

<서 평>

# Droit international public

par

Charles Rousseau

Tome I: Introduction et Sources, Paris, Sirey, 1971.

## 序 言

著者인 Charles Rousseau 教授는 Paul Reuter 教授와 함께 現在 프랑스 國際法學界에서 雙璧을 이루고 있는 분들로서, 두 분이 모두 파리大學校 法科大學에서 國際法 博士過程을 指導하고 있다. 이 두 분의 學識이나 理論이 어느 편이 더 낫다고 하기는 아무래도 어려운 듯하다. 다만 Reuter 教授가 國際機構論 分野에서 特別히 卓越한 理論을 展開하고 있다면, (1) Rousseau 教授는 國際法の 淵源, 特別히 國際條約問題에 精通한 것으로 알려지고 있다.

여기서 檢討하려는 Droit international public 은 將次 3, 4 卷 정도 더 繼刊될 것으로 豫定되는 一般國際法學書의 第 1 卷으로 本書에서 Rousseau 教授는 國際法の 淵源問題만을 取扱하고 있다. 그는 國際法の 淵源을 國際條約, 國際慣習 및 補助淵源으로 三大別해서 考察하고 있으며, 補助淵源으로서는 法の 一般原則, 衡平原則(équité), 國際法上の 一方의 行爲 및 國際機構의 決議의 諸問題를 取扱하고 있다. 따라서 筆者도 이 順序에 따라서 本書를 檢討하려고 한다. 다만 Rousseau 教授가 本書에서 本論에 들어가기 前에 그의 國際法學書 全書에 걸친 序文에 50 餘面의 紙面을 割愛하고 있으므로 먼저 이에 대해서 一瞥하기로 한다.

序論에서 Rousseau 教授는 基本的으로 國際法の 對象, 國際法の 內容, 國際法の 法的性格, 國際法の 法的根據 및 國際法과 國內法과의 關係의 諸問題를 檢討하고 있는데, 特別히 나중의 두 가지 問題에 관해서는 그의 固有한 見解를 披瀝하고 있어서 이들에 대해서는 다음에 그 內容을 概觀해 보기로 한다. 먼저 國際法の 法的根據에 관해서 Rousseau 教授는 그에 관한 學說로서 意思主義(Volontarisme)學派와 客觀主義學派로 大別하고, 意思主義學派에 屬하는 學說로서는 自己制限說(Auto-Limitation) 및 國內公法國의 合同行爲에 準하는 Vereinbarung 學說과 客觀主義學派의 學說로는 Kelsen, Verdross 등의 비엔나 學派의 學說, 프랑스

(1) Reuter 教授의 代表的 著書인 Institutions internationales(Thémis, 1967)은 現在 11 個國語로 번역되어있는 바, 「法學」誌를 통해서도 尙차 한번 review 할 수 있는 機會가 마련되었으면 한다.

Scelle 教授, 이탈리아의 Sperdutti 教授 등의 學說을 그에 特有한 平易한 文體로 略述하고 나서, 이들이 모두 혹은 現國際慣行에 맞지 않던가 혹은 實定法的 根據가 있는 순수한 論理的 假定에서 出發한 것이라고 批判하고 있다. Rousseau 教授는 결국 同問題에 대해 다음과 같이 結論을 내리고 있다. 「實際に 있어(國際法의) 法的 根據問題는 그 本質上 法外的 問題이다. 그것은 同問題가 法的 領域外에 處해 있어서 法學者의 研究對象에서 除外되기 때문이다. 法的 根據問題는 道德 혹은 社會學的 諸要因 등 어느 경우에 있어서나 實定法 以外の 要因에 依據해서만이 그 說明이 可能한 것이다」.<sup>(2)</sup> 이러한 Rousseau 教授의 立場은 同 教授가 철저한 實定法的 方法論에 立脚하여 그의 理論을 展開하고 있다는 事實을 勘案한다면 納得이 가기는 하나, 그러면서도 一面 아쉬운 感이 남아 있음은 否定할 수 없다.

