

# 國際裁判에 있어서의 選擇條項의 法的關係

禹 在 昇\*

## I. 選擇條項의 起源

國際司法裁判所 規程은 規程 當事國 사이에 발생하는 法律的 紛爭을 해결할 수 있는 裁判所의 管轄權을 직접 구체적으로 또한 획일적으로 설정하는 規範을 가지고 있지 않는다. 따라서 裁判所는 規程에 의거해서 當事國 사이에 발생하는 紛爭에 대해서 強制的으로 管轄權을 행사할 수 있는 입장이 되지 못한다. 이와 같은 뜻을 1955에 일어난 Isreal vs Bulgaria 航空機墜事件의 管轄權에 관한 訴訟에서 다음과 같이 밝혔던 것이다. 즉 “...規程은 裁判所의 強制的 管轄權을 설정하고 있지 않다.” “...規程 36條는 San Francisco 에 있어서 대다수의 代表들의 의사에 반하여 義務的 管轄을 規程의 當事國으로서 當然한 直接的인 結果로 認定하고 있지 않다.”<sup>1</sup>

이러한 점에 관해서 裁判所 規程은 36條 1項에서 裁判所의 管轄은 規程과는 별도로 各國 사이의 合意 즉 條約에 의해서 결정될 것을 밝히면서 다음과 같이 규정하고 있다.

裁判所의 管轄은 當事國이 裁判所에 付託하는 모든 事件 및 國際聯合 憲章과 現行 諸 條約에서 특히 규정하는 모든 사항에 미친다.

그러나 36條 2項에서 4項까지에는 法律的 紛爭에 관하는 裁判所의 管轄을 설정할 수 있는 규범을 만들기 위해 獨自的인 節次的 制度를 정하고 있다. 이것이 우리가 말하는 選擇條項의 制度인 것이다. 이 條項을 살펴 보면 다음과 같다.

2. 本 規程의 當事國인 國家는 다음 事項에 관한 모든 法律的 紛爭에 관한 裁判所의 管轄을 동일한 義務를 수락하는 他國에 대한 관계에 있어서 當然히 또한 특별한 合意없이 義務的 이라고 인정하는 것을 언제든지 宣言할 수 있다.

\* 法學科 助教授

1. *I.C.J. Reports* 1959, pp. 139, 145.

- a. 條約의 해석
  - b. 國際法上的의 문제
  - c. 확정될 것 같으면 國際義務의 違反이 되는 事實의 有無
  - d. 國際義務의 違反에 대한 賠償의 性質 또는 그 範圍
3. 앞의 宣言은 無條件으로 多數國家 또는 일정한 國家사이에 있어서 相互條件으로 또한 一定된 期限을 정하여 선언할 수 있다.
4. 그 宣言書는 國際聯合 事務總長에 寄託되며 事務總長은 그 謄本을 規程 當事國 및 裁判所 書記에 송부한다.

따라서 筆者는 이와 같은 여러가지 條項에 비추어 보아 選擇條項이 어떠한 法的性質을 가졌으며 어떠한 法的機能을 할 수 있는가에 대해서 알아 보고저 하는 바이다. 그러나 우선 規程 36條의 마지막 두個 條項을 추가해서 소개하면

5. 常設國際司法裁判所 規程 36條에 따라 행하여진 宣言으로서 아직 效力을 가지는 것은 本規程의 當事國 사이에는 그 宣言이 계속 有效한 期間中 및 宣言의 條項에 따라 國際司法裁判所의 義務的 管轄을 수락하고 있는 것으로 간주한다.

라고 규정되어 있어 이는 常設國際司法裁判所의 解體를 눈 앞에 두고 裁判所의 義務的 管轄의 受諾에 대한 失効가 豫想된 사태에 대비하는 뜻에서 삽입된 經過 規定에 불과한 것이다. 이미 常設裁判所의 義務的 管轄을 수락한 宣言을 宣言國에 의해서 裁判所 規程의 當事國이 되는 행위 이외의 다른 새로운 특정된 행위를 하지 않고도 國際司法裁判所의 義務的 管轄에 동의한 것으로 볼 수 있는 경우를 위한 규정이다. *Isreal vs Bulgaria*의 航空機墜落事件에 있어서도 裁判所가 명시한 것과 같이 이 *transformatio ipso jure*에는 일정한 人的 限界가 있다. 즉 國際聯合 憲章 및 裁判所 規程의 署名國으로서 그 宣言이 아직 效力을 갖고 있는 나라에 대해서만 그들의 同意로서 新裁判所의 管轄에 응할 義務로 變形된 것이다. 따라서 非署名國에 대해서는 常設國際司法裁判所의 解體와 함께 그의 義務的 管轄權이 效力을 상실하게 되므로 그들에게는 義務의 變形이라고 하는 문제는 일어나지 않는 것이다.<sup>2</sup> 그렇다고는 하나 그후 *The Temple of Preah Vihear Case (Cambodia v. Thailand)*에 있어서 裁判所가 確認한 바와 같이 常設裁判所가 解體된 후에 規程의 當事國이 되는 나라에 대해서는 그와 같은 變形이 36條 5項과는 관계가 없는 다른 方法에 의해 있을 수 있는 가능성이나 기타 그 變形과는 전혀 관계 없이 裁判所의 義務的管轄을 수락할 수 있는 가능성이 부정된 것은 아니다.<sup>3</sup>

規程 36條 6項에는

2. *I.C.J. Reports* 1959, pp. 136-145.

3. *I.C.J. Reports* 1961, pp. 25-35.

6. 裁判所가 管轄權을 가지고 있으나에 관한 爭議가 있는 경우에는 裁判所의 判決로서 결정한다.

