

International Laws

Sanghoon Park

2020-06-16

International Community and Law

이 내용은 2014년 봄학기 한국외국어대학교 정치외교학과를 대상으로 교류가능 과목으로 개설된 국제법(International Laws) 강의의 내용을 요약 및 정리한 것이다. 이 자료의 오타 및 오류는 전적으로 옮긴이에게 그 책임이 있음을 밝혀둔다. 또한, 이 자료에는 강이자(현재는 은퇴하신 한국외대 법학과의 이장희 교수님)의 개인적인 견해가 많이 반영되어 있다. 옮긴이는 강연자의 견해에 크게 반대하지 않아 이에 대해 별도의 수정 없이 게재한다.

국제법의 개념과 현황

고전적 의미의 국제법

법은 일반적으로 인간들의 공동사회에서의 제관계를 규율하는 규범으로 이해되고 있다. 그런데, 국제법이란 주로 국가를 기본적 단위로 하여 구성되는 국제사회의 제관계를 규율하는 규범으로서 인식되고 있다. 국제법은 이처럼 국제사회를 그 기반으로 하는 하나의 사회현상이므로 역사·정치·법 등의 어느 관점에서 고찰하는가에 따라 그 개념 역시 달라지게 마련이다. 또한 법적 관점에서 보더라도 시대에 따라 그 개념에는 변화가 있어 왔으며, 나아가 현대의 국제법 학자들 간에도 국제법을 정의함에 있어 부분적으로 일치하지 않는 면이 있다.

국제법에 관한 종래의 통설은 국제법을 '국가 간의 법', 즉 '국가 간의 관계를 규율하는 법'으로 정의하였다. 국제법을 이처럼 국가 간의 관계를 규율하는 규범이라고 한다면, 국제법은 이미 고대에도 존재하였다고 할 수 있다.

- 법이 규율하는 관계는 기본적으로 권리·의무 관계이므로 국제법은 국가 간의 권리와 의무 관계를 규율하는 법이며, 따라서 국가만이 국제법상 권리·의무의 주체로서 국제법상 권리·의무는 오로지 국가만이 가진다.
- 그러나 이에 대해서는 현재 국제사회는 과거와 같이 국가들만으로 구성되는 것이 아니고, 일정한 경우 국제 조직 심지어 개인 까지도 국제사회의 구성원으로서 국제법상 주체가 될 수 있다는 점에서 정확한 표현이라고 할 수 없다는 반론이 지배적이다.
- 따라서 국제법 주체를 국가만으로 한정하고 있는 종래의 통설은 더 이상 받아들여질 수 없다.

국제법의 현대적 의미

국제사회의 법으로서의 국제법

오늘날에도 명확히 일치된 국제법의 개념을 파악하기는 쉽지 않지만, 국제법에 대하여 일정한 틀을 보여주는 정의를 내리는 것은 가능하다.

- 가장 넓은 또는 일반적인 정의로서는 국제법은 '국제사회의 법이다'라든가 또는 '국제관계를 규율하는 규범의 전체이다'라고 하여 개괄적으로 정의할 수 있다.
- 보다 좁혀 규율대상의 관점에서 보면 국제법은 '주로 국가 간의 관계를 규율하고 때로는 국가와 그 밖의 단체 내지 개인의 관계, 나아가 국가와 국제기구간 또는 국제기구 상호간의 관계를 규율하는 법규범의 전체이다'라고도 정의할 수 있을 것이다.
- 요컨대, 국제법에 대한 최근의 관점은 국제법을 '국제사회의 법'으로서 파악하여 국가 이외에 일정한 국제조직과 개인도 국제법상 권리와 의무의 주체가 될 수 있다는 것이다.

타당근거 및 법적 성질의 관점에서 본 국제법

국제법은 그 타당근거와 법적 성질의 관점에서 보면, '국제사회를 기반으로 하고 조약과 관습이라는 법성립형식에 나타난 여러 국가들 간의 합의에 의하여 형성되고, 일종의 강요성 내지 강제에 의하여 유지되는 행위규범의 전체이다'라고도 말 할 수 있을 것이다. 그러나 이들 정의에 포함되어 있는 여러 요소, 예컨대 법성립 형식의 종류, 국가 이외의 법주체, 국가 간 합의의 의미와 그 필요성, 강제의 존부 등에 대하여는 학설상 그 견해가 일치되어 있지는 않다. 그렇지만 위의 몇몇 요소를 감안하여 볼 때, 다음과 같은 정의를 내릴 수 있다.

- 국제법이란 국제사회를 기반으로 하고, 일반적으로 조약과 관습법 등의 법성립형식에 의한 국가들 간의 합의를 중심으로 형성되며, 국가 간의 관계를 규율하는 외에 국제기구와 그 밖의 단체 및 개인의 관계를 규율할 수도 있는, 강제성을 수반하는 규범의 총체이다.

국제법의 어원

국제법의 어원은 라틴어의 'jus gentium' 'jus inter gentes'에서 유래한다. 원래, 고대 로마에는 로마 시민들 간에 적용되는 시민법으로서 'jus civile'가 있었다. 그러나 점차로 로마판도가 확장되면서 'jus civile' 외에 그 판도 내에 있는 로마인과 비로마인, 그리고 비로마인 상호간에 적용될 'jus gentium'(만민법)이 형성·발전하였다. 따라서 'jus gentium'의 적용범위는 'jus civile'보다도 넓을 뿐만 아니라 그 성격 상 공통성과 보편성의 특색을 가지고 있었다.

이처럼 'jus gentium'이라는 용어는 여러 의미를 가지고 있었지만 보통 대외적으로 제민족간의 관계를 규율하는 법의 의미로 사용되었다. 이후 중세 말기로부터 근세 초에 이르기까지 유럽에서 국제법에 대한 연구가 시작되자 여러 학자들이 이 용어를 국제법이라는 의미로 사용하게 되었던 것이다.

그런데, 17세기에 영국인 즈우치(Richard Zouch)가 국제법의 명칭을 'jus gentium'으로 하기에는 부적당하므로 'jus inter gentes'라고 부르는 것이 옳다고 제창하였다. 따라서 대체로 국제법의 명칭은 'jus gentium', 'jus inter gentes'에서 유래하는 것으로 인정되고 있다.

국제법명칭의 변화와 확립

서양에서의 국제법명칭

18세기에 이르러 즈우치의 주장은 프랑스어로는 'droit des gens,' 'droit entre les gens' 또는 'droit international,' 영어로는 'law of nation' 또는 벤담(Jeremy Bentham)에 의하여 'international law'로, 독일어로는 'Völkerrecht' 또는 'Internationales Recht'로 번역되어 사용되기 시작하였다.

그러나 이들 용어를 이전의 라틴어와 반드시 동일한 의미라고 하기는 어렵다. 어쨌든, 국제법이라는 용어는 라틴어인 'jus gentium', 'jus inter gentes'에서 유래하여 이를 나름대로 번역한 명칭이 사용되어 왔음을 발견할 수 있는데, 오늘날 일반적으로 국제법이란 의미로 영어로는 'international law,' 프랑스어로는 'droit international,' 독일어로는 'Völkerrecht'라는 용어가 널리 사용되고 있으며, 경우에 따라서는 'law of nations,' 'droit des gens,' 'Internationales Recht'라는 용어도 간혹 사용됨을 볼 수 있다.

한편, 이와 관련하여 근래에는 국제법을 국제사회의 법으로 보고 또한 개별적 국가에 대한 국제법의 상위성을 강조하기 위하여 'super national law' 또는 'bernational law'라고 하자거나, 국경을 넘어 개인이 상호 교류·교통하는 현상을 반영하여 국제사법까지도 포함해서 'transnational law'라고 부르자는 견해도 대두되고 있다.

동양에서의 국제법명칭

동양에서는 1864년 중국에서 미국인 마틴(William Martin)이 휘튼(Henry Wheaton)의 저서인 *Elements of International Law* (1836)를 번역하면서 사용된 '만국공법'이란 용어가 한동안 사용되었으며, 이는 한국과 일본 등에서도 통용되었다. 이후 1873년 일본에서 미즈구리(箕作麟祥)가 처음으로 울시(T.W. Woolsey)의 *International Law*를 번역하면서 '국제법·일명 만국공법'으로 제목을 붙인 것을 시작으로 오늘날에는 한국과 일본에서 '국제법'이란 명칭이 통상 사용되고 있다.

근대국제법의 형성배경

국제사회는 오늘날 국가라 불리는 독립한 정치적 공동체들 간의 접촉을 통해 발생하는 국제관계를 기반으로 하여 성립하게 되며, 따라서 국제사회에서 그들 간의 국제관계를 규율하는 법규범인 국제법이 형성되는 것이다. 그러나 이른바 고대 국제법은 종교적 성격이 강하고 특정사항에 관한 단편적인 규정들로 존재하였는데 반하여, 근대 국제법 주권과 민족주의를 속성으로 하는 근대국가들 간의 일반적 관계를 규율하는 종합적인 법질서라는 관념을 그 기본적 전제로 하고 있다. 그러므로 국제법학에서는 근대국가가 등장한 이후 그들 간의 관계를 규율하기 위해 형성된 근대 국제법만을 그 인식 대상의 기초로 삼고 있다.

오늘날 국제법이라 불리는 법체계는 일반적으로 16~17세기 이후의 유럽에서 그 기원을 찾고 있다. 즉, 유럽에서 중세까지 전개되어 왔던 로마교황과 신성로마제국의 황제를 정점으로 하는 이른바 기독교적 통일세계(Respublica Christiana)가 붕괴되고 중앙집권적인 근대적 의미의 국가체계가 성립되자, 국제법은 국가 간의 관계를 규율하는 법으로 탄생된 것이다. 이러한 근대국가의 성립에 대하여 이론적인 근거를 부여하려는 움직임으로서는 16세기 후반 프랑스인 보댕(J. Bodin)의 주권론이 유명하다.

- 그는 1576년에 저술한 “국가론”(Les six Livres de la Republique)에서 ‘국가의 절대적이고 영원한 권력’인 주권은 국왕에게 있으며, 따라서 국왕은 다른 봉건제후나 로마교회의 권위에 복종하지 않는다고 하였다
 - 그러나 그는 주권자라 하더라도 神法, 自然法, 국가 간의 共通法에는 복종해야 한다고 하였다.

1648년의 웨스트팔리아 평화회의(Congress of Westphalia)에서 채택된 웨스트팔리아 조약은 이렇게 성립된 유럽의 국가 체제를 명확히 승인하고 국가의 독립과 평등을 기본관념으로 하는 근대국제사회의 성립을 가져왔다.

근대국제법의 발전

근대 국제법 19세기에 이르러 새로운 발전의 단계를 맞이하게 되는데, 그 발전의 특징은 다음의 세 가지 현상으로 나눌 수 있다. 국제법의 실정법화, 타당영역의 확대 그리고 규율내용의 확충이 그것이다.

국제법의 실정법화

19세기 이래 근대의 산업발달 특히 교통 및 통신수단의 기술적 진보와 국제무역의 급격한 증가는 국제사회를 구성하는 국가들의 생활조건을 서로 유사하게 하는 등 어떤 국가도 고립하여 존립할 수 없는 국제적인 유대관계를 형성하게 되었다. 이리하여 당시까지 개별 국가적 성질에 가려져 있던 국제법은 국제 사회적 성질을 인정받게 되었으며, 19세기 말부터 20세기 초에 걸쳐 이와 같은 유대관계에서 발생한 다양한 권리·의무의 설정과 이익보호를 목적으로 많은 국제행정연합이 설치되고 국가 간에는 수많은 통상조약이 체결되었다.

한편, 빈발하는 전쟁으로 인해 많은 전쟁 및 중립법규가 채택되고, 약간의 전쟁방지법도 형성되었다. 이렇게 하여 국제법은 단순한 이념이나 관행에서 벗어나 실정법으로 발달하게 되었다.

국제법의 타당영역의 확대

근대 국제법 유럽의 기독교국가 사이에서 그 문화적 동질성을 배경으로 형성되고 발전되어 왔다. 그런 이유로 근대 국제법을 ‘유럽공법’(public law of Europe)이라 부르기도 한다. 그러나 19세기 중엽이 되면서 국제법의 타당범위는 비기독교국으로 확대되었다. 크림미아 전쟁에 관한 파리조약(1856)에서 회교국인 터키가 ‘유럽공법과 협조의 이익’에 참가하는 것이 인정되었고, 또, 이 시기에 체결된 조약에 의하여 중국과 일본도 이 법의 적용주체에 가담하게 되었다. 부분적이나마 국제법이 기독교국 이외의 다른 국가에 대하여 그 타당영역을 확대한 것은 국제법의 새로운 출현을 뜻하는 것이었다. 이는 자연법, 로마법, 기독교신학사상 등 국제법의 형성기반을 공유하지 않는 국가에게도 이 법이 타당할 수 있는가의 여부, 즉 그 보편성의 진가가 시험받게 되었기 때문이다.

국제법의 규율대상의 확대

산업혁명에 의한 근대산업경제의 발전과 교통 및 통신수단의 발달은 국제무역을 비롯한 각종의 국제적 교류를 비약적으로 증대시켰다. 이것은 다음의 네 가지 점에서 국제법의 발전에 큰 영향을 미쳤다.

1. 이 교류를 원활히 진행하기 위하여 각종의 많은 국제조약이 체결되었다.
2. 다수국가의 공통목적을 실현하기 위한 국제기구가 설립되었다. 국제기구의 탄생은 국제사회가 이전의 분권적 성격에서 상호의존적 사회로 발전해 왔음을 의미한다.
3. 분쟁처리수단으로서 국제중재재판이 발달하였다.
4. 이러한 발전 외에 전쟁법의 전개에 있어서도 많은 변화가 생겼다.

현대 국제법의 주요과제

현대 국제법이란 일반적으로 제2차 세계대전 후의 국제법을 가리키는데, 그 발전 동향은 제1차 세계대전 후로부터 비롯된다. 이 시기의 국제법 발전은 다음의 다섯 가지로 특징지을 수 있다.

전통적 국제법 원리의 수정 및 변화

제2차 세계대전 전까지만 해도 광대한 아시아와 아프리카 지역은 오랜 기간 동안 유럽제국의 식민지 상태로 있었다. 이러한 식민지들의 전후에 있어 독립은 단순히 19세기 이후 국제법에 있어 적용 영역의 지리적 확대라는 측면으로만 파악할 수는 없다. 즉 현대 국제법은 그 형성에 참가하지 않은 이들 신생 독립국가들에 의하여 큰 변혁이 이루어지고 있다. 특히 이들 국가들은 서유럽국가들의 식민지주의와 해외시장확대를 합리화한 전통적인 국제법원칙을 강력히 비판하고 있다.

현대 국제법은 그 밖의 분야에서도 중요한 변화를 겪고 있다. 국제연합과 전문기구를 중심으로 한 국제사회의 조직화가 진전되고, 다수의 국제문제가 이러한 국제기구들에 의하여 처리되고 있는 점, 상설국제사법재판소 및 국제사법재판소에 의한 분쟁의 사법적 해결과 그 판례축적에 의한 국제법의 큰 발전, 그리고 인간 활동 영역의 확대에 수반하여 국제법의 규율영역이 해저에서 공간 및 우주로 수직적 폭을 갖기에 이른 점 등도 변화의 특징으로 들 수 있다.

불법적 무력행사의 금지

제2차 대전 후의 국제연합헌장은 전쟁의 불법화경향을 더욱 철저히 하였다. 집단안전보장의 강화를 도모함과 동시에 '전쟁' 뿐만 아니라 '무력행사'를 일반적으로 금지하였다. 1970년의 "국제연합헌장에 의한 국가 간의 우호적 관계와 협력을 위한 국제법원칙에 대한 선언"은 무력행사 또는 무력위협을 '국제법'에 위반하는 행위로 열거하고 금지되는 구체적 형태를 밝혔다(총회결의 2625).

국제사법재판소는 '니카라과에 대한 군사적 활동 사건'(본안, 1986)에서 동 선언에 규정된 무력불행사원칙은 단순히 헌장규정을 구체화한 것이 아니라 "국제관습법의 법적 신념을 표명한 것"이라고 하였다.

인권의 국제적 보호

전통적으로 인권의 보호는 국내문제로 취급되어 왔다. 즉 헌법을 비롯한 국내법에서 규율할 사항(국내 관할사항)으로 보아온 것이다. 그런데 제1차 대전 후에 국제노동기구(ILO)에 의한 노동자보호조약과 유럽의 소수자보호조약 등을 위시하여 인권보호에 관한 국제적 발전이 점차 이루어지기 시작했다.

- 그러나 인권 일반을 국제적 규율사항으로 하는 조치는 제2차 대전 이후에 이루어졌다.
- 특히 제2차 대전 당시 나치스 독일에 의한 유대인의 대량학살 등은 인권보호와 평화유지의 밀접한 관련성을 다시 인식시켜 주었다.

- 그 때문에 국제연합헌장에서는 인권과 기본적 자유의 존중을 국제연합의 목적의 하나로 하고 있으며, 반복하여 그 중요성을 강조하고 있다(국제연합헌장 전문, 제1조 3, 제13조, 제55조, 제56조, 제62조 2, 제68조, 제76조 c 등 참조).
- 1948년의 세계 인권선언과 1966년의 국제인권규약은 헌장의 정신을 발전시킨 중요한 성과이다.

