

국제법상 대세적 의무에 관한 연구*

A Study on Obligations *Erga Omnes* in International Law

박 병 도**

Park, Byung-Do

목 차

- | | |
|-------------------------|-------------------------|
| I. 서론 | IV. 대세적 의무와 국가책임법 |
| II. 대세적 의무의 개념, 정의 및 특징 | V. 대세적 의무에 대한 평가와 발전 전망 |
| III. 대세적 의무 개념의 등장과 발전 | VI. 결론 |
| - 국제판례와 ILC의 논의를 중심으로 | |

국제법에서 대세적 의무는 ‘국제공동체 전체에 대한 국가의 의무’로서, 바로 그 내용의 중요성으로 인하여, 그 이행에 모든 국가가 법적 이익을 갖는 의무를 가리킨다. ‘모두에 대하여’(toward all)라는 의미로 번역되는 라틴어 *erga omnes*는 “각국이 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 의무”를 언급할 때 사용된다. ICJ가 1970년 *Barcelona Traction Co.* 사건에서 대세적 의무라는 표현을 공식적으로 처음 사용한 이후 많은 사례들에서 반복적으로 인용되었다. 대세적 의무 개념의 등장은 국제법 규범체계의 구조 변화 및 발전 방향과 깊은 관련이 있다. 그 동안 지배적이었던 수평적이고 양자적인 국제관계가 다자주의로 옷을 갈아 입고 있다는 점을 보여주는 것이다. 1970년 *Barcelona Traction Co.* 사건 이후 대세적 의무는 실제로 국제법 규범체계의 변화의 원천이 되고 있다. 그럼에도 아직도 그 개념, 기능, 특징 그리고 국제법체계에 미치는 법적 의미 등에 대해서는 여전히 복잡한 논쟁이 진행되고 있다. 본 논문에서는 여전히 모호성이 존재하는 대세적 의무 개념에 대해, 특성과 기능을 고려한 다양한 정의(定義)를 살펴보고, 대세적 의무와 관련한 국제판례들을 검토하고자 한다. 또한 대세적 의무의 이행 문제와 국가책임법과의 관계를 살펴보고자 한다. 그리고 대세적 의무의 발전 방향을 전망해 보고자 한다.

투고일 : 2018. 4. 30. / 심사의뢰일 : 2018. 5. 14. / 게재확정일 : 2018. 6. 8.

* 이 논문은 2016년도 건국대학교 KU학술연구비 지원에 의한 논문임.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor of School of Law, Konkuk University

[주제어] 대세적 의무, 강행규범, 법적 이익, 바르셀로나 전력회사 사건, 민중소송, 당사자적격, 당사자간 대세적 의무

I. 서론

대세적 의무(obligations *erga omnes*)는 1970년 Barcelona Traction Co.사건¹⁾의 판결을 통해 국제법에 공식적으로 확인되어, 강행규범(*jus cogens*), 민중소송(*actio popularis*) 등과 함께 국제법학에서 주목을 받아오고 있다. 대세적 의무 개념의 등장은 국제법 규범체계의 구조 변화 및 발전 방향과 깊은 관련이 있다. 현대 국제법에서 국가의사주의(*state voluntarism*)가 완화되어가는 대표적인 징표가 대세적 의무의 등장이며, 이는 그 동안 지배적이었던 수평적이고 양자적인 국제관계가 다자주의로 옷을 갈아 입고 있다는 점을 보여주는 것이다. 대세적 의무의 출현을 국제법의 패러다임 전환(*paradigm shift*)이라고 평가하는 견해도 있고,²⁾ 국제법의 헌법화(*constitutionalization*) 과정의 일부라고 보는 입장도 있다.³⁾

전통적인 국제법은 주로 양자적 관계를 규율하였다. 이런 구조 아래서 국가의 권리와 의무는 두 국가 사이에서 발생한다. 즉 양국 간의 상호관계에 바탕을 두고 권리와 의무가 나온다. 이 점은 양자조약은 물론이고 다자조약에서도 적용될 수 있다.⁴⁾ Barcelona Traction Co.사건에서 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 ICJ)는 한 국가가 다른 국가에게 부담하는 의무에는 이와 같은 ‘양자적(상호적, 쌍무적) 의무’(국가 대(對) 국가 의무)와 더불어 ‘국제공동체 전체에 대한 국가의 의무’가 존재함을 확인하고,⁵⁾

1) Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Case(Belgium v. Spain), Judgement(Second Phase)(이하 Barcelona Traction Co.사건이라 함), ICJ Reports(1970), p.3.

2) Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2005, p.3.

3) 국제법의 헌법화에 대해서는 김성원, “국제법의 헌법화 논의에 대한 일고찰”, 국제법학회논총 제58권 제4호, 대한국제법학회, 2013, 73-97쪽 참조.

4) 예를 들어, 외교관계에 관한 비엔나협약(1969.5.23. 채택되어 1980.1.27. 발효, 2018.4. 현재 당사국은 116개국) 상 특정한 접수국은 협약 당사국 모두에 대해서가 아니라 특정한 파견국에 대해 외교면제를 허용해야 할 의무가 있다. 또한 동 협약 제22조에 따른 외교 공관지역(*premises*)을 보호할 의무는 개별적인 접수국이 개별적인 파견국에 대하여 부담하는 것이다(James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p.257).

5) ICJ는 국제법상의 의무를 양자적(또는 상호적) 의무와 다자적(또는 통합적) 의무로 구분하려고 시도하고

더불어 후자의 의무는 강행규범(절대규범)으로부터 발생한다고 해석하였다.⁶⁾

대세적 의무나 강행규범 같은 개념의 등장은 국제법의 기본원칙인 주권평등원칙을 강력하게 지지하며 자신이 동의하지 않은 규범에는 구속되지 않는다는 원칙을 바탕으로 확립되었던 전통적인 국제법 규범체계가 근본적으로 변화하고 있다는 점을 보여 주는 것이다. 이러한 규범은 형식적으로 동등한 주권국 사이의 충돌을 줄이기 위해 수세기 동안 발전시켜온 수평적이며 양자적인 지난날의 국가책임제도 및 분쟁해결제도를 넘어서는 것이라고 우려하는 학자들도 있다. 예를 들면, Weil은 이 새로운 규범을 도입하는 것은 “국제법 규범 구조의 혼란(dislocation) 및 그 기능의 왜곡(perversion)”의 전조가 될 수 있다고 주장하였다.⁷⁾

Barcelona Traction Co.사건 이후 국제법학자들은 대세적 개념이 일반국제법과 규범체계에 미치는 영향 때문에 국제법이 큰 변화를 겪고 있다고 주장한다. 모든 학자가 그러한 영향의 정도에 관하여 동의하는 것은 아니지만, 대세적 의무는 실제로 국제법 규범체계의 변화의 원천이 된다는 점에 대해서는 국제적 합의가 있는 것으로 보인다. 그럼에도 아직도 그 개념, 기능, 특징 그리고 국제법체계에 미치는 법적 의미 등에 대해서는 여전히 복잡한 논쟁이 진행되고 있다.

대세적 의무는 새로운 주제를 탐구하는 것에 흥미를 가진 국제법학자들에게는 매우 매력적인 것이다. 본 논문에서는 여전히 모호성이 존재하는 대세적 의무 개념에 대해, 특성과 기능을 고려한 다양한 정의(定義)를 살펴보고, 대세적 의무와 관련한 국제판례들을 비판적으로 검토하고자 한다. 또한 대세적 의무의 이행과 깊은 관련이 있는 국가책임법과의 관계를 살펴보고자 한다. 더불어 대세적 의무에 대한 평가와 발전 방향을 전망하고자 한다.

있다(김대순, “대세적 의무 개념에 관한 연구”, 법학연구 제16권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2006, 6쪽).

6) Barcelona Traction Co.사건, *op.cit.*, p.32, para. 33; Tams는 판결문 단락 33과 34(paras.33, 34)는 ICJ의 역사에서 가장 유명한 사법적 선언(judicial pronouncements)이라고 언급한다(Christian J. Tams, *op. cit.*, p.2).

7) Prosper Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, Vol.77, No.3, Cambridge University Press, 1983, p.442.

II. 대세적 의무의 개념, 정의 및 특징

1. *erga omnes* 용어의 어원

‘*erga omnes*’라는 용어는 그 기원이 로마법까지 거슬러 올라간다. ‘*erga omnes*’는 “모두에 대하여” 또는 “모든 사람에게 대하여”를 의미하는 라틴어 구문이다. ‘*erga omnes*’를 문자 그대로 해석하면 ‘towards all’, ‘flowing to all’, ‘towards everyone’, ‘against all’, ‘in relation to everyone’를 의미한다.⁸⁾ 법적 의미로는 ‘모든 사람에게 대한 의무 또는 권리’(obligations or rights towards all)를 묘사할 때 사용되었다.⁹⁾

2. 대세적 의무의 개념

국제법분야에서, 대세적 의무는 국제공동체 전체에 대한 국가의 의무를 의미한다.¹⁰⁾ 대세적 의무 개념은 Barcelona Traction Co.사건에서 ICJ에 의해 공식적인 차원에서 최초로 인정되었다.¹¹⁾ 동 사건에서 부수적 의견(*obiter dictum*)을 통해 나타난 바와 의하면, 대세적 의무란 “한 국가의 국제공동체 전체에 대한 의무”(the obligations of a state towards the international community as a whole)를 말하며, 그 내용이 모든 국가의 관심사에 해당한다. 그리고 대세적 의무란 관련된 권리의 중요성에 비추어볼 때 모든 국가들이 그러한 권리들을 보호하는데 법적 이익(legal interest)을 갖는 것으로 간주되는 의무를 의미한다.¹²⁾ 대세적 의무란 그 소재(素材, subject matter)가 국제공동체 전체에게 중요하기 때문

8) *erga omnes*, 즉 대세적(對世的)이라는 용어는 다양한 맥락에서 사용되고 있다. *erga omnes* 용어의 다의성(多義性)에 대해서는 김대순, 앞의 논문, 19-24쪽 참조.

9) Thomas Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p.8; Lazar Emanuel, *Latin for lawyers: The Language of the Law*, New York: Aspen Publishers, 1999, p.186.

10) 김석현, 국제법상 국가책임, 서울: 삼영사, 2007, 444쪽.

11) 대세적 의무(obligations *erga omnes*)라는 표현은 ICJ에서 언급하기 이전에 나타났다. 예를 들어 ILC 위원인 Lachs는 조약법에 관한 비엔나협약 초안 제62조(제3국에게 의무 또는 권리를 부여하는 조약)에 관한 논의 과정에서 *erga omnes*라는 용어를 사용했다(Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford University Press, 1997, p.8). 이후 Lachs는 ICJ재판관으로 선출되었고, Barcelona Traction Co.사건의 재판에 참여하였다.

