

論 文

慣習 規範의 成立에 관한 小考 —條約의 慣習 規範 形成力을 중심으로—

이 평 현*

A Study on the Process of Forming Customary Law

*Pyung-Hyun Lee**

〈 목 차 〉

Abstract

- I. 관습 국제법의 성립에 관한 일반론
 - 1. 성립 요건에 관하여
 - 2. 성립 요건의 입증에 관하여
- II. 관습 국제법 성립의 요건
 - 1. 관행의 양태
 - 2. 관행의 지속성
 - 3. 관행의 법적 확신

- III. 관습 국제법 형성에 있어서 조약의 역할
 - 1. 조약의 관습 규범 입증력
 - 2. 조약의 관습 규범 형성력
 - (1) 의 의
 - (2) 조약의 관습 규범 형성력
 - (3) 조약 규범의 일관된 반대의 효력
- IV. 결 론
- 참 고 문 헌

Abstract

In general, a source of international law comes out of either treaties or customs. Process of forming treaty law is relatively clear as it is created by both negotiations of legal experts in issue and express of states concerned in the international conferences.

However, this process does not apply to the creation of customary international law. Rather the process to customary law depends on legal inference from or reasoning on states' practices in fact so that there is no definite process or procedures for establishing customary international law and objective criteria to identify it. It is more difficult to prove when and what states' practices have been recognized customary law that turns to bind on all members of world community.

This paper is to explore, through theories and findings of ICJ, how the customary international law is formed to be effective as a binding norm of law.

* 정회원, 한국해양대학교 해사법학과 박사과정

I. 관습 국제법의 성립에 관한 일반론

1. 성립 요건에 관하여

국가의 관행이 관습 국제법 규범으로 존재하기 위해서는 대체로 그 관행의 일관된 반복과 그 관행을 법으로서 수용한다는 「법적 확신(*opinio juris*)」이 요구된다. ICJ는 *Asylum Case*¹⁾ 및 *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory*²⁾에서 관습 국제법 규범은 '지속적이고 일관된 관행 및 법으로서의 수용(a constant and uniform usage, accepted as law)'을 나타내 보임으로써 입증된다고 판시하였다. 그렇지만 *North Sea Continental Shelf Cases*에서 국가 관행이 "집요하고 일관될 것"임을 요구함으로써 관행이 반드시 장기간에 걸쳐 발생할 필요는 없음을 시사하고 있다.³⁾

한편 학설도 ICJ의 견해와 대체로 일치하고 있는데, 관습(custom)의 확증을 위해 2가지 요소 즉, "관행(practice)의 일관성(consistency)과 일치성(uniformity) 및 그 관행이 의무의 이행이라는 점에서 이루어진 것"⁴⁾과 "국제 관습법의 형성이 완성되기 위해서는 반복적이고 계속적인 관행과 그 관행이 법적 구속력을 갖는다는 인식에 따라 발생하여야 한다"⁵⁾고 보고 있다. 즉 "관행 그 자체로서는 관습 국제법의 규범을 창설하는데 충분

하지 않고 그 관행이 「법적 확신(*opinio juris*)」을 수반하여야 한다"⁶⁾ 한편 국가 관행에 대한 제3국의 일관된 도전은 그 관행이 제3국에 대해 구속적 규범으로 작용할 수 없다고 함으로써⁷⁾ 특정 관습 규범에 대해 제3국이 지속적으로 반대하는 경우에는 그 '제3국'에 대해서는 적용될 수 없음을 시사하고 있다.

그러나 이러한 관습 국제법의 일반적인 2가지 성립 요건 즉 사실적 관행의 존재와 그 관행의 「법적 확신」중 한가지 요건만 충족되면 만족한다는 소수의 說도 있다. Kopelmanas에 따르면 국가가 어떤 행위를 취함에 있어 그 행위의 동기가 "법에 의해 요구되기 때문에"라고 보는 것은 강제적인 집행기관이 없는 국제사회의 구조를 고려해볼 때 매우 의심스러우며 따라서 관습 국제법의 성립에 있어서 "국가간의 유사한 행위의 반복"이 그 요체라고 주장하고 있다.⁸⁾ 그러므로 Kopelmanas에 따르면 법적 확신의 요건은 불필요하다. 한편 Kopelmanas의 주장에 대해 Cheng은 「법적 확신」만으로 족하다고 주장하고 있다. Cheng에 따르면 '관습은 법률적으로 구속적이다'라는 국가의 공통된 신념은 관습 국제법 형성에 있어서 "유일한 구성 요건(only one single constitutive element)"이며 반복된 관행은 단지 「법적 확신」이 존재한다는 것을 입증해 보이는 것 뿐이라고 주장하고 있다.⁹⁾ '관행'만의 존재로 만족한다는 Kopelmanas의 주장은 후술하는 바와 같이 「법적 확신」이론이 가지고

1) *Asylum case, ICJ Report(1950)*, p. 277.

2) *ICJ Report(1960)*, p. 40.

3) "State practice...should have been both extensive and virtually uniform". *North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Report(1969)*, p. 43.

4) "that practice must be followed under the impulse of a sense of obligation". I. H. Lauterpacht, *International Law : Collected Papers*, p. 61(1970).

5) Tunkin, *Theory of International Law(1970)*, p. 113.

6) Akehurt, "Custom as a Source of International Law". *BYIL*, vol. 47, p. 31(1974-1975).

7) M.O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942(1943)*, p. 609.

8) Kopelmanas, "Custom as a means of the Creation of International Law", *BYIL*, vol. 18, pp. 129-130(1937).

9) Cheng, C., "United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?" *IJIL*, vol. 5, p. 45(1965).

있는 논리적 모순¹⁰⁾의 문제를 해결해 줄 수 있으며 법적 확신의 존재만으로 만족한다는 Cheng의 견해는 관습 국제법은 국가의 합의에 기초하여야 한다는 원칙에 기초한 것이다.¹¹⁾

생각건대 비록 국가간의 유사한 행위가 반복될 지라도 모든 경우에 그것에 대해 법적인 의무를 부과할 수 있는 것은 아니다. 예컨대, 윤리상·禮讓상의 행위. 즉 국가 행위의 반복성만으로는 전적으로 법률적 효과를 부여할 수 없으며 따라서 구속적인 법 규범으로서의 관습과 비구속적인 도덕적 규범으로서의 관습을 구분하기 위해서는 법적 확신의 요건은 불가피하다고 봐야 한다. 한편 반복된 관행은 이미 「법적 확신」의 존재를 입증하는 것이므로 「법적 확신」만 있으면 만족한다는 Cheng의 견해도 구속적인 법적 의무를 수반하지 않는 禮讓의 반복도 「慣習法」으로 봐야 한다는 결론에 이르기 때문에 이를 수긍하기 어렵다.

