creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

강행규범(*Jus Cogens*)의 관점에서 본 일괄타결협정의 효력과 국가면제

- 강제징용·위안부 문제에 대한 대응논리

2022년 2월

서울대학교 대학원

법학과 국제법 전공

신 우 정

강행규범(*Jus Cogens*)의 관점에서 본 일괄타결협정의 효력과 국가면제

- 강제징용 · 위안부 문제에 대한 대응논리

지도교수 이 근 관

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함
2021년 10월

서울대학교 대학원
법학과 국제법 전공
신 우 정

신우정의 박사 학위논문을 인준함
2022년 1월

위 원 장 _____ 이 재 민 _____

부위원장 _____ 원 유 민 _____

위 원 _____ 최 태 현 _____

위 원 _____ 이 성 덕 _____

위 원 _____ 이 근 관 _____

국문초록

이 논문은 강행규범의 시각에서 일괄타결협정의 효력과 국가면제 법리를 분석하고, 이를 강제징용・위안부 문제에 적용한 글이다.

강행규범은 1969년 만들어진 다자간 협약인 '조약법에 관한 비엔나 협약'에서 국제사회에서는 최초로 공식적으로 인정된 이래 지금까지 발전을 해왔다. 강행규범의 정의에 대해서는 몇몇 다른 견해들이 없지 않으나, 주류적으로는 '국제사회의 근본 가치'를 의미하는 '국제공서(國際公序)'를 법적으로 구체화시킨 규범으로서, 보편성, 이탈 불가성, 규범 우월성의 특성을 갖는 국제법상 최상위 규범으로 설명되고 있다.

한편, 일괄타결협정은 전후 처리 등과 관련하여 주권국가들 사이에 체결되어 온 조약의 한 유형인바, 해당 협정 아래 가해국은 피해국에 확정 금액을 지급하고, 피해국은 이 돈을 국내 입법을 통해 설립한 위원회 등을 통해 개인 피해자들에게 분배하며, 이로써 피해자들이 가해국 측을 상대로 갖는 모든 청구권을 법적으로 해결하는 방식의 협정을 의미한다.

마지막으로 국가면제는, 어떤 국가가 다른 국가의 재판권 행사 대상에서 면제된다는 의미를 갖는 개념이다. 일반적으로 주권평등 원칙에서 비롯된 국제법 규범으로 이해된다.

이 주제를 선택한 목적은 두 가지로 요약할 수 있다.

첫째, 2021년 상반기에 선고된 상반된 결론의 두 건의 위안부 판결 모두 국내법원 판결 역사에서 등장하지 않았던 강행규범 개념을 판결문에 언급한 상황에서, 필자가 이해한 강행규범 개념을 학자들 및 이에 관심을 갖는 일반인들과 공유함으로써 이 개념의 발전에 기여하는 것이다.

둘째, "1965년 청구권협정이 부제소(不提訴) 합의 유형의 일괄타결협

정으로서 이를 통해 모든 청구권의 재판상 행사가 금지된 상태이고, 위안부 사안에서는 국가면제가 인정되어야 한다"는 일본의 현재 주장과 관련하여, 우리가 취할 수 있는 국제법상 대응논리를 제시하는 것이다.

이 글은, 위와 같은 2가지 목적을 달성하기 위해 강행규범의 개념, 근거 등을 포함하여 강행규범 일반에 관해 주류적 시각에서 총설적인 설명을 시도하였고, 강행규범의 관점에서 일괄타결협정과 국가면제 법리를 설명하고 분석하였으며, 이러한 설명·분석 과정을 통해 일본의 위와 같은 주장에 대하여 우리나라가 취할 수 있는 대응논리를 제시하였다.

먼저 1965년 청구권협정과 관련한 일본의 주장에 대해서는, 다음과 같은 논리를 토대로 반박하였다.

① 강제징용·위안부 피해자들은 현재 강행규범으로 사실상 이론 없이 인정되고 있는 노예 금지 규범, 인도에 반하는 죄(Crimes Against Humanity) 금지 규범의 피해자들이다.

② 일본의 현재 주장에 의할 때, '모든 청구권'을 대상으로 하는 청구권협정은 위 두 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권에 대해서도 피해자들의 재판 청구를 못하도록 하는 내용을 포함한다고 해석된다.

③ 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지와 같이 국제사회 최소 구성단위인 개인의 인간 존엄성과 인권을 보호하는 내용의 '인권 중심 강행규범'의 경우, 그 효력 및 필요적 결과는 피해자 개인이 유일한 권리 주체로서 재판청구권을 포함한 회복청구권을 갖는 것을 핵심으로 한다.

④ 따라서 일본의 주장과 같이 양국이 강제징용·위안부 피해자들의 회복청구권을 그들의 동의도 없이 재판상 행사할 수 없게 한 부제소 합의를 하였다면, 그러한 합의는 두 강행규범의 위와 같은 효력 및 필요적 결과와 양립할 수 없어 두 강행규범과 '충돌'하는 합의로 봄이 타당하다.

⑤ 즉, 규범 간 충돌은 "각 규범의 효력 및 필요적 결과가 맞부딪쳐

양립할 수 없는 상태”로 정의할 수 있는바, 일본의 주장에 의할 때 청구권협정상 부제소 합의의 효력 및 필요적 결과는 ‘강제징용·위안부 피해자들의 재판청구권을 그들의 동의도 없이 행사할 수 없게 한 것’으로서, 두 강행규범의 효력 및 필요적 결과의 핵심인 ‘피해자들이 두 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권을 자신들의 자유로운 의사에 따라 처분·행사하는 것’과 양립할 수 없기에, 청구권협정상 부제소 합의와 두 강행규범 사이에는 충돌이 존재한다고 봄이 타당하다.

⑥ 이러한 강행규범과 국가 간 합의의 충돌 상황에 관하여 현재 관습국제법으로 인정되고 있는 법리는 “해당 국가 간 합의가 효력이 없다”는 것이므로, 청구권협정 중 적어도 위 부제소 합의 부분만큼은 현재로서는 효력을 상실한 것으로 봄이 타당하고, 그 연장선에서 강제징용·위안부 피해자들의 재판청구권 행사에 관한 국제법상 장애물이 적어도 현재로서는 제거된 상태로 봄이 타당하다.

다음으로 국가면제와 관련한 일본의 주장에 대해서는, 일본 주장의 핵심 근거인 2012년 국제사법재판소(ICJ)의 국가면제 판결(일명 ‘페리니 판결’) 다수의견에 대한 분석을 토대로, 일본의 주장이 받아들여질 수 없음을 다각도로 제시하였다.

그중에서도 “강행규범은 실체규범인 데 반하여 국가면제는 절차규범으로서 적용 영역이 다르므로, 두 규범 사이에는 충돌이 발생하지 않는다”는 다수의견의 핵심 논거에 관하여는, 다음과 같이 해당 논리의 문제점을 지적하였다.

① 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지 위반을 원인으로 한 위안부청구권과 같이, 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 피해자 개인의 회복청구권은 해당 강행규범의 효력 및 필요적 결과의 핵심에 해당하고, 피해자가 국내재판 절차를 포함하여 회복청구권을 실체적으로나 절차적

으로 자유롭게 행사하는 것을 구체적 내용으로 한다.

② 한편 국가면제 법리의 효력 및 필요적 결과에 따르면, 어떤 국가든 다른 국가를 대상으로 재판할 수 없는 것을 핵심으로 한다.

③ 위와 같은 각 효력 및 필요적 결과에 의하면, 인권 중심 강행규범의 효력 및 필요적 결과의 핵심인 '피해자의 회복청구권 행사가 국내재판 절차에서도 자유롭게 이루어지는 것'과 국가면제 법리의 효력 및 필요적 결과의 핵심인 '피해자가 가해자 외국을 상대로는 국내재판 절차를 진행할 수 없는 것'이 서로 양립할 수 없으므로, '충돌'이 존재한다고 봄이 타당하다.

④ 현재의 주류적 시각에 의할 때, 이러한 충돌 상황에서는 국제법상 최상위 규범인 강행규범의 규범 우월성 법리에 따라, 강행규범보다 하위 규범으로서 통상의 관습국제법에 해당하는 국가면제 법리는 충돌하는 범위 내에서는 법 규범성을 부여받을 수 없다.

⑤ 따라서, 국가면제 법리에 따라 일본이 갖는 국가면제를 향유할 권리나 우리나라 법원의 국가면제 존중 의무는, 위안부청구권의 재판상 행사와 관련하여서는 인정될 수 없다는 결론을 얻게 된다.

아울러 추가적 관점으로, 특히 "인권 중심 강행규범 위반 사안에서 국가면제를 적용하는 것은 이익 형량의 관점에서 문제가 있다"는 입장도 피력하였다. 즉, 위안부 사안과 같이 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 피해자들의 재판 청구에 대해, ① 국내법원은 본연의 의무인 재판청구권 실현 의무에 더하여 해당 인권 중심 강행규범 위반의 시정 차원에서 재판을 진행할 의무를 함께 부담하기에, 그 의무는 위 2가지 내용이 결합된 가중적 성격의 의무로서 국가면제 인정 의무보다 우선되어야 한다고 봄이 타당한 점, ② 사실상 유일한 피해 구제 수단이 국내법원의 재판절차를 통한 구제인 점 등을 종합할 때, 인권 중심 강행규범 위반

사안에서는 이익 형량의 관점에서도 국가면제가 부인됨이 옳다는 논리를 펼쳤다.

한편 이 글은 위와 같은 다수의견에 대한 비판 논리를 토대로 그와 동일한 관점에서 두 위안부 판결들에 대해서도 정리하고 분석하였다.

특히 그중 다수의견의 법리와 사실상 같은 입장을 취함으로써 일본의 국가면제를 인정한 서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결에 대해서는, 다수의견에 대한 위와 같은 비판 논리를 그대로 적용함과 아울러, 해당 판결의 핵심 논리들 중 하나인 “일본의 국가면제 인정은 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익 균형성을 충족한다”는 판단에 관해서도 덧붙여 분석하였다. 예를 들어, 해당 판결이 ‘법익 균형성’의 근거들 중 하나로 제시한 “관습국제법의 전부 또는 일부의 효력을 부정하는 권한이 법원에 있다고 단정하기 어렵다”는 판단에 대해서는, 새로운 관습국제법을 형성하고 기존의 관습국제법을 변경할 수 있는 국내법원의 권한과 역할에 관하여 보다 전향적으로 접근할 필요성이 있음을 주장하였다.

주요어 : 강행규범, 국제공서, 개인의 국제법 주체성, 조약의 무효, 일괄타결협정, 청구권협정, 강제징용, 위안부, 국가면제

학 번 : 2019-34723

[약어표]

ICTY	구(舊) 유고 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia)
ICJ	국제사법재판소(International Court of Justice)
ILC	UN 국제법위원회(International Law Commission)
SCSL	시에라리온 특별법원(Special Court for Sierra Leone)
STL	레바논 특별재판소(Special Tribunal for Lebanon)
ARSIWA	국가책임법 초안(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)
ICTR	르완다 국제형사재판소 (International Criminal Tribunal for Rwanda)
ICC	국제형사재판소(International Criminal Court)
UDHR	세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)
ICESCR	경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)
ICCPR	시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 (International Covenant on Civil and Political Rights)
PCIJ	상설국제사법재판소 (Permanent Court of International Justice)
UNCLOT	비엔나협약 회의 (UN Conference on the Law of Treaties)
IACHR	미주인권위원회 (Inter-American Commission of Human Rights)
IACtHR	미주인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)
ECtHR	유럽인권재판소(European Court of Human Rights)
ILR	The International Law Reports

목 차

제1장 서론(序論) ····· 1
제1절 목적과 배경 ····· 1
제2절 글의 전개방향 ····· 4

제2장 강행규범의 개념과 국제공서 ····· 7
제1절 개념 일반 ····· 7
제2절 강행규범 원천으로서의 국제공서 ····· 11
1. 개요 ····· 11
2. 사회와 공서 ····· 11
3. 강행규범과 관련한 역사적 발전과 공서 ····· 13
4. 비엔나협약 체결 과정에서 논의된 강행규범과 국제공서 ····· 17
5. 비엔나협약 제53조에서 알 수 있는 강행규범과 국제공서 ····· 22
가. 개요 ····· 22
나. '전체로서의 국제사회' ····· 24
다. '수락하고 인정하며, 이에 관한 이탈이 허용될 수 없으며, 같은 성질을 갖는 추후의 규범에 의하여만 변경이 가능한 일반 국제법의 절대규범' ····· 41
라. '조약은 그 체결 당시에 강행규범과 충돌하는 경우 무효' ····· 61
마. 제53조에서 알 수 있는 강행규범과 국제공서의 관계 ····· 62
6. 이론(異論)들의 소개 및 분석 ····· 63
가. 개요 ····· 63

나. 자연법에서 근거를 찾는 견해에 대한 검토 ····· 64
다. '이탈 불가성만 존재하면 된다'는 견해에 대한 검토 ····· 67
라. 신탁관계에서 근거를 찾는 견해에 대한 검토 ····· 71

제3장 강행규범의 확인 ····· 74
제1절 개요 ····· 74
제2절 관습국제법의 확인 - 법적 확신과 국가 관행 ·· 75
제3절 강행성의 확인 ····· 83
1. 수락·인정의 증명 ····· 83
2. 수락·인정의 보충 수단 ····· 85
3. 단계별 판단 주체로서 '국가들'과 '국제사회'의 관계 ··· 88
제4절 관습국제법성 부정 이론에 대한 소개·분석 ···· 90
1. 개요 ····· 90
2. 주장의 골자 ····· 91
3. (1)번 논거에 대한 비판 ····· 93
4. (2)번 논거에 대한 비판 ····· 96
5. 요약 및 평가 ····· 100
제5절 강행규범의 예 ····· 100
1. 개요 ····· 100
2. 강행규범성 검토 ····· 103
가. 노예 금지 ····· 103
나. 고문 금지 ····· 108
다. 인도에 반하는 죄 금지 ····· 111
라. 제노사이드 금지 ····· 115
마. 침략행위 또는 불법적 무력 사용 금지 ····· 119

제4장 강행규범과 일괄타결협정 ····· 126

제1절 개요 ····· **126**
제2절 인권 중심 강행규범의 주체 ····· **128**
1. 개인의 국제법 주체성 ····· 128
2. 인권 중심 강행규범의 주체 ····· 131
제3절 강행규범과 조약의 무효 ····· **138**
1. 개요 ····· 138
2. 비엔나협약 제53조의 무효 ····· 139
3. 비엔나협약 제64조의 무효 ····· 141
4. 비엔나협약 제53조, 제64조의 적용 ····· 145
5. 비엔나협약 제53조, 제64조가 당시 존재하던 관습국제법을 반영한 것인지 여부 ····· 148
제4절 인권 중심 강행규범과 비엔나협약 제53조, 제64조의 관점에서 본 일괄타결협정의 효력 ····· **149**
1. 개요 ····· 149
2. 일괄타결협정의 유형 ····· 150
3. 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권을 협정 대상에 포함하는 일괄타결협정의 효력 ····· 152
가. 비엔나협약 제53조, 제64조 법리의 적용 ····· 152
나. 국내법상 공서 규정을 통한 접근 ····· 166
다. 결어 ····· 167
제5절 청구권협정으로의 적용 ····· **168**
1. 개요 ····· 168
2. 징용청구권과 위안부청구권의 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권적 성질 ····· 169
3. 두 강행규범의 출현 시기 및 적용 ····· 173
제6절 관련 논점들에 대한 검토 ····· **179**
1. 개요 ····· 179
2. 피해자들의 사전 동의가 있는 일괄타결협정의 효력 ··· 180
3. 재판청구권 보호를 강행규범으로 보는 시각과

일괄타결협정 ····· 182
4. 일괄타결협정이 적용되는 청구권 범위에 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권은 제외한다는 해석의 가능성 ····· 183

제5장 강행규범과 국가면제 ····· 193
제1절 개요 ····· 193
제2절 국가면제 판결 ····· 196
1. 페리니의 손해배상 청구 ····· 196
2. 이탈리아 법원에서의 소송 경과 ····· 197
3. 독일의 이탈리아를 상대로 한 ICJ 제소 및 강행규범과 관련한 이탈리아의 주장 ····· 198
4. ICJ의 판단 ····· 199
제3절 관련 주장들에 대한 소개 및 검토 ····· 203
1. 개요 ····· 203
2. 다수의견과 결론을 같이 하는 입장 ····· 204
3. Cançado Trindade 재판관과 결론을 같이 하는 입장 · 208
4. 검토 ····· 210
가. 다수의견 등이 취한 핵심 논리에 대한 분석 ····· 210
나. 추가적 관점 ····· 226
다. Cançado Trindade 재판관과 결론이 같은 나머지 주장들 ····· 239
제4절 두 위안부 판결에 대한 소개 및 분석 ····· 245
1. 개요 ····· 245
2. 2016가합505092 판결의 법리 및 분석 ····· 246
가. 법리 ····· 246
나. 분석 ····· 249
3. 2016가합580239 판결의 법리 및 분석 ····· 253
가. 법리 ····· 253

나. 분석 ····· 256
제5절 일본의 국가면제 주장에 대한 대응논리 ····· 265
1. 충돌의 관점 ····· 266
2. 주권행위가 아니라는 관점 ····· 267
3. 이익 형량의 관점 ····· 267
4. 관습국제법 부존재 관련 ····· 268

제6장 결론(結論) ····· 269

참고문헌 ····· 272
Abstract ····· 305

제1장 서론(序論)

제1절 목적과 배경

현재 강행규범[1]에 관한 주류적 정의는, 단일한 국제공동체라는 의미를 갖는 집합적 개념인 국제사회[2]의 존재를 전제로, 국제사회 존립에 필수적인 근본 가치(fundamental values)를 의미하는 국제공서(國際公序, international public order[3])를 법적으로 구체화시킨 규범으로서, 국제사회 구성원 모두에 보편적으로 적용되고, 개개 구성원들의 의사만으로 이탈할 수 없으며, 다른 어떤 국제법 규범들보다도 우위에 있는 규범을 의미한다.[4] 즉, 근본성・이탈 불가성・보편성・규범 우월성을 갖는 국제법

---

1) '강행규범'이라는 표현은 라틴어 '*jus cogens*'의 한글 번역어들 중 하나로 '국제법상 강행규범', '일반 국제법의 절대규범'으로 표현하기도 한다. 이 논문에서는 '강행규범'으로 표시한다. 한편 강행규범은 영어로는 'peremptory norm of general international law'로 표기하는 것이 일반적이나, 간혹 'peremptory' 대신 'imperative', 'compelling'이 쓰일 때도 있으며, '*jus cogens*' 대신 '*ius cogens*'로 기재하는 경우도 발견된다 [Robert Kolb, *Peremptory International Law-Jus Cogens, A General Inventory* (Bloomsbury, 2017), p.1].

2) 단순한 국가들의 조합이 아닌 '국가, 개인을 모두 구성원으로 하는 단일한 국제 공동체'를 지칭하는 개념을 의미한다. 이러한 국제사회의 개념 및 강행규범과의 관계에 관해서는 제2장 제2절에서 보다 자세히 다룬다.

3) 'international public policy' 또는 '*ordre international public*'으로도 표현된다. 세 용어 모두 같은 의미로 사용되고 있다[Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, 2006), pp.11-12 참조].

4) Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community* (Alphen aan den Rijn: Sijthoff and Noordhoff, 1980), p.19; Antonio Cassese, *International Law* (2nd ed) (Oxford University Press, 2005), p.199; Theodor Meron, "International Law in the Age of Human Rights," *Recueil des Cours*, Vol. 301 (2003), p.421; Darcie L. Christopher, "*Jus Cogens*, Reparation Agreements and Holocaust Slave Labor Litigation," *Law and Policy in International Business*, Vol. 31 (2000), pp.1,233-1,234; Dean Adams, "The Prohibition of Widespread Rape as a *Jus Cogens*," *San Diego International Law Journal*, Vol. 6 (2005), p.359; Humphrey

상 최상위 규범을 일컫는다.

한편 일괄타결협정(lump-sum agreement)은 용어 자체에서 알 수 있듯이 국가 간 합의를 통해 각 국민의 재산, 권리, 청구권을 일괄하여 해결하는 조약의 한 유형이다. 이에 관한 한 법률 문헌의 정의를 빌리자면, "해당 협정 아래 가해국은 피해국에 확정 금액을 지급하고, 피해국은 이 돈을 국내 입법을 통해 설립한 위원회 등을 통해 개인 피해자들에게

Waldock, "Second Report on the Law of Treaties," Yearbook of International Law Commission(이하 'YbILC'라 한다), Vol. II (1963), p.53, para. 6; David F. Klein, "A Theory for the Application of the Customary International Law of Human Rights by Domestic Courts," *Yale Journal of International Law*, Vol. 13 (1988), pp.350-351; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7th ed) (Oxford University Press, 2008), pp.510-512; Thomas Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract* (Cambridge University Press, 2015), pp.3-12, 22; Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, pp.10-35, 67; Merlin M. Magallona, "The Concept of *Jus Cogens* in the Vienna Convention on the Law of Treaties," in Scott Davidson (ed.), *The Law of Treaties* (Ashgate, 2004), p.495; Mark Weston Janis, *An Introduction to International Law* (4th ed) (Aspen, New York, 2003), pp.62-63; Rafael Nieto-Navia, "International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law," in Lal Chand Vorah et al. (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays in Honour of Antonio Cassese* (The Hague/London/Kluwer Law International, 2003), pp.617-618; Andrea Bianchi, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*," *The European Journal of International Law*, Vol. 19(3) (2008), pp.491-495; Andreas L. Paulus, "*Jus Cogens* in a Time of Hegemony and Fragmentation," *Nordic Journal of International Law*, Vol. 74(3) (2005), pp.297-303 등 참조. 한편 학자들 중에는 public order 대신 'proper functioning of the legal system'이라는 용어나[Eric Suy, "The Concept of *Jus Cogens* in Public International Law," in Lagonissi Conference, Carnegie Endowment for International Peace (eds.), *The Concept of Jus Cogens in Public International Law: Papers and Proceedings* (Geneva, 1967), p.18], 'ethos', 'legal order'[William E. Conklin, "The Peremptory Norms of the International Community," *The European Journal of International Law*, Vol. 23(3) (2012), pp.859-861], 'state community interests'[E. M. Kornicker Uhlmann, "State Community Interests, *Jus Cogens* and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms," *Georgetown International Environment Law Review*, Vol. 28 (1998), pp.102-106], 'fundamental values of the international community'[Christian Tomuschat, "The Security Council and *jus cogens*," in E. Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens* (Sapienza Universitá Editrice, 2015), p.8]를 사용하는 경우도 발견된다.

분배하며, 이로써 피해자들이 가해국 측을 상대로 갖는 청구권을 법적으로 해결하는 방식의 협정"을 의미한다.[5]

마지막으로 국가면제(State Immunity)란, 어느 국가가 다른 국가의 법원에서 재판권의 행사 대상이 될 수 없다는 국제법 법리를 의미한다.[6] 예를 들어 일본 정부가 우리나라 법정에서 민사 소송의 피고가 될 수 없다는 법리를 뜻한다.

이 논문은 위와 같은 의미를 갖는 세 가지 개념에 관하여 분석・정리하고, 이를 1965년 우리나라와 일본 사이에 체결된 "대한민국과 일본 국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정(이하 '청구권협정'이라 한다)" 및 강제징용・위안부 사안에 적용한 글이다.

보다 구체적으로는, (1) 강행규범을 앞서 본 주류적 시각과 같이 국제공서를 토대로 소개・설명하고, (2) 강행규범의 관점에서 일괄타결협정의 효력과 국가면제 법리를 분석하며, (3) 이를 청구권협정 및 2018년 대법원에서 선고된 강제징용 관련 전원합의체 판결[7], 2021년 상반기에 서울중앙지방법원에서 선고된 상반된 결론의 두 위안부 판결[8] 등에 적용함으로써, "청구권협정은 부제소(不提訴) 합의 유형의 일괄타결협정으로서 이 협정을 통해 모든 청구권의 재판상 행사는 금지되었고, 일본 정부

---

5) Richard B. Lillich and Burns H. Weston, "Lump sum agreements: Their continuing contribution to the law of international claims," *The American Journal of International Law,* Vol. 82 (1988), p.69.

6) 이와 관련, 최태현, "국제법 위반행위에 대한 국가면제의 제한," 국제법학회논총, 제51권 2호 (2006), pp.11-12 참조. 최 교수는 국가면제를 "어떤 법정지국에서 외국을 상대로 한 소송이 제기된 경우, 그 외국이 국제법 규범에 따라 법정지국 국내법원의 민사, 형사 또는 행정재판권 행사로부터 면제되며 법정지국의 국내법에 따른 책임을 추궁당하지 않는다는 일반적인 원칙"으로 정의한다.

7) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결.

8) 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결(확정), 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결(항소). 주지하다시피 2021. 1. 8. 선고된 판결은 일본의 국가면제를 인정하지 않았으나, 2021. 4. 21. 선고된 판결은 일본의 국가면제를 인정하였다. 두 판결에 관해서는 제5장 제4절에서 자세히 다룰 것이다.

를 피고로 한 위안부 소송에서는 국가면제 법리가 적용되어야 한다"는 일본의 현재 주장에 대하여, 우리나라가 취할 수 있는 국제법상 대응논리를 제시하는 것을 논문의 뼈대로 삼았다.

이 글을 쓴 목적과 배경은 2가지로 요약할 수 있다.

첫째, 앞서 언급한 두 위안부 판결 모두 우리나라 법원에서 그동안 언급되거나 소개되지 않았던 강행규범 개념을 판결문에 명시한 상황에서, 강행규범 개념을 주류적 시각인 국제공서의 관점에서 설명함으로써 필자가 이해한 강행규범 개념을 이에 관심을 갖는 학자들 및 일반인들에게 소개하고, 이 분야의 발전에 기여하는 것이다.

둘째, 강제징용[9], 위안부를 둘러싼 한일 양국의 입장이 여전히 첨예하게 대립하고 있는 가운데, 일본의 위와 같은 현재 주장에 대하여 우리나라가 취할 수 있는 국제법상 대응논리를 강행규범의 관점에서 구체적이고 다양한 각도에서 제시함으로써, 외교적 해결이 지난(至難)해 보이는 강제징용・위안부 문제에 대해 우리가 승리할 수 있는 사법적 해결의 가능성을 밝히고, 이를 공유하는 것이다.

제2절 글의 전개방향

위와 같은 목적과 배경에서 비롯된 이 글은, 구체적으로 다음과 같

9) 강제동원이라는 표현도 사용되나, 이 논문에서는 강제징용으로 표현한다. 이와 관련, 강제동원만 맞고 강제징용은 틀리다는 주장[김창록, "한일 청구권협정에 의하여 해결된 권리 - 일제 '강제동원' 피해 관련 대법원 판결을 소재로", 법학논고 제49집 (2015), p.809]에 동의하기 어렵다. 이 입장은, '징용'은 1939년 일제 국민징용령을 토대로 이를 적법으로 전제한 표현이고, '동원'은 국민징용령의 규범적 효력을 부정하고 이를 불법으로 전제한 표현이기에 강제동원만이 맞는 표현이라고 주장하나, 일제 강점기 시대 이루어진 모든 징용은 그 명칭, 제정 경위를 불문하고 불법이기에, 징용이라는 표현을 쓴다고 하여 적법의 의미를 가질 수는 없다고 봄이 타당하기 때문이다.

이 구성하였다.

먼저 제2장에서는 '강행규범의 개념과 국제공서'라는 제목으로 강행규범 개념 일반(제1절), 강행규범 원천으로서의 국제공서(제2절)에 관하여 설명하였다.

다음으로 제3장에서는 '강행규범의 확인'이라는 제목 아래, ILC가 학계, 실무를 반영하여 제시한 강행규범의 확인 방식을 토대로 어떻게 강행규범이 성립하고 그 존재를 확인할 수 있는지에 관하여 설명하였고, 현재 강행규범으로 인정받고 있는 규범들 중 대표적인 5개 규범들인 노예 금지, 고문 금지, 인도에 반하는 죄 금지, 제노사이드 금지, 침략행위 또는 불법적 무력 사용 금지에 대하여 위 방법론을 토대로 각 강행규범성을 구체적으로 논증하였다.

다음으로 제4장에서는 '강행규범과 일괄타결협정'이라는 제목 아래, 전제 법리로서 강행규범 유형 중 국제사회 최소 구성단위인 개인의 인간존엄성과 인권을 보호하는 내용을 갖는 강행규범의 경우 그 주체가 누구인지에 관한 문제(제2절)와 강행규범과 충돌하는 조약의 무효(제3절)를 다루었고, 위와 같은 전제 법리들을 토대로 강행규범과 충돌하는 일괄타결협정의 효력 문제를 다각도로 정리·분석한 후 청구권협정에 적용하였다(제4절, 제5절). 그리고 제6절에서는 피해자들의 사전 동의가 있는 일괄타결협정의 효력 문제를 포함하여 상정 가능한 관련 논점들을 제시하고 분석하였다.

마지막으로 제5장에서는 '강행규범과 국가면제'라는 제목으로, 국가면제 법리와 관련하여 가장 많이 언급되는 이 분야의 대표 판결인 2012년 ICJ 국가면제 판결('페리니 판결'로도 불리는바, 이 논문에서는 '국가면제 판결'이라 한다)[10]의 사안과 판결 내용을 정리·설명하고(제2절),

---

10) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening),*

해당 판결에서 나온 다수의견, 반대의견이나 그와 관련한 여러 입장들을 소개하고 분석하는 방법을 통해 다수의견의 문제점을 비판적 관점에서 검토하였다(제3절). 나아가 그와 같은 검토를 토대로 두 위안부 판결을 정리하고 분석한 후(제4절), 일본의 국가면제 주장에 대한 대응논리를 요약하여 제시하였다(제5절).

ICJ Judgment (2012). 제2차 세계대전 당시 나치가 광범위하게 자행한 노예노동의 피해자들 중 1명인 이탈리아인 페리니(Ferrini)가 1998년 이탈리아 법원에 독일 정부를 상대로 손해배상을 청구한 데 대하여 이탈리아 법원이 독일의 국가면제를 인정하지 않고 배상책임을 인정하자, 독일이 이탈리아를 상대로 국가면제 법리 위반을 이유로 ICJ에 제소한 사안에 관한 판결이다.

제2장 강행규범의 개념과 국제공서[11]

제1절 개념 일반

서론에서 정리한 바와 같이, 현재 강행규범에 관한 주류적 정의는 "국제사회의 근본 가치를 의미하는 국제공서를 법적으로 구체화시킨, 이탈 불가성·규범 우월성·보편성을 갖는 국제법상 최상위 규범"이다.[12]

강행규범을 위와 같이 이해하는 것은, 이를 반대하는 대표적 학자이

---

11) 이 장은 필자의 석사논문인 "1965년 청구권협정과 강제징용 피해자의 개인적 청구권, 석사학위 논문, 서울대학교 (2018)"과 2019년 서울국제법연구에 게재한 "강행규범의 시각에서 본 강제징용 청구권의 소권(訴權) 소멸 여부 (서울국제법연구, 제26권 1호, 2019)" 및 2020년 대한국제법학회에 게재한 "강행규범과 일괄타결협정의 관점에서 본 청구권협정의 효력 (국제법학회논총, 제65권 1호, 2020)" 논문을 참고하여 관련 참고문헌들이나 내용을 추가·수정·보충한 내용이다.

12) 한편 아예 국제법상 강행규범의 존재를 부정하거나 그 효용성이나 적용 가능성에 회의적인 시각을 갖는 학자들도 존재한다. 골자는, 어떤 중앙 기관도 없이 국가주권이 지배하는 국가들 사이의 평등 관계를 핵심으로 하는 국제관계에서 강행규범과 같은 개념은 실제 현실과 유리된 유럽 편향의 이상향적 개념에 불과하고, 강대국들에 의하여 악용될 소지가 있다는 취지이다[예를 들어, Martti Koskenniemi, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal," *The European Journal of International Law,* Vol. 16 (2005), pp.113-125]. 나아가 "국제법은 법이라 볼 수 없고, 국가들이 각 이해관계에 따라 따를지 말지를 결정하는 특별한 종류의 정치이다"라고 보는 현실주의자(realist)들의 입장[예를 들어, J. L. Goldsmith and E. A. Posner, *The Limits of International Law* (Oxford University Press, 2005), p.3]에서도 강행규범 개념은 부정될 수밖에 없다. 물론 경청할 만한 부분들이 없지 않으나 이 논문에서 위 입장들을 더 이상 다루지는 않는다. 주로 과거 또는 소수 학자들의 입장일 뿐만 아니라, 뒤에서 살펴보는 바와 같이 강행규범의 존재는 현재 모든 국제재판소들이나 절대 다수 학자들이 긍정하고 있는 점 등에서 위 입장들을 다룰 현실적 필요성이 높다고 볼 수 없기 때문이다. 한편, 위 입장들에 대한 상세한 소개·비판으로는, Robert Kolb, *supra* note 1, pp.15-29; Alfred von Verdross, "*Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law," *The American Journal of International Law,* Vol. 60 (1966), pp.56, 60-61; Dan Dubois, "The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?," *Nordic Journal of International Law,* Vol. 78(2) (2009), pp.167-174 참조.

자 강행규범 전문가로 알려져 있는 Robert Kolb 교수조차 “This is the absolutely predominant theory today”라고 인정할 만큼[13] 현재 강행규범에 관한 일반적·통설적 정의로 파악할 수 있다. 이와 관련, ICJ도 강행규범의 이탈 불가성과 보편성을 채택하고 있고,[14] ICTY를 비롯한 다른 국제재판소들도 수차례 마찬가지 법리를 명시하였으며,[15] 여러 국내법원들도 같은 입장을 취하고 있다.[16]

주목할 것은, ICJ와 더불어 국제법의 해석·적용과 관련하여 가장 큰 권위를 인정받고 있는 ILC가 2019년 강행규범에 관하여 총 23개 조항 및 부록으로 구성된 “Draft conclusions on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) (이하 ‘Draft Conclusion’이라 한다)”을 1회독 단계에서 채택하고, 그에 대한 의견 회신을 각국에 요청한 상태인데,[17] Draft Conclusion 또한 마찬가지 입장을 취하고 있다는 점이다. 즉, 제2조에서 강행규범이 이탈 불가성을 갖는 규범임을 명시하고,[18] 제3조에서 강행규범을 “국제사회의 근본 가치를 반영하고 보호하

---

13) Robert Kolb, *supra* note 1, p.32.

14) 예를 들어, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 95; *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), ICJ Judgment* (2012), para. 99 참조. 한편 ICJ가 다수의견 형태로 강행규범의 규범 우월성을 명시한 사례는 아직까지 없는 것으로 파악되나, 국가면제 판결에서 이를 간접적으로 인정하였다고 보는 학자로는, Ulf Linderfalk, *Understanding Jus Cogens in International Law and International Legal Discourse* (Edward Elgar, 2020), at section 1.3.1. 참조.

15) 예를 들어, *Prosecutor v. Kupreškić, IT-95-16-T* (2000), para. 520; *Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T* (1998), para. 153; *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, CFI Judgment* (2005), *Case T-315/01*, para. 226; *Prosecutor v. Gbao, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone, SCSL-04-15-PT-141* (2004), para. 9.

16) Robert Kolb, *supra* note 1, p.33(n.4) 참조.

17) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.141-208 (Chapter V) 참조.

는 규범으로서, 다른 국제규범들보다 우위에 있고, 보편성을 갖는다"고 정의함으로써,[19] 강행규범의 근본성, 이탈 불가성, 규범 우월성, 보편성을 확인하였다.[20]

한편, 위와 같은 특성을 갖는 강행규범 개념을 1969년 국제사회에서 공식적으로는 최초로 확인한 "조약법에 관한 비엔나협약(The Vienna Convention on the Law of Treaties[21], 이하 '비엔나협약'이라 한다)"은 조약이 강행규범과 충돌하는 경우에 무효라고 규정하는바, 해당 규정인 제53조는 아래와 같고, 이 법리는 Draft Conclusion에서도 그대로 확인되고 있다.[22]

---

18) Draft Conclusion 2 ('a norm from which no derogation is permitted').

19) (Draft Conclusion 3)

Peremptory norms of general international law (*jus cogens*) reflect and protect fundamental values of the international community, are hierarchically superior to other rules of international law and are universally applicable.

ILC는 제3조에서 국제공서라는 표현을 사용하지 않고 'fundamental values of the international community'라는 표현을 사용하고 있으나, 이에 관한 주석에서는 'moral value oriented public order(Alain Pellet)', 'overriding interests and values of the community itself(Hannikainen)' 등을 포함하여 학계의 여러 표현들을 소개하면서, 각 표현들이 상호 배타적인 것이 아니라 호환 가능한 표현들이라고 설명하고 있다[ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.153, para. 7]. 이는 앞서 각주 4)에서 정리한 바와 같은 맥락이다. 즉, 공서(public order)는 서론에서 정리한 바와 같이 '사회 유지를 위해 필요한 최소한(indispensable minimum)'으로서, 결국 '사회의 근본가치(fundamental values)'를 의미하기에, 위 모든 표현들은 상호 호환이 가능하고, ILC의 태도도 마찬가지로 해석할 수 있다. 이는 국제공서와 강행규범을 연결시키는 입장에 대해 앞서 본문에 기재한 바와 같이 "This is the absolutely predominant theory today"라고 평가한 Robert Kolb 교수의 설명(Robert Kolb, *supra* note 1, p.32)을 ILC가 자신 입장의 유력한 근거로 활용하고 있는 데에서도 알 수 있는 부분이다[ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.152-153, para. 6 참조].

20) 이러한 Draft Conclusion의 태도는 강행규범에 관한 ILC의 종래 입장이기도 하다. 대표적으로는, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law—Report of the Study Group of the International Law Commission*, UN Doc. A/CN.4/L.682 (April 13 2006) (finalized by Martti Koskenniemi), paras 361-367 참조.

21) 1969년에 만들어졌고, 현재 우리나라, 일본을 포함하여 116개국이 가입한 다자간 국제조약이다.

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character[조약은 그 체결 당시에 일반 국제법의 절대규범과 충돌하는 경우에 무효이다. 이 협약의 목적상 일반 국제법의 절대규범은, 그 이탈이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정하는 규범이다].[23]

종합하면, 근본성, 보편성, 이탈 불가성, 규범 우월성의 특질을 갖는 최상위 국제규범인 강행규범은 현재 단순히 국제법 학자들만 논의하는 이론적 개념에 그치는 것이 아니라, 비엔나협약에서 그 개념 및 효과로서의 무효 법리를 국제사회에서 공식적으로는 최초로 확인한 이래, ICJ를 비롯한 여러 국제재판소나 Draft Conclusion 등에서 실제로 채용하고 있는 실정 국제법 개념이자 재판규범으로 기능하고 있다.[24]

---

22) 뒤에 자세히 설명하겠지만, 비엔나협약 제53조에서 규정한 강행규범의 정의나 그에 위반한 조약의 무효 법리는 현재 관습국제법으로 받아들여지고 있다. 한편, 비엔나협약 제53조와 관련한 Draft Conclusion의 입장에 관해서도 뒤에 나올 관련 부분들에서 보다 자세히 설명한다.

23) 정인섭, 에센스 국제조약집 (개정 2판) (박영사, 2015), p.52. 위 국문 해석은 우리나라의 공식 번역문이다. 그리고 위 한글 표현 중 '일반 국제법의 절대규범'은 공식 번역문 제53조 제목에 '일반 국제법의 절대규범(강행규범)과 충돌하는 조약'이라고 기재된 것에서 알 수 있듯이, '강행규범'과 동일한 의미로 사용되었음을 알 수 있다.

24) 같은 취지의 설명으로는, Kirsten Schmalenbach, "Article 53. Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law," in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties : A*

제2절 강행규범 원천으로서의 국제공서

1. 개요

위와 같은 개념을 갖는 강행규범은 과연 어디에서 비롯된 것인가? 즉, 비엔나협약에서 공식적으로 최초로 명시한 이 법적 개념의 원천은 무엇인가?

이 절에서는, 먼저 어떤 사회이든 존재할 수밖에 없는 공서의 개념을 간단히 살펴보고, 로마법에서 기원을 찾을 수 있는 강행규범의 뿌리를 공서의 관점에서 살펴본 후, 비엔나협약의 체결 과정에서 논의된 강행규범의 근거에 관한 설명들과 비엔나협약 제53조에 명시된 강행규범의 정의인 '전체로서의 국제사회가 수락하고 인정하는 규범으로서 그에 관한 이탈이 허용되지 않는 규범'의 의미 분석을 통해, 강행규범이 앞서 본 주류적 정의와 같이 국제사회의 근본 가치, 즉 국제공서의 준수와 보호 목적에서 생성된 규범임을 밝혔다. 한편 그와 아울러 위 주류적 입장에 관한 몇몇 다른 견해들을 소개·정리하고 비판적 관점에서 분석하였다.

2. 사회와 공서

무릇 '사회'는 사전적 개념 자체로 '구성원들의 존재'를 필수 성립 요건으로 하지만, 개개 구성원들의 단순한 물적 합계가 아니라 구성원들 사이에 소통, 소속감·유대감, 공유하는 공통의 가치가 있을 때 비로소

---

commentary (Springer, 2012), para 1.

성립한다.[25] 예를 들어, 사람 100명이 서울역 광장에 기차를 타기 위해 모여 있다고 할 때 우리는 이들을 '기차를 타기 위하여 모인 100명의 사람들'이라고 지칭할 뿐 '기차를 타기 위한 사회'라고 말하지는 않는다. 단순히 기차를 타기 위해 모여 있을 뿐 100명을 한 데 아우르는 소속감·유대감이 있을 수 없기 때문이다.

그리고 위와 같이 모든 사회는 그 연장선에서 '공통의 지향점'을 필요로 한다. 사회는 구성원들 사이의 내적 교류가 필수적으로 예정되어 있는 만큼 그로 인한 갈등과 반목을 해결하고, 사회가 추구하고자 하는 가치를 달성하기 위한 목표가 요구되는 것이다. 우리는 바로 이러한 필수적 지향점을 '공서' 즉, public order로 부른다.[26]

이때 공서의 구체적 내용이나 정도는 해당 사회가 어떤 모습을 띠고 무엇을 지향하는가에 따라 달라진다. 예를 들어 자유민주주의 사회와 같이 개개 구성원들의 자유와 의사결정권이 보장되는 사회일수록, 해당 구성원들에게 요구되는 공서의 수준과 내용은 최소화하는 경향을 보이게 될 것이다. 반면 전체주의 사회와 같이 개개 구성원들의 자유와 의사결정권이 보장되지 않는 사회일수록, 요구되는 공서의 수준과 내용은 최대화하는 경향을 보이게 될 것이다.

다만, 우리가 여기서 알 수 있는 공서의 공통적인 개념 속성은, 어떤 형태의 사회이든 이를 통해 구성원들의 자유와 의사결정권을 제한할 수

---

25) 이와 관련, "사회는 공통성, 유대, 가치 공유를 요소로 한다. 일반적으로 사회는 공통의 동기나 사업을 위해 함께 결속한 개인들의 집합을 의미하나, 법적으로 사회는 개인들이 공통의 가치와 원칙, 규범, 목표 및 유대감을 가지고 결속하는 곳을 의미한다"는 설명으로는, George Pavlakos, "International Community," in Peter Cane and Joanne Conaghan (eds.), *The New Oxford Companion to Law* (Oxford University Press, 2008), p.178. 한편, 위 우리말 번역은 필자가 한 것이다. 이 글에서 앞으로 등장하는 한글 번역의 경우 특별한 표시가 없는 한 필자의 번역임을 밝힌다.

26) 이와 관련, Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.12 ('public order is indispensable to every legal system') 참조.

있는 기능을 한다는 점이다.[27] 즉, 공서는 사회 유지라는 공적 가치를 위해 구성원들의 사적 자치를 제한하는 것을 개념적 본질로 한다고 규정할 수 있다.[28]

3. 강행규범과 관련한 역사적 발전과 공서

강행규범의 역사는 로마법 시대로 거슬러 올라간다. 로마법에서는 공적 관계를 규율하는 *jus publicum(jus strictum)*과 사적 관계를 규율하는 *jus dispositivum*을 구별하였는데, 그중 *jus publicum*의 경우 사인의 합의에 의하여 변경할 수 없다는 법률 개념을 가지고 있었고, 이러한 성질을 갖는 *jus publicum*이 강행규범의 원형으로 설명되고 있다.[29]

이러한 로마법의 태도는 이미 그리스 시대부터 시작된 자연법 이론에서 근원을 찾을 수 있다.[30] 예를 들어 아리스토텔레스는 인간의 법과 자연법(natural law)을 구분하고, 인간에 의하여 만들어진 법과 달리 자연법을 보편적이고 일반적인 특성을 갖는 법으로 보았는데,[31] 이러한 아

---

27) Gordon A. Christenson, "*Jus Cogens*: Guarding Interests Fundamental to International Society," *Virginia Journal of International Law,* Vol. 28 (1987-1988) pp.633-634. 이와 관련, "공서는 사회 전체에 공통되는 필수적 가치와 이해를 나타내기 때문에 그 중요성으로 말미암아 해당 구성원들의 이탈이 허용될 수 없다"는 설명으로는, Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.121-122.

28) 이와 관련, "국가들을 구성원으로 하는 사회이든 개인들을 구성원으로 하는 사회이든 상관없이 구성원들의 계약 자유를 무제한으로 허용하는 사회를 상정하기는 어렵다. 모든 사회는 구성원들의 사적 자치로도 변경하거나 무시할 수 없는 법과 도덕 원칙을 가지고 있다"는 설명으로는, YbILC, Vol. I, part. 1 (1966), p.39, para. 31.

29) 이와 관련, 이성덕, "국제 강행규범과 대세적 효력 원칙 개념의 비교," 중앙법학 제13집 3호 (2011), p.381; David F. Klein, *supra* note 4, pp.350-353; Evan J. Criddle and Evan Fox-Decent, "A Fiduciary Theory of *Jus Cogens*," *Yale Journal of International Law,* Vol. 34 (2009), p.334; Robert Kolb, *supra* note 1, p.55; Gordon A. Christenson, *supra* note 27, p.632(n.190) 참조.

30) Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.111.

31) Herbert Felix Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (Cambridge University Press, 1939), p.103 ('Aristotle, speaking of law in general,

리스토텔레스의 입장은 Cicero에 의하여 전수되어 로마법의 기본 바탕이 되었으며, Cicero는 "자연법은 인간의 법보다 우위에 있고, 자연법에 반하는 인간의 법은 효력을 가질 수 없다"고 보았다.[32]

Hugo Grotius나 Emer de Vattel, Christian Wolff 등 17-8세기의 전통 국제법 학자들은 위와 같은 로마법상 구별을 존중하면서 일반 조약이나 관습국제법과 달리 이탈이 허용될 수 없는 규범이 존재한다고 보았고, 그 근거를 국가들의 양심이나 양심의 법(Laws of Conscience) 등에서 찾았다.[33] 특히 이와 관련한 Vattel의 주장은 강행규범이라는 표현만 쓰지 않았을 뿐 앞서 본 비엔나협약 제53조의 표현 방식과 유사하여 주목할 만하다. 그는 국제법에는 필요규범(necessary law of nations, *droit des gens nécessaire*)과 임의규범(voluntary law of nations, *droit des gens volontaire*)이 있다고 하면서, 그중 필요규범과 관련하여서는 "의무 준수가 절대적으로 필요하기 때문에 국가들은 이를 자신들의 합의에 의하여 바꿀 수 없고, 그 의무에서 벗어날 수도 없다"고 주장하였다.[34]

위와 같은 국제법 학자들의 논의는 19세기에도 계속되는데, 예를 들

---

had divided it into two parts, that which was natural and that which was man-made, and he asserted that natural law was the same everywhere and had equal validity everywhere; as well as being natural it was common').

32) *Ibid.* 강행규범의 뿌리에 자연법이 어느 정도 연관되어 있음을 알 수 있는 대목이고, 이는 강행규범을 '자연법이 실정법에 투영된 것'이라고 보는 입장과도 맥을 같이하는바(예를 들어, Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.121-123), 이 부분에 관하여는 뒤에 나올 '제2장 제2절 6. 나. 자연법에서 근거를 찾는 견해에 대한 검토' 부분에서 보다 자세히 다룬다.

33) Evan J. Criddle and Evan Fox-Decent, *supra* note 29, p.334.

34) Emer de Vattel, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (Indianapolis, IN: Liberty Fund, Béla Kapossy & Richard Whatmore (eds.), 2008[1797]), §9; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.118; Gordon A. Christenson, *supra* note 27, p.603(n.56). 참고로 Gordon Christenson 교수는 Vattel의 필요규범 개념을 강행규범 법리의 기원으로 평가하고 있다[Gordon A. Christenson, *supra* note 27, p.603 ('This idea stemmed from earlier work by Vattel')].

어 Heffter는 1861년 저서에서 노예제를 옹호하는 조약, 개인의 자유 신장을 금지하는 조약, 제3국의 권리를 침해하는 조약처럼 조약 대상이 물리적으로나 도덕적으로 불가능하면 무효라고 보았고,[35] Bluntschil는 "그 내용에 있어 일반적으로 승인된 인권법 혹은 국제법의 명령규범에 위배되는 조약은 무효"라고 주장하였다.[36]

이러한 흐름은 19세기 후반부터 국제법 학계를 지배하던 법실증주의의 영향에도 불구하고 20세기에도 명맥이 이어졌고,[37] 강행규범 용어의 명시적 사용과 함께 강행규범과 공서를 연결시키는 움직임이 본격화되었다. 예를 들어 20세기 초 Lassa Oppenheim이나 William Hall 등의 국제법 학자들은 "어떤 보편적으로 인정된 근본 원칙에 관해서는 국가들 간의 합의를 통하더라도 이를 폐기하거나 무시할 수 없고, 그러한 원칙에 반하는 합의는 무효"라는 취지의 주장을 명시적으로 하였고,[38] ICJ의 전신(前身)인 PCIJ의 여러 별개의견이나 반대의견에서도 위와 같은 강행규범의 존재 및 공서와의 관련성을 확인하였다.[39] 이 중에서도 많이 언급

---

35) W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart* (4th ed, 1861), p.156[주진열, "외국을 피고로 한 민사재판에서 관할권 면제와 국제법상 강행규범 문제 : 위안부 피해자 손해배상청구 사건에 대한 시사점," 서울국제법연구, 제26권 2호 (2019), p.279; 이병조, 국제강행규범론 (일조각, 1974), p.47에서 인용].

36) J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staten* (2nd ed) (Nördlingen C. H. Beck, 1872), p.236[김대순, "일반국제법의 강행규범 개념에 관한 연구," 국제법학회논총, 제42권 2호 (1997), p.3에서 인용].

37) 이와 관련, 김대순, *supra* note 36, pp.3-4 ('국제법은 19세기 후반부에 들어와 법실증주의에 의하여 압도당하고 말았으며, 이에 따라 국가의 주권 또는 자유가 국제공동체의 근본 특징으로 자리잡고 말았다. 이것은 국제법은 조약 또는 관습으로 구체화되는 국가의 의사로부터만 나옴을 의미하는 것이었다. …… 그렇다고 해서 국제공동체의 훼손할 수 없는 가치 내지 강행규범의 출현을 보고 싶어 하는 학자들의 욕구 자체가 사라질 수는 없는 일이었다') 참조.

38) William Hall, *A Treatise on International Law* (8th ed) (Oxford University Press, 1924), pp.382-383; Lassa Oppenheim, *International Law* (New York : Longmans, 1905), p.528.

39) Evan J. Criddle and Evan Fox-Decent, *supra* note 29, p.335; Gordon A. Christenson, *supra* note 27, p.604.

되는 것은 PCIJ의 Oscar Chinn 사건[40]에서 나온 Schücking 재판관의 별개의견인데, 그는 강행규범 위반의 효과를 무효라고 보았고,[41] 아울러 "법원은 공서에 반하는 조약 규정을 적용할 수 없다"고 판시하였다.[42]

이러한 과정에서 출간된 Alfred von Verdross의 1937년 논문인 'Forbidden Treaties in International Law[43]'는 강행규범의 이론적 확립·발전에 획기적 기여를 한 것으로 평가된다.[44] 그는 위 논문에서 국제사회에도 국가들의 반대 의사와 상관없이 강행적 성질을 갖는 일반원칙인 강행규범이 존재하므로, 사법기관은 그러한 규범과 저촉되는 조약 등의 국가 간 합의를 무효로 보아야 한다고 주장하였고, 강행규범을 사실상 공서와 동일시하였다.[45] 즉, 공서에 반하는 조약은 강행규범 위반에 해당하여 무효라는 법리를 제시한 것이다.[46]

그 후 강행규범 법리는 제2차 세계대전 직후 나치 전범 처리를 위하여 설립된 뉘른베르크(Nürnberg) 재판소에서 나치 전범 피고인들의 국가주권 주장에 대한 실체적 한계 법리로 채용되었고,[47] 여러 인권협약에도 포섭되었으며, 결국 앞서 본 바와 같이 비엔나협약에서 공식적으로는 처음으로 성문화(成文化)되기에 이른다.

위와 같은 오랜 역사의 과정을 통해 알 수 있는 사실은, 인류가 오

---

40) *Oscar Chinn (United Kingdom v. Belgium), PCIJ Judgment (ser. A/B) No. 63* (1934).
41) *Ibid.*, *Seperate Opinion of Judge Schücking*, pp.149-150.
42) *Ibid.*, p.150 ('the Court would never, for instance, apply a convention the terms of which were contrary to public morality').
43) Alfred von Verdross, "Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on the law of treaties," *The American Journal of International Law*, Vol. 31(4) (1937).
44) Evan J. Criddle and Evan Fox-Decent, *supra* note 29, p.335.
45) Alfred von Verdross, *supra* note 43, p.572.
46) *Ibid.*, p.573 ('treaties *contra bonos mores* are void').
47) Evan J. Criddle and Evan Fox-Decent, *supra* note 29, p.336.

래전부터 그 누구도 건드릴 수 없는 성격의 '이탈이 허용될 수 없는 규범'의 존재를 인식하고 그 개념을 발전시켜 왔다는 점이다. 즉, 비엔나협약 제53조와 놀랄 만큼 유사한 Vattel의 필요규범/임의규범 구분과 같이, 우리는 적어도 그리스/로마 시대부터 논의된 '이탈 불가 규범의 존재'가 시대를 거치면서 계속적으로 발전을 거듭하여 현대에 와서 강행규범이라는 정립된 개념으로 진화한 사실 및 비엔나협약 제53조도 위와 같은 역사적 맥락에서 탄생한 사실을 파악할 수 있다.

나아가 위와 같은 '이탈 불가 규범'에 관한 역사적 논의 과정에서 처음부터 '공서'라는 표현이 명시적으로 등장하지는 않더라도, 결국 위 역사가 우리에게 반복적으로 말해주는 것은, 인류에게 어떠한 '필수적 지향점 또는 근본 가치'가 필요하다는 인식이 시대를 불문하고 공유되어 왔다는 점이고,[48] 바로 그러한 필수적 지향점 또는 근본 가치가 바로 공서이기에, 인류의 이탈 불가 규범에 관한 인식과 발전은 바로 공서에 대한 인식과 발전으로 치환될 수 있을 것이다.[49]

4. 비엔나협약 체결 과정에서 논의된 강행규범과 국제공서

이러한 역사적 배경 아래 탄생한 비엔나협약 제53조의 채택 과정에서 강행규범 개념 및 그 근거로서 의미를 갖는 국제공서에 관한 논의의 단초가 제시된 시작점은 1950년으로 거슬러 올라간다.

ILC는 조약의 법전화를 목적으로 1949년 제1회기를 연 것을 시작으로 본격적 작업에 착수하였는데,[50] 제1회기에서는 조약의 형식적 측면인

48) 같은 취지로는, Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law," *British Yearbook of International Law,* Vol. 23 (1946), pp.43-53.

49) 같은 취지로는, Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, pp.30-31 ('The history of Article 53 demonstrates that it refers to international public order').

50) 이병조, *supra* note 35, p.60 참조. 당시 초대 특별보고관은 J. L. Brierly였고, 그 후

조약의 형식, 체결능력, 비준 등에 국한한 논의가 이루어졌던 반면,[51] 1950년 제2회기에서 위원 Yepes가 “조약이 유효하려면 국제법에 부합하는 적법한 목적을 가지고 있어야 한다”고 하면서 이에 위반하는 조약의 유효성 문제를 다룰 것을 제안[52]함으로써, 조약의 무효 문제가 쟁점으로 부상하게 되었다.

위와 같은 배경 아래 2대 특별보고관(special rapporteur)이었던 Hersch Lauterpacht는 1953년 자신의 보고서에서 “만일 조약이 국제법상 불법에 해당하는 내용을 포함한다면 무효”라는 내용을 담은 초안 제15조를 제시하였고,[53] 조약의 무효 문제와 관련한 협약 규정의 도입 필요성을 주장하면서 이러한 조약 무효의 개념은 국제공서 개념을 기초로 한다고 명시하였다.[54]

3대 특별보고관 Gerald Fitzmaurice도 1958년 자신의 3차 보고서부터 국제법 체계에서 규범적 우월성을 갖는 강행규범 개념의 존재를 인정하였다.[55] 특히 그는 국제사회에도 제도 수호를 위한 공서가 필요하다는 전제 아래, 국가가 조약이라는 형식으로 공서에 반하는 조약을 만들 경우 국제재판소가 그 적용을 거부할 수 있도록 함으로써 조약의 효력을

1966년 ILC 초안이 완성될 때까지 Hersch Lauterpacht(2대, 1952-1953), Gerald Fitzmaurice(3대, 1955-1961), Humphrey Waldock(4대, 1961-1966)이 차례로 후임 특별보고관으로 선임되어 활동을 하였다.

51) *Ibid.*, p.63.

52) YbILC, Vol. I (1950), p.299, para. 49.

53) Hersch Lauterpacht, “First Report on the Law of Treaties,” YbILC, Vol. II (1953), p.154 (Article 15, “A treaty, or any of its provision, is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to be by the International Court of Justice”). 한편 이 규정에 대하여 “조약의 국제법상 위법성을 조약 무효원인으로 명확히 포착하고, 이를 ILC에 정식으로 제안했다는 점에서 그 중요성이 매우 크다”는 설명으로는, 이병조, *supra* note 35, p.65 참조.

54) Hersch Lauterpacht, *supra* note 53, p.155, para. 4.

55) Gerald Fitzmaurice, “Third Report on the Law of Treaties,” YbILC, Vol. II (1958), pp.26-27 (Article 18).

한정하였다.[56]

4대 특별보고관 Humphrey Waldock은 위와 같은 전임자들의 견해를 토대로 강행규범과 그 근거로서의 국제공서 개념을 공식화하고 구체화하였다. 그는 1963년 2차 보고서에 첨부한 자신의 초안 제1조 제3항에서 강행규범을 "일반 국제법에 의해 특별히 인정되는 이유가 없는 한, 그로부터의 어떠한 일탈도 허용되지 않으며, 오직 그 후에 성립하는 일반 국제법규에 의해서만 수정되거나 무효로 될 수 있는 일반 국제법의 절대규범을 의미한다"고 정의하였고,[57] 제13조에서 강행규범의 예로 UN 헌장에 반하는 무력 사용 금지, 국제범죄 등을 언급하면서,[58] 국제공서에 반하는 조약은 무효라고 명시하였다.[59] 아울러 그는 "강행규범과 관련하여 국제사회에서 공서가 존재하지 않는다는 주장은 더 이상 유지되기 어렵게 되었다"고 기술함으로써,[60] 강행규범이 국제사회를 전제로 한 국제공서의 구체화라는 점도 명확히 밝혔다.

Humphrey Waldock의 위와 같은 초안은 1963년부터 1966년까지 진행된 ILC 초안 작업의 기본 바탕이 되었는데, 1966년 ILC 최종 초안 제50조가 "조약이 그로부터의 어떠한 일탈도 허용되지 않으며, 오직 그와

---

56) 이병조, *supra* note 35, pp.74-75.

57) *Ibid.*, p.77(위 한글 번역은 이병조 교수의 이 부분 번역을 그대로 옮겼다. 영어 원문은 "*Jus cogens* means a peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted except upon a ground specifically sanctioned by general international law, and which may be modified or annulled only by a subsequent norm of general international law"이다). 몇몇 문구를 제외하고, 비엔나협약 제53조와 형식이나 내용 면에서 상당히 유사함을 확인할 수 있다.

58) Humphrey Waldock, *supra* note 4, p.52 (Article 13).

59) *Ibid.*, p.53, para. 6. 한편 그는 아울러 해당 부분에서 "강행규범이 폐지나 변경이 불가능한 불변의 규범은 아니다"라고 덧붙였는데, 이 또한 비엔나협약 제53조와 일치한다. 이에 관해서는 이어지는 제2절 5. 다.항에서 보다 자세히 살펴볼 것이다.

60) *Ibid.* ('Imperfect though the international legal order may be, the view that in the last analysis there is no international public order - no rule from which States cannot at their own free will contract out - has become increasingly difficult to sustain').

동일한 성질을 갖는, 그 후에 성립하는 일반 국제법규에 의해서만 수정될 수 있는 일반 국제법의 강행규범에 저촉되면, 그 조약은 무효이다"고 규정함으로써,[61] 문구의 사소한 변화나 규정 통합의 형식을 취한 것만 다를 뿐 그 내용상으로는 사실상 Humphrey Waldock의 앞서 본 초안과 동일하다는 점만 보더라도, 그가 상정한 강행규범 및 국제공서의 개념이 채택 과정에서 각국 및 대다수 ILC 위원들로부터 지지를 받았음을 알 수 있게 한다.[62] 즉, 원래 우리 민법 제103조와 같이 각국 국내법상 개념인 공서[63]가 단일 국제공동체를 의미하는 국제사회라는 틀 안에서 국제공서라는 개념으로 존재한다는 Humphrey Waldock의 접근방식이 광범위한 지지를 받은 것이다.

이와 관련, ILC는 이에 관한 주석에서 "초안 제50조는 국제공서의 존재를 기초로 한다. 몇몇 법률가들이 강행규범 개념 자체를 부인하나, 현재 강행규범의 존재를 부인하기는 어렵다. 물론 강행규범이 상대적으로 최근에 만들어진 개념이고, 어떤 규범이 강행규범에 해당하는지 확정하는 것은 어려운 작업이나, 강행규범의 개념 및 효과에 관한 일반적 규

---

61) YbILC, Vol. II (1966), p.247. 이 부분 한글 번역도 이병조 교수의 번역(이병조, *supra* note 35, p.99)을 인용하였다. 그리고 이 문구는 1963년 ILC의 가(假)초안 제37조와도 동일하다(*Ibid.*, p.81).

62) 채택 과정에서 수차례에 걸쳐 이루어진 ILC 회의 및 UN 총회 제6위원회 회의에서 나온 각국 및 위원들의 구체적인 입장에 관해서는, 이병조, *supra* note 35, pp.4-5, 55-58, 83-90, 92-95 참조. 실제로 거의 모든 국가 및 위원들이 Waldock이 제시한 강행규범, 국제공서의 개념 및 이를 수용한 초안 제50조를 수락하였고, 국제법에는 전 인류의 복지에 관계되는 국제공서가 존재하며, 이를 규율하는 것이 강행규범이라는 데에 동의하였다(*Ibid.*, pp.5, 94-95). 참고로 위 초안 내용은 1966년 ILC에서 찬성 14, 반대 1, 기권 1의 압도적 차이로 채택되었다(*Ibid.*, p.101).

63) 이와 관련, "강행규범 개념은 국내법상 공서 개념에서 유래한 것이 확실하다"는 설명으로는 Mariko Kawano, "The Role of Judicial Procedures in the Process of the Pacific Settlement of International Disputes," *Recueil des Cours*, Vol. 346 (2009), p.396. 이외에도 예를 들어 Jürgen Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights* (Martinus Nijhoff, 1997), p.146; 주진열, *supra* note 35, p.262 참조. 국제공서 및 강행규범이 국내법상 공서 개념에서 비롯되었다는 위와 같은 이해는 ILC의 태도일 뿐만 아니라 현 국제법 학계의 일반적 입장으로 파악된다.

정을 두는 것은 여전히 의미가 있다. 구체적으로 무엇이 강행규범인가는 후에 국제재판소의 판시나 국가들의 관행으로 확인될 수 있을 것이다. 한편 강행규범은 불변의 규범은 아니고, 미래에 변경이 가능한 규범이다"라고 함으로써, 강행규범의 존재 및 특성, 국제공서와의 관련성을 명시하였다.[64]

그 후 UN 총회는 위 최종 초안을 심의·채택하기 위해 1968년과 1969년에 걸쳐 2차례 UNCLOT를 개최하였는데, 두 회의에서도 위와 같은 강행규범과 국제공서의 개념이 대부분 참가국들에 의하여 이의 없이 받아들여졌고,[65] 다만 ILC 최종 초안에 대해 미국 등이 제안한 추가 문구들 중 일부가 채택[66]됨으로써, 결국 UNCLOT 2차 회의 때 그와 같이 추가·수정된 초안 제50조[67]가 87대 8[68](기권 12)로 통과되어 현 비엔나

---

64) YbILC, Vol. II (1966), pp.247-249, 261 (특히, p.261 'Article 50 is based upon the hypothesis that in international law today there are certain number of fundamental rules of international public order from which no State may derogate even by agreement with another State' 부분 참조).

65) 이병조, *supra* note 35, p.111; Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the law of Treaties* (North Holland, 1976), pp.14, 52. 이와 관련 예를 들어, UNCLOT, Vienna (26 March-24 May 1968), A/CONF.39/11 (1969), p.295 ('must be acceptable as law to the international community as constituting an international public order'); p.297 ('Recognition of the existence of *jus cogens* was the first step towards the establishment of an embryonic universal public order'); p.305 ('peremptory norms, representing the higher international morality and the international public order'); p.318 ('Rules of *jus cogens* were indispensable for the protection of public order. The growing interdependence of States had brought about an international public order which had led to the establishment of certain fundamental rules as peremptory norms'); p.409 ('article 50, which was designed to protect the international public order') 참조.

66) 그 논의 과정에 대해서는, 이병조, *supra* note 35, pp.112-128 참조. 구체적으로는, 미국이 제안한 문구들 중 'at the time of its conclusion'이 채택되었고, 핀란드, 그리스, 스페인이 제안한 문구인 'norm recognized by the international community of States as a whole'이 채택되었다. 다만, 후자의 경우 초안위원회 직권으로 'recognized' 앞에 'accepted'가 추가되었다.

67) 이 초안 제50조는 현 비엔나협약 제53조와 동일하다.

68) 반대한 8개국은 호주, 벨기에, 프랑스, 리히텐슈타인, 룩셈부르크, 모나코, 스위스, 터

협약 제53조가 되었다.[69]

5. 비엔나협약 제53조에서 알 수 있는 강행규범과 국제공서

가. 개요

이미 소개한 바와 같이 비엔나협약 제53조는 강행규범을 "전체로서의 국제사회가 수락하고 인정하는 규범으로서 그에 관한 이탈이 허용되지 않고, 동일한 성질을 가진 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범"으로 정의하고, 아울러 "조약이 그 체결 당시 강행규범과 충돌하는 경우에는 무효"라고 규정한다.

물론 Robert Kolb 교수처럼 강행규범을 위 비엔나협약 제53조의 테두리 내에서만 이해할 필요는 없다고 주장하는 학자들도 있으나,[70] ① 앞서 본 바와 같이 제53조가 각국의 오랜 논의를 거쳐 국제사회에서 공식적으로는 최초로 강행규범을 정의한 규정인 점, ② 현재 강행규범에 관한 다른 각도의 공식적 정의를 찾을 수 없고, 오히려 제53조는 현재 국제/국내재판소들, 국제기구, 학계 등에서 공통적으로 광범위하게 사용하고 있는 정의 규정으로 파악되는 점,[71] ③ 무엇보다도, 현재 위 규정의

키이다. 각 반대 이유에 대해서는 UNCLOT, Vienna (9 April-22 May 1969), A/CONF.39/11/Add.1 (1970), pp.95-106 참조.

69) 한편 비엔나협약 제53조의 도입배경에 관하여, "제국주의 등 모든 과거 관행을 비난할 수 있는 좋은 기회를 제공받을 수 있다는 기대를 가진 제3세계 국가들 및 강행규범을 서로 다른 경제·사회구조를 갖는 국가들 간 평화·공존을 보장하기 위한 시스템으로 여긴 사회주의 국가들의 적극적인 도입 시도가 있었고, 미국을 비롯한 서방 국가들은 논의 과정에서 처음에는 소극적이었으나 강행규범 관련 분쟁이 발생할 경우 ICJ 강제관할권을 인정하는 조건 아래 강행규범 도입에 동의하게 된 것임을 확인할 수 있다"는 설명으로는, 김대순, 국제법론 (삼영사, 1996), pp.35-36 참조.

70) Robert Kolb, *supra* note 1, pp.8, 37.

71) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.149-150, para. 2 ('it is the most widely accepted definition').

내용 및 위반 효과로서의 무효 법리가 관습국제법으로 받아들여지고 있고,[72] Draft Conclusion에서도 이를 확인하고 있는 점[73] 등을 종합할 때, 비엔나협약 제53조가 강행규범을 이해하는 데 가장 확실하고 공신력 있는 지침이라는 사실만큼은 부정하기 어려울 것이다.[74]

따라서 아래에서는 제53조의 위와 같은 국제법상 지위를 전제로, 해당 문구들에 관한 해석을 통해 강행규범의 요건들을 보다 구체적으로 살펴보고, 결국 제53조가 예정한 강행규범의 내용이 바로 국제공서를 구체화한 국제법상 최상위 규범이라는 것을 확인하였다.[75]

---

72) Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 1; Eric Suy, "Article 53 Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law," in Oliver Corten and Pierre Klein (eds.), *The Vienna convention on the Law of Treaties : A commentary* (Oxford University Press, 2012), p.1,226; Anne Lagerwall, "Article 64. Emergence of a new peremptory norm of general international law," in Oliver Corten and Pierre Klein (eds.), *The Vienna convention on the Law of Treaties : A commentary* (Oxford University Press, 2012), pp.1,458-1,465; Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2009), p.795; Ulf Linderfalk, "The Creation of *Jus Cogens*-Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention," *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 71 (2011), p.362; Karen Parker and Lyn Beth Neylon, "*Jus Cogens*: Compelling the Law of Human Rights," *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 12 (1989), p.444; Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.130-155 등 참조.

73) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.148-149.

74) *Ibid.* ('the definition in article 53, though initially used for the purposes of the 1969 Vienna Convention, has come to be accepted as a general definition which applies beyond the law of treaties'); James A. Green, "Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force," *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32(2) (2011), p.220; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.130 ('Article 53 of the Vienna Convention, as the point of formal codification of *jus cogens* in international law, provided the best available textual guidance to the formal source of the concept').

75) 한편 제53조 문구들 중에는 '이 협약의 목적상(for the purposes of the present Convention)'이라는 표현도 있는바, 이에 관한 한 주석서의 해설에 따르면 "비엔나협약 비가입국들로 하여금 강행규범의 개념에 관해 비엔나협약 제53조와 다른 해석을 하도록 열어놓기 위한 목적에서 규정된 것"이라는 취지를 확인할 수 있다 (Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 25). 살피건대, 앞서 밝힌 바와 같이 현재 제53조는 관습국제법으로 받아들여지고 있으므로, 위 문구는 더 이상 특별한

나. ‘전체로서의 국제사회’

1) 국제사회의 존재 및 형성 시기

앞서 언급한 ‘사회’와 ‘공서’의 개념을 가지고 ‘국제사회’와 ‘국제공서’라는 개념을 만들 수 있을까?

현재까지도 여전히 국가주권에 기초한 국가들 사이의 관계가 대체적인 모습임을 감안한다면, 위 질문에 대한 답은 부정적이 될 수도 있다. 국가는 각 완전체를 구성하므로, 그 이상으로 개개 국가들 위에 존재하는 단일한 국제공동체로서의 국제사회라는 상위 개념의 필요성이나 공유하는 공통 가치라는 게 과연 존재하는지에 관해 의문이 제기될 수 있는 것이다. 즉, 주권국가들 사이의 관계에서 내적 교류의 필요성은 충분히 존재하나, 이를 넘어 상위 공동체 및 공통의 방향이 있다거나, 이를 전체적으로 규율하는 규범이 존재한다는 것은 허구로 볼 여지도 있다.[76]

그럼에도 현대를 살아가는 우리는 단일한 국제공동체라는 의미인 국제사회 개념을 사실상 당연한 것으로 받아들인다. ‘지구촌’이라는 단어가 극명하게 표현하듯이, 대부분의 우리는 지구라는 한 마을에 살고 있다고

의미를 부여받기 어렵다고 볼 것이다. 나아가 그러한 취지에서 제53조를 그대로 채용한 Draft Conclusion 제2조도 해당 문구만큼은 제외하였음을 확인할 수 있다[ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.148-149, para. 1].

76) 이와 관련, “현 국제사회의 다양성과 가치 충돌 등에 비추어, 아직까지 의미 있는 국제사회가 존재하다고 인정하기는 어렵다”고 보거나[David C. Ellis, “On the possibility of the international community,” *International Studies Review*, Vol. 11(1) (2009), pp.23-24], 국제사회를 실재하는 현상이 아닌 단순한 비유(metaphor)로 보거나[James Patrick Kelly, “The Twilight of Customary International Law,” *Virginia Journal of International Law*, Vol. 40(2) (2000), pp.465-469], 알맹이 없는 단순한 형식(a mere empty form)으로 보는 입장[Peter Fitzpatrick, *Law as Resistance: Modernism, Imperialism, Legalism* (Routledge, 2008), pp.275-291] 등을 발견할 수 있다.

관념한다.

우리가 위와 같이 국제사회의 존재를 의심하지 않는 이유에 관한 수긍할 만한 설명은, 우리가 소속한 국가 밖에도 우리와 똑같은 사람들이 존재하고 그들과 엮일 수밖에 없다는 사실에서 찾을 수 있다고 생각한다.[77] 즉, 우리와 같은 인간성과 존엄성을 갖는 개체들이 우리가 소속된 국가 밖에도 존재하고 그들과 우리가 소통할 필요성이 있다는 사실이 우리로 하여금 '국제사회'라는 개념을 받아들일 수 있게 한다. 바꾸어 표현하면, 국적, 인종, 언어, 종교 등 다양한 차이가 있더라도, 여전히 우리와 같은 인간성을 갖는 개체들과 동질감과 유대감을 기반으로 인적, 물적, 문화적으로 교류할 가능성과 필요성이 존재한다는 사실 때문에 국제사회의 존재를 인식한다고 볼 수 있다.

한편, 현재 국제사회의 존재가 위와 같이 특별한 의문 없이 받아들여진다고 하여, 국가 간, 국민 간 교류가 원활하지 않았던 과거에도 이러한 국제사회의 존재를 긍정하거나 받아들여야 한다는 논리는 성립하기 어렵다. 오히려 과거에는 국제사회라는 관념 자체가 없었거나, 이를 생각한 사람들이 있었다 하더라도 그 수와 범위는 매우 한정적일 수밖에 없었을 것으로 보인다. 유럽 대륙이나 그 식민지(주로 아프리카)를 넘어 아시아, 아메리카까지 포함하는 모든 대륙을 아우르는 의미의 국제사회라는 단어를 만들 만큼의 소통 환경이 조성되어 있지 않았고, 국가 개념보다 상위 개념을 만들 특별한 필요성도 찾지 못했을 것이기 때문이다. 예를 들어 14-15세기 조선시대 대다수 사람들에게 과연 국제사회라는 개념이 존재했을까라는 질문을 던진다면 쉽게 다가온다.[78]

---

77) 같은 취지로는, Dan Dubois, *supra* note 12, pp.152, 172; P. G. Carozza, "The Universal Common Good and the Authority of International Law," *Logos: A Journal of Catholic Thought and Culture*, Vol. 9 (2006), pp.32-34.

78) 혹자는 '인류가 생성된 그 순간부터 국제사회는 이미 존재해 왔다'고 주장할 수 있을지 모르나, 이는 지극히 이상적인 해석이 될 것이며, 앞서 정리한 '사회'와 '공서'

위와 같은 특성을 고려할 때, 현재 우리가 논하는 대상인 비엔나협약 제53조의 국제사회는 인류의 탄생과 더불어 태곳적부터 당연히 존재하는 어떤 필연적 개념이 아니라, 우리가 지구촌이라는 한 마을의 구성원으로서 그러한 소속감 아래 서로 다양한 모습으로 엮이게 되면서, 공통의 가치와 이를 지키기 위한 규범의 필요성이 대두된 시기부터 비로소 형성되기 시작한 '시대적 개념'으로 이해할 수 있을 것이다.

그렇다면, 위와 같은 의미를 갖는 국제사회의 성립 시기와 범위를 좀 더 구체화시킬 수는 없을까? 아쉽게도, 아직까지 이에 관한 어떤 확립된 정답을 발견하기는 어려운 상황이나, 다음과 같이 비엔나협약 제53조의 '전체로서의 국제사회'에서 '전체로서의'가 갖는 의미에 관한 해석과, ILC의 1966년 Yearbook에 수록된 관련 내용을 토대로 좀 더 구체화시킬 수는 있다고 생각한다.

먼저 제53조의 위 문구에 '전체로서의(as a whole)'가 명시되어 있지만, 그 의미를 '모든 구성원들'이 아닌 '절대 다수 구성원들(a very large majority)'로 보는 것이 비엔나협약 체결 당시부터 현재까지 이어져 온 일반적 해석[79]이라는 사실은 국제사회의 범위에 관한 유의미한 답변을 제공한다. 참고로 위와 같은 해석을 반영하여 Draft Conclusion 제7조

의 개념을 대입하기에도 부적절하다. 이와 관련, "국제사회의 개념에 관한 인식과 연구가 1930년대부터 본격화되었다"는 설명으로는, David C. Ellis, *supra* note 76, p.2 참조. 물론 17-18세기 당시 근대 국가들이 팽배한 유럽에서는 국제법의 아버지라 불리는 Hugo Grotius를 포함한 국제법 학자들의 활동이 본격화된 시기이나, 그들이 연구한 대상은 어디까지나 유럽 대륙 국가들 사이의 관계를 규율하는 것일 뿐 '국제사회'라는 상위 개념 아래 논의를 전개한 것은 아니라고 보인다. 그리고 설령 당시 그들 유럽 국가들 관계를 '공동체 사회'로 보더라도, 그 모습은 어디까지나 '지역적 국제사회'일 뿐 모든 대륙 국가들을 아우를 것을 요건으로 하는 '국제사회'는 아니라고 봄이 타당하다.

79) 예를 들어, UNCLOT, Vienna (26 March-24 May 1968), A/CONF.39/11 (1969), p.472, para. 12; Andreas L. Paulus, *supra* note 4, p.303; Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.28-29, 148 등 참조.

제2항에서는 그와 동일한 내용을 명시하였음을 확인할 수 있다.[80]

물론 '지구상 모든 국가와 인간'으로 하는 것이 이상적인 형태는 될 것이고, '전체로서의'라는 개념에 가장 부합하는 해석이 될 수는 있겠으나, 그렇게 해석하면 문명과의 소통이 사실상 단절된 국가나 사람들까지 모두 포함하게 되어 그러한 형태의 국제사회의 성립과 도래를 현실적으로 기대할 수 없게 될 것이라는 관점에서,[81] 위 해석의 타당성과 적절성을 수긍할 수 있다.

다음으로 ILC의 1966년 Yearbook에 포함된 아래 내용을 통해 국제사회의 성립 시기에 관한 보다 구체적인 힌트를 얻을 수 있다.[82]

> States, not as individuals but as organs of the international community . . . [M]embership of a community required the respect of certain rules. It there were not so, society would remain in the condition of savagery described by the phrase *home homini lupus*, which had lasted until the First World War and had prevailed almost unchallenged in the inter-war period. By becoming members of the international society, States recognized the existence of a minimum international order, which was none other

---

80) (Draft Conclusion 7)

2. Acceptance and recognition by a very large majority of States is required for the identification of a norm as a peremptory norm of general international law (*jus cogens*); acceptance and recognition by all States is not required.

81) 이와 관련, "사회는 이성적 토대 위에 구성원들 간의 상호 소통을 필요로 하고, 공유하는 가치가 있어야 하므로, 그러한 가치를 공유할 수 없는 개체는 사회에서 제외될 수밖에 없다"는 취지의 설명으로는, Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, 1986), pp.197-199.

82) YbILC, Vol. I, part. 1 (1966), p.39, paras 34, 40(Mr. De Luna, Mr. Bartoš). 이와 관련, 당시 ILC 위원들 사이에 "일반 국제법의 규범 중 강행규범의 성질을 지니는 규범이 있으며, 그 판별기준은 개별국가의 필요에서가 아니라 국제사회 전체의 이익을 충족시키는 데 있다는 것에 의견이 일치되었다"는 설명으로는, 이병조, *supra* note 35, p.5 참조.

than *jus cogens*[(국제사회에서) 국가는 개개 주권국가의 의미가 아니라 단일 공동체인 국제사회의 구성원을 의미한다. 사회의 구성원이 되려면 그 사회에 필수적인 규칙에 대한 존중이 요구된다. 만일 그렇지 못하면 국가들은 제1차 세계대전까지 유지되었던 약육강식의 상태에서 벗어날 수 없었을 것이다. 국가들은 (1차 세계대전 후) 국제사회의 존재 필요성을 인식하고 그 구성원이 되면서, 비로소 그 유지에 필요한 최소한으로서 공통 가치의 존재를 인식하기 시작하였고, 바로 그것이 강행규범이다].

위 내용의 골자는, 제1차 세계대전이라는 미증유의 엄청난 비극을 겪은 후 국가들이 국제사회 및 국제공서의 필요성을 인식하면서 단순한 개개 국가가 아닌 국제사회의 구성원으로 활동하게 되었고, 그러한 배경 아래 강행규범이 탄생한 것이라는 취지를 담고 있는바, 국제사회와 강행규범에 관한 주류적 이해와 일치함은 물론, 국제사회의 성립 시기에 관한 설득력 있는 지침을 제공한다고 볼 수 있고, 그 연장선에서 '제1차 세계대전 후 국제연맹 등이 설립된 시기인 1920년대~1930년대 무렵에는 국제사회가 형성되기 시작했다'는 분석을 가능하게 한다.

요컨대, 비엔나협약 제53조가 규정한 '전체로서의 국제사회'는, 1920년대~1930년대 무렵부터 형성되기 시작한, 모든 대륙을 아우르는 절대다수 국가들 및 그 소속 개인들을 구성원으로 하고, 구성원들 사이의 소통과 교류 및 공통 지향점의 존재를 특질로 하는 국제공동체를 의미한다고 정의할 수 있을 것이다.

