

## 국제공동체 개념을 통한 국제법상 양자주의의 극복과 대세적 의무\*

김 상 결\*\*

### 〈국문초록〉

국제법은 전통적으로 국가 대 국가간 양자관계에서의 권리·의무 관계를 중심으로 발전되어 왔으나, 특히 20세기 중반 이후 국제공동체 개념을 매개로 각국의 개별이익을 넘어선 국제평화와 안전, 인권, 환경 등 국제공동체 전체의 이익을 추구하는 방향으로의 대전환을 맞이하게 되었다. 이는 주권과 상호불간섭이라는 거의 절대적 권위를 누려온 개별적 가치를 초월하여 국제사회 공동의 이익을 위해 필요할 경우 국가의 의사와 동의를 압도하는 국제법의 강행가능성을 함의한다. 이 논문은 국제공동체의 이익을 위한 국제법의 강행을 위해 국제법 실무가 개발한 법적 기제 중 하나인 ‘대세적 의무’에 대해 살펴본다. 1970년 국제사법재판소의 *Barcelona Traction* 판결을 통해 국제법에 도입된 이 ‘대세적 의무’ 개념은 관련 권리·의무의 국제적 중요성에 기반하여 동 의무위반이 발생한 경우 직접적으로 피해를 입지 않은 여타 모든 국가들로 하여금 자국의 이익이 아니라 국제공동체의 이익을 위해 국제법정에서 위반국의 책임을 추궁할 수 있는 원고적격을 부여한다. 이러한 의미에서 ‘대세적 의무’는 절차적 개념이며, 실제적 언어로 이 개념을 설명하려는 시도는 지양되어야 한다. ‘대세적 의무’ 개념은 국제법상 공익소송의 가능성을 열었다고 평가되며, 제3국에 의한 국제법정에서의 소송을 통한 강행 뿐 아니라 준사법적 수단인 국가책임법상 대응조치를 통한 강행가능성으로도 연결된다.

주제어 : 대세적 의무, 국가책임, 국제공동체, 공동의 이익, 국제사법재판소, 공익소송

· 투고일 : 2020.03.31. / 심사일 : 2020.04.19. / 게재확정일 : 2020.04.21.

### I. 서론

1648년 웨스트팔리아 체제 성립 이후 배타적 주권 개념에 입각한 국가간 양자주의를 관철시켜온 국제법은 특히 제2차 세계대전과 유엔설립 이후 ‘국제공

\* 귀한 코멘트를 주신 익명의 논문 심사위원분들께 깊은 감사의 마음을 전합니다.

\*\* 국가안보전략연구원 연구위원, 법학박사

동체의 이익' 개념에 기반한 새로운 전기를 맞게 된다. 국가의 의사와 동의를 국제법 형성의 원천으로 여겨온 오랜 전통이 국제평화와 안전, 인권, 환경 등 모든 국가들이 향유하는 이익 및 가치들의 도전을 받게 된 것이다. 이러한 추세는 국가들의 의사와 각국의 개별이익에 반하는 경우라고 하더라도 국제공동체 전체의 이익과 복리를 강행할 수 있게 하는 새로운 국제법 규범 및 관련 기제의 등장으로 이어졌고, 국제 판례에서는 “휴머니티에 관한 기본적 고려”나 “국제관습법의 위반할 수 없는 원칙” 등의 용어로 표현되었다.<sup>1)</sup> 이는 헌법, 법률, 명령, 규칙 등 철저한 수직적 서열하에 범규범이 존재하는 국내법 체계와는 달리, 기본적으로 수평적 성격을 갖는 국제법이 마주하게 된 큰 변화였다. 일례로, 유엔헌장 제103조, 강행규범(*jus cogens*) 및 ‘대세적 의무(*obligation erga omnes*)’ 등은 그러한 규범간 수평적 평등구조를 뒤흔드는 국제법 분야에 새로이 등장한 “비공식적 서열”의 표현이 되었다.<sup>2)</sup> 이렇게 국가간 양자적, 상호적, 쌍무적 권리·의무에 기반한 각국의 개별이익 추구로부터 국제공동체의 이익추구로의 이동 및 규범간 수평적 평등구조로부터 수직적 서열구조로의 변화 움직임은 20세기 중반이후의 국제법을 특징짓는 양대 요소이다.

이 글은 이러한 변화 가운데, 1970년 국제사법재판소(ICJ) *Barcelona Traction* 판결을 통해 등장하여 반백년 동안 수많은 국제법학자들의 많은 관심, 그리고 한편으로는 의구심의 대상이었던 대세적 의무 개념에 대해 살펴보는 것을 목적으로 한다. 즉, 전통적 국제법의 양자적 기본도식상 쌍무적 권리·의무를 넘어 국가가 ‘모두에 대해(*erga omnes*)’ 부담하는 의무라는 뜻을 가진 이 대세적 의무 개념의 등장배경, 의미 그리고 법적 효과에 대해 알아보기로 한다. 먼저, 제II장에서는 일종의 배경설명으로서, 국제공동체 개념을 매개로 하여 전통적 국제법상 양자주의를 극복하고 각국의 개별이익이 아닌 국제공동체의 이익을 추구하게 된 국제사회의 전반적 변화에 대해 살펴본다. 그리고 제III장에서는 그러한 변화의 대표적 실례 또는 상징 중 하나인 대세적 의무 개념에 대해 알아본다. 이를 위한 주요 분석대상으로는 ICJ의 *South West Africa* 판결, *Barcelona Traction* 판결 및 *East Timor* 판결의 세 가지를 선택하였다. 본론의 마지막 장인 제IV장에서는 대세적 의무가 국제법의 강행 수단임을 드러내고

1) Report of the Study Group of the International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 58th Session, 1 May–9 June and 3 July–11 August 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006 (“ILC Fragmentation Report”), para. 326.

2) *Ibid.*, para. 327 (“informal hierarchy in international law”).

있는 유엔 국제법위원회(ILC) 국가책임 초안규정 제48조 및 제54조에 대해 살펴본다. 이를 통해, 제48조는 공익소송 형식의 법적 절차를 통한 대세적 의무의 강행을 규정하고 있으며, 제54조는 본질적으로 외교적, 정치적 수단인 ‘대응조치(countermeasure)’를 통한 대세적 의무의 강행 가능성을 조심스럽게 열어놓고 있음을 밝힌다. 아울러, ICJ의 *Palestine Wall* 권고적 의견과 *Congo v. Uganda* 사건 Bruno Simma 재판관의 개별의견, 그리고 *Belgium v. Senegal* 판결 상의 제48조 및 제54조 관련 해석론에 대해 알아본다.

## II. 전통적 국제법상 양자주의의 극복

### 1. 국제법의 양자적 기본도식

전통적으로 국제법은 국가간 양자적 권리·의무 관계를 기반으로 국제관계를 규율해왔다. ICJ는 *Reparations* 사건에서 “국제의무가 이행되어지게 되어 있는 당사자만이 그 불이행 관련 주장을 제기할 수 있다”고 하여 국제법상 권리·의무 관계 및 관련 책임추궁은 양자적 성격의 것임을 분명히 하였다.<sup>3)</sup> 이렇듯 한 국가가 다른 국가에게 책임을 묻는 것은 국제법에 특유한 “권리와 의무의 완벽한 상호성”<sup>4)</sup>에 기반하여 국가 대 국가간 양자관계에서만 논의되어왔다. 즉, 국제법상 의무는 국가 상호간에 발생하며, 타국의 의무불이행으로 피해를 당한 국가는 양국간 양자적 계약관계에 기반하여 개별적으로만 상대국의 책임을 주장할 수 있었다. 기본적으로 상대국의 책임을 주장할 수 있다는 것은 법적 ‘지위 또는 적격(standing)’의 보유를 의미하며, 이는 양자적 계약관계를 토대로 발생하는 권리로부터 유래된다. ICJ도 같은 취지로 언급하였는데, *Barcelona Traction* 사건 판결문에서 재판부는 “벨기에의 [법적]능력을 결정짓는 것은 벨기에에게 속하고 [그러한 사실을] 국제법이 인정하는, 권리의 존재 또는 부존재이다”라고 판시하면서 “책임은 권리의 필연적 결과”임을 명확히

3) *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949*, pp. 181-182 (“only the party to whom an international obligation is due can bring a claim in respect of its breach.”).

4) Santiago Villalpando, “The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 2 (2010), p. 400, note 58.

하였다.<sup>5)</sup> 요컨대, 병렬적 국가주권을 전제로 하는 전통적 국제관계에 있어서의 국가간 권리·의무는 양자적 관계에 기반하였기에 국가의 국제책임은 “양자적 관계 안에 밀봉”<sup>6)</sup>될 수밖에 없었던 것이다. 이는 각국은 자신의 권리를 스스로 지켜야 하며 자국 외에 아무로부터의 도움도 기대할 수 없다는 국제법 및 국제관계의 양자적 기본도식의 당연한 귀결이었다.<sup>7)</sup>

## 2. 양자주의의 극복: 국제공동체 개념의 등장

이미 19세기에 국가, 주권, 불간섭 등의 개념을 강조했던 법실증주의 사상에 대항하여 일어났던 사회연대주의(solidarism) 학파는 국제사회에 대한 ‘공동체 지향적 세계관’을 가지고 있었다.<sup>8)</sup> 이 학파는 국제사회를 공동체로 보고 각국의 이익은 서로 연결되어 있다고 하면서, 특히 경제적 또는 인도적 이유로 필요할 경우에는 타국에 대한 간섭 또는 개입이 허용된다고 주장하였다.<sup>9)</sup> 이 학

5) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970* (“Barcelona Traction Judgment”), para. 36 (“it is the existence or absence of a right, belonging to Belgium and recognized as such by international law, which is decisive for the problem of Belgium’s capacity.”).

6) Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, Vol. 77, Issue 3 (1983), p. 431 (P.M. Dupuy 인용).