라고 되어 있다. 이 條項에 대해서는 Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)의 判決이 다음의 두가지에 대해서 裁判所의 입장을 밝힌 바가 있다. 즉 첫째로 이 規定은 36條 2項의 適用에 대한 管轄權에 관한 분쟁에만이 관련되는 것이 아니라는 사실과 둘째로 이것은 Alabama 號 事件 이래로 일반적으로 승인된 國際法의 原則으로서 그것을 이 裁判所가 채용한 것에 불과하다는 사실이다.<sup>4</sup>

그러면 이 選擇條項 制度의 역사적 기원을 살펴 보고자 한다. 우선 이 選擇條項은 원래가 타협의 산물이라고 보겠다. Hudson이 말하기를 “裁判所의 創設에 있어서의 최대 論爭의 결과”라고 하였다. 常設國際司法裁判所 規程의 起草를 한 1920年의 法律家委員會의 草案에는 國際聯盟 加盟國 전체에 대한 義務的 管轄 즉 當事者의 一方的 提訴에 의한 裁判所의 管轄이 豫想되어 왔던 것이나 理事會에서는 一國이 他國을 동의 없이 裁判所에 召喚하기는 불가능하며 이는 聯盟 規約의 정신에 위배되는 것으로서 반대가 매우 심해서 義務的 管轄을 除去하는 修正이 불가피하였다고 한다. 이 修正案이 聯盟總會에 회부되었을 때 委員會의 견해를 지지하는 바도 많아 論爭은 극심하였으나 결국에는 委員會의 견해나 理事會의 견해가 다같이 거부되고 타협안으로서 聯盟의 加盟國이나 기타 國家가 任意로 加入할 수 있는 義務的 管轄의 條項이 삽입되기에 이르렀던 것이다. 이것으로서 우리는 任意條項이라고도 하고 選擇條項이라고도 하는데 이는 원래 委員會의 小委員會에서 Brazil 때표인 Fernandes 에 의해서 提示되었다고 한다.

1945年 裁判所 規程을 다시 기초함에 있어서 이 문제는 또다시 같은 모양으로 論議되었을 때 Washington 法律家委員會에 있어서 여러 대표는 裁判所의 義務的 管轄制度의 確立에 찬성이었다. 그러나 委員會로서는 이 문제에 대해서 아무런 確定的인 입장을 취하지 않을 것을 결정하였다. 이의 대안으로 애급대표는 一般原則으로서 義務的 管轄을 채용하는 반면에 各國에는 留保로서 그 義務로부터 피할 수 있는 길을 열어 두는 잠정적 해결안을 提出했다. 그러나 이 案은 委員會의 지지를 받지 못해 會議에는 suggestions로서 두 個의 text가 提出되었다. 첫째것은 종전의 規程 36條를 再現시킨 것이고 둘째것은 36條를 변경해서 選擇의 방법을 거치지 않고 직접 裁判所의 義務的管轄을 설정하려는 것이었다. San Francisco 會議시에는 IV/1 委員會 및 그 D 小委員會에 의해 討議가 거듭되었다. 그러나 새로운 議論은 아무것도 없이

4. *I.C.J. Reports* 1953, pp. 119 es. seq.

小委員會는 “모든 점을 고려하여 현시점에 있어서의 選擇의管轄權의 방법이 一般的 合意를 얻는 데에는 他에 비해 그 가능성이 가장 높다”는 結論을 내렸다. 따라서 IV/1 委員會는 31대 14표로서 義務的 管轄에 관한 選擇條項을 그대로 두기로 決定하였다. 그후 다시 1945年 6月 25日의 總會 本會議는 이것을 만장일치로 承認하게 되었다.

選擇條項은 이와 같이 政治的 편의에 입각해서 설정을 보아 그 생명을 계속 유지하고 있다. 그러나 이 條項의 目的이 義務的 管轄의 지속적인 발전을 촉진시키기 위함에는 틀림이 없다. 新規程 36條 5項으로서 삽입된 條文의 目的도 “新裁判所의 創設이 이미 이루어진 발전을 헛것으로 하지 않기 위함이다”라고 하였다.<sup>5</sup>

## II. 選擇條項制度的 法的性質

規程 36條에 의한 當事國의 義務的 管轄 受諾宣言書는 현재에는 國際聯合의 事務總長에게 寄託됨으로서 宣言國간의 法的 關係가 설정된다. 그 法的 性質이란 어떠한 것을 의미하는가?

이 宣言을 어떤 學者는 國際法上 一方의 行爲로서의 약속에 해당한다고 보고 있다. 어떤 學者들은 다른 當事國들이 受諾하는 모양과 合致할 수 있게 만들고서 雙務的 法律行爲를 형성하는 것으로 생각하여 이것을 申立하는 行爲로 보고자 하나, 이것은 현실에 적합치 아니 하는 구성이라고 한다. 현실적으로는 전부가 같은 식의 단일한 一方的 宣言이 있을 뿐이다. 그래서 이들 宣言國들은 하등 다른 宣言國에 대해서 申立의 受諾이란 行爲를 볼 수 없으며 따라서 진정한 의미에서의 國家間的 合意와 같은 즉 條約의 締結과 같은 行爲의 形跡은 있지 않다는 것이다. 規程 36條도 明示的으로 그와 같은 사실을 배제하고 있다. 이들 宣言은 전부가 平行的인 약속으로서 이것으로서 各國家는 일정한 분쟁을 裁判所에 부탁할 義務를 지는 것이다. 이 약속도 또한 無條件的인 약속이 아니고 타 宣言國에 의해서도 같은 약속이 있을 것을 條件으로 하는 약속 즉 相互條件에 의한 約束을 뜻하는 것이 틀림이 없다고 한다.<sup>6</sup>

Guggenheim은 다수국에 의한 任意條項의 署名은 規程이 創設된 것과는 별도로 相互性의 條件下에서 Hague 裁判所의 義務的 管轄을 승인하는 새로운 條約的 團體를 構成하는 것이라고 보며<sup>7</sup> Morelli는 이 절차를 合意라고 보며 이것의 특징은 오직 그의 形成 과정에 있을 따름이라고 한다.

Fitzmaurice는 宣言이란 세가지 형식으로 나눌 수 있다고 보고 있다. 첫째 형식으로 나설

5. *I.C.J. Repors* 1959, p. 144.

6. Balladore Pallieri, *Public International Law*, 7th ed. 1956, pp. 317-8. 이와같은 宣言을 一方的 約束이라고 해도 그 効力은 一般國際法이 아니고 規程 36條에 설정된 特別 國際法規範이라고 보아야 할 것이다.

