

“國際違法行爲에 대한 國家責任”에 관한 국제법위원회 초안 및 주석

소개의 글

국제연합 국제법위원회는 2001년 8월 “國際違法行爲에 대한 國家責任” 초안작업을 완성하여 총회로 보고하였다. 국제법위원회가 1955년 이 작업을 시작한 이래 물경 46년만의 일이었다. 國家責任에 관한 국제법위원회의 작업은 이 문제가 내포한 이론적 어려움과 아울러 국제사회에서의 지극한 관심으로 인하여 지연의 지연을 거듭하였고, 이 작업을 담당한 특별보고자만도 Garcia-Amador를 필두로, Roberto Ago, Willen Riphagen, Arangio-Ruiz, James Crawford 등 5명에 이르렀다. 국제법위원회는 이미 1980년 초안 제1부에 관한 1독회를 마치고, 1996년에는 초안 제2부와 제3부도 성안하여, 잠정 채택된 草案을 각국 논평에 회부하였으므로 그 내용의 틀이 사실상 완성되었다는 평가를 받았었다. 그러나 잠정초안의 일부 내용에 대하여 각국의 비판에 적지 않았고, 1997년 영국의 James Crawford가 새로운 특별보고자로 임명됨으로써 초안 완성 작업이 상당기간 또 지체되지 않겠냐는 우려를 낳기도 하였다. 그러나 이후 국제법위원회의 작업은 급속히 진행되어 2001년 제53차 회기중 제2독회를 마치고 “國際違法行爲에 대한 國家責任” 초안 및 주석을 채택하여 總會로 보고하였다.

초안 채택과정에서 끝까지 논란을 거듭하였던 분야는 草案 제2부 제3장의 “일반 국제법상의 强行規範 義務의 중대한 위반”, 제3부 제2장의 對應措置, 분쟁해결 조항의 존치 여부, 草案 규정을 어떠한 형식으로 성립시킬 것이냐는 점 등이었다. 과거의 초안에 포함되어있던 國際犯罪 개념에 대하여는 논란이 적지 않았고, 이의 삽입에 반대하는 국가도 적지 않았으므로 최종 초안에서는 國際犯罪에 관한 조항이 삭제되는 대신 “일반 국제법상의 强行規範 의무의 중대한 위반”에 관한 章이 설치되었다. 대응조치에 관하여는 이의 存置 必要性 여부에 대하여 끝까지 논란이 있었고, 특히 被害國이 아닌 국가에 의한 대응조치에 대하여도 논란이 있었다. 분쟁해결조항의 삽입 必要性 여부에 대하여도 의론이 분분하였으나, 국제법위원회는 일단 초안에는 이에 관한 조항을 두지 않고, 이에 관한 최종 결정은 總會로 미루었다. 초안의 성립 형식에 대하여는 국제회의 소집을 통한 독자적인 조약의 채택, 총회 선언의 형식으로의 채택, 총회가 결의를 통하여 국제법위원회의 보고서를 접수하고 그 부록에 초안 규정을 첨부하는 방식 등의 여러 의견이 제시되었다. 국제법위원회는 일단 총회가 초안 규정을 결의로써 접수하고, 이 결의 부록으로 초안 규정을 첨부하라고 건의하기로 하는 한편, 이 주제의 중요성을 감안하여 차후 이에 관한 조약 채택을 고려하도록 건의하기로 하였다. 분쟁해결조항은 초안 규정이 어떠한 형식으로 채택되느냐와 밀접한 관련을 갖는 문제이므로, 자연 제2단계에서나 제기될 수 있게 되었다.

2001년 8월 9일 국제법위원회 제2709차 회의에서 “國際違法行爲에 대한 國家責任

”에 관한 국제법위원회 작업은 최종 마무리가 되고, 총회 보고가 결정되었다. 일단 총회 제6위원회에 회부된 이 초안은 2001년 10월 29일부터 11월 9일의 제6위원회 제11차 내지 제24차 회의와 11월 19일 제27차 회의에서 검토되었다.

제6위원회 토의에서는 초안 내용이 전반적으로 과거보다 국제사회가 수락할만한 내용으로 개선되었다는 점에서 환영을 받았으나, 일부 내용에 대하여는 국가별로 불만이 표시되기도 하였다. 國家犯罪 개념의 삭제, 被害國과 법률적 이해관계국의 구별, 舊草案上의 집단적 대응조치조항이 現草案의 제54조로 바뀐 점에 대하여는 지지가 많았으나, 强行規範의 중대한 위반의 판단 기준과 판단기관의 문제, *jus cogens*와 *erga omnes*간의 구별 문제, 대응조치의 합법성 여부 판단구조, 분쟁해결 제도의 도입 여부 등에 대하여는 우려 또는 불만도 제기되었다. 채택 형식에 대하여도 국제법위원회에서의 논란이 그대로 재현되었다.

제6위원회는 일단 2001년도 회기 중에는 이 문제에 관한 어떠한 결정도 내리지 않기로 하고, 11월 19일 에쿠아도르가 제출한 “國際違法行爲에 대한 國家責任”에 관한 결의 초안(A/C.6/56/L.20)을 표결없이 채택하였다. 이 결의는 “國際違法行爲에 대한 國家責任” 문제를 제59차 총회(2004년)의 회의 의제로 삼입할 것을 제의하고 있었다. 총회는 제6위원회의 건의(A/56/589 & Corr.1)를 받아 들여, 같은 내용을 12월 12일 A/Res/56/83으로 표결없이 채택하였다. 이에 “國際違法行爲에 대한 國家責任”에 관한 국제법위원회 草案의 향방은 앞으로 수년간 국제사회에서의 논의에 달리게 되었다.

“國際違法行爲에 대한 國家責任”에 관한 국제법위원회 초안의 중요성을 감안하여, 서울대학교 법과대학 국제법연구실에서는 이 내용을 국내에 시급히 소개할 필요가 있다고 판단하고, 2001년도 국제법위원회 제53차 회기 보고서(A/56/10)가 지난 10월 공개된 직후 이를 입수하여 번역하기로 하였다. 전체적으로 약 340쪽에 육박하는 양을 감안하여 소개자와 함께 서울대학교 법과대학 대학원의 국제법전공자 등 총 9명이 분담 번역하였다. 번역은 신속한 내용 소개에 중점을 두고, 완역이 아닌 초역을 하기로 하였으나, 실제로는 원 내용의 85% 정도를 번역하였으므로 사실상 완역에 가깝다고 할 것이다. 원문에서 주로 빠진 부분은 각주 부분이 많이 생략되었으며, 번역된 각주는 본문중 ()안에 삽입시키는 형식을 취하였다. 번역문의 체제와 각 항목(paragraph) 번호는 원문과 동일하다. 번역과정에서는 수 차례 중간회합을 통하여 용어의 통일과 번역상의 애로점을 공유하며 공동의 해결책을 모색하는 한편, 전체 번역물이 수합된 다음 통일적인 퇴고과정을 거치기는 하였으나, 본의 아닌 用語의 불통일이나 文體의 불통일을 완전히 피할 수 없었을 것이라는 점에 대하여 독자 여러분의 양해를 구한다. 본 번역작업의 참여자는 서울대학교 법과대학 **정인섭**을 비롯하여, BK21 법학연구단 참여자인 대학원 과정의 **이정선, 주진열, 김인숙, 이성진, 이윤조, 나확진**과 대학원 국제법 전공의 **정민정** 및 **이종민**이 참여하였다. 특히 이정선과 이윤조는 다른 참여자 이상의 기여를 하였다. 이하에서는 우선 “國際違法行爲에 관한 國家責任” 규정 초안만을 앞으로 빼어 먼저 소개하고, 계속하여

국제법위원회의 주석을 소개한다.(정인섭: 서울대학교 법과대학 부교수)

1. “國際違法行爲에 대한 國家責任”에 관한 국제법위원회 초안

제1부

국가의 國際違法行爲

제1장

일반 원칙

제1조 國際違法行爲에 대한 국가책임

국가의 모든 國際違法行爲는 그 국가의 국제책임을 유발한다.

제2조 국가의 國際違法行爲의 요건

다음과 같은 作爲 또는 不作爲 行爲가 있을 때 국가의 國際違法行爲가 존재한다.

- (a) 그것이 국제법에 따라 국가에 귀속될 수 있으며;
- (b) 그 국가의 국제의무의 위반에 해당하는 경우.

제3조 국가행위의 國際違法行爲로의 결정

국가행위의 국제위법성의 결정은 국제법에 의하여 정하여진다. 이는 동일한 행위가 국내법상 適法하다는 결정에 의하여 영향받지 아니한다.

제2장

국가에 대한 행위의 귀속

제4조 國家機關의 행위

1. 모든 국가기관의 행위는 그 기관이 입법, 행정, 사법 또는 기타 다른 기능을 수행하든, 그 기관이 국가조직상 어떠한 위치를 차지하든, 그 기관의 성격이 중앙정부기관이든 또는 지방정부기관이든 상관없이, 국제법에 의하여 국가의 행위로 간주된다.
2. 기관은 당해 국가의 국내법에 따라 그 같은 지위를 가진 모든 개인 또는 단체(entity)를 포함한다.

제5조 公權力을 행사하는 개인 또는 단체의 행위

제4조에 따른 국가기관은 아니지만 당해 국가의 법에 의하여 공권력을 행사할 권한을 부여받은 개인 또는 단체의 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주된다. 단 그 개인 또는 단체가 구체적 경우에 있어 그러한 자격에서 행동하였어야 한다.

제6조 국가에 의하여 타국의 통제하에 놓여진 기관의 행위

국가에 의하여 타국의 통제하에 놓여진 기관의 행위는 그 기관이 통제국의 公權力

을 행사하고 있는 경우 국제법상 통제국의 행위로 간주된다.

제7조 권한유월 또는 지시위반

국가기관 또는 公權力의 行使 權限을 부여받은 개인이나 단체의 행위는 설사 자신의 권한을 유월하였거나 지시를 위반하였을지라도, 당해 기관, 개인 또는 단체가 그 같은 자격에서 행동하였다면, 그들의 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주된다.

제8조 국가의 지시 또는 통제에 의한 행위

개인 또는 집단이 사실상 국가의 명령에 의하거나 국가의 지시 또는 통제에 따라 행동한 경우에는, 그 개인 또는 집단의 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주된다.

제9조 公共當局의 부재 또는 마비 상태에서 실시된 행위

개인 또는 집단이 公共當局의 不在 또는 마비 상태로서 公權力의 행사가 요구되는 상황에서 사실상 公權力을 행사하였다면, 그 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주된다.

제10조 叛亂團體 또는 다른 團體의 행위

1. 한 국가의 新政府를 구성하는 叛亂團體의 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다.
2. 기존 국가의 일부 지역 또는 그 통치하의 지역에서 新生國 수립에 성공한 叛亂團體 또는 다른 단체의 행위는 국제법상 그 新生國의 행위로 간주된다.
3. 이 條는 當該團體의 행위와 어떻게 관련되었든 제4조 내지 제9조에 의하여 그 국가의 행동으로 간주될 수 있는 여하한 행위의 국가로의 귀속을 방해하지 아니한다.

제11조 國家에 의하여 自國의 것으로 承認 및 採擇된 行爲

위 조항들에 의하여 국가로 귀속될 수 없는 행위라도 국가가 문제의 행위를 자국의 행위로 승인하고 채택하는 경우, 그 범위내에서는 국제법상 당해 국가의 행위로 간주된다.

제3장

국제의무의 위반

제12조 國際義務 違反의 存在

국가의 행위가 國際義務에 의하여 요구되는 바와 합치되지 않는 경우, 그 의무의 淵源이나 성격과는 상관없이 국가의 국제의무 위반이 존재한다.

제13조 國家에 대한 拘束力 있는 國際義務

행위의 발생시 국가가 당해 의무에 구속되지 아니한다면, 국가의 행위는 국제의무 위반에 해당하지 아니한다.

제14조 國際義務 違反 時期의 擴張

1. 지속적 성격을 갖지 아니한 국가행위에 의한 국제의무의 위반은 그 효과가 지속된다 할지라도 그 행위가 수행된 시점에 성립된다.
2. 지속적 성격을 갖는 국가행위에 의한 국제의무의 위반은 그 행위가 지속되어 국제의무와 합치하지 않는 상태로 남아 있는 전 기간동안 계속된다.
3. 국가의 일정한 사건을 예방하여야 할 국제의무의 위반은 사건 발생시 성립하여, 그 사건이 지속적으로 국제의무와 합치되지 않는 상태로 남아 있는 전 기간동안 계속된다.

제15조 複合的 行爲에 의한 위반

1. 총체적으로 不法으로 정의되는 일련의 作爲 또는 不作爲를 통한 국가의 국제의무 위반은 다른 作爲 또는 不作爲와 함께 위법행위를 구성하기에 충분한 作爲 또는 不作爲가 발생하였을 때 성립한다.
2. 이와 같은 경우 위반은 일련의 作爲 또는 不作爲가 처음 발생한 시기부터 그러한 作爲 또는 不作爲가 반복되고 국제의무에 합치되지 않는 상태로 남아 있는 전 기간동안 계속된다.

제4장

타국의 행동과 관련된 국가의 책임

제16조 國際違法行爲를 범하는데 대한 원조 또는 지원

타국이 국제위법행위를 범하는데 원조 또는 지원한 국가는 다음의 경우 그에 대한 국제책임을 진다.

- (a) 당해 국가는 국제위법행위의 사정을 알고 하였을 것.
- (b) 당해 국가가 범하였어도 그 행위는 국제법상 위법할 것.

제17조 國際違法行爲를 범하는데 대하여 행사한 지시 및 통제

타국이 국제위법행위를 행하도록 타국을 지시하고 통제한 국가는 다음의 경우 그 행위에 대한 국제책임을 진다.

- (a) 당해 국가는 국제위법행위의 사정을 알고 하였을 것.
- (b) 당해 국가가 범하였어도 그 행위는 국제법상 위법할 것.

제18조 他國에 대한 강제

他國에 대하여 행동하도록 강제한 국가는 다음과 같은 경우 그 행위에 대하여 국제책임을 진다.

- (a) 강제가 없었다면 그 행위는 被強制國의 국제위법행위일 것.
- (b) 강제국은 그 행위의 사정을 알고 강제하였을 것.

제19조 이 章의 효과

이 章은 본 규정의 다른 조항들에 의하여 문제의 행위를 행한 국가나 기타 다른 국가의 국제책임이 성립하는 것을 방해하지 아니한다.

제5장 위법성 조각 사유

제20조 同意

他國의 행위에 대한 국가의 유효한 同意는 그 국가에 대한 관계에서는 同意의 범위 내에서 당해 행위의 위법성을 조각한다.

제21조 自衛

국제연합 헌장과 합치되는 합법적 자위조치에 해당한다면 그 국가행위의 위법성이 조각된다.

제22조 국제위법행위에 대한 대응조치

行爲가 제3부 제2장에 따른 他國에 대한 대응조치에 해당하는 경우, 그 범위내에서는 타국에 대한 국제의무와 합치되지 않는 국가행위의 위법성이 조각된다.

제23조 不可抗力

1. 행위가 不可抗力, 즉 그 상황에서의 의무이행을 실질적으로 불가능하게 만드는 국가의 통제를 넘어서는 저항할 수 없는 힘 또는 예상하지 못한 사건의 발생에 기인한 경우에는 국제의무와 합치되지 않는 국가행위의 위법성이 조각된다.
2. 제1항은 다음의 경우에는 적용되지 아니한다:
 - (a) 不可抗力의 상황이 이를 원용하는 국가의 행위에만 의하거나 또는 다른 요소와 결합된 행위에서 기인하는 경우.
 - (b) 당해 국가가 그 같은 상황발생의 위험을 수락한 경우.

제24조 危難

1. 행위자가 위난 상황에 처하여 자신이나 그의 보호하에 맡겨진 다른 사람들의 생명을 구하기 위한 다른 합리적 방법이 없는 경우, 당해 국가의 국제의무와 합치되지 아니하는 국가행위의 위법성이 조각된다.
2. 다음의 경우에는 제1항이 적용되지 아니한다
 - (a) 위난상황이 이를 원용하는 국가의 행위만에 의하거나 또는 다른 요소와 결합된 행위에서 기인되는 경우.

(b) 문제된 행위가 그에 상당하거나 또는 더욱 커다란 위험을 발생시킬 우려가 있는 경우.

제25조 窮迫(Necessity)

1. 공박은 다음의 경우를 제외하고는 국가의 국제의무에 합치되지 아니하는 행위의 위법성을 조각시키는 근거로 원용될 수 없다.

(a) 그 행위가 중대하고 급박한 위험으로부터 국가의 본질적 이익을 보호하기 위한 유일한 방법인 경우; 그리고

(b) 그 행위가 의무이행의 상대인 국가나 국가들 또는 국제공동체 전체의 본질적 이익을 심각하게 해하지 않는 경우.

2. 다음의 경우 어떠한 상황에서도 공박은 국가의 위법성을 조각시키는 근거로 원용될 수 없다.

(a) 문제된 국제의무가 공박의 원용 가능성을 배제하는 경우; 또는

(b) 그 국가가 공박 상황의 발생에 기여한 경우.

제26조 강행규범의 준수

이 章의 어느 부분도 일반 국제법상의 강행규범에 따라 발생하는 의무와 합치되지 않는 어떠한 국가행위의 위법성도 조각시키지 아니한다.

제27조 위법성 조각 사유 원용의 결과

이 章에 따라 위법성 조각 사유를 원용하는 것은 다음을 방해하지 아니한다.

(a) 위법성 조각 사유가 더 이상 존재하지 않는 경우, 그 범위내에서 문제된 의무의 준수.

(b) 문제된 행위로 인하여 야기된 모든 실질적 손실에 대한 보상문제.

제2부

국가의 국제책임의 내용

제1장

일반 원칙

제28조 국제위법행위의 법적 효과

제1부의 규정들에 의한 국제위법행위에 따른 국가의 국제책임은 이 部に 규정된 법적 효과를 수반한다.

제29조 이행의무의 존속

이 部に 따른 국제위법행위의 법적 효과는 위반된 의무를 이행할 有責國의 의무존속에 영향을 주지 아니한다.

제30조 중단 및 재발방지

국제위법행위에 책임이 있는 국가는 다음의 의무를 진다:

- (a) 행위가 계속되고 있으면 이를 중단할 것.
- (b) 상황에 따라 필요한 경우에는 재발방지에 관한 적절한 확보 및 보장을 할 것.

제31조 손해배상

- 1. 有責國은 국제위법행위로 인한 피해의 완전한 배상의무를 진다.
- 2. 피해는 국가의 국제위법행위로 인한 물질적 또는 정신적 손해를 모두 포괄한다.

제32조 국내법의 무관

有責國은 이部に 따른 의무를 준수하지 못한 이유로 국내법 규정을 원용할 수 없다.

제33조 이부에 규정된 국제의무의 범위

- 1. 이부에 규정된 有責國의 의무는 국제의무의 성격과 내용, 위반상황에 따라 다른 국가나 복수의 국가들 또는 국제공동체 전체에 대하여 부담한다.
- 2. 이부는 국가의 국제책임에 따라 국가가 아닌 개인이나 단체에 대하여 직접 부여될 수 있는 어떠한 권리도 해하지 아니한다.

제2장

피해에 대한 배상

제34조 배상의 유형

국제위법행위로 인한 피해에 대한 완전한 배상은 이章의 규정에 따라 원상회복, 금전배상, 만족의 하나 또는 복합적 형태를 취한다.

제35조 원상회복

국제위법행위에 책임이 있는 국가는 다음의 경우 그 범위내에서는 원상회복의 의무, 즉 위법행위가 발생하기 이전의 상황을 복구시킬 의무를 진다.

- (a) 원상회복이 물리적으로 불가능하지 않은 경우.
- (b) 금전배상 대신 원상회복에 따른 이익에 비하여 원상회복이 현저히 불균형한 부담을 수반하지 않는 경우.

제36조 금전배상

- 1. 국제위법행위에 책임이 있는 국가는 손해가 원상회복에 의하여 전보되지 않는 범위내에서는, 그에 따라 야기된 손해에 대하여 금전배상할 의무를 진다.
- 2. 금전배상은 확정되는 범위내에서는 상실이익을 포함하여 금전적으로 산정될 수

있는 모든 손해를 포괄한다.

제37조 만족(Satisfaction)

1. 국제위법행위에 책임이 있는 국가는 그 행위로 인한 피해가 원상회복이나 금전 배상으로 전보될 수 없는 경우 이에 대하여 만족을 제공할 의무를 진다.
2. 만족은 위반의 인정, 유감의 표시, 공식사과 또는 기타 적절한 방식을 취한다.
3. 만족은 피해와 불균형을 이루어서는 아니되며, 有責國에 대하여 굴욕적인 형태를 취하여서는 아니된다.

제38조 이자

1. 완전한 배상을 위하여 필요한 경우에는 이 章에 의하여 지급되어야 하는 원금에 대한 이자를 지급하여야 한다. 利率 및 계산방법은 그러한 결과를 달성시킬 수 있도록 정하여야 한다.
2. 이자는 원금의 지급기일로부터 지급의무가 이행된 날까지 부과한다.

제39조 피해에 대한 기여

배상을 결정함에 있어서는 被害國 또는 배상 요구와 관련된 여하한 개인 또는 단체의 고의 또는 과실에 의한 作爲 또는 不作爲가 피해에 기여한 바를 참작하여야 한다.

제3장

일반 국제법상의 강행규범 의무의 중대한 위반

제40조 이 章의 적용

1. 이 章은 일반 국제법상의 강행규범에 의하여 부과된 의무에 대한 국가의 중대한 위반에 따른 국제책임에 관하여 적용된다.
2. 그러한 의무의 위반이 有責國에 의한 현저하거나 체계적인 의무 불이행을 수반하는 경우 중대한 위반에 해당한다.

제41조 이 章上の 의무의 중대한 위반의 특유한 효과

1. 국가는 제40조상의 의미에 해당하는 여하한 중대한 위반도 적법한 수단을 통하여 종료시키기 위하여 협력하여야 한다.
2. 어떠한 국가도 제40조상의 의미에 해당하는 중대한 위반에 의하여 발생한 상황을 적법한 것으로 인정한다거나 또는 그러한 상황의 유지를 위한 원조나 지원을 하여서는 아니된다.
3. 이 條는 제2부에 규정된 다른 효과 및 이 章이 적용되는 위반에 따른 국제법상 추가적인 효과 발생을 방해하지 아니한다.

제3부 국가의 국제책임의 이행

제1장 국가책임의 추궁

제42조 被害國에 의한 책임추궁

위반된 의무가 다음 중 하나에 해당하는 경우, 국가는 被害國으로서 타국의 책임을 추궁할 수 있다.

- (a) 당해 국가에 대하여 개별적으로 부담하는 의무; 또는
- (b) 당해 국가를 포함한 다수 국가 또는 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 것으로서 그 의무의 위반이
 - (i) 당해 국가에 특별한 영향을 미치는 경우; 또는
 - (ii) 당해 의무의 추가적 이행과 관련하여 의무이행의 상대인 모든 다른 국가의 지위를 근본적으로 변화시키는 성격을 지닌 경우.

제43조 被害國에 의한 청구권의 통지

- 1. 타국의 책임을 추궁하는 被害國은 당해 국가에 그 청구권을 통지하여야 한다.
- 2. 被害國은 특히 다음 사항을 적시할 수 있다:
 - (a) 위법행위가 계속중인 경우 有責國이 위법행위를 중지시키기 위하여 취할 행위;
 - (b) 제2부의 규정에 따라 취하여야 할 배상의 형태.

제44조 청구의 수리가능성

다음의 경우에는 국가의 책임은 추궁될 수 없다:

- (a) 당해 청구가 청구의 國籍性(nationality of claims)과 관련하여 적용되는 원칙에 따라 제기되지 아니한 경우;
- (b) 당해 청구가 國內的 救濟完了의 원칙의 적용을 받음에도 불구하고, 이용가능하고 실효성이 있는 여하한 국내적 구제가 완료되지 않은 경우.

제45조 책임을 추궁할 권리의 상실

다음의 경우에는 국가의 책임이 추궁되지 아니한다:

- (a) 被害國이 유효하게 청구권을 포기한 경우;
- (b) 被害國이 자신의 행위에 의하여 청구권의 소멸에 유효하게 동의한 것으로 간주되는 경우.

제46조 複數의 피해국

동일한 國際違法行爲에 의하여 복수의 국가가 피해를 입었을 경우, 각 피해국은 개별적으로 國際違法行爲를 범한 국가의 책임을 물을 수 있다.

제47조 複數의 有責國

1. 복수의 국가가 동일한 國際違法行爲에 책임이 있을 경우, 그 행위에 관하여는 각 국가의 책임이 추궁될 수 있다.
2. 제1항은
 - (a) 어떠한 피해국도 금전배상을 통하여 자신이 입은 손해 이상으로 배상받는 것을 허용하지 아니한다.
 - (b) 다른 有責國에게 구상할 권리를 해하지 아니한다.

제48조 피해국이 아닌 국가에 의한 책임 추궁

1. 다음과 같은 경우 피해국이 아닌 어떠한 국가도 제2항에 따라 타국의 책임을 추궁할 수 있다.
 - (a) 위반된 의무가 당해 국가를 포함한 國家集團에 대하여 부담하는 것이고, 그 의무는 그 국가들의 집단적 이익의 보호를 위하여 수립된 경우; 또는
 - (b) 위반된 의무가 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 것일 경우.
2. 제1항 따라 책임을 추궁할 수 있는 국가는 有責國에 대하여 다음을 청구할 수 있다.
 - (a) 제30조에 따른 국제위법행위의 중단과 재발방지의 확보 및 보장.
 - (b) 위의 조항들에 따라 피해국이나 위반된 의무의 수혜자를 위한 賠償義務의 이행.
3. 제43조, 제44조, 제45조에 의한 피해국의 책임추궁 요건들은 제1항에 따라 권리가 부여된 국가의 책임추궁에도 적용된다.

제2장 대응조치

제49조 대응조치의 목적과 한계

1. 피해국은 국제위법행위에 책임있는 국가가 오직 제2부에 따른 의무를 준수하도록 하기 위하여 당해국가에 대한 대응조치를 취할 수 있다.
2. 대응조치는 조치를 취하는 국가가 有責國에 대한 국제의무를 당분간 이행하지 않는 것에 한정된다.
3. 대응조치는 가능한 한 문제된 의무의 이행을 재개시킬 수 있는 방법으로 취해져야 한다.

제50조 대응조치에 의하여 영향받지 않는 의무

1. 대응조치는 다음에 대하여 영향을 주어서는 아니된다.
 - (a) 국제연합 헌장에 구현되어 있는 무력의 위협이나 무력의 행사를 삼갈 의무.
 - (b) 기본적인 인권을 보호할 의무.

- (c) 復仇를 금지하는 인도적 성격의 의무.
 - (d) 일반국제법상의 강행규범에 따른 기타 의무.
2. 대응조치를 취하는 국가는 다음 의무의 이행으로부터 면제되지 아니한다.
- (a) 自國과 有責國間에 적용되는 분쟁해결절차에 따른 의무.
 - (b) 외교사절 또는 영사, 공관지역, 문서 및 서류의 불가침을 존중할 의무.

제51조 비례성

대응조치는 국제위법행위의 심각성과 문제되는 권리를 참작하여, 입은 피해에 비례하여야 한다.

제52조 대응조치에의 호소를 위한 요건

1. 대응조치를 취하기 전에 피해국은
 - (a) 제43조에 따라 有責國에게 제2부상의 의무를 이행할 것을 요구하여야 하고,
 - (b) 대응조치를 취하기로 한 결정을 有責國에게 통고하고, 당해 국가에 협상을 제안하여야 한다.
2. 제1항 b호에도 불구하고 피해국은 자신의 권리의 보호를 위하여 필요한 긴급 대응조치를 취할 수 있다.
3. 다음의 경우에는 대응조치가 취하여질 수 없고, 이미 취해진 경우라면 지체없이 중단되어야 한다.
 - (a) 국제위법행위가 중단되었고,
 - (b) 분쟁이 당사자에게 구속력 있는 결정을 할 수 있는 권한을 가진 재판소나 중재재판소에 계속중인 경우.
4. 제3항은 有責國이 분쟁해결절차를 신의성실하게 이행하지 않는 경우에는 적용되지 아니한다.

제53조 대응조치의 종료

有責國이 국제위법행위와 관련하여 제2부상의 의무를 이행한다면, 대응조치는 즉시 종료되어야 한다.

제54조 피해국 이외 다른 국가에 의한 조치

이 章은 위반행위의 중지 및 피해국 또는 위반의무의 수혜자를 위한 배상을 확보하기 위하여 제48조 제1항에 따라 타국의 책임을 추궁할 권리가 있는 여하한 국가가 그 타국에 대하여 합법적 조치를 취할 권리를 해하지 아니한다.

제4부

일반 조항

제55조 특별법

이 조항들은 국제위법행위의 성립요건과 국가의 국제책임의 내용이나 이행이 국제법상의 특별원칙의 지배를 받는 경우, 그 범위 내에서는 적용되지 아니한다.

제56조 이 조항들에 의하여 규율되지 않는 국가책임의 문제

이 조항들에 의하여 규율되지 않은 범위에서는 국제법의 적용가능한 원칙들이 국제위법행위에 관한 국가책임상의 문제들을 계속하여 지배한다.

제57조 국제기구의 책임

이 조항들은 국제기구 또는 국제기구의 행위에 관한 국가의 국제법상의 어떠한 책임문제도 해하지 아니한다.

제58조 개인의 책임

이 조항들은 국가를 대표하여 행동하는 자의 국제법상 여하한 개인적 책임문제도 해하지 아니한다.

제59조 국제연합 헌장

이 조항들은 국제연합 헌장을 해하지 아니한다.

2. "國際違法行爲에 대한 國家責任"에 관한 국제법위원회 주석

(UN Doc. A/56/10)

A. 서

30. 委員會는 1949년 제2차 회기시 國家責任을 법전화에 적합한 주제의 하나로 선정하였다. 위원회가 國家責任에 관한 국제법 원칙을 법전화하는 작업을 수행하도록 요청하였던 1953년 12월 7일자 총회 결의 799(VIII)에 따라 위원회는 1955년 제7차 회기시 國家責任을 연구하기로 결정하였고, F. V. Garcia-Amador를 이 주제의 특별보고자로 임명하였다. 이후 1956년부터 61년까지의 6차례의 회기 동안 특별보고자는 대체로 외국인의 신체와 재산 피해에 대한 책임 문제를 중심으로 하는 6개의 보고서를 제출하였다.

31. 委員會는 1962년 제14차 회기시 향후 연구의 범위와 방법에 관한 제안을 담은 예비연구를 준비하기 위한 소위원회를 구성하였다.

32. 委員會는 1963년 제15차 회기시 만장일치로 소위원회의 보고서를 승인하고, Roberto Ago를 이 주제의 특별보고자로 임명하였다.

33. 委員會는 1969년부터 1979년 사이의 제21차 회기부터 제31차 회기시까지 특별보고자로부터 8개의 보고서를 접수하였다. 國家責任에 관한 협약 초안의 체제에 관하여 위원회가 1975년 제27차 회기시 채택한 구상은 다음과 같았다. 즉 제1부 국제책임의 발생, 제2부 국제책임의 내용, 형태 및 정도, 제3부 분쟁해결과 국제책임의 이행.

34. 委員會는 1980년 제32차 회기시 국제책임의 발생에 관한 제1부 초안 규정에 대한 1독회를 마치고 이를 잠정적으로 채택하였다.

35. Ago가 국제사법재판소 판사로 선출되자 委員會는 1979년 제31차 회기시 Willem Riphagen을 본 주제의 특별보고자로 임명하였다. 委員會는 1980년부터 1986년 사이의 제32차 회기부터 제38차 회기시까지 Riphagen으로부터 제2부와 제3부에 관한 7개의 보고서를 접수하였다.

36. 委員會는 1987년 제39차 회기시 1986년 12월 31일자로 임기가 만료된 Riphagen의 후임으로 Arangio-Ruiz를 특별보고자로 임명하였다. 委員會는 1988년부터 1996년 사이의 제40차 회기부터 제48차 회기시까지 Arangio-Ruiz로부터 8개의 보고서를 접수하였다.

37. 委員會는 1996년 제48차 회기시 國家責任의 제2부와 제3부 초안의 1독회를 마치고, 규정 제16조 및 제21조에 의거 1독회를 통하여 잠정적으로 채택된 초안을 사무총장을 통하여 각국 정부에게 보내 논평을 요청하며, 이를 1998년 1월 1일까지 사무총장에게 통보하여 달라고 부탁하였다.

38. 委員會는 1997년 제49차 회기시 제2독회시 다룰 문제를 제시할 國家責任에 관한 실무작업반을 구성하였다. 委員會는 또한 James Crawford를 특별보고자로 임

명하였다.

39. 委員會는 1998년부터 2000년 사이의 제50차 회기부터 제52차 회기시까지 특별보고자로부터 3개의 보고서를 접수하였다. 이들 보고서는 각국 정부의 논평과 국가관행, 사법 판결 및 학술연구상의 발전이라는 관점에서 제2독회를 실시하기 위하여 협약 초안을 검토하였다.

40. 委員會는 2000년 제52차 회기시 초안위원회(Drafting Committee)에 의하여 잠정 채택된 전체 초안 규정(A/CN.4/L.600)의 2독회에 관한 초안위원회의 보고서를 접수하였다. 委員會는 2001년 제53차 회기중 A/CN.4/L.600에 포함된 초안에 대한 각국 정부의 추가 논평을 고려하며 초안 규정 2독회를 마치기로 결정하였다.

B. 현 회기에서의 검토

41. 委員會는 이번 회기중 과거 회기시 초안위원회에 의하여 잠정 채택된 초안에 대한 각국 정부의 논평과 특별보고자 James Crawford의 제4차 보고서를 접수하였다. 이 보고서는 각국 정부의 논평을 감안하여 초안 규정과 관련된 주요 문제들을 다루고 있었다. 委員會는 2001년 4월 23일, 25일, 26일, 5월 1일 내지 4일, 8일에 열렸던 제2665차, 제2667차, 제2668차, 제2670차 내지 제2674차 회의에서 보고서를 검토하였다. 토의는 초안 규정과 관련된 4개의 주요 의제에 주로 집중되었다. 즉 국제공동체 전체에 대한 의무의 심각한 위반(제2부 제3장), 대응조치(제2부의 2 제2장), 분쟁해결(제3부), 초안 규정의 형태가 그것이었다.

42. 委員會는 2001년 5월 3일과 8일의 제2672차 및 제2674차 회의시 초안 규정을 초안위원회로 회부하기로 결정하였다.

43. 또한 委員會는 2001년 5월 4일의 제2673차 회의에서 주제별로 두 개의 실무작업반을 구성하기로 결정하였다. 즉 첫째, 주요 쟁점사항을 다룰 공개 실무작업반. 둘째, 규약 초안에 대한 주석(commentary)을 검토할 실무작업반.

44. 주제의 중요성과 쟁점의 복잡성을 감안하여 委員會는 4개의 쟁점사항에 관한 간략한 토론요지를 포함시키라는 공개 실무작업반의 건의를 받아들이기로 하였다. 이는 위원회 작업역사상의 오랜 관행에 대한 예외조치였다. 공개 실무작업반의 건의사항은 아래 49항, 55항, 60항, 67항에 포함되어 있다.

1. 주요 쟁점사항에 관한 토의 요약

(a) 국제공동체 전체에 대한 의무의 심각한 위반(제2부 제3장, A/CN.4/L.600 수록)

45. 제2부 3장의 심각한 위반에 관한 조항에 관하여는 특별보고자의 제4차 보고서에서 토의된 바와 같이 상이한 견해가 존재하였다.

46. 일부 위원들은 이 章의 유지를 원하였다. 그들의 견해에 따르면 舊草案 제19

조에 있던 국가의 국제범죄 개념을 언급하지 않기로 한 결정을 감안할 때, 이 章은 전체 작업의 필수적인 균형을 제공하여 주고 있으며, 따라서 작업문서의 전반적 균형상 긴요하다는 것이었다. 더욱이 이 章을 삭제하는 것은 위원회의 작업성과를 축소시키며, 어렵고 논란이 큰 쟁점에 관하여는 위원회가 해결책을 찾지 못한다는 것을 암시하는 것으로서 퇴보가 될 것이라고 보았다.

47. 그러나 이 章의 존속을 원하는 많은 위원들도 개정을 통하여 그 내용의 개선이 필요하다고 생각하였다. 특히 심각한 위반이라는 개념은 좀더 명확해져야 할 필요가 있으며, 심각한 위반의 결과는 좀더 정확하게 정의될 필요가 있었고, 그리고 무엇보다도 심각한 위반으로부터 발생하는 國家責任을 모든 국가가 추궁할 수 있는 권리(이른바 *actio popularis*)를 명확히 할 필요가 있었다. 또한 심각한 위반이 언제 전형적 피해를 유발하는가를 좀더 구체적으로 표시할 필요가 있었고, 특히 그러한 손해배상이 현재의 일반 국제법상으로는 아직 인정되지 않는 징벌적 손해배상(punitive damages)과 구별되기 위하여는 좀더 명확히 규정될 필요가 있었다. 제 42조 2항에 규정된 협력의무와 불승인 의무도 명확히 할 필요가 있었다. 그리고 이러한 결과가 망라적이거나 상호 배척적이 아니라는 점이 좀더 분명히 제시되었어야 하였다.

48. 여타 위원들은 다음과 같은 이유에서 이 章의 삭제를 원하였다. 즉 이는 1차적 규범을 다루고 있다; 현행 국제법상 심각한 위반과 일반적 위반을 질적으로 구분할 근거가 없으며, 정책적으로도 그러한 구분은 바람직스럽지 않다; 이 규정의 일부 요건, 즉 예를 들어 심각한 위반의 정의, 가중된 피해의 관념, 모든 국가에게 부여되는 의무, 모든 국가에게 허용되는 대응조치 등과 같은 것은 매우 문제성이 크다 등등.

49. 공개 실무작업반의 건의에 따라 委員會는 이 章을 존치시키되, 위반의 정도를 반영하여 손해배상을 다루던 제42조 1항은 삭제하기로 결정하였다. 또한 *Barcelona Traction* 사건에서 국제사법재판소에 의하여 지적된 문제를 취급하던 국제공동체 전체에 대한 의무의 심각한 위반과 근본적 이익 보호에 긴요하다는 기존의 언급은 강행규범의 카테고리로 대체되었다. 이러한 카테고리의 사용은 2차적 의무의 범위에 관계된다는 이유에서 보다 선호되었다. 이러한 방식의 또 다른 利點은 강행규범이라는 관념이 이제는 비엔나 조약법 협약에 잘 확립되어 있다는 점이다. 새로운 규정방식은 강행규범의 사소한 위반은 취급할 필요가 없고, 오직 강행규범의 심각한 위반만을 다루어야만 한다. 초안위원회는 심각한 위반의 결과를 단순화시키고, 지나치게 막연한 원칙을 피하며, 그 적용범위를 이 章의 범위내에 해당하는 사건으로 축소시키기 위하여 심각한 위반의 결과측면을 좀더 고려하도록 요청받았다.

(b) 대응조치(A/CN.4/L.600에 수록된 제2부의 2 제2장)

50. 특별보고자의 제4차 보고서에서 논의된 바와 같이 제2부의 2 제2장에 포함된

대응조치의 규정에 관하여도 상이한 견해가 표시되었다.

51. 일부 위원들은 다음과 같은 이유에서 존치시키기를 원하였다. 즉 대응조치가 존재하는 것은 부인할 수 없으며, 국제사법재판소가 *Gabcikovo-Nagymaros* 사건에서 확인한 바와 같이 국제법의 일부로 존재하고 있다; 대응조치의 목적은 잘못된 국가로 하여금 이를 중지하도록 만드는 것은 물론, 손해배상 의무를 준수하도록 유도하므로 책임이행에 있어서 결정적 역할을 한다; 제50조 내지 제53조 및 제55조에 규정된 대응조치는 남용을 회피하며 대응조치를 취하는데 엄격한 체제를 제공하고 있다. 대응조치에 관한 막연하고 불분명한 관습국제법 원칙보다 더욱 분명한 한계를 제시하고 있으며, 섬세한 균형을 제시하고 있다; 각기 다른 목적과 기능 그리고 추가될 조항의 길이를 전제로 한다면, 제23조에 이 조항을 포함시키는 것은 비논리적이기도 하고 실용적이지도 못하다.

52. 이 章의 삭제를 원하는 일부 위원들은 대응조치를 취할 권리와 이의 남용을 방지할 필요 사이의 균형을 잡기 위하여 여러 가지 개정안을 제시하였다. 제안 중에는 제53조 분쟁해결에 대한 부탁범위의 확대와 대응조치에 관한 분쟁해결을 위하여 탄력적이고 신속한 분쟁해결절차를 마련하는 것이 포함되어 있었다.

53. 다른 위원들은 다음과 같은 이유에서 이 章이 삭제되어야 한다고 생각하였다. 즉 이 조항은 불필요하며, 중요한 부분에서 법의 현황이나 대응조치의 역할의 논리를 반영하지 못하고 있다; 관습법상 대응조치 분야는 오직 부분적으로만 발달하였으며, 이 章은 아직 명확하게 정의되지도 못한 관념을 취급하고 있다. 더욱이 이 조항은 여러 가지 점에서 만족스럽지 못하다. 즉 대응조치의 복합적 목적을 제대로 표시하지 못하고 있고, 절차적 조건을 너무 엄격하게 설정하고 있으며, 국제판례와도 일치하지 않는다. 따라서 몇몇 정부가 제안한 바와 같이 제23조를 강화하여 좀 더 포괄적으로 규정하는 대신, 이를 삭제하자고 제안되었다.

54. 제2장에 관한 위와 같은 의문과는 별도로 제54조에 규정된 被害國家가 아닌 국가에 의한 대응조치에 관하여도 상이한 견해들이 있었다. 일부 위원들은 이 조항이 제41조상의 심각한 위반을 다루는데 유용하고 필요한 것이라며 지지하였다; 이는 심각한 위반의 본질적 결과의 하나로서, 이것이 없다면 국가는 그러한 위반에 대처하는데 無力하게 되고, 초안 내용의 균형상 중요하다고 보았다. 그들은 이 내용을 적어도 국제법의 점진적 발전의 정당한 형태로 볼 수 있다고 생각하였다; 최소한 일부 내용은 국가관행에 의하여 지지받고 있었다. 반면 다른 위원들은 다음과 같은 이유에서 이 조항에 반대하였다. 즉 제54조를 현행법이라거나 점진적 발전으로 보기에 관행이 일관적이지 못하며 법적 확신도 없으므로 현실적 기반이 없다; 제54조는 국제연합 헌장상의 안전보장체제를 위협하는 自力制裁體制를 택하고 있기 때문에 못된 小國에게 외견적 정당성을 부여하게 되고, “통상적인” 대응조치와 연결되지 않으며, 궁극적으로는 무력사용으로 확대될 수도 있는 “집단적” 대응조치에 대하여 위법성을 조각시키는 새로운 상황을 창출하는 등 여러 가지 결점을 갖고 있다. 이에 제54조는 삭제하자고 제의되었다.

55. 공개 실무작업반의 제의에 따라 委員會는 대응조치의 실질부분을 이 문제의 오직 한 측면에만 관련된 제23조 속에 억지로 집어 넣는 것은 바람직스럽지 못하다는 이해에 도달하였다. 또한 제23조를 제1부 5장에 두기로 하였다. 대응조치에 관한 章은 제3부에 두고, 被害國이 아닌 국가의 대응조치를 다루는 제54조는 삭제토록 하였다. 대신 이 주제에 관한 어떠한 입장도 영향받지 않는다는 안전조항(saving clause)을 두도록 하였다. 그리고 대응조치와 관계되는 조건을 다루는 제53조는 재검토하기로 하였고, 대응조치와 잠정적 대응조치간의 구별은 삭제하기로 하였다. 이 조항을 단순화시키고, 실질적으로는 *Air Service* 사건 중재재판소 판결과 국제사법재판소의 *Gabcikovo-Nagymaros* 판결과 일치시키도록 하였다. 제51조와 제52조의 의무도 재검토하기로 하였다.

(c) 분쟁해결조항(제3부)

56. 제1독회시 채택된 초안은 분쟁해결에 관한 제3부를 포함하고 있었다. 분쟁해결조항에 관하여도 상이한 견해가 있었다.

57. 일부 위원들은 분쟁해결문제의 중요성과 복잡성을 감안하여 만약 위원회가 완성된 협약을 건의하려는 경우 이에 관한 조항을 포함시키는데 찬성하였다. 즉 본 문서가 특정 조약 규칙에 의하여 커버되지 않는 많은 중요한 국제법 문제를 다루고 있고, 분쟁해결 조항의 삽입은 판결을 통하여 법을 발전시킬 재판소의 능력을 고양시킨다는 점에서 이를 지지하였다. 그들은 또한 대응조치는 오용 가능성이 있으므로 최소한 이 부분에 관하여는 강제적 분쟁해결절차가 필요하다는 입장이었다.

58. 반면 다른 위원들은 분쟁해결 조항의 삽입이 불필요하다고 생각하였다. 분쟁해결조항은 국제연합 헌장 제33조에 규정된 원칙을 기반으로 한 일반 국제법의 발전에 의하여 이미 충분히 커버된다고 보았다. 국가책임상의 1차적 의무와 2차적 의무간의 밀접한 연관성과 국가책임법이 전체로서의 국제법 체제의 본질적 일부라는 사실을 전제로 한다면, 國家責任 구조상의 특유한 분쟁해결체제는 기존 분쟁해결제도와의 중복을 가져 오며, 그 같은 체제의 분열과 재확산을 야기할 것이라고 보았다. 그리고 국가책임분야에서의 강제적 분쟁해결 규정은 국제연합 헌장 제33조상 원칙의 顛倒를 가져올 수 있다고 보았다.

59. 아직도 다른 위원들은 분쟁해결조항을 완전히 삭제하는 것은 적절하지 않다고 믿어 국제연합 헌장 제33조와 유사한 분쟁해결 일반 조항을 포함시키자고 제안하였다.

60. 공개 실무작업반의 건의에 따라 委員會는 분쟁해결조항을 포함시키지 말자는 이해에 도달하였으나, 國家責任에 관한 가능한 분쟁해결의 방법으로서 제1독회시 위원회가 성안하였던 제도b 또한 주목하기로 하였다. 그리고 분쟁해결에 관한 조항을 포함시킬 것인가 내지 어떠한 형태의 조항을 둘 것인가는 총회가 협약을 성안하기로 할 때 총회가 검토하도록 하였다.

(d) 草案 規定의 형태

61. 총회로 제안할 초안 규정의 최종적 형태에 관하여는 위원회 규정 제23조에 따라 가능한 선택에 관하여 다양한 견해가 제시되었다. 많은 위원들은 조약의 체결이나 조약 체결을 위한 회의개최를 지지하였다. 그러나 다른 위원들은 총회가 결의를 통하여 보고서를 접수하거나 채택하는 방식을 선호하였다. 또 다른 방법은 국가승계와 관련된 국적에 관한 협약 초안에 관하여 1999년에 제안되었던 것처럼 선언 형태의 초안 규정 채택을 건의하는 것이었다.

62. 국제협약의 채택을 지지하는 위원들은 무엇보다도 위원회의 업무가 법을 서술하는 것인데, 이는 협약을 통하여만 실현될 수 있으며, 委員會는 모든 주요 초안을 국제협약으로 채택케 한 전통을 가지고 있다; 초안 규정의 경우 그렇게 하여야만 비엔나 조약법 협약과 함께 국제법의 기본적인 기둥의 자리를 차지할 수 있다고 주장하였다. 더욱이 이의 중요성에 비추어 볼 때 책임제도의 특유한 의무와 권리는 오직 명확한 구속력 있는 문서에 표현된 일련의 원칙을 필요로 한다. 관습국제법을 조약의 형태로 서술하면 추가적인 확실성과 신뢰성 및 구속력이 부여된다. 게다가 국가책임법을 조약 형태로 법전화하지 않으면 국제법 질서에서 2차 법칙보다 1차 법칙이 더욱 포괄적으로 법전화된다는 불균형을 야기한다. 비준되지 않으면 역효과가 날 수 있다는 주장의 타당성도 의문스럽다. 관습법 원칙이 조약에 포함되었다는 사실로부터 만약 그 조약이 비준되지 않게 되면 곧 바로 관습법으로서의 지위조차 누릴 수 없게 된다는 것을 의미하지는 않는다. 비준되지 않은 조약도 계속 중요한 역할을 한다. 외교회의에 참석하는 모든 국가가 동등한 자격에서 조약 성안에 참여함도 지적되어야 한다. 1969년 비엔나 조약법 협약은 발효되는데 10년 이상이 걸렸으며, 아직까지도 지구상의 국가의 절반 이하만이 비준하고 있다. 그러나 이 같은 사실이 조약법 협약의 내용의 권위에 별다른 영향을 주지 않았다.

63. 협약의 채택에 반대하는 측은 다음과 같은 점을 지적한다. 國家免除法の 例와는 달리 국가책임법은 국내입법을 통한 이행이 요구되지 않는다; 게다가 중요한 관습국제법상의 내용을 포함하는 조약이 비준되지 않으면 “法典化의 역효과”를 낼 수도 있다. 조약의 당사국과 비당사국에 대하여 어떠한 영향이 있을지는 명확하지 않다. 유보와 비협조적 자세를 취하는 국가가 있을 가능성은 더 큰 위험을 노정시킨다. 비엔나 조약법 협약은 주로 형식상의 문제를 다루고 있는 반면, 국가책임문제는 국제법의 실질내용을 다루고 있다. 또한 이는 조약 체결이라는 국가간 합의의 활동이 아니고, 국가간의 불일치와 분쟁을 전제로 하므로 정확한 유추가 성립될 수 없다. 또한 제2독회에서 채택된 초안 규정이 여러 국제재판소에서 널리 인용되며 활용되고 있듯이, 기존의 초안 규정도 영향력을 지니게 되므로 조약이 반드시 필요한 것도 아니다. 더욱이 외교회의를 개최하는 것은 기나 긴 과정과 예상치 못한 결과를 낳을 수 있으며, 지난 40년 이상의 세월동안 힘들게 달성한 내용상의 균형에

문제점을 야기할 수도 있다.

64. 조약이 아닌 형태를 지지하는 위원들은 이상적인 조건에서는 조약이 바람직할지 모르나, 불가피하게 발생하게 될 여러 어려움을 생각하면 이는 비현실적이라고 주장하였다. 게다가 총회에 대하여 “條約 또는 全無”에 관한 선택을 주는 것은 바람직하지 못하다. 수년간의 준비작업 이후 채택되어 소수의 국가만이 비준하는 조약보다는 만장일치로 채택된 총회의 결의나 선언이 보다 효과적이다. 위원회의 보고서가 총회의 결의로 채택되거나 접수된다면, 국가의 권리와 책임에 관하여 지침을 제공하는 권위있는 연구로 간주될 것이며, 따라서 국제관계에서의 법적 안정성과 예측가능성을 고양시킬 것이다. 선언 형태로 채택되면 그 내용이 구속력이 없다는 점에 대한 입증책임은 이에 대한 반대국에게 부과되게 된다. 국제사법재판소 판결에서 볼 수 있는 바와 같이 그러한 “軟性法(soft law)” 문서가 국제관계와 국가행동에 결정적 영향을 미쳤었다.

65. 비구속적 문서 방식에 반대하는 측은 그러한 방식은 국제법상 국가책임문제의 중요성을 축소시키며, 이 문서의 가치에도 의문을 던지는 것이라고 지적하였다. 총회의 결의는 조약과 동일한 규범적 가치를 지닐 수 없다. 이 방식은 일반 법원칙 체제를 요구하였던 원래의 의도와 목적에 어긋나며, 국제관습법의 불충분성을 치유하지 못하게 된다. 총회가 초안 규정을 우선 상당 부분 수정하지 않고 이를 선언으로 채택하리라고 기대하는 것은 비현실적이다. 따라서 선언의 방식은 별 이점도 없이 조약 방식과 마찬가지로의 문제점만 야기한다.

66. 또 한 가지 견해는 초안 속에 국제법의 점진적 발전요소를 삽입하느냐에 따라 초안 규정의 형식을 결정하자고 제의하였다. 만약 상당한 입법적 요소가 포함되면 다자조약이 적절한 행태가 될 것이고, 한편 초안 규정이 기존 원칙의 단순한 法典化에 불과하다면 조약 형식이 필요하지 않을 것이다. 반면 다른 위원들은 초안이 바로 점진적 발전의 요소를 포함하고 있기 때문에 주의를 요하며 조약 형식으로는 곤란하다고 생각하였다. 국가는 일반적으로 그 같은 요소가 국제법상 구속력 있는 문서에 포함되는 것을 좋아하지 않는 것이 현실이기 때문이다. 그러나 다른 위원들은 이에 반대하며, 국제법의 법전화와 점진적 발전의 양측면을 포함한 해양법 협약과 영사관계에 관한 협약의 예를 지적하였다. 초안 규정은 양 요소를 모두 포함하고 있으며, 특정 조항이 어떠한 범주에 속하느냐를 결정하는 일이 언제나 가능한 것도 아니고, 그 조항이 합리적이고 균형잡힌 내용을 담고 있다면 장기적으로 그 점은 문제되지 않는다고 보았다.

67. 공개 실무작업반의 건의에 따라 委員會는 총회가 초안 규정을 결의로써 접수하고, 이 결의의 부록으로 규정을 첨부하라고 우선 건의하기로 하였다. 이는 총회 결의 55/153 “국가승계시 자연인의 국적” 규정에 관하여 총회가 취한 절차와 유사하다. 또한 이 주제의 중요성을 감안하여 추후에 총회는 이에 관한 조약 채택을 고려하여야 한다고 건의하였다. 자연히 분쟁해결문제는 2단계에서나 제기될 것이다.

2. 주제 제목의 변경

68. 委員會는 “國家責任”이라는 제목이 국내법상의 國家責任과 분명히 구분되지 않는다고 생각하였다. 委員會는 “국제법상의 책임,” “국가의 국제책임,” “國際違法行爲에 대한 국가의 국제책임” 등 여러 가지 다른 제목을 검토하였다. 마지막의 제목의 장점중의 하나는 이 제목이 국제법상 금지되지 않는 행위에 대한 국제 “책임”(liability) 개념과 뚜렷이 구분됨으로써, 草案을 다른 언어로 번역하기가 더욱 쉽게 된다는 점이다. 마침내 委員會는 책임 앞에 국제라는 단어가 반복되는 것을 빼고 제목을 “國際違法行爲에 대한 國家責任”으로 정하였다. 초안 규정은 오직 國際違法行爲만을 커버하며, 다른 위법행위는 대상으로 하지 않기 때문에 “위법행위”라는 단어 앞에 “국제”라는 말을 넣는 것이 바람직하다고 판단하였다.

3. 초안 규정과 주석의 채택

69. 草案委員會의 의장은 2001년 5월 29일 내지 31일 및 8월 3일 소집된 제2681차 내지 제2683차 회의와 제2701차 회의에 보고서(A/CN.4/L.602 & Corr.1 이후 A/CN.4/L.602/Rev.1)를 제출하였다. 같은 회의에서 委員會는 보고서를 검토하였고, 제2683차 및 제2701차 회의에서 國際違法行爲에 대한 國家責任에 관한 전체 초안 규정을 채택하였다.

70. 2001년 8월 6일부터 9일까지 소집된 제2702차 내지 2709차 회의시 委員會는 위 초안 규정에 대한 주석서를 채택하였다.

71. 委員會는 규정에 따라 아래 첨부된 건의와 함께 초안 규정을 총회로 제출하였다.

C. 위원회의 건의

72. 2001년 8월 9일 제2709차 회의에서 委員會는 규정 제23조에 따라 총회에 대하여 國際違法行爲에 대한 國家責任에 관한 초안 규정을 결의로써 접수하고, 초안 규정을 결의의 부록으로 첨부하도록 건의하였다.

73. 委員會는 또한 이 주제의 중요성에 비추어 총회가 차후에 國際違法行爲에 대한 國家責任에 관한 초안 규정을 조약으로 채택하기 위한 국제회의의 소집 가능성을 검토하라고 건의하였다. 분쟁해결에 관한 법제도가 초안 규정과 연계되어 마련되어야 한다면, 委員會는 이 문제가 위 국제회의에서 취급될 수 있으리라고 생각하였다.

D. 특별보고자 James Crawford에 대한 경의

74. 委員會는 2001년 8월 9일 제2709차 회의에서 國際違法行爲에 대한 國家責任에 관한 초안 규정을 채택한 후 특별보고자 James Crawford에 대하여 경의를 표하는 결의를 박수로써 채택하였다.

75. 委員會는 또한 과거의 특별보고자인 Francisco V. Garcia-Amador, Roberto Ago, Willem Riphagen 및 Gaetano Aragio-Ruiz에 대하여도 이 주제에 대한 그들의 뛰어난 공헌에 대하여 깊은 감사를 표하였다.

E. 國際違法行爲에 대한 國家責任에 관한 초안 규정

76. 위원회 제53차 회기시 채택된 초안 규정은 다음과 같다.
(협약 초안 조항은 맨 앞에 별도로 첨부하였으므로 여기서는 생략함)

2. 초안 규정 및 그 註釋

77. 위원회 제53차 회기시 註釋과 함께 채택된 초안 규정은 다음과 같다.

國際違法行爲에 대한 國家責任

(1) 본 조항들은 법전화 및 점진적 발전이란 방법을 통하여 國際違法行爲에 대한 國家責任에 관한 국제법의 기본 원칙을 성안하려 한다. 강조하는 바는 國家責任에 관한 2차 법칙이다. 이는 위법한 作爲 또는 不作爲, 그리고 그로부터 유래하는 법적 결과에 대하여 책임져야 한다고 판단되는 국가에 대한 국제법상의 일반조건을 의미한다. 본 조항들은 책임을 야기하는 국제위무위반의 내용을 정의하려고 시도하지는 아니한다. 이는 1차 법칙의 기능으로, 이의 법전화는 국제관습법과 조약 등 거의 모든 국제법 내용의 반복에 해당한다.

(2) 이 작업의 기본 구조와 방향을 수립하였던 Roberto Ago는 본 규정들이 “본 작업과 국가가 이를 위반하면 책임을 발생시키는 의무를 부과하는 법칙을 정의하는 작업간에 엄격한 구분을 두는 가운데 國際違法行爲에 대한 國家責任을 지배하는 원칙들을” 구체화시키는 것이라고 보았다. 즉 “하나는 의무의 원칙과 내용을 정의하는 것이고, 다른 하나는 의무가 위반되었는가 그리고 그 위반의 결과가 어떻게 되어야 하는가를 결정하는 것이다.”

(3) 국제법상 국가에 대한 의무를 발생시키는 1차 법칙의 존재를 전제로 하고, 국가가 이 의무를 준수하였는가 여부에 관하여 의문이 제기된다고 가정하면 일반적인 성격의 많은 의문이 추가로 제기된다. 즉,

(a) 행위를 위법하다고 규정함에 있어서 해당국가의 국내법과 구분되는 국제법의 역할.

- (b) 어떠한 상황에서 국제법 주체로서의 국가에게 그 행위가 귀속되는가의 결정.
 - (c) 언제 그리고 얼마동안 국가의 국제의무 위반이 있었는가의 특정.
 - (d) 국가는 어떠한 상황에서 국제의무에 위반되는 다른 국가의 행위에 대하여 책임을 져야 하는가의 결정.
 - (e) 국제법상 그 행위의 위법성이 조각되는 상황의 정의.
 - (f) 國家責任의 내용, 즉 위법행위의 중단 및 피해에 대한 손해배상이라는 견지에서 국가의 國際違法行爲로부터 발생하는 새로운 법률관계의 구체화.
 - (g) 한 국가가 타국의 책임을 추궁하기 위한 절차적 또는 실체적 조건과 책임을 추궁할 권리가 상실되는 상황의 확정.
 - (h) 어떠한 조건하에서 국가는 有責國家의 의무 이행을 확보하기 위한 대응조치를 통하여 국제의무 위반에 대처할 권리가 있는가의 규정.
- 이런 것이 국가책임상 2차 법칙의 영역이다.

(4) 많은 문제들이 현 조항에서 취급된 國家責任의 영역 속에 포함되지 아니한다.

첫째, 이미 지적된 바와 같이 특히 1차 법칙이나 그 해석을 통하여 설정된 의무의 내용을 구체화하는 것은 본 조항의 역할이 아니다. 또한 어느 국가에 대하여 특정한 1차적 의무가 발효중인가 여부와 얼마동안 발효중인가에 관한 문제는 취급하지 아니한다. 어느 국가가 유효한 조약의 당사국인가 여부, 조약이 해당국가에 적용되고 있느냐 여부, 조약이 어떻게 해석되어야 하느냐의 결정은 조약법상의 문제이다. 이 점은 관습국제법과 같이 국제법상의 다른 의무에 관하여도 마찬가지이다.

둘째, 본 조항에서 취급되는 결과란 국제적 위법행위의 실행에서 유래되는 것이다. 비엔나 조약법 협약 제60조에 규정된 중대한 위반의 피해국가는 조약을 종료 또는 정지시킬 수 있는 권리와 같이 위반으로 인하여 1차 법칙의 계속적 유효성이나 구속력은 어떻게 되느냐는 문제는 취급하지 아니한다. 또한 위법행위에 대한 국제기구의 대응으로부터 유래하는 간접적 또는 추가적 결과문제는 취급하지 아니한다. 국제기구는 임무를 수행함에 있어서 어느 국가가 국제의무를 위반하였는가에 대한 입장을 취하여야 할 필요가 있을 수 있다. 그러한 경우라도 그 결과는 국제기구 헌장에 의하여 또는 그 틀내에서 결정될 것이며, 이 문제는 본 조항의 대상범위에서 벗어난다.

셋째, 본 조항은 오직 國際違法行爲에 대한 책임만을 취급한다. 국가는 국제법상 금지되지 않았거나 경우에 따라서는 명시적으로 허용된 행동에 따른 피해결과에 대하여 보상을 할 의무를 지는 경우도 있을 수 있다(예를 들어 공공 목적을 위하여 적절히 수용한 재산에 대한 보상). 또한 국가가 일정한 합법적 행동을 마친 다음에는 과거 상태를 회복시킬 의무를 지는 경우도 있을 수 있다. 이러한 보상이나 원상회복 요구는 1차적 의무와 관계된다. 보상지급이나 원상회복의 실패가 해당국가의 국제책임을 유발한다. 본 조항의 목적상 국제책임을 오직 국제법에 위배되는 위법행위로부터만 유래한다. 이 점은 제목에도 반영되어 있다.

넷째, 본 조항은 오직 國際違法行爲에 대한 국가의 책임만을 취급하며, 국제기구나 다른 비국가적 단체의 책임문제는 다루지 아니한다(제57조 및 제58조 참조).

(5) 다른 한편 본 조항은 國家責任의 전 분야를 취급한다. 따라서 타국과의 양자 조약에 따른 양자적 성격의 의무 위반에 한정되지 아니한다. 국가의 국제의무라면 일 개 또는 수 개 국가에 대한 의무나 개인이나 집단에 대한 의무나, 국제공동체 전체에 대한 의무 여부를 가리지 않고 전 분야에 적용된다. 본 조항은 성격상 대부분이 보충적으로 적용된다. 원칙적으로 국가들은 자신의 위반이 특정한 결과만을 유발한다는 점을 구체화함으로써 책임에 관한 통상적 원칙을 배제시킬 자유가 있다. 이 점은 제55조에 의하여 명백하다.

(6) 본 조항은 4부로 나뉘어 진다. 제1부의 제목은 “국가의 國際違法行爲”이다. 이는 국가의 국제책임을 발생시키는 요건을 다룬다. 제2부의 제목은 “국가의 국제책임의 내용”으로, 이는 國際違法行爲에 책임있는 국가에 대한 법적 결과를 취급한다. 제3부의 제목은 “국가의 국제책임의 이행”이다. 이는 國際違法行爲에 대응할 수 있는 국가를 확인하고, 필요한 경우에는 대응조치를 취하는 것까지 포함하여 이행 유형을 구체화하고 있다. 제4부는 전 조항에 적용되는 일반조항을 담고 있다.

제1부

국가의 國際違法行爲

제1부는 國家責任이 발생하는데 필요한 일반조건을 규정하고 있다. 제1장은 책임에 관한 3가지 기본원칙을 규정하고 있으며, 이로부터 전체 조항이 출발하고 있다. 제2장은 어떠한 조건 하에서 행위가 국가에 귀속될 수 있는가를 규정하고 있다. 제3장은 그 같은 행동이 해당국가의 국제의무 위반에 해당할 수 있는 조건을 일반적으로 기술하고 있다. 제4장은 한 국가가 타국의 국제의무 위반 행동에 책임져야 하는 예외적인 경우를 취급하고 있다. 제5장은 국가의 국제의무에 위배되는 행동의 위법성을 조각시키는 상황을 규정하고 있다.

제1장

일반 원칙

제1조

國際違法行爲에 대한 國家責任

국가의 모든 國際違法行爲는 그 국가의 국제책임을 유발한다.

주 석

(1) 제1조는 국가의 국제법 위반은 국제책임을 유발한다고 하는 전체 조항의 기

반이 되는 기본원칙을 서술하고 있다. 국가의 國際違法行爲는 하나 또는 복수의 作爲나 不作爲 또는 양자의 복합으로 구성된다. 國際違法行爲가 존재하느냐 여부는 첫째, 위반되었다고 하는 의무의 요건과 둘째, 제1부에 규정된 그 같은 행동의 전반적 조건에 달려 있다. “국제책임”이란 용어는 국가의 國際違法行爲로 인하여 국제법상 발생한 새로운 법률관계를 포괄한다. 이 새로운 법률관계의 내용은 제2부에서 구체화된다.

(2) 상설국제사법재판소는 제1조에 규정된 원칙을 많은 사건에 적용하였었다. 예를 들어 *Phosphates in Morocco* 사건에서 재판소는 한 국가가 다른 국가에 대하여 國際違法行爲를 저지르면 두 국가 사이에는 즉각 국제책임이 성립한다고 확인하였다(*Preliminary Objection, 1938 PCIJ, Series A/B No. 74, p.10, p.28; "Wimbledon," 1923, PCIJ, Series A, No.1, p.15, p.30; Factory at Chorzow, Jurisdiction, 1927, PCIJ, Series A, No.9, p.21; Factory at Chorzow, Merits, 1928, PCIJ, Series A, No.17, p.29*). 국제사법재판소도 이 원칙을 여러 사건에서 적용하였다. 예를 들어 *Corfu Channel* 사건(*ICJ Reports 1949, p.4, 23*), *Military and Paramilitary Activities* 사건(*ICJ Reports 1986, p.14, pp.142, para.283, 149, para.292*), *Gabcikovo-Nogymaros Project* 사건(*ICJ Reports 1997, p.7, p.38*) 등. 동 재판소는 또한 *Reparation for Injuries* 사건(*ICJ Reports 1949, p.174, p.184*)과 *Interpretation of Peace Treaty(Second Phase)*(*ICJ Reports 1950, p.221*) 사건의 권고적 의견에서 이 원칙을 지적하며, “조약의무 이행의 거부는 국제책임을 초래한다”고 설명하였다(상동, p.228). 중재재판소도 원칙을 거듭 확인하였다. 예를 들어 *Claims of Italian Subjects Residents in Peru*(*UNRIAA, vol. XV, pp.399, 401, 404, 407, 408, 409, 411(1911)*), *Dickson Car Wheel Company*(*UNRIAA, vol. IV, p.669, p.678(1931)*), *International Fisheries Company*(상동, vol. IV, 691, p.701(1931)), *British Claims in the Spanish Zone of Morocco*(*UNRIAA, vol. II, p.615(1925), p.641*), *Armstrong Cork Company*(*UNRIAA, vol. XIV, p.159(1953), p.163*) 등. *Rainbow Warrior* 사건의 중재재판소는 “그 기원이 무엇이든 국가에 의한 어떠한 의무의 어떠한 위반도 國家責任을 유발한다”고 강조하였다(*UNRIAA, vol. XX, p.217, p.251, para.75*).

(3) 국가의 모든 위법행위는 그 국가의 국제책임을 유발하며, 따라서 그 행위가 발생하기 전에 존재하던 국제법적 관계에 추가되는 새로운 국제법적 관계를 발생시킨다는 점은 널리 인정되고 있다. 國際違法行爲로부터 발생하는 법적 관계의 정의에 대하여는 일찍부터 견해 차이가 있었던 것이 사실이다. Anzilotti류의 입장은 國際違法行爲로부터 연유하는 법적 결과를 오직 위법행위국과 피해국간에 수립되는 구속력 있는 양자관계라는 관점으로만 설명한다. 즉 피해국의 “주관적” 배상청구권에 대하여 위법행위국의 배상의무가 성립된다는 것이다. 한편 Kelsen류의 입장은 법질서란 강제질서라는 사고에서 출발하여, 책임져야 할 국가에 대하여 피해국이 강제제재를 할 수 있다는 점이 위법행위로부터 바로 연유되는 1차적인 법적 결

과라고 본다. 이 견해에 따르면 일반 국제법은 피해국에게 위법에 대응할 권리를 준다; 손해배상 의무란 有責國이 이를 통하여 강제조치의 적용을 회피할 수 있는 補助手段으로나 취급된다; 한편 지배적 견해라고 할 수 있는 제3의 입장은 國際違法行爲의 결과는 배상이나 “制裁”에 한정될 수 없다고 본다. 다른 법체제에서와 같이 국제법에서도 위법행위는 그 상황에 따라 여러 종류의 법률관계를 유발한다는 것이다.

(4) 國際違法行爲의 발생에서 유발되는 법률관계는 본질적으로 양자관계인가, 즉 오직 有責國과 被害國 사이에서만 문제인가에 관하여도 견해가 엇갈린다. 그런데 일정한 위법행위는 수개의 국가 또는 많은 국가, 경우에 따라서는 국제공동체 전체에 대한 책임과 관련된다는 점이 더욱 폭 넓게 인정되고 있다. 이 방향으로의 중요한 발걸음은 *Barcelona Traction* 사건에서 국제사법재판소에 의하여 내 던져 되었다.

“외교적 보호 분야에서 국제공동체 전체에 대한 의무와 타국에 대하여 발생하는 의무간에는 본질적인 구별이 있어야 한다. 바로 이러한 성격에 의하여 전자는 모든 국가의 관심사이다. 관련 권리의 중요성에 비추어 모든 국가가 이의 보호에 법적 이해를 가질 수 있다: 이것이 對世的 義務(obligations *erga omnes*)이다.”(*ICJ Reports 1970*, p.3, p.32, para.33)

모든 국가는 국제공동체의 일원이라는 사실에 기하여 일정한 기본적 권리의 보호와 기본적 의무의 이행에 법적 이해를 가진다. 재판소는 “침략행위 및 제노사이드의 금지 노예제도 및 인종차별로부터의 보호를 포함한 기본적 인권에 관한 원칙과 규칙” 등을 이러한 예로 들었다(상동 p.32, para.34). 후자에 관하여는 재판소가 다른 사건에서도 확인한 바 있다(즉 *East Timor case*, *ICJ Reports 1995*, p.90, p.102, para.29; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *ICJ Reports 1996*, p.226, p.258, para.83; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objection*, *ICJ Reports 1996*, p.595, pp.615-616, paras.31-32). 본 규정에는 책임의 일반적 양자관계가 포함됨은 물론, 국제책임에 관한 이러한 좀더 폭 넓은 개념도 반영되어야 할 것이다.

(5) 이에 제1조의 “국제책임”이라는 용어는 국제법상 국가의 國際違法行爲로부터 발생하는 관계는 그 관계가 위법행위국과 피해국에 한정되든가 또는 그것이 다른 국가나 국제법 주체로 확대되든가에 상관없이, 그리고 그 관계가 원상회복이나 금전배상 의무를 중심으로 하든가 또는 피해국에 대하여 대응조치를 취할 가능성을 부여하는가에 상관없이 이 모두를 커버한다.

(6) 제1조에 따라 국가의 모든 國際違法行爲는 그 국가의 국제책임을 유발한다는 사실이 문제되는 행위나 결과로 야기된 피해에 대하여 다른 국가는 책임질 수 없다는 것을 의미하지는 않는다. 제2장에 따라 동일한 행위가 동시에 여러 국가로 귀속될 수도 있다. 제4장에 따라 국가는 다른 국가의 國際違法行爲에 책임지기도 한다. 예를 들어 그 행위가 해당국가의 지시와 통제하에 수행된 경우가 이에 해당할

수 있다. 그래도 국제법의 기본 원칙은 각국은 자신의 국제 의무와 관련하여 스스로의 행위에 대하여 책임진다는 것이다.

(7) 초안 규정은 오직 국가의 책임만을 다룬다. 물론 국제사법재판소가 *Reparation for Injuries* 사건에서 확인한 바와 같이 국제연합도 국제법의 주체이며, 국제법상의 권리 의무 향유 능력을 가지며, 국제청구의 제기를 통하여 자신의 권리를 주장할 능력이 있다(*ICJ Reports 1949*, p.174, p.179). 위법행위에 대한 책임 관념은 국제법인격 향유의 기본적 요소이기도 하다. 그러나 국제조직의 문제는 본 규정에 의하여 취급되지 아니한다.

(8) 용어의 문제로서 프랑스어의 “fait internationalement illicite”가 국내법상의 특별한 의미를 내포하는 “delit”나 기타 다른 유사한 용어보다 바람직하다. 같은 이유에서 영어의 “tort,” “delict,” “delinquency”나 스페인어의 “delito”도 피하는 것이 좋다. 위법성은 통상 “acte”로는 거의 지칭되지 않는 不作為로부터 유래할 수도 있으므로 프랑스어의 “acte internationalement illicite”보다는 “fait internationalement illicite”가 더 좋다. 영어본에서는 프랑스어의 “fait”와 정확한 동의어가 없기 때문에 “internationally wrongful act”를 유지할 필요가 있다. 그러나 “act”라는 용어는 不作為도 포함하며, 이 점은 제2조에서 명백히 하였다.

제2조

국가의 國際違法行爲의 요소

다음과 같은 作爲 또는 不作為 行爲가 있을 때 국가의 國際違法行爲가 존재한다.

- (a) 그것이 국제법에 따라 국가에 귀속될 수 있으며;
- (b) 그 국가의 국제의무의 위반에 해당하는 경우.

주 석

(1) 제1조는 국가의 모든 國際違法行爲는 국제책임을 유발한다는 기본원칙을 서술하였다. 제2조는 국가의 國際違法行爲를 성립시키는데 요구되는 조건을 구체화하고 있다. 즉 그러한 행위의 구성요건이다. 두 가지 요건이 구체화되어 있다. 첫째, 문제되는 행위가 국제법상 그 국가로 귀속될 수 있어야 한다. 둘째, 그 행위가 당시 해당국가에 적용되는 국제법상의 의무에 대한 위반에 해당하여야 한다.

(2) 이 두가지 요소는 예를 들어 *Phosphates in Morocco* 사건에서 상설국제사법재판소에 의하여 구체화된 바 있었다(*1938 PCIJ, Series A/B, No. 74*, p.10). 당시 재판소는 국제책임을 존재를 “해당국가로 귀속시킬 수 있으며, 타국의 조약상의 권리에 反하는 행위의 존재”에 연결시키었다. 국제사법재판소 역시 이 두 요소를 여러 차례 지적하였다. *Diplomatic and Consular Staff* 사건에서 이란의 책임을 성립시키기 위하여는 “첫째, 문제되는 행위가 법적으로 어느 정도 이란국에 귀속되는 것으로 볼 수 있느냐를 결정하여야 한다. 둘째, 현행 조약상으로는 다른 국제법 원칙에 의한 이란의 의무와 양립될 수 있는가를 검토하여야 한다”고 지적하였다(상

동, p.29, para.56). *Dickson Car Wheel Company* 사건에서 미국-멕시코 일반청구권위원회도 국가의 국제책임을 발생시키는 요건으로 “위법한 국제행위가 그 국가로 귀속되어야 한다, 즉 국제법적 기준에 따른 의무의 위반이 있어야 한다”고 지적하였다(*UNRIAA, vol.IV, p.699(1931), p.678*).

(3) 귀속요건은 종종 “주관적” 요건으로, 위반요건은 객관적 요건으로 설명되지만, 본 규정에서는 이러한 용어를 회피하였다. 법칙의 위반 여부는 관련 국가조직이나 기관의 의도나 인식 여부에 달린 경우도 있으므로, 그런 의미에서 “주관적” 요건이라고도 할 수 있다. 예를 들어 제노사이드 협약 제2조는 제노사이드를 일정한 故意犯으로 규정하고 있다. 다른 한편 의무 위반에 대한 기준은 관련 국가 조직이나 기관의 유의 여부와 상관없다는 점에서 “객관적”이라고 할 수도 있다. 그런 의미에서 책임이 “객관적”이나 “주관적”이나 여부는 문제되는 1차적 의무의 내용을 포함하여 그 상황에 달리게 된다. 본 규정은 이 점에 관하여는 일반적 원칙을 제시하지 아니한다.

(4) 국가에 귀속되는 행위는 作爲 또는 不作爲로 구성될 수 있다. 不作爲에 근거하여 국가의 국제책임을 추궁되는 사례는 최소한 적극적 作爲에 근거한 경우만큼이나 많으며, 양자 사이에는 원칙적으로 차이가 없다. 더욱이 책임 결정에 관련되는 주변 상황으로부터 不作爲를 따로 분리시키는 것은 어렵다. 예를 들어 *Corfu Channel* 사건에서 국제사법재판소는 알바니아가 자국 영해 내 기뢰의 존재를 알았거나 알았어야만 했고 기뢰의 존재에 관하여 제3국에게 경고하지 않았다는 점은 알바니아의 책임에 대한 충분한 근거가 된다고 보았다(*ICJ Report 1949, p.4, pp.22-23*). *Diplomatic and Consular Staff* 사건에서 국제사법재판소는 이란의 책임은 적절한 조치가 명백히 요구되는 상황에서 관련당국이 적절한 조치를 취하지 않았다는 “不作爲”로부터 발생한다고 결론내렸다(*ICJ Report 1980, p.3, pp.31-32, paras.63, 67*). 다른 사례에서도 책임의 근거는 作爲와 不作爲의 결합이라고 할 수 있다.

(5) 특정 행위를 國際違法行爲라고 규정하기 위하여는 우선 그 행위가 해당국가에 귀속될 수 있어야 한다. 국가란 조직화된 실체로서 국제법상 완전한 행위능력을 지닌 법인격체이다. 그렇다고 하더라도 국가가 스스로 행동할 수 없다는 기본적인 사실은 부인될 수 없다. “국가의 행위”는 사람 개인이나 단체에 의한 일정한 作爲 또는 不作爲에 관계되어야만 한다. 즉 “국가는 자신의 기관이나 대표에 의하여만 행동할 수 있다.” 문제는 누가 국가를 위하여 행동하는 것으로 간주되느냐, 즉 國家責任의 목적상 무엇이 “국가의 행위”를 구성하느냐이다.

(6) 국가에 대한 귀속성을 말할 때에 의미하는 바는 국제법의 주체로서의 국가이다. 많은 법제도 하에서 국가기관은 별개의 법인격체들로 구성되며, 이들은 각각 독자적으로 책임져야 하는 자신의 권리 의무를 갖는 것으로 인정된다. 그러나 國家責任에 관한 국제법이라는 관점에서는 입장이 다르다. 국가는 국제법상 하나의 법인격체인 단일체로 취급된다. 다른 점에서와 마찬가지로 여기에서도 국가에 대한 행

위의 귀속성은 필연적으로 규범적 작용이다. 중요한 점은 제2장에 규정된 법칙에 따라 해당국가에게 귀속되는 행위(그것이 作爲이든 不作爲이든)가 그 사건과 충분히 연결되느냐이다.

(7) 국가의 國際違法行爲의 존재를 위한 두 번째 조건은 국가에 귀속되는 행위가 해당국가의 국제의무 위반에 해당하여야 한다. 국가의 국제의무 위반이라는 용어는 오래 전부터 확립된 것으로서 조약상의 의무와 비조약상의 의무를 모두 포괄하는 것으로 사용된다. *Factory at Chorzow* 사건의 관할권 판정시 상설국제사법재판소는 “약속의 위반”이라는 용어를 사용하였다(1927 *PCIJ*, Series A, No. 9, p.21). 본안 판결에서 역시 같은 용어를 사용하였다(1928 *PCIJ*, Series A, No.17, p.29). 국제사법재판소는 *Reparation for Injuries* 사건에서 명시적으로 이 용어를 지적하였다(*ICJ Reports 1949*, p.174, p.184). *Rainbow Warrior* 사건의 중재재판소는 “국가에 의한 어떠한 의무의 어떠한 위반”을 지적하였다(*UNRIIAA*, vol.XX, p.217(1990), p.251, para.75). 실제로 “국제의무의 불이행,” “국제의무에 불합치하는 행위,” “국제의무의 위반,” “약속의 위반”과 같은 용어도 사용되었다. 이 모든 용어들은 본질적으로 같은 의미를 지닌다. 본 규정에 사용된 용어는 국제사법재판소 제36조 2항 c호상의 용어에 일치되는 “국제의무의 위반”이다.

