

韓國의 國際法關聯 慣行

- 그 評價와 展望 -

文 俊 朝*

차 례

- I. 序 論
- II. 現行 憲法の 國際法關聯 條項
- III. 우리 나라의 條約締結 慣行
- IV. 行政府의 國際法關聯 慣行
- V. 司法府의 國際法適用 慣行
- VI. 結 論

* 韓國法制研究院 研究委員, 法學博士

I. 序 論

國際法이 우리의 法律生活에서 어느 정도나 영향을 미치고 있으며, 行政府 및 司法府에서 어떻게 적용되어 왔는가를 검토하여 보는 것은 國際法の 國內的 施行과 관련하여 대단히 중요한 일이 아닐 수 없다. 또한 그 동안 國際法이 우리의 法律問題들을 해결하는데 어느 정도로 기여하였으며 제대로 적용되었는가는 國民의 法生活에서 그리고 對外關係에서 國際法이 갖는 중요한 役割을 인식하는 데에 시금석이 될 것이다.

이러한 省察과 解釋作業이 부단히 이루어져야 비로소 國際法學의 발전이 있을 수 있다. 오늘날 國際化時代라는 말이 대변해주듯이 우리 주변에서 발생하는 많은 일들이 國際法과 직·간접적으로 관계되어 있다는 점에서 立法·司法·行政이 國際法과 무관한 것처럼 생각해 버리는 二元的·圖式的인 사고는 타당하지 않다고 할 것이다. 國際法과 國內法の 연계는 立法過程이나 國內法の 解釋에만 그치지 아니한다. 더 나아가 國家의 중요 政策代案의 法的 妥當性評價와 法曹實務에서도 國際法은 그 중요성을 더해 가고 있다. 이 論文에서는 과연 우리 나라가 1948년 大韓民國 政府樹立이후 몇 가지 國際法的 問題에 대해 어떻게 대처해 왔으며 國際法이 적용되어 온 過程과 그 結果에 대한 檢證作業을 하고자 한다. 여기에서는 條約의 締結 및 行政府와 司法府의 法適用과 관련된 대표적인 國際法的 사례 몇 가지를 中心으로 집중적으로 논급하기로 한다.

II. 現行 憲法の 國際法關聯 條項

憲法の 國際法關係條項은 統治構造 및 基本權과 같은 핵심적인 문제에 비하면 지엽적인 것에 불과할지도 모른다. 이러한 認識으로 인해 빚어진 것인지도 모르지만 憲法上的 國際法 關聯用語의 不適切性에 대하여는 많은 지적이 있어 왔다. 우리 憲法 제6조제1항은 國際法の 國內的 適用과 관련하여 『憲法에 의하여 체결·公布된 條約과 일반적으로 승인된 國際法規는 國內法과 同一한 效力을 가진다.』, 同 제2항은 『外國人은 國際法과 條約에 정하는 바에 의하여 그 地位가 보장된다.』라고 표현하고 있다. 주지하다시피 國際法の 法源은 條約과 國際慣習法이다. 현재에도 國際慣習法の 存在意義에는 변함이 없지만 國際慣

習法の 成文化作業의 진척과 適用法規의 立證의 難易度의 차이 때문에 條約의 比重이 커가고 있는 것이 사실이다. 그러나 國際法에는 條約에 명시된 규정내용 이외에도 國際慣習法으로 적용되고 있는 많은 國際法の 原則과 法規가 포함되는 것이다.

그런데 外國人의 法的 地位와 處遇에 관한 『國際法과 條約이 정한 바에 의하여』라는 표현은 부분적으로는 同義語 反復이라는 점에서 國際法の 基礎理論에도 반한다고 할 수 있으며, 따라서 『國際法이 정하는 바에 의하여』라거나 『條約과 國際慣習法에 정하는 바에 의하여』라는 표현이 타당하였을 것이다. 더욱이 이러한 규정은 『憲法에 의하여 체결·公布된 條約과 일반적으로 승인된 國際法規는 國內法과 동일한 효력을 가진다』는 같은 條의 제1항과도 맞지 아니한다. 이 제1항은 國際法の 國內의 效力을 규정한 것으로 여기에서 말하는 일반적으로 승인된 國際法規는 원칙적으로 一般國際慣習法을 말한다. 國際慣習法이라 할 때에도 地域國際慣習法 또는 特別國際慣習法이 있을 수 있으나, 이러한 國際慣習法이 반드시 일반적으로 승인된 것으로만 볼 수는 없을 것이기 때문에 이러한 國際慣習法은 여기에서 제외된다. 또한 立法的인 性質의 多者條約에도 단순히 國際慣習法의 내용을 확인한데 불과한 宣言的 規定이 있을 수 있으나, 우리 나라가 가입하지 아니한 條約인 한 그 條約의 적용을 받지 아니한다.

왜냐하면 條約은 原則적으로 當事國에 대해서만 效力을 미치기 때문이다. 이 점은 條約法에 관한 비엔나協約의 규정에 비추어 보아도 명백하다. 다만 문제의 宣言的 規定內容은 國際慣習法으로서의 效力을 갖기 때문에 우리가 당해 條約의 非當事國이라 할지라도 그 한도내에서는 구속을 받게 된다. 결국 條約과 일반적으로 승인된 國際法規라 함은 國際法을 의미한다고 할 수 있다. 그렇다면 같은 憲法이고 같은 조문에서 國際法을 이야기하는데 한쪽으로는 條約과 일반적으로 승인된 國際法規라는 표현을 사용하고 다른 한편으로는 國際法과 條約이라고 표현한 것은 크게 잘못된 것이라 할 것이다.

한편, 憲法 前文은 平和愛護의 傳統과 恒久的인 世界平和를 언급하고 제5조 제1항은 國際平和의 維持에 노력하고 侵略戰爭을 부인한다고 규정하고 있는데 반해 제73조에서는 宣戰布告라는 용어가 사용되고 있다. 이러한 용어는 現代國際法이 원칙적으로 戰爭을 禁止하고 있을 뿐만 아니라 앞서 언급한 國際平和主義 精神을 규정한 조항과도 배치된다. 現代國際法은 自衛權의 行使를 武

力使用의 유일한 정당화 사유로 들고 있으며 앞서 언급한 憲法 규정의 정신과 취지를 보더라도 戰爭의 開始를 먼저 선언하는 宣戰布告에 관한 규정을 憲法에 두어서는 안될 것이라고 생각된다.

1907년 戰爭開始에 관한 헤이그條約은 開戰의 節次로서 이유를 붙인 開戰宣言이나 條件附開戰宣言을 포함한 最後通牒이라는 두 가지 방식만을 인정하였으나 이 條約은 總加入條項에 따라 交戰國 중에 어느 한 나라라도 이 條約의 非當事國인 한 條約當事國間에도 적용되지 아니한다. 한편 國際慣習法上 默示的 開戰도 허용된다. 그리하여 현재는 宣戰布告 없는 전쟁, 즉 國際法上의 표현을 빌면, 宣言되지 아니한 戰爭이 행하여지게 되었다. 이러한 사실에 주목하여 이에 宣戰布告의 存在意義는 소멸되었다고까지 말하는 사람도 있다. 宣傳布告條項을 삭제하는 것이 우리 나라의 상황에 비추어 다소의 문제가 있는 것인지는 모르지만 적어도 오늘날의 國際法의 現實을 고려한다면 바람직하다고 할 것이다.

우리 憲法과 유사하게 宣戰과 講和라는 표현을 두고 있는 국가들로서는 中南美國家들과 中華民國이 있다. 그러나 이스라엘과 같이 이에 관한 규정을 아예 두지 아니하는 극단적인 경우도 있지만 이탈리아나 네덜란드와 같이 戰爭狀態의 宣言이라는 표현 등을 사용함으로써 宣戰布告라는 용어를 가급적 피하려는 경향을 보여왔다. 페루나 볼리비아의 예에서 볼 수 있듯이 국가의 對內外的 安全의 保障을 大統領의 權限인 동시에 義務로 명시한 조항을 두거나 베네수엘라처럼 國際的 非常時에 國防과 領土의 保全 및 主權의 保衛를 위하여 필요한 조치를 취할 수 있는 權限과 그러한 責務를 규정하고 있는 나라도 있다. 또한 덴마크와 같이 國家와 自國軍隊에 대한 공격이 있을 때에 이에 대한 防衛目的의 軍事力 使用만이 허용된다고 명시하고 있는 예도 있다. 폴란드의 경우와 같이 武力攻擊이 발생하였거나 條約의 規定에 따라 침략에 대한 共同防衛가 필요한 때에 한하여 戰爭狀態의 선언을 할 수 있도록 한 헌법도 있다. 강화라고 하는 데에도 문제는 없지 않다. 講和라는 용어가 講和條約의 체결을 뜻하는 것이라면 그 권한은 條約締結權의 範圍에 포함된다.

다음은 統一에 대비한 條項의 必要性에 대하여 검토하여 보기로 한다. 우리나라는 統一이라는 민족적 과제를 안고 있으므로 이에 대비한 國際法 關係條項도 필요하다고 할 수 있다. 그 대표적인 예가 南北韓의 國際法上의 權利와 義務에 대한 統一韓國의 承繼에 관한 조항이다. 條約에 있어서의 國家承繼에

관한 비엔나協約이나 國有財産과 公文書 및 對外債務에 있어서의 國家承繼에 관한 비엔나協約이 예정하고 있는 사안별 유형이 모두 하나같이 分斷國의 統一에는 적용될 수 없는 것이다.¹⁾ 따라서 統一에 대비하는 헌법에 있어서는 이에 관한 조항을 반드시 명시하여야 할 것이다.

Ⅲ. 우리 나라의 條約締結 慣行

우리 나라의 大統領은 憲法 第66條에 따라 國家元首로서 外國에 대하여 國家를 대표하며 또 行政首班이다. 또한, 憲法 第73條에 의하여 條約을 締結·批准하므로 憲法上的 명실공히 條約締結權者이다. 그러나, 이러한 條約締結權은 어느 때에도 大統領에 의하여 직접 행사되고 있는 것은 아니다. 外交通商部長官 등은 法律에 의하여 전권위임없이 條約에 署名할 수 있다. 政府組織法 第29條에 따라 “外交通商部長官은 外交, 外國과의 通商, 條約 기타 國際協定, 在外國民의 保護와 敎導·國際事情 調査 및 移民에 관한 事務를 掌理”하며, “政府代表및特別使節의任命과權限에關한法律” 第3條에 따라 政府를 대표하여 外國政府와 交渉하거나 國際會議에 참석하고 大統領의 全權委任없이 條約에 署名하는 權限을 가진다. 따라서 外交通商部長官의 署名은 條約締結에 대한 우리나라의 最終的 意思가 된다. 그러나 行政의으로는, 중요한 條約이나 國際協定을 外交通商部長官이 署名할 경우 大統領의 裁可를 미리 얻는 것이 慣例이다. 중요하지 않은 象徴的 內容의 條約으로 時間的 餘裕가 없을 때에는 署名後 大統領의 裁可를 받는 경우도 있다.