2. 성립 요건의 입증에 관하여

그러나 보다 어려운 문제는 관습 국제법의 성립 요건이 무엇인가를 규명하는 것이라기 보다는 오히려 이러한 2가지 요소를 어떻게 증명할 것인가이다. Cobbett는 그 어려움을 이렇게 비유하고 있다.

국가관행의 증가 및 그 증가된 관행이 관습 법으로 발전하는 것은 공유지에 생성된 步道の 형성 과정에 비유될 수 있다. 즉 최초 보행자들은 각자 가고 싶은 경로를 따라 그 공유지를 지나간다. 그러나 시간이 지날수록 어떤 경로가 직선 거리이기 때문이라든지 또는 명백한 유용성(효용성) 때문에 다수의 사람들은 특정된 몇 개의 노선(course)을 따를 것이고 이 노선은 비록 식별할 수는 있으나 아직 분명하지는 않은 통로의 성격을 띠게 될 것이다. 이후 통로를 이탈하는 일이 점점 드물게 되며 이렇게 만들어진 통로는 마지막 단계에서 그 공유지를 지나가는 모든 사람이 습관적으로 이용하는 분명한 步道가 될 것이다. 그러나 정확히 어느 시점부터 이 노선(또는 통로)이 확실하게 步道の 지위를 획득하였는가를 밝히는 것은 매우 어렵다.¹²⁾

또한 De Visscher는

“행인들 중에는 그들의 체중 - 즉 국제사회에 있어서 그들의 국력 - 때문에 또는 그들의 이익상 그 길을 더 자주 다니기 때문에 다른 행인들의 足跡보다 더 깊은 足跡을 남기는 자도 있다”.

고 비유하고 있다.¹³⁾ 이들 비유에서 보는 바와

10) 「법적 확신」이론에 따르면 관습이 '법'으로 발전하기 전에 국가는 그 관습이 '법'이 다고 믿어야 하며 이러한 믿음은 그 관습이 이미 '법'이라는 것을 의미하게 된다.

11) Lauterpacht, *op. cit.*, p. 63.

12) Cobbett, *Cases on International Law*(6th ed. 1947), p. 5.

“The growth of usage and its development into custom may be likened to the formation of a path across a common. At first each wayfarer pursues his own course; gradually, by reason either of its directness or on some other ground of apparent utility, some particular route is followed by the majority; this route next assumes the character of a track, discernible but not as yet well defined, from which deviation, however, now become more rare; whilst in its final stage the route assumes the shape of a well-defined path, habitually followed by all who pass that way. And yet it would be difficult to point out at what precise moment this route acquired the character of an acknowledged path.”

13) De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, p. 155(Cobbett transl. 1968)

“Among the users are some who mark the soil more deeply with their footprints than others, either because of their weight, which is to say their power in the world, or because their interests bring them more frequently this way”.

같이 행인들이 그 步道로 가지 않으면 안된다고 판단하는 시기와 그 판단의 객관적 기준을 결정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 비록 상대적으로 분명한 足跡이 남아 있는 노선이 步道로 될 가능성이 크지만 그렇다고 步道로의 확증이 특정 행인의 주관적 의도나 의지에 의존할 수는 없을 것이다.

생각건대 취소할 수 있는 초기 단계의 관행이 구속적 규범으로 인식되는 정도의 관습 규범으로 확립되었느냐의 여부에 대한 결정은 법 주체의 주관적 결정에 의존하는 것이 아니라 특정된 객관적 기준에 따라 결정되어야 하며 그렇게 함으로써 생성 체계가 정형화되어 있지 않은 관습 규범이 공정성과 신뢰성을 확보할 수 있을 것이다.

생각건대 취소할 수 있는 초기 단계의 관행이 구속적 규범으로 인식되는 정도의 관습 규범으로 확립되었느냐의 여부에 대한 결정은 법 주체의 주관적 결정에 의존하는 것이 아니라 특정된 객관적 기준에 따라 결정되어야 하며 그렇게 함으로써 생성 체계가 정형화되어 있지 않은 관습 규범이 공정성과 신뢰성을 확보할 수 있을 것이다.

II. 관습 국제법 형성의 요건

1. 관행의 양태에 관하여

관행이라 함은 지속적으로 일관되게 시행되는 법 주체들의 동일 행위의 반복을 의미한다.¹⁴⁾

국제법상 전형적인 법률행위의 주체인 국가의

관행이 관습 국제법의 형성에 있어서 가장 중요한 관행임은 두말할 나위가 없다. 그러나 현대 국제 사회에 있어서 국제 기구의 역할이 증대되고 있는 이에 따라 그들의 법률행위도 질적, 양적으로 날로 확대되어 가고 있음을 상기해 볼 때 국제 기구에 의한 관행도 관습 국제법 형성에 있어서 중요한 근거가 된다. 한편 현대 국제법에 있어서 개인도 제한적 범위 내에서 국제법 주체가 될 수 있음은 널리 인정되고 있다. 그러므로 이론적으로 국제 기구나 개인의 관행이 관습 국제법을 형성시킬 수 없다고 단언할 수는 없다. 다만 현재까지 개인의 관행이 관습 국제법을 성립시킨 경우는 발견되고 있지 않다.¹⁵⁾

한편 어떠한 행위가 관행을 구성하는지에 대해서는 異論이 있을 수 있다. 예컨대 국가의 어떠한 행위라도 그것이 지속적으로 일관되지만 하면 관행으로 볼 수 있는가? 아니면 「확실한 실질적 행위」만이 관행을 구성하는가? D'Amato에 따르면 국가의 「명백한 행위」만이 관행을 구성한다고 하고 다만 조약에 따른 구체적인 작위 또는 부작위는 국가 관행을 구성하는 「명백한 행위」로 간주될 수 있다고 주장하고 있다.¹⁶⁾ 그러나 Akehurst는 그 범위를 보다 광범위하게 포함하여 「국가의 선언 행위」 또는 「외교적 주장」등도 관습 국제법의 형성과 관련하여 관행으로 수용될 수 있다고 주장하고 있다.¹⁷⁾ 그렇지만 법적 권리 또는 법적 규범의 존재에 대한 단순한 추상적인 주장은 관습 국제법을 구성하는 국가 관행으로 볼 수 없다는 주장도 있다.¹⁸⁾

14) 金榮球, “현대 관습법 형성을 위한 관행과 법적 확신에 관한 소고”, 국제 법학회 논총, vol. 38 No.2(1993), p. 2.

15) 국가, 국제 기구 그리고 사인의 관행이 관습 국제법의 형성에 미치는 영향에 대해서는 金榮球, *ibid.*, pp. 2-7.

16) D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, pp. 88-90. D'Amato교수는 또한 이에 해당하는 명백한 국가의 행위를 구체적으로 예시하고 있는데 핵실험, 우주선 발사, 외국인의 추방, 해적선의 체포 등이 이에 포함된다고 주장하고 있다. 한편 ICJ의 Fitzmaurice 판사도 국가 관행의 범위를 D'Amato 교수처럼 제한적으로 보고 있다. Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-1954: General Principles and Sources of Law”, *BYIL*, vol. 30, pp. 67-68(1953).