2) 국제사회의 구성원

한편 비엔나협약 제53조는 '전체로서의 국제사회(International

community of States as a whole)'에 'of States'를 기재하고 있다. 문리해석상으로는 비엔나협약의 태도가 국제사회의 구성원을 국가들만으로 한정한 것이 아닌가라는 생각을 갖게 하는 부분이다. 그렇다면 지금까지 설명한 바와 같이 국가를 구성하는 개인도 국제사회 구성원이라고 보는 것은 잘못된 접근일까? 만일 구성원으로 본다면 그러한 해석은 비엔나협약 제53조의 위 문구와 어긋날까?

생각건대, 국제사회는 지구상 존재하는 절대 다수 국가들의 구성원들인 개인들의 소통과 교류를 통해 성립하는 사회이므로, 그 구성원의 범위에 단순히 국가뿐만 아니라 각 국가에 소속된 개인도 포함되는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.[83] 국가는 무생물에 불과하므로, 유대감을 느끼고 소통을 하는 주체는 어디까지나 1차적으로는 개인이고, 그 개인들의 움직임이 국가들 사이의 유대감과 소통으로 의제되는 것으로 볼 수 있기 때문이다.[84] 그리고 이는 제53조의 채택 과정에서 다음과 같이 Alfred Von Verdross가 국제사회의 개념을 해석한 방식이기도 하고,[85] 이병조 교수는 당시 ILC의 거의 모든 위원들이 국제사회를 그와 같이 이해했다는 취지로 설명한다.[86]

---

83) 같은 취지로는, William E. Conklin, *supra* note 4, p.859; *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights* (Arts. 74 and 75), *IACtHR Advisory Opinion, OC-2/82* (1982), para. 33; Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.27-28, pp.32-33 참조.

84) 이와 관련, Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations* (The Macmillan Company, 1952), p.18 ('It is true to say that states themselves operate by virtue of the will of individuals and that the individual is the ultimate source of authority').

85) YbILC, Vol. I, part. 1 (1966), p.37, para. 9.

86) 이병조, *supra* note 35, pp.94-95 ('거의 모든 위원이 …… 국제법에는 국가 간의 상호이익을 규율하는 법규가 있는가 하면, 다른 한편 국제사회의 이익, 환언하면 전 인류의 복지에 관계되는 법규가 있다고 보고, 전자가 임의규범의 성질을 가지며, 후자에는 강행규범의 성질이 있다고 결론을 내렸다').

A careful study of the summary records of the discussion during the first reading made it clear that there were some rules of international law that governed the reciprocal interests of States, and others that related to the interests of the international community, in other words, to those of all mankind; the first had the character of *jus dispositivum*, but the second were norms having the character of *jus cogens*[지금까지 논의된 내용들을 종합하면, 국제법에는 국가들 간 상호이익을 규율하는 규범과 국제사회의 이익, 즉 모든 인류의 이익과 관련되는 규범이 있다. 전자는 임의규범이나 후자는 강행규범이다].

위와 같은 해석은 과거 국가의 부속물이나 국제법상 객체에 불과하였던 개인이 인권 의식이나 국제인권법 발달, 강행규범 법리의 발전 등과 맞물려 국제법상 주체로 부상한 것과 연결될 수 있고,[87] 그 연장선에서 국제사회는 단순히 국가들만을 구성원으로 하는 사회가 아닌 그 소속 개인들까지 아우르는 '인류 사회'라는 표현으로 대체될 수 있을 것이다.[88] 요컨대, 비엔나협약 제53조의 'of States'는 국가들뿐만 아니라 이를 구성하는 개인들도 포함하는 개념으로 보는 것이 타당하다.

3) 국제공서

가) 국제공서의 존재

87) 현대 국제법의 한 흐름이라 할 수 있는 개인의 국제법 주체성 인정이나 강행규범과의 관련성에 관해서는, 제4장 제2절 부분에서 보다 자세히 다룬다.

88) 같은 취지로는, Christian Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will," *Recueil des Cours*, Vol. 241 (1993), p.224 ('international community has been chosen *as a synonym for mankind*').

국제사회의 존재를 인정하면, 국제공서의 개념도 인정된다. 앞서 정리하였지만, 어떤 사회이든 그 사회를 유지하기 위한 공서는 필수적인 것이기 때문이다.[89] 그리고 이는 1951년 ICJ Fisheries Case에서 Alvarez 재판관이 다음과 같이 판시한 내용에서도 확인할 수 있다.

> [T]he requirements of this social and international life naturally give rise to certain norms considered necessary to govern the conduct of States *inter se*.[90]

그렇다면, 현재 국제공서의 구체적인 내용은 무엇인가? 즉, 공서가 사회 공통의 필수적인 공적 가치를 위해 구성원들의 사적 자치를 제한하는 것을 개념적 본질로 한다면, 현재 국제사회가 추구하는 필수적 공적 가치는 무엇이고, 그것이 제한하는 국제사회 구성원들의 사적 자치는 무엇인가? 결국 이에 대한 답을 찾는 것이 국제공서의 구체적 내용을 발견하는 과정이 될 것이다.

이와 관련, 현재 학설이나 국제재판소들의 판례상 국제공서의 구체적 내용에 관하여 어떠한 확립된 통일적인 답이 있다고 보기는 어렵다고 파악된다.[91] 나아가 보더라도, 공서는 그 본질상 시대에 따른 변화를 예

---

89) 일반적·보편적 이해에 해당한다. 예를 들어, Lord McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon Press, 1961), pp.213-214; Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.28 참조.

90) *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgment, Individual Opinion of Judge Alvarez, ICJ Report* (1951), p.148.

91) 이는 비엔나협약 체결 과정에서도 마찬가지였고(이병조, *supra* note 35, pp.81-90, 95-96, 144-148 참조), Draft Conclusion이나 그에 관한 주석에서도 이에 관한 답은 제시되어 있지 않다. 다만, ICJ가 1958년 선고한 'Guardianship of Infants' 사건에서 Moreno 재판관은 별개의견으로 "국제공서는, 법의 일반원칙이라든지 국가들의 근본적 권리들과 같이 그에 관한 존중이 국제사회의 공존에 필수적인 내용들을 의미한다"고 판시하였다[*Case concerning the application of Hague Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), Judgment,*

정하고 있는 가변성을 특징으로 하기에 어떤 하나의 정답만이 존재하기 어려운 영역이기도 하다.[92] 즉, 공서는 현재 사회 구성원들의 공통된 필수 가치를 반영하는 것으로서, 어떤 정형적인 틀 안에 존재하는 것이 아니라 계속적인 변화의 운명을 가지고 있는 것이므로, 이러한 공서의 특성은 국제공서에도 적용될 것이다.

그렇지만, 현재 국제사회의 공서가 무엇인가에 관한 탐구는 여전히 의미가 있다고 생각한다. 공서의 내용이 무엇인가에 따라 현재 이 순간을 살고 있는 우리의 사적 자유와 자치가 제한되기 때문이다. 우리가 국제공서의 구체적 내용에 관하여 가급적 통일되고 유형화된 답을 찾아야 하는 이유이기도 하다.[93]

나) 국제공서의 구체적 내용

이에 관해 일반적 기준으로 삼을 수 있는 것은, 앞서 자유민주주의 사회의 공서와 전체주의 사회의 공서의 비교[94]에서 알 수 있듯이, 국제공서의 내용과 범위를 파악하기 위해서는 국제사회의 고유한 특성을 고려할 필요가 있다는 점이다. 그러한 관점에서 볼 때, 국제사회는 각 국가주권이라는 강력한 개성을 갖는 국가들 및 소속 개인들로 구성된 사회라는 특수성이 있는 만큼 어느 사회보다도 구성원들의 자유와

Separate Opinion of Judge Moreno-Quintana, *ICJ Report* (1958), pp.106-107]. 한편 학계에서는, (1) 국제 평화 유지, (2) 자결권, (3) 근본적 인권이나 국제인도법 수호, (4) 환경 보호 등이 언급되고 있다(Robert Kolb, *supra* note 1, p.32 참조).

92) 같은 취지로는, Hermann Mosler, *supra* note 4, p.18 ('the detailed rules whose sum constitutes the public order of the international community, are not the same at all points in history. They can differ according to circumstances and needs').

93) 한편 국제공서와 국내공서 간 충돌이나 불협화음(dissonance) 및 그 해결방안 등에 관하여는, Gordon A. Christenson, *supra* note 27, pp.635-646 참조.

94) p.12 참조.

의사결정권이 보장되어야 하므로, 그만큼 국제공서의 내용은 어떤 다른 사회의 그것보다도 좁은 범위가 된다고 볼 수 있다. 바꾸어 말하면, 원래부터 '사회 유지에 필요한 최소한[95]'을 개념 속성으로 하는 공서가 국제사회에서는 보다 더 최소화하는 측면이 있게 된다.[96] 나아가 그 연장선에서 국제공서는 다른 어떤 사회에서의 공서보다도 더욱 근본성과 보편성을 갖추어야 한다는 결론을 얻을 수 있다. 즉, 자본주의/사회주의 국가를 포함하여 어떤 형태의 국가나 개인이 보더라도 고개를 끄덕일 수 있는 근본적이고도 핵심적인 내용이어야 한다.

그렇다면 과연 그러한 근본성과 보편성을 갖는 국제공서의 내용으로 어떤 것이 상정될 수 있을 것인가? 바꾸어 표현한다면, 국제사회가 형성되기 시작한 시기부터 현재까지 국제사회 구성원들이 '이것만큼은 꼭 지키자'라고 공통적으로 공유하는 지향점에 어떤 것이 있는가?

앞서 언급한 바와 같이 이에 관한 어떤 확립된 정답이 존재하지는 않는다는 점에서 여러 견해가 나올 수는 있을 것이나, 우리는 국제사회가 형성되기 시작한 시점으로 볼 수 있는 1920년대~1930년대 무렵부터 현재까지 국제사회가 과연 무엇을 위해 움직여 왔는가라는 것을 분석하는 과정에서 국제공서의 구체적 내용에 관하여 최대한 가까운 답을 얻을 수 있을 것으로 본다. 이러한 관점에서, 현재 국제사회에 2가지 근본적이고 보편적인 지향점이 있다고 생각한다. 하나는 '인간 존엄성 존중'이고, 다른 하나는 '국제 평화·공존'이다. 그리고 이를 적절하고 설득력 있게 보여주는 증거로 다름 아닌 UN 헌장[97]을 꼽을 수 있다.

---

95) Hermann Mosler, *supra* note 4, p.17 ('In any legal community there must be a minimum of uniformity which is indispensable in maintaining the community. This uniformity may relate to legal values which are considered to be the goal of the community. The whole of this minimum can be called a common public order').

96) 이와 관련, Gordon A. Christenson, *supra* note 27, p.645 참조.

먼저 UN 헌장의 전문(前文)을 보면, UN이 위 2가지 가치를 명시적으로 언급하고 있음을 확인할 수 있다. UN 헌장 전문에는 “기본적 인권, 인간의 존엄 및 가치, 남녀 및 대소 각국의 평등권에 대한 신념을 재확인한다”는 언급과 함께 “관용을 실천하고 선량한 이웃으로서 상호간 평화롭게 같이 생활하며, 국제 평화와 안전을 유지하기 위하여 우리들의 힘을 합한다”는 취지의 기재가 있다.[98]

그리고 이러한 전문의 입장은 ‘제1장 목적과 원칙’ 제1조에 보다 선명하게 제시되어 있다. 제1장 제1조는 UN의 목적을 ‘국제 평화와 안전 유지(1항), 국가 간 우호관계 발전(2항), 경제・사회・문화・인도적 성격의 문제들을 해결하고, 모든 사람의 인권 및 기본적 자유에 대한 존중을 촉진・장려하기 위한 국제협력 달성(3항)’이라고 명시한다.[99] UN이 ‘인간 존엄성 존중’과 ‘국제 평화・공존’이라는 2가지 지향점을 UN의 설립 근거이자 목표로 제시하고 있음을 넉넉히 알 수 있게 한다.

즉, ‘모든 개개 인간이 인간성과 존엄성을 유지하면서 인간답게 살 수 있도록 하자’는 인간 존엄성 존중과 ‘모든 국가들과 인류 전체가 평화롭고 화목하게 공존하면서 서로 발전하자’는 국제 평화・공존이야말로, 현재까지 국제사회의 모든 구성원들이 이의 없이 공유할 수 있는 최소한에 해당함을 UN 헌장이라는 공신력 있는 객관적 문서를 통해 확인할 수 있다. 바꾸어 표현하면, ‘인간 존엄성 존중’과 ‘국제 평화・공존’이라는 2가지 지향점은 국제사회의 특성에 비추어 볼 때 위와 같은 기준에 적절하게 부합하는 측면이 있다.

나아가 위 2가지 지향점은 현재의 국제공서로 지금까지 학계나 실무

---

97) Charter of the United Nations (Singed on 26 June 1945, 이하 영어로 표기할 때에는 ‘UN Charter’로 표시한다).
98) UN Charter, Preamble.
99) UN Charter, Chapter I, Article 1.

에서 일반적으로 받아들여지고 있는 내용들을 모두 아우를 수 있는 장점도 있다. 대체로 "① 인권 수호, ② 국제평화 유지, ③ 자결권[100] 보호, ④ 환경 보호"의 네 가지가 제시되고 있는바,[101] ①은 인간 존엄성 존중의 가치에, ②, ③, ④는 국제 평화·공존의 가치에 포섭되기 때문이다. 즉, 위 2가지 지향점이 국제공서의 구체적 내용에 대한 유일무이한 정답은 아니더라도, 현재의 국제공서가 무엇인가에 관한 일반적이고 유형화된 답변으로 삼기에는 적절함이 있다고 생각한다.[102]

위와 같은 이해를 토대로, 아래에서는 '인간 존엄성 존중'과 '국제 평화·공존'이 국제사회에서 어떻게 지지되고 있는가에 관해 보다 구체적으로 살펴본다.

먼저 '인간 존엄성 존중'은 UN 헌장에서의 위와 같은 언급을 필두로 현재까지 수많은 국제 인권조약들이나 각국 헌법들의 기본 바탕이 되어왔다. 예를 들어 3대 인권규약인 UDHR[103], ICESCR[104], ICCPR[105] 모두 인간 존엄성 존중이라는 기본 전제 아래 그 내용들이 구성되어 있음을 확인할 수 있다. UDHR 전문은 "인류 사회 모든 구성원들의 존엄성과

---

100) 자결권(self-determination)은 일반적으로, 어떤 민족·집단이든 자신들의 정치적 지위를 스스로 결정하고, 경제적, 사회적, 문화적 발전을 추구할 수 있는 권리로 설명된다[Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, GA Res. 1514(XV), UN Doc. A/Res/1514(XV) (1960), Article 2; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.250].

101) Robert Kolb, *supra* note 1, p.32 참조.

102) 이와 관련, Levan Aleksidze 교수는 위 2가지 가치에 대한 보호를 현 국제법의 주류적 경향으로 진단하고 있다[Levan Aleksidze, "Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law," *Recueil des Cours*, Vol. 172 (1981), p.251]. 이외에 레바논 특별재판소(STL)도 국제사회 근본 가치의 두 가지 예로 평화와 인권(human rights)을 들고 있다[*Prosecutor v. Ayyash et al., Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, 145 ILF 232, STL-11-01/I/AC/R17bis* (2011), para. 9].

103) GA Res. 217 A(Ⅲ), A/RES/217(Ⅲ) (1948).

104) 994 UNTS 3 (1966).

105) 99 UNTS 171 (1966).

평등하고 불가침한 권리들에 관한 확인은 자유, 정의, 평화의 기초가 된다"로 시작하고,[106] ICCPR과 ICESCR 또한 각 전문에서 UDHR의 위와 같은 전문 문구에 더하여 "인간의 기본권은 인간의 존엄성에서 유래한다"고 선언하고 있다.[107] 이는 2000년 EU 기본권 헌장의 전문에서도 확인할 수 있는 내용으로, EU 또한 인간 존엄성에 대한 존중과 수호를 EU의 설립 근거로 삼고 있다.[108] 그리고 '존엄성(dignity)'이란 단어는 2000년을 기준으로 전 세계 국가 헌법의 70% 가까운 곳에서 명시적으로 사용되고 있음을 확인할 수 있다.[109] 인간 존엄성 존중이 지역과 문화를 막론하고 법의 일반원칙(general principles of law)[110]으로 기능하고 있음을 알 수 있게 하는 대목이다.

'인간 존엄성 존중'을 국제공서의 한 내용으로 보는 것은, 국제법의 관심사가 국가들의 이익이 아닌 개인의 이익으로 옮겨가고 있다고 보는 현대 국제법의 흐름과도 일치한다.[111] 예를 들어 ICJ 재판관을 역임한

---

106) UDHR, Preamble.

107) ICCPR, Preamble; ICESCR, Preamble.

108) Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/C364/01 (2000), Preamble.

109) Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.48 ('in 2000, roughly 70 per cent of the constitutions in force explicitly refer to human dignity or the dignity of man').

110) ICJ 규정 제38조 제1항에서 조약, 관습국제법과 함께 규정하고 있는 법의 일반원칙에 관해서는 '① 국제사회에서 공인한 각국 국내법의 공통된 원칙, ② 국제법의 일반원칙, ③ 국내법의 공통된 원칙과 국제법의 일반원칙'이라고 보는 세 가지 입장이 있고, 그중 ①이 통설적 입장이라고 설명된다[정인섭, 신국제법강의 제6판 (박영사, 2016), pp.59-61 참조]. 이 부분에서 언급한 법의 일반원칙은 ①의 의미로 사용하였다. 이와 관련, 법의 일반원칙에 관하여 "일반원칙은 법 자체는 아니지만 법의 근저에 있는 이유이고, 그 법의 존재 이유를 설명한다. 법이 '무엇(what)'에 관한 답을 하는 기능을 한다면, 일반원칙은 '왜(why)'에 관한 답변을 한다. 무엇이 정당한 법인가의 문제가 제기될 때 그에 대한 해결은 종종 그 해당 법의 근저에 있는 일반원칙이 무엇인가에 관한 고찰을 통해 이루어진다"는 설명으로는, Gerald Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered for the Standpoint of the Rule of Law," *Recueil Des Cours*, Vol. 92, part. II (1957), p.7 참조. 앞으로 이 글에서 등장하는 '법의 일반원칙'은 특별한 부가 설명이 없더라도 위 ①의 의미로 사용한 것임을 밝힌다.

Hermann Mosler는 “국제법은 인류의 공통된 이익을 위해 존재하고, 그러한 이익 중 인간의 존엄성 보호가 핵심이다”는 취지를 밝혔고,[112] 역시 ICJ 재판관을 역임한 Bruno Simma도 “국제사회의 이익·관심사라는 개념은 그 자체로 전통 국제법이 다루는 ‘국가 vs 국가’의 양자주의(bilateralism)를 근본적으로 벗어남을 의미하고, 그와 아울러 국제사회에 개개 국가들의 이익을 넘어서는 가치가 존재함을 나타낸다”고 강조하였다.[113] 나아가 현직 ICJ 재판관인 Antônio Augusto Cançado Trindade (이하 ‘Cançado Trindade’로 표시한다)는 “인권과 인간의 양심에 관한 인식의 함양, 존엄성을 유지할 수 있는 환경에서 살 권리를 포함한 근본적 권리들에 관한 중요성 인식과 함께 개인은 국제법 영역에서 더 이상 보호의 객체가 아니라 권리의 주체로 기능한다”는 논리를 펼치고 있다.[114]

이에 더하여 Andreas Paulus 교수 또한 “국제사회의 출현은 개인의 이익을 반영하고, 따라서 그 궁극적 수혜자는 개인이지 국가가 아니다”라고 명시하고 있고,[115] Ian Brownlie 교수도 “법의 기초로서의 인간성에 대한 고려는 이미 실정법 원칙 아래 보호되고 있는 인간의 가치와 관련되어 있고, 해당 실정법 원칙들은 공서를 반영한다. 그리고 그러한 범주의 법은 법의 일반원칙이나 형평과 관련이 있고, 그 타당성이나 존재 여부에 관하여 추가적인 증명을 필요로 하지 않는다”고 설명함으로써,

---

111) 이와 관련, Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.32-33 (‘the common interests of the international community as a whole are not State interests per se. Rather, these interests concern mankind as a whole’).
112) Hermann Mosler, *supra* note 4, p.54.
113) Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law,” *Recueil Des Cours*, Vol. 250 (1994), pp.233-234.
114) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Trindade*, para. 119.
115) Andreas L. Paulus, *supra* note 4, pp.297, 309.

인간 존엄성 존중이 국제공서에 해당함을 밝히고 있다.[116]

종합하면, 인간 존엄성 존중이 현 국제사회가 궁극적으로 추구하는 가치들 중 하나임을 위와 같은 여러 증거들을 통해 확인할 수 있고,[117] 이는 바꾸어 표현하면, 인간 존엄성 존중의 가치가 현 국제사회의 공서에 해당함을 나타낸다고 보아도 무리가 없을 것으로 생각한다.

다음으로 '국제 평화·공존'은, 어찌 보면 국제사회라는 개념 아래 필연적으로 따라붙는 지향점이라는 성격이 있다. 앞서 설명한 바와 같이 '사회'라는 것은 구성원들끼리 화목하게 공존하는 것을 개념적 본질로 하므로, 그러한 평화·공존의 추구는 국제사회를 인정하는 한 그 개념에 필수적으로 포함되는 내용으로 볼 수 있기 때문이다.[118] 즉, 국제사회 구성원들인 국가, 개인들이 서로 평화롭게 공존함을 지향한다는 것은, 국제사회 개념 자체에 수반된 방향이라는 성격이 있다.

이는 앞서 '인간 존엄성 존중'과 구별되는 점이다. 인간 존엄성 존중이라는 지향점은 시대의 흐름과 인권 의식의 발달에 따라 국제사회 등장과 함께 새롭게 받아들여진 내용이라는 성격이 있는 데 반하여, 국제 평화·공존이라는 지향점은 위와 같이 이미 국제사회의 탄생부터 함께 할

---

116) Ian Brownlie, *supra* note 4, p.27.

117) 같은 취지로, W. Michael Reisman, Siegfried Wiessner and Andrew R. Willard, "The New Haven School: A Brief Introduction," *Yale Journal of International Law*, Vol. 32 (2007), p.580; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.41 ('Therefore, safeguarding the dignity of the human being represents the ultimate goal of legal and social order') 참조.

118) 같은 취지로, Alain Pellet, "The Definition of Responsibility in International Law," in James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press, 2010), p.10 ('it is admitted that the function of international law is not only to guarantee the independence of States, but also to organize their coexistence and inter-dependence. That is the function of the notion of the international community'); Levan Aleksidze, *supra* note 102, p.251 ('contemporary international law is a new historic type of international law based on the principle of peaceful coexistence of States with different socio-economic systems') 참조.

운명을 지닌 내용이라는 성격이 있기 때문이다. 과거 인간 존엄성은 관심과 보호의 대상이 되기는커녕 대부분 개인들이 한갓 군주나 지배 계급의 부속물로 다루어졌던 역사적 사실만 생각하더라도 쉽게 다가온다.

위와 같은 차이점을 고려할 때, 인간 존엄성 존중과 달리 '국제 평화·공존'의 가치는, 국제사회의 개념을 인정하는 한 그에 관한 별도의 증거 없이도 자연스럽게 인정될 수 있는 국제사회의 공서라고 평가할 수 있을 것이다. 다만, 우리는 앞서 본 바와 같이 UN 헌장의 문구들을 통해 국제사회가 그러한 지향점을 제시하고 있음을 확인할 수 있을 뿐만 아니라, 국제 평화·공존을 향한 국제사회의 공감대와 실행 노력이 UN 헌장 이래 현재까지도 계속적으로 이어져오고 있음을 확인할 수 있다.

그중 눈에 띄는 것은, UN 총회가 1970년 결의 2625호로 채택한 'UN 헌장에 기반한 국가들 사이의 우호적 관계와 협력에 관한 국제법 원칙에 관한 선언[119]'이다. 이 선언은 전문에서 "UN 헌장에 규정되어 있는 국제 평화, 안전의 유지 및 국가들 사이의 우호적인 관계와 협력 증진이 UN의 근본 목표들 중 하나이다"라고 확인하면서,[120] 정치적, 경제적, 사회적 시스템이나 발전의 정도와 관계없이 모든 국가들이 우호관계를 발전시켜 나가야 할 것을 강조하고, 이러한 국가들 사이의 평화적인 관계 설정을 '국제법의 원칙'으로 취급하고 있다.[121]

요컨대, 현재 국제사회에는 '인간 존엄성 존중'과 '국제 평화·공존'

---

119) Declaration on Principles of International Law Friendly Relations and Co-Operation Among States in Accordance with The Charter of the United Nations, GA Res. 2625 (XXV), UN Doc. A/Res/25/2625 (XXV) (1970).

120) *Ibid.*, Preamble.

121) *Ibid.* ('the principles of international law concerning friendly relations and co-operation among States and the fulfillment in good faith of the obligations assumed by States, in accordance with the Charter, is of the greatest importance for the maintenance of international peace and security and for the implementation of the other purposes of the United Nations').

이라는 두 국제공서가 존재하고,[122] 두 국제공서는 현재 국제사회의 근본 가치이자 필수적 최소한으로서 구성원들인 국가와 개인의 사적 자치를 제한할 수 있는 근거로 작용하고 있다고 봄이 타당하다.

다) 두 국제공서의 구별

한편 여기서 위 두 국제공서의 차이점에 관하여 좀 더 언급하고자 한다. 이미 위에서 설명한 내용들과도 연결되지만, '국제 평화·공존'이라는 지향점은 국제사회 구성원들 사이의 관계 유지와 직결되는 방향이라는 측면을 갖는 반면에, '인간 존엄성 존중'이라는 지향점은 국제사회의 최소 구성단위인 개인의 인간성과 인권 그 자체를 대상으로 한다는 점에서 차이가 있다.

물론 개개 인간에 대한 존엄성 존중이 국제사회 전체의 평화로운 공존의 출발점이라고 볼 수 있는 측면에서, 두 지향점은 서로 연관되어 있고, 같이 달성될 수 있으며, 같이 달성되는 것이 바람직하나, 그러한 당위적 측면에도 불구하고 어느 하나가 이루어지면 다른 하나도 저절로 따라오는 관계로까지 보기는 어렵다. 예를 들어 '고문 등의 잔혹행위가 횡행하더라도, 국가들 사이의 평화만큼은 여전히 유지될 수 있다'는 가정을 해보면 쉽게 다가온다.[123]

---

122) 이와 관련, "국제법의 적용은 국가주권과의 관계에서 각 국가들이 공공 선(the common good)을 구현하는 데 도움을 주는 것에 제한될 수밖에 없고, 구체적으로는 두 가지 방향, 즉 환경문제와 같은 인류 공존의 문제를 해결하거나 인권의 보호·신장을 위하여 기능한다"는 설명으로는, Dan Dubois, *supra* note 12, p.153.

123) 여기서 이러한 두 국제공서의 개념상 차이점을 언급하는 이유는, 두 국제공서의 차이점이 강행규범 분류 및 주체 문제와 연관되어 있기 때문이다. 이에 관해서는 뒤에 나올 '제3장 제5절 강행규범의 예'나 '제4장 강행규범과 일괄타결협정' 부분에서 보다 구체적으로 살펴보게 될 것이다.

다. ‘수락하고 인정하며, 이에 관한 이탈이 허용될 수 없으며, 같은 성질을 갖는 추후의 규범에 의하여만 변경이 가능한 일반 국제법의 절대규범’

지금까지 비엔나협약 제53조 문구 중 ‘전체로서의 국제사회’에 관한 해석을 통하여, 단일한 국제공동체를 의미하는 국제사회가 존재함과 아울러 국제공서도 존재하고, 현재 시점의 국제공서는 ‘인간 존엄성 존중’과 ‘국제 평화·공존’이라고 볼 수 있음을 밝혔다.

이제부터 살펴볼 내용은 제53조의 나머지 문구들 중 ‘수락하고 인정하며, 그에 관한 이탈이 허용될 수 없으며, 같은 성질을 갖는 추후의 규범에 의하여만 변경이 가능한, 일반 국제법의 절대규범’ 부분이다. 이 부분은 비엔나협약 제53조의 알맹이에 해당하는 내용으로서, 제53조는 위와 같은 요건들을 갖춘 규범을 강행규범이라고 정의한다.

이를 구체적으로 분류하면, 제53조가 규정하는 강행규범은 ‘① 일반 국제법의 절대규범, ② 이탈 불가성, ③ 국제사회의 수락과 인정, ④ 같은 성질을 갖는 추후의 규범에 의하여만 변경될 수 있는 성질’을 개념 요소로 함을 알 수 있다. 아래에서는 각 요건들을 살펴본다.

1) 일반 국제법의 절대규범

‘일반 국제법의 절대규범’은 앞서 설명한 바와 같이 제53조 영어 원문인 ‘peremptory norm of general international law’의 공식 우리말 번역이다.[124] 위 영어 용어는 *jus cogens*의 영어 표현들 중 가장 일

124) 각주 23) 참조. ‘peremptory’는 ‘절대적인, 단호한, 강행적인’이라는 의미를 갖는 형용사인바, 그중 ‘절대’라는 단어가 공식적으로 채택된 것으로 파악된다.

반적으로 사용되고 있는바, Draft Conclusion은 이를 반영하여 모든 조문에 'peremptory norm of general international law (*jus cogens*)'라는 표현을 사용함으로써, 두 용어를 병기하고 있다.[125]

그중 '일반 국제법(general international law)' 문구는 강행규범이 일반 국제법이어야 함을 나타낸다. 여기서 '일반 국제법'이 과연 무엇을 의미하는지에 관해 통일적인 입장이 존재하지는 않으나,[126] 대체로 '국제사회의 특정 구성원들만이 아닌 모든 구성원들에게 보편적으로 적용될 수 있는 특성을 갖는 국제규범'을 의미하는 것으로 이해되고 있다.[127] 이와 관련, Draft Conclusion은 ICJ 북해 대륙붕(North Sea Continental Shelf) 판결의 판시사항[128]을 토대로, "국제사회 모든 구성원들에게 동등한 규범력을 갖는 규범"을 의미한다고 설명한다.[129]

위와 같은 이해와 설명에 따르면, 조약, 관습국제법, 법의 일반원칙 모두 원론적으로는 강행규범이 될 수 있다는 해석이 가능해진다. 즉, 국제법의 대표적 법원인 위 세 가지 규범들 모두 국제사회의 모든 구성원들에게 동등한 규범력을 갖는 내용을 담고 있기만 하면, 일반 국제법으로서 강행규범이 될 수 있는 자격을 갖추게 된다는 결론을 얻을 수 있

---

125) 비엔나협약 제53조, 제64조가 제목에만 위와 같은 표현 방식을 사용하고 조문 내용에서는 '(*jus cogens*)'를 사용하지 않는 것과 구별된다. Draft Conclusion의 용어 선택 경위에 관해서는, ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.148, para. 6 참조.

126) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.159, para. 2.

127) 예를 들어, Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 30 ('It serves as a generic term that embraces all formal sources of international law that produce generally accepted legal rules'); Christos L. Rozakis, *supra* note 65, p.55 참조.

128) *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment*, *ICJ Report* (1969), pp.38-39, para. 63.

129) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.159, para. 2 ('Norms of general international law are thus those norms of international law that, in the words of the International Court of Justice, must have equal force for all members of the international community').

다. 실제로 Draft Conclusion 제5조는 제1항에서 관습국제법을 강행규범의 가장 일반적이고 보편적인 원천으로 규정하면서도, 제2항에서 조약 규정이나 법의 일반원칙도 원천이 될 수 있다(may serve as bases)고 규정한다.[130] 한편 학계에서는 ① 관습국제법만 가능하다는 입장, ② 관습국제법뿐만 아니라 조약 또는 법의 일반원칙도 가능하다는 입장 등 다양한 해석론이 전개되어 왔음을 확인할 수 있다.[131]

---

130) (Draft Conclusion 5)

1. Customary international law is the most common basis for peremptory norms of general international law (*jus cogens*).
2. Treaty provisions and general principles of law may also serve as bases for peremptory norms of general international law (*jus cogens*).

한편, 해당 주석은 Draft Conclusion 제5조에 사용된 'basis'와 'bases'의 의미에 대해 융통성 있고 넓게 해석되어야 한다고 설명하면서[ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.159, para. 3], 'various sources of international law'가 강행규범의 원천이 될 수 있음을 밝히고 있다. 위와 같은 주석의 설명에 의할 때, 'basis'는 '형식적 법원(formal source)'과 유사 개념으로 사용된 것은 분명하나, 동의어로 보기는 어렵고, '실질적 법원(material source)'도 포함하는 개념으로 해석될 여지도 있어 보인다. 이에 이 글에서는 '법원'이라는 표현 대신 '원천'이라는 보다 일반적 표현을 사용하였다. 한편 '국제법을 성립시키는 방법 또는 절차, 존재 형태'를 의미하는 형식적 법원과 '국제법이 만들어지게 된 배경이나 요인'을 의미하는 실질적 법원에 관한 보다 자세한 설명으로는, 정인섭, *supra* note 110, pp.32-34.

131) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.159-163, paras 1-9; 김대순, *supra* note 69, p.38; 이성덕, *supra* note 29, pp.390-393; Robert Kolb, *supra* note 1, pp.89-96; Robert Kolb, "The Formal Source of *Jus Cogens* in Public International Law," *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. 53 (1998), pp.69-76; Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, pp.111-125; Michael Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law," *British Yearbook of International Law,* Vol. 47(1) (1975), pp.282-284; W. Czapliński, "*Jus Cogens* and the Law of Treaties," in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Leiden/Boston, 2006), p.92; Carlo Focarelli, "Promotional *Jus Cogens*: A Critical Appraisal of *Jus Cogens'* Legal Effects," *Nordic Journal of International Law,* Vol. 77(4) (2008), pp.444-459; Ulf Linderfalk, "The Source of *Jus Cogens* Obligations: How Legal Positivism Copes with Peremptory Norms," *Nordic Journal of International Law,* Vol. 82(3) (2013), pp.378-384; Hugh Thirlway, "Concepts, Principles, Rules and Analogies: International and Municipal Legal Reasoning," *Recueil des Cours,* Vol. 294 (2002), pp.400-403; Andreas L. Paulus, *supra* note 4, p.302; Philip Alston and

이 글의 전개상 위 쟁점을 둘러싼 학계의 모든 논의들을 소개하고 분석하지는 않는다. 대신 Draft Conclusion 제5조가 위와 같이 관습국제법뿐만 아니라 조약, 법의 일반원칙도 강행규범의 원천이 될 수 있다고 하면서도 관습국제법과 차별하는 태도를 취하고 있는 것에 대하여, 아래와 같이 해당 주석의 내용을 중심으로 보다 구체적으로 분석하고, 이에 관한 해석을 제시하였다.

먼저 관습국제법의 경우, 위 Draft Conclusion 제5조 제1항의 태도와 같이 강행규범의 가장 확실하고 일반적인 존재 형태 또는 생성 원천으로 인정함에 별다른 의문이 없다. 법적 확신(*opinio juris*)[132]과 국가 관행(state practice)[133]으로 성립하는 관습국제법의 특성 자체만 고려하더라도, 앞서 본 일반 국제법의 정의에 가장 부합하는 전형에 해당한다고 볼 수 있기 때문이다.[134] 그리고 이는 '고문 금지(the prohibition of

---

Bruno Simma, "The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, And General Principles," *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 12 (1988), pp.102-108; Rafael Nieto-Navia, *supra* note 4, pp.613-614; Christos L. Rozakis, *supra* note 65, pp.57-84; Levan Aleksidze, *supra* note 102, p.256 등 참조.

132) '*opinio juris*'외에 '*opinio juris sive necessitatis*'라는 표현도 사용됨을 확인할 수 있다. 굳이 차이를 두자면 전자는 '법 규범성에 관한 인식과 확신'을 의미하는 한편, 후자는 그 규범의 사회적 필요성(*necessitatis*)에 관한 확신도 포함하는 개념이다. 후자는 1899년 François Gény에 의하여 관습국제법의 주관적 요건을 지칭하기 위하여 처음 사용된 표현으로 알려져 있는바(Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.136, 정확하게는 '*opinio juris seu necessitaits*'라는 표현이 사용되었다고 함), 이와 관련하여 STL이 *opinio juris*와 *opinio necessitatis*를 개념적으로 구별하는 판시를 한 적이 있다[*Prosecutor v. Ayyashi et al., Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, 145 ILF 232, STL-11-01/I/AC/R17bis* (2011), para. 102]. 살피건대, 양자의 개념상 차이는 위와 같이 존재하나, 사실상 동일한 의미로 보면 되기 때문에(Dan Dubois, *supra* note 12, p.137 참조), 특별한 구별 실익은 없다고 보인다.

133) ICJ 규정 제38조 제1항에서는 'general practice'로 표현되어 있고, 이에 관한 공식 우리말 번역은 '일반 관행'으로 되어 있다(정인섭, *supra* note 23, pp.33-34). 이 글에서는 국제재판소 판결이나[예를 들어 *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 55 ('state practice ... is to be found')], 논문, 단행본 등에서 일반 관행과 같은 의미로 사용되고 있는 '국가 관행(state practice)'이라는 표현을 사용한다.

torture)' 규범을 관습국제법에서 비롯된 강행규범으로 파악하는 아래 ICJ의 판시와도 일치한다.

> [T]he prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*). That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the *opinio juris* of States[고문 금지는 관습국제법으로 존재하다가 강행규범화하였다. 따라서 강행규범으로서의 고문 금지는 광범위한 국제 관행과 법적 확신에 기반한다].[135]

위와 같은 Draft Conclusion 제5조 제1항 및 ICJ의 태도를 포함하여, 현재 국제/국내재판소들이나 대다수 학자들이 관습국제법을 강행규범의 가장 일반적이고 중요한 존재 형태 내지 생성 원천으로 보고 있는 것[136]은, 관습국제법이 강행규범과 가장 밀접한 관련을 갖는 국제규범임을 알 수 있게 한다.

그렇다면 법의 일반원칙은 어떠한가? 물론 특정 법의 일반원칙 자체가 강행규범의 성격을 갖는 것을 상정 못할 바는 아니나,[137] Gerald Fitzmaurice가 지적하듯이 법의 일반원칙은 어디까지나 법의 존재 이유

---

134) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.159, para. 4 ('customary international law is the most obvious manifestation of general international law'); Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.113 ('Custom is the most commonly recognized source of peremptory norms').

135) *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), ICJ Judgment* (2012), para. 99.

136) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.159-161, paras 3-6.

137) 이에 관해 *Ibid.*, pp.161-162, para. 8 ['It is appropriate to refer to the possibility of general principles of law forming the basis of peremptory norms of general international law (*jus cogens*)']. 그러면서 ILC는 '법 앞의 평등'이라는 법의 일반원칙을 강행규범이라고 판단한 미주인권재판소(IACtHR)의 판시사항을 인용하고 있다(*Ibid.,* n.760).

이자 그 근저에 있는 이유라는 관점에서 볼 때,[138] 법의 일반원칙이 관습국제법이나 조약 형태를 거치지 않고 바로 강행규범이 된다는 논리를 받아들이기는 어렵다고 생각한다.[139] 이와 관련, Draft Conclusion 제5조 제2항에 관한 주석에서는 "제5조 제2항 중 'may also'라는 문구는 법의 일반원칙 자체가 강행규범이 되는 것이 불가능하지는 않다는 의미를 담고 있을 뿐이고, 국제재판소 판시내용이나 국가들의 입장을 볼 때 그 실천적 가능성은 충분히 뒷받침되지 못하고 있다"는 취지로 설명한다.[140]

마지막으로 조약의 경우에는, 조약 당사자 국가들에만 적용되는 조약 자체의 특성상 원칙적으로 일반 국제법으로 인정되기는 어려운 측면이 있으나,[141] 어떤 조약 전부나 그중 일부 규정이 국제사회 모든 구성원들에게 적용될 수 있는 보편성, 근본성을 가지고 있고, 그 조약에 대부분 국가들이 가입하고 있다면, 해당 조약 규정이 강행규범으로 인정되는 것을 불가능하다고 볼 수는 없을 것이다.[142] Draft Conclusion 제5조 제2항의 주석에서 "조약 규정도 법의 일반원칙과 마찬가지로 강행규범이 되는 것이 불가능하지는 않다"고 설명하는 것[143]도 이러한 측면에서의 접근으로 이해할 수 있다.

---

138) Gerald Fitzmaurice, *supra* note 110, p.7.

139) 같은 취지로, Michael Akehurst, *supra* note 131, p.283 ('principles of international morality had to take the form of conventional or customary rules of international law in order to have any chance of becoming *jus cogens*').

140) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.161-162, paras 7-8.

141) 같은 취지의 설명으로는, ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.162, para. 9 ('Treaties, in most cases, are not general international law since they do not usually have a general scope of application with equal force for all members of the international community').

142) 이와 관련, 조약을 관습국제법과 함께 강행규범의 원천이라고 주장하는 대표적 학설로는, Christos L. Rozakis, *supra* note 65, pp.58-84; Grigory I. Tunkin, "Is general international law customary law only?," *European Journal of International Law*, Vol. 4(4) (1993), p.541.

143) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.161, para. 7.

하지만 좀 더 생각해 보면, 위와 같은 성질을 갖는 조약 규정들은 이미 조약 체결 당시 존재하던 관습국제법이나 법의 일반원칙을 확인한 규정들이 대부분일 것이기에, 어떤 조약 내용 자체가 기존 관습국제법이나 법의 일반원칙과 무관하게 새롭게 만들어짐과 동시에 강행규범이 되는 경우는 아예 존재하지 않거나 극히 드물 것으로 생각한다. 이와 관련, Draft Conclusion도 강행규범과 조약 규정의 관계에 관하여 같은 관점에서 접근하고 있는 것으로 파악되는바, "조약은 일반 국제법을 반영하거나, 조약 내용을 담은 일반 국제법의 출현을 공고히 하거나, 나중에 해당 조약 내용이 일반 국제법으로 발전할 수 있게 하는 가능성을 가지고 있다. 조약과 강행규범의 관계도 마찬가지로 이해할 수 있다"는 취지의 설명을 하고 있다.[144]

종합하면, 비엔나협약 제53조가 규정하고 있는 강행규범의 존재 형태 또는 생성 원천으로서의 '일반 국제법'은 사실상 관습국제법이 유일하고, Draft Conclusion이나 학자들이 제시하고 있는 법의 일반원칙이나 조약 규정은 단지 개념상 '불가능하지 않은' 존재 형태 정도로 취급하는 것이 타당하며, 존재 형태나 형식적 원천보다는 강행규범의 실질적 원천 또는 존재 근거로 기능한다는 관점에서 의미를 찾을 수 있다고 생각한다. 즉, 비엔나협약 제53조의 위 문구를 통해 확인할 수 있는 강행규범은 '국제사회 모든 구성원에게 동등한 규범력을 갖는 내용으로서, 관습국제법을 형식적 원천/존재 형태로 하는 절대적 성질을 갖는 규범'이라고 봄이 타당하다.[145] 이와 관련, 비엔나협약 제53조에서 규정한 일반 국제법

---

144) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.162-163, paras 9-10. ILC는 이러한 접근방법이 ICJ를 비롯한 국제재판소들의 일반적 태도라고 적고 있다.

145) 이와 관련, Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.135 ('Article 53 of the Vienna Convention suggests that the formal source of *jus cogens* can be conceived as custom accepted as law expressing recognized general principles related to the interests of the international community').

이 관습국제법만을 의미한다고 보는 것이 현재 학계의 유력한 흐름이라거나,[146] 현재 강행규범으로 인정되고 있는 규범들[147]은 모두 관습국제법이라거나,[148] 비엔나협약 체결 과정에서도 강행규범을 관습국제법으로 이해하는 것이 대다수 참가국들의 태도였다는 취지의 설명[149]은, 위와 같은 결론을 적절히 뒷받침한다고 볼 수 있다.[150]

2) 이탈 불가성(non-derogability)

이탈 불가성이란, 강행규범의 적용을 이탈·배제할 수 없다는 의미로서, 강행규범의 근본성과 연결되는 핵심적인 속성이자 효과이다.[151] 강행규범의 나머지 속성인 보편성, 규범 우월성도 직접적으로는 이탈 불가성에서 유래한다고 이해되고,[152] 이는 구체적으로 다른 규범들이 강행규범에 우선할 수 없을 뿐만 아니라, 강행규범에 반하는 어떠한

---

146) Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 30 ('There is a strong tendency in academia to equate general international law with customary international law').

147) 대표적으로 제노사이드 금지, 노예 금지, 고문 금지, 인도에 반하는 죄 금지, 침략행위 또는 불법적 무력 사용 금지 등을 일컫는바, 모두 관습국제법에서 유래한 규범들로 이해되고 있다. 이에 관해서는 '제3장 제5절 강행규범의 예' 부분에서 각 규범별로 자세히 설명할 것이다.

148) Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 47 ('In view of the international rules so far acknowledged as *ius cogens*, it is safe to say that all of them belong to the corpus of international customary law').

149) Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.133-134(n.56-57) 참조.

150) 나아가 위 문구에서 국제공서라는 단어가 명시적으로 등장하지는 않지만, 앞서 본 비엔나협약 체결 경위에서 밝힌 제53조의 입법 취지, 배경, 국제공서와의 관련성 및 국제공서 개념이 국내법상 공서 개념에서 유래되었다는 점 등을 종합할 때, 강행규범이 보호 대상으로 하는 구체적 내용, 바꾸어 표현하면 '국제사회 모든 구성원에게 동등한 규범력을 갖는 절대적 성질의 내용'은, 바로 국제공서의 바탕이 되는 각국 국내법상 공서의 내용을 구성하는 근본 원칙들과 밀접한 관련을 갖는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 같은 각도에서의 설명으로는, Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 50 참조.

151) *Ibid.*, para. 38 ('The prohibition to derogate is at the very heart of *ius cogens*').

152) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.155, para. 12.

법적·사실 행위도 허용될 수 없음을 의미한다.

현재 국제법의 주류적 흐름은 강행규범의 위와 같은 이탈 불가성이 조약에만 관련된 속성이 아니라 사실상 국제법의 모든 영역에서 작용한다고 보는 것으로 파악되는바,[153] Draft Conclusion은 이를 반영하여 제10조부터 제20조를 통해 강행규범과 조약(제10조~제12조), 강행규범과 조약의 유보(reservation, 제13조), 강행규범과 관습국제법(제14조), 강행규범과 국가들의 단독행위(제15조), 강행규범과 국제기구 등의 결의(제16조), 강행규범과 대세적 의무[154](obligation *erga omnes*, 제17조), 국가책임과 관련한 위법성 조각사유(제18조), 국가책임과 관련한 강행규범의 중

153) Robert Kolb, *supra* note 1, pp.108-109; James Crawford, *The Creation of States in International Law* (2nd ed) (Oxford University Press, 2006), pp.104-105; Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, paras 61-84 참조. 한편 국내 학설 중에는 이러한 주류적 흐름을 '강행규범 확장론'으로 명명하고, 이에 반대하면서 강행규범의 기능은 비엔나협약상 조약 무효 사유에 한정되어야 한다는 취지의 주장도 발견된다(주진열, *supra* note 35, pp.288-298, 314).

154) '대세적 의무(obligation *erga omnes*)'는 '각 국가가 국제사회 전체에 대하여 그 구성원 지위에서 갖는 법적 의무'를 의미하는바, "모든 강행규범은 대세적 의무를 수반한다"는 것이 현재 사실상 확립된 법리이다[Stefan Talmon, "*Jus Cogens* after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25(4) (2012), p.995; *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law—Report of the Study Group of the International Law Commission*, UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006) (finalized by Martti Koskenniemi), para. 404; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.353; Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 83]. 즉, 모든 국가들은 국제사회 전체에 대하여 강행규범을 준수할 의무 등을 부담한다. 강행규범과 대세적 의무는 근본 가치 보호라는 관점에서 서로 밀접하게 연결되나, 동일하지는 않다. 그 연장선에서 위와 같이 모든 강행규범은 대세적 의무를 수반하나, 그 역은 성립하지 않는다는 것이 일반적 설명이다[이성덕, *supra* note 29, p.403 ('강행규범은 모두 대세적 효력을 가지지만, 대세적 효력을 갖는 모든 권리나 의무가 강행규범만으로 발생하지는 않는다'); Yoram Dinstein, "The Interaction between Customary International Law and Treaties," *Recueil des Cours*, Vol. 322 (2006), p.402; Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 83]. 글 전개상 이 논문에서는 더 이상 깊게 다루지 않는 대세적 의무에 관한 보다 자세한 설명으로는, 김대순, "대세적 의무 개념에 관한 연구 - 유사개념과의 비교를 중심으로," 법학연구, 제16권 2호 (2006); 박병도, "국제법상 대세적 의무에 관한 연구," 일감법학, 제40호 (2018) 등 참조.

대한 위반(제19조), 강행규범에 부합하는 해석과 적용(제20조) 문제를 다루면서, 강행규범의 이탈 불가성을 다각도로 확인하고 있다.[155]

예를 들어, Draft Conclusion은 제10조에서 제12조까지 강행규범과 충돌하는 조약의 효력을 다루고 있는데, 이미 설명한 비엔나협약 제53조의 무효 법리와 아울러, 조약 체결 후 그와 충돌하는 강행규범의 출현 상황을 대상으로 한 내용으로서 역시 관습국제법으로 받아들여지고 있는[156] 비엔나협약 제64조[157] 무효 법리를 그대로 채용하고 있다. 공통 골자는 "강행규범과 충돌하는 조약은 효력이 없다"는 것이다.

나아가 제13조에서는 "강행규범을 반영하는 조약 규정에 대한 유보는 효력이 없고, 강행규범에 반하는 조약의 법적 효과를 유보를 통해 배제하거나 변경할 수 없다"고 규정한다.[158] 또한 제15조 제1항에서는 "어떤 국가가 강행규범과 충돌하는 성격의 의무를 이행하겠다는 의사를 명

---

155) 강행규범과 충돌하는 국제기구 등의 결의 효력이나 대세적 의무 및 국가책임 법리를 다루지 않는 이 글의 전개상, 이 글 본문에서는 이에 해당하는 제16조부터 제19조 내용에 관해서는 소개하지 않는다. 해당 부분에 관해서는, ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.188-198 참조.

156) Kirsten Schmalenbach, "Article 64. Emergence of a new peremptory norm of general international law," in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach (eds.), *The Vienna convention on the Law of Treaties : A commentary* (Springer, 2012), pp.1,126-1,127; Mark E. Villiger, *supra* note 72, p.795; Anne Lagerwall, *supra* note 72, p.1,465 참조.

157) (비엔나협약 제64조)
일반 국제법의 새 절대규범이 출현하는 경우에 그 규범과 충돌하는 현행 조약은 무효로 되어 종료한다(If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates). 이에 관해서는 뒤에 나올 '제4장 제3절 강행규범과 조약의 무효' 부분에서 보다 자세히 다룬다.

158) (Draft Conclusion 13)
1. A reservation to a treaty provision that reflects a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) does not affect the binding nature of that norm, which shall continue to apply as such.
2. A reservation cannot exclude or modify the legal effect of a treaty in a manner contrary to a peremptory norm of general international law (*jus cogens*).

백히 표시하는 단독행위를 하였더라도 그러한 의무는 인정될 수 없다"고 규정하고, 제2항에서는 "어떤 의무를 수반하는 단독행위 후 그와 충돌하는 강행규범이 출현한 경우, 충돌하는 한도에서 그 단독행위에 의하여 성립한 의무는 소멸한다"고 규정한다.[159] 위 규정들 모두 학계나 실무의 일반적 입장[160]을 반영한 것으로 이해된다.

Draft Conclusion은 제14조에서 '통상의 관습국제법[161]', 즉 강행규범의 성질을 갖지 않는 관습국제법과 강행규범의 관계에 관해서도 규정한다. 먼저 제1항 전문에서 "강행규범과 충돌하는 통상의 관습국제법은 아예 형성될 수 없다"고 확인하고, 제2항에서는 "일단 형성된 통상의 관습국제법도 그 후 출현한 강행규범과 충돌하는 한도에서 규범성을 상실한다"고 규정한다.[162] Draft Conclusion은 이에 대한 주석에서 제1항은 이

---

159) (Draft Conclusion 15)

1. A unilateral act of a State manifesting the intention to be bound by an obligation under international law that would be in conflict with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) does not create such an obligation.
2. An obligation under international law created by a unilateral act of a State ceases to exist if and to the extent that it conflicts with a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*).

160) 학계의 흐름에 관해서는, Robert Kolb, *supra* note 1, pp.61-64; Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, pp.176-192; Alain Pellet, "Tenth Report on Reservations to Treaties," UN Doc. A/CN.4/588/Add.1, pp.34-35, paras 135-137; E. M. Kornicker Uhlmann, *supra* note 4, p.110; Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, paras 71-72 참조. 실무적으로도, 예를 들어 ICJ 북해 대륙붕 사건에서 Nervo, Tanaka 재판관은 "강행규범과 양립할 수 없는 유보는 허용될 수 없다"고 판시하였다[*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/Federal Republic of Germany v. Netherlands), Judgment, ICJ Report* (1969), *Separate Opinion of Judge Padilla Nervo*, p.97; *Dissenting Opinion of Judge Tanaka*, p.182].

161) '통상의 관습국제법'이라는 표현은 강행규범의 성질을 갖는 관습국제법과 구별하기 위해서 선택한 용어이다.

162) (Draft Conclusion 14)

1. A rule of customary international law does not come into existence if it conflicts with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*).

미 존재하는 강행규범이 새로운 관습국제법 형성에 미치는 효과를, 제2항은 새로운 강행규범의 출현이 이미 존재하는 통상의 관습국제법에 미치는 효과를 각 규정한 것이라고 설명하는바,[163] Draft Conclusion 스스로 인정하고 있듯이 이 또한 강행규범과 통상 관습국제법의 관계에 관한 현재 학계나 실무의 주류적 흐름을 반영한 것으로 이해된다.[164]

Draft Conclusion 제20조에서 규정한 "강행규범과 다른 국제규범 간 충돌이 발생하는 것으로 보이는 경우, 후자는 가능한 한 전자에 부합하도록 해석되고 적용되어야 한다"는 내용[165] 또한 강행규범의 이탈 불가성을 확인한 것이다. 이 조항에 관한 주석에서는 '다른 국제규범'에 조약, 통상의 관습국제법, 법의 일반원칙, 국가들의 단독행위, 국제기구들의 결의 등이 모두 포함된다고 설명한다.[166]

강행규범의 이탈 불가성에 관한 Draft Conclusion의 위와 같은 입장에 더하여, 강행규범 위반 행위에 대해서는 소멸시효나 공소시효의 적용이 배제된다는 설명을 확인할 수 있고,[167] 강행규범 위반과 관련하여서

(이하 생략)

2. A rule of customary international law not of a peremptory character ceases to exist if and to the extent that it conflicts with a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*).

163) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.182, para. 1.

164) *Ibid.*, pp.182-184, paras 3-7.

165) (Draft Conclusion 20)

Where it appears that there may be a conflict between a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) and another rule of international law, the latter is, as far as possible, to be interpreted and applied so as to be consistent with the former.

166) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.199, para. 7.

167) 이성덕, *supra* note 29, p.387; Eric Suy, *supra* note 72, p.1,232; Darcie L. Christopher, *supra* note 4, p.1,232; Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, paras 65-72; Ian Brownlie, *supra* note 4, pp.510-511; *Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T* (1998), para. 157. 반대 취지로는, Stefan Talmon, *supra* note 154, p.1,000 ('If both the injured state and other states concerned do not give notice of a claim within a reasonable period of time, it seems a question of procedural

는 금반언 법리(禁反言, estoppel)도 적용될 수 없다는 취지의 태도도 확인할 수 있다.[168] 이에 따르면, 예를 들어 A 국가가 B 국가를 상대로 B 국가가 과거에 한 '강행규범 위반에 해당하는 약속'을 현재 이행하지 않는 것을 문제 삼아 "B 국가는 금반언 원칙을 위반하고 있다"는 주장을 할 수 없다는 결론을 얻을 수 있게 된다.

한편, 앞서 '일반 국제법의 절대규범'이라는 문구에 관한 해석에 위와 같은 이탈 불가성 문구까지 더하면, 강행규범이 무엇인가에 관한 보다 구체적인 답을 얻게 된다. 강행규범은 '국제사회 모든 구성원에게 동등한 규범력을 갖는 근본적 가치(국제공서)를 담은 규범으로서, 강행성(이탈 불가성, 보편성, 규범 우월성)까지 부여된 특수한 유형의 관습국제법[169]'이고, 이는 다름 아닌 이미 서론에서 정리한 바와 같이 강행규범에 관한 현재 주류적 정의에 해당함을 확인할 수 있다.

3) 국제사회의 수락과 인정

정리한 바와 같이, 제53조의 '국제사회'는 국가들의 단순한 양적 합계를 의미하는 것이 아니라, 절대 다수 국가들 및 그 소속 개인들을 구성원으로 하는 단일한 국제공동체를 의미하는 집합적 개념이다.[170]

---

fairness to protect the respondent state against unduly delayed claims for violations of *jus cogens*').

168) *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), ICJ Judgment* (1997), *Separate Opinion of Judge Weearmantry*, para. 88.

169) 물론 앞서 소개한 바와 같이 법의 일반원칙이나 조약 규정도 강행규범의 존재 형태 내지 형식적 원천이라는 입장들도 있으나, 그 문제점을 지적한 바 있다. 강행규범의 사실상 유일한 존재 형태는 관습국제법으로 봄이 타당하기에, 이 글은 주류적 태도와 같이 강행규범을 '특수한 유형의 관습국제법'으로 전제한다.

170) 비엔나협약 제53조에 사용된 국제사회 개념에 대한 위와 같은 이해는 Draft Conclusion의 설명과도 일치한다[ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.167, para. 5].

다음으로 제53조에 사용된 '수락(acceptance)'과 '인정(recognition)'이라는 두 용어는, 역사적으로는 ICJ 규정 제38조 제1항[171] b호에서 규정한 관습국제법의 요건으로서의 '수락'과 c호에서 규정한 법의 일반원칙에 필요한 국가들의 '인정' 표현에서 유래하였지만,[172] 제38조 제1항에서 사용된 두 용어와는 별개의 개념이라는 것이 일반적 해석이고,[173] Draft Conclusion 제6조 제1항은 이를 명시하였다.[174]

구체적으로 어떻게 구별되는가에 관해 Draft Conclusion은 위 제6조 제1항에 관한 주석에서 다음과 같이 설명한다. ICJ 규정 제38조의 '수락'은 관습국제법 성립 요건으로서의 법적 확신을 의미하고, '인정'은 법의 일반원칙이 적용되기 위한 요건을 의미하는 데 반하여, 비엔나협약 제53조에서 사용된 두 단어는 강행규범이 되기 위해 국제사회가 그 대상 규범의 강행성을 수락하고 인정하여야 함을 나타내는 것으로서, 관습국제법, 법의 일반원칙과 관계없는 용어라는 취지이다.[175]

위와 같은 Draft Conclusion의 태도를 통해 Draft Conclusion이 강행규범의 확인 방법을 어떻게 정하고 있는지 알 수 있다. 예를 들어, A

---

171) 제38조(Article 38)

1. The court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
   a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
   b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
   c. the general principles of law recognized by civilized nations;
   d. ... judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

172) Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.131.

173) Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 45.

174) (Draft Conclusion 6)

1. The requirement of 'acceptance and recognition' as a criterion for identifying a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) is distinct from acceptance and recognition as a norm of general international law.

175) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.164, paras 1-2.

라는 규범이 강행규범으로 인정되려면, 먼저 관습국제법의 수락 주체인 국가들의 법적 확신과 국가 관행이 존재하여야 하고, 그에 더하여 강행성의 수락 주체인 국제사회가 A 규범의 강행성을 수락하고 인정하여야 한다는 취지이다. Draft Conclusion은 이를 'two-step approach'로 표현하고 있다.[176]

위 2단계 판단 방식에서 알 수 있는 바와 같이 Draft Conclusion이 취한 접근방법의 골자는, (1) 관습국제법 수락의 주체인 '국가들'과 강행성에 관한 수락·인정 주체인 '국제사회'를 구별하고, (2) 강행성의 수락·인정은 어디까지나 독자적으로 파악되어야 할 뿐, 관습국제법 요건인 법적 확신과 국가 관행의 틀 안에서 파악될 대상은 아니라고 보고 있으며, (3) 강행성 판단과 관련하여 수락과 인정이라는 두 단어 사이에 경중을 부여하거나, 두 용어를 의미상 구별되는 개념으로 사용하지 않는다는 점이다. 이는 Draft Conclusion의 아래 주석에서 명확히 드러난다.

> The potential uses of these materials for the purposes of satisfying the acceptance and recognition criterion for peremptory norms of general international law (*jus cogens*), on one hand, and their use for the purposes of the identification of customary international law must be distinguished, on the other hand. For the former, the materials must establish acceptance and recognition by the international community of States as a whole that the norm in question is one from which no derogation is permitted, while for the latter the materials are used to assess whether States accept the norm as a rule of customary international law. . . . [I]t is not necessary to provide evidence

176) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.158, para. 6.

showing first recognition and, separately, acceptance. It is sufficient to show, in general, the acceptance and recognition of the norm of general international law as being peremptory in nature[(같은 자료들이라 하더라도) 강행성에 관한 수락과 인정을 충족하는지 여부를 파악하기 위한 사용과 관습국제법인지 여부를 파악하기 위한 사용은 구별되어야 한다. 전자의 경우 해당 자료들은 강행성에 관한 '국제사회'의 수락과 인정이 존재하는지 여부를 증명하는 데 사용되는 반면에, 관습국제법과 관련하여서는 '국가들'이 해당 규범을 관습국제법으로 수락하는지 여부를 증명하는 데 사용된다. 강행성 판단과 관련하여 '수락'과 '인정'의 증거가 별개로 제시될 필요는 없다. 전체적으로 강행성에 관한 수락과 인정이 있음을 나타내면 족하다].[177]

그러면서 Draft Conclusion은 강행성의 수락·인정 여부를 파악하기 위한 구체적 방법을 제6조 제2항, 제8조, 제9조에서 제시하고 있다.

먼저 제6조 제2항에서는 국제사회의 수락·인정을 확인하려면, 반드시 그에 관한 증거가 존재하여야 한다고 밝히고 있다.[178] 그 연장선에서 제8조 제1항을 통해 그러한 증거는 다양한 형태로 존재함을 전제한 후, 제2항에서 그 예로 국가들의 공식 입장, 공식 출간물, 각 정부의 법적 의견, 외교당국 간 교신 내용, 입법·행정 활동, 국내법원들의 판단, 조약 규정, 국제기구들이나 정부 간 회의에서 이루어진 결의를 들고 있다.[179]

---

177) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.164-165, para. 3; p.169, para 4.

178) (Draft Conclusion 6)

2. To identify a norm as a peremptory norm of general international law (*jus cogens*), there must be evidence that such a norm is accepted and recognized as one from which no derogation is permitted and which can only be modified by a subsequent norm of general international law having the same character.

179) (Draft Conclusion 8)

나아가 제9조에서는 '강행성을 확인할 수 있는 보충 수단'이라는 제목으로, 제1항에서 국제재판소들의 판단, 특히 그중에서도 ICJ 판단을 가장 유력한 보충 수단으로 규정하고, 제2항에서는 국가들 또는 국제기구들에 의하여 설립된 전문가 그룹의 결과물이나, 각 국가들에서 출간된 저명 학술서적들의 관련 내용들도 보충 수단이 될 수 있음을 규정하고 있다.[180]

Draft Conclusion의 위와 같은 태도는, 지금까지 학계나 실무의 주류적 입장으로 파악되는 2단계 방식[181]을 공식적으로 채택하면서도, 이를 구체화하여 각 단계별 판단 주체가 누구이고, 그 방식이 무엇인지에 관해 기준을 제시하였다는 의미를 갖는다. 종래 학계의 설명은 2단계 방식을 취하면서도 각 단계별 판단 주체 및 방식에 관해 명확하고 통일된

---

1. Evidence of acceptance and recognition that a norm of general international law is a peremptory norm (*jus cogens*) may take a wide range of forms.
2. Such forms of evidence include, but are not limited to: public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; legislative and administrative acts; decisions of national courts; treaty provisions; and resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference.

180) (Draft Conclusion 9)

1. Decisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, are a subsidiary means for determining the peremptory character of norms of general international law.
2. The works of expert bodies established by States or international organizations and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations may also serve as subsidiary means for determining the peremptory character of norms of general international law.

181) 예를 들어, 박현석, "집요한 반대자 규칙에 대한 집요한 반대," 국제법학회논총, 제49권 2호 (2004), pp.74-75; Christos L. Rozakis, *supra* note 65, p.74; Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 47; Michael Akehurst, *supra* note 131, p.285; Anne Lagerwall, *supra* note 72, p.1,467; M. Foster, "Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test," *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 46 (2016), p.281; *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan, Case No. 87-5053, Opinion of 14 October 1988*, 859 F.2d.929 (D.C. Cir. 1988), p.940 참조.

기준을 제시하였다고 볼 수는 없는 측면이 있었는데,[182] 이를 정리한 측면이 있다. 이러한 Draft Conclusion의 입장은, 향후 ICJ를 포함한 국제재판소들이나 국내법원들 및 여러 국제기구들이 강행규범 여부를 판단하는 데 공신력 있는 해석 지침이 될 수도 있을 것으로 예상되는 점에서 의미를 갖는다고 평가할 수 있을 것이다.

한편, 이 '국제사회의 수락·인정' 문구는 강행규범이 어디까지나 국제사회의 동의에 기초한 규범임을 선명하게 나타낸다.[183]

4) 오로지 동일한 성질을 갖는 추후 규범에 의한 변경 가능성

위 문구에 명시되어 있듯이, 강행규범은 강행규범에 의해서만 변경이 가능하다. 이는 강행규범의 이탈 불가성과 필요적으로 연결되는 강행규범의 속성을 반영한다. 이탈 불가성이라는 특성 자체에서 강행규범이 아닌 다른 어떤 규범들도 강행규범을 이탈할 수 없기에, 강행규범이 변경되려면 오로지 동일한 규범력을 갖는 규범에 의해서만 가능하다는 것이 논리적으로 자연스럽게 연결되기 때문이다. 이와 관련, 위 문구와 동일한 문구가 포함되어 있는 Draft Conclusion 제4조 (b)호[184]에 관

182) 먼저 단계별 판단 주체와 관련하여, 예를 들어 Michael Akehurst는 1단계 판단 주체를 '모든 국가들'로, 2단계 판단 주체를 '절대 다수 국가들'로 설명하고 있는 반면(Michael Akehurst, *supra* note 131, p.285), Rozakis는 각 판단 주체를 모두 '국제사회'로 설명하고 있고(Christos L. Rozakis, *supra* note 65, p.54), Anne Lagerwall은 각 판단 주체를 모두 '국가들'로 설명하고 있다(Anne Lagerwall, *supra* note 72, p.1,467). 다음으로 각 단계별 판단 방식과 관련하여, 2단계 판단도 결국 1단계 판단 방식과 마찬가지로 '국가 관행을 통한 법적 확신의 확인 절차'라는 설명도 확인할 수 있다(Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 47).

183) 같은 취지로, Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 46; Anne Lagerwall, *supra* note 72, p.1,466; Christos L. Rozakis, *supra* note 65, pp.74-76; Levan Aleksidze, *supra* note 102, pp.253-254 등 참조.

184) (Draft Conclusion 4)

(b) it is accepted and recognized by the international community of States as a

한 주석을 보면, (b)호에 규정된 이탈 불가성과 '오로지 강행규범에 의한 강행규범의 변경 가능성'은 서로 분리될 수 없는 단일한 속성이라는 취지로 설명하고 있다.[185]

위 문구는 강행규범이 절대 불가변의 규범이 아니라 시대 가치를 반영하는 변화 가능한 규범임을 웅변하고 있고, 그 연장선에서 예를 들어 현재 관습국제법에는 해당하나 아직까지 강행규범으로 인정받지 못하고 있는 규범들이 시대적 흐름에 따라 미래에는 강행규범으로 새롭게 출현할 수 있는 가능성도 포함하고 있다. 바꾸어 말하면, 어떤 규범이 강행규범에 해당하는가의 문제는 고정되어 있는 것이 아니라 어디까지나 현재 국제사회의 그에 관한 인식이 어떤가에 달려 있는 것으로서, 현재로서는 강행규범으로 인정되는 것들도 100년, 200년 후에는 그러한 규범성을 상실할 수 있는 것이고,[186] 현재 강행규범으로 인정되지 않는 것들도 그에 관한 국제사회의 필요성 등으로 말미암아 새롭게 강행규범으로 출현할 수 있음을 비엔나협약 제53조의 위 문구를 통해서 알 수 있다.[187]

한편 학자들 중에는 "강행규범이 추후의 강행규범에 의하여 변경될 수 있다면, 이는 강행규범의 이탈 불가성과 모순된다"는 취지로 주장하는 경우도 있으나,[188] 이는 어떤 주어진 법 질서에서 이루어지는 '이탈'

---

whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

185) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.157, para. 4.

186) 같은 취지로는, Yoram Dinstein, *supra* note 154, p.402; Robert Kolb, *supra* note 1, p.93 ('There may also be cases of simple abrogation of a *jus cogens* norm, without the creation of a new one, or the simple return of a *jus cogens* norm to *jus dispositivum*'); Mark E. Villiger, *supra* note 72, p.673.

187) 이와 관련 Robert Kolb, *supra* note 1, p.79 ('What is considered a fundamental right is also a question of epoch'). 역시 같은 취지로, "강행규범은 변화가 가능하다. 예를 들어 1713년 체결된 '영국이 스페인 왕으로부터 30년간 노예무역의 독점권을 갖는다'는 내용과 같은 조약은 그때에는 가능했더라도 노예제가 불법인 현재는 불가능하다"는 취지의 설명으로는, YbILC, Vol. I, part. 1 (1966), p.39, para. 34.

과 시대 흐름에 따른 법 질서 자체의 '변경' 또는 '폐지'를 혼동한 입장이라고 생각한다. 왜냐하면, 어떤 강행규범이 존재한다고 할 때 그 의미는 현재 시점에서 국제사회가 그 규범을 이탈 불가능한 규범으로 정한 것을 뜻하나, 국제사회 자체의 태도가 바뀌어 그 규범을 미래에 변경 또는 폐지하는 것은 불가능하지 않기 때문이다.[189]

바꾸어 표현하면, '강행규범의 이탈 불가'는 국제사회가 현 시점에서 수락하고 인정한 강행규범을 국제사회 개개 구성원들이 이탈할 수 없다는 의미이나, '강행규범의 변경·폐지'는 국제사회 자체가 그러한 자신의 수락과 인정을 수정하거나 장래를 향하여 철회한다는 의미로서 두 개념은 엄연히 양립이 가능하다고 볼 수 있다. 다만, 강행규범 자체의 근본성과 이탈 불가성 때문에 그러한 변경 또는 폐지가 이례적이고 특수한 형식으로 진행될 수밖에 없는 특성이 존재한다고 이해하면 될 것이다.[190]

요약하면, 강행규범의 변화나 새로운 강행규범의 생성은 국제공서의 변화나 국제사회 자체의 태도 변화를 전제로 하는 것이므로 물론 그러한 상황이 쉽게 발생하기는 어려울 것이나,[191] 공서가 가지고 있는 변화적 속성상 그 가능성이 존재한다는 관점에서 위 문구의 의미와 가치를 평가

---

188) Michael J. Glennon, "Peremptory Nonsense," in S. Breitenmoser et al. (eds.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law - Liber Amicorum L. Wildhaber* (Zurich/Baden-Baden, 2007), p.1,269. 참고로 Michael J. Glennon은 강행규범 개념 자체의 모순과 무용성을 강조하는 학자이다.

189) 같은 취지로는, Humphrey Waldock, *supra* note 4, p.52, para. 6; Robert Kolb, *supra* note 1, p.28; Yoram Dinstein, *supra* note 154, pp.402-403; Merlin M. Magallona, *supra* note 4, pp.514-515; Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 42 참조.

190) 같은 맥락으로는, Marcelo G. Kohen, "The Use of Force by the US after the End of the Cold War, and its Impact on International Law," in Michael Byers and G. Nolte (eds.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law* (Cambridge University Press, 2003), p.228; Philip Alston and Bruno Simma, *supra* note 131, p.103.

191) 이러한 관점에서의 주장으로는, UNCLOT, Vienna (26 March-24 May 1968), A/CONF.39/11 (1969), p.321. para. 2 (statement by United Republic of Tanzania).

할 수 있다.

라. '조약은 그 체결 당시에 강행규범과 충돌하는 경우 무효'

제53조의 마지막 남은 문구인 "조약은 그 체결 당시에 강행규범과 충돌하는 경우 무효"라는 내용은, 강행규범이 조약보다 우월한 지위에 있음을 나타낸다.

앞서 이탈 불가성 부분에서 이미 설명한 바와 같이, 이러한 조약의 무효 법리는 이탈 불가성과 직접적으로 연결되는 효과에 해당한다. 왜냐하면, 이탈 불가성의 측면에서 볼 때 조약은 강행규범을 이탈할 수 없으므로, 만일 그러한 이탈이 있을 경우 해당 조약을 무효로 보는 것은 이탈 불가성의 효과로 자연스럽게 이해될 수 있기 때문이다.

물론 그와 같이 자연스럽게 연결된다 하더라도, 이탈 불가성만으로 조약의 무효 법리가 자동적으로 도출되는 것은 아니다. 바꾸어 말하면, 조약이 강행규범을 이탈할 수 없다고 하더라도, 실제 강행규범을 이탈한 조약을 무효로 볼 것인지는 어디까지나 국제사회가 그러한 무효라는 효과를 받아들일지 여부에 관한 선택의 문제이지 법리적으로 당연히 성립하는 명제는 아니라고 봄이 타당하다. 예를 들어 국제사회는 어떤 조약이 어떤 강행규범을 이탈하였다고 하더라도, 그 법적 효과에 관하여 해당 조약 내용의 폐기 의무나 손해배상 정도의 효과만 부여할 뿐 무효의 효과까지 부여하지는 않을 수도 있는 것이다.[192]

---

192) 이와 관련, "비엔나협약 체결 전까지는 조약 내용은 일반 국제법규와 배치하더라도 국가책임 문제는 생길지언정, 조약 그 자체가 당연히 무효가 되지는 않는다고 생각되어 왔다"는 취지의 설명으로는, 이병조, *supra* note 35, p.70 참조. 마찬가지 맥락에서 제53조 무효와 관련한 당시 체결 과정에서 이루어진 다양한 대립에 관하여, Christos L. Rozakis, *supra* note 65, pp.101-109 참조. 즉, 조약의 무효는 어디까지나 선택의 문제이지 필연적인 효과는 아니라고 봄이 타당하다.

이런 점에서 비엔나협약 제53조는 무효라는 가장 강력한 효과를 부여함으로써 조약의 강행규범 이탈에 대한 국제사회의 처리 방향을 제시하였다고 평가할 수 있다.[193] 그리고 바로 이러한 비엔나협약 제53조가 앞서 언급한 바와 같이 적어도 현재로서는 관습국제법의 지위에 있고, Draft Conclusion 제10조도 이와 동일한 규정을 두고 있는 것은, 현재 국제사회가 위와 같은 비엔나협약 제53조의 무효 법리를 공인하고 있음을 의미한다.[194]

마. 제53조에서 알 수 있는 강행규범과 국제공서의 관계

지금까지 Draft Conclusion을 중심으로 비엔나협약 제53조 문구들에 관한 해석을 통하여 제53조에서 규정한 강행규범의 의미를 분석하였다. 제53조의 문구들에 관한 종합적인 분석을 통해 요약할 수 있는 강행규범은, '국제사회의 근본 가치를 규율 대상으로 하는 국제법상 최상위 규범으로서, 구성원들의 사적 자치를 제한하는 강행성(이탈 불가성, 보편성, 규범 우월성)을 본질적 속성으로 하고, 시대 변화에 따라 추후에 그러한 특성을 상실할 수도 있는 규범'이라는 것이다.

한편 여기서 기억을 환기시키는 의미에서 국제공서의 의미를 다시 한 번 되새겨 본다면, '국제사회 유지를 위한 근본 가치 내지 공통의 지향점으로서, 어느 구성원도 이를 부정할 수 없고, 그에 반하는 어떠한 구

193) 같은 취지로, "제53조의 도입은 규범서열 관점에서 충돌 해결책을 제시함으로써 강행규범에 위배되는 하위규범을 국제법 질서에서 퇴출시키기 위한 것"이라는 설명으로는, Enzo Cannizzaro, "A Higher Law for Treaties?," in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011), p.441 참조.

194) 한편 비엔나협약 제53조가 협약 당시 존재하던 관습국제법을 반영한 것인지 여부에 관하여는, 후술하는 '제4장 제3절 5.항' 참조.

성원들 사이의 합의도 용납하지 않는 필수적 최소한'이고, 국제사회는 이러한 공서 아래 그 한도 내에서는 구성원들인 국가와 개인의 사적 자치를 제한하는 것이 허용되나, 공서의 내용은 시대 변화에 따라 달라질 수 있다는 것이다.

현재 관습국제법으로 인정받는 비엔나협약 제53조가 규정한 위와 같은 강행규범의 개념과 국제공서의 개념을 병렬적으로 놓고 보면, 강행규범이 국제공서를 법적으로 형상화시킨 개념임을 다시 한 번 확인할 수 있다.[195] 예를 들어 강행규범의 핵심적 속성은 '국제사회 구성원들의 사적 자치를 제한하는 이탈 불가성'인바, 그러한 이탈 불가성은 앞서 설명한 국제사회의 특성상 국제공서에만 부여되는 효력이고, 시대 변화에 따른 가변성 또한 양자가 갖는 일치된 속성이기 때문이다.[196]

6. 이론(異論)들의 소개 및 분석

가. 개요

강행규범의 개념에 관해서는 몇 가지 다른 각도의 설명들을 발견할 수 있다. 아래에서는 그러한 입장들을 소개하고, 분석하였다.[197]

---

195) 같은 취지로, Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.22; Robert Kolb, *supra* note 1, pp.8, 32; Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.30; Theodor Meron, *Human Rights Law-Making in the United Nations* (Oxford University Press, 1986), pp.197-198; John Dugard, *Recognition and the United Nations* (Cambridge University Press, 1987), p.149.

196) 한편, 구체적으로 어떤 내용의 강행규범이 존재하는가에 관해서는, 강행규범이 강행성까지 부여된 특수한 유형의 관습국제법이라는 점에서 각 규범의 관습국제법적 성질 및 강행성에 관한 국제사회의 수락과 인정이 존재하는지 여부를 앞서 본 바와 같이 2단계 판단 방식에 의하여 개별적으로 따져보아야 한다. 이에 관해서는 후술하는 '제3장 강행규범의 확인' 부분에서 보다 자세히 다룬다.

197) 아래에서 소개하는 이론들은 "① 강행규범을 자연법의 현대적 반영이라고 보는 견해, ② 강행규범을 실체규범이 아닌 법적 기술(legal technique)로 보는 견해, ③ 강

나. 자연법에서 근거를 찾는 견해에 대한 검토

강행규범이 자연법의 현대적 반영이라고 보는 견해이다.[198] 국가 주권과 조약 체결권을 제한하는 강행규범은 오로지 자연법 이론에서만 그 근거를 찾을 수 있다는 것이 핵심 내용이다. 강행규범이 국제사회 구성원들을 구속하는 이유는 규범에 내재된 윤리적 절대가치로서, 바로 이러한 이유 때문에 강행규범은 변경될 수 없는 규범이라는 것이다.[199]

이 입장은, "법실증주의 아래 국제규범이 되려면 국가들의 동의가 필수적인데, 강행규범은 동의가 없어도 된다"는 전제에서 출발한다. 즉 동의가 없어도 되기 때문에 법실증주의로는 강행규범을 설명할 수 없다는 것을 논리 골자로 한다.[200] 강행규범은 조약이나 통상 관습국제법과 달리 국가들의 동의로 성립한 규범이 아니라 그러한 동의 이전에 이미

행규범의 근거를 국가-국민 간의 신탁관계에서 찾는 견해(fiduciary theory of *jus cogens*)"의 세 가지인바, 위 이론들 외에 몇몇 다른 이론들에 관한 소개로는, Robert Kolb, *supra* note 1, pp.38-39, 40-44 참조. 한편 위 세 가지를 제외한 다른 이론들은 공서 개념에 기반한 주류적 입장과 사실상 대동소이하다고 볼 수 있으므로, 그들에 대한 소개 및 분석은 생략한다.

198) Mark Weston Janis, "The Nature of *Jus Cogens,*" *Connecticut Journal of International Law,* Vol. 3 (1988), pp.361-362; Dan Dubois, *supra* note 12, pp.133-175; Mary Ellen O'Connell, "*Jus Cogens*: International Law's Higher Ethical Norms," in Donald Earl Childress III (ed.), *The Role of Ethics in International Law* (Cambridge University Press, 2011), pp.86, 97-98; Ingrid Detter, *The International Legal Order* (Aldershot, 1994), pp.175-176; Andrea Bianchi, *supra* note 4, pp.492-493; Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal* (Springer-Verlag, 1974), p.66; Karen Parker and Lyn Beth Neylon, *supra* note 72, pp.419-423 등.

199) Robert Kolb, *supra* note 1, p.30.

200) Alain Pellet, "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making," *Australian Yearbook of International Law,* Vol. 12 (1988), p.39; Mark Weston Janis, *supra* note 198, p.361; Mary Ellen O'Connell, *supra* note 198, pp.86, 98 참조.

존재하는 어떤 더 높은 절대가치를 보호하기 위한 규범이므로,[201] 법실증주의 입장으로는 강행규범을 설명할 수 없기에 자연법 이론이 필요하다는 것이다.

그러나 위 견해는, ① 자연법 이론의 모호함과 주관성이 그대로 투영된 이론으로서, 법적 불확실성이 수반될 수밖에 없는 한계가 있는 점, ② 이 이론은 국가들의 동의와 관계없이 존재하는 자연법과 마찬가지로 국가들의 동의와 관계없이 강행규범이 존재한다는 것이나, 이는 앞서 본 비엔나협약 제53조 및 Draft Conclusion의 태도와 배치되는 점, ③ 즉, 이 이론은 강행규범이 국가들의 동의에 의하여 성립하는 규범이 아님을 전제로 하나, 비엔나협약 제53조나 Draft Conclusion 모두 '수락・인정'이라는 형태로 국가들의 동의가 강행규범 성립에 필요하다고 보고 있는 점, ④ 이 이론에 의하면 강행규범은 절대 불변의 규범이 될 수밖에 없는바, 이는 앞서 언급한 것처럼 비엔나협약 제53조나 Draft Conclusion 모두 강행규범을 가변적인 규범으로 보고 있는 것과 어긋나는 해석에 해당하는 점, ⑤ 이 이론에 의할 경우 윤리적 절대가치를 무엇으로 보는가에 따라 강행규범의 범위가 무한히 확대되거나 축소될 위험이 있는 점 등의 문제점을 안고 있다.[202]

앞서 강행규범의 역사적 생성과정에서 간단히 언급한 바와 같이,[203] 그리스 시대부터 태동한 자연법 사상이 Cicero를 비롯한 로마법 학자들의 로마법 체계 형성에 많은 영향을 미쳤고, 그 이론의 핵심에 해당하는 보편적 규범으로서의 자연법과 그렇지 않은 인간의 법의 구분[204]을 강행

201) Dan Dubois, *supra* note 12, pp.145, 147.