이밖에도 지역적 차원의 발전도 주목되는 바, 유럽인권협약과 미주인권협약은 조약의 실시기관으로서 인권위원회 외에 인권재판소를 설치하고 양 기관의 활동에 의하여 인권의 정당한 보장을 도모하고 있다.

이러한 일반적·지역적인 인권보장의 발전은 국제법의 기능영역이 새로이 확대되었다는 점에서 주목되고 있으며, 아울러 인권문제가 더 이상 순수한 국내 관할사항이 아님을 보여주고 있는 것이다.

경제의 국제화와 법적 규제

국제법이 국제사회의 변천과 더불어 발전하여 왔듯이, 경제에 대한 국제법적 규율도 국제경제관계의 역사적 전개과정에 대응하여 변천되어 왔다. 전통적 국제법이 일단 완성된 19세기 중엽은 유럽에 있어서 자유무역체제가 확립된 시기이기도 하였다.

당시의 자유무역체제는 유럽국가들 간에 그물망처럼 펼쳐진 양국 간 통상조약에 의하여 실현되었다. 그러나 19세기 말부터 주기적으로 엄습해 오는 경제공황에 대처하기 위하여 유럽 국가들은 경제과정에 대한 개입을 강화하기 시작하였다. 특히 대외적으로 영국은 대영제국특혜관세에 최혜국대우조항의 예외를 설정하여 경제블록을 형성하였다. 제1차 세계대전은 바로 이러한 경제블록간의 전쟁이라는 일면이 있었다.

제1차 대전 이전에 유럽의 선진 국가들에 의해서 주장된 자유주의경제 원칙들은 실은 해외에 있어서 경제적 이익의 획득과 유지에 의하여 자본주의의 발전을 실현하려는 유럽 국가들의 기대의 표명임과 동시에 '근대 국제법'의 경제적 측면이기도 하였다.

제2차 대전 후의 세계경제질서는 거대한 부를 축적한 미국을 중심으로 국제경제기구에 의하여 자유무역체제를 부활시키려는 것이며, 그러한 기구 중 대표적인 것들로 국제통화기금(IMF)과 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT), 그리고 국제부흥개발은행(IBRD) 등이 있다. 이러한 국제기구는 국제경제전반을 통제하게 되었을 뿐만 아니라, 국제기구에 관한 법이 국가 간 조약에 의한 국제법 이상으로 선도함으로써 국제경제질서를 유지 및 발전시켜 나가는 데 중추적인 역할을 하게 되었다.

특히, 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)의 주도하에 행해진 다자간 무역협상으로 우루과이 라운드 협상이 타결됨에 따라 세계무역질서는 자유무역질서에 입각한 세계주의로 급속히 재편될 것으로 보인다. GATT의 8번째 다자간 협상인 우루과이 라운드 협상은 2000년대에 적용될 포괄적이고 체계적인 새로운 무역규범을 제정했다는 데 큰 의의가 있다.

개발에 따른 지구환경의 보전

종전에는 환경문제가 각국의 국내적 차원에서 규제되어 왔으나, 1970년대에 들어와서 환경문제의 규모가 급격히 증가하여 지구 전체에 영향을 주게 됨에 따라 환경오염방지를 위한 국제적 규제가 필요하게 되었다.

오늘날 '하나뿐인 지구'의 미래에 관한 우려는 인류의 생존문제로 인식되고 있다. 지구의 온난화, 산성비, 수질오염, 대기오염 등의 공해재앙은 현재와 미래의 인류를 포함한 모든 생명체를 위협하고 있으며 그 심각성은 점점 더 증대하고 있다. 이에 따라 환경보전문제는 국제법분야에서도 그 중요성이 계속 증대하고 있다.

국제사회의 도구로서의 국제법: 국제사회와 국제법에 대한 우리(한국) 인식의 한계

1. 우리 자체로서는 반만년의 유구한 역사를 자랑하는 문화민족이라고 하나, 근대법 전개 이후 국제사회의 시각에서 볼 때 제2차 대전 후 식민지 상태를 갓 벗어난 신흥국의 범주에 포함되기 때문에 국제사회에 대한 인식 내지 규율론적인 관념이 미비하다는 점.
2. 조선말(개화기) 이래 민족의 뇌리에 선명히 남아있는 국제법에 관한 기억이란 선진문명제국으로부터의 조직적 침탈 및 국권상실과정을 근대적인 법(국제법)의 형태로서 맞이한 것으로서, 국제적 개방에 대한 본능적인 두려움과 함께 배척하는 현상까지도 역사적으로 볼 때 애국·애족으로 나타났다는 점.

3. 국권회복 과정에서 독자적이고 주관적인 우리의 독립활동은 국제적 연대성의 결여로 말미암아 국제사회에서 인정받지 못함으로 인해 신생국으로 출발시 그 주체성이 상대적으로 희석되었고, 따라서 국제사회에서의 독자적인 활동영역이 제한적이었던 점.
4. 제2차 대전 이후 국제사회에 있어 규범의 방향이란 투쟁의 법에서 협력의 법으로 바뀌었음에도 불구하고 우리는 남·북한 분단이라는 특수사정에 연유한 것이기는 하나, 과거의 유물인 투쟁의 법에만 매달릴 수밖에 없어 지금까지 그렇게 지내왔을 뿐만 아니라 앞으로도 언제까지 이렇게 지내야 할 것인가가 불확실하다는 점.
5. 그럼에도 불구하고 규범적 논리가 아닌 경제적 논리에 의해 우리는 국제사회에 나설 수밖에 없고, 아무런 준비 없이 국제화·개방화라는 명제 앞에 지금까지도 우리의 특수한 입장만을 되뇌고 있다는 점 등이다.

Source of Law and Effects

국제법의 법원

법원의 유형

형식적 법원

국제법의 법원으로는 19세기 법실증주의의 대두와 아울러 종전까지 조약과 국제관습법만을 말해왔다. 그러나 PCIJ가 위의 두 가지 이외에 '법의 일반원칙'도 재판기준으로 인정한 이후 '법의 일반원칙'을 국제법의 법원에 포함시키는 견해가 유력하다. 따라서 이상의 세 가지 법형식을 일컬어 형식적 법원이라고 한다.

실질적 법원

법규범이란 주어진 문제에 기계적으로 적용되는 것은 아니다. 소위 해석이라는 행위를 통해서 그 내용이 밝혀지고 특정문제에 대한 적용여부가 정해진다. 이 때 국제재판의 판결, 학설, 국제기구의 결의, 미발효조약, 국제회의와 위원회의 준비작업, 결의, 선언, 보고서 등 각종 관련요소가 고려된다. 이것들은 형식적 법원의 내용을 명확히 하기 위하여 고려되는 것으로 통상 실질적 법원이라고 한다.

형식적 법원과 실질적 법원의 관계

형식적 법원의 범위와 내용을 명확히 하는 보조 자료로서 실질적 법원은 다양하지만 그중에서도 국제 판례, 학설, 국제적 결의 등이 중요하다. 조약의 해석 및 관습법의 내용은 실질적 법원의 변동에 따라서 변할 경우도 있고 (영국과 아일랜드간의 '어업관할권 사건', 1974 참조), 형식적 법원과 실질적 법원이 밀접하게 관련되기 때문에 양자를 구별하는 것이 곤란할 수도 있다('리비아-말타 대륙붕 사건', 1985 참조).

조약

입법조약과 양자조약

조약은 국제법 주체 간에 맺어지는 문서에 의한 합의이다(비엔나 조약법 조약 제2조 1a). 조약은 체약 국가에 적용되는 규범을 창설하며, 국제관습법을 보완하거나 이를 수정할 수 있다. 조약중 이른바 입법 조약(law-making treaty)은 국제사회의 일반적 규범을 정립하는 것으로서 매우 중요한 법원이다. 두 국가 간 조약의 경우에도 체약국간의 법규범 설정기능은 인정이 되며 그 법원성이 부정되지 않는다(ICJ '시실리 전자공업회사 사건', 1989 참조).

조약의 제3국에 대한 효과

조약은 제3국에 대하여 권리와 의무를 창설하지 않는다. 그러나 다국 간 조약의 규정이 관습법화할 경우 또는 관습법을 법전화한 조약의 경우에는 제3국에게도 그 법적 효과가 미칠 수 있다(ICJ 북해대륙붕 사건, 1969 참조).

협력수단으로서 조약의 역할 증대

현대의 기술과 교통 및 무역의 발전은 국가들 간의 상호의존성을 더욱 증진시키고 있으며, 광범위한 분야에 있어서 공동의 관심사에 대한 규칙의 제정을 촉진시키고 있다. 따라서 조약은 국제관계상 중요한 협력의 수단이며, 이러한 협력은 관계국간의 지위를 변화시키기도 하기 때문에 조약은 흔히 변화를 위한 수단이 되기도 한다.

관습법

1. 의의

국제관습법이란 법으로 인정된 일반관행의 증거로서의 국제관습이다(ICJ 규정 제38조 1b). ICJ에 의하면 국제관습법은 “성질상 국제사회의 모든 구성국에 대하여 똑같이 효력을 가져야 하며, 자기 사정 때문에 임의로 특정국가에 의하여 일방적으로 배제될 수는 없다”(북해대륙붕 사건, 1969). 또한 ICJ는 국제관습법의 형성요건으로서 객관적 요건으로서의 국가관행과 주관적 요건으로서의 법적 신념을 들고 있다.

2. 관습법의 증거

- 국가관행의 존재: 관습법의 주된 증거는 실제의 국가관행에서 찾을 수 있다. 국가관행은 국가가 취한 행동에 관한 신문보도나 정부대변인의 성명 및 국제회의에서 행하는 성명 등의 공표된 자료와 국내 법률 및 판례에서도 찾을 수 있다.
- 학설 및 국내외판결: ICJ규정 제 38조 1d에서 법칙결정의 보조수단으로 열거되어 있는 바와 같이 국제법학자의 저서 및 국내재판소와 국제재판소의 판결에서도 찾을 수 있다.
- 조약: 조약도 관습법의 증거가 될 수 있는데, 조약이 관습법을 선언하고 있거나 혹은 관습법의 법전화를 의도한다면 그것은 조약의 비당사국에 대해서 관습법의 증거로 원용될 수 있다. 그러나 기존의 관습법이 조약에 의해 변화할 가능성도 있다.

국가관행

1. 의의

국가관행이란 당해 행위가 각국의 일반적 관행, 즉 동일한 내용의 행위가 반복하고 있음을 말한다. 그렇지만 그 관행이 반드시 완전한 획일성과 일관성을 요구하는 것은 아니다. 국가관행에는 부작위도 포함된다.

2. 기간의 문제

국가관행의 형성에 요구되는 시간적 요소는 일정치 않다. 중요한 것은 그 기간 내에 특별히 이해관계를 갖는 국가를 포함한 국가의 관행이 광범위하고 실제상의 일치성을 보이는 것이다(ICJ 북해대륙붕 사건, 1969 참조).

법적 신념

주관적 요건으로서의 법적 신념이란 당해 행위의 실행 또는 억제가 법적 권리·의무의 관념을 갖는다는 규범적 인식이다. 일반적으로 이러한 요건의 인정은 국가관행의 분석을 통해 판단되는데, 당해 관행이 확고한 일관성을 가질 때에는 법적 신념의 존재에 유리한 추정이 작용된다고 볼 수 있다.

법의 일반원칙

1. 의의

법의 일반원칙이란 각국의 국내법에 공통된 일반적인 법원칙으로서, 국가 간의 관계에 적용할 수 있는 원칙을

말한다. 동 원칙이 ICJ의 재판준칙으로 채택된 이유는 적용법규의 부존재 내지 불명료에 의하여 재판이 불가능해지는 상태를 피하기 위한 것이었다.

2. 적용된 법일반원칙의 주요내용

PCIJ와 ICJ에 의해 적용된 법 일반 원칙으로는 다음과 같은 것들이 있다. 위법행위에 대한 책임발생의 원칙, 금반언의 원칙, 신의칙, 입증책임, 증거능력에 관한 제 원칙, 소의 이익, 기판력의 원칙 등이다.

3. 법원성의 인정여부

- 부정설: 국내법원칙으로서 ICJ규정이라는 조약에 의하여 재판기준으로 되었음에 불과하기 때문에 국제법의 독자적인 법원성을 구성하는 것이 아니라고 주장한다.
- 긍정설: 동원칙은 ICJ뿐만 아니라 모든 국제재판에 걸친 재판준칙으로서 보편적 적용이 인정되고, 동 원칙의 적용이 조약내지 국제관습법을 매개로 하더라도 그 규범의 실체가 조약과 관습법과는 다른 연원에서 구하여 지기 때문에 '법의 일반원칙'은 국제법의 독자적인 법원을 이룬다는 주장이다.

판례

1. 의의

ICJ 규정은 판례를 무엇이 법인가를 결정하기 위한 수단인 '법칙결정의 수단'으로 보고 있다. 그러나 ICJ 규정에서 판례의 경우 선례구속성을 인정하지 않음으로 형식적 법원은 아니다. 그럼에도 불구하고 ICJ는 참조 가능한 판례에 의거하고 있고 또한 각국도 그 판례를 중시하고 있다. 이런 의미에서 이들 판례는 실질적으로 국제 판례법이라고 불리는 실체를 형성하고 있는 것이다.

2. 기능

- 조약의 해석에 영향을 미친다.
- 국제관습법의 내용을 확정하는 기능을 갖는다.
- 새로운 법을 창조하는 기능을 갖는다.

학설

1. 의의

ICJ 규정은 판례와 마찬가지로 권위 있는 학설을 법칙결정의 보조수단으로 보고 있다. 그러나 실제취급에 있어서 특정학설을 직접 인용하지 않는 것이 관례이다. 그렇다고 해서 이것이 학설을 참조하지 않는다는 것은 아니다. 학설이 갖는 의의는 사건에 따라서 다르기 때문에 단일 주제에 대하여 학설이 다양하게 나타날 때 그 가치는 제한적일 수밖에 없다.

2. 적용사례

- 외교상의 논쟁에 있어서 국가는 학자들의 견해를 자주 인용한다.
- 파켓트 하바나호 사건(1900)에서 미연방법원은 “다년간의 연구와 경험에 의하여 당해 주제에 정통한 법학자의 업적”에 의거해야 한다고 하였다.
- ‘노테볼 사건’(제2단계, 1955)에서 재판소는 이중국적자의 보호에 관한 판례를 검토한 후에, “동일한 경향은 국제법학자의 학설과 국가실행에 있어서도 지배적이다” 라고 하였다.

국제기구의 결의와 선언

법적 성질 국제기구가 채택하는 결의 및 선언은 기구의 내부적인 문제에 관한 결정을 별도로 하면 일반적으로 가맹국을 구속하는 효력을 갖지 않는다. 이는 다만 권고적인 성질의 것일 뿐이고 국제법의 형식적 법원을 구성하지 않는다.

결의의 국제법상 기능

1. 현행 국제법의 발전을 의도하는 것과 일반적 성질의 규범내지 질서의 수립을 의도하는 것이 있다.
2. 국제연합헌장 및 일반국제법의 내용을 명확히 하기도 한다.
3. 동일한 내용의 결의가 반복 채택될 경우 이는 후에 조약화를 촉진할 뿐만 아니라 그 내용이 국제관습법화할 가능성이 있다.
4. 국제기구에 있어 기관의 관행은 국제법의 법원을 구성할 가능성이 있다.

형평과 자연법

의의 형평은 구체적인 경우에 정의를 실현할 수 있다고 판단되는 결정요소를 말하며, 법의 해석 또는 보충을 위해 적용되는 보조규칙이다. 형평을 국제법의 법원으로 보는 사람들은 그들의 주장을 강화하고 주관주의자라는 비난을 면하기 위해서 흔히 자연법에 호소한다.

따라서 형평, 정의, 자연법 등의 세 가지 용어는 상호 혼동되는 경향이 있다. 형평에 대한 언급에 있어서 공통의 윤리가치를 갖는다고 인정되는 국내사회와 달리, 적대적인 이념철학에 의해 유지되는 국제적 상황에 직면하게 되면 그 가치는 매우 제한적일 수밖에 없다.

적용범위

형평과 선을 적용하도록 실정법에 규정하고 있는 경우에는 이 원칙이 적용된다. 판결에서 형평과 선에 따르도록 판시하고 있는 경우에도 이에 따라야 한다. 또한 형평과 선은 일정한 경우 보충원칙으로 적용될 수 있다. 이 외에도 당사자가 형평과 선에 따라 분쟁을 재판하도록 합의하는 경우에 이 원칙이 적용되며, 이와 같은 합의를 규정하는 조항을 '형평재판조항'이라고 한다.

