볼 수는 없다. 즉 Oppenheim에 있어서는 아직 國際法상의 强行規範 문제는 충분한 형태로 의식되고 있지 않았다고 할 수 있다.⁶⁾

4) 이 조약은 미국이 술의 밀수입을 단속하기 위해서 체결한 것으로 미국이 연안으로부터 12해리 또 는 항행 1시간 해리의 범위내에서 공해에서 일지라도 밀수입의 의심이 있는 상대당사국의 선박을 임검, 수색, 나포할 수 있는 권한을 인정받았다.

5) L. Oppenheheim, *International Law*, Vol.I, 1905, p.528.

6) 第二次世界大戰後의 Oppenheim-Lauterpacht의 「國際法」第8版에 있어서는 「第三國의 權利를 직

그러나 그以前에도 萌芽的 形態이긴 하지만 強行規範의 觀念이 전혀 인정되고 있지 않았던 것은 아니다. 예를들면 Bluntschli는 條約의 拘束力은 인류의 法意識에 뿐만 내리고 있어서 그 내용이 일반적으로 承認된 인류법(Menschenrecht)이나 國際法의 구속적인 法規에 抵觸하는 때는 무효라고 서술하고 있다⁷⁾.

또한 Fiore도 「어떠한 국가도 條約에 의하여 實定國際法이나 도의, 혹은 보편적 정의의 원칙에 반하는 것을 약속할 수 없다」 또한 「어떠한 국가도 條約에 의하여 그의 기본권을 절대적인 형태로서 부인할 수는 없다」라고 서술하고 있다⁸⁾. 여기에서 Fiore가 기본권이라고 한 것은 국가의 생존에 없어서는 안될 권리로서, 自治·獨立·自由의 權利, 主權·裁判權의 權利, 法的平等의 權利, 代表의 權利들을 들 수 있다. 제2차세계대전 전에 強行規範에 관하여 서술한 것으로 특히 주목되는 것은 Verdross가 1937년에 저술한 「國際法에 있어서 금지된 條約」이라는 제목의 논문으로 이 가운데서 Verdross는 國際法을 포함하여 모든 법질서는「社會成員의 合理的이고 道德的인 共存關係를 規律하는」것이기 때문에 「선량한 풍속에 반하는」(contra bonos mores)條約은 일반적으로 無效라고 서술하고 예를 들면 국가가 그 國民을 고난에 빠뜨리게 하는 내용의 義務를 지게하는 條約은 國際法의으로는 無效라고 주장하였다⁹⁾. 이와같이 제2차세계대전에 있어서도 어느 정도 強行規範¹⁰⁾의 관념이 인정되고 있지 않았던 것은 아니지만 그러나 현실적으로는 이미 살펴본 바와 같이 국가의 자치권이 광범하게 인정되고 있어서 「특별법은 일반법에 優先한다」라는 원칙이 시행되어 當事國이 合意한다면 當事國간에 있어서 일반법의 적용을 배제하는 것이 가능하다고 되어 있었다. Fiore는 침해하기 어려운 국가의 기본권으로서 국가의 주권과 독립을 들고 있지만 현실적으로는 국가간의 條約에 의하여 국가가 독립을 상실하고 피보호국으로 된 예가 적지 않았던 것이다. 즉 국가의 자치권을 인정하여 條約締結의 자유의 이름아래 강대국이 약소국을 지배하는 힘의 논리가 일반적으로 행해지고 있었던 것으로 強行規範은 이러한 현실에의 저항의 의미도 가지고 있었다고 말할 수 있는 것이다.

國際法에 있어서의 強行規範의 관념은 제2차대전전에도 주목을 끌었으나 國際法上의 중요한 문제로서 일반적으로 논의되게 된 것은 大戰後의 현상이라고 할 수 있다. 그리하여 그것을 직접 추진한 것은 國際聯合의 國際法委員會에 있어서의 보고자의 보고와 그것을 중심으로 한 토의였다.

