

국제분쟁 개념의 발달론

한 창 영

— 목 차 —

- | | | | |
|-----|--------------|----|----------------|
| I | 머릿말 | IV | 법률적 분쟁과 정치적 분쟁 |
| II | 국제분쟁의 의의 | V | 맺는말 |
| III | 국제분쟁 개념 발달과정 | | |

I 머릿말

국제사회의 현실은 힘이 상당한 지배력을 가지고 있다는 것을 부인하려고 하는 사람은 없을 것이다. 국제사회를 정치적 국면으로 다루는 학문을 국제정치학이라 하거나와 국제정치학을 영어로는 Power Politics라 한다. 다시 말하면 힘의 정치학이란 뜻이다. 이렇게 국제사회는 힘이 지배하는 사회라는 것을 단적으로 나타내는 말을 달리 쉽게 찾아 볼 수는 없을 것이다. 한편 국제법은 국제사회를 대상으로 하고 있지만 국제정치학처럼 힘에 관계된 것이 아니고 질서를 추구하는데 이바지하려는 데 있는 것이다. 이런 점에서 국제정치학은 동태적파악의 접근방법을 취하고 있다고 본다면 국제법은 정태적파악의 접근방법을 택하고 있다 할 수 있을 것이다.

그렇다고 해서 국제법이 전혀 국제사회의 현실을 도외시한다고는 볼 수 없다. 국제법의 원칙 중에 소위 실효성의원칙 (Principle of effectivity) 의 이면에는 힘의 배경을 전제하고 있는 것으로 보아진다. 아몽든 국제법은 힘과 질서의 교차장에서 평화의 기술을 어떻게 연마해 나아가느냐 하는데 고민이 있는 것이다.

국제법은 원칙적으로 주권국가 (Sovereign State) 를 주축으로 하는 국제사회를 다루면서 발달해 왔다. 이런 점에서 주권국가를 초월하여 세계를 하나의 국가로 보아서 하나의 법체계를 구상하는 이른바 세계법 (Weltrecht) 과는 그 본질에 있어서 판이하게 다른 것이다. 세계법의 체제하에서는 적어도 국가와 국가와의 분쟁이 이론상 발생할 수 없을 것이다. 다시 말해서 국제분쟁의 발생을 배제하고 있는 것이다.

그러나 국제법의 체제하에서는 국제분쟁의 발생가능성이 내재되고 있는 것이다. 이것은 국제법이 주권국가간의 질서를 규제하는데 있어서 현저히 나타나는 일이다. 주권국가는 주권의 속

성을 국제사회에서 나타낼려고 하는 한편 국제법은 국제사회의 평화와 질서를 법적국면으로 그러한 주권의 속성을 다루려 한다.

본고에서 논하려는 국제분쟁개념 역시 힘과 질서의 교차장에서 우러나온 산물에 불과하고 그 개념의 발달과정은 곧 국제사회에서의 힘과 질서의 갈등을 나타내는 것이며 그 개념의 발달은 국제사회에서 법의 지배 (Rule of Law) 에로의 궤도를 밟아 가는 것으로 보아진다.

본고의 겨냥하는바도 바로 그러한 궤도를 밟아 가는데 있어서 바람직한 것을 밝히므로써 국제사회에서 법의 지배가 보다 더 이루어지기를 기대하는데 있는 것이다.

II 국제 분쟁의 의의

J. L. Brierly는 "THE ESSENTIAL NATURE OF INTERNATIONAL DISPUTES"¹⁾에서 분쟁 (dispute) 이란 개념을 파악하기 위해서 The Oxford Dictionary의 사전적 의미를 먼저 음미하고 있다. 그리하여 분쟁이란 말을 다음과 같이 규정하고 있다.

분쟁이란 말은 매우 일정한 것이다. 그것은 유능한 법률가에 의해서 "issue"로 또는 여하간에 제한된 수의 이슈들로 분해되어질 수 있는 사태를 암시한다고 주장하였다. (That word is much too definite : it suggests a situation which is capable of being reduced by any competent lawyer to an "issue", or at any rate to a limited number of "issues".)

이한기 교수는 분쟁에 관하여 다음과 같이 말하고 있다.

분쟁 (disputes) 이라고 하는 것은 양자간의 어떤 법적문제 또는 사실문제에 관한 의견의 불일치, 환언하면 법적견해 또는 이해의 충돌이다. 국제분쟁도 국제법상의 법률관계 또는 국제정치상의 이해관계에 입각한 분쟁임에 반하여 국제정치상의 분쟁은 현행의 법률관계, 권리의무관계를 떠나서 그것의 변경을 요구하거나 또는 그것을 부인하는 분쟁을 의미한다.

국제분쟁은 원래 국가간의 분쟁이다. 그러나 분쟁이 처음에는 「개인과 국가간의 것」이 었다 할지라도 개인의 소속국이 그 분쟁을 취급하게 되면 「분쟁은 새로운 국면에, 즉 국제법의 영역에 들어가서 2국가간의 분쟁으로 화하는 것이다」. 「마브롬마티스」 특허사건은 동명의 개인과 영국과의 간에 벌어진 분쟁이었으나 후에 「그리스」 정부가 그 사건을 취급하였으므로 인하여 그 분쟁은 마침내 「그리스」대 영국의 국제분쟁으로 되었다. 그러나 소송당사자와 분쟁당사자를 혼동해서는 안되는 것이니 소송이 국가간의 소송이라고 하는 것은 곧 분쟁자체가 국가간의 분쟁

1) J. L. Brierly, The Basis of Obligation in International Law pp.181

The Oxford Dictionary defines a "dispute" as (1) the act of disputing or arguing against; actual verbal contention, controversy, debate... (2) an occasion or instance of the same... (3) strife, contest, a fight or struggle.

임을 의미하지는 않음다는 사실에 유의할 필요가 있다.²⁾

상술한「마브롬마티스」특허사건의 판시에 의하면, 「분쟁이란 2 주체간에 있어서 법률상 또는 사실상의 논점에 관한 불일치, 법률적 견해 또는 이해관계의 충돌이다」라고 하였다.³⁾

湯武씨도 국제분쟁을 다음과 같이 규정하고 있다.