국제법의 효력관계

일반적 효력관계와 적용원칙

1. 일반적 효력관계
조약과 국제관습법은 법적 효력에 있어서 우열관계가 없다. 따라서 조약상호간, 국제관습법 상호간, 조약과 국제관습법간에 법규가 저촉될 경우에 그 적용관계가 문제된다.
2. 적용원칙
 - 특별법 우선의 원칙
특정국가 간에 일반국제법의 효력이 배제된다는 의미에서 특별법 우선의 원칙이 적용됨
 - 신법 우선의 원칙
조약 또는 국제법 상호간에는 물론이고, 조약과 국제관습법 상호간에도 '신법은 구법을 폐기한다는 원칙이 적용된다.
 1. 두 조약의 체결국이 다를 때에는 그들 국가가 함께 체결국으로 되어 있는 조약이 적용된다.
 2. 국제연합헌장과의 관계에서 이에 저촉되는 조약상의 의무에 대하여는 항상 헌장상의 의무가 우선한다.
 3. 조약과 다른 국제관습법이 형성된 경우에 그 조약을 유지할 것인가는 체결국의 의사에 달려있다.
 - 법의 일반원칙을 적용하는 경우의 효력순위 문제
법의 일반원칙이란 조약과 관습법의 흠결을 보충하고, 조약과 관습법의 하위에 있어 조약과 관습법이 법의 일반원칙과 저촉될 때는 조약과 관습이 우선한다.
 - 재판상의 판결과 권위 있는 학설의 적용 시 효력순위 문제
ICJ규정 제38조 1항은 재판소의 판결과 학설을 "법칙결정의 수단으로 보기 때문에 이는 조약, 관습법, 법의 일반원칙 보다도 효력이 아래라고 보아야 한다.

- 형평을 적용할 경우 효력순위의 문제
형평이 국제법의 법원인지의 여부는 아직까지 확실히 말할 수 없다. 그러나 재판소가 형평과 선에 의해 재판을 할 것이 허용된 경우 재판소는 자기가 가진 형평의 관념으로 모든 국제법 규칙에 대신하는 것이 허용된다고 보아야 한다.
- 국제기구의 행위를 적용할 경우 효력순위의 문제
국제기구의 행위는 국가관행과 동일한 효력으로서 관습법의 증거가 된다. 그러나 국제기구의 구속력 있는 결정은 조약과 동일한 효력을 갖는다.

상위규범으로서의 강행법규

1. 강행법규인정의 문제
전통적으로 국제관계란 주권을 절대시한다는 것을 전제로 형성되었기 때문에 국가 간의 ‘합의 자유’ 개념이 널리 인정되어 강행법규의 존재에 대한 이론의 여지가 없었다(PCIJ 로터스호 사건, 1927 참조). 그러나 1969년 ‘조약법에 관한 비엔나 협약’은 강행법규의 존재를 인정하고 있다.
2. 조약법 조약상 강행법규의 개념
일반국제법의 강행법규이란 어떠한 일탈도 허용되지 않고 또한 추후 발생한 동일한 성질은 가진 일반국제법에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로서 국제사회 전체에 의하여 수락되고 승인된 규범을 말한다.
3. 논의된 강행법규의 주요내용에 대한 현대적 의미
조약의 기초단계에서는 침략행위, 집단살해, 노예매매, 등이 강행법규에 반하는 사례로 열거되었으나, 오늘날 그 내용과 범위는 국가관행과 국제 판례를 통해 확대되는 경향이 있다. ICJ는 위의 열거된 사항에 대하여 “국가가 국제사회전체에 대하여 지는 의무”이고 “모든 국가는 그 보호에 대하여 법적 이익을 갖는 것으로 간주된다”고 밝힌바 있다(바르셀로나 트랙션 사건, 제2단계 1970 참조). 따라서 강행법규란 국제사회의 기본적인 질서를 유지하기 위하여 인정되어야 할 최소한도의 불가결한 규범을 가리킨다고 볼 수 있다.

국제법과 국내법의 관계

기존이론의 소개: 일원론 vs. 이원론

근대국가의 헌법체계는 권력분립이라는 원칙하에 입법부에는 입법부, 조약체결권은 행정부에 부여하고 있었기 때문에 이러한 제도적 구분에 따라 국내법과 국제법은 서로 다른 법체제를 구성한다는 이원론이 일반적 인식이었다. 그러나 국제법과 국내법의 규율영역이 점점 확대되고, 동일한 사항에 대해서도 두 가지 법의 규율이 중복적용 내지 저촉되는 경우가 증가함에 따라 양자를 일원적으로 파악하려는 경향이 나타났으며 이를 일원론이라고 한다.

이원론

1. 주요내용
국제법과 국내법은 그 규율영역을 달리할 뿐만 아니라, 그 타당성의 근거에 있어서도 국제법은 복수국가의 의사합치에 의하고 국내법은 국가의 단독의사에 의한다고 본다. 따라서 양자는 각각 독립한 법체제를 구성하므로 상호저촉관계가 발생하는 일은 없으며, 국제법이 국내적으로 효력을 갖기 위해서는 국제법이 국내법으로 바뀌어야 한다는 변형이론을 내놓고 있다. 대표적 학자로는 트리펠과 안치로티, 오펜하임 등이 있다.
2. 문제점
 - 이원적 법체계와 국가책임문제
국가가 국제사회에 대하여 국가책임을 진다는 것은 국제사회의 통일적 법질서를 의미하는 것이 된다. 그러나 이들 두 법체계가 완전히 별개의 법체계라면 양자가 서로 저촉한다고 해도 국가가 대외적으로 책임을 질 필요가 없으나 현실적으로 그것은 용납이 되지 않는다는 문제가 생기게 된다.

- 변형이론의 적용문제
국제법규 중에는 국내법으로 변형되지 않고 그대로 국내에 적용되는 경우(국제 관습법)가 적지 않으므로 모든 경우에 이것이 타당한 것은 아니다.

일원론

이른바 일원론의 주장은 국제법이 실제로 국내적으로 적용되고 있다는 법인식을 그 기반으로 하고 있다, 이러한 일원론은 다시 국제법과 국내법 양자의 효력관계를 둘러싸고 국내법우위 일원론과 국제법우위 일원론으로 대립한 바있다. 그러나 국내법우위 일원론은 국제법의 타당근거와 범위가 국내법에 의해서 결정되며 나아가 결국 국제법의 존재를 부인하게 됨으로 해서 오늘날 국내법우위 일원론은 거의 받아들여지지 않고 있어 최근에는 국제법 우위 일원론이 유력하다. 여기에 있어서도 그 근거는 주장하는 사람에 따라서 다르다.

기존이론의 문제점

국제법과 국내법에 관한 이원론 내지 일원론이 반드시 현실에 있어 국내법과 국제법의 관계를 정확히 설명하여 주는 것은 아니다. 이 두 개의 법체계사이에는 일방이 타방에 저촉할 경우라도 어느 것이 당연히 무효로 되는 일은 없으며, 또한 양법은 완전히 별개로 존재하지도 않는다. 따라서 양자의 관계를 바로 보기 위해서는 국제의무의 이행에 관한 국제 판례와 조약의 수용에 관한 각국의 헌법규정 등에 따라 실증적으로 검토하여야만 한다.

국제법에 있어서 국내법의 지위

국내적 행위의 국제적 효력

국가의 국내법상 행위가 국제법의 기준에 합치하지 않을 경우에 그 국가 행위의 국제적 효력은 어떻게 되는가의 문제에 대해 국제 판례는 일관되게 그 효력을 부정하고 있다 (관련사례: 노르웨이어업사건 (1951), 어업관할권사건 (1974) 및 노테봄사건 (1955) 참조)

국내법 원용과 국제적 의무

국가는 자국의 국내법을 원용하여 국제법상의 의무를 피할 수 없다. 이는 PCIJ와 ICJ에서 수차례에 걸쳐 언급해온 원칙이다. 이에 관한 사례로서는 '단찌히 거주 폴란드국민의 취급에 관한 권고적 의견 (PCIJ, 1932)'과 최근의 사례로서 '국제연합본부협정사건 (ICJ, 1988)'을 들 수 있다.

그러나 조약체약국간의 관계에서 국내법규정이 조약규정에 우선할 수 없음이 일반적으로 승인된 국제법원칙이라고 하더라도 이러한 원칙이 조약에 반하는 국내법을 당연 무효로 하는 것은 아니며, 다만 국가가 국제적 의무와 양립하는 형태로 행동하도록 의무화한 것이다.

재판준거상 전제적 사실로서 국내법의 의의

국제재판상 당해 문제에 대하여 국제법상의 특별한 규칙과 기준이 존재하지 않을 때, 국제재판에서 관련국내법의 규정과 제도를 당해 문제해결의 전제적 사실로서 인정하여야 할 때가 있다 ('바르셀로나 트렉션사건', ICJ, 1970 참조). 이는 만일 재판소가 국내법의 관련제도를 무시하여 결정할 경우에 중대한 법적곤란을 초래하게 될 가능성을 클 뿐만 아니라, 재판소가 현실과의 접촉을 상실하게 되기 때문이다.

국제법의 국내적 효력

국제관습법의 국내적 효력

국제관습법은 일반적으로 특별한 국내적 조치를 거치지 않고 국내적 효력이 부여되는 것이 통례이다('파케트 하바나' 호 사건, 1900 과 추적권에 관한 캐나다의 '노스' 호 사건, 1906 참조).

국제관습법의 효력에 관하여 많은 국가에서 법률과 동등하거나 우월한 효력을 부여하고 있는 것으로 해석된다. 그러나 영국의 경우 판례법상 제정법의 우위적 적용이 인정되고 있다.

조약의 국내적 효력

조약의 국내적 수용방식

일반적으로 조약에 국내적 효력을 부여하는 방법에는 두 가지가 있다. 하나는 조약의 내용을 국내법으로 변형하는 것이고, 다른 하나는 조약을 있는 그대로 국내법으로 수용하는 방식이다. 후자가 오늘날 많은 국가들이 취하고 있는 방식이다. 그러나 일반적 수용의 경우라 하더라도 조약규정의 성질에 따라 조약 내지 특정규정을 그대로 국내재판소에서 수용할 수 없는 경우가 있다. 이런 때는 국내적으로 집행을 구체화 할 수 있는 국내입법을 통하여 실시하게 된다.

국내적으로 수용된 조약의 효력순위

국내적으로 수용된 조약의 효력순위는 각국의 헌법에 따라 다르다. 일반적인 경향으로는 법률과 동등하거나, 이에 우위 하는 효력이 부여되고 있다. 이하 주요 국가의 경우를 살펴보면 다음과 같다.

- 미국의 경우
조약이 연방 법률과 동등한 효력을 갖는 것으로 판례상 확립되어 있다. 이 경우에 신법우선의 원칙에 의하여 조약에 저촉되는 법률제정에 의하여 구 조약의 적용이 배제될 가능성이 발생할 수 있으나, 국가는 자국의 국내법을 원용하여 국제적 의무를 면할 수는 없으므로 가능한 양자가 합치되도록 해석할 것이 요구된다.
- 프랑스의 경우
법률에 대한 조약의 우위를 헌법상 명기하고 있다.
- 일본의 경우
일본 헌법의 경우도 조약 및 확립된 국제법규의 성실한 준수를 규정하고 있는데 이는 법률에 대한 조약의 우위를 인정한 것으로 해석되고 있다.
- 네덜란드 및 오스트리아의 경우
네덜란드 헌법 및 오스트리아 헌법은 헌법에 대한 조약의 우위를 인정하고 있기 때문에 조약의 승인에는 헌법 개정과 동일한 승인절차를 밟을 것이 요구된다.
- 우리나라의 경우
학설상의 다툼은 있지만 조약의 국회승인 절차와 헌법개정절차의 차이점을 비교해 볼 때 조약에 대한 헌법 우위설을 취하는 입장이 유력하다.

Subject of International Laws: States

국가

국제법은 국가의 권리·의무에 관하여 많이 연관되어 있는 법체제이므로 국제법의 관점에서 과연 국가가 무엇을 의미하는가에 관해서 확실히 이해할 필요가 있다. 그러나 국가의 의미를 법률적으로 확정한다는 것이 생각처럼 쉬운 일은 아니다. 이하 국제법상 일반적으로 논해지고 있는 바를 살펴보기로 한다.

국가의 요건과 계속성

일반적 요건

국제인격을 갖는 국가의 요건 내지 기준으로서 흔히 인용되는 것은 '국가의 권리·의무에 관한 몬테비데오협약 (Convention on Rights and Duties of States, 1933) 제1조에서 정하고 있는 항상적 주민, 일정한 영토, 정부, 독립 내지 타국과 관계를 맺을 수 있는 능력 등 이다. 그러나 이러한 요건을 충족하더라도 자결권의 실질적인 결여나 위법한 무력행사의 결과 국가가 수립된 경우 국가성을 인정받지 못한 경우가 있다. 대표적인 예로서는 1965년 스미스 정권의 남로디지아와 제2차 대전 중 일본에 의해 성립된 만주국이 있다.

국가의 계속성과 동일성

계속성과 동일성과의 관계 국가는 그 정부나 영토 또는 인구에 변화가 발생하더라도 일반적으로 요구되는 국가의 요건을 충족하고 있는 한, 동일국가로서 계속 존속한다. 여기서 말하는 국가의 계속성과 동일성은 별개의 개념으로서 국가의 계속성은 필연적으로 국가의 동일성을 포함하고 있지만, 국가가 동일성을 갖고 있다고 해서 반드시 국가가 계속성을 유지한 것은 아니다.

국가구성요건이 변경된 경우

1. 영토나 인구변동의 경우

- 국가의 구성요건 중 영토의 변경이나 인구의 증감이 그 자체로서 국가의 계속성에 영향을 주지는 않는다.
- 그러나 영토를 완전히 상실한 경우 일반적으로 그 국가는 소멸한 것으로 본다.

2. 정부변경의 경우

- 정부의 변경과 관련하여서는 국내제도의 개정절차에 따른 변경, 국가의 명칭변경 또는 어느 국가의 혁명정부에 대한 불승인 등 이 모든 것이 국가의 계속성에 영향을 주지 않는다.
- 더 나아가 국내제도와 통치형태를 변경하는 혁명의 경우에도 국가의 계속성 및 동일성에는 변함이 없다.

3. 군사적 점령의 경우

- 1930년대 이후의 국가실행에 의하면 위법한 무력행사의 결과로서 이루어진 국가영역의 병합은 그 자체로서 국가성을 소멸시키지 않는다고 본다.

- 따라서 위법하기는 하지만 실효적으로 병합된 국가의 경우 국가의 계속성은 문제가 있다 하더라도 외국지배가 배제되고 재조직된 후에는 그 국가로서의 동일성이 유지된다고 본다.

국가의 소멸

국가의 계속성 및 동일성에 관한 규칙이 국가소멸의 유무에 있어서도 그대로 적용이 된다. 따라서 항상적 주민이 완전히 없어진다면 그 국가는 소멸하였다고 간주된다. 그러나 기존 국가가 국가구성요건의 하나를 충족시키는데 부족함이 있다고 하더라도 일반적으로는 국가의 계속성에 유리한 추정이 적용되고 있는 것이 현실이다(예: 무정부상태가 장기간 계속됨으로 해서 실질적으로 독립을 상실한 경우).

국가승인

의의

국제사회에 새로운 국가가 성립한 경우에, 그 국가의 국제법적 주체성을 기존의 국가가 승인하는 것을 말한다. 이러한 개념은 국가가 성립한 경우에 그 성립을 인정하는 기관이 국제사회에는 존재하지 않기 때문에 기존의 국가가 일정한 정치적 판단에 기인한 일방적·재량적 행위로서 새로운 국가를 개별적으로 인정하게 하는 것으로 국제사회가 아직까지 덜 조직화 되어있음을 나타내는 것이다. 국가승인의 법적 성질에 대하여는 기존의 국가에 의해 승인됨으로써 비로소 국제법상 국가로서의 법인격을 갖는다는 소위 '창설적 효과설'과 신국가는 이미 국가로서의 자격요건을 갖추어 성립했기 때문에 국가로서의 법인격은 이미 가지며, 승인은 다만 이러한 신국가의 지위를 확인하고 선언함에 불과하다는 소위 '선언적 효과설'의 둘로 나뉘고 있으나 오늘날 선언적 효과설이 통설로 되어있다.

국가승인의 요건

요건 국가승인의 요건에는 객관적 요건으로서 국가성의 기준으로 되어있는 일정한 영토, 일정한 주민, 실효적 정부, 외교능력 등이 전제로 되며, 국내에서 실효적이고 자주적인 통치를 확립하고 있을 것이 요구된다. 또한 주관적 요건으로서 승인되는 국가가 국제법을 준수할 의사와 능력을 갖는 것이 필요하다. 그러나 오늘날 국제법의 타당성을 적극적으로 부정하지 않는 한 주관적 요건의 의미는 거의 없다.

상조의 승인 (premature recognition) 국가승인의 요건을 충족하지 않은 상태에서 행하는 승인을 상조의 승인이라 하며 이는 이론상으로는 위법한 행위가 되나 국가 승인의 판단은 승인하는 국가의 재량행위이므로 승인국과 피승인국간에는 합법적인 승인으로 취급될 수 있다. 그러나 명백히 요건을 갖추지 못한 국가의 승인은 반란군에 대한 원조행위로 간주되어 본국에 대한 불법적 간섭행위를 구성할 수도 있다.

불승인주의

국가승인제도와 관련한 역사적 사실로서 국제법에 위반한 방법에 의한 국가의 성립에 대하여는 국가승인을 부여해서는 안 된다는 주장을 말한다. 이는 오늘날에 있어서도 여전히 국제연합헌장에 위반한 방법으로 수립된 국가나 기타의 사태에 대하여 일반적으로 불승인주의의 적용이 가능하기도 하다(예: 1932년 만주국성립의 경우 미국 및 국제연맹의 태도/1965년 국제연합 안전보장이사회에 의한 남로디지아 불승인요청件). 그러나 이러한 불승인주의가 국제법상 확립되어 있는 원칙이라고 볼 수 있는지에 대해서는 의문이 있다.