國際法과 國內法の 關係에 관해서 Rousseau 教授는 우선 國際法學徒에게는 너무 잘 알려져 있으면서도 여전히 未解決의 難題로 남아 있는 一元論, 二元論 學說間의 論爭을 紹介, 批判하고 나서, 同 教授는 이러한 兩大學說上의 論爭은 결국 無意味한 것이 아닌가 하고 自問하고 있다. 그의 見解에 의하면 兩學說間의 對立은 本質的으로는 國際法優位原則의 實際上的 適用問題에 歸着되는 것이며, 이러한 觀點에서는 現國際法上的 實定法的 制度인 國家責任原則(International Responsibility of State)은 根本的인 重要性을 가지는 것으로 同制度는 一面 國際法優越性의 原則을 實證하면서도, 他面 現國際社會에서의 同原則의 適用上的 限界를 明示해 주고 있다는 것이다. 결국 Rousseau 教授는 國際法은 國內法에 優越하기는 하나 그 實際適用에 있어 모든 形態의 強制手段을 排除하는 調整의 法이라고 結論을 내리고 있다.

이상에서 序論部分을 概觀해 보았거니와, 다음에서는 本論部分을 國際條約, 國際慣習法 및 國際法の 補助淵源의 順으로 檢討하기로 한다.

## I. 國際條約

Rousseau 教授는 國際條約의 考察에 그의 著書인 Droit international public 의 總 450 餘面 中 半 以上에 해당하는 230 餘面을 割愛하고 있는 바, 이는 물론 國際法の 淵源으로서의 國際條約의 重要性에 主로 基因하는 것이겠으나, 他面으로는 同 教授가 특히 國際條約問題에 精通하다는데 또 다른 하나의 理由가 있지 않나 생각된다.

Rousseau 教授는 國際條約問題의 檢討에 있어 우선 序論에서 條約의 包括的인 概念을 規定한 후 本論配分에서 同問題를 形式上, 內容上의 二大觀點에서 分析・考察하고 있다.

Rousseau 教授는 國際條約을 「國際法主體, 즉 國際社會의 構成 및 相互間에 締結되는 모든 協定」이라고 規定하고 있다.<sup>(3)</sup> 이러한 Rousseau 教授의 國際條約의 定義는 國際條約法에

(2) Rousseau, Droit international public, loc. cit., p. 37.

(3) Ibid., p. 62.

관한 1969年의 비엔나協定の 定義와 그 內容上 附合하는 것이다.<sup>(4)</sup> 國際條約이 이렇게 定義된 이상 Rousseau 教授가 이러한 條約에 로마 教皇廳과 카톨릭 國家間에 締結되는 Concordat 나 國際機構와 國家間 또는 國際機構 相互間에 締結되는 諸協定을 이에 包含시키고 있음을 당연한 일이다.

다음에 Rousseau 教授는 形式的 觀點에서 그 締結節次에 있어서 大部分의 경우 國家元首에 의해서 代表되는 所謂 'Treaty-Making Power' 의 公式的 介入이 要請되는 嚴格한 意味의 國際條約과 그러한 機關의 介入없이 普通은 外務長官의 署名만으로 그 締結節次가 終結되는 簡易協定을 區分하고, 後者에 對해서는 그에 관한 英·美·프랑스 등의 慣行을 例擧하면서 比較的 상세한 考察을 하고 있다.

### A. 國際條約의 形式的 考察

여기서 Rousseau 教授는 國際條約의 締結節次에 관해서 檢討하고 있는데, 그는 同問題를 傳統的인 條約締結節次와 이에 對해서 最近의 國際慣行에 의해서 加해진 몇 가지 修正問題로 二大別해서 考察하고 있다.

#### 1. 傳統的 條約締結節次

그 內容上 本質적으로 兩者條約의 締結方法에 依存하는 傳統的 條約締結節次는 그 過程上 協商, 條約文作成, 署名 및 批准의 三段階로 區分하는 것이 普通인데, Rousseau 教授는 同問題의 取扱에 있어 前記한 三段階外에 條約의 構造問題도 함께 取扱하고 있다. 然이나 批准에 관한 考察部分 이외에는 별로 特記할 만한 것이 없는 것 같다. 批准에 관해서 Rousseau 教授는 그의 定義, 法的性格, 批准의 諸類型 등 同問題에 관한 一般的 考察을 하고 나서, 批准權行使에 관한 各國의 憲法制度를 檢討하고 있는 바, 同教授는 그 類型으로서 批准權이 行政府에 專屬되어 있는 경우(이탈리아 파시스트 政權: 1922~1943, 獨逸 나치 政權: 1933~1945), 立法府에 專屬되어 있는 경우(터키: 1924~1960, 1936年의 憲法改正 以前の 蘇聯)과 立法府와 行政府間에 分割되어 있는 경우(19세기 後半까지의 大部分의 歐州諸國, 스위스, 美國)의 三形態로 區分해서 考察하고 있다. Rousseau 教授는 이어서 第3, 4, 5 共和國 憲法下에서의 프랑스의 批准制度 및 慣行에 관해서 거의 10餘面に 걸쳐서 詳述하고 있는 바, 이는 장차의 韓國의 批准慣行의 定立에도 示唆해 주는 바가 크다고 생각한다. 끝으로 Rousseau 教授는 不完全批准(Ratification imparfaite)에 관해서 考察하고 있으나, 여기서는 關係 國內, 國際判例 기타 資料가 充分히 例擧로서 있다는 점 이외에는 별로 特記할 만한 것은 없다.