「國際爭端乃兩國對於特定事項，在事實上或法律上所持之差別意見，亦兩國對其權利所爲之不同主張。」⁴⁾

이렇게 보아올때 국제분쟁개념에 대한 여러 학자들의 견해와 판례의 견해등이 대동소이하여 국제분쟁개념 자체에 대해서는 별로 이견이 없을 것 같다. 여기에서 좀더 천작한다면 J.L. Brierly의 표현인 “definite”와 湯武씨의 그것인 “特定”이란 점을 유의할 필요가 있는 것으로 보아진다.

만일 국제분쟁이 특정된 것이 아니라면 해결되어질 (Settled) 실마리를 찾아낼 수 없게 된다. J.L. Brierly가 적절히 표현한바와 같이 『집단적인 힘과 감정』(collective forces and feelings)은 해결될 수 없는 것이다.⁵⁾ 국제분쟁이 특정되지 않으면 『집단적인 힘과 감정』과 혼동하게 되기 쉽다.

이런 점에서 국제분쟁개념을 살펴볼 때 다음과 같이 밝힐 수 있다고 생각한다.

국제분쟁이란 원래 특정한 사항에 관련된 둘 또는 그 이상의 주체간에 있어서 법률상 또는 사실상의 논점에 관한 불일치, 법률적 견해 또는 이해관계의 충돌이라고 할수 있을 것이다.

Ⅲ 국제분쟁 개념의 발달과정

이상에서 국제분쟁개념 자체에 관하여 살펴 왔거니와 이하에서 그러한 국제분쟁 개념이 어떻게 처리되어 왔는가에 대하여 살펴 보고자 한다.

국제분쟁개념은 주권국가의 주권과도 얽혀져 왔다. 요즘 말하는 국내문제와 깊은 관련을 갖고 있는 문제이며 국제재판의 관할권과도 얽히고 있는 문제인 것이다.

국제분쟁개념의 발달과정을 H. Lauterpacht의 소론을 중심으로 살펴보면 다음과 같다.⁶⁾

2) 이한기, 국제법학 하권 p.21

3) 皆川洗, 國際法判例要錄 p.203

4) 湯武, 中國與國際法(三) p.777

5) J.L. Brierly, *ibid.* p.185

6) H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* pp.6

1. Vattel

국제분쟁이 분쟁당사국사이에 원만히 해결되어진다면 그것으로 족하다. 그런데 국제분쟁이 당사국간에 해결할 수 없을때가 많다는 것은 역사가 증명하는 터이다. 그 해결방법으로 중재재판을 극구찬양했던 사람은 Vattel이었다.

중재재판은 자연법에도 일치할뿐만 아니라 국가의 안전에도 직접적으로 영향을 주지 않는 분쟁들을 종식시키는 합리적인 수단이다 라고 그는 주장했다. 이어 그는, 주권자사이에 일어나는 분쟁들중에서 본질적인 권리와 중요치 아니한 권리사이에 명백한 구별이 있어야 한다고 했다.

다시 말해서 국제법은 국가의 독립과 사할적이익 (vital interests) 보다 중요치 아니한 문제에만 적용될 수 있다는 것이다. 이와같은 국제분쟁개념에 대한 작업은 일찌기 1758년 이전에 Vattel에 의하여 이루어졌다.

이것은 확실히 다른 나라와 논쟁하는데 있어서 주권국가는 항상 최후의 재판관으로 군림하려는데 구실을 제공하였던 "doctrine of the inherent limitation"보다 발전한 학설이라 아니 할 수 없다.

Vattel은 또한 그와같은 테두리안에서 중재재판에 회부할 의무를 『의심스러운 경우』 (doubtful cases) 에 국한하고 있다. 권리가 명백 일정하고 논의의 여지가 없을 경우에는 주권자가 힘을 가지고 있다면 대담하게 그것을 집행하고 그것을 중재재판에 제출하지 않고 방위할 수 있다는 것이다.

그러므로 Vattel의 견해에 따르면 중재재판에 회부할 수 있는 국제분쟁의 카테고리에는 매우 제한성이 있는 것으로 보아진다. 그렇지만 Vattel가 국제분쟁을 이분법으로 분류하려고 시도한 점은 높이 평가되어야 할 것 같다.

2. 학설의 현대적 근원

법률적분쟁과 정치적분쟁을 구별하는 현대적근원은 국제적중재재판의 역사상 매우 중요한 세 가지 계기에서 찾아 볼 수 있다. 첫째로는 1872년의 Alabama 중재재판을 들 수 있다. 그 당시 사적공적으로 화해에 도달하려는 많은 시도중에 Thomas Balch에 의하여 쓰여진 논문은 매우 중요한 것이었다. 그는 그의 논문에서 비록 법률적 또는 정치적분쟁에 관하여 명목상으로는 논급하지 않았지만, 법률문제에 관한 것과 개인의 청구권인 상호청구권은 엄격히 국가적 (strictly national) 이 아니라고 하였다. 이러한 논거는 그러한 문제가 고급정책 (high policy) 이 아니라는 뜻을 나타내려고 하고 있는 것이다.

생각컨대 Thomas Balch가 주장하는 것도 국제분쟁개념을 일원적으로만 파악할 것이 아니라 이원적으로 파악하려고 한다. 이런 점에서 Thomas Balch 역시 국제분쟁 개념을 양분하고 있는 것이다. Thomas Balch의 논거를 좀더 부연한다면 그는 분쟁을 “strictly national”한 것과 그렇지 아니한 것 또는 “high policy”에 속하는 것과 그렇지 아니한 것으로 나누어 볼 수 있는 것이다. 그 표현은 다를지언정 이른바 국제분쟁을 법률적분쟁과 정치적분쟁으로 나누는 approach와 그 궤를 같이 하고 있는 것으로 보아진다.

둘째로는 국제법학회 (The Institute of International Law)의 창립이다. 1873년에 Goldschmidt 교수는 국제적중재재판절차규정을 초안하는 준비작업을 맡게 되었다. 그의 주장은 다음과 같다.

중재재판의 판결은 본질적으로 법률적인 판결이므로 중재재판은 법률에 따라서 판단할 여지가 없는 성질의 비법률적분쟁 (non-legal disputes) 에 적용할 수 없다고 그는 주장했다. 그는 법률적쟁는 (legal differences, Rechtstreit, contestation juridique) 을 정의하여 법의 원칙을 적용함으로써 결정되어야 할 분쟁이라 하였다. 그러한 법률적 분쟁으로 그는 영토적청구와 조약의 해석문제를 포섭시키고 있다. 그리고 nationality, equality 혹은 supremacy 등의 문제는 법의 문제가 아니라 힘의 문제이므로 중재재판으로 해결하기엔 부적당하다고 그는 보았다.