國務總理의 署名權에 대하여는 現行法上 授權規定이 없으나²⁾ 外交通商部長官이 法律上 大統領의 全權委任없이 條約에 署名할 權限이 있다는 점과 行政의 合目的性에 비추어 볼때, 國務總理도 大統領의 全權委任없이 條約에 署名할 權限이 있는 것으로 보는 것이 우리나라 行政慣例이다.³⁾ 다만, 문제를 명확하게 하기 위하여 필요한 경우에는 關係法令을 改正하는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다. 在外公館의 長은 上記 政府代表및特別使節의任命과權限에關한法

1) 이 점에 대하여는 張孝相, “統一과 國家相續”, 韓國國際法學의 諸問題, (博英社, 1986) pp.101~112, 참조.

2) 行政組織法 제15조(國務總理의 行政監督權)는 “國務總理는 大統領의 命을 받아 各 中央行政機關의 장을 指揮監督한다”라고 규정하고 있을 뿐이다.

3) 條約業務處理指針, (外務部, 1985), p.45.

律 第4條에 따라 大統領의 全權委任없이도 信任狀을 接受한 外國政府 또는 國際機構와 交渉하는 權限을 가진다. 그러나 關係法律에 의한 授權節次 없이는 條約에 署名하는 政府代表가 될 수 없음은 말할 필요도 없다. 한편 財政經濟部長官은 外國人投資및外資導入에 관한法律 第26條第1項에 따라 國會議決을 얻은 公共借款導入에 관한 公共借款協約을 締結할 權限을 가진다.

國內的인 節次에 대하여 보면, 條約業務一般에 관한 사항은 外交通商部長官이 이를 掌理하게 되어 있다. 條約締結과 관련된 通商的인 事務節次는 다음과 같다. 먼저, 條約締結에 관한 政策決定過程은 다음과 같다. 外交通商部內 地域局 또는 機能局에서 特定局과 特定條約을 締結하기 위하여 上部에 建議書를 上申할때 반드시 國際機構條約局的 협조를 받도록 한다. 그러나 條約內容의 특수성과 전문성으로 인하여 他局이 처리하기에 적절치 못한 條約에 대해서는 國際機構條約국이 직접 上部에 建議書를 上申하되 關係局과 事前에 협조하여야 한다. 이러한 類型의 條約으로서는 特權免除協約, 海洋法協約, 條約法協約, 外交關係協約, 軍縮關係協約, 人道法 關係協約, 外氣圈關係協約, 戰時法關係協約, 北極 및 南極關係協約 등이라 할 수 있다. 이러한 政策決定過程을 거친 후에는 條約案作成(Drafting)을 하게 된다. 兩者條約의 경우 相對國에 제시할 우리측 草案 또는 相對國으로부터 接受한 草案에 대하여 關係部處와 協議後 우리측 意見を 확정하기전에 關係局은 書面(調整文)으로 國際機構 條約局的 의견을 照會하여야 한다. 國際機構條約局에서는 그 내용이 條約으로 취급하는 것이 적절한 것인지, 國際法上 適法한 내용인지, 어떠한 형태를 취하는 것이 적절한지(예: 覺書交換으로 할 것인지 協定으로 할 것인지 등), 他 條約과 相衝하거나 均衡이 맞는 것인지, 國內法에 抵觸되지 않는지(예: 特權·免除 賦與程度), 적절한 用語를 사용하고 있는지, 條約文의 形式(formality)을 갖추고 있는지 등을 심사한다. 多者條約의 경우에는 關係局 및 關係部署와 協議하여 이미 제출된 草案에 대한 審査를 행하고 改正案 등을 준비한다. 條約의 實質的인 내용(subject matter)에 관하여는 關係局이 關係部署와 協議한다.⁴⁾

이와 같이 조약문안이 작성되고 나면 法制處에 審査를 依賴하게 된다. 外交通商部는 條約案을 國務會議에 上程하기 전에 政府組織法 第24條(法制處) 및 法制處職制 第1條(職務)에 따라 條約案을 法制處에 송부하여(條約案 및 그 國語 翻譯本 각 2부) 그 심사를 요청한다. 法制處는 條約案의 既存 國內法規와

4) *Ibid.*, p.48.

의 抵觸與否 또는 그 國內의 施行을 위하여 새로운 立法措置를 要하는지등의 與否를 심사한다. 한편 法制處는 條約案의 國會同意 必要與否에 대한 의견도 제시할수 있으며, 이러한 의견을 參照하여 外交通商部長官은 同意 必要與否를 판단한다.⁵⁾ 外交通商部는 法制處審査가 끝난 條約案을 國務會議에 上程하도록 필요한 조치를 취한다. 條約案은 憲法 第89條에 의하여 國務會議의 審議를 거쳐야 한다. 國務會議에 上程하기 위한 節次로서 國務會議 開催日전에 개최되는 次官會議에 上程한다. 條約의 내용이 專門的이고 技術的인 사항인 경우 關係部處長官과 공동으로 同 조약을 上程할 수도 있다. 한편, 우리 나라의 경우, 國務會議의 審議를 거친 條約案에 대한 大統領의 裁可가 나게 되면 條約締結을 위한 國內節次가 완료된다.

그러나 憲法 第60條第1項에 따라 國會가 同意權을 갖는 條約案에 대하여는 國會의 同意를 받아야 한다. 國會의 同意를 받아야 하는 條約의 경우에는, 國會對策上 同 案件을 國務會議에 上程하기 전에 또는 그 후에 政務 第1長官과 協議한다. 國會同意를 요청하는 公文은 大統領의 職印을 捺印하고 國務總理와 國務委員인 外交通商部長官이 副署한 후 行政自治部를 經유하여 國會에 제출한다.⁶⁾ 제60조제1항에 열거된 條約인 相互援助 또는 安全保障에 관한 條約, 중요한 國際組織에 관한 條約, 友好通商航海條約, 主權의 제약에 관한 條約, 講和條約, 國家나 國民에게 중대한 財政的인 負擔을 지우는 條約 또는 立法事項에 관한 條約에 있어서는 國會가 그 締結·批准에 대한 同意權을 가진다.

그런데 條約實務에 있어서는 特定條約이 國會의 批准·同意를 요하는 條約에 해당되는지의 여부를 판단하는 기준이 반드시 명확하다고 볼 수 없다고 한다.⁷⁾ 그리하여 예컨대 어느 國際組織이 중요한 國際組織이고 어느 정도의 財政的 負擔이 重大한 財政的 負擔인가는 憲法規定의 立法趣旨와 關係條約의 條項을 검토하여 關係部處間의 協議를 거쳐 결정하고 있다. 外國軍隊의 地位에 관한 協定이나 우리 나라가 主權的 權利를 행사하는 海域에서의 外國의 漁業權을 인정하는 漁業協定은 主權的 制約에 관한 條約이고, 立法事項에 관한 條約이란 國內法의 改正을 요하는 事項이나 또는 國內法의 制定없이는 條約의 시행이 불가능한 사항을 규정한 條約이다.⁸⁾ 그런데 友好通商航海條約은 주로

5) *Ibid.*, p.50.

6) 國務總理 및 外務部長官의 副署는 憲法的 要件이므로 代理가 허용되지 아니한다. *ibid.*

7) *Ibid.*, p.79.

8) *Ibid.*, pp.79~80.

美國이 外國과 체결하여온 條約으로 오늘날에는 거의 체결되고 있지 아니하며 오히려 貿易協定, 投資保障協定 등 새로운 형태의 條約들이 체결되고 있다. 따라서 憲法도 이러한 時代的 흐름에 맞추어 이러한 條約들에 대하여 國會의 동의를 얻어야 할 것인지를 반영하여야 할 것이다.

國務會議의 審議를 거친 條約案은 그것이 國會의 批准同意를 요하지 않는 경우에는 大統領이 裁可함으로써 그 條約案에 대한 批准權者의 同意를 內部的으로 최종 확정한다. 다만 國會의 批准同意를 요하는 條約案은 國會의 批准同意를 받은 후 大統領의 裁可를 받은 때에 國家의 條約締結意思가 最終적으로 확정된다고 볼 수 있다. 批准同意를 요하는 條約의 경우 國務會議 審議後 大統領의 裁可 行爲를 停止條件附 最終意思 確定으로도 볼 수 있으나 大體적으로 署名과 批准同意 행위간의 時差가 많으므로 大統領의 最終的인 의사결정은 國會批准同意후에 행하여진다고 봄이 타당할 것이다. 따라서 大統領의 裁可行爲는 條約의 締結에 필요한 國內節次의 완료를 의미하는 것이며, 이를 완료한 후에 條約에 대한 國家의 羈束的 同意를 표시한다(署名 또는 署名과 批准).⁹⁾

憲法 제6조제1항 “憲法에 의하여 締結·公布된 條約과 일반적으로 승인된 國際法規는 國內법과 같은 效力을 가진다”라고 規定하고 있어 憲法의 절차에 따라 締結된 條約을 公布를 거쳐서 國內法으로 수용, 國內法과 같은 效力을 가진다. 다시 말해서 公布의 절차를 거쳐야 비로소 國內法과 같은 效力을 갖게 된다. 한국을 비롯한 많은 國家에서 條約이 發效되는 절차의 하나로서 公布 또는 公告될 것을 요구하고 있다. 다시 말해서, 公布란 이미 성립된 條約을 國民에게 단순히 주지시키는 宣言的·節次的 行爲인 公表(publication)와 구별되며 條約의 效力發生要件이므로 公布되지 아니한 條約은 실시될 수 없을 뿐만 아니라 法院이나 國民을 구속하지 못한다.¹⁰⁾

9) 大統領의 裁可를 요청하는 公文에는 통상적으로 다음 사항을 동시에 건의한다; (가) 署名權者의 指定과 署名措置裁可, (나) 署名후 國會에 批准同意案 提出(필요시), (다) 批准同意후 批准書 交換(필요시), (라) 公布와 동시에 發效措置(公布時 包含), 다만, 國會의 同意를 요하지 않는 條約인 경우에는 (나)의 節次를 생략하며 發效에 批准書의 交換이 필요한 경우에만 (다)의 조치를 건의한다. 또한 國會의 同意를 필요로 하는 條約중 특히 중요한 것은 (가)와 (나)의 조치를 먼저 건의하고 國會의 批准을 얻은 후에 大統領 혹은 外交通商部長官의 名義로 批准書를 작성하기 위하여 별도로 (다)와 (라)의 조치를 건의할 수도 있다. 批准書는 일반 國際慣例에 따라 外交通商部長官 名義로 작성되는 것이 보통이나 특히 중요한 條約의 경우 또는 상대방이 國家元首 名義로 批准書를 작성할 경우에는 우리나라도 大統領 名義로 批准書를 작성할 수 있다. *ibid.*, p.52.

10) 여기에서 國內法의 形式을 갖추는 方法에 대한 見解의 차이에 대해 언급할 필요가 있

그러므로 公布하지 않았기 때문에 이행되지 않았다면 이로 인해 締約國은 國際責任을 지게 되겠지만 批准이 되고 나서 대외적으로 發效된 協定이 國內的으로는 그 效力이 정지된 상태로 존재할 수 있으며, 이 기간동안은 재판당사자도 이를 원용할 수 없을 것이고 법원 역시 이를 적용할 수 없게 될 것이다. 따라서 條約이 憲法에 따라 締結되었다고 할지라도 公布 또는 公告되지 않으면 國內法의 效力을 갖지 못하게 된다. 이와 같이 우리나라에서는 公布와 公告로 구분되고 있는데, 前者는 法律, 行政命令, 條約의 경우에 사용되고, 後者는 憲法改正案, 예산 및 예산외 國庫負擔契約에 한해 사용된다.¹¹⁾ 이에 따라 外國人投資및外資導入에관한法律은 公共借款協定이 公布가 아니라 官報에 公告되어야 한다고 規定하고 있다(제26조제4항). 前者는 法의 存在 및 그 執行力을 國家元首가 확인하는 행위이고 後者는 法規 등을 大衆媒體를 통해 國民에게 일반적으로 알리는 것이라 할 수 있다.