17) Akehurst, *op. cit.*, pp. 4-8.

18) Thirlway, *International Customary Law and Codification*, p. 58(1972).

2. 관행의 지속성에 관하여

관행의 시간적 지속성은 관습 국제법 형성에 있어서 절대적인 요소는 아니다. 비록 European Commission of Danube case(PCIJ, 1927)에서 반대 의견을 개진한 Negulesco판사는 “관습 규범이란 까마득한 옛날부터의 관행(immemorial usage)이 있어야만 한다”고 주장하고 있고¹⁹⁾ Right of Passage case(1960년)에서도 ICJ는 125년 이상 계속된 관행은 관습 국제법을 생성시킨다고 판시하고 있기는 하나²⁰⁾ 상기의 두 판례가 관습이 행해지고 있는 기간의 짧은 경과가 관습 국제법의 성립을 막는다는 취지의 판결은 아니다.²¹⁾

North Sea Continental Shelf Cases에서 ICJ는 관행이 이루어지고 있는 기간이 짧다 하더라도 그것이 관습 국제법의 형성을 막는 것은 아니며 보다 중요한 것은 아무리 그 기간이 짧다 하더라도 그 기간 내에 국가 관행이 집중적으로 그리고 일관되게 이루어지고 있고 그 관행이 법적 확신에 기초하였으면 그것으로 족한다고 판시하고 있다.²²⁾ 학설도 대체로 이 견해와 일치하고 있는데 “관습에 참여하고 있는 국가의 수가 그 관습이 이루어지고 있는 기간보다 중요하다”²³⁾는 Akehurst의 간접적 주장과 더불어 Baxter와 Tunkin은 “관습법을 입증함에 있어서 시간적 요소(the time factor)는 무관”²⁴⁾하며 “법적 의미에 있어서 時間的 要素 그 자체로는 의미가 없다”²⁵⁾고 주장함으로써 보다 직접적으로 시간의 지속성 문제가 관습 국제법을 입증하는데 있어서 절대적 요소가 아님을 지적하

고 있다.

중요한 요소는 비록 단기간이라 하더라도 그 관행이 얼마나 집중적으로 발생하였는가에 있다. 따라서 관행의 빈도와 반복성이 관습 국제법의 존재를 입증하는데 있어서 중요한 기준이 된다.

3. 관행의 「법적 확신」에 관하여

관습 국제법의 성립을 입증함에 있어서 상기의 물리적 요건의 입증만으로는 충분치 않다. 즉 관행을 법으로 수용한다는 「법적 확신」이 입증되어야만 비로소 「사실로서의 관행」이 「법적 관습」으로의 지위를 얻게 된다. 관습 국제법의 형성에 있어서 관행에 대한 법 주체의 법적 확신이 따라야 하는 것은 판례를 통해 잘 확립되어 있다.

그 관습을 따르는 것이 법 규범에 의한 의무라고 믿는다는 것을 입증할 수 있도록 수행되어야 한다. 다시 말해 관련 국가들이 그 관행을 따르는 것은 법적인 의무를 따르는 것과 같은 지속적인 것이어야 한다. 동일한 행위가 상당히 일관성 있게 반복되어 왔다는 것만으로는 충분치 않다. 국제사회에 있어서 다수의 행위들 가령 의전적인 행위들은 거의 예외 없이 동일한 態樣으로 수행되고 있으나 이는 모두 禮讓이나 傳統 또는 便宜를 위한 고려에서 일관성 있게 반복되고 있을 뿐 그것이 법적인 의무로써 준수되는 것은 아니다.²⁶⁾

그런데 관습 국제법의 형성과 관련한 상기 판례의 「법적 확신」이론은 논리상의 문제점을 내포하

19) PCIJ Series B, No.14(1927), p. 105. 김영구, *op. cit.*, p. 7.에서 재 인용.

이 주장은 관행의 시간적 지속성 문제를 논할 때마다 자주 인용되었다.

20) ICJ Rep. (1960), pp. 6, 40. 김영구, 전계논문, pp. 7-8.에서 재 인용.

21) 김영구, *ibid.*, p. 8.

22) ICJ Report.(1969), p. 43.

23) Akehurst, *op. cit.*, pp. 15-16.

24) Baxter, "Treaties and Custom", *Hague Recueil*, vol. 129(1970), p. 67.

25) Tunkin, *op. cit.*, pp. 114-115.

26) North Sea Continental Shelf Case, ICJ Report(1969), pp. 3, 44. 이러한 취지의 판결은 Asylum case, *ibid*(1950), Rights of United States Nationals in Morocco case(1952), Right of Passage case(1960)에서도 나타나고 있다.

고 있는바, 이 이론은 이론상 순환 논리적 모순에 빠질 수 있다. 즉 법적 확신의 이론에 따르면 사실상의 관습이 관습법으로 형성되기 위해서는 그 관행의 행위자가 문제의 관행에 대해 법적 확신을 가지고 행한 행위임을 요구하고 있으므로 논리적으로 관습이 '法'이 되기 이전에 국가는 그 관습이 이미 '法'의 상태에 있음을 믿어야 한다. 그렇지만 그 관습을 '法'으로 믿는다는 것은 이미 그 관습이 '法'임을 의미한다. 이런 논리라면 관습 국제법 형성의 초기 단계에 존재하여야 할 '사실상의 관습(de facto custom)' - 즉 '法' 전단계에 존재하는 사실상의 관습 - 은 이미 존재하지 않게 된다. 뿐만 아니라 그 관습 자체가 이미 '法'으로 존재하고 있기 때문에 관습법의 형성 그 자체를 논할 필요조차 없어지게 된다. 그렇지 않다면 「법적 확신」의 요건은 아직 법 규범으로 성립되지 않은 규범을 이미 법으로 확립된 것처럼 믿도록 강요하는 결과가 된다. 이는 이론상 착오를 강요하는 것과 같다.²⁷⁾ 그렇다면 지금까지 성립된 모든 관습 국제법이 착오에 기초해서 또는 착오를 강요해서 형성된 것이란 말인가?