셋째로는, 헤그조약을 들 수 있다. 제 1 회 헤그회의는 실정법으로 의무적 중재재판의 원칙을 구체화하는 것을 거절하고 법률적분쟁개념을 도입함으로써 국제중재재판사상 새로운 시대를 획하였다고 보아진다.

3. 헤그회의 이전의 학자들의 견해

이미 1870년에 Trendelenburg는 그의 전공논문에서 법률적분쟁과 정치적분쟁의 차이를 논하였다.

그의 논지는 다음과 같다.

사적 (史的) 발전 단계로 보아 국가간의 새로운 법률적관계를 만들어낼 경우의 분쟁을 해결하는데 있어서는 중재재판이 적합한 방법이 아니라는 점, 국가간의 충돌이 발생할 경우 법률적요소는 중재재판에 부할 수 있다는 점, 따라서 사법적해결방법은 국가의 발전과 대망에 관한 문제에서 제외되지 않으면 안된다는 점등이다. 그러한 문제를 해결하기 위해서는 제 3국이 선도하는 조정 (conciliation) 을 그는 권장하였다.

Bluntschli는 “The Organization of the European Federation of States”라 제하는 논문에서 『국제법상 보다 높은 정쟁(政爭)』 (higher politics in international law) 과 『단순한 국제적행정과 재판에 관한 문제』 (matters of mere interational administration and justice) 를 구별하였다. 전자에는 국가의 존재, 독립, 자유에 관한 문제가 포함 되고있다. 그리고 국민의 생활

조건, 안전과 발전이 그러한 문제에 달려 있는 것이다. Rouard de Card는 많은 중요한 문제 예를 들면 경계선의 획정, 관할권의 충돌 그리고 일반적으로 국제법위반등에 관하여 중재재판의 적합성을 인정하면서도 국가의 독립에 영향을 끼치는 문제는 배제하는데 힘썼다.

Lacointa는 사법적해결방법의 영역으로부터 비유형적(non-tangible) 성격을 갖는 문제 즉 단지 국제적 증오와 적대심을 자극하고 결정을 하는데 정확한 목표를 제시할 수 없는 문제를 제외시켰다. Mougin de Roqueford 역시 같은 견해를 택하였다.

Bulmerincq는 국가간의 분쟁이 정치적 혹은 법률적 원인에 의하여 일어난다고 보았으며 그리고 다만 법률적 분쟁만이 중재재판에 의하여 해결되어질 수 있는 것으로 봤다.

법률적분쟁을 법률상의 원칙에 의하여 결정될 수 있는 논쟁으로 정의한 Rivier는 법률적분쟁을 매우 자유롭게 해석하였다. 그래서 법률적 분쟁에는 국가의 재산, 국가의 영토와 경계선, 중립성을 확실히 침해하였거나 또는 외국인의 귀리를 침해한 것을 근거로 하는 손해배상 청구권, 조약의 해석과 집행, 외교적특권, 항행권등등에 영향을 주는 문제들이 포함된다고 하였다.

Geffcken은 중재재판을 사법상으로 정형화(formulation)가 가능한 청구에 국한시켰으며 그러한 청구는 빈번성이 적고 중요치 아니한 형(type)의 충돌이라야 한다는 것이다.

Calvo는 국제적중재재판은, 직접적으로 국가의 명예와 독립을 포함하는 분쟁을 다루는 것을 삼가지 않으면 안된다고 하였다.

이와같은 학설은 그 당시 Fiore, Ullmann, F. de Martens등에 의하여 명백히 인정되었다.

4. Kaltenborn, Lorimer 그리고 Westlake.

국제분쟁개념에 관한 학설을 발전시키는데 공헌한 사람으로서 Kaltenborn, Lorimer, 와 Westlake를 간과할 수 없다.

다음에 그들의 주장을 살펴 보기로 한다.

A) Kaltenborn

1861년에 출간한 "The Revision of the Doctrine of International Legal Procedure"라는 그의 저서로써 Kaltenborn은 국제분쟁개념의 발전에 공헌하였다. 그의 저서에서는 고유의 중재재판에 관해서 논급하고 있지 않을 뿐만 아니라 특히 국제분쟁을 분류하려고 도하지 않았다. 그러나 Kaltenborn 이래 오늘날까지 형식상으로 불변한채로 남아있는 국제법의 Rule 즉 국가들은 그들자신의 사건에 있어서 당사자일뿐만 아니라 재판관인 동시에 집행관이라는 것을 변호하려고 시도했다. 그는 의무적인 사법적해결이 반드시 평화를 유지하는 수단이라고 보는 견해에는 반대하였다. 만일 그 국가에 반하는 판결이 내려진 국가가 그 판결에 따르기를 거절하게

된다면, 남는 것은 힘에 호소하게 될 것이며, 때로는 정쟁으로 번지게 될 것이다. 그러면서도 Kaltenborn은 국제법상 분쟁당사국이 동시에 재판관이라는 사실에서 극복할 수 없는 곤란성을 찾아 볼 수 없다고 하였다. 그는 국제조직의 특이성이 반드시 부정의를 결과하느냐 하는 문제에 관해서는 의문을 갖고 있었다. 그에 따르면 국가라는 것은 도덕적 존재이어서 개인처럼 감정과 편파성에 영향을 받지 않으며 따라서 국가들은 이에의 축적된 기능으로 그들의 지위를 남용하기를 꺼린다는 것이다.

Kaltenborn의 논지를 살펴 볼때 국가의 이성을 높이 평가하고 있으며 그 이성이 국제분쟁개념중의 법률적분쟁을 기저로 하는 것으로 풀이할 수 있다고 생각한다.

이런 점에서 Kaltenborn 역시 국제분쟁개념의 발달에 공헌했다고 보아진다. 뿐만 아니라 Kaltenborn은 국제정의의 테두리 안에서 이른바 법률적 분쟁의 영역을 모색하려고 한것 같다.