12) Barcelona Traction Co. 사건, *op. cit.*, p.32, para. 33; Roberto Ago, Fifth Report on State Responsibility, *Yearbook of the ILC*, Vol. II, Part one, United Nations, 1976, p.29; Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p.344.

에 그 이행에 모든 국가가 법적 이익을 갖는 의무를 말한다. 대세적 의무는 한 국가의 국제공동체 전체에 대한 의무로서, 국제공동체의 구성원인 개별 국가 모두가 그 이행에 법적 이익을 가지며 그 결과 그러한 의무를 존중할 것을 요구할 법적 자격을 갖는다.¹³⁾ 이러한 점으로부터 대세적 의무를 위반하는 경우 피해국뿐만 아니라 국제공동체 구성원인 다른 모든 국가가 위반국에게 국제책임을 추궁할 수 있다는 결론을 도출하게 된다.¹⁴⁾

3. 대세적 의무의 특성

대세적 의무는 전통적인 국제법체계에서의 수평적인 입법 및 집행 절차를 변경시킨다. 전통적인 국제법체계에 따르면, 국가의 동의를 통해서만 그 국가에게 의무가 부과되며,¹⁵⁾ 그 위반의 결과는 개별적이고 주관적인 법적 이익을 갖고 있는 국가에 대해서만 발생한다.¹⁶⁾ 그 이유는 동의하지 않는 국가에게 의무를 부과하고 제재할 수 있는 상위 권력이 없기 때문이다. 한마디로 국가들은 스스로 입법자 역할을 수행한다. 또한 국가의 동의에 의해 생성된 법을 시행하는 국가책임체계는 필연적으로 양자적인 구조를 갖추게 되며, 그러한 법에 의해 의무를 지는 국가는 자신의 위법행위로 인해 손해를 입은 국가에 게만 책임을 부담하게 된다.¹⁷⁾ 국내법 영역에서의 전형적인 사적 분쟁과 마찬가지로, 공동체 이익이 위협을 받는다 할지라도 직접적으로 피해를 입은 국가만이 국제청구를 제기할 수 있다.¹⁸⁾ 그러나 대세적 의무는 수직적 입법 요소와 분권적 집행체계 (decentralized enforcement regime)를 도입한다.¹⁹⁾ 첫째, 대세적 의무는 이에 동의를 하든 그렇지 않든 다른 모든 다른 국가들을 구속한다.²⁰⁾ 이는 대세적 의무에는 동의원칙이 전혀 필요 없음을 뜻하는 것은 아니지만, 그보다 국가들에게 대세적 의무를 지겠다는

13) W. Riphagen, Second Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility, *Yearbook of the ILC*, Vol. II, Part one. United Nations, 1981, p.86.

14) Oxford Reference, "obligation erga omnes", <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095756413>

15) Malcolm N. Shaw, *International Law*, 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p.77.

16) *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports(1949), pp.181-182.

17) *Ibid.*

18) Christine D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987, pp.212-213.

19) Peter D. Coffmann, "Obligation *Erga Omnes* and the Absent Third State," *German Yearbook of International Law*, Vol.39, Duncker & Humblot, 1996, p.297.

20) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford: Oxford University Press, 2008, p. x l i .

동의를 따로 필요하지 않다는 의미이다. 이런 요소는 강행규범과 밀접하게 관련이 있다. 둘째, 대세적 의무는 모든 국가가 관련된 권리의 보호 및 이행에 법적 이익을 갖고 있으므로,²¹⁾ 직접적이고 주관적인 침해를 필요로 하지 않는다. 이것은 공동체 이익을 쌍무적으로 의제하여 모든 국가가 피해를 입은 것으로 간주하거나, 특정한 두 국가가 아닌 공동체 전체의 공통이익을 보호하는 ‘객관적인 법적 의무 체제’의 확립을 통해서 달성할 수 있다. 그러나 현재 UN이 국제공동체 대표자이지만 법적 능력(예, 당사자적격)에 한계가 있음을 고려해 볼 때, 대세적 의무에 상응하는 권리는 국제공동체를 구성하는 각 개별 국가에게 귀속된다. 따라서 분쟁에 대한 사법적 판결이라는 맥락에서 보면, 이러한 접근법은 전통적인 당사자적격(*locus standi*)의 범위를 확대시켜 어떤 국가라도 국제청구를 제기할 수 있는 결과를 가져온다.²²⁾

4. 대세적 의무 정의에 대한 비판적 검토

4.1 규범적 정의

ICJ는 1970년 *Barcelona Traction Co.* 사건에서 대세적 의무의 척도를 “관련된 권리들의 ‘중요성’”에 두었다.²³⁾ 1976년 ILC도 어떤 규범이 대세적인지 여부는 그 규범 내용의 ‘국제공동체 전체에 대한 중요성’에 따라 결정될 수 있다고 강조하였다. 하지만 국제공동체에서 부여되는 중요성에 입각하여 정의를 내리게 되면, 대세적이라는 용어가 너무 광범위하게 정의되어 국가들이 다자적으로 실행할 수 있는 여건이 조성되지 않은 의무까지도 포함되게 된다. 예를 들어, 외교면제는 “국제공동체의 안전과 안녕에 필수적”이므로 “근본적인 성격”을 지닌다.²⁴⁾ 하지만 각각의 국가가 여전히 자국의 외교관을 보호할 동기와 법적 지위(*capacity*)를 보유할 뿐이다. 따라서 외교면제가 국가들의 동의 없이도 구속력을 가진다면, 모든 국가가 위반문제에 국제청구를 제기할 수 있는 당사자적격을 가진다고 할 수 없다. 유사하게, 주권평등원칙은 모든 국가에게 구속력이 있는 의무를

21) *Barcelona Traction Co.* 사건, *op. cit.*, p.32, para.34; Robert Y. Jennings and Sir Arthur Watts(eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Harlow: Longman, 1992, p.5.

22) Prosper Weil, *op. cit.*, p.430.

23) *Barcelona Traction Co.* 사건, *op. cit.*, p.32, para.33.

24) *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*(United States of America v. Iran), Judgment, ICJ Reports(1980), p.42.

부과한다. 하지만 주권평등원칙이 위반되었을 때 법적 관계는 피해국과 위반국 사이에 서만 성립되기 때문에 대세적 적용이 완전히 이루어지지 않는다. 이처럼 외교면제와 주권평등원칙은 국제법질서에서 매우 중요하지만, “관련된 권리 보호에 있어서” 모든 국가에게 다자적 법적 이익을 창출하는 것보다 양자적 관계에서 법적 구속력 있는 권리를 필요로 한다. 그러므로 ‘국제공동체 전체’에 대한 규범적 중요성의 척도를 넘어서는 무언가가 대세적 의무의 기준이 되어야 한다.

4.2 객관적 정의

대세성(對世性)에 대한 객관적 이론은 대세적 의무를 정의할 때 ‘국제공동체 전체’의 이익이 주요한 요소로 고려되어야 한다고 주장한다.²⁵⁾ 이러한 견해에 따르면, 의무가 대세성에 도달하는 기준은 ‘국제공동체 전체에 대한 것’으로, ‘국제공동체의 특정 구성원이 아닌 전체로서 여러 국가로 구성된 공동체에 대해서만 실현되거나 침해될 수 있는’ 이익이다. 따라서 의무의 대세성은 그러한 이익에만 적용되는 것이다. 이러한 점은 외교면제나 주권평등원칙을 대세적 의무와 구별하게 하는 내용이다. 왜냐하면 외교면제나 주권평등은 각각 개별적으로 이행될 수 있기 때문이다.

객관적 정의는 인권조약 및 특정한 다자조약(예, 군축조약)을 대세성에 부합하는 것으로 본다. 왜냐하면 어떤 한 국가와의 관계에서 이러한 조약상의 의무가 이행되거나 구제(redress)가 이뤄질 수 없기 때문이다. 그렇지만 객관적 이론은 한 국가에 의해 이행되고 한 국가에 대하여 실행된다 할지라도 역시 국제공동체에 사활적 중요성(vital importance)을 지닌 규범이라는 관점을 고수하여 국제공동체 전체의 이익을 설명한다. 가장 대표적인 예가 침략행위이다. 침략의 경우 국제공동체의 이익은 희생 국가의 피해로부터 직접적으로 나오며, 그 피해의 구제는 공동체 전체에 의해 가능하다는 것이다. 그럼에도 불구하고 공동체는 침략을 용납하지 않는 평화체계를 유지할 때 자신의 이익을 갖게 된다. 식민지 인민에 대한 식민지 지배자의 의무 이행은 국제공동체 전체에 대한 완전한 의무이행이라는 점에서 식민주의는 또 다른 예가 된다. 국제공동체 전체는 식민주의를 근절함으로써 자신의 이익을 갖는다. 따라서 구속력이 있고 이행 가능한 대세적 의무를 고려한다면 객관적인 정의 역시 불완전하다.²⁶⁾

25) Claudia Annacker, “The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law”, *Austrian Journal of Public and International Law*, Vol.46, Springer-Verlag, 1994, p.148.

4.3 기능적 정의

대세적 의무의 도입과 같은 국제규범체계의 변화가 전통적인 국가책임체계의 양자적 구조의 어떤 결점을 보완하는가? 즉 대세적 의무의 등장으로 전통적 국제규범체계와 어떤 차이가 나타나는가? 기능적 차원에서 보면, 대세적 의무는 이행을 보장하는 것이 모든 국가의 이익이라는 점을 고려할 때, 국제재판소에서 당사자적격을 제한하는 규칙을 완화하는데 중요한 역할을 한다. 다시 말해서 대세적 의무는 당사자적격을 확대하는 기능을 한다. 그 기능적 측면에서 파악해보면, 규범적 정의와 객관적 정의를 정제시킬 수 있다.

절차적으로 대세적 의무는 모든 국가에게 국제공동체를 대표해서 소송을 제기할 수 있는 능력을 부여한다. 특히 어떤 국가의 피해를 특정할 수 없지만 국제공동체 전체에 대한 피해가 발생한 경우(예를 들면, 공해(公海)나 극지 같은 지구공유지(global commons)에서 오염피해가 발생한 경우) 어떤 국가가 위반국을 제소하는데 방해요소(예를 들어, 양국간의 관계에서 작동하는 정치적 요인)가 있더라도 당사자적격을 확대하여 국제청구가 가능하게 한다. 이처럼 대세적 의무는 그 위반으로 인한 피해와 관련이 없는 국가에게도 국제공동체 전체의 이익을 대표하도록 허락하는 것이다. 개별적인 국가들이 공동체 이익이 침해당했다고 주장하며 국제재판소에 당사자가 될 수 있는 능력을 인정하는 것이다.