(8) 국제법상 의무의 위반이라는 의미는 종종 타인의 권리에 反하는 행위와 동등시 된다. 상설국제사법재판소는 *Phosphates in Morocco* 사건 판결에서 “타국의 조약상의 권리에 반하는” 행위를 언급하였다(1938 *PCIJ*, Series A/B, No.74, p.10, p.28). 혹자는 의무와 권리의 상호관계를 국제법의 일반적 모습이라고 생각한다; 즉 다른 국제법 주체 또는 모든 국제법 주체(국제공동체 전체)의 권리와 연계되지 않는 국제법 주체의 의무는 없다고 본다. 그런데 별개의 사건이 개별국가나 일부 국가가 아닌 모든 국제법 주체의 공통적 권리와 결부될 수도 있다. 여러 국가들이 각기 다른 방법으로 의무의 수혜자가 될 수도 있으며, 그 이행에 관하여 서로 다른 이해를 가질 수도 있다. 다자적 의무는 법원칙과 기관의 다양성과 보호하려는 이해의 폭 넓은 다양성이라는 견지에서 양자적 의무와는 차이가 난다. 그러나 어떠한 의무가 위반되었느냐 여부는 언제나 제2조에 규정된 두 가지 기본문제를 제기한다. 의무 위반으로 인한 책임을 누가 추궁할 수 있느냐는 별개의 문제이다. 이 문제는 제3부에서 취급된다.

(9) 따라서 國際違法行爲의 성립에는 두 가지 필수조건, 즉 국제법상 국가에 귀속되는 행위와 그 행위로 의한 해당국가의 국제의무위반이 필요하다는 제2조상의 원칙에 대하여는 예외가 없다. 문제는 이 두 가지 필요조건이 충분조건이냐는 점이다. 국제의무는 특히 타국에 대한 “피해”와 같은 추가 요소가 없다면 성립되지 않는다고 견해도 있었다. 그런데 그 같은 요소가 추가로 필요한가 여부는 1차적 의무의 내용에 달려 있으며, 이 점에 관한 일반적 원칙은 없다. 예를 들어 통일된 법률을 제정하라는 조약상의 의무는 그러한 법률을 제정하지 않음으로써 위반되며, 다른 당사국이 그로 인한 구체적 피해를 지적할 필요가 없다. 특정한 의무가 有責國

의 不作爲에 의하여 위반되었는가 또는 추가적인 문제가 발생하여야만 하는가 여부는 1차적 의무의 내용과 해석에 달린 것이며, 추상적으로 결정될 수는 없다.

(10) 관련문제의 하나는 過失이 국가의 國際違法行爲의 필요요소에 해당하느냐 여부이다. 1차적 의무의 견지에서 정신적 요소가 특별히 요구되지 않는다면, 결국 어떠한 의도와는 관계없이 문제가 되는 점은 오직 국가의 행위뿐이다.

(11) 제2조는 제1부내 후속 章에서 취급되는 문제를 필요한 법적 맥락 속에서 소개하며 제시하고 있다. 國際違法行爲가 있기 위하여는 국제법상 국가에 귀속되는 행위가 필요하다고 설명하는 (a)호는 제2장과 연결되며, 한편 제4장은 국가가 타국의 國際違法行爲에 책임져야 하는 구체적 경우를 다룬다. 그러한 행위가 국제의무 위반에 해당하여야 한다는 (b)호는 제3장에 규정된 일반원칙과 연결되며, 한편 제5장은 통상적으로 의무 위반에 해당하지만 행위의 위법성이 배제되는 경우를 취급한다.

(12) (a)호의 “귀속(attribution)”이라는 용어는 作爲 또는 不作爲를 국가에 결부시키는 작업을 가리키는데 사용된다. 국제관행과 판결에서는 “imputation” 역시 사용된다. 그러나 attribution이란 용어는 행위를 국가에 연결시키는 법적 과정이 가장 적이라거나 문제되는 행위가 “진정” 다른 누구의 행위라는 어떠한 시사도 주지 않는다.

(13) (b)호에서는 국제법상의 법칙이나 규범이 아닌 국제의무의 위반을 가리키고 있다. 이러한 목적에서 문제되는 점은 단순히 법칙이 존재한다는 것이 아니라, 특정 사례에서 有責國에게 이를 적용하는 것이다. 모든 가능성을 포괄하기 위하여 국제재판이나 관행상 그리고 학술논문에서는 “의무”라는 용어가 일반적으로 사용된다. 이 “의무”는 국제법상의 의무에 한정되며, 이 점은 제3조에서 좀더 설명된다.

제3조 국가행위의 國際違法行爲로의 결정

국가행위의 국제위법성의 결정은 국제법에 의하여 정해진다. 이는 동일한 행위가 국내법상 適法하다는 결정에 의하여 영향을 받지 아니한다.

주석

(1) 제3조는 제2조에 암시된 원칙을 명확히 한 것이다. 이 원칙에는 두 가지 요소가 있다. 첫째, 국가의 행위가 그 국가의 국내법 규정을 위반하는 것일 지라도 국제법상의 의무를 위반하지 아니하는 한, 그러한 행위는 國際違法行爲로 되지 않는다는 점이다. 둘째, 국가는 자국의 행위가 자국의 국내법 규정에 합치된다고 항변함으로써 그 행위가 국제법에 따라 國際違法行爲로 결정됨을 회피할 수 없다는 점이다. 국가의 어떠한 행위가 그 국가의 국내법에 위반되지 않는다고거나, 그 국내법에 의하여 그러한 방식의 행위를 하도록 구속받는다고 할지라도, 그 행위가 국제

법상의 의무를 위반하는 경우에는 國際違法行爲가 된다.

(2) 첫 번째 요소와 관련하여, 가장 분명한 판결은 常設國際司法裁判所의 *Treatment of Polish Nationals* 사건이다(*Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p.4.*). 상설국제사법재판소는 다음과 이유로 폴란드 정부가 국제연맹(League of Nations) 기관에 단치히 自由市(the Free City) 헌법이 폴란드 국민에게 적용되는지 여부에 관한 문제를 제기할 권리를 부정하였다.

“...일반적으로 인정된 원칙에 따르면, 국가는 他國에 대하여 타국의 헌법 규정이 아니라 적절하게 인정된 국제법 및 국제법상의 의무만을 원용할 수 있다...[반]대로, 국가는 국제법 또는 발효중인 조약에 따라 자국에 지워진 의무를 회피할 목적으로 타국에 대하여 자국 헌법을 원용할 수 없다...단치히 헌법의 적용은, 조약상의 규정 또는 일반국제법에 따라, 단치히가 폴란드에 대해 부담하는 국제법상의 의무 위반을 초래할 수 있다...그러나, 그와 같은 경우에 있어서, 自由市の 책임을 발생시키는 것은 헌법이나 기타 법이 아니라 국제법상의 의무이다.”(상동, pp.24-25)

(3) 어떤 행위가 국내법 규정에 합치한다고 하더라도 國際違法行爲가 될 수 있다는 것은 이미 확립된 원칙이다. 이 문제에 관한 국제판결은 분명하다. 특히 상설국제사법재판소는 *S.S.Wimbledon* 사건에서 이 원칙을 명백히 인정하였다(*S.S.Wimbledon, 1923, PCIJ, Series A, No.10, p.14*). 재판소는 선박의 키일 運河(Keil Canal) 통과는 독일의 中立義務 위반이라는 독일정부의 항변을 다음과 같이 배척하였다.

“...中立義務는 평화조약 규정에 우선하지 않는다...베르사이유 조약 제380조에 따르면, [Wimbledon 號의 키일 運河 통과]를 허락하는 것이야말로 [독일의] 명백한 의무이다. 독일은 자국의 중립의무를 同條에 따른 의무보다 우선시 할 수 없다.”(상동, pp.29-30)

위 원칙은 다음과 같이 여러 번 재확인되었다.

“...조약의 계약당사국인 국가들간의 관계에 있어서, 국내법 규정은 조약 규정에 우선할 수 없다는 것은 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이다.”(*Greco-Bulgarian "Communities", 1930, PCIJ, Series B, No.17, p.32*)

“...프랑스는 자국의 국제법상의 의무의 범위를 제한하는 자국 국내법을 원용할 수 없다.”(*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1930, PCIJ, Series A, No.24, p.12; Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1930, PCIJ, Series A/B, No.46, p.96, p.167*)

“...국가는 국가는 국제법 또는 발효중인 조약에 따라 자국에 지워진 의무를 회피할 목적으로 타국에 대하여 자국의 헌법을 원용할 수 없다”(*Treatment of Polish Nationals, 1932, PCIJ, Series A/B, No.44, p.4, p.24*)

동일한 원칙의 또 다른 측면은 *Exchange of Greek and Turkish Populations(1925, PCIJ, Series B, No.10, p.20)* 및 *Jurisdiction of the Courts of*

*Danzig(1928, PCIJ, Series B, No.7, p.26)*에 대한 勸告的 意見에서도 확인되고 있다.

(4) 국제재판소는 위 원칙을 여러 번 언급하고 적용하여 왔다. 예를 들어, *Reparation for Injuries* 사건(*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, ICJ Reports 1949, p.174, p.180*)에서, 재판소는 “회원국의 국제법상의 의무 위반에 근거하고 있으므로...회원국은 자국의 의무가 국내법에 의해 규율된다고 주장할 수 없다”라고 판시하였다. *ELSI* 사건(*ICJ Reports 1989, p.15*)에서도 재판부는 다음과 같이 판시하면서 위 원칙을 강조하였다.

“국내법과의 합치성 문제와 조약규정과의 합치성 문제는 서로 다른 문제이다. 조약위반이 되는 것이 국내법상 합법일 수 있고, 국내법상 불법인 것이 조약 규정의 위반은 아닐 수도 있다. 長官의 徵發이 이탈리아 국내법상 완전히 정당화된다고 하더라도, 이는 友好通商航海條約의 위반이 될 수 있다”(상동, p.51, para.73).

반대로, 재판부가 설명한 바와 같이,

“...공공기관의 행위가 국내법상 불법이라고 해서 그러한 행위가 조약 기타의 위반으로 인하여 국제법상 불법으로 반드시 되는 것은 아니다. 어떤 행위가 불법이라는 국내법원의 판결은 이것이 恣意的이라는 주장과 잘 연관될 수 있다; 하지만 다른 근거가 더 이상 없다면, 그 자체로서는 불법성이 자의성과 동일시된다고 할 수 없다...”

많은 중재재판소도 위 원칙을 적용하였다.

(5) 위 원칙은 國家責任의 法典化에 대한 국제연맹의 후원으로 시작된 관련 작업 뿐만 아니라, 국가의 권리 및 의무 그리고 조약법의 법전화에 대한 국제연합의 후원으로 시작된 관련 작업에도 명시적으로 들어있다. ILC의 국가의 권리 및 의무에 관한 선언 초안 제13조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“모든 국가는 조약 및 다른 국제법의 法源으로부터 발생한 의무를 성실하게 이행하여야 할 의무를 지며, 그러한 의무의 불이행에 대해 자국의 헌법 또는 국내법을 원용할 수 없다.”

(6) 위 원칙은 다음과 같이 규정하고 있는 條約法에 關한 비엔나協約 제27조에도 나타나 있다.

“어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니된다. 이 규칙은 제46조를 침해하지 아니한다.”

(7) 일정한 행위를 국제법상 불법으로 정하는 것은 동일한 행위를 국내법상 합법으로 정하는 것으로부터 영향을 받지 아니한다는 원칙은 국제법상의 원칙이 국가로 하여금 자국의 국내법상의 규정을 따르라고 요구하는 경우에 있어서도 예외가 아니다. 이러한 경우 국내법의 준수는 國際責任 문제와 관련이 된다. 그러나 이는 예를 들어 국내법과의 합치기준을 적용가능한 국제적 기준으로 편입시킴으로써, 국제법상의 원칙이 국내법 준수의 기준을 관련사항으로 만들었기 때문이다. 특히 외국인에 대한 피해 및 외국인 재산 그리고 인권 등의 분야에 있어서는, 국내법의 내

용 및 그 적용이 국제책임 문제와 종종 연관이 된다.

(8) “국내법은 국가행위를 국제법상 위법행위로 결정하는 것을 회피하기 위하여 원용될 수 없다”는 공식은 국가가 자국 국내법을 국제책임을 회피하기 위한 수단으로 이용할 수 없다는 것을 명확하게 밝힌 것이다. 한편, 이는 절차상의 규칙처럼 보이며 어떤 원칙을 표명하는 것이라고 하기에는 부적절하다. 책임의 원용 문제는 제3부에 속하며, 반면에 이 원칙은 책임의 근원에 관한 문제이다. 더욱이, 국내법 문제가 책임의 존재 또는 부존재와 연관된 사건들이 많이 있다. 이러한 경우에 있어서는, 국내법이 연관되는 범위 및 그 한계는 국제법에 의하여 결정한다. 이러한 요소는 첫째, 국가행위의 국제위법성 여부의 결정은 국제법에 따라 규율되고, 둘째, 국제법에 의하여 國際違法行爲로 결정된 국가행위는 그 행위가 국내법에 의하면 합법이라고 함으로써 정당화시킬 수 없다는 것이다.

(9) 용어와 관련하여, 英語本에 있어서는 “internal law”라는 용어가 “municipal law”라는 용어보다 더 선호되는데, 그 이유는 후자가 보다 좁은 의미로 이용될 수 있기 때문이다. 제3조는 어떠한 공공기관에 의하든, 어떠한 수준에서든, 국가라는 틀 안에서 채택된 모든 법규정에 대해서 적용된다(*LaGrand, (Germany v. United States of America), Provisional Measures, ICJ Reports 1999, p.9, p.16, para.28*). 佛語本에 있어서는, “droit interne”라는 표현이 “législation interne” 또는 “loi interne”라는 용어보다 선호되는데, 이는 전자의 용어가 국내법질서에 있어서의 모든 규정들을 포괄하기 때문이다.

제2장

行爲의 國家로의 歸屬

(1) 제2조에 따르면 국가의 국제책임에 있어서 필수적인 요건은 문제의 행위가 국제법에 따라 당해국에 귀속될 수 있다는 점이다. 제2장은 그러한 귀속이 정당화되는 상황, 즉 作爲 또는 不作爲로 구성된 행위가 어떠한 경우에 국가행위로 간주될 수 있는가에 대하여 규정하고 있다.

(2) 이론상 國籍, 定住 등에 의하여 특정 국가와 연결된 개인, 기업, 단체 등의 모든 행위는 그가 정부기관과 관련이 있든 없든 간에 당해 국가로 귀속시킬 수 있다. 하지만 국제법에 있어서는 이러한 접근방식이 적용되지 않는다. 국제적 차원에서 국가에 귀속되는 행위는 정부기관의 행위, 또는 그러한 기관의 지시, 誘導 또는 통제에 따라 행동한 자의 행위 뿐이라는 것이 일반원칙이다.

(3) 그 결과 私人的 行爲는 그 자체만으로는 국가에 귀속될 수 없다. 이는 1923년 *Tellini* 사건에서 확립되었다. 국제연맹 이사회는 특별 法學者委員會(Committee of Jurist)에게 이탈리아와 그리스간의 분쟁에서 비롯된 문제를 질문

하였다. 이 질문에 대하여 위원회는 다음과 같이 대답하였다.

“국가는 그가 범죄예방 및 추적, 체포, 형사재판에의 회부를 위하여 필요한 모든 합리적인 조치를 다하지 못하였을 경우에만 자국에서 저질러진 정치적 범죄에 대해 책임을 진다.”(League of Nations, *Official Journal*, 5th Year, No.4 (April 1924), p.524. 다음의 사건도 보라, *Janes case*, *UNRIAA*, vol.IV, p.82 (1925))

(4) 국제법 주체로서의 국가에 대한 행위의 귀속은 사실적 인과관계에 대한 단순한 인정이 아니라 국제법에 의해 결정되는 기준에 근거한다. 규범적 효과를 가져오는 귀속은 일정한 행위를 國際違法行爲로 결정하는 것과 구별되어야 한다. 歸屬은 책임을 추궁할 만한 국가의 행위가 존재함을 확정하는 것에 관한 것이다. 일정한 행위가 국가에게 귀속된다는 것은 그 행위의 적법성 여부 등과 아무런 관련이 없으며, 귀속에 관한 규칙은 이것이 다른 어떤 의미를 암시하는 형식으로 받아 들여져서는 아니 된다. 그러나 제2장에서 설명된 귀속에 관한 규칙들은 누적적인 효과를 가지는 바, 국가는 私人的 행위의 결과에 대해 책임을 질 수도 있는데, 이는 당해 국가가 그러한 결과를 방지하는데 필요한 조치를 다하지 못하였을 때이다. 예를 들어, 接受國은 대사관 점거에 가담한 민간인의 행위에 대해 책임을 지지 아니하지만, 그 국가가 점거행위로부터 대사관을 보호하거나 또는 대사관을 정상적으로 회복시키는데 필요한 모든 조치를 취하지 아니하였다면 책임을 지게되는 것이다. 이러한 점에 있어서, 귀속의 근거와 위반되었다고 주장되는 특정 의무는 서로 다름에도 불구하고, 兩者間에는 종종 밀접한 관계가 있다.

(5) 국제책임의 목적상 행위의 귀속 문제는 국가를 위하여 행동할 수 있도록 권한을 부여받은 특정 기관에 관한 국제법과는 구별된다. 국가 원수 또는 정부 또는 외무장관은 전권위임장이 없이도 국가의 대표권을 가지는 것으로 간주된다. 이러한 규칙은 國家責任의 목적상 귀속과는 아무런 관계가 없다. 원칙적으로 國家責任은 행위기관의 직급과는 관계없이 국제의무에 합치되지 않는 행위에 의하여 유발된다 (이러한 점은 *LaGrand* 사건에서 연방국가제도와 관련하여 강조되었다. *ICJ Reports 1999*, p.9, p.16, para.28). 따라서 本章에 설명된 귀속에 관한 규칙은 이러한 목적을 위한 것이지, 국가 또는 그 정부를 정의하기 위한 것은 아니다.

(6) 國家責任의 목적상, 무엇이 국가기관인지를 결정함에 있어서, 국내법 및 개별 국가의 관행은 매우 중요하다. 일반적으로 국가의 구조 및 그 기관의 기능은 국제법에 의하여 결정되지 않는다. 국가 행정의 구조 및 그 기능은 어디까지나 개별 국가가 결정할 문제이다. 국가가 자국의 국내법 및 관행을 통하여 국가 조직 및 기능을 결정할 자유가 있다고 하더라도, 국제법은 독특한 역할을 한다. 국가기관이 권한을 넘어 행한 행위는 국내법에 따른 지위가 어떠하든지 간에 국제법에 의하여 국가로 귀속시킬 수 있다.

(7) 본 장의 목적은 국가의 국제책임을 결정하기 위하여 국제법의 주체로서의 국가에 행위를 귀속시키는 조건을 특정하는데 있다. 행위는 국내법상의 주체가 아니라 국제법상의 주체인 국가에 귀속된다. 국내법에 있어서는 국가는 독자적 법인격

을 갖는 여러 가지 유형의 독립된 법적 단체로 나뉘어질 수 있다. 그러나 국제법의 주체로서의 국가는 모든 국가기관의 행위에 대하여 책임을 진다.

(8) 제2장은 8개의 조문으로 구성되어 있다. 제4조는 국가기관의 행위를 국가에 귀속시키는 기본적인 원칙에 관한 것이다. 제5조는 국가의 공권력을 행사할 수 있도록 권한이 부여된 단체의 행위를 다루고, 제6조는 국가의 기관이 타국의 통제하에 있으면서 통제국의 公權力을 행사할 수 있도록 권한이 부여된 특수한 경우를 다룬다. 제7조는 공권력을 행사할 수 있도록 권한이 부여된 기관 또는 단체의 행위는 권한을 초과한 것이거나 지시에 반하는 것일지라도, 그 기관이나 단체의 행위는 국가로 귀속됨을 분명히 하고 있다. 제8조 내지 제11조는 국가기관 또는 단체의 행위가 아닌 행위임에도 불구하고 국제법상 국가에 귀속되는 경우를 다룬다. 제9조는 공식적인 권한이 없이 행하여진 행위를 다룬다. 제10조는 폭동 관련 책임의 경우를 다룬다. 제11조는 국가에 귀속시킬 수 없는 행위를 다룬다.

(9) 이러한 원칙들은 누적적이기도 하지만 한정적이기도 하다. 특별법 우선과 같이 다른 특별한 보장이 없다면, 국가는 本章에 의하여 커버되지 않는 경우에 있어서의 개인 또는 단체의 행위에 대하여는 책임을 지지 않는다. 이란-미국 청구권 재판소가 확인한 바와 같이, “어떤 행위를 국가로 귀속시키기 위해서는, 행위자 및 그의 국가와의 관련성을 합리적인 정도의 확실성을 가지고 확인하는 것이 필요하다”(Yeager v. Islamic Republic of Iran (1987) 17 Iran-US CTR. 92, pp.101-2).

제4조 國家機關의 행위

1. 모든 국가기관의 행위는 그 기관이 입법, 행정, 사법 또는 기타 다른 기능을 수행하든, 그 기관이 국가조직상 어떠한 위치를 차지하든, 그 기관의 성격이 중앙정부 기관이든 또는 지방정부기관이든 상관없이, 국제법에 의하여 국가의 행위로 간주된다.

2. 기관은 당해 국가의 국내법에 따라 그 같은 지위를 가진 모든 개인 또는 단체(entity)를 포함한다.

주석

(1) 제4조 제1항은 국제법상의 國家責任을 위한 歸屬의 첫 번째 원칙을 규정한 것이다. “국가기관”이란 용어는 당해 국가의 조직을 구성하고 국가를 위해 행동하는 모든 개인 또는 집합적인 단체를 포함한다. 이는 국가내에 있는 어떠한 지방정부단체의 기관도 포함한다.

(2) 국가기관의 지위에 있지 않은 개인 또는 단체의 일정한 행위도 국제법상 국가로 귀속될 수 있는데, 이러한 경우는 本章의 보다 뒤에 나오는 조항에서 다루어진다.

(3) 국가는 자신의 기관들의 행위에 대해 책임을 진다는 것은 국제판결에서 오랫동안

동안 인정되어 왔다. 예를 들어, 멕시코-미국 혼합청구권위원회가 내린 결정들중의 하나인 *Moses* 사건에서, 중재재판관 Lieber는 다음과 같이 판시하였다.

“공무원 또는 권한있는 자는 자신의 권한 범위 내에서(*pro tanto*) 모든 공무원 및 권한있는 자의 총합체인 자신의 정부를 대표한다.”(Moore, *International Arbitrations*, vol.III, p.3127(1871), p.3129)

(4) 1930년 國際法典化會議를 위한 준비위원회에 대해 각국 정부는 국가기관의 作爲 또는 不作爲는 국가에 귀속되어야 한다는데 의견을 일치하였다. 제3차 위원회는 만장일치로 “국가기관이 국가의 국제적 의무를 이행하지 못한....” 경우 그 결과로서 국가는 국제책임을 진다고 규정한 제1조에 대한 제1독을 만장일치로 채택하였다(League of Nations, Conference for the Codification of International Law, *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee, Vol.III: Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners* (Doc.C.75.M.69.1929.V.), p.25, 41, 52).

(5) 國家一體性이라는 원칙은 국제책임의 목적상 모든 국가기관의 작위 또는 부작위는 국가의 작위 또는 부작위로 간주되어야 함을 의미한다. 國際違法行爲를 특별히 저지를 수 있는 국가기관의 카테고리가 없다는 것은 당연한 것이며, 실제로 어떠한 국가기관도 國際違法行爲를 저지를 수 있다. 국제책임의 다양성으로 인하여, 國際違法行爲를 저지를 수 있는 국가기관과 그럴 수 없는 국가기관을 일반적으로 구별할 수가 없다.

(6) 따라서 제4조상의 국가기관은 가장 일반적인 의미로 쓰여진 것이다. 이는 중앙정부기관, 고위직관리, 외교관계 책임자에만 한정되는 것이 아니다.

이는 모든 유형의 정부기관을 포함한다. 따라서, *Salvador Commercial Company* 사건에서, 중재재판소는 다음과 같이 실시하였다.

“국가기관의 행위가 정당한 권한의 범위(*official capacity*) 내에서 행하여진 것이라면, 국가기관이 입법부든, 행정부든, 사법부든 상관없이, ...국가는 국가기관들의 행위에 대해 책임을 진다”(UNRIAA, vol.XV, p.455(1902), p.477).

국제사법재판소도 이러한 원칙을 재확인하였다. *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* 사건에서, 재판소는 다음과 같이 판시하였다.

“이미 확립된 국제법상의 규칙에 따르면, 어떠한 국가기관의 행위도 그 국가의 행위로 간주된다. 이러한 규칙은...관습법적인 성격을 갖는다...”(*ICJ Reports 1999*, p.62, p.87, para.62.)

“국제법 및 본 재판소의 관점에서 보면, 국내법은...판결 또는 행정조치와 같은 방식으로 국가의 의사를 표현하는 것이고 또한 이것이 국가행위로 된다.”(*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Mertis, 1926, PCIJ, Series A, No.7*, p.19)

따라서 제4조는 “입법, 행정, 사법 또는 기타 다른 기능”을 수행하는 어떠한 기관도 포함한다. 이는 권력분립의 원칙이 단일한 방식으로 추구되는 것은 아니며, 많은 기관이 입법, 행정 또는 사법의 성격 모두가 혼합된 공권력을 행사한다는 사실을 인정한 것이다. 더욱이 위 용어는 “또는 기타 다른 기능”이라는 용어로부터 명확히 알 수 있는 것처럼 제한적이 아니라 확장적인 용어이다(예를 들어, 이러한 기능은 민간부분에 대한 행정지도의 하달도 포함할 수 있다. 예를 들어, GATT, *Japan-Trade on Semi-conductors*, Panel Report of 24 March 1988, paras. 110-111; WTO, *Japan-Measures affecting Consumer Photographic Film and Paper*, Panel Report WT/DS44, paras. 10.12-10.16.를 보라)

위 용어는 국가기관의 행위가 “상업적” 또는 “acta iure gestionis”로서 구분될 수 있다는 歸屬(attribution)과는 무관하다. 물론 국가의 계약 위반이 국제법 위반으로 되는 것은 아니다. 하지만 그럼에도 불구하고 국가의 계약 체결 또는 위반은 제4조의 목적상 국가행위가 되고, 이는 일정한 경우에 있어서는 國際違法行爲가 된다.

(7) 상급관청 및 하급관청이 그 자신들의 권한 범위 내에서 행위하는 한, 양자 행위간에는 아무런 차이가 없다. 이는 제4조상의 “국가 조직에 있어서 어떠한 위치에 있든”이라는 구절에 잘 표현되어 있다. 제2차대전 이후의 混合委員會(Mixed commissions)는 敵産管理人, 小令, 경찰관 등과 같은 국가의 하급기관의 행위를 국가로 귀속시킬 수 있는 행위로 다루었다(The *Currie Case*, *UNRIAA*, vol.XIX, p.21 (1954), p.24; *Dispute concerning the interpretation of article 79 of the Italian Peace Treaty*, *UNRIAA*, vol.XIII, p.389 (1955), pp.431-432; *Mossé case*, *ibid.*, vol.XIII, p.486 (1953). 이전의 판결로는, The *Roper case*, *UNRIAA*, vol.IV, p.145 (1927); *Massey*, *ibid.*, vol.IV, p.155 (1927); *Way*, *ibid.*, vol.IV, p.391 (1928), p.400; *Baldwin*, *UNRIAA*, vol.VI, p.328 (1933). 또한 다음을 참조, *Elettronica S.p.A.(ELSI)*, *ICJ Reports 1989*, p.15, p.50, para.70)

(8) 마찬가지로 제4조상의 원칙은 중앙정부의 기관 및 지방정부의 기관에도 동일하게 적용된다. 예를 들어 *Heris of the Duc de Guise* 사건에서 프랑스-이탈리아 조정위원회는 다음과 같이 실시하였다.

“...이탈리아 공화국의 공법에 의하여 국내적 관계에 있어서 시칠리에 자치권이 부여되었다 하더라도, 이탈리아가 평화조약 이행의 책임을 지므로, 시칠리에 대해서도 책임을 진다.”(*UNRIAA*, vol.XIII, p.150 (1951), p.161. 이전의 판결로는, *Pieri Dominique and Co. Case*, *UNRIAA*, vol.X, p.139 (1905), p.156)

이러한 원칙은 1930년 國際法法典化會議을 위한 준비작업기간 동안에도 강력하게 지지되었다. 각국 정부는 “입법 또는 행정적 성격의 공적기능을 행사하는 기구의 작위 또는 부작위”의 결과에 대해 국가가 책임을 지는지에 대해 질의를 받았다. 모든 정부가 이에 대해 긍정적인 답변을 하였다(League of Nations, Conference for the Codification of International Law, *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*, Vol.III: *Responsibility of*

States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners (Doc.C.75.M.69.1929.V.), p.90).

(9) 이러한 목적상 지방정부가 연방국가의 구성원인지 또는 특별자치단체인지는 중요하지 않으며, 연방의회가 당해 국가의 국내법에 따라 그 構成體로 하여금 국가의 국제적 의무를 준수하도록 강제할 수 있는지 여부와도 아무런 관련이 없다. *Montijo* 사건에 대한 중재판정이 이에 관한 최초의 판례이다(Moore, *International Arbitrations*, vol.II, p.1421 (1875), p.1440). *Pellat* 사건에서, 프랑스/멕시코 청구권 위원회는 “독자적인 州의 모든 행위에 대한 연방국가의...국제책임 원칙”을 재확인하였고, 특히 그러한 책임은 “연방헌법상, 연방정부가 독자적인 州에 대하여 통제권을 갖지 않거나 또는 州에게 국제법규를 준수하도록 요구할 권한을 갖지 않는 경우에도 부인되지 않는다”고 보았다(*UNRIIAA*, vol.V, p.534(1929), p.536). 이러한 원칙은 그 이후에도 계속 적용되어 왔다. 따라서 *LaGrand* 사건에서 국제사법재판소는 다음과 같이 판시하였다.

“국가의 국제책임은...그 국가 구성기관 및 관청의 행위에 연결되며; 미국은 본 소송절차의 최종판결이 나오기까지는 Walter LaGrand이 사형집행을 당하지 않도록 필요한 모든 조치를 취해야 하며; 본 재판부가 내린 명령의 집행은 아리조나 주지사의 관할하에 있으며; 따라서 미국정부는 본 재판부의 명령을 아리조나 주지사에게 즉시 전달할 의무가 있으며; 아리조나 주지사는 미국이 한 국제적 약속에 합치되도록 행동할 의무가 있다”(LaGrand(*Germany v. United States of America*), *Provisional Measures*, *ICJ Report 1999*, p.9, p.16, para.28. 또한 the judgement of 27 June 2001, para.81).

(10) 이러한 입장은 연방국가의 구조 및 권한의 배분이 매우 다양하다는 사실과, 더욱이 대부분의 경우 지방정부가 독자적인 국제법적 法人格이나 조약체결권을 가지고 있지 않다는 사실로 인하여 더욱 강화되었다. 연방제도를 구성하는 지방정부가 조약을 체결할 수 있는 경우(예를 들어, 스위스 연방헌법 제56조 제3항, 제172조 제3항), 타방 당사국은 조약위반의 경우 지방정부를 상대로 하여서만 청구권을 행사하는 것으로 스스로를 제한할 수도 있다. 이러한 경우 연방국가의 책임은 문제되지 않으며, 이는 본 규정의 적용범위에서 벗어난다. 또 다른 가능성은 조약에 의한 연방국가의 책임은 조약상의 聯邦條項(federal clause)에 의해 제한되는 것이다. 이는 조약의 당사국들 사이에만 그리고 조약의 적용대상이 되는 사안에만 적용될 수 있는 일반규칙에 대한 명백한 예외가 된다.

(11) 제2항은 국가기관의 지위를 결정하는데 있어서 국내법의 관련성에 대해 설명하고 있다. 국내법이 어떤 단체를 국가기관으로 규정하고 있는 경우에는 아무런 문제가 생기지 않는다. 한편 국가기관의 지위를 결정하는데 국내법에 의존하는 것만으로는 충분하지가 않다. 몇몇 국가에서는 여러 종류의 단체의 지위 및 기능이 국내법뿐만 아니라 관행에 의해서도 결정되기 때문에, 단지 국내법에만 의존하는 것은 잘못된 결과를 초래할 수도 있다. 어떤 국가의 국내법은 어떤 단체가 “국가기

관”으로서의 지위를 가지는지를 특정할 수 없을 수도 있다. 이러한 경우 어떤 단체의 권한 및 이 단체와 다른 기구와의 관계가 국내법에 의해 정해지는 것이 그 단체를 “國家機關”으로 분류하는 것과 관련이 있다고 하더라도, 국내법 그 자체만으로 그러한 분류를 할 수 있는 것은 아니다. 설사 국내법만으로도 그렇게 분류할 수 있다고 하더라도, 국내법에서 쓰이는 “국가기관”이라는 용어는 제4조가 뜻하는 의미가 아니라 다른 특별한 의미를 가질 수도 있다. 예를 들어, 어떤 국내법 제도에서는 “국가기관”이란 국가원수 또는 內閣과 같은 최고 국가기구만을 의미하기도 한다. 다른 국내법 제도에서는, 경찰이 행정부와 독립된 특별한 지위를 가지기도 하지만, 이것이 국제법의 차원에 있어서 경찰이 국가기관이 아니라는 것을 의미할 수는 없다(*Church of Scientology case in the German Bundesgerichtshof*, Judgement of 26 September 1978, *VIZR* 267/76, *NJW* 1979, p.1101; *Propend Finance Pty.Ltd. v. Sing*, (1997) ILR, vol.111, p.611 (CA., England)) 따라서 국가는 자국의 국내법상 어떤 단체가 國家機關이 아니라고 부인함으로써 사실상 국가기관으로서 행동하는 단체의 행동에 대한 책임을 회피할 수는 없다.

(12) “個人 또는 단체”라는 용어는 제5조 및 제7조에서 뿐만이 아니라 제4조 제2항에서도 쓰이고 있다. 이 용어는 모든 自然人이나 法人이 포함될 수 있도록 넓은 의미로 쓰인다. “단체”라는 용어는 1991년에 채택된 국가 및 국가재산에 대한 관할권면제에 관한 초안에서도 동일한 의미로 쓰이고 있다(*Yearbook...1991*, vol.II Part Two, pp.14-18).

(13) 제4조에 규정된 원칙이 명확하고 의심의 여지가 없을지라도, 그 적용에 있어서는 어려움이 발생한다. 특히 국가기관인 개인이 자신의 권한 내에서 행동을 하였는지 여부를 결정하는 것이 문제된다. 이 경우 개인이 부적절한 동기를 가졌는지 또는 公權力을 남용했는지는 상관이 없다. 개인이 정당한 권한의 범위 내에서 行動하였다면, 그 행위는 국가에게 歸屬시킬 수 있을 것이다. 국가기관의 독단적인 행위와 순수하게 사적인 행위는 국제중재판정에서 명확하게 구분되었다.

제5조 公權力을 행사하는 개인 또는 단체의 행위

제4조에 따른 국가기관은 아니지만 당해 국가의 법에 의하여 공권력을 행사할 권한을 부여받은 개인 또는 단체의 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주된다. 단 그 개인 또는 단체가 구체적 경우에 있어 그러한 자격에서 행동하였어야 한다.

주석

(1) 제5조는 제4조상의 국가기관은 아니지만 공권력을 행사하도록 권한을 부여받은 기구의 행위의 국가로의 귀속을 다룬다. 이 규정은 과거의 국영기업이 사유화되는 하였으나 공공적 또는 규제적 기능을 여전히 가지고 있다는 사정뿐만 아니라,

國家機關의 지위에서 공권력을 행사하는 準國家的 단체가 증대하고 있다는 일반적인 현상을 고려한 것이다.

(2) “단체”라는 일반적 용어는 기관은 아니라 하더라도 공권력을 행사할 수 있도록 국내법에 따라 권한을 부여받은 다양한 기구를 반영한다. 이들 기구는 公企業, 半公共 團體, 여러 종류의 국가 대리인, 그리고 특별한 경우에는 私企業까지도 포함한다. 예를 들어, 몇몇 국가에서는, 民間保安會社는 교도소의 기능을 할 수도 있으며, 그러한 범위에서 구금 및 징벌과 같은 공권력을 행사할 수도 있다. 민간항공사 또는 국영항공사는 移民 또는 檢疫과 관련한 일정한 권한의 행사를 위임받을 수도 있다. 이란-미국 청구권 재판소에 제기된 한 사건에서, 국가가 설립한 자율적인 財團은 정부의 통제하에 慈善을 목적으로 하여 재산을 소유하였는데, 이 재단은 收用의 목적으로 재산을 분류할 수 있는 권한도 가지고 있었다. 이러한 재단은 민간 단체가 아니라 공공 단체이며, 따라서 재판소의 관할에 복종하고, 수용된 재산의 관리에 관하여는 제5조의 적용을 받을 것이다(*Hyatt International Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran (1985) 9 Iran-US CTR 72, pp. 88-94*).

(3) 어떤 단체가 해당 법제도상의 기준에 따라 公共 또는 民間으로 분류될 수 있다는 사실, 그 단체의 資本이나 資産의 소유에 있어서 국가의 크고 작은 개입, 행정적 규제를 받지 않는다는 사실 등은 그 단체의 행위를 국가에 귀속시키는데 있어서 결정적인 기준이 되는 것은 아니다. 대신 제5조는 비록 제한적이거나 특수한 경우에 한한다고 할지라도 공권력의 특성요소를 행사할 권한을 부여받았느냐라는 매우 통상적 특징을 지적하고 있다.

(4) 準國家的 단체는 최근의 현상이지만, 제5조상의 원칙은 상당기간 인정되어온 것이다. 예를 들어, 1930년 國際法法典化 회의에서 독일정부는 다음과 같이 주장하였다.

“기구가 권한 위임에 의하여 公共機關의 자격으로 行動하는 경우에는...이 기구에 대한 국가의 책임을 규율하는 원칙이 동일하게 적용된다. 국제법의 시각에서 보면, 국가가 일정한 영역에 있어서 스스로 치안을 유지하든 또는 이러한 의무를 자율적 기구에 위임하든 이는 문제가 되지 않는다.”(*League of Nations, Conference for the Codification of International Law, Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee, Vol.III: Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners (Doc.C.75.M.69.1929.V.), p.90*).

準備委員會는 다음과 같은 토의자료를 준비하였으나, 제3위원회는 이를 검토할 수가 없었다.

“국가는 국제적 의무에 위반되는 입법적 또는 행정적 성격의 공공기능을 행사한 자치기구의 作爲 또는 不作爲로 인하여 외국인이 입은 손해에 대해 책임을 진다.”(*Ibid.*, p.92)

(5) “準國家的” 단체의 행위를 국제법에 의하여 국가로 귀속시키는 것은 당해 국가의 국내법이 당해 단체에게 公權力의 행사를 위임하였다는 것에서 정당화된다. 국제책임의 목적상 “準國家的” 단체의 행위가 국가행위로 간주되어야 한다면, 단체의 행위는 사적 또는 상업적 활동이 아닌 정부의 활동과 관련되어야 한다. 따라서 예를 들어 치안유지권을 부여받은 철도회사의 행위는, 만약 그 행위가 차표 판매 또는 철도차량의 구입 등과 같은 것이 아닌 치안유지권의 행사와 연관이 있다면, 국제법에 따라 국가 행위로 간주될 것이다.

(6) 제5조가 단체의 행위의 국가로의 귀속이라는 목적상 “公權力”의 범위를 정확하게 규정하지는 않았다. 무엇이 “정부”로 간주되는지는 각 사회의 역사와 전통에 달려있다. 특히 중요한 것은 권한의 내용이 아니라, 권한이 단체에 위임된 방식, 권한의 행사 목적 그리고 그러한 단체가 어느 정도의 범위에서 권한의 행사에 관하여 정부에 책임을 지는지 등이다. 이러한 점들이 일반적인 기준을 다양한 상황에 적용하는데 있어서 중요한 문제가 된다.

(7) 제5조는 분명히 국내법에 의하여 공권력을 행사하도록 위임받은 단체에만 한정된다. 이는 제8조의 적용대상이 되는 국가의 지시를 받거나 또는 통제하에 있는 단체의 행위와는 구별되어야 한다. 또한 이는 제9조의 적용대상이 되는, 국가기관이 없는 상태 하에서 단체 또는 집단이 권력을 잡고 있고, 또한 公權力의 行使가 요구되는 상황과도 구별되어야 한다. 어떤 단체의 권한의 행사가 독자적인 裁量 또는 권한에 따라 행동할 수 있는 경우를 포함하더라도, 그 단체는 제5조의 목적상이 조항상의 단체에 포함되며, 특정행위가 사실상 국가의 통제하에 실행된 것임을 증명할 필요가 없다. 반면 제5조는 국내법이 自力救濟나 正當防衛로서의 일정한 행위를 허용하거나 정당화하는 경우까지 커버하지는 않는다. 당해 국내법은 그러한 행위를 특별히 공적 권한의 행사로서 인정하여야만 한다. 국내법이 일반사회에서 일어나는 사건에 대한 일상적인 규율의 일부로서 그 행동을 허용하는 것만으로는 국가 귀속성이 인정되지 아니한다.

제6조 국가에 의하여 타국의 통제하에 놓여진 기관의 행위

국가에 의하여 타국의 통제하에 놓여진 기관의 행위는 그 기관이 통제국의 公權力을 행사하고 있는 경우 국제법상 통제국의 행위로 간주된다.

주석

(1) 제6조는 국가기관이 他國의 통제하에 있으면서 일시적으로 他國의 이익을 위하여 행동하는 상황을 다룬다. 이러한 경우 그 국가기관은 타국을 위하여만 행위하는 것이고, 그 행위는 오로지 他國에게만 귀속될 수 있다.

(2) 제6조상의 “통제하에 놓여진”이라는 용어는 국가기관의 행위를 국제법상 派遣國이 아닌 接受國의 행위로 귀속시키기 위하여 반드시 충족되어야 할 필수적인

요건을 명시한 것이다. 접수국의 “통제하에 놓여진” 기관이라는 용어는 그 기관이 접수국의 동의 및 權限委任下에서 행동하는 특별기관임을 암시한다. 그러한 기관은 他國의 국가기능을 수행하도록 임명되어야 한다. 또한 수혜국이 부여한 기능을 수행함에 있어서, 그 국가기관은 타국의 국가조직과 결합되어, 파견국의 지시가 아닌 타국의 지시와 통제하에서 행동하여야 한다. 따라서 제6조는 조약 등에 의한 국가간의 협력이나 협조와 같은 일반적인 상황에 관한 것이 아니다.

(3) 타국의 통제하에 놓여진 국가기관의 예로서는, 전염병 또는 자연재해의 극복을 지원하기 위하여 타국의 통제하에 있는 보건기구, 또는 특정사건의 경우 타국의 사법기관으로서 행동하도록 임명된 재판관 등과 같은 경우가 있다. 한편 타국의 영토내에서 타국을 단순히 원조하기 위한 국가기관은 제6조의 적용대상이 아니다. 예를 들어 군대는 집단적 자위권 행사의 차원에서 타국으로 파견될 수 있다. 당해 군대는 여전히 파견국의 통제하에 있는 것이며, 그러한 군대는 접수국이 아닌 파견국의 公權力을 행사하는 것이다. 경우에 따라서는 국가기관이 자국 및 타국의 공동지시에 따라 행동하거나, 어떤 단체가 복수 국가의 공동의 기관일 수도 있다. 이러한 경우는 本章의 다른 조항에 따라 문제의 행위가 양측 관련국 모두에 귀속될 수도 있다.

(4) 따라서 제6조에 있어서 가장 중요한 것은 파견국의 국가기관과 접수국의 국가조직 및 권한과의 機能的 牽聯性이다. 파견국의 목적을 위하여 파견된 또는 파견국 및 접수국의 공동목적을 위하여 파견된 국가기관은 타국의 “통제하에 있는” 기관이라는 개념에서 제외된다. 수혜국의 동의없이 수혜국의 국가기능을 행사하는 경우도 제6조의 적용범위에서 제외된다.

(5) 제6조가 적용되기 위해 충족되어야 할 나머지 두 가지의 기준은 다음과 같다. 첫째, 당해 기관은 파견국의 국가기관으로서의 지위를 가지고 있어야 한다. 둘째, 당해 기관의 행위는 접수국의 공권력의 행사에 관련되어야 한다. 첫 번째 조건에 따르면, 파견국의 국가기관의 지위를 갖지 않은 私人的 行위는 제6조의 적용대상에서 제외된다. 예를 들어, 기술원조 프로그램에 의하여 접수국의 통제하에 있는 전문가나 顧問은 일반적으로 파견국의 국가기관으로서의 지위를 갖지 아니한다. 두 번째 조건은 타국의 통제하에 있는 國家機關은 접수국의 “公權力”을 행사하여야 한다는 것이다. 이 경우에만 당해 기관의 행위를 접수국의 행위로 귀속시킬 수 있다. 상호방위 또는 원조·개발 등과 같은 분야에서의 국가간 협력의 경우와 비교해 볼 때, 제6조는 “책임의 전환”(transferred responsibility)과 같은 매우 한정적이고 제한적인 개념만을 적용대상으로 하고 있는 것이다. 그러나 국가관행을 보면, 이와 같은 경우는 아직 알려지지 않고 있다.

(6) *Chevreau* 사건(*UNRIAA*, vol.II, p.1113(1931))의 경우, 임시적으로 프랑스 영사직을 담당하고 있던 페르시아 주재의 영국 領事가, 그에게 맡겨진 서류를 분실하였다. 프랑스가 제기한 청구에 대해, Beichman 중재재판관은 “영국 영사가 타국의 영사직에 있었으므로, 영국정부는 그 영사의 과실에 대해 책임지지 아니한다”고 판

시하였다(상동, p.1141). 이러한 판단은 영국 영사의 직무수행에 관한 합의사항에는 영사의 행위에 대한 책임배분에 관한 조항이 없었다는 것도 암시한다.

(7) 이와 유사한 문제들이 리히텐슈타인에서 스위스 경찰이 “위임”받은 권한을 행사한 것과 관련한 두 사건을 통하여 유럽인권위원회에 의해 검토되었다(*X and Y v. Switzerland*, (Joined Apps.7289·75 and 7349·76), (1977) 9 D.R. 57; 20 Yearbook ECHR, 372, pp.402-406). 그 당시 리히텐슈타인은 유럽인권협약의 당사국이 아니었으므로, 문제의 행위가 리히텐슈타인에게만 귀속되는 경우에는 유럽인권협약의 위반이 성립되지 않는 상황이었다. 동 위원회는 스위스 및 리히텐슈타인의 관계에 관한 1923년 조약에 따라, 스위스가 리히텐슈타인의 동의하에 상호간의 이익을 위하여 리히텐슈타인에서 관세 및 移民에 관한 관할권을 행사하였다는 것에 근거하여 이 사건을 접수하였다. 문제의 경찰관들은 오직 스위스법의 규율만을 받고 스위스의 공권력을 행사한 것으로 판단되었다. 이러한 의미에서 문제의 경찰관들은 접수국의 통제하에 있지 아니하였다.

(8) 제6조가 적용되는 또 다른 경우는 英聯邦의 구성국들의 최종적인 상소심 법원으로서 기능을 하여 온 영국 樞密院(Privy Council)의 司法委員會이다. 영연방 국가가 제소한 상소에 대하여 추밀원 사법위원회가 내린 판결은 영국이 아닌 당해 국가에게 귀속된다. 임시적으로 타국에서 근무하는 판사의 경우, 파견국이 그에게 계속 급료를 지급한다고 하더라도, 접수국의 판사로서 내린 판결은 파견국에게 귀속하지 아니한다.

(9) 한 국가의 통제하에 있으면서 그 국가의 공권력을 행사하는 국제기구의 기관의 경우에도 유사한 문제가 발생한다. 이는 국가간의 관계보다 더욱 이례적이며, 국가와 국제기구간의 관계라는 어려운 문제를 제기하는데, 이는 제6조의 적용범위에서 제외된다. 따라서 제57조는 국제기구의 행위에 대한 국제기구 또는 국가의 책임에 관한 모든 문제를 본 규정의 적용대상에서 제외시키고 있다. 제6조 또한 국가가 조약에 따라 범죄 피의자를 국제기구로 인도하는 경우는 다루지 아니한다. 이러한 경우 국제기관과의 협력에 있어서, 관련국가는 차후의 행위에 대해 책임을 지지 아니한다.

제7조 권한유월 또는 지시위반

국가기관 또는 公權力의 行使 權限을 부여받은 개인이나 단체의 행위는 설사 자신의 권한을 유월하였거나 지시를 위반하였을지라도, 당해 기관, 개인 또는 단체가 그 같은 자격에서 행동하였다면, 그들의 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주된다.

주석

(1) 제7조는 국가기관 또는 단체의 권한이 없는 또는 권한을 넘은(*ultra virus*) 행

위를 다룬다. 이 규정은 국가기관 또는 공권력 행사의 위임을 받은 단체가 권한을 넘어 또는 명령에 反하여 행위한 경우일지라도, 그러한 기관 또는 단체의 행위는 국가로 귀속될 수 있다는 것을 명백히 하고 있다.

(2) 국가는 국내법 규정 또는 국가기관이나 대리인에게 하달된 지시에 따르면 그들의 作爲 또는 不作爲가 발생하지 말았어야 한다거나 다르게 발생하였을 것이라는 주장에서 도피처를 찾을 수 없다. 이는 당해 國家機關 또는 단체가 명백하게 불법적인 행위를 저질렀거나 또는 자신의 권한을 명백하게 유월한 경우에도 마찬가지이다. 국가의 다른 기관이 당해 행위가 자신의 것이 아니라고 부인하는 경우 역시 마찬가지이다. 이와 다른 어떠한 법칙도 제3조에 규정된 기본원칙에 위배될 것이다. 그렇지 않다면 국가는 사실상 국가기관이 한 행위를 국가에게 귀속시킬 수 없다고 주장하기 위하여 자국의 국내법을 원용할 수 있기 때문이다.

(3) 이 법칙은 국가간의 관계를 분명하게 하고 안전하게 할 필요성에 따른 것이다.

초창기에 보였던 외교관행 및 중재재판소에서 나타난 불분명한 언명에도 불구하고, 국가관행은 “정부는 자신의 대리인이 행한 모든 행위에 대하여 항상 책임을 져야한다”는 영국정부의 주장을 뒷받침하여 왔다. 스페인 정부가 다음과 같이 지적한 것처럼 “만약 그렇지 않다면, 대부분의 경우에 있어서 정부의 대리인이 그가 하달 받은 명령에 따라 행동하였는지 여부를 입증할 현실적인 방법이 없으므로, 權限濫用을 인정함에 의하여 사건은 종결될 것이다.” 미국은 “국가는 외교절차에 있어서 그의 대리인이 실제로는 물론이고 의견상으로도 명백히 권한 범위를 벗어나 직권을 남용한 경우 외국인이 입은 손해에 대해 책임을 지지 않는다는 국제법 원칙”을 주장하기도 하였다. 실제로는 물론 의견상의 권한의 범위도 벗어난 행동은 “공식적인 권한”에 근거한 것이 아니므로, 다른 원칙 역시 본질적으로는 동일한 효과를 가져온다고 볼 수 있다. 1930년 헤이그 法典化會議 당시, 대부분의 국가들은 “자국의 영토 내에서 국가기능(*actes de fonction*)의 범위 내이지만 자신의 권한을 벗어난 공무원의 행위”도 당해 국가로 귀속시킨다는 규칙을 명백히 선호하였다. 동 회의의 제3위원회는 제1독 때 다음과 같은 조항을 채택하였다.

“공무원이 국가기능이기는 하지만 권한 없는 행위를 함으로써 외국인이 손해를 입고, 그 행위가 당해 국가의 국제법적 의무를 위반한 경우라면 국제책임이 발생한다”

(4) 이러한 의미에 있어서 오늘 날의 법칙은 국제법 법리, 국가 관행, 학자들의 저술에 의해 확고하게 성립되었다. 예를 들면, 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 의정서 제91조는 “무력충돌 당사국은...자국군대의 일부를 구성하는 자들이 행한 모든 행동에 대하여 책임을 진다”고 규정하고 있다. 이 조항은 명령 또는 지시에 反하는 모든 행동을 적용대상으로 한다. 이 조항에 대한 주석은 제91조는 컨센서스에 의해 채택되었으며 “국제책임에 관한 법의 일반원칙에 일치한다”고 기록하고 있다.

(5) 위의 원칙은 *Caire* 사건에서 잘 나타나고 있다. 이 사건은 멕시코 장교에 의

한 프랑스 국민의 살해에 관한 것이다. 위원회는 “두 명의 장교가, 권한 밖의 행위를 하였고, 그들의 상관이 명령을 철회하였다고 할지라도, 그들은 장교로서의 지위를 가지고 행동하였고 그러한 지위에서 그들의 통제하에 있는 수단을 이용하였으므로, 그들은 國家責任에 관계된다”라고 보았다(*UNRIAA*, vol. p.516 (1929), p.531. 위 규칙에 관한 다른 사건으로서는 다음을 참조. *Maal*, *UNRIAA*, vol.X, p.730 (1903), pp. 732-733; *La Masica*, *UNRIAA*, vol.XI, p.549 (1916), p.560; *Youmans*, *UNRIAA*, vol.IV, p.110 (1916), p. 116; *Mallen*, *Ibid.*, vol.IV(1925), p.173, p.177 ; *Stephens*, *Ibid.*, vol.IV, p.265 (1927), pp. 267-268; *Way*, *ibid.*, vol.IV, p. 391(1925), pp.400-01.)

(6) 국제인권과 관련한 法庭도 동일한 규칙을 적용하여왔다. 예를 들어, Velásquez Rodríguez 사건에서 美洲人權裁判所는 다음과 같이 판시하였다...

“[협약 위반에 관한] 본 결정은 국가기관 또는 공무원이 국내법 규정을 위반하였거나 그 권한의 한계를 넘어 행동하였는지 여부 문제와는 별개의 것이다. 국제법에 따르면, 국가는 그 대리인이 정당한 권한의 범위 내에서 행한 作爲와 不作爲에 대하여 책임을 지며, 대리인이 자신의 권한의 범위를 넘어 행동하거나 국내법을 위반한 경우에도 책임을 진다.”(*Inter-Am.Ct.H.R., Series C, No. 4* (1989), para. 170; 95 ILR 232, p. 296).

(7) 정부기구의 권한 없는 행위에 대하여 제7조의 적용이 가능한지를 결정함에 있어서 핵심적인 문제는 특정 행위가 공식적 자격내에서 수행된 것인지 여부이다. 공무원의 행위가 불법이거나 지시에 위반된 것이라고 할지라도 공식적 자격에서 행동한 경우와 공식적인 기능의 범위에서 벗어나 국가에 귀속시킬 수 없는 私人으로서 행동한 경우와는 구별되어야 한다. 이란-미국 청구권 재판소는, 특정 행위가 “공권력을 위임받은 개인에 의하여” 행하여진 것인지의 여부가 중요하다고 보았다(*Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1991) 27 Iran-US CTR. 64, p.92).

(8) 국가가 만약 문제의 행위를 알았거나, 알았어야만 했고, 이를 저지하기 위한 조치를 취했어야 하는 경우와 같이, 문제의 행위가 체계적이고 반복적인 것인 경우에는, 권한은 없지만 “公的인” 행위와 “私的인” 행위를 서로 구별할 필요가 없다. 그러나 공무원의 개인적인 난폭한 행위와 같은 경우를 고려해본다면, 몇몇 경우에 있어서는 兩者를 구별할 필요가 있다. 이러한 구별은 제7조상의 “국가기관, 개인 또는 단체가 자격 내에서 행동하였다면...”이라는 표현에 반영되어있다.

(9) 제7조는 국가기관 또는 공권력 행사의 위임을 받은 단체의 행위에만 적용된다. 그 이외의 개인, 집단 또는 단체의 권한 없는 행위는 다른 문제를 제기하는데, 이는 제8조, 제9조 및 제10조에서 각각 다루어진다.

(10) 귀속에 관한 제7조는 특정 행위가 國際義務의 위반에 해당하는지의 여부와는 상관이 없다. 국가기관 또는 단체에 하달된 지시가 무시되었다거나 또는 그 행위가 권한남용이었다는 사실이 국제의무를 위반하였는지를 결정하는데 관련이 있을 수도 있지만, 이는 어디까지나 별개의 문제이다(*Elettronica S.p.A. (ELSI)*, *ICJ Reports 1989*, p.15, esp. pp.52, 62, 74). 또한 제7조는 권한을 남용하

거나 지시에 위반하여 행동한 국가기관 또는 대리인이 저지른 國際違法行爲로 인한 청구의 適格性과도 관련이 없다. 국내법에 따라서 권한이 없는 또는 무효인 행위가 있고 또 國內的 救濟가 가능하다면, 국내구제절차 완료 원칙에 따라 國際請求를 제기하기에 앞서 국내적 구제를 먼저 구하여야 할 것이다.

제8조 국가의 지시 또는 통제에 의한 행위

개인 또는 집단이 사실상 국가의 명령에 의하거나 국가의 지시 또는 통제에 따라 행동한 경우에는, 그 개인 또는 집단의 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주된다.

주 석

(1) 私人 또는 민간단체의 행위는 국제법상 국가로 귀속되지 않는다. 그럼에도 불구하고, 사인 또는 민간단체와 국가간에 특수한 관계가 있음으로 인하여, 행위가 국가에 귀속되는 경우가 생길 수도 있다. 제8조는 이와 같은 두 가지의 경우를 다룬다. 첫 번째는 私人이 위법행위를 함에 있어서 국가의 명령에 근거하여 행동한 경우이다. 두 번째는 私人이 국가의 지시 또는 통제에 따라 행동하는 일반적인 경우를 다룬다. 국제법상의 效果主義 原則(the principle of effectiveness)을 염두에 둘 때, 위의 두 경우에 있어서 개인 또는 집단과 국가조직간의 진정한 牽聯性의 존재를 고려해야 할 필요가 있다.

(2) 국가로부터 사실상 권한을 위임받은 행위를 당해 국가로 귀속시키는 것은 국제법의 여러 판례에서 널리 인정되고 있다. 이러한 경우에 있어서는 관련된 개인들이 민간인인지 또는 그 행위가 “정부의 활동”에 관계되는지 여부는 문제되지 않는다. 가장 일반적인 경우는 국가기관이 민간인 또는 민간인 집단을 국가의 정부조직으로 편입시키지 아니하고 선발하거나 선동하여 그들을 “보조자”로서 국가기관의 행위를 보조시키는 것이다. 예를 들어, 보조자로서 고용되거나, “지원자”로서 인접 국가에 파견되거나, 또는 외국에서의 특수임무를 수행하도록 지시받은 민간인이 이러한 경우에 해당된다.

(3) 보다 복잡한 문제는 그 행위가 국가의 “지시 또는 통제에 따라” 행하여 진 것인지 여부를 결정하는 것이다. 국가가 특정 활동을 하도록 지시 또는 통제하고 문제의 행위가 그 활동의 불가결한 일부인 경우에만, 그 행위는 당해 국가에 귀속된다. 이 원칙은 특정활동에 우연히 부수적으로 관련되거나 국가의 지시 또는 통제 밖에 있는 행위에는 적용되지 않는다.

(4) *Military and Paramilitary* 사건에서, 민간인의 행위를 국가로 귀속시키기 위하여 국가가 어느 정도로 통제하여야 하는가가 중요한 문제로 다루어졌다(*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, ICJ Reports 1986, p.14). 叛軍(*contras*)이 저지른 국제

인도법 위반행위의 책임을 미국에 묻기 위하여 반군의 행위가 미국에 귀속되는지 여부가 문제되었다. 국제사법재판소는 “통제”의 개념을 중심으로 이 문제를 분석하였다. 재판소는 미국은 니카라과에서의 군사작전의 “계획, 지시 및 원조”에 대해서는 책임을 지지만, 미국이 叛軍의 활동을 통제하였다는 이유만으로 叛軍의 모든 행위를 미국에 귀속시킬 수는 없다고 보았다(상동, p.51, para.86). 재판소가 결정한 바는 다음과 같다.

“미국이 叛軍에게 제공한 막대한 군사보조금 및 기타 원조에도 불구하고, 반군이 미국을 위하여 행동하였다고 볼 수 있을 정도로 미국이 모든 분야에 걸쳐 실질적인 통제를 하였다는 명백한 증거가 없다...더 이상의 추가적 증거가 없다면, 위에서 언급한 미국의 모든 유형의 참여행위는, 그 자체로서는 제소국이 주장하는 바와 같이 미국이 人權 및 人道法에 반하는 행위를 지시하거나 강제하였다는 것을 의미하지는 않는다. 이러한 행위로 인하여 미국의 법적 책임이 발생하기 위해서는, 원칙적으로 人權 및 人道法에 반하는 행위가 저질러지는 과정에 있어서 미국이 군사적 또는 準군사적 작전을 효과적으로 통제하였음이 입증되어야 한다”(상동, pp.62 and 64-65, paras.109 and 115).

미국은 반군에 대한 원조에 대하여 책임을 져야하지만, 오직 일정한 개별적 사례에서만 미국이 실제로 개입하였다거나 지시를 내렸음을 근거로 반군의 행동 그 자체가 미국에 귀속되는 것이다. 재판소는 종속관계 및 원조라는 일반적 상황만으로는 叛軍 행위를 미국에 귀속시킬 수 없다고 본 것이다.

(5) 舊유고 國際戰犯裁判所의 상소재판부 역시 이러한 문제를 다루었다. *Prosecutor v. Tadić* 사건에서, 상소재판부는 다음과 같이 강조하였다.

“私人이 행한 행위의 국가로의 귀속과 관련하여 국제법은 당해 국가가 私인에 대하여 통제권을 행사하였을 것을 요구한다. 그러나, 統制의 程度는 각 사건의 현실적인 상황에 따라 달라질 수 있다. 상소재판부는 국제법이 모든 상황에 있어서 고도의 통제를 요구한다고는 보지 아니한다.”(Case IT-94-1, *Prosecutor v. Tadić*, (1999) ILM, vol.38, p.1518, p.1541, para.117).

상소재판부는 무력충돌이 국제적 무력충돌로 간주되기 위하여 국제법상 요구되는 유고슬라비아 군대에 대하여 유고슬라비아 정부가 행사한 통제의 정도는, “군대에 대한 단순한 자금 및 장비 조달을 넘어선 全般的인 統制이고, 이는 전반적인 통제 및 군사작전의 계획 및 감독에 대한 개입도 포함한다”고 판시하였다(상동, p.1546, para.145).

이러한 법적 추론의 과정에서, 다수의견은 *Military and Paramilitary activities* 사건에서 국제사법재판소가 보여준 접근방식을 채택하지 말아야 한다고 판단하였다. 그러나 상소재판부가 *Prosecutor v. Tadić* 사건에서 직면한 법적 쟁점과 사실 관계는 국제사법재판소가 *Military and Paramilitary activities* 사건에서 직면한 것과는 다른 것이다. 舊유고 國際戰犯裁判所의 업무는 國家責任이 아니라 개인의 형사책임에 관한 것이고, 당해 사건에서의 문제는 책임이 아니라 國際人道法上 적용 가능한 규칙에 관한 것이었다.

(6) 國營企業의 행위와 관련하여서도 문제가 제기된다. 국영기업의 행동이 관련 국가의 국제의무에 합치되지 않는 경우, 그 행위가 당해 국가에 귀속되는지 여부의 문제가 제기된다. 이 문제를 논의함에 있어서, 국제법은 기업이 단지 詐欺 또는 租稅回避의 도구인 경우를 제외하고는, 국내적 차원에서 기업이 국가와 구별됨을 인정하고 있음을 상기할 필요가 있다(*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, ICJ Reports 1970*, p.3, p.9, para. 56-58). 국가가 초기에 기업을 설립하였다는 사실이 그 기업의 차후 행위를 당해 국가로 귀속시키는 충분한 근거가 될 수 없다(*Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran*, (1984) 5 *Iran-US CTR.* 361; *Otis Elevator Co. v. Islamic Republic of Iran*, (1984) 14 *Iran-US CTR.* 283; *Eastman Kodak Co. v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 14 *Iran-US CTR.* 153). 기업은 국가와 구별되는 것으로 간주되므로, 회사가 제5조상의 공권력을 행사하지 않는 이상, 기업의 행위는 당해 국가로 귀속되지 않는다. 國營精油會社에 의한 事實上的 財産 收用과 관련하여, 국가가 회사로 하여금 재산을 수용하도록 지시하는 수단으로써 자신의 소유권을 이용하였다는 증거가 없었던 사건에서 위와 같은 입장이 취해진 바 있다(*SEDCO, Inc. v. National Iranian Oil Co.*, (1987) 15 *Iran-US CTR.* 23; *International Technical Products Corp. v. Islamic Republic of Iran*, (1985) 9 *Iran-US CTR.* 206; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, (1986) 12 *Iran-US CTR.* 335, p.349). 한편 기업이 공권력을 행사하였거나(*Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran* (1989) 21 *Iran-US CTR.* 79; *Petrolane, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1991) 27 *Iran-US CTR.* 64.), 또는 국가가 특정 목적을 달성하기 위하여 자신의 소유권을 이용하거나 기업을 통제하였다는(*Foremost Tehran, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 10 *Iran-US CTR.* 228; *American Bell International Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 12 *Iran-US CTR.* 170.) 증거가 있는 경우에는, 당해 행위는 국가에 귀속된다(*Hertzberg et al. v. Finland*, (Communication No. R. 14/61), (1982), A/73/40, annex XIV, para 91 ; *X v. Ireland*, (App. 4125/69), (1971) 14 *Yearbook ECHR.* 198; *Young, James and Webster v. United Kingdom, ECHR, Series A, No. 44* (1981))

(7) 국가가 일정한 집단에 대해 구체적인 지시를 내리거나 통제하는 경우 그 집단의 행위에 대하여 책임을 져야 하는 것은 분명하다. 개별적인 사안은 특히 명령, 지시 또는 통제와 문제된 특정 행위와의 관계와 관련한 사실관계에 따라 좌우될 것이다. 제8조상의, “명령”, “지시”, “통제”라는 용어는 각각 별개의 요건이다. 이들 중 하나에만 해당하는 것으로 충분하다. 동시에 “명령”, “지시”, “통제”가 國際違法行爲에 해당하는 행위에 관련되어야 한다.

(8) 국가가 일정한 행동을 허가하였거나 또는 그 행동에 대한 지시나 통제를 한 경우에, 허용 범위를 넘어선 행동에 대한 國家責任이 문제될 수 있다. 예를 들어 대리인이 합법적인 명령 또는 지시를 이행하면서도, 하달된 명령이나 지시 및 당해

국가의 國際義務 모두에 반하는 행위에 관련된 경우에 문제가 발생할 수 있다. 이러한 경우는 위법하거나 권한이 없는 행위가 특정 임무를 수행함에 있어서 부수적으로 일어난 것인지, 또는 특정 임무를 명백히 벗어난 것인지를 밝힘으로써 해결될 수 있다. 일반적으로 국가는 국가기관이 아닌 개인에게 합법적인 명령을 하달함에 있어서, 그 명령이 국제법적으로 위법한 방식으로 수행될 위험을 감수하지는 않는다. 한편 개인이 국가의 실효적인 통제하에서 행동을 한 경우에는 그 개인이 특정 명령을 무시한 경우라도 歸屬의 요건은 충족된다. 그 행위는 국가의 통제하에 행하여 질 것이며, 이는 제8조에 따라 당해 국가로 귀속될 것이다.

(9) 제8조는 “개인 또는 집단”이라는 용어를 쓰는데, 이는 이 조항의 적용대상이 되는 행위가 독자적인 法人格이 없는 집단의 행위일 수도 있다는 사실을 반영한 것이다.

제9조 公共當局의 부재 또는 마비 상태에서 실시된 행위

개인 또는 집단이 公共當局의 不在 또는 마비 상태로서 公權力의 행사가 요구되는 상황에서 사실상 公權力을 행사하였다면, 그 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주된다.

주석

(1) 제9조는 개인 또는 집단이 공식적인 권한이 없다거나 또는 어떠한 사실상의 권한도 없이 공권력을 행사하는 예외적인 경우를 다룬다. 이러한 상황의 예외적인 성격은 “...요구되는 상황에서”라는 구절에 나타나 있다. 이러한 상황은 혁명, 무력 충돌 또는 외국에 의한 점령 등의 경우와 같이 공권력이 정상적으로 작동될 수 없는 경우에만 발생한다. 이들 경우는 예를 들어 외국에 의한 점령이 있을 후 합법적인 권한이 점차적으로 복구되는 경우도 포함한다.

(2) 제9조상의 원칙은 정상적인 권한이 없는 경우에 있어서 시민의 정당방위, 즉 *levée en masse*라는 오래된 관념에 그 뿌리를 두고 있다. 이러한 사례는 국가책임 분야에서 계속 나타나고 있다. 따라서 이란-미국 청구권 재판소는 제9조에 명시된 원칙이 이란 혁명이 있을 이후에 창설된 혁명수비대 또는 “Komitehs”에 적용된다고 보았다. *Yeager v. Islamic Republic of Iran* 사건은 혁명이 있을 직후 테헤란 공항에서 행해진 移民, 관세 및 기타 유사한 행위에 관한 것이었다. 동 재판소는 혁명수비대가 실제로는 정부로부터 어떠한 권한도 위임받지 않았을지라도, 혁명수비대는 “...최소한 공식적인 公權力이 존재하지 않는 상황에서 공권력을 행사한 것이다”라는 이유로 혁명수비대의 행위를 이란에 귀속시킬 수 있다고 판시하였다 ((1987) 17 Iran-US CTR 92, p.104, para.43).

(3) 제9조는 특정행위가 국가로 귀속되기 위해 충족되어야 할 세 가지 요건에 대

해 규정하고 있다. 첫째, 특정행위는 公權力의 행사와 관련이 있어야 한다. 둘째, 특정 행위는 공식적인 정부기구의 부존재 또는 기능마비의 상태에서 행하여져야 한다. 셋째, 公權力의 행사가 요구되는 상황이어야 한다.

(4) 첫째 요건과 관련하여 개인 또는 집단이 자발적으로 특정 행위를 하였다고 하더라도, 그들은 정부기능을 행사한 것이어야 한다. 이 점과 관련하여 행위주체와 국가기관간의 공식적인 관계보다는 특정행위의 성격에 더 많은 비중이 두어진다. 제9조의 적용대상이 되는 민간인은 사실상의 정부와 동일한 것은 아니다. 제9조와 관련한 사건들은 일단 공식적인 정부 및 국가 기관이 존재하고 있음을 전제로 한 것이다. 이는 국가 영토 중에서 정부의 통제에서 벗어난 일부지역에서만 발생할 수도 있다. 한편 사실상의 정부는 이전에 있었던 國家機關을 대신한, 그 자체로서 국가 기관인 것이다. 이러한 정부 기관의 행위는 제9조가 아닌 제4조의 적용을 받는다(*Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims (Timoco Case)*, UNRIAA, vol.1, p.371 (1923), pp.381-2).

(5) 두 번째 요건과 관련하여, “不在 또는 마비”라는 구절은 國家機關이 완전히 붕괴된 상황뿐만 아니라, 國家機關의 부분적인 붕괴 또는 일정한 지역에 대한 통제권의 상실과 같이 공식적인 국가기구가 자신의 기능을 완전히 수행하지 못하는 상황까지 포함하기 위한 것이다.

(6) 세 번째 요건은 민간인에 의한 공권력의 행사가 요구되는 상황이 존재할 것을 요구한다. “요구”(called for)라는 용어는 당해 행위는 아닐지라도 정부기능의 행사가 요구된다는 것을 의미한다. 달리 말하자면 民間人에 의한 公權力의 행사라는 상황으로 인하여 어떠한 형태의 권한도 없는 상태에서 치안유지 또는 기타 정부기능을 수행하고자 한 것이 정당화되어야 한다는 것이다. 따라서 제9조가 요구하는 기관의 형태에는 規範的 要素가 있으며, 이러한 점으로 인해 위와 같은 상황은 민간인의 행위를 국가로 귀속시킬 수 없다는 일반적인 원칙과는 구별된다(*Sambiago*, UNRIAA., vol.X, p.499(1904))

제10조 叛亂團體 또는 다른 團體의 행위

1. 한 국가의 新政府를 구성하는 叛亂團體의 행위는 국제법상 그 국가의 행위로 간주된다.
2. 기존 국가의 일부 지역 또는 그 통치하의 지역에서 新生國 수립에 성공한 叛亂團體 또는 다른 단체의 행위는 국제법상 그 新生國의 행위로 간주된다.
3. 이 條는 當該團體의 행위와 어떻게 관련되었든 제4조 내지 제9조에 의하여 그 국가의 행동으로 간주될 수 있는 여하한 행위의 국가로의 귀속을 방해하지 아니한다.

주석

- (1) 제10조는 新政府를 구성하거나 새로운 국가 수립에 성공한 叛亂團體 또는 다른

단체의 행위를 國家에 歸屬시키는 특수한 문제를 다루고 있다.

(2) 처음에는 단체 구성원들의 행위가 순수한 私人的 行위로 나타난다. 이러한 행위는 폭동이나 대규모 시위에 참여하는 사람 또는 단체의 행위와 마찬가지로 국가에 귀속시킬 수 없는 것이다. 어떤 조직화된 단체의 성립이 기정사실화되면 국가가 그 단체의 행위를 실효적으로 통제할 수 없으므로, 당해 단체의 행위를 국가로 귀속시킬 수 있는 가능성은 더욱 희박해지는 것이다. 관계당국과의 투쟁이 계속되는 동안 수행된 단체의 행위는 국제법상 국가에 귀속될 수 없다는 것이 일반원칙이다. 다시 말해서, 성공하지 못한 叛亂團體의 행위는 제2장의 여타 규정에 해당하는 경우가 아닌 한 國家로 귀속될 수 없다.

(3) 각종 중재재판소의 결정례에서 이러한 일반원칙을 뒷받침하는 충분한 논거를 발견할 수 있다. 혼성청구위원회와 중재재판소를 포함하는 국제중재기구들은 Solis 사건(UNRIAA., vol. IV, p.358(1928), p.361)에서 Nielsen이 “국제법상 확립된 原則”이라고 한 원칙, 즉 정부가 反亂團體를 진압하는데 있어 신의성실의 원칙을 위반하지 아니하였고 과실이 없는 한, 그 정부의 권한에 반하여 행하여진 叛亂團體의 행위에 대하여 책임을 부담하지 않는다는 원칙을 일관하여 인정하고 있다. 外交慣行도 일관하여 叛亂團體의 행위가 국가에 귀속될 수 없음을 인정하고 있다. 그 한 예로 1930년 法典化會議을 위한 준비작업에서도 볼 수 있는바, 당시 각국 정부는 (a) 叛亂團體의 기관의 행위는 국가에 귀속되거나 그의 國際責任을 발생시킬 수 없다는 것과 (b) 叛亂團體의 피해유발적 행위와 관련하여 행하여진 국가기관의 행위만이 국가에 귀속되어 그의 국제책임을 발생시킬 수 있고, 그것도 문제된 행위가 당해 국가의 국제의무 위반에 해당하는 경우에만 그러하다는 점에 상당한 동의를 표시하였다 (League of Nations, Conference for the Codification of International Law, vol. III: *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*(Doc. C.75.M.69.1929.V.), p.108; Supplement to Volume III: *Replies made by the Governments to the Schedule of Points: Replies of Canada and the United States of America*(Doc. C.75(a).M.699(a).1929.V), pp.3, 20).

(4) 叛亂團體 또는 다른 단체의 행위가 국가에 귀속되지 않는다는 원칙은 그 단체의 기구 및 조직이 국가의 그것과는 독립하여 존재하고 그러한 독립성을 계속 유지한다는 가정을 전제로 한 것이다. 국가가 반란을 성공적으로 진압한 경우는 이에 해당할 것이다. 반대로 단체가 그 목적을 달성하여 스스로 그 국가의 신정부를 구성하거나 기존 국가의 영토의 일부 또는 그 통치하의 영토에서의 新生國을 수립하는 경우에는 새로운 정권이나 신국가는 자신이 행한 행위에 대한 책임을 회피할 수 없는 것이다. 제10조는 이러한 예외적인 상황하에서 성공한 叛亂團體 또는 다른 단체 행위의 국가귀속을 규정하고 있다. 국제법상 성공한 叛亂團體 또는 다른 단체 행위의 국가귀속의 근거는 그 단체와 신정부 사이의 계속성에 있다. 따라서 “행위 (conduct)”라는 용어는 그 단체의 구성원이 개인자격으로 행한 개별적 행위가 아니라 단체 자체의 행위를 의미하는 것이다.

(5) 叛亂團體가 새로운 정부로서 기존 국가의 정부를 대체하는 경우 反亂團體의 통치조직은 그 국가의 통치조직을 구성하게 된다. 따라서 국가의 새로운 조직과 反亂團體의 조직 사이에 존재하는 계속성으로 인하여 당연히 反亂團體가 투쟁 중에 수행했던 행위는 국가로 귀속된다. 이러한 경우에 국가는 계속해서 국제법의 주체로서 존재한다. 제도상의 변화에도 불구하고 국가는 그 동일성을 유지하는 것이다. 더욱이 당해 국가는 책임이 귀속될 수 있는 유일한 국제법 주체인 것이다. 이러한 상황에 의하여 叛亂團體의 기관이 권력투쟁 기간 중에 행한 행위가 당시 정부의 행위와 함께 국가에 귀속될 것이 요구되는 것이다.

(6) 叛亂團體 또는 다른 단체가 기존 국가의 영토의 일부 또는 종래 그 통치하에 있던 영토내에서 新生國을 수립하는데 성공한 경우에는 당해 叛亂團體 또는 다른 단체의 조직과 그로부터 파생된 국가의 조직 간의 계속성으로 인하여 그 단체의 행위를 새로운 국가에 귀속시키는 것이 정당화된다. 사실상 종래 叛亂團體 또는 다른 단체의 성격을 갖고 있던 실체가 그것이 수립하려고 노력하던 국가의 정부를 구성하게 된 것이다. 선행국은 이러한 행위에 대하여 책임을 부담하지 않는다. 이러한 경우 가능한 것은 새로운 국가가 스스로를 수립할 목적으로 행한 행위에 대해 책임을 부담하는 것이며, 이것이 일반적으로 인정되고 있는 원칙에 해당한다.

(7) 제10조 제1항은 叛亂團體가 성공하여 문제된 기존 국가의 정부를 자신의 조직으로 대체시킨 경우에 적용된다. “새로운 정부를 구성한다”는 표현은 이를 나타내기 위하여 사용된 것이다. 그러나 기존의 통치권력과 叛亂團體의 지도자들 사이에 합의가 도출되어 구성된 범국민적 화해의 정부가 수립된 경우까지 제1항에 규정된 원칙이 엄격하게 적용되어서는 아니 된다. 평화적 해결을 위하여 叛亂團體의 일부 구성원이 새롭게 구성된 정부에 포함되었다는 이유만으로 국가가 폭력적 叛亂團體의 행위에 대하여 책임을 부담하게 되어서는 안 될 것이다. 따라서 제1항의 적용기준은 叛亂團體와 그 단체가 구성하는데 성공한 새로운 정부 사이의 진정하고 실질적인 계속성에 있다.

(8) 제10조 제2항은 叛亂團體나 다른 혁명단체의 조직이 先行國의 주권 또는 통치권이 미치는 영토로부터의 분리 또는 독립을 통하여 창설된 새로운 국가의 조직을 구성하게 되는 경우에 적용된다. “또는 그 통치하의 기타 여하한 지역”이라는 표현은 상이한 屬領(dependent territories)의 상이한 법적 지위가 고려될 수 있도록 포함되었다.