(4) 上記 協定 第1條 및 3條 참조.

## 2. 傳統的 條約締結節次에 관한 最近의 修正

上述한 바와 같이 傳統的 條約締結節次는 本質的으로 兩者條約의 締結方式에 그 基礎를 둔 것이므로, 이러한 傳統的 節次에 대해서 最近의 國際慣行에 의해서 加해진 一連의 修正事項은 主로 多者條約의 締結方法과 關聯된 것이다. 그 具體的 內容으로 Rousseau 教授는 多者條約 締結技術의 簡素化手段으로서 初期의 一連의 兩者條約締結方法에서, 過渡期的 形態인 不完全多者條約(Traité micollectif)의 締結方法을 거쳐서 그 終局的 形態로서의 現在의 多者條約에 固有한 締結方法이 採擇되기까지의 諸過程을 關聯 國際慣行에 依據해서 記述하고 있으며, 그는 또한 이와 關聯해서 國際勞動機構에 있어 同機構에 特有的 勞動問題에 관한 國際協約의 締結 및 執行方式도 아울러 檢討하고 있다. Rousseau 教授는 이어서 本質的으로 條約當事國의 擴大手段인 延期署名制度(Signature différée) 및 적어도 오늘날에 있어서는 原則的으로 一方의 行爲인 條約加入割度에 관해서 考察하고 있는 바, 여기서 同教授는 本來 그 法的性格과 目的을 달리해 오던 上記 兩制度가 現國際慣行上 混同되고 있음은 전혀 바람직 한 것이 못된다고 批判하고 있는데, 이는 特히 留意할 일이라 하겠다. 然이나 留保問題에 관해서는 8 면에 걸쳐서 詳述하고 있으면서도 同問題에 관한 限 現在까지로는 가장 完成된 形態로 思料되는 1965 年의 人種差別除去協定이나 1969 年의 國際條約法에 관한 비엔나 協定의 留保條項에 관해서는 전혀 言及하고 있지 않다는 것은 多少 아쉬운 일이라 하겠다.

## B. 國際條約의 內容의 考察

Rousseau 教授는 여기서 大別해서 國際條約의 效力, 그의 空間 및 時間的 適用問題와 解釋問題에 관해 考察하고 있다.

### 1. 條約의 效力問題

(1) Rousseau 教授는 우선 條約의 拘束力의 法的根據 및 그 限界에 관해서 考察하고 있다. 먼저 條約의 拘束力의 法的根據에 관해서 同教授는 이에 관한 學說로서 自己制限說(Auto-Limitation), Vereinbarung 學說 및 Pacta sunt servanda 理論을 紹介·批判하고 나서, 결국 條約의 法的拘束力의 問題로 既述한 國際法의 根據의 경우와 마찬가지로 순수한 法的根據를 提示할 수 없는 法領域外의 問題라고 結論을 내리고 있다.

條約의 拘束力의 制限의 要素로서 Rousseau 教授는 原則的으로 不可抗力의 경우와 正當防衛의 경우는 設定하고 있으나, 反面에 所謂「必要性的 原則」(Principe de la nécessité)은 그것이 本質的으로 政治的 考慮에 의하여 支配되는 것이기 때문에 排除되어야 한다고 主張하고 있다.

(2) 다음에 條約의 有效條件으로 Rousseau 教授는 條約內容의 合法性과 同意의 自律性的의 二大要素를 提擧하면서, 後者에 있어서는 錯誤, 讀職, 損傷, 強迫의 諸問題를 關係 國際慣

行에 依據해서 檢討하고 있다.