法令등公布에관한法律에 의하여 條約은 관보에 게재함으로써 公布한다(第11條第1項). 그러나 公布의 의무 및 기한의 제한에 대하여 명시적인 規定이 없다. 따라서, 우리나라에서는 公布된 條約이 國內的으로 그 效力을 발생하려면 특별한 規定이 없는 한, 憲法 제53조제7항을¹²⁾ 준용하여 條約의 公布日, 다시 말해서 官報 發行日로부터 20일이 경과하여야 한다. 따라서 條約의 公布時期는 당해 條約의 國際法上 發效時點을 고려, 發效 20일전에 公布되는 것이 바람직하다. 이미 發效中인 條約에 가입할 경우에는 이러한 배려가 필요하지 않다. 이러한 國內節次를 고려하여 많은 條約들이 그 發效 조항에 그 條約이 署名 또는 批准書 교환후 일정기일이 경과한 후 發效한다는 취지의 規定을 두고 있다. 그러나 일정한 條約은 告示만으로 國內的으로 發效한다.¹³⁾ 告示는 關係條約을 一般國民에게 주지시키는 행위라는 점에서는 “公表”와 유사한 개념이지만 告示類條約의 경우에는 “告示”로써 國內的으로 發效하므로 “公布”와 같은 法律的 效力을 가진다고 할 수 있다.

다음 條約이 締結되었거나 同意, 批准되었을 경우, 정부는 이를 公布 및 公

다. 批准과 官報에의 公布에 대하여 二元論을 주장하는 자는 이를 變型節次로 보는 반면에 一元論을 주장하는 자는 批准은 對外的 效力을 승인하는 행위이며 公布는 法的 安定性의 요구에 부응하는 行爲로 보며 이를 變型節次로 보지 않는다는 점이다.

11) 法令等公布에관한法律 第2條.

12) 법률은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일이 경과함으로써 효력을 발생한다.

13) 예컨대, 外務部 告示 第73號, “大韓民國政府와 美合衆國政府間的 科學技術協力協定の 延長을 위한 覺書交換”.

告해야 할 의무가 있는 것인가라는 문제에 대해 살펴볼 필요가 있다. 우리 나라의 경우를 보면 憲法上の 規定이외에 公布에 대한 政府의 義務를 規定하고 있는 포괄적인 法規가 없기 때문에 구체적인 경우마다 公布의 의무를 별도로 規定하지 않는 한 전적으로 政府의 裁量에 일임되어 있다 할 수 있다. 다만, 個別法인 外國人投資및外資導入에관한法律 제26조제4항은 公共借款協約은 締結한 때에는 지체없이 이를 官報에 게재하여야 한다고 規定하여 그 公告를 의무화하고 있다. 따라서, 政府의 고의적인 公布의 지연으로 인해 대외적으로 發效된 條約이 국내에서는 그 적용이 정지되어, 개인에 의해 원용될 수 없는 상황이 야기될 수도 있으며, 國內法廷 역시 모든 法에 대해 알고 있어야 함에도 그것을 적용할 수 없는 입장이 될 수도 있다.

公布는 條約의 國內法上 發效를 위한 최종행위이므로 公布時期는 당해 條約의 國際法上 發效시기와 일치시킴이 이상적이다.¹⁴⁾ 國際法上으로는 당해 條約이 發效하였음에도 불구하고 國內法上으로 公布되지 아니하여 國內法上의 發效時點과 國際法上의 發效時點間에 차이가 생길 경우에는 國際法上의 條約義務를 이행하지 못함으로써 國際法上 국제책임이 발생할 가능성도 있다. 따라서 國際法上의 發效時點과 國內法上의 發效時點을 일치시킬 필요가 있다. “法令등公布에관한法律”에 따라 條約은 관보에 게재함으로써 公布하나 비상사태에 있어서는 신문, 라디오 등을 통하여 公布할 수도 있다.¹⁵⁾ 프랑스의 경우에도 관련 國內法에 의하면 公布(promulgation)와 公表(publication)의 제도가 있으나, 그 法的인 의미는 우리나라와 별차이가 없다. 條約의 公布와 관련하여 보면, 우선 批准된 條約의 경우, 公布가 效力요건이라기 보다는 對抗要件으로 보아야 할 것이다. 略式條約의 경우, 대통령의 署名은 效力要件이었을지라도 公布 자체는 對抗요건이 되어야 한다는 것이 프랑스의 論理이다. 프랑스의 경우에는 1958년 憲法에 의하여 公表節次에 대해 언급되어 있고 1953년 3월 14일자 Décret에 따르면 그것의 적용에 의해 個人的 權利·義務에 영향을 줄 수 있는 모든 協定은 관보에 게재되어야 한다고 규정하고 있

14) 公布(Proclamation)는 國內的 節次일 뿐이다. 條約의 批准書가 交換되면 그 條約은 別단의 규정을 두고 있지 아니하는 한 效力을 발생한다. 條約의 發效日은 明示의 또는 默示의 當事國 一方의 행위에 의하여 변경될 수 없다. 따라서 條約의 公布의 效力은 國內的이다. 미국은 별도 합의가 없는 한, 發效日을 批准日로 하고 있다. Hackworth, *Digest of International Law*, (Washington D.C. 1943), Vol.5, p.84.

15) 1950.6.25. 비상사법률공포시의특례에관한대통령령, 제37조.

다.¹⁶⁾

따라서 모든 協定에 대해 모두 公表해야 할 義務를 지는 것은 아니라 할지라도 최소한 國民의 權利·義務에 영향을 미칠 수 있는 協定에 대해서는 政府가 官報를 통해 公表해야 할 義務를 지게 된다. 그러나 며칠이내에 公表되어야 하는지에 대한 명확한 언급이 없기 때문에 관행을 보면 불과 수일내에 公表되는 경우도 있고 몇 십년후에 公表되는 경우도 있다. 따라서 公表의 義務는 期間의 裁量性에 의해 그 效力이 반감할 수 있다. 마지막 節次로서 우리나라가 체결한 條約을 國際聯合 憲章 第102條에 따라 國際聯合의 諸機關에 利用하기 위해서는 그 事務局에 등록하여야 한다.

한편, 國際關係가 다양해지고 國際協力이 긴밀화됨에 따라 政府機關間에 協定을 締結하는 경우가 증대해 가고 있다. 이러한 協定을 締結하는 경우에는 同 協定의 내용이 關係國家間에 새로운 權利·義務關係를 창설하는 때에는 정식의 條約締結節次에 따라 처리되어야 하며 설령 政府機關間의 合意文書가 法的 拘束力이 없으며, 國際法の 적용을 받는 條約 또는 國際協定이 아니고, 단지 宣言的 內容이거나 道德的 義務 또는 機關間의 實務協力만을 規定하는 것이더라도 條約業務와 관련한 對外關係의 일관성있는 처리를 위하여 事前에 外交 交通商부와 協議를 거쳐야 하며, 그 協定이 締結된 후에는 그 寫本을 첨부하여 外交 交通商部長官에게 締結事實을 통보하여야 한다. 國際機構條約局은 機關間 協定을 등록하고 그 寫本을 보관한다.¹⁷⁾

條約에 대한 國家의 羈束的 同意 賦與를 內部的으로 확정하기 위한 國內節次로는 國務會議의 審議와 大統領의 裁可를 要하는 것이 一般的이나, 母條約의 實施·執行을 위하여 그 條約의 規定에 의하여 委任된 범위내에서 補充的으로 締結되는 約定(覺書交換의 形式을 취하는 경우가 대부분임) 또는 國際機構에서 채택된 多者條約으로서 그 條約 내용중의 경미한 사항을 機構의 決議를 통하여 수정하는 경우(예컨대 理事國의 수를 增減하는 따위)등에는 복잡한 國內節次를 취하는 것이 타당하지 아니하므로 外交 交通商部長官이 關係部處와 協議를 거쳐 締結節次를 취하고 그 내용을 관보에 告示할 수 있다. ① 이미 締結된 條約에 規定된 내용을 실행하기 위한 執行的 性質의 細部事項에 관한 合意,¹⁸⁾ ② 條約의 本質的 내용을 변경함이 없이 이를 일부 수정하기 위한

16) 金石鎬, “條約의 締約國에서의 地位”, 現代公法の 諸問題, (三英社, 1993), p.883.

17) 條約業務處理指針, *op.cit.*, p.26.

合意,¹⁹⁾ ③ 條約의 有效期間을 단순히 연장하기 위한 合意,²⁰⁾ ④ 輸出入上의 쿼터에 관한 合意가²¹⁾ 이 범주에 속하는 바 이를 實務便宜上 告示類條約이라 稱한다.

한편, 1948년 大韓民國 政府樹立以後 우리 나라가 체결한 多者條約의 留保事例중에서 대표적인 것은 다음과 같다. 우리 나라는 1990년 국제인권규약에 가입할 때(1990년 4월 10일 國際聯合 事務總長에 加入書 寄託) 여러 條項을 유보하였으며, 그 후 어느 조항의 유보에 대하여는 새로운 해석을 함으로써 이를 철회하기도 하였다. 즉, 市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約 제14조제5항(上訴權 保障)은 憲法 제110조제4항 및 軍事法院法 제534조, 제14조제7항(一事不再理 및 二重處罰防止)은 刑法 제7조의 任意的 減輕免除規定, 제22조(結社의 自由)는 憲法 제33조제2항, 國家公務員法 제66조, 地方公務員法 제58조, 私立學校法 제55조에, 제23조제4항(婚姻中 및 婚姻解消時 配偶者 平等)은 民法 제777조에 위배된다는 이유로 留保하였다. 이를 보다 구체적으로 설명하면 다음과 같다.

市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約 제14조제5항은 刑事被告人의 上訴權保障을 규정하고 있다. 우리 나라에서도 통상적인 경우에는 그와 같은 權利가 보장되고 있으나, 憲法 제110조제4항은 “非常戒嚴下의 軍事裁判은 軍人·軍務員의 범죄나 軍事에 관한 間諜罪의 경우와 哨兵·哨所·有害飲食物供給·捕虜에 관한 罪中 法律이 정한 경우에 한하여 單審으로 할 수 있다”라고 규정하여 規約과 충돌되고 있다. 노르웨이 역시 1900년 3월 29일 軍刑事訴訟法과 1900년 12월 15일 戰時緊急措置法에는 上訴權을 부인하는 경우가 포함되어 있기 때문에 이 條項을 유보한 바 있다.

제22조는 勞動組合을 포함한 結社의 自由를 규정하고 있다. 규약은 이 권리가 國家安保·公共安全·公共秩序 등을 위하여 제한될 수 있으며, 특히 軍人과 警察에 대하여는 例外가 가능함을 규정하고 있다. 이와 관련하여 문제가 제기되는 것은 公務員의 團結權이 어느 정도까지 인정되느냐이다. 우리나라

18) 예컨대, 부산시 하수도 사업에 관한 大韓民國 政府와 獨逸聯邦共和國政府간의 技術協력을 위한 約定(外務部告示 第1號) 母協定: 1966년 韓·獨 技術協力 協定.

