

현안분석 95-4

多者條約의 留保에 관한 研究

1995. 10

연구자 : 文俊朝(수석연구원)

한국법제연구원

目 次

第1章 序 論	5
第1節 留保의 概念	5
第2節 留保의 節次	6
第3節 留保의 必要性	8
第2章 傳統國際法下에서의 留保에 대한 同意와 관련된 國家慣行	11
第1節 條約의 類型과 留保	11
1. 兩者條約	11
2. 多者條約	12
第2節 學 說	13
第3節 國際聯盟에서의 論議	15
第4節 범미주연합의 접근방식	16
第3章 國際聯合下에서의 留保制度의 發展	17
第1節 國際聯合의 새로운 慣行	17
第2節 「集團的 殺害罪의 防止및 處罰에 관한 協約」에 관한 留保問題	18
1. 의 의	18
2. 法律委員會에서의 論議	19
3. 主要 國家의 立場	21
4. 國際司法裁判所의 勸告的 意見	22
第3節 1951년 國際法委員會의 報告書	27
第4節 1952년 國際聯合 總會에서의 論議와 決議	29
1. 留保에 관한 國家들의 見解	29
2. 國際聯合 總會의 決議의 內容과 그 評價	30
3. 留保에 관한 새로운 提案	32
4. 留保論爭의 再燃과 自由主義的 留保制度의 一般化	35

第5節 1962년 國際法委員會의 條文草案	43
1. 952년 이후 국제관행의 새로운 추이	43
2. 의견대립의 계속과 다수의견의 반전	44
3. 國際法委員會의 條文草案에 대한 評釋	47
第6節 1962년의 美國法研究所의 留保에 관한 規則案	49
第7節 비엔나 協約의 接近方式：條約의 對象 및 目的과의 兩立可能性基準	53
第4章 條約 實務上の 多者條約의 留保과 國內法上の 節次	57
第1節 留保의 許容與否·範圍·條件에 관한 條項의 형태	57
第2節 留保의 相互主義的 效力	59
1. 의 의	59
2. 조약법에 관한 비엔나 협약	60
3. 영국해협중재사건(the English Channel Arbitration case)	61
第3節 留保와 관련된 受託者의 역할	61
第4節 諒解 및 宣言의 法的 性格	62
1. 國家의 慣行	62
2. Belilos v. Switzerland Case에 대한 유럽인권재판소의 판결	65
第5節 국내법상의 條約의 地位와 留保	69
1. 조약의 국내법상의 지위	69
2. 조약의 가입과 국내법 정비의 필요성	72
3. 미국에서의 유보와 관련된 국내법상의 절차	72
第5章 우리나라 條約上の 留保	79
第1節 의 의	79
第2節 國際人權規約의 留保	79
1. 留保의 許容可能性 問題	79
2. 1985년의 加入同意案	80
3. 최종 가입시의 유보	82
第3節 기타 多者條約上の 留保	89
第6章 結 論	97

第1章 序 論

第1節 留保의 概念

조약의 유보라 함은 『유보국과 1 이상의 타방 당사국과의 관계에서 당해 조약의 효력을 제한하는 공식선언』, 『조약이 구속력을 갖기 전에 일부 조항의 적용을 배제시키는 일방적 유형(unilateral mode)』 또는 『조약의 효력을 변경 또는 제한하는 일방적 유형』으로 정의되어 왔다.¹⁾ 유보가 주로 다자조약에서 문제가 된다는 점을 고려하여 “유보는 국가가 다자조약 체결시(서명시, 비준시, 가입시, 승인시 또는 수락시) 행하는 일방적 선언으로, 그 조약의 특정조항의 법적 효과를 자국에 대해 배제하거나 제한·변경하기 위한 조치이다.”라고 정의하기도 한다.²⁾

또한 유보를 사법상의 계약으로부터 유추하여, 새로운 제안 또는 그 역제안(counter-offer)으로 정의하기도 하는 바, 이러한 입장은 조약을 순수한 계약 개념의 범주내에서 파악한 것이라고 할 수 있다. 그러므로 유보는 조약에 의해 합의된 제안의 내용을 변경하는 한도내에서 기존 제안의 거부 및 새로운 제안에 해당한다고 할 수 있다.³⁾ 역제안으로서의 유보가 원래의 합의의 변경에 해당하는 것이라는 지적은 타방 당사자가 그것을 수락한 경우 원래의 합의가 당사자들간에 발효되기 전에 변경된다는 데 근거한 것이다. 이러한 이유로 특히 조약참여국의 입법기관이 특정한 유보를 조약 비준에 대한 승인 또는 동의의 조건으로 제시하는 때에는 유보를 조약의 변경이라 부르기도 한다.⁴⁾ 여기에는 유보의 성격에 관

1) 여러 학자들과 연구소의 유보의 정의에 대하여는 K. Holloway, *Modern Trends in Treaty Law*, (London: Stevens & Sons:1967), p.473. 참조.

2) 외무부, 조약업무처리지침, (1985), p.89.

3) J. Oppenheim, *International Law*, Vol.1(1955), pp.913-914.

4) 그 사례는 일찌기 Jay조약(1796년 11월 19일 미국과 영국간에 체결)에 대한 대통령의 비준에 대한 조언·동의와 관련하여 미국상원이 1795년 6월 24일 채택한 결의에서 찾아 볼 수 있다. 이 사례에서 미국 상원이 대통령에게 조약안의 내용변경- 즉 당해 조약 제12조의 효력 정지 - 의 수락을 얻어내도록 영국정부와 지속적인 교섭을 친행하도록 권고하였던 사실은, 150년 이상에 걸쳐 행하여진 관행에 근거한 유보에 관한 국제법의 기원과 발전이라는 관점에서 볼 때 대단히 중요한 의미를 가진다. K. Holloway, p.474.

한 두가지 원칙과 관련되어 있다. 즉, 모든 유보는 조약의 일정 규정의 적용배제 또는 일정한 방식으로의 적용 등 조약의 일정 부분에 관한 최초의 합의를 수정하고자 하는 취지를 가진다. 유보는 이미 체결된 조약의 일부조항에 관한 것이므로 1)상호주의적 성격을 가지며 2)타방 당사자의 동의를 요한다. 다만, 조약의 성격과 유보의 내용·범위에 따라, 이들 두가지 구성요소의 작용정도는 달라지게 된다. 그러나, 상기 1) 및 2)의 관련 기본원칙은 이로 인해 영향을 받지 않는다.

양자조약의 경우, 제안된 어떠한 유보는 사실상 타방 당사국이 수락 또는 거부할 수 있는 역제안이다. 다자조약에서 유보는 국제사회의 규모가 확대됨에 따라 더욱 중요한 문제로 등장하였으며, 유보는 모든 당사국들에 의해 수락되어야 유효한가 그러하지 않다면 유보국과 유보에 이의를 제기한 국가간의 조약관계는 어떠한가 등이 주된 쟁점이 되어 왔다.⁵⁾

한편, 비엔나협약 제19조 내지 제23조는 다자조약과 관련된 문제들을 다루고 있다. 이에 관하여는 후술하게 될 것이다.

第2節 留保의 節次

유보와 관련된 몇가지 측면의 관행에 관한 논의를 보면 유보문제가 얼마나 복잡한 것인가를 보여주고 있다. 예컨대, 서명시의 대한 유보와 비준⁶⁾ 또는 가입시

5) D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, (London: Sweet & Maxwell, 1991), p.753.

6) 국제법상 근대적 비준제도는 19세기 50년에 걸쳐 발전되어 온 것이었으며(H. Blix, "Requirement of Ratification," *British Yearbook of International Law*, Vol. 30(1953) p.352.) 그 초기의 비준은 본질적으로 조약안이 작성된 후 주권자가 조약의 교섭을 위해 자신의 대표에게 사전에 부여한 전권을 확인하고 최종적으로 정당화하는 형식적이고 제한된 행위에 지나지 않았다. 그 당시, 비준은 조약 자체에 대한 승인이 아니라 전권대표가 조약교섭권한을 가졌다는 사실 및 대표의 전권을 재가하는 것이 주권자의 의무라는 사실에 대한 확인행위였다. 그러나, 차츰 집행부의 조약체결권에 대한 의회의 통제수단이 일반화됨에 따라 비준제도는 기본적인 변화를 겪게 되었다. 이리하여 조약 자체가 구속력을 갖기 전에 국가에 의한 비준을 얻어야 한다는 관행이 생겨났으며 그 당시 국제적 합의의 대부분이 공식적인 조약(formal treaty)이었기 때문에 조약이 구속력을 갖기 위해서는 비준이 필요하다는 것은 일반규칙이 되었다. D. J. Harris, p.748. 그러나 특히 국가간의 경제적·기술적 분야의 교류가 확대됨에 따라 보다 덜 공식적인(less formal) 국제적 합의가 증가하게 되었으며 예컨대 교환각서(exchange of notes)가 그러한 합의에 속한다. 이러한 합의는 흔히 당사자들이 서명만으로 구속받

의 유보를 구분하고자 하는 것 등이다. 그러나 최종수락 또는 조약의 발효를 지배하는 조건의 형태와 관계없이 조약안의 확정후에 제안된 유보는 원래의 조약의 변경이며 타방당사자의 동의를 요한다. 조약안에 대한 최종 수락(final acceptance)은 다양한 형태로⁷⁾ 이루어지기 때문에 이로 인하여 유보가 어떠한 협의(consultation)절차에 따라 행하여져야 하는가도 달라지게 된다. 이러한 상황이 유보의 복잡성을 더욱 가중시키고 있다.

그런데 서명시의 유보로 인해 제기되는 어려움은 서명에 개방되어 있는 다자조약의 경우외에는 전혀 또는 거의 없다고 할 수 있다. 다만, 서명시의 유보가 최종수락시에 철회되는 경우에 다소간의 어려움이 발생할 수도 있다. 서명시부터 최종수락시까지 당해 조약이 서명시의 유보에 대한 명시적인 수락이나 이의의 부존재를 통하여 수정된 형태로 이미 발효한 때에는 특히 그러하다 할 것이다. 국가가 조약의 최종수락시에 자신의 유보를 임의로 철회할 수 있는지의 여부에 대한 견해 및 조약의 일부가 되어 버린 유보의 경우의 법적 효과에 관한 문제에 대한 견해는 일치하지 않고 있다. 그러나 일반적으로 유보의 제한적 효과를 고려해 볼 때, 국가들이 서명시에 행한 유보를 철회하지 못하도록 하는 것을 바람직하지 않

는다는 의사를 가지고 있다. 교환각서 또는 기타의 비공식적 합의는 그 간편함과 편리성으로 인해 채택되기 시작한 것이기는 하지만 1 또는 그 이상의 체약국의 헌법상의 요구때문에 때로는 비준을 받고 있다. 이러한 상황으로 인해 조약이 구속력을 갖기 위해서는 반드시 비준을 요하느냐를 놓고 논쟁이 전개 되었다. 그러나 그 논쟁은 이론적인 것인 것에 불과한 것이었으며, 보다 공식적 형태의 국제적 합의는 거의 예외없이 비준 문제에 관한 명시적인 규정을 포함하고 있으며 교환각서 또는 그 밖의 간이적 형태의 문서의 경우에서도 그러한 규정을 갖는 경우가 있다. 더구나, 조약은 그것이 공식적이든 비공식적이든간에 통상적으로는 비준되어야 한다고 규정하거나 비준없이 서명시에 또는 특정한 일자나 상황에서 발효한다고 규정한다. 그 문제에 대해 전혀 침묵을 지키는 것은 예외적인 경우이며 또한 일반규칙에 따르는 사례도 극히 드물다.

7) 수락(acceptance)은 당사자가 되기 위한 새로운 절차로서 과거 1930년대와 1940년의 20년 동안 조약관행에서 확립되었다. Liang Yuen-Li, "The Practice of the United Nations with Respect to Reservation to Multipartite Instruments," *American Journal of International Law*, vol.43. (1950), p.342. 만약 어떠한 조약이 당해 조약은 "수락을 받아야 하는"(subject to acceptance) 서명을 위해 개방되어야 한다고 규정한 경우, "비준을 받아야 하는 서명"(signature subject to ratification)을 위해 개방되어야 한다는 것과 같다. 이러한 면에서 수락이라는 제도는 조약체결 기술상의 혁신이라고 할 수 있다. D. J. Harris, p.749. 어떠한 조약이 수락을 얻어야 하는 서명에 개방되어 있다고 규정한 경우, 국제적인 과정은 비준을 받아야 하는 서명과 동일하다. '수락을 얻어야 하는 서명'은 조약이 비준을 얻기 위해 국가의 헌법상의 절차에 회부되어야 할 필요가 없는 경우, 그 조약을 심사할 다시 한번의 기회를 국가에 부여하는 단순화된(simplified) 형태의 비준을 행할 수 있도록 하기 위해 조약관행에 도입되었다.

다고 생각된다.

한편, 유보의 폐해를 개탄하는 일부 학자들을 제외하고는 일반적으로 현재 조약 체결과정의 모든 단계에서 유보할 수 있는 국가의 권리를 인정하고 있다. 그러나 명백히 실제적인 이유 때문에, 서명시의 유보가 바람직함은 부인할 수 없으며 몇가지 사례에서 미국 등 일부 국가들은 서명시 유보의 바람직함을 표명한 바 있다.⁸⁾ 그 주된 이유는 협의(consultation)절차의 단순성에 있다. 그리하여, 1919년 베르사이유 조약(Treaty of Versailles)안을 작성하는 회의에 참여한 국가들이 중국의 유보를 수락하지 아니하였고 이로 인해 중국의 대표단은 그 조약에 서명하지 아니하였다. 이것은 오랜 기간동안의 통상적인 관례였기 때문에 별다른 이의가 제기되지 아니하였으며, 1935년의 하바드연구반(Harvard Research)의 보고자들도 “조약이 동일한 일자에 모든 서명국들에 의해 서명되는 경우, 어느 국가가 다른 모든 서명국의 동의를 얻어 서명시에 유보를 할 수 있다.”라고 결론을 내리고 있다.⁹⁾

이러한 유보의 절차와 관련하여 조약법에 관한 비엔나협약 제23조는 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 유보, 유보의 명시적 수락 및 유보에 대한 이의는 서면으로 행하여져야 하며, 또한 계약국 및 조약의 당사국이 될 수 있는 권리를 가진 국가에 통고되어야 한다.
2. 유보가 비준·수락 또는 승인에 따를 것을 조건으로 조약서명시에 행하여진 경우에는, 유보국이 그 조약에 대한 기속적 동의를 표시하는 때에 유보국에 의해 정식으로 확인되어야 한다. 그러한 경우 유보는 그 확인일자에 행하여진 것으로 본다.
3. 유보의 확인 이전에 행해진 유보의 명시적 수락 또는 유보에 대한 이의는 그 자체 확인을 필요로 하지 않는다.
4. 유보 또는 유보에 대한 이의의 철회는 서면으로 행해야 한다.

第3節 留保의 必要成

조약체결에 있어서 유보는 당해 조약에 유보조항이 없는 경우에도 조약규정과

8) G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Vol.5(Treaties), (Washington, 1943), p.107.

9) *Ibid.*, pp.875~876.

양립할 수 있는 것이면 허용되는 것이 원칙이다. 양자조약의 경우에는 유보의 내용에 대해 타방이 동의하면 그대로 조약의 일부를 구성하게 되므로 다자조약에서의 효력만이 문제가 된다. 유보는 체결국의 요구가 부분적으로 그러나 대립되는 조약에서 그로 인한 법적 무정부상태의 혼란을 배제하고 전체적으로 조약의 골격을 유지하면서 체결국에게는 개별적으로 조약의 내용 수정효과가 발생하는 법기술이라고도 할 수 있다. 즉, 체결국간에 합의된 조약내용의 법적 효과에 관해 이를 부분적으로 변경하거나 보다 구체적인 의미를 천명함으로써 자국에 대한 조약상의 의무를 부분적으로 배제하는 공식적인 선언에 해당한다. 경우에 따라서는 조약내용의 추가효과를 주기도 한다. 해석의 선언은 위장된 형태의 유보라고 할 수 있다.

第2章 傳統國際法下에서의 留保에 대한 同意와 관련된 國家慣行

第1節 條約의 類型과 留保

1. 兩者條約

유보는 미국에서 건국초부터 양자조약체결과 관련된 관행으로 지속되어 왔으며 州의 권리의 수호자인 상원의 통제적 역할의 직접적 결과로서 시작된 것이라고 한다. 미국에서는 다른 국가와는 달리 집행부의 조약체결이 상원의 통제로 인해 극단적으로 제한을 받는 경우가 있는 바, 비준에 대한 조언과 동의가 상원에 의하여 거부되거나 타방 당사자가 수락할 수 없는 조건으로 부여되기 때문이다. 다른 국가들이 제시한 유보안 또는 변경안이 이의제기될 소지가 많거나 경미한 성격의 것이라고 대통령이 판단하지 아니하는 한, 만약 그것들이 상원에 비준에 대한 조언과 동의를 부여한 후에 행하여진 것인 경우에는 그러한 유보안 또는 변경안이 상원에 제출되어 그 승인여부에 따라 집행부가 행동하여야 하는 경우도 있다.¹⁰⁾ 이와 같은 상원의 조약체결에 대한 개입의 직접적인 결과로서 타방 당사자가 조약의 최종수락을 위한 국내적 절차를 이미 완료한 후인 비준시에 유보의 허용여부에 관한 문제가 제기되기도 한다.

미국의 관행을 보면, 유보의 수락을 확보하기 위하여 채택된 절차가 어떠한 것이든간에 또한 원래의 합의 제안된 수안안이 어떠한 형식으로 표현되었든간에 “……성명, 양해, 또는 해석 또는 어떠한 종류의 유보의 성격을 갖든지간에 조약의 타방당사국의 동의를 얻어야 한다. 그러한 동의가 없는 경우에는 당해 조약은 성립되지 못한다.……”는 것이다.¹¹⁾ 또한 유보가 타방 당사국에 의해 수락된 경우, 그 유보는 당해 조약의 일부가 되며 양국간의 조약에서는 어떠한 성격의 유보와 개정간의 차이는 형식적인 차이에 불과하다. 이러한 면에서 양자조약에서

10) C. P. Anderson, “The Reservation of Treaties with Reservations,” *American Journal of International Law*, Vol.13(1919), pp.526~27.

11) K. Holloway, p.477.

“유보”문제를 논의하는 것은 아무런 실익이 없음을 알 수 있다.

2. 多者條約

유보에 관한 규칙은 앞서 지적한 바와 같이 양자조약에 관한 국가의 관행으로부터 발전해온 것이었지만, 현재는 다자조약과 관련된 문제로 인식되고 있다. 다자조약의 초기의 유보사례로서는 비엔나회의(Congress of Vienna) 최종의정서(Final Act)서명시의 스웨덴-노르웨이의 유보가 지적되어 왔다.¹²⁾ 나폴레옹에 대항하기 위하여 1815년 3월 25일 비엔나에서 서명된 동맹조약(Treaty of Alliance)과 관련하여 서구의 국가들이 ‘선언(declaration)’이라는 형식을 이용하였다. 그러나 개개의 경우 선언에 의한 것이든 또는 “역선언(counter-declaration)”에 의한 것이든 간에 서명국들이 유보를 통한 조약변경의 제안에 동의하였던 것으로 보인다.¹³⁾

또한 비준시의 유보에 관한 중요한 선례는 1890년 『아프리카 노예거래의 금지에 관한 부랴셀일반의정서』(Brussels General Act of 1890 for the Repression of African Slave Trade)였는 바, 동 의정서에 대하여 프랑스는 광범위한 유보를 하였다.¹⁴⁾ 여기에서 채택된 절차는 범미주제도(Pan-American system)의 부정적이고 유해한 효과를 갖지 아니하면서도 그 제도를 건설적으로 이용한 것으로 특징지을 수 있을 것이다.¹⁵⁾ 1902년 1월 2일의 프랑스의 비준기탁서는 타방당사자의 동 유보에 대한 수락을 지적한 후, 동 일반의정서 전체에 대하여 비준한 당사자들이 “그 모든 조항과 관련하여 상호주의에 의해 구속을 받는다. 다만, 유보한 국가에 대해서는 그들이 인수한 의무의 범위내에만 구속을 받는다.”는 점을 명시하였다.

미국상원은 프랑스의 유보와 의정서기탁에 명시적으로 동의하였으며 동 조약에 대한 미국의 비준서는 타방 조약당사자들에 의해 수행되어온 식민주의에 대한 승인을 의미하지 아니한다는 선언을 덧붙였다. 미국 상원이 비준서의 일부라고 지적한 그러한 선언은 미국의 비준기탁서에 포함되었다.¹⁶⁾ 이 전례는 유보의 관행을 지배하는 규칙 및 국가들이 생각하는 유보의 중요성과 관련하여 대단히 의미

12) K.Holloway, p.478.

13) *Ibid.*

14) D. H. Miller, *Reservation to Treaties*(1919), p.94.

15) K. Holloway, p.478.

16) *Ibid.*

있는 증거가 된다. 그것은 실제로 유보에 관한 모든 측면을 시사하고 있다. 조약 당사국들은 자신들이 유보를 수락한다는 사실외에도 그들이 합의한 유보의 법적 효과 또는 결과를 관련 문서에 명시하였던 것이다. 이리하여 동 조약은 유보를 하지 아니한 국가들간에만 전체적으로 적용되며 유보국과 관련하여서는 유보가 행하여진 조항의 적용이 배제되었다.

第2節 學說

조약의 최종수락 당시에 행해지는 유보는, 비준, 가입 또는 서명의 어느 것에 의한 것이든간에, 협의(consultation)의 어려움 외에도 국가들이 동 유보에 동의하거나 이의제기할 수 있는 권리가 있기 때문에 여러 문제들이 제기될 수 있다. 이것은 조약의 발효를 위해 일정한 숫자의 최종수락문서의 기탁이 요구되는 경우 당해 조약의 효력에도 영향을 미치게 된다. 이와 마찬가지로 묵시적 동의의 존재에 대한 결정은 더욱 어려운 문제이며 때로는 그 합법성이 의심스러운 경우도 있을 수 있다.

유보가 조약의 모든 당사자 및 조약의 통일성에 직접적인 이해관계가 있는 국가들 즉 잠재적인 당사자로서의 서명국의 명시적 또는 묵시적 동의를 요한다는 점은 완전히 의견이 일치되어왔다. 이러한 법적 견해의 일치는 그것이 국가들과 수탁자들(수탁자가 특정한 국가인가 아니면 국제기구인가의 여부에 관계없이)의 관행에 근거한 것이기 때문에 전혀 놀라운 일은 아니다.

이와 관련하여 William Malkin은 유보의 합의적 개념(consensual concept)을 염두에 두고 다음과 같이 지적하고 있다.¹⁷⁾;

“다자조약은 결국 일방 당사자에 의한 계약의 承諾(acceptance)에 대한 約因(consideration)이 타방당사자의 그에 대한 承諾인 계약형태일 뿐이다. 이러한 성격의 모든 조약에는 아마도 어느 서명국들로서는 그다지 마음 내키지 않지만 다른 규정의 承諾을 확보하기 위한 반대급부로 용인하는 규정이 있을 것이다. 그러나 만약 어떠한 당사자가 다른 서명국의 동의없이 조약에서 자신이 반대하는 조항만을 골라 유보함으로써 그 의무로부터 벗어날 권

17) H.W. Malkin, “Reservation to Multilateral Conventions”, *British Year-book of International Law*, Vol.7(1926), pp.141~142.

리가 있다면, 조약의 목적은 크게 훼손될 뿐만 아니라 위에서 지적된 約因은 크게 손상되거나 파괴되기까지 할 것이다. 이렇게 되면, 다른 서명국들은 사실상 그들이 추구하는 것을 얻지 못하게 된다. ”

그는 또한 1883-1920년 동안의 오랜 관행에서 유보가 모든 당사국의 명시적 또는 묵시적 동의를 얻어야 했다는 사례를 발견할 수 없다는 사실을 제시하고 있다.¹⁸⁾

반면에, Manley O. Hudson은 다음과 같은 간결한 표현으로 체계적인 견해를 표명하고 있다. 즉,

”비준문서 또는 다른 별도의 문서로 비준시에 행하여지는 새로운 유보는 이미 비준한 모든 국가의 동의를 얻어야 하며 모든 서명국의 동의도 얻어야 하는 경우도 있을 것이다. ……비준서 수탁자로 지정된 당국은, 다른 서명국의 동의가 — 어떠한 경우에는 이의 제기할 수 있는 충분한 기회가 있었음에도 이의제기하지 아니하였다고 추론될 수 있겠지만 — 없는 한, 유보된 비준서의 기탁을 허용하여서는 아니된다. 이와 마찬가지로, 유보된 가입서는 사전에 비준 또는 가입한 모든 국가의 동의 없이 또한 모든 서명국의 동의없이 접수되어 기탁되어서는 아니된다. 그러한 동의(content)는 동 유보에 대한 합의(agreement)를 표현하는 것이다. 어느 국가가 어느 단계에서 유보를 제안하였든간에 동 조약이 발효하기 전에 그 유보에 모든 타방 당사국들이 동의해야 한다는 것은 명확하다.”¹⁹⁾

이상과 같은 학자들의 견해는 19세기 말부터 1950년대까지의 수많은 다자조약의 체결과 관련한 개별적인 또는 집단적인 국가관행에 기초한 것으로서 적어도 그러한 지적이 당시의 유보에 관한 국제법의 내용을 표현한 것으로 보아도 전혀 틀림이 없을 것이다.

18) *Ibid.*, pp.159~160.

19) M. O. Hudson, *International Legislation*, Vol.1, p. x I vii.

第3節 國際聯盟에서의 論議

유보를 규율하는 국제법이 어느 정도까지 확립되어 있는가에 대한 또 다른 증거는 국제연맹이 설립한 『국제법의 점진적 법전화를 위한 전문가위원회』(the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law)의 보고서에서 제시된 바 있다. 한편, 서명을 위하여 조약을 개방하는 새로운 체결 절차 및 교섭에 참여하지 아니한 국가들을 당해 조약의 당사자가 되도록 招致하는 관행은 유보에 관한 기존 규칙의 유효성의 판단을 위한 시금석을 제공하였다.

이와 관련하여, 1925년 국제연맹의 주관하에 교섭된 제2차 마약거래진압협약(The Convention for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs)은 아마도 가장 적합한 사례가 될 것이다. 동 협약은 유보에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않았다. 동 협약은 1925년 9월 30일까지 서명을 위하여 개방되어 있었다. 그 교섭과정에 참여하지 아니하였으나 동 협약의 서명을 권유받은 오스트리아는 그 마지막 날에 일정 조항을 유보한 서명을 제안하였다.²⁰⁾ 이러한 제안은 이러한 범주에 속하는 국가들이 이의를 제기할 자격과 유보를 할 자격이 있는지의 여부의 문제를 제기하였다. 국제연맹 이사회는 전문가위원회에 그 문제를 검토하여 명시적인 규정이 없는 일반조약에 대한 유보의 허용가능성에 대하여 보고하도록 요청하였다.

위원회는 현행법(*lex lata*)에 근거한 다음과 같은 내용의 보고서를 제출하였으며 그 보고서는 1927년 연맹이사회에서 채택되었다.

“……조약이 … 그 교섭에 참여하지 아니한 국가의 서명을 허용한다고 선언한 경우, 그러한 서명은 체결국간에 합의된 것에 관련될 수 있을 뿐이다. 당해 조약의 어떠한 조항과 관련하여 유보할 수 있도록 하기 위해서는 이러한 유보가 모든 체결국에 의해 수락되어야 한다는 것은 필수적이다. … 그렇지 아니한 경우 그 유보는 … 처음부터 효력을 갖지 아니한다(null and void).…….”²¹⁾

20) *Ibid.*, Vol. 2, p. 359.

21) Report of the L.N. Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, 8.L.N. 880 at 881(1927).

국제연맹 이사회는 그 보고서를 채택하면서 사무총장에게 조약안이 채택된 회의가 종결된 후에 제안된 유보는 모든 당사국의 동의를 요한다는 원칙에 따르도록 요청하였다. 사실, 한가지 유의할 것은 이러한 원칙이 전문가위원회에 의해 재확인한 것일 뿐 국제연맹 시대에 철저히 적용되어온 것이라는 점이다. 그 근거는 얼마든지 찾아 볼 수 있다. 예컨대, 쿠바정부가 『1929년 상설국제사법재판소 규정 개정 의정서』(Protocol for Revision of the Statute of the Permanent Court)에 대한 자신의 유보를 철회하였을 때, 국제연맹 총회는 1931년 9월 25일 “총회는 ……유보는, 다른 모든 서명국이 그 유보에 동의한 경우 또는 그러한 유보가 협약의 문안에 규정되어 있을 경우 비준시에 할 수 있을 뿐이라고 생각한다.”라고 지적한 결의를 채택하였다.²²⁾

第4節 범미주연합의 접근방식

이러한 국제연맹의 입장과는 달리 1932년 범미주연합(Pan American Union)는 다음과 같은 접근방식을 제안하였다.:

수락되지 못한 유보가 첨부되어 비준된 조약의 법적 지위와 관련하여 범미주기구의 규율위원회(Governing Board)는 다음과 같이 이해하고 있다.:

1. 조약은 유보없이 비준한 국가들간에는 최초로 작성되고 서명된 조건에 따라 서명된 형태로 효력을 가진다.
2. 조약은 유보를 붙여 비준한 국가와 그 유보를 수락한 국가간에는 그 유보에 의해 수정된 형태로 효력을 가진다.
3. 조약은 유보를 하여 비준한 국가와 이미 비준한 국가 및 그 유보를 수락하지 아니한 국가간에는 효력이 발생하지 아니한다.²³⁾

22) K. Holloway, p.482.

23) Reservation to Multilateral Convention, UN Doc. A/1372,p.11. The 1932 P.A.U. approach has been Changed by a new set of O.A.S. Standards in line with Vienna Convention on the Law of Treaties: (19730 U.S. D.I.L. 179.

第3章 國際聯合下에서의 留保制度的 發展

第1節 國際聯合의 새로운 慣行

국제연합은 국제연맹의 조약 수탁업무를 인수하였으며 사무총장은 모든 조약 당사자들의 전원동의를 요구하는 유보에 관한 기존의 규칙을 계속하여 적용하였다. 그러나 어떠한 의미에서 볼 때, 전원동의 규칙의 엄격성을 완화시키고 국제연합의 다수결의 규칙에 적응시킨 다소간의 관행 수정이 이루어져 있다. 이에 따라 묵시적 동의가 더욱 큰 역할을 하게 되었으며 그 범위도 확대되었다. 이와 유사하게, 시행중인 조약의 경우, 이의를 제기할 권리를 조약을 최종적으로 수락한 국가들에게만 인정함으로써, 그러한 권리를 가진 국가의 수가 현저하게 줄어들었다.