(3) 끝으로 Rousseau 教授는 條約相互間的 關係에 있어서의 效力의 相衝問題를 檢討하고, 있는 바, 同教授는 이 問題를 特定性格의 條約間的 相互關係, 一般의 性格의 條約과 特定性格의 條約間的 相互關係 및 一般의 性格의 條約間的 相互關係로 區分하여 關聯 國內·國際判例 및 기타 慣行을 比較的 詳細하게 分析·檢討하고, 또한 同問題에 관한 一般學說도 多數 記述하고는 있으나, 결국 Rousseau 教授는 이에 관해서 어떤 一般原則을 提示하거나 또는 明白한 結論은 내리지 못하고 있다.

## 2. 條約의 空間的 適用問題

여기서 Rousseau 教授는 大別해서 條約의 當事國에 대한 對內的 效果와 第三者 혹은 非當事國에 대한 效果의 二大問題를 取扱하고 있으나, 後者에 관한 限 現存의 關係學說 및 國際慣行을 充實히 紹介하고 있다는 事實 外에는 달리 特記할 만한 것이 없다. 反面에 條約의 當事國에 대한 效果에 관한 考察部分은 쉽게 看過할 수 없는 것으로, Rousseau 教授는 同問題를 條約의 統治者 및 被治者에 대한 效果로 區分하고, 前者는 다시 行政府·立法府 및 司法府에 대한 效果로 區分하여 主로 프랑스의 關係慣行을 中心으로 하여 考察하고 있으며, 條約의 被治者에 대한 效果에 관해서는 關係學說, 國際條約 및 國內·國際判例를 아주 상세하게 檢討하고 있는 바, 이러한 Rousseau 教授의 條約의 對內的 效果에 관한 具體的인 檢討는 一定한 水準에 到達한 國際法學徒에게 마저 자칫하면 空論的 性格을 띄우기 쉬운 一元論, 二元論間的 論爭의 理解에 매우 具體的인 內容을 提示해 주는 것으로 높이 評價할만 하다.

## 3. 條約의 時間的 適用問題

여기서는 大別해서 條約效果의 不逆反의 原則 및 條約의 消滅問題가 檢討되고 있다. Rousseau 教授는 可能한 條約消滅原因으로서 當事國의 合意에 基하는 廢止, 特定當事國의 一方의 行爲에 基하는 廢棄, 拋棄問題와 아울러 長期間의 不適用에 基因하는 條約의 衰退問題도 함께 檢討하고 있다. 當事國의 意思 以外의 事實에 基因하는 消滅原因으로 戰爭 및 事情不變條項(Clausula rebus sic stantibus)과 끝으로 條約의 修正問題를 대부분의 경우에서와 마찬가지로 關係 國內·國際慣行을 豊富히 例示하면서 檢討하고 있다. 然이나 어느 경우에 있어서도 Rousseau 教授의 獨創的인 理論이 展開되어 있지는 않다. 다만 事情不變條項에 관해서 Rousseau 教授는 重大한 事情變更의 發生時에도 그로 因해서 被害를 받는 特定 條約當事國에 부여될 수 있는 唯一한 合理的인 救濟手段은 條約의 修正方法만이라고 主張하고 있는 바, 그 결과 同教授는 1969年의 비엔나 協定의 事情不變原則에 관한 條項(제 62조)에 대해 신랄한 批判을 加하고 있다. 그런데 同條項은 特定事情의 根本的 變更의 경우 ① 그러한 事情이 條約締結國의 「必須의 根據」가 된 경우 및 ② 同事情變更이 條約義務에 根本的인 修正을 惹起하는 경우에는 이러한 事情變更은 條約의 消滅 또는 停止原因이 될 수 있다고 規定하고 있는 것이다.

#### 4. 條約의 解釋問題

Rousseau 教授는 條約의 解釋問題를 解釋樣態와 解釋方法의 二大問題로 區分해서 考察하고 있다. 條約의 解釋樣態로서는 그 類型으로서 國內 및 國際的 解釋方法을 提示하고, 國際的 解釋方法으로서는 關係政府間의 合意에 基한 解釋과 國際司法機關에 의한 解釋과, 國內的 解釋으로서는 政府에 의한 解釋과 司法府에 의한 解釋의 諸形態에 關係해서 檢討하고 있는 바, 특히 同問題에 關係한 프랑스의 行政 및 司法裁判所의 慣行에 關係한 考察部分은 우리 나라의 司法府의 同一問題에 關係한 慣行定立과 關聯해서 특히 留意할 만한 것이라 할 것이다. 條約의 解釋方法에 關係해서 Rousseau 教授는 그 一般原則으로 信義誠實의 原則, 有益性(effect utile)의 原則, 條約目的의 參酌原則의 三大原則을 提擧하고 있으며, 다음에 擴張 또는 縮少解釋, 類推解釋, 反對主張(Argumentation a contrario) 등의 方法은 技術的 解釋方法으로 取扱하고 있다. 條約解釋方法에 關係해서 Rousseau 教授는 一般的으로 條約의 性質上 區分되는 契約條約(Traité-contrat)과 法律條約(Traité-loi)間에 있어서 制限의 이기는 하나 그 解釋方法上의 差異가 있을 수 있다고 主張하고 있다.