국가승인의 방식

명시적 승인과 묵시적 승인 명시적 승인이란 선언, 통고, 조약상의 명문규정, 국제회의에서의 결의문 채택 등의 방법에 의하여 승인의 의사를 명백히 표시하는 것을 말한다. 국가승인이란 명시적으로 하는 것이 통상적인 방식이다. 이에 대하여 독립의 경위가 복잡한 경우에 본국과의 관계를 고려하여 묵시적 승인이 행해지는 경우가 있다.

여기서 말하는 묵시적 승인이란 일정한 행위에 의하여 간접적으로 승인의 의사가 추정되는 경우를 말한다. 그러나 미승인국이 다자조약의 당사국이 되더라도 이에 승인의 효과가 발생하지 않는다는 것이 국제법의 확립된 원칙이다.

법률상 승인과 사실상 승인 법률상 승인이란 법률상의 국가에 대한 승인을 말하는 것이고, 사실상 승인이란 신국가의 권력에 문제가 있거나 국제법을 준수할 의사나 능력에 대하여 의문이 있음에도 불구하고 신국가와 공식적인 관계를 설정할 필요가 있는 경우에 행하여지는 승인 방식을 말한다.

사실상의 승인은 법률상의 승인으로 이행되는 것이 예정되기 때문에 그런 의미에서 잠정적이기도 하다. 그러나 사실상 승인의 요건이 충족되지 않을 경우 승인을 철회할 수도 있다.

승인의 효과

국가승인에 의하여 신국가는 승인국과의 사이에서 일반국제법상의 권리의무를 완전히 취득한 주체로 간주되며, 주권국간의 관계를 규율하는 일반국제법의 규칙이 신국가와 승인국 사이에 적용된다. 승인의 효과는 상대적이며 승인국과 피승인국간에서만 발생하고, 제3국과 피승인국과의 관계에는 미치지 않는다.

미승인국의 지위

타국은 승인을 부여하지 않더라도 실효적 지배를 확립한 정치적 존재로서 갖는 미승인국의 권리·의무 그 자체를 부인할 수 없기 때문에 미승인국이라 하더라도 승인의 법적 효과를 한정적·단편적으로 향수할 수 있다. 이 경우 필요하다면 미승인국의 권리·의무의 실현은 제3국의 기관을 통해서 행해질 수 있다.

정부승인

의의

일반적으로 말할 때 합법적으로 성립한 정부를 법률상의 정부라고 부르는 것에 반해 비합법적으로 성립한 정부를 사실상의 정부라고 부른다. 정부승인이란 사실상의 정부가 지방적으로 권력을 확립한 때가 아니라 당해 국가의 일반적·사실상의 정부가 되었을 때 그 정부가 국가를 실효적으로 지배하고 그 국가를 대표하는 능력이 있는가의 여부를 확인할 필요가 있기 때문이다. 그러나 정부승인을 받지 않았다고 하더라도 국내에서 실효적 지배를 확립하고 정부는 그 국가의 유효한 정부이다. 정부승인의 성질에 대하여는 국가승인의 경우와 마찬가지로 선언적·확인적으로 보는 것이 일반적이다.

정부승인의 요건

정부승인의 요건으로서 첫째, 신정부가 영역일반 및 주민에 대하여 실효적 지배를 확립하는 것이 필요하며 둘째, 국가를 대표하는 의사와 능력을 갖는 것이 필요한 데 특히 구정부의 조약상의 의무를 이행하는 것이 필요하다. 이와 같은 요건을 갖추지 못했음에도 불구하고 정부승인을 하는 것을 상조의 승인이라고 한다(예: 스페인 내전 초기 1936년 독일과 이탈리아가 프랑코 정권에 대해 상조의 승인을 한 바 있다).

정부승인제도와 관련하여 소위 정통주의라는 것이 역사적으로 존재한 적이 있었다. 나폴레옹 전쟁이후 구라파에서 생겨난 군주주의적 정통주의를 비롯하여 20세기 들어 중·남미를 중심으로 입헌주의적 정통주의(소위 말하는 '토바르주의') 등이 주장되었다. 그러나 이러한 주장은 정부승인제도와 관련하여 각국의 정책적 입장의 표명일 뿐 국제법상 정부승인의 요건으로 확립된 법원칙은 아닌 것이다.

정부승인의 효과 및 승인 불요론

정부승인의 효과 신정부는 승인국에 대하여 일반국제법상의 권리·의무를 주장할 수 있다. 또한 구정부가 외국정부와 체결한 조약상의 권리·의무가 원칙적으로 회복·승계된다. 그리고 정부승인의 효과는 원칙적으로 신정부가 사실상 성립한 때까지 소급해서 적용된다. 승인의 소급효는 국가의 계속성을 유지한다는 측면에서 볼 때 매우 중요하다. 외교관계의 단절이 정부승인을 무효로 만드는 것은 아니나, 이미 승인하고 있는 정부 이외의 정부를 그 국가의 정부로 인정할 경우에 이미 승인하였던 정부승인을 취소할 수 있다(1992년 우리나라와 대만정부와의 관계 참조).

정부승인 불요론 정부승인 문제는 국내문제불간섭의 원칙과 충돌하기 쉽고, 비합법적으로 성립한 정부에 대해 승인 여부를 결정한다는 것이 여러 가지로 곤란한 문제를 야기하기 때문에 최근에는 국가실행상 정부승인을 폐지 내지 회피하는 경향이 있다. 이러한 태도는 오늘날 많은 나라들에 의해서 받아들여지고 있는데 이는 정부승인과 승인되는 정부에 대한 평가는 구별되어야 한다는 실제적 요청과 더불어 신정부와의 관계를 보다 탄력적으로 처리해야 할 필요성에서 발생한 것이라고 할 수 있다.

교전단체의 승인

교전단체의 승인이란 일국 내에 내전이 진행되고 있는 과정에서 반란단체가 일정한 지역에 실효적 정부를 수립하여 그 지역에 중앙정부의 지배가 미치지 않게 된 경우, 외국 또는 중앙정부가 그 반란단체를 승인하고 일정한 국제법상의 자격을 부여하는 것을 말한다. 중앙정부가 승인을 한 경우 반란단체는 그 지역의 외국이익을 보호할 책임을 지게 되며 내전에는 전쟁법규가 적용되게 된다. 외국정부가 승인한 경우 반란단체는 당해 지역에 있어서 승인한 외국정부의 이익보호에 관한 책임을 지게 된다.

그리고 그 외국은 내전이 계속 중인 중앙정부와 반란단체에 대하여 중립의무를 지게 된다. 그러나 오늘날 내전에는 외국정부가 개입하는 일이 많아지고, 중앙정부도 반란단체에게 법적 자격을 부여하는 것을 꺼리기 때문에 교전단체 승인제도의 의미는 줄어들고 있다.

국가승계

국가승계의 개념

국가승계란 일정한 지역을 통치하는 국가가 변경되어 그 영역에 대한 주권이 변경된 경우에 그 때까지 그 영역의 국제관계에 관하여 책임을 지고 있던 구통치국(선행국)의 권리·의무가 신통치국(승계국)에 어떻게 이전되어야 하는가 하는 문제이다. 이 문제에 관해서는 국제연합에서 국제법 법전화사업의 일환으로 1978년과 1983년 각각 두 개의 조약으로 채택된 바 있다.

조약의 승계(1978년 ‘조약에 대한 국가승계에 관한 비엔나 협약’)

비엔나협약의 기본입장 조약관계의 법적 안정성을 고려하여 일반적으로 계속성의 원칙(rule of continuity)을 적용하지만, 예외적으로 신생독립국의 경우에 민족자결주의 원칙에 대한 고려에서 모든 조약관계를 새로이 시작한다는 백지출발주의 원칙(clean slate rule)을 적용한다. 국가영역의 일부가 타국의 영역에 편입된 경우에 선행국의 모든 조약은 원칙적으로 그 영역부분에 대해서는 효력을 잃고 승계국의 조약이 적용된다. 이 경우에는 조약의 효력범위가 영역적으로 이동하므로 ‘조약국경이동의 원칙’(moving treaty frontiers’ rule)이라고 부른다.

백지출발주의의 예외 조약의 내용이 국제관습법으로 되어 있는 경우와 조약에 의하여 확정된 국경의 제도에 관한 권리·의무 및 그 밖의 일정한 영역적 제도 등에 대하여는 국가승계가 어떠한 영향도 미치지 못한다. 그러나 군사기지에 관한 내용은 백지출발주의가 적용된다.

국가재산, 공문서 및 국가채무의 승계

1983년 국가재산 등에 관한 비엔나협약에 의하면 국가의 재산·공문서·채무 등에 관하여 국가결합의 경우는 포괄 승계되고, 분리·분열의 경우는 분할 승계된다. 영역의 일부이전의 경우에는 합의에 의한 승계가 행해지고 신생독립국의 경우에는 특별한 합의에 의하는 것으로 하고 있다. 여기서 말하는 국가재산이란 국가승계시 선행국의 국내법에 따라 선행국이 소유하고 있던 재산·권리 및 이익을 말하며, 공문서란 그 일자 및 성질의 여하를 불문하고 선행국이 그 기능의 행사에 있어서 작성하거나 수령한 문서로서 그 목적의 여하를 불문하고 국가승계일에 그 국내법에 따라 소유하고 있던 문서로서 직접 또는 그 관리 하에 소유한 것을 말한다. 국가채무란 타국·국제기구 또는 다른 국제법 주체에 대한 선행국의 재정상의 의무로서 국제법에 따라 발생한 것을 말한다.

사권 및 국가계약의 승계

선행국의 국내 법령 하에서 유효하게 취득한 재산권 및 기타의 사권은 통치국이 변경하더라도 존속하며, 특히 주권의 변경시 기득권에 대하여 승계국은 이를 존중하지 않으면 안 된다. 특히 국가와 특허권소유자인 기업 또는 사인 간에 체결된 국가계약의 경우 기득권 존중원칙에 의하여 승계된다는 것이 종래의 입장이었다. 그러나 오늘날 천연의 부와 자원에 대한 영구적 주권과 관련하여 이를 부정하는 입장도 있다.

국제기구

국제기구와 국가주권과의 관계

오늘날 국제사회에는 국경을 넘는 경제사회활동의 발전에 따라 한 국가만으로는 대처가 불가능한 사항이 발생하여 국가이외의 단체가 다양한 활동을 하고 있다. 이 중 국제기구는 국가와는 별개의 단위로 활동하고 특정목적을 수행할 필요에서 일정한 국제법상의 주체성을 인정받는 것이 보통이다. 그렇다고 해서 국제기구가 국가와 동일한 지위를 누린다는 것은 아니다. 오히려 모든 국제기구는 그 존속 및 활동의 모든 단계에서 국가에 크게 의존하고 있다. 따라서 국제기구는 기구자체의 자립성유지라는 측면과 국가주권에 대항하여 기구의 실효성을 높여야 한다는 문제점을 갖고 있다. 반면에 국제기구는 자체의 결의를 통하여 가맹국의 권리·의무와 관련된 사항에 영향을 미쳐 전통적인 국가주권개념에 변화를 주고 있다. 이러한 과정에서 끊임없이 일어나는 국가주권과의 충돌관계를 해결해 주어야 하는 것이 또한 문제이다.

정의 및 분류

정의

오늘날 국가의 정의에 대응하는 일반적으로 승인된 국제기구의 정의는 확립되어 있지 않다. 그러나 일반적으로 국제기구의 요건으로 ICJ의 판결('국제연합 근무 중 입은 손해배상에 관한 사건, 1949 참조)을 들고 있다.

이에 의하면 국제기구란 다음의 4가지 요소로 정의될 수 있다. 첫째 국제법상의 합의(조약)에 의해 설립되고, 둘째 국가가 주요 구성원인 독립한 단체로서, 셋째 고유한 의사를 가지고, 넷째 구성원의 공통이익을 실현하는 것을 그 목적으로 하는 것이어야 한다. 일반적으로 국제기구로서 다루어지는 것은 '정부 간 국제기구'만을 의미하며 재판기능을 주목적으로 하는 사법기관은 제외하는 것이 통례이다.

국제기구의 분류

국제기구는 다양한 기준에 의하여 다음과 같이 분류될 수 있다.

1. 가맹국의 범위에 의해 **보편적 국제기구**와 **지역적 국제기구**로 나눌 수 있다.
2. 국제기구의 목적과 임무를 기준으로 하여 **정치적 국제기구**와 **비정치적 국제기구**로 나눌 수 있다.

3. 국제기구가 갖는 권능의 성질에 따라 **일반적 국제기구**와 **초국가적 국제기구 (유럽공동체)**로 나눌 수 있다.
4. 오늘날에는 상업적 성격을 갖는 **국제기구(국제전기통신위성기구, 국제심해저기구 등)**도 나타났다.
5. 우리가 말하는 국제기구와 구별하여야 할 것은 **‘비정부간 단체’(NGO: Non-Governmental Organization)**이다. 이들은 국가 간의 단체가 아니라 민간차원의 합의에 의하여 설립되어 국제적인 활동을 하는 단체들을 말한다.

국제기구 일반론

국제기구에 적용되는 법규

국제기구에 관련되는 국제법 및 각국의 국내법 그리고 관련되는 국제 판례와 국내 판례를 총괄하여 강의의 편의상 국제기구법이라고 부른다. 따라서 국제기구법이라는 명칭의 국제성문법이 존재하는 것은 아니다. 국제기구법의 법원으로서의 개별 국제기구의 설립조약과 국제기구의 특권 및 면제에 관한 조약을 비롯해 국제기구가 그 본부를 둔 국가와 체결하는 본부협정 등이 있다. 이외에도 법원으로서 문제가 되는 것은 국제기구에 관한 국제관습법이 얼마나 성숙이 되어 있는가 하는 점이다. 따라서 오늘날에는 국제기구의 구체적 의무와 권능을 개별 기구마다 어떻게 인정할 것인가 하는 점에 대해서 가맹국 또는 관련국가의 재량에 맡길 수는 없다는 점에 대해서 의견을 일치할 보이고 있기 때문에 국제기구의 실체와 절차를 규정한 관련조약을 엄밀하게 해석하는 것이 주요 과제로 되어있다.

국제기구의 설립과 해산

국제기구의 설립 국제기구의 설립의 형식을 일정하지 않으나, 정부 간에 체결되는 설립조약에 의하여 설립되는 것이 일반적이다. 이외에도 기존 국제기구의 결의에 따라 설립되는 경우가 있다(예: 국제연합공업개발기구). 이러한 절차로 설립되는 경우라 하더라도 설립조약에 근거한 국제기구와 그 지위와 권능에 있어서 차이가 있는 것은 아니다.

국제기구의 해산 및 승계

- 국제기구의 해산은 그러한 취지의 규정이 설립조약에 있으면 그 규정에 따라 행해진다. 존속기간이 정해져 있는 경우에는 기간 만료 전에 당사국에 의해 기구계속에 대한 합의가 없는 경우 존속기간의 만료로써 자동적으로 해산된다. 해산규정도 존속기간의 규정도 없는 경우에 기구의 해산은 가맹국의 만장일치로써 행해진다.
- 국제기구의 해산 내지 소멸의 경우 그 기구의 임무와 자산이 새로운 기구에 의하여 승계되는 문제가 발생할 수 있다. 국제기구의 승계문제는 국가승계와 달리 일반원칙이 정해져 있지 않다. 따라서 국제기구 승계의 경우 어떠한 임무와 자산을 승계할 것인가 하는 것은 개별적으로 정해질 수밖에 없다.

국제기구의 구성원

국제기구 구성원 자격은 설립조약에 규정되며 그 구성원은 원칙적으로 국가이다. 그러나 국가 이외의 단체도 때로는 정규구성원의 자격을 갖지 않은 채 국제기구에서의 참가가 인정될 경우가 있다(예: 팔레스타인 해방 기구는 참관인 자격으로 국제연합에 대표자를 파견했다). 또한 오늘날에는 국가 이외의 단체도 국제기구의 구성원으로서(예: 국제노동기구의 구성원은 정부, 노동자 및 사용자 대표로 구성되어 있다) 국제기구에 참가할 수 있다.

국제기구의 주요 내부기관

국제기구일반 국제기구는 내부기관으로서 대체로 총회와 이사회 그리고 사무국 등이 3부로 구성을 취하는 것이 일반적이지만 이것이 국제기구의 요건은 아니다. 예컨대 과거 국제연맹은 총회, 이사회, 사무국의 3부로 구성을

하였지만 국제연합은 주요기관으로서 총회, 안전보장이사회, 경제사회이사회, 신탁통치이사회, 국제사법재판소, 사무국의 여섯 기관으로 구성되어있다.