7. *Traité de Droit international public*, II, 1954, p. 120.

질적으로나 一方的이 아닌 宣言 둘째 형식은 一方的이기는 하나 實質적으로는 그렇지 않은 宣言 세째는 형식은 一方的이기는 하나 相互依存하고 서로 얽혀 있는 것을 豫想한 宣言으로서 實質적으로는 契約的인 것으로 區別하고 選擇條項에 의한 宣言을 세째의 宣言에 해당한다고 한다. 고로 근본적으로 契約的인 性質은 直接 相互條件에서부터 나온다. 그래서 宣言은 全體的인 合意를 구성한다. 따라서 이 宣言은 相互 얽혀 있는 宣言 全體의 一部分에 불과하다.<sup>8</sup>

이와 같은 意見들 가운데 36條가 예상하고 있는 宣言을 平行的인 一方的 約束이라고 해석하는 것은 正當한 것 같지 않다. 왜냐하면 첫째로 國際法上의 主體가 一方的 行爲로서의 約束이라고 하는 것을 認定을 하고 있는지가 의문스럽다는 것이다. 둘째로 國際司法裁判所의 管轄에 대한 근거가 當事國의 合意에 의존한다고 하는 것은 國際法上 確立된 原則인 고로 가능하다면 그 原則과 調和가 되는 방향으로 해석을 하는 것이 正當하다고 하는 것이다.<sup>9</sup>

따라서 規程 36條에 의거한 宣言은 宣言을 같이 하는 각 當事國간의 合意라고 보는 것이 타당할 것이며 이와 같은 태도를 裁判所 自體가 취하고 있다고 하겠다. 裁判所는 Norwegian Loans Case (France v. Norway)에 있어서 裁判所의 管轄權의 근거인 當事國의 共同意思는 불란서의 留保에 의해서 提示된 한층 더 좁은 限界內에서 存在한다.” 라고 말하고<sup>10</sup> 또한 Right of Passage over Indian Territory Case (Portugal v. India)에 있어서는 具體的으로 “當事國간의 契約關係(contractual relation) 및 그것을 근거로한 裁判所의 義務的 管轄權...” 이라든가 “選擇條項의 근거인 合意的 紐帶(consensual bond)”라고 명백히 宣言하고 있다.

그러나 여기에서 다시 문제가 되는 것은 이 合意的 宣言이 雙務的(bilateral)인 것인가 또는 多邊的(multilateral)인 것인가 라고 하는 것이다. 이것은 36條 4項에서 명시된 合意關係의 設定節次에 관한 규범의 해석에 관련해서 實際的인 重要성을 가지는 논점이다. 36條 4項에 있어서의 重要한 문제라고 하는 것은 그 條項에 의한 宣言書를 國際聯合 事務總長에게 寄託함으로서 동시에 타의 전 宣言國에 대한 관계가 完成되는 것인가 또는 각 宣言國에 대해 그 나라가 事務總長으로부터 宣言書를 접수하였을 때 完成되는 것인가 하는 문제다. 이것은 實際로 Right of Passage over Indian Territory Case에 있어서 문제가 된 것인데 그때의 사정을 이해하면 다음과 같다.

1950年代의 事件 이었다. 印度의 領土內에 Portugal 領土인 Goa, Daman 과 Diu 라고 하는 세 地域이 있었는데 Daman 에는다시 Dadra 와 Nagar-Aveli 라고 하는 작은 地域이 속해 있어

8. *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1951-4, B.Y.I.L. (1957), pp. 229-231.

9. cf. *P.C.I.J.*, Series A/B, No. 77, p. 76: “The multiplicity of agreements concluded accepting the compulsory jurisdiction...” *I.C.J.*, Reports 1953, p. 122: “The characteristic of this compulsory jurisdiction is that it results from a previous agreement...”

10. *I.C.J. Reports* 1953, p. 23.

그들은 완전히 印度의 領土로 둘러 쌓여 있었다.

印度는 獨立이래 Portugal 에게 이들 諸地域을 引渡해 줄 것을 여러 번 要求하여 왔으나 이를 거절 당하자 印度는 그들 地域간의 通行을 制限하게 되었다. 때를 같이 하여 印度의 反 Portugal 團體의 行動은 激化하게 되었으며 드디어는 1954年 7월에 Dadra 等 enclaves 는 폭도들에 의해서 占據당하게 되자 그 近域의 治安 관계상 Portugal 의 一切의 通行을 拒否하기에 이르렀다.

1954년에 Portugal 은 아직 國際聯合會員國이 아니며 따라서 裁判所 規程의 當事國도 아니었다. 고로 이 문제를 國際司法 裁判所에 부탁하기 위해서는 印度와의 特別合意를 必要로 했던 것이다. 그 먼저 Portugal 의 U.N. 加入申請은 1946년에 提出되었으나 安全保障理事會와 總會를 통과한 것은 10년이 지난 1955年 12月 14日 이었다. Portugal 은 U.N. 의 非會員國으로서 裁判所의 當事國이 될 것을 願치 않았다.

印度는 1940年 2月 28日의 宣言으로 常設國際司法 裁判所의 強制管轄權을 수락하였으나 國內管轄 문제 및 1930年 2月 5日 이전에 일어난 紛爭에 관해서는 管轄權을 유보하여 왔다. (1930年 2月 5日은 印度가 제일 처음으로 選擇條項을 수락한 日字) 이 宣言은 裁判所 規程 36條 5項에 따라 계속 효력을 유지하고 있었다. 그래서 1955年 12月 19日 즉 U.N. 에 加入하여 裁判所의 當事國이 되지 불과 5日 만에 Portugal 은 裁判所의 選擇條項 受諾宣言을 國際聯合事務總長에 寄託하였는데 그 중 가장 중요한 留保條件은 제3의 The Portuguese Government reserves the right to exclude from the scope of the present declaration, at anytime during its validity, any given category or categories of disputes by notifying the Secretary-General of the United Nations and with effect from the moment of such notification. 이었다.