202) 이와 관련, Robert Kolb, *supra* note 1, p.31; Michael Byers, "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules," *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66 (1997), p.224 참조.

203) 앞서 본 '제2장 제2절 3. 강행규범과 관련한 역사적 발전과 공서' 참조.

204) 자연법 이론의 창시자인 그리스 철학자들은 자연법을 *physei dikaion*으로, 인간의 법을 *nomo dikaion*으로 불렀다(Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.111). 그리고

규범 법리의 원형으로 보는 데 특별한 의문이 있을 수는 없다고 생각한다. 특히 Vattel이 지적하였듯이, 인간이 다른 인간과의 관계에서 필수적으로 준수하여야 할 의무를 규율하는 자연법이 국가들 사이의 관계에서도 적용될 수 있다는 논리 또한 설득력이 있고,[205] 위와 같은 역사적 맥락 등에 비추어 강행규범을 자연법의 현대적 투영으로 보고 있는 시각이 일면적 진실을 담고 있는 것만큼은 다투기 어려운 내용이라고 생각한다.

그러나 동시에, 자연법만으로 강행규범 전부를 파악하기에는 앞서 열거한 문제점들을 반박할 수 없는 한계를 가지고 있다. 무엇보다도, 이 이론의 핵심적 전제인 '불변의 법'이라는 것은 그 개념의 모호성도 문제이거니와, 앞서 살핀 바와 같이 '시대적 흐름에 따른 가변성'을 본질로 하는 비엔나협약 제53조, Draft Conclusion의 강행규범과 어긋난다.

나아가 비엔나협약 제53조나 Draft Conclusion에 따르면 강행규범은 국가들의 동의를 필요로 한다. 이는 제53조나 Draft Conclusion 모두 강행규범이 되기 위해 국제사회의 수락·인정이 필요하다고 규정하고 있는 점에서 의문 없이 확인할 수 있는 부분이다. 앞서 역점을 두어 정리한 바와 같이 국제사회 구성원들이 '이것만큼은 지키도록 하자'고 합의한 최소한이 강행규범이기에, 강행규범은 어디까지나 국제사회 동의의 산물로 이해함이 타당하다.[206]

요컨대, 강행규범의 역사적 생성과정을 이해하는 데 자연법 이론을

Cicero는 이러한 구별을 토대로 자연법을 모든 인류에게 보편성을 갖는 법(*jus gentium*, 만민법)과 연결시켰다(*Ibid.,* p.112).

205) *Ibid.*, p.117 ('Vattel presupposes that the law of nature, constituting fundamental obligations which man necessarily observes in his relations with other man, is applicable to relations between States').

206) 관련하여, YbILC, Vol. I, part. 1 (1966), p.39, para. 34 (Mr. De Luna); Robert Kolb, *supra* note 1, p.32; Dinah Shelton, "Normative Hierarchy in International Law," *The American Journal of International Law*, Vol. 100(2) (2006), p.300; Rafael Nieto-Navia, *supra* note 4, p.602 등 참조.

배제할 수는 없으나, 현재의 강행규범을 설명하기 위하여 자연법 이론을 도입할 필요까지는 없고, 이는 강행규범을 실정법적 관점에서 파악하고 있는 비엔나협약의 태도 등과 어긋난다. 바꾸어 표현하면, 강행규범은 공서 개념의 국제적 확장으로 이해할 수 있을 뿐, 자연법 개념의 국제적 확장으로 이해할 이유나 필요는 없다고 봄이 타당하다.

다. '이탈 불가성만 존재하면 된다'는 견해에 대한 검토

Robert Kolb 교수의 주장이 대표적이다.[207] 그의 이론을 요약한다면, "강행규범의 근거를 국제공서에서 찾을 아무런 이유가 없다. 국내법상 강행규범이 공서와 반드시 결부되지 않는 것과 마찬가지다. 즉, 강행규범은 국내법상 강행규범과 마찬가지로 실체규범이 아니라 공서와 무관하게 적용될 수 있는 일종의 법적 기술(legal technique)로서,[208] 이탈 불가성을 갖는 모든 국제규범은 강행규범으로 보아야 하고, 국제공서와 관련한 강행규범은 그 일부에 해당할 뿐이다"는 취지이다. 따라서 그에 의하면, 강행규범의 속성에는 근본성, 보편성이나 규범 우월성은 배제된다. 오로지 이탈 불가성만 있으면, 지역적 강행규범이나 절차적 강행규범 등 여러 종류의 강행규범이 존재할 수 있다는 것이다.[209]

그러나 위 이론은, ① 국제사회의 특수성을 무시한 채 국내법상 강행규범 개념을 강행규범에 동일하게 적용하는 시도를 하고 있는 점, ② 정리한 바와 같이 비엔나협약 제53조는 현재 관습국제법으로서 강행규범에 관한 일반적 정의에 해당하고, Draft Conclusion은 이를 공식적으로

---

207) 이 이론이 Robert Kolb 교수의 독자적 주장에 머물러 있다는 설명으로는, Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 22.

208) Robert Kolb, *supra* note 1, p.40 ('*jus cogens* is first and foremost a legal technique and not a substantive rule').

209) *Ibid.*, pp.39-40.

확인하고 있으며, 여러 국제/국내재판소들이나 학설의 일반적 태도도 마찬가지로 파악되는바, 해당 내용들이 이탈 불가성과 아울러 강행규범의 보편성, 근본성, 규범 우월성을 지지하고 있는 점 등을 종합할 때, 독자성이 강하고 주류적 시각과도 접목될 수 없는 한계를 가지고 있다.

Robert Kolb 교수는 이와 관련, "국제사회의 파편화를 막고 국제법 질서의 통합이라는 목적을 위해, 이탈 불가가 필요한 모든 규범을 아우르는 개념으로서 강행규범을 채용할 가치와 필요성이 있다"는 취지이나,[210] 모든 이탈 불가 규범이 하나의 용어로 사용될 수 있다는 정도의 가치 외에 위 이론의 특별한 장점을 발견하기 어렵고, 그렇게 동일한 표현을 쓸 필요성이 있는지 의문이다. 국제공서를 기반으로 한 강행규범 개념과의 혼선만 초래할 위험성을 가지고 있을 뿐으로 보인다.[211]

보다 구체적으로 보건대, 강행규범을 지금까지 설명한 주류적 시각과 같이 국제공서를 구체화한 규범으로서 보편성, 이탈 불가성, 규범 우월성을 갖는 규범으로 정의함과 동시에, Robert Kolb 교수가 강행규범이라고 일컫는 규범은 그냥 말 그대로 '이탈 불가 규범(non-derogable norm)'으로 칭하고 그렇게 정의함에 의하여 두 영역의 공존을 허용할 수 있다. 즉, 이탈 불가 규범과 강행규범은 별개의 개념으로서, '이탈 불가 규범'의 category 안에 통설적 개념인 강행규범이 포함된다고 보면 충분하고, 그로 인해 이 입장이 우려하는 파편화가 발생할 여지는 없다고 생각한다. 오히려 위 입장에 따르면, 다음과 같이 묵과할 수 없는 문제들을 추가로 발견하게 된다.

먼저 위 입장에 따르면 강행규범을 무한대로 확장시킬 가능성이 있다. 실제로 Robert Kolb 교수는 강행규범을 ① Public Order *Jus*

---

210) *Ibid.*, pp.8, 40, 45.
211) 이는 Robert Kolb 교수 스스로 인정하고 있는 부분이다(*Ibid.*, p.45).

Cogens, ② Public Utility *Jus Cogens*, ③ Logical *Jus Cogens*로 나눈다.[212] 그러면서 ①번의 예로 무력 사용 금지, 자결권 보호, 인권·인도 관련 보호, 환경 보호를 들고 있고, ②번[213]의 예로는 ICJ 규정 등을 들고 있으며, ③번의 예로는 '*pacta sunt servanda*(약속은 지켜져야 한다)'를 들고 있고, 지역적 강행규범(regional *jus cogens*)의 성립 가능성까지 거론하고 있다.[214] 이러한 확장이 강행규범의 통일적 적용·해석에 지장을 초래할 수 있음은 어렵지 않게 예상할 수 있고,[215] 특히 지역적 강행규범에 관해 Draft Conclusion은 이를 인정하지 않는다는 입장을 관련 주석에서 공식적으로 밝히고 있다.[216]

다음으로, 위 ②번 강행규범 유형들과 ③번 유형으로 들고 있는 *pacta sunt servanda* 원칙은 비엔나협약 제53조, Draft Conclusion 등과의 충돌 문제까지 발생한다.

우선 ②번 유형의 경우 Robert Kolb 교수 스스로 근본성과 무관한 규정들로 정의하기에,[217] 강행규범을 근본 규범으로 보고 있는 비엔나협

---

212) *Ibid.*, pp.46-58 참조.

213) Robert Kolb 교수는 Public Utility *Jus Cogens*를 "국제사회의 근본 가치와는 관련이 없으나, 변경 불가성이나 통일적 적용을 유지하기 위해 이탈 불가성이 부여된 규범"으로 정의하면서, 그 종류로 (1) ICJ 규정과 같은 국제기구 규정, (2) 모든 협약 당사국들이 해당 조약 내용을 준수하여야 하고, 일부 당사자들 사이의 다른 내용의 합의는 허용될 수 없는 유형의 조약(integral treaties)을 들고 있다(*Ibid.*, pp.49-50). 그러면서 (1)에 대해 보다 구체적으로 설명하고 있는데, ICJ 규정이 분쟁 당사자 국가들이 특별협정 등을 통해 규정 내용과 달리 적용받을 수 없고, 그러한 요청을 하더라도 받아들여질 수 없으며(beyond their control), ICJ 스스로도 바꿀 수 없는 절차규범이라는 점에서 강행규범이라고 설명한다(*Ibid.*, pp.50-54).

214) *Ibid.*, pp.97-100 참조. 한편 *pacta sunt servanda*를 강행규범의 예로 언급하는 다른 학자들도 확인할 수 있고(예를 들어, Mark Weston Janis, *supra* note 4, p.66; Dan Dubois, *supra* note 12, p.145), 지역적 강행규범이 가능하다는 국내 학자도 발견할 수 있다(김대순, *supra* note 36, pp.15-16).

215) 이와 관련, "강행규범의 가치를 유지하기 위해서는 소수의 근본 규범에 한정되어야 할 것이다. 강행규범의 확장은 그 존재 자체를 위협할 수 있다"는 설명으로는, Theodor Meron, *supra* note 4, p.420.

216) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.156, para. 15.

약 제53조, Draft Conclusion 및 주류적 학계/실무의 태도와 어긋난다.[218] 나아가 *pacta sunt servanda* 원칙의 경우 이탈 불가의 성격을 갖는지 자체에 대하여 의문이 생긴다.[219] 하나만 예를 들어보자. 이 원칙이 이탈 불가 규범으로 인정되려면, 두 국가가 어떤 조약을 맺은 경우 그와 배치되는 어떤 내용의 행동도 허용될 수 없어야 한다. 약속이 맺어진 것이고, 그 약속은 언제나 지켜져야 하기 때문이다. 그런데, 앞서 언급한 바와 같이 비엔나협약 제53조나 이를 그대로 채용한 Draft Conclusion 제10조 제1항은 "조약 체결 당시 강행규범과 충돌하면 무효"라고 명시하므로, 그 당연한 효과로 강행규범과 충돌할 경우 두 당사자 국가는 조약에서 규정한 국가 간 약속을 준수할 수 없는 상황이 된다. 준수할 대상 자체가 조약 무효로 인해 법적으로는 존재하지 않기 때문이다. *pacta sunt servanda* 원칙이 이탈 불가 규범이 될 수 없음을 드러내는 단적인 예로 볼 수 있을 것이다.[220]

요컨대, 강행규범을 이탈 불가 규범을 총칭하는 법적 테크닉으로 보는 위와 같은 입장은 그 장점이나 필요성을 쉽사리 찾기 어렵고, 비엔나협약 제53조, Draft Conclusion 및 주류적 학계/실무의 태도 등과 어긋나며, 강행규범 개념을 별다른 근거 없이 확장시킴과 아울러 혼선만 초래하게 할 수 있는 단점이 보다 부각될 뿐이므로, 설득력을 부여하기 어려운 이론이라고 생각한다.

---

217) Robert Kolb, *supra* note 1, p.49 ('This public utility *jus cogens* is not linked to fundamental values or fundamental norms').

218) 이 또한 Robert Kolb 교수 스스로 인정하고 있는 부분이다(*Ibid.*, p.58).

219) 물론 Robert Kolb 교수의 분류상 Public Utility *Jus Cogens*에 해당하는 ICJ 규정의 경우에는 절차 규범으로서 그 성격상 이탈 불가 규범이라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 그러한 이탈 불가 성격이 있다고 하여 강행규범으로 포섭할 필요가 없음은 앞서 밝힌 바와 같다. 즉, 그냥 이탈 불가 규범이라고 표현하면 필요충분한 것이지, 더 나아가 강행규범이라는 title까지 부여할 이유나 필요성을 찾기 어렵다.

220) 같은 취지의 설명으로는, Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 58 참조.

라. 신탁관계에서 근거를 찾는 견해에 대한 검토

국가와 국민의 관계가 기본적으로 포괄적·비자발적 신탁/수탁 관계임을 전제로 한 접근이다. 국제 관계에서 국민의 권리는 그 구조상 거의 전적으로 국민의 의사와 관계없이 국적국에게 신탁될 수밖에 없지만, 그 신탁의 한계를 강행규범에서 찾을 수 있다는 것 - 신탁관계 이론 (Fiduciary theory of *Jus cogens*) - 이다.[221]

이 견해는, 그러한 강행규범의 예로 노예 금지 등을 언급하면서,[222] 그와 같이 국가-국민의 관계에 필요한 강행규범이 국가 간의 관계에도 적용된다는 논리를 펼치고 있다. 즉, 모든 국가는 자신들이 그 국민들과 관계에서 지켜야 할 강행규범을 국가 간 관계에서도 준수하여야 하므로, 강행규범에 위반하는 내용의 조약을 체결할 수 없다는 것이다.[223] 그러면서 이 견해는, 위와 같이 모든 국가들은 국민과의 신탁/수탁 관계로부터 당연히 강행규범을 준수할 의무를 부담하므로, 비엔나협약 제53조에서 강행규범 성립에 '국제사회의 수락과 인정'이 필요하도록 규정함으로써 국가들의 동의를 별도 요건으로 한 것은 불필요한 내용에 해당하다고 주장한다.[224]

이 견해의 문제점은 다음과 같이 정리할 수 있다.

먼저, 이 이론은 한 국가의 '국가-국민'의 관계에 필요한 강행규범이 국가 간 관계에도 확대되어야 한다는 것인바, 그 이유에 관해 설득력 있는 설명을 제시하지 못하고 있다. 즉, 한 국가 내에서 국민들의 평등권,

---

221) Evan J. Criddle and Evan Fox-Decent, *supra* note 29, pp.332-333, 347-360.
222) *Ibid.*, p.356.
223) *Ibid.*, pp.355-356.
224) *Ibid.*

자유권을 포함한 기본권을 수호하기 위하여 국가 권력의 한계로서 기능하는 강행규범의 필요성과 실재성은 수긍할 수 있지만, 그러한 기능을 갖는 국내적 장치가 어떻게 국제사회에까지 적용될 수 있는지 이 이론만 가지고는 쉽사리 이해하기 어렵다.

다음으로, 이 이론의 바탕이 되는 '포괄적·비자발적 신탁 관계'가 과연 현대 국제법에서의 '국가-국민'의 관계를 정확히 묘사하고 있는지도 의문이다. 이 이론은 국민과 국가의 관계는 마치 '아이-부모'의 관계와 같이 국민이 전적으로 국가에 의존하고, 국가는 많은 재량권을 가지고 있다고 전제하나,[225] 현대 국제법상 국가와 국민은 오히려 별개의 국제법상 독립된 주체이고, 개인이 국가를 경유함이 없이 직접 국제법상 권리를 행사할 수 있는 방향으로 움직이고 있으며,[226] 그 연장선에서 국가가 국민을 대신하여 무엇인가를 할 경우에도 국민의 그에 관한 명시적·자발적 위임이 있어야 한다고 해석되므로, 위 이론이 전제하는 '포괄적·비자발적 신탁 관계'는 현대 국제법의 흐름과 맞물린다고 보기 어려운 측면이 있다.

다음으로, 이 견해는 노예 금지[227]와 같이 '국가-국민'의 관계에서 비롯되는 인권 관련 강행규범을 설명하는 데에는 참신한 접근방법이라고 볼 수 있으나, 불법적 무력 사용 금지[228]와 같이 국가 간 관계까지 규율하는 강행규범을 설명하기에는 한계가 있다. 한 국가의 국가-국민의 관계에서 다른 국가에 대한 불법적 무력 사용을 금지하겠다는 의무까지 도출된다고 보기는 어렵고, 오히려 국가는 국민의 생존을 위해 다른 국가에 대한 불법적 무력 사용도 해야 할 의무가 도출된다고 볼 필요성이 존

225) *Ibid.*, pp.347-355.
226) 이에 관해서는, 후술하는 '제4장 제2절 인권 중심 강행규범의 주체' 부분에서 자세히 살펴볼 것이다.
227) 이에 관해서는 뒤에 나올 '제3장 제5절 2. 가.항'에서 자세히 다룬다.
228) 이에 관해서는 뒤에 나올 '제3장 제5절 2. 마.항'에서 자세히 다룬다.

재하기 때문이다.

마지막으로, 이 견해 역시 국가들의 동의 여부와 관계없이 강행규범이 존재한다는 것이나, 이 또한 비엔나협약 제53조나 Draft Conclusion 등의 태도와 배치된다. 앞서 밝혔듯이 제53조나 Draft Conclusion이 규정하는 국제사회의 '수락·인정'은 강행규범 성립의 필수적 요건으로서 결코 불필요한 잉여 문구 정도로 취급될 수는 없기 때문이다.

제3장 강행규범의 확인

제1절 개요

정리한 바와 같이, Draft Conclusion은 강행규범으로 인정받기 위해서는 1단계로 우선 해당 규범이 관습국제법이어야 하고, 2단계로 그 강행성에 관한 국제사회의 수락·인정이 존재하여야 한다는 취지로 설명한다. 나아가 Draft Conclusion은 제6조 제2항에서 강행성에 관한 국제사회의 수락·인정은 오로지 객관적 증거에 의하여 증명되어야 함을 전제하면서 제8조 제2항에서 그러한 증거들을 예시하고 있고, 제9조에서는 강행성을 확인할 수 있는 보충 수단으로 ICJ 판결을 포함한 국제재판소들의 판단이나 저명 학자들의 견해 등을 제시하고 있다.

Draft Conclusion의 지위·채택 시기 등을 종합할 때, 위와 같은 접근 방식은 현재 학계나 실무의 주류적 흐름인 2단계 방식을 반영하였을 뿐만 아니라, 설령 현재는 아니더라도 적어도 향후 어떤 규범이 강행규범인지를 확인하는 데 권위적이고 공신력 있는 지침이 될 개연성이 있으므로, 이 부분에서는 Draft Conclusion 제6조 제2항, 제8조, 제9조가 제시하고 있는 강행규범의 확인 방법에 관하여 보다 자세히 접근하였다.

구체적으로, 제2절에서는 강행규범으로 인정되기 위한 1단계 조건으로서 관습국제법의 성립 요건인 법적 확신과 국가 관행에 관하여 이 글의 전개에 필요한 한도 내에서 설명하였고, 제3절에서는 2단계 조건인 '강행성에 관한 수락·인정'에 관하여 살펴보았다. 다음으로 제4절에서는 강행규범을 관습국제법으로 설명하기 어렵다는 견해들을 소개하고 분석하였으며, 마지막 제5절에서는 위와 같은 2단계 조건을 모두 충족하는

규범들로 현재 가장 보편적으로 받아들여지고 있는 노예 금지, 고문 금지, 인도에 반하는 죄 금지, 제노사이드 금지, 침략행위 또는 불법적 무력 사용 금지 규범의 내용을 소개하고 각 강행규범성을 확인하였다.

제2절 관습국제법의 확인 - 법적 확신과 국가 관행

관습국제법은 잘 알려져 있다시피 법적 확신과 국가 관행의 두 가지를 성립 요건으로 한다는 것이 확립된 법리이다. 여기서 법적 확신은 주관적 요건으로서 질적 요소(qualitative element)에 해당하고, 국가 관행은 객관적 요건으로서 양적 요소(quantitative element)로 이해된다.[229]

위 두 요건에 관하여 ICJ나 UN 총회에서 2018년 채택된 "관습국제법의 확인에 관한 결론(Conclusions on the identification of customary international law, 이하 'Customary Conclusion'이라 한다)[230]"을 포함한

229) Brian D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010), p.6; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.126.

230) GA resolution 73/203 of 20 December 2018, annex; ILC, Report on the work of the 70th session (2018), pp.117-156 참조. ILC는 2018년 'Identification of customary international law'라는 제목으로 관습국제법과 관련한 draft conclusion 16개 조문과 그에 관한 주석을 2018년 연례 보고서 5장에 수록하였는데, 관습국제법과 관련한 현 학계와 실무 흐름을 반영하여 집대성한 문서로 이해할 수 있고, 같은 해 UN 총회에서 채택되었다. 이 글에서는 위 16개 조문을 강행규범에 관한 Draft Conclusion과 구별하여 'Customary Conclusion'으로 부른다. Customary Conclusion 제2조는 관습국제법 여부를 확인하기 위해 '법 규범으로 수락된 일반 관행[a general practice that is accepted a law (*opinio juris*)]'이 있는지를 파악하여야 한다고 명시함으로써 관습국제법의 성립 요건이 법적 확신과 국가 관행임을 확인하고, 제3조에서 두 요건이 구별되는 개념으로서 개별적인 판단이 필요하다고 규정한다. 이어 제4조부터 제8조까지는 국가 관행에 관하여, 제9조, 제10조에서는 법적 확신에 관하여 각 규정하고, 제11조부터 제14조까지는 관습국제법 여부를 확인하기 위한 핵심 자료들로서 조약, 국제기구 결의, 국내/국제재판소 판결, 저명 학자들의 견해를 들고 있으며, 제15조에서는 지속적 반대자 법리(persistent objector rule)를, 제16조에서는 지역 관습국제법 등을 다루고 있다.

일반적 이해는, “어떤 광범위하고 일관·정착된 관행이 존재하여야 할 뿐만 아니라, 그러한 관행이 단지 예양(courtesy)이나 전통 등에 머무는 것이 아닌, 법으로까지 수락된다는 것에 관한 국가들의 법적 확신이 존재하여야 한다”는 것으로 요약할 수 있다. 즉, 단순한 관행의 집적만으로 해당 관행이 관습국제법의 지위에 오르는 것이 아니라, 어디까지나 그 관행이 법 규범성을 갖는다는 것에 관한 확신도 존재하여야 한다는 의미이다. 이는 1969년 북해 대륙붕 사건[231]에서 이루어진 ICJ의 아래 판시[232]에서도 확인할 수 있다.

> [T]wo conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty[두 조건이 반드시 충족되어야 한다. 즉, 어떤 행동이 정착된 관행에 이르러야 할 뿐만 아니라, 그러한 관행은 법 규범적 강제성을

231) *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/ Federal Republic of Germany v. Netherlands), ICJ Judgment* (1969).

232) 현재 국제법 학계의 관습국제법에 관한 일반적 이해를 대표하는 판시로 통한다[정인섭, 정서용, 이재민, 국제법 판례 100선, 제4판 (박영사, 2016), p.9].

갖는다는 믿음에 기초한 것이어야 한다. 그러한 믿음, 즉, 주관적 요건의 존재는 '법적 확신'의 골자에 해당한다. 따라서 어떤 관행을 따르는 국가들이 그것이 법적 의무라는 인식을 가지고 있을 때 비로소 관습국제법의 요건을 충족한다. 어떤 관행이 반복되고 있다는 것만으로는 부족하다. 국제적 행동들 중에는 의전 영역에서와 같이 거의 변함없이 이어져 오고 있는 일정한 관행들이 존재하나, 그들은 오로지 예양, 전통, 편의에 기초한 것들일 뿐 법적 의무의 이행이라는 관점에서 이루어지는 행동들은 아니다].[233]

한편, 법적 확신, 국가 관행의 두 요건 상호간의 관계에 관하여, ICJ는 위 1969년 북해 대륙붕 사건을 포함하여 1985년 리비아와 말타 사이의 대륙붕 사건[234]까지는 둘 사이에 특별한 우열 관계를 부여하지 않는 중립적인 입장을 취하다가,[235] 1986년 니카라과 사건[236]에서 "주관적 요건인 법적 확신의 존재를 우선적으로 살펴보고, 그 다음으로 그에 관한 국가들의 실무 관행이 존재하는지 여부를 따져보아야 한다"는 취지[237]의 판시를 하였다.

The Court notes that there is in fact evidence of a considerable degree of agreement between the Parties as to the content of the customary international law relating to the non-use of force and

---

233) *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/ Federal Republic of Germany v. Netherlands), ICJ Judgment* (1969), para. 77.
234) *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), ICJ Judgment* (1985).
235) *Ibid.*, para. 27.
236) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Judgment* (1986).
237) ICJ가 니카라과 사건에서 판시한 법리를 이렇게 이해하는 것이 학계의 일반적 태도로 파악된다. 이와 관련, Philip Alston and Bruno Simma, *supra* note 131, pp.96-97; 정인섭 외, *supra* note 232, p.9 참조.

non-intervention. This concurrence of their view does not however dispense the Court from having itself to ascertain what rules of customary international law are applicable. The mere fact that States declare their recognition of certain rules is not sufficient for the Court to consider these as being part of customary international law, and as applicable as such to those States. ... [I]n the field of customary international law, the shared view of the Parties as to the content of what they regard as the rule is not enough. The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the *opinio juris* of States is confirmed by practice[무력 사용 금지와 내정 불간섭이 관습국제법이라는 데에 상당한 정도의 국가들 사이의 일치된 인식이 공개적으로 표명되었음을 알 수 있다. 그러나, 이러한 국가들의 인식 공유만으로 무력 사용 금지와 내정 불간섭을 관습국제법이라고 속단하기는 어렵다. 즉, 국가들이 어떤 규범을 관습국제법으로 인정하는 내용의 공적 선언을 하였다는 사실만으로는 부족하다. ... 관습국제법의 경우 규범성에 관한 국가들의 공통된 인식만으로는 충분하지 않다. 법원은 그러한 국가들의 법적 확신이 국가들의 관행에서 실제로 확인되는지를 반드시 살펴보아야 한다].[238]

위와 같은 니카라과 사건의 판시 내용에 근거하여, 현재 ICJ의 태도가 주관적 요건인 법적 확신에 보다 큰 중요성을 부여하고 있다고 보는 견해도 존재하나,[239] 그렇게 보기에는 충분하지 않은 측면이 있다. 대표적으로, 1996년 핵무기 사용에 관한 권고의견[240]이나 2012년 국가면제

238) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicargua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Judgment* (1986), para. 184.
239) Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.127.
240) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Advisory Opinion* (1996).

판결[241]에서 ICJ는 니카라과 사건의 위 판시 사항을 인용하지 않고 앞서 본 북해 대륙붕 사건이나 1985년 리비아-말타 대륙붕 사건의 판시 사항을 인용하면서, 두 요건 중 법적 확신에 어떠한 우선권을 부여하고 있다고 볼 수는 없는 판시를 하고 있기 때문이다. 예를 들어, ICJ는 국가면제 판결에서 국가면제의 관습국제법성 여부에 관한 판단을 하면서, 다음과 같이 북해 대륙붕 판결의 관련 판시 내용 등을 인용할 뿐 니카라과 판결의 앞서 본 판시 내용은 인용하고 있지 않다.

> In particular, as the Court made clear in the North Sea Continental Shelf cases, the existence of a rule of customary international law requires that there be "a settled practice" together with *opinio juris* . . . .[242]

위와 같은 판시 흐름 등을 토대로 현재 관습국제법에 관한 ICJ의 태도를 굳이 분류한다면, ICJ는 두 요소 중 법적 확신에 방점을 두고 있다기 보다는, 여전히 북해 대륙붕 사건이나 리비아-말타 대륙붕 사건에서 판시한 법리와 같이 두 요건의 경중에 차이를 두지 않는 것을 기본 바탕으로 하고 있다고 해석된다. Customary Conclusion 제2조에 관한 주석에서도 같은 취지로 "두 요건이 함께 관습국제법 성립 요건으로 작용한다. 학자들 중에는 두 요건에 경중을 부여하거나 둘 중 어느 한 요건만으로도 관습국제법이 성립하는 것처럼 주장하는 경우도 있으나, 이는 실무적으로 볼 때 받아들여지지 않고 있다"고 설명한다.[243]

---

241) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012).

242) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 55. 국가면제 판결은 위 본문 판시에 이어 같은 paragraph에서 리비아-말타 대륙붕 판결의 관련 판시 내용도 인용하고 있다.

생각건대, 두 요건의 관계를 어떻게 보든 결론에 있어 차이는 없어 보인다. 니카라과 판결이나 북해 대륙붕/리비아-말타 대륙붕 판결 모두 두 요소를 함께 고려하라는 점에서는 동일하고, 두 요건 모두 여러 축적된 객관적 증거들을 통해 그 인정 여부를 판단하여야 한다는 점에서도 동일하며, 어느 한 요건은 쉽게 인정하고 다른 요건은 어렵게 인정하라는 취지도 아니기 때문이다. 나아가 보더라도, 법적 확신의 존재 여부는 주관적 요건이라는 특성상 그에 관한 국가들의 실제 행동들을 통하여 추론할 수밖에 없다는 점에서, 두 요건은 어디까지나 규범적으로 연결되어 작용할 뿐 굳이 주종관계를 부여할 특별한 이유는 없다고 생각한다.[244]

다만 실무적 관점에서 볼 때, 어떤 관습이나 관행이 관습국제법에 해당하는가의 인정 여부는 각 사안별로 객관적 자료들을 통하여 두 요건(법적 확신, 국가 관행)의 존재 여부를 확인하는 작업으로서, 그 판단과정은 통상 집적된 관행의 확인에서부터 시작될 것으로 보인다.[245] 그러한 측면에서, 국가면제 판결의 아래 판시[246]와 같이 해당 관습/관행과 관련한 국가들의 객관적 행동들 - verbal acts, inaction 포함[247]- 을 먼저 살펴보고, 그 행동들에서 법적 확신의 존재 여부를 추출하는 과정이 실무적으로는 일반적인 판단 process가 될 것이다.

---

243) ILC, Report on the work of the 70th session (2018), p.126, para. 4.

244) 같은 취지로는, Jonathan I. Charney, "Universal International Law," *The American Journal of International Law,* Vol. 87(4) (1993), p.545.

245) 같은 취지로는, Philip Alston and Bruno Simma, *supra* note 131, p.88; Christos L. Rozakis, *supra* note 65, p.59. 이와 관련, Customary Conclusion 주석에서도 "The existence of a general practice is often the initial factor to be considered"로 설명하고 있다[ILC, Report on the work of the 70th session (2018), p.129, para. 9].

246) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 55.

247) ILC, Report on the work of the 70th session (2018), p.128, para. 4; p.133, paras 2-3 참조. Customary Conclusion 제6조 제1항은 이를 명문화하여 "Practice may take a wide range of forms. It includes both physical and verbal acts. It may, under certain circumstances, include inaction"이라고 규정한다.

State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question ... the legislation of those State ... the statement made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law Commission and then in the context of the adoption of the United Nations Convention. *Opinio juris* ... is reflected in particular in the assertion by States ....

나아가 그러한 '국가들의 객관적 행동들'로 학설/판례에서 제시하고 있는 것으로는, 위 판시내용에서도 제시되어 있지만, 각국의 국내 입법, 국제재판소들이나 국내법원들의 법적 판단, 각국 국내법원들의 재판과정에서 이루어지는 다른 국가들의 법적 주장, 각종 다자조약들이나 국제규범들의 내용, UN과 같은 국제기구들 및 국내기구들의 각종 협약, 결의, 선언, 보고서 등을 포함한 실무자료(ILC의 각종 초안에 대한 각 국가들의 입장 포함), 보도자료, 법적 문제들에 관한 공식 매뉴얼 등이 포함된다.[248] Customary Conclusion도 위와 같은 학설/실무를 반영하여 제6조 제2항에서 국가 관행을 확인할 수 있는 행동들로 "각국의 외교적 행위나 교신, 국제기구들이나 정부 간 모임에서 채택된 결의들과 관련한 행위, 조약과 관련한 행위, 집행행위를 포함한 각국의 실행, 입법·행정 활동, 각국 법원의 판결"을 예시하고 있고,[249] 제10조 제2항에서 법적 확신을

248) Ian Brownlie, *supra* note 4, pp.6-7; *Domingues v. United States,* No. 12.285, *Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 62/02* (2002), para. 47; Dinah Shelton, *supra* note 206, pp.320-321; Jonathan I. Charney, *supra* note 244, pp.543-545 등 참조.

249) (Customary Conclusion 6)

2. Forms of State practice include, but are not limited to: diplomatic acts and correspondence; conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference; conduct in

확인할 수 있는 행동들로, “국가들의 공식 입장, 공식 출간물, 각 정부의 법적 의견, 외교당국 간 교신 내용, 각국 법원의 판결, 조약 규정, 국제기구들이나 정부 간 모임에서 채택된 결의들과 관련한 행위”를 예시하고 있다.[250]

한편, 어떤 관행을 법 규범으로 수락하는 주체, 즉 *opinio juris*의 주체는 ‘국가들’이다. 앞서 언급한 바와 같이 강행성의 수락·인정 주체가 ‘국제사회’인 것과 구별된다. Customary Conclusion 주석에서는 관습국제법 수락 주체로서의 국가들에 관하여 보다 구체적으로 설명하고 있는데, 이에 따르면 모든 국가들이 어떤 관행/관습을 법 규범으로 수락할 필요는 없지만, 반대가 아예 없거나 극소수에 한정되는 넓고 대표성 있

---

connection with treaties; executive conduct, including operational conduct “on the ground”; legislative and administrative acts; and decisions of national courts.

ILC는 이에 대한 주석에서 각 용어들을 설명하고 있는데, 이에 따르면 ‘각국의 실행’은 행정명령, 규칙, 입법 관련 공식 견해, 국제무대에서의 공식 견해, 국내/국제 재판소에서 밝힌 입장을 포함하고, ‘입법·행정 활동’은 다양한 형태의 규제 내용을 포함하며, ‘조약과 관련한 행위’에는 조약 협상과 체결, 실행 과정에서 이루어진 행동(후속 합의 등)을 포함하고, ‘국제기구들이나 정부 간 모임에서 채택된 결의들과 관련한 행위’에는 채택된 결의, 결정 등(강제성 여부 불문)의 협상·채택·실행 과정에서 이루어진 각국의 행동들을 포함한다[ILC, Report on the work of the 70th session (2018), p.134, para. 5].

250) (Customary Conclusion 10)

2. Forms of evidence of acceptance as law (*opinio juris*) include, but are not limited to: public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; decisions of national courts; treaty provisions; and conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference.

위 제10조 제2항은 앞서 강행성의 수락·인정에 관한 Draft Conclusion 제8조 제2항과 비교할 때, ① 제8조 제2항에서 예시한 증거들 중 ‘입법·행정 활동’을 제외하고, ② 국제기구 등에서 채택된 결의와 관련해서 제8조 제2항이 ‘결의’ 자체를 예시하고 있는 것과 달리 ‘결의와 관련한 행동’을 제시하고 있다는 차이만 존재할 뿐, 나머지는 동일하게 규정하고 있다. 한편, Draft Conclusion 제8조 제2항에 포함된 위 ‘입법·행정 활동’은 위 본문 내용과 같이 Customary Conclusion 제6조 제2항에 들어가 있고, 제6조 제2항과 제10조 제2항은 공통적으로 ‘각국 국내법원 판결’과 ‘국제기구들이나 정부 간 모임에서 채택된 결의들에 관한 각국의 행위’를 제시한다.

는 수락이 필요하고,[251] 그 연장선에서 국가 관행도 충분히 광범위하고 대표성 있는 일관적인 성격을 갖추고 있으면 된다. 즉, 모든 국가들이 그러한 관행/관습에 참여할 필요는 없다.[252]

제3절 강행성의 확인

1. 수락・인정의 증명

강행규범으로 인정되기 위한 2단계 요건으로서, 집합적 개념의 단일 공동체인 국제사회가 해당 관습국제법 규범의 강행성, 즉 이탈 불가성, 보편성, 규범 우월성을 수락하고 인정하여야 한다. 앞서 소개한 바와 같이 Draft Conclusion은 강행성의 수락・인정이 존재하는지 여부에 관하여 오로지 증거를 통해 증명되어야 한다는 취지로 규정하고 있는바, 관련 주석을 바탕으로 이를 보다 자세히 설명하면 다음과 같다.

먼저 강행성의 수락・인정의 주체는 오로지 국제사회이다. Draft Conclusion은 정리한 바와 같이 강행성의 수락・인정 주체로서 국제사회의 의미를 모든 국가들이 아닌 절대 다수 국가들(a very large majority of States)을 구성원으로 하는 집합적 개념으로 규정하고, 그러한 국제사회만이 강행성을 수락하고 인정할 수 있는 주체임을 밝히고 있다. 보다 구체적으로 보건대, Draft Conclusion 제7조 제3항에서 "국제기구와 같은 다른 국제법 행위자들[253]의 입장도 수락・인정의 존재 여부를 판단하는

251) ILC, Report on the work of the 70th session (2018), p.139, para. 5.
252) *Ibid.*, p.136, para. 3 ('It is clear that universal participation is not required: it is not necessary to show that all States have participated in the practice in question').
253) 'other actors'로 표현된 '다른 국제법 행위자들'에 대하여, ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.167, para. 4 참조. 해당 주석에 따르면, 국제기구는

데 참작될 수 있으나, 그러한 입장들 자체는 수락·인정으로 인정될 수 없다"고 규정함으로써, 오로지 국제사회만이 수락·인정의 주체임을 분명히 하고 있다.[254]

다음으로, 이미 언급한 바와 같이 Draft Conclusion 제6조 제2항은 강행성의 수락·인정은 오로지 증거를 통해 증명되어야 한다고 명시한다. 해당 주석에서는 '증거'의 의미에 관하여 설명하고 있는바, 이에 따르면 강행성에 대한 수락과 인정이 존재한다고 주장되는 것만으로는 부족하고, 반드시 증거에 의하여 그 존재가 증명되어야 한다.[255]

나아가 Draft Conclusion은 앞서 소개하였다시피 제8조 제2항에 기재된 증거들인 '국가들의 공식 입장, 공식 출간물, 각 정부의 법적 의견, 외교당국 간 교신 내용, 입법·행정 활동, 각국 법원의 판단, 조약 규정, 국제기구들이나 정부 간 회의에서 이루어진 결의'와 관련하여, 우선 해당 내용들이 어디까지나 예시일 뿐 열거는 아니고,[256] 국제사회의 수락과 인정을 나타내는 다른 형태의 증거들도 가능하다는 취지로 설명한다.[257] Draft Conclusion은 위 예시 증거들의 공통점을 "국가들의 입장을 반영하거나 나타내는 자료들"이라는 관점에서 찾으면서,[258] 각 증거들에 관하여 보다 구체적으로 설명하고 있다.

먼저 UN 총회 결의나 UN 안전보장이사회 결의, ICCPR과 같이 국제기구나 정부 간 모임에서 채택된 다자간 조약이나 결의를 강행성의 수

물론 비 국가행위자들(non-state actors)도 이에 포함된다.

254) (Draft Conclusion 7)

3. While the positions of other actors may be relevant in providing context and for assessing acceptance and recognition by the international community of States as a whole, these positions cannot, in and of themselves, form a part of such acceptance and recognition.

255) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.165, para. 4.

256) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.168, para. 3.

257) *Ibid.*, pp.168-169, para 3.

258) *Ibid.*, p.169, para 5.

락·인정과 관련하여 가장 전형적 형태의 증거들로 보고 있고,[259] 다음으로, 각국 법원의 판결도 강행성에 관한 국가들의 입장을 반영한 자료로 볼 수 있는 점에서, 고문 금지에 관하여 대부분 국가들이 국내 법률을 제정한 것과 같이 국내 입법·행정 활동도 강행성에 관한 국가들의 입장을 나타낸 것으로 볼 수 있는 점에서, 각국의 공식 입장이나 국제석상에서 이루어진 입장들도 마찬가지 관점에서, 모두 강행성 수락·인정의 증거가 된다고 설명한다.[260]

Draft Conclusion은 모든 관련 증거들은 개별적 검토가 아니라 통합적으로 검토되어야 함을 강조하고,[261] 앞서 소개한 Customary Conclusion 제10조 제2항과 Draft Conclusion 제8조 제2항의 유사성을 적시하면서, 동일한 자료가 한편으로는 관습국제법의 증거가 됨과 아울러 강행성 수락·인정의 증거가 될 수도 있는 가능성과 그 구체적 상황을 설명하고 있다.[262]

2. 수락·인정의 보충 수단

Draft Conclusion 제9조는 '강행성 인정의 보충 수단(subsidiary means)'이라는 제목으로 국제재판소 판례와 전문가 그룹의 연구 성과 및 저명 학자들의 연구 결과물 등을 제시하고 있다.

'보충 수단'의 용어 사용과 관련하여, 해당 주석에서는 "국가들의 의견을 드러낸다고 볼 수는 없지만, 보충 수단으로 작용할 수 있는 것"을

259) *Ibid.* 이러한 ILC의 입장은 학계의 이해와도 일치하는 것으로 파악된다[예를 들어, Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.143, 147; Richard Baxter, "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law," *British Yearbook of International Law*, Vol. 41 (1965-1966), p.300].
260) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.169, para. 5.
261) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.170, para. 6.
262) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.169, para. 4.

의미한다고 하면서도, 이때 '보충'이라는 단어는 결코 그러한 수단들의 중요성이 낮다는 의미가 아니라, 그러한 수단들이 강행성 수락·인정의 증거 자체는 아니지만 그 판단을 용이하게 하는 수단이 됨을 명시한 것이라고 설명한다.[263] 한편, Draft Conclusion은 제8조 제2항이 예시 규정인 것과 마찬가지로 제9조에서 제시된 보충 수단들도 열거가 아닌 예시라고 전제하면서도, 해당 보충 수단들이 지금까지 강행성 수락·인정과 관련하여 가장 공신력 있게 취급되어 온 수단들임을 강조하고 있다.[264]

제1항에서 제시된 '국제재판소 판례'와 관련하여, 해당 주석에서는 이 규정이 ICJ 규정 제38조 제1항에서 보충 수단으로 기재된 'judicial decisions'을 반영한 내용이라고 설명하면서도, ICJ 규정의 위 내용이 국제재판소뿐만 아니라 국내법원까지 포함하는 개념임에 반하여, 제9조 제1항은 국제재판소 판례에 국한함을 확인하고 있다.[265] 이는 앞서 본 바와 같이 제8조 제2항에서 각국 국내법원의 판례를 강행성 수락·인정의 증거로 예시한 것과 대비되는 내용으로서, 국제재판소 판례를 '국가 의사의 반영'으로까지 보기는 어렵다는 전제가 깔려 있는 것으로 해석된다.

한편 Draft Conclusion 제9조 제1항은 국제재판소 판례 중에서도 ICJ 판결에 가장 중요한 가치를 부여하고 있는바,[266] 그 이유에 대해 ① ICJ가 UN의 대표 사법기관일 뿐만 아니라, 재판관들 모두 UN에서 선출되는 점, ② 현재까지도 국제법의 모든 쟁점들에 대하여 관할권을 행사할 수 있는 유일한 국제재판소인 점, ③ ICJ가 지금까지 강행규범과 관련하여 판시한 내용이 강행규범의 일반 개념이나 특정 강행규범의 확인·발전에 많은 기여를 해온 점을 제시하고 있고,[267] ICJ가 어떤 강행

263) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.170, para. 1.
264) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.174, para. 10.
265) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.171, para. 2.
266) (Draft Conclusion 9)
1. ... in particular of the International Court of Justice ....

규범에 관하여 판시를 한다면 그 결정은 (다른 국제재판소들의 판시에 비하여) 훨씬 더 큰 영향력을 갖는다고 설명하면서, 고문 금지 규범의 강행규범성을 인정한 앞서 본 2012년 판결을 예시하고 있다.[268]

제2항에서 제시된 수단들인 ① 국가들이나 국제기구들에 의하여 설립된 전문가 그룹의 연구 성과, ② 각국 저명 학자들의 연구 결과에 관하여, 해당 주석에서는 제1항과 같은 성격, 즉, 수락·인정의 증거 자체는 아니나 그 존재 확인을 용이하게 해주는 수단이라는 성격을 갖는다고 설명하고, 한편 제1항과 달리 'may also serve'라는 표현이 사용된 이유는 제1항에 비하여 보충 수단으로서 갖는 중요성이 떨어짐을 나타낸다고 밝히고 있다.[269]

Draft Conclusion은 제2항의 각 수단에 대하여 보다 구체적으로 설명하고 있는데, 먼저 ①에 관하여, ILC를 전형적 예로 제시하면서 ①에 해당하는 전문가 그룹은 반드시 국가들에 의하여 창설되고 각 정부의 위임이 존재하여야 하므로 사설 기관은 포함되지 않는다고 강조하나,[270] 세계국제법학회(Institute of International Law)와 같이 사설 기관이면서도 권위를 인정받는 전문가 그룹의 연구 결과물에 관해서는 ①은 아니지만 ②에 포함될 수 있다고 설명하고 있다.[271] 한편 ①의 '연구 성과'는 최종 결과물뿐만 아니라 그 결과에 이르는 과정에서 만들어진 모든 연구 성과를 포함한다고 덧붙이고 있다.[272] 다음으로 ②에 관하여, 학술 저작물과 같이 연구 결과를 담은 출간물을 지칭하면서도, 각 저작물마다 논증의 질이나 완성도가 다르고, 국가들의 실무나 국제재판소 판례에서 실

---

267) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.172, para. 4.
268) *Ibid.*
269) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.172, para. 5.
270) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.173, para. 6.
271) *Ibid.*
272) *Ibid.*

제로 얼마만큼 받아들여지고 있는가도 다르기 때문에 그러한 차이가 고려되어야 한다고 강조한다.[273] 즉, 선별 작업이 필요하다는 취지이다.

3. 단계별 판단 주체로서 '국가들'과 '국제사회'의 관계

지금까지 설명한 2단계 판단 과정인 강행성 수락·인정과 관련하여 자연스럽게 드는 의문은, 과연 강행성의 수락·인정 주체로서의 '국제사회'와 1단계 관습국제법 수락 주체로서의 '국가들'이 실제 적용상 어떻게 구별되고 어떤 차이점을 갖는지 여부이다. 즉, 개념적으로는 단순한 개개 국가들의 양적 합계를 의미하는 국가들과 집합적 개념인 국제사회를 구별할 수 있으나, 두 개념이 실제 적용상 어떤 차이를 가지는가는 별개의 문제인바, 아쉽게도 Draft Conclusion은 그에 대한 답을 제시하고 있지 않고, 이에 대한 명시적이고 분석적인 답을 제시하는 다른 학술자료나 국제/국내재판소 판례도 찾을 수 없는 상황이다.

생각건대, 이에 관해 강행성 판단 주체인 '국제사회'를 관습국제법 수락 주체인 '국가들'에 비하여 양적으로 가중된 개념으로 이해하여야 한다는 입장을 상정할 수 있을 것이다.[274] 즉, 예를 들어 100개의 국가가 있다면 관습국제법 성립에 필요한 국가들의 숫자는 90개여도 충분한 경우가 있지만, 강행성까지 인정되려면 97개 정도가 되어야 한다는 식의 접근이다. 그러나 이는 받아들이기 어렵다. 위 예를 가지고 본다면, 90개

---

273) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.174, para. 9.

274) 이와 관련하여, Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 26 참조. Kirsten Schmalenbach 교수의 이 부분 설명 취지는 "제53조의 국제사회는, 독립한 강행성 인정의 주체가 아니라 단지 양적 개념으로 보아야 한다"는 것이다. 물론 어디까지나 강행성의 주체와 관련한 설명일 뿐 관습국제법 수락 주체와의 차이를 나타내는 설명은 아니지만, '양적 개념'으로 본다는 설명만큼은 이 글 본문의 상정 내용과 연결될 수 있다.

국가만 관습국제법성을 수락한 상태인데, 90개 국가를 제외한 7개 국가가 관습국제법성은 수락하지 않으면서 강행성만 수락·인정한다는 것은 실제로는 발생할 여지가 없는 상황일 것이기 때문이다. 즉, 2단계 판단은 어디까지나 1단계 판단 주체들만이 할 수 있는 것으로 봄이 타당하다.

결국 이에 따르면, 강행규범이 되기 위해 필요한 1단계 판단 과정에서 국가들의 관습국제법성 수락을 인정하는 데 필요한 규모는, 2단계 국제사회의 강행성 수락·인정에 필요한 국가들의 규모와 같거나 오히려 커야 한다는 결론을 얻게 된다. 즉, 예를 들어 100개 국가들 중 98개 국가들이 관습국제법성을 수락함과 아울러, 그 국가들 전부 또는 그중 95-6개 국가들이 국제사회 구성원 지위에서 강행성까지 수락·인정하는 것이 강행규범의 실제 탄생의 모습이 될 것이다.

한편, 2단계 강행성의 수락·인정은 어디까지나 국제사회의 집합적 의사(collective will)[275] 표명으로 인정될 수 있어야 하므로, 그렇게 인정될 정도의 양적 요건이 충족되어야 할 것이다. 앞서 소개한 바와 같이 Draft Conclusion이 2단계 강행성 판단 주체인 국제사회를 'a very large majority of States'라고 정의하고, 그 동의어로 'virtually all States, substantially all States' 등을 소개[276]하고 있는 것은 위와 같은 관점에서 이해할 수 있다.

요약하면, 강행규범이 되기 위한 실제 요건은, 2단계 강행성 수락·인정과 관련하여 그 자체로 집합적 의사의 표명으로 인정될 정도의 절대다수 국가들을 필요로 함과 아울러, 최소한 그 국가들 전부 또는 더 많은 국가들이 1단계 관습국제법성 수락까지 한 경우여야 한다고 봄이 타

275) '집합적 의사'는 Levan Aleksidze 교수의 표현처럼, "a common co-ordinated will of the International Community of States(Levan Aleksidze, *supra* note 102, p.246)"로도 대체될 수 있을 것이다.

276) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.168, para. 6.

당하다. 한편, 바로 위와 같은 '국가들'과 '국제사회'의 관계로 인해, 앞서 Draft Conclusion의 설명과 같이 동일 자료가 각 단계별 판단에 동일하게 사용될 수 있는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

제4절 관습국제법성 부정 이론에 대한 소개·분석

1. 개요

지금까지 설명한 바와 같이 강행규범은 '강행성까지 부여된 특수한 유형의 관습국제법'으로서 2단계 판단을 거쳐야 한다. 이는 무엇보다도, 이미 소개한 바와 같이 ICJ가 고문 금지 규범의 강행규범성을 판단한 방식에 해당한다.

> [T]he prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*). That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the *opinio juris* of States[고문 금지는 관습국제법으로 존재하다가 강행규범화하였다. 따라서 강행규범으로서의 고문 금지는 광범위한 국제 관행과 법적 확신에 기반한다].[277]

나아가 2단계 판단 과정을 거쳐야 하기에 강행규범으로 성립하는 과정은 통상의 관습국제법의 성립 과정에 비하여 더 엄격할 수밖에 없다. IACHR의 다음 판시 내용은 강행규범의 위와 같은 특성을 나타낸다.

---

277) *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), ICJ Judgment* (2012), para. 99.

[W]hile based on the same evidentiary sources as a norm of customary international law, the standard for determining a principle of *jus cogens* is more rigorous, requiring evidence of recognition of the indelibility of the norm by the international community as a whole.[278]

그런데, 강행규범을 관습국제법으로 보기는 어렵다는 각도의 설명들을 발견할 수 있다. 강행규범의 생성 과정은 관습국제법의 생성 과정이나 특성으로 설명하기에는 어려운 측면들이 존재한다는 이유에서다. 이 부분에서는 위와 같은 주장들을 소개하고, 그에 대한 분석을 통하여 강행규범을 관습국제법으로 보는 입장이 타당함을 밝힐 것이다.

2. 주장의 골자

이들의 대체적인 공통분모는, (1) 강행규범에서 국가 관행을 찾을 수 없고, (2) 강행규범은 그 규범의 존재나 법적 효력에 관하여 국가들의 동의가 필요하지 않을뿐더러 이탈 불가성이나 규범 우월성을 갖는데, 이러한 특성을 관습국제법에서 도출하기는 어렵다는 데에 있다.

보다 구체적으로 보면, 먼저 (1)번과 관련하여, 강행규범을 관습국제법의 일종으로 보려면 관습국제법의 객관적 요건인 국가 관행이 필요한데, 강행규범에서는 법적 확신만이 존재할 뿐 국가 관행을 인정할 수 없다는 것이다.

다음으로 (2)번과 관련하여, ① 강행규범 영역에서는 일반 관습국제법의 생성 원리인 국가들의 동의가 요건이 되지 않고, ② Customary

278) *Domingues v. Unites States,* No. 12.285, Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 62/02 (2002), paras 49-50.

Conclusion 제15조에서 규범성을 공식적으로 확인한 '지속적 반대자 법리(persistent objector rule)[279]', 즉 '새로운 관습국제법이 형성되는 시기부터 이에 지속적으로 반대해 온 국가는, 그 새로운 규범이 관습국제법으로 형성된 후에도 그 반대 의사를 포기·중단하지 않는 한 해당 관습국제법을 적용받지 않는다'는 내용의 법리도 적용되지 않으며, ③ 관습국제법이 조약과 충돌하면 대체로 조약이 특별법으로서 관습국제법보다 우선하는 것과 반대로 강행규범은 오히려 조약보다 우월한 속성을 갖는바, 이러한 강행규범의 특성을 통상의 관습국제법 법리로는 설명하기 어렵다는 것이다.[280] 그리고 이러한 논리 연장선에서 강행규범을 새로운 유형

---

279) (Customary Conclusion 15)

1. Where a State has objected to a rule of customary international law while that rule was in the process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection.
2. The objection must be clearly expressed, made known to other States, and maintained persistently.

위와 같이 Customary Conclusion에서 공식적으로 채택된 '지속적 반대자 법리'의 개념은 학계나 실무에서 일반적으로 받아들여지고 있던 내용으로서[예를 들어, 정인섭, *supra* note 110, pp.55-57; Dan Dubois, *supra* note 12, p.137; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.150 등 참조], ILC는 이를 단순한 이론(doctrine)이 아닌 법리(rule)로 취급하고 있다[ILC, Report on the work of the 70th session (2018), p.152, para. 1; ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.186, para. 12]. 한편 위 Conclusion 제15조의 정의에서 알 수 있듯이, '반대'는 어떤 관습국제법의 형성 전에 시작되어야 하고, 일단 형성된 후에는 반대가 있더라도 관습국제법 적용을 저지할 수 없으며, 반대 표명은 구두로든 서면으로든 모두 가능하고 형태상 제한은 없다[ILC, Report on the work of the 70th session (2018), p.153, paras 5, 7].

280) Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, pp.113-125; Philip Alston and Bruno Simma, *supra* note 131, pp.97-108; Mark Weston Janis, *supra* note 198, pp.359-361; Ulrich Scheuner, "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences," *Zeitschrift für Ausländisches Öffentlisches Recht und Völkerrecht*, Vol. 29(4) (1969), pp.28, 30; Dan Dubois, *supra* note 12, pp.137-138 등 참조. 한편 (1)번과 관련하여 "국가 관행이 없다면, 강행규범은 현재 적용될 수 있는 개념이 아니라 향후 새로운 관습국제법의 출현을 가능하게 하는 법적 확신 정도로만 작용할 것이고, 만일 강행규범과 관련한 국가 관행이 이미 존재한다면, 더 이상 강행규범이 아니라 관습국제법으로 보면 충분하다"는 취지로는, Carlo Focarelli, *supra* note 131, pp.444-459.

의 국제규범(ex. 국제 헌법)으로 주장하는 학자들도 있다.[281]

3. (1)번 논거에 대한 비판

위 (1)번, 즉 "강행규범에는 국가 관행이 없다"는 논거가 전제로 하는 것은, 국가 관행을 법적 확신과 별개의 요건으로 준별하는 데에서 출발한다. 바꾸어 말하면, 법적 확신과 국가 관행의 존재 여부를 따로 따로 엄격하게 살펴보아야 한다는 것이다.

물론 개념적으로 두 요건이 구별되고, 별도로 검토되어야 하는 것은 맞다. 하지만, 앞서 설명한 바와 같이 국가 관행 또한 법적 확신과 마찬가지로 국가들의 집적된 여러 객관적 행동들을 통해 존재 여부를 알 수 있는 내용으로서, 강행규범과 관련하여 법적 확신과 절연된 채 개개 국가의 관행을 찾으려는 시도는 적절한 방식이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 불필요하다고 생각한다.[282] 이는 Customary Conclusion 제3조 제2항이 "두 요건은 각 증거에 의하여 개별적으로 인정되어야 한다"는 취지로 규정하지만,[283] 그 주석에서 두 요건을 개념적으로는 구별되나 실제로는

---

281) 예를 들어, Anne Peters, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19 (2006), p.598; Bruno Simma, *supra* note 113, p.292; Philip Alston and Bruno Simma, *supra* note 131, pp.99-108; Louis B. Sohn, "The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States," *American University Law Review*, Vol. 32 (1982), p.13. 관련하여, Orakhelashvili 교수는 관습국제법을 법의 일반원칙과 함께 강행규범의 원천들 중 하나로 보면서도, 강행규범을 관습국제법으로 볼 때 제기될 수 있는 위와 같은 의문들에 효과적으로 답하기 위해 강행규범을 전통적 국제규범 형태가 아닌 새로운 형태의 규범으로 볼 필요성도 있음을 주장하고 있다(Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, pp.108-110).

282) 같은 취지로, "관습국제법인지 여부를 판단할 때 법적 확신을 배제한 채 국가 관행만을 별개로 살펴보는 것은 불가능하다"는 견해로는, Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.152.

283) (Customary Conclusion 3)

연결되는(distinct, yet related) 내용들로 보면서,[284] 같은 자료가 두 요건의 인정에 동시에 사용될 수도 있다는 취지로 설명[285]하는 것과도 일맥상통한다.

나아가 과연 위 논거가 상정하고 있는 "강행규범에서는 국가 관행이 부존재한다"는 전제가 맞는지에 관해서도 의문이다.[286] 강행규범은 '국가 vs. 국가'의 전통 구조가 아니라, '국가 vs. 국제사회'의 구조를 전제로 하는 특성 등으로 말미암아, 국가 관행의 모습도 통상의 관습국제법과 다른 형태를 띨 수밖에 없는 측면이 있다고 볼 수 있기 때문이다.

통상의 관습국제법 영역에서 국가 관행의 대체적 모습은 '국가 v. 국가'의 구조에서 이루어지는 '국가 간 상호작용을 통한 정착된 관행'이라는 성격을 갖는 반면에,[287] 강행규범은 그 법리 자체가 국제사회의 존

---

2. Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element.

284) ILC, Report on the work of the 70th session (2018), p.125, para. 1.

285) ILC, Report on the work of the 70th session (2018), p.129, para. 8. ILC는 동시에 사용될 수 있는 예로 각국 법원의 판례, 각국 공식 보고서 등을 들고 있다(*Ibid.*).

286) 한편, 학설이나 국제재판소 판시 중에는 강행규범에도 국가 관행이 필요하다는 것을 전제하면서도, "강행규범과 관련한 국가 관행은 많지 않거나 일관되지 아니한 측면이 있으므로, 법적 확신을 강행규범 인정의 보다 중요한 요건으로 보아야 한다"는 입장을 밝힌 내용도 확인할 수 있다[예를 들어, *Prosecutor v. Kupreškić, IT-95-16-T* (2000), para. 527; Theodor Meron, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law," *The American Journal of International Law*, Vol. 90(2) (1996), pp.238, 240; Stefanie Schmahl, "An Example of *Jus Cogens*: The Status of Prisoners of War," in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rule of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligation Erga Omens* (Leiden-Boston, 2006), p.56]. 위 내용도 강행규범 성립 요건으로 국가 관행이 필요하다고 보는 점에서 어디까지나 강행규범을 관습국제법으로 이해하는 입장에 해당한다. 다만, 위 입장의 핵심이라 할 수 있는, 강행규범 영역에서는 법적 확신과 국가 관행 사이의 경중에 차이를 둔다는 논리만큼은 앞서 본 법적 확신과 국가 관행 사이의 관계 및 후술하는 바와 같이 강행규범에서 국가 관행이 갖는 특수성 등에 비추어 동의하기 어렵다.

287) 강행규범을 관습국제법으로 설명할 수 없다는 입장은 바로 이러한 특성을 강조한다. 즉, 강행규범의 경우 국가 관행으로 인정되기 위한 국가들끼리의 상호작용(interaction)을 발견하기 어려우므로, 국가 관행을 인정할 수 없다는 취지이다

재를 전제로 '국가 v. 국제사회'를 바탕으로 하므로, '국제사회 전체의 움직임에 개별 국가들이 그 구성원으로서 참여하는 과정에서 이루어지는 반복되고 정착된 일정 방향'이라는 특성을 갖게 된다.

예를 들어 국가면제 법리의 경우 일반적으로 관습국제법으로 이해되고 있는바,[288] 그에 관한 국가 관행은 "어떤 주권국가의 사법 체계 내에서 다른 주권국가는 재판권의 대상이 될 수 없다"는 '쌍방향적 집적'으로 묘사할 수 있는 반면에, 앞서 언급한 강행규범의 예인 고문 금지의 경우 고문을 금지한다는 국제사회의 의지를 그 구성원들인 개별 국가들이 준수하겠다는 '일방향적 집적'으로 구현된다.[289] 즉, 앞서 기재하였듯이 반드시 국가들 간의 일정한 상호작용 없이도 국제법적으로 유의미한 관행 형성이 가능하다고 볼 수 있다. 그리고 그 구체적 형태는 '고문을 하지 않는다'는 의지의 표현과 실제 그러한 고문을 하지 않는 부작위 또는 자제로 나타나는 특성을 가지게 될 것이다. 바꾸어 표현하면, UN 총회 등에서 고문 금지에 관한 만장일치 또는 consensus 결의가 있다거나, 대부분 국가에서 고문이 이루어지지 않고 있다거나, 극소수 일부 국가들의 고문 행위가 관행으로 받아들여지지 않고 고문 금지 규범을 위반한 행위로 받아들여지고 있다면,[290] 그 자체로 고문 금지에 관한 국가 관행을 인정할 수 있다고 봄이 타당하다.[291]

(Philip Alston and Bruno Simma, *supra* note 131, p.99 참조).

288) 정인섭 외, *supra* note 232, pp.138-143; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), paras 56-57.

289) 이와 관련, Oscar Schachter, "International Law in Theory and Practice," *Recueil Des Cours*, Vol. 178 (1982), pp.334-336 ('Whether human rights obligations have become customary law cannot readily be answered on the basis of the usual process of customary law formation').

290) 이 부분 논리와 관련하여, 강행규범에 관한 직접적인 판시는 아니나 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Judgment* (1986), para. 186 참조 ('instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule').

종합하면, 강행규범에 국가 관행이 존재하지 않는다는 주장은 관습국제법에서 국가 관행이 갖는 의미를 잘못 해석하거나, 강행규범의 특수성을 무시한 채 관습국제법상 전통 형태의 국가 관행이 그 모습 그대로 강행규범에도 존재하여야 한다는 전제에서 비롯된 것으로서, 여러 모로 보나 허점이 있는 논리라고 생각한다.

4. (2)번 논거에 대한 비판

이제 위 (2)번 논거인, "강행규범이 국가들의 동의가 없어도 성립하고, 이탈 불가성이나 규범적 우월성까지 가지며, 지속적 반대자 법리도 적용되지 않는 것을 관습국제법 개념으로는 설명할 수 없다"는 논거에 관하여 살펴본다.

먼저 "동의가 없어도 된다"와 관련하여, 이미 앞서 '강행규범은 국가들의 동의를 전제로 하고, 비엔나협약 제53조도 그러한 동의가 필요함을 전제로 한 규정이다'는 취지를 밝힌 바 있다. 즉, 강행규범도 국가들의 동의를 필요로 한다고 해석되므로, 위 논거를 받아들이기 어렵다. 비엔나협약 제53조나 Draft Conclusion에 명시된 바와 같이 강행규범이 '국제사회의 수락과 인정'을 전제로 한다는 것은, 바로 강행규범이 '국제사회의 동의'를 전제로 한 규범임을 필요충분하게 나타낸다고 볼 수 있다.

만일 이에 대하여 누군가가 "강행규범은 모든 국가들의 동의가 없어도 성립하기 때문에, 여전히 강행규범의 성립에 동의는 요건이 아니라고 보아야 한다"고 반론을 제기한다면, 앞서 Customary Conclusion의 설명에서 확인할 수 있는 것처럼[292] 관습국제법 또한 모든 국가들의 동의에

---

291) 같은 취지로는, Michael Byers, *supra* note 202, p.227.

292) ILC, Report on the work of the 70th session (2018), p.139, para. 5 ['It is not necessary to establish that all States have recognized (accepted as law) the

의하여 성립하는 것은 아니라는 점을 토대로 충분히 그에 대한 재반박을 할 수 있을 것이다.[293] 즉, 관습국제법 또한 모든 국가들의 동의에 기초한 것이 아니라, 그 생성과 존속의 근거는 오로지 반복된 국가 관행에서 알 수 있는 국가들의 법적 확신이고, 그 한도 내에서 국가들의 동의가 필요할 뿐으로 봄이 타당하다.[294] 바꾸어 말하면, "관습국제법에서 국가들의 동의가 필요하다"고 할 때 그 의미는, 그러한 법적 확신과 국가 관행을 확인할 수 있을 만큼의 동의일 뿐, 이를 넘어 모든 개별 국가들이 그 규범성에 관하여 동의할 것을 요구하는 것은 아니라고 보아야 한다. 그리고 이러한 관습국제법의 특성은, 일단 형성된 관습국제법은 그 후 새롭게 출현한 국가들에게도 그에 관한 동의 여부에 관계없이 효력을 미친다는 법리만 생각하더라도 어렵지 않게 다가온다.[295]

요약하면, 강행규범이 되기 위해 필요한 것은 앞서 정리한 바와 같이 '관습국제법성에 관한 법적 확신과 국가 관행(1단계), 강행성에 관한 국제사회의 수락・인정(2단계)'이므로, 같은 맥락에서 강행규범과 관련한 국가들의 '동의'는 그러한 각 단계별 의사를 확인할 수 있을 만큼의 의미일 뿐, 이를 넘어 모든 개별 국가들이 규범성 및 강행성에 관하여 동의함을 요구하는 것은 아니라고 봄이 타당하다.[296]

---

alleged rule as a rule of customary international law'].

293) 같은 취지로는, Yoram Dinstein, *supra* note 154, p.282; Christian Tomuschat, *supra* note 88, p.290; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.149; Jonathan I. Charney, *supra* note 244, pp.544-545 등 참조.

294) 같은 취지로, Rosalyn Higgins, *Problems and Process : International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1995), p.34 ('Custom is obligation involuntarily undertaken - that is, not based on the consent of any given state. No state has a veto over the emergence of a customary norm'); Dan Dubois, *supra* note 12, p.144 등 참조.

295) 관련하여, Lassa Oppenheim, *supra* note 38, p.18 ('No single State can say on its admittance into the Family of Nations that it desired to be subject to such and such a rule of international law, and not to others'); Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.157.

다음으로, 강행규범이 이탈 불가성, 규범 우월성을 갖는 것도 관습국제법의 성질과 배치된다고 볼 수는 없다고 봄이 타당하다. 반복하는 바와 같이 강행규범의 강행성은 절대 다수 국가들이 국제사회 구성원의 지위에서 그러한 강행규범의 효과를 동의하였기 때문에 부여된 성질로 이해할 수 있기 때문이다. 즉, 강행규범의 이탈 불가성, 규범 우월성은, 어디까지나 강행규범이 국제공서를 구체화한 규범이라는 강행규범의 특성에서 비롯된 것이지, 관습국제법이라는 이유로 부여된 효력이 아니므로, 반드시 관습국제법과 결부시켜 설명되어야 할 근거나 필요가 없다. 이는 ILC의 다음 내용에서도 확인할 수 있다.[297]

> It is not the form of a general rule of international law but the particular nature of the subject-matter with which it deals that may, in the opinion of the Commission, give it the character of *jus cogens*[강행성을 갖는 것은 일반 국제법이라는 법의 존재 형태에서 오는 효과가 아니라, 어디까지나 그 규범이 가지고 있는 실질적 내용의 특성에서 오는 효과이다].

이 연장선에서, 통상의 관습국제법에 적용되는 '지속적 반대자 법리'가 강행규범 영역에서는 허용될 수 없는 것[298]도 모두 강행규범의 위와

---

296) 이와 관련, "국가들의 '동의'는 언제든지 철회될 수 있는 특성이 있기 때문에 오로지 동의만 가지고 국제규범의 발생 및 존속 근거로 볼 수는 없다"는 설명으로는, Dan Dubois, *supra* note 12, p.144.

297) YbILC, Vol. II. (1966), p.248, para. 2. 같은 취지로는, Thomas Weatherall *supra* note 4, p.159; Jerzy Sztucki, *supra* note 198, p.89.

298) Jure Vidmar, "Rethinking *Jus Cogens* after Germany v. Italy: Back to Article 53?," *Netherlands International Law Review*, Vol. 60(1) (2013), p.23; Anthea Roberts, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation," *The American Journal of International Law*, Vol. 95 (2001), pp.757, 765, 784; Michael Byers, *supra* note 202, pp.217-228; Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.150-151; R. MacDonald, "Fundamental Norms in Contemporary

같은 속성에서 비롯되는 것이므로, 이를 두고 강행규범의 관습국제법성을 부정하는 논거로 삼기에는 부적절하다고 생각한다.[299] 보다 구체적으로 설명하면, 강행규범으로 인정된다는 것은 '모든 국가는 아니더라도 절대 다수 국가들이 국제사회 구성원의 지위에서 대상 규범의 이탈 불가성, 보편성, 규범 우월성을 수락·인정하였다'는 것을 의미하므로, 그러한 지위를 획득한 해당 강행규범에는 '극소수 국가들의 일관된 반대에도 불구하고 강행성을 유지하고, 그 반대하는 국가들에게도 적용된다'는 국제사회의 집합적 의사가 존재하는 것이기에, 지속적 반대자 법리와의 모순 또한 발생하지 않는다고 봄이 타당하다.[300]

이와 관련, Draft Conclusion 제14조 제3항은 지속적 반대자 법리가 강행규범 영역에서는 적용되지 않음을 공식적으로 확인하고 있고,[301] 그 주석에서 "지속적 반대자 법리의 배제는 강행규범의 보편성과 규범 우월성에서 직접적으로 파생되는 법리로서, 모든 국가들에 적용되는 보편성

International law," *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 25 (1987), p.136; Bruno Simma, *supra* note 113, p.292; Theodor Meron, *supra* note 4, pp.395-396; E. M. Kornicker Uhlmann, *supra* note 4, p.112. 그리고 이는 UNCLOT 초안 위원회의 입장이기도 하다[UNCLOT, Vienna (26 March-24 May 1968), A/CONF.39/11 (1969) p.471].

299) 같은 취지로는, 이성덕, *supra* note 29, p.385; Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.149-151. 한편 "강행규범의 속성상 그에 반대하는 국가들을 실제로 상정하기는 어렵기 때문에, 지속적 반대자 법리가 강행규범과 관련하여 특별히 문제될 것은 없다"는 취지로는, Dinah Shelton, *supra* note 206, p.305. 이와 관련, "지속적 반대자 법리의 약화가 현 관습국제법의 트렌드이다"라는 설명으로는, Anne Peters, *supra* note 281, p.587. 같은 취지로 "지속적 반대자 법리가 실무상 인정되는 경우는 거의 없고, 법리 자체의 실재성이나 타당성에 많은 의문이 제기된다"는 설명으로는, Jonathan I. Charney, *supra* note 244, pp.538-539 참조.

300) 같은 취지로는, Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 53. 한편, 박현석 교수는 "강행성에 관해 집요하게 반대하는 국가가 나타날 수도 있는바, 강행규범이라는 이유만으로 지속적 반대자 법리를 부인한다면 일종의 다수결 규칙을 적용하는 것과 다를 바 없다"는 의문을 제기하고 있다(박현석, *supra* note 181, p.73).

301) (Draft Conclusion 14)

3. The persistent objector rule does not apply to peremptory norms of general international law (*jus cogens*).

을 특징으로 하는 강행규범의 성격상 지속적 반대자 법리와는 양립할 수 없음을 의미한다. 이는 현재 대다수 국가들과 국내/국제재판소들의 입장에 해당한다"고 설명한다.[302]

5. 요약 및 평가

지금까지 강행규범을 관습국제법으로 볼 수 없다는 입장에 대하여 비판적으로 분석하였다. 요컨대, 강행규범은 관습국제법의 일종으로 보는 것이 맞다고 생각한다.[303] 그리고 그렇게 보아야만 비로소 어떤 규범이 강행규범인지에 관하여 국제법상 객관적인 분석의 틀을 마련할 수 있을 뿐만 아니라, 국제기구나 각 국가들의 정책 판단에 따라 무한대로 확대되거나 축소될 수 있는 강행규범의 탄생 가능성을 막을 수 있다는 장점도 가질 수 있게 될 것이다.[304]

제5절 강행규범의 예

1. 개요

그렇다면 강행규범에 현재 구체적으로 어떤 것들이 있는가? 즉, 국

---

302) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.184-185.

303) 그리고 이렇게 보는 것이 앞서 소개한 고문금지 규범에 관한 ICJ의 판시사항 외에 비엔나협약 및 여러 국제/국내재판소들의 태도이기도 하다(Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.133-134, 161-162).

304) 같은 취지로는, *Ibid.*, p.161. 한편 위와 같은 이론들이 강행규범의 존재 자체나 그 법적 효과를 부정하는 것은 아닌 이상, 강행규범을 관습국제법으로 보든 새로운 형태의 국제규범으로 보든 실무적 차원에서 그 논의 실익은 크다고 보기 어렵다는 지적으로는, Bruno Simma, *supra* note 113, p.292.

제공서를 구체화한 규범으로서, 관습국제법으로 수락됨과 아울러 이탈 불가성, 보편성, 규범 우월성에 관한 국제사회의 수락·인정까지 부여받은 것에 현재 어떤 예가 있는가?

이 절에서는 현재까지 강행규범의 예로 가장 많이 언급되고 있을 뿐만 아니라 그 강행규범성에 관해 폭넓게 인정받고 있는 대표적인 5개 규범들인, 노예 금지, 고문 금지, 인도에 반하는 죄 금지, 제노사이드 금지, 침략행위 또는 불법적 무력사용 금지 규범을 소개할 것이다.[305] 구체적으로는, 강행규범으로 인정받고 있는 위 5가지 대표 규범들을 대상으로 각 규범들의 국제공서와의 관련성, 관습국제법성 및 강행성 여부에 관한 여러 증거들이나 보충 수단들에 관한 분석을 토대로, 해당 규범이 왜 현재 강행규범으로 인정되고 있는지 논증하였다.

뒤에 보다 자세히 보겠지만, 위 5개 규범들은 인간 존엄성 존중과 국제 평화·공존의 두 가지 국제공서를 모두 충족하거나 최소한 어느 하나를 충족시키는 규범으로 해석되고, 구체적으로는 ① 인간 존엄성 존중의 구체화로 볼 수 있는 경우(노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지, 고문 금지, 제노사이드 금지), ② 인간 존엄성 존중과도 관련되지만, 그보다는

305) 물론 위 5개 규범들 외에도 전쟁범죄 또는 심각한 국제인도법 위반 금지, 자결권 보호, 인종 분리(apartheid) 금지, 해적(piracy) 금지, 테러 금지, 인류 공동 유산 보호, 독재자 처단 의무, 동물의 생명권 보호, 영역 주권 보호, 자유 무역, 강제송환 금지(*non-refoulement*) 등의 여러 다양한 규범들에 관하여 강행규범성을 주장하는 연구들이 있는 것으로 확인되나[이에 관한 자세한 소개로는, 이성덕, *supra* note 29, pp.388-390; Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.205-209, 213-219, 241-265; Dinah Shelton, *supra* note 206, pp.303-304; Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.55 (*non-refoulement* 관련) 등 참조], 강행규범을 토대로 일괄타결협정, 국가면제를 다루는 이 논문의 구조상 글 전개에 필요한 범위를 초과하여 강행규범의 예를 무한정 확대하여 분석하는 것은 정합성 측면에서 문제가 있는 점, 위 5개 규범들이 강행규범성에 관하여 가장 이론의 여지가 없는 규범들인 데 반하여, 나머지 규범들 중 상당수에 관해서는 강행규범성에 관하여 국제기구 결의나 국제재판소 판시 내용 등의 증거가 상대적으로 부족하거나 인정 범위의 모호성 등의 문제가 있는 점 등을 종합하여, 위 5개 규범들을 제외한 나머지 규범들의 경우 이 논문에서는 다루지 않는다.

국제 평화·공존에 보다 밀접하게 관련되어 있는 경우(침략행위 또는 불법적 무력 사용 금지)의 두 가지 유형으로 나눌 수 있다고 생각한다.[306]

위와 같이 현 시점의 국제사회에서 강행규범성을 인정받고 있는 규범들이 크게 두 가지 유형으로 나뉠 수 있다는 바탕 위에, 편의상 ① 유형을 '인권 중심 강행규범'으로, ② 유형을 '공존 중심 강행규범'으로 이름 붙인다. 즉, 현재 강행규범으로 불리는 규범들은 인권 중심 강행규범과 공존 중심 강행규범의 두 가지 유형으로 구분할 수 있다는 것이 필자의 입장이다.

한편 이 논문에서는 다루지 않지만, 학계에서 강행규범의 예로 언급되고 있는 유형들 중에는 두 국제공서와 관련한 규범이지만 아직까지 강행규범 지위를 획득하지 못한 상태라고 볼 수 있는 것들(ex. 인류 공동 유산 보호)도 존재하는바, 그러한 규범들이라 하더라도 미래에 새로운

---

306) 학자들 중에는 필자의 위 분류방법과 같이 나름의 기준에 따라 강행규범을 분류하는 시도들을 확인할 수 있다. 예를 들어 Levan Aleksidze 교수는 강행규범을 (1) 자결권, 내정 불간섭과 같이 국가·민족의 주권 확립과 관련한 규범, (2) 불법적 무력 사용 금지, 분쟁의 평화 해결과 같이 국가들 간 평화, 안전을 확립하기 위한 규범, (3) 제노사이드, 노예 금지 등과 같이 인간 존엄성 보호와 자유, 명예를 보호하기 위한 규범, (4) 인도에 반하는 죄를 금지하는 규범, (5) 공해·우주공간의 자유와 같은 인류 공동 유산을 보호하는 규범으로 나누고(Levan Aleksidze, *supra* note 102, pp.262-263), Dan Dubois 교수는 강행규범을 (1) *pacta sunt servanda*와 같이 국제사회의 실천적 합리성(practical reasonableness), 즉 국제사회의 법 질서를 유지하기 위한 규범, (2) 제노사이드, 노예, 무력 사용 금지, 환경 보호와 같이 개인의 자유, 인격, 인간의 삶과 같은 기초적인 선(basic goods)을 보호하기 위한 규범으로 분류하고 있다(Dan Dubois, *supra* note 12, p.160). 한편 Ulrich Sheuner는 (1) 제노사이드, 노예, 불법적 무력 사용 금지와 같이 법의 기초와 평화를 보호하기 위한 규범, (2) 공해의 자유와 같이 국가 간 평화적 협력을 보호하기 위한 규범, (3) 인격, 평등, 자유를 보호하기 위한 규범으로 분류하고[Ulrich Scheuner, "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law," *Zeitschrift für Ausländisches Öffentlisches Recht und Völkerrecht*, Vol. 27 (1967), pp.526-527], Haimbaugh 교수는 필자의 분류 방법과 유사하게 강행규범을 (1) 평화와 안전(peace and security), (2) 인권(human rights)으로 분류한다[George D. Haimbaugh, "*Jus Cogens* Root & Branch (An Inventory)," *Touro Law Review*, Vol. 3 (1987), pp.212-222].

강행규범으로 출현할 여지가 있음은 앞서 설명한 바와 같다. 즉, 다시 한 번 언급한다면, 어떤 규범이 강행규범에 해당하는가의 문제는 고정되어 있는 것이 아니라 어디까지나 현재 국제사회의 그에 관한 인식이 어떤가에 달려 있는 것으로서, 현재 강행규범으로 인정되고 있지 못한 규범들도 그에 관한 국제사회의 필요성 인식 등으로 말미암아 새롭게 강행규범으로 출현할 수 있음을 비엔나협약 제53조나 이를 그대로 확인한 Draft Conclusion의 태도 등을 통해 확인할 수 있다.[307]

2. 강행규범성 검토[308]

가. 노예 금지

노예란 다른 사람의 소유 또는 통제 아래 그 권위에 복종하고, 그 노동이나 역무가 강압에 의하여 얻어짐을 특징으로 한다.[309] 다시 말해 노예의 개념적 핵심은 역무의 제공이 자기결정권의 부존재 상태에서 이루어진다는 것에 있고,[310] 그 연장선에서 반드시 물리적으로 강압적 환경이 조성되어 있지 않더라도, 심리적으로 거부할 수 없는 환경에서 자신의 의사에 반하여 노동력의 착취가 이루어졌다면 노예에 해당한다.[311]

---

307) 이와 관련, Dean Adams 교수는 "현대 사회에 만연한 광범위한 강간(widespread rape)의 경우 그 금지에 관하여 강행규범의 지위를 부여함으로써 매우 효과적인 예방 효과나 감소효과를 얻을 수 있으므로, 그에 관한 국제사회의 관심과 공감대 형성이 필요하다"는 취지로 주장한다(Dean Adams, *supra* note 4, p.398).