國際法委員會에 있어서의 條約法에 관한 토의는 1950년에 개시되었다. 보고자는 Brierly로부터 Lauterpacht, Fitsmaurice, Waldock로 바뀌었지만 그 과정에 있어서 強行規範의 문제는 점차적으로 부각되어지고 國際法委員會의 最終草案속에 삽입하게 된 것이다¹¹⁾. 그것이 먼저 처음으로 나타나게 된 것은 1953년 Lauterpacht草案이었다. 그

7) 侵權하지않고 또는 國際公共秩序(international public policy)의 基本原則에 反하지 않는 限」當事國은 相互間에 있어서 國際慣習法을 變更하는 것은 自由이다라는 서술은 強行規範으로 보이는 發想이라고 할 수 있다.(L. Oppenheim-H. Lauterpacht, *International Law*, Vol.I, 8th ed., 1955, p.897)

7) J.C. Bluntschli, *Das moderne Volkerecht der civilisierten Staten*, 1872, S.236-237.

8) P. Fiore, *International Law Codified*, 1918, p.332, p.107.

9) A. Verdross, *Forbidden treaties in international Law*, A. J., Oct. 1937, pp.571-577

10) 그 가운데는 實定法上의 原則이라고 하기보다는 道義的인 原則으로서의 性格이 強한 것이 있었다.

11) 小川芳彦「條約の無効及び終了原因としての jus cogens との抵觸(-)」法と政治 19卷 1號, 「條約

第15條에 「條約 또는 그 규정의 어떠한 것일지라도 만약 그 이행이 國際法上 위법한 행위를 포함하고, 동시에 國際司法裁判所에 의하여 그 취지가 선언되게 되면 무효이다」라고 되었지만 이것은 Lauterpacht가 의견서에서 서술하고 있는 바와 같이 國際公共秩序(international public order)를 의식한 것이었다¹²⁾.

Fitsmaurice는 1958년에 제출한 第3보고서 중에서 명확히 強行規範(jus cogens)이란 용어를 사용하였으며 第16條에서 「條約이 強行規範의 성질을 가지는 國際法의 원칙 및 규칙」에 反하지 않는 것이 條約의 유효성에 있어서 不可缺한 것이라고 함과 동시에 제18조에 있어서는 條約이 強行規範의 성질을 가지는 國際法規則을 포함하는 條約에 저촉하는 때는 무효로 된다고 하였다¹³⁾.

Waldock가 1963년에 제출한 草案은 그것을 계승한 것으로서 제13조1항에서 「條約은 그의 목적 또는 이행이 強行規範의 성질을 갖는 國際法의 一般規則 또는 원칙에 침해를 일으킨 때에는 國際法에 위반되고 무효이다」라고 하였다¹⁴⁾. 그리하여 그에 따른 토의가 행해진 결과 國際法委員會의 최종초안 第50條에 있어서 「條約은 그로부터 어떠한 逸脫도 허용되지 않고 또한 후에 생기게 된 동일한 성질을 갖는 一般國際法의 規範에 의해서 만이 변경될 수 있는 一般國際法의 強行規範(peremptory norm)에 저촉하게 되면 무효이다」라고 규정되고 그것이 Vienna條約法會議에서 약간 수정되어 第53條로 되었던 것이다.

그러면 왜 이와같이 第2次世界大戰後 國際法에 있어서 強行規範의 문제가 크게 다루어지게 되었는가 앞에서 본 바와 같이 國際法委員會에 있어서 보고자로 되어 強行規範의 문제를 다루었던 것은 모두가 서방측의 國際法學者들이었지만 그러나 國際法委員會와 Vienna會議의 토의에 있어서 그것을 강력하게 지지하였던 것은 社會主義國家와 신홍발전도상 국가들이었으며 그들이 強行規範을 강하게 지지하며 주장하였던 배경은 앞에서 논의하였던 바와 같이 국가의 자치권이 광범하게 인정되어 條約締結의 자유의 이름 아래 강대국이 약소국을 치배하는 힘의 논리가 합법화 되어 있었던 여태 까지의 國際社會의 현실에 대한 강한 반박이었다고 할 수 있는 것이다. 국내에 있어서 Laissez-faire이라는 계약자유원칙의 이름 아래 강자의 약자지배가 이루어지고 있었으나 점차로 사회적인 입장으로부터 제한을 받게 되었던 것과 같은 사정이었다고 말할 수 있을 것이다.