다시 3日 후인 22日에 國際司法裁判所에 本紛爭을 부탁하는 請求書를 提出하였는데 그 Portugal 의 請求書에는 The right of portuguese officials and nationals, as well as foreigners authorized by Portugal, to cross India on their way between the Portuguese territory of Daman and the Portuguese enclaved territories of Dadra and Nagar-Aveli, and between each of the two last mentioned territories.에 관한 紛爭이라고 題目을 붙였는데 이에 대해서 印度는 1957年 4月 15日부로 여섯가지 項目의 先決的 抗辯을 내세웠으며 本件에 대해서는 裁判所가 管轄權이 없다고 主張하였다. 그 가운데 가장 중요한 것을 보면 둘째의 것으로 Portugal 의 請求書提出은 印度가 選擇條項下에 또한 選擇條項 受諾宣言에 內包되어 있는 明示的 條件下에 가지는 平等性 및 相互性(equality, mutuality and reciprocity)을 侵害한다. 왜냐하면 Portugal 의 請求書는 事務總長이 規程 36條 4項에 따라

그 謄本을 他國에 送付할 것을 可能하게 할 수 있는 期間이 經過하기 이전에 提出된 까닭이다 라고 되어 있다. 다시 넷째에 Portugal의 請求書提出은 印度가 選擇條項 및 選擇條項 受諾宣言下에 갖고 있는 相互的 權利 즉 印度도 같은 留保를 援用할 수 있는 權利의 侵害로서 選擇條項과 그 規程에 따른 節次的 濫用이다 라고 했는데 印度의 이와 같은 抗辯은 選擇條項制度의 合意的 性格에 關係되며 Portugal 宣言의 有效性을 直接間接으로 공격하고 Portugal의 善意(good faith)를 의심하였으며 특히 選擇條項 受諾宣言의 第3條件은 印度와의 紛爭에 合當하게 한 따름이지 진정한 의미에서의 強制管轄의 受諾宣言이 되지 못한다고 공격하는 동시에 너무나 급작스런 裁判請求로서 印度는 Portugal의 宣言을 보지도 못하였을 뿐 아니라 그에 대한 自國의 宣言의 留保를 改正함으로써 대비할 수 있는 可能性도 생각할 겨를이 없었다는 것이었다.

이에 대해서 裁判所는 宣言書는 U.N. 事務總長에 대해 寄託함과 동시에 他의 모든 宣言國과의 關係가 完成되는 것으로 解釋을 하고 다음과 같이 말하였다. “裁判所는 受諾國이 U.N. 事務總長에게 그 受諾宣言을 寄託하는 것으로서 36條로부터 발생하는 모든 權利 및 義務를 가지고 他宣言國에 대한 關係에 있어서 選擇條項制度의 當事國이 되는 것으로 사료된다. 當事國 사이의 契約關係 및 그것으로부터 발생하는 裁判所의 義務的 管轄權은 宣言을 하였다는 事實만으로 당연히 또한 특별한 合意없이 設定된다. 따라서 受諾宣言을 하는 모든 나라는 規程下에 언제나 新署名國에 대하는 關係에 있어 그 署名國에 의한 受諾宣言寄託의 結果 選擇條項의 義務에 따르게 할 수 있는 가능성을 고려하고 있다고 보지 않을 수 없다. 裁判所의 管轄을 受諾하는 나라는 新宣言國에 의해 그 나라가 事務總長에 受諾宣言을 寄託함과 동시에 請求(application)가 自國을 상대로 裁判所에 提出될 것을 豫期치 않으면 안된다. 왜냐하면 그날 즉시로 選擇條項의 기초인 合意的 유대가 關係國 사이에 발생하는 까닭이다”<sup>11</sup>

이와 같이 36條에 의한 宣言은 事務總長에게 寄託함으로써 裁判所의 管轄을 受諾하고 있는 모든 規程當事國에 대해 동시적으로 그 關係가 完成된다. 실제로 裁判所는 그 宣言이 他의 宣言國의 個個國에 대해 事務總長으로부터의 通知에 의해 完成되었는가 하는 사실을 조사하지 않으면 안된다고 하면 그때 발생할 수 있는 不確實性을 없이 할 수 있다.

宣言이 事務總長에게 寄託됨으로서 다른 모든 宣言國에 대하는 關係에 있어서 동시적으로 完成되는 것으로 하면 36條下에서는 關係國間에 雙務的 契約이 締結되는 것이 아니고 그것은 多邊的合意的 節次로 보지 않으면 아니된다.<sup>12</sup>

11. *I.C.J. Reports* 1957, p. 146.

12. 이에 대한 裁判官 Badawi의 反對意見を 참조: *I.C.J. Reports*. 1957, p. 157-58.

宣言은 一方的인 起草로서 表示됨으로 36條 2項에 定式으로된 規範에 加入(adhesion)이라고 性質을 말하는 것이 가장 적절할 것 같다. 常設裁判所에서는 물론 國際司法裁判所도 Right of Passage Case에 있어서 “as between States adhering to the Optional Clause, each and all of them are found by such identical obligations…”라고 하는 表現을 사용했다.<sup>13</sup>

裁判官 McNair 는 Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran)에 있어서 “2項에 따라 規定된 節次는 contracting-out 法規의 適用除外가 아니고 contracting-in 契約的 付從으로서의 性質에 주의해야 한다”<sup>14</sup> 고 하고 Alvarez 는 “宣言은 특수한 性質을 가지는 多邊的 行爲”라고 말하며<sup>15</sup> Lauterpacht 는 Norwegian Loans Case (France v. Norway)에서 “실제로 受託宣言을 總會의 援助下에 締結된 여러가지 條約에 있어서 政府가 總會에 의해 確定된 text 에 加入하는 것과 같은 方法으로서의 多邊條約에의 加入(accession)으로 생각함에 있어 어려울 것이 없다”라고 말했다.<sup>16</sup>

실제 規程 當事國이 36條下에서 宣言을 할때에 특정국 또는 특정국과의 具體的 紛爭을 염두에 두고 하는 것이 아니고 Shabtai Rosenne 가 말하는 것과 같이 “受諾은 보통 어떤 特定國과 特정한 具體的인 紛爭을 염두에 두지 않는 一般的인 것”이다.<sup>17</sup> 각 宣言國은 共通의 目的 즉 그들사이에 發生할 수 있는 不定數의 紛爭에 關係 裁判所의 義務的 管轄制度를 創設한다는 目的으로 그것에 加入한다는 方法으로 參加하는 것이다.