7) *Ibid.*, p. 431 (“it is up to each state to protect its own rights; it is up to none to champion the rights of others.”). 국제관계의 양자적 기본도식은 다자조약의 경우에도 마찬가지로, 학자들은 “양자적 의무들의 묶음(bundles of bilateral obligations)” 등의 표현을 사용하면서 다자조약을 다수의 양자적 권리·의무 관계의 집합으로 설명한다. James Crawford, “Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: An Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, in Ulrich Fastenrath et al. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 226. 다자조약이라는 용어를 직접적으로 사용하지는 않았지만 국제관계의 양자적 기본도식을 “양자적 법률관계의 망(web of bilateral legal relationship)”이라고 표현한 연구는, Villalpando, *supra* note 4, p. 400. 또한, Rosalyn Higgins도 국제법은 “상호적 권리와 의무의 광대한 망(vast web of reciprocal rights and duties)”를 통해 작동한다고 하였다. Rosalyn Higgins, “The International Court and South West Africa”, *International Affairs*, Vol. 42, No. 4 (1966), p. 591. 마찬가지로, Karl Zemanek, “New Trends in the Enforcement of *erga omnes* Obligations”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 4 (2000), p. 8 (다자조약의 경우도 양자적 이행구조를 가진다는 견해 표명) 참조.

8) Stephen C. Neff, *Justice Among Nations: A History of International Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2014), p. 294 (“community-oriented worldview”).

9) *Ibid.*, pp. 294-297. 하지만, 사회연대주의 학파는 타국에 대한 간섭 또는 개입의 위험성을 인식하고 있었으며, 특히 ‘인도적 간섭(humanitarian intervention)’은 개별국가가 단독으로 해서는 안되고 집단적으로 시행해야 한다고 주장하였다. *Ibid.*, pp. 296-297.

파는 모든 인류는 궁극적으로 단일한 도덕 및 윤리적 공동체를 구성하고,<sup>10)</sup> 인류전체의 이익이 각국의 주권보다 우선해야 한다고 하였다.<sup>11)</sup> 이후 사회연대주의 학파의 영향은 양차 대전 사이의 기간에도 계속 이어져 기본적으로 낙관적 세계관을 기반으로 국가 주권보다는 국가들의 상호의존성을 강조하였다.<sup>12)</sup>

20세기 중반 이후, 그때까지 국제관계를 지배해왔던 국가의 이익과 힘 그리고 자력구제의 논리에 기반한 양자적 기본도식에 대항하여 ‘국제공동체’ 개념을 매개로 한 윤리적, 도덕적 고려들이 본격적으로 등장하기 시작하였다. 이 현상을 한마디로 표현하자면 “양자주의로부터 공동체의 이익으로”<sup>13)</sup>의 이동이었다. 국가의 의사나 동의에 기반하기 보다는 오히려 국가들의 개별의사를 압도하는 선협적 가치의 존재가 ‘공동체’ 즉, ‘국제공동체’의 기치 아래 인정되기 시작한 것이었다. 이는 1962년 헤이그 국제법 아카데미에서 행해진 Sir Humphrey Waldock의 강연내용과도 연결되는데, 그는 자국 이기주의에 기반한 양자관계를 극복하는 “조직화된 국제공동체의 시작들” 중 하나로 국가의 동의를 넘어선 강제관할권 행사의 가능성을 열었던 1921년 상설국제사법재판소(PCIJ)의 설립을 거론하였다.<sup>14)</sup>

### 3. 국가의 개별이익을 넘어 국제공동체의 이익으로<sup>15)</sup>

이렇듯 ‘국제공동체’ 개념의 출현은 기존 국제법 및 국제관계의 출발점이었던 양자적, 쌍무적 기반으로부터의 이탈을 의미했다. 1648년 웨스트팔리아 체제 이후 국제법은 각국의 영토 내에서의 해당 국가의 독립성과 배타적 관할권

10) *Ibid.*, p. 293.

11) *Ibid.*, p. 296 (“[E.R.N. Arntz] insisted that the rights and interests of human society as a whole should take precedence over the sovereign rights of individual states [...]”).

12) *Ibid.*, p. 374. 사회연대주의 학자였던 Nicolas Politis는 주권, 국가평등, 국가의 본질적 권리 및 국가인격을 부인하는 데까지 나아갔으며, Georges Scelle은 국제사회의 기본 구성단위는 국가가 아닌 개인이라고 주장하였다. *Ibid.*, pp. 275-276.

13) Bruno Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International* 250 (1994-VI).

14) Crawford, *supra* note 7, p. 226.

15) ‘국제공동체의 이익’ 개념에 대한 국내학계의 연구는, 김석현, “국제공동체 근본이익 침해에 대한 국가책임의 추궁”, 『국제법학회논총』, 제63권, 제4호 (2018), pp. 159-165; 김부찬, “국제공동체의 발전과 유엔의 역할”, 『아주법학』, 제10권, 제2호 (2016), pp. 231-238; 김성원, “국제법의 헌법화 논의에 대한 일고찰”, 『국제법학회논총』, 제58권, 제4호 (2013), pp. 73-97; 박정원, “국제사회에서 국제공동체로:국제법 규범질서의 질적 변화에 주목하며”, 『국제법학회논총』, 제56권, 제4호 (2011), pp. 147-158.

의 절대적 존중이라는 토대 위에서 정립되었다. 국가 상호간의 관계는 제한적이었고 국가간 협력은 예외적이었다.<sup>16)</sup> 국제법의 역할은 각국의 개별이익을 보호하는 것에 방점을 두고, 각국의 배타적 관할권 행사가 충돌하는 경우 해결책을 제공하는 것에 집중되었다.<sup>17)</sup> 예를 들어, 18-19세기 영국의 직물과 포르투갈의 와인간 교역은 영국의 와인 수요와 포르투갈의 직물 수요의 충족이라는 각자의 개별이익 보호를 위한 것이었으며, 유럽 각지의 관세동맹은 각국 산업의 보호라는 개별이익을 위한 것이었다.<sup>18)</sup> 하지만, 20세기 중후반 ‘국제공동체’ 개념의 본격적 등장은 각국의 개별적 이익, 영역, 관할권을 존중하기 위한 소극적 자제의 의무를 넘어서 ‘공동체의 이익(community interest)’을 위해 협력하여야 할 적극적 의무의 부과로 이어졌다. 아래에서 이러한 전반적 변화를 징표하는 세 가지 사례에 대해 살펴본다.

#### 가. 20세기초 소수민족 보호조약 및 PCIJ의 *Wimbledon* 판결

각국의 개별이익이 아닌 국제공동체의 이익에 기반한 국제법 기제 및 그 실제적 적용에 대해서는 이미 20세기 초반에도 관련 실례를 찾을 수 있다. 그러한 대표적인 예로는 1911년에 이미 45개 이상이 존재했던 국제우편연합, 국제무선전신연합 등 공공 국제기구들을 들 수 있다.<sup>19)</sup> 또한, 1919년 이후 유럽에서 체결되기 시작한 소수민족 보호조약들은 국가들로 하여금 자국의 이익이 침해당하지 않은 경우에도 소수민족을 위해 PCIJ에 소를 제기할 수 있게 하였는데, 특히 그 국가가 해당 소수민족 보호조약의 당사국이 아닌 경우에도 그러한 권리를 인정하였다.<sup>20)</sup>

한편, PCIJ는 1923년 *Wimbledon* 사건에서 영국, 프랑스, 이태리 및 일본의 독일에 대한 소제기를 받아들였다.<sup>21)</sup> 이 사건에서 비록 이태리와 일본은 독일의 키일운하 접근제한 조치로 인한 피해국이 아니었지만, PCIJ는 모든 국가가 항행의 자유를 누리며 키일운하는 “영속적으로 전세계의 사용을 위해 제공되었다”<sup>22)</sup>라고 판시하면서 두 나라의 관련 법익과 원고적격을 인정하였다.<sup>23)</sup> 같

16) Villalpando, *supra* note 4, p. 390.

17) *Ibid.*

18) *Ibid.*, note 10.

19) Neff, *supra* note 8, p. 289.

20) *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, Dissenting Opinion of Judge Jessup*, pp. 377-378.

21) *Case of S.S. Wimbledon, PCIJ Series A. No. 1* (1923).

22) *Ibid.*, p. 28.

23) *Ibid.*, p. 20.

은 1923년 PCIJ는 또 다른 인권 관련 권고적 의견에서 전통적 국제법상 양자주의의 절대성을 부인하면서, 다음과 같이 설명하였다: “특정 사안이 전적으로 한 국가의 관할권에 속하는 것인지의 문제는 본질적으로 상대적인 것이다. 이것은 국제관계의 발전에 달린 문제이다.”<sup>24)</sup>

#### 나. 1948년 제노사이드 협약

제2차 세계대전의 참상을 경험한 후, 국제공동체가 인정하는 “도덕률의 가장 기본적인 원칙”<sup>25)</sup>에 기반하여 “순수한 인도적 [...] 취지”<sup>26)</sup>에서 채택된 1948년 제노사이드 협약은 각국의 개별이익을 넘어서 국제사회 전체의 ‘공동의 이익 (common interest)’을 위해 국가들에게 의무를 부과한 대표적인 예이다. ICJ는 제노사이드 협약에 대해 다음과 같이 설명한다.

“[제노사이드 협약과 같은 성격의] 조약에서 당사국은 그 자신에게 귀속되는 이익을 갖지 않고 단지 모두 함께 공동의 이익 가질 뿐인데, [그 공동의 이익은] 그러한 조약의 존재이유인 숭고한 목적의 성취이다. 따라서, 이러한 유형의 조약에서는 국가의 개별적인 이익 또는 불이익이 말해질 수 없고, 또한 권리와 의무 사이의 완벽한 계약적 균형의 유지도 얘기되어질 수 없다.”<sup>27)</sup>

제2차 세계대전과 유엔설립 직후 인류가 인권이라는 새로운 가치에 눈뜨게 되었음을 상징적으로 보여주는 두 건의 문건은 유엔총회에서 하루 사이의 간격을 두고 채택된 제노사이드 협약과 세계인권선언이다. 이 두 가지 문건은 1948년 12월 유엔총회에서의 채택시점부터 지금까지 계속되고 있는, 본질상 배타적인 성격의 주권에 대한 국제공동체적 가치의 공격의 시작을 알리는 서곡이었다. 국가들은 더 이상 절대적 주권과 자국 영토에서의 배타적 관할권을 주장하면서 자국민의 본질적 권리를 무시할 수 없게 된 것이다. 다른 국가들의 입장에서는 모른 척하고 넘어갈 수 있는 타국민의 권리를 국제법의 보호영역 안으로 끌어들이는 국가들의 합의는 자국의 개별이익과는 상관없는 것이었다. 이

24) *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion, PCIJ Series B. No. 4* (1923), p. 24.

25) *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951*, p. 23.