(9) 비교적 제한된 상태의 국내소요만 존재하는지, 진정한 내전상황이 존재하는지, 식민지 독립을 위한 투쟁인지, 민족해방전선의 행위인지, 혁명 또는 반혁명운동인지 등에 따라 반란단체가 현실적으로 다양한 형태를 취할 수 있기 때문에 제10조에서 사용된 “叛亂團體”라는 용어에 포함되는 단체 유형에 대한 포괄적 정의가 어려워진다. 叛亂團體는 그 행위의 표적이 된 국가의 영역 내에 근거지를 두고 있을 수도 있고, 제3국의 영역에 근거지를 두고 있을 수도 있다. 이러한 다양성에도 불구하고, 1977년 제2추가개정서상의 무력충돌에 관한 규범이 적용되기 위한 요건이 하나의

지침을 제공하여 줄 수 있다(Protocol Additional to the Geneva Convention of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts(Protocol II)). 제1조 제1항은 “책임 있는 자의 명령에 따라, [관련 국가]의 일부 영토에 대하여 지속적이고 조율된 군사 작전을 수행하고 동 의정서를 이행할 수 있을 정도의 지배력을 행사하는 반체제적 무장단체 또는 다른 조직화된 무장단체”를 언급하고 있으며, 이러한 단체를 “폭동, 고립되고 산발적인 폭력행위 및 유사한 성격의 기타 행위와 같은 내부적 소요 및 긴장상태”(제1조 2항)와 대조시키고 있다. “반체제적 무장단체(dissident armed forces)”에 의한 이러한 정의는 의정서의 맥락상 “叛亂團體”의 본질적 요소를 반영하고 있는 것이다.

(10) 제1항과 비교할 때, 제2항은 “叛亂團體 또는 다른” 단체를 포함시키기 위하여 귀속원칙의 적용범위를 확대시키고 있다. 이러한 용어는 그 행위가 신국가의 창설로 이어질 수 있는 단체들의 다양성을 반영하고 있다. 그러나 이러한 표현은 선행 국가의 법질서 내에서 수행된 독립 또는 혁명을 옹호하는 시민단체의 행위까지 포함하는 것으로 확대 해석되지는 않는다. 또한 특정 영역 내의 反亂團體가 다른 국가와의 연합(union)에 성공한 경우도 포함하지 않는다. 이는 승계(succession)의 문제로서 규정의 적용범위 밖에 있는 것인 반면, 제10조는 관련 단체와 신정부 및 신국가의 계속성에 초점을 맞추고 있다.

(11) 다른 맥락에서는 그러한 구별이 중요하다 할지라도, 제10조의 적용과 관련하여서는 단체에 의한 정부 수립의 국제법상 “정통성(legitimacy)”이나 不法性(illegality) 여부를 근거로 한 구별이 의미를 갖지 않는다. 국가책임을 규율하는 법원칙의 형성이라는 관점에서 그 기원(origin)의 정통성이나 불법성(illegality)을 고려하여 신정부 또는 신국가를 그 기관의 행위에 대한 책임으로부터 면제시키는 것은 불필요하며, 바람직하지도 않다. 오히려 초점은 문제의 행위 및 관련 국제법원칙에 의한 당해 행위의 적법성에 맞추어져야 한다.

(12) 국가관행과 문헌 및 중재판정은 제10조의 두 가지 적극적인 귀속원칙이 일반적으로 인정되고 있음을 보여주고 있다. 국제중재판정은 叛亂團體가 그 혁명의 목표를 성공적으로 달성하였을 때 그 행위의 국가로의 귀속을 지지하고 있다. 예컨대, *Bolivar Railway Company* 청구사건에서, 이러한 원칙은 다음과 같이 기술되었다: “국가는 성공한 혁명에 대하여는 그 혁명의 시작부터 책임을 부담한다. 그것은 애초부터 성공적 결과로 결정화된 국가의사의 변화를 나타내는 것이기 때문이다.”(UNRIAA, vol. IX, p.445(103), p.453)

France와 Venezuelan 혼성청구위원회는 *French company of Venezuelan Railroads* 사건에서 특정 행위가 혁명이 성공한 경우에만 “확립된 공법 규칙상” 국가책임을 발생시키는 것이기 때문에 국가는 “혁명이 성공하지 않는 한” 혁명단체의 행위에 대해 책임이 없다고 강조하였다(UNRIAA., vol. X, p.285(1902), p.354). *Pinson* 사건에서 France 와 Mexico 혼성청구위원회는 被害(injuries)가 혁명이 성공하기 이전의 혁명가들의 행위로부터 발생하였거나 또는 그러한 손해가 성공한 혁명세력에 의한

위법행위로부터 유발되었다면 국가의 책임은 부정될 수 없다고 판정하였다 (UNRIAA., vol. V, p.327(1928), p.353).

(13) 성공한 反亂團體의 행위에 대하여 국가에게 책임을 귀속시킬 수 있는 가능성은 1930년 법전화회의를 위한 준비위원회가 각국 정부에게 요청한 의견서에서도 나타난 바 있다. 다수의 정부답변을 토대로, 준비위원회는 다음과 같은 토의주제를 마련하였다.: “성공적으로 정부를 구성한 叛亂團體가 외국인에게 미친 손해에 대하여 국가는 법률상의 정부 또는 그 기관이나 군대의 행위로 인하여 외국인에게 발생한 손해에 대한 것과 동일한 정도의 책임을 부담한다.” 이러한 의제는 논의되지 못하였지만, 제2항에 포함된 귀속원칙을 반영하는 것으로 볼 수 있다.

(14) 최근의 판례와 관행 역시 제10조의 규정내용을 지지하고 있다. Namibia 사건에서 Namibia 대법원은 남아프리카의 선행정부에 의해 “수행된 여하한 행위 (anything done)”에 대하여도 책임을 인정한 바 있다 (Minster of Defence, Namibia v. Mwandighi, 1992(2) SA 35 p.360; I.L.R., vol. 91, p. 341, p. 361).

(15) 국가가 단체의 행위에 대하여 주의, 예방, 처벌 등의 조치를 취해야 할 지위에 있었지만, 그러한 조치를 취하는데 실패한 경우에는 예외적인 상황이 발생할 수 있다. 이러한 가능성은 제1항과 제2항상의 귀속원칙이 叛亂團體 기관의 행위와 관련된 것으로서, 제2장의 다른 규정에 따라 이미 그 국가의 행위로 간주될 수 있는 여타 행위를 국가로 귀속시킴을 방해하지 않는다고 규정하고 있는 제10조 제3항에 의해 보장되고 있다. “當該 團體의 행위와 어떻게 관련되었든”이라는 표현은 광의의 의미를 갖는 것이다. 따라서 국가가 叛亂團體의 공격을 받은 외교공관을 보호하기 위한 조치를 취하지 못한 경우, 이는 명백히 국가에게 귀속시킬 수 있는 행위이며, 제3항이 이러한 상황에 적용된다.

(16) 또 다른 가능성은 가령 反亂團體 자체가 무력사용으로 인해 유발된 국제인도법 위반행위에 대하여 국제법에 따라 책임을 부담하게 될 가능성이다. 그러나 실패한 叛亂團體 또는 다른 단체의 국제책임은 국가의 책임만을 다루고 있는 본 초안 규정의 범위를 벗어나는 것이다.

제11조 國家에 의하여 自國의 것으로 承認 및 採擇된 行爲

위 조항들에 의하여 국가로 귀속될 수 없는 행위라도 국가가 문제의 행위를 자국의 행위로 승인하고 채택하는 경우, 그 범위내에서는 국제법상 당해 국가의 행위로 간주된다.

주석

(1) 제10조상의 反亂團體 또는 여타 단체의 행위를 제외한 제2장상의 歸屬原則에 관한 모든 근거규정은 위법행위가 행하여진 시점에 개인 또는 단체의 국가기관으로서의 지위나 국가를 위하여 행동할 수 있도록 위임받은 권한이 확립되어 있을 것을

전제하고 있다. 반대로 제11조는 행위 당시에는 국가에 귀속되지 않았거나 귀속될 수 없었으나, 이후 국가가 자신의 것으로 승인 및 채택한 경우 그 행위를 국가에 귀속시키고 있다.

(2) 많은 경우 한 국가가 자신의 것으로 승인 및 채택한 행위는 개인(private person) 또는 단체(entities)의 행위일 것이다. 국가관행과 국제재판 판결은 국가를 위하여 행하지 않은 개인 또는 단체의 행위가 국제법상 국가의 행위로 간주되지 않는다는 것을 하나의 원칙으로 인정하고 있다. 이 원칙은 私人的 행위가 행하여진 상황이나 그의 행위에 의하여 영향을 받는 이해관계와 관계없이 적용되는 것이다.

(3) 따라서 제10조와 마찬가지로 제11조는 순수한 사적 행위는 그 자체로서 국가에 귀속될 수 없다는 원칙에 근거하고 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 만약 국가가 문제의 행위를 자신의 것으로 승인하고 채택한다면, 그러한 행위는 국가의 행동으로 간주된다는 점을 인정하고 있다. 이러한 원칙을 인정한 예는 법원판결과 국가관행에서 발견된다. 예를 들어 *Lighthouses* 중재사건에서 중재재판소는 그러한 위반행위가 Greece에 의해 통상적인 것으로 인정되었고 ... 그 섬에 대해 영토주권을 획득한 이후에도 Greece에 의해 그러한 위반이 계속되었다는 점에 비추어, Greece는 Crete가 Ottoman Empire의 자치영토였던 기간중 Crete가 채택한 할양협정 위반에 대하여 책임이 있다고 결정하였다((UNRIAA., vol. XII, p.155(1956), p.198). 국가승계의 맥락에서 신국가가 그의 영토상에서의 선행국의 국가책임을 승계하는지는 분명치 않다. 그러나 그의 영토에서의 계속적인 위법행위에 직면한 승계국이 그 상황을 인정하고 그 상황을 계속 유지시킨다면, 그에 대한 책임을 부담하는 것으로 판단할 수 있다.

(4) 국가승계 분야 외에서는 *Diplomatic and Consular Staff* 사건이 국가가 특정행위를 추후에 채택한 사례를 제공하고 있다. 이 사건에서 ICJ는 폭도들에 의한 미국 대사관 점령 및 대사관 직원 억류 직후의 법적 상황과 그러한 상황을 명시적으로 승인하고 이를 유지시키도록 이란 정부의 선언에 의하여 발생한 법적 상황을 명백히 구별하고 있다. 재판소는 미국 정부에 대한 압력행사의 목적으로 대사관 점령 및 인질로서의 직원 구금 상태를 계속 유지하도록 하는 Ayatollah Khomeini의 정책에 이란의 다른 정부기관들이 따르고, 여러 가지 형태로 반복적으로 이러한 정책에 대한 승인을 표명한 결과 상황의 법적 성격이 본질적으로 변경되었는바, Ayatollah Khomeini를 비롯한 이란 정부기관들의 승인 및 이러한 대사관 점령 및 인질 억류를 지속시키기로 한 결정은 이러한 행위를 국가의 행위로 전환시켰다고 판시하였다 (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980, p.35, para.74). 이 사건에서는 폭도들의 행위에 대한 “승인”의 효과가 단순히 장래에 대하여만 발생하는 것인지, 아니면 대사관 점령 및 인질 억류 과정 전체에 대해 처음부터 이란의 책임을 발생시키는 것인지를 구별할 필요가 없었다. 이란은 이미 점령행위의 예방 및 빠른 시일 내에 사건 종료를 위해 취해야 할 조치의 실패 등 다른 법적 근거에 의하여 승인 이전의 시기와 관련하여서도 책임을 부담하는 것

이었다 (Ibid., pp.31-33, paras.63-68). 다른 사건에서는 이와 같은 사전 책임은 존재하지 않을 것이다. *Lighthouses* 중재사건에서와 같이(UNRIAA., vol. XII, p.161(1956), pp. 197-198) 승인과 채택이 명백하고 무조건적인 경우 이에 소급효를 부여할 상당한 이유가 있게 된다. 이러한 입장은 反亂團體에 대해 규정하고 있는 제10조와 일관되는 것이며, 결국 동일한 계속적 행위에 대해 책임의 범위에 간격이 발생하는 것을 피하고자 하는 것이다.

(5) 국가관행을 고려할 때, 이스라엘의 Adolf Eichmann 체포와 재판은 개인 행위가 국가에 의해 채택된 사례이다. 1960년 5월 10일, Eichmann은 Buenos Aires에서 이스라엘인들에 의해 체포되었다. 그는 항공편으로 이스라엘로 이송되기 전 몇 주 동안 Buenos Aires에 있는 私人의 주택에 구금되어 있었다. 그 후 아르헨티나는 Eichmann의 체포행위에 이스라엘 정부가 연루되었음을 주장하였는바, 이 문제에 대한 안전보장이사회의 논의기간 중 이스라엘 외무장관은 이러한 주장을 시인도 부인도 하지 아니하였다. 이스라엘 외무장관은 Eichmann을 체포한 자들이 자원자들로 구성된 단체라고 주장하였다(S.C.O.R., Fifteenth Year, 865th Mtg., 22 June 1960, p.4). 1960년 6월 23일자 안보리 결의 제138호는 이스라엘 정부가 아르헨티나에서의 Eichmann 체포계획을 적어도 인지하고 있었고, 이에 동의하였다는 결론을 함축하고 있었다. Eichmann을 체포한 자들은 “사실상 국가의 명령에 근거하거나 국가의 지시 또는 통제에 따라 행동”하였을 것이며, 그렇다면 이들의 행위는 제8조에 따라 당연히 국가에 귀속시킬 수 있었다. 그러나 어떤 행위가 제8조의 요건을 충족시키는 것인지에 대해 의문이 있는 경우에는 이러한 행위가 사후적으로 당해 국가에 의해 채택됨으로서 문제가 해결될 수 있다.

(6) “문제의 행위를 자국의 행위로 승인하고 채택”이라는 귀절은 승인 및 채택의 경우를 단순한 지지나 是認의 경우와는 구별하려는 의도이다. *Diplomatic and Consular Staff* 사건에서 ICJ는 “찬성(approval)”, “시인(endorsement)”, “공공당국의 인가(the seal of official governmental approval)” 및 “[상황]을 지속시키도록 하는 결정(the decision to perpetuate the situation)”이라는 용어를 사용하였다 (*Diplomatic and Consular Staff, ICJ. Reports 1980, p.3*). 그러나 일반적으로 한 국가가 단순히 행위의 實在를 인정하거나 口頭로 승인을 표현한 것만으로는 제11조에 의하여 그러한 행위를 국가에 귀속시킬 수 없을 것이다. 국제분쟁에서 국가들은 종종 일반적인 의미로 행위의 “찬성(approval)” 또는 “지지(endorsement)”에 해당하는 입장을 취하지만, 아무런 책임도 부담하지 않는다. 한편 “채택(adoption)”이라는 표현은 사실상 국가가 그 行爲를 자신의 것으로 인정한다는 의미를 갖고 있다. 국가에 귀속시킬 수 없는 행위에 대하여 책임을 수락하려는 국가의 의도가 명백히 표시되었다면, 당해 국가가 승인하지 않았고, 그 예방을 위하여 노력하였으며, 그에 대한 깊은 유감의 표시를 한 행위에 대하여 책임을 수락하는 경우에 제11조가 적용되는 것이다. 구체적 상황에서 어떠한 표현이 사용되든 간에 제11조의 “승인과 채택(acknowledge and adopts)”이라는 표현은 사실관계의 일반적인 인정 이상, 국가가

문제의 행위를 적시하여 이를 자국의 것으로 만드는 것이 필요함을 분명히 하는 것이다.

(7) 제11조에 의해 확립된 원칙은 단지 귀속의 문제만을 다루고 있다. 어떤 행위가 한 국가에 의해 승인되고 채택될 때, 그 행위가 국제법상 위법한지 여부를 판단할 여지는 남아있다. 제11조의 목적상 그 행위를 채택한 국가의 국제적 의무가 위법성을 판단하는 기준이 된다. 원래의 行爲主體에 관한 행위가 적법한 것이었거나, 또는 그 주체가 해당행위에 관하여는 국제법의 규율을 받지 않는私人이었을 수도 있다. 이와 마찬가지로 자국의 國際義務上으로는 적법한 행위를 승인하고 채택하는 국가는 이로 인해 다른 개인이나 단체의 불법행위에 대해서 책임을 부담하게 되지 않는다. 타인의 위법행위에 대한 손해의 배상 합의에 해당하는 의사표시가 있어야만 책임을 부담하게 된다.

(8) “[I]f and to the extent that”이라는 표현은 많은 관념을 포현하고자 하는 의도를 갖고 있다. 우선 특히 개인, 집단, 단체의 행위는 제2장상의 어느 조항에 해당되지 않거나, 또는 국가에 의해서 승인 및 채택되지 않는 한, 국가에 귀속시킬 수 없다. 둘째, 국가는 일정한 범위에 한하여만 행위를 승인하고 채택할 수 있다. 다시 말해서 한 국가는 문제의 행위 가운데 일부만을 선택하여 승인 및 채택할 수 있다. 셋째, 구두로 이루어지든 행동의 방식으로 이루어지든 승인 및 채택행위는 분명하고 명확한 것이어야 한다.

(9) 승인 및 채택이라는 조건은 “and”라는 표현이 나타내는 것처럼 중첩적인 요건이다. 국가에 의한 행위의 승인 및 채택은 명시적인 경우도 있고(*Diplomatic and Consular Staff사건*) 또는 문제의 국가행위를 통하여 추론되는 경우도 있다.

제3장

國際義務의 違反

(1) 국제법 주체로서 국가에 귀속된 행위가 동 국가에 부여된 국제의무에 합치하지 않은 경우, 또는 제2조 (b)에 따라 그러한 행위가 “국가의 국제적 의무 위반”을 구성하는 경우 국제의무 위반이 발생한다. 이 章은 일반적으로 가능한 범위 내에서, 국제의무 위반의 개념을 구체화시키려 한다.

(2) 본 초안에서는 국제법 일반원칙의 내용 또는 특정 국가에 대하여 발생한 의무의 내용을 구체화하려는 의도는 갖고 있지 않음이 재차 강조되어야 한다. 국가에 귀속시킬 수 있는 일정 행위가 국제의무에 대한 위반에 해당하는지 여부를 결정함에 있어서는 1차적 의무에 초점이 맞추어질 것이다. 필요한 행위, 준수되어야 할 기준, 달성될 결과 등의 실체를 결정함에 있어서 그 상황에 적용되고 해석되어야 할 것은 바로 그것이다. 따라서 의무위반 여부 또는 그 발생시점 및 기간을 결정함에 있어서 제3장은 보조적 역할을 수행할 수 있을 뿐이다.

(3) 국제위법행위의 본질은 특정한 국제의무 수행을 위해 요구되는 행위와 국가의 실제 행위 사이의 불일치에 있다. 그러한 행위들은 국제책임이라는 공동의 명칭하

에 새로운 법률관계를 형성한다. 따라서 제3장은 일반적 용어로써 어떤 경우에 국제의무위반이 있다고 간주될 수 있는지 명시하는 규정으로 시작하고 있다(제12조). 기본 개념을 정의하고, 이 章의 다른 규정들은 이러한 개념이 다양한 상황에서 어떻게 적용될지를 구체화시키고 있다. 특히 이 章은 의무가 위반 당시에 그 국가에 대하여 구속력을 갖고 있어야만 국제의무위반에 대하여 책임이 있다는 원칙 즉, 국가책임문제에서의 時際法의 문제(제13조), 계속적 위반의 문제(제14조), 그리고 복합행위로 인한 의무위반의 존재 여부 및 존재한다면 그러한 의무위반의 발생시점에 대한 판단문제, 예컨대 총체적으로 不法으로 정의되는 일련의 행위에 있어 위반의 본질은 어디에 있는지 등을 다루고 있다(제15조).

(4) 위의 (2)에서 제시된 이유 때문에 本部에서 국제의무위반의 존재 여부에 판단에서 발생할 수 있는 모든 쟁점을 다루는 것은 불가능하며 또한 적절하지도 않다. 입증 또는 위반의 증거 문제는 본 초안의 범위에서 제외된다. 이외의 문제들은 오히려 국제의무의 분류 또는 유형과 관련이 있다. 이러한 문제들은 국가책임에 관한 2차적 원칙의 틀 내에서 특히 중요하다고 판단되는 경우에 한하여 본 주석에 포함되고 있다.

제12조 國際義務 違反의 存在

국가의 행위가 國際義務에 의하여 요구되는 바와 합치되지 않는 경우, 그 의무의 淵源이나 성격과는 상관없이 국가의 국제의무 위반이 존재한다.

주석

(1) 제2조에 규정되어 있는 것처럼, 한 국가의 국제의무 위반은 국제책임을 유발시킨다. 우선 국제의무 위반이 무엇을 의미하는지를 구체화할 필요가 있다. 바로 이것이 제12조의 목적이다. 즉 제12조는 일반적으로 한 국가에 의한 국제의무위반에 해당하는 것이 무엇인지를 정의하고 있다. 구체적인 경우에 국제의무위반이 있는가를 결정하기 위하여는 국제의무위반의 성립을 위한 추가적 요건을 규정하고 있는 제3장의 규정들과 국가행위의 위법성을 조각시키는 사유를 다루고 있는 제5장의 규정들을 고려할 필요가 있다. 그러나 최종적으로 의무위반의 발생 여부 및 발생하였다면 그 발생한 시기는 문제된 의무의 대상과 目的 및 事實關係를 고려한 의무의 정확한 내용 및 그 해석과 적용에 달려 있다.

(2) 國際義務의 위반이라는 개념을 도입함에 있어서, 제3조에서 규정된 원칙에 따른 국제법의 自律性(autonomy)을 강조할 필요가 있다. 제12조에 따르면 국제의무의 위반이란 의무에 의하여 국가에 요구되는 행위와 실질적으로 국가가 행한 행위간의 불일치에서 비롯된다. 이러한 점은 다양하게 표현될 수 있다. 가령 국제사법재판소는 한 국가의 “의무와의 불합치 (incompatibility with the obligations)” (*Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ. Reports 1980, p. 3, para. 56*), 일정한 규칙에 “반하는(contrary to)” 또는 “합치되지 않는 (inconsistent with)” 행위(*Nicaragua v.*

United States of America, Merits, ICJ. Reports 1986, p. 14, p. 64, para. 115, p. 98, para. 186), 그리고 “조약상 의무의 불준수 (failure to comply with treaty obligations)” (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), ICJ. Reports 1997, 1997, p. 7, p. 46, para. 57*)라는 표현을 사용하고 있다. *ELSI* 사건에서 ICJ의 소재판부는 당해 사건에서 문제된 징발이 우호통상항해조약의 요건에 부합하는지 여부를 검토하였다(*Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), ICJ Reports 1989, p. 15, p. 50*). “그 의무에 의하여 요구되는 바와 합치되지 않는(not in conformity with what is required of it by that obligation)”이라는 표현은 국가에 의한 국제의무 위반의 본질을 가장 잘 나타내준다. 이는 국가의 행위가 부분적으로라도 국제의무에 反한다면 의무 위반이 존재할 가능성을 보여 준다. 경우에 따라서는 해당국가로부터 명확하게 규정된 행위가 기대되기는 하나, 다른 경우에는 의무가 국가행위의 최소기준을 제시하는 것에 그치기도 한다. 국제의무에 의하여 금지된 행위는 作爲, 不作爲 또는 이 兩者가 결합된 형태의 행위를 수반할 수 있다. 모든 경우에 의무위반의 존재 여부를 결정은 국제법상 의무에 의해 금지된 행위와 실제로 국가가 행한 행위를 비교함으로써 가능하다. “합치되지 않는(is not in conformity with)”이라는 표현은 다양한 의무의 태양 및 다양한 위반의 태양을 포괄할 수 있을 만큼 신축적이다.

(3) 제12조는 문제의 행위가 의무의 “淵源에 상관없이” 국제의무에 의하여 요구되는 바와 일치하지 않을 때 국제의무 위반에 해당한다고 규정하고 있다. 이 표현에서 나타나고 있듯이, 본 草案은 일반적으로 적용되는 것이다. 본 草案은 그 淵源이 무엇이든 간에 국가의 모든 국제의무에 적용된다. 국제의무는 국제관습, 조약, 국제법 질서 내에서 적용될 수 있는 일반원칙 등을 통해 성립한다. 국가는 일방적 행위를 통해 국제의무를 부담하게 될 수도 있다. 국제의무는 조약상의 규정을 통해 발생하기도 한다. 국가책임은 관련 의무의 연원이 무엇이든 간에 국제의무 위반으로부터 발생하기 때문에, 제12조에 의무의 연원을 상세히 열거할 필요는 없다.

(4) 제12조에 따르면 의무의 淵源이나 근거는 국제의무 위반이 발생하면 책임이 발생한다는 결론에 아무런 변동사유가 되지 아니하며, 국가책임체제에도 아무런 영향을 주지 아니한다. 한 국가에 대한 의무는 조약, 관습국제법상의 원칙 또는 조약과 일방적 행위에 의해 발생할 수 있다. 더욱이 관행으로부터 명백히 알 수 있는 것처럼, 이러한 다양한 의무의 淵源은 서로 영향을 미친다. 조약, 특히 다자조약은 일반국제법의 형성에 기여할 수 있다. 관습법은 조약의 해석에 도움이 될 수 있다. 조약상의 의무는 일방적 행위에 의하여 국가에 적용될 수 있다. 따라서 국제재판소와 중재재판소들은 국가의 책임이 국제사법적 기준에 의해 부과된 의무의 여하한 위반으로 인하여 발생하는 것으로 다루고 있다. *Rainbow Warrior* 중재사건에서 재판소는 “국가에 의한 의무위반은 그 의무의 淵源(origin)이 무엇이든 간에 국가책임과 결과적으로는 금전배상 의무를 발생시킨다”고 판시하였다 (UNRIIAA, vol. XX, p.217(1990), p. 251, para. 75). *Gabčíkovo-Nagymaros Project* 사건에서 국제사법재판소는 국가가 위법행위를 하였을 때 의무의 성격이 무엇이든 국제책임이 발생한다

는 것은 명확히 확립되어 있다는 판시의 근거로서 1976년 본 위원회가 잠정적으로 채택한 관련 초안 규정을 제시하였다(ICJ Reports 1997, p. 7, p. 38, para. 47).

(5) 따라서 국제법상 조약위반에 대한 책임체계와 다른 원칙 위반에 대한 책임체계를 구별할 여지가 없다. Rainbow Warrior 중재사건에서 중재재판소는 국제법상 불법행위책임과 계약상의 책임간에는 구별이 없음을 확인하였다(UNRIIAA, vol. XX, p.217(1990), p. 251, para. 75). 국내법체계에서와 같은 민사책임과 형사책임의 구별도 없다.

(6) 국가책임은 양자간 의무의 위반, 또는 다자간 의무의 위반, 또는 국제공동체 전체에 대한 의무의 위반을 통해 발생하게 된다. 비교적 경미한 의무위반일수도 있고, 일반 국제법상 강행규범에 따른 매우 중대한 위반일 수도 있다. 위반의 정도와 위반된 의무의 강행규범적 성격은 유책국가나 경우에 따라서는 다른 국가에 대하여도 발생하는 결과에 영향을 미칠 수 있다. 위반의 결과에 따라 본 초안 제2부와 제3부의 적용상 구별이 지워진다. 그러나 제1부 국제의무 위반에 대한 국가책임체계는 범위가 포괄적이며, 성격은 일반적이고 적용은 탄력적이다. 그러므로 제1부는 의무나 위반의 범주를 구별할 필요없이 가능한 모든 상황을 커버할 수 있다.

(7) 국제법상 가장 기본적 원칙들도 여하한 특정 법원이나 특정 입법절차에 기초하지는 않는다. 조약법에 관한 비엔나 협약 제53조에 의하면, 국제강행규범은 “그 이탈이 허용되지 않으며, 동일한 성질을 가진 일반국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로서 전체로서의 국제공동체가 수락하며 또한 인정하는 것”이다. 제53조는 강행규범이 창설될 수 있으며, 동시에 국가는 특히 국제공동체를 대표한 규범적 권위(normative authority)의 보유자로서 특별한 역할을 한다는 점을 인정하고 있다. 더욱이 강행규범에 의해 국가에 부여된 의무는 국제공동체 전체의 중대한 이익에 필연적으로 영향을 미치며, 다른 국제위법행위에 적용되는 것보다 더욱 엄격한 책임체계를 수반할 수 있다. 그러나 이는 국가책임의 내용에 속하는 문제이다. 적어도 본 초안 第1部に 관한한, 일반적 성격을 가진 단일한 국가책임체계가 존재하는 것이다.

(8) 국제연합 헌장에 따른 의무와 관련하여 이와 유사한 사항이 고려되어야 한다. 헌장은 조약이므로 헌장상의 의무는 조약상의 의무에 해당한다. 헌장 제103조에 반영되어 있는 헌장의 중요성은 유엔 회원국의 보편성뿐만 아니라 헌장 자체의 명시적 규정으로부터 기인하는 것이다.

(9) 본 초안 규정의 일반적 범위는 의무의 淵源 뿐 아니라 그 내용(subject matter)에도 해당되는 것이다. 국제위법행위 성립요건을 지정한 판결이나 결정은 위반 의무의 내용에는 제한을 두지 않으며 국제의무위반에 대하여 말하고 있다. 국제재판소와 중재재판소는 국가가 국제의무를 부담함에 있어 그 의무의 내용에 대한 先驗的인(a priori) 한계는 없다는 원칙을 일관되게 확인하고 있다. PCIJ는 그의 첫 판결인 S.S. Wimbledon 사건에서 “국제적 약속을 할 권리는 국가 주권 사항”이라고 명시하였다. 이 원칙은 종종 支持를 받아 왔다.

(10) 이와 유사한 관점에서 특정 내용과 관련된 의무는 그와 동일한 종류의 행위에 의해서만 위반될 수 있다는 주장이 때때로 제기되었다. 이러한 입장은 *Oil Platforms* 사건에서 ICJ의 관할권을 배척하는 근거로 제시되었다. 즉 우호통상항해 조약은 원칙적으로 무력사용에 관련된 행위에 의하여 위반될 수 없다고 주장되었다 (*Oil Platforms*(Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, ICJ Reports 1996, p.803). 이에 대하여 ICJ는 1955년 조약은 각각의 당사국에게 다양한 사항에 관한 다양한 의무를 부여하고 있는바, 이러한 의무와 양립할 수 없는 당사국의 여하한 행위는 그 위반의 수단을 불문하고 위법하다고 보았다 (*Oil Platforms*(Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, ICJ Reports 1996, pp. 811-812, para. 21). 따라서 위반된 의무의 내용이 무엇이든, 위법행위의 종류가 무엇이든 간에 국가의 국제의무위반은 국제위법행위에 해당한다.

(11) 제12조는 문제의 행위가 국제의무에 의해 요구되는 행위와 일치하지 않을 경우 그 성격과 상관없이 국제의무위반을 구성한다고 규정하고 있다. 관행상 국제의무는 다양하게 분류되고 있다. 가령 행위의무와 결과의무의 구별이 이루어지고 있다. 그러한 구별은 위반이 발생한 시점을 확정하는데 도움이 될 수 있다. 이러한 구별이 배타적인 것은 아니며, 본 초안과 관련해서 특별하거나 직접적인 결과를 가져오는 것도 아니다. 가령 *Colozza* 사건에서 유럽인권재판소는 재판에 대한 통고도 없이 6년 징역을 선고받고, 그 이후에도 이에 대한 불복이 허용되지 않은 청구인의 결석재판에 대한 문제를 검토하였다. 청구인은 유럽협약 제6조 제1항에 따른 공평한 청문의 기회를 보장받지 못하였다고 주장하였다. 재판소 이에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

“자국의 법제도가 제6조 1항의 요건을 충족시킬 수 있게 하는 적절한 수단을 선택함에 있어서 제약국은 광범한 재량을 갖는다. 재판소의 임무는 당사국에 대하여 그 수단을 제시하는 것이 아니라, 협약에 의하여 요구되는 결과가 달성되었는가 여부를 결정하는 것이다..... 그렇다면 국제법상의 수단이 실효성이 있음이 과시되어야 하며, 형사기소된 사람에게 자신의 법을 위반하지 않았거나 그의 결석이 불가항력 때문이라는 것을 입증할 책임이 부과되어서는 아니된다.(*Colozza and Rubinat v. Italy*, ECHR, Series A, No. 89(1985), pp. 15-16, para. 30)”

즉 재판소는 제6조 1항이 결과에 대한 의무를 부과한다고 판단하였다. 그러나 이 사건과 관련하여 협약 위반이 있었는지 여부를 결정하기 위해서 요구되는 결과와 (피고의 재판 출석 기회 부여) 실제로 발생한 결과를(특정한 경우에 있어서 그러한 기회의 박탈) 단순 비교하지는 아니하였다. 오히려 이탈리아가 청구인의 권리에 실효성을 부여하기 위하여 무엇을 할 수 있었는지를 검토하였다. 행위의무와 결과의무의 구별이 제6조 제1항의 규정에 대한 위반이 발생하였는다는 판결에 결정적인 것은 아니었다.

(12) 때로는 국가의 입법행위가 의무위반에 해당하는지 여부가 문제된다. 즉 입법의

내용이 일응 국제의무에 의하여 요구되는 바와 상충되는 경우 의무위반이 성립하는지, 특정 사안에서 법이 집행되어야 비로소 의무위반이 성립하게 되는지 여부가 문제될 수 있다. 이에 관하여도 모든 경우에 적용 가능한 일반 원칙은 존재하지 않는다. 특정 의무는 이와 양립될 수 없는 법안의 의결만에 의하여 위반될 수 있는 반면 법안의 의결 자체로는 위반을 구성하지 않고 그 법안의 집행 여부 및 그 집행의 방법에 따라 위반 여부가 결정될 수도 있다.

제13조 國家에 대한 拘束力 있는 國際義務

행위의 발생시 국가가 당해 의무에 구속되지 아니한다면, 국가의 행위는 국제의무 위반에 해당하지 아니한다.

주석

(1) 제13조는 책임이 성립하기 위해서는 국가가 국제의무에 구속되는 시점에 위반이 발생하여야 한다는 기본원칙을 규정하고 있다. 이는 Huber 판사가 *Island of Palmas* 사건에서 다른 맥락에서 아래와 같이 언급했던 것처럼, 국가책임분야에서 時際法의 일반원칙의 적용이다.

“법률적 사실은 그것에 해당하는 발생한 시점의 법에 따라 평가되어야 하지, 분쟁이 발생하고 해결되어지는 시점에서의 법에 따라 평가되어서는 아니 된다 (UNRIIA, vol. II, p. 829(1949), p. 845).”

제13조는 책임의 청구와 관련하여 국가에 대한 중요한 보장을 제공한다. 국가책임 문제에 있어서 국제법의 소급적용을 금지하려는 생각이다.

(2) 국제재판소는 많은 경우 제13조에 규정되어 있는 원칙을 적용하여 왔다. 단적인 예가 바로 미국과 영국에 의해 설립된 혼성위원회(United States-Great Britain Mixed Commission) Bates 재판관의 판정이다. 이 사건은 노예매매에 종사하는 미국 선박을 나포하고 미국인 소유의 노예를 풀어준 영국 정부의 행위에 관한 것이다. 문제된 행위는 각각 다른 시점에 행하여진 것이었는바, 위원회는 각각의 행위 행하여진 시점에 노예제도가 국제법에 반하는 것이었는지를 결정해야 하였다. 초기의 행위는 노예제도가 합법적인 것으로 간주되던 시대에 행하여진 것으로서, 영국은 외국인의 재산을 존중하고 보호할 국제적 의무를 위반한 것이었다. 후기의 사건은 노예매매가 모든 문명국에 의해 금지된 이후에 발생한 것으로서, 영국은 이에 대하여 책임을 부담하지 아니하였다(The Lawrence(1855), de Lapradelle & Politis, Recueil des arbitrages internationaux, vol. I, p.740, p.741).

(3) 러시아 정부가 자국의 영해 밖에서 물개사냥을 하는 미국국적의 선박을 나포, 몰수한 행위가 국제법상 위법한 것인지가 문제된 사건에서도 Asser 중재재판관에 의하여 이와 유사한 원칙이 적용되었다. *James Hamilton Lewis* 사건에서 중재재판관은 이 문제가 선박이 나포될 당시에 양 당사국에 대하여 유효하고 구속력 있는

국제협정의 정신과 국제법의 일반원칙에 따라 해결되어야 한다고 하였다(UNRIIAA, vol. IX, pp.66-69(1902)). 사건의 발생시점에 효력을 갖는 원칙에 따르면 러시아는 미국 선박을 나포할 권리가 없었으므로, 선박의 나포, 몰수 행위는 러시아의 손해배상을 요하는 위법행위에 해당하였다. 유럽위원회와 인권재판소(European Commission and Court of Human Rights)도 이 원칙을 일관되게 적용하여 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 유럽협약이 관련 국가에 구속력이 없었던 기간에 관련된 청구는 배척하여 왔다.(X v. Germany (Application 1151/61) (1961), Recueil des decisions de la Commission européenne des droits de l'homme, No. 7, p. 119)

(4) 국가관행도 이 원칙을 지지하고 있다. 대부분의 중재협정들은 공통적으로 중재재판관이 위법행위 발생 당시에 구속력 있는 국제법 원칙을 적용하도록 규정하고 있으며, 일반적으로 인정되고 있는 이 원칙을 재확인하는 규정을 두고 있다. 이 문제를 다루고 있는 국제법 학자들도 행위의 위법성 판단은 행위가 이루어지던 시점에 구속력 있는 의무에 근거를 두고 행해져야 한다는 점을 인정한다.

(5) 국가책임은 극히 중대한 행위에 관련될 수 있으며, 따라서 그러한 경우 책임체계는 그에 상응하는 엄격성을 가질 것이다. 그러나 조약법협약 제64조에 규정된 바와 같이 국제강행규범이 새로이 출현할 때조차 책임이 소급적으로 발생하지는 않는다. 제71조 제2항은 새로운 강행규범은 “조약의 종료 이전에 그 조약의 시행을 통하여 생긴 권리, 의무 또는 법적 상태에 영향을 주지 않는다. 단 권리, 의무 또는 법적 상태 자체가 국제강행규범과 충돌하지 아니하는 범위 내에서만 그 이후로 유지될 수 있을 것을 조건으로 한다”고 규정하고 있다.

(6) 따라서 모든 국제의무에 時際法原則을 적용하는 것이 타당하며, 제13조는 일반적으로 적용되는 것이다. 그러나 국가가 행위 당시에는 당해 국가에 대하여 구속력을 갖는 여하한 국제의무의 위반도 아니었던 행위로 인하여 발생한 손해를 배상하는 것을 배제하는 것은 아니다. 실제로 책임을 소급적으로 인정하는 사례는 드물다. 제55조의 특별법(*lex specialis*) 우선원칙은 행위가 발생했던 시점에는 국제의무에 위반되지 않았던 행위에 대하여 소급적으로 책임을 부여하기로 합의되었거나 결정된 경우를 충분히 규율할 수 있다.

(7) 제13조에 규정된 원칙은 국제법상 책임에 대하여 필요하며 또한 충분한 근거가 된다. 다시 말하여 국제위법행위의 결과 책임이 일단 발생하면, 이는 위반된 조약이 종료되었기 때문이든, 국제법의 변경의 결과이든 의무의 후발적 소멸에 의하여 영향받지 않는다. *Northern Cameroons* 사건에서 국제사법재판소는 신탁통치기간동안 신탁통치국이 신탁통치협정에 위반하여 국제연합 회원국들과 그 국민에게 손해를 끼친 행위에 대하여 책임이 있었다면, 신탁통치기간이 만료되었다 할지라도 이에 대한 배상청구는 계속 유효하다”고 판시하였다(*Northern Cameroons*, Preliminary Objections, ICJ. reports 1963, p. 15, p. 35). 또한 *Rainbow Warrior* 사건에서 중재재판소는 조약상의 의무가 기간만료로 종료되었다 할지라도 이전의 의무위반에 대한 프랑스의 책임은 존속한다고 결정한 바 있다(*Rainbow Warrior* (New

Zealand/France), UNRIAA, vol. XX, p.217(1990), pp. 265-266).

(8) *Certain Phosphate Lands in Nauru* 사건에서 국제사법재판소의 결정에는 이 원칙의 두 가지 측면이 포함되어 있었다. 오스트레일리아는 본 청구가 아무리 공식적으로 포기된 바 없었을지라도, 自國이 Nauru의 신탁통치에 참가한 기간(1947-1968)에 발생한 국가책임에 대한 청구가 수 십년이 경과한 이후에 제기될 수는 없다고 주장하였다. 재판소는 태만 또는 불합리한 遲延의 기준을 신축적으로 적용하여 이 주장을 배척하였으나, 사실관계의 인정 및 적용될 법의 내용 확정과 관련하여 Nauru의 지연행위가 오스트레일리아에 해를 입히지 않도록 하는 것은 재판소의 몫이라고 판시하였다(ICJ. Reports 1992, p. 240, p. 155, para. 36). 재판소는 이 청구가 제기된 시점에 유효한 법을 적용하려는 의도를 가지고 있었음이 분명하다. Nauru의 주장은 1968년 독립의 승인과 함께 종료된 신탁통치협정 위반을 근거로 하고 있었는데, Nauru도 이러한 입장을 취하고 있었다. Nauru의 주장은 오스트레일리아의 책임이 일정한 시점에 유효하던 법에 따라 발생한 이상, 이를 발생시킨 기본 의무가 그 후 종료되었다고 하더라도 책임은 존속된다는 것이었다.

(9) 따라서 제13조에 규정된 원칙은 이미 잘 확립되어 있다. 이 원칙에 대하여 한 가지 검토되어야 할 점은 *Namibia* 사건(ICJ. Reports 1971, p. 16, pp. 31-32, para. 53)에서 다수의견이 채택한 의무에 대한 발전적(progressive) 해석문제이다. 그러나 時際法原則은 조약 규정이 마치 시간속에 얼어붙어 있는 것처럼 해석될 것을 요구하고 있지는 않다. 조약규정의 발전적 해석은 일정한 경우 허용될 수 있지만, 행위당시에 해당 국가에 대하여 구속력 있는 의무의 위반에 대하여만 책임을 진다는 원칙에는 영향을 미치지 않는다. 또한 時際法原則은 특정 의무가 효력을 발생하기 이전에 발생한 사실이 중요성을 갖는 경우에도 이러한 사실이 고려될 수 없음을 의미하는 것은 아니다. 가령 피고인에 대하여 정당한 이유 없이 재판을 지연시키지 아니할 의무와 관련하여 그러한 의무의 효력 발생 이전의 시기에 이루어진 구금은 그에 대한 배상이 이루어 질 수 없음에도 불구하고 사실관계로서 중요성을 갖는다.

제14조 國際義務 違反 時期의 擴張

1. 지속적 성격을 갖지 아니한 국가행위에 의한 국제의무의 위반은 그 효과가 지속된다 할지라도 그 행위가 수행된 시점에 성립된다.
2. 지속적 성격을 갖는 국가행위에 의한 국제의무의 위반은 그 행위가 지속되어 국제의무와 합치하지 않는 상태로 남아 있는 전 기간동안 계속된다.
3. 국가의 일정한 사건을 예방하여야 할 국제의무의 위반은 사건 발생시 성립하여, 그 사건이 지속적으로 국제의무와 합치되지 않는 상태로 남아 있는 전 기간동안 계속된다.

주석

- (1) 違法行爲가 언제 시작되었는지 그리고 얼마나 오래 지속되었는지의 확정문제는

빈번히 제기되는 문제로서 제30조에서 다루고 있는 계속적 성격을 갖는 위법행위의 중단문제와 함께 국가책임 분야에서 중요성을 지닌다. 국제의무위반의 존재 및 계속성 여부는 의무의 존재여부, 의무의 내용, 특정한 위반의 사실관계에 따라 달라지겠지만 일정한 기본 개념들은 확립되어 있다. 제14조는 바로 이러한 개념들을 규정하고 있다. 제14조는 이 문제를 폭넓게 다루지 않고, 몇몇 관련 문제만을 규정하고 있다. 특히 이 규정은 지속적 성격의 위법행위와 그렇지 않은 위법행위를 구별하고 있으며, 예방의무의 경우에 그러한 구별을 적용하고 있다. 각각의 경우, 위반된 의무의 지속적 효력 여부 문제가 고려된다.

(2) 국제위법행위는 대체로 발생하는데 얼마간의 시간이 요구된다. 제14조에 있어서 결정적인 것은 지속되고 있는 위반과 이미 완료된 위반의 구별이다. 제1항에 따르면 완료된 행위는 그 효과 또는 결과가 지속된다 할지라도 “행위가 수행되는 시점”에 발생한다. “시점에(at the moment)”라는 용어는 반드시 한 순간에 완료되는 행위를 요구하는 것이 아니라, 완료된 위법행위가 수행되는 시간의 범위(time-frame)에 대한 보다 정확한 설명을 제공하고자 하는 의도를 담고 있다.

(3) 제2항에 따르면 지속적 위법행위는 행위가 계속 국제의무와 일치하지 않는 상태가 유지되는 전 기간에 걸쳐 이루어지는 것을 말하는 것으로, 이 경우 그 기간동안 국제의무가 해당 국가에 대하여 구속력이 있을 것을 조건으로 한다. 지속적 성격의 위법행위에는 행위국의 조약상 의무와 양립될 수 없는 법규정의 효력을 유지시키는 경우, 외교관의 불법적 구금, 타국 영토의 일부에 대한 불법적 점령, 타국의 동의 없이 타국 영토에 군대를 주둔시키는 행위 등이 포함된다.

(4) 위법행위가 완료되었는지 아니면 계속적 성격을 갖는 것인지 여부는 一次的義務 및 문제된 사건의 상황에 달려 있다. 예를 들어 미주인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)은 강제적 또는 본의 아닌 실종의 경우 이를 실종기간 동안 지속되는 지속적 위법행위로 해석하였다(Blake, Inter-Am. Ct. H.R., Series C, No. 36(1998), para. 67). 위법한 재산 몰수행위가 완료된 행위인지 계속 진행되고 있는 행위인지 여부는 위반의 근거로 주장되는 규범의 내용에 따라 달라진다. 수용이 적법절차에 의해 수행되고, 그 결과 재산권이 이전되면 이러한 수용행위는 그때부터 완료된 행위가 된다(Papamichalopoulos v. Geece, ECHR, Series A, No. 260-B(1993)). 그러나 사실상의, “潛行的(creeping)인” 또는 위장된 점유의 경우에는 사정이 다르다. 예외적으로 법원이 법률이나 명령의 효력 인정을 거부하고 이것이 정당한 경우, 이로부터 결과되는 지위, 소유권 또는 점유권의 부인은 계속적 위법행위를 발생시키게 된다(Loizidou v. Turkey, Merits, ECHR Reports 1996-VI, p. 2216).

(5) 더욱이 완료된 행위와 지속적 행위의 구별은 상대적인 것이다. 지속적 위법행위 그 자체가 종료될 수도 있다. 즉 인질이 석방될 수도 있으며, 실종되었던 사람의 사체가 유족에게 반환될 수도 있다. 본질적으로 지속적 위법행위는 이미 시작은 되었으나 문제의 시점에 종료되지 않은 행위를 말한다. 예를 들어 인질의 석방 또는 불

법적으로 점령한 영토로부터의 군대의 철수 등 지속적 위법행위가 중단된 경우에는 그 행위로부터 발생한 일정한 효과가 계속된다고 할지라도, 장래에 대하여 지속적 인 성격은 갖지 않는 것으로 간주된다. 이러한 점에서 그 행위는 제14조 제1항의 규율을 받는다.

(6) 행동은 단순히 그 효과나 결과가 시간적으로 지속되기 때문에 계속적 성격을 갖는 것은 아니다. 계속되어야 하는 것은 위법행위 그 자체이다. 많은 국제위법행위의 경우 그 결과는 오랜 기간 지속되기도 한다. 고문에 의한 고통 또는 재산수용으로부터 발생한 경제적 효과는 그 고문이 종료되거나 재산권이 이전된 후에도 지속된다. 그러한 결과는 원상회복을 포함하여 2차적 배상의무와 관련된 문제이다. 그러한 효과의 연장은 예컨대 배상액의 결정에는 관련된다. 그러나 위반행위 그 자체가 계속적일 것을 요구하는 것은 아니다.

(7) 지속적 위법행위의 개념은 다수의 국내법 체계에 공통되는 것이며, 국제법상 그 기원은 Triepel로 거슬러 올라간다. 이 개념은 국제사법재판소와 다른 중재재판소들에 의해서 반복적으로 언급된 바 있었다. 예를 들어 *Diplomatic and Consular Staff* 사건에서 재판소는 “1961년 및 1963년 비엔나 협약에 따라 미국에 대한 이란의 의무위반이 연속적이며(successive) 계속 진행되고 있는(continuing) 것임을”을 지적하였다(ICJ. Reports 1980, p. 3, p. 37, para. 80).

(8) 지속적 위법행위의 효과는 구체적 상황 및 위반된 의무의 존속기간에 따라 달라질 것이다. 예를 들어 *Rainbow Warrior* 사건에서는 프랑스가 프랑스령 Hao섬에 2인의 요원을 프랑스와 뉴질랜드간에 체결된 협정에 의하여 요구된 바와 같이 3년간 억류하지 아니하였는바, 중재재판소는 ILC의 초안 규정(본 초안의 제14조)과 즉각적 위법행위와 지속적 위법행위의 구별에 찬성하면서, 이 사건에 이러한 구별을 적용함에 있어 Hao에 2인의 요원을 송환하는데 실패함으로써 발생한 의무위반은 중요하고도 계속적인 위반행위임이 분명하고, 이러한 구별은 단순히 이론적인 것이 아니라 손해배상의 확정에 상당한 영향을 미치는 실질적인 효과도 갖는 것이라고 판시하였다(UNRIIAA, vol. XX, p.217(1990), p. 264, para. 101). 중재재판소는 이에 더하여 협정상에 따른 프랑스의 의무기간의 차이로부터 법적 결과를 도출해 냈다(*Ibid.*, pp. 265-266, paras. 105-106).

(9) 또한 지속적 위법행위의 개념은 일련의 사건에서 時的 管轄權을 성립시키기 위하여 유럽인권재판소에 의해서도 적용되어진 바 있다. 이러한 쟁점은 被請救國이 협약 또는 관련 의정서의 체약국이 되어 개인의 청원권을 수락한 이후의 시기에 발생한 사건으로 법원의 관할권이 제한될 수 있기 때문에 발생한다. 즉 *Papamichalopoulos and Other v. Greece* 사건에서 문제된 재산의 몰수는 공적 수용에 해당하지 아니한 것으로 그리스가 재판소의 권한을 수락하기 8년전에 발생하였다. 재판소는 이 사건에서 협약 제1의정서 제1조가 보장하는 재산의 평화적 향유권에 대한 계속적인 침해가 존재하였고, 이는 의정서가 발효된 이후에도 계속되었으므로 당해 청구에 대하여 관할권을 갖는다고 판시하였다(ECHR, Series A, No.

260-B(1993)).

(10) *Loizidou v. Turkey* 사건에서 유럽인권재판소는 1974년 Turkey의 Cyprus 침략에 대하여도 동일한 원칙을 적용하였다. 침략의 결과 청구인은 북부 Cyprus에 있는 자기 소유의 재산에 접근할 수 없게 되었다. Turkey는 1985년 Turkish Republic of Northern Cyprus의 헌법 제159조에 따라 문제의 재산이 수용되었으며, 재산수용은 1990년 Turkey가 재판소의 관할권을 수락하기 이전에 발생하였다고 주장하였다. 재판소는 국제법과 관련 안보리 결의에 따라 1985년 헌법은 법적 효력이 있는 것으로 판단할 수 없으므로, 수용행위는 1985년 당시에 완료되지 아니하였고, 동 재산은 계속해서 청구인에게 귀속된다고 판시하였다. 청구인의 재산에 대한 접근을 허용하지 아니한 TRNC 및 터키군의 행위는 터키가 재판소의 관할권을 수락한 이후에도 계속되었으며, 그 이후부터 동 행위는 제1의정서 제1조 위반에 해당한다고 보았다 (ECHR, Reports 1996-VI, pp. 2230-2232, 2237-2238, paras. 41-47, 63-64).

(11) 인권위원회 역시 계속적 위법행위의 개념을 인정하였다. 가령 *Lovelace v. Canada* 사건에서 위원회는 인디안 단체의 등록회원으로서의 청원인의 지위 상실여부를 검토하기 위한 스스로의 관할권을 인정하였다. 이 사건과 관련하여 청원인은 1970년 결혼과 동시에 동 단체의 회원지위를 상실하였고, 캐나다는 1976년 위원회의 관할권을 수락한 바 있다. 위원회는 다음과 같이 지적하였다.

“원칙적으로 협약 및 선택의정서의 적용 이전에 발생한 사건과 관련된 주장에 관하여는 검토할 권한이 없다. Sandra Lovelace 사건의 경우 위원회는 1970년 결혼 당시 청구인의 인디안 자격 상실근거에 대해 판단할 권한이 없다... 그러나 위원회는 1976년 8월 19일 이전에 발생한 사건과 관련될 지라도 그 이후에도 그 위반이 계속되거나 그 행위 자체가 위반을 구성하는 효과를 갖는다면 상황은 달라질 것임을 인정한다.”(Communication No. R.6/24, G.A.O.R., Thirty-sixth Session, Supplement No. 40(A/36/40)(1981), p.166, p.172, paras.10-11).

위원회는 청원인의 소수자로서의 권리 행사를 방해하는 캐나다 법률의 계속적인 효과는 그 때부터 규약 제27조 위반을 구성하기에 충분하다고 인정하였다. 여기서도 계속적 의무위반의 개념은 위원회의 관할권 뿐 아니라, 이 사건과 직접 관련되는 제27조의 적용과도 관련된다.

(12) 따라서 과거의 어느 시점에 시작되었고, 그 당시 위반에 해당하였던 행위가 계속되어 현재의 위법행위를 발생시킬 수 있다. 더욱이 이러한 계속성은 국가책임 등 다양한측 면에서 법적 중요성을 지닐 수 있다. 가령 제30조에 포함된 中止義務는 계속적 위법행위에 적용되는 것이다.

(13) 완료된 행위와 지속적 행위를 불문하고 위법행위에 있어 공통적 문제는 국제법 위반이 언제 성립하느냐는 것이다. 제12조와 관련해서 이미 지적된 바와 같이, 이 문제에 대한 해답은 해당 1차 법원칙에 따라서만 얻을 수 있다. 어떤 법원칙은 명시적으로 행위의 위협(threat), 선동(incitement) 또는 기도(attempt)를 금지하고 있는바, 이러한 경우에는 위협, 선동 또는 기도 자체가 위법행위를 구성한다. 다른

한편으로 국제하천의 수류 변경과 같이 國際違法行爲가 어떤 사건의 발생으로 성립하는 경우에는 단순한 예비행위가 반드시 위법한 것은 아니다. *Gabčíkovo-Nagymaros Project* 사건에서 문제된 것은 수류변경계획("Variant C")이 언제 실행에 옮겨졌느냐 하는 것이었다. 국제사법재판소는 Danube 강의 수류변경이 실제로 이루어진 때까지 위반은 성립하지 않았다고 판시하였다.

“1991년과 1992년 10월 사이 체코슬로바키아는 자국의 영토에서 Variant C의 이행을 위해 필요한 업무에 한정해서 작업을 수행하였다. 그러나 당사국간에 합의는 이루어 졌다 할지라도 이 작업이 포기될 수도 있었으므로, 최종적인 결정을 미리 하지는 않았다. Danube 강이 일방적으로 댐으로 막히지 않았던 동안 Variant C는 사실상 적용되지 않았었다. 그러한 상황은 국제법이나 국내법상 특이한 일은 아니다. 위법행위 또는 범죄에 종종 동 위법행위 또는 범죄 자체와는 구별되는 준비행위가 선행된다. 이것은 위법행위의 실제적 실행과 위법행위라고는 볼 수 없는 준비적 성격의 선행행위는 구별하는 것이 당연하다.”(ICJ. Reports 1997, p.7, p.54, para.79)

따라서 법원은 실질적인 위법행위의 실행과 준비적 성격의 행위를 구별하였다. 준비행위는 “최종 결정을 미리 정하는 것”이 아니라면 그 자체로 위반을 구성하지는 않는다. 어떤 경우가 이런 의미에 적합한지는 사실관계와 1차적 의무의 내용에 달려있다. 제14조 제1항과 제2항에 “occurs”라는 용어를 사용한 것은 다양한 가능성을 포함하려는 의도이다.

(14) 제14조 제3항은 국제의무위반의 특수한 유형, 즉 구체적 사건의 발생을 예방할 의무의 위반에 관련된 시간적 측면을 다루고 있다. 예방의무는 대체로 국가가 특정 사건의 발생을 예방하기 위하여 합리적이고 필요한 조치를 취할 것을 요하는 최선의 노력을 다하여야 하는 의무라고 해석되고 있다. 예방의무의 위반은 지속적 위법행위에 해당할 수 있다. 물론 이를 위하여는 다른 지속적 위법행위와 같이 사건이 지속적으로 의무에 의하여 요구되는 것과 합치되지 않는 상태로 있는 동안 당해 국가는 계속 문제된 의무의 구속을 받는 것을 전제로 하고 있다. 예컨대 *Trail Smelter* 중재사건(UNRIIAA, vol. III, p.1905(1938, 1941)에서 문제된 공기오염에 의한 越境被害의 예방의무에 대한 위반은 공해물질이 방출되는 한 계속되는 것이었다. 그러한 경우 역지의 실패는 당해 위반을 점진적으로 악화시킬 수도 있다. 문제의 의무가 당초 그러한 사건이 발생하는 것을 방지하는 것만을 내용으로 하는 경우라면 (사건의 계속을 방지할 의무를 부담하는 경우와 달리), 지속적인 위법행위는 존재하지 않을 것이다. 문제의 의무가 종료되었다면 계속되는 여하한 행위도 그 때로부터 더 이상 위법하지 않게 된다. 이러한 두 개의 조건은 제3항의 “국제의무와 합치되지 않는 상태가 지속되는”이라는 표현에 포함되는 것으로 의도되었다.

제15조 複合的 行爲에 의한 위반

1. 총체적으로 不法으로 정의되는 일련의 作爲 또는 不作爲를 통한 국가의 국제의무 위반은 다른 作爲 또는 不作爲와 함께 위법행위를 구성하기에 충분한 作爲 또는

不作為가 발생하였을 때 성립한다.

2. 이와 같은 경우 위반은 일련의 作為 또는 不作為가 처음 발생한 시기부터 그러한 作為 또는 不作為가 반복되고 국제의무에 합치되지 않는 상태로 남아 있는 전 기간동안 계속된다.

주석

(1) 제15조는 제14조가 완료된 행위와 계속적 행위의 구별을 통해서 정립시킨 기본 틀 내에서 복합적 위법행위의 개념을 다루고 있다. 복합행위는 위법행위를 구성하는 일련의 행위 중 최초의 作為 또는 不作為로부터 지속적 위법행위를 발생시킨다.

(2) 제15조에 규정된 복합행위는 개별행위가 아닌 행위의 집합과 관련된 의무위반에 한정된다. 다시 말하면 복합행위는 전체로서 위법한 것으로서 정의되는 일련의 作為 또는 不作為이다. 제노사이드, 인종분리(apartheid), 인도에 반하는 죄 등 국제법상 가장 중대한 몇몇 위법행위는 복합적 성격을 지니고 있다. 국제법상 이러한 종류의 의무는 중요성 때문에 제15조에서 특별히 다루어지고 있다.

(3) 1948년 협약 및 그 이후의 문서들에서 동일한 용어로 표현되고 있는 제노사이드 금지는 특수한 성격에도 불구하고 “복합적” 의무의 실례로서 들 수 있다. 이것은 국가를 포함하여 책임 있는 단체가 조직적인 정책 또는 실행을 채택할 것을 전제한다. 협약 제2조 제1항에 따르면, 제노사이드의 일차적 실례는 전체든 부분이든 단체를 파괴할 의도로 “국민적, 민족적, 인종적, 종교적 단체의 구성원들을 살해하는 것”이다. 이러한 정의는 계획적인 요소를 포함하고 있다. 제노사이드는 특정 의도를 가지고 수행되어야 하며, 물리적으로 특정 집단을 제거하려는 목적을 지니고 있어야 한다. 제2조의 정의를 충족시키는 이러한 고의로 행한 상해 및 살해행위가 누적되어야만 제노사이드가 성립하는 것이다. 일단 이 단계에 도달하면 행위시점은 해당 행위가 저질러진 모든 기간으로 확산되며, 그러한 의도를 갖고 행동한 모든 개인은 제노사이드를 범한 것이 된다.

(4) 복합의무는 “복합적” 행위에 의하여 위반된 단순의무와는 구별될 필요가 있다. 복합행위는 계속적 위반을 발생시킬 가능성이 많겠지만, 단순행위도 계속적 위반을 유발할 수 있다. 그러나 의무 자체가 누적적 성격의 행위로서 정의되는 경우, 즉 누적적 행위가 위법행위의 핵심에 해당하는 경우에는 사정이 다르다. 따라서 인종차별정책은 개별적인 인종차별행위와는 종류가 다르며, 제노사이드는 민족적 또는 인종적 동기에 근거한 개별 살인행위와도 종류가 다르다.

(5) *Ireland v. United Kingdom* 사건에서 아일랜드는 북아일랜드에서 구금된 자들에 대한 고문 또는 비인도적이거나 굴욕적인 대우에 해당하는 불법적 처우가 이루어지고 있다고 주장하였다. 이로부터 여러 절차 및 구제수단에 관한 결과가 파생되었다. 특히 관행의 일부라고 지적된 각 사건에 대하여는 國內救濟完了의 原則이 적용도리 필요가 없었다. 그러나 유럽인권재판소는 조직적 성격의 위법행위가 있었다고는 인정하지 않았다. 아일랜드에 단지 협약 제7조에 위반된 일련의 행위로 구성

된 관행에 대한 이의를 제기하고, 그 중지를 요구할 수 있을 뿐이라고 보았다.

“협약과 합치되지 않는 관행은 단순한 개별적이거나 예외적인 사건이 아니고 하나의 유형이나 체계를 구성할 수 있을 정도로 많은 상호연관된 동일 또는 유사한 의무위반이 누적됨으로서 성립된다. 관행은 그 자체로 그러한 의무위반과는 별도의 위반을 구성하지는 않는다. ... 관행은 국내구제완료의 원칙을 적용하기 위하여 특히 중요한 개념이다. 협약 제26조에 규정되어 있는 것처럼 이 원칙은 개인의 경우와 마찬가지로 국가에게도 적용된다.... 한편 提訴國이 위원회나 법원에 그러한 관행의 증거로서 그러한 개별 사례에 대한 결정을 내려줄 것을 요청하는 것이 아니라 그러한 관행의 계속이나 재발을 방지하기 위하여 그러한 관행을 문제삼은 경우 원칙적으로 이 원칙이 적용되지 않는다.”(E.C.H.R., Series A, No. 25(1978), p.64, para.159).

인도에 반하는 범죄인 경우, 복합행위는 여러 가지 인권에 대하여 발생하는 개개의 위반과는 별도의 독립적인 위반을 구성한다.

(6) 위법행위의 필요적 요건과 위반행위의 입증을 위하여 필요한 요건은 구별되어야 한다. 예를 들어 국가가 행한 개개의 인종차별행위는 국제법상 위법한 것이나, 이들 행위 각각이 정당화될 수 없는 것이었음을 입증하기 위하여 국가 관리에 의한 일련의 행위의 증거를 제출할 필요가 있을 수 있다. 본질적으로 그러한 차별행위는 복합행위가 아니지만, 이를 입증하기 위하여 그러한 행위들이 관행을 형성하고 있음을 보여주는 증거를 제출할 필요가 있을 수 있다는 것이다.

(7) 복합행위의 특성은 그 행위가 완료되는 시점이 일련의 행위들 가운데 최초의 作爲 또는 不作爲가 발생한 시점이 될 수 없다는 점에 있다. 일련의 作爲 또는 不作爲들이 발생한 이후에야 비로소 전체로서 위법성을 띠는 복합행위가 드러나게 되는 것이다.

(8) 제15조 제1항은 복합행위가 “발생한(occurs)” 시점을 다른 作爲 또는 不作爲들과 함께 수행된 것으로서, 일련의 행위들 가운데 반드시 최종적 행위일 필요까지는 없지만, 위법행위를 구성하기에 충분한 마지막 作爲 또는 不作爲가 발생하는 시점으로 정의하고 있다. 완료된 위법행위 또는 지속적 위법행위에 대하여 국제법상의 위반이 성립하는 시점을 결정하는데 있어서도 위 정의가 유사하게 적용된다. 이 문제는 정확한 사실관계와 1차적 의무의 내용에 달려있다. 또한 의무위반이 성립하기 위하여 필요한 作爲 또는 不作爲의 횟수 역시 1차적 법원칙의 규정방식 및 목적에 의해 결정된다. 作爲 또는 不作爲는 일련의 것이어야 하지만, 이 규정은 복합적 위법행위를 구성하기 위해서는 위반을 구성할 만큼 충분히 反復적으로 행위가 발생한다면 모든 위법행위가 복합적 위법행위의 범주에 속하여야 함을 요구하고 있지는 않다. 위반을 구성하기에 충분한 행위가 발생하는 시점에서는 후속적 행위가 반복적으로 이어질지, 일련의 행위가 끝난 것인지가 분명하지가 않다. 더욱이 일련의 作爲 또는 不作爲들이 중단되어서 완성되지 못했다고 하더라도, 그러한 행동들이 하나로 모여 위반을 구성하기에 충분하다면 이러한 作爲 또는 不作爲를 복합적 위법

행위로 분류할 수 있을 것이다.

(9) 복합행위는 전체로서 不法으로 정의되는 일련의 作爲 또는 不作爲로 구성되는 것이지만, 개별 행동 각각이 다른 의무에 위반되는 위법한 것이 될 가능성이 배제되는 것은 아니다. 가령 제노사이드라는 위법행위는 통상 개별적으로도 국제법상 위법한 일련의 행위들로 구성되어 있다. 이는 행위발생의 지적 요소에 영향을 미치지 않으며, 일련의 作爲 또는 不作爲는 동시에 발생할 수도 있고, 각기 다른 시간에 발생할 수도 있다.

(10) 제15조 제2항은 복합행위의 시간적 연장문제를 다루고 있다. 일단 作爲 또는 不作爲가 충분히 反復的으로 수행되어 복합행위로서 결과를 발생시키면, 그 위반시점은 일련의 행위들 가운데 최초의 행위시점이 된다. 최초의 作爲 또는 不作爲는 일련의 행위 중 위법성을 획득할 정도로 충분히 행위가 행하여지기 전까지는 그 지위가 불확정적이거나, 그 시점으로부터 행위는 최초의 作爲 또는 不作爲가 발생하던 시점으로부터 전 기간에 걸쳐 발생했던 것으로 간주되는 것이다. 만약 그렇게 보지 않는다면 금지의 실효성은 손상될 것이다.

(11) 제2항의 “remain”이라는 용어는 제13조에 규정된 時際法原則을 다루기 위해서 삽입되었다. 이 원칙에 따르면, 국가는 의무위반을 구성하는 일련의 행위들이 수행되는 전 기간에 걸쳐 국제의무에 구속되어야 한다. 관련 의무가 행위의 시초에는 존재하지 않았으나 행위 이후에 효력을 발생하게 된 경우, 의무가 성립된 이후 최초의 作爲 또는 不作爲가 일련의 행위들 중 “최초의” 作爲 또는 不作爲가 될 것이다. 이는 법원이 다른 목적을 위하여 그보다 먼저 발생한 作爲 또는 不作爲를 고려할 수 있는 가능성을 배제하는 것은 아니다.

제4장

타국의 행동과 관련된 국가의 책임

(1) 제1장에서 규정된 기본적 원칙에 따라, 각국은 스스로의 國際違法行爲에 대하여 책임을 진다. 즉 제2장에 따라 자신에게 귀속되는 행위에 있어서 제3장에 따라 당해 국가의 국제의무 위반이 있을 때에 책임을 진다. 國家責任은 해당국가에 대하여 특정적이라는 원칙은 본 초안 전반의 기초를 이룬다. 이를 個別責任의 원칙이라고 칭할 수 있다. 각국은 그 나름의 국제의무를 부담하며, 이에 관련되는 책임이 부과되기 때문이다.

(2) 그러나 國際違法行爲는 한 국가의 행위가 아닌 몇몇 국가의 공동행위에 기인하는 경우도 종종 있다.(M. L. Padelletti, *Pluralita di Stati nel Fatto Illecito Internazionale* (Milan, Giuffre, 1990); I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility (Part I)* (Oxford, Clarendon Press, 1983), pp. 189-192; J. Quigley, *Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility*, B.Y.I.L., vol. 57 (1986), p. 77; J. E. Noyes & B. D. Smith, *State*

Responsibility and the Principle of Joint and Several Liability, *Yale Journal of International Law*, vol. 13 (1988), p. 225; B. Graefrath, Complicity in the Law of International Responsibility, *Revue belge de droit International*, vol. 29 (1996), p. 370 참조). 여기에는 國際違法行爲를 함에 있어서 각각이 자신의 역할을 수행하는 복수의 국가들에 의한 독립된 행위도 포함될 수 있다. 또는 다수의 국가들이 위법행위를 함에 있어서 공통된 기관을 통하여 행하는 경우도 있을 수 있다. 몇몇의 경우에는 당해 행위가 국제기구의 기관에 의하여 수행되는 경우도 있다. 이러한 경우는 본 草案의 범위를 벗어나는 국제기구의 國際責任이 문제된다. 한 국가가 國際違法行爲를 행하는 다른 국가를 위하여 행동하는 경우에도 國際違法行爲가 발생할 수 있다.

(3) 같은 사안에서 다양한 형태의 공동행위가 공존할 수 있다. 예를 들면, 오스트레일리아, 뉴질랜드, 그리고 영국이라는 3국이 나우루의 신탁통치 施政當局을 구성하였다. *Certain Phosphate Lands in Nauru* 사건에서 세 국가를 대신하여 실시된 행동과 관련하여 오스트리아만을 상대로 소송이 개시되었다. (*Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 240, at p. 258, para. 47; Judge Shahabuddeen의 개별의견 참조, *ibid.*, p. 284.) 오스트레일리아의 행동은 복수 국가의 공동행위와 함께 자신은 물론 다른 국가를 대신하여 실시한 일상적인 신탁통치지역 시정활동도 포함되어 있었다. 반면에 제6조에 규정된 바와 같이 행위국의 해당기관이 요청국가의 통제하에 놓여져 있었다면 요청국만이 당해 행위에 대한 책임을 진다.

(4) 경우에 따라 國家行爲의 違法성이 다른 국가의 별도의 행동에 의하여 좌우될 수도 있다. 국가는 타국이 관여한 상황에 개입할 수 있고, 타국의 행위가 국가행위의 국제의무위반 여부를 판단함에 있어서 관련이 있거나 혹은 결정적일 수도 있다. 예를 들면 *Soering* 사건에서 유럽인권재판소는 유럽인권협약의 당사국이 비인도적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 받을 가능성이 있는 협약 비당사국에게 신병을 인도한 경우 이는 유럽협약 제3조의 위반을 구성한다고 판단하였다. (*Soering v. United Kingdom*, *E.C.H.R., Series A, No.161 (1989)*, at pp. 33-36, paras. 85-91. See also *Cruz Varas v. Sweden*, *E.C.H.R., Series A, No.201 (1991)*, at p. 28, paras. 69-70; *Vilvarajah v. United Kingdom*, *E.C.H.R., Series A, No.215 (1991)*, at p. 37, paras. 115-116) 국가는 다른 국가의 특정한 행위를 사전에 예방하거나 적어도 그러한 행위로부터 발생할 위험을 예방해야 할 자신의 國際義務를 준수해야 한다. 따라서 코르푸 해협 사건(*Corfu Channel, Merits*, *I.C.J. Reports 1949*, p. 4, at p. 22)에서 알바니아의 책임을 인정한 근거는 어뢰를 알바니아의 수역에 묻은 행위를 제3국이 하였을지라도 알바니아 자신이 그러한 어뢰가 존재한다는 사실을 영국에 통보하지 않았다는 점에 있었다. 이런 경우 알바니아의 책임은 스스로의 행위로부터 기인된 것이지, 제3국의 행위의 위법성에서 파생된 것은 아니다.

(5) 대부분의 국가의 공동행위의 경우 위법행위에 대한 책임은 (1)항에서 언급한 것처럼 個別責任의 原則에 따라 결정될 것이다. 그러나 한 국가의 기관의 행위이고 타국의 기관이나 요원의 행위가 아님에도 불구하고 타국에게 책임이 부과되는 경우도 있다. 행위의 위법성이 前者 國家의 국제의무위반에 기한 것인 경우에도 그런 예가 있을 수 있다. 제1부 제 4장은 한 국가가 타국의 國際違法行爲에 대하여 책임을 져야 하는 예외적인 경우를 다루고 있다.

(6) 제4장은 세 가지 상황을 상정하고 있다. 제16조는 한 국가가 타국의 國際違法行爲를 원조 또는 지원하는 경우를 규정하고 있다. 제17조는 한 국가에 의해 범해진 國際違法行爲가 그것이 타국의 지시 또는 통제에 종속된 활동분야에서 이루어졌기 때문에, 타국의 국제책임을 발생시키는 경우를 규정하고 있다. 제18조는 한 국가에 의해 범해진 國際違法行爲가 그것이 범해지도록 타국에 의해 가해진 강제 의 결과로서 이루어진 경우 (한 국가가 강제되었다면 그 국가의 행위는 불가항력 (*force majeure*)을 근거로 하여 위법성이 조각될 것이다: 제23조와 그 주석 참조) 이는 그 타국의 국제책임을 발생시킨다는 예외적인 경우에 대하여 규정하고 있다. 세 가지 경우 모두 당해 행위는 행위국의 기관이나 요원에 의해서 자발적으로 또는 비자발적으로 행하여지고, 강제의 경우를 제외하면 행위국의 국제의무 위반이 된다. 行爲國 이외의 他國의 위반사실은 행위국의 국제의무위반에 대한 자발적 지원, 지시, 통제 또는 강제하였다는 점에서 발생된다. 그러나 이 세 가지 경우에는 중요한 차이가 있다. 제 16조가 상정하는 경우는 행위국이 주된 책임국이고, 원조국은 단지 보조적 역할을 하는 데에 그친다. 제17조가 상정하는 경우도 유사하다. 타국의 지시와 통제하에 있었다라도 國際違法行爲를 한 주체는 행위국이다. 반대로 제18조가 상정하는 경우는 강제한 국가가 주된 행위자이고, 강제를 당한 국가는 단순한 도구이다.

(7) 이 장의 특징은 특정한 행위를 國際違法行爲로 상술함에 있다. 이는 국가의 제1차적 혹은 실체적 국제의무와 제2차적 책임 의무를 규정한 조문 사이에 유지되는 차이를 희석시킬 수 있다. 이 점은 제4장에 규정된 책임이 파생적이라는 근거에서 정당화된다. (파생적 책임이라는 용어는 *British Claims in the Spanish Zone of Morocco* 사건에서 Huber에 의하여 사용되었다. *UNRIIAA*, vol. II, p. 615 (1924), p. 648) 국내법 체계에서는 예를 들어, 공모, 공범, 계약의무 위반의 유도 등을 취급하는 머원칙은 의무에 관한 법의 총론부분에 포함되는 것으로 분류된다. 더욱이 타국의 행위에 한 국가가 연루되어 있다는 개념은 제2장에서 다루는 귀속의 문제와 유사성을 갖는다.

(8) 반면에 제4장에 규정된 상황은 특별한 성격을 가지고 있다. 개별책임 원칙의 예외가 되는 특수한 상황만을 규율하고 있다. 한 국가가 타국의 國際違法行爲에 대하여 책임을 지는 예외적인 경우를 규율함에 있어서도 국제체제의 특징을 염두에 둘 필요가 있다. 첫째 한 국가의 행위가 국제의무의 위반이 되더라도 동일한 행위를 타국이 하였을 때에는 그러한 의무위반이 아닐 수 있는 가능성이 있다. 파생

적 책임에 관한 법원칙이 조약법 협약 제34조에 천명되어 있는 제3국에 대하여 그 의 동의 없이는 의무 또는 권리를 창설할 수 없다는 원칙을 훼손시킬 수는 없다. 유사한 문제는 일방적 의무에 대하여나, 심지어 경우에 따라서는 국제법의 일반원칙과 관련하여서도 제기될 수 있다. 그러므로 국가가 스스로 하였다면 國際違法行爲가 되지 않았을 행위에 대하여 이 장에 따라 책임을 부담하게 된다면, 이는 그 국가가 타국을 강제한 극단적인 경우에만 해당된다. 둘째 국가는 다수의 조직과 기관을 통하여 다양한 활동에 종사한다. 예를 들면 타국에 대하여 재정적 혹은 다른 원조를 제공한 국가는 타국이 그러한 원조를 국제법적으로 불법적인 목적으로 전용할 위험부담을 감수해야 하는 것은 아니다. 그러므로 지원, 지시 또는 강제하는 국가와 國際違法行爲를 하는 국가 사이에 밀접한 연관이 있음을 입증해야 할 필요가 있다. 이처럼 이 장의 조문들은 지원, 지시 또는 강제하는 국가가 당해 國際違法行爲의 상황을 인식해야 하고, 그러한 지원, 지시 또는 강제 행위와 國際違法行爲 사이에 구체적인 인과관계가 있음을 확신해야 한다고 규정하고 있다. 그렇다고 국가의 국제책임에 있어서 고의라는 일반적 요건에는 영향을 미치지 않고, 조문들도 이에 대해서는 중립적이다.

(9) 파생 책임(derived responsibility)의 특정한 상황은 제4장에서 제외된다. 이러한 상황들 중의 하나가 교사이다. 구체적인 지원, 지시, 통제 없이 위법행위의 교사만으로는 일반적으로 그 국가에게 국제책임을 부과하기에 충분하다고 볼 수 없다. (the statement of the United States-French Commissioners relating to the *French Indemnity of 1831*, in Moore, *International arbitrations*, vol. V, p. 4399, at pp. 4473-4476 참조. *Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits*, *I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at p. 129, para. 225, and the dissenting opinion of Judge Schwebel, *ibid.*, p. 379, para. 259.) 그러나 특정한 상황하에서 교사를 금지하는 구체적인 조약 의무도 있을 수 있다. (Cf., e.g., art. III (c) of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, p. 277; art. 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, vol. 660, p. 195) 한편 몇몇 국내법 체제상의 事後從犯(an accessory after the fact)이라는 문제도 있다. 타국이 저지른 國際違法行爲를 진압하는 데에 협력해야 하는 국가의 일반적인 의무는 존재하지 않는다. 구체적으로 조약에서 그러한 의무를 규정할 수는 있다. 그러나 여기에서 두가지 중요한 점이 있다. 첫째 상황에 따라서는 한 국가가 國際違法行爲를 이미 저지른 타국에게 원조한 행위는 그러한 행위를 채택한 것과 마찬가지로 볼 수 있다. 이 경우에 그러한 행위에 따른 국제책임이 제11조에 따라 발생할 수 있다. 둘째, 일반 국제법상의 強行規範 義務를 심각하게 위반한 경우 불법적 상황을 종료시킬 특별 협력 의무가 발생한다. 그런 경우 국가는 의무로부터의 어떠한 이탈도 허용되지 않으며, 의무의 심각한 위반에 직면하는 경우 일정한 협력의무가 발생한다는데 합의

한 것으로 보아야 한다. 아 문제는 제41조에서 다루어 진다.

제16조 國際違法行爲를 범하는데 대한 원조 또는 지원

타국이 國際違法行爲를 범하는데 원조 또는 지원한 국가는 다음의 경우 그에 대한 국제책임을 진다.

- (a) 당해 국가는 國際違法行爲의 사정을 알고 하였을 것.
- (b) 당해 국가가 범하였어도 그 행위는 국제법상 위법할 것.

(1) 제16조는 타국에 의한 國際違法行爲가 용이하도록 한 국가가 타국을 원조하거나 지원하는 상황에 대하여 규정하고 있다. 예를 들면 고의로 중요한 설비나 활동에 자금을 공급함으로써 한 국가가 타국의 국제의무 위반행위를 자발적으로 원조하거나 지원하는 경우 그러한 상황이 발생한다. 다른 예로서는 국제수로(international waterway)의 폐쇄수단을 제공하거나, 외국 영토에서 사람을 掠取하는 것을 용이하게 하거나, 혹은 제3국 국민이 소유인 재산을 파괴하는 것을 지원하는 경우가 있다. 각 사례에 있어서 1차적으로 책임을 질 국가는 행위국이고, 지원한 국가는 다만 지지하는 역할을 하였을 뿐이다. 그러므로 제16조의 “타국에 의해”라는 표현에서 알 수 있듯이 원조 또는 지원하는 경우와 共同正犯 또는 공동참가자의 경우와는 차이가 있다. 제16조에 따르면 支援國의 원조 혹은 지원과 行爲國의 책임을 혼동하여서는 안된다. 그러한 경우 지원한 국가는 자신의 행위가 國際違法行爲의 원인이 되었거나 또는 기여한 정도에 한해서만 책임을 진다. 이처럼 國際違法行爲가 일어난 경우에 원조한 국가의 책임은 행위 자체에 대한 배상범위를 초과하지 않을 것이다.