規程 36條下에서 決定的인 뜻을 가지는 것은 宣言國의 意思(intention)이다. 이 意思를 有效하게 表示하는 方法 또는 形式 節次에 關係서는 엄격하게 定해진 바가 없다. The Temple of Preah Vihear Case (Cambodia v. Thailand)에 있어서 “要求된 유일한 形式節次는 規程 36條 4項에 의해 受諾書를 U.N.事務總長에 寄託하는 것이다……그 外에는 36條 2項에 規程 當事國이 裁判所의 管轄을 義務的인 것으로 認定하는 것을 언제든지 宣言할 수가 있다고 되어 있을 뿐이다. 當事國은 이것을 행할 精確한 方式 및 文書는 當事國에 立印되어 있어 特定된 方式이 要求되고 또한 그 樣式을 따르지 않은 宣言은 無效라고 하는 것은 아무것도 없다 물론 慣習 및 전통은 一定型의 것이 실제 편의상 裁判所의 義務的 管轄을 수락하는 나라에 의해 보통 사용되겠음 되어있다. 그러나 特定用語를 사용해야만 한다는 規定은 전혀 없다. 동시에 36條 2項과 3項에 關係없이 期間, 條件 또는 留保와 같은 것을 열거할 의무는 없고 이와 같은 點에 대하여 하나 또는 둘 이상 또는 전부에 대해서 전혀 言及을 피한 受諾이 있다.”고 되어 있다.

宣言을 해석함에 있어서는 一方的인 起草의 結果인 것을 고려에 넣지마는 일반적으로 正

13. *I.C.J. Reports* 1957, p. 144.

14. *I.C.J. Reports* 1952, p. 113.

15. *ibid.*, p. 125 16. *I.C.J. Reports* 1957, p. 49.

16. *I.C.J. Reports* 1957, p. 49.

17. *The International Court of Justice* (1957), p. 316.



規解釋法則(normal canons of interpretation)이 적용될 것이다. Anglo-Iranian Oil Co. Case에서 裁判所는 “條文은 理由와 뜻이 그 條文中 어느 말에도 부합될 수 있도록 해석되어야만 한다는 法則은 條約을 해석할 때는 일반적으로 適用되는 것으로 보편 된다. 그러나 Iran의 宣言文은 두 個 이상의 國家사이의 교섭의 결과인 條約文이 아니다. 그것은 Iran 政府에 의해 一方的으로 起草된 것의 결과이다. Iran은 宣言文을 起草함에 있어서 특별하게 慎重性을 표시한 것 같다. 이것은 엄격하게 말하면 불필요하다고 느껴지는 말까지라도 만일의 경우를 위해서 삽입하고 있다고 볼 수 있다.…”<sup>18</sup>고 하였고 The Temple of Preah Vihear Case (Cambodia v. Thailand)에 있어서도 裁判所는 “Thai의 1950년의 宣言을 全體的으로 해석하고 동시에 조금도 의심한 적이 없이 이미 알려진 目的에 비추어 해석할 때에 그의 참 뜻과 그 效果가 무엇인가를 決定하는 데에…宣言의 實體를 해석하지 않으면 안된다고 보겠다. 이 때에 裁判所는 普通 해석 법칙을 적용하지 않으면 안되겠는데 먼저 裁判所의 확립된 判例에 따라 용어는 나타난 文脈에 비추어 自然的이며 通常의인 뜻에 일치되게 해석되어야만 한다는 것이다.…”<sup>19</sup>라고 하였다.

### Ⅲ. 裁判所에 對한 一方的提訴

規程 36條 2項에 定式화된 規範의 受諾이나 加入으로 인해 발생하는 效果는 그들 國家사이에서 일어나는 法律的 紛爭에 관해 裁判所의 義務의 管轄을 創設하는데 있다. 다시 말하자면 이들 각 나라는 裁判所에 대해 특별한 合意없이 一方的으로 訴訟을 提起할 수 있는 法的 可能性을 부여하는데 있다. 그에 대해 訴訟을 提起 당하는 나라는 어떻게 應訴하지 않으면 안된다. 宣言書가 寄託된 후 그 나라는 타의 어느 宣言國에 대해서도 原告로서 裁判所에 提訴하며 또한 反對로 그 나라는 타 宣言國에 대해서 被告로서 裁判所에 提訴될 수 있는 可能性이 발생하는 것이다.

裁判所는 Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)의 제일단계에 있어서 다음과 같이 말했다. 즉 “이 義務的 管轄의 특징은 그것이 裁判所에 特別한 合意없이 提訴할 수 있는 可能性을 낳게 하는 事前의 合意에서 발생하는 그리고 그것에 따르는 紛爭에 대해서 裁判所에 一方當事者의 請求(Application)에 의해서 提訴될 수 있는 것이라고 하겠다. 36條 2項은 그것이 裁判所規則 32條에서 35條까지와 함께 規律하는 義務的 管轄의 主題, 原則 및 適用에 관한 것이다. 그것은 그것에 관한 宣言文과 마찬가지로 “compulsory” 및 “jurisdiction”이란 用語를 사용하고 있으며 그 條文의 構造는 이들 두 낱말 가운데 最初의 것이 더욱 중요한 뜻

18. I.C.J. Reports 1952, p. 105.

19. I.C.J. Reports 1961, p. 32.

을 가진 것이라고 알기에는 어렵지 않다. 36條 2項 및 그에 관한 宣言의 目的은 裁判所에의 提訴(seising of the Court)를 規律하는데 있다. 즉 規程의 制度下에서는 請求에 의한 裁判所에의 提訴는 당연히 ipso facto 전 規程 當事國에 開放되는 것이 아니고 適用되는 宣言에 明示된 範圍內에 있어서만 開放되어 있다.”<sup>20</sup>

여기에서 36條 2項의 受諾 또는 加入에 의해 義務의 管轄의 規範이 援用되기 위해서는 다음의 두가지 條件이 충족되지 않으면 안된다는 것은 明白한 事實이다.