26) *Ibid.*

27) *Ibid.*

는 국제사회 구성원 모두의 ‘공동의 이익’ 즉 ‘국제공동체의 이익’의 발현이었다. 어느덧 국제사회는 국제평화와 안전, 인권보호, 환경보호 뿐 아니라 빈곤 퇴치, 군축, 감염병 퇴치 등의 국제적 공공재의 존재를 인식하게 되었고 그에 대한 국제공동체 전체의 법익을 인정하게 되었다.

다. 1958년 유엔 국제법위원회 보고서

유엔 산하기구로서 국제법의 성문화에 앞장서 왔던 유엔 국제법위원회(ILC)에서 양자주의로부터 국제공동체 개념에 입각한 공익적 접근법으로의 변화는 1958년 조약법에 관한 특별보고자였던 Fitzmaurice의 제3차 보고서로부터 시작되었다고 평가받고 있다.<sup>28)</sup> 이 보고서는 다자조약에 있어서 非쌍무적 의무를 ‘상호의존적(interdependent)’ 의무와 ‘필수적(integral)’ 의무로 구분하면서, 이러한 두 가지 의무중 하나 이상이 포함된 다자조약에 위반되는 후속조약의 무효가능성을 시사하였다.<sup>29)</sup> Fitzmaurice는 이 두 가지 의무를 “더욱 절대적 형태의 의무(a more absolute type of obligation)”라고 지칭하면서 전통적 국제관계에서의 양자적, 쌍무적 의무와 구별하였다.<sup>30)</sup> 이 보고서에서 상호의존적 의무와 필수적 의무는 모두 국가간 양자주의를 넘어 국제공동체의 이익과 밀접히 연관되는 개념으로 정의되고 있다. 상호의존적 의무는, 대표적으로 군축조약이나 환경조약에서 그 예를 볼 수 있는데, 이러한 성격의 조약에 있어서 각 당사국의 의무 이행은 여타 모든 당사국의 의무 이행과 상호 연관되어 있으며 서로 의존적이다.<sup>31)</sup> 즉 한 당사국의 의무불이행은 여타 모든 당사국의 의무이행을 무의미한 것으로 만들어 버린다.<sup>32)</sup> 한편, 필수적 의무는 상호의존적 의무보다도 더 절대적인 성격을 갖는 것으로서 예를 들어 제노사이드 협약상 의무처럼 조약당사국의 의무는 여타 당사국의 의무이행 여부와 상관없이 계속 존속한다.<sup>33)</sup> 특별보고자 Fitzmaurice의 이 보고서는 전통적인 국제법의 양자적 기본도식을 극복하고 국제공동체의 평화와 안전, 인권 등의 새로운 가치를 대표하는 국제법상 의무에 이름(‘상호의존적’ 및 ‘필수적’)을 부여하고 그

28) International Law Commission, Third Report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission 1958, Vol. II, U.N. Doc. A/CN.4/Ser.A/1958/Add.1 (“ILC Fitzmaurice Report”), pp. 27-28 (“Article 19” 참조); Crawford, *supra* note 7, p. 227; ILC Fragmentation Report, *supra* note 1, para. 385.

29) ILC Fitzmaurice Report, *supra* note 28, pp. 27-28 (“Article 19” 섹션 참조).

30) *Ibid.*, p. 44, para. 91.

31) *Ibid.*

32) *Ibid.*

33) *Ibid.*

법적 위상을 제고하고자한 시도로서의 의의를 가진다.<sup>34)</sup>

### III. 국제사법재판소 관례에서의 대세적 의무

#### 1. 대세적 의무 개념 개관

이 장에서는 국제공동체 개념을 매개로 하여 전통적 국제법상 양자주의를 극복하고 각국의 개별이익이 아닌 국제공동체의 이익을 추구하게 된 국제사회의 전반적 변화를 대표적으로 보여주는 한 가지 실례에 대해 살펴보기로 한다. 그것은 ‘대세적 의무(*obligation erga omnes*)’라는 국제법 개념으로서, 1970년 국제사법재판소(ICJ)의 *Barcelona Traction* 사건 판결문에서 유래하였다. 그 핵심적 내용은 한 국가가 양자적 관계에서 개별 국가에 대해 부담하는 의무가 아니고, 관련 권리·의무의 중요성에 비추어 국제공동체 전체에 대해, 즉 ‘세상에 대해(對世的)’ 부담하는 의무가 위반된 경우 특별한 법률효과를 부여한다는 것이다. 여기서, 그 법률효과는 절차법적인 것으로 한정하는 것이 바람직한데, 아래<sup>35)</sup>에서 살펴보는 바와 같이 국제 관례는 자꾸 실체법적 언어로 대세적 의무의 법률효과를 설명하려는 유혹을 느끼고 있다. 이는 대세적 의무 개념과 관련한 여러 오해와 혼란의 대표적인 예 중 하나이다. 요컨대, 대세적 의무의 법률효과는 한 국가의 대세적 의무 위반이 발생한 경우, 그로 인한 직접적 피해국이 아닌 다른 모든 국가들에게도 위반국의 책임을 추궁할 수 있는 절차법적 지위(원고적격, *standing*, *locus standi*)를 부여하겠다는 것이다.<sup>36)</sup> 이 대세적 의무 개념은 공동체 지향적 세계관에 입각하여 국가의 개별이익보다 국제공동

34) 하지만, 이 맥락에서 특별보고자의 주된 관심은 어디까지나 조약법상 조약이 무효로 되는 경우가 어떤 것인지에 있었음을 주의할 필요가 있다. 특별보고자는 조약의 종류라는 문제에 있어서, 상호의존적 의무 또는 필수적 의무를 포함하고 있는 조약을 그러한 성격의 의무를 포함하고 있지 않은 조약과 어떻게 다르게 취급해야 하는 지에 대해 고민했던 것이다. 즉, 이러한 두 가지 종류의 의무를 포함하고 있는 조약과 충돌하는 내용의 조약은 무효로 될 수밖에 없다는 것이다. ILC Fitzmaurice Report, *supra* note 28, p. 44, paras. 92-93. ILC는 결국 이 문제, 즉 상호의존적 의무 또는 필수적 의무를 포함하는 조약과 충돌하는 후속 조약 관련 문제를 조약법상 조약의 효력 문제가 아닌 국가책임법의 영역으로 넘기기로 결정하였다. International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, U.N. Doc. A/CN.4/Ser.A/1966/Add.1, p. 216, para. 8.

35) 아래 ‘IV. 3. 나’ 및 ‘IV. 3. 다’ 섹션 참조.

36) ‘Standing’ 개념에 대해서는, Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pp. 25-40.

체 전체의 이익을 우선시하는 국제사회의 결의와 전반적 추세를 보여준다. 특히, 이 대세적 의무 개념에 동반하는 절차적 법률효과는 ‘국제법의 강행’ 수단으로서의 의미를 갖는다.

## 2. 대세적 의무 또는 대세적 권리?

사실 ‘모두에 대하여(toward all)’이라는 의미의 ‘대세적(*erga omnes*)’이라는 표현은 ‘국제법의 강행’ 분야에 포섭되는 *Barcelona Traction* 판결 상 대세적 의무 개념과는 별개의 맥락에서 이미 사용되고 있었고 그러한 의미로 지금도 사용되고 있다.<sup>37)</sup> 이 경우 ‘대세적’이라는 표현은 특정 규범의 적용범위와 관련된다. 즉 ‘대세적’이라는 용어는 원래 조약이나 판결의 제3자에 대한 효력에 관한 것이었는데, 1970년 *Barcelona Traction* 판결 이후 ‘국제법의 강행’ 분야에 적용되기 시작되었다.<sup>38)</sup> 예를 들어, 주로 양자조약을 통해 확정되는 국가간 경계획정은 단순히 양 당사국 뿐 아니라 전세계 모든 국가를 향해 그 법적 효과를 주장할 수 있고, 따라서 이는 대세적 성격을 갖는다. 그러한 실례로, 1928년 *Island of Palmas* 중재판결에서 Max Huber재판관은 영토주권의 효력과 관련하여 “대세적(*erga omnes*)”라는 용어를 사용하였다.<sup>39)</sup> 또한, 중립지역, 비무장지역, 경계획정, 인권, 환경 등의 주제와 관련하여 ‘객관적 체제(objective regime)’를 설립하여 당사국 이외의 모든 국가들에게도 효과를 발휘하는 조약과 관련해서도 ‘대세적 효력’이라는 표현이 사용되어왔다.<sup>40)</sup> 비슷한 맥락에서, 유엔헌장 제25조 및 제7장에 의거한 안보리결의가 모든 유엔회원국을 구속하

37) ‘대세적’이라는 표현에 대한 설명은, 박현석, “국제법상 대세적 의무 위반에 대한 ICJ 제소의 원고적격”, 『홍익법학』, 제19권, 제3호 (2018), pp. 112-114.

38) Christian J. Tams and Antonios Tzanakopoulos, “Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 4 (2010), pp. 791-2.

39) *United States of America v. The Netherlands, The Island of Palmas Case*, Award of the Tribunal, Permanent Court of Arbitration, 4 April 1928, p. 10.

40) 조약법에 연관된 개념인 ‘객관적 체제’는 주로 19세기에 인정되었는데, 현재에도 이 개념이 유용한지에 대해서는 논란이 있다. 1964년 ILC의 조약법에 관한 특별보고관이었던 Sir Humphrey Waldock은 ‘객관적 체제’를 조약법 협약에 별도 조항으로 포함시킬 것을 제안하였으나, 강대국의 힘에 의거한 ‘객관적 체제’ 개념의 남용가능성을 걱정한 ILC는 결국 이 제안을 채택하지 않았다. ‘객관적 체제’ 개념에 대한 상설은, Carlos Fernández de Casadevante Romani, “Objective Regime”, *Max Planck Encyclopedias of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2015), <https://opil.ouplaw.com> (방문일: 2020. 3. 23).