B) Lorimer

Lorimer는 의무적인 재판상의 해결의 범위로 부터 불가능한 사제를 배제하려 하였다. 「정치적」이란 용어를 쓰지 않고, 그는 논점이 되고 있는 문제가 국가의 상대적 가치와 관련되어 있는 경우, 예를 들자면 국가상호간의 관계상 그들의 역사적 지위가 현재 그들의 진정한 지위이냐 아니냐에 관한 문제인 경우 중재재판은 적용될 수 없다는 의견을 표명하였다.

그는 그러한 예로서 1870년의 보불전쟁을 들고 있거니와 아뭇튼 Lorimer는 국가가 역사적으로 얽힌 문제에 관하여 비상한 관심을 가지고 있었다고 보아진다. 무릇 국가간의 분쟁에 있어서 그 분쟁이 역사적으로 얽히고 있으면 분쟁의 복잡성으로 인하여 J. L. Briery가 표현한 바와 같이 “Collective forces and feelings”의 문제로 되기 쉬운 것이다. 이러한 사례를 인도와 중공간의 국경분쟁에서 볼 수 있다.⁷⁾

또한 Lorimer의 논지에 따르면 역사적인 국가의 지위를 이른바 정치적 분쟁의 카테고리에 넣을 수 있을 것 같다. 허나 그로 부터 국가의 역사적 지위가 정치적분쟁의 대상이다라는 공식을 위도할 수 있느냐 하는 것은 의문이다.

C) Westlake

Westlake는 법률적분쟁과 정치적분쟁을 구별하는 것을 글로써 나타내지 않고 단지 구두로써 나타냈다는 점을 간과할 수 없지만 그는 그 문제에 관하여 놀랍고도 무게 있는 견해를 피력하였다. 한때 그는 그러한 문제에 관하여 결정적인 선택을 하지 않고 법률적분쟁의 객관적 표준과, 국가주권에 관한 전통적인 견해에 기초를 두고 있는 한 국가에 무제한 행동의 자유를 부여 한다는 이른구조와의 사이에서 동요하고 있었다. 한편 그는 법률적분쟁에 관한 객관적인 표

7) 入江啓四郎, 中. 印紛争の歴法 참조

준을 결정하였으니 다음과 같다. 즉 법률적분쟁이란 국제사회의 일반적 동의로부터 파생되는 힘을 배후에 가지고 있는 알려진 법규를 참조함으로써 해결될 수 있는 것이다. 또한 국제법규가 보충되거나 또는 명백히 정의되어질 필요가 있을 때에는 비법률적 성질을 가진 분쟁을 결정하는 정치적 행위가 허락된다고 그는 주장한다.

다른 한편 법률적분쟁에 관한 객관적 표준과는 관계가 없는 것 처럼 보였던 재판에 부탁할 수 있는 것(justiciability)에 대한 표준을 제안하였다. 이러한 표준에 따르면, 분쟁이 중요한 문제 즉 독립이라는 매우 탄력성있는 개념을 포함한 문제를 다루게 될 때 그러한 분쟁은 정치적이며 중재재판에 적합한 것이 아니다.

이와같이 Westlake는 국제분쟁을 justiciability라는 개념을 가지고 고찰하였다.

이상으로 국제분쟁개념의 발달과정을 “doctrine of the inherent limitaton”이라 Westlake가 지살펴 봤다. 여기에서 다음과 같은 네가지 점이 지적되어질 것이다. 첫째로는 국제분쟁개념자체를 그대로 파악하자는 생각을 가지고 있지 않다는 것이다. 이것은 국내사회와는 달라서 국제사회의 특질, 국제기구 또는 국제조직의 특이성에서 연유하는 귀결이라 보아진다.

국제사회에서 주된 주체를 주권국가라고 하는 전제를 고수하는한, 국제분쟁 개념의 파악은 주권국가의 주관적해석에 의해서 좌우되기 쉽다. 한편 국제법은 국제사회에서 법의 지배를 통해서 평화를 추구하는 것이므로 국제분쟁개념의 파악역시 그러한 국면에서 다루려 한다. 둘째로 국제분쟁개념을 2분법을 사용하여 구별해 보자는 의견이 명맥을 계속 유지하여 왔다는 점이 다.

세째로 이분법을 사용하되 그 분류의 기저를 국가의 주권 또는 독립등에 두어 왔다는 점을 지적할 수 있겠다.

넷째로 구별하는 표준이 주관적 자의성과 객관적보호성으로 인하여 부정확하였다는 점이다

IV 법률적 분쟁과 정치적 분쟁

국제분쟁개념을 법률적분쟁과 정치적분쟁으로 나누어 생각하는 approach는 이미 그 발달과정에서 밝혔거니와 Kelsen은 모든 국제분쟁은 법률적분쟁으로 보고있다. 그에 따르면 분쟁이 발생할 때 현실적으로 법이 존재함으로써 그 법에 따라서 분쟁을 해결한다는 것은 항상 가능한 일이라고 한다. 이른바 법률적분쟁과 정치적분쟁과의 차이는 다만 두가지 종류의 법률적분쟁간의 차이에 불과하다. 즉 이미 존재하는 법에 따라서 해결되어야 할 분쟁과 분쟁해결을 위해서 분쟁당사국에 의하여 만들어지는 법에 따라서 해결되어야 할 분쟁이다.⁸⁾

8) Herbert H. Briggs, The Law of Nations p.1042

이와같이 Kelsen의 견해에 따르면 국제분쟁을 법률적분쟁과 정치적 분쟁으로 나눌 필요가 없어진다. 허나 이미 살펴온 것과 같이 국제분쟁을 법률적 분쟁과 정치적분쟁으로 나누어 생각하고 있다.

1. 법률적 분쟁과 정치적 분쟁과의 구별

국제분쟁은 일반적으로 법률적인 것과 정치적인 것으로 구별된다. 법률적분쟁(legal disputes)은 국제법상의 권리 의무의 관계에 서서 다투는 분쟁이고 정치적분쟁(political disputes)은 직접 이것과는 관계없이 국제정치상의 이해관계에 서서 다투는 분쟁이라고 보아진다. 법률적 분쟁은 또한 『재판에 부탁할 수 있는 분쟁』(justiciable disputes) 또는 『권리에 관한분쟁』(disputes as to rights)이라고 하며, 정치적 분쟁은 『재판에 부탁할 수 없는 분쟁』(non-justiciable disputes) 또는 『이해충돌에 관한 분쟁』(disputes as to conflicts of interests)이라고도 부른다.⁹⁾

이러한 구별의 근거에 관하여서는 세가지 방식이 있다.¹⁰⁾

첫째로 국제법규의 유무에 의하여 구별한다. 법률적분쟁은 재판소에서의 판결이 현행의 실정법규가운데 그 지지점을 구할 수 있는 분쟁을 의미하고 정치적 분쟁이란 실정법의 미완성으로 분쟁해결을 위하여 적용되는 법규가 실정법규가운데서는 찾아볼 수 없는 분쟁을 말한다.