사무총장이 채택하여온 관행은 다음과 같은 내용으로 되어 있다. 즉 “국가는 조약 발효전에 조약에 서명, 비준 또는 가입하는 때에 유보를 할 수 있다. 다만, 동 조약발효일까지 동 조약을 비준 또는 가입한 모든 국가의 동의를 얻어야 한다. 또한 조약 발효일 후 조약에 가입하고자 하는 국가는 그 때까지 비준 또는 가입한 모든 국가의 동의를 얻어야 유보할 수 있다.”는 것이다.²⁴⁾

국제연합의 관행과 관련된 또 다른 변화는 국제기구의 설립문서에 해당하는 조약에 관한 것이었다. 미국이 탈퇴권에 대한 유보에 관한 규정을 포함하고 있지 아니한 세계보건기구헌장에 가입하면서 탈퇴권을 유보하자 사무총장은 세계보건기구의 총회에 그 문제를 회부하였으며 그 유보가 전원동의로 수락된 후에야 미국의 가입서의 기탁을 확정적인 것으로 선언하였다.²⁵⁾ 또한 비준국들에 의해 몇 가지 유보가 행하여진 1946년 12월 15일의 국제난민기구(International Refugee Organization) 헌장의 경우, 사무총장은 유보들의 문안을 모든 관계국에게 통보하였다. 사무총장은 헌장의 시행에 필요한 최종수락서를 접수하자 관계국들에 그러한 여러 유보들에 대한 입장을 특정일까지 자신에게 통지하여 주도록 요청하였다. 그 일자가 경과할 때까지 아무런 이의가 제기되지 아니하자 사무총장은 헌장의 발효를 선언하였다.

한편, 1947년 7월 1일 미국 의회는 대통령에게 “조건에 따라 또한 유보하여”

24) U.N. Doc., A/1372. §46, Report of the Secretary General (1956).

25) K. Holloway, p.496.

국제난민기구의 헌장을 수락하는 권한을 부여하는 결의를 채택하였다. 법률자문청(Legal Adviser's Office) 조약국은 1947년 6월 18일의 메모레덤에서 다음과 같이 선언하였다. “조약 수락문서에의 그러한 조건과 유보의 삽입은 미국의 행동에 대한 입법부의 제한에 관한 타방 당사국에의 공식적인 통지에 해당할 것이다. 그러한 미국의 동 헌장 수락서의 기탁허용여부에 관한 최종결정은 당해 국제기구의 관리가 아니라 동 기구 설립헌장의 타방 당사국들에 의해 행하여 질 것이다. 타방 당사자가 미국의 수락서의 적법성에 대해 이의를 제기하지 아니한다면 통상적으로 묵시적으로 동의한 것으로 간주된다.”²⁶⁾ 이러한 국제연합 사무총장의 지적은 모든 관련 당사국의 명시적 또는 묵시적 동의를 요한다는 규칙의 타당성을 인정한 것이라 할 수 있다.

第2節 「集團的 殺害罪의 防止 및 處罰에 관한 協約」에 관한 留保問題

1. 의 의

“1950년 3월 31일, 국제연합에 송부된 에쿠아도르 외무부 장관의 서한으로부터 발단이 된 집단적살해죄의방지및처벌에관한협약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; 이하 “제노사이드협약”이라 한다)에 관한 유보문제는 국가들의 커다란 관심을 불러일으킨 것이었다. 그 서한은 국제연합의 주요 기관과 관련된 관행으로서 국제법상의 규칙으로 여겨왔던 내용을 이들 기관의 단순한 행정관행에 불과한 것으로 지적하였는 바, 국제연합의 세 기관들을 총 44회의 모임을 통한 논쟁에 휘말리게 하고, 수탁자로서의 사무총장의 역할의 범위와 유보에 대한 이의의 효과를 둘러싸고 주요 체약국들간의 의견대립을 초래하였다.²⁷⁾ 그 서한으로 초래된 여파는 150년 동안 전개되어 온 논쟁이 혼란의 극에 달하기까지 거쳤던 수많은 단계를 한꺼번에 보여주는 것이었다.

제노사이드 협약은 1948년 12월 9일 전원동의로 국제연합총회에서 채택되었

26) *Ibid.*, p.497.

27) W. W. Cox, “Reservations to Multilateral Conventions,” *Proceeding of the American Society of International Law*(1952), p.26.

으며, 동 제13조는 20번째 비준 또는 가입의 문서가 기탁되는 때에 발효한다고 규정하였다. 그런데 이 협약에서는 유보에 관한 조항을 포함하지 않았지만, 많은 국가의 최종수락문서가 일부 조항에 대한 유보를 포함하고 있었다. 확립된 규칙과 관행에 따라 또한 협약에 명시적 규정이 없기 때문에 사무총장은 동 협약 제 11조 제1항에 의해 조약당사국이 될 자격이 있는 모든 국가에게 이러한 유보들에 대하여 통보하였다.²⁸⁾

상당수의 국가가 다른 국가에 유보에 이의를 제기하면서 자신들의 이의에 대해서는 그 법적 가치를 각기 달리 해석하였다. 예컨대, 구아테말라와 에쿠아도르는 각각 1928년 하바나협약에 규정된 제원칙과 1932년에 범미주연합(Pan-American Union)에서 채택된 제원칙에 근거하여 이의를 제기하였고 영국은 유보에 대한 회신에서 전원동의 원칙을 재천명하는데 그쳤다. 미국은 별도의 메모레둠에서 『유보는 동 협약의 내용에 대한 효력의 제한이므로 모든 다른 당사자들이 유보에 동의해야 하며 그러하지 아니한 경우, 서명, 비준 또는 가입은 효력이 발생하지 아니한다. 바꾸어 말해서 “단 하나의 조약 서명국 또는 당사국이 유보를 수락하지 아니한 경우에도 유보하고자 하는 국가는 동 협약에 가입할 수 없다.”는 입장을 천명함으로써 1927년 전문가 위원회가 작성한 규칙을 되풀이하였다.²⁹⁾ 사무총장은 이의의 법적 효과에 관한 각국의 입장들이 서로 다르자, 기존의 규칙을 적용하는 대신, 유보의 관행에 관한 광범위한 자료를 첨부하여 그 문제를 총회에 제출하였다.

2. 法律委員會에서의 論議

총회는 그 안건을 제6차 법률위원회에 회부하였고 동 위원회에서 오랜 설전이 시작되었고 의견대립은 끝까지 계속되었는바, 이러한 현상은 Cox가 잘 지적하였듯이 유보에 관한 ‘법규칙’의 현주소를 보여준 것이라 할 수 있다. 제6차 법률위원회에서의 상황은 다음과 같이 요약할 수 있다.³⁰⁾

(1) 彈力的 留保制度 옹호론

라틴 아메리카의 대표들(브라질, 칠레, 멕시코 등은 예외)은 탄력성 있게 비준

28) K. Holloway, p.498.

29) *Ibid.*, p.499.

30) *Ibid.*, p.500.

을 장려함으로써 조약의 보편성 확보에 기여하였던 범미주연합 제도의 채택을 요구하였다. 이들의 주장은 국제연합의 후원하에 체결된 조약에 대한 지역적 절차의 적용에 반대한 브라질과 칠레에 의해 이의가 제기되었다.

(2) 留保의 全員同意 옹호론

두번째 그룹은 현행법 즉 전원동의 규칙을 옹호하였다. 그들은 국제연맹의 후원하에 체결된 다자조약의 확대 그 자체가, 『전원동의 규칙이 입법적 성격의 다자조약의 통일성을 수호한 반면에 국가들이 기술적 또는 지역적 성격의 합리적인 유보, 특별한 국내상황으로 인한 유보 및 중요하지 아니한 유보에 이의를 제기하지 않는다는 단순한 이유로 국가들의 집단적 방위 조약에의 참여를 결코 제한하지 아니하였다』는 충분한 증거를 제시하고 있다고 주장하였다.

(3) 留保의 無制約性 옹호론

세번째 그룹은 주권을 행사하여 유보를 할 수 있는 국가의 권리에 근거한 주장을 하였다. 어떠한 국가도 유보에 이의를 제기함으로써 유보국의 고유한 조약체결권을 박탈할 수 있는 권한을 가지고 있지 않으며, 이의제기국은 유보국과의 관계에서 당해 유보에 의해 영향을 받은 조항의 적용을 배제할 수 있을 뿐이라는 주장이었다. 이것은 소련 진영의 입장이었다.

많은 국가들에 의해 또한 국제연합, 미주기구 및 국제노동기구에 의해 서면 또는 구두의 성명이 행하여졌으며, 일반적으로 국제기구들이 행한 성명들은 당해 국제기구 내부에서 따르는 절차를, 또한 국가들이 행한 선언들은 제6차 법률위원회회에서 자신들이 옹호한 입장을 천명하였다. 대표적인 국가들의 주장을 소개하면 다음과 같다.³¹⁾

31) I.C.J. Pleadings Oral Arrangements, Documents : Reservation to the Genocide Convention, 1951.

3. 主要 國家의 立場

(1) 영 국

영국의 주장은 - 규범적 조약의 경우의 본질적 요소로서의 - 조약의 통일성에 근거를 둔 것으로 다음과 같이 요약될 수 있다. ; “이러한 유형의 조약의 유효성은 권리·의무 또는 얻어지는 이익의 엄격한 상호주의 또는 균형에 좌우되는 것이 아니다. 그러한 조약들은 순수한 계약적 성격의 조약들과는 달리 그 전체가 분가분의 성격을 가지며 조약 일부의 실질적인 내용에 대한 유보는 당해 조약의 법적 통일성을 손상시킬 뿐만 아니라 일정한 행동기준과 일반적 규칙을 정하는 당해 조약이 추구하는 목적 그 자체를 좌절시키게 된다. 이러한 다자조약이 정하는 상호이익과 의무의 교환은 상호주의적인 것은 아니기 때문에 유보는 유보국이 조약에의 참여로부터 얻어지는 이익을 상실함이 없이 관련 의무로부터 벗어날 수 있도록 한다.”³²⁾ 이것을 제노사이드 협약에 적용하는 경우 다음과 같은 의미를 가진다. ; “협약 당사자가 된 각국이 부담하는 의무가 타방 당사자들에 의한 그와 유사한 의무 부담에 좌우되는 것은 아니다. 그것은 단순히 협약 자체의 당사자가 되는 행위로부터 발생하는 것이다.……협약은 당사자 상호간에 교환되는 이익과 책임으로 구성되는 것은 아니다.”

(2) 이스라엘

이스라엘은 일부 규정은 계약적이고 또 다른 규정은 규범적인 것이라는 제노사이드협약의 혼합적 성격에 근거하여 다음과 같은 주장을 하였다. ; “유보의 본질적 성격은 계약적 성격이므로 유보는 계약적 성격의 국제적 합의에 관련된 것이다. 제노사이드협약의 일반적 규범은 그것들이 협약과 독립적으로 존재하기 때문에 모든 국가들에 구속력을 가지는 반면에 순수한 계약적 규정들에 대한 유보는 허용될 수 있다.”³³⁾

32) *Ibid.*, pp.358~416.

33) *Ibid.*, pp.328 et seq.

(3) 프랑스

일반적 다자간 성격(*general multilateral character*)의 제규정의 가분성에 관한 이스라엘의 논거는 영국에 의해서 뿐만 아니라 프랑스에 의해서도 배척되었다. 프랑스의 대표인 Rousseau는 다자조약은 권리와 의무의 균형있는 전체를 구성하며 따라서 그에 대한 임의적 선택을 허용한다면 다자조약은 일련의 다양한 내용의 양자적인 약속으로 축소되기에 이른다고 주장하였다.³⁴⁾

(4) 미국

미국은 반면에 제노사이드 협약과 관련된 보편성 원칙을 강조하고 다음과 같이 주장하였다.: “제노사이드협약의 일반적 수락과 동 협약의 보편적 법규칙으로의 확고한 확립은, 바람직하지 않지만 결코 치명적이지 아니한 유보의 바람직한 억제에 관한 훌륭한 고려사항들을 단연 능가하는 목표이다. 그 성격과 목적에 있어서, 다른 국가의 참여를 배제할 수 있는 개개의 국가의 권한을 능가한다는 의도를 가진 협약이 바로 여기에 있다.³⁵⁾ 이러한 미국의 입장은 범미주연합 제도(Pan-American System)에서 채택된 절차를 받아들인 것이다.

4. 國際司法裁判所의 勸告的 意見

(1) 국제사법재판소의 권고적 의견

총회는 이러한 상충되는 입장에 직면하여 한편으로는 1950년 11월 16일의 결의에 의해, 아래와 같이 국제사법재판소에 제노사이드 협약의 유보에 관한 권고적 의견을 요청하고 또 다른 한편으로는 국제법위원회에 다자조약의 유보문제에 관한 보고서를 요청한다는 결의를 채택하였다

질문 1. 유보국은 유보에 대하여 1 이상의 당사국에 의해 이의가 제기된 경우 그러한 유보를 하면서 조약의 당사국이 될 수 있는가?

34) *Ibid.*, pp.427~429.

35) *Ibid.*, pp.31~47.

질문 2. 그 질문에 대한 대답이 긍정적이라고 한다면, 유보국과 다음에 지적인 국가들과의 관계에서 유보는 어떠한 효력을 가지는가?

- (a) 유보에 이의를 제기한 당사자
- (b) 유보를 수락한 당사자

질문 3. 다음에 지적인 국가가 유보에 이의를 제기한 경우 그 질문에 대한 대답과 관련하여 어떠한 법적 효과를 가지는가

- (a) 아직 비준하지 아니한 서명국
- (b) 서명 또는 가입할 자격을 있으나 아직 서명하지 아니한 국가

국제사법재판소는 이상의 3가지 질문에 회답하기 앞서 3가지 조건이 그 대답을 지배할 것임을 강조하였다. ;

- (a) 그러한 회답들은 필연적으로 또한 엄격하게 오직 제노사이등 협약에 국한 될 것이다.
- (b) 국제사법재판소는 다자조약의 당사자의 의사에 부여되어야 할 효과와 관련된 법규칙에서 이러한 회답을 찾을 것이다.
- (c) 세가지 질문들이 그 성격이 대단히 추상적이기 때문에 그 회답은 국가가 행하는 특정한 유보 또는 이의와 관련되지는 아니할 것이다.³⁶⁾

질문 1에 대하여,

국제사법재판소는 7대 5로 다음과 같이 판시하였다:

“협약의 1 이상의 당사자들에 의해 이의가 제기된 유보를 한 국가는 그 유보가 동 협약의 대상 및 목적과 양립될 수 있는 경우 협약 당사국이 되는 것으로 간주 될 수 있다. 그러하지 아니한 경우 그 국가는 협약 당사자로 간주될 수 없다.”³⁷⁾ 이와 관련하여 국제사법재판소는 조약관계를 지배하는 법규칙에 입각하여 다음과 같이 유보문제에 관해 분석하였다. ; “『국가는 그 조약관계에서 자신의 동의 없이 구속받지 아니하며 그에 따라 유보는 그에 동의하지 아니한 국가에 대해서는 효력을 갖지 아니한다는 것』은 충분히 확립되어 있다. 또한 다자조약은 자유롭게 도달한 각 조항에 대한 합의의 소산이며 따라서 체결국이 일방적인 결정 또는 특

36) I.C.J.Reports, 1951, pp.20~21.

37) *Ibid.*, p.29.

정한 합의에 의해 조약의 목적과 존재이유를 손상시킬 수 없음은 일반적으로 승인된 원칙이다. 이러한 원칙은, 채택된 조약의 통일성이라는 관념 즉, 전통적인 개념상 어떠한 유보도 예외없이 모든 체약국에 의해 수락되지 아니하는 한 유효하지 아니하다는 전제를 가진 관념과 연계되어 있다.”³⁸⁾

국제사법재판소는 전원동의 규칙을 지배하여온 제원칙을 묵시적으로 승인하고, “계약의 개념에서 직접 유래하고 하나의 원칙으로서 이론의 여지 없이 가치있는” 이러한 개념이, 제노사이드 협약의 체결을 후원한 국제연합의 보편적 성격 및 동 협약 제11조에 구현된 대단히 광범한 참여 범위 등 여러가지 상황으로 인해, 그 개념을 제노사이드 협약에 적용함에 있어서 일정한 탄력성을 요구하고 있는 이유를 제시하고자 하였다. 묵시적 동의에 대한 광범위한 허용 및 다른 절차의 존재와 같은 다른 요소들은 다자조약 시행에 있어서의 탄력성의 새로운 필요성을 명확히 보여주고 있다. 더구나 전원동의로부터 다수결원칙으로의 변화는 다자조약의 체결을 용이하게 하는 반면에 국가들의 유보를 허용할 필요가 있도록 하였다.

또한, 국제사법재판소는 제노사이드 협약의 목적과 취지 즉 인도주의적·敎化的인 목적을 고려하여 다음과 같이 부언하였다; “그러한 협약에서 체약국들은 자기 자신의 이익을 갖지 아니한다. 그들은 협약의 존재이유인 高度의 목적의 성취라는 공동이익을 가질 뿐이다. 결과적으로 이러한 유형의 협약에서 누구도 체약국들에 대한 「개별적인 有·不利」 또는 「권리와 의무간의 완전한 계약적인 균형의 유지」를 云云할 수 없다. 협약의 지위를 높히는 고도의 이상들은 당사자들의 공동의지에 의해 협약의 모든 규정의 기초와 잣대를 제공한다.”³⁹⁾

그리고 국제사법재판소는 “제노사이드 협약의 대상과 목적은 동 협약이 국제연합 총회와 그것을 채택한 국가들의 의사이며 가능한 한 많은 국가들이 참여하여야 함을 시사하고 있다.”라는 결론을 내리고 있다. 그러나, 체약국들은 동 협약의 광범위한 적용을 바라면서도 광범위한 적용을 위하여 협약의 목적 자체를 희생시키려고 하지 않았다. 즉, 국제사법재판소는 “협약의 대상과 목적은 유보할 수 있는 자유와 유보에 이의제기할 수 있는 자유를 제한하고 있다. 이에 따라 유보를 함에 있어서 … 또한 유보에 이의제기함에 있어서의 국가의 태도에 대한 기준을 제공하고 어떠한 유보의 이용가능성에 대해 평가함에 있어서 모든 국가들에 지침을 제공하는 것은 「유보와 협약의 양립가능성」이다.”라고 판시하였다.⁴⁰⁾

38) *Ibid.*, pp.21~22.

39) *Ibid.*, p.23.

40) *Ibid.*, p.25.

결국, 국제사법재판소는 전원동의 규칙을 묵시적으로 인정한 후, 만약 당사자들이 협약에 대한 유보를 할 수 있음을 인정함으로써 그 규칙으로부터 일탈하고자 하는 의도를 가졌음이 확인된 경우 그 규칙은 배척될 수 있다고 판시하였다. 또한, 국제사법재판소는 어떠한 조약의 절대적인 통일성 개념이 국제법상의 규칙으로 轉化되었는지의 여부에 대해 의문을 제기하고 국제연맹 이사회가 채택한 보고서를 행정적 관행의 출발점에 지나지 아니하는 것으로 간주하였다.

질문 2에 대하여,

국제사법재판소는 양립가능성 기준을 적용하여 이의 제기국은 『유보국이 협약 당사국이 아니라고 간주』하거나 또는 『유보국과의 관계에서 그 유보로 영향을 받는 조항만 적용이 배제되거나 「그러한 조항은 물론이고 조약 전체가 적용되지 아니함을 지적할 수 있다』라고 7대 5의 표결에 의해 판시하였다.⁴¹⁾

질문3에 대하여,

유보에 이의를 제기할 자격이 있는 국가들과 관련하여 국제사법재판소는 「어떠한 국가가 조약안 채택에의 단순한 참여 또는 당사자가 되도록 단순히 권유받은 것만으로는 유보에 이의제기할 권리가 발생하지 아니하는 반면에 서명국의 경우는 그와 다르다」고 7대 5의 표결에 의해 판시하였다.⁴²⁾ 서명은, 비준을 요하는 조약에서는, 조약규정을 확정하고 서명국에게 비준시에 유효하게 되는 이의를 제출할 자격을 부여한다. 또한 비준이 뒤따르지 아니한 경우, 그러한 이의는 효력이 발생하지 아니한다. 이와 관련하여 반대의견을 제시한 5인의 판사중에서 Alvarez는 제노사이드 협약은 그 특유의 성격으로 인해 어떠한 유보도 허용하지 아니한다고 판단하였다. 다른 4인의 판사들도 동 협약의 통일성 원칙과 유보에 대한 전원동의의 요구가 행정적 관행으로서 뿐만 아니라 실정국제법상의 규칙으

41) *Ibid.*, pp.27~29. 보다 구체적으로 설명하며, (a) 만약 협약의 어느 당사자가 동 유보가 협약의 대상과 목적과 양립될 수 없다고 판단하는 유보에 이의제기를 한 경우 그 국가는 유보국이 협약 당사자가 아니라고 사실상 간주할 수 있다. (b) 만약 어떠한 당사자가 그 유보를 협약의 대상과 목적과 양립될 수 있는 것으로 수락한 경우, 그 국가는 유보국이 협약의 당사자라고 사실상 간주할 수 있다.

42) 구체적으로 말해서, (a)협약에 아직 비준하지 않은 서명국이 유보에 제기한 이의는 질문 1에 대한 대답에서 지적된 법적 효력이 비준시에 발생한다. 그 때까지는 이의는 서명국의 궁극적인 태도의 다른 국가들에 대한 통지로서의 역할을 할 뿐이다. (b)협약에 서명 또는 가입할 자격이 있지만 아직 서명 또는 가입하지 않은 국가가 행한 유보에 제기한 이의는 법적 효력이 없다.

로서 수락되어 왔다고 판단하였다.⁴³⁾

범미주연합(Pan-American Union)이 따르는 그와 다른 관행은 사전 합의에 입각한 것이었다. 국제사법재판소가 제시한 양립가능성 기준에 대하여 범미주연합은 (a)그것이 그 법적 근거를 찾을 수 없는 새로운 규칙이며 (b)그 적용이 각국의 개별적 평가에 좌우되는 그러한 기준의 주관적 성격이 제노사이드 협약 또는 기타의 다자조약 당사자로서의 유보국의 지위에 관한 확정성 또는 확실성이 없음을 의미하는 것이라는 이유로 그러한 양립가능성 기준을 받아들이지 아니하였다.⁴⁴⁾

(2) 권고적 의견에 대한 평가

국제사법재판소의 권고적 의견은 많은 학자들로부터 비판을 받았으며 그 해석을 놓고 첨예한 의견대립을 초래하였다. 권고적 의견에서 인용된 귀절은 다음과 같이 몇가지 취약성과 판결논리상의 모순을 드러내고 있다는 것도 사실이다. 첫째, 국제사법재판소는 당사자의 의사에서 해답을 찾고자 함을 천명하면서도, 『당사자들이 유보에 관한 조항의 삽입을 명시적으로 거부하면서도 유보의 수락가능성과 이의의 효과가 제노사이드 협약의 특정한 성격과 동 협약의 태동을 둘러싼 특별한 상황에 지배된다는 의사를 가졌음』을 확정하지 못하였다. 또한 동 협약의 광범위한 수락을 확보하고자 한 총회의 희망도 재판소의 논지에 충분한 근거로서 반영된 것으로 보이지 않는다.⁴⁵⁾

둘째, 국제사법재판소는 『모든 체약국들이 예외없이 수락하지 아니하는 한 유보는 허용되지 아니하며 또한 다자조약의 체약국은 일방적인 행위에 의해 동 조약의 목적과 존재이유를 손상시킬 자격이 없음』을 인정하면서도, 조약의 통일성이라는 전통적인 개념에 근거하고 국가들의 개별적·집단적인 지속적인 관행에 의해 지지를 받는 그러한 규칙이 국제법의 규칙으로 轉化되지 못하였던 이유를 제시하지 않았다. 국제사법재판소의 판결이유가 시사하다시피, 묵시적 동의를 역할 증대 또는 이의 제기의 사례의 희소함은 기존규칙의 타당성과 효력을 부인하기 보다는 오히려 확인시켜주고 있다. 묵시적 동의가 관습법의 형성에 중요한 역

43) *Ibid.*, p.49 et.seq.

44) K. Holloway, p.505.

45) G. Fitzmaurice, "Reservations to Multilateral Conventions", *British Yearbook of International Law*(1957), p.279.

할을 할 뿐 아니라 관습법이 상황 변화에 적응하지 못하는 한 그것은 묵시적 동의에 의해 폐기되거나 보다 타당한 규칙에 의해 대체될 것이기 때문이다. 또한 국제사법재판소는 사전합의를 요구하는 Pan-American Union의 유보관행이 일반규칙으로부터 벗어난 것이라는 근거를 제시하지 않았다.⁴⁶⁾

셋째, 국제사법재판소는 제노사이드협약과 같은 유형의 다자조약의 목적을 보호할 필요성을 인정하면서도 양립가능성 기준이 통일성과 보편성이라는 두가지 원칙의 효율적 운용을 어떠한 방식으로 보장할 수 있을 것인지를 제시하지 못하였다. 사실상 국제사법재판소는 유보에 대한 국가의 개별적 평가의 권리를 인정함으로써, 다자조약이 각기 다른 내용의 양자조약으로 分化(fregmentation)될 가능성 및 유보국의 조약으로부터의 배제가능성을 시사하였다. 더 나아가, 유보에 대한 국가의 개별적 평가의 권리를 인정한다면, 제노사이드 협약 및 그와 유사한 다자조약들이 당해 조약에 구속받는 국가 및 그들의 의무의 범위를 결정하는 것은 대단히 어렵게 되므로 그러한 조약들은 불안정한 상태에 놓이게 되며, 국제사법재판소의 강제관할권 자체도 크게 손상을 받았다.

第3節 1951년 國際法委員會의 報告書

국제사법재판소가 제노사이드 협약에만 한정되고 현행법에 근거한 권고적 의견의 부여를 요청받은 반면에 국제법위원회는 “국제법의 법전화의 관점에서 또한 국제법의 점진적 발전이라는 관점에서” 유보문제를 검토하도록 요청받았다. 이에 따라 국제법위원회는 국가들이 장래 채택하는데 가장 편리하다고 판단되는 바를 제안할 수 있었으며,⁴⁷⁾ 국제사법재판소의 권고적 의견과 관련하여 양립가능성 기준의 주관적 성격으로 인해 초래된 실제적 어려움 몇가지를 지적하였다.⁴⁸⁾

국제법위원회의 견해에 따르면, 국제사법재판소의 양립가능성 기준은 조약의 각각의 규정들을 당해 조약의 대상과 목적을 구성하는 것인지의 여부에 따라 두 부류로 분류하고 있기 때문에 일반적 다자조약에 적용하기에 부적합하다. 국가들

46) 국제사법재판소는 분명히 범미주연합(Pan American Union)의 접근방식을 선호하였다. 그러나, Guerrero, Sir Arnold McNair, Read 및 Hsu Mo 판사들은 공동반대의견(dissenting opinion)에서 국제연맹의 접근방식이 국제관습법과 일치한다고 판단하였다.

47) Report (A/1858) of July 11, 1951, §17.

48) *Ibid.*, §24.

의 참여를 개방하고 있는 다자조약은 현행법의 개혁 또는 개정이 바람직한 국제적 관심주제를 일반적으로 다루고 있다. 이러한 조약에서 유보국들은 『자신에게는 조약상의 일정한 의무를 면제하지만 조약 당사자인 또는 조약 당사자가 될 수 있는 다른 국가들 상호간에는 그러한 의무가 완전히 적용되도록』 하고자 할 것이다. 49)

범미주연합제도(Pan-American System)와 관련하여, 국제법위원회는 공통의 역사적 전통과 밀접한 문화적 유대로 인한 지역적 국제기구 회원국들의 특별한 입장을 인정하지만 일반국제기구내에서는 그러한 특별한 입장을 인정할 수 없을 것임을 지적하였다. 위원회는, 범미주연합제도가 최대한의 비준을 얻어내려는 의도를 가지고 있었지만 『범미주연합제도하에서 채택된 條約締結史를 검토해 볼 때, 이의 제기된 유보를 제안한 국가가 조약 당사자가 되는 것을 허용함으로써 보편성의 기준이 반드시 확보되거나 촉진되었다고 확신할 수 없었음』을 지적하였다. 50)

보편성 대 통일성의 문제와 관련하여 위원회는 일정한 다자조약의 경우 범미주연합의 절차를 규정할 수 있을 때에는 보편성 기준이 통일성 기준보다 중요한 고려요소가 될 수 있음을 인정한다. 위원회는 “국제연합의 후원하에 체결되는 다자조약의 경우에는 조약의 통일성과 획일적 적용이 보편성보다는 더욱 중요한 고려요소가 된다”고 판단하였다. 그러한 판단은 「그러한 조약이 다른 조약 참여국들이 주권평등하에서 동일한 제한을 수락할 것이라는 양해에 따라 각국이 자신의 행동의 자유에 대한 제한을 수락하는 입법 형태의 조약」이라는 데 근거를 두고 있다. 위원회는 「그러한 제도가 유보의 제안을 촉진함으로써 또한 유보의 법적 효과에 대한 국가들의 다양한 태도를 인정함으로써 다자 조약을 일련의 양자조약의 네트워크로 分化시키고 이에 따라 다자 조약의 효력을 감소시키는 경향이 있을 것이다.」라고 주장하였다. 51)

끝으로, 위원회는 조약의 통일성 또는 보편성 - 양자는 당사자들이 추구하는 목적과 조약의 특수한 성격에 따라 좌우될 것이다 - 을 확보하기 위하여 유보의 허용가능성에 관한 조항의 삽입을 강력하게 권고하고 있다. 명시적인 규정이 없는 경우, 위원회는, 『“유보의 제안은, 유보국와의 관계에 있어서는, 실질적으로 새로운 합의의 제안이며 그 새로운 합의의 조건이 조약 문안에 구현된 합의의 조

49) *Ibid.*, §§24-26.

50) K. Holloway, p.509.

51) Report (A/1858) of July 11, 1951, §22.

건과는 다르기 때문에” 모든 관련 국가들의 동의를 요한다』라는 원칙에 입각하여, 사무총장이 그의 재량권을 행사함에 있어서 준수하여야 할 절차를 다섯가지로 정형화하였다. 국제사법재판소와 마찬가지로 위원회는 조약의 유보에 대해 - 적어도 잠정적으로 - 서명국이 이의를 제기할 수 있는 권한을 인정한다. 결론적으로 말해 위원회는 전원동의 규칙을 사실상 확인하였다고 말할 수 있다.