(2) 한 국가가 타국에 의해 범해지는 國際違法行爲를 지원하는 것을 금지하고, 더 나아가 그러한 위법행위를 사전에 예방하거나 사후에 진압할 것을 요구하는 여러 가지 실체적인 규범이 존재한다. (See e.g., G.A.Res. 2625 (XXV) of 24 October 1970, first principle, para. 9; G.A.Res.3314 (XXIX), annex, para. 3 (f)) 그러한 규정들은 파생적 책임의 일반원칙에 의존하는 것이 아니지만, 또한 그러한 원칙의 존재를 부인하지도 않는다. 이러한 규정들로부터 어떠한 일반적인 원칙도 존재하지 않는다고 추론하는 것은 옳지 못하다. 국제연합 헌장 제2조 5항과 같은 조약 규정에는 제16조의 범위와 목적 이상의 구체적인 근거가 있다.

(3) 제16조는 세가지 면에서 원조 혹은 지원에 따른 책임의 범위를 제한하고 있다. 첫째, 원조 혹은 지원을 제공한 관련 국가의 조직이나 기관은 원조를 받은 국가의 행위가 國際違法行爲를 구성한다는 사정을 알고 있어야 한다. 둘째, 원조 또는 지원은 그러한 위법행위를 범하는 것을 용이하게 할 목적으로 제공되어야 하며, 실제로 그렇게 되어야 한다. 셋째, 완료된 행위는 지원국이 했더라도 違法한 行爲여야 한다.

(4) 지원국이 지원받는 국가의 행위가 위법하다는 사정을 알아야 한다는 요건은

“국제법상 위법하다는 사정을 알 것”이라는 문구에서 표시된다. 실질적 혹은 재정적 원조 혹은 지원을 다른 국가에게 제공한 국가는 통상적으로는 그의 지원 혹은 원조가 國際違法行爲를 범하는 데 사용될 수 있으리라는 위험을 감수하지는 않는다. 원조하거나 지원한 국가가 자신의 원조 혹은 지원이 다른 국가에 의해서 사용되려는 상황을 알지 못하면 그 국가는 국제책임을 부담하지 않는다.

(5) 두 번째 요건은 원조 또는 지원은 그러한 위법행위를 범하는 것을 용이하게 할 목적으로 제공되어야 하고, 실제로 그렇게 되어야 한다는 점이다. 이는 제16조의 적용을 당해 원조 혹은 지원을 이후의 위법행위와 분명히 연관이 있는 경우들로 제한한다. 국가는 관련 국가기관이 당해 원조 혹은 지원에 의해 위법행위의 발생을 용이하게 하고자 하는 의도를 갖지 않았거나, 원조 혹은 지원받은 국가가 실제로 國際違法行爲를 범하지 않았다면, 제16조에 따라 타국이 國際違法行爲를 범하는 데 대한 원조 또는 지원을 한 책임을 부담하지 않는다. 그 원조 혹은 지원이 國際違法行爲를 범하는데 필수불가결한 것일 필요까지는 없으며, 그러한 위법행위에 상당한 정도 기여하는 것으로 족하다.

(6) 세 번째 요건은 제16조를 원조하거나 지원한 국가 자신도 구속되는 국제의무를 위반함에 대하여 원조하거나 지원한 경우에 한정하여 적용시킨다. 스스로가 할 수 없는 국제의무위반을 타국을 통하여 할 수는 없다. 반면에 국가는 타국이 제3국에 대하여 부담하는 의무에 의해 구속되지 않는다. 이러한 기본적인 원칙은 비엔나 조약법 협약 제34조와 제35조에도 나타나 있다. 마찬가지로 국가는 타국이 제3국에 대하여 부담하는 의무에 위반되는 방식으로 스스로를 위해 행동할 자유가 있다. 그러한 경우 책임은 원조를 제공받은 국가가 피해국에 대하여 지는 문제로 된다. 따라서 문제의 행위가 원조한 국가에게 귀속되려면, 이는 스스로의 국제의무 위반에 해당하여야 한다는 것이 원조국의 책임발생의 필수요건이다.

(7) 國家慣行도 지원국도 타국에 대하여 위반된 의무를 준수해야 할 의무가 있어야 하는 경우 원조 혹은 지원의 제공을 통하여 타국이 國際違法行爲를 범하는데 의도적으로 관여한 국가에게 국제책임을 부과하고 있는 것을 지지하고 있다. 예를 들면 1984년 이란은 영국이 이라크에게 재정적 그리고 군사적 원조를 제공한 것에 항의하였다. 이란의 주장에 따르면 그 원조는 이라크에 의한 침략행위를 촉진하려는 의도에서 이루어졌고 실제 이란 군대에 대한 공격에서 사용된 화학무기도 영국의 원조 속에 포함되어 있었다고 한다.(*New York Times*, 6 March 1984, p. A1, col.1) 영국정부는 화학무기를 보유하고 있다는 점과 화학무기를 이라크에게 공급하였다는 이라크의 두가지 주장을 모두 부인하였다.(*New York Times*, 5 March 1984, p. A3, col.1) 1998년에는 수단이 자국 시설물을 이라크 기술자가 사용하는 것을 허락하여 이라크가 화학무기(신경가스 등)를 제조하는 행위를 원조하였다는 유사한 내용의 주장이 제기되었다. 그러한 주장은 UN 주재 이라크 대표에 의해 부인되었다. (*New York Times*, 26 March 1998, p. A8, col.1)

(8) 제3국에 대한 무력공격을 하도록 타국에게 자국 영토의 사용을 허가하면 무

력사용 금지의무를 위반하게 된다. 미국의 레바논 개입과 관련하여 미군 항공기가 자국 영토 안에 있는 공항을 사용하는 것을 허락함으로써 독일도 무력공격에 가담하였다는 주장에 대하여 독일 정부가 하였던 발언이 있다. 독일 정부는 미국과 영국이 근동지역에서 취한 조치가 개입에 해당함을 부정하였으나, 타국의 불법무력사용을 지원하기 위하여 자국의 영토를 사용하게 하는 행위 자체는 國際違法行爲임을 인정하고 있는듯 하였다.(For the text of the note see *Z.a. o.R.V.*, vol. 20 (1960), pp. 663-664) 또 다른 예로서 1986년 4월의 Tripoli 폭격사건이 있다. 리비아의 목표물을 공격하려는 미국 전투기들이 착륙하도록 영국이 자국의 항공기지를 사용하는 것을 허락하였다는 사실을 근거로 리비아는 그 사건에 대한 영국의 책임을 추궁하고자 하였다.(United States of America, *Department of State Bulletin*, No. 2111, June 1986, p. 8.) 리비아는 영국이 공습을 지원하고 이에 직접 기여하였다는 점에서 부분적으로 책임이 있다고 주장하였다.(the statement of Ambassador Hamed Houdeiry, Libyan Peoples Bureau, Paris, *The Times*, 16 April 1986, p. 6, col. 7.) 영국은 미국 목표물을 공격하였던 리비아 테러리스트에 대한 미국의 자위행동이므로 적법하다는 점을 근거로 하여 국제책임을 부인하였다. (Statement of Mrs. Margaret Thatcher, Prime Minister, *House of Commons Debates*, 6th series, vol. 95, col. 737 (15 April 1986), reprinted in *B.Y.I.L.*, vol. 57 (1986), p. 638.) 미국의 리비아 공격건에 대한 안전보장이사회 결의는 거부권 행사로 부결되었다. 그러나 유엔 총회는 미국의 군사적 공격이 국제연합 헌장 그리고 국제법을 위반한 행위라고 비난하는 결의를 채택하고, 리비아에 대한 침략행위를 수행하는 데에 있어서 어떠한 원조나 편의도 더 이상 제공하지 말라고 요청하였다.(G.A. Res. 41/38 of 20 November 1986, paras. 1, 3)

(9) 타국이 國際違法行爲를 범하는 것을 용이하게 하기 위하여 원조 혹은 지원을 제공하지 말아야 할 의무는 무력사용금지 의무에 제한되지 않는다. 예를 들면 한 국가가 국제연합 안전보장이사회에 의해 타국에게 부과된 제재를 빠져나가도록 도와주거나(Report by President Clinton, *A.J.I.L.*, vol. 91 (1997), p. 709) 혹은 인권침해행위에 원조를 사용하는 국가에게 물질적인 지원을 하였다면 국제책임을 지게 될 수도 있다. 이러한 점에서 유엔 총회는 여러 차례 심각한 인권침해행위를 하고 있다고 보여지는 국가들에게 무기와 다른 군사적 원조를 삼갈 것을 회원국에게 요청하였다.(*Report of the Economic and Social Council, Report of the Third Committee of the General Assembly*, draft resolution XVII, 14 December 1982, A/37/745, p. 50) 한 국가의 원조가 타국에 의해 자행되는 인권침해를 촉진하였다는 주장이 있을 때에는 지원국이 자신의 지원으로 타국의 國際違法行爲가 용이해질 것임을 알고, 그러한 의도로 하였는가를 판단하기 위해 각 사안의 구체적인 상황을 신중하게 살펴보아야 한다.

(10) 제16조에 따르면 원조국은 타국이 양국 모두가 구속되는 국제의무를 위반하는 것을 의도적으로 도와주는 스스로의 행위에 대하여 책임을 진다. 원조받은 국가

의 행동 자체에 대하여 책임을 지는 것이 아니다. 경우에 따라서 차이가 없이 구별되지만 하기도 한다. 즉 원조국의 원조가 없었다면 일어나지 않았을 위법행위로 인하여 원조가 필요요건인 경우, 발생한 피해는 행위국과 원조국에게 동시에 귀속될 수도 있다.(복수 국가의 동시책임문제에 대해서는 제47조와 주석 참조) 그러나 그 차이가 매우 큰 경우도 있다. 원조는 주된 행위의 수행에 있어 단지 부수적인 요소일 수도 있고, 피해발생에 별로 기여하지 않았을 수도 있다. 타국의 國際違法行爲를 원조한 국가는 행위의 모든 결과에 대하여 피해자에게 배상할 책임이 있는 것은 아니고, 오직 스스로의 행위로 인한 피해부분을 배상하면 족하다. 이는 제2장에 언급된 원칙이기도 하다.

(11) 제16조는 원조받거나 지원받은 국가가 불출석하거나 동의하지 않은 경우 원조 또는 지원한 국가의 책임을 묻기 위한 재판절차의 수리가능성에 대하여 언급하지 않고 있다. 국제재판소는 제3국이 불출석하거나 동의하지 않은 경우 제3국의 행위의 적법성이 선결문제인 피청구국의 국제책임에 대하여는 판단할 수 없다고 되풀이하여 확인하였다.(*East Timor (Portugal v. Australia)*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 90, at p. 105, para. 35.) 이를 가리켜 이른바 *Monetary Gold* principle이라고 한다. (*Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, *I.C.J. Reports 1954*, p. 19, at p. 32; *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 240, at p. 261, para. 55) 이 원칙은 제16조가 적용되는 사안에도 그대로 적용된다. 원조나 지원을 받은 국가가 國際違法行爲를 범하였다는 것이 원조 혹은 지원한 국가의 책임이 인정되는 핵심부분이기 때문이다. 당해 원조나 지원의 위법성은 특히 행위국의 행위의 위법성에 달리게 된다. 이는 원조 혹은 지원한 국가의 국제책임을 물음에 있어 현실적인 어려움을 부여하기는 하지만, 그렇다고 하여 제16조의 목적이 손상되는 것은 아니다. *Monetary Gold* 원칙은 국제재판청구의 수리가능성의 문제이지, 국제책임을 실제적 내용 자체의 문제는 아니다. 게다가 그 원칙은 모든 경우를 망라하지 않기 때문에 모든 재판절차에 대하여 장벽으로 작용하는 것도 아니다. 좌우간 타국에 대해 제공된 위법한 원조는 종종 외교적 항의를 불러 일으킨다. 관할권을 가진 국제재판소가 존재하지 않거나 당해 국가가 불출석 하는 경우라도, 국가는 타국의 위법행위에 대한 공모를 주장할 권리가 있다.

제17조 國際違法行爲를 범하는데 대하여 행사한 지시 및 통제

타국이 國際違法行爲를 행하도록 타국을 지시하고 통제한 국가는 다음의 경우 그 행위에 대한 국제책임을 진다.

- (a) 당해 국가는 國際違法行爲의 사정을 알고 하였을 것.
- (b) 당해 국가가 범하였어도 그 행위는 국제법상 위법할 것.

주석

(1) 제17조는 타국이 國際違法行爲를 범하는 데에 대한 지시나 통제라는 과생적 책임의 두번째 경우를 취급하고 있다. 제16조에 따르면 國際違法行爲를 목적으로 원조 혹은 지원을 제공한 국가는 그 원조 혹은 지원한 범위내에서 국제책임을 진다. 반면 國際違法行爲를 지시하고 통제한 국가는 행위 전반에 대하여 통제하고 지시하였기 때문에 행위 자체에 대하여 책임을 진다.

(2) 타국의 國際違法行爲에 대한 지시와 통제로부터 발생한 국제책임을 예는 지금은 대체로 과거 역사의 일이 되었다. 종속관계 또는 보호관계와 같은 국제종속관계에서는 형식적으로는 종속국가에게 귀속되는 국제책임을 지배국가에게 부여하고 있다. 예를 들면 모로코에서의 미국인 권리 사건 (*Rights of Nationals of the United States in Morocco*, *I.C.J. Reports 1952*, p. 176)에서 프랑스는 프랑스의 피보호국인 모로코에서의 미국국민의 권리에 관한 분쟁에 대하여 선택조항(Optional Clause)에 근거하여 소를 제기하였다. 미국은 재판 결과가 당해 재판의 당사국이 아닌 모로코에 대해서는 구속력을 가지는 것으로 볼 수 없다며 이의를 제기하였다. 프랑스는 그 자신의 이름으로 그리고 모로코의 보호국으로서 소송을 수행하고 있으며, 국제사법재판소의 판결은 프랑스와 모로코 양국에 대하여 구속력을 가진다고 주장하였다. (*I.C.J. Pleadings, Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, vol. I, p. 235; *ibid*, vol. II, pp. 431-433; the United States thereupon withdrew its preliminary objection: *ibid.*, p. 434) 사건은 이에 기초하여 진행되었다. (*Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, *I.C.J. Reports 1952*, p. 176, at p. 179) 국제사법재판소는 청구와 미국의 반소에 의해 쟁점이 되었던 모로코의 행위에 대한 프랑스의 책임의 문제를 다루었다.

(3) 1945년 이후 국제 관계의 발달 특히 탈식민화 과정으로 舊 從屬關係는 종식되었다. 그러한 연관관계는 대표국측에서는 지시나 통제에 대한 어떠한 법적 권리도 인정되지 않는다. 대표되는 단체는 외교 연락이 제3국을 통하여 전하여지더라도 스스로의 국제의무위반에 대한 책임을 진다. 대표국은 외교채널이 된다는 이유만으로 그 내용에 대한 어떠한 책임도 감수하게 되는 것은 아니다. 이 점은 *British Claims in the Spanish Zone of Morocco* 중재판정과 모순되지 않는다. 이에 따르면 보호국의 국제책임을 보호국만이 국제관계에서 피보호국을 대표한다는 사실로부터 나오고(*British Claims in the Spanish Zone of Morocco*, *UNRIIAA*, vol. II, p. 615 (1925), at p. 649 (translation)), 보호국은 피보호국을 대신하여 책임을 진다. (*Ibid.*, at p. 648) 이 사건에서 주요 관심사는 피보호국에 의한 직접적인 국제관계가 종료되는 보호관계의 경우에 피보호국의 國際違法行爲로 피해를 입은 제3국에 대한 국제책임을 사라지지 않는다는 점을 확인하는 것이었다. 피보호국을 대신하여 보호국의 책임을 인정하는 것이 그러한 위험을 제거시키는 적절한 방법으로 보였다. 보호국의 책임을 인정하는 근거는 대표관계 자체에 있는 것이 아니라 보호국이 실제로 피보호국에 대하여 전체적인 통제를 행사하였다는 사실에 있다. 보호

국은 단순히 외교관계의 채널로서 활동한 데에 그친 것이 아니었다.

(4) 屬領과 같은 다른 유형의 종속관계는 타국의 행위에 대한 國家責任에 대하여만 규정한 제17조의 적용범위 밖에 있다. 屬領은 국제법상의 법인격을 어느 정도 가지고 있기는 하지만 국가는 아니다. 연방 국가의 구성단위가 연방국가의 위임이 아니라, 자신의 권리에 기초하여 조약 혹은 다른 국제법률관계를 형성하는 경우에도 그 구성단위가 국제법상 국가 자체는 아니다. 국제책임에 관한 한 연방국가의 지위는 다른 국가의 지위와 다를 것이 없다. 본 초안 제4조 내지 제9조에 구체화된 일반원칙이 적용되며, 연방국가는 그 구성단위가 연방헌법상 그의 권한에 속하는 행위를 하였어도 그러한 구성단위의 행위에 대해서 국제책임을 진다. (*LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, I.C.J. Reports 1999*, p. 9, at p. 16, para. 28 참조)

(5) 한 국가가 조약이나 군사적 점령의 결과 또는 기타 다른 이유로 다른 국가의 활동을 지시하거나 통제하는 경우가 존재하고 이러한 경우를 상정할 수 있다. 예를 들면 제2차 대전 중 독일이 이탈리아를 점령한 동안 로마에 있는 이탈리아 경찰이 점령군의 통제하에 있었다는 것은 널리 인정되는 사실이다. 1944년 2월 로마에 있는 St. Paul 성당에 무력으로 들어갔던 이탈리아 경찰에 의해 범해진 위법행위에 대하여는 교황청이 독일 정부에게 책임을 물었다. (R. Ago, *Loccupazione bellica di Roma e il Trattato lateranense, Comunicazioni e Studi* (Milan, Giuffre, 1946), vol. II, pp. 167-8) 그러한 경우에 점령국은 그가 지시하고 통제하는 피점령국의 행위에 대하여 책임을 진다.

(6) 제17조는 종속국의 국제의무 위반행위를 지배국이 실제로 지시하고 통제할 경우에 한하여 적용된다. 국제중재재판소는 구체적인 사안에 대하여 종속국의 내정에 개입하지 않았는데, 단지 그러한 개입을 할 수 있는 권한이 있다는 것만으로 지배국의 국제책임을 추론하는 것에 대하여 일관적으로 반대하여 왔다. *Robert E. Brown* 사건에서 중재 재판소는 보어 전쟁 이전에 남아프리카 공화국에 대한 종주국으로서의 영국의 권한이 Brown에 대한 위법행위에 대한 책임을 인정하기 위해 요속되는 것에 훨씬 미치지 못한다고 판단하였다 (*Brown (United States) v. Great Britain, UNRIAA*, vol. VI, p. 120, at p. 130 (1923)). 영국은 내정에 간섭할 권한을 갖고 있었다는 점을 부인하였고, 영국이 간섭하였다는 증거도 없다고 주장하였다. (Ibid., at p. 131.). 따라서 양국간의 종주관계만으로는 청구가 제기된 행위에 대하여 영국에게 책임을 부과시키지 않았다. *Heirs of the Duc de Guise* 사건에서 프랑스-이탈리아 조정 위원회(Franco-Italian Conciliation Commission)는 연합군의 점령하의 시실리에서 이탈리아가 수행한 징발에 대한 책임은 이탈리아에 있다고 판단하였다. (*Heirs of the Duc de Guise, UNRIAA*, vol. XIII, p. 150 (1951)) 이 결정은 연합군이 재산을 징발할 권한이 없다거나 이탈리아가 그런 행동을 중단시킬 권한이 없었다는 것을 의미하지는 않았다. 오히려 다수 의견은 점령군 사령관 또는 연합군 당국이 징발령을 요구하면서 개입한 사실이 없다는 점을 지적

하였다.(Ibid., p.161. See also, in another context, *Drodz & Janousek v. France & Spain, E.C.H.R., Series A, No.240* (1992); see also *Iribarne Perez v. France, E.C.H.R., Series A, No. 325-C* (1995), at pp. 62-63, paras. 29-31.) 한 국가가 다른 국가에 대하여 지시하고 통제를 행사하는 권한을 가진다는 사실만으로 다른 국가의 위법행위에 대한 책임을 귀속시키기에는 불충분하다. 한 국가가 다른 국가에 의존하는가 여부의 사실은 입증책임과 관련이 있다. 정식 국가조직이 존재한다는 것만으로 실제로는 점령군에 의해 통제된다는 가능성이 배제되는 것도 아니다.(Cf. *Restitution of Household Effects Belonging to Jews Deported from Hungary (Germany)* (Kammergericht, Berlin) (1965), *I.L.R.*, vol. 44, p.301, at pp. 340-342)

(7) 통제(control)라는 용어는 단순한 영향이나 관여, 감독의 행사를 말하는 것은 아니고, 위법행위를 범하는데 대한 지배를 의미한다. 마찬가지로 지시(directs)라는 용어도 단순히 교사 또는 암시를 포함하는 것은 아니고, 그보다는 작용적 성질을 가지는 실제적 지시를 의미한다. 지배국에게 國家責任을 발생시키기 위해서는 지시와 통제 모두가 위법행위에 대하여 행사되어야 한다. 지시와 통제라는 영어표현은 다른 언어에서는 다소 문제가 된다. 특히 direction이라는 표현의 모호함이 문제가 되는데, 예를 들어 프랑스어의 경우 이는 완전한 권력을 의미하는데 영어에서의 의미와는 사뭇 다르다.

(8) 제17조에서 말하는 국제책임을 인정하는 데에는 다음과 같은 두가지 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 그 국가가 종속국의 행위를 위법하게 만드는 상황을 인지한 경우에만 국제책임을 부담한다. 둘째, 지시하고 통제한 국가 자신이 그러한 행위를 하였어도 國際違法行爲를 구성해야 한다. 이러한 조건은 지시한 국가에게는 대항할 수 없는 양자간 의무의 맥락에서 중요하다. 이는 다자간 의무나 특히 국제공동체에 대한 의무의 경우에는 그다지 중요한 문제가 아니다. 중요한 원칙은 국가는 스스로 할 수 없는 것을 타국을 통하여 할 수는 없다는 점이다.

(9) 지시받고 통제당한 국가의 국제책임과 관련하여서는 그러한 국가가 단지 國際違法行爲를 지시받았다는 사실만으로 제1부 제5장에서 말하는 위법성 조각사유에 해당하지는 않는다. 당해 행위가 국제의무위반을 포함한다면 지시받은 국가는 그러한 지시를 따를 것을 거절하여야 할 의무가 있다. 상급자의 명령이라는 항변은 국제법에서 인정되지 않는다. 그렇다고 지시받거나 통제받는 국가가 제5장에 따라 면책되지 않는다는 것은 아니고, 다만 면책이 되기 위해서는 국가가 불가항력(*force majeure*)과 같은 위법성이 조각될 상황이 존재하였음을 입증하여야 한다. 그러한 경우에 피해를 입은 국가는 지시한 국가를 상대로 하여서만 국제책임을 물어 피해 전보를 받을 수 있다. 그러나 국가간의 관계에 있어서 순수한 불가항력(*force majeure*)이나 강제(*coercion*)는 예외적이다. 반면 제17조에 규정된 요건이 충족된다면 지시받은 국가가 자의로 또는 열성적으로 國際違法行爲에 가담하였음을 지시한 측이 입증한다고 하여도 면책되지 않는다.

제18조 他國에 대한 강제

他國에 대하여 행동하도록 강제한 국가는 다음과 같은 경우 그 행위에 대하여 국제책임을 진다.

- (a) 강제가 없었다면 그 행위는 被強制國의 國際違法行爲일 것.
- (b) 강제국은 그 행위의 사정을 알고 강제하였을 것.

주석

(1) 제4장에서 다루는 파생적 책임의 세 번째 경우는 국가가 타국을 강제하는 경우이다. 제18조는 국가의 제3국에 대한 의무의 위반을 야기하기 위하여 고의적으로 행사된 강제라는 특정한 문제에 대하여 규정하고 있다. 그러한 경우 제3국에 대하여 강제한 국가의 책임은 강제행위 자체에서 나오는 것이 아니라, 강제당한 국가의 행동에 따른 위법행위에서 나온다. 강제에 따른 책임은 강제국이 강제당한 국가에 대하여 지는 책임이다. 반면에 제18조에 규정하는 책임은 강제국이 강제행위로 인하여 피해를 입은 제3국에 대하여 지는 책임이다.

(2) 제18조에서 말하는 강제는 제23조에서 말하는 불가항력(*force majeure*)과 본질적으로 동일한 요소이다. 강제당한 국가는 강제국의 뜻에 복종하는 것 이외에 다른 선택이 없는 정도의 상황이었어야 한다. 행위국이 의무를 준수하는 것이 보다 어려워진다고나 불리해졌다는 사정 혹은 행위국이 원조를 받거나 지시를 받았다는 정도의 사정으로는 충분하지 않다. 그러한 문제는 이미 앞의 조항에서 다루었다.

(3) 제18조에서 말하는 강제는 좁게 정의되고 있지만, 불법한 강제로 한정되는 것은 아니다.(P. Reuter, *Introduction au droit des traites* (3rd edn.) (Paris, Presse Universitaire de France, 1995), pp. 159-161, paras. 271-274) 실제 제18조의 요건을 충족하는 강제는 대부분 불법적일 것이다. 왜냐하면 UN 헌장에 반하는 무력의 위협 또는 사용을 포함하거나 또는 내정간섭이 되는 경우가 많을 것이기 때문이다. 이는 대응조치의 경우도 마찬가지이다. 대응조치의 경우도 강제적인 측면이 있지만, 이는 國際違法行爲를 하게 하는 것이 아니라 위법행위를 한 국가가 이를 중단하고 배상하게 한다는 점에서 차이가 있다. 등

(4) 강제와 불가항력을 等置시켜 놓는다면 제18조가 적용되는 대부분의 사안에서 피해를 입은 제3국에 대한 피강제국의 국제책임을 배제된다는 것을 의미한다. 이는 제18조 (a)호의 “강제가 없었다면”이라는 표현에서 반영되고 있다. 불가항력에 까지 이르는 강제는 피강제국에 대하여는 행위의 위법성이 조각되는 이유가 된다. 그래서 강제당한 국가의 행위를 제16조와 제17조와는 달리 國際違法行爲라고 표현하고 있지 않다. 왜냐하면 그 경우에는 지원을 받거나 통제받는 국가행동의 違法性이 배제될 상황이 아니기 때문이다. 그러나 강제국에 대해서는 그 행동의 위법성을 조각해야 할 이유가 없다. 오히려 강제국도 당해 행위에 대해 책임을 지지 않는다면, 피해를 입은 제3국은 어디에서도 피해전보를 받을 수 없게 된다.

(5) 제18조에 따른 책임이 성립하기 위하여는 강제국은 강제가 없었더라도 강제

당한 국가의 행위가 위법하을 것이라는 사정을 알고 그렇게 하였어야 한다. 제18조 b호의 사정은 행위의 적법성에 대한 강제국의 판단이 아니라, 사실관계를 의미한다. 이 점은 “행위의 사정”이라는 표현에 의하여 명백히 나타나고 있다. 그래서 법의 무지는 면책사유가 되지 않지만 사실을 알지 못한 것은 강제국의 책임을 결정함에 있어서 중요한 문제이다.

(6) 타국이 제3국에 대하여 지는 의무를 강제에 의하여 위반하게 만든 국가는 자신이 당해 의무에 구속되는지 여부를 불문하고 행위국에 의하여 발생한 결과에 따른 책임을 제3국에 대하여 부담하게 된다. 행위국은 불가항력이라는 위법성 조각사유를 주장할 것이므로, 그렇지 않으면 피해국으로서는 損害轉補를 박탈당하게 되기 때문이다. 제18조에 따르면 강제국이 당해 의무에 구속되지 않을지라도 강제당한 국가의 행위에 대하여 여전히 책임을 진다는 점에서 제16조와 제17조와는 차이가 난다.

(7) 국제관행도 국가가 타국을 강제하여 國際違法行爲를 하게 하였다면 이에 대하여 국제책임을 진다는 원칙을 지지하고 있다. *Romano-Americana* 사건에서 루마니아 정부의 명령으로 미국회사가 소유한 유류저장소와 기타 시설을 파괴되었는데 미국정부는 그에 따른 책임은 1차적으로 영국이 져야 한다고 주장하였다. 시설이 파괴될 당시에 루마니아는 독일과 전쟁중이었고 독일은 영국 침공을 준비하고 있었는데 미국은 영국이 루마니아에게 그러한 조치를 취할 것을 강제하였다고 주장하였다. 반면 영국정부는 루마니아 당국에 대하여 행사한 영향력이라는 것은 공통의 목적을 가진 정부간에 오고 갈 수 있는 설득과 조언이라는 한계를 넘지 않았다는 점을 이유로 하여 국제책임을 부인하였다(Note from the British Foreign Office dated 5 July 1928, *ibid.*, p. 704.). 미국과 영국이 다툰 쟁점은 강제국이 강제당한 국가의 행위에 대한 책임을 지는가 여부가 아니라 구체적인 사안에서 강제가 있었는가 여부의 문제였다.

제19조 이 章의 효과

이 章은 본 규정의 다른 조항들에 의하여 문제의 행위를 행한 국가나 기타 다른 국가의 국제책임을 성립하는 것을 방해하지 아니한다.

주석

(1) 제19조는 세 가지 목적을 가진다. 첫째, 타국의 원조나 지원, 지시나 통제 또는 강제가 있었을지라도 國際違法行爲를 한 국가의 국제책임을 유지시킨다는 것이다. 지원하거나 지시하거나 강제한 국가에게 책임을 귀속시킬지라도, 지원을 받았거나 지시받았거나 강제당한 국가의 책임이 배제되는 것은 아니라는 점을 인정하는 것이다.

(2) 둘째, 특정한 행동을 위법하다고 정의하는 여하한 국제법 원칙에 따르더라

도 제4장의 규정들은 원조하거나 지시하거나 강제한 국가의 국제책임이 성립하는 것을 방해하지 아니한다. “본 규정의 다른 조항”이라는 표현은 특히 제23조(불가항력)를 가리킨다. 이 구절은 또한 본 초안의 다른 조항들이 문제의 행동을 범한 국가에 관련될 수 있으며, 제4장은 어떠한 경우에도 그러한 경우의 책임문제를 조각시키지 않는다는 사실에도 주의를 기울이게 한다.

(3) 셋째, 제19조는 이 협약의 다른 조항에 따라 國際違法行爲가 귀속되는 다른 여하한 국가의 책임도 유지시키고자 한다.

(4) 제19조는 제2장에 따르면 위법행위가 귀속되는 국가가 제4장에 규정된 특정한 형태의 위반행위를 하면 제2장에 따른 국제책임을 지지 않는다는 인상을 주는 것을 막기 위해 둔 조항이다. 이 조항은 연루된 국가와 행위국 모두에게 적용된다. 제4장은 한 국가가 위법행위를 범하고 다른 국가는 이를 범하지 않은 경우를 규정하고 있다. 두 국가가 모두 행위국이라면 이는 제2장에서 규정하는 공동정범의 영역에 해당하는 문제이다.

제5장 위법성 조각사유

(1) 제5장은 위법성을 조각하는 여섯 가지 사유를 규정하고 있다. 이 章에서 규정한 위법성 조각사유가 존재하면 국제의무 위반을 이유로 한 타국의 청구에 대하여 항변을 할 수 있다. 여섯 가지의 위법성 조각사유로는 동의(제20조), 자위(제21조), 대응조치(제22조), 불가항력(제23조), 위난(제24조), 그리고 궁박(제25조)이 있다. 제26조는 만약 그렇게 하는 것이 일반국제법상의 강행규범과 상충되면 이러한 위법성 조각사유를 주장할 수 없다는 점을 명백히하고 있다. 제27조는 이러한 위법성 조각사유 가운데 하나를 주장하면, 어떠한 결과가 발생하는지에 대하여 규정하고 있다.

(2) 제5장에 규정된 위법성 조각사유는 일반적으로 적용된다. 별다른 특별규정이 없다면 위법성 조각 사유는 일반적 국제법 원칙, 조약, 일방적 행위, 기타 위법 행위에도 적용된다. 여하한 근거에 따른 의무이냐에 상관없이 국가의 어떠한 국제 의무위반에도 적용된다. 위법성 조각사유로 인하여 그러한 의무가 무효로 되거나 또는 종료되는 것은 아니다. 그보다는 당해 사유가 존재하는 한 의무의 불이행이 정당화되거나 면책되는 것을 의미한다. 이러한 점은 국제사법재판소의 *Gabcikovo-Nagymaros Project* 사건에서 잘 나타난다. 헝가리는 자신이 1977년 조약에 따른 의무를 이행하지 않았지만, 이는 궁박한 상황에 의하여 위법성이 조각된다고 주장하고자 하였다. 이러한 헝가리의 주장에 대하여 재판소는 다음과 같이 판단하였다.

“헝가리가 주장한 궁박상황이 존재한다고 할지라도, 헝가리가 1977년 조약상의

의무에 따라 행동하였다거나, 그러한 의무가 더 이상은 헝가리를 구속하지 않는다는 결론은 나올 수 없다. 단지 그러한 상황하에서 헝가리에게 국제책임이 발생하지 않는다는 결론만을 내릴 수 있을 뿐이다.”(*Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/ Slovakia)*, *I.C.J.Reports 1997*, p. 7, at p. 39, para. 48)

위법성 조각사유 자체의 효과와 의무 자체의 종료에는 차이가 있다. 제5장에서 말하는 위법성 조각사유는 칼보다는 방패로서의 역할을 한다. Fitzmaurice가 말했듯이 위법성 조각사유가 있으면 불이행이 정당화될 뿐 아니라 그러한 요소가 더 이상 존재하지 않으면 이행이 다시 재개되어야 한다는 의미를 가지고 있다.(Fitzmaurice, Fourth Report on the Law of Treaties, *Yearbook · 1959*, vol. II, p. 41)

(3) 이러한 차이는 국제중재재판소 판결에서 뚜렷이 나타난다. *Rainbow Warrior* 중재사건에서 중재재판소는 조약법과 국가책임법이 모두 적용되어야 한다고 판단하였다. 조약이 아직 효력이 있는지 여부는 조약법에 기하여 판단하고, 조약이 아직 유효하다면 조약상 의무위반의 위법성이 조각되는가를 포함하여 그 법적 결과가 어떠한가에 대하여서는 국가책임법에 기하여 판단한다고 보았다.(*Rainbow Warrior (New Zealand/France)*, *UNRIAA*, vol. XX, p. 217 (1990), at pp. 251-252, para. 75.) *Gabcikovo-Nagymaros Project* 사안에서 국제사법재판소는 다음과 같이 언급하였다.

“궁박상황이 존재한다고 밝혀지더라도 그것이 조약 종료 사유가 되지는 않는다. 궁박상황이 계속 존재하는 한 그 조약이 효력이 없을 수도 있다. 그러나 당사국이 상호 합의에 의하여 그 조약을 종료시키지 않는 한, 당해 조약을 계속 존재한다. 궁박상황이 더 이상 존재하지 않게 되면, 조약준수 의무는 다시 생긴다.(*I.C.J.Reports 1997*, p. 7, at p. 63, para. 101; see also p. 38, para. 47)

(4) 동일한 사실이 예를들어 제23조의 불가항력과 조약법 협약 제61조의 後發的履行不能에 해당할 수는 있어도 양자간의 차이는 명백하다. 불가항력은 그러한 상황이 존재하는 동안 의무의 불이행을 정당화해 준다. 후발적 이행불능은 제61조에 규정된 요건을 충족시키면, 조약의 종료와 정지를 정당화한다. 불가항력은 특정한 의무에 대해 영향을 미치며, 후발적 이행불능은 의무의 근거가 되는 조약에 대하여 영향을 미친다. 두 원리의 적용범위가 다르듯이 그들의 적용방식에도 차이가 있다. 불가항력의 사유가 있으면 당분간 불이행책임이 면제되지만, 후발적 이행불능이 된다고 條約이 자동적으로 종료되는 것은 아니다. 적어도 당사자의 일방이 종료를 결정해야 한다.

(5) 위법성 조각사유라는 개념은 1930년 헤이그 법전화 회의의 준비위원회의 작업으로까지 거슬러 올라간다. Bases of Discussion에서는 (*Yearbook ·1956*, vol. II, pp. 223-225) 국가가 자신의 의무를 거부할 수 있는 상황으로 자위와 복구를 들고 있다. (Ibid., pp. 224-225) 같은 표제 하에 칼보조항(Calvo clause)과 국내적 구제완료의 원칙도 다루어졌다. 당시 작업에서는 외교적 보호의 맥락에서 國家責任의 범

위가 피해를 입은 私人의 도발적 태도에 의해 영향을 받는다는 점과(Basis of Discussion No. 19) 국가가 반란, 폭동 또는 그밖의 소요를 진압하는 과정에서 입힌 손해에 대해서는 책임을 질 수 없다는 점(Basis of Discussion No. 21)을 고려하였다. 그러나 이러한 문제들에 대하여 어떠한 결론이 도출되지는 않았다.

(6) 위법성 조각사유의 범주는 ILC가 외국인이 입은 피해에 대한 국제책임(*Yearbook · 1958*, vol. II, p. 72. Garcia Amador의 검토에 관하여는 First Report on State Responsibility, *Yearbook · 1956*, vol. II, pp. 203-209 and Third Report on State Responsibility, *Yearbook · 1958*, vol. II, pp. 50-55.) 그리고 조약의 이행(Fitzmaurice, Fourth Report on the Law of Treaties, *Yearbook · 1959*, vol. II, pp. 44-47, and for his commentary, *ibid.*, pp. 63-74)에 관한 작업을 하는 가운데 발전되었다. 조약 의무의 불이행의 면책이라는 주제는 비엔나 조약법 협약의 범위에는 포함되지 않았다. 이는 국가책임법에 관한 문제이다.

(7) 위법성 조각사유는 국가에게 국제책임을 회피할 수 있게 하는 효과를 가진 기타 주장과는 구별되어야 한다. 이는 분쟁이나 청구의 수리가능성에 관한 국제법 원이나 중재재판소의 관할권 문제와는 관계가 없다. 이는 국제의무의 구성요건과도 구별되는 문제이다. 이러한 의미에서 위법성조각사유는 국내법 체제에서 일종의 항변이나 면책과 같은 기능을 하고, 제5장의 위법성 조각사유는 많은 법체제에서 동일한 표제 아래 인정되고 있다.(C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol.2 (Munich, Beck, 2000), pp. 499-592) 반면에 국내법에서의 상황과는 공통점이 없으며, 제5장의 조건과 한계는 독자적으로 발전되었다.

(8) 본 草案에서는 관할권 문제 뿐 아니라 증거 문제 혹은 입증책임의 문제도 다루지 않는다. 국제책임에 관한 양자분쟁에서는 원칙적으로 청구국이 피청구국의 책임을 입증해야 한다. 피청구국이 제5장의 위법성 조각사유를 주장하여 책임을 면하고자 하면, 그 때의 입증책임은 피청구국이 지게 된다. 현실적으로도 그 국가만이 불이행에 대하여 면책을 주장할 수 있는 사정을 잘 알고 있는 경우가 많다.

(9) 제5장은 현재 일반국제법상 인정되고 있는 위법성 조각사유를 규정하고 있다. 다른 후보사유들은 배제되었다. 예를 들면 불이행 예외규정(exception of non-performance, *exceptio inadimpleti contractus*)은 상호간 의무의 구체적인 모습은 잘 보여주지만, 위법성을 조각하는 사유는 아니다.(*Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*, 1937, *P.C.I.J.*, Series A/B, No. 70, p. 4, esp. at pp. 50, 77. See further Fitzmaurice, Fourth Report on the Law of Treaties, *Yearbook · 1959*, vol. II, pp. 43-47; D.W. Greig, Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties, *Virginia Journal of International Law*, vol. 34 (1994), p. 295; and for a comparative review, G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account* (Oxford, Clarendon Press, 1987), pp. 245-317. 제3부 제2장 para. (5) 참조) 국가가 자신의 위법행위로부터 이익을 얻을 수 없다는 원칙은 일반적 원리이지, 구체적으로 위법성을 조각하는 사유는 아

니다.(*Factory at Chorzow, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 31; cf. *Gabcikovo-Nagymaros Project, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 67, para. 110) 소위 clean hands 원칙이 적용된 예는 드물었지만, 청구의 수리가능성 단계에서 주로 주장되어 왔다. 이 역시 위법성 조각사유에 포함시킬 필요는 없다.(J.J.A. Salmon, *Des mains propres comme condition de recevabilite de reclamations internationales*, *A.F.D.I.*, vol. 10 (1964), p. 225; A. Miaja de la Muela, *Le role de la condition des mains propres de la personne leseé dans les reclamations devant les tribunaux internationaux*, in *Melanges offerts a Juraj Andrassy* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1968), p. 189, and the dissenting opinion of Judge Schwebel in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 392-394)

제20조 同意

他國의 행위에 대한 국가의 유효한 同意는 그 국가에 대한 관계에서는 同意의 범위 내에서 당해 행위의 위법성을 조각한다.

주석

(1) 제20조는 동의에 관한 기본적인 국제법 원칙을 반영한다. 이에 따르면 타국의 특정한 행위에 대한 국가의 동의는 그 동의가 유효하고 그 행위가 동의의 범위 안에 한정되는 한, 동의를 한 국가에 대한 관계에서 당해 행위의 위법성을 조각한다.

(2) 국가의 동의가 없다면 국제의무의 위반에 해당하는 타국의 행위에 동의하는 것은 흔히 있는 일이다. 그러한 예로 타국의 영공 혹은 내수를 통과하거나, 타국의 영토에 시설을 설치하거나, 타국에서 공적 조사를 하는 행위를 들 수 있다. 그러나 특정 상황 혹은 행위의 특정 방식에 대한 동의와 의무 자체에 대한 동의는 구별되어야 한다. 양자조약의 경우에 당사국은 언제든지 조약을 종료시키거나 정지시키기로 합의할 수 있으며, 그에 따라서 조약으로부터 발생하는 의무도 종료되거나 정지된다. (Vienna Convention on the Law of Treaties 제54조 (b)) 그러나 그러한 가능성은 별개의 문제로 하고, 국가는 자신에 대한 상대방의 의무를 개별적으로 면제하여 줄 수 있는 권리가 있다. 또는 동의가 없다면 일반적으로는 위법하였을 행위를 허가하여 줄 수도 있다. 그러한 경우에 1차적인 의무는 양 당사국 사이의 관계를 계속하여 지배하지만, 주어진 同意로 인하여 특정한 상황이나 특정한 행동의 목적에서는 이 의무가 대체된다.

(3) 위법행위에 대한 동의는 사전에 또는 행위 발생시 부여될 수 있다. 사후의 동의는 포기나 묵인으로 보아 동의한 국가는 국제책임을 주장할 권리를 잃게 된다.

이에 대해서는 제45조에 규정되어 있다.

(4) 위법성을 조각시키기 위하여 특정한 사안에서 의무이행을 면제시켜 주는 동 의는 유효하여야만 한다. 동 의가 유효한가 하는 문제는 국제책임의 영역 밖의 국제 법 원칙에 의해 다루어진다. 동 의를 한 행정청이나 개인이 국가를 위하여 행동할 권한이 있는가(그리고 만약 그러한 권한이 없다면, 권한이 없음을 상대국이 알았거 나 알아야 했는가), 또는 동 의가 강제나 그 밖의 다른 요인으로 인하여 無效가 되 었는가 하는 문제가 이에 포함된다.(1938년 *Anschluss*에 대한 오스트리아의 동 의에 관하여는 Nurnberg 재판소에서 다루어졌다. 재판소는 오스트리아가 동의했다는 것 을 부정하였고, 설사 동 의를 하였다고 해도 이는 강제된 것이므로 합병에 대한 면 책 을 인정할 수 없다고 보았다. International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminal, judgment of 1 October 1946, reprinted in A.J.I.L., vol. 41 (1947), p. 172, at pp. 192-194) 실제로 문제가 되는 것은 국가가 유효하게 동 의하였는가 하는 점이다.

(5) 특정한 개인 또는 단체에게 당해 사안에 대하여 동 의를 할 권한이 있는가 하는 문제는 제2장에서 말하는 私人 또는 團體의 행위가 국가에게 귀속되는가 하 는 문제와는 다른 차원의 문제이다. 예를 들면 지역 당국(regional authority)이 그 가 속하는 국가의 영토에 외국군의 파견을 동 의할 권한이 있는가, 아니면 중앙정부 만이 이를 할 수 있는가 하는 문제는 지역 당국의 행위가 국가의 행위로 귀속되는 가에 대하여 규정한 제4조로는 해결할 수 없다. 이러한 문제는 1960년에 콩고 공화 국으로 벨기에 군대를 파견할 때에도 문제가 되었다.(S.C.O.R., *Fifteenth Year*, 837rd meeting, 13-14 July 1960, particularly the statement of the representative of Belgium, paras. 186-188, 209.) 동 의를 부여한 정부의 정통성이 문제되는 경우 도 있다. 가끔 관련 국내법을 위반하여 동 의가 표시되어, 그러한 동 의의 유효성이 문제되는 경우도 있다. 이러한 문제는 국가의 의사표현에 관한 국제법 원칙은 물론 경우에 따라서는 국내법 원칙에도 관계된다.

(6) 특정 법원칙으로부터의 이탈에 대하여 동 의할 권한을 가진 자가 누구인가 하는 문제는 그 법원칙에 달려 있다. 대사관 부지 수색에 대한 동 의나 영토 내의 군사기지 설립에 대한 동 의는 서로 다르다. 경우에 따라 각기 다른 공무원과 행정 청이 동 의권을 가진다. 여하튼 동 의가 유효하기 위해서는 특정한 형식이 준수될 필 요가 있다. 동 의는 자유롭게 부여되어야 하며, 명확하게 행해져야 한다. 요청을 받 았으면 同意를 하였을 것이라는 가정이 아니라 국가에 의해 실제로 표시되어야만 한다. 동 의는 착오, 사기, 부패, 강제에 의하여 무효로 될 수 있다. 이에 대해서는 조약에 대한 동 의의 유효성과 관련된 원리가 적절한 지침이 된다.

(7) 동 의가 유효하게 주어질 수 없는 경우가 존재한다. 이 문제는 제5장 전반에 적용되는 제26조(강행규범의 준수)와 관련하여 논의된다.

(8) 특정한 행위를 적법하게 만드는 국가의 동 의의 예로 타국의 영토 내에서 조 사 실시, 인도적 구조나 구제작전, 외국 영토 내에 있는 사람의 체포, 구금을 들 수

있다. *Savarkar* 사건에서 중재재판소는 Savarkar의 체포가 프랑스의 주권을 침해한 것이 아니라고 보았다. 왜냐하면 영국당국이 체포할 때 프랑스 경찰이 이를 도와주었는데, 그러한 행위는 묵시적으로 동의로 볼 수 있었기 때문이다. (*UNRIAA*, vol. XI, p. 243 (1911), at pp. 252-255) 제20조의 적용을 고려함에 있어서 관련된 1차적 법원칙을 고려할 필요가 있을 것이다. 예를 들면 오직 대사관의 長만이 접수국이 대사관 부지에 들어오는 것을 동의할 수 있다.(*Vienna Convention on Diplomatic Relations*, United Nations 제22조 (1)항)

(9) 제20조는 문제되는 두 나라간의 관계에 관한 것이다. 많은 국가의 동의가 요구되는 상황이라면, 한 국가의 동의는 다른 국가에 대한 관계에서의 위법성을 조각시키지 않는다. (1931년 관세동맹에 대하여 오스트리아가 동의하였어도, 오스트리아의 독립을 보장하겠다는 Versailles의 조약의 모든 당사국에 대한 독일의 의무가 위반된 데 대한 위법성이 조각되는 것은 아니다. 마찬가지로 독일이 동의하였어도 생제르망 조약에 의해서 오스트리아에게 지워진 완전한 독립유지의 의무와 관련하여 관세동맹의 위법성이 조각되는 것은 아니다. *Customs Regiem between Germany and Austria, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 41*, p. 37, at pp. 46, 49) 동의를 위법성을 조각하더라도 당해 행위는 동의의 범위 내에서 이루어져야 한다. 상업적 목적으로 타국의 항공기가 영공을 비행하는 것에 동의하였다면, 타국이 군대나 군장비를 운송한 행위의 위법성은 조각되지 않는다. 특정한 기간동안 외국 군대를 배치하는 데에 동의하였다면, 그 기간을 넘어서 군대를 주둔시키는 행위의 위법성은 조각되지 않는다.(동의를 조건을 준수하지 않을지라도 그러한 행위가 반드시 동의를 없는 위법한 행위가 되는 것은 아니다. 예를 들면 한 국가가 외국 군대의 주둔에 동의하면서 시설 사용에 대한 임대료를 지급할 것을 조건으로 부가할 수 있다. 임대료를 지급하지 않은 행위가 위법행위를 구성하지만 외국군대가 점령군이 되는 것은 아니다) 제20조의 당해 행위의 “동의를 범위 내에서”라는 표현에서 이러한 제한이 나타난다.

(10) 제20조는 국가의 동의에 대해서만 규정하고 있다. 국제법은 기업이나 私인과 같은 국가 이외의 주체들의 동의에 대해서도 고려해 볼 수 있다. 투자자들이 미리 동의에 의해 외교적 보호를 포기할 수 있는 범위에 대해서는 논란이 있어 왔다. 그러나 1965년 Washington 협약에 따르면 투자자가 협약상의 중재에 대하여 동의하면, 이는 투자자의 국적국의 외교적 보호권을 정지시키는 효과를 가진다.(*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* 제27조 1항) 국제인권조약들에 의해서 부여된 권리는 수익자에 의해서 포기될 수 없으나, 개인의 자유로운 동의는 조약의 적용과 관련이 있다.(*International Covenant on Civil and Political Rights* 제7조, 제8조 3항, 제14조 1항 (g), 제23조 3항) 이런 경우에는 특정 국제법 원칙 자체가 동의를 허용하고, 그 효과를 다루고 있다. 반면에 제20조는 국가의 권리의 향유와 의무이행에 관한 일반적 원칙을 말하고 있다.

제21조 自衛

국제연합 헌장과 합치되는 합법적 자위조치에 해당한다면 그 국가행위의 위법성이 조각된다.

주석

(1) 국제관계에서 무력사용금지에 대한 예외로서 자위를 허용하는 일반적 원칙이 존재한다는 점은 이견이 없다. 국제연합 헌장 제51조는 무력공격에 대한 자위를 고유의 권리로 보존하며, 헌장 제2조 4항에 규정된 무력 위협이나 무력 행사를 삼갈 의무의 정의의 일부를 구성한다. (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I. C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 244, para. 38; p. 263, para. 96는 자위의 경우 무력사용의 합법성을 강조하고 있다) 따라서 헌장 제51조의 자위국을 행사하는 국가는 제2조 4항을 위반하는 것이 아니다.

(2) 의무 불이행이 헌장 제2조 4항의 위반에 관계되는 경우 自衛는 헌장 제2조 4항의 의무 이외에 다른 의무의 불이행도 정당화시킬 수 있다. 전통 국제법은 교전국의 권리의 범위를 규정하는 한편, 전쟁 발발시에는 교전국들 사이의 대부분의 조약의 효력을 정지시키는 별개의 전쟁법 체재를 만듦으로써 이 문제를 다루었다. (A. McNair & A.D. Watts, *Legal Effects of War* (4th edn.) (Cambridge, Cambridge University Press, 1966), p. 579) 국제연합 헌장시대에는 전쟁선포가 예외적이고, 일방 또는 쌍방이 自衛라고 주장하는 군사행동은 공식적으로는 평화관계인 국가간에 발생한다. (In *Oil Platform (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, I.C.J. Reports 1996, p. 803; 미국 해군이 이란에 대하여 취한 군사적 행동에도 불구하고 1955년 우호조약이 여전히 효력이 가지고 있음은 부정되지 않았다. 양국 모두 그러한 행동이 자위로 정당화되는 한도에서는 적법한 행위라는 점에 대하여 동의하였다.)

(3) 자위가 모든 경우에 또는 모든 의무와 관련하여 행위의 위법성을 조각하는 것 아니다. 그러한 예로 국제인도법과 인권의무(human rights obligations)를 들 수 있다. 1949년 제네바 협정과 1977년 제1 추가의정서는 국제무력분쟁에서 모든 당사국에게 동일하게 적용된다. 관습법상의 국제인권법도 마찬가지이다. (국제사법재판소가 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*에 대한 권고적 의견에서 국제인권법 원칙을 말하면서, 그러한 원칙들은 결코 위반될 수 없는 국제관습법상의 원리를 구성한다고 보았다(I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 257, para. 79. 인권과 무력분쟁 당시의 인권법의 관계에 대해서는 ibid., p. 240, para. 25 참조) 인권조약은 自衛로서 취한 행동을 포함하여 비상사태시를 대비한 예외조항(derogation provisions)을 두고 있다. 국제인도법과 일탈을 허용하지 않는 인권조약상의 의무에 대하여는 自衛도 행위의 위법성을 조각시키지 않는다.

(4) 국제사법재판소는 핵무기의 위협 혹은 사용의 합법성에 관한 권고적 의견에

서 이 문제에 대한 몇가지 지침을 제시하고 있다. 재판소가 당면하였던 쟁점 가운데 하나는 핵무기의 사용이 그로 인한 광범위하고 오래 지속되는 피해 때문에 환경의무에 필연적으로 위배되느냐는 점이었다. 국제사법재판소는 다음과 같이 판시하였다.

“문제는 환경 보호에 관련된 조약이 무력충돌 기간 중에는 적용되느냐 여부의 문제가 아니라, 이러한 환경조약상의 의무가 군사적 충돌기간 동안에 핵무기 사용을 전면적으로 금지하는 의무가 되도록 당사국이 의도하였는가의 문제이다. 국제사법재판소는 당해 조약이 환경보호를 위하여 국제법상 인정되는 자위권을 박탈하려고 했다고는 생각하지 않는다. 그럼에도 불구하고 국가는 합법적인 군사 목표를 추구함에 있어서 사용하는 수단이 필요하고 적절한 것인지를 평가함에 있어서 환경을 고려해야 한다. 환경에 대한 고려는 당해 조치가 필요성, 비례성의 원리에 부합하는가를 평가하는 한 요소가 된다.”(*I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 242, para. 30)

그러한 의무가 무력충돌 당사국도 구속한다고 규정되어 있거나 그러한 의도가 있었다면, 자위를 행사하는 국가는 국제의무에 의하여 완전히 억제된다.(Convention on the Prohibition of Military or any other Hostile Use of Environmental Modification Techniques)

(5) 제21조의 본질적 효과는 공격을 하는 국가에 대하여 자위를 행한 국가의 행위의 위법성을 조각시키는 것이다. 그러나 어떤 상황에서는 제3국에 영향을 미칠 수도 있다. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* 사건에서 국제사법재판소는 다음과 같이 판단하였다.

“인도법 원리가 무력 충돌 중에 적용되듯이, 인도주의적 원리와 법원칙과 마찬가지로 기본적 성격을 지닌 중립의 원칙은 그 내용이 어떠하든, 사용되는 무기가 무엇이든 모든 국제무력충돌에 적용된다는 점은 국제법상 명백하다.”(*I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 261, para. 89)

중립법은 교전국에 대한 행위와 중립국에 대한 행위를 구별한다. 그러나 중립국은 전쟁 상태의 존재로 영향을 받지 않는 것이 아니다. 제21조는 자위권 행사가 제3국에게 미치는 효과에 대한 문제는 언급하지 않고 있다.

(6) 이처럼 제21조는 자위는 국제법의 한계 내에서 취해진 행위의 위법성을 조각시킨다는 일반적인 입장을 반영하고 있다. 이는 국제연합 헌장에 따라 취해진 조치를 가리킨다. “합법적”이라는 용어는 자위라는 개념에 내재된 비례성과 필요성의 요건을 충족시키고, 국제무력충돌에 적용되는 모든 제한 의무를 존중하는 것을 의미한다. 제21조는 기본적인 원칙만 언급하고, 자위의 범위나 적용문제에 대해서는 헌장상의 1차적 법원칙에 맡기고 있다.

제22조 國際違法行爲에 대한 대응조치

行爲가 제3부 제2장에 따른 他國에 대한 대응조치에 해당하는 경우, 그 범위내에

서는 타국에 대한 국제의무와 합치되지 않는 국가행위의 위법성이 조각된다.

주석

(1) 경우에 따라서 한 국가의 國際違法行爲는 타국이 그 국가의 위법행위를 중단시키고, 피해에 대한 배상을 받기 위해 취하는 非武力的 對應措置를 정당화시킬 수 있다. 제 22조는 위법성 조각이라는 각도에서 이러한 상황을 취급하고 있다. 제 3부 제2장은 대응조치를 좀 더 상세히 규제하고 있다.

(2) 司法判決과 국가관행 그리고 법원리는 일정한 실체적/ 절차적 조건을 만족하는 대응조치는 合法的이라고 인정하고 있다. *Gabcikono-Nagymaros Project* 사건에서 국제사법재판소는 일정한 조건만 충족시킨다면 타국의 위법행위의 결과로서 그 국가에 대하여취하는 위법행위도 정당화될 수 있다고 보았다. (*Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 55, para. 83) 일정한 경우에 이러한 종류의 조치의 합법성을 인식하는 예가 중재판정에서도 발견된다. 특히 *Namibia 사건*(*Naulilaa (Responsibility of Germany for damage caused in the Portuguese colonies in the south of Africa)*, *UNRIAA*, vol. II, p. 1011 (1928), at pp. 1025-1026), *Cysne 사건*(*Cysne (Responsibility of Germany for acts committed subsequent to 31 July 1914 and before Portugal entered into the war)*, *UNRIAA*, vol. II, p. 1035 (1930), at p. 1052), 그리고 *Air Services 사건*(*Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v. France)*, *UNRIAA*, vol. XVIII, p. 416 (1979)) 등이 그러한 예이다.

(3) 대응조치는 타국의 이전의 國際違法行爲에 대한 제재 혹은 반응으로 볼 수 있다. 역사적으로 보다 통상적으로 사용된 용어는 합법적인 복구(*legitimate reprisals*)였고, 더욱 일반적으로는 자기 보호(*self-protection*) 혹은 자구(*self-help*)라는 용어가 쓰였다. 제재(*sanctions*)라는 용어는 국제연합 헌장 제7장과 같이 몇몇 국제기구의 설립문서에 의해 취해지는 조치를 가리키는 말이다(헌장에서는 제재 대신 조치(*measures*)라는 말을 사용하고 있다). 현재에는 복구(*reprisals*)라는 말이 더 이상 널리 사용되지 않고 있는데 그 이유는 교전법규와 관련하여 복구에는 무력복구도 포함되기 때문이다. 적어도 *Air Services* 중재판정 (*Ibid.*, vol. XVIII, p. 416 (1979), especially at pp. 443-446, paras. 80-98) 이래로 대응조치라는 용어가 더 선호되었고, 본 초안에서도 대응조치라는 용어가 채택되었다.

(4) 제22조에 따라 대응조치가 취해졌다고 하여도, 본래의 의무가 종료되거나 정지되는 것은 아니다. 당해 행위의 위법성은 대응조치를 취할 필요요건을 만족시키는 동안에 한하여, 대응조치라는 성격에 의하여 일시적으로만 조각된다. 이러한 요건은 제22조에서 언급한 바와 같이 제3부 제2장에 규정되어 있다. 타국의 위법행위에 대한 대응조치는 오직 그 국가와의 관계에서만 정당화될 수 있다. 이 점은 만약

그리고 그러한 범위에서(if and to the extent)라는 표현과 有責國에 대한 대응조치라는 표현을 통하여도 강조되고 있다. 제3국에 대한 조치는 이러한 정의를 만족시키지 못할 것이므로, 대응조치로서 정당화될 수 없다. 다른 한편 대응조치의 제3국에 대한 간접적 또는 결과적 영향은 제3국에 대한 독자적 의무위반에 해당하지 않으며, 제22조의 범위 외의 대응조치를 취하지 않을 것이다.

(5) 대응조치는 피해국과 위법행위를 한 국가 사이의 관계에서만 위법성이 조각될 수 있다. 이러한 원리는 *Cysne 사건*에서 잘 나타난다. 여기에서 중재재판소는 다음과 같이 판단하였다. 즉 復仇는 원칙적으로 국제법에 反하지만, 국제법에 반하는 다른 행위에 의하여 유발된 경우에는 정당화될 수 있다. 오직 유발국에 대한 복구만이 허용된다. 위반국(offending State)에 대한 합법적인 복구가 제3국의 국민에게 영향을 미치는 경우가 발생할 수 있다. 그러나 그것은 부차적이고 고의가 아닌 결과로서 실제로 피해국은 가능한 한 이를 피하거나 제한하기 위해 항상 노력할 것이다 라고 보았다.

그러므로 포르투갈에 대한 독일의 행위의 위법성은 조각되지 않았다. 무력사용이 포함되었기 때문에, 이는 제22조에서 말하는 대응조치라기보다는 武力復仇에 관련된 판결이었다. 그러나 국제사법재판소가 *Gabcikovo-Nagymaros Project 사건*에서 그러한 조치는 有責國에 대하여 행하여져야 한다고 강조한 것처럼 동일한 원리가 대응조치에도 적용된다.(*I.C.J.Reports 1997*, p. 7, at p. 55, para. 83)

(6) 제22조만을 가지고 본다면 비례성 요건, 대응조치의 잠정적 임시적 성격, 대응조치가 금지되는 일정한 근본적인 의무의 지위와 같은 합법적인 대응조치의 요건이 규정도리 필요가 있다. 그런데 이런 조건들은 제3부 제2장에서 다루어 지고 있기 때문에 여기서는 이를 지적하는 선에서 그친다. 제22조는 이러한 조건에 부합되는 대응조치에 해당하는 모든 행동을 커버한다. 남은 문제는 당해 國際違法行爲로부터 직접 피해를 받지 않은 제3국도 대응조치를 취할 수 있는가 여부이다.(피해국과 국제책임을 주장할 권한이 있는 다른 국가의 차이에 대해서는 제42조 및 제48조와 그 주석 참조) 예를 들면 국제공동체 전체에 대한 의무의 경우에 국제사법재판소는 모든 국가가 그의 준수에 대하여 법적 이해를 갖는다고 확인하였다.(*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 32, para. 33) 제54조는 피해국으로서의 개별적 이해와는 별도로 일반적 이익의 차원에서 특정한 국제의무의 준수를 확보하기 위하여 어떠한 국가도 조치를 취할 수 있으나 여부에 대한 문제에 답하지 않고 있다. 대응조치에 해당하지 않는한 제22조는 그러한 조치는 취급하지 않으며, 또한 그런 가능성을 배제하고 있지도 않다.

제23조 不可抗力

1. 행위가 不可抗力, 즉 그 상황에서의 의무이행을 실질적으로 불가능하게 만드는 국가의 통제를 넘어서는 저항할 수 없는 힘 또는 예상하지 못한 사건의 발생에 기

인한 경우에는 국제의무와 합치되지 않는 국가행위의 위법성이 조각된다.

2. 제1항은 다음의 경우에는 적용되지 아니한다:

(a) 不可抗力의 상황이 이를 원용하는 국가의 행위에만 의하거나 또는 다른 요소와 결합된 행위에서 기인하는 경우.

(b) 당해 국가가 그 같은 상황발생의 위험을 수락한 경우.

주석

(1) 불가항력(force majeure)은 국가행위의 위법성을 조각하는 사유로 자주 주장되어진다. 이는 당해 국가가 그에게 부과된 국제의무의 요구에 부합하지 않는 방식으로 행동하도록 사실상 강요된 상황을 가리킨다. 불가항력은 그러한 사유가 없다면 위법하였을 국가의 행위가 자발적으로 이루어진 것이 아니라거나 적어도 자유로운 선택의 여지가 없었기 때문에, 조난 또는 궁박상황과는 차이가 난다.

(2) 위법성을 조각하는 불가항력적 상황은 다음의 세가지 요건을 충족하여야만 한다. (a) 당해 행위는 저항할 수 없는 힘 혹은 예측할 수 없는 사건에 의해 발생되었어야만 하며, (b) 이는 해당국의 통제를 벗어난 것이고, 따라서 (c) 의무이행을 실질적으로 불가능하게 만들어야 한다. 힘(force)을 수식하는 “저항할 수 없는”이라는 형용사는 국가가 스스로의 수단에 의해 회피하거나 대항할 수 없는 제한이 있어야 함을 강조한다. “예상하지 못한”이란 예측되지 않았거나, 쉽게 예측할 수 없는 종류의 사건이어야 한다는 의미이다. “저항할 수 없는 힘” 혹은 “예상하지 못한 사건”은 실질적으로 불가능한 상황과 인과관계가 있어야 한다. 불가항력의 상황이 지속되는 한에서 국가의 행위의 위법성은 조각된다.

(3) 불가항력을 제기하는 이행의 실질적인 불가능이란 자연적이거나 물질적인 사건(예를 들면 악천후로 항공기가 타국의 영공에 들어간 경우, 지진, 홍수 혹은 가뭄), 또는 人的인 干涉(예를 들면 반란으로 인하여 자국영토에 대한 일부의 통치권을 상실한 경우, 제3국의 군사점령) 또는 이 두가지 요소가 결합하여 발생할 수 있다. 제23조의 요건을 충족하면 국가에 대한 강박 혹은 힘을 포함한 강제라는 특정한 상황은 불가항력이 될 수도 있다. 특히 그러한 상황은 저항할 수 없는 것이어서 관련 국가가 그를 피할 수 있는 가능성이 없을 정도여야 한다. 불가항력에는 다소의 정치적, 경제적 위기로 인해 의무이행이 좀 더 어려워졌다는 상황은 포함되지 않는다. 또한 비록 그로 인한 피해 자체가 우연히 의도하지 않은 것이었더라도 해당국의 가실이나 주의위반의 경우는 이에 해당하지 아니한다(예를 들면 1906년에 U.S.S. Chattanooga의 미국 장교가 그가 탄 배가 중국 Chefoo 항구에 들어갔을 때, 프랑스 군함에서 날라온 총알에 의해서 치명적인 상처를 입었다. 미국 정부는 다음과 같이 주장하여 배상을 받았다. “Lieutenant England의 죽음은 단지 우연한 사고로 볼 수도 있으나, 이 사건은 국제책임이 문제되지 않는 피할 수 없는 유형의 사고로 간주도리 수는 없다. Dupetit Thouars의 장교들이 적절한 주의를 하지 않아

사고 발생에 기여한 것이므로, 그러한 부주의가 없었다면 이러한 사건은 발생하지도 않았을 것이다. 장교들은 라이플 총 연습에 대한 책임자였으며, 정규항로를 따라 Chattanooga가 과녁범위 안에 들어섰을 때에는 발사를 중지시켰어야 함에도 그러하지를 않았다.”(Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 221. See also *Secretariat Survey*, para. 130) 관련국가의 부주의나 해태로 인하여 발생한 상황은 불가항력에 해당하지 않는다.(예를 들면 1915년 10월 17일 프랑스 비행사에 의한 La-Chaux-de-Fonds의 폭격 사건, 그리고 1917년 4월 26일에 독일 비행사들에 의한 Porrentruy 폭격사건은 비행사들의 부주의에 기인한 것이었다. 교전국은 위반자를 처벌하고 손해배상을 하기로 약속하였다: *Secretariat Survey*, paras. 255-256)

(4) 비엔나 조약법 협약 제61조를 성안할 때, ILC는 이행의 후발적 불능이 조약의 종료사유가 되듯이, 불가항력은 조약이행에 관하여 위법성을 조각시키는 사유라는 견해를 가졌다.(*Yearbook* · 1966, vol. II, p. 255) 그 같은 견해는 비엔나 회의에서도 고려되었다.(the proposal of the Mexican representative, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties Documents of the Conference*, pp. 182-189, A/CONF.39/14, para. 531 (a)) 그러나 조약의 안정성을 중시하여, 비엔나 회의에서는 조약의 종료와 관련하여 제61조를 좁게 규정하여야 한다고 주장되었다. 국제사법재판소가 Gabčíkovo-Nagymaros Project 사건에서 지적하였듯이 위법성 조각사유로서의 불가항력의 어려움의 정도는 조약법 협약 제61조에서 조약의 종료시 요구되는 어려움보다는 낮은 수준이다. 조약법 협약 제61조 1항은 조약의 종료를 정당화하기 위해 조약의 이행불능이 그 조약의 시행에 불가결한 대상의 영구적 소멸 또는 파괴로 인한 경우일 것을 요구하고 있다. 회의 당시 심각한 재정난 때문에 지불이 불가능한 것과 같은 사안을 그 속에 포함시킴으로써 조항의 적용범위를 확대하려고 하는 제안이 있었다. 회의 참가국은 비록 그러한 상황이 조약 의무의 당사국의 불이행의 위법성을 조각시켜 줄 수는 있다고 해도, 그것을 조약의 종료 또는 정지의 근거로 볼 준비는 되어 있지 않았고, 조약을 종료 또는 정지하는 근거는 좁은 범위로 제한하고 싶어 했다.(*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *I.C.J. Reports* 1997, p. 7, at p. 63, para. 102)

(5) 실제로 불가능(impossibility)을 주장하였던 많은 사건이 이행곤란의 증가와는 구별되는 실제적 불가능에 해당하지는 않았으며, 따라서 불가항력의 주장은 성공하지 못하였다. 그러나 실질적으로 불가능한 사안도 있었다. 그러한 경우는 위법성 조각이 수락되었다. 예를 들면 악천후로 항공기가 통제기능을 잃고, 타국의 허가없이 타국의 영공에 들어가 경우가 그러하다. 이러한 사안들이 위난에 근거하여 위법성이 조각된 것인지 불가항력에 근거하여 위법성이 조각된 것인지가 항상 명확하지는 않다.

(6) 항공기 사건 이외에도 제23조의 원리는 1958년 영해 및 접속수역에 관한 협약 제14조 3항에 의하여 무해통항을 하는 선박에 대해서도 적용될 수 있다. 무해통항은 1982년 해양법에 관한 국제협약 제18조 2항, 1965년 8월 육지로 둘러싸인

국가의 통과무역에 관한 협약(Convention on Transit Trade of Land-locked States of 8 July 1965) 제7조 1항에도 나타난다. 이런 조항에서는 부락항력이 1차적 법원칙의 구성요건으로 포함되어 있다. 이러한 경우의 인정은 유사한 효과를 가진 일반 국제법 원칙의 존재를 확인하는데 도움이 된다.

(7) 이 원리는 국제재판소에 의하여도 수락되고 있다. 혼성청구위원회(Mixed claims commissions)는 외국인이 입은 손해에 대한 영토국가의 국제책임을 부인함에 있어서 叛軍 攻撃을 예상할 수 없었음을 자주 인용하고 있다.(the decision of the American-British Claims Commission in the *Saint Albans Raid* case (1873), Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 4042; *Secretariat Survey*, para. 339; the decisions of the United States/ Venezuelan Claims Commission in the *Wiperman* case, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 3039; *Secretariat Survey*, paras. 349-350; *De Brissot and others* cases, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 2967; *Secretariat Survey*, para. 352; and the decision of the British Mexican Claims Commission in the Gill case: *UNRIAA*, vol. V, p. 157 (1931); *Secretariat Survey*, para. 463) *Lighthouses* 중재판정에서는 프랑스 회사가 소유한 등대가 1915년 그리스 정부에 의해 징발되었고, 이후에 적군에 의해 소실되었다. 중재재판소는 불가항력을 근거로 하여 프랑스의 등대 원상회복청구를 기각하였다. (*Ottoman Empire Lighthouse Concession*, *UNRIAA*, vol. XII, p. 155 (1956), at pp. 219-220. *Russian Indemnity* 사건에서도 이러한 원칙이 인정되었다. 다만 금전지급은 실질적으로 불가능한 것이 아니므로, 그러한 항변이 받아들여지지 않았다. Ibid., vol. XI, p. 421 (1912), at p. 443) 불가항력은 세르비아 대여 사건과 브라질 대여 사건(*Serbian Loans* and *Brazilian Loans* cases)에서 상설국제재판소에 의하여 일반적인 법원칙으로 인정되었다. 다만 그러한 항변은 사실관계가 인정되지 않아서 기각되었다. (*Serbian Loans*, 1929, *P.C.I.J.*, Series A, No. 20, at pp. 33-40; *Brazilian Loans*, 1929, *P.C.I.J.*, Series A, No. 21, at p. 120) 좀 더 최근의 사건인 *Rainbow Warrior* 중재재판사건에서 프랑스는 행위의 위법성을 조각하는 사유로 불가항력을 주장하였다. 재판소는 그러한 쟁점에 대하여 다음과 같이 간결하게 언급하였다.

“不可抗力이 당해 사안과는 관련이 없다는 뉴질랜드의 주장이 타당하다. 불가항력은 절대적이고 실질적인 불가능을 말하는 것이지, 의무이행이 좀더 어려워졌다거나 부담이 되는 상황은 불가항력에 해당되지 않는다.”(*Rainbow Warrior (New Zealand/France)*, *UNRIAA*, vol. XX, p. 217 (1990), at p. 253)

(8) 불가항력은 국제공법의 문제로서 국가간에 적용될 뿐 아니라, 국제상사 중재 분야에서도 법의 일반원칙(general principle of law)으로 기능하고 있다.(the Iran-United States Claims Tribunal에서의 불가항력건에 관하여는 G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), pp. 306-320. *Force majeure* has also been recognized as

a general principle of law by the European Court of Justice: see, e.g., Case 145/85, *Denkavit Belgie NV v. Belgium*, [1987] E.C.R. 565; Case 101/84, *Commission v. Italy*, [1985] E.C.R. 2629. See also art. 79 of the UNCITRAL Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 11 April 1980, *U.N.T.S.*, vol 1489, p. 58; P. Schlechtriem & G. Thomas, *Commentary on the United Nations Convention on the International Sale of Goods* (2nd edn.) (Oxford, Clarendon Press, 1998), pp. 600-626; and art. 7.1.7. of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts* (Rome, 1994), pp. 169-171)

(9) 불가항력의 상황에 대한 원인을 제공하거나, 이를 야기한 국가는 불가항력을 주장할 수 없다. (*Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi* I.L.R., vol. 96 (1994), p. 279) 이 사건에서 중재재판소는 브룬디가 주장하는 불가능이라는 것이 저항할 수 없는 힘 또는 통제를 넘어서는 예상하지 못한 외부적 상황에서 기인한 것이 아니라는 이유로 불가항력의 항변을 기각하였다. 사실상 그 불가능은 그 국가의 일방적인 결정의 결과였다. (상동 p. 318, para. 55) 비엔나 조약법 협약 제61조 조약 종료원인에 따르면 당해 불가능이 원용하는 국가에 의한 조약상의 의무나 또는 그 조약의 다른 당사국에 대하여 지고 있는 기타의 국제적 의무의 위반의 결과인 경우에는 실질적 불가능을 주장할 수 없다. 이 조항과 마찬가지로 제23조 2항 (a)호는 불가항력의 상황이 단독으로든 다른 요소와 결합하여서든 이를 주장하는 국가의 행위에 기인하는 경우 적용을 배제시키고 있다. 제2항 (a)호가 적용되기 위해서는 당해 국가가 실질적으로 불가능한 상황에 기여한 것으로는 충분하지 않고, 원용하는 국가의 행위 때문에 불가항력의 상황이 발생해야 한다. 국가가 알지 못하고 실질적으로 불가능한 상황이 발생한 데 기여한 경우에도 불가항력을 주장할 수 있다. 이후에 돌아보면 다르게 행동할 수 있었겠지만 신의에 좇아 행동한 것이라면 혹 불가항력이라는 상황의 발생에 기여하였어도 당해 국가는 불가항력이라는 위법성 조각사유를 주장할 수 있다. 제2항 (a)호는 불가항력의 발생에 있어서 국가의 역할이 실질적일 것임을 요구하고 있다.

(10) 제2항 (b)호는 의무 자체에 의하여 그렇게 하였든, 자신의 행위나 어떤 일방적인 행동에 의해서건 당해 국가가 그와 같은 상황의 발생에 대한 위험을 이미 수락한 경우에 대하여 규정하고 있다. 당해 국가가 특정한 상황이 발생하는 것을 예방하기로 약속하였거나 아니면 그러한 위험을 인수하기로 하였다면, 불가항력이 이행의무를 면제시켜주지 않는다는 원칙을 반영하고 있다. 일단 한 국가가 특정한 위험에 대한 책임을 수락했다면, 그 국가는 책임을 회피하기 위하여 불가항력을 원용할 수 없다. 그러나 위험의 인수는 명백하게 그리고 의무의 상대국에 대하여 하여야 한다.

제24조 危難

1. 행위자가 위난 상황에 처하여 자신이나 그의 보호하에 맡겨진 다른 사람들의 생명을 구하기 위한 다른 합리적 방법이 없는 경우, 당해 국가의 국제의무와 합치되지 아니하는 국가행위의 위법성이 조각된다.

2. 다음의 경우에는 제1항이 적용되지 아니한다

(a) 위난상황이 이를 원용하는 국가의 행위만에 의하거나 또는 다른 요소와 결합된 행위에서 기인되는 경우.

(b) 문제된 행위가 그에 상당하거나 또는 더욱 커다란 위험을 발생시킬 우려가 있는 경우.

주석

(1) 제24조는 그의 행위가 국가에 귀속되는 자가 본인이나 그의 보호하에 있는 자와 관련하여 위난에 처한 경우를 취급한다. 생명을 구할 다른 합리적인 방법이 없는 상황에서 국가기관이 선택한 행위는 위법성이 없다는 것이다. 위난하에서 행동하는 사람은 위험 때문에 실제로 선택권이 없기는 할지라도, 제23조의 불가항력 상황과 달리 비자발적으로(involuntarily) 행동하는 것은 아니다. 이는 또한 제25조의 궁박 상황과 달리 국제법 준수와 국가의 다른 합법적 이익 사이에서의 선택도 아니다. 국적에 관계없이 사람의 생명 구조라는 급박한 이익이 문제될 뿐이다.

(2) 위난상황은 악천후나 그로 인한 기기고장으로 항공기나 선박이 다른 나라 영역으로 들어가는 경우와 주로 관련되었다. 1946년 미군기가 유고슬라비아 영공을 침범한 것이 그 예이다. 두 차례에 걸쳐 미군기가 허가없이 유고슬라비아 영공으로 들어오자 유고슬라비아 방공부대가 이를 공격하였다. 미국은 그 군용기가 오직 극도의 위험을 피하려는 목적으로만 유고슬라비아 영공에 들어갔다면 유고슬라비아의 행위에 대하여 항의하였다. 그 후 유고슬라비아는 “미국이 긴급상황이나 악천후가 아닌 경우에는 유고슬라비아 영공을 침범하지 아니 하도록 필요한 조치를 취하리라고 생각하여” 허가없이 유고슬라비아 영공에 들어오는 항공기에 대한 발포를 금지시켰음을 통보하였다.

(3) 해상경계 침범 사례에서도 위난상황이 주장되었다. 1975년 영국 해군함정이 아이슬란드 영해에 들어갔는데 영국은 그 함정이 국제관습법상 인정된 악천후로부터의 피난권을 행사하였다고 주장하였다. 아이슬란드는 영국함정이 오직 분류를 일으킬 목적에서 영해를 침범하였다고 주장하였지만, 영국 함정이 위난상황에 처하여 있었으면 자신의 영해로 들어올 수 있었다는 점을 부인하지는 않았다.

(4) 선박과 항공기에 관한 사례가 대부분이지만 그러한 경우에만 제24조가 적용되는 것은 아니다. *Rainbow Warrior* 중재사건이 그 예이다(UNRIIA, vol.XX,

p.217(1990). 프랑스는 Hao 섬으로부터의 2인 요원 후송은 “국가기관인 자연인의 기본적인 인도적 고려에 따른 긴급 위난상황”에서의 행위였다고 주장하였다. 중재재판소는 이 항변이 원칙적으로 가능하다는 점에 대하여는 전원일치로 긍정하였고, 다수의견은 문제된 2인 중 1인에 관하여는 위난상황이 적용된다고 판정하였다. 중재재판소는 이 원칙이 적용되려면 다음 세 가지 요건이 충족되어야 한다고 보았다.

“(1) 의료 또는 기본적 사항에 관련된 극도로 예외적인 긴급상황의 존재, 단 다른 이해 당사자가 그러한 예외적 상황의 존재를 추후 인정하거나 프랑스가 그 상황의 존재를 명백히 입증하여야 함

(2) 송환을 정당화 시킬 긴급상황이 소멸된 즉시 2인의 요원을 Hao섬으로 재이송하였을 것.