무릇 실정법규의 흠결은 법률질서에서 공통적인 현상이지만 아직 상설적 입법기관이 없는 국제법체제하에서 실정법규라 칭할 수 있는 것은 국가의 목전의 필요를 충족하기 위하여 체결한 조약 및 관습법규 뿐이다. 타면 국가간에 발생하는 복잡다난한 제문제를 실정규범에서만 해결할 수 없는 경우가 허다하다. 여기에 모든 분쟁을 재판에 부탁함은 재판관의 주관적 판단이 작용될 여지가 국내법상의 재판에 비할 수 없으리만큼 증대되고 반면 현재의 제국가는 자주와 자유를 극도로 존중하여 실정법규에 입각하지 않은 재판관의 주관적판단에 복종함을 두려워 하는 마음이 개인 이상으로 간절함이 진실이기에 법률적분쟁과 그렇지 않은 분쟁의 구별이 관행으로 발생하였다. 그러므로 법률적분쟁만이 재판에 부탁할 수 있는 분쟁이라고 한다.

둘째로 분쟁의 정치적 중요성에 의하여 구별한다. 정치적 분쟁은 국가의 독립 및 주권에 사활적 영향을 미치는 것으로서 단순한 법률적고려만으로는 해결함이 부적당한 분쟁을 의미한다. 법률적분쟁이란 재판의 결과가 당사국의 어느쪽에 유리한 경우라도 양국의 생존 및 장래의 운명에 영향을 미치지 않을 분쟁을 말한다. 양자의 분계선은 당사자가 분쟁해결을 위하여 승인한 국제법규의 존부에 좌우되지 않고 강차 분쟁당사국의 상대적 세력관계의 증감에 기인한다.

9) 이한기. *ibid* p. 26

10) 최재훈, 김승영, 안용표, 국제법학강의 pp. 415, (田村幸策, 國際法下卷) pp. 365

만일 이러한 결과가 발생하는 경우라면 무력에 의한 항쟁없이 양보하지 않을 것이기 때문이다.

세째로 구별의 표준을 분쟁당사자의 태도에 의하여 구별한다. 당사자의 주장이 현행법에 입각하여 다투는 분쟁은 법률적분쟁이고 법의 변경에 관한 경우에는 이익의 충돌에 귀착되므로 정치적 분쟁 또는 재판에 부탁함이 부적당한 분쟁이라고 한다. 여기서는 A의 표준에 의하면 법률적 분쟁이지만 B의 표준에 의하면 정치적분쟁이 됨을 주의할 필요가 있다.

『구별의 표준에 대한 비판』

첫째의 경우는 국제법체계의 불안전성과 이로 인한 국제법의 흠결(gaps in International Law)이 존재함을 인식한 나머지 실정국제법에 의하여 재판할 수 없는 분쟁은 정치적분쟁 또는 재판에 부탁할 수 없는 분쟁이란 논증이다. 그러나 이 방식의 비과학적성질은 ① 분쟁에 관한 적용법규의 존부여하는 재판에 의하여 확정된 것이며 재판부탁이전에 당사자가 그 존부를 판정함은 객관성을 상실한다. ② 재판관은 적용법규의 부존재를 이유로 재판불능(Non-Liquet)을 선언할 수 없다는 근본원칙에 배치되고 또 재판불능을 선고한 역사상의 예도 없다. ③ 국제사법법원규정 38조규정과 같은 포괄적인 재판규범을 갖고 있는 오늘 여전히 국제법의 흠결로 국제분쟁을 재판에 부탁할 수 없다는 논의는 이제 무의미하다.

둘째의 경우는 원래 정치적중요성이란 언젠가 가변적인 개념인 까닭에 특정사건을 사법적해결에 부탁할 의무의 존부를 결정하는 표준으로선 부적당하다. 또한 이 방식은 실정법상의 규정내용과도 모순된다. 1903년의 영·불중재재판 및 이를 모방한 제조약은 재판에 부탁할 수 있는 분쟁을 법률적분쟁에 한정하고 또는 법률적분쟁 가운데 체약국의 중대이익, 독립, 명예에 관한 분쟁은 재판의무로 부터 면제된다는 유보를하고 있다. 이러한 조약은 명백히 법률적 분쟁 가운데 국가의 중대이익, 명예 또는 독립에 관한 분쟁의 존재를 인정한 것이고, 국가의 중대이익이란 판단의 표준과 법률적분쟁이란 표현의 표준이 상위함을 의미한다. 그럼에도 둘째의 방식은 국가의 중대이익에 관한 분쟁의 존부를 법률적분쟁과 정치적분쟁을 구별하는 표준으로 삼는다.

셋째의 경우는 분쟁의 객관적성격 또는 그 내재적성질에 의하여 법률적분쟁과 정치적분쟁과의 구별을 결정하는 것이 아니라 당사자의 주관적인 태도에 구별의 결정적인 요소를 구하고 있다(다수설). 즉 이 방식에 의하면 법률적분쟁이란 당사자 일방(A)이 조약 기타의 객관적법규에 입각한 것이라 주장하고 일방(B)이 그 주장을 『법적근거』가 없음을 주장하는 분쟁을 말한다. 만일 A가 객관적법규에 근거하지 않은 주장임을 자인하고 다른 근거(정의, 공평의 관념 또는 양자간의 우의)에 의하여 그 요구를 관철하고자 하고 B가 이를 거절한 경우에는 정치적 분쟁이 된다. 그리고 A의 요구가 법규상 근거 있음을 주장하는데 반하여 B는 이를 부인하지는 않으나 다른 이유에 의하여 A의 요구를 거절하는 것이라면 정치적분쟁의 범주에 속한다. 로카르노 재판조정조약, 국제분쟁의 평화적해결에 관한 일반 의정서 기타 많은 국제조약은 이 방식

을 채택하고 있다. 그러나 이러한 주장은 분쟁당사자의 일방이 분쟁을 법률상의 문제로서 제기하는 반면, 타방은 정치적 이해관계로 재판부탁의 의무를 회피하는 길을 남겨 두었다. 약간의 국제조약(예, 국제사법법원규정 36조 2항)에서 사법적해결에 부탁할 의무의 존부에 관하여 분쟁이 발생한 경우에는 법원 자신이 관할의 결정권을 갖는다고 규정한 것은 이 경우가 부적당함을 명시하고 있다. 분쟁의 구별이 전적으로 분쟁당사자의 태도여하에 의존하는 것이라면 이러한 조약규정도 무의미하고 실제로 사법적해결의 의무를 부인하는 결과가 되기 때문이다.