第4節 1952년 國際聯合總會에서의 論議와 決議

1. 留保에 관한 國家들의 見解

(1) 意 義

국제연합의 주요 기관(재판소 포함)들이 다양한 입장을 천명함에 따라 수차례의 총회 회기에서 국가들간에도 여러가지 다른 견해들이 등장하였으며, 오랜 기간에 걸쳐 확립된 관행에 입각한 유보에 관한 전통적인 규칙도 이러한 상황하에서 변화하기에 이르렀다. 한편 유보에 대한 입장은 “냉전”시대에도 동서 양진영의 경계와는 관계없이, 다음과 같은 새로운 국가그룹들로 나누어졌었다.⁵²⁾

(2) 수정된 전통적 규칙을 지지하는 국가그룹

첫번째 그룹인, 영국, 영연합, 프랑스, 스칸디나비아 국가들 및 라틴 아메리카의 일부 국가들은 1951년 국제법 위원회가 정형화한 전통적인 규칙을 지지하였다. 이들 그룹은, 전원동의 규칙에 심각한 타격을 가한 국제사법재판소의 권고적 의견을 일부 수용하여 영국이 제시한 전통적인 규칙의 수정적 입장을 지지하였다. 이들 그룹은 「전통적인 제도하에서 단 하나의 국가가 이의를 제기하여도 유보국은 조약참여가 배제되기 때문에 그 유보를 수락하고자 하는 다수 국가들의 의사도 그 하나의 국가의 이의에 의해 좌절될 수 있다」는 비판을 맞받아 쳤다. 앞서 언급한 바와 같이 전원동의 규칙의 반대자들은 이의 제기국의 이러한 권리를 열강의 악명높은 “거부권(veto)”의 연장이라고 생각하였으며 이에 대해 전원동의 규칙의 지지자들은 동 규칙의 반대론자들의 주장은 오랜 기간동안 비판을

52) W. W. Cox, p.29.

받아온 이의제기권의 남용을 허용하는 것이라는 반응을 보였다.⁵³⁾ 사실 첫번째 그룹은 국가의 주권평등의 개념하에서는 유보국과 이의제기국 모두 선의로 행동하는 것으로 추정된다고 주장하였다.

(3) 더욱 탄력적 제도를 선호하는 국가그룹

반면에 더욱 탄력적인 제도를 선호하는 제2그룹의 일부가 제기한 가장 강한 주장은 표결에서 패배한 소수자의 입장을 보호할 필요성에 근거한 것이었다. 당시 소수자집단이 “표결에서 거의 완패”하였던 상황때문에 이러한 집단에 속하였던 소비에트 진영은 자신들의 입장을 완고하게 고수하고자 하였다. 소비에트진영은 자유로운 유보제도에 강력한 지지를 표명하고 투쟁의 - 법리적 접근보다는 - 단기적인 정치적 관점을 고수함으로써 중립적 입장의 국가들의 유동표에 상당한 영향력을 미쳤다. 또한 이 제2그룹은 국제사법재판소의 권고적 의견이 더욱 자유로운 유보제도를 지지하였다는 사실을 강조하였다.

2. 國際聯合 總會의 決議의 內容과 그 評價

(1) 결의의 내용

1952년 1월 12일 채택된 국제연합 총회 결의의 첫번째 문단은 유보의 허용 또는 불허 및 그 법적 효과에 대한 명시적인 규정의 삽입이 바람직함을 권고하는 것이었다. 두번째 문단은 국가들이 제노사이드 협약과 관련하여 재판소의 권고적인 의견에 따를 것을 권고하였다. 물론 권고에 의해 국제연합 총회 결의에 찬성표를 던진 국가들이 국제사법재판소의 권고적 의견에 따라야 할 의무가 있는 것은 아니다. 왜냐하면 재판소의 권고적 의견은 모든 측면에서 은연중에 자유로운 유보제도를 옹호한 것이고 또한 양립가능성 기준은 그 적용에 의해 적어도 이론상 범미주연합의 제도 또는 소련진영이 옹호하는 제도를 초래할 수 있음에도 불구하고, 재판소의 권고적 의견의 내용은 총회 결의의 세번째 문단에서 명시된 자유주의적 제도와는 다르다.

세번째 문단은 완전히 다른 두개의 절차를 혼합하여 소개하고 있다. 즉, 첫번째

53) M. Hudson, "Reservations to Multipartite Instruments," *American Journal of International Law*, Vol.32(1938), p.333.

절차는 제노사이드 협약의 유보에 관한 것으로 사무총장에게 국제사법재판소의 권고적 의견을 따르도록 요청하고 있다. 두번째 절차는 국제연합의 후원하에 체결되는 “장래의 협약”에 관한 것으로 사무총장에게 유보와 이의를 포함하는 문서를 모든 이해관계국에게 통지하는 역할만을 하도록 요청함으로써 유보의 효과에 대한 결정은 국가들에게 일임하고 있다.⁵⁴⁾

(2) 결의에 대한 평가

이와 같은 세번째 문단에서의 두가지 구분은 의견적인 것일 뿐 아니라 순수한 이론적인 것이다. 국제사법재판소는 『제노사이드 협약의 각 체약국이, 비록 통제 메커니즘만 없다면 자유주의적 제도와도 다를 바 없는 양립가능성이라는 기준의 범위내에서이지만, 자신의 관점에서 유보의 타당성을 평가할 수 있는 자격이 있음』을 명확히 하였다. 그 밖에도 국제사법재판소는 「그 기준을 적용함에 있어서 사무총장의 업무는 유보와 이의를 접수하고 그것들을 통지하는 역할만을 할 것, 이라고 지적하였다.⁵⁵⁾

Cox는 동 결의에 대해 평석하면서, 『국제연합 총회는 제노사이드 협약으로부터 초래된 상황 또는 장래에 발생하게 될 이와 유사한 상황을 해결하기 위한 모든 시도를 사실상 포기하였다』고 비판하고 『확실한 규칙의 도입을 피하고 모든 상충되는 이론을 인정한 것으로 보인다』고 부언하였다.⁵⁶⁾ 재판소의 권고적 의견이, 엄격히 말해서 제노사이드 협약에 한정되는 것이기는 하지만, 양립가능성 기준의 일반적·추상적 성격으로 인해 또한 재판소가 기존의 모든 이론과 관행을 묵시적 인정함으로써 명확한 입장을 보여주지 못한 것과 마찬가지로 국제연합 총회 결의 역시 모순되는 해석의 여지를 남겨놓고 있다. Cox가 정확히 지적한 바와 같이 국제연합 총회의 결의를 지지하는 자들은 동 결의를 “여러 다른 정부들이 동일한 유보에 대해 모순되는 제도를 적용하는 것을 허용하는 회전문 (revolving door)이라 보았다.⁵⁷⁾

54) K. Holloway, p.513.

55) I.C.J. Reports 1951, pp.26-27.

56) W. W. Cox, p.31.

57) *Ibid.*

3. 留保에 관한 새로운 提案

(1) 문제의 상황

유보문제에 적용가능한 규칙에 관한 오랜 논쟁은 국제사법재판소의 권고적 의견과 1952년 1월 12일의 국제연합 총회 결의에 의해서도 끝이 나지 않았다. 그러나, 이러한 권고적 의견과 결의는 국가들과 국제기구의 관행에 결정적인 영향력을 행사하여 왔음을 부인할 수 없다. 유보에 관한 법규칙 정립의 어려움은 국가의 조약 참여 확대와 국제입법의 확일성이라는 두가지 요구를 모두 수용하는 규칙을 발전시키는 것이 불가능하다는 데 있다. 국제입법에서의 통일성이 확보되지 아니한다면 국제법의 점진적 발전을 불가능해진다는 데 문제의 심각성이 있다.

사실상, 기존의 규칙을 국제사회의 변화와 국제교류의 복잡성 증대에 적응시키고자 하는 여러가지 시도가 있었지만, 이러한 시도들은 어떤 의미에서는 유보규칙의 불확실성을 오히려 선호하는 국가들의 태도로 인해 실패하였다는 지적은⁵⁸⁾ 어느 정도 수긍할 수 있을 것이다. 어떠한 규칙의 탄력적적용을 허용한다는 것은 동 규칙의 내용에 대한 결정을 개개의 국가들에 일임한다는 것을 의미한다. 그러므로 조약의 계약적 성격을 강조하게 된다면 일반적 다자조약은 일련의 양자 조약 네트워크로 축소될 우려가 있다. 일반적인 다자조약의 당사자들이 유보의 허용가능성과 그 법적 효과에 대한 명시적 조항을 삽입하는 것을 - 그러한 취지의 반복된 권고가 있음에도 불구하고 - 계속 꺼리고 있다는 사실에서 알 수 있듯이 통제 메커니즘이 없다면 상호주의 원칙만이 임의적인 유보를 제한하는 효과를 미치게 될 것이다.

역설적으로, 전원동의 규칙이 그 규칙을 채택된 협약의 절대적인 통일성의 계약적 관념에 본질적으로 근거하고 있다는 이유로 비난을 받고 포기되어 왔지만, 양립가능성 원칙 및 범미주연합과 국제연합 총회 결의에 명시된 절차도 역시 조약관계의 계약적 개념에 근거하고 있다.⁵⁹⁾ 국제연합 총회의 결의에 대한 다음과 같은 몇가지 반응을 본다면, 그 혼란스러운 결의가 가져온 영향과 반향을 알 수 있다.

58) K. Holloway, p.515.

59) *Ibid.*, p.516.

(2) 있어야 할 법(*de lege ferenda*)의 제안

1) H. Lauterpacht

국제연합 총회가 채택한 절차의 무정부주의적 의미에 대해 Lauterpacht는 그의 조약법에 관한 첫번째 및 두번째 보고서에서 국제법위원회의 심의를 받게 될 4개의 조문안을 제시하였다.⁶⁰⁾ 그는 『국제법위원회는 국제법의 법전화와 점진적 발전의 관점에서 유보 문제를 검토하도록 요청받은 때에 전원동의를 규칙을 현행법(*de lege lata*)상의 규칙으로 지적해야 했으며 기존의 규칙이 많은 국가들에게 불만족스럽고 수락할 수 없는 것이었기 때문에 보다 만족스러운 *de lege ferenda*를 제시했어야 했다』라고 지적하였다. 그의 현행법(*de lege lata*)에 대한 4가지 대안은 다음 3가지를 고려하여 제시된 것이다.

(1) 유보가 조약상 의무를 최종적으로 수락한 국가들 대부분의 반대에 부딪칠 만한 성질의 것인 아닌 한, 그러한 유보가 첨부된 조약에 참여할 수 있는 국가의 권리를 인정하는 것이 바람직하다.

(2) 「합리적으로 인식가능한 조약의 목적」과 「타방 당사자의 정당한 이익과 기대」를 포기하거나 파괴하는 유보를 붙여 조약 당사자가 될 수 있는 국가의 무제한의 권리를 인정하는 것은 실현가능하지도 않고 상기 (1)의 원칙에도 부합되지 아니한다.

(3) 유보국의 조약 참여조건으로 모든 조약 당사자들의 전원동의를 요구하는 것은 국제교류의 필요성과 탄력성에 부합되지 아니한다.

H. Lauterpacht의 4가지 대안은 모두 「전원동의를 규칙」과 「유보를 하고 또한 그에 대한 이의의 법적 효과를 결정할 수 있는 국가의 자유」간의 중간에 위치하는 해결책을 제안하기 위한 것들이다. 그것들은 기존의 관행의 탄력적인 요소들을 흡수하면서도 유보를 할 수 있는 권리의 남용 - 특히 조약의 본질을 손상시킬 가능성이 있는 유보 - 에 대한 안전장치를 정하고 있다. 대안 A와 대안 B는 당사자의 3분의 2에 의한 유보의 수락에 관해, 또한 대안 C와 대안 D는 유보의 허용가능성과 그에 제기된 이의에 대해 유권적으로 판정할 수 있는 권한을 가진 기구를 당사자들이 지명하는 것에 관해 정하고 있다.

60) Art.9 and Comment.

2) G. Fitzmaurice

G. Fitzmaurice는 그의 첫번째 보고서에서 - 조약의 어떠한 실체규정의 적용을 회피하는 「유보의 정의」에서부터 「허용되는 유보의 법적 효과」에 이르기까지 - 유보의 모든 측면을 다룬 세밀한 규칙을 설명하고 있다.⁶¹⁾ 그는 『양자조약과 제한된 수의 국가들간에 체결된 조약』과 『일반적 다자조약』을 구분하고 전자에서는 전원동의 규칙이 엄격하게 적용되며 후자에서는 그 엄격성이 묵시적 동의의 역할의 확대를 통해 완화된다고 주장하였다. 그는 더 나아가 다음과 같이 설명하고 있다.

“유효기간이 5년 이상인 다자조약의 경우, 이의제기의 권리는 확정된 당사자에게만 인정된다. 유보는 그것이 수락되는 경우, 유보국과 타방 당사국간의 관계에 영향을 미치지만 타방당사자들 상호간에는 영향을 미치지 아니한다. 다만, 당해 조약의 해석 또는 적용에 관한 견해차이 또는 분쟁의 해결을 국제사법재판소 또는 기타의 국제재판소, 중재, 조정, 회부하여 또는 다른 특정한 수단에 의해 해결할 것을 규정한 조항에 대해서는 유보가 인정되지 아니한다.”⁶²⁾

3) 미주법률가위원회(Inter-American Council of Jurists)

1954년과 1959년 Inter-American Council of Jurists는 다자조약의 유보 문제에 관해 검토하였다. 1954년 채택된 보고서는 국제연맹과 국제연합시대에 미대륙의 관행추이에 관한 연역적 고찰을 포함하고 있는 바, 이에 따르면 범미주 연합제도는 조약과 유보가 순수하게 계약적 성격을 갖는다는 전제에 입각한 것이었다. 동 보고서의 작성자들은 형성된 이론과 관행간의 모순을 시정하기 위한 시도로서 조약당사자들의 “묵시적인 의사(implicit intent)”라는 추상적인 개념을 사용하고 있다. 즉, 보고서 작성자들은 「다자조약의 조항들은 분리가 가능하며 그것들은 의무가 양자간의 차원에서 이행되어야 하는가 아니면 다자간의 차원에서 이행되어야 하는가에 따라 분류될 수 있다」는 전제에 입각하여 논리를 전개하고 있다.

61) Art.37(1).

62) Art.37(4). 이에 관하여는 G. Fitzmaurice, p.272 et seq.

1959년 결의는, 범미주체제에 내재하는 원칙들에 영향을 미치지 없이 유보를 억제하고자 하는 목적의 몇가지 규칙의 채택을 권고하였다.⁶³⁾ 그러나, 동 결의에 대해 4개의 국가들이 유보하였다는 사실은 미대륙에서도 견해차이가 존재함을 보여주는 것이다. 이에 관해 네번째 특별보고자인 Hurmphyre Waldock는 다음과 같이 지적하고 있다:

“이러한 유보들은 「유보에 관한 일반 국제법 규칙을 정하기 위해 성문화하는 조약이 체결된다하더라도 유보에 관한 조문에 대해 국가들이 실제로 유보를 할 가능성이 있음을 보여주는 소름끼치는 명령」을 일깨워주었다.”⁶⁴⁾

보고자들은 유보의 일반적인 경향과 관련하여 대부분의 전문기구의 관행 - 국제노동기구, 세계보건기구 및 유네스코의 후원하에 체결되는 조약은 예외 - 에서 보듯이 유보의 불확실성과 절차의 다양성이 혼란을 더욱 부채질하고 있음을 지적하고 있다. 동 보고서에 따르면, 뿐만 아니라 당시 대부분의 다자조약이 유보에 관한 명시적인 조항을 포함하거나 유보할 수 있는 조항을 열거하지 아니하고 있었으며, 이러한 현상은 결국 대부분의 경우 유보는 상호주의 규칙에 따라 해결하고 있었음을 보여주는 것이라 할 수 있다.

4. 留保論爭의 再燃과 自由主義的 留保制度의 一般化

총회가 결의 - 그 지지자들에 의하면 유보문제에 관한 명백하고 간결한 규칙을 규정함으로써 논쟁을 종식시키려는 의도를 가진 결의 -를 채택한 지 7년 후 제6차 위원회에서 IMCO협약에 대한 인디아의 유보를 둘러싸고 전개된 논쟁은 유보 문제가 아직도 첨예하게 대립되고 복잡한 상태에서 벗어나지 못하였음을 여실히 보여 주었다.

(1) IMCO협약에 대한 인디아의 유보를 둘러싼 논쟁

1) 사실관계

1959년 1월 1일 인디아는 국제연합 총회 결의전인 1948년 3월 6일 국제연합

63) K. Holloway, p.518.

64) *Ibid.*

의 후원하에 체결된 비정부간해사자문기구 협약(Convention on the Intergovernmental Maritime Consultative Organization:IMCO)의 수락문서를 기탁하였다. 동 협약은 유보의 허용여부에 관한 아무런 규정을 두고 있지 아니하였지만 많은 국가들은 이미 유보를 하였으며 이에 대해 이의가 제기되지 아니하였다. 인디아는 자신이 협약 제1항 (b)에 규정된 IMCO의 목적과 양립된다고 판단하는 조건을 붙여 협약을 수락하였으며 “인디아 정부는 상기 협약에 대한 인디아 정부의 수락이 인디아의 영토내에 효력이 있는 동 주제에 관한 법령을 어떠한 방식으로든 변경 또는 수정하지 아니함을 재차 명확히 선언한다.”라고 부언하였다.⁶⁵⁾

인디아의 수락문서의 기탁은 IMCO 총회 제1차회기의 개최와 동시에 행하여졌으며, 사무총장은 유보의 성격을 가진다고 판단되는 “조건”에 붙은 수락서를 IMCO총회의 심사를 위하여 제출하였다. 총회는 인디아의 수락서가 모든 IMCO 회원국에 배포되도록 요구하였으며 인디아도 표결권 없이 절차에 참여하도록 요청하였다. 사무총장은 회원국들에게 그들의 태도에 관해 자신에게 조언하여 주도록 요청하고 인디아에게도 동 협약의 어느 당사국의 이의가 없으면 인디아는 회원국으로 등록될 것임을 통보하였다.

일부 국가들은 인디아의 선언이 논평을 요하는 성질의 것이 아니라고 하거나 또는 아무런 이의가 없다고 회신하였다. 반면에, 프랑스는 유보에 대한 반대를 표명하였으며 미국은 인디아의 “선언”이 유보에 해당하지 아니한다고 판단하였으며 독일은 인디아의 유보와 IMCO의 목적이 양립되기 어렵기 때문에 인디아로 하여금 유보를 철회하도록 하기 위한 교섭을 IMCO내에서 행하여야 한다는 입장을 표명하였다. 한편, 사무총장의 통보에 대한 회신에서 인디아는 사무총장이 자신의 의사에 따라 전원동의 규칙을 도입하는 것은 있을 수 없는 것이므로 협약의 모든 체약국이 이의를 제기하지 아니하는 한 당사국으로 등록되어야 한다고 주장하였다. 그에 대해 사무총장은 자신이 따른 절차는 국제연합 총회의 그 결의 전에 체결된 협약에 적용될 수 있다고 인정한 바 있는 종전의 관행에 입각하였다고 회답하였다.

2) 인디아의 입장

인디아는 메모텐덤에서 “인디아는 국제연합의 후원하에 체결된 다자간 협약과

65) *Ibid.*, p.519.

관련하여 전원동의 규칙의 적용을 인정하는 국제연합 총회의 결의 또는 결정은 발견할 수 없다.…… 동 규칙은 적용은 국제사법재판소의 권고적 의견과 총회의 결의에 반하는 것이다.”라고 주장하였다. 사실 국제연합 총회의 결의는 사무총장이 자신의 기탁업무를 수행함에 있어서 따라야 할 원칙과 절차에 관해 명확히 밝히지 아니하였었다. 프랑스는 인디아의 유보에 이의를 제기하고 유보의 유효성은 모든 조약 당사국의 동의에 좌우된다는 근거로 인디아의 선언이 사실상 유보에 해당되는 것인지의 여부를 고려함이 없이 인디아의 진술을 반박하였다.

또한 독일의 이의 역시 앞서 지적한 바 있듯이 인디아의 “선언”의 문맥에 근거한 것이 아니었다. 인디아는 인디아의 선언이 사실상 유보에 해당되지 않고 단순한 정책 선언에 불과하며 설령 그 선언이 유보에 해당된다 할지라도 회원국들의 이의 제기에 관계없이 당사국이 될 자격이 있다고 주장하였다. 그리하여, 인디아는 국제연합 총회에 (A) 인디아의 선언이 유보가 아님을 승인하고 (B) IMCO에 인디아를 당사국으로 취급하도록 요구할 것을 요청하였다.

3) 적용규칙에 대한 사무총장의 입장

국제연합 총회에 제출한 보고서에서는 인디아의 유보와 관련하여 채택된 절차가 다음과 같은 이유에서 정당화되고 있다.

- (a) 유보는 IMCO의 기본적인 목적을 확정하는 제1조와 본질적으로 관련되어 있다.
- (b) 채택된 절차는 국제연합 총회가 채택한 바 있는 『국제조직의 설립문서에 대한 유보의 허용불가』에 근거하고 협약의 보편성에 대한 통일성의 우월성의 승인을 시사하는 중전의 관행에 따른 것이다.
- (c) 자신의 유보가 허용될 수 있다는 인디아의 해석은, IMCO협약의 조항을 유보가 가능한 것과 불가능한 것으로 구분될 수 있다는 것에 근거한 것이며, 설립문서의 경우에는 “완전히 새로운”(entirely new) 것이었다. 다시 말해서 그 유보는 해석문제를 제기한 것이기 때문에 IMCO의 총회에 회부되었던 것이다. 그러한 회부는 진정한 의미에서는 지금까지의 유보 이론을 둘러싼 논쟁을 초래하여온 상충되는 主義(doctrine)들과는 진정한 의미에서 아무런 관련이 없다. 그러한 회부는 유보문제에 관한 모든 입장과 선례를 존중한 것이었다. 즉, 동의를 형성할 수 있는 국제기구의 주요기관의 권한, 유보의 법적 효과 및 설립문서에 대한 유보의 비허용성에 대해 선언할 수 있는 국가

의 권한을 존중하여 그러한 회부가 행하여졌다.

(d) 그러한 회부는 제노사이드 협약에 관한 국제사법재판소의 권고적 의견에 반하지 아니한다. 동 재판소가 자신의 의견이 필연적으로 또한 엄격하게 동 협약에만 국한된 것임을 지적하였기 때문이다. 이러한 입장은 그 문서가 명백히 “장래”의 협약에 국한된 것임을 표명한 국제연합 총회의 결의에서도 확인된 바 있다.

(e) 인디아의 유보에 대한 허용가능성 문제는 IMCO 내부의 법적 문제이므로 그 문제를 국제연합 총회에 회부한다면 IMCO총회와의 관할권충돌이 초래되며 만약 그렇게 된다면 국제연합 총회가 항소심 법원에 해당하는 기능을 하게 된다. 이는 IMCO 총회로 하여금 협약의 해석문제로부터 발생하는 문제를 해결하되 해결되지 아니한 경우 제56조에 의해 국제사법재판소에 분쟁을 회부하도록 한 IMCO협약 제55조에도 위반되는 것이다.

(f) “유보와 그 이의의 법적 효력에 관한 분쟁의 경우, 그 해결방법은 협약이 국제연합 총회 결의 전에 체결되었던 후에 체결되었던 간에 본질적으로 동일하기 때문에” 국제연합 총회의 결의 전에 다른 절차와 그 후에 따르는 절차간의 구분에 관해 관행상 “법적 효력에 있어서 어떠한 실질적인 차이도 없다.” 유보국의 조약 당사국 지위가 의심스러운 경우, 이해관계국의 문제제기에 의해 관할 기관 또는 국제사법재판소에 그 해결이 의뢰될 것이다.

4) 사무총장의 보고서에 의해 제기된 몇 가지 문제

동 보고서는 유보 문제의 몇가지 쟁점에 대한 여러가지 측면을 다루고 있다. 비록 동 보고서가, 전체적으로 보아, 유보의 불확실한 상황을 명확하게 설명하고 있기는 하지만, 동 보고서는 특히 국제연합 총회 결의 전에 따랐던 절차와 동 결의에 명시된 절차간의 기존적인 차이가 없다는 지적을 비롯하여 의문의 여지가 있는 부분들을 포함하고 있다.

첫째, 앞서 본 바와 같이 전통적으로 특정한 국가 및 국제연맹과 국제연합에 의한 수탁업무는, 조약에 명시적 규정이 없는 경우 전원동의 규칙에 입각하여 수행되었으며, 국가의 최종수락서에 첨부된 “조건” 또는 “선언”이 법적 의미에서 유보에 해당하는지 여부에 대한 결정을 포함하고 있었다. 이에 따라 인디아의 “조건”이 유보의 성격을 가지는 것인지를 검토함에 있어서 사무총장은 적어도 잠정적으로 동 선언의 성격을 결정하고 국가들이 명시적 또는 묵시적으로 동의를

표명할 때까지 인디아의 수락문서의 확정적인 수락을 받아들이지 아니하였다. 그러므로 사실상 「이 사건에서 사무총장이 적용한 전통적인 절차」와 「사무총장의 업무가 유보와 그 이의에 관한 통지문의 전달에 국한되는 국제연합 총회 결의에 표현된 절차」간의 근본적인 차이가 있다고 주장할 수도 있을 것이다.

둘째, 국제연합 총회 결의에서는 유보와 그 이의의 법적 효과에 관한 견해의 차이가 있는 경우의 해결책이 명시되어 있지 아니한 바, 1953년 여성의 정치적 권리에 관한 협약(Convention on the Political Rights of Women) 및 유보에 관한 법의 혼동스러운 상태 또는 그러한 법의 전체적인 부채상태를 잘 보여준 제노사이드 협약에 대한 유보들을 그 예로 들 수 있다. 사무총장은 유보, 그 이의 및 이의에 대한 이의의 목록을 작성하는 업무만을 수행하여 왔다. 국제연합 총회 결의 및 국제사법재판소의 권고적 의견에 의하면 견해 차이가 그 해결을 위하여 어떠한 기관 또는 국제사법재판소에 회부하여야 할 의무가 존재하지 아니하기 때문에 그와 같이 회부된 적도 없었고 그러할 가능성도 없다. 따라서, 그 해결방법은 적어도 수탁자(depositary)와 관련되는 범위내에서는 본질적으로 동일하다고 말할 수 없다.

셋째, 국제연합 총회 결의가 채택될 때까지의 논쟁들을 조심스럽게 검토해 보면, 그 대부분이 동 결의 채택이전에 체결된 조약과 그 후 체결된 조약간의 의식적이고 의도적으로 구분을 하고 있다고 말할 수 없다. 사실 그 채택전에 체결된 협약에 적용되는 절차 또는 규칙에 관한 침묵은 전원동의의 규칙에 반대하는 국가들이 「전원동의 규칙의 존재」와 「여러가지 해석을 가능하도록 하는 의식적인 시도」를 묵시적으로라도 승인하는데 주저함을 보여주고 있다. 이것은 사무총장의 해석을 법적으로 옹호할 수 없음을 의미하지 아니며, 국제연합 총회결의와 국제사법재판소의 권고적 의견에 대해서는 모두 여러가지 해석이 가능함을 의미할 뿐이다. 그러므로 이 두 문서의 상이한 해석에 근거한 인디아의 입장도 마찬가지로 옹호될 수 있다. 왜냐하면 재판소의 권고적 의견의 제한된 범위에도 불구하고, 그 의견에 내재된 광범위한 논리와 양립가능성 기준은 일반적 성격을 가진 것이기 때문이다.

5) 논쟁의 초점

유보의 법적 상황을 보다 명확히 하기 위한 국제연합 총회 결의 채택후 수년동안 제6차 위원회에서의 논쟁들은 유보 문제에 적용될 수 있는 다양한 절차 또는

규칙의 법적 가치에 관한 국가들의 입장이 그다지 변화되지 않았음을 보여주고 있다. 더구나 사무총장의 보고서는 현행법을 폐지하거나 이미 준수되어온 관행을 수정하는 총회의 권한이라는 중요한 문제외에도 국제기구의 설립조약에 대한 유보의 타당성을 검토할 수 있는 총회의 권한에 관한 문제도 아울러 제기하였다.

원칙상, 그 논쟁은 다음 4가지 문제에 대해 초점이 맞추어져 있었다. (a) IMCO 또는 그 회원국 자격에 대해 공식입장을 밝힐 수 있는 국제연합 총회의 권한, (b) 인디아의 선언이 유보에 해당되는지의 여부, (c) 사무총장이 IMCO 당사국들의 견해를 구함에 있어서 1952년 결의에 조건에 따라 행동하였는지의 여부, (d) 사무총장이 동 결의전에 체결된 협약들에 동 결의에 명시된 절차를 적용하여야 하는지의 여부이다.

이 4가지 문제를 검토한 대부분의 대표들은, 어떠한 국가가 자신의 유보에 대한 이의가 있음에도 불구하고 당사자가 될 수 있는 권리에 관한 쟁점을 제기하였다. 여기에는 유보를 지배하는 다양한 제도 또는 주의와 관련된 문제 전반이 재논의되었다. 전원동의의 규칙, 다수결의 원칙, 범민주 제도, 양립가능성 기준 및 국가의 무제한한 유보권리 등이다. 두 그룹간의 대립은 계속되었다.

서구국가들은 다자조약의 통일성이 보편성 보다 중요하다고 보아 유보를 할 권리에 대한 보다 엄격한 통제를 선호하였다. 반면에 나머지 다수의 국가들은 보편성의 원칙에 입각하여 유보의 자유로운 수락을 선호하였다. 결과적으로 그들은 국제사법재판소의 권고적 의견과 국제연합 총회 결의에 대한 인디아의 해석을 지지하였다. 더 나아가 인디아는 만약 인디아의 선언이 유보로 간주된다고 한다면 IMCO협약이 침묵을 지키고 있으면 이 사건에서의 적용 규칙을 결정하기 위하여 다자조약의 유보에 관한 국제법 규칙의 현상황에 대한 분석이 뒤따르게 될 것이라고 주장하였다. 인디아의 주장은, 국가간의 협력을 더욱 어렵게 하였을 뿐만 아니라 국제사법재판소에 의해 유효한 것으로 승인되지 아니하였고 국제연합 총회에 의해 간접적으로 반박되었던 국제연맹의 관행에 근거하여서는 아니된다는 전제에 입각한 것이다.