(3) 1986년 협정과 관련하여 뉴질랜드 정부의 동의를 얻기 위한 성실한 노력의 존재“

실제로 요원 중 1인은 비록 생명에 대한 위협은 아니었지만 중대한 위험에 처하여 있었고, 그것이 절박하였다고 할 수 있었다. 반면에 다른 요원의 사유, 즉 임신으로 인한 진료 및 부친 임종은 긴급상황이라고 보기 어려웠다. 그 요원과 태아의 생명이 위협받던 것은 아니었고, 근처에 훌륭한 의료시설도 있었다. 중재재판소는 다음과 같이 판정하였다.

“이러한 상황이 Prieur 대위 송환 및 이 두 요원을 Hao 섬에 재송환하지 않은 프랑스의 책임을 정당화하지 않는 것은 명백하다. 이는 의무위반에 해당된다...”

(5) 위난항변의 가능성은 조약에 규정되기도 한다. 1958년 영해 및 접속수역에 관한 협약 제14조 제3항은 위난시 타국 영해에서의 정박을 허용한다. 1982년 해양법 협약 제18조 제2항도 이와 거의 동일한 문구이며, 해양오염방지에 관한 여러 국제협약들에도 유사한 규정이 나타난다(International Convention for the Prevention of the Sea by Oil 제4조 제1항(a)호, Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter 제5조 제1항 등).

(6) 제24조는 인간의 생명이 위협에 처한 경우에만 적용된다. *Rainbow Warrior* 중재재판소는 이를 넓혀 중대한 건강상 위험만으로도 충분하다고 보는 듯 하다. 하지만 생명 위협 상황이 아닌 경우에도 제24조를 적용한다면 그 하한을 정하기가 곤란하다. 항공기와 관련된 위난상황에서는 생명에 대한 위협의 존재를 확정하기가 어렵지 않은 것이 보통이나, 다른 경우에는 여러 가지 가능성이 존재한다. 제5장의 전체적 맥락 및 생명을 위협하는 상황이 아니라고 보이는 경우에는 다른 해결방안이 있을 가능성이 높다는 점을 고려할 때, 위난 범위를 생명 자체에 대한 위험 이상으로 넓힐 필요는 없다고 보인다. 국가의 기관(agent)이 위난에 처하여 생명을 구하기 위하여 행위하여야 할 상황에서는 위난 상태 평가에 어느 정도의 유연성이 인정된다. 제24조상의 “다른 합리적인 방법이 없는” 이라는 기준은 기관의 생명 구조행위의 선택에 어느 정도 융통성을 허용하려는 의도와 이의 예외적 성격상 항변

범위를 제한할 필요간의 균형을 유지하려는 것이다.

(7) 국가기관이 자신의 생명을 구하기 위해서 행동하거나, 국가기관과 위협에 처한 사람간에 특별한 관계가 있는 경우에만 위난이 원용될 수 있다. 그 보다 좀 더 일반적인 긴급상황에는 위난이 아니라 궁박(necessity)이 문제될 뿐이다.

(8) 제24조는 생명위협상황을 피하기 위하여 필요한 행위의 위법성만을 조각한다. 따라서 국가나 그 기관은 관련 당국에 대한 도착 통지, 항행, 승객 또는 화물 관련 정보제공 등 다른 (국내적 또는 국제적) 의무의 이행은 면제되지 않는다.

(9) 불가항력의 경우와 마찬가지로 원용국에 의하여 유발된 상황은 위난상황으로 보지 않는다. 많은 경우 위난 원용국이 비록 간접적이지만 그 상황발생의 원인을 어느 정도 제공하였다고 볼 수 있다. 그러나 필수적인 생명구조 조치에 우선권이 주어져야 하고, 제2항 (a)호가 규정하는 바와 같이 그 국가의 단독 행동이나 다른 요소와 결합된 행동에 의하여 상황이 발생한 경우에만 위난이 배제된다. 이는 제23조 제(2)항 (a)호와 동일한 방식이다.

(10) 보호하려는 이익이 침해되는 다른 이익보다 명백히 우월한 경우에만 위난에 의한 위법성 조각이 인정된다. 그로 인하여 더 많은 생명이 위협받거나 더욱 큰 위협이 생성되면, 그 행위에는 위난항변이 적용되지 않는다. 예컨대 폭탄을 적재한 군용기의 비상착륙은 커다란 재난을 초래할 수 있고, 심각한 고장이 발생한 원자력 잠수함의 항구 대피는 방사능 오염을 초래할 수 있다. 제2항 (b)호는 문제된 행위가 동등하거나 더욱 커다란 위협을 발생시킬 개연성이 있는 경우에는 위난이 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 이는 그 기관에게 생명을 구하기 위한 “다른 합리적인 방법이 없었는지”를 물음으로써 객관적 기준을 설정한 제1항에 상응한 규정이다. “동등하거나 더욱 커다란 위협”이라는 단어는 생명구조의 전체적 목적을 참작하여 평가되어야 한다.

제25조 窮迫(Necessity)

1. 궁박은 다음의 경우를 제외하고는 국가의 국제의무에 합치되지 아니하는 행위의 위법성을 조각시키는 근거로 원용될 수 없다.

(a) 그 행위가 중대하고 급박한 위협으로부터 국가의 본질적 이익을 보호하기 위한 유일한 방법인 경우; 그리고

(b) 그 행위가 의무이행의 상대인 국가나 국가들 또는 국제공동체 전체의 본질적 이익을 심각하게 해하지 않는 경우.

2. 다음의 경우 어떠한 상황에서도 궁박은 국가의 위법성을 조각시키는 근거로 원용될 수 없다.

(a) 문제된 국제의무가 궁박의 원용 가능성을 배제하는 경우; 또는

(b) 그 국가가 궁박 상황의 발생에 기여한 경우.

주석

(1) “窮迫”이라는 용어는 중대하고 급박한 위협에 처한 국가의 본질적 이익을 보호할 수 있는 유일한 방법이 중요성이나 긴급성이 덜한 다른 국제의무의 이행을 일시적으로 이행하지 않는 것일 뿐인 경우를 지칭한다. 제25조에 엄격하게 규정된 요건하에서만 그러한 항변이 위법성 조각 상황으로 인정된다.

(2) 공박의 항변은 여러 가지 점에서 예외적이다. 이는 동의(제20조), 자위(제21조) 또는 대응조치(제22조)와 달리 피해국의 이전 행위에 근거하는 것이 아니며, 불가항력(제23조)과 달리 비자발적이거나 강제된 행위를 포함하지 않는다. 또한 위난(제24조)과 달리 공박은 국가기관이 책임지는 개인의 생명에 대한 위협이 아니라, 국가나 국제사회 전체의 본질적 이익에 대한 중대한 위협을 요건으로 한다. 본질적 이익과 공박 원용국의 의무간에 양립불가능한 모순이 존재하는 경우에 공박 상황이 발생한다. 이러한 특성으로 인하여 공박은 매우 드문 경우에만 인정될 수 있으며, 남용방지를 위해 엄격한 제한이 가해진다.

(3) 위법성 조각 사유의 하나로 공박을 인정하여야 한다는 견해는 강력한 설득력을 가진다. 각국이 이를 원용한 바 있었고, 많은 국제재판소가 이를 다루었다. 국제재판소에서도 공박의 항변은 원칙적으로는 인정되었으며, 적어도 거부되지는 않았다.

(4) 1832년 영국-포르투갈 분쟁시, 포르투갈 정부는 조약 규정에도 불구하고 국내폭동을 진압하는 군부대의 생존이라는 절박한 공박상황으로 인하여 영국인 재산의 수용이 정당화된다고 주장하였다. 이에 대한 영국 정부의 자문요청에 따라 다음과 같은 의견이 제시되었다(McNair ed., *International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol.II, p.232).

“이 나라와 포르투갈과의 조약들은 어떠한 상황에서도 변경될 수 없는 전혀 융통성 없는 것이 아니며, 국가의 안전이나 존속 자체에 절대 불가결할 수 있는 수단의 사용권을 포르투갈 정부로부터 박탈하는 정도로까지 그 규정들이 엄격하게 준수되어야 하는 것도 아니다. 그러한 영국인 재산수용을 정당화할 공박의 정도는 사건의 특정 상황에 좌우되나 반드시 절박하고 긴급한 것이어야 한다.”

(5) 1837년 “*Caroline*호 사건”은 종종 자위권 행사의 예로 언급되지만 실제로는 무력행사에 관한 법이 현재와 매우 달랐던 시기에 있어서의 공박 항변에 관한 것이다. 이는 영국군이 미국 영역내에 들어와 캐나다 반도들(insurgents)에게 병력과 각종 군사물자를 공급하던 미국인 소유의 선박을 공격하여 파괴시킨 사건이다. 미국이 항의하자 워싱턴 주재 영국 공사 Fox가 “자위 및 자기보존의 공박상황”이라는 의견을 제시하였고 영국정부 대리인도 “영국 기관의 행위”는 “절대 불가결한 예방조치”로서 정당하다고 하였다. 미국 국무장관 Webster는 “명백하고 절대적인 공박이 아니면 비교전국 영역내에서의 적대행위를 정당화할 수 없다”며 영국측에서 그 군대의 행위가 진정으로 “급박하고 압도적이며 다른 대안이 없고 숙고의 여유가

없는 자위의 필요”에 기하여 발생하였음을 입증하여야 한다고 주장하였다. Tyler 대통령은 1841년 12월 의회에 보낸 서한에서 아래와 같은 의견을 표명하였다 (*British and Foreign State Papers*, vol.30, p.194).

“극히 긴급한 필요상황이 아닌 한 우리 정부는 외국 정부가 자국법을 위반한 사람을 체포하거나 그 재산을 파괴하기 위하여 우리 나라의 영역을 침범하는 권한을 허용할 수 없다 ...”

1842년 두 정부가 서한을 교환하여 “불가침 원칙이 적용되지 않아야 할 압도적인 공박사태가 발생할 수 있다”는데 합의함으로써 분쟁이 종료되었다. 워싱턴 주재 영국 임시 사절인 Ashburton 경은 “이 원칙은 압도적 공박이 계속되는 가능한 가장 짧은 기간에 걸쳐 필요한 가장 좁은 한도내에서만 적용되지 않아야 한다”고 덧붙혔다.

(6) 1893년 “Russian Fur Seals” 분쟁에서 “중대하고 급박한 위험”에 처한 “본질적 이익”은 어느 국가의 관할권이나 국제적 규제에도 속하지 않는 지역의 자연환경이었다. 남획으로 인한 물개의 멸종 위험에 대처하기 위하여 러시아 정부가 공해상 물개잡이를 금지하는 법령을 발하였다. 1893년 러시아 외무장관은 영국 대사에게 서한을 보내 물개잡이 철의 박두로 인한 “즉각적인 잠정 조치의 절대적 필요” 때문에 그 같은 조치가 취해졌다고 설명하였다. 그는 “예외적 상황의 압력 때문에 취해진 이 조치의 본질적으로 예방적인 성격을 강조하고“, 그 지역 물개잡이 문제의 장기적 해결을 위하여 영국과 협정을 체결할 용의가 있음을 선언하였다(*British and Foreign State Papers*, vol.86, p.220).

(7) *Russian Indemnity* 사건에서 Ottoman 정부는 러시아 정부에 대한 채무 변제의 지연을 정당화하기 위하여 극도로 곤란한 재정상태를 원용하며 이를 불가항력적 상황이라고 주장하였는데 이는 불가항력이라기 보다는 공박에 가깝다고 할 것이다. 중재재판소는 원칙적으로 그 항변을 인정하였다(UNRIIAA., vol.XI, p.431, 1912, p.443).

“불가항력으로 인한 예외는 사법뿐 아니라 국제공법에서도 인정된다; 국제법은 정치적 긴급상황을 고려하여야 한다. 러시아 제국 정부는 ‘국가 존속 자체가 위험에 처하거나 국제의무 준수가 자기파괴적인 경우’ 국가의 조약이행 의무가 완화될 수 있다는 점을 명시적으로 인정한다.”

그러나 중재재판소는 다음과 같이 판단하였다:

“6백만 프랑이라는 비교적 적은 액수의 지불(또는 그 지불을 위한 대부계약 체결)이 Ottoman 제국의 존속을 위험에 빠뜨리거나 그 내부적 또는 외부적 상황을 심각하게 위협한다는 것은 명백한 과장이다 ...”

즉, 의무에 합치하지 않는 행위의 위법성이 조각되려면 국제의무 준수가 “자기파괴적”이어야 한다는 것이다.

(8) *Société Commerciale de Belgique* 사건(PCIJ, Series A/B, No.78, p.160)에서는 그리스 정부가 2개의 중재판정에 의하여 벨기에 회사에 금전지급 의무를

지게 되었다. 그리스 정부가 그 중재판정 이행을 거부하자 벨기에는 PCIJ에 제소하여 국제의무 위반이라고 주장하였다. 그리스 정부는 심각한 재정상황을 이유로 항변하였다. 재판소는 그리스 정부의 중재판정 불이행이正当한지를 선언하는 것은 그 권한이 아니라고 하였으나, 양측이 다투지 않았던 그 기본적 원칙은 묵시적으로 인정하였다.

(9) 1967년 영국 영해 밖에서 발생한 Liberia 유조선 *Torrey Canyon*호의 좌초로 영국해안이 유출원유로 오염될 위험에 처했다. 여러 가지 방재조치가 실패하자 영국정부는 남아있는 원유를 소각시키기 위하여 배를 폭파하였다. 영국정부는 극도의 위기상황의 존재를 강조하고 모든 다른 수단이 실패한 후에야 선박폭파결정이 내려졌다고 주장하였다(The "*Torrey Canyon*", Cmnd. 3246). 이에 대한 국제적 항의는 없었고, 그 후 중대한 유류오염 방지를 위하여 개입이 필요한 장래 사례를 규율하기 위한 협약이 체결되었다(International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties).

(10) *Rainbow Warrior* 중재사건에서 재판소는 공박항변의 존재에 대하여 의문을 표시하였다. 중재재판소는 본 위원회의 초안이 “국가로 하여금 공박상황을 원용하며 불법적 행위를 하도록 허가하려 한다”고 지적하고, 본 위원회의 제안이 “논쟁의 소지가 많다”고 평가하였다(UNRIAA., vol.XX (1990), p.254).

(11) 반면 *Gabcikovo-Nagymaros Project* 사건에서 ICJ는 위원회 초안에 근거한 주장을 주의깊게 검토하고 이 원칙을 명시적으로 수락하였으나, 문제된 상황에서의 원용은 인정하지 않았다. 이 원칙과 관련하여 ICJ는 양측이 본 위원회 초안 규정을 적절하다고 인정하였음을 지적한 다음 아래와 같이 실시하였다(ICJ Reports 1997, pp.40-41, paras.51-52).

“재판소는 공박상황이 국제관습법에 의하여 국제의무에 합치되지 않는 행위의 위법성 조각 사유로 인정된다고 생각한다. 그러나 재판소는 그러한 위법성 조각 사유는 예외적 상황에서만 수락될 수 있다고 판단한다. 국제법 위원회도 동일한 의견을 표명한 바 있다. 위원회는 누적적으로 충족되어야 하는 엄격히 제한된 조건하에서만 공박상황이 원용될 수 있으며, 그러한 조건이 충족되었는지에 대한 판단은 관련국에 일임되지 않는다고 하였다. 이 사건에서는 다음의 기본 조건들이 충족되어야 한다; 그것이 위법행위국의 ‘본질적 이익’을 보호하기 위하여 행해졌어야 한다; 그 이익이 ‘중대하고 절박한 위험’에 의하여 위협받았어야 한다; 문제의 행위가 그 이익을 보호하기 위한 ‘유일한 수단’이었어야 한다; 문제의 행위는 의무 상대국의 ‘본질적 이익을 심각하게 침해’해서는 아니된다; 행위국은 ‘공박상황 발생에 기여하지’ 않았어야 한다. 이 조건들은 국제관습법을 반영한다.”

(12) 공박의 항변은 *Fisheries Jurisdiction* 사건에서도 외견상 문제되었다. 북서대서양 어업기구(Northwest Atlantic Fisheries Organization)가 경계왕래어족(straddling stocks) 보호를 위한 규제조치를 취하였다. 그런데 캐나다는 이것이 실효성이 없다고 판단하고, 1994년 연안어업보호법(Coastal Fisheries Protection

Act)을 제정하였다. 이 법은 Grand Bank의 경계왕래어족이 “멸종위기”에 있다며 “이 어족자원에 대한 더 이상의 파괴를 막고 이를 회복하기 위한 긴급조치를 가능하도록 하기 위하여” 이 법이 제정되었다고 선언하였다. 그 후 캐나다 공무원들이 공해상에서 스페인 선적의 *Estai*호를 검색하고 이를 나포하자, 캐나다와 유럽연합 및 스페인 사이에 분쟁에 발생하였다. 스페인 정부는 “나포가 캐나다도 그 당사국인 북서대서양 어업기구 협약(NAFO Convention) 규정에 위반되므로” 보존 목적이 나포를 정당화할 수 없다고 주장하였다. 캐나다는 “*Estai*호 나포는 스페인 어부에 의한 남획을 저지하기 위하여 필요하였다”고 반박하였다. 재판소는 이 사건에 대한 관할권이 없다고 판단하였다(ICJ Reports 1998, p.443, para.20).

(13) 공박항변의 존재 여부 및 그 한계에 대한 학자들간의 논쟁의 역사는 길다. 초기의 학자들은 대부분 엄격한 조건하에 한하여 공박항변을 명시적으로 인정하였다. 19세기에 들어와 “국가의 기본권” 개념과 연관된 공박항변의 남용에 대한 반작용으로 이에 대한 반대론이 강해졌고, 20세기에도 국제법상 공박항변의 개념에 반대하는 학자들이 늘어났으나, 균형추는 아직도 이 항변의 존재를 인정하는 측으로 기울다.

(14) 전반적으로 국가관행과 사법적 판정은 공박이 매우 제한적 조건에서 위법성 조각 사유에 해당할 수 있다는 견해를 지지하며, 이 같은 견해가 제25조에 담겨져 있다. 공박은 환경보호, 공공적 긴급상황시 국가와 그 국민의 존속 보존이나 민간인 안전 보장 등 다양한 종류의 이익보호를 위하여 원용되었다. 제25조는 “다음의 경우에 해당하지 않는 한 공박을 원용할 수 없다”는 소극적 표현을 사용하여 그 예외적 성격을 강조하고 남용을 방지하고자 한다.

(15) 제1항 (a)호에 규정된 첫 번째 조건은 공박은 중대하고 급박한 위협으로부터 본질적 이익을 보호하기 위해서만 원용될 수 있다는 것이다. 문제의 이익이 “본질적”인지는 미리 판단될 수 없고, 모든 관련상황에 달려 있다. 국가와 그 국민의 특정한 이익은 물론 국제사회 전체의 이익도 이에 해당될 수 있다. 그리고 이익이 무엇이든 간에 그것이 중대하고 급박한 위협에 처해 있어야 이 조건이 충족된다. 위협은 객관적인 것이어야 하고, 단지 가능할 뿐이어서는 안된다. 또한 위협은 근접하다는 의미에서 급박한 것이어야 한다. 그런데 *Gabcikovo-Nagymaros Project* 사건에서 재판소는 다음과 같이 실시한 바 있다(ICJ Reports 1997, p.42, para.54).

“장기간에 걸쳐 나타나는 ‘위험’이라도 관련 시점에서는 그것이 실현되면 ‘급박하다’고 판단될 수 있으므로, 위험 실현이 아무리 먼 장래의 일이더라도 그것이 덜 확실하다거나 덜 필연적이라고는 할 수 없다.”

또한 행위는 그 이익을 보호하기 위한 “유일한 방법”이어야 한다. 비록 더 비용이 들고 불편하더라도 합법적인 다른 수단이 존재하면 이 항변을 원용할 수 없다. *Gabcikovo-Nagymaros Project* 사건에서도 법원은 다른 수단을 통한 해결 가능성과 이미 수행된 작업량 그리고 투여 금액 등을 고려한 후 그 상황에서 일방적

사업 중단과 포기만이 가능한 유일한 방법이라고는 볼 수 없다고 하였다. 제1항 (a)호의 “방법”이라는 용어는 일방적 행위에 한하지 않고, 국제기구나 타국과의 협력을 통하여 가능한 다른 형태의 활동(예컨대 권한있는 지역 어업 기구가 채택한 어족 보존조치)도 포함한다. 또한 필요성 요건은 그 항변에 내재되어 있다: 목적달성을 위하여 엄격히 필요한 정도를 초과한 행위는 공박항변으로 보호되지 않는다.

(16) 제1항 (a)호의 목적상 위험은 단지 예상되거나 가능한 것만으로는 충분치 않다. 환경보호나 대규모 구조물 안전에 관하여는 과학적 불확실성이 빈번히 문제되며, 전문가들조차 위험의 존재하는지, 존재한다면 그 중대성과 긴급성은 어느 정도인지, 제안된 방법이 그 상황에서 유일한 것인지 등에 관하여 의견이 엇갈릴 수 있다. 정의상 공박상황이란 위험이 아직 발생하지 않은 것을 의미한다. *Gabcikovo-Nagymaros Project* 사건에서 재판소는 공박의 원용국이 공박상황에 대한 유일한 판정자일 수는 없으나, 당시 합리적으로 이용가능한 증거에 비추어 볼 때 위험이 명백히 존재하면 약간의 불확실성이 존재한다고 하여 공박을 원용할 수 없는 것은 아니라고 실시하였다.

(17) 제1항 (b)호상의 두 번째 요건은 문제의 행위가 관련국이나 국제사회 전체의 본질적 이익을 중대하게 침해하여서는 안된다는 것이다. 즉 보호하려는 이익은 행위국의 관점에서 뿐 아니라 개별적 또는 집단적 경쟁이익에 대한 합리적 형량이라는 관점에 비추어 볼 때에도 다른 모든 고려를 능가하여야 한다는 것이다.

(18) 조약법에 관한 비엔나 협약 제53조에서는 “국가간 국제사회 전체”라는 용어를 사용하였는데 반하여, 제1항 (b)호에서는 “국제사회 전체”라는 표현을 사용하고 있는바 이는 적절하다고 본다. 비엔나 협약에서는 국제강행규범 형성에 관한 국가의 기여를 강조하고자 하여 “국가간”이라는 단어를 삽입하였으나, 다른 국제조약 등에서는 “국제사회 전체”라는 표현이 빈번히 사용된다.

(19) 제2항은 제1항상의 요건 이외에 다른 두 가지 요건을 더 부과한다. 제2항 (a)호는 문제된 국제의무가 공박항변을 명시적 또는 묵시적으로 배제하는 경우이다. 예컨대 무력분쟁에 관한 국제조약 중 일부는 군사적 필요성의 항변을 명시적으로 배제하며, 그렇지 않은 조약 중에서도 그 목적과 취지에 비추어 볼 때 공박항변이 배제된다고 볼 수 있는 경우가 많다.

(20) 제2항 (b)호에 의하면 공박상황 발생에 책임있는 有責國은 공박항변을 원용할 수 없다. *Gabcikovo-Nagymaros Project* 사건에서도 재판소는 헝가리가 “작위 또는 부작위에 의하여 공박이라고 주장하는 그 상황발생에 기여하였으므로” 그 상황을 위법성 조각 근거로 원용할 수 없다고 실시하였다. 공박항변을 배제시키기 위하여는 공박상황의 발생에 대한 기여가 충분히 중대하여야 하며, 단지 주변적인 것으로는 부족하다. 제2항 (b)호는 제23조 제2항 (a)호와 제24조 제2항 (a)호 보다 더욱 한정적인 용어로 규정되었는데, 이는 공박을 더욱 좁은 범위로 제한할 필요 때문이었다.

(21) 제25조는 원칙적으로 주된 의무에 의하여 규율되는 행위가 공박항변의 적

용대상인지에 대해서는 다루지 않으려 한다. 이는 국제관계상 무력행사 관련원칙과 “군사적 필요성”의 문제에 있어서 특히 중요하다. 몇몇 경우에, 특히 인도적 개입의 주장이란 맥락에서 해외 군사행동 정당화를 위하여 공박항변이 원용된 적이 있다 (예컨대 1960년 벨기에는 콩고에 대한 군사개입과 관련하여 공박을 원용하였다). 그러나 제25조는 국제연합 헌장 제7장이나 제8장에 의한 허가를 받지 않은 무력에 의한 인도적 개입이 현대 국제법상 합법인가에 대하여는 다루지 않는다. 일련의 전쟁 및 중립법상 실체법 원칙의 내재적 기준으로서 많은 국제인도법 관련 조약 규정에 명시된 “군사적 필요성”의 원칙에 대해서도 마찬가지이다. 제25에 유사한 고려가 일정한 역할을 하겠지만 이는 1차적 의무의 해석이라는 맥락에서 고려된다.

제26조 강행규범의 준수

이章의 어느 부분도 일반 국제법상의 강행규범에 따라 발생하는 의무와 합치되지 않는 어떠한 국가행위의 위법성도 조각시키지 아니한다.

주석

(1) 조약법에 관한 비엔나 협약 제53조는 일반 국제법상의 強行規範에 저촉되는 조약은 효력이 없다고 규정한다. 또 같은 조약 제64조에 의하면 새로운 강행규범에 저촉되는 이전 조약은 효력을 잃고 종료된다. 문제는 이 조항들이 제5장에서 다루는 문제에 관하여 어떠한 함의를 가지는지이다.

(2) 조약법 협약의 특별보고자였던 Fitzmaurice는 다음과 같이 지적하며 이 문제를 “국제법에의 계속적 합치”라는 목시적 조건에 기초하여 접근하였다.

“강행법규적 성질을 갖는 새로운 국제법 원칙이나 금지에 저촉되는 조약의무의 불준수는 정당화된다(또 요구된다)... 조약 체결후에 조약 체결시에 존재하였던 상황과 관계없는 국제법 원칙이 적용되는 상황이 발생하는 경우에도 동일한 원칙이 적용된다.”

그러나 본 위원회는 제53조와 제64조 이외에 이 문제에 대한 어떤 특정한 조항을 제안하지 않았다.

(3) 1차적 의무간에 외견적인 충돌이 있을 때, 그 중 하나가 일반국제법상의 강행규범에 의하여 직접 발생하는 의무인 경우라면 그러한 의무가 우선하여야 함은 명백하다. 그러한 문제는 國家責任이라는 2차적 원칙에 의존할 필요없이 해석 및 적용과정을 통하여 해결하여야 한다. 이론상으로는 외견상 합법적이고 그 목적이 순수한 조약의무와 뒤늦게 형성된 강행규범간의 충돌을 가정할 수 있다. 그러한 경우 강행규범 적용이 예상되지 않았으므로 조약 전체를 무효화하는 것은 너무 심하다고 할 것이다. 하지만 실제로 있어서 그런 상황은 발생한 적이 없어 보인다. 그러한 상황이 발생하더라도 일반국제법상의 강행규범은 강력한 해석원칙을 제시하여 모든 또는 대부분의 외견적 충돌을 해결할 것이다.

(4) 하지만 제1부 제5장의 違法性阻却事由가 일반국제법상의 강행규범으로부터

의 이탈을 허용하지 않는다는 점은 명확히 하는 것이 바람직하다. 예컨대 제노사이드가 逆제노사이드(counter-genocide)를 정당화하지 않는 것처럼 대응조치를 취하는 국가가 강행규범으로부터 이탈할 수 없다. 마찬가지로 공박의 항변도 강행규범 위반을 정당화할 수 없다. 제5장의 모든 조항에 이 원칙을 명시적으로 삽입하는 것도 가능하나, 이를 별도로 규정하는 것이 간편성에서나 이 규범의 최고성에 비추어 합리적이다.

(5) 일반국제법상 강행규범의 인정기준은 엄격하다. 비엔나 협약 제53조는 문제의 규범이 일반국제법상의 규범으로 인정되기 위한 기준을 충족함은 물론, 국제사회 전체에 의하여 강행적 성질을 갖는 것으로 인정되어야 함을 요구한다. 지금까지 비교적 소수의 규범이 강행규범으로 인정되었다. 하지만 다수의 국내 및 국제 재판소가 조약 유효성 이외의 맥락에서도 강행규범 관념을 확인하였다(IT-95-17/1-T, Prosecutor v. Anto Furundzija, judgment of 10 December 1998; R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte(No. 3) [1999] 2 All ER 97). 명확하게 수락되고 인정된 강행규범에는 침략, 제노사이드, 노예, 인종차별, 인도에 반하는 범죄 및 고문의 금지, 자결권 등이 포함된다.

(6) 제26조에 따라 위법성 조각 사유는 국가의 일반국제법상의 강행규범 위반을 정당화할 수 없다. 국가는 조약이든 다른 무슨 방법을 통하여든 타국의 강행규범 준수 의무를 면제시켜줄 수 없다. 그러나 어떤 강행규범 적용에는 특정국가의 동의가 영향을 미칠 수 있다. 예컨대, 어떤 국가는 합법적 목적을 가진 외국군의 자신 영역 주둔에 유효하게 동의할 수 있다. 어떤 경우에 동의가 유효하게 주어졌는지를 결정하는 것은 다른 국제법 원칙의 문제이지, 國家責任이라는 2차적 법칙의 문제가 아니다.

제27조 위법성 조각 사유 원용의 결과

이 장에 따라 위법성 조각 사유를 원용하는 것은 다음을 방해하지 아니한다.

(a) 위법성 조각 사유가 더 이상 존재하지 않는 경우, 그 범위내에서 문제된 의무의 준수.

(b) 문제된 행위로 인하여 야기된 모든 실질적 손실에 대한 보상문제.

주석

(1) 제27조는 제5장의 위법성 조각사유를 원용하는 특정한 경우 또는 결과를 규정하는 장애부재 조항(without prejudice clause)이다. 이는 두 가지 문제를 다룬다. 첫째, 위법성 조각사유는 그 자체로서는 기초의무에 영향을 미치지 않으며, 그러한 사유가 더 이상 존재하지 않으면 의무가 다시 완전하게 발효된다. 둘째, 이는 특정한 경우에 있어서 손해전보의 가능성을 지적한다.

(2) 제27조 (a)호는 의무 준수를 막던 상황이 더 이상 존재하지 않거나 점차 사라져가는 경우를 다룬다. 위법성을 조각하는 사유가 중단되거나 그 사유가 어떤 이

유에서든 방해효과를 상실하면 문제된 의무는 다시 준수되어야 하고, 종전에 불준수가 인정되었던 국가는 다시 의무에 따라 행동하여야 한다. 의무이행을 막던 조건들이 점차 줄어들어 부분적 의무이행이 가능하면, 그 정도만큼 의무를 이행하여야 한다.

(3) 이 원칙은 Rainbow Warrior 중재재판소에 의하여 확인된 바 있으며 (UNRIAA., vol.XX(1990), pp.251-252, para.75), 국제사법재판소는 Gabcikovo-Nagymaros Project 사건에서 이를 더욱 명확히 하였다. 그 사업 공사 중단의 위법성이 공박에 의하여 조각된다는 헝가리측 주장에 대하여, 재판소는 “공박상황이 사라지고 나면 즉시 조약의무를 준수할 의무가 부활한다”고 실시하였다 (ICJ Reports 1997, p.63, para.101). 위법성을 조각하는 특정한 상황은 동시에 기초의무 종료의 충분한 근거가 될 수도 있다. 따라서 대응조치를 정당화하는 조약 위반은 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약 제60조의 “중대한” 위반에 해당하여 피해국에 의한 조약 종료가 허용될 수 있다. 반대로 의무가 완전히 복귀되거나 그 이행이 원칙적으로 완전히 재개될지라도, 이행 방식이 조정될 필요는 있을 수 있다.

(4) 제27조 (b)호는 제5장의 경우의 피해에 대한 가능한 填補 문제에 대한 규정이다. 제27조 (b)호가 “compensation”이라는 용어를 사용하고 있으나 이는 금전배상을 뜻하는 제34조상의 “compensation”과는 다른 의미이다. 여기서는 위법성 조각 사유를 원용하는 국가가 직접 영향을 받은 어떤 국가의 유형적 손실을 전보하여야 하는가와 관련된다. “유형적 손실”은 다른 곳에서 사용된 손해라는 용어보다 좁은 개념이다; 제27조는 당사국이 제5장의 상황을 원용할 때 발생할 수 있는 손실의 조정에만 관련된다.

(5) (b)호는 일정한 경우 국가가 위법성 조각을 원용하도록 허용하는 적절한 조건이다. 이 규정이 없으면 위법성 조각사유만 아니라면 자신의 행위가 위법하게 될 국가가 무고한 제3국에게 자신의 이익이나 관심을 방어할 부담을 전가시키려 할 수도 있을 것이다. Gabcikovo-Nagymaros Project 사건에서 헝가리는 공박의 항변을 주장하며, 이 원칙을 인정하였다. 법원이 지적하였듯이 “헝가리는 어떠한 경우에도 공박 상황이 자신이 상대방에게 보상할 의무를 면제시켜 주지 않는다는 점을 명시적으로 인정하였다.”(Ibid., p.39, para.48)

(6) (b)호는 어떤 경우에 보상이 이루어져야 하는지를 규정하지는 않았다. 일반적으로 제5장이 적용될 수 있는 상황의 범위를 고려할 때 보상에 대하여 구체적으로 규율하는 것은 적당치 않다. 그런 경우에는 위법성 조각사유를 원용하는 국가가 보상의 지불 여부와 정도에 관하여 상대방 국가와 합의할 것이다.

제2부

국가의 국제책임의 내용

(1) 제1부가 國家責任의 발생에 필요한 일반조건을 규정한데 비하여, 제2부는 有

責國이 부담하는 법적 결과를 규정한다. 국가는 國家責任의 영역 이외에서도 國際違法行爲의 법적 결과에 직면할 수 있다. 예컨대 조약에 대한 중대한 위반은 피해국에게 조약의 전부나 일부를 종료 또는 정지시킬 권리를 준다. 하지만 제2부의 초점은 국가의 國際違法行爲에 의하여 발생하는 새로운 법률관계에 있다. 이것이 국가의 국제책임의 실체를 구성한다.

(2) 國家責任의 영역 내에서 다른 결과를 전부 또는 일부 배제하며 국가의 國際違法行爲의 결과를 특별히 규정할 수도 있다. 그러나 그러한 특별조항이 없으면 국제법은 有責國에 새로운 의무, 그 중에서도 특히 그 행위로 인한 유해한 결과에 대한 손해배상의무를 부담시킨다. 국제의무위반과 그에 대한 배상의무간의 직접적 연관성은 PCIJ 규정 제36조 제2항에 규정되었고, 이는 ICJ 규정 제36조 제2항으로도 계승되었다. ICJ 규정 제36조 제2항에 따르면 규정 당사국은 특히 다음에 관련된 법적 분쟁에 대한 재판소의 강제관할권을 인정할 수 있다.

“(c) 확인되는 경우, 국제의무의 위반에 해당하는 사실의 존재.

(d) 국제의무의 위반에 대하여 이루어지는 배상의 성질 또는 범위.”

제1부는 (c)호의 문제에 적용되는 일반적 법원칙을 규정하며, 제2부는 (d)호에 적용되는 일반적 법원칙을 규정한다.

(3) 제2부는 3개의 장으로 구성된다. 제1장은 일반원칙과 제2부의 범위를 규정한다. 제2장은 손해배상 방식(원상회복, 금전배상, 만족)과 그들간의 관계에 초점을 맞춘다. 제3장은 일반국제법상 강행규범의 중대한 위반으로 인하여 발생하는 특별상황 및 有責國과 다른 국가들에 대한 그 위반행위의 법적 결과를 규정한다.

제1장 일반원칙

(1) 제2부 제1장은 국가의 國際違法行爲의 법적결과를 일반적으로 정의하는 6개의 조문으로 구성된다. 국제법에 대한 개별적 위반행위는 비교적 사소한 것에서부터 공동체와 인민의 생존, 국가의 영토적 단일성 및 정치적 독립 그리고 지역 전체의 환경을 위협하는 경우에 이르기까지 다양한 범주로 구성된다. 國家責任에 관한 법원칙과 제도는 국제법에 대한 존중을 유지시키고, 각국이 국제적 입법에 의하여 의도하는 목표를 달성하는데 중요하다.

(2) 제1장 중 제28조는 서론적인 조항으로 국가의 國際違法行爲는 법적 결과를 수반한다는 원칙을 확인한다. 제29조는 이러한 결과가 위반된 의무에 대한 有責國의 이행을 해하거나 배제하지 않음을 지적한다. 이 점은 중단 및 재발방지의 보장 또는 보증 의무를 규정하는 제30조에 의하여 강조된다. 제31조는 국가의 국제법 위반으로 인한 손해 배상의 일반원칙을 규정한다. 제32조는 有責國이 제2부상의 중단 및 배상의무를 회피하기 위하여 국내법을 원용할 수 없다는 점을 밝힌다. 마지막으로 제33조는 이 部の 적용범위에 관한 규정인데, 의무 상대방의 범위 및 개

인이나 국가 아닌 단체에게 직접 발생하여 제2부나 제3부에 의하여 규율되지 않는 권리를 다룬다.

제28조 國際違法行爲의 법적 효과

제1부의 규정들에 의한 國際違法行爲에 따른 국가의 국제책임은 이 부분에 규정된 법적 효과를 수반한다.

주석

(1) 제28조는 국가의 국제책임이 언제 발생하는지를 규정하는 제1부의 조항과 國際違法行爲 책임으로 인한 법적결과를 규정하는 제2부의 조항을 연결한다.

(2) 제2부에 규정된 國際違法行爲의 법적 결과는 有責國이 위법행위를 중단하고 피해를 완전배상하는 것을 핵심으로 한다. 國際違法行爲가 일반 국제법상 강행규범의 심각한 위반을 구성하는 경우에는 有責國 및 다른 국가는 그 외의 의무도 진다. 예컨대, 그러한 경우 모든 국가는 그 위반을 종결시키는데 협력하고, 그 위반으로 인하여 발생한 상황의 합법성을 인정하지 않아야 하며, 有責國이 그렇게 형성된 상황을 유지하는데 원조하지 않을 의무를 진다(제40조, 제41조).

(3) 제28조는 國際違法行爲가 有責國과 개인이나 국가 아닌 단체간의 관계에서 법적 결과를 수반할 수 있는 가능성을 배제하는 것은 아니다. 이 점은 제1조가 “국가의” 모든 국제의무를 취급하지, “타국에 대하여” 부담하는 의무만을 취급하는 것은 아니라는 점과 상통한다. 예를 들어 國家責任은 위반된 의무의 주 수혜자가 국가가 아닌 인권침해나 다른 국제법 위반행위에 미친다. 그런데 제1부가 국가에 의한 모든 國際違法行爲에 적용되는데 반하여, 제2부는 좀 더 한정된 범위를 가진다. 즉 제33조가 이 점을 명확히 하고 있다. 제2부의 조항은 손해배상의무가 국가가 아닌 개인이나 단체에 대하여 발생하거나, 이들에 의하여 원용되는 경우에는 적용되지 않는다.

제29조 이행의무의 존속

이 부분에 따른 國際違法行爲의 법적 효과는 위반된 의무를 이행할 有責國의 의무 존속에 영향을 주지 아니한다.

주석

(1) 국가가 국제의무를 위반하면, 그에 의하여 법률관계의 회복과 장래에 관한 문제가 중심으로 된다. 손해배상 문제를 제외한다면 有責國의 행위가 위반된 의무에 미치는 효과와 위반이 계속되는 경우의 중단이라는 두 가지 문제가 즉시 떠오른다. 전자의 문제는 제29조가 규정하고, 후자의 문제는 제30조가 규정한다.

(2) 제29조는 國際違法行爲의 법적 결과는 위반된 의무를 이행하여야 할 국가의

계속적 의무에 영향을 미치지 않는다는 일반원칙을 규정한다. 國際違法行爲의 결과 有責國과 국제의무의 상대국간에는 새로운 일련의 법률관계가 발생한다. 그러나 이는 1차적 의무에 의하여 성립된 기존의 법률관계가 사라진다는 것을 의미하지 않는다. 有責國이 제2부상의 위법행위 중단 및 손해완전배상 의무를 이행하더라도 위반된 의무를 이행할 책임에서 벗어나는 것이 아니다. 위반 후에도 국제의무를 이행할 계속적 의무는 제14조의 지속적 위법행위 개념과 제30조상 중단의무의 기초가 된다.

(3) 경우에 따라서는 의무위반의 결과 중국적으로 의무 자체가 사라질 수도 있다. 예컨대 양자조약에 대한 중대한 위반의 피해국은 조약을 종료시킬 수 있다. 하지만 조약법에 관한 비엔나 협약의 관련 규정이 명시하고 있듯이 위반행위나 심지어 조약 폐기만으로 조약이 종료되지는 않는다(조약법에 관한 비엔나 협약 제60조). 이는 피해국이 비엔나 협약이 허용하는 한도에서 대응할 문제이다. 피해국은 조약의 이행을 요구하지 않고 조약을 종료시키면 아무런 이익도 얻지 못할 수 있다. 조약이 그 위반으로 적절히 종료되면, 종료는 종료 이전에 조약상 발생한 법률관계 즉, 위반에 대한 손해배상의무 등에 영향을 주지 않는다. 또한 일반국제법상 의무 위반은 그 기초가 되는 의무에 영향을 미치지 않는다. 반면에 위반의 결과 피해국의 원용이 없어도 國家責任이라는 2차적 법률관계가 발생한다.

(4) 위반에도 불구하고 의무가 어느 정도 존속하는지는 국가책임법이 아니라 관련 1차 의무에 관한 법원칙에 따라 규정될 문제이다.

제30조 중단 및 재발방지

國際違法行爲에 책임이 있는 국가는 다음의 의무를 진다:

- (a) 행위가 계속되고 있으면 이를 중단할 것.
- (b) 상황에 따라 필요한 경우에는 재발방지에 관한 적절한 확보 및 보장을 할 것.

주석

(1) 제30조는 국제의무위반으로 인한 두 가지의 서로 관련된 문제를 다룬다; 위법행위 중단과 필요한 경우 有責國에 의한 재발방지의 보장 및 보증 제공. 이 양자는 위반행위에 의하여 침해된 법률관계의 회복 및 교정이란 측면이다. 위반행위 후에 의무가 없어진다면 중단문제는 발생하지 않으며 어떠한 보장과 보증도 불필요할 것이므로 의무의 계속은 양자 공통의 필수 전제이다.

(2) 제30조 (a)호는 國際違法行爲 有責國의 위법행위 중단의무를 규정한다. 제2조에 따라 “행위”라는 용어는 작위와 부작위 양자 모두를 포함한다.

(3) Rainbow Warrior 중재재판소는 위법행위의 중단 요구가 발생하기 위한 두 가지 서로 밀접히 연관된 조건으로 “위법행위가 계속적 성격을 가지는 것과 명령이 발해진 때에 침해된 규칙이 여전히 유효할 것”을 강조하였다(UNRIIA, vol.XX,

p.270, para.114). 보통 위법행위 중단 의무는 계속적인 위법행위의 경우에 발생하지만, 제30조는 국가가 추후의 반복 가능성이 있는 일련의 행위로 의무를 위반하는 상황도 규율한다. 이 조 (a)호 말미의 “행위가 계속되고 있으면”이라는 구절은 두 가지 상황을 모두 규율하기 위한 것이다.

(4) 국제의무의 위반행위의 중단은 위법행위의 결과를 제거하기 위한 첫 번째 요건이다. 이는 손해배상과 더불어 國際違法行爲의 두 가지 일반적 결과 중 하나이다. 중단은 국제의무 위반행위로 인한 분쟁의 주요 쟁점이 되는 경우가 많다. 국제연합 총회와 안보리도 국제법에 대한 심각한 침해에 직면하면 빈번히 그 중단을 요구하며, WTO 분쟁해결 메카니즘의 초점도 손해배상이 아니라 중단이다. 그에 반하여 손해배상은 비록 많은 경우에 중요한 문제이기는 하지만, 책임에 관한 국가 간 분쟁에서 중심문제가 아닐 수 있다(Fisheries Jurisdiction, Merits, (FRG v. Iceland), ICJ Reports 1974, pp.201-205, paras.65-76; Gabčíkovo-Nagymaros Project, ICJ Reports 1997, p.81, para.153).

(5) 중단의 기능은 국제법 위반을 종결시키고 원래의 1차적 법원칙의 유효성과 실효성의 유지를 보장하는 것이다. 따라서 有責國의 중단의무는 법의 지배의 보호와 그에 대한 의존을 통하여 피해국의 이익과 국제공동체 전체의 이익을 보호한다.

(6) 중단을 단순히 1차적 의무를 준수시키는 기능 이상으로 취급하는 데에는 몇 가지 이유가 있다. 첫째, 위반시에만 중단 문제가 발생한다. 이 때 일어나는 것은 1차적 의무의 해석 뿐만 아니라, 구제조치에 관한 2차적 원칙에도 좌우되게 되므로 國際違法行爲의 결과에 관한 본 초안에서 이 문제는 일반적으로 취급되는 것이 적절하다. 둘째, 지속적 위법행위는 國家責任에 관한 사건들의 공통적 특징이며, 이는 제14조에서 특별히 다루어진다. 제2부에서 그러한 행동의 결과를 규정할 필요가 있다.

(7) 중단문제는 손해배상, 특히 원상회복과 밀접히 관련되어 발생하는 경우가 많다. 예컨대 인질석방이나 점거물 반환의 경우 중단의 결과가 원상회복과 구별할 수 없을 수도 있다. 원상회복과 달리 중단은 비례성에 관한 제한을 받지 않는다. 이전 상태로의 복귀가 배제되거나 오직 유사한 정도로만 달성가능한 때에도, 계속적 의무를 발생시킬 수 있다.

(8) Rainbow Warrior 중재재판을 보면 중단과 원상회복의 구별이 어렵다는 것이 드러난다. 뉴질랜드는 두 요원의 Hao 섬 복귀를 요구하였다. 뉴질랜드에 따르면 프랑스는 그들을 복귀시켜 아직 경과되지 않은 3년간의 구금기간을 채울 의무가 있었다; 섬 밖에서 보낸 시간은 산입되지 않기 때문에 그 의무는 종료되지 않았다는 것이다. 중재재판소는 이에 동의하지 않았다. 중재재판소에 따르면 의무는 고정된 기간 동안이었고 이는 경과되었으므로 중단문제는 발생하지 않는다는 것이었다(UNRIIAA, vol.XX(1990), p.266, para.105). 만약 프랑스측이 두 요원을 섬에 구금할 계속적 의무를 지지 않는다면, 그들의 복귀는 뉴질랜드에게 아무 소용없는 일이다. 의무위반이 더 이상 존재하지 않는다면 과거로의 복귀는 별다른 의미가 없

을 것이다. 반대로 위배된 의무의 계속적 이행이 有責國의 의무이며, 피해국도 이를 면제시켜줄 권한이 없다면, 피해국도 원상회복을 포기할 수 없다. 중단과 원상회복의 구별은 관련국의 의무에 있어서 중대한 결과를 가져올 수 있다.

(9) 제30조 (b)는 상황이 요구하는 경우 재발방지에 관한 적절한 보장 및 보증을 하여야 할 有責國의 의무를 규정하고 있다. 비록 중단보다 훨씬 융통성이 있고 모든 경우에 요구되는 것은 아니지만, 보장 및 보증은 계속적 관계의 신뢰회복에 관계된다. 이는 원래의 상황으로의 복귀만으로는 피해국이 만족스럽게 보호되지 못한다고 믿을만한 이유가 존재할 때 가장 흔히 요구된다. 예컨대 1964-1965년 모스크바에서 미국 대사관에 대하여 계속적인 시위가 벌어지자, Johnson 대통령은 다음과 같이 선언하였다(Reprinted in I.L.M., vol.IV, 1965, p.698).

“미국 정부는 국제법과 관습에 의하여 요구되며 국가간 외교관계 수행에 필요한 외교시설 및 인원에 대한 보호를 주장하여야 한다. 유감표명 및 배상이 적절한 보호를 대신할 수는 없다.”

그러한 요구가 항상 보장 또는 보증이라는 용어로 표현되지는 않지만, 이는 미래지향적이라는 측면을 공유하며 다른 잠재적 위반행위에 대한 우려를 나타낸다. 이는 배상보다는 예방에 초점을 두며, 제30조에 포함되어 있다.

(10) LaGrand 사건에서는 재발방지에 대한 보장 또는 보증 의무가 國際違法行爲의 법적 결과인지가 논의되었다. 이 사건도 1964년 영사관계에 관한 비엔나 협약 제36조에 위반하여 영사통지를 실시하지 않은 것과 관련되었다. 독일은 장래 협약 준수를 위한 수단으로 일반적이고 구체적인 보장과 보증을 요구하였다. 미국은 그러한 보장이나 보증은 협약상의 의무 범위를 벗어나며, 재판소는 이를 요구할 관할권이 없다고 주장하였다. 또 그러한 정식 보장과 보증은 전례가 없으므로 요구될 수 없으며, 독일이 가지는 구제권은 미국이 이미 행한 바 있는 사과에 한정된다고 주장하였다. 그리고 연방 및 주 공무원들이 장래 협약을 준수하도록 하기 위하여 취한 광범위한 조치에 비추어 보아도 보장 또는 보증은 적절치 않다는 것이었다. 관할권에 대하여 재판소는 다음과 같이 판단하였다(Merits, judgment of 27 June 2001, para.48).

“독일이 주장하는 협약 위반에 대한 적절한 구제에 관한 분쟁은 협약의 해석이나 적용에 관한 분쟁이므로 재판소의 관할권에 속한다. 어떤 문제에 관한 분쟁에 대하여 관할권이 존재하면, 일방이 그 의무위반에 대하여 요청한 구제조치를 심의하는데 별도의 관할권 근거가 필요치 않다. 따라서 재판소는 독일이 제기한 문제에 대하여 관할권을 갖는다.”

적절성에 관하여 재판소는 외국이 영사통지를 실시하지도 않고 “구금을 계속하거나 무거운 형벌을 선고받은” 경우에는 사과만으로 충분치 않다고 지적하였다. 그러나 재판소는 장래 준수를 위한 조치에 관하여는 미국이 제공한 정보에 비추어 볼 때 “제36조 제1항(b)호상의 의무 이행을 위하여 취할 구체적 조치에 관한 미국의 약속은 독일의 재발방지에 관한 일반적 보장 요청을 충족하는 것으로 간주되어야

한다”고 판단하였다.

독일이 요구한 구체적 보장에 대하여 재판소는 아래와 같이 판단하였다.

“미국이 그 약속에도 불구하고 영사통지의무를 이행하지 않으면 독일국민이 구금 계속이나 무거운 형벌을 선고받은 경우 사과만으로 충분치 않을 것이다. 그러한 판결 선고의 경우 미국은 협약상의 권리 침해를 고려하여 유죄판결 및 선고의 재심사를 허용할 의무가 있다.”

(11) 재발방지에 대한 보장이나 보증은 만족(satisfaction)을 통하여 요구될 수 있으므로(예컨대 위반행위의 발생을 허용하는 법규의 폐지), 실제로 양자간에는 어느 정도의 중복이 있다. 그러나 보장이나 보증은 위반으로 영향받은 법률관계의 계속 및 교정 측면이 더욱 강하다. 한편 제48조에 따라 피해국이 아닌 국가도 재발방지의 보장 및 보증을 요구할 수 있다.

(12) 보장은 보통 말로써만 행해지는데 비하여, 보증은 이 이상의 것, 즉 위반행위 재발을 막기 위한 예방조치 등을 요구한다. 요구될 수 있는 보증의 종류에 대하여 국제관행은 일관되지 않는다. 피해국은 보통 방식을 특정하지 않은채 위법행위 재발 방지를 위한 조치만을 요구하지만, 위법행위로 그 국민이 피해를 입은 경우에는 신체와 재산에 대한 그 이상의 보호조치를 요구하곤 한다. LaGrand 사건에서 재판소는 장래의 위반행위의가 있을 경우 미국의 의무에 대하여 어느 정도 구체적으로 실시하였으나 “이 의무는 여러 가지 방법으로 이행될 수 있다. 그 방법의 선택권은 미국에 주어져야 한다”고 하였다. 재판소는 또한 국가가 재발방지에 대한 확고한 보증을 제공할 위치에 놓이지 않을 수도 있다고 지적하였다. 국가가 그렇게 하는 것이 적절한지는 문제된 의무의 성질에 달려 있다.

(13) 경우에 따라서 피해국은 有責國에게 재발 방지를 위하여 특정한 조치를 취하거나 특정한 방법으로 행동하도록 요구할 수 있다. 때로는 피해국이 有責國에게 장래 피해국 권리를 존중하겠다는 보장만을 요구할 수 있다. 하지만 재발방지의 보장과 보증이 항상 적절한 것은 아니다. 이 점은 “상황이 요구하는 경우”라는 단서에서도 표시된다. 有責國의 재발방지의 보장과 보증의 의무는 과거 종종 있었던 과도한 요구를 막기 위하여 융통성 있게 규정되어있다.

제31조 손해배상

1. 有責國은 國際違法行爲로 인한 피해의 완전한 배상의무를 진다.
2. 피해는 국가의 國際違法行爲로 인한 물질적 또는 정신적 손해를 모두 포괄한다.

주석

(1) 완전한 배상의무는 國際違法行爲를 행한 국가의 두 번째 일반적 의무이다. PCIJ는 *Factory at Chorzow* 판결(Jurisdiction, 1927, PCIJ, Series A, No.9, p.21)에서 다음과 같이 판시하였다.

“조약위반이 적절한 형태의 배상의무를 수반한다는 것은 국제법 원칙이다. 따라서 조약불이행에는 반드시 손해배상이 따라야 하며, 이 점이 조약 자체에 규정될 필요는 전혀 없다. 손해배상에 관한 차이는 조약을 적용하지 않은데 따른 것으로서, 이는 결과적으로 조약 적용에 관한 차이이다.”

여기서 재판소는 “손해배상”이라는 용어를 가장 일반적인 의미로 사용하였다. 재판소는 조약의 해석과 적용의 관할권이 손해배상의 방식과 액수 분쟁에 대한 관할권을 포함하는 것은 아니라는 폴란드의 주장을 배척하였다.

(2) 같은 사건의 후속 단계에서 재판소는 손해배상의무의 내용에 대하여 좀 더 상세하게 판시하였다(Merits, 1928, PCIJ, Series A, No.17, p.47).

“불법행위의 실질 의미상 본질적 원칙-국제관행 특히 중재재판소 판정에 의하여 확립된 것으로 보이는 원칙-은 손해배상을 통하여 가능한 한 불법행위의 모든 결과를 제거하고, 그 행위가 없었으면 존재하리라고 생각되는 상태를 만드는 것이다. 원상회복 또는 이것이 불가능한 경우에는 원상회복에 상응한 가치를 지니는 금전지급; 원상회복이나 이를 대신한 금전지급만으로 배상되지 않는 손해가 있는 경우 그에 대한 배상 - 이것이 國際違法行爲에 따른 손해배상액의 결정 원칙이다.”

(3) 제31조에 따른 有責國의 의무는 *Factory at Chorzow* 판결상 의미에서의 “완전배상”이다. 다시 말하면 有責國은 이 부 제2장에 규정된 하나 또는 그 이상의 손해배상 방식을 통하여 “불법행위의 모든 결과를 제거하고, 그 행위가 없었으면 존재하리라고 생각되는 상태를 만들어야” 한다.

(4) 제31조는 일반적 손해배상 의무를 국가 책임의 직접적인 결과, 즉 피해국 권리라기보다는 有責國 의무로서 규정하는 방식을 취한다. 이 규정방식은 다수 또는 모든 국가에 대하여 동일한 의무가 동시에 존재하지만, 그 위반으로 특별히 영향을 받는 국가는 적은 수에 불과한 경우 발생할 수 있는 난점을 해소하게 된다. 하지만 책임을 원용할 수 있는 국가가 복수인 경우 발생하는 문제를 제외한다면 일반적 손해배상의무는 國際違法行爲시에 자동적으로 발생하며, 비록 상황에 따른 손해배상의 방식은 피해국의 대응에 따라 좌우될 수 있겠지만, 손해배상의무 자체는 어떤 국가의 요구나 항의에 달려 있는 것은 아니다.

(5) 有責國의 완전배상의무는 “國際違法行爲로 인한 피해”에 관한 것이다. 제2항에 정의된 “피해” 개념은 그 행위로 인한 모든 손해를 포괄하는 것으로 이해되어야 한다. 특히 제2항에 따르면 “피해”는 그로 인한 모든 유형적 또는 정신적 손해를 포함한다. 그러나 위반행위로 인하여 개별적으로 영향받지 않은 단순한 추상적 관심이나 일반적 이익은 제외된다. “유형적” 손해는 금전으로 환산 가능한 국가 및 국민의 재산 또는 기타 이익에 대한 손해를 지칭한다. “정신적” 손해는 개인적 고통, 사랑하는 이의 죽음, 住居나 사생활의 침해 등을 의미한다. 그러한 형태의 손해에 관한 배상문제는 이 部 제2장에서 좀더 상세히 다룬다.

(6) 보호이익에 대한 침해가 國際違法行爲의 필수 요건은 아니라는 점은 앞에서 살펴본 바와 같다(제2조 제9항 주석). 이는 오히려 해당 1차적 법칙에 의하여 결정

되는 문제이다. 경우에 따라서 위법행위의 본질은 타국에 대하여 실제적인 피해를 야기시키는 것이다. 또 다른 경우에는 비록 피해가 발생하지 않았더라도, 피해 방지에 필요한 예방조치를 취하지 않은 것이 문제되기도 한다. 또한 국내법에 일정한 법원칙을 도입하는 것과 같이 특정한 행위를 하여야 할 의무가 존재하기도 한다. 각각의 경우마다의 1차적 의무가 필요사항을 결정한다. 따라서 제12조는 국제의무 위반을 의무 이행의 실패라고 정의하고 있다.

(7) 그 결과 위반에 대한 손해배상을 추구하기 위하여는 국가가 실질적 피해를 입었어야만 한다는 일반적 요건은 존재하지 않는다. 물론 실제적 피해의 존재는 손해배상의 방식 및 액수와 밀접히 관련된다. *Rainbow Warrior* 사건에서 처음에는 “국제책임이론상 손해배상책임 발생에는 피해가 필수적이다”고 주장되었으나, 나중에 당사자들은 다음에 동의하였다.

“국가의 명예, 존엄 또는 위신에 영향을 미치는 행위와 같이 비유형적 이익에 대한 불법행위에 대하여 피해국은 그로 인하여 금전적 또는 유형적 피해가 발생하지 않았더라도 적절한 배상을 받을 권리가 있다.”

중재재판소는 “프랑스의 의무위반이 뉴질랜드의 분노를 일으켰고, 뉴질랜드와 그 최고 사법 및 행정 당국의 존엄과 위신의 침해로 다른 추가적인 정신적, 정치적 및 법적 성질의 비유형적 손해를 초래하였다”고 판정하였다(UNRIAA, vol.XX, p.217(1990), p.267, para.109).

(8) 두 나라가 특정 행위를 하기로 합의하였을 때, 일방의 의무 불이행은 당연히 타방과 관련이 된다. 약속이 깨어지면, 이행에 관한 상대방의 권리는 침해된다. 이 단계에서 國家責任이라는 2차적 법원칙이 개입하여 확정될 수 있는 위하나 손해가 없었다는 점을 이유로 책임 역시 없다고 판정하는 것은 근거 없는 것이기 때문이다. 많은 경우에 의무위반으로 인한 손해는 불확정적이다(어획 금지기의 어획, 제한 초과 배출로 인한 환경침해 등). 그럼에도 불구하고 각국은 상호간의 장기적 이익을 위하여 즉각적이고 무조건적인 약속을 할 수 있다. 따라서 제31조는 “피해”를 광범위하게 정의하여, 각 경우에 무엇이 요구되는지는 1차적 의무에 따르게 하였다.

(9) 제2항은 國際違法行爲와 손해와의 인과관계 문제를 다룬다. “국가의 國際違法行爲로 인한 피해”만이 완전히 배상되어야 한다. 이 구절은 손해배상의 중심문제는 國際違法行爲에 따른 모든 결과라기보다는 위법행위로 인한 피해임을 명확히 하는데 사용된다.

(10) 피해나 손실을 위법행위에 귀속시키는 것은 역사적 또는 인과적 과정이 아니라, 원칙적으로 법적인 과정이다. 손해배상사무를 발생시키는 위법행위와 피해간의 관계에 대한 표현은 여러 가지이다. 예컨대, “近因으로서의 위법행위에 귀속가능한 손실(US-Germany Mixed Claims Commission, Administrative Decision No. II, UNRIAA, vol.VII, p.23(1923), p.30)”, “산정하기에 너무 간접적이고 멀며 불확실한 피해(Trail Smelter arbitration, UNRIAA, vol.III, p.1905(1938, 1941),

p.1931)”, 위법행위의 결과 발생한 “환경피해, 자연자원고갈 등 외국정부, 국민, 기업에 대한 모든 직접적 손해(SC resolution 687(1990), para. 16)” 등이 그것이다. 따라서 사실에서의 인과관계는 손해배상의 필요조건이기는 하지만, 충분조건은 아니다. “직접성”, “예측가능성”, 또는 “近接性” 등이 배상의무의 귀속 기준으로 사용되었으나, 국가 기관이 의도적으로 문제된 위해를 발생시켰는지 또는 초래된 위해가 침해된 규칙의 보호범위내의 것인지 등을 기준으로 삼을 수도 있을 것이다. 다시 말하면 인과관계 요건은 모든 국제의무 위반에 대하여 동일할 필요는 없다. 다른 특별한 제한은 없이 손해는 위법행위의 결과 발생한 것이어야 한다는 제31조의 규정은 너무 동떨어지지 않은 충분한 인과관계라는 관념을 표현한 것이다.

(11) 손해배상의 범위에 영향을 미치는 또 하나의 요소는 손해완화 문제이다. 전혀 예기치 못했던 위법행위의 피해자라도 피해에 합리적으로 대처할 것이 기대된다. “완화의무”라는 표현이 사용되기도 하지만 이는 책임을 수반하는 법적 의무는 아니다. 이는 피해자가 피해완화조치를 취하지 않은 정도 만큼 배상액이 감축되는 것을 의미한다. 국제사법재판소는 *Gabcikovo-Nagymaros Project* 사건에서 이를 명확히 하였다.

“Slovakia는 자국이 Variant C를 수행하며 손해완화 조치를 취하였다고 주장하였다. Slovakia는 ‘타방의 불이행으로 피해를 입은 당사자는 그로 인한 피해를 완화하기 위하여 노력하여야 하는 것은 국제법 일반원칙이다’고 하였다. 이 원칙에 의하면 피해완화조치를 취하지 않은 피해국은 회피가능하였던 피해에 대한 배상청구권이 없다. 따라서 이 원칙이 배상액 산정 고려요소가 되긴 하지만 그렇다고 위법행위를 정당화할 수는 없다(*Gabcikovo-Nagymaros Project*(Hungary/Slovakia), ICJ Reports 1997, p.7, p.55, para. 80).”

(12) 종종 두 가지 별개 요소가 손해를 발생시킨다. *Diplomatic and Consular Staff* 사건에서 과격 학생들에 의한 최초 단계의 인질억류는 학생 자신들의 독립행위와 이란 당국의 대사관 보호조치 불이행이라는 두 요소의 결합에 기인하였다. *Corfu Channel* 사건에서 영국함정 파손은 제3국의 기뢰부설 행위와 기뢰 존재에 대한 경고를 행하지 않은 알바니아의 행위 양자에서 기인하였다. 이러한 경우 피해는 두 요소의 결합에 의하여 실제로 발생하였으나, 그 중 한 요소만이 有責國에 귀속되는데 국제관행과 국제재판소의 결정은 기여과실(contributory fault)의 경우를 제외하고는 경합적 원인에 대한 손해배상의 감액이나 완화를 지지하지 않는다. 예컨대 *Corfu Channel* 판결에서 알바니아의 기뢰 존재 불경고를 이유로 알바니아에게는 영국의 전 청구액을 지급하라는 판결이 내려졌다. 경합적 원인이 타국의 행위가 아니라 사인이나 자연재해인 경우에도 마찬가지가 된다. *Diplomatic and Consular Staff* 사건에서 이란은 외교직원 보호 불이행시부터 인질억류에 대한 완전한 책임을 진다고 판정되었다.

(13) 여러 개의 경합적 원인중 하나의 원인에 대하여 피해의 식별가능한 일부를 귀속시킬 수 있는 경우도 발생할 수 있다. 그러나 피해중 일부가 有責國에 귀속된

피해로부터 인과적으로 분리가능하다는 것이 입증되지 않은 한, 有責國은 그 위법행위로 인한 모든 결과에 책임을 진다. *Zafiro* 청구사건에서 중재재판소는 실제적으로 有責國에게 피해의 어느 부분이 그의 행위에 귀속되지 않은지에 대한 입증책임을 지웠다.

“우리는 모든 피해가 *Zafiro*호의 중국 선원들에 의하여 발생되지 않았다는 점이 명확하다고 생각한다. 증거에 의하면 비록 확정할 수는 없지만 피해의 일부가 필리핀 반도들에 의하여 발생하였다고 보이며, 또한 일부는 회사측 중국인 근로자에 의하여 발생하였을 가능성이 높다. 그러나 우리는 피해의 어느 부분이 *Zafiro*호에 의한 것인지를 정확히 입증할 책임이 영국측에 있다고 보지 않는다. *Zafiro*호의 중국인 선원들이 상당한 정도로 참여하였다는 것이 입증되었고, 알려지지 않은 위법행위자들에 의한 피해부분은 밝혀질 수 없으므로, 우리는 미국이 전체에 대하여 책임이 있다고 판단할 수 밖에 없다. 그러나 비록 확정할 수는 없지만 피해의 상당부분은 *Zafiro*호의 중국인 선원들에 의한 것이 아니라는 우리의 판단에 비추어볼 때 청구의 이자는 허용될 수 없다.”(UNRIAA, vol.VI, p.160(1925), pp.164-165)

(14) 위반행위로 인한 모든 손해의 배상이라는 일반원칙은 위반행위의 중요성에 비하여 과도한 손해배상에 이르게 할 수 있다는 우려가 제기된다. 그러나 “비례” 개념은 손해배상의 방식에 따라 달리 적용된다. 이는 손해배상의 방식을 다루는 제2장의 개별 조항에서 규정한다.

제32조 국내법의 무관

有責國은 이 部에 따른 의무를 준수하지 못한 이유로 국내법 규정을 원용할 수 없다.

주 석

(1) 제3조는 행위의 위법성 판단에 있어서의 국내법의 역할을 규정하며, 제32조는 국내법이 배상 의무 준수와 무관함을 명백히 하고 있다. 제32조는 國際違法行爲를 한 국가는 이 部上の 의무를 준수하지 못한 이유로 국내법을 내세울 수 없다고 규정한다. 제3조와 제32조는 國家責任의 목적상 국가가 국제의무를 준수하지 못한 것을 정당화하기 위해 국내법에 의존할 수 없다는 일반원칙을 실행하는 것이다.

(2) 제32조는 1969년 조약법 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties)을 모델로 한 것이다. 조약법 협약은 당사국이 조약을 이행하지 못함에 대한 변명으로 국내법 조항에 호소할 수 없다고 규정하고 있다. 이 일반원칙은 제2부에 규정된 國家責任의 법원칙에서 나오는 국제의무에 대하여도 동일하게 적용된다. 이 원칙은 관련 1차 법칙이나 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)의 제41조와 같은 특별법에 의하여 제한될 수도 있다. 즉 협약 제41조는 조항은 “당사국의 국내법이 부분적 배상(reparation)만을 인정하는 경우” 완전한 배상 대신 정당

한 만족(just satisfaction)으로 인정하고 있다.

(3) 有責國家가 國際違法行爲의 결과로 발생한 의무 불준수의 이유로 국내법을 내세울 수 없다는 원칙은 국가 관행과 국제 판례에 의해 뒷받침되고 있다. 예를 들어 일본과 미국간의 1906년 캘리포니아의 차별교육 정책에 대한 분쟁은 캘리포니아 법률의 개정으로 인해 해결되었다. 바이마르 헌법 제61조 제2항에 관한 분쟁에서 베르사이유 조약 제80조에서 발생한 의무의 이행을 보장하기 위해 헌법이 수정되었다. *Peter Pazmany University* 사건에서 상설국제사법재판소는 반환되는 재산은 “양도, 강제적 재산관리 또는 몰수의 대상이 되어서는 아니된다”고 판시하였다.(1933, *PCIJ, Serises A/B, No. 61*, p. 208, p. 249). 요약하자면 국제법은 제2부에서 有責國의 의무가 각국의 국내법체계에 따른다는 것을 인정하지 않고, 국내법을 배상 의무 불이행의 구실로 고려하는 것을 허용하지 않는다.

제33조 이 부분에 규정된 국제의무의 범위

1. 이 부분에 규정된 有責國의 의무는 국제의무의 성격과 내용, 위반상황에 따라 다른 한 국가나 여러 국가들 또는 국제공동체 전체에 대하여 부담한다.
2. 이 부분은 국가의 국제책임에 따라 국가가 아닌 개인이나 단체에 대하여 직접 부여될 수 있는 어떠한 권리도 해하지 아니한다.

주 석

(1) 제33조는 본 부분에서 다루어지는 국제의무의 범위와 효과를 명백히 함으로써 제2부 제1장을 마무리 한다. 특히 제1항은 제2부에서 有責國이 의무를 부담하는 상대국을 확인하는 것은, 위반된 의무를 수립하는 1차적 규칙과 위반 상황에 달려있음을 분명히 하고 있다. 해양오염을 예로 들어 보면 그 오염이 막대하고 광범위한 경우, 국제공동체 전체나 한 지역의 모든 연안국에 영향을 줄 수 있으나, 다른 한편 오염은 인접한 한 국가에 대해서만 영향을 줄 수도 있다. 위반의 정도는 중단의무와 배상 의무의 범위에도 영향을 줄 것이다.

(2) 제1항에 따르면 주어진 상황에 따라 有責國은 다른 한 국가나 여러 국가, 또는 국제 공동체 전체에 대해 의무를 지게 된다. 여러 국가라 함은 위반이 조약이나, 관습국제법에 의하여 설립된 법 체제(legal regime)에 대해 다른 모든 당사국에 영향을 주는 경우를 포함한다. 예를 들어 의무가 “필수적(integral)” 의무로써 정의될 수 있는 경우, 국가의 위반은 필연적으로 조약의 모든 타당사국에게 영향을 미친다.

(3) 한 국가에 대한 배상 의무가 존재한다고 할 때, 그 배상이 반드시 해당국가의 이익에 관한 것은 아니다. 예를 들어 인권 보호에 관한 조약상 의무 위반에 대한 국가 책임은 조약의 다른 모든 당사국에 대해 지게 되지만, 관련된 개인들이 궁

극적인 수익자, 즉 당해 권리를 가진 자로 간주되어야 한다. 국제법 하에서 개인적인 권리는 인권의 틀 외부에서도 발생할 수 있다(Cf. *Jurisdiction of the Courts of Danzig, 1928, PCIJ Series B. No. 15*, pp. 17-21). 그 가능범위를 국제사법재판소의 *LaGrand* 판결에서 과시되었는데, 당시 재판소는 외교관계에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on Consular Relations) 제36조가 “선택의정서 제1조에 의하여 구금된 자의 국적국에 의해 본재판소에서 호소될 수 있는 개인의 권리를 창설한다”고 판결하였다.(*Merits, judgement of 27 June 2001*)

(4) 그러한 가능성은 제33조 제2항에 대한 필요성의 기초가 된다. 제2부는 위법행위 중단과 배상에 관련된 국가의 2차적 의무를 다루고 있고, 그러한 의무는 한 국가, 복수의 국가, 경우에 따라서는 국제공동체 전체에 대한 의무일 수 있다. 1차적 의무가 비국가적 단체에 대하여 지는 것일 경우, 그 단체가 자신의 명의로 국가의 관여없이 책임을 추궁할 수 있는 절차가 제공될 수 있다. 예를 들어 인권조약이 재판소나 다른 기구에 대한 개인의 청원권을 규정하고 있는 경우가 그러하다. 양자 혹은 지역적 투자보호협정에 따른 권리의 경우에도 그러하다. 제3부는 다른 국가, 즉 그들 국가가 제42조에 의한 “피해국(injured States)”으로 간주되는 경우이든, 또는 제48조에 의하여 여타의 이해관계국으로 간주되는 경우이든, 또는 특별법 원칙에 따라 책임을 추궁하기 위하여 특별한 권리를 행사할 수 있는 경우이든, 그 다른 국가가 책임을 추궁하는 것과 관련된다. 본 초안은 국가가 아닌 개인이나 단체에 의한 책임 추궁의 가능성을 다루지 않으며, 제2항은 이 점을 분명히 하고 있다. 국가가 아닌 개인이나 단체가 독자적으로 책임을 추궁할 수 있는지 여부와 그 정도를 결정하는 것은 해당 1차 규칙에 의하여 결정될 문제이다. 여기서 제2항은 단지 가능성만을 인정하고 있다.

제2장

피해에 대한 배상

제2장은 피해에 대한 배상의 유형을 다룬다. 제31조에 규정된 일반원칙보다 세부적이며, 특히 원상회복(restitution), 금전배상(compensation), 만족(satisfaction)이라는 배상의 다른 유형 사이의 관계를 보다 분명하게 설정하려 한다.

제34조 배상의 유형

國際違法行爲로 인한 피해에 대한 완전한 배상은 이 章의 규정에 따라 원상회복, 금전배상, 만족의 하나 또는 복합적 형태를 취한다.

주 석

(1) 제34조는 피해의 유형을 제시함으로써 제2장을 소개하고 있다. “피해(injury)”의 개념과 위법행위와 피해 사이의 필수적인 인과관계는 제31조에서 완전 배상을 하여야 한다는 일반적 의무의 서술에서 정의되었기 때문에, 제34조에서는 “피해에 대한 완전 배상”에 대한 언급 이상을 요하지 않는다.

(2) *Factory at Chorzow* 사건에서의 피해는 중대한 것이었는데, 상설국제사법재판소는 배상의 두가지 유형, 즉 원상회복과 금전배상만을 다루었다(Merits, 1928, *PCIJ Series A, No. 17*, p. 47). 경우에 따라서 만족(satisfaction)이 배상의 또 다른 유형으로 요구될 수도 있다. 그래서 완전 배상은 상황에 따라서 원상회복, 금전 배상, 만족의 유형을 취할 수 있다. 제34조는 또한 완전 배상이 특별한 경우에는 여러 배상 유형의 조합에 의하여만 달성될 수 있다는 점을 분명히 한다. 예를 들어 위법행위가 추가적인 실질적 손해를 발생시켰기 때문에, 위반이 있기 전의 상황으로 복구하는 것만으로는 완전한 배상을 위해 충분하지 않을 수 있다. 위법행위의 모든 결과를 해소시키기 위하여는 발생한 피해의 형태와 정도에 따라 여러 형태의 배상을 필요로 할 수 있다.

(3) 위반된 1차적 의무도 배상의 유형과 범위와 관련하여 중요한 역할을 하기도 한다. 특히 피해국의 사람, 재산 또는 영토의 회복과는 관련되지 않는 원상회복의 경우에 원래상태(*status quo ante*)로 회복한다는 개념은 각 당사국의 권리와 권한을 고려하여 적용되어야 한다. 원상회복은 피해국에 대해서 의무가 이행되었더라면 있었을 것보다 더 주어져서는 아니 된다(*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Merits, judgement of 27 June 2001, para. 125).

(4) 제34조에서 규정된 배상의 유형은 제2장의 각 조항에서 규정된 조건을 따른다. 이 제한은 “이章의 조항에 따라”라는 구절로 표현된다. 그것은 또한 피해국의 선택에 영향을 받는다. 예를 들어 대부분의 경우에 피해국은 원상회복보다 금전 배상을 선택할 권한이 있다. 이것은 제43조에 반영되어 있다.

(5) 원상회복의 원칙은 有責國家에 관해서는 불균형적이거나 큰 손해를 주는 요구가 될 수도 있다는 우려가 종종 제기되었다. 문제는 비례성의 원칙이 완전 배상을 할 의무의 한 측면으로써 규정되어야 하느냐는 것이다. 본 초안에서 비례성은 배상의 특징을 고려하여, 각 배상의 유형이라는 맥락에서 규정되었다. 그래서 만약 원상회복이 피해국이나 다른 당사국이 얻는 이익에 비하여 불균형적인 부담을 수반한다면, 원상회복은 배제된다. 금전배상은 國際違法行爲에 따른 실제 손해로 제한되고, 간접적인 손해는 배제된다. 만족은 “피해와 불균형적이어서는” 아니 된다.

(6) 제2장에 규정된 배상의 유형은 제31조에 규정된 배상 의무를 실현하는 방법을 나타낸다. 원상회복, 금전배상 및 만족이라는 독자적인 2차적 의무가 존재하는 것은 아니다. 제31조에 규정된 위반에 대한 완전 배상 요구를 전제로 어떠한 형태의 배상을 요구함이 적절한가에 관하여는 관행상 어느 정도 융통성이 인정된다(*Melanie Lachenal, UNRIIAA*, vol. XIII, p. 116 (1954), pp. 130-131). 상황에 따라 일정 형태의 배상이 제외되거나 이용될 수 없는 범위내에서는 기타의 유형, 특히

금전배상이 보다 중요하게 될 것이다.

제35조 원상회복

國際違法行爲에 책임이 있는 국가는 다음의 경우 그 범위내에서는 원상회복의 의무, 즉 위법행위가 발생하기 이전의 상황을 복구시킬 의무를 진다.

(a) 원상회복이 물리적으로 불가능하지 않은 경우.

(b) 금전배상 대신 원상회복에 따른 이익에 비하여 원상회복이 현저히 불균형한 부담을 수반하지 않는 경우.

주 석

(1) 제34조에 규정된 바와 같이 원상회복은 國際違法行爲에 따른 피해국에게 이용가능한 배상의 첫 번째 유형이다. 원상회복은 國際違法行爲 발생 이전에 존재 하였던 상황으로의 최대한의 복귀를 의미한다. 가장 단순한 형태는 위법하게 구금된 자의 석방이나 위법하게 몰수된 재산의 반환같은 행위를 의미한다. 다른 경우에 원상회복은 보다 복잡한 행위일 수도 있다.

(2) 원상회복의 개념이 통일적으로 정의되지는 않았다. 한 정의에 따르면, 원상회복은 원래의 상태(*status quo ante*) 즉, 위법행위의 발생 이전의 상황으로의 복귀를 의미한다. 또 다른 정의에 따르면 원상회복은 위법행위가 발생하지 않았더라면 존재했을 상황의 수립이나 복귀를 의미한다. 전자의 정의가 보다 협소한 개념이다. 전자는 예를 들어 위법하게 점유되었다가 반환된 재화를 사용하지 못한 손실에 대하여까지는 피해당사국의 손실에 대한 배상이 확대되지 않는다. 후자는 완전 배상의 다른 요소를 원상회복의 개념 속에 흡수시키고, 배상의 형태로서의 원상회복과 배상 의무 자체를 융합시키는 경향이 있다. 제35조는 보다 협소한 개념을 채택하였다. 이의 장점은 위법행위가 없었다면 어떤 상황이었을까에 대한 가정적인 조사를 필요로 하지 않은채, 사실적 상황의 평가에만 초점을 맞출 수 있다는 점이다. 제36조가 분명히 하고 있는 바와 같이, 이 협소한 개념의 원상회복은 손해에 대한 완전 배상을 확보하기 위하여 금전배상에 의해 보완되어야 할 수도 있다.

(3) 원상회복은 만일 위법행위가 발생하지 않았더라면 존재했을 상황을 有責國家가 복구시키는 것에 의하여 위법행위의 법률적, 물질적 결과를 말소시켜야 한다는 일반 원칙을 가장 가깝게 따르는 것이기 때문에, 배상의 유형 중에서 첫 번째로 제시되었다. 원상회복의 우선성은 PCIJ의 *Factory at Chorzow* 사건에서 확인되었다. 즉 PCIJ는 有責國家는 “사업을 복구할 의무가 있고, 만일 이것이 불가능하다면, 배상(indemnification)의 시점에서 불가능하게 된 원상회복의 자리를 대신하도록 예정된 가치를 지불할 의무가 있다”고 판시하였다. 재판소는 “당사국이 합의한 Chorzow 공장의 복구 불가능성은 사업의 원상회복에 관한 대체가치의 지불을 의

미할 뿐이다”라고 덧붙였다. (Merits, 1928, *PCIJ Series A, No. 17*, p. 48). 이는 재판소가 어떠한 이유에서 원상회복이 달성될 수 없다고 결정한 후에야 금전배상이 고려되는 사례들에서도 확인될 수 있다(*British Claims in the Spanish Zone of Morocco, UNRIAA*, vol.Ⅱ, p. 615 (1925), pp. 621-625, 651-742 ; *Religious Property Expropriated by Portugal, ibid.*, vol.Ⅰ, p. 7 (1920) ; *Walter Fletcher Smith, ibid.*, vol.Ⅱ, p. 913 (1927), p. 918 ; *Heirs of Lebas de Courmont, ibid.*, vol.ⅩⅢ, p. 761, p. 764). 실질적으로 원상회복이 당면할 어려움에도 불구하고, 국가들은 종종 금전배상보다는 원상회복을 주장하기도 한다. 특히 강행규범의 적용에 관련되는 경우 원상회복은 1차적 의무의 준수라는 측면에서 요구될 수 있다.