308) 이 중 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지, 고문 금지와 관련하여서는, 신우정, "강행규범(*Jus Cogens*)과 일괄타결협정의 관점에서 본 청구권협정의 효력," 국제법학회논총 제65권 1호 (2020), pp.94-101을 참고하여 이를 추가・보충하였다.

309) 오승진, "국제법상 노예제의 금지," 법학논총, 제36권 2호 (2012), p.259.

310) *Ibid.*, p.275 ["일반적으로 노예라고 하면 노동력을 착취당하는 것이 보통이겠지만, 노예인가 여부는 노동력의 착취 여부가 아니라 자기결정권의 박탈이라는 '지위나 조건(status or condition)'이 결정한다"].

311) 같은 취지의 판시로는, *Prosecutor v. Kunarac et al., IT-96-23-T/IT-96-23/1-T*

바꾸어 표현하면, 적절한 대가의 지급 여부, 물리적 구속 여부, 법적으로 보장된 권리를 향유하는지 여부 등은 노예인지 여부를 결정하는 데 하나의 기준이 될 수는 있을 것이나 절대적인 것은 아니고,[312] 어디까지나 자기결정권의 박탈 여부를 중심으로 노예인지 여부를 판단하여야 한다는 의미이다. 나아가 매매의 대상이었던 전통적 노예 형태인 chattel slavery의 경우 소유권을 전제로 한 개념이나, 이러한 형태의 노예는 현대 사회에서 적어도 법률상으로는 존재한다고 볼 수 없으므로, 결국 현대적 의미의 노예는 '소유권'이라는 개념 대신 '자기결정권을 박탈할 정도의 통제권' 아래 각종 역무를 제공하는 것을 뜻하고, 그 역무에는 성(性)도 포함한다.[313]

이러한 노예제, 노예노동, 노예 관련 거래(ex. 노예무역) 등을 금지하는 노예 금지 규범이 '인간 존엄성 존중'을 구체화시킨 규범이라는 것에 대하여는 특별히 의문이 없다. 즉, 노예 금지는 자유의지와 자기결정권을 핵심 개념 요소로 하는 인간 존엄성[314] 존중에 반하는 행위를 금지하는 규범으로서, 인간 존엄성 존중의 지향점을 구체화시킨 규범에 해당한다고 무리 없이 인정할 수 있다.

한편 노예 금지를 국제 평화·공존의 지향점을 구체화시킨 규범으로까지 취급하는 것은 비약적인 해석이라는 측면이 있어 보인다. 물론 앞서 간단히 언급한 바와 같이 '인간 존엄성 존중을 위한 규범이 결국 국제 평화·공존을 위한 규범도 된다'는 원론적인 시각이 가능할 수는 있으나, 노예 금지의 직접적 방향은 국제사회 구성원들 간 관계 유지의 문

(2001), para. 119.

312) 오승진, *supra* note 309, p.275.

313) 이 개념이 바로 '성 노예노동'인바, 이를 명시한 국제재판소 판결들 중 하나로는, *Prosecutor v Sesay, Kallon and Gbao, SCSL-04-15-T* (2009), para. 157.

314) Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.37 ["(Human Dignity) is based in the free will of the individual, a self determination which presupposes the possession of reason to guide man's actions"].

제가 아닌, 어떤 개인을 어떠한 상황에서도 노예 상태에 놓이지 않게 한다는 개인 지향적인 내용으로 봄이 타당하다. 예를 들어, 노예노동과 노예무역이 횡행하더라도 국제 평화는 여전히 유지될 수 있다.

노예 금지 규범이 현재 강행규범의 지위에 있는가를 살펴보기 위해서는 정리한 바와 같이 이 규범의 관습국제법성 및 강행성(이탈 불가성, 규범 우월성, 보편성)을 따져보아야 하는바, 우리는 이에 관한 여러 증거들이나 국제재판소 판례를 포함한 보충 수단들을 통해 노예 금지의 관습국제법적 지위를 인정할 수 있음은 물론, 그 강행규범성에 관한 국제사회의 공감대까지 확인할 수 있다.

1815년 개최된 비엔나회의에서 이루어진 '노예무역의 일반적 폐지에 관한 선언[315]' 이래, 영국을 필두로 한 유럽의 주요열강들은 파리 평화조약 등 국제조약 체결을 통해 노예 금지를 국제적인 규범으로 정립시키는 노력을 기울이기 시작하였고,[316] 결국 이러한 노력은 1926년 국제연맹의 '노예금지협약'으로 결실을 맺게 되었으며, 1956년 UN의 '노예제, 노예무역 및 노예제와 유사한 제도와 관행의 폐지에 관한 보충협약' 채택으로 보다 강화되고 발전되었다.[317] 위와 같이 1926년 노예금지협약 및 1956년 보충협약 등에 규정된 노예 금지의 원칙은 UDHR, ICCPR 등의 국제인권협약들에도 반영되어 있는바, 예를 들어 UDHR 제4조는 "어느 누구도 노예 또는 예속상태에 놓이지 아니한다. 모든 형태의 노예 및 노예무역은 금지된다"고 규정한다.[318]

---

315) General Treaty of the Vienna Congress, 63 CTS 473, Act XV (Declaration of Eight European Courts on the Abolition of the Slave Trade) (1815).

316) David Weissbrodt and Anti-Slavery International, "Abolishing slavery and its contemporary forms," HR/PUB/02/4 (2002), para. 5; Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.210-213; 오승진, *supra* note 309, p.262.

317) David Weissbrodt and Anti-Slavery International, *supra* note 316, paras 16, 17 참조. 이외에도 19세기 말부터 20세기 초반까지 맺어진 노예 금지 관련 다자간 협약들의 list에 관하여는, Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.212 참조.

노예 금지의 강행규범성은 여러 국제재판소에서도 확인할 수 있는 내용이다. 먼저 ICJ는, 국가면제 판결에서 다수의견과 Cançado Trindade 재판관의 반대의견 모두 노예노동을 국제범죄 또는 강행규범 위반이라고 판시하였다.[319] 특히 다수의견이 취한 태도는, 당시 나치에 의하여 많은 이탈리아 민간인들이 노예노동을 당하였음을 전제로[320] 이를 국제범죄(crimes under international law)로 규정함으로써,[321] 노예 금지가 강행규범 지위에 있음을 인정하였다고 무리 없이 평가할 수 있다. '국제범죄'라는 용어는 강행규범보다 더 좁은 개념을 의미한다는 것이 일반적 설명이기 때문이다.[322] 따라서 그 연장선에서 판결문 para. 93에 등장하는 "Assuming ... that ... the deportation of civilian inhabitants to slave

---

318) "No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms." 정인섭, *supra* note 23, p.119. 이와 관련 뉘른베르크 재판소의 국제군사재판소 헌장 제6조 (c)는 재판소의 관할에 속하는 인도에 반하는 죄 중의 하나로 노예화(enslavement)를 규정하고 있으며, ICTY 규정 제5조 (c)나 ICTR 규정 제3조, ICC 규정 제7조 제1항 (c) 또한 노예화를 인도에 반하는 죄로 규정하고 있다.

319) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), paras 52, 81, 93; *Dissenting Opinion of Judge Trindade*, para. 297. 한편 ICJ는 1970년 노예 금지가 모든 국가의 국제사회에 대한 대세적 의무라고 판시한 바 있다[*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment, ICJ Report* (1970), p.32, para. 34]. 각주 154)에서 설명한 바와 같이 모든 강행규범은 대세적 의무를 수반하나, 어떤 규범이 대세적 의무를 갖는다고 하여 반드시 강행규범인 것은 아니기에, 1970년에 이루어진 ICJ의 이 부분 판시가 당시를 기준으로 노예 금지를 관습국제법을 넘어 강행규범으로까지 인정한 것이라고 단정하기에는 어려운 측면이 있다.

320) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 52.

321) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 81.

322) Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7th ed) (Routledge, 1997), p.60 ('The concept of international crimes is narrower than the notion of *ius cogens*'); Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, para. 75 ('a range of international crimes under general international law are recognized as *ius cogens*').

labour ... are rules of *jus cogens*"라는 문구에서 사용된 'Assuming'은, 노예 금지의 강행규범성에 관하여 부정적이거나 회의적인 시각을 품은 게 아니라, 오히려 인정하는 시각을 전제로 한 표현으로 이해할 수 있을 것이다.[323] 나아가 SCSL도 성 노예노동을 포함한 노예 금지를 강행규범의 예로 명시하였고,[324] IACtHR도 노예매매 금지와 같은 노예 금지를 강행규범으로 판시하였음을 확인할 수 있다.[325]

한편 이러한 국제재판소들의 태도 외에 노예 금지의 강행규범성을 확인한 여러 국내법원 판결들을 발견할 수 있고,[326] ILC도 노예 금지의 강행규범성을 여러 차례 확인한 바 있으며,[327] Draft Conclusion은 노예 금지를 강행규범의 예로 명시하였다.[328] 그리고 노예 금지의 강행규범성

---

323) 즉, '설령'이라는 의미가 아닌 '비록'이라는 의미로 해석된다. 같은 취지로, 국가면제 판결 다수의견 para. 93을 노예 금지의 강행규범성을 인정한 예로 언급한 학자로는, Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.213; 이성덕, "강행규범과 국가면제: 2012년 ICJ 관할권 면제 사건을 중심으로," 중앙법학 제14권 4호 (2012), p.235 참조. 무엇보다도, 이러한 해석은 Cançado Trindade 재판관이 반대의견에서 판시한 para. 93에 관한 이해와도 일치한다[*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Trindade*, para. 296 참조].

324) *Prosecutor v Sesay, Kallon and Gbao, SCSL-04-15-T* (2009), para. 157.

325) *Aloeboetoe et al. v. Suriname, IACtHR, Series C No. 15* (1993), paras 55-58.

326) 예를 들어, 호주: *Regina v. Tang, Hight Court of Australia, HCA 39* (2008), paras 110-117; 미국: *Sampson v. Federal Republic of Germany, 250 F.3d 1145* (7th Cir. 2001); *John Doe I, et al. v. Unocal Corporation, et al., 395 F.3d 932* (9th Cir, 2002) 참조. 특히 미국의 Unocal Corporation 판결의 경우 강제노동(forced labor)을 '노예의 현대적 변형'으로 판시하였다[*John Doe I, et al. v. Unocal Corporation, et al., 395 F.3d 932* (9th Cir, 2002), para. 2(Analysis)].

327) YbILC, Vol. II (1966), p.248 (3) 참조. 이 부분은 비엔나협약 초안 제50조에 관한 주석서인바, 강행규범의 예로 (1) 불법적 무력 사용 금지(unlawful use of force), (2) 국제범죄 금지, (3) 노예, 해적, 제노사이드 금지를 들고 있다. 이외에도 YbILC, Vol. I (1963), p.63, para. 44; p.214, para. 68; YbILC, Vol. I, Part 1 (1966), p.38, para. 26 참조. ILC는 나아가 ARSIWA 제40조에 관한 주석에서 노예제, 노예무역 금지를 강행규범의 예로 언급하였다[ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, YbILC, Vol. II, part. 2 (2001), p.112, para. 4].

328) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.208, Annex (f).

인정은 현재 국제법 학계의 통설로 파악된다.[329]

종합하면, 노예 금지는 인간 존엄성 존중을 구체화시킨 '인권 중심 강행규범'으로 분류할 수 있고, 현재 그 강행규범성에 관한 증거들과 보충 수단들을 넉넉히 확인할 수 있다.

나. 고문 금지

라틴어 '*tort*'에서 유래한 고문(torture)은 어떤 정보나 자백 등을 얻을 목적으로 개인에게 육체적 또는 정신적 고통을 가하는 각종 의도적 행위를 일컫는다.[330]

고문이 인간성과 인간 존엄성에 역행하는 행동이라는 점만 고려하더라도,[331] 고문 금지는 그 성격상 '인간 존엄성 존중'의 국제공서를 구체화한 규범에 해당한다고 볼 수 있다. 한편 고문 금지가 국제 평화·공존을 구체화시킨 규범으로까지 보는 것은, 앞서 노예 금지와 마찬가지로

---

329) 오승진, *supra* note 309, p.262; Gay J. MacDougall, "Final Report of Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery," UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13 (1998), paras 28, 46, 47; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.208; Ulrich Scheuner, *supra* note 280, pp.28, 33; Andreas L. Paulus, *supra* note 4, p.316; Dan Dubois, *supra* note 12, p.135; Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.147; Levan Aleksidze, *supra* note 102, p.262 등 참조.

330) 이와 관련, 1984년 UN 총회에서 채택된 고문금지협약[Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, GA Res. 39/46, 1465 UNTS 85 (1984)] 제1조는 고문을 'any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity'로 정의한다.

331) Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.232 ('Torture is quite obviously contrary to respect for the intrinsic dignity and worth of the human person').

무리한 해석으로 보인다. 단적으로 접근한다면 앞서 예를 들었다시피, 각 국가에서 고문이 횡행하더라도 국제 평화·공존은 유지될 수 있기 때문이다. 즉, 노예 금지에서의 논리와 마찬가지로, 국제사회 구성원들 사이의 관계를 규율하기 위하여 생성된 규범이 아닌 '인간 존엄성 존중'이라는 국제공서를 구체화시킨 개인 지향적인 규범으로 취급하는 것이 타당하다.

이러한 고문 금지의 관습국제법적 성질 및 강행규범성에 관하여도 광범위한 증거들과 보충 수단들을 발견할 수 있다. UN 총회는 1975년 '고문이나 잔인하고, 비인간적이거나 굴욕적인 대우 또는 처벌에 직면한 사람들의 보호에 관한 선언'이라는 제목의 결의를 통해 고문이 인간 존엄성에 대한 공격이자 UDHR에서 명시한 인간의 기본적 자유권에 대한 침해라고 선언하였고,[332] 1984년 고문금지협약[333]을 채택하였다. 나아가 ICCPR 제7조는 고문을 받지 않을 권리를 명시하고 있고,[334] UN 고문금지위원회도 고문 금지의 강행규범성을 인정하고 있으며,[335] UN 인권위원회도 고문 금지가 강행규범에 해당한다고 밝혔다.[336] 이와 더불어 고문을 국제범죄인 인도에 반하는 죄의 한 유형으로 보는 것이 여러 국제형사재판소 규정들의 공통적 태도이기도 하고,[337] Draft Conclusion도 고

---

332) Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, GA Res. 3452, UN Doc. A/Res/30/3452 (1975), Article 3.

333) Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, GA Res. 39/46, 1465 UNTS 85 (1984).

334) (ICCPR 제7조)
어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다. 특히 누구든지 자신의 자유로운 동의 없이 의학적 또는 과학적 실험을 받지 아니한다(정인섭, *supra* note 23, p.133).

335) Committee Against Torture, General Comment No. 2, Implementation of Article 2 by States Parties, CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4 (2007), para. 1.

336) Pieter H. Kooijmans, "Report of the Special Rapporteur on Torture," UN Doc. E/CN.4/1986/15 (1986), para. 3.

문 금지를 강행규범의 예로 명시하였다.[338]

이에 더하여 여러 국제재판소가 고문 금지를 강행규범으로 인정하고 있음을 아울러 확인할 수 있다. 예를 들어, ICJ는 앞서 언급한 바와 같이 고문 금지가 강행규범에 해당한다고 단정적으로 판시하였고,[339] ICTY,[340] IACtHR,[341] ECtHR[342]도 마찬가지 입장임을 확인할 수 있다. 더 나아가 고문 금지의 강행규범성은 캐나다,[343] 영국[344]을 포함한 여러 국내법원들도 인정하고 있으며,[345] 현재 학설상으로도 통설로 인정할 수 있을 만큼 광범위한 지지를 받고 있다.[346]

---

337) Rome Statute (1998), Articles 7(1)(f), 8(2)(a)(ii); SCSL Statute (2000), Article 2(f); Draft Code of Crimes (1996), Articles 18(c), 20(a)(ii); ICTR Statute (1994), Article 3(f); ICTY Statute (1993), Article 2(b), 5(f).

338) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.208, annex (g).

339) *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), ICJ Judgment* (2012), para. 99.

340) *Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T* (1998), para. 153 ['Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or *jus cogens*, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even ordinary customary rules']; *Prosecutor v. Simić, IT-95-9/2-S* (2002), para. 34; *Prosecutor v. Kunarac et al., IT-96-23-T/IT-96-23/1-T* (2001), para. 466; *Presecutor v. Delalić et al., IT-96-21-T* (1998), para. 454.

341) *Bayarri v. Argentina, IACtHR, Series C No. 187* (2008), para. 81; *Servellón García and ors v. Honduras, IACtHR, Series C No. 152* (2006), paras 89-97.

342) *Jones and others v. United Kingdom, ECtHR, Nos. 34356/06 & 40528/06* (2014), paras 210-214; *Othman v. United Kingdom, ECtHR, No. 8139/09* (2012), paras 253-255, 266-267; *Demir and Baykara v. Turkey, ECtHR, No. 34503/97* (2009), para. 73.

343) 예를 들어, *Bouzari v. Islamic Republic of Iran, 71 OR (3d) 675* (2004), paras 57-73.

344) 예를 들어, *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia and Lieutenant Colonel Abdul Aziz, House of Lords, UKHL* (2006), para. 26.

345) 이에 관한 자세한 소개로는, Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.235-236.

346) Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.54; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.233; Erika De Wet, "The prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its implications for National and Customary Law," *The European Journal of International Law,* Vol. 15(1) (2004), p.105; Michael Byers, *supra* note 202, p.219; Andreas L. Paulus, *supra* note 4, p.316; Jürgen Bröhmer,

종합하면, 고문 금지는 인간 존엄성 존중을 구체화시킨 '인권 중심 강행규범'으로 분류되고, 현재 그 강행규범성에 관한 넉넉한 증거들과 보충 수단들을 확인할 수 있다.

다. 인도에 반하는 죄 금지[347]

인도에 반하는 죄는 민간인에 대한 광범위하거나(widespread), 체계적인(systematic) 살해, 노예화, 강제이동, 고문 등을 통하여 그들의 신체적 또는 정신적 건강에 대해 중대한 고통이나 심각한 피해를 야기하는 각종 비인도적 행위를 가리킨다.[348] 즉, 인간성과 인간의 본질적 가치에 관한 가장 기초적인 고려조차 이행하지 않은 반인도적 불법행위를 규율하기 위한 규범으로서,[349] 전시와 평시를 가리지 않고, 국가 간 분쟁이든 비 국가 간 분쟁이든 불문한다.[350]

한편 위와 같은 설명에서 알 수 있듯이, 현재 통용되고 있는 인도에 반하는 죄에 관한 정의상, 행위 태양은 노예화, 고문 등의 각종 비인도적 행동을 포함하되, 그 행위가 '광범위하거나 체계적으로' 이루어질 것을 요건으로 한다는 특성을 가지고 있다. 따라서 예를 들어 어떤 노예노동

---

supra note 63, p.147 등 참조.

347) '인도에 반하는 죄 금지'는 Draft Conclusion에서도 사용된 용어인 'the prohibition of crimes against humanity'[ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.208, annex (c)]의 한글 표현이다. 영어로는 'the prohibition against crimes against humanity'로도 표현된다. 한글 표현과 관련하여 '반인도적 범죄 금지', '반인도범죄 금지'라는 표현도 국내 문헌들에서 사용되고 있음을 확인할 수 있으나, 이 글에서는 '인도에 반하는 죄 금지'로만 표시한다.

348) Gay J. MacDougall, *supra* note 329, para. 38; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.219 참조.

349) 이와 관련, Antonio Cassese, *supra* note 4, p.250 ('These crimes are particularly odious offences in that they constitute a serious attack on human dignity or grave humiliation or a degradation of one or more human beings') 참조.

350) Gay J. MacDougall, *supra* note 329, para. 38.

행위가 이루어진 경우, 그 자체로 노예 금지 규범을 위반한 행위가 되지만, 만일 그 행위가 광범위하고 체계적으로 이루어졌다면 인도에 반하는 죄 금지 규범을 위반한 행위로도 인정된다.

인도에 반하는 죄 금지 또한 인간 존엄성 존중을 위한 규범의 성격을 갖는다고 볼 수 있다. 즉, 인도에 반하는 죄 금지는 인간성과 인간 존엄성에 반하는 범죄행위[351]를 금지하는 규범으로서 '인간 존엄성 존중'의 국제공서를 구체화한 규범으로 이해할 수 있다. 한편 인도에 반하는 죄 금지가 국제 평화·공존을 구체화시킨 규범에도 해당하는가에 관해서는, 앞서 노예 금지, 고문 금지와 마찬가지로 접근하는 것이 타당하다. 인도에 반하는 죄의 성립은 국가 간 분쟁 상황임을 요하지 않고, 비 국가 단체에 의하여도 행해질 수 있으며, 예를 들어 한 국가 내에서 그 국적 국민들에 대한 체계적이고 광범위한 인권 유린 행위가 존재해도 성립하기 때문이다. 바꾸어 표현하면, 인도에 반하는 죄 금지는 개념 속성상 어떤 상황에서도 침해될 수 없는 인간의 존엄성 존중·실현을 위한 개인 지향적인 규범일 뿐 국제사회 구성원들 사이의 평화·공존까지 규율하기 위한 규범으로 보기는 어렵다고 생각한다.[352]

이러한 인도에 반하는 죄 금지의 관습국제법적 성질 및 강행규범성에 관하여도 다음과 같이 여러 증거들과 보충 수단들을 발견할 수 있다. 먼저 1915년 프랑스, 영국, 러시아가 터키의 아르메니아인들에 대한 잔혹행위를 규탄하기 위하여 한 공동선언에는 터키가 아르메니아인들에 대하

---

351) Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.219 ('By definition, crimes against humanity are contrary to the basic considerations of humanity and intrinsic worth of the human person that underpin *jus cogens*').

352) 설령 국가 간 무력 충돌 상황이라 하더라도, 인도에 반하는 죄 금지의 방향은 여전히 '인간 존엄성 존중'에 있다고 봄이 타당하다. 즉, 해당 규범의 명칭이나 개념 자체에서 알 수 있듯이, 어떠한 상황이든 지켜져야 할 인간 존엄성과 관련한 규범일 뿐 국제 평화·공존까지 규율하는 규범으로 보기는 어렵다고 할 것이다.

여 '인간성과 문명에 반하는 범죄행위'를 저질렀다는 취지가 기재되어 있음을 확인할 수 있다.[353] 나아가 뉘른베르크 재판소는 헌장[354] 제6조에서 인도에 반하는 죄라는 단어를 사용하면서, 이를 "민간인들에 대해 행해진 살해, 절멸, 노예화, 강제이송, 그 밖의 각종 비인도적 행위 또는 정치적, 인종적, 종교적 이유에 의한 박해"로 규정하였고,[355] 1946년 10월 나치 전범들에게 인도에 반하는 죄 등을 적용하여 사형 또는 종신형 등을 선고하였다.[356]

그 직후 1946년 11월에 열린 UN 총회에서는 결의 95(I)호를 통해 뉘른베르크 헌장이나 뉘른베르크 판결에서 인정한 국제법 원칙들을 확인하고, 뉘른베르크 헌장과 판결에서 인정한 범죄들(평화에 반하는 죄, 전쟁 범죄, 인도에 반하는 죄)[357]과 관련하여 그에 관한 법리들을 보다 구체화하고 발전시킬 것을 선언하였다.[358] 그리고 이러한 인도에 반하는

---

353) Joint Declaration of France, Great Britain and Russia, RG 59, 867.4016/67 (1915).

354) The Charter of the International Military Tribunal in Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis (1945).

355) Article 6(c). 위 내용에서 알 수 있듯이 당시에는 '광범위하고 체계적인(widespread and systematic)'이라는 요건은 별도로 포함되어 있지 않았으나, 이후 법리 발전에 따라 추가되어 현재에 이르고 있다[Antonio Cassese, "Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal," *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2009), p.7].

356) *International Military Tribunal(IMT) at Nuremberg, Judgment* (1946), *in The Trial of German Major War Criminals*.

357) 헌장 제6조에서는 인도에 반하는 죄 외에 평화에 반하는 죄(Crimes against Peace)와 전쟁범죄(War Crimes)를 규정하고 있다. 한편, 평화에 반하는 죄는 현대의 '침략범죄'와 같은 의미이다(Antonio Cassese, *supra* note 355, p.5).

358) Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal, GA Res. 95(I), UN Doc. A/Res/95(I) (1946). 그리고 이러한 UN 총회의 결의는 1947. 11. 21. 결의 177(II)호를 통해 보다 구체화되어 ILC로 하여금 인류의 평화와 안전에 반하는 범죄들을 규율하기 위한 형법전 초안을 만들 것을 결의하였고, 그에 따라 ILC는 특별보고관들의 활동을 통해 그러한 뉘른베르크 원칙을 보다 구체화시키기 위한 노력을 계속하였으며, 결국 UN 총회는 1996년 ILC가 만든 'The Draft code of Crimes against the Peace and Security of Mankind'를 채택하였다(Antonio Cassese, *supra* note 355, pp.2-4).

죄를 포함한 국제범죄에 대한 성문화는 여러 국제형사재판소들의 노력을 통해 보다 발전되고 구체화하였는데, 일본 전범들을 처벌하기 위하여 1946년 설치되었던 극동 군사재판소[359]를 비롯하여, ICTY,[360] ICTR,[361] SCSL,[362] ICC[363] 모두 인도에 반하는 죄를 처벌하도록 규정하고 있다.

나아가 인도에 반하는 죄 금지 또한 여러 국제재판소가 강행규범성을 확인하고 있다. ICTY,[364] SCSL,[365] IACtHR[366]은 모두 인도에 반하는 죄 금지를 강행규범으로 명시하였고, ICJ의 경우에도 국가면제 판결에서 다수의견은 물론,[367] 반대의견(Cançado Trindade 재판관)도 인권의 중대한 침해를 포함한 국제범죄가 강행규범 위반에 해당한다고 판시하였으며,[368] 2002년 Arrest Warrant 사건에서 Al-Khasawneh 재판관도 "중대한 국제범죄에 대한 금지는 국제사회의 핵심 가치와 관심사를 반영하는 것으로 강행규범의 성질을 갖는다"고 판시하였다.[369]

더 나아가 ILC 또한 일관되게 인도에 반하는 죄 금지의 강행규범성

---

359) The International Military Tribunal for the Far East(IMTFE) Charter (1946), Article 5(c).
360) ICTY Statute (1993), Article 5.
361) ICTR Statute (1994), Article 3.
362) SCSL Statute (2000), Article 2.
363) Rome Statute (1998), Article 7.
364) *Prosecutor v Kupreškić, IT-95-16-T* (2000), para. 520.
365) *Prosecutor v. Kallon and Kamara, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, SCSL-04-15-PT-060-I* (2004), paras 70-71.
366) *Miguel Castro-Castro Prison v. Peru, IACtHR, Series C No. 160* (2006), para. 402; *Almonacid Arellano et al. v. Chile, IACtHR Series C No. 154* (2006), para. 99.
367) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), paras 52, 81, 93.
368) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Trindade*, para. 306.
369) *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ Judgment* (2002), *Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh*, para. 7.

을 확인해 왔고,[370] Draft Conclusion에서도 이를 강행규범의 예로 명시하였으며,[371] 미국,[372] 네덜란드[373]를 포함하여 여러 국내법원에서도 인도에 반하는 죄 금지의 강행규범성을 인정하고 있다.[374] 그리고 학설상으로도 인도에 반하는 죄 금지는 현재 강행규범성에 관하여 가장 논쟁의 여지가 적은 규범들 중 하나로 취급되고 있음을 확인할 수 있다.[375]

이를 종합하면, 인도에 반하는 죄 금지도 인간 존엄성 존중을 구체화시킨 '인권 중심 강행규범'으로 분류되고, 그 강행규범성에 관한 증거들과 보충 수단들을 충분히 확인할 수 있다.

라. 제노사이드 금지

1948년 UN에서 채택된 제노사이드 금지 협약[376]에 따르면, 제노사이드는 "국적, 민족, 인종, 종교 집단의 전부나 일부를 파괴할 의도로 행해지는 행위"를 일컫는다.[377] 현재 제노사이드에 관한 일반적 정의로 통용된다. 제노사이드 금지 협약은 이러한 행위로 집단 구성원들에 대한 (1) 살해, (2) 신체적·정신적 위해, (3) 신체적 파괴를 야기하는 생활 조

370) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.205, para. 7.
371) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.208, annex (c).
372) *Sarei v. Rio Tinto, 487 F.3d 1193, 1202* (9th Cir. 2007); *Princz v. Federal Republic of Germany, 26 F.3d 1166, 1182* (DC Cir. 1994) (Wald, J., Dissenting).
373) *Bouterse Case, Amsterdam Court of Appeal, Nos. R97/163/12 Sv & R97/176/12 Sv*, para. 5 (2000).
374) 자세한 소개로는 Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.222-223.
375) Ian Brownlie, *supra* note 4, pp.510-511; Andreas L. Paulus, *supra* note 4, p.316; Thomas Weatherall *supra* note 4, p.219; Dan Dubois, *supra* note 12, p.135; Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.147; Levan Aleksidze, *supra* note 102, p.263 등 참조.
376) Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS 277, No. 1021 (9 December 1948, *entered into force* 12 January 1951, 이하 영어로 표기할 때에는 'Genocide Convention'이라 한다).
377) Genocide Convention, Article Ⅱ.

건의 의도적 침해, (4) 집단 내 출산을 막기 위한 조치, (5) 집단 내 어린 아이들의 다른 집단으로의 강제이동의 5가지를 규정하고 있다.[378]

제노사이드라는 표현은 Raphael Lemkin이 처음으로 사용한 것으로 알려져 있다.[379] UN 총회는 1946년 결의 96(I)호[380]를 통해 제노사이드라는 표현을 명시적으로 사용함과 아울러, 제노사이드가 인류의 양심에 충격을 주는 범죄행위로서 도덕률과 UN의 정신에 반한다는 이유 등을 언급하며 그에 대한 예방과 처벌을 위한 입법을 촉구하는 결의를 하였는데,[381] 그에 따른 결과물이 제노사이드 금지 협약이다. 제노사이드도 인도에 반하는 죄와 마찬가지로 전시와 평시를 불문하고 이루어질 수 있고, 국가가 아닌 비 국가단체에 의하여도 행해질 수 있다.[382]

제노사이드 금지 또한 인간 존엄성 존중을 위한 규범으로서 '인간 존엄성 존중'의 국제공서를 구체화한 규범으로 이해할 수 있다.[383] 한편 제노사이드 금지가 '국제 평화·공존'을 구체화한 규범으로 볼 수 있는지에 관해서는 앞서 인도에 반하는 죄 금지에서 본 것과 마찬가지 접근이 가능하다. 제노사이드 금지가 전시, 평시를 불문하고 비 국가단체에 의하여도 행해질 수 있는 점 등을 고려할 때, 이 규범이 구현하고자 하는 것은 개념 속성상 어떤 상황에서도 침해될 수 없는 인간의 존엄성 존중이지 국제 평화·공존까지 포함한다고 보기는 어렵다. 예를 들어, 국가 간 무력 충돌 없이도 한 국가 내에서 어떤 한 민족 집단을 파괴·절멸시키기 위한 집단살해 등의 행위가 자행될 수 있기 때문이다.[384] 이와 관련,

---

378) *Ibid.*
379) Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.228.
380) The Crime of Genocide, GA Res. 96(I), UN Doc. A/Res/96(I) (1946).
381) *Ibid.*
382) 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차 (사법발전재단, 2018), p.134.
383) 이와 관련, Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.229 ('Genocide is manifestly opposed to the higher interests of the international community').
384) 나아가 각주 352)에서 기재한 바와 마찬가지 논리로, 국가 간 무력 충돌에서도 제

Dan Dubois 교수는 “제노사이드 금지와 같은 강행규범을 국가들 사이의 관계를 규율하기 위한 규범으로 볼 수는 없다. 아무리 비유를 사용한다 하더라도 국가들을 제노사이드 피해자로 볼 수는 없기 때문이다”라고 설명한다.[385]

제노사이드 금지의 관습국제법적 성질 및 강행규범성에 관하여도 다음과 같은 여러 증거들과 보충 수단들을 확인할 수 있다. 먼저 위에서 언급한 UN 총회의 1946년 결의 96(I)호 및 그에 따른 제노사이드 금지 협약의 존재 자체가 국제사회의 수락·인정에 관한 증거가 됨에 별다른 의문이 없다. 나아가 ICJ는 1951년 권고의견에서 제노사이드 금지 협약이 오로지 인도주의적인 목적을 위해 만들어졌다면서, 그 구체적 목적에 관해 “특정 인류 그룹의 존립 자체를 보호하는 한편, 가장 근본적인 도덕률의 원칙을 확인하는 것”이라고 판시함과 아울러, “협약의 원칙과 내용은 협약의 가입 여부와 관계없이 모든 문명국들에게 구속력과 보편성을 갖는다”고 판시하였다.[386]

제노사이드 금지는 ICTY,[387] ICTR,[388] ICC[389]의 재판소 규정에도 명시되어 있고, 2005년 UN 총회에서 채택된 ‘2005년 세계정상회의 결과(2005 World Summit Outcome)’에서도 각 국가가 제노사이드 범죄로부터 자국 국민들을 보호할 의무가 있음을 확인함과 아울러 국제사회 전체가 UN을 통하여 그러한 의무를 실현할 것을 강조하였다.[390] 나아가 ILC

노사이드 금지의 방향은 여전히 ‘인간 존엄성 존중’에 있다고 봄이 타당하다.

385) Dan Dubois, *supra* note 12, p.159. 그리고 이는 앞서 노예 금지, 고문 금지, 인도에 반하는 죄 금지에도 동일하게 적용될 수 있는 설명이 될 것이다.

386) *Reservation to the Genocide Convention, Advisory Opinion, ICJ Report* (1951), p.23 참조.

387) ICTY Statute, Article 4.

388) ICTR Statute, Article 2.

389) Rome Statute, Article 6.

390) 2005 World Summit Outcome, GA Res. 60/1, UN Doc. A/Res/60/1, paras 138-139 참조.

는 2006년 제노사이드 금지를 강행규범으로 가장 많이 언급되는 것들 중 하나로 설명한 것을 비롯하여,[391] 여러 차례 제노사이드 금지의 강행규범성을 확인해 왔고,[392] Draft Conclusion에서 제노사이드 금지를 강행규범의 예로 명시하였다.[393]

한편, 제노사이드 금지에 대해서도 ICJ, ICTY,[394] ICTR[395]을 포함한 여러 국제재판소의 강행규범성 판단이 존재한다. 대표적으로 ICJ는 제노사이드 금지에 관해 다음과 같이 '확실하게(assuredly)' 강행규범에 해당한다고 판시하였다.[396]

> [A] dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide[이 분쟁은 제노사이드 금지와 같은 국제사회가 확실하게 인정하고 있는 강행규범의 준수와 관련이 있다].

---

391) Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law－Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006) (finalized by Martti Koskenniemi), para. 374.

392) YbILC, Vol. II (1966), p.248 (3) 참조. 이외에도 YbILC, Vol. I (1963), p.63, para. 44 참조. ILC는 나아가 ARSIWA 제40조에 관한 주석에서도 제노사이드 금지를 강행규범의 예로 언급하였다[ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, YbILC, Vol. II, part. 2 (2001), p.112, para. 4].

393) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.209, annex (b).

394) *Prosecutor v. Brđanin, IT-99-36-T* (2004), para. 680; *Prosecutor v. Krstic, IT-98-33-T* (2001), para. 541; *Prosecutor v. Jelisić, IT-95-10-T* (1999), para. 60 참조.

395) *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR-95-1-T* (1999), para. 88.

396) *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), ICJ Judgment* (2006), para. 64. 이외에도 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), ICJ Judgment* (2007), para. 161 참조.

이에 더하여 캐나다, 독일, 이탈리아, 미국을 포함한 여러 국내법원들도 제노사이드 금지의 강행규범성을 인정하고 있고,[397] 학설상으로도 제노사이드 금지는 현재 그 강행규범성에 관하여 광범위하고 보편적인 지지를 받고 있는 상황임을 확인할 수 있다.[398]

이를 종합하면, 제노사이드 금지 또한 인간 존엄성 존중을 구체화시킨 '인권 중심 강행규범'으로 분류되고, 그 강행규범성에 관한 증거들과 보충 수단들을 충분히 확인할 수 있다.

마. 침략행위 또는 불법적 무력 사용 금지

침략행위는 1974년 UN에서 채택된 '침략행위의 정의(Definition of Aggression)' 제1조, 제2조에 따르면, "한 국가가 다른 국가의 주권, 영토적 일체성, 정치적 독립성을 침해하는, UN 헌장에 반하는 중대한(of sufficient gravity) 무력 사용"을 의미한다.[399] 한편 침략행위 금지라는 용어와 더불어, 강행규범의 예로 'UN 헌장 제2조 제4항에 반하는 무력 사용'이라는 의미의 '불법적 무력 사용 금지'라는 용어도 사용되고 있음을 확인할 수 있다.[400]

---

397) 이에 대한 자세한 소개로는, Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.231-232.

398) Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.216; Andreas L. Paulus, *supra* note 4, p.316; Michael Byers, *supra* note 202, pp.211, 219; Ulrich Scheuner, *supra* note 280, p.33; Dan Dubois, *supra* note 12, p.135; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.229; Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.147; Levan Aleksidze, *supra* note 102, p.262 등 참조.

399) Definition of Aggression, GA Res. 3314(XXIX), UN Doc. A/Res/3314(XXIX) (1974), Article 1, 2.

400) 예를 들어, YbILC, Vol. II (1966), p.248 (3) 참조. 이 부분에서 ILC는 강행규범의 예를 소개하고 있는데, 그중 'an unlawful use of force'라는 기재가 있고, ICJ도 마찬가지 용어를 사용하면서 강행규범이라고 적시한 판결이 있다[*Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, ICJ Advisory Opinion* (2010), para. 81].

물론 침략행위 금지와 불법적 무력 사용 금지를 동일한 개념으로 볼 수는 없지만,[401] UN 헌장 제2조 제4항의 내용이 "모든 회원국은 그 국제관계에 있어서 다른 국가의 영토 보전이나 정치적 독립에 대하여 또는 국제연합의 목적과 양립하지 아니하는 어떠한 기타 방식으로도 …… 무력 행사를 삼간다[402]"는 것임에 비추어, 상당 부분을 공유하는 상호 유사한 개념으로 평가할 수는 있을 것이다. 왜냐하면, 각 정의에서 보듯이, 침략행위나 불법적 무력 사용 모두 'UN 헌장에 반하는 무력 사용' 및 '국가 v. 국가 사이의 관계에서 다른 국가의 주권과 영토·정치적 독립성을 침해하는 무력 사용'이라는 핵심 개념 표지를 공유하기 때문이다. 특히 강행규범 영역에서는 두 개념이 사실상 구별 없이 호환되는 의미로 사용되고 있음을 확인할 수 있다.[403] 따라서 이 논문에서는 두 용어를 동일하게 병렬적으로 취급한다는 취지에서, 이하 '침략행위(불법적 무력 사용) 금지' 규범으로 표시한다.[404]

---

401) 일반적으로, 불법적 무력 사용은 '무력 사용의 중대성(gravity)'까지 요구되는 침략행위보다는 넓은 개념으로 이해된다(Robert Kolb, *supra* note 1, p.74 참조).

402) 정인섭, *supra* note 23, pp.6-7; UN Charter, Article 2(4).

403) 예를 들어, 각주 400)에서 소개한 바와 같이 YbILC, Vol. II (1966), p.248 (3)에서는 'unlawful use of force'를 강행규범으로 보고 있고, 한편 ICJ도 2010년 코소보 독립에 관한 권고의견에서 'unlawful use of force'를 사용하였으나, 1970년 Barcelona 전력회사 사건에서는 '침략행위 금지'를 대세적 의무의 예로 제시하고 있다[*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment, ICJ Report* (1970), p.32, para. 34]. 그리고 이는 무엇보다 Draft Conclusion의 주석에서 확인할 수 있는 내용이다. ILC는 '침략행위 금지'를 강행규범의 예로 명시하고, 그러한 태도가 ILC의 일관된 입장이라고 설명하면서 위 1966년 YbILC의 'unlawful use of force'를 인용하고 있다[ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.205, para. 5 참조]. 즉, 호환되는 의미로 사용되고 있다고 보아도 무리가 없을 것이다.

404) 한편, 위와 같이 침략행위(불법적 무력 사용) 금지가 UN 헌장에 반하는 무력 사용이라는 개념 자체에서, UN 헌장에 근거한 '합법적' 무력 사용은 예외적으로 허용된다는 결론을 도출할 수 있다. 그 대표적 경우가 UN 헌장 제51조에 규정된 자위권(self-defence) 행사로서의 무력 사용이다. 이 논문에서는 더 이상 다루지 않는 자위권 법리에 관한 자세한 설명으로는, Christine Gray, *International Law and The Use of Force* (4th ed) (Oxford University Press, 2018), pp.120-199; James A.

이제 침략행위(불법적 무력 사용) 금지가 어떤 국제공서를 구체화시킨 규범인지 살펴본다. 우리는 이 규범이 '국제 평화·공존'이라는 국제공서를 구체화시킨 규범임을 직관적으로도 인지할 수 있다. 앞서 본 4개의 인권 중심 강행규범들과 구별된다.

이와 관련, UN 헌장 제2조는 제1조에 기재된 목적인 '국가 간 평화·우호관계 수호'와 연결된 몇 가지 원칙을 제시하고 있는바, 그중 제3항에서 "모든 회원국은 그들의 국제분쟁을 국제 평화와 안전 그리고 정의를 위태롭게 하지 아니하는 방식으로 평화적 수단에 의하여 해결한다"고 규정하고,[405] 이미 설명하였다시피 제4항에서 "모든 회원국은 그 국제관계에 있어서 다른 국가의 영토보전이나 정치적 독립에 대하여 또는 국제연합의 목적과 양립하지 아니하는 어떠한 기타 방식으로도 …… 무력 행사를 삼간다"고 규정함으로써, 침략행위(불법적 무력 사용) 금지가 국제 평화·공존을 실현하기 위한 규범임을 나타내고 있다.

나아가 이는 'UN 헌장에 기반한 국가들 사이의 우호적 관계와 협력에 관한 국제법 원칙에 관한 선언[406]'에서 "국가들 사이의 우호 관계와 평화라는 목적 달성을 위하여 무력 사용은 금지되어야 하고, 침략행위는 국제법상 평화에 반하는 범죄에 해당하며, 모든 국가는 이를 해서는 안될 의무를 부담한다"고 밝히고 있는 데에서도 확인할 수 있는 부분이고,[407] '침략행위의 정의[408]' 결의에서 "UN의 근본적인 설립 목적들 중 하나가 국제 평화와 안전을 유지함과 아울러, 평화를 저해하는 모든 위

Green, *The International Court of Justice and Self-Defence in International Law* (Bloomsbury, 2009), pp.96-107; Jackson Nyamuya Maogoto, *Battling Terrorism: Legal Perspectives on the Use of Force and the War on Terror* (Routledge, 2005), pp.111-149 참조.

405) 정인섭, *supra* note 23, pp.6-7.

406) GA Res. 2625(XXV), UN Doc. A/Res/25/2625 (1970).

407) *Ibid.*

408) GA Res. 3314(XXIX), UN Doc. A/Res/3314(XXIX) (1974).

협을 제거하고, 침략행위를 방지하기 위한 효과적인 집단조치를 취하는 데 있다"고 명시하고 있는 데에서도 확인할 수 있는 부분이다.[409]

그렇다면, 인간 존엄성 존중의 국제공서는 침략행위(불법적 무력 사용) 금지와는 아무런 관련성이 없는가? 이 물음에 대해, 침략행위(불법적 무력 사용) 금지 규범은 무력 충돌의 궁극적 피해자들인 개인들의 존엄성 및 권리 수호를 위한 국제공서의 구현으로도 이해할 수 있다는 답변이 가능하다고 생각한다.[410] 침략행위(불법적 무력 사용) 금지가 1차적으로는 국제사회의 평화로운 공존에 방점을 두고 있다 하더라도, 결국 궁극적 지향점은 개인의 생명권, 행복추구권 등 인권을 향하고 있다고 볼 수 있기에 2차적으로는 인간 존엄성 존중과의 관련성도 인정할 수 있다는 의미이다. 다만, 침략행위(불법적 무력 사용) 금지의 직접적 방향이 국가 간 침략행위 또는 불법적 무력 사용 행위의 금지인 점 등을 고려할 때, 그 무게 추는 여전히 국제 평화·공존의 가치에 기울어져 있다고 이해하면 될 것이다.

위와 같이 국제 평화·공존은 물론 인간 존엄성 존중의 구체화로도 이해할 수 있는 침략행위(불법적 무력 사용) 금지 또한 그 관습국제법적 성질 및 강행규범성에 관하여 다음과 같은 많은 증거들과 보충 수단들을 발견할 수 있다.

먼저 1928년 체결된 켈로그-브리앙 협정의 전문에는 "인류의 행복과 복지를 증진시키기 위해 전쟁 포기를 모든 국가의 정책으로 삼아야 하고, 국가들 사이의 관계 설정·변경은 오로지 평화적 절차에 따라야 한

---

409) *Ibid.*, Preamble.

410) 이와 관련, Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.223 ('These principles were directed at mediating warfare through a kind of international morality, whose ultimate beneficiary was mankind and the individual, its unit and ultimate victim of warfare'). 그리고 이는 그로티우스(Grotius)의 '전쟁과 평화의 법(*De Jure Belli Ac Pacis*)'에서 그 뿌리를 확인할 수 있는 내용이기도 하다(*Ibid.*).

다"고 명시되어 있다.[411] 이는 침략행위(불법적 무력 사용) 금지를 국제사회에서 공식적으로는 최초로 확인한 협약으로 설명된다.[412] 그리고 앞서 본 바와 같이 UN 헌장과 UN 총회의 1970년 'UN 헌장에 기반한 국가들 사이의 우호적 관계와 협력에 관한 국제법 원칙에 관한 선언', 1974년 '침략행위의 정의' 또한 침략행위(불법적 무력 사용) 금지에 관한 국제사회의 수락·인정을 확인할 수 있는 주요 증거들에 해당한다.

나아가, 1946년 UN 총회 결의 95(I)호 '뉘른베르크 헌장에서 확인된 국제법의 일반원칙[413]'에서 침략행위를 인류의 평화와 안전에 반하는 범죄행위로 규정한 점,[414] 뉘른베르크 헌장 제6조 (a)항에서 평화에 반하는 죄를 침략행위와 연결시키고 있고,[415] ICC Rome Statute에서도 침략행위를 국제범죄로 규정하고 있는 점,[416] ILC가 Draft Conclusion을 포함하여 일관되게 침략행위(불법적 무력 사용) 금지를 강행규범으로 명시하고 있는 점[417]도 빠뜨릴 수 없는 내용들에 해당하고, 이러한 침략행위

---

411) The Kellogg-Briand Pact of Paris, 46 Stat. 2343, 94 LNTS 57, TS No. 795 (1928), Preamble.

412) Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.225 ('The preamble of the Kellogg-Briand Pact, which marks the first formal prohibition of aggression by States').

413) Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal, GA Res. 95(I), UN Doc. A/Res/95(I) (1946).

414) *Ibid.*

415) IMT Charter (1945), Article 6(a).

416) Rome Statute (1998), Article 5(1)(d).

417) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.205, para. 1, p.209, annex (a) 참조. Draft Conclusion은 '침략행위 금지'를 강행규범으로 명시하였다. 이와 관련, 앞서 소개한 바와 같이 비엔나협약 초안 제50조에 관한 주석에서 ILC는 강행규범의 예로 '불법적 무력 사용 금지(unlawful use of force)'를 언급하였고, ARSIWA 제40조에 관한 주석에서는 '침략행위 금지'를 강행규범으로 적시하고 있으며[ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, YbILC, Vol. II, part. 2 (2001), p.112, para. 4], 2006년 보고서에서는 '침략적 무력 사용(aggressive use of force)'이라는 표현을 사용하면서 이를 강행규범의 예로 언급하고 있다[*Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law —Report of the Study Group of the International Law Commission*, UN Doc.

(불법적 무력 사용) 금지의 강행규범성은 학설상으로도 보편적인 지지를 얻고 있음을 확인할 수 있다.[418]

위와 같은 여러 증거들이나 보충 수단들과 함께, 침략행위(불법적 무력 사용) 금지의 강행규범성과 관련하여서도 국제재판소들의 판시내용들이 존재한다. 먼저 뉘른베르크 재판소는 강행규범이라는 표현을 명시적으로 사용하지는 않았지만, "침략행위 금지는 국제적 양심에 의한 요구로서 국제법의 일반원칙에 해당하고, 이를 선언한 켈로그-브리앙 협정과 같은 조약들의 경우 침략행위 금지라는 새로운 규범을 만든 것이 아닌, 이미 존재하는 침략행위 금지의 일반원칙을 확인한 것으로 보아야 한다"는 취지의 판시를 하였다.[419] 다음으로 ICJ는 2010년 코소보 독립선언과 관련한 권고의견에서 다음과 같이 불법적 무력 사용 금지를 강행규범으로 판시하였다.[420]

> [T]he illegality attached to the declarations of independence thus stemmed not from the unilateral character of these declarations as such, but from the fact that they were, or would have been, connected with the unlawful use of force or other egregious violations of norms of general international law, in particular

---

A/CN.4/L.682 (2006) (finalized by Martti Koskenniemi), para. 374].

418) Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.224; James Crawford, *supra* note 153, p.146; Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.216; Michael Byers, *supra* note 202, pp.211, 219; Hermann Mosler, *supra* note 4, pp.19-20; Ulrich Sheuner, *supra* note 280, pp.28, 33; Andreas L. Paulus, *supra* note 4, p.316; Philip Alston and Bruno Simma, *supra* note 131, p.103; Dapo Akande and Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts," *The European Journal of International Law*, Vol. 21(4) (2011), p.836; Levan Aleksidze, *supra* note 102, p.262 등 참조.

419) IMT Judgment, pp.51-52.

420) *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, ICJ Advisory Opinion* (2010), para. 81.

those of a peremptory character (*jus cogens*).

종합하면, 침략행위(불법적 무력 사용) 금지는 직접적·1차적으로는 국제 평화·공존을, 간접적·2차적으로는 인간 존엄성 존중을 각 구체화시킨 규범으로서 '공존 중심 강행규범'으로 분류할 수 있고, 그 강행규범성에 관한 충분한 증거들과 보충 수단들을 확인할 수 있다.

제4장 강행규범과 일괄타결협정[421]

제1절 개요

일괄타결협정(lump-sum agreement)은 서론에서 소개하였듯이, 주권 국가들 간에 이루어지는 조약 유형 중 하나로서, 해당 협정 아래 가해국은 피해국에 확정 금액을 지급하고, 피해국은 이 돈을 국내 입법을 통해 설립한 위원회 등을 통해 개인 피해자들에게 분배하며, 이로써 피해자들이 가해국 측을 상대로 갖는 모든 청구권을 법적으로 해결하는 방식의 협정을 의미한다.[422]

국가를 유일한 국제법 주체로 본 전통 국제법 아래 개인은 국가의 부속물 내지 객체에 지나지 않았으므로,[423] 그 연장선에서 개인이 당한 피해를 국적국이 해결하기 위한 방법으로 외교적 보호권[424]의 개념이 등

---

421) 이 장은 필자의 각주 308) 논문과 「신우정, "국제적 강행규범의 시각에서 본 강제징용 청구권의 소권(訴權) 소멸 여부," 서울국제법연구, 제26권 1호 (2019)」를 참고하여 이를 추가・보충・수정하였다.

422) Richard B. Lillich and Burns H. Weston, *supra* note 5, p.69.

423) 이와 관련, 이근관, "한일청구권협정상 강제징용배상청구권 처리에 대한 국제법적 검토," 서울대학교 법학, 제54권 3호 (2013), p.359 ('국가 내부에 존재하는 자연인, 법인은 국가의 두터운 장막에 뒤덮여 국가 밖에서는 보이지 않았다'); Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.152 ('the traditional approach sees only the State: The violation of international law took place only *vis-á-vis* the state and only the state has a right to seek restitution').

424) "개인이 외국의 국제 위법행위에 의하여 불법적으로 권리침해를 당하거나 부당한 대우를 받은 경우, 그 외국 내의 실효적 구제수단을 모두 동원하여도 그 피해에 대한 구제를 받을 수 없다면, 그 개인의 국적국이 가해국의 책임을 추궁할 수 있는 국제법상의 권리"를 의미한다[이진규, "외교적 보호제도의 현대적 해석", 국제법학회논총, 제56권 제1호 (2011), p.117]. 이와 관련 ILC는 2006년 '외교적 보호에 관한 초안(Draft Articles on Diplomatic Protection)'을 채택하였는데, 해당 초안 제1조는 "외교적 보호는 국가가 타국의 국제위법행위로 인해 자국의 자연인 또는 법인에게 발생한 손해와 관련하여 그 책임을 이행시키기 위하여 외교적 행동 또는 기타 평

장한 것인바,[425] 일괄타결협정은 그러한 외교적 보호권의 일종으로 보는 것이 일반적 설명이고,[426] 제2차 세계대전 후 상당수의 일괄타결협정이 체결된 것으로 확인된다.[427]

그런데, 국가들끼리의 합의를 통해 개인의 청구권을 소멸시키거나 법적으로 행사할 수 없도록 하는 것을 개념적 속성으로 하는 일괄타결협정이 과연 국제법상 적법한가?

일괄타결협정의 현실적 이용 사례들을 인지하면서도 이러한 직관적 의문을 쉽게 떨쳐버리기 어렵다. 현실적으로 이용되어 왔다는 것과 적법

화적 해결수단을 통해 책임을 묻는 것이다"라고 정의한다. 외교적 보호권에 관한 자세한 설명으로는, James Crawford, *State Responsibility, General Part* (Cambridge University Press, 2013), pp.566-587; Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, pp.150-159 등 참조.

425) James Crawford, *supra* note 424, p.584; Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.151 참조. 즉, 전통적 외교적 보호권의 개념은 Vattel의 의제와 같이 '개인이 입은 피해가 결국 국가가 입은 피해'라는 가정 아래 성립하였다.

426) 이주영, 백범석, "국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근," 국제법학회 논총, 제63권 1호 (2018), p.170 참조. 한편 일괄타결협정을 외교적 보호권의 일종으로 보는 것은 어디까지나 전통적 외교적 보호권의 개념 아래에서만 설명이 가능할 뿐 현대적 의미의 외교적 보호권 개념으로는 설명이 어렵다고 생각한다. 현재 외교적 보호권은 피해를 본 국민이 필요한 구제수단을 모두 사용해도 구제가 되지 않을 때 그 국민이 속한 국가가 2차적, 예비적으로 그 국민을 '대신하여' 행사하는 국제법 권리로 해석되므로, 피해자들의 구제수단 행사 여부나 피해자들의 의사를 고려하지 않고 국가 간 이루어지는 일괄타결협정과는 본질적으로 차이가 있기 때문이다. 즉, 일괄타결협정은 현대의 외교적 보호권 개념으로는 설명하기 어렵고, 오히려 Vattel의 의제와 같이 '개인이 입은 피해를 국가가 입은 피해로 동일시'하는 전통 국제법 체계 아래에서 만들어진 전통적 외교적 보호권 개념 아래 비로소 제대로 된 설명이 가능하다고 보인다.

427) 이근관, *supra* note 423, p.364 ('연구자들에 따르면, 제2차 세계대전 종료 후부터 1995년까지 200개 이상의 일괄타결방식의 협정이 체결되었다고 한다'). 가장 최근에 이루어진 일괄타결협정으로는, 독일과 나미비아 사이에 2021년 체결된 협정을 들 수 있다. 독일이 나미비아를 식민지배하던 중이던 1904년~1908년 사이에 나미비아인 수만 명을 상대로 저지른 제노사이드 범죄에 대하여 두 정부는 독일이 나미비아에 30년간 개발지원금 등 명목으로 11억 유로를 지원하는 조건으로 나미비아 정부 및 해당 피해자들 유족들의 청구권 행사를 금지시키는 내용의 협정을 체결하였고, 비준 절차 진행 중인 것으로 파악된다. 그러나 이에 대해 피해자들 측에서는 동의 없이 체결된 협정이자 모욕적 내용이라면서 반발하고 있다(한겨레신문 2021년 6월 1일자, at https://www.hani.co.kr/arti/international/arabafrica/997598.html).

하다는 것은 구별되어야 하고, 만일 국제 실무상 이용되어 왔더라도 그것이 현재 국제법의 시각에서 불법이면 소급적으로나 장래적으로 폐기되어야 할 뿐 적법이 될 수는 없기 때문이다. 특히 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 피해자 개인의 회복청구권의 경우, 국가 간 합의로 이러한 청구권까지 함부로 없앨 수 있는가라는 강한 의문을 가지게 된다.

아래에서는, 전제 법리로서 먼저 인권 중심 강행규범의 주체가 국가가 아닌 피해자 개인이라는 점과 강행규범과 관련한 비엔나협약 제53조, 제64조의 조약 무효 법리를 각 설명한 후, 위 전제 법리들의 관점에서 본 일괄타결협정의 효력 문제를 다루었다. 한편 '제5절 관련 논점들에 대한 검토' 부분에서는 피해자들의 사전 동의가 있는 일괄타결협정의 효력 등 상정 가능한 관련 쟁점들을 제시하고 분석하였다.

제2절 인권 중심 강행규범의 주체

1. 개인의 국제법 주체성

제2차 세계대전 이전의 국제법 질서는 기본적으로 주권국가의 권리와 의무에 관한 것이었고 국가들 간의 관계만을 규율하였으나,[428] 뉘른베르크 재판소에서 "국제법은 국가뿐만 아니라 개인에게도 권리와 의무를 부과한다"는 원칙을 확인한 이래,[429] 국제인권법의 발달이나 국제재

428) 이와 관련, Theo Van Boven, "Victim's Right to a Remedy and Reparation: The New United Nations Principles and Guidelines," in C. Ferstman et al. (eds.), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making* (Nijhoff, 2009), p.20 ('In traditional international law, States were the major subjects and insofar as wrongful acts were committed and remedies instituted, this was a matter of inter-State relations and inter-State responsibility').

429) IMT Judgment (1946), p.52 ('That international law imposed duties and liabilities

판소들의 법리 발전 등에 따라 현재 국제사회는 개인에게도 국제법상 주체의 지위를 부여하는 방향으로 움직이고 있다고 평가할 수 있다.[430]

이와 관련 주목할 것은, UN이 2005년 12월 16일 "피해자 구제권리 기본원칙 및 가이드라인[431]"(이하 '피해자 기본원칙'이라 한다)을 채택함으로써, "국제범죄에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반[432]"으로 피해를 입은 개인이 국가뿐만 아니라 가해자 개인 등을 상대로도 직접 회복청구권을 갖고, 그 논리 연장선에서 가해자 개인이 직접 피해자 개인에게도 회복 의무를 부담한다는 취지의 법리를 명시한 점이다.[433]

1989년 Theo Van Boven 교수가 특별보고관으로 지명되면서 시작[434]된 약 15년 동안의 논의 끝에 최종적으로 UN 총회에서 consensus에 의하여 채택된[435] 피해자 기본원칙은 '피해자 권리장전'으로도 불리

---

upon individuals as well as upon states has long been recognized').

430) 같은 취지로, Theo Van Boven, *supra* note 428, p.21; Darcie L. Christopher, *supra* note 4, pp.1,235, 1,240; CanÇado Trindade, "Friedmann Award Address-The Human Person and International Justice," *Columbia Journal of Transnational Law,* Vol. 47 (2008), pp.19-20; Andrew Clapham, "The Role of the Individual in International Law," *The European Journal of International Law,* Vol. 21(1) (2010), pp.26-30; 최철영, "강제동원 관련 한인(조선인) 소송에 있어 개인배상청구권 연구," 동북아역사논총, 제19호 (2008), p.261; 신희석, "일본기업의 국제법적 책임," 서울국제법연구, 제18권 1호 (2011), pp.164-166 등 참조.

431) Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, GA Res 60/147, UN Doc. A/RES/60/147 (2005).

432) *Ibid.*, paras 4, 18.

433) *Ibid.*, para. 15.

434) Theo Van Boven, *supra* note 428, p.28.

435) Theo van Boven, *supra* note 428, p.31; Theo van Boven, "The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law," *United Nations Audiovisual Library of International Law* (2010), p.1 ('The United Nations General Assembly adopted in 2005 by consensus'). 한편 '만장일치'로 채택되었다는 설명을 하고 있

고, 그 당시까지 이루어진 국제법상 개인의 지위와 관련한 법리 발전을 반영하여 집대성한 선언적 성격의 문서로 평가되는바,[436] 전문에서 개인에게 새로운 국제적, 국내적 권리·의무를 부과하는 것이 아니라, 기존에 이미 인정되어 왔던 개인의 국제인권법, 국제인도법상 권리·의무를 어떻게 보다 현실적으로 구현시키는가에 초점을 맞추고 있음을 밝히고,[437] 나머지 조문들을 통해 그 구체적 절차, 방법들을 규정하고 있다.[438]

요컨대, 개인이 국제인권법이나 국제인도법의 주체로서 그 중대·심각한 위반을 이유로 상대방 국가뿐만 아니라 개인 등을 상대로도 직접 회복청구권을 가질 뿐만 아니라 직접 회복 의무를 부담한다는 법리가 국제사회에서 지지·확인되고 있는 상황으로 볼 수 있다. 다시 말하면, 제2차 세계대전 후 국제인권법의 급진적 발전과 UN 역할의 중요성 확대 등에 따라, 현재 국제법은 국제인권법·국제인도법의 중대·심각한 위반과 관련하여 국가를 통한 간접적인 방식이 아니라 직접 개인에게 권리, 의무를 부여하는 방향으로 움직이고 있다고 평가할 수 있다.[439]

는 국내 문헌을 확인할 수 있으나(이주영, 백범석, *supra* note 426, p.184), 투표 없이 채택된 점에서(https://legal.un.org/avl/ha/ga_60-147/ga_60-147.html), 통상 투표를 전제로 하는 만장일치(unanimous adoption)라는 표현은 부정확하다고 보인다.

436) Theo Van Boven, *supra* note 428, pp.28, 32; 이주영, 백범석, *supra* note 426, p.188 참조.

437) Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, GA Res 60/147, UN Doc. A/RES/60/147 (2005), preamble, para. 7. 관련하여, "처음 작업이 시작될 때부터 피해자 기본원칙의 목적은 피해 회복과 관련한 '현재의 국제법'이 무엇인지를 확인하고 반영하는 것이었다"는 설명으로는, Theo van Boven, *supra* note 435, p.5.

438) 피해자 기본원칙의 성안 과정, 채택 경위 등에 관한 보다 자세한 설명으로는, Theo Van Boven, *supra* note 428, pp.27-31 참조.

439) 같은 취지로는, Alessandro Bufalini, "On the Power of a State to Waive Reparation Claims Arising from War Crimes and Crimes Against Humanity," *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 77 (2017), p.449 ('Today, there is in fact a tendency to recognize the existence of an individual right to reparation for gross violations of international human rights and humanitarian law in

2. 인권 중심 강행규범의 주체

인권 중심 강행규범의 경우,[440] 그 주체는 국가가 아닌 오로지 개인이라는 결론이 지금까지 설명한 강행규범의 개념으로 도출될 수 있고, 이는 강행규범이 국제법 주체를 국가로 한정한 전통적인 국제법 이론과는 근본적으로 다른 시각에서 접근되어야 함을 알 수 있게 한다.[441]

---

customary international law'); Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.200; Sayel Mofleh Momani, Maher Saleh Al-Jubouri and Noor Akef Al-Dabbas, "Evolution of Individual Status in International Law," *Journal of Politics and Law,* Vol. 11(4) (2018), p.118; Teraya Koji, "Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights," *The European Journal of International Law,* Vol. 12(5) (2001), pp.921-941; Walter Kälin and Jörg Künzli, *The Law of International Human Rights Protection* (Oxford University Press, 2009), pp.149-261.

440) 앞서 본 바와 같이, 현재 인정되고 있는 강행규범을 (1) 인간 존엄성 존중의 구체화로 볼 수 있는 경우(ex. 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지, 고문 금지, 제노사이드 금지 등), (2) 그 성격상 인간 존엄성 존중과도 관련되지만, 그보다는 국제 평화·공존에 보다 밀접하게 관련되어 있는 경우[ex. 침략행위(불법적 무력 사용) 금지 등]로 나눌 수 있다고 보고, (1) 유형의 강행규범을 '인권 중심 강행규범'으로, (2) 유형의 강행규범을 '공존 중심 강행규범'으로 분류하였다. 한편, 강행규범을 어떻게 정의하고 분류하든, 즉, 어떤 견해나 입장에 의하든 강행규범에 인권 관련 강행규범이 포함된다는 것에 관하여는 반론이 없는 것으로 파악된다[Theodor Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection* (Cambridge University Press, 1987), pp.59, 137-139; Andrea Bianchi, *supra* note 4, p.495; Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.147 등 참조]. 그리고 이에 관해서는 국제재판소들이나 ILC의 태도도 일치되어 있음을 확인할 수 있고[예를 들어 YbILC, Vol. II (1966), p.248], 특히 비엔나협약 채택 전인 1966년 ICJ South West Africa 사건에서 이루어진 Tanaka 재판관의 "분명히, 인권 보호와 관련한 규범은 강행규범에 속한다고 볼 수 있다"는 판시와도 연결된다[*South West Africa Cases* (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, ICJ Report* (1966), p.298].

441) 공존 중심 강행규범의 경우에는, 앞서 설명한 바와 같이 인간 존엄성·인권 존중의 가치도 반영되어 있지만, 1차적으로는 국제 평화·공존의 가치를 구체화시킨 규범으로서, 그 연장선에서 국가가 1차적 주체가 될 것이다. 예를 들어 침략행위(불법적 무력 사용) 금지의 권리, 의무 주체는 1차적으로 국가이다. 그러나 이 공존 중심 강행규범의 경우에도 개인은 2차적인 주체가 된다. 즉, 국제사회에서 개인은 최

좀 더 구체적으로 살펴본다. 무릇 국제법의 '주체'라는 것은 국제법상 권리, 의무가 함께 귀속된다는 뜻으로서, 규범의 준수 의무는 물론 규범 위반을 원인으로 한 회복청구권 및 회복 의무를 함께 부여받을 때 비로소 온전한 '주체'가 되는 것이다.[442]

위와 같은 주체 개념을 전제로, 앞서 설명한 바와 같이 강행규범들 중 인권 중심 강행규범에 속하는 고문 금지와 통상 관습국제법인 내정 불간섭(non-intervention)[443]을 예로 들어 비교해 본다.

먼저 권리 측면에서 볼 때, 내정 불간섭 위반에 대한 주된 회복청구권 주체는 국가이고 개인은 포함될 수 없는 반면, 고문 금지 위반에 대한 회복청구권 주체는 그 성격상 피해자 개인에게만 부여되어야 할 성질임을 알 수 있다. 고문 금지 규범이 보호하고자 하는 것은 개념이나 방향 자체로도 해당 피해자 개인의 인권이나 인간 존엄성이지, 피해자의 국적국과 직접적으로 연결되는 것은 아니기 때문이다. 이는 이미 제노사이드 금지 부분에서 인용한 바와 같이, "아무리 비유를 사용한다 하더라도 국가들을 제노사이드 피해자로 볼 수는 없다"는 Dan Dubois 교수의 설명과 같은 맥락이다.[444] 내정 불간섭 규범이 보호하고자 하는 것이 국가주권이나 국가 간 평등인 것과 대비된다.

소 구성단위로서, 국가나 개인을 상대로 침략행위를 하지 않을 의무와 그러한 행위를 하지 않을 것을 요구할 수 있는 권리를 갖는다. 즉, 어떤 유형의 강행규범이든 전통적 국제법 주체 이론과는 다르게 접근될 수밖에 없다.

442) 이와 관련, Alain Pellet, *supra* note 118, p.6 ('Responsibility is at one and the same time an indicator and the consequence of international legal personality: only a subject of international law may be internationally responsible; the fact that any given entity can incur responsibility is both a manifestation and the proof of its international legal personality') 참조.

443) 정인섭 외, *supra* note 232, pp.9-10; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. Unites States of America), ICJ Judgment* (1986), para. 202.

444) Dan Dubois, *supra* note 12, p.159 ('States, if only in the most metaphorical way, cannot be victims of genocide').

위와 같이 고문 금지 규범의 권리 귀속 주체가 피해자 개인이지 그 개인이 속한 국적국이 아니라는 점은, 피해자가 국적국으로부터 고문을 당한 경우를 상정하면 보다 직접적으로 다가온다. 해당 상황에서 국적국은 가해자일 뿐 회복청구권 주체는 될 수 없기 때문이다. 바꾸어 표현하면, 고문 금지 규범의 개념이나 구조 자체만 감안하더라도, 국가는 회복청구권의 주체가 될 수 없음을 어렵지 않게 알 수 있다. 이러한 이해는 Jürgen Bröhmer 교수의 설명으로도 뒷받침되는데, 그는 예를 들어 심각한 인권 침해를 당한 피해자가 국적국으로부터 피해를 당한 경우와 무국적자인 경우만 상정하더라도, 회복청구권의 주체는 오로지 피해자 개인임을 알 수 있다는 취지로 설명한다.[445]

이와 관련, 누군가는 고문 피해자의 국적국에게도 피해자가 다른 국가 등으로부터 고문을 당하였을 경우 고문 금지 위반과 관련한 회복청구권이 있다고 주장할 수도 있을 것이나, 피해자 국적국이 고문 피해와 관련하여 가해국에 그 회복을 요구한다 하더라도, 이는 어디까지나 고문 피해자 개인의 회복청구권을 대신하여 행사하는 것으로 봄이 타당하다. 즉, 예를 들어 고문 피해자가 속한 국가는 외교적 보호권 행사가 가능하나, 이는 그 성질상 2차적, 예비적 시정수단에 불과할 뿐만 아니라,[446] 이 경우 국가는 고문 금지 규범의 회복청구권 귀속 주체인 피해 국민을 대신하여(on behalf of)[447] 외교적 보호권의 주체로서 그 권리를 행사하

445) Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, pp.152-153.

446) 외교적 보호권을 행사하려면, "(1) 피해자가 행사국 국적의 국민일 것(the nationality of claims), (2) 피해자가 국내적인 법적 구제수단을 완료한 경우일 것(exhaustion of local remedies)"이라는 두 가지 요건이 필요하다고 일반적으로 설명된다(James Crawford, *supra* note 424, pp.573-584 참조).

447) 같은 취지로, James Crawford, *supra* note 424, p.560; Jürgen Bröhmer *supra* note 63, p.152 ('The state just acts on behalf of the injured individual'). 이와 관련, 외교적 보호권이 '국가 자신의 권리'라는 전통적 시각에서 '개인의 권리를 대신 행사한다'는 현대적 시각으로 변천한 과정에 관해서는, James Crawford, *supra* note 424, pp.568-573 참조.

는 것이지, 고문 금지 규범의 회복청구권 주체의 지위에서 권리를 행사하는 것으로 볼 수는 없다. 피해자가 아니기 때문이다.[448]

한편 Christian Tomuschat 교수는, 개인이 국제범죄 피해에 대해 직접 회복청구권을 갖는다고 보면 수많은 청구가 여러 국제/국내재판소에 제기될 것이고, 그로 인해 가해국-피해국 사이의 평화 재건은 어려워지게 될 뿐만 아니라 가해국의 재정 파탄 등으로 이어질 수도 있기에, 직접 청구권을 인정하는 것은 바람직하지 않고 어디까지나 국적국을 통한 간접적 권리 행사만이 허용되어야 한다는 주장을 제기한다.[449] 물론 국제사회의 한 현실을 반영하고 있다는 점에서 그 내용에 귀 기울일 만한 측면이 있으나, 그 주장 자체로도 현실적·외교적·정치적 문제 제기와 근거에 그칠 뿐, 국제범죄와 같은 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 개인의 직접 청구권 행사를 배척할 개념적·법리적 근거를 제시하는 내용은 아니라는 한계를 갖는다.

다음으로 준수 의무 및 회복 의무의 측면에서 살펴본다. 고문 금지의 준수·회복 의무는 국제사회 모든 구성원에게 적용되는 보편성을 특징으로 하는 강행규범의 특성상 개인, 국가 등 구성원들 모두에게 부과

---

448) 한편, 회복청구권과 구별되어야 할 개념이 강행규범 준수의 대세적 의무를 이행하라는 내용의 권리이다. 앞서 각주 154)에서 설명한 바와 같은 모든 강행규범은 이를 준수할 대세적 의무를 수반하기에, 모든 국가들은 모든 국가들을 상대로 이러한 대세적 의무를 준수하도록 요구할 대세적 권리를 갖는다고 보는 것이 현재 주류적인 접근방식으로 파악된다. 예를 들어 고문금지협약 제21조의 국가통보(Inter-State Complaint) 제도는 협약 위반이 있을 경우 모든 협약 당사국이 위반국에 서면으로 통보하고, 그럼에도 시정이 안 될 경우 위원회에 회부할 수 있는 권한 등을 부여하고 있는바, 위와 같은 대세적 권리의 구현으로 이해된다. 요컨대, 국가들은 어떤 관점에서도 인권 중심 강행규범 위반에 대한 회복청구권을 갖는다고 볼 수는 없다. 피해자가 아니기 때문이다. 다만, 그 유일한 주체인 피해자의 회복청구권을 대신하여 행사할 권리만을 갖거나, 대세적 권리로서 위반국에 대하여 그러한 위반을 시정하고 회복이 이루어지도록 요구할 권리만을 갖는다고 봄이 타당하다.

449) Christian Tomuschat, “Individuals,” in James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press, 2010), pp.988-989 참조.

된다고 봄이 타당하다. 내정 불간섭 규범의 준수·회복 의무 부담자에 개인이 포함된다고 보기 어려운 점과 구별된다.

준수·회복 의무와 관련한 위 논리에 관하여도, 만일 국제사회의 구성원을 국가만으로 한정하거나, 국제법 주체는 여전히 국가로 국한해야 한다는 입장에서 본다면, 인권 중심 강행규범의 준수·회복 의무는 개인이 아닌 국가만 부담한다는 반대논리가 만들어질 수 있을 것이다. 그리고 이러한 반대논리에 따르면, 그 연장선에서 개인은 오로지 인권 중심 강행규범 위반의 권리 주체 내지 수혜자가 될 수 있을 뿐 강행규범의 의무 주체는 될 수 없다는 논리도 가능할 것이다.

앞서 이에 대해, 국제사회는 '인류 사회'라는 용어로 대체될 수 있는 개념으로서 그 구성원에는 국가뿐만 아니라 개인도 포함된다는 점을 비롯하여, 강행규범과 국제공서와의 관계, 인권 중심 강행규범의 특성, 개인의 국제법 주체성 인정 흐름 등에 관하여 살펴본 바 있다. 이를 통해 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉, ① 강행규범이 국제사회를 전제로 그 공서를 구체화하기 위하여 구성원 모두에게 보편적으로 적용되는 규범인 점, ② 그중에서도 인권 중심 강행규범은 국제사회 최소 구성단위인 개인의 인권을 보호하기 위한 규범인 점, ③ 현재 국제법 흐름은 개인이 국가의 부속물 내지 객체에 머무르는 것이 아니라 국제인권법, 국제인도법 분야에서 규범 주체성을 인정받고 있는 추세이고, 이를 확인한 것이 피해자 기본원칙이라고 평가할 수 있는 점 등을 종합할 때, 개인은 적어도 인권 중심 강행규범 영역에서만큼은 회복청구권을 가질 뿐만 아니라 준수·회복 의무도 부담한다고 봄이 타당하다.

이러한 논리는 무엇보다도 피해자 기본원칙의 태도와 일치하는 결론에 해당한다. 왜냐하면, 앞서 본 바와 같이 피해자 기본원칙이 규율 대상으로 하는 것은 "국제범죄에 해당하는 국제인권법의 중대한 위반과 국제

인도법의 심각한 위반"인바, 피해자 기본원칙에 강행규범이라는 용어가 사용되지 않았다 하더라도, 강행규범 개념의 영역 안에 국제범죄가 포함되는 이상,[450] 피해자 기본원칙의 규율 대상이 사실상 인권 중심 강행규범 위반(ex. 인도에 반하는 죄, 노예노동)과 동일하거나 최소한 이를 핵심으로 함을 알 수 있고, 그러한 피해를 당한 개인이 직접 회복청구권의 주체가 됨과 아울러 회복 의무의 주체가 된다는 법리를 명시한 것이므로, 그 연장선에서 인권 중심 강행규범 위반과 관련해서는 개인이 권리 주체임과 아울러 의무 주체임을 확인한 내용으로 볼 수 있기 때문이다.

이미 설명한 바와 같이 피해자 기본원칙이 UN 총회에서 채택되었을 뿐만 아니라 그것도 consensus에 의하여 채택되었다는 것은, 피해자 기본원칙을 바라보는 국제사회의 태도와 관련하여 유의미한 시사점을 제공한다. 앞서 소개한 바와 같이 '국제기구에서 채택된 결의'를 어떤 규범의 관습국제법성을 확인할 수 있는 유력한 증거들 중 하나로 예시하고 있는 Customary Conclusion 제6조 제2항, 제10조 제2항은 물론, "UN 총회의 결의가 구속력을 갖는 것은 아니나, 국제법 발전에 중요한 영향력을 갖는다"는 설명[451]이나, "국제법에 관하여 UN 총회에서 채택된 해석이나 선언은 관련 국가들의 공식적 입장 표명이라는 점에서 법 규범성에 관한 유력한 자료가 된다"는 Oscar Schachter 교수의 설명[452]에서도 확인할 수 있는 것처럼, UN 총회 결의를 통해 결의 대상에 관한 법 규범성이나 *opinio juris*를 읽어낼 수 있기 때문이다. ICJ도 니카라과 사건에서 UN 총회 결의를 통해 어떤 규범에 관한 *opinio juris*를 추론할 수도

---

450) 예를 들어, Peter Malanczuk, *supra* note 322, p.60 ('The concept of international crimes is narrower than the notion of *ius cogens*').

451) Colleen Enache-Brown and Ari Fried, "Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of *Aut Dedera Aut Judicare* in International Law," *McGill Law Journal*, Vol. 43 (1998), p.619.

452) Oscar Schachter, *supra* note 289, p.117.

있다는 취지로 판시하였고,[453] 1996년 핵무기 사용에 관한 권고의견에서는 "총회 결의가 구속력을 갖는 것은 아니나 규범적 가치를 가질 수는 있다. 총회 결의는 일정 상황에서는 어떤 국제법 규범의 존재나 *opinio juris*의 출현에 관한 중요한 증거가 된다"고 판시하였다.[454]

특히 총회 결의가 피해자 기본원칙처럼 어떠한 회원국들의 반대도 없이 consensus에 의하여 채택되었다면, 결의 대상에 관한 *opinio juris*의 존재는 그렇지 않은 경우보다 더 강하게 추정된다고 봄이 타당하다. 이와 관련, UN 총회 결의의 법적 효과가 문제된 중재 사안[455]에서, 담당 중재재판관은 총회 결의의 법적 효과를 파악하기 위해서는 회원국들에 의하여 어떤 방식으로 받아들여졌는지, 예를 들어 특정 그룹 국가들의 반대 없이 대다수 회원국들이 지지했는지 여부를 중요한 판단기준으로 제시하고 있고,[456] ICJ는 핵무기 사용에 관한 권고의견에서 결의 대상에 관한 *opinio juris*를 부정할 수 있는 상황으로 "총회 결의에서 상당수의 반대투표나 기권이 있는 경우"를 들고 있는바,[457] 위와 같은 판시내용들 모두 consensus에 의하여 채택된 피해자 기본원칙의 법 규범성이나 *opinio juris*를 뒷받침하고, 그 연장선에서 피해자 기본원칙의 존재나 그 속에 담겨진 내용은 인권 중심 강행규범의 주체가 누구인가에 관한 위 논리의 정합성을 두텁게 지지한다.

---

453) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Judgment* (1986), para. 188.

454) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Advisory Opinion* (1996), para. 70. ICJ는 규범적 가치를 부여하기 위해 살펴볼 내용들로, 결의의 내용, 채택의 조건들, 결의 대상의 규범적 성격에 관한 *opinio juris*의 존재 여부 등을 제시하고 있다(*Ibid.*).

455) Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic. International Tribunal Arbitral Award (by Rene-Jean Dupuy, 1977), *ILR*, Vol. 53, pp.389-512.

456) *Ibid.*, pp.489-492; 정인섭 외, *supra* note 232, pp.21-26 참조.

457) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Advisory Opinion* (1996), para. 71.

요컨대, 인권 중심 강행규범의 경우 그에 관한 회복청구권과 준수·회복 의무를 함께 갖는 것은 피해자 개인이 유일하고, 국가는 준수·회복 의무의 주체가 될 수 있을 뿐이므로,[458] 결국 개인만이 온전한 주체라는 결론에 이르게 된다.[459]

제3절 강행규범과 조약의 무효

1. 개요

이 부분에서는 일괄타결협정과 강행규범의 관계를 다루기 위한 또 하나의 전제로서, 강행규범과 충돌하는 조약의 무효 법리를 비엔나협약 제53조, 제64조와 Draft Conclusion을 토대로 보다 자세히 살펴본다.[460]

현재 강행규범 위반의 효과에 관해서는 조약의 무효 법리 외에도 국

---

458) 각주 441)에서 정리한 바와 같이, 공존 중심 강행규범의 경우에는 국가, 개인이 모두 주체가 될 것이다.

459) 같은 취지로는, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Trindade*, para. 307; James Crawford, *International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002) p.209; Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.248; *Domingues v. Unites States, No. 12.285, Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 62/02* (2002), para. 49; YbILC, Vol. I , part. 1 (1966), p.40, para. 56 (828th Meeting, statement by Mr. Waldock); Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.31, 285, 339-341 등 참조. 특히, 강행규범의 기본 구조가 "규범 위반을 원인으로 한 배상청구권자 개인(the subject of a right), 보호되어야 할 강행규범, 규범 준수 의무부담자 개인(the bearer of the correlative duty)"의 3면 관계라는 설명은, R. J. Vincent, "The Idea of Rights in International Ethics," in Terry Nardin and David Mapel (eds.), *Traditions of International Ethics* (Princeton University Press, 1992), p.253.

460) 이미 앞서 '제2장 제2절 5. 비엔나협약 제53조에서 알 수 있는 강행규범과 국제공서'의 다.항과 라.항 부분에서 간단히 소개한 바 있다.