1952년 결의는 국제사법재판소에 의해 승인된 국제법의 일반원칙, 즉 국제사법재판소의 권고적 의견의 근거가 된 원칙에 입각한 것이다. 결과적으로 1952년 결의의 지지자들은 의견대립에 대한 해결은 동 결의에 명시된 “규칙”을, 조약에서 달리 정하고 있지 아니하는 한 사무총장이 수탁자인 모든 조약에 확대적용하는데 있다라는 결론을 내렸다. 그 반대의 입장에 있는 자들은, - 그들간에도 다소의 견해차이가 있지만 - 국제법위원회와 다른 기관들이 적절한 규칙을 정립하는

데 불리한 영향을 받지 아니하도록 하기 위해 그러한 해결책을 채택하기에 앞서 보다 연구할 필요가 있음을 촉구하였다. 그러나 결국 그렇게 되지는 못하였다.

인디아의 “선언”의 성격 및 인디아의 자신의 의도에 대한 사후 설명에 의해 동 선언에 대한 승인이 보장되는지 여부에 관해서는 견해가 나누어졌다. 『정책선언을 위하여 유보절차를 이용하고 또한 이의가 없는 경우 정책선언을 승인된 것으로 간주하는 경향』을 개탄한 국가도 있었고 『동 선언에 대한 승인은 유보의 성격을 갖지 않는다고 주장하는 선언의 유효성을 - 그러한 선언이 국제기구 설립문서의 구속력과 통일성에 영향을 미칠 수 있을 때에도 - 인정하는 것이며, 이로 인해 분쟁이 초래될 위험이 있다』고 지적한 국가도 있었다. 또한 『IMCO만이 선언의 양립가능성에 관해 또한 선언의 다양한 해석을 고려하여 선언에 대한 이의에 관해 공식입장을 밝힐 수 있다』고 주장하는 국가도 있었다.

수탁자의 역할에 대하여는 자유로운 유보제도를 지지하는가 아니면 보다 엄격한 통제를 지지하는가에 따라 견해가 나누어졌다. 전자는 특별한 권한이 없는 한 수탁자는 유보의 법적 효과와 관련하여 “준사법적” 기능을 행사해서는 안된다고 판단하였고 후자는 수탁기능과 적용가능한 규칙 또는 제도간에는 밀접한 연계가 있다고 보았다. 그 규칙이 충분히 정확하였을 때에는 수탁자는 그 기능을 수행함에 있어서 별다른 어려움이 없을 것이다. 그러나 어떠한 해결책을 채택하든간에 수탁자의 업무수행에는 다소의 주관적 평가가 따를 수 밖에 없다.

유보를 둘러싼 의견대립으로 제기된 계쟁점을 검토하는 사무총장의 권한과 관련하여, IMCO만이 인디아의 가입이라는 특정한 계쟁점에 관해 공식입장을 밝힐 권한이 있다는데 일반적으로 의견일치가 되었다. 그러나 국제연합 총회는 종전의 결의를 명확히 하거나 변경할 목적으로 또한 일정한 범위내에서 전문기구에 권고할 목적으로 수탁자의 업무와 자신의 종전의 결의들을 검토할 권한이 있다.

6) 미해결된 유보의 계쟁점

국제연합 총회의 두개의 결의는 분쟁의 계쟁점을 교묘하게 회피하였다. 그 첫 번째 결의는, 인디아의 “선언”이 유보로서의 의도를 가지지 아니한다는 인디아의 주장에 기초한 것으로, 제6차 위원회의 표결에서 거의 만장일치로 채택되었다는 것을 놀라운 일은 아니다. 왜냐하면 인디아의 선언이 유보로서의 성격을 가진다면 그 수락가능성이라는 계쟁점이 제기되었을 것이다. 그러므로 유보에 관한 논쟁부분에 대한 모두 그 결정이 유보되었다. 이 결의는 인디아가 회원국이 되어야

한다는 점을 명확히 지적하고 있지만, 그 문맥을 주의 깊게 분석해보면 현장상으로 그 유보문제는 IMCO가 결정해야 할 문제임을 인정함으로써 국제연합 총회의 권한 범위에 대한 여러가지 해석이 있을 수 있는 여지를 남겼다.

두번째 결의는, 수탁자의 역할만을 다룬 것으로서 사실상 1952년 결의 제3조에 명시된 절차를, 달리 절차를 규정하지 아니한 국제연합 후원하에 체결된 모든 조약에 확대적용하는 것에 관한 것이다. 유보와 그 이의의 법적 효과를 정할 수 있는 국가의 권리에 대한 이러한 확장은 “적어도 범미주제도 또는 유보할 수 있는 국가의 주권을 암시함으로써, 일부 대표들에 의해 전원동의 규칙의 묵시적 거부로 또한 인디아의 유보에 대한 수락으로 간주되었다.” 조약 참여국들이 유보와 그 이의의 법적 효과를 정할 수 있는 자유를 인정하는 제도하에서는 그들이 견해 차이가 발생한 경우 자신들의 규칙을 적용할 권리가 있다는 것이 논리적으로 합당하기 때문이다. 더 나아가 그들이 정한 법적 효과를 수탁자에 조언하여야 할 국가의 의무는 전혀 없다. 그러나 이에 반대하는 국가들은 1952년 결의가 통지의 관행과 공표(publication)와 관련되어 있어 있을 뿐이며 어떠한 규칙의 수락 또는 거부를 내포하고 있지 않았다는 입장을 필사적으로 고수하였다.

이와 같은 논쟁의 불확실성과 결의의 애매모호성으로 인해 다음과 같이 잠정적으로 결론을 내릴 수 밖에 없다.

- (a) 전원동의 규칙의 반대론은 1952년 결의 이후 증가해 왔다. 전원동의의 조건은 국제관계의 탄력성확보의 필요성과 조약 참여의 극대화에 배치된다는 점이 반복적으로 지적되었다. 그러나 보편적인 적용원칙으로서의 전원동의의 규칙은 그 근거를 상실하였음에도 불구하고 일정한 유형의 협약에서의 유지되어야 할 필요가 있음이 강력하게 주장되고 있다. 특히 국제기구의 설립조약과 일반적으로 승인된 법원칙을 확인하거나 정확성을 부여하는 조약이 그러한 조약에 속한다.
- (b) 그 논쟁은 일방주의(unilateralism), 다시 말해 조약의 본질적 목적을 손상시키는 유보를 할 수 있는 국가의 무제한한 권리에 대해서는 - 전원동의는 아니지만 - 대부분의 국가들이 반대하고 있음을 보여주고 있다.
- (c) 상당수의 국가들이 양자조약 또는 사실상 양자관계의 느슨한 네트워크인 다자조약에는 특히 적합하지만 본질적으로 입법조약에는 부적합한 범미주제도를 -그 보편적인 적용에는 반대하지만 - 지지하였다.
- (d) 수탁자는 순수한 행정적 권한범위내에서 행동하여야 한다는 데 일반적인 의견일치가 이루어졌지만, 만약 수탁자가 유보의 허용가능성 또는 양립가능성

에 대한 공식입장을 밝힐 수 없는 경우, 유보국의 지위와 법적 의무의 범위와 같은 문제들의 불확실성을 해소시킬수 있도록 자동적으로 적용될 수 있는 규칙을 채택하여 또는 합의체 기구들에 의해 또는 계쟁점을 해결하는 장치를 마련해야 한다고 지적되었다. 그러나 1952년 결의에 표현되고 또한 동 제도의 "내재된 탄력성"이 그 제도의 적용에 의해 모든 복잡한 문제들을 해소시킬 것이라는 희망으로 두번째 결의에서도 확인된 제도외에는 어떠한 해결책도 구현되지 않았다.

(e) 마지막으로, 어떠한 해결책이라 할지라도 기본적으로면서도 서로 명백히 배치되는 두가지 고려요소에 근거하여야 함이 일반적으로 인정되었다. 즉 (1) 조약의 통일성과 균형성은 조약 당사자들의 이익과 국제협력의 필요성에 대한 하위개념이다. (2) 조약 당사자들은 조약의 명목적인 수락 그 이상을 행하여야 하며, 그러므로 유보는 조약에 구현된 구속력있는 본질적인 최소한의 의무를 회피하기 위하여 이용되어서는 아니된다. 그러나 그 논쟁들에 의해 유보문제의 복잡성을 재확인한 외에는 어떠한 구체적인 해결책도 제시되지 못하였다.

第5節 1962년 國際法委員會의 條文草案

1. 1952년 이후 국제관행의 새로운 추이

1962년 제14차회기에서 국제법위원회가 작성한 규칙 및 동 위원회의 종전 입장의 완전한 포기는 1952년 이후 유보 관행과 규칙안의 발전추이에 비추어 평가되어야 할 것이다. 동 위원회의 입장변화에 결정적 영향을 미쳤던 상황은 다음과 같이 설명할 수 있을 것이다. 1952년 대부분의 국가들이 동 위원회의 1951년 보고서에 제시된 해결책 및 절차에 관한 제원칙과 규칙에 반대하고 보다 탄력적인 유보제도를 선호하는 경향을 보여 왔는 바, 이러한 경향이 국제사법재판소의 권고적 의견에 힘입은 바 크다. 기술적 성격의 다자조약과 소수의 국가들간에 체결되는 조약은 사실상 양자관계의 느슨한 네트워크를 구성하는 것으로 일반적으로 의무의 상호성에 근거한 명시적인 조항들을 포함하고 있다.

또한 사무총장이 1952년 국제연합 총회 결의에 명시된 절차를 적용하여온 관행도 탄력적 유보제도의 확립에 크게 기여하였다. 동 결의이후 발생한 첫번째 유

보관된 분쟁은 앞서 분석한 바와 같이 그 결의 채택전에 체결된 조약인 국제기구 설립문서와 관련된 것이었다. 7년후, 국제연합 총회에서 대다수의 국가들이 국제연합의 후원하에 체결되는 모든 다자조약에 그러한 탄력적인 제도를 확대적용함으로써 사무총장이 수탁자인 다자조약의 유보의 효력에 그러한 탄력적 제도를 적용한다는 종전의 결정을 재확인하였다.

1952년의 국제연합 총회 결의 채택이후에도 적용할 규칙 및 다양한 대안적인 해결책(*de lege ferenda* 즉 있어야 할 법)의 각각의 장점에 대한 견해 차이가 존속해왔음은 또한 국제연합 총회는 기존의 규칙 즉 전원동의 규칙의 폐지를 주장하거나 또는 유보에 관한 새로운 규칙의 형성을 지적하지는 아니하였다. 다만 어떠한 규칙을 지지하는가를 시사하였을 뿐이다. 총회가 인디아의 “선언”의 허용 가능성에 대해 공식 입장을 밝히지 아니함으로써 이의제기된 유보의 법적 효력에 관한 명확한 입장을 취하는 것을 회피한 것처럼 보일 수도 있겠지만, 실제로는 총회가 인디아의 “선언”이 유보가 아니라는 이유 때문에 또한 그에 대해 어떠한 결정을 내린다면 총회와 전문기구간의 권한충돌문제가 제기될 우려가 있었기 때문에 그와 같이 행동하였던 것이다. 이러한 요인들외에도, 다자조약에의 새로운 국가들의 가입과 잠재적 참여자의 증가에 의한 국제사회의 확대에 의해 전원동의 규칙의 부적합성이 더욱 강하게 부각되었다.

2. 의견대립의 계속과 다수의견의 반전

(1) 탄력적 제도에 대한 반대론

국제법위원회내에서의 의견대립은 전원동의 규칙의 여부가 아니라 “탄력적” 제도의 지지와 반대에 관한 것이라는 점에서 국제연합 총회에서의 의견대립이 반영된 것이라 할 수 있다. 반대론자들의 다음과 같이 설명될 수 있다.

1) 다자조약의 실효성을 강조하는 입장

다자조약의 실효성을 강조하는 자들은, 어떠한 대가를 치르면서 다자조약의 보편성을 확보하는 것에 반대하듯이, 서명국들이 채택한 형태의 조약 내용을 수호함으로써 최소한의 통일성 기준을 보장하기 위해 유보에 대한 통제적인 조치가 있어야 한다고 주장하였다. 그들은 전원동의 규칙을 포기하고 일정 수의 국가들

- 예컨대 3분의 1 - 이 유보에 이의제기한 경우 유보국이 조약에 참여하지 못하도록 하는 새로운 규칙을 주창하였다. 그들은 유보가 다자조약의 기본규정을 파괴하는 것일지라도 허용되어야 한다는 “탄력적” 제도는 조약의 실효성을 손상시키고 의견상으로도 다자간 문서로서의 보편적 적용을 보장할 뿐이라고 주장하였다.

그들은 “탄력적” 제도는 그것이 범미주연합 절차에 근거한 것이든, 1952년 총회 결의에 근거한 것이든 또는 양립가능성 기준에 근거한 것이든 간에 통제메커니즘이 없다면 엄밀히 말해 계약적이고 상호주의적인 성격의 양자관계의 느슨한 네트워크를 유도하게 될 것임을 지적하였다. 또한 일반적 다자조약이 권리의무의 상호주의에 근거한 국가들의 개별이익을 촉진하는 것이 아니라 국제사회 전체의 이익을 위한 일반 규칙의 확립을 촉진하는 목적을 가진다는 점을 강조하였다.

2) 조약의 통일성에 대한 유보의 해악은 미미하다는 입장

다자조약의 보편성 확보를 지지하는 자들은 조약의 통일성에 대한 유보의 해악은 다음과 같은 이유로 과장되었다고 주장한다. 즉, (a) 대부분의 경우, 유보가 조약의 “일반적 통일성”에 미치는 영향은 미미하다. (b) 이것은 유보가 극히 일부 국가가 아닌 다수에 의해 행하여진 경우가 아닌 한, 유보가 중요한 조항과 관련되어 있는 경우에도 사실이다. (c) 어떠한 경우에는 조약이 다른 참여국들간의 주된 합의(master agreement)로서 남는다. (d) 조약의 실효성과 통일성을 확보하기 위하여 필요한 것은 동 조약의 대부분의 규정을 받아들이는 충분한 수의 국가들이 당사자가 되어야 한다는 것이다. 따라서, “공동합의의 조치가 가능한 광범위하게 수락되고 다자조약으로 표현될 수 있도록 촉진하기 위한 규칙은 국제사회의 직접적인 필요성에 부합되는 최선의 규칙이 될 것이다.”라고 한다.

(2) 탄력적 제도의 지지론

“탄력적” 제도의 지지자들의 주된 논거는, 일부 국가만이 실질적 성격의 유보를 하였다면 공동합의 분야가 그 중요성의 면에서 유보의 결과로서의 조약의 실효성과 통일성에 대한 손상을 압도하게 될 것이라는 전제에 입각하고 있다.⁶⁶⁾

66) 그러나 탄력적 제도의 반대자들의 『통제 메커니즘의 부존재는 국가들로 하여금 대체로 엄격하게 말해 상호주의적 성격을 갖지 않고 따라서 재제가 수반되지 않는 실제적인

“탄력적” 제도의 지지자들은 다음과 같이 주장한다. ;

“개별국가들의 본질적인 이익은 크게 다음 두가지의 충분히 확립된 규칙들에 의해 보호된다. 즉, (a) 합리적인 기간내에 유보에 이의를 제기한 국가는 조약이 그 자신과 유보국간에 시행되지 않는 것으로 간주할 수 있는 권리가 있다; (b) 다른 국가의 유보에 동의한 국가는 유보국이 그 유보에 의해 면제받는 조약상의 의무를 자국에 불리하게 원용하고자 하는 유보국의 시도에 대해 이의를 제기할 권리가 있다.”

그러나, 이러한 탄력적 제도 지지론의 견해는 다음과 같이 비판받을 수 있다. 즉, 상기의 규칙들이 수호하고자 하는 유보국과 비유보국간의 평등성은 계약적 또는 상호주의적 성격의 다자조약의 경우에만 실재하는 것이며 비유보국이 유보국이 면제받은 조항을 포함하는 전체의 조약을 준수하여야 하는 현저하게 “규범적(normative)” 성격을 갖는 일반적 다자조약의 경우에는 유보국과 비유보국간의 평등성은 - 비록 의미없는 것은 아니지만 - 의견상의 것에 불과하다. 또한 유보국이 조약의 일반규정으로부터 동일한 혜택을 얻을 수 있다는 주장이나 유보국으로 하여금 조약에 참여하게 함으로써 조약의 유보국에 대한 구속력이 어느 정도 확보될 수 있다는 주장은 의문의 여지가 있다. 더구나 조약의 여러 조항들이 밀접하게 연계되어 있는 경우, 비유보국은 유보에 이의를 제기함으로써 유보국과의 관계에서 조약이 효력이 발생하는 것을 막을 수 있을 뿐이다.

“탄력적” 유보제도의 주창자들은 「만약 비유보국이 다른 당사자들이 부분적으로 다른 국가의 실질적인 유보에 구속받게 될 것임을 알았다면 심중 팔구 당사자가 되고자 하지 않았을 것」이라는 주장에 대해 그러한 국가들은 조약안 작성과정에서 이의제기될 가능성이 있는 유보를 금지하는 조항을 삽입하도록 할 수 있었을 것이라고 반박하였다. 그러나 그러한 논거는 뒤집어 생각할 수도 있을 것이다. 예컨대, 국내정책상 수락할 수 없는 일정한 규정을 유보하고자 하는 국가는 그러한 유보를 허용하거나 자국에 유리한 특별한 장치의 마련가능성을 허용하는 조항의 삽입을 확보할 수 있었을 것이라는 지적도 가능하기 때문이다.

또한 다자조약의 문안작성에 미치는 “탄력적”제도의 악영향은 3분의 2 다수결이 통상적으로 요구되기 때문에 그다지 심각하지 아니할 것이라는 주장도 역시 의문의 여지가 있다. 광범위한 합의를 확보하기 위해 애매한 추상적 용어로 규칙

규정을 유보하도록 조장하게 될 것이다」라는 주장도 귀담아 들은 가치가 있다고 본다.

을 정할 가능성도 없지 않기 때문이다. 예컨대, 국제연합 등 국제기구의 후원하에 체결되는 조약안 작성에 100개국 이상의 국가가 참여하는 경우, 어떠한 원칙과 규칙들이 필요성이나 실현가능성이라는 차원에서 보다는 당해 조약의 위신을 높이기 위해 삽입될 가능성도 없지 않다. 이렇게 된다면 그럴듯한 원칙을 사탕발림(lip-service)하였기 때문에 국가들이 자신들의 행동에 동 규칙이 적용될 위협을 우려하지 않고도 자신의 입장을 관철시킬 수 있다. 한편, 국제법위원회가 어떠한 어려움도 따르지 아니하는 양자조약의 유보에 대해서는 검토하지 아니한 것은 타당하며 만약 만약 그렇게 하였다면 다자조약의 유보로 인해 제기되는 문제의 중요성을 혼란스럽게 하였을 것이다.

3. 國際法委員會의 條文草案에 대한 評釋

국제법위원회는 조문 초안에 대한 평석에서 다음과 같이 설명하고 있다.:

“대부분의 유보는 특정의 국가가 어떤 이유로 수락하기 어렵다고 판단하는 특정한 내용과 관련되어 있으며 조약의 일반적 통일성에 대한 유보의 효과는 미미한 경우가 흔하다. 또한 적지 아니한 수의 국가들이 유보를 하지 아니하는 한, 유보가 조약의 중요규정과 관련되어 있는 경우에도 역시 그 영향은 미미하다. 요컨대, 상당히 많은 국가들이 실질적 유보를 한 경우에만 조약의 통일성은 중대한 영향을 받는다. 그러나 그 때에도 조약은 다른 계약국들간에는 주된 합의(master agreement)로 남게 될 것이다. 조약의 통일성과 실효성 모두를 확보하기 위해서는 충분히 많은 국가들이 조약규정 대부분을 수락하는 당사자가 되어야 한다. ……그러나 오늘날 조약의 교섭국가가 다양한 문화적·경제적·정치적 조건을 가진 100개국을 상회하는 때에는, 1 또는 수개 국가의 이의에 관계없이 유보를 할 수 있는 권리를 인정하는 것이 그 조약의 일반적인 수락을 촉진하는 요소가 될 것이다. 더 나아가 유보의 권리를 인정함으로써 조약의 통일성이 약화되는 정도보다 그것을 인정하지 아니함으로써 조약을 매개로 한 국제법의 발전에 초래되는 장애의 정도가 훨씬 클 것이다.”

국제법위원회는 전통적인 관념이 변화하고 도전받는 현시대에는 다자조약에서 성취되고 표현될 수 있는 공동합의가 가능한 한 광범위하게 수락되도록 촉진하기

위한 의도를 가진 규칙이 국제사회의 당면한 필요성에 가장 적합한 것이라고 판단하였다.⁶⁷⁾

(3) 결 론

조약과 유보의 양립가능성의 기준에 입각한 일반규칙은, 국제법위원회의 보고서에서 「유보를 할 수도 있고 유보에 이의제기할 수도 있는 권리」 및 그러한 「유보와 그에 대한 이의의 법적 효과를 결정할 수 있는 권리」로 표현된 “‘탄력적 유보제도’의 기본적인 두가지 규칙”을 반영하고 있다. 그 규칙은 자신의 의사에 반해 유보에 구속받지 않고 조약이 개개의 체약국들간에 어떠한 효력이 있으며 개개의 체약국들이 조약에 정도로 참여하는 것인가를 결정할 수 있는 모든 국가의 주권·평등의 권리를 충분히 존중하고 있다.

소수 국가들간에 체결된 조약 및 국제기구의 설립문서인 조약에 적용될 수 있는 다른 규칙들은 그러한 일반규칙에 영향을 미치지 아니한다. 일반규칙과 그 밖의 다른 규칙중의 어느 규칙도 당사자들이 유보를 허용할 것인가 또한 허용한다면 어떠한 종류의 유보를 허용할 것인가를 결정할 수 있도록 한다. 전자의 경우에는 공동이익이라는 요소가 고려되기 때문에 당사자들이 적용할 규칙에 대한 합의에 도달하는데는 별다른 어려움이 없을 것이며 아마 대부분 전원동의 규칙이 적용될 것이다. 왜냐하면 대부분의 경우 조약이 모든 당사자 또는 주요 당사자들의 수락이 있어야 발효하도록 규정할 것이기 때문이다. 한편, 국제법위원회가 『유보의 허용가능성에 대해 침묵을 지키거나 명시적인 조항을 두지 아니하는 것은 조약안 작성 참여국들이 유보문제 결정의 완전한 자유 즉, “탄력적” 제도를 선호하고 있음을 의미한다』라고 결론을 내린 것은 대단히 중요한 의미를 가진다.

마지막으로, 국제법위원회의 1962년 규칙의 두가지 긍정적인 측면을 지적하고자 한다. 첫째, 조약안 채택당시 또는 서명시 행해지는 유보는 최종수락단계에서 재확인되어야 한다고 명기함으로써 유보를 하고자 하는 국가가 다른 많은 국가들이 이의제기한 유보를 관철시키는 것이 바람직한가에 대해 재고할 수 있는 시간을 갖도록 하였다. 둘째, 유보에 이의를 제기할 권리를 모든 참여국들에 확대하여 인정하는 것은 보다 많은 국가들이 조약에 참여하는 것을 촉진함과 동시에 그들의 이의 제기를 통해 파괴적 성격의 유보를 억제시키는 일석이조의 이점이 있다.

67) D. J. Harris, p.755.

第6節 1962년의 美國法研究所의

留保에 관한 規則案

미국법률연구소(American Law Institute)의 유보규칙 조문안과 이에 관한 평석(Commentary)은 국제조약을 규율하는 법규칙에 대한 수정 작업의 일환이며 국제법위원회의 조문안을 제외하고는 가장 최근의 것이다. 동 평석에서는 유보의 효과에 관한 일반규칙을 “유보의 효과는 조약에 명시된 또는 서명국들에 의해 달리 표명된 그들의 의사에 의해 결정된다. 의사의 표명이 없는 경우, 서명국에 의한 유보는 그 유보가 다른 서명국들에 의해 수락되지 아니하는 한 조약의 효력이 발생하는 것을 방지한다.”라고 설명하고 있다. 이 평석은 다음과 같이 부연하고 있다.

“유보의 효과에 대한 통제요소는 조약에 명시적으로 표현된 서명국의 의사, 교섭을 둘러싼 상황이나 서명국들의 관습적 관행(제130조)으로부터 추론되는 서명국의 의사 또는 특별한 상황에서는 조약의 성격이나 기본적인 목적(제131조)으로부터 추론되는 서명국들의 의사이다. 유보의 효과 및 제130조와 제131조에서 언급된 요소들에 관한 명시적인 규정이 없는 경우, 이 조(제128조)가 규율하며 어느 서명국에 의한 유보의 수락거부는 전원동의의 원칙에 의해 조약의 구속력 발생을 방지한다. …… 달리 규정하거나 이해되지 아니하는 경우 국제회의의 모든 참여국들과 국제조약의 모든 서명자들이 동의하여야 한다. 그러하지 아니한 경우, 회의 또는 조약은 성립되지 아니한다.”

또한 이 평석에서는 세가지 범례를 들어 설명하고 있다.

첫번째, 4개국이 유보의 효과에 관한 규정을 포함하고 있지 아니한 조약을 체결한 경우로서 그중 유보없이 가입한 3개의 국가는 제4국의 유보의 수락을 거부한다. 이 경우 그 조약은 서명국 모두에 대해 효력이 없다.

둘째, 조약이 모든 서명국에 의한 비준시에만 효력을 갖는다는 것을 제외하고는 첫번째와 사실관계가 동일한 경우이다. 따라서 유보에 대한 수락의 거부는 조약이 어떠한 국가에 대해서도 구속력이 갖지 못하도록 한다.

세번째, 유보에 관한 명시적 규정이 없는 범미주연합의 회원국들이 체결한 조

약에서 어느 1국이 타방이 수락하지 아니한 유보를 하여 비준한 경우이다. 이 때는 동 기구의 관행에 따라 “수락되지 아니한 유보는 조약이 유보없이 수락된 국가들간에 효력이 발생하는 것을 방지하지 않는다. 조약은 유보한 국가들 제외하고는 모든 회원국에 대해 구속력을 가진다.”

이상의 밑줄친 부분들은 유보의 허용가능성과 법적 효과와 관련하여 전원동의 규칙의 혼란성과 이로 인해 가중된 유보문제의 복잡성을 잘 보여주고 있다. 특히 전원동의 규칙은 현재 다자조약이나 제한된 수의 국가들간에 체결되는 조약에 국한되어 적용되기 때문이다. 그러나 이 경우에도 효력발생에 관한 조항을 포함하지 아니한 조약도 찾아보기 어렵다. 더구나, 당사자들의 의사를 조약의 효력과 유보의 효력에 대한 통제적 요소로 하는 것은 조약의 불안정성을 불필요하게 가중시키게 된다. 일반적으로, 조약은 효력발생에 관한 조건에 관한 규정을 포함하고 있을 뿐만 아니라 효력발생조건이 모든 서명국 또는 참가국들의 최종수락을 받아야 할 경우에만, 효력발생에 적용되는 전원동의 규칙은 유보의 허용가능성에 관한 전원동의 규칙과 일치한다. 이것은 양자 조약의 유보의 효력에서 명확히 드러난다.; 즉, “양자조약에 대한 유보는 그 유보가 다른 서명국에 의해 수락되지 아니하는 한 동 조약이 국제의무로서 효력이 발생하는 것을 방지한다.”

상기 평석에서 지적된 바와 같이 역제안은 합의가 없는 경우에는 거부된 것이며 합의가 수정된 형태로 구속력을 가지는 경우에는 수락된 것이다. 또한 양자조약을 규율하는 규칙은 성질상 양자적이고 제한된 수의 국가들간에 본질적으로 계약적 성격을 갖는 조약에 대해 적용될 수 있다. 그러나, 후자의 경우, 유보가 수락된다면 조약은 다른 당사자들과 유보국간에는 수정된 형태로 적용되며 다른 당사자들간의 관계에는 원안대로 적용된다.

상기 조문안에서 다자조약의 유보의 효력에 관한 제130조는 조약에 관련 규정이 없는 경우의 적용가능한 규칙에 대한 국제사법재판소의 권고적 의견에 영향을 받은 것이다. 동 제130조는 “다자조약의 유보의 효과는, 그 교섭을 둘러싼 상황, 서명국들의 관습적 관행과 조약의 목적들을 고려하여 동 조약에 표명된 서명국들의 의사에 의해 결정된다.”라고 규정하고 있다.

이와 같이 상기 평석의 보고자들의 견해에 따르면, 유보의 허용가능성에 대한 결정적 요소는 당사자들의 명시적 또는 묵시적 의사이다. 따라서 만약 당사자들이 더욱 탄력적인 제도를 적용하고자 하는 의사를 가지고 있음이 증명될 수 있다면, 수락될 수 없는 유보의 효력에 관한 조항이 없다 할지라도 전원동의 규칙이

아닌 대안적 규칙을 적용할 수도 있을 것이다. 상기 평석은 다자조약에 유보의 효력에 관한 명시적인 조항의 삽입이 바람직함을 지적한 후, “일반규칙은 여전히 『수락되지 아니한 유보는 협약이 구속력을 갖는 것을 방지한다』는 것이지만, 추론에 의해 그 대안적 규칙이 적용될 수 있는 영역이 증대되고 있다.”라고 설명하고 있다.

여기에서 “추론에 의해 적용될 수 있는” “대안적 규칙”이라 함은 “범미주연합 관행” 또는 그들이 “유보의 효과는 가능한 많은 당사자들이 협약의 대상과 목적에 구속되는 것(commitment)을 허용하는 규칙에 의해 규율된다는 취지의 서명국의 의사 - 당해 조약에 명시되지는 않았다고 할지라도 - 가 당해 조약의 성격과 목적에 의해 구현된 일정한 유형의 다자조약”에 적용된다고 해석하는 양립가능성 기준에 근거한 것일 수 있다. 상기 조문안 제131조는 전원동의를 요하지 않는 다자조약의 유보의 효과에 관하여 다음과 같이 내용을 담고 있다.:

“(1) 제2항에 명시된 경우를 제외하고는, 일부 서명국간에 효력이 발생할 수 있는 다자조약에 대한 서명은, 달리 지시되어 있지 아니하는 한, 어느 1 서명국의 유보가 (a) 동 조약이 다른 서명국들간에 효력이 발생하는 것을 방지하지 아니하며 (b) 제132조에 의해 유보에 이의제기할 권리가 있는 어느 다른 서명국이 조약 당사자가 되는 경우 유보한 서명국이 조약 당사자가 되는 것을 방지한다.”