19) 예컨대, 政府間海事諮問機構 協約 修正(外務部告示 第11號).

20) 예컨대, 1971년 小麥貿易 協約의 第5次 延長을 위한 1979년 議定書(外務部告示 第40號).

21) 예컨대, 大韓民國과 오스트리아政府間的 79年度分 綿織物 쿼터協定(外務部告示 第16號).

憲法은 法律로 인정된 자를 제외하고는 公務員의 團結權·團體交涉權·團體行動權을 부인하고 있다(제33조제2항), 모든 公務員에 대하여 일률적으로 團結權을 부인하고 있는 것은 市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約 제22조와 충돌된다고 본다. 동 제2항 제2문이 軍인·경찰에 대하여 結社의 自由를 제한할 수 있다고 한 것은 一般公務員을 포함한 그 이외의 자에 대하여는 結社의 自由를 전면적으로 제한할 수 없다는 것을 의미한다고 해석되어야 하기 때문이다.

이와 같은 논리는 市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約 제8조가 罷業權을 포함한 勞動權의 制限可能對象에 軍人·警察과 더불어 公務員을 명문으로 포함시키고 있는데 반하여, 市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約 제22조는 제외대상에서 公務員이 포함시키지 아니하고 軍인·경찰만이 열거되고 있다는 점에서도 명백해진다. 물론 市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約 제22조제2항에 의한 일정한 규제는 가능하나 現行法과 같이 公務員 團結權을 원칙적으로 부인하는 것은 同規約과 충돌된다. 私立學校 敎員의 團結權은 私立學校法 제55조에 의하여 國公立學校 敎育公務員과 마찬가지로의 제한을 받고 있는데 이것 역시 동일한 문제점을 지니고 있다. 더우기 私立學校敎員의 團結權制限은 憲法 제33조제1항이 보장되고 있는 權利가 下位法에 의해 부인되고 있으므로 違憲의 의심이 크다. 이상 우리 憲法 제33조 일부와 그에 따른 國家公務員法 제66조, 私立學校法 제55조는 同規約 제22조와 모순된다. 제23조제4항 등에 규정된 男女平等과 관련하여 男女差別에 관한 民法條項이 문제가 되며 그 밖에 國籍法上的 父系血統主義가 당연히 문제가 된다.²²⁾ 그러나,

22) 留保한 동規約上的 相關規定은 다음과 같다:

제14조 ⑤有罪判決을 받은 누구든지 法律에 따라 그 判決 및 刑罰에 대하여 上級法院에서 再審을 받을 권리를 가진다.

⑦누구든지 各國의 法律 및 刑事節次에 따라 이미 확정적으로 有罪 또는 無罪宣告를 받은 行爲에 관하여는 다시 裁判 또는 處罰을 받지 아니한다.

제22조 1. 누구든지 자기의 利益을 보호하기 위하여 勞動組合을 결성하고 이에 가입하는 權利를 포함하여 다른 사람과의 結社의 自由에 대한 權利를 가진다.

2. 이 權利의 行使에 대하여는 法律에 의하여 규정되고, 國家安保 또는 公共의 安全, 公共秩序, 公衆保健 또는 道德의 保護 또는 他人의 權利 및 自由의 保護를 위하여 民主社會에서 필요한 것 이외의 어떠한 制限도 과하여져서는 아니된다. 이 條는 軍隊와 警察의 構成員이 이 權利를 행사하는데 대하여 合法的인 制限을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.

3. 이 條의 어떠한 規定도 結社의 自由 및 團結權의 保護에 관한 1948년의 國際勞

이중 제14조제7항에 대한 留保는 撤回되었다.²³⁾

그러나 市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約에서 留保하지 아니한 기타 규정들중에는 國內法과의 抵觸可能性이 있는 것들이 있다. 이러한 저촉가능성은 憲法이나 關聯 法律의 改正과 같은 것만으로 반드시 해결된다고 보기는 어렵다. 예컨대, 후술하는 바와 같이 國際聯合 人權委員會는 1995년 8월 국내 노동쟁의조정법상 제3차 개입금지 조항을 위반해 대법원으로부터 유죄 확정판결을 받은 사건에 대해 同 規約 제19조제2항이 보장한 표현의 자유를 침해한 것이라고 결정했다. 國內法과 同 規約 제2항의 抵觸可能性에 대해서는 규약 가입준비 당시부터 지적되었던 문제중의 하나였다.

한편 그 밖에도 특히 인권관련 條約들에 대해서는 國內法과의 충돌을 이유로 留保가 행하여진 부분들이 적지 않다. 이와 관련하여 대표적인 사례 몇 가지만을 소개하기로 한다. “女性에 대한 모든 形態의 差別撤廢에 관한 協約”에서도 子の 國籍取得에 있어서의 男女平等을 규정한 이 協約 제9조를 유보하였다. 우리 나라가 社會·文化的 要因 때문에 日本과 같이 兩系血統主義로 전환하지 못하고 國籍法上 父系血統主義를 고수하고 있기 때문이었다.²⁴⁾ 또한 “兒童의 權利에 관한 協約”에서도 제9조제3항, 제21조가항 및 제40조제2항 나호 (5)를 유보하였으며,²⁵⁾ 難民協約 및 議定書에서도 協約 제7조(3년 居住難民에 대한

動機構協約의 當事國이 동 協約에 규정된 保障을 저해하려는 立法措置를 취하도록 하거나 또는 이를 저해하려는 방법으로 法律을 적용할 것을 허용하는 것은 아니다.

제23조 ③이 規約의 當事國은 婚姻期間中 및 婚姻解消時에 婚姻에 대한 配偶者の 權利 및 責任의 平等을 확보하기 위하여 적절한 조치를 취한다. 婚姻解消의 경우에는 子女에 대한 필요한 보호를 위한 措置를 취한다.

23) (1993년 1월 21일 조약 제1122호): 그 내용은 다음과 같다.

撤回의 趣旨와 主要내용: 어느 누구도 各國의 法律 및 刑事節次에 따라 이미 확정적으로 有罪 또는 無罪宣告를 받은 行爲에 대하여는 다시 裁判 또는 處罰을 받지 아니한다는 規約 제14조제7항에 대하여 우리 나라가 가입시에 유보하였던 것을, 이 조항이 우리 刑法과 抵觸되지 아니하는 것으로 판명되어 그 留保를 撤回함.

24) 제9조 1. 當事國은 女性이 國籍을 取得, 變更 또는 保有함에 있어 男性과 동등한 權利를 부여하여야 한다. 當事國은 특히 外國人と 結婚 또는 婚姻中 夫에 의한 國籍의 變更으로 妻의 國籍이 자동적으로 變更되거나, 妻가 無國籍으로 되거나 또는 夫의 國籍이 妻에게 強制되지 아니하도록 보장하여야 한다.

2. 當事國은 子女의 國籍에 관하여 男性과 동등한 權利를 女性에게 부여하여야 한다.

25) 제9조제3항 當事國은 兒童의 最善의 利益에 반하는 경우외에는, 父母의 一方 또는 雙方으로부터 분리된 兒童이 定期的으로 父母와 個人的 關係 및 直接的인 面接交涉을 유지할 권리를 가짐을 존중하여야 한다.

제21조 入養制度를 인정하거나 허용하는 當事國은 兒童의 最善의 利益이 우선적으로 고

相互主義的 認定)가 國家賠償法 제7조, 公認會計士法 제4조, 辯護士法 제6조 제2항, 特許法 제25조, 意匠法 제4조에 위배된다는 이유로 유보하였다.

IV. 行政府의 國際法關聯 慣行

우리 나라 行政府의 國際法 慣行중에서 가장 대표적인 것으로 이목을 끌었던 문제로는 大韓帝國과 大韓民國의 法的 關係를 확인할 수 있었던 다음 事例를 들 수 있을 것이다. 즉, 우리 政府는 1986년 8월 4일 大韓帝國이 1910년 이전에 체결한 3개의 多者條約이 大韓民國에 대해서도 效力이 있음을 인정하고 條約目錄에 게재함과 동시에 관계 條約의 受託國인 네덜란드와 이에 관한 問議를 해온 당시의 西獨에게 이 사실을 통보하였다. 이와 같은 政府의 조치는 西獨政府가 1981년 6월 9일자 口上書를 통해 病院船에 관한 條約²⁶⁾과 陸戰에 있어서의 法規와 慣例에 관한 協約²⁷⁾ 및 1864년 8월 22일의 제네바協約原則의 海戰에의 適用을 위한 協約²⁸⁾이 大韓民國에 대하여 계속 유효한지의 여부를 문의한 것이다. 大韓帝國이 1910년까지 체결한 多者條約은 이상의 3가지 協約을 포함하여 모두 6개로²⁹⁾ 病院船에 관한 協約과 陸戰에 있어서의 法規와 慣例에 관한 協約은 아직도 유효한 조약으로서 영국과 네덜란드에서 발

려되도록 보장하여야 하며, 當事國은 가. 아동의 入養은, 적용가능한 法律과 節次에 따라 또한 적절하고 신빙성있는 모든 情報에 기초하여, 入養이 父母·親戚 및 後見人에 대한 兒童의 身分에 비추어 허용될 수 있음을, 그리고 요구되는 경우에 관계자들이 필요한 協議에 의하여 入養에 대한 분별있는 승낙을 하였음을 결정하는 關係 當局에 의하여만 허가되도록 보장하여야 한다.

제40조제2항나호 (5) 2. 이 目的을 위하여 그리고 國際文書를 고려하여 當事國은 특히 다음 사항을 보장하여야 한다.

나. 刑事被疑者 또는 刑事被告人인 모든 兒童은 최소한 다음 사항을 보장받는다.

(5) 刑法違反으로 간주되는 경우, 그 判決 및 그에 따라 부과된 여하한 措置는 法律에 따라 權限있고 獨立的이며 公正한 上級 當局이나 司法 當局에 의하여 심사되어야 한다.

26) 이 協約은 大韓帝國이 1904년 12월 21일 署名하고 1907년 3월 26일 批准하였다.

27) 1989년 7월 29일 채택되어 현재까지 유효한 이 協約에 大韓帝國이 가입한 것은 1908년 3월 17일이다.

28) 1899년 7월 29일 채택된 이 協約은 大韓帝國이 1903년 2월 7일 가입하였으며 다른 協約으로 대체되어 현재는 이미 效力을 喪失하였다.

29) 한편, 1876년 2월 26일부터 1910년 8월 22일까지 大韓帝國이 체결한 兩者條約이 114개라는 통계가 있으나 여기에는 條約이 아닌 山林伐採나 採鑛 등을 위한 外國人과의 國際讓許契約(concession agreement)까지 포함시켰기 때문에 統計의 正確性에는 의문이 있다.

간된 條約目錄과 條約集에도 우리 나라가 當事國으로 이미 표시되어 있었다.

물론 이와 같은 發表와 通報 등의 조치는 駐韓西獨大使館의 문의나 關係 當事國에 의문을 해소시키기 위한 필요가 있었겠지만 大韓帝國과 大韓民國間에 法的인 同一性和 繼續성이 인정되는 것이 명백한 한 大韓帝國이 체결한 조약은 당연히 大韓民國에 대해서도 계속 유효하며 별도의 法的 措置가 필요한 것은 아니었다. 과거 東獨이 1959년 2월 9일에 病院船에 관한 協約과 陸戰에 있어서의 法規와 慣例에 관한 헤이그協約의 재적용을 이 協約의 受託國인 네덜란드 外交通商部에 통고하였으나 獨逸帝國과의 法的 繼續성을 주장하여온 西獨은 두 協約이 별도의 宣言이나 通告없이도 당연히 自國에 적용되는 것으로 보았다.