(4) 원상회복이 불가능하거나, 피해국에 대해 그 가치가 감소하여서, 다른 유형의 배상이 우선하게 되는 경우도 종종 있다. 여러 배상 유형 중에서의 선택이라는 문제는 제3부에서 다루어진다. 그러나 피해국이나 그 밖의 단체가 선택하지 않는 경우에도 원상회복의 가능성이 실질적으로 배제될 수 있다. 예를 들어 문제의 재산이 파괴되었거나, 그 성질이 근본적으로 변하였거나, 어떤 이유에서 원래 상태로 복구될 수 없는 상황인 경우가 그러하다. 나아가 몇몇 사건에서 중재재판소는 중재회부 합의(*compromis*)의 조건이나 당사자의 주장에 근거하여 원상회복보다는 금전배상 판정을 하는 재량을 추론하였다. 예를 들어 *Walter Fletcher Smith* 사건에서 중재자는 원상회복이 원칙적으로 적절하다고 보았지만, *compromis*가 그에게 금전배상 판정을 할 재량을 준 것으로 해석했고, “당사자와 공공의 최선이익”을 위해 그렇게 하였다(*UNRIAA*, vol.Ⅱ, p. 915 (1929), p. 918). *Aminoil* 중재사건에서 당사자는 쿠웨이트 법령의 양허(*concession*) 폐지후 원상회복은 비현실적이라는데 합의하였다(*government of Kuwait v. American Independent Oil Company*(1982), *I.L.R.* vol.66, p. 529, p. 553)

(5) 원상회복은 영토, 사람, 재산의 물리적 복구나 반환, 또는 사법적 행위의 번복, 또는 복합적 형태를 취할 수 있다. 물리적 원상회복의 예는 구금된 자의 석방, 체포된 자의 인도(*Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports* 1980, p. 3, pp. 44-45), 재산의 원상회복(*Temple of Preah Vihear, Merits, ICJ Reports* 1962, p. 6, pp. 36-37 ; *Hotel Mertropole case, UNRIAA*, vol.ⅩⅢ, p. 219 (1950) ; *the Ottoz case, ibid.*, vol.Ⅷ, p. 240 (1950) ; *the Henon case, ibid.*, vol.Ⅷ, p. 249 (1951))등을 포함한다. “사법적 원상회복(*judicial restitution*)”이라는 용어는 원상회복이 有責國家의 법률 체계내에서 또는 피해국가와의 법적 관계에서 법적 상황의 완화가 요구되거나 관련되는 경우에 사용된다. 그러한 경우에는 국제법 원칙에 위반하여 제정된 헌법이나 법률 조항의 폐지 또는 변경, 외국인이나 외국인 재산에 대해 취해진 위법한 행정적 사법적 조치의 폐지(*Martini case, UNRIAA*, vol.Ⅱ, p. 973 (1930)) 등이 포함된다. 어떤 경우에는 물리적 원상회복과 사법적 원상회복 모두가 관련될 수도 있다(*Appeal from a judgement of the Hungaro-Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal (The Peter Pazmany*

University), 1933, PCIJ, Series A/B, No. 61, p. 208, p. 249). 제35조의 “원상회복”은 有責國家에 의해 국제 위법행위의 결과인 상황을 복구하기 위해 취해질 필요가 있는 모든 조치를 포함하는 폭 넓은 의미를 갖는다.

(6) 원상회복에서 무엇이 요구될 수 있는지는 위반된 일차적 의무의 내용에 따라 좌우될 것이다. 원상회복은 위반된 의무가 지속성을 가질 때, 그리고 위반된 의무가 일반 국제법상의 강행규범하에서 발생했을 때 특히 중요성을 가진다. 예를 들어 국가의 위법한 합병의 경우 점령국이 병력을 철수하고, 합병 선언을 폐지하는 것은 원상회복이라기 보다는 중단에 관한 것으로 보일 수 있다. 그렇다고 하더라도 부수적인 조치(침략과정에서 억류한 사람과 재물의 반환)가 중단이나 원상회복의 한 측면으로 요구될 것이다.

(7) 원상회복의 의무가 무제한인 것은 아니다. 특히 제35조 하에서 원상회복은 물리적으로 불가능하지 않고, 전적으로 불균형적이지 않은 범위내에서 요구된다.

(8) 제35조 (a)호에 따라 원상회복은 만약 “물리적으로 불가능”하면 요구되지 않는다. 이것은 회복되어야 할 재산이 영구적으로 멸실되거나 파괴되었을 경우, 또는 가치를 상실하였을 정도로 손상된 경우에 적용될 것이다. 반면 원상회복은 有責國이 특별한 노력을 하여야만 될지라도 단지 법률적 또는 실질적 어려움만을 이유로 불가능하다고 할 수 없다. 제32조에 따라 위법행위를 한 국가는 국내법을 이유로 완전한 배상을 하지 못한 것을 정당화 시킬 수 없으며, 원상회복에 대한 정치적 이거나 행정적 장애 사실이 불가능의 이유가 될 수 없다.

(9) 물리적인 장애는 문제된 목적물이 파괴된 경우에 한정되지 않으며, 보다 복잡한 상황을 포함할 수 있다. *Forests of Central Rhodope* 사건에서 청구인은 삼림운영에 관하여 일부 권리만을 갖고 있었고, 다른 당사자에 의한 청구는 없었다. 산림은 불법 취득 시점과 같은 상태가 아니었고, 그 상태를 결정하기 위하여는 자세한 조사가 필요했다. 그 취득 이후 제3자가 그와 관련된 권리를 취득하기도 하였다. 이러한 이유를 종합하여 원상회복은 거절되었다.(*UNRIIAA*, vol.III, p. 1405 (1933), p. 1432) 이 사건은 원상회복 부여의 불가능성에 관한 폭넓은 이해를 뒷받침하고 있지만, 有責國의 법체계내에서 재산권의 문제와도 관련되었다(*Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1977) *I.L.R.*, vol. 53, p. 389, pp. 507-8, para. 109 ; *BP Exploration Company(Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1974) *I.L.R.* vol. 53, p. 297, p. 354 ; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1977) *I.L.R.*, vol. 62, p. 140, p. 200). 문제된 권리와 의무가 국제사회에서 직접 발생한 경우는 입장이 다를 것이다. 그러한 상황에서 원상회복은 특히 중요한 역할을 한다.

(10) 경우에 따라서 원상회복이 물리적으로 가능한지를 고려하는데 있어서는 제3자의 입장이 고려되어야 할 수도 있다. *Forests of Central Rhodope* 사건이 그

러한 예외 하나이다. 제3자의 입장으로 인하여 원상회복을 배제할 것인지 여부는 거래 시점에서 제3자가 선의로 행동하였고, 원상회복 주장을 알지 못하였는가를 포함하여 그 사정에 따라 달라질 것이다.

(11) 두 번째 예외는 제35조 (b)호에서 다루고 있는데, 이것은 원상회복으로 얻어질 이익이 有責國이 부담할 비용에 비해 대단히 불균형적인 경우에 해당한다. 특히 원상회복은 “금전배상 대신에 원상회복으로부터 얻어질 이익에 대한 비례를 크게 넘어서는 부담”을 수반하는 경우에는 요구되지 않는다. 이것은 有責國家의 부담과, 피해국 또는 위반의 피해자가 얻게 될 이익 사이에 커다란 불균형이 있는 경우에만 적용된다. 이것은 형평과 합리성에 근거하고 있다.

제36조 금전배상

1. 國際違法行爲에 책임이 있는 국가는 손해가 원상회복에 의하여 전보되지 않는 범위내에서는, 그에 따라 야기된 손해에 대하여 금전배상할 의무를 진다.

2. 금전배상은 확정되는 범위내에서는 상실이익을 포함하여 금전적으로 산정될 수 있는 모든 손해를 포괄한다.

주 석

(1) “손해(damage)”라는 개념은 물리적이거나 정신적인 것을 불문한 모든 손해로, 제31조 제2항에서 정의된다. 제36조 제2항은 주어진 상황에서 이익의 손실이 있는 한 그것을 포함하는 금전적으로 평가가능한 손해를 포함한다고 특정화하는 것에 의해 이 개념을 발전시켰다. 이 “금전적으로 평가가능한”이라는 제한은 재산이나 사람에 대한 실질적인 손해와 관련없는 권리의 침해로 발생하는 모욕이나 피해같은 국가에 대한 “정신적 손해(moral damage)”로 언급되는 것에 대한 보상을 배제하기 위한 것이다. 이것은 만족(satisfaction)의 대상이 되며, 제37조에서 다룬다.

(2) 배상의 다양한 유형 중에서, 금전배상은 국제법에서 가장 보편적으로 추구되는 것이다. Gabčíkovo-Nagymaros Project 사건에서 법원은 “피해국이 국제적 위법행위를 한 국가에 대하여 그로 인해 발생한 손해에 대해 금전배상을 구할 권리가 있다는 것이 국제적으로 확립된 원칙이다”라고 판시하였다(*ICJ Reports* 1997, p. 7, p. 81). 국가 책임의 청구에 대한 관할권을 가진 국제재판소나 중재재판소가 손해에 대해 금전배상을 부여할 권한이 있다는 것 또한 확립된 원칙이다(*Factory at Chorzow, Jurisdiction, 1927, PCIJ, Series A, No.9, p. 21 ; Fisheries Jurisdiction, (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, ICJ Reports 1974, p. 175, pp. 203-205, paras. 71-76 ; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Merits, ICJ Reports 1986, p. 14, p. 142*).

(3) 원상회복은 법원척상의 우선성에도 불구하고, 종종 이용이 불가능하거나 부적절하다. 그것은 제35조에 제시된 예외에 근거하거나 혹은 피해국이 금전배상을 선호하거나 다른 이유로 인하여 부분적으로 또는 완전히 배제될 수 있다. 원상회복이 된 경우에도 완전한 배상을 보장하는데 미치지 못할 수도 있다. 금전배상의 역할은 손해에 대한 완전한 배상을 확보하기 위해 어떠한 결함이라도 채우는 것이다. "Lusitania" 사건에서 중재재판관이 실시한 바와 같이,

“‘손해’의 기본적인 개념은 입은 손실에 대한 배상이다. 구제는 손실에 해당하는 정도이어야 하며, 그 때 피해 당사자는 완전하게 배상될 수 있다.” (UNRIIAA, vol. VII, p. 32 (1923), p. 39)

마찬가지로 금전배상의 역할에 대해 상설국제사법재판소는 다음과 같이 밝혔다.

“원상회복이나 이것이 불가능한 경우에는 원상회복의 가치에 상응하는 액수의 지불. 제공될 것이다. 원상회복이나 그것을 대신하는 지불로 커버되지 않는 손실에 대한 판정 - 이것이 국제법에 위반되는 행동에 대한 금전배상의 액수를 결정하는 원칙이다.” (Factory at Chorzow, Merits, 1928, PCIJ, Series A, No. 17, p. 47; The M/V "Saiga" (No.2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), judgement of 1 July 1999, para. 170 ; Papamichalopoulos v. Greece (Art.50), E.C.H.R., Series A, No. 330-B(1995), para. 36 (European Court of Human Rights); Velaquez Rodriguez, Inter-Am.Ct.H.R., Series C, No. 4 (1989), pp. 26-27, 30-31 (Inter-American Court of Human Rights); Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran and Others, (1984) 6 Iran-U.S.C.T.R. 219, p. 225)

그러한 손실에 대한 보상을 받을 권리는 많은 판례법과 국가 관행 및 학설에 의해 지지받고 있다.

(4) 만족과 비교해 볼 때, 금전배상의 기능은 國際違法行爲의 결과로써 발생하는 실질적 손해를 다룬다. 금전배상은 경제적으로 평가 가능한 손해에 상응한다. 그것은 有責國家의 처벌에 관한 것이 아니며, 금전배상은 본보기적인 성질을 가지지 않는다. 금전배상은 합의만 된다면 때때로 다른 가치 형태를 취하기도 하지만, 일반적으로 금전의 지불로 이루어진다. 금전의 지불이 제37조의 만족의 방식에 의해 요구될 수도 있지만, 그것이 금전배상의 방식과는 구별되는 기능을 수행하는 것이 사실이다. 금전 보상은 위반의 결과 피해국이 입은 손해를 가능한한 상쇄시킬 것을 의도한다. 만족은 비물질적인 피해, 특히 금전적 가치가 대단히 대략적이고, 개념적 방법으로만 제시되는 경우에 관련된다.

(5) 제2부의 다른 조항들과 함께 제36조는 有責國家가 國際違法行爲의 결과에 대한 배상을 제공할 의무를 나타낸다. 이 의무의 범위는 “금전적으로 평가될 수 있는 어떠한 손해”라는 구절에 의하여 제한받는다. 금전적으로 평가가능한 손해는 국가 자체의 손해와 국가가 외교적 보호권을 행사하는 국민의 손해 모두를 포함한다.

(6) ICJ 이외에도 금전배상의 문제를 다루는 국제재판소로는 국제해양법재판소,

인권재판소와 그 밖의 기구들(Iran-United States Claims Tribunal, I.C.S.I.D. tribunals under the Washington Convention of 1965) 등이 있다. 그 밖의 금전배상 청구는 합의에 의해 실질적인 금전보상의 지불로 해결되었다.(*Certain Phosphate Lands in Nauru*, ICJ Reports 1992, p. 240 ; *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, ICJ Reports 1992, p. 348 ; *Aerial Incident of 3 July 1988 (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* ICJ Reports 1996, p. 9) 보상을 평가하는데 있어서 이러한 기구들이 발전시킨 법원칙과 원리는 제36조에 일반 원칙으로 표시되고 있다고 할 수 있다.

(7) 금전배상의 대상인 손해의 적절한 항목과 액수산정에 적용될 평가원리는 특정 1차적 의무의 내용, 각 당사자의 행위에 대한 평가, 좀더 일반적으로는 형평하고 수용가능한 결과에 이르기 위한 고려에 따라 달라질 것이다.

(8) 국가에 대한 손해는 항공기 격추, 선박의 격침, 외교 공관이나 외교관에 대한 공격, 여타 공공 재산에 대해 발생한 손해, 오염에 대한 대응에서 발생한 비용, 기타 부수적 손해(예를 들어 위법행위의 결과 피해를 입은 공무원의 연금 및 의료비 지출 등)에서 발생할 수 있다. 이와 같은 목록은 망라적인 것은 아니며, 국가의 피해에 대한 금전배상 항목은 제한되지 않는다.

(9) *Corfu Channel* 사건에서 영국은 완전히 손실된 구축함 *Saumarez*의 대체, 구축함 *Volage*가 받은 손해, 해군병사의 사망과 부상으로 결과된 손해에 대해 배상을 청구했다. *Saumarez*에 대해 재판소는 “진정한 금전배상 조치”는 “그 손실 시기에 구축함의 대체 비용”이고, 영국이 주장한 금전배상의 액수가 정당하다고 하였다. *Volage*에 대한 손해에 대해서 전문가는 영국이 주장한 액수보다 다소 낮은 액수를 결정하였다. 두 개의 구축함에 대한 손해에 더하여, 재판소는 “희생자나 부양가족을 위한 연금과 보조금, 재산관리, 치료비용”에 대한 청구를 받아들였다.(*ICJ Report* 1949 p. 244, p. 249)

(10) *M/V "Saiga"* 사건에서 Saint Vincent and the Grenadines는 Guinea에 대하여 자국 등록 선박인 *Saiga*과 그 선원에 대한 위법한 체포 및 구금에 대하여 금전배상을 청구하였다. 국제해양법재판소는 이자와 함께 2,123,357 달러의 금전배상을 지불하도록 하였다. 금전배상의 손해항목은 수리 비용, 선박에 대한 손해, 선박의 용선비용에 대한 손실, 선박 억류에 대한 비용, 선박과 선원 등의 감금에 대한 손해를 포함하였다. Saint Vincent and the Grenadines는 *Saiga*의 억류로 인해 발생한 자국기 계양 선박에 대해 그 권리의 침해에 대한 금전배상을 청구하였으나, 재판소는 Guinea가 선박을 억류하는 不法行爲를 하였고, 과도한 무력을 사용하였다는 선언이 적절한 배상이 된다고 간주하였다.(*International Tribunal for the Law of the Sea, Judgement of 1 July 1999*, para. 176) 위법한 억류에 의한 등록수입의 손실, 선박과 선원의 억류를 처리하는 공무원에 의한 시간 손실에서 초래된 비용에 대한 청구 역시 받아 들여지지 않았다. 전자에 대하여 재판소는 Saint Vincent and the Grenadines가 증거를 제시하지 못하였다고 판단하였다. 후자에 대해서는 그러

한 비용이 기국의 일반적 기능 수행 중에 발생하는 것이기 때문에 청구대상이 아니라고 보았다.

(11) 선박에 대한 위법한 공격으로 인한 피해나 선박 침몰, 경우에 따라서는 선원의 인명 손실에 대한 지불 문제는 많은 경우 피해국과 가해국 사이에 직접 교섭된다. 또한 이란 항공기의 격추에 따른 290명의 승객과 승무원의 사망에 대한 분쟁에 따른 이란과 미국 간 “완전하고 최종적인 해결”과 같이 국유항공기에 대한 손해에 대하여도 유사한 지불이 합의되었다.

(12) 종종 외교공관에 대한 공격에 대해 금전배상이 합의되기도 한다. 도로와 같은 공공재산에 발생한 손해 역시 금전배상청구의 대상이다. 이러한 지불은 많은 경우 책임의 인정은 없이 은혜적(ex gratia)으로 주어진다.

(13) 국가들이 손해에 대한 금전배상을 구하는 또 다른 경우는 비용이 환경오염 손해로 인하여 발생한 경우이다. 1978년 1월 캐나다 영토에 소련 인공위성이 추락한 것에 대하여, 방사능 물질을 제거하고, 오염된 지역을 정화하는 등에 발생한 비용에 대한 캐나다의 청구는 (a) 관련 국제 협약 ... 및 (b) 국제법상의 일반 원칙에 근거한 것이었다(23 January 1979, *I.L.M.* vol. 18(1979), p. 905). 캐나다는, “인공위성의 추락과 방사능 물질에 의해서 발생한, 대략적으로 산정한 비용만을 포함시켰으므로, 공정 배상에 관한 국제법의 일반 원칙에 의하여 성립된 관련기준에 근거하였다”고 주장하였다. 이 청구는 1981년 4월 당사자들이 3백만 달러의 지불에 동의함으로써 해결되었다.

(14) 국제연합 배상위원회(United Nation Compensation Commission)는 “모든 직접적 손실, 손해 - 이라크의 위법한 쿠웨이트 침략과 점령으로 인한 환경적 손해를 포함한 - 에 대한” 이라크의 책임을 평가하는 상황에서 오염 비용에 대한 금전배상 청구를 취급하였다. 위원회의 결정 7은 “환경적 손해와 천연자원의 고갈”에 의해 수반되는 다양한 손해의 항목을 구체화하였다.

(15) 환경적 손해를 발생시키는 國際違法行爲에 대하여 금전배상이 주어지거나, 합의되는 경우에, 배상액은 오염을 방지하거나 보상하기 위해 발생하는 합리적인 비용에 대하여 또는 오염된 재산 가치 감소에 대한 배상을 제공하기 위해 지불된다. 그러나 환경적 손해는 정화 비용, 재산 가치 저하에 있어서 쉽게 측정가능한 수준을 넘어선다. 그러한 환경적 가치에 대한 손해는 그것이 측정하기 어렵다고 하여도 원칙적으로 재산에 대한 손해만큼 현실적이고 보상가능하다.

(16) 외교적 보호의 분야에서는 특히 신체적 피해와 유체재산의 몰수나 손해에 관하여는 적절한 금전배상의 기준과 평가 방법에 관하여 많은 지침을 발견할 수 있다. 국가가 자국 공무원이나 국민에 의한 신체적 피해에 대해 배상을 구할 수 있는 것은 국제법상 잘 확립되어 있다. 금전배상을 할만한 개인적 피해는 收入과 收入能力, 의료비용 등 물질적 손실만이 아니라, 비물질적 손해도 포함한다. 비물질적 손해는 사람, 가정, 사생활에 대한 침해와 관련된, 감정에 대한 모욕과 고통을 포함하는 것으로 이해된다. 비물질적 손해도 물질적 손해만큼 경제적으로 산정할

수 있고, “*Lustania*” 사건에서 강조된 것처럼, 금전배상 청구의 대상이 될 수 있다. (UNRIAA, vol.VII, p. 32 (1923)) 중재재판관은 국제법이 정신적 고통, 감정, 굴욕, 창피함, 사회적 지위의 손실, 신용에 대한 피해에 대한 금전배상을 제공하고, 그러한 피해는 “그것이 금액으로 산정되기 어려운 것이 사실이지만, 왜 피해를 당한 개인이 배상되어서는 안되는지 이유를 제시하지 못한다”고 판단했다.

(17) 국제재판소와 중재재판소는 많은 경우에 개인적 피해에 대한 금전배상을 산정하였다. 예를 들어서 *M/V “Saiga”*에서, 국제해양법재판소는 Saint Vincent and Grenadines의 금전배상에 대한 권리가 선원에 대한 피해, 이들의 위법한 체포, 구금, 그 밖의 잘못된 처우에 대한 배상을 포함한다고 판단하였다. (*International Tribunal for the Law of the Sea, judgement of 1 July 1999*)

(18) 역사적으로 외국인이나 외국 공무원이 입은 피해에 대한 금전배상문제는 외국인 피해에 대한 國家責任을 다루는 혼성위원회(mixed claims commissions)에서 주로 취급되었다. 위원회는 위법한 살인이나 자유의 박탈과 같은 경우에 개인적 피해에 대해 금전배상을 인정했다. 위법한 살인에 대해 청구가 있는 경우에, 손해는 일반적으로 상속인의 손실에 대한 평가에 근거하고, “*Lusitania*” 사건에서의 중재재판관 Parker의 유명한 공식에 따라 계산되었다.

“(a) 故人이 사망하지 않았더라면, 故人이 청구인에 대해 기여했을 액수, (b) 청구인의 보호, 교육, 감독에 있어서 고인의 개인적 기여의 청구인에 대한 금전상의 가치 (c) 가족 유대가 끊긴 것에서 발생한 請求人の 정신적 고통에 대한 합리적인 배상. 현재 현금 가치로 환산된 이러한 평가의 합은 일반적으로 청구인에 의해 주장되는 손실을 나타낼 것이다.” (UNRIAA, vol.VII, p. 32 (1923), p. 35)

자유 박탈의 경우 중재재판관은 때로 구금일수에 따른 정액을 인정한다. (*Topaze, ibid.*, vol. IX, p.387 (1903), p. 389 ; *Faulkner, ibid.*, vol. IV, p. 67 (1926), p. 71) 손해배상액은 특히 심한 신체적, 정신적 피해를 가져온 위법한 체포구금의 조건이 수반될 때 증가되었다.

(19) 개인적 손해에 대한 금전배상은 특히 유럽과 미주 인권재판소 같은 인권 기구에서도 다루어졌다. 금전배상의 액수는 물질적 손실(수입의 상실, 연금 의료비용 등)과 비물질적 손해를 포함하고, 후자는 보통 형평한 평가에 근거하여 산정된다. 지금까지 이러한 기구에 의해 주어지거나 권고된 금전배상이나 손해의 액수는 양은 그다지 크지 않았다. 그러나 손해배상에 관한 인권기구의 결정은 일반 국제법상의 배상원칙을 제시하였다.

(20) 복수의 청구를 포괄하는 많은 일괄배상(lump-sum compensation)에 더하여, 國際違法行爲로 인한 국민의 재산적 청구는 수 많은 임시 및 상설 중재재판소나 위원회에서 다루어졌다. 판정기구가 다양하였던 만큼 이 역시 손해의 항목 아래 금전배상의 결정에 대한 유용한 원칙을 제공한다.

(21) 평가 목적을 위한 기준은 재산권이 침해된 청구인의 손실이다. 이 손실은 보통 (i)주요 가치에 대한 금전배상, (ii)이익의 손실에 대한 금전배상, (iii)부수적

비용에 관련된 손해의 항목에 관하여 평가된다.

(22) 國際違法行爲의 결과로 파괴된 재산의 주요 가치를 반영하는 금전배상은 손실된 재산의 “공정한 시장 가치(fair market value)”에 근거하여 산정된다.(*America International Group, Inc. v Government of the Islamic Republic of Iran*, (1983) 4 *Iran-USCTR* 96, p. 106, *Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1987) 16 *Iran-USCTR* 112, p. 210) 그러나 “공정한 시장 가치” 평가에 사용되는 방법은 관련 재산의 성격에 따라 다르다. 문제된 재산이나 유사한 재산이 공개 시장에서 자유롭게 거래되는 경우에, 가치는 보다 쉽게 결정된다. 그러한 경우에 평가 방법의 선택과 적용은 상대적으로 문제가 되지 않는다. 문제된 재산적 이익이 예술작품이나 문화 유산처럼, 독특하고, 일반적이지 않은 경우에, 또는 빈번한 시장 거래 대상이 아닌 경우에, 가치 결정은 훨씬 어렵다.(*INA Corporation v. Islamic Republic of Iran*, (1985) 8 *Iran-USCTR* 373.)

(23) 1945년 이래로 다양한 임시 중재재판소의 판결은 국유화된 기업체에 관한 청구에 대한 것이 다수였다. 이러한 사건에서 선호된 방식은 사업의 자산을 평가하고, 신용(goodwill)과 수익성(profitability)을 참작하는 것이다. 이러한 방법은 금전배상을 사업의 유형 자산에 연계된 가치의 객관적 평가에 최대한 근거하는 이점을 지닌다. 신용가치와 수익성의 지표들은 최근 매매에 의해 제공된 정보에서 비롯되지 않았다면 불확실할 수 있다. 그러나 전체가 부분의 합보다 큰 이익을 낼 수 있는 기업체에 대한 금전배상은 그러한 요소의 고려없이 불완전할 것이다.(*Wells Fargo and Company v. Mexico* (Decision No. 22-B), American -Mexican Claims Commission(1926), p. 153.)

(24) 자본 손실에 대한 대안적 평가 방법은 순장부가치(net book value), 즉 사업의 장부상의 총자산과 총채무간의 차이의 결정이다. 이의 장점은 수치가 시장 가격과 관련되어 측정될 수 있고, 또한 대개 최근의 기록에서 수치가 나오며, 배상청구가 아닌 다른 목적을 위해 만들어진 정보에 근거를 둔다는 점이다. 따라서 순장부가치는 사업의 가치를 평가하기 위해 이용되어 왔다. 이 방법의 한계는 과거의 수치에 대한 의존, 자산을 낮게 평가하는 경향이 있는 회계원리의 이용, 수치의 작성목적이 금전배상이라는 관점을 고려하지 않는다는 사실 등에 있다. 대차대조표는 신용에 대한 기재를 포함할 수 있지만, 그러한 수치의 신뢰성은 실제 판매의 시점에 대한 근접 정도에 따라 달라진다.

(25) 기업이 운영중이 아닌 경우에는(*Phelps Dodge Corp. v. Islamic Republic of Iran*, (1986) 10 *Iran-USCTR* 121 ; *Sedco v. NIOC* (1986) 10 *Iran-USCTR* 180) 일반적으로 소위 “break-up”, “liquidation”, “dissolution”의 가치가 이용된다. 가치평가 방법은 실제적인 거래가 없는 경우에도, 자발적 구매자와 자발적 판매자가 합의한 추정적 가치를 계산하는 데까지 발전하였다.(*Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 15 *Iran-USCTR* 189, pp. 256-7, paras. 220-223)

(26) 1945년 이래 평가 기술은 위험도와 가능성이라는 별개의 요소로 구분하는 데까지 발전하였다. DCF(Discounted cash flow)라는 방식이 선호되었는데, 특히 제한된 기간 동안의 수입에 관련된 계산의 맥락에서 그러하였다. 이는 상업적 가치를 평가하기 위한 도구로 발전되었지만, 또한 금전배상의 목적을 위한 가치 계산의 맥락에서도 잘 활용도리 수 있었다.(*Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 15 *Iran-USCTR* 189 ; *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, (1987)16 *Iran-USCTR* 112 ; *Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran*, (1989) 21 *Iran USCTR* 79 ; *Ebrahimi (Shahin Shaine) v. Islamic Republic of Iran*, (1994) 30 *Iran-USCTR* 170.) 그러나 금전배상의 맥락에서 자본 가치를 설정하는데는 DCF 방법의 적용에 있어서, 어려움이 있을 수 있다. 이 방법은 본질적으로 불확실한 요소를 폭 넓게 분석하며, 그것중의 일부(예를 들어 할인율, 환율변동, 인플레이션, 상품가격, 이자율, 기타 상업적 위험성)는 결과에 중대한 영향을 준다. 이 점은 재판소로 하여금 이 방법을 사용하는데 조심스러운 접근을 하도록 만든다. 그래서 수입 기준(income-based) 방식이 원칙적으로 받아들여지지만, 자산 기준(asset-based) 방식에 대한 확실한 선호가 있었다. 기업의 자본 가치와 그 기업이 체결한 계약에 근거한 수익이 이중적으로 계산될 위험성에 대하여도 특별한 고려가 있었다.(*Ebrahimi (Shahin Shaine) v. Islamic Republic of Iran*, (1994) 30 *Iran-USCTR* 179, para 159)

(27) 제36조 제2항은 경우에 따라서는 이윤의 상실에 대한 배상이 필요함을 인정하고 있다. 국제재판소는 배상을 평가하는데 있어서 이윤의 상실에 대한 판정을 포함해왔다. 예를 들어 *Cape Horn Pigeon case*(*United States of America v. Russia*, *UNRIAA*, vol. IX, p. 63 (1902))와 *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*((1963) *I.L.R.*, vol.35 . p. 136, pp. 187, 189.). 이익의 손실은 *Factory at Chorzow* 사건에서 중요한 역할을 했고, 상설국제사법재판소도 피해 당사자는 몰수시점이 아니라, 배상시점에서의 재산의 가치를 받아야 한다고 판결하였다. (1928, *PCIJ Series A*, No. 17 pp. 47-48, 53.) *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Libya* ((1977) *I.L.R.*, vol. 62, p. 140)와 몇몇의 *I.C.S.I.D.* 중재 사건(*Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia, First Arbitration* (1984); *Annulment* (1986); *Resubmitted Case*, (1990) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 377; *AGIP Spa v. Government of the People's Republic of the Congo*, (1979) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 306)에서 계약에 근거한 상실 이윤에 관하여 이윤 상실에 대한 배상판정이 있었다. 그러나 상실이윤은 발생한 손실에 대한 금전배상만큼 실제 일반적으로 인정되지 않았다. 중재재판소는 미래의 불확실한 요소와 연관된 청구에 대한 금전배상 판정을 꺼린다. 유형 자산과 비교할 때, 이윤은 상대적으로 상업적, 정치적 위험에 민감하고, 미래의 사업계획에 관하여는 더욱 그러하다. 장래의 상실이윤에 대한 손해배상 판정이 내려진 경우 예상 수입의 흐름이 충분히 파악되었을 때, 장래의 상실이윤은 배상되어야 할 만큼 충분히

확실하게 법적으로 보호되는 이익으로 간주되었다.

(28) 상실이익은 3가지 범주로 구분될 수 있다. 첫째, 일시적 사용 손실과 구분되는 권원에 대한 방해가 없는 기간 동안, 수입창출 元物(income-producing property)로부터의 상실이익. 둘째, 권원의 몰수와 판결일 간 수입창출 재산으로부터의 이익. 셋째, 판결이 주어진 이후 예상되는 장래의 상실이익.

(29) 첫 번째 범주는 수입창출 재산의 사용·수익의 일시적 손실에 따른 이익 손실에 대한 청구와 관련된다. 이러한 경우 권원에 대한 침해는 없으므로 해당기간 동안 배상대상인 손실은 청구인이 방해받지 않은 소유권에 의해 권한이 있었던 수입이다.

(30) 두 번째 범주는 수입창출 元物の 위법한 몰수와 관련된다. 그러한 경우 손실 이익에 대한 배상판정은 판결시점까지의 기간동안 인정된다. *Factory at Chozow* 사건에서 이것은 몰수된 시점부터 판결 시점까지 이익을 나타내는 재투자된 수입의 형태를 취하였다. *Norwegian Shipowners* 사건((Norway/USA), *UNRIAA*, Vol. I, p. 307 (1922))에서 상실이익은 마찬가지로 판결일자 이후의 기간에 대해서는 인정되지 않았다. 일단 수입창출 元物の 자본 가치가 금전배상의 메카니즘을 통해 회복되면, 금전배상에 의해 지불된 자금은 수입흐름(income stream)을 재확립하는데 다시 투자될 수 있다. 이러한 사건들에서 상실이익의 판정에 대한 논리가 명확하게 제시되고 있지는 못하지만, 잠재적 원상회복이 금전배상 지불로 전환되었을 때까지 재산에 대한 청구인의 지속적인 이익을 인정하는데 기인한다고 할 수 있다.

(31) 상실이익에 대한 배상청구의 세 번째 범주는 양허계약과 기타 계약적으로 보호되는 이익에 관한 것이다. 이러한 경우 역시 장래 상실수입에 대한 손해배상이 인정되었다. 이 같은 계약의 경우 양허가 종료되는 시점까지의 장래수입의 흐름(future income stream)이 배상대상이다. 계약이 양허를 부여한 국가에 의하여 좌우될 수 있는 경우나 또는 여타의 계약 종료 사유가 있는 경우와 같은 몇몇 계약의 경우에 있어서는 이 점이 즉각적이다. 아니면 양허계약의 조건에서 명시된 장래의 기일부터 발생한다.

(32) 다른 경우에 상실이익은 그것이 법적으로 보호되는 이익으로 충분히 확립되지 않았다는 이유로 배제되기도 하였다. *Oscar Chine* 사건(1934, *PCIJ*, Series A/B, No. 63, p. 65)에서는 독점을 권리로 보지 않았다. *Asian Agricultural Products* 사건(1990, 4 *I.C.S.I.D. Reports* 245)에서 새롭게 설립된 사업에 의한 상실이익에 대한 청구는 확립된 수입(earning)의 증거가 결여되었다는 이유에서 기각되었다. 상실이익에 대한 청구는 손해의 회복에 대한 일반적 제한범위에도 한계지워진다.

(33) 자본이 이자와 이익을 동시에 창출해 낼 수는 없기 때문에, 제38조에 따라 이익창출(profit-earning) 자본에 대해 동일한 기간에 대한 이자까지 주는 것은 부적절하다. 핵심적 목적은 완전한 배상을 보장하나, 이중의 배상은 피하는 것이다.

(34) 부수적 비용은 만일 그것이 합리적으로 손해를 회복하기 위해 발생하고, 위반에서 발생한 손실을 완화하기 위해 발생한 것이라면, 금전배상이 가능하다는 것이 확립되어 있다. 그러한 비용은 예를 들면, 직원의 이동이나 인도되지 않은 상품을 손해를 보면서 저장하거나 판매하는 경우와 관련된다.

제37조 만족(Satisfaction)

1. 國際違法行爲에 책임이 있는 국가는 그 행위로 인한 피해가 원상회복이나 금전배상으로 전보될 수 없는 경우 이에 대하여 만족을 제공할 의무를 진다.
2. 만족은 위반의 인정, 유감의 표시, 공식사과 또는 기타 적절한 방식을 취한다.
3. 만족은 피해와 불균형을 이루어서는 아니되며, 有責國에 대하여 굴욕적인 형태를 취하여서는 아니된다.

주 석

(1) 만족은 손해배상의 세 번째 유형이다. 國際違法行爲에 의한 피해는 많은 경우 원상회복이나 금전배상에 의해 완전히 회복될 수 있다는 점에서 만족이 배상의 표준적 유형은 아니다. 만족이라는 구제방법의 다소 예외적인 성격과 완전 배상의 원칙에 대한 관계는 “피해가 원상회복이나 금전 배상으로 구제될 수 없는 한”이라는 구절에서 강조되고 있다. 만족은 단지 이 두 가지 형태가 완전한 배상을 제공하지 않는 경우에 요구될 수 있다.

(2) 제37조는 3개항으로 구성되어 각항은 만족의 다른 측면을 취급하고 있다. 제1항은 만족의 법적 성격과 이것이 부여될 수 있는 피해의 유형을 소개한다. 제2항은 예시적 방법으로 만족의 유형을 제시한다. 제3항은 때때로 비합리적인 형태의 만족이 요구되었던 과거의 관행을 고려하여 만족 제공의무에 제한을 가하고 있다.

(3) 제1항에 따라 有責國이 완전배상을 하여야 하는 피해는 “물질적이든, 정신적이든 국가의 國際違法行爲에 의해 발생한 모든 손해”를 포함한다. 國際違法行爲에 따른 물질적, 정신적 손해는 통상 금전적으로 측정가능하고, 금전배상에 의해 구제될 수 있을 것이다. 반면에 만족은 금전적으로 측정 불가능하고, 국가에 대한 모욕에 이르는 이러한 피해에 대한 구제수단이다. 해당국에 대한 실질적 결과와는 상관없이, 의무의 위반 사실 그 자체에서 비롯되는 이러한 피해는 종종 상징적 성격을 지닌다.

(4) 때때로 “비물질적 피해(non-material injury)”라고 표현되는 이러한 종류의 피해에 대한 만족의 유용성은 국제법에서 잘 확립되어 있다. 이 점은 예를 들어 *Rainbow Warrior* 사건 중재재판소에 의하여 잘 지적되고 있다.

“만족을 국제의무위반에 대한 넓은 의미의 구제나 배상의 한 형태로써 이용하는 것은 국가와 국제재판소의 오랜 확립된 관행이다. 이 관행은 국제책임에 관련되는 자에 대한 손해의 경우와는 대립되는 것으로서, 국가에 대한 직접적인 정신적 또는

법적 손해와 특히 관련된다.” (UNRIAA, vol.X X, p. 217 (1990), pp. 272-273, para. 122)

國際違法行爲가 타국에 대하여 비물질적 손해를 야기하는 경우에도 국가관행상 만족을 구제로서 요구한 경우가 많았다. 이러한 예로는 국기와 같은 국가의 상징에 대한 모욕(*Magee case* (1874) (Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 64) ; *Petit Vasseau case* (1863) (Whiteman, *Damages*, 2nd Series, vol.III, No. 2564)), 주권이나 영토의 존엄성에 대한 침해(*Rainbow Warrior* arbitration, UNRIAA, vol.X X, p. 217 (1990)) 선박이나 항공기에 대한 공격, 국가 원수나 외교관 등에 대한 고의적 공격 및 부당행위와 외교공관의 침해 등을 포함한다.

(5) 제37조 2항은 만족이 위반의 인정, 유감의 표시, 공식 사과, 기타 적절한 방식을 취한다고 규정하고 있다. 본조에 규정된 만족의 유형은 예시에 지나지 않는다. 만족의 적절한 유형은 상황에 따라 다르고, 미리 규정될 수 없다. 피해를 야기한 사건의 원인에 대한 의무적 조사, 수익자를 위하여 금전배상금을 관리하는 신탁기금, 國際違法行爲를 야기한 개인에 대한 징계나 처벌, 비금전적 피해에 대한 상징적 손해의 배상(*"I'm Alone"* UNRIAA, vol. III, p. 1609 (1935); *Rainbow Warrior*, *ibid.*, vol. X X, p.217(1990)) 등을 포함한 여러 가지 것들이 가능하다. 중단(cessation)과 관련된 조항들에서 다루는 재발방지의 보장도 만족의 유형이 될 수 있다. 제2항은 모든 가능성을 열거하려는 것이 아니며, 또한 이를 배제하려 하지도 않는다. 또한 제2항에 규정된 만족유형의 순서는 어떠한 우선순위나 선호를 반영하는 것이 아니다. 제2항은 적절성이나 심각성의 순서와는 상관없이 단순히 예를 제시할 뿐이다. 적절한 방식은 각 사건의 상황을 고려하여 결정될 것이다.

(6) 국가에 대한 정신적 또는 비물질적 피해의 경우 제시되는 가장 보편적인 만족 방식 중의 하나는 권한있는 법원이 행위의 위법성을 선언하는 것이다. 만족의 한 유형으로서 선언적 구제의 유용성은 *Corfu Channel* 사건에서 국제사법재판소에 의해 확인되었다. 이 사건에서 국제사법재판소는 폭발 사고 이후 영국 해군에 의한 지뢰 제거 작업이 위법함을 발견한 다음과 같이 실시하였다.

“국제법에 대한 존중을 보장하기 위하여, 국제법상의 기관인 재판소는 영국군의 행동이 알바니아의 주권을 침해하였다고 선언하여야만 한다. 이 선언은 알바니아의 자국 대리인을 통한 요구와 일치하고, 그 자체로서 적절한 만족에 해당한다.” (*ICJ Report 1949*, p. 4, p. 35.)

이 뒤의 많은 사례들이 이를 따랐다(*Rainbow Warrior*, UNRIAA: vol.X X, p. 217 (1990), p. 273, para.123.). 일정한 사례에서는 권한있는 법원에 의한 선언이 만족의 한 유형으로 취급될 수 있을지라도, 그 같은 선언이 본질적으로 만족이라는 구제방법과 연결되는 것은 아니다. 분쟁에 대하여 관할권을 갖는 모든 법원이나 중재재판소는 사건 결정과정의 필요부분으로 문제된 행위의 합법성을 결정하고, 자신의 결론을 선언할 권한이 있다. 그러한 선언은 배상 유형 결정의 사전단계일 수도 있고, 요청된 구제 자체일 수도 있다. *Corfu Channel* 사건에서 국제사법재판소가

한 것은 알바니아가 다른 유형을 청구하지 않아, 만족의 방식으로 선언을 택한 것이다. 나아가 그러한 선언은 그 이상의 장점이 있다. 그것은 명백하고, 자체 완결적이며, 제37조 제3항에서 언급된 만족의 범위와 한계를 넘어서지 않을 것이다. 사법적 선언은 제2항에서 열거되지 않았는데, 그 이유는 그것이 분쟁에 관할권을 가진 제3자가 하여야 하는 것이기 때문이다. 대신 제37조는 有責國에 의한 위반의 인정을 만족의 한 유형으로 특정하고 있다.

(7) 만족의 또 다른 보편적 형태는 사과인데, 이것은 국가 원수나 적절한 공직자가 구두나 문서로 할 수 있다. “*I’m Alone*” (Ibid., 9 (1935)), *Kellet*(Moore, Digest, vol.V, p. 43(1897)), *Rainbow Warrior* 사건에서는 유감이나 사과의 표시가 요구되었으며, *Consular Relations* 사건(ICJ Reports 1998, p. 248)과 *LaGrand*(Provisional Measures, ICJ Reports 1999, p. 9, and Merits, judgement of 27 June 2001) 사건에서는 有責國이 이를 이행한 바 있다. 사과의 요구나 제공은 매우 자주 나타나는 외교적 관행의 하나이며, 적시의 사과의 제시는 상황에 따라서는 분쟁을 해결하기 위하여 많은 역할을 할 수도 있다. 경우에 따라서 사건이 은혜적(ex gratia)으로 해결되거나, 사과만으로는 불충분한 경우에 사과는 요구되지 않을 수도 있다. *LaGrand* 사건에서 국제사법재판소는 “이 사건과 같이 외국 국민이 그들의 권리에 대하여 지체없이 통보받지 못하고, 연장된 구금 대상이 되거나, 엄중한 형벌을 선고받은 경우에는 사과만으로 충분하지 않다”고 판단하였다.(Provisional Measures, ICJ Reports 1999, p. 9 and Merits, judgement of 27 June 2001.)

(8) 과거에 “만족”이라는 위장하에 요청되었던 지나친 요구 때문에 국가 평등의 원칙에 위배되는 남용에 제한을 둘 필요가 있었다. 특히 만족은 성격상 징벌적 일 것을 의도하지 않으며, 징벌적 손해를 포함하지도 않는다. 제37조의 제3항은 2가지 기준을 둬으로써 만족을 제시할 의무에 제한을 두고 있다. 첫째, 피해에 대한 만족의 비례성. 둘째, 만족이 有責國家에 굴욕적이어서는 안된다는 요구. “굴욕적”이라는 용어가 명확한 것은 아니지만, 역사적으로 이러한 종류가 요구된 예가 있던 것이 사실이다.

제38조 이자

1. 완전한 배상을 위하여 필요한 경우에는 이 장에 의하여 지급되어야 하는 원금에 대한 이자를 지급하여야 한다. 利率 및 계산방법은 그러한 결과를 달성시킬 수 있도록 정하여야 한다.

2. 이자는 원금의 지급기일로부터 지급의무가 이행된 날까지 부과한다.

註釋

(1) 이자는 독자적인 배상 유형에 해당하지 않고, 배상을 위하여 모든 경우에 있어서 요구되는 것도 아니다. 이러한 이유 때문에 제38조에서 “금전배상

(compensation)” 대신 “원금 (principal sum)”이라는 표현을 사용하였다. 그러나 일정한 경우에는 國際違法行爲로 인한 손해에 대한 완전한 배상을 위하여 이자의 지급이 요구될 수 있고, 이자는 보통 배상청구 및 중재재판소의 판정에 있어 별도로 취급된다.

(2) 배상 청구에 대한 판결 또는 재정이 내려진 날 이전에 손해에 상당하는 원금이 정하여지고, 완전한 배상을 위하여는 이자의 지급이 요구되는 한도 내에서 被害國은 원금에 대한 이자를 지급받을 권리를 갖는 것이 일반적인 원칙이다. 국제판례 중에서도 완전한 배상의 일환으로 이자의 지급을 인정하는 일반적 원칙을 뒷받침하는 논거를 찾을 수 있다. S.S. “Wimbledon” 사건(1923, *PCIJ, Series A, No. 1*, p. 32)에서 상설국제사법재판소는 지급되어야 하는 액수가 확정되고 지급의 무가 확립된 때로부터 비로소 이자의 지급의무가 발생함을 근거로, 판결 선고일로부터 6% 單利 이자의 지급을 명하였다.

(3) 다른 재판소에서도 이자 지급의 문제가 자주 제기되었는데, 기본적 청구가 私人이 입은 손해와 관련된 경우와 국가 자체가 손해를 입은 경우 양자에서 제기되었다. Islamic Republic of Iran v. United States of America 사건((1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 285, p. 290)에서 이란-미국 청구권 재판소(Iran-United States Claims Tribunal)는 청구권을 심판할 수 있는 관할권에 이자의 지급을 명할 수 있는 권한이 포함된 것이라고 판시하였으나, 이자의 지급에 관한 통일된 기준에 대하여는 이것은 개별 재판부의 관할권에 속하는 사항이며 각각의 사건을 심판함에 있어 개별 재판부에 부여된 재량권의 행사에 관한 사항이라는 점을 이유로 하여 그러한 기준을 설정하는 것은 회피하였다. 재판소는 이자의 청구는 금전배상 청구의 일부로서 독립된 관할권의 부여를 요하는 별도의 請求原因에 해당하지 않는 것이며, 재판소는 법에 근거하여 청구권의 존부를 심판하여야 하는바, 이자가 청구된 경우 본래 청구의 불가결한 일부로 취급하여 왔다고 판시하였다. 재판소는 개별 재판부도 또한 일관하여 지급의 지체로 인하여 발생한 손해에 대한 배상으로서 이자의 지급을 명하여 왔음을 지적하였다. 재판회부협정에 이자에 대한 명시적 언급이 없는 경우에도 중재재판소들은 관행적으로 손해배상 판정의 일부로서 이자의 지급을 명하여 왔으며, 이자의 지급을 명할 수 있는 권한은 청구권의 존부를 심판하는 재판소의 권한에 본질적으로 포함되어 있는 것으로 보아, 그러한 권한은 명시적 규정으로서만 배제할 수 있다고 보았다. 그러한 규정이 존재하지 않으므로 동 재판소는 손해배상의 일환으로 이자의 지급을 명할 수 있는 권한을 갖는 것이 명백하다는 결론이었다. 정부간 청구에 있어서 재판소는 약간 낮은 利率을 적용하여 이자의 지급을 명하여 왔다. 재판소는 일괄지급 명령이 손해를 완전히 전보한 경우 또는 기타 다른 특별한 사정이 있는 경우 등 몇몇 사례에 있어서는 이자의 지급을 명하지 아니하였다.

(4) United Nations Compensation Commission의 Governing Council이 내린 결정 제16호는 이자에 관하여 다음과 같이 실시하였다:

“1. 이자는 손해가 발생한 날로부터 지급이 이루어지는 날까지 부과한다. 利率은 청구권자가 원금을 사용하지 못함으로써 입게 된 손해를 배상하기에 충분한 비율로 한다.

2. 이자의 계산 및 지급 방법은 적합한 시기에 Governing Council이 고려한다.

3. 이자는 원금이 지급된 이후에 지급되어야 한다.”

위 규정은 금전배상을 위하여 필요한 경우에는 이자의 지급을 원칙으로 하면서도, 그러한 원칙의 적용에 있어서는 탄력성을 유지하고 있다. 동시에 이자를 금전배상의 한 유형으로 인정하면서도 청구의 원본액에 종속된 부차적인 요소로 취급하고 있다.

(5) 각종 인권재판소는 금전배상을 명하는 데 있어서 상대적으로 신중한 태도를 보이고, 이들에 대한 청구가 금전으로 표시된 액수인 경우는 거의 없었으나, 이들 역시 이자의 지급을 배제하지는 않고 있다. 예컨대 일정기간에 걸쳐 할부로 지급되는 배상금의 가치를 보전하기 위하여 필요한 경우에는 이자의 지급을 명하고 있다.

(6) 국내 보상위원회 및 재판소들도 최근에는 일반적으로 배상금의 산정에 있어 이자를 고려하고 있다. 그러나 배상금의 일부에 대한 일괄지급이 명하여진 몇몇 사례에 있어서는 배분될 기금이 한정된 경우 원본의 지급이 우선되어야 함을 이유로 청구가 손해의 원본으로 제한되었다. 일부 국내법원의 판결은 이자를 국제법상 문제로 다루고 있으나, 이자는 法廷地法의 문제로 다루어지는 예가 더 많다.

(7) 국제판례 및 관행상 이자를 완전 배상의 일환으로 취급하는 경향이 강해지고 있으나, 被害國이 이자의 지급을 구할 수 있는 자동적 권리를 갖는 것은 아니다. 이자 지급의 명령은 개개 사건의 사정에 의하여 좌우되는 것이다. 특히 이자의 지급이 완전한 배상을 보장하기 위하여 필요한 것인지 여부가 중요하다. 이러한 접근 방법은 다양한 법체계의 전통 및 국제재판소의 실행과 합치되는 것이다.

(8) 이자에 관하여 문제되는 것 중 하나는 複利의 지급 가능성이다. 법원이나 중재재판소는 複利 지급을 명하지 않는 것이 일반적이고, 이 점은 통상적으로 청구권자에게 補償的 利子(compensatory interest)를 지급 받을 권리를 인정하는 중재재판소의 경우에도 마찬가지이다. 예컨대, 이란-미국 청구권 재판소(Iran-United States Claims Tribunal)도 일관되게 複利의 청구를 배척하고 있다. R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Government of the Islamic Republic of Iran 사건((1984) 7 Iran-U.S.C.T.R. 181, pp. 191-192)에서도 재판소는 국제법상 손해배상과 관련된 법원칙 중 複利가 허용되지 않는다는 원칙 만큼이나 확고히 확립되어 있는 것은 드물다고 하면서, 당해 사건에서는 통상적으로 複利의 지급을 허용하지 않는 국제법상의 선례를 따르지 않을 어떠한 특별한 사정도 발견되지 않는다고 판시하였다. 이러한 접근방법에 따라 동 재판소는 複利의 지급을 규정한 것으로 보이는 계약조항을 우회하여 청구인이 그에게 지급되어야 할 금액을 수중에 갖고 있지 아니함으로써 입었을지 모르는 손해를 초과하는 수익을 얻게 되는 것을 방지하려 하였다.

British Claims in the Spanish Zone of Morocco 사건(*UNRIAA*, vol. II, p. 615 (1924), p. 650)에서 실시된 바와 같이 국가가 자국의 영역 내에서 외국인이 입은 손해에 대하여 그 외국인의 본국에 하여야 하는 금전배상에 있어 複利가 허용되지 않는다는 점에 견해가 일치하고, 複利가 허용되기 위해서는 매우 강력하고 구체적인 주장이 요구된다는 것이 지배적인 견해이다. 국가간 청구에 있어서의 複利도 마찬가지이다.

(9) 다수의 학자들이 상당한 複利는 손해배상의 일환으로 허용되어야 한다는 견해를 취하고 있고, 이러한 견해를 따른 몇몇 중재판정도 있으나, 현재의 국제법상 완전한 배상의 일환으로 複利의 적용을 정당화하는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 被害國이 複利를 지급 받을 권리를 갖는다고는 볼 수 없다.

(10) 배상으로 지급되어야 하는 원본에 대한 이자의 실제 계산에 있어서는 이자의 개시일(의무위반일, 지급기일, 청구일) 및 종료일(합의일 또는 판결선고일, 실제지급일), 그리고 적용될 利率(被請求國의 현재 利率, 請求國의 현재 利率, 국제대출 利率)에 관한 문제가 제기된다. 지급되어야 하는 이자의 계산 및 평가에 대한 국제적으로 통일된 취급방법은 없다. 실무상으로는 개개 사건의 사정 및 당사국의 행위가 결과에 중대한 영향을 미친다. 당사국이 문제를 해결할 수 없으면 개별 사건의 심판을 맡은 재판소의 재량에 맡겨야 한다는 이란-미국 청구권 재판소(Iran-United States Claims Tribunal)의 판시는 현명한 것으로 판단된다(*Islamic Republic of Iran v. United States of America (Case No. A19)*, (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 285, p. 290). 그러나 다른 한편으로는 현재 관행이 확립되어 있지 않은 상태이므로 이자의 계산에 관한 일반 규정을 두는 것은 유용할 것이다. 이에 따라 제38조는 이자를 원금이 지급되어야 했던 날(지급기일)로부터 지급의무가 이행된 날까지 계산되는 것으로 규정하고 있다. 利率 및 계산방법은 國際違法行爲로 인하여 발생한 손해를 완전히 배상할 수 있는 것으로 정하도록 하고 있다.

(11) 위법행위로 인한 손해배상의 일부로 喪失利益(loss of profits)이 포함되는 경우, 이자의 지급으로 被害國이 이중배상을 얻게 되는 것이라면 이자 지급 명령은 부적합한 것이 될 것이다. 일정한 금액이 이자를 벌면서 또한 동시에 수익을 얻는데 이용되는 것은 불가능하기 때문이다. 그러나 수익이 발생하였음에도 불구하고 권리자에게 지급되지 않고 있었던 경우, 그러한 수익에 대한 이자에 대해서는 지급의무가 발생할 수 있다.

(12) 제38조는 판결 이후의(post-judgment) 또는 지불유예의(moratory) 이자에 대해서 규정하고 있지 않다. 당해 조항은 법원 또는 중재재판소가 지급을 명하여야 하는 액수를 구성하는 이자, 즉 補償的 利子(compensatory interest)만을 대상으로 한다. 법원 또는 중재재판소가 판결 이후의 이자의 지급을 명할 수 있는 권한은 당해 법원 또는 중재재판소의 절차상의 문제이다.

제39조 피해에 대한 기여

배상을 결정함에 있어서는 被害國 또는 배상 요구와 관련된 여하한 개인 또는 단체의 고의 또는 과실에 의한 作爲 또는 不作爲가 피해에 기여한 바를 참작하여야 한다.

註釋

(1) 제39조는 국가에 의한 國際違法行爲로 인하여 피해가 발생하고, 제1조 및 제28조에 의하여 당해 국가가 그러한 피해에 대하여 책임을 부담하는 것이나, 被害國 또는 의무위반의 피해자 개인이 고의 또는 과실에 의한 作爲 또는 不作爲에 의하여 실질적으로 피해의 발생에 기여한 경우를 상정하고 있다. 제39조는 국내법 체계상 寄與過失(contributory negligence)에 해당하는 개념에 초점을 맞추고 있다.

(2) 제39조는 배상의 형태 및 범위를 판단함에 있어 被害國 또는 그와 관련하여 배상이 요구되는 여하한 개인 또는 단체의 행위가 참작되어야 함을 염두에 둔 규정이다. 이것은 國際違法行爲로 인하여 발생한 피해에 대하여 완전한 배상이 이루어져야 하나, 그 이상은 요구될 수 없다는 원칙에 부합하는 내용이다. 이것은 또한 가해국과 의무위반의 피해자 사이의 공평의 관념에 부합한다.

(3) LaGrand 사건(*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Merits, judgment of 27 June 2001, paras. 57, 116)에서 국제사법재판소는 請求國의 행위가 배상의 형태 및 액수를 결정함에 있어 의미를 가질 수 있음을 인정하였다. 당해 사건에서 독일은 의무위반을 주장하여 소송절차를 개시하는 것을 지체하였다. 재판소는 당해 소송이 개시된 방식 및 그 시기에 관하여 독일을 비난할 여지가 있다고 하면서, 독일의 청구가 배상에 대한 청구도 포함하는 것이었다면 이 점을 참작하였을 것이라고 판시하였다.

(4) 적합한 배상을 결정함에 있어 被害國이 피해의 발생에 기여한 바가 갖는 중요성은 학자들의 저술 및 국가관행에 있어 널리 인정되고 있다. 被害國의 피해 발생에 대한 기여는 배상과 관련하여 가장 많이 제기되는 문제이지만, 다른 형태의 배상과 관련하여 제기될 수도 있다. 예컨대 A국의 國有 船舶이 B국에 의하여 위법하게 억류되었는데 그러한 사이 선장의 과실로 인하여 파손된 경우, B국은 당해 선박을 파손된 상태로 반환할 의무만을 부담할 것이다.

(5) 피해의 발생에 기여하는 모든 作爲 또는 不作爲가 제39조와 관련하여 의미를 지니는 것은 아니다. 오히려 제39조는 고의나 과실에 의한 作爲 또는 不作爲만을 참작하도록 한 것이다. 즉 의무위반의 피해자가 그 재산 또는 권리에 대한 상당한 주의를 하지 않은 경우에만 그 作爲 또는 不作爲가 참작된다. 作爲 또는 不作爲가 "중대한(serious)" 또는 "현저한(gross)" 과실로 인할 것까지 요구되지는 않으나, 배상에 있어서 과실이 갖는 중요성은 당해 과실이 피해 발생에 기여한 정도 및 기타 다른 사정에 따라 달라질 것이다. "참작하여야 한다(account shall be taken)"고 규정한 것은 제39조가 적절한 경우에는 배상의 형태에 영향을 미치거나 배상의 액수

를 감소시킬 수 있는 요소들에 관한 것임을 나타낸다.

(6) 손해의 발생에 기여한 고의나 과실에 의한 作爲 또는 不作爲는 被害國 또는 “배상의 요구와 관련된 여하한 개인 또는 단체 (any person or entity in relation to whom reparation is sought)”의 것이어야 한다. 이 귀질은 외교적 보호권의 행사로서 특정 국가가 자국민을 대표하여 배상을 청구하는 경우 뿐만 아니라, 특정 국가가 일차적으로는 제3자에게 영향을 미치는 행위와 관련하여 타국의 책임을 추궁하는 경우까지 포함하려는 취지이다. 제42조 및 제48조에 의하여 이러한 경우가 발생할 수 있다. 이것은 배상을 구하는 국가가 제3자의 이익을 위하여 배상을 구하는 경우, 그와 관련하여 배상이 요구되는 사람 또는 단체가 개별적으로 청구하는 경우보다 유리한 위치에 서게 되어서는 안된다는 생각에 기초하고 있다.

제3장

일반 국제법상의 강행규범 의무의 중대한 위반

(1) 제2부의 제3장은 “일반 국제법의 강행규범상 의무의 중대한 위반”이라는 제목 하에 특정 유형의 국제법 위반의 효과를 규정하고 있다. 이러한 유형의 국제법 위반은 두 가지 기준으로 판별된다. 첫째, 일반 국제법상의 강행규범에 의하여 부과된 의무의 위반에 해당하고, 둘째, 이러한 의무위반은 그 범위 또는 성질에 비추어 볼 때 중대한 것이어야 한다. 제3장에는 2개 조항이 있는데, 제40조는 이章의 적용범위를, 제41조는 그 적용범위에 해당하는 의무위반의 법적 효과를 규정하고 있다.

(2) 서로 다른 국제법상의 의무위반 사이에 질적 차이가 인정되어야 하는지 여부는 중요한 논란의 대상이 되어 왔다. Barcelona Traction 사건(*ICJ Reports 1970*, p. 3, p. 32, para. 33)에서 국제사법재판소는 국가가 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 의무와 외교적 보호의 영역에서 다른 국가에 대하여 부담하는 의무는 본질적으로 구별되어야 한다면, 그 성질상 전자는 모든 국가의 관심사이며, 관련된 권리의 중요성에 비추어 볼 때 모든 국가가 그 보호에 대한 법적 이해를 갖고, 그러한 의무는 對世的 義務(*obligations erga omnes*)에 해당한다고 판시하였다. 여기서 재판소는 외교적 보호권의 행사에 있어서 被害國의 지위와 국제공동체 전체에 대한 의무의 위반에 있어서 모든 국가의 지위를 대비시키려 하였던 것이다. 당해 사건에서는 그러한 의무가 문제된 것이 아니었으나, 재판소는 國家責任에 있어 특정한 의무는 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 것이고, 관련된 권리의 중요성에 비추어 볼 때 모든 국가가 그 보호에 대하여 법적 이해를 갖는 것임을 명백히 하였다.

(3) 그 이후에도 여러 사건에서 국제사법재판소는 그 적용에 있어서는 신중한 태도를 보이면서도 국제공동체 전체에 대한 의무의 개념을 재확인하여 왔다. East

Timor 사건(*ICJ Reports 1995*, p. 90, p. 102, para. 29))에서 국제사법재판소는 국제연합 헌장 및 국제연합의 관행으로부터 발전해 온 민족자결권이 對世的 성질을 갖는다는 Portugal 측의 주장은 부인할 여지가 없다고 판시하였다. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide 사건(*ICJ Reports 1996*, p. 595, p. 616, para. 31)의 선결적 항변 단계에서 국제사법재판소는 제노사이드 협약에 규정되어 있는 권리 및 의무는 對世的 성질을 갖는 것임에 근거하여 당해 청구에 대한 재판소의 時的 管轄權이 당사국들이 협약에 가입한 이후의 시점으로 제한되는 것이 아니라는 결론을 이끌어냈다.

(4) 이와 밀접히 관련된 발전으로 비엔나 조약법 협약 제53조 및 제64조에 의한 국제법상의 強行規範(peremptory norms of international law) 개념의 인정을 들 수 있다. 이들 조항은 조약에 의해서도 그로부터의 이탈이 허용되지 않는 근본적 성질의 실체적 규범의 존재를 인정하고 있다.

(5) 당초부터 이러한 발전은 國家責任에 관한 2차적 원칙과 관련하여 의미를 지닌 것이며, 이것이 國家責任에 관한 協約 草案에 반영되어야 함이 인정되었다. 처음에는 國際不法行爲(international delicts)와 구별되는 國際犯罪(international crimes)의 항목을 별도로 규정함으로써 이를 반영하려 하였다. 그러나 이러한 근본적 규범을 위반하는 국가에 대한 형사적 효과에 대하여는 아무런 발전이 이루어지지 않은 상태이다. 예컨대 국제법은 강행규범에 의하여 부과된 의무의 중대한 위반에 대하여도 징벌적 손해배상(punitive damages)의 부과를 인정하지 않고 있다. 제 34조에 따른 손해배상의 기능은 기본적으로 손해의 填補에 그치는 것이다. 1946년 국제군사재판소(International Military Tribunal)가 판시한 바와 같이, 국제법상의 범죄는 추상적 존재가 아닌 인간에 의하여 저질러지는 것이고, 그러한 범죄를 저지르는 개인을 처벌함으로써만이 국제법이 집행될 수 있는 것이다 (International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals, judgment of 1 October 1946).

(6) 이러한 입장에 따라 Nuremberg 및 Tokyo 군사재판소는 정부관리 개개인을 재판에 회부하여 처벌하였으나, 이들 재판소를 설치한 근거가 된 어떠한 국제문서도 독일이나 일본을 “범죄자”로 취급하지는 아니하였다. 보다 최근의 국제관행을 보더라도 국제연합 안전보장이사회에 의한 Yugoslavia 및 Rwanda 특별재판소의 설치하는 유사한 접근방식에 근거하고 있다. 양 재판소 모두 개인의 소추만을 문제 삼고 있다. Prosecutor v. Blaskic 사건(*I.L.R.*, vol. 110, p. 668 (1997), p. 698, para. 25)에서 舊유고 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia)의 상소심 재판부는 현행 국제법상 국가는 국내 형사법상 부과되는 형사적 제재의 대상이 될 수 없음이 명백하다고 판시하였다. 국제형사재판소에 관한 로마 규정(Rome Statute for an International Criminal Court)도 마찬가지로 “국제 공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄”에 대한 관할권을 규정하면서도 그러한 관할권을 自然人(natural persons)에게로 한정하고 있다. 또한 같은 조항에서 개인

의 형사책임에 관한 동 규정상의 어떠한 조항도 국제법상 국가의 책임에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다.

(7) 따라서 이 草案은 국가의 범죄 및 불법행위를 구별하지 않고 있다. 그러나 다른 한편으로 이 草案에 일반 국제법상의 강행규범 및 국제공동체 전체에 대한 의무라는 기본적 개념들로부터 國家責任의 영역에 일정한 효과가 발생함을 반영할 필요가 있다. 일반 국제법상의 강행규범 및 국제공동체 전체에 대한 의무가 하나의 기본적 관념의 서로 다른 측면인지 여부는 불문하고, 양자 간에는 최소한 상당한 공통부분이 존재한다. 국제사법재판소가 국제공동체 전체에 대한 의무의 예로 들고 있는 것을 보면 모두 일반 국제법상의 강행규범에 의하여 부과된 의무와 관련된 것이다. 이와 마찬가지로 비엔나 조약법 협약 제53조에 대한 국제법위원회의 註釋에서 일반 국제법의 강행규범의 예로 들고 있는 것을 보면 국제공동체 전체에 대한 의무와 관련된 것이다. 그러나 강조하는 점은 서로 다르다. 일반 국제법상의 강행규범은 일정한 근본적 의무의 범위 및 그 우선순위를 강조하는 반면, 국제공동체 전체에 대한 의무는 모든 국가가 그 준수에 대하여 갖는 이해, 즉 이 초안의 규정 관점에서 보면 의무를 위반한 여하한 국가의 책임도 추궁할 수 있음을 강조한다. 강조하는 점이 서로 다른 만큼 양자의 효과를 두 가지 측면에서 파악할 수 있다. 첫째, 일반 국제법상의 강행규범에 의하여 부과된 의무의 중대한 위반은 有責國 뿐 아니라, 다른 모든 국가에 추가적 효과를 발생시킨다. 둘째, 모든 국가는 국제공동체 전체에 대한 의무 위반에 대한 책임을 추궁할 수 있다. 이 중 첫째는 이 章의 규정과 관련된 것이고, 둘째는 제48조의 규정과 관련된 것이다.

제40조 이 章의 적용

1. 이 章은 일반 국제법상의 강행규범에 의하여 부과된 의무에 대한 국가의 중대한 위반에 따른 국제책임에 관하여 적용된다.
2. 그러한 의무의 위반이 有責國에 의한 현저하거나 체계적인 의무 불이행을 수반하는 경우 중대한 위반에 해당한다.

註釋

(1) 제40조는 이 章이 적용되는 의무위반의 범위를 규정하고 있다. 본 조항에 의하면 “일반 국제법의 강행규범상 의무의 중대한 위반”을 다른 의무위반으로부터 구별하는 기준은 두 가지이다. 첫째는 위반된 의무의 성질인데, 당해 의무는 일반 국제법상의 강행규범에 의하여 부과된 것이어야 한다. 둘째는 의무위반의 정도인데, 당해 의무위반은 그 성질상 중대한 것이어야 한다. 제3장은 두 가지 기준을 모두 충족시키는 국제법 위반에 대하여만 적용된다.

(2) 첫째 요건은 위반된 의무의 성질에 관한 것이다. 이 章이 적용되기 위하여는

의무위반이 일반 국제법상의 강행규범에 의하여 부과된 의무의 위반이어야 한다. 비엔나 조약법 협약 제53조에 의하면 일반 국제법상의 강행규범이란 “이탈이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로 전체로서의 국제 공동체가 수락하며 또한 인정하는 규범”이다. 일반 국제법상의 강행규범의 개념은 국제관행, 국제법원, 중재재판소 및 국내법원의 판례 및 법이론상 인정되는 개념이다.

(3) 제40조의 본문에서 일반 국제법상의 강행규범의 예를 드는 것은 부적절하다. 비엔나 조약법 협약 제53조의 본문에서도 그러한 예를 들고 있지 않다. 제40조에서 언급하고 있는 의무는 그것이 개별 국가 및 그 국민 그리고 가장 기본적인 인간의 가치에 대하여 제공하는 위협 때문에 허용될 수 없다고 인정되는 행위를 금지하는 실체적 규범으로부터 발생하는 것이다.

(4) 이러한 금지사항 중 침략행위의 금지는 강행규범에 해당하는 것으로 일반적으로 인정되고 있다. 비엔나 조약법 협약 제53조에 대한 국제법위원회의 註釋, 비엔나 회의 당시 각국 정부의 견해 표명, Military and Paramilitary Activities 사건 (*ICJ Reports 1986*, p. 14, pp. 100-1, para. 190)에서 양 당사국의 진술 및 동 사건에서의 국제사법재판소의 입장 등이 이를 뒷받침하고 있다. 비엔나 조약법 협약 제53조에 대한 국제법위원회의 註釋에서 열거된 다른 예 중 노예제도 및 노예매매, 제노사이드, 인종차별 및 인종격리정책(*apartheid*)의 금지에 관하여도 널리 견해가 일치하고 있는 것으로 보인다. 널리 비준되고 예외를 허용하지 않는 각종 국제조약 및 협정에 의하여서도 이러한 행위는 금지되고 있다. 비엔나 회의에서 각국 정부 간에 이러한 금지의 강행규범적 성질에 관하여 일반적으로 합의가 형성되었었다. 제노사이드 금지의 경우 다수의 국내 및 국제법원에 의한 판결이 그 강행규범적 성질을 뒷받침하고 있다.

(5) 비엔나 조약법 협약 제53조에 대한 국제법위원회의 註釋에 명시된 것은 아니지만, 일부 다른 규범의 강행성 역시 일반적으로 인정되고 있는 것으로 보인다. 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) 제1조가 규정하고 있는 고문의 금지도 이에 해당한다. 고문의 금지가 갖는 강행규범적 성질은 다수의 국내 및 국제 판례에 의하여 뒷받침되고 있다. 국제사법재판소가 무력충돌시 적용되는 國際人道法의 기본원칙은 그 성질상 위반될 수 없다고 판시한 점에 비추어 볼 때, 이러한 원칙 역시 강행규범적 성질을 갖는 것으로 봄이 정당하다 (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports 1996*, p. 226, p. 257, para. 79). 마지막으로 민족자결권에 대하여 언급할 필요가 있다. East Timor 사건(*ICJ Reports 1995*, p. 90, p. 102, para. 29)에서 국제사법재판소가 판시한 바와 같이 민족자결의 원칙은 현행 국제법상 근본적인 원칙의 하나이며, 그로부터 민족자결권의 행사를 허용하고 존중할 국제공동체 전체의 의무가 발생하는 것이다.

(6) 위에서 들고 있는 예는 한정적인 것이 아니다. 비엔나 조약법 협약 제64조는 국제공동체 전체에 의한 수용 및 승인의 과정을 거쳐 일반 국제법의 새로운 강행규범이 출현하는 경우를 상정하고 있다. 따라서 위에서 열거된 예는 비엔나 조약법 협약 제53조의 조건을 충족시키는 기존의 또는 장래 발전할 국제법의 원칙을 방해하지 아니한다.

(7) 강행규범으로 분류될 수 있는 상대적으로 적은 수의 규범으로 그 적용범위를 제한하는 것 이외에도 제40조는 문제되는 의무위반이 중대성을 요구함으로써 그 범위를 더욱 제한하고 있다. 제2항에서 중대한 위반은 “有責國에 의한 현저한 또는 체계적인 의무 불이행(a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation)”으로 정의되고 있다. “중대한(serious)”이란 표현은 당해 의무위반을 사소한 것으로 만들지 않기 위하여 위반이 일정한 정도의 중대성을 가질 것이 요구됨을 의미하는 것이지, 이러한 의무의 일정한 위반은 중대하지 않거나 용인될 수 있음을 의미하는 것이 아니다. 그러나 강행규범의 위반 중 상대적으로 중대성이 덜한 경우를 상정할 수 있으며, 이章의 적용범위를 보다 중대하거나 체계적인 의무위반에 국한시켜 적용할 필요가 있다. 일정한 제한은 국가관행에 의하여 뒷받침되고 있다. 예컨대 국제법의 위반에 대응하면서 각국은 많은 경우 그 체계성, 현저성 또는 심각성을 강조한다. 이와 유사하게 국제법상 각종 권리구제절차는 國內的 救濟完了 원칙의 적용을 배제하는 등 체계적인 의무위반에 대하여는 상이한 법적 효과를 인정하고 있다.

(8) 의무위반이 체계적(systematic)인 것으로 인정되기 위하여는 조직적이고 의도적으로 행하여져야 한다. 대조적으로 “현저한(gross)”이란 표현은 위반 또는 그 효과의 정도를 의미하며, 당해 규범이 보호하는 가치에 대한 직접적이고 명백한 공격에 해당하는 중대한 성질의 위반을 나타낸다. 이들 표현은 물론 상호 배타적인 것이 아니며, 중대한 위반은 많은 경우 동시에 체계적이고 현저한 위반에 해당할 것이다. 위반의 중대성을 결정짓는 요소로는 규범을 위반하려는 의도, 개개 위반의 범위 및 횟수, 피해자가 입은 손해의 중대성 등이 있을 것이다. 또한 여기서 문제되는 일부 강행규범, 특히 침략행위 및 제노사이드의 금지는 그 성질상 대량적이고 의도적인 위반을 상정하고 있다는 점을 염두에 두어야 한다.

(9) 제40조는 중대한 위반의 발생 여부를 판단하기 위한 어떠한 절차도 규정하고 있지 않다. 개별 사건의 처리를 위한 새로운 제도적 장치를 마련하는 것은 본 草案의 역할이 아니다. 뿐만 아니라 이章에서 취급하고 있는 중대한 위반은 안전보장이사회와 총회를 포함하는 관련 국제기구에 의하여 처리될 가능성이 높다. 침략행위의 경우 국제연합 헌장은 안전보장이사회에 구체적 임무를 부여하고 있다.

제41조 이章上の 의무의 중대한 위반의 특유한 효과

1. 국가는 제40조상의 의미에 해당하는 여하한 중대한 위반도 적법한 수단을 통

하여 종료시키기 위하여 협력하여야 한다.

2. 어떠한 국가도 제40조상의 의미에 해당하는 중대한 위반에 의하여 발생한 상황을 적법한 것으로 인정한다거나 또는 그러한 상황의 유지를 위한 원조나 지원을 하여서는 아니된다.

3. 이 條는 제2부에 규정된 다른 효과 및 이 章이 적용되는 위반에 따른 국제법상 추가적인 효과 발생을 방해하지 아니한다.

註釋

(1) 제41조는 제40조에서 정하는 위반의 효과를 규정하고 있다. 제41조 제1항 및 제2항은 “중대한 위반”과 관련하여 국가가 부담하는 특별한 의무를 규정하고 있으며, 제3항은 안전조항(saving clause)의 형식을 취하고 있다.

(2) 제41조 제1항에 의하여 개별 국가는 제40조에서 정하고 있는 중대한 위반을 종료시키기 위하여 협력할 적극적 의무를 부담한다. 이와 관련된 구체적 사정은 매우 복잡할 수 있으므로 동 조항은 이러한 협력의 형태에 대하여는 구체적으로 규정하고 있지 않다. 협력은 관련 국제기구, 특히 국제연합의 틀 내에서 이루어질 수 있다. 그러나 동 조항은 비제도적 협력의 가능성 역시 상정하고 있다.

(3) 제41조 제1항은 제40조에서 정하는 중대한 위반을 종료시키기 위하여 개별 국가가 취하여야 할 조치를 정하고 있지 않다. 이러한 협력은 적법한 수단을 통하여야 하며, 그 수단의 선택은 구체적 상황에 달려 있다. 그러나 협력의무는 개별 국가가 중대한 위반에 의하여 영향을 받는지 여부와 상관없이 부담하는 것이다. 중대한 위반이 있는 경우 요구되는 것은 그로 인하여 발생한 결과에 대처하기 위한 모든 국가의 공동의 노력이다. 현행 일반 국제법이 적극적 협력의무를 부과하고 있는지 여부에 대하여는 의문이 있을 수 있는데, 이 조항은 그 점에 있어서 국제법의 점진적 발전을 반영하는 것일 수 있다. 그러나 국제법의 가장 심각한 위반 사례에 대응하여는 실제로 그러한 협력이 이미 이루어지고 있으며, 많은 경우 이러한 협력은 효과적인 구제를 제공할 수 있는 유일한 방법에 해당한다. 이 조항은 제40조에서 정하고 있는 중대한 위반에 대하여 모든 국가에게 협력의무를 지움으로써 이미 존재하는 협력 장치를 강화하려는 것이다.

(4) 제41조 제2항에 의하여 개별 국가는 두 가지 不作為 의무를 부담한다. 첫째, 제40조의 의미에 해당하는 중대한 위반에 의하여 발생한 상황을 적법한 것으로 인정하지 아니할 의무, 그리고 둘째, 그러한 상황의 유지를 위한 원조나 지원을 하지 아니할 의무가 그것이다.

(5) 이 중 첫 번째 의무는 제40조상의 의미에 해당하는 중대한 위반에 의하여 발생한 상황의 적법성에 대하여 국제공동체 전체의 集團的 不承認 義務(obligation of collective non-recognition)를 의미한다. 이 같은 의무는 이러한 위반으로부터 발생한 상황, 예컨대, 민족자결권에 반한 특정 영토에 대한 영유권 취득 시도 등에 적용되는 것이다. 이 조항은 이러한 상황의 공식적 승인만을 금지하는 것이 아니라,

승인을 묵시적으로 표현하는 행동도 금지하고 있다.

(6) 강행규범에 의하여 부과된 의무의 중대한 위반에 대한 不承認 義務는 이미 국제관행 및 국제사법재판소의 결정례를 통하여 뒷받침되고 있다. 무력사용에 의한 영토 취득은 무효이며 승인되어서는 안 된다는 원칙은 1931-1932년의 만주사변 당시 미국 국무장관 Stimson의 발언을 통하여 명백히 표명되었다. Stimson은 미국이 국제연맹의 다수 회원국과 더불어 중화민국의 주권, 독립, 또는 그 영토 및 행정적 일체성을 침해하는 어떠한 상황이나 조약의 적법성을 승인하지 않을 것이며, 1928년 不戰條約상의 규정내용 및 의무에 반하여 도달된 여하한 상황이나 조약도 승인하지 아니할 것이라고 선언하였다. 국제연합 헌장에 따른 국가간 우호관계 및 협력에 관한 국제법 원칙의 선언(Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations) 또한 각국은 무력사용에 의한 영토 취득을 승인하여서는 안 된다고 명시적으로 규정함으로써 이러한 원칙을 확인시켜 주고 있다. Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua 사건(ICJ Reports 1986, p. 14, p. 100, para. 188)에서 국제사법재판소가 판시한 바와 같이, 위 선언에 대하여 각국이 만장일치로 동의한 것은 그에 표명되어 있는 규범의 효력을 인정하는 것으로 이해될 수 있다.