이와 같이 법률적분쟁과 정치적분쟁을 구별하는 표준은 아직 정확한 객관적표준을 확립하지 못하고 있다. 오히려 양자가 진정한 의미에서 상호배타적일 수 없다는 상대성과 그러한 구별의 결정에 채용된 주관적 표준때문에 그 효력은 방대한 제한을 받고 있는 것이다. 그러나 이러한 구별의 실익은 국제분쟁의 평화적해결을 의무적으로 규정한 국제조약에 있어서 그 어느 분쟁을 의무적인 사법적해결(judicial settlement)에서 제외하느냐를 결정하는데도 가치있는 일이다. 또한 국제법을 국제관계의 변화에 적응시켜 조절할 필요를 촉구하는 의미에서도 필요하다.

국제분쟁개념의 발달과정에서 이미 밝혀진 바와 같이 본질상 이른바 정치적분쟁에 weight가 두어져 왔다. 그러므로 먼저 정치적분쟁의 성질을 고찰하는 것이 순서일 것 같다.

2. 정 치 적 분 쟁

T. M. Balch는 그 분쟁을 해결하는 것이 국가권력의 가능성에 장차 중대하게 영향을 주는(might seriously affect the future Possibilities of State Power) 그러한 분쟁을 정치적 분쟁으로 보았거니와¹¹⁾ 정치적분쟁이라고 하는 것은 다음과 같이 규정할 수 있다. 협의에 있어서는 비법률적분쟁을 말한다. 즉 현행 국제법의 원칙의 적용에 의하여 해결할 수 없는 분쟁이다. 광의에 있어서는 역시 그것이 법적문제를 포함하든 않든 간에 현행의 법(lex lata)에 의하든 또는 새로 설정될 법(de Lege ferenda)에 의하든 당사자가 사법적해결에 부탁하기를 거절하는 일체의 분쟁을 의미한다.

이에 따라 법률적 분쟁은 이상과 반대의 개념으로서 파악된다.¹²⁾

실제에 있어서 아무리 중대한 요구라 할지라도 당사자가 국제적 『힘의 위계』(hierarchy of force)안에서 자력으로 그 요구를 관철할만큼 충분한 지위를 점하고 있지 않으면 그 분쟁은 진정한 정치적 분쟁으로 되지 않은 법이다. 따라서 국가가 주관적으로 자기의 요구에 부여한 상대적 중요성은 정치적분쟁의 유일한 표준이 될 수 없는 것이다.¹³⁾

11) Charles de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* p. 75

12) 이한기, *ibid* p.31

13) Charles de Visscher, *ibid.* p. 77

또한 정치적분쟁과 법률적분쟁의 구별 표준의 상대성은 반드시 양자의 대립성을 의미하는 것이 아니다. 그래서인지 H. Morgenthau는 “The Notion of what is Political and what is legal do not form an antithetical pair”라고 하여 양자의 대립관계성을 부인하였다.¹⁴⁾

『정치적』(Political)이라는 개념은 선형적으로 (a priori) 확정된 내용을 가진 것이 아니고 본질상 유동성있는 개념이다. 그것은 중대하며 유동하는 『힘』(force)의 표현으로서 어떤 분쟁 문제와 국가이익간에 수시로 존재하는 고도의 가변적 제관계와 관련된 것이다. 금일에 정치적이라고 생각되었던 문제가 명일에는 그 성격을 갖지 않을 수도 있다. 반대로 그 자체 중요치 않은 다른 문제가 돌연히 제1급의 정치문제로 화할지 모른다. 그 결과 동일한 분쟁이라도 경우에 따라 재판에 부탁할 수도 있고, 또는 부탁할 수도 없게 된다. 이리하여 『재판부탁성』(justiciability)이라는 개념역시 상대적이다.

분쟁의 사법적해결에 대한 정부태도의 이와같은 주관성은 전면적으로 국가의 선의 또는 악의에 기인하는 것이 아니라 실은 국가간에 현존한 역분포(力分布)의 개별주의적 성격에 있으며, 그것은 현 국제관계의 구조의 단순한 반영에 불과한 것이다. 만일 분쟁의 실체가 중대한 정치적 긴장의 반영인 경우에는 그 사법적 해결에의 저항은 분쟁의 재판부탁의 거절자체에 기인하는 것이 아니고 바로 그 정치적 긴장에 기인한 것이라고 보아야 한다. 비록 왕왕의 국제재판에의 부탁이 긴장의 완화를 표시한 것이라 할지라도 그것은 반드시 분쟁에서 정치적 내용을 완전히 말살함을 의미하지는 않는다. 초법적(超法的)요소가 크게 작용하는 분쟁, 예컨대 『비호사건』(Colombian-Peruvian Asylum Case, 1650~51년, I. C. J. 판결)에서 보는 바와 같이 정치적 편의(Expediency)에 의한 결정의 자유가 당사국에 유보된 경우에는, 재판관에게 자유재량의 권한을 부여하자는 합의에 까지 도달하였을때 비로소 분쟁은 완전히 비정치화되었다고 말할 수 있다.

정치적분쟁은 자국이익에 대한 임의적 결정을 유보하며 그 우선적 고려를 요구한다. 때로는 현행법의 존재와 효력을 시인하며 때로는 부인하기도 하나, 실은 법적으로 보호된 현상(status quo) 대신에 관계이익의 상이한 조절에 입각한 새로운 법적상태를 추구하려는 것이 그 진정한 목적이다. 이와같은 변경에의 요구는 이해 관계의 충돌에서 발생하며, 그 해결은 주로 정치적 과정에 속한다. 과거에 입각하여 판결하는 것이 아니라, 장래를 향하여 구성하는 것이다. 또 정치적 분쟁은 최초로 제기한 청구의 범위를 확장하는 것이 특징이다. 그 해결에는 대상적(代價的) 또는 편의주의적 고려가 우월적 지위를 차지한다.