첫째, 먼저 紛爭 當事國이 다 같이 이 規範의 受範者일 것. 다시 말하자면, 이들 當事國들의 宣言이 전부가 有效해야만 한다. 이것은 裁判所에 提訴하기 위한 必須條件이다.

둘째, 다음으로 이 規範이 原告國이나 被告國이 다 같이 訴訟이 提起된 紛爭을 그 範圍內에 包含하는 內容을 가지고 通用하고 있을 것을 要한다. 裁判所의 實質的 管轄權은 이 事實의 確認에 의해서만 行使될 수 있다.

먼저 紛爭 當事國의 어떠한 加入 宣言이든지 이미 失效한 것일 것 같으면 그 나라에 대해서는 義務의 管轄의 規範을 援用할 수 없으며 裁判所에 대해 有效한 提訴가 있을 수 없는 것은 明白한 일이다. 裁判所는 Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) 제일 단계에서 말한 것 같이 “...請求(Application)의 提出 이전에 있어서 所定期間의 滿了에 의한 宣言의 失效는 裁判所에 提訴하기 위한 宣言의 援用을 不可能하게 한다. ...이 期間의 滿了後에 提出된 請求는 法律上 裁判所에 提訴하는 效果를 가질 수 없다는 것은 의심할 여지가 없다.”<sup>21</sup>

그러나 일단 有效하게 提訴된 이상은 그후에 一方當事國의 宣言이 失效하고 廢棄되어 그 結果 그 나라는 이미 36條의 義務的 管轄의 受範者가 아니어도 裁判所가 管轄權을 행사할 수 없게 되는 것은 아니다. 裁判所는 같은 Nottebohm Case에서 지적한 바와 같이 “期間의 滿了 또는 廢棄에 의해서 宣言이 그후 失效하게 된 것과 같은 外部的 事實은 裁判所로부터 이미 確立된 管轄權을 빼앗을 수는 없는 것이다.” 라고 하였다.<sup>22</sup> Guatemala의 宣言은 1952年 1月 26日에 期間滿了에 의해 失效될 豫定이 었다. Liechtenstein은 約 一個月 조금전 1951年 12月 19日에 請求書를 提出했다. 고로 Guatemala는 裁判所가 이 宣言의 期限이 만료된 때로부터 管轄權을 상실하였다고 主張했다. 裁判所는 常設裁判所가 같은 事態에 直面했을 때에 義務的 管轄을 受諾하는 宣言의 期間滿了가 그 期間滿了전에 裁判所에 提起된 事件을 裁判所의 事件名簿에서 除去한다고 하는 主張이 없었던 것을 지적했다. 사실 이것은 國內法上 一般적으로 認定된 것으로서 訴訟이 一定手續規則下에서 시작된 이상 비록 새로운 規則이 그 裁判所의

20. *I.C.J. Reports* 1953, p. 122

21. *ibid.*, pp. 122-23.

22. *ibid.*, p. 123.

管轄權을 인정하지 않더라도 訴訟에는 아무런 상관없이 계속된다는 소위 말하는 *perpetuatio iurisdictionis*의 原則에 對應하는 것으로 생각된다. 裁判所는 *The Right of Passage Case*에서도 같은 原則을 “a rule of law generally accepted, as well as acted upon in the past”라고 言及하였다.<sup>23</sup>

裁判所에 대한 提訴(*seisin*)은 裁判所가 그 紛爭에 관해 가질 수 있는 實質的 管轄權의 觀念과는 區別된다. 즉 有效하게 또한 正式으로 提訴되었다고 하더라도 裁判所가 그 提訴된 紛爭의 本案을 裁判할 管轄權을 갖고 있다고는 반드시 말할 수 없다. 有效하고 正式으로 提訴됨으로서 裁判所로서 행사할 수 있는 것은 節次上의 뜻으로서의 管轄權 즉 그 紛爭에 대해 裁判所가 實質的 管轄權을 갖고 있는 것인가의 여부를 심사할 수 있는 權限일 뿐이다.<sup>24</sup>

이에 대해서 義務的 管轄規範의 受範者가 아닌 國家를 상대로 請求를 提出할 때에<sup>25</sup> 그후 被告國의 事後合意에 의해서 裁判所의 管轄의 設定이 될 수 있겠으나(*forum prorogatum*) 만일에 그 나라가 拒否하게 되면 그것으로서 그만이다. 裁判所는 事件名簿에서 削除할 것을 명할 뿐으로서 節次上 意味에서의 管轄權의 行使란 있을 수 없다.

또한 각 宣言의 發效를 具體化하게 하는 受範者의 相互的 資格에는 不變的인 동시에 획일적으로 一定事件에 관해 혹은 原告로서 혹은 被告로서 行使할 수 있는 가능성이 생기나 裁判所의 實質的 管轄權의 範圍는 각각 兩當事國의 組合으로서 可變的인 것으로 획일적인 것이 되지 못한다.

#### IV. 管轄權의 範圍: “Reciprocity”

36條에 있어서 定式化된 規範은 한 나라가 加入宣言에 의한 內容이 무엇이든 간에 언제나 相互規範(*norma reciproca*)으로서 機能을 발한다. 왜냐하면 그것은 加入國을 同一한 義務를 수락하는 他國에 대한 관계에 있어서 義務를 부과하게 되는 까닭이다. 여기에서 동일한 義務란 宣言國은 모두 수락이 相互간을 구속하고 있는 동안 언제나 存在하는 동일한 義務(*identical obligations*)에 의해서 구속된다는 뜻이다. 따라서 裁判所에 있어서 訴訟의 被告國으로서는 自國의 宣言에 부수되는 留保 및 制限뿐이 아니고 原告國의 宣言에 부수된 實質적으로 그와 동일한 留保 및 制限을 援用해서 裁判所는 實質적으로 管轄權을 가지고 있지 않다는 요지의 先決的抗辯을 提起할 수가 있다. 이 留保나 制限은 소위 말하는 *reciprocity*에 의해 그 訴訟에 관한 裁判所의 管轄權을 근거삼게 하고 規律지워 주는 當事國간의 法으로서 通用되는 까

23. *I.C.J. Reports* 1957, p. 142.