Ⅲ. 대세적 의무 개념의 등장과 발전

- 국제판례와 ILC의 논의를 중심으로

1. 국제판례에 나타난 대세적 의무

1.1 대세적 의무의 출현 및 재확인

ICJ가 Barcelona Traction Co.사건에서 대세적 의무라는 개념을 공식적으로 처음 사용한 이후 많은 사건들²⁷⁾의 판결 또는 권고적 의견에서도 이것이 인용되었다. 이들 판례들

26) Peter D. Coffmann, *op. cit.*, pp.308-309.

을 들여다보면, 한마디로 대세적 의무 개념이 다양한 분야에서 법적 효과를 넓히기 위해 처방된 법적 안내서(*legal vademecum*)가 되었음을 알 수 있다.²⁸⁾ 그 중에서도 가장 눈에 띄는 것은 ICJ의 East Timor 사건, Israeli Wall 사건, Armed Activities on the Territory of the Congo 사건,²⁹⁾ Prosecute or Extradite 사건 등이다. 판례들의 주요 쟁점을 보면 Barcelona Traction Co. 사건과 마찬가지로 법 시행 분야에서 뿐만 아니라 조약이나 결의의 제3자적 효력,³⁰⁾ 의무의 영토적 범위의 확대,³¹⁾ 불승인 의무,³²⁾ 자결권을 존중할 의무³³⁾ 등과 관련하여 대세적 의무가 언급되었다.³⁴⁾

그리고 ICTY³⁵⁾의 Furundžija 사건과 Kuprešić 사건 등에서도 대세적 의무가 다루어졌다. ICTY는 Furundžija 사건에서 고문금지를 대세적 의무로 언급하였고,³⁶⁾ Kuprešić 사건에서 국제인도법상의 규범을 상호적(쌍무적, 양자적)의무가 아닌 국제공동체 전체에 대한 의무라고 하였다.³⁷⁾

-
- 27) *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*(Belgium v. Senegal), Judgement, ICJ Reports(2012)(이하 소추 아니면 인도 사건, 또는 Prosecute or Extradite 사건이라 함), p.450, paras.68-69; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, ICJ Reports(2007), p. 104, para.147 and p.111, para. 162; *Armed Activities on the Territory of the Congo*(New Application: 2002)(Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Judgement, ICJ Reports(2006), p.32, para.64 and pp.51-52, para.125; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports(2004)(이하 Israeli Wall 사건이라 함), p.172, para.88 and p.199, paras.155-157; Case concerning East Timor(Portugal v. Australia), Judgement, ICJ Reports(1995)(이하 East Timor 사건이라 함), p.102, para.29; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia(South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports(1971), p.16, para.126.
- 28) Hossein Sartipi and Ali Reza Hojatzadeh, "The Innovation in Concept of the Erga-Omnisisation of International Law", *International Journal of Humanities & Social Science Studies*, Volume II, Issue II, Center for Promoting Ideas, September 2015, pp. 191-192.
- 29) *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*(Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgement, ICJ Reports(2005)(이하 콩고 영토 내 무력활동 사건, 또는 Territory of the Congo 사건이라 함).
- 30) 예를 들면, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia(South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports(1971), p.56, para.126.
- 31) 예를 들면, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, ICJ Reports(1996), pp.615-616, para.31.
- 32) 예를 들면, Israeli Wall 사건, *op. cit.*, p.200, para.159.
- 33) Israeli Wall 사건, *op. cit.*, pp.171, 172, 199, paras.88, 155, 156.
- 34) Hossein Sartipi and Ali Reza Hojatzadeh, *op. cit.*, pp.191-192.
- 35) '구유고슬라비아 국제형사재판소'(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: ICTY)를 가리킨다.
- 36) *Prosecutor v. Anto Furundžija*, (IT-95-17/1-T), Judgement, Trial Chamber, 10 December 1998, p.58, para.151.
- 37) *Prosecutor v. Zoran Kuprešić and others*, (IT-95-16-T), Judgement, Trial Chamber, 14 January 2000, p.203, para.519.

1995년 East Timor 사건 이후 ICJ는 주제가 Barcelona Traction Co.사건에서 보였던 것보다 더 직접적인 관련성이 있는 사례들에서 대세적 의무에 관해서 몇 가지 더 숙고한 판결을 내렸다. 이것은 과거에 국제법상 공동체 이익이라는 개념을 받아들이는데 소극적이거나 부정적이던 사고에 비하여 획기적인 모습이다.

Barcelona Traction Co.사건의 판결 이후 ICJ는 여러 사건들에서 대세성(*erga omnes*)이라는 용어가 사용되었다.³⁸⁾ 물론 이들 사건의 판결에 첨부된 개별의견이나 반대의견에서도 이것이 언급되었다. 대세성 수준에서 이르는 의무의 기준은, ICJ가 사용한 용어에 따르면, “한 국가의 국제공동체 전체에 대한 의무”(the obligations of a state towards the international community as a whole)이다.

East Timor 사건에서, 포르투갈의 주장에 의하면, 호주가 동티모르에 대한 시정권자인 포르투갈의 권한을 침해하고, 동티모르 인민의 자결권과 그와 관련한 권리를 존중할 의무를 준수하지 않아 포르투갈과 동티모르 인민에 대하여 국제책임이 발생하였다는 것이다.³⁹⁾ ICJ의 견해에 의하면, 자결권은 유엔헌장과 유엔의 관행에서 발전해 온, 흠잡을 데 없는(*irreproachable*) 것으로, 대세적 성격을 지니고 있다는 것이다.⁴⁰⁾ 주목할 내용은 ICJ가 민족자결권을 대세적 의무가 아닌 대세적 성격(*erga omnes character*)을 가진 권리라고 판시한 점은 매우 신중하고 주의 깊게 해석할 필요가 있다. 따라서 동 사건에서 대세적 의무를 확인하고 있다고 주장하는 것은 잘못된 것이다.

유엔총회의 요청으로 회부된 Israeli Wall 사건에서, ICJ는 팔레스타인영토에 장벽을 건설의 위법여부를 판단하면서, 이스라엘에 의해 위반된 국제인권법과 국제인도법에 관한 수많은 의무를 대세적인 것으로 확인했으며, 결론적으로 모든 국가는 그러한 행위가 초래한 상황을 인정하거나 지원하지 않을 의무가 있다고 판단하였다. 이 사건에서 ICJ는 이스라엘에 의해 침해된 대세적 의무는 팔레스타인 인민의 자결권을 존중할 의무

38) 구체적인 사례들은 Hossein Sartipi and Ali Reza Hojatzadeh, *op cit.*, p.198 참조.

39) East Timor 사건, *op. cit.*, p.92, para.1.

40) East Timor 사건, *op. cit.*, p.102, para.29.

“UN헌장과 그 관행으로부터 발전해 온 민족자결권이 대세적 성격을 갖는다는 포르투갈의 주장은 흠잡을 데가 없다. 민족자결원칙은 UN헌장과 당해 재판소의 판례에서 승인되었다. 이것은 현대국제법상의 본질적 원칙 중의 하나이다.”

“29. In the Court's view, Portugal's assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character, is irreproachable. The principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court {...}; it is one of the essential principles of contemporary international law.”

이고 국제인도법상의 의무라고 말했다.⁴¹⁾ 주목할 점은 ICJ는 민족자결권을 존중할 대세적 의무를 명시하면서 East Timor 사건을 같은 추론의 출처로 언급하였다는 것이다.⁴²⁾ 많은 국제법학자들이 민족자결권을 강행규범이라고 주장하고 있는 점,⁴³⁾ ICJ가 Barcelona Traction Co. 사건에서 강행규범으로부터 대세적 의무가 유래한다는 추론을 이끌어낸 점 등으로 비추어 볼 때 ‘민족자결권을 존중할 의무’를 대세적 의무로 간주하는 것은 설득력이 있다.⁴⁴⁾

Prosecute or Extradite 사건에서 ICJ는 새로운 입장을 보였다. ICJ는 동 사건에서, 벨기에에는 고문방지협약 제6조 제2항과 제7조 제1항 상의 의무 위반에 대해 세네갈의 책임을 추궁할 수 있는 당사자적격이 있으며 그리고 그러한 소의 제기가 허용된다고 판단을 내렸다. 이 사건에서는 ‘당사자간 대세적 의무’ 개념이 적용되었다.

Furundžija 사건에서 ICTY는 “고문금지는 국가들에게 부과된 대세적 의무, 즉 국제공동체 전체에 대한 의무이며, 그러한 의무의 위반은 동시에 각각의 구성원에게 그 의무의 준수를 요구할 법적 권리, 즉 그 의무의 이행을 주장할 권리 또는 어떠한 경우에도 위반의 중지를 요구할 수 있는 권리를 부여한다.”⁴⁵⁾고 판시하여 고문금지가 대세적 의무에 해당하며 대세적 의무를 위반한 경우 모든 국가에게 그 의무의 이행 또는 위반의 중지를 요구할 권리가 있음을 확인하였다. 재판부는 고문금지를 대세적 의무로 분명히 언급하였다. 또한, 고문금지를 국제법상 절대적 성격을 갖는 강행규범으로 취급한다. Barcelona Traction Co. 사건의 판결에서 특정된 대세적 의무에서 유추하여 고문금지를 국제법상 명백한 대세적 의무로 추가한 것이다.

41) Israeli Wall 사건, *op. cit.*, p.199, para.155.

“[.....] The obligations *erga omnes* violated by Israel are the obligation to respect the right of the Palestinian people to self-determination, and certain of its obligations under international humanitarian law.”

42) Israeli Wall 사건, *op. cit.*, pp.171, 172, 199, paras.88, 156.

43) Ian Brownlie, *op. cit.*, (*Principles of Public International Law*), p.489.

44) Ardit Memeti and Bekim Nuhija, “The concept of *erga omnes* obligations in international law”, *New Balkan Politics*, Issue 14, Independent and Non-Profit Organisation, 2013, pp.43-44.

45) Prosecutor v. Anto Furundžija, (IT-95-17/1-T), Judgement, Trial Chamber, 10 December 1998, p.58, para.151. “151. Furthermore, the prohibition of torture imposes upon States obligations *erga omnes*, that is, obligations owed towards all the other members of the international community, each of which then has a correlative right. In addition, the violation of such an obligation simultaneously constitutes a breach of the correlative right of all members of the international community and gives rise to a claim for compliance accruing to each and every member, which then has the right to insist on fulfillment of the obligation or in any case to call for the breach to be discontinued.”