“(2) 조약이 유보국을 당사자로 하지 아니하고는 효력이 발생할 수 없는 경우, 그 유보는 다른 모든 서명국들이 수락하지 아니하는 한 조약의 효력이 발생하는 것을 방지한다.”

유보에 적용되는 전원동의 규칙에 대한 상기와 같은 명확한 정형화는, 「조약의 효력」과 「조약이 달리 정하지 아니한 상황에서 일부 서명국이 수락하지 아니한 어떠한 유보의 효력」이라는 두개의 구별되는 개념을 설명하기 위한 전원동의 규칙의 - 제128조 및 논평에서의 - 사용으로 야기되는 혼란과 애매함과는 대조가 된다.

양자조약이나 제한된 수의 국가들간에 체결되는 조약과 대비되는 다자조약의 효력발생은 모든 서명국들 또는 그 문안 작성이나 채택의 모든 참여자들에 의한 최종수락을 반드시 요구하는 것은 아님은 충분히 확립된 관행이다. 그 효력발생에 요구되는 최종수락의 숫자는 조약의 성격에 따라 다르며 예컨대 “총결규정”

(final clause) 등에서 명시적 또는 묵시적으로 정한다. 어떠한 조약은 조약이 일정한 수의 국가들의 수락에 의해 발효하되 그 숫자에는 명시적으로 언급된 국가들 또는 일정한 조건을 갖춘 국가들을 포함하여야 한다고 규정하기도 한다. 유보의 문제는 국제관계에서 다자조약의 발전과 더불어 조약법에서 중요한 위치를 차지하기 시작하였다.

조약이 모든 서명국 또는 일정한 서명국 - 여기에 유보국이 포함되는 경우에도 - 의 최종수락이 있어야 발효한다고 명시적으로 규정하고 있지 아니하는 한, 전원동의 규칙이 조약의 발효를 방지하는 효과를 가진 것은 아니었다. 그러나, 그와 같은 명시적인 규정이 있는 경우에는 수락되지 못한 유보로 인해 유보국은 조약 당사자가 될 수 없는 효과가 발생하였다. 전원동의 규칙은 서명국들에 의해 채택된 조약의 통일성 개념의 표현이다. 1 또는 그 이상의 국가들을 의한 원래의 조약의 부분적 적용배제는 조약 서명전 또는 그 후 모든 국가의 동의를 얻어야 한다. 다자조약을 전원동의를 요하는 조약과 요하지 아니하는 조약으로 구분하는 것과 그것을 유보에 관한 규칙과 연계시키는 것은 혼란만 가중시킬 뿐이다.

평석에서는 “어느 경우 전원동의를 요하지 아니하는가?” 라는 제목으로 보고자들은 『국제적 기준을 설정하고 통일적 규칙을 제정하는 다자조약』과 『양자조약 및 본질적으로 계약적인 조약』의 차이를 설명하고 있다. 그들은 전원동의를 요하지 않는 유형의 다자조약은 “흔히 입법조약으로 특징지어지며 그 기본목적은 가능한 한 많은 국가들에게 적용되는 규칙을 통해 통일적 규범을 확정하는 것이며, 일반적 인도주의적 성격의 다자조약과 달리, 서명국들이 합의한 규칙의 통일성을 확보하기 위해 당해 조약이 설정한 기준의 정확한 준수를 필요로 한다.”라고 설명하고 있다.

또한 평석은 “교섭과정에서 참여국들간의 양보와 타협이 있게 되며, 어떠한 국가가 다른 모든 계약국이 수락하지 않는 유보를 한다면 교섭을 통한 계약국들간의 이해관계의 조정이 뒤집히게 되며……이는 조약에 의해 정해진 통일성으로부터 이탈하는 것이며 조약이 규정한 혜택의 상실을 초래하게 한다.”라고 결론을 내리고 있다. 한편, 평석은 조약의 통일성에 근거한 전원동의를 요하지 않는 유형의 다자조약에서 그러한 전원동의 규칙을 유보의 효력과 관련하여 적용하는 것을 정당화하면서, “입법적 목적을 가지는 다자조약은 전원동의 원칙에 의해 영향을 받지 아니한다”라고 설명하고 있다. 그러나 이와 같은 “입법적” 다자조약과 “인도주의적” 다자조약간의 구분은 논쟁의 여지가 있다. 후자가 내용상 덜 규범적이거나 덜 의견합치적인(consensual) 것도 아니며 “전원동의 규칙”이 다른 일반적 다자조약보다 후자의 효력발생에 더욱 적합하게 적용될 수 있는 것도 아니다.

이에 대하여 평석의 작성자들은 국제사법재판소의 권고적 의견에서 그들의 견해의 타당성의 근거를 찾고자 하였다. 그들은 국제사법재판소의 권고적 의견의 “어떠한 국가가 그 조약관계에서 자신의 동의없이 구속받을 수 없으며 또한 그 결과 어떠한 유보도 그의 동의없이 그 국가에 불리하게 효력을 가질 수 없다는 점은 충분히 확립되어 있다.”라는 귀절을 인용하고 「재판소는 일반적 명제로서 “유보국에 대한 유보조항 적용배제의 유효성을 인정하였다.”는 결론을 내렸다.

그러나, 국제사법재판소는 명시적으로도 또한 묵시적으로도 『……그러한 일반적 명제의 적용에 의해 유보국이 조약 당사자가 되지 못할 것이다』라고 하지는 않았다. 국제사법재판소는 그러한 일반적 명제를 유보국과 이의제기국간의 관계에 적용하였는 바, 이에 따르면, 조약의 절대적 통일성이라는 “전통적 개념”에 입각한 전원동의 규칙은 적용될 수 없게 되었으며, 양립가능성이라는 새로운 기준에 의하여 유보국은 그 유보에 대한 이의제기에도 불구하고 조약 당사자가 될 수 있다. 「전원동의 규칙」과 1952년 국제연합 총회가 채택하고 그 후 계속하여 발전하여온 모든 「탄력적인 유보제도」간의 차이는 바로 여기에 있다.

상기 조문안 제132조는 “서명국은 조약 당사자가 되기 위해 요구되는 모든 조치를 취한 경우에만 다른 서명국의 유보에 이의제기할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 바꾸어 말해 그 규칙은 본질적으로 국제연합 사무총장의 관행에 근거한 것이며 이의제기의 권리는 실제의 또는 잠재적인 당사자에게만 인정된다. 이에 따르면 어떠한 국가가 제132조에 규정된 권리에 의거하여 어떠한 유보에 이의제기한 경우, 그 유보를 한 국가는 조약 당사자가 될 수 없으며 그 유보는 제130조에 대한 논평에서 명시된 특별한 상황이 아닌 한 아무런 효력을 가지지 아니한다.

第7節 비엔나協約의 接近方式：條約의 對象

및 目的과의 兩立可能性基準

국제법위원회가 지적한 바와 같이 과거에는 조약안의 채택이 통상적으로 교섭에 참여한 모든 국가들의 합의에 의해 이루어졌으며 이러한 전원동의 제도는 일반규칙이었다고 말할 수 있다. 그러나, 오늘날 국제회의 또는 국제기구에서 조약안을 작성하는 관행이 증가함에 따라 다수결에 의한 조약안 채택절차가 일반화되었다. 이러한 상황의 변화를 고려하여 국제법위원회는 전원동의 제도가 국제회의의

또는 국제기구에서 작성된 조약안 채택에 관한 한 일반규칙이라고 말하는 것은 비현실적이라고 판단하였다. 국제법 위원회에 따르면 전원동의 제도는 양자조약 및 극히 일부 국가들이 참여하는 조약에 대해서는 여전히 일반규칙이라 할 수 있지만 일반적 다자조약에서는 그러하지 아니하며, 따라서 당사국들이 전원동의 규칙을 채택하지 아니한 경우 다른 규칙을 명시하여야 한다.

국제법 위원회는 제노사이드 협약(the Genocide Convention)이나 여성의 정치적 권리에 관한 협약(the Convention on the Political Rights of Women)과 같이 실제로 국제기구내부에서 안이 작성된 조약들에 대해 검토하였다. 이러한 경우 조약안의 채택에 관한 표결규칙은 당해 조약안이 채택된 그 국제기구 기관 내에서 적용가능한 표결규칙이었다. 따라서, 각각의 국제회의나 국제기구의 기관에서는 상이한 규칙들이 채택될 수 있는 바, 예컨대 1982년 해양법 협약은 컨센서스 방식에 의해 그 안이 채택된 바 있다.

조약법에 관한 비엔나 협약은 기본적으로 범미주연합(Pan American Union) 접근방식을 따르고 있으며 동 협약 제21조 제3항외에는 국제법위원회의 조문초안(Draft Articles)을 실질적으로 받아들이고 있다. 국제법위원회는 부분적으로 유보를 억제하기 위해, 이의제기국이 다른 의사를 표현하지 아니하는 한 그 이의에 의해 조약이 관련 양국간에는 효력이 발생하지 아니하도록 할 것을 제안하였다.⁶⁸⁾ 국가의 완전한 유보의 자유를 주장하였던 소련의 제안은 그와는 반대되는 접근방식이라고 할 수 있다.⁶⁹⁾ 반면에 영국정부는 조약법에 관한 비엔나 협약의 규칙을 관습법이라고 까지 주장하였다.⁷⁰⁾

유보에 관한 명확한 규칙이 존재한다고 해서 어떠한 조약의 당사자들이 당해 조약의 특별한 성격을 감안하여 다른 유보절차를 정함으로써 그 규칙에서 일탈할 수 없는 것은 아니다. 기존의 규칙에 대한 수정을 정하고 있는 명시적 규정을 포함하는 조약사례는 대단히 많다.⁷¹⁾ 그러나, 달리 규정하지 아니하는 한 유보의 허용가능성과 효력은 모든 당사자의 동의를 요한다는 원칙에 지배를 받는다. 조약법에 관한 비엔나협약은 당해 조약에 명시적으로 유보를 금지한 조항이 없을 경우, 그 조약의 대상 및 목적과 양립하는 유보사항은 일반적으로 인정하고 있다. 즉 협약 제19조는 다음의 경우에 해당하지 아니하는 한 조약의 서명, 비준, 수락, 승인 또는 가입시 유보를 행할 수 있다고 규정하고 있다. 즉,

68) Draft Articles Art.17(4) (b).

69) D. J. Harris, p.755.

70) *British Yearbook of International Law*, Vol.49(1978), p.378.

71) M. Hudson, "Reservations to Multipartite International Instruments," *American Journal of International Law*, vol.32(1938) p.332.

1. 그 조약에 의해 유보가 금지된 경우
2. 문제의 유보를 포함하지 아니하는 특정의 유보만을 행할 수 있음을 그 조약이 규정하는 경우, 또는
3. 상기 1. 및 2.에 해당되지 아니하는 경우에는 그 유보가 그 조약의 대상 및 목적과 양립하지 아니하는 경우이다.

이와 관련한 the Restatements to the Death Penalty Case를 소개하면 다음과 같다.⁷²⁾ 구아테말라는 1969년 미주인권협약 제4조의 생명권의 보장에 대해 유보함으로써 정치범죄와 관련된 일반범죄(예컨대, 강도)에 대한 사형 금지의 보장을 수락하지 않았다. 이와 관련하여 인권조약의 본질을 이루는 규정에 대한 유보가 허용되는가의 문제가 제기되었다. 그러한 유보가 동 협약의 “대상과 목적”에 반하는 것으로 허용될 수 없는 것인가에 대해, 미주인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.⁷³⁾

“동 협약 제27조는 협약 당사국들이 戰時, 공공위험에 처한 때 또는 자신의 독립, 안전을 위태롭게하는 공공위험 또는 기타 비상사태시에 동 협약의 비준에 의해 부담한 의무를 정지시키는 것을 허용한다. 다만, 일정한 기본적인거나 본질적인 인권 특히 제4조에 의해 보장되는 생명권의 시행을 정지시키거나 일탈하지 아니할 것을 조건으로 한다. 이에 따라 어느 국가로 하여금 일탈할 수 없는 어떠한 기본권을 정지시킬 수 있도록 의도된 유보는 동 협약의 대상과 목적과 양립될 수 없으며, 따라서 동 협약에 의해 허용될 수 없다고 보아야 한다. 다만, 그러한 유보가, 일탈할 수 없는 권리 전체의 기본적인 목적을 박탈함이 없이 그 권리의 일정한 측면의 제한만을 도모하는 경우에는 상황이 다를 것이다. 국제법위원회가 그 제출보고서에서 언급한 유보는 그와 같은 생명권을 부인하는 취지를 갖는 유형이 아니기 때문에, 재판소는 재판소가 판단할 수 있는 한도내에서는 원칙적으로 상기 구아테말라의 유보가 동 협약의 대상과 목적과 양립할 수 없는 것은 아니라는 결론을 내린다.”

유보의 해석을 지배하는 규칙에 대해, 재판소는 유보는 조약의 효력을 수정 또는 배제하여 조약의 구성부분이 되기 때문에 반드시 일반국제법과 조약 자체에 명시된 특별한 규칙의 관련 원칙을 고려하여 해석되어야 한다고 판시하였다.

72) *International Legal Materials*, Vol.23(1983), p.341.

73) *Ibid.*, p.341.

第4章 條約 實務上の 多者條約의 留保와 國內法上的의 節次

第1節 留保의 許容與否 · 範圍 · 條件에 관한 條項의 형태

현재, 다자조약 체결 실무상으로 유보의 허용여부 · 범위 · 조건에 관한 조항의 형태는 다음과 같이 대단히 다양하다.⁷⁴⁾

① 유보가 허용되지 않는 경우(No Reservation Permitted)이다(예컨대 convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, 1964.).

② 유보가능한 사항을 열거한 경우(Permitted Reservations Enumerated)이다(예컨대 Revised General Act for the Pacific settlement of International Disputes, 1949.).⁷⁵⁾

③ 유보할 수 없는 조항을 열거한 경우(Reservations Forbidden to Certain Articles)이다(예컨대 Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, 1958.).⁷⁶⁾

④ 모든 가입국이 수락할 경우에만 유보를 인정하는 경우(Unanimity Rule)이다(예컨대 International Convention to Facilitate the Import of Commercial Samples, 1952.).

⑤ 과반수 당사국이 수락할 경우에만 유보를 인정하는 경우(Majority Rule)이

74) 외무부, 조약업무처리지침, pp.91~100.

75) 일정한 종류의 유보를 명시적으로 허용한 조약규정의 사례는 미주인권협약(American Convention on Human Rights 1969) 제75조이다. 동 조는 동 협약은 오직 조약법에 관한 비엔나 협약에 따라 유보 대상이 된다고 규정하고 있다. the Effect of Reservations Case에서는 동 제75조가 조약법에 관한 비엔나 협약 제19조(c)를 구현하였고 이로써 미주인권협약의 목적 및 취지와 양립불가능하지 아니한 유보를 명시적으로 허용하였다고 판시하였다. *International Legal Materials*, Vol.22(1982), p.44.

76) 그 밖에도 일정한 종류의 유보를 금지하는 조약규정의 사례로서는 1950년 유럽인권협약(the European Convention on Human Rights 1950) 제64조를 찾아 볼 수 있다.

다(예컨대 Single Convention on Narcotic Drugs, 1961.).

⑥유보국과 그 유보를 거부한 국가간에는 그 조약이 효력을 발생하지 않는 경우(Pan-American Rule)이다(예컨대 Convention on the Political Rights of Women, 1953.).

⑦유보에 대해 아무런 제한이 없는 경우(Sovereignty Rule)이다(예컨대 Agreement on Privileges and Immunities of the International Atomic Energy Agency, 1959.).

⑧유보의 유효여부를 집단적 결의로 결정하는 경우(Collective Determination)이다(예컨대 International Sanitary Regulations, WHO, 1951.).

⑨조약의 대상 및 목적과 양립하고 당사국 과반수가 수락할 경우 (Compatibility and Majority Rule Combined)이다(예컨대 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1966.).⁷⁷⁾

⑩어떠한 조항에 대해서도 유보가 인정되나 타당사국의 의무도 같은 정도로 축소되는 경우(Reciprocal Rule)이다(예컨대, European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, 1959.).

그 밖에도 보다 구체적인 유보조항을 두고 있는 경우가 있다. 예컨대, 우리나라가 1992년 12월 4일 가입한 아시아·태평양우편연합 협약의 유보에 관한 조항인 제113조(유보)는 다음과 같은 조항을 두고 있다.:

1. 협약 및 시행규칙에 대한 유보는 총회가 승인한 제안에 기초하여 협약 및 시행규칙의 최종의정서에 삽입한다.
2. 제안의 총회제출에 관한 제112조는 유보에 관한 제안에는 적용하지 아니한다.
3. 총회에 제출된 유보가 채택되려면 출석투표한 회원국 과반수의 승인을 얻어야 한다.
4. 유보에 따라 혜택을 받고 있는 회원국은 언제든지 유보의 적용을 포기

77) 유보가 동 협약의 대상과 목적과 양립불가능한 것인지를 결정하기 위하여 同 협약 제 20조에서 사용된 數理的 基準(mathematical test)도 주목할 가치가 있다. 동 제20조는 어떠한 유보가 적어도 체결국의 3분의 2로부터 이의제기된 경우 “양립불가능한” 것이라고 규정하고 있다.

할 수 있다. 유보적용 포기는 중앙사무국을 통하여 회원국에 통보된다.

또한 또 다른 예를 들면 난민의 지위에 관한 의정서 제7조(유보와 선언)는 다음과 같이 규정하고 있다.:

1. 어떠한 국가도 이 의정서에 가입시 이 의정서 제4조에 관하여, 또한 협약 제1조, 제3조, 제4조, 제16조 제1항 및 제33조 규정을 제외하고 이 의정서 제1조에 따른 협약규정의 적용에 관하여 유보할 수 있다. 다만, 협약의 당사국이 이 조에 따라 행한 유보는 협약의 적용을 받는 난민에게는 미치지 아니한다.
2. 협약 제42조에 따라 협약의 당사국이 협약에 대하여 행한 유보는 철회되지 아니하는 한 이 의정서에 따른 의무에 관하여서도 적용된다.
3. 이 조 제1항에 따라 유보를 행한 국가는 국제연합 사무총장에 통고로써 당해 유보를 언제든지 철회할 수 있다.
4. 협약의 당사국으로서 이 의정서에 가입한 국가가 협약 제40조 제1항 또는 제2항에 따라 행한 선언은, 가입시 당해 당사국이 국제연합 사무총장에게 반대의 통고를 하지 아니하는 한, 이 의정서에 관하여도 적용되는 것으로 본다. 협약 제40조 제2항과 제3항 및 제44조 제3항의 규정은 이 의정서에 준용된다.

第2節 留保의 相互主義的 效力

1. 의 의

제노사이드 협약에서 논란이 되었던 유보는 동 협약하에서 발생한 분쟁에 대한 국제사법재판소의 강제관할권을 규정한 제9조를 수락하지 아니한 많은 국가들이 행한 유보이다. 많은 국가들이 이러한 유보에 이의를 제기하였는 바, 조약법에 관한 비엔나 협약상으로 그러한 유보의 효과는 어떠한가? 또한 예컨대, 국가 A, B 및 C가 새로운 항공기를 개발하기로 한 조약을 체결하고 그 조약이 “개발비는 체약국이 평등하게 분담한다”라고 규정하였고 유보에 관한 어떠한 규정도 두고 있지 않다 가정해 보자. 그런데, 그 후 D가 조약에 가입하면서도 사업비용에 대

한 자신의 몫이 일정한 수준을 상회하는 경우에는 당해 조약의 구속을 받지 아니한다는 유보를 하였다고 하자. A가 이러한 유보에 이의를 제기하였지만 당해 조약이 A와 D간에 효력이 없다고 말하지 아니하였다고 하자. 또한 B는 명시적으로 그 유보를 수락하였고 C는 아무런 반응도 보이지 아니하였다고 하자. 이러한 경우, D가 조약법에 관한 비엔나 협약에 의하면 조약 당사국인가. 만약 그렇다면 A, B 및 C의 조약관계는 어떠한가? 누가 이러한 문제를 결정할 것인가?

이러한 문제들이 유보의 효력과 관련된 문제이며, 이중 일부는 앞서 언급한 바 있기 때문에 조약법에 관한 비엔나 협약의 규정내용과 국제판례를 중심으로 유보의 상호주의적 효력을 중심으로 검토하기로 한다.

2. 조약법에 관한 비엔나협약

조약법에 관한 비엔나협약 제21조에 의하면 유보는 아래와 같은 법적 효과를 가진다. 1.유보국과 다른 당사국과의 관계에 있어서, 유보국에 대해서는 그 유보에 관련되는 조약규정을 그 유보의 범위내에서 변경하며, 2.다른 당사국과 유보국과의 관계에 있어서, 그 다른 당사국에 대해서는 그러한 조약규정을 동일한 범위내에서 변경하며, 3.유보국 이외의 타당사국 상호간에는 그 조약 규정을 변경하지 아니하며, 4.유보에 대해 이의를 제기하는 국가가 동 이의제기국과 유보국간의 조약의 발효에 반대하지 아니하는 경우에는 유보에 관련되는 조항은 그 유보의 범위내에서 그들 국가간에 적용되지 아니한다.

조약법에 관한 비엔나협약 제21조제1항의 상호주의원칙의 적용사례는 외교행량의 내용물의 정당성에 강한 의심이 있는 경우 외교행량을 개봉하는 것을 허용한다는 외교관계에 관한 비엔나 협약에 대한 리비아의 유보와 관련된 Libyan People's Bureau Incident의⁷⁸⁾ 사실관계에서 발견된다. 동 비엔나 협약 제21조 제1항(b)에 따라, 타방 체약국의 외교행량을 개봉하지 아니할 외교관계에 관한 비엔나협약상의 의무는 그러한 유보의 범위내에서 수정되었으며, 영국이 리비아의 외교행량을 개봉한다 할지라도 이를 방지하지 못하였을 것이다. 이에 대해 John Freeland는 외교위원회(Foreign Affairs Committee)에 대해 다음과 같이 설명하였다.⁷⁹⁾ ;

“그 문제에 관해 국제관습법을 반영한 조약법에 관한 비엔나 협약의 일방

78) *Intenational Legal Materials*, Vol.18(1979),p.332.

79) D. J. Harris, p.757.

당사국이 타방 당사국에 불리한 유보를 한 ……경우 그러한 유보는 유보의 대상이 된 의무를 양국 모두에 대해 제한하게 된다.”

3. 영국해협중재사건(the English Channel Arbitration case)⁸⁰⁾

이 사건에서, 프랑스는 1958년 대륙붕협약 제6조에 대해 유보를 하고 이에 대해 영국은 이의를 제기한 바 있다. 두 당사자간의 동 협약상의 조약관계에 대한 이 유보와 이의의 효과에 관해 중재재판소는 다음과 같이 판시하였다. 즉, “재판소의 견해에 의하면……영국이 제기한 이의의 효과는 그 유보를 영국에 대해 원용할 수 없도록 하는 것이라고 할 수 있다. 다시 말해 프랑스가 행한 유보의 효과가 그 유보에 명시된 조건에 근거한 경우외에는 영국으로 하여금 제6조의 규정을 원용하는 것을 방지하는 것이듯이, 그 유보에 대한 이의의 효과는 프랑스로 하여금 유보에 포함된 조건을 근거로 행한 대륙붕의 경계설정을 구속하는 것과 같이 유보를 영국에 불리하게 원용하는 것을 ……방지하는 것이다.”라고 하였다.

그러므로 프랑스의 유보와 그에 대한 영국의 이의의 결합적 효과는 제6조를 프랑스가 주장한 바와 같이 전체적으로 적용될 수 없도록 하는 것도 아니고 영국이 주장한 바와 같이 전체적으로 적용될 수 있도록 하는 것도 아니다. 그 효과는 제6조가 양국간에 유보의 범위내에서만 적용되지 못하도록 하는 것이며 이것은 당해 사건에서 정확히 말해 조약법에 관한 비엔나협약 제21조제3호에 의해 구현된 효과이자 동의의 상호주의 원칙이 시사하는 효과이다. 제6조가 프랑스의 유보로 배제된 범위내에서 당사자들간에 적용될 수 없다는 사실은 유보가 작용하는 분야에서 경계설정을 지배하는 법규칙이 없음을 의미하는 것은 아니다. 반대로 국제사법재판소가 북해대륙붕(North Sea Continental Shelf) 사건에서 지적한 바와 같이, 여전히 적용할 법 규칙과 원칙이 있으며⁸¹⁾ 이것들은 일반국제법상 대륙붕의 경계설정을 지배하는 규칙과 원칙들이다.

第3節 留保와 관련된 受託者의 역할

1948년 미국은 1944년 시카고민간항공협약의 수탁국이었던 바, 미국 국무부 법률고문은 1948년 5월 13일의 쿠바대사에 보내는 각서(note)에서 일부 국가들

80) Internatioanal Legal Materials, Vol.18(1979), p.419.

81) I.C.J. Reports 1969, paragraph 83.

이 쿠바의 비준서에 포함된 유보에 대해 이의제기하였으므로, 그 비준서는 다음과 같은 이유로 기탁을 위하여 접수할 수 없음을 지적하였다.:

“국제법의 일반적 개념과 절차에 따라, 쿠바가 제출한 유보가 효력을 갖기 위해서는 또는 쿠바가 협약 당사자가 되기 위해서는 당사자들의 동의가 필요하기 때문이다.”⁸²⁾

또한, 페루가 1949년 4월 15일 미국이 수탁국인 小麥協定(Wheat Agreement)에 유보를 붙여 서명하였을 당시, 미 국무부는 성명서에서 상기와 같은 유보 관행에 관한 원칙을 재차 확인하였다.⁸³⁾ 이러한 미국의 공식적인 성명서들은 수탁국으로서의 업무수행과 관련하여 대단히 중요한 의미를 가지고 있다. 그러한 성명서들은 동일한 내용으로 유보의 관행을 지배하는 원칙을 지적하였다. 이에 따른다면 수탁국으로서의 미국의 취한 입장은 미국이 국제법상의 보편적인 유보규칙이라 생각하는 기준에 의거한 것이다. 따라서 미국의 입장에서 볼 때는 당시 라틴 아메리카의 다른 관행은 현행 국제법(*lex lata*)으로 부터 벗어난 것이므로 보편적인 성격의 것이 아니며 1928년의 Havana 협약 및 1932년 5월 4일 채택된 결의에 근거한 것으로서 이들 국가에게만 적용되는 것이었다. 사실 라틴아메리카 국가들은 다른 국가와의 조약관계에서 또한 국제연맹이나 국제연합 회원국으로서의 범미주연합의 유보제도를 고집하지 않았다.⁸⁴⁾

第4節 諒解 및 宣言의 法的 性格

1. 國家의 慣行

합법적인 유보와 “양해” 및 “선언”간의 구별의 문제는 그 해석상의 난점으로 인하여 유보의 중요성과 복잡성을 가중시켜왔다. 1919년 파리평화회의(Paris Peace Conference)의 미국대표단의 법률고문이었던 Hunter Miller는 유보와 양해간의 구분과 관련하여 유보에 관한 규칙의 근거에 있는 본질적인 원칙을 다

82) U.S. Dept. of State, The Law of Treaties as Applied by the Government of the United States of America (1950), pp.105~106.

83) *Ibid.* p.100.

84) G. H. Hackworth, Vol.5, pp.138~139.

음과 같이 설명하였다.;

“독일과의 평화조약의 미국의 비준서에 포함된 유보는 실제로는 다른 조약 서명국들에 대한 제안이며, 그러한 한도내에서는 다른 서명국들 및 국제연맹의 가입을 권유받은 국가들과의 교섭을 동반하게 된다. 동 조약안을 해석하고자 하는 목적을 가지는 ……유보에 관한 교섭은 조약의 규정에 대한 조건부 동의, 확대 또는 제한을 위한 유보와 관련하여 요구되는 교섭과는 대단히 다른 성격을 가질 것이다. 그러나 엄격한 법률적 관점에서 볼 때는 다른 국가들도 그러한 해석 또는 수정에 대한 수락을 거부할 수 있는 평등한 권리를 가지게 될 것이기 때문에 양자간에는 구별되지 아니한다.”⁸⁵⁾

또한 Hunter Miller는 상원이 제시한 비준조건이 비준서에 포함되어야 하는 경우에는 다른 계약국의 동의를 얻어야 함을 지적하고 소위 備考(recitals)를 포함하는 상원 결의에 대하여 다음과 같은 설명을 하였다.

“그러한 성격의 備考(recitals)는, 본질적으로 선언적인 것이고 미국의 비준서를 통해 공식적으로 다른 조약서명국에 전달되지 아니한다 할지라도, 장래 미국의 정책을 사실상 통제할 것이고 備考가 실제로 다른 서명국에 알려지게 됨에 따라 마치 공식적으로 전달된 것과 동일한 결과를 가지게 될 것이다.”⁸⁶⁾

유보에 해당하지 않는 선언과 양해는 전원동의를 필요성을 회피하기 위하여 또한 입법적 장벽을 극복하기 위하여 이용되어 왔다. 그러나 이러한 선언과 양해는 그에 대하여 통보를 받은 타방 당사자들의 명시적인 반대에 직면한 경우에는, 취소되거나 그들의 동의를 얻어야 할 것이다.⁸⁷⁾ 한편 1928년의 Briand-Kellogg Pact의 비준과 관련하여 당해 조약의 의미와 효력에 대한 당사국들의 견해를 표명하여 행해진 여러 성명서들은 비준서에도 또한 비준기탁서의 기록문서(Procès-verbaux)에도 표현되어 있지 아니함에도 불구하고, 모든 서명국과 가입을 권유

85) D. H. Miller, p.169.

86) *Ibid.*, pp.170~171.

87) K. Holloway, p.486.