는 효력도 ‘대세적 효력’이라고 지칭될 수 있다.<sup>41)</sup>

하지만, 이러한 ‘대세적 효력’이 있는 법적 현상은 국제재판소 등에서 법적 절차를 시작할 수 있는 법적인 지위를 부여하는 ‘대세적 의무’와는 구별되어야 한다. 다시 말해, 대세적 효력은 발휘하지만 대세적 의무가 아닌 것, 따라서 제 3국에 관련 법익과 원고적격을 부여하지 않는 것이 존재한다는 것이다. 예를 들어, 연안국의 배타적 경제수역에 관한 권리는 모든 국가들에 대하여 주장할 수 있으므로 그 적용범위가 대세적이다. 그러한 권리는 비록 ‘대세적 권리’라고 부를 수는 있겠지만, *Barcelona Traction* 판결 상의 원고적격을 부여하는 효과가 있는 대세적 의무와는 무관한 것이다. 즉, 어떤 국가에 의한 연안국의 배타적 경제수역에 대한 권리 침해가 발생하였다고 해도, 이것이 모든 국가들에게 그 침해국의 책임을 원용할 수 있는 법익과 원고적격을 부여하는 것이 아닌 것은 자명하다.<sup>42)</sup> 이러한 점을 고려할 때, 아래에서 논할 ICJ의 1995년 *East Timor* 판례가 “대세적 권리”라는 용어를 사용한 것은 매우 유감스럽다고 하겠다.<sup>43)</sup> 올바른 표현은 ‘특정 권리에 관한 대세적 의무’라는 형태여야 하고, *East Timor* 사건에서는 ‘자결권에 관한 대세적 의무’라는 표현을 사용했어야 한다. 이런 측면에서, ICJ가 2019년 *Chagos* 사건 권고적 의견에서 “자결권에 대한 존중은 대세적 의무이다”라는 어구를 사용한 것은 다행스러운 일이라고 하겠다.<sup>44)</sup>

### 3. *South West Africa* 판결: 국제법상 공익소송의 부인

‘국제공동체의 이익’이라는 사상이 즉시 국제법의 영역에서 명실상부한 법익으로 인정받은 것은 아니었다. 그 대표적인 예가 1966년 ICJ의 *South West Africa* 사건이었다. 이 사건은 에티오피아와 라이베리아가 남아공의 위임통치를 받던 South West Africa(지금의 나미비아)에서 행해지던 인종차별 정책 등과 관련해 남아공을 ICJ에 제소한 것이었다.<sup>45)</sup> 즉 에티오피아와 라이베리아의

41) *Ibid.*

42) Craig Eggett and Sarah Thin, “Clarification and Conflation: Obligations *Erga Omnes* in the Chagos Opinion”, *EJIL Talk!*, 21 May 2019, p. 2.

43) *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995* (“*Portugal v. Australia Judgment*”), para. 29 (“right *erga omnes*”).

44) *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019* (“*Chagos Advisory Opinion*”), para. 180 (“[...] respect for the right to self-determination is an obligation *erga omnes*”).

45) *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966* (“*South West Africa*

소제기는 자국의 개별이익과는 상관없는 일종의 국제공동체의 이익 사상에 근거한 공익적 성격의 것이었다.<sup>46)</sup> 결론적으로 이 사건에서 ICJ는 본안판단에 들어가기를 거부하면서, 국가는 타국의 행위로 직접적 피해를 입지 않은 경우에는 “어떤 법률문서 또는 법원칙(some text or instrument, or rule of law)”이 그 국가에게 관련 법익 내지 권리를 명확하게 부여한 경우에만 법적 절차를 통해 그 법익에 근거한 주장을 할 수 있다—즉, 원고적격(standing, *locus standi*)을 갖는다—고 판시하였다.<sup>47)</sup> 요컨대, ICJ는 이 사건의 요체를 “공익을 옹호하기 위해 소를 제기하는 공동체 구성원 모두의 권리” 즉 “공익소송(*actio popularis*)”을 제기할 권리가 국제법상 인정되는지의 문제로 파악하면서, 공익소송은 국가들의 국내법에서는 인정될 수 있을지 몰라도 국제법에서는 인정되지 않는다고 결정하였다.<sup>48)</sup> 이 판결은 국제사회의 지대한 관심을 받았으나, 그 주된 정서는 이 판결에 대해 매우 비판적이었다. 국제법률가들과 대중은 이 판결을 통해 ICJ는 보수적이고 선진 서구국가들의 이익을 대변하는 기관이라는 인식을 갖게 되었다. 이는 ICJ에 대한 국제사회의 신뢰도와 관련하여 거의 재앙에 가까운 사건이 되었다.

#### 4. *Barcelona Traction* 판결: 대세적 의무 개념의 등장

이렇게 궁지에 처한 ICJ에게 1970년 *Barcelona Traction* 판결은 좋은 반전의 기회였고, 과연 ICJ는 그 기회를 흘려보내지 않았다. 이 사건에서는 범인에 대한 외교적 보호권 행사가 주된 논점이었지만 오히려 이 판결문에서 이후 오래도록 국제법률가들의 지대한 관심을 끌게 된 내용은 본안에 대한 판단과는

---

Judgment”), pp. 11-15 참조.

46) 에티오피아와 라이베리아의 남아공에 대한 소송제기의 배경에, 남아공 국내에서의 인종차별은 관할권의 근거 부재로 인해 직접적으로 법적 문제를 삼을 수 없었지만 남아공의 옛 위임통치지역인 South West Africa에서의 비슷한 차별행위에 대한 법적 판단은 남아공 국내에서의 인종차별에 대한 간접적인 법적 규탄이 될 수 있을 것이라는 고려가 존재했다는 지적이 있다. Michla Pomerance, “The ICJ and South West Africa (Namibia): A Retrospective Legal/Political Assessment”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, Issue 2 (1999), p. 428.

47) *South West Africa* Judgment, *supra* note 45, para. 44 (“The Court simply holds that such rights or interests, in order to exist, must be clearly vested in those who claim them, by some text or instrument, or rule of law [...]”).

48) *Ibid.*, para. 88. 공익소송 개념을 중심으로 대세적 의무에 관해 논하고 있는 연구는, 최지현, “*actio popularis*에 대한 국제사법재판소 판례의 입장 변화 검토”, 『국제법평론』, 제45호 (2016), pp. 97-123.

별 상관 없이 있는 판결문의 극히 짧은 일부분이었다. 즉, 이는 재판부의 ‘방론 (*obiter dicta*, 부수적 의견)’이었는데 향후 이에 쏠린 학문적, 실무적 관심의 크기는 이를 일반적으로 ‘*Barcelona Traction* 방론(*Barcelona Traction dictum*)’이라고 지칭하기에까지 이르렀다.<sup>49)</sup> 이 방론의 핵심은 바로 ‘대세적 의무’라는 새로운 법개념이었는데, 동 판결문의 관련 부분은 다음과 같다.

“[...] 전체로서의 국제공동체를 향한 국가의 의무와 외교적 보호 분야에서 타국과 관련하여 발생하는 의무 사이의 본질적 구별이 있어야 한다. 전자는 그 본질상 모든 국가들의 관심사가 된다. 관련된 권리들의 중요성을 고려할 때, 모든 국가는 그 보호에 대한 법익을 가지고 있다고 판단할 수 있다. 이는 대세적 의무이다.”<sup>50)</sup>

앞서 대세적 의무 개념에 대한 개관에서 언급했듯이 대세적 의무란 한 국가가 국제공동체 전체에 대해 부담하는 의무로서, 그 실질적 의의는 국제공동체의 이익 사상에 기반하여 모든 국가들에게 관련 법익을 향유할 권리를 인정하고 이를 침해하는 국가에 대해 국제재판소 등에서 소를 제기할 수 있는 원고적격을 인정한다는 것이다. 이는 전통적인 국제법상의 대원칙인 주권존중 및 불개입원칙과 정면으로 충돌한다. 이 대세적 의무는 ‘국제법의 강행’ 관련 담론 내의 개념이며, 국제사회가 최소한 국제공동체의 이익과 밀접히 관련되는 중요한 국제의무에 관해서는 다수국가에 의한 국제법의 강행을 받아들였음을 표상한다.<sup>51)</sup> ICJ는 이 대세적 의무가 국제관습법 또는 보편적(또는 준보편적) 성격의 조약에 근거하는 침략행위 및 제노사이드의 금지, 노예제 및 인종차별 금지 같은 기본적 인권 원칙 등으로부터 도출된다고 한다.<sup>52)</sup> *Barcelona Traction* 방

49) 이 표현을 사용한 일례로, Tams and Tzanakopoulos, *supra* note 38, p. 793. 한편, 이 논문의 저자들은 방론이 중요 국제법을 형성한 예로 PCIJ의 세 가지 판결을 언급하고 있다: (i) 반환 또는 원상회복의 보상에 대한 우월성을 주장한 *Chorzow Factor* 판결, (ii) 제3자의 동의 없이 그 제3자를 위한 권리형성 가능성을 인정한 *Free Zones* 판결, 그리고 (iii) 독립국가에 대한 제약은 추정될 수 없다는 원칙을 선언한 *Lotus* 판결. *Ibid.*, p. 797.

50) *Barcelona Traction* Judgment, *supra* note 5, para. 33.

51) Tams and Tzanakopoulos, *supra* note 38, p. 792 (“[...] for a narrowly defined circle of community obligations, international law should be prepared to accept law enforcement by many states [...]”).

52) *Barcelona Traction* Judgment, *supra* note 5, para. 34. 2006년 *Congo v. Uganda* 사건 개별의견에서 Simma 재판관은 “국제인도법과 [국제]인권법으로부터 도출되는 의무들 중 핵심[적인 것들]은 대세적으로 유효하다”고 언급하였다. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Separate*

론을 통해 인정된 대세적 의무 개념은 불과 4년전 *South West Africa* 판결을 사실상 뒤집는 것이었다.<sup>53)</sup> 만약 이 개념이 인정되었다면 *South West Africa* 사건의 제소국인 에티오피아와 라이베리아는 원고적격을 인정받았을 가능성이 높기 때문이다. 따라서, *Barcelona Traction* 방론은 *South West Africa* 판결이 명시적으로 국제법상 인정되지 않는다고 언급했던 국제법상 ‘공익소송’의 가능성을 열었다는 의의도 가진다. 이 대세적 의무 개념에 대한 국제법학계의 반응은 대부분 긍정적이었다.<sup>54)</sup>

*Barcelona Traction* 방론은 국제법 분야에 있어서 자국의 개별이익과 관련이 없는 사안에 있어서도 국제공동체의 이익 사상에 의거하여 국가들의 원고적격을 인정하는 법적 기제에 대한 공식적인 출발점이 되었다. 하지만 *Barcelona Traction* 판결 이전에도 비록 자국의 이익이 관련되지 않았어도 타국에 대한 제소 등 법적 조치를 취할 수 있는 국제법적 기제는 이미 존재하고 있었다. 그 대표적인 예는 유럽인권협약, 미주인권협약 등 지역적 인권조약상 ‘국가간 통보제도(inter-state communications)’에서 찾아볼 수 있다.<sup>55)</sup> 이는 관련 조약의 모든 당사국으로 하여금 타당사국의 조약상 의무위반 행위에 대해 일종의 제소·고발을 할 수 있게 한 제도이다. 일례로 유럽인권협약 제33조는 “국가간 사건”이라는 제목하에 “당사국은 타당사국의 의한 본 조약 및 부속의 정서들의 위반을 [유럽인권]재판소에 회부할 수 있다”라고 규정하고 있다.<sup>56)</sup>

이 조항은 자국의 개별이익이 관련된 사건을 회부하는데 활용될 수도 있고, 그러한 개별이익과는 관련이 없는 아래에서 설명할 ‘당사국간 대세적 의무’ 위반의 경우에도 활용되어질 수 있다. 후자의 경우에는 유럽이라는 지역공동체의

---

*Opinion of Judge Simma, I.C.J. Reports 2006* (“Simma Separate Opinion”), para. 39.