이러한 이론상의 모순점을 극복하기 위하여 여러 가지 학설상의 노력이 시도되고 있는 바, 법적 확신은 관습법 성립의 별개 요건은 아니며 다만 관행의 부수적인 요소이기 때문에 법적 확신 요건이 반드시 필요한 것은 아니라는 法的 確信 不要說, 장기간에 걸친 일관되고 반복된 관행은 법적 확신을 추정시키므로 별도의 법적 확신을 입증할 필요가 없다는 法的 確信 推定說, 법적 확신의 근거를 별개의 규범이나 국제사회의 필요 또는 정의 관념에서 찾으려는 個別 規範 根據說, 문제된 관

습을 법적 규범으로 받아들인다는 국가의 「명시적 동의」가 요구된다는 同意說 그리고 관습법의 형성은 일정한 규범 생성의 체계(law creating mechanism)를 통해 성립된다는 D'Amato 교수의 이론 등이 바로 그 예이다.²⁸⁾

비록 판례의 입장이 동의설을 추구하는 논지를 펴고 있는 경우가 없지 않지만²⁹⁾ 동의설을 따를 경우 관습 국제법상의 의무 부과는 국가가 그것에 대해 동의하였을 때만 가능하게 된다. 만약 그렇다면 국가의 의사가 국제법보다 상위에 있게 된다. 이런 논리라면 국가가 구속에 대한 동의를 철회하면 즉시 국제법의 구속으로부터 해방되고 이는 곧 국제법을 부인하는 결과가 된다.³⁰⁾ 국내사회와 같은 입법기관과 집행기관이 없는 국제사회에서 동의설은 법적 확신을 구하는데 있어서 가장 확실하고 매력적인 이론이기는 하나 이를 수용할 수 없는 것은 바로 상기의 그러한 이론상의 난점 때문이다.

D'Amato교수는 이러한 점을 반박하면서 관습법이란 관습 규범에 기속될 規範 受範者들의 동의로 확정되는 것은 아니라고 하고 있다.³¹⁾ 즉 관습법이란 자연법이나 common law에서 볼 수 있는 일정한 규범 생성의 체계(law creating mechanism)를 통해 성립되기 때문에 「법적 확신」도 그 체계를 통해 확립되는 것이라고 주장한다. 즉 관습법의 생성 체계는 법 주체들의 행위 뒤에 잠재해 있는 규범을 발견하는 과정이다. 이는 자연법이나 common law에 존재하는 법 규범의 연역 체계나 귀납 체계와 유사하다. 관습 국제법은 실제로 법 주체가 어떻게 행동하는가를 확인함으로써 어떤 것이 실제적 규범인가를 확인할 수 있다. 다시 말해 법 주체

27) Kelsen, *General Theory of Law and State*(1945), p. 114. 김영구, *op. cit.*, p. 10. 에서 재 인용.

28) 이 학설들에 대한 분석은 金榮球, *op. cit.*, pp. 12-21 참고.

29) 영국-노르웨이간 어업 분쟁사건에서 ICJ는 “「10마일 규칙」은 노르웨이가 일관되게 이 규칙을 자국 해안에 적용하는 것을 반대해 왔으므로 이를 노르웨이에 대해서는 적용할 수 없다고 본다”고 판시함으로써 「10마일 규칙」에 대한 노르웨이의 법적 확신에 대한 동의가 있어야 함을 시사하고 있다. Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication*(1964), p. 237.

30) 김영구, *op. cit.*, p. 15

31) D'Amato, "Comment" J.M. Van Dyke ed., *Consensus & Confrontation: U.S. & The LOS Convention*, LSI Workshop Proceeding(1984), p. 173.

들의 행위로부터 관습법 규범은 연역된다는 이론이다.³²⁾ 이 이론은 「법적 확신」이론에 내재하고 있는 논리적 모순 즉 아직 법이 아닌 규범을 법으로 신뢰하도록 요구하는 모순을 극복할 수 있게 해준다.

그런데 국가의 제행위에 대한 연역적 또는 귀납적 체계를 통해 완성되는 관습법 규범의 형성 체계에 있어서 구체적으로 어느 시점에서 국가의 행위가 「법적 확신」을 수반한 법적 규범으로서의 지위를 획득하는가? 이에 대한 입증 문제에 대해 D'Amato교수는 일반 관습법과 특별 관습법을 구분하여 특별 관습법에 한하여서만 그 입증이 요구된다고 주장하고 있다. Asylum case나 Right of Passage case에서 ICJ가 문제된 관습 규범이 피고국을 기속하기 위해서는 그 피고국이 법적 확신에 대한 同意의 立證이 필요하다는 논지를 편견과 관련하여 D'Amato교수는 이들 모두가 특별 관습 국제법과 관련된 사건이기 때문이라고 주장하고 있다.³³⁾ 그러나 관습법 규범이 예외 없이 일반적으로 모든 경우에 적용되는 규범이라고 정의하는 한 일반 관습 국제법과 구별되는 특별 관습 국제법의 성립은 무엇보다도 관습법에 대한 재정의가 우선되어야 할 것이다. - 즉 무엇이 일반 관습법이며 무엇이 특별 관습법인가? 그 구별 기준은 무엇이며 법적 효과에 있어서 양자의 차이는 무엇인가? 등 - 그러나 D'Amato교수는 일반 관습법과 특별 관습법을 구분하는 명확한 기준조차 제시하지 못하고 있다. D'Amato교수의 이론이 하자 없이 수용되어 지기 위해서는 이러한 문제가 해결되지 않으면

안된다.

생각건대 법적 확신의 존재(*opinio juris sive necessitatis*)에 대한 가장 명백한 증거는 Nuclear Tests Case에서 판시하고 있는 것처럼³⁴⁾ 국가가 이에 대해 명시적으로 선언하는 것이다. 만약 선언과 같은 명백한 의사표시가 없을 경우 「법적 확신」에 대한 반대의 주장이 없으면 그 「법적 확신」의 존재를 인정한 것으로 간주하여도 좋을 것이다. 뿐만 아니라 후술하는 바와 같이 문제된 관습 규범의 내용을 담고 있는 조약을 수용하는 경우는 그 관습에 대한 「법적 확신」을 수용한 것으로 보아야 한다.

Ⅲ. 관습 국제법 형성에 있어서 조약의 역할

1. 條約의 慣習 規範 立證力

국가의 관행이 관습 국제법 규범으로 완성되기 위해서는 일정한 형태의 관행과 그 관행에 대한 「법적 확신」이 요구된다는 것은 일반적으로 확립된 원칙이다. 그러나 그 두 가지 요소를 구체적으로 입증하기란 쉽지 않다. 이에 대해 국제사법기 관은 그 입증 기준을 조약에서 자주 구하고 있다. 즉, 관습 규범의 존재 여부 또는 관습 국제법으로의 완성 여부를 결정함에 있어 조약의 규범이나 내용을 그 기준으로 삼는 경우가 자주 발견된다.³⁵⁾ 사실 다수 조약에서 동일한 규범이 반복적으로 규정될 경우 이러한 규범에 대해서는 관습법적인 가치를 부여하는 것이 무리는 아닐 것이며 나아가

32) D'Amato, "The Law Generating Mechanism of the Law of the Sea Conference and Convention", *LSI Workshop Proceeding*(1984), pp. 125-137.

33) D'Amato, "The Concept of Special Custom in International Law", *AJIL*, vol. 63, (1969), p. 212.

34) Nuclear Tests Cases(Australia and New Zealand v. France), *ICJ Rep.* (1974), p. 126.