따라서 우리 나라의 措置가 大韓帝國과 大韓民國의 同一성을 法的으로 확인한 것은 아니며 따라서 위 條約들이 당연히 大韓民國에 대하여 계속하여 효력을 가져왔던 것이라고 할 수 있다. 다만 그러한 條約들이 우리 나라 條約目錄에 게재되어 있지 않았으며 이에 따라 政府는 官報 10409호(1986.8.8)에 大韓帝國이 체결한 이상의 세 多者條約이 유효하므로 공포한다고 명시하였다. 이와 같이 大韓帝國과 上海臨時政府 및 大韓民國間에는 이번 조치와는 무관하게 이미 同一性和 繼續성이 있는 것이다. 또한 獨立公債償還에 관한 特別措置法에서도 1919년 이후 大韓民國 臨時政府 명의로 발행된 公債의 元利金を 상환토록 한 바 있다.

한편, 大韓帝國과 大韓民國의 法的 同一性 문제와 관련하여서는 다음과 같이 천명하였다.

가. 自衛權 행사의 경우를 제외하고 國家의 武力行使는 물론 武力에 의한 威脅까지를 일체 不法化하고(유엔헌장 제2조제4호), 모든 國家의 主權과 平等權을 國家의 基本的 權利로 인정(동 憲章 제2조제1호)하고 있는 現行 國際法上으로는 強迫에 의하여 체결된 條約은 그 強迫이 條約締結權者나 全權代表에 대한 것이든 또는 國家 자체에 대한 것이든 간에 無効이다(條約法에 관한 비엔나 協約 제51조(國家의 代表者에 대한 強迫) 및 제52조(國家에 대한 強迫)). 다만, 韓日合併當時의 一般國際法理論에 의하면, 國家 자체에 대한 強迫으로 체결된 條約은 유효하나 條約締結權者(또는 全權代表)에 대한 強迫으로 체결된 條約은 無効였다. 현 國際法理論에서는 1910년 韓日合邦條約과 그 이전의 1905년 11월 17일 乙巳保護條約을 비롯한 韓日間의 諸條約은 國家 자체에 대한 強迫뿐만 아니라 條約締結權者에 대한 強迫이 병행하여 가하여진 결과로 체결된 것이다.

따라서, 이들 條約들은 韓日合邦 當時의 一般的 國際法理論에 의하여서는 물론, 現 國際法理論에 의하여도 당연히 無効이며, 따라서 1965년 6월 22일 체결된 韓日基本關係條約 제2조도 韓日合邦條約 및 그 이전에 韓日間에 체결된 모든 條約은 이미 무효하고 규정함으로써 원초적으로 그 效力이 발생하지 아니함을 선언하게 된 것이라 할 것이다.

한편, 우리 나라의 難民과 관련하여 行政府가 조치한 사건으로는 1985년 3월 22일 발생한 中國魚雷艇事件과 1986년 6월 17일 발생한 中國船上難民事件이 있으며 이 사건들은 그 처리가 다분히 政治的인 狀況에 좌우되었을 가능성도 없지 아니하나 크게 주목을 끌었음에는 틀림없으며, 行政府의 國際法慣行을 파악할 수 있는 좋은 사례가 될 것이다. 먼저 中國魚雷艇事件의 전말과 그 처리에 따른 國際法適用에 대하여 검토하여 보자. 동일 상오 11시경 底引網 漁船 群山 第6漁盛號는 5마일 떨어진 海上에서 軍艦 1척이 신호탄을 쏘는 것을 발견하였으며 동 군함이 구조를 요청하는 것으로 판단하여 구조에 나섰으며 익일 상오 3시 20분경 海洋警備艇 1척이 현장에 와서 乘務員들의 武裝을 해제하고 中國 軍艦을 群山港에 입항시켰다. 이 軍艦은 魚雷艇이었으며 다른 5척과 함께 21일 산둥성 청도항을 출발, 훈련을 마치고 돌아가던 중 7시 30분 下剋上의 船上反亂이 발생하였다. 船上反亂은 偶發事件이었던 바, 조사 결과에 따르면 亂動者 2명은 艇內에 있던 AK소총을 난사하여 艇長 및 정치장교를 비롯한 6명을 사살하고 副艇長과 通信士에게 중상을 입혔다. 그 후 이 魚雷艇은 燃料不足으로 海上을 표류하던중에 韓國 漁船에 구조되었던 것이다.

그런데 23일 이 魚雷艇을 수색을 위하여 中國 軍艦 3척이 우리 領海를 3시간 동안 침범하는 사건이 발생하였다. 사건의 처리에 있어서 우리 정부는 魚雷艇 및 그 乘務員 問題와 領海侵犯 問題를 분리하였다. 政府는 그 사건이 근본적으로 緊急避難 및 海難救助의 성격과 아울러 公海上에서 일어난 中國 軍艦 내부의 亂動 殺人事件이라는 판단하에 유사한 성격에 적용될 수 있는 國際法 및 慣行을 존중하여 負傷 乘務員의 緊急治療를 끝내고 全乘務員과 死體 그리고 船體를 中國에 인도하였다. 또한 우리 政府는 領海侵犯事件을 중시하고 중국 當局에 嚴重 抗議, 謝過와 責任者 問責 및 유사한 사건의 再發防止를 요구하였으며 中國 外交部는 성명을 통하여 그 軍艦들이 失蹤船舶을 수색하는 과정에서 不注意로 韓國의 領海에 들어갔음을 시인하고 동 사실을 안 즉시 퇴거하였다고 해명하였으며 魚雷艇과 모든 乘務員이 조속히 送還되도록 韓國側의 협조를 요청하였다. 中國은 駐香港 韓國總領事館을 통하여 覺書에 의하여 領海侵犯事件에 대해 공식으로 사과하고 再發防止에 노력하고 責任者에 대하여는 조사 후 필요한 조치를 취하겠다고 통보하였던 것이다.³⁰⁾

30) 이상의 사실관계에 대하여는 金燦奎, “難民處理에 대한 우리나라의 實踐”, 韓國國際法學的 諸問題, (博英社, 1986), pp.15~17.에서 재인용하였다.

그런데, 이 사건에서 中國의 魚雷艇은 船上反亂이 일어난 순간부터 이미 軍艦의 地位를 喪失하였는 바, 軍紀에 복종하는 乘務員이 승선하고 있어야 한다는 것이 軍艦의 要件임은 유엔海洋法協約에서도 명시되어 있음을 들어, 亂動殺人事件의 當事者들에 대한 難民地位 附與與否를 결정하였어야 한다는 지적도³¹⁾ 대단히 타당하다고 본다. 그러나, 우리 當局에서는 中國魚雷艇이 이미 軍艦의 지위는 상실하였지만, 그래도 兩國關係의 앞날을 고려하여 軍艦처럼 대우하여 주었다고 보아야 할 것이다.³²⁾

1951년 難民協約에는 難民 不適格者에 관한 규정을 두고 있는 데 그 중에는 避難地國에 難民으로 入國許可를 받기 전에 그 나라 밖에서 중대한 非政治的 犯罪을 범하였다고 생각할 만한 중대한 사유가 있는 者라는 항목이 있다.³³⁾ 이에 대해서는 國際難民機構 憲章 및 國際聯合 難民高等辦務官 事務所 規程에도 유사한 규정이 있는 바, 前者에서는 犯罪人引渡條約에 의하여 인도 가능한 一般犯罪人은 동 機構의 관심사항이 아니라고 규정하고 있고,³⁴⁾ 後者에서는 犯罪人引渡條約의 여러 규정의 대상이 되는 犯罪을 범하였다고 생각할 중대한 사유가 있는 자에 대해서는 高等辦務官의 權限이 미치지 아니한다라고 규정하고 있다.³⁵⁾

물론, 中國 魚雷艇 事件의 亂動者들이 과연 政治犯이라고 할 수 있는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 1983년 中國 民航機 事件 때에는 拉致者들에게 실형을 과한 후 臺灣으로 송환하였지만, 이 사건에서는 그렇게 하지 않았다. 이에 대해 다음과 같은 이유가 있었을 것이라고 추정하는 견해가 있다. 즉, 民航機拉致事件에서는 계획된 脫出이었지만 魚雷艇 事件에서는 偶發的으로 下剋上으로 저지른 후 되돌아갈 수 없어 脫出하였다는 것이며 前者가 政治的 目的을 가진 반면, 後者는 通常的 犯罪行爲에 불과하였다는 것이다.³⁶⁾ 물론 우리 정부의 공식적인 발표에 의거한 사실관계만을 놓고 본다면, 분명히

31) 張孝相, 現代國際法, (博英社, 1987), p.500.

32) *Ibid.*

33) 제1조 F(b).

34) 憲章 第1附屬書 Part II, 3.

35) 規程 第7조 (d) 前段. 世界人權宣言에서도 “모든 사람은 他國에서 迫害로부터의 庇護를 추구하고 이를 향유할 권리를 가진다”라고 하는 한편(제14조 (1)), “순수하게 非政治的인 犯罪로 인해 발생한 訴追의 경우”에는 이 權利를 援用할 수 없다라고 규정하고 있다(제14조 (2)). 여기에서 “중대한 非政治的 犯罪” 또는 “條約에 의하여 引渡 가능한 一般犯罪人”에 대해서는 世界人權宣言이나 難民關聯 諸條約에서 정의하고 있지 않다.

36) 金燦奎, *op.cit.*, p.40.

통상적인 범죄를 범한 것에 불과하다. 여기에서 우리 나라의 경우 難民의 資格認定에 있어서 行爲보다는 行爲의 目的을 중요시 여기고 있지 아니한가 한가는 지적이 있지만³⁷⁾ 이러한 處理方式은 우리 나라에 특유한 것은 아니라고 본다. 만약 침예한 냉전시대였던 1950년대 내지 1970년대였다면 우리 나라가 그들을 難民으로 처리하지 아니하였을까라는 생각을 하게 된다. 따라서 이 事件에서는 외견상으로는 政治的인 考慮가 없었던 것같아 오히려 難民으로서의 지위를 인정하지 아니한 처리방식에 대하여 비판만을 할 수는 없을 것이다. 다만, 당시의 상황이 臺灣과는 外交關係를 수립하였으나 中國과는 外交關係가 수립되어 있지 아니하였고, 조만간 外交關係를 수립할 가능성이 있음을 염두에 두고 우리 政府가 행동한 것은 아닌가하는 느낌을 갖게 한다.

또한 魚雷艇事件이 있은 후 1년후인 1986년 6월 17일 충청남도 瑞山郡 遠北面 앞바다에 표류중이던 中國 木船 한 척이 우리 나라 海洋警察에 의해 구조된 사건이 있다. 여기에는 중국을 탈출한 19명의 中國人들이 타고 있었으며 그들은 7월 8일 臺灣으로 떠났으며 우리 나라 外交通商部가 발표한 그들의 脫出動機 및 그 經緯는 다음과 같았다. 脫出者들은 20대 내지 30대의 청년들이며 工場勞働者 11명, 기능공 3명, 사무원 3명, 요리사 1명, 노무자 1명이었다. 주모자인 劉強(23 印刷工)은 평소 臺灣放送 등을 청취하면서 자유를 찾아 중국 탈출을 결심하고 1985년 10월경부터 8개월간 항해 경력이 있는 何永安 등 18명을 규합하였으며, 6월 15일 丘榮城港을 떠나 항해하다가 서산군 원북면 앞바다에서 스크류가 그물에 걸리는 바람에 표류하게 되었으며, 脫出者들이 모두 원래의 목적지로 보내줄 것을 요청하여 우리 政府는 國際法과 國際慣例 및 本人들의 의사를 존중하여 臺灣으로 출발하도록 조치하였다는 것이다.