국제연합의 주요 내부기관

- 총회
 - 구성: 모든 국제연합 가맹국으로 구성되고, 각 가맹국은 5인 이하의 대표자를 출석시킬 수 있다.
 - 권한: 현장의 범위 내에 있는 문제나 사항 또는 현장에 규정된 기관의 권한과 임무에 관한 문제나 사항을 검토할 뿐만 아니라, 안전보장이사회에 의해서 규제되는 경우를 제외하고는 이들 모든 문제나 사항에 대하여 가맹국이나 안전보장이사회에 권고를 할 수 있다.
 - 회기: 총회는 매년 1회씩 9월 셋째 화요일에 개최하며, 안전보장이사회 의 요청 또는 가맹국 과반수의 요청이 있을 경우 사무총장은 임시총회를 소집하여야 한다. 이외에도 안전보장이사회가 총회 폐회중 그 임무수행에 실패했을 경우 안전보장이사회의 9개 이상 이사국의 요청 또는 가맹국 과반수 이상의 요청에 의거 개최되는 긴급특별총회가 있다.
 - 의결: 각 가맹국 대표는 하나의 투표권을 가지며, 표결은 출석하여 투표하는 구성국의 과반수에 의하거나 중요한 문제는 출석하여 투표하는 가맹국의 2/3로 행해진다. 그러나 현장 개정안의 채택이나 현장 재검토절차에는 전 가맹국 2/3의 찬성을 요한다.
- 안전보장이사회
 - 구성: 5개의 상임이사국(미국, 영국, 프랑스, 러시아, 중국)과 10개의 비상임이사국으로 구성되며, 비상임이사국은 국제연합에의 공헌도 및 형평한 지리적 배분을 고려하여(아프리카 3, 아시아 2, 라틴 아메리카 2, 서구 기타 2, 동구 1) 임기 2년으로 매년 5개국씩 총회에서 선출한다. 비상임이사국의 연속 재선은 금지된다.
 - 의결: 각 이사국은 하나의 투표권을 가지며, 의결은 절차사항(9개 이상 이사국의 찬성투표 요구)과 실질사항(상임이사국을 포함한 9개 이상 이사국의 찬성 필요)에 따라 다르다. 실질사항의 경우 상임 이사국에게는 거부권이 인정되고 있으며, 토의 주제가 절차사항인가 실질사항인가에 대한 선결문제도 실질사항으로 되어 있기 때문에 이중거부권의 문제가 생긴다. 절차사항에 대해서는 구체적으로 현장 28~32조에 열거되어 있다.
- 경제사회이사회
 - 구성: 총회에서 선출된 54개 이사국으로 구성되며, 임기는 3년으로 18개국 씩 매년 선출되며 재선될 수 있다.
 - 권한: 경제사회이사회의 임무는 총회와 함께 그 관할 하에 경제적 및 사회적인 국제협력을 행하는 것이다. 이러한 임무를 수행하기 위하여 일정한 조건하에 권고, 조약안 제출 및 국제회의를 소집할 수 있고, 때로는 협정체결 및 전문기관의 활동을 조정할 임무까지도 가지고 있다.
 - 의결: 이사국은 1개의 투표권을 가지며, 결의는 출석하여 투표하는 이사국 과반수의 찬성으로 행해진다.
- 신탁통치이사회
 - 구성: 신탁통치국과 안전보장이사회의 상임이사국 중 신탁통치국이 아닌 국가 및 총회에서 선출된 임기 3년의 국가 등 3종의 국가로 구성된다. 이사국 수는 신탁통치국과 비신탁통치국의 이해관계를 고려하여 동수가 되게 하고 있기 때문에 이사국 수는 일정하지 않다.
 - 기능: 신탁통치란 기본적으로 과도기적 성격을 갖고 있기 때문에 그 기능이 축소되고 있으며, 현재 신탁통치지역은 하나도 없다.
- 국제사법재판소: 국제사법재판소는 국제분쟁을 평화적으로 해결하는 주요 국제사법기관이다(자세한 내용은 분쟁의 사법적 해결방법에서 다루기로 한다).
- 사무국
 - 구성: 1인의 사무총장과 국제연합이 필요로 하는 직원으로 구성된다. 사무총장은 안전보장이사회의 권고에 따라 총회가 임명한다. 현장에는 임기가 정해져 있지 않으나 관례적으로 5년씩 하고 있으며 재선도 가능하다. 그 밖의 직원은 총회가 작성한 규칙에 따라 사무총장에 의하여 능력, 지리적 배분 등을 고려하여 임명된다.
 - 기능: 사무국은 각종 회의를 준비하고 문서를 관리하며 회의에 필요한 자료를 작성하는 등의 업무를 행한다. 사무총장 및 직원은 오로지 국제연합에 대해서만 책임을 지며, 직원의 신분보장은 국제연합

행정재판소에 의하여 행해진다. 사무총장은 국제평화와 안전을 위협한다고 인정되는 사항에 대하여 안전보장이사회에 대하여 주의를 촉구할 수 있다.

국제기구의 법인격

의의 국제기구가 국제법상 어떠한 권리·의무를 갖는가를 결정함에 있어서는 당해 국제기구가 국제법인(international person)인가의 여부가 먼저 해결되어야 한다. ICJ에 의하면 국제법인이란 “국제법상의 주체로서 국제적인 권리·의무를 가질 자격이 있으며, 그 권리를 국제청구에 의하여 주장할 능력을 갖는 것”(ICJ Reports 1949) 이라고 보고 있기 때문이다. 국제법상 국제기구는 통상 국제청구를 제기할 능력과 조약체결능력, 그리고 특권·면제를 향유할 능력을 가지기 때문에 국제기구는 국제법인격을 갖고 있다고 보아야 된다.

국제법상의 권리·의무 국제기구가 국제법상 어떠한 권리·의무를 갖는가는 설립조약을 중심으로 관련 조약규정에 의하여 결정된다. 그러나 조약상의 제한이 존재하지 않는다면 그 기능을 충분히 수행하기 위하여 설립조약에 규정되지 않은 권능도 향유할 수 있다는 것이 PCIJ의 입장이다.

국내법상의 권리·의무 국제연합헌장 제104조는 국제연합 가맹국 내에서의 법률상 능력에 대하여 “이 기구는 그 임무수행 및 목적달성을 위하여 필요한 법률상 능력을 각 가맹국 영역에서 향유한다”고 규정하고 있다. 오늘날 국제기구의 국내법상 법인격에 대하여는 설립조약과 각 국제기구가 본부소재지국과 체결하는 본부협정에 둔 일반적 조문에 의하도록 하고 있다.

국제기구가 직원과의 관계상 갖는 권리·의무 국제기구는 소속 직원과 관련하여 직무규칙상의 법률관계를 갖는다. 국제연합 사무직원이 그 고용계약과 채용조건에 관하여 불복할 경우 사무총장을 상대로 국제연합행정재판소에 소송을 제기할 수 있다. 동 소송은 일심제이며 원칙적으로 상소할 수 없다. 그러나 ICJ는 권고적 요청에 의거 상급심의 역할을 할 수 있다.

국제기구의 조약체결권

특정 국제기구가 조약체결권을 갖는가의 구체적인 판단과 어느 범위까지 갖는가는 설립조약 내지 기타 관련규정을 참조하여 결정되어야 한다. 그러나 오늘날 국제기구의 조약체결권을 둘러싼 문제에 대해서는 1986년 ‘국가와 국제기구간 및 국제기구 상호간의 조약법에 관한 비엔나 협약’이 채택되어 있다.

국제기구의 소송당사자능력

국제소송 국제청구권과 구별되는 국제기구의 국제소송능력은 일반적으로 인정되지 않는다. ICJ규정 제34조에서 “국가만이 재판소에 계속하는 사건의 당사자가 될 수 있다”고 규정하고 있기 때문이다. 그러나 제한적으로 국제소송능력을 인정받는 경우도 있다(예: 해양법 재판소에서는 심해저기구의 국제소송능력을 인정하고 있다).

국내소송 국제기구는 가맹국의 국내법원에 제소할 자격을 일반적으로 가지며, 소송을 제기할 능력을 설립조약이나 특권·면제조약 및 본부협정 중 기구법인격의 속성의 하나로 규정된다.

국제기구와 그 직원의 특권과 면제

특권과 면제의 성격 국제기구에 있어서 그 임무의 효과적 수행에 필요한 범위 내에서 주권국가의 간섭을 배제하기 위하여 국제기구와 그 직원에게 외교특권에 유사한 일정한 특권과 면제를 부여하고 있다. 그러나 이러한 특권은 외교특권과는 상당한 차이가 있다.

국제기구 및 그 직원이 향유하는 특권과 면제의 내용 국제기구의 재산은 불가침이며 통신 및 왕래의 자유가 보장되고, 직원의 임무수행을 위해 여권과 유사한 통행증 (laissez-passer) 을 발급할 수 있다. 기구의 직원 중 상급직원과 가맹국의 대표 및 각 가족은 본부 소재지국에 파견되어 있는 외교사절 및 그 가족에 부여되는 것과 동일한 특권 및 면제를 향유할 수 있다. 다만 기구의 기타 직원은 직무수행에 필요한 범위 내에서 특권과 면제를 향유할 뿐이다.

특권의 남용 및 포기 국제기구 및 직원의 특권에 남용이 있을 경우 개별적으로 그 특권의 포기가 행해져야 한다. 이 경우의 포기는 의무화 되어있다. 국가대표가 향유하는 특권과 면제는 가맹국에 의하여 포기된다. 국제기구와 본부소재지국간에 일어나는 특권 · 면제에 관한 분쟁의 해결절차로서는 ICJ를 이용하는 경우와 임시 중재재판소를 이용하는 경우가 있다.

국제기구와 국제책임

국제기구가 국제법상 책임을 추궁할 자격을 가지며, 국제기구 스스로 국제책임을 지는 지위에 있음은 현실적 실행상 원칙적으로 승인되어 있다고 보인다. 그러나 책임을 지는 경우에 있어서 국제기구는 국가와 그 구조를 달리하기 때문에 국가가 지는 국가책임과 전혀 그 성격을 달리한다는 점이다. 따라서 그 책임의 해제방법도 기존의 국가책임에 있어서의 해제방법과 전혀 달라진다.

국제연합의 경우 국제연합행정재판소와 각종 청구위원회 그리고 한정적이지만 ICJ에 국제연합이 국제기구로서 부담하는 각종의 권리 · 의무관계를 처리하는 주요절차가 마련되어 있다.

본부소재지국과의 관계

국제기구가 그 본부를 두고 있는 국가를 본부 소재지국이라고 한다. 본부소재지국과 당해 국제기구 사이에 체결되는 협정을 본부협정이라고 한다. 본부지구에 관한 관리권은 국제기구가 보유하며 본부지구는 불가침이지만 본부지구에는 본부 소재지국 및 지방행정단체의 법이 원칙적으로 적용되기 때문에 국제기구는 본부지구에서 비호권을 갖지 못함은 물론 장소 변경 등의 경우 본부소재국의 동의를 요한다.

개인과 법인

개인과 법인의 국제법 주체성

모든 법이 자연법에서 유래한다고 생각되던 17C에는 국제법과 국내법을 엄격하게 구별하지 않았다. 따라서 개인이 국제법상 법적 인격을 갖는다는 추론이 가능하였다. 그러나 법실증주의가 지배적인 법철학으로 자리 잡게 된 19C에 들어 국가는 국제법상 유일한 주체로 간주되었다. 오늘날 개인(회사)의 국제법인격을 인정하는 경향이 확산은 되고 있으나 그 건수에 있어서 매우 드물고 제한적이며, 국제법인격이 국가에 의해 부여된다는 점에 있어서 파생적이기도 하다.

국적

국적과 그 결정

국적이란 국제법상 일정 목적을 위하여 어느 국가에 속하는 법적 지위로 정의된다. 따라서 국적이란 어떤 개인과 특정 국가를 연결시켜 주는 고리이며, 국가는 자국의 구성원인 국민과 그 이외의 개인을 국적으로 구별한다. 특히 어느 국가의 속지적 관할권과 미치지 않는 공간에서는 국적을 매개로 하는 속인적 관할권이 국가관할권의 주된 기준이 된다. 국제법상 국적부여는 원칙적으로 국가의 국내관할사항이며, 자국의 국적을 어떤 개인에게 부여할 것인가에 관한 권한은 국가에 위임되어있다. 그러므로 각국은 자국민의 요건을 국내법인 국적법에 따라 결정한다.

국적의 득실

선천적 취득 국적은 보통 출생에 의하여 선천적으로 부여되며, 부모가 자국적이면 자국적을 부여하는 혈통주의 국가와 자국에서 태어난 자에게 자국적을 부여하는 출생지주의 국가로 분류된다.

후천적 취득 각국은 일정한 요건과 절차 하에 본인의 의사에 의하여 자국적을 취득하는 것을 인정하는데 이를 귀화라고 하며, 이외에도 여러 가지 경우에 있어서 국적변경의 불가피성이 발생하기도 한다(예: 혼인과 입양, 형벌로서의 박탈, 국적상실, 국가영역 변경의 경우 국적의 국가승계 문제 등이 발생할 수 있다).

국적의 저촉과 그 조정

각국이 국적을 부여하는 기준이 통일되어 있지 않기 때문에 이중국적 내지 무국적문제가 발생하는 수가 있다. 이중국적자에 대해서는 실효적 국적의 원칙이 적용된다. 무국적자의 경우 난민의 대우와 거의 동등한 지위를 무국적자일반에게 보장하며, 1961년 '무국적자 감소에 관한 협약'은 체약국 영역에서 태어난 자에 대하여 국적 부여의무 등을 규정하고 있다. ##### 법인(회사)의 국적 각국은 국내법상의 기준에 따라 내국법인과 외국법인을 구별하고, 외국법인의 인허가제도와 권리향유범위를 정하고 있다. 일반적으로 법인에 대한 국적부여의 기준으로는 설립준거법과 본점소재지 등의 객관적·외형적 기준과 다수주주의 국적(경영지배권)이라는 주관적·실질적 기준 등 여러 가지가 존재하고 각국에 의한 기준적용이 다양하기 때문에 국제법상 유효한 국적이 기준에 대해서는 아직까지 다툼이 많으며, 특히 외교적 보호권 행사를 위한 국적특정의 경우 매우 복잡한 문제를 야기한다.

외국인에 대한 처우

외국인의 출입국

일반국제법상 국가는 외국인의 입국을 인정해야할 의무를 지지 않으며, 입국에 관하여 각종 조건을 설정할 수 있는 광범위한 재량권을 가진다. 그러나 외국인의 출국은 자유이며 국가는 특별한 이유가 없는 한 출국을 금지시킬 수 없다. 이에 반해 일반국제법상 국가는 정당한 이유가 있는 한 외국인을 강제 추방시킬 수 있는 광범위한 재량을 부여받고 있기 때문에 강제퇴거와 범죄인인도 등을 통해 강제 출국시키는 방식을 쓰고 있다.

외국인의 법적 지위

외국인은 체류국의 국내법을 준수할 의무를 지며, 원칙적으로 영역국 국민과 동일한 의무가 부과되지만 병역과 의무교육 등은 자국민에게만 부과할 수 있는 성질의 의무로 보아 외국인은 면제된다. 이외에도 참정권과 공직에 임할 권리를 인정하지 않는 국가가 많다. 그러나 영역국은 외국인에게 인정된 권리에 대해서는 행정 및 사법상의 보호를 부여하여야 하며 이를 게을리 하면 국제법상의 국제책임을 지게 된다. 이 경우 영역국은 어느 정도의 보호를 해주어야 국제책임을 면할 수 있을 것인가에 대해서 많은 논란이 있어왔다. 이에 대해서 영역국은 외국인에 대해 자국민과 동일한 행정상·사법상의 보호를 부여할 의무를 지며 이에 위반할 경우 외국인 본국은 영역국에게 국제책임을 물을 수 있는 것으로 이해되고 있다.

외국인 재산의 보호

외국인 재산의 침해의 유형으로는 국유화, 위장수용, 계약상의 권리 수용, 이권계약의 파기 등이 있으며, 이에 대한 보상기준으로서는 선진국의 경우 '충분하고 실효적이며, 신속한 보상'을 요구하고 있음에 반해 국유화국은 보상은 국내법절차에 따라 결정될 수 있다고 주장한다. 실제의 분쟁해결에 있어서는 '총액일괄지불보상협정'의 체결로 끝나는 경우가 많다. 외국인 투자의 경우는 1965년 IBRD가 '국가와 타국민 사이의 투자분쟁해결에 관한 협약'을 체결하여 국제투자분쟁해결기관(ICSID)으로 하여금 외국투자자와 자본도 입국 사이에 있어서 분쟁해결을 하도록 하고 있다.

범죄인인도와 난민의 보호

범죄인인도 타국에서 죄를 범하고 자국 내에 체재하는 자를 타국 청구에 응하여 소추 및 처벌을 위하여 인도하는 것을 범죄인 인도라고 하며, 일반 국제법상 국가에게는 범죄인 인도의무가 없다. 따라서 인도는 범죄인 인도조약에 근거하여 또는 청구국과의 상호주의가 확보되는 것을 조건으로 국내법에 따라 행해지며, 국제예양에 의할 경우도 있다.

난민의 보호 난민이란 인종, 종교, 국적 또는 정치적 사상을 이유로 국적국으로부터 박해를 받거나 박해받을 현저한 우려가 있어 외국에 거류하며 국적국으로의 송환을 희망하지 않고 외국의 비호를 구하는 자를 말한다. 난민협약은 체약국에 난민수용까지 부과하는 것은 아니나 추방하거나 본국으로 송환을 해서는 안 되도록 하고 있다.