35) The S.S.Lotus(France v. Turkey), *PCIJ ser. A. No. 10(1927)*, p. 27; The S.S.Wimbledon(U.K. v. Germany), *PCIJ ser. A. No. 1(1923)*, pp. 25-28; Asylum Case, *ICJ Rep.* (1950), pp. 276-7; Fisheries Case, *ICJ Rep.* (1951), p. 131; Rights of Nationals of the United States of America in Morocco Case, *ICJ Rep.* (1952), pp. 199-201; North Sea Continental Shelf Cases, *ICJ Rep.* (1969), pp. 37-46; Nottebohm Case, *ICJ Rep.* (1955), pp. 22-23; Case of the Muscat Dhows(France v. U.K., Permanent Court of Arbitration, 1905), *RIAA*, vol. 11, p. 94.

다수의 조약이 일관되게 어떤 규범을 지향하거나 또는 국가의 관행이 이러한 조약의 규범과 일치할 경우 그 조약 규범은 관습국제법 규범의 증거가 될 수 있을 것이다.

Kiel운하의 독일 관할권 문제와 관련하여 The S.S.Wimbledon Case에서 PCIJ는 Suez운하 및 Panama운하와 관련된 양자 및 다자조약의 규범을 통해 Kiel운하의 독일 관할권 문제에 적용될 수 있는 국제법의 일반 원칙을 발견할 수 있었다고 인정하고 있으며³⁶⁾ Nottebohm case에서도 ICJ는 양자 및 다자조약의 분석을 통해 타국에 대해 자국민의 보호권을 주장하는 국가와 그 개인간에는 '진정한 연계(genuine link)'가 있어야 한다는 관습 국제법 규범의 결정적인 증거를 찾을 수 있었다고 인정하고 있다.³⁷⁾ 특히 North Sea Continental Shelf Case에서 ICJ는 3가지 측면에서 조약이 관습 국제법 규범의 존재를 입증할 수 있다고 지적하고 있는데 첫째, 조약 초안 당시 관습 국제법이 존재할 경우 조약은 이를 명시적으로 규정함으로써 관습법의 존재를 확인시키고, 둘째 관습 규범 형성의 전제조건인 국가 관행의 존재와 관련하여 조약은 국가 관행의 최종적 양태이다. 즉 조약의 체결로 관습법 형성을 위한 국가 관행의 형태가 최종적으로 입증되어 완성된다. 셋째, 조약은 '국가의 후속적 관행에 의해 입증된 새로운 규범(a new rule that has been affirmed by the subsequent practice of States)'을 규정할 수 있으므로 '후속적 관행에 의해 입증된' 새로운 관습 규범이 조약에 의해 입증될 수 있다.³⁸⁾

그렇지만 만약 조약 규범이 관습 규범과 상이할 경우 또는 조약 상호간 규범이 서로 상이한 경우에는 조약 규범이 관습 국제법 규범의 증거로 채택될 수는 없을 것이다. 예컨대 Asylum case에서

콜롬비아 정부가 비호권이 관습 국제법으로 형성되었음을 주장하면서 그 근거로 비호권을 규정한 국제조약 및 비호권을 수여한 몇몇 국가의 예를 구체적으로 언급한 것과 관련하여 ICJ는 "동 정부가 지적한 비호권에 관한 국제조약 및 개별적인 예들은 서로 상이한 점이 많으므로 비호권에 관한 조약규정으로서의 관습규범을 도출할 수 없다"고 판시하였다.³⁹⁾ 따라서 조약규범이 관습규범의 성립 증거로 되기 위해서는 조약 규범의 내용이 각각 일치되어야 한다.

2. 條約의 慣習規範 形成力

(1) 의 의

「1969 조약법에 관한 Vienna협약」 제38조에 따라

“제34조 내지 제37조의 어떤 규정도, 조약이 규정하고 있는 어떤 규범이 관습 국제법으로 인정된 경우, 그 규범이 관습 국제법 규범으로서 제3국을 구속하는 것을 방해하지 않는다.”⁴⁰⁾

그러므로 이 규정은 조약 규범이 관습 규범을 형성할 수 있음을 함축적으로 규정하고 있다. 그러나 당사국만을 구속하는 조약 규범과는 달리 관습 규범은 원칙적으로 국제사회의 모든 법 주체를 구속하기 때문에 조약 규범의 비당사국인 제3자의 경우에 대해서는 어떤 조약 규범이 언제 어떻게 관습 규범으로 확립되었는가의 문제는 매우 중요한 의의를 갖는다. 즉, 아직 비준하지 않는 조약의 내용이 관습 국제법으로 형성된다면 이론상 그 조약은 비준한 국가나 비준하지 않은 국가에 대해 동일한 법적 효과를 지니게 되므로 그 조약 규범

36) The S.S. Wimbledon case, pp. 25-28.

37) Nottebohm case, pp. 22-23.

38) North Sea Continental Shelf Case, p. 37.

39) Asylum case, pp. 22.

40) 제38조 : Nothing in Article 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third state as a customary rule of international law, as recognized as such.

에 동의하지 않은 국가도 자국의 의사와는 달리 결과적으로 그 조약 규범에 구속되게 된다.

(2) 조약의 관습 규범 형성력

1) 일반

대체로 조약 규범이 관습법 규범을 형성할 수 있다는데 대해서는 큰 어려움이 없다. Tunkin에 따르면,

일반 국제법이라 함은 전적으로 관습법을 일컫는다는 개념은 Vattel의 시대나 또는 19세기에는 옳은 개념이다. 그러나 지금의 이 개념은 낡은 개념이며 현재의 국제 현실을 반영하지도 않는다.

국제법의 성문화 작업과 관련한 중요한 활동들 뿐만 아니라 국제사회의 거의 모든 국가가 참여하는 다수 다자조약의 존재는 국제조약이 일반 국제법 규범을 직접적으로 창설, 수정 그리고 발전시키는 수단이 된다.⁴¹⁾

즉 다자국제조약의 규범이 관습 국제법 규범 - Tunkin의 '일반 국제법 규범' - 을 개폐할 수 있음을 단적으로 지적하고 있다. 이와 같이 조약의 관습 규범 형성력은 특히 人道主義的인 條約에서 잘 입증되고 있는데 「Hague Convention of 1907 Concerning the Laws and Customs of War on Land」, 「Geneva Convention of 1929 on Treatment of Prisoners of War」 그리고 「Convention on the Prevention and Punishment of Genocide」 등에서 보는 바와 같이 인도주의적 조약은 다른 조약들보다 쉽게 관습 국제법으로 발전하고 있다.⁴²⁾ 한편 특정 조약이 일반적으로 수용된 법규범을 규정하