가책임, 보편적 관할권, 국가면제, 대세적 의무 등에 이르기까지 폭넓은 영역의 쟁점들에 관한 학자들의 연구가 계속되고 있음을 확인할 수 있고, 앞서 본 바와 같이 Draft Conclusion도 그러한 흐름을 반영한 규정들을 두고 있으나,[461] 그중에서도 강행규범과 충돌하는 조약의 무효 법리는 전통적으로 강행규범 위반의 효과로서 유일하게 다루어지던 주제였을 뿐만 아니라,[462] 앞서 몇 번 언급하였다시피 현재 시점에서 관습국제법으로 인정되고 있을 정도로 강행규범의 효과와 관련하여 가장 확립된 법리로 평가할 수 있다.

아래에서는 제53조, 제64조로 나누어 관련 Draft Conclusion 규정들 및 주석을 중심으로 각 무효 법리를 설명하였다.

2. 비엔나협약 제53조의 무효

비엔나협약 제53조는 "조약은 그 체결 당시 강행규범과 충돌하는 경우 무효"라고 규정한다.[463] 한편 조약의 가분성(separability)에 관한 비엔나협약 제44조는 제3항에서 조약 분리의 가능성을 언급하면서도,[464]

---

461) Robert Kolb, *supra* note 1, pp.108-109; Draft Conclusion 제10조~제20조 등 참조.

462) Robert Kolb, *supra* note 1, p.104 ('In legal history, the sole generally accepted effect of *jus cogens* was the nullity of derogatory act').

463) (비엔나협약 제53조)
A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

464) (비엔나협약 제44조 제3항)
If the ground relates solely to particular clauses, it may be invoked only with respect to those clauses where:
ⓐ the said clauses are separable from the remainder of the treaty with regard to their application,

제5항에서 제53조 무효의 경우에는 조약 규정의 분리가 허용되지 않는다고 규정하고 있다.[465] 제44조 제2항에서 조약의 불가분 원칙을 채택하면서도[466] 제3항에서 위와 같이 예외적으로 분리가 가능한 경우를 규정하고 있으나, 다시 제5항에서 제53조의 경우에는 어떤 상황에서도 분리가 허용될 수 없다는 '절대적 분리 불가' 입장을 채택하고 있는 것이다.

이에 따르면, 제53조의 상황, 즉 어떤 조약 체결 당시 그와 충돌하는 강행규범이 이미 존재하는 경우에는, 그 충돌이 조약 내용 중 일부에 국한되더라도 조약 전체가 체결 당시부터 무효가 됨을 위와 같은 조항들의 문리적·체계적 해석만으로도 알 수 있다.[467]

ⓑ it appears from the treaty or is otherwise established that acceptances of those clauses was not an essential basis of the consent of the other party or parties to be bound by the treaty as a whole: and

ⓒ continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust.

465) (비엔나협약 제44조 제5항)
In cases falling under articles ... 53, no separation of the provisions of the treaty is permitted.

466) (비엔나협약 제44조 제2항)
A ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty recognized in the present Convention may be invoked only with respect to the whole treaty except as provided following paragraphs or in article 60.

467) 나아가 이는 비엔나협약 체결 과정에서 이루어진 제53조의 적용 범위와 의미에 관한 결론에 해당할 뿐만 아니라, 현재 학계나 실무의 통일적 해석에도 해당한다[이병조, *supra* note 35, pp.92-99, 111-128; Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, paras 57-58; Mark E. Villiger, *supra* note 72, p.794; Kerstin Odendahl, "Article 44. Separability of treaty provision," in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach (eds.), *The Vienna convention on the Law of Treaties : A commentary* (Springer, 2012), pp.762-763; Eric Suy, *supra* note 72, pp.1,230-1,231; Anne Lagerwall, *supra* note 72, pp.1,456-1,480; Christos L. Rozakis, *supra* note 65, pp.97-109, 122-126 등 참조]. 한편, 제53조의 불가분성은 위와 같이 현재로서는 명문으로 규정되어 있으나, 그 체결 과정에서는 가분설과 불가분설의 대립이 있었음을 확인할 수 있다. 이에 관한 자세한 설명으로는, 이병조, *supra* note 35, pp.160-162; Christos L. Rozakis, *supra* note 65, pp.122-126; Eric Suy, *supra* note 72, p.1,231(Eric Suy 교수는 이 부분에서, ILC가 불가분성을 채택한 것은 강행규범에 반하는 조약을 체결한 당사국들로 하여금 강행규범에 부합하게끔 조약을 개정하도록 유도하기 위한 '급진적 해결책'이라고 설명하고 있다); Anne Lagerwall,

Draft Conclusion 제10조 제1항, 제11조 제1항은 위와 같은 내용의 제53조 무효 법리를 공식적으로 확인하고 있는바, 구체적으로 제10조 제1항 전문은 '*(jus cogens)*'만 말미에 추가하였을 뿐 제53조의 위 문구를 철자 하나 다르지 않게 그대로 따르고 있고, 후문에서는 그러한 조약은 무효임을 명시하고 있으며,[468] 제11조 제1항에서는 조약 체결 당시 이미 그와 충돌하는 강행규범이 존재하는 경우에는 조약 전체가 무효이고, 분리가 허용될 수 없음을 규정하고 있다.[469]

요약하면, 현재 관습국제법인 비엔나협약 제53조는 '조약 체결 당시 그와 충돌하는 강행규범이 이미 존재하는 상황'을 규율하고, 그 경우 해당 조약은 충돌이 설령 조약 일부에 국한하더라도 체결 당시부터 불가분 전체 무효가 됨을 확인할 수 있다.

3. 비엔나협약 제64조의 무효

비엔나협약 제64조는 "어떤 강행규범이 출현한 경우 그 규범과 충돌하는 현행 조약은 무효로 되어 종료한다"고 규정한다.[470] 한편 비엔나협

---

supra note 72, p.1,479(Anne Lagerwall 교수는 이 부분에서, 제53조의 불가분성 채택은 조약 체결 당시 이미 관련되는 강행규범이 존재함에도 그와 충돌하는 합의를 한 당사자 국가들을 '보다 가혹하게 징벌'하는 취지라고 설명한다).

468) (Draft Conclusion 10)

1. A Treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*). The provisions of such a treaty have no legal force.

469) (Draft Conclusion 11)

1. A treaty which, at the time of its conclusion, conflicts with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) is void in whole, and no separation of the provisions of the treaty is permitted.

470) (비엔나협약 제64조)

If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

약 제44조 제5항은 앞서 본 제53조와 달리 제64조의 경우에는 절대적 분리 불가 대상에 포함시키지 않고 있다. 나아가 비엔나협약 제71조 제2항 ⓐ호는 "제64조의 경우 당사국에 대하여 추후 그 조약을 이행할 의무를 해제한다"고 규정한다.[471]

위 규정 내용들을 토대로 알 수 있는 바와 같이, 제64조가 적용되는 경우는 '조약 체결 후 그와 충돌하는 새로운 강행규범이 출현한 상황'이고, 이때 효과는 그 출현 시기부터[472] 해당 조약이 후발적·장래적으로 효력을 상실하며, 그 연장선에서 조약 당사국은 그때부터는 조약 이행 의무에서 벗어나게 된다. 나아가 절대적 분리 불가 대상이 아니기에, 만일 조약의 분리가 허용되는 상황을 규정한 제44조 제3항이 충족될 경우에는, 충돌하는 부분에 국한한 후발적 일부 무효도 가능하게 된다.[473]

Draft Conclusion은 위와 같은 비엔나협약 제64조 법리를 공식적으로 확인하고 있는데, 먼저 제10조 제2항 전문에서 제64조 문구를 '(*jus cogens*)'를 추가하는 외에 그대로 채용함과 아울러, 후문에서 비엔나협약 제71조 제2항 ⓐ호 법리와 같이 조약 당사국이 후발적으로 조약 이행

---

471) (비엔나협약 제71조 제2항)
In the case of a treaty which becomes void and terminates under article 64, the termination of the treaty:
ⓐ releases the parties from any obligation further to perform the treaty.

472) 이와 관련, Christos L. Rozakis, *supra* note 65, pp.146-147 ('the treaty is considered by the law as terminated from the time it starts to conflict with a new peremptory norm of general international law. For the time prior to the emergence of that norm it is considered absolutely legitimate. ... begins to exist at the very moment of the emergence of the new *jus cogens* norm conflicting with its content').

473) 이러한 해석 또한 비엔나협약 체결 과정에서 이루어진 제64조의 적용 범위와 의미에 관한 결론에 해당하고, 현재 학계나 실무의 통일적 이해에 해당한다[이병조, *supra* note 35, pp.128-137; Mark E. Villiger, *supra* note 72, p.794; Kerstin Odendahl, *supra* note 467, pp.762-763; Eric Suy, *supra* note 72, p.1,231; Kirsten Schmalenbach, *supra* note 156, pp.1,121-1,125; Anne Lagerwall, *supra* note 72, pp.1,456-1,480; Christos L. Rozakis, *supra* note 65, pp.137-149 등 참조].

의무에서 벗어남을 규정하고,[474] 제11조 제2항에서는 앞서 본 비엔나협약 제44조 제3항 문구를 그대로 도입하면서 충돌하는 부분과 그렇지 않은 부분 사이의 분리가 가능한 상황을 규정하고 있다.

즉, 제64조 후발적 무효의 경우에도 조약 불가분 원칙을 규정한 비엔나협약 제44조 제2항의 태도와 같이 원칙적으로는 조약 전체가 무효가 되나, "ⓐ 충돌하는 조약 조항이 나머지 조약 부분과 분리가 가능하고, ⓑ 당해 충돌하는 조항의 존재가, 해당 조약을 체결하는 데 있어 조약 당사국들에게 필수적 전제가 아니었다는 점이 조약 문언 등을 통해 확인되고, ⓒ 그 조약의 나머지 부분의 계속적 이행이 부당하지 아니한 경우"가 모두 충족될 경우에는,[475] 충돌하는 부분만 후발적으로 효력을 상실한다고 규정한다.[476]

---

474) (Draft Conclusion 10)

2. If a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*) emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates. The parties to such a treaty are released from any obligation further to perform the treaty.

한편, ILC는 이에 관한 주석에서 일반적 설명과 같이 "충돌하는 규범의 출현과 동시에 후발적인 효력 상실이 이루어진다. 즉, 어떤 규범의 강행규범성이 수락되고 인정되는 순간부터 그와 충돌하는 조약은 효력을 상실하게 된다"고 설명한다[ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.177, para. 5].

475) ILC는 제44조 제3항에 관한 일반적 해석과 같이, 위 세 조건이 모두 충족되어야 비로소 분리가 가능하다고 설명한다[ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.178, para. 4].

476) (Draft Conclusion 11)

2. A treaty which becomes void because of the emergence of a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*) terminates in whole, unless:

ⓐ the provisions that are in conflict with a peremptory norm of general international law (*jus cogens)* are separable from the remainder of the treay with regard to their application;

ⓑ it appears from the treaty or is otherwise established that acceptance of the said provisions was not an essential basis of the consent of any party to be bound by the treaty as a whole; and

ⓒ continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust.

위 세 요건과 관련하여, 먼저 ⓐ는 충돌하는 부분이 제외되더라도 나머지 조약이 이행될 수 있어야 함을 의미하기에, 만일 나머지 부분들이 충돌 부분의 실행을 용이하게 하는 데 기여하는 내용이라면 그 조약은 ⓐ 요건을 충족한다고 볼 수 없다고 Draft Conclusion은 설명한다.[477] 다음으로 ⓑ는 '충돌 부분이 없더라도 조약이 체결되었을 것인가?'라는 기준을 제시하고 있는바, 결국 해당 충돌 부분이 조약 체결의 핵심 전제가 되었는지 여부를 따져보아야 함을 의미한다고 설명한다.[478] 나아가 Draft Conclusion은 ⓒ를 판단하기 위해 조약 당사국에게 미치는 영향뿐만 아니라 그 외 다른 국가들에게 미치는 영향도 고려되어야 하고, 해당 조약상 권리, 의무의 균형이 유지되어야 한다고 설명한다.[479] 그러면서 위 세 요건은 충돌 부분의 내용, 다른 조항들과의 관계를 포함하여 해당 조약을 둘러싼 여러 사정들이나 교섭기록 등을 모두 고려하여 판단되어야 한다고 강조한다.[480]

한편, 비엔나협약 제64조에 명시된 '출현'은 비엔나협약 제53조와의 규범조화적 해석상, '국제사회가 해당 규범을 강행규범으로 수락・인정하게 된 상황'을 의미한다고 봄이 타당하다.[481] 이와 관련하여, Draft Conclusion 제10조 제2항이나 그 주석은 출현에 관한 명시적인 정의를

---

477) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.178, para. 5.
478) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.178, para. 6.
479) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.178-179, para. 7.
480) *Ibid.*
481) 제64조의 경우 앞서 본 바와 같이 후발적・가분 무효를 규정하고 있다는 점에서만 제53조와 구별될 뿐 나머지 법리는 제53조와 동일하다(Mark E. Villiger, *supra* note 72, p.793). 제64조의 채택 과정도 앞서 본 제53조의 채택 과정과 같이 ILC 주도 아래 2차례 UNCLOT를 거쳤지만, 비엔나협약 제53조가 논의의 주 대상이었던 것으로 파악된다. 물론 제64조에 관해서도 'emerge', 'if', 'void and terminate' 용어 사용, 가분성 등에 관해 토론이 있었으나, 그 대립 정도는 제53조에 비하여 상대적으로 미약했던 것으로 파악된다(이와 관련, 그 채택 과정에 관한 상세한 설명으로는, 이병조, *supra* note 35, pp.82-137 참조). 참고로 제64조는 2차 UNCLOT에서 찬성 84, 반대 8, 기권 16으로 최종적으로 채택되었다(*Ibid.*, p.136).

내리지는 않고 있으나, “강행성이 수락되고 인정된 순간부터 효력을 상실한다”고 설명함으로써[482] 결국 출현의 의미를 위와 같이 해석하고 있음을 나타내고 있다.

4. 비엔나협약 제53조, 제64조의 적용

몇 차례 언급한 바와 같이, 비엔나협약 제53조, 제64조 무효 법리의 경우 적어도 현재로서는 관습국제법으로 받아들여지고 있다. 바꾸어 표현하면, 어떤 조약이 1969년 비엔나협약 이전에 만들어졌는지 여부나 그 조약 당사국들이 비엔나협약에 가입하였는지 여부에 상관없이 위 제53조, 제64조에서 규정된 법리가 적용된다는 의미이다.

이와 관련, 예를 들어 IACtHR은 1762년 수리남 지역에 존재하던 Saramakas 부족과 네덜란드 사이에 체결된 협약과 관련하여, 해당 협약을 조약이라고 본다면, 그 후 형성된 노예 금지의 강행규범으로 인해 해당 협약은 후발적으로 효력을 상실한다는 취지로 다음과 같이 판시하였다.[483] 제64조 법리를 적용한 것이다.

---

482) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.177, para. 5 (‘The treaty becomes void from the moment the norm in question is recognized and accepted as one from no derogation is permitted’).

483) *Aloeboetoe et al. v. Suriname, IACtHR, Series C No. 15* (1993), para 57. 이에 관한 보다 자세한 설명으로는, Kirsten Schmalenbach, *supra* note 156, p.1,127; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.87; Anne Lagerwall, *supra* note 72, p.1,463 참조. 이와 관련 비록 강행규범이라는 표현이 사용되지는 않았으나, 1948년 뉘른베르크 계속재판소(NMT)는 *Krupp* 사건에서, 전쟁포로에 관한 1929년 제네바 협약과 배치되는 ‘프랑스인 전쟁포로의 강제이동과 착취’를 허용한 독일과 프랑스 Vichy 정부 사이의 협약(Vichy Agreement)은 (만일 존재한다 하더라도) 공서양속(*contra bonos mores*)에 반하여 무효라고 판단하였다[*US Military Tribunal at Nuremberg in Re Krupp and others, 30 June 1948, Annual Digest* (1948), Vol. 15, p.620]. 참고로 Krupp 사건의 위 판결 내용은 국제재판소들 중 국가들의 조약 체결권을 제한한 최초의 다수의견 판시로 설명된다[Dinah Shelton, *supra* note 206, p.297(n.35) (‘the case represents the first majority opinion to suggest limitations

The Court does not deem it necessary to investigate whether or not that agreement is an international treaty. Suffice it to say that even if that were the case, the treaty would today be null and void because it contradicts the norms of *jus cogens superveniens*. In point of fact, under that treaty the Saramakas undertake to, among other things, capture any slaves that have deserted, take them prisoner and return them to the Governor of Suriname, who will pay from 10 to 50 florins per slave, depending on the distance of the place where they were apprehended. Another article empowers the Saramakas to sell to the Dutch any other prisoners they might take, as slaves. No treaty of that nature may be invoked before an international human rights tribunal[재판부는 문제되는 협약이 조약인지 여부를 살필 필요가 있다고 보지는 않는다. 다만 만일 이를 조약으로 본다면, 해당 조약은 강행규범의 후발적 무효 법리에 의하여 현재 효력을 상실한 상태로 보아야 한다. 협약상 Saramakas 부족은 도망하는 노예들을 붙잡아 감옥에 가두어 이들을 수리남 총독에게 보내야 하고, 그 총독은 그들이 잡힌 장소의 거리에 따라 노예 1명당 10 florin에서 50 florin을 지급한다는 내용을 담고 있고, 이와 아울러 Saramakas 부족이 네덜란드를 상대로 다른 죄수들도 노예로 팔 수 있게끔 규정하고 있는바, 이러한 조약의 유효성은 현재 어떤 국제인권재판소에서도 받아들일 수 없는 내용일 것이기 때문이다].

위 판결 등[484]을 통해 알 수 있는 바와 같이, 비엔나협약 제53조, 제

on freedom to contract treaties')].

484) 비엔나협약 제53조, 제64조가 국제재판소 등에서 실제로 어떻게 적용되고 있는지에 관한 자세한 소개로는, Anne Lagerwall, *supra* note 72, pp.1,458-1,465 참조.

64조에 규정된 법리가 비엔나협약 가입 여부나 조약의 체결 시기와 관계 없이 적용되어야 한다는 국제사회의 공감대가 현재 형성된 상황이라고 평가할 수 있다.[485] 이와 관련, Draft Conclusion 제10조의 주석에서는 "비엔나협약 제53조, 제64조의 적용이 흔한 것은 아니지만, 그 이유는 어디까지나 국가들이 통상적으로 강행규범과 충돌하는 조약을 체결하지 않기 때문이지, 해당 법리가 국가들에 의하여 받아들여지지 않기 때문은 아니다. 해당 법리는 여전히 유효하고, UN 총회 결의를 비롯하여 국제사회는 비엔나협약 제53조, 제64조에 규정된 법리의 효력을 계속 승인해 왔으며, 이를 반영한 여러 국내/국제재판소 판례를 확인할 수 있다"는 취지로 설명하면서, UN 총회의 관련 결의들이나 위 IACtHR 판결을 포함한 관련 국제재판소 판결들을 예시하고 있다.[486]

한편, 이는 제53조, 제64조와 관련하여 '*pacta sunt servanda*(약속은 지켜져야 한다)'가 적용될 수 없음을 아울러 의미한다. 먼저 제53조와 관련하여, 체약국들이 조약을 맺었다 하더라도 조약 내용 중 일부라도 강행규범과 충돌할 경우 그 약속 전체를 지킬 수 없고, 다음으로 제64조와 관련하여, 일단 성립한 조약으로 인해 체약국들은 조약을 이행할 의무를 부담하지만, 그 후 출현한 그와 충돌하는 강행규범으로 인해 그때부터는 해당 조약의 이행 의무에서 벗어난다고 해석되기 때문이다.[487]

---

485) Kirsten Schmalenbach, *supra* note 156, p.1,127; Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.124-174; Ulf Linderfalk, *supra* note 72, p.362 ('the contents of Art. 53 are applied to situations with little regard to whether they come within the personal, material or temporal scope of application of the VCLT or not').

486) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), pp.174-176, paras 1-3.

487) 같은 취지로는, Kirsten Schamalenbach, *supra* note 24, para. 58 ('the maxim *pacta sunt servanda* does not apply to a void treaty at any time'); James Crawford, *supra* note 424, p.251 ('Thus the emergence of a new peremptory norm is considered to be a circumstance precluding wrongfulness that has retrospective application').

5. 비엔나협약 제53조, 제64조가 당시 존재하던 관습국제법을 반영한 것인지 여부

위와 같이 강행규범과 충돌하는 조약의 무효에 관한 비엔나협약 제53조, 제64조는 현재 관습국제법으로 받아들여지고 있는바, 한편 위 조항들이 만들어질 당시 이미 존재하던 관습국제법을 반영한 것인지에 관해서는 이를 긍정하는 입장과 부정하는 입장이 공존하는 상태임을 확인할 수 있고,[488] 이에 관한 Draft Conclusion의 설명은 없다.

생각건대, 기본적으로 이에 관한 논의 실익은 크지 않다. 정리한 바와 같이 적어도 현재로서는 비엔나협약 제53조, 제64조의 무효 법리가 관습국제법으로서 조약의 체결 시기나 비엔나협약의 가입 여부와 관계없이 현존하는 모든 조약에 적용되므로, 설령 위와 같은 무효 법리가 1969년 당시에는 관습국제법으로 존재하지 않았다 하더라도, 현재 문제되는 개별 조약의 효력을 따지는 데 있어서 효과상 차이가 없기 때문이다.

다만, 제53조, 제64조의 무효 법리를 1969년에 비엔나협약에서 비로소 창조된 개념이라고 보는 것만큼은 잘못이라고 생각한다. 설령 1969년 당시 위와 같은 무효 법리가 관습국제법의 지위를 가지고 있지는 않았더라도, 앞서 정리한 강행규범의 역사나 비엔나협약의 체결 과정 및 국제공서의 구체화라는 성질을 갖는 강행규범의 특성 등을 고려할 때, 적어도 1969년 당시 이미 국제사회에서는 '조약 중에서도 효력을 인정할 수 없는 것들이 있고, 모든 국가 간 합의가 유효한 것은 아니다'라는 생각이 지배적이었음을 확인할 수 있기 때문이다. 나아가 그런 관점에서 본다면, 비엔나협약 제53조, 제64조를 그 당시 이미 존재하던 강행규범과 관련한

488) 그러한 입장들에 관한 소개로는, Kirsten Schmalenbach, *supra* note 156, pp.1,126-1,127; Anne Lagerwall, *supra* note 72, pp.1,460-1,465; Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.135-136, 146; Eric Suy, *supra* note 72, p.1,226 참조.

관습국제법 법리를 반영한 것으로 보아도 무리는 아닐 것이다.

요약하면, 비엔나협약 제53조, 제64조에서 강행규범과 충돌하는 조약을 무효라고 규정한 것은, 그 특성에 비추어 인류 역사상 이미 오래전부터[489] 제기되어 온 '규범 질서'를 발견하고 구체화하는 과정에서 자연스럽게 이루어진 것이지, 과거에 전혀 없었던 새로운 국제법 질서를 비로소 창조한 획기적인 '사건'으로 취급되어서는 안 된다고 생각한다.[490]

제4절 인권 중심 강행규범과 비엔나협약 제53조, 제64조의 관점에서 본 일괄타결협정의 효력

1. 개요

제1절에서 언급한 바와 같이 일괄타결협정은 전후 배상 등과 관련하여 국가 간 합의를 통해 피해자 국민의 참여나 동의 없이[491] 각 국민의 상대방 국가나 국민에 대한 모든 청구권을 대상으로 일괄 타결하는 것을 핵심적 속성으로 하므로, 그 연장선에서 일괄타결협정 중에는 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 피해자 개인의 회복청구권도 협정 대상으로 포함시키는 경우가 생길 수 있을 것이다. 그런데, 과연 피해자 개인을

489) 이와 관련, "인류는 태곳적부터(since time immemorial) 인간의 존엄성을 유지·보호하기 위하여 인간성에 관한 법(law of humanity)을 만들고자 노력해 왔다"는 취지의 설명으로는, Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.42-43.

490) 비슷한 취지로는, S. E. Nahlik, "The Grounds of Invalidity and Termination of Treaties," *The American Journal of International Law*, Vol. 65(5) (1971), p.745.

491) 이에 대해, 통상 일괄타결협정 체결 시 국회의 동의 절차가 있음을 전제로 일괄타결협정에는 피해자의 동의가 있다고 보아야 한다는 견해를 상정할 수는 있을 것이나, 피해자 개인의 회복청구권이 갖는 중요성이나 보호 필요성 및 이를 지지·확인한 피해자 기본원칙의 태도 등에 비추어, 피해자 개인의 명시적 위임이나 참여 없이 국회의 동의만 거쳤다 하여 피해자의 동의가 있다고 간주할 수는 없을 것이다.

배제한 국가들끼리 합의로 그러한 청구권까지 함부로 통제하고 손댈 수 있는가에 관한 의문을 가지게 된다.

여기에서는 이러한 의문에 대한 해답을 앞서 본 인권 중심 강행규범의 법리와 비엔나협약 제53조, 제64조의 충돌·무효 법리에서 찾으려고 시도하였고, 이와 아울러 국내법상 공서 규정인 민법 제103조의 관점에서도 분석하였다.

2. 일괄타결협정의 유형

일괄타결협정은 그 형태상 ① '개인의 모든 청구권을 포기(waive)한다'는 명시적 문구가 들어가 있는 유형(포기 유형), ② '포기' 문구 없이 재판상 행사만을 금지한 것으로 해석되는 유형(부제소 합의 유형)으로 나눌 수 있다.

일괄타결협정의 대부분을 차지하는 ① 유형으로는 일본과 인도네시아 사이에 1958. 1. 20. 체결된 평화조약을 예로 들 수 있는데, 해당 조약 제4조 제2항에서는 제4조 제1항에서 규정한 일본의 배상 등을 전제로, "인도네시아는 인도네시아와 그 국민이 일본의 전쟁 수행 과정에서 입은 피해에 관한 모든 청구권을 포기한다"고 규정한다.[492]

② 유형은 그 예를 찾기 어려우나, 2008년 리비아와 이탈리아 사이에 체결된 '우호, 파트너십 및 협력에 관한 조약'을 들 수 있다. 즉, 해당 조약에서는 '과거의 장(章) 및 분쟁의 최종적 종료'라는 문구가 기재되어 있을 뿐 양국 및 양 국민 간 청구권 등을 상호 포기한다는 명문의 규정

492) 이근관, *supra* note 423, p.366 ('The Republic of Indonesia waives all reparations claims of the Republic of Indonesia and all other claims of the Republic of Indonesia and its nationals arising out of any actions taken by Japan and its nationals in the course of the prosecution of the war').

은 없다.[493]

한편, 청구권협정의 경우 일본의 현재 주장에 따른다면 ② 유형으로 볼 수 있다. 현재 청구권협정과 관련한 일본 주장의 핵심은, 청구권협정이 제2조 제1항에서 "양 체약국은 …… 그 국민(법인을 포함)의 재산, 권리 및 이익과 …… 그 국민 간의 청구권에 관한 문제가 …… 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다"고 규정하고, 제3항에서 "…… 그 국민의 타방 체약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권 …… 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다"고 규정[494]하는 일괄타결협정임을 전제로, '양국 국민의 상대방 국가 및 국민에 대한 개인 청구권 자체는 소멸하지 않았으나 그 재판상 행사는 허용될 수 없다'는 입장으로 요약할 수 있고,[495] 그 연장선에서 '설령 강제징용이나 위안부 피해자들의 주장과 같은 손해배상 청구권이 인정된다 하더라도,[496] 그에 대한 일본

493) *Ibid.*, pp.368-369.

494) 법무부, "제2차 세계대전 전후보상 - 강제노동 관련," 법무부 법무심의관실 (법무자료 제238집, 2000), pp.44-47 참조.

495) 일본의 지금까지의 태도는 '외교적 보호권 한정 소멸 → 외교적 보호권 소멸・개인 청구권의 소권(訴權) 소멸'로 정리할 수 있다. 즉, 일본은 청구권협정 체결 후 1990년대까지는 청구권협정상 개인 청구권에 관하여 외교적 보호권만 소멸하였다는 입장을 취하다가 2000년대부터 일괄타결협정인 청구권협정으로 인해 개인 청구권의 재판상 행사도 허용될 수 없다는 입장을 취하고 있고, 현재까지 이 입장을 유지하고 있는 것으로 파악된다. 이는 달리 표현하면 청구권협정상 개인 청구권에 관하여 양국 간 부제소 합의가 있다는 의미로 대체될 수 있을 것이기에 이 글에서는 일본 주장을 부제소 합의 주장으로 분류하였다. 위와 같은 일본의 태도 변화 과정에 대한 보다 자세한 설명으로는, 박배근, "일제강제징용 피해자의 법적 구제에 관한 국제법적 쟁점과 향후 전망," 법학논총, 제30권 3호 (2013), p.63(박 교수는 해당 부분에서 일본의 개인 청구권에 관한 현재 주장을 "권리 자체는 소멸되지 않았으나 구제가 주어지지 않는 권리가 되었다"는 주장으로 요약하고 있다); 김창록, "한일간 과거청산에 있어서의 국가의 논리와 개인의 권리," 법사학연구 30호 (2004), pp.242-243; 신우정, 1965년 청구권협정과 강제징용 피해자의 개인적 청구권, 석사학위 논문, 서울대학교 (2018), pp.53-54 참조.

496) 현재 일본의 입장은 기본적으로 강제징용, 위안부 피해자들의 일본 측에 대한 청구권 자체를 인정하지 않는 것으로 파악된다. 즉, "당시 징용공들이나 위안부들은 비록 한반도에서 출생하였지만 식민지배 하에서 일본 국적을 가진 사람들이었고, 그들에 대해 아무런 불법행위나 노예 취급도 없었으며, 자발적 노동 제공 또는 매춘

측을 상대로 한 재판상 행사는 허용될 수 없다'는 입장으로 이해되는바, 권리 자체의 소멸이 아닌 재판상 행사만이 불가능하다는 취지인 점에서 일본 주장에 의할 때 청구권협정은 바로 ② 유형인 부제소 합의 유형의 일괄타결협정으로 분류될 수 있을 것이다.[497]

3. 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권을 협정 대상에 포함하는 일괄타결협정의 효력

가. 비엔나협약 제53조, 제64조 법리의 적용

언급하였다시피, 포기 유형이든 부제소 합의 유형이든 어떤 국제적 무력 분쟁 등이 발생한 후 후속 처리를 위해 모든 청구권을 대상으로 해결하는 일괄타결협정의 특성상, 협정 대상에 인권 중심 강행규범인 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지, 고문 금지, 제노사이드 금지 등의 위반을 원인으로 한 피해자들의 회복청구권까지 포함시킨 것으로 해석되는 경우가 생길 수 있다.

물론 어떤 일괄타결협정의 규율 대상에 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권이 포함되지 않는 상황을 전혀 배제할 수는 없다. 해당 일괄타결협정이 규율하는 사실관계나 협정 배경 등을 종합할 때 그러한 청구권이 포함될 여지가 없는 경우도 상정 못할 것은 아니기

이었다"는 것이다. 이를 위 각주 495)와 연결하면, "강제징용, 위안부 청구권 자체를 인정할 수 없고, 설령 인정된다 하더라도 청구권협정에 의하여 재판상 행사가 불가능하다"는 것이 바로 현재 일본의 공식 입장임을 확인할 수 있다.

497) 물론 이는 우리나라 대법원의 태도와 정면으로 배치된다. 잘 알려져 있다시피 우리 대법원의 태도는 "일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권은 청구권협정의 적용대상에 포함되지 않았다"는 입장이다(대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결 pp.13-18 참조). 즉, 우리나라 대법원은 청구권협정을 일괄타결협정으로 보지 않는다.

때문이다.[498] 예를 들어 A국, B국이 전쟁을 하였으나, 인권 중심 강행규범 위반에 해당할 만한 위법행위는 없는 경우를 아예 불가능한 상황으로까지 보기는 어렵다. 결국 일괄타결협정 대상에 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권이 포함되어 있다고 볼 수 있는지 여부나 구체적으로 어떤 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권이 포함되어 있는지에 관해서는, 해당 협정이 규율하는 사실관계나 협정 배경 등을 종합하여 case by case로 파악할 수 있을 것이다.

위와 같은 주장을 보충하고 그 취지를 정확히 전달하고자, 예를 들어 ICJ가 이를 판단하는 과정을 예상하면 다음과 같다. ICJ는 우선 현출된 사실관계와 강행규범 법리 등을 종합하여 해당 일괄타결협정이 규율하는 사실관계 속에 인권 중심 강행규범 위반(ex. 제노사이드)이 발생하였는지 여부를 살펴보게 될 것이다. 이때 양 당사자 국가가 다툼 없이 위반을 인정하는 상황도 배제할 수는 없으나, 대부분 피해자 국적국이 제기하는 인권 중심 강행규범 위반 주장에 대하여 판단을 하는 형태가 될 것이다. 만일 재판부가 판단하기에 그러한 위반이 존재함을 피해자 국적국이 증명하였다고 본다면, 그 귀결로 해당 협정은 문제되는 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권까지 협정 대상으로 포함시킨 일괄타결협정으로 인정될 것이다. 그러나 만일 재판부가 보기에 그러한 위반이 있음을 피해자 국적국이 증명하지 못했다면, 해당 협정이 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권까지 포함시킨 일괄타결협정이라는 점에 관한 증명이 없다고 판단하게 될 것이다.

---

498) 나아가 '강행규범 위반을 원인으로 한 청구권은 협정 대상에서 제외한다'는 문구를 명시하는 것과 같이, 인권 중심 강행규범 위반과 관련한 처리만큼은 배제하는 경우 또한 전혀 상정 못할 바는 아닐 것이다. 그러나 앞서 언급한 일괄타결협정 자체의 특성 등을 고려할 때 그러한 상황들의 성립 가능성은 높지 않을 것으로 생각한다. 실제상으로도 '강행규범 위반을 원인으로 한 청구권은 제외한다'는 식의 명시적 문구를 포함하고 있는 일괄타결협정은 현재까지는 없는 것으로 파악된다.

요컨대, “모든 일괄타결협정은 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권을 협정 대상에 포함하고 있다”고 단정한다면 그 표현은 맞다고 볼 수 없을 것이나, “일괄타결협정 중에는 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권을 협정 대상에 포함하고 있는 경우도 존재한다”는 표현만큼은 틀리지 않을 것이라고 생각한다. 나아가 위와 같은 일괄타결협정의 특수성, 즉 ‘인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 피해자 개인의 회복청구권’도 협정 대상에 포함될 수 있는 가능성 등을 고려할 때, 일괄타결협정은 아래와 같이 비엔나협약 제53조, 제64조의 법리가 적용되는 영역으로 볼 수 있다.

1) 비엔나협약 제53조 법리의 적용

먼저 제53조와 관련하여 살펴본다. 비엔나협약 제53조 법리는 “조약 체결 당시 그와 충돌하는 강행규범이 있다면, 조약 전체가 체결 당시부터 무효”라는 것이다. 이를 일괄타결협정에 적용하면, 어떠한 일괄타결협정 체결 당시 해당 협정에 적용될 수 있는 인권 중심 강행규범이 이미 존재하는 상태일 경우, 그 협정은 해당 인권 중심 강행규범과 충돌하기 때문에 체결 당시부터 전체 무효에 해당한다는 결론을 얻을 수 있다. 그 이유 및 타당성을 지금부터 설명한다.

가) ‘충돌’의 존재

‘충돌’과 관련하여, 비엔나협약 제53조나 Draft Conclusion 모두 이 충돌의 구체적 의미나 유형에 관해 답을 제시하고 있지 않고, 각 주석에서도 이에 관한 별도의 해설은 없음을 확인할 수 있으며, 학계

에서도 현재까지 국제법상 충돌의 의미나 유형에 관하여 체계적인 접근이나 분석은 없었던 것으로 파악된다.[499]

'충돌' 개념이 강행규범을 포함하여 국제법에서 갖는 중요성을 고려할 때 의아스러운 부분이기는 하나, 결국 원칙으로 돌아가 사전적·통상적 의미를 토대로 접근하는 방식이 무난해 보인다.[500] 그 연장선에서 '서로 맞부딪치거나 맞선다[501]'는 사전적 의미를 갖는 충돌은, 법적으로 표현한다면 Alexander Orakhelashvili 교수의 설명과 같이 '각 규범이 갖는 효력이나 필요적 결과가 맞부딪쳐 양립할 수 없는 상태'를 나타낸다고 정의할 수 있을 것이다.[502]

이를 제53조나 Draft Conclusion의 '충돌'에 대입하면, 예를 들어 노예 금지 강행규범과 관련하여 '노예를 허용한다'는 명시적 문구를 포함하는 조약뿐만 아니라, 그런 명시적 문구가 포함되어 있지 않더라도 어떤 조약이 갖는 효력이나 필요적 결과가 노예 금지 규범의 효력이나 필요적 결과와 양립할 수 없는 경우에도 두 규범(노예 금지 규범과 해당 조약) 사이에 충돌이 존재한다고 볼 수 있다.[503] 한편 전자와 같은 명백한 충돌의 경우 현재로서는 사실상 존재하기 어려운 형태일 것이기에,[504] 결

---

499) Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.137 ('the issue of the logical and normative elements in the notion of conflict under Article 53 has hardly been systematically examined').

500) 같은 취지로, *Ibid.*

501) 네이버 어학사전 참조(available at https://dict.naver.com/search.nhn?dicQuery=충돌&query=충돌&target=dic&query_utf=&isOnlyViewEE=).

502) Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.137 ('These may conflict on their face as read narrowly, but also in terms of the effects they have and the results they necessarily require') 참조. Orakhelashvili 교수의 이 부분 설명은 "양립할 수 없음이 그 자체로 명백한 경우뿐만 아니라, 각 규범의 효력과 필요적 결과가 양립할 수 없는 경우에도 충돌에 해당한다"는 취지인바, 충돌의 사전적 의미에 충실한 해석이고 무리한 확장·비약이 없어 이 글에서는 위 충돌 개념을 따랐다.

503) *Ibid.*

504) 같은 취지로는, *Ibid.*, p.138 ('it is implausible for States to conclude a treaty in which their intention to act contrary to *jus cogens* is recorded for all to see').

국 후자의 형태가 충돌 유형으로서 일반적인 모습이 될 것이다.[505]

위와 같은 충돌의 개념에 의할 때, 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 피해자의 회복청구권까지 대상으로 하는 일괄타결협정의 경우, 그 협정 내용에 포함될 수밖에 없는 '인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 피해자의 회복청구권을 피해자의 동의 없이 실체상 또는 재판상 행사할 수 없도록 한 합의' 부분은, '해당 합의가 갖는 효력이나 필요적 결과가 해당 인권 중심 강행규범의 효력이나 필요적 결과와 양립할 수 없는 합의'로서 둘 사이에 충돌이 존재한다고 봄이 타당하다.

왜냐하면, 포기 합의이든 부제소 합의이든, 그 효력 자체나 필요적 결과는 '유일한 권리 주체인 피해자의 동의 없이 회복청구권을 소멸시키거나 그 재판상 행사를 금지시키는 것'으로서, 인권 중심 강행규범의 효력이나 필요적 결과의 핵심에 해당하는 '피해자 개인이 규범의 유일한 권리 주체로서 재판청구권을 포함하여 침해에 대한 회복청구권을 갖고, 자신의 의사에 따라 그에 대한 처분권 및 행사권을 갖는 것'과 양립할 수 없기 때문이다.[506]

이해를 돕기 위해 '노예 금지 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권에 관한 피해자의 동의 없는 부제소 합의'를 포함하고 있는 일괄타결협정을 예로 든다면, 해당 부제소 합의의 효력 및 필요적 결과는 '노예 금지 위반 피해자의 동의 없이 재판청구권을 행사할 수 없게 하는 것'인

---

505) 이와 관련, "조약의 목적 자체는 국제공서와 어긋나지 않는다고 하더라도, 여전히 조약의 특정 규정과 강행규범과의 충돌은 발생할 수 있다"는 취지의 설명으로는, *Ibid.* ('If the object and purpose of a treaty is not offensive to international public order, this cannot prevent the nullity of a treaty whose substantive provisions conflict with *jus cogens*').

506) 이와 관련, 설령 백보 양보하여 국적국을 피해자 개인과 함께 인권 중심 강행규범 위반의 회복청구권 주체로 보더라도, 여전히 그 국적국이 가해국과 맺은 일괄타결협정은 해당 인권 중심 강행규범과 충돌하는 합의로 봄이 타당하다. 피해자 개인의 동의가 없는 것은 여전하고, 그 경우 국가가 피해자 개인의 동의도 없이 단독으로 협정을 통해 처분권을 행사할 수 없음은 마찬가지이기 때문이다.

데 반하여, 노예 금지 강행규범의 효력 및 필요적 결과는 '피해자가 유일한 권리 주체로서 재판청구권을 포함하여 위반에 따른 회복청구권을 자유롭게 처분·행사하는 것'을 핵심으로 하므로, 해당 부제소 합의와 노예 금지 강행규범의 효력 및 필요적 결과가 서로 맞부딪쳐 양립할 수 없다는 취지이다.

위 논리에 따른 종착점은 자명하다. 어떤 일괄타결협정이 체결 당시 이미 존재하는 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 피해자의 회복청구권까지 협정 대상으로 하는 경우, 그 일괄타결협정은 해당 인권 중심 강행규범과 충돌하는 합의(포기 합의 또는 부제소 합의)를 포함하고 있으므로, 비엔나협약 제53조의 원시적·불가분 무효 법리에 따라 체결 당시부터 전체 무효라는 결론을 얻을 수 있게 된다.

한편, 이에 대해 Erika De Wet 교수의 견해처럼 인권 중심 강행규범의 효력 및 필요적 결과에 '위반에 따른 개인의 회복청구권 실현'까지 포함하지는 않는다는 취지의 입장을 발견할 수 있다.[507] 나아가 앞서 정리한 바와 같이 개인의 직접 청구권이 인정되어서는 안 된다고 주장함과 아울러, 피해자 기본원칙에 대하여 "관습국제법을 반영한 것이 아닌, 권고 모음집 정도에 그친다"고 보는 Christian Tomuschat 교수의 견해[508]도 마찬가지 입장으로 볼 수 있다.

그러나, PCIJ의 유명한 호르죠(Chorzów) 공장 사건 판시[509]에서 적절히 유추할 수 있듯이, 모든 실체 국제법 규범이 법 규범이라는 속성상

---

507) Erika De Wet, *supra* note 346, p.107.

508) Christian Tomuschat, *supra* note 449, pp.988-989 ('this is ultimately a collection of recommendations, and not a codification of existing customary law').

509) *Case Concerning the Factory at Chorzów, Germany v. Poland*, PCIJ Report Series A No. 17 (1928), *Ibid.*, p.27 ('it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation'). 호르죠 공장 사건에 관한 자세한 설명으로는, 정인섭 외, *supra* note 232, pp.147-150 참조.

그 효력 및 필요적 결과로 규범 위반에 따른 회복청구권과 회복 의무를 수반한다고 봄이 타당한 이상, 위 견해들에 설득력을 부여하기 어렵다.

강행규범을 단순한 도덕규범이나 정책방향이 아닌, 현재 주류적 시각과 같이 국제법 규범, 즉 특수한 유형의 관습국제법으로 인정한다면, 그 위반에 따른 회복청구권·회복 의무의 발생은 강행규범의 효력 및 필요적 결과의 핵심에 해당한다고 봄이 타당하다. 쉽게 말해, 어떤 규범이 법 규범인데 그 위반에 대한 구제가 법적으로 뒷받침되지 않는다면, 그 규범은 더 이상 온전한 법 규범일 수 없기 때문이다. 즉, 법 규범이 법 규범인 이유는 다름 아닌 규범 위반에 대한 강제적 회복절차를 수반함이 핵심이기에, 인권 중심 강행규범의 유일한 권리 주체인 개인에 대한 회복청구권 부여는 강행규범을 법 규범으로 인정하는 한 따라붙게 되는 효과 및 필요적 결과라고 봄에 무리가 없다고 생각한다.[510]

피해자 기본원칙은 바로 위와 같은 피해자 회복청구권의 법 규범성을 지지·확인한 문서이다. 정리한 바와 같이 피해자 기본원칙은 국제범죄에 해당하는 심각한 인권 침해의 결과로 그에 대한 피해자의 회복청구권이 수반됨을 전제로, 재판청구권 보장을 포함한 다양한 회복 방법·절차를 규정하고 있다.[511] 이에 덧붙여 Theo Van Boven 교수는, 피해자 기본원칙에서 규정한 피해자의 회복청구권은 절차적 측면과 실체적 측면

---

510) 물론 개인을 인권 중심 강행규범의 권리 주체로 인정하지 않고 오로지 국가만을 권리 주체로 인정한다면 이 논리를 반박할 수 있을 것이나, 국가를 인권 중심 강행규범의 권리 주체로 볼 수 없다는 것은 앞서 설명한 바와 같다. 나아가 설령 각주 506)의 가정처럼 개인, 국가를 함께 인권 중심 강행규범의 권리 주체로 보더라도, 개인에게 회복청구권이 부여되는 것은 동일하므로 마찬가지 결론을 얻게 된다.

511) Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, GA Res 60/147, UN Doc. A/RES/60/147 (2005), paras 11-23 참조. 피해자 기본원칙은 회복의 구체적 방법으로, 원상회복, 배상, 재활, 만족, 재발방지 약속(guarantees of non-repetition)의 다섯 가지를 제시하고 있다. 이에 관한 보다 자세한 설명으로는, Theo Van Boven, *supra* note 428, pp.38-40.

을 모두 갖고, 그중 절차적 측면은 국내 재판절차를 어떠한 방해도 받지 않고 평등하게 이용함을 핵심으로 한다는 취지로 설명한다.[512] 나아가 ICTY는 고문 금지가 강행규범이라는 사실 자체로 여러 효과를 직접적으로 발생시킨다면서 그 효과들 중에 피해자의 가해자 측을 상대로 한 재판절차 진행도 포함됨을 명시하고 있다.[513] 인권 중심 강행규범의 효력 및 필요적 결과에 재판청구권과 같은 피해자 개인의 회복청구권이 포함됨을 적절히 뒷받침할 수 있는 내용들에 해당한다.

한편 위 접근방식에 의하면, 일각에서 제기되는 "강행규범 위반의 효과를 규율하는 2차 규범도 강행규범이다"라는 입장을 굳이 취하지 않더라도 동일한 결론을 얻게 된다.

Alexander Orakhelashvil 교수로 대표[514]되는 위 입장은 "어떤 규범이 강행규범이라면, 그 위반을 규율하는 2차 규범도 강행규범이어야 함이 논리적이고, 강행규범의 실효성 확보를 위해 실천적으로도 필요하다"는 것을 이유로 한다. 이를 인권 중심 강행규범에 적용하면, 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권의 경우에는 관습국제법 차원을 넘어 강행규범으로 취급되어야 한다는 의미를 갖게 된다.

위 견해에 따르더라도, 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권을 실체상·재판상 행사할 수 없게 한 국가 간 합의가 포함된 일괄타결협정은 비엔나협약 제53조의 적용 대상이 될 것이다. 합의의 효력 및 필요적 결과가 위와 같은 '인권 중심 강행규범 위반을 원인으로

512) Theo Van Boven, *supra* note 428, p.22. 한편 실체적 측면에 대해서는 "침해 결과의 완전한 제거"라고 설명한다(*Ibid.*, p.24).

513) *Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T* (1998), para. 155.

514) Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, pp.144, 243, 580 ['If peremptory norms are to operate as norms, not merely as aspirations, they must generate consequences that are themselves peremptory(p.580)']. 나아가 Dan Dubois, *supra* note 12, pp.165-166 등 참조.

한 회복청구권 보호(2차 규범) 강행규범'의 효력 및 필요적 결과의 핵심인 '회복청구권을 배제하거나 제한하는 어떠한 합의도 허용될 수 없는 것(이탈 불가성)'과 양립할 수 없을 것이기 때문이다.

그러나 위 입장의 난점은, 아직까지 위와 같은 강행규범이 출현한 상황, 즉 국제사회에 의하여 수락·인정된 상황임을 알 수 있는 설득력 있는 증거들이나 보충 수단들을 발견하기 어렵고, 학계·실무의 지지를 받고 있는 상황으로 볼 수도 없다는 데에 있다.[515] 따라서 만일 위 입장을 토대로 일괄타결협정의 효력을 따지려 한다면 적어도 현재로서는 무리한 접근방식에 해당한다고 보이는바, 필자의 논리는 그와 같은 문제점에서 자유롭다. 이해를 돕기 위해 '노예 금지 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권에 관한 부제소 합의를 포함한 일괄타결협정'에 관하여 각 입장에 따른 차이를 표로 정리하면 다음과 같다.

노예 금지 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권에 관한 부제소 합의를 포함한 일괄타결협정의 효력		비고
필자	노예 금지 강행규범과 충돌하는 합의	관습국제법인 제53조 법리 적용
강행규범 2차 규범도 강행규범으로 보는 입장	"노예 금지 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권 보호 강행규범"과 충돌하는 합의	이러한 강행규범 인정하기 어려움

나) Cançado Trindade와 James Crawford의 입장

ICJ Cançado Trindade 재판관이 2012년 국가면제 판결의 반대의견에서 명시한 다음과 같은 법리는, 위 논리와 접점을 갖는다.

515) 위 입장에 대한 비판으로는, Robert Kolb, *supra* note 1, pp.109-112; Ulf Linderfalk, *supra* note 72, pp.375-376 등 참조.

States may, if they so wish, waive claims as to their own rights. But they cannot waive claims for reparation of serious breaches of rights that are not theirs, rights that are inherent to the human person. Any purported waiver to this effect runs against the international *ordre public*, is in breach of *jus cogens*.[516]

즉, 위 판시 내용은, "국가들은 협정을 통해 자신들의 권리를 포기할 수는 있으나, 국민들이 자신들의 고유 권리에 관한 심각한 침해를 회복하기 위하여 갖는 개인적 회복청구권을 포기할 수는 없다. 이러한 포기는 국제공서에 반하여 강행규범 위반에 해당한다"는 것으로서, 개인의 권리 중에 국가가 함부로 관여할 수 없는 영역이 존재하고, 그러한 영역을 침범한 경우 강행규범 위반이 된다는 것을 핵심 골자로 하고 있는바, 비엔나협약 제53조의 '충돌' 법리를 채용한 필자의 논리 구조와 동일한 것은 아니지만 맥을 같이 한다고 볼 수 있다.[517]

또한, ICJ 재판관을 지낸 James Crawford의 아래 설명도 위 논리를 뒷받침할 수 있다고 생각한다.

[I]f the state takes action to formally waive the right to claim – as distinct from simply choosing not to exercise diplomatic protection – this may abrogate altogether any separate derogable rights of the person, leaving them without an international remedy[국가가 단순히 외교적 보호권만 행사하지 않기로 하는 것과

516) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgement* (2012), *Dissenting opinion of Judge Trindade*, para. 72.

517) Cançado Trindade 재판관의 위 판시에는 구체적으로 어떤 강행규범 위반인지에 관한 설명이 없다는 아쉬움이 있다. 다만 판시 내용을 토대로 추측컨대, '개인의 회복청구권 보호 자체(2차 규범)'를 강행규범으로 취급하고 있는 것으로 보인다. 즉, 앞서 본 Orakhelashvili 교수 등의 견해와 같거나 대동소이하다고 볼 수 있다.

달리 개인들의 가해국을 상대로 한 청구권을 공식적으로 포기한다면, 이러한 조치로 인해 개인들의 청구권 중 derogable rights는 그 효력을 상실한다고 볼 여지가 있다].[518]

위 문장에서 국가가 포기하여 소멸시킬 수 있는 개인의 권리로 제시한 'derogable rights'가 무엇을 의미하는지 명백하지는 않으나, 문장 해석상으로나 'may'를 포함한 용어 선택 등에 비추어 ICCPR 제4조 제2항 등에서 규정한 'non-derogable rights[519]'를 염두에 둔 설명이라고 합리적인 추측이 가능하므로, 위 문장에 나타난 James Crawford의 입장도 non-derogable rights의 범위에 필수적으로 포함된다고 설명되는 강행규범 위반을 원인으로 한 개인의 회복청구권[520]만큼은 국가가 함부로 포기할 수 없는 권리로 취급하고 있음을 추론할 수 있다.[521]

---

518) James Crawford, *supra* note 424, p.571.

519) ICCPR은 제4조 제1항에서 국민의 생존을 위협하는 공공 비상사태의 경우 등에 있어서 규약 당사국들이 국민의 권리를 일부 제한할 수 있음을 규정하면서도, 그러한 상황에서도 유예·이탈이 허용되지 않는 권리들로 제6조(생명권), 제7조(고문 금지), 제8조 제1항, 제2항(노예, 예속상태 금지), 제11조(계약상 의무 이행불능으로 인한 구금 금지), 제15조(죄형법정주의, 소급효금지), 제16조(인간으로서 인정받을 권리), 제18조(양심, 종교, 사상의 자유)에 규정된 권리들을 열거하고 있고, 위 ICCPR 제4조 제2항 외에 유럽인권협약 제15조 제2항(고문 금지, 노예 및 강제노역 금지, 소급처벌 금지)이나 미주인권협약 제27조 제2항(인격권, 생명권, 인도적 처우를 받을 권리, 노예상태로부터의 자유, 소급처벌 금지, 양심, 종교의 자유, 가정에 대한 권리, 성명에 대한 권리, 아동의 권리, 국적에 관한 권리, 공무담임권, 사법청구권 보장)에서도 국가 비상사태 등 어떠한 경우에도 유예·이탈이 허용되지 않는 권리들을 규정하고 있는바, 이러한 권리들을 일반적으로 'non-derogable rights'로 부른다. 이와 관련, non-derogable rights에 대한 상세한 설명과 '가치, 기능, 동의'의 세 가지 관점에서의 접근 및 강행규범과의 밀접한 관련성에 관하여는, Teraya Koji, *supra* note 439, pp.921-941 참조. 아울러 "non-derogable rights의 예에 고문을 받지 않을 권리, 노예와 강제노동으로부터 자유로울 권리가 포함된다"는 설명으로는, Colleen Enache-Brown and Ari Fried, *supra* note 451, p.617 참조.

520) Philip Alston and Ryan Goodman, *International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2013), p.403 ('All *jus cogens* norms are nonderogable under Article 4, but not all nonderogable rights under Article 4 are *jus cogens* norms').

다) 국가면제 판결 다수의견의 판시 관련

한편, 지금까지의 논리·설명에 대해 국가면제 판결 다수의견의 아래 판시 내용을 토대로 반대하는 입장을 상정할 수 있다.

> Where the State receiving funds as part of what was intended as a comprehensive settlement in the aftermath of an armed conflict has elected to use those funds to rebuild its national economy and infrastructure, it is difficult to see why the fact that those individuals had not received a share in the money should be a reason for entitling them to claim against the State that had transferred money to their State of nationality[일괄타결 목적으로 돈을 받은 피해국이 그 돈을 경제 재건이나 기간시설 구축을 위해 사용하고 피해자들에게 그 돈을 지급하지 아니하였다는 이유로, 해당 피해자들이 가해국에게 별도로 피해 배상을 청구할 수 있다는 논리가 만들어진다고 보기는 어렵다].[522]

하지만 위 판시 내용은, "피해자들의 구제 방법이 국적국 법원의 가

---

521) 필자와 같이 강행규범의 주체 및 비엔나협약 제53조, 제64조의 관점에서 접근한 것은 아니지만, 결론에 있어서는 동일한 국내 학자의 입장도 발견할 수 있다[조백기, "일본에 의한 성노예 문제의 국제법적 해결방안," 법학논총, 제31권 1호 (2011), p.441 참조]. 조 박사는 이 부분에서 "국가 간의 조약이라고 해도 노예제의 금지, 국제법상의 범죄, 인권침해 등 강행규범의 범위에 들어가는 인권 및 기본적 자유의 중대한 침해에 대해서는 이들 인권 및 기본적 자유는 물론이고, 그 침해의 결과 발생한 배상청구권을 포함하여 개인이 가지는 청구권을 포기하는 것은 허용되지 않으며, 조약에서 포기되어도 그 조약은 무효이다"라고 주장한다. 이 주장도 앞서 Orakhelashvili 교수나 Cançado Trindade 재판관의 입장처럼 '인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 청구권의 보호 자체'를 강행규범으로 보는 견해로 추측된다.

522) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 102.

해국에 대한 재판 외에는 존재하지 않을 경우, 최종 수단으로 국적국 법원에 재판권이 인정되어야 한다"는 이탈리아 주장에 대한 판단 과정에서 나온 판시로서,[523] 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권까지 고려한 판시는 아니라고 해석된다.

이는 위 판시 내용에서 강행규범이 언급되지 않은 점에서도 짐작할 수 있는 내용이고, 무엇보다도 다수의견이 결론 부분에서 "국제범죄 피해를 입은 개인이 가해국에 대하여 직접 배상을 청구하는 권리가 있는가에 관해 이 판결에서는 판단할 필요가 없고, 독일과 이탈리아 사이에 체결된 (일괄타결협정 성격의) 1961년 협정으로 그러한 청구권이 포기되었다고 인정될 수 있는지에 관해서도 판단할 필요가 없다"고 밝힌 데[524]에서 알 수 있는 내용이다. 즉, 다수의견이 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권을 일괄타결협정을 통해 실체적으로나 재판상 행사할 수 없게 할 수 있는가에 관한 문제까지 다루지는 않았음을 알 수 있고, 그 연장선에서 위 판시 내용도 그 한도 내에서 의미를 갖는다고 평가할 수 있다.

아울러 다수의견이 "일괄타결협정이 맺어지고 있는 현실 등을 감안할 때, 모든 피해자들에게 완전한 배상이 이루어져야 한다는 강행규범이 존재하는 것은 아니다"라고 한 판시[525]도, 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 위 판시 내용은 "국가면제 인정과 강행규범 위반 사이에 충돌이 발생하지 않는 것처럼, 국가면제 인정과 배상의무 인정 사이에도 충돌이 발생하지 않는다"는 판시 내용[526] 바로 다음에 등장하는 내용으로서, 문

523) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), paras 98-104 참조.
524) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 108.
525) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 94.
526) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening),*

맥을 고려하거나 내용 자체에 의할 때, 배상의무 이행이 모든 피해자들에 대한 완전한 배상일 필요는 없다는 취지에 그칠 뿐, 일괄타결협정이 이루어지면 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권의 행사를 할 수 없다는 내용까지 담고 있는 것은 아님을 알 수 있기 때문이다.

2) 비엔나협약 제64조 법리의 적용

이제 비엔나협약 제64조 법리와 관련하여 본다. 앞서 정리한 바와 같이 제64조 법리는 "조약 체결 후 그와 충돌하는 강행규범이 출현한 경우, 원칙적으로 그 출현 시기부터 조약 전체가 후발적으로 효력을 상실하고, 예외적으로 제44조 제3항이 충족되는 경우라면 충돌 부분만 효력을 상실한다"는 내용이다.

이를 일괄타결협정에 적용한다면, 앞서 제53조와 일괄타결협정의 관계에서 본 것과 동일한 논리에 기초한 법리가 만들어지게 된다. 즉, 어떤 일괄타결협정 체결 후 그 협정이 규율하는 대상에 적용될 수 있는 인권 중심 강행규범이 출현한 경우, 위 법리에 따라 해당 강행규범의 출현 시기부터 일괄타결협정 전체가 후발적으로 효력을 상실하게 되거나, 분리가 가능한 경우에는 해당 충돌 부분만 효력을 상실하게 된다고 볼 수 있다. '충돌', 바꾸어 표현하면, '해당 협정과 해당 인권 중심 강행규범의 효력 및 필요적 결과가 양립할 수 없게 되는 상황'이 발생하기 때문이다. 나아가 그 연장선에서, 협정 당사국은 협정 전체 또는 충돌 부분에 관한 준수 의무에서 벗어나게 될 것이다.

ICJ Judgment (2012), para. 94 ('a decision that a foreign State is immune no more conflicts with the duty to make reparation than it does with the rule prohibiting original wrongful acts').

나. 국내법상 공서 규정을 통한 접근

위 논리는 다음과 같이 국내법상 공서 규정을 통해서도 뒷받침될 수 있다고 생각한다.

인권 중심 강행규범을 원인으로 한 회복청구권을 피해자의 동의도 없이 실체적으로나 재판상 행사할 수 없도록 한 국가 간 합의의 구조는, 우리나라 국민들 사이의 법률관계로 바꾼다면 'A가 B로부터 돈을 받기로 하면서, B가 A의 미성년 자식 C에게 저지른 반인륜 범죄행위를 C의 동의도 없이 더 이상 문제 삼지 않기로 함으로써 C의 회복청구권을 박탈한 합의의 구조'와 유사하다고 볼 수 있다. 물론 여기서 A는 일괄타결협정상의 피해자 국적국이고, B는 일괄타결협정상의 가해국이며, C는 피해자를 의미한다.

위와 같은 A, B 사이의 합의는 무효라고 봄이 타당하다. A에게 C에 대한 법정대리권이 존재하고, 그 관계의 특수성을 고려한다 하더라도, 우리 민법 제103조[527]의 무효 유형에 해당한다고 볼 수 있기 때문이다.

이를 보다 구체적으로 표현하면, 민법 제103조의 무효 유형으로 일반적으로 언급되고 있는 것이 '정의 관념에 반하거나 인륜에 반하는 행위 또는 개인의 자유를 지나치게 제한하는 행위'인바,[528] 위 A, B 사이의 합의는 C의 권리 주체성을 완전히 무시한 것일 뿐만 아니라 반인륜 범죄를 원인으로 한 회복청구권을 대상으로 한 합의로서, A와 C의 특별한 관계를 고려하더라도 '정의 관념에 반하거나 인륜에 반하는 행위 또는 회복청구권 행사에 관한 C의 자유를 지나치게 제한하는 행위'에 포섭될 수 있다고 생각한다.[529]

---

527) (민법 제103조) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

528) 김형배, 김규완, 김명숙, 민법학강의 제13판 (신조사, 2014), pp.170-174 참조.

물론 국내법과 국제법이 근거, 형성, 작동 방식 등의 측면에서 차이를 갖고 있는 것은 사실이나 일정한 상호접촉면도 존재하는바,[530] 강행규범이야말로 앞서 설명한 바와 같이 우리 민법 제103조와 같은 국내법상 공서 법리에서 유래된 것으로서 구조상 유사한 측면이 상당 부분 있으므로,[531] 민법 제103조를 활용한 위와 같은 접근 방식은 위 논리를 설득력 있게 설명하고 뒷받침하는 데 유의미한 힘을 제공할 수 있다고 생각한다. 이와 관련, 위와 같이 국내법상 공서 규정을 토대로 강행규범 법리와의 유사성을 분석하는 방법은 필자만의 독자적 설명 방식이 아니라, 한 관련 문헌의 표현을 빌리자면 강행규범과 관련하여 "가장 효과적으로 사용되는 방법"으로 소개되고 있다.[532]

다. 결어

지금까지 '어떤 일괄타결협정이 특정 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권까지 협정 대상으로 포함하고 있는 것으로 파악

---

529) 이와 관련, 피해국과 피해국 국민의 관계를 부모와 미성년 자식의 관계로 상정한 이유는, 국가와 개인의 관계를 부모와 미성년 자식의 관계로 비유하여 설명한 몇몇 학자들(Hobbes, Kant 등)의 이론을 참고하였다. 물론 완벽한 비유로 볼 수는 없고, 앞서 신탁관계 이론을 비판하면서 주장하였듯이 현대 국제법상 국가와 국민의 관계를 제대로 반영하고 있다고 볼 수도 없지만, '국가/국민'이든 '부모/미성년 자식'이든 원칙적으로 선택권 없이 운명적으로 결정된 관계라는 점이나, 국민이든 미성년 자식이든 상당 부분을 국가나 부모에게 의존·위임할 수밖에 없다는 점에서 유사한 측면이 없지 않기에 위와 같은 설명 방식을 택했다. 만일 A와 C의 관계를 위와 같이 보지 않고 국내법상 단순한 사인(私人) 간의 임의대리 관계로 비유한다면, A, B 사이의 합의가 무효임은 더더욱 설명이 필요 없을 것이다.

530) 이근관, *supra* note 423, p.358 참조.

531) Mariko Kawano, *supra* note 63, p.396 등 참조. 그리고 이는 앞서 본 바와 같이 비엔나협약 체결 과정에서 공유된 '공서'의 개념에 관한 이해와도 일치한다.

532) Gordon A. Christenson, *supra* note 27, p.597 ('The justification most effectively used ... is the analogy drawn from the public order override of the State under municipal law').

될 경우, 그 협정은 해당 인권 중심 강행규범과 충돌하는 조약으로서 관습국제법인 비엔나협약 제53조, 제64조 법리에 따라 원시적 무효 또는 후발적 무효로 봄이 타당하다'는 논리를 전개하였다.

논리의 골자는, '인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권은 피해자 개인만이 처분·행사권을 가지고 있고, 인권 중심 강행규범의 효력 및 필요적 결과의 핵심에 해당하므로, 그러한 청구권을 피해자의 동의도 없이 실체상·재판상 행사할 수 없게 하는 내용을 포함하는 일괄타결협정의 경우 해당 인권 중심 강행규범의 효력 및 필요적 결과와 양립할 수 없는 합의로 봄이 타당하다'는 것이다. 나아가 위 접근 방법은 Cançado Trindade 재판관의 관련 판시 내용 및 James Crawford의 설명과도 일맥상통하고, 국내법상 공서 규정을 통해 보더라도 지지받을 수 있다고 생각한다.

제5절 청구권협정으로의 적용

1. 개요

청구권협정을 앞서 정리한 일본의 입장과 같이 부제소 합의 유형의 일괄타결협정으로 볼 경우, 지금까지 설명한 논리가 적용될 수 있다. 서론에서 밝힌 바와 같이 이 글의 목적들 중 하나가 일본의 현재 주장에 대한 국제법상 대응논리 제시라는 관점에서, 일본의 위와 같은 입장을 전제로 한 분석은 학문적·실천적 의미가 있다고 생각한다. 따라서 이 부분 논리 전개만큼은 청구권협정을 부제소 합의 유형의 일괄타결협정으로 전제한다.[533]

533) 앞서 이미 정리하였지만, 이는 일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식

아래에서는 우리 대법원이 2018년 전원합의체 판결을 통해 판시한 강제징용 피해자들의 일본기업에 대한 손해배상청구권(이하 '징용청구권'이라 한다)과 서울중앙지방법원에서 2021. 1. 8. 선고하여 확정된 판결[534]에서 판시한 위안부 피해자들의 일본 정부에 대한 손해배상청구권(이하 '위안부청구권'이라 한다)의 성격 규명을 통해, (1) 이 청구권들이 인권 중심 강행규범인 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지 위반을 원인으로 한 회복청구권임을 논증하고, (2) 따라서 청구권협정은 '노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지 위반을 원인으로 한 회복청구권도 피해자들 동의 없이 협정 대상에 포함시킨 부제소 합의 유형의 일괄타결협정'임을 전제로, (3) 적어도 해당 부제소 합의 부분만큼은 두 강행규범의 출현 시기로서 아무리 늦게 잡더라도 2010년대 초반부터 후발적으로 효력을 상실하기 때문에, (4) 우리나라 법원을 포함한 한일 양국의 법원은 아무리 늦어도 그때부터는 강제징용·위안부 피해자들의 재판 청구를 허용해서는 안 될 의무에서 벗어난 상태로 볼 수 있음을 밝혔다.

2. 징용청구권과 위안부청구권의 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권적 성질

먼저 징용청구권의 경우 지금까지 선고된 관련 대법원 판결들[535](신

민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권은 청구권협정 대상에서 제외되었다고 보는 우리 대법원의 태도와는 정면으로 배치된다.

534) 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결(확정). 해당 원고 위안부 피해자들이 일본 정부를 상대로 한 소송이다. 한편 2021. 4. 21. 선고된 동일 구조의 서울중앙지방법원 2016가합580239 판결의 경우 소를 각하함으로써 본안 판단을 하지 않았던 까닭에, 해당 원고 위안부 피해자들이 어떤 피해를 입었는지에 관해 판시를 하지 않았다.

535) 신 일본제철과 관련한 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 판결, 미쓰비시와 관련한 대법원 2018. 11. 29. 선고 2013다67587 판결 참조.

일본제철, 미쓰비시)에서 알 수 있는 바와 같이, ① 이송 및 배치 등의 과정은 일본 군인 및 경찰 등의 통제 아래 이루어졌고, 작업 환경이나 근무 여건은 극히 열악하였던 사실, ② 피해자들은 하루 작업을 마치면 공동 숙소로 돌아가 숙식을 해결하였는데, 식사의 양이나 질은 현저히 부실하였고, 숙소도 다다미 12개 정도의 좁은 방에서 10~12명의 피징용자들이 함께 생활하는 등 수용생활과 다름이 없었던 사실, ③ 숙소 주변에는 철조망이 쳐져 있었고 근무시간은 물론 휴일에도 헌병, 경찰 등에 의한 감시가 삼엄하여 자유가 거의 없었으며, 일부 피해자들은 도망 시도가 발각되어 심한 구타와 식사 미제공 등의 비인간적 탄압을 받았던 사실, ④ 한반도에 남아 있는 가족들과의 서신 교환도 사전검열에 의하여 그 내용이 제한되었던 사실 등을 알 수 있다.

다음으로 위안부청구권의 경우에도, 해당 판결문에서 적시하고 있다시피, ① 당시 일본은 태평양전쟁 등 침략전쟁의 수행 과정에서 군인들의 사기 진작 등을 위해 역사에서 전례를 찾아볼 수 없는 '위안소'를 운영한 사실, ② 위안부들은 폭행, 협박, 납치 등에 의하여 강제로 동원되거나, 기망에 의한 모집업자들이나 공무소 등의 위탁, 동원 등의 방법으로 위안소에 배치되었고, 당시 대부분 미성년이거나 갓 성년이었던 사실, ③ 위안부들은 각 매일 수명 내지 수십명의 일본군들을 상대로 성행위를 강요당하였고, 성적인 요구가 제대로 수행되지 않을 경우 상시적인 폭행과 협박에 노출되었으며, 늘 성병과 원치 않은 임신의 위험을 감수하여야 했던 사실, ④ 위안부들은 최소한의 자유도 제압당한 채 위안소 관리인에 의하여 도주하지 못하도록 항상 감시당하였으며, 위안부들 중 일부는 탈출을 시도하다가 일본군에 의하여 붙잡혀 살해당하거나 강제로 위안소로 복귀하여 심각한 폭행을 당하였던 사실 등을 확인할 수 있다.

우리 법원에서 판시한 위와 같은 사실관계 등을 종합할 때, 강제징

용·위안부 피해자들이 입은 피해는 모두 '일본의 불법 식민지배에 터 잡은 불법 동원[536]'이 원인이고, 나아가 위와 같은 강제징용이나 성 노역 자체가 가지고 있는 반인권적·박해적, 노예적 성질, 일본 정부나 일본 정부와 긴밀한 범죄 공동체를 이룬 일본 기업이 광범위하고 체계적으로 피해자들에 대하여 자행한 침해의 정도나 그 기간 등에 비추어, 인권 중심 강행규범인 노예 금지 및 인도에 반하는 죄 금지 위반을 구성한다고 봄이 타당하다.[537] 즉, 징용청구권과 위안부청구권은 위와 같은 두 강행규범 위반을 원인으로 한 개인적 회복청구권이라는 성격을 갖는다.

이에 대하여 혹자는 과연 당시 피해자들이 받은 피해를 노예 금지나 인도에 반하는 죄 금지 위반에 의한 피해로까지 볼 수 있는가에 관해 의문을 제기할 수도 있을 것이나,[538] 두 강행규범 위반에 의한 피해에 해당한다고 봄이 타당하다. 왜냐하면, 앞서 설명한 바와 같이 노예의 본질이 '자기결정권을 박탈할 정도의 통제권'에 있는 만큼,[539] 우리 법원의 위와 같은 사실 인정을 전제로 할 때 해당 피해자들이 당시 노예 또는 성 노예의 상태에 있었을 뿐만 아니라, 일본 정부나 기업의 체계적이고

536) 1910년 한일 강제병합조약이 국제법적으로 무효라는 점에서 그 후 무효인 병합조약에 터 잡아 일제 강점기 때 이루어진 모든 징용이나 동원은 그 과정, 내용, 명칭 여하를 불문하고 불법이라고 봄이 타당하다. 다시 말하면, 1939년 국민징용령에 기한 적법한 징용이라는 개념 자체가 성립할 수 없고, 징용령에 의한 징용이더라도 해당 징용은 여전히 불법이다. 나아가 이러한 논리 연장선에서 8개요강의 '피징용 한국인의 보상금'이라는 표현은 '보상'이라는 문구에도 불구하고 불법 '배상'만을 의미한다고 봄이 타당하다. 적법한 징용이 없기에 적법을 전제로 하는 '보상'도 있을 수 없기 때문이다. 이는 1965년 당시 '보상', '배상'이라는 문구가 현재와 달리 혼용되어 사용되었을 뿐만 아니라[정인섭, "1965년 한일 청구권협정 대상범위에 관한 연구", 성곡논총 25집 상권 (1994), p.516 참조], 위 8개요강의 문구가 일본 정부가 아닌 우리나라 정부에 의하여 작성되었다는 점에서 더욱 그러하다.

537) 같은 취지로는, 김어진, 정구태, "1965년 한일청구권협정 제2조의 해석에 관한 관견," 일감법학 제48호 (2021), p.37 ("강제징용은 노예 금지와 반인도적 범죄의 '노예화'에 해당한다"); 최철영, *supra* note 430, pp.237-238.

538) 대표적으로는, 이영훈 외, 반일 종족주의 (미래사, 2019), pp.14-21, 67-87, 254-351 참조. 그 골자는 자발적 노동 제공이었고, 자발적 매춘이었다는 취지이다.

539) '제3장 제5절 2. 가.항 노예 금지' 부분 참조.

광범위한 통제 아래 그러한 노예 생활을 할 수밖에 없었던 사실을 인지할 수 있기 때문이다.[540]

나아가 위 결론은 대법원이 징용청구권을 “일본과 일본 기업의 반인도적 불법행위를 원인으로 하는 배상(위자료)청구권”이라고 판시[541]한 것과 일맥상통하고, 위 서울중앙지방법원 판결이 위안부청구권의 성격에 관하여 “일본에 의하여 계획적, 조직적으로 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위로서 국제 강행규범을 위반한 것”이라고 명시[542]한 데에서도 뒷받침될 수 있을 것이다.

이와 관련, 일본은 한일 강제병합조약이 당시로서는 유효하므로 불법 식민지배를 인정할 수 없다는 입장을 가지고 있으나,[543] 설령 그렇게 본다 하더라도 징용청구권이나 위안부청구권이 두 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권에 해당한다는 결론에 영향을 미칠 수는 없다고 생각한다. 당시 피해자들이 현장에서 당한 대우가 ‘노예노동 또는 인도에 반하는 죄 그 자체’라는 사실은 국적을 불문하는 강행규범의 특성상 여전히 변함이 없기 때문이다. 바꾸어 표현하면, 당시 강제징용・위안부 피해자들이 노예 상태였고, 광범위하고 체계적으로 이루어진 노예노동 및 비

---

540) 물론 대법원에서 인정한 위와 같은 사실관계를 위 ‘반일 종족주의(*supra* note 538)’에서의 주장과 같이 모두 거짓으로 본다면[“대법원의 판결문은 해당 사건의 기본적 사실관계에 대한 서술로 시작하고 있습니다. 그 부분을 읽은 저의 소감은 한마디로 ‘이건 거짓말이야’라는 것이었습니다(위 책 p.16 참조)”], 강행규범 위반은 없는 것이 될 것이다. 그러나 적어도 우리나라 최고 사법기관의 위와 같은 사실 인정은 존중되어야 함이 온당하고, 대법원의 위와 같은 사실 인정은 절대 다수의 우리나라 사람들이 지금까지 배워오고 믿어왔던 역사와도 일치한다.

541) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 판결 p.13 참조.

542) 서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결 p.27.

543) 도시환, “1910년 한일병합조약의 국제법적 재조명,” 외법논집, 제34권 1호 (2010), pp.356-357 참조. 한편, 일본 주장에 동조하는 일부 외국 학자들의 견해에 관한 소개로는, 주진열, “1965년 한일 청구권협정과 개인청구권 사건의 국제법 쟁점에 대한 고찰 - 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결을 중심으로,” 서울국제법연구, 제25권 2호 (2018), pp.187-189 참조.

인간적 대우 등을 감내하여야 했던 인도에 반하는 죄의 피해자들이었다는 사실은, 설령 당시의 한일관계가 불법 식민지배가 아니어서 피해자들을 일본 국적으로 보더라도 여전히 변함이 없기 때문이다.[544]

요컨대, 징용청구권과 위안부청구권은 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지의 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권에 해당하고, 그러한 징용・위안부청구권의 성격은 한일 강제병합조약의 유효 여부나 피해자들의 당시 국적이 어느 국가였는지의 문제와 상관없이 그대로 유지된다고 봄이 타당하다.

3. 두 강행규범의 출현 시기 및 적용

정리한 바와 같이, 만일 청구권협정의 체결 시기인 1965년 당시부터 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지의 강행규범이 존재하는 상태였다면 청구권협정은 비엔나협약 제53조의 무효 법리에 따라 그 체결 당시부터 전체 무효가 될 것이다. 그러나 만일 청구권협정 체결 후 비로소 두 강행규범이 출현하였다면, 비엔나협약 제64조의 무효 법리와 같이 그 출현 시기부터 비로소 효력을 상실하고, 가분성 요건을 충족하는 경우[545]에는 전체 무효가 아니라 그와 충돌하는 위와 같은 부제소 합의 부분만 후발적으로 효력을 상실할 수도 있게 된다.

---

544) 이와 관련, “식민지배의 국제법상 불법성 여부와 상관없이 태평양전쟁 당시 강제동원 피해가 있었다는 점은 명백한 사실이다”는 견해로는, 주진열, *supra* note 543, p.190 참조. “일본이 1910년 병탄한 한국 국민의 노역동원 역시 피해자 국적을 불문하는 인도에 반하는 죄에 해당한다”는 견해로는, 신희석, *supra* note 430, pp.154, 169, 172 참조. 나아가 “일본 정부가 조약의 합법성을 주장한다 하더라도 불법적인 일제강점을 통한 식민주의 범죄는 인도와 평화에 반하는 범죄에 해당한다”는 견해로는, 도시환, “한일조약체제와 식민지책임의 국제법적 재조명,” 국제법학회논총, 제57권 3호 (2012), p.23 참조.

545) 비엔나협약 제44조 제3항이 정하는 가분성 요건을 충족하는 경우이다. Draft Conclusion 제11조 제2항은 이를 명문화하였다.

따라서 위 두 강행규범이 언제부터 국제사회에 출현하였는가를 살필 필요가 있다. 이는 청구권협정이 원시적 무효인지 후발적 무효인지 여부를 결정하는 문제이기 때문이다. 이와 관련, 현재 두 강행규범이 출현한 상태, 즉 두 인권 중심 강행규범의 관습국제법성에 관한 수락뿐만 아니라 강행성에 관한 수락·인정도 있는 상태라는 사실만큼은 앞서 본 바와 같으나, 그 출현 시기에 관해서는 통설적인 기준을 찾기 어렵고, Draft Conclusion을 포함하여 이를 체계적으로 언급하고 분석한 연구 성과를 발견하기도 어려운 상황이다. 이는 Anne Lagerwall 교수나 William Conklin 교수의 설명과 같이 출현 시기에 관하여 정확한 시기를 특정할 수 없는 어려움과 한계를 여실히 나타낸다.[546]

다만, 이에 관해 일부 해답을 제공할 수 있는 사실은, 1969년 채택된 비엔나협약의 성문화 과정에서 과연 어떤 강행규범이 존재하는가에 관한 국제법 학자들과 실무가들 사이의 많은 논의가 있었지만, 결국 그에 관한 일치된 합의를 이끌어낼 수 없어 구체적 예를 협약에 명시하지 못하였다는 점이다.[547] 즉, 적어도 1969년까지는 강행규범의 일반적 법리에

546) Anne Lagerwall, *supra* note 72, p.1,467 ('it is hard to determine the precise time at which a *jus cogens* norm emerges'); William E. Conklin, *supra* note 4, pp.842-843 참조.

547) Evan J. Criddle and Evan Fox-Decent, *supra* note 29, pp.337-338; Kirsten Schmalenbach, *supra* note 24, paras 7-17; Gordon A. Christenson, *supra* note 27, pp.604-605; Jerzy Sztucki, *supra* note 198, pp.76-89; Richard D. Kearney and Robert E. Dalton, "The Treaty on Treaties," *The American Journal of International Law,* Vol. 64(3) (1970), p.535; Alfred von Verdross, *supra* note 12, p.57 참조. 한편 노예 금지와 관련하여서는, 노예 금지가 19세기 말에서 20세기 초 이미 관습국제법의 지위를 획득했다는 견해를 발견할 수 있으나[Gregory G. A. Tzeutschler, "Corporate Violator : The Alien Tort Liability of Transnational Corporations for Human Fights Abuses Abroad," *Columbia Human Rights Law Review,* Vol. 359 (1999), p.393], 그 설명 자체에서 알 수 있듯이 강행규범의 지위까지 획득했다는 취지는 아니다. 나아가 ICJ Cançado Trindade 재판관은 국가면제 판결에서 "노예노동 금지는 이미 제2차 세계대전 전부터 국제사회에서 법 규범성을 인정받던 상태였다"는 취지로 판시하였으나[*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012),

관한 국제사회의 확인이 존재할 뿐, 이를 넘어 두 강행규범이 국제사회에 출현하였다고까지 보기는 어렵다는 점을 위와 같은 비엔나협약 체결 과정을 통해 알 수 있고, 이는 강행규범에 관한 논의와 연구가 비엔나협약의 성문화 이후 비로소 본격적으로 심화·발전되기 시작한 것으로 파악되는 점에서도 더욱 그러하다.[548] 특히 Erika De Wet 교수는 "1969년 비엔나협약 체결 당시까지만 해도 국제인권법의 발전 상황은 태동기에 불과했다. 그렇기에 당시에는 강행규범에 관한 제대로 된 인식이 있었다고 볼 수 없다. 그러나 그 상황은 비엔나협약 체결 후 크게 바뀌게 되었는데, 여러 인권협약들의 영향으로 고문 금지와 같은 근본 규범들의 보호가 강행규범으로까지 격상되는 상황에 이르게 되었다"고 설명한다.[549]

위와 같은 여러 사정들을 토대로 두 강행규범의 출현 시기를 보다 특정하여 본다면, 아무리 빨라도 1969년 비엔나협약이 체결된 후로서 ICCPR, ICESCR 등의 발효[550]와 함께 국제인권법의 발달이 본격화된 1970년대~1980년대를 가장 이른 시기로 잡을 수 있고,[551] 아무리 늦게 잡더라도 2010년대 초반까지는 출현을 인정할 수 있다고 생각한다.