1.2 판례에 대한 비판적 검토

Barcelona Traction Co. 사건에서 ICJ는 대세적 의무의 연원과 그것이 초래한 영향에 관한 판단 근거를 명확하게 제공하지 않았다. 그리고 이 사건의 본안은 대세적 의무와 관련이 거의 없었다. 또한 이 사건에서 대세적 의무의 구체적인 예(46)를 나열한 반면에 “한 국가의 국제공동체 전체에 대한 의무”라는 구절이 무슨 의미인지에 대해서는 정의하지 않았다. 이러한 점들은 판결에 대한 비판의 주된 이유가 되었다.⁴⁷⁾ 실제로 Barcelona Traction Co. 사건의 본안은 민사법(civil law)의 문제와 관련되어 있었다. 벨기에 주주의 손해에 대해서 벨기에가 당사자지위를 갖고 있느냐를 검토하면서 대세적 의무를 언급하게 되었지 본안 판결과는 거의 관련이 없었던 것이 사실이다. ILC 전 위원이었던 McCaffrey는 이러한 언급이 맥락상 “사실 및 법적 문제로 그러한 판단이 거의 필요하지 않은 불필요한 진술”(gratuitous statement)이라고 비판했다.⁴⁸⁾

또 ICJ의 대세적 의무에 대한 언급이 판결이유(ratio decidendi)이 아니라 부수적 의견(obiter dictum)을 통해서 이루어졌다는 점도 비판의 사유이기도 하다.⁴⁹⁾ Mann은 대세적 의무를 언급한 부수적 의견은 판결에 불필요한 것이었으며, 인위적으로 경기장 안에

46) Barcelona Traction Co. 사건에서 ICJ는 대세적 의무로 침략행위의 불법화(outlawing), 제노사이드의 불법화, 노예제도로부터의 보호 및 인종차별로부터의 보호를 포함한 사람의 기본적 권리에 관한 원칙과 규칙을 언급하였다(Barcelona Traction Co. 사건, *op. cit.*, p.32, para.34).

47) 이러한 비판을 이해하기 위해 사건의 간략한 소개와 판결에 대한 포괄적인 분석이 필요하다. 이 사건은 캐나다 회사인 Barcelona Traction 회사에 대한 스페인 법원의 파산 선고에서 기인하였다. 벨기에는 스페인의 국가기관인 법원의 국제법에 위배되는 행위(파산 선고)로 인해 동 회사의 주주인 벨기에 국적자들이 입은 손해에 대한 배상을 청구하는 신청서를 제출했다. 스페인 정부는 벨기에의 신청서에 대해 4건의 선결적 항변(preliminary objections)을 제기하였다. ICJ는 재판소의 관할권에 관한 첫 번째와 두 번째의 항변에 대해서는 기각하였고, 세 번째와 네 번째의 항변에 대해서는 판결을 내렸다. 스페인 정부의 세 번째 항변 사유는 캐나다 국적의 회사에 대해 위법행위가 자행되었기 때문에 동 회사의 주주 국적국에 해당하는 벨기에는 소송을 제기할 능력이 결여되었다는 점이었다. 이와 관련하여 ICJ는 주주의 이익을 구제하기 위한 목적으로 외교적 보호를 행사할 수 있는 권리를 주주의 국적국에게는 부여하지 않는다고 판결했다(15 대 1). 이 권리는 오로지 회사의 국적국에게만 부여된다. 국제법은 주주의 국적국에게 그러한 권리를 명시적으로 부여하지 않는다. 벨기에 정부의 외교적 보호권 보유는 소송의 전제 조건이다. 그런데 벨기에는 이러한 권리를 갖고 있지 않기 때문에 당사자적격(jus standi)이 없고, 따라서 재판소는 사건의 다른 측면에 대해 판단할 필요가 없었다. 이 사건의 사실관계에 대해서는 S. Wittich, “Barcelona Traction Case”, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2007, paras. 4-5.

48) Stephen McCaffrey, “Lex Lata or the Continuum of State Responsibility”, in Joseph H.H. Weiler, Antonio Cassese, Marina Spinedi (eds.), *International Crimes of States: A Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, New York: De Gruyter, 1989, p.243.

49) Christian J. Tams, *op. cit.*, p.168.

끌어들였다는 인상을 주었으며, 더불어 South West Africa 사건⁵⁰⁾의 판결에 대한 반응(reaction)이라고 비판하였다.⁵¹⁾ Lachs 재판관은 대세적 의무와 관련한 부수적 의견이 “판결에 반드시 필요한 것은 아니었지만, 특정 법규를 정하여, 국가가 국제공동체 전체에 대하여 행할 의무가 있는 경우를 확실히 하는 좋은 기회였다”라고 하였다.⁵²⁾

그런데 ICJ의 대세적 의무에 대한 판단이 부수적 의견일 뿐이라는 인상을 강하게 주지만 그렇다고 가치가 없다고 평가하는 것은 온당하지 못하다. Ragazzi가 지적하듯이, 부수적 의견의 가치는 그 배경, 내용 및 이후의 발전 등을 고려하여 평가하여야 한다. Barcelona Traction Co.사건의 부수적 의견도 그렇다. 부수적 의견의 가치를 결정하기 위해서는 그러한 의견이 나오게 된 배경, 내용 및 추후 발전 등을 고려하여야 할 것이다. 이러한 요소들을 고려하여 판단해 보면, 부수적 의견의 의미를 애써서 부인하는 것은 설득력이 없다. 부수적 의견을 통해 ICJ가 처음으로 대세적 의무를 인정하였다고 하지만, 이 논문에서 밝히고 있는 대부분의 내용이, 이미 이의 가치가 널리 인정되고 있다는 것을 입증하고 있지 않은가?

2. ILC에서의 논의

Barcelona Traction Co.사건 이후 국제법률가들은 대세적 의무의 개념 또는 국제공동체 전체에 부담하는 의무에 관하여 논의하기 시작하였다. 대세적 의무와 관련한 논의에서 빠지지 않고 인용되고 있는 판결문 2단락(para. 33과 34)⁵³⁾에 언급된 내용이 이후 국가들

50) *South West Africa cases*(Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgement, ICJ Reports(1966)(이하 South West Africa 사건)

51) F.A. Mann, “The Doctrine of Jus Cogens in International Law”, in H. Ehmke et al. (eds.), *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70 Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p.418.

52) Mohammed Shahabudeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1997, p.159.

53) 33. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a state towards the international community as a whole, and those arising vis-a vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of human person, including protection from slavery and racial discrimination.

33. 한 국가가 그 영토 내로 외국 자본 또는 자연인이든 법인이든 외국인들의 유입을 허용하는 경우, 당해 국가는 그들을 법적으로 보호해야 할 의무가 있으며 그들을 대하는 데 있어 편의를 제공할 의무가 있다고 추정된다. 그러나 이 같은 의무는 절대적인 것도 무제한적인 것도 아니다. 특히, 한 국가의 국제공동체 전체에

사이뿐만 아니라 국제재판소, 국제법학자들, 그리고 ILC에서의 논의에 활기를 불러 일으켰다. Barcelona Traction Co.판결의 부수적 의견에서 언급한 법적 이익이 정확하게 무엇을 의미하는지에 대한 논의가 활발하게 이루어졌다.⁵⁴⁾ 법적 이익은 국가책임법상 국제 청구 절차에서 중요한 요소로 국제책임을 추궁하는데 필요한 조건이기 때문에 국가책임 초안을 다루는 과정에서 대세적 의무에 관한 논의가 이루어졌다.

ILC도 Barcelona Traction Co.판결의 부수적 의견과 같이, 대세적 의무란 국제공동체의 근본적 이익의 보호를 위하여 본질적으로 중요한 국제의무로서, 그 이행이 국제공동체 전체의 이익에 부합하는 의무라고 하고 있다.⁵⁵⁾ 대세적 의무의 개념화는 ILC에 의해 ‘국제공동체 전체에 대한 의무’로서, 바로 그 내용의 중요성으로 인하여, 그 이행에 모든 국가가 법적 이익을 갖는 국제의무를 가리키는 것으로 해석되었다.⁵⁶⁾

구조적 측면에서, 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 의무로서 대세적 의무를 분류하는 것은 그 의무의 이행에 모든 국가가 법적 이익이 있음을 나타낸다. 이것은 각국이 대세적 의무에 의해 구속된다는 것과 모든 국가가 그 이행에 법적 이익을 갖는다는 것을 의미한다. 이러한 대세성은, 특별보고자(Special Rapporteur) Roberto Ago가 국가책임에 관한 제5차 보고서에서 지적인 바와 같이, 그러한 의무가 연유하는 규범의 준수(maintenance)의 중요성에서 나온다.⁵⁷⁾ 국제공동체의 공공질서 준수의 이러한 중대함에

대한 의무와, 외교보호의 분야에서 다른 국가에 대해(vis-à-vis) 발생하는 의무는 본질적으로 구분되어야 한다. 전자는 바로 그 본질에 있어 모든 국가들의 관심사가 된다. 관련된 권리들의 중요성을 고려하면, 모든 국가들이 그러한 권리들을 보호하는 데 법적 이익을 갖는 것으로 여겨질 수 있다; 그것들이 대세적 의무이다. 34. 그러한 의무들은, 예를 들어, 현대 국제법에서 침략행위의 불법화 및 제노사이드의 불법화에서 도출되며, 마찬가지로 노예제도 및 인종차별로부터의 보호를 포함하여 인간의 기본적 권리들에 관한 원칙과 규칙들로부터도 도출된다. 이러한 권리의 일부는 일반국제법체계로 이미 진입한 것도 있고, 보편적 성격 또는 준보편적 성격의 국제문서들에 의해 부여되고 있다.

54) 특히 1976년 채택된 잠정초안 제19조 2항에서 “국제공동체의 근본적 이익을 위하여 본질적으로 중요한 국제 의무”(international obligations essential for the protection of fundamental interests of the international community)의 존재를 확인하고, 이의 해설에서 Barcelona Traction Co.사건을 인용하면서 “국제공동체 전체에 대하여 국가가 지는 의무”가 존재하며, 이것은 “그 이행에 모든 국가가 법적 이익을 갖는 의무”(obligations in whose fulfillment all States have a legal interests)라고 하였다(Yearbook of ILC(1976), Vol. II, Part Two, p.99, para.10). 이는 곧 대세적 의무의 존재를 재확인한 것이다(김석현, “국제법상 대세적 권리·의무의 확립”, 국제법학회논총 제47권 제3호, 대한국제법학회, 2002, 60쪽).

55) ILC Report(2001), *op. cit.* p.322.

56) Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session, 3 May - 23 July 1976, Official Records of the General Assembly, Thirty-first session, Supplement No. 10, Yearbook of ILC(1976), Vol. II, Part Two, United Nations, p.99, para.10(Commentary to Draft Article 19(International crimes and international delicts) adopted by the ILC at its 28th Session).