고 있는 것이 아니라 특정 국가간에 체결한 협정이 오히려 일반적 법규범에 반하는 조약 규범을 규정할 수도 있을 것이다. 만약 다수의 조약이 이미 확립된 관습 국제법 규범에 반하여 존재하고 있고 다수의 국가 관행도 그 새로운 조약 규범과 일치할 경우에는 조약의 규범이 새로운 관습법 규범을 생성시킬 수 있을 것이다. 환언하면 새로운 조약 규범과 기존의 관습법 규범이 충돌할 경우 다수의 국가 관행이 새로운 조약 규범과 일치한다면 조약 규범이 오히려 관습법 규범을 폐지하고 새로운 규범을 형성시킨다. 실제로 대부분의 관습 국제법 규범은 조약 규정에서 유래하거나⁴³⁾ 또는 조약 규범이 실질적으로 관습 규범을 창설하기도 한다.⁴⁴⁾ 예컨대, 침략전쟁의 금지원칙은 1928년 「파리협정」(1928 Pact of Paris)의 조약 규정에서 유래한 것이며 점차적으로 '국가의 전쟁권(the right of states to go to war)'을 대신하는 전쟁에 관한 관습 국제법의 지위를 새롭게 획득하게 된 것이다.⁴⁵⁾

관습 국제법 생성에 대한 조약의 역할을 논함에 있어 양자 조약과 다자조약은 그 효과 면에 있어서 구별되어야 한다. 특정 규범이 다수의 양자조약에서 공통적으로 발견되는 경우 양자조약의 관습규범 형성력은 과소 평가할 수 없지만⁴⁶⁾ 다자조약의 관습규범 형성력만큼 강하지 못하다. Baxter가 지적하고 있는 것처럼,

이론상, 조약 채택 당시의 관습 국제법 규범을 규정한 성문조약은 만약 그 조약이 다수 국가의 동의를 확보하였다면 그 조약 규범의 관습 국제법 상태에 대한 강력한 증거이다...왜냐하면 이것은 다수 국가에 의한 국가 관행의 분

41) Tunkin, *op. cit.*, p. 138.

42) Baxter, "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law", *BYIL*, vol. 41, p. 51(1965-1966).

43) D'Amato, "The Concept of Human Rights in International Law", *Columbia Law Review*, vol. 82,(1982), p. 1130.

44) D'Amato, *Concept of Custom in International Law*(1971), *ibid.*, pp. 103-166.

45) Tunkin, *op. cit.*, pp. 125-126.

46) 예컨대 영사(consular officials)의 면책에 관한 규정은 대체로 양자조약에 의해 규율되지만 이에 대한 다수의 양자규정은 국제규범의 내용을 결정짓는다.L.B. Sohn, "Unratified treaties as a source of customary international law", *Realism in law-making*(1986), p. 238.

명한 최근의 태도를 구성하며 따라서 통상적으로 예증될 수 있는 단편적이고 일관성 없고 임기응변적 국가관행의 표명보다는 상대적으로 훨씬 양호한 증거이기 때문이다.⁴⁷⁾

즉 양자 조약에서 입증될 수 있는 국가 관행은 다자조약에서 입증될 수 있는 국가관행보다 지엽적이고 다양하게 나타날 수밖에 없으며 따라서 관습법으로 간주될 수 있는 일반적인 규범의 도출이 상대적으로 어렵다. 그러므로 양자 조약의 관습 규범 형성력은 상대적으로 다자조약보다 약하다고 할 것이다.

(3) 조약 규범의 일관된 반대의 효력

한편 다자조약의 특정 규범에 대해 시종 반대를 표명한 국가에 대해서는 그 다자조약이 어떠한 법적 효력을 갖는가?

영국과 노르웨이간의 Fisheries Case에서 ICJ는 1882년 「북해어업협정(the 1882 North Sea Fisheries Convention)」이 비록 직선기선에 관한 10마일 제한 규칙을 규정하고 있으나 노르웨이가 이 규칙에 대해 일관되게 반대해 왔으므로 영국은 이 규칙을 노르웨이에 대해 적용할 수 없다고 판시하였다.⁴⁸⁾ Asylum Case에서도 ICJ는 이러한 원칙을 유지하고 있는데 비호권에 관한 남미지역의 관습 규범(a regional rule of customary international law)은

47) Baxter, *op. cit.*, p. 286.

In theory a codification treaty purporting to state customary international law as it exists at the time of adoption of the treaty is, if it secures the assent of a substantial number of States, powerful evidence of the state of customary international law...because it constitutes a clear and contemporary statement of the state practice of a substantial number of states and therefore is relatively much better evidence than the fragmentary, inconsistent and temporally varied manifestations of state practice which can ordinarily be adduced.

48) Fisheries Case, p. 131, 139.

49) Asylum Case, pp. 277-278.

50) North Sea Continental Shelf Case, p. 22.

51) North Sea Continental Shelf Case, *ICJ Report*(1969), pp. 38-39.

"it is a characteristic of purely conventional rules and obligations that, in regard to them, some faculty of making unilateral reservations may, within certain limits, be admitted; - whereas this cannot be so in the case of general or customary law rules and obligations which, by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own favour".

Peru에 대해서는 적용할 수 없다고 판시하고 그 이유에 대해 Peru는 이 규범을 규정하고 있는 지역 협정의 기준을 하지 않는 방법으로 이 규범을 일관하게 반대해 왔기 때문이라고 밝히고 있다.⁴⁹⁾ North Sea Continental Shelf Case에서도 ICJ는 「1958년 대륙붕 협약」에 구현된 경계획정에 관한 규범이 관습 국제법 규범임을 들어 구서독을 구속할 수는 없다고 판시하고 그 이유에 대해 구서독은 그 규범이 북해 경계획정에 적용되자마자 이에 대해 반대 입장을 분명히 취해오고 있기 때문이라고 밝히고 있다.⁵⁰⁾

그러나 '일관된 반대'의 효과가 상기와 같이 무제한적으로 적용되는 것은 아니다. North Sea Continental Shelf Cases에서 ICJ는 '일관된 반대'의 효과를 제한하고 있는 바,

(어떤 조약에 대해) 제한된 범위 내에서 국가의 일방적 유보가 허용되는 것은 순수하게 조약법상의 규범 및 의무의 특징이다. 그러나 일반적 법규범 또는 관습법 규범의 경우에는 그렇지 않다. 그것들은 그 본질상 국제사회의 모든 구성원에게 동일한 구속력을 지녀야 하고, 따라서 구성원중의 어느 하나가 자신에게 유리하게 마음대로 행사할 수 있는 일방적 배제의 권리의 대상이 될 수 없다.