53) *Barcelon Traction* 판결이 나오기 8개월전 채택된 ‘조약법에 관한 비엔나조약’은 강행규범(*jus cogens*)이라는 개념을 새로이 인정했으나, ICJ는 *Barcelona Traction* 판결문에서 대세적 의무 개념과 강행규범을 연결시키지는 않았다. 하지만, 이 판결에서의 대세적 의무 개념의 인정은 암묵적으로 강행규범의 존재를 인정한 것이라고 보는 견해도 존재한다. Jochen A. Frowein, “Ius Cogens”, *Max Planck Encyclopedias of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2015), <https://opil.ouplaw.com> (방문일: 2020. 3. 9.). 강행규범과 대세적 의무 사이의 관계에 대해서는, 이성덕, “국제강행규범과 대세적 효력 원칙 개념의 비교”, 『중앙법학』, 제13권, 제3호 (2011), pp. 379-409 참조.

54) Tams and Tzanakopoulos, *supra* note 38, p. 791.

55) 국가간 통보제도는 ‘inter-state communications’, ‘inter-state complaints’, ‘inter-state case’ 등의 용어로 지칭된다.

56) 유럽인권협약 제33조의 원문은 다음과 같다: “Article 33 [Inter-State cases]. Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party.”

이익을 위한 일종의 공익소송을 제기하는 것이 될 것이다. 유럽인권재판소에서 1953년 유럽인권협약이 발효된 이후 2020년 1월까지 총24건 사건이 제33조에 따른 국가간 통보제도에 의거해 개시되었다.<sup>57)</sup> James Crawford는 Bruno Simma의 분석을 인용하면서 유럽인권협약상 국가간 통보제도를 활용한 공익소송, 즉 ‘당사국간 대세적 의무’ 위반 사건으로 이 24건의 사건중 3건을 지목하고 있다.<sup>58)</sup> 따라서, 유럽인권협약 제33조에 근거해 유럽인권재판소로 회부된 사건 중 대다수는 제소국의 개별이익이 관련된, 따라서 국제공동체의 이익 사상에 근거한 공익소송이라고 볼 수 없지만 그러한 성격의 사건이 소수이기는 하나 엄연히 존재해 온 것이다.<sup>59)</sup>

### 5. *East Timor* 판결: 대세적 의무와 관할권 고려의 분리

지금까지 ICJ는 전반적으로 대세적 의무 개념에 상당히 조심스럽게 접근했는데, 특히 의무의 대세적 성격이 인정되더라도 ICJ의 관할권이라는 두 번째 관문을 통과한 경우에만 실제 원고적격이 인정된다는 입장을 견지하였다.<sup>60)</sup>

57) 유럽인권재판소 홈페이지 참조, <https://www.echr.coe.int> (방문일 2020. 3. 4.).

58) Crawford, *supra* note 7, p. 236 (각주 65와 66 참조). 한편, 유엔의 9개 인권조약들 중 여성차별철폐조약과 장애인권리협약 둘을 제외한 7개 조약들은 국가간 통보제도를 운영하고 있다. 이 7개 유엔 인권조약상 국가간 통보제도는 2018년까지 한 번도 원용된 적이 없었지만, 2018년 사상 처음으로 동 제도가 활용되었다. 2018년 카타르는 국가간 통보제도를 규정하고 있는 인종차별철폐조약 제11조에 의거하여 사우디아라비아 및 아랍에미리트의 동 조약 위반 사안을 인종차별철폐위원회에 회부하였고, 팔레스타인은 이스라엘 관련 사안을 동 위원회에 회부하였다. 하지만, 이 세 건은 모두 자국민의 인권 관련 사안, 즉 자국의 개별이익에 관련된 것들이다. 유엔인종차별위원회 관련 웹페이지 참조, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/InterstateCommunications.aspx> (방문일: 2020. 3. 17.). 최근의 인종차별철폐위원회에서의 국가간 통보제도의 활발한 사용에 대해서는, David Keane, “CERD Reaches Historic Decisions in Inter-State Communications”, *EJIL: Talk!*, 6 September 2019. 또한, Priya Pillai, “Qatar v. UAE: Uncharted Territory at the ICJ”, *Opiniojuris*, 18 May 2019 참조.

59) 한편, 국제형사법의 영역에 있어서 국제형사재판소(ICC)의 기본법인 로마규정은 관련 사안과 직접적 관련성이 없는 당사국도 타당사국에서 발생한 핵심국제범죄 관련 상황을 ICC로 회부할 수 있게 규정하고 있다(로마규정 제13조(a)항 및 제14조 참조). 하지만, 실제로 2020년 3월 현재까지 이 기체가 활용된 예는 찾아볼 수 없다. 한편, 우간다 상황, 콩고민주공화국 상황, 중앙아프리카공화국 상황 등 당사국이 자국 내에서 발생한 핵심국제범죄 사안을 ICC로 회부하여 관련 형사절차가 개시된 경우는 다수 존재한다.

60) ICJ가 실제로 대세적 의무 개념에 근거하여 원고적격을 인정한 것은 2012년 *Belgium v. Senegal* 사건이 처음이었다. 아래 ‘IV. 3. 마’ 섹션 참조. *Barcelona Traction* 사건 이후 ICJ는 대세적 의무가 관련된 일련의 사건에서 원칙적으로 대세적 의무의 존재를 인정하면서도, 의무의 대세적 성격에 의거한 주장에 법적 효력을 부여하는 것을 회피하는 다양

그러한 첫 번째 사례는 1995년 *East Timor* 사건 판결문이었는데, 여기서 ICJ는 자결권의 대세적 의무로서의 성격을 인정<sup>61)</sup>하면서도 ‘필요적 제3자의 원칙(indispensable third-party rule)’ 또는 소위 ‘*Monetary Gold* 원칙’에 근거하여 관할권 행사는 거부하였다.<sup>62)</sup> 이 사건의 당사자는 포르투갈과 호주였고, 사안과 밀접히 연관된 인도네시아는 당사자가 아니었다. 하지만, ICJ는 이 사건에서의 본안판결은 인도네시아가 행한 행위의 적법성도 판단할 수밖에 없다고 보았다.<sup>63)</sup> 결국, ICJ는 이 사건에서 스스로 관할권을 인정하고 본안판단에 나서는 것은 국가의 동의에 기초한 ICJ의 기본적 관할권 행사 원칙에 위배된다고 결정하였다.<sup>64)</sup> 학자들은 이 사건에서 만약 인도네시아의 ICJ 관할권 행사에 대한 동의를 통해 관할권 문제가 해결되었으면, ICJ는 대세적 의무 개념에 의거하여 티모르인들에 대한 자결권 존중의무 위반을 피해국이 아닌 포르투갈이 주장할 법익을 인정했을 것이라고 평가하고 있다.<sup>65)</sup>

관련된 의무의 대세적 성격과 관할권 행사에 대한 고려를 분리하는 이러한 태도는 10년 뒤 *Congo v. Rwanda* 사건에서 강행규범의 경우로까지 확대되었다. 즉 강행규범에 관련된 사안에서도 절차적으로 관할권 행사에 대한 요건이 만족되지 못하면 ICJ는 그 사안을 다룰 수 없다는 것이다.<sup>66)</sup> 이러한 사례들,

---

한 방도를 찾아냈다는 비판에 대해서는, Zemanek, *supra* note 7, p. 11.

- 61) *Portugal v. Australia* Judgment, *supra* note 43, para. 29 (재판부는 유엔헌장과 유엔의 추후 실행을 볼 때 자결권의 대세적 성격은 “이론의 여지가 없다(irreproachable)”고 판시). 자결권의 대세적 성격을 잘 보여주는 유엔 총회결의는, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, UN General Assembly Resolution 2625 (XXV), 24 October 1970 (모든 국가가 자결권을 증진시킬 의무 및 자결권 증진을 위한 유엔의 노력에 협력할 의무를 부담함을 명시).
- 62) *Portugal v. Australia* Judgment, *supra* note 43, para. 29. 이 사건에서의 ‘필요적 제3자의 원칙’ 및 ‘*Monetary Gold* 원칙’에 대한 설명은, Christine Chinkin, “East Timor Moves into the World Court”, *European Journal of International Law*, Vol. 4, Issue 2 (1993), pp. 218-222. 동 원칙에 대한 최근 연구로서 관련 ICJ판례들에 대한 일목요연한 설명을 제공하고 있는 논문은, Ori Pomson, “Does the Monetary Gold Principle Apply to International Courts and Tribunals Generally?”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 10 (2019), pp. 88-125 (특히 *East Timor* 사건 관련 102-103쪽 참조).
- 63) *Portugal v. Australia* Judgment, *supra* note 43, para. 28.
- 64) *Ibid.*, para. 29.
- 65) Erika de Wet, “Invoking Obligations *Erga Omnes* in the Twenty-First Century: Progressive Developments since Barcelona Traction”, *South African Yearbook of International Law*, Vol. 38 (2013), pp. 14-15.
- 66) *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006*, paras. 64 and 125. Erika de Wet은 강행규범이라고 하여 (i) 관할권 관련

즉 대세적 의무 및 강행규범에 대한 판단과 관할권에 대한 판단을 분리하는 ICJ 판례의 조심스럽고 신중한 태도는 주권 및 국가의 개별이익이라는 전통적 가치와 국제공동체의 이익이라는 미래지향적 가치가 충돌하는 점점 위에서 균형을 잡기위해 노력하는 ICJ의 입장을 잘 대변하고 있다고 평가된다.