서 대세적 의무 이행의 일반적인 법적 이익이 발생하고, 여기서 나오는 법적 의무의 중요성은 ‘불가분한’(indivisible) 것이다.⁵⁸⁾ 특별보고자 Gaetano Arangio-Ruiz는 국가책임에 관한 제4차 보고서에서 이러한 관계를 설정하였다.

“대세적 의무의 개념은 규범(전형적인 강행규범)에 의해 보호되는 이익의 중요성에 의해 특징지어지기 보다는 오히려 의무의 내용의 “법적 불가분성”, 즉 당해 규칙이 다른 모든 국가와 관련하여 동시에 각각 그리고 모든 국가를 구속하는 의무를 부과한다는 사실에 의해 특징지어진다는 점은 잘 알려져 있다. 이러한 법적 구조는 절대규범뿐만 아니라 일반국제법상의 다른 규범 및 수많은 다자간 조약상의 규칙(당사자간 대세적 의무)의 전형적인 모습이다.”⁵⁹⁾

국제공동체에 대한 의무의 이행에 있어서 이러한 일반적인 법적 이익은 전통적으로 국제법상의 의무를 결정하는 양자주의(bilateralism)에서 벗어난 것이다. James Crawford가 그의 제4차 보고서에서 지적한 바와 같이, 기능적인 측면에서 보면, 대세적 의무는 강행규범의 시행과 관련이 있다.⁶⁰⁾

3. 관련 개념과의 관계

3.1 강행규범과 대세적 의무

대세적 의무 개념은 강행규범과 함께 “국제공동체의 이익”과 밀접하게 관련되어 있다.⁶¹⁾ 대세성과 강행규범은 종종 동전의 양면으로 묘사되기도 한다.⁶²⁾ 두 개념은 국제법

57) Roberto Ago, Fifth Report on State Responsibility, *Yearbook of ILC*(1976), Vol. II, Part One, United Nations, p.33, para.101.

58) Thomas Weatherall, *op. cit.*, p.10.

59) “It is well known -and will be further explained later - that the concept of *erga omnes* obligation is not characterized by the importance of the interest protected by the norm(as is typical of *jus cogens*) but rather by the “legal indivisibility” of the content of the obligation, namely by the fact that the rule in question provides for obligations which bind simultaneously each and every State concerned with respect to all the others. This legal structure is typical not only of peremptory norms, but also of other norms of general international law and of a number of multilateral treaty rules(*erga omnes partes* obligations).” Gaetano Arangio-Ruiz, Fourth Report on State Responsibility, *Yearbook of ILC*(1992), Vol. II, Part One, United Nations, p.34, para.92.

60) 이에 관한 내용은 James Crawford, Fourth Report on State Responsibility, *Yearbook of ILC*(2001), Vol. II, Part One, United Nations, p.13, para.49.

규범체계의 토대 변화와 깊은 관계가 있기 때문에 현대 국제법 규범체계를 특징짓는 요소이다.⁶³⁾ 강행규범도 대세적 의무와 마찬가지로 로마법에서 기원할 정도로 혈통이 오래되었지만 국제법 분야에 등장한 시기는 약 50년 전이다. 1969년 조약법에 관한 비엔나협약은 많은 논쟁 끝에 국제법의 특정 규칙들(그 중 초안 작성자들은 무력사용, 노예 제도, 해적 행위 또는 제노사이드를 금지하는 조항을 언급함)을 “이탈할 수 없다”(no derogation)고 인정하고, 그러한 “절대규범”(peremptory norms)을 위반하는 조약은 무효가 된다는 점을 분명히 했다.⁶⁴⁾

오랜 세월 동안 두 개념 개념에 대한 학문적 열정은, ‘현실법’(real law)에만 관심을 두는 사람들 사이에서 상당한 회의적인 평가가 나타나기도 하였다. 이론적으로는 흥미로울지 모르지만 현실법률가들은 두 개념 모두를 기껏해야 실용적인 관련성이 매우 제한적이라고 생각하였다. Brownlie는 강행규범을 “차고를 거의 떠나지 않는 차량”⁶⁵⁾ (vehicle that hardly leaves the garage)으로 묘사했으며, Thirlway는 대세적 의무를 “순수 이론적 범주”⁶⁶⁾ (purely theoretical category)로 평가하였다. Higgins는 Israeli Wall 사건에서 개별의견을 통해 “Barcelona Traction Co. 사건의 ICJ의 부수적 의견은 그것이 담고 있는 것 이상으로 자주 인용된다. [...] 그 부수적 의견은 관할권에 있어서 당사자적격(locus standi)이라는 아주 특별한 문제에 관한 것이었다. [...] 그것은 제3자에게 실질적인 의무를 부과하는 것과 아무런 관련이 없다”라는 견해를 피력하였다.⁶⁷⁾ 그러면서, 오늘날 문제는 이것이 법원이나 국제법학자들에 의해 과다 사용되고 있다, 즉 ‘차고를 지나치게 자주 떠나는 차량’과 같다는 입장을 나타냈다.⁶⁸⁾

대세적 의무와 강행규범은 어느 정도 중복된다.⁶⁹⁾ ICJ는 Barcelona Traction Co. 사건에서 강행규범이라는 용어를 명시적으로 언급하지 않았지만 대세적 의무로 제시한 유형에

61) Thomas Weatherall, *op. cit.*, p.8.

62) M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, *Law and Contemporary Problems*, Vol.59, No.4, Duke University School of Law, 1996, p.72.

63) 강행규범과 대세적 의무에 관해서는 김석현, 앞의 논문, 59-62쪽 참조.

64) 조약법에 관한 비엔나협약 제53조, 제64조.

65) I. Brownlie and Commonwealth Secretariat, *The Human Right to Development: Study Prepared for the Commonwealth Secretariat*, Commonwealth Secretariat, 1989, p.108, 110.

66) H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, Oxford University Press, 2013, p.102.

67) Israeli Wall 사건, *op. cit.*, Sep. Op., p.136, para. 57.

68) *Ibid.*

69) 김석현, 앞의 논문, 59-61쪽 참조.

그것을 내포하였다고 해석할 수 있다. 이러 측면에서 보면 동 판결은 강행규범이 대세적 효력을 갖는다는 결론에 권위를 제공한다.⁷⁰⁾ 대세적 의무라고 제시한 침략행위 불법화(outlawing), 제노사이드의 불법화, 노예제도 및 인종차별의 금지 등은 절대적 성격을 갖는 것으로 폭넓게 인정되고 있는 점을 고려할 때 그러한 의무는 근본적인 성격(fundamental nature)으로 인해 이탈이 허용되지 않고, 모든 국가는 그 보호에 법적 이익을 향유한다고 볼 수 있다.⁷¹⁾

그러나 반대로 모든 대세적 의무가 필연적으로 항상 강행규범의 지위를 갖는 것은 아니다. 예를 들면, 자유권규약(ICCPR)과 사회권규약(ICESCR)에 포함된 인권의무가 국제관습법의 지위를 얻는 경우에는 거의 틀림없이 대세적 효력을 갖는다. 인권의무의 집단적 이익 성격은 국제공동체 전체에 그것의 이행에 이익을 준다. 동시에 이러한 사실이 그 자체로 모든 당사자간 대세적 인권의무를 강행규범으로 상승시키는 것은 아니다. 예를 들면, 제노사이드 금지와 고문 금지의 절대적 성격은 그 자체에 대다수 국가들의 특별한 승인으로부터 나온다.⁷²⁾

대세적 의무는 강행규범에서 연유한다.⁷³⁾ Barcelona Traction Co. 사건에서 보여준 ICJ의 이러한 입장은 1996년에 ILC에서 되풀이 되었다. 즉 “강행규범 규칙은 그 자체로는 대세적이지 않을지라도 대세적 효과를 갖는 것은 명백하다: 그 위반은 국제범죄, 즉 국가들의 공동체의 본질적 이익에 손해를 주는 중대한 행위로 귀결될 수 있다.”⁷⁴⁾ 대세적 의무는 절대규범의 시행과 관련 있는, 국제공동체 전체에 대하여 각 국가가 부담하는 의무로서 강행규범에서 연유한다. 두 개념은 구별되지만 사실상 동연적(coextensive, 同延的)이다.⁷⁵⁾ 그러나 대세적 의무는 반드시 강행규범의 배타적 영역에 있는 것은 아니

70) Erika de Wet, “Jus Cogens and Obligation Erga Omnes”, Dinah Shelton(ed.), *The Oxford Handbook on Human Rights*, Oxford University Press, 2013, p.554.

71) Karl Zemanek, “New Trends in the Enforcement of erga omnes Obligation”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.4, Hague: Kluwer Law International, 2000, pp.6-7; Cherif Bassiouni, “International Crimes: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”, *Law and Contemporary Problems*, Vol.59, Duke University School of Law, 1996, p.63 et seq; Claudia Annacker, “The Legal Regime of Erga Omnes Obligations in International Law”, *Austrian Journal of Public and International Law*, Vol.46, Springer-verlog, 1994, p.131 et seq.

72) Erika de Wet, *op. cit.*, p.555.

73) Barcelona Traction Co. 사건에서 국제의무를 ‘국가 대 국가 의무’와 ‘국제공동체 전체에 대한 의무’를 구별하였고, 후자는 강행규범으로부터 연유한다고 해석하였다(Thomas Weatherall, *op. cit.*, p.351).

74) “It was clear that there were *jus cogens* rules which, though not themselves *erga omnes*, had *erga omnes* effects: a breach of them could result in an international crime, namely, a serious act prejudicial to an essential interest of the community of States.”, *Yearbook of ILC*(1996), Vol. I, United Nations, p.26, para.26

75) “even if they are not different aspects of the one underlying idea, the two substantially overlap.”, James Crawford,

다.⁷⁶⁾ 대세적 의무는 강행규범의 속성으로부터 대세적 의무가 나온다.⁷⁷⁾ 강행규범은 모두 대세적 의무를 낳지만 모든 대세적 의무가 강행규범으로부터 도출되는 것은 아니다.⁷⁸⁾ 강행규범으로부터 연유하는 대세적 의무는 국가가 시행을 통해 더 높은 이익의 실현을 위해 국제공동체의 기관으로서 행동한다는 것을 의미한다. 대세적 의무는 국가의 동의(*consent*) 또는 의사(*will*)가 아닌 강행규범 자체에서 연유하는 것으로 간주한다.⁷⁹⁾ 강행규범은 국가들의 관행에 의해 입증된 국제공동체의 법적 확신(*opinio juris sive necessitatis*)⁸⁰⁾에 의해 생성된다. 대세적 의무는 강행규범에 형식(*form*)을 주는 법적 확신의 산물이다.⁸¹⁾ 이런 의미에서 강행규범은 때론 대세적 의무와 기능적 구별이 쉽지 않다. ICJ가 반복적으로 언급한 바와 같이, 국제관습법의 위반할 수 없는 원칙(*intransgressible principles*)은 본질적으로 모든 국가들이 준수해야 할 대세적 성격의 의무를 포함한다.⁸²⁾ 국제공동체 전체의 더 높은 이익으로부터 발생하는 의무와 관련하여, 그러한 의무의 존중 및 시행은 모든 국가가 국제공동체에 대해 부담하는 것이다.