고 판시하였다.⁵¹⁾ 국제법상 '국제사회의 모든 구성

원들에게 동일한 구속력을 지녀야 할 일반적 또는 관습법상의 규범 및 의무란 강행 법규(jus cogens)의 원칙에 적용되어야 할 규칙이다. 따라서 ICJ의 이러한 판결은 곧 강행 법규에 대한 국가의 일방적 유보를 허용하지 않겠다는 의지를 밝힌 것이라고 볼 수 있다. 그러므로 관습법 규범이나 관습법상의 의무에 대해서 무조건적으로 반대만 한다고 해서 그 관습법으로부터 면제되는 것은 아니며 특히 그 규범이 강행법규일 경우에는 일관된 반대에 의한 구속적 의무의 면제는 인정될 수 없음을 확인한 것이라고 볼 수 있다. 이러한 의지는 「1969 조약법에 관한 Vienna협약」에 의해서도 지지되고 있다.⁵²⁾

2) 조약의 관습 규범 형성력을 위한 요건

North Sea Continental Shelf Cases에서 ICJ는 조약 규정이 국제법의 규범 창설 규정(a norm-creating provision)으로 간주될 수 있음을 지적하고 「법적 확신」을 획득한 이러한 규범 창설 규정은 조약의 당사자가 아닌 국가에 대해서도 기속적이라고 함으로써⁵³⁾ 조약의 관습 규범 형성력을 인정하고 있다. 그러나 조약 규정이 비당사국까지도 구속할 수 있는 관습 국제법의 규범이 되기 위해서는 그 조약 규정은 반드시 법의 일반 원칙의 기초를 형성하는 근본적인 규범 창설적 성질(a fundamentally norm-creating character)을 지녀야 하고 조약법상의 규범이 국제법상의 일반 원칙으로 간주되기 위해서는 비록 장기간의 시간적 경과를 요구되지 않더라도 그 조약 규범이 특별히 영향을 미치는 국가를 포함하여 광범위한 국가의 참

여가 요구된다고 판시하고 있다.⁵⁴⁾ 그러므로 조약 규범이 관습 국제법 규범으로 발전하여 비당사국을 구속할 수 있는 規範力을 지니기 위해서는 첫째 구체적인 조약 규범이 '법의 일반 원칙'의 기초를 형성하는 '규범 창설(norm-creating)'적 성질을 지니고 있어야 하고, 둘째 특히 그 조약 규범에 특별히 영향을 받는 국가를 포함하여 다수의 국가들로부터 광범위하게 수용될 수 있어야 한다.

한편 Reservations to the Genocide Convention Case에서 Alvarez판사는

새롭고 중요한 국제법 원칙의 확립을 위한 조약... 또는 사회적, 人道的 利益의 문제를 규정하기 위한 조약은...새로운 국제 헌법(the new international constitutional law)이다... 따라서 고대의 만장일치 규범은 폐지되고...국가 주권은 다수의 의지 앞에 고개 숙여야 한다.⁵⁵⁾

는 의견을 개진함으로써 다수의 국가(a majority of a state)에 의한 '새롭고 중요한 국제법 원칙' 또는 '사회적, 인도적 문제에 관한 규범'을 규정한 조약은 비록 비당사국일지라도 그 조약 규범에 기속될 것임을 주장하고 있다. 실제로 이러한 예는 앞서 지적한 바와 같이 침략전쟁의 금지 원칙을 규정한 1928년 「파리 협정(1928 Pact of Paris)」의 조약 규정이 '국가의 전쟁권(the right of states to go to war)'을 폐기시키고 새로운 전쟁에 관한 관습 규범을 확립한 것에서 볼 수 있다. 특히 국제인권 규범과 관련하여 노예, 집단살인, 고문등의 금지 원칙은 바로 이러한 예에 포함될 수 있을 것이다.⁵⁶⁾

한편 조약의 특정 규범이 현존 관습 국제법 규

52) 제53조 및 제64조

53) North Sea C.S.C., p. 37

54) North Sea Continental Shelf Cases, pp. 41-42.

55) ICJ Report(1951), pp. 51.

"conventions which seek to establish new and important principles of international law [or] ...regulate matters of a social and humanitarian interest...are the new international constitutional law...The old unanimity rule is thus abolished...national sovereignty has to bow before the will of the majority".

56) D'Amato교수도 Alvarez판사의 견해를 지지하고 있다. D'Amato, "The Concept of Human Rights in International Law", *op. cit.*, pp. 1145-1147.

범을 규정한 것이라는 개별 국가의 선언 행위는 선언 국가의 의지를 나타내는 것이므로 조약의 관습 규범 형성력을 가장 분명하게 입증하는 한 방법이 된다. 「1969년 조약법에 관한 Vienna협약」에 대한 미국의 입장을 밝히는 미국무부 법률고문은

미국은 비록 「1969년 조약법에 관한 Vienna협약」을 비준하고 있지는 않지만 우리는 관습 국제법을 성문화한 이 협약의 규정을 일관되게 적용하고 있다. 조약 해석 문제에 관한 제31조 및 제32조를 포함하여 대부분의 규정은 관습 국제법상의 규범을 선언한 것이다.

고 미국의 입장을 밝히고 있다.⁵⁷⁾ 그러므로 「1969년 Vienna협약」에 대한 비준 여부와는 상관없이 이 협약의 규범은 미국을 기속한다.

3) 조약초안의 관습 규범 형성력

대체로 다자조약의 초안 작성 과정은 준비 위원회가 최초의 조약초안을 작성하고 이 초안을 관련 국가의 대표가 참석한 국제회의에 회부하는데 이 국제회의에서 합의나 또는 다수결의 원칙에 따라 조약초안의 내용이 결정되게 된다. 이렇게 결정된 조약문은 조약 규범의 내용을 최종적으로 확인하고 그 규범을 승인하는 과정인 서명과 비준 절차를 거쳐 발효하게 된다. 이와 같이 다자조약은 그 초안 작성 과정에서 이미 다수 국가의 의지가 반영되어 있을 뿐만 아니라 각국의 의지에 대한 대체적인 합의를 반영한 것이다. 더욱이 초안 작성 과정을 통한 조약 규범의 정의 및 내용의 기초는 각국 법률전문가들의 합의를 의미하는 것이기도 하다. 그러므로 이 조약초안의 규범도 관습 국제법을 형성할 수 있는가?

이 문제와 관련하여 ICJ는 Case Concerning the Continental Shelf에서

조약초안 규정이 이전에 존재했거나 또는 새롭게 발전하고 있는 국제 관습법을 구체화하고 있으므로 국제사회의 모든 국가를 구속한다는 결론에 도달했다면 관련 국가는 조약초안의 어떤 규정도 무시할 수 없다.