그중에서도 후자의 시기를 위와 같이 파악한 이유는 국제재판소들이 강행규범을 언급한 시점들 때문이다. Draft Conclusion 제9조[552]나 학

Dissenting Opinion of Judge Trindade, para. 304], 이 또한 노예노동 금지가 당시 이미 강행규범의 지위를 획득했다는 취지까지 포함하는 내용은 아니다.

548) Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.7; Erika De Wet, *supra* note 346, p.103 ('the development of the concept only gained momentum after the adoption of the Vienna Convention in 1969').

549) Erika De Wet, *supra* note 346, p.99.

550) ICCPR, ICESCR의 발효 연도는 모두 1976년이다.

551) 국내 학자들 중에는 노예 금지 강행규범의 출현 시기가 늦어도 비엔나협약 발효시기인 1980년으로 보아야 한다는 견해도 발견할 수 있다(김어진, 정구태, *supra* note 537, p.38).

552) (Draft Conclusion 9)

1. Decisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, are a subsidiary means for determining the

계[553]의 설명에서도 알 수 있는 바와 같이, 국제재판소 판결은 강행규범의 존재·출현에 관한 가장 권위적인 보충 수단으로 작용하는바, 그러한 관점에서 볼 때 2010년대 초반을 기준으로 ICJ를 포함한 대부분의 국제재판소들이 두 강행규범을 판결문에 언급한 이력을 확인할 수 있는 것은, 출현 시기와 관련한 설득력 있는 힌트를 제공하고 있다고 생각한다. 어떤 국제재판소가 특정 강행규범의 존재를 판시하였다면, 그 판결이 나온 시점 이전 해당 강행규범이 이미 출현한 상태라고 인정할 수 있을 것이기에, 이 연장선에서 아무리 늦어도 그 판결이 나온 시점에는 판결에 언급된 강행규범이 출현한 상태라고 인정할 수 있을 것이기 때문이다.

보다 구체적으로 살펴본다. 먼저 ICJ가 강행규범이라는 개념 자체를 정식으로 확인하고 강행규범의 구체적 예로 제노사이드를 명시한 게 2006년에 비로소 이루어졌다.[554] ICJ가 신중한 접근을 하였음을 알 수 있는 대목이다.[555] 그 후 ICJ는 앞서 본 바와 같이 2012년 고문 금지를 강행규범으로 판시함과 아울러, 같은 해 국가면제 판결에서 노예노동 금지나 인도에 반하는 죄 금지가 강행규범이라는 취지로 판시하였다.[556]

---

peremptory character of norms of general international law.

553) Antonio Cassese, "For an Enhanced Role of *Jus Cogens*," in Antonio Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford University Press, 2012), p.164; Thomas Weatherall, *supra* note 4, p.162; Mary Ellen O'Connell, *supra* note 198, p.98 참조. 그중 특히 ICJ 판결이 국제법 해석에 관한 최고 권위를 갖는다는 취지로는, Rosalyn Higgins, *supra* note 294, pp.202-204; James A. Green, *supra* note 74, p.223(n.36).

554) *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), ICJ Judgment* (2006), para. 64; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), ICJ Judgment* (2007), para. 161.

555) ICJ의 조심스러운 접근에 관하여, 이진규, "국제재판에서의 강행규범의 발전 - 국제인권법 및 국제인도법의 적용을 중심으로," 원광법학, 제26권 1호 (2010), p.516; Andrea Bianchi, "Dismantling the Wall: the ICJ's Advisory Opinion and its Likely Impact on International Law," *German Yearbook International Law,* Vol. 47 (2004), pp.383-387; Gordon A. Christenson, *supra* note 27, pp.607-608 참조.

ICJ가 위와 같이 신중한 태도를 보였다면, ICTY, ICTR, SCSL, IACtHR을 포함한 다른 국제재판소들의 태도는 보다 적극적이다. 앞서 본 바와 같이 우리는 위 국제재판소들이 대체로 1990년대나 2000년대 이미 두 강행규범을 포함하여 여러 인권 중심 강행규범을 언급하고, 이를 판결에 반영하고 있음을 확인할 수 있다.[557]

요약하면, 아무리 늦어도 국제재판소들 중 가장 큰 권위를 부여받고 있는 ICJ마저 두 강행규범을 언급한 2010년대 초반에는 두 강행규범이 출현한 상황임을 무리 없이 인정할 수 있다고 생각한다.

이제 두 강행규범의 위와 같은 출현 시기를 청구권협정에 접목시켜 본다. 반복하지만, 이 부분 전제는 청구권협정이 두 강행규범 위반을 원인으로 한 징용・위안부청구권까지 피해자들의 동의 없이 협정 대상으로 포함시킨 부제소 합의 유형의 일괄타결협정이라는 것인바, 그러한 전제에 따르면 청구권협정에 대해서는 비엔나협약 제64조의 무효 법리가 적용될 수 있을 것이다. 이를 좀 더 구체적으로 살펴본다.

정리한 바와 같이 1965년 청구권협정 체결 당시에는 두 강행규범이 출현한 상태라고 볼 수 없으므로, 청구권협정은 두 강행규범의 출현 시기 전까지는 일응 유효한 양국의 약속으로서 '징용・위안부청구권 자체는 실체적으로 소멸하지 않았으나, 한일 양국이 그 법적 권리 행사를 허용하지 않을 의무를 부담하는 상태'가 협정의 효과로 유지되었다고 볼 수 있다. 그리고 위와 같은 의무는 양국의 입법・사법・행정부를 모두 구속하기 때문에,[558] 양국 사법부도 두 강행규범의 출현 전까지는 피해자들의 일본 측을 상대로 한 재판상 청구에 대하여 청구권협정의 부제소

556) 제3장 제5절 2. 가.항~다.항 참조.
557) 제3장 제5절 2. 가.항~라.항 참조.
558) 조약이 조약 당사자국의 입법・사법・행정부를 모두 구속한다는 것은 국제법의 확립된 법리이다.

합의를 이유로 이를 허용해서는 안 될 의무를 부담하는 상태였다고 볼 수 있다. 약속은 지켜져야 하기 때문이다.

그런데 위와 같은 양국의 의무는 두 강행규범의 출현으로 인하여 해제되는 효과가 생긴다.[559] 즉, 청구권협정상 부제소 합의와 충돌하는 두 강행규범이 출현한 시기로서 가장 늦게 잡더라도 2010년대 초반에, 해당 부제소 합의는 앞서 비엔나협약 제64조의 법리에서 알 수 있듯이 그 순간부터 장래적으로 효력을 상실한다. 따라서 양국 사법부는 그때부터는 피해자들의 재판상 청구를 허용해서는 안 될 의무로부터 해방된다. 바로 현재의 상황이다.[560]

요컨대, 일본의 주장과 같이 청구권협정을 부제소 합의 유형의 일괄타결협정으로 전제하더라도, 징용・위안부청구권의 재판상 행사에 대해서는 늦어도 2010년대 초반에 이루어진 부제소 합의의 후발적・장래적

559) 앞서 '제3절 3. 비엔나협약 제64조의 무효' 부분에서 정리한 Draft Conclusion 제10조 제2항, 비엔나협약 제71조 제2항 ⓐ호 참조.

560) 한편 여기서 또 하나의 검토 대상으로 상정할 수 있는 것은, 과연 청구권협정 중 위 부제소 합의 부분만 분리하여 후발적으로 효력을 상실하는지, 아니면 분리 불가로 보아 청구권협정 전체가 후발적으로 효력을 상실하는지 여부이다. 바꾸어 표현하면, 앞서 본 Draft Conclusion 제11조 제2항에서 규정한 분리 가능 상황에 해당하는지 여부이다. 이는 Draft Conclusion 제11조 제2항에 관한 주석의 설명과 같이, 부제소 합의를 담은 청구권협정 제2조의 의미・성격과 다른 청구권협정 규정들과의 관계, 청구권협정의 역사적 체결 과정 전반에 이르기까지 광범위한 영역을 망라하여 검토하여야 하는 작업으로서, 이 글에서 다루기에는 부적절한 측면이 있다. 나아가 이 부분 결론과 관련하여 특별히 검토 필요성을 찾기 어렵다. 왜냐하면, 설령 분리 불가로 보더라도 부제소 합의 부분이 후발적으로 효력을 상실하는 것은 달라지지 않고, 그 연장선에서 해당 부분에 관한 우리나라 사법부의 이행 의무가 해제되는 것 또한 달라지지 않기 때문이다. 즉, 청구권협정 '전체'가 두 강행규범의 출현 시기부터 후발적으로 효력을 상실한 상태로 보더라도, 여전히 징용・위안부청구권의 재판상 행사 가능성 여부에 관해서는 동일한 결론이 적용되기에 검토의 실익은 크지 않다. 이에 이 글에서는 분리 여부에 관한 별도의 분석을 하지는 않는다. 이와 관련, 청구권협정의 체결 과정 및 구체적 협정 내용, 의미 등에 관한 대표적인 소개・분석 자료들로는, 이원덕, 한일 과거사 처리의 원점 (서울대학교 출판부, 1996); 장박진, 미완의 청산 - 한일회담 청구권 교섭의 세부과정 (역사공간, 2014) 참조. 나아가 청구권협정 체결 과정이나 협정을 둘러싼 여러 논의 등에 대한 요약・분석으로는, 신우정, *supra* note 495, pp.3-30 참조.

효력 상실로 인해, 현재로서는 양국 사법부 모두 그러한 부제소 합의의 이행 의무에서 벗어난 상태라는 결론에 이를 수 있다.[561]

제6절 관련 논점들에 대한 검토

1. 개요

지금까지 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 개인의 회복청구권을 협정 대상으로 포함한 일괄타결협정의 효력에 관하여 살펴보았다. 골자는 "어떤 일괄타결협정이 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권을 협정 대상에 포함시킨 것으로 파악될 경우, 피해자들의 동의도 없이 국가들이 체결한 그러한 일괄타결협정은 해당 인권 중심 강행규범과 충돌하는 합의로서 무효(제53조, 제64조 적용)"라는 것이다.

그런데, 만일 일괄타결협정이 체결되기 전에 인권 중심 강행규범 위반 피해자들의 사전 동의가 존재한다면 그 협정의 효력은 어떻게 될까라는 학문적 의문을 가지게 된다. 앞서 정리한 바와 같이 일괄타결협정은 피해자들의 동의 없이 국가끼리 합의만으로 피해자들의 실체적·재판상 청구권을 소멸시키는 것을 본질로 하므로, '피해자들의 동의가 있는 일괄타결협정'이라는 개념 자체가 실무와 어긋나는 가정이기는 하나, 그러한

561) 이와 관련, 청구권협정을 일괄타결협정으로 보는 전제에서, "청구권협정 체결을 통해 모든 것이 최종적으로 끝난 것이기 때문에 비엔나협약 제64조 법리는 적용될 여지가 없다"는 논리도 상정할 수 있을 것이나, ① 청구권협정 제3조가 청구권협정의 해석에 관한 분쟁 해결 절차를 두고 있는 점, ② 협정의 효과로서 양국은 청구권협정에서 완전히 벗어나는 것이라기보다는 비로소 부제소 합의 이행 의무 등 협정상 의무를 부담하는 것인바, 의무 내용들 중 일부가 그 후 출현한 강행규범 내용과 어긋날 때에는 제64조의 적용을 통해 그 의무에서 벗어나는 것이 강행규범 법리에 부합하는 점 등을 고려할 때, 청구권협정에도 비엔나협약 제64조의 법리가 적용될 수 있을 것으로 생각한다.

형태의 협정이 전혀 불가능한 것은 아니라고 보이는 이상, 향후 미래에 나타날 수도 있는 그와 같은 형태의 협정의 효력에 대해서도 검토를 하는 것은 의미가 있다고 생각한다.

다음으로, 국제재판소들 중 '재판청구권 보호' 자체를 강행규범으로 보고 있는 입장을 발견할 수 있는바,[562] 이러한 입장에 의할 때 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권까지 대상으로 포함하고 있는 일괄타결협정의 국제법상 효력은 어떻게 볼 수 있을지에 관한 학문적 접근도 의미가 있다고 생각한다.

마지막으로, 일괄타결협정의 대상에는 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권은 포함되지 않는다는 해석이 가능할까? 즉, 일괄타결협정의 적용범위 한계로 그러한 청구권은 아예 원천적으로 포함되지 않는 것으로 볼 수는 없을까? 만일 그렇게 접근하면, 일괄타결협정을 무효로 볼 필요 없이 인권 중심 강행규범 위반 피해자들의 회복청구권을 보호할 수 있는 장점이 생길 것이다. 무엇보다도 이를 청구권협정에 적용하게 되면, 청구권협정의 무효성 여부를 따질 필요 없이 협정 대상에 강제징용·위안부 피해자들이 갖는 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지 강행규범 위반을 원인으로 한 징용·위안부청구권은 포함되지 않는다는 이유로, 두 청구권의 재판상 행사가 가능하다는 결론을 얻을 수 있게 된다. 순서대로 살펴본다.

2. 피해자들의 사전 동의가 있는 일괄타결협정의 효력

562) *STL, In the Matter of El Sayed*, Case No. CH/PRES/2010/01, *Order of the President Assigning Matter to Pre-Trial Judge* (2012), para. 29; *Goiburú et. al v. Paraguay, IACtHR, Series C No. 153* (2006), para. 131; IACtHR, Advisory Opinion OC-9/87, Judicial Guarantees in Times of Emergency (1987), paras 23-25 참조.

피해자들의 사전 동의, 즉 일괄타결협정 체결 과정에서 해당 피해자 국민들의 참여 및 동의가 존재한다면 어떻게 될까? 일괄타결협정의 원래 모습은 아니나, 상정 불가능한 형태는 아닐 것이다. 예를 들어 어떤 일괄타결협정이 배상액을 산정함에 있어 피해자들의 참여권을 보장하고, 전체 피해자 규모를 산정하기 위해 실제 피해 여부나 그 정도 등에 관한 면밀한 심사를 거치는 방식을 채용함으로써, 피해자들로부터 '실체·재판상 청구를 소멸시키는 것'에 관한 사전 동의를 얻었을 경우의 상황이다.

생각건대, 만일 강행규범의 이탈 불가성 법리를 엄격하게 적용한다면, 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권을 포기시키거나 그 재판청구권을 행사하지 못하도록 하는 합의는 피해자들의 동의나 참여 여부에도 불구하고 어떠한 경우에도 무효라고 보는 입장이 만들어질 여지는 있다. 그러나 한편, 해당 청구권은 개인의 청구권이라는 성질이 있다. 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 하나, 그와 아울러 개인이 처분의 자유를 갖는 재산권이라는 성질도 함께 가지고 있는 것이다. 나아가 어떤 일괄타결협정에 피해자들의 참여와 동의가 있다면, 그 일괄타결협정은 '가해국으로부터 받을 돈을 국적국으로부터 대신 받겠다'는 피해자들의 의사가 포함되어 있는 것이므로, 권리의 포기가 아닌 '권리 행사 대상의 변경'으로 법률관계를 구성할 수 있다. 마치 우리 민법상 '채권자(피해자)·채무자(가해국)·인수인(피해자 국적국) 사이의 3면 계약에 의한 면책적 채무인수'와 유사한 구조[563]가 된다고 볼 수 있을 것이다.

위와 같이 회복청구권이 개인적 재산권의 성질을 갖는 점이나 일괄타결협정에 대한 사전 동의는 실체상·재판상 청구권의 포기가 아닌 청구 상대방의 변경만을 승인한 것으로 해석할 수 있는 점 등을 고려할

563) 채권자·채무자·인수인 3면 계약에 의한 면책적 채무인수의 요건이나 효과에 관해서는, 김형배 외, *supra* note 528, pp.1,081-1,086 참조.

때, 사전 동의가 있는 일괄타결협정은 강행규범의 이탈 불가성 등과 충돌하지 않는다고 봄이 타당하다. 그리고 위 논리는 일괄타결협정과 관련하여 나름의 방향을 제시한다고 생각한다. 즉, 피해자들의 참여만 있다면 일괄타결협정의 적법성 문제는 자연스럽게 해결될 것으로 예상한다.[564]

한편, 만일 피해자임에도 일괄타결협정 체결 당시 조사가 제대로 이루어지지 않거나 신고가 이루어지지 않아 협정 대상에서 제외된 경우는 어떻게 될까? 이 경우 해당 피해자는 국적국을 상대로 누락을 이유로 보상 등을 청구할 수 있을 뿐 해당 일괄타결협정의 무효를 주장할 수는 없다고 봄이 타당하다. 정리한 바와 같이, 피해자들의 동의와 참여가 있는 일괄타결협정은 어디까지나 국적국의 공식적인 확인을 거친 권리 주체들의 동의를 얻어 회복 의무 주체를 가해국에서 국적국으로 변경한 합의일 뿐 무효의 합의는 아니므로, 고의적이 아닌 일부 누락이 있다고 하여 그 유효성을 부정할 수는 없기 때문이다. 결국 이때에는 일부 누락의 책임이 국적국 정부에게 있는지 피해자라고 주장하는 사람에게 있는지 등 여러 요소를 고려하여 국적국과 피해자 사이에 해결될 문제일 뿐, 일괄타결협정의 무효에 이르는 사유는 될 수 없다고 봄이 타당하다.

3. 재판청구권 보호를 강행규범으로 보는 시각과 일괄타결협정

개요 부분에서 간단히 언급한 바와 같이 재판청구권 보호 자체를 강

564) 이와 관련, 2006년 ILC의 외교적 보호에 관한 초안(Draft Articles on Diplomatic Protection) 제19조는 'recommended practice'라는 제목 아래 "외교적 보호권을 행사하려는 국가는 외교적 보호권 행사에 관한 피해자들의 입장을 사전에 고려하여야 한다"는 취지로 규정한다. 물론 일괄타결협정의 통상 모습은 정리한 바와 같이 피해자들의 참여 없이 국가들끼리 합의를 통한 협정 방식을 의미한다는 점에서 위 초안 규정이 일괄타결협정까지 고려한 규정은 아니라고 보이나, 피해자 참여 형태의 일괄타결협정에 관한 필자 주장과 방향을 같이 하는 내용이 될 수 있을 것이다.

행규범으로 보는 일부 국제재판소 판결들이 존재하는바, 만일 그와 같은 입장을 채택한다면, 일괄타결협정은 비엔나협약 제53조, 제64조의 적용을 더욱 면하기 어렵게 될 것으로 보인다. 재판청구권 보호 자체를 강행규범으로 볼 경우, 일괄타결협정의 핵심이 피해자들의 동의 없이 그 실체적 권리나 재판상 권리를 소멸시키는 것인 이상, 해당 재판청구권의 발생 원인이 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 하든 그렇지 않든 상관없이 그 자체로 '재판청구권 보호라는 강행규범과 충돌하는 조약'이 될 것이기 때문이다.

하지만, 재판청구권 보호 규범의 강행성이 현재 국제사회에 의하여 수락·인정된 상태라고 보기에는 이를 뒷받침할 증거나 보충 수단이 부족한 실정이고,[565] ICCPR도 재판청구권을 제4조의 'non-derogable rights'에 포함시키고 있지는 않다.[566] 이를 종합할 때 재판청구권 보호 자체를 강행규범으로까지 인정하는 것은 현재로서는 무리가 있다고 보이나, 위와 같은 규범이 향후 강행규범으로 출현할 가능성은 충분히 있고, 그러한 경우 일괄타결협정 방식은 더욱 그 국제법상 위법성으로 인해 설 자리를 잃게 될 것으로 예상한다.

4. 일괄타결협정이 적용되는 청구권 범위에 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권은 제외한다는 해석의 가능성

565) Stefan Talmon, *supra* note 154, p.987; Pierr d'Argent and Pauline Lesaffre, "Immunities and *Jus Cogens* Violations," in T. Ruys, N. Angelet, L. Ferro (eds.), *Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge University Press, 2019), p.632(n.161) 참조.

566) 참고로 재판청구권 보호는 ICCPR 제14조에 규정되어 있다. 이와 관련, "ICCPR의 non-derogable rights 규정이 인권 중심 강행규범의 범위를 정하는 데 유용한 기준이 될 수 있다"는 취지로는, *Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T* (1998), para. 144; Robert Kolb, *supra* note 1, p.80 참조.

일괄타결협정이 해결하고자 하는 핵심 적용 대상에 해당할 뿐만 아니라 일괄타결협정인지 여부를 가늠하는 척도가 되는 '모든 청구권'이라는 용어가 협정 안에 존재함에도, 그 내용 안에 '인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권'은 포함되지 않는다고 보는 해석은 조약 문언에 부합하지 않는 측면이 있다.

그러나 한편, 조약을 해석함에 있어 문언에만 입각한 해석이 항상 유일한 정답이라고 볼 수는 없을 것이다. 조약의 해석에 관하여 문언의 통상적 의미를 파악하는 데 중점을 두는 '문언주의 입장(textual school)' 외에도, 조약 당사국의 의사를 고려하는 '의사주의 입장(intentional school)', 변화하는 현실 세계를 반영하도록 조약의 대상과 목적을 고려하여 유연한 해석을 강조하는 '목적주의 입장(teleological school)'이 함께 존재하는 점만 고려하더라도 그러하고,[567] 관습국제법을 반영한[568] 비엔나협약 제31조도 문언주의 입장을 원칙으로 하면서도, 위 세 가지 입장을 조화하여 해석하여야 한다는 취지임을 알 수 있기 때문이다.[569]

제31조(해석의 일반규칙)

1. 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문언에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다(A Treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the

567) 위 세 가지 입장에 대한 소개 및 장단점에 관해서는, 정인섭, *supra* note 110, pp.322-323 참조.

568) *Ibid.*, p.336 ('현재 국제사회에서는 해석에 관한 비엔나협약의 내용을 관습국제법의 표현으로 간주하는 데 별다른 반대가 없다'); *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), ICJ Judgment* (1994), para. 41.

569) 정인섭, *supra* note 110, p.328 ['비엔나협약의 이 조항은 해석에 관한 3대 입장을 가급적 조화시키려고 노력한 결과이다. 그러면서도 협약은 조심스럽게 조약 문언의 통상적 의미(ordinary meaning)를 해석의 출발점으로 제시하고 있다'].

treaty in their context and in the light of its object and purpose).

2. 조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 다음의 것을 포함한다.
   (a) 조약의 체결에 관련하여 모든 당사국간에 이루어진 그 조약에 관한 합의
3. 문맥과 함께 다음의 것이 참작되어야 한다.
   (c) 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙(any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties).

이와 관련, 위 제31조 문언 중 특히 목적주의 입장이 반영되었다고 볼 수 있는 '당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙(any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties, 제31조 제3항 (c)호)'에 주목한다. 왜냐하면, 국제법의 파편화를 막고 국제법 체제 전반과 조화를 이루기 위해 조약을 해석함에 있어서 관련 국제법 규칙을 반드시 참작하여야 한다는 의미를 담고 있는 위 조항에 비추어 볼 때,[570] 일괄타결협정의 '모든 청구권' 해석에 있어서도 강행규범 법리를 참작하여야 한다는 합목적적 결론이 도출될 수 있기 때문이다. 즉, 일괄타결협정의 해석에 있어 강행규범은 위 조항의 '국제법의 관계규칙'에 해당한다는 논리가 가능해 보인다.

먼저, 강행규범이 위 조항의 '국제법'에 포함됨은 의문의 여지가 없다.[571] 다음으로 '관계규칙' 여부와 관련하여서도, 일괄타결협정이 핵심

570) 박현석, "조약 해석상 '국제법의 관련 규칙'의 참작," 국제법학회논총, 제54권 3호 (2009), pp.192-193, 205; 정인섭, *supra* note 110, p.330.

571) 위 조항에서의 '국제법'에 국제법의 연원인 조약, 관습국제법, 법의 일반원칙이 모두 포함된다는 설명으로는, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law—Report of*

내용으로 개인의 회복청구권을 다루고,[572] 그 특성상 인권 중심 강행규범과 접점을 가질 수밖에 없는 점, 강행규범이 이탈 불가성·보편성·규범 우월성으로 인해 하위 규범인 조약의 해석 지침이 될 수 있다고 보는 것이 규범 체계적 관점에서도 타당한 점 등에 비추어, 강행규범 법리, 그중에서도 인권 중심 강행규범과 관련한 법리는 일괄타결협정 당사국들 사이의 관계에서도 항상 적용될 필요가 있는 관련성을 가지고 있다고 생각한다. 이와 관련, Draft Conclusion도 "강행규범은 조약과 관련하여 그 해석에 반드시 참작되어야 하는 비엔나협약 제31조 제3항 (c)호의 관계규칙"이라는 취지로 설명한다.[573]

다만 여기서 자연스럽게 생기는 의문은, 위 조항에서 말하는 '국제법의 관계규칙'이 조약 성립 당시 이미 존재하는 것이어야 하는지, 아니면 조약의 해석에 관한 다툼이 발생할 당시 존재하면 족한지에 관한 것이다. 전자인지 후자인지에 따라 인권 중심 강행규범 법리가 일괄타결협정과 관련하여 관계규칙이 될 수 있는지 여부가 달라질 것이기에 살필 필요가 있다. 즉, 전자로 보면 관계규칙이 될 수 없는 경우도 생길 것이나, 후자로 보면 언제나 관계규칙이 될 수 있을 것이기에 짚고 넘어갈 이유가 있다. 아쉽게도, 이에 관해 위 조항은 아무런 단서도 제공하지 않는다. 결국 현재까지도 위 조항만 가지고는 어느 쪽이 타당한지 불분명한 상황이나, 아래와 같은 몇 가지 사정들을 종합할 때 후자로 보는 것이 보다 타당하다고 생각한다.

---

the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682 (April 13 2006) (finalized by Martti Koskenniemi), para. 426; 박현석, *supra* note 570, p.207 참조.

572) 이근관, *supra* note 423, p.199; 박배근, *supra* note 495, p.58 ('개인 보상문제를 처리하기 위한 일괄보상협정이 체결된 사례는 다수 있으며, 이들 일괄보상협정은 개인의 재산권이나 청구권의 소멸을 전제하지 않으면 법적 의미가 없는 것이다').

573) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.199, para. 4 참조.

첫째, 위 조항의 성안 과정 초기에 삽입되었던 '체결 당시 유효한'이라는 문구가 조약의 해석에 대한 국제법 발전의 흐름을 반영하지 못하게 될 우려가 있다는 ILC의 판단에 따라 삭제되어 현재와 같이 규정되었다는 사실이다.[574] 즉, 위 문구와 관련하여 처음에는 "조약은 작성 당시 유효한 법에 의하여 해석되어야 한다"로 제안되었다가, "조약 체결 시에 유효하였던 일반 국제법 규칙에 비추어"로 변형되었지만, 위와 같은 문제점 인식 때문에 최종적으로는 삭제되었음을 확인할 수 있다.[575]

둘째, ICJ의 태도이다. ICJ는 1971년 나미비아 사건의 권고의견에서 "조약의 해석은 국제법 발전에 영향을 받는다. 조약은 해석 당시 존재하는 지배적인 전체 법 체계 구조 속에서 해석되고 적용되어야 한다"고 밝혔다.[576] 후자의 입장을 지지하는 판시로 볼 수밖에 없는 내용이다. 나아가 ICJ가 2003년 미국-이란 사이의 Oil Platform 사건[577]에서 판시한 내용도 참작할 필요가 있다. 이란-이라크 전쟁 당시 미국 해군은 이란의 석유 굴착용 Platform 3개를 파괴하였는데, 이란은 미국의 행동이 양국 사이에 체결된 1955년 영사우호조약상 무력행사 금지 원칙을 위반하였다고 주장하면서 미국을 ICJ에 제소하였다. 미국은 이에 대하여 같은 협정 제20조 (1)항 (d)호에 규정된 '필요한 조치'라고 주장하였다.

ICJ는, 위 협정 제20조 (1)항 (d)호에 규정된 '필요한 조치'를 해석함에 있어 비엔나협약 제31조 제3항 (c)호의 '국제법의 관계규칙'을 참작하여야 한다고 전제하면서 국제법상 무력 사용과 자위권 법리를 참작하였

574) 박배근, "국제법상 시제법의 이론과 실제," 국제법학회논총, 제53권 1호 (2008), pp.25-26.
575) *Ibid.*
576) *Legal Consequences for States of the Continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ Advisory Opinion* (1971), para. 53.
577) *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Judgment* (2003).

고,[578] 결국 '필요한 조치'도 자위권 법리의 범위 안에서 행사되어야 한다고 해석하였다. ICJ가 위와 같은 판시를 하면서 '국제법의 관계규칙'이 조약 체결 당시 존재하여야 하는지 여부에 관하여 명시적으로 판단하지는 않았지만, 자위권 법리의 역사적 발전 과정이나 1955년 조약을 다룬 해당 판결의 전체적 맥락 등을 종합하면, 위 판결은 적어도 조약 성립 당시뿐만 아니라 재판 당시 존재하는 국제법 관계규칙을 참작하여 조약을 해석할 수도 있다는 입장으로 이해된다.

셋째, ILC도 그 권위를 인정하고 있는[579] 세계국제법학회(Institute of International Law)의 1975년 결의[580] 내용 본문 제4항에서 "조약의 해석은 적용 당시 당사자 국가들 사이에 적용되는 국제법의 모든 관련 규칙을 고려하여야 한다"는 문구가 기재되어 있는 점이다.[581] 위 문구 또한 누가 보더라도 후자의 입장에 부합하는 내용이다.

이러한 사정들을 종합하면, 위 조항의 '국제법의 관계규칙'은 조약의 해석이 문제될 당시 존재하면 족하다는 후자의 입장이 보다 더 설득력을 갖는다고 생각한다. 따라서 위 문구의 시적 적용 범위 문제와 관련하여서도, 현재 강행규범 법리는 일괄타결협정의 해석과 관련하여 언제나 참작되어야 하는 '국제법의 관계규칙'으로 볼 수 있을 것이다.

위와 같이 일괄타결협정상 '모든 청구권'의 해석에 강행규범 법리를

578) *Ibid.*, paras 41-44 ('the legality of the action taken by the United States has to be judged by reference to Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty, in the light of international law on the use of force in self-defence').

579) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.173, para. 6; ILC, Report on the work of the 70th session (2018), p.151, para. 5.

580) The Intertemporal Problem in Public International Law (Eleventh Commission), Institut de Droit International, Resolution adopted at its Wiesbaden Session (1975).

581) *Ibid.*, Article 4 ('Any interpretation of a treaty must take into account all relevant rules of international law which apply between parties at the time of application').

참작하여야 한다는 것은, 모든 청구권의 범위에 관한 해석에 있어 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 청구권은 배제시킨다는 실천적 의미를 갖게 된다. 그리고 그와 같은 해석의 가능성은 SCSL이 아래와 같이 이미 제시한 바 있다.

> There is support for the statement that there is a crystallised international norm to the effect that a government cannot grant amnesty for serious crimes under international law. Under international law, States are under a duty to prosecute crimes whose prohibition has the status of *jus cogens*. It is for this reason that the Special Representative of the United Nations Secretary-General asserted the UN's understanding of Article IX of the Lomé Agreement as excluding the international crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and other serious violations of international humanitarian law[현재 국제법상 어떤 정부도 국제법상 중대 범죄를 저지른 사람들에 대한 사면(赦免)을 해서는 안 된다는 법리가 존재한다. 이는 모든 국가들이 강행규범 위반 범죄에 대한 기소 의무를 갖는다는 국제법 법리와 연결되는바, 이 연장선에서 UN 특별 보좌관은 UN의 입장, 즉 Lomé Agreement 사면 조항의 적용 범위에 제노사이드범죄, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄를 포함한 국제인도법의 중대한 위반 범죄는 제외되는 것으로 해석하는 입장을 공식적으로 확인하였다].[582]

위 판시사항에 언급된 Lomé Agreement는 1990년대 시에라리온 내

582) *Prosecutor v. Gbao, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone, SCSL-04-15-PT-141*, paras 9-10.

전 당사자들 사이에 이루어진 내전 종식을 위한 일종의 평화협정으로서 제9조에 관련 범죄자들에 대한 사면을 규정하고 있다. SCSL은 어떤 국가도 강행규범 위반 범죄를 사면 대상으로 삼을 수 없음을 전제로, 위 협정 제9조는 사면의 대상에서 제노사이드, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄를 포함한 국제인도법의 심각한 위반을 내용으로 하는 강행규범 위반 범죄는 제외시킨 것이라고 해석한 UN 입장을 지지하고 있고, 그러한 판단 아래 해당 사건의 피고인 Augustine Gbao의 사면 주장을 배척하였다.[583] Gbao가 강행규범 위반 범죄를 저질렀다는 이유에서다.

위 SCSL의 판시 내용은 일괄타결협정의 해석에 있어서도 지침을 제공할 수 있다. 즉, 사면 조항 문언상으로는 그 범위에 아무런 제한이 없음에도, 위와 같이 '강행규범 위반 범죄'에 대한 사면은 제외되는 것으로 합목적적 관점에서 축소 해석을 함으로써, 해당 사면 조항의 유효성을 유지하면서 강행규범 위반 범죄자들에 대한 처벌이 가능하도록 하는 방식을 채용한 것인바, 이는 일괄타결협정 대상인 청구권의 범위에 관한 해석에 있어서도 유용하게 유추 적용될 수 있다고 생각한다.

나아가 Anne Lagerwall 교수의 견해도 위 논리의 설득력을 뒷받침한다. 일괄타결협정에 관한 것은 아니지만, 그녀는 "어떤 조약이 'any necessary measures to prevent the perpetuation of terrorist attacks(테러 공격을 막기 위한 모든 필요한 수단)' 문구를 포함하고 있을 경우, 비엔나협약 제31조 제3항 (c)호에 의할 때 'any necessary measures'에 고문 행위는 포함되지 않는다는 해석만이 가능하다"고 설명한다.[584] 즉, 고문 금지 강행규범이 비엔나협약 제31조 제3항 (c)호의 국제법 관계규칙으

583) 이러한 판단은 해당 사건의 검사가 주장한 내용이기도 하다(*Ibid.*, para. 2).

584) Anne Lagerwall, *supra* note 72, pp.1,475-1,476 ("the terms 'any necessary measures' must be interpreted as excluding the possibility of having recourse to acts of torture in view of their prohibition in general international law").

로서, ‘any necessary measures’의 해석에 참작되어야 한다는 취지를 밝히고 있다.

요약하면, 일괄타결협정상 ‘모든 청구권’에 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권은 포함되지 않는 것으로 해석하는 것은 문언주의 입장에서 볼 때에는 받아들이기 어려운 접근 방법이 될 것이나, ① 비엔나협약 제31조가 문언주의 입장을 원칙으로 하면서도 의사주의, 목적주의 입장까지 함께 고려하라는 취지인 점, ② 특히 비엔나협약 제31조 제3항 (c)호에서 ‘국제법의 관계규칙’을 참작하라는 것은 위 세 가지 입장 중 목적주의 입장을 반영한 것으로 이해되고, 일괄타결협정의 해석과 관련하여 강행규범은 ‘국제법의 관계규칙’으로 봄이 타당한 점, ③ 그 구체적·실천적인 의미는 SCSL의 판시나 Anne Lagerwall 교수의 설명에서도 유추할 수 있는 바와 같이, 일괄타결협정의 대상에 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권은 포함하지 않는 방향으로의 해석이 될 것인 점 등을 종합할 때, 만일 어떤 조약이 일괄타결협정의 형식과 내용을 가지고 문언상 ‘모든 청구권’을 대상으로 하고 있더라도, 그 조약에서 규율하는 청구권에는 ‘인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권’은 포함되지 않는다는 축소 해석 방법도 고려해볼 수 있다고 생각한다.

그리고 위 논리는, 앞서 개요에서 밝혔듯이 바로 청구권협정의 해석에 그대로 적용될 수 있다. 즉, 청구권협정을 후발적 무효로 보지 않고도, 강제징용·위안부 피해자들의 회복청구권은 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지의 두 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한다는 점에서 청구권협정의 대상에 포함되지 않는다는 해석을 가능하게 한다. 우리가 일본의 현재 주장에 대하여 취할 수 있는 또 하나의 국제법상 대응논리가 될 수 있을 것이다.

나아가 이 논리는 우리 대법원의 “일본의 국가권력이 관여한 반인도적 불법행위나 식민지배와 직결된 불법행위로 인한 손해배상청구권은 청구권협정의 적용대상에서 제외되었다”는 취지의 판시[585]와 결론에 있어서 동일하다는 특징도 있다. 물론 대법원은 강행규범과 일괄타결협정의 효력 관점에서 접근한 것이 아니라, 청구권협정의 역사적 체결 과정 등을 종합한 사실관계 분석을 통하여 위와 같은 결론에 이른 것이지만,[586] 필자의 위 논리는 법리적 관점에서 보더라도 우리 대법원 판단이 타당함을 뒷받침할 수 있다.

585) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결 pp.13-18.
586) *Ibid.*

제5장 강행규범과 국가면제

제1절 개요

국가면제[587]란, 서론에서 밝힌 바와 같이 어느 국가가 다른 국가의 법원에서 재판권의 행사 대상이 될 수 없다는 법리를 의미한다.[588]

이는 모든 국가가 서로 평등한 지위에서 다른 국가의 국가주권을 존중하여야 한다는 의미를 담은 주권평등 원칙에서 비롯된 법리로 이해할 수 있는바,[589] 다음과 같은 ECtHR의 관련 판시 내용에서 국가면제 법리의 성격 및 생성 근거를 확인할 수 있다.

---

587) 우리말로는 '주권면제', '관할권 면제'로 불리기도 하고, 영어로는 'Jurisdictional Immunity of the State', 'Sovereign Immunity'로 표현되기도 한다.

588) 국제법상 '면제(immunity)'에는 여기에서 다루는 국가면제 외에 (1) Immunity *ratione personae*(인적 면제), (2) Immunity *ratione materiae*(물적 면제) 개념도 있다. 국가면제는 어떤 국가가 다른 국가의 재판권 행사 대상이 되는가의 문제인 반면에, 인적 면제, 물적 면제는 어떤 개인이 국적국이 아닌 다른 국가의 재판권 행사 대상이 되는가의 문제라는 점에서 차이가 있다. 여기서 인적 면제(Immunity *ratione personae*)는 국가 원수, 국왕, 외무부장관 등 중요 지위에 있는 사람 등에게 부여되는 면제로서 재임·재직 중에만 인정되고, 공적·사적 활동을 가리지 않고 인정되나, 기능적 면제(functional immunity)로도 불리는 물적 면제(Immunity *ratione materiae*)는 개인이 국가의 위임을 받아 한 공적 행동(official act)에 한하여 인정되고, 지위의 고하나 공무원인지 여부를 막론하며, 재임·재직 중이 아니라도 인정된다. 인적·물적 면제의 개념이나 강행규범과의 관계 등에 관한 자세한 소개는, 최태현, *supra* note 6, pp.14-19, 24-34; Dapo Akande and Sangeeta Shah, *supra* note 418, pp.818-852; Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.285-319; Elizabeth Helen Franey, "Immunity from the criminal jurisdiction of national courts," in Alexander Orakhelashvili (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law* (Edward Elgar Publishing, 2015), pp.205-252; Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, pp.24-33 참조.

589) 최태현, *supra* note 6, p.15 ; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 57 ('It derives from the principle of sovereign equality of States'); Ian Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments," *Recueil Des Cours,* Vol. 167 (1980), p.198.

[S]overeign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State. The grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty[국가면제는 주권평등 원칙에서 비롯된 국제법 개념으로서, 어떤 국가든 외국의 법정에서 재판권의 행사 대상이 될 수 없음을 의미한다. 민사소송 절차에서 부여되는 이러한 국가면제는 각 국가의 주권에 대한 존중을 통해 국가들 간의 예양과 우호적인 관계를 지향한다].[590]

이와 관련, ICJ는 국가면제 판결에서 위와 같은 내용의 국가면제가 국제법 규범으로서 단순한 예양의 문제가 아닌 "모든 국가의 국제법상 권리이자 의무"라고 명시하였다.

[T]here is a right to immunity under international law, together with a corresponding obligation on the part of other States to respect and give effect to that immunity[국제법상 모든 국가들은 국가면제에 관한 권리가 있고, 그 연장선에서 모든 국가들은 국가면제를 존중하고 그 효력을 부여할 의무가 있다].[591]

국가면제 법리와 관련하여 지금까지 ILC, 학계 및 실무 등에서 계속

590) *Jones and others v. United Kingdom, ECtHR, Nos. 34356/06 & 40528/06* (2014), para. 188.

591) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 56.

적인 관심의 대상이 되어 온 것은 바로 강행규범과의 관계이다.[592] 예를 들어 강행규범의 규범 우월성이 국가면제 법리에도 적용될 수 있는지, 만일 적용되지 않는다면 그 근거는 무엇인지 등 현재까지 이에 관하여 많은 연구와 논의가 축적되어 온 상황임을 확인할 수 있다.

먼저 제2절에서 보게 될 ICJ의 국가면제 판결은 현재 위 주제와 관련한 이 분야의 대표 판결인바,[593] 제2절, 제3절에서는 위와 같은 상징성과 학술적 가치를 갖는 국가면제 판결을 중심으로 강행규범과 국가면제의 관계를 다각도로 분석하였다.[594]

다음으로 제4절에서는 위와 같은 분석을 토대로 서울중앙지방법원의 두 위안부 판결에 대하여 살펴보았다. 두 판결은 원고들만 다를 뿐 위안부 피해자들이 일본 정부를 상대로 제기한 사실상 동일한 구조의 사안들

---

592) 이성덕, *supra* note 323, p.207 참조.

593) 국가면제와 강행규범의 관계에 관해서는 국가면제 판결 전 이미 ECtHR 등에서 여러 차례 다루어진 적이 있다. 그 대표적 판결이 ECtHR에서 2001년 판결한 '*Al-Adsani v. United Kingdom*' 사건[*Al-Adsani v. United Kingdom*, *ECtHR, No. 35763/97* (2001)]인바, 그 판결에서도 국가면제 판결의 다수의견과 동일하게 국가면제를 인정한 적이 있고, 해당 결론은 ECtHR의 다른 판결들[*Kalogeropoulo et al. v. Greece & Germany*, *ECtHR*, *No. 59021/00* (Judgment, 2002); *McElhinney v. Ireland*, *ECtHR, No. 31253/96* (Judgment, 2001); *Grosz v. France*, *ECtHR, No. 14717.06* (Admissibility Decision, 2009)]이나 상당수 국내법원 판결들[예를 들어 *Princz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (1994); *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, *71 OR (3d) 675* (2004)]에서도 유지되어 왔다.

594) 이 논문은 국가면제 판결을 중심으로 강행규범과 국가면제의 관계에 한정하여 논의를 전개하였고, 따라서 국가면제의 일반적 개념이나 그 역사적 변천과정 등에 관하여 자세히 다루지는 않는다. 이와 관련한 자세한 설명으로는, YbILC, Vol. II, part. 2 (1980), pp.142-157; Hazel Fox QC and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (3rd ed) (Oxford University Press, 2013) pp.25-39(국가면제를 전통적 입장, 제한적 입장, 절차 원칙으로 보는 입장의 세 가지로 나누어 설명하고 있음); 황명준, 국제법 위반의 중대성에 따른 주권면제 부인 가능성, 서울대 박사학위논문 (2017), pp.48-68; Alexander Orakhelashvili, "State immunity from jurisdiction between law, comity, and ideology," in Alexander Orakhelashvili (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law* (Edward Elgar Publishing, 2015), pp.158-164; Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, pp.9-22 참조.

을 대상으로 하는바, 주지하다시피 2021. 1. 8. 선고된 2016가합505092 판결(이하 '2016가합505092 판결'이라 한다)이 일본의 국가면제를 인정하지 않은 데 반하여, 2021. 4. 21. 선고된 2016가합580239 판결(이하 '2016가합580239 판결'이라 한다)에서는 위 판결과 정반대로 일본의 국가면제를 인정하였다. 이 부분에서는 우리나라 판결 역사상 전혀 등장하지 않았던 강행규범 개념을 언급한 판결들이자, 강행규범과 국가면제와 관련한 학술적 가치를 갖는 위 판결들에 대해서도 아울러 정리하고 분석하였다.

마지막으로 제5절에서는 제2절부터 제4절까지 피력한 논리들을 정리하는 성격의 결론적인 내용으로서, 국가면제가 인정되어야 한다는 일본의 주장에 대하여 우리가 취할 수 있는 대응논리를 요약하였다.

제2절 국가면제 판결[595]

1. 페리니의 손해배상 청구

국가면제 판결은 이탈리아 사람 페리니가 제2차 세계대전 중 독일 나치에 의하여 강제이송되어 노예노동을 한 사안을 대상으로 한다.

1930년대 중반부터 나치 독일과 동맹 관계를 유지하였던 파시스트 이탈리아는 1940년 6월에 이르러 추축국의 일원으로 제2차 세계대전에 참전하였으나, 1943년 무솔리니의 실각과 함께 전선에서 조기 이탈하게 되었다. 나치 독일은 이탈리아가 위와 같이 동맹에서 이탈한 무렵인 1943년 10월부터 종전에 이르기까지 북부 이탈리아 지역에서 민간인 학

595) 이 부분은 신우정, *supra* note 495, pp.114-121을 바탕으로, 이탈리아 파기원 판결의 *ILR* 영어 번역본(*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Judgment No. 5044/2004, 11 March 2004, *ILR*, Vol. 128, pp.658-675) 등 이하 각주에 적시한 관련 논문/단행본 자료들을 추가적으로 보충하는 방법으로 작성하였다.

살, 노예노동에 동원하기 위한 민간인 대량 이송 등 수많은 가혹행위를 자행하였다. 페리니는 그러한 노예노동 피해자들 중 1명으로서, 1944년 8월 이탈리아 아레쪼(Arezzo) 지역에서 나치 군대에 붙잡혀 독일로 강제 이송되었고, 그 후 미사일 등 군수물자를 생산하는 독일 공장들에서 1945년 4월까지 노예노동, 강제구금을 당하였음을 이유로, 1998년 아레쪼 법원에 독일 정부를 피고로 하여 강제이송, 강제구금, 노예노동에 따른 물질적・정신적 손해배상을 청구하였다.[596]

2. 이탈리아 법원에서의 소송 경과

제1심인 아레쪼 법원과 제2심인 플로렌스 항소법원은 국가면제를 이유로 페리니의 청구를 받아들이지 않았고, 페리니는 상고하였다.[597]

이에 대하여 파기원(*Corte di Cassazione*)은, 문제되는 나치 독일의 행위는 국제사회의 보편적 가치를 침해하는 심각한 인권 침해 행위로서 국제범죄이자 강행규범 위반에 해당하므로, 규범 간의 서열적 우열관계에 따라 국가면제가 부인됨이 타당하다고 판시하고, 위 항소법원의 판결을 파기하였다.[598]

---

596) *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Judgment No. 5044/2004, 11 March, 2004, *ILR*, Vol. 128, p.661; 황명준, *supra* note 594, pp.107, 111; Anthea Roberts, "Comparative International Law? The role of National Courts in Creating and Enforcing International Law," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60(1) (2011), p.64.

597) *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Judgment No. 5044/2004, 11 March, 2004, *ILR*, Vol. 128, p.659; 이성덕, *supra* note 323, p.223.

598) *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Judgment No. 5044/2004, 11 March, 2004, *ILR*, Vol. 128, pp.669-670, para. 9; 이성덕, *supra* note 323, p.223; Lorna McGregor, "State Immunity and *Jus Cogens*," *International and Contemporary Law Quarterly*, Vol. 55(2) (2006), pp.439-440; Anthea Roberts, *supra* note 596, p.64 참조.

3. 독일의 이탈리아를 상대로 한 ICJ 제소 및 강행규범과 관련한 이탈리아의 주장

위 파기원의 판결을 계기로 이탈리아에서는 위 사건과 유사한 사실관계를 대상으로 하는 많은 소송들이 제기되었고, 이들에 대하여 이탈리아 법원이 위 파기원 판결과 동일한 취지의 판단을 연이어 하게 되자,[599] 독일은 이러한 이탈리아 법원의 태도가 국가면제 법리를 위반한 것이라는 이유로 이탈리아를 ICJ에 제소하였다.[600]

ICJ에서 독일은 이탈리아 법원에서의 일관된 주장과 같이, 이탈리아가 국제법상 독일이 갖는 국가면제 권리를 존중할 국제법상 의무를 위반하였다고 주장하였다.[601] 이에 대하여 이탈리아는 강행규범과 관련하여 위 파기원의 판단과 동일하게 다음과 같이 주장하였다.[602] 즉, 당시 나치

599) Pierr d'Argent and Pauline Lesaffre, *supra* note 565, p.619.

600) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 1; 이성덕, *supra* note 323, p.231.

601) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), paras 15, 16.

602) 이탈리아는 강행규범 관련 주장 외에 두 가지 주장을 아울러 하였다. 첫 번째, "법정지국(이탈리아) 영토 안에서 법정지 국민을 상대로 저질러진 가해국(나치 독일)의 살인, 상해, 재산 손실과 관련한 불법행위에 대해서는 국가면제가 적용되지 않는다는 관습국제법이 있다"는 주장을 하였다(*Ibid.*, para. 62). 두 번째, "이탈리아 법원에서 소송을 제기한 피해자들은 여타의 모든 구제방법으로부터 배제되었기 때문에 이탈리아 법원이 제공하는 구제책이 마지막 구제수단이므로, 이러한 행위에 대해서는 국가면제가 배제되어 피해자의 국적국 법원이 타국에 대하여 관할권을 행사할 수 있다"고 주장하였다(*Ibid.*, paras 80, 98). 이에 대하여 다수의견은, 첫 번째 주장에 관해서는 이탈리아 주장의 관습국제법 존재를 인정할 수 없다는 이유로(*Ibid.*, paras 62-78), 두 번째 주장에 관해서는 "피해자 국적국 법원으로의 제소 외에 구제를 확보할 수 있는 실효적인 대체수단이 없을 경우에는 국가면제를 허용하지 않는다는 관습국제법이나 관련 협약 등은 존재하지 않는다"는 이유로(*Ibid.*, paras 98-103), 모두 받아들이지 아니하였다. 이 글에서는 후술하는 바와 같이 글 전개와 목적상 강행규범과 관련한 이탈리아 주장을 중심으로 다수의견, 반대의견 및 관련 학설들을 소개하고 그 당부를 판단하였으며, 위 두 번째 주장에 관해서도 이익 형량의 관점에서 동의하는 취지를 밝혔으나, 첫 번째 주장 및 그에 대한 다수의견의 입장은 강행규범과 직결되는 내용이 아니어서 이 글의 정합성을 벗어난 영

가 페리니를 비롯한 이탈리아 피해자들에게 저지른 행위는 인도에 반하는 죄 금지 등의 강행규범 위반 행위로서, 강행규범의 규범 우월성에 비추어 강행규범이 아닌 통상 관습국제법인 국가면제 법리는 강행규범과 충돌할 경우 그에 우선할 수 없으므로, 이탈리아 법원은 독일에게 국가면제를 부여할 의무가 없고, 그러한 내용의 관습국제법, 즉 '강행규범 위반 사안에서는 국가면제를 적용하지 않는다'는 관습국제법이 존재한다고 주장하였다.[603]

4. ICJ의 판단

강행규범의 규범 우월성에 기초한 이탈리아의 위와 같은 주장에 대하여, 다수의견은 독일의 행위가 국제범죄로서 강행규범 위반에 해당함을 전제하면서도,[604] 아래와 같이 판시하면서 그 주장을 받아들이지 않았다.

> 각 국내법원에서는 국가면제 대상인지 여부를 본안 전 단계에서 사실 확정 전에 결정할 것이 요구된다.[605] ... 국제인권법이나 국제인도법의 심각한 위반 사안에서는 국가면제가 부인된다는 내용의 관습국제법이 존재하는지 여부에 관하여 살피건대, 이 사건의 대상인 이

역이기에 이 논문에서 더 이상 다루지는 않는다. 한편 이탈리아의 위 첫 번째 주장은 이탈리아 파기원이 규범 우월성 논거와 함께 제시한 다른 논거들 중 하나에 해당한다(*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Judgment No. 5044/2004, 11 March, 2004, *ILR*, Vol. 128, pp.671-673 참조).

603) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), paras 80-81, 92.

604) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), paras 52, 81, 93.

605) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 82.

탈리아 법원들의 판결 외에 그러한 관습국제법을 인정할 만한 국가 관행을 사실상 발견할 수 없다.[606] ... 국가면제 법리는 절차규범의 성격을 갖기에 어떤 국가가 자국 법정에서 다른 국가에 대한 재판권을 행사할 수 있는가의 문제와 관련이 있다. 즉, 국가면제 법리는 그 재판에서 문제되는 법률적 사실이 합법인지 불법인지 여부까지 다루지는 않는다.[607] ... 강행규범은 이탈이 불가능한 규범을 의미하나, 국가면제 법리는 관할권의 범위와 언제 그 관할권이 행사될 수 있는가에 관한 규범으로서, 강행규범의 성질을 갖는 실체규범으로부터의 이탈 상황은 발생할 수 없다. 나아가 강행규범이 그 속성상, 절차규범과의 관계에서 절차규범이 강행규범을 위해 변형되어야 한다거나 적용이 되지 않아야 한다는 성질까지 가지고 있는 것도 아니다.[608]

위와 같이 다수의견은 국가면제가 항상 본안 전 단계에서 사실 심리를 거치기 전 적용 여부가 결정되어야 할 내용인 절차규범임을 전제로, 강행규범과 국가면제 법리는 적용되는 영역이 다르기 때문에 둘 사이에 충돌이 일어날 수 없고, 강행규범 위반 사안에서 국가면제를 부인하는 관습국제법도 존재하지 않음을 이유로, 이탈리아의 이 부분 주장을 받아들이지 않았다.

한편 이러한 다수의견에 대하여, Cançado Trindade 재판관은 다음과 같이 그 논리를 정면으로 비판하였다. 먼저 그는, 제2차 세계대전 당시 독일이 저지른 행위는 최악의 국제범죄(international crimes of the utmost gravity)로서 '심각한 국가 불법행위(*delicta imperii*)'일 뿐이라고

606) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 83.
607) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 93.
608) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 95.

전제하였다.

> [T]hey are unlawful acts, *delicta imperii,* atrocities, international crimes of the utmost gravity, engaging the responsibility of the State and of the individuals that perpetrated them[당시 나치 독일의 행위는 심각한 국가 불법행위이자 잔혹행위이며 최악의 국제범죄로서, 이를 자행한 국가, 개인 모두에게 책임을 부여한다].[609]

Cançado Trindade 재판관은, 다수의견과 달리 강행규범과 국가면제 사이에는 충돌이 존재하고, 다수의견 논리에 따르면 국가면제 사건에서 이루어진 나치의 행동과 같이 심각한 인권 침해와 국제인도법 위반을 내용으로 하는 강행규범 위반의 경우에도 국가면제 법리가 적용되게 되어 강행규범 개념 자체를 아예 무력화하는 결론에 이르게 된다고 지적하였다.[610] 나아가 이러한 강행규범의 무력화는 심각한 인권 침해와 국제인도법 위반의 피해를 입은 당사자들뿐만 아니라 현대 국제법 자체에도 치명적인 피해를 가져온다고 주장하면서, 민간인들에 대한 학살, 민간인들에 대한 강제이송, 노예노동과 같은 국제범죄 행위는 절대적 성질을 갖는 강행규범의 중대한 위반으로서 국가면제가 적용될 여지가 없다고 판시하였다.[611]

그러면서 그는, ICJ가 인권, 국제인도법의 중대한 위반 피해자들로 하여금 합당한 피해 회복을 받지 못하게 내버려두어서는 안 되고, 국가면제가 그러한 상황에까지 적용되도록 만들어진 개념도 아니며, 강행규

609) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Trindade*, para. 290.

610) *Ibid.*, para. 296 ("The fact remains that a conflict does exist, and the Court's reasoning leads to what I perceive as a groundless deconstruction of *jus cogens*, depriving this latter of its effects and legal consequences").

611) *Ibid.*, para. 297.

범의 효과에 의하여 그보다 열위적(劣位的) 지위에 있는 국가면제 적용이 배제됨으로써, 재판의 거부(denial of justice)와 면죄부 제공을 막을 수 있을 것이라고 역설하였다.

> *Jus cogens* stands above the prerogative or privilege of State immunity, with all the consequences that ensue therefrom, thus avoiding denial of justice and impunity[강행규범은 국가면제의 특권·특혜보다 우위에 있고, 그 결과로써 재판의 거부와 면죄부 제공을 막는다].[612]

---

612) *Ibid.*, para. 299. 한편 위와 같은 Cançado Trindade 재판관의 반대의견 외에 Abdulqawi Ahmed Yusuf 재판관과 Ad hoc 재판관인 Giorgio Gaja도 반대의견을 냈다. 먼저 Yusuf 재판관은 강행규범 개념 자체나 두 개념 사이의 충돌 문제에 관한 언급 없이, 국적국 법원에서의 재판절차 진행 외에 다른 구제 수단이 없는 피해자들의 구제 필요성을 강조하였다. 그는 '국가면제가 보호하는 가치'와 '피해자들이 합당한 피해 회복을 받을 권리 및 재판을 받을 권리가 보호하고자 하는 가치' 사이에 이익 형량을 할 필요가 있음을 지적하면서, 이탈리아 법원이 심각한 국제인권법, 국제인도법 위반의 피해를 입고도 달리 보상을 받을 방법이 없는 피해자들에게 재판권을 행사한 것은 이익 형량의 관점에서 결코 국가면제 법리를 위반한 것이 아니고, 국가면제 법리가 그렇게 작용해서도 안 되며, 오히려 그러한 재판권 행사야말로 국제인권법과 국제인도법 준수에 보다 큰 규범적 가치를 부여하고 있는 최근 국제사회의 방향과 일치하는 것으로 평가할 수 있다고 판시하였다(*Ibid.*, *Dissenting Opinion of Judge Yusuf*, paras 28-29, 52-59 참조). 다음으로 Gaja 재판관 역시 강행규범 개념 자체나 두 개념 사이의 충돌 문제에 관한 언급 없이 Yusuf 재판관과 마찬가지로 이익 형량을 강조함과 아울러, "법정지국(이탈리아)에서 법정지 국민을 상대로 이루어진 가해국(나치)의 불법행위에 관하여 국가면제를 인정하는 것이 타당한지 여부에 관해 여러 입장이 존재하고, 특히 그 불법이 강행규범 위반의 정도에 이를 경우 국가면제를 인정하지 않는 입장들이 설득력이 있는 점에서, 다수의견이 그러한 관점들을 외면한 채 이탈리아를 국가면제 의무 위반으로 판단한 것은 잘못이다"는 취지를 밝혔다(*Ibid.*, *Dissenting Opinion of Judge ad hoc Gaja,* paras 10-12). 위와 같은 두 재판관의 반대의견은, 공통적으로 다수의견의 핵심 논리인 이른바 실체규범-절차규범 이분법에 관한 분석이나 비판 없이 다른 관점에서 다수의견의 문제점을 지적하였다는 특징을 갖는다. 앞으로의 논지 전개는 강행규범을 다룬 이 글의 특성상 다수의견 및 그와 명시적 대립을 보인 Cançado Trindade 재판관의 논리를 중심으로 하되, 이익 형량과 관련하여서는 위 두 재판관의 견해들도 참작하였다.

제3절 관련 주장들에 대한 소개 및 검토

1. 개요

국가면제 판결의 다수의견을 요약하면, 이탈리아 법원에서 독일 정부를 피고로 하여 재판한 것은 독일의 국가면제 권리를 침해한 것이라는 이유로, 나치의 강행규범 위반 여부나 페리니의 독일 정부에 대한 배상청구권의 유무와 관계없이 독일의 손을 들어준 것이다. 그리고 그 논거는 정리하였다시피, "① 강행규범과 국가면제 사이에는 충돌이 존재하지 않는다, ② (설령 충돌이 존재한다 하더라도) 심각한 인권 침해와 같은 강행규범 위반 사안에 대해 국가면제를 적용하지 않는다는 내용의 관습국제법은 존재하지 않는다"는 두 가지로 요약할 수 있다.

먼저 ①과 관련하여, 다수의견은 개념상 절차규범인 국가면제와 실체규범인 강행규범은 적용 대상이 서로 다르고,[613] 실무적으로도 국가면제는 본안 전 단계에서 사실 확정 전에 결정되는 반면, 강행규범은 본안 단계에서 실체 심리를 거쳐 위반 여부를 확인할 수 있다[614]는 점에서 충돌이 없다는 논리를 펴고 있다. 다음으로 ②와 관련하여, 2012년 판결 당시를 기준으로 ECtHR이나 각국 법원의 태도 등을 분석한 후 그러한 관습국제법의 존재를 부정하고 있다.[615]

---

613) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 93.

614) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 82.

615) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), paras 83-91 참조. 다수의견은 이 부분에서 판결 당시를 기준으로 그러한 내용의 관습국제법을 인정하는 태도를 취하고 있는 국내법원은 이탈리아 법원뿐이라고 판시하고, 캐나다, 프랑스, 슬로베니아, 뉴질랜드, 폴란드, 영국 판결들을 예로 들면서 관습국제법성을 부정한 국내법원 판결들을 소개하고 있

한편 강행규범과 관련한 Cançado Trindade 재판관의 판시 내용을 요약한다면, 강행규범 위반의 경우 국가면제와 충돌이 발생하기에, 강행규범의 규범 우월성에 비추어 국가면제가 그 한도에서는 적용될 수 없다는 논리 아래 이탈리아의 손을 들어준 것이다.

위와 같이 대립을 보인 두 입장과 관련하여 국가면제 판결 전후[616]를 통해 상당한 학자들의 연구와 논쟁이 진행되어 왔음을 알 수 있다. 여기에서는 각 입장들을 소개·분석하고, 그에 관한 견해를 밝혔다.

2. 다수의견과 결론을 같이 하는 입장

다수의견과 사실상 동일한 논리를 내세우는 내용들이다. 즉, 강행규범이 국제사회의 근본 가치 수호와 관련한 규범이라는 이유만으로 국가면제 등의 절차적 규범이 부인되는 것은 아니고, 국제법상 실체규범과 절차규범은 서로 적용의 국면을 달리하므로 모순·충돌이 일어날 수 없으며, 강행규범 위반이라고 하여 국가면제를 부인하는 관습국제법은 아직까지 존재하지 않는다는 입장들이 존재한다.[617] 그중에서도 이 입장을

다. 나아가 다수의견은 2004년 UN 국가면제협약 성안·체결 과정에서 알 수 있는 국가들의 태도나 ILC 연구결과 등을 종합하더라도 그러한 관습국제법은 인정되지 않으며, ECtHR의 관련 판결들을 언급하면서 ECtHR 또한 일관하여 그러한 관습국제법을 인정하지 않는 태도를 취해오고 있음을 강조하고 있다. 다수의견이 판시한 위와 같은 ECtHR의 태도나 국내법원들의 태도에 관해서는 바로 이어지는 '2. 다수의견과 결론을 같이하는 입장'에서 보다 자세히 다룬다.

616) 앞서 언급한 바와 같이, 국가면제와 강행규범과의 관계에 관해서는 국가면제 판결이 나올 당시 이미 ECtHR을 비롯한 국제재판소들과 국내법원들의 판례 및 학설의 논의가 축적되어 온 상황이었다.

617) 예를 들어, Hazel Fox QC, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 2002), p.525; Michele Potestà, "State Immunity and *Jus Cogens* Violations: The Alien Tort Statute against the Backdrop of the Latest Developments in the 'Law of Nations'," *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 28(2) (2010), p.584; Carlo Focarelli, *supra* note 131, pp.443-459; Dapo Akande and Sangeeta Shah, *supra* note 418, p.834; Emmanuel Voyiakis, "Access to Court v. State

대표하는 주장으로 자주 인용되는 Hazel Fox QC의 설명은 다음과 같다.

> State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court. It does not go to substantive law: it does not contradict a prohibition contained in a *jus cogens* norm but merely diverts any breach of it to a different method of settlement[국가면제는 국내법원의 관할권과 관련한 절차규범이다. 이 법리는 실체규범과 관련이 없고, 따라서 강행규범이 금지하는 내용들과 모순이나 충돌이 발생하지 않는다. 단지 강행규범 위반에 대하여 다른 절차에 의하여 해결하도록 제시하고 있을 뿐이다].[618]

다수의견의 결론은 현재 ECtHR이나 동일한 쟁점을 다룬 국내법원들의 주류적 입장이기도 하다.[619] 먼저 ECtHR은 Al-Adsani 사건[620]에

Immunity," International & Comparative Law Quarterly, Vol. 52(2) (2003), p.321; Andreas Zimmermann, "Sovereign Immunity and Violations of International *Jus Cogens* - Some Critical Remarks," *Michigan Journal of International Law*, Vol. 16(2) (1995), p.438; Stefan Talmon, *supra* note 154, pp.986-1,002; Pierr d'Argent and Pauline Lesaffre, *supra* note 565, p.632; Rebecca Zaman, "Playing the Ace? *Jus Cogens* Crimes and Functional Immunity in National Courts," *Australian International Law Journal*, Vol. 17 (2010), p.77; Erika De Wet, *supra* note 346, p.107 등 참조.

618) Hazel Fox QC, *supra* note 617, p.525.

619) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), paras 83-85, 87, 90; *Jones and others v. United Kingdom, ECtHR, Nos. 34356/06 & 40528/06* (2014), paras 112-149 참조. 참고로 다수의견은 강행규범 위반 시 국가면제 배제 여부에 관한 여러 국제/국내재판소들의 입장을 소개하고 있고, 결국 국가면제 사건과 관련한 이탈리아 법원 판결과 Distomo 사건과 관련한 그리스 법원의 판결(*infra* note 629 참조)만이 국가면제를 배제하고 있을 뿐, 동일한 쟁점에 관해 판단한 그리스 법원의 후속 판결(Margellos 판결)을 포함한 많은 국내판결들과 ECtHR의 모든 관련 판결들이 강행규범 위반 여부와 상관없이 국가면제를 인정하고 있음을 확인하고 있다.

620) Al-adsani는 영국과 쿠웨이트의 2중 국적자이다. 그는 쿠웨이트에 머물 당시 쿠웨이트 정부에 의하여 고문 등의 가혹행위를 당하였다고 주장하면서 영국 법원에 쿠웨이트 정부를 상대로 손해배상 소송을 제기하였으나, 영국 법원은 쿠웨이트 정부

서 “고문 금지의 강행규범적 성격을 감안하더라도, 그러한 위반과 관련하여 국가면제가 적용되지 않는다는 확립된 국제법상 근거를 찾을 수는 없다”고 판시하였다.

> [T]he prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm. . . . Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged[고문 금지는 현재 강행규범에 해당한다. 하지만 그러한 고문 금지 규범의 특성에도 불구하고, 어떤 국가가 고문을 자행하였다는 이유로 국가면제 권리를 더 이상 향유할 수 없다는 내용이 현재 국제법의 지위에 있다고 볼 만한 어떠한 확실한 근거도 찾을 수 없다].[621]

ECtHR의 위 판시 법리는 그 후 현재까지 ECtHR의 같은 쟁점 사건들과 관련하여 일관되게 유지되고 있고,[622] 미국,[623] 캐나다[624] 등 상당

의 국가면제를 인정하였다. 이에 Al-adsani가 ECtHR에 공정한 재판을 받을 권리를 침해당하였다고 주장하면서 소를 제기한 사안이다. 이에 관한 보다 자세한 설명으로는, 최태현, *supra* note 6, pp.20-23; 이성덕, *supra* note 323, pp.213-215; Alexander Orakhelashvili, “State Immunity and International Public Order,” *German Yearbook of International Law*, Vol. 43 (2002), pp.229-267 참조.

621) *Al-Adsani v. United Kingdom, ECtHR, No. 35763/97* (2001), para. 61.

622) Al-Adsani 외 해당 쟁점과 관련한 ECtHR의 대표적 사건으로 취급되는 것으로는, *Jones and others v. United Kingdom, ECtHR, Nos. 34356/06 & 40528/06* (2014), paras. 196-198 참조. ‘Jones 사건’도 위 Al-adsani 사건과 매우 유사하다. 해당 사건의 원고 4명 중 1명인 영국 국적의 Jones는 2001년경 사우디아라비아에서 살던 중 인근의 폭탄 폭발로 가벼운 부상을 입고 병원에 입원하였는데, 다음날 사우디아라비아 요원에게 강제로 끌려가 67일 동안 감금당하면서 고문과 신체적

수 국내법원들도 마찬가지 판단을 하고 있음을 확인할 수 있다. 그중에서도 폴란드 대법원의 Natoniewski 사건에 관한 2010년 판결 내용은 국가면제 판결과 같이 제2차 세계대전 중 나치에 의하여 자행된 인도에 반하는 죄 등 인권 중심 강행규범 위반 사안을 다루고 있는데, 폴란드 대법원은 해당 원고인 Natoniewski가 인도에 반하는 죄 등 심각한 인권 침해의 피해를 입은 것은 인정하면서도, 아래와 같이 판시하면서 독일의 국가면제를 인정하였다.[625]

A global perspective on the judgments and doctrine discussed above, that serve to reproduce the contents of the current customary norms of international law in the field of State

---

학대를 당하였음을 이유로, 사우디아라비아와 관련자들을 영국 법원에 제소하였다. 그리고 나머지 원고 3명도 비슷한 시기에 사우디아라비아 당국에 의하여 조직적 고문이나 강간, 신체 학대를 당했다면서 사우디아라비아와 관련자들을 영국 법원에 제소하였다. 영국 법원에서 병합 심리된 이 사건에서 영국 법원이 국가면제를 이유로 각하 판결을 하자, 위 4명 모두 ECtHR에 공정한 재판 받을 권리를 침해당하였다는 이유로 소를 제기하였다(*Ibid.*, paras 7-38 참조). ECtHR은 위 Al-adsani 사건과 같은 결론을 내리면서 국가면제 판결 다수의견과 같은 법리인 실체규범/절차규범 이분설을 내세우고 있다. 이와 관련, Jones 사건의 영국 법원 판결에 관한 자세한 설명으로는, 이성덕, *supra* note 323, pp.216-217 참조.

623) 대표적으로는 *Siderman de Blake v. Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992); *Princz v. Germany*, 26 F.3d 1166 (DC Cir. 1994).

624) 대표적으로 *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, 71 OR (3d) 675 (2004) 참조. Bouazri는 이란 체류 당시 이란 교도소에서 고문을 당하였다고 주장하면서 캐나다 법원에 이란 정부를 상대로 손해배상을 제기하였으나, 캐나다 법원은 고문 금지의 강행규범성을 인정하면서도 그러한 고문 금지에 관해 국가면제를 부인하는 관습국제법은 아직까지 존재하지 않는다고 판시하였다. 그러면서도 향후 법리 발전에 따라 관습국제법 해당 여부는 변경될 수 있다고 전제하였다. 이에 관한 보다 자세한 설명으로는, 이성덕, *supra* note 323, pp.215-216 참조.

625) Judgment of the Supreme Court, *Winicjusz Natoniewski v. Federal Republic of Germany* (2010), case no. IV CSK 465/09, p.28[Roman Nowosielski, "State Immunity and the Right of Access to Court. The Natoniewski Case before the Polish Courts," *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 30 (2010), p.272에 기재된 영어 번역문 인용].

immunity tends to share the view that there is still lack of sufficient basis for an exception excluding the State immunity in case of military actions committed in territory of the forum State that violated human rights. . . . Although it would be desirable in the light of axiology of human rights we cannot assume that this rule is a binding norm of international law[‘법정지국에서 발생한 외국 군대의 인권 침해 행위에 대해서는 국가면제의 예외를 인정하여야 한다’는 일각의 흐름에 대하여, 그에 대한 국제법적 근거가 현재로서는 여전히 부족하다는 것이 대체적인 시각으로 볼 수 있다. 물론 인권 보호의 관점에서는 위와 같은 사안에서 국가면제를 부정하는 것이 바람직해 보이나, 그러한 태도가 현재 국제법이라고 볼 수는 없다].

3. Cançado Trindade 재판관과 결론을 같이 하는 입장

강행규범의 관점에서 Cançado Trindade 재판관의 결론과 같은 방향의 주장을 하는 내용들도 확인할 수 있다. 구체적으로는, ① 강행규범의 규범 우월성에 비추어 국가면제 법리는 강행규범 위반 상황에서는 적용될 수 없다는 입장[626], ② 강행규범 위반은 국가면제의 대상인 주권행위

626) 예를 들어, Alexander Orakhelashvili, “State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords got it Wrong,” *The European Journal of International Law,* Vol. 18(5) (2008), p.964; Alexander Orakhelashvili, *supra* note 3, p.344; Andrea Bianchi, “Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case,” *The European Journal of International Law,* Vol. 10 (1999), p.265; Mathias Reimann, “A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Prinz v. Federal Republic of Germany,*” *Michigan Journal of International Law,* Vol. 16(2) (1995), p.407; Michael Byers, “Comment on *Al-Adsani* v. Kuwait,” *British Yearbook of International Law,* Vol. 67 (1996), p.540; Magdalini Karagiannakis, “State Immunity and Fundamental Human Rights,” *Leiden Journal of International Law,* Vol. 11(1) (1998), p.23 등 참조.

로 볼 수 없으므로, 그 연장선에서 국가면제 법리가 적용될 수 없다는 입장[627], ③ 강행규범 위반 행위가 있을 경우 그 위반 국가는 국가면제를 묵시적으로 포기한 것으로 의제된다는 입장[628][629], ④ ARSIWA 제41조는 강행규범 위반에 대하여 국제사회의 '승인하거나 지원하지 않을 의무'를 규정하고 있는바, 국가면제 법리를 채용하는 것은 위 의무를 위반한 것이므로 금지되어야 한다는 입장[630], ⑤ 개인이 국적국 법원에 가해

627) 예를 들어, François Larocque, "Torture, jurisdiction and immunity: theories and practices in search of one another," in Alexander Orakhelashvili (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law* (Edward Elgar Publishing, 2015), pp.466-467; Andrea Bianchi, *supra* note 626, p.265; Alexander Orakhelashvili, *supra* note 620, p.237 등 참조.

628) Adam C. Belsky, Mark Merva and Naomi Roht-Arriaza, "Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law," *California Law Review*, Vol. 77(2) (1989), p.415 ('Because *jus cogens* norms are obligatory for states, an act that violates these norms loses its character as a sovereign act. Therefore, the state impliedly waives its immunity for claims arising out of such an act').

629) 한편 위 ②, ③의 입장은, 그리스 대법원의 2000년 판결인 이른바 'Distomo 판결'에서도 수용된 바 있다. 위 판결은 제2차 세계대전 중 그리스 Distomo 마을에서 나치에 의하여 200명 이상의 주민이 학살된 사건을 대상으로 한다. 1995년 피해자 유족들 등이 독일 정부를 상대로 제기한 손해배상 청구에 대하여, 해당 1심 법원(the Court of First Instance of Leivadia)은 그리스 법원의 관할권을 인정하면서 "(1) 나치의 잔혹행위는 강행규범 위반 행위이므로 주권행위로 볼 수 없고, (2) 강행규범 위반 시 어떤 국가도 국가면제의 특권을 부여받지 못할 것으로 예상할 수 있으므로, 독일은 국가면제를 묵시적으로 포기한 것으로 의제되어야 한다"는 법리를 판시하였는데[Ilias Bantekas, "Case Comment: Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany," *The American Journal of International Law*, Vol. 92 (1998), pp.765-766], 그리스 대법원은 위 법리를 수긍하는 태도를 취하였다(Greece, Supreme Court, *Germany v. Prefecture of Voiotia*, Case No. 11/2000, 4 May 2000, *ILR*, Vol. 129, p.521). 관련 문헌으로는, 이성덕, *supra* note 323, pp.218-221; Dapo Akande and Sangeeta Shah, *supra* note 418, p.829; E. Vournas, "*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic Of Germany*: Sovereign Immunity and the Exception for *Jus Cogens* Violations," *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, Vol. 21 (2002), pp.629-653 참조.

630) 예를 들어, Andrea Bianchi, "Ferrini v. Federal Republic of Germany," *The American Journal of International Law*, Vol. 99 (2005), p.247; Alexander Orakhelashvili, "Jurisdictional Immunities of the State," *The American Journal of International Law*, Vol. 106(3) (2012), p.615; Carlos Espósito, "*Jus Cogens* and

국에 대한 재판 청구를 함으로써 가해국 주권이 침해되었다고 보더라도, 피해국 법정의 재판관할권 행사는 원래의 강행규범 위반과 관련한 가해국의 배상 불이행에 대한 대응조치(countermeasure)로 이론 구성할 수 있다는 입장[631] 등을 확인할 수 있다.[632]

4. 검토

가. 다수의견 등이 취한 핵심 논리에 대한 분석

아래에서는 다수의견 및 그와 결론을 같이 하는 입장들(이하 '다수의견 등'이라 한다)이 취하고 있는 두 핵심 논리, 즉 충돌이 존재하지 않는다는 논리와 "강행규범 위반 사안에서는 국가면제가 부인된다는 내

Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: 'A conflict does exist'," *The Italian Yearbook of International Law Online,* Vol. 21(1) (2012), p.171 등 참조.

631) 예를 들어, Patricia Tarre Moser, "Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to *Jus Cogens* Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the *Ferrini* Case," *Goettingen Journal of International Law,* Vol. 4(3) (2012), p.814 참조.

632) 한편 위 다섯 가지 입장 외에, Jürgen Bröhmer 교수의 독자 주장으로 파악되는 'individualized violation/indiscriminate violation' 구별설도 있다. 골자는 고문과 같이 특정 개인을 상대로 한 강행규범 위반과 전쟁범죄 상황에서의 대규모 피해와 같이 불특정 다수를 상대로 한 강행규범 위반을 나누어 전자에 대해서는 국가면제를 부인하되, 후자는 가해국의 경제 파탄 가능성 등을 고려할 때 국가면제를 인정해야 한다는 취지이다(Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, pp.204-215). 나아가 강행규범 위반의 경우에는 국가면제권이 박탈된다는 취지의 주장(Forfeiture of Sovereign Rights)도 확인할 수 있다(Kokott 교수의 독자 주장으로 파악되는 이 입장에 대한 소개로는, *Ibid.*, p.194 참조). 모두 독자성이 강하여 이 글 전개상 두 입장에 대한 더 이상의 소개나 검토는 하지 않는다. 나아가 "The right to a Judge or to a Remedy Theory"라는 제목의 입장도 소개되는데, 재판청구권 보호와 피해자 구제가 국가면제 법리보다 우선되어야 한다는 취지로 이해된다(해당 입장에 관한 소개 및 분석으로는, Pierr d'Argent and Pauline Lesaffre, *supra* note 565, pp.620-623). 이 입장에 대해서는 후술하는 바와 같이 이 글 논리의 일부로 채용하므로, 마찬가지로 여기서는 더 이상 검토를 하지 않는다.

용의 관습국제법은 아직 국제법상 존재하지 않는다"는 논리에 관하여 차례로 살펴본다.

1) 충돌 여부

가) '충돌'이 국가면제와 관련하여 갖는 의미

'충돌'의 존재 여부가 이 부분 판단에 결정적인 역할을 하는 이유는 자명하다. 앞서 여러 차례 정리한 바와 같이 규범 우월성은 Draft Conclusion에서도 공식적으로 확인한 강행규범의 핵심적인 특성이므로, 그 연장선에서 강행규범보다 먼저 성립한 관습국제법으로 볼 수 있는[633] 국가면제 법리는 강행규범과 충돌할 경우 충돌하는 한도에서 더

633) '관습국제법'과 관련하여, 현재 국가면제 법리를 아예 관습국제법으로 보지 않는 무시할 수 없는 또 하나의 흐름이 존재한다[예를 들어, Alexander Orakhelashvili, *supra* note 594, pp.155-158; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Trindade*, para. 292; Lee M. Caplan, "State Immunity, Human Rights, and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory," *The American Journal of International Law*, Vol. 97(4) (2003), pp.744-757; Rosalyn Higgins, "Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity," *Netherlands International Law Review*, Vol. 29 (1982), p.271 등 참조]. 골자는 "국가면제는 법정지 국가가 상대국에 부여하는 특혜(privilege)일 뿐 국제법상 권리, 의무를 발생시키는 법 규범은 아니다"라는 것이다. 다만, 이하 논리 전개는 다수의견이나 주류적 입장과 같이 관습국제법임을 전제로 한다. 다음으로 '먼저 성립한'과 관련하여, 국가면제 법리는 이미 1812년 미국 연방대법원의 '스쿠너 익스체인지(Schooner Exchange)' 판결[Schooner Exchange v. McFaddon, *11 US 116* (1812)]에서 공식적으로는 처음으로 명시된 오래된 개념임을 확인할 수 있다(Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.14). 이 판결에 관한 자세한 소개로는, J. Craig Barker, "Shared foundations and conceptual differentiation in immunities from jurisdiction," in Alexander Orakhelashvili (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law* (Edward Elgar Publishing, 2015), pp.195-199 참조. 위와 같은 국가면제 법리의 역사 및 앞서 설명한 강행규범의 성립·출현 시기 등을 고려할 때, 국가면제 법리는 적어도 강행규범 성립·출현 전에 이미 성립한 관습국제법으로 인정할 수 있다고 보인다.

이상 법 규범으로서의 효력을 발휘할 수 없게 되기 때문이다.

이는 소개한 바와 같이 강행규범보다 먼저 성립한 통상 관습국제법과 관련하여 Draft Conclusion 제14조 제2항이 확인한 법리이기도 하다.[634] 그 주석에서는 제14조 제2항에 규정된 'ceases to exist'의 의미를 설명하고 있는데, 충돌하는 강행규범 출현 전에는 그 전체가 법 규범으로 작용하나, 출현 후 충돌 부분에 대해서는 그 규범 내용이 적용될 수 없다는 취지이다.[635] 달리 표현하면, 충돌 부분에 관해서는 해당 관습국제법에서 정한 권리, 의무가 더 이상 성립하지 않는다는 의미이고, 이를 강행규범과 국가면제 법리에 적용하면, 강행규범과 충돌하는 한도에서 국가면제 법리상 국가들의 권리, 의무인 '국가면제를 향유할 권리와 이를 존중할 의무'가 발생하지 않는다는 결론에 이르게 된다.

그리고 이러한 해석은 역시 앞서 간단히 소개한 Draft Conclusion 제20조를 통해서 적절하게 보강된다. 제20조는 강행규범과 다른 국제규범들 사이에 충돌이 있다고 볼 여지가 있을 경우 후자는 최대한 전자에 부합하도록 해석되고 적용되어야 한다는 법리를 확인하고 있는바,[636] 그 주석에서 '다른 국제규범들'에 통상 관습국제법이 포함됨을 명시함과 아울러, "강행규범과 다른 국제규범들 사이에 충돌이 발생할 경우 강행규범이 우선하고, 그와 같이 충돌하는 한도에서 다른 규범들은 적용될 수 없다"는 취지로 설명한다.[637]

---

634) (Draft Conclusion 14)

2. A rule of customary international law not of a peremptory character ceases to exist if and to the extent that it conflicts with a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*).

635) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.184, para. 7.

636) (Draft Conclusion 20)

Where it appears that there may be a conflict between a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) and another rule of international law, the latter is, as far as possible, to be interpreted and applied so as to be consistent with the former.

아래에서는 위와 같은 충돌의 의미를 염두에 두고, '충돌'의 존재 여부에 관하여 개념적 측면과 실무적 측면의 두 관점에서 다수의견 등의 논리와 문제점을 분석하였다.

나) 충돌의 존재

(1) 개념적 측면

앞서 강행규범과 조약의 충돌 부분에서 충돌의 일반적 의미에 관해 살펴본 바 있다. '어떤 두 규범의 효력이나 필요적 결과가 서로 맞부딪쳐 양립할 수 없는 경우'를 충돌로 정의하였다. 여기에서는 위와 같은 충돌의 개념을 강행규범과 국가면제에 대입해 본다.

먼저 강행규범의 효력과 필요적 결과는, 제4장에서 설명하였다시피 강행규범의 준수 의무 및 이를 위반하였을 경우 회복청구권과 회복 의무의 발생을 핵심으로 한다. 앞서 설명한 Alexander Orakhelashvili 교수 등의 입장과 같이 '강행규범 위반을 규율하는 2차 규범도 강행규범이라는 입장'을 채택하지 않더라도, 최소한 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권과 회복 의무는 관습국제법의 지위를 갖는다고 봄이 타당하다.[638] 다음으로 국가면제의 효력과 필요적 결과는, 국가면제의 준수 의

637) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.199, para 3-7. 한편 이때 '적용될 수 없다'는 것은, 표현 그대로 강행규범이 국가면제보다 우선 적용된다는 실천적 의미를 가질 뿐, 국가면제가 '무효'로 된다는 의미까지 포함하는 것은 아니다. Draft Conclusion도 무효라는 표현을 사용하지 않는다. 이러한 관점에서, 일부 학자들이 강행규범의 관습국제법에 대한 규범 우월성을 부인하는 논거로 들고 있는, "강행규범에 규범 우월성이 있다고 한다면, 강행규범과 충돌하는 관습국제법은 모두 무효가 될 것이다"는 가정[이런 주장을 하는 학자들에 관한 소개로는, Robert Kolb, *supra* note 1, p.35(n.7) 참조]은 받아들이기 어렵다. 나아가 Draft Conclusion은 강행규범의 통상 관습국제법에 대한 규범 우월성을 공식적으로 확인함으로써, 위와 같은 주장들의 입지를 더욱 좁혔다고 평가할 수 있다.

무 및 이를 위반하였을 경우 위반에 대한 회복 의무와 회복 받을 권리의 발생을 핵심으로 한다. 준수 의무와 그 위반에 대한 제재는 어떤 법 규범이든 규범의 필수적인 효력이자 결과에 포함되기에, 두 규범의 효력과 필요적 결과도 위와 같이 기본적으로는 구성이 같다.

이제 좀 더 살을 붙여 인권 중심 강행규범과 국가면제로 한정하여 그 구체적 의미를 살펴본다. 인권 중심 강행규범의 효력과 필요적 결과는, 위반 발생 시 국가, 사인을 포함한 모든 유형의 가해자가 이를 회복할 의무를 부담하고, 유일한 권리 주체인 피해자 개인이 재판청구권을 포함하여 회복청구권을 부여받는 것을 핵심으로 한다.[639] 한편 국가면제는 그 효력 및 필요적 결과로, 각국 재판절차에서 외국을 사법권의 대상으로 삼을 수 없는 의무와 이를 요구할 수 있는 권리를 각 국가에 부여하고, 위반 발생 시 국가면제 침해국의 회복 의무 및 피침해국에 대한 회복청구권 부여를 핵심으로 한다.

위와 같은 전제 논리를 토대로 충돌의 존재 여부에 관하여 본다면, 인권 중심 강행규범과 국가면제 사이에 충돌 영역이 존재한다는 결론을 얻을 수 있다. 강행규범 법리에 따르면 인권 중심 강행규범 위반에 대해 재판청구권을 포함한 개인의 회복청구권이 부여되고, 그 권리 행사 방법에는 제한이 예정되어 있지 않은데, 국가면제 법리에 따르면 가해자가 외국인 상황에서는 피해자가 자국 법원에서 재판 청구를 할 수 없게 되

638) 앞서 제4장에서 설명한 바와 같이 이를 확인한 대표적인 문서가 바로 피해자 기본원칙이다. 물론 이미 제4장에서 소개한 Christian Tomuschat 교수나 Erika De Wet 교수의 견해와 같이 관습국제법성 자체를 부인하는 견해도 존재하나, 그 견해에 설득력이 없음을 밝힌 바 있다.

639) 이와 관련, 특히 앞서 제4장에서 소개한 피해자 기본원칙, Theo Van Boven 교수의 설명 및 ICTY의 입장 참조(pp.158-159). 같은 취지로 Jürgen Bröhmer 교수는, “실체 법규범에 따른 권리는 권리 주체가 그 권리를 강제할 수 있는 가능성을 가지고 있다는 것을 특징으로 하므로, 인권 영역에서는 개인이 법적 절차를 통해 피해를 배상받는 권리까지 수반한다”는 취지로 설명한다(Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.206 참조).

기 때문이다. 즉, 모든 영역에서 충돌이 발생하는 것은 아니나, 가해자가 국적국이나 사인 등이 아닌 '외국'인 경우에는 두 규범이 맞부딪쳐 양립할 수 없는 상황이 발생함을 확인할 수 있다.[640]

앞서 본 바와 같이 다수의견 등의 핵심 논리는 국가면제가 절차규범이고 강행규범은 실체규범이기에 적용 영역이 달라 개념상 충돌이 있을 수 없다는 취지인바, 위와 같이 두 규범의 효력 내지 필요적 결과를 비교·분석하면 충돌 영역을 어렵지 않게 인지할 수 있다는 점에서, 다수의견 등이 취한 위와 같은 실체규범/절차규범 이분법은 '충돌'이 법 체계에서 일반적으로 갖는 구체적 의미와 그 유형에 관한 충분한 고찰 없이 이루어진 피상적 접근에 머물러 있다고 생각한다. 의도적이든 아니든, 마치 문 안으로 더 이상 들어가지 않고 문 밖에서 멈춘 논리라고 평가할 수 있을 것이다. 많은 학자들이 다수의견 등을 두고 절차규범/실체규범의 경계 자체가 모호하다는 비판[641]과 함께, 형식 논리적이고 작위적이며 불충분하다는 비판[642]을 하는 이유와도 연결된다.

더욱이 다수의견 등의 태도는 ILC가 2006년 채택한 보고서[643]에서

---

640) 이와 관련, 예를 들어 Reimann 교수나 Carlos Espósito 교수는 이러한 상황을 충돌이라고 명시하고, 그 이유를 국가면제 법리가 강행규범 위반 여부에 관한 재판을 하지 못하게 막기 때문이라는 데에서 찾고 있다(Mathias Reimann, *supra* note 626, p.407; Carlos Espósito, *supra* note 630, p.173).

641) 예를 들어, Alexander Orakhelashvili, *supra* note 630, p.614; Patricia Tarre Moser, *supra* note 631, p.831 참조.

642) 예를 들어, Phillip Wardle, "*Zhang v. Zemin* (2008) 251 ALR 707," *Australian International Law Journal,* Vol. 15 (2009), pp.279-280; Lorna McGregor, "Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty," *The European Journal of International Law,* Vol. 18 (2007), p.911; Carlos Espósito, *supra* note 630, p.170; Riccardo Pavoni, "Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations," in Erika de Wet and Jure Vidma (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford University Press: 2012), p.75; Alexander Orakhelashvili, "Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System," in Morely Frishman and Sam Muller (eds.), *The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation* (Hague Academic Press, 2010), p.165 참조.

언급한 충돌에 관한 이해와도 일치하지 않는다. 해당 보고서는 규범의 규율 대상(subject-matter)이 무엇인지만을 기준으로 충돌 여부를 따지는 것은 바람직하지 않다고 전제한 후,[644] "만일 어떤 두 규범이 목적·방향이 다른 까닭에 동일한 사실관계에 대하여 양립할 수 없는 결과를 가져오고 한 규범이 다른 규범의 목적을 좌절시키게 만드는 관계라면, 충돌이 존재한다고 보아야 한다"는 논리를 긍정적 관점에서 소개하고 있고, 그 연장선에서 충돌이 가능한 예로 '국가면제 법리와 인권규범'도 거론하고 있다.[645] 나아가 세계국제법학회(Institute of International Law)는 2009년 결의 전문에서, 국제범죄를 원인으로 한 회복청구권과 국가면제가 충돌 관계에 있음을 명시하고 있다.[646]

---

643) *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law—Report of the Study Group of the International Law Commission*, UN Doc. A/CN.4/L.682 (April 13 2006) (finalized by Martti Koskenniemi).

644) *Ibid.*, para. 22 ("The criterion of 'subject-matter' leads to a *reductio ad absurdum*. Therefore, it cannot be decisive in the determination of whether or not there is a conflict").

645) *Ibid.*, paras 22-24.

646) Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, *Institut de Droit International*, adopted at its Napoli Session (2009), Preamble ('Considering the underlying conflict between immunity from jurisdiction of States and their agents and claims arising from international crimes; Desirous of making progress towards a resolution of that conflict'). 한편 이 결의문 제4조에서는, 국제범죄와 관련한 가해국의 국가면제 인정 여부에 대해서는 제1조부터 제3조까지의 결의 내용[국제범죄와 관할권의 정의(제1조), 면제의 근거와 국제범죄를 막을 국가들의 의무(제2조), 국제범죄와 관련한 인적 면제 인정과 물적 면제 배제(제3조)를 골자로 함]이 영향을 미치지 않는다는 취지로 규정하는바, 위와 같이 전문에서 국가면제와 국제범죄를 원인으로 한 청구권이 충돌 관계에 있음을 인정하고 있는 만큼, 제4조의 취지는 어디까지나 둘 사이에 충돌이 있다는 것을 전제로 한 내용으로 이해된다. 즉, 해당 쟁점에 관한 판단과 해석을 하지 않는다는 것일 뿐 충돌을 부정하는 취지는 아니라고 봄이 타당하다. 이렇게 이해하는 것이 둘 사이에 충돌 관계를 인정한 전문의 명시적 규정과 모순되지 않는 해석 방향에 해당하기 때문이다.

(2) 실무적 측면

다수의견 등의 논리에는 앞서 소개한 바와 같이 “국가면제는 본안 전 단계에서 사실 확정 전 판단되어야 할 문제이다”는 내용도 포함하고 있다.

> [A] national court is required to determine whether or not a foreign State is entitled to immunity as a matter of international law before it can hear the merits of the case brought before it and before the facts have been established[각 국내법원에서는 국가면제 대상인지 여부를 본안 전 단계에서 사실 확정 전에 결정할 것이 요구된다].[647]

위 다수의견의 판시는 정리한 바와 같이 실무적으로도 두 규범의 충돌이 발생할 수 없다는 취지에 해당한다고 이해할 수 있다. 바꾸어 표현하면, 사건을 담당하는 재판부 입장에서 두 규범을 함께 판단할 상황 자체가 발생하지 않는다는 취지로 해석할 수 있다.[648] 위 판시 내용이 과연 타당할까? 여기서는 그에 대한 해답을 찾기 위해 국가면제의 주류적 경향인 ‘제한적 국가면제’에 관한 검토부터 시작한다.

(가) 제한적 국가면제

647) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 82.

648) 물론 다수의견이 판결문에 명시적으로 ‘실무적으로 충돌이 발생하지 않는다’는 표현이나 ‘재판부 입장에서 두 규범을 함께 판단할 수 있는 상황 자체가 발생하지 않는다’는 내용의 판시를 한 것은 아니나, 위 para 82.의 판시 내용에 의할 때 다수의견의 입장을 위와 같이 해석할 수 있다.

국가면제에 관한 현재 주류적 경향은, 한 국가의 모든 행위가 다른 국가의 사법권에서 배제된다는 절대적 국가면제가 아니라, 그 국가의 주권행위(*acta jure imperii*)에 한하여 다른 국가의 사법권에서 배제된다는 내용의 제한적 국가면제로서, 절대적·무한적인 성격이 아니다. 즉, 오로지 주권행위에만 국가면제가 적용되고, 비 주권행위(*acta jure gestionis*)에 대해서는 국가면제가 적용되지 않는다는 내용으로 국가면제 개념이 사실상 변경되었다고 볼 수 있는 상황이다.[649]

20세기에 들어와 본격적으로 시작된 것으로 파악되는 이러한 변화는 개인의 국제법상 지위 발전과 직결되는 변화로 이해되고,[650] 현재도 계속 그 범위를 확장하고 있다.[651] 이와 관련, 다수의견도 제한적 국가면제가 현재 주류적 입장이라는 것을 인정하고 있을 뿐만 아니라,[652] 주권행

649) 오승진, "국제법상 국가면제 - 국가인권법의 관점에서," 안암법학회, 제28권 1호 (2009), pp.462-463; 이성덕, *supra* note 323, pp.211-212; 최태현, *supra* note 6, p.12; Ian Brownlie, *supra* note 4, pp.328-329; Magdalini Karagiannakis, *supra* note 626, pp.11-12; Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.402-403 등 참조.

650) Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.143 ('It is evident that the evolution of state immunity to this day was predominantly influenced by the increasing significance of the individual in international law').

651) Alexander Orakhelashvili, *supra* note 620, p.234; Ian Sinclair, *supra* note 589, p.215; Mathias Reimann, *supra* note 626, p.420 ('sovereign immunity today is not so much a yes or no question but a matter of changing practice, of degree, and of argument'); Lee M. Caplan, *supra* note 633, pp.743-757; Hersch Lauterpacht, "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States," *British Yearbook of International Law*, Vol. 28 (1951), pp.228-272; Patrick Macklem, *The Sovereignty of Human Rights* (Oxford University Press, 2015), pp.37-38; Chimène I. Keitner, "Foreign Official Immunity and the 'Baseline' Problem," *Fordham Law Review*, Vol. 80 (2011), pp.606, 620-621 등 참조. 그리고 이러한 경향은 국가면제 판결에서 별개의견을 낸 Kenneth Keith 재판관 및 Mohamed Bennouna 재판관의 판시 내용에서도 확인할 수 있다[*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Separate Opinion of Judge Keith*, paras 1-10, 17; *Separate Opinion of Judge Bennouna*, paras 4-6, 18, 31, 32, 34 참조].

652) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 59 참조. 다수의견은 해당 부분에서 "많은 국가들이

위와 비 주권행위를 구별[653]하는 등 오로지 제한적 국가면제 아래에서만 유의미한 개념들을 반영한 판시를 하고 있다.

요컨대, 현재 국가면제 법리는 어떠한 예외나 행위의 성격도 고려하지 않는 절대적 내용이 아니라, 행위의 성격 등을 고려하여 면제 여부를 결정하는 상대적·제한적 개념을 특징으로 한다.

(나) 사실 확정의 선행 필요성

절대적 국가면제 아래 국가면제 인정 여부는 매우 간명하고 확실하게 정해진다. 법정지국 기준에서 피고가 '외국'이기만 하면 되기 때문이다. 그러나 행위의 성격을 고려하는 제한적 국가면제에서는 상황이 달라진다. 여러 학자·실무가들이 지적하고 있는 바와 같이,[654] 주권행위인지 비 주권행위인지 여부가 명백하게 결정될 수 있는 성질은 아니기 때문이다. 다시 말하면, 제한적 국가면제 아래에서는 둘 중 어디에 해당하는지 여부가 불투명한 회색 지대가 생길 수밖에 없는 측면이 있다.[655]

주권행위와 비 주권행위를 구별하여 전자에만 주권면제를 부여하는 태도를 채용하고 있고, UN 국가면제 협약 등에서도 이러한 법리를 채용하고 있다"고 판시하면서 제한적 국가면제가 현재 주류적 입장임을 명시하고 있다.

653) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para 60.

654) 예를 들어, Lee M. Caplan, *supra* note 633, pp.758-761; William W. Bishop, "New United States Policy Limiting Sovereign Immunity," *The American Journal of International Law,* Vol. 47(1) (1953), p.105; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Separate Opinion of Judge Bennouna,* para. 29; Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, pp.197-198 ('The *gestioinis/imperii* distinction is in principle based on the fictional assumption') 등 참조.

655) 예를 들어 "어떤 국가가 다른 국가의 무기 생산업자와 무기 구매계약을 체결하였다면 주권행위인가 비 주권행위인가?"라는 의문이 제기될 수 있는 상황들이 발생할 수 있을 것이다(Lee M. Caplan, *supra* note 633, p.758). 이와 관련, 주권행위인지 여부 판단에 관해 일반적으로 행위의 '목적'과 '성격'의 두 가지 기준이 제시되고 있고(정인섭, *supra* note 110, pp.255-256), 현재 '성격 기준설'이 보다 우세한 것

위와 같은 사정으로 인해, 제한적 국가면제 법리 아래 주권행위 여부 판단은 실체 심리를 통한 사실 확정을 통해 해당 행위의 성격을 충분히 고려한 후 비로소 이루어져야 하는 특성을 갖는다고 볼 수 있다. 이는 Mohamed Bennouna 재판관이 별개의견에서 다음과 같이 지적한 내용이기도 하다.

> The Court has relied on a "mechanical" conception of the judicial task, according to which the national court rules on immunity as a preliminary issue, without considering "specific circumstances of each case". However, that is an illusion, for, in practice, it often happens that, in order to rule on the issue of immunity, and on the arguments for lifting immunity put forward by the claimant, the court has to examine the merits of the case[다수의견은 국가면제가 각국 법원의 본안 전 문제라고 기계적 관점에서 접근하고 있으나, 이는 각 사건의 특성을 고려할 필요성을 간과한 것으로서 실제 실무를 고려하지 아니한 환상에 불과하다. 실제 재판에서는 국가면제 인정 여부를 판단하기 위해 실체 심리가 필요한 경우가 종종 발생하기 때문이다].[656]

여전히 추상적으로 비추어질 수 있는 위 설명에 관한 설득력을 높이기 위해, 제한적 국가면제 법리를 최초로 채택한 대법원 판결인 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결을 예로 들어본다. 해당 전원합의체 판결은 주한미군에 고용되었던 우리나라 사람이 정당한 이유 없이 해고되었다고 주장하면서 미국 정부를 피고로 하여 해고의 무효확인 등

으로 파악되나, 두 기준 모두 명쾌한 기준이 된다고 보기는 어렵다(*Ibid.*).

656) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Separate Opinion of Judge Bennouna,* para. 29.

을 구한 사안을 대상으로 한다. 원심(原審)[657]은 절대적 국가면제 법리에 입각하여 사안의 성격에 관한 실체 판단 없이 본안 전 문제로 소를 각하하였으나, 대법원은 아래와 같이 판시하면서 원심 판결을 파기하였다.

> 국제관습법에 의하면 국가의 주권적 행위는 다른 국가의 재판권으로부터 면제되는 것이 원칙이라 할 것이나, 국가의 사법적(私法的) 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 따라서 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 속하는 것이거나 이와 밀접한 관련이 있어서 이에 대한 재판권의 행사가 외국의 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 외국의 사법적 행위에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 할 것이다. ... 따라서 원심으로서는 원고가 근무한 미합중국 산하 기관인 '육군 및 공군 교역처'의 임무 및 활동 내용, 원고의 지위 및 담당업무의 내용, 미합중국의 주권적 활동과 원고의 업무의 관련성 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 이 사건 고용계약 및 해고행위의 법적 성질 및 주권적 활동과의 관련성 등을 살펴 본 다음에 이를 바탕으로 이 사건 고용계약 및 해고행위에 대하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있는지 여부를 판단하였어야 할 것이다.

위 대법원 판결, 그중에서도 강조를 위해 밑줄을 그은 부분을 보면, 제한적 국가면제 아래 주권행위 판단은 실체 판단을 통한 사실 확정을 거친 후에 비로소 이루어져야 함을 나타내고 있다. 실체 심리를 통해 해당 원고의 업무 내용 등을 토대로 고용계약의 법적 성질 등을 모두 살펴본 다음 비로소 국가면제 여부를 판단하라는 취지임을 확인할 수 있기

657) 서울고등법원 1997. 7. 25. 선고 96나29801 판결.

때문이다.

(다) 충돌의 발생

국가면제를 본안 전 단계에서 이루어지는 사실 확정 전 문제라고 단정한 다수의견 등의 이해는, 개요 부분에서 정리하였다시피 '실무적 측면에서도 두 규범 사이에 충돌은 없다'는 논리에 해당한다고 이해할 수 있다. 어디까지나 본안 전 단계에서 이루어지는 사실 확정 전 문제이므로 국가면제 여부 판단에 강행규범 위반 여부를 따질 수도 없고 따져서도 안 되기에, 재판 과정에서 두 규범을 함께 고려하여야 하는 상황이 발생할 수 없다는 논리로 연결되기 때문이다. 다수의견이 당시 나치에 의하여 자행된 노예노동 등의 강행규범 위반 상황을 의문의 여지가 없는 명백한 사실로 전제하면서도 국가면제 성립 여부에는 영향을 미칠 수 없다는 취지로 판시[658]한 것은, 위와 같은 맥락으로도 이해할 수 있을 것이다. 즉, '따질 수도 없고 따져서도 안 되는' 내용으로 본 것이다.

그러나, 지금까지 설명한 바와 같이 다수의견의 위 전제, 즉 국가면제가 본안 전 단계에서 이루어지는 사실 확정 전 문제라는 판단은 유지되기 어렵다고 생각한다. 다수의견의 위 전제는 행위의 성격을 고려하지 않는 절대적 국가면제 아래에서는 맞는 말이 될 것이나, 정리한 바와 같이 현대 국제법은 절대적 국가면제를 더 이상 채용하고 있지 않기 때문이다.[659] 오히려 다수의견의 이 부분 판시 내용의 오류야말로 "두 규범 사이에 충돌은 없다"는 결론에 이르게 한 원인들 중 하나로 파악할 수

---

658) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 94.

659) 예를 들어, Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.143 ('the theory of absolute immunity was abolished and gave way to a restrictive theory').

있을 뿐이다.

국가면제 여부 판단을 위해 실체 심리를 통한 사실 확정을 한다는 것은, 결국 강행규범 위반 여부도 자연스럽게 드러나게 됨을 의미한다. 주권행위인지 비 주권행위인지 여부를 확인하기 위해 행위의 목적, 성격 등을 심리하는 과정에서 어떤 일들이 일어났는지 드러날 것이고, 이를 통해 강행규범 위반 여부에 관한 사실 확인도 가능해질 것이기 때문이다. 이 경우 물론 여러 증거 조사를 통해 사실 확정이 이루어질 수도 있고, 국가면제 판결과 같이 가해국 스스로 그러한 강행규범 위반 사실을 인정함으로써 별다른 증거 조사 없이 사실 확정이 이루어질 수도 있다. 어떤 형태를 취하든 이는 실무적으로 보면, 재판부 입장에서 국가면제 여부 판단에 앞서 강행규범 위반 여부를 파악할 수 있음을 의미한다.

결국 위와 같이 국가면제 여부 판단을 위해 심리하고 사실을 확정한 결과 만일 강행규범 위반이 존재한다는 결론을 얻게 된 경우, 재판부는 국가면제 법리와 강행규범 법리를 함께 고려할 수밖에 없는 상황에 맞닥뜨리게 된다. 바꾸어 표현하면, 실무적으로도 두 규범 간 충돌을 인지하고, 그 효과를 판단하여야 할 상황에 놓이게 되는 것이다.

(3) 요약

지금까지 개념적 측면과 실무적 측면에서 다수의견 등의 핵심 논리인 '충돌이 없다'는 판단에 관하여 살펴보았다. 요컨대, 강행규범과 국가면제는 개념적으로나 실무적으로 충돌하는 영역이 존재하기에 이러한 충돌의 존재를 부정한 다수의견 등의 논리에는 절차규범/실체규범의 형식적 구분에 치중한 피상적 접근이라는 문제점이 있고, 제한적 국가면제 법리 아래 국가면제 판단을 위해서는 사실 확정을 거칠 필요가

있음을 간과한 측면이 있다.

2) 관습국제법 부존재 관련

다수의견 등이 내세우고 있는 관습국제법 부존재 논리에 대해, 다수의견이 나온 시기 등을 감안할 때 현재 시점에서도 맞는 판단인지에 관해서는 의문이 있다. 예를 들어 브라질 대법원은 2021년 8월 제2차 세계대전 당시 브라질 리오 데 자네이로 부근에서 *Changri-La* 어선을 타고 조업하던 중 나치 잠수함에 의하여 격침되어 사망한 10명의 선원들의 유족들이 독일 정부를 상대로 제기한 손해배상 소송에서 "인권 침해 행위는 국가면제의 적용 대상에서 제외된다"는 것을 핵심 이유로 독일의 국가면제를 부인하고, 배상책임을 인정하였다(*Changri-La* Case).[660]

다만, 이 글에서는 이를 쟁점의 대상으로 삼지 않는다. 그 대신 이 글에서는 과연 '관습국제법 존재 여부'를 따지는 것이 합당한가라는 근본적 의문을 제기한다. 강행규범 위반 사안에서 국가면제의 적용 여부는, 그에 관한 관습국제법 존재를 따질 영역이 아니라 어디까지나 '해석'의 영역으로 취급하는 것이 보다 타당하다고 생각하기 때문이다. 그리고 이는 무엇보다도 다름 아닌 Draft Conclusion 제20조가 제시한 바로 그 방향에 해당한다고 볼 수 있다.

제20조는 정리한 바와 같이 강행규범과 다른 국제규범들 사이에 충돌이 있다고 볼 여지가 있을 경우 후자는 최대한 전자에 부합하도록 해석되고 적용되어야 한다는 법리를 선언하고 있고,[661] 그 주석에서 '다른

660) 이에 대한 보다 자세한 설명으로는, Lucas Carlos Lima and Aziz Tuffi Saliba, "The Immunity Saga Reaches Latin America. The Changri-La Case," at https://www.ejiltalk.org/the-immunity-saga-reaches-latin-america-the-changri-la-case (2021. 12.).

661) (Draft Conclusion 20)

국제규범들'에 통상의 관습국제법이 포함됨을 명시하고 있다.

특히 주목할 것은, 위 조항이 충돌이 명백히 존재하는 단정적 상황이 아니라, 그렇게 볼 수 있는 여지가 있는 상황(Where it appears that there may be a conflict)을 규율하고 있다는 점이다.

이는 충돌 여부를 판단하는 주체 - 대표적으로 국내법원이나 국제재판소 - 입장에서 충돌이 존재하는 것처럼 볼 여지만 있어도, 그 한도에서 다른 국제규범들의 적용을 배제하여야 한다는 것을 의미하기에, 강행규범과 국가면제에도 적용될 수 있는 해석 지침이 될 수 있다. 이와 관련, Draft Conclusion 제20조의 주석에서는 "강행규범과 다른 국제규범들 사이에 충돌이 있다고 보일 경우, 판단자는 강행규범 법리와 일치하게끔 해석하고 적용하여야 한다"는 취지의 설명을 함으로써,[662] 판단 주체의 입장에서 충돌 여부를 따져보고, 그 판단에 충돌이 있다고 보일 경우 강행규범을 우선하여 해석·적용할 의무를 부여하고 있다.

제20조의 해석 지침은, 강행규범과 다른 규범들 간 충돌 상황의 처리 방식에 관하여 관습국제법 존재 여부를 검토하라는 취지를 담고 있지 않다. 오로지 해석 문제이고, 그것으로 충분하다는 내용을 제시하고 있을 뿐이다. 더욱이 파격적인 것은, 객관적으로 충돌이 존재하는지 여부를 따질 필요도 없이, 판단 주체의 입장에서 그러한 충돌이 있다고 보이면 관습국제법 존재 여부에 관계없이 강행규범을 우선하여 다른 규범들을 해석하고 적용하라는 취지이기에, 그러한 process를 통해 충돌의 존재를 인정하고 그 결과로 국가면제를 부인하는 결론을 얻게 된 모든 재판소들의 판단을 적법/정당하게 보게 만든다.

Where it appears that there may be a conflict between a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) and another rule of international law, the latter is, as far as possible, to be interpreted and applied so as to be consistent with the former.

662) ILC, Report on the work of the 71th session (2019), p.198, para. 2.

Draft Conclusion의 지위나 성격상 앞으로 이 문제에 대한 공신력 있는 해석 방향으로 작용할 가능성이 충분히 있다고 보이는바, 만일 위 해석 방법이 향후 국제/국내재판소들에 의하여 실무적으로 받아들여진다면, 다수의견 등이 취하고 있는 '관습국제법 부존재' 시각에서의 접근은 더 이상 채용될 수 없는 논리가 될 수도 있을 것으로 예상한다.

요컨대 여기서 강조하고 싶은 것은, 강행규범 위반의 경우 국가면제를 부인하는 관습국제법이 설령 없다고 하여 그 이유만으로 국가면제를 인정할 논거가 되어서는 안 된다는 것이다. 어디까지나 두 규범 사이에 충돌이 있는지 여부에 관한 해석 문제로서 다루어져야 하고, 그것으로 필요충분하다는 것이다. 나아가 그 연장선에서 만일 충돌이 인정된다면, 설령 다수의견 등이 언급한 '그러한 관습국제법이 없다'는 판단을 현 국제법을 반영한 적절하고 정확한 진단으로 존중하더라도, 국가면제는 여전히 부인됨이 타당하다는 것이다.

나. 추가적 관점

지금까지 다수의견 등이 취한 두 핵심 논리의 문제점을 분석하였다. 이 부분에서는 추가적으로 두 가지 관점에서 다수의견을 바라보았다. ① 다수의견은 '주권행위(*acta jure imperii*)'가 강행규범과 무관한 개념임을 전제하고 있는 것으로 해석되는데, 과연 그러한 시각이 타당한지 여부, ② 이익 형량의 관점에서 다수의견의 결론이 타당한지 여부이다. 차례대로 살펴본다.

1) 주권행위와 강행규범 개념의 관련성

제한적 국가면제의 핵심은, 오로지 주권행위에만 국가면제가 적용되고, 상업행위와 같은 비 주권행위(*acta jure gestionis*)에 대해서는 국가면제가 적용되지 않는다는 것이다. 따라서 같은 맥락에서, 어떠한 강행규범 위반이 있다면 그 행위는 주권 범위를 초과한 범죄행위일 뿐 더 이상 주권행위가 아님을 이유로 국가면제 법리의 적용 대상에서 제외된다는 논리가 만들어질 수 있다.

실제로 현재 이러한 논리를 펴는 학자들을 상당수 발견할 수 있고,[663] 앞서 소개한 2000년 Distomo 판결에서 그리스 대법원이 수긍한 논리들 중 하나이기도 하며,[664] Cançado Trindade 재판관의 반대의견 논리들 중 하나(*delicta imperii*)에 해당한다.[665] 제한적 국가면제의 핵심 전제가 국가의 주권행위와 그렇지 않은 비 주권행위를 구별하자는 것임을 감안할 때, 그와 모순되지 않고 일맥상통하는 설득력 있는 접근방법으로 볼 수 있을 것이다.

특히 이와 관련 Jürgen Bröhmer 교수는 "제한적 국가면제의 핵심이 외국과 상업적으로 거래하는 개인의 경제적 이익을 보호하기 위한 것이라면, 그 연장선에서 개인의 존엄성과 인권을 보호하기 위한 국가면제의 제한은 더욱 필요하고 정당화되어야 한다"는 취지로 설명하는바,[666]

---

663) 각주 627) 참조. 이에 더하여, 예를 들어 오승진, *supra* note 649, p.478 ('강행규범의 등장은 전통적인 주권의 개념 또한 강행규범에 위반하지 않는 범위 내에서만 인정받을 수 있다는 것을 의미한다'); Maria Gavouneli and Ilias Bantekas, "Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany," *The American Journal of International Law*, Vol. 95(1) (2001), p.200; Dapo Akande and Sangeeta Shah, *supra* note 418, pp.828-829; Alexander Orakhelashvili, *supra* note 630, p.614; Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.199 등 참조.

664) 각주 629) 참조. 한편 이탈리아 파기원이 일부 판결에서 이 논리를 채용한 것으로 볼 수 있다는 설명으로는, Pierr d'Argent and Pauline Lesaffre, *supra* note 565, p.623 참조.

665) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Trindade*, para. 290 ('they are unlawful acts, *delicta imperii*').

위 접근방법의 타당성을 뒷받침하는 적절한 지적으로 생각한다.

한편, 다수의견은 위 입장들을 받아들이지 않고 주권행위 개념에 강행규범을 고려할 필요는 없다는 태도를 취하고 있는 것으로 파악된다.[667] 이는 정리한 바와 같이 나치 독일 군대의 당시 행동들을 국제범죄로 보면서도,[668] 아래 판시와 같이 여전히 주권행위라고 취급하고 있는 것에서 알 수 있는 내용이다.

> The acts of the German armed forces and other State organs which were the subject of the proceedings in the Italian courts clearly constituted *acta jure imperii*[이 사건 이탈리아 법원의 심리 대상이었던 당시 독일 군대나 독일의 다른 기관들이 했던 행동들은 명백하게 독일의 주권행위에 해당한다].[669]

---

666) Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.203 참조.

667) 이러한 다수의견의 태도가 독일, 캐나다, 프랑스 법원의 태도와도 일치한다는 설명으로는, Pierr d'Argent and Pauline Lesaffre, *supra* note 565, p.623.

668) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), paras 52, 81, 93 참조.

669) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 60. 한편 다수의견은, 외국 군대의 행위에 관해서는 "법정지국에서 발생한 외국의 행위로 인해 사망, 상해, 재산상 손해가 일어난 경우 그 배상소송 절차에서 가해 외국의 국가면제를 인정하지 않는다"는 내용의 UN 국가면제협약[United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, GA Res. 59/38 (2004, 아직 미발효 상태임)] 제12조도 적용하지 않는 것이 ILC의 해석이라는 점을 강조하고 있다(*Ibid.*, para. 69). 살피건대, 다수의견의 UN 국가면제협약 제12조에 관한 위와 같은 판시는, 무엇보다도 강행규범 위반을 대상으로 한 판시가 아니라는 점에서 '군대의 행위가 국제범죄와 같은 강행규범 위반에 해당할 경우 더 이상 주권행위로 볼 수 없다'는 위와 같은 국제법의 한 흐름과 이를 지지하는 필자의 이 부분 입장에 대한 답변은 될 수 없기에, 이 논점과 관련하여 특별한 의미를 부여하기는 어렵다. 이는 위 판시 내용이 판결문 체계상 이탈리아의 첫 번째 주장인 'The territorial tort principle'에 대한 판시에 포함되어 있고, 강행규범과 관련한 판시(*Ibid.*, paras 80-106)에 포함된 내용이 아니라는 점에서도 명확히 알 수 있다.

나아가 다수의견과 방향을 같이 하는 주장들도 발견할 수 있다. 예를 들어, “어디까지나 국가의 공적 행위로 볼 수밖에 없는 경우라면 주권행위로 보아야 하고, 위법성 여부는 따져서는 안 된다. 통상적인 경우라면 행위 태양으로 미루어 볼 때 주권행위로 간주되는 행위가 강행규범 위반으로 판명되는 순간 *acta jure gestionis*로 전환된다고 보는 것은 작위적이고, 행위의 실체와 거리가 있다”는 취지이다.[670]

그러나, 강행규범이라는 규범 자체의 특수한 성격을 고려하면, 다수의견 및 이와 궤를 같이 하는 위와 같은 주장들에 대하여 쉽사리 동의하기 어렵다. 예를 들어, 어떤 제노사이드가 가해국의 발전과 이익을 위해서 그 국가의 군대에 의해 자행되었다 하더라도, 여전히 제노사이드는 행위 자체로 해서는 안 될 범죄행위로서 국가의 기능을 벗어난 행위일 뿐 주권행위 또는 ‘통상적이면 주권행위’라는 지위를 부여할 수 있는 성질로 볼 수는 없기 때문이다. 즉, 불법의 크기나 태양 측면에서 국가가 할 수 있는 행동으로 포함시킬 수 없기에 더 이상 주권행위로 볼 수 없다는 논리가 도출될 수 있다고 생각한다. 달리 표현하면, 국경 수비를 하면서 상대국 민간인 1명을 적군으로 오인하여 총을 쏴 사살한 군대의 불법은 주권행위의 범주에 들어갈 수 있겠지만, 그 군대가 상대국의 한 부족을 절멸시킬 의도로 국경을 넘어 이를 실제로 결행했다면 주권행위의 범위를 벗어난 것으로 보아야 한다는 취지이다. 그리고 이 경우 어디까지나 문제되는 불법의 크기나 태양은 각 인권 중심 강행규범별로 각 규

670) Dapo Akande and Sangeeta Shah, *supra* note 418, pp.830-832; Pierr d’Argent and Pauline Lesaffre, *supra* note 565, p.631; Jarrad Harvey, “(R)evolution of State Immunity Following Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy*) - Winds of Change or Hot Air?,” *The University of Tasmania Law Review*, Vol. 32 (2013), pp.231-232; Sevrine Knuchel, “State Immunity and the Promise of *Jus Cogens*,” *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol. 9 (2011), pp.164-165; Rebecca Zaman, *supra* note 617, pp.67-68 등 참조.

범들이 정하고 있는 위반의 threshold에 이르렀는가를 기준으로 따져보면 되기에, 그 기준이 반드시 불명확하거나 자의적인 것은 아닐 것이다.

한편, 강행규범 위반 행위는 위와 같이 주권행위가 아니라는 점에서 필요충분하게 국가면제의 대상이 되지 않는 것일 뿐, 더 나아가 굳이 이를 *acta jure gestionis*로 취급할 이유나 필요는 없다고 생각한다. 즉, 어디까지나 방점은 강행규범 위반 행위가 주권행위가 아니라는 데에 있을 뿐, *acta jure gestionis*에 해당한다는 데 있는 것이 아니다. 물론 *acta jure gestionis*를 '주권행위를 제외한 국가의 모든 행위'를 지칭하는 개념으로 넓게 본다면 강행규범 위반 행위를 해당 개념에 포함시켜도 무방할 것이나, 상행위와 같이 사인의 행위(private acts)로 취급될 수 있는 전형적인 유형으로 해당 개념을 제한할 경우 강행규범 위반 행위는 그 범주에도 포섭되기 어려운 측면이 존재한다. 따라서 강행규범 위반 행위를 굳이 양쪽 중 어느 하나로 규정하기 보다는 Cançado Trindade 재판관의 설명과 같이 제3의 영역, 즉 *delicta imperii*로 분류[671]해도 충분하다고 보이고, 그렇게 보더라도 제한적 국가면제 법리와의 충돌이나 모순 문제는 발생하지 않는다고 생각한다. 오히려 앞서 Jürgen Bröhmer 교수의 지적과 같이 제한적 국가면제의 핵심 존재 이유인 '개인의 보호'에 부합하는, 해당 법리의 적절한 유추 확장으로 이해될 수 있을 것이다.

이와 관련, 영국의 Pinochet 결정[672]을 포함하여 상당수 국내법원들

---

671) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Trindade*, para. 290.

672) 칠레 전직 국가 원수였던 피노체트가 1998년 영국에 치료 목적으로 일시 체류 중 스페인 판사가 그의 범죄인 인도를 요청하는 체포영장을 발부하면서 시작된 사건이다. 체포영장 혐의에는 피노체트가 국가 원수 재직 시절 행한 고문 등 강행규범 위반 행위가 포함되어 있었는데, 영국 법원은 "피노체트의 행위는 국가의 공적 기능 행사로 볼 수 없어(cannot be a state function), 물적 면제의 대상이 될 수 없다"는 이유로 피노체트의 범죄인 인도를 결정하였다[*Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte*(No.3), UKHL (2000), 1 A.C. 147]. 이에 관한 자세한 설명으로는, Philip

이 강행규범을 위반한 개인의 형사 책임과 관련하여, 해당 강행규범 위반 행위가 국가의 지시나 공직 수행 과정에서 이루어진 것으로 볼 수 있는 경우에도 "강행규범 위반 행위는 국가의 기능을 벗어난 것으로서 주권행위나 공적 행위로 볼 수 없는 범죄행위일 뿐이므로, 물적 면제(Immunity *ratione materiae*)[673]의 대상이 될 수 없다"고 보고 있는 태도[674]는 작지 않은 시사점을 제공한다. 강행규범 위반 행위는 국가 기능의 범위를 벗어난 것으로서 국가기능 행사/주권행위로 볼 수 없다는 논리가 담겨 있기 때문이다.[675]

물론 국가면제의 대상이 국가인 반면에 물적 면제의 대상은 개인이라는 점에서 그 법리상·적용상 차이를 아예 무시할 수는 없겠으나, 국가의 강행규범 위반이 결국 그 기관들인 개인에 의하여 이루어진다는 특성에 비추어 볼 때, 최소한 주권행위 여부 판단에 있어서만큼은 국가면제와 물적 면제에 차이를 두어서는 안 될 것이라고 생각한다. 예를 들어,

---

Alston and Ryan Goodman, *supra* note 520, pp.1,128-1,130, 1,199-1,201; 정인섭 외, *supra* note 232, pp.133-137 참조.

673) 여기서 각주 588)에서 이미 소개한 물적 면제(Immunity *ratione materiae*)의 개념을 다시 한 번 요약한다면, 공적 행위(official acts)를 한 개인에게 재직 중이든 재직 후이든 불문하고 부여되는 다른 국가 법원에서의 관할권 면제를 의미한다.

674) Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.299-308(이 논점과 관련한 영국, 스위스, 이탈리아, 네덜란드 등을 비롯한 여러 국내법원의 판결들이 자세히 설명되어 있고, 그와 아울러 같은 취지의 ICTY, ECtHR 등 국제재판소 판례들도 소개되어 있다); Sevrine Knuchel, *supra* note 670, p.165 등 참조.

675) 더욱이 민사책임과 관련하여서도, 미국의 Samantar 판결과 같이 강행규범 위반 행위는 주권행위 또는 공적 행위로 볼 수 없다는 이유로 물적 면제를 인정하지 않은 사례도 발견할 수 있다. Samantar 판결은 소말리아 전직 고위 관리였던 Samantar가 공직에 있을 때 행한 고문행위 등 강행규범 위반 사안에 대하여 피해자들이 미국 법원에 손해배상을 청구한 사안을 대상으로 하는바, Samantar는 물적 면제를 주장했으나, 미국 법원은 "주권행위나 공적 행위(official action)로 볼 수 없으므로, 물적 면제를 인정할 수 없다"는 이유로 손해배상 책임을 인정하였다[Yousuf v. Samantar, 699 F.3d 767 (4th Cir, 2012)]. 이에 관한 자세한 설명으로는, Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.309-311; Philip Alston and Ryan Goodman, *supra* note 520, pp.1,197-1,199 참조.

A국의 장군 B가 무력 충돌 상황에서 제노사이드 범죄를 저질렀을 경우 B는 국가 기능을 벗어난 행위라는 이유로 처벌받는 한편, A국은 여전히 주권행위를 하였다고 보는 것은 극명한 모순에 해당할 것이다.[676]

위와 같은 관점에서, 개인의 공직 수행 과정에서 이루어진 강행규범 위반을 주권행위 또는 공적 행위가 아니라고 보아 물적 면제를 인정하지 않는 위와 같은 한 흐름[677]은, 언젠가는 국가면제에도 준용될 날이 올 수도 있을 것으로 예상한다.

결론적으로, 다수의견이나 그와 방향을 같이 하는 입장들이 강행규범 위반행위에 대하여 주권행위 title을 부여하는 것은, 현 국제법의 흐름과 그 의미를 충분히 고려하지 못한 일면적인 접근방식이라는 비난에서 자유로울 수 없다고 보인다.[678]

2) 이익 형량

676) 같은 취지로, *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Judgment No. 5044/2004, 11 March, 2004, *ILR*, Vol. 128, p.674, para. 11.

677) '흐름'과 관련하여, ILC는 2017년 제69회 회기(69th session)에서 "Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction" 초안 7조로 "제노사이드, 인도에 반하는 죄와 같은 국제범죄의 경우에는 국내 형사재판에서 물적 면제가 인정되어서는 안 된다"는 내용을 찬성 21, 반대 8, 기권 1로 잠정적으로(provisionally) 채택하였고[ILC, Report on the work of the 69th session (2017), pp.163-165, 177 (Chapter VII)], 그 배경에 관하여 해당 주석에서 "현재 국제범죄에 해당하는 특정 행위 유형들에 대해 물적 면제를 적용하지 않는 분명한 흐름이 존재하고, 이러한 흐름은 여러 국내법원의 판결들에 반영되고 있다"고 설명한다[ILC, Report on the work of the 69th session (2017), pp.178-179, para. 5].

678) 이와 관련, J. Craig Barker, "Negotiating the Complex Interface between State Immunity and Human Rights: An Analysis of the International Court of Justice Decision in Germany v. Italy," *International Community Law Review*, Vol. 15(4) (2013), p.419 ('there is no inherent reason why there should not be an exception to State immunity in the case of human rights abuses. ... the old rhetoric of sovereignty, independence and dignity have been abandoned as the basis of State immunity. ... It is not guaranteed by any particular normative values').

다수의견은, 국가면제 법리를 취함으로써 얻을 주권평등 원칙 등의 가치와 그로 인해 희생될 수밖에 없는 국가 재판주권 등의 가치를 함께 고려하라고 명시하였으면서도, 실제로는 이를 이행하였다고 보기 어렵다. 즉, 다수의견은 스스로 다음과 같이 "국가면제가 법정지국 주권 중 하나인 속지주의 재판주권을 제한하는 측면이 있으므로, 국가면제의 근거인 주권평등 원칙과 함께 고려되어야 한다"고 하여 두 원칙과 관련한 이익 형량이 필요함을 밝혔음에도,[679] 정작 그러한 형량의 흔적을 나머지 판결문 전체를 통해 발견하기 어렵다.

> This principle[680] has to be viewed together with the principle that each State possesses sovereignty over its own territory and that there flows from that sovereignty the jurisdiction of the State over events and persons within that territory. Exceptions to the immunity of the State represent a departure from the principle of sovereign equality. Immunity may represent a departure from the principle of territorial sovereignty and the jurisdiction which flows from it[(국가면제의 근거로서 통용되는) 주권평등 원칙은, 모든 국가가 영토 주권을 갖고 그 연장선에서 영토 내 물적, 인적 재판관할권을 갖는다는 속지주의 재판주권 원칙과 함께 고려되어야 한다. 국가면제를 적용하지 않는 것은 주권평등 원칙을 벗어나는 측면이 있지만, 한편 국가면제를 적용하는 것은 속지주의 재판주권 원칙에서 벗어난다고 볼 여지가 있다].

위 판시 내용에서 적절히 지적하고 있듯이, 현대 국가면제 법리는

679) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 57.

680) 문맥상 해당 paragraph 바로 앞 문장에 등장하는 'the principle of sovereign equality of States(주권평등 원칙)'를 의미한다.

그를 통하여 보호하고자 하는 국가 간 주권평등에 관한 존중과, 그를 통하여 양보되거나 희생될 수밖에 없는 속지주의 재판관할권 및 피해자 권리 구제의 대립되는 측면들을 비교·형량하여 발전적으로 변형되고 있는 과정에 있다고 봄이 타당하다. 그 연장선에서, 법정지국이 상대방 국가에 대하여 국가면제 권리를 부여하는 것은 법정지국 재판주권의 양보 및 자국민의 재판청구권 제한이라는 성격이 있음을 부정할 수 없기에, 국가면제의 문제는 어떤 답이 이미 정해져있는 문제라기보다는, 대상 사안의 특성 등을 모두 고려한 이익 형량의 결과물이어야 할 것이다.[681]

그러한 관점에서, 지금까지 설명한 법리들 - 규범 우월성에 근거한 충돌 법리, 강행규범 위반의 비 주권행위 취급 필요성 등 - 이나, 앞서 소개한 바와 같이 재판청구권 보호 자체를 강행규범으로 보는 입장[682] 또는 강행규범 위반을 원인으로 한 2차 규범도 강행규범으로 보는 입장[683]을 굳이 취하지 않더라도, 적어도 인권 중심 강행규범 위반만큼은 그 재판청구권을 국가면제에 우선하여 보호하는 법리가 가능하다고 생각한다. 즉, 재판주권과 주권평등 사이의 이익 형량 관점에서만 보더라도, 인권 중심 강행규범만큼은 국가면제보다 우선 적용되어야 한다는 논리가 다음과 같이 만들어질 수 있다고 봄이 타당하다.

역점을 두어 정리한 바와 같이, 인권 중심 강행규범은 재판청구권을 포함한 회복청구권의 귀속 주체가 오로지 피해자 개인이라는 점에서 그러한 권리를 국적국이 함부로 제한하거나 포기시킬 수 없다고 봄이 타당하다. 이는 바꾸어 표현하면, 그러한 청구권이 제한, 포기되지 않는 방향으로 재판주권이 행사되어야 함을 의미한다.

그 연장선에서, 만일 피해자가 국적국 법원에 가해 외국을 상대로

681) 같은 취지로는, Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.196.
682) 제4장 제6절 3.항 참조.
683) 제4장에서 설명한 바와 같이 Orakhelashvili 교수의 주장이 대표적이다.

인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 피해회복 소송을 제기한 경우, 국적국 법원으로서는 우선 강행규범 위반 여부를 사실 확정을 통해 확인할 의무 및 만일 위반이 존재한다면 재판절차를 진행하여야 할 의무가 있다는 결론을 얻게 된다. 그리고 이 의무의 성격은, 원래부터 법원이 갖는 본연의 의무인 재판청구권 실현 의무에 더하여 '해당 인권 중심 강행규범 위반의 시정[684] 차원에서 그 위반을 원인으로 한 재판절차를 진행할 의무'라는 성격까지 추가된 가중적 성격의 의무가 될 것이다.

여기서 법원 입장에서는 두 대립되는 의무, 즉 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 재판청구권의 존중·실현 의무와 국가면제 존중 의무 중 어느 의무를 우선할 것인가를 결정하여야 하는바, 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 재판청구권 존중·실현 의무의 위와 같은 가중적 성격이나 중대성 등을 고려할 때, 이를 우선적으로 이행할 필요성이 이익 형량의 관점에서 보다 크다고 생각한다.

이에 대하여, 일부 학자들은 강행규범 위반을 이유로 국가면제를 부인할 경우 재판청구권 남용의 위험성, 모든 국가들이 다른 국가 법정에서 다양한 재판상 청구를 당하게 될 염려, 강대국에 의하여 악용될 가능성, 국가들의 평등·독립 침해 위험성 등을 제기하나,[685] 이 입장을 지지하는 Erika De Wet 교수조차 인정하듯이 과장된 측면이 있을 뿐만 아

684) '시정'과 관련하여, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, ICJ Judgment* (1996), para. 31 참조. "모든 국가는 강행규범 위반을 하지 않음은 물론 이를 방지할 의무가 있고, 만일 위반이 발생할 경우 관련자들을 처벌할 의무가 있다"는 취지의 법리를 밝힌 위 ICJ 판결이나 같은 취지의 학계의 설명[예를 들어, Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.354, 371-383; M. Cherif Bassiouni, "International Crimes; *Jus Cogens* and obligation *Erga Omnes*," *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59(4) (1996), pp.63-66 등 참조]을 통해서도 알 수 있듯이, 강행규범 위반을 바로잡는다는 의미로서의 '시정'은 모든 개별 국가(입법·사법·행정 포함)의 의무라고 볼 수 있다.

685) 예를 들어, Andreas Zimmermann, *supra* note 617, pp.439-440; Erika De Wet, *supra* note 346, pp.110-111 참조.

니라,[686] 설령 그러한 문제점들이 있다 하더라도 여전히 위 의무의 우위는 달라지지 않는다고 생각한다. 이와 관련, "어떤 국가가 다른 국가에서 재판받더라도, 그 다른 국가의 법원 재판이 통상의 절차에 따라 진행되는 등 절차적 정의가 확보된다면 국가면제의 근거인 국가 간 평등, 존엄의 침해가 된다고 보기는 어렵다"는 Hersch Lauterpacht의 견해나, "국가면제 부인을 해당 외국의 주권에 대한 부적절하고 비례성을 상실한 간섭으로 보기는 어렵다"는 Jürgen Bröhmer 교수의 설명은 위와 같은 필자의 생각을 뒷받침한다.[687] 그리고 위 가치 판단은 단지 독자적 견해가 아니라, "인권의 중요성 관점에서 인권 침해의 피해를 법적으로 구제받을 피해자의 이익이 국가면제를 통한 해당 외국의 이익보다 크다"고 보는 학자들의 견해와도 연결된다.[688]

요컨대, 국적국 법원으로서는 가해 외국을 상대로 한 인권 중심 강행규범 위반이 주장될 경우 먼저 실체 심리를 통해 그 여부를 판단한 후, 만일 위반이 확인될 경우 국가면제를 적용하지 않고 가해국의 책임을 인정하는 것이 이익 형량의 관점에서 타당하다고 생각한다. 따라서 위와 같은 재판주권, 주권평등 원칙 사이의 이익 형량을 정작 구체적으로 실천하지는 않은 채 그 필요성만 판결문에 확인한 데 그친 다수의견

---

686) Erika De Wet, *supra* note 346, p.110 ('this fear could come across as exaggerated'). Erika De Wet 교수는 국가면제 부인 시 정치적 남용이나 강대국에 의한 오용 가능성의 문제점을 주장하면서도, 동시에 강행규범 위반으로 인정될 수 있는 사안이 실제로는 소수에 불과할 것으로 예상되는 점 등에 비추어 과장적 측면도 존재함을 인정하고 있다.

687) Hersch Lauterpacht, *supra* note 651, p.229; Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.159.

688) 예를 들어, Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.208 ('In light of the importance of international human rights, the interest of the individual to have recourse to judicial remedies must therefore prevail over the interest of the state not to be sued'); Patricia Tarre Moser, *supra* note 631, p.849 ('The importance given to *jus cogens* norms and violations that cause in detriment to human dignity outweighs the harm the wrong-doing State would suffer due to the non-recognition of its State Immunity') 등 참조.

의 이 부분 태도는 쉽게 수긍하기 어렵다.

나아가, 다수의견은 피해자들의 국적국 법원 재판 청구가 사실상 유일한 구제수단이라는 점을 제대로 형량하지 않았다. 이는 이탈리아가 재판 과정에서 그 필요성을 명시적으로 주장한 내용[689]일 뿐만 아니라, Cançado Trindade 재판관[690] 외에 반대의견을 낸 나머지 두 재판관들(Yusuf, Gaja)[691]도 모두 강조한 것인바, 강행규범 위반 피해자들이 가해국 법정에서 그 피해를 인정받는 것은 현 국제사회의 구조상 매우 힘들거나 사실상 불가능하기에,[692] 국적국 법정에서 그러한 피해를 인정받는 것이야말로 사실상 유일한 해결수단이 될 수밖에 없다는 점을 충분히 고려했어야 함에도 이를 했다고 보기 어려운 측면이 있다.

다수의견은 이에 대하여 "피해자들에 대한 대체 구제수단이 없다는 이유로 국가면제를 부인하는 관습국제법이나 국내 입법 등을 발견할 수는 없다[693]"거나, "일괄타결 목적으로 돈을 받은 피해국이 그 돈을 경제

---

689) 다수의견이 '최후 수단 주장(the last resort argument)'이라는 제목으로 정리하고 있는 내용이다[*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 98]. 이미 언급한 바와 같이 이탈리아는 "다른 구제수단이 없는 상황에서 이탈리아 법원은 최후 수단으로 국가면제를 부인하는 것이 정당화된다"는 주장도 하였다.

690) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Trindade,* para. 299 ('the individual victims of State atrocities cannot be left without any form of redress').

691) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Yusuf,* paras 43-59 (Yusuf 재판관의 논리 핵심에 해당한다); *Dissenting Opinion of Judge Gaja,* para. 10.

692) 같은 취지로, Alexander Orakhelashvili, "State Immunity and International Public Order Revisited," *German Yearbook of International Law,* Vol. 49 (2006), p.361 ('individuals who face the hurdle of State immunity have no other option to vindicate their rights'); Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.186 ('It can hardly be disputed that having to sue in a foreign forum is indeed a disadvantage').

693) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 101.

재건이나 기간시설 구축을 위해 사용하고 피해자들에게 그 돈을 지급하지 않았다는 이유로, 해당 피해자들이 가해국에게 별도로 피해 배상을 청구할 수 있다는 논리는 받아들이기 어렵다[694]"는 입장을 밝히고 있으나, 설령 위와 같은 판시내용들이 모두 맞더라도, 여전히 피해자들의 구제 필요성을 형량하지 않은 일면적인 접근방법에 머문다는 점에서 구제 필요성에 대한 답변으로 삼기에는 설득력이 부족하다고 생각한다.

마지막으로, 다수의견과 같은 결론을 유지하게 되면 강행규범은 그 적용의 기회조차 상실될 수밖에 없게 될 것으로 보인다. 국가면제는 본안 전 문제로서 항상 본안 판단에 앞서 모두 종결될 것이기 때문이다. 이는 강행규범 위반 국가에 대한 '사실상 불처벌(*de facto* impunity)[695]'로 이어질 수 있고,[696] 결과적으로는 절차규범인 국가면제 법리가 최상위 규범인 강행규범보다 항상 우위에 서게 되는 모순이 발생하게 되는 바,[697] 다수의견이 이러한 측면을 형량하였다고 보기도 어렵다.

---

694) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 102. 다수의견의 위와 같은 판시 배경에는, 독일과 이탈리아 사이에 제2차 세계대전 후 체결된 일련의 일괄타결협정 성격의 조약들 또는 관련 법률들의 존재가 깔려있다고 해석된다. 다수의견은 판결문 para. 22부터 para. 26에 걸쳐 전후 양국 사이에 어떤 협정들이나 피해회복 방법이 시도되었는지 상세히 기술하고 있다[*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), paras 22-26]. 해당 판시 내용에서도 확인할 수 있듯이, 그중 가장 최근에 이루어진 시도는 2000년 제정된 독일의 "Remembrance, Responsibility and Future" 법률에 의한 기금 조성인바, 나치 독일로부터 노예노동 등의 피해를 입은 이탈리아 국민들을 대상으로 하되, 각 개인들에 대한 직접 배상이 아닌 특정 국제기구 등을 통한 간접 배상 방식을 취하고 있고, 대상자들을 일부 제한하고 있다(*Ibid.*, para. 26). 한편, 앞서 제4장 제4절 3. 가.항에서 설명한 바와 같이, 이 부분 para. 102 판시 내용은 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 청구권까지 염두에 둔 판시는 아니라고 해석된다.

695) Stefan Talmon, *supra* note 154, p.981 ('namely de facto impunity for the most serious human rights violations, rather than by the distinction itself').

696) 이와 관련, "실체규범, 절차규범으로 나누어 그 둘 사이에 충돌이 없다고 보는 논리는, 결국 강행규범 위반 자체를 용인하는 결과에 이르게 되는 문제점이 있다"는 취지의 지적으로는, Lorna McGregor, *supra* note 642, p.912.

697) 같은 취지로는, 이성덕, *supra* note 323, pp.241-242 ('강행규범에 위반된 행위에 대

종합하면, 속지주의 재판관할권에 관한 고려 필요성, 인권 중심 강행규범 위반에 관한 특별한 취급 필요성, 피해자 구제 필요성, 가해국의 사실상 불처벌 및 절차규범의 우위로 이어지는 모순적 결과 등을 제대로 고려하였다고 볼 수 없는 다수의견의 결론은, 주권평등 원칙과 재판주권 사이에 이익 형량을 하라는 취지의 스스로의 판시 내용이나, 어떤 재판이든 갖추어지는 것이 바람직한 형량 판단의 관점에서도 오류와 부족함이 있음을 부정하기 어렵다고 보인다.

다. Cançado Trindade 재판관과 결론이 같은 나머지 주장들

다수의견 등의 문제점을 지적하면서, 앞서 'Cançado Trindade 재판관 결론과 방향을 같이 하는 입장'에서 소개한 다섯 가지 주장들 중 첫 번째 주장(강행규범의 규범 우월성을 고려하여야 한다는 입장)과 두 번째 주장(강행규범 위반은 주권행위로 볼 수 없다는 입장)을 논리 전개의 일부로 채용하였다.

여기서는 나머지 주장들에 해당하는, ① 강행규범 위반 행위가 있을 경우 그 위반 국가는 국가면제를 묵시적으로 포기한 것으로 의제된다는 입장, ② ARSIWA 제41조는 강행규범 위반 행위에 대하여 국제사회의 '승인·지원하지 않을 의무'를 규정하고 있는바, 그러한 관점에서 볼 때 국가면제 법리를 채용하는 것은 위 의무를 위반한 것으로서 금지되어야 한다는 입장, ③ 개인이 국적국 법원에 가해국에 대한 재판 청구를 함으로써 가해국 주권이 침해되었다고 보더라도, 피해자 국적국 법정의 재판

하여 법적 구제를 받을 수 있는 기회를 박탈한다면 실질적으로 강행규범의 내용이 요구하는 법적 효과의 발생을 배제시키는 결과를 가져올 것이다'); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), *Dissenting Opinion of Judge Trindade*, para. 123.

관할권 행사는 강행규범 위반과 관련한 가해국의 배상 불이행에 관한 대응조치로 이론 구성할 수 있다는 입장에 관하여, 각 입장별로 견해를 제시하였다.

1) ①번 입장에 대한 검토

"강행규범 위반이 있을 경우 국가면제의 묵시적 포기로 의제될 수 있다"는 ①번 주장은, 소개한 바와 같이 그리스 대법원이 2000년 Distomo 판결에서 수긍한 논리들 중 하나[698]로서, 강행규범 위반 국가는 그 위반의 중대성으로 인해 더 이상 국가면제 권리를 향유할 자격이 없다는 시각을 전제로 한다.[699]

그러나, 위 입장을 쉽게 받아들이기에는 어려운 측면이 있다. 국가면제라는 큰 혜택을 어떤 국가가 포기하였다고 보려면, 막연한 의제가 아닌 오로지 구체적이고도 확인 가능한 사실에 따라 엄격한 기준에 의하여 인정되어야 할 것이기 때문이다.[700] 즉, 묵시적 포기 자체는 개념상 불가능한 것이 아니겠지만, 그것이 인정되려면 포기 의사를 객관적으로 확인할 수 있을 만큼 구체적·객관적 자료에 의하여 뒷받침되어야 할 것인바, 강행규범 위반만으로 그러한 의사를 의제한다는 것은 논리적으로 볼 때 선뜻 수긍하기 어렵다.

이와 관련, UN 국가면제협약 제7조 제1항에서 "어떤 국가가 명백하게 다른 국가의 재판권에 동의하면 국가면제를 주장할 수 없다"고 규

---

698) 각주 629) 참조.

699) Pierr d'Argent and Pauline Lesaffre, *supra* note 565, p.615.

700) *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Judgment No. 5044/2004, 11 March, 2004, *ILR*, Vol. 128, p.668, para. 8.2. 이와 관련, "강행규범 위반 사안에서 가해국의 의사는 결코 국가면제를 부인하는 쪽이 아니고, 오히려 그 반대일 것이다"는 설명으로는, Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.191.

정[701]함으로써 '명백한 동의'를 국가면제 적용 배제의 요건으로 삼고 있는 것도 국가면제의 묵시적 포기 이론이 국제사회에 받아들여지고 있지 않음을 나타내는 증거들 중 하나로 볼 수 있고, 국가면제 사건의 이탈리아 파기원 판결이나 대다수 미국 법원 판결들의 태도와 같이 현재 실무상으로도 해당 이론은 거의 지지받지 못하고 있으며,[702] 현재 학계의 주류적 태도도 같은 방향인 것으로 파악된다.[703]

종합하면, 묵시적 포기 개념 도입을 통해 강행규범의 규범 우월성 등을 전제하지 않더라도 피해자들의 재판청구권을 확보할 수 있는 장점은 예상할 수 있을 것이나, 그러한 개념까지 도입하는 것은 이론적으로나 국제법상 현실에 비추어 다소 무리한 접근방법으로 보인다.

2) ②번 입장에 대한 검토

ARSIWA 제41조는 강행규범 위반과 관련한 제3국가들의 의무를 규정한다. 즉, "(1) 강행규범 위반 상황을 합법적인 것으로 승인해서는 안 될 의무, (2) 강행규범 위반 상황 유지를 지원하거나 원조해서는

---

701) Article 7 (Express consent to exercise of jurisdiction)
1. A State cannot invoke immunity from jurisdiction in a proceeding before a court of another State with regard to a matter or case if it has expressly consented to the exercise of jurisdiction by the court with regard to the matter or case (이하 생략).

702) *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Judgment No. 5044/2004, 11 March, 2004, *ILR*, Vol. 128, p.668, para. 8.2; *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia and Lieutenant Colonel Abdul Aziz, House of Lords, UKHL* 26 (2006), para. 62; *Jones and others v. United Kingdom, ECtHR, Nos. 34356/06 & 40528/06* (2014), para. 117; Pierr d'Argent and Pauline Lesaffre, *supra* note 565, pp.616-617 참조.

703) 이성덕, *supra* note 323, p.221; 황명준, *supra* note 594, p.236; Lorna McGregor, *supra* note 598, p.440(n.27) ('this theory has recently lost support'); Jürgen Bröhmer, *supra* note 63, p.191; Mathias Reimann, *supra* note 626, p.409; Pierr d'Argent and Pauline Lesaffre, *supra* note 565, p.630 참조.

안 될 의무, (3) 강행규범 위반 상황을 합법적 수단을 통해 협력하여 종료시킬 의무"를 규정하고 있다.[704] 이는 ICJ의 2004년 이스라엘 경계벽 설치 사건에서 판시한 법리와도 일치하는 것으로서,[705] 일반적으로 강행규범 위반과 관련한 제3국가들의 대세적 의무를 규정한 것으로 이해되고 있다.[706]

②번 입장은 위 (1), (2) 의무의 관점에서 강행규범 위반에 대해서는 국가면제를 인정해서는 안 된다는 것이다. 즉, 만일 강행규범 위반 사안에서 국가면제를 한다면 그 국가는 가해국의 위반 상황을 승인하고 지원・원조하는 것이 된다는 것을 전제로 한다.[707]

개인적으로 이 논리에 별다른 문제점을 발견할 수는 없다고 생각한다. 다만, 현재 제41조를 포함한 ARSIWA의 지위는 말 그대로 여전히 '초안'일 뿐 정식으로 법적 구속력이 부여되어 있는 상태는 아니므로, 이 규정이 앞으로도 일종의 학리적 기준으로만 작용을 할지, 구속력 있는 조약으로 발전할지는 여전히 국제사회에 맡겨져 있는 점,[708] 제41조는

---

704) Article 41 (Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter)
1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40.
2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.
3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law.

705) *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Advisory Opinion* (2004), para. 159.

706) Thomas Weatherall, *supra* note 4, pp.358-359.

707) 이러한 내용을 담고 있기 때문에 이 입장을 '공범(共犯) 이론(complicity theory, complicity argument)'이라는 명칭으로 소개하는 문헌도 있다(예를 들어 Pierr d'Argent and Pauline Lesaffre, *supra* note 565, p.624; Sevrine Knuchel, *supra* note 670, pp.163-164 참조).

708) 정인섭, *supra* note 110, p.390 참조.

실무에 기초한 것이 아니라 어디까지나 그 필요성을 주장하던 학자들의 연구 결과들이 반영된 것[709]이기에, 실무적인 실현을 위해서는 이를 실천하려는 정치적 의지가 국제사회에서 활발하고 지속적으로 작동될 필요성이 있는 점[710] 등을 종합할 때, 위 제41조를 근거로 국가면제를 부인하기에는 아직 넘어야 할 장애물들이 많다고 보인다. 즉, 설득력이 있는 이론이나, 현재 상태에서 일반적 법리로 받아들여지기에는 한계가 있다고 생각한다.[711]

3) ③번 입장에 대한 검토

"가해국의 배상 불이행에 대한 대응조치로 볼 수 있다"는 입장 또한 일응 신선한 논리로 볼 수 있다. 대응조치 개념의 골자는, "어떤 국가가 위법행위를 저지른 경우 피해국도 그에 대응하여 가해국을 상대로 그에 상응하는 행위를 할 수 있다"는 것이다.[712] 일종의 위법성 조각사유에 해당한다. 이러한 대응조치 개념을 국가면제에 적용한다는 것은, "피해국이 국가면제를 부인하는 것은 일응 국가면제 법리를 위반한 국제위법행위의 구성요건을 충족하나, 가해국의 배상 불이행이라는 위법행위에 상응하는 대응조치로서 그 위법성을 조각한다"는 논리를 채용함을 의

709) Dinah Shelton, "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility," *The American Journal of International Law*, Vol. 96(4) (2002), pp.842-843 참조.

710) 이와 관련, James Crawford, *supra* note 424, p.389 ('ARSIWA Article 41 can only do so much to redress the breach of peremptory norms: when all is said and done, the political will to enforce international law must be present').

711) 한편, 이 이론에 대한 비판으로는, Pierr d'Argent and Pauline Lesaffre, *supra* note 565, p.630 참조.

712) 대응조치에 관한 보다 자세한 설명으로는, James Crawford, *supra* note 424, pp.694-711 참조. 이와 관련, 국가면제 부인을 국제 위법행위에 대한 사법적(judicial) 대응조치라고 볼 수 있는지 여부의 관점에서 분석한 논문으로는, 박현석, "국제위법행위에 대한 '司法的' 대항조치," 홍익법학, 제21권 3호 (2020) 참조.

미한다.[713]

다만, 위와 같은 대응조치 논리는, 대응조치 요건이 과연 충족되는가에 관한 반론에 휩싸일 수 있는 여지를 가지고 있다. 대응조치의 위 정의에서 알 수 있는 바와 같이, 대응조치로 인정되기 위해서는 원칙적으로 '피해국[714] v. 가해국' 관계가 존재하여야 하고, 피해국의 행위가 국제위법행위의 구성요건 및 비례성을 갖추어야 하며, 그 충족 여부는 가해국의 불법 경중, 대응조치로 인해 침해되는 법익, 대응조치를 통해 얻을 수 있는 가치 등을 모두 종합하여 결정하여야 할 것인바,[715] 예를 들어 피해국 법원의 국가면제 부인을 국제 위법행위의 구성요건을 갖춘 행위라고 취급하는 것이 타당한지 여부[716], 비례성을 갖추고 있다고 볼 수 있는지 여부[717] 등 여러 쟁점이 제기될 수 있는 문제이기 때문이다.

무엇보다도, 예를 들어 A국이 자국 국민 B에게 고문을 한 후 B가 C국 법원에 A국에 대한 손해배상을 청구한 사안을 가정하면, 이 주장의 문제점은 좀 더 명확히 다가온다. 이 주장에 따르면, 위 사안에서 C국이 A국의 국가면제를 부인하는 근거는 'A국에 대한 대응조치'여야 하는바, C국이 피해국이 아니라는 점을 고려할 때,[718] C국이 대응조치를 행사할

---

713) 이와 관련, Patricia Tarre Moser, *supra* note 631, p.811 ('Countermeasures are otherwise internationally unlawful measures that are not considered to be violations of international law when taken in response to a previous violation of international law by another State').

714) 이때 대응조치 법리상 '피해국'은 그 국민이 가해국으로부터 강행규범 위반의 피해를 입은 경우를 포함한다(*Ibid.*, p.814).

715) James Crawford, *supra* note 424, pp.697-699 참조. 대응조치가 유효하게 성립하려면, 위 요건들 외에도 피해국의 대응조치 행사 전 가해국에 대한 위법행위 시정 요청이나 분쟁해결절차 부존재 등 추가적 요건이 필요하다.

716) 이와 관련, '일반적으로 국가는 자국이 취하는 조치를 대응조치라고 명시하기를 꺼린다. 대응조치라는 주장에 국제의무 위반이라는 전제가 포함되기 때문이다'는 취지의 설명으로는, 박현석, *supra* note 712, p.119.

717) 이와 관련, 비례성의 개념 자체가 모호하다는 취지의 지적으로는, Mary Ellen O'Connell, *The Power & Purpose of International Law: Insights from the Theory & Practice of Enforcement* (Oxford University Press, 2008), p.253.

수 있는 법리적 근거가 현 국제법 현실상으로는 빈약하다는 결론에 이르게 되기 때문이다.[719]

제4절 두 위안부 판결에 대한 소개 및 분석

1. 개요

이미 언급하였다시피, 원고들만 다를 뿐 사실상 동일한 구조의 위안부 사안에 관하여 2016가합505092 판결과 2016가합580239 판결은 정반대의 결론을 내렸다. 즉, 2016가합505092 판결은 강행규범 법리의 규범적 우월성 등에 기초하여 일본의 국가면제가 인정되지 않는다는 판단을 하였으나, 2016가합580239 판결은 강행규범 위반이 문제되더라도 국가면제는 영향받지 않는다는 법리 등을 제시하면서 일본의 국가면제를 인정하였다. 나아가 2016가합505092 판결은 국가면제 판결의 반대의견 법리를, 2016가합580239 판결은 다수의견 법리를, 각 핵심 논거들에 있어서 사실상 거의 동일하게 채용하였음을 확인할 수 있다.

이 부분에서는, 두 위안부 판결에 대하여 앞서 본 국가면제 판결에 관한 분석을 토대로 소개하고, 분석하였다.

---

718) 각주 714)에서 본 것처럼, 만일 B가 C국 국민이라면 C국은 피해국으로 간주된다.

719) 물론 이 경우 "C국은 A국의 대세적 의무 위반에 대한 집단적 대응조치(collective countermeasures: 피해국이 아닌 제3국이 대세적 의무 위반을 이유로 가해국에 대하여 하는 대응조치) 차원에서 국가면제를 부인할 수 있다"는 논리를 상정할 수는 있을 것이고, 국가면제 관련 대응조치 주장 논리에 필연적으로 수반되는 논리이기는 하나(Patricia Tarre Moser, *supra* note 631, pp.812-813), 집단적 대응조치라는 개념 자체가 아직까지 학자들의 논의 대상에 머물러 있을 뿐 이에 관한 국제사회의 일치된 합의는 없는 상황임을 확인할 수 있다(James Crawford, *supra* note 424, pp.703-706 참조).

2. 2016가합505092 판결의 법리 및 분석[720]

가. 법리

1) 일본의 위안부 동원 행위가 주권행위인지 여부 - 긍정

일본제국이 달성하려던 목적은 일본 군인들의 신체적·정서적 안정, 군대의 효율적인 통솔과 통제 등으로 보이고, 군대의 보유와 지휘는 국가의 행위 중 가장 권력적 행위 중 하나에 해당한다.

나아가 위안부 동원 행위에는 군대 외에도 여러 일본 국가기관들이 관여하였는바, 위와 같은 국가기관들이 사경제 주체로서의 이익 달성 등을 목적으로 상대방과 동등한 지위에서 그러한 행위들을 자행한 것은 아니다.

2) 우리나라의 재판권 행사가 국가면제 위반인지 여부 - 부정

아래 사정들에 비추어, 위안부 피해자들이 당한 피해[721]는 당시 일본에 의하여 계획적, 조직적으로 광범위하게 자행된 반인도적 범죄행위에 의한 것으로서 강행규범을 위반한 것이고, 당시 일본제국에 의하여 불법점령 중이었던 한반도 내에서 우리 국민인 피해자들에 대하여 자행된 것으로서, 비록 위안부 동원 행위가 일본의 주권적 행위라고 할지라도 국가면제를 적용할 수 없다.

---

720) 이하 해당 판결문 내용에서 관련 법리를 추출하여 요약·편집하였고, 이에 관한 분석을 담았다.

721) 그 구체적 피해 내용들에 관해서는, 앞서 정리한 '제4장 제5절 청구권협정으로의 적용' 부분 참조.

① 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 재판청구권을 국민의 기본권으로 보장하고 있는 점, 이러한 재판청구권은 기본권이 침해당하거나 침해당할 위험에 처해 있을 때 그에 대한 구제 또는 예방을 요청할 수 있는 권리라는 점에서 다른 기본권의 보장을 위한 기본권이라는 성격을 갖는 점, UDHR 제8조에서 “모든 사람은 헌법과 법률이 보장하는 기본권을 침해당하였을 때, 해당 국가 법원에 의해 효과적으로 구제받을 권리가 있다”고 규정하고 있는 점 등을 종합할 때, 기본권의 보장을 위한 실효적인 권리인 재판 받을 권리를 제한함에 있어서는 지극히 신중하여야 한다.

② 국가면제는 실체 판단에 들어가기 이전에 재판권이 있는지 여부에 관한 판단에서 적용되는 이론으로서 절차적 요건에 관한 것이기는 하나, 절차법은 실체법상 권리와 상태를 가장 잘 구현하도록 구축되고 해석되어야 한다. 절차법은 실체법 질서를 구현하는 수단으로서 의미를 갖기 때문이다. 절차법이 불충분하여 실체법상 권리 실현이 제한되거나 실체법 질서가 어느 정도 변용되는 경우는 있을 수 있으나, 그로 인해 실체법상 권리나 질서가 형해화되거나 왜곡되어서는 안 되는 것이다(대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결 참조).

③ 국가면제 이론은 항구적이고 고정적인 가치가 아니다. 국제질서의 변동에 따라서 계속하여 수정되고 있으며, 여러 국제협약이나 여러 국가의 국내법에서 국가면제가 인정되지 않는 예외사유를 정하고 있는 것에 비추어 보아도 그러하다. 이러한 변천은 국제법 체계가 개인의 권리를 보호하는 방향으로 이행한 것을 반영하는 것으로 보인다.

④ 비엔나협약 제53조에 비추어 보면, 국제법규에도 상위규범인 ‘절대규범’과 하위규범 사이에 구별이 있고, 하위규범은 절대규범을

이탈하면 아니 된다.

⑤ 법을 해석·적용할 때에는 그 결과를 고려하여야 하는데, 해석 결과 심히 불합리하거나 부당한 결론이 도출된다면 그러한 해석을 배제하는 방안을 강구해야 한다. 국제 공동체의 보편적인 가치를 파괴하고 반인권적 행위로 인하여 피해자들에게 극심한 피해를 가하였을 경우까지도 이에 대하여 최종적 수단으로 선택된 민사소송에서 재판권이 면제된다고 해석하는 것은 다음과 같이 불합리하고 부당하다.

㉮ 국가면제가 관습국제법이라고 하더라도, 인도에 반하는 중대한 불법행위를 저지른 경우까지 이를 적용하게 되는 경우, 어느 국가가 다른 국가의 국민에 대하여 인도에 반하는 중범죄를 범하지 못하도록 한 여러 국제협약에 위반됨에도 이를 제재할 수 없게 되고, 이로 인하여 인권을 유린당한 피해자들은 재판 받을 권리를 박탈당하여 자신의 권리를 제대로 구제받지 못하는 결과를 초래한다.

㉯ 위안부 피해자들의 피해에 관해서는 1990년대에 들어 비로소 일본의 사과와 배상을 요구하면서부터 논의의 쟁점이 되었고, 일본은 고노 담화[722]를 통하여 공식적으로 그 책임을 인정하였음에도, 피해자 개개인에 대한 보상 혹은 배상은 거의 이루어지지 않았다. 이에 위안부 피해자들은 일본 법원에 여러 차례 민사소송을 제기하였으나 모두 기각되거나 각하되었고, 미국 등 다른 국가의 법원에 제기한 소송의 결과 또한 같았다. 협상력이나 정치적인 권력을 가지지 못하는 피해자들로서는 이 사건 소송 외에 구체적인 손해를 배상받을 방법이 요원하다.

㉰ 국가면제는 주권국가를 존중하고 함부로 타국의 재판권

722) 1993. 8. 4. 있었던 당시 일본 관방장관 고노 요헤이(河野洋平)의 담화이다. 이 담화 내용에는 “일본군이 직접 또는 간접적으로 위안소 설치, 관리 및 위안부 동원에 관여한 사실, 위안부들의 생활이 강제적인 상황에서 참혹하였고, 위안부들의 동원이 총체적으로 본인들의 의사에 반하여 행해진 사실” 등을 적시하고 있다(2016가합505092 판결문 pp.16-17 참조).

에 복종하지 않도록 하는 의미를 가지는 것이지, 강행규범을 위반하여 타국의 개인에게 큰 손해를 입힌 국가가 국가면제 뒤에 숨어서 배상과 보상을 회피할 수 있도록 기회를 주기 위하여 형성된 것은 아니다.

나. 분석

1) 위안부 동원 행위를 주권행위로 본 판단 관련

2016가합505092 판결의 이 부분 판단 핵심은 “위안부 동원 행위는 권력적 행위 중 하나인 군대의 보유와 지휘와 관련한 것으로서, 일본 정부가 사경제 주체로서 위안부와 동등한 지위에서 동원행위를 자행한 것은 아니다”라는 것이다. 이 부분 판단에 있어서는 국가면제 판결의 다수의견 논리를 따른 셈이다.

앞서 강행규범 위반 행위는 주권행위로 볼 수 없다는 입장을 밝혔다. 강행규범 위반이라는 불법의 크기나 태양 자체에서 국가 기능을 벗어난 범죄행위일 뿐 주권행위라는 이름을 붙일 수 있는 대상이 아니라는 것이 골자이고, 이를 뒷받침하는 Cançado Trindade 재판관의 *delicta imperii* 개념이나 학자들의 견해, 강행규범 위반의 형사 책임과 관련하여 물적 면제를 인정하지 않는 현 국제법의 흐름도 소개하였다.

2016가합505092 판결의 이 부분 판단에 동의하기 어렵다. 재판부로서는 일본의 위안부 동원 행위가 국가 기능 행사가 아닌 주권의 범위를 넘어선 국가 불법행위라는 측면도 고려했어야 했다고 생각한다. 무엇보다도, 정리하였다시피 개인이 공직 수행 과정에서 자행한 강행규범 위반에 관한 형사 책임의 인정과 관련하여 “강행규범 위반 행위는 공직 수행 과정에서 이루어졌다 하더라도, 국가 기능 행사를 벗어난 행위로서 주권

행위나 공적 행위로 볼 수 없다"는 현 국제법의 흐름을 고려할 때, 재판부가 이 부분 결론에 이르는 과정에서 이러한 흐름에 관한 보다 면밀한 검토가 있었다면 좋았을 것이라는 아쉬움이 있다.

2) 국가면제를 인정하지 않은 판단 관련

2016가합505092 판결은 일본의 위안부 동원 행위를 주권행위로 보는 한편, 위안부들이 당한 피해가 인도에 반하는 죄 금지의 강행규범 위반에 의한 것이라는 이유로 위안부청구권은 국가면제의 대상이 될 수 없다는 판단을 하였다.