이상으로 Rousseau 教授의 國際公法의 條約編에 關係한 檢討를 마쳤는데 限定된 紙面 또는 차라리 個人的 能力不足으로 因해서 評者의 意圖하는 바가 제대로 表現되었는가는 매우 疑問이나, 이 條約編에서 높이 評價할 만한 것이 있다면 그것은 Rousseau 教授가 여기서 獨創的인 理論을 전개하고 있다고 해서가 아니라 그가 徹底한 實證法的 基礎 위에서 國際條約에 關係한 豊富한 國內·國際慣行을 例擧하고, 또한 이들을 거의 中立的 立場에서 分析·檢討했다 는 데에 있을 것이다. 國際條約法에 關係한 1969 年의 비엔나 協定이 原則的으로는 旣行 國際慣習法의 成文化라고 하지만 그 內容上 바람직한 法(*de lege ferenda*)을 多分히 包含하고 있음은 否定할 수 없고 보면, 前述한 바와 같이 徹底한 實定法의 方法論에 立脚한 Rousseau 教授의 國際公法의 條約編은 이 비엔나 協定의 正確한 理解·解釋에 현격한 寄與를 한 것이라 생각한다.

## II. 國際慣習法

旣述한 바와 같이 Rousseau 教授는 國際條約의 考察에는 그의 著書의 半以上을 割愛하고 있으면서도 國際慣習法 및 國際法의 補助淵源에 關係한 問題에는 各各 60餘面 정도밖에 割愛하고 있지 않다.

(1) Rousseau 教授는 國際慣習法의 一般的特性을 다음과 같이 定義하고 있다. 國際慣習法은 一定한 慣行의 表現인 것인데, 이 慣行은 共通的이며 同一한 혹은 적어도 競合의 性格을 가지는 것이며 또한 이러한 慣行은 變化하는 것이다. 이러한 慣行이 慣習法이 되기 위해서는 同慣行이 法으로서, 또는 法必要에 附合하는 것으로서 受諾되어야 한다.

國際慣習法의 法的根據問題에 關係해서 Rousseau 教授는 關係學說로서 默示的合意說, 集團

法意識說 등을 紹介・批判하고 나서, 同教授는 國際慣習法의 경우에 있어서도 순수한 法的 根據는 提示할 수 없는 것이라고 結論을 내리고 있다.

(2) 國際慣習法의 構成要素에 관해서 Rousseau 教授는 그러한 要素로서 우선 國家慣行인 政府 및 外交慣行, 國內立法, 國內判例와 國際慣行으로서는 國際條約, 國際仲裁, 司法裁判所 判例 및 國際機構의 決議의 諸問題를 10 여면에 걸쳐서 상세하게 檢討하고 있다.<sup>(5)</sup>

(3) 國際慣習法과 國際條約의 效力相互間의 關係에 관해서 Rousseau 教授는 關聯 國際判例 기타 國際慣行의 基礎 위에서 兩者의 同價値를 認定하고 있으며, 그는 이어서 이러한 前提下에서 國際條約에 의해 國際慣習法이 廢棄될 수 있는 경우와 그 反對의 경우를 檢討하고 있다.

(4) 끝으로 Rousseau 教授는 國際慣習法의 成文化問題에 관해 比較的 많은 紙面(pp. 344—363)을 割愛해서 考察하고 있다. 여기서 同教授는 먼저 成文化의 意義를 規定하고, 그의 長短點을 列擧하고 이어서 이러한 國際法上 成文化和 國內法上의 成文化制度의 差異點을 社會的, 對象的 및 法技術上의 三大觀點에서 論하고 있다.

國際法의 成文化方法으로서 Rousseau 教授는 宣言의 方法과 多者條約締結의 二大方法을 提示하면서, 前者는 오직 1856年의 파리 宣言 및 1909年의 런던 宣言의 採擇時에 使用되었을 뿐이고 그 외의 경우에는 모두 多者條約締結方法에 의한 것이었다고 밝히고 있다.