國際法에 있어서는 국가는 法의 受範者인 동시에 法의 定立者로서 상호간의 合意(條約)에 의하여 資格을 부여받고 있으며 국가에는 條約내용의 결정에 광범위한 자유가 인정되어서 第三國의 權利를 침해하거나, 第三國에게 義務를課하는 일을 하지 않는限, 合意만 이룬다면, 當事國相互의 關係를 규율하는 어떠한 내용의 條約이라도 체결할 수 있는 것으로 되었다. 그러나 자유로운 합의라 하더라도 거기에는 當事國間의 힘의 關係가 당연히 영향을 미칠 수 밖에 없으므로 합의라는 이름 아래 국가와 그 국민이 다른 국가에 예속되거나 反植民地的인支配를 받게 되었던 예가 적지 않았다¹⁵⁾.

法の理論」(東信堂) pp.181-207.

12) Yearbook of I.L.C., 1953 II, p.154.

13) Yearbook of I.L.C., 1958 II, pp.26-27.

14) Yearbook of I.L.C., 1963 II, p.52.

15) Lacks는 條約締結에 관하여 國家에게 완전한 自由를 認定한다면 결국 「國際關係는 法의 文書라는

條約內容에 國際社會全體의 입장으로부터 일정한 한계를 설정하려고 하는 強行規範의 觀念을 특히 社會主義國家들과 신흥독립국가들이 강력하게 지지한 이유가 바로 거기에 있었다고 말할 수가 있다. 더우기 제2차세계대전후 人權의 尊重과 武力行使의 制限이라는 소위 人類의 生존에 관련된 基本原則에 관하여 諸國家에 공통적인 規範意識이 점차로 고조되어 왔던 것도 무시할 수 없는 것으로서 그것이 當事國間에 있어서도 그것으로부터 逸脫하는 것을 허용하지 않는 強行規範의 觀念을 많은 국가들이 지지하는 氛圍氣¹⁶⁾를 만들었다고 말할 수 있을 것이다.

4. Vienna條約會議와 國際聯合憲章

國際法에 있어서 強行規範의 觀念은 國際社會의 발전상에 중요한 의의를 가지고 있지만 그러나 그것을 구체적으로 현실에 적용한다고 하면 적지 않은 문제점들이 있다.

먼저 문제가 되는 것은 어떠한 法規를 強行法規로 볼 것인가이다. Vienna條約에서는 새로이 「一般國際法의 強行法規」에 관하여 定義를 내리고 특히 그것이 「國際社會全體」(the international community as a whole) — 여기에서 全體라는 것은 개개의 국가가 veto權을 갖는 것을 부정하는 의미를 가진다 —에 의하여 수용되고 또한 인정되고 있는 것을 중요한 기준으로 하였지만 그러나 실제문제로서는 어떤 法規가 그 것에 해당하는가를 확인하는 것은 용이한 일이 아니다.

Waldock의 草案 제13조 2항에서 強行法規에 저촉하는 경우로서 (a) 國際聯合憲章의 모든 원칙에 위반하는 武力의 行使 또는 武力에 의한 위협 (b) 國際法에 의하여 國際犯罪로 되는 作爲 또는 不作爲 (c) 모든 국가도 國際法에 의하여 그의 억압 또는 처벌이 요구되고 있는 作爲 또는 不作爲의 3개가 거론되고 있었지만 國際法委員會에서는 그와 같이 예시하는 것에 반대하는 見解와 強行規範을 예시하려고 한다면 이상 몇가지의 경우만에限한다는 것은 적당하지 않다는 견해 등이 제시되어 결국 最終草案에서는 아무런 例示도 하지 않는 것으로 되었다.

그 理由로서, 國際法委員會의 의견서는 強行規範으로 간주할 수 있는 것의 구체적인 예를 예시하는 것에 의하여 도리어 그 이외의 法規의 성질에 관하여 오해를 불러일으킬 염려가 있고 또한 強行規範으로 간주되는 것을 열거하기 위해서는 오랜 기간에 걸친 검토가 필요하다는 것 등을 들고 있다. 결국 委員會로서는 強行規範으로 되는 것의 내용은 國家의 實行과 國際裁判所의 判例에 의하여 형성되는 것에 위임하는 것이 적당하다는 思考를 갖게 되었다¹⁷⁾.