24. 國際司法裁判所規程 36條 6項.

25. 이 可能性은 排除되어 있지 않다. cf. *I.C.J. Reports* 1948, p. 137.

답이다. 裁判所의 判例는 이러한 意義에 대해 確定되었다고 해도 무방할 것이다. 다음은 그 事件들의 判決文들을 참고로 알아 보기로 한다.

1. Phosphates in Morocco Case : “이 宣言은 프랑스의 宣言에 나타나 있는 紛爭이 그에 관해 생긴 事態나 事實에 관한 制限을 포함하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 裁判所規程 36條 2項에 정해진 相互條件의 結果로서 그 制限이 當事國 사이에 있어서 妥當할 것이 認定되어 있다.”<sup>26</sup>

2. Electricity Company of Sofia Case : “이 制限은 Bulgaria 政府 自身の 宣言에는 나타나 있지 않지마는 裁判所規程 36條 2項에 定해져 있어 다시 Bulgaria 의 宣言에서 되풀이된 相互條件의 結果로서 그것이 當事國 사이에 適用되는 것에는 일치한다.”<sup>27</sup>

3. Norwegian Loans Case: “불란서는 이미 불란서 共和國政府가 해석하여 本質的으로 國內管轄權內에 있는 事項이라고 인정되는 경우 그 紛爭을 除外한다는 것으로서 裁判所의 義務的管轄의 수락을 制限하고 있다. 雙方의 宣言에 있어서 義務的管轄의 수락이 되어 있고 동시에 規程 36條 3項에 定해있는 相互條件에 의해 Norway 는 프랑스와 平等하게 裁判所의 義務的管轄에서부터 Norway 가 해석하여 本質的으로 國內管轄權內에 속하는 紛爭을 除外할 수 있는 權利를 가진다.”<sup>28</sup>

이와 같이 原告國의 宣言에는 留保되어 있으나 被告의 宣言에는 포함되어 있지 않는 留保는 被告國에 의해 援用될 수 있을 뿐 아니라 그 留保가 實質上 동일한 것으로 轉換되어 被告國에 의해 援用될 수 있다. reciprocity 는 이와 같이 宣言國의 實質的義務를 均等化하는 機能을 하고 그 原則을 기초로 함으로서 選擇條項의 多邊的 유대는 獨自的 性質을 갖게 된다.

여기에서 특히 문제가 되는 것은 實質的義務에 관계되는 時間에 관한 留保(reservation *ratione temporis*)이다. 즉 말하자면 hereafter arising 과 같이 時間的 限定은 reciprocity 에 호소해서 그 適用에 앞서 一定期日로 轉換되어 確定될 것을 要한다.

Interhandel Case 에 있어서 美國政府는 그의 先決的 抗辨에 있어서 다음과 같이 主張하였다. 즉 1946年 8月 26日에 發效한 美國의 宣言은 그후에 發生하는 (hereafter arising) 紛爭에 裁判所의 管轄을 制限하는 條項을 포함하고 있으나 그와 같은 條項은 1948年 7月 28日에 發效한 Swiss 의 宣言에는 포함되어 있지 않다. 그러나 相互性의 原則은 美國과 Swiss 간에 있어서 裁判所의 管轄權이 1948年 7月 28日 이후에 發生하는 분쟁으로 制限될 것을 要求한다. 특히 Swiss는 被告로서 相互性의 原則을 採用해서 美國과 같이 裁判所의 管轄을 그 수락전에 發生하는 분쟁에 관해서 수락할 것을 要求할 수 없다는 내용의 主張을 할 수 있었을 것이다 라고

26. *P.C.I.J.*, Series A B, No. 74, p. 22.

27. *P.C.I.J.*, Series A B, No. 77, p. 81.

28. *I.C.J. Reports* 1957, p. 24.

하였다.

美國의 이와 같은 論法은 裁判所에 의해서 지지를 받지 못하였다. 즉 “裁判所의 義務的 管轄을 수락하는 宣言에 대한 相互性은 當事國으로 하여금 自國의 宣言에는 표시되 있지 않으나 타 當事國이 그 宣言에 있어서 表示한 수락에 대한 留保를 援用할 것을 可能하게 했다. 예를 들면 美國은 裁判所의 義務的 管轄을 1946年 8月 26日후의 紛爭에 관해서만 수락하고 있는데 時間에 따른 留保는 전혀 없는 Swiss의 宣言을 被告의 立場에 있는 것으로 가정해서 만일 美國이 1946年 8月 26日 전에 발생한 紛爭을 裁判所에 부탁하려고 할 것 같으면 相互性에 의해 美國에 대해서 이 美國의 留保를 援用할 수 있을 것이다. 이것이 이 점에 관한 相互性의 效力이다. 相互性은 裁判所의 管轄을 더욱 광범위하게 수락한 나라에게 他當事國이 정한 수락에 대한 留保를 援用할 수 있게 한다. 거기에서 相互性의 效果는 끝이 나는 것이다. 그것은 한 나라가 이 경우에는 美國이 他當事國인 Swiss가 自國의 宣言에 포함되어 있지 않는 制限에 의거할 것을 허락하는 것이 아니다.”<sup>29</sup>

실제로 裁判官 Spender가 지적한 바와 같이 이 美國의 抗辨은 만일 “이후에 발생하는”이란 말이 아니고 “1948年 8月 26日 후에 발생하는”이란 말이 삽입되어 있다고 하면 아무런 문제가 되지도 않았을 것이다.<sup>30</sup>

技術的인 개념으로서의 reciprocity를 明確하게 하려면 앞에서 말한 The Right of Passage Case에 있어서 先決的 抗辨의 判決을 言及하지 않을 수 없다.<sup>31</sup> 印度가 이때에 Portugal의 宣言에 附수된 條件에 관해서 reciprocity의 侵害를 理由로하여 提出한 先決的 抗辨을 整理하면 다음과 같다.