다음에 Rousseau 教授는 國際法 成文化를 위해 開催되었던 主要한 國際會議로서 우선 1899年 및 1905年의 헤그 會議에 관해 略述하고, 이어서 國際聯盟下에서 採擇되었던 成文化制度의 特殊性과 그의 傘下에서 開催되었던 1930年의 國際會議, 汎美州會議內에서의 成文化運動과 끝으로 國際聯合下에서의 組織화된 成文化制度에 관해서 詳述하고 있다.

汎美州會議內에서의 成文化運動의 成果로는 1928年의 外交關係에 관한 하버나 協定을, 國際聯盟下에서는 1930年의 國際會議에서 採擇된 國籍에 관한 1協定 및 3個 議定書 정도를 들 수 있을 것이다. 이에 반해서 國際聯合下에서는 1958年에 海洋法에 관한 4個協定, 1961年에 外交關係에 관한 協定, 1963年에 領事關係에 관한 協定과 가장 最近의 일로는 1969年에 國際條約法에 관한 協定 등이 採擇된 바 있어 國際聯合은 國際法의 成文化에 관한 限 이미 현저한 成果를 이룩했다 할 것이다.

### Ⅲ. 國際法의 補助淵源(Sources subsidiaires)

本篇의 序頭에서 Rousseau 教授는 國際司法裁判所 規約 第38條가 國際法의 淵源으로서 否定할 수 없는 重要性을 가지고 있는 國家의 一方의 行爲와 國際機構의 特定決議에 관해서는 전혀 言及하지 않고 있음은 잘못이라고 主張하면서 國際法의 補助淵源으로서 ① 法의 一般

(5) 上記 諸問題에 관해서는 참조 : Moyen permettant de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier (Mémorandum de Secrétaire général), A/CN/416.)

原則, ② 衡平의 原則, ③ 國家의 一方의 行爲 및 ④ 國際機構의 決議의 네 가지 問題를 檢討하고 있다.

### A. 法의 一般原則

(1) 이 問題에 關係시 Rousseau 教授는 우선 一部學說이 法의 一般原則을 단순한 條約解釋上의 類推的方法으로 보거나 또는 國際慣習法의 一形態에 不過한 것으로 取扱하려는 誤謬를 犯하고 있다고 指摘하면서, 法의 一般原則의 國際法上의 獨自의 淵源性에 對해서는 疑問의 餘地가 없다고 力說하고 있다. 또한 同教授는 同問題의 考察에 있어 關係學說上 적지않은 경우에 있어서 혹은 先驗의 觀念에 支配되거나 혹은 關係國際判例의 充分한 分析도 없이 性急한 結論을 내리고 있다고 主張하고 있다. 그의 見解에 의하면 특히 法의 一般原則의 考察에 있어서는 關係 國際判例의 分析에는 특별한 慎重性이 要請되는데, 그것은 例컨대 PCIJ 또는 ICJ의 關係判例上 明示의으로 上記 裁判所 規約 第 38 條 3 項에 規定된 法의 一般原則을 援用한 경우는 한번도 없으며, 이들 裁判所上의 「法의 一般概念」, 「法의 共通原則」, 「文明諸國에 認定된 原則」, 「確立된 法原則」 등의 用語가 항상 法의 一般原則과 同意語로 使用된 것은 아니기 때문이라는 것이다.

(2) 法의 一般原則의 內容으로서는 Rousseau 教授는 嚴格한 意味의 法의 一般原則과 國際法 固有의 原則으로 區分해서 考察하고 있다.

① 嚴格한 意味의 法의 一般原則은, Rousseau 教授의 見解에 의하면, 國內 및 國際法上 共通된 一連의 法原則으로 이들 原則은 國內法에 그 起源을 두고 있는 것으로, 그 內在의인 論理的 必要性에 의해서 國際法에의 導入이 正當化된다는 것이다. 이러한 意味의 法의 一般原則은 그 大部分이 國內債權法의 諸原則에서 引出되는 것으로 Rousseau 教授는 그 例로 Pacta sunt servanda, 權利濫用理論, 既得權尊重原則 등을 例擧하고 있다. 前記한 諸原則은 實體法의 法의 一般原則인 바, 節次法의 法의 一般原則으로는 既判事項의 尊重原則, 禁反言(Estoppel)原則 등을 例示하고 있다.