인권의 국제적 보호

인권보호의 국제화

오늘날 인권의 국제적 보장 문제는 국가 간의 권리·의무관계에서 파생하는 간접적 효과로서가 아니라 인간으로서의 개인의 인권을 직접 승인하여 체약국에게 그 보호 의무를 부과하고자 하는 것이다. 한 국가에서 자국민의 인권보호문제는 전통 국제법에서는 그 국가의 국내관할사항으로서 국가의 자유재량에 맡겨져 왔지만 오늘날 인권의 국제적 보장 문제는 권리로서의 개인의 인권을 보장할 의무를 국가에게 부과하고 있는 것이다. 특히 국제연합헌장은 개인의 인권 및 기본적 자유를 존중할 것을 반복강조하고 있고, 1948년 총회결의에 의한 세계인권선언은 각국의 국내법과 인권조약의 기초가 되고 있다.

국제적으로 보호되는 인권

국제인권규약 국제인권규약은 사회권적 기본권과 자유권적 기본권을 원칙적으로 구별하여 A규약(‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’)과 B규약(‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약’)이라는 별개의 조약으로 채택하였다. A규약에는 노동과 사회보장에 관한 권리, 생존권적 권리, 교육권 등이 인정되고, B규약에는 생명·신체의 자유, 고문·노예 등의 금지, 이동·거주의 자유, 공정한 재판을 받을 권리, 사생활의 보호, 사상·양심·종교의 자유, 표현·집회·결사의 자유 등이 보장되어 있다. 이 두 규약의 차이인 A규약에 비해 B규약은 원칙적으로 즉시 통용 가능한 기준을 정하여 이를 준수·실시할 의무를 당사국에게 부과하고 있다는 점이다.

평등원칙의 실현 인권의 평등원칙의 실현을 위해 차별철폐를 구체적으로 규정하고 있는 대표적인 것으로는 ‘인종차별철폐협약’과 ‘여성차별철폐협약’이 있다. 전자가 철폐의 대상으로 한 것은 ‘인종·피부색·문벌 또는 민족적·종족적 출신에 기인하는 모든 차별’이며, 후자는 ‘사회와 가정에서의 남녀 역할분담사상을 부정’하고, 모든 분야에서 차별철폐를 규정하고 있다.

자결권과 새로운 인권 A규약과 B규약 제1조 공히 ‘인민의 자결권’을 규정하였는데, 인민의 정치적 독립뿐만 아니라 경제적인 자립과 발전의 추구를 포함한 내용으로 되어있다. 자결권의 목적은 당초 식민지 인민의 해방(외적 자결)에 있었지만, 오늘날에는 진정으로 인민을 대표하는 정부의 존재(내적 자결)를 문제시하게 되었다. 최근에는 발전의 권리, 평화에 대한 권리, 환경에 대한 권리 등의 새로운 권리개념이 제창되고 있는데, 이를 종합하여 자유권 및 사회권에 이은 ‘제3세대 인권’이라고 부르기도 한다.

인권보호의 이행확보조치

국내적 이행확보조치 인권조약에 보장된 권리를 침해당한 개인에게는 일차적으로 국내에서 효과적인 구제를 받을 기회가 부여되어야 하기 때문에, 인권보장 실시조치의 제1단계로 국내절차에 의한 국내적 실시가 있다. 조약상의 권리를 어떠한 수단과 방법을 사용하여 확보하는가는 일반적으로 국가의 재량에 맡겨져 있지만, 인권조약이

국내에서 그대로 적용될 수 있다면 국내적 실시의 확보가 촉진된다고 볼 수 있다(국가재량의 여지가 없는 조약의 경우와 헌법상 동위 내지 우위에 조약이 있는 국가의 경우).

국제적 이행확보조치 인권조약의 대부분은 조약을 실시하기 위한 국제기관을 설치하고 아울러 그 기관에 의한 국제적 실시조치를 정하고 있다. 대표적 실시조치로서는 국가보고제도, 국가통보제도, 개인청원제도가 있고 국제연합에 의한 개인통보제도가 있다. 국제적 인권보호를 위한 국제협약 중에는 국가보고제도만 갖는 조약도 있고(A규약, 여성차별철폐협약 등), 앞의 세 종류 모두 구비한 조약도 있다(B규약 및 B규약 선택의정서, 인종차별철폐협약, 국제노동기구헌장, 아프리카인권헌장 등). 이외에도 유럽인권협약과 미주인권협약은 실시기관인 각 인권위원회에 국가신청 및 개인신청을 인정할 뿐만 아니라 또 하나의 실시기관으로서 인권재판소를 설치하여 체약국과 인권위원회에 재판소에의 제소권을 인정하고 있다.

1. 국가보고제도: 인권조약 체약국에 대하여 조약상의 의무의 이행상황을 실시기관에 보고할 의무를 부과하고 이 보고를 실시기관에서 심사하는 절차이다.
2. 국가통보제도: 체약국이 타 체약국의 조약의무의 위반사항을 실시기관에 통보하고 이에 근거하여 실시기관이 심사·조종 및 필요한 권고 등을 행하는 절차이다.
3. 개인청원제도: 인권침해의 피해자인 개인과 단체가 피해의 실정을 직접 국제기관에 통보하는 것을 인정하여 이를 처리하는 절차이다.
4. 국제연합에 의한 개인통보제도
 - 인권보호를 위한 국제연합의 절차로서는 국제연합이 인권조약과 별도로 만든 개인통보제도가 있다.
 - 1970년 경제사회이사회 결의(1503) '인권 및 기본적 자유의 침해에 관한 통보의 처리절차'에 근거하여 설치된 1503절차로 불리는 것이 그 대표적 예이다.
 - 1503절차는 개인과 민간단체로부터 들어오는 통보 중 '인권과 기본적 자유에 대한 중대하고 신뢰할 수 있는 증거가 있는 일관된 형태의 침해'로 보이는 통보에 대해서 국제연합 인권위원회 및 그 하부기관인 '차별방지 및 소수자보호위원회'가 비공개로 검토하고 필요할 경우 특정사례의 조사와 경제사회이사회에의 권고를 행하는 것이다.
 - 1503절차상의 개인통보는 인권침해사태에 대한 정보원으로 취급되는 것이고 개개 인권침해의 피해자를 구제하기 위한 절차는 아니라는 점이다.

개인의 국제범죄

국제범죄의 분류와 성외성을 갖는 범죄

개인의 국제범죄는 범죄의 구성요건과 소추·처벌절차를 정한 것이 오로지 국내법인가의 여부에 따라 성외성을 갖는 범죄와 국제법상의 범죄로 구분할 수 있다. 성외성을 갖는 범죄는 범죄행위가 국제적인 폭을 지녀 국제협력의 필요도 발생하지만, 이는 국제법에서 정한 범죄가 아니라 원래 국내법상의 범죄이며 따라서 국제법상 협의의 범죄에서는 제외된다. 국제법상의 범죄는 다시 범죄의 추궁에 국내형법의 개입을 필요로 하여 각국 국내법에 근거한 소추·처벌에 맡겨지던가, 아니면 국제사회전체의 일반법이익을 해하여 그 소추·처벌이 국제법에 직접 준거하고 원칙적으로 국제기관에 의하여 행해지는 것인가에 따라 각국의 공통이익을 해하는 범죄와 국제사회전체의 이름으로 처벌되는 범죄로 나눌 수 있다.

국제법이 규정하는 범죄

국제법상의 범죄 중 다수국가가 공통의 이해관계를 갖는 법익을 해하는 행위로서 국제법상의 범죄로 처벌하도록 정해져 있으나 실제 처벌은 각국에 위임되어 있는 범죄를 '각국의 공통이익을 해하는 범죄'라고 한다. 이러한 국제범죄의 소추·처벌은 관계 국제법규정의 의거하여 각국이 두는 국내법을 통하여 행해진다(예: 해적, 노예매매, 마약·향정신성약품의 거래, 해저전선의 손괴 등 각종 해상범죄의 단속 등). 최근에는 국제테러행위에 관한 다국간 조약은 보편주의를 택할 뿐만 아니라 각 체약국에 대하여 범죄의 소추 및 처벌을 위한 특별의무를 설정하고 있다.

국제사회전체의 이름으로 처벌하는 범죄

이는 국제사회전체의 일반이익을 해하는 행위이므로 개인의 형사책임이 국내법을 매개로 하지 않고 직접 국제법에 근거하여 성립되며 그 소추 및 처벌이 국제기관에 의하여 직접 행해질 것이 예정된 것으로 제2차 대전 이후 생긴 새로운 형태의 국제범죄이다. 이에 근거하여 처벌한 국제범죄로는 뉘른베르크 국제군사재판소와 극동국제군사재판소에서 재판한 독일 및 일본의 전쟁지도자의 처벌을 들 수 있다. 현재 국제법위원회에서는 '인류의 평화와 안전에 대한 범죄'의 법전화작업이 진행되고 있으며, '집단살해의 방지 및 처벌에 관한 협약' 및 이 조약을 근거로 한 '인종차별범죄의 억제 및 처벌에 관한 국제협약'이 발효 중이다. 이 조약들은 각 범죄를 국제법상의 범죄로 규정하고 범죄구성요건과 개인의 형사책임을 조약 자체가 상세히 정하고 있다. 그리고 국내법원 이외에 국제형사재판소의 설립을 예정하고 있기도 하다.

Jurisdiction of States

국가관할권

국가의 기본적 권리 · 의무

국가가 유효한 관할권을 행사하기 위해서는 먼저 권리 · 의무의 주체임이 전제되어야 하고, 권리 · 의무의 구체적 내용이 무엇인가 하는 것이 확정 되어야 한다. 국가의 권리 · 의무로서 열거되는 내용이 확정적인 것은 아니지만 전통적으로 주권, 독립권, 평등권, 자위권, 자기보존권, 교통권, 국내문제불간섭의무 등이 열거되어 왔다. 이러한 내용을 법전화하려는 시도는 성공하지 못했으며 다만 1970년 국제연합총회의 결의 2625로 채택된 ‘국제연합헌장에 따른 각국 간의 우호관계 및 협력에 관한 국제법원칙에 관한 선언’(일명 우호관계원칙선언)에 의하면 무력행사금지, 분쟁의 평화적 해결의무, 국내문제불간섭의무, 상호협력의무, 인민의 평등권과 자결권, 주권평등, 의무의 성실한 이행 등 7개 항목을 열거하고 있는 데 이는 지금까지 논의된 국가의 권리 · 의무내용을 가장 잘 나타내주고 있다고 보인다.

주권

주권이라는 말은 역사적으로 다양하게 사용되어 왔으며, 헤겔의 경우 국제법이란 주권의 자기제한으로 존재함에 그친다고 주장한 바도 있다. 그러나 20세기 들어와서 주권을 근거로 국제법의 타당성을 부정하는 견해는 배척되었고, 주권이란 실정국제법상의 국가권능을 총칭하는 것으로 파악되기 시작했다. 그리하여 오늘날 주권은 대외주권과 대내주권의 두 가지 의미로 파악되며 대외주권이란 독립권을 말하고 대내주권이란 영역권으로서 국가가 영역내의 모든 사람과 물건에 대하여 배타적으로 통치를 행하고 영역을 자유로이 처분할 수 있는 것을 말한다.

국가평등원칙

국가는 동일한 주권을 가지며 평등하게 취급되는 바 이를 국가평등원칙이라고 한다. 일반적으로 평등의 내용으로는 형식적 평등과 실질적 평등의 두 가지를 들고 있으나 전통적으로 국가의 평등으로 생각된 것은 형식적 평등이며 그 내용으로서는 국제법의 정립에 관한 평등과 법 앞의 평등이 열거되어 왔다. 여기서 단순히 형식적 평등만을 적용하게 되면 실질적 불평등이 초래된다는 개발도상국 내지 신생독립국의 의견이 받아들여져 실정 국제법상 그 내용이 반영되기 시작했다는 견해도 있다. 그러나 오히려 실질적 평등은 국제기구의 운영에 있어서 나타나기 시작했으며 이는 선진국의 이익을 대변함은 물론 기능적 평등이라는 이름으로 합리화되고 있다.

국가관할권의 행사

국가관할권의 의의

국가관할권이란 국제법상 한 국가가 자기의 국내법을 통하여 자국의 국민과 재산 등의 일정한 행위와 사실에 대하여 통치할 수 있는 법적 기초를 말한다. 국제법은 국가의 관할권 행사를 무제한 인정하는 것이 아니기 때문에

국내법이 적용되기 위해서는 당해 국가와 행위 및 사실 사이에 일정한 관련이 있어야만 한다. 국내관할권(국내법)이 적용되기 위해서는 다음과 같은 몇 가지 근거를 필요로 한다.

속지주의

행위와 사실이 발생한 장소의 소재국임을 근거로 행사되는 관할권을 속지주의라고 하고 이는 국가가 영역주권을 가졌음을 근거로 국제법상 널리 인정되고 있다.

국적주의

자국민이 자국영역 밖에서 한 행위에 대하여 관할권을 미치는 경우를 국적주의라고 한다. 이는 속인주의라고도 하며 속지적 관할권과 충돌할 경우 제한을 받는다.

수동적 속인주의

외국인이 영역 외에서 한 행위에 의하여 피해를 입은 자가 자국의 속인적 관할권이 미치는 국민과 법인임을 근거로 관할권을 행사하는 것을 수동적 속인주의라고 한다.

보호주의

당해 행위에 의하여 국가의 안전과 일체성 등의 중대한 이익이 침해됨을 근거로 실행책임자 및 실행지의 여하를 불문하고 관할권이 행사되는 경우가 있다. 이 경우를 보호주의라고 부른다. 그 판단여하에 따라서 남용의 여지가 없지 않은 제도이다.

보편주의

당해 행위를 한자에 대하여 모든 국가에게 관할권을 인정하는 경우를 보편주의라고 한다. 이는 특정국의 기본적인 이익에 대한 중대한 침해가 됨을 이유로 하는 것이 아니라, 국제사회에서 보호되어야 할 이익을 침해하는 것을 이유로 관할권 행사가 인정된다는 점에서 보호주의와 구별된다. 해적처벌이나 항공기 납치의 경우 이의 적용에 이의가 없으나 그 외에는 아직까지 그 적용에 있어서 논란의 여지가 많다.

관할권의 충돌시 조정

집행관할권의 조정

집행관할권의 행사는 기본적으로 속지적인 것에 그치며, 타국영역 내에서의 행사는 조약과 기타 동의가 부여될 경우만 예외적으로 인정된다.

입법관할권의 조정

국내법령을 제정하고 일정한 행위와 사실을 그 적용대상으로 하는 입법관할권에 대한 국제법의 규율은 미비할 뿐만 아니라 국가의 재량에 위임되는 부분이 많기 때문에 경합의 조정을 도모할 필요가 있다. 그러나 입법관할권에 대한 국제법의 제한이 명확하지 않기 때문에 각국은 다만 입법관할권의 존재를 전제로 대항조치 내지 자기억제를 통하여 상호이익을 유지하고 조정할 수밖에 없다. 차후 일반 국제법의 생성이 가장 기대되는 부분이다.

주권면제

재판권 면제

의의

국가는 국가재산 및 국가의 이름으로 한 행위에 대하여 외국 재판관할권의 대상이 되지 않는다. 이러한 원칙을 주권면제라고도 하고 국가면제 내지 국가의 재판권면제라고도 부른다. 면제의 근거로는 전통적으로 국가평등의 원칙 내지 상대국과의 우호관계유지라는 측면이 강조되어 왔다. 그러나 이러한 면제는 포기할 수 있다.

면제의 주체

주권면제의 원칙 그 자체는 오늘날 국제관습법상 확립되어 있지만, 그것은 주로 각국의 국내법원 판례를 통하여 형성되어 온 것으로서 면제의 주체에 대해서는 통일성이 결여되어 있다. 그러나 주권국가에 대한 면제가 인정된다는 것에 대해서는 이론의 여지가 없으나, 피보호국, 미승인국, 연방국성국, 지방공공단체 등에 대한 면제여부에 대해서는 아직까지 일정한 원칙이 없다.

면제의 기준

절대면제주의 면제를 널리 인정하는 전통적인 입장을 절대면제주의라고 한다. 그러나 절대 면제주의에 의한다 하더라도 모든 사항의 면제를 인정하는 것은 아니다. 그것은 절대면제주의가 국가범위에 한정된 것이고, 私인에 의하여 행해지는 경제 활동에는 미치지 않음을 전제로 하고 있었기 때문이다. 그러나 오늘날 국가 활동의 영역이 확대되면서 종래 개인 및 사기업에 위임되어 있던 경제활동에 대한 국가의 개입이 강화되자 국가와 거래하는 개인의 보호라는 측면이 소홀해짐이 지적되었다.

제한면제주의로의 이행 19세기 말부터 주권적 행위라고 볼 수 없는 국가의 행위에 대하여 재판권면제를 부정하는 판례가 나타나기 시작하자 각국은 국내 판례와 국내입법 내지 조약을 통하여 주권면제 인정범위를 제한하는 주권면제제한경향이 나타나기 시작했다. 따라서 오늘날 국제연합 국제법위원회(ILC:International Law Commission)에서는 1979년 이래 제한면제주의의 입장에 서서 '국가 및 그 재산에 대한 재판권면제에 관한 협약초안'을 작성하여 1991년에 협약초안으로 최종 채택하였다.