이와같이 國際法委員會는 強行規範의 성질을 갖는 法規가 어떤 것인가를 明示하는

形式 속에서 그의 意思를 頹制하기에 충분한 힘을 가진 國家들의 활동무대가 된다」라는 結論에 인도되게 된다고 서술하고 있다. (M. Lacks, *The law of treaties, Recueil des l' Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, 1968, p.398)

16) 國際法委員會에서는 全員一致로 支持되고 Vienna條約法會議에 있어서도 實質的인 反對는 전혀 없었던 것이다.

17) *United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Documents of the Conference*, pp.67-68.

것에는 신중한 태도를 취하였지만 실제로 여태까지의 強行規範에 관한 토의를 보더라도 어떤것을 強行規範으로 할 것인가에 대해서는 상당히 見解가 갈라져 있다. Vienna條約法會議에 있어서도 이 점에 관해서는 각국의 견해가 일치하였다고는 할 수가 없었던 것으로 強行規範의 성질을 갖는다고 간주되는 國際法上의 一般原則으로서, 侵略戰爭과 集團殺害犯罪, 基本的人權의 侵害을 禁止하는 規則을 거론하는가 하면¹⁸⁾, 더욱 광범하게 國內事項에의 不干涉¹⁹⁾, 憲章前文과 第一條, 第二條를 거론하는가²⁰⁾ 등, 여러 가지였었다. 인권의 尊重에 관하여 規定한 規則과 國際聯合憲章에 反하는 武力에 의한 위협이나 武力의 行使를 禁止한 規則을 國際法上의 強行規範으로 보는 점에 대해서는 어느 정도 공통의 이해를 나타내었지만 그러나 그 이외의 점에 대해서는 國家間에 상당한 견해의 相違가 있었다고 하지 않으면 안된다.

이와같이 어떤 것이 強行規範의 性質을 갖는 國際法規인가에 대해서는 見解가 相違하는 가능성성이 있지만, 가령 어느 規則을 强行規範으로 간주할 것에 의견의 일치를 보았다고 하더라도, 그것이 추상적인 내용의 것인 경우에는 실제 구체적인 사항에 적용할 단계에 있어서는 또 다시 개개의 국가의 판정이 달라지는 가능성이 없다고는 말할 수 없다. 國際社會가 國內社會와 같이 조직화되어 있지 않고서 어떠한 것이 強行規範이고 또한 어떠한 사태가 強行規範에 저촉하고 있는가를 객관적인 입장에서 판정하는 判例가 충분히 정비되고 있지 않은 상황하에 있어서는 그러한 두려움이 더한층 크다고 하지 않을 수 없다.

그러나 그렇다고 하여 Schwarzenberger와 같이 未組職의 國際社會의 段階에 있어서는 強行規範의 存在는 인정될 수 없다²¹⁾라고 일반적으로 그것을 부정하는 것도 지나친 일이라고 아니할 수 없다. 強行規範 그 자체는 國際社會의 구성원의 法意識의 問題로서 설령 國際社會가 충분히 조직화되지 않는 단계에 있어서도 法意識의 성장에 따라서 強行規範의 원칙이 성립하는 가능성은 인정되기 때문이다. 그러나 強行規範의 내용이 구체적으로 명확히 되지 않는 상황하에서 개개의 국가가 그것을 판정한다고 하게 되면 모든 국가가 일방적으로 强行規範을 採用하여 그것과의 저촉을 이유로 하여 條約의 무효를 주장하는 가능성도 없다고는 할 수 없으므로 그로 인하여 條約關係가 불안정한 것으로 되는 것처럼 부정적으로 작용할 염려도 전혀 없다고 말할 수 없다²²⁾. 그러한 경우에 야기되는 국가간의 紛爭을 어떻게 조정할 것인가 國際法委員會의 草案 第62條는 이 점에 관해서 國際聯合憲章 第33條에 명시된 수단, 즉 當事國이 합意에 의하여 선택하는 수단에 의하여 해결을 추구하지 않으면 안된다고만 하고 있을 뿐으로 해결수단에 관하여 합의가 이루어지지 않는 경우의 조치에 대해서는 아무런 규정도 설정하고 있지 않았다.