상기와 같은 해결방법은 일종의 조정적 방법이며, 정치적 해결이다. 그러나 그러한 해결도 평화적 해결에 관한 조약 의무의 대상이 되는 한에서는 국제법의 영역에 속하는 것이다.¹⁵⁾

14) Charles de Visscher. *ibid* p.76

15) 이한기, *ibid* pp.32

Nippold와 Wenberg와 같은 학자들은 중재재판에서 이른바 『명예조항』(honour clause)과 동등한 광범위한 유보 조항을 삽입하는 것이 불가결하다고 생각하였다.¹⁶⁾

그는 그러한 유보조항을 통해서 정치적 분쟁개념을 파악하려한 것으로 보아진다.

끝으로 Fauchille은 정치적분쟁을 국가의 독립과 사활적이익 또는 국가의 명예에 영향을 주는 분쟁으로 파악했다.¹⁷⁾

3. 매거적 방법론 (The Method of Enumeration)¹⁸⁾

이미 살펴본 것과 같이 국제분쟁개념을 파악하는데 여러가지 견해들이 있었다. 그런데 법률적분쟁과 정치적 분쟁을 구별하는데 있어서 보다 실제적인 표준을 제안한 학설이 있으니 그것이 다름아닌 매거적 방법론인 것이다. 매거적 방법론 이전의 학설이 정치적분쟁개념에 주안점을 두고 국제분쟁개념을 살폈다고 한다면 매거적 방법론이야말로 법률적분쟁 개념에 주안점을 두고 국제분쟁개념을 살핀것으로 보아지며 여기에 국제분쟁개념을 파악하는 입장이 Kopernikadische Wendung을 취했다고 보아진다.

Morizault-Thibault는 국제중재재판을 사실문제의 심사(Examination of questions of fact)와 법률적분쟁의 해결(Settlement of juridical disputes)에 국한했다. 즉 그것은 다음과 같다

- (a) claims for compensation;
- (b) territorial disputes;
- (c) interpretation and execution of treaties.

Frederick Pollock경은 다음과 같이 분쟁을 구별했다.

- (a) disputes relating to boundaries and territorial rights;
- (b) claims arising out of breaches of conventional or customary international law;
- (c) disputes analogous to civil actions for wrongs, for instance, claims arising out of denial of justice.

이와같은 매거적 방법론은 상설국제사법법원 규정 제36조의 선택조항(Optional Clause)을 만드는데 크낙한 원인이 되었으며 현재의 국제사법법원규정 제36조도 그것을 다음과 같이 본받고있다.

국제사법법원 규정 제36조 2항 : 본규정의 당사국인 국가는 다음의 사항에 관한 모든 법률적 분쟁에 관한 법원의 관할을 동일한 의무를 수락하는 타국에 대한 관계에 있어서 당연히 또한

16) H. Lauterpacht, *ibid.* p.141

18) H. Lauterpacht, *ibid.* pp.16

특별한 합의없이 의무적이라고 인정하는 것을 하시든지 선언할 수 있다.

- (a) 조약의 해석
- (b) 국제법상의 문제
- (c) 인정될 것 같으면 국제의무의 위반으로 되는 사실의 존재
- (d) 국제의무의 위반에 대한 배상의 성질 또는 범위

그리고 1916년의 『국제정부론』(International Government) 을 통해서 Woolf는 재판에 부
탁할 수 있는 분쟁을 다음과 같이 매거하였다.

- (a) questions of fact;
- (b) questions of title to territory and of boundaries;
- (c) questions as to the interpretation and application of treaties or international law, of claims founded on treaties or of international law;
- (d) questions as to the responsibility or blame attached to national agents or representatives for the results of acts of such agents or representatives;
- (e) questions as to certain kinds of pecuniary claims.

여기서 주목할 것은 (b) 의 내용을 제외한다면 다른 카테고리는 상설국제사법 법원규정 제 36조에 포함된 분쟁리스트와 부합한다는 점이다.

4. 법률적 분쟁

위에서 법률적분쟁이란 국제법상의 권리 의무의 관계에 서서 다투는 분쟁이라고 개념파악하였으
며, 국제분쟁개념의 발달과정에서 여러학자들의 견해를 살펴왔다. 아울러 법률적 분쟁과
정치적분쟁을 구별하는 표준에 관하여 살펴본터이다.

여기서는 매거적 방법론으로써 법률적 분쟁개념을 살펴보기로 한다. 매거적 방법론으로 법률
적분쟁을 살피는 일은 동시에 법률적분쟁개념을 최대한으로 확대하게되는 이점이 있는 한편 그
의 상대적개념인 정치적분쟁을 최소한으로 축소시키는 역할을 하게 될 것이다.

그러므로 법률적분쟁을 일반적인 정의 방식으로 정의하는 것보다 매거적방법으로 개념규정한
다는 것은 보다 차원이 높은 것으로 보아진다.

또한 법률적분쟁을 매거적 방법론으로 파악할 때 자연 법률적분쟁에 역점을 두게 된다. 이러
한 일은 정치적 분쟁개념을 멀리하고 법률적 분쟁개념을 가까이 함으로써 국제사회에 보다 더
한 Rule of Law를 기대하게 만들 것이다.

매거적 방법론에 의하여 법률적분쟁을 파악한 H. Lauterpacht의 견해를 살펴보면 다음과 같
다.

(a) 법률적분쟁이란 현존하고 확정할 수 있는 국제법규를 적용함으로써 사법적 해결이 가능한 국가간의 다툼이다.

(Legal disputes are such differences between states as are capable of judicial settlement by the application of existing and ascertainable rules of international law.)

(b) 법률적분쟁은 국가의 사활적 이익, 대외적독립, 대내적 주권, 영토적 보전, 명예 또는 중재조약의 소위 “제한적 조항”에서 보통 언급되어지는 여타의 중요한 이익중에 영향을 끼치지 아니하는 사소하고 이차적으로 중요한 문제에 청구의 주체가 관련된 분쟁을 말한다.

(Legal disputes are those in which the subject-matter of the claim relates to questions of minor and secondary importance not affecting the vital interests of States, or their external independence, or internal sovereignty, or territorial integrity, or honour, or any other of the important interests usually referred to in the so-called “restrictive clauses” in arbitration conventions.)