고 판시하였다.⁵⁸⁾ 그러므로 판례의 태도는 원칙적으로 조약초안의 규범도 관습 규범을 형성할 수 있는 것으로 보고 있다. 즉 조약의 초안 작성을 위한 국제회의에서 다수의 국가가 '새롭게 발전하고 있는 관습 규범'을 확인하고 이를 조약초안에 반영하거나 또는 당시 존재하고 있는 관습 국제법 규범을 규정하고 있는 조약초안은 관습 국제법 규범을 형성할 수 있다고 해석할 수 있다. 후자의 경우는 이미 존재하고 있는 관습 규범을 단순히 조약에 명시한 효과에 불과하므로 그 조약초안에 포함되어 있는 관습 규범의 지위에 대해서는 논란이 있을 수 없다. 그러나 '새롭게 발전하고 있는 관습 규범'이라 함은 엄격한 의미에서 아직 확정되지 않은 불완전한 규범이다. 특히 이를 규정하고 있는 조약도 아직 완성되지 않은 조약 즉 조약초안임에도 불구하고 관습 규범 형성력을 부여할 수 있는지의 여부는 논란이 있을 수 있다. 상기 case에서 ICJ도 밝히고 있는 바와 같이 관련 국가는 그런 규정을 '무시할 수 없다(could not ignore)'고만 하였을 뿐 명백하게 그런 규정을 준수하여야 한다고 판시하고 있지 않다. 그러므로 비록 '새롭게 발전되고 있는 관습 규범'을 구체화하고 있다 하더라도 그 조약초안이 완전한 관습 규범 형성력을 갖기 위해서는 이에 대한 다수 국가의 명백한 의사표시가 있어야 할 것이다. 예컨대 다수의 국가들이 1970년대 말과 80년대 초에 영해, 대륙붕, 어업제도 그리고 배타적 경제수역과 관련한 국내입법을 제정하였는데 이 규정들은 제3차 유엔해양법 회의에서 결정된 조약초안 규정들과 매우 일치한

57) L. B. Sohn, op. cit., p. 244.

58) Case Concerning the Continental Shelf, *ICJ Report*(1982), p. 38.

"it could not ignore any provision of the draft convention if it came to the conclusion that the content of such provision is binding upon all members of international community because it embodies or crystallizes a pre-existing or emergent rule of customary law".

다.⁵⁹⁾ 그러므로 조약초안에서 구체적으로 규정한 '새롭게 발전하는 관습 규범' 가령 12해리 영해 또는 200해리 배타적 경제수역제도 등은 후속적인 다수 국가의 명시적 의사표시 - 국내입법 - 에 의해 완전한 관습 국제법으로 입증될 수 있었다.⁶⁰⁾ 비록 조약초안의 작성 과정이 다수 국가의 법률적 의사를 반영한 것이기는 하나 이 조약초안이 관습 규범 형성력을 지니기 위해서는 조약초안 자체로서는 부족하다 할 것이다.

IV. 결 론

독립된 입법기관이 존재하지 않는 국제사회에 있어서 조약과 관습 규범은 가장 중요한 입법 기능을 담당한다. 그러나 조약은 그 기속력이 조약 당사국에만 미치는 입법상의 한계 때문에 국제사회에 있어서 완전한 입법 기능을 수행한다고는 볼 수 없다. 한편 관습 규범은 원칙적으로 국제사회의 모든 법 주체에 대해 그 기속력이 미치므로 조약 입법상의 한계를 극복할 수 있다. 그렇지만 조약 규범과는 달리 그 생성 체계가 불안정하고 또한 관습 규범의 존재를 입증하는 것이 용이하지 않다는 결점이 있다. 이와 같이 양자의 입법 기능은 나름대로의 결점을 내포하고 있다. 최근 체결 숫자가 급속도로 증가하고 있는 조약의 특징 중의 하나는 채택 당시의 관습 규범을 규정해 둠으로써 관습 규범의 존재를 명시적으로 입증해 주고 있다. 이렇게 입증된 관습 규범은 대체로 조약의 비당사국도 기속할 수 있으므로 보다 충실한 입법 기능을 수행할 수 있을 것이다. 앞장에서도 살펴본 바와 같이 조약은 "...관습 국제법을 발전시키는 주요한 수단이다."⁶¹⁾ 이와 같이 국제법의 대표적인 입법 기능을 담당하고 있는 兩 法源이 상호 단점을 보완함으로써 독립된 입법기관이 없는 국제사회에 있어서 보다 충실한 입법 기능을 수행할 수 있을

것이다.

참 고 문 헌

- [1] 김 영 구, 現代慣習國際法の 形成을 위한 慣行과 法的 確信에 관한 소고, 國際法 學會 論叢, 제38권 제2호.
- [2] Arkehurst, M., Custom as a Source of International Law, British Yearbook of International Law. vol. 47, 1975.
- [3] Arkehurst, M., A Modern introduction to International Law (Second edition), 1971.
- [4] Baxter, A., Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law British Yearbook of international Law. vol. 41 1966.
- [5] Cheng, J., United Nations Resolutions on Outer Space Instant International Customary Law?, Indiana Journal of International Law, vol. 5, 1965.
- [6] D'Amato, A., The Concept of Custom in International Law, 1971.
- [7] D'Amato, A., The Law generating Mechanisms of the Law of the Sea Conferences and Convention, 1984.
- [8] Jon M. Van Dykeed., Consensus & Confrontation : U.S. & The LOS Convention LSI Workshop Proceedings (Honolulu Univ of Hawaii), 1984.
- [9] Jon M. Van Dykeed., The Concept of special Custom in International Law, American Journal of International Law, vol. 63, 1969.
- [10] Jon M. Van Dykeed., The Concept of Human Rights in International Law, Columbia Journal of International Law, vol,

59) UN, *Law of the Sea Bulletin*, No. 1(1983), pp. 32-76.

60) 이에 대한 상세는 김영구, 「현대 해양법론」(1988).

61) American Law Institute, *Restatement of the Law : Foreign Relations Law of the United States(Revised)*, Tentative Draft No. 1(1980), p. 26.

- 82, 1982.
- [11] De Vissher, *Theory and Reality in Public International Law*. 1957.
- [12] Erler, W., *International Legislation*, Canadian Yearbook of International Law, vol. 2, 1964.
- [13] International Court of Justice, ICJ Reports (1950), ICJ Reports(1951), ICJ Reports (1960), ICJ Reports(1970), ICJ Reports (1974), ICJ Reports(1982), ICJ Reports(1986).
- [14] Kopelmanas. E., Custom as a means of a creation of International Law, British Yearbook of International Law, vol. 10, 1937.
- [15] Lauterpacht, H., *The Development of International Law by the International Court*, 1958.
- [16] MacGobbon, E., *Customary International Law and Acquiescence*. British Yearbook of International Law, vol. 33, 1957.
- [17] Meijers, S., *How is International Law Made? The Stages of Growth Of International Law and the Use of its Customary Rules*, Netherlands Year book of International Law, vol. 9, 1978.
- [18] Sinclair, I., *The Impact of the Unratified Codification Convention*, Bos, A., ed., *Realism in Law-Making*, 1986.
- [19] Sohn, B., *Voting Procedures in United Nations Confernces for the Codification for International Law*, American Journal of International Law, vol. 69, 1975.
- [20] Sohn, B., *Unratified Treaties as a Sources of Customary International Law*, Bos, A., ed., *Realism in Law-Making*, 1986.
- [21] Thirlway, A., *International customary Law and Codification*, 1972.
- [22] Tunkin, T., *Theory of International Law*, 1974.