(7) 강행규범에 반하는 행위에 대한 不承認의 관행은 1990년 Iraq의 Kuwait 침략에 대한 안전보장이사회의 대응에서도 그 예를 찾을 수 있다. Iraq가 Kuwait의 병합을 선언하자 안전보장이사회는 결의 제662호를 통하여 그 병합은 법적 효력이 없으며 무효라고 규정하면서, 모든 국가, 국제기구 및 전문기구에 그 병합을 승인하지 말 것과 그에 대한 직접 또는 간접적 승인으로 해석될 수 있는 여하한 행동도 자제할 것을 요청하였다. 실제로 어떤 국가도 그 병합의 적법성을 인정하지 아니하였으며, 상황은 곧 원상복구되었다.

(8) 민족자결권의 부정과 관련하여 국제사법재판소는 Namibia (South West Africa)사건(ICJ Reports 1971, p. 16, p. 56, para. 126)의 권고적 의견에서 명확하게 그러한 상황의 不承認을 요청하였다. Rhodesia 및 남아프리카공화국의 Bantustan족과 관련된 안전보장이사회와 총회의 결의에도 동일한 의무가 반영되어 있다. 이러한 예들은 제40조의 의미에 해당하는 중대한 위반이 발생한 경우 승인은 거부되어야 한다는 원칙을 반영하고 있다. 集團的 不承認은 이러한 위반에 대한 국제공동체의 공동의 대응으로서 필수적인 것이며, 제40조의 의미에 해당하는 중대한 위반에 대한 각국의 대응으로서 최소한에 해당하는 것이다.

(9) 제41조 제2항에 따라 어떠한 국가도 제40조의 의미에 해당하는 중대한 위반에 의하여 발생한 상황을 적법한 것으로 인정하여서는 아니된다. 이러한 의무는 有責國을 포함하는 모든 국가에 적용된다. 간혹 有責國이 자신이 만들어 낸 상황을 스스로의 승인을 통하여 공고히 하려는 예가 있었다. 有責國이 위반으로부터 발생한 위법한 상황을 승인하거나 유지시키지 않을 의무를 부담하는 것은 당연하다. 여

기서 문제되는 위반은 국제공동체 전체의 이익에 관련되는 것이므로, 有責國이 被害國으로부터 받아낸 권리의 포기(waiver) 또는 승인(recognition)이 사안의 정당한 해결에 관한 국제공동체의 이익을 배제시킬 수는 없는 것이다. 이러한 결론은 위법행위의 중지(cessation)에 관한 제30조의 규정과 합치되는 것이며, 문제되는 규범의 강행성에 의하여 뒷받침된다.

(10) 그러나 不承認 義務의 효과가 무제한적인 것은 아니다. Namibia (South West Africa) 사건(*ICJ Reports 1971*, p. 16, p. 56, para. 125)의 권고적 의견에서 국제사법재판소는 문제된 상황의 불법성은 對世的인 것이며 국제연합의 회원국이 아닌 국가에 의하여도 그 적법성이 인정될 수 없다고 판시하면서도, 남아프리카공화국에 의한 문제의 영토 지배에 대한 不承認이 Namibia인들이 국제협력으로부터 얻을 수 있는 여하한 이익을 박탈하는 결과를 발생시켜서는 안 되며, 남아프리카공화국 정부의 공적 행위 중 출생, 사망, 혼인 신고의 수리 등 그 효과를 무시할 경우 문제의 영토 거주민의 불이익에게 발생하는 행위는 무효로 보아서는 안 된다고 판시하였다. 유럽인권재판소도 이와 같은 입장에 서고 있다.

(11) 제41조 제2항에 규정되어 있는 두 번째 의무는 제40조의 의미에 해당하는 중대한 위반에 의하여 발생한 상황의 유지를 위한 원조나 지원을 하지 아니할 의무이다. 이것은 타국이 國際違法行爲를 범하는 데 대한 원조나 지원을 규율하는 제16조의 규정 이외의 내용에 관한 것이다. 중대한 위반 행위 자체를 넘어 그러한 위반에 의하여 발생한 상황의 유지에 적용되는 것이며, 위반 자체가 계속적인 것인지 여부와는 관계없이 적용된다. “원조 또는 지원(aid or assistance)”과 관련하여서는 제41조를 제16조와 연관시켜 해석하여야 한다. 특히 제16조에서 “원조 또는 지원”의 개념은 당해 국가가 문제된 國際違法行爲의 상황을 알고 있을 것을 전제로 한다. 국가가 타국에 의한 중대한 위반 사실을 알지 못하는 경우는 상정하기 어려우므로, 제41조 제2항의 요건으로 이를 언급할 필요는 없다.

(12) 어떤 면에서 제41조 제2항에 규정되어 있는 의무는 不承認 義務의 논리적 연장으로 생각될 수 있다. 그러나 제40조상의 의미에 해당하는 중대한 위반에 의하여 발생된 상황을 묵시적으로 승인하는 것이 아닌 행위에 관한한, 이 조항은 별도의 적용범위를 갖는다. 예컨대 남아프리카공화국에서의 불법적 인종차별이나 Portugal의 식민지 지배 유지에 대한 여하한 지원이나 원조를 금하는 안전보장이사회 결의로부터 이러한 별도의 적용을 확인할 수 있다.

(13) 제41조 제3항에 의하여 제41조는 제2부에서 규정하고 있는 다른 효과 및 제40조상의 의미에 해당하는 중대한 위반으로부터 국제법상 유발되는 추가적인 효과의 발생을 방해하지 아니한다. 이 조항은 두가지 목적을 갖는다. 첫째, 제40조상의 의미에 해당하는 중대한 위반은 제2부의 제1, 2장에 규정된 위반의 모든 법적 효과를 발생시킨다는 점을 명백히 한다. 따라서 제40조상의 의미에 해당하는 중대한 위반으로 인하여 有責國은 위법행위를 중지하고, 의무이행을 계속하며, 경우에 따라서는 재발방지를 확보하고 보장할 의무를 부담하게 된다. 또한 有責國은 제2부 제

2장에서 규정된 바에 따라 배상할 의무를 부담한다. 물론 관계 조항에 규정되어 있는 바와 같이 이러한 의무는 문제되는 위반의 중대성으로부터 영향을 받음은 물론이다.

(14) 둘째, 제3항은 중대한 위반에 대하여 국제법상 인정되는 추가적 효과를 허용하고 있다. 즉 제40조상의 의미에 해당하는 중대한 위반으로부터 국제법상 추가적 법적 효과가 발생할 수 있음을 인정하는 것이다. 제3장에서 그러한 효과를 명시적으로 규정하지 않고 있다는 사실이 현행 국제법상 그러한 효과의 인정이나 장래의 발전을 방해하는 것은 아니다. 뿐만 아니라 제3항은 중대한 위반에 관한 법체제 자체가 아직 발전 과정에 있다는 확신을 반영하고 있다. 즉 제40조상의 중대한 위반에 따른 기본적인 법적 효과만을 규정함으로써, 중대한 위반의 결과에 관하여 향후 좀더 정교한 법체제가 발전되는 것을 제41조가 봉쇄하고 있지는 않다.

제3부

국가의 國際責任의 이행

제3부는 國家責任의 해제, 즉 제2부에 의하여 有責國에 부과된 위법행위의 중지 의무 및 배상 의무의 효력 발생에 관한 것이다. 국제법상 國家責任은 타국의 추궁과는 별도로 성립되는 것이지만, 국제의무의 위반 사실에 직면한 다른 국가들이 有責國에 의한 위법행위의 중지의무 및 배상 의무의 이행을 확보하기 위하여 어떠한 행동을 취할 수 있는지를 구체화하는 것은 여전히 필요하다. 이것이 제3부가 규율하는 대상이다. 제3부에는 두 개의 장이 있는데, 제1장은 타국에 의한 國家責任의 추궁 및 이와 관련된 문제에 대하여 규정하고 있고, 제2장은 有責國이 문제의 행위를 중지하고 배상을 하도록 만들기 위한 대응조치에 대하여 규정하고 있다.

제1장

國家責任의 추궁

(1) 본 草案의 제1부는 국가의 國際違法行爲를 일반적으로 당해 국가의 여하한 국제의무 위반으로 정의하고 있다. 제2부는 책임 분야에서의 國際違法行爲의 효과를 여하한 다른 국가 또는 단체의 권리가 아닌 有責國의 의무로서 규정하고 있다. 제3부는 國家責任의 이행, 즉 有責國의 책임을 추궁할 수 있는 타국의 권리 및 그러한 책임추궁의 방법을 규정하고 있다. 국제의무의 위반으로부터 발생하는 국가 이외의 단체의 권리는 제33조 제2항에 보장되고 있다.

(2) 책임추궁에서 중심이 되는 것은 被害國의 개념이다. 被害國은 國際違法行爲에 의하여 그 개별적 권리가 부정되거나 침해된, 또는 그러한 행위에 의하여 달리 특별한 영향을 받은 국가를 의미한다. 被害國의 개념은 제42조에서 소개되고 있다. 이 草案에서 그 적용대상으로 하고 있는 국제의무의 광범성에 부응하여 책임추궁 및 문제된 의무이행 확보에 법적 이해를 가질 수 있는 국가의 범위는 매우 넓다는

것을 인정할 필요가 있다. 경우에 따라서는 모든 국가가 그러한 이해를 가질 수도 있다. 이러한 가능성은 제48조에서 인정되고 있다. 제42조와 제48조는 타국의 책임을 추궁할 수 있는 국가의 권리라는 측면에서 규정되어 있다.

(3) 제42조에서는 被害國을 單數("an injured state")로 규정하고 있으나 복수의 국가가 國際違法行爲로 인하여 손해를 입고 被害國으로서 책임을 추궁할 권리를 가질 수도 있다. 제46조가 이 점을 명확히 하고 있다. 제42조와 제48조가 상호 배타적인 것은 아니다. 특정 국가가 제42조에서 의미하는 손해를 입고, 다른 국가들은 제48조에 의하여 책임을 추궁하는 권리를 갖게 되는 경우가 발생할 수 있다.

(4) 제1장은 또한 몇몇 관련 문제를 다루고 있다. 타국의 책임을 추궁하려는 국가의 통지의무(제43조), 청구의 수리가능성(admissibility) 관련 문제(제44조), 책임을 추궁하는 권리의 상실(제45조), 동일한 國際違法行爲와 관련하여 하나 이상의 국가의 책임이 추궁될 수 있는 경우(제47조) 등이 그것이다.

(5) 그리고 언급을 요하는 것은 제55조로서, 이는 본 草案 규정의 보충적 성격을 명확히 하고 있다. 국가의 국제의무가 특별법에 의하여 발생할 수 있음은 물론이며, 특별법은 또한 다른 어떤 국가가 위반으로 발생한 국제책임을 추궁하는 권리를 가질 수 있는지, 이러한 국가들은 어떠한 구제를 구할 수 있는지도 정할 수 있다.

제42조 被害國에 의한 책임추궁

위반된 의무가 다음 중 하나에 해당하는 경우, 국가는 被害國으로서 타국의 책임을 추궁할 수 있다.

- (a) 당해 국가에 대하여 개별적으로 부담하는 의무; 또는
- (b) 당해 국가를 포함한 다수 국가 또는 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 것으로서 그 의무의 위반이
 - (i) 당해 국가에 특별한 영향을 미치는 경우; 또는
 - (ii) 당해 의무의 추가적 이행과 관련하여 의무이행의 상대인 모든 다른 국가의 지위를 근본적으로 변화시키는 성격을 지닌 경우.

註釋

(1) 제42조는 國家責任의 이행은 1차적으로 被害國의 권리임을 규정하고 있다. 여기서 被害國이란 용어는 비교적 좁게 정의되어, 하나 또는 소수의 국가에 대하여 발생한 피해와 집단적 이익을 위한 특정의무와 관련된 복수 또는 모든 국가의 법적 이해를 구별하고 있다. 후자는 제48조에서 다루어진다.

(2) 이 章은 국가의 타국에 대한 책임의 추궁이란 측면에서 규정되어 있다. 여기서 추궁(invocation)이란 비교적 형식적인 조치를 취하는 것으로서, 예컨대, 타국에 대한 청구의 제기 또는 국제재판소 또는 중재재판소에서 절차를 개시하는 것이 이에 해당한다. 타국의 의무 위반을 비난하며 의무이행을 촉구하는 것, 또는 그 권리

나 이의제기를 유보하는 것만으로는 책임의 추궁에 해당하지 않는다. 이 조항의 목적상 이의제기는 책임추궁에 해당하지 아니한다. 이의제기는 여러 가지 형태와 목적을 지니고 있으며, 반드시 國家責任과 관련된 경우에 한정되지 않는다. 또한 당해 국가에 의한 그에 영향을 미치는 의무위반에 대한 배상 청구 등의 확정적 청구, 관할권이 있는 국제재판소에 대한 제소 등의 확정적 행위, 대응조치 등을 수반하는 경우가 아니라면 비공식적인 외교접촉만으로는 책임의 추궁에 해당하지 않는다. 本條가 의미하는 책임의 추궁을 위하여는 좀더 구체적인 자격을 필요로 한다. 특히 국가가 자신의 명의로 책임을 추궁하기 위하여는 그를 위한 구체적 권리가 있거나 (예컨대 조약에 의하여 구체적으로 부여된 권리), 또는 被害國임이 인정되어야 한다. 제42조는 그 중 후자를 정의함을 목적으로 한다.

(3) 제42조의 의미에 해당하는 被害國은 본 草案에 상정되어 있는 모든 구제수단을 이용할 수 있다. 그 국가는 제2부에 규정된 바에 따라 적절한 책임을 추궁할 수 있다. 그 국가는 또한 제3부의 제2장에 규정된 바에 따라 대응조치를 취할 수 있다. 책임을 추궁할 수 있는 被害國의 지위는 예컨대 제48조에 의하여 그러한 권리를 갖는 다른 국가와는 구별되어야 한다. “국가는 被害國으로서 타국의 책임을 추궁할 수 있다”는 제42조의 규정은 이러한 구별을 명확히 하고 있다.

(4) 제42조상의 정의는 비엔나 조약법 협약 제60조의 그것에 기초하고 있다. 제42조는 그 성질을 불문하고 여하한 국제의무의 위반에 관한 것이나, 제60조는 조약의 위반에 관한 것이다. 뿐만 아니라 제60조는 조약 당사국이 조약의 종료 또는 정지 사유로서 당해 조약의 실질적 위반을 추궁할 수 있는 권리만을 규정하고 있다. 이 조항은 조약 위반에 대한 책임의 문제는 규율대상으로 하고 있지 않다. 그렇기 때문에 제60조는 조약의 “실질적 (material)” 위반에 국한되어 적용되는 것이다. 조약의 종료 또는 정지는 실질적 위반에 의하여서만 정당화될 수 있으나, 國家責任의 영역에서는 조약의 여하한 위반도 그 정도에 관계없이 책임을 발생시키는 것이다. 이러한 차이점에도 불구하고 제60조와의 유추가 성립될 수 있다. 제60조는 조약을 종료 또는 정지시킴으로써 조약의 실질적 위반에 개별적으로, 그리고 자국의 권리로서 대응할 수 있는 권리를 갖는 국가를 파악하려 한다. 양자조약의 경우 그러한 권리는 상대방 국가일 수 밖에 없으나, 다자조약의 경우 제60조 제2항에 의하여 모든 당사국이 조약을 종료시키거나 정지시킬 권리를 갖는 것은 아니고 문제된 의무 위반에 의하여 특별히 영향을 받거나, 아니면 그 위반이 당해 국가의 추후 조약 이행의 근거를 파괴하거나 약화시킨다는 점에서 최소한 그로부터 개별적인 영향을 받는 국가만이 조약을 종료시키거나 정지시킬 권리를 갖는 것이다.

(5) 제42조는 비엔나 조약법 협약 제60조에서 상정하고 있는 경우와 평행하게 세 가지 경우를 상정하고 있다. 첫째, 被害國으로서 타국의 책임을 추궁하기 위해서는 국가는 양자조약의 당사국 일방이 상대방에 대하여 갖는 것과 같이 의무의 이행에 대한 개별적 권리를 갖고 있어야 한다 ((a)호). 둘째, 국가는 의무가 자국만을 상대로 하는 것이라고 할 수 없을지라도 자국이 당사국인 의무의 위반에 의하여 특별

한 영향을 받을 수 있다 ((b)(i)호). 셋째, 有責國의 의무 이행이 다른 모든 국가의 의무 이행을 위한 필요조건인 경우가 있다 (이를 “필수적 (integral)” 또는 “상호의존적 (interdependent)” 의무라고 한다) ((b)(ii)호). 이들 각각의 경우 被害國에 의한 의무 또는 그 이행의 정지나 종료는 구제수단으로서 별다른 가치를 갖지 못할 수도 있다. 被害國은 의무위반 행위의 중지 및 배상을 통한 법률 관계의 회복에 우선적 이해를 가질 수 있다.

(6) 제42조 (a)호에 의하면 국가는 위반된 의무가 자국에 대하여 개별적으로 부담하는 의무인 경우 被害國이 된다. 여기서 “개별적으로 (individually)”는 그 상황에서 당해 국가에 대하여 의무가 이행되었어야 함을 의미한다. 양자조약의 두 당사국 사이에 조약상 발생하는 의무는 언제나 이에 해당하지만, 특정 국가가 타국에 대하여 일방적으로 부담하는 의무 등과 같이 다른 경우도 이에 해당할 수 있다. 하천의 연안국 사이에 개별적 의무를 발생시킬 수 있는 국제하천의 非航行的 利用에 관한 원칙과 같이 일반 국제법상의 원칙으로부터도 이러한 경우가 발생할 수 있다. 다자조약의 특정 당사국과 다른 당사국 사이에 특정한 의무 이행이 요구되는 경우도 이에 해당한다. 예컨대 외교관계에 관한 비엔나협약 제22조에 의하여 接受國이 부담하는 공관 보호 의무는 派遣國에 대하여 부담하는 것이다. 이러한 경우는 의무의 이행이 모든 조약 당사국에 대하여 동시에 일반적으로 행하여져야 되는 경우와 대비된다. 구체적으로 의무가 어떠한 범주에 해당하는지를 결정하는 것은 1차적 법칙의 해석과 적용의 문제이다.

(7) 양자조약은 명백히 (a)호의 범위에 해당하는 관계이다. 한 국가가 타국에 대하여 구체적으로 부담하는 의무를 위반하는 경우, 그 상대방 국가는 제42조가 의미하는 被害國에 해당한다. 이러한 관계의 다른 예로 특정 국가가 다른 국가에 대하여 의무를 부담하게 되는 구속력 있는 일방적 행위, 또는 조약의 당사국이 아닌 제3국에 대한 의무를 발생시키는 조약 등이 있다. 국제재판소 또는 중재재판소가 일방 당사국에 대하여 상대방 국가를 위한 의무를 부과하는 결정을 내리는 경우도 이에 해당한다.

(8) 이에 더하여 (a)호는 다자조약 또는 국제관습법상의 의무이행이 특정 국가를 대상으로 하는 경우에도 적용된다. 그런 점에서 이 조항은 양자조약에 대하여만 적용되는 비엔나 조약법 협약 제60조 제1항과는 범위를 달리한다. 다자조약은 모든 당사국에 적용되는 규범체계를 확립시키는 것이 보통이지만, 경우에 따라서 특정 상황에서의 의무이행은 두 당사국 간의 양자적 관계와 관련되게 된다.

(9) 외교관계에 관한 비엔나협약상의 의무 위반으로 손해를 입은 국가가 구체적으로 특정된다고 하여 국제법의 준수와 현재까지 발전해 온 국제적 제도 및 조치의 존속에 모든 당사국이 일반적 이해를 가진다는 점이 배제되지는 않는다. Diplomatic and Consular Staff 사건(*ICJ Reports 1980*, p. 3, p. 43, para. 92)에서 국제사법재판소는 외교사절 및 영사직원의 구금에 가담한 Iran의 행위가 근본적으로 위법한 것이라고 판시하면서, 이러한 행위로 인하여 발생할 수 있는 회복 불가

능한 손해에 대하여는 국제공동체 전체가 이해를 갖는다고 판시하였다.

(10) 다자간 의무에 대한 논의는 주로 다자조약으로부터 발생하는 의무에 집중되어 왔으나, 국제관습법상의 의무에 대하여도 유사한 고려사항이 적용된다. 예컨대, 국가간의 외교 및 영사관계를 규율하는 일반 국제법상의 원칙은 派遣國과 接受國 사이에 양자관계를 성립시키고, 개별 사건에 있어 특정 接受國에 의한 이러한 의무의 위반은 그 의무부담의 상대방인 派遣國에 손해를 발생시키는 것이다.

(11) 제42조 (b)호는 집단적 의무의 위반으로부터 발생하는 손해에 관하여 규정하고 있다. 즉 둘 보다 많은 국가 사이에 적용되는 의무를 가리키며, 특정 국가에 대하여 개별적으로 부담하는 의무가 아니라, 국가집단 또는 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 의무를 가리킨다. 이러한 의무의 위반은 다음의 추가적 요건이 충족되는 경우에만 특정 국가에 대한 손해를 발생시키게 된다. 여기서 국가집단이란 그러한 집단이 별도로 존재한다든가 별도의 법인격을 가짐을 의미하는 것은 아니며, 일정한 공동의 목적 달성을 위하여 결합하고, 이를 위하여 기능적 의미의 국가공동체를 구성하는 것으로 인정되는 다수의 국가를 의미하는 것이다.

(12) (b)(i)호는 집단적 의무의 위반이 특정 국가에 특별한 영향을 미치는 경우 당해 국가가 被害國에 해당한다고 규정하고 있다. “특별한 영향을 미치는 (specially affected)”이란 표현은 비엔나 조약법 협약 제60조 제2항 (b)호에서 따온 것이다. 國際違法行爲의 법적 효과가 당해 의무에 구속되는 국가집단 또는 국제공동체 전체에 미치는 경우라도, 그 위법행위는 특정 국가 또는 소수의 국가에 특별한 악영향을 미칠 수 있다. 예컨대, 해양법에 관한 유엔협약 제194조의 위반에 해당하는 公해상의 오염이 하나 또는 다수 국가의 연안이나 어장에 오염물질로 인한 피해를 발생시킨 경우 이 협약의 당사국들이 해양환경의 보존에 대하여 갖는 일반적인 이해관계와 별도로 이러한 연안국들은 의무위반에 의하여 피해를 받은 것으로 보아야 한다. (b)(i)호는 被害國으로 인정되기 위하여 당해 국가가 받아야 하는 특별한 영향의 성질 또는 범위를 규정하고 있지는 않는데, 이는 개별 사건별로 판단하여야 한다. 被害國으로 인정되기 위해서 국가는 문제된 위반에 의하여 당해 의무부담의 상대방인 국가 일반과 구별되는 영향을 받았어야만 한다.

(13) (b)(ii)호는 그 위반이 의무 부담의 상대방인 모든 국가에 그 자체로서 영향을 미치는 것으로 인정되는 특별한 유형의 의무를 규율하고 있다. 비엔나 조약법 협약 제60조 제2항 (c)호에서도 이와 유사한 유형의 조약을 인정하고 있는바, 어느 당사국에 의한 조약규정의 실질적 위반으로 그 조약상의 의무의 추후의 이행에 관한 모든 당사국의 입장을 근본적으로 변경시키는 성질의 조약이 그것이다. 이러한 예로서 군비축소 조약, 非核地帶 조약 (nuclear free zone treaty), 당사국 각각의 이행이 다른 당사국의 이행에 실질적으로 의존하고 다른 당사국의 이행을 요하는 기타의 조약들을 들 수 있다. 제60조 제2항 (c)호상 그러한 조약의 당사국은 有責國과의 관계에서 뿐만 아니라 일반적으로 다른 모든 당사국과의 관계에서 조약을 종료시키거나 그 시행을 정지시킬 수 있다.

(14) 國家責任의 영역에서도 이러한 유형의 의무에 대하여 기본적으로 같은 내용이 적용될 수 있다. 다른 당사국들은 이행의 계속과 구별하여 의무의 종료 또는 정지를 원하지 않을 수 있으며, 그들은 각각 개별적으로 의무위반에 대응할 권리가 있는 것으로 보아야 한다. 이점은 어떤 한 당사국이 특별한 영향을 받았는지 여부와 관계가 없다. 모든 당사국이 동일한 영향을 받았을 수도 있으며, 어떠한 국가도 제36조의 의미에 해당하는 산정가능한 손해를 입지 않았을 수도 있다. 그럼에도 불구하고 이들 국가는 위반행위의 중지 및 배상의 기타 다른 측면, 특히 원상회복에 강한 이해를 가질 수 있다. 예컨대 남극조약 (Antarctic Treaty)의 당사국 일방이 조약 제4조에 위반하여 남극의 일부에 대한 영유권을 주장할 경우, 다른 당사국들은 그로 인하여 손해를 입은 것으로 보아야 하는바, 제2부에 의하여 위반행위의 중지, 원상회복 (영유권 주장의 무효화 형태로서의 원상회복) 및 재발방지의 확보를 위한 권리를 갖게 되는 것이다.

(15) 이 草案은 그 연원에 관계없이 국제법상 발생하는 모든 의무를 규율하는 것이며, 조약상의 의무에 한정되지 않는다. 실제로 (b)(ii)호가 적용되는 상호의존적 의무는 통상 일정한 체제(regime)를 수립하는 조약으로부터 발생하게 된다. 그러한 조약으로부터 발생하는 의무의 위반이라 하더라도 모든 관련 국가의 이행에 영향을 미치는 것은 아니므로, 이 조항의 적용범위는 좁게 해석하는 것이 바람직하다. 따라서 의무 부담의 상대방인 다른 모든 국가에 의한 권리의 향유 또는 의무의 이행에 근본적인 영향을 미치는 성질의 위반인 경우에만 (b)(ii)호상의 被害國에 해당하게 되는 것이다.

제43조 被害國에 의한 청구권의 통지

1. 타국의 책임을 추궁하는 被害國은 당해 국가에 그 청구권을 통지하여야 한다.
2. 被害國은 특히 다음 사항을 적시할 수 있다:

(a) 위법행위가 계속중인 경우 有責國이 위법행위를 중지시키기 위하여 취할 행위;

(b) 제2부의 규정에 따라 취하여야 할 배상의 형태.

註釋

(1) 제43조는 被害國이 타국의 책임을 추궁함에 있어 준수하여야 하는 방식을 규율하고 있다. 이 조항은 제42조에 정의된 被害國에 적용되는 것이나, 제48조에 의하여 책임을 추궁하는 국가들도 제43조의 규정에 따라야 한다.

(2) 國家責任은 특정 국가가 國際違法行爲를 범한 경우 법의 작용으로 발생하는 것이지만, 실제로는 위법행위의 중지 또는 배상의 청구를 희망하는 被害國 및/또는 기타 이해관계를 갖는 국가들이 일정한 대응을 할 필요가 있다. 대응은 비공식적이고 비공개적으로 의무이행의 필요성을 상기시켜 주는 것에서부터 공식적 이의제기,

협약 등에 이르기까지 다양한 형태를 띌 수 있다. 뿐만 아니라 被害國이 위반사실을 통지 받고서도 대응하지 않을 경우, 포기 또는 동의로 보아 책임을 추궁할 수 있는 권리를 궁극적으로 상실하는 법적 효과까지 발생할 수 있다. 이 점은 제45조에 규정되어 있다.

(3) 제43조에 의하면 타국의 책임을 추궁하고자 하는 被害國은 당해 국가에 대하여 자신의 청구권을 통지하여야 한다. 이것은 비엔나 조약법 협약 제65조와 유사하다. 제43조에 의한 통지는 반드시 서면에 의한 것일 필요는 없고, 이러한 통지가 배상의무 발생의 요건이 되는 것도 아니다. 뿐만 아니라 청구권 통지를 요구하는 것이 국제의무의 불이행의 통상적 효과가 청구의 제기임을 의미하는 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 被害國 또는 다른 이해관계국은 의무위반에 대응할 권리를 가지며, 첫 번째로 취하여야 할 조치는 당해 상황에 대하여 有責國의 주의를 환기시키며, 위반행위를 중지하고 구제를 위한 적절한 조치를 취할 것을 요청하는 것이다.

(4) 책임추궁이 취하여야 하는 형태를 구체적으로 제시하는 것은 이 草案의 역할이 아니다. 실제로 책임의 이행청구는 그 중대성 및 관련 국가간의 일반 관계에 따라 상이한 단위의 정부에 제기된다. Certain Phosphate Lands in Nauru 사건(ICJ Reports 1992, p. 240, p. 253, para. 31)에서 호주는 Nauru의 청구가 상당한 기간 내에 제기된 것이 아니기 때문에 수리될 수 없다고 주장하였다. 국제사법재판소는 당해 청구가 1968년 Nauru의 독립 이전에 제기되었으나 해결되지 않았다는 사실 및 Nauru의 신임 대통령이 독립기념일 연설에서, 그리고 간접적으로나마 호주 각료들과의 추후 서신 및 토의에서 당해 청구를 언급했다는 내용의 언론 보도를 지적하였다. 그러나 재판소는 Nauru 대통령이 Nauru의 입장을 긍정적으로 재고해 줄 것을 요청하는 내용의 서신을 발송한 것은 불과 1983. 10. 6에 이르러서였다는 사실을 지적하였다. 재판소는 아무리 늦어도 1969. 2. 4 일자 서신에 의하여서는 Nauru가 1967. 7. 1 이전에 수립된 인산염(phosphates) 지역의 복원에 대한 호주의 입장을 공식적으로 통보 받았다는 사실을 지적하고, Nauru는 1983. 10. 6에 이르러서야 그러한 호주의 입장에 서면으로 항의하였으며, 그 사이에 Nauru의 대통령은 최소한 두 차례에 걸쳐 호주의 관계당국에 당해 문제를 제기하였음은 Nauru가 진술한 바와 같고 호주도 이를 반박하지 않고 있음을 언급하였다. 재판소는 호주와 Nauru의 관계 및 현재까지 취하여진 조치를 고려할 때, Nauru의 제소가 시간의 경과에 의하여 수리불가능하게 된 것은 아니라고 판시하였다. 이 사건에서는 被請求國이 請求國으로부터의 의사연락의 결과, 그러한 의사연락의 증거가 공식외교문서가 아닌 연설이나 회담에 대한 언론보도 형태를 띠었음에도 불구하고, 당해 청구를 인식하고 있었다는 것으로 충분하였다.

(5) 청구권의 통지에 있어 被害國 또는 기타 이해관계국은 보통 자국의 견해에 의하면 계속 중인 위법행위를 중지시키기 위하여 有責國으로부터 어떠한 행위가 요구되는지 및 배상이 어떠한 형태를 취하여야 하는지를 구체적으로 적시할 것이

다. 따라서 제2항 (a)호는 被害國이 위법행위가 계속 중인 경우, 有責國이 위법행위를 중지하기 위하여 취하여야 할 행위를 적시할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이렇게 적시된 내용이 그 자체로서 有責國을 구속하는 것은 아니다. 被害國은 有責國에 그 의무의 이행을 요구할 수 있을 뿐이고, 國際違法行爲의 법적 효과를 규정하거나 정의하는 것은 被害國의 몫이 아니다. 그러나 무엇이 被害國을 만족시킬 수 있는지 인식하는 것은 분쟁 해결을 용이하게 할 것이다.

(6) 제2항 (b)호는 被害國에 의한 배상 형태의 선택의 문제를 규율하고 있다. 일반적으로 被害國은 가능한 배상의 형태 중에서 선택할 수 있는 권리를 갖는다. Chorzow 공장 사건(1927, *PCIJ Series A, No. 9*, p. 17)에서 독일과 같이, 또는 Passage through the Great Belt 사건(*ICJ Reports 1991*, p. 12)에서의 Finland와 같이 被害國은 원상회복 대신 금전배상을 선호할 수 있다. 아니면 선언적 구제(declaratory relief)만으로 만족할 수도 있다. 다른 한편으로 개인의 자유나 생명, 특정 민족의 영토에 대한 권리 또는 민족자결권이 문제된 경우와 같이 국가가 금전배상만을 받고 사건을 미해결로 남겨둔 채 그로부터 손을 뗄 수 없는 경우도 있다. 특히 보다 큰 국가집단 또는 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 有責國의 계속적 의무를 피해국 혼자서 면제시켜줄 수 없는 것과 같이, 의무의 이행이 관련된 두 국가만의 문제가 아니고 계속적인 이행의무가 존재하는 경우, 당해 국가들간의 분쟁을 해결할 수는 없을 것이다.

(7) 被害國의 배상 형태 선택 능력에 대하여 위에서 언급된 제한을 고려하여 제 43조는 이러한 선택의 권리를 절대적인 것으로 규정하지는 않았다. 그 대신 이 條는 被害國이 청구권의 통지 또는 추후의 의사연락에서 어떠한 유형의 정보를 포함시킬 수 있는지에 대한 지침을 제공한다.

제44조 청구의 수리가능성

다음의 경우에는 국가의 책임은 추궁될 수 없다:

- (a) 당해 청구가 청구의 國籍性(nationality of claims)과 관련하여 적용되는 원칙에 따라 제기되지 아니한 경우;
- (b) 당해 청구가 國內的 救濟完了의 원칙의 적용을 받음에도 불구하고, 이용가능하고 실효성이 있는 여하한 국내적 구제가 완료되지 않은 경우.

註釋

(1) 제44조는 국제재판소나 중재재판소의 관할권 또는 그러한 재판소에 제기되는 사건의 수리 요건에 관한 내용은 아니다. 오히려 국가의 국제책임이 성립되기 위한 요건과 타국이 그러한 책임을 추궁하기 위한 요건을 정의하는 것이다. 따라서 제소 전에 기타 다른 분쟁의 평화적 해결 수단을 다하여야 하는 요건이나 국제법원의 관할권에 영향을 미치는 제소기간 등을 다루는 것은 이 조항의 역할이 아니다. 이

와 대조적으로 국제재판소에 제기된 소송에서 수리가능성의 문제로 분류되는 것 중 일부사항은 보다 근본적인 성질을 갖는다. 國家責任을 추궁하기 위한 1차적 요건이 이에 해당한다. 이 중 두 가지가 제44조에서 다루어지고 있다. 청구의 國籍(nationality of claims)과 國內的 救濟完了(exhaustion of local remedies)가 그것이다.

(2) 제44조 (a)호는 청구의 國籍과 관련하여 적용되는 원칙에 따라 제기되지 아니한 경우 국가의 책임이 추궁될 수 없다고 규정하고 있다. 상설국제사법재판소가 Mavrommatis Palestine Concessions 사건(1924, *PCIJ, Series A, No. 2*, p. 12)에서 판시한 바와 같이 타국이 國際法에 위반하는 행위를 범하여 자국민에게 피해가 발생하였음에도 불구하고, 피해를 입은 국민이 통상의 경로를 통하여 구제를 받지 못한 경우 국가가 自國民을 보호할 권리를 갖는다는 것은 국제법의 기본원칙에 해당한다. (a)호는 청구의 國籍에 관한 원칙이나 그에 대한 예외를 상세히 규정하고 있지는 않다. 대신 청구의 國籍에 관한 원칙이 사법기관의 관할권이나 수리가능성 문제와 관련됨은 물론, 이 원칙이 책임 추궁의 일반적 요건이 된다는 점을 명백히 하고 있다.

(3) 제44조 (b)호는 청구가 國內的 救濟完了의 원칙이 적용되는 것인 경우, 이용가능하고 실효성이 있는 여하한 國內的 救濟가 완료되지 않았다면 당해 청구는 수리될 수 없다고 규정하고 있다. 이 조항은 國內的 救濟完了의 원칙이 적용되는 모든 경우를 규율할 수 있도록 일반적인 용어로 규정되었다.

(4) Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) 사건(*ICJ Reports 1989*, p. 15, p. 42, para. 50)에서 국제사법재판소의 소재판부는 國內的 救濟完了의 원칙이 관습국제법상의 중요한 원칙에 해당한다고 판시하였다. 請求國이 국내 법인을 대표하여 제기한 청구에 대하여 소재판부는 국민 개인 또는 법인을 대표한 국제 청구가 수리가능한 것이 되기 위하여는 당해 청구의 본질적 부분이 관할권 있는 법원에 제기되어, 국내법에 의하여 허용되는 한도까지 절차가 진행되었음에도 불구하고 성공하지 못한 경우라면 충분하다고 판시하였다. 소재판부는 國內的 救濟完了를 사건의 본안과는 구별되는 사항으로 취급한 것이다.

(5) 국가의 책임을 추궁할 수 있기 위하여 완료되어야 하는 것은 “이용가능하고 실효성이 있는” 國內的 救濟 뿐이다. 특정 국가의 국내법상 형식적으로 구제수단이 존재한다는 것만으로는 모든 경우에 있어 그러한 구제수단을 이용해야 한다는 의무가 발생하는 것은 아니다. 국내 법원에 의하여 적용될 법규가 여하한 신청의 배척으로 이어질 수 밖에 없는 것이 당초부터 명백한 경우와 같이 문제된 상황에서 구제가 제공될 가능성이 없는 수단을 이용하여야 할 의무는 더욱 없는 것이다. 제44조 (b)호는 이외에 國內的 救濟完了의 원칙의 범위 및 내용을 이 이상 상세히 규정하고 있지 않으며, 이는 국제법상의 관련 원칙에 맡기고 있다.

제45조 책임을 추궁할 권리의 상실

다음의 경우에는 국가의 책임이 추궁되지 아니한다:

- (a) 被害國이 유효하게 청구권을 포기한 경우;
- (b) 被害國이 자신의 행위에 의하여 청구권의 소멸에 유효하게 동의한 것으로 간주되는 경우.

註釋

(1) 제45조는 조약의 무효화 또는 종료의 사유를 추궁할 수 있는 권리의 상실을 규정한 비엔나 조약법 협약 제45조에 비견된다. 이 조는 被害國 또는 기타 관련 국가가 有責國의 책임을 추궁하는 권리를 상실할 수 있는 두 가지 경우를 규정하고 있다. 포기 및 청구권의 소멸에 대한 동의가 그것이다. 여기서 제42조에 규정된 被害國의 지위와 의무위반에 이해를 갖는 여타의 다른 국가들의 지위를 구별할 필요가 있다. 有責國과 被害國 사이에서 이루어진 권리의 유효한 포기 또는 책임에 관한 분쟁의 해결은 여하한 배상청구도 배제시킬 수 있다. 제48조에 언급된 개별 국가들의 의사는 그러한 효과를 갖지 못한다.

(2) 제45조 (a)호는 피해국이 의무위반 자체 또는 책임에 따른 효과를 포기한 경우를 규율하고 있다. 이것은 특정 국가의 처분권한에 속하는 권리나 의무와 관련된 동의의 원칙을 표명한 것이다.

(3) 경우에 따라서는 포기가 被害國과 有責國 사이의 법률관계 중 일부분에만 적용될 수도 있다. 예컨대 Russian Indemnity 사건(*UNRIIAA*, vol. XI, p. 421 (1912), p. 446)에서 Russia 대사관은 Turkey에 대하여 수 차례에 걸쳐 채무의 원본에 해당하는 액수의 금전 지급을 요구하면서, 이자나 이행지체에 따르는 손해배상금에 대한 어떠한 언급도 하지 않았었다. Turkey가 요구된 액수의 금전을 지급하자, 재판소는 Russia의 이러한 행위는 당해 채권으로부터 발생하는 다른 청구권의 포기에 해당하는 것이라고 판시하였다.

(4) 포기는 그것이 유효하게 이루어진 경우에만 효력을 발생한다. 국가에 의한 다른 유형의 동의 표시와 마찬가지로 포기에 대하여도 국가 또는 국가대표에 대한 강박, 사실관계의 중대한 착오 등과 관련하여 유효성의 문제가 발생할 수 있다. 구체적인 경우 유효한 포기가 이루어졌는지 여부의 판단은 일반법에 맡겨져 있다. 이와 관련하여 특히 중요성을 갖는 것은 일반 국제법상의 강행규범이 부과한 의무의 위반이 있는 경우, 특히 제40조의 적용대상이 되는 경우에 있어서 被害國의 동의 문제이다. 그러한 의무위반에 대하여는 國際共同體 전체가 이해를 가지므로, 被害國의 동의나 묵인이 있을지라도 국제법에 합치되는 해결을 보장하기 위하여 그러한 이해관계의 표명이 배제되지 아니한다.

(5) 관련 국가의 행위나 일방적 선언으로부터 포기를 추정하는 것도 가능하나, 그러한 행위나 의사표시는 명백한 것이어야 한다. *Certain Phosphate Lands in Nauru* 사건(*ICJ Reports 1992*, p. 240, p. 247, para. 13)에서는 Nauru의 관계당국

이 독립 이전에 인산염 산업의 장래에 관한 협정의 체결 및 독립 당시의 발언을 통하여 복원에 대한 청구권을 포기한 것이라는 주장이 제기되었다. 협상기록을 보면 복원에 대한 청구권 포기 문제가 제기되었으나 수용되지 아니하였음을 알 수 있었고, 협정 자체도 이 점에 대하여는 아무런 언급을 하지 않았다. 그리고 독립 당시 Nauru 관계당국의 발언도 명확하지는 않았다. 국제사법재판소는 문제된 행위가 어떠한 시점에서든 청구권의 명백한 포기 효과를 발생시킨바 없었으므로 포기가 이루어진 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.

(6) 被害國은 책임을 추궁하는 권리를 명시적으로 포기할 수 있는 것과 마찬가지로 그러한 권리의 소멸에 동의할 수도 있다. 제45조 (b)호는 被害國이 그 행위에 의하여 청구권의 소멸을 유효하게 묵인한 것으로 인정되는 경우를 다루고 있다. 이 조항은 국가의 행위를 강조하고 있는바, 이에는 청구권 소멸의 기준으로서 불합리한 지연(unreasonable delay)이 포함될 수 있다. 청구권이 해결되지 않은 상태에서 단순히 시간이 경과되었다는 사실만으로는 묵인으로 인정될 수 없다. 특히 被害國이 그 청구권을 보존하기 위하여 합리적으로 할 수 있는 모든 행위를 한 경우에는 더욱 그러하다.

(7) 국가가 자신의 동의에 의하여 책임을 추궁할 권리를 상실할 수 있다는 원칙은 Certain Phosphate Lands in Nauru 사건(*ICJ Reports 1992*, p. 240, pp. 253-254, para. 32)에서 국제사법재판소에 의하여 확인되었다. 재판소는 이 사건에서 이에 관한 조약상의 규정이 존재하지 않는 경우라도 請求國側의 지연은 청구가 수리불가능한 것으로 만들 수 있다고 하면서도, 국제법이 이에 관하여 어떠한 구체적인 기한을 정하고 있는 것은 아니므로 재판소가 개별 사건의 상황을 고려하여 시간의 경과에 의하여 청구가 수리불가능한 것으로 되었는지 판단하여야 한다고 판시하였다. LaGrand 사건(*ICJ Reports 1999*, p. 9)에서 국제사법재판소는 독일이 의무 위반 사실을 알게 된 시점으로부터 몇 년이 경과한 후 법적인 조치를 취하였음에도 불구하고 독일의 청구는 수리가 가능한 것이라고 판시하였다.

(8) 지연에 관하여 또한 문제되는 점은 시간의 경과로 被請求國에게 증거의 수집과 제출 등 추가적 어려움이 발생할 수 있다는 것이다. Stevenson 사건(*UNRIAA*, vol. IX, p. 385 (1903)) 및 Gentini 사건(*UNRIAA*, vol X, p. 557 (1903))에서는 이와 관련하여 被請求國에 대한 절차적 형평성의 문제가 제기되었다. 이와 반대로 被請求國이 청구권의 존재를 알고 있었고 그와 관련된 증거를 수집, 보존할 수 있는 위치에 있었던 경우와 같이 지연에 의하여 어떤 불이익을 입었음을 입증하지 못한 경우에는 지연의 항변이 배척되었다.

(9) 지연이라는 표현에 의하여 암시되는 바와 달리 국제재판소들이 단순히 시간의 경과를 측정하여 명확한 기한을 적용해 온 것은 아니다. 구체적인 年數로 표현되는 일반적으로 인정되는 기한을 정하고 있는 것은 아니다. 청구권의 발생 시점으로부터 20년에서 30년의 기간이 적합하다는 주장이 있었고, 비계약적 청구권보다 계약상 청구권에 엄격한 기한을 적용해야 한다는 주장도 있었다. 국제청구를 제기할

수 있는 명확한 기한을 설정하자는 어떠한 시도도 일반적으로 수락되는 못하였다. 관련된 상황, 의무, 행위의 다양성을 고려할 때, 단일한 기한을 확립시키는 것은 매우 어려울 것이다.

(10) 일단 被請求國에 대하여 청구권이 통지된 후에는 그 청구의 지연으로 당해 청구가 수리불가능하게 되지는 않을 것이다. Certain Phosphate Lands in Nauru 사건(*ICJ Reports 1992*, p. 240, p. 250, para. 20)에서 국제사법재판소는 1989년에 이루어진 공식적 소송절차의 개시 이전의 기간 중에 Nauru가 호주와의 협상과정에서 자국의 청구권을 언급한 사실로 충분하다고 판시하였다. Tagliaferro 사건(*UNRIAA*, vol. X, p. 592 (1903), p. 593)에서도 손해 발생 시점으로부터 31년이 경과하였으나 손해 발생 직후에 청구권의 통지가 이루어졌으므로, 당해 청구는 수리가 가능한 것이라는 내용의 판시가 있었다.

(11) 요약컨대, 청구권이 지연을 이유로 수리될 수 없는 경우는 被害國이 청구권의 소멸을 묵인한 것으로 인정할 수 있는 사정이 있는 경우, 또는 被請求國에게 중대한 불이익이 발생한 경우에 국한된다. 국제재판소는 개별 사건에 있어 被請求國의 행위와 문제된 권리의 중요성 등을 고려하여 관련 사정을 탄력적으로 형량하는 방식을 채택하고 있다. 여기서 결정적 요소는 지연의 결과 請求國이 당해 청구권을 더 이상 문제삼지 않을 것이라는 被請求國의 상당한 기대라는 의미에서의 불이익이 被請求國에 발생하였는지 여부이다. 불이익이 발생하였다면 배상의 형태나 범위를 결정함에 있어 이를 참작할 수 있을 것이다.

제46조 複數의 피해국

동일한 國際違法行爲에 의하여 복수의 국가가 피해를 입었을 경우, 각 피해국은 개별적으로 國際違法行爲를 범한 국가의 책임을 물을 수 있다.

주석

(1) 제46조는 제42조에 정의된 의미의 피해국이 複數인 상황을 다루고 있다. 이條는 다수의 피해국이 있을 때, 각국은 자국의 이익을 위하여 독자적으로 國際違法行爲의 책임을 물을 수 있다는 원칙을 표명하고 있다.

(2) 복수의 국가가 제42조상의 “피해”국이 될 수 있다. 예를 들어 제42조 (b)호 (ii)상의 의미의 상호 의존적인 의무의 상대국들은 그 위반에 의해 모두 피해를 입게 된다. 피해국이 複數인 상황에서 각국은 위법행위가 계속되고 있다면, 그 위법행위의 중지를 구할 수 있고, 자국에 대한 피해에 대해 손해 배상을 요구할 수 있다. 이러한 결론에 대하여는 결코 의구심이 제기되지 않았고, 이는 제42조의 용어 자체에 함축되어 있다.

(3) 복수국가들이 하나의 國際違法行爲에 대한 청구를 제기하는 것은 결코 특이한 것이 아니다. 예를 들어 *The S.S Wimbledon* 사건에서는 4개국이 베르사이유 조약 제386조 제 1항에 의해 PCIJ에 소를 제기했는데, 이 조항에 따르면 Kiel 운하

통항과 관련된 조항의 위반 시 “어떤 이해관계국(any interested Power)”도 이를 적용하는 것이 허용되었다. PCIJ는 “4개 청구국 각각은 Kiel 운하와 관련한 조항의 실행에 있어 명백한 이해를 갖는다. 왜냐하면 그들 모두는 자국의 깃발을 게양하는 군함과 상선을 소유하고 있기 때문이다.” “그들이 어떤 금전적인 이익의 침해를 예證하지 못한다 하더라도” 그들은 각각 제386조 제1항의 적용을 받는다고 PCIJ는 판시했다. 실제로는 선박의 운항국을 대표하여 프랑스만이 금전배상을 청구하여 배상을 받았다.

Aerial Incident of 27 July 1955 와 관련된 사건에서는 미국, 영국 그리고 이스라엘이 이스라엘의 민간항공기의 파괴와 관련자의 사망과 관련하여 불가리아에 대해 소를 제기하였다(영국과 미국이 소를 취하한 뒤에 ICJ는 이스라엘의 청구에 대해 관할권이 없다고 판시하였다. 변론서(Memorial)에서 이스라엘은 복수의 원고 정부들간의 청구의 적극적인 조정이 있었음을 언급한 뒤, “초기부터 이러한 성질의 조정을 하는 주된 이유중의 하나는 가능한 한 불가리아 정부가 이중의 청구로부터 야기될 수 있는 이중의 배상의 가능성에 직면하는 것을 방지하고자 하는 것이다”라고 첨언하였다).

Nuclear Tests 사건에서는 오스트레일리아와 뉴질랜드가 각각 프랑스가 행한 Muraroa 환초에서의 대기권 핵실험으로 인하여 다양한 측면에서 피해를 입었다고 청구했다.

(4) 관련국가가 위법성의 판단만 요구하고 별도로 자국의 이익을 위한 금전배상을 청구하지 않을 때에는, 당해 국가가 피해국으로서 청구를 하는 것인지, 제48조에 따라 공통의 혹은 일반적인 이익에 따른 책임을 묻는 국가로서 청구하는 것인지가 명백하지 않을 수 있다. 사실 그러한 경우 그들이 어느 한 쪽에 속할 것이 분명하다면, 그들이 어떤 범주에 속하는지를 결정하는 것이 필요치 않을 수도 있다. 자국의 이익을 위하여나 자국민의 이익을 위하여 금전 배상을 청구하는 하나 이상의 국가가 있을 때, 각각의 국가는 명백히 실제로 입은 손해만큼만 청구할 수 있다. 같은 행위에 의해 손해를 입은 몇 개의 국가들이 양립 불가능한 청구(claims)를 제기하는 경우도 생길 수 있다. 예를 들어 한 국가는 원상회복(restitution)을 청구하는 반면, 다른 국가는 금전배상을 선호할 수 있다. 만약 그 경우에 원상회복이 불가분적이고, 두 번째 국가의 선택도 유효하다면, 양 청구 모두의 관점에서는 금전배상이 적절할 것이다.(*Forests of Central Rhodope* 사건 참조, 이 사건에서 중재재판관은 특히 원상회복에 관계되는 모든 사람들과 단체들이 청구하지 않았다는 이유에서 원상회복을 명하는 것을 거부했다.) 어쨌든 두 피해국이 동일한 위법행위로 인해 청구하는 때에는 이중배상을 피하기 위해 서로의 청구를 조정할 것이 기대된다. ICJ가 *Reparations* 의견에서 지적한 바와 같이 “국제재판소들은 이미 두 개 이상의 국가가 관계되는 청구의 문제에 친숙하고 그 경우에 피고국가를 보호하는 방법을 알고 있다.”(*I.C.J Reports 1949*, p.174 at p.186)

제47조 複數의 有責國

1. 복수의 국가가 동일한 國際違法行爲에 책임이 있을 경우, 그 행위에 관하여는 각 국가의 책임이 추궁될 수 있다.

2. 제1항은

(a) 어떠한 피해국도 금전배상을 통하여 자신이 입은 손해 이상으로 배상받는 것을 허용하지 아니한다.

(b) 다른 有責國에게 구상할 권리를 해하지 아니한다.

주석

(1) 제47조는 하나의 위법행위에 대해 有責國이 複數인 상황을 다루고 있다. 이條는 그러한 경우에 각 국가는 자국에 귀속될 행위에 대해 개별적으로 책임이 있다는 원칙과 하나 이상의 다른 국가가 역시 동일한 행위에 책임이 있다는 사실에 의해 책임이 줄어들지 않는다는 원칙을 서술하고 있다.

(2) 상황들 따라 하나의 國際違法行爲에 대해 복수의 국가가 책임이 있을 수 있다. 예를 들어 전반적인 과정에서 함께 행동했다고 간주될 수 있는 상황에서는 둘 이상의 국가가 연합하여 國際違法行爲를 공동으로 행했을 수가 있다. 그러한 경우에는 피해국은 각각의 有責國에게 전체로서의 위법행위에 대해 책임을 지게할 수 있다. 또는 두 국가가, 예를 들어 국경을 형성하는 하천의 관리를 책임지는 연합관할당국과 같이, 문제의 행위를 수행하는 공통의 기관을 통해 행동했을 수 있다. 또는 한 국가가 다른 국가를 지시, 통제하여 그 국가에 위임되어 國際違法行爲가 이루어진 경우에 두 국가 모두 그에 대한 책임을 진다.(제17조 및 그 주석 참조)

(3) 중요한 점은 이 분야에서의 국내법의 개념과 규칙이 국제법에 직접 적용될 수 있을 것이라고 가정하지 말라는 것이다. “공동의(joint)”, “공동 및 개별(joint and several)”, 그리고 “연대”책임과 같은 용어들은 다양한 법적 전통에서 비롯되었기에, 유추는 주의하여 적용하여야 한다. 국제법에서 有責國이 복수인 경우의 일반 원칙은, 각각의 국가가 제2조에 의해 그 국가에게 귀속될 행위에 대해 개별적으로(seperately) 책임지는 것이다. 관련국 사이에 반대의 협약이 없으면, 독립책임의 원칙(the principle of independent responsibility)이 일반국제법 상의 입장을 반영한다. 그러나 이 원칙을 적용함에 있어서 단일한 행위과정이 동시에 복수의 국가에게 귀속되고, 그 각각의 국가에게 국제법상 위법한 경우가 생길 수 있다. 제47조가 언급하는 것은 그러한 경우들이다.

(4) *Certain Phosphate Lands in Nauru* 사건에서, 단독 피고인 오스트레일리아는 관련 3개국을 대표하여 신탁통치협정에 따라 Nauru를 신탁통치지역으로 관리하였다. 오스트레일리아는 Nauru가 오스트레일리아에 대해서만 제소할 수는 없고, 다른 2개국도 공동피고로 하여서만 제소할 수 있다고 주장했다. 오스트레일리아는 다른 2개국은 사건에 필수적인 당사자이고, *Monetary Gold* 사건에서 공식화된 원칙에 따

라 오스트레일리아만을 상대로 한 청구는 받아들여질 수 없다고 주장했다. 또한 3국이 통치당국을 구성한 책임은 “연대”책임이므로, 그들 중 일국에 대해서만 청구하는 것은 불가능하다고 주장했다. ICJ는 그 주장을 모두 받아들이지 않았다. “연대”책임의 문제에 관하여 ICJ는 다음과 같이 판시했다.

“... 오스트레일리아는 3국의 책임이 ‘공동 및 개별(joint and several)’(solidaire) 책임이기에 3국 중 한 국가만이 신탁통치기구(Administering Authority)의 의무위반으로부터 발생한 손해 중 단지 1/3이나 다른 적절한 비율에 의한 것이 아닌 전체를 배상할 책임이 있는가에 의문을 제기했다. 이것은 ... 오스트레일리아가 단독으로 제소당할 수 있는가 하는 문제와는 별개의 문제이다. ICJ는 세 국가 중 단 하나의 국가를 상대로 제기된 청구가, 그 청구가 다른 두 국가들과 나뉘어진 영토 통치에 관한 문제들을 야기할 수 있다는 이유만으로 왜 *in limine litis* 인정할 수 없는 것이 되는지에 대한 어떤 이유가 제시되었는지를 고려하지 않는다. 오스트레일리아가 신탁통치기구(Administering Authority)를 구성하는 3국 중 하나라는 자격에서 조약상 의무를 지닌다는 것은 부인할 수 없고, 조약의 성질상 오스트레일리아가 그러한 의무를 위반했다는 주장을 ICJ가 심리하는 것이 금지되어 있지도 않다.”

ICJ는 관할권에 대한 결정(decision)이 “위임 및 신탁통치체제의 성질과, 특히 영토의 통치에서 오스트레일리아가 담당한 특별한 역할을 고려했을 때, 오스트리아가, 만약 책임이 있다고 판명될 경우, Nauru가 겪었다고 주장하는 손해의 전체에 대한 배상을 지급해야할지 혹은 그 일부에 대해 배상을 지급해야할지의 여부의 문제를 해결하는 것은 아니다”라고 조심스럽게 첨언했다.(이 사건은 오스트레일리아가 Nauru의 청구의 전액에 상응하는 금액을 분할하여 지급하는데 동의함으로써 결국 합의에 의해 소취하되었다. 그 후 다른 두 정부는 오스트레일리아가 지불한 금액을 분담하기로 합의하였다.)

(5) 많은 국가에 의해 행해진 행위에 대한 책임 범위는 때로 조약 속에 언급되어 있다.(특별한 경우가 EU와 그 회원국의 전부 또는 일부가 스스로의 명의로 당사자가 된 “mixed agreements”하의 EU와 그 회원국의 책임이다. 또한예를 들어 유엔해양법협약 부칙 9조를 참조하라. 일반적인 mixed agreements에 대해서는 A. Rossas, “Mixed Union-Mixed Agreements”, in M. Koskenniemi(ed.), *International Law Aspects of the European Union*(the Hague, Kluwer, 1998) p.125. 참조) 잘 알려진 예가 the Convention on the International Liability for Damage caused by the Space Objects of 29 March 1972이다. 조약 제4조 제 1항은 두 국가에 의해 발사된 두 우주 물체 간의 충돌의 결과로 제3국이 피해를 입었을 때, 명시적으로 “공동 및 개별 책임(joint and several liability)”을 규정하고 있다. 경우에 따라서는 엄격책임이 규정되고 있으나, 경우에 따라서는 과실책임을 규정하고 있다. 이 조약 제4조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“제1항에 언급된 공동 및 개별 책임의 모든 경우, 손해에 대한 보상 부담은 이들의 과실 정도에 따라 전기 2개국 사이에 분할된다. 만일 이들 국가의 과실 한계

가 설정될 수 없을 경우, 보상 부담은 이들 간에 균등히 분할된다. 이러한 분할은 공동으로 그리고 개별적으로 책임져야 할 발사국들의 하나 또는 전부로부터 이 협약에 의거 당연히 완전한 보상을 받으려 하는 제3국의 권리를 침해하지 않는다.” (또한 공동 및 개별 책임이 있는 국가들간의 구상권을 규정하고 있는 제5조 제2항 참조)

이것은 특별법(*lex specialis*)임이 분명하며, 본 규정상의 책임이 아닌 합법적인 행위로 인한 책임에 관한 것이다. (위법행위로 인한 국제책임과 합법적인 행위로부터 발생하는 국제책임간의 구별에 대해서는 서두, **para. 4**를 참조) 이 조항은 동시에 피해국에 관한 한 “공동 및 개별”책임 체제가 어떻게 적용되는지를 나타낸다.

(6) 제47조 1항에 따라 복수의 국가가 동일한 國際違法行爲에 대해 책임이 있을 때, 제42조상의 피해국은 그 각국에 대하여 별개로 책임을 추궁할 수 있다. 국제법상의 一般原則은 자국의 위법행위에 대해 독립적 책임을 지는 것이고 제1항은 이러한 일반원칙을 반영하고 있다. 제1항은 공동 및 개별 책임을 일반원칙으로 인정하지도 않지만, 둘 이상의 국가가 하나의 國際違法行爲에 대해 책임을 질 가능성을 배제하지도 않는다. 따라서 이 점은 상황과 관련 각국의 국제 의무에 달려있는 것이다.

(7) 복수의 국가가 동일한 國際違法行爲에 책임이 있을 때, 제47조 제1항상의 각국의 책임은 제42조상의 피해국에 의해 각각 별개로 제기될 수 있다. 예를 들어 손해배상과 같은 위법행위의 결과는 그 국가와 관련된 제2부의 규정들의 결과일 것이다.

(8) 제47조는 동일한 國際違法行爲에 관하여 단지 有責國이 복수인 상황을 언급할 뿐이다. 그러한 행동의 규명은 구체적인 1차적 의무에 달려 있고, 추상적으로 기술될 수 없다. 물론 별개의 國際違法行爲에 의해 복수의 국가가 하나의 손해를 유발시키는데 기여한 상황이 발생할 수도 있다. 예를 들어 다수의 국가가 별개의 오물 투기에 의해 강을 오염시키는데 기여했을 수 있다. *Corfu Channel* 사건에서는 유고슬라비아가 실제로 기뢰를 설치하였고, 그로 인해 발생한 손해에 대해 책임이 있는 것으로 보인다. ICJ는 기뢰의 존재와 영국 선박의 통항권 행사 시도에 대해 알았거나 알았어야만 했음에도, 선박에게 경고하지 않았음을 이유로 동일한 손해에 대해 알바니아가 영국에게 책임이 있다고 판시하였다. 그러나 제3국에도 책임이 있음을 이유로 알바니아의 경고 불이행에 따른 책임이 배제되거나 삭감된다고 하지는 않았다. 그러한 경우 각 참여국의 책임은 스스로의 행위와 자국의 국제의무에 따라 개별적으로 결정된다.

(9) 제47조 제1항에 나타난 일반 원칙은 제2항에 나타난 두 개의 단서에 의해 제한된다. 그중 (a)호는 피해국에 의한 이중 배상의 문제를 언급하고 있다. 이 조항은 금전배상의 경우에 피해국이 입은 손해 이상으로 배상받는 것을 허용하지 않음을 규정하고 있다.(그러한 원칙은 예를 들어 *Factory at Chorzow* 사건에서 PCIJ에 의해 확인되었다. 이 사건에서 법원은 독일의 청구는 인정될 수 없으며, “그렇지 않

으면 동일한 배상이 이중으로 부여되는 결과를 낳을 것이다”라고 판시하였다.) 이 조항은 有責國을 보호하기 위해 고안된 것이고, 有責國의 배상 의무는 발생한 손해에 한정된다. 이 원칙은 손해의 양보다 많이 배상받는 것에 반대함을 확인하고 있을 뿐이고, 이 원칙이 둘 이상의 有責國이 동시에 보상하는 것을 반대하는 것은 아니다. 그러나 그러한 보상은 그 피해국에 관한 한 어느 한 有責國에 의해 완전한 지급이 되는 때 만족될 것이다.

(10) (b)호에 기재된 두 번째 단서는, 하나의 피해에 대해 둘 이상의 有責國이 있을 경우, 그들 사이에 求償問題가 발생할 수 있음을 인식한 것이다. 예를 들면 이러한 내용은 1972년 Outer Space Liability Convention의 제4조 제2항, 제5조 제2항에서 관찰된다. 반면 하나의 有責國의 타국에 대한 求償이 허용되지 않는 경우도 있을 수 있다. (b)호는 동일한 위법행위에 책임이 있는 복수국가 사이의 분담의 문제는 언급하고 있지 않다. 이는 단순히 제1항에 기술된 일반원칙이 하나의 有責國이 다른 有責國에 대해 가지는 구상권을 배제하지 않는다고만 규정할 뿐이다.

제48조 피해국이 아닌 국가에 의한 책임 추궁

1. 다음과 같은 경우 피해국이 아닌 어떠한 국가도 제2항에 따라 타국의 책임을 추궁할 수 있다.

(a) 위반된 의무가 당해 국가를 포함한 國家集團에 대하여 부담하는 것이고, 그 의무는 그 국가들의 집단적 이익의 보호를 위하여 수립된 경우; 또는

(b) 위반된 의무가 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 것일 경우.

2. 제1항 따라 책임을 추궁할 수 있는 국가는 有責國에 대하여 다음을 청구할 수 있다.

(a) 제30조에 따른 國際違法行爲의 중단과 재발방지의 확보 및 보장.

(b) 위의 조항들에 따라 피해국이나 위반된 의무의 수혜자를 위한 賠償義務의 이행.

3. 제43조, 제44조, 제45조에 의한 피해국의 책임추궁 요건들은 제1항에 따라 권리가 부여된 국가의 책임추궁에도 적용된다.

주석

(1) 제48조는 제42조에 담겨있는 원칙을 보완한다. 이 조항은 집단적 이해에서 해이동한 피해국이 아닌 국가에 의한 책임의 추구를 다루고 있다. 제48조에 따라 책임을 추궁할 자격이 있는 국가는 피해를 입었다는 이유에 근거한 개별 자격에서가 아니고, 의무의 상대인 국가집단의 일원으로서의 자격이나, 국제공동체 전체의 일원이라는 자격에서 행동하는 것이다. 그 구별은 제48조 제1항의 “피해국이 아닌 어떠한 국가”라는 구절에 분명히 나타나 다.

(2) 제48조는 국가집단의 집단적 이익이나 국제사회 전체의 이익을 보호하는 구

체적인 의무의 위반인 경우, 책임은 제42조의 관점에서 직접 피해를 입지 않은 국가에 의해서도 추궁될 수 있다는 생각에 근거를 두고 있다. 실제로 국제공동체 전체에 대한 의무에 대하여는 ICJ가 *Barcelona Traction* 사건 판결에서 많은 언급을 하였다. 비록 ICJ가 이러한 權利履行에 있어 “모든 국가가 법적 이해(legal interest)을 가진다고 볼 수 있다”고 지적하였지만, 제48조는 동조에서 확인된 국가의 지위를, 이를테면 “이해관계국(interested States)”으로 규정하는 것은 회피하였다. 제42조의 의미상의 피해국 또한 법률적 이해를 가지므로, “법률적 이해(legal interest)”이라는 용어는 제42조와 제48조 사이의 구별을 힘들게 할 것이다.

(3) 제48조의 구조를 살펴보면 제1항은 책임을 추궁할 수 있는 더 폭 넓은 권리가 발생시키는 의무의 범주를 정의하고 있다. 제2항은 피해국이 아닌 국가들이 어떠한 형태의 책임을 청구할 수 있는지 명기하고 있다. 제3항은 제43조, 제44조, 제45조에 규정된 책임 추궁의 요건을 제48조 제1항에 따라 책임이 추궁되는 사건에도 준용하고 있다.

(4) 제1항은 “피해국이 아닌 어떠한 국가”를 언급하고 있다. 성질상 모든 또는 많은 국가가 제48조에 따라 책임을 제기할 자격을 가질 것이고, “어떠한 국가”라는 표현은 이러한 국가들이 공동으로 혹은 동시에 행동하여야 한다는 함의를 피하려는 의도이다.

(5) 제1항은 그 위반이 피해국이 아닌 국가에게 國家責任을 추궁할 자격을 부여하는 의무의 범주를 정의하고 있다. 국가집단에 대한 의무로서, 그 국가집단의 집단적인 이익을 보호하기 위해 형성된 의무((a)호)와 국제공동체 전체에 대한 의무((b)호)는 구별되고 있다.

(6) 제1항 (a)호에 따라 피해국이 아닌 국가는 다음 두 가지 조건이 충족된다면 책임을 추궁할 수 있다. 첫째, 위반으로 책임이 발생하는 의무가 책임을 추궁하려는 국가가 속한 집단에 대한 의무여야 한다. 둘째, 의무는 집단적 이익을 보호하기 위해 형성된 것이어야 한다. 이 규정은 국제법의 법원간의 차이를 두지 않는다. 즉 집단적 이익을 보호하기 위한 의무는 다자조약으로부터 발생한 것일 수도 있고, 관습국제법에서 비롯한 것일 수도 있다. 그러한 의무는 때로 *obligations erga omnes partes*라고 일컬어진다.

(7) 제1항 (a)호의 범위에 포함되는 의무는 “집단적 의무”여야 한다. 즉, 그 의무는 국가집단간에 적용되어야 하고, 집단적 이해관계에서 형성된 것이어야 한다(제42조에 대한 주석 11항 참조). 예를 들면 그것은 지역의 환경이나 안보같은 것과 관련될 것이다.(가령 지역적인 비핵화 조약이나, 인권보호를 위한 지역적 체계) 이것은 단지 회원국만의 이익을 위해 마련된 협정에 한정되지 않고, 더 폭 넓은 공통의 이익을 위하여 마련된 협정까지 확장될 것이다. (*S.S Wimbledon* 사건에서 PCIJ는 “베르사이유 조약의 작성자들의 의도는 국제적인 레짐을 형성함으로써 발틱해의 이용을 원할하게 하고, 결과적으로 모든 종류의 외국 선박에게 항상 운하를 개방하는 것이다”라고 판시하였다. 1928, PCIJ, Series A, No. 1, p.23) 그러나

어떤 경우에 있어서도 그러한 협정은 당사국의 양자적 관계의 범위를 초월하여해야만 한다. 문제되는 의무가 집단적 이익을 보호하여야한다는 요건에 있어서는, 이 같은 이익을 제시하는 것이 이 초안의 기능은 아니다. 그것이 제1항 (a)호에 해당한다면, 이의 주된 목적은 관련국가의 개별적인 이익 이상으로 공통의 이익을 증진시키기 위한 것일 것이다.

(8) 제1항 (b)호에 따라 만약 문제되는 의무가 “국제공동체 전체에” 대한 것이라면 피해국이 아닌 국가들도 책임을 추궁할 수 있을 것이다(“국제공동체 전체”라는 용어에 대해서는 제25조의 주석 para.(18) 참조). 이 조항은 개별국에 대한 의무와 “국제공동체 전체에 대한” 의무 사이의 “본질적인 구별”을 이끌어낸 *Barcelona Traction* 사건에서의 ICJ 판결을 실행하고자 하는 것이다.(*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, ICJ Reports 1970, p.3, p.32, para. 33*, 그리고, 제2부의 제3장 para. (2)-(6) 참조) 국제공동체 전체에 대한 의무에 대해서 ICJ는 “관련 권리의 중요성에 비추어 모든 국가가 이의 보호에 법적 이해를 가질 수 있다: 이것이 對世的 義務(*obligations erga omnes*)이다”라고 판시하였다.

(9) 이러한 판결의 본질은 받아들여면서도, 본 초안은 “對世的 義務(*obligations erga omnes*)”라는 용어의 사용은 피하고 있다. 대체적 의무라는 용어는 국제공동체 전체에 관한 ICJ의 언급보다 더 적은 정보를 담고 있고, 때때로 조약의 모든 당사국에 대한 의무와 혼동될 수 있기 때문이다. 현행 국제법 하에서의 국제공동체 전체에 대한 의무의 목록을 제공하는 것은 본 초안의 기능이 아니다. 이 점은 國家責任이라는 2차적 규칙을 법전화 하는 작업을 넘어서는 일일 것이다. 그리고 그 개념의 범위는 시간이 흐름에 따라 반드시 변할 것이기 때문에, 그러한 목록은 제한된 가치 밖에 가질 수 없을 것이다. ICJ 스스로가 유용한 지침을 제시했다. 1970년의 판결에서 “침략행위 및 제노사이드의 금지”와 “노예제도 및 인종차별로부터의 보호를 포함한 기본적 인권에 관한 원칙과 규칙”을 이러한 예로 들었다(상동 p.32, para.34) East Timor 사건의 판결에서 ICJ는 인민의 자결권을 이 목록에 추가시켰다.(ICJ Reports 1995, p.90, p.102, para.29)

(10) 국제공동체 전체의 일원으로서 개별 국가는 그 같은 의무의 위반에 대해 다른 국가의 책임을 추궁할 자격이 있다. 제1항 (a)호에 포섭되는 집단적 의무의 범주는 추가적 기준의 삽입에 의해 더 제한될 필요가 있는데 반하여, (b)호의 경우에는 그러한 제한이 필요하지 않다. 모든 국가들이 국제공동체 전체의 일원임은 자명하고, 문제되는 의무가 그러한 국제공동체의 이익을 보호하기 위한 집단적 의무인 것도 자명하다. 물론 그러한 의무가 국가의 개별적 이익도 동시에 보호하는 것일 수 있다. 즉 특정국가가 그러한 의무의 위반에 의해 특별히 영향받을 수도 있다. 예를 들면 해양 환경의 보호를 위한 의무는 집단적 이익을 위한 것이지만 연안국가는 그 위반으로 발생한 오염에 특별한 영향을 받는다.

(11) 제2항은 제48조상의 책임을 추궁할 때 국가들이 주장할 수 있는 청구의 카테고리 열거하고 있다. 여기서 주어진 목록은 열거적인 것이므로, 제48조에 따른

책임의 추궁은 제42조상의 피해국의 권리에 비해 보다 제한된 범위의 권리를 발생시킨다. 특히 제48조에 따른 국가 - 즉 자신의 권리를 침해당하지 않았으며, 따라서 자신의 이익을 위해 손해배상을 청구하지 않는 국가 - 의 행동도 위반이 계속중일 경우, 그 국가가 위반을 계속할 것인가 아니면 위반을 멈출 것인가 하는 문제에 초점이 맞춰질 것이다. 예를 들어 *The S.S. Wimbledon* 사건에서 구체적인 경제적 손해가 없던 일본은 단지 위법성의 선언만을 구했다. 반면에 자국민의 손해를 감내해야 했던 프랑스는 손해배상을 청구했고 배상을 받았다(1928, *PCIJ, Series A, No. 1, p.30*). *South West Africa* 사건에서, 에티오피아와 라이베리아는 단지 위법성의 선언만을 구했다(*South West Africa, Preliminary Objections, ICJ Reports 1962, p.319; South West Africa, Second Phase, ICJ Reports 1996, p.6*). ICJ 스스로 1971년에 지정한 바와 같이, 그 사건에서 “피해받은 실체”는 주민, 즉 *South West Africa*의 주민이었다.(*Legal Consequences for States of the continued Presence of Africa in Namibia(South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ Reports 1971, p.12, p. 56, para 127.*)

(12) 제2조 (a)호에 따라 제48조에 언급된 어떤 국가도 위법행위의 중단을 요구할 자격이 있고, 상황에 따라서는 제30조에 따라 그러한 위법행위를 반복하지 않을 것을 확인하고 보장할 것을 요구할 자격이 있다. 그에 더하여 제2조 (b)호는 그러한 국가가 제2부의 제2장의 규정에 따라 有責國의 손해 배상을 청구할 것을 허용하고 있다. 제48조하의 의무의 위반의 경우에, 그 위반에 의해 개별적으로 피해를 입은 국가가 없는 것이 보통이지만, 일부의 국가는 손해 배상, 특히 원상회복을 청구할 지위를 인정받는 것이 매우 바람직하다. 제2항 (b)호에 따라 그러한 청구는 피해국 혹은 위반된 의무의 수해자의 이익을 위해 이루어 질 것이다. 제48조 제2항의 이러한 측면은 국제법의 점진적 발전에 해당하는데, 이는 국제공동체 전체 또는 관련된 집단적 이익을 보호하는 수단을 제공해주기 때문에 정당화된다. 이러한 맥락에서 예를 들어 여러 인권조약의 규정들이 모든 당사국에 의한 책임의 추궁을 허용하고 있는 것이 주목될 수 있다. 이러한 사건에서는 문제를 제기하는 請求國의 자격과 의무의 수해자의 이익이 분명히 구별된다(예를 들어 *the observations of the European Court of Human Rights in Denmark v. Turkey, Friendly Settlement, judgement of 5 April 2000, paras. 20, 23* 참조). 그러므로 제48조상의 책임을 추궁하고 위법행위의 선언이라는 구제책과 위법행위의 중단 이상의 것을 요구하는 국가는 피해 당사자의 이익을 위해 행동함을 입증할 필요가 있을 것이다. 피해 당사자가 국가일 경우에는, 그 국가의 정부가 자국의 이익을 대변할 정당한 권한을 가질 것이다. 다른 경우에는 더 큰 어려움을 나타내는데, 현 초안으로서는 해결할 수 없다.(제33조의 주석 para.(3)-(4) 참조) 제2항 (b)호는 단지 일반 원칙을 정립할 수 있을 뿐이다.

(13) 제2항 (b)호는 “위 조항들에 따른 배상 의무의 이행”을 요구하는 국가를 지적하고 있다. 이는 피해국이 손해배상을 요구할 수 없을 때는 제48조에 따른 국가

들도 손해배상을 요구할 수 없음을 분명히 하는 것이다. 예를 들어 위법행위의 중지요구는 위법행위가 계속되고 있음을 전제하고 있으며, 또한 원상회복 자체가 불가능해 졌다면, 원상회복의 요구는 배제된다.

(14) 제3항은 피해국이 아닌 국가에 의한 國家責任의 추궁은 피해국에 의한 추구를 지배하는 조건들, 특히 제43조(청구권의 통지), 제44조(청구의 수리가능성)와 제45조(책임을 추궁할 권리의 상실)의 지배를 받도록 하고 있다. 이러한 조항들은 제48조에 따라 책임을 추궁하는 국가에 대하여도 동일하게 적용되는 것으로 해석된다.

제2장 대응조치

(1) 이 장은 피해국이 취할 수 있는 대응조치의 요건과 한계에 대해 규정하고 있다. 다시 말하여 이 장은 대응조치로 취해진 것이 아니라면 有責國에 대한 피해국의 국제의무에 反하는 조치들을 다루고 있다. 그 조치들은 有責國의 國際違法行爲에 대응하여 그것을 중지하도록 하고, 손해배상을 하도록 하기 위해서가 아니라면, 취해지지 않을 것이다. 대응조치는 피해국이 자국의 권리를 주장하고, 國際違法行爲로 인해 단절된 有責國과의 법적 관계를 회복하고자 하는 분권적인 체제의 특징이다.

(2) 대응조치가 일정한 상황에서는 정당화된다는 것은 각국 정부와 국제재판소의 결정에 의해서 인정되고 있다. 이 점은 위법성 조각 사유라는 측면에서 國際違法行爲에 대한 대응조치를 다루고 있는 제23조에 반영되어 있다. 다른 형태의 자력구제(self-help)와 마찬가지로, 대응조치들은 남용되기 쉽고, 이러한 가능성은 국가간 사실상의 불균등성에 의하여 악화된다. 제2장은 國際違法行爲에 대한 대응으로서의 대응조치의 예외적 성격을 고려한 운영체계를 설립하려는 목적을 가진다. 동시에 이 장에서는 적당한 요건과 한계를 설정함으로써, 대응조치가 일반적으로 허용될 수 있는 범위에서 운영되도록 하고자 한다.

(3) 용어의 문제로서 전통적으로 “복구(reprisals)”라는 용어는 강제력의 행사를 포함하여, 위반에 대응한 자력구제 수단으로 취해지는 (만약에 그러한 수단으로 사용되지 않았더라면) 불법적인 행위를 서술하는데 사용된다. 보다 최근에는 “복구”라는 용어는 국제적 무력분쟁시에 취해지는 행동에 한정된다. 즉 交戰國의 復仇(belligerent reprisals)와 동의어로 사용되고 있다. 이 장의 “대응조치”라는 용어는 무력분쟁과 관련 없는 복구도 포함하는 것이고, 이 장에서와 같은 의미로 그 용어를 사용하고 있는 현대의 관행과 판결들에 부합하는 것이다(*Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v. France)*, UNRIIAA, vol. XVIII, p.416(1979), p.416, para.80; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ Reports 1980, p.3, p.27, para.53; *Military and*

Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, ICJ Reports 1986, p.14, p.102, para. 201; *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ Reports 1997, p.7, p.55, para.82. 참조). 대응조치는 설사 그것이 國際違法行爲에 대응하는 것이라 할 지라도, 국가의 어떠한 국제법상 의무에도 저촉되지 않는 “비우호적”(unfriendly) 행동인 보복(retorsion)과는 대조적이다. 보복행위는 정상적 외교관계나 다른 접촉의 금지 또는 제한, 여러 종류의 금수조치(embargo) 또는 자발적 원조계획의 철회 등이 있다. 그 동기와는 상관없이 행위가 그러한 행위를 하는 국가의 국제적 의무와 저촉되지 않는다면, 그것들은 대응조치에 해당하지 않고, 현 초안이 다루는 범위에 해당하지 아니한다. 제재(sanction)라는 용어 또한 종종 국가집단 또는 국제기구의 위임에 의해 특정국가에게 취해지는 조치라는 의미로 사용된다. 그러나 이 용어가 명확한 것은 아니다. 국제연합 헌장 제7장은 비록 무력행사까지 포함하는 광범위한 행동을 포함하고 있지만, 오직 조치(measures)라고 할 뿐이다. 국제관계에서의 무력행사와 교전국의 복구의 적법성과 관련된 문제는 관련 1차 법칙에 의하여 결정된다. 반면 본 초안은 제23조에 언급된 것과 같은 대응조치와 관계된다. 대응조치는 有責國이 제2부에 따른 의무를 준수하도록 하기 위해서 피해국에 의해 취해진다. 이는 도구적인 성격이며, 國家責任의 이행이란 측면에서 제3부에서 적절히 다루어지고 있다.