#### IV. 유엔 국제법위원회 국가책임 초안규정상 대세적 의무

##### 1. ILC 국가책임 초안규정 제48조: 공익소송을 통한 강행

1970년 ICJ의 *Barcelona Traction* 판결에서 처음 명시적으로 인정된 대세적 의무의 개념은 2001년 유엔 국제법위원회(ILC)의 ‘국제위법행위에 대한 국가책임 규정초안(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 이하 ‘ILC 국가책임 규정초안’)’ 제48조에 규정되면서 흐릿했던 그 개념상 내용이 어느 정도 모습을 갖추기 시작하였다.<sup>67)</sup> 한마디로 이 제48조가 말하는 바는 대세적 의무에 대해서는 모든 국가가 그 보호와 존중에 관한 법익을 가지며, 따라서 그 위반이 발생한 경우에는 모든 국가가 법적 절차를 통해 위반국의 책임을 주장할 지위 즉 원고적격을 갖는다는 것이다. 즉, 제48조는 실제적 권리가 아닌 절차적 권리를 규정하고 있다. 제48조 채택시 일부 전문가들은 이 조항에 근거한 국제소송이 난무할 우려가 있다는 점과 이 조항이 의견상 국제책임법에 근거한 국가간 힘의 정치의 수단으로 악용될 우려가 있음을 경고하였다. 하지만, 추후 국가실행은 그러한 염려가 기우였음을 보여주고 있다. 실제 국가들은 자국의 개별이익과 직접적으로 상관이 없는 인권, 국제범죄, 환경 등 국제적 공익이 관련된 사안에 있어서 타국을 제소하는 등 그 책임 추구를 위한 법적 절차를 밟는 것에 매우 신중한 태도를 보여주고 있다.<sup>68)</sup>

절차법, (ii) 관할권 관련 유보, 그리고 (iii) 주권면제의 법리를 뛰어넘을 수 없다고 주장한다. de Wet, *supra* note 65, p. 17. 한편, ICJ는 2012년 *Germany vs. Italy* 사건에서 강행규범 위반에 해당하는 심각한 국제범죄 행위와 관련해서도 주권면제의 원칙은 배제되지 않는다고 판시하였다. 이 판결에 대한 개요는, Chimène Keitner, “Germany v. Italy: The International Court of Justice Affirms Principles of State Immunity”, *ASIL Insights*, Vol. 16, Issue 5 (2012) 참조.

67) Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, 23 April-1 June and 2 July - 10 August 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10, U.N. Doc. A/56/10, chp.IV.E.1.

68) 관련 이유중 하나로 주요 인권조약상 재판회부 조항에 대한 많은 유보를 들고 있는 연구

ILC 국가책임 규정초안 제48조(1)항은 다음과 같이 규정한다.

“1. 피해국이 아닌 국가는 다음의 경우 [...] 타국의 책임을 원용할 권한을 갖는다:

(a) 위반된 의무가 그 국가를 포함한 국가들의 무리를 향해 부담하는 것이고, 그 무리의 집단적 이익을 보호하기 위해 형성된 것일 때; 또는

(b) 위반된 의무가 국제공동체 전체를 향해 부담하는 것일 때.”<sup>69)</sup>

국가책임법은 원칙적으로 한 국가의 국제위법행위로 타국이 피해를 입은 경우에만 그 피해국으로 하여금 국가책임을 원용할 수 있게 한다. 제48조는 이에 대한 예외를 인정하면서, 비록 직접적 피해를 입지 않은 국가라 하더라도 위반된 의무의 성격이 (a)항 또는 (b)항에 해당할 경우 의무불이행국의 책임을 주장할 수 있다고 규정하고 있다. 그 근거는 위반된 의무의 국제적 중요성이며, 그 중요성은 (a)항의 경우에는 다자조약상 당사국들의 집단적 이익 개념을 통해, 그리고 (b)항의 경우에는 모든 국가를 포함하는 국제공동체 전체의 이익 개념을 통해 표상된다. 특히 (b)항이 규정하고 있는 의무는 국제공동체 전체를 향해 부담하는 것이므로 ‘대세적(對世的, *erga omnes*)’인 성격을 갖는다. 일반적으로 국제법률가들은 (a)항 상의 의무를 ‘당사국간 대세적 의무(*obligation erga omnes partes*)’라는 용어로, 그리고 (b)항 상의 의무를 ‘대세적 의무(*obligation erga omnes*)’라는 용어로 구분하여 지칭한다. (a)항의 ‘당사국간 대세적 의무’는 고문방지협약이나 제노사이드협약 등의 조약 당사국간에 존재하며, (b)항의 ‘대세적 의무’는 국제관습법상 의무와 연결될 것이다.<sup>70)</sup> 한편, 이렇게 제48조(1)항에 근거한 책임 원용의 실제적 내용은 동조 (2)항이 규정하고 있는데, 책임을 원용하는 국가는 의무위반국의 국제위법행위의 중단, 재발방지

는, 김석현, “국제법상 인권보호 의무의 대세적 성질”, 『국제법학회논총』, 제59권, 제4호 (2014), pp. 109-110.

69) 제48조(1)항의 원문은 다음과 같다: “1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.”

70) Inna Uchkunova, “Belgium v. Senegal: Did the Court End the Dispute between the Parties?”, *EJIL Talk!*, 25 July 2012, p. 1.

의 약속 또는 보상을 요구할 수 있다.<sup>71)</sup>

## 2. ILC 국가책임 초안규정 제54조: 대응조치를 통한 강행

한편, ILC 국가책임 초안규정 제54조도 대세적 의무와 관련되는데, 동 조는 대세적 의무 위반의 경우 직접적 피해국 이외의 모든 국가들이 제48조를 통한 강행과는 별도로, 국제법이 허용하는 범위 내에서 “합법적인 조치(lawful measures)”를 취할 수 있는 여지를 남겨두고 있다. 즉, 대세적 의무 위반시 제3국에 의한 대응조치(countermeasures)의 가능성을 열어놓고 있는 것이다. 제54조는 그러한 합법적인 조치는 위반의 중지 및 보상을 담보하기 위하여 취해질 수 있다고 한다. 이 경우 그러한 조치에는 여타 양자조약 등의 일시 효력 정지 및 위반국의 자산동결과 같은 경제제재 등이 해당될 것이다. 이러한 대응 조치들은 기본적으로 외교적, 정치적 영역의 것이며, 비례성 등 국가책임법상 대응조치와 관련한 기본적 요건들을 충족하면 국제법이 허용하는 범위 내에서 행해진 것이라고 추정될 것이다.

제54조는 다음과 같이 규정하고 있다: “본 장은 제48조(1)항에 따라 다른 국가의 책임을 원용할 수 있는 권한을 가진 국가가 위반의 중지와 피해국 또는 위반된 의무의 수익자들의 이익에 대한 보상을 담보하기 위하여 위반국에 대한 합법적인 조치를 취할 권리에 영향을 주지 않는다.”<sup>72)</sup> 요컨대, 이 조항은 대세적 의무 위반 상황에서의 국제법의 강행 수단 중 사법적 수단에 해당하는 ILC 국가책임 초안규정 제48조에 의거한 국제재판소 등에서의 사법절차 개시 이외에, 비사법적 강행수단인 경제제재 등 외교적, 정치적 대응조치를 취할 수 있는 길을 조심스럽게 열어놓은 것으로 평가할 수 있다.<sup>73)</sup> 제54조상 피해국

71) 제48조(2)항의 원문은 다음과 같다: “Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State: (a) Cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and (b) Performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.”

72) 제54조의 원문은 다음과 같다: “This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1 to invoke the responsibility of another State, to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.”

73) 국제법학회(Institut de Droit International)는 중대한 대세적 의무 위반에 대한 제3국의 대응조치에 관해 ILC 국가책임 규정초안 제54조 보다 더욱 적극적인 입장을 표명하였다.

이외의 국가가 대세적 의무 위반을 이유로 대응조치를 실행한 사례로는 1973-1974년 이스라엘의 요단강 서안지구 및 예루살렘 점령에 대한 대응으로 아랍국가들이 행한 석유금수 조치, 1998년 코소보에서의 대규모 인권유린 사태에 대응하여 유럽연합 회원국들이 세르비아에 대해서 행한 자산동결 및 양자항공협정 불이행 조치, 2003년 짐바브웨 인권상황과 관련하여 유럽연합 회원국들이 행한 짐바브웨 지도층의 자산동결 조치, 2014년 러시아의 크림반도 합병에 대응하여 유럽연합과 미국이 행한 경제제재 조치 등이 있다.<sup>74)</sup>

### 3. ICJ 판례를 통해서 본 제48조와 제54조

가. *Palestine Wall* 권고적 의견(I): 대세적 의무 vs. 당사국간 대세적 의무

ILC 국가책임 초안규정 채택 3년 뒤인 2004년 ICJ는 *Palestine Wall* 권고적 의견을 내놓으면서 위에서 언급한 ILC 초안규정 제48조(1)(a)항 및 (b)항 상의 두 가지 대세적 의무 구분을 원용하였다.<sup>75)</sup> 이 권고적 의견에서 ICJ는 먼저 “이스라엘이 위반한 대세적 의무는 팔레스타인인들의 자결권을 존중해야 할 의무와 국제인도법상 일부 의무들”이라고 위반된 대세적 의무를 두 가지로 특정하였다.<sup>76)</sup> 여기서 ICJ는 자결권을 존중하여야 할 대세적 의무를 지칭하면서 “모든 국가(all States)는 의무를 부담한다”이라는 표현을 사용한 반면, 국제인도법상 의무에 대하여는 “[국제인도법의 대표적 法源인] 제네바조약의 당사국인 모든 국가는(all the States parties to the Geneva Convention) … 그 조약에 포함되어 있는 국제인도법에 대한 이스라엘의 준수를 담보할 의무를 부담

---

Institut de Droit International, Resolution: Obligations *Erga Omnes* in International Law, Fifth Commission, Krakow Session - 2005, Art. 5 (“Should a widely acknowledged grave breach of an *erga omnes* obligation occur, all the States to which the obligation is owed: [...] (c) are entitled to take non-forcible counter-measures under conditions analogous to those applying to a State specially affected by the breach.”).

74) de Wet, *supra* note 65, p. 11.

75) *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004* (“Wall Advisory Opinion”), p. 136.