1. Portugal의 宣言중 제3條件 32은 “reciprocity”에 반한다.
  - a) Portugal의 宣言의 第3條件은 Portugal 때문에 이와 같은 條件을 전혀 붙이지 않은 宣言을 행한 타 署名國에 대해 實제상 부인된 權利를 주장하는 것이므로 規程36條의 相互性의 原則에 반해 무효이다.
  - b) 이 第3條件은 “동일한 義務”를 수락하는 나라에 대한 관계에 있어서 選擇條項의 수락 宣言에 言及한 36條 2項의 그 부분과 모순된다.
2. Portugal의 請求는 reciprocity에 반해서 提出되었다.
  - a) Portugal의 請求는 事務總長이 36條 4項에 따라 規程의 他當事國에 대해 그 宣言書의 等본을 송부할 수 있는 짧은 시간의 經過도 있기 전에 提出되었으므로 印度가 選擇條項과 그 宣言에 있어서 相互性의 明示의 條件下에서 享有하는 “equality, mutuality and reciprocity”를 侵害한 것이다.

29. *I.C.J. Reports* 1959, p. 23.

30. Shabtai Rosenne, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice* (1960), p. 74.

31. 上述한 p. 5 이후를 참고.

32. See p. 6 above

b) 印度는 Portugal이 請求를 提出하기 전에 Portugal의 宣言을 보지 못하였는 고로 相互性에 입각해서 Portugal의 第3條件을 援用해서 Portugal의 請求의 主題인 紛爭을 裁判所의 管轄에서 除外할 수가 없었다.<sup>33</sup>

裁判所는 이와 같은 印度의 抗辯을 전부 却下하면서 다음과 같이 말하였다.

- 1 a)에 대해서 裁判所는 第3條件에 따른 Portugal의 通告에 의한 여하한 留保도 選擇條項의 他署名國에 대한 관계로서 自動的으로 그 效力이 발생하게 되는 것은 明白함으로 印度의 主張을 받아들일 수가 없다 라고 하였다.
- 1 b)에 대해서 裁判所는 規程 36條 2項에서 말하는 “동일한 義務”는 受諾宣言의 寄託과 함께 그 전 有效기간 동안 取消될 수 없는 것으로 確定되어 있을 必要는 없다. 이 表現은 選擇條項에 加入하고 있는 나라 사이에 있어서 모두들 수락이 相互간을 구속하는 동안 언제든 存在하는것 같은 동일한 義務에 의해 구속될 것을 의미하는 것 뿐이다 라고 하였다.
- 2 a)에 대해서 裁判所는 먼저 相互性의 原則은 規程 36條 및 印度의 宣言을 포함한 여러 受諾宣言의 明示의 文句에 의해 選擇條項의 一部를 구성하고 있으나 裁判所는 여러번 그 原則을 自身の 管轄權에 관해 確認하고 適用하였다. 그러나 相互性 및 平等의 개념은 抽象的인 概念이 아니고 그것은 規程 또는 宣言의 어느 規定과 관련시키지 않으면 아니 된다는 것을 밝힌 바 있다. 그래서 裁判所는 規程은 한 나라가 受諾宣言을 함에 있어서 宣言의 寄託과 그 나라에 의한 請求의 提出 사이에 일정한 기한을 두어야 한다고 定해 있지 않다 고로 Portugal은 그 請求의 提出에 임해서 規程에 반해 행동하였다고는 볼 수 없으며 또한 印度도 一般的으로 말해서 規程에 따른 equality, mutuality and reciprocity의 權利를 損하였다고는 하나 現實的으로 어떠한 權利가 Portugal의 請求에 의해 侵害되었는가는 明示되어 있지 않고 裁判所도 실제로 어떠한 權利가 侵害되었는가를 알 수가 없다고 하였다.
- 2 b)에 대해서 裁判所는 이것을 1 a)와 實質的으로 동일하게 생각하여 같은 抗辯으로서 却下하였다.

위에서 말한 것으로부터 우리는 다음과 같은 結論을 내려 볼 수가 있다.

- a) 36條 2項의 reciprocity는 추상적 개념이 아니며 특히 그것을 絶對的 平等의 개념과 혼돈하여서는 아니된다.
- b) 기술적인 의미에서 reciprocity는 紛爭이 裁判所에 부탁될 때에 紛爭 當事國을 구속하는 義務의 범위의 확정에 관한 것이다.
- c) 36條 4項에 의해 規律되는 裁判所에의 提訴는 소위 말하는 reciprocity와는 관계가 없다.

이와 같은 判例의 입장에서 볼 것 같으면 “相互性”이란 어떤 紛爭 當事國 사이에 있어서 個

33. I.C.J. Reports 1957, pp. 144-148.

個當事國이 그들 사이에 選擇條項下에서 存在하는 法的紐帶를 폐지하는 他國과의 동일한 權利를 가지는 것을 要求한다고 하는 해석이 規程下에서 지지되어질 수 없다는 事實은 明白하다. 특히 이와 같은 해석이 國家가 期限에 관한 그와 같은 相互性에 입각해서 特定國에 대해서만 그의 義務를 폐지할 수 있는 權利를 認定할 수 있는 것으로 하여 提示되는 限 더욱이 동조하기 어렵게 된다. (34) 規程 36條의 reciprocity는 選擇條項의 義務의 廢止方法과는 관계가 없는 것이다. 위의 해석은 規程下에서의 相互性의 機能的 限界를 무시하고 그것을 絶對的 平等의 개념과 혼돈하고 있어 選擇條項에 있어서는 認定될 수 없는 不確實한 要素를 가지고 들어온 것이라고 보지 않을 수 없다.

(34) cf. Waldock, *Decline of the Optional Clause*, B.Y.I.L. (1955), pp. 278-79.