받은 국가들에 통지되었으며 그 일부에 대하여 이의가 제기되었다.⁸⁸⁾

예컨대, 러시아는 당해 조약을 비준하면서 조약상의 약속(commitment)에 대한 영국의 해석의 수락을 거부하였으며, 이집트, 터키 및 페르시아는 자신들이 타방 당사국들의 유보에 구속되지 아니한다는 선언을 하였다. 그러나 미 국무부는 이러한 양해각서는 조약에 대한 단순한 해석문서에 불과하며 유보에 해당하지 아니한다고 계속하여 주장하였다. 국무장관 Kellogg는 1928년 11월 11일 최종적으로 합의된 조약 유보는 전혀 없었음을 지적하였다.⁸⁹⁾

그러나, 실제적인 유보에 대한 전원동의의 요구를 회피하기 위하여 어느 정도까지 선언 또는 양해의 형식으로 그러한 유보를 얻어낼 수 있을 것인가는 국제연맹 규약의 불가분의 일부인 Versailles조약에 대한 미국의 유보사례를 보면 쉽게 알 수 있다. 즉, 미국에서 Lodge상원의원을 비롯한 비준론자들과는 달리 윌슨 대통령과 그의 지지자들은 제안된 변경내용이 다른 조약참여국에 제출되어야 하고 틀림없이 당해 조약의 재교섭을 필요로 하게 될 것이라고 생각하였다. 실제로 상원은 대통령의 14개조(Fourteen Points)에 부합되는 14개 결의를 채택하였다.⁹⁰⁾

조약의 수탁국으로서 행동한 국가들의 태도를 보면 이러한 양해의 해석과 관련하여서는 통일되어 있지 않다. 즉, 1930년 벨기에 정부는 두개의 '양해- 그중 적어도 하나는 미국과 관련하여 동 협약의 효력을 다소 제한하는 것이다 - 가 첨부된 1924년 브뤼셀협약에 대한 미국의 비준기탁서를 접수하였지만, 영국정부는 "성명(statement)"이 첨부된 미국의 비준기탁서를 확정적으로 수락하는 것을 거부하였다.⁹¹⁾ 영국은 미 국무장관 Hull이 그러한 성명은 미국의 정책의 선언이지 협약의 일부가 아니라고 주장하였음에도 불구하고 모든 서명국들이 미국의 유보에 동의할 때까지 그러한 기탁을 "잠정적인" 기탁으로 간주함을 미국에 통보하였다.⁹²⁾ 조약관행을 통해 볼 때 일정한 경우 유보와 선언 또는 양해간의 구별의 어려움을 보여주는 사례는 대단히 많다. 그에 대한 판단은 조약의 중요성과 양해

88) P.M. Brown, "The Interpretation of the General Pact for the Renunciation of War," *American Journal of International Law*, Vol.23(1929), p.374.

89) G. H. Hackworth, Vol.5.p.145.

90) K. Holloway, p.487.

91) G. H. Hackworth, Vol.5.,pp.137~138.

92) *Ibid.*, pp.146~147.

및 기타 주변 상황에 좌우되어온 것 같다. 선언과 양해간의 구별은 앞서 언급한 바와 같이 평가의 어려움을 뒤따르며, 미국에서 특히 그러하다.

상호주의적인 양해와 일방적 양해를 구분하여, 전자는 항상 구속력이 있는 반면에 후자는 타방 당사자에 의해 반대가 없는 한 승인 또는 적용의 국내적 어려움과 관련된 해석의 문제를 유보하는 것으로 간주되어 타방 당사자에 구속력을 갖지 않는 것으로 보고자 하는 몇차례의 시도가 있었다. 이러한 구분은 많은 어려움이 있음에도 불구하고, 이들 선언의 당사자인 국가와 수탁국은 그 구분을 명확하고자 하였다. 그러나 의심스러운 경우 국가들은 이러한 “양해”를 유보로 간주하고자 하며 그러한 양해에 대해 유보와 동일하게 다른 서명국의 동의획득 절차를 적용해 왔다는 사실은 대단히 의미있는 것이다.

유보는 수락된 경우, 조약의 일부를 구성하기 때문에 정당한 유보와 “양해” 또는 “선언”간의 구분의 문제는 조약의 국내법상의 시행과도 관련되어 있다. 미국의 관행을 보면 유보 또는 양해는 그것이 조약 비준서에 포함된 경우 조약의 일부가 되며 국내법상으로도 효력을 가진다. 유보 또는 양해의 어떠한 명칭이 붙어 있든간에 상원의 동의 조건에 의한 것인 경우 그것들은 동일한 헌법적 근거를 가진다. 상원의 그러한 제한이 해석적 선언의 형식을 취하고 있는 경우 또는 그것이 전적으로 국내법상의 조약 적용과 직접관련되어 있는 경우에는 대통령은 그것이 미국의 국제 의무에 영향을 미치는지를 고려하여 국제적으로 유효한지의 여부를 결정하여야 한다. 이와 같은 구별을 하는 것은 여러가지 형태의 헌법상 제한 요소들을 구분하는 것과 같이 마찬가지로의 어려움이 따를 것이다.

2. *Belilos v. Switzerland Case*에 대한 유럽인권재판소의 판결⁹³⁾

원고는 자신이 스위스의 市경찰위원회(Police Board)에 의해 범죄행위로 기소 되었을 당시 유럽인권협약 제6조에 의한 공정한 재판을 받지 못하였다고 주장하였다. 스위스는 당해 사건은 자신이 비준시에 행하였고 또한 동 협약 제64조에 의해 유효한 유보라고 판단되는 제6조에 관한 “해석적 선언”(interpretative

93) 그 “해석적 선언”은 다음과 같다: 스위스 연방평의회는 『협약 제6조제1항의 공정한 재판에 대한 보장은, 시민적 권리와 의무 또는 문제의 인물에 대한 형벌부과를 결정함에 있어서, 그러한 권리 또는 의무에 관한 공공기관의 행위 또는 결정 또는 그러한 형벌부과 결정에 대한 사법부에 의한 궁극적인 통제를 보장하기 위한 의도를 가질 뿐이다』라고 판단하고 있다.

declaration)의⁹⁴⁾ 범주에 속한다는 취지의 선결적 항변을 제출하였다. 스위스는 유럽인권협약 비준시 두개의 “해석적 선언”과 두개의 “유보”를 하였다. 유럽인권 재판소는 제6조의 “해석적 선언”이 그 명칭에도 불구하고 동 협약 제64조가 적용될 수 있는 유보인지의 여부를 검토하였다.

위원회(Commission)는 동 선언이 유보의 효력을 갖지 않는 단순한 해석적 선언에 불과하다는 결론을 내렸는 바, 그러한 입장은 「선언이라는 표현」과 스위스의 유보와 관련된 준비작업(preparatory work)에 근거한 것이었다. 위원회는 일반적으로 말해 어떠한 국가가 유보와 해석적 선언 양자를 동시에 행한 경우 후자는 예외적으로만 전자와 동일시 될 수 있다는 결론을 내렸다. 반면에 스위스는, 제출서류에서 그 선언은 제한적(qualified) 해석적 선언이며 조약법에 관한 비엔나협약 제2조제1항(d)의 의미내에 있는 유보의 성격을 갖는다는 주장을 하였다.

재판소는 이러한 스위스의 주장에 대해 다음과 같이 판시하였다; 스위스의 제출서류상의 명백히 한정적인 성격을 갖는 선언에 사용된 표현도 또 다른 검토요소가 된다. 재판소는 동 선언의 원래의 프랑스어 표현이, 비록 전적으로 명확한 것은 아니지만, 유보를 구성하는 것을 이해될 수 있음을 인식하고 있다.……

스위스는 또 다른 논거를 유럽 이사회(Council) 사무총장과 동 협약 체결국들로부터 어떠한 반박도 없었다는 사실에서 찾아 자신의 해석적 선언이 제64조의 목적상 묵시적으로 수락된 것으로 추론될 수 있다고 주장하였다. 그러나, 재판소는 이에 동의하지 않고 「수탁자와 체결국의 침묵이 있었다고 하더라도, 수탁자와 체결국들이 스스로 평가할 수 있는 권한은 ……박탈되지 아니한다.」라고 판단하였다.

한편, 위원회 및 스위스와 마찬가지로, 유럽인권재판소는 동 선언을 한 자의 최초의 의도를 확인할 필요가 있음을 인정한다. 재판소의 견해에 따르면, 그 선언문서들은 스위스가 원래 공식적인 유보를 검토하였지만 추후에 ‘선언’이라는 용어를 선택하였음을 보여주고 있다. 그 문서들은 (유보 또는 선언 등에 관한) 명칭 변경의 이유를 명확히 밝히지는 않았지만 『스위스 연방평의회가 법원에의 접근권을 넓게 보는 입장이 주내의 공공행정제도 및 사법제도에 미치게 될 결과를 회피

94) 그 “해석적 선언”은 다음과 같다: 스위스 연방평의회는 『협약 제6조 제1항의 공정한 재판에 대한 보장은, 시민적 권리와 의무 또는 문제의 인물에 대한 형벌부과를 결정함에 있어서, 그러한 권리 또는 의무에 관한 공공기관의 행위 또는 결정 또는 그러한 형벌부과 결정에 대한 사법부에 의한 궁극적인 통제를 보장하기 위한 의도를 가질 뿐이다』라고 판단하고 있다.

하는데 대해 또한 결과적으로 동 협약에 구속받는데 대한 스위스의 동의를 제한하는 선언을 제출하는데 대해 줄곧 관심을 가져왔음』을 보여주고 있다.

어떠한 ‘해석적’ 선언이 유보에 해당되는지의 여부를 판단하는 것은 대단히 어려운 문제이다. 특히 스위스가 ‘유보’와 ‘해석적 선언’이라는 용어 모두를 동일한 비준서에서 사용하고 있었기 때문이다. 유럽인권재판소는 동 협약 체결국들의 유보와 해석적 선언에 적용될 수 있는 범규칙 - 스위스도 강조하였다 - 의 중요성을 인식하였다. 동 협약에는 유보에 대해서만 언급되어 있으나, 일부 국가들은 유보와 해석적 선언간에 명확한 구분을 함이 없이 동시에 유보와 해석적 선언을 하거나 또는 유보 또는 해석적 선언만을 하였다.

어떠한 해석적 선언의 법적 성격은 그 명칭 이면에 숨은 실질적 내용을 살핀 후 확정되어야 한다. 스위스는 제6조제1항에 규정된 영역의 일정범주의 절차의 자국내 시행을 배제하고 지나치게 광범위하다고 생각되는 동 제6조제1항의 해석으로부터 자신을 지키려는 목적의 해석적 선언을 하였던 것이다. 그러나 유럽인권재판소는 동 협약에 의해 발생한 의무가 유보에 관한 제64조의 요건을 구비하지 못한 스위스의 제한(즉, 해석적 선언)에 구속받지 아니한다는데 유의해 제64조의 맥락에서 유보의 경우와 마찬가지로 해석적 선언의 유효성을 검토하였다.

유럽인권재판소는 『스위스의 유보가 첫째, “일반적 성격”의 유보(즉, 정확한 의미 범위를 결정할 수 없을 정도로 애매하거나 광범위한 용어로 표현된 유보)였으며 둘째, 제64조 제2항에 의해 요구되는 “관련 법(즉 그 유보를 불가피하게 하는 동 협약과 양립되지 아니하는 법)의 간단한 설명”이 첨부되지 아니하였다. 이러한 “관련 법의 간단한 설명”은 순수한 형식적인 요건이 아니라 실질적 요건이기 때문이다.』라고 판시하였다. 요컨대, 문제의 선언은 협약 제64조의 두가지 요건들을 구비하지 못했으므로 무효라고 판시되었다. 동시에 스위스도 인정하다시피 동 선언의 유효성에 관계없이 스위스가 동 협약에 구속된다는 것은 의심의 여지가 없다. 더구나 스위스는 유럽인권재판소가 후자의 문제를 결정할 수 있는 권능을 인정하였다. 결국 유럽인권재판소는 스위스의 선결적 항변을 기각하였으며 당해 사건의 사실관계에서 침해되었다는 신청인의 주장을 받아들였다.

Belilos사건은 주로 유보와 해석적 선언간의 구별에 관한 것이었다. 해석적 선언에 대해, 유럽인권재판소는 McRae의 “단순한 해석적 선언”과 “제한적 해석적 선언”에 대한 구분을 받아들였다. McRae는 다음과 같이 설명하고 있다.⁹⁵⁾

95) P. M. McRae, "The Legal Effect of Interpretative Declarations", British Yearbook of International Law, (1978) p.167.

해석적 선언의 법적 효과는, 그 선언을 한 국가가 추후에 부정확한 것으로 드러날 수 있는 조약에 대한 해석을 제시하고자 하는가(‘단순한 해석적 선언: mere interpretative declaration’) 아니면 그러한 국가가 문제 조항에 대한 자신의 수락을 자신의 해석에 목인하는 것을 조건으로 하고자하는가(제한적 해석적 선언: qualified interpretative declaration)에 의해 좌우된다. 전자의 의의는 조약을 해석하기 위한 추후 절차에서 그것이 미치는 효력에 있으며 그 의의는 동 선언이 타방 계약국들에 의해 수락되었는가, 무시되었는가, 이의 제기되었는가에 따라 달라지게 될 것이다. 이와는 달리 후자의 해석적 선언 유형은 유보에 흡수되어야 한다. 그러한 선언을 한 국가는 자신의 해석이 반대되는 해석을 압도함을 주장함으로써 조약의 조건을 배제 또는 수정하고자 하기 때문이다. 그러므로 ‘제한적 해석적 선언’에 대해서는 유보에 수반되는 법적 효과가 적용되어야 한다.……

다른 계약국의 수락문서에 첨부되는 해석적 선언에 이의가 있는 국가가 택할 수 있는 가장 안전한 절차는 공식적으로 그 선언에 이의제기하는 것이다. 이의제기한 국가는, 그 선언이 제한적 해석적 선언으로 판명되는 경우에도 보호를 받으며 그러한 이의는 동 선언이, ‘단순한 해석적 선언’과 마찬가지로, 조약의 해석에 대해 미칠 수 있는 효력을 축소시키는 역할을 하게 된다.

유럽인권재판소의 접근방식은 어떠한 “해석적 선언”에 이의제기한 국가는 그 선언이 유보로 판명된 경우 그것에 대하여 이의제기하여야 한다는 McRae의 제안을 받아들인 것이다. 어떠한 국가가 동시에 “해석적 선언”과 “유보”라고 표현한 문서를 제출하고 나중에 전자를 실제로는 “유보”라고 주장할 수 있다면 조약관계의 불확실성이 가중되게 된다. 이 사건에서 주목할 또 다른 부분은 스위스의 유보가 그의 “해석적 선언”과 마찬가지로, 유럽인권협약 제64조와 양립되지 아니하며 따라서 무효라는 유럽인권재판소 결정의 법적 효력이다. 유럽인권재판소는 스위스가 자신의 유보의 유효성을 인정받지 못한 채 동 협약에 완전히 구속받고 있다고 판시하였다.

즉, 동 재판소는 『조약법에 관한 비엔나 협약 제21조제3항에 따라 스위스가 자신의 유보범위내에서 제6조에 구속되지 않는다는 것』을 인정하지 아니하였다. 만약 유럽인권재판소가 선택조항 선언에 대한 유보의 무효성과 관련된 Norwegian Loans사건 판결에 관한 Lauterpacht의 판사의 접근방식을 취하였다면 스위

스의 문제의 유보가 스위스의 동 협약 수락의 기본적인 전제인지의 여부를 검토하였을 것이다. 만약 그러하였다면 그 유보의 효력은 동 협약 자체의 스위스에 대한 효력과 분리되지 아니하였을 것이고 따라서 스위스의 동 협약에 대한 비준 전체가 무효가 되었을 것이다.

第5節 국내법상의 條約의 地位와 留保

1. 조약의 국내법상의 지위

조약의 국내법상의 지위는 조약의 수용(incorporation) 또는 변형(transformation)에 의한 국내적 시행에 관한 헌법규정에 따른다. 우리나라 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의해 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 가진다.”라 하여 일반적 受容의 입장층 취하고 있으므로 어떠한 조약이 비준·공포되면 국내법과 같은 효력을 가지게 된다. 이와는 달리 예컨대, 영국에서는 조약의 국내적 시행을 위해서는 국내법 제정을 통한 변형을 필요로 한다.

국내법질서속에서의 조약의 지위는 조약의 일반적인 국내법제로의 수용에도 불구하고 조약과 국내법이 충돌할 때의 양자간의 우선적 효력에 관해서는 국가의 관행이 일치하지 않고 있다. 일반적으로는 대등한 관계의 법률이 저촉될 때 후법우선의 원칙(*lex posterior derogat priori*)이 적용된다.(저촉되는 법률상호간의 효력을 판단할 때 적용하는 법원칙은 후법우선의 원칙과 특별법우선의 원칙이 있다. 전자는 법률의 제정시기만을 고려하여 일반적인 효력문제를 판단하는 것이나 후자는 구체적인 사안을 대상으로 할 때 검토될 수 있는 것이므로 여기에서는 일단 전자와의 관계만을 논하였다)

조약에 저촉되는 국내법의 효력에 관해 (1) 후법우선의 원칙을 엄격히 적용하는 경우와 (2) 위의 원칙의 적용을 거부하고 조약의 우선적 지위를 인정하는 경우로 대별할 수 있다. 전자의 예로는 프랑스의 Larche 사건(1980년 Conseil d'Etat판결)에서 “1975년의 낙태법은 구주인권협약의 비준·공포후에 제정된 법률”이라는 이유로 인권협약에 우선하여 낙태법(국내법률)을 적용한 경우이다.⁹⁶⁾

96) A.Z.Drzecheski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford(1983), p.32.

그러나 프랑스도 일반적으로는 국내법의 제정시기와 관계없이 조약의 우선적 효력을 인정하고 있다. 국제사회의 대부분의 국가는 후자의 경우에 속하고 있으나 그 이유와 근거 그리고 저축을 방지하는 대비는 상이하다. Belgium은 인권조약의 비준으로 새로이 부과된 국제의무가 국내법질서와 저촉되지 않도록 적절한 행정적·입법적 개정조치를 취하고 있다. Luxembourg는 “반대의 해석이 입증되기 전까지는 입법부에 국제의무를 위반할 의도가 없다”는 추정을 기초로 하는 해석의 원칙을 판례법으로 형성시켜 조약의 우선적 효력을 인정하고 있다. 네덜란드에서는 이론상 제정법이 조약에 위반하는가를 법원이 심사할 수 있다고 하지만 법원은 조약에 위반하는 국내법을 적용하지 않는다.

근본적으로는 국내법의 사후개정으로 해결하는데 네덜란드는 인권조약(구주인권협약)의 비준후 그 실제규정에 저촉된다고 판단되는 외국인의 처우, 범죄인인도, 여성공무원의 퇴직에 관한 법률과 구금기간에 관한 형사소송법 규정, 군사훈련제도에 관한 규정도 개정한 바 있다. 스위스는 인권협약(1974년 비준서 기탁)에 가입하기 전에 조약에 저촉될 수 있는 국내법규정을 사전에 개정하여 연방선거에서의 여성투표권인정, Jesuit 와 Catholic의 차별조항철폐를, 사후에도 민법규정을 개정하여 조약과 국내법의 저축예방과 해소는 물론이고 조약규정의 국내적 실천에 임하고 있다.

영국의 경우는 인권협약이 국내제정법으로 변형되어야 국내적 시행이 가능한 법체계이다. 그러나 영국정부는 협약성의 실제규정들이 이미 영국법상 보장되어 온 내용이어서 새로운 시행입법은 불필요하다는 견해이었다. 그러나 개인의 유럽인권재판소 제소권, 행정부의 인권신장을 저해하는 절차 등을 해결하기 위하여 국내입법의 요청이 증대하였다. 인권협약이 실질적으로 영국의 국내법체계에 미친 영향을 막중하여 교도소 규정의 개정, 이민법 절차, 북아일랜드의 신문·구금제도의 개선, 행정착오로 인한 보장제도, 정신건강법 개정 등의 직접적인 원인이 되었다.

오스트리아는 1965년 법원판결에서 “오랜 관행으로 지켜온 국내법이 인권협약에 위반된다고 선언함은 기존의 법체계를 근본적으로 흔들어 놓을 위험성이 있다.”는 신중론을 택하고 있다. 이는 조약을 국내적으로 시행함에 있어서 법원은 양자의 조화를 모색하는 해석론으로 그 저축문제를 해결하고 양립이 불가능한 범주에 속하는 국내법이 있으면 궁극적으로는 입법으로 대처하여야 한다는 필요성을 시사하고 있다는 의미에서 보면 위의 국가들과 같은 입장이라고 생각된다.

한편, 조약과 국내법의 충돌유형 및 그 해결방식은 다음과 같다. 첫째, 국내법과

조약의 내용이 명문으로 충돌하고 있는 경우이다. 이 경에는 우리나라가 가입시 유보를 하거나 국내법을 개정하여야 한다. 둘째, 국내법과 반드시 명문으로 충돌한다보 할 수 없으나 현행법을 해석 집행하는 우리 정부의 입장이 결과적으로 규약 내용과 모순되는 결과를 가져오는 경우가 있다. 이 경우 우리정부의 방침변경만 있으면 충돌은 해결될 수 있다. 셋째, 국내법 자체에는 별다른 문제가 없으나 행정실무가 국내법에도 위배되게 집행되어 결과적으로 조약을 위반하는 경우이다. 이 경우는 인권규약에 앞서 국내법 위반의 문제가 먼저 발생할 것이다.

또한, 조약의 국내적 실시는 조약규정의 자동집행력이 인정되는 행위와 밀접한 관계가 있다. 조약이 첫째, 체약국뿐만 아니라 개인을 권리·의무의 대상으로 명백하게 규정하고 있으며, 둘째로 체약국의 관계기관이 조약규정의 직접적인 적용을 허용하고 있다는 두가지 조건이 충족될 때 개인은 국내 법원에서 직접 조약규정을 인용하여 자신의 권리를 주장할 있다. 그러나 법집행상의 현실적인 문제는 조약 또는 체약국의 관계기관이 조약의 특정 조항들을 자동집행력이 있다고 선언하더라도 조약과 국내법과의 관계에서는 복잡한 요인이 작용하여 국내법 절차에서의 직접 적용 또는 자동집행력의 인정에는 한계가 있다. 왜냐하면 조약의 입법취지에 미루어 조약의 실제적 규정은 국제적 차원에서 “개인을 위하여 권리와 자유를 창설”한 것이라고 단정하더라도 개인이 자신의 권리보호를 위하여 직접 국제기관에 접근할 수 있는 절차상의 권리는 근본적으로 체약국의 선택에 의존하도록 규정한 경우에는 조약상의 실제규정이 체약국의 국내법에 강제적으로 수용되어야 할 법적 의무를 체약국에게 부과한 것이라는 논리를 크게 약화시키기 때문이다.

한편, 인권관계조약의 국내시행상의 자동집행력을 감소시키는 공통적인 요소들은 첫째로 국제기관에 대한 개인의 직접청원절차와 국제기관의 심의 관할권은 체약국의 개별적인 선택에 따라 인정되는 사항이며, 둘째로 규약가입시에는 광범한 유보가 가능할 뿐만 아니라, 셋째로 실제규정의 국내적 시행에 있어 많은 제한(derogation)이 가능하며, 넷째로는 국내법과의 관계에서 집행력을 주장할 체약국간에 일치·조화된 원칙을 기대할 수 없다는 점 등이다. 또한 인권규약상의 실제규정들이 체약국의 국내법에 기본적 인권으로 보장, 실현되어 있을 때는 국내적 원칙보다는 국제적 평면에서 개인의 인권을 집단적으로 실천(collectively enforcement)하여 그 수혜자를 확대시키는 새로운 인권영역에서 존재의의를 찾아야 할 것이다. 그러나 각국의 국내법원이 국내법보다 월등하게 인권의 보장을 규정한 인권규약의 실제규정의 경우에도 이를 외면하고 국내법상의 규정에 우선

적 지위를 고집하는 태도는 인권규약의 자동집행력을 부인하는 결과를 초래하고 있다.

2. 조약의 가입과 국내법 정비의 필요성

일반적으로 조약의 비준(ratification)은 체약국과의 관계에서 조약상의 의무 준수에 동의하는 법적 의사표시를 포함한다. 체약국의 기존의 국내법이 서로 수락한 조약상의 의무규정과 저촉될 때에는 단순히 그러한 국내법규의 존재만으로 당연히(*ipso facto*) 조약의무의 위반을 구성한다고 할 수 없다. 그러나 새로운 국제의무와 양립할 수 없는 과거의 관행 또는 조치가 계속 국내적으로 시행될 때는 국제법 위반이 성립된다. 국제판례의 입장도 “국내법 규정이 조약규정에 우선할 수 없으며” 체약국은 “국제조약상의 국제의무이행을 확보하는데 필요한 국내법의 수정(modification)을 법적의무로 지적하고 있다.

즉 체약국은 조약의무의 국내적 시행과 관련하여 조약규정에 양립하지 아니하는 기존의 국내법은 개폐하고 필요한 입법적 보완을 강구함으로써 조약체결의 입법적 성질이 요구하는 국제법 원칙의 국내법에의 도입을 실천하여야 하는 것이다. 예컨대, 인권규약의 경우, 국내법을 새로운 국제의무에 일치하도록 보장하는 방법은 조약에서 규정하고 있는 수단중에서 개별 체약국이 가장 적절하다고 판단되는 것을 선택할 수 있도록 폭넓게 위임하고 있는 것으로 생각된다.

3. 미국에서의 유보와 관련된 국내법상의 절차

미국에서는 유보의 헌법적 근거를 조약의 헌법적 근거와 동일한 것으로 간주하여 왔으며, 그것은 유보의 합의적 성격에 대한 또 하나의 증거가 되고 있다. 그러므로 미국 대통령은 상원이 상원의 유보 또는 그와 동일한 효력을 갖는 “양해(understanding)”와 같은 조건부 동의(qualification)가 조약의 법적 효력의 변경을 의도한 것이라는 지적을 아니하는 한, 비준문서에 그러한 상원의 유보 또는 양해를 포함시켜야 한다. 그리고 그러한 유보 또는 양해가 타방당사자들에 의해 수락된 경우에만 당해 조약은 미국에 구속력을 가진다. 다른 서명국이나 당사국에 의한 유보도 그와 동일하다.

따라서 미국에서 그러한 유보는 상원의 동의를 요한다. 상원의 조건부 동의(즉,

유보 또는 그와 동일한 효력을 갖는 “양해”)에 대한 해석과 관련하여 대통령은 광범위한 권한을 행사한다. 국제법상의 문제로서 대통령은 “당해 조약이 양해각서(understanding)에서 표현된 것과 동일하게 해석될 수 밖에 없다”고 판단하거나 조약에 대한 상원의 심사기록에서 나타난 바와 같이 밖에 해석될 수 없다고 판단하는 경우, 타방 당사자에게 미국상원의 그러한 조건부 동의를 통지하지 않고 비준할 수 있다.

미국과 캐나다간의 Niagara江의 水域 使用에 관한 조약에 대한 상원의 유보권고 사례는 유보문제의 복잡성과 조약법상의 유보의 중요성을 시사할 뿐만 아니라 유보의 국제적인 유효성과 국내법상의 효력간의 밀접한 관계를 보여주고 있다. 1950년 2월 27일 동 조약은 오랜 교섭끝에 서명되었다. 대통령은 동 조약안을 동년 5월 2일 상원에 제출하면서 서한을 통해 다른 국내조치들을 언급하고 다음과 같이 부연하였다.: “미국 또는 캐나다가 ……전적으로 국내관할권에 속하는 문제 해결을 국제협약에 포함시킬 것을 요구한다면 적절하지 못한 것일 것이다.”⁹⁷⁾

동 조약안에 대한 캐나다 의회의 동의에 뒤이어 미국 상원은 조약 비준전에 『미국은 동 조약의 규정에 의해 이용가능한 Niagara강의 미국측 몫의 공공 사용과 이익을 위한 재개발에 관해 의회의 법률로 정할 권리를 명시적으로 유보하였으며 동 수역의 미국측 몫의 재개발 사업은 의회법에 의해 특별히 허가를 받을 때까지는 착수할 수 없다』라는 결의를 하였다. 대통령은 이러한 상원의 유보권고에 따라 1950년 8월 24일 동 조약을 비준하였으며 캐나다에 보낸 서한에서 국무부 법률고문은 동 유보에 대해 캐나다 정부의 주의를 환기시키고 조약에 관한 상원의 보고서 사본을 동봉하였다. 그 서한에서는 다음과 같이 쓰여져 있었다.:

“상원은 유보를 그 성격상 또한 오직 미국의 헌법과정과 관련하여 국내적인 것으로 인정하는 반면에 미국측의 조약 시행은 연방권한법(the Federal Power Act)에 의해서만 행하여질 것임을 확실하게 하기 위하여 유보가 필요하다고 간주하였다……”

미국 대통령에 의한 조약의 비준은 반드시 상원의 결의에 의해 요구된 유보에 따라 행하여질 것이다. 조약이 미국측에 의해 비준되기 전에 유보에 관한 이러한 통지를 귀국 정부에 통보하고 또한 우리 정부가 그 유보가 캐나다 정부가 수락할 수 있는 것인지의 여부를 통보받는 것이 바람직하다…….”

또한, 비준다음과 같이 명시하고 있다; 다음과 같이 명시하고 있다; 서의 교환에

97) K. Holloway, p.489.

대하여 상기 서한은 “우리 정부는 미국의 비준이 상기의 유보에 구속된다는 점 및 그러한 유보가 캐나다 정부가 수락할 수 있는 것이라는 점을 지적하는 진술을 포함하는 교환의정서가 필요하다고 판단하고 있다.”라고 지적하고 있었다.⁹⁸⁾

1950년 9월 21일 캐나다 정부는 미국의 유보에 대한 수락을 통보하였으며 그러한 수락은 비준교환의정서에 명시한다는 데 동의하였다. 그러나 교환의정서는 미국의 유보를 인용한 후 “캐나다는 상기의 유보가 오직 미국에서의 조약의 국내적 적용과 관련되어 있으며 캐나다의 조약상의 권리 또는 의미에 영향을 미치지 아니하기 때문에 그 유보를 수락한다.”라고 부기하였다.

미국 대통령의 공포문은 유보와 그 수락에 대하여 재인용하였다. 그러나 조약의 유효성을 둘러싼 충돌이 흔히 추상적으로가 아니라 조약이행과 관련하여 발생하는 것과 같이 유보는 국내질서에서 또한 국제적으로 해석의 차이를 초래할 수 있다. Niagara Power사건에서 상원의 유보가 조약체결권에 대한 헌법상의 제한과 모순되지 아니하는 것인가 다시 말해서 상원이 하원의 동의없이 유보를 통해 입법활동을 할 수 있는가의 문제가 제기되었다. 왜냐하면 유보가 조약의 일부라고 한다면 유보는 제6조의 우월성(supremacy) 조항에 의해 국내법이 되고 의회법(Act of Congress)을 폐지할 수 있기 때문이다. 그러므로 상원의 유보가 그 용어의 법적 의미내에 있는 진정한 유보인지의 여부를 결정하여야 한다.