제한면제주의의 기준 제한면제주의를 채택할 경우 일반적으로 면제가 인정되는 행위와 인정되지 않는 행위의 구별이 필요하다. 통상 면제가 인정되는 행위를 '주권적 행위 또는 권력행위'라고 부르고, 면제가 인정되지 않는 행위를 '상업적·관리적 행위 또는 직무행위'라고 부르며 이 양자를 구별하는 기준에 대한 학설로서는 '행위목적설'과 '행위성질설'이 있다. 그러나 제한면제주의에 관한 상세한 통일적 기준이 결여되어 있기 때문에 과연 제한면제주의가 국제관습법상 확립되어 있다고 말할 수 있느냐가 문제가 된다. 그러므로 면제의 사항적 범위의 결정에는 각국의 재량에 위임될 여지가 많다.

1. 행위목적설: 행위목적설이란 당해 활동목적에 착안하여 국가의 주권적 목적 또는 공적 목적을 달성하기 위한 행위였는가에 의하여 판단하는 태도를 말한다.
2. 행위성질설: 행위성질설이란 당해 행위의 객관적 성질에 착안하여, 계약 등 본래 사인이 행할 수 있는 것에 대하여는 그 목적여하에 관계없이 업무적·관리적 행위로서 면제를 부정하는 태도를 말한다.

강제집행의 면제여부 재판권면제가 포기되거나 인정되지 않기 때문에 그 결과 재판권이 행사되면 권리보전을 위한 압수와 판결집행을 위한 압류 등의 강제집행이 필요한 경우가 발생하게 된다. 이 경우 새로이 강제집행절차에 대해서도 주권면제가 적용될 수 있는가의 문제가 있다. 스위스와 같이 양자를 연계시켜 재판권 면제를 인정하지 않을 경우 강제집행의 면제도 인정하지 않는 국가도 있으나, 일반적으로 강제집행면제와 재판권면제는 별개로 취급하기 때문에 재판권면제를 인정하지 않더라도 강제집행의 면제는 인정된다고 본다. 설사 강제집행의 여지가

인정되는 경우 집행대상이 되는 재산과 집행면제가 되는 재산은 또한 구분이 된다. 이에 대해서는 집행재산이 주권적 및 공적인 것에 관련되는가, 그렇지 않으면 업무적·관리적인 것에 관계되는가에 의하여 구별하는 것이 보통이다.

국내문제 불간섭의무

의의

국가는 일정사항에 대하여 타국으로부터 간섭을 받지 않고 처리하고 결정할 수 있다. 이러한 사항을 국내문제 내지 국가관할사항이라고 한다. 국내문제란 전통적으로 각국의 정치적 판단에 의하여 주장되었다. 그러나 20세기에 들어와 실정국제법의 규율과 관련하여 국제법의 범주 내에서 국가의 자유재량에 맡겨지는 영역으로 생각되기 시작했다(국제연맹 규약 제15조 8 참조). 따라서 국내문제의 범위는 국제법의 규율이 어디까지 미치는가에 따라 정해지게 된다. 따라서 국내문제는 국제관계의 발전에 수반하는 국제법의 규율이 증대할수록 상대적으로 감소할 수밖에 없다. 그러나 국가의 다양성과 그 주체성을 보호할 뿐만 아니라 타국의 침해로부터 보호되는 영역의 설정이라는 의미에서 여전히 국내문제는 중요하다.

어떠한 간섭이 문제인가?

적법한 간섭

국내문제에 타국이 개입할 경우 국내문제불간섭의무의 위반을 구성하게 된다. 그러나 모든 간섭이 위법한 것은 아니며 다음의 몇 가지는 종래부터 적법한 간섭으로 여겨져 왔다. 먼저 조약에 의한 간섭은 적법하며, 위법행위에 대한 항의와 자위권행사 및 침략에 대한 강제조치 등은 적법하다. 그리고 강제적 요소를 수반하지 않는 단순한 권고와 조언 및 주선이나 중개의 신청 등은 위법한 간섭에 해당하지 않는다. 이외에도 인도를 위한 간섭이 국제법상 허용된다는 주장이 있으나 남용의 위험이 있으므로 국제관습법상 확립된 것으로 보기는 어렵다.

위법한 간섭

전통적으로 직·간접적인 무력행사 내지 기타의 강제수단을 사용하여 명령적 개입을 도모할 경우 위법한 간섭을 구성한다. 이에겐 군사적 조치를 포함하여, 테러활동 등을 조직하거나 지원하는 일도 해당된다. 이외에도 '우호 관계원칙선언'에 의하면 타국의 주권적 권능행사를 종식시키고 일정한 이익을 확보할 목적으로 행해질 경우에는 경제적 및 정치적 강제도 불간섭의무에 위배된다고 보고 있다. 그러므로 오늘날에는 고도의 과학기술을 이용한 활동이 물리적인 손해를 야기하지 않는다고 하더라도 타국의 국내문제에 대한 간섭을 야기할 우려가 있을 때에는 그 활동유형과 방법에 관하여 일정한 제약을 부과하고 있다.

내전과 불간섭의무

내전에 관한 불간섭의무는 종래부터 논란이 되어온 부분이다. 전통 국제법에 의하면 합법정부의 원조요청에 의한 지원은 간섭이 아니나, 반란단체에 대한 지원은 간섭을 구성한다는 논리였다. 그러나 ICJ의 최근태도는 정부의 요청에 의한 지원이나 반란군 측의 요청에 의한 지원 모두 원조를 정당화하는 것이 아니라고 함으로써 ICJ의 '니카라과에 대한 군사적 활동사건, 1986 참조) 국제법상 내전에 대한 불간섭의무가 원칙적으로 확립된 것으로 보인다. 이에 대해서는 예외가 있는 바 식민지배하의 인민이 자결과 독립의 권리행사를 위해 투쟁하는 것을 정당한 것으로 인정하여 모든 국가에 대하여 물질적·정신적 지원을 부여하도록 하고 있다(1965년의 국제연합총회 결의 2105 '식민지제국 및 제인민에 대한 독립부여에 관한 선언의 이행' 참조). 물론 이에 대해서도 지원의 내용과 관련하여 해석상의 차이는 있다.

국제기구에 의한 국내관할사항에 대한 간섭문제

의의 국제기구에 있어서는 국가 간의 문제와는 별도로 국제기구가 가맹국의 국내관할사항에 어디까지 개입하는 것이 허용되는가 하는 문제가 생긴다. 이에 대해서는 국제연맹과 국제연합사이에 약간의 차이가 있다.

국제연맹의 경우 국제연맹규약은 국제연맹의 분쟁처리권능의 한계로서 국내관할사항에의 불개입 원칙을 규정하였다. 이는 분쟁당사국의 일방이 당해 분쟁에 대하여 '국제법상 오로지 국내관할에 속하는 사항임을 주장하고 연맹이사회도 이에 동의할 경우 그 해결에 대하여 연맹이사회는 어떠한 권고도 할 수 없다'고 하고 있다. 따라서 국제연맹의 경우 국내관할사항에 속하는지의 판단여부는 연맹이사회에 있는 것이다.

국제연합의 경우 국제연합헌장에서는 국제연합의 활동일반에 대하여 국내문제불간섭의 원칙을 규정함과 아울러 그 적용의 예외로서 헌장 제7장에 의한 강제조치 적용의 경우를 든다. 여기서 불간섭의무는 본질상 가맹국의 국내관할 내에 있는 사항에 대하여 부과되는 데, 국제연합의 관행상 국내관할 사항에 속하는지의 결정은 그 문제를 취급하는 당해 관계기관(총회 및 안전보장이사회)에 위임되어 있다. 간섭의 유형에 있어서도 일반국제법상의 간섭이 기본적으로 '명령적 개입'을 의미하므로 헌장상의 간섭도 강제와 위협을 수반하는 경우에 한하여 간섭으로 보자는 설이 있으나 국제연합의 활동은 헌장상의 강제조치를 제외하고는 권고적인 성격에 불과하므로 별의미가 없다.

국가영역

국가영역과 영역주권

국가영역은 영토와 이에 부수하는 영수 및 영공으로 구성되는 입체적 공간으로서, 영수는 내수와 영해로 구성되며, 영공은 영토 및 영수의 상공부분으로 구성된다. 국가영역은 특정 국가에게 귀속되는 공간이기 때문에 국가는 특별한 국제법상의 제한이 없는 한 원칙적으로 그 영역내의 모든 사람과 물건을 지배하며, 타국의 주권적 기능행사를 막을 수 있다. 이러한 포괄성과 배타성을 갖는 국가의 권능을 '영역주권'이라고 한다. 영역주권에 근거하여 국가는 비로소 국가영역에 대하여 규제권능과 사용권능을 갖게 된다.

영해와 해양관할권의 확장

해양영유론의 역사

근대해양법의 발전 국가가 바다에 대해 국가관할권을 주장하기 시작한 것은 이미 중세 말기로 소급된다. 이탈리아의 도시국가들은 무역로를 확보하기 위하여 인근해역의 폐쇄를 주장하기도 했고, 덴마크와 스웨덴의 경우 어업권을 독점하기 위해 발트해의 영유를 주장하기도 하였다. 심지어 근세초기에는 스페인과 포르투갈이 지리상의 발견에 의한 새로운 통상항로를 독점하기 위해서 1493년 양국 간에 체결된 '토르데실라스 조약'에 의해 대서양·태평양·인도양 등의 분할영유를 약속하고 타국민의 항행을 금지시킨 바도 있었다.

이에 대해 그로티우스(H. Grotius)는 1609년 간행된 그의 저서 '자유해론'(Mare Liberum)을 통해 실효성 없는 해양영유를 반대하였고, 영국의 존 셀덴(John Selden)은 1635년 간행된 그의 저서 '폐쇄해론'(Mare Clausum)을 통해 어업면허제를 실시하고 있던 영국의 입장을 옹호하면서 물리적 지배에 의한 해양영유를 지지하였다. 1702년 네덜란드의 빈켈스호크(Cornelius van Bynkershoek)가 간행한 '해양의 지배권에 관하여'에 의하면 해양의 영유성을 강조하면서 외양은 실효적 선점과 계속적 점유에 의하여 취득가능하고 연안해의 영유권은 육지로부터의 지배에 의하여 인정될 수 있다고 하였다. 이러한 과정을 거쳐 공해와 연안해가 구분이 되고 후자를 국가영역으로 편입시킬 수 있는 영해제도의 기본이 확립된 것이다. 근대 이후 해양법에 관한 주된 문제는 영해의 범위와 성질을 어떻게 확정할 것인가였으나 영해의 외측은 공해제도가 적용됨에도 불구하고 그 한계는 통일을 보지 못하였다.

현대의 발전상황 영해제도에 관한 통일논의는 국제연맹 시에도 계속된 바 있지만 조약의 채택에는 실패하였고, 제2차 대전 이후 각국은 바다에 대한 국가관할권을 경쟁적으로 확대해 나가자 해양질서는 더욱 어지러워졌다. 이에 1958년에 열린 제1차 국제연합해양법회의는 영해, 공해, 대륙붕제도 및 공해어업 및 생물자원보존에 관한 4개의 국제협약을 체결하였다. 그러나 여기서도 영해의 폭에 관해서는 합의에 실패하였다. 이어서 위의 4가지 협약이 채택된 지 15년 후에 열린 제3차 국제연합해양법회의에서 채택된 '국제연합해양법협약'은 해양에 관한 모든 법제도를 포함하는 방대한 조약을 만들었고, 나아가 조약의 실효성을 높이기 위해 해양법재판소에 의한 해양분쟁의 강제적 해결절차까지도 마련하였다.

내수

내수의 법적 지위 내수란 기선의 내측에 있는 수역으로서 항구·만·내해 등을 가리키며, 외국선박의 무해통항권이 인정되지 않고 영토와 동일한 영역주권이 미친다. 항구란 선박의 정박과 화물을 하역하기 위한 시설이다, 내수로서의 만은 연안이 동일국가에 속하는 것으로서 일정조건을 충족하여야 하나(1958년 영해협약 제7조) 역사적 만 등 많은 예외가 있어 만구폐쇄선을 획선할 시 많은 문제점들을 야기하기도 한다. 둘 이상의 입구를 갖는 내해에 대해서는 조약상의 규정이 없다. 그러나 그 연안이 모두 동일한 국가의 것일 때에는 각 입구에 만에 적용하는 규칙을 적용할 수 있을 것으로 보인다.

항구에서 외국선박의 지위 1922년에 체결된 '바다항구의 국제제도에 관한 협약'에 의하면 항구의 출입항 및 사용 등에 관하여 체결국 선박에 대하여 자국선박 또는 제3국의 선박과 동일한 대우를 해줄 것을 의무화하고 있다. 또한 입항 중인 외국의 민간선박은 연안국의 영역주권에 근거한 재판권에 따른다.

그러나 일반적으로 널리 채택되어 있는 프랑스주의에 의할 것 같으면 선박의 내부문제로서 항구의 평온을 해하지 않는 행위는 기국의 관할권을 인정하도록 하고 있다. 반면 영국은 항내의 일체의 범죄에 대하여 연안국의 재판권이 미친다고 하며 이를 영국주위라고 부르기도 한다. 군함 및 비상업용 정부선박은 정박 중 연안국의 재판권에서 면제된다. 그러나 군함의 승무원이 육상에서 공무 외로 행한 범죄에 대해서는 연안국의 재판권이 인정된다.

영해

영해의 법적 지위 영해에 대한 국가의 권능은 영토에 대해서와 마찬가지로 영해를 통치하고 지배하는 권능뿐만 아니라 그것을 보유하고 처분하는 권능까지도 포함하는 주권설이 가장 유력하다. 그러나 영해를 영토에서 분리하여 보유하거나 처분할 수는 없고, 연안국은 그 영해 내에서 타국의 선박에 무해통항권을 인정하여야 하기 때문에 영토에 대한 주권처럼 완전히 배타적이지도 않다. 영해를 측정하는 기선은 저조선이며, 복잡한 형상을 갖는 해안의 측정기준으로서는 직선기선제도를 인정하고 있다. 이 경우 직선기선이라 함은 해안의 일반적 방향으로부터 떨어져서는 안 되며, 내측 수역은 내수로서 육지와 밀접한 관련을 가져야 한다.

무해통항권 외국선박의 영해 내에서의 무해통항은 오랜 역사적 관행에 의하여 승인되어 온 제도로서 무해통항이란 1958년 영해협약에 의하면 '연안국의 평화와 질서 또는 안전을 해하지 않는' 항행을 말한다. 여기서 무해에 관한 판단은 특정기준에 한정되어 있지 않으나 국제연합해양법협약은 제19조 2항에서 무해로 되지 않는 활동을 구체적으로 열거하고 있다. 즉 외국선박의 통항은 영해 내에서 다음 활동 중 어느 것을 행하는 경우, 연안국의 평화, 공서 또는 안전을 침해하는 것으로 간주된다. ① 연안국의 주권, 영토보존 또는 정치적 독립에 반하거나 또는 국제연합헌장에 구현된 국제법 원칙을 위반하는 기타방법에 의한 무력의 위협 또는 행사, ② 어떠한 종류이든 무기를 사용한 훈련 또는 연습, ③ 연안국의 방위 또는 안전에 유해한 정보수집을 목적으로 한 행위, ④ 연안국의 방위 또는 안전에 영향을 미치는 것을 목적으로 한 선전행위, ⑤ 항공기의 선상 발진, 착륙 또는 탑재, ⑥ 군사장치의 선상발진, 착륙 또는 탑재, ⑦ 연안국의 관세, 재정, 출입국 관리 또는 위생에 관한 법령에 반하는 물품, 통화의 양하, 적하 또는 사람의 승선, 하선, ⑧ 본 협약에 반하는 고의적이고 중대한 오염행위, ⑨ 어로활동, ⑩ 조사 또는 측량활동의 수행, ⑪ 연안국의 통신체계 또는 기타 설비, 시설의 방해로 목적으로 한 행위, ⑫ 통항과 직접 관련이 없는 기타 행위이다.

군함이 무해통항권을 갖는가에 대하여는 중전부터 부정적으로 보는 시각이 강하였으나 아직까지도 이에 관한 의견에 일치할 본 바는 없다. 따라서 군함에 대해 무해통항을 인정하는 국가(미국, 영국, 일본 등)와 사전통고 내지 허가를 요구하는 국가 등 각국의 실행은 일치하고 않고 있다. 그러나 상당수의 국가는 안전보장의 관점에서

규제권이 있다고 주장하고 있다. 한편, 영해 내에서 잠수함 및 기타 잠수 항행기는 해면 위에 부상하고 그 기를 게양하여 항행하여야 한다(해양법협약 제20조).