그러나 모든 강행규범이 대세적 성격을 지니며 시행 가능하다 하더라도 모든 대세적 의무가 강행규범의 성격을 띠는 것은 아님에 주의하여야 한다. 예를 들어, 1949년 ICJ는 UN이라는 국제기구의 국제법적 주체성이 대세적 성격을 통해 대항 가능하며 결국 관련 기구의 회원국뿐만 아니라 비회원국을 포함한 모든 국가들 간에도 적용되는 것임을 인정하였다. ICJ는 이러한 주장을 바탕으로 개별 국제기구를 국제법상의 주체로 인정하였지만, 그렇게 함으로써 강행규범을 새로이 형성하거나 기존의 강제적 규범을 재확인함을 의도한 것은 아니었다.⁸³⁾

Fourth Report on State Responsibility, *Yearbook of ILC*(2001), Vol. II, Part One, United Nations, p.13, para.49; James Crawford, Third Report on State Responsibility, *Yearbook of ILC*(2000), Vol. II, Part One, United Nations, p.34, para.106.

76) Thomas Weatherall, *op. cit.*, pp.250-251.

77) 이성덕, “국제강행규범과 대세적 효력 원칙 개념의 비교”, 중앙법학 제13권 제3호, 중앙법학회, 2011, 399-400쪽.

78) Karl Zemanek, *op. cit.*, p.7.

79) Thomas Weatherall, *op. cit.*, p.353.

80) *opinio juris*는 ‘*opinio juris sive necessitatis*’의 약칭으로서 ‘문제가 된 행위가 법규칙에 의해 필요하다는 의견’이라는 사전적 의미를 지닌 라틴어구로 이해되고 있다(정경수, “현대 국제관습법의 형성에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2002, 132쪽).

81) Thomas Weatherall, *op. cit.*, p.353.

82) Israeli Wall 사건, *op. cit.*, p.136, para.157; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*(Nicaragua v. Unites States of America), Judgment, ICJ Reports(1986), p.14, para.218; *Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports(1951), p.15, 23;

83) *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports(1949), p.185.

강행규범이 일차적으로 국제법의 서열화를 위해 도입된 실체법적 개념이라면, 대세적 의무는 직접적으로 침해를 입지 아니한 국가도 이익을 제기할 수 있다는 점에서 양 개념은 구분된다. 대세적 의무는 모든 국제관계를 가해국 대 피해국의 1대 1의 관계로만 보던 전통국제법의 관점을 벗어나 가해국 대(對) 국제공동체 전체의 관점을 도입하기 위한 것이라는 점에서 이것은 법적(혹은 소(訴)의) 이익과 관련이 있다. 따라서 한 국가가 대세적 의무를 위반하는 경우 다른 모든 국가가 그 국가의 책임을 추궁할 수 있다.⁸⁴⁾

강행규범은 대세적 의무를 통하여 실현된다. 강행규범이 개인을 향하고 있는 규범을 포함하는 반면에 대세적 의무는 국가에 의한 그러한 규범의 시행과 관련이 있다. Furundžija 사건에서 ICTY는 “강행규범은 국제적 위계질서에서 조약법과 고유한 관습법 보다 더 높은 지위(rank)를 누리고, 반면에 대세적 의무는 국제적 시행 영역에 속한다.”⁸⁵⁾고 하였다.

3.2 대세적 의무와 민중소송

로마법에서 유래한 민중소송(*actio popularis*)⁸⁶⁾이란 개념은 시민들이 소송을 제기하는데 개인의 법적 이익을 보여줄 필요 없이 공익(public interest)을 보호하기 위하여 시민에 의해 제기되는 소송을 의미한다.⁸⁷⁾ 공동체 구성원 각자가 자신이 피해를 입었는지 여부와 관계없이 공동체의 이익을 위하여 소를 제기할 수 있는 제도를 말한다.

South West Africa 사건에서 ICJ는 법적 권리와 이익을 보호하기 위한 절차에서 그런 권리 또는 이익이 주장하는 사람들에게 명확하게 부여되어야한다고 판단하였으며, 민중소송은 현재까지 그 자체로 국제법에 알려져 있지 않다고 판결했다.⁸⁸⁾ 이후 Barcelona Traction Co. 사건의 판결에서, 당사자적격과 관련된 추론의 선상에서 대세적 의무를 언급하였고, 이는 민중소송의 존재 여부에 대한 논쟁을 촉발하는 계기가 되었다.⁸⁹⁾

84) 김대순, 국제법론 제19판, 서울: 삼영사, 2017, 121쪽.

85) Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T, para.153(1998).

86) *actio popularis*은 로마법에서 유래한 것으로 공공 질서를 위해 공중이 제기하는 소송을 의미한다.

<https://en.wikipedia.org/wiki/Actio_popularis>; *actio popularis*는 일반 대중의 이익을 위해 제3자가 제기한 소송을 의미하는 라틴어 용어이다. <<https://definitions.uslegal.com/a/actio-popularis/>>.

87) James C. Hsiung, Anarchy, Hierarchy, and Actio Popularis: An International Governance Perspective, Paper for delivery on the Panel on “Hegemony, Hierarchy and International Order,” The International Studies Association (ISA) Annual Meeting, Montreal, Canada, April 19, 2004, p.19.

88) South West Africa 사건, *op. cit.*, p.47, para.88.

*actio popularis*와 *erga omnes*의 개념은 몇 가지 측면에서 관련되어 있지만, 이 둘은 서로 구별되며 서로 독립적이다.⁹⁰⁾ 1966년 South West Africa 사건에서 ICJ는 어떤 형태의 민중소송의 존재도 명백하게 부인한 바가 있다.⁹¹⁾

East Timor 사건에서 “어떤 규범의 대세적 성격과 재판관할권에 대한 동의 규칙은 서로 다른 것”이라고 언급한 점을 들어, 대세적 의무와 민중소송은 다른 의미라고 주장하는 견해⁹²⁾가 있으나 동 판결은 대세적 의무를 언급한 것이 아니고 대세적 성격의 권리를 말한 것이기 때문에, 이를 근거로 대세적 의무가 민중소송과 다르다고 주장하는 것은 동의하기 어렵다. 도리어 두 개념은 사실상 같은 의미라고 볼 수 있다. 국내 사법제도나 국제 재판제도에서 민중소송이라는 개념을 선호하지 않는 인상이 강하다. 그러나 대세적 의무를 받아들인다면 사실상 피해국 이외의 국가에게도 소를 제기할 수 있는 당사자 적격을 인정하는 것이기 때문에 사실상 민중소송에 동일하다.⁹³⁾ Prosecute or Extradite 사건에서 ‘당사자간 대세적 의무’를 적용하여 세네갈이 이를 위반하였다고 판단하면서 ‘피해국이 아닌 국가’인 벨기에의 당사자적격을 인정한 점은 이러한 입장을 보여준 것이라고 할 수 있다. 다만 대세적 의무의 위반이 곧바로 ICJ의 재판관할권으로 연결되는 것은 아니다. 대세적 의무의 위반의 경우에도 ICJ가 재판관할권을 행사하기 위해서는 별도로 재판관할권의 요건이 충족되어야 하기 때문이다.

IV. 대세적 의무와 국가책임법

대세적 의무 개념은 국가책임법에서도 확인된다.⁹⁴⁾ 국가책임법은 대부분 2001년 ILC의 국제위법행위에 대한 국가책임초안⁹⁵⁾ 및 그에 대한 주석에서 법전화되고 발전되었다.

89) *actio popularis*에 대한 ICJ 판례의 입장 변화에 대해서는 최지현, “*actio popularis*에 대한 국제사법재판소 판례의 입장 변화 검토”, 국제법평론 제45호, 국제법평론회, 2016, 97-122쪽 참조.

90) Robert Jennings and Watts, *op. cit.*, p.5.

91) South West Africa 사건, *op. cit.* p.47, para.48; 최지현, 앞의 논문, 103쪽.

92) Maurizio Regazzi, *op. cit.*, p.212.

93) 최지현, 앞의 논문, 118-120쪽.

94) 김석현, 앞의 논문, 54쪽.

95) ILC의 2001년 ‘국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정초안’(Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)을 말하며, Report of the International Law Commission, Fifty-third session(23 April-1 June and 2 July-10 August 2001), General Assembly, Official Records, Supplement No. 10(A/56/10), p.29.

특히 국가책임초안은 대세적 의무 개념의 중추적 역할을 인정하고 있다.⁹⁶⁾ 2001년 초안은 양자적 의무와 집단적 성격의 의무를 구별하였고, 후자에는 국제공동체 전체에 대한 의무를 포함하고 있다.⁹⁷⁾ 양자적 성격의 의무는 보통 양자조약에 의해서 발생하지만 심지어 모든 당사국에게 의무를 부과하는 다자조약이나 모든 국가에게 의무를 부과하는 국제관습법에서도 양자적 성격의 의무가 발생한다.⁹⁸⁾ 예를 들면 외교관계에 관한 비엔나협약 제22조가 이러한 사례에 해당한다. 외교사절의 공관지역(premises)을 보호할 의무는 개별적인 접수국이 개별적인 파견국에 대하여 부담하는 것이다.⁹⁹⁾

ILC는 초안에서 책임의 추궁을 규율하는 규칙을 담아 Barcelona Traction Co.판결에서 언급한 대세적 의무에 대한 현대적인 접근방법으로 국가책임이 더 이상 양국 간의 쌍무관계로 축소될 수 없다는 점을 특히 명확히 하였다.¹⁰⁰⁾ 그러나 국가책임초안에는 직접적으로 대세적 의무라는 표현은 사용하고 있지 않다.