이와 관련하여 Jessup과 Lissitzyn는 다음과 같이 주장하였다.⁹⁹⁾

- (1) 소위 그러한 “유보”는 조약의 일부가 아니다. 그 유보는 당사자들간의 관계에 대한 조약의 법적 효력을 수정하려는 취지를 갖지 않는다.
- (2) 대통령과 상원 대외관계위원회는 상원의 유보가 국내문제에 대해서만 적용된다는 데 아무런 조건없이 동의하였다.
- (3) 상원의 유보에 대한 캐나다의 수락서는 『그 유보의 규정이 조약의 국내적 적용과 관련되어 있으며 조약상의 캐나다의 권리와 의무에 영향을 미치지 아니하기 때문에 캐나다가 수락한다』는 점을 명시적으로 지적하고 있다.
- (4) 상원의 유보에 관한 미국의 외교관행을 고려해 볼 때, “유보,”와 관련하여 “양해” 또는 의도하는 법적 효과가 전적으로 국내적인 것이고 조약당사자간의 법적 관계를 변경하지 아니하는 다른 명칭의 선언은 (타방 당사국의) 수락을 필요로 하지 아니한다……
- (5) 1950년의 Niagara조약에 관한 유보는 이 범주에 속한다. 유보를 포함시

98) Ex.Rep.No.11, 81st Cong., 2d Sess(1950).

99) K. Holloway, p.491.

킨 것은 조약체결권의 그럴듯한(clourable) 사용에 불과하며 그것의 유효성은 헌법으로 비롯되는 것은 아니다.

(6) 조약체결권은 외국과의 관계와 결부된 국제적 관심사에 관련된 것이다. 조약은 헌법상의 의미에서는 국가간의 권리와 의무를 창설, 폐지 또는 확인하는 국제적 계약이다.

Louis Henkin은 이와 반대되는 결론을 내린 바 있다.¹⁰⁰⁾ 그는 제섭과 리싱턴이 채택한 논리가 다음과 같은 전제에 입각하고 있다고 주장하였다.

(1) 헌법상 조약체결권은 의회의 권한과는 전혀 별개의 것이며 또한 그와 같이 행사되어야 한다. 조약의 국내적 효력은 자동적(automatic)인 것이며 대통령 및 상원은 그러한 효력들을 통제할 수 없고 특히 대통령과 상원이 의회가 있을 수 있는 충돌을 방지하기 위하여 협력하도록 유보할 수 없다. 바꾸어 말해 대통령과 상원이 조약 또는 그 일부가 의회의 승인을 얻지 않고는 자동집행적(self-executing)이서는 않된다는 것을 조약에 규정할 수 없다.

(2) 상원이 어떠한 조약에 대한 조언 및 동의에 붙일 수 있는 유일한 법적 효력에 관한 조건은 특정한 의미의 “유보”로서의 성격을 갖고 조약의 일부가 되는 조건이다. 따라서 상원이 붙인 다른 어떠한 조건도 무시될 수 있다.

그는 양자조약의 차원에서 유보의 계약적 성격의 개념을 발전시켜 『모든 관련자들이 그 유보가 마치 처음부터 조약에 포함되어 있는 것과 같이 조약의 일부가 된다는 판단하고 있었다』라고 주장하였다.¹⁰¹⁾ 그는 조약 당사자들이 모든 국내 관련 기관들이 수락할 수 있는 조약의 체결에 관심을 가지고 있음을 언급하고 아울러 유보가 조약의 국내적 적용과 관련된 것이라는 사실을 감안해 볼 때 유보의 내용에 속하는 조항을 조약에 포함시키는데 대한 캐나다의 정당한 이해관계가 배제된 것은 아님을 지적하였다. 그러므로 캐나다는 미국 상원에 의한 조약 전체의 수락을 촉진하기 위하여 미국의 그러한 입장을 수락할 수 있으며 미국이 Niagara강의 수역에 대한 미국측 몫을 어떻게 재개발할 것인가에 대하여 이해관계를 가질 수 있다.¹⁰²⁾

한편, 영국이 미국과의 조약관계에서 오직 국내적 적용과 관련된 규정을 비준을 얻도록 하기 위하여 조약에 포함시키는 데 관심을 가졌음을 인정한 일부 사례

100) L. Henkin, "The Treaty Makers and the Law Makers: the Niagara Reservation." *Columbia Law Review*, Vol.56(1956), pp.1151~1182.

101) *Ibid.*p.1164.

102) *Ibid.*,pp.1165~1166.

가 있다. 그러한 조항은 Henkin이 지적한 바와 같이 국제적인 의무의 요소를 가지고 있지 않으며, 따라서 계약에 대한 엄격한 정의가 항상 적용되는 것은 아니다. 헌법상의 조약체결권의 입법적 측면을 논의함에 있어서, Henkin은 자동집행 조약과 비자동집행조약간의 구분을 분석하고 조약의 일부가 아닌 유보는 우월권 (supremacy)조항에 속하지 아니한다는 주장을 배척하였다. 그는 조약은 의회의 승인을 얻기 전에는 효력을 가질 수 없다는 전제하에 하원과 상원의 역할을 옹호하기 위하여 그러한 주장을 하고 있으며 영국에서의 최종 수락전의 입법을 할 수 있도록 하는 확립된 관행에 대하여 언급하고 있다.¹⁰³⁾

이상과 같이 양측이 제시한 주장들을 분석해 본다면, 유보가 일정한 정도로 조약법의 모든 측면과 관련되어 있음을 알 수 있다. 양자 조약 또는 순수한 계약적 성격의 조약에서는 타방 당사자들이 수락한 유보가 조약의 명시된 조항과 동일한 효력을 가질 것이다. 특히 조약의 국내적 적용과 관련하여서 그러하다. 그러므로 미국상원이 의회의 조치에 따른 조약의 비준에 대해 조언과 동의를 한 경우 및 그러한 유보가 타방 당사자에 의해 수락된 경우, 그것은 그러한 취지의 명시적 조항과 동일한 효력을 갖는다.¹⁰⁴⁾

의회가 필요한 입법을 승인하거나 제정할 때까지 조약은 국제적으로 또한 국내적으로 효력을 갖지 못한다. 그러한 경우, 조약의 국내적 시행이 유보국과 타방 당사자와의 관계에 직접적인 영향을 미치는지의 여부는 중요하지 않다. 이것은 유보가 아닌 양해 또는 선언 형식으로 제시된 제한의 경우도 또한 같다. 타방 당사자의 수락을 명시적으로 구하여 얻은 경우, 일방적인 선언은 상호주적인 또는 계약적인 것이 되며 그러므로 쌍방 당사자에 대해 구속력을 가진다.¹⁰⁵⁾

이상의 논쟁에서, 결정적인 요소는 미국이 동의를 얻고자 하였던 유보를 실제로 캐나다가 수락하였는지의 여부이다. 그 사례에서 진행된 절차를 보면 몇가지 흠결이 있음을 알 수 있다. 미국 대통령은 그가 캐나다의 수락을 얻기 전에 비준하였기 때문에 자신이 상원의 조건부동의를 정당한 유보로 간주하지 않았음을 시사하였다. 이와 유사하게 캐나다도 미국의 요청에 처음에는 묵인하였으나 최종적으로는 자신의 수락에 제한을 가하였다. 즉, 캐나다가 미국상원이 제시한 유보에 캐나다가 구속됨을 인정하지 아니하다는 점을 명확히 지적하였으므로 미국은 그러한 종류의 유보로는 미국이 조약 이행을 위한 입법에 대한 의회의 거부를 조약

103) *Ibid.*, p.1169.

104) K. Holloway, p.493.

105) G. Fitzmaurice, p.273.

불이행을 정당화하기 위해 원용할 수 없을 것이다.¹⁰⁶⁾

결국, 이 사례에서 보여주듯이 헌법상의 어떠한 형태의 제한도 조약이 구속력을 갖기 위한 명시적 조건 - 명시적 조항에 의한 것이건 또는 타방당사자에 의해 수락된 유보의 형태에 의한 것이건 - 이 되지 아니하는 한 조약의 국제적인 시행과는 아무런 관련이 없다. 조약의 비준에 대한 상원의 조언 또는 동의라는 전제 조건이 집행부의 조약체결권에 대한 제한적 요소가 되는 것과 마찬가지로 그러한 동의에 붙은 조건 역시 그러한 제한적 요소가 되지만, 그러한 동의에 붙은 조건은 명시적으로 조약의 일부가 되어 있지 아니하는 한 그것이 조약의 시행을 정지할 수 있다 할지라도 국제적으로는 아무런 효력이 없기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 또한, 유보는 조약의 적용을 방해함으로써 국제적으로 국가의 책임을 야기시킬 수 있기 때문에 타방 당사자의 수락이 필요하다는 주장도 있을 수 있다.

106) K. Holloway, p.494.

107) Ibid., p.495.

第5章 우리나라의 條約上의 留保

第1節 의 의

다자조약에 대한 유보 현황을 보면 국제사회의 다양화 현상에 비추어 숫적으로 늘랄만한 증가가 있었던 것은 아니고 유보를 해도 대부분 성질상 경미한 것이었으며 주요한 실질적인 의미를 가진 유보는 극소수에 불과하였다. 예컨대, 1919년부터 1971년까지의 다자조약에 대한 유보중에서 주요한 실질적인(major substantive) 의미를 가진 것은 6%에 불과하였다.¹⁰⁸⁾ 이 연구서는 1948년 대한민국 정부수립이후 우리나라가 체결한 다자 조약의 유보사례를 일일이 관보를 통해 조사하였다. 그 구체적인 내용은 후술하는 바와 같으며, 유보에 관한 우리나라의 관행이 다른 나라와 크게 다르다고 느껴지는 외형상의 특징은 없다. 다만, 인권관련조약에서의 유보에 대해서는 좀더 구체적으로 살펴볼 필요가 있을 것이다. 아래에서도 인권관련 조약의 유보를 중심으로 설명하고 있다. 또한 우리 나라의 유보관행과 관련하여 문제점으로 지적되고 있는 부분들을 소개하고자 한다.

第2節 國際人權規約의 留保

1. 留保의 許容可能性 문제

1951년 제6차 유엔총회에서는 유보문제에 관한 2개의 결의가 채택되었다. 하나는 유엔의 제기관, 전문기구 또는 그 회원국이 다자조약을 체결할 경우 유보의 허용 또는 불허용 및 유보의 효과에 관한 조항을 조약에 삽입할 것을 일반적으로 권고하는 결의였고,¹⁰⁹⁾ 다른 하나는 인권규약 초안에 이에 관한 규정을 포함케 하도록 인권위원회(Commission on Human Rights)에 권고하는 결의였다.¹¹⁰⁾ 그러나 인권규약 초안에는 그러한 규정을 포함하고 있지 않다. 1976년 B규

108) Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, (Manchester :Manchester University Press, 1984), p.77.

109) U.N.G.A. Resolution, 48(VI).

약 발효후 처음으로 인권이사회가 B규약 제45조에 따라 경제사회이사회를 통하여 유엔총회에 제출한 인권이사회 연례보고서에도 유보문제에 관한 인권이사회 토의내용이 포함되어 있다. 동 토의내용을 보면, 당사국의 보고서 심의과정에서 일부 인권이사회 위원들은 당사국의 유보내용중 실제로 불필요한 유보가 많으며, 너무 많은 유보는 규약의 의미를 해칠 우려가 있다는 견해를 표명하면서, 규약의 목표 및 목적에 위배되는 유보는 할 수 없다는 입장을 강조하였다.

이에 반하여, 다른 위원들은 유보부 가입도 미가입보다는 바람직하다는 견해를 밝히면서, 규약과 기존 국내법과의 명백한 저촉이 있을 때 유보가 이를 유용하게 해결할 수 있다는 견해를 표명하였다. 결국 인권위원회는 최종적으로 국제인권규약내에 유보에 관한 규정을 두지 않기로 결정하였다. 이에 따라 국제인권규약에서의 유보는 금지되지 아니하며 계약국의 권리행사의 한 형태라 할 수 있다. 국내법과 양립할 수 없는 조약상의 규정은 유보함으로써 양법간의 충돌을 피하고 조약의 국내적 실시를 가능하게 하기 때문이다. 아 물론 비엔나협약 제19조에 따라 규약의 목표 및 목적과 양립하는 유보는 가능하다고 하겠으나, 이러한 양립 여부를 판단하는 것이 용이하지 않음은 물론이다. 실제로 국제인권규약은 유보금지 조항을 포함하지 않으므로써 많은 국가들이 자국 국내법과 저촉되는 조항을 유보하고 가입할 수 있도록 하는 계기를 제공한 셈이 되었다.¹¹¹⁾

2. 1985년의 加入同意案

우리나라가 1985년 준비하였던 가입동의안에서는 A규약은 유보없이 그리고 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)”에 대하여는 다음과 같은 4개 조항을 국내법과의 저촉 등을 이유로 유보하기로 하였었다. 즉, ①비상사태하에서의 인권보장, ②18세 미만의 사형금지, ③피구속자가 신속히 사법기관에 회부될 권리, ④혼인기간 혼인해소시의 남녀평등에 관해 유보한다는 입장을 취한 바 있

110) U.N.G.A.Resolution, 546(VI)

111) 1988년 당시의 조사에 의하면, 당시 “경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)”의 91개 당사국 중 유보를 하고 있는 국가는 약 25개국이었으며 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B 규약)”의 87개 당사국 중 유보를 행한 국가는 약 30개국이었다. 이중 특히 선진국인 영국, 프랑스, 호주 등이 많은 조항을 유보하고 있다. B규약의 조항별 유보내용을 분석하여 보면, 특히 제9조(신체의 자유와 안전에 대한 권리), 제10조(인신구속자 대우), 제13조(합법적 거류외국인의 추방조건 및 구제), 제14조(공정한 재판을 받을 권리), 제19조(표현의 자유 및 한계) 및 제20조(선전포고 금지)에 대해서는 각 조항별로 5개국 이상의 국가들이 유보를 하고 있다.

었다.

이들 4개 조항은 다음과 같다. 첫째, 비상사태하에서 취할 수 있는 조치의 한계를 규정한 B규약 제4조이다. B규약 제4조 제1항은 국민의 생존을 위협하는 공공의 비상사태의 경우에 규약 당사국은 사태의 긴급성에 의해 엄격히 요구되는 한도내에서 이 규약상의 의무를 위반하는 조치, 즉 기본권의 제한이 가능하다고 하고, 동 조 제2항은 기본권의 제한시에도 규약 제6조(자의적 사형의 금지), 제7조(고문의 금지), 제8조(노예제도 금지), 제11조(계약의 이행불능으로 인한 구금금지), 제15조(형벌불소급의 원칙), 제16조(법률상의 인격인정) 및 제18조(사상, 양심, 종교의 자유)에 대해서는 어떠한 위반도 할 수 없도록 규정하고 있다. 1985년 당시의 헌법 제51조제2항은 “대통령은 비상조치로써 헌법에 규정되어 있는 국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지할 수 있다”라고 규정하고 있다. 여하한 경우에도 일부 기본권은 제한할 수 없다는 B규약 제4조제2항이 당시 헌법 제51조제2항에 저촉되는 것으로 해석되었다. 그러나, 1990년 실제로 가입하면서는 개정된 현행 헌법에서 대통령의 비상조치권이 삭제되었으며, 헌법 제77조에 따른 비상계엄선포의 경우에도 B규약 제4조제2항을 위반할 수 없다고 규정한 일부 기본권은 침해할 수 없음이 명백하여 규약 제4조를 유보하지 않았다.

둘째, 18세 미만자에 대한 사형금지를 규정한 B규약 제6조제5항이다. 현행 소년법 제53조는 “죄를 범할 때 16세 미만인 소년에 대해 사형 또는 무기형에 처할 것인 때에는 15년의 유기형에 처하도록” 규정하고 있어 16세 이상 18세 미만자에 대해서는 사형이 가능하도록 되어 있으므로 B규약 제6조 제5항과 저촉된다는 이유로 유보하고자 하였다. 그러나, 1990년 실제로 가입하면서는 소년법 제53조를 B규약 규정의 취지에 맞도록 개정되었기 때문에 동 규정을 유보하지 않았다.

셋째, 체포 억류자의 법관 또는 사법관헌에게 신속한 회부에 관한 B규약 제9조제3항이다. 규약 제9조제3항은 형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은 법관 또는 법률에 의해 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되며, 또한 합리적인 기간내에 재판을 받을 권리 또는 석방될 권리를 가진다고 규정하고 있다. 이러한 제도는 단순한 체포장에 의해 수사기관에 체포된 자가 예외없이 신속히 법관 면전에 인치되어 구속의 적법 타당성 및 계속 여부에 대한 심사를 받는 영미법상의 인신보호영장제도를 말하는 것으로서 우리 법제상에는 없는 제도라는 주장이 있어 동 조항을 유보하고자 하였다.

그러나, 1990년 가입할 때에는, 동 조항이 영미식 인신보호영장제도에서 연유

한 것이라고 하더라도 우리나라 국내법이 범죄 수사단계에서 법관의 영장에 의해 구속되고 수사기관이 제한된 기간내에 사건처리를 하도록 규정하고 있을 뿐 아니라, 구속적부심제도를 인정하고 있으며 특히 규약 규정이 법관 또는 사법관헌에 의 회부시기에 대해 “신속히” 회부되어야 한다고 선언적으로 규정하고 있어, 체포, 억류된 자가 신속히 법원 또는 검찰 등에 송치되어야 한다는 뜻으로 광의 해석할 수 있다는 근거로 유보하지 않았다.

넷째, 혼인 중 혼인해소시의 배우자 평등에 관한 B규약 제23조 제4항이다. B규약 제23조제4항은 당사국이 혼인기간중 및 혼인해소시에 혼인에 대한 배우자의 권리 및 책임의 평등을 확보하기 위해 적절한 조치를 취하도록 규정하고 있다. 우리나라 민법 제777조(친족의 범위), 제837조(子の 양육책임) 및 제811조(재혼금지기간)가 남녀간에 취급을 달리하고 있으며, 또한 섭외사법 제16조, 제17조, 제18조에 의하면 혼인의 효력, 부부의 재산제, 이혼은 夫의 본국법에 따르도록 되어 있으므로 규약 제23조제4항이 부계혈통주의에 입각한 우리나라 민법 및 섭외사법의 일부조항에 저촉된다는 이유로 동조항을 유보하고자 하였다.

3. 최종 가입시의 유보

(1) 유보의 내용

우리나라의 국제인권규약에의 가입을 재추진함에 있어서는 가능한 한 유보조항 없이 가입하는 것이 국제인권규약의 가입취지에도 부합하며, 헌법개정 및 관계국내법의 개정으로 국내법과의 저촉문제도 일부 해결되었음을 감안하여 유보없이 국제인권규약에 가입하기로 결정한 바 있다. 그러나, 1990년 가입할 때(1990년 4월 10일 국제연합 사무총장에 가입서 기탁)에는 여러 조항을 유보하였으며, 또한 그후 어느 조항의 유보에 대하여는 새로운 해석을 함으로써 이를 철회하기도 하였다. 1990년 국제인권규약 가입시에는 다음과 같이 1985년 당시 유보하고자 하였던 조항중에는 제23조제4항만을 유보하였으며 그 당시에는 검토되지 아니한 다른 조항을 유보하였다.

즉, 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조제5항(상소권보장)은 헌법 제110조제4항 및 군사법원법 제534조, 14조제7항(일사부재리 및 이중처벌방지)은 형법 제7조의 임의적 감경면제규정, 제22조(결사의 자유)는 헌법 제33조제2항, 국가공무원법 제66조, 지방공무원법 제58조, 사립학교법 제55조에, 제23조제4

항(혼인중 및 혼인해소시 배우자 평등)은 민법 제777조에 위배된다는 이유로 유보하였다. 보다 구체적으로 설명하면 다음과 같다.

규약 제14조제5항은 형사피고인의 상소권보장을 규정하고 있다. 우리나라에서도 통상적인 경우에는 그와 같은 권리가 보장되고 있으나, 헌법 제110조제4항은 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 哨兵·哨所·유해음식물공급·포로에 관한 죄중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다.”라고 규정하여 규약과 충돌되고 있다. 노르웨이 역시 1900년 3월 29일 군형사소송법과 1900년 12월 15일 전신긴급조치법에는 상소권을 부인하는 경우가 포함되어 있기 때문에 이 조항을 유보한 바 있다.

제22조는 노동조합을 포함한 결사의 자유를 규정하고 있다. 규약은 이 권리가 국가안보·공공안전·공공질서 등을 위하여 제한될 수 있으며, 특히 군인과 경찰에 대하여는 예외가 가능함을 규정하고 있다. 이와 관련하여 문제가 제기되는 것은 공무원의 단결권이 어느 정도까지 인정되느냐이다. 우리나라 헌법은 법률로 인정된 자를 제외하고는 공무원의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 부인하고 있다(제33조제2항), 모든 공무원에 대하여 일률적으로 단결권을 부인하고 있는 것은 B규약 제22조와 충돌된다고 본다. 동 제2항제2문이 군인·경찰에 대하여 결사의 자유를 제한할 수 있다고 한 것은 일반공무원을 포함한 그 이외의 자에 대하여는 결사의 자유를 전면적으로 제한할 수 없다는 것을 의미한다고 해석되어야 하기 때문이다.

이와 같은 논리는 A규약 제8조가 파업권을 포함한 노동권의 제한가능대상에 군인·경찰과 더불어 공무원은 명문으로 포함시키고 있는데 반하여, B규약 제22조는 예외대상에는 공무원이 빠지고 군인·경찰만이 열거되고 있다는 양자의 차이에서도 명백해진다. 물론 규약 제22조제2항에 의한 일정한 규제는 가능하나 현행법과 같이 공무원 단결권을 원칙적으로 부인하는 것은 인권규약과 충돌된다. 사립학교 교원의 단결권은 사립학교법 제55조에 의하여 국공립학교 교육공무원과 마찬가지로의 제한을 받고 있는데 이것 역시 동일한 문제점을 지니고 있다. 더우기 사립학교교원의 단결권제한은 헌법 제33조제1항이 보장되고 있는 권리가 하위법에 의해 부인되고 있으므로 위헌의 의심이 크다. 이상 우리 헌법 제33조 일부와 그에 따른 국가공무원법 제66조, 사립학교법 제55조는 규약 제22조와 모순된다.

제23조제4항 등에 규정된 남녀평등과 관련하여 남녀 차별에 관한 민법조항이 문제가 되며 그 밖에 국적법상의 부계혈통주의가 당연히 문제가 된다. 국적법과 민법상의 남녀차별조항과 관련하여 1984년 우리나라가 여성차별철폐에 관한 협약에 가입한 때에는 동 조약 제9조와 제16조제1항 c,d,f,g호를 유보한 바 있다.

유보한 동 규약상의 관련 규정은 다음과 같다:

제14조 ⑤유죄판결을 받은 모든 사람은 법률에 따라 그 판결 및 형벌에 대하여 상급 법원에서 재심을 받을 권리를 가진다.

⑦어느 누구도 각국의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄선고를 받은 행위에 관하여는 다시 재판 또는 처벌을 받지 아니한다.

제22조 1. 모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 가진다.

2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다. 이 조는 군대와 경찰의 구성원이 이 권리를 행사하는데 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.

3. 이 조의 어떠한 규정도 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 1948년의 국제노동기구협약의 당사국이 동 협약에 규정하는 보장을 저해하려는 입법조치를 취하도록 하거나 또는 이를 저해하려는 방법으로 법률을 적용할 것을 허용하는 것은 아니다.

제23조 4. 이 규약의 당사국은 혼인기간중 및 혼인해소시에 혼인에 대한 배우자의 권리 및 책임의 평등을 확보하기 위하여 적절하 조치를 취한다. 혼인해소의 경우에는 자녀에 대한 필요한 보호를 위한 조치를 취한다.

그러나, 이중 제14조제7항에 대한 유보는 철회되었는 바(1993년 1월 21일 조약 제1122호) 그 내용은 다음과 같다.

철회의 취지와 주요내용: 어느 누구도 각국의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄선고를 받은 행위에 대하여는 다시 재판 또는 처벌을 받지 아니한다는 규약 제14조제7항에 대하여 우리나라가 가입시에 유보하였던 것을, 이 조항이 우리 형법과 저촉되지 아니하는 것으로 판명되어 그 유보를 철회함.

(2) B 규약의 기타 규정과 국내법의 충돌가능성

규약과 관련 국내법의 명문의 규정의 충돌은 이직도 완전히 해결되어 있다고 말할 수 없다. 문제에 있어서 헌법이나 관련 법의 개정과 같은 것만으로 모든 문제가 해결된다고 보기는 어렵다. 첫째, 견해에 따라서는 그 밖의 많은 국내법 규정과 충돌문제가 있을 수 있다. 둘째, 외국에서는 조약의 상세한 규정이 있음에도 불구하고 그 규정내용의 보다 효율적인 국내시행을 위하여 별도의 특별법 조치를 취하는 예가 많다. 후술하듯이, 국제연합 인권위원회는 1995년 8월 국내 노동쟁의 조정법상 제3차 개입금지 조항을 위반해 대법원으로부터 유죄 확정판결을 받은 사건에 대해 B규약 제19조제2항이 보장한 표현의 자유를 침해한 것』이라고 결정했다. 국내법과 B규약 제2항의 저촉가능성에 대해서는 규약 가입준비 당시부터 지적되었던 문제중의 하나이다. 아래에서는 지금까지 지적된 바 있었던 규약의 기타 조항과 국내법의 저촉문제에 대하여 검토해보기로 한다.

규약 제6조는 생명권을 보장하고 있다. 특히 규약 제6조제4항은 사형판결을 받은 자의 감형, 사면청구권이 보장되어야 한다고 규정하고 있다. 이와 관련하여 우리나라 형사소송법 제465조제1항은 사형판결은 6월내에 집행하도록 규정하고 있을 뿐 유예기간에 대한 조항은 없다. 실제에 있어서 사형집행은 법정기간인 6월내에도 집행되지 않음이 관례이므로 현실적으로는 문제가 없다고 생각되지만 규약 제6조제4항의 권리를 명확히 보호하려면 사형에 한하여는 형확정 일정기간 이후에만 집행할 수 있다는 해석도 나올 수 있다. 그러나 형사소송법 제465조제2항은 상소권회복의 청구, 재심의 청구 또는 비상상고의 신청이 있는 때에는 그 절차가 종료할 때까지의 기간은 6월이라는 사형집행시한에 삽입시키지 않는다고 규정하고 있다. 이 규정의 정식과 사형집행이 갖는 회복불가능성, 상당수 국가에

서는 사형제도 자체를 부인하고 있는 현실 등을 종합적으로 고려할 때, 재심청구가 있으면 그 청구가 기각되기 전까지는 사형집행을 할 수 없는 것으로 해석되어야 하며, 그럴 경우 규약과 모순은 없게 된다. 그러나 이 두가지 점에 대하여는 명문의 조항을 두어 규약상의 권리를 보호함이 바람직하다.¹¹²⁾

제9조는 신체의 자유를 보장하고 있다. 제9조제3항은 1985년 가입동의안에서는 유보가 예정되었던 조항이나 1990년에는 그 유보가 포기되었다. 당시 정부는 유보를 하는 이유로 그러한 내용은 구속적부심이나 재판을 위한 법원출석을 뜻하는 것이 아니라고 해석되는 바, 현행법상 이러한 제도가 없다는 것이었다. 그러나, 이 조항은 구속적부심의 확대를 만족될 수 있는 조항이 아니며, 현행 우리의 인신구속절차는 이 조항과 충돌된다. 체포·구금된 자는 “Anyone …shall be brought promptly before a judge other officer authorized by law to exercise judicial power”라는 조문상으로도 구속적부심과 같이 서류가 아닌 인신이 직접 판사 등의 면전에 회부되어야 함은 명백하다. 다만, 여기에서 other officer를 검찰이나 사법경찰관리 까지 포함하는 것으로 해석하려는 입장이 있을지 모르지만 그것은 잘못된 해석이다. other officer가 judge와 나란히 언급된 점으로 보아 judge와 유사한 기능을 수행하는 자이어야 한다고 해석하는 것이 통설이다. 동일한 내용의 유럽인권협약 제5조제3항의 해석과 관련하여 officer가 judge는 아닐지라도 judge의 특징을 갖고 있어야 한다는 판시도 있다. 당시 officer가 가져야 하는 특징의 하나로 든 것이 검찰을 포함한 행정관청으로부터 독립된 자라는 것이었다. 이 점은 구속영장 실질심사제의 도입에 의해서만 해결될 수 있는 바, 가입당시 구속영장 실질심사제도의 도입에 의해서 해결되었다. 그러나, 현행 사회안전법상 보안감호처분은 그 명칭만 형이라 부르지 않을 뿐 사실상 실행의 집행과 동일하다고 보아야 하므로 이는 규약 제9조와 제14조 및 우리 헌법에도 포괄적으로 위배된다.¹¹³⁾

제10조제1항은 자유를 박탈당한 자의 인도적 대우를 규정하고 있는 것과 관련하여 현행 행형법 제46조제2항제9호에 문제가 있다. 동조는 징벌의 하나인 “7월 이내의 減食”을 규정하고 있는데 과거 수형자의 처우에 관한 각종 국제연합 관계 회의에서 감식은 수형자에 대한 잔혹하고 비인도적인 처우의 대표적인 것으로 누차 지적되었다. 또한, 제10조제1항, 제3항 및 제19조제2항의 정보수집권을 종합

112) 鄭印燮, 國際人權規約加入과 그 施行上의 問題點에 관한 심포지움, 저스티스. 제21권(1988), p.44.

113) *Ibid.*, p.45.