76) *Ibid.*, para. 155. 비록 ‘대세적’이라는 용어를 사용하지는 않았지만 ICJ의 1996년 *Nuclear Weapons* 권고적 의견은 다음과 같이 국제인도법상 많은 규범들의 대세적 성격을 인정하고 있다: “무력분쟁시 적용되는 국제인도법의 많은 규범들은 인간 및 휴머니티의 기본적 고려를 존중하는데 너무도 본질적인 것”이므로 “국제관습법의 위반될 수 없는 원칙들을 구성”하고 관련 “조약을 비준했는지의 여부에 상관없이 모든 국가는 그러한 규범들을 준수하여야 한다” *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, para. 79.

한다”이라는 표현을 사용하였다.<sup>77)</sup> 이는 ILC 국가책임 초안규정 제48조(1)(a)항 및 (b)항에 각각 규정되어 있는 ‘당사국간 대세적 의무’와 ‘대세적 의무’ 양자의 구분이 실제 ICJ의 판결에 적용된 실례라고 하겠다.

나. *Palestine Wall* 권고적 의견(II): 실체적 개념으로서의 대세적 의무?

이 권고적 의견과 관련하여 또 한 가지 주목할 만한 점은 특히 이스라엘이 부담하는 국제인도법상 ‘당사국간 대세적 의무’를 설명하는 재판부의 용어선택에 관한 것이다. 즉 재판부는 이 대세적 의무 위반의 효과를 설명하면서 책임을 원용할 수 있는 법적 지위에 관한 절차적 권리를 규정하는 ILC 국가책임 초안규정 제48조(1)항의 언어가 아닌 제48조(2)항 및 제54조 상의 위법행위의 중지, 재발방지의 약속, 보상 등 책임원용의 결과 또는 실체적 내용과 가까운 용어를 사용하고 있다.<sup>78)</sup> 즉 “모든 국가들은 장벽 건설로 야기된 불법적 상황을 인정하지 않고 [...] 그러한 상황의 유지에 도움이나 조력을 주지 않고 [...] 팔레스타인인들의 자결권 행사에 대한 여하한 방해도 제거하며 [...] 제네바 조약의 모든 당사국들은 [...] 동 조약에 포함되어 있는 국제인도법에 대한 이스라엘의 준수를 담보할 의무를 진다”고 판시하였다.<sup>79)</sup> 이러한 ICJ의 설시는 *Barcelona Traction* 방론에서 비롯되어 ILC 국가책임 초안규정에 안착한 사법적 강행 수단으로서의 대세적 의무의 효과, 즉 모든 국가가 누리는 법익에 기반한 재판적 인정이라는 절차적 효과를 넘어 대세적 의무 개념의 실체적 효과를 명시하고 있다.

다. *Palestine Wall* 권고적 의견(III): 절차적 개념으로서의 대세적 의무

하지만, 이 설시의 타당성은 의심스럽다. Rosalyn Higgins 재판관은 이 권고적 의견의 개별의견에서 이에 대한 비판을 가하고 있는데, 그 요지는 *Barcelona Traction* 방론이 말하고 있는 대세적 의무는 절차적 “원고적격이라는 매우 특정한 이슈”에 대한 것이며, 사건 당사자가 아닌 “제3국에게 실체적 의무를 지우는 것과는 아무런 상관이 없다”는 것이다.<sup>80)</sup> 또한 Higgins 재판관은 장벽 건설로 야기된 불법적 상황을 인정하지 않고 그러한 상황의 유지에 도움을 주지 않아야 할 의무는 자명한 것으로서 어차피 유엔안보리가 장벽건

77) Wall Advisory Opinion, *supra* note 75, para. 159.

78) Crawford, *supra* note 7, pp. 233-234.

79) Wall Advisory Opinion, *supra* note 75, para. 159.

80) *Ibid.*, para. 37.

설을 불법적 상황으로 판단한 시점부터 유엔헌장 제24조와 제25조에 따라 모든 유엔회원국이 관련 의무를 부담하고 있다고 한다.<sup>81)</sup>

Higgins 재판관의 개별의견은 대세적 의무가 원고적격 인정에 관한 절차법적 개념임을 분명히 함으로써 그 법적 성질을 명확히 한다. 이러한 맥락에서 보면, ILC 국가책임 규정초안 제48조(2)항 및 제54조는 대세적 의무라는 법적 개념에 직접적으로 연관되는 내용이 아니고, 위법행위의 중지·보상 등 대세적 의무가 논의되는 상황의 파생적 결과를 예시적으로 설명하면서 그 가능성을 열어놓은 것으로 볼 수 있다. 대세적 의무의 획기적인 효과 즉 모든 국가에게 관련 법익과 원고적격을 인정한다는 효과를 고려할 때, 이 개념의 범위를 실제적 영역에까지 확대하는 것은 오히려 그 의미를 불명확하게 하고 그 실제 활용가능성을 저해할 수 있다. 따라서, 대세적 의무 개념을 어디까지나 원고적격 부여 여부에 관련된 절차적 개념으로 한정하는 것이 타당하다고 생각된다.<sup>82)</sup>

하지만, 불행하게도 ICJ의 2019년 *Chagos* 사건 권고적 의견은 2004년 *Palestine Wall* 권고적 의견과 같이 자결권 존중에 관한 대세적 의무 위반의 효과를 모든 국가에게 부여되는 절차적 지위가 아닌 모든 국가가 이행하여야 할 실체적 의무(특히 유엔과 협력할 의무)로 풀어 설명하고 있다.<sup>83)</sup> 이에 대해서는 ICJ가 ILC 국가책임 초안규정 제41조(1)항 상의 강행규범 위반 관련 국가들의 협력의무와 제48조(1)항 상의 대세적 의무의 법적 효과를 혼동한 것이라는 비판이 제기되었다.<sup>84)</sup> Higgins 재판관의 대세적 의무의 효과 내지 기능이 무엇인지에 대한 문제제기는 대세적 의무 개념에 대한 개념적 혼란의 대표적 실례를 거론한 것이라고 평가된다.

라. *Congo v. Uganda* 판결 개별의견: 당사국간 대세적 의무

2006년 *Congo v. Uganda* 사건의 논점중 하나는 Ndjili 국제공항에서의 민간인에 대한 콩고군의 비인도적 행위였는데, 다수의견은 이 논점이 외교적 보호에 관련된 것으로 보아 피해자들의 우간다 국적이 확인되지 않는다는 이유

81) *Ibid.*, para. 38.

82) 비슷한 논지는, ILC Fragmentation Report, *supra* note 1, para. 389 (대세적 의무는 관련 실체적 내용의 중요성으로 구별된다기 보다는 특정 절차적 특징을 가지는 개념임을 설명). 또한, 박병도, “국제법상 대세적 의무에 관한 연구”, 『일감법학』, 제40호 (2018), pp. 102-104 참조 (특히, ‘4.3 기능적 정의’ 부분에 주목).

83) *Chagos* Advisory Opinion, *supra* note 44, para. 180 (1970년 유엔총회 결의 2625호상 자결권 존중 관련 국가들의 의무를 인용).

84) Eggett and Thin, *supra* note 42, p. 3.

로 우간다의 관련 주장을 각하하였다.<sup>85)</sup> 이에 대해 Bruno Simma 재판관은 개별의견에서 1949년 제네바조약의 당사국인 우간다는 비록 피해자의 국적이 확실치 않지만 Ndjili 국제공항에서의 민간인에 대한 학대, 즉 국제인도법 위반행위에 대해 문제를 제기할 권리와 의무가 있다고 보았다. Simma재판관의 이러한 주장은, 1949년 네 개의 제네바조약에 공통적으로 규정되어 있는 공통 제1조 즉 “당사국은 모든 상황에 있어서 본 조약을 존중하고 존중을 보장할 의무가 있다”라는 조항과 2001년 국가책임 규정초안 제48조에 규정되어 있는 대세적 의무 위반에 대한 모든 국가의 원고적격 인정 규정에 의거하고 있다.<sup>86)</sup> 이 개별의견은 자국민이 아닌 사람에 대한 인권침해 행위에 대해서도 제3국이 관련 대세적 의무 위반국에 대해 ICJ에서의 소송을 제기할 수 있다는 가능성을 명시적으로 인정하고 있다는 데 그 의의가 있다.<sup>87)</sup>

마. *Belgium v. Senegal* 판결: 당사국간 대세적 의무

2010년에 발간된 한 연구는 1970년 *Barcelona Traction* 판결 이후 2010년까지 ICJ는 본격적으로 대세적 의무 관련 사건을 다룬 적은 없었다고 평가하였다.<sup>88)</sup> *Nuclear Test* 사건, *East Timor* 사건, *Belgium v. Congo* 사건 등 소수의 공익소송적 성격의 사건에서도 소제기국들은 자국의 개별적 ‘특별이익(special interest)’을 강조하였다는 것이다.<sup>89)</sup> 이 논문이 발간된 2년 후인 2012년 ICJ는 *Belgium v. Senegal* 판결에서 사실상 1923년 PCIJ의 *Wimbledon* 판결 이후 처음으로 대세적 의무 개념(좀 더 정확히는 ‘당사국간 대세적 의무’)에 의거하여 소제기국(벨기에)의 원고적격을 인정하였다.<sup>90)</sup> 특히, 이 판결은

85) *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, I.C.J. Reports 2006, para. 333.

86) Simma Separate Opinion, *supra* note 52, paras. 33-35. 제네바조약 제1조의 “존중을 보장할”이라는 문구는 초창기에는 한 국가 내부에서 자국 군대 등에게 국제인도법 준수를 촉구하고 교육할 의무 등을 지칭하는 것으로 이해되었으나 이후 타국의 국제인도법 준수를 보장할 의무로까지 그 개념범위가 확대되어 되었다. Zemanek, *supra* note 7, p. 5.

87) Simma Separate Opinion, *supra* note 52, para. 34 (“The implementation of a State party’s international legal duty to ensure respect by another State party for the obligations arising under humanitarian treaties by way of raising it before the International Court of Justice is certainly one of the most constructive avenues in this regard.”).

88) Tams and Tzanakopoulos, *supra* note 38, p. 793.