② 國際法 同權의 原則은 Rousseau 教授의 見解에 의하면 既述한 바와 같이, 嚴格한 意味의 法의 一般原則이 본래는 國內法에 共通된 原則이었으나 그의 論理的 必要性에 의해서 國際法에 導入된 것인데 反해서 國際法 固有의 原則은 國際法에만 持有한 一連의 法原則으로 同教授는 그 例로서 國際條約의 國內法에 對한 優越의 原則, 國家繼續性의 原則, 國家獨立의 原則 등을 提示하고 있다.

(3) 法의 一般原則의 國際法淵源으로서의 地位

Rousseau 教授는 法의 一般原則을 既述한 바와 같이, 國際法의 補助淵源의 一部로서 取扱하고 있으나 이에 對해서는 論議의 餘地가 많을 것 같다. ICJ 規約 第 38 條가 法의 一般原則을 國際條約과 國際慣習法 다음에 列擧하고 있으나, 이것이 3個 淵源間의 效力의 優劣性에 基한



것이 아니라는 데에 대해서는 거의 異見이 없는 것이다. 同問題에 관한 考察에서 Rousseau 教授는 現在 學說上 法의 一般原則에 대해서는 通說의 경우 補助淵源으로서의 地位만을 認定하고 있다고 記述하면서, 이에 대한 詳細한 考察을 하고 있지 않으나, 적어도 國際法固有의 原則으로서의 法의 一般原則에 관한 考察部分에서는 이러한 意味의 法의 一般原則은 實際에 있어 一般國際法(Droit international common)과 同意語로 使用되고 있다고 記述하고 있어<sup>(6)</sup> 이러한 Rousseau 教授의 態度는 多少 難解한 데가 있다.

### B. 衡平의 原則

(1) Rousseau 教授는 먼저 衡平의 原則이라 함은 「特定事件의 判決에 있어 抽象的 正義를 嚴格한 法에 또는 自然的 正義를 法的正義에 對立시킴으로써 同事件의 모든 要素를 參酌하여 實定法上의 單純히 技術的 要求에 拘限되지 않고 正義의 原則을 適用」하는 것을 指稱하는 것이라고 規定하고 있다. 同教授는 이어서 이러한 意味의 衡平의 原則은 法의 一般原則이나 條約解釋原則의 하나인 信義誠實의 原則과 混同되어서는 안된다고 力說하고 있다.

(2) Rousseau 教授는 또한 同問題에 관한 國際判例의 不明確한 態度를 批判하면서, 그 例로서 裁判回附條約(Compromis d'arbitrage)에 의해서 明示的으로 裁判부에 衡平原則 適用權이 賦與되어 있음에도 不拘하고 實際判決에서 同原則의 適用이 排除된 경우와 그 反對의 경우의 關聯 國際判例를 例示하고 있다.

(3) 衡平의 原則의 機能에 관해서는 關係 學說의 一般的 傾向에 따라서 Rousseau 教授도 實定法의 矯正의 機能, 補充의 機能 및 排除의 機能으로 三分하면서 關係 國際判例를 풍부하게 羅列하고 있다. 다만 이러한 衡平의 原則의 補充的, 排除的 機能에 관해서는 裁判部가 同原則을 適用하기 위해서는 裁判回附條約에 그러한 權限이 明示되어 있어야 한다고 斷言하면서도 矯正的 機能에 관한 限 그러한 言及이 없는데, 評者의 見解로는 적어도 現國際法 體制下에서는 衡平原則의 獨自의 淵源性을 認定할 수 없고 보면 矯正的 機能의 경우에 있어서도 裁判부에 의한 同原則의 適用은 原則적으로 그러한 權限이 裁判回附條約에 明示되어 있는 경우에 限定된다고 보는 것이 妥當하다고 생각한다.

### C. 國家의 一方의 行爲

(1) 承認·告知·抗議와 같은 國際法上의 一方의 行爲가 國際法의 獨自의 淵源을 構成하는 가의 問題는 아직 學說, 國際慣行으로 確定되지 않은 問題이나, 적어도 이러한 一方의 行爲가 國際法上 대단히 重要한 位置를 차지하고 있음은 否認할 수 없는 것이다. 그럼에도 현재 대부분의 一般國際法 書籍이 이 問題의 取扱을 소홀히 하고 있는 傾向인데, Rousseau 教授는 16면에 걸쳐서 同問題를 比較的 詳細히 檢討하고 있는 바, 이는 그 自體만으로도 일단

(6) Droit international public, op. cit., p. 390.