(4) 대응조치는 Vienna Convention on the Law of Treaties 제60조에 나타나 있는 상대국의 조약의 중대한 위반을 이유로 한 조약관계의 종료(termination) 또는 정지(suspension)와는 명백히 구별된다. 조약이 조약법 협약 제60조에 따라 종료 또는 정지되면, 당사국의 실제적인 법적 의무가 영향받게 되지만, 이는 조약 위반으로 인하여 이미 제기된 책임의 문제와는 분명히 다르다.(Vienna Convention on the Law of Treaties arts.70, 73과 비교해 보라. 그리고 법전화된 조약법과 국가책임법의 범위에 대해서는 제1부 제5장의 주석 para.(3)-(7)을 참조) 대응조치는 현존하는 조약상의 의무를 위반하지만 자국이 입은 國際違法行爲에 대한 필수적이고 합당한 대응으로서 정당화되는 행위를 뜻한다. 대응조치는 본질적으로 특별한 목적을 충족시키기 위한 잠정조치이다. 그 목적이 달성되는 순간 대응조치의 정당성은 소멸된다.

(5) 이 章에서는 “reciprocal countermeasures”라고 불리는 것과 다른 조치들을 구분하지 않는다. reciprocal countermeasures란 유책국이 “위반한 의무에 상응하거나 직접 관련된” 有責國에 대한 의무의 이행을 정지하는 대응조치를 가리킨다. 대응조치를 취하는 국가가 동일하거나 밀접하게 관련된 의무의 이행을 정지하는 것에 한정되어야 한다는 요건은 존재하지 않는다.(조약법에서의 예외적인 불이행과 대조된다. 그것에는 그러한 제한이 있다. 제1부 제5장, para.(9) 참조) 이러한 결론에는 많은 것이 고려되었다. 첫째, 예를 들어 인권 보호와 관련된 의무와 같은 경우는 reciprocal countermeasures를 상상할 수 없다. 문제되는 의무들은 비상호적인

(non-reciprocal)성격을 갖고 있고, 다른 국가에 대해서 뿐 아니라 개인들에 대해서도 의무를 지고 있는 것이다.(Cf. *Ireland v. United Kingdom*, E.C.H.R., Ser. A No.25 (1978)), 둘째로 reciprocal countermeasures에 한정시키는 것은 피해국도 有責國에게 동일하거나 관련된 조치를 부과할 수 있는 위치에 있음을 전제로 하지만, 실제로는 그렇지 못할 수 있다. 즉 의무가 일방적인 것이거나, 피해국이 자신의 몫을 이미 이행한 경우도 있다. 무엇보다도 인도주의적 고려는 상호주의적 속성의 많은 조치들을 배제시킨다. 그러나 이러한 결론이 문제를 끝내는 것은 아니다. *Air Services* 중재판정에서처럼 대응조치가 동일하거나 밀접하게 연관된 의무와 관련하여 취해질 때에는, 필요성과 비례성의 요건을 만족시켜야 할 것이다.(UNIRAA, vol XVIII, p.416(1979))

(6) 이러한 결론은 대응조치는 상황의 요건에 엄격하게 한정되어야 하고, 남용방지를 위한 적절한 안전장치(safeguards)가 있어야 할 필요성을 강화시킨다. 제2장은 다양한 측면에서 이 점을 모색하고 있다. 첫째, 이미 언급한 바와 같이 이 장은 비무력적인 대응조치만을 취급한다(제50조 제1항 (a)호). 둘째, 대응조치는 有責國을 직접 대상으로 하고, 제3국을 대상으로 할수 없다는 요건에 의해 제한된다(제49조 제1항, 제2항). 셋째, 대응조치는 수단으로 의도된 것이므로, 즉 그것은 징벌의 방법이 아니고, 國際違法行爲의 중단과 그에 대한 손해배상을 획득하려는 관점에서 취해지는 것이므로 대응조치는 임시적인 성질이 있고, 가능한 한 양국의 미래의 관점에서 그 효과를 되돌릴 수 있는 것이어야 한다.(제49조 제2항, 제3항, 제53조) 넷째, 대응조치는 비례성을 가져야 한다(제51조). 다섯째, 그것은 일정한 기본적인 의무(제50조 제1항)에서 이탈하는 것이 될 수는 없다. 특히 국제강행규범상의 의무들이 그러하다.

(7) 또한 이 장은 대응조치의 이행조건을 어느 정도 다루고 있다. 특히 대응조치는 양국간에 발효중인 그 분쟁에 적용될 수 있는 어떠한 분쟁해결절차에도 영향을 주어서는 아니된다(제50조 제2항 (a)호). 또한 그것은 외교관이나 영사의 불가침(invulnerability)을 해하는 방법으로 취해질 수 없다(제50조 제2항 (b)호). 有責國이 제2부상의 의무를 준수하라는 피해국의 요구가 대응조치에 앞서 취해져야 하고, 협상의 제안이 수반되어야 하며, 國際違法行爲가 중지되고 양당사국을 구속할 수 있는 결정을 내릴 권한을 가진 법원이나 중재재판소로 분쟁이 이송되면 대응조치는 중단되어야 한다.(제52조 제3항)

(8) 이 장의 초점은 제42조에 정의된 피해국에 의해 취해진 대응조치에 맞추어져 있다. 경우에 따라서 다른 국가에 의하여 대응조치가 취하여지기도 하는데, 특히 제48조에 규정된 바와 같이 피해국이 없거나, 또는 피해국의 부탁에 의하거나, 피해국을 대신하는 경우가 있다. 이러한 경우는 아직 논쟁의 대상이며, 관행도 이제 막 대두되기 시작했다. 이 장은 피해국이 아닌 국가의 대응조치를 규정하려도 의도하지는 않는다. 하지만 피해국이나 위반된 의무의 수해자의 이익을 위해 有責國의 위반의 중지와 손해배상을 보장하기 위하여 有責國에 대해 합법적인 조치를

취할 수 있도록 제48조 제1항에 규정된 국가의 권리를 배제하려 하지도 않는다.(제54조)

(9) 본 초안의 다른 章들과 마찬가지로 대응조치에 관한 조항들은 보충적(residual) 성격으로, 이와 반대되는 특별원칙에 의해 배제되거나 수정될 수 있다. (제55조 참조) 따라서 어떠한 상황에서도 의무 이행의 정지를 금지하는 조약 규정은 그 의무의 이행과 관련된 대응조치를 배제시키게 된다. WTO 분쟁해결절차와 같이 위반에 대하여 대항조치적 성격의 조치를 취하기 위하여는 허가를 필요로 하는 경우와 같이 분쟁시 국가가 반드시 의뢰하여야만 하는 분쟁해결절차가 있다면 마찬가지이다.

제49조 대응조치의 목적과 한계

1. 피해국은 國際違法行爲에 책임있는 국가가 오직 제2부에 따른 의무를 준수하도록 하기 위하여 당해국가에 대한 대응조치를 취할 수 있다.

2. 대응조치는 조치를 취하는 국가가 有責國에 대한 국제의무를 당분간 이행하지 않는 것에 한정된다.

3. 대응조치는 가능한 한 문제된 의무의 이행을 재개시킬 수 있는 방법으로 취해져야 한다.

주석

(1) 제49조는 피해국이 有責國을 상대로 대응조치를 취할 수 있는 목적을 서술하고, 그 범위에 일정한 한계를 두고 있다. 대응조치는 오직 有責國으로 하여금 제2부상의 의무를 준수하도록 하기 위하여만, 즉 國際違法行爲가 계속되고 있다면 그것을 중단하고, 피해국에게 손해배상을 하도록 하기 위해서, 피해국에 의해서만 취해질 수 있다.(이러한 의무에 대해서는 제30조, 제31조 및 그 주석 참조) 대응조치는 위법행위에 대한 징벌(punishment)의 형태로 의도된 것이 아니라, 제2부상의 有責國의 의무를 준수하도록 하는 도구로서 의도되었다. 대응조치의 제한된 목적과 예외적인 속성은 제49조 제1항의 “오직(only)”이라는 단어의 사용에서도 나타난다.

(2) 합법적 대응조치의 기본적인 전제조건은 대응조치를 취하는 국가에게 피해를 준 國際違法行爲의 존재이다. 이 점은 *Gabcikovo-Nagymaros Project* 사건에서의 ICJ의 판시사항에 명백히 나타나 있다.

“대응조치가 정당화되기 위해서는 몇 가지 조건을 충족시켜야 한다. 첫째로, 그것은 다른 국가의 과거의 國際違法行爲에 대응하여 취해져야 하고, 바로 그 국가를 대상으로 하여야 한다.”(*Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *ICJ Reports 1997*, p.7, p. 55, para. 83. 또, “*Naulilaa*”(Responsibility of Germany for damage caused in the Portuguese colonies in the south of Africa), *UNRIIAA*, vol II, p.1013(1928), p.1027; “*Cysne*”(Responsibility of

Germany for acts committed subsequent to 31 July 1914 and before Portugal entered into the war), 상동, vol. II, p.1035, p.1057. 1930년의 헤이그 법전화 회의에서 이 점에 대해 응답했던 모든 국가들은 선행 위법행위는 복구 (reprisal)의 채택에 있어 불가결한 전제조건이라는 관점을 취했다.: League of Nations, Conference for the Codification of International Law, *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*, Vol. III: *Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners* (Doc. C. 75. M.69. 1929. V.), p.128 참조)

(3) 제49조 제1항은 대응조치를 취함에 있어서, 목적 기준을 전제하고 있는데, 특히 有責國이 위법행위를 중단하고 손해를 배상할 의무를 이행하도록 만들기 위하여 취해질 것을 요구한다. 대응조치를 취하는 국가로서는 만약 위법성 문제에 대한 자신의 견해가 틀렸다고 판단될 경우 자신의 위험부담을 안고 행동한다. 상황에 대한 일방적 판단에 근거하여 대응조치에 호소하는 국가는 스스로의 위험부담 하에서 행동하는 것이며, 잘못된 판단이었을 경우에는 그 자신의 위법행위에 대해 책임을 져야할 것이다. (“각국은 다른 국가에 대한 법적 상황을 자신을 위하여 확립시킨다”는 취지의 *Air Services* 사건에서의 중재재판소의 언급은(UNRIAA, vol. XVIII, p.416 (1979), p.443, para. 81) 프랑스가 협약을 위반했는지 여부와 상관없이 대응조치를 취한 미국이 정당화되었어야 했다는 측면에서 해석되지는 않는다. 그 사건에서 중재재판소는 미국은 실제로 프랑스의 협약 위반에 대해 대응하였다고 판시하였고, 그 대응은 국제법상 대응조치의 요건들, 특히 목적과 비례성의 측면에서의 요건을 모두 충족시켰다. 중재재판소가 위반의 존재에 관한 미국의 정당화될 수 없는 신념으로도 충분하다고 판시한 것이 아니었다.) 이 점에서는 대응조치와 다른 위법성 조각 사유 사이에 차이가 없다.(제1부 제5장의 주석 para.(8) 참조)

(4) 대응조치의 두번째 본질적 요소는 그것은 國際違法行爲를 범하고, 본 초안 제2부상의 위법행위의 중지와 손해배상 의무를 이행하지 않는 국가를 “직접적인 대상으로 하여야” 한다는 점이다.(*Gabcikovo-Nagymaros Project*, ICJ Reports 1997, p.7, pp 55-56, para. 83, 이 사건에서 ICJ는 헝가리가 양자조약상의 의무를 계속 위반하고 있었고, 체코슬로바키아의 대응은 직접 헝가리를 대상으로 한 것이었다는 점에서 요건이 충족되었다고 판시하였다.) 제1항의 “오직(only)”이라는 용어는 대응조치의 목적을 한정함과 동시에, 대응조치는 國際違法行爲를 행한 국가에 대해서만 취해져야 한다는 의미를 표시하기 위하여 의도되었다. 대응조치는 有責國 이외의 국가를 직접 대상으로 해서는 아니 된다. 대응조치를 취하는 국가가 제3국에게 의무를 부담하고 있고, 대응조치에 의해 그 의무가 위반된다면, 제3국에 대해서는 그 조치의 위법성이 조각되지 않는다. 그러한 의미에서 위법성을 조각시키는 대응조치의 효과는 상대적이다. 그것은 피해국과 有責國間의 법률 관계에서만 위법성을 조각시킨다.(인권보호 의무에 관한 구체적인 문제에 관하여는 제50조 제1항 (b)호와

그 주석 참조)

(5) 이 점은 대응조치가 제3국이나 다른 당사국의 지위에 부수적인 영향도 주어서는 아니 된다는 것을 의미하지는 않는다. 예를 들어 피해국이 이 章에 따라 有責國과의 통행권을 정지시켰을 때, 제3국을 비롯한 다른 당사국들도 그에 의해 영향받을 것이다. 하지만 그들이 이 문제에 관하여 개별적인 권리를 갖지 않는다면, 그들은 이의를 제기할 수 없다. 마찬가지로 무역협정의 정지의 결과 有責國과의 무역이 영향받고, 여러 회사가 사업상 손실을 입거나 심지어는 도산할 수도 있다. 그러한 간접적이거나 부수적인 효과를 완전히 막을 수는 없다.

(6) 대응조치를 취함에 있어서 피해국은 실제로 有責國에 대한 자신의 하나 또는 그 이상의 국제의무의 이행을 보류시킨다. 제49조 제2항은 이러한 요소를 반영하고 있다. 비록 대응조치가 보통 하나의 의무 불이행이라는 형태를 취할지라도, 특정조치가 여러 의무의 이행에 동시에 영향을 주는 것도 가능하다. 이러한 이유에서 제2항은 “의무들”이라고 복수로 규정하고 있다. 예를 들어 국가의 자산 동결은 여러 조약 및 협정상의 그 국가에 대한 다양한 의무의 위반이 될 수 있다. 다양한 병존하는 의무가 하나의 행위에 의해 영향받을 수 있다. 이 경우 판단기준은 비례성이며, 국가가 國際違法行爲를 범하였다고 하여, 그 심각성이나 결과와 관계없이 모든 형태의 대응조치의 대상이 되는 것은 아니다.(제51조와 그 주석 참조. 한편 일정한 의무의 이행은 어떠한 상황에서도 대응조치에 의해 보류되어서는 안 된다. 이에 대해서는 제50조와 그 주석 참조)

(7) 제2항의 “당분간”이라는 구절은 대응조치의 잠정적, 임시적 성질을 나타낸다. 대응조치의 목적은 피해국과 有責國 간의 적법 상태의 부활이지, 피해국의 청구에 대한 有責國의 응답이 어떠한 간에 되돌릴수 없는 새로운 상황의 창출은 아니다.(이러한 생각은 이 條 제3항과 제53조(대응조치의 종료)에 더 강조되어 있다.) 대응조치는 설득의 형태로 취해지는 것이지 징벌이 아니다. 만약 대응조치가 有責國으로 하여금 위법행위의 중지와 손해배상 의무의 이행에 효력을 발휘하였다면, 대응조치는 계속 될 수 없으며, 피해국도 自國의 의무 이행을 재개하여야 할 것이다.

(8) 제49조 제1항은 “제2부에 따른” 有責國의 의무를 언급하고 있다. 대응조치가 직접목적으로 하는 것은 이러한 의무의 이행임을 강조하는 것이다. 많은 경우에 대응조치의 주된 초점은 계속되고 있는 위법행위를 중단시키는 것이다. 그러나 대응조치는 또한 제2장에 규정된 다른 조건들이 충족된다면, 손해배상을 받기 위해 취해질 수도 있다. 그렇게 보지 않는다면 그 위반행위의 심각성이나 결과 또는 배상 거부와는 상관없이 위법행위가 중지되기만 하면, 國際違法行爲에 대하여 책임있는 국가가 대응조치로부터 면제될 것이다. 이러한 맥락에서 배상체제에서 만족(satisfaction)이라는 구제수단의 보조적인 역할을 전제할 때, 피해국이 요구한 만족조치를 유책국이 불이행하여도, 대응조치를 취할 수 있겠는가라는 문제가 제기된다(제37조의 주석 para.(1) 참조). 통상의 상황에서 만족은 상징적이거나 보충적인

것이므로, 위법행위를 중단하고 피해국에게 금전배상을 한 국가가 사과를 하지 않았다는 이유로 대응조치의 대상이 된다는 것은 매우 바람직하지 않을 것이다. 이러한 생각은 제51조에 규정된 비례성 개념의 적용에 의해 적절히 표시되고 있다(유사한 고려가 재발방지의 보장에도 적용된다. 제30조 (b)호와 그 주석 참조).

(9) 제49조 3항은 Vienna 조약법협약 제72조 제2항의 영향을 받았다. 비엔나 조약법협약의 규정은 시행정지 기간동안 당사국은 그 조약의 시행 재개를 방해하게 되는 행위를 하여서는 안된다는 내용을 담고 있다. 이것에서 유추해 볼 때, 국가는 가능한한 취소할 수 있는(reversible) 대응조치를 선택하여야 한다. *Gabcikovo-Nagymaros Project* 사건에서 ICJ는 비록 이 문제에 대한 언급이 필요하다고 생각한 것은 아니었지만, 그 같은 요건이 존재함을 확인하였다. 즉, “체코슬로바키아에 의한 다뉴브강의 수로 변경은 비례성의 원칙에 위배되므로 합법적인 대응조치가 아니었다”라고 결론내린 다음, ICJ는 다음과 같이 실시하였다.

“따라서 대응조치의 합법성을 결정하는 다른 요건들, 즉 그 목적이 위법행위를 한 국가로 하여금 국제법상의 의무를 준수하도록 하기 위한 것이어야 한다는 것과 따라서 그 조치는 취소할 수 있어야 한다는 요건을 판단하는 것은 필요하지 않다”(Gabcikovo-Nagymaros Project, ICJ Reports 1997, p.7, pp 56-57, para.87.).

그러나 취소가능한 조치를 취할 의무가 절대적인 것은 아니다. 대응조치를 취해야 할 이유가 사라진 뒤에 그 대응조치의 모든 효과를 되돌리는 것이 언제나 가능하지는 않을 것이다. 예를 들어 행동이 취해진 다음, 그 행동을 통지해야 한다는 요구는 아무런 의미가 없다.

반대로 有責國에게 회복불가능한 손해를 입히는 것은 이 초안이 상정하고 있는 대응조치가 아니며, 의무위반에 대한 징벌이나 제재가 될 것이다. 제3항의 “가능한한”이라는 표현은 만약 피해국이 합법적이고 유효한 여러 대응조치 가운데 선택을 할 수 있다면, 피해국은 대응조치의 결과로 정지된 의무를 재개시킬 수 있는 대응조치를 취해야 한다는 것을 표시한다.

제50조 대응조치에 의하여 영향받지 않는 의무

1. 대응조치는 다음에 대하여 영향을 주어서는 아니된다.

- (a) 국제연합 헌장에 구현되어 있는 무력의 위협이나 무력의 행사를 삼갈 의무.
- (b) 기본적 인권을 보호할 의무.
- (c) 復仇를 금지하는 인도적 성격의 의무.
- (d) 일반국제법상의 강행규범에 따른 기타 의무.

2. 대응조치를 취하는 국가는 다음 의무의 이행으로부터 면제되지 아니한다.

- (a) 自國과 有責國間에 적용되는 분쟁해결절차에 따를 의무.
- (b) 외교사절 또는 영사, 공관지역, 문서 및 서류의 불가침을 존중할 의무.

(1) 제50조는 대응조치에 의해 훼손될 수 없는 의무를 규정하고 있다. 피해국은 有責國과의 관계에서 이러한 의무들을 계속해서 존중해야 하고, 이러한 의무의 불이행을 위한 위법성 조각사유로 제2부상에 규정된 有責國의 의무의 위반을 들 수 없다. 대응조치에 관한 법에 관한한, 이러한 제50조상의 의무들은 불가침한 것이다.

(2) 제50조에서 다루는 의무는 두가지 범주로 나뉜다. 제1항은 그들의 성격상 대응조치의 대상이 되어서는 안되는 의무를 다룬다. 제2항은 분쟁의 해결을 위한 제도를 포함하여, 특히 양국간의 대화 통로의 유지와 관련된 의무를 다루고 있다.

(3) 제50조 제1항은 대응조치에 의해 영향을 받아서는 아니되는 기본적인 실질적인 의무 4가지를 규정하고 있다. (a) 국제연합 헌장에 구체화되어 있는 무력의 위협이나 무력 행사를 삼갈 의무, (b) 기본적 인권을 보호할 의무, (c) 復仇(reprisal)를 금지하는 인도적 성격의 의무, 그리고 (d) 일반 국제법상의 강행규범에 따른 기타 의무가 바로 그것이다.

(4) 제1항 (a)호는 국제연합 헌장 제2조 제4항에서 규정된 무력 행사의 명백한 금지를 포함하여, 이 헌장에 구체화 되어 있는 무력의 위협이나 무력행사의 금지를 다룬다. 그것은 제2장상 허용되는 대응조치의 영역에서도 무력조치를 배제하는 것이다.

(5) 武力에 의한 대응조치의 금지는 국가간 우호관계와 협력에 관한 국제법 원칙 선언(Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States)에 명시되어 있고, 그에 따라 국제연합 총회가 “국가들은 무력 행사를 포함하는 복구행위를 하지 않을 의무가 있다”고 선포하였다.(General Assembly resolution 2625(XXV) of 23 October 1970) 또한 이와 같은 금지는 국제적 사법기구(*Corfu Channel, Merits, ICJ Reports 1949, p.4, p.35: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Reports 1986, p.16, p.127, para. 249*) 또는 다른 기구들(안전보장이사회 결의 제111호(1956), 제171호(1962), 제188호(1964), 제316호(1972), 제332호(1973), 제573호(1985) 및 제 1322호(2000), 또 국제연합 총회 결의 제41/38호(20 November 1986))의 수많은 유권적 의견뿐만 아니라 일반적인 원칙과도 일치한다.

(6) 제1항 (b)호는 대응조치가 기본적 인권을 보호해야 할 의무에 영향을 주어서는 안된다고 규정하고 있다. “*Naulilaa*” 중재사건에서 중재재판소는 적법한 대응조치는 “국가들간에 적용 가능한 신의성실의 원칙과 인도주의의 요구에 의해 제한”되어야 한다고 판시하였다.(UNRIIAA, vol. II, p.1013(1928), p.1026) 국제법협회(International Law Association)는 1934년의 결의에서 대응조치를 취함에 있어 국가는 “인도법이나 공공의 양심의 요구에 반하는 가혹한 조치를 삼가야 한다”고 선언하였다.(*Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 38 (1934), p.710.*) 이 점은 1945년 이래 국제인권법의 발전의 결과 더욱 강화되었다. 특히 인

권조약들은 전쟁 또는 기타의 공적 긴급사태에서도 침해되어서는 않되는 인권들을 규정하고 있다.(International Covenant on Civil and Political Rights, art. 4, United Nations, *Treaty Series*, vol.999, p.171; European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, art.15, United Nations, *Treaty Series*, vol.213, p.221; American Convention on Human Rights, art.27, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1144, p.143)

(7) 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회(Committee)는 일반논평 8(General Comment 8(1997))에서 민간인, 특히 아이들에 대한 경제 제재의 효과를 검토하였다. 위원회는 개별국가나 국가 집단에 의해 강제된 조치의 효과뿐만 아니라, 본 초안의 적용범위 외인 국제기구에 의해 취해진 조치의 효과도 다루었다(제 59조 및 그 주석 참조). 위원회는 “상황이 어떠한 간에, 그러한 제재를 취함에 있어 언제든지 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제 규약상의 규정들을 완전히 고려하여야 한다”(E/C.12/1997/8, 5 December 1997, para.1)고 지적하였고, 그에 더하여 다음과 같이 실시하였다.

“정부 관료들로 하여금 국제법에 따르도록 설득하기 위하여 그들에게 정치적, 경제적인 압력을 가하려는 기본적인 목적과 그 국가 안에서 상처받기 쉬운 대부분의 사람들이 당하는 부차적인 고통을 구별하는 것은 필수적인 것이다.”(상동, para.4.)

일반국제법상의 다른 요소로부터도 유사점을 찾아 볼 수 있다. 예를 들어 1977년 제1 추가의정서 제54조 1항은 언제나 “전투방법으로서 민간인의 기아작전은 금지된다”고 규정하였다.(Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), United Nations, Treaty series, vol.1125, p.3) 마찬가지로 국제인권규약 공통 제1조 제2항의 마지막 문장은 “어떠한 경우에도 사람은 그들의 생존수단을 박탈당하지 아니한다”고 규정하고 있다.

(8) 제1항 c호는 복구에 관한 국제인도법상의 의무를 다루고 있는바, 이는 조약법에 관한 비엔나협약 제60조 제5항을 본뜬 것이다.(조약법에 관한 비엔나협약 제60조 제5항은 “인도적 성질의 조약에 포함된 인신의 보호에 관한 규정 특히 그러한 조약에 의하여 보호를 받는 자에 대한 여하한 형태의 복구를 금지하는 규정”의 실질적인 위반을 이유로 타방 당사국이 그 조약을 종료하거나 정지하는 것을 배제하고 있다) c호는 국제인도법상 존재하는 개인에 대한 복구의 기본적 금지를 반영하고 있다. 특히 1929년 헤이그협약, 1949년 제네바협약과 1977년 제1 추가의정서에서는 피보호인들 중의 특정 집단에 한정되어 실시되는 복구는 금지된다고 하고 있으며, 이러한 금지는 널리 수용되고 있다.

(9) 제1항 d호는 일반국제법의 강행규범상의 의무에 영향을 미칠 수 있는 대응조치를 금지하고 있다. 국가들간의 조약에 의해서 조차도 침해될 수 없는 강행규범은

대응조치라는 형태의 일방적 행위에 의하여 침해될 수 없다. **d**호는 제1부 제5장에 규정되어 있는 위법성을 배제하는 상황이 존재한다 하더라도 일반국제법의 강행규범상의 의무에 일치하지 않는 국가행위의 위법성을 조각할 수는 없다는 제26조상의 내용을 이 장의 목적을 위하여 재차 강조하고 있다. 강행규범상의 “다른” 의무라는 말은 **d**호가 강행법규의 성격을 내포하고 있는 **a**, **b**, **c**호에 자격을 부여하기 위해 규정된 것이 아니라는 점을 명백히 하려는 것이다. 특히 **b**호 및 **c**호는 독립적인 의무이다. **d**호는 피해국에 의한 대응조치의 대상이 될 수 없는 의무를 창조하는 심화된 강행규범이 존재한다는 인식을 담고 있다.(제40조의 주석, para. (4)~(6)을 참조)

(10) 국가들은 일반국제법상의 강행규범에 해당하는 것과 상관없이 그들 간에는 대응조치의 대상이 될 수 없는 국제법의 다른 원칙에 합의할 수 있다. 이 같은 가능성은 제50조 제1항 **d**호에 의한 대응조치의 배제에 의해서가 아니라, 제55조상의 특별법 규정의 문제로 취급된다. 자체의 강제력 행사의 제도를 가지고 있는 EU조약이 그러한 예의 하나이다. WTO의 분쟁해결절차에 따르면 다른 회원국이 WTO 패널(panel)이나 상소기구(Appellate Body)의 권고나 판정을 따르지 않을 경우, WTO 협약상의 양허 부여나 다른 의무 이행을 중지하기 전에 분쟁해결기구(the Dispute Settlement Body)의 사전 허가를 받아야 한다. WTO 분쟁해결 양해각서(WTO Dispute Settlement Understanding((DSU)) 제23조에 따르면 WTO 협약상 “의무위반 또는 다른 무효화 또는 이익의 감소에 대한 배상을 구하는 회원국들은” DSU 규칙과 절차에 호소하고 그에 따라야 한다. 이것은 “배타적인 분쟁해결조항”으로, 그리고 “WTO상의 권리와 의무라는 면에서 WTO 회원국들이 일방적으로 그들의 분쟁을 해결하는 것을 방지하기 위한 것”으로서 해석된다. 이탈조항(derogation clauses) 또는 다른 조약 규정들이(예를 들어 유보금지 조항들이 “위반 불가”라고 적당히 해석되는 범위까지는(I.C.J. Reports 1996, p. 226, p. 257, para 79) 그 조항들은 대응조치의 배제를 수반하게 될 수 있다.

(11) 제50조 제1항상의 대응조치를 취함에 있어서의 실질적인 제한에 더하여, 제2항은 대응조치가 다음 두 가지 의무 즉, 被害國과 有責國 사이에 적용되는 분쟁해결절차를 따를 의무와 외교사절 및 영사의 불가침에 관한 의무에 관하여는 취해질 수 없다고 규정하고 있다. 이러한 규정은 그 의무의 실질적 성격 때문이 아니라, 대응조치를 위협하거나 행사하는 양 당사국간의 분쟁의 해결에 관련된 기능 때문에 정당화 되는 것이다.

(12) 두 가지 의무 중 제2항 **a**호에 규정되어 있는 첫 번째 항목은 被害國과 有責國 사이에 “적용되는 분쟁해결절차”에 관한 것이다. 이는 해당국가간에 문제되는 분쟁과 관련된 분쟁해결절차를 말한다. 이에 해당하기 위하여 분쟁은 國際違法行爲에 대한 최초의 분쟁과 이에 대하여 취해진 대응조치의 적법성에 관한 문제를 내포하는 것으로 간주되어야 한다.

(13) 분쟁해결규정을 포함하고 있는 조약이 분쟁의 핵심이며, 그의 효과지속이 도전받고 있더라도, 분쟁해결 규정은 계속 지켜져야 한다는 것은 널리 확립된 원칙

이다. 국제사법재판소가 ICAO Council의 관할권에 관한 상소(Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council)에서 실시하였던 것처럼....

“어떤 경우에도 단지 일방적 중지 자체가 관할권 조항을 失效시킬 수는 없다. 왜냐하면 이 조항의 목적중 하나가 바로 중지의 정당성을 시험하려는 것이기 때문이다.”

유사한 논리는 피해국과 有責國間의 분쟁에 적용가능한 분쟁해결규정은 대응조치에 의하여 중지될 수 없다는 원칙을 뒷받침하고 있다. 그렇지 않으면 일방적인 행동이 분쟁 해결을 위한 합의를 대체하는 것이 되기 때문이다. 이 점은 *Diplomatic and Consular Staff* 사건에서 국제사법재판소에 의해 확인되었다.

“어떠한 경우에도 일방 당사국에 의한 [우호]조약 위반이 반대 당사국이 분쟁의 평화적 해결에 관한 조약 규정에 호소하는 것을 배제시키는 효과를 가져올 수는 없다.”(*ICJ Reports 1980, p. 3, p. 28, para 53*).

(14) 제2항 b호에 규정된 두 번째 예외는 피해국이 대응조치에 의하여 외교적, 영사적 관계 분야에서의 의무에 따르지 않는 행위를 할 수 있는 범위를 제한한다. 피해국은 여러 단계의 행동을 상정할 수 있다. 외교관계에 관한 협약에 규정되어 있는 바와 같이 외교관을 기피인물(*persona non grata*)로 선언하는 것, 외교적 관계를 종료시키거나 중지시키는 것, 상황에 따라서 외교관을 소환하는 것과 같은 그러한 행동은 이 章에서 말하는 대응조치에 해당하지 아니 한다. 그 다음 단계로 외교관 및 영사나 재산, 공문서 그리고 서류에 대한 불가침을 해치지 않으면서 외교관 및 영사의 특권에 영향을 미치는 조치를 취할 수 있다. 그러한 조치는 이 章의 요건에 부합된다면 대응조치로서 적법한 것일 수 있다. 다른 한편 제50조 제2항에 따라 금지되는 대응조치의 범위는 무력충돌을 포함하는 어떠한 경우에도 외교사절, 공관, 공문서 그리고 서류의 물리적인 안전과 불가침(관할 면제를 포함하여)을 보장하도록 고안된 의무들로 한정된다. 같은 내용은 영사직원에게도 적용된다.

(15) *Diplomatic and Consular Staff* 사건에서 국제사법재판소는 “외교관계법 자체가 대사관 및 영사관의 공관원에 의한 불법적인 행위에 대한 방어수단과 제재수단을 규정하고 있으므로 외교사절 및 영사의 면제에 대한 위반은 파견국의 國際違法行爲에 대한 대응조치로 정당될 수 없다”고 결론 내렸다. 재판소는 다음과 같이 판시하였다.

“간단히 말하여 외교관계법의 원칙은 한편으로 외교사절단에 부여되는 편의, 특권 및 면제에 관한 접수국의 의무를 정하며, 다른 한편으로는 사절단 구성원에 의한 남용 가능성을 예견하여 접수국이 그 같은 남용에 대응할 수 있는 수단을 규정하고 있다.”

만일 대사관이나 영사관의 공관원이 대응조치의 대상이 될 수 있다면, 그들은 결과적으로 파견국의 잘못에 대한 접수국에 주재하는 인질이 되는 것이고, 이는 곧 외교관계나 영사 관계를 훼손하는 것이다. 따라서 외교적 및 영사적 불가침을 침해하는 대응조치를 금지하는 것은 기능적인 이유로서 정당화된다. 1961년 및 1963년

Vienna 협약의 관점에서 이러한 금지는 접수국이 이용할 수 있는 배상을 받기 위한 다양한 수단에 영향을 미치지 않는다. 다른 한편으로 제50조 2항 b호에서는 다자간 외교에 관해서는 어떠한 언급의 필요도 없다. 국제기구로 파견된 국가의 대표도 외교관에 포함된다. 국제기구 자체의 직원에 대하여는 현지국가의 어떠한 보복 조치도 대응조치가 될 수 없다. 왜냐하면 이는 유책국에 대한 의무이행이 아니라, 제3자인 국제기구에 대한 의무 불이행에 관계되기 때문이다.

제51조 비례성

대응조치는 國際違法行爲의 심각성과 문제되는 권리를 참작하여, 입은 피해에 비례하여야 한다.

주석

(1) 제51조는 어느 사건에서 피해국이 대응조치를 행함에 있어서 비례성의 중요성에 기초한 본질적인 한계를 규정하고 있다. 제51조는 어떤 종류의 대응조치가 적용될 수 있는지와 그 정도를 결정하는 것과 관련된다. 불균형인 대응조치는 그러한 조치를 취한 국가측에도 책임을 발생시키므로, 비례성은 곧 대응조치를 취한 국가가 책임을 지지 않게 하는 보장책을 제공한다.

(2) 비례성은 국가의 관행과 원칙, 그리고 법철학적으로도 폭 넓게 인정되는 것으로 대응조치를 취함에 있어서는 잘 확립된 필요조건이다. *Naulilaa* 사건에서의 중재판정에 따르면 ...

“국제법이 복구는 범죄와 대략적이라도 균형을 유지해야 한다는 요건을 요구하지는 않는다고 할지라도, 복구를 유발한 행위와 전혀 균형 잡히지 않은 복구는 확실히 과도하고 따라서 불법적이라고 간주되어야 한다.”(UNRIAA, vol. II, p. 1013 (1928), p. 1028)

(3) *Air Services* 중재사건(UNRIAA, vol. XVIII, p. 417(1978))에서는 비례성의 문제가 상세히 심리되었다. 이 사건에서 미국 서해안에서부터의 비행에 대해 런던에서의 *gauge*의 변경을 허용해 달라는 요청에 대한 프랑스의 거절과 로스엔젤레스로의 *Air France*사의 모든 비행을 중지시킨 미국의 대응조치와는 정확하게 비례하지 않았다. 그럼에도 불구하고 중재재판소는 미국의 대응조치와 프랑스의 조치를 비교해 보았을 때, 미국의 대응조치가 명백히 불균형적이지는 않다고 보아 미국의 조치는 비례성의 원칙에 위반되지 않았다고 판단하였다.(상동 p. 444, para. 83.) 특히 다수의견은 다음과 같이 말하였다.

“우선 첫째로 모든 대응조치가 주장된 위반행위와 어느 정도의 균형을 유지해야 한다는 것은 일반적으로 받아들여지고 있다. 이것은 잘 알려진 원칙이다 ... 대응조치에 관한 비례성을 판단하는 것은 어려운 작업이며, 기껏해야 ‘대략적인 수준’으로 판단될 수 밖에 없다는 사실이 일반적으로 받아들여져 왔다 중재재판소의

견해에 의하면 양국간의 분쟁에 있어서 관련 회사들이 당한 피해뿐만 아니라, 위반된 원칙의 중요성도 고려된다는 것이 필수적이다. 중재재판소는 이 사건에서 계획된 비행 서비스의 중지로 인해 **Pan Am**이 입은 손해와 프랑스 회사들이 대응조치의 결과로써 당한 손해를 비교하는 것으로 충분하지 않을 것이라고 판단한다. 프랑스 당국이 제3국에서의 **gauge**의 변경을 금지시켰을 때의 위반된 원칙의 중요성도 고려하는 것이 필요하다. 그 문제되는 원칙의 중요성이 미국정부에 의해 채택되고 프랑스 이외의 다른 국가들과의 수 많은 국제협약의 체결에 의해 이행된 총체적인 항공운송정책의 구조 안에서 심사된다면, 미국에 의해 취해진 대응조치는 프랑스에 의해 취해진 조치와 비교해 보았을 때 명백히 불비례하지는 않다고 보여진다. 이러한 관점에서 어느 당사국도 비례성의 존재를 확인하거나 부인하기에 충분한 증거를 중재재판소에 제출하지 않았고, 따라서 중재재판소는 대략적인 평가에 만족해야만 한다.”(상동)

이 사건에서 프랑스 운송업자에 대한 경제적인 효과라는 관점에서는 대응조치가 프랑스의 처음 조치보다 오히려 더 심각했다 할지라도, 그 대응조치는 프랑스의 최초의 조치와 동일한 분야에 관한 것이고 동일한 수단을 내용으로 한 것이었다.

(4) 비례성의 문제는 다시 *Gabčíkovo-Nagymaros Project* 사건에서 체코슬로바키아에 의해 취해진 대응조치의 적법성의 평가에서 중심적인 문제가 되었다.(I.C.J. Reports 1997, p. 7) 국제사법재판소는 그 Project의 완성을 거부하는 헝가리의 행위는 1977년 조약의 불법적인 위반이 된다고 판시하면서 다음과 같이 판단하였다.

“재판소의 관점에 의하면 대응조치의 효과는 문제되는 권리를 침작하여, 입한 피해와 비례를 유지하여야 한다는 것이 중요한 심리대상이 된다. 1929년에 PCIJ는 Oder 강에서의 항행과 관련하여 다음과 같이 판시하였다...

‘可航河川에서의 이해 관계 집단은 공통의 법적 권리의 기본이 된다. 이의 본질적인 모습은 하천 전체의 사용자로서는 모든 강 연안 국가들의 완전한 평등이고, 다른 국가와 관련하여서는 어느 한 국가만의 특혜적인 우선권을 부인하는 것이다. 국제법의 현대적 발전은 마찬가지로 국제하천의 비항행적 목적의 사용에 대해서도 이 원칙을 강화시켰다...’

재판소는 체코슬로바키아가 분배된 자원을 일방적으로 자신의 통제하에 둬으로써, 헝가리로부터 Danube 강의 자연자원을 동등하고 합리적으로 분배받을 권리를 빼앗고, 하천을 우회시킴으로써 Szigetköz 하천 기슭 지역의 생태환경에 지속적인 영향을 미쳐 국제법상 요구되는 비례성을 존중하는데 실패하였다고 판단하였다 ... 따라서 재판소는 Danube 강의 우회는 그것이 비례성르 상실하였지 때문에 적법한 대응조치가 아니라고 판단한다”(상동 p. 56, paras. 85, 87, citing Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23, p. 27).

따라서 재판소는 문제된 권리의 질과 성격을 고려하였고, (*Air Services* 사건에서의 중재재판소처럼) 단지 양적인 관점에서만 비례성의 문제를 평가하지 않았다.

(5) 자위권과 같이 비례성이 문제되는 다른 법 영역에서는 이를 적극적 형식으로 규정함이 보통이다. 제51조에서도 비례성의 요건을 적극적인 형식으로 규정하였다. 소극적인 규정형식은 대응조치의 남용 가능성이라는 측면에서 볼 때, 너무 넓은 범위의 대응조치를 허용할 수도 있다.

(6) 대응조치를 취함에 의하여 불균형적 결과가 야기되는 것을 방지하기 위하여, 비례성은 당한 피해라는 순수한 양적인 요소만을 고려할 것이 아니라, 위반된 법원칙에 의하여 보호되는 이익의 중요성 및 위반의 심각성과 같은 질적인 요소들을 고려하여 평가되어야 한다. 제51조는 비례성을 당한 피해와 관련시키고 있지만, 더 나아가 두 가지 기준을 고려하도록 하고 있다. 즉 國際違法行爲의 심각성과 문제되는 권리의 내용이다. “문제되는 권리”라고 하는 말은 넓은 의미를 가지고 있는 것으로서, 피해국에 대한 國際違法行爲의 효과뿐만 아니라 유책국의 권리에 대한 國際違法行爲의 효과도 포함한다. 더욱이 영향을 받을 수 있는 다른 국가의 입장도 또한 고려될 수 있다.

(7) 비례성은 國際違法行爲와 대응조치간의 관계에 관한 것이다. 어떤 면에서 비례성은 제49조에 규정된 목적요건과 관계가 있다. 명백히 비례성을 상실한 조치는 유책국으로 하여금 그의 의무를 이행하도록 촉구하는 것이라기 보다는 징벌의 목적을 가진 것이며, 제49조에 정해진 대응조치의 목적에 벗어 난다고 판단될 수 있다. 그러나 비례성은 제49조에 따라 정당화되는 조치들에 관한 제한에 해당한다. 모든 사건에 있어 대응조치는 관련 원칙의 중요성을 포함하여 당한 피해와 비례를 유지하여야 하며, 이는 대응조치가 유책국으로 하여금 의무를 준수시키는데 필요한 것인지 여부의 문제와는 부분적으로 별도의 기능을 갖는다.

제52조 대응조치에의 호소를 위한 요건

1. 대응조치를 취하기 전에 피해국은

(a) 제43조에 따라 有責國에게 제2부상의 의무를 이행할 것을 요구하여야 하고,

(b) 대응조치를 취하기로 한 결정을 有責國에게 통고하고, 당해 국가에 협상을 제안하여야 한다.

2. 제1항 b호에도 불구하고 피해국은 자신의 권리의 보호를 위하여 필요한 긴급 대응조치를 취할 수 있다.

3. 다음의 경우에는 대응조치가 취하여질 수 없고, 이미 취해진 경우라면 지체없이 중단되어야 한다.

(a) 國際違法行爲가 중단되었고,

(b) 분쟁이 당사자에게 구속력 있는 결정을 할 수 있는 권한을 가진 재판소나 중재재판소에 계속중인 경우.

4. 제3항은 有責國이 분쟁해결절차를 신의성실하게 이행하지 않는 경우에는 적용되지 아니한다.

(1) 제52조는 피해국이 대응조치에 호소하기 위한 일정한 절차적인 조건을 규정하는 것이다. 대응조치를 취하기 전에 피해국은 제2부상의 의무에 따를 것을 제43조에 따라 유책국에게 요구해야 한다. 피해국은 또한 대응조치를 취하려 한다는 것을 유책국에게 통고하고, 그 국가에 협상을 제안해야 한다. 이 같은 두번째 요건에도 불구하고 피해국은 그의 권리를 보전하기 위해 일정한 긴급 대응조치를 취할 수 있다. 유책국이 國際違法行爲를 중단하고 분쟁이 권한 있는 재판소나 중재재판소에 계속중인 경우에는 대응조치는 취해질 수 없다. 이미 취해진 경우 대응조치는 중단되어야 한다. 그러나 이러한 요건은 유책국이 분쟁해결절차를 신의성실하게 이행하지 않는 경우에는 적용되지 않는다. 그러한 경우에는 대응조치는 중단될 필요가 없으며, 다시 재개될 수 있다.

(2) 일반적으로 제52조는 강제적인 제3자 개입의 분쟁해결절차가 즉시 또는 전혀 적용될 수 없다는 맥락에서 대응조치를 취함에 있어서의 합리적인 절차적 조건을 확립하려는 것이다. 동시에 제52조는 분쟁과 관련하여 당사자에게 구속력 있는 결정을 내릴 수 있는 권한을 가진 재판소나 중재재판소가 있을 가능성을 고려한 것이다. 대응조치는 적정절차를 통한 분쟁의 공평한 해결이 아직 보장되지 않은 국제 체제에 있어서 피해국에게 부여된 自助의 한 방식이다. 제3자 개입의 분쟁해결절차가 존재하고 분쟁의 어느 한 당사국에 의해 분쟁이 해결절차에 제출되었을 때에는, 가능한 한 대응조치를 취하는 대신 그러한 절차를 거치는 것이 타당하다. 다른 한편으로 재판소나 중재재판소가 분쟁에 관하여 관할권과 임시적 보호조치를 명할 권한을 가지고 있는 경우에도, 유책국이 그 절차에 협력하지 않을 수 있다. 그러한 경우에는 대응조치라는 구제책이 부활할 수 밖에 없다.

(3) 제52조의 체제는 *Air Services* 사건에서의 중재재판소의 의견에 따라 확립된 것이다.(UNRIAA., vol. XVIII, p. 417(1978), pp. 445-446, paras. 91, 94-96) 제1항 a호에 규정된 첫 번째 요건은 피해국이 대응조치에 호소하기 전에 유책국에게 위반의 중지 및 배상의무를 이행할 것을 요구해야 한다는 것이다. (때때로 “최고(*somation*)”이라고 말하여지는) 이러한 요건은 *Air Services* 중재사건(상동 p. 444, paras. 85-7)의 중재재판소나 *Gabčkovo-Nagymaros Project* 사건(I.C.J. Reports 1997, p. 7, p. 56, para. 84)에서의 국제사법재판소에 의해 강조되었다. 그것은 또한 일반적인 국가의 관행을 반영한 것으로 보인다.

(4) 통고요건의 근거에는 대응조치의 예외적인 성질과 잠재적인 심각한 결과를 고려할 때, 다른 국가에게 주장을 통고하고 그에 대한 응답을 할 기회를 주기 전에 대응조치가 취해져서는 안된다는 思考가 깔려 있다. 그러나 실제로 어떤 대응조치가 계획되기 전에 분쟁에 관한 매우 광범위하고 상세한 협상이 있게 된다. 그러한 경우에 피해국은 이미 유책국에게 제43조에 따라 그의 주장을 알렸을 것이므로 다시 제1항 a호에 따를 필요는 없다.

(5) 제1항 b호는 대응조치를 취하기로 결정한 피해국이 유책국에게 그러한 결정을 알려야 하고, 그 국가에게 협상을 제안하여야 할 것을 요구한다. 대응조치는 대상국가에게 심각한 결과를 가져다 줄 수 있으므로, 그 국가는 대응조치에 직면하게 되었을 때의 자신의 입장을 다시 심사숙고할 기회를 가져야만 한다. 제1항 a호와 제1항 b호간의 시간적 관계는 엄격하지 않다. 통고는 서로 근접하거나, 심지어 동시에 행해질 수 있다.

(6) 그러나 제2항에 따르면 대응조치를 취하려고 한다는 통고 이전이더라도 피해국은 자신의 권리의 보전을 위하여 필요하다면 긴급 대응조치를 취할 수 있다. 오늘 날 국가간의 협상 절차를 살펴보았을 때, 國際違法行爲에 대해 책임이 있으나 그 행위의 중지를 거부하거나 또는 배상을 거부한 국가는 한 예로 피해국내에 있는 은행으로부터 자신의 자산을 철수함으로써 대응조치를 피할 수 있다. 그러한 조치는 매우 짧은 시간에 취해지는 것이어서 제1항 b호에서 요구되는 통고는 고유의 목적을 달성할 수 없게 된다. 그런 까닭에 제2항은 피해국의 권리를 보호하기 위한 緊接措置를 취할 수 있게 한 것이다. 이 조항의 의미에는 분쟁의 원인이 된 피해국의 권리와 대응조치를 취할 수 있는 권리가 포함된다. 상황에 따라서는 일시적인 체류 명령, 일시적인 자산의 동결 명령 및 그와 유사한 조치들이 제2항에 해당할 수 있다.

(7) 제3항은 위법행위가 중단되고 분쟁이 양 당사자에게 구속력 있는 결정을 할 수 있는 권한을 가진 재판소나 중재재판소에 제출되었을 경우에 관한 사안을 다루고 있다. 그러한 경우 분쟁해결절차가 유책국에 의해 신의성실하게 이행되고 있을 때에는 대응조치라는 일방적인 조치가 정당화될 수 없다. 제3항에 정해진 요건이 충족된 경우라면 피해국은 대응조치를 취할 수 없다. 이미 취해진 경우라면 그것들은 “지체없이” 중단되어야 한다. “지체없이”라는 말은 문제의 대응조치를 중단하는데 요구되는 준비를 위한 제한된 시간만을 의미한다.

(8) 재판소나 중재재판소가 존재하지 않거나 사건을 다룰 지위에 있지 않다면, 제3항 b호의 “재판소나 중재재판소에 계속중”인 경우에 해당하지 않는다. 이러한 취지상 특별중재재판소(ad hoc tribunal)의 경우, 양당사국이 아무리 중재재판소의 판사의 임명에 협력한다 할지라도 어느 정도의 시간이 걸리므로, 중재재판소가 실제로 구성될 때까지는 분쟁이 그 특별중재재판소에 계속중이라고 볼 수 없다. 제3항은 재판소나 중재재판소가 분쟁에 관하여 관할권을 갖고 있고, 임시적인 조치를 명할 권한을 가지고 있다는 전제를 기초로 하고 있다. 국제재판소나 중재재판소는 그러한 권한을 갖는 것이 통상적이다. 제3호의 근거에는 한 당사자가 그들의 분쟁을 국제재판소나 중재재판소에 제출한다면, 그러한 재판소나 중재재판소에 피해국이 자신의 권리를 보호하기 위하여 임시적인 조치를 명해줄 것을 청구할 수 있다는 전제가 깔려 있다. 국제재판소나 중재재판소에 의해 청구가 이유 있다고 판단되면, 그러한 청구는 기본적으로 대응조치의 기능에 해당하는 기능을 수행할 것이다. 중재재판소의 명령이 유책국에 의해 이행된다면, 그러한 명령은 중재재판소가 최종

적인 결정을 할 때까지는 대응조치를 불필요하게 만들 것이다. “재판소나 중재재판소”라는 말은 그것의 명칭이 어떠하든 간에 제3자 개입의 분쟁해결절차를 의미하는 것이다. 그러나 이것이 안보리와 같은 정치적 기관을 의미하지는 않는다. 또한 私人和 有責國 사이의 분쟁이 피해국과 유책국과의 다툼을 불러 일으킨 경우라고 할지라도, 私人和 有責國 간의 분쟁에 대해 관할권을 가진 중재 재판소를 의미하는 것은 아니다. 그러나 그러한 사건들에 있어서도 문제의 분쟁이 중재에 회부되었다는 사실은 제49조 및 제51조의 목적상 관련이 있을 것이므로, 단지 예외적인 경우에만 대응조치가 정당화될 수 있을 것이다.

(4) 제52조 제4항은 제3항에 따른 대응조치의 중단에 관하여 추가조건을 규정하고 있다. 제4항에는 절차에서의 협력의 거절, 예를 들어 불출석으로 공식적인 구속력 여부와 상관없이 잠정조치에 대한 불복종, 재판소나 중재재판소의 최종적인 결정에 대한 불복종을 포함하는 다양한 가능성을 포함하고 있다. 이 항은 또한 어느 당사자가 관련 중재재판소의 설치에 협력하지 않거나, 그러한 중재재판소가 설치되었다 하여도 그 재판소에 출석하지 않는 상황에도 적용된다. 제4항이 적용되는 상황에서서는 대응조치에 관한 제3항상의 제한은 적용되지 않는다.

제53조 대응조치의 종료

有責國이 國際違法行爲와 관련하여 제2부상의 의무를 이행한다면, 대응조치는 즉시 종료되어야 한다.

주석

(1) 제53조는 유책국이 피해국에 의해 취해진 대응조치에 대응하여 제2부상의 위반행위의 중지와 배상 의무를 이행하는 경우를 다루고 있다. 유책국이 제2부상의 의무를 이행한다면 대응조치를 유지할 근거가 더 이상 존재하지 않게 되므로 이들은 즉시 종료되어야 한다.

(2) 대응조치가 그것들을 정당화 하는 상황이 중단되면 종료되어야 한다는 관념은 이 章의 다른 규정들에도 묵시적으로 함축되어 있다. 그러나 이의 중요성을 감안하여 제53조는 이를 분명히 한 것이다. 이는 제49조상에 따른 대응조치의 특유한 성격을 보여주는 것이다.

제54조 피해국 이외 다른 국가에 의한 조치

이 章은 위반행위의 중지 및 피해국 또는 위반의무의 수혜자를 위한 배상을 확보하기 위하여 제48조 제1항에 따라 타국의 책임을 추궁할 권리가 있는 여하한 국가가 그 타국에 대하여 합법적 조치를 취할 권리를 해하지 아니한다.

주석

(1) 제2장은 유책국이 위반행위의 중지 의무 및 배상의무를 이행하도록 강제하기 위하여, 피해국이 대응조치를 취할 권리를 규정하고 있다. 그러나 제42조에 규정된 “피해국”이란 단지 이 部の 제1장상의 國際違法行爲에 대하여 國家責任을 추궁할 수 있는 권한을 가진 국가만을 의미하지 않는다. 제48조는 국제공동체 전체에 대한 의무위반 사건에서는 모든 국가에 의한 책임추궁을 허용하며, 일정한 집단의 이익 보호를 위해 확립된 의무를 위반한 경우에는 그 집단 구성국에 의한 책임 추궁을 허용하고 있다. 또한 제48조 제2항에 의하면 그러한 국가는 위반의 중지와 위반 의무의 수혜자를 위한 이행을 요구할 수 있다. 따라서 제48조에서 언급된 의무에 관하여 책임추궁을 할 수 있는 국가는 이행에 관한 법적 이해를 갖고 있다고 인정된다. 문제는 이러한 국가들이 치유되지 않은 위반에 대하여 합법적으로 대응할 권리를 어느 정도의 범위에서 주장할 수 있는지는 점이다.

(2) 이러한 문제에 있어서는 그것이 국가에 의하여 취하여졌든, 국가집단에 의하여 취하여졌던 개별적인 능력의 범위내에서 자신의 기관을 통하여 각각 행동하는 개별적 조치와 국제기구의 구조 속에서의 제도적인 조치를 구별하는 것이 매우 중요하다. 후자의 경우, 예를 들어 국제연합 헌장 제7장상의 권한을 행사하는 경우에는 본 초안의 적용을 받지 않는다. 보다 일반적으로 본 초안은 국제기구의 회원국이 그러한 행위를 지휘하고 통제한다고 할지라도 그러한 조치가 국제기구에 의해 취해지는 경우에는 적용되지 않는다.

(3) 이 문제에 관한 관행은 제한적이며, 이제 발달되기 시작하는 단계라고 보아야 한다. 제48조에 규정된 의무의 위반으로 주장되는 수많은 사례에서 자신이 피해를 당하였다는 주장은 하지 않고 대응을 해왔다. 대응은 경제적인 제재나 기타 조치(예를 들어, 항공연결이나 다른 접촉의 중단)와 같은 형태를 취하여 왔다.

• *USA - Uganda(1978)* 1978년 10월에 미국 의회는 우간다로의 상품과 기술의 모든 수출입을 금지하는 법안을 통과시켰다.(*Uganda Embargo Act, 22 USC s. 2151(1978)*) 이 법안은 “우간다 정부는 우간다인에 대한 **genocide**를 범하여 왔고 미국은 **genocide**라는 국제범죄를 범한 어떤 외국정부와도 관계를 단절하는 조치를 취해야 한다”고 규정하였다.(상동 sections. 5c, 5d)

• *Certain western countries - Poland and Soviet Union(1981)*. 1981년 12월 13일에 폴란드 정부는 계엄령을 선포하여 많은 시위를 억압하고 많은 반대자들을 강제로 수용하였다. 미국과 다른 서방 국가들은 폴란드와 소련에 대한 조치를 취하였다. 그 조치는 **Aeroflot**(소련의 국영 항공회사)의 미국 영토내에서의 착륙권과 미국, 영국, 프랑스, 네덜란드, 스위스 및 오스트리아의 **LOT**(특정한 목적을 가진 착륙장소)에서의 착륙권을 규정한 조약의 즉각적인 정지를 포함한 것이었다. 각 조약에 규정되어 있던 정지절차는 무시되었다.

- *Collective measures against Argentina (1982)*. 1982년 4월 아르헨티나가 Falkland 섬(Malvinas)의 일부를 자신의 통제하에 두었을 때, 안보리는 즉각적인 철수를 요구하였다. 영국의 요구에 따라 E.C. 회원국들, 오스트레일리아, 뉴질랜드, 그리고 캐나다는 무역제재를 취하였다. 제재는 아르헨티나의 모든 생산품의 수입을 일시적으로 금지하는 것을 내용으로 하는 것으로서 GATT 제XI조 제1항과 아마도 제III항에 위반되는 것이었다. 이 조치가 GATT 제XXI조 (b)(iii)에 규정된 국가안보예외(the national security exception)에 따라 정당화될 수 있는지 여부에 관해서는 다툼이 있었다. 유럽국가들의 금수조치는 식물무역협정과 양고기 및 양가죽에 관한 무역협정상의 아르헨티나의 권리를 중단시키는 내용이었는데, 이에 대해서도 GATT의 안보예외(security exceptions)는 적용되지 않았다.

- *USA - South Africa (1986)*. 1985년 남아프리카 공화국 정부가 자국의 대부분 지역에 국가 긴급상태를 선포하자, 안보리는 부분적인 경제금수와 문화 및 스포츠 교류의 동결조치를 채택할 것을 권고하였다. 이에 따라 어떤 국가들은 안보리 권고 이상의 조치를 취하였다. 미국 의회는 미국영토 내에서의 남아프리카 공화국 항공사의 착륙권을 중단시키는 포괄적인 반인종차별법을 채택하였다. 이러한 즉각적인 중단은 1947년 US - South Africa 항공협정에 위반된 것이었는데, 남아프리카 공화국이 민주주의를 확립하기 위한 조치를 유도하는 것으로서 정당화되었다.

- *Collective measures against Iraq (1990)*. 1990년 8월 2일 이라크 군대는 쿠웨이트를 침공하여 점령하였다. 국제연합 안보리는 즉시 침공을 비난하였다. E.C. 회원국들과 미국은 무역금수를 채택하고, 이라크의 자산을 동결하기로 결정하였다. 이 조치는 쿠웨이트 정부의 동의하에 이라크의 침공에 즉각적으로 대응하여 취해졌다.

- *Collective measures against Yugoslavia (1998)*. Kosovo에서의 인도주의적 위기에 대응하여 유럽 공동체 회원국들은 유고슬라비아의 자금의 동결과 즉각적인 비행금지를 규정하는 법안을 채택하였다. 독일, 프랑스, 영국과 같은 많은 나라들에게 있어서 후자의 조치는 양자간 항공협정의 위반을 의미하는 것이었다. 이 조치의 합법성에 관한 의문으로 인하여 영국정부가 처음에는 유고슬라비아와의 협정 제17조에 규정된 1년간의 폐기통고절차를 따르려고 하였다. 그러나 후에 영국은 자신의 입장을 바꾸어 즉각적인 비행금지를 통고하였다. 이러한 조치를 정당화시키기 위하여 영국은 “인권에 대한 Milosevic 대통령의 전과는 정상적으로 적용될 수 있었던 12개월의 폐기통고기간을 주장할 수 있는 자신의 정부의 권리를 도덕적 그리고 정치적인 이유로 상실시켰다”고 주장하였다. 유고슬라비아연방공화국은 그러한 조치들이 불법적이고 일방적이며, 차별정책의 한 예라며 항의하였다.

(4) 다른 사건에 있어서도 마찬가지로 어떤 국가들은 집단적인 의무를 위반한 국가들에게 압력을 가하기 위하여 조약상의 권리를 정지시켰다. 그러나 그러한 국가들은 대응조치를 취할 수 있는 권리에 의존한 것이 아니라, 사정의 근본적인 변경을 이유로 하여 조약을 정지시킬 권리를 주장하였다. 이와 관련하여 두 가지 사례가 있다.

- *Netherlands - Surinam* (1982) 1980년 군부가 수리남의 정권을 장악하였다. 1982년 12월의 반대운동에 대한 새로운 정부의 강경조치(단속)에 대하여, 네덜란드 정부는 수리남에게 경제지원금을 제공하는 발전원조조약을 정지시켰다. 조약 자체가 정지나 종료조항을 전혀 포함하고 있지 않았음에도 불구하고, 네덜란드 정부는 수리남에서의 인권위반은 정지시킬 수 있는 권리를 발생시키는 사정의 근본적 변경에 해당한다고 설명하였다.

- *E.C. Member States - Yugoslavia* (1991). 1991년 가을 유고슬라비아 내에서의 전쟁의 재개에 대응하여, EC 회원국들은 유고슬라비아와의 1983년 상호협력조약을 정지시키고, 후에는 실효를 통고하였다. 이러한 조치는 수입에 관한 무역 특혜를 폐기시키는 결과가 되었는데, 이는 1991년 9월 25일자 안보리 결의 제713호상의 무기 거래금지를 초과하는 것이었다. 이러한 조치는 즉각적인 중지제에 대한 규정은 없이 6개월의 폐기통고기간을 규정하고 있던 상호협력조약의 규정과는 모순되는 것이었다. 이러한 중지를 정당화하기 위하여 EC 회원국들은 유고슬라비아의 행위가 그 지역의 평화와 안전의 위협이라고 명백히 지적하였다. 그러나 수리남 사건에서와 같이 그들은 대응 조치를 취할 권리를 주장하기보다는 사정의 근본적인 변경에 의존하였다.

(5) 때에 따라서 일부 국가는 제42조상의 피해국이라고 간주될 수 없는 경우에도 일반적 이익을 포함하는 의무의 위반에 대응하려는 명백한 의지를 표시하였다. 문제의 위반에 의해 피해를 당한 국가가 있는 경우, 다른 국가들은 그 국가의 요구에 따라 그리고 그 국가를 위하여 행동하였다는 점이 주목되어야 한다. (Cf. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*(*Nicaragua v. United States of America*), Merits, I.C.J. Reports 1986, p. 14, p. 105, para. 199.)

(6) 이러한 관점이 보여주는 것처럼, 일반적인 또는 집단적인 이익에 의해 취해지는 대응조치에 관한 국제법의 현 상태는 명확하지 못하다. 국가의 관행은 드물고 제한된 수의 국가만을 포함하고 있다. 현재로서는 제48조에 규정된 국가도 집단적 이해관계에 있어서 대응조치를 취할 수 있는 권한을 명백히 가졌다고는 볼 수 없다. 따라서 본 초안 제48조에 지정된 다른 국가들이 유책국에 대한 대응조치를 취할 수 있는지에 관한 규정을 포함시키는 것은 적절하지 못하다. 그 대신 제2장에 그 지위를 유보해 두는 안전조항을 두고, 그 문제에 관한 해결은 국제법의 향후 발전에 맡겨두었다.

(7) 따라서 제54조는 위반행위의 중지와 피해국 또는 위반의무의 수혜자를 위한 배상을 확보하기 위하여 제48조 제1항에 따라 타국의 책임을 추궁할 자격이 있는 여하한 국가가 그 타국에 대하여 합법적 조치를 취할 권리를 해하지 아니한다고 규정하고 있다. 이 조항은 피해국 이외의 다른 국가에 의해 취해지는 조치와 관련된 어떠한 입장도 해하지 아니하기 위하여 “대응조치(countermeasures)”가 아닌 “합법적 조치(lawful measures)”로 규정되었다.

제4부 일반 규정

이 部는 본 초안 전체에 적용되는 여러 일반적인 규정들을 포함하고 있다. 첫째, 제55조는 특별법(*lex specialis*) 원칙을 지적함에 의하여 본 초안이 2차적 성격을 지니고 있음을 명백히 하고 있다. 본 초안에 의해 다루어지는 어떤 문제가 국제법의 특별원칙에 의하여 규율되는 경우, 불일치 하는 범위 내에서는 후자가 우선한다. 이와 관련하여 제56조는 본 초안이 모든 문제를 남김없이 철저히 다루는 것은 아니며, 다루어지지 않는 문제에 관하여 적용 가능한 국제법 원칙을 해하지 않는다는 점을 명백히 하고 있다. 이에 더하여 세 개의 안전조항이 규정되어 있다. 제57조는 본 초안의 적용범위로부터 국제기구의 책임과 국제기구의 행위에 대한 국가의 책임과 관련된 문제들을 제외시키고 있다. 본 초안은 국가에 대신하여 행동하는 개인의 국제법상 책임에 대하여는 영향을 미치지 않으며, 제58조는 이 점을 명확히 하고 있다. 마지막으로 제59조는 국제연합헌장 자체의 효과를 보존시킨다.

제55조 특별법

이 조항들은 國際違法行爲의 성립요건과 국가의 국제책임의 내용이나 이행이 국제법상의 특별원칙의 지배를 받는 경우, 그 범위 내에서는 적용되지 아니한다.

주석

(1) 국가간에 적용되는 1차적인 의무를 정함에 있어서 국가는 종종 의무위반의 법적 결과에 관하여 특별조항을 두고 있으며, 위반 여부를 결정하는 조항까지 둔다. 이 때 문제는 그러한 규정들이 배타적으로 적용되는가, 즉 일반 국제법상의 다른 원칙이 그에 의하여 배제되는지 여부이다. 조약이 다른 원칙과의 관계를 명시적으로 규정할 수도 있다. 그러나 종종 그런 조항은 마련되지 않으며, 그런 경우 특별 규정이 다른 내용의 일반원칙들과 공존하는지, 아니면 그것을 배제하는지가 문제된다.

(2) 제55조는 國際違法行爲의 존재에 관한 조건이나 그 법적 효과가 국제법의 특별원칙에 의해 결정되는 경우 그 범위 내에서는 본 초안이 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 이는 특별법이 일반법에 우선한다는 법언(*lex specialis derogat legi generali* - 특별법 우선의 원칙)을 반영한 것이다. 그런데 제55조가 중요한 방침을 제시하고 있다 할지라도, 이는 적용 가능한 몇 개의 원칙 중에서 어느 것이 우선할 것인가 또는 그 원칙들이 공존하는지 여부를 결정함에 있어서 수많은 접근방식 중의 하나일 뿐이다. 다른 접근 방식은 시기적으로 후법에 우월성을 부여한다.(*Vienna Convention on the Law of Treaties* 제30조 (3)항) 경우에 따라서는

일정한 중요 원칙에 대한 위반의 결과가 강행적인 성격을 가질 수도 있다. 예를 들어 국가는 일반 국제법상의 강행규범에 위반되는 행동을 허용하는 상호간의 의무 위반의 법적 효과는 자기들끼리 정할 수 없다. 따라서 제55조가 문제되는 특별법이 적어도 본 초안에 규정된 내용과 법적으로 동일한 위계(rank)를 가짐을 가정한 다. 그런 점에서 제55조는 본 초안이 보충적으로 적용된다는 점을 명백히 하고 있다.

(3) 본 초안에 규정된 國家責任에 관한 일반적 원칙들이 특별원칙들에 의해 어느 범위까지 대체될 것인가를 확정하는 것은 특별원칙에 달려 있다. 사건에 따라서는 조약이나 다른 본문(text)의 표현으로부터 단지 특정한 효과만이 나올 수 있다는 것이 명백한 경우가 있다. 그러한 경우 그 효과는 특별원칙에 따라 “결정될” 것이며, 제56조에 구체화되어 있는 원칙이 적용된다. 다른 경우에는 일반원칙의 일부 측면은 여전히 적용되면서, 어느 일부 측면만이 수정될 수도 있다. 전자의 예로 WTO 분쟁해결 양해각서(World Trade Organization Dispute Settlement Understanding)를 들 수 있고, 후자의 예로는 유럽인권협약 제41조를 들 수 있다. 양자 모두 본 초안 제2부에서 취급된 문제와 관련된다. 동일한 고려는 제1부에 대하여도 적용된다. 따라서 특정한 조약은 국가에 대하여 의무를 부여하나, 제2장상의 귀속에 관한 원칙과는 다른 결과를 야기하는 방식으로 국가를 정의할 수 있다(예를 들어 고문방지 협약 제1조는 “공무원이나 그 밖의 공무 수행자가 직접 이러한 자의 교사, 동의, 묵인 아래” 저질러진 고문에 대하여만 적용된다). 또는 조약에 따라서는 국가로 하여금 불가항력이나 궁박(necessity)에 의지하는 것을 배제시킬 수도 있다.

(4) 특별법 원칙의 적용에 있어서는 동일한 주제에 두개의 규정이 적용될 수 있다는 것만으로는 충분하지 않다. 그들 사이에 실제적인 불일치가 있어야 한다. 또는 한 규정이 다른 규정을 배제시키려는 의도가 있어야 한다. 따라서 이는 본질적으로 해석의 문제이다. 그 예로 *Neumeister* 사건에서 유럽인권재판소는 유럽협약 제5조 제5항에 규정된 불법 체포나 구금에 대한 배상의무는 제50조에 규정된 좀 더 일반적인 배상규정에 우선하지 않는다고 보았다. 재판소에 따르면 제5조 제5항에 특별법 원칙을 적용하였다면 조약의 목적과 대상에 이긋나는 결과를 가져올 것이기 때문이다.(E.C.H.R., Series A, No. 17(1974), p. 13, para. 29; *ibid.*, pp. 12-14, paras. 28-31.) 즉 제50조를 적용함에 있어서 특별규정을 고려하는 것으로 충분했다.(See also *Mavrommatis Palestine Concessions*, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, pp. 29-33; *Colleanu v. German State*, (1929), *Recueil des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. IX, p. 216; WTO, *Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, Panel Report, 31 May 1999, WT/DS34/R, paras. 9.87-9.95; *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)*, UNRIAA, vol. XXI, p. 53(1977), p. 100, para. 39.)

(5) 제55조는 예를 들어 원상회복을 배제하는 조약규정과 같이 부분적인 특정 포인트에 대한 특별규정의 형태 뿐만 아니라, 그 자체로 완비된 제도(self-contained

regime)라고 할 수 있는 것을 포함하는 형태의 특별법에도 적용되도록 규정된 것이다. 외교 및 영사특권의 남용에 대한 조치를 다룬 *Dipromatic and Consular Staff* 사건(I.C.J. Reports 1980, p. 3, p.40, para. 86. See commentary to article 50, para. (15), and see also B. Simma, "Self-Contained Regimes", Netherlands Yearbook of International Law, vol. 16(1985), p. 111.)에서의 ICJ와 마찬가지로, PCIJ도 Versailles 조약에서의 Kiel 운하의 통과규정에 관한 *S.S Wimbledon* 사건(1923, P.C.I.J., Series A, NO. 1, pp. 23-24)에서 그 자체로 완비된 제도에 관한 관념을 지적하였다.

(6) 제55조에 규정된 법원칙은 본 초안에 전체에 적용된다. 이 점은 제1,2,3부 각각의 내용을 반영하는 표현의 사용("國際違法行爲의 존재 조건이나 국가의 국제책임의 내용과 이행")에 의하여도 명백해진다.

제56조 이 조항들에 의하여 규율되지 않는 國家責任의 문제

이 조항들에 의하여 규율되지 않은 범위에서는 국제법의 적용가능한 원칙들이 國際違法行爲에 관한 국가책임상의 문제들을 계속하여 지배한다.

주석

(1) 이 조항은 국제법의 성문화 및 점진적인 발전을 통하여 國家責任에 관한 일반적 2차적 법원칙을 설명하고 있다. 그런 맥락에서 제56조는 두 가지 기능을 가지고 있다. 첫째, 그것은 본 초안의 대상이 아닌 문제들에 관하여는 國家責任에 관한 국제 관습법 원칙의 적용을 존중한다. 둘째, 國家責任의 문제에 관련되지는 않으나, 조약법이나 국제법의 다른 영역에서 유래하는 국제의무를 위반한 효과에 관한 여타의 원칙들을 존중한다. 이러한 기능들은 제55조에 규정된 특별법 우선 원칙을 보완한다. 제55조와 마찬가지로 이는 위법행위의 법적 효과에만 한정되지 아니하고, 국가책임제도 전반에 걸쳐 적용된다.

(2) 첫번째 기능과 관련하여 본 초안은 國際違法行爲에 관한 모든 결과를 서술하려는 것도 아니고, 國家責任에 관한 향후의 법발전을 배제하려는 의도도 없다. 예를 들면 위법행위에서부터는 어떠한 법적 권리도 나오지 않는다는 법언(*ex injuria jus non oritur*)에 표현된 법원칙은 책임 분야에 관하여 새로운 법적인 발전을 나올 수 있다. 이런 점에서 제56조는 "국제관습법의 제규칙은 이 협약의 제규정에 의하여 규율되지 아니하는 제문제를 계속 규율할 것"이라고 확인하고 있는 조약법에 관한 비엔나 협약 서문 내용을 반영한 것이다. 그러나 國家責任의 문제는 국제관습법에 의하여 규율될 뿐만 아니라 다른 조약들에 의하여도 규율된다. 따라서 제56조는 "국제법의 적용가능한 원칙들"이라고 규정하고 있다.

(3) 제56조에 의한 두 번째 기능은 國家責任의 법원칙들로부터 발생하지는 않지만 조약법이나 다른 법 영역에서 유래하는 국제의무 위반의 법적 효과는 본 초안

과 관련이 없다는 점을 명백히 하고 있다. 그 예로 무력의 불법적인 사용에 의해 야기되는 조약의 무효화, (Vienna Convention in the Law of Treaty 제52조) 사정변경이 책임을 추궁하는 국가의 국제의무 위반으로 야기된 경우에는 사정의 근본적 변경이라는 주장의 배제(상동 제62조 제2항 (b)호), 또는 양자조약을 실질적으로 위반한 경우 위반된 국제의무가 종료되는 것(상동 제 60조 제1항) 등을 들 수 있다.

제57조 국제기구의 책임

이 조항들은 국제기구 또는 국제기구의 행위에 관한 국가의 국제법상의 어떠한 책임문제도 해하지 아니한다.

주 석

(1) 제57조는 본 초안의 적용범위로부터 두 가지 관련문제를 보류시키는 안전조항이다. 이는 첫째 국제기구의 책임에 관한 문제와 둘째 국제기구의 행위에 대한 국가의 책임에 관한 문제이다.

(2) 다른 주제에 관하여 본 위원회가 준비한 규정에 따르면 “국제기구”라는 표현은 “국가간 기구”를 의미한다. 그러한 기구는 국제법상 별도의 법인격을 소유하고 있으며, 자신의 행위 즉, 자신의 기관이나 자신의 직원들에 의하여 실행된 행위에 대해 책임을 진다. 이와 반대로 수 많은 국가가 국제기구의 기관과는 별도로 자신의 기관을 통하여 함께 행동하는 경우, 문제의 행위는 제1부 제2장에 규정된 원칙에 따라 당해 국가의 행위로 된다. 이러한 경우 각국은 제47조가 규정하고 있는 바와 같이 자신의 행위에 대해 책임을 진다.

(3) 어느 국가가 자국 공무원을 다른 국가의 통제에 맡겨 다른 국가를 위하여 그 국가의 통제에 따라 행동하는 것 유사하게, 그러한 일은 국제기구와 국가간에도 발생할 수 있다. 전자의 상황에는 제6조가 적용된다. 후자의 상황에서 국가가 공무원을 국제기구로 파견하여 그들이 국제기구의 기관 또는 직원으로 행동한다면, 그들의 행위는 파견국이 아닌 국제기구로 귀속될 것이고, 본 초안의 적용범위를 벗어난다. 반대의 경우로 국제기구의 기관이 제6조의 의미와 같이 국가로 배속된 예는 실제 찾기 힘들고, 그러한 가능성을 위하여 규정을 명시할 필요도 없다.

(4) 제57조는 국제기구의 행위에 대한 국가의 책임문제, 즉 국제기구가 행위자에 해당하고 국가는 기구의 행위에 관여하였다거나 기구의 회원국이라는 이유로 인하여 책임져야 할 상황을 본 초안의 적용영역에서 배제시킨다. 이는 제1부 제4장에서 다루어지는 것과 유사한 國家責任의 문제와 관련되므로, 그러한 문제는 공식적으로는 본 협약의 적용범위 내에 포함된다고 볼 수 있다. 그러나 이는 국제기구의

기능과 회원국들과의 관계에 관한 어려운 문제를 제기하므로, 이 문제는 국제기구법의 맥락에서 다루어지는 편이 보다 좋다.

(5) 다른 한편 제57조는 국가의 자신의 행위 즉, 국제기구의 기관의 행위가 아니므로 제1부 제2장에 따라 국가에게 귀속되는 행위에 대한 어떠한 책임문제도 본 초안의 적용범위에서 제외시키지 않고 있다. 이러한 점에서 볼 때 제57조의 적용범위는 좁다. 제57조는 단지 국제기구의 행동이나 채무에 대한 회원국의 2차적인 책임으로 지적되는 경우에만 적용된다.

제58조 개인의 책임

이 조항들은 국가를 대표하여 행동하는 자의 국제법상 여하한 개인적 책임문제도 해하지 아니한다.

주석

(1) 제58조는 본 초안이 전체적으로 국가를 대신하여 행동하는 자의 국제법상 개인책임에 관한 어떤 문제도 언급하지 않는다는 점을 명백히 하고 있다. 이 조항은 본 초안이 단지 國家責任과 관련된 문제들에만 적용된다는 사실로부터 추론되는 결과를 분명히 하고 있다.

(2) 국가 공무원을 포함하는 개인이 국제법상 책임을 질 수 있다는 원칙은 제2차 대전의 결과 확립되었다. 이 원칙은 뉘른베르크 법원을 설치한 1945년 런던 헌장에 포함되었고, 국제연합 총회에서도 지지를 받았다. 이 원칙은 또한 두개의 특별 재판소와 국제형사재판소에 관한 로마규정을 포함하는 국제형사법 분야에서의 최근 발전의 토대가 되었다. 지금 까지 이러한 원칙은 형사책임에 관한 분야에서 기능하였지만, 개인의 민사책임에 관한 분야에서의 발전 역시 배제되고 있지 않다. 안전조항인 제58조는 그러한 가능성을 배제시키지 않고 있다. 따라서 “개인책임”이라는 일반적인 용어가 사용되었다.

(3) 국제법상의 범죄(crimes against international law)가 국가 공무원에 의해 범행되었다면 국가 스스로가 문제의 행위나 또는 이를 예방하고 처벌하지 못한데에 대한 책임을 지게 될 것이다. 경우에 따라서는 특히 침략행위(aggression)와 같은 경우, 개념 자체로도 국가가 관여될 것이다. 그렇다 하더라도 개인책임의 문제는 원칙적으로 國家責任의 문제와 구별된다. 국가가 국제위법행위를 실행한 국가공무원을 기소하고 처벌한다고 하여 국제위법행위에 대한 책임으로부터 면제되지 않는다. 국가공무원들 역시 국제법 원칙들에 반하는 자신들의 행위에 대한 책임의 면에서 국가 뒤에 숨을 수 없다. 전자의 원칙은 예를 들어 “개인 형사책임에 관련된 로마규정은 국제법상의 국가의 책임에 영향을 미치지 않는다”고 규정하고 있는 로마규정 제25조 제4항에 반영되어 있다. 후자는 예를 들어 공적인 지위는 국제법상의

개인의 형사책임으로부터 개인을 면제시켜 주지 않는다는 굳게 확립된 원칙에 잘 반영되어 있다.

(4) 제58조는 본 초안이 국가를 대신하여 행동한 자의 국제법상의 개인책임 문제에 관하여는 적용되지 않는다는 점을 명백히 하면서, 이러한 상황을 반영하고 있다. “개인 책임”이라는 용어는 로마 규정이나 다른 법률문서에 비추어 볼 때 수락된 의미를 지닌다. 이는 **Genocide**, 전쟁범죄 그리고 인도에 반하는 죄와 같은 행위에 대한 국제법상의 원칙에 따른 국가 공무원을 포함한 개인의 책임을 가리킨다.

제59조 국제연합 헌장

이 조항들은 국제연합 헌장을 해하지 아니한다.

주석

(1) 헌장 제103조에 따르면 “국제연합 회원국의 헌장상의 의무와 다른 국제협정상의 의무가 상충되는 경우에는 이 헌장상의 의무가 우선한다.” 제103조의 핵심은 헌장상의 의무와 일치되지 않는 조약상의 의무에 있다. 그런데 이러한 상충은 예를 들어 *Lockerbie* 사건에서처럼(I.C.J. Reports 1992, p. 3; I.C.J. Reports 1992, p. 114) 본 초안에서 다루어지는 문제에 영향을 미칠 수 있다. 보다 일반적으로 국제연합의 권한 있는 기관은 종종 국가의 국제의무의 위반에 따른 배상을 하라고 권고하거나 요구하였으며, 제103조는 그러한 경우에 역할을 한다.

(2) 따라서 제59조는 본 초안이 국제연합 헌장에 영향을 줄 수 없다는 점을 명시한 것이다. 본 초안은 모든 면에서 국제연합 헌장에 합치되게 해석되어야 한다.