Vienna條約法會議에 있어서 強行規範을 인정하는 그 자체에 대해서는 반대하지 않는다고 하면서도 草案 第50條(國際法委員會의 草案을 全體委員會에서 수정한 것)에

18) *United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session Official Records*, p.323.

19) *Ibid.*, p.294

20) *United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session, Official Records*, p.96.

21) G. Schwarzenberger, International jus cogens, *Texas Law Review*, March 1955, p.138.

22) K. Marek, Contribution à l'étude du jus cogens en droit international, *Recueil des l'Études de Droit International en Hommage à a Paul Guggenheim*, 1968, p.438, fn. 39.

대하여 8개국이 반대, 12개국이棄權(찬성은 87개국)한 것은 強行規範에 관하여 염려되는 점들이 충분히 해결되지 않고 있다는 이유에 의한 것이었다. 결국 強行規範을 중심으로 한 紛爭처리의 문제에 관해서는 Vienna條約 第66條에 의하여 紛爭當事國의 어느 쪽에서도 그 紛爭을 國際司法裁判所에 부탁할 수 있는 것으로 되어 있지만 그러나 強行規範의 내용이 구체적으로 명확히 되지 않는 경우에는 실제 적용상의 혼란이 야기될 염려가 전혀 없다고 말할 수는 없을 것이다.

요컨대 強行規範의 원칙을 실제에 적용하는 경우에 있어서 약간의 문제가 있기는 하지만 그러나 그것을 과대평가하여 強行規範이 갖는 의의를 부정적으로 평가하는 것은 적당하다고 할 수가 없다. 어떠한 것이 強行規範으로 될 수 있는가가 명확하게 되어 있지 않다고 하더라도 오늘날 이미 집단살해와 國際聯合憲章에 反하는 武力에 의한 위협이나 武力의行使를 금지하고 있는 國際法上의 原則이 強行規範의 성질을 가지고 있다고 하는 데는 거의 의견의 일치가 이루어지고 今後 國際關係가 보다 긴밀화되고 사람들의 國際的인 法意識이 성장하는 데 따라서 強行規範의 내용이 더욱 더 명확하게 되고 또한 새로운 強行規範이 등장하는 것도 기대할 수 있을 것이다. 強行規範의 실제의 적용면에 관해서도 오늘날의 國際社會에 있어서는 國際聯合과 世界與論에 의한 감시라는 요소를 무시할 수는 없는 것으로 국가가 強行規範의 이름으로 條約의拘束力を 함부로 부정하는 남용의 위험성을 걱정이 될 정도로 크다고는 말할 수 없다. 우리들은 앞에서 검토한 바와 같이 強行規範이 갖는 적극적인 면을 평가하여 그것이 충분하게 제 역할을 다하도록 하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

參考文獻

- 李漢基, 新稿國際法講義, 博英社, 1990.
- 横田喜三郎, 國際法 I · II, 有斐閣, 1985.
- 横田喜三郎·高野雄一編, 國際條約集, 有斐閣
- Brierly-Waldock, *The Law of Nations*, 6th ed. 1963.
- Bluntschli, J.C., *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staten*, 1872.
- Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Stevens, London, 1964.
- Guggenheim, P., *Traité de droit international public avec mention de la pratique suisse internationale*, 2 vols., 1953 - 54.; 2e éd., t. I, 1967.
- Kelsen, H., *Principles of International Law*, Rinhehart, New York, 1966.
- Lauterpaccht,H., *The Function of Law in the International Community*, Clarendon Press, Oxford, 1933.
- Schwarzenberger, G., *International Law*, vol. 1-4, 1957-1986.
- Tunkin, G. I., *Theory of International Law*, Translated by W.E.Butler, Harvard University Press, 1974.
- Verdross, A., Simma, B., *Universelles Völkerrecht-Theorie und Paxis*, Dunken und Humboldt, Berlin, 1976.