국가책임초안 제48조 제1항에는 피해국 이외의 어떠한 국가라도 위반국에 책임을 추궁할 수 있는 경우를 두 가지 범주로 나누어 규정하고 있다. 하나는, 위반된 의무가 책임을 추궁하는 국가를 포함한 ‘국가들의 집단’(a group of States)에 대하여 부담하는 것이고, 그 의무가 그 국가집단의 집단적 이익의 보호를 위해 수립된 경우이고,¹⁰¹⁾ 또 다른 하나는, 위반된 의무가 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 것일 경우이다.¹⁰²⁾ 전자를 ‘당사자간 대세적 의무’(obligations *erga omnes partes*)라고도 하며,¹⁰³⁾ 후자가 Barcelona Traction Co.사건에서 언급한 대세적 의무에 해당한다.¹⁰⁴⁾ 후자가 본래의 의미에서의 대세적 의무이며 한 국가가 국제공동체 전체에 대하여 부담하는 의무를 말하는 반면에 전자는 국가가 국제공동체 전체 대해서가 아니라 단지 특정제체(예를 들면, 다자조약)의 모든 당사자에 대하여 부담하고 있는 의무를 말한다.¹⁰⁵⁾ ‘당사자간 대세적 의

et seq.(이하 ILC Report(2001)로 약칭함).

96) ILC 국가책임초안 제3부는 대세적 의무 위반으로 인한 법적 결과를 규정하고 있으며, 그러한 위반으로 영향을 입은 국가의 지위를 정의하고 있다.

97) 국가책임초안 제42조와 제48조 참조: James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p.257.

98) *Ibid.*, p.257.

99) *Ibid.*, pp.257-258.

100) ILC 국가책임초안 제1조 주석(commentary) para.4.

101) ILC 국가책임초안 제48조 제1항(a).

102) ILC 국가책임초안 제48조 제1항(b).

103) ILC Report(2001), *op. cit.*, p.321.

104) ILC Report(2001), *op. cit.*, p.321.

무'(obligations *erga omnes partes*)의 구체적인 사례는 특히 국제인권조약들 속에 나타난다.¹⁰⁶⁾ 국제인권조약에서 나오는 의무는 다른 당사국들에 대하여 당사자간 대세적 효력(*erga omnes partes effect*)을 가질 뿐만 아니라 그러한 의무가 국제관습법으로 인정된 경우에는 대세적 효력(*erga omnes effect*)을 가진다.¹⁰⁷⁾ 최근에는 ICJ도 Prosecute or Extradite 사건에서 이와 같이 대세적 의무와 구별하여 당사자간 대세적 의무를 적용하였다.¹⁰⁸⁾ Prosecute or Extradite 사건에서 ICJ는 기존의 의미보다 훨씬 더 포괄적인 의미로, 당사자간 대세적 의무를 도입한 것이다. 앞으로 ICJ의 이러한 새로운 접근법은 국제법, 특히 국제인권법에서 언급되고 확장될 것이다.

V. 대세적 의무에 대한 평가와 발전 전망

앞에서 살펴본 바와 같이 대세적 의무의 존재에 대한 국제적 합의는 분명하다. 다만 대세적 의무의 이행을 확보하기 위한 절차 또는 방법은 현재 미흡한 상태이다. 대세적 의무가 ICJ에 의해 반복적으로 인정되었음에도 실제 효과는 아직 발전해야 할 국제법의 영역으로 여전히 남아 있다. 특히 대세적 의무의 이행에 있어 일반적인 법적 이익의 범위와 결과 등에 대한 논의가 더 진행되어야 한다.¹⁰⁹⁾

또한 국가가 국제공동체에 대하여 부담하는 이러한 의무들은 1차적으로 사법(司法)과정에서 판결에 의해 확인되어야 하는데,¹¹⁰⁾ 특히 ICJ 판결에서 그러한 의무의 적용은 그 동안 그렇게 적극적이고 활발하게 반영되지 않았다. 국제공동체의 공통 이익에 해를 입히는 국가에 대해 압력을 발휘할 수 있는 1차적인 방법은 주로 모든 국가에게 강제적인 의무를 부과하여 이를 위반하지 않도록 하거나 또는 그러한 침해행위로 이득을 추구하지 못하도록 하는 것이다.¹¹¹⁾ East Timor 사건은 이러한 점을 확인해 줄 수 있었던 좋은

105) 김대순, 앞의 책, 688-689쪽.

106) Erika de Wet, *op. cit.*, p.554.

107) James Crawford, *op. cit.*, pp.277-278; Human Rights Committee, General Comment No.31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 of 26 May 2004, para.2.

108) Prosecute or Extradite 사건, *op. cit.*, pp.449-450, para.68.

109) Thomas Weatherall, *op. cit.*, p.354.

110) 대세적 의무의 확인은 주로 사법(司法) 과정에서 인용됨으로써 비로소 가능하다는 주장으로는 Christian J. Tams, *op. cit.*, p.157.

111) East Timor 사건, *op. cit.*, p.172.

기회이었다. 그러나 ICJ는 이런 기회를 충분히 살리지 않고 소극적인 판결을 했다.¹¹²⁾

Barcelona Traction Co. 판결에서 대세적 의무는 인간의 기본적 권리에 관한 원칙과 규칙에서 연유할 수 있다고 언급한 점을 주목할 필요가 있다. Ragazzi는 인권이 이러한 새로운 의무의 가장 큰 원천이 될 것이라고 강조한다. 그는 국제환경법이나 국제개발법도 역시 검토하기는 했지만 특히 국제인권법을 대세적 의무 개념을 위한 분야로 생각하였다.¹¹³⁾ 반면에 ICJ는 강행규범과 관련이 있는 대세적 의무를 추가적으로 인정하기를 꺼렸다.

대세적 의무는 전통적 국제법을 지배하는 양자주의와 국가의 편협한 관심사를 초월하는 공동체적 근본 가치 및 이익의 보호에 필수적인 공통의 핵심 규범을 반영하고 있다.¹¹⁴⁾ 라틴어 ‘*erga omnes*’는 법에 기반한 가치 중심적 국제공공질서의 출현에 대한 믿음을 공유하는 사람들의 합창과 같다.

그런데 종종 현실은 그렇게 명확하지 않고 그렇게 밝지도 않다. 법적 개념으로서 대세적 의무의 관련성이 무엇이든, 그것은 실제로 실현되어야 한다. 폴 포트의 캄보디아 또는 1994년 르완다에서의 제노사이드 등의 사례와 같은 인도적 대참사에 효과적으로 대응하는데 실패한 국제사회는 근본적인 핵심 가치에 대한 엄숙한 선언을 공허하게 만들었다.¹¹⁵⁾ Simma는 “현실 세계에서 본다면, 대세적 의무의 세계는 여전히 ‘존재’가 아니라 ‘당위’의 세계이다”라고 실망감을 표현하였다.¹¹⁶⁾ 그런가 하면 회의론도 존재한다. 대표적인 회의론은 대세적 의무가 아직은 현실의 세계로 들어가지 않은 상태라는 것이다.¹¹⁷⁾ 반대로 대세적 의무 개념은 완전히 확립되었고, 이행되어야 할 모든 것이 실제로 잘 이루어지고 있다는 평가도 있다. 그런데 이러한 평가가 정확하다면 추가적인 법적 분석이 불필요하며 정치적 약속 및 행동으로 대체되어야 한다. 그러나 이것은 정확하지 않다. 대세성 개념과 관련하여 제기되는 문제가 이행 문제, 또는 존재와 당위(Sein과

112) 강행규범이나 대세적 의무를 위반하는 경우에는 Monetary Gold 원칙, 즉 필요적 제3당사자 원칙(doctrine of absent or indispensable third parties)의 적용을 배제해야 한다는 주장에 관해서는 Peter D. Coffmann, *op. cit.*, pp.306-309 참조.

113) M. Ragazzi, *op. cit.*, pp.135-141.

114) Christian J. Tams, *op. cit.*, p.3.

115) Christian J. Tams, *op. cit.*, p.3.

116) Bruno Simma, “Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations *Erga Omnes*?”, in Jost Delbrück(ed.), *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios -New Law?*, Duncker & Humblot, 1993, p.125.

117) Arnold Pronto and Sir Michael Wood, *The International Law Commission 1999-2009*, Volume IV: Treaties, Final Draft Articles, and Other Materials, Oxford: Oxford University Press, 2010, p.624.

Sollen) 사이의 차이로 축소될 수 없다. 풍부한 분석과 다수의 엄숙한 판결문에도 불구하고 일부 논평가들은 가장 근본적인 문제에 대하여 계속 반대하고 있다. ICJ의 판례를 검토한 Thirlway는, Barcelona Traction Co.사건의 부수적 의견이 “의미 없는 몸짓”(an empty gesture)¹¹⁸⁾에 불과한 것이 아닌지 의심한다. Rubin은 대세성(erga omnes) 개념의 범위에 대한 합의가 없으며, 그 상태에서 흘러나오는 법적 결과는 불분명하다고 주장한다.¹¹⁹⁾

Barcelona Traction Co.사건 이후 오랜 세월이 지났지만 여전히 대세적 의무는 매우 신비한(mysterious) 상태로 남아 있다고 비판하는 견해도 있다.¹²⁰⁾ 이러한 논쟁을 감안할 때, 그 이행 방법이나 절차가 미비한 점은 우연이 아니다. 물론, 초기의 연구와 관심은 주로 대세적 의무의 개념에 중점을 두었다. 이제는 대세적 의무의 이행 및 집행에 관한 문제에도 지속적인 연구와 관심이 진행되어야 할 것이다. 이런 측면에서 보면, 2012년의 Prosecute or Extradite 사건에서 ICJ가 ‘당사자간 대세적 의무’를 적용하여 직접적인 피해국 이외의 당사자적격을 인정한 새로운 접근법은 시사하는 바가 크다. 특히 국제인권법 분야에서는 대세적 의무가 더 적극적으로 활용될 것으로 생각한다.

VI. 결론

국제사회의 변화를 들여다보면 국제법 규범체계에도 큰 변화가 있음을 알 수 있다. 전통적인 규범체계 구조 하에서 국가의 모든 의무는 국가들이 동의하는 경우에만 인정되었다. 국제관계의 변화와 국가 주권 개념의 변혁은 지난날의 전통적 의무의 구조에도 변화를 가져왔다. 이제는 국가들이 어떠한 동의 없이도 의무를 부담하게 되는 경우가 인정된 것이다. 국제법 및 국제관계에서 가장 중요한 원칙 중의 하나가 국가 동의 원칙이다. 대세적 의무는 이러한 원칙의 변화를 보여주는 것이다. 대세적 의무는 바로 그 성질로 말미암아 국가의사주의와 국가주권에 영향을 미친다.

그런데 대세적 의무라는 여전히 존재하는 개념적 혼란에 놓여 있고 이로 인해 그

118) H. Thirlway, *op. cit.*, p.100.

119) Alfred P. Rubin, *The Law of Piracy*, University Press of the Pacific, 2006, p.172.