이러한 판단과 그 논거로 든 사정들, 특히 비엔나협약 제53조를 언급하면서 하위규범이 절대규범을 이탈할 수 없다고 판시한 부분 등을 종합하면, 2016가합505092 판결은 강행규범의 규범 우월성을 채택하였음을 확인할 수 있다. 비록 판결문에 '인도에 반하는 죄 금지의 강행규범이 국가면제 법리에 우선하여 적용된다'는 취지의 명시적 문구는 등장하지 않지만, 위와 같은 절대규범, 하위규범 판시를 통해 재판부가 의도한 바가 '하위규범인 국가면제 법리는 절대규범인 인도에 반하는 죄 금지 강행규범을 이탈할 수 없다'는 것임을 알 수 있기 때문이다.

위와 같은 강행규범의 규범 우월성에 관한 판시 외에도, 2016가합505092 판결은 Cançado Trindade 재판관을 비롯한 국가면제 판결의 반대의견들 논리나 이를 옹호하는 학자들 견해를 대부분 채택하고 있음을 확인할 수 있다. 강행규범 위반 피해자들의 구제 필요성이나 그들이 구제받을 수 있는 유일한 방법이 국적국 법원에 제소하는 방법 외에 사실상 없다는 점, 국가면제 법리가 피해자 개인의 구제를 회피하는 수단으로 기능해서는 안 된다는 점, 국가면제 법리가 고정적인 것이 아니라 변

화의 과정에 있고, 개인의 권리를 보호하는 방향으로 이행하고 있다는 점 등을 지적한 것은, 국가면제 판결 반대의견을 포함하여 판결 전후에 걸쳐 상당수 국제법 학자들과 실무가들이 강조하여 온 내용에 해당한다.

한편, 2016가합505092 판결이 국가면제 법리가 실체 판단에 들어가기 전 판단되어야 하는 절차규범이라고 전제한 후, 우리 대법원의 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결의 법리를 소개하면서 실체법과 절차법의 관계를 설명한 것에 대해서는, 다음과 같이 분석한다.

앞서 국가면제 법리가 항상 본안 전 문제로서 실체 판단 전에 판단될 문제라는 다수의견 등의 문제점을 지적한 바 있고, 설득력을 높이기 위해 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결의 판시 사항을 인용한 바 있다. 다시 한 번 요약한다면, 다수의견 등의 이 부분 논리는 행위의 성격을 가리지 않는 절대적 국가면제에서는 맞는 말이 되지만, 현 국제법의 주류적 경향인 제한적 국가면제에서는 틀린 말로 봄이 타당하다. 주권행위인지 여부가 항상 명백하지는 않기에 주권행위 판단을 위해 사실 확정이 선행되어야 하기 때문이다. 이러한 관점에서 2016가합505092 판결이 적시한 “국가면제는 절차규범으로서 실체 판단에 들어가기 전 판단되어야 한다”는 판단에 대해서는, 다수의견 등에 대한 위와 같은 비판이 그대로 적용될 수 있을 것이다.

다음으로 2016가합505092 판결이 우리 대법원의 위 관련 법리를 채용한 것과 관련하여, 2016가합505092 판결은 “실체규범인 강행규범과 절차규범인 국가면제 법리 사이에 충돌이 발생하지 않는다”는 다수의견의 논리를 정면으로 비판하지는 않는 대신, 우리 대법원의 위 법리를 사용하여 이를 우회적으로 비판한 것으로 볼 수 있다.

이 부분 대법원의 판시 내용은 “절차법은 어디까지나 실체법 질서를 구현하는 수단으로서 의미를 갖기에, 절차법 때문에 실체법상 권리나 질

서가 형해화되어서는 안 된다"는 점을 강조하고 있는바, 앞서 정리한 바와 같이 "다수의견에 의하면 절차규범인 국가면제 법리가 실체규범인 강행규범에 항상 우선 적용되는 불합리와 모순이 발생한다"는 논리[723]와도 자연스럽게 연결될 수 있는 내용으로 이해할 수 있다. 물론 위 대법원 판결은 국내법상 실체규범/절차규범에 관한 것이기는 하나, 법리의 핵심인 "절차규범으로 인해 실체규범이 형해화되어서는 안 된다"는 내용만큼은 국내법뿐만 아니라 국제법 영역에서도 통용될 수 있는 보편적 법리의 성질을 가지고 있으므로, 2016가합505092 판결의 이 부분 취지와 접근방식에 설득력을 부여할 수 있다고 생각한다.[724]

마지막으로 2016가합505092 판결이 우리 헌법 제27조와 UDHR 제8조를 언급하면서 재판청구권이 우리 헌법과 UDHR에서 모두 보호하고 있는 '기본권 보장을 위한 기본권'으로서 그 제한에 지극히 신중해야 한다는 법리를 판시한 것도 타당한 지적이라고 평가한다. 그리고 이는 "법원으로서는 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 청구가 제기된 경우 재판청구권을 보호할 의무에 더하여 해당 인권 중심 강행규범 위반의 시정 차원에서 재판을 진행할 의무를 함께 부담하게 되고, 이러한 가중적 의무와 국가면제 존중 의무를 비교할 때 전자가 후자에 비하여 그 중요성이 크므로, 이익 형량의 관점에 의하더라도 법원으로서는 국가면제 법리를 배제하여야 한다"는 필자의 입장[725]과도 맥을 같이 한다.

---

723) p.238 참조.

724) 일각에서는 2016가합505092 판결의 위 대법원 판결 인용을 '국내법에 관한 판시를 국제법 영역에 무리하게 채용하였다'고 비판할 수 있을 것으로 보이고, 국제법/국내법의 여러 차이 등에 비추어 그러한 비판에 일부 타당한 측면도 있어 보이나, 대법원 판시 내용의 위와 같은 보편적 성격 등에 비추어 2016가합505092 판결의 접근방식을 위법/잘못으로까지 평가하기는 어렵다고 생각한다.

725) pp.234-236 참조.

3. 2016가합580239 판결의 법리 및 분석[726]

가. 법리

1) 위안부 동원 행위가 주권행위인지 여부[727] - 긍정

① 제한적 국가면제론에서 국가면제가 인정되는 '주권적 행위'는 비권력적·私法的 행위에 상대되는 개념으로서, 그 본질상 주권의 행사가 어떠한 법적·윤리적 당위를 전제로 한 개념이라고 보기는 어려우므로, 만약 국가에 의한 공권력 행사가 잔혹한 방식으로 이루어졌다면 그 행위는 위법한 '공권력 행사' 또는 위법한 '주권 행사'가 될 뿐이지 그러한 행위가 주권적 행위로서의 성격 자체를 상실한다고 볼 수는 없다.

② 일본의 행위는 일본 군대의 요청에 따라 당시 한반도를 관할한 조선 총독부가 행정조직을 이용하여 이 사건 위안부 피해자들을 차출하여, 일본 군대가 주둔한 지역의 위안소에 배치시켜 성관계를 강요했다는 것이어서, 이러한 행위는 그 목적, 행위의 주체와 내용에 비추어 공권력의 행사에 해당하므로 '주권적 행위'라고 보아야 하고, 이를 비권력적·사법적 행위에 해당한다고 볼 수 없다

2) 국가면제 적용 여부[728] - 긍정

① 국가면제는 법원의 민사 재판권에 대한 인적인 제약으로서

---

726) 2016가합505092 판결의 정리 및 분석과 마찬가지로, 이하 해당 판결문 내용에서 관련 법리를 추출하여 이를 요약·편집하고, 이를 분석하였다.
727) 2016가합580239 판결문 pp.58-59 참조.
728) 2016가합580239 판결문 pp.56, 75-76 참조.

소의 적법 요건이므로, 국가면제의 본질적인 내용으로서 독립된 주권 국가는 다른 국가 법원의 재판권에 구속되지 아니한다는 것은, 비단 다른 국가 법원으로부터 불리한 판결을 받지 아니한다는 의미뿐만 아니라 다른 국가 법원에 제기된 소송의 본안에 관하여 응소할 부담도 부담하지 아니한다는 의미로 해석되어야 한다.

② 그런데 '강행규범 위반'으로 인한 '중대한 인권 침해' 여부는 필연적으로 사건의 본안에 대한 심리를 거친 이후에야 판단될 수 있는 문제이므로, 앞서 본 국가면제의 제도적 취지를 고려하면 위반행위의 중대성과 이로 인한 손해의 심각성에 대한 정도가 본안 심리의 전제 조건으로서 재판권 존부 판단 기준이 될 수는 없다고 보아야 한다.

③ '강행규범'을 위반하여 위안부 피해자들에게 '심각한 인권침해'를 초래하였으므로 국가면제를 인정하지 아니하는 것은, '강행규범'과 '심각한 인권 침해'라는 요건이 갖는 포괄성과 불명확성으로 인하여 이와 같은 국가면제의 '예외'가 위안부 피해자 문제에 국한하여 적용될 것으로 기대하기 어렵고, 향후 국가면제가 부정되는 범위에 관하여 상당한 정도의 불확실성을 초래할 수밖에 없다.

3) 국가면제가 위안부 피해자들의 재판청구권 또는 인간으로서의 존엄과 권리를 부당하게 제한한다고 볼 수 있는지 여부 - 부정[729]

2016가합580239 판결은, 일본의 국가면제를 인정하더라도 위안부 피해자들의 재판청구권과 그들의 인간으로서의 존엄과 가치에 부당한 제한을 가한다고 볼 수는 없다고 판단하였다. 그러면서 국가면제 인정이 목적 정당성, 수단 적정성, 침해 최소성, 법익 균형성의 총 4가지 관점에

729) 이하 2016가합580239 판결문 pp.59-78에서 언급된 법리들을 축약하였다.

서 타당하다고 밝히고 있는바, 그 요약은 아래와 같다.

① 목적의 정당성

국가면제는 헌법이 정한 국제법 존중주의라는 헌법상 가치를 추구하기 위한 것으로서 목적의 정당성이 인정된다.

② 수단의 적정성

국가면제 법리의 목적과 수단의 관계를 고려하였을 때 그 수단이 현저히 불합리하다고 보기 어렵고, 외국의 주권적 행위에 해당하는 이상, 어느 국가인지 문제된 행위가 무엇인지를 묻지 아니하고 일률적으로 재판권을 부정하도록 하고 있으므로, 그 수단이 불공정한 수단에 해당한다고 보기도 어렵다.

③ 침해의 최소성

재판청구권의 내용과 성격 등에 비추어 재판청구권에는 일반적으로 승인된 국제법규에 따른 국가면제가 내재적인 제약으로 전제되어 있다고 보아야 하고, 재판청구권이 항상 본안에 관하여 재판받을 권리를 의미하지도 않으므로, 위안부 피해자들의 재판청구권을 과도하게 제한한다고 볼 수 없으며, 우리나라의 외교적 보호권 행사로 볼 수 있는 2015년 위안부 합의에 의하여 대체적인 권리구제수단이 존재한다고 보아야 하므로, 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

④ 법익 균형성

국가면제는 국제 평화주의와 국제법 존중 원칙이라는 헌법상 가치를 구현하기 위한 것일 뿐만 아니라 외교 정책과 국익에 영향을 미칠 수 있는 중요성을 가지며, 외교적 해결을 통한 방법이 존재하므로, 국가면제 인정 결과 위안부 피해자들의 재판청구권이 일부 제약되는 결과를 초래한다 하더라도 이를 두고 증진되는 공익과 제한되는 사익의 균형을 상실하였다고 볼 수 없다. 이와 관련, 관습국제법의 전부 또는 일부

의 효력을 부정하는 권한이 법원에 있다고 단정하기 어렵다.

나. 분석

1) 위안부 동원 행위를 주권행위로 본 판단 관련

2016가합580239 판결의 이 부분 판단은 2016가합505092 판결의 논리와 기본적으로 동일하다. 다만, 2016가합580239 판결은 보다 구체적으로 주권행위의 성질을 규정하였다. 법적·윤리적 당위를 전제로 하는 개념이 아니므로, 아무리 잔혹한 방식으로 이루어졌더라도 위법한 공권력 행사, 위법한 주권의 행사가 될 뿐 주권행위 자체가 아니라고 볼 수는 없다는 것이다.

국가면제 판결 다수의견 및 2016가합505092 판결에 관한 분석에서도 언급한 바 있지만, 강행규범 위반은 불법의 크기·태양 자체에서 국가 기능을 벗어난 범죄행위일 뿐 주권행위라는 이름을 붙일 수 있는 대상이 아니라고 봄이 타당하다.[730] 특히 이 부분 판단과 관련하여 다시 한 번 환기시키고 싶은 것은, 개인의 공직 수행 중 강행규범 위반을 원인으로 한 형사 책임의 인정과 관련하여 "강행규범 위반 행위는 공직 수행 과정에서 이루어졌다 하더라도 국가 기능 행사로 볼 수 없어 주권행위나 공적 행위가 아니다"는 흐름이 존재한다는 사실이다. 2016가합505092 판결과 마찬가지로, 2016가합580239 재판부가 이 부분 결론에 이르는 과정에서 이러한 현 국제법의 흐름에 관한 검토와 판시가 있었다면 좋았을 것

730) 강행규범 개념을 떠나 보더라도, 재판부 스스로 사용한 표현인 '잔혹한 방식'이 인정됨에도 이를 주권행위로 본다는 것이 과연 우리의 건전한 법 감정에 부합하는지 의문이다. 아무리 '주권'이라고 하더라도, 무엇이든 할 수 있는 '절대 반지'는 아니라고 보아야 하지 않을까?

이라는 아쉬움이 있다.

2) 강행규범 위반 여부는 국가면제 인정에 영향을 미칠 수 없다는 판단 관련

2016가합580239 판결의 이 부분 판단 내용은 다수의견의 논리와 동일하다. 국가면제는 본안 전 단계에서 사실 확정 전에 결정되어야 할 문제이므로, 본안에서 실체 심리를 거친 후에 비로소 알 수 있는 강행규범 위반 여부는 판단의 기준이 될 수 없다는 취지이다.

앞서 이 부분 다수의견의 문제점을 지적한 바 있다. 다수의견의 이 부분 논리는 절대적 국가면제 법리에서는 맞는 말이 되지만, 현 국제법의 주류적 경향인 제한적 국가면제 아래에서는 틀린 말로 봄이 타당하고, 언급하였다시피 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결의 판시 사항은 이를 뒷받침하는 내용에 해당한다고 볼 수 있다. 위와 같은 관점에서, 2016가합505092 판결과 마찬가지로 2016가합580239 판결의 이 부분 판단에 아쉬움이 있다.

다음으로 2016가합580239 판결이 판시한 “강행규범 위반으로 인한 심각한 인권 침해 시 국가면제를 배제할 경우, 두 개념(강행규범, 심각한 인권 침해)의 포괄성, 불명확성으로 인하여 국가면제 법리의 적용 범위에 상당한 불확실성을 초래할 수 있다”는 내용에도 의문이 있다.

강행규범은 국제규범의 일반적 특성을 고려할 때 포괄적이거나 불명확한 개념으로 보기 어렵다. 반복하여 정리한 바와 같이, ‘근본성, 이탈불가성, 규범적 우월성, 보편성’을 특질로 하는 특수한 유형의 관습국제법으로서, 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지, 고문 금지, 제노사이드 금지 등 인권 중심 강행규범들을 포함하는 실정법 개념이자, 여러 국제재

판소나 국내법원에서 실제로 널리 사용하고 있는 재판규범이다. 오히려 그에 관한 Draft Conclusion까지 채택될 만큼 명확성과 특정성을 갖춘 규범이라고 평가할 수 있다.

만일 강행규범을 엄격한 잣대에 의하여 포괄적이거나 불명확하다고 본다면, 대부분의 국제규범들도 그러한 측면이 있다. 예를 들어 내정 불간섭 원칙이나 무력 사용 금지, 자위권 법리의 경우 해당 규범들의 존재 자체에 관해서는 이론의 여지가 없으나, 그 인정 범위가 어디까지인지 등에 관해 아직까지 국제사회의 일치된 합의는 없는 것으로 파악된다.[731] 오히려 그러한 엄격한 기준에 의할 때, 국제규범들 중 명확하고 특정된 국제규범이 과연 얼마나 있는가라는 의문을 가지게 될 정도이다.

나아가 2016가합580239 판결은 강행규범과 아울러 '심각한 인권 침해'라는 개념도 포괄적, 불명확하다고 지적하고 있으나, 인권 중심 강행규범마다 요구되는 기준이 다르다는 점이 고려되었어야 했다고 생각한다. 예를 들어 고문 금지에서 요구하는 인권 침해와 제노사이드 금지에서 요구하는 인권 침해의 태양과 정도가 다르듯이 어디까지나 각 강행규범별로 살펴보아야 할 문제임에도, 재판부의 위와 같은 판시는 마치 모든 강행규범에는 항상 '심각한 인권 침해'라는 포괄적이고 불명확한 개념을 수반한다는 인상을 준다.

3) 국가면제가 위안부 피해자들의 재판청구권 또는 인간으로서의 존엄과 권리를 부당하게 제한한다고 볼 수 없다는 판단 관련

가) 개요

731) Christine Gray, *supra* note 404, pp.9-25 참조.

2016가합580239 판결의 이 부분 논리에 대하여는, 앞서 다수의견에 관한 비판에서 취했던 논리, 그중에서도 위안부 피해자들이 갖는 재판청구권은 일반적 재판청구권이 아니라 강행규범, 그중에서도 노예 금지 또는 인도에 반하는 죄 금지의 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권의 성격도 있음이 고려되어야 한다는 논리를 중심으로 분석하고자 한다. 구체적으로는, 해결 수단의 관점, 이익 형량의 관점, 관습국제법에 관한 법원의 역할이라는 관점에서 접근하였다.

나) 해결 수단의 관점

개인이 인권 중심 강행규범 위반으로 인한 피해를 당했을 경우, 그에 관한 법적 구제절차가 그 개인의 국적국 법원 밖에서는 매우 어렵거나 사실상 불가능한 현실이 국제사회에 존재한다. 국가면제 판결 반대의견이나 많은 국제법 학자들이 공통적으로 지적하고 있는 국제사회의 실상이고, 그들 모두가 공통적으로 주장하듯이 이에 대한 효과적이고 현실적인 해결책은, 결국 피해자들이 가해국을 상대로 국적국 법원에 소를 제기하는 방법이 될 수밖에 없을 것으로 보인다.

그러한 관점에서, 피해자들에게 국적국 법원에 대한 재판청구권을 부여하고, 이 경우 어떠한 가해국도 일단 피해자 국적국 법원에서 재판을 받게 하되, 가해국으로 하여금 해당 재판에서 강행규범 위반 여부 등에 관하여 충분히 공격·방어를 할 수 있는 절차적 기회를 보장하는 것이 보다 타당한 접근방법이라고 생각한다. 앞서 소개한 바와 같이 “어떤 국가가 다른 국가에서 재판받더라도, 그 다른 국가의 법원 재판이 통상의 절차에 따라 진행되는 등 절차적 정의가 확보된다면 국가면제의 근거인 국가 간 평등, 존엄의 침해나 간섭이 된다고 보기는 어렵다”는 취지

의 Hersch Lauterpacht 등의 견해[732]는 위 논리를 적절하게 뒷받침한다.

이에 대하여 2016가합580239 판결은 정리한 바와 같이 2015년 위안부 합의[733]를 언급하면서 "대체적 권리구제 수단이 존재하고, 위안부 합의의 후속 조치 등을 통한 외교적 해결의 가능성이 여전히 있다"는 이유를 들어 일본의 국가면제 인정이 정당화될 수 있다는 논리를 펴고 있다. 그리고 이는 국가면제 판결 다수의견의 다음과 같은 판시 내용과도 궤를 같이 한다.

> [T]he Court is not unaware that the immunity from jurisdiction of Germany in accordance with international law may preclude judicial redress for the Italian nationals concerned. It considers however that the claims ... could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue[재판부 입장에서 독일의 국가면제가 이탈리아 피해자들의 법적 구제를 봉쇄할 수 있다는 점을 인식하지 못하는 것은 아니다. 그러나, 그러한 청구권들은 두 국가 간 추후 외교 협상의 대상이 될 수 있고, 그를 통한 해결이 가능하다고 판단한다].[734]

사법적 해결이 아닌 외교적 해결 수단을 취했을 때 얻을 수 있는 평화적 관계 수립의 용이함 등 장점들이 존재한다는 관점에서 2016가합580239 판결의 이 부분 판단의 취지를 이해할 수 있고, 국가면제 판결

---

732) p.236 참조.

733) 2015. 12. 28. 당시 우리나라 외교부장관 윤병세와 일본 외무대신 기시다 후미오 사이에 체결된 구두 합의다. "위안부 문제가 최종적 및 불가역적으로 해결된 것임을 확인한다"는 내용이 포함되어 있고, 일본 정부의 자금으로 위안부 피해자들을 위한 피해 재단을 설립한다는 것을 골자로 한다(2016가합580239 판결문 pp.13-14 참조).

734) *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment* (2012), para. 104.

다수의견의 위와 같은 판시 내용에 충실한 해석이기도 하다. 다만, 위 논리를 위안부 사안에 적용하려면 다음과 같은 측면들이 추가로 고려되었어야 했다고 생각한다.

위안부 피해자들이 우리나라 법원에 소송까지 제기한 것은 위안부 합의를 몰라서가 아니다. 그러한 합의가 있으나, 그 합의가 자신들의 동의 없이 이루어졌을 뿐만 아니라, 자신들에 대한 진정한 사과와 반성 없이 이루어진, 한마디로 받아들일 수 없는 합의라고 판단하였기에 그러한 합의에도 불구하고 최후 수단으로 우리나라 법원에 호소한 것으로 봄이 타당하다. 그럼에도 불구하고, 2016가합582039 판결은 위안부 합의와 같이 외교적 해결이 가능할 뿐만 아니라 사안의 특성상 그러한 외교적 해결이 필요하기에 위안부 피해자들의 재판청구권 제한이 정당화될 수 있다고 보고 있는바, 그러한 판단을 하면서 피해자들이 왜 이렇게 소송까지 하게 되었는가에 관한 진지한 고려를 하였다고 볼 수 있을지 의문을 가지게 된다.

나아가 위와 같은 2016가합580239 판결의 입장은, 인권 중심 강행규범의 주체가 국가가 아닌 오로지 개인이라는 필자의 관점에서 볼 때에는 더욱 아쉬움이 남는다. 여러 차례 밝혔듯이, 국가는 인권 중심 강행규범 위반 피해자들의 동의 없이 그들이 갖는 청구권을 함부로 제한하거나 없앨 수 없고, 그 연장선에서 가해국과 협상하여 외교적 결실을 맺었으니 더 이상 문제를 삼아서는 안 된다고 선언할 수는 없다고 생각한다. 즉, 2016가합580239 판결과 같이 설령 2015년 위안부 합의를 외교적 보호권 행사로 보더라도,[735] 피해자들의 동의 없이 이루어진 이상 피해자들에게

735) 2016가합580239 판결문 pp.63-71 참조. 이 논문에서는 글 전개상 2015년 위안부 합의의 성격이나 이에 관한 2016가합580239 판결의 해석에 관하여 자세히 다루지는 않는다. 다만, 위 판결은 위안부 합의를 외교적 보호권의 행사로 보면서도 실체법적 효과는 발생하지 않는다고 기재하고 있으나(판결문 p.68), 의문이다. 외교적 보호권 행사가 진실로 되었다면 그것으로써 최소한 우리나라가 일본에 대하여 갖는

이를 따를 법적·도의적 의무는 없고, 이를 따르지 않는다고 하여 그들을 비난할 수는 없는 것이며, 위안부 합의가 있다는 이유로 피해자들의 재판청구권 행사를 막을 수는 없다고 봄이 타당하다.

다) 이익 형량의 관점

정리한 바와 같이 2016가합580239 판결은 목적의 정당성, 수단의 적정성, 침해의 최소성, 법익 균형성을 언급하면서 이익 형량의 관점에서 국가면제 인정의 타당성을 밝히고 있으나,[736] 정작 일본의 국가면제를 인정함으로써 얻을 이익과 그로 인하여 잃을 수밖에 없는 가치들을 제대로 형량하였다고 볼 수 있을지 의문이 있다.

앞서 국가면제 판결 다수의견에 대한 비판에서 언급하였듯이, 현대 국가면제 법리는 그를 통하여 보호하고자 하는 국가 간 주권평등에 관한 존중과, 그를 통하여 양보될 수밖에 없는 법정지 국가의 재판주권이나 사실상 희생될 수밖에 없는 피해자 권리 구제라는 대립되는 가치들을 비

외교적 보호권은 국제법상 실체적으로 소멸한 것으로 보아야 하기 때문이다. 이와 관련, 위 판결 19쪽에서 소개하고 있듯이, 헌법재판소는 2015년 위안부 합의를 정치적 합의에 불과할 뿐 국제법상 권리, 의무를 부여한 합의라고 보기는 어려우므로, 그로 인해 우리나라의 외교적 보호권이나 위안부 피해자들의 청구권이 소멸하였다고 볼 수는 없다는 입장인바(헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2016헌마253 결정), 이와 배치된다고 볼 수밖에 없는 측면이 있다. 한편, 만일 2015년 위안부 합의를 국제법상 권리, 의무를 부여한 조약으로 보고, 그 조약 내용에 위안부 피해자들의 일본에 대한 청구권을 모두 소멸시키는 내용이 포함되어 있다고 본다면, 이는 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지 강행규범과 충돌하는 전부 무효의 합의가 될 것이다. 합의 당시 이미 존재하던 두 강행규범 주체의 동의 없이 이루어진 합의로서 두 강행규범의 효력 및 필요적 결과와 양립할 수 없는 합의에 해당하기 때문이다. 이와 관련, 위안부 합의가 조약이라는 전제에서 "국제사회가 권고해 온 규범과 내용을 완전히 무시한 합의로서 강행규범에 정면으로 위배되는 합의이다"는 취지로는, 강경자, "12·28 위안부의 합의의 규범적 재조명 - 국제 강행규범을 중심으로," 일본연구, 제28권 1호 (2017), p.275 참조.

736) pp.254-256 참조.

교·형량하여 발전적으로 변형되고 있는 과정에 있다고 봄이 타당하고, 강행규범 법리와의 보다 적극적인 접목도 필요하다. 즉, 적어도 인권 중심 강행규범 위반만큼은 강행규범의 규범 우월성 등 관련 법리를 채용하지 않더라도, 이익 형량의 관점에서 그 재판청구권을 국가면제에 우선하여 보호하는 법리가 가능하다고 생각한다.

위와 같은 관점에서, 2016가합580239 판결의 이익 형량 판단에도 아쉬움이 있다. 특히 목적의 정당성으로 언급한 "국가면제 인정은 국제법 존중주의라는 우리 헌법상 가치를 추구하기 위한 것"과 관련하여, 정작 국제법상 최상위 규범으로서 국가면제 법리보다 더 존중되어야 할 강행규범에 관한 존중은 소홀하지 않았는지 의문을 가지게 된다.

재판부로서는 강행규범이라는 국제법상 최상위 절대규범에 관한 최우선의 존중을 토대로, 위안부 피해자들의 주장에 관한 실체 심리를 거쳐 사실 확정을 한 후, 인도에 반하는 죄 금지, 노예 금지의 강행규범 위반에 따른 배상책임을 인정하는 결론을 내리는 것이 이익 형량에 보다 부합하는 태도였으리라 생각한다. 두 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 청구권을 대상으로 하는 만큼, 재판절차 진행 및 배상책임의 인정 의무가 국가면제 존중 의무보다 크고 중하다고 봄이 타당하기 때문이다. 물론 해당 재판부는 다수의견과 같이 "국가면제 위반 여부는 사실 확정 전 문제로서 강행규범 위반 여부를 심리하기 전 문제"라는 입장을 취했으나, 그 논리의 설득력이 부족함은 이미 정리한 바와 같다.

라) 관습국제법과 관련한 법원 역할의 관점

마지막으로 언급하고 싶은 내용은, 2016가합580239 판결이 제시한 논리들 중 "관습국제법의 전부 또는 일부의 효력을 부정하는 권

한이 법원에 있다고 단정하기 어렵다"는 부분[737]이다.

2016가합580239 판결의 전체 맥락상, 해당 재판부가 위 부분에서 관습국제법으로 본 내용은 "주권행위에 대한 국가면제 인정"이다. 즉, 2012년 국가면제 판결 다수의견의 논리와 같이 "강행규범 위반 여부를 불문하고 주권행위이기만 하면 국가면제를 인정하는 것이 관습국제법이기에, 법원으로서는 이를 따를 필요가 있다"는 취지의 판단으로 이해된다.

앞서 언급한 브라질 대법원의 2021년 8월 판결(*Changri-La* Case)[738]에서 알 수 있는 바와 같이, 다수의견을 따른 위 판단이 국가면제 판결로부터 10년 가까이 지난 현 시점에 여전히 맞는 내용인지에 관해 보다 면밀한 분석이 필요하다는 목소리가 나올 수 있는 상황으로 보인다. 다만, 이 부분에서는 2016가합580239 판결의 위 판단 내용 자체에 한정하여 논리를 전개한다. 즉 "관습국제법을 부정하는 권한이 법원에 있다고 단정하기 어렵다"는 판단의 타당성 여부를 살펴본다.

물론 법원이 재판 당시 존재하는 법이 무엇인가를 밝히고, 원칙적으로 그 법에 의하여 판단하여야 한다는 것에 의문을 제기하기는 어려울 것이다. 그러나 적어도 관습국제법과 관련한 국내법원의 역할은 조금 다른 시각에서 접근되어야 한다고 생각한다.

왜냐하면, 국내법원의 판단은 국제법적 관점에서 볼 때 국제재판소들이나 국제기구들이 관습국제법 여부를 결정함에 있어 고려하고 수집해야 하는 중요 증거들 중 하나로 기능하기 때문이다. 즉, 앞서 이미 밝혔듯이,[739] 어떤 규범의 관습국제법성을 평가할 때 법적 확신이나 국가 관행의 증거로 참작하여야 하는 것들 중 하나이기 때문이다.

---

737) pp.255-256 참조(2016가합580239 판결문 p.75).
738) p.224 참조.
739) '제3장 제2절 관습국제법의 확인 - 법적 확신과 국가 관행' 부분 및 그 부분에서 인용한 Customary Conclusion 제6조 제2항, 제10조 제2항 등 참조.

그 연장선에서, 국내법원은 관습국제법과 관련하여 사실상 기존 관습국제법을 변경하고 새로운 규범을 창조할 수 있는 권한이 부여되어 있다고 봄이 타당하다. 이는 마치 확립된 대법원 판례가 있더라도, 하급심 판결에서 그와 배치되는 판단을 할 수 있는 권한이 있고, 그러한 배치되는 판단이 축적되어 결국 기존 판례를 바꿀 수도 있는 것과 마찬가지로 볼 수 있다. 더욱이 성문법이 아닌 관습국제법은 시대 상황에 따른 변화를 예정한 규범이다.

그러므로, 관습국제법과 관련한 국내법원의 역할은 단지 재판 당시의 관습국제법을 확인하고 이를 따르는 데 그치는 것이 아니라, 그 관습국제법의 타당성을 항상 비판적 시각에서 검토하고, 해당 관습국제법의 변경이 필요하다면 용기 있게 변경을 시도하는 자세와 노력이 필요하다고 봄이 타당하다.

위와 같은 관점에서, 2016가합580239 판결의 이 부분 판시 내용에 대하여도 아쉬움이 있다. 재판부로서는 국내법원이 관습국제법의 형성·변경에 기여하는 역할을 보다 진지하게 고려했어야 했다고 생각한다.

제5절 일본의 국가면제 주장에 대한 대응논리

지금까지 국가면제 판결과 두 위안부 판결에 대한 다각도의 분석을 통해 인권 중심 강행규범 위반 사안에서는 국가면제가 인정될 수 없음을 밝혔다.

위와 같은 분석과 논리는 일본의 “위안부 소송에서는 국가면제가 인정되어야 한다”는 주장에 대한 우리나라의 대응논리가 될 수 있을 것으로 생각한다. 앞서 해당 내용들을 상세히 전개하고 설명한 바 있으므로, 여기에서는 이를 종합하고 요약하는 차원에서 아래와 같이 정리하였다.

1. 충돌의 관점

위안부청구권은 노예 금지와 인도에 반하는 죄 금지 강행규범의 위반을 원인으로 한 회복청구권으로서, 두 인권 중심 강행규범의 효력 및 필요적 결과의 핵심에 해당한다.

나아가 위안부청구권의 구체적 내용은, 두 강행규범의 유일한 권리주체인 위안부 피해자들이 국내재판 절차를 포함하여 자신들의 청구권을 실체적으로나 절차적으로 자유롭게 행사하는 것을 본질로 한다. 한편 국가면제 법리의 효력 및 필요적 결과에 따르면, 우리나라 법원에서는 일본 정부를 피고로 재판할 수 없다는 결론을 얻는다.

위와 같은 각 효력 및 필요적 결과에 의하면, 두 강행규범의 효력 및 필요적 결과의 핵심인 '위안부청구권의 재판상 행사가 국내재판 절차에서도 자유롭게 이루어지는 것'과 국가면제 법리의 효력 및 필요적 결과의 핵심인 '위안부 피해자들이 일본 정부를 상대로는 국내재판을 진행할 수 없는 것'이 서로 양립할 수 없음을 알 수 있다. 바로 충돌이 발생하는 것이다.

Draft Conclusion 제14조, 제20조에서 명백히 규정하고 있듯이, 이러한 충돌 상황에서는 강행규범의 규범 우월성 법리에 따라 국가면제 법리는 그 한도 내에서 법 규범성을 부여받을 수 없다고 봄이 타당하다. 바꾸어 표현하면, 일본의 국가면제 권리나 우리나라 법원의 국가면제 존중 의무는 위안부청구권의 재판상 행사와 관련하여서는 인정될 수 없다는 결론을 얻을 수 있다.

이를 보다 일반적·실무적 관점에서 표현하면, 모든 국내법원은 외국을 피고로 한 재판에서 국가면제 적용 여부를 판단하기 위하여 실체

심리를 통해 해당 원고들과 외국 사이에 어떤 일이 벌어졌는지 우선적으로 파악할 필요성과 의무가 있고, 심리 결과 해당 원고들이 주장하는 청구권이 위안부청구권과 같이 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권이라는 결론을 얻게 될 경우, 위 충돌 법리에 따라 가해국의 국가면제를 인정하지 않고 재판을 진행할 의무가 있다고 봄이 타당하다.

이와 관련하여 국가면제 판결의 다수의견은 국가면제가 사실 확정 전 문제라는 입장을 취하였으나, 이는 현재의 주류적 경향인 제한적 국가면제의 관점에서 주권행위 판단에는 사실 확정이 선행될 필요가 있다는 점 등을 고려할 때 받아들일 수 없는 내용으로서, 별개의견을 낸 Mohamed Bennouna 재판관의 표현을 빌리자면 “기계적 관점에서의 접근이고, 실제 실무를 고려하지 아니한 환상에 불과하다.”

2. 주권행위가 아니라는 관점

일본의 위안부 동원 행위는 국가의 기능을 벗어난 심각한 불법행위로서 주권행위가 될 수 없기에 국가면제의 적용 대상이 아니라는 접근도 가능하다. 무엇보다도, 공직 수행 과정에서 강행규범 위반 범죄를 저지른 개인에 대하여 국가 기능의 행사나 주권행위가 아니라고 보아 물적 면제(Immunity *materiae*)의 적용 대상에서 제외하고 있는 현 국제법의 흐름은 위와 같은 논리의 타당성을 뒷받침한다.

3. 이익 형량의 관점

위안부청구권과 같은 두 인권 중심 강행규범 위반을 원인으로 한 회복청구권이 재판상 행사될 경우, 우리나라 법원은 위안부 피해자들의 재

판청구권을 존중할 본연의 의무에 더하여, 두 인권 중심 강행규범 위반을 시정하는 차원에서 재판을 진행할 의무까지 부담하게 된다. 그리고 위와 같은 가중적 의무는 그 중요성 등에 비추어 일본의 국가면제를 인정할 의무보다 우선한다고 봄이 타당하다.

나아가 위안부 피해자들이 우리나라 법원 외에서는 사실상 구제받기 어려운 현실이나 일본의 국가면제 인정으로 인해 두 인권 중심 강행규범이 사실상 유명무실해질 수 있다는 측면까지 아울러 고려하면, 우리나라 법원으로서는 이익 형량의 관점에서도 일본의 국가면제를 인정하지 않고 재판할 의무가 있다는 결론을 얻을 수 있다.

4. 관습국제법 부존재 관련

일본은 국가면제 판결 다수의견의 판시와 같이 “강행규범 위반의 경우 국가면제를 부인하는 관습국제법은 아직까지 없다”고 주장할 수 있을 것이나, 이에 대해서는 Draft Conclusion 제14조, 제20조 등을 토대로 적절하게 반박할 수 있다.

다시 한 번 정리한다면, 강행규범 위반의 경우 국가면제를 부인하는 관습국제법이 설령 없다고 하여 그 이유만으로 국가면제를 인정할 논거가 되어서는 안 된다고 봄이 타당하다. 즉, 어디까지나 두 규범 사이에 충돌이 있는지 여부에 관한 해석 문제로서 다루어져야 하고, 그것으로 충분하며, 그 연장선에서 위안부 사안과 같이 충돌이 인정된다면, 설령 다수의견 등이 언급한 ‘그러한 관습국제법이 없다’는 판단을 현 국제법을 반영한 정확한 진단으로 존중하더라도, 국가면제는 여전히 부인됨이 타당하다. 요컨대, 충돌과 관련한 해석의 문제이지 관습국제법 여부를 따질 영역이 아니라는 대응논리를 펼 수 있을 것이다.

제6장 결론(結論)

지금까지 강행규범을 소개하고, 강행규범의 관점에서 일괄타결협정, 국가면제 법리를 다루었으며, 이를 통해 강제징용·위안부 문제에 대한 국제법상 대응논리를 제시하였다. 그중에서도 강조하고자 하는 내용들을 다시 한 번 요약한다면 다음과 같다.

강행규범이란, 인간의 존엄성 존중이나 국제 평화·공존의 증진과 같은 국제공서를 법적으로 구체화시킨 근본 성격의 국제법상 최상위 규범을 일컫는다. 그러한 근본적 성격으로 인하여 국제사회 구성원 모두에 보편적으로 적용되며, 개개 구성원들의 의사만으로 이탈할 수 없는 성질을 갖는다. 즉, 강행규범은 관습국제법성은 물론 위와 같은 강행성에 관한 국제사회의 수락과 인정까지 부여받은 절대규범에 해당한다. 그리고 이는 Draft Conclusion에서 확인한 강행규범의 주류적 정의에 해당한다.

이러한 강행규범의 예로는 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지, 고문 금지, 제노사이드 금지와 같은 인권 중심 강행규범을 포함한다. 인권 중심 강행규범의 경우 개념이나 방향 자체로도 그 규범 주체는 국가가 아닌 오로지 개인으로서, 이는 국가를 유일한 국제법 주체로 한정한 전통 국제법 이론과는 근본적으로 다른 시각에서 접근되어야 할 영역임을 알 수 있게 한다.

국가 간 합의로 피해자들의 동의 없이 모든 청구권을 일괄하여 타결하는 것을 본질로 하는 일괄타결협정을 위와 같은 인권 중심 강행규범 개념 및 현재 관습국제법으로 인정받고 있는 조약 무효 법리(비엔나협약 제53조, 제64조)의 관점에서 접근하면, 일괄타결협정들 중에는 인권 중심 강행규범의 유일한 권리 주체인 피해자 개인의 동의도 없이 그 회복청구권을 실체상, 재판상 행사하지 못하게 하는 내용을 포함하는 경우가 생

길 수 있음을 알 수 있고, 그와 같은 일괄타결협정의 경우 해당 인권 중심 강행규범과 충돌하는 합의에 해당하여 무효(제53조 원시적 무효 또는 제64조의 후발적 무효)로 봄이 타당하다. 그리고 이러한 논리는 다음과 같이 청구권협정에 적용될 수 있다.

일본의 주장과 같이 청구권협정을 부제소 합의 유형의 일괄타결협정으로 보더라도, 징용청구권이나 위안부청구권이 인권 중심 강행규범인 노예 금지, 인도에 반하는 죄 금지 위반을 원인으로 한 회복청구권의 성질을 가지고 있는 이상, 위와 같은 부제소 합의는 두 강행규범에 관한 유일한 권리 주체인 강제징용·위안부 피해자들의 동의도 없이 징용·위안부청구권을 재판상 행사할 수 없게 한 합의로서 두 강행규범의 효력 및 필요적 결과와 양립할 수 없다. 따라서 두 강행규범의 출현 전인 1965년 체결 당시에는 유효했다고 보더라도, 두 강행규범의 출현 시기인 아무리 늦어도 2010년대 초반부터는 후발적으로 효력을 상실한 상태라고 봄이 타당하다(비엔나협약 제64조 충돌 법리 적용). 그 연장선에서 현재 우리나라 법원은 위와 같은 청구권협정상 부제소 합의를 이행할 의무에서 벗어난 상황으로서, 강제징용·위안부 피해자들의 재판청구권 행사에 관한 국제법상 장애물이 제거된 상태라고 볼 수 있다.

한편 2021년 선고된 2건의 위안부 판결에서 쟁점이 된 일본의 국가면제 인정 여부와 관련하여, 강행규범의 관점에서 볼 때 일본의 국가면제는 부정됨이 타당하다. Draft Conclusion이 확인하고 있는 바와 같이, 강행규범의 규범 우월성 법리에 따라 강행규범과 충돌이 발생하는 국가면제 법리는 그 한도에서 그에 따른 권리, 의무를 발생시킬 수 없기 때문이다.

이에 더하여, “개인의 강행규범 위반 행위는 설령 공직 수행 과정에서 이루어지더라도 국가 기능 행사를 벗어난 행위로서 주권행위나 공적

행위로 볼 수 없기 때문에 물적 면제의 대상이 되지 않는다"는 현 국제법의 흐름을 고려할 때, 강행규범 위반 행위는 주권행위가 아닌 국가 기능 행사를 벗어난 심각한 불법행위로서 국가면제의 적용 대상 자체가 될 수 없다는 시각도 가능하다.

나아가 법정지국 재판주권의 존중 필요성, 피해자 구제 필요성, 인권 중심 강행규범 위반과 관련한 법정지국 법원의 가중적인 재판절차 진행 의무, 국가면제 관철에 따른 강행규범 위반국의 사실상 불처벌 및 강행규범 형해화라는 관점에서 볼 때, 국가면제를 인정함으로써 얻을 수 있는 가치보다 잃을 수밖에 없는 가치들이 크고 중하므로, 이익 형량의 측면에서 보더라도 위안부 사안에서 국가면제를 인정해서는 안 된다고 봄이 타당하다.

위와 같은 이 글의 논지는, "청구권협정은 부제소 합의 유형의 일괄타결협정으로서 징용·위안부청구권을 포함하여 모든 청구권 문제는 청구권협정으로 인해 더 이상 재판상 주장할 수 없게 되었고, 위안부 소송에서는 일본의 국가면제가 인정되어야 한다"는 일본의 현재 주장에 대하여 우리가 취할 수 있는 국제법상 대응논리가 될 수 있다고 생각한다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌(가나다 순, 연도 순)

가. 단행본

김대순, 국제법론 (삼영사, 1996)

김형배, 김규완, 김명숙, 민법학강의(제13판) (신조사, 2014)

대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차 (사법발전재단, 2018)

장박진, 미완의 청산 - 한일회담 청구권 교섭의 세부과정 (역사공간, 2014)

정인섭, 에센스 국제조약집, 개정 2판 (박영사, 2015)

정인섭, 정서용, 이재민, 국제법 판례 100선, 제4판 (박영사, 2016)

정인섭, 신국제법강의 제6판 (박영사, 2016)

이병조, 국제강행규범론 (일조각, 1974)

이영훈 외, 반일 종족주의 (미래사, 2019)

이원덕, 한일 과거사 처리의 원점 (서울대학교 출판부, 1996)

나. 논문

강경자, “12・28 위안부 합의의 규범적 재조명 - 국제 강행규범을 중심으로,” 일본연구, 제28권 1호 (2017)

김대순, “일반국제법의 강행규범 개념에 관한 연구,” 국제법학회논총, 제42권 2호 (1997)

김대순, “대세적 의무 개념에 관한 연구 - 유사개념과의 비교를 중심으로,” 법학연구, 제16권 2호 (2006)

김어진, 정구태, “1965년 한일청구권협정 제2조의 해석에 관한 관견,” 일감법학 제48호 (2021)

김창록, “한일간 과거청산에 있어서의 국가의 논리와 개인의 권리,” 법사학연구 제30호 (2004)

김창록, “한일 청구권협정에 의하여 해결된 권리 - 일제 ‘강제동원’ 피해 관련 대법원 판결을 소재로,” 법학논고, 제49집 (2015)

도시환, “1910년 한일병합조약의 국제법적 재조명,” 외법논집, 제34권 1호 (2010)

도시환, “한일조약체제와 식민지책임의 국제법적 재조명,” 국제법학회논총, 제57권 3호 (2012)

박병도, “국제법상 대세적 의무에 관한 연구,” 일감법학, 제40호 (2018)

박배근, “국제법상 시제법의 이론과 실제,” 국제법학회논총, 제53권 1호 (2008)

박배근, “일제강제징용 피해자의 법적 구제에 관한 국제법적 쟁점과 향후 전망,” 법학논총, 제30권 3호 (2013)

박현석, “집요한 반대자 규칙에 대한 집요한 반대,” 국제법학회논총, 제49권 2호 (2004)

박현석, “조약 해석상 국제법의 관련 규칙의 참작,” 국제법학회논총, 제54권 3호 (2009)

박현석, “국제위법행위에 대한 ‘司法的’ 대항조치,” 홍익법학, 제21권 3호 (2020)

신우정, 1965년 청구권협정과 강제징용 피해자의 개인적 청구권, 석사학위 논문, 서울대학교 (2018)

신우정, “국제적 강행규범의 시각에서 본 강제징용 청구권의 소권(訴權)

소멸 여부," 서울국제법연구, 제26권 1호 (2019)
신우정, "강행규범(*Jus Cogens*)과 일괄타결협정의 관점에서 본 청구권협정의 효력," 국제법학회논총, 제65권 1호 (2020)
신희석, "일본기업의 국제법적 책임," 서울국제법연구, 제18권 1호 (2011)
오승진, "국제법상 국가면제 - 국제인권법의 관점에서," 안암법학회, 제28권 1호 (2009)
오승진, "국제법상 노예제의 금지," 법학논총, 제36권 2호 (2012)
이근관, "한일청구권협정상 강제징용배상청구권 처리에 대한 국제법적 검토," 서울대학교 법학, 제54권 3호 (2013)
이성덕, "국제 강행규범과 대세적 효력 원칙 개념의 비교," 중앙법학, 제13권 3호 (2011)
이성덕, "강행규범과 국가면제: 2012년 ICJ 관할권 면제 사건을 중심으로," 중앙법학, 제14권 4호 (2012)
이주영, 백범석, "국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근 (victim-centered approach)," 국제법학회논총, 제63권 1호 (2018)
이진규, "국제재판에서의 강행규범의 발전 - 국제인권법 및 국제인도법의 적용을 중심으로," 원광법학, 제26권 1호 (2010)
이진규, "외교적 보호제도의 현대적 해석," 국제법학회논총, 제56권 1호 (2011)
정인섭, "1965년 한일 청구권협정 대상범위에 관한 연구," 성곡논총, 제25집 상권 (1994)
조백기, "일본에 의한 성노예 문제의 국제법적 해결방안," 법학논총, 제31권 1호 (2011)
주진열, "1965년 한일 청구권협정과 개인청구권 사건의 국제법 쟁점에 대한 고찰 - 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체

판결을 중심으로," 서울국제법연구, 제25권 2호 (2018)
주진열, "외국을 피고로 한 민사재판에서 관할권 면제와 국제법상 강행규범 문제 : 위안부 피해자 손해배상청구 사건에 대한 시사점," 서울국제법연구, 제26권 2호 (2019)
최철영, "강제동원 관련 한인(조선인) 소송에 있어 개인배상청구권 연구," 동북아역사논총, 제19호 (2008)
최태현, "국제법 위반행위에 대한 국가면제의 제한," 국제법학회논총, 제51권 2호 (2006)
황명준, 국제법 위반의 중대성에 따른 주권면제 부인 가능성, 박사학위논문, 서울대학교 (2017)

2. 국외문헌(ABC 순, 연도 순)

가. 단행본

Alston, Philip and Ryan Goodman, International Human Rights Law (Oxford University Press, 2013)
Brownlie, Ian, Principles of Public International Law (7th ed) (Oxford University Press, 2008)
Bröhmer, Jürgen, State Immunity and the Violation of Human Rights (Martinus Nijhoff, 1997)
Cassese, Antonio, International Law (2nd ed) (Oxford University Press, 2005)
Crawford, James, International Law Commission's Articles on State

Responsibility: Introduction, Text and Commentaries (Cambridge University Press, 2002)

Crawford, James, The Creation of States in International Law (2nd ed) (Oxford University Press, 2006)

Crawford, James, State Responsibility, General Part (Cambridge University Press, 2013)

Detter, Ingrid, The International Legal Order (Aldershot, 1994)

Dugard, John, Recognition and the United Nations (Cambridge University Press, 1987)

Dworkin, Ronald, A Matter of Principle (Harvard University Press, 1986)

Fitzpatrick, Peter, Law as Resistance: Modernism, Imperialism, Legalism (Routledge, 2008)

Fox QC, Hazel, The Law of State Immunity (Oxford University Press, 2002)

Fox QC, Hazel and Philippa Webb, The Law of State Immunity (3rd ed) (Oxford University Press, 2013)

Goldsmith, J. L. and E. A. Posner, The Limits of International Law (Oxford University Press, 2005)

Gray, Christine, International Law and The Use of Force (4th ed) (Oxford University Press, 2018)

Green, James A., The International Court of Justice and Self-Defence in International Law (Bloomsbury, 2009)

Hall, William A., Treatise on International Law (8th ed) (Oxford University Press, 1924)

Higgins, Rosalyn, Problems and Process : International Law and How We Use It (Clarendon Press, 1995)

Janis, Mark Weston, An Introduction to International Law (4th ed) (Aspen, New York, 2003)

Jessup, Philip C., A Modern Law of Nations (The Macmillan Company, 1952)

Jolowicz, Felix Herbert, Historical Introduction to the Study of Roman Law (Cambridge University Press, 1939)

Kälin, Walter and Jörg Künzli, The Law of International Human Rights Protection (Oxford University Press, 2009)

Kolb, Robert, Peremptory International Law - Jus Cogens, A General Inventory (Bloomsbury, 2017)

Lepard, Brian D., Customary International Law: A New Theory with Practical Applications (Cambridge University Press, 2010)

Linderfalk, Ulf, Understanding Jus Cogens in International Law and International Legal Discourse (Edward Elgar, 2020)

Macklem, Patrick, The Sovereignty of Human Rights (Oxford University Press, 2015)

Malanczuk, Peter, Akehurst's Modern Introduction to International Law (7th ed) (Routledge, 1997)

Maogoto, Jackson Nyamuya, Battling Terrorism: Legal Perspectives on the Use of Force and the War on Terror (Routledge, 2005)

McNair, Lord, The Law of Treaties (Oxford Clarendon Press, 1961)

Meron, Theodor, Human Rights Law-Making in the United Nations (Oxford University Press, 1986)

Meron, Theodor, Human Rights in Internal Strife: Their International Protection (Cambridge University Press, 1987)

Mosler, Hermann, The International Society as a Legal Community (Alphen aan den Rijn: Sijthoff and Noordhoff, 1980)

O'Connell, Mary Ellen, The Power & Purpose of International Law: Insights from the Theory & Practice of Enforcement (Oxford University Press, 2008)

Oppenheim, Lassa, International Law (New York : Longmans, 1905)

Orakhelashvili, Alexander, Peremptory Norms in International Law (Oxford University Press, 2006)

Rozakis, Christos L., The Concept of Jus Cogens in the law of Treaties (North Holland, 1976)

Sztucki, Jerzy, Jus Cogens and The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal (Springer-Verlag, 1974)

Vattel, Emer de, The Law of Nations or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns (Indianapolis, IN: Liberty Fund, Béla Kapossy & Richard Whatmore (eds.), 2008[1797])

Villiger, Mark E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (Martinus Nijhoff, 2009)

Weatherall, Thomas, Jus Cogens : International Law and Social Contract (Cambridge University Press, 2015)

나. 논문

Adams, Dean, "The Prohibition of Widespread Rape as a Jus Cogens," San Diego International Law Journal, Vol. 6 (2005)

Akande, Dapo and Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts," The European Journal of International Law, Vol. 21(4) (2011)

Akehurst, Michael, "The Hierarchy of the Sources of International Law," British Yearbook of International Law, Vol. 47(1) (1975)

Aleksidze, Levan, "Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law," Recueil des Cours, Vol. 172 (1981)

Alston, Philip and Bruno Simma, "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, And General Principles," Australian Yearbook of International Law, Vol. 12 (1988)

Bantekas, Ilias, "Case Comment: Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany," The American Journal of International Law, Vol. 92 (1998)

Barker, J. Craig, "Negotiating the Complex Interface between State Immunity and Human Rights: An Analysis of the International Court of Justice Decision in Germany v. Italy," International Community Law Review, Vol. 15(4) (2013)

Barker, J. Craig, "Shared foundations and conceptual differentiation in immunities from jurisdiction," in Alexander Orakhelashvili (ed.), Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law (Edward Elgar Publishing, 2015)

Bassiouni, M. Cherif, "International Crimes; Jus Cogens and obligation Erga Omnes," Law and Contemporary Problems, Vol. 59(4) (1996)

Baxter, Richard, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law,” British Yearbook of International Law, Vol. 41 (1965-1966)

Belsky, Adam C., Mark Merva and Naomi Roht-Arriaza, “Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law,” California Law Review, Vol. 77(2) (1989)

Bianchi, Andrea, “Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case,” The European Journal of International Law, Vol. 10 (1999)

Bianchi, Andrea, “Dismantling the Wall: the ICJ’s Advisory Opinion and its Likely Impact on International Law,” German Yearbook International Law, Vol. 47 (2004)

Bianchi, Andrea, “Ferrini v. Federal Republic of Germany,” The American Journal of International Law, Vol. 99 (2005)

Bianchi, Andrea, “Human Rights and the Magic of Jus Cogens,” The European Journal of International Law, Vol. 19(3) (2008)

Bishop, William W., “New United States Policy Limiting Sovereign Immunity,” The American Journal of International Law, Vol. 47(1) (1953)

Boven, Theo Van, “Victim’s Right to a Remedy and Reparation: The New United Nations Principles and Guidelines,” in C. Ferstman et al. (eds.), Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making (Nijhoff, 2009)

Boven, Theo van, “The United Nations Basic Principles and

Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law," United Nations Audiovisual Library of International Law (2010)

Bufalini, Alessandro, "On the Power of a State to Waive Reparation Claims Arising from War Crimes and Crimes Against Humanity," Heidelberg Journal of International Law, Vol. 77 (2017)

Byers, Michael, "Comment on Al-Adsani v. Kuwait," British Yearbook of International Law, Vol. 67 (1996)

Byers, Michael, "Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules," Nordic Journal of International Law, Vol. 66 (1997)

Cannizzaro, Enzo, "A Higher Law for Treaties?," in Enzo Cannizzaro (ed.), The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention (Oxford University Press, 2011)

Caplan, Lee M., "State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory," The American Journal of International Law, Vol. 97(4) (2003)

Carozza, P. G., "The Universal Common Good and the Authority of International Law," Logos: A Journal of Catholic Thought and Culture, Vol. 9 (2006)

Cassese, Antonio, "Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal," United Nations Audiovisual Library of International Law (2009)

Cassese, Antonio, "For an Enhanced Role of Jus Cogens," in Antonio

Cassese (ed.), Realizing Utopia: The Future of International Law (Oxford university press, 2012)

Charney, Jonathan I., "Universal International Law," The American Journal of International Law, Vol. 87(4) (1993)

Christenson, Gordon A., "Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society," Virginia Journal of International Law, Vol. 28 (1987-1988)

Christopher, Darcie L., "Jus Cogens, Reparation Agreements and Holocaust Slave Labor Litigation," Law and Policy in International Business, Vol. 31 (2000)

Clapham, Andrew, "The Role of the Individual in International Law," The European Journal of International Law, Vol. 21(1) (2010)

Conklin, William E., "The Peremptory Norms of the International Community," The European Journal of International Law, Vol. 23(3) (2012)

Criddle, Evan J. and Evan Fox-Decent, "A Fiduciary Theory of Jus Cogens," Yale Journal of International Law, Vol. 34 (2009)

Czapliński, W., "Jus Cogens and the Law of Treaties," in C. Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes (Leiden/Boston, 2006)

D'Argent, Pierr and Pauline Lesaffre, "Immunities and Jus Cogens Violations," in T. Ruys, N. Angelet, L. Ferro (eds.), Cambridge Handbook of Immunities and International Law (Cambridge University Press, 2019)

Dinstein, Yoram, "The Interaction between Customary International Law and Treaties," Recueil des Cours, Vol. 322 (2006)

Dubois, Dan, "The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?," Nordic Journal of International Law, Vol. 78(2) (2009)

Ellis, David C., "On the possibility of the international community," International Studies Review, Vol. 11(1) (2009)

Enache-Brown, Colleen and Ari Fried, "Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut Dedera Aut Judicare in International Law," McGill Law Journal, Vol. 43 (1998)

Espósito, Carlos, "Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: 'A conflict does exist'," The Italian Yearbook of International Law Online, Vol. 21(1) (2012)

Fitzmaurice, Gerald, "The General Principles of International Law Considered for the Standpoint of the Rule of Law," Recueil Des Cours, Vol. 92, part. II (1957)

Focarelli, Carlo, "Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects," Nordic Journal of International Law, Vol. 77(4) (2008)

Foster, M., "Non-refoulement as custom and jus cogens? Putting the prohibition to the test," Netherlands Yearbook of International Law, Vol. 46 (2016)

Franey, Elizabeth Helen, "Immunity from the criminal jurisdiction of national courts," in Alexander Orakhelashvili (ed.), Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law

(Edward Elgar Publishing, 2015)

Gavouneli, Maria and Ilias Bantekas, "Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany," The American Journal of International Law, Vol. 95(1) (2001)

Glennon, Michael J., "Peremptory Nonsense," in S. Breitenmoser et al. (eds.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law - Liber Amicorum L. Wildhaber (Zurich/Baden-Baden, 2007)

Green, James A., "Questioning the Peremptory Status of the Prohibition of the Use of Force," Michigan Journal of International Law, Vol. 32(2) (2011)

Haimbaugh, George D., "Jus Cogens Root & Branch (An Inventory)," Touro Law Review, Vol. 3 (1987)

Harvey, Jarrad, "(R)evolution of State Immunity Following Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy) - Winds of Change or Hot Air?," The University of Tasmania Law Review, Vol. 32 (2013)

Higgins, Rosalyn, "Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity," Netherlands International Law Review, Vol. 29 (1982)

Janis, Mark Weston, "The Nature of Jus Cogens," Connecticut Journal of International Law, Vol. 3 (1988)

Karagiannakis, Magdalini, "State Immunity and Fundamental Human Rights," Leiden Journal of International Law, Vol. 11(1) (1998)

Kawano, Mariko, "The Role of Judicial Procedures in the Process of the Pacific Settlement of International Disputes," Recueil des Cours, Vol. 346 (2009)

Kearney, Richard D. and Robert E. Dalton, "The Treaty on Treaties," The American Journal of International Law, Vol. 64(3) (1970)

Keitner, Chimène I., "Foreign Official Immunity and the 'Baseline' Problem," Fordham Law Review, Vol. 80 (2011)

Kelly, James Patrick, "The Twilight of Customary International Law," Virginia Journal of International Law, Vol. 40(2) (2000)

Klein, David F., "A Theory for the Application of the Customary International Law of Human Rights by Domestic Courts," Yale Journal of International Law, Vol. 13 (1988)

Knuchel, Sevrine, "State Immunity and the Promise of Jus Cogens," Northwestern University Journal of International Human Rights, Vol. 9 (2011)

Kohen, Marcelo G., "The Use of Force by the US after the End of the Cold War, and its Impact on International Law," in Michael Byers and G. Nolte (eds.), United States Hegemony and the Foundations of International Law (Cambridge University Press, 2003)

Koji, Teraya, "Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights," The European Journal of International Law, Vol. 12(5) (2001)

Kolb, Robert, "The Formal Source of Jus Cogens in Public International Law," Zeitschrift für öffentliches Recht, Vol. 53 (1998)

Koskenniemi, Martti, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal," The European Journal of International Law, Vol.

16 (2005)

Lagerwall, Anne, "Article 64. Emergence of a new peremptory norm of general international law," in Oliver Corten and Pierre Klein (eds.), The Vienna convention on the Law of Treaties : A commentary (Oxford University Press, 2012)

Larocque, François, "Torture, jurisdiction and immunity: theories and practices in search of one another," in Alexander Orakhelashvili (ed.), Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law (Edward Elgar Publishing, 2015)

Lauterpacht, Hersch, "The Grotian Tradition in International Law," British Yearbook of International Law, Vol. 23 (1946)

Lauterpacht, Hersch, "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States," British Yearbook of International Law, Vol. 28 (1951)

Lillich, Richard B. and Burns H. Weston, "Lump sum agreements: Their continuing contribution to the law of international claims," The American Journal of International Law, Vol. 82 (1988)

Linderfalk, Ulf, "The Creation of Jus Cogens – Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention," Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 71 (2011)

Linderfalk, Ulf, "The Source of Jus Cogens Obligations: How Legal Positivism Copes with Peremptory Norms," Nordic Journal of International Law, Vol. 82(3) (2013)

MacDonald, R., "Fundamental Norms in Contemporary International law," Canadian Yearbook of International Law, Vol. 25 (1987)

Magallona, Merlin M., "The Concept of Jus Cogens in the Vienna Convention on the Law of Treaties," in Scott Davidson (ed.), The Law of Treaties (Ashgate, 2004)

McGregor, Lorna, "State Immunity and Jus Cogens," International and Contemporary Law Quarterly, Vol. 55(2) (2006)

McGregor, Lorna, "Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty," The European Journal of International Law, Vol. 18 (2007)

Meron, Theodor, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law," The American Journal of International law, Vol. 90(2) (1996)

Meron, Theodor, "International Law in the Age of Human Rights: General Course of Public International Law," Recueil des Cours, Vol. 301 (2003)

Mofleh Momani, Sayel, Maher Saleh Al-Jubouri and Noor Akef Al-Dabbas, "Evolution of Individual Status in International Law," Journal of Politics and Law, Vol. 11(4) (2018)

Moser, Patricia Tarre, "Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to Jus Cogens Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the Ferrini Case," Goettingen Journal of International Law, Vol. 4(3) (2012)

Nahlik, S. E., "The Grounds of Invalidity and Termination of Treaties," The American Journal of International Law, Vol. 65(5) (1971)

Nieto-Navia, Rafael, "International Peremptory Norms (Jus Cogens)

and International Humanitarian Law," in Lal Chand Vorah, et al. (eds.), Man's Inhumanity to Man: Essays in Honour of Antonio Cassese (The Hague/London/Kluwer Law International, 2003)

Nowosielski, Roman, "State Immunity and the Right of Access to Court. The Natoniewski Case before the Polish Courts," Polish Yearbook of International Law, Vol. 30 (2010)

O'Connell, Mary Ellen, "Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms," in Donald Earl Childress III (ed), The Role of Ethics in International Law (Cambridge University Press, 2011)

Odendahl, Kerstin, "Article 44. Separability of treaty provision," in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach (eds.), The Vienna convention on the Law of Treaties : A commentary (Springer, 2012)

Orakhelashvili, Alexander, "State Immunity and International Public Order," German Yearbook of International Law, Vol. 43 (2002)

Orakhelashvili, Alexander, "State Immunity and International Public Order Revisited," German Yearbook of International Law, Vol. 49 (2006)

Orakhelashvili, Alexander, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords got it Wrong," The European Journal of International Law, Vol. 18(5) (2008)

Orakhelashvili, Alexander, "Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System," in Morely Frishman and Sam Muller (eds.), The Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation (Hague Academic

Press, 2010)

Orakhelashvili, Alexander, "Jurisdictional Immunities of the State," The American Journal of International Law, Vol. 106(3) (2012)

Orakhelashvili, Alexander, "State immunity from jurisdiction between law, comity, and ideology," in Alexander Orakhelashvili (ed.), Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law (Edward Elgar Publishing, 2015)

Parker, Karen and Lyn Beth Neylon, "Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights," Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 12 (1989)

Paulus, Andreas L., "Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation," Nordic Journal of International Law, Vol. 74(3) (2005)

Reisman, W. Michael, Siegfried Wiessner and Andrew R. Willard, "The New Haven School: A Brief Introduction," Yale Journal of International Law, Vol. 32 (2007)

Pavlakos, George, "International Community," in Peter Cane and Joanne Conaghan (eds.), The New Oxford Companion to Law (Oxford University Press, 2008)

Pavoni, Riccardo, "Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organizations," in Erika de Wet and Jure Vidma (eds.), Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights (Oxford University Press: 2012)

Pellet, Alain, "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making," Australian Yearbook of International

Law, Vol. 12 (1988)

Pellet, Alain, "The Definition of Responsibility in International Law," in James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson (eds.), The Law of International Responsibility (Oxford University Press, 2010)

Peters, Anne, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures," Leiden Journal of International Law, Vol. 19 (2006)

Potestà, Michele, "State Immunity and Jus Cogens Violations: The Alien Tort Statute against the Backdrop of the Latest Developments in the 'Law of Nations'," Berkeley Journal of International Law, Vol. 28(2) (2010)

Reimann, Mathias, "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany," Michigan Journal of International Law, Vol. 16(2) (1995)

Roberts, Anthea, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation," The American Journal of International Law, Vol. 95 (2001)

Roberts, Anthea, "Comparative International Law? The role of National Courts in Creating and Enforcing International Law," International and Comparative Law Quarterly, Vol 60(1) (2011)

Schachter, Oscar, "International Law in Theory and Practice," Recueil Des Cours, Vol. 178 (1982)

Scheuner, Ulrich, "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law," Zeitschrift für Ausländisches

Öffentlisches Recht und Völkerrecht, Vol. 27 (1967)

Scheuner, Ulrich, "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of General International Law and its Consequences," Zeitschrift für Ausländisches Öffentlisches Recht und Völkerrecht, Vol. 29(4) (1969)

Schmahl, Stefanie, "An Example of Jus Cogens: The Status of Prisoners of War," in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds.), The Fundamental Rule of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligation Erga Omens (Leiden-Boston, 2006)

Schmalenbach, Kirsten, "Article 53. Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law," in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach (eds.), The Vienna Convention on the Law of Treaties : A commentary (Springer, 2012)

Schmalenbach, Kirsten, "Article 64. Emergence of a new peremptory norm of general international law," in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach (eds.), The Vienna convention on the Law of Treaties : A commentary (Springer, 2012)

Shelton, Dinah, "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility," The American Journal of International Law, Vol. 96(4) (2002)

Shelton, Dinah, "Normative Hierarchy in International Law," The American Journal of International Law, Vol. 100(2) (2006)

Simma, Bruno, "From Bilateralism to Community Interest in International Law," Recueil Des Cours, Vol. 250 (1994)

Sinclair, Ian, “The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments,” Recueil Des Cours, Vol. 167 (1980)

Sohn, Louis B., “The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States,” American University Law Review, Vol. 32 (1982)

Suy, Eric, “The Concept of Jus Cogens in Public International Law,” in Lagonissi Conference, Carnegie Endowment for International Peace (eds), The Concept of Jus Cogens in Public International Law: Papers and Proceedings (Geneva, 1967)

Suy, Eric, “Article 53, Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law,” in Olivier Corten and Pierre Klein (eds.), The Vienna Conventions on the Law of Treaties : A commentary (Oxford university press, 2011)

Talmon, Stefan, “Jus Cogens after Germany v. Italy: Substantive and Procedural Rules Distinguished,” Leiden Journal of International Law, Vol. 25(4) (2012)

Thirlway, Hugh, “Concepts, Principles, Rules and Analogies: International and Municipal Legal Reasoning,” Recueil des Cours, Vol. 294 (2002)

Tomuschat, Christian, “Obligations Arising for States Without or Against Their Will,” Recueil des Cours, Vol. 241 (1993)

Tomuschat, Christian, “Individuals,” in James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson (eds.), The Law of International Responsibility (Oxford University Press, 2010)

Tomuschat, Christian, “The Security Council and jus cogens,” in E.

Cannizzaro (ed.), The Present and Future of Jus Cogens (Sapienza Universitá Editrice, 2015)

Trindade, Antônio Augusto CanÇado, "Friedmann Award Address-The Human Person and International Justice," Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 47 (2008)

Tunkin, Grigory I., "Is general international law customary law only?," European Journal of International Law, Vol. 4(4) (1993)

Tzeutschler, Gregory G. A., "Corporate Violator : The Alien Tort Liability of Transnational Corporations for Human Fights Abuses Abroad," Columbia Human Rights Law Review, Vol. 359 (1999)

Uhlmann, E. M. Kornicker, "State Community Interests, Jus Cogens and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms," Georgetown International Environment Law Review, Vol. 28 (1998)

Verdross, Alfred, "Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on the law of treaties," The American Journal of International Law, Vol. 31(4) (1937)

Verdross, Alfred, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law," The American Journal of International Law, Vol. 60 (1966)

Vidmar, Jure, "Rethinking Jus Cogens after Germany v. Italy: Back to Article 53?," Netherlands International Law Review, Vol. 60(1) (2013)

Vincent, R. J., "The Idea of Rights in International Ethics," in Terry Nardin & David Mapel (eds.), Traditions of International Ethics (Princeton University Press, 1992)

Vournas, E., “Prefecture of Voiotia v. Federal Republic Of Germany: Sovereign Immunity and the Exception for Jus Cogens Violations,” New York Law School Journal of International and Comparative Law, Vol. 21 (2002)

Voyiakis, Emmanuel, “Access to Court v. State Immunity,” International & Comparative Law Quarterly, Vol. 52(2) (2003)

Wardle, Phillip, “Zhang v. Zemin (2008) 251 ALR 707,” Australian International Law Journal, Vol. 15 (2009)

Wet, Erika De, “The prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its implications for National and Customary Law,” The European Journal of International Law, Vol. 15(1) (2004)

Zaman, Rebecca, “Playing the Ace? Jus Cogens Crimes and Functional Immunity in National Courts,” Australian International Law Journal, Vol. 17 (2010)

Zimmermann, Andreas, “Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens - Some Critical Remarks,” Michigan Journal of International Law, Vol. 16(2) (1995)

3. 판례

가. 국내 판례

대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결

대법원 2018. 10. 18. 선고 2015다232316 전원합의체 판결

대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결

대법원 2018. 11. 29. 선고 2013다67587 판결

헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2016헌마253 결정

서울중앙지방법원 2021. 1. 8. 선고 2016가합505092 판결

서울중앙지방법원 2021. 4. 21. 선고 2016가합580239 판결

나. 국제 판례

(1) 국제재판소

가) PCIJ, ICJ(연도 순, 이하 같다)

Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland), PCIJ Judgment, Series A No. 17 (1928)

Oscar Chinn (United Kingdom v. Belgium), PCIJ Judgment (ser. A/B) No. 63 (1934), Separate Opinion of Judge Schücking

Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), ICJ Judgment (1951), Individual Opinion of Judge Alvarez

Reservation to the Genocide Convention, ICJ Advisory Opinion (1951)

Case concerning the application of Hague Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden), ICJ Judgment (1958), Separate Opinion of Judge Moreno-Quintana

South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, ICJ Judgment (1966), Dissenting Opinion

of Judge Tanaka

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/ Federal Republic of Germany v. Netherlands), ICJ Judgment (1969)

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/ Federal Republic of Germany v. Netherlands), ICJ Judgment (1969), Separate Opinion of Judge Padilla Nervo

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark/ Federal Republic of Germany v. Netherlands), ICJ Judgment (1969), Dissenting Opinion of Judge Tanaka

The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), ICJ Judgment (1970)

Legal Consequences for States of the Continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ Advisory Opinion (1971)

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), ICJ Judgment (1985)

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Judgment (1986)

Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), ICJ Judgment (1994)

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, ICJ Judgment (1996)

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Advisory Opinion (1996)

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), ICJ Judgment (1997), Separate Opinion of Judge Weearmantry

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), ICJ Judgment (2002), Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh

Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Judgment (2003)

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Advisory Opinion (2004)

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), ICJ Judgment (2006)

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Judgment (2007)

Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, ICJ Advisory Opinion (2010)

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment (2012)

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment (2012), Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment (2012), Dissenting Opinion of Judge Yusuf

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece

Intervening), ICJ Judgment (2012), Dissenting Opinion of Judge Gaja

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment (2012), Separate Opinion of Judge Keith

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy ; Greece Intervening), ICJ Judgment (2012), Separate Opinion of Judge Bennouna

나) 그 외 국제재판소

International Military Tribunal (IMT) at Nuremberg, Judgment (1946), in The Trial of German Major War Criminals

US Military Tribunal at Nuremberg in Re Krupp and others (1948)

The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75), IACtHR Advisory Opinion, OC-2/82 (1982)

IACtHR, Advisory Opinion OC-9/87, Judicial Guarantees in Times of Emergency (1987)

Aloeboetoe et al. v. Suriname, IACtHR, Series C No. 15 (1993)

Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T (1998)

Presecutor v. Delalić et al., IT-96-21-T (1998)

Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR-95-1-T (1999)

Prosecutor v. Jelisić, IT-95-10-T (1999)

Prosecutor v Kupreškić, IT-95-16-T (2000)

Prosecutor v. Krstic, IT-98-33-T (2001)

Prosecutor v. Kunarac et al., IT-96-23-T/IT-96-23/1-T (2001)

Barrios Altos Case, IACtHR, Series C No. 75 (2001)

Al-Adsani v. United Kingdom, ECtHR, No. 35763/97 (2001)

McElhinney v. Ireland, ECtHR, No. 31253/96 (2001)

Prosecutor v. Simić, IT-95-9/2-S (2002)

Kalogeropoulo et al. v. Greece & Germany, ECtHR, No. 59021/00 (2002)

Prosecutor v. Brđanin, IT-99-36-T (2004)

Prosecutor v. Gbao, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone, SCSL-04-15-PT-141 (2004)

Prosecutor v. Kallon and Kamara, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, SCSL-04-15-PT-060-I (2004)

Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities, CFI Judgment, Case T-315/01 (2005)

Almonacid Arellano et al. v. Chile, IACtHR, Series C No. 154 (2006)

Servellón García and ors v. Honduras, IACtHR, Series C No. 152 (2006)

Miguel Castro-Castro Prison v. Peru, IACtHR, Series C No. 160 (2006)

Goiburú et al v. Paraguay, IACtHR, Series C No. 153 (2006)

Bayarri v. Argentina, IACtHR, Series C No. 187 (2008)

Prosecutor v Sesay, Kallon and Gbao, SCSL-04-15-T (2009)

Demir and Baykara v. Turkey, ECtHR, No. 34503/97 (2009)

Grosz v. France, ECtHR, No. 14717.06 (Admissibility Decision, 2009)

Prosecutor v. Ayyash et al., Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, 145 ILF 232, STL-11-01/I/AC/R17bis (2011)

In the Matter of El Sayed, Case No. CH/PRES/2010/01, Order of the President Assigning Matter to Pre-Trial Judge, Special Tribunal for Lebanon (2012)

Othman v. United Kingdom, ECtHR, No. 8139/09 (2012)

Jones and others v. United Kingdom, ECtHR, Nos. 34356/06 & 40528/06 (2014)

(2) 외국 국내법원

Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. 116 (1812)

Siderman de Blake v. Argentina, 965 F.2d 699 (Ninth Cir. 1992)

Princz v. Federal Republic of Germany, 26 F.3d 1166 (DC Cir. 1994)

Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate And Others, Ex Parte Pinochet Ugarte(No.3), UKHL (2000), 1 A.C. 147

Prefecture of Voiotia V. Germany, Case no. 11/2000 (Greece: Supreme Court, 2000)

Bouterse Case, Amsterdam Court of Appeal, Nos. R 97/163/12 Sv & R 97/176/12 Sv (2000)

Sampson v. Federal Republic of Germany, 250 F.3d 1145 (7th Cir. 2001)

John Doe I et al. v. Unocal Corporation et al., 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002)

Bouzari v. Islamic Republic of Iran, 71 OR (3d) 675 (2004)

Ferrini v. Federal Republic of Germany, Judgment No. 5044/2004 (Italy Court of Cassation, 2004)

Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia and Lieutenant Colonel Abdul Aziz, UKHL (2006)

Sarei v. Rio Tinto, PLC, 487 F.3d 1193 (9th Cir. 2007)

Regina v. Tang, Hight Court of Australia, HCA 39 (2008)

Winicjusz Natoniewski v. Federal Republic of Germany, case no. IV CSK 465/09 (2010)

Yousuf v. Samantar, 699 F.3d 767 (4th Cir. 2012)

4. 각종 보고서, 결의, 협약, 선언(연도 순)

General Treaty of the Vienna Congress, 63 CTS 473, Act XV (Declaration of Eight European Courts on the Abolition of the Slave Trade) (1815)

Joint Declaration of France, Great Britain and Russia, RG 59, 867.4016/67 (1915)

The Kellogg-Briand Pact of Paris, 46 Stat. 2343, 94 LNTS 57, TS No. 795 (1928)

Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the

Charter of the Nürnberg Tribunal, GA Res. 95(I), UN Doc. A/Res/95(I) (1946)

Universal Declaration of Human Rights, GA Res. 217 A(Ⅲ), UN Doc. A/RES/217(Ⅲ) (1948)

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS 277, No. 1021 (1948)

Hersch Lauterpacht, "First Report on the Law of Treaties," YbILC, Vol.Ⅱ (1953)

Gerald Fitzmaurice, "Third Report on the Law of Treaties," YbILC, Vol. II (1958)

Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, GA Res. 1514(XV), UN Doc. A/Res/1514(XV) (1960)

Humphrey Waldock, "Second Report on the Law of Treaties," YbILC, Vol.Ⅱ (1963)

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 994 UNTS 3 (1966)

International Covenant on Civil and Political Rights, 99 UNTS 171 (1966)

Humphrey Waldock, "Fifth Report on the Law of Treaties," YbILC, Vol. II. (1966)

UN Conference on the Law of Treaties, First session (26 March - 24 May 1968), Summary Records (A/CONF.39/11) (1969)

UN Conference on the Law of Treaties, Second session (9 April - 22 May 1969), Summary Records (A/CONF.39/11/Add.1) (1970)

Declaration on Principles of International Law Friendly Relations and

Co-Operation Among States in Accordance with The Charter of the United Nations, GA Res. 2625 (XXV), UN Doc. A/Res/25/2625 (XXV) (1970)

Definition of Aggression, GA Res. 3314(XXIX), UN Doc. A/Res/3314(XXIX) (1974)

Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, GA Res. 3452, UN Doc. A/Res/30/3452 (1975)

The Intertemporal Problem in Public International Law (Eleventh Commission), Institut de Droit International, Resolution adopted by the Institute of International Law at its Wiesbaden Session (1975)

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 UNTS 85 (1984)

Pieter H. Kooijmans, "Report of the Special Rapporteur on Torture," UN Doc. E/CN.4/1986/15 (1986)

Gay J. MacDougall, "Final Report of Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery," UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13 (1998)

Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/C364/01 (2000)

ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, YbILC, Vol. II, part. 2 (2001)

David Weissbrodt and Anti-Slavery International, "Abolishing slavery and its contemporary forms," HR/PUB/02/4 (2002)

Domingues v. United States, No. 12.285, Inter-American Commission

on Human Rights, Report No. 62/02 (2002)

2005 World Summit Outcome, GA Res. 60/1, UN Doc. A/Res/60/1 (2005)

Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, GA Res 60/147, UN Doc. A/RES/60/147 (2005)

Alain Pellet, "Tenth Report on Reservations to Treaties," UN Doc. A/CN.4/588/Add.1 (2005)

Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law－Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006) (finalized by Martti Koskenniemi)

ILC, Report on the work of the 69th session (2017)

ILC, Report on the work of the 70th session (2018)

ILC, Report on the work of the 71th session (2019)

Abstract

Lump-sum Agreement and State Immunity through the lens of Jus Cogens

Shin, Woo-jeong
Graduate School of Law
Seoul National University

The concept of *Jus Cogens* was officially accepted for the first time in the international community at the Vienna Convention on the Law of Treaties(VCLT, 1969) and has been continuously evolving since then. Although there are varying opinions regarding its definition, *Jus Cogens* generally refers to the norm that legally protects the international public order.

It is now predominantly known that *Jus Cogens* is a special customary international law, whose universality, normative hierarchy and non-derogability are accepted and recognized by the international community as a whole. Its contents include the prohibition against serious violations of international human

rights and humanitarian law, such as the prohibition against slavery, genocide, crimes against humanity etc.

A lump-sum agreement is a comprehensive settlement between sovereign states under which the respondent state pays a fixed sum to the claimant state. The claimant state then adjudicates the separate claims and allocates a share of the fund to each successful claimant, generally through a national claims commission established pursuant to domestic legislation.

The rule of State immunity has been developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State.

In this thesis, I analyzed the concept of lump-sum agreement and State immunity based on the legal perspective of *Jus Cogens.* Using these concepts, I proposed relevant counter-arguments against Japan's present arguments that all claims which originated from Japan's colonial rule of the Korean peninsula were extinguished through the lump-sum 1965 Agreement, and that comfort women victims' litigation processes against Japan explicitly breach the rule of State Immunity.

Regarding the first argument, even if the 1965 Agreement is a lump-sum agreement, the claims of forced laborers and

comfort women victims emanating from the human-centered *Jus Cogens* violation of prohibition against slavery and crimes against humanity are still actionable. This is because at least part of the 1965 Agreement which deals with mutual non-litigation pledges has become void and terminated, with the emergence of two *Jus Cogens* norms in the early 2010's, at the latest.

With regard to the second argument, State immunity rule cannot be applied in the case of comfort women victims, mainly due to hierarchical superiority of the two *Jus Cogens* norms over the rule. Japan should therefore compensate the comfort women victims for its flagrant breach of the prohibition against slavery and crimes against humanity at the merit stages of Korean courts.

My hope is that this dissertation will help both scholars and the general public better understand the concept of *Jus Cogens*, as well as provide the Korean government with appropriate legal measures against Japan's unconscionable arguments.

key words : *Jus Cogens*, international public order, lump-sum agreement, State immunity, forced labor, comfort women, 1965 Agreement

Student Number : 2019-34723