으로 판단할 때 현재 우리나라 행정제도상의 수감자에 대한 통신·도서구입·기자와의 접견·방송 청취 등에 대하여 각종 과도한 규제를 하고 있는 것 역시 인권규약에 위배된다고 판단된다. 현행 제도가 합리성을 넘는 과도한 제한이다.¹¹⁴⁾

제12조는 출입국의 자유가 보장되어 있다. 해외여행의 자유에 관하여 문제의 하나는 여권법 제8조제1항제5호가 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 현저히 해할 상당한 이유가 있다고 인정되는 자에 대하여는 외무장관이 여우거발급을 거부할 수 있도록 규정하고 있고 출입국관리법 제4조제1항제1호는 그의 출국이 대한민국의 이익을 현저하게 해할 염려가 있다고 인정되는 자에 대하여는 출국을 금지시킬 수 있다고 규정하고 있다. 일본 여권법 제13조제1항제5호 역시 동일한 취지의 규정을 갖고 있는데 종래 우리나라와 일본의 학계에서는 이와 같이 포괄적이고 무제한한 제한은 위헌의 소지가 있다고 보았기 때문에 규약과도 충돌된다.¹¹⁵⁾

물론 해외에서 본국에 해가 될 위법행위를 할 것이 명백하다고 믿을 수 있을 때에는 어느 정도의 제한이 가능하다는 설도 성립될 수 있으나 이는 어디까지나 엄격한 예외에 해당할 뿐이며 특히 제3항의 요건에 합치되어야 한다. 특히 정치적 견해나 종교적 신념으로 인하여 개인의 출국을 금하는 것은 인권규약에 위반되는 것으로 해석함이 통설이며, 이와 관련하여 과거 우리나라에서도 여러 차례 물의가 발생한 바 있다. 이 점 국내법의 개정을 통한 요건의 엄격화가 필요하다. 또한 출국의 권리는 외국인에게도 동일하게 보장된다. 외국인의 출국과 관련하여 출입국관리법 제25조제3호는 대한민국의 이익을 보호하기 위하여 그 출국이 부적당하다고 인정되는 자에 대하여는 출국을 정지시킬 수 있다고 규정하고 있는데 이 역시 동일한 문제점을 내포하고 있다.

출국의 권리에는 영구적 출국인 해외이주의 권리도 포함된다. 해외 이민의 권리는 이전의 자유가 가장 중요한 것의 하나로 취급되어 초기의 인권규약 초안에는 이전의 자유로서 해외이주의 권리만이 규정되어 있었다. 대한민국 국민의 해외이주는 해외이주법의 규제를 받게 되는데 이 법 제3조는 국가의 체면을 손상할 우려가 있거나, 國是에 위해될 행위를 할 우려가 있는 자(동 제8호) 및 기타 해외이주가 부적합하다고 인정되는 자로서 외무부령으로 정하는 자(동 제9호) 해외이주 자격이 없다고 규정하고 있다. 동 제9호에 따른 해외이주법 시행규칙 제4조제3호는 해외이주목적이 명확하지 않은 자까지 부적격자로 규정하고 있다. 해외

114) *Ibid.*

115) *Ibid.*, p.46.

이주의 자유를 원칙이 아닌 예외로만 규정하고 있는 이상의 조항에 대하여는 해외여행의 자유를 설명한 부문에서 전개된 논리가 그대로 적용될 수 있으며 인권규약과의 합치성이 의심된다. 이 점도 국내법의 개정을 통한 요건의 엄격화 등이 필요하다고 본다.

제13조는 외국인의 추방에 관한 규정이다. 강제퇴거사유에 대해 규정한 출입국관리법 제45조에서 특히 문제가 되는 것은 “빈곤자, 기타 구호를 요하는 자”도 강제퇴거 대상으로 하고 있다(제45조제2호 1, 제10조) 사회보장에 관한 내외국인평등대우가 A규약의 기본원칙이므로 사회보장 해당사유가 곧 퇴거강제원인이 되어서는 아니될 것이다. 따라서 외국인에 대하여 우리 국민에 동등한 사회보장을 부여하지 않는다 할지라도 사회보장대상이라는 것만으로 외국인을 추방할 수 없을 것이다. 일본도 구출입국관리령에서는 빈곤자 등이 퇴거강제대상에 포함되어 있었는데 인권규약가입에 즈음하여 그 조항을 삭제하였다.

제14조제3항제4호는 피고인의 재판출석권을 보장하고 있다. 우리나라 형사소송법 제276조도 같은 권리를 규정하고 있으나 경미한 사건 등 법이 특별히 규정하고 있는 경우에는 피고인의 출석없이도 재판을 진행할 수 있다고 규정하고 있다. 예를 들어 경미한 사건(형사소송법 제277조), 피고사건에 대하여 무죄, 免訴, 형면제, 공소기각판결을 할 것이 명백한 경우(동법 제306조), 피고인이 재판장의 허가 없이 퇴정하거나 질서유지를 위하여 재판장이 퇴정을 명할 때(동법 제330조), 항소심의 경우 피고인이 정당한 사유없이 2회 이상 출석하지 아니한 경우(동법 제365조), 반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법에 따라 2회 이상 출석요구를 받고도 불응한 경우(동법 제5조) 등은 피고의 출석없이 재판을 진행할 수 있다고 규정하고 있다. 규약 제14조제3항제4호가 적정한 사유가 있어서 법이 명시적으로 인정하는 경우의 궤석재판까지 부인하는 것은 아니라고 보아지나, 우리에게 앞서 인권규약에 가입한 호주, 이탈리아, 오스트리아, 독일, 네덜란드 등이 우리와 비슷한 국내법을 이유로 이 조항을 유보한 바 있다.

제18조는 사상·양심·종교의 자유를 규정하고 있다. 사상의 자유와 관련하여 국가보안법이 문제가 된다. 국가보안법상 공산주의사상은 처벌대상이 되고 특히 불고지죄까지 처벌대상으로 하고 있는 점은 인권규약과 충돌된다.

제19조제2항에는 누구나가 표현의 자유를 누릴 권리를 가지며 이 권리 출처가 외국이거나 그 매체와는 관계없이 모든 정보와 사상을 탐구하고 수령하여 이를 전파할 수 있는 권리가 포함된다. 이 규정에서도 권리의 주체가 내·외국인 모두를 포함한 ‘누구나’로 되어 있다. 따라서 이 규정도 대한민국의 국적을 가지지

아니한 자는 정기간행물의 발행인이나 편집인 또는 방송국의 장이나 편성책임자가 될 수 없다고 규정하고 있는 “정기간행물의 등록등에 관한 법률”과 “방송법” 각 제9조와 충돌한다. B규약 제19조제2항이 텔레비전과 방송 및 영화매체의 허가제와 충돌되지 않는다는 해석적 선언을 한 네덜란드와 같은 나라도 있는데 비록 등록제를 취하고는 있다고는 하지만 우리나라 국적을 가지지 않으면 그 자체를 결격사유로 규정하고 있는 정기간행물의 등록 등에 관한 법률과 방송법 제9조와 충돌문제가 제기될 수 있다. 따라서 이 조항의 해석에 관한 선언문제를 검토하여야 한다. 이 특정 조항의 해석에 관한 선언에는 오로지 자국의 해석론만을 제시한 선언(mere interpretative declaration)과 비준이나 가입시에 그 조건으로 밝힌 조약내용의 전부나 일부에 대한 일정한 해석(qualified interpretative declaration)이 있다.

제21조는 집회의 자유를 모든 자의 권리로 규정하고 있다. 우리나라 출입국관리법 제16조제2항은 외국인의 정치활동을 금지하고 있다. 서독은 외국인의 정치활동 제한의 의미에서 이 조항을 유보한다 있다. 우리나라도 그에 대하여 유보하여야 할 것이다.

제26조는 출신(national origin)에 의한 차별을 금지하고 있다. 그런데 우리나라 외무공무원법 제8조제2항제2호에 따르면 귀화자는 외무공무원이 될 수 없다. 출생에 의한 국민과 귀화국민간에 구별은 규약 제26조가 금하고 있는 사항이다. 대통령이나 국회의원의 되는데는 그와 같은 사실이 결격사유가 되지 않는데 비하여 외무공무원에게만 제한을 가하고 있다. 외무공무원법 제8조상의 다른 결격요건에 대하여도 같은 의문이 제기될 수 있다.

第3節 기타 多者條約上의 留保

1. “여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약”

자의 국적취득에 있어서의 남녀평등을 규정한 이 협약 제9조를 유보하였다. 우리나라가 사회·문화적 요인 때문에 일본과 같이 兩系혈통주의로 전환하지 못하고 국적법상 부계혈통주의를 고수하고 있기 때문이었다.¹¹⁶⁾

116) 제9조 1. 당사국은 여성이 국적을 취득, 변경 또는 보유함에 있어 남성과 동등한 권리를 부여하여야 한다. 당사국은 특히 외국인과 결혼 또는 혼인중 부에 의한 국적의

2. “아동의 권리에 관한 협약”

제9조제3항, 제21조 가항 및 제40조제2항 나호(5)를 유보하였다.¹¹⁷⁾

3. 난민협약 및 의정서

협약 제7조(3년 거주난민에 대한 상호주의적 인정)가 국가배상법 제7조, 공인 회계사법 제4조, 변호사법 제6조제2항, 특허법 제25조, 의장법 제4조에 위배된다는 이유로 유보하였다.

4. “질식성, 독성 또는 기타 가스 및 세균학적 전쟁수단의 전시사용 금지에 관한 의정서”

유 보:

- (1) 상기의정서는 이 의정서를 서명하고 비준한 국가 또는 의정서에 가입하는 국가와의 관계에서만 대한민국 정부를 구속하며,
- (2) 동 의정서는 그 군대 또는 동맹국이 의정서에 규정된 금지사항을 준수하지

변경으로 처의 국적이 자동적으로 변경되거나, 처가 무국적으로 되거나 또는 부의 국적이 처에게 강제되지 아니하도록 확보하여야 한다. 2. 당사국은 자녀의 국적에 관하여 남성과 동등한 권리를 여성에게 부여하여야 한다.

117) 제9조제3항 당사국은 아동의 최선의 이익에 반하는 경우외에는, 부모의 일방 또는 쌍방으로부터 분리된 아동이 정기적으로 부모와 개인적 관계 및 직접적인 면접교섭을 유지할 권리를 가짐을 존중하여야 한다.

제21조 (입양제도를 인정하거나 허용하는 당사국은 아동의 최선의 이익이 우선적으로 고려되도록 보장하여야 하며, 당사국은) 가. 아동의 입양은, 적용가능한 법률과 절차에 따라서 또한 적절하고 신빙성있는 모든 정보에 기초하여, 입양이 부모·친척 및 후견인에 대한 아동의 신분예 비추어 허용될 수 있음을, 그리고 요구되는 경우에 관계자들이 필요한 협의에 의하여 입양에 대한 분별있는 승낙을 하였음을 결정하는 관계 당국에 의하여만 허가되도록 보장하여야 한다.

제40조제2항 나호 (5) 2. 이 목적을 위하여 그리고 국제문서를 고려하여 당사국은 특히 다음 사항을 보장하여야 한다.

나. 형사피의자 또는 형사피고인인 모든 아동은 최소한 다음 사항을 보장받는다. (5) 형법위반으로 간주되는 경우, 그 판결 및 그에 따라 부과된 여하한 조치는 법률에 따라 권한있고 독립적이며 공정한 상급 당국이나 사법 당국에 의하여 심사되어야 한다.

아니하는 적국과의 관계에서는 바로 그 사실에 의하여 대한민국 정부에 대한 구속력이 정지된다.

5. “1949년8월12일자제네바협약에대한추가및국제적무력충돌의회생사에관한 의정서”

- 유보사항 : 1. 제1의정서 제44조에 관하여, 동조 제3항 둘째 문장에 기술된 “상황”은 점령지역 또는 제1조제4항에 의하여 규율되는 무력충돌에서만 존재할 수 있으며, 대한민국 정부는 동조 제3항(b)의 “전개”를 “공격이 개시되는 장소로 향한 모든 움직임”을 말하는 것으로 해석한다.
2. 제1의정서 제85조 제4항 (b)에 관하여, 전쟁포로를 억류하고 있는 국가가 공개적이고 자유롭게 발표된 포로의 의사에 따라 그 포로를 송환하지 아니함은 본 의정서의 중대한 위반행위중 포로송환에 있어서의 부당한 지연에 포함되지 아니한다.
3. 제1의정서 제91조에 관하여, 제협약 또는 본 의정서의 규정을 위반하는 충돌당사국은 피해 계약당사국에게 보상책임을 지며 이는 피해 계약당사국이 무력충돌의 법적 당사자인지 여부는 불문한다.
4. 제1의정서 제96조 제3항에 관하여, 제1조 제4항의 요건을 진정으로 충족시키는 당국에 의한 선언만이 제96조 제3항에 규정된 효과를 가질 수 있으며, 동 당국은 적절한 지역 정부간 기구에 의하여 승인받는 것이 필요하다.

6. 아시아개발은행 설립협정

단, 본협정을 비준함에 있어서 행한 동 협정 제56조 제2항에 대한 유보는 다음과 같다.: “대한민국은 대한민국의 국민에 대하여 은행이 지급하는 봉급 및 수당에 대하여 대한민국과 그 하부 행정기관을 위하여 조세를 부과할 권리를 유보한다.”(118)

118) 제56조제2항: 은행의 임무를 수행하기 위한 전문가를 포함하여 은행의 이사, 대리 이사, 직원 및 종업원에 대하여 은행이 지급하는 봉급과 수당에 관하여는 조세를 부과할 수 없다. 단, 어떤 회원국이 본 협정의 비준서 또는 수락서의 기탁시에 동 회원국의 시민 또는 국적인에 대하여 은행이 지급하는 봉급 및 수당에 대해서 동 회원국이 회원국 자신이나 동 회원국의 하부 행정기관을 위하여 조세를 부과할 권리를 유보한다는 선

7. 국제원자력기구의 특권과 면제에 관한 협정

국제원자력 기구 협약 제15조(다)항에 의거하여 채택된 국제원자력기구의 특권과 면제에 관한 협정 제38절의 규정에¹¹⁹⁾ 따라 다음과 같이 유보함.: 협정에서 기구 직원으로 고려되는 현지 채용인은 제18절 2,3, 4, 5, 및 6항과 제19절에 규정된 제 특권과 면제를 향유하지 못한다.

8. “1973년 선박으로부터의 오염방지를 위한 국제협약” 및 “1973년 선박으로부터의 오염방지를 위한 국제협약에 관한 1978년 의정서”

동 협약의 부속의정서 III(포장된 형태로 또는 화물콘테이너, 이동식 탱크, 도로·철도용탱크차에 의하여 수송되는 유해물질에 의한 오염방지를 위한 규칙), IV(선박으로부터의 하수에 의한 오염방지를 위한 규칙), V(선박으로부터의 폐기물에 의한 오염방지를 위한 규칙)의 대한민국에 대한 적용을 유보하였다.

9. “세관절차의 간소화 및 조화에 관한 국제협약의 보세창고에 관한 부속서(E3)”

권고적 관행 13, 동 관행 14 및 동 관행 15의 대한민국에의 적용을 유보하고 이에 공포한다. 이에 따르면, 권고적 관행 13: 대한민국의 법에 따라 수출용 원자재에 대한 관세 등의 환급은 수출물품을 보세창고에 장치하는 것만으로는 그 요건이 충족되지 아니하며, 수출면허를 받아 선적함으로써 받을 수 있다.

권고적 관행 14: 대한민국의 법에 따라 일시 수입절차에 따라 반입된 물품에 부과되는 제반의무의 해제는 보세창고에 장치하는 것만으로는 그 요건이 충족되지 아니하며 수출면허를 받아 선적함으로써 받을 수 있다. 권고적 관행 15: 대한민국의 법에 따라 내국세가 부과되거나 또는 부과된 물품의 내국세의 면제 또는 환급은 보세창고에 장치하는 것만으로는 그 요건이 충족되지 아니하며, 수출면허를 받아 선적함으로써 받을 수 있다.¹²⁰⁾

언을 하는 경우에는 예외로 한다.

119) 제38절 당사국은 이 협정에 유보할 수 있다. 유보는 당사국의 수락서 기탁시에만 할 수 있으며 사무국장은 즉시 기구의 당사국에게 통고한다.

120) 원래의 권고적 관행 13. 수출상품의 생산에 사용되는 수입원자재와 관련한 관세 및 조세의 환급은 국내법에 따라 그러한 수출 상품이 수출을 위하여 선적되는 때에 허용되며 그러한 상품을 보세창고에 저장하는 것만으로는 충분하지 아니하다. 14. 일시적 수

10. 핵사고 또는 방사능긴급사태시지원에 관한 협약

제8항의 유보

제8조제2항: 요청국은 요청국에 적절히 통보되고 수락된 지원당사자의 요원 또는 그를 대행하는 요원에 대하여 다음의 특권 및 면책을 부여하여야 한다.

(a) 그들의 임무수행에 있어서의 작위 또는 부작위에 관하여 체포, 구금 또는 형사, 민사 및 행정관할권을 포함하는 요청국의 법적 절차로부터의 면책

(b) 그들의 지원기능 수행과 관련하여 상품의 가격에 일반적으로 부여되는 또는 제공된 용역에 일반적으로 지불되는 것을 제외한 세금, 관세 및 기타 부과금의 면제

및

제3항, 요청국은,

(a) 지원을 목적으로 지원당사자에 의하여 요청국의 영토에 반입된 장비 및 재산에 대한 세금, 관세 또는 기타 부과금의 면제를 부여하여야 한다.

(b) 이러한 장비 및 재산의 압수, 압류 또는 징발로부터의 면제를 부여하여야 한다.

제10조제2항 달리 합의되지 아니하는 한, 요청국은 요청된 지원을 제공하는 과정에서 그의 영토 또는 기타 관할 또는 통제하에 있는 기타 지역내에서 야기된 인명의 사망이나 상해, 재산의 손상이나 손실 또는 환경의 손상에 대하여,

(a) 지원당사자 또는 그를 대행하는 요원이나 법인체에 대하여 어떠한 법적인 소송도 제기하지 아니한다.

(b) 제3국이 지원당사자에 대하여 또는 그를 대행하는 요원 또는 기타 법인체에 대하여 제기한 법적 소송 및 청구를 처리할 책임을 진다.

(c) (b)에 언급된 법적 소송 및 청구에 대하여 지원 당사자 또는 그를 대행하는 요원 또는 법인체에 손해를 입히지 아니하도록 한다.

(d) 지원당사자 또는 그를 대행하는 요원 또는 기타 법인체에 다음에 대하여 보상한다.

입절차에 의한 의무는 국내법에 따라 그 상품이 수출을 위하여 선적되는 때에 이행되며 그러한 상품을 보세창고에 저장하는 것만으로는 충분하지 아니하다. 15. 내국세와 관세의 면제 또는 환급은, 국내법에 따라, 그러한 내국세와 조세를 납부하여야 할 또는 이미 부담한 상품이 수출을 위하여 선적된 때에 허용되며 그러한 상품을 보세창고에 저장하는 것만으로는 충분하지 아니하다.

- (1) 지원당사자의 요원 또는 그를 대행하는 요원의 사망이나 상해
- (2) 지원에 관련된 비소모성 장비 또는 물자의 손실이나 손상
단, 사망, 상해, 손실 또는 손상을 야기한 자의 고의적인 잘못으로 인한 경우는 제외한다.

11. 1984년 5월 10일 세계지적소유권기구 사무국장에 가입서를 기탁하고 5월 15일 공포한 조약인 특허협력조약 제2장(국제예비심사)의 적용을 배제하였는 바, 제31조부터 제42조까지 실제적 조문의 약 5분의 1을 유보하였다..

12. 83년 7월 15일 관세협력이사회 사무총장에게 가입서를 기탁하고 83년 12월 24일 공포한 세관절차의 간소화와 조화에 관한 국제협약 및 “물품의 일시장치에 관한 부속서” 부속서 권고적 관행 10의 적용을 유보

13. 소포우편물약정및최종의정서

제25조제3항 유보

14. 가입추진중인 “고문 및 기타 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우 또는 형벌의 금지조약”(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)(1984년 12월 10일 국제연합 총회에서 채택, 1987년 6월 26일 발효)의 가입과 관련하여 검토된 사항은 다음과 같다.

고문의 금지는 국내법상 헌법 제12조제2항, 형법 제125조 및 형사소송법 제309조에 명확히 규정되어 있으며 국제법상으로는 국제인권규약 B규약 제7조에 명시되어 있을 뿐만 아니라 이미 국제관습법화한 법규범으로 보는 것이 일반적인 견해이지만, 유보가능 조항인 제20조의 유보여부와 수락이 가능한 조항인 제21조제1항 및 제22조제1항의 수락여부가 검토대상이 되었다. 고문방지위원회는 어느 당사국이 영토내에서 고문이 조직적으로 행하여지고 있다는 충분한 근거가 있다고 보이는 믿을 만한 정보를 접수한 경우, 그 당사국으로 하여금 이 정보를 조사하는데 협조하도록 하며 이를 위하여 관련 정보에 관한 견해를 제시한다(제20

조제1항).

고문방지위원회는 관계 당사국에 의해 제출된 견해와 아울러 여타 입수가 가능한 관련 정보를 고려하여 정당한 근거가 있다고 결정하는 경우, 비밀조사를 실시할 수 있다(제20조제2항). 이러한 조사가 이루어지는 경우, 관련 당사국의 협력을 구하여야 하며, 이러한 조사는 관련 당사국의 합의에 따라 그 국가영토에 대한 방문을 포함할 수 있다(제20조제4항). 각 당사국은 동 협약의 서명, 비준 또는 가입시에 제20조에 따라 부여된 위원회의 권한을 인정하지 않음을 선언할 수 있다(제28조제1항). 동 조항의 고문방지위원회는 자체 정보에 따라 조사활동을 할 수 있다는 점에서 국제인권규약(B규약)의 인권이사회보다는 더 큰 권한을 가지고 있다고 말할 수 있겠으나, 이러한 권한도 당사국의 협조 또는 합의가 있어야 제대로 행사될 수 있도록 규정되어 있음을 알 수 있다. 우리나라의 고문방지협약 가입시에도 가능한 한 유보가 가능한 제20조를 유보하지 않고 가입하는 것이 고문방지협약 가입의 취지에 부합되는 것이 될 것이며, 실질적으로 고문방지 노력을 고무하는 것이 될 것이다.

한편, 고문방지협약 당사국은 협약상 의무이행에 관한 국가간의 이의제기를 고문방지위원회가 접수 및 심리할 권한을 인정한다는 것을 언제든지 선언할 수 있으며(제21조제1항), 자국 관할권하에 있는 개인의 이의제기를 고문위원회가 접수 및 심리할 권한을 인정한다는 것을 선언할 수 있다(제22조 제1항). 제21조 및 제22조는 고문방지위원회의 권한을 인정하고자 하는 당사국들이 별도의 수락선언을 할 경우에 적용되는 조항이라는 점에서, 제21조는 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약 제41조에 해당하는 것이며, 제22조는 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약에 대한 선택의정서에 해당하는 것이다. 따라서, 제21조 및 제22조의 수락 여부를 검토하는데 고려하여야 할 사항은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제41조의 수락여부 및 시민적 정치적 권리에 관한 선택의정서 가입여부를 검토하는데 고려하여야 할 사항과 동일하다고 할 수 있겠다.

第6章 結 論

조약의 서명·비준·수락·승인 또는 가입시에 유보를 붙일 수 있다. 다만, 그 조약에서 이를 금지하고 있거나, 특정유보만을 허용하고 있는 조약이 여기에 해당하지 않은 유보이거나 또는 조약의 대상 및 목적과 양립되지 아니하는 경우에는 유보를 붙일 수 없다.¹²¹⁾ 여기에서 말하는 유보라 함은 조약의 일정한 조항의 자국에의 적용을 배제하거나 그 법적 효과를 변경시키기 위하여 행하는 일방적 선언이다.¹²²⁾ 특정조항의 해석에 관한 선언에는 두가지가 있다. 오로지 자국의 해석론만을 제시한 선언(*mere interpretative declaration*)과 비준이나 가입시 그 조건으로 밝힌 조약내용의 전부 또는 일부에 대한 제한적 해석적 선언(*qualified interpretative declaration*)이 그것으로 후자는 유보에 해당한다.¹²³⁾

조약에서 명시적으로 인정하고 있는 유보는 별단의 규정이 없는 한 다른 체약국의 추후의 승락을 요하지 아니한다. 그러나 교섭에 나선 국가의 수가 제한되어 있고, 조약의 대상과 목적에 비추어 조약 규정 전체의 모든 당사국에 대한 적용이 조약성립의 필수적인 요건이 되어 있음이 명백한 경우에는 유보에 대한 모든 당사국의 수락이 있어야 한다. 국제기구의 헌장에 있어서는 헌장이 달리 규정하고 있지 아니하는 한, 관계기관의 수락이 있어야 한다. 위에 든 경우를 제외하고 유보에 대한 다른 체약국의 이의는 이를 제기한 국가가 확정적으로 반대의사를 표시하지 않는 한, 유보국과 이의 제기국간의 조약 적용을 배제하지 아니한다. 조약에 달리 규정하고 있지 아니하는 한, 유보의 통고를 받은 날로부터 12개월의 기간이 경과한 때까지 또는 그 조약에 구속되겠다는 동의를 표시한 일자까지 그 중의 그 어느 것이든 나중의 시기까지 이의를 제기하지 아니한 경우에는 유보가 그 국가에 의하여 수락된 것으로 간주된다.

유보는 물론이고 그 수락과 유보에 대한 이의제기도 서면으로 하여야 하고 체약국과 조약의 당사국이 될 수 있는 권리를 가진 국가에 통고하여야 한다. 유보와 이에 대한 이의의 철회도 서면으로 하여야 한다. 조약에 별단의 규정이 없는

121) 조약법에 관한 비엔나협약 제19조.

122) 동 조약 제2조제1(d)항.

123) I. Sinclair, p.53.

한 유보는 언제든지 철회할 수 있으며 여기에는 유보를 수락한 국가의 동의를 요하지 않는다. 유보의 법적 효과는 다음과 같다. 유보국과 다른 당사국과의 관계에 있어서 유보국에 대하여는 유보에 관련되는 규정은 그 유보의 범위내에서 변경된다. 그러나 유보국 이외의 다른 당사국 상호간에는 그 조약 규정이 변경되지 아니한다. 유보에 대하여 이의를 제기하는 국가가 자국과 유보국간에 그 조약이 발효하는 것에 반대하지 아니하는 경우에는 유보에 관련되는 조항은 유보의 범위내에서 그 양국간에 적용되지 아니한다.¹²⁴⁾

한편, 우리나라의 유보관행의 문제점은 다음과 같이 지적될 수 있을 것이다. 첫째, 우리나라에서 간행된 법령집 또는 법전, 심지어 조약집에서 조차 개개의 조약에 대한 유보현황에 대해서는 전혀 언급하고 있지 않다. 이는 구체적인 업무의 처리와 사건의 판결에 있어서 조약 그 자체를 참고하고 원용하기 보다는 국내법에 의거하겠다는 것으로 밖에 볼 수 없다. 이러한 점은 하루 빨리 시정되어야 할 것이다. 또한, 어떠한 조약의 체결국들이 어떠한 조항을 유보하였는가에 대하여 파악하고 있어야 구체적인 사건과 관련하여 관련 체결국과의 관계에서 적용될 수 있는 조약의 범위를 알 수 있을 것이다. 이상과 같은 점을 고려해 볼 때, 적어도 정부기관이 발행하는 조약집이나 법령집에서는 유보조항에 대해 명시해 두어야 할 것이다.

둘째, 우리나라는 인권보장 관련 국제조약에 가입하면서 국내법과 충돌된다고 판단되는 조항은 모두 유보하에서만 가입하여 왔다. 인권규약의 가입의 의의는 조약 가입을 계기로 국내인권상황을 조약이 요구하는 수준으로 끌어올리는데 있다. 그러나 우리나라는 국내법이 조약상의 의무를 만족시키지 못하는 경우 국내법을 개정하기 보다는 조약의 관련 조항을 유보하여 왔다. 물론 인권관계 조약의 가입시 선진국들도 역시 적지 않은 유보를 하였으나 우리나라는 조약 체결을 위한 국내법의 개정보다는 유보를 선택하는 경향이 두드러진다는 지적도 타당하다고 본다.

셋째, 조약가입준비과정이 불충분하다는 지적도 유의할 필요가 있다. 예컨대, 인권관련조약은 외무부가 주무부서가 되어 가입시 예상되는 문제점, 특히 조약내용과 국내법간의 충돌 여부를 조사한 후 그 대책을 마련하는 바, 이 과정이 매우 소홀히 처리되는 경우가 많았다. 1차적으로 외무부에서 관련 각 부처에 조약내용을 통지하고 담당 업무와 관련된 국내법상의 문제점이나 의견제시를 요구하

124) 조약법에 관한 비엔나협약 제21조.

는데 이를 요청받은 부서가 무성의하게 응답하는 경우가 많다는 지적이 있음을 밝혀두고자 한다. 즉, 대부분의 정부부처에서 조약 가입여부는 자신들의 관심사가 아니라는 이유로 최소한의 형식적인 검토조차 게을리되고 있으며, 평소 대외업무가 적은 정부부처의 경우에는 담당자가 조약의 해석에 관한 기본적인 능력 자체를 갖지 못하고 있다는 점은 개선되어야 한다는 것이다.

넷째, 정부가 발표한 유보조항보다 실제 조약과 국제법간의 충돌이 훨씬 많은 데도 불구하고 지나치게 많은 유보는 국내외 여론상 곤란하다는 이유로 “국내법과 모순없음”으로 결론 내려지고 있다. 그 사례는 앞서 국제인권규약 가입과 관련하여 지적한 바 있으며, 이와 관련하여 문제화된 예는 다음과 같다.

즉, 국제연합 인권위원회는 1995년 8월 국내 노동쟁의 조정법상 제3자 개입금지 조항을 위반해 대법원으로부터 유죄 확정판결을 받은 사건에 대해 『국제 인권규약을 위반한 것』이라는 결정을 내려 한국 정부에 통보하였다. 국제연합 인권위원회는 제3자 개입금지 위반혐의로 유죄가 확정됐던 孫중규씨(40·前금호노동조합장) 사건을 3년동안 심리한 결과, 『孫씨의 행위를 제3자 개입금지 규정으로 처벌한 것은 B규약 제19조제2항이¹²⁵⁾ 보장한 표현의 자유를 침해한 것』이라고 결정하였다. 우리나라 정부는 90년 4월 B규약과 이 규약의 이행여부를 감시하는 인권위원회의 활동을 인정하는 선택의정서를 모두 비준했기 때문에 이 결정을 무시할 수는 없을 것이다. 인권위원회는 또한 孫씨가 피해에 대한 보상을 받을 권리가 있고 우리나라는 제3자 개입금지 조항을 재검토, 유사사건의 재발방지를 보장할 의무가 있으며, 90일 이내 위원회의 견해를 이행하는 조치를 취해 이를 통보해주도록 하였다.

125) 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리를 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며, 전달하는 자유를 포함한다.

현안분석 95-4 多者條約의 留保에 관한 研究

1995년 10월 25일 印刷

1995년 10월 31일 發行

發行人 白 南 辰

發行處 **한국법제연구원**

印刷處 (주) 한국컴퓨터산업

서울특별시 종로구 신문로2가 1-103

전 화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-190호

本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©

값 3,000 원