89) *Ibid.*

90) *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (“*Belgium v. Senegal* Judgment”), paras. 68-70. 이 판결에서 ICJ는 고문방지협약 제6조(2)항 및 제7조(1)항 상의 고문행위자에 대한 수사 또는

관련 조약(이 사건에서는 고문방지협약)의 당사국 모두는 ‘특별이익’ 보유에 관한 증거가 없이도 ‘당사국간 대세적 의무’ 위반 발생을 이유로 한 원고적격을 가질 수 있다고 명시적으로 판시하였다.<sup>91)</sup>

## V. 결론

학자들은 대세적 의무 개념에 대해 “순전히 이론적 범주”이고 “공허한 제스처에 불과할 뿐”이라고 비판하기도 하였으며, 심지어 어떤 이는 “쓸 돈이 없고, 보낼 군대가 없고, 전쟁중 죽을 수 있는 자식이 없는 일부 책상물림들의 희망사항”일 뿐이라고 냉소하기도 하였다.<sup>92)</sup> 하지만, 대세적 의무에 대해 오랫동안 관심을 가져온 한 주석가는 이러한 비판들은 대세적 의무 개념이 2001년 ILC 국가책임 초안규정 제48조를 통해 국가책임법의 어엿한 한 부분으로 자리 잡게 되었고, 또한 동 규정 제54조를 통해 피해국 이외의 제3국의 대응조치를 위해 원용될 수 있게 된 사실 및 다수의 관련 국가실행이 존재하고 있음을 간과한 것이라고 반박한다.<sup>93)</sup> 그는 여러 국제법 분야로 빠르기 침투하고 있는 대세적 의무 개념은 “놀랄만한 성공”을 거두었다고 평가한다.<sup>94)</sup> 아직 그 개념 정의, 법적 효과 그리고 실제 적용가능성 등과 관련한 불명확함과 의문점들이 남아있지만, 대세적 의무 개념은 국제사회가 양자주의에 기반한 각국의 개별이익의 맹목적 추구에서 벗어나 국제공동체의 이익이라는 새로운 가치를 향해 나아가는데 있어서 실효적 수단으로 활용될 여지가 많다고 생각된다.

대세적 의무 개념은 전통적 국제관계의 양자적 기본도식을 극복하고 국제평화와 안전, 인권, 환경 등 국제공동체 전체의 이익을 위해 국가들의 행동을 지도해 나아가는 국제법의 강행 기제중 하나이다. 국제법 실무가 국제공동체 전체의 관심사가 되는 포기할 수 없는 가치들을 포착하는 어휘로서 개발해 낸

---

범죄인인도 의무를 ‘당사국간 대세적 의무’로 해석하고 이에 근거하여 벨기에의 원고적격을 인정하였다. 이 판결에 대한 집약적인 설명은, 박현석, *supra* note 37, pp. 129-130.

91) *Belgium v. Senegal Judgment*, *supra* note 90, para. 69 (이러한 논리의 당연한 귀결로서, ICJ는 벨기에가 특별이익을 가지는지의 여부에 대한 판단을 하지 않고 벨기에의 원고적격을 인정하였다).

92) Tams and Tzanakopoulos, *supra* note 38, pp. 792-793 (Hugh Thirlway 및 Alfred Rubin의 논문을 인용한 각주 77 및 78 참조).

93) *Ibid.*, p. 793.

94) *Ibid.*

강행규범, 유엔헌장 제103조 등과 함께 대세적 의무는 국제사회 공동의 이익을 담보하기 위한 법적 수단이다. 대세적 의무는 모든 국가들이 국제공동체를 “위하여(대리하여)”<sup>95)</sup> 의무위반국에 대해 국제법정에서의 법적 절차를 개시할 수 있는 지위를 부여하는 사법적 기능과 가용한 외교적, 정치적 수단을 사용하여 의무위반국을 압박하는 준사법적 기능 양자를 통해 국제법을 강행한다. 대세적 의무 개념의 핵심은 국제공동체(또는 그 이익)을 대리한다는 대리성이다. 여기까지가 ICJ의 판례, ILC 국가책임 초안규정, 관련 국가실행 및 여러 학자들의 진지한 논의를 통해 드러난 대세적 의무의 대체적 윤곽이다. 하지만 이 윤곽선에는 아직도 흐릿한 부분들이 많고, 각국의 개별이익을 넘어선 국제공동체 전체의 이익 추구라는 명분에도 불구하고 국제법 주체들은 아직 대세적 의무라는 강행기제의 활용에 소극적이다.

---

95) 김대순, 『신국제법강의』, 제18판 (서울: 삼영사, 2015), p. 986.

[참고문헌]

- 김대순, 『신국제법강의』, 제18판 (서울: 삼영사, 2015).
- 김부찬, “국제공동체의 발전과 유엔의 역할”, 『아주법학』, 제10권, 제2호 (2016).
- 김석현, “국제공동체 근본이익 침해에 대한 국가책임의 추궁”, 『국제법학회논총』, 제63권, 제4호 (2018).
- 김석현, “국제법상 인권보호 의무의 대세적 성질”, 『국제법학회논총』, 제59권, 제4호 (2014).
- 김성원, “국제법의 헌법화 논의에 대한 일고찰”, 『국제법학회논총』, 제58권, 제4호 (2013).
- 박병도, “국제법상 대세적 의무에 관한 연구”, 『일감법학』, 제40호 (2018).
- 박정원, “국제사회에서 국제공동체로: 국제법 규범질서의 질적 변화에 주목하며”, 『국제법학회논총』, 제56권, 제4호 (2011).
- 박현석, “국제법상 대세적 의무 위반에 대한 ICJ 제소의 원고적격”, 『홍익법학』, 제19권, 제3호 (2018).
- 이성덕, “국제강행규범과 대세적 효력 원칙 개념의 비교”, 『중앙법학』, 제13집, 제3호 (2011).
- 최지현, “actio popularis에 대한 국제사법재판소 관례의 입장 변화 검토”, 『국제법 평론』, 제45호 (2016).
- Chinkin, Christine. “East Timor Moves into the World Court”, *European Journal of International Law*, Vol. 4, Issue 2 (1993).
- Crawford, James. “Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: An Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, in Ulrich Fastenrath et al. (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma* (Oxford: Oxford University Press, 2011).
- de Wet, Erika. “Invoking Obligations Erga Omnes in the Twenty-First Century: Progressive Developments since Barcelona Traction”, *South African Yearbook of International Law*, Vol. 38 (2013).
- Eggett, Craig. and Thin, Sarah. “Clarification and Conflation: Obligations Erga Omnes in the Chagos Opinion”, *EJIL Talk!*, 21 May 2019.
- Fernández de Casadevante Romani, Carlos. “Objective Regime”, *Max Planck*

- Encyclopedias of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2015).
- Frowein, Jochen A. “Ius Cogens”, *Max Planck Encyclopedias of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2015).
- Higgins, Rosalyn. “The International Court and South West Africa”, *International Affairs*, Vol. 42, No. 4 (1966).
- Keane, David. “CERD Reaches Historic Decisions in Inter-State Communications”, *EJIL: Talk!*, 6 September 2019.
- Keitner, Chimène. “Germany v. Italy: The International Court of Justice Affirms Principles of State Immunity”, *ASIL Insights*, Vol. 16, Issue 5 (2012).
- Neff, Stephen C. *Justice Among Nations: A History of International Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2014).
- Pillai, Priya. “Qatar v. UAE: Uncharted Territory at the ICJ”, *Opiniojuris*, 18 May 2019.
- Pomerance, Michla. “The ICJ and South West Africa (Namibia): A Retrospective Legal/Political Assessment”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, Issue 2 (1999).
- Pomson, Ori. “Does the Monetary Gold Principle Apply to International Courts and Tribunals Generally?”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 10 (2019).
- Simma, Bruno. “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International* 250 (1994-VI).
- Tams Christian J. and Tzanakopoulos, Antonios. “Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 4 (2010).
- Tams, Christian J. *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).
- Uchkunova, Inna. “Belgium v. Senegal: Did the Court End the Dispute between the Parties?”, *EJIL Talk!*, 25 July 2012.
- Villalpando, Santiago. “The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law”,

- European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 2 (2010).
- Weil, Prosper. "Towards Relative Normativity in International Law?", *American Journal of International Law*, Vol. 77, Issue 3 (1983).
- Zemanek, Karl. "New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligations", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 4 (2000).
- Case of S.S. Wimbledon*, PCIJ Series A. No. 1 (1923).
- Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion, PCIJ Series B. No. 4 (1923).
- United States of America v. The Netherlands, The Island of Palmas Case*, Award of the Tribunal, Permanent Court of Arbitration, 4 April 1928.
- Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949.
- Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951.
- South West Africa, Second Phase*, Judgment, I.C.J. Reports 1966.
- South West Africa, Second Phase*, Judgment, I.C.J. Reports 1966, Dissenting Opinion of Judge Jessup.
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970.
- East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, I.C.J. Reports 2006.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Separate Opinion of Judge Simma, I.C.J. Reports 2006.
- Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006.

*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012.

*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019.

International Law Commission, Third Report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission 1958, Vol. II, U.N. Doc. A/CN.4/Ser.A/1958/Add.1.

International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, U.N. Doc. A/CN.4/Ser.A/1966/Add.1.

Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, UN General Assembly Resolution 2625 (XXV), 24 October 1970.

Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, 23 April-1 June and 2 July - 10 August 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10, U.N. Doc. A/56/10, chp.IV.E.1.

Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 58th Session, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

Institut de Droit International, Resolution: Obligations Erga Omnes in International Law, Fifth Commission, Krakow Session - 2005.

[Abstract]

Overcoming Bilateralism through the Concept  
of International Community: On Obligation *Erga Omnes*

Kim, Sang-kul\*

Bilateralism has long been the cornerstone of international law. On the basis of one-on-one bilateral relationship, states have exchanged rights and obligations for their own individual interests. After the World War II and the establishment of the United Nations, the scholarly tradition of the 19th century 'solidarism' begun to bear fruit. The term 'international community' became a catchword, and states and other subjects of international law started to recognize the fundamental values to be pursued by all members of the international community. Such supreme ethical values as 'international peace and security', 'human rights' and 'environment' compelled international law to develop new legal tools to protect those values. This paper explores one of those legal tools—i.e., obligation *erga omnes*. When a breach of obligation *erga omnes* occurs, international law recognizes each and every state's legal standing to invoke the responsibility of the lawbreaking state. In this regard, obligation *erga omnes* is a procedural concept, and thus the efforts to explain this notion in a substantive language should be restrained. It also appears that obligation *erga omnes* has opened a possibility of *actio popularis* in the field of international law. This concept of obligation *erga omnes* is closely linked to the theme of 'enforcement of international law' either through *actio popularis* at the international level or through 'lawful measures' to be taken by third-states on behalf of the injured state in the field of state responsibility.

Keywords : Obligation *erga omnes*, State responsibility, International community, Community interest, International Court of Justice, *Actio popularis*

---

\* Research Fellow, Institute for National Security Strategy