요컨대, 이들에 대하여는 難民으로 처리하였던 것이다. 이 事件의 處理結果에 대한 外交通商部 代辯人의 發表文은 그들이 탈출을 위한 면밀한 計劃을 세웠음을 특히 강조하고 있는데 여기에서 難民으로 인정되기 위해서는 脫出이 偶發的으로 이루어져서는 안된다는 것이 우리 나라의 입장임을 알 수 있다는 지적이 있다.³⁸⁾ 그러나, 脫出이 計劃적이었는지의 여부는 難民關聯 條約들중 어느 것에도 難民資格認定의 기준이 된다고 명시되어 있지 아니하며, 따라서, 이 사건에서 脫出의 計劃性을 강조한 것은 우리 나라의 難民資格 基準의 하나

37) *Ibid.*

38) *Ibid.*

를 지적했다기 보다는 그들이 中國에서 박해를 받았거나 받을 우려가 있다는 증거가 없었기 때문에 그들이 中國의 社會主義體制 嫌惡로 인해 면밀한 계획 하에 중국을 탈출하였음을 이유로 難民의 資格을 인정한 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서, 과거 冷戰時代에 資本主義國家와 社會主義國家들이 각각 자신들의 體制의 優越性을 과시하기 위하여 迫害의 유무에 관계없이 다른 體制에서 넘어온 자들에게 庇護를 부여하였던 慣行을 답습한 것이지 엄밀한 의미에서 國際法의 難民의 자격을 구비한 자들이라고 보기는 어렵다.

물론 앞서 언급한 中國魚雷艇事件에서의 脫出의 偶發性과는 다소 대비되는 것은 사실이지만, 평소 대만 등 자유국가의 방송들을 청취하면서 자유를 찾아 中國을 탈출하기로 결심하였고 이를 실천에 옮기기 위해 장기간에 걸쳐 면밀하게 행동해 왔다는 탈출의 계획성이 難民資格認定의 決定的인 基準이 되는 듯한 정부의 發表는 오해의 소지가 있었다고 할 수 있다.

V. 司法府의 國際法適用 慣行

어느 나라의 國際法에 대한 解釋과 適用에 있어서 法院이 차지하는 비중은 대단히 크다. 日本만 해도 國際法の 研究對象의 극히 일부인 承認과 外國人法에 관계되는 자기 나라의 判例를 소개하는 영문판 책자를 간행하기도 하였다. 물론 우리에게서는 아직은 國際法關係 判例가 비교적 적은 것은 사실이다. 그러나 최근에는 國際法關聯 事件이 크게 늘어나기 시작하였으며 우리 法院도 國際法の 적용이 문제가 되는 사건에 대해 판결하지 않을 수 없는 한도에서는 國際法の 國內的 適用에 관한 많은 연구가 있어야 하겠다. 아래에서는 國際法 관련 判例의 대표적인 몇 가지만 집중적으로 논의함으로써 우리 法院의 國際法 適用慣行을 파악해 보기로 한다.

먼저 가장 대표적인 判決로는 中國民航機事件判決을 들 수 있다. 그 事實關係를 간략히 소개하면 다음과 같다. 6명의 武裝乘客에 의하여 납치된 中國民航機가 1983년 5월 5일 中部前線의 한 기지에 不時着한 사건에 대하여 1983년 8월 18일 서울刑事地法 제11부의 판결이³⁹⁾ 있었다. 그 判決은 裁判管轄權과 適用法條 및 酌量減輕事由 등과 관련하여 많은 논의가 있었으며, 그 후 내려진 大法院 제2부의 판결에⁴⁰⁾ 대해서도 문제점으로 지적될 수 있는 부

39) 83 고향 565.

40) 84. 5.22 판결 84도 39.

분이 있었다. 1983년 8월 18일의 서울刑事地法 제11부는 裁判權에 관하여 『航空機內에서 범한 犯罪 및 기타 行爲에 관한 協約』(東京協約) 및 『航空機不法拉致抑制를 위한 協約』(헤이그協約)에 의하여 곧바로 우리 나라에 着陸國으로서 裁判權이 생기게 되는 것은 아니라는 辯護人의 주장에 대해 裁判權은 主權의 領土高權으로서의 성질에 비추어 보아 원칙적으로 領域안에서 거주하는 內外國人 모두에게 미친다고 할 것이므로 우리 나라 領域內에 있는 被告人들에 대하여 우리 나라의 裁判權이 미치게 되는 것은 당연하다고 判示하였다.

東京協約과 헤이그協約에 의하여 곧바로 우리 나라에 裁判權이 생기게 되는 것은 아니라는 辯護人들의 주장도 타당성이 없었지만 제1심판결에서 ‘헤이그協約’에 명시된 裁判權에 관한 條項에 대해 아무런 언급도 하지 아니한 점도 문제로 지적될 수 있었다.⁴¹⁾ 헤이그協約은 ‘동경協約’을 보완하기 위하여 체결된 것으로 납치범에 대한 刑事裁判管轄權과 관련하여 被拉航空機의 登録國 뿐만 아니라 그 着陸國도 拉致犯에 대한 裁判權의 행사에 필요한 조치를 취하도록 하였다.⁴²⁾ 이 協約에서도 國內法이 정하는 바에 따른 刑事裁判權의 행사를 배제하고 있지 않으나⁴³⁾ 協約 當事國은 拉致犯이 自國 領域안에서 들어와 있으면 제8조에 따라 犯人을 인도하지 않는 한, 반드시 裁判權의 행사에 필요한 조치를 취하도록 하였으며,⁴⁴⁾ 헤이그 協約도 犯人을 발견한 協約當事國은 그 범인을 인도하지 않는 한, 당해 犯罪의 行爲地를 가리지 않고 예외없이 事件을 관계 당국에 넘겨 소추하여야 한다고 명시하고 있다.⁴⁵⁾

大法院 제2부의 판결은⁴⁶⁾ 이 점에 관하여 東京協約 제4조제3항과 우리 나라 航空機運航安全法 뿐만 아니라 헤이그協約 제7조를 들어 이 사건 航空機의 着陸國인 우리 나라에도 競合의으로 裁判管轄權이 있다고 판시하였다. 拉致犯

41) 遭難航空機임이 명백한 경우에는 着陸의 權利가 보장된다. 航空機 拉致의 경우에도 이를 緊急避難으로 보고 入國과 着陸의 허용에 관한 한 遭難航空機와 같은 권리가 인정된다. 따라서 拉致犯이 乘客과 航空機의 안전을 위협하면서 航路의 變更을 강요한 경우에는 그 航空機의 着陸을 거부할 수 있다. Kay Hailbronner, “Einführte Flugzeuge auf fremdem Staatsgebiet und die analoge Anwendung humanitärer Grundsätze im Völkerrecht,” *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band 32(1972), S. 281.; Joachim F. Bentzien, *Der unerlaubte Einflug*, (Dunker & Humboldt, 1982), S. 313.

42) 제4조 1(a) (b).

43) 동조제3항.

44) 제4조제2항.

45) 제7조.

46) 84.5.22. 판결 84도 39.

에 대한 刑事裁判管轄權 行使部分에 관한 이러한 判示內容은 서울刑事地法の 그것보다 진일보한 것임이 분명하였지만 航空機拉致의 政治犯罪的 性格을 비롯하여 難民에 관한 부분과 適用法條 및 量刑時의 酌量減輕事由 部分에서는 여전히 다소의 문제점을 남겼다.⁴⁷⁾ 大法院 제2부 판결에서는 『本國에서 政治犯罪을 범하고 訴追를 면하기 위하여 다른 國家로 피난해 오는 경우에는 이른바 政治犯不引渡原則에 의하여 보호받을 수 있으며, 이는 國際法上 확립된 원칙이라 할 것이나 政治的 迫害를 받거나 政治的 信條를 달리함으로써 다른 國家에 피난하였을 때 이를 보호하여야 할 것인가에 관해서는 基本的人權의 國際的 保障과 관련하여 문제가 없지 않다』고 하고 이어 『이 사건의 경우처럼 中國의 政治·社會現實에 불만을 품고 自由中國으로 탈출하고자 이 事件 航空機를 납치하여 入國한 被告人들은 後者의 범주에 속하는 政治的 難民이라고 할 것인 바, 이와 같은 政治的 避難民에 대한 保護는 소수의 國家가 國內法上으로 보장하고 있을 뿐 우리 나라도 이를 보장하는 國內法規가 없으며, 개개의 條約을 떠나서 一般國際法上의 保障이 확립된 것도 아니다』라고 판시하였다.

그러나 航空機拉致事件에 있어서는 그 動機나 背景 여하에 관계없이 政治犯不引渡의 문제는 제기될 여지가 없다.⁴⁸⁾ 일부 國家에서 政治性을 이유로 拉致犯의 인도를 거절한 사례가 없는 것은 아니지만, 航空機拉致의 政治犯罪的 性格을 인정한 견해는 찾아볼 수 없다.⁴⁹⁾ 따라서 航空機拉致事件은 흔히 政治性을 띤 경우가 많기는 하지만 그 動機 如何를 가릴 것 없이 政治犯임을 내세워 인도를 거부할 수는 없다. 오히려 이보다는 인도를 요청한 國家에서 犯人的 基本的人權이 침해당하리라고 볼 수 있는 正當한 事由가 있으면, 당해 犯行의 性質 如何를 불문하고 引渡拒否의 사유로 원용할 수 있을 것이다.⁵⁰⁾

47) 美國과 쿠바간의 航空機와 船泊의 拉致 및 기타의 犯罪에 관한 諒解覺書 제4조에서도 犯人이 순전히 政治적인 이유로 수배중에 있었을 뿐만 아니라 별다른 脫出의 방안도 없이 死刑의 급박한 현실적인 위협에 빠져 있었던 경우에는 乘客과 乘務員들에게 金品の 囑取나 加害行爲를 하지 않았다면 酌量減輕事由로 참작할 수 있도록 하였다. *American Journal of International Law*, Vol.67(1973), p.535.

48) 현재도 難民, 政治的 難民과 政治犯의 概念이 혼용되어 온 것은 사실이다. Alona E. Evans, "Observations on the Practice of Territorial Asylum in the United States," *American Journal of International Law*, Vol.56(1962), p.149.

49) L.C. Green, "International Crimes and the Legal Process", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.29(1980), p.578.