영해에 대한 연안국의 권리 영해에 대하여 연안국은 다음과 같은 권리를 행사한다. 첫째 어업 및 영해의 해저와 하층토의 자원을 개발할 배타적 권리가 있고, 둘째 영해의 상공을 배타적으로 사용할 권리를 가지며, 셋째 연안무역에 대한 배타적 권리와 함께 넷째 외국선박이 준수해야 할 항행·위생·관세 및 출입국관리에 관한 규칙을 제정할 수 있다. 끝으로 무행통항권을 행사하는 상선에 대한 보전처분 및 이러한 선박 내에 있는 사람에 대한 체포를 위한 일정한 권한을 갖는다(1958년 영해협약 제19조 및 제20조 참조)

군도수역

군도수역이란 다수의 섬으로 구성되는 군도국가의 외측 섬을 연결한 직선기선의 내측수역을 말한다. 여기서 말하는 군도국가란 일련의 섬으로 구성되고 그 섬과 수역이 밀접한 관련을 가지며 지리적·경제적·역사적으로 일체성을 갖는 국가를 말하는데 실제로는 인도네시아, 필리핀, 피지, 바하마, 파푸아뉴기니아 등이 그 대상이 되는 군도국가이다.

군도의 기선은 내측의 수역면적과 육지면적이 1대1에서 9대1 사이로 되며, 기선의 길이는 100해리까지 인정된다. 다만 기선전체의 3%까지는 125해리까지 인정된다. 영해와 배타적 경제수역은 이 기선의 외측에 설정되며, 내측은 군도수역으로서 그 지하와 상공을 포함한 공간에 주권이 미친다.

접속수역

19세기 이래 각국은 영해 외측의 일정수역에서 한정된 특별관할권을 행사하기 위한 법령을 제정하여 왔으며, 상당수의 국가가 접속수역제도를 지지하였지만 의견의 일치를 본적은 없다. 그러나 1958년 영해협약에서 이 제도가 정식으로 인정이 되었으며, 이에 따르면 연안국은 자국의 영해와 내수에서 행해지는 '통관상, 재정상, 출입국관리상 또는 위생상의 규칙' 위반을 방지하기 위하여 연안에서 12해리 범위 내에서 규제권을 행사할 수 있도록 하고 있다(동협약 제24조). 국제연합해양법협약은 12해리 영해의 채택과 동시에 이 수역을 24해리로 확대하여 접속수역제도를 유지하고 있다(해양법협약 제33조).

대륙붕

대륙붕의 범위 대륙붕이란 원래 지질학상의 개념으로서 그 범위는 1958년 대륙붕에 관한 협약에 의하면 해안에 인접하고 영해 밖 수심 200M까지의 海床 및 그 아래를 가리키나, 수심이 그 이상이 되더라도 천연자원의 개발이 가능하면 대륙붕에 포함된다고 하고 있다. 이러한 기준은 개발기술이 발달함에 따라 대륙붕의 범위가 확대되는 문제점을 안게 되었다. 따라서 국제연합해양법협약에서는 대륙붕의 범위를 연안으로부터 200해리까지 또는 영토의 자연적 연장에 따라 대륙연변부까지의 해저부분으로 하고, 최대폭은 영해의 기선으로부터 350해리 또는 2500M 등심선으로부터 100해리를 넘지 않도록 하고 있다.

연안국의 권리 연안국은 대륙붕을 탐사하고 그 천연자원을 개발하기 위한 주권적 권리를 가진다. 여기서 말하는 주권적 권리란 어느 국가도 연안국의 명시적인 동의가 없이는 이들 활동을 하거나 권리를 주장할 수 없다는 의미에서 배타적이다. ICJ는 1969년 '북해대륙붕 사건'을 통해 대륙붕에 대한 연안국의 권리는 "당연히 최초부터" 존재하는 고유한 권리라고 함으로써 연안국의 시원적 권리임을 인정하고 있다.

배타적 경제수역

의의 배타적 경제수역제도는 영해의 기선으로부터 200해리까지의 수역으로서 그 출발은 영해 밖 연안해역의 천연자원에 대한 연안국의 영구적 주권을 주장하기 위해 중남미국가 및 아프리카국가들에 의해 먼저 제창되었다. 이러한 논의가 계속되자 제3차 국제연합해양법회의는 배타적 경제수역이라는 개념을 인정하여 연안국의 권리·의무와 타국의 권리·의무를 조정하여 구체적 제도로서 정립하였다. 이러한 배타적 경제수역이라는 제도의 법적

성격을 어떻게 정할 것인가 하는 것은 확정된 바 없으나 기본적으로 공해의 성격을 가짐과 동시에 특별한 법제도가 적용되는 고유한 수역으로 파악하고 있다.

연안국의 권리 배타적 경제수역제도는 대륙붕제도와 달리, 연안국이 국내입법조치 등에 의해 배타적 경제수역을 설정한 경우에만 그 수역 내의 생물자원 및 비생물자원의 탐사·개발·보존 및 관리를 목적으로 한 주권적 권리를 행사할 수 있다. 그러나 배타적 경제수역제도와 저촉되지 않는 한 공해제도에 관한 국제법상의 제규칙은 그대로 적용된다.

해양의 경계획정

국가관할권이 미치는 국가영역을 확정하기 위해서는 경계선이 확정되어 있어야 한다. 그러나 해양관할권에 관한 새로운 제도들은 생긴 지가 얼마 되지 않았기 때문에 국가 간에는 새로운 제도에 의거 국가 간의 해양경계획정을 할 필요가 생겼다. 현재까지 주로 해양 경계획정분쟁이 일어난 분야는 공유대륙붕의 경계획정에 관한 것이다. 1958년 대륙붕협약은 그 경계획정 시 연안국의 합의에 의해 하도록 하고 있고, 합의가 없는 경우에는 특수한 사정에 의해 다른 경계선이 정당하다고 인정되지 않는 한 마주보는 경우에는 '중간선', 이웃하는 경우에는 '등거리선'을 기준으로 하도록 하고 있다(동협약 제6조).

그러나 ICJ는 '북해대륙붕 사건' 판결에서 모든 경우에 의무적인 경계획정의 유일한 방법은 없다고 하며, 경계획정은 '형평의 원칙'에 따라 합의에 의해 행해져야 한다고 한 바 있다. 이 후에도 몇 개의 대륙붕경계획정 판결이 있으나 일관된 입장은 나타나지 않고 있으며 일반적 경향은 분쟁해역의 지질학적 구조나 경제적 요인보다는 해안선의 일반적 방향에서 측정되는 길이 및 섬의 존재 등 지리적 요인이 중시되는 경향이 있다.

영공

영공의 개념

영공의 법적 지위 영공이란 국가영역(영토와 영해)의 상층 공간으로서 모든 국가가 그 영역상의 상공에서 "완전하고 배타적인 주권"을 보유한다고 본다(1919년의 파리협약 및 1944년의 국제민간항공협약 참조). 그러나 空域에 관한 국제법상의 정의는 존재하지 않기 때문에 영공의 수평적 한계는 결정할 수 있지만, 영공과 우주공간의 경계를 결정하는 기준(영공의 수직적 기준)은 확정할 수 없다. 따라서 영공 밖에 우주공간이 존재하는 이상 현행 국제법상 인정되고 있는 영공주권은 제한적인 주권이라고 보아야 할 것이다.

영공침범과 대항조치 영공주권의 절대성에 의하여, 영해에서의 무해통항권과 유사한 권리가 항공기에는 부여되지 않는다. 그러므로 하토국의 허가를 받지 않은 비행 및 착륙은 영공침범으로 국제불법행위를 구성하게 된다. 영공침범에 대하여는 필요한 대항조치를 취할 수 있으며 이러한 대항 조치를 위법으로 하는 국제조약 내지 국제관습법은 아직 존재하지 않는다. 여기서 영공을 침범한 민간여객기에 대해서 영역국이 무력을 행사할 수 있는가라는 문제가 생긴다. 이 문제에 대해서는 아직까지 명확한 규정이 없다.

다만 1983년 '대한항공기격추 사건'을 계기로 국제민간항공기구는 1984년 5월 특별총회를 통해 모든 국가는 비행중인 민간항공기에 대한 무기사용을 삼가야 하고, 침입기를 요격할 경우에는 항공기내 사람의 생명과 항공기의 안전을 위태롭게 해서는 안 된다는 것을 내용으로 하는 새로운 규정을 전원일치로 채택한 바 있을 뿐이다.

항공의 국제제도

의의 영공에 관한 완전하고 배타적인 영역국의 주권행사는 조약에 의하여 제한된다. 시카고협약은 영공에 있어 민간항공기의 비행의 자유를 인정하였는데 이는 영공주권을 전제로 조약에 의하여 특별히 타국의 민간 항공기에 대해 무해통항권을 인정하려는 것이다.

부정기비행의 권리 시카고협약 체약국의 민간 항공기는 부정기항공에 의해 다른 체약국의 영공을 비행할 수 있는 권리를 갖는다. 그러나 이에는 영역국의 착륙요구와 항공로지점 및 특별허가에 따를 것이 조건이다.

정기국제항공업무 시카고협약은 정기국제항공업무와 관련하여 체약국에게 사전 특별허가를 요구하면서 동협약의 채택시 다른 두 개의 부속협정 즉 '국제항공업무통과 협정'과 '국제항공운송협정'을 채택한 바 있다. 전자의 협정에는 많은 국가가 가입하고 있지만, 후자의 경우에는 가입한 국가가 별로 없기 때문에 일반적으로 비체약국과의 관계에서는 '2국간 항공협정'에 의하여 국제정기항공로가 개설되고 있다.

영역의 취득

의의

국제법상 영역권원이란 국가가 특정지역에 대하여 영역주권을 유효하게 행사할 수 있는 원인 내지 근거가 되는 사실을 말한다. 이 권원에 의하여 특정지역이 국가에 귀속되고 거기에 국가의 속지적 권능이 행사되는 것이다. 국가가 영역권원을 취득하는 주요 유형으로는 선점, 할양, 병합, 정복, 시효, 침부 등이 있으며 이는 다시 원시취득과 승계취득, 쌍방행위에 의한 취득과 일방적 행위에 의한 취득, 국가에 의한 취득과 자연적 취득 등으로 다시 나누어서 볼 수 있다.

국가에 의한 취득

선점 선점이란 무주지역, 즉 취득 직전 어느 국가에도 속하지 않았던 지역을 취득하는 것을 말한다. 국제법상 선점의 요건으로서 로마법상의 무주물선점의 법리를 유추하여 다음의 네 가지를 들고 있다. 첫째, 선점의 주체는 국가이어야만 한다. 둘째, 선점의 대상이 되는 지역은 무주지역여야만 한다. 셋째, 국가는 무주지를 영유할 의사를 보여야 한다. 넷째, 선점은 실효적 점유를 수반하여야 한다.

할양 할양이란 국가 간의 합의(조약)에 의하여 국가영역의 일부를 타국에 이전하는 것으로서, 양도국이 당해 영역에 대하여 갖는 권리와 권원을 타국을 위하여 포기하는 것을 말한다. 역사적으로 볼 때 할양하는 방식에는 유상의 매매방식과 무상에 의한 할양 및 영토교환을 위한 할양이 있었으나, 오늘날 평화조약에 의한 할양을 별도로 하면 할양에 의한 영역변동은 거의 없다고 볼 수 있다.

병합 병합이란 조약에 의하여 국가영역의 전부를 양수하는 것을 말한다. 병합에 의하여 피병합국은 소멸하며, 그 국민은 종전의 국적을 상실하고 병합국의 국적을 얻는다. 그러나 오늘날 강제로 맺은 조약은 무효이다.

정복 정복이란 국가가 실력에 의하여 타국영역을 취득하는 것으로서, 강제적 병합이라고도 불린다. 정복된 국가가 소멸된다는 점에서 병합과 정복은 동일한 효과가 있다. 정복이 유효하게 성립하기 위해서는 타국영역에 대한 실효적 지배의 확립과 정복국의 영유의 의사가 필요하다. 현행 국제법상 무력행사는 일반적으로 금지되기 때문에 영역권원으로서의 정복은 인정되지 않는다.

자연적 취득

시효 시효란 영역을 실효적으로 지배하는데 기초가 되기 때문에 국가가 타국의 영역을 상당기간 계속하여 평온하게 또는 주권자로서 영유할 의사를 가지고 지배한 경우에 이를 취득하게 되는 것을 시효에 의한 취득이라고 한다. 그러나 이러한 시효에 의한 국가영역의 취득을 국제법상 인정할 것인가에 대하여는 논란의 여지가 많다. 시효중단의 방법으로서 외교항의로 충분하다는 견해와 국제재판에 사건부탁을 할 때 비로소 시효가 중단된다는 견해로 나뉘고 있다.

첨부 첨부란 통상적으로 볼 때 하구와 해안에 있어서 토사퇴적과 해저의 융기 등 자연현상에 의하여 국가영역의 범위가 확대되는 것을 말한다. 이 경우 영역확대는 점진적인 과정을 거치므로, 새로 발생한 영역의 귀속에 대해서 국가에 의한 특별한 행위와 절차는 불필요하며, 귀속처인 국가의 실효적 점유에 유리한 추정이 작용한다. 인공적인 첨부도 인정된다.

인접성의 원칙 무주지가 국가영역과 지리적으로 근접하고 있거나 혹은 그 국가영역의 자연적 연장부분을 이룬다는 사실이 영역권원으로 주장될 경우가 있는데 이를 인접성의 원칙이라고 한다. 그러나 이러한 지리적 또는 자연적 사실이 일반국제법상 영역권원으로 인정되지는 않는다. 영토에 접속된 특정해역 등에 있어서 국가관할권의 행사가 인정되는 것은 특정한 목적과 기능을 갖는 한정적 기능을 연안국에게 부여하는 특별한 제도에 의해서이지 인접성의 원칙이 적용된 결과는 아닌 것이다. 국제 판례도 인접성의 사실을 유효한 영역권원으로 인정하고 있지 않다(‘팔마스섬 사건’).

영역취득에 관한 기타 이론

판결 판결이 때로는 영역취득의 한 방식이 된다는 이론이 있다. 그러나 이론적으로 볼 때 재판소의 통상임무는 당사자가 이미 갖고 있는 권리를 선언하는 것이고, 새로운 권리를 창설하여 주는 것은 아니다. 따라서 판결로 인해 국가가 그 당시까지 소유하지 않았던 지역을 그 국가에 부여할 수는 없다.

묵인·승인 및 금반언 묵인·승인 및 금반언은 엄밀하게 말해서 영역취득의 방식은 아니지만, 영역취득시 중요한 역할을 한다. 특히 승인과 묵인은 시효에 있어서 결정적 역할을 한다(‘동부그린란드 사건’). 승인 또는 묵인은 금반언을 발생한다고 말하여진다. 즉 영역에 대한 국제분쟁에 있어서, 특정영역에 대한 다른 국가의 권원을 승인한 국가는 타국이 그 승인에 의거하여 어떤 행위를 할 때, 타국의 권원을 부인하는 것이 금반언에 의하여 금지된다는 것이다. 그러나 금반언에 대한 국제법의 태도는 일정하지 않다.

시제법 영역에 대한 권원의 유효성을 결정하기 위하여 어느 시대의 법이 적용되어야 하는가의 문제가 있다. 이것이 시제법의 문제이다. 일반적으로 인정된 견해는 영역취득의 유효성은 그 취득이 주장되는 시점에서 효력을 갖는 법에 기초한다는 것으로서, 법률은 소급 적용되지 않는다는 법일반원칙을 말하고 있는 것이다. 그러나 권리창설과 권리존속은 구별되어야 하며, 권리의 계속은 법의 발전에 따라 요구되어지는 조건을 따라야 한다는 이론이 나왔다(‘팔마스섬 사건에 대한 막스후버 판사의 견해’).

이러한 견해는 정복에 근거한 권원일 경우 매우 심각한 사태를 발생시키기 때문에(인도의 고아사태) 1970년 국제연합총회는 정복에 의한 영역취득의 금지는 “현장제도 이전에 또는 전통 국제법하에서 유효하게” 창설된 영역에 대한 권원에 영향을 주는 것으로 해석되어서는 안 된다고 선언까지 한 바 있다.

영역에 대한 부차적 권리

1. 공동영유권의 설정: 2개국이나 특정영역에 대해서 공동으로 주권을 행사하기로 합의하는 경우가 있다. 이는 국내법상의 공동소유권과 비슷하며, 태평양상에 있는 뉴헤브리디스섬에 대하여 프랑스와 영국이 공동영유권을 행사하고 있다.
- 2.租借地의 설정: 국가가 타국과의 특별한 합의에 의하여 타국 영역의 일부를 차용하는 것을 조차(lease)라고 하는데, 이때 차용하는 국가를 조차국, 조차의 대상이 되는 지역을 조차지라고 한다. 조차국은 조차협정이 효력을 갖는 한 그 영역에 대하여 완전한 주권을 행사할 수 있기 때문에 이것을 사실상 영역의 잠정적 양도가 되는 것이다.
3. 國際地役의 설정: 국제지역이 설정된 경우란 어느 국가에 속하는 영역이 특정방법에 의하여 타국에 이익이 되도록 이용되게 하는 때를 말한다. 따라서 地役에 의해 이익을 향유하는 국가는 당해 영역을 사용할 수 있는 권리, 예컨대 통행권, 혹은 관개용수를 취입할 권리를 가진다. 이에 대하여 地役의 부담을 지는 국가는 일정행위를 삼가할 의무, 예컨대 당해 영역에 요새를 설치하거나 군대를 두지 않을 의무를 진다. 지역을 일반적으로 조약에 의해 설정되지만 지방적 관습에 의해서도 성립할 수 있다.