意義있는 것이라 하겠다.

(2) Rousseau 教授는 우선 國際法이 本質적으로 그의 主體 즉 國際社會構成員間의 意思의 合致에 基礎를 두고 있는 이상 그의 明示的, 默示的 表示인 條約 또는 國際慣習法이 國際法上 支配的인 位置를 차지하고 있음은 당연한 것이라고 說明하고 있다. 그러나 他面에 있어서 一方의 行爲도 一定한 法的效果를 發生하는 限 同問題를 輕視할 수는 없으며, 現在 이에 관한 統一的인 理論體系가 缺如되어 있는 것은 事實이나 關係 國內·國際慣行은 이미 오래 전부터 生成·發達되어 왔다고 強調하고 있다. 同教授는 이어서 國際法上의 一方의 行爲의 特性으로서, ① 同行爲는 一方의 意思表示에 基한 法律行爲이고, ② 따라서 다른 모든 法律行爲와 마찬가지로 一定한 法律效果를 發生하며, ③ 끝으로 同行爲는 國際法の 淵源을 이루고 있다고 主張하고 있다.

(3) 다음에 Rousseau 教授는 一方의 行爲의 類型으로서 條件行爲(Acte-condition)인 告知, 義務發生行爲인 約束(promesse), 承認, 權利確認行爲인 抗議와 權利拋棄行爲인 拋棄(Renonciation)의 諸問題와, 끝으로 默示的 一方의 行爲를 關係 國際, 國內慣行에 依據해서 상세히 檢討하고 있다.

#### D. 國際機構의 決議

여기서 Rousseau 教授는 우선 國際機構의 決議의 一般의 性格에 關係해서 考察하고 나서, 本論部分에서 國際聯合과 그의 專門機構의 決議에 對해서 具體적으로 檢討하고 있다. 同問題에 關係해서 Rousseau 教授는 이러한 決議를 對內的 性格의 決議, 平和·安保維持에 관한 決議, 宣言의 決議 및 기타의 決議로 區分해서 考察하고 있으나, 그 結論部分에서 國際機構의 決議가 國際法の 淵源인가의 問題에 關係해서 明白한 解答을 提示하지 못하고 있다. 이는 아마도 國際聯合 및 그의 重要機關의 實際運營이 大部分의 경우에 主로 政治的 考慮에 의해서 支配되고 있다는 事實에 基因하는 것이 아닌가 생각한다.

이상으로 Rousseau 教授의 Droit international public의 概括的인 檢討를 전부 마친 셈이다. 이미 條約篇에서도 言及한 바 있지만 本書의 價値는 여기서 展開된 Rousseau 教授의 理論의 獨創的 性格에 있는 것은 아니다. 序論部分을 除한 本書의 450餘面의 全部가 國際法淵源의 諸問題에 割當되고 있으나, 同教授가 이들 諸問題에 檢討過程에서 그의 固有한 理論을 提示한 경우는 아주 드문 편이다. 그것은 同教授가 徹底한 實定法的方法에 立脚해서 이러한 實定法의 根據가 없는 일체의 論理構成을 배격하고 있는 데에 그 主要한 原因이 있지 않나 생각한다. 條約篇에서와 마찬가지로 國際慣習法, 國際法の 補助淵源의 考察에 있어서도 Rousseau 教授는 여전히 關係 國內·國際慣行을 풍부하게 例示하고 이들을 냉정하게 分析· 檢討하고 있다. 여기에서 本書의 價値를 찾아야 할 것으로 생각한다. 一般적으로 國際法이 다른 國內法學에 比해서 理論의 構成, 展開에 있어 多少 嚴格性이 缺如되어 있는 것은 事實

이고 보면, 一定한 水準에 到達한 國際法學徒도 자칫하면 具體的 根據가 없는 空論을 展開하는 誤謬를 犯하기 쉽다. 이러한 傾向에 對해서 Rousseau 教授의 철저한 實定法的 方法論 및 그의 嚴格한 理論構成態度는 警鍾이 될 것이며, 同時에 그의 適切한 是正의 手段이 될 것이라 생각한다. 多分히 專門의 性格에도 不拘하고 本書는 特히 碩士 및 博士過程에 있는 國際法學徒에게 가장 적절한 著書가 아닌가 생각한다.

(金 東 熙 : 서울大學校 法科大學 助教授)