(c) 분쟁에 관하여 현존하는 국제법규를 적용하였을 때 국가간의 정의의 요구와 국제관계의 진보적 발달과 모순되지 않는 결과를 충분히 보증할 수 있게 되면, 그러한 분쟁은 법률적분쟁이라고 본다.

(Legal disputes are those in regard to which the application of existing rules of international law is sufficient to ensure a result which is not incompatible with the demands of justice between states and with a progressive development of international relations.)

(d) 분쟁중의 논쟁이 현존하는 법을 변경하려는 청구와는 구별되어진 현존한법률적 권리에 관계된 것이면, 그러한 분쟁은 법률적분쟁이다.

(Legal disputes are those in which the controversy concerns existings legal rights as distinguished from claims aiming at a change of the existing law.)¹⁹⁾

이와같이 매거적 방법론으로 법률적분쟁을 개념규정할 수 있다. 이 매거를 많이 하면 할수록 법률적 분쟁의 개념파악은 용이하게 될 것이다. 그러나 매거적 방법을 확대하는데 있어서 무조건 확대해서는 안될 것이다. 만일 매거적 방법을 무제한 확대시키면 잡다성을 면치 못하게 될 것이다. 그러므로 매거적 방법에는 제약성이 있어야 한다고 생각한다

V 맺 는 말

이상에서 국제분쟁개념의 발달과정을 살펴 왔거니와 그의 흐름을 분석하여 볼 때 처음에는

19) H. Lauterpacht, *ibid* pp.19

주권국가의 속성이 강조되어진 탓으로 정치적 분쟁개념을 기저로하여 정치적분쟁과 법률적분쟁의 개념이 중재재판에서 다루어져 왔다.

그러던 것이 이른바 매거적 방법론이 등장하면서 법률적분쟁개념에 초점을 두어 법률적분쟁과 정치적분쟁의 개념이 파악되기에 이르렀다.

이와같은 경향은 『힘보다 법의 우위성』(Primacy of Law over) 을 인정하려는 것으로 보아진다. 만일 법률적분쟁개념만이 다루어지게 된다면 그것은 이론상으로는 법의 지배를 구현하게 되는 것이다. 매거적 방법의 특성은 법률적분쟁을 다루면서 점차적으로 정치적분쟁을 매거하는 데서 배제했다는 점이다. 이러한 성향은 앞으로 보다 더 현저하게 나타날 것으로 보아진다.

그런데 현재 국제연합하에서는 정치적 분쟁은 안전보장이사회가 국제재판소의 역할을 담당하여 그 해결에 임하고 있으며 법률적분쟁은 국제사법법원이 그 해결에 임하는 방식을 취하고 있다. 그러나 안전보장이사회의 역할이 월등하게 중시되고 있어서 국제연맹 당시와 같이 사법적 해결의 과대한 평가는 하지 않는 경향을 보이고 있다.

결국 국제분쟁의 평화적 해결은 국제재판제도에 의하여 기하려는 것은 국제사회의 현상으로서는 난망한 일이다. 또 그만큼 국제조직이 불충분하며 통일성이 약한 국제법으로서는 국제분쟁도 발생하기 쉽고 전체로서 불완전한 국제사회라 하겠다. 그러므로 국제분쟁의 평화적 해결에 대한 완벽을 기하려면은

1. 국제사회의 일층 고도한 조직화
2. 국제법의 충실한 발달
3. 국제재판의 고도한 발전
4. 국제평화기구의 일층 강력한 체제의 확립을 기하여야 될 것이다.²⁰⁾

본고가 다루어 온 국제분쟁개념의 발달과정은 2와 3에 관련된 문제인 것이다. 법률적분쟁개념을 극대화 시킴으로써 정치적 분쟁개념을 극소화시키는 방향으로 나아가는 일은 국제법의 발달과 국제재판의 발전에 플러스를 안겨주게 될 것이다.

유엔 헌장에서 전쟁이란 개념을 찾아 볼 수 없는 것과 같이 앞으로 법률적분쟁 개념만이 다루어 지기를 기대한다. 이미 그러한 경향이 매거적 방법론에서 싹이 났으므로 앞으로 그러한 향방으로 노력이 경주되어야 할 것이다.

법률적분쟁개념을 발전시키는 데는 두가지 길이 있다고 본다. 하나는 법률적 분쟁개념자체를 발전시키는 일이고 다른 하나는 간접적인 방법이다. 이러한 방법에 관련된 경향으로 생각되어지는 것들은 요즘 조약에서 미리 분쟁해결방법을 명시하는 일, 관습국제법이 성문화경향, 그러

20) 이상조, 국제재판에 대한 고찰 『법정』 통권 제83호 p. 15

고 여러 국제법학자들에 의하여 국제법에서의 의무규정을 강조하는 경향등이 있다.

이와같은 일련의 경향은 간접적으로 법률적분쟁개념의 발달에 영향을 주는 것이므로 그러한 경향이 가속화하도록 하여야 한다고 생각한다.

— Summary —

On the Development of Concept
of International Disputes

Hann Chang-young

In the historical viewpoint, the development of the concept of international disputes has been in the same orbit as the development of arbitration. Since, doctrine of inherent limitation' related to concept of international disputes, the concept of international disputes has been developed classified by dichotomy. At that time the attributes of sovereignties of states has so prevailed that it was natural that many scholars should make an effort to classify international disputes in putting emphasis upon the so-called political disputes. Thereafter many scholars have contributed to the development of concept of international disputes. In particular, Mauzault—Thibaut and Sir Frederick Pollock and others had tried to solve the difficult classification of international disputes by proposing a more pragmatic test, namely, the Method of Enumeration. This method of enumeration became largely responsible for the wording of the Optional Clause of Article 36 of the Permsment Court. I think that this method has had a tendency to enumerate more the concept of so-called legal disputes than that of political disputes, and to put stress on the former, so that it has contributed to the development of the concept of the former.

I think that the approach of the method of enumeration may help decrease political disputes in the international society. In consideration of its role and function, it made an epoch of Kopernikanische Wendung in the process of the development of conception of international disputes.

I think much of it in ascertaining the distinction between legal disputes and political disputes. It is confidently expected that it will be of help towards peaceful settlement of international disputes by developing the concept of legal disputes more than ever.