50) 헤이그 協約도 政治的 性格을 띤 航空機 拉致를 예외로 인정하지 않았으므로 政治的 動機의 拉致行爲라 하더라도 引渡義務에 대하여는 아무런 영향도 미치지 아니한다. 최근

이와 같이 하이잭킹은 政治犯罪로 볼 수 없고 다만 政治的 迫害가 입증되면 量刑時의 酌量減輕事由로서나 또는 強制送還禁止原則(rule of non-refoulement)의⁵¹⁾ 적용이나 庇護와 같은 難民條約의 관계규정이 적용되게 된다는 점에서만 법적 의의를 갖는다.⁵²⁾ 大法院判決에서는 犯人들을 政治的 避難民으로 규정하였다. 그럼에도 불구하고 難民인가의 여부를 가리는 데에 있어서 核心的인 중요성을 가진 政治的 迫害의 立證問題에 대하여는 아무런 논급도 없었다. 그러나 그들이 中國內에서 政治的인 迫害를 받았거나 받을 우려가 있다는 證據도 없었다는 점에서 과연 政治的 難民이였는가에 대해서는 회의적이라 할 수 있으며 이 점을 고려하여 大法院이 침묵한 것인지도 모른다.

한편, 헤이그協約에서는 犯人 所在地國은 犯人을 인도하지 아니한 경우에는 刑事裁判權의 행사에 필요한 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있다. 사실 犯人의 인도여부는 韓·中間의 경우처럼 犯罪人引渡協定이 체결되어 있지 아니한 경우에는 우리 나라가 當事國이 인도를 하여야 할 의무는 없으며 여러 가지 사정을 고려하여 裁判權을 행사하는 것은 법적으로 아무런 하자가 없다.⁵³⁾ 이 사건에서 우리 法院이 주목한 요소는 航空機拉致가 자유세계를 찾아 탈출할 수 있는 유일한 수단이었다는 점일 것이다. 그런데 8월 25일자 中國의 人民日報에는 당시 中國 國際法學會副會長이었던 陳體強의 글이 게재된 바 있다. 그는 拉致犯들에 대한 刑量과 우리 나라 管轄法院의 裁判權行使에 대하여 이의를 제기하였다. 그는 中國이 문제의 航空機 登錄國이며 이 사건 자체가 中國領空內에서 발생하였고 拉致犯과 절대다수의 被害者가 中國人이므로 中國이 管轄權을 행사할 수 있는 자격을 가장 많이 가진 國家라는 점을 들어 우리 關係當局이 犯人들의 인도에 응하지 않고 직접 심리한다는 것은 協約上의 의무를 성실하게 이행하지 아니하는 것이라고 비판을 하였다.

그러나, 헤이그協約과 東京協約의 모두 被拉航空機의 着陸國과 犯人의 所在地國에 인도의무를 부과하고 있지 않다. 헤이그 제4조에서 裁判管轄權을 행사할 수 있는 國家로서 航空機 登錄國, 着陸國, 傳貫飛行機의 賃借人의 本店所

들어 이와 같은 경향은 兩者條約에도 그대로 반영되고 있다. 예를 들어 美國과 英國은 1985년 犯罪人引渡條約을 개정하여 拉致와 人質抑留 등의 행위에 대하여는 政治犯에 관한 例外的인 규정을 적용하지 아니하기로 명문화하였다.

51) 이 原則이 國際法上 確立되었는지의 여부에 관하여는 文俊朝, “北韓離脫住民의 法的地位”, 法制研究, 제12호(1997), pp.75~78, 참조.

52) 張孝相, 現代國際法, *op.cit.*, p.578.

53) *Ibid.*, p.582.

在地國이나 住所地國을 들고 있으며 (a)항에서 航空機登錄國, (b)항에서 航空機着陸國을 열거하였다고 하여 列舉順位에서 뒤진 國家의 裁判管轄權이 배제된다는 해석은 있을 수 없다. 오히려 被拉航空機와 犯人이 소재하는 國家가 범인의 인도여부에 대한 결정을 내려야 비로소 登錄國이나 犯人의 國籍國의 刑事裁判管轄權의 행사가 가능하게 된다. 몬트리얼協約 제7조도 犯人이 自國의 領域內에서 발견되었으면 그 國家는 犯人을 인도하지 아니한 경우에는 犯行場所가 自國의 領域內인지의 여부를 불문하고 사건을 관계 당국에 넘겨 소추하도록 규정하고 있다.

한편 우리 法院의 適用法條에도 문제가 없는 것은 아니다. 즉, 서울刑事地法 제11부의 判決에서는 法令의 적용에 있어서 航空機拉致致傷의 점은 航空機運航安全法 제9조, 제8조제1항, 刑法 제30조에 그리고 허가없이 총포·도검류를 수입한 점은 총포·도검·화약류단속법 제55조제1항, 제9조제1항, 형법 제30조에 해당한다고 밝혔다. 이어 入國許可書없이 입국한 점은 出入國管理法 제88조제2호, 제8조제2항제1호, 刑法 제30조에 그리고 허가없이 外國國籍의 航空機를 大韓民國 外에서 출발하여 大韓民國內에 도착하는 航行을 한 점은 航空法 제134조제1항, 제102조제1항 제1호, 刑法 제34조제1항, 제31조제1항, 제30조에 해당한다고 판시하였다. 그러나 航空機拉致事件에 있어서는 물론 反對意見이 없는 것은 아니지만 대체로 出入國管理法이나 關稅法의 적용을 배제해 온 사실에 비추어 볼 때, 제1심 판결에서 出入國管理法의 일부 조항까지를 適用法條로 삼는 것이 과연 타당하였는지는 의문이다.

大法院 제2부의 判決에서도 出入國管理法 제88조제2호, 제8조제2항제1호의 위반의 범위는 大韓民國 政府가 승인하지 아니한 國家의 國民이 在外公館의 長 또는 出入國管理所長이 발급한 外國人 入國 許可書를 소지하지 아니하고 입국함으로써 성립한다고 하여 原審의 判示理由와 달리 판시하면서도 결론에 있어 被告人들이 出入國管理法 위반의 점에 대한 公訴事實을 有罪로 인정한 措置는 정당하다고 하였다. 大法院에서도 原審의 出入國管理法 위반부분을 그대로 적용하였다. 그들의 행위의 본질을 이루는 부분에 대하여 出入國管理法이나 關稅法 違反을 적용하는 것이 타당한가 아니면 航空機拉致犯罪라는 개념의 내포로 보아 拉致犯을 엄벌에 처하게 되어 있는 헤이그協約을 적용하는 것이 타당한가는 明若觀火한 것이었다고 판단된다. 사실 그러한 행위에 대하여 본질과는 거리가 먼 出入國管理法 등 굳이 國內法을 적용하였어야 했는지

는 의문이다.⁵⁴⁾

우리 나라의 航空機運航安全法은 폭력 또는 협박 기타의 방법으로 운항중인 航空機를 납치한 자는 無期 또는 7년 이상의 懲役に 처하게 하고,⁵⁵⁾ 航空機拉致犯罪을 범하여 사람을 致死傷하게 한 자는 死刑 또는 無期懲役に 처할 수 있게 하였다.⁵⁶⁾ 우리 나라 管轄法院이 선고한 刑量에 대한 中國側의 비판도 바로 이 航空機運航安全法의 규정에 집중되어 있다. 이 법 제3조는 東京協約 제1조의 규정에 의한 모든 犯罪行爲에 적용한다고 규정하고 있다. 東京協約은 刑法에⁵⁷⁾ 반하는 범죄뿐만 아니라 航空機와 그 搭乘者의 안전을 위협하거나 그러할 우려가 있거나 航空機內的 財産器物을 위태롭게 하거나 그러할 우려가 있는 행위 기타 機內的 질서 및 기율을 해하는 행위에 대하여 적용된다.⁵⁸⁾

그런데 이 사건의 제1심판결에서는 裁判權에 관한 辯護人들의 주장과 관련하여 東京協約과 헤이그協約에 논급하였을 뿐이고 大法院에서도 역시 刑事裁判管轄權에 관한 부분에서 헤이그協約 제1조, 제3조, 제4조, 제7조만을 들었을 뿐이었으며 量刑과 관련하여 핵심적인 중요성을 가진 제2조에 대하여는 아무런 언급도 하지 않았다. 航空機運航安全法의 제정은 엄벌에 처할 수 있도록 할 의무가 있다는 헤이그協約 제2조를 武力으로 航空機를 납치한 犯罪에 대한 定義 및 制裁를 國內法으로 法制화하도록 한 의무규정으로 보려는 견해가 있으나⁵⁹⁾ 반드시 그러한 뜻으로만 해석하는 것은 문제가 없지 않다. 사실 航空機運航安全法이 제정되어 있지 않다 하더라도 國內法의 欠缺을 이유로 國際法의 義務를 면탈할 수 없다는 것을 하나의 확립된 國際法原則을 감안해 볼 때 헤이그協約의 규정만으로 拉致犯의 처벌이 불가능하지는 않다. 또한 裁判權의 行使와 犯人의 引渡를 裁量으로 선택할 수 있도록 한 동 協約의 취지에도 반한다.⁶⁰⁾

54) 航空機拉致事件에 있어서는 着陸後에도 대부분 出入國管理法이나 關稅法의 적용을 배제하여 왔다. Hailbronner, *op.cit.*

55) 제8조제1항.

56) 제9조.

57) 이 協約 제3조 또는 제4조에 의하여 재판권을 행사하는 국가의 刑法을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. Sami Shubber, *Jurisdiction over Crimes on Board Aircraft*, (The Hague: Martinus Nijhoff, 1973), p.154.

58) 제1조 1 (a)(b).

59) 閔丙國, “大韓民國이 中共의 民航機拉致犯에 대한 刑事裁判管轄權을 행사할 경우의 國際法的인 問題點,” 大韓辯護士協會誌 통권 87호 1983년 6월 30일, p.40.

60) 張孝相, 現代國際法, *op.cit.*, p.579.

한편, 大法院의 國際法關聯 判例중에서도 法理를 오해한 경우도 없지 않다. 예컨대, 外國을 當事者로 하는 訴訟에 있어서의 裁判權行使의 範圍⁶¹⁾ 관련 된 사건의 예를 들어보자. 이 사건은 大法院이 75년 5월 23일 내린 判決로서 日本國을 상대로 한 訴狀却下命令의 適否에 관한 것이었다. 이 사건에서 大法院은 國家는 國際慣行上 外國의 裁判權에 복종하지 않게 되어 있으므로, 특히 條約에 의하여 예외로 된 경우와 스스로 外交上의 特權을 포기한 경우를 제외 하고는 外國國家를 被告로 하여 우리 나라가 裁判權을 행사할 수 없다고 판시 하였다. 이에 따라 再抗告人이 原告로서 제1심 법원에 제기한 法律適用確認請求事件의 訴狀에 기재된 피고의 표시를 駐韓日本國大使 個人이 아닌 日本國을 被告로 한 訴로 보고 日本과는 위에 말한 예외를 인정한 條約도 없을 뿐만 아니라 日本國이 스스로 外交上의 特權을 포기한 것으로 볼만한 근거도 없어 訴狀을 송달할 수 없는 경우에 해당하는 것으로 보고, 이 사건 제1심 재판장이 명령으로 소장을 각하한 조치를 옳은 것이라 하여 재항고인의 항고를 배척한 원심결정은 정당하다고 판시하였다.