120) I. Brownlie and Commonwealth Secretariat, *The Human Right to Development: Study Prepared for the Commonwealth Secretariat*, Commonwealth Secretariat, 1989, p.71.

의미가 국제법 영역에서 충분히 적용되지 못하고 있다. 그러나 대세적 의무는 개별적인 주권 국가들에 의한 분권적 질서 내에서 국제공동체의 근본 가치를 실현시키고자하는 열망이 반영된 것이다. 대세적 의무는 아직도 다소 모호한 부분이 존재하고 그래서 논쟁의 여지가 있지만 분명한 것은 법적 효과가 없는 법적 허구는 아니며, 여전히 국제법의 발전에 관한 논의를 이끌 수 있는 개념으로 기능을 수행할 수 있을 것으로 확신한다.

대세적 의무 개념은 국제법 구조의 변화에 매우 중요하다. 왜냐하면 오늘날의 국제사회는 원칙적으로 법적인 관계가 독립적인 실체들로 구성되어 있고, 이들 간의 법적 관계는 동의를 기초로 이루어지는데, 대세적 의무는 동의에 근거한 국가간의 상호주의 관계를 넘어서서 자연법론적 접근에 기초하여 국제법의 발전을 가능하게 할 수 있기 때문이다. 이러한 대세적 의무는 국제법 규범체계의 변화를 가져오고 광범위한 영향을 미칠 수 있다.

대세적 의무의 등장은 전통적인 국가책임체제에도 변화를 필연적으로 가져올 수밖에 없다. 대세적 의무는 가해국(의무위반국) 대(對) 피해국이라는 양자적 관계를 기반으로 하는 전통적인 국가책임체제의 토대를 흔드는 것으로 피해국이 아닌 제3국도 소(訴)의 이익, 즉 당사자적격을 갖게 되어 국제청구를 제기할 수 있다. 이러한 현상에 대해 국제법 규범체계의 혼란 및 그 기능의 왜곡을 가져올 수 있다고 비판하는 견해도 있지만 대부분의 학자들은 대세적 의무의 기능을 긍정적으로 전망하였으며, 국제인권법분야이기는 하지만 최근의 국제판례도 대세적 의무(특히, ‘당사자간 대세적 의무’)를 승인하는 등 국제법의 구속력의 근거가 반드시 해당 국가의 동의에 기초하는 것은 아니라는 주장에 힘을 실어주기 시작하였다.

국제법을 통해서 실현하고자 하는 국제공동체의 근본적 가치, 즉 핵심적 가치를 보호하기 위해 그 이행에 모든 국가가 법적 이익을 갖는 의무가 확보되고 실현되어야 한다. 이에 대세적 의무가 국제공동체에 확고하게 지위를 확보하고 실질적 이행을 위한 절차 또는 방법이 마련되어야 할 당위성이 있다. 또한 대세적 의무 앞에는 그 개념을 더 객관화하는 방법을 모색하고 그 개념적 구조에 영향을 주는 일련의 요소들을 명확히 하는 작업이 국제법학자와 국제재판소의 과제로 남아 있다.

참고문헌

1. 단행본

김대순, 국제법론 제19판, 서울: 삼영사, 2017.

김석현, 국제법상 국가책임, 서울: 삼영사, 2007.

Alfred P. Rubin, *The Law of Piracy*, University Press of the Pacific, 2006.

Arnold, Pronto, and Sir Michael Wood, *The International Law Commission 1999-2009, Volume IV: Treaties, Final Draft Articles, and Other Materials*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

Christine D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987.

Christian J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Ian, Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford: Oxford Univ. Press, 2008.

Ian, Brownlie, and Commonwealth Secretariat, *The Human Right to Development: Study Prepared for the Commonwealth Secretariat*, Commonwealth Secretariat, 1989.

James, Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002.

Lazar, Emanuel, *Latin for lawyers: The Language of the Law*, New York: Aspen Publishers, 1999, p.186.

Maurizio, Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*. Oxford University Press. 1997.

Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge : Cambridge Univ. Press, 2008.

Mohammed, Shahabudeen, *Precedent in the World Court*. Cambridge University Press, 1997.

Oscar, Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1991.

Robert Y. Jennings, and Sir Arthur Watts(eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Volume I, Peace: Introduction and Part I. Longman, 1992.

Thomas, Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge Univ.

Press, 2015.

2. 논문

- 김대순, “대세적 의무 개념에 관한 연구”, 국제법학회논총 제16권 제2호, 연세대 법학연구원, 2006, 1-27쪽.
- 김석현, “국제법상 대세적 권리 · 의무의 확립”, 국제법학회논총 제47권 제3호, 대한국제법학회, 2002, 49-75쪽.
- 이성덕, “국제강행규범과 대세적 효력 원칙 개념의 비교”, 중앙법학 제13권 제3호, 중앙법학회, 2011, 379-409쪽.
- 정경수, “현대 국제관습법의 형성에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2002.
- 최지현, “actio popularis에 대한 국제사법재판소 판례의 입장 변화 검토”, 국제법평론 제45호, 국제법평론회, 2016, 97-123쪽.
- Ardit, Memeti, and Bekim Nuhija, “The concept of *erga omnes* obligations in international law”, *New Balkan Politics*, Issue 14, Independent and Non-Profit Organisation, 2013.
- Bruno, Simma, “Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations *Erga Omnes*?”, in Jost Delbrück(ed.), *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios –New Law?*, Duncker & Humblot, 1993.
- Claudia, Annacker, “The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law”, *Austrian Journal of Public and International Law*, Vol.46, Springer-Verlag, 1994.
- Erika de Wet, “Jus Cogens and Obligation *Erga Omnes*”, Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook on Human Rights*, Oxford University Press, 2013.
- F.A., Mann, “The Doctrine of Jus Cogens in International Law”, in H. Ehmke *et al.* (eds.), *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70 Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973.
- Hosseini, Sartipi, and Ali Reza Hojatzadeh, “The Innovation in Concept of the *Erga-Omnisation* of International Law”, *International Journal of Humanities & Social Science Studies*, Volume II, Issue II, Center for Promoting Ideas, September

2015.

Karl, Zemanek, “New Trends in the Enforcement of *erga omnes* Obligation”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.4, Hague: Kluwer Law International, 2000.

M. Cherif, Bassiouni, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, Vol.59, No.4, Duke University Press, 1996.

Peter D., Coffmann, “Obligation *Erga Omnes* and the Absent Third State”, *German Yearbook of International Law*, Vol.39, Duncker & Humblot, 1996.

Prosper, Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, Cambridge University Press, Vol.77, 1983.

Stephen, McCaffrey, “*Lex Lata* or the Continuum of State Responsibility”, in Joseph H.H. Weiler, Antonio Cassese, Marina Spinedi (eds.), *International Crimes of States: A Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, New York: De Gruyter, 1989.

3. 국제 판례

미주인권재판소, Velásquez-Rodríguez v. Honduras, IACtHR Series C No.4(1988)
Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement, ICJ Reports(2007).

Armed Activities on the Territory of the Congo(New Application: 2002)(Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Judgement, ICJ Reports(2006).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Case(Belgium v. Spain), Judgement(Second Phase), ICJ Reports(1970).

Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo(Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgement, ICJ Reports(2005).

Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua(Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports(1986).

Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports(1979).

East Timor case (Portugal v. Australia), Judgment, ICJ Reports(1995).

ICTY, Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T(1998).

ICTY, Prosecutor v. Zoran Kuprešić and others, (IT-95-16-T)(2000).

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276(1970), Advisory Opinion, ICJ Reports(1971).

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports(2004).

Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Judgment, ICJ Reports(1954).

Nuclear Tests case(Australia/France; New Zealand/France), Application by Fiji for Permission to Intervene, Orders of 20 December 1974, ICJ Reports(1974).

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite(Belgium v. Senegal), Judgement, ICJ Reports(2012).

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports(1949).

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports(1951).

South West Africa case(Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase, Judgment, ICJ Reports(1966).

4. 보고서 등

Gaetano Arangio-Ruiz, Fourth Report on State Responsibility, *Yearbook of ILC*, Vol. II, Part One, United nations, 1992.

James Crawford, Fourth Report on State Responsibility, *Yearbook of ILC*, Vol. II, Part One, United nations, 2001.

Roberto Ago, Fifth Report on State Responsibility, *Yearbook of the ILC*, Vol. II, Part One, United nations, 1976.

W. Riphagen, Second Report on the Content, Forms and Degrees of International Responsibility, *Yearbook of the ILC*, Vol. II, Part One, United nations, 1981.

[Abstract]

A Study on Obligations *Erga Omnes* in International Law

Park, Byung-Do*

In international law, the concept of obligations *erga omnes* means “the obligations of a state towards the international community as a whole.” In its dictum on the Barcelona Traction case(Belgium v. Spain)(1970), the concept of obligations *erga omnes* in international law was first articulated by ICJ and has been reiterated on numerous cases. The obligations *erga omnes* are obligations towards the international community as a whole, with the consequence that each and every member of the international community has a “legal interest” in their observance and consequently a legal entitlement to demand respect for such obligations. According to the judgement in the Barcelona Traction Co. case, all states have legal interests in the protection of the rights involved. This legal interest in fulfillment of the obligations to the international community departs from bilateralism that traditionally characterizes obligations in international law.

The judgement in the Barcelona Traction Co. case is stated in regard to obligations *erga omnes* in the line of reasoning related to *jus standi*, and this raises the issue of the existence of *actio popularis* in international law. And the concept of obligations *erga omnes* closely related to *jus cogens*. The Barcelona Traction Co. case do not give bases for a pronouncement as the one that the ICJ made on the obligations *erga omnes* and the impact it produced. The obligations *erga omnes* concern the enforcement of *jus cogens*. All *jus cogens* create obligations *erga omnes*, but not all obligations *erga omnes* derive from *jus cogens*. The obligations *erga omnes* are virtually coextensive with *jus cogens*.

The ICJ, in its 2012 judgment in the Belgium v. Senegal case, innovated obligations *erga omnes partes* in much more comprehension than the old meaning. Now and at the future, the new approach of ICJ would be referred and expanded in International law and international human rights law.

* Professor of School of Law, Konkuk University

This article will try to shed some light on obligation *erga omnes* concept by analysing its meaning in international law, starting from its appearance, consequent development and its position at the present time.

In this paper, I examine various definition considering characteristics and functions, and examine the international precedents related to the obligations *erga omnes* concept. I also analyses the relationship between the implementation of the obligations *erga omnes* and the State responsibility law. and I want to view the development of the obligations *erga omnes*.

[Key Words] obligation *erga omnes*, *jus cogens*, legal interest, Barcelona Traction Co. case, *actio popularis*, *jus standi*, obligations *erga omnes partes*