서울高法 第5民事部에서 적절히 판시한 바와 같이 抗告人이 원고로서 제소한 法律適用確認請求事件⁶²⁾에서의 訴狀에 기재된 當事者의 표시에 있어서 日本大使 개인을 被告로 한 것이지만 실은 日本國을 피고로 하고 다만, 그 代表者를 駐韓日本大使로 한 것 뿐이었다. 따라서 外交上의 特權을 포기한 경우에는 우리 나라가 外國國家에 대하여 裁判權을 행사할 수 있다는 判示內容은 잘못 된 것이었다. 또한 國家가 外國의 裁判權에 복종하지 않게 된 근거를 國際慣行이라고 함으로써 國際慣行이 國際法인 것처럼 오해할 수 있는 소지를 남겼다. 國際人權規約(B規約)과 제3차 介入禁止條項⁶³⁾과 관련된 判決도 중요한 國際法關聯 事件判決이라 할 수 있다. 이 사건을 간단히 소개하면 다음과 같다. 原告 손종규는 (주)금호의 勞動組合委員長으로 1990년 10월의 대우조선 勞動組合의 파업에 제3자로 개입한 사실로 구속기소되었으며 당사의 勞動爭議調整法 제13조의2의 위반으로 1991년 8월 9일 서울刑事地方法院에서 懲役 1년 6월에 執行猶豫 3년을 선고받았으며 1992년 4월 14일 大法院의

61) 대법 75년 5월 23일 선고, 74다 281사건(日本國을 상대로 한 訴狀却下命令의 適否에 관한 제1부 판결). 原審은 서울 고법 74년 5월 22일 제5민사부결정.

62) 서울 민사지방법원 73가합 4743.

63) 1996년 6월 7일 서울地方法院 宣告, 95가단 185632 損害賠償, 원고: 손종규, 피고: 대한민국.

上告棄却으로 확정되었다. 원고는 大法院 判決이 선고된 후, 피고가 ‘제3자 介入 禁止’行爲라 하여 원고를 勞動爭議調整法 위반으로 처벌한 것은 國際人權規約(B규약: 이하 “國際規約”이라 한다)⁶⁴ 제19조제2항이 인정한 表現의 自由를 침해하였다는 이유로 同 規約 選擇議定書(the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights)에 따라 人權委員會(Human Rights Committee)에 이 사건을 통보하였다.

人權委員會는 1995년 7월 15일 피고가 위와 같은 행위를 이유로 원고를 처벌한 것은 國際規約 제19조제2항이 인정한 원고의 표현의 자유를 침해하였다고 판정하고 이와 아울러 原告는 國際規約 제2조제3항 a.에 따라 그의 表現의 自由를 행사한 것을 이유로 처벌된 데 대하여 적절한 賠償을 포함한 효과적인 救濟措置를 받을 권리가 있으며 被告에 대하여 勞動爭議調整法 제13조의2를 再檢討할 것을 권고하고 장래에 대해 이와 유사한 違反行爲가 일어나지 아니하도록 보장할 의무가 있음을 명시하였다.

原告는 이에 따라 國際規約 제19조제2항이 인정한 “구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는” 표현의 자유를 행사한 것일 뿐 犯罪로 처벌받아야 할 하등의 이유가 없었음에도 그로 인해 말할 수 없는 精神的 苦痛과 名譽毀損을 당하였으므로 金錢賠償을 포함한 적절한 구제조치를 제공하여 주도록 요구하였다. 이에 대해 抗訴審에서는 國際規約 제19조제3항이 ‘제19조제2항에 규정된 表現의 자유에 대한 권리의 행사에는 특별한 義務와 責任이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 法律에 의하여 규정되고, 또한 국가안보, 공공질서, 공중보건, 도덕의 보호를 위하여 필요한 경우에 한정된다’라고 규정하는 유보조항을 두고 있음을 들어 원고의 주장을 배척하였다.

또한 이 사건에서 憲法 제6조제1항에서 憲法에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 國內法과 동일한 효력을 가진다라고 규정하고 있지만, 원고의 문제의 행위는 憲法이 보장하는 표현의 자유를 넘어서 勞動爭議調整法 제13조의2 위반에 해당된다고 인정되므로 憲法裁判所에 의하여 최종적으로 合憲決定된 條文에 의거하여 被告 所屬公務員들이 公訴를 제기하

64) 이規約은 1966년 12월 16일 國際聯合 總會의 決議 2200A(XXI)로 채택되어 1977년 3월 23일 效力을 발생하였으며 大韓民國은 1990년 4월 10일 批准하였다.

고 有罪의 確定判決을 선고한 행위에 대하여 被告가 國際規約 제2조제3항 a.에 의하여 직접 原告에 대하여 損害賠償責任을 부담한다거나 被告 所屬公務員들의 행위가 不法行爲를 구성한다거나 被告가 구체적으로 勞動爭議調整法 제13조의2를 폐지 또는 개정 등의 조치를 취하지 아니한 행위가 不法行爲를 구성한다고 볼 수 없으며 人權委員會의 견해는 이른바 勸告事項으로서 이에 대하여 法的인 羈束力을 인정하여야 할 근거가 없다고 판시하였다.⁶⁵⁾

이 判決은 人權委員會의 勸告事項을 사실상 받아들이지 아니한 것이라 할 것이다. 무엇보다도 人權委員會가 피고가 문제의 행위를 이유로 원고를 처벌한 것은 國際規約 제19조제2항이 인정한 表現의 自由를 침해하였음을 판정하였음에도 불구하고 대법원은 문제의 행위가 大韓民國 憲法이 보장하는 表現의 자유의 한계를 넘어선 것임을 재확인하고 원고의 청구를 배척하였던 것이다. 즉, 원고가 그의 表現의 自由를 행사한 것을 이유로 처벌된 데 대하여 적절한 賠償을 포함한 효과적인 救濟措置를 받을 권리가 있음을 판정하였음에도 불구하고 피고가 國際規約 제2조제3항 a.에 의하여 직접 原告에 대하여 손해배상 책임을 지는 것은 아니며, 人權委員會가 피고에 대하여 勞動爭議調整法 제13조의2를 재검토할 것을 권고하고 장래에 대해 이와 유사한 違反行爲가 일어나지 아니하도록 보장할 의무가 있음을 명시하였지만 동 委員會의 勸告는 法的 拘束力이 없음을 이유로 그 勸告의 國內的 施行을 배척함으로써 原告 敗訴判決을 내렸다. 이러한 判決은 國際規約이라는 國際的인 人權保護基準보다는 國內的인 人權保護基準을 우선시한 것이며, 사실상 國際規約은 물론이고 人權委員會의 勸告도 國內法의 內容과 그 解釋에 따라 배제될 수 있음을 의미하는 것이다. 이러한 判決은 國際規約 및 人權委員會의 存立基盤을 훼손하는 것이라고 평가할 수밖에 없다.

VI. 結 論

大韓民國 政府樹立과 더불어 國際社會에 再登場한 우리 나라는 그 동안 많은 國際法 問題들에 직면하여 이를 처리하여 왔다. 條約의 締結, 行政府의 國際法的 事件의 處理, 司法院의 國際法關聯 事件判決 등이 대표적인 예일 것이다. 이 論文에서는 그러한 문제중에서 관심을 끌었던 몇 가지 事例에 대판 評

65) 이에 관하여는 白忠鉉·鄭印燮編, “韓國의 國際法慣行”, 서울國際法研究, 5권1호(1998), pp.115~118, 참조.

釋을 중심으로 우리 나라의 國際法 慣行을 회고하는 데 그 초점을 맞추었다. 여기에서 나타난 몇 가지 사항을 지적하면 다음과 같다. 그동안 우리 나라 法院에서 國際法을 적용한 判例가 그다지 많지 않았던 사실 때문에 이에 대한 이렇다할 만한 評釋作業도 거의 시도된 바 없다. 그러나 이제 앞으로 우리 法院이 條約이나 國際慣習法을 적용하여 裁判을 하여야 할 경우가 차츰 늘어날 것이므로 이러한 관례에 대한 體系的인 研究와 評釋作業의 필요성 또한 그만큼 커갈 것으로 내다 보인다. 그리고 새삼스럽게 國內法院의 國際法の 發展을 위한 役割이나 國際法秩序의 구현을 위한 기능을 들지 아니하더라도 그러한 必要性은 의문의 여지가 없다. 더구나 오늘날의 時代的 狀況 때문에 國際法問題가 포함된 事件의 司法的 處理 또한 곧바로 外國의 觀心과 그리고 때에 따라서는 評價의 대상이 된다. 앞에서 소개한 우리 나라 法院들이 내린 國際法關聯 判決들중 다소 適用法條의 측면에서 문제가 있는 부분이 없지 않았으며 때로는 법리를 오해한 부분도 있었다.

그리고 우리 나라의 條約締結에 있어서는 留保와 관련된 몇 가지 문제점을 지적하지 않을 수 없다. 첫째, 우리 나라에서 간행된 法令集 또는 法典, 심지어 條約集에서조차 개개의 條約에 대한 留保狀況에 대해서는 전혀 언급하고 있지 않다. 이는 구체적인 業務의 處理와 事件의 判決에 있어서 條約 그 자체를 참고하고 援用하기 보다는 國內法에 의거하겠다는 것으로 밖에 볼 수 없다. 이러한 점은 시정되어야 할 것이다. 또한, 어떠한 條約의 締約國들이 어떠한 條項을 유보하였는가에 대하여 파악하고 있어야 구체적인 事件과 관련하여 당해 締約國과의 관계에서 적용될 수 있는 條約의 範圍를 알 수 있을 것이다. 이상과 같은 점을 고려해 볼 때, 적어도 政府機關이 발행하는 條約集이나 法令集에서는 留保條項에 대해 명시해 두어야 할 것이다.

둘째, 우리 나라는 人權關聯 國際條約에 가입하면서 國內法과 충돌된다고 판단되는 條項은 모두 留保하에서만 가입하여 왔다. 그러한 條約의 加入意義는 國內人權狀況을 당해 조약이 요구하는 수준으로 끌어올리는데 있다. 그러나 우리 나라는 國內法이 條約上의 義務를 만족시키지 못하는 경우 國內法을 개정하기 보다는 條約의 關聯 條項을 유보하여 왔다. 물론 人權關係 條約의 가입시 先進國들도 역시 적지 않은 留保를 하였으나 우리 나라는 조약 체결을 위한 國內法의 改正보다는 留保를 선택하는 경향이 두드러진다는 지적도 타당하다고 본다.

셋째, 條約加入準備過程이 불충분하다는 지적도 유의할 필요가 있다. 예컨대, 人權關聯 條約은 外交通商部가 주무부서가 되어 가입시 예상되는 問題點, 특히 條約 內容과 國內法間의 衝突與否를 조사한 후 그 대책을 마련하는 바, 이 過程이 매우 소홀히 처리되는 경우가 많았다. 1차적으로 外交通商部에서 관련 각 부처에 條約 內容을 통지하고 담당 업무와 관련된 國內法上의 문제점이나 의견제시를 요구하는데 이를 요청받은 부서가 무성의하게 응답하는 경우가 많다는 지적이 있음을 밝혀두고자 한다. 즉, 대부분의 政府部處에서 條約加入與否는 자신들의 關心事가 아니라는 이유로 최소한의 形式的인 檢討조차 게을리되고 있으며, 평소 對外業務가 적은 정부부처의 경우에는 擔當者가 條約의 解釋에 관한 기본적인 能力 自體를 갖지 못하고 있다는 점은 개선되어야 한다는 것이다.

넷째, 政府가 발표한 留保條項보다 條約과 國內法間의 衝突이 훨씬 많음에도 불구하고 지나치게 많은 留保는 國內의 여론상 곤란하다는 이유로 “國內法과 모순없음”으로 결론